

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حقوق وجایب (۱)

(نصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه)

ویرایش و چاپ هفتم

تألیف:

نظام الدین عبدالله

(دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و استادیار حقوق Assistant Professor of Law)

مشخصات کتاب

• عنوان: شرح قانون مدنی افغانستان (جلد دوم، مواد ۴۸۸ الی ۱۰۳۴)

• حقوق وجایب (۱) (تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه)

• مؤلف: نظام الدین عبدالله (دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و استادیار حقوق Assistnat

(Professor of Laaw

• برگ آرای: مؤلف

• نوبت و سال چاپ: هفتم، میزان ۱۴۰۳ خورشیدی

• شابک: ۹۷۸-۹۹۳۶-۳۲-۰۳۲-۵

فهرست مطالب

۱.....	مقدمه
۳.....	کلیات
۳.....	مبحث اول) تعریف و موضوع مورد بحث حقوق و جایب
۴.....	مبحث دوم) منابع
۴.....	مبحث سوم) تعریف تعهد
۱۲.....	مبحث چهارم) ارکان و موضوع تعهد
۱۴.....	مبحث پنجم) اسباب تعهد

بخش اول:

تصرفات حقوقی

(عقد و ایقاع: قواعد عمومی)

۲۱.....	مقدمه
۲۵.....	فصل اول: عقد
۲۶.....	مبحث اول: تعریف عقد
۲۶.....	گفتار اول) تعریف فقهی
۲۷.....	گفتار دوم) تعریف حقوقی
۲۹.....	گفتار سوم) فرق عقد با معامله

۲۹	گفتار چهارم) فرق عقد با وعده.....
۲۹	مبحث دوم: ارکان.....
۳۱	گفتار نخست) انعقاد.....
۳۱	الف) تعریف.....
۳۲	ب) آزادی انعقاد عقود.....
۳۹	ج) ایجاب و قبول و رابطه این دو با اراده.....
۴۲	د) طُرُق.....
۴۲	۱) گفتار.....
۴۳	۲) نوشته.....
۴۳	۳) اشاره.....
۴۴	۴) داد و ستد.....
۴۵	۵) تلفون و وسایل مماثل.....
۴۶	۶) صریح و غیرصریح.....
۴۷	۷) سکوت طرفین.....
۴۸	هـ) شرایط.....
۴۸	۱) عدم آینده بودن صیغه (مطابق فقه).....
۴۹	۲) باهوش و عاقل بودن ایجاب کننده و قبول کننده.....
۵۰	۳) اراده خلاف مافی الضمیر شخص اظهار نشده باشد.....
۵۱	۴) عدم وفات و زایل شدن اهلیت یکی از عاقدین در بین ایجاب و قبول.....
۵۱	۵) مطابقت بین قبول و ایجاب.....
۵۳	۶) عدم رجوع موجب از ایجاب.....
۵۵	۷) فوریت در قبول و رد ایجاب.....
۵۵	۸) عدم رجوع موجب از ایجاب در صورت تعیین مدت برای قبول.....
۵۶	۹) رعایت شکلیات عقد.....
۵۷	۱۰) اطلاع طرفین از ایجاب و قبول.....
۵۸	۱۱) عدم وارد کردن زیادت، تنبیه و تعدیل در ایجاب (مطلق بودن قبول).....
۵۹	۱۲) شروط قبول در عقود مزایده.....
۶۰	۱۳) شرط قبول در عقود دسته جمعی.....
۶۱	۱۴) مطلق بودن قبول در عقود اذعان.....
۶۲	ز) مُبطلات.....
۶۲	ح) پرداخت بیعانه.....
۶۳	۱) تعریف، هدف و مشروعیت.....

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه / ت

۶۳	تقش بیعانه در قطعیت عقد
۶۴	استرداد بیعانه توسط طرفین عقد
۶۵	گفتار دوم) عاقدان
۶۵	الف) تعریف
۶۶	ب) شرایط
۶۶	۱) داشتن اهلیت
۶۶	اول) انواع و ادوار اهلیت
۶۷	اولاً) اهلیت و خوب
۶۷	یک) تعریف
۶۷	دو) مینا
۶۸	سه) مراحل
۷۰	ثانیاً) اهلیت استیفاء
۷۰	یک) تعریف
۷۱	دو) انواع و مراحل
۷۶	سه) مینا
۷۶	دوم) عوارض
۷۷	اولاً) عوارض طبیعی (سماوی)
۷۷	یک) جنون
۷۹	دو) عته
۸۰	سه) صیغر
۸۲	چهار) اغماء
۸۲	پنج) خواب
۸۲	ثانیاً) عوارض اکتسابی
۸۳	یک) سکر
۸۳	دو) سفه
۸۷	سه) غفلت
۸۷	سوم) مدیون بودن
۸۸	چهارم) آثار
۸۹	پنجم) نیابت در عقد
۸۹	اولاً) تعریف
۹۰	ثانیاً) پیشینه
۹۰	ثالثاً) فواید

۹۱ رابعاً) انواع
۹۲ خامساً) شروط
۹۴ سادساً) آثار
۹۵ رضایت (۲)
۹۶ اول) تعریف
۹۶ دوم) عیوب
۹۷ اولاً) اکراه
۹۷ یک) تعریف
۹۸ دو) ارکان
۹۸ سه) انواع
۱۰۱ چهار) شروط
۱۰۲ پنج) آثار
۱۰۵ ثانیاً) غلطی
۱۰۵ یک) تعریف
۱۰۶ دو) انواع
۱۱۱ سه) شروط
۱۱۴ چهار) اثر
۱۱۴ ثالثاً) فریب (تدلیس / تعزیر یا غرور)
۱۱۴ یک) تعریف و حکم تکلیفی
۱۱۵ دو) ارکان و شروط
۱۱۷ سه) انواع و اثر هر نوع
۱۱۹ رابعاً) غبن
۱۲۵ گفتار سوم) محل عقد
۱۲۵ الف) تعریف و شرایط محل عقد در فقه
۱۲۷ ب) موضوع عقد در ق. م
۱۲۸ ۱) تعریف
۱۲۸ ۲) آنچه می تواند طبق ق. م موضوع عقد قرار بگیرد
۱۳۱ ۳) شرایط موضوع عقد در ق. م
۱۳۱ اول) قابلیت معقود علیه برای حکم عقد و موجودیت محل عقد
۱۳۲ دوم) موضوع عقد قرار گرفتن شی ای که در آینده ایجاد می شود
۱۳۳ سوم) عدم جواز فروش مال شخص در حالی که شخص حیات است توسط ورثه
۱۳۳ چهارم) ممکن بودن موضوع عقد

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه / ج

- ۱۳۵..... پنجم) مجاز بودن موضوع وجبیه.....
- ۱۳۵..... ششم) معین و قابل تعیین بودن موضوع وجبیه.....
- ۱۳۷..... هفتم) چگونگی تعیین موضوع وجبیه در شی غیر معین.....
- ۱۳۸..... هشتم) تعیین موضوع وجبیه توسط طرفین، شخص ثالث و محکمه.....
- ۱۳۹..... نهم) تعیین موضوع در صورت پول نقد بودن.....
- ۱۴۰..... دهم) قابل معامله بودن.....
- ۱۴۰..... یازدهم) عدم مخالفت موضوع وجبیه با نظام و آداب عامه.....
- ۱۴۲..... گفتار چهارم) سبب.....
- ۱۴۲..... الف) تعریف.....
- ۱۴۳..... ب) شرایط سبب.....
- ۱۴۵..... د) اثبات.....
- ۱۴۵..... مبحث سوم) شروط عقد و اشتراط در عقد.....
- ۱۴۶..... گفتار اول) تعریف و انواع شرط.....
- ۱۴۶..... الف) شروط انعقاد.....
- ۱۴۷..... ب) شروط صحت.....
- ۱۴۸..... ج) شروط نفاذ.....
- ۱۴۸..... د) شروط لزوم.....
- ۱۴۹..... گفتار دوم) اشتراط در عقد.....
- ۱۵۱..... گفتار سوم) اقسام شروط.....
- ۱۵۹..... گفتار چهارم) شرط و اجل در ق. م.....
- ۱۵۹..... الف) تعریف و انواع شرط طبق ق. م.....
- ۱۵۹..... ۱) تعریف.....
- ۱۵۹..... ۲) انواع شرط (شرط تعلیقی و شرط فاسخ).....
- ۱۶۱..... ۳) منشأ شرط.....
- ۱۶۱..... ۴) شرایط.....
- ۱۶۳..... ۵) اثر.....
- ۱۶۶..... ب) اجل.....
- ۱۶۶..... ۱) تعریف.....
- ۱۶۶..... ۲) ارکان.....
- ۱۶۷..... ۳) منشأ.....
- ۱۶۷..... ۴) انواع (اجل تعلیقی و اجل فاسخ).....
- ۱۶۸..... ۵) آثار.....

۱۷۳	مبحث چهارم) تقسیمات عقود
۱۷۳	گفتار نخست) به اعتبار مشروعیت و عدم مشروعیت
۱۷۳	الف) عقد مشروع
۱۷۳	ب) عقد غیر مشروع
۱۷۴	گفتار دوم) به اعتبار صحت و عدم صحت
۱۷۴	الف) عقد صحیح
۱۷۴	۱) تعریف
۱۷۵	۲) انواع
۱۷۵	اول) عقد نافذ و انواع آن
۱۷۵	اولاً) عقد لازم
۱۷۵	ثانیاً) عقد غیر لازم (جایز)
۱۷۷	دوم) عقد موقوف
۱۷۷	اولاً) تعریف
۱۷۷	ثانیاً) مصادیق
۱۸۵	ثالثاً) اثر
۱۸۸	ب) عقد غیر صحیح و انواع آن
۱۸۸	۱) عقد باطل
۱۹۳	۲) عقد فاسد
۱۹۳	اول) تعریف
۱۹۴	دوم) آثار
۲۰۱	گفتار سوم) به اعتبار تعیین نام و عدم آن
۲۰۱	الف) عقود معین (مسمات)
۲۰۱	ب) عقود غیر معین
۲۰۲	گفتار چهارم) به اعتبار فسخ پذیری و عدم آن
۲۰۲	الف) عقود لازمی که فسخ را نمی پذیرند
۲۰۲	ب) عقود لازمی که فسخ را می پذیرند
۲۰۲	ج) عقودی که برای یکی از طرفین لازم اند
۲۰۲	د) عقود غیر لازم برای طرفین
۲۰۳	گفتار پنجم) به اعتبار غایت و اغراض
۲۰۳	الف) عقد تملیکی
۲۰۵	ب) عقد اسقاطی
۲۰۶	ج) عقد اطلاقی

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجوبه/خ

- د) عقد تقییدی ۲۰۶
- هـ) عقد توثیقی ۲۰۶
- و) عقد اشتراکی ۲۰۶
- ز) عقد حفظ ۲۰۶
- گفتار ششم) به اعتبار عینیت و عدم آن ۲۰۶
- الف) عقود عینی ۲۰۶
- ب) عقد غیرعینی ۲۰۷
- گفتار هفتم) به اعتبار اتصال اثر بر آن و عدم آن ۲۰۷
- الف) عقد منجز ۲۰۷
- ب) عقد مضاف (موکول) ۲۰۸
- ج) عقد معلق ۲۰۹
- گفتار هشتم) به اعتبار شکل ۲۱۰
- الف) عقود شکلی (تشریفاتی) ۲۱۰
- ب) عقود غیر تشریفاتی ۲۱۱
- گفتار نهم) به اعتبار بسیط و مرکب بودن ۲۱۱
- الف) عقد بسیط ۲۱۱
- ب) عقد مرکب ۲۱۱
- گفتار دهم) به اعتبار اثر ۲۱۲
- الف) عقد فوری ۲۱۲
- ب) عقد تدریجی ۲۱۲
- گفتار یازدهم) به اعتبار حاکمیت اراده ۲۱۲
- الف) عقود جمعی ۲۱۲
- ب) عقود اذعان ۲۱۳
- گفتار دوازدهم) به اعتبار اصل و فرع بودن ۲۱۴
- الف) عقود اصلی ۲۱۴
- ب) عقود تبعی ۲۱۴
- مبحث پنجم) خیاراتی که لزوم عقد را به تأخیر می اندازند ۲۱۴
- گفتار نخست) خیار شرط ۲۱۵
- الف) تعریف و محل ۲۱۵
- ب) صاحب خیار ۲۱۶
- ج) مدت ۲۱۷
- د) اثر ۲۱۷

۲۲۱ انتها
۲۲۲ گفتار دوم) خیار تعیین
۲۲۳ الف) تعریف و مشروعیت
۲۲۳ ب) محل و طرفین عقد دارای خیار تعیین
۲۲۳ ج) شروط
۲۲۵ د) آثار
۲۳۱ هـ) انتها
۲۳۱ گفتار سوم) خیار رؤیت
۲۳۱ الف) تعریف
۲۳۲ ب) سبب و دارنده حق خیار رؤیت
۲۳۲ ج) محل
۲۳۳ د) شروط
۲۳۴ هـ) زمان ثبوت و چگونگی رؤیت
۲۳۴ و) مدت
۲۳۵ ز) اثر و چگونگی فسخ
۲۳۶ ح) اسباب سقوط
۲۳۷ گفتار چهارم) خیار عیب
۲۳۷ الف) تعریف و عیب موجب خیار
۲۳۸ ب) سبب و عقودی که خیار در آنها جواز دارد
۲۳۸ ج) شروط
۲۴۰ د) زمان
۲۴۱ هـ) اثر
۲۴۲ و) کیفیت فسخ عقد و رد معقود علیه
۲۴۲ ز) إسقاط و توارث خیار عیب
۲۴۳ مبحث ششم) آثار عقد
۲۴۴ گفتار نخست) تعریف اثر و اثر عقد نسبت به طرفین و قایم مقام آنها
۲۴۵ الف) تعریف
۲۴۵ ب) آثار عقد نسبت به دو طرف عقد و قایم مقام آنها
۲۴۶ ۱) اثر عقد نسبت به طرفین عقد
۲۴۶ ۲) اثر عقد نسبت قایم مقام طرفین عقد
۲۴۶ اول) اثر عقد نسبت به قایم مقام عام طرفین
۲۴۸ دوم) اثر عقد نسبت به قایم مقام خاص طرفین عقد

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجوبه / ذ

۲۴۹	سوم) برخی مثال های عقد نسبت به طرفین و قایم مقام آنها.....
۲۵۲	چهارم) تعدیل عقد.....
۲۵۷	ج) اثر عقد نسبت به اشخاص ثالث.....
۲۵۷	۱) تعهد به نفع شخص ثالث.....
۲۵۷	اول) شرایط.....
۲۵۸	دوم) قبول و رد تعهد توسط شخص ثالث.....
۲۶۰	۲) شرط به نفع شخص ثالث.....
۲۶۰	اول) تعریف.....
۲۶۱	دوم) شرایط.....
۲۶۳	سوم) آثار.....
۲۶۶	د) استناد داینین طرفین عقد و خلف عام طرفین عقد به عقد ظاهر.....
۲۷۰	مبحث هفتم) تفسیر عقد.....
۲۷۰	گفتار اول) تعریف.....
۲۷۱	گفتار دوم) برخی قواعد تفسیر.....
۲۸۹	مبحث هشتم) ضمان عقد (مسؤولیت مدنی قراردادی).....
۲۸۹	گفتار اول) تعریف مسؤولیت مدنی قراردادی.....
۲۹۰	گفتار دوم) شروط مسؤولیت مدنی قراردادی.....
۲۹۳	گفتار سوم) آثار.....
۲۹۳	الف) پرداخت ضمان در صورت عدم اجرا یا تأخیر در اجرای تعهد.....
۲۹۶	ب) پرداخت ضمان در صورت تأخیر در پرداخت دین.....
۲۹۹	مبحث نهم) انتهای عقد.....
۲۹۹	گفتار اول) اجرای موضوع عقد.....
۳۰۰	گفتار دوم) انقضای مدت برخی عقود.....
۳۰۱	گفتار سوم) فسخ.....
۳۰۶	گفتار چهارم) اقاله.....
۳۱۳	فصل دوم: اراده انفرادی.....
۳۱۳	مقدمه:.....
۳۱۵	مبحث نخست) تعریف.....
۳۱۵	مبحث دوم) ارکان و انشاء.....
۳۱۷	مبحث سوم) شرایط ارکان.....
۳۱۸	مبحث چهارم) تقسیمات.....

۳۲۱ مباحث پنجم) مصادیق
۳۲۷ مباحث ششم) آثار
۳۲۸ مباحث هفتم) تنفیذ و اثبات
۳۲۹ مباحث هشتم) انحلال

بخش دوم:

حوادث حقوقی و مسؤولیت مدنی غیر قراردادی

۳۳۳ فصل اول: کلیات
۳۳۳ مبحث اول) تعریف حادثه حقوقی
۳۳۳ گفتار اول) تعریف حقوقدانان
۳۳۳ گفتار دوم) تعریف قانون مدنی
۳۳۴ مبحث دوم) منابع حوادث حقوقی
۳۳۴ گفتار اول) منابع حوادث حقوقی در حقوق برخی کشورها و فقه
۳۳۸ گفتار دوم) منابع حوادث حقوقی در حقوق افغانستان
۳۴۱ فصل دوم: فعل مضری که بر مال واقع می شود
۳۴۱ مبحث اول: اتلاف
۳۴۱ گفتار اول) تعریف و مبنای اتلاف
۳۴۲ گفتار دوم) تقسیمات
۳۴۴ گفتار سوم) اثر
۳۵۰ مبحث دوم: غصب
۳۵۰ گفتار نخست) تعریف، انواع و ارکان
۳۵۰ الف) تعریف و مصادر حرمت
۳۵۲ ب) محل
۳۵۲ گفتار دوم) احکام
۳۵۲ الف) رد مغضوب و پرداخت جبران خسارت
۳۵۴ ب) هلاک و استهلاک مال مغضوبه
۳۵۵ ج) تغییر عین مغضوبه نزد غاصب
۳۵۶ د) رد عقار
۳۵۸ ه) زواید مال مغضوبه
۳۵۹ و) معاوضه و تبرع مال مغضوبه
۳۶۰ ز) غاصب غاصب و کسی که در حکم غاصب است

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتها و اثبات وجبیه / ز

ح) ضابطه پرداخت جبران خسارت غصب	۳۶۰
فصل سوم: فعل مضری که بر نفس واقع می شود.....	۳۶۳
مبحث اول) قتل، جرح، ضرب و سایر انواع اذیت بر نفس.....	۳۶۳
مبحث دوم) افراد مستحق دریافت جبران خسارت.....	۳۶۴
مبحث سوم) کیفیت محاسبه جبران خسارت	۳۶۶
فصل چهارم: تقصیر / خطا و تعدی (احکام عمومی)	۳۷۱
مبحث اول) تقصیر یا خطا.....	۳۷۱
گفتار اول) تقصیر و تعدی	۳۷۳
الف) تعریف تقصیر و خطا و وارد کردن ضرر در اثر تقصیر و خطا.....	۳۷۳
ب) تعدی و حالت های سه گانه مشروع ثابت کردن تعدی	۳۷۵
۱) دفاع مشروع.....	۳۷۶
۲) اجرای امر آمر	۳۷۷
۳) حالت اضطرار.....	۳۸۰
گفتار دوم) ضرر	۳۸۲
الف) تعریف	۳۸۲
ب) انواع	۳۸۳
۱) ضرر مالی.....	۳۸۳
۲) ضرر معنوی.....	۳۸۳
۳) ضرر جانی.....	۳۸۴
۴) ضرر مختلط	۳۸۴
۵) ضرر عدم النفع (کسر عواید).....	۳۸۴
گفتار سوم) رابطه سببیت میان تقصیر و ضرر	۳۸۵
مبحث دوم) مسؤولیت از اعمال غیر	۳۸۹
گفتار اول) مسؤولیت پدر و پدر کلان به سبب فعل مضر طفل صغیر	۳۸۹
الف) شرایط و عوامل موجهه	۳۸۹
ب) منبع مسؤولیت از عمل غیر	۳۹۲
ج) رجوع پدر و پدر کلان بر صغیر و مطالبه جبران خسارت	۳۹۳
گفتار دوم) مسؤولیت استخدام کننده ناشی از عمل استخدام شونده (مسؤولیت مدنی دولت)	۳۹۳
مبحث سوم) مسؤولیت ناشی از اشیاء	۳۹۸
گفتار اول) مسؤولیت محافظ از فعل حیوان	۳۹۸
گفتار دوم) مسؤولیت محافظت از ساختمان	۴۰۱

گفتار سوم) مسؤولیت از اشیاىی که جلوگیری از تولید ضرر آنها مستلزم توجه خاص است	٤٠٣
فصل پنجم: فعل / حادثه مفید	٤٠٧
مبحث اول: پرداخت بدون حق	٤٠٧
گفتار اول) تعریف و ارکان	٤٠٧
گفتار دوم) مصادیق و احکام	٤٠٨
گفتار سوم) سقوط دعوی پرداخت بدون حق در اثر مرور زمان	٤١٤
مبحث دوم: عمل فضولی	٤١٥
گفتار اول) تعریف و مبنای عمل فضولی	٤١٥
الف) تعریف	٤١٥
ب) مبنای عمل فضولی	٤١٦
ج) شروط عمل فضولی	٤١٧
گفتار دوم) آثار عمل فضولی	٤١٨
الف) تعهدات شخص فضول و شخص ثالث در برابر مالک	٤١٨
ب) تعهدات مالک نسبت به شخص فضول	٤١٩
فصل ششم: اثر حوادث حقوقی	٤٢١
مبحث اول) مسؤولیت مدنی غیرقراردادی	٤٢١
مبحث دوم) جبران خسارت (قواعد عمومی)	٤٢٨
گفتار اول) تعریف و انواع	٤٢٨
الف) تعریف	٤٢٨
ب) انواع جبران خسارت	٤٢٩
١) جبران خسارت مالی	٤٢٩
٢) جبران خسارت جانی	٤٢٩
٣) جبران خسارت عدم النفع	٤٢٩
٤) جبران خسارت معنوی	٤٣٠
٥) جبران خسارت مختلط	٤٣١
گفتار دوم) شروط	٤٣١
الف) رعایت تناسب میان ضرر و جبران خسارت	٤٣١
ب) عدم وجود امکانات تعیین دقیق مقدار جبران خسارت	٤٣٢
ج) عدم مقابله ضرر با ضرر	٤٣٣
د) مستحقین دریافت جبران خسارت معنوی	٤٣٥
ه) در نظر گرفتن رفع نیازمندی ها به قدر ضرورت	٤٣٩

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه / ش

- ۴۴۰ (و) تحمل ضرر خاص جهت دفع ضرر عام
۴۴۰ (ز) طریق پرداخت جبران خسارت
۴۴۱ (ح) پرداخت جبران خسارت مسؤولین فعل مضر (تعدد اسباب)
۴۴۲ گفتار سوم) مرور زمان دعوی جبران خسارت
۴۴۲ مبحث چهارم) فرق بین مسؤولیت مدنی تعاقدی و غیر تعاقدی

بخش سوم:

انواع و تنفیذ تعهد

- ۴۴۷ مقدمه
- ۴۴۹ فصل اول: تعهد طبیعی
- ۴۴۹ مبحث اول) تعیین ساحت تعهد طبیعی
- ۴۵۰ مبحث دوم) تبدیل تعهد طبیعی به تعهد مدنی
- ۴۵۱ مبحث سوم: تفاوت تعهد طبیعی با تعهد مدنی
- ۴۵۳ فصل دوم: تعهد مدنی و تنفیذ آن
- ۴۵۳ مبحث اول) تنفیذ اختیاری وجبیه
- ۴۵۳ گفتار نخست) تعریف
- ۴۵۴ گفتار دوم) شرایط
- ۴۵۵ گفتار سوم) موضوع تنفیذ عینی و شرایط موضوع
- ۴۶۲ مبحث دوم) تنفیذ اجباری وجبیه از طریق تهدید مالی و پرداخت تعویض
- ۴۶۲ گفتار نخست) تهدید به غرامت
- ۴۶۲ الف) تعریف
- ۴۶۳ ب) شرایط
- ۴۶۴ ج) اثر حکم تهدید مالی و نحوه تعیین غرامت
- ۴۶۴ گفتار دوم) تنفیذ از طریق تعویض (جبران خساره)
- ۴۶۵ الف) تنفیذ از طریق تعویض
- ۴۶۶ ج) حالاتی که ابلاغ پرداخت جبران خساره به مدیون ضروری نیست
- ۴۶۹ گفتار سوم) تضمین حقوق داینین
- ۴۷۰ الف) دعوی غیر مستقیم (دعوی به نمایندگی از مدیون)
- ۴۷۳ ب) دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون
- ۴۸۰ گفتار چهارم) مسایل ضمان
- ۴۸۰ الف) حق نگهداشت

٤٨١	تعريف (١)
٤٨١	برخی مصادیق (٢)
٤٨٢	آثار (٣)
٤٨٤	ب) حجر مديون مفلس
٤٩٣	٤) خاتمه یافتن افلاس
٤٩٣	٥) اثر خاتمه یافتن افلاس
٤٩٥	فصل سوم: تعدد محل و طرفین تعهد
٤٩٥	مبحث اول: تعهد تبدیلی و تعهد تخییری
٤٩٥	گفتار نخست) تعهد تخییری
٤٩٦	گفتار دوم) تعهد تبدیلی
٤٩٦	مبحث دوم) تعهد متعدد الاطراف
٤٩٦	گفتار نخست) تعریف و مصادر تعهد متعدد الاطراف
٤٩٨	گفتار دوم) آثار
٤٩٨	الف) تعریف دین مشترک و غیر مشترک
٤٩٩	ب) آثار دین مشترک و دین غیر مشترک
٥٠٥	مبحث سوم) تعهد تضامنی
٥٠٥	گفتار نخست) تعریف تضامن
٥٠٥	گفتار دوم) انواع تضامن
٥٠٥	الف) تضامن بین داینین
٥٠٥	١) تعریف و هدف
٥٠٦	٢) منبع
٥٠٦	٣) آثار
٥٠٨	ب) تضامن میان مديونین
٥٠٨	١) تعریف
٥٠٨	٢) آثار
٥١٩	مبحث چهارم) تعهد غیر قابل تجزیه (تعهد غیر قابل انقسام)
٥١٩	گفتار اول) تعریف
٥١٩	گفتار دوم) انواع
٥٢٠	گفتار دوم) آثار تعهد تجزیه ناپذیر

بخش چهارم:

وفای دین، انقضا و اثبات حق

فصل اول: وفای دین..... ۵۲۵

مبحث اول) وفای دین.....	۵۲۶
گفتار نخست) طریقه های ادای دین.....	۵۲۶
گفتار دوم) شخصی که دین از سوی او پرداخت می شود.....	۵۲۷
گفتار سوم) شرایط ادای دین.....	۵۲۹
گفتار چهارم) رجوع اداء کننده دین بر مدیون و شرط آن.....	۵۳۰
گفتار پنجم) داین (موفی له).....	۵۳۶
الف) وفای دین به اتفاق موفی و موفی له.....	۵۳۶
ب) پرداخت دین براساس اراده مدیون (عرضه دین به داین و ایداع آن).....	۵۳۸
گفتار ششم) موضوع ادای دین (موفی به).....	۵۴۲
گفتار هفتم) مکان ایفای تعهد.....	۵۴۸
مبحث دوم) ادای اختیاری و انقضای وجبیه از طریق آنچه معادل وفاء است.....	۵۴۹
گفتار نخست) ادای به عوض.....	۵۴۹
الف) تعریف و ماهیت.....	۵۵۰
ب) اثر.....	۵۵۱
گفتار دوم) تجدید (تبدل تعهد).....	۵۵۲
الف) تعریف تجدید (تبدیل تعهد).....	۵۵۲
ب) شرایط و موضوع.....	۵۵۲
ج) آثار.....	۵۵۵
گفتار سوم) نیابت.....	۵۵۶
الف) تعریف نیابت.....	۵۵۶
ب) شروط نیابت.....	۵۵۷
ج) آثار نیابت.....	۵۵۸
گفتار چهارم) مجرای.....	۵۵۸
الف) تعریف.....	۵۵۸
ب) محل و انواع.....	۵۵۹
۱) مجرای جبری.....	۵۵۹
اول) تعریف.....	۵۵۹
دوم) شرایط.....	۵۵۹
سوم) اموالی که نمی تواند محل مجرای واقع گردد.....	۵۶۲
چهارم) کیفیت اعمال مجرای جبری (تمسک ذی نفع به مجرای).....	۵۶۳
پنجم) آثار.....	۵۶۳

۵۶۷ (۲) مجرلی انتفاقی (اختیاری)
۵۶۷ گفتار پنجم) اتحاد ذمه
۵۶۹ مبحث سوم) انقضای الترام به غیر از طریق وفاء
۵۶۹ گفتار نخست) ابراء
۵۷۰ الف) تعریف
۵۷۰ ب) ارکان و مبنای مشروعیت
۵۷۰ ج) شروط
۵۷۴ د) شروط صیغه
۵۷۵ هـ) محل
۵۷۵ ز) انواع
۵۷۸ و) آثار
۵۷۹ گفتار دوم) عدم امکان تنفیذ تعهد
۵۷۹ الف) عدم امکان تنفیذ به دلیل سبب خارجی
۵۸۰ ب) آثار
۵۸۲ گفتار سوم) مرور زمان (تقادم)
۵۸۲ الف) تعریف
۵۸۵ ب) مدت
۵۹۲ ج) زمان آغاز مرور زمان
۵۹۲ ۱) قاعده عمومی
۵۹۳ ۲) آغاز مرور زمان در دین معلق به شرط و دین مؤجل
۵۹۴ ج) کیفیت محاسبه مدت مرور زمان
۵۹۵ هـ) اعذار مرور زمان
۵۹۷ و) اسباب انقطاع مرور زمان و اثر آن
۵۹۹ ز) کیفیت اعمال و انصراف از مرور زمان
۶۰۱ ح) اثر
۶۰۵ فصل دوم: اثبات وجوبه
۶۰۵ مبحث اول) تعریف و جایگاه قواعد اثبات
۶۰۵ گفتار نخست) تعریف اثبات
۶۰۶ گفتار دوم) جایگاه قواعد اثبات در حقوق مدنی افغانستان
۶۰۷ مبحث دوم: وسایل و مدارک اثباتیه و محل اثبات
۶۰۷ گفتار اول) تعریف وسایل اثبات

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجوبه / ظ

- گفتار دوم) تعریف مدارک اثباتیه و فرق آن با وسایل اثبات ۶۰۷
- مبحث سوم) وسایل اثبات در ق. م. ۶۰۷
- گفتار اول) برخی قواعد کلی ۶۰۸
- گفتار دوم) اسناد ۶۱۴
- الف) تعریف ۶۱۵
- ۱) تعریف سند به معنی عام ۶۱۵
- ۲) تعریف و ارکان سند به معنی خاص ۶۱۵
- ب) انواع ۶۱۶
- ۱) سند رسمی ۶۱۶
- اول) تعریف ۶۱۶
- دوم) حجت بودن محتویات اسناد رسمی و اصل و سواد آن ۶۱۷
- ۲) اسناد عرفی ۶۲۰
- اول) تعریف ۶۲۰
- دوم) انواع و حجت ۶۲۰
- گفتار سوم: اقرار ۶۲۷
- الف) تعریف ۶۲۷
- ب) ارکان ۶۲۸
- ج) انواع ۶۲۹
- د) شرایط ۶۳۰
- هـ) آثار ۶۳۵
- و) اختلاف مُقَرَّر و مُقَرَّرَه در سبب اقرار ۶۳۹
- ز) اقرار حجت قاصره است ۶۴۰
- گفتار چهارم) قسم ۶۴۰
- الف) تعریف و مصادر مشروعیت ۶۴۱
- ب) انواع ۶۴۳
- ۱) سوگند التزامی (غیر قضایی) ۶۴۳
- ۲) سوگند قضایی و انواع آن ۶۴۳
- اول) سوگند قاطع ۶۴۳
- اولاً) تعریف ۶۴۳
- ثانیاً) شرایط ۶۴۳
- رابعاً) آثار ۶۴۶
- دوم) قسم متمم ۶۵۲

۶۵۲	اولاً) تعریف قسم متمم و فرق آن با سوگند قاطع
۶۵۲	ثانیاً) توجیه
۶۵۳	ثالثاً) شرایط و برخی حالات
۶۵۴	خامساً) آثار
۶۵۴	سادساً) سوگند و نکول شخص گنگ
۶۵۵	سوم) فرق بین سوگند قاطع و سوگند متمم
۶۵۵	گفتار پنجم) شهادت
۶۵۵	الف) تعریف و مصادر مشروعیت
۶۵۷	ب) پیشینه و اهمیت
۶۵۸	ج) ارکان
۶۵۸	د) شرایط
۶۷۰	گفتار ششم) قراین
۶۷۰	الف) تعریف
۶۷۱	ب) انواع
۶۷۱	۱) تعریف قرینه قانونی
۶۷۳	۲) قرینه قضایی
۶۷۳	۳) شرط رعایت قرینه قضایی
۶۷۷	فهرست منابع

اختصارات

قانون اساسی	ق. ا
قانون مدنی	ق. م
قانون مدنی افغانستان	ق. م. ا
قانون اصول محاکمات مدنی	ق. ا. م. م.
قانون مدنی جدید مصر	ق. م. ج. م
جلد	ج
رجوع کنید به	ر. ک
هجری شمسی	ه. ش
هجری قمری	ه. ق
میلادی	م
صفحه	ص
صفحات	صص
چاپ	چ
بدون تاریخ	بی تا

مقدمه

حقوق وجایب یکی از شاخه های محوری، بی نهایت مهم و پیچیده قانون مدنی است. اهمیت حقوق وجایب به اندازه است که در برخی نظام های حقوقی، مانند: فرانسه، مصر، ایران، عراق، سوریه، آلمان، افغانستان و ... محور مطالعات حقوق مدنی قرار گرفته است. علت این امر این است که حقوق وجایب با گستری که دارد تصرفات و حوادث حقوقی را در بر می گیرد. سبب تصرفات حقوقی عقد و ایقاع است. عقد و ایقاع نیز با گسترش که دارند ساحه وسیعی از حقوق مدنی را احتوی می نمایند. زیرا، انعقاد، آثار، انواع و انتهای آنها تابع احکام ویژه است.

حوادث حقوقی نیز با وسعتی که دارد به فعل مضری که بر مال واقع می گردد، مانند غصب و اتلاف، و فعل مضری که بر نفس واقع می گردد، مانند: قتل، ضرب و جرح و فعل مفید، مانند: پرداخت بدون حق و اداره فضولی منقسم می گردد. همچنین، فعل با تقصیر شخص موجب ایجاد وجیبه و مسؤولیت مدنی غیر قراردادی می گردد. تنفیذ وجیبه که همان اثر حقوقی تصرفات و حوادث حقوقی است تابع احکام ویژه است. چون عقد یکی از اسباب تصرفات حقوقی است و به انواع گوناگون منقسم می گردد و یک نوع آن عقود معین است، نویسندگان ق. م در جلد سوم ق. م به تنظیم احکام مربوط به عقود معین پرداخته است.

به رغم اهمیت حقوق وجایب در نظام حقوقی افغانستان، تا اکنون پژوهش مانع و جامع که همه مباحث حقوق وجایب را در یک کتاب تبیین نماید صورت نگرفته است. بنابراین، پژوهش و جمع آوری همه مباحث حقوق وجایب در یک کتاب امری ضروری است.

البته، در برخی کتاب ها که به صورت فرعی به بحث پیرامون قواعد عمومی عقود و قواعد حقوق وجایب پرداخته شده است، عبارت اند از: مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد اثر آقای عبدالخالق قاسمی، دور حقوق وجایب اثر گروه مؤلفین، قواعد عمومی عقود و قرارداد ها اثر آقای بشیر احمد خالقیار، قواعد عمومی قرارداد ها اثر آقای عبدالحسین رسولی و توضیح قانون مدنی اثر آقای یادگار راجی.

تفاوت این کتاب با کتاب های مذکور این است که در این کتاب در روشنایی جلد دوم و سوم ق. م (مواد ۴۸۴-۱۸۹۹) پیرامون کلیه مباحث حقوق وجایب که در نظام حقوقی افغانستان شامل تعریف تعهد، موضوع

تعهد، اسباب تعهدات یعنی تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، اثبات و انتهای تعهدات می شود پرداخته شده است.

اهداف تألیف این کتاب قرار ذیل است:

۱. شرح، تحلیل و نقد مواد ۴۸۴-۱۸۹۹ ق. م که در جلد دوم و سوم ق. م پیش بینی شده اند؛
 ۲. فراهم نمودن فهم و نگرش حقوقی برای همه علاقمندان حقوق و جایب به ویژه برای محصلین حقوق و فراهم نمودن کتاب زیر عنوان «حقوق و جایب» در حقوق مدنی افغانستان.
 ۳. باز نمودن زمینه تحقیقات بعدی در مورد حقوق و جایب در حقوق مدنی افغانستان.
- از نظر روش تحقیق، از روش توصیفی-تحلیلی در این کتاب استفاده به عمل آمده است. از نظر الگوی تحقیق، از الگوی کیفی استفاده صورت گرفته است. از نظر جمع آوری اطلاعات، از روش جمع آوری اطلاعات کتابخانه ای استفاده صورت گرفته است.
- برای جلوگیری و پرهیز از تطویل کتاب موضوعات مورد بحث این کتاب را با رعایت تسلسل منطقی و علمی مباحث، در دو جلد مورد مطالعه قرار می دهیم: در جلد اول این کتاب، تعریف و جیب، ارکان و جیب و تعریف حقوق و جایب (کلیات) را مورد بحث قرار می دهیم. پس از تعریف تصرفات حقوقی (بخش اول) قواعد عمومی عقود (فصل اول) و قواعد عمومی ایقاع (فصل دوم) را مورد مطالعه قرار می دهیم. سپس، (در بخش دوم) پس از تعریف حوادث حقوقی و منابع آن (کلیات) فعل مضری را که بر مال واقع می شود (فصل اول)، فعل مضری را که بر نفس واقع می شود (فصل دوم)، فعل با تقصیر شخص (فصل سوم) و فعل مفید (فصل چهارم) و اثر مسؤولیت مدنی غیر قراردادی (فصل پنجم) را مورد مطالعه قرار می دهیم.
- سپس، انواع تعهد (بخش سوم) را مورد مطالعه قرار می دهیم. در این بخش تعهد طبیعی (فصل اول) و تعهد مدنی و تنفیذ آن (فصل دوم) و تعهد متعددالمحل و اطراف (فصل سوم) را مورد بحث قرار می دهیم. در بخش چهارم انتهای تعهد (فصل اول) و اثبات تعهد (فصل دوم) را مورد بحث قرار می دهیم. در جلد دوم این کتاب قواعد خاص عقود معین را به صورت مفصل مورد مطالعه قرار می دهیم.

با احترام

نظام الدین عبدالله

سرطان ۱۴۰۳ کابل - افغانستان

کلیات

مبحث اول) تعریف و موضوع مورد بحث حقوق وجایب

حقوق تعهدات که در افغانستان به نام حقوق وجایب نیز یاد می‌گردد مجموعه قواعد حقوقی، عرف، اصول کلی، احکام فقهی و رویه های قضایی است که تعهدات ناشی از تصرفات و حوادث حقوقی اشخاص حقوق خصوصی را در برابر همدیگر تنظیم می‌نماید. به عبارت محدود: حقوق تعهدات، تعهدات را میان متعهد و متعهدله تنظیم می‌نماید.¹ متعهد و متعهد له اشخاص حقیقی حقوق خصوصی اند.

و موضوع مورد بحث حقوق تعهدات، تعهداتی است که اشخاص حقوق خصوصی به دلیل تصرفات و حوادث حقوقی در برابر همدیگر دارند مانند تعهدات ناشی از عقود، ایقاع ها و حوادث حقوقی. طبق این تعریف، نخست این که حقوق تعهدات مانند سایر رشته های حقوقی مجموعه قواعد حقوقی است. دوم این که حقوق تعهدات، تعهدات ناشی از اعمال یا تصرفات حقوقی و حوادث حقوقی اشخاص حقیقی و حکمی را در برابر همدیگر تنظیم می‌نماید. بنابراین، تعهداتی که ناشی از قانون اساسی و سایر قوانین عامه اند و میان شهروند و دولت مطرح اند در حقوق تعهدات مورد بحث قرار نمی‌گیرد.

به حیث مثال، اشخاص حقیقی و حکمی مطابق قانون اساسی و قانون مالیات بر عایدات باید مالیه پرداخت نمایند. پرداخت مالیه هر چند تعهد شخص حقیقی و حکمی است، اما منبع و سبب این تعهد قانون اساسی است نه تصرف و حادثه حقوقی. همچنین، در شریعت اشخاص حقیقی مکلف اند نماز بخوانند، روزه بگیرند، حج بروند و سایر تکالیف و تعهدات شرعی را انجام دهند. منبع و سبب این تعهدات شریعت است و

1. Gerhard Robbers (2002). An introduction to German law. Translated into English by Miceal Jewll, 5th edi, (____). p 161.

این تعهدات در حقوق وجایب مورد مطالعه قرار نمی‌گیرد بلکه در شریعت مورد بحث قرار می‌گیرند و میان اشخاص حقیقی و خداوند مطرح‌اند.

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می‌آید که ساحت حقوق وجایب را باید از ساحات حقوق عامه و شریعت مجزا نمود و آن را محدود به تعهدات ناشی از اعمال و حوادث حقوقی نمود.

مبحث دوم) منابع

منابع حقوق وجایب که یکی از شاخه‌های حقوق مدنی است عبارت‌اند از:

(۱) قوانین: مانند: ق. ا، ماده‌های ۳۱ و ۳۲، ق. م به خصوص جلد دوم و سوم، قانون وکلای مدافع و قانون بیمه. ماده‌های ۳۱ و ۳۲ قانون اساسی با روی کار آمدن دولت طالبان و الغای قانون اساسی دیگر منبع حقوق وجایب نیست.

(۲) فقه: منبع دوم حقوق وجایب فقه است (ماده ۲ ق. م). فقه شامل عبادات (نماز، روزه، زکات، حج)، معاملات، مناکحات، ارث، صلح و عقوبات و ... می‌گردد و معاملات قسمت زیادی احکام حقوق وجایب را در بر می‌گیرد، مانند: عقود معین، ایقاعات مانند: وصیت، سوگند و امثال اینها.

(۳) اصول کلی حقوق: برخی اصول کلی حقوق مانند: اصل برائت، اصل صحت عقود، اصل آزادی انعقاد عقود، اصل لزوم، اصل عدم، اصل داشتن وکیل مدافع، اصل منع سوء استفاده از حق، اصل لاضرر و امثال اینها منبع حقوق وجایب‌اند. سابقه قراردادها بر می‌گردد که به قبل از شریعت. در خصوص لزوم باید گفت که الزام آور بودن قراردادها ناشی از ضرورت اجتماعی است و معمولاً انسان‌ها به آنچه می‌گویند وفا می‌کنند. اصل وفا در شرع و حقوق امضایی است.

(۳) عرف و عادات عمومی: عرف و عادات عمومی یکی از منابع حقوق وجایب را تشکیل می‌دهد که به برخی مثال‌های آن در این کتاب اشاره صورت خواهد گرفت.

(۴) متحدالمال‌ها و مصوبات ستره محکمه: منبع ای دیگر حقوق وجایب در افغانستان متحدالمال‌ها و مصوبات ستره محکمه است که برخی مثال‌های آن در کتاب خواهد آمد.

(۵) دکترین: دکترین منبع غیرمستقیم و غیرالزام آور حقوق وجایب است.^۲ برخی منابع که در فهرست مهم منابع در اخیر این کتاب ذکر شده‌اند دکترین تلقی می‌گردند.

مبحث سوم) تعریف تعهد

به نظر می‌رسد نویسندگان ق. م زمانی که می‌خواستند، احکام مندرج جلد دوم ق. م را از روی قانون مدنی جدید ۱۹۴۹ مصر ترجمه کنند، در ترجمه «التزام» که به آن حق شخصی نیز می‌گویند، گیج شده و به عوض این کلمه گاهی کلمه حق شخصی (ماده ۴۸۸)، حق (ماده ۴۹۲)، تعهد (ماده ۴۸۸)، وعده (ماده ۷۰۱) و جیبیه (ماده ۴۹۵) را به کار برده‌اند که این امر از یکسو متشرح، قاضی، محصل حقوق و ... را دچار اشتباه و سردرگمی می‌نماید، و از سوی دیگر فهم احکام مربوط به تعهدات را بی‌نهایت مشکل می‌نماید. اما، به نظر می‌رسد ترجمه دقیق التزام که در عربی به آن حق شخصی نیز می‌گویند، تعهد است.

۲. جهت مطالعه تعریف هر یک از این منابع نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.

التزام از ریشه «لزم» به معنای پای بندی، کاری را بر خود لازم گرفتن، ملتزم شدن، متعهد شدن و بر عهده گرفتن است و در اصطلاح حقوقی هر آن تصرفی است که متضمن انشای حق یا انتقال، تعدیل یا پایان دادن به آن باشد که گاه از يك فرد صادر می شود مانند: وقف، ابراء، طلاق بدون مال و گاهی هم از دو کس مانند: بیع، اجاره و طلاق در برابر مال. این واژه در فقه گاهی اوقات مترادف با کلمه عقد به کار برده می شود که البته مراد از آن عقد به معنای عام است. ولی، در معنای خاص کلمه با عقد متفاوت است، چرا که در این صورت عقد تنها نوعی خاصی از التزام است که عبارت از هر آن تعهدی است که از دو شخص صادر شود مانند: بیع، اجاره، رهن و نظیر اینها، در حالی که التزام از این تعریف عقد عام تر بوده و هر آنچه را نیز که از يك شخص صادر شود، در بر می گیرد مانند: وقف، نذر، سوگند و امثال اینها.^۳

باآنکه تعهد را در عربی التزام می گویند و بسیاری از کتاب های که در باره تعهدات به زبان عربی تألیف گردیده است، نیز به نام احکام التزام، منابع التزام، آثار و اثبات التزام و غیره یاد می شوند، اما به نظر می رسد نویسندگان ق. م این اصطلاح را مستقیماً در ق. م به کار نبرده اند. بنابراین، این اصطلاح در ق. م استعمال نگردیده است.

وجبیه نیز ترجمه التزام است که در مواد متعدد در ق. م به کار رفته (مثلاً: ماده ۴۹۵). روی همین دلیل، در افغانستان حقوق تعهدات را حقوق وجایب می گویند. اما، وجبیه از ریشه «وجب» گرفته شده که در لغت به معنی لازم و ضروری است، چنانچه در لسان العرب، معجم الوسیط، مصباح المنیر و سایر فرهنگ های دری و عربی به این معنی آمده است. در اصطلاح فقهی و اصولی نیز واجب، عبارت از هر آن فعلی است که شارع آن را به طور حتم و الزام از مکلف خواسته باشد.

برخی دیگر نیز می گویند: واجب به معنی ثابت و لازم است و در اصطلاح اصولیان عبارت از چیزی است که شرع عقوبتی را بر ترک آن اشعار کند. برخی گفته اند: چیزی را واجب گویند که تارک آن بر بعضی وجوه شرعاً مذموم است و بعضی دیگر گویند: واجب چیزی است که تارک آن مستحق عقاب است. چنانچه گفته اند: واجب آن است که فاعلش مستحق ستایش و تارکش سزاوار نکوهش باشد.^۴ در حالی که فقهاء در تعریف حق شخصی یا التزام که در دری به آن تعهد می گویند، می گویند که: حق شخصی یا التزام عبارت از حقی است که شرع آن برای شخص معین بر شخص دیگر می دهد تا صاحب حق بتواند جانب مقابل را به دادن شی، اجرای عمل و امتناع از عمل وادار نماید.^۵

۳. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۲۹۲۰؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۴۲۹؛ و مهدي شهيدی (۱۳۸۴). تشكيل تعهدات و قراردادهای، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمي و فرهنگي مجد، صص ۴۱ و ۴۲.

۴. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجيز في اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۳۱؛ وهبة الزحيلي (____). اصول الفقه الاسلامي، جلد (۱)، پاکستان: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۶؛ ____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۴)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۳۲۹؛ مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۳۲۱۰۵؛ حسن عميد (۱۳۸۳). فرهنگ فارسي عميد، تهران: مؤسسه انتشارات امير كبير، ص ۱۱۸۲؛ و محمد معين (۱۳۸۲). فرهنگ فارسي محمد معين، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرايش، ص ۱۱۴۸.

۵. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۲۸۵۰؛ مصطفى احمد الزرقاء (-۱۹۶۸م) المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر، ص ۱۶؛ و داد محمد نذير (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، كابل: مطبعة نعماني، ص ۱۶.

حقوقدانان نیز در تعریف حق شخصی می گویند که: حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می کند و به موجب آن می تواند انجام کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را داین و کسی را ملزم به انجام امری است مدیون می نامند. اصل حق نیز به اعتبار صاحب آن دین است و به لحاظ مدیون، تعهد یا دین نام دارد.^۶ به هر حال، چون حقوق تعهدات را در افغانستان به نام حقوق وجایب یاد می نمایند، ما نیز این کتاب را به نام حقوق وجایب مسمی نمودیم.

تعهد از ریشه «عهد» به معنای شرط یا عهده را پذیرفتن،^۷ به گردن گرفتن کاری، به عهده گرفتن، نگاه داشتن، و عهد و پیمان بستن است که به نام حق شخصی و حق دینی نیز یاد می گردد.^۸ در حقوق جرمنی تعهد عبارت است از رابطه حقوقی که به موجب آن یک شخص می تواند از شخص دیگر اجرا و یا پرداخت شی را تقاضا نماید.^۹

در فقه تعهد رابطه ای است قانونی میان دو شخص که به موجب آن ذمه یکی به نفع دیگری مشغول می شود. به عبارت دیگر: حقی که انسان بر عهده دیگری دارد یا عینی است که عبارت از قدرتی معین است که قانون برای شخص معین بر شی معین مقرر داشته است و یا شخصی است که عبارت از رابطه ای است میان دو کس (متعهد و متعهدله) که به موجب آن یکی فعل یا ترک فعلی را بر عهده دیگری دارد.^{۱۰}

برخی حقوقدانان تعهد را به دو معنی: معنی مصدری و اسم مفعولی تعریف نموده اند: در معنی مصدری تعهد عبارت است از به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد، مانند این که: کسی در برابر مالک کارخانه ای تعهد نماید که در برابر مبلغ معینی ماشین آلات کارخانه را نصب کند. شخصی را که انجام یا ترک عمل را به عهده می گیرد «متعهد» و شخصی که تعهد به نفع او به عهده گرفته می شود «متعهد له» و موضوع تعهد (نصب ماشین آلات) را «متعهد به» می گویند. به معنی اسم مفعولی تعهد عبارت است از وظیفه ای حقوقی که قانوناً بر عهده شخص متعهد، ثابت می شود که در صورت خودداری از انجام آن، به تقاضای متعهدله و به وسیله مرجع قضایی، ملزم به انجام آن می شود.^{۱۱}

برخی دیگر تعهد را به همان معنی حق شخصی یا حق دینی تعریف نموده اند: از این نقطه نظر، تعهد یا حق دینی حقی است که شخص نسبت به دیگری پیدا می کند و به موجب آن می تواند انجام کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را داین و کسی را که ملزم به انجام امری است مدیون می نامند. اصل حق نیز به

۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۲۶۰؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴؛ وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۸م) المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۶؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۱۶.
۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۱۱.
۸. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی محمد معین، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۲۳۵.
9. Gerhard Robbers (2002). An introduction to German law. Translated into English by Miceal Jewll, 5th edition (___). p 161.
۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۱۱.
۱۱. مهدی شهیدی (۱۳۸۴). تشکیل تعهدات و قراردادهای، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ص ۴۲.

اعتبار صاحب آن دین است و به لحاظ مدیون، تعهد یا دین نام دارد.^{۱۲} ماده ۴۸۸ ق. م تعهد یا حق شخصی را چنین تعریف می نماید: «حق شخصی یا تعهد عبارت از رابطه ای است بین ذمه داین و مدیون که به اساس آن داین می تواند اعطاء شی، اجراء عمل یا امتناع از آن را از مدیون مطالبه نماید». قانونگذار مدنی در نص این ماده حق شخصی را مترادف با تعهد استعمال نموده است. نکات مهمی که در ماده مذکور ایجاب تفصیل را می نمایند عبارت اند از: رابطه، ذمه، اعطای شی، اجرای عمل و یا امتناع از اجرای عمل که هر یک ذیلاً به صورت خیلی مختصر توضیح می گردد:

۱) رابطه: مقصود از رابطه در ماده مذکور بین ذمه داین و مدیون تسلطی است که داین بر اموال مدیون پیدا می کند و به موجب آن داین می تواند، با استفاده از دارایی او، وسایل اجرای تعهد را فراهم کند. این سلطه در ادوار مختلفه تاریخ در حال دگرگونی بوده است. چنانچه در ابتداء این سلطه به صورت سلطه که داین بر جسم و جان مدیون داشت ظهور کرد. سلطه مذکور در این دوره بی نهایت گسترده بود و شامل حق اعدام و به بردگی گرفتن مدیون نیز می شد.

سپس این سلطه کم رنگ تر شد و به تسلط بر جسم و بدن مدیون مانند: حبس کردن مدیون گردید. در زمان رومی ها و حقوق روم، تعهد دو ویژگی اکتساب نمود: به اعتبار رابطه شخصی میان داین و مدیون و به اعتبار موجودیت عنصر مالی که، حقی را برای داین و دینی را بر ذمه مدیون ایجاد می نمود که ویژگی اول به نام نظریه شخصی تعهد و ویژگی دوم به نام عنصر مادی یا موضوعی تعهد نامیده می شود. با وجود این اختلاف دیدگاه ها در باره تعهد، این دو ویژگی تا کنون حفظ گردیده است. نظریه ای که جنبه شخصی تعهد را غالب می داند، نظریه ای فرانسوی است که از بقایای قانون روم است و نظریه ای که جنبه مالی تعهد را غالب می داند، نظریه ای جدید آلمانی است:

۱- نظریه شخصی تعهد: در نظریه شخصی تعهد، عنصر اصلی در تعهد، رابطه شخصی میان داین و مدیون است؛ یعنی؛ اجازه تصرف در مال مدیون، به لحاظ رابطه ای حقوقی است که بین داین و شخص مدیون ایجاد می شود. در حقوق فرانسه، همین امر استاد پلنیول را وادار کرده است که در تعریف تعهد، رابطه شخصی را ملاک قرار بدهد. از همین رو، وی تعهد را رابطه ای حقوقی بین دو شخص تعریف کرده است که به اقتضای این رابطه داین حق استیفای شی معین را از مدیون اکتساب می نماید.

از حقوقدانان آلمانی مشهورترین حقوقدانی که طرفدار این نظریه است، ساوینی (Savigny) است. وی تعهد را رابطه ای شخصی می داند که به موجب آن مدیون در برابر داین تسلیم می گردد. به اعتقاد ساوینی این رابطه محدود تر از بردگی مدیون است. پس، سلطه ای که در برابر مدیون به داین داده می شود، گاهی موجب سلب کامل حریت؛ یعنی؛ رقیت کامل و ملکیت مطلق مدیون و گاه نیز موجب سلب بخشی از تحرک مدیون می گردد.

۱۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۲۶۰؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۵، جواد افتخاری (۱۳۸۲). حقوق مدنی: کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، صص ۱۵ و ۱۶.

در نوع اخیرالذکر، داین دارای حقی نزدیک به ملکیت می گردد، ولی نه خود ملکیت، بلکه حق خاص نسبت به عملی معین از زمره اعمالی که مدیون می تواند آن را انجام بدهد که «تعهد» نامیده می شود. بنابراین، تعهد، سلطه ای معینی است که به شخص جهت اعمال بر دیگری داده می شود. در نتیجه، ملکیت و تعهد در نظر ساوینی دو شی دارای ماهیت یکسانند. منتها، در ملکیت، تسلیم مدیون کلی است و در تعهد جزئی، ولی در هر دو عنصر تسلیم مدیون در برابر داین وجود دارد.

۲- **نظریه مادی یا موضوعی:** نظریه ای ساوینی چنانچه فوقاً بدان اشاره شد، منطبق بر نظریه ای رومی و برخلاف نظریه ای حقوقدانان آلمانی است. حقوقدانان آلمانی و در صدر آنها جی یرک (Gierke) نظریه ای شخصی تعهد را نپذیرفته اند و نظریه ای دیگری ارایه کرده اند، هرچند در نوشتن قانون از آن بهره جسته اند. ولی، به عنوان یک اصل نظریه ای آلمانی را بر آن غلبه داده اند. جی یرک ثابت کرد که دیدگاه آلمانی در مسأله تعهد، برخلاف حقوق رومی، رابطه ای شخصی را اصل نمی داند، بلکه به موضوع تعهد، جدا از رابطه شخصی، به عنوان عنصر اساسی می نگرد تا جایی که تعهد به عنصر مالی بیشتر نزدیک می شود تا به یک رابطه شخصی؛ بدین معنی که: از شخص و مدیون منفصل می گردد و به موضوع خود عجز می گردد و در نتیجه به یک شی مادی تبدیل می شود که اعتبار آن به ارزش مالی اوست. باید دانست که نظریه ای مادی تعهد محدود و منحصر به آلمان نماند، بلکه از طرف سالی (Salleilles) در فرانسه گسترش داده شد، ولی در حقوق فرانسه جای باز نکرد.

۳- **نتایج عملی نظریه مادی تعهد:** نظریه ای مادی تعهد یک دیدگاه نظری محض نبوده، بلکه موجب ایجاد نتایج عملی نیز گردیده است. این نظریه موجب افزایش سرعت معاملات و تشدید حرکت تولید و توسعه صنایع بزرگ شد. در ضمن، نظریه مادی تعهد، رابطه بین شخص و مدیون را تضعیف نموده و موجب ایجاد آثار ذیل گردید:

- چون در تعهد توجه اصلی به موضوع آن است، نه طرفین تعهد، به راحتی می توان تغییر طرفین تعهد را تصور کرد. این تغییر چنانچه فوقاً بدان اشاره شد، نه تنها منوط به داین بوده، بلکه شامل مدیون نیز می شود چنانچه قانون مدنی فرانسه با وصف آنکه نظریه ای شخصی تعهد را نپذیرفته است، این انتقال را مورد پذیرش قرار داده است. بنابراین، در حقوق فرانسه در کنار انتقال طلب، انتقال مدیون نیز مرعی الاجراء است. حقوق کشورهای پیر و نظریه ای مادی نظیر: آلمان و سویس نیز بدان معترف اند و ق. م. ج. م نیز از این نظرمتأثر گردیده است و قانون مدنی افغانستان نیز از آن پیروی نموده است.

- از آنجا که رابطه شخصی عنصر اساسی تعهد پنداشته نمی شود، ممکن است تعهدی در زمان ایجاد، بدون مدیون ایجاد گردد و تعهد صرف به مدیون مستند باشد، ولی هرگاه رابطه شخصی عنصر اساسی تعهد باشد، از آنجایی که تعهد عبارت از رابطه شخصی میان داین و مدیون است، ایجاد تعهد بدون داین و مدیون متصور نیست و بنابراین هرگاه یکی از این دو وجود نداشته باشد، این رابطه برقرار شده نمی تواند. با وجود این، هرگاه نظریه مادی تعهد برگزیده شود، امکان آن میسر خواهد شد که تعهدی متصور شود که باری را بر عهده مدیون نسبت به مال وی ایجاد کند بدون اینکه در زمان ایجاد این تعهد، داین وجود داشته باشد. پس، کافی است در زمان اجرای تعهد، داین جهت استیفای تعهد به مدیون قدم پیش گذارد. بدون تردید، در تحلیل

تعهد بدین شکل، اغلب از مسایل حقوقی که تفسیر آنها با التزام به نظریه شخصی قابل تفسیر نمی باشد، ممکن می گردد که مهم ترین آنها قرار آتی اند:

- **تعهد مدیون به تنهایی، بدون وجود داین مشخص:** مواردی ملاحظه می شود که شخص بدون موجودیت شخص متعهد به اجرای عملی می گردد مانند: تعهد یک شخص به اعطای جایزه به شخصی که گمشده وی را دریابد. در این مثال، وعده دهنده براساس اراده خود به تنهایی متعهد گردیده و تعهد بدون مدیون است، ولی با این فرض که به هنگام اجرای تعهد پیدا خواهد شد شکل گرفته است. چنین تحلیلی، جز با پذیرش نظریه ای مادی میسر نیست، ولی بر مبنای نظریه ای شخصی، جز با وجود داین و مدیون در زمان شکل گیری تعهد، ایجاد تعهد میسر نمی باشد؛ و

اشترای به نفع شخص ثالث: این نظریه در مورد عقد بیمه به نفع شخص غیر معین یا شخصی که هنگام انعقاد تعهد به دنیا نیامده است، قابل تطبیق است، مانند اینکه: شخصی خود را به سود فرزندانش که هنوز به دنیا نیامده اند، بیمه عمر کند که تفصیل آن در مبحث بیمه در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م خواهد آمد. بنابراین، هرگاه در این مثال، معتقد به نظریه ای شخصی تعهد باشیم، تغییر تعهد ممکن نیست، مگر اینکه آن را براساس نظریه ای مادی تفسیر کنیم.^{۱۳}

(۲) **ذمه:** ذمه از ریشه «ذم» گرفته شده که به معنای امان، عهد، ضمان، و پیمان است، چنانچه در تعریف جرجانی آمده است: ذمه در لغت به معنای عهد است. زیرا، شکستن آن موجب سرزنش و مذمت می گردد. در اصطلاح حقوقی ذمه عبارت از صفتی است که انسان به موجب آن اهلیت التزام پذیری را می یابد. در اصطلاح فقهی چنانچه استاد مصطفی احمد الزرقاء و وهب الزحیلی می گویند: ذمه محل اعتباری در شخص است که دیون و التزامات بر آن واقع می گردد. به موجب این تعریف، هرگز نمی توان دینی را بر عهده انسان ثابت کرد، مگر به تصور محل اعتباری فرض شده ای که وجود آن در هر انسانی مقدر باشد که به این محل مفترض ذمه گویند.

در نتیجه، ذمه از اهلیت متفاوت است. زیرا، اهلیت عبارت از صلاحیت شخص برای ثبوت حقوق برای او و تحمل واجبات است، آنگاه تحمل واجبات و التزامات (تعهدات) مستلزم وجود محلی در شخص است تا آن واجبات یا دیون در آن استقرار یابد. بنابراین، اهلیت صلاحیت است و ذمه محل اعتباری که در آن التزامات واقع می گردد. ذمه با ولادت انسان آغاز و با وفات وی منتهی می گردد و دارای خصایص آتی می باشد:

۱- ذمه از جمله صفات اشخاص طبیعی، مانند: انسان یا حکمی، مانند: شرکتها می باشد. بنابراین، جنین قبل از ولادت دارای ذمه نمی باشد. پس، اتهام به جنین صحیح تلقی نمی گردد. ولی، وصیت به جنین به شرط زنده متولد شدن وی صحیح تلقی می گردد. همچنین، حیوان دارای ذمه نمی باشد و در صورتی که شخص به حیوان شی را به قصد تملیک وصیت نماید، چنین وصیتی باطل است؛

۲- هر شخص بعد از ولادت دارای ذمه می باشد، زیرا ذمه از جمله توابع شخصیت است؛

۱۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱۵-۱۲۵.

۳- ذمه قابل توسیع و عدم توسیع نمی باشد. بنابراین، ذمه همه انواع دیون را ولو بزرگ باشد می پذیرد، زیرا آن محل اعتباری در شخص می باشد؛

۴- ذمه متعلق به شخص است نه بر اموال و ثروت شخص؛

۵- تعدد ذمه در اشخاص وجود ندارد. پس، هر شخص دارای ذمه واحد می باشد. علت این امر این است تا شخص بتواند با آزادی کامل اعمال تجارتي را انجام دهد و در صورت مدیون شدن قادر به ایفاء دین گردد؛
و

۶- ذمه محل عام برای همه انواع دیون با عدم در نظر داشت تفوق یک دین بر دین دیگر می باشد.^{۱۴}

۳) اعطای شی، اجرای عمل و امتناع از اجرای عمل: موضوع حق شخصی یا تعهد ممکن است عمل باشد، مانند: حق بایع در تسلیم ثمن و از مشتری در تسلیم میعه، یا دین باشد، مانند: حق داین بر مدیون، یا امتناع از اجرای عمل باشد، مانند: حق مؤدع بر مستودع در عدم استعمال ودیعه.^{۱۵} بنابراین، به موجب تعهد یا حق شخصی، صاحب حق شخصی یا داین می تواند اعطای شی، مانند: پرداخت دین، اجراء عمل، مانند: رد مال مغضوبه توسط غاصب؛ یا امتناع از عمل، مانند: عدم استعمال ودیعه توسط مستودع را از مدیون مطالبه نماید:

۱- **اعطای شی:** منظور از اعطای شی انتقال حق عینی؛ یعنی: مال یا حق شخصی: یعنی، دین توسط مدیون به داین است مانند: انتقال میبع توسط بایع به مشتری و یا انتقال دین توسط مدیون به داین.

۲- **اجرای عمل:** منظور از اجرای عمل، انجام کاری است که مدیون اجرای آن را به عهده می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را غرض پیش بردن دعوی وکیل بگیرد، احمد داین و محمود مدیون است و محمود مکلف است دعوی احمد را در محکمه پیش ببرد. همچنین، اگر احمد محمود را غرض رنگمالی خانه اش به اجاره بگیرد، احمد داین است و محمود مدیون و محمود متعهد است تا خانه را رنگمالی نماید.

۳- **امتناع از اجرای عمل:** مقصد از امتناع از اجرای عمل، عدم اجرای کاری است که مدیون تعهد می نماید تا آن را اجراء ننماید، مانند: امتناع مستودع از استعمال ودیعه. برخی مثال های دیگر امتناع از عمل قرار ذیل است:

۱- اگر یک شرکت ساختمانی یک انجینیر را غرض طرح نقشه استخدام نماید و در قرارداد پیش بینی شود که انجینیر برای سایر شرکت ها نقشه طراحی ننماید، انجینیر مکلف به امتناع از طرح نقشه برای سایر شرکت ها است.

۲- اگر یک پوهنتون (دانشگاه) خصوصی یک استاد لایق را استخدام نماید و در قرارداد پیش بینی شود که استاد به سایر دانشگاه ها تدریس ننماید، استاد مکلف به امتناع از اجرای عمل است.

در اخیر این مبحث باید متذکر شد که تعهد با تکلیف فرق دارد. تکلیف از ریشه کلف گرفته شده که در لغت به معنی وادار کردن به کاری دشوار است، چنانچه در لسان العرب آمده است: کلفه تکلیفاً، أى امره بما

۱۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۰۰-

۱۰۰۳؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۸۸ - ۲۸۹۰.

۱۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۲۸۵۰.

شق علیه؛ یعنی او را به کاری دشوار فرمان داد. در اصول به درخواست (امر نهی شارع) از مکلف در انجام یا عدم انجام (فعل و ترک فعل) کاری دشوار تکلیف گویند.

بنابراین، تکلیف اولاً متوجه مکلف است و غیر مکلف تکلیفی ندارد. موضوع تکلیف نیز حتماً فعل یا ترک فعل است. در شرع تکلیفی قابل پذیرش است که از طرف شارع باشد و بالآخره تکلیف همیشه باید توأم با نوعی مشقت (حتی ظاهری) باشد. در نتیجه، اموری از قبیل نفس کشیدن هیچ وقت نمی تواند موضوع تکلیف قرار گیرد.^{۱۶}

در حقوق نیز تکلیف به امری گویند که فرد ملزم به انجام آن می باشد و هرگاه برخلاف آن رفتار نماید به جزایی که در خور آن امر است، دچار می گردد. در هر موردی که قانون حقی را برای شخصی پیش بینی نماید، ناچار تکلیفی برای دیگری یا دیگران ایجاد می نماید. بنابراین، در برابر هر حقی، تکلیفی موجود است. حق و تکلیف مانند دو کفه ترازو هستند که توازن آن در عالم عدالت باید رعایت گردد. از همین جهت می گویند: هرگاه شخصی پیدا شود که تنها در جزیره گمنام سکونت داشته باشد که هیچ ساکن دیگری نداشته باشد، هیچ گونه حقی نمی تواند دارا گردد و اموالی که در آنجا یافت می شود و از آن استفاده می نماید، ملک او شناخته نمی شود. کسی که تکلیف به عهده او گذارده شده ناچار غیر از کسی است که دارای حق می باشد. به عنوان مثال، در مورد ملکیت خانه مالک خانه دارای حق مالکیت است و افراد دیگر مکلف به احترام آن حق هستند و نمی توانند به حق او تجاوز نمایند. پس، تکلیف نسبت به تعهد عامتر است و همه افراد را در بر می گیرد، مانند: احترام به حق عینی که همه مکلف اند حق عینی دیگری را محترم بشمارند. اما، تعهد نسبت به تکلیف خاص تر است و صرف شامل مدیونین می شود، مانند: پرداخت دین که صرف مدیون مکلف است آن را به داین بپردازد.

به عبارت دیگر: در برابر هر حق تکلیفی وجود دارد. گاهی این تکلیف ناظر به اجرای موضوع حق است و شخص باید کاری را که صاحب حق می خواهد، انجام دهد. در این صورت، هرگاه کاری که باید انجام شود، مربوط به امور مالی باشد، او را «مدیون» یا متعهد یا ملتزم می نامند. بنابراین، اگر شخص حق داشته باشد که از دیگری مقداری پول، یا احوادث بنایی را بخواهد، کسی که مکلف است این تکلیف را انجام دهد، مدیون و متعهد است. بنابراین، کلمه مدیون و متعهد ویژه امور مالی است و وظیفه اشخاص را در امور غیرمالی حتی اگر مربوط به انجام دادن کاری باشد، تکلیف می نامند، مانند: تکلیف مربوط به حضانت و حسن معاشرت و تمکین.

در واقع، این گونه تکالیف الزامی است در برابر حکم قانونگذار نه در برابر حق دیگری.^{۱۷} بنابراین، تکالیف ناشی از قانون را تکلیف و اشخاصی که مکلف به رعایت این تکالیف اند را مکلف و تکالیف ناشی از دین را تعهد و مدیون را متعهد می نامند. پس، میان تکلیف و تعهد رابطه عموم و خصوص وجود دارد؛ به این توضیح که: هر تعهد تکلیف است، ولی هر تکلیف تعهد نیست.

۱۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۴.

۱۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۳). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۲۴۹ و

۲۵۰؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ص ۱۱.

همچنین، وجیبه با وظیفه فرق دارد. وظیفه در لغت به معنی کار و خدمت، کاری که انسان مکلف به انجام آن است، می باشد که جمع آن وظایف است.^{۱۸} به نظر می رسد تفاوتی که میان وظیفه، تکلیف و وجیبه وجود دارد این است که تکلیف عام است و وظیفه خاص. به این معنی که وظیفه بیشتر در ادارات استعمال می شود و تکلیف در هر موردی که فرد مکلف به اجرای کاری باشد. وجیبه بیشتر در ساحت اصول فقه و حقوق وجایب (تعهدات) استعمال می شود و ناظر بر تعهداتی است که از اعمال و حوادث حقوقی ناشی می شوند. تفاوت وجیبه، تعهد، تکلیف و وظیفه در جدول ذیل بیان می گردد:

تفاوت ها	شخصی که عمل به نفع او اجرا، عدم اجرا و یا شی پرداخت می نماید	شخصی که عمل را اجرا، عدم اجرا و یا شی را پرداخت می نماید	اجرا و عدم اجرای عمل و پرداخت شی
فرد به نفع فرد در ساحت حقوق خصوصی	متعهد له	متعهد	تعهد
فرد به نفع فرد در ساحت حقوق مدنی	ملتزم	ملتزم	التزام
فرد به نفع فرد در ساحت حقوق مدنی	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	وجیبه
فرد به نفع اداره در ساحت حقوق عامه	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	موظف	وظیفه
فرد در برابر دولت و فرد به طور عام در ساحت مختلف حقوق	اشتقاق علمی - لغوی ندارد	مکلف	تکلیف

مبحث چهارم) ارکان و موضوع تعهد

طبق فقه تعهد یا حق شخصی دارای سه رکن است: صاحب حق (داین)، محل حق (پرداخت شی، اجرای عمل و یا امتناع از عمل) و مدیون (مکلف).^{۱۹} در حقوق نیز تعهد دارای سه رکن است: ۱) رابطه قانونی میان ذمه داین و مدیون که بر اساس آن داین می تواند ادای دین، اجراء و یا امتناع از اجرای عمل را از مدیون مطالبه نماید؛ ۲) محل وجیبه که ممکن است پرداخت شی و یا اجراء و یا امتناع از اجرای عمل باشد؛ و ۳) طرفین وجیبه یا تعهد که همان متعهد و متعهد له اند. نویسندگان ق. م مسأله موضوع تعهد را در جلد دوم، مواد ۴۸۹ و ۴۹۰ تنظیم نموده است:

۱) طبق ماده ۴۹۰ ق. م: «تعهد به عین، آن است که آن را ذات عین معین به غرض تملیک عین یا منفعت آن و یا به غرض تسلیم یا حفاظت عین تشکیل بدهد». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که موضوع

۱۸. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹۲.

۱۹. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۲۸۵۰.

تعهد امکان دارد عین باشد. منظور از محل تعهد قرار گرفتن عین، تملیک عین منفعت عین، تسلیم و حفاظت آن است:

۱- تملیک عین: منظور از تملیک عین، انتقال ملکیت عین از متعهد به متعهد له است. به حیث مثال، در عقد بیع، بایع متعهد می شود تا مبیع معین را در برابر ثمن به مشتری تملیک نماید. همچنین، در عقد قرض، قرض دهنده عین پول و یا مال مثلی را به قرض دهنده منتقل می کند و قرض گیرنده در زمان مقرر مثل آن را به قرض دهنده منتقل می نماید.

۲- تملیک منفعت: منظور از تملیک منفعت، تملیک منفعت عین توسط متعهد به متعهد له است. به حیث مثال، در عقد اجاره، مؤجر منفعت عین مستأجره (مثلاً سکونت در خانه و یا رکوب موتور) را به مستأجر در برابر اجرت تملیک می نماید. باید علاوه نمود که تسلیم در ماده ۴۹۰ مترادف با تملیک است به رغم این که از نظر لغوی تملیک به معنی انتقال ملکیت و تسلیم به معنی سپردن و تحویل دادن موضوع تعهد توسط متعهد به متعهد له است.

۳- حفاظت عین: منظور از حفاظت عین، حفاظت عین توسط متعهد به نفع متعهد له است. به حیث مثال، در عقد امانت، امانت گیرنده متعهد می شود تا آنچه را که نزد او امانت دهنده گذاشته است، حفظ و نگهداری نماید. همچنین، طبق ق. م امکان دارد موضوع تعهد پرداخت دین باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف تعهد به عین است.

۲) طبق ماده ۴۸۹ فقره اول ق. م: «تعهد به دین، آن است که موضوع آن نقود یا اشیای مثلی باشد». از نص این ماده به خوبی بر می یاید که موضوع تعهد می تواند دین باشد. منظور از دین در این ماده قرض است. چنانچه تفصیل عقد قرض در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م خواهد آمد، محل قرض امکان دارد پول نقد و یا شی مثلی باشد. بنابراین، در عقد قرض، قرض دهنده مکلف است ملکیت پول نقد و یا شی مثلی را به قرض گیرنده انتقال دهد و قرض گیرنده در موعد مقرر پول و یا شی مثلی را به قرض دهنده رد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نصوص این مواد پیش بینی اموری است که می توانند محل تعهد قرار بگیرند.

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که طبق ق. م موضوع تعهد می تواند تملیک عین، تملیک منفعت، حفظ عین و نقل و تملیک دین باشد. موضوع قرار گرفتن تملیک عین، منفعت و انتقال دین که اعطای شی نامیده می شود و حفاظت عین امروزه ناقص به نظر می رسد، زیرا امروزه علاوه بر اینها اجرا و امتناع از اجرای عمل نیز موضوع تعهد قرار می گیرد. تعهد به اجرای عمل انواع مختلف دارد و نمی توان همه انواع آن را احصاء نمود، مانند: تعهد به ترمیم شی، صنع شی که شامل تعهد هر اجیر به عمل اجاره می گردد.

همچنین، تعهد به عمل شامل تعهد به عین و دین نیز می گردد. زیرا، رد ودیعه و مغصوبه نوع عمل است همانطوری که ایفای دین نوع عمل است. تعهد به امتناع از اجرای عمل، برخلاف تعهد به انجام عمل که جنبه ایجابی دارد، جنبه سلبی دارد، مانند: تعهد مودع در عدم تعدی ودیعه، تعهد مرتهن مبنی بر عدم استعمال

مرهون مگر به اجازه راهن، تعهد مستأجر مبنی بر استفاده معتاد و متعارف از عین مأجور و تعهد شریک مبنی بر عدم استعمال مال مشاع به نحوی که موجب تضرر شریک دیگر گردد.^{۲۰}

مبحث پنجم) اسباب تعهد

انسان ها برای ابقا و ادامه حیات، رفع نیاز و اجرای امور روزمره یکسلسله اعمال را به صورت ارادی انجام می دهند. همچنین، یک سلسله حوادث به صورت ارادی یا غیرارادی از اشخاص سر می زند. اجرای اعمال و وقوع حوادث همه موجب ایجاد تعهد در عالم حقوق نمی شوند. به عنوان مثال، انسان ها روزمره ورزش می نمایند، تفریح می نمایند، صحبت می کنند، استحمام می نمایند، خرید و فروش می نمایند، کار می نمایند و ... همه این اعمال و حوادث برای انسان ها تعهد ایجاد نمی نمایند. در عالم حقوق اعمال و حوادثی که موجب ایجاد تعهد می شوند، از قبل معین شده اند. لذا، پرسش این است که سبب چیست و سبب تعهد در علم فقه و حقوق چیست؟

در پاسخ به سؤال اول باید گفت که سبب تعهد که آن را باعث و موجب نیز می گویند عبارت است از امری که موجب ایجاد تعهد می شود. در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که اسباب تعهدات در فقه پنج است که عبارت اند از: شرع، مانند: التزام پرداخت نفقه برای اقارب و زوجه و التزام ولی و وصی مبنی بر ولایت و وصایت بر صغار، عقد، مانند: بیع، اجاره و هبه؛ اراده منفرد (ایقاع)، مانند: نذر و وعده جایز (جعاله)؛ فعل نافع، مانند: پرداخت بدون حق و فعل مضر، مانند: التزام متعدی و غاصب مبنی بر پرداخت ضمان آنچه غصب و تلف نموده است. امکان ادخال تمام مصادر مذکور در واقعه شرعی وجود دارد.

واقعه شرعی یا طبیعی است، مانند: قرابت، مرض، همسایگی و نظیر اینها، و یا اختیاری. واقعه اختیاری نیز ممکن است اعمال مادی مضر، مانند: فعل مضر و یا اعمال مادی مشروع باشد، مانند: فعل نافع و تصرفات شرعی باشد. تصرفات شرعی نیز ممکن است یکجانبه باشد که عبارت از اراده منفرد یا ايقاع است یا چند جانبه باشد، که عقد است. چنانچه ملاحظه می شود، مصادر مذکور اسباب و مصادر مستقیم تعهد است. ولی، مصادر غیر مستقیم کلیه تصرفات شرعی و افعال مادی شرعی است.^{۲۱} در علم حقوق، بسیاری از نویسندگان، به تقلید از قانون ناپلیون، تعهد را ناشی از پنج عمل زیر دانسته اند:^{۲۲}

۱) **عقد:** مانند: عقد بیع که به موجب آن خریدار و فروشنده برای ایجاد تعهداتی مانند: انتقال ملکیت و پرداخت قیمت تعهد می نمایند. باید افزود که عقد در گذشته مهم ترین منبع تعهد بوده است، زیرا بیشتر تعهدات را اشخاص در اثر توافق با هم به وجود می آورده اند. ولی، به تدریج از اهمیت عقد کاسته شد و امروز بیشتر تعهدات را قانون بر اشخاص تحمیل می کند، مانند: تعهدات ناشی از غصب که غاصب مکلف

۲۰. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۰-۷۶.
 ۲۱. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۵۵؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۸۴-۱۱۱.
 ۲۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۴؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی، ص ۱۲.

به رد عین و در صورت هلاک آن مکلف به پرداخت ضمان آن است که در بخش دوم در باره آن صحبت خواهیم نمود.

۲) شبه عقد (quasi contract): شبه عقد تصرف حقوقی غیر تعاقدی یا غیر قراردادی است که موجب ایجاد تعهد می گردد. ولی، منشأ آن عقد نیست.^{۲۳} به عبارت دیگر، شبه عقد عمل اختیاری و مشروعی است که تعهد به نفع غیر (مالک) از آن ناشی می شود و گاهی آن تعهد برای غیر ایجاد می شود مانند: عمل فضولی که بر اساس آن فضول در غیاب مالک مبادرت به ترمیم مثلاً تعمیر وی می زند و این عمل موجب ایجاد تعهدات معین برای فضول (دادن صورت حساب و توجه مانند شخص عادی در ترمیم تعمیر) و مالک (پرداخت مصارفی که شخص فضول متحمل گردیده است) می شود. منبع تعهد فضول، عمل اختیاری مشروع او است که در بخش دوم در باره آن بالتفصیل صحبت خواهیم نمود.

۳) جرم (delict): عمل زیان آوری است که فرد از روی عمد نسبت به دیگری مرتکب می گردد مانند اینکه: شخصی به عمد، مال دیگری را تلف کند. در این صورت، از چنین عملی زیان بار، تعهداتی برای تالف ایجاد می شود که به موجب آن باید خسارت مال تلف شده را جبران کند. جرم بر دو قسم است: جرم جزایی و جرم مدنی: جرم جزایی عملی است که قانون ارتکاب آن را منع نموده و برای مرتکب جزاء تعیین نموده است. در صورتی که در اثر عمل مذکور زیانی به کسی وارد آید، کسی که موجب آن شده، ملزم است زیان وارده را جبران نماید. به عنوان مثال، هرگاه کسی عمداً دست نقاشی را بشکند که دیگر قادر به نقاشی و کسب در آمد نباشد، علاوه بر آنکه مستوجب جزاء شناخته می شود، باید زیان ناشی از عدم توانایی نقاش جهت کار و تأمین درآمد را نیز بپردازد. جرم مدنی آن است که قانون برای آن جزاء معین ننموده است و جزای آن مدنی است، مانند: فسخ عقد و پرداخت جبران خسارت.^{۲۴}

۴) شبه جرم (quasi-delict): شبه جرم عبارت از فعل زیان آور نامشروع و نامعمولی است که در آن قصد ارتکاب جرم و اضرار به غیر وجود نداشته باشد. ولی، موجب ایجاد مسؤولیت مدنی غیر قراردادی گردد،^{۲۵} مانند: راننده ای که با سرعت غیرمعمول با کسی تصادم نموده و موجب قتل وی گردد. در این صورت، ضروری است راننده به فرد صدمه دیده یا وارث او خسارت ناشی از تصادم را پرداخت نماید.

۵) قانون: الزامی که مستند به هیچیک از اسباب چهارگانه فوق نیست، تعهد ناشی از قانون نامیده می شود مانند: تعهداتی که صاحبان املاک مجاور در برابر هم مبنی بر عدم تضرر همدیگر دارند. باوجوداین، باید ملتفت بود که این تقسیمات شامل همه مواردی که در قانون مدنی از اسباب ایجاد تعهد به شمار آمده است نمی شود. زیرا، خواهیم دید که، اگر کسی مال دیگری را غصب نماید، مکلف به رد آن به مغضوب منه و در صورت اتلاف مکلف به پرداخت ضمان آن است، در حالی که غصب در هیچ یک از عناوین «جرم» و «شبه جرم» به معنایی که پیروان این تقسیم گفته اند، نمی گنجد. این ایرادها برخی از نویسندگان را بر آن داشته

۲۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۲۱.

۲۴. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۱۲ و ۱۳.

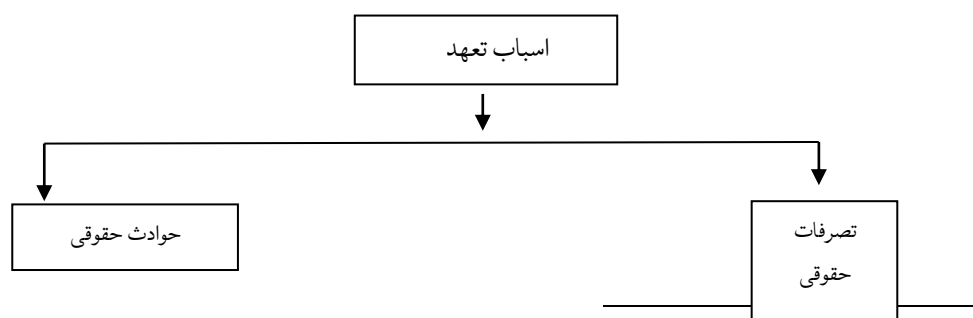
۲۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۲۱.

است که تقسیم مذکور را نپذیرند، و اسباب ایجاد تعهد را به دو دسته عمده: تصرفات حقوقی و حوادث حقوقی منقسم نمایند.^{۲۶}

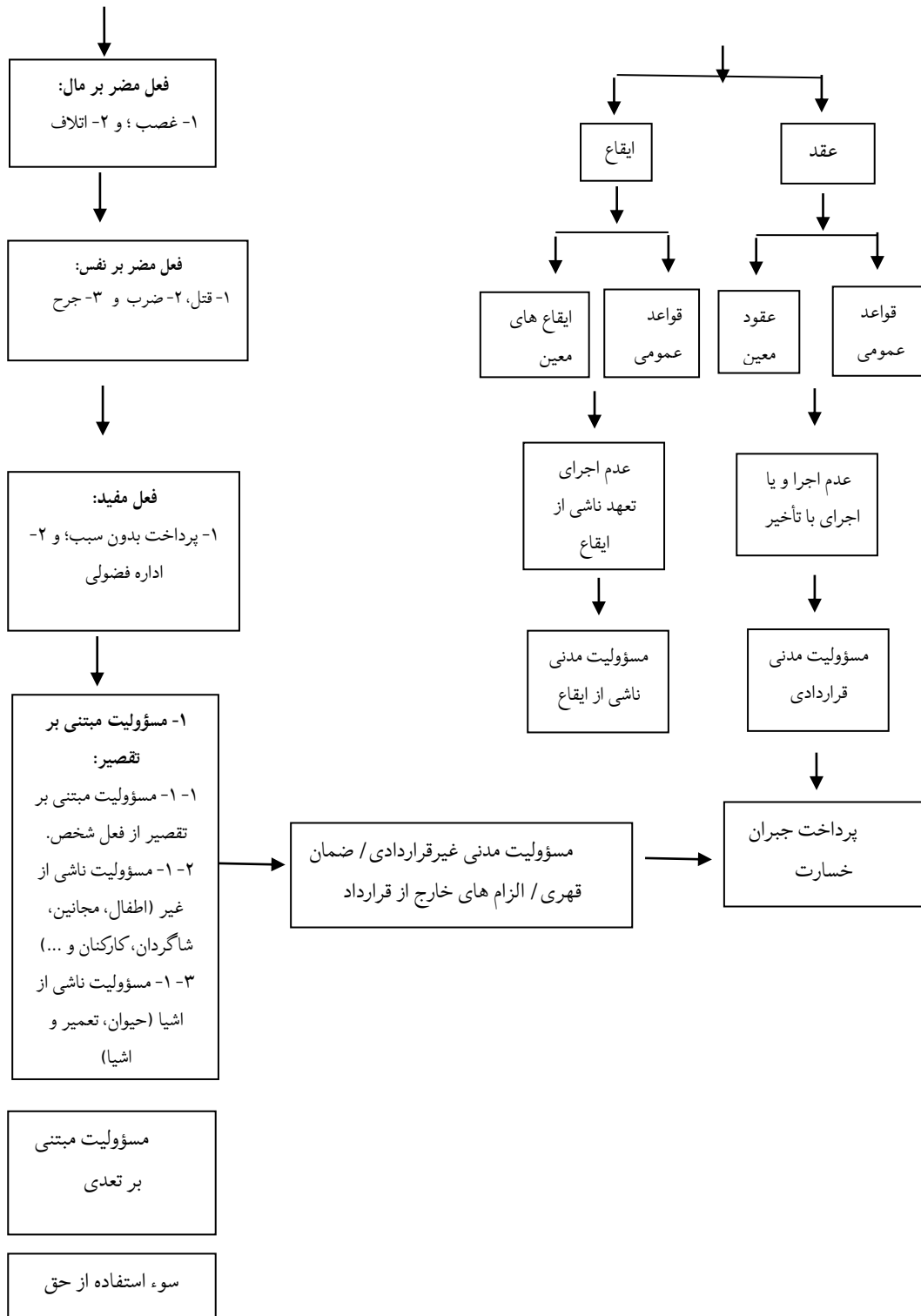
نویسندگان ق. م منابع تعهد را به دو گروه: تصرفات حقوقی و حوادث حقوقی تقسیم نموده اند. ماده ۴۹۲ ق. م. ا در این باره می گوید: «منابع حق عبارت از عوامل حقوقی ای است که حق را به وجود آورده و مشتمل بر تصرف حقوقی و حادثه حقوقی می باشد.» طبق نص این ماده منابع تعهد تصرف و حادثه حقوقی است. منتها، نقصی که در این ماده به نظر می رسد این است که در این ماده به عوض کلمه تعهد «حق» ذکر گردیده است.

استعمال کلمه حق به عوض تعهد یا هم حق شخصی محل ایراد به نظر می رسد، زیرا تعهد چنانچه گفته شد، دارای سه رکن است: رابطه قانونی میان ذمه داین و مدیون که بر اساس آن داین می تواند ادای دین، اجراء و یا امتناع از اجراء عمل را از مدیون مطالبه نماید؛ محل وجبیه که ممکن است پرداخت شی و یا اجراء و یا امتناع از اجراء عمل باشد؛ و طرفین وجبیه یا تعهد که همان متعهد و متعهد له اند. رکن اول تعهد متشکل از دو رکن فرعی است که عبارتند از دین و حق می باشد.

به عنوان مثال، هرگاه احمد مقداری پول به محمود به عنوان قرض بدهد و یا هم به موجب عقدی احمد متعهد به اجراء و یا امتناع از اجراء عملی در برابر محمود گردد، هرگاه به چنین دین و یا تعهد از نظر احمد نگریسته شود، حق و هرگاه از نظر محمود نگریسته شود، دین نامیده می شود. باید اضافه نمود که طبق ق. م. تقصیر که منبع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی اند، نیز موجب ایجاد تعهد می شوند که در نمودار ذیل ارایه می گردد:



۲۶. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۱۳.



همچنین، طبق ماده ۴۸۹ فقره دوم ق. م: «(۲) تعهد در ذمه شخص متعهد، به موجب عقد یا تضمین لازم می‌گردد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که تعهد برای متعهد به موجب عقد ایجاد می‌شود. به عنوان مثال، عقد بیع، اجاره، قرض، عاریت و ... تعهدات معین نسبت به طرفین عقد ایجاد می‌نمایند. اما، بخش دوم این ماده که تصریح می‌نماید که: تعهد در ذمه شخص به موجب تضمین لازم می‌گردد مبهم به نظر می‌رسد.

لذا، پرسش این است که تضمین چیست؟ و آیا تضمین مترادف با کفالت است؟ در پاسخ به پرسش اول باید گفت که تضمین از ریشه ضمن گرفته شده است که در لغت به معنی ضامن شدن و ضمانت کردن است. در اصطلاح حقوقی - فقهی به ضمانت کردن تعهد و یا دینی از سوی کسی غیر از متعهد و یا در مواردی با سپردن مال و یا وجهی از سوی متعهد تضمین می‌گویند، مانند این که: متعهد دینی را که بر ذمه وی به نفع دیگری است با دادن رهن تضمین کند.^{۲۷}

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می‌رسیم که تضمین ضامن شدن است که به بیشتر به موجب رهن و یا کفالت متحقق می‌شود و رهن و کفالت طبق ق. م از زمره عقود معین اند. بنابراین، قید ایجاد تعهد به موجب تضمین زاید به نظر می‌رسد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را غرض تدریس مضمون ریاضی برای پسرش به اجاره بگیرد، محمود متعهد به تدریس ریاضی می‌گردد. عقد اجاره باعث ایجاد تعهد برای محمود می‌گردد.

همچنین، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورت عدم پرداخت دین توسط احمد، جمشید دین محمود را پرداخت می‌نماید، تضمین (کفالت) موجب ایجاد تعهد برای جمشید می‌گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن عقد و تضمین به عنوان دو منبع تعهد است. با توجه به منابع تعهدات در ق. م، در بخش اول، تصرفات حقوقی و در بخش دوم این کتاب حوادث حقوقی و در بخش انواع و تفهیم و جیبه و در بخش چهارم انتهاء و اثبات و جیبه را مورد بحث قرار می‌دهیم:

۲۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۹۳.

بخش اول:
تصرفات حقوقی
(عقد و ایقاع: قواعد عمومی)

مقدمه

با توجه به آنچه گفته شد، این نتیجه گرفته می شود که منابع یا اسباب تعهد به طور عموم چهار اند. شرع، قانون، تصرفات حقوقی و حوادث حقوقی. شرع بسیاری از تعهدات را برای انسان ها ایجاد می نماید مانند پرداخت زکات، گرفتن روزه، رفتن به حج و نظیر اینها. این ها تعهدات شرعی اند که به موجب شرع ایجاد می شوند. برخی تعهدات به موجب قوانین برای انسان ها ایجاد می شود. این تعهدات، تعهدات قانونی اند مانند پرداخت مالیات، رعایت قوانین و نظم عمومی و نظیر اینها. تعهدات شرعی و تعهدات قانونی از قلمرو حقوق وجایب خارج اند. در حقوق وجایب تعهدات ناشی از تصرفات و حوادث حقوقی اشخاص حقیقی حقوق خصوصی مورد مطالعه قرار می گیرد.

در حقوق وجایب، اولین سبب تعهد تصرفات حقوقی است. نویسندگان ق. م قواعد تصرفات حقوقی را در جلد دوم، باب دوم، فصل اول زیر عنوان منابع حق که منظور از آن همان منابع تعهد است در مواد ۴۹۳-۴۹۶ تنظیم نموده اند. به تصرف حقوقی، عمل حقوقی هم می گویند. در حقوق فرانسه برخی نویسندگان بر این نظر اند که عمل حقوقی عبارت از عمل رضایی است که به منظور ایجاد اثر حقوقی اجرا می شود.^{۲۸} تصرف که جمع آن تصرفات است و به آن عمل نیز می گویند که جمع آن اعمال است از ریشه «صرف» به معنای دست به کاری زدن، تأثیر، دخالت و نفوذ است.^{۲۹}

همچنین، تصرف در لغت به معنی به دست آوردن، چیزی را مالک شدن، تسلط، چیرگی، به چنگ آوردن، مالک شدن، تصاحب، تملک، قبض و ضبط است.^{۳۰} در اصطلاح فقهی تصرف عبارت از دخالت و تصمیم گیری مالکانه در امور و اموال است. به مفهوم ویژه تصرف عبارت از هر فعل و یا قولی است که به اراده از شخص صادر شود که بر آن آثار معین حقوقی مرتب می گردد.^{۳۱} به شخص تصرف کننده متصرف گویند.

28. Barry Nicholas (2005). The French Law of Contract, 2nd ed., Clarendon Press Oxford, p 37.

۲۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۸۸.

30. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳/۱۶/۲۰۱۶)

۳۱. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۸۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۸۸.

متصرف از ریشه «صرف» گرفته شده است که به معنی تصرف کننده، دخالت کننده و انجام دهنده کاری است. در فقه و حقوق متصرف به کسی می گویند که یک عمل حقوقی را انجام دهد.^{۳۲} به حیث مثال، در هبه و اهب متصرف است. همچنین، در عقد عاریت، عاریت دهنده متصرف است.

متصرف الیه یا متصرف له شخصی که است که تصرف به نفع او صورت می گیرد. به حیث مثال، در عقد هبه و در وصیت موهوب له و موصی له متصرف له و متصرف الیه هستند. اما، شخصی که تصرف به ضرر او صورت می گیرد متصرف علیه نامیده می شود. به حیث مثال، در وصیت بیشتر از ثلث مال ورثه متصرف الیه تلقی می گردند. تصرف بر دو نوع است: تصرف فعلی و تصرف قولی:

۱) **تصرف فعلی:** براساس فقه تصرف فعلی عبارت از تصرفی است که اساس آن عمل غیرلسانی است. به عبارت دیگر: تصرف فعلی، عبارت از واقعه ای عادی است که از شخص صادر می گردد مانند: حیازت مباحات، تسلیم مبیع، قبض دین و نظیر اینها.

۲) **تصرف قولی:** طبق فقه تصرف قولی، عبارت از تصرفی است که در گفتار از اشخاص صادر می گردد که آن هم بر دو نوع است:

۱- **تصرف قولی عقدی:** طبق فقه تصرف قولی عقدی عبارت از توافق دو اراده در قول است مانند: بیع، شرکت و امثال اینها.^{۳۳} ماده ۴۹۳ ق. م با اقتباس از فقه در این باره تصریح می نماید که: «تصرف حقوقی عبارت از تصرف قولی است که از اراده قاطع شخصی برای ایجاد اثر حقوقی معین مطابق به احکام قانون به وجود آمده باشد.»^{۳۴} نص این ماده ناقص به نظر می رسد زیرا طبق این ماده تصرف حقوقی صرف شامل تصرف قولی می شود نه تصرف عملی مانند احراز مباح که نوعی تصرف حقوقی عملی یعنی ایقاع است. همچنین، طبق نص این ماده تصرف باید از اراده قاطع شخص صادر شود. به نظر می رسد در صورت عدم وجود اراده قاطع، مانند صدور تصرف از دیوانه و صغیر غیر ممیز، تصرف حقوقی اثر ندارد.

همچنین، در صورتی که متصرف فاقد اراده باشد، بر حسب مورد امکان دارد حادثه حقوقی تلقی شود مانند قتل غیر عمد و اتلاف غیر قصدی مال دیگران. همچنین، طبق این ماده در صورتی که تصرف از شخص براساس اراده قاطع صادر شود، قانون بر آن اثر مرتب می نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید موتر خویش را برای شما شش لک افغانی فروختم و محمود بگوید خریدم، عمل احمد و محمود تصرف حقوقی است و اثر دارد. اثر آن ایجاد حق و تکلیف به احمد و محمود است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف تصرف حقوقی است.

۳۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۹۹ و ۱۷۰۰.

۳۳. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۸۹؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۶۸۸ و ۶۸۹؛ و وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۲۰ و ۲۹۲۱.

۳۴. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۸۹؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۶۸۸ و ۶۸۹؛ و وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۲۰ و ۲۹۲۱.

۲- تصرف قولی غیرعقدی: تصرف قولی غیرعقدی، عبارت از تصرف گفتاری مجرد اخبار به حق است مانند: دعوی و اقرار. در علم حقوق نیز تصرفات حقوقی وقایعی است که بر اساس اراده اشخاص به وجود می آید و آثار آن نیز تابع همان اراده است. پس، در تعریف آن حقوقدانان می گویند که: «تصرف حقوقی کاری ارادی است که اثر آن با آنچه فاعل می خواهد منطبق است». به عبارت بهتر: «اعلام اراده ای است که به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص انجام می شود و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می کند». از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که برای این که تصرف حقوقی از سایر اعمال انسان ها متمایز گردد لازم است نخست این که: شخص تصرفی را انجام دهد. این تصرف می تواند عملی و یا قولی باشد. دوم این که این تصرف براساس اراده اشخاص انجام شود و سوم این که قانون بر آن اثر مرتب نماید.

لذا، به نظر می رسد تصرف حقوقی سه عنصر مهم دارد: صدور تصرف، وجود اراده متصرف و ترتیب اثر بر آن توسط قانون. تصرف حقوقی در صورتی که از یک دو و یا بیشتر از دو شخص صادر شود به آن عقد می گویند. به عبارت دیگر: در صورتی که تصرف حقوقی دو جانبه باشد به آن عقد می گویند. در حقوق فرانسه برخی نویسندگان در این باره بر این نظر اند که: عمل حقوقی یا یکجانبه است مانند وصیت و یا دو جانبه مانند عقد.^{۳۰}

ماده ۴۹۴ ق. م. ا در این باره می گوید که: «تصرف حقوقی در عقود با توافق اراده طرفین عقد، تکمیل گردیده و بر اثر آن بر یکی از طرفین، وجبیه مرتب می گردد». نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد زیرا طبق نص این ماده در اثر تصرف بر یکی از طرفین وجبیه مرتب می گردد. لذا، پرسش این است که در صورت تصرف برای یکی از طرفین و یا هر یک از طرفین وجبیه مرتب می گردد؟

در پاسخ به این پرسش باید قایل به تفصیل شد و به نوع عقد که معوض و یا غیر معوض است توجه کرد. در عقود معوض، عقد موجب ایجاد وجبیه (تعهد) می شود. تعهد یعنی حق و تکلیف طرفین عقد که به آن اثر یا حکم عقد نیز می گویند. حق یک طرف عقد تکلیف طرف دیگر عقد و تکلیف طرف دیگر عقد، حق طرف اول عقد است. به حیث مثال، در عقد بیع، دریافت مبیعه حق مشتری و دریافت ثمن حق بایع است. دادن مبیعه به مشتری تکلیف بایع و دادن ثمن به بایع تکلیف مشتری است. لذا، هر عقدی معوض برای هر یک از طرفین تکلیف و حق ایجاد می کند.

اما، عقود غیرمعوض (یک تعهدی) صرف برای یکی از طرفین تکلیف ایجاد می نماید و جانب مقابل تکلیفی ندارد. مثلاً، در عقد هبه بدون عوض موهوب له تکلیفی ندارد. اما، می تواند موهوبه را بپذیرد. لذا، به نظر می رسد نص ماده ۴۹۴ ناظر بر عقود غیر معوض است نه معوض که محل انتقاد است، زیرا در عقود معوض تکلیف متوجه هر یک از طرفین عقد است. اما در صورتی که تصرف حقوقی از یک شخص صادر شود به آن ایقاع می گویند. از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که تصرفات حقوقی به عقد و ایقاع تقسیم می شوند. در این بخش قواعد عمومی عقود (فصل اول) و سپس قواعد عمومی ایقاع (فصل دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

فصل اول: عقد

عقد^{۳۶} یکی از منابع تصرفات حقوقی و تصرفات حقوقی یکی از اسباب مهم تعهدات است. اهمیت عقود به اندازه ای است که قسمت اعظم قوانین مدنی و تجارتی را عقود تشکیل می دهد. زیرا، در حقوق خصوصی برخلاف حقوق عامه، افراد روابط خصوصی خویش را از طریق عقود تنظیم می نمایند مانند: ازدواج، بیع، وکالت، کفالت، رهن، قرض، اجاره و نظیر اینها. بنابراین، اساس بسیاری از اعمال حقوقی را که در ساحة حقوق خصوصی اعم از تجارتی و مدنی واقع می گردد عقد تشکیل می دهد. از همین رو، فقه و با پیروی از آن ق. م قواعد معینی را جهت تنظیم عقود وضع نموده اند.

عقد نیز دارای قواعد عمومی است که در صورت سکوت قانون در مورد یک عقد معین و یا نامعین، این قواعد بر آن عقد قابل تطبیق است. این احکام در حقوق مدنی به «قواعد عمومی عقود» معروف است. از همین رو، در بند اول ماده ۵۰۴ ق. م. ا آمده است که: «قواعد عمومی مربوط به عقد بر تمام عقود تطبیق می گردد [...]». با توجه به این قاعده، قانونگذار مدنی در کتاب دوم ق. م قواعد عمومی عقود و در کتاب سوم قواعد خاص عقود معین را تنظیم نموده است. در صورت فقدان حکم در خصوص عقود معین، قواعد عمومی عقود بر آن عقد قابل تطبیق است.

به حیث مثال، در خصوص صرافی در ق. م احکام محدود وجود دارد. اگر قواعد عمومی عقود را بر این عقد تطبیق نماییم، می توانیم تعریف، ارکان، شرایط ارکان، آثار، تفسیر، انحلال و ... آن را بسط و توسعه دهیم. این

۳۶. امروزه با توجه به اهمیت عقد، عقد به طور کلی به پنج دسته تقسیم می شود: قراردادهای بین المللی (در مورد قرارداد های بین المللی نک: جولیا پیفیر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، کابل: انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق عمومی و بین الملل، صص ۵۳-۷۵، قرارداد کار (در مورد قرارداد کار نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). مبادی حقوق افغانستان، چاپ اول: کابل: انتشارات سعید، صص ۳۲۲-۳۳۴)؛ قرارداد های اداری (در مورد قرارداد های اداری نک: همان، صص ۳۰۲-۳۰۶)؛ قرارداد های تجارتی و عقود مدنی. در این کتاب صرف عقود مدنی مورد بحث قرار می گیرد.

احکام در فقه به نام فقه معاملات نامیده می شود.^{۳۷} در گذشته، فقهاء راجع به قواعد عمومی بحث نکرده اند. اما، فقهای معاصر با استفاده از قواعد عقد بیع قواعد عمومی عقود را انشاء نموده اند. نویسندگان ق. م قواعد عمومی عقود را در جلد دوم، فصل دوم زیر عنوان تصرفات حقوقی، در قسمت اول، طی مواد ۴۹۷-۷۵۰ تنظیم نموده اند.

کلیات قراردادها شامل مباحث چون تشکیل قرارداد که شامل ایجاب و قبول، قصد، رضا و اهلیت می شود، آثار قراردادها که شامل تملیک، تملک، انتقال مالکیت، تعهد به تسلیم، نحوه پرداخت پول، تعدیل قرارداد، قوه قاهره، خیارات، شروط، تخلف از شرط، تأخیر در پرداخت دین و نظیر اینها می شود. انحلال قرارداد که شامل فسخ، بطلان، غیرنافذ، شروط فاسخ، انفساخ، ایفای تعهد، تهاتر یا مجرای، انقضای مدت و نظیر اینها می شود.

عقود مدنی تقسیمات متعدد دارد که یکی از آن تقسیمات عقود معین و غیرمعین است. عقود معین که طبق ق. م به صورت عموم بیست و سه نوع است تابع احکام خاص است. بنابراین، در این بخش قواعد عمومی عقود و در جلد دوم این کتاب قواعد خاص عقود معین را مورد بحث قرار می دهیم.

مبحث اول: تعریف عقد

عقد که در دری به آن قرارداد و به ندرت مقاوله نیز می گویند در لغت به معنای گره بستن، ربط دادن، پیوند دادن إبرام و احکام، استوار داشتن^{۳۸} و عهد و پیمان بستن به کار رفته است.^{۳۹} از همین رو، اعراب از گره زدن طناب به «عقد الحبل» و قصد کردن، عقد نیت و از بستن سوگند به «عقد الیمین» تعبیر کرده اند، چنانچه عقد یمین اراده انسان را با تنفیذ التزام و عقد ازدواج اراده شخص را به اراده شخص دیگر ربط می دهد. بنابراین، عقد دو نوع است: حسی مانند: عقد الحبل و معنوی مانند: عقود فقهی و قانونی از قبیل: بیع، اجاره و نظیر اینها.^{۴۰}

گفتار اول) تعریف فقهی

در رابطه به عقد در فقه تعاریف مختلف به ترتیب ذیل وجود دارد:

۱) در فقه عقد با در نظر داشت عامل تعداد اراده اشخاص در انشاء آن به دو صورت: عام و خاص تعریف شده است: فقهای مالکیه، شافعیه حنابله و آنان که یک اراده را برای صحت پاره ای از عقود کافی می دانند، هر آنچه را شخص مصمم به انجام آن می شود، عقد می دانند اعم از اینکه از یک اراده صادر شده باشد مانند:

37 . Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The Philosophy of Islamic Law of Transactions, first edi, Malaysia: Center for reach and training, p 29.

۳۸. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۲۸۳؛ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویته: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۹۸؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۲؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۹۱.

۳۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۱۷؛ محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی محمد معین، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۶۸۴.

۴۰. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۱۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۳۷.

وقف، ابراء، طلاق و سوگند و یا اینکه در انشاء یا پیدایش آن دو یا چند اراده دخیل بوده باشد مانند: اجاره، بیع و نظیر اینها.

ولی، بیشتر فقهاء اعمال حقوقی نیازمند به يك اراده را «ایقاع» می دانند و بر این عقیده اند که: «عقد عبارت از بسته شدن شرعی کلام هر يك از متعاقدین به کلام دیگری است به نحوی که در همان محل ایجاد اثر کند.» به عنوان مثال، هرگاه شخصی به دیگری بگوید: فلان چیز را به تو فروختم (ایجاب) و جانب مقابل بگوید: آن را خریدم (قبول) و در چنین موارد اسباب پیوند این دو سخن مانند: شرایط لازم شرعی عقد از قبیل اهلیت تعاقدی در هر يك از طرفین وجود داشته باشد، این ایجاب و قبول منجر به ایجاد اثر می گردد.

(۲) فقهاء توافق دو اراده برای ایجاد اثر حقوقی از قبیل: ایجاد التزام، انتقال، تعدیل یا پایان دادن آن را عقد می دانند.^{۴۱}

(۳) ماده ۱۰۳ مجله الاحکام با توجه به تعریف عقد به معنی خاص در فقه در تعریف عقد می گوید: «عقد التزام متعاقدین و تعهد آنها بر امری است که در واقع عبارت از ارتباط ایجاب با قبول است.»

(۴) قرارداد عبارت از توافق دو شخص است که دارای اثر و الزام حقوقی است.

(۵) قدری باشاه قرارداد را چنین تعریف نموده است: «وجود توافق میان ایجاب که توسط یکی از طرفین صورت گرفته است و پذیرش آن توسط طرف دیگر به گونه ای که بر موضوع قرارداد اثر داشته باشد».^{۴۲}

گفتار دوم) تعریف حقوقی

در مورد تعریف عقد در حقوق نیز تعاریف ذیل وجود دارد:

(۱) ماده ۴۹۷ فقره اول ق. م در تعریف عقد می گوید: «عقد، عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا ازاله حق در حدود قانون.» این تعریف متأثر از تعریف حقوقدانان است. حقوقدانان در تعریف عقد می گویند: عقد عبارت از توافق دو یا بیشتر از دو اراده بر ایجاد اثر حقوقی و نقل، تعدیل و یا ازاله آن است. از تعریف فوق به خوبی استنباط می گردد که نخست عقد توافق دو اراده است. قید دو اراده در این تعریف محل ایراد به نظر می رسد، زیرا امکان دارد عقد توافق بیشتر از دو اراده باشد؛ دوم این که این توافق موجب ایجاد اثر می گردد؛ و سوم این که اثر ممکن است ایجاد تعهد، یا نقل، تغییر و یا از بین بردن تعهد و یا التزام باشد:

۱- ایجاد تعهد: مانند عقد بیع که تعهداتی معینی برای بایع و مشتری ایجاد می نماید. بنابراین، به موجب عقد بیع بایع متعهد به انتقال مبیع به مشتری و مشتری متعهد به انتقال ثمن به بایع می گردد.

۲- تعدیل یا تغییر تعهد: مانند توافق بر افزودن مدت یا شرطی بر تعهد، مانند اینکه: بایع مبیع را در برابر ثمن معجل به مشتری به فروش رساند و سپس بایع و مشتری به تأجیل پرداخت ثمن موافقه نمایند. مثال دیگر تعدیل حق را می توان در عقد اجاره دریافت. به عنوان مثال، اگر احمد خانه اش را برای مدت یک سال به

۴۱. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۲۸۴-۲۸۷؛ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۹۸ و ۱۹۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۳۷۳؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۱۷ و ۲۹۲۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۲۴۵.

محمود به اجاره بدهد و سپس احمد و محمود توافق نمایند که عقد اجاره برای مدت شش ماه باشد، حتی که محمود نسبت به خانه دارد تعدیل می‌گردد.

۳- **نقل یا انتقال تعهد:** مانند توافق بر نقل حواله که در آن حق از داین به داین دیگر و یا از مدیون به مدیون دیگر منتقل می‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود باشد و محمود مدیون جمشید، محمود می‌تواند حق جمشید را به احمد حواله دهد. در این مثال، به موجب عقد حواله، حق از یک شخص به شخص دیگر منتقل می‌شود.

۴- **ازاله یا پایان دادن تعهد:** مانند پرداخت دین که موجب پایان دادن تعهد می‌گردد.^{۴۳} ازاله از ریشه «زول» گرفته شده است که در لغت به معنی از بین بردن، زدودن، از اثر انداختن و نابود کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، ازاله عبارت است از، از بین بردن اثر مرتب بر یک عمل حقوق اعم از عقد و یا ایقاع.^{۴۴}

مثال دیگر پایان یافتن حق در اثر عقد ابراء است (به شرط این که ابراء را عقد تلقی نماییم). به حیث مثال، اگر احمد ده هزار افغانی مدیون محمود باشد و محمود را ابراء دهد، حق پایان می‌یابد. طبق نص این ماده عقدی که موجب ایجاد، تعدیل، انتقال و ازاله حق می‌شود باید در حدود احکام قانون باشد، در غیر آن، امکان دارد عقد موجب ایجاد این آثار نگردد. مانند قمار بازی و عقد خرید و فروش مواد مخدر که خلاف قوانین و فاقد اثر اند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف عقد و بیان آثار آن است.

۲) در مفهوم ساده: «قرارداد عبارت از توافق دو اراده است که منجر به ایجاد اثر حقوقی می‌شود.»^{۴۵} از آنچه گفته شد، به این نتیجه می‌رسیم که عقد توافق دو و یا بیشتر از دو اراده است که موجب ایجاد تعهد می‌شود. پرسش این است که آیا هر توافقی تعهد ایجاد می‌نماید؟ در پاسخ به این پرسش دانشمندان حقوق مدنی نظریات گوناگون ارائه نموده‌اند: برخی دانشمندان مصری در این باره بر این نظر اند که: توافق زمانی موجب ایجاد تعهد می‌شود که قانون بر آن تصریح نموده باشد. بنابراین، توافق باید مؤجد اثر باشد، زیرا در صورتی که توافق دو اراده ایجاد تعهد ننماید، عقد به وجود نمی‌یابد.

به عنوان مثال، شخصی که دیگری را برحسب آداب اجتماعی به مهمانی دعوت نماید و مدعو نیز این دعوت را بپذیرد. در چنین توافقی، طرفین قصد ایجاد تعهد را ندارند. بنابراین، در صورتی که مدعو از آمدن به مهمانی امتناع ورزد یا داعی از دادن مهمانی منصرف شود، مسؤولیتی متوجه هیچ یک نمی‌گردد، زیرا چنین توافقی عقد نیست.^{۴۶}

۴۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۴۹؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵).

قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۴-۲۲.

۴۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۵.

45. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th ed, Kuala Lumpur: ASN, p 5.

۴۶. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۵۰ و ۱۵۱.

برخی از حقوقدانان فرانسه در این باره بر این نظر اند که: صرف توافق هایی که موجب ایجاد یا تعدیل تعهد می شود، تعهد ایجاد می نماید. از همین رو، توافقات اجتماعی مانند: دعوت به مهمانی، ارایه خدمات مانند انتقال دادن توسط موتر شخصی، کمک ابتدایی صحتی قرارداد تلقی نمی شود.^{۴۷}

اما، در حقوق انگلیس برخی از حقوقدانان انگلیسی معیار دیگری را که توسط آن می توان عقد را از سایر توافقات اجتماعی تفکیک نمود، تعیین نموده اند. این معیار معیار قصد طرفین است. برخی از حقوقدانان انگلیسی در این مورد می نویسند که: در قرارداد قصد ایجاد تعهد وجود دارد و در سایر توافقات چنین قصدی وجود ندارد. از همین رو، حقوقدانان انگلیسی می گویند هر قراردادی توافق است، اما هر توافقی قرارداد نیست. به نظر می رسد با توجه به این معیار حقوقدانان انگلیسی در تعریف قرارداد می گویند که: قرارداد توافق میان دو یا بیشتر از دو شخص است به منظور ایجاد تعهدات حقوقی.^{۴۸}

گفتار سوم) فرق عقد با معامله

معامله از ریشه «عمل» گرفته شده و به معنای با همدیگر کار کردن، عمل کردن دو جانبه، داد و ستد و تجارت کردن است^{۴۹} و با عقد فرقی ندارد. ولی، چنانچه رایج است در بسیاری از موارد در عقود که از طرف هر یک از طرفین عقد نسبت به دیگری تعهد و یا تملیک شده باشد، استعمال می گردد.^{۵۰} به بیان دیگر، معامله بیشتر به معنای معاهده و تصرفات حقوقی دوجانبه و در مفهومی کاملاً خاصتر به معنای خرید و فروش به کار برده می شود.^{۵۱}

گفتار چهارم) فرق عقد با وعده

وعده عبارت از تصرف قولی است توسط وعده دهنده برای انجام کاری به نفع شخص دیگر. به نظر می رسد فرق عقد با وعده این است که عقد باید از نقطه نظر حقوقی نافذ شود مشروط بر این که شرایط آن متحقق گردد که تفصیل آن در مبحث تنفیذ عقد خواهد آمد، اما وعده صرف از نقطه نظر اخلاقی باید اجراء شود.^{۵۲}

مبحث دوم: ارکان

در مورد ارکان عقد سه سؤال مطرح است: نخست این که منظور از ارکان چیست؟ دوم این که ارکان عقد کدام ها اند؟ و سوم این که اهمیت تشخیص و تعیین ارکان عقد چیست؟ در پاسخ به سؤال اول باید گفت که: ارکان جمع رکن است و رکن در لغت به معنی جزء بزرگتر و قوی تر یک چیز، عضو عمده، آنچه که به آن قوت گیرند و تکیه دهند و پایه و ستون است و در اصطلاح به نظر حنفیه رکن امری است که وجود شی [امر/ پدیده] متوقف بر آن، و جزء حقیقت شی و داخل در شی باشد. بنابراین، در عبادات رکوع، سجده و قرائت قرآن کریم

47. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, 1st ed, Tehran: Dadqaster publication, p 304.

48. D. L. A. Barker and C. Padfield (1375). Law, 1st edi, Tehran: Arian bookshop, p 112.

۴۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸۳.

۵۰. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۱۵۹.

۵۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸۳.

52. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur: ASN, pp 23 and 24.

ارکان نماز تلقی می گردد و در معاملات ایجاب و قبول و یا آنچه قایم مقام ایجاب و قبول اعم از قول، فعل اشاره و نوشته باشد.

به عنوان مثال، رکن عقد: عبارت است از هر آنچه که دلالت بر اتفاق اراده طرفین عقد و یا آنچه قایم مقام آن اعم از فعل، اشاره و یا کتابت باشد، است. اما، به نظر غیرحنفیه رکن امری است که وجود شی متوقف بر آن است خواه داخل شی باشد و یا نه.^{۵۳} به نظر می رسد ارکان اجزای عمده یک امر است به گونه ای هرگاه یکی از این اجزاء وجود نداشته باشد، امر به وجود نمی یابد.

در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که: در فقه میان فقهای حنفیه و جمهور فقهاء در مورد ارکان عقد اختلاف نظر وجود دارد. ارکان عقد در فقه حنفیه همان ایجاب و قبول یا صیغه است و عاقدان و موضوع عقد از جمله مقومات و لوازم عقد است. اما، ارکان عقد به نظر غیراحناف چهار است که عبارت اند از: صیغه (ایجاب و قبول) عاقدین، محل عقد و حکم عقد است که سبب نیز نامیده می شود.^{۵۴} به نظر می رسد علت این اختلاف بر می گردد به تعریف رکن، زیرا رکن به نظر احناف داخل در امر یا پدیده است و به نظر جمهور فقهاء رکن امری است که وجود پدیده متوقف بر آن است تفاوت نمی کند که داخل در پدیده باشد و یا خارج از آن.

با توجه به این تفاوت، ارکان عقد [در همه عقود] در فقه حنفیه همان ایجاب و قبول یا صیغه است و عاقدان و موضوع عقد از جمله مقومات و لوازم عقد است. اما، ارکان عقد به نظر غیراحناف چهار است که عبارت اند از: صیغه (ایجاب و قبول) عاقدین، محل و حکم یا سبب عقد. اما، به نظر می رسد طبق ق. م ارکان عقد عبارت اند از: ۱) ایجاب و قبول؛ ۲) عاقدین (مواد ۵۰۵-۵۷۸)؛ ۳) موضوع عقد (مواد ۵۷۹-۵۹۰)؛ و ۴) سبب یا مقصد اصلی عقد (مواد ۵۹۱-۵۹۴).

به حیث مثال، در عقد بیع بایع و مشتری عاقدین، میبعه محل یا موضوع عقد، ایجاب و قبول صیغه عقد و انتقال ملکیت میبعه از بایع به مشتری و از پول به بایع سبب عقد است. همچنین، در عقد اجاره مؤجر و مستأجر طرفین عقد، ایجاب و قبول صیغه عقد، خانه محل یا موضوع عقد و انتفاع گرفتن از خانه توسط مستأجر و حصول اجرت توسط مؤجر سبب عقد است. در حقوق امریکا ارکان عقد سه است که عبارت اند: ایجاب و قبول و موضوع است.^{۵۵}

پرسش این است که تفاوت رکن با شرط چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که: فرقی که بین رکن و شرط وجود دارد این است که رکن اجزای داخلی و شرط جزء یا اجزای خارجی یک امر است. به عنوان مثال، قیام، قرائت، سجده و قعدۀ ارکان نماز اند، اما پاک بودن بدن و محل شرط نماز اند. اما، در عقود رکن اجزای عقد اند و شروط اموری اند که باید در هر یک از این اجزاء وجود داشته باشد. به عنوان مثال، عاقدین ارکان

۵۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۲۹۳۰ و ۳۰۷۶؛ (____) (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۰۰؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۰ و ۳۰۱؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، صص ۲۱۵-۲۱۹.

54. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th ed, Kuala Lumpur: ASN, p 12.

55. William P. Statsky (____). Family law, 6th ed, New York: Delmar Gengage leaning, p 129.

عقد و واجد اهلیت بودن عاقدان شرط عقد و یا شرط رکن اند. همچنین، صیغه رکن عقد و عدم آینده بودن شرط صیغه است.

در پاسخ به سؤال سوم باید گفت که: اهمیت تشخیص و تعیین ارکان عقد این است که با تشخیص و تعیین ارکان عقد، مسأله به وجود آمدن و یا عدم به وجود آمدن عقد مطرح می‌گردد؛ به این توضیح که: هرگاه ارکان عقد متحقق شود، عقد به وجود می‌یابد، اما در صورتی که یکی از این ارکان، متحقق نشود، عقد به وجود نمی‌یابد. به حیث مثال، هرگاه طرفین عقد (مثلاً: بایع و مشتری) موجود باشند و صیغه عقد (ایجاب و قبول) را انجام دهند، اما موضوع عقد (مثلاً: مبیع در عقد بیع) وجود نداشته باشد، عقد به وجود نمی‌یابد، و یا هرگاه طرفین و موضوع وجود داشته باشد، اما میان طرفین ایجاب و قبول صورت نگیرد، عقد به وجود نمی‌یابد. از همین رو، عقدی که فاقد یکی از ارکان باشد، فقهاء (به ویژه جمهور) به آن عقد باطل می‌گویند که تفصیل آن در مبحث آثار عقد خواهد آمد.

در حقوق فرانسه، برخی از نویسندگان فرانسوی، پس از پرداختن به تعریف عقد، بحث تشکیل عقد را مطرح نموده‌اند و در چهارچوب تشکیل عقد در مورد رضا، اهلیت، موضوع و سبب عقد بحث نموده‌اند.^{۵۶} از این روش، اکثر استادان حقوق مدنی ایران نیز استفاده کرده‌اند. برعکس، اکثر فقهاء از این روش استفاده ننموده و معمولاً انعقاد قرارداد را در قالب شرایط ارکان عقد پس از پرداختن به ارکان عقد بیشتر در قالب ایجاب و قبول مطرح نموده‌اند. ما در این کتاب از روش سوم که جمع این دو روش است استفاده می‌نماییم؛ به این ترتیب که انعقاد و تفصیل ارکان و شروط ارکان را مورد بحث قرار می‌دهیم:

گفتار نخست) انعقاد

طبق ماده ۵۰۶ فقرة اول ق. م: «(۱) عقد به ایجاب و قبول طرفین منعقد می‌گردد.» به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان ابزار بستن عقد است. از نص این ماده به خوبی فهمیده می‌شود که عقد با ایجاب و قبول منعقد می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید این موتر را سه لک افغانی می‌فروشم و محمود بگوید خریدم، عقد بیع بسته می‌شود. در این مثال، سخن احمد ایجاب و سخن محمود قبول است. پرسش این است که انعقاد چیست (الف)؟ آیا در حقوق خصوصی طرفین می‌توانند به صورت آزاد عقود را منعقد نمایند (ب)؟ ایجاب و قبول چیست (ج)؟ طرق ایجاب و قبول کدام‌ها اند (د)؟ و شرایط ایجاب و قبول چیست (ه)؟:

الف) تعریف

در پاسخ به سؤال اول باید گفت که: انعقاد از ریشه عقد گرفته شده است که در لغت به معنی بسته شدن، بستن، منعقد شدن و پیوسته داشتن است. در حقوق مدنی به عوض انعقاد کلمات تشکیل عقد نیز استعمال می‌شود. در اصطلاح فقهی به پیوستن ایجاب و قبول یا کلام یکی از طرفهای عقد با کلام طرف دیگر انعقاد

56. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, 1st ed. Tehran: Dadqaster publication. p 310.

می‌گویند.^{۵۷} ماده ۱۰۴ مجله الاحکام در تعریف انعقاد می‌گوید: «انعقاد عبارت است از تعلق و ارتباط هر یک از ایجاب و قبول به همدیگر که به وجه مشروع صورت گیرد و اثر در متعلق هر دو ظاهر گردد.».

ب) آزادی انعقاد عقود

در پاسخ به سوال دوم باید گفت که: یکی از اصول کلی حقوق در حقوق مدنی برخلاف حقوق عامه آزادی انعقاد عقود است.^{۵۸} طبق این اصل، اشخاص در انعقاد عقود آزاد هستند و در نتیجه کسی نمی‌تواند در این باره هیچ گونه محدودیتی را بر اراده آنها تحمیل کند. اصل آزادی انعقاد عقود مطلق نیست و به نظر می‌رسد با سه قید قانون، نظم عمومی و آداب عامه تقیید شده است. گذشته از این، به نظر می‌رسد اشخاص در حقوق خصوصی در عدم انعقاد قرارداد نیز آزاد نیستند زیرا در صورتی که شخص تاجر باشد و مال داشته باشد و اموال خویش را به فروش نرساند، این عمل او احتکار محسوب می‌شود که طبق قانون منع احتکار و فقه جواز ندارد.

۱) قانون: اولین محدودیتی که اصل آزادی انعقاد عقود با آن مواجه است، قانون است. پرسش این است که این اصل در حقوق مدنی چگونه با محدودیت قانونی مواجه می‌شود؟ در پاسخ به این پرسش خصوصی دانان این اصل را با هر قانونی مخالف نمی‌دانند، بلکه قایل به تفصیل شده‌اند و قوانین را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: قوانین امری و تکمیلی. قوانین امری که قوانین تحمیلی نیز نامیده می‌شود، قوانینی هستند که افراد جامعه نمی‌توانند بر خلاف آن توافق کنند، زیرا این قوانین مستلزم امر و نهی‌اند. در صورت چنین توافقی، این توافق فاقد اعتبار است. به حیث مثال:

- در صورتی که «الف» با «ب» قرارداد ببندد تا «ب»، «ج» را به قتل برساند، این قرارداد به دلیل مخالفت با قانون باطل است، زیرا طبق قانون جزا قتل دیگران را ممنوع است.

- در صورتی که مردی با زنی عقد ازدواج ببندد و توافق نمایند که شوهر به زوجه نفقه فراهم نماید و یا شوهر به زوجه مهر نپردازد، چنین توافقی به دلیل مخالفت با قانون باطل است، زیرا طبق ق. م به موجب عقد ازدواج شوهر مکلف به فراهم نمودن نفقه و پرداخت مهر به زوجه است.

- اگر احمد با محمود عقد ببندد تا محمود جمشید را اختطاف نماید، این عقد به دلیل مخالفت با قانون جزا باطل است.

- اگر احمد در صدد پیدا کردن کار باشد و محمود شرکت داشته باشد و احمد و محمود توافق نمایند تا احمد روزانه دوازده ساعت کار نماید، این عقد با دلیل مخالفت با قانون (کار) باطل است. زیرا، ساعات کاری در حدود شش الی هفت ساعت در یک روز است. قوانین تکمیلی قوانینی هستند که طرفین می‌توانند بر خلاف آن توافق نمایند، زیرا این قوانین با اشخاص اختیار اعطا می‌نمایند.^{۵۹} پرسش دیگری که در این ارتباط مطرح می‌شود، این است که مصادیق قوانین امری و تکمیلی کدام قوانین است؟ در پاسخ به این پرسش به نظر

۵۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۸۱.

۵۸. در مورد سیر تاریخی این اصل، نک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۹۰-۹۳.

۵۹. به حیث مثال، نک: محمد جعفر لنگرودی (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم: تهران: گنج دانش، ص ۲۱۵؛ و جواد افتخاری (۱۳۸۲). کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، ص ۳۱.

می رسد هیچ قانونی به طور کلی امری و یا تکمیلی نیست. به این منظور، باید حکم هر ماده از قانون را جداگانه مورد مطالعه قرار داد، زیرا امکان دارد یک قانون حاوی احکام امری و تکمیلی باشد. برخی مثال های قواعد تکمیلی قرار ذیل اند:

۱- طبق ق. م مشتری مکلف است مصارف ناشی از تسلیم مبیع را که از طریق محکمه که عقار در آن موقعیت دارد از قبیل: محصول ثبت پردازد. البته، چون این امر مخالف قانون و نظام عامه نیست، بایع و مشتری می توانند در این باره توافق نمایند تا بایع آن را پردازد. ماده ۱۱۲۳ ق. م در این مورد تصریح می نماید که: «مصارف تسلیمی مبیعه و عقد بیع، محصول ثبت و غیره مصارفی که مبیعه ایجاب نماید به ذمه مشتری می باشد، مگر اینکه موافقه یا عرف به خلاف آن حکم نماید.»

۲- طبق ق. م پرداخت ثمن در جایی صورت می گیرد که در مورد آن توافق صورت گرفته است. در صورت عدم توافق، ثمن در جایی پرداخت می گردد که مبیعه در آنجا به مشتری تسلیم داده می شود. اما، اگر بایع بنا بر دلایلی مانند: مؤجل بودن ثمن به زمان معین در آینده مستحق دریافت ثمن در وقت تسلیمی مبیع دانسته نشود، مشتری ثمن را در اقامتگاه خویش به بایع می پردازد.

۲) **نظم عمومی:** به نظم عمومی در انگلیسی *public order* و *public policy* می گویند. به نظر می رسد اصطلاح نظم عمومی از طریق ماده ۱۲۳۳ قانون مدنی فرانسه وارد قانون مدنی مصر و از قانون مدنی مصر وارد قانون مدنی افغانستان شده است. اصطلاح نظم عمومی و آداب عامه در ماده ۶ قانون مدنی فرانسه استعمال شده اند. مسأله نظم عمومی در نگاه قانونگذاران مدنی از اهمیت ویژه برخوردار بوده است، زیرا عدم مخالفت سبب و محل عقد، که تفصیل هر دو خواهد آمد، را با نظم عمومی شرط دانسته اند. در ممالکی که نظم عمومی وجود ندارد، درک مفهوم نظم عمومی مشکل به نظر می رسد. اما، در ممالک توسعه یافته مانند آلمان و فرانسه برخی مصادیق نظم عمومی به وضوح قابل مشاهده است.

به حیث مثال، هرگاه در مملکتی مانند آلمان و یا فرانسه برق برای مدت یک یا دو روز وجود نداشته باشد، سیستم حمل و نقل زمینی برقی مانند قطار و ملی بس های برقی، پرواز ها، کار های روزمره ادارات اعم از دولتی و خصوصی که توسط وسایل الکترونیکی اداره و اجراء می شوند و نظم حمل و نقل زمینی و هوایی و کار روزمره ادارات همه فلج می شوند و در نتیجه نظم عمومی بر هم می خورد. بنابراین، پرسش این است که نظم عمومی چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که هم دانشمندان حقوق مدنی، هم دانشمندان حقوق عامه و هم دانشمندان حقوق بین الملل خصوصی نظم عمومی را می شناسند، اما از ارایه تعریف قانع کننده در مورد آن عاجز به نظر می رسند.

به حیث مثال، کاپیتان حقوقدان فرانسوی در تعریف نظم عمومی می گوید: نظم عمومی مجموعه تاسیسات و قوانینی است که به منظور حسن جریان امور عامه و یا برای تأمین و رعایت روابط افراد جامعه مقرر شده است و افراد نمی توانند برخلاف آن قرارداد منعقد نمایند. این تعریف همانطور که داکتر لنگرودی معتقد است اگر بر ابهام نظم عمومی نیافزاید، اجمال آن را رفع نمی کند و گره ای نمی گشاید.^{۶۰} داکتر محمد نصیری

حقوقدان ایرانی در تعریف نظم عمومی می گوید: «مجموع تأسیسات و قواعدی که در کشور به منظور حفظ حسن جریان خدمات عمومی، امنیت و فضیلت اخلاقی در روابط مردم بر قرار شده و افراد اصولاً نمی توانند به وسیله قرارداد آنها را نقض نمایند نظام عامه نامیده می شود.^{۶۱}»

این تعریف نیز مشکلی را حل نمی نماید و مورد توافق دانشمندان حقوق قرار نگرفته است و شبیه تعریف کاپیتان حقوقدان فرانسوی است. ماده ۲ بند قانون پولیس منتشره جریده رسمی شماره ۹۹۴، مؤرخ ۱۵/۱۶/۱۳۸۸ در تعریف نظم عامه می گوید: «نظام عامه: آرامش اجتماعی است که طبق احکام قانون توسط پولیس تأمین می گردد.» این تعریف نیز مبهم به نظر می رسد و بیانگر ماهیت نظام عامه نیست. به نظر نمی رسد که نظام عامه آرامش اجتماعی باشد. برخی دیگر در تعریف نظام عامه می گویند: نظم عمومی بر وضعیت عادی و حسن جریان جامعه اطلاق می گردد.^{۶۲} برخی دیگر می گویند: نظم عمومی رفاه عمومی جامعه است^{۶۳} با توجه به ابهام در تعاریف، بسیاری از دانشمندان حقوق مدنی، حقوق عامه و حقوق بین الملل خصوصی سعی می نمایند، نظم عمومی را از طریق مصادیق آن تعیین و تعریف نمایند. به طور کلی، حقوقدانان مدنی مصر و ایران، مصادیق ذیل را به عنوان مصادیق نظم عمومی بر می شمردند:

۱- **نظم دولتی و اداری:** تابعان هر دولت باید نظام سیاسی و اداری آن را رعایت کنند و حرمت قوانین را که مبنای ادارات دولت و حقوق عمومی است نگاه دارند. بنابراین، تمام عقودی که با قواعد مربوط به تشکیلات دولت و اعمال خدمات عمومی مخالفت دارد باطل است. بنابراین، هیچکس نمی تواند حق انتخاب کردن و انتخاب شدن را از خود سلب کند یا ضمن عقد ملتزم شود که برای دیگری رأی بدهد. زیرا، شرکت در انتخابات در زمره تکالیف عمومی و آزادی کامل در آن لازمه حکومت ملی است. عقودی که در باره انتصاب مأموران دولتی بسته می شود و با شرایط عمومی آن منافات دارد، به سبب مخالفت با نظم اداری حکومت باطل است.

همچنین، عقدی که به موجب آن مأمور دولت در برابر انجام دادن وظیفه خود از مراجعه کنندگان مطالبه پاداشی می کند یا در برابر تحصیل منفعتی بر عهده گیرد که از اجرای درست قوانین خودداری کند، باطل است. عقدی که کارمند دولت را متعهد به انجام دادن کاری کند که به حکم قانون برای او ممنوع است اثر حقوقی ندارد، خواه از امور تجارتي باشد یا اداری. هیچ يك از مأموران دولت نمی تواند منصب خود را به دیگری واگذار کند یا بدون تصویب مقامهای صلاحیتدار بخشی از اختیارات خویش را به مأمور دیگر یا شخص خارجی منتقل کند. زیرا، تصدی کارهای که به آنان واگذار شده در زمره تکالیف عمومی است و نباید آن را حق مأمور پنداشت. بنابراین، عقودی که نظام اداری دولت را مختل کنند و سبب خروج کارهای عمومی از مجرای درست و قانونی شوند به علت مخالفت با نظم عمومی باطل است.^{۶۴}

۶۱. نقل از: محمد نصیری (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، ص ۱۸۸.

62 . www.justipedia.com (Last visit: 6/12/2017).

63 . www.www.study.com (Last visit: 6/12/2017).

۶۴ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱۶۸.

۲- **نظم قضایی:** قواعد اصول محاکمات اعم از مدنی، جزایی، تجارتی و ... و صلاحیت محاکم ناظر به حُسن جریان دعوی و انجام وظایف دولت در اجرای عدالت است و به همین جهت بستگی کامل به نظم عمومی دارد. حق اقامه دعوی نیز از تجاوز افراد به هم و انتقامجویی و کینه توزی های خصوصی می کاهد و یکی از عوامل حفظ نظم در دولت است. بنابراین، هیچ کس نباید در اختلاف با دیگران قاضی کار خود باشد. همه نیز باید این حق را داشته باشند که هنگام بروز ستم از مقام های عدلی و قضایی طلب رفع ظلم کنند. تعیین صلاحیت حوزه ای و موضوعی محاکم از امور مربوط به نظم عمومی است.

در نتیجه، متداعیان نمی توانند در باب صلاحیت محکمه ای که بر قضیه صلاحیت موضوعی و یا حوزه ای دارد، توافق کنند و دعوی را که تحت صلاحیت حوزه ای و یا موضوعی یک محکمه است در محکمه دیگر اقامه نمایند. همچنین، استیناف خواهی و فرجام خواهی و تجدید نظر بر فیصله های محاکم از امور مربوط به نظم عمومی است. بنابراین، طرفین دعوی نمی توانند توافقی مخالف این امور که مربوط به نظم عمومی است نمایند. زیرا، چنین توافق های خصوصی به موجب حکم ماده فقره دوم ق. م به سبب مخالفت به نظم عمومی باطل پنداشته می شود.^{۶۵}

۳- **نظم در اهلیت و احوال شخصیه:** برخی حقوقدانان بر این نظر اند که قواعدی که وضع مدنی اشخاص را در جامعه تعیین می کند، تنها به خاطر حفظ منافع اشخاص وضع نشده است، بلکه هدف مهم این گونه احکام و قواعد تأمین مصالح عمومی است. به همین جهت، اشخاص نمی توانند بر خلاف آنها با یکدیگر توافق کنند. زیرا، این قواعد و احکام توسط قانون به صورت امری تعیین گردیده و طرفین عقد ازدواج نمی توانند آن را تغییر دهند. به عنوان مثال، تغییر در احوال شخصی بر اساس توافقه دوجانبه ممنوع است، مانند اینکه: شخصی با دیگری مبنی بر تغییر جنسیت توافق کند یا از رابطه پدری و فرزندگی انصراف ورزد، و یا در این باره مصالحه کند.

همچنین، وصی و قیم نمی توانند حدود نیابت را تغییر دهند.^{۶۶} این نظر محل ایراد به نظر می رسد. به نظر نمی رسد که تغییر در جنسیت و یا تغییر در احکام مربوط به احوال شخصیه ارتباطی با نظم عمومی داشته باشد. پذیرش این مصادیق به عنوان مصادیق نظم عمومی در نظام حقوقی افغانستان موجه به نظر نمی رسد. به نظر می رسد برخی مصادیق توافق های مخالف نظم عمومی در نظام حقوقی افغانستان قرار ذیل است:

۱- اگر احمد با محمود توافق نماید تا محمود در شهر بمگذاری نماید و شهروندان را بکشد، این قرارداد باطل است. زیرا، در صورت انفجار در شهر نظم عمومی به هم می خورد.

۲- اگر احمد رهبر حزب سیاسی با یک ساستمدار قرارداد نماید تا اعضای حزب سیاسی اعتراضات و مظاهرة را در بدل مقدار معین پول به راه اندازند و سرک ها را ببندند، این قرارداد به دلیل مخالفت با نظم عمومی باطل به نظر می رسد.

۶۵. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۴۴ و ۴۴۵؛ و ناصر کاتوزیان

(۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۶۹ - ۱۷۶.

۶۶. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۴۶ و ۴۴۷؛ و ناصر کاتوزیان

(۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۷۴ و ۱۷۵.

۳) **آداب عامه:** محدودیت سوم اصل آزادی انعقاد عقود این است که عقد مخالف آداب عامه که در حقوق افغانستان اخلاق نامیده می شود است. برخی نویسندگان در تعریف آداب عامه می گویند: آداب عامه که از آن به اخلاق حسنه نیز تعبیر شده است، عبارت از مجموعه قواعدی است که اخلاقیات اجتماعی معینی آن را مقرر می کند و معمولاً در زمان و مکانی محدود و معین مشاهده می شوند. چنین آدابی در واقع معیارهایی است که عملکرد و تصرفات افراد بر اساس آن معیارها مورد ارزیابی قرار می گیرد.^{۶۷} این تعریف مبهم است. برخی دیگر در تعریف آداب عامه می گویند: آداب عامه بر ضوابط و اصول اخلاقی اطلاق می گردد که در جامعه معین توسط قانون، پولیس و فشار اجتماعی تطبیق می گردد.^{۶۸} این تعریف با این ایراد مواجه است که قانون معمولاً قواعد اخلاقی را تنظیم نمی نماید. به نظر می رسد آداب عامه عبارت از قواعدی است که رفتار انسان ها به خصوص خوب و بد درست و نادرست را تنظیم می نماید. در ذیل برخی مصادیق عقودی را که مخالف آداب عامه است، مورد بحث قرار می دهیم:

- ۱- قرارداد های که به منظور ایجاد یا حفظ روابط جنسی آزاد بسته می شود با آداب عامه منافات دارد، مانند: تعهد پرداخت پول یا هبه یا قرض به عنوان پاداش به زنی که حاضر به برقرار کردن رابطه جنسی با مرد بیگانه شده است، یا تعهداتی که به منظور راضی ساختن او به برقراری روابط نامشروع یا الزام به حفظ آن می شود. همچنین است تعهد برای آنکه شخصی روابط جنسی طرف قرارداد را با دیگری تسهیل یا تأمین کند. ولی تعهدی که به منظور بر هم زدن رابطه نامشروع یا جبران زیان وارد به زن فریب خورده انجام می شود؛ و
- ۲- قراردادهای که به ایجاد و حفظ فاحشه خانه ها کمک می کند، به دلیل مخالفت با آداب عامه باطل است. از این گونه است فروش و اجاره مال غیرمنقول به منظور ایجاد فاحشه خانه، دادن قرض و عاریه به عنوان فراهم کردن وسایل کار این نهادها که به قصد ایجاد فاحشه خانه یا معرفی زنان بد کار بسته می شود. همچنین است تعهداتی که به منظور اجبار زن به خدمت در مکان های خاص ایجاد می شود، مانند: تعهداتی که از زنان اجیر و بدکاره برای باقی ماندن در فاحشه خانه معینی گرفته می شود و قرارداد کردن با کسی که به عنوان مستخدم و راهنما در این فاحشه خانه اجیر می شود.^{۶۹}
- ۳- قراردادهای مربوط به قمار و شرط زدن: کلیه توافقات مربوط به قمار یا شرط بندی به علت مخالفت با آداب عامه، باطل است. بنابراین، فروش خانه ای که برای قمار بازی اختصاص یافته باطل است. همچنین، اجاره آن و هر عقدی که به قصد بهره برداری برای قمار در باب خانه صورت پذیرد، باطل است؛
- ۴- در پیشگاه اخلاق همه وظیفه دارند که از اضرار به دیگران پرهیز کنند و مالی را که از غیر نزد خود دارند به صاحبش برگردانند. قوانین مدنی نیز از این قاعده حمایت می کنند و استفاده نامشروع را مجاز نمی شمردند. به همین جهت، موارد استناد به آداب عامه نادر است و نمونه های زیر را می توان از آن جمله شمرد: هیچکس نمی تواند نفوذ معنوی و سیاسی خود را در برابر عوض مالی در اختیار دیگری قرار دهد، هر چند که این قرارداد

۶۷. همان، ناصر کاتوزیان، جلد (۱)، ص ۱۸.

68. <https://en.m.wikipedia.org> (Last visit: 6/12/2017).

۶۹. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۴۹ و ۴۵۲؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۸۵ و ۱۸۶.

نیز مشمول قانون جزا در اخذ رشوه نباشد. گرفتن پاداش و دستمزد در برابر انجام دادن تکالیف اخلاقی و اجتماعی با آداب عامه منافات دارد و قراردادی که برای رد امانت، ادای قرض و تسلیم مال سرقت شده در برابر مبلغ معینی بسته می شود باطل است. همچنین است تعهداتی که در برابر خودداری از ارتکاب جرم یا تشویق کسی به ارتکاب جنایت گرفته می شود.^{۷۰}

۳- به نظر می رسد ازدواج دو جنس مشابه به دلیل مخالفت با اخلاق باطل است. همچنین، فروش طفل توسط والدین که برخی مصادیق آن در افغانستان در جریان سال ۱۴۰۰ به دلیل سقوط نظام جمهوریت و حاکم شدن فقر در شبکه های اجتماعی و رسانه ها نشر شد از یکطرف خلاق قانون و از طرف دیگر خلاف اخلاق است. اما، این قرارداد به نظر می رسد که نظم عمومی را به هم نمی زند. این مصادیق نیز مطلق به نظر نمی رسند و بنابراین در برخی نظام های حقوقی مانند: مصر، ایران و افغانستان از مصادیق مخالف آداب عامه پنداشته می شود، اما در کشور های مانند آلمان یا فرانسه این مصادیق مخالف آداب عامه نیست. به حیث مثال، ایجاد فاحشه خانه، ساقی خانه، قمارخانه و امثال اینها در این کشور ها مخالف آداب عامه محسوب نمی شود. از آنچه گفته شد، نتایج ذیل به دست می آید:

نخست این که: در حقوق عامه اصل بر عدم انعقاد عقود به دلیل اصل حاکمیت قانون، اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری، اصل عدم صلاحیت و نظیر اینها است. در گذشته، در حقوق خصوصی اصل بر آزادی انعقاد عقود بود اما امروزه حتی در حقوق خصوصی نه اشخاص آزادی عدم انعقاد عقود دارند و نه آزادی مطلق انعقاد عقود و باید در وقت بستن قرارداد نظم عمومی، قانون و اخلاق را رعایت نمایند و همچنین اموال را نباید احتکار نمایند.

دوم این که: برای نظم عمومی نه در تنها در نظام حقوقی افغانستان بلکه در سایر نظام های نیز تعریف مانع و جامع وجود ندارد. حقوقدانان کوشش می نمایند نظم عمومی را از طریق مصادیق و مثال ها تشریح و توضیح نمایند.

سوم این که: بسیاری از مصادیق عقود مخالف نظم عمومی در عین حال مخالف قانون نیز اند مانند قتل، اختطاف، انفجار و نظیر اینها.

چهارم این که: اصل آزادی انعقاد عقود بیشتر مربوط می شود به قواعد غیر آمره. قواعد غیر آمره قواعدی اند که طرفین قرارداد می توانند برخلاف آن توافق نمایند. اصل بیشتر غیر آمره بودن قواعد است. جاهایی که قواعد غیر آمره و تکمیلی است طرفین می توانند برخلاف آن توافق نمایند. اما قواعد آمره (Obligatory rules)، قواعدیست که هر گونه توافق و تراضی برخلاف این قواعد بلااثر است. قواعد آمره مربوط به نظم عمومی، اخلاق حسنه و سیاست های عمومی دولت است.

پنجم این که: اصل آزادی انعقاد عقود مربوط به عقود غیر معین می شود. اگر طرفین بخواهند عقد معین را که تفصیل آن در جلد عقود معین این دور از شرح قانون مدنی خواهد آمد ببندند در تعیین آثار آن نقش ندارند

۷۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۴۶۰-۴۶۵؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۸۵ و ۱۸۶.

زیرا آثار عقد معین از قبل توسط شارع - قانونگذار تعیین شده است. اما، آثار عقد غیر معین را اراده طرفین یا عرف تعیین می نماید.

ششم این که: اصل آزادی انعقاد عقود محدودیت ها را رفع می نماید.

در فقه فقهاء به اتفاق آراء به این عقیده اند که رضا اساس عقود را تشکیل می دهد. زیرا، خداوند عز و جل در این مورد فرموده است:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ - [النساء / ۲۹].

«ای کسانی که ایمان آورده اید اموال همدیگر را به ناروا مخورید، مگر آنکه داد و ستدی با تراضی یکدیگر از شما [انجام گرفته] باشد و خودتان را مکشید، زیرا خدا همواره با شما مهربان است.»

همچنین در این مورد پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ».^{۷۱}

«خرید و فروش از روی تراضی و توافق صورت می پذیرد.»

و فرموده است:

«لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُّسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ».^{۷۲}

«برای هیچ مسلمانی جایز نیست مال مسلمانی را بخورد، مگر به رضایت او.»

به موجب فقه، عقد به مجرد توافق طرفین بدون رعایت شکلیات خاص به استثناء عقد عقود شکلی به سبب خطر ناشی از عدم اعلان و اشهاد آن متحقق می گردد. باوجود این، فقهاء در باب آزادی انعقاد عقود به دو دسته منقسم گردیده اند:

۱) نظر فقهای ظاهریه: فقهای ظاهریه بر این عقیده اند که: اصل در انعقاد عقود منع است، مگر اینکه دلیلی برای اباحه آن موجود باشد؛ یعنی؛ هر عقد و یا شرطی که اگر جواز شرعی آن در نصوص شرعی ثابت نباشد یا اجماع امت بر آن ثابت نباشد، صحیح نیست.^{۷۳}

فقهای ظاهریه استدلال می نمایند که، شریعت اسلامی دربرگیرنده تمامی مباحث است و تمام مصالح امت، از جمله عقود را بر اساس عدل اسلامی بیان کرده است و دیگر با این امر، مجالی برای آزادی اراده افراد در انعقاد قراردادها باقی نماند و در موردی که چنین فرضی را بپذیریم در نهایت به از بین بردن نظام شریعت حکم کرده ایم.

۷۱. حدیث حسن رواه ابن ماجه عن ابی سعید الخدری رضی الله عنه.

۷۲. رواه دار القطنی عن انس رضی الله عنه.

۷۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۰۴۷ و ۳۰۴۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۸ و ۱۹؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، صص ۵۱۶.

۲) نظر جمهور فقهاء: فقهای حنابله و بقیه فقهای اهل سنت بر این باور اند که اصل در عقود و سایر مباحث مربوط به آن اباحه است، مگر اینکه با نصوص حقوق اسلام متعارض باشد و در این باره چنین استدلال می نمایند که:

- ۱- آیات قرآن کریم و احادیث نبوی جز رضا و اختیار صحت عقد را منوط بر امری دیگری ننموده اند؛
- ۲- آیه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ - [المایده / ۱] (ای کسانی که ایمان آورده اید به پیمان های خویش وفا کنید) طرفین عقد را بدون استثناء ملزم به ایفای مفاد عقد می نماید. بنابراین، وفا به آثار عقدی که انسان آن را به صورت مباشر بر اساس اراده آزاد منعقد نموده است، لازم است؛
- ۳- در باره آزادی انعقاد عقود باید میان معاملات و عبادات فرق قایل شد، زیرا وجوب عبادات مستلزم ورود نص شرعی است. ولی، معاملات و از آن جمله عقود، مستلزم ورود نص شرعی نیست. بنابراین، برای صحت آن کافی است که شرع آن را تحریم ننموده باشد. زیرا، اصل در افعال، اقوال و اشیاء اباحه است، زیرا غرض از معاملات در حقوق اسلام رعایت مصالح مردم است. پس، هر آنچه که موجب تحقق مصالح مردم گردد مباح است؛ و

۴- اصل اباحت انعقاد عقود را حدیث پیامبر ﷺ که می فرماید ثابت می نماید:

«الْصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا وَ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا وَ أَحَلَّ حَرَامًا.»^{۷۴}

«صلح میان مسلمین جایز است، مگر صلحی که حلال را حرام و حرام را حلال نماید. مسلمانان پایبند شروط خویش اند، مگر شرطی که حلال را حرام و حرام را حلال بسازد.»^{۷۵}

ج) ایجاب و قبول و رابطه این دو با اراده

در رابطه به سؤال سوم باید گفت که: ایجاب از ریشهٔ وجب گرفته شده که در لغت به معنی فرض کردن، واجب کردن، لازم گردانیدن، واقع ساختن، ثابت و مقرر نمودن است. همچنین، ایجاب به معنی پیشنهاد است. شخصی را که ایجاب می نماید، موجب و ایجاب کننده می نامند. در اصطلاح فقهی ایجاب عبارت از فعل دال بر رضاء به تعاقد است. به عبارت دیگر: ایجاب عبارت از فعل خاص دال بر رضای واقع ابتداء از زبان یکی از متعاقدين و یا قایم مقام وی است، تفاوت نمی کند که از سوی مملک یا متملک باشد. این تعریف را بیشتر فقهای حنفیه ارایه کرده اند که به موجب آن قول نخستین یکی از متعاقدين در عقد بیع ایجاب است، خواه از بایع یا مشتری صادر شود.^{۷۶} بنابراین، اگر بایع ابتداء بگوید: آن را فروختم، سخن او ایجاب است و همچنین است اگر مشتری ابتداء بگوید: خریدم.^{۷۷}

۷۴. رواه أبو داود، ابن ماجه و الترمذی عن عمرو بن عوف رضی الله عنه.

۷۵. جهت ملاحظهٔ این دلایل ر.ک.: وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۰۸۴-۳۰۵۰؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، صص ۵۱۶.

۷۶. به نظر می رسد از همین جهت، مادهٔ ۱۰۱ مجله الاحکام در تعریف ایجاب می گوید: «ایجاب اولین لفظ است که توسط یکی از عاقدین به منظور انشای تصرف صادر می شود و به وسیلهٔ آن تصرف دیگری واجب می گردد و به اثبات می رسد».

۷۷. از همین جهت، مادهٔ ۱۰۲ مجله الاحکام در تعریف قبول می گوید: «قبول دومین لفظی است که توسط یکی از عاقدین به غرض انشاء تصرف صادر می گردد و عقد به آن به اتمام می رسد.»

اما، جمهور فقهاء می گویند: آنچه از جانب کسی که صاحب تملیک است صادر گردد، مانند: بایع، مؤجر و زوجه و یا ولی زوجه ایجاب است اعم از اینکه اول صادر شود و یا دوم. اما، قبول، عبارت از آنچه است که از کسی که ملک به او منتقل می شود صادر گردد، اعم از اینکه اول صادر گردد یا دوم. پس، به نظر جمهور فقهاء مملک موجب و متملک قابل است و آنچه اول و آخر از طرف یکی از متعاقدین صادر گردیده است، اعتبار ندارد.^{۷۸}

قبول از ریشه قبل گرفته شده که در لغت به معنی پذیرش و پذیرفتن است و شخصی که چیزی را قبول می نماید قابل نامیده می شود. در فقه و حقوق به پذیرش چیزی با رضای خاطر و طیب نفس قبول می گویند. به عبارت دیگر: قبول عبارت است از کلام یا فعل یکی از متعاقدین در پاسخ به ایجابی که صورت گرفته است.^{۷۹} به نظر می رسد نویسندگان ق. م تعریف ایجاب و قبول را از فقه اقتباس ننموده اند. ماده ۵۰۶ فقره دوم ق. م در تعریف ایجاب و قبول می گوید: «ایجاب و قبول عبارت از الفاظی است که در عرف برای انشاء عقد استعمال می گردد». از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که ایجاب و قبول الفاظی اند که مطابق عرف برای انشاء عقد استعمال می شوند. چون لفظ و زبانی که مردم به آن در افغانستان تکلم می نمایند، امکان دارد از یک ولایت تا ولایت دیگر و از یک محل تا محل دیگر متفاوت باشد، بنابراین برای شناخت ایجاب و قبول باید به عرف مراجعه نمود.

به حیث مثال، اگر دست فروش به عابر بگوید: میوه، کارت مابیل و نظیر اینها می خری، لفظ و حرف دست فروش ایجاب است. اگر عابر بگوید: بلی، لفظ و حرف عابر قبول است. باید علاوه نمود که ایجاب و قبول وسیله برای ابراز اراده است که گاهی به صورت شفاهی، گاهی به صورت کتبی، گاهی به صورت صریح و ضمنی و گاهی نیز به اشاره و دلالت صورت می گیرد. بنابراین، اراده از طریق ایجاب و قبول ابراز می گردد. پرسش این است که اراده چیست و چه نوع اراده وجود دارد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که اراده از ریشه «ورد» گرفته شده است که به معنای خواست، خواهش، خواسته، خواستن، میل، قصد و گرایش و میل به انجام کاری است.^{۸۰} عده ای از فقهاء بر این عقیده اند که در عقود مراد از اراده قوه ای است که عقد را پدید می آورد و عقد در واقع توافق دو اراده است.^{۸۱}

حقوقدانان به قوه ای پدید آورنده عقد اراده گویند. زیرا، عقد به دنبال توافق دو اراده به صورتی پدید می آید که منجر به ایجاد اثر حقوقی می گردد.^{۸۲} حقوقدانان بدین باور اند که: اراده حرکت نفس به طرف کاری معین

۷۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۳۰-۲۹۳۲؛ ____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۰۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۱۰.
۷۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۵۰۷.
۸۰. ____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۳۱۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۴.
۸۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۵۴.
۸۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۱۵۴ و ۱۵۵.

پس از تصور و تصدیق منفعت آن است.^{۸۳} همچنین، اراده عبارت از خواهش اجرای عمل است با درک ماهیت آن. اراده بر دو نوع است:

(۱) **اراده باطنی**: اراده باطنی که اراده حقیقی و در حقوق فرانسه اراده درونی نامیده می شود، در حقوق عبارت از اراده ای است که در نفس وجود پیدا کرده و هنوز ابراز نشده است خواه ابراز آن به وسیله نوشته، اشاره و یا فعل باشد.^{۸۴} به عبارت دیگر: اراده باطنی عبارت از قصد اصلی و باطنی شخص در انجام عمل حقوقی است. امروزه بیشتر حقوقدانان بر این باور اند که اراده باطنی ملاک و معیار اراده ظاهری و انشایی است، مگر اینکه خلاف آن به صورت صحیح ثابت شود. زیرا، آنچه می توان بر آن ترتیب اثر داد، مظاهر بیرونی است که در واقع از باطن افراد خبر می دهد، چنانچه اگر چنین نمادی که گاه به صراحت، گاه ضمنی، گاه کتبی، گاه شفاهی و گاه اشاری است، در میان نباشد، هرگز نمی توان به اراده حقیقی اشخاص پی برد.^{۸۵} در فقه مراد از اراده باطنی عبارت از خواست مشروع همراه با قصد و رضاست. به این مفهوم که: در عقد یا هر نوع انتقال و یا انجام تعهد و عمل حقوقی اگر با احراز موارد پیش گفته، با طوع خاطر و از روی قصد و با رضا انجام پذیرد، تمامی آثار مشروع بر آن مرتب خواهد گردید.^{۸۶} در اصول به اراده افراد در انجام اعمال حقوقی در نفس الامر اراده حقیقی گویند. این اراده در برابر اراده انشایی به کار برده می شود. اراده انشایی اراده است که اعلام و بروز یافته است، حال آنکه اراده حقیقی به گرایش باطنی افراد تعلق می گیرد که ممکن است به اراده انشایی تبدیل شود و یا اینکه ممکن است هرگز چنین اتفاقی نیفتد.^{۸۷}

(۲) **اراده ظاهری**: اراده ظاهری که اراده خارجی و اراده انشایی نامیده می شود، در فقه و حقوق اراده ای است که عملاً ابراز شود.^{۸۸} در نتیجه، اراده ظاهری عبارت از اراده بروز یافته طرفین عقد و یا یکی از آنان در ایقاع ها است. در حقوق فرانسه از اراده ظاهری به اراده معلنه نیز یاد نموده اند: یعنی؛ اراده ای که قصد متعاقدان را بر انجام عمل حقوقی با شرایط قانونی به نحوی که آثار حقوقی بر آن مترتب باشد، آشکار می سازد. از چنین اراده ای گاه به نوشتار و گاه به به طور شفاهی پرده برداشته می شود. بروز چنین اراده ای گاه صریح و گاه ضمنی است که البته اراده انشایی باید از میزان ظهوری برخوردار باشد که بتواند منشأ پیدایی عقد واقع شود.

در نتیجه، اراده انشایی زمانی قابل تصور است که در بیرون نمود بیابد، که گاه این اراده با اراده باطنی همخوان و در مواردی هم با آن متعارض است که در آن صورت باید مدعی این مخالفت را ثابت کند.^{۸۹} در اصول فقه به اراده ای، اراده ای انشایی گویند که معطوف به ایجاد نوعی رابطه حقوقی باشد که از آن به میل و

۸۳. محمد جعفر لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۲۴.
۸۴. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۵۴ و ۵۵.
۸۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۴.
۸۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۵۷.
۸۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۱۵۸ و ۱۵۹.
۸۸. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۵۴ و ۵۵.
۸۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۷.

رضای باطنی افراد به ایجاد تصرف تعبیر کرده اند. اراده انشایی باید با یکی از مواردی که برای بیان مفهوم اراده به کار می رود، ابراز گردد. زیرا، تا زمانی که اعلان نشده، تنها يك قصد باطنی است که نمی تواند منشأ پیدایش عقد و ایقاع گردد.^{۹۰} اراده باطنی امری درونی و نفسانی است و به تنهایی اثری در جهان حقوق ندارد. برای آنکه دو اراده باهم توافق کنند، باید اعلام شوند. زیرا، در صورتی دو طرف می توانند از نیت درونی هم آگاه شوند که قصد شان به وسایلی مانند: لفظ و نوشته، ابراز گردد و به بیرون راه یابد.^{۹۱}

حال که رابطه میان اراده و ایجاب قبول دانسته شد، پاسخ پرسش سوم این است حقوقدانان ایجاب و قبول را از نظر تنجیز و تعلیق به دو نوع تقسیم می نمایند: ایجاب منجز که عبارت از ایجابی است که مشروط و مقید به امری نشده باشد، مانند اینکه: بایع به مشتری بگوید که: این مبیعه را مبلغ این قدر افغانی برای شما به فروش رساندم. در فقه به این نوع ایجاب، ایجاب محض (بات) می گویند. ایجاب معلق که عبارت از ایجابی است که منوط و معلق به تحقق شرطی دیگری شده باشد،^{۹۲} مانند اینکه: بایع به مشتری بگوید که: اگر اموالم فردا برسد، من آن را برای شما به این مبلغ می فروشم.

د) طرق

در پاسخ به سؤال چهارم ماده ۵۰۹ ق. م حکم می نماید: «اظهار اراده توسط گفتار، نوشته و یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می گیرد. همچنین اظهار اراده به داد و ستدی که بر حقیقت یک عقد صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته می تواند.» طبق نص این ماده ایجاب و قبول می تواند از طریق های ذیل انجام شود:

۱) گفتار

طبق ماده ۵۰۹ ق. م اظهار اراده توسط گفتار صورت می گیرد. زیرا، ساده ترین و در عین حال متداول و متعارف ترین وسیله تفاهم معانی و ابراز اراده باطنی الفاظ است که میان مردم به سبب وضوح، سهولت و قوت دلالت بسیار زیاد استعمال می شود. بنابراین، تا زمانی که متعاقدان قادر بر ابراز اراده از طریق گفتار باشند باید ایجاب و قبول را از طریق گفتار به هر لغتی که می فهمند به عمل آورند. زیرا، در آن عبارت خاصی شرط نیست. زیرا، ایجاب و قبول به لفظی که دلالت بر رضای طرفین بر حسب عرف و عادات آنها نماید، صحیح است. روی این دلایل در عقود، مانند: بیع، اجاره، رهن، هبه و امثال اینها لفظ معین و یا عبارت خاص شرط نیست، زیرا، عقود بر حسب نوع و احکام از همدیگر متفاوت اند، مانند اینکه: بایع بگوید: این را در برابر این مقدار پول به شما فروختم، تملیک نمودم یا اعطای نمودم و مشتری بگوید: خریدم، قبول نمودم و یا راضی شدم.^{۹۳} به حیث مثال، هرگاه احمد خریدار به محمود فروشنده بگوید قیمت این کالا چند است، ایجاب از طریق گفتار صورت گرفته است.

۹۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۵۷.

۹۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۵۴.

۹۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۱۴.

۹۳. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۱۹-۳۲۱؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۳۳؛ ____ (۱۴۰۴ ه ق). الموسوعة الفقهية،

۲) نوشته

براساس ماده ۵۰۹ ق ظهر اراده از طریق نوشته توسط عاقدین صحیح است اعم از اینکه طرفین قادر بر نطق باشند و یا نه، در مجلس واحد حاضر باشند و یا مجالس متعدد، چرا که اعلام اراده به وسیله نوشته در حکم بیان الفاظ است، زیرا، نوشته نیز، مانند صوت، وسیله عرفی و عادی انتقال معانی است و از این جهت تفاوتی بین وجود لفظی و کتبی کلمه ها وجود ندارد مانند این که یک شخص به شخص دیگر ایمیل بفرستد و فروش خانه و موتر خویش را ایجاب نماید و طرف دیگر آن را قبول نماید.

با وجود این، در کتابت شرط است که کتابت یا نوشته مستبینه باشد؛ یعنی: صورت آن بعد از ختم آن باقی بماند و نیز شرط است که مرسومه باشد؛ یعنی: به نحوی که بین مردم معتاد و متعارف است نوشته شده و توسط مرسل امضاء شده و نام مرسل الیه نیز در آن تذکر یافته باشد. پس، کتابت در صورت عدم مستبینه بودن، مانند: نوشتن بر سطح آب، هوا و غیره و غیر مرسوم بودن، مانند: نوشته خالی از امضاء صحیح نیست و عقد منعقد نمی گردد. روی همین دلیل، ماده ۶۹ مجله الاحکام حکم می نماید که: «نوشتن مانند گفتن است».^{۹۴}

۳) اشاره

اشاره از ریشه «شور» گرفته شده است که در لغت به معنی رمز است. در اصطلاح حقوق مدنی، اشاره عبارت است از رساندن تلویحی (غیرصریح) یک مفهوم که گاه با لفظ و گاه با اعضای بدن صورت می گیرد و بیشتر در مورد کسانی مصداق پیدا می کند که گنگ هستند.^{۹۵} مقصد از اشاره در فقه عبارت از تحریک عضوی از اعضای انسان است که دلالت بر رضای وی نماید، مانند: اشاره با سر، انگشتان، شانه و چشم بر حسب اقتضای عرف و عادات.^{۹۶} طبق ماده ۵۰۹ ق.م.اظهار اراده امکان دارد توسط اشاره که در عرف معروف باشد صورت بگیرد مانند تکان دادن سر از راست به چپ و یا برعکس که در عرف مفهوم رد را افاده می نماید و یا تکان دادن سر از بالا به پایین که در عرف مفهوم قبول را افاده می نماید یا تکان دادن دست توسط طرفین که بیانگر توافق آنها است. فقها در این خصوص بر این نظر اند که اظهار اراده از طریق اشاره ممکن است از شخص ناطق و یا گنگ صورت پذیرد:

۱- اظهار اراده توسط شخص ناطق: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: در موردی که عاقد قادر بر نطق باشد، نمی تواند عقد را از طریق اشاره منعقد نماید، بلکه لازم است تا عقد را از طریق گفتار و یا نوشته منعقد نماید، زیرا اشاره هر چند دلالت بر انشاء عقد نماید، نمی تواند به درجه یقینی که از اظهار اراده از طریق لفظ و یا نوشته استنباط می گردد، برسد. بنابراین، شخص ناطق باید، عقد را از طریق لفظ و یا نوشته منعقد نماید، در غیر آن، عقد وی انعقاد نمی یابد.

جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۰۲؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۵۷.

۹۴. «الکتاب کالخطاب».

۹۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۴۱.

۹۶. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۹۴.

۲- اظهار اراده توسط شخص گنگ: به موجب رأی راجح فقهای حنفیه، در موردی که شخص از نطق عاجز باشد مانند گنگ، در صورتی که قادر بر نوشتن باشد، باید اراده خود را از طریق نوشته اعلام نماید، زیرا نوشته فصیح تر و بلیغ تر از اشاره است. بنابراین، شخصی که قادر بر نطق نباشد، باید اراده خود را از طریق نوشته اعلام نماید. ولی، در صورتی که شخص گنگ قادر بر نوشتن نباشد، می تواند عقد را از طریق اشاره نیز منعقد نماید، زیرا اشاره در حالت ضرورت قایم مقام نطق قرار می گیرد. ماده ۷۰ مجله الاحکام در این باره حکم می نماید که: «اشارات متعارف احرس مانند بیان شفاهی است».

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اشارات گنگ در صورتی که کتابت و نوشتن نداند به اتفاق نظر همه فقهاء قایم مقام نطق اوست اعم از اینکه عقد باشد، مانند: بیع و نکاح، یا ایقاع، مانند: تملیکات از قبیل: وصیت و وقف، یا اسقاطات، مانند: طلاق، ابراء و اسقاط حق شفعه یا غیره مانند: دعوی، اقرار، یمین و امثال اینها. اما، در صورتی که گنگ کتابت و نوشتن بفهمد، رأی راجح میان فقهاء این است که تصرفات او از طریق کتابت صحیح نیست، زیرا کتابت از هر حیث مانند نطق او نیست.^{۹۷}

۴) داد و ستد

داد و ستد در مفهوم دادن و گرفتن است. طبق ماده ۵۰۹ عقد با داد و ستد هم منعقد می شود مانند این که: شخص ده افغانی به نانوا بدهد و نانوا یک نان به او بدهد بدون این که کلامی میان آنها رد و بدل شود یا مانند این که شخص در سوپر مارکت برود و بعد از انتخاب برخی کالاها قیمت آنها را به فروشنده بدهد و هیچ کلامی میان آنها رد و بدل نشود. طبق فقه عقد از طریق دلالت^{۹۸} نیز ممکن است منعقد گردد که شامل تعاطی و لسان الحال می شود:

۱) تعاطی: معاطات از ریشه «عطو» گرفته شده که در لغت به معنی مناوله، چیزی به کسی دادن، إعطاء کردن و چیزی از همدیگر گرفتن، داد و ستد است. در اصطلاح فقهی تعاطی یا معاطات به معامله عملی متعاقدین بی آنکه ایجاب و قبول را بر زبان بی آورند، گویند.^{۹۹} طبق فقه و ق. م عقد ممکن است علاوه بر گفتار و نوشته، از طریق فعل نیز منعقد گردد که در فقه «تعاطی» و یا «مراوضه» نامیده می شود و آن عبارت است از انعقاد عقد از طریق مبادله فعلی که دلالت بر تراضی طرفین بدون تلفظ ایجاب و قبول نماید، مانند اینکه: مشتری مبیعه را اخذ و ثمن را به بایع پرداخت نماید یا بایع مبیعه را به مشتری تسلیم و ثمن را بدون اینکه با وی تکلم نماید یا اشاره میان آنها صورت پذیرد، اخذ نماید خواه مبیع دارای قیمت گزاف یا اندک باشد.

۹۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۲۹۴۰ و ۲۹۴۱؛ و علی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، صص ۴۰۳ - ۴۰۸؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقہی العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۲۸ و ۳۲۹؛ _____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص ۲۱۰ و ۲۱۱.

۹۸. انعقاد عقد از طریق دلالت (دلالة) را نباید ایجاب و قبول ضمنی تلقی کرد، زیرا دلالت در لغت به معنی رهنمایی کردن و برهان و دلیل و آنچه که برای ثابت کردن امری بیاورند است که جمع آن دلایل است (حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۶۰۶).

۹۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸۱؛ و وزارة الأوقاف و الشئون السلامیة،

در باره تعاطی فقهای حنفیه بر این نظر اند که: در صورت موجودیت عرف میان مردم، عقد با معاطات واقع می گردد، فرق نمی کند که مبیع کم ارزش باشد، مانند: تخم مرغ، یا گرانقیمت، مانند: خانه، زمین و موتر، زیرا عرف رایج میان مردم دلیل آشکار بر تراضی طرفین است. همچنین، فقهای حنفیه بر این نظر اند که: تفاوت نمی کند که عمل از یک سو یا از هر دو طرف به انجام رسد و در این باره میان عقد بیع، اجاره، عاریت و هبه هیچ تفاوت نمی کند به شرط آنکه ثمن مورد معامله به طور کامل معلوم و معین باشد، در غیر آن عقد فاسد خواهد بود و نیز یکی از عاقدین عدم رضایت خود را ابراز نماید.^{۱۰۰}

(۲) لسان الحال: انعقاد عقد به لسان الحال مانند: اینکه انسان متاع خویش را نزد شخص دیگری بگذارد و برود و شخصی که متاع نزدش گذاشته شده، سکوت اختیار نماید و شخصی که متاع را می گذارد را نیز نهی ننماید، عقد ودیعه میان آنها به دلالت الحال منعقد می گردد و شخصی که امانت نزد وی گذاشته شده، مسؤول حفظ و در صورت تقصیر مسؤول پرداخت جبران خسارت آن می باشد.^{۱۰۱} ماده ۷۷۳ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «عقد ایداع با ایجاب و قبول صریح و ضمنی منعقد می گردد. مثلاً، اگر صاحب ودیعت بگوید: این چیز را نزد تو به ودیعت گذاشتم و یا این چیز نزد تو امانت باشد، و مستودع اظهار قبول نماید، عقد ایداع صراحتاً انعقاد می آید.

همچنین، اگر شخص به مسافر خانه داخل شود و با صاحب آن بگوید: حیوان خویش را در کجا بسته کنم و صاحب مسافر خانه محلی را به او نشان دهد و او حیوان خود را در آنجا بسته نماید، عقد ودیعت دلالتاً منعقد می گردد. همچنین، اگر شخص مال خود را در دکانی بگذارد، و صاحب دکان آن را ببیند و چیزی نگوید و سپس صاحب مال دکان را ترک نماید، مال الی بازگشت وی در نزد دکاندار امانت است. اما، اگر دکاندار بگوید که: ایداع را قبول ندارم و آن را رد نماید، عقد ودیعه منعقد نمی گردد.

به همین ترتیب، هرگاه شخصی مال خود را نزد جماعتی به طور ودیعت بگذارد و خود برود، در حالی که این جماعت رفتن او را ببینند، ولی سکوت اختیار نمایند، مال در نزد همه آنها امانت تلقی می گردد. در صورتی که همه آنها یکی بعد از دیگری برخاسته و از آن محل بروند، در این صورت، وظیفه حفظ مال به نفر اخیر تعلق می گیرد و مال صرف نزد او ودیعت تلقی می گردد.». هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۵۰۹ بیان طریقه های ایجاب و قبول است.

۵) تلفون و وسایل مماثل

طبق ماده ۵۲۴ ق. م: «عقد به وسیله تلفون یا وسایل مماثل آن از حیث زمان، مانند عقد بین طرفین حاضر و از حیث مکان، مانند عقد بین طرفین غایب پنداشته می شود.». به نظر می رسد از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

(۱) تلفون و وسایل مماثل آن: در نص این ماده صرف از تلفون نامبرده شده است و سایر وسایل به تلفون قیاس شده است. لذا، به نظر می رسد، تلفون همراه (موبایل)، سکاوپ (skype)، چت (chat)، تلفون

۱۰۰. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۲۹-۳۳۲؛
۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۲.
۱۰۱. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۳۳ و ۳۳۴.

کردن از طریق اینترنت، مخابره و نظیر اینها مشمول سایر وسایل می شود. به نظر می رسد فرستادن ایمیل، فرستادن پیام کتبی توسط موبایل، گفتگوی کتبی از طریق یاهو مسنجر (Yahoo messenger)، گذاشتن پیام از طریق فیسبوک (facebook) و جی میل (Gmail)، (Viber) و نظیر اینها مشمول وسایل مماثل نمی شود، زیرا به نظر می رسد این وسایل، امروزه مشمول انعقاد عقد از طریق نامه می شوند. چون در زمان انفاذ قانون مدنی و قبل از آن صرف تلفون وجود داشت، قانونگذار مدنی صرف تلفون را ذکر است و باب را برای قیاس نمودن سایر وسایل گفتگو با تلفون باز گذاشته است.

۲) از حیث زمان: طبق نص این ماده، ایجاب و قبول با تلفون و وسایل مماثل آن از حیث زمان تابع قواعد انعقاد عقد بین طرفین حاضر است. بنابراین، به نظر می رسد از حیث زمانی طرفین باید در مجلس واحد حضور داشته باشند. منظور از مجلس واحد، مجلس واحد از نظر مکان نیست تا طرفین در مکان واحد حضور داشته باشند، بلکه از نظر زمان است؛ به این معنی که: طرفین عقد از طریق تلفون و وسایل مماثل همزمان صحبت نمایند. بنابراین، در صورتی که ایجاب و قبول از نظر زمانی در مجالس متعدّد صورت پذیرد، مانند اینکه: بایع به فروشنده از طریق تلفون بگوید: «من مثلاً موتر خویش را مبلغ سی صد هزار افغانی با شما می فروشم» و مشتری بگوید: «قبول نمودم» عقد منعقد می گردد. اما، اگر مشتری بگوید: قبوم ندارم و گفتگو میان بایع و فروشنده خاتمه یابد، مجلس عقد منتهی می گردد.

۳) از حیث مکان: طبق نص ماده ۵۲۴ ق. م انعقاد عقد میان طرفین از طریق تلفون و وسایل مماثل آن تابع قواعد انعقاد عقد میان طرفین غایب است. چنانچه گفته شد، میان طرفین غایب عقد یا از طریق ارسال نامه و یا از طریق ارسال رسول منعقد می شود و مجلس انعقاد عقد نیز مجلس وصول نامه و یا رسول به قابل است. بنابراین، در صورتی که قابل ایجاب را قبول نماید، عقد منعقد و در صورت رد، ایجاب باطل می شود. به نظر می رسد تطبیق قواعد مربوط به غایب بر طرفین عقدی که می خواهند عقد را از طریق تلفون و وسایل مماثل منعقد می نمایند، موضوعیت ندارد، زیرا میان طرفین عقد وسیط (مانند: رسول و نامه) وجود ندارد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن بستن عقد از طریق تلفون است.

۶) صریح و غیرصریح

براساس ماده ۵۱۰ ق. م: «اظهار اراده طور ضمنی صورت گرفته می تواند، مگر این که صریح بودن آن را قانون و یا عاقدین شرط گذاشته باشند.» از نص این ماده یک اصل و دو استثناء قابل استنباط به نظر می رسد. اصل این است که اراده به صورت ضمنی امکان دارد اعلام شود. مثال معروف اراده ضمنی این است که مستأجری پس از پایان مدت اجاره به سکونت خود ادامه دهد و با این اقدام به طور ضمنی و غیرمستقیم رضای خود را بر ادامه عقد اجاره بیان کند.^{۱۰۲}

۱۰۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۵۳-۲۵۷؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۲۹۸؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۵۸ و ۵۹.

استثنای اول این است که قانون اعلان اراده را به صورت صریح پیش بینی نماید. به نظر می رسد در حقوق مدنی، مثال بارز ابراز صریح اراده فروش مال مدیون مفلس توسط محکمه از طریق مزایده است. همچنین است فروش عقار مدیون توسط بانک که به صورت واضح ایجاب آن در رسانه ها صورت می گیرد.

استثنای دوم این است که عاقدین به هر دلیلی شرط گذارند که اراده به صورت صریح ابراز شود مانند این که موجب به ایجاب کننده اطمینان نداشته باشد و از او بخواهد تا به صورت واضح و روشن ایجاب فروش خانه و یا موتر را به او بگوید. برخی مثال های ابراز اراده به صورت صریح عبارت اند از: نوشتن قیمت کالا ها در سوپر مارکت ها، اعلام قیمت کالا ها در روزنامه ها، وب سایت ها، ماشین ها، نوشتن قیمت تکت در وب سایت ها، نوشتن قیمت کرایه اطاق در هتل ها، نوشتن قیمت موتر در وب سایت ها و نظیر اینها که امروزه معمول است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن اظهار اراده به طور عموم به صورت ضمنی و در دو حالت به صورت صریح است.

۷) سکوت طرفین

سکوت، وضعیتی است که شخص به طور صریح اراده خود را بیان نمی کند و کاری هم انجام نمی دهد که، به طور غیرمستقیم، بتوان اراده اش را استنباط کرد.^{۱۰۳} در مورد اینکه سکوت نشانه ایجاب نیست، هیچ گونه اختلافی میان حقوقدانان وجود ندارد،^{۱۰۴} ولی سؤال این است که آیا سکوت می تواند نشانه قبول باشد یا خیر؟

پاسخ این پرسش منفی به نظر می رسد. زیرا، تا زمانی که اراده شخص به وسیله ای اعلام نشده است، از درون او هیچکس آگاه نیست و حقوق نیز وسیله این کاوش روانی را ندارد. وضع ساکت آمیخته با ابهام است و به درستی نمی توان فهمید که مقصود او مخالفت با پیشنهادی است که با آن روبرو شده است یا می خواهد آن را بپذیرد؛ به ویژه، در جایی که گوینده ایجاب و قبول در یک مجلس نیستند، این ابهام بیشتر است. به عنوان مثال، اگر تاجری پیشنهاد خرید کالایی را به آلمان بفرستد، تا زمانی که به این پیشنهاد پاسخ داده نشده و موعد عرفی آن نیز نگذشته است، هیچ نسبتی به تاجر آلمانی نمی توان داد.

به نظر می رسد که به همین جهت است که میان حقوقدانان و فقهاء شهرت یافته است که: «به ساکت سخنی نسبت داده نمی شود».^{۱۰۵} و ^{۱۰۶} قانون مدنی نیز از نظر فقهاء و حقوقدانان پیروی نموده و ماده ۵۲۵ آن در این باره حکم می نماید: «هیچ قولی به سکوت کننده نسبت داده نمی شود. سکوت در موردی که محتاج به بیان است قبول پنداشته می شود.» طبق بند اول این ماده به ساکت هیچ قولی منسوب نمی گردد. اما، بند دوم این ماده که تصریح می نماید: «سکوت در موردی که محتاج به بیان است قبول پنداشته می شود.» مبهم به نظر می رسد.

۱۰۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۶۱.

۱۰۴. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۲۹۹.

۱۰۵. «لاینسب لساکة قول».

۱۰۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۶۲؛ و علی محی الدین القره داغی

(۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبنائير الاسلامیة، صص ۴۰۹ - ۴۲۰.

با وجود این، با اینکه سکوت وسیله متعارف بیان اراده نیست، گاهی شخص در اوضاع و احوالی قرار می‌گیرد که آشکارا دلالت بر رضای شخص می‌کند. وجود این موارد استثنایی را همه پذیرفته اند^{۱۰۷} و قانون مدنی نیز از آن پیروی نموده است. چنانچه، به موجب ماده ۵۲۶ ق.م.ا: «سکوت وقتی قبول پنداشته می‌شود که بین عاقدین تعامل سابقه وجود داشته و ایجاب نیز به اساس این تعامل صورت گرفته باشد و این ایجاب به منفعت خالص طرف مقابل باشد.» به موجب حکم ماده مذکور، مواردی وجود دارد که بر اساس آن سکوت به طور استثنایی علامت رضا تلقی می‌گردد که ذیلاً به برخی مثال‌های آن اشاره صورت می‌پذیرد:

(۱) هرگاه عرف تجارتي مورد معامله اقتضا کند که سکوت بیانگر رضا باشد، مانند اینکه: تاجری کالایی را برای متقاضی ارسال نماید و شروط جدید را نیز ذکر نماید و مشتری در برابر آن سکوت اختیار نموده و رد ننماید؛

(۲) هرگاه بین طرفین عقد، سابقه معاملاتی وجود داشته باشد، به ترتیبی که، یک تاجر واردات کالاهای درخواستی از تاجری دیگر را با درخواست کتبی انجام دهد و تاجر نیز بدون اینکه قبول خود را نسبت به این ایجاب اعلام نماید، مبادرت به ارسال کالا کند، در چنین موارد، هرگاه تاجر کالایی را درخواست کند و تاجر همانگونه که عادت وی است سکوت نماید، جانب مقابل حق دارد سکوت او را رضا وی تلقی نماید و تاجر نیز باید کالاهای سفارشی خود را سریعاً ارسال نماید. در این مثال، یک سابقه معاملاتی بین طرفین وجود دارد؛ و

(۳) هرگاه ایجاب در جهت منفعت محض مخاطب ابراز شود، و وی سکوت نماید، سکوتش رضا محسوب می‌گردد مانند: هبه ای که مشروط به ثبت رسمی نباشد و به متهب عرضه شود و وی سکوت نماید، و مانند: عاریه ای که به مستعیر داده شود و او سکوت اختیار نماید.^{۱۰۸} به حیث مثال، اگر احمد برای محمود رفیقش یک بوتل آب، بسکویت، جوس و نظیر اینها بخرد و محمود سکوت اختیار نماید، سکوت محمود علامت رضا است. همچنین، اگر جمیله و حمیده به رستوران بروند و حمیده پول غذای جمیله دوستش را پرداخت نماید و جمیله سکوت اختیار نماید، سکوت حمیده علامت رضا است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده های ۵۲۵ و ۵۲۶ عدم پذیرش سکوت به عنوان ایجاب و بیان حکم استثنای آن است.

ه) شرایط

طبق ق.م برای اینکه ایجاب و قبول به صورت صحیح صادر گردد، رعایت شرایط ذیل ضروری است:

۱) عدم آینده بودن صیغه (مطابق فقه)

طبق ماده ۵۰۷ ق.م: «ایجاب و قبول به صیغه ماضی بوده و به صیغه مضارع یا امر نیز جایز می‌باشد، مشروط بر اینکه زمان حال از آن اراده شده باشد.» طبق نص این ماده ایجاب و قبول می‌تواند به صیغه ماضی (زمان گذشته) صورت بگیرد مانند این که بایع به مشتری بگوید این موتر را سه لک افغانی به شما فروختم و مشتری بگویم خریدم. همچنین، طبق نص این ماده ایجاب و قبول می‌تواند به صیغه مضارع (زمان حال)

۱۰۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۶۲ و ۲۶۳.
 ۱۰۸. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۹۹ و ۲۰۰.

منعقد شود مانند این که بائع به مشتری بگوید: موتر خویش سه لک افغانی به شما می فروشم و مشتری بگوید: می خرم.

همچنین، طبق نص این ماده ایجاب و قبول می تواند به صیغه امر صورت بگیرد مانند این که مشتری به بائع بگوید: موتر خویش را به من سه لک افغانی بفروش و بائع بگوید: می فروشم. عبارت «مشروط بر این که زمان حال از آن اراده شود» در نص این ماده زاید به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط ایجاب و قبول است. همچنین، طبق ماده ۵۰۸ ق. م: «عقد به صیغه استقبال وقتی منعقد می گردد که عاقدین قصد انشاء عقد را با این صیغه نموده باشند.»

طبق نص این ماده ایجاب و قبول می تواند به صیغه استقبال (زمان آینده) صورت بگیرد مانند این که بائع به مشتری بگوید: موتر خویش را سه لک افغانی به شما خواهم فروخت و مشتری بگوید خواهم خرید. در چنین حالتی شرط است که بائع و مشتری قصد انعقاد عقد را داشته باشند. به نظر می رسد برای اثبات قصد، متعاقدين می تواند از وسایل اثبات استفاده نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم ایجاب و قبول به زمان آینده است.

فقهاء در باره صحت انعقاد عقد با فعل ماضی اتفاق نظر دارند. زیرا، این صیغه از هر لفظ دیگری با صراحت بیشتری بر مراد دلالت می کند، مانند: فروختم، خریدم، به رهن دادم، هبه نمودم، قبول نمودم و امثال اینها. زیرا، مراد از آن انشای عقد در زمان حال است. همچنین، عقد با صیغه ماضی بدون توقف بر چیزی همچون: نیت و قرینه منعقد می شود و در عرف نیز این صیغه برای خرید و فروش به کار می رود. همچنین، فقهاء اتفاق نظر دارند بر صحت انعقاد عقد به صیغه مضارع (زمان حال) مشروط بر اینکه نیت حال از آن معلوم باشد و یا قرینه ای دال بر انشای عقد در زمان حال وجود داشته باشد، زیرا صیغه مضارع در لغت برای دلالت برای حال و آینده است و تنها به آینده اختصاص ندارد. روی همین دلیل است که تعیین اراده حال را در آن شرط می دانند.

همچنین، فقهاء اتفاق نظر دارند که عقد با جمله اسمیه منعقد می شود، مانند اینکه مشتری به بائع بگوید: من بائع این از شما هستم و جانب مقابل بگوید من قابل هستم. اما، فقهاء در انعقاد عقد به صیغه امر اختلاف نظر دارند: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: غیر از عقد ازدواج عقود دیگر به صیغه امر منعقد شده نمی تواند. بنابراین، اگر مردی به زنی بگوید: مرا به نکاح خود بگیر و مرد بگوید: گرفتم، عقد منعقد می شود. برعکس، جمهور فقهاء بر این نظر اند که: هر عقدی با صیغه امر منعقد می شود. اما، همه فقهاء در باره عدم انعقاد عقد به صیغه مستقبل (آینده) اتفاق نظر دارند. زیرا، صیغه آینده، مانند اینکه مشتری بگوید: خواهم خرید، دلالت بر انعقاد عقد در آینده می نماید و وعده به عقد، نه عقد پنداشته می شود.^{۱۰۹}

۲) باهوش و عاقل بودن ایجاب کننده و قبول کننده

۱۰۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۳۵-۲۹۳۷؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۱۱؛ و (____) (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۰۲ و ۲۰۳.

طبق ماده ۵۱۲ ق. م: «اظهار اراده در حالت بیهوشی و یا اختلال عقلی ای که موجب فقدان قوه ممیزه گردد، گرچه این اختلال مؤقت هم باشد، باطل پنداشته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که اظهار اراده یعنی ایجاب و قبول در حالت بی هوشی باطل پنداشته می شود. مدهوش در لغت به معنی سرگردان، گیج، متحیر و بی هوش است.^{۱۱۰} در اصطلاح مدهوش و یا بی هوش بر شخصی اطلاق می گردد که به سبب صدمه ای عقل خود را از دست داده و ماهیت عمل و قول خود را از فرط خوف، حزن و غضب درک کرده نتواند.^{۱۱۱}

به حیث مثال، شخصی که تصادم نماید و در اثر تصادم هوش خود را از دست بدهد و در حالت بی هوشی ایجاب و قبول نماید، ایجاب و قبول او باطل است. دوم این اظهار اراده در حالت اختلال عقلی هر چند مؤقت باشد، باطل و بی اثر است. بنابراین، هرگاه شخصی که دچار اختلال عقل گردیده باشد مانند مجنون و ایجاب نماید، ایجاب او باطل است. به نظر می رسد منظور از اختلال مؤقت جنون مؤقت است. بنابراین، مجنون چه جنون او مؤقت باشد و یا دایم و در حالت جنون ایجاب نماید، ایجاب او باطل است. به حیث مثال، اگر احمد مبتلا به جنون باشد و به محمود خرید خانه ای خویش را ایجاب نماید، ایجاب او باطل است. اگر محمود این ایجاب را قبول نماید، قبول او اثر حقوقی ندارد. بنابراین، برای ایجاب و قبول شرط است که شخص با هوش و عاقل باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط موجب و قابل است.

۳) اراده خلاف مافی الضمیر شخص اظهار نشده باشد

طبق ماده ۵۱۳ ق. م: «اراده ای که خلاف مافی الضمیر شخص اظهار شده باشد، باطل پنداشته نمی شود، مگر اینکه طرف مقابل به مخالفت اراده اظهار شده یا نیت شخص علم داشته باشد.» نص این ماده مبهم است. ضمیر در لغت به معنی باطن انسان، اندرون دل، اندیشه و راز نهان در دل است.^{۱۱۲} مافی به معنی «آنچه» است. بنابراین، به نظر می رسد منظور از اراده مافی الضمیر اراده باطنی و اراده پنهان و آنچه در اراده باطنی شخص است، می باشد.

با پذیرش این برداشت و استنباط، آنچه که خلاف اراده باطنی انسان اظهار شده است باطل پنداشته نمی شود. این اصل است. اما، در دو حالت چنین اظهاری مدار اعتبار است: نخست این که طرف مقابل (قابل) به مخالفت ایجاب کننده علم داشته باشد و دوم این که قابل به نیت ایجاب کننده علم داشته باشد. به حیث مثال، هرگاه موجب بخواهد بیع موتر خویش را ایجاب نماید و این اراده و قصد در مافی الضمیر او باشد و به عوض ایجاب فروش موتر، ایجاب فروش خانه خویش را نماید، چنین ایجاب باطل نیست. بنابراین، اگر طرف عقد این ایجاب را قبول نماید، عقد منعقد می شود. اما، در صورتی که طرف مقابل بداند که موجب خلاف

۱۱۰. (آخرین بازدید ۸/۳۱/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 110.

۱۱۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۸۸۲؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۲۲؛ و محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۴۳؛ و عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، ص .
۱۱۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۸۳۷.

آنچه در ضمیر او است ایجاب نموده است یا نیت موجب را نداند، عقد منعقد نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم اراده ای مافی الضمیر و استثنای آن است.

۴) عدم وفات و زایل شدن اهلیت یکی از عاقدین در بین ایجاب و قبول

طبق ماده ۵۱۵ ق. م. ا: «هرگاه شخصی که از وی ایجاب یا قبول صادر گردیده وفات نماید یا قبل از آنکه بر ایجاب یا قبول وی اثر مطلوب مرتب شده باشد، فاقد اهلیت گردد، حینی که طرف مقابل از همچو ایجاب یا قبول علم حاصل نماید، عقد صحیح پنداشته شده و اثر مطلوب بر آن مرتب می گردد، مشروط بر اینکه اظهار اراده یا طبیعت معامله به خلاف این امر دلالت ننماید.» طبق نص این ماده هرگاه موجب بعد از ایجاب وفات نماید یا اهلیت خود را از دست بدهد، اگر طرف مقابل از همچو ایجاب علم حاصل نماید، عقد صحیح است و اثر بر آن مرتب می شود. عبارت از «همچو ایجاب علم حاصل نماید» مبهم است. به نظر می رسد منظور از این عبارت این است که «طرف مقابل ایجاب را قبول نموده باشد».

با پذیرش این برداشت و استنباط این نتیجه به دست می آید که اگر شخص ایجاب نماید و جانب مقابل آن را قبول نماید و ایجاب کننده وفات کند یا اهلیت خود را از دست بدهد، به حیث مثال، مجنون شود عقد منعقد گردیده است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید خانه ای من را خریداری کنید و محمود قبول نماید و بعد از قبول محمود احمد وفات نماید، عقد منعقد گردیده است و اثر دارد. این قاعده دو استثناء دارد: اول این که طرفین به خلاف این امر توافق نموده باشند، مثلاً در عقد پیش بینی نکرده باشند که در صورت وفات و یا از دست دادن اهلیت ایجاب باطل شود.

به حیث مثال، احمد و محمود توافق نمایند که در صورت وفات احمد یا از دست دادن اهلیت احمد ایجاب باطل گردد. دوم این که طبیعت عقد به گونه باشد که در صورت وفات و یا از دست دادن اهلیت یکی از طرفین، ایجاب و قبول باطل شود. به حیث مثال، هرگاه عقد با توجه به شخصیت یکی از طرفین منعقد شده باشد، مثلاً یکی از طرفین داکتر طب و یا وکیل مدافع باشد و عقد با توجه به این خصوصیت او منعقد شده باشد، ایجاب و قبول در اثر وفات چنین شخص و یا از دست دادن اهلیت او، باطل می گردد. به حیث نمونه، اگر حمیده جراح قلب باشد و با مرضیه عقد ببندد تا قلب مرضیه را عملیات جراحی نماید و شرط گذارد که در صورت وفات حمیده عقد باطل شود، ایجاب و قبول باطل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حالات از بین رفتن ایجاب و قبول است.

در باره وفات یکی طرفین قبل از قبول فقهای حنفی بر این نظر اند که: وفات یکی از طرفین بعد از ایجاب و قبل از قبول موجب ابطال ایجاب می گردد. بنابراین، بعد از وفات یکی از طرفین عقد، قبول ایجاب توسط جانب مقابل و یا ورثه وی موجب انعقاد عقد نمی گردد. زیرا، مجلس عقد با وفات یکی از طرفین خاتمه می یابد و بعد از آن به قبول اثری داده نمی شود.^{۱۱۳}

۵) مطابقت بین قبول و ایجاب

فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: برای انعقاد عقد قبول باید با ایجاب موافق باشد.^{۱۱۴} بنابراین، هرگاه قبول با ایجاب موافق نباشد، مانند اینکه: بایع به مشتری بگوید: این خانه خود را مبلغ پنج ملیون افغانی به شما فروختم و خریدار بگوید: آن را سه ملیون خریدم، عقد منعقد نمی‌گردد. همچنین، هرگاه ولی دختر به داماد بگوید: ذاکره را به نکاح شما دادم و داماد بگوید: ساجده را قبول نمودم، عقد نکاح منعقد نمی‌گردد. زیرا، قبول با ایجاب موافق نیست. مفهوم مطابقت بین ایجاب و قبول واضح است. اما پرسش این است که طبق ق. ۱ مطابقت بین ایجاب و قبول چه وقت حاصل می‌گردد؟ ماده ۵۲۱ ق. م در پاسخ به این پرسش می‌گوید: «مطابقت بین ایجاب و قبول وقتی حاصل می‌شود که موافقه طرفین بر جمیع مسایل اساسی عقد به عمل آمده باشد. موافقه بر بعضی از این مسایل برای الزام طرفین کافی نمی‌باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

نخست این که مطابقت بین ایجاب و قبول زمانی واقع می‌شود که طرفین بر همه مسایل اساسی عقد توافق نمایند. بنابراین، در صورتی که طرفین بر بعضی از مسایل اساسی عقد توافق نمایند، عقد بر طرفین الزام آور نیست. طبق نص این ماده مسایلی که طرفین در خصوص آن باید توافق کنند به مسایل اساسی و مسایل غیراساسی تقسیم می‌شود. مصادیق مسایل اساسی و غیر اساسی نظر به عقد متفاوت است. به حیث مثال، در عقد خرید و فروش خانه، مسایل اساسی قیمت خانه، موقعیت خانه، داشتن قبالة شرعی اساسی و سایر مسایل مانند رفتن طرفین به محکمه و نظیر اینها غیراساسی است. در عقد خرید و فروش موتر، نوع و مودل سال موتر، قیمت موتر، اسناد موتر که جعلی نباشد اساسی و سایر مسایل غیراساسی است. برای الزام طرفین توافق در مورد مسایل اساسی عقد کافی است. الزام از ریشه «لزم» به معنای لازم گردانیدن، واجب گردانیدن، اثبات^{۱۱۵} و اجبار است،^{۱۱۶} و اصطلاحاً عبارت از انشای التزامات متقابل معین بر طرفین عقد است. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و احمد و محمود در خصوص قیمت موتر و اسناد موتر به توافق برسند، این توافق برای الزام هر دو کافی است.

دوم این که توافق بر برخی مسایل اساسی موجب الزام طرفین نمی‌شود. به حیث مثال، اگر احمد با محمود آپارتمان خویش را به فروش رساند و احمد و محمود در خصوص این که فیس یا حق الزحمه رهنمای معاملات را مساویانه پرداخت نمایند به توافق برسند اما در خصوص قیمت آپارتمان به توافق نرسند این عقد موجب الزام احمد و محمود نمی‌گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط صحت عقد است.

همچنین طبق ماده ۵۲۲ فقره های اول و دوم ق. م: «۱) هرگاه طرفین بر جمیع مسایل اساسی عقد موافقه نموده و تفصیل مسایل را به آینده موکول نمایند، چنین عقد تمام پنداشته می‌شود، مگر این که اتمام عقد به موافقه بر تفصیل مسایل مشروط گردیده باشد؛ و ۲) اگر طرفین در مورد مسایلی که قبلاً موافقه بر آن حاصل

۱۱۴. همان، (___)، جلد (۳۰)، صص ۲۱۱ و ۲۱۲؛ وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۴۳ و ۲۹۴۴؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۲۱ و ۳۲۲.

۱۱۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۳۱.

۱۱۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۷۶.

نگردیده اختلاف داشته و اقامه دعوی نمایند، محکمه در چنین حالت با در نظرداشت طبیعت معامله مطابق به احکام قانون، عرف و عدالت حکم می نماید.^{۱۱۷} از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) اصل این است که هرگاه طرفین بر جمیع مسایل اساسی عقد موافقه نموده و تفصیل مسایل را به آینده موکول نمایند، چنین عقد تمام پنداشته می شود. موکول در لغت به معنی واگذار شده، سپرده شده، وابسته به دیگری، محول کردن، واگذار کردن، منوط و مشروط است.^{۱۱۷} به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خویش را به محمود به فروش رساند و احمد و محمود در خصوص قیمت خانه توافق کنند و پرداخت محصول نقل و انتقال ملکیت خانه را به آینده موکول نمایند، عقد میان احمد و محمود تمام و کامل پنداشته می شود.

تمام پنداشته شدن عقد در این مثال محال ایراد به نظر می رسد زیرا در این مثال عقد میان احمد و محمود منعقد شده است و هنوز نقل و انتقال ملکیت صورت نگرفته است. عقد زمانی تمام و کامل پنداشته می شود که نقل و انتقال ملکیت و پول صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد خانه را به محمود منتقل نماید و محمود پول را به احمد بدهد و قباله قانونی از طریق محکمه وثایق طی مراحل گردد، عقد کامل می شود. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. استثنای این اصل این است که اتمام عقد به موافقه بر تفصیل مسایل مشروط گردیده باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش برساند و تاریخ جواز سیر موتر منقضی شده باشد و احمد و محمود در خصوص سایر مسایل اساسی موتر به توافق برسند و تجدید جواز سیر را به آینده موکول نمایند عقد میان احمد و محمود تمام پنداشته نمی شود.

(۲) اگر طرفین در مورد مسایلی که قبلاً موافقه بر آن حاصل نگردیده اختلاف داشته و اقامه دعوی نمایند، محکمه در چنین حالت با در نظرداشت طبیعت معامله مطابق به احکام قانون، عرف و عدالت حکم می نماید. به حیث مثال، اگر احمد و محمود در خصوص پرداخت مالیه نقل و انتقال خانه به توافق نرسند محکمه مکلف است مطابق قانون دعوی را حل و فصل نماید. همچنین، اگر احمد و محمود در خصوص تمدید جواز سیر موتر دعوی داشته باشند، محکمه مکلف است این دعوی را مطابق عرف و عادات حل و فصل نماید. همچنین، محکمه می تواند دعوی را مطابق طبیعت شی محل عقد حل و فصل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط ایجاب و قبول که عبارت از موافقت قبول با ایجاب است و این که در کدام خصوص طرفین موافقت نمایند است.

۶) عدم رجوع موجب از ایجاب

براساس ماده ۵۱۷ ق. م: «عاقدين بعد از ایجاب تا ختم مجلس عقد به قبول یا رد اختیار دارند. اگر ایجاب کننده بعد از صدور ایجاب قبل از قبول طرف مقابل، از ایجاب رجوع نموده یا چنان عملی از یکی از عاقدين صادر شود که دلالت بر انصراف از قبول نماید، ایجاب باطل بوده و قبول بعد از آن نیز از اعتبار ساقط می گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- عاقدين بعد از ایجاب تا ختم مجلس عقد به قبول یا رد اختیار دارند. عاقدين اسم جمع عاقد است. در اصطلاح حقوقی عاقدين کسانی هستند که عقد را می بندند. مجلس عبارت از جلسه ای است که عقد در آن

بسته می شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید موترم را برای شما چهار لک افغانی فروختم مجلس عقد شروع می شود. محمود می تواند این ایجاب را قبول نماید یا آن را رد نماید.

۲- اگر ایجاب کننده قبول از قبول جانب مقابل از ایجاب خویش رجوع نماید، ایجاب باطل می شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید موترم را چهار لک افغانی به شما فروختم و قبل از این که محمود قبول نماید، احمد از ایجاب رجوع نماید، به حیث مثال، بگوید نمی فروشم خودم به آن ضرورت دارم، ایجاب باطل می شود.

۳- در صورتی که عملی از موجب و قابل صادر شود که دلالت بر انصراف آنها از انعقاد عقد نماید، مانند این که: مصروف صحبت کردن با شخص دیگری در باره موضوع دیگری شوند، در این حالات ایجاب ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید موترم را چهار لک افغانی برای شما فروختم و محمود اصلاً توجه ننماید یا با جمشید مصروف صحبت کردن شود یا مجلس را ترک نماید، ایجاب باطل می شود. فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ایجاب الزام آور نیست و موجب می تواند قبل از قبول جانب مقابل از ایجاب خویش رجوع نماید، خواه رجوع در عقود معاوضات، مانند: بیع، اجاره و امثال اینها باشد و یا در عقود تبرعات، مانند: هبه، عاریت و امثال اینها. در صورت رجوع موجب از ایجاب، ایجاب باطل می گردد و قبول جانب مقابل موجب انعقاد عقد نمی گردد.^{۱۱۸} رجوع و عدم رجوع موجب از ایجاب با الزام آور و غیرالزام آور بودن ایجاب رابطه دارد.

پرسش این است که آیا ایجاب بر موجب الزام آور است؟ ماده ۵۱۴ ق. م در پاسخ به این پرسش می گوید که: «هر شخص به سبب ایجاب خود ملزم قرار می گیرد، مگر اینکه به عدم الزام خود تصریح نموده یا از قراین ظاهری و یا طبیعت معامله چنان معلوم گردد، که در ایجاب قصد الزام وجود نداشته است». نص این ماده بسیار پیچیده است. طبق نص این ماده اصل این است که ایجاب بر ایجاب کننده الزام آور است. بنابراین، ایجاب بر موجب ایجاد تعهد می نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید خانه خود را به شما بیست لک افغانی فروختم، احمد ملزم یا متعهد به این ایجاب است. با پذیرش این برداشت و استنباط نص این ماده با ماده ۵۱۷ ق. م در تعارض به نظر می رسد. زیرا، طبق ماده ۵۱۷ ایجاب کننده می تواند از ایجاب خویش رجوع نماید. این اصل سه استثنا دارد:

اول این که خود ایجاب کننده حین ایجاب تصریح نماید که ایجاب بر وی الزام آور نیست. به حیث مثال، احمد به محمود بگوید موتر خویش را سه لک افغانی برای شما فروختم تا سه روز اختیاری داری که آن را قبول یا رد نمایی. اما، در عین زمان، احمد به محمود بگوید که اگر خریداری دیگری پیدا نمایم، موتر را می فروشم، در این حالت ایجاب بر احمد الزام آور نیست. زیرا، احمد در وقت ایجاب به عدم الزام خویش به ایجاب تصریح کرده است. همچنین، اگر احمد به محمود ایجاب فروش موتر را نماید و بگوید که در این

۱۱۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۵۵ و ۲۹۵۶؛ ___ (۱۴۰۴ هـ. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۳؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۱۳.

خصوصاً با برادرم جمشید مشوره می‌نمایم و پس از مشوره با شما صحبت می‌نمایم، ایجاب بر احمد الزام آور نیست.

دوم این که از قراین معلوم شود که ایجاب بر موجب الزام آور نیست. به حیث مثال، اگر احمد در یک دوکان فروشنده باشد و یک مقدار کالاها مانند بوت، لباس و نظیر اینها را لیلام کرده باشد و فروش یکی از آنها را به محمود ایجاب نماید، این ایجاب بر احمد الزام آور نیست. زیرا، از قراین یا نشانه‌ها در چنین حالات معلوم می‌گردد که بوت‌ها و لباس‌ها به زودی فروخته خواهند شد.

سوم این که طبیعت موضوع عقد به گونه‌ای باشد که قصد الزام در آن وجود نداشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد فروش میوه مثلاً کیله، توت و سایر میوه‌های سریع‌الفساد را به محمود ایجاب نماید، با توجه به طبیعت این میوه‌ها که سریع‌الفساد اند، معلوم می‌گردد که ایجاب احمد بر محمود بر احمد الزام آور نیست و احمد می‌تواند به زودترین فرصت میوه‌ها را به فروش رساند. زیرا، در صورت عدم فروش احمد متضرر می‌شود به این دلیل که میوه‌ها به زودی فاسد می‌شوند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم الزام آور بودن ایجاب و استثنای آن است.

۷) فوریت در قبول و رد ایجاب

طبق ماده ۵۱۹ ق. م. ا: «شخصی که ایجاب متوجه وی گردیده است، می‌تواند آن را رد نماید. اگر ایجاب به اثر مطالبه خود او صادر شده باشد، نمی‌تواند آن را رد نماید، مگر اینکه دلیلی معقولی به رد آن داشته باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که قابل در پذیرش و رد ایجاب اختیار دارد. بنابراین، می‌تواند آن را قبول و یا رد نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید موترم را سه لک افغانی بخرید، محمود می‌تواند ایجاب را رد نماید.

دوم این که اگر ایجاب در اثر پیشنهاد خود شخص به وجود آمده باشد، نمی‌تواند ایجاب را رد نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که دلیل معقول داشته باشد. معقول در لغت به معنی پسندیده و موافق با عقل است. به حیث مثال، اگر محمود به احمد بگوید قیمت این کامپیوتر چند است و احمد قیمت آن را بگوید، محمود نمی‌تواند ایجاب احمد را رد نماید مگر این که دلیل معقولی داشته باشد. به حیث مثال، بگوید این مقدار پول ندارم یا خصوصیات کامپیوتر مورد پسندم نیست یا بگوید قیمت کامپیوتر بسیار زیاد است و نظیر اینها. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از پیشنهاد بیجا و بی‌مورد و جلوگیری از ضیاع وقت طرفین عقد است.

۸) عدم رجوع موجب از ایجاب در صورت تعیین مدت برای قبول

طبق ماده ۵۱۶ فقره‌های اول و دوم ق. م. ا: «(۱) هرگاه برای قبول، میعاد تعیین شده باشد، ایجاب کننده نمی‌تواند تا ختم میعاد معینه از ایجاب خود منصرف گردد؛ و (۲) در صورت عدم تصریح میعاد، قبول احیاناً از قراین ظاهری و یا طبیعت معامله معلوم شده می‌تواند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که طبق نص این ماده هرگاه موجب مدتی برای قبول جانب مقابل معین نموده باشد، به آن ملتزم می‌باشد. بنابراین، در صورتی برای قبول میعاد معین نموده باشد، به صورت اولی نمی‌تواند از آن رجوع نماید، مانند اینکه بگوید: مدت ایجاب من برای دو روز است که در این صورت ملزم به رعایت این مدت

است هر چند مجلس عقد منتهی گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید خانه من را بیست لک افغانی بخر و یک ماه وقت داری، در این مدت احمد نمی تواند از ایجاب خود منصرف شود.

دوم این که در صورت عدم تصریح مدت در عقد، مدت ایجاب از قراین ظاهری و با طبیعت معامله معلوم می شود. قرینه در لغت به معنی علامتی است که دلالت بر شی مطلوب می نماید^{۱۱۹} که جمع آن قراین است. همچنین، قرینه در لغت به معنی اماره و نشانه است.^{۱۲۰} به حیث مثال، هرگاه یک هفته به عید باقی مانده باشد و یک کمپنی لباس و یا بوت مشهور در قیمت تعداد محدود از لباس ها و بوت ها تخفیف وارد کرده باشد، از قراین ظاهری معلوم می شود که این ایجاب با رسیدن عید خاتمه پیدا می کند. همچنین، طبق نص این ماده ختم میعاد ایجاب از طبیعت معامله معلوم می گردد.

به حیث مثال، هرگاه فروش یخ ایجاب شود، از طبیعت یخ معلوم می شود که این ایجاب برای چه مدتی ادامه پیدا می کند. همچنین، هرگاه فروش میوه جات، سبزیجات و سایر اموال سریع الفساد ایجاب شود، از طبیعت هر یک از این اموال می توان استنباط کرد که مدت ایجاب چقدر است. در صورت دوم، این که ایجاب کننده می تواند از ایجاب رجوع نماید یا خیر، ق. م مسکوت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عدم جواز رجوع از ایجاب در صورت تعیین مدت و بیان حکم مدت ایجاب نظر به طبیعت اشیاء و قراین است.

۹) رعایت شکلیات عقد

طبق ماده ۵۳۰ فقره دوم ق. م. ا: «اگر قانون برای اتمام عقد رعایت شکلیات معینی را مشروط گردانیده باشد، وجود همچو شکلیات در اتفاق ابتدایی که متضمن وعده به ابرام این عقد می باشد، نیز ضروری پنداشته می شود.» ابرام از ریشه «برم» گرفته شده است که در لغت به معنی استوار داشتن، محکم داشتن، به جان آوردن و به ستوه آوردن است.^{۱۲۱}

همچنین، ابرام در لغت به معنی تأیید است. نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر شکلیات عقود شکلی است، زیرا چنانچه بحث آن خواهد آمد، عقود از نظر رعایت شکلیات و عدم آن به عقود شکلی و غیرشکلی تقسیم می شود. عقود شکلی عقودی اند که با رعایت شکلیات خاص منعقد می شود، مانند: عقد ازدواج که حین ایجاب و قبول حضور شهود شرط است؛ انعقاد عقد از طریق مناقصه که اعلام ایجاب از طریق رسانه ها در آن ضروری است و عقد کارجمعی که میان کارفرمایان و اتحادیه های کارگری منعقد می شود و اتحادیه کارگری به نمایندگی از کارگران ایجاب را قبول می نمایند. لذا، هرگاه طرفین بخواهند عقد ازدواج، مناقصه و کار را منعقد نمایند، باید شکلیاتی را که در قانون مدنی و قانون کار (و قانون تدارکات در مورد عقود اداری) در مورد این عقود پیش بینی شده است، رعایت نمایند.

۱۱۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۱۲۷.

(آخرین بازدید ۹/۳/۲۰۱۶) 120. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18>

۱۲۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۲.

اما، عقود غیرشکلی عقودی اند که تابع شکلیات خاص نیستند، مانند: بیع و اجاره که رعایت شکلیات ایجاب و قبول در آن‌ها شرط نیست. به حیث مثال، اگر احمد خانه‌اش را به محمود به فروش رساند، فروش این خانه مستلزم طی مراحل شکلیات خاص مانند رفتن به مخزن، رفتن به محکمه، بردن شهود، ترتیب قبالة و نظیر اینها است. در عقد بیع خانه با بیع و مشتری باید در خصوص این شکلیات در توافق ابتدایی به موافقه برسند که کدام یک از با بیع و مشتری این مراحل را طی نمایند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده رعایت شکلیات عقود شکلی و پیش بینی رعایت این شکلیات در توافق ابتدایی است.

۱۰) اطلاع طرفین از ایجاب و قبول

طبق ماده ۵۱۱ ق. م: «وقتی بر اظهار اراده آثار مرتب می‌گردد که طرف مقابل به آن علم حاصل نماید. وصول اظهار اراده به طرف مقابل قرینه حصول علم به آن پنداشته می‌شود، مگر اینکه دلیلی برخلاف آن وجود داشته باشد.» از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد:

نخست این که طبق نص این ماده وقتی بر اظهار اراده آثار مرتب می‌گردد که طرف مقابل به آن علم حاصل نماید؛ به این معنی که: طرفی که ایجاب به او صورت گرفته است از ایجاب آگاه شود مانند این که شخص (موجب) به شخص دیگری (قابل) نامه بفرستد و در آن فروش خانه یا موتر خویش را ایجاب نماید. همچنین، اگر احمد بخواهد زمین خویش را به محمود به فروش رساند، زمانی بر اظهار اراده یا ایجاب احمد اثر مرتب می‌شود که محمود به ایجاب علم و آگاهی حاصل نماید.

دوم این که وصول ایجاب به قابل قرینه (نشانه، علامت) حصول علم قابل به ایجاب است. به حیث مثال، در صورتی که نامه به قابل رسیده باشد و هنوز قابل نامه را نخوانده باشد، صرف حصول نامه به قابل نشانه و علامت حصول علم به ایجاب است.

استثنای این قاعده این است که دلیل برخلاف آن موجود شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود نامه بفرستد و در آن فروش موتر خویش را ایجاب نماید، رسیدن نامه به محمود نشانه یا قرینه ای است که بیان می‌نماید محمود به آن علم و اطلاع حاصل نموده است. این اصل است. استثنای این اصل این است که محمود ثابت نماید، نامه اصلاً به او نرسیده است. اما، اگر محمود بگوید نامه به من نرسیده است این قرینه نقض می‌شود و ثابت می‌شود که اصلاً نامه و ایجاب احمد به محمود نرسیده است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

ماده (۵۱۱) قانون مدنی در مورد حصول علم طرف مقابل توضیح شود.

توضیح:

در عقود شفوی حصول علم به اراده طرف واضح است و در عقود به وسیله مخابره و مکاتبه مجرد وصل اظهار اراده قرینه به حصول علم است.^{۱۲۲}

همچنین، طبق ماده ۵۲۳ فقره اول ق. م: «(۱) عقد بین طرفین غایب در زمان و مکانی کامل پنداشته می شود که ایجاب کننده از قبول طرف مقابل علم حاصل کرده باشد مشروط بر این که طرفین یا احکام قانون، مخالف آن را تصریح نکرده باشد؛ و (۲) قبول به مجرد وصول به ایجاب کننده چنان فرض می شود که به آن علم حاصل شده است.» به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر انعقاد عقد و ایجاب قبول از طریق نامه، ارسال رسول، تلفون، موبایل و نظیر اینها است. با پذیرش این برداشت و استنباط، عقد وقتی میان طرفین کامل می شود که ایجاب کننده از قبول طرف مقابل اطلاع حاصل نماید. به نظر می رسد از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که عقد بین طرفین غایب در زمان و مکانی کامل می شود که ایجاب کننده از قبول طرف مقابل علم حاصل نماید. غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.^{۱۲۳} به حیث مثال، اگر احمد در کابل باشد و به محمود که در هرات و از کابل غایب باشد نامه یا ایمیل بفرستد و به او فروش موتر یا خانه خویش را ایجاب نماید، این عقد زمانی منعقد می شود که محمود آن را از طریق نامه یا ایمیل قبول نماید و احمد از آن اطلاع حاصل نماید، به عنوان مثال، نامه به احمد برسد یا ایمیل محمود به احمد برسد. این اصل است.

استثنای این اصل این است که طرفین بر خلاف این اصل توافق نکرده باشند یا قانون خلاف آن حکم ننماید. قانونگذار مدنی در نص این ماده از تکمیل عقد سخن می گوید که محل ایراد است. عقد سه مرحله دارد: مرحله بستن عقد، مرحله اجرای عقد و مرحله تکمیل عقد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود ایجاب فروش موتر خویش را نماید و محمود قبول نماید عقد بسته می شود. اگر احمد و محمود اقدامات لازم مانند نوشتن سند و نظیر اینها را انجام دهند عقد اجرا می شود. زمانی که احمد موتر را به محمود تسلیم نمود و محمود پول موتر را به احمد تسلیم نماید و موعد خیارات سپری شود و سایر مراحل قانونی نقل و انتقال موتر تکمیل شد، عقد تکمیل می گردد.

دوم این که فرض بر این است که رسیدن قبول به ایجاب کننده بیانگر این است که ایجاب کننده به آن علم حاصل نموده است. به حیث مثال، اگر نامه محمود از هرات به کابل به احمد برسد، فرض بر این است که احمد از قبول علم حاصل کرده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده انعقاد عقد از طریق نامه و وسایل مماثل بین اشخاص غایب است.

۱۱) عدم وارد کردن زیادت، تقیید و تعدیل در ایجاب (مطلق بودن قبول)

طبق ماده ۵۲۰ ق. م. ا: «هرگاه قبول، زیادت، تقیید و یا تعدیلی را در ایجاب وارد نماید، چنین قبول، رد ایجاب پنداشته شده و به حیث ایجاب جدید شناخته می شود.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱۲۳. _____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشتون الاسلامية، ص ۶۲.

۱) در صورتی که قابل ایجاب را نپذیرد و در آن زیادت به عمل آورد، چنین قبول رد ایجاب است و ایجاب جدید تلقی می‌گردد. زیادت در لغت به معنی فزونی، افزوده و رشد است.^{۱۲۴} به عنوان مثال، اگر احمد به محمود بگوید ده عدد خربوزه را به شما یک هزار افغانی فروختم و محمود بگوید دوازده عدد خربوزه را یک هزار افغانی می‌خرم، در ایجاب احمد زیادت صورت گرفته است. این زیادت رد ایجاب احمد و ایجاب جدید توسط محمود است. در صورتی که احمد این ایجاب را بپذیرد، عقد منعقد می‌گردد.

۲) در صورتی که طرف عقد در ایجاب تقیید وارد نماید، ایجاب باطل می‌گردد و تقیید طرف دیگر عقد ایجاب جدید است. تقیید در لغت به معنی مقید کردن و قید وارد کردن است. به حیث مثال، اگر احمد فروش آپارتمان خویش را به محمود سی لک افغانی و در یک قسط پیشنهاد نماید، اما محمود آن را با سه قسط (هر قسط ده لک افغانی) پیشنهاد نماید، ایجاب احمد به اقساط تقیید شده است و قبول محمود ایجاب جدید تلقی می‌گردد. بنابراین، اگر احمد آن را بپذیرد عقد منعقد می‌گردد.

۳) در صورتی که موجب در ایجاب تعدیل وارد نماید، ایجاب باطل و تعدیل ایجاب جدید پنداشته می‌شود. تعدیل از ریشه «عدل» گرفته شده است که در لغت به معنی برابر ساختن است.^{۱۲۵} همچنین، تعدیل به معنی راست کردن، معتدل کردن، تقسیم کردن از روی عدالت، دو چیز را با هم برابر کردن و هم وزن کردن است.^{۱۲۶} به نظر می‌رسد تعدیل در نص این ماده در مفهوم تغییر استعمال شده است نه در معنی حقیقی و لغوی آن. به حیث مثال، اگر احمد به محمود فروش موتر خویش را به سی لک افغانی ایجاب نماید و محمود بگوید یک لک و پنجاه هزار افغانی آن را می‌خرم، محمود در ایجاب تغییر وارد نموده است و تغییر محمود ایجاب جدید به احمد است. در صورتی که احمد ایجاب جدید محمود را بپذیرد، عقد بسته می‌شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط ایجاب و قبول است.

۱۲) شروط قبول در عقود مزایده

براساس ماده ۵۲۷ ق. م: «عقد مزایده با آخرین داوطلبی کامل می‌گردد. داوطلبی اول وقتی از اعتبار ساقط می‌گردد که زاید بر آن داوطلبی صورت گرفته باشد گرچه این داوطلبی باطل باشد یا مزایده بدون اینکه به شخصی تعلق گیرد، معطل قرار داده شود.» به نظر می‌رسد از نص این ماده چهار حکم قابل استخراج است:

۱- عقد مزایده مرکب از مزایده و عقد است. مزایده از ریشه «زود» گرفته شده است که در لغت به معنی بر یکدیگر افزودن، افزودگی دو جانبه و حراج کردن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی مزایده عبارت از فروش چیزی به نحو حراج است، به گونه ای که هر کس بهایی بیشتر را پرداخت کند، مبیع از آن او باشد.^{۱۲۷} به نظر می‌رسد عقد مزایده عبارت از عقدی است که مبیع یا موضوع عقد در آن از طریق مزایده به فروش می‌رسد. فروش اجباری مال توسط محکمه از طریق مزایده و یا فروش اموال دولتی توسط دولت از طریق اداره دولتی و فروش اختیاری مال توسط مالک از طریق مزایده نیز عقود مزایده شمرده می‌شوند.^{۱۲۸}

۱۲۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۰۴.

۱۲۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۰۳.

(آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 126.

۱۲۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۹۹.

۱۲۸. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۲۴۱.

۲- طبق نص این ماده عقد مزایده با آخرین داوطلبی تکمیل می‌گردد. قانونگذار مدنی در نص این ماده از تکمیل عقد مزایده با آخرین داوطلبی سخن می‌گوید که محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، عقد مزایده با آخرین داوطلبی بسته می‌شود و زمانی تکمیل می‌گردد که عوضین میان طرفین عقد رد و بدل شود. داوطلبی در لغت به معنی پیش جویی در امری با دیگران است.^{۱۲۹} به حیث مثال، اگر محمود چهل لک مدیون احمد باشد و پول نقد نداشته باشد تا دین احمد را بپردازد و احمد خانه محمود را به رهن رسمی بگیرد و آن را از طریق محکمه ذیصلاح از طریق مزایده به فروش رسد، این عقد با آخرین داوطلبی تکمیل می‌گردد. به حیث مثال، اگر جمشید خانه را چهل لک بخرد و حمید چهل و یک لک، عقد با آخرین داوطلبی یعنی چهل و یک لک میان محکمه و حمید منعقد می‌گردد.

۳- داوطلبی اول وقتی از اعتبار ساقط می‌گردد که زاید بر آن داوطلبی صورت گرفته باشد گرچه این داوطلبی باطل باشد. زاید در لغت به معنی افزون و اضافه است.^{۱۳۰} به حیث مثال، اگر محمود چهل لک مدیون احمد باشد و پول نقد نداشته باشد تا دین احمد را بپردازد و احمد خانه محمود را به رهن رسمی بگیرد و آن را از طریق محکمه ذیصلاح از طریق مزایده به فروش رسد، اگر جمشید داوطلب شود تا خانه را چهل لک بخرد و حمید داوطلب شود تا خانه را چهل و یک لک بخرد، داوطلبی جمشید وقتی بی اعتبار می‌شود که حمید داوطلب شود تا با پول بیشتر از محمود خانه را خریداری نماید. در چنین حالتی، فرق نمی‌کند داوطلبی اول باطل باشد یا صحیح. منظور از «داوطلبی باطل» پیشنهادی است که از شخصی که نمی‌تواند در معامله کالای عرضه شده در مزایده شرکت نماید، ارایه شده باشد مانند: قاضی که با ارایه پیشنهاد در باره کالای مورد اختلافی که وی رسیدگی به دعوی مطروحه در خصوص آن را به عهده دارد، مبادرت ورزد.^{۱۳۱}

۴- بند اخیر نص این ماده که می‌گوید: «یا مزایده بدون اینکه به شخصی تعلق گیرد، معطل قرار داده شود» مبهم به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد طبق نص این ماده داوطلبی که با بیشترین قیمت مبیعه را خریداری نماید، عقد با او منعقد می‌شود هر چند داوطلبی اول در حالت تعلیق قرار گرفته باشد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط قبول در عقود مزایده است.

۱۳) شرط قبول در عقود دسته جمعی

به موجب ماده ۵۲۸ ق.م.ا: «در عقود دسته جمعی قبول به رضایت اکثریت متحقق گردیده و اقلیت تابع قبول آنها شناخته می‌شود.» طبق نص این ماده در عقود دسته جمعی قبول به رضایت اکثریت متحقق گردیده و اقلیت تابع قبول آنها شناخته می‌شود. در خصوص عقد جمعی تعاریف های مختلف به قرار ذیل وجود دارد:

۱) عقد جمعی عقدی است که علاوه بر متعاملان، کسانی را که در انعقاد عقد دخالت نداشته اند را در بر گرفته و جمع را ملزم می‌کند، مانند قرارداد دسته جمعی کار.^{۱۳۲}

129. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶)

۱۳۰. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۵۲۵.

۱۳۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۲۵۱.

132. <http://dadgaran.info/index.php> (last visit: 6/19/2018).

۲) قرارداد جمعی عبارت از قراردادی است بین کارفرمایان و کارمندان منعقد می‌گردد.^{۱۳۳} به حیث مثال، اگر اتحادیه کارگری با یک فابریکه قرارداد جمعی کار را منعقد نماید، این قرارداد کار به رضایت اکثریت کارگران منعقد می‌گردد و اقلیت تابع اکثریت است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ایجاب و قبول در عقود جمعی کار است. عقود جمعی کار، همانطور که از نام آن پیداست مربوط حقوق کار می‌شود نه حقوق مدنی. بنابراین، پیش بینی نص این ماده در ق.م محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، عقود جمعی کار، قرارداد مدنی نیست بلکه قرارداد کار است که احکام آن در قانون کار تنظیم می‌شود.

۱۴) مطلق بودن قبول در عقود اذعان

طبق ماده ۵۲۹ ق.م: «قبول در عقود اذعان به مجرد تسلیمی در حدود شرایطی که ایجاب کننده وضع نموده متحقق می‌گردد. این شرایط غیرقابل مناقشه می‌باشد.» از نص این ماده به خوبی بر می‌آید که در عقود اذعان قبول زمانی متحقق می‌گردد که قابل شرایط ایجاب کننده را بپذیرد. اذعان در لغت به معنی تصدیق، اعتراف، اقرار و گواهی است.^{۱۳۴} در عقود اذعان اختیار گفتگو در باره شرایط عقد به کلی از یکطرف گرفته می‌شود و طرف دیگر از پیش تمام شرایط و آثار آن را معین می‌کند. کسی که مایل به بستن عقد است، یا باید از آن منصرف شود یا تمام شرایط طرف را بپذیرد، و در واقع به طرحی بپیوندد که جانب مقابل به طور مستقل تنظیم کرده است.

به همین جهت هم این گروه از عقود را «الحاقی»، «انضمامی» یا «اذعان» می‌نامند، مانند: قرارداد های مربوط به استفاده از برق، آب، تلفون، راه آهن، معادن و مانند اینها.^{۱۳۵} بنابراین، عقود اذعان عقود اند که شرایط عقد از یکطرف معین می‌شود و طرف دیگر یا باید همه این شرایط را بپذیرد و یا عقد را به طور کلی نپذیرد. در عقود اذعان قبول مطلق و غیرقابل مناقشه است و شخصی که می‌خواهد ایجاب را در عقود اذعان قبول نماید، باید آن را کاملاً قبول و یا رد نماید. برخی مثال های عقود اذعان خرید تکت سینما، خرید گاز از گاز گروپ و دولت، خرید تکت ریل (قطار)، خرید برق از دولت، خرید آب از دولت، خرید تکت طیاره از شرکت دولتی، کرایه ملی بس های دولتی (در گذشته) و نظیر اینها است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

در ماده (۵۲۹) عقود اذعان توضیح شود.

توضیح:

قاعدتاً عقد اذعان عقدی است که یکطرف تصمیم خود را در باره عوضین گرفته باشد و طرف دیگر فقط تصمیم او را قبول و یا از عقد صرف نظر می‌کند مانند کرایه موتور، کشتی و طیاره محصول برق آب و غیره.^{۱۳۶}

133. <https://fa.wikipedia.org/wiki/> (last visit: 6/19/2018).

134. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶)

۱۳۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۰۷ و ۱۹۸؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۲۴۴.

۱۳۶. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۱۹.

ز) مَبطلات

طبق ق. م ایجاب و قبول در موارث آتی باطل می گردند:

۱) طبق ماده ۵۱۸ ق. م. ا: «هرگاه ایجاب قبل از قبول طور مکرر صادر شود، به ایجاب آخرین اعتبار داده می شود.» طبق نص این ماده در موردی که ایجاب کننده چندین ایجاب را قبل از قبول جانب مقابل پیشنهاد نماید، به ایجابی که آخر پیشنهاد شده است اعتبار داده می شود و ایجاب اول و دوم باطل می گردد، مانند اینکه: فروشنده بار اول قیمت مبیع را یک هزار افغانی و بار دوم هفت صد افغانی تعیین نماید. در چنین حالات، به ایجاب آخر اعتبار داده می شود و ایجاب های قبلی از اعتبار ساقط می گردند.

۲) همان گونه که عدول از ایجاب مانع توافق می شود، رد ایجاب از سوی مخاطب آن نیز این موجود اعتباری را از بین می برد. ایجاب چنان آفریده شده که بقا و فنای آن به اراده مخاطب بستگی دارد. اگر پذیرفته شود مؤثر است و هرگاه رد شود از بین می رود. بنابراین، قبول بعد از رد اثری در وقوع عقد ندارد.^{۱۳۷} از همین رو، فقهاء می گویند: رد ایجاب توسط جانب مقابل موجب سقوط ایجاب می گردد که می تواند صریح باشد، مانند اینکه جانب مقابل به موجب بگوید: قبول ندارم، یا ضمنی، مانند اینکه: از مجلس بر خیزد و یا مصروف کاری دیگری شود از قبیل: خوردن، شنیدن سخن شخص دیگر و امثال اینها.

۳) بقای محل عقد: برخی استادان بر این نظر اند که: گوینده ایجاب، با توجه به شرایط و اوصاف مورد معامله، پیشنهاد انجام آن را می کند. پس، باید پذیرفت که ایجاب به طور ضمنی مقید بر این است که موضوع عقد به همان حال بماند و چنان دگرگون نشود که جوهر توافق را برهم زند. بدین ترتیب، اگر در خلال ایجاب و قبول مورد معامله از بین برود یا به نحوی تغییر کند که با مبنای ایجاب و اراده گوینده آن مخالف باشد، قبول مخاطب نمی تواند عقد را در آن مورد واقع سازد.

به عنوان مثال، فرض کنیم ایجاب ناظر به خرید مقداری معین گندم باشد و پیش از قبول گندم ها از بین برود یا فاسد شود، یا به صورت آرد در بی آید. در این وضع، قبول فروشنده عقد را در باره گندم یا آرد موجود محقق نمی سازد.^{۱۳۸} طبق فقه نیز یکی از موارد اسقاط ایجاب هلاک محل عقد قبل از قبول جانب مقابل است، مانند مردن حیوان مبیع بعد از ایجاب و قبل از قبول. همچنین، تغییر محل عقد به نحوی که به شی دیگر تبدیل شود نیز موجب اسقاط ایجاب می گردد، مانند: تغییر عصاره انگور به شراب و امثال اینها.

۴) زایل شدن اهلیت موجب قبل از قبول از طریق موت، جنون، اغماء و امثال اینها. زیرا، انعقاد عقد ملازمه با وجود اهلیت متعاقدين دارد. پس، در صورتی که عاقدین فاقد اهلیت گردند، عقد به سبب احتمال رجوع از ایجاب، عدم فهم قبول و عدم صدور قبول به صورت صحیح منعقد نمی گردد.^{۱۳۹}

ح) پرداخت بیعانه

۱۳۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۳۳۰.
 ۱۳۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۳۰.
 ۱۳۹. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۵۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۵۱۳ و ۵۱۴؛ داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۲۲۸ و ۲۲۹.

بیعانه که هدف از پرداخت آن ترغیب طرف مقابل به انجام مقدمات یا مراحل عقد است و در بسیاری از نظام های حقوقی از جمله حقوق مدنی افغانستان ماهیت و احکام شناخته شده ای دارد. بیعانه در عقد ریشه در نظام های حقوقی جوامع پیش از اسلام نیز داشته و در آغاز دوره اسلامی با عنوان «بیع عربون» مورد بحث فقهاء قرار گرفت:

۱) تعریف، هدف و مشروعیت

بیعانه از «بیع» عربی و «انه» دری ترکیب یافته است که به معنی پیش پرداخت قسمتی از قیمت معقود علیه است. بیعانه مترادف عربون است و عربون از ریشه «عرب» گرفته شده که به مفهوم «ضمانت کردن» و «گرو گرفتن» به کار رفته است. در اصطلاح حقوقی بیعانه پول کمی است که در هنگام خرید متاع مشتری آن را به بایع می دهد تا مشتری پس از تحویل گرفتن متاع مابقی پول را به بایع بدهد. این تعریف مختص عقد بیع است در حالی که در برخی عقود دیگر مانند اجاره، وکالت و ... امکان دارد بیعانه را پرداخت نمود. بنابراین، به نظر می رسد تعریف جامع و مانع بیعانه این است که: بیعانه مقداری از پول است که آن را یک طرف عقد به طرف دیگر می دهد تا طرف دیگر عقد معقود علیه را به شخص دیگر ندهد. هدف از دادن بیعانه توسط بایع به مشتری عدم فروش متاع توسط بایع به دیگری و حصول اطمینان توسط مشتری است.

۲) نقش بیعانه در قطعیت عقد

طبق ماده ۵۳۱ فقره اول ق. م: «(۱) تادیه بیعانه حین ابرام عقد، دلیل بر قطعیت عقد شمرده می شود، مگر اینکه موافقه طرفین و یا عرف خلاف آن را تصریح کرده باشد.» از نص این ماده یک قاعده و دو استثناء استنباط می گردد. اصل این است که تادیه بیعانه در وقت ابرام عقد دلیل بر قطعیت عقد شمرده می شود. ابرام از ریشه «برم» گرفته شده است که در لغت به معنی استوار داشتن، محکم داشتن، به جان آوردن و به ستوه آوردن است. در اصطلاح حقوقی - فقهی به تنفیذ و تأیید حکم صادر شده از سوی محکمه ابتدائیه و مرافعه در دیوان تمیز ابرام می گویند.^{۱۴۰} به نظر می رسد ابرام در ماده ۵۳۱ در مفهوم مصطلح آن استعمال نشده است، بلکه منظور از ابرام در ماده ۵۳۱ تأیید عقد است.

با توجه به آنچه گفته شد، طبق ق. م اصل این است که پرداخت بیعانه حین ابرام عقد، بیانگر قطعی شدن عقد است. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را یک لک و سی هزار دالر خریداری نماید و پنج هزار دالر بیعانه به محمود بدهد، پرداخت پنج هزار دالر دلیل بر قطعیت عقد است. باوجوداین، این اصل مطلق نیست، زیرا طبق ماده ۵۳۱ ق. م در دو حالت پرداخت بیعانه دلیل عدم قطعی بودن عقد است: نخست در صورتی که طرفین طوری دیگری توافق نموده باشند.

به حیث مثال، در مثال بالا احمد و محمود توافق نمایند که پرداخت بیعانه دلیل بر قطعی بودن عقد نیست و دوم در صورتی که مطابق عرف پرداخت بیعانه دلیل غیرقطعی بودن عقد باشد. لذا، در این دو صورت، امکان دارد پرداخت بیعانه دلیل قطعی بودن عقد نباشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر بیعانه مبنی بر قطعی شدن عقد و استثنای آن است.

۳) استرداد بیعانه توسط طرفین عقد

طبق ماده ۵۳۱ فقره دوم ق. م: «(۲) اگر بیعانه دهنده از ابرام عقد منصرف شود، حق استرداد آن را ندارد. انصراف بیعانه گیرنده موجب پرداخت اصل بیعانه و معادل آن می گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) امکان دارد یکی از طرفین قبل از تنفیذ عقد از تنفیذ آن منصرف شوند. بنابراین، انصراف می تواند از طرف بیعانه دهنده و بیعانه گیرنده صورت پذیرد. در صورتی که بیعانه دهنده از ابرام عقد منصرف شود، حق استرداد آن را ندارد. به حیث مثال، اگر احمد موثر محمود را یک لک افغانی خریداری نماید و پنج هزار افغانی بیعانه بدهد و سپس از عقد منصرف شود، نمی تواند بیعانه را از محمود بگیرد.

(۲) در صورتی که بیعانه گیرنده از ابرام عقد منصرف شود، اصل بیعانه و یا معادل آن را باید به بیعانه دهنده بپردازد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود از ابرام عقد منصرف شود، باید پنج هزار افغانی یا معادل آن را به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر انصراف از ابرام عقد توسط یکی از طرفین عقد است.

همچنین، طبق ماده ۵۳۳ ق. م: «هرگاه تنفیذ عقد بنابر عللی که ناشی از قصور هیچ یکی از عاقدین نباشد، غیر ممکن گردد یا عقد به اثر خطا و یا موافقه طرفین فسخ گردد، بیعانه مسترد می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) هرگاه تنفیذ عقد بنابر عللی که ناشی از قصور هیچ یکی از عاقدین نباشد، غیر ممکن گردد بیعانه مسترد می شود. تنفیذ از ریشه نفاذ گرفته شده است که در لغت به معنی اجراء کردن و انجام دادن است.^{۱۴۱} علل جمع علت است. قصور جمع تقصیر است. تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که به معنای اهمال و کاستی است.^{۱۴۲} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۱۴۳}

به حیث مثال، اگر احمد ده رأس اسب را به محمود به فروش رساند و بیعانه را از محمود بگیرد و اسپان در حالی که در طویله خانه باشند در اثر سیل یا زلزله و از بین رفتن طویله خانه هلاک شوند یا طویله خانه آتش بگیرد و اسپان هلاک شوند، تنفیذ عقد به دلیل از بین رفتن معقود علیه ناممکن و عقد منتهی می گردد. در این صورت، احمد مکلف است بیعانه را به محمود مسترد نماید. در این مثال، اسپان در اثر اسباب خارجی که اولی قوه قهریه و دومی حادثه غیرمنتظره است از بین رفته است و احمد و محمود در از بین رفتن اسپان هیچ تقصیری ندارند.

(۲) هرگاه تنفیذ عقد به اثر خطای یکی از طرفین فسخ گردد، بیعانه باید مسترد گردد. خطاء در لغت به معنی اشتباه است. تفصیل اشتباه در مبحث رضایت طرفین خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس اسب را به محمود به فروش رساند و بیعانه را از محمود بگیرد و اسپان در حالی که در طویله خانه باشند در اثر عدم آب و

۱۴۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۴۴.

۱۴۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۳۰.

۱۴۳. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

عطف دادن توسط احمد از بین بروند، تنفیذ عقد به دلیل از بین رفتن معقود علیه ناممکن و عقد منتهی می گردد. در این صورت، احمد مکلف است بیعانه را به محمود مسترد نماید. در این مثال، اسپان در اثر تقصیر یا اشتباه احمد که عبارت از عدم آب و عطف دادن است از بین رفته است.

۳) هرگاه عقد به موافقه طرفین فسخ گردد، بیعانه باید مسترد گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس اسب را به محمود به فروش رساند و بیعانه را از محمود بگیرد و احمد و محمود توافق نمایند که عقد را فسخ نمایند، احمد باید بیعانه را به محمود مسترد نماید. زیرا، در صورت فسخ، عقد منتهی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالاتی است که در این حالات بیعانه باید مسترد گردد.

همچنین، طبق ماده ۵۳۲ ق. م: «هرگاه تعهدی که به اثر آن بیعانه پرداخته شده نافذ گردد، بیعانه از اصل قیمت وضع می گردد.» طبق نص این در صورت تنفیذ عقد پولی که به عنوان بیعانه به بایع توسط مشتری پرداخت شده است، از اصل قیمت وضع می گردد. به عنوان مثال، اگر احمد گاو خویش را به محمود ده هزار افغانی به فروش رساند و محمود یک هزار به عنوان بیعانه به احمد بدهد، در صورت تنفیذ عقد، محمود مکلف است نه هزار دیگر به احمد پرداخت نماید.

در این مثال، یک هزار از ده هزار وضع گردیده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم بیعانه است. به نظر می رسد مدت بیعانه (نفاذ و فسخ عقد) تابع عرف خاص تجارته و توافق طرفین است. بنابراین، اگر عرف خاص تجارته در مورد بیعانه وجود داشته باشد، باید به آن عمل شود. همچنین، در صورتی که طرفین عقد مدتی را برای نفاذ و یا فسخ عقد تعیین نموده باشند، این مدت مدار اعتبار است و باید به آن عمل شود.

گفتار دوم) عاقدان

گفته شد که ایجاب و قبول یکی از ارکان عقد اند. تحقق ایجاب و قبول ممکن نیست، مگر توسط عاقدان. بنابراین، عاقدان نقش مهم را در انشاء عقد ایفاء می نمایند و در نتیجه بدون موجودیت آنها عقد منعقد نمی گردد. بنابراین، عاقدین یکی از ارکان مهم عقد اند.

الف) تعریف

عاقد اسم فاعل از ریشه «عقد» است که جمع آن عاقدین و تثنیه آن عاقدان است که در لغت به معنی کسانی است که عقد را بسته می نمایند. در اصطلاح عاقدان یا طرفین عقد کسانی هستند که عقد را اصالتاً برای خود یا نیابتاً برای دیگران منعقد می نمایند، مانند: وکیل که به نیابت از مؤکل در زمان حیات مؤکل عقد را منعقد می نماید، وصی که به نیابت و اذن موصی یا قاضی در امور اولاد صغار وی بعد از مرگ وی تصرف می نماید^{۱۴۴}، ولی که به نیابت از مولی علیه در امور او تصرف می نماید. پس، طرفین عقد عبارت اند از عاقدان. به عنوان مثال، عاقدان بایع و مشتری در عقد بیع، مؤجر و مستأجر در عقد اجاره، صاحب مال و عامل در عقد

مضاربت و مساقات و مزارعه، رهن و مرتهن در عقد رهن، و مقرض و مقترض در عقد قرض، معیر و مستعیر در عقد عاریت و ... است.^{۱۴۵}

ب) شرایط

جهت صحت عقد رعایت دو شرط در عاقدین ضروری است: (۱) داشتن اهلیت (ماده ۵۰۲ فقره ۲ ق. م)؛ و (۲) رضاء که هر یک ذیلاً مورد بحث قرار می‌گیرد:

۱) داشتن اهلیت

برای صحت انعقاد و نفاذ عقد عاقدین باید دارای اهلیت باشند. اهلیت از اهل گرفته شده که در لغت به معنی صلاحیت، شایستگی و توانایی است^{۱۴۶} چنانچه به عنوان مثال گفته می‌شود فلان شخص اهل این کار است؛ یعنی: توانایی و شایستگی انجام دادن آن را دارد یا گفته می‌شود که کار باید به اهل آن سپرده شود.^{۱۴۷} در اصطلاح حقوقی و فقهی تعاریف ذیل برای اهلیت ارائه شده است:

(۱) در اصطلاح فقهی، به شایستگی شخص برای ثبوت و وجوب حقوق مشروع برای او و بر او و صحت تصرفاتش اهلیت گویند.^{۱۴۸}

(۲) در اصطلاح حقوقی اهلیت صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف دارد.^{۱۴۹}

(۳) اهلیت صلاحیت شخص برای دارا شدن حق و تحمل تکلیف و به کار بردن حقوقی که به موجب قانون دارا شده است، می‌باشد.^{۱۵۰}

(۴) اهلیت عبارت از صلاحیت اجرای یک کار است مانند بستن عقد.^{۱۵۱} از این تعاریف خوبی نتیجه‌گیری می‌شود که نخست این که اهلیت، صلاحیت، توانایی و شایستگی است؛ دوم این که اهلیت مختص اشخاص اعم از حقیقی و حکمی است. بنابراین، حیوانات و سایر موجودات دارای اهلیت نیستند؛ و سوم این که براساس اهلیت اشخاص توانایی اکتساب و اجرای حق و ادای تکلیف را پیدا می‌نمایند.

اول) انواع و ادوار اهلیت

اهلیت انسان از زمان جنین بودن در رحم مادر آغاز می‌شود. سپس رشد و نمو می‌نماید و با رسیدن انسان به سن بلوغ به تکامل می‌رسد و با وی تا زمان مرگ ادامه می‌یابد. باوجوداین، در این مراحل اهلیت انسان

۱۴۵. علی محی‌الدین القره‌داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۳۱۶.

۱۴۶. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، جلد (۱)، ص ۱۶۲؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۹۲؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۶۰.

۱۴۷. علی محی‌الدین القره‌داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۳۱۶؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۷۳۶ و ۷۳۷.

۱۴۸. وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، جلد (۲)، ص ۱۶۳؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۶۰؛ و علی محی‌الدین القره‌داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۳۱۶.

۱۴۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار دادها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱.

۱۵۰. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۹۷.

151. William P. Statsky (____). Family law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning. P 110.

متفاوت می باشد. از همین جهت، فقهاء و اصولیین، اهلیت را به دو نوع: اهلیت وجوب و اهلیت استیفاء یا اداء تقسیم نمودند: ۱۵۲

اولاً) اهلیت وجوب

اولین نوع اهلیت، اهلیت وجوب است:

یک) تعریف

اهلیت وجوب که به نام های اهلیت تمتع، اهلیت تملک، اهلیت داراء شدن حق و اهلیت استحقاق نیز یاد شده است ۱۵۳ در اصطلاح فقهی صلاحیت شخص است برای الزام و التزام. ۱۵۴ به عبارت دیگر: اهلیت وجوب صلاحیت شخص است برای مطالبه کردن و مطالبه شدن خواه به واسطه شخص باشد یا به واسطه کسی که بر وی ولایت دارد. ۱۵۵ حقوقدانان در تعریف اهلیت وجوب می گویند: اهلیت وجوب، استعدادی است که به موجب آن شخص از حقوق خصوصی بهره مند می شود و می تواند صاحب حق و تکلیف شود. ۱۵۶ در حقوق آلمان برخی نویسندگان در تعریف اهلیت تمتع می گویند: اهلیت تمتع عبارت است از اهلیت دارا شدن حق و تکلیف که با تولد آغاز می شود. ۱۵۷ از این تعاریف به خوبی بر می آید که به موجب اهلیت وجوب هم دیگران می توانند بر شخص حقوقی داشته باشند و هم شخص می تواند بر دیگران حقوقی داشته باشد ۱۵۸ مانند: حق برخورداری در یافت ضمان مال تلف شده، التزام شخص جهت پرداخت ثمن مبیع، عوض قرض و نظیر اینها. ۱۵۹ مناط و ملاک اهلیت وجوب حیات انسان است. بنابراین، اهلیت وجوب برای هر انسان ثابت است، تفاوت نمی کند که جنین، صغیر، کبیر، مجنون، عاقل و یا بالغ باشد.

دو) مبنا

مبنای اهلیت وجوب، انسان بودن و حیات یا صفت خاص انسان است. همین که وجود و شخصیت انسان شکل گرفت و انسان پا به عرصه وجود گذاشت، توانایی داراء شدن حقوق را کسب می کند. انسان حتی قبل از

-
۱۵۲. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۱۶؛ وهبة الزحيلي (____). اصول الفقه الاسلامي، جلد (۱)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۶۳.
۱۵۳. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۱۷۹؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی، ص ۱۵۱.
۱۵۴. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهی العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۷۳۹؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۰.
۱۵۵. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۱۶.
۱۵۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی، ص ۱۵۱.
157. Gerhard Robbers (2002). An introduction to German law. Translated into English by Miceal Jewll, 5th edi (____), p 148.
۱۵۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۹۷.
۱۵۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۰.

تولد، چنانچه گفته شد، دارای اهلیت تمتع ناقص است و بعد از تولد تا زمان مرگ این توانائی را حفظ می کند.^{۱۶۰}

سه) مراحل

فقهاء و اصولیین می گویند: اهلیت وجوب دو مرحله دارد: مرحله اهلیت وجوب ناقص و مرحله اهلیت وجوب کامل. بنابراین، اهلیت وجوب بر دو نوع است: اهلیت وجوب ناقص و اهلیت وجوب کامل:

۱) **مرحله اهلیت وجوب ناقص و جنینی:** اهلیت وجوب ناقص، صلاحیت شخص است جهت ثبوت حقوق برای او. اهلیت وجوب ناقص شخص را قادر بر الزام و داین قرار گرفتن می نماید و برای جنین قبل از ولادت در بطن مادر ثابت است. دلیل نقص اهلیت جنین در بطن مادر این است که جنین در بطن مادر وجود مستقلی نیست و در خارج با مادر یکی است. ولی، زمانی که زنده متولد گردد، انسان مستقل به شمار می آید. بنابراین، برخی حقوق نافع (نفع دهنده) برای او ثابت می گردد که ضرورت به قبول ندارند، مانند: ثبوت نسب، میراث بردن از مؤثر، استحقاق دریافت حصه معین از موصی به و دریافت حصه معین از غلات مال موقوفه که بر وی وقف شده باشد.^{۱۶۱}

با وجود این، طفل نمی تواند سه نوع حقوق اخیرالذکر را تملك نماید، مگر اینکه زنده متولد گردد. پس، در صورتی که زنده متولد گردد، می تواند اموال ناشی از حقوق سه نوع اخیر را تملك نماید. بنابراین، جنین دارای اهلیت ناقص است که صرف او را قادر بر اکتساب یک سلسله حقوق می نماید. ولی دارای اهلیت کامل نیست تا او را قادر بر اکتساب همه انواع حقوق، التزامات و واجبات نماید. همچنین، جنین در این مرحله دارای اهلیت اداء، ذمه مالی و قصد و رضاء نیست.^{۱۶۲}

اما، حقوقی که ضرورت به قبول دارد هر چند برای وی صرف نفع داشته باشد، برای او ثابت نمی گردد، مانند: هبه. زیرا، جنین نمی تواند خود آن را قبول نماید. همچنین، شرع ولی و وصی نیز برای او در این دوره معین ننموده است. این دوره، از آغاز حامله شدن مادر به فرزند شروع شده و با به دنیا آمدن وی پایان می یابد. فقهاء بر این نظر اند که در این دوره برای جنین اهلیت وجوب ناقص ثابت می شود و امکان حصول حقوق چهارگانه که در بالا ذکر شد را می یابد. ولی در این مرحله جنین اهلیت اداء و ذمه مالی ندارد.^{۱۶۳} دوران جنینی از آغاز حامله شدن مادر شروع شده و با به دنیا آمدن طفل خاتمه می یابد.

۱۶۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۰۳؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۱؛ وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۲)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۶۳.

۱۶۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۶۲ و ۲۹۶۳؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۹۳ و ۹۴.

۱۶۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۶۲ و ۲۹۶۳؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۴۷-۷۵۰؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۹۴ و ۹۵؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشایرالاسلامیة، ص ۳۲۸.

۱۶۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۷؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشایرالاسلامیة، صص ۳۲۳ و ۳۲۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۹۸.

۲) **اهلیت وجوب کامل و مرحله عدم تمیز:** اهلیت وجوب کامل عبارت از صلاحیت شخص است جهت دارا شدن حق و تحمل التزامات که به مجرد زنده متولد شدن برای شخص ثابت می گردد. پس، اهلیت وجوب کامل با متولد شدن انسان حاصل می شود و این صلاحیت در سنین کودکی و پیش از آنکه انسان به سن بلوغ برسد به نیابت توسط ولی، وصی و قیم و پس از آن به طور مستقیم اعمال می شود.^{۱۶۴} این دوره از زمان به دنیا آمدن طفل آغاز می گردد و تا وقت تمیز: یعنی؛ هفت سالگی ادامه می یابد. در این دوره، برای صغیر ممیز اهلیت وجوب کامل ثابت می گردد و مستحق حقوق می شود. همچنین، به تکالیفی که از طرف ولی او به نیابت از او انجام می پذیرد، ملتزم می گردد. بنابراین، در معاوضات مالی عوض بر عهده او واقع می شود و باید آن را بپردازد.

با وجود این، طفل در این دوره، از اهلیت اداء بر خوردار نیست و در نتیجه بر سخنان او اثری مرتب نمی شود و عقدی که منعقد می نماید، باطل است. حتی در تبرعات محضی که در حق او می شود، ولی او باید به نیابت از او تبرعات را بپذیرد.^{۱۶۵} اهلیت وجوب کامل برای مجنون و معتوه غیر ممیز نیز ثابت می گردد. بنابراین، مجنون و معتوه اهلیت وجوب کامل دارند و حقوق آنها برای آنها ثابت می گردد. اما، اولیاء آنها به نیابت از آنها آن را قبول می نمایند. همچنین، حقوقی که ولی آنها بتواند به نیابت از آنها آن را اقامه نمایند، لازم می گردد.^{۱۶۶} مرحله عدم تمیز از زمان به دنیا آمدن طفل آغاز می گردد و تا وقت تمیز: یعنی؛ هفت سالگی ادامه می یابد. در این دوره، برای صغیر ممیز اهلیت وجوب کامل ثابت می گردد. اما، در این دوره طفل به سبب تمیز دارای اهلیت اداء نیست و تمیز اساس اهلیت اداء است. روی همین دلیل، صبی غیر ممیز مکلف به پرداخت شی نیست و پرداخت حقوقی که به سبب اهلیت وجوب بر وی لازم می گردد و، ولی وی آن را پرداخت می نماید. همچنین، به سبب عدم اهلیت اداء بر افعال و تصرفات وی اثری مرتب نمی شود که به برخی آن در ذیل اشاره صورت می گیرد:

۱) همه اقوال طفل غیر ممیز هدر و بیهوده است و بر آن حکمی مرتب نمی شود. ماده ۹۶۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «تصرفات گفتاری صغیر غیر ممیز صحیح نیست، گرچه ولی وی برایش اجازه داده باشد». همچنین، تمام عقود طفل غیر ممیز باطل است. زیرا، عبارات طفل در ایجاب و قبول، اقرار و ابراء صحیح نیست حتی تصرفاتی که برای او نفع محض دارد، مانند: قبول هبه و صدقه نیز صحیح نیست، بلکه نایب او باید این هبه و وصیت را بپذیرد.

در خصوص تصرفات صغیر غیر ممیز ماده ۵۴۳ ق. م می گوید: «تصرف صغیر غیر ممیز باطل پنداشته می شود، اگرچه ولی وی اجازه داده باشد». به حیث مثال، اگر احمد شش ساله باشد و عقد خرید

۱۶۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۲۹۶۳؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق.). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۳۲۴.
۱۶۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۲۹۶۸؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق.). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۳۲۴؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۲۴۵.
۱۶۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۰۳؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۲۹۶۱.

موتربک، کیک، کلچه، کتابچه، قلم، جوس سيب و نظير اينها را با دوکاندار منعقد نماید، اين عقد باطل است هرچند پدر احمد اجازه دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تصرفات صغیر غیرممیز است.

نص این ماده امروزه محل ایراد و غیر عملی به نظر می رسد. زیرا، امروزه اطفال غیر ممیز که میان سنین یک سال الی هفت سال قرار دارند عقد های مختلف را برحسب نیاز خویش و به اجازه اولیا منعقد می نمایند مانند خریدن قلم، پنسل، کتابچه و نظیر اینها برای مکتب در مکتب و خانه، خرید مواد ارتزاقی روزمره مانند پیاز، ماست، شیر، قیماق، بوره و نظیر اینها به اجازه مادر زیرا پدران در خارج از خانه معمولاً مصروف کار می باشند. بنابراین، نص این ماده قابل اصلاح به نظر می رسد.

۲) افعال طفل غیرممیز نیز غیرمعتبر است، تفاوت نمی کند که این افعال دینی باشد، مانند: نماز و روزه یا مدنی مانند: قبض مبیع، ودیعه و قرض. بنابراین، در صورتی که ولی و یا وصی طفل غیر ممیز برای طفل چیزی خریداری نماید و بایع آن را به طفل تسلیم نماید، تسلیم بایع اعتبار ندارد. همچنین، در صورتی که شخصی مال طفل را تلف یا غصب نماید و دوباره آن را به طفل رد نماید و مال نزد طفل هلاک شود، غاصب ضامن پرداخت جبران خسارت آن است. زیرا، تسلیم مال به طفل باطل است.

۳) در صورت ارتکاب جرم توسط طفل غیرممیز هرچند جرم قتل باشد، طفل غیرممیز مستوجب مجازات شناخته نمی شود. همچنین، مجازات طفل قابل نیابت نیست. بنابراین، ولی طفل را نمی توان به سبب جرم مجازات نمود. بنابراین، طفل غیرممیز قابل قصاص و عقوبت نیست. اما، التزامات اعم از التزامات ناشی از حقوق العبد و حقوق الله که ممکن است از مال طفل غیر ممیز اداء گردد قرار ذیل اند:

- ۱- عوض های مالی در افعال مدنی، مانند: ثمن مبیع و اجرت خانه و افعال جنایی مانند: پرداخت تعویض اموالی را که طفل غیرممیز آن را تلف نموده است؛
- ۲- پرداخت دیه و ارش بر خلاف مجازات شدن؛
- ۳- پرداخت مالیات، مانند: عشر زراعت و خراج زمین و امثال اینها؛
- ۴- پرداخت نفقه اقارب که قابل نیابت است و نایب طفل آن را به کسانی که نفقه آنها در مال طفل واجب است می پردازد.^{۱۶۷}

ثانیاً) اهلیت استیفاء

نوع دوم اهلیت، اهلیت استیفاء است:

یک) تعریف

اهلیت تمتع همیشه همراه با اهلیت اجراء نیست. زیرا، ممکن است شخص حقی داشته باشد، ولی نتواند آن را اجراء کند. کسی که حق دارد و عهده دار تکلیفی است وقتی می تواند حق یا تکلیف خود را اجراء کند که

۱۶۷. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۶۳-۲۹۶۴؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۵۱-۷۵۸؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۹۵ و ۹۶؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، صص ۳۲۸ و ۳۲۹.

توانایی و شایستگی آن را داشته باشد. در اصطلاح حقوق این توانایی و شایستگی را اهلیت اداء یا استیفاء می گویند.^{۱۶۸} از آنچه گفته شد، به خوبی به این نتیجه می رسیم که:

(۱) اهلیت اداء یا استیفاء عبارت از صلاحیت شخص برای به کار بردن حقی که دارا شده است، می باشد.^{۱۶۹}
(۲) اهلیت اداء قابلیت است که قانون برای افراد شناخته تا بتوانند حق خود را اجراء و خود را متعهد بسازند.^{۱۷۰}

(۳) در حقوق آلمان برخی نویسندگان در تعریف اهلیت اداء می گویند: اهلیت اداء عبارت است از توانایی اجراء معاملات معتبر حقوقی.^{۱۷۱}

(۴) از نظر فقهی، به اعتبار شرعی افعال و اقوال مکلف اهلیت اداء گویند، به گونه ای که اگر به اجراء عمل حقوقی مبادرت ورزد، سخن و عمل او در آن باره از لحاظ شرعی معتبر باشد، چنانچه محمد ابو زهره در این باره می گوید: اهلیت اداء، همان اهلیت معامله است؛ به این معنی که: شخص سزاواری اکتساب حق ها و اجراء تصرفات خویش را داشته باشد و بتواند با این تصرفات برای دیگران نیز انشای حقوق کند و چنین اهلیتی در اوج درستی قرین تکلیف است؛ یعنی: اینکه شخص به رشد و بلوغ خویش برسد.

برخی از علماء تعریفی از اهلیت اداء ارایه کرده اند که معاملات و عبادات را در برمی گیرد. آنان گفته اند که اهلیت اداء صلاحیتی در انسان است که به موجب آن کارهای او از اعتبار شرعی و قانونی برخوردار می شود، به گونه ای که در آن باره مورد بازخواست قرار می گیرد و از او تصرفات شرعی الزام آور صادر می شود. البته، مناط چنین اهلیتی «عقل» است. پس، در موردی که عقل کامل باشد، اهلیت نیز به صورت کامل حاصل می شود، اگر عقل کاستی داشته باشد، اهلیت اداء نیز ناقص خواهد بود. بنابراین، جنین اصلاً دارای اهلیت استیفاء یا اداء نیست.

همچنین، طفل قبل از رسیدن به سن تمیز که هفت سال مکمل است دارای اهلیت اداء نیست. پس، اهلیت اداء یا استیفاء قبل از سن هفت سالگی معدوم است. مجنون نیز مثل طفل غیرممیز است که بر تصرفات وی آثار شرعی مرتب نمی گردد و عقد وی باطل می باشد.^{۱۷۲}

دو) انواع و مراحل

از آنچه گفته شد، به خوبی بر می آید که اهلیت اداء بر دو نوع: اهلیت اداء ناقص و اهلیت اداء کامل است:
(۱) **اهلیت اداء ناقص و مرحله تمیز:** اهلیت اداء ناقص صلاحیت شخص است جهت صدور برخی تصرفات که نفاذ آن منوط بر اجازه شخص دیگر است. اهلیت ادای ناقص برای اشخاص بعد از اتمام سن

۱۶۸. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۱۸۰.

۱۶۹. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، صص ۹۷ و ۶۸.

۱۷۰. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۱۵۳.

171. Gerhard Robbers (2002). An introduction to German law. Translated into English by Miceal Jewll, 5th edi (____). P 149.

۱۷۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۶۴ و ۲۹۶۵؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، صص ۳۲۵ و ۳۲۶؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۹۳.

هفت سالگی و پیش از رسیدن به سن بلوغ ثابت می‌گردد و بر چنین شخص طفل ممیز می‌گویند. تمیز عبارت از حالتی است در آن کودک ممیز خیر و شر خود را تشخیص می‌دهد و می‌داند که چه چیزی به نفع و ضرر او است و معانی الفاظ خود را به اجمال می‌داند. به عنوان مثال، می‌داند که عقد بیع موجب از دست رفتن مال او و تملک ثمن می‌گردد. فقهاء معتقدند که در این دوره، برای طفل اهلیت ادای ناقص ثابت است. البته، اهلیت اداء هم در امور عبادی و هم در امور مدنی ناقص است.

بنابراین، در صورت ادای نماز، روزه و نظیر اینها پاداش می‌بیند، هرچند در این دوران، این امور بر او واجب نیستند. بنابراین، در اعمالی که مربوط به حقوق الله می‌شود، مانند: روزه، نماز، حج و نظیر اینها اطفال ممیز تکلیفی ندارند، مگر جهت تأدیب و تهذیب. در باره تصرفات طفل ممیز ق. م از فقه حنفیه پیروی نموده است. ماده ۵۴۴ فقره های اول و دوم ق. م در این باره حکم می‌نماید که: «(۱) تصرف صغیر ممیز که کاملاً به منفعت وی باشد، جواز دارد، اگرچه ولی وی اجازه نداده باشد. در صورتی که تصرف مذکور کاملاً به ضرر وی باشد، باطل پنداشته می‌شود گرچه ولی وی اجازه داده باشد؛ و (۲) تصرف متضمن نفع و ضرر به اجازه ولی در حدود صلاحیت وی یا اجازه شخص ناقص اهلیت بعد از رسیدن به سن رشد موقوف می‌باشد.»

هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تصرفات صغیر ممیز است. نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. در باره صحت و بطلان اعمال مربوط به حقوق العباد اطفال مانند: تصرفات مالی فقهای حنفیه بر این عقیده اند که تصرفات و عقود مالی اطفال بر سه نوع ذیل تقسیم می‌شوند:

(۱) **تصرفاتی که به صورت محض به نفع طفل ممیز اند:** تصرفاتی که به صورت محض به نفع طفل ممیز اند، تصرفاتی اند که موجب دخول شی در ملکیت طفل ممیز بدون عوض می‌گردند مانند: صید، قبول هبه، قبول صدقه، وصیت به نفع طفل ممیز که ممکن است بدون اجازه ولی وی نیز متحقق گردد. زیرا، تصرفات مذکور موجب نفع کامل طفل ممیز می‌گردند.

(۲) **تصرفاتی که به صورت محض به ضرر طفل ممیز اند:** تصرفاتی که به صورت محض به ضرر طفل ممیز اند، تصرفاتی اند که موجب خروج ملک از ملکیت طفل ممیز بدون عوض می‌گردند مانند: هبه، صدقه، قرض دادن مال طفل، کفالت به دین و امثال اینها. در موردی که طفل ممیز چنین تصرفی به عمل آورد، تصرف صحیح و نافذ تلقی نمی‌گردد هرچند ولی او اجازه بدهد، زیرا تصرفات مزبور موجب تضییع تام طفل ممیز می‌گردد.

(۳) **تصرفاتی که امکان تحقق نفع و ضرر از آن متصور است:** تصرفاتی که امکان تحمل ضرر و نفع طفل در آن متصور است، تصرفاتی اند که امکان تحمل ضرر و نفع در آن متصور باشد مانند: خرید و فروش، اجاره، مزارعه، مساقات، شرکت و نظیر اینها. بنابراین، تصرفات مزبور در صورتی که توسط طفل ممیز صورت پذیرد، صحیح تلقی می‌گردد. ولی، نفاذ آن منوط اجازه ولی و یا اجازه طفل بعد از رسیدن به سن بلوغ است. ۱۷۳

۱۷۳. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۵۹ و ۲۹۶۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۵۹-۷۶۹؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵).

ماده ۹۶۷ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «تصرف صغیر ممیز در اموری که به وی مفاد محض دارد، مانند: پذیرفتن هدیه، بخشش و غیره اعتبار دارد، اگرچه ویش آن را اجازه ندهد. اما، آن تصرفی که برای وی زیان آور باشد، مانند: اعطای بخشش یا اهداء کردن انجام نمی یابد. تصرفاتی که نفع و ضرر در آن متصور است، در صورتی منعقد می گردد که ولی به آن اجازه دهد. زیرا، ولی او صلاحیت اعطای اجازه و عدم آن را دارد. بنابراین، اگر این تصرف را به حال صغیر تحت ولایت خویش مفید تلقی نماید، باید آن را اجازه و در صورت عدم مفید تلقی کردن اجازه ندهد. به طور مثال، اگر طفل ممیزی چیزی را بدون اجازه ولی خویش فروخت، نفاذ چنین عقدی موقوف بر اجازه ولی است اگرچه آن را بیشتر از قیمت آن فروخته باشد. زیرا، عقد بیع از عقود است که نفع و ضرر در آن متصور است.»

مطابق ماده ۵۵۰ ق. م: «شخص ناقص اهلیت می تواند بطلان عقد را مطالبه نماید. در صورتی که برای اخفای نقص اهلیت خود حيله به کار برده باشد، این امر مانع الزام وی به جبران خساره نمی گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) شخص ناقص اهلیت مانند مجنون، طفل غیرممیز و معتوه می توانند بطلان عقد را از محکمه مطالبه نمایند. بطلان در لغت به معنی باطل شدن، تباه شدن، از کار افتادن، باطل بودن، بی اعتبار شدن، نابودی و هلاکت است.^{۱۷۴} به حیث مثال، اگر احمد طفل شش ساله یا دیوانه باشد و موتر خویش را به محمود به فروش رساند، می تواند در صورتی که خریدار به صحت عقد استناد نماید از طریق ولی یا وصی خویش بطلان عقد را از محکمه مطالبه نماید.

۲) در صورتی که برای اخفای نقص اهلیت خود حيله به کار برده باشد، این امر مانع الزام وی به جبران خساره نمی گردد. اخفا از ریشه «خفی» گرفته شده است که در لغت به معنی پنهان کردن، پنهان کردن و مخفی کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، اخفا عبارت است از پنهان کردن وصف یا چیزی که باید آشکار باشد که می تواند منجر به تدلیس و غش و ... در عقود گردد.^{۱۷۵} حيله در لغت به معنی فریبکاری و مکاری است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد برای اخفای اهلیت خویش مکاری و حيله نموده باشد و محمود را فریب بدهد، فریب و اخفای اهلیت مانع الزام او به پرداخت جبران خسارت نمی گردد.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا عقد احمد فسخ گردد و احمد در پنهان کردن اهلیت خود حيله به کار برده باشد، باید مصارف نقل و انتقال موتر را به جانب مقابل پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی مورد حمایت قرار دادن افراد ناقص اهلیت و در عین حال جلوگیری از حيله و فریب افراد ناقص اهلیت است.

۲) **اهلیت اداء کامل و دوران رشد:** اهلیت اداء کامل صلاحیت شخص است جهت اجرای تصرفات به صورت مباشر بدون اینکه متوقف بر اجازه غیر باشد. اهلیت اداء کامل از زمان ظهور نشانه ای از نشانه های

الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۹۷ و ۹۸؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، صص ۳۲۸ - ۳۴۴.

174. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/1/2016).

۱۷۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۶.

بلوغ؛ یعنی خروج منی، روییدن موهای خشن و سخت در اطراف اعضای تناسلی مرد و زن یا رسیدن به سن هجده سالگی و صحت عقل حاصل می‌شود.^{۱۷۶}

بلوغ در لغت به معنای رسیدن، وصول و رسیدگی است و در اصطلاح حقوقی و فقهی به رسیدن به سن پایانی صغارت و پای نهادن در سن تکلیف بلوغ گویند. این دوران از زمان بلوغ تا وقت رشد ادامه می‌یابد.^{۱۷۷} بلوغ از طریق علامات طبیعی بلوغ به اثبات می‌رسد و در صورت عدم ظهور این علامات از طریق سن. علامات بلوغ به موجب فقه پنج است که سه آن میان زنان و مردان مشترک است و دو آن مختص به زنان است. علامات بلوغ که میان زنان و مردان مشترک است عبارت اند از:

۱- خروج سپرم: در صورتی که از انسان اعم از مرد و زن و پسر و دختر در حالت بیداری یا خواب به واسطه جماع، احتلام و امثال اینها سپرم خارج شود، خروج سپرم یکی از علامات بلوغ است؛

۲- روییدن موهای خشن و سخت در اطراف اعضای تناسلی پسر و دختر نیز یکی از علامات بلوغ است. بنابراین، با روییدن این موها انسان بالغ تلقی می‌گردد. زیرا، از عطیه قریظی که در آغاز یهودی بود و سپس مسلمان شد نقل شده است که: «عرضنا علی الرسول ﷺ یوم قریظة، فکان من أنبت قتل، و من لم ینبت خلی سبیلہ و کنت ممن لم ینبت فخلی سبیلی.»^{۱۷۸}

۳- سن: در باره سن بلوغ ق. م سکوت اختیار نموده است. در فقه در این باره نظریات گوناگون وجود دارد: جمهور فقهاء (شافعیه، حنابله، اوزاعی، ابویوسف رحمته و امام محمد رحمته) بر این نظر اند که: سن بلوغ برای پسر و دختر و زن و مرد سن پانزده سالگی است. زیرا، بخاری و مسلم از ابن عمر رحمته روایت کرده اند که: «عُرِضْتُ عَلٰی رَسُولِ اللَّهِ ﷺ یَوْمَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ، فَلَمْ يُجْزِنِي، وَلَمْ يَرِنِي بَلْغَتِي، ثُمَّ عُرِضْتُ عَلَيْهِ یَوْمَ الْحَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ حَمْسَ عَشْرَةَ فَأُجَازَنِي.»^{۱۷۹}

«زمانی که چهارده ساله بودم خواستم در جنگ احد اشتراک نمایم، پیامبر صلی الله علیه و آله اجازه نداد و زمانی که پانزده سالگی را تکمیل نمودم پیامبر صلی الله علیه و آله برایم اجازه داد تا در جنگ خندق اشتراک نمایم.»
این نظر میان فقهاء راجح است و مجله الاحکام نیز از این نظر اقتباس و پیروی نموده است. ماده ۹۸۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می‌نماید که: «آغاز سن بلوغ در مرد ۱۲ سالگی و در زن ۹ سال است و انتهای آن در هر دو جنس ۱۵ سالگی است. پس، اگر پسر به سن ۱۲ سالگی و دختر به سن ۹ سالگی رسید و هنوز بالغ نشد، آنها را مراهق گویند.» اما، امام ابو حنیفه رحمته بر این نظر است که سن بلوغ پسران هجده

۱۷۶. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۴۶ و ۷۴۷؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۹۳ و ۹۴؛ و وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۶۷.

۱۷۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۶۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۹۸.

۱۷۸. رواه ابن ماجه .

۱۷۹. رواه بخاری و مسلم عن ابن عمر رحمته .

شرح ق. م: حقوق و جایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات و جیبه / ۷۵

سالگی و از دختران هفده سالگی است. برعکس، امام مالک رحمته بر این نظر است که سن بلوغ اشخاص اعم از پسر و دختر هفده سالگی است.^{۱۸۰} اما، علاماتی که اختصاص با زنان دارد عبارت اند از:

- ۱- حیض (قاعدۀ یا عادت ماهوار شدن): حیض از جمله علامات بلوغ در زنان است.
- ۲- حامله شدن: از جمله علامات دیگر بلوغ برای زنان حاملگی است.^{۱۸۱} از همین رو، ماده ۹۸۵ مجله الاحکام در این باره اعلام می دارد که: «رسیدن به حد بلوغ به احتلام شدن، باردار شدن و یا حیض گردیدن به اثبات می رسد.» با رسیدن انسان به سن بلوغ، انسان مکلف به تمام تکلیفات شرعی می گردد. خداوند جل جلاله می فرماید:

﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ - [النساء، ۶]

«و یتیمان را بیازمایید تا وقتی که به سن ازدواج رسند. پس، اگر از آنان حسن تدبیر دیدید، اموالشان را به آنها باز گردانید.»

همچنین پیامبر صلی الله علیه و آله می فرماید:

«رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ، وَ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَحْتَلِمَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يَعْقِلَ.»^{۱۸۲}

«از سه دسته قلم تکلیف برداشته شده است: از طفل تا وقتی که بالغ گردد، از شخصی که در حال خواب است تا وقتی که بیدار گردد و از شخصی دیوانه تا وقتی که عاقل گردد.»

طبق فقه با رسیدن انسان به سن بلوغ، انسان مکلف است تمام تکلیفات شرعی را پذیرد. زیرا، در این مرحله اهلیت اداء انسان تکمیل می شود. بنابراین، انسان برای تمام عقود و تصرفات مالی صلاحیت پیدا می نماید. همچنین، انسان در این مرحله مکلف انجام تکلیفات شرعی، مانند: ایمان به خداوند جل جلاله، ادای نماز، پرداخت زکات، حج، گرفتن روزه، تطبیق احکام شرعی از قبیل احترام اموال، انفس و آبروی دیگران، اجتناب از محظورات و معاصی و منکراتی که موجب تضییع مصلحت فرد و جامعه می گردد، است.^{۱۸۳}

مرحله پنجم مرحله رشد است که از زمان بعد از بلوغ شروع شده و الی فوت انسان ادامه می یابد. رشد در لغت به معنای استقامت، راهیابی، راه یافتن و هدایت شدن و ضد ضلال و گمراهی است. در اصطلاح حقوقی

۱۸۰. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۷۸ و ۷۷۹؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعه الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۳۴۸ و ۳۴۹؛ وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۶۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۵۶۱ و ۵۶۲؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۲۳۳ و ۲۳۴.

۱۸۱. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۷۸؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعه الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۳۴۷ و وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۶۶.

۱۸۲. رواه أحمد و ابو داود و الحاكم عن علی و عمر رحمته.

۱۸۳. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۷۷ و ۷۷۸؛ وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۶۶ و ۲۹۶۷؛ عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقه، صص ۹۸ و ۹۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۵۶۱ و ۵۶۲؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۲۳۵.

و فقهی به بلوغ قرین حُسن تصرف رشد گویند، چنانچه فقهای حنفی رشد را به خبرگی در اداره، بهره مندی، حفظ و صلاح مال، حُسن تصرف در آن و تمیز میان نفع و ضرر می دانند به گونه ای که بدون در نظر گرفتن مصالح خویش آن را مصرف نکند و به اسراف و تبذیر نپردازد.

از همین رو، ماده ۹۴۷ مجله الاحکام در تعریف رشید می گوید: «رشید کسی است که به پاسداری از مال خود مقید بوده و از اسراف و تبذیر پرهیز نماید.» در مرحله رشد انسان به کمال اهلیت اداء می رسد و می تواند در اموال و ملکیت خویش به صورت مباشر تصرف نماید و عقود را منعقد نماید. باوجود این، شرع برای رشد مانند بلوغ سن مشخصی را معین ننموده است. زیرا، رسیدن اشخاص به سن رشد از شخص تا شخصی، از زمانی تا زمان دیگر و از مکانی تا مکانی دیگر نظر به اوضاع و احوال فرق می نماید و بنابراین شرع آن را به اولی الامر نظر به مقتضیات زمان و مکان واگذار نموده است.^{۱۸۴}

سه) مینا

مبنای اهلیت استیفاء داشتن تمیز و درک است. زیرا، اراده انشائی که برای انجام دادن اعمال حقوقی لازم و ضروری است صرف در اشخاص دارای تمیز وجود دارد. بنابراین، هرگاه تمیز شخص کافی و کامل باشد، اهلیت او نیز کامل است، مانند: انسان رشید که دارای درک و تمیز کامل است و می تواند خوب را از بد و سود را از زیان تشخیص دهد و معنی عقود و ایقاعات را درک کند. برعکس، اگر تمیز و درک شخص کامل نباشد و صرف بتواند برخی از امور را از همدیگر تفکیک نماید، چنین شخص دارای اهلیت نسبی است، مانند: سفیه که نسبت به امور مالی درک و تمیز کافی ندارد و نمی تواند اموال خویش را به صورت عاقلانه اداره کند و در اداره اموال خویش فاقد اهلیت باشد.^{۱۸۵}

دوم) عوارض

مقصد از عوارض اهلیت حالاتی است که بر شخص واجد اهلیت واقع می شود و اهلیت او را کلاً یا قسماً از بین می برد یا احکام آن را تغییر می دهد. عوارض اهلیت بر اهلیت اداء که اساس تعاقد را تشکیل می دهد، وارد می شود. بنابراین، عوارض در اهلیت و جوب هیچ تأثیری ندارد. اصل در انسان اهلیت است و نقص یا عدم اهلیت استثناء است. این نقص یا عوارض یا اصلی است یا عارضی.^{۱۸۶} بنابراین، عوارض اهلیت بر دو نوع: عوارض طبیعی و عوارض مکتسبه است.^{۱۸۷}

در مورد عوارض اهلیت ق. م نیز از فقه پیروی نموده است. ماده ۵۴۲ ق. م با اقتباس از فقه در این مورد حکم می نماید که: «هر شخص اهلیت عقد را دارد، مگر اینکه اهلیت او توسط قانون سلب یا محدود شده

۱۸۴. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۸۱-۷۹۸؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۷۰ و ۲۹۷۱؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۳۵۰-۳۵۸.

۱۸۵. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۱۸۲.

۱۸۶. همان، سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، صص ۱۸۴.

۱۸۷. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۷۱؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۹۹؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجيز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۰۰؛ و وهبة الزحيلي (____). اصول الفقه اسلامي، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۱۶۷.

باشد.». از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که اصل این است که هر شخص اهلیت تعاقد را دارد. به حیث مثال، احمد یا حمیده می تواند هر عقد را منعقد نماید زیرا اصل در حقوق خصوصی بر آزادی انعقاد عقود است. استثنای این اصل این است که اهلیت اشخاص توسط قانون بنابر عوارض اهلیت سلب و یا محدود شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد چهار ساله باشد نمی تواند چنانچه بحث آن گذشت عقد را منعقد نماید. زیرا، قانون اهلیت او را محدود کرده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن اهلیت افراد است. در ذیل عوارض اهلیت را مورد مطالعه قرار می دهیم:

اولاً) عوارض طبیعی (سماوی)

عوارض طبیعی، عبارت از عوارضی است که اراده و اختیار شخص در پیدایش آن هیچ تأثیری ندارد. به عبارت دیگر: عوارض سماوی اهلیت عبارت از عوارضی است که از جانب شارع بدون اختیار انسان مقرر شده است. از همین رو، این عوارض را به سماء منسوب می نمایند. زیرا، آنچه خارج از اختیار انسان باشد، به سماء نسبت داده می شود و این به این معنی است که این عوارض خارج از قدرت انسان است، مانند: جنون، عته و مرض.^{۱۸۸} بنابراین، عوارض طبیعی یا سماوی اهلیت قرار آتی است:

یک) جنون

طبق ماده ۵۴۵ فقره اول و دوم ق. م: (۱) تصرف مجنون [...] بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته می شود؛ و (۲) تصرف قبل از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته نمی شود، مگر این که حالت جنون ... حین عقد شایع بوده یا طرف مقابل به آن علم داشته باشد.». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- تصرف مجنون بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته می شود. نص این ماده مجمل است زیرا واضح نیست که محکمه در اثر تقاضای چه کسی قرار حجر مدیون را صادر می نماید. قرار در لغت به معنی تصمیم قضایی است که به طور مؤقت و بی آنکه دعوی را ماهیتاً فیصله دهد، به نفع یکی از طرفین صادر می شود.^{۱۸۹} ماده ۴ جزء ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف قرار می گوید: «قرار تصمیم قضائی است که قضیه از لحاظ شکل در محکمه مورد رسیدگی قرار داده می شود.». حجر در لغت به معنی منع و تضییق و جلوگیری است.^{۱۹۰} ماده ۹۴۱ مجله الاحکام در تعریف حجر می گوید: «حجر عبارت از منع شخص مخصوص از تصرفات قولی که برای این شخص بعد از حجر محجور گفته می شود.». به حیث مثال، اگر محمود مجنون باشد و احمد داین محمود حجر مدیون را از محکمه مطالبه نماید و محکمه قرار حجر محمود را صادر نماید، بعد از صدور قرار محکمه تصرفات محمود در اموال باطل است.

۱۸۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۱؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۷۹۹؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۱؛ و وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۶۸.

۱۸۹. عبدالرزاق احمد السنهوی (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۵۱۷.

۱۹۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۴۶۱ و ۴۴۶۲؛ (____) (۱۴۰۴ هـ. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۸۴ و ۸۵؛ اسعد محمد سعید الصاغرجی (____). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۶۰؛ و عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۸۵.

۲- تصرف قبل از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته نمی شود. این اصل است. به حیث مثال، اگر محمود مجنون باشد و احمد با محمود عقد ببندد و محمود هنوز توسط محکمه در اثر تقاضای هیچ شخصی تحت حجر قرار نگرفته باشد، تصرف محمود باطل نیست. استثنای این اصل این است که حالت جنون حین عقد شایع بوده یا طرف مقابل به آن علم داشته باشد. شایع در لغت به معنی فاحش، رایج و پراکنده است.^{۱۹۱} به حیث مثال، اگر احمد مجنون باشد و جنون احمد شایع باشد و همه بدانند که احمد مجنون است و محمود عقد خرید یا فروش خانه را به احمد ببندد و محمود بداند که احمد مجنون است این عقد باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق داینین و پیش بینی اثر تصرفات مجنون قبل و بعد از حجر است.

به موجب فقه جنون از ریشه «جن» گرفته شده که به معنای دیوانگی، زوال عقل و تباهی خرد است و در اصطلاح عبارت از اختلال عقل است که حاصل آن اضطراب و آشفتگی در رفتار است. جنون بر دو نوع است:

- جنون اطباقی: جنون اطباقی، عبارت از جنونی است که استمرار داشته و از آن به جنون «مستمر» نیز یاد می کنند.

- جنون غیر اطباقی: جنون غیراطباقی، عبارت از جنون غیرمستمر است؛ یعنی: شخص مبتلا به آن گاه به حالت عادی باز می گردد وگاهی دچار جنون می شود.^{۱۹۲} ماده ۹۴۴ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «مجنون بر دو قسم است: یکی مجنون مطبق که در تمام اوقات بیخود است و مجنون غیر مطبق که مجنونی است که گاهی بیخود و گاهی به حالت آفاقه باز می گردد.» طبق فقه جنون مستمر از بین برنده اهلیت اداء اشخاص حقیقی است. ولی، جنون غیرمستمر صرف در زمان جنون اهلیت را از بین می برد. مجنون اعم از این که مجنون مطبق و یا منقطع باشد ناقص اهلیت است. بنابراین، تصرفات او اعم از این که فعلی باشد و یا قولی در حالت جنون مانند: طفل غیرممیز باطل و بی اثر است.^{۱۹۳} زیرا، مجنون مطبق در حکم طفل غیرممیز است. ماده ۹۷۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «مجنون مطبق در حکم صغیر غیر ممیز است.» اما، تصرفات مجنون غیرمطبق در حال آفاقه (در حال صحت از مرض و به هوش بودن) مانند: تصرف شخص عاقل است. ماده ۹۸۰ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «تصرفات مجنون غیر مطبق در حال آفاقه مانند تصرف شخص عاقل است.»

از آنچه گفته شد چنین نتیجه گرفته می شود که: تصرفات مجنون مطبق شبیه تصرفات طفل غیرممیز است و باطل و بلااثر پنداشته می شود. زیرا، مجنون مطبق فاقد قصد و اراده و اهلیت اداء است. تصرفات مجنون غیرمطبق نیز مانند تصرفات طفل غیرممیز است مگر در حالت آفاقه که مانند تصرفات اشخاص عاقل پنداشته

191. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/1/2016).

۱۹۲. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۲؛ وهبة الزحیلی (___). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۶۹.

۱۹۳. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۷۱.

می شود. باوجوداین، مجانبین از ضرری که به مال و نفس غیر وارد می نمایند مسؤول هستند و باید جبران خسارت آن را بپردازند. ماده ۹۶۰ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «محتجورین که در مواد سابق تذکر یافت، هرچند تصرفات قولی شان مدار اعتبار نیست، ولی به ضرر و یا خساره ای که از جانب آنها عملاً صورت گیرد، تصرفات شان معتبر پنداشته می شود. به طور مثال، اگر طفل خرد سال مال کسی دیگر را تلف نماید، هرچند غیر ممیز هم باشد، باید تاوان آن را بپردازد.»

دو) عته

طبق ماده ۵۴۵ فقرة اول و دوم ق. م: «(۱) تصرف [...] معتوه بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته می شود؛ و (۲) تصرف قبل از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته نمی شود، مگر این که حالت معتوه بودن حین عقد شایع بوده یا طرف مقابل به آن علم داشته باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- تصرف معتوه بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته می شود. تعریف قرار در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر محمود معتوه باشد و احمد داین محمود حجر مدیون را از محکمه مطالبه نماید و محکمه قرار حجر محمود را صادر نماید، بعد از صدور قرار محکمه تصرفات محمود در اموال باطل است.

۲- تصرف قبل از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته نمی شود. این اصل است. به حیث مثال، اگر محمود معتوه باشد و احمد با محمود عقد ببندد و محمود هنوز توسط محکمه در اثر تقاضای هیچ شخصی تحت حجر قرار نگرفته باشد، تصرف محمود باطل نیست. استثنای این اصل این است که حالت عته حین عقد شایع بوده یا طرف مقابل به آن علم داشته باشد. شایع در لغت به معنی فاحش، رایج و پراکنده است.^{۱۹۴} به حیث مثال، اگر احمد معتوه باشد و عته احمد شایع باشد و همه بدانند که احمد معتوه است و محمود عقد خرید یا فروش خانه را با احمد ببندد و محمود بداند که احمد معتوه است این عقد باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده هدف مورد حمایت قرار دادن حقوق داینین و پیش بینی اثر تصرفات معتوه قبل و بعد از حجر است.

در فقه عته در لغت به کاستی عقل گویند و در اصطلاح ضعفی است که موجب ایجاد خلل در عقل می شود، چنانکه به عنوان نمونه در سخن معتوه اختلال ایجاد می شود و گاه مانند خردمندان و گاهی هم مانند دیوانگان سخن می گوید.^{۱۹۵} به عبارت دیگر: به کسی که از فهم اندک برخوردار بوده و سخنان مضطرب و پریشان بگوید و حُسن تدبیر او معلوم نباشد معتوه گویند. ماده ۹۴۵ مجله الاحکام در تعریف معتوه که در زبان عرف به آن ساده لوح می گویند، می گوید: «معتوه: کسی است که شعورش مختل شود طوری که فهمش اندک بوده و در کلامش اختلال به وجود آید و تدبیرش فاسد باشد.» به نظر می رسد که فرق مجنون و معتوه این است که مجنون به کلی فاقد عقل و تمیز است. اما، معتوه فاقد تمیز نیست. همچنین، عته ضعف در عقل

194. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/1/2016).

۱۹۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲؛ عبدالرزاق احمد السنهاری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۷۲؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۳۷۱؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۴.

است که موجب ضعف ادراک می شود و جنون اختلال در عقل است که موجب اضطراب و هیجان می شود.^{۱۹۶}

به نظر می رسد روی همین دلیل، برخی فقهاء عته را به دو نوع تقسیم می نمایند: (۱) عته شدید، که انسان را کاملاً فاقد ادراک و تمیز می نماید در چنین حالتی فقهاء معتوه را در حکم دیوانه تلقی می نمایند؛ و (۲) عته خفیف که توأم با شعور و ادراک است که حکم چنین معتوه تابع حکم صغیر ممیز است.^{۱۹۷} اما، نظر صحیح این است که: عته یک نوع است و آن عبارت از عته ای است که در ابتداء ذکر شد، در غیر آن شخص مجنون است^{۱۹۸} که این نظر را مجله الاحکام نیز اختیار نموده است. ماده ۹۷۸ مجله الاحکام در مورد تصرفات معتوه تصریح می نماید که: «معتوه در حکم صغیر ممیز است.».

بنابراین، طبق فقه تصرفات معتوه به سبب ضعف عقل در حکم تصرفات صغیر ممیز است چون، معتوه مانند صغیر ممیز دارای اهلیت اداء ناقص است. فقهای حنفیه تصرفات صبی ممیز را به سه نوع تقسیم می نمایند: (۱) تصرفاتی که به صورت محض به نفع طفل ممیز اند؛ (۲) تصرفاتی که به صورت محض به ضرر طفل ممیز اند؛ و (۳) تصرفاتی که امکان تحقق نفع و ضرر از آن متصور است که تفصیل هر یک در بحث دوره تمیز گذشت.

سه (صغیر)

صغیر به کسی گفته می شود که نابالغ باشد. به عبارت دیگر: وصف صغیر در برابر کبر که صفت شخص بالغ است قرار می گیرد. همچنین، کلمه صغیر در برابر بلوغ که صفت شخص بالغ است استعمال می شود. در زبان عامیه و نوشته های غیر حقوقی به صغیر، کودک، خردسال، طفل و بچه می گویند. صغیر به کسر صاد و فتح عین به معنای کوچکی، خردی و کم سن و سال بودن است و در اصطلاح فقهی و حقوقی به حالت شخص از زمان زاده شدن تا هنگام بلوغ صغیر و به شخصی که چنین وضعیتی دارد، صغیر می گویند.^{۱۹۹} طبق ق. م و قانون رسیدگی به تخلفات اطفال صغار به دو دسته منقسم می گردند: صغیر ممیز و صغیر غیر ممیز:

(۱) صغیر غیر ممیز: انسان در سال های اول زندگی فاقد درک و تمیز است. ولی، به موازات رشد اعضای بدن، قوه عقلایی او نیز تکامل می یابد و به مرحله می رسد که سود و زیان و زشت و زیبا را از همدیگر متمایز می نماید. این مرحله که زمان آن در کودکان متفاوت است، مرحله یا سن تمیز نامیده می شود. صغیر قبل از رسیدن به این مرحله، صغیر غیر ممیز نامیده می شود.

بنابراین، صغیر غیر ممیز، کودکی است که نمی تواند خوب و بد و نفع ضرر را از همدیگر تشخیص بدهد و شناخت کافی از اطراف و محیط و اعمال و کردارش پیدا نماید و نمی تواند آثار و احکام عقود و ایقاعات را بداند تا این که به سود آوری یا مضر بودن آن برای خود واقف شود مانند اطفال چهار پنج ساله که خرید و فروش را نمی فهمند؛ یعنی: نمی دانند که فروش موجب سلب مالکیت و خرید سبب به دست آوردن آن است

۱۹۶. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۷۲؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۴.
 ۱۹۷. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۷۲.
 ۱۹۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۰.
 ۱۹۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۲۱۳.

و بین غبن فاحش و غبن غیر فاحش فرق نمی گذارند و به کسی که بین این ها فرق می گذارد صغیر ممیز گفته می شود. ۲۰۰ ماده ۴ فقره ۲ ق. ر. ت. ا در این باره می گوید: «طفل غیر ممیز شخصی است که سن هفت سالگی را تکمیل نکرده باشد». در حقوق اسلام کلیه اعمال حقوقی صغیر غیر ممیز باطل و بلا اثر است و در این باره هیچ اختلافی میان فقهاء وجود ندارد. ۲۰۱

۲) **صغیر ممیز:** صغیر ممیز شخص است که اجمالاً بتواند بین ضرر و منفعت تمیز قایل شود و در بسیاری از مسایل این توان را داشته باشد که منافع و ضرر های خود را در آنها تشخیص بدهد. به عنوان مثال، قرارداد بیع و معامله سودمند را تشخیص بدهد. ۲۰۲ با توجه به آنچه گفته شد، صغیر ممیز بر شخصی اطلاق می گردد که سود و زیان را از همدیگر تشخیص می دهد ۲۰۳ که معمولاً بر اطفالی که بین سنین هفت الی چهارده سالگی قرار دارند اطلاق می گردد. این دوران از سن هفت سالگی آغاز و تا زمان بلوغ عقلی ادامه پیدا می کند. به طفلی که در این دوره قرار دارد در اصطلاح طفل ممیز می گویند. تمیز عبارت از حالتی است در آن کودک ممیز خیر و شر خود را تشخیص می دهد و می داند که چه چیزی به نفع و ضرر اوست و معانی الفاظ خود را به اجمال می داند.

به عنوان مثال، می داند که عقد بیع موجب از دست رفتن مال او و تملک ثمن می گردد. بنابراین، بر اشخاصی که بین سنین هفت الی دوازده سالگی قرار دارند، صغیر ممیز گفته می شود. ماده ۴ فقره ۳ ق. ر. ت. ا در این باره می گوید: «طفل ممیز: شخصی است که سن هفت سالگی را تکمیل و دوازده سالگی را تکمیل نکرده باشد». در باره اعتبار و عدم اعتبار تصرفات و اعمال طفل ممیز برخلاف طفل غیر ممیز باید میان حقوق ناشی از حقوق الله و حقوق العباد تفکیک قایل شد: اطفال ممیز مکلف به اداء آنچه مربوط حقوق الله می گردد مانند: روزه، نماز، حج و نظیر اینها نمی باشند، مگر جهت تأدیب و تہذیب. بنابراین، هرگاه طفل ممیز نماز را قضاء نماید، مکلف به اداى قضاء آن نیست.

چنانچه گفته شد، فقهاء معتقدند که در این دوره، برای طفل اهلیت ادای ناقص ثابت است. اهلیت ادای هم در امور عبادی وهم در امور مدنی ناقص است. بنابراین، در صورت ادای نماز، روزه و نظیر اینها پاداش می بیند، هرچند در این دوران، این امور بر او واجب نیستند. بنابراین، در اعمالی که مربوط به حقوق الله می شود، مانند: روزه، نماز، حج و نظیر اینها اطفال ممیز تکلیفی ندارند، مگر جهت تأدیب و تہذیب. ولی، در باره صحت و بطلان اعمال مربوط به حقوق العباد اطفال مانند: تصرفات مالی فقهای حنفیه بر این عقیده اند که تصرفات و عقود مالی اطفال بر سه نوع منقسم می گردد: تصرفاتی که به صورت محض به نفع طفل ممیز

۲۰۰. ماده ۹۴۳ مجله الاحکام در این باره می گوید: «صغیر غیر ممیز کسی است که خرید و فروش را نمی فهمد؛ یعنی: نمی داند که فروش موجب سلب مالکیت و خرید سبب به دست آوردن آن است و بین غبن فاحش آشکار، مانند غبن به میزان پنج دهم، و غبن کم فرق نمی گذارد [...]»

۲۰۱. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۲۲۳ و ۲۲۵.

۲۰۲. ماده ۹۴۳ مجله الاحکام در این باره می گوید: «صغیر غیر ممیز کسی است که خرید و فروش را نمی فهمد؛ یعنی: نمی داند که فروش موجب سلب مالکیت و خرید سبب به دست آوردن آن است و بین غبن فاحش آشکار، مانند غبن به میزان پنج دهم، و غبن کم فرق نمی گذارد؛ و به کسی که میان اینها فرق بگذارد طفل ممیز گفته می شود.»

۲۰۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۱۷.

اند، تصرفاتی که به صورت محض به ضرر طفل ممیز اند و تصرفاتی که امکان تحقق نفع و ضرر از آن متصور است که تفصیل آن گذشت.

چهار) اغماء

اغماء از ریشه «غمی» گرفته شده است که به معنای بیهوش گردانیدن، بیهوش شدن و عارض شدن بیهوشی بر کسی است و در اصطلاح عبارت از عارض شدن نوعی سستی غیر طبیعی در انسان بدون مصرف مواد بی حس کننده و مخدر که قوای حسی را از عمل باز می دارد، است. همچنین، در تعریف اغماء گفته اند که اغماء عبارت است از کار افتادن قوای مدرکه محرکه حرکت ارادی به سبب نوعی بیماری که برای دل یا دماغ حاصل می شود که در از کار انداختن عقل همانند خواب است، با این تفاوت که خواب عارضه ای طبیعی است و اغماء عارضه ای غیر طبیعی.

ولی، حکم آن در تصرفات اعم از مالی و غیر مالی با خواب تفاوتی نمی کند. زیرا، در هر دو صورت تصرف به دلیل از بین رفتن قصد در مغمی علیه لغو و باطل است. طبق فقه شخص مغمی علیه فاقد اهلیت اداء است. زیرا، اساس اهلیت اداء را تمیز و عقل تشکیل می دهد و انسان در حالت اغماء فاقد تمیز است. بنابراین، اغماء در اصل منافی اختیار است. بنابراین، عبارات مغمی لغو و باطل است.^{۲۰۴}

پنج) خواب

خواب که در عربی به آن «نوم» می گویند در اصطلاح فقهی، به ضعف طبیعی گفته می شود که گاه گاهی طی شبانه روز به طور منظم و یا نا منظم به شخص طاری شده و خرد او را زایل نمی کند. ولی، او را از تصرف باز می دارد و در آثار ظاهری تأثیری بر جای نمی گذارد جز این که آنها را از عمل و تصرف باز می دارد. طبق فقه نایم فاقد اهلیت اداء است. زیرا، اساس اهلیت اداء را تمیز و عقل تشکیل می دهد و انسان در حالت خواب فاقد تمیز است.

خواب در اصل منافی اختیار است. بنابراین، عبارات نایم باطل است. پس، طلاق، اسلام، ایجاب و قبول، ارتداد و غیره نایم باطل است. همچنین، شخص در حالت خواب به سبب عدم قصد و اختیار مواخذة بدنی نمی شود هر چند در حالت بالای دیگری بی افتد و موجب قتل وی گردد، اما، در چنین حالتی مواخذة مالی می شود. بنابراین، پرداخت دیت بر وی لازم می گردد همانطوری که پرداخت ضمان مالی که آن را در حالت خواب تلف نماید، لازم می گردد.^{۲۰۵}

ثانیاً) عوارض اکتسابی

عوارض اکتسابی عوارضی اند که اراده و اختیار انسان در پیدایش آن تأثیر دارد که عبارت اند:^{۲۰۶}

۲۰۴. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۷۲؛ وهبة الزحیلی (___). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۱۷۲؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۶.

۲۰۵. وهبة الزحیلی (___). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۱۷۲؛ و وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۷۲.

۲۰۶. همان، وهبة الزحیلی، ص ۲۹۷۱؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۱؛ و وهبة الزحیلی (___). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۸؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهی العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۷۹۹.

یک) سکر

سُکر در لغت به هر چیزی که مانع بهره مندی شخص از خرد او در حالت عادی؛ یعنی: عدم جنون، بیهوشی و امثال اینها گردد گویند. در اصطلاحی فقهی سکر، به پوشیده ماندن عقل در اثر خوردن مواد مسکر اعم از مایع و جامد سُکر گویند. سکر موجب تعطیل عقل و مانع تمیز می شود. بنابراین، سکر موجب انعدام اهلیت اداء می گردد و در نتیجه تکلیف از شخص سکران ساقط می شود. باوجوداین، فقهاء با این اطلاق سقوط تکلیف از سکران را نپذیرفته و صرف این اطلاق را در مورد سکر از طریق مباح می پذیرند. بنابراین، فقهاء و اصولیین سکر را به دو نوع تقسیم می نمایند:

۱) **سکر مباح:** سکری مباح است که در اثر مصرف دواهای مجاز برای رفع ضرورت برای انسان حاصل می شود، یا شخص مواد مسکر را در حالت اضطرار، اکراه یا بدون علم استعمال می نماید که حکم این نوع سکر، تابع حکم شخص مغمی علیه است که مانع صحت تمام تصرفات می گردد.

۲) **سکر محظور:** سُکر محظور، سکری است که در اثر شرابخواری برای انسان حاصل می شود. در باره صحت و بطلان عقود و تصرفات شخص مست قانون مدنی مسکوت است. در فقه نیز در این باره دو نظر مختلف وجود دارد: فقهای مالکیه، ابن تیمه و ابن قیم بر این نظر اند که سُکر عبارات به زبان آورده را باطل می کند. پس، هیچ نوع التزام به سخن شخص مست بار نمی شود اعم از اینکه مستی از طریق مباح باشد یا محظور.

بنابراین، عقود و تصرفات مست به سبب عدم سلامت قصد و اراده باطل تلقی می گردد. برعکس، بقیه فقهاء بر این نظر اند که باید میان مستی از طریق مباح و از طریق حرام تفکیک قایل شد. در نتیجه، به اعتقاد فقهای مزبور بر الفاظ و عبارات شخصی که مواد مسکر مجاز را استعمال نموده نباید اعتبار قایل شد. ولی، شخصی که مواد مُسکر را از روی اختیار به قصد التذاذ استعمال نموده، باید به خاطر تحمل زجر و عقوبت اعتبار قایل شد و عقود و تصرفاتش را نافذ شمرد.^{۲۰۷}

دو) سفه

طبق ماده ۵۴۶ فقرة اول ق. م: «تصرف سفیه [...] بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر، تابع احکام تصرفات صغیر ممیز می باشد». سفیه در لغت به معنی نادان، ابله، احمق، بی شعور و کم خرد است.^{۲۰۸} ماده ۹۴۶ مجله الاحکام در تعریف سفیه می گوید: «سفیه: کسی است که مال خویش را بیجا به مصرف رساند و در مصارف مال اسراف نماید و از طریق اسراف مال خود را ضایع سازد و تلف نماید. کسانی که در داد و گرفت خویش غفلت می ورزند و در تجارت بلد نیستند و از روی نأفهمی و بی پروایی تجارت می نمایند و از جمله سفهاء محسوب می شوند.»

۲۰۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۷۳ و ۲۹۷۴؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۲۸ - ۱۳۰؛ وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۲)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۱۷۹ و ۱۸۰.

طبق نص این ماده، سفیه محکوم به حجر می شود و برای وی قیم انتخاب می گردد. پس از ثبت حجر اهلیت سفیه مانند اهلیت صبی غیر ممیز می گردد. بنابراین، سفیه دارای اهلیت و جوب تلقی گردیده و تصرف وی با توجه به قیودی که در بحث صبی ممیز گذشت، صورت می پذیرد و سفیه فاقد اهلیت تبرع می گردد. به حیث مثال، اگر احمد سفیه باشد و بخواهد اموال خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید داین احمد حجر احمد را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید و محکمه قرار حجر احمد را صادر نماید، تصرف احمد مانند تصرف صغیر غیرممیز می گردد و تنفیذ آن وابسته به تأیید قیم است.^{۲۰۹} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تصرفات سفیه بعد از حجر است.

همچنین، طبق ماده ۵۴۷ ق. م: «وصیت یا وقف شخصی که به سبب سفاهت [...] یا غفلت محجور علیه قرار گرفته، وقتی صحیح می گردد که محکمه در مورد اجازه داده باشد.» طبق نص این ماده وصیت و وقف شخص سفیه یا غافل که محکمه قرار حجر آنها را صادر نموده است، به تأیید محکمه صحیح است. تعریف وصیت در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. تعریف وقف در جلد اشخاص این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد سفیه یا غافل باشد و اموال خویش را وقف یا وصیت نماید و محکمه اجازه دهد وقف و وصیت صحیح است. بنابراین، در صورتی که سفیه چنین تصرفی نماید و محکمه ذیصلاح نیز اجازه دهد، تصرف مذکور صحیح تلقی می گردد.^{۲۱۰} دلیل استثنای وصیت و وقف در نص این ماده روشن نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده استثناء کردن وقف و وصیت سفیه از سایر تصرفات او است.

همچنین، طبق ماده ۵۴۸ ق. م: «تصرف شخصی که به سبب سفاهت محجور علیه قرار گرفته، در امور مربوط به اداره اموالی که تسلیمی آن از طرف محکمه به وی اجازه داده شده، در حدود احکام قانون صحیح می باشد.» طبق نص این ماده تصرف شخص سفیه در اموال او که محکمه به او اجازه داده است صحیح است. به حیث مثال، اگر احمد سفیه باشد و قرار حجر او توسط محکمه ذیصلاح در اثر مطالبه داین احمد صادر شده باشد و احمد پول نقد در بانک، تجارتخانه، موتر، زمین و نظیر اینها داشته باشد و محکمه اجازه دهد احمد صرف در پول نقد خویش تصرف نماید، این تصرف صحیح است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی استثنای تصرفات سفیه است.

همچنین، طبق ماده ۵۴۶ فقره دوم ق. م: «تصرف قبل از ثبت قرار مبنی بر حجر صحیح بوده و قابل ابطال پنداشته نمی شود، مگر این که در نتیجه استثمار یا توطیه صورت گرفته باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که تصرف قبل از ثبت قرار مبنی بر حجر صحیح بوده و قابل ابطال پنداشته نمی شود. تعریف تصرف در فصل اول این کتاب گذشت. تعریف حجر و قرار در بالا گذشت. ابطال از ریشه «بطل» گرفته شده است که در لغت به معنی باطل کردن است. به حیث مثال، اگر احمد سفیه و مجنون باشد و تحت حجر قرار نگرفته باشد، تصرفات او صحیح است. زیرا، اصل در انسان اهلیت است. استثنای این اصل این است که در تصرف نتیجه استثمار یا توطیه صورت گرفته باشد. استثمار در لغت به معنی

۲۰۹. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۷۲.
 ۲۱۰. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۱)، ص ۱۷۲.

بهره کش و بهره گیری غیرعادلانه از کار دیگری است.^{۲۱۱} توطئه در لغت به معنی دسیسه کردن و تبانی است.^{۲۱۲}

به حیث مثال، اگر احمد بیست ساله و سفیه باشد و با محمود توطئه نماید یا محمود بخواهد از احمد بهره کشی نماید و احمد بخواهد اموال خویش را به محمود منتقل نماید و وانمود نماید که گویی اموال را به محمود به فروش رسانیده است یا محمود اموال احمد را به منظور بهره کشی به خود انتقال دهد، در این دو حالت تصرفات احمد قابل ابطال است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن محجورعلیه است زیرا اکثراً واقع می گردد که سفیهی که انتظار صدور حکم حجر را در مورد خود دارد، عمداً اقدام به پخش اموال خود با تبانی دیگری می نماید و یا دیگری از این فرصت استفاده کرده، از او خواستار تصرفاتی جهت سوء استفاده و ربودن اموالش می گردد. در این دو حالت؛ یعنی: تبانی و سوء استفاده، تصرف سفیه و غافل اگر از اعمال تبرع باشد، باطل و اگر از اعمال تصرف و اداره باشد قابل ابطال است.^{۲۱۳}

به موجب فقه سفه در لغت به معنای جهل، نادانی و کم خردی است و در اصطلاح شرعی عبارت است از تصرف در اموال بر خلاف مقتضای شرع و عقل باوجود موجودیت عقل. چنانچه ماده ۹۴۶ مجله الاحکام می گوید: «سفیه: کسی است که مال خویش را بیجا به مصرف رساند و در مصارف مال اسراف نماید و از طریق اسراف مال خود را ضایع سازد و تلف نماید. کسانی که در داد و گرفت خویش غفلت می ورزند و در تجارت بلد نیستند و از روی ناهمی و بی پروایی تجارت می نمایند از جمله سفهاء محسوب می شوند.» سفه اهلیت اداء را از بین نمی برد، اما سفیه از برخی تصرفات منع می شود. سفیه ممکن است در حالت سفه به بلوغ برسد و نیز ممکن است بعد از رسیدن به سن بلوغ به سفه دچار شود:

۱) بالغ شدن سفیه در حالت سفه: فقهاء اتفاق نظر دارند که هرگاه صبی در حالت سفاهت به سن بلوغ برسد، از تصرفات در اموال منع می شود و تحت ولایت ولی قرار می گیرد به دلیل این قول خداوند جَلَلَّ که می فرماید:

﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ - [النساء/ ۵]

«و اموال تان را که خداوند جَلَلَّ آنها را مایه زندگی تان قرار داده است، به سفها ندهید و از ثمرات آن به آنان بخورانید و بپوشانید و با آنان سخن پسندیده بگویید.»

این منع به نظر جمهور فقهاء و صاحبین تا زمان تحقق رشد سفیه ادامه می یابد. زیرا، خداوند جَلَلَّ می فرماید:

﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ - [النساء/ ۶]

211. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 9/9/2018).

212. Ibid, (last visit: 9/9/2018).

۲۱۳. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۲۵؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۷۳.

«و یتیمان را بیازمایید تا وقتی که به سن ازدواج رسند. پس، اگر از آنان حُسنِ تدبیر دیدید، اموال شان را به آنان باز گردانید.».

این منع به نظر جمهور فقهاء و صاحبین تا زمان تحقق رشد سفیه ادامه می یابد. مجله الاحکام نیز این نظر را اختیار نموده است. ماده ۹۸۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر صغیر بالغ شود، ولی غیررشید باشد، تا زمانی که رشد وی تحقق نیابد، مانند سابق از تصرف منع شود.».

برعکس، امام ابوحنیفه رحمته بر این نظر است که: منع صبی از تصرف در مال با رسیدن صبی به سن بلوغ که تفصیل آن گذشت، منتهی می گردد. زیرا، غالباً در این سن رشد متحقق می شود. در صورت عدم تحقق رشد، نباید بعد از این سن انتظار کشید. اما، تصرفات او در این مدت نافذ نیست، مگر اینکه به نفع محض او تمام شود، زیرا ممکن است سفیه در این دوره در حدود ثلث مال وصیت نماید و یا تصرفاتی نماید که این تصرفات قابل فسخ نباشد، مانند: ازدواج، طلاق، رجعت و یمین. ولی، از سایر تصرفات منع می شود.

۲) به سفه موجب شدن انسان بعد از رشد: شخصی که به سن رشد برسد و سپس به سفه مواجه شود، امام ابوحنیفه رحمته بر این نظر است: حجر وی جایز نیست، زیرا، اشخاص در تصرفات خود آزاد اند و نمی توان آنان را از تصرف در اموال شان منع کرد چرا که حجر منافی حریت انسان است. برعکس، جمهور فقهاء و صاحبین بر این نظر اند که: حجر سفیه بخاطر مصلحت و محافظت مال سفیه جایز است. در چنین حالتی، سفیه ای که بعد از سن رشد به سفه مواجه شود، تابع حکم تصرفات صبی ممیز است. این نظر در فقه حنفیه مفتی به است و مجله الاحکام نیز از آن پیروی نموده است. ماده ۹۹۰ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «سفیه محجور علیه در معاملات مانند صغیر ممیز است. اما، ولی سفیه تنها قاضی است. بنابراین، پدر، پدر کلان و وصی او بر او حق ولایت ندارند.».

علت این امر این قول خداوند جل جلاله که می فرماید:

﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ - [النساء/ ۵]

«و اموال تان را که خداوند جل جلاله آنها را مایه زندگی تان قرار داده است، به سفها ندهید و از ثمرات آن به آنان بخورانید و بیوشانید و با آنان سخن پسندیده بگویید.».

همچنین، خداوند جل جلاله که می فرماید:

﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ﴾ - [البقره: ۲۸۲]

«پس اگر کسی که حق بر ذمه او است، سفیه یا ناتوان است، یا خود نمی تواند املا کند، پس ولی او باید با رعایت عدالت، املا نماید.».

این دو آیه به صورت واضح دلالت بر ثبوت حجر بر سفیه می نمایند.

با وجود این، به نظر امام ابو یوسف رحمته، امام شافعی رحمته، امام احمد رحمته و امام مالک رحمته تحت حجر قرار دادن سفیه در چنین حالتی منوط بر صدور قرار توسط محکمه است. حجر سفیه در چنین حالتی محدود به

تصرفاتی است که قابل فسخ است، مانند: بیع، اجاره و رهن. بنابراین، تصرفاتی که قابل فسخ نیست، مانند: ازدواج، طلاق، رجعت و خلع براساس اجماع فقهاء قابل حجر و منع نیست.^{۲۱۴}

سه) غفلت

طبق ماده ۵۴۶ فقره اول ق. م: «تصرف [...] غافل بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر، تابع احکام تصرفات صغیر ممیز می باشد.» طبق نص این ماده تصرف غافل بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر، تابع احکام تصرفات صغیر ممیز می باشد. بنابراین، پس از ثبت حجر اهلیت غافل مانند اهلیت صبی غیر ممیز می گردد. بنابراین، غافل دارای اهلیت و جوب تلقی گردیده و تصرف وی با توجه به قیودی که در بحث صبی ممیز گذشت، صورت می پذیرد و غافل فاقد اهلیت تبرع می گردد. غفلت مصدر «غفل» به معنای گذاشتن، فراموش کردن، سهل انگاری و بی خبری است. در اصطلاح فقهی، به سهل انگاری و فراموشکاری غفلت گویند. فقهای اهل سنت غفلت را از رهگذر جواز و عدم جواز حجر به «سفه» شبیه می دانند.

بنابراین، در تعریف آن می گویند که: غافل کسی است که نمی تواند به اسباب سود و زیان راه برد. تفاوت سفیه و غافل در آن است که سوء تصرف غافل ناشی از ضعف إدراک اوست و از سفیه از سفیه.^{۲۱۵} به حیث مثال، اگر احمد غافل باشد و قرار حجر او توسط محکمه ذیصلاح صادر شود، تصرفات او مانند تصرفات صغیر ممیز تلقی می گردد که تفصیل آن گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تصرفات غافل بعد از حجر است.

سوم) مدیون بودن

طبق ق. م مدیون بودن نیز یکی از اسباب حجر است که تفصیل آن در فصل تنفیذ اجباری وجیبه خواهد آمد. در اخیر این بحث باید متذکر شد که طبق ماده ۵۴۹ ق. م: «هرگاه برای شخصی مساعد قضائی تعیین گردیده باشد، بعد از ثبت قرار مبنی بر تعیین مساعد، هر نوع تصرف وی بدون اشتراک مساعد قضائی قابل بطلان می باشد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که اشخاص ناقص اهلیت که برای آنها به گونه ای که بحث آن در جلد حقوق اطفال این دور از شرح ق. م گذشت مساعد قضایی تعیین گردیده باشد، هر نوع تصرف آنها بدون اشتراک مساعد قضایی در تصرف، قابل بطلان است. بنابراین، طرف ذینفع می تواند بطلان چنین تصرفات را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر برای احمد به دلیل کور بودن یا ناقص اهلیت بودن مساعد قضایی توسط محکمه تعیین شود، اگر احمد بدون اشتراک مساعد قضایی زمین یا خانه خویش را به فروش رساند، مساعد قضایی می تواند بطلان این تصرف را از محکمه مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن شخصی است که تحت مساعدت قضایی قرار گرفته است.

۲۱۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۵ - ۲۹۷۶؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۱۸ - ۱۲۶.
۲۱۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۷۶؛ وهبة الزحیلی (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۱۸۲ و ۱۸۳.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۴۷)

مساعدا قضایی مندرج ماده (۵۴۹) قانون مدنی کدام شخص است توسط قرار و یا وثیقه منصوب می گردد و یا از منسوبین محکمه انتخاب شده می تواند.

توضیح:

مساعدا قضایی به هر کسی اطلاق می گردد که با داشتن اهلیت حقوقی انتخاب گردد و انتخاب آن توسط قرار قضایی صورت می گیرد. در صورت ضرورت از منسوبین اداری قضا هم انتخاب شده می تواند.^{۲۱۶}

چهارم) آثار

از آنچه در باره اهلیت گفته شد، در نگاه اول به نظر می رسد که: اول این که اشخاص به صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز و رشید تقسیم می شوند و دوم این که اشخاص صغیر غیر ممیز، صغیر ممیز و رشید به عدیم الاهلیت، فاقد الاهلیت و کامل الاهلیت منقسم می گردد:

۱) **فاقد اهلیت:** فاقد اهلیت شخصی است که در اثر عوارض اهلیت عقل و زایل گردیده باشد یا فاقد تمیز باشد، مانند: مجنون و طفل غیر ممیز.

۲) **ناقص اهلیت:** به هر نوع اهلیت شخص پیش از رسیدن به سن بلوغ و رشد کامل که معمولاً از سن هفت سالگی تا سن بلوغ در نظر گرفته می شود، اهلیت ناقص گویند، مانند: طفل ممیز، معتوه و سفیه که برخی تصرفات آنها نافذ، برخی باطل و برخی نیز متوقف بر اجازه غیر است.

۳) **کامل اهلیت:** شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نموده و دارای صحت عقل باشد. اشخاص صحیح الاهلیت می توانند معاملات حقوقی را اصالتاً انجام دهند.^{۲۱۷} اما، اگر اندکی دقت نماییم به نظر نمی رسد که این دسته بندی ناقص است. زیرا، افراد به دو دسته تقسیم می شود: اول ناقص اهلیت و دوم کامل اهلیت. به نظر می رسد فرد فاقد اهلیت اصلاً وجود ندارد زیرا، مجنون و نظیر آن تابع شخص غیر ممیز است و شخص غیر ممیز چنانچه گفته شد، دارای اهلیت ادای ناقص است. سوم این که دسته بندی اطفال در ق. م بسیار پیچیده و مغلق و تفصیلی است و از یکطرف فهم آن مشکل است و از طرف دیگر تطبیق این قواعد، در حالی که امروزه تمایل این است که هر فرد زیر سن ۱۸ سال طفل است و بالا تر از آن بالغ است.

چنانچه مطابق کنوانسیون حقوق اطفال و سایر اسناد معاهدات حقوق بین الملل و کُد جزا هر شخص که زیر سن ۱۸ سال است طفل تلقی می گردد که بسیار مناسب است زیرا هم فهم آن آسان است و هم تطبیق آن. چهارم این که تفکیک میان معتوه، مجنون، سفیه و غافل بسیار مشکل است و ارایه مثال ها و مصادیق عملی برای معتوه، سفیه، مجنون و غافل مشکل به نظر می رسد زیرا تشخیص این که کدام شخص معتوه، مجنون و سفیه است بحث طبی و مربوط به عصب شناسی است نه حقوق و فقه و حقوقدانان و فقهاء نمی توانند با ذهن

۲۱۶. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 520.

217. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th ed, Kuala Lumpur: ASN, p 3.

حقوقی و فقهی میان این اشخاص تفکیک قابل شوند. بنابراین، در تشخیص این اشخاص قاضی محکمه باید از اهل خبره که دکترا ان اعصاب اند استفاده نمایند.

پنجم) نیابت در عقد

به موجب ماده ۵۳۴ ق. م. ا: «عقد طور اصالت یا نیابت جواز دارد، مگر اینکه قانون مخالف آن حکم کرده باش.» از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط می گردد.

(۱) اصل این است که عقد طور اصالت؛ یعنی: به صورت مستقیم توسط شخص می تواند بسته شود. به حیث مثال، اگر حمیده دارای اهلیت باشد می تواند هر نوع عقد را منعقد نماید. انعقاد عقد توسط حمیده بستن عقد به اصالت است.

(۲) اصل این است که عقد طور نیابت توسط وکیل به نمایندگی از مؤکل می تواند بسته شود. به حیث مثال، اگر حمیده دارای اهلیت باشد و بخواهد با مرضیه عقد ببندد می تواند عقد را از طریق وکیل خویش منعقد نماید.

استثنای این اصول این است که اشخاص ناقص الاهلیت به سبب سلب یا محدود شدن اهلیت آنها نمی توانند اعمال حقوقی را اصالتاً انجام دهند. بنابراین، لازم است تا اعمال حقوقی این اشخاص از طریق نیابت توسط ولی، وصی و قیم آنها صورت پذیرد. به حیث مثال، اگر حمیده مجنون، معتوه، سفیه و صبییه باشد نمی تواند عقد را اصالتاً منعقد نماید بلکه عقد حمیده باید توسط ولی، وصی و قیم حمیده بسته شود. عبارت فاقد اهلیت در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، چنانچه بحث آن گذشت، به نظر می رسد هیچ فردی فاقد اهلیت نیست. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز انعقاد عقد طور اصالت و نیابت و استثنای آن است. در ذیل قواعد آن را به صورت مختصر مورد تحلیل قرار می دهیم:

اولاً) تعریف

نیابت در لغت به معنی جانشین شدن، به جای کسی امری را انجام دادن، جانشینی و قائم مقامی است. کسی که به نمایندگی از دیگری نیابت می کند نایب و کسی که به نمایندگی از او نیابت صورت می پذیرد منوب عنه نامیده می شود. نیابت در اصطلاح فقهی انجام دادن تصرفی به نیابت از دیگری است.^{۲۱۸} در ق. م تعریفی در باره نیابت وجود ندارد. اما، در اصطلاح حقوقی تعاریف ذیل برای نیابت ارایه شده است:

(۱) نیابت عمل حقوقی است که به موجب آن یک نفر به دیگری اختیار می دهد که به نام او و برای او عمل یا اعمالی را انجام بدهد مانند: نیابت وکیل از طرف مؤکل.^{۲۱۹}

(۲) نیابت عبارت است از جایگزینی اراده نایب به جای اراده اصیل، در حالی که اثر حقوقی این اراده به اصیل منتسب شود گویی اراده خود او است.^{۲۲۰}

۲۱۸. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۸۱۷؛ و وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ۴۲، _____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۵.

۲۱۹. محمد جعفر لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۷۲۶.

۲۲۰. عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بيروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۹۹.

۳) نیابت رابطه است حقوقی که به موجب آن نایب می تواند به نام و به حساب اصیل در انعقاد قراردادی شرکت کند که آثار آن به طور مستقیم دامنگیر اصیل می شود.^{۲۲۱}

ثانیاً) پیشینه

یکی از نتایج مهم اصل حاکمیت اراده این است که هر شخص تنها به اراده خویش ملتزم شود. رومیان چنان به این اصل پای بند بودند که انجام معامله را به وسیله نماینده نیز نمی پذیرفتند. در حقوق روم، آثار اراده نماینده نمی توانست به طور مستقیم بر عهده اصیل قرار گیرد. پس، برای توجیه قراردادهایی که به نیابت انجام می شد، چنین تحلیل می کردند که عقد به نام و حساب نماینده بسته می شود، ولی او باید حقوق ناشی از آن را به اصیل واگذار کند، و در برابر این انتقال، اصیل به عهده می گیرد که بابت ذمه نماینده را از تعهدهای ناشی از عقد به دست آورد. حقوق دانان رومی هیچ گاه اصل نسبی بودن کامل قراردادها را نکرده بودند. ولی، به حکم ضرورت اصلاحاتی در آن آوردند که رابطه میان اصیل و طرف قرارداد را ساده تر سازد و امکان طرح دعاوی مفید بین آن دو را به وجود آورد.

از این زمان است که مفهوم نیابت به عنوان یک ابزار فنی در جهان حقوق پدیدار شد، ولی در حقوق روم سرانجام نیز پذیرفته نشد که نایب نقش واسطه را دارد و رابطه حقوقی به طور مستقیم بین اصیل و طرف عقد ایجاد می شود. در فقه، از همان آغاز انجام معامله به نیابت پذیرفته شده است. نیابت در همه اعمال حقوقی، جز آنچه مباشرت در آن شرط است، پذیرفته شد و رجوع مستقیم طرف قرارداد به مؤکل و امکان دعوی مؤکل بر کسی که به نیابت او طرف معامله قرار گرفته است، از آثار نیابت قرار گرفته است.^{۲۲۲} ق. م نیز نیابت را پذیرفته و احکام معین در باره آن وضع نموده است (مواد ۵۳۴-۵۴۱).

ثالثاً) فواید

فواید نیابت عبارت اند از:

- ۱) اعطای نیابت قراردادی موجب می شود تا داد و ستدها آسان تر صورت پذیرد. تجار می توانند به وسیله نمایندگان خود در یک زمان معاملات گوناگون در شهرهای دور از هم انجام دهند و کالای مورد نیاز را به وسیله عاملان متخصص و با تجربه فراهم آورند. در زندگی روزانه مردم عادی نیز مواردی وجود دارد که اشخاصی ناچار اند تا اعمال خود را به وسیله وکیل و نماینده انجام دهند: یکی نیاز دارد که دعوی را به وسیله وکیل آگاه در محکمه اقامه کند؛ دیگری باید در گفتگوی معامله ای شرکت کند که به دلیل گرفتاری یا بیماری توان انجام آن را ندارد، سومی ناچار است که از حسن شهرت و تخصص دیگری سود ببرد و مانند اینها؛
- ۲) نیابت قانونی نیز این امکان را به وجود می آورد که دارایی محجورین و غایبین عاطل نماند و از گردش باز نایستد. اداره مال غیر به نیکوکاران مجال آن را می دهد که از تزییع اموال غایبین و محجورین جلوگیری کنند و تعاون اجتماعی را جانشین سودجویی سازند؛ و

۲۲۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۱۲۱؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار دادها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۵۴.

۲۲۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۱۱۹؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار دادها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۵۰.

۳) اعمال نظریه نیابت لازمه زندگی اقتصادی اشخاص حقوقی است. شخص حقوقی موجودی است اعتباری و زاده نیازها و ضرورت های اقتصادی. آنچه در جهان خارج وجود دارد مدیران و نمایندگان آن شخص است و ارتباط اعمال حقوقی مدیران با دارایی موجود اعتباری حرکت و فعالیت آن را ممکن می سازد. ۲۲۳

رابعاً) انواع

نیابت در فقه دو نوع است: اختیاری و قهری: نیابت اختیاری در شرع یک نوع است که عبارت از وکالت است که عبارت از تفویض تصرف به غیر است. نیابت قهری که نیابت جبری و نیابت شرعی نیز یاد می شود عبارت از ولایت، وصایت و قیمومیت است که بر صغار و کسانی که در حکم صغار هستند، ثابت می گردد. ۲۲۴

طبق ماده ۵۳۶ فقره اول ق. م. ا: «نیابت در عقد به موافقه طرفین یا به حکم قانون صورت می گیرد». طبق نص این ماده نیابت به دو نوع: (۱) نیابت قانونی که به نام نیابت قهری نیز یاد می شود؛ و (۲) نیابت عهدی که به نام نیابت قراردادی یا اختیاری نیز یاد می شود منقسم می گردد. ۲۲۵

نیابت قراردادی که به نام نیابت اختیاری نیز یاد می شود، عبارت از نیابتی است که به موجب قرارداد به کسی داده می شود. ۲۲۶ این نیابت طبق فقه و ق. م یکنوع و آن وکالت است که تفصیل آن در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م به صورت مفصل خواهد آمد. به حیث مثال، اگر حمیده مرضیه را به عنوان وکیل مدافع خویش تعیین نماید، مرضیه نایب یا نماینده قانونی حمیده است و نیابت مرضیه نیابت قراردادی است.

نیابت قانونی یا نیابت قهری به نیابتی گفته می شود که به موجب قانون و بدون قرارداد به کسی داده می شود. به عبارت دیگر، قانون بعضی را نماینده بعضی تعیین می نماید مانند: نیابت ولی در امور مولی علیه و نیابت وصی در امور موصی لهم، نیابت قیم، نیابت مأمور تصفیه، محافظ مال ضبط شده و نظیر اینها. ۲۲۷ بنابراین، طبق ق. م نیابت قانونی به سه نوع: ولایت، وصایت و قیمومت است.

طبق ماده ۵۳۶ فقره دوم ق. م. ا: «حدود صلاحیت نایب [...] در نیابت قانونی توسط قانون تعیین می شود». به حیث مثال، در نیابت قانونی حدود صلاحیت نایب را قانون معین می نماید، مانند: قواعدی که قانون مدنی در مورد صلاحیت اولیاء (مواد ۲۶۸-۲۸۸) و اوصیاء (مواد ۲۸۹-۳۱۰) وضع نموده است که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل ای دور از شرح ق. م گذشت.

۲۲۳. همان، ناصر کوتازیان، جلد (۲)، ص ۶۷.

۲۲۴. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۸۱۷؛ _____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۷.

۲۲۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، صص ۷۲۶ و ۷۲۷؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۹۹.

۲۲۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، صص ۷۲۶؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۰۰.

۲۲۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، صص ۷۲۷؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۰۰.

طبق بخش دوم ماده ۵۳۶ فقره دوم ق. م. ا: «حدود صلاحیت نایب در صورت موافقه طرفین از طرف اصیل [...] تعیین می شود.» طبق نص این ماده در نیابت قانونی حدود صلاحیت نایب را اصیل تعیین می نماید. به حیث مثال، اگر حمیده مرضیه را وکیل به فروش خانه خویش تعیین نماید، می تواند حدود صلاحیت مرضیه را معین نماید.

گذشته از اشخاص حقیقی، اشخاص حکمی نیز می توانند دیگری را نایب خویش تعیین نمایند. زیرا، شخص حقوقی نمی تواند اراده خود را جز به وسیله انسان هایی که اداره اموال او را به عهده گرفته اند، بیان کند.^{۲۲۸} بنابراین، تمام اعمال حقوقی این اشخاص توسط مدیران آنها انجام می شود. در نیابت عهدی، حدود صلاحیت نایب توسط اصیل معین می شود مانند موردی که شخص، به موجب عقد وکالت دیگری را نایب خویش تعیین و حدود صلاحیت وی را نیز معین می نماید.

خامساً) شروط

به موجب ق. م برای اینکه قراردادی به نیابت بسته شود و اصیل به التزامی که نماینده به عهده گرفته است پای بند باشد، لازم است این که:

۱) نایب عقد را انشاء کند و راضی باشد: طبق ماده ۵۳۷ ق. م: «ملاحظات مربوط به عیوب اراده یا اثرات وقوف به بعضی از احوال خاص و یا حتمی بودن چنین وقوف به شخص نایب تعلق می گیرد، نه شخص اصیل.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده ملاحظات مربوط به عیوب اراده یا اثرات وقوف به بعضی از احوال خاص و یا حتمی بودن چنین وقوف به شخص نایب تعلق می گیرد، نه شخص اصیل. تعریف عیب و عیوب اراده در ذیل خواهد آمد. وقوف در لغت به معنی آگاهی است. نایب شخصی است که از اصیل نمایندگی می نماید.

اصیل بر وزن فعلیل اسم فاعل از ریشه «اصل» گرفته شده است که در لغت به معنی با اصل و نجابت، ریشه دار، اصلمند، صاحب اصل و تبار، صاحب نسب و نیک نژاد است. در اصطلاح حقوق مدنی، اصیل شخصی است که مستقیماً و به صورت ذاتی صلاحیت اجرای یک عمل را داشته باشد.^{۲۲۹} به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان وکیل به خرید موتر تعیین نماید و محمود در خرید موتر اشتباه نماید یا فریب بخورد یا تحت تهدید قرار بگیرد یا مغبون شود، در این حالات اراده محمود معیوب است و نه اراده احمد. بنابراین، عیوب اراده مانند اشتباه، فریب، اکراه و غبن مربوط به محمود می شود نه احمد. همچنین، دانستن احکام و مسایل مربوط به عیوب اراده یا حتمی بودن دانستن این عیوب مربوط به محمود می شود نه احمد. از همین رو، محمود باید احکام مربوط عیوب اراده را بداند. احمد در این مثال اصیل و محمود نایب است.

برخی نویسندگان در این خصوص می گویند: نماینده اراده خود را بیان می کند نه اراده اصیل را. بنابراین، نماینده صرف وسیله ای نیست که اراده یکی را برای دیگری نقل نماید. زیرا، در موردی که اراده یکی را برای دیگری نقل نماید قاصد تلقی می گردد، در حالی که میان انعقاد عقد توسط نماینده و قاصد فرق وجود دارد:

۲۲۸. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۲)، ص ۵۷.

۲۲۹. مسعود انصاری و محمد علی ظاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۳۵.

در انعقاد عقد توسط نماینده، اصیل به وسیله نماینده عقد را منعقد می نماید، و زمانی که نماینده و طرف عقد در مجلس عقد حاضر باشند، عقد طوری تلقی می گردد که گویی طرفین در مجلس حاضر بوده اند و اراده نماینده معتبر تلقی می گردد.

بنابراین، معنون و طفل غیر ممیز نمی توانند عقد را به نیابت از اصیل منعقد نمایند، زیرا عیوبی که نسبت به این نوع اراده ها مدار اعتبار است مطرح می گردد. برعکس، در انعقاد عقد توسط قاصد، عقد را خود اصیل منعقد می نماید و چنین عقدی، عقد بین افراد غایب تلقی می گردد، زیرا در چنین عقود اراده اصیل معتبر شمرده می شود اعم از اینکه قاصد و طرف مقابل در یک مجلس حضور داشته باشند و یا نه. زیرا، در چنین موارد، قاصد صرف اراده را اعلام می کند. پس، ایرادی نخواهد وجود داشت که قاصد یا پیک معنون یا طفل غیر ممیز باشد. زیرا، آنچه مهم است این است که قاصد بتواند این اراده را انتقال دهد و به صورت درست وظیفه خود را انجام دهد. بنابراین، عیوب رضا متوجه اراده پیک نیست، بلکه متوجه اراده اصیل است. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که وساطت برای تحقق نمایندگی کافی نیست، بلکه ضروری است نماینده اراده خود را اعلام نماید نه اراده اصیل را. نتیجه این نظر این است که: عیوب رضا که تفصیل آن خواهد آمد، متوجه اراده نایب می شود نه اصیل. بنابراین، در موردی که نایب دچار اشتباه، تدلیس، اکراه و نظیر اینها شود عقد قابل ابطال است.^{۲۳۰}

۲) نایب از حدود صلاحیت خویش تجاوز ننماید: منبع ای اعطای نمایندگی، حدود اختیار نایب را نیز معین می نماید؛ بدین معنی که: در نمایندگی قراردادی حدود صلاحیت نایب محدود و منحصر به اختیاری است که اصیل به وی اعطا کرده است. در نمایندگی قانونی نیز حکم قانون مقرر می نماید که مرز اقتدار نایب کجاست^{۲۳۱} که تفصیل آن در ذیل ماده ۵۳۶ ق. م گذشت. پس، در موردی که نایب از حدود صلاحیت خویش تجاوز نماید، عقد فضولی تلقی گردیده و نفاذ آن منوط بر اجازه اصیل است.^{۲۳۲} به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل به خرید موتر تعیین نماید و به محمود بگوید موتر را سه لک افغانی خریداری نمایید اما محمود را آن چهار لک افغانی خریداری نماید، عقد موقوف است. اگر احمد عقد را اجازه دهد عقد نافذ می گردد و اگر عقد را اجازه ندهد عقد باطل می گردد.

۳) عقد به نام اصیل منعقد شود: طبق ماده ۵۴۱ ق. م: «نایب نمی تواند عقدی را برای خود یا به نام اصیل انجام دهد، مگر این که اصیل قبلاً به او اجازه داده یا بعداً آن را تأیید کند [...]». از نص این ماده یک یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل و قاعده این است که نایب نمی تواند عقدی را برای خود یا به نام اصیل انجام دهد. تعریف نایب و اصیل و عقد گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد در فروشگاه محمود بخواهد کار نماید و عقد کار میان احمد و محمود منعقد شود احمد نمی تواند عقد خرید و فروش اجناس فروشگاه را به نام خود یا نام محمود منعقد نماید. استثنای این

۲۳۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۰۳.
۲۳۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۷۲ و ۷۳؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۰۵.
۲۳۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۷۴ - ۷۸؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۰۵.

قاعده این است که محمود به احمد اجازه دهد. به حیث مثال، محمود به احمد بگوید کالاها را در فروشگاه به فروش رساند. همچنین، اگر احمد کالاها را به فروش رساند و محمود آن را تأیید نماید، عقد نافذ می‌گردد زیرا اجازه لاحق مانند وکالت سابق است.

سادساً) آثار

طبق ماده ۵۳۵ ق.م: «شخصی که اصالتاً عقدی را انجام می‌دهد، حقوق و وجایب مربوط به آن به شخص او متوجه می‌گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده شخصی که اصالتاً عقد را می‌بندد، آثار این عقد متوجه خود این شخص می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را خریداری نماید، حقوق و تکالیف این عقد متوجه احمد می‌شود. به عنوان نمونه، احمد مکلف می‌گردد پول خانه را به محمود بدهد و می‌تواند خانه را تملک نماید. دادن پول تکلیف احمد و گرفتن حق احمد است و این حق و تکلیف مربوط احمد و طرف عقد می‌شود نه شخاص ثالث. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اثر عقد نسبت به اصیل است. اما، در نیابت چنین نیست، زیرا، در نیابت برخی آثار عقد متوجه نایب و طرف عقد، و بعضی متوجه اصیل و طرف عقد می‌گردد:

(۱) آثار نیابت نسبت به نماینده و طرف عقد: طبق ماده ۵۳۸ ق.م: «هرگاه نایب در حدود صلاحیت خود عقدی را به اسم اصیل انجام دهد، حقوق و وجایب ناشی از آن به شخص اصیل تعلق می‌گیرد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه نایب در حدود صلاحیت خود عقدی را به اسم اصیل انجام دهد، حقوق و وجایب ناشی از آن به شخص اصیل تعلق می‌گیرد. تعریف نایب و اصیل گذشت. به حیث مثال، اگر محمود به نمایندگی از احمد قالدین احمد را به فروش رساند اثر عقد متوجه احمد می‌شود نه محمود. محمود در این مثال نایب و احمد اصیل است. همچنین، اگر محمود در فروشگاه احمد کار نماید و احمد به محمود اجازه دهد تا محمود کالاها را در فروشگاه به فروش رساند، اثر عقد متوجه احمد می‌شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد نسبت به اصیل است.

برخی نویسندگان در این خصوص می‌نویسند که پس از انعقاد عقد، نماینده از قرارداد خارج می‌شود و شخصیت او هیچ حایلی بین دو طرف عقد ایجاد نمی‌کند. رابطه آن دو مانند موردی که عقد بدون واسطه واقع می‌گردد، مستقیم و بی واسطه است و تمام تعهداتی که از عقد به وجود می‌آید، به طور مستقیم عاید اصیل می‌شود و او می‌تواند برای اجبار طرف عقد به محکمه مراجعه کند. به همین دلیل، اهلیت تملک حق و التزام نیز در او معتبر است و وصف تجارته بودن معامله نیز بر مبنای شغل او تعیین خواهد شد.^{۲۳۳}

(۲) عدم وجود وصف نیابت: طبق ماده ۵۳۹ ق.م: «در صورت عدم اظهار وصف نیابت در حین عقد، آثار ناشی از آن به شخص نایب تعلق می‌گیرد، مگر این که طرف مقابل عقد از نیابت وی واقف باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می‌گردد. اصل این است که در صورتی که نابت وصف نیابت را در عقد تذکر ندهد؛ یعنی: نگوید که، به حیث مثال، من این عقد را به نمایندگی از فلان شخص منعقد می‌نمایم، آثار ناشی از عقد به نایب تعلق می‌گیرد.

۲۳۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۷۸؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۰۸.

به حیث مثال، اگر حمیده عقد خرید و فروش را شاکره منعقد نماید و نگوید که من نماینده مرضیه هستم اثر عقد متوجه حمیده می شود. استثنای این اصل این است که طرف مقابل عقد از نیابت نایب آگاهی داشته باشد. بنابراین، در صورتی که نایب وصف نیابت را حین عقد تذکر ندهد و جانب مقابل بداند که با نایب عقد را می بندد، آثار این عقد متوجه اصیل و طرف عقد می شود نه نایب و طرف عقد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا شاکره بداند که حمیده نایب مرضیه است اثر عقد متوجه شاکره و مرضیه می شود نه شاکره و حمیده. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر پنهان کردن وصف نیابت توسط نایب است.

۳) عدم آگاه بودن نایب و طرف عقد از ختم میعاد نیابت: طبق ماده ۵۴۰ ق. م: «هرگاه نایب و طرف مقابل عقد از ختم میعاد نیابت در حین عقد واقف نباشند، آثار ناشی از آن به اصیل و یا قایم مقام وی، تعلق می گیرد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه نایب و طرف مقابل عقد از ختم میعاد نیابت در حین عقد واقف نباشند، آثار ناشی از آن به اصیل و یا قایم مقام وی، تعلق می گیرد. تعریف نایب، اصیل و قایم مقام گذشت.

به حیث مثال، اگر حمیده به احمد بگوید برای من یک عراده موتر در مدت یک ماه خریداری نمایید و احمد مدت نیابت را فراموش نماید و بعد از سپری شدن یک ماه یک عراده موتر را از جمشید برای حمیده خریداری نماید و جمشید نیز نداند که مدت نیابت احمد ختم شده است اثر این عقد متوجه حمیده و جمشید می شود نه احمد و جمشید زیرا در این صورت نه احمد و نه جمشید می دانند که مدت نیابت احمد ختم شده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر ختم مدت نیابت نایب است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۴۶)

آیا نیابت در عقد مندرجه مواد (۵۳۴-۵۴۱) عبارت از وکیل است و آیا تثبیت آن به وثیقه شرعی صورت بگیرد و یا چطور؟

توضیح:

نیابت منحصر به وکالت نبوده بلکه شامل وکالت، ولایت، قیمومیت، وصایت و وکالت مسخر می باشد جز در قسمت ولایت و وکالت مسخر در دیگر موارد ثبوت نیابت به واسطه وثیقه شرعی مرتبه محکمه مربوط و یا اداره ثبت اسناد هر یک در حوزه صلاحیتش صورت می گیرد.^{۲۳۴}

۲) رضایت

طبق فقه^{۲۳۵} و ق. م شرط دومی که در عاقدین باید وجود داشته باشد، رضایت عاقدین است. ماده ۵۰۵ ق. م در این باره تصریح می نماید که: «شرط صحت عقد عبارت است از رضایت عاقدین بدون اکراه و اجبار». طبق نص این ماده برای صحت عقد، راضی بودن عاقدین بدون اکراه و اجبار شرط است. البته، در این ماده صرف اکراه و اجبار قید گردیده است، در حالی که علاوه بر اکراه، اشتباه، فریب و غبن نیز رضایت را معدوم و یا معیوب می نماید.

اجبار از ریشه «جبر» گرفته شده است که در لغت به معنی وادار کردن، به زور و ستم کسی را وادار کردن به، جبر، اکراه و قهر است. در اصطلاح حقوق مدنی، اجبار عبارت است از وادار کردن کسی به انجام و یا عدم انجام فعلی به نحوی که قصدش را از بین ببرد.^{۲۳۶} به حیث مثال، اگر احمد بایسکل خویش را به محمود به فروش رساند، برای صحت این عقد شرط است که احمد و محمود راضی باشند و بر آنها اجبار و اکراه توسط همدیگر وارد نشده باشد. در ذیل تعریف رضا و عیوبی که موجب معیوب گردیدن رضا می گردد را مورد بحث قرار می دهیم:

اول) تعریف

رضا از مصدر رضی گرفته شده که در لغت به معنی سرور قلب و طیب نفس است که ضد کراهیت می باشد. به شخصی که دارای رضایت باشد، راضی می گویند.^{۲۳۷} همچنین رضا در لغت به معنی خوشنودی است.^{۲۳۸} در اصطلاح حقوقی - فقهی به خوشنودی باطنی بدون اکراه شخص به انجام یک معامله رضا گفته می شود.^{۲۳۹} چنانچه گفته شد، عقد توافق دو و یا بیشتر از دو اراده است. اراده نیز دو نوع است: اراده ظاهری که از طریق ایجاب و قبول متباز و متحقق می گردد و اراده باطنی که با وجود رضا و اختیار^{۲۴۰} متحقق می شود.^{۲۴۱} فقهای غیرحنفی رضا و اختیار را یکی می دانند، اما فقهای حنفی میان رضا و اختیار تفکیک قایل می شوند.^{۲۴۲} فقهای حنفی بر این نظر که: اختیار قصد بر زبان آوردن عبارت انشاء کننده عقد است، خواه از روی رضا باشد یا نباشد. اما، رضا عبارت از رغبت در پذیرش اثر عقد پس از تلفظ الفاظی است که بر انشای آن دلالت می کند. بنابراین، در صورت وجود رضا اختیار نیز وجود دارد، اما در صورت وجود اختیار لزوماً رضا وجود ندارد.^{۲۴۳}

دوم) عیوب

۲۳۵. ____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۱۹ و ۲۲۰.
۲۳۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۴.
۲۳۷. ____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۲۷.
238. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۷/۹/۱۵) (آخرین بازدید).
۲۳۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۲۷.
۲۴۰. اختیار در لغت از ریشه «خیر» گرفته شده است که به معنی امکان انجام و عدم انجام یک کار است (همان، ج ۱، ص ۳۱۵). به شخصی که دارای اختیار باشد مخیر می گویند.
۲۴۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۳۸.
۲۴۲. ____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۱۶؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۳۸.
۲۴۳. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴) ص ۳۰۳۸.

شرح ق. م: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه / ۹۷

یک قرارداد زمانی قانونی و مشروع است که طرفین آزادانه در مورد آن موافقت نموده باشند و حقوق و وجایب خویش را به صورت تفصیلی بیان نموده باشند به گونه ای که هیچ سوء تفاهم در زمینه وجود نداشته باشد. این توافق و رضایت مطابق حقوق اسلامی، باید عاری از عیوب اراده باشد.^{۲۴۴} فقهاء بر این نظر اند که: عیوب رضاء عبارت از عیوبی است که موجب وارد کردن خلل در اراده و از بین بردن کامل رضاء می گردند.^{۲۴۵}

فقهاء بر این نظر اند که: عیوب رضا پنج نوع است که عبارت اند از: اکراه، غلطی، تدلیس، غبن و خلابه. خلابه در لغت از ریشه «خلب» گرفته شده است که به معنی فریفتن، و فریب دادن به زبان است. در فقه به فریب طرف معامله به بر زبان آوردن سخنان فریبکارانه «خلابه» می گویند.^{۲۴۶} به نظر می رسد خلابه تدلیس قولی است که تفصیل آن خواهد آمد. طبق ق. م عیوب رضا چهار است که عبارت اند از: اکراه، غلطی، فریب و غبن (مواد ۵۵۱-۵۷۸):

اولاً) اکراه

اولین عیب اراده به موجب ق. م و فقه اکراه است. نویسندگان ق. م احکام مربوط به اکراه را در جلد دوم، مواد ۵۵۱-۵۶۱ ق. م زیر عنوان عیوب اراده تنظیم نموده اند:

یک) تعریف

اکراه از ریشه «کره» به معنای وادار کردن کسی بدون رضای او به کار است. شخصی که دیگری را تحت اکراه قرار می دهد، مُکَرِه و شخصی که تحت اکراه قرار داده می شود، مُکَرِه نامیده می شود. در اصطلاح فقهی تعاریف متعدد برای اکراه ارایه شده است:

۱) اکراه عبارت از وادار کردن قهری کسی به انجام کاری که آن را خوش ندارد به نحوی که اگر او را به حال خود واگذارند، مرتکب آن عمل نشود که از آن به فعل انسان به اراده غیر نیز تعبیر شده است.^{۲۴۷}

۲) ماده ۹۴۸ مجله الاحکام در تعریف اکراه می گوید: «اکراه عبارت است از اینکه شخص از طریق اجبار و تخویف برای انجام عملی که به آن رضایت نداشته باشد، به غیر حق مجبور ساخته شود. چنین شخص را مُکَرِه (به فتح راء)، کسی را که این فشار را وارد کرده است، مُجْبِر، عمل را مُکَرِه علیه و تهدیدی را که به کار رفته است، مُکَرِه به می گویند.»

۳) اکراه استعمال غیرقانونی قوه یا تهدید که بر اراده غالب گردد برای این که یک شخص کاری را انجام دهد که نمی خواهد انجام دهد.^{۲۴۸}

۴) طبق ماده ۵۵۱ ق. م: «اکراه عبارت است از مجبور گردانیدن شخص، بدون حق به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد، خواه اکراه مادی یا معنوی باشد.» طبق این تعریف نخست این که: اکراه مجبور گردانیدن

244 . Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The philosophy of Islamic law of transctions, first edi, Malaysia: Center for reach and training, p 100.

۲۴۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۶۳.

۲۴۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۰۶.

۲۴۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۲۱.

248. William P. Statsky (____). Family law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, P 111 .

شخص است به اجرای یک عمل. دوم این که این اجبار باید بدون حق باشد. بنابراین، به نظر می رسد در صورتی که اجبار به حق باشد اکراه متحقق نمی گردد. سوم این که اکراه به اکراه مادی و معنوی تقسیم می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده تعریف اکراه است.

دو) ارکان

ارکان اکراه قرار زیر است:

۱) استعمال ابزاری برای تهدید به نحوی که برای مُکرَه خطر جدی بزرگی را به وجود آورد. بنابراین، برای آنکه اکراه متحقق شود، باید از کاربرد وسایل برای تهدید گریزی نباشد. زیرا، اگر در درجه اول هیچ وسیله به کار گرفته نشود، چنین تهدیدی نمی تواند اکراه را به وجود آورد.

۲) بیم ناشی از فشار باید منجر به انجام یک عمل حقوقی شده باشد. بنابراین، تهدید باید واجد چنان بیمی باشد که این بیم چنان فشاری بر اراده مُکرَه وارد نماید که آزادی عمل از وی سلب شود و در آنچه خواسته است، اختیاری نداشته باشد و همین امر او را وادار به معامله نماید.^{۲۴۹}

سه) انواع

طبق ق. م اکراه در نخست به اکراه به حق و اکراه بدون حق و اکراه بدون حق اکراه تام، ناقص، مادی، معنوی، اکراهی که اختیار را از بین می برد و اکراهی که اختیار را از بین نمی برد تقسیم می شود.

۱) **اکراه به حق:** اولین نوع اکراه طبق ماده ۵۵۱ ق. م اکراه به حق است. اکراه به حق اکراه مشروع است و آن عبارت از اکراهی است که در آن ظلم و گناه وجود ندارد، مانند: تهدید مدیون مبنی بر فروش اموال و پرداخت دیون. پرسش این است که اکراه که خود عمل غیر مشروع است، چگونه امکان دارد به حق باشد؟ پرسش دیگر این است که آیا این نوع اکراه در ق. م نیز پیش بینی شده است یا خیر؟

در پاسخ به سؤال اول باید گفت که: آنچه در اکراه به حق مدنظر است استفاده از وسایل مشروع برای رسیدن به هدف مشروع است. بنابراین، اگر هم وسایل مشروع باشد و هم هدف، چنین اکراهی اکراه به حق یا مشروع است. بنابراین، هرگاه تهدید به حق یا مشروع باشد مانند: تهدید مدیون مبنی بر فروش اموال و پرداخت دیون، و استملاک اراضی از صاحبان آن جهت مصالح عامه مانند: احداث مسجد، سرك و نظیر اینها اکراه متحقق نمی گردد.^{۲۵۰} در حقوق مصر نیز برخی حقوقدانان این دسته بندی را پذیرفته اند. به عنوان مثال، داکتر سنهوری در این مورد می نویسد که: اکراه معمولاً با استعمال وسایل غیر مشروع برای رسیدن به هدف غیر مشروع متحقق می شود.

به عنوان مثال، تهدید یک شخص به قتل یا آتش زدن منزلش در صورت امتناع از انعقاد عقد، یا قتل فرزند مُکرَه توسط مُکرِه در صورت عدم پرداخت پول یا تهدید به افشا کردن اسرار همه وسایل غیر مشروع اند که برای رسیدن به هدف نامشروع به کار می روند. اما، اگر وسایل مشروع برای رسیدن به هدف مشروع استعمال شود، مانند این که: شخص مدیون خویش را تحت اکراه قرار دهد تا در برابر دینی که داین بر عهده او دارد تضمین

۲۴۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۴۲۳ و ۴۲۴.

۲۵۰. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۶۵.

بدهد. بنابراین، هرگاه مدیون مالی را به عنوان رهن به داین بدهد چنین عقد رهن باطل نیست، زیرا وسایلی که در این مثال به کار گرفته شده است، وسایل مشروع است.

همچنین، هرگاه زوجه شوهرش را تهدید کند که در صورت عدم قرض جهت تأمین نفقه او را زندانی خواهد کرد، چنین عقد قرض، در اثر اکراه باطل نیست. اما، اگر وسایل مشروع برای رسیدن به غرضی غیرمشروع استعمال شود، اکراه متحقق می شود. به عنوان مثال، اگر داین مدیون را نه تنها برای گرفتن حق او، بلکه مازاد بر حق او تحقّق فشار قرار می دهد، اکراه متحقق می شود.^{۲۵۱} در پاسخ به سؤال دوم به نظر می رسد که اکراه به حق در ق. م نیز پیش بینی شده است. ماده ۵۵۱ ق. م در این باره تصریح می نماید که: «اکراه عبارت است از مجبور گردانیدن شخص، بدون حق به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد، خواه اکراه مادی یا معنوی باشد.» نص این ماده اکراه را مجبور گردانیدن شخص بدون حق به اجرای عملی می نماید که به آن رضایت ندارد. از سیاق این ماده به خوبی استنباط می گردد که هرگاه تهدید به حق باشد، اکراه متحقق نمی گردد.

۲) اکراه بدون حق و تقسیمات آن: اکراه بدون حق عبارت از اکراهی است که از روی ظلم صورت پذیرد، مانند: اکراه شخص مبنی بر این که خانه اش را به مکره به فروش رساند. طبق ق. م اکراه بدون حق به انواع ذیل تقسیم می شود:

۱- اکراه تام: طبق ماده ۵۵۲ ق. م: «اکراه دو نوع است: تام و ناقص.» هدف قانونگذار مدنی در این ماده تقسیم بندی اکراه است. فقره اول ماده ۵۵۳ ق. م در تعریف اکراه تام می گوید: «اکراه تام عبارت است از تهدید به خطر فاحش جسمی یا مالی [...]» طبق نص این ماده اول این که اکراه تهدید است. تهدید از ریشه «هدد» گرفته شده است که در لغت به معنی بیم دادن و ترساندن است^{۲۵۲} دوم این که در اکراه تام خطر فاحش جسمی و یا مالی وجود دارد. فاحش اسم فاعل از ریشه «فحش» گرفته شده است که در لغت به معنی بسیار، کثیر و زیاده از اندازه است.^{۲۵۳} تام در لغت به معنی کامل و تمام است.^{۲۵۴} بنابراین، طبق ق. م اکراه تام عبارت از اکراهی است که تهدید بزرگ متوجه جسم و یا مال مکره گردد، مانند این که مکره به مکره بگوید: اگر شما خانه ای خویش را به من به فروش نرسانید، خانه ای شما را به آتش می زنم و یا شما را به قتل می رسانم. در فقه حنفی اکراه ملجی که به نام اکراه قوی و اکراه تام نیز نامیده می شود عبارت از اکراهی است که جان و یا عضوی از بدن انسان و یا جمیع مال وی را در معرض خطر قرار می دهد.^{۲۵۵} ماده ۹۴۹ مجله الاحکام در تعریف اکراه تام یا ملجی می گوید: «اکراه ملجی، اکراهی است که به وسیله ضرب شدید عملی گردد به نحوی که موجب اتلاف نفس و یا قطع عضوی از اعضای بدن شود [...]».

۲۵۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۳۶۹-۳۷۲.

۲۵۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۴۸.

۲۵۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۵۰.

۲۵۴. (آخرین بازدید ۱۵/۹/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com> 254.

۲۵۵. ____ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۰۳ و ۱۰۴؛ محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبنائير الاسلامیة، ص ۴۰۴؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۶۴.

۲- اکراه ناقص: فقره دوم ماده ۵۵۳ ق. م. ا در تعریف اکراه ناقص می گوید: «[...] تهدید به خطر غیرفاحش اکراه ناقص گفته می شود.» فرق بین اکراه تام و ناقص چنانچه در ماده ۵۵۳ ق. م نیز بدان اشاره شده در فاحش و عدم فاحش بودن خطر مالی و یا جسمی است. چنانچه، اکراه تام برخلاف اکراه ناقص خطر فاحش یا بزرگ مالی یا جسمی را در ضمیر متعاقد که جان و یا مالش را تهدید می کند ایجاد می کند. اکراه غیر ملجی که اکراه ناقص نیز نامیده می شود طبق فقه حنفی به اکراهی می گویند که رضا را از بین نمی برد، ولی اختیار مُکره را از او می گیرد مانند: تهدید به اتلاف بخشی از اموال، تهدید به ضربی که منجر به قطع عضو نشود و نظیر اینها.^{۲۵۶} ماده ۹۴۹ مجله الاحکام در تعریف اکراه ناقص می گوید که: «[...] اکراه غیر ملجی عبارت از اکراهی است که صرف باعث ناراحتی و درد شود، مانند: ضرب خفیف و حبس دوامدار.» فرق دیگر این است که حکمی که طبق فقه بر اکراه تام مرتب می گردد این است که اکراه تام رضا را از بین برده و اختیار را فاسد می سازد.^{۲۵۷} فقره اول ماده ۵۵۴ ق. م با اقتباس از فقه در این باره حکم می نماید که: «اکراه تام رضا را از بین برده اختیار را فاسد می گرداند [...]».

فقهائ در توجیه این نوع از اکراه گفته اند که حب حیات و مال در نهاد بشر به ودیعت گذارده شده است. هنگامی که در این زمینه مورد اکراه قرار می گیرد، اراده و اختیارش دچار خلل می شود و بنابراین متأثر از آن مجبور به اجراء فرمان مُکره می گردد. در چنین حالت، هرگاه اکراه صورت پذیرد و در اختیار مُکره خلل وارد گردد، مسؤلیت متوجه مُکره می شود. زیرا، گویی وی فاعل بوده و مُکره مانند ابزاری در دست او بوده است.^{۲۵۸} حکمی که طبق فقه و ق. م بر اکراه ناقص مرتب می شود این است که: اکراه ناقص رضا را معدوم و اختیار را فاسد نمی گرداند.^{۲۵۹} بند دوم ماده ۵۵۴ ق. م. ا با اقتباس از فقه در این باره حکم می نماید که: «[...] اکراه ناقص رضا را از بین برده اختیار را فاسد نمی گرداند.»

۳- اکراه مادی: اکراه مادی عبارت از اکراهی است که ابزار اکراه بر جسم واقع شود. به عبارت دیگر، در اکراه مادی، وسایلی که برای اجبار به کار می رود، جنبهٔ بدنی و مادی دارد و رنجی که بر مُکره تحمیل می شود فعلیت دارد، مانند این که دست کسی را به زور بگیرند و او را وادار کنند تا سندی را امضاء کند.

۴- اکراه معنوی: اکراه معنوی عبارت از بیم یا آزاری است که متوجه روح و اخلاق مُکره می شود. به عبارت دیگر: در اکراه معنوی، شخص تهدید به ورود رنجی در آینده می شود، مانند: افشای اسرار خانوادگی و تهمت.^{۲۶۰} این دو نوع از اکراه در ماده ۵۵۱ ق. م پیش بینی شده اند.

۲۵۶. همان، وهبة الزحیلی، ص ۳۰۶۴؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۳۶۹؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکية والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائرالاسلامية، ص ۴۵۴.

۲۵۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۶۴؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۳۶۹.

۲۵۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۲۷.

۲۵۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۶۴؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۳۶۹.

۲۶۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص 424؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص 496 و 497؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص 216 و 217.

۵- **اکراه ادبی:** برخی فقهاء علاوه بر اکراه تام و ناقص نوع دیگر اکراه را نیز ذکر کرده اند که عبارت از اکراه ادبی است. اکراه ادبی بر اکراهی اطلاق می شود که در آن تهدید متوجه اصول و فروع انسان می شود: مانند تهدید به حبس پدر، مادر، خواهر، برادر و نظیر اینها. در این نوع از اکراه هر چند تهدید جسمی متوجه شخص نیست، ولی از نظر روحی و احساسی مورد آزار و اذیت قرار می گیرد.^{۲۶۱} ماده ۵۵۵ ق. م. ا با اقتباس از فقه در این باره حکم می نماید که: «تهدید به رساندن ضرر به والدین، همسر یا محارم شخص یا تهدید به خطری که منافعی حیثیت باشد، اکراه پنداشته می شود. محکمه می تواند با در نظر داشت حالات و کوائف، تهدید را ارزیابی کند.» در اثر این نواع از اکراه رضای مُکره به صورت کلی از بین می رود، ولی اختیار او باقی است.^{۲۶۲}

فقهای حنفی اکراه بدون حق را [با توجه به متوجه بودن تهدید به جسم و مال روح و آبرو] به اکراه ملجی و غیر ملجی^{۲۶۳} (ماده ۹۴۹ مجله الاحکام) و اکراه ادبی تقسیم می نمایند. همچنین، فقهای حنفیه اکراه را به اعتبار تأثیر آن بر رضا به: اکراهی که رضا را از بین می برد و اختیار را فاسد می سازد، اکراهی که رضا را از بین می برد، ولی بر اختیار تأثیر ندارد و اکراهی که بر اختیار تأثیر وارد نمی نماید، اما بر رضا تأثیر می نماید تقسیم می نمایند.

چهار) شروط

جهت تحقق اکراه يك سلسله شروط وجود دارد که قرار ذیل می باشند:

۱) **قدرت مُکره:** طبق فقرة اول ماده ۵۵۶ ق. م: «اکراهی که رضا را از بین می برد، وقتی اعتبار دارد که شخص تهدید کننده، به اجرای عمل تهدید قادر باشد [...]». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در اکراهی که رضا را از بین می برد شرط است که مُکره توان انجام تهدید را داشته باشد. بنابراین، هر تهدیدی اکراه به شمار نمی رود. چنانچه هرگاه بچه ای به جوانی بگوید: اگر فلان کار را نکنی تو را خواهم کشت! بچه هرگز از عهد انجام تهدید خود بر نمی آید. در نتیجه، بر اکراه وی هیچ نوع اثر حقوقی مترتب نمی شود. پس، در صورتی که جوان در اثر تهدید وی مرتکب عملی شود، خود مسؤول آن تلقی خواهد گردید.^{۲۶۴}

۲) طبق فقرة دوم ماده ۵۵۶ ق. م. ا: «[...] شخص تهدید شده وقوع اکراه را در صورت عدم اجرای موضوع تهدید به گمان غالب حتمی پندارد.» طبق نص این ماده مُکره به گمانی که منجر به علم تشخیص بدهد که مُکره تهدید خود را عملی خواهد کرد و هیچ راه گریزی به هر طریق ممکن و یا طلب کمک از دیگران نداشته

۲۶۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۶۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۲۶.

۲۶۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۶۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۲۶.

۲۶۳. ____ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۰۳ و ۱۰۴؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۴۰۴.

۲۶۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۶۵؛ ____ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۱۰۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۲۱.

باشد.^{۲۶۵} به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید اگر شما خانه ای خویش را برایم به فروش نرسانید، شما را می کشم، محمود به گمان غالب تشخیص دهد که احمد وی را خواهد کشت.

۳) اینکه مکره تحمل مشقت و تکلیف شی ای که برای اکراه استعمال شده است را دارا باشد. پس، اکراه نظر به اشخاص، سن، موقف اجتماعی و اوضاع واحوال فرق می نماید و اثر که بر آن مرتب می گردد تابع سن، موقف اجتماعی و اوضاع و احوال است.^{۲۶۶} ماده ۵۵۴ ق. م. ا با اقتباس از فقه در این باره مقرر می دارد که: «اکراه نظر به اشخاص، سن، حالت اجتماعی، اوصاف و اندازه تأثیر آن من حیث شدت و خفت نوع تهدید، فرق می کند.»؛

۴) تهدید عاجل باشد. بنابراین، اگر شخصی بگوید: چون فلانی را نکشتی، سال دیگر ترا خواهم کشت، اکراه متحقق نمی گردد، زیرا مکره می تواند، به دولت پناه ببرد.^{۲۶۷}

۵) مورد اکراه متضمن اتلاف جان، مال، آبرو و عضو مکره باشد؛

۶) مکره پیش از وقوع اکراه خود قصد انجام همان عمل را نداشته باشد. بنابراین، در صورتی که خود مکره قصد اکراه دیگری را داشته باشد، در این صورت اکراه تأثیری در مسؤلیت او نخواهد داشت؛

۷) میان تهدید و مکره علیه تناسب وجود داشته باشد. به عنوان مثال، اگر کسی به دیگری بگوید که خود را بکش در غیر این صورت من تو را خواهم زد، میان این دو عمل تناسب وجود ندارد. البته، این شرایطی است که فقهای حنفیه، شافعیه و بعضی از فقهای حنابله معین کرده اند.

فقهای مالکیه يك شرط دیگر را نیز اضافه می کنند و آن این که که اکراه بدون حق، با به سخن دیگر، مشروع نباشد. بنابراین، هرگاه تهدید به حق و یا مشروع باشد مانند: تهدید مدیون مبنی بر فروش اموال و پرداخت دیون و استملاك اراضی از صاحبان آن جهت مصالح عامه مانند: احداث مسجد، سرک و نظیر اینها اکراه متحقق نمی گردد.^{۲۶۸} که این حکم را از مفاد ماده ۵۵۱ ق. م. ا که مقرر می دارد: «اکراه عبارت است از مجبور گردانیدن شخص، بدون حق به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد، خواه اکراه مادی یا معنوی باشد» نیز می توان استخراج کرد.

پنج) آثار

به موجب ماده ۵۵۸ ق. م. ا: «هرگاه وقوع یکی از انواع اکراه در ابرام عقد ثابت گردد، عقد صحیح نمی باشد.» از نص این ماده که ملهم از فقه است به خوبی استنباط می گردد که نخست این که: هرگاه یکی از انواع اکراه بر اراده عاقد واقع گردد، عقد صحیح نیست. به نظر می رسد منظور از عقد غیر صحیح، عقد فاسد است؛ دوم این که در این ماده از هر نوع اکراه یاد شده است.

۲۶۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۶۴؛ ____ (۱۴۰۴ هـ. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۰۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۲۶.

۲۶۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۶۵.

۲۶۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۰۶۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۲۲.

۲۶۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۶۵.

بنابراین، اکراه در این ماده شامل اکراه تام، ناقص و ادبی می شود؛ سوم این که شخص مکروه باید وقوع اکراه را ثابت نماید. ابرام از ریشه «برم» گرفته شده است که در لغت به معنی استوار داشتن، محکم داشتن، به جان آوردن و به ستوه آوردن است.^{۲۶۹} به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید اگر شما من را در مؤسسه خویش استخدام نکنید خانه شما را آتش می زنم یا راز مؤسسه شما را فاش می نمایم یا پسر شما را اختطاف می نمایم، این اکراه مادی، ادبی و معنوی است. اگر محمود احمد را در اثر اکراه در مؤسسه استخدام نماید، این عقد صحیح نیست. تفصیل عقد غیر صحیح در مبحث تقسیمات عقود خواهد آمد.

با وجود این، فقهاء میان عقود قابل فسخ و عقود غیر قابل فسخ تفکیک قابل شده و در نتیجه به دو دسته تقسیم شده اند: جمهور فقهاء غیر از حنفیه بر این اعتقاد اند که اکراه در تصرفات تأثیر می گذارد و عقد را باطل می گرداند اعم از اینکه عقد قابل فسخ باشد مانند: خرید و فروش، اجاره، هبه و نظیر اینها، و یا غیر قابل فسخ باشد مانند: ازدواج. بنابراین، عقد خرید و فروش و عقد اجاره مکروه صحیح نیست. همچنین، در اثر اکراه طلاق مکروه واقع نمی گردد و عقد ازدواج در اثر اکراه ثابت نمی گردد. زیرا، اکراه رضا را از بین می برد و رضا اساس عقود و تصرفات است. بر عکس، فقهای حنفیه بر این عقیده اند که بین تصرفات و عقودی که قابل فسخ اند و تصرفات و عقودی که قابل فسخ نیستند، باید تفکیک قابل شد.

بنابراین، در موردی که تصرف قابل فسخ نباشد مانند: ازدواج و طلاق، چنین تصرفی هر چند توأم با اکراه و الزام باشد صحیح تلقی می گردد. زیرا، ازدواج و طلاق از زمره اموری اند که جدیت و شوخی در آن برابر و مساوی است و اکراه در عقد ازدواج به معنی شوخی است. ولی، در موردی که تصرف قابل فسخ باشد مانند: خرید و فروش، اجاره و هبه، چنین عقدی صحیح تلقی نگردیده، به نظر امام ابوحنیفه رحمته و امامان ابویوسف رحمته و محمد رحمته فاسد می باشد. بنابراین، در صورتی که اکراه از بین برود، و مکروه نفاذ عقد را اجازه دهد و به آن تراضی نماید، عقد صحیح می گردد. در نتیجه، در چنین حالات، مکروه بعد از زوال و از بین رفتن اکراه، در فسخ و نفاذ عقد دارای خیار می باشد و می تواند آن را فسخ و یا به انفاذ آن اجازه اعطا نماید.^{۲۷۰}

ماده ۵۵۹ ق. م نیز با پیروی از نظر امام ابوحنیفه رحمته و امامان ابویوسف رحمته و محمد رحمته در این باره مقرر می دارد که: «هرگاه اکراه در مورد عقدی از عقود قابل فسخ صورت گرفته باشد، تهدیده شده می تواند، بعد از رفع آن عقد را فسخ نماید. این حق با مرگ تهدیده کننده یا طرفین عقد از بین نرفته، ورثه متوفی قائم مقام او شناخته می شود.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

اول این که هرگاه عقد قابل فسخ باشد، فرد تهدیده شده بعد از رفع تهدید می تواند عقد را فسخ و یا نافذ نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید اگر موتر خود را به من هبه نکنی پسرت را اختطاف می کنم. در صورتی که محمود موتر را هبه نماید و تهدید رفع شود، می تواند عقد را فسخ نماید. در این صورت، مسؤولیت جزایی احمد همچنان پابرجا است. مفهوم مخالف این ماده این است که در صورتی که عقد غیر قابل فسخ باشد، عقد فاسد است.

۲۶۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۲.

۲۷۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۰۶۶.

دوم این که این حق با مرگ تهدید کننده یا طرفین عقد از بین نرفته، ورثه متوفی قایم مقام او شناخته می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد وفات نماید یا احمد و محمود وفات نمایند، ورثه احمد و محمود جانشین آنها تلقی می گردند و می توانند عقد را فسخ نمایند.

فقه‌های حنفیه اکراره را مانند هزل (مزاح) می دانند و عقود مالی و سایر تصرفاتی را که محل آن مال است، مانند: هبه، ودیعه و عاریت را موقوف به اجازه مستکره بعد از بر طرف شدن اکراره می دانند. بنابراین، به نظر حنفیه در صورتی که مکره پس از سه روز اجازه داد و جانب مقابل نیز به این امر راضی بود، عقد نافذ و اگر اجازه نداد، عقد باطل می شود.^{۲۷۱}

در باره نفاذ و صحیح بودن عقد مکره بعد از رفع اکراره ماده ۵۶۰ ق.م.ا حکم می نماید که: «عقد شخص تهدید شده، به صورت فاسد منعقد می گردد. هرگاه بعد از رفع تهدید، شخص تهدید شده، طور صریح یا ضمنی به آن اجازه دهد، عقد صحیح می گردد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: اول این که طبق نص این ماده عقد مکره عقد فاسد است. چنانچه تفصیل آن خواهد آمد، فاسد عقدی است ارکان آن متحقق است اما شرایط ارکان متحقق نیست. در عقد مکره ارکان عقد متحقق می گردد. اما، یکی از شرایط ارکان که رضایت است متحقق نمی گردد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را بگوید که اگر شما خانه خویش را به من به فروش نرسانید، من شما را می کشم و محمود خانه را به احمد به فروش رساند، این عقد فاسد است.

دوم این که اگر مکره بعد از رفع تهدید و انعقاد عقد، به طور صریح یا ضمنی اجازه دهد عقد نافذ می گردد. بنابراین، طبق نص این ماده عقد فاسد امکان دارد صحیح گردد و امکان دارد باطل گردد. در صورت اجازه مکره عقد صحیح می گردد و در صورت عدم اجازه عقد باطل می گردد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را تهدید نماید که اگر شما خانه خویش را به من به فروش نرسانید، شما را می کشم و محمود خانه را به احمد به فروش رساند و بعد از فروش به صورت صریح عقد را تأیید نماید و بگوید آن را فروختم و یا به صورت ضمنی آن را تأیید نماید، به حیث مثال، به پولیس شکایت ننماید، عقد صحیح می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان آثار عقد شخص مکره است.

باوجوداین، طبق ماده ۵۶۱ ق.م.ا: «نفاذ عقود شخص تهدید شده به اجازه وی بعد از رفع تهدید موقوف نبوده، قبض مبیعه، ملکیت فاسد را افاده می نماید. در چنین حالت هر نوع تصرف غیر قابل نقض، صحیح بوده شخص تهدید شده در مطالبه قیمت روز تسلیم یا قیمت روز تصرف، مخیر می باشد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد از نص این ماده چندین حکم را می توان استخراج کرد:

نخست این که: نافذ شدن عقودهای شخص مکره بعد از اجازه او بعد از رفع تهدید، عقد موقوف نیست. موقوف اسم مفعول از ریشه «وقف» گرفته شده است که در لغت به معنی بازداشته شده، محصور، متوقف شده، بازایستاده شده و توقیف شده است.^{۲۷۲} بنابراین، قبض مبیعه توسط مشتری ملکیت فاسد نسبت به

۲۷۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۴۲۴ و ۴۲۵؛ داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعه نعمانی، ص ۲۶۲.

۲۷۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۳۰.

مشتری تلقی می گردد. به نظر می رسد عدم موقوف بودن به معنی نافذ است. عبارت ملکیت فاسد در نص این ماده مبهم است. در هر حال، هرگاه در چنین عقدی، قبض مبیعه توسط مشتری صورت بگیرد، ملکیت مشتری نسبت به مبیعه ملکیت فاسد است. عبارت ملکیت فاسد مبهم است.

دوم این که تصرف مکره که غیرقابل نقض باشد صحیح است. به حیث مثال، اگر محمود در اثر اکراه زمین احمد را خریداری نماید و در آن تعمیر احداث نماید، تصرف محمود غیرقابل نقض است.

سوم این که مکره اختیار دارد که قیمت روز تسلیم و یا قیمت روز تصرف را از مشتری مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر محمود در اثر اکراه زمین احمد را در ماه حمل سال ۱۳۹۶ خریداری نماید و قیمت زمین بیست لک افغانی باشد، اما یک سال بعد یعنی در حمل ۱۳۹۷ در آن تعمیر احداث نماید و قیمت زمین بیست و پنج لک افغانی باشد، احمد اختیار دارد که بیست لک را از محمود بگیرد یا بیست و پنج لک را. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای اختیار تصرف به مکره، فاسد بودن ملکیت مکره و مورد حمایت قرار دادن مکره در اخذ قیمت روز تسلیم یا روز تصرف مبیعه است.

ثانیاً) غلطی

نوع دوم عیب رضا طبق فقه و ق. م غلطی است که در قوانین مدنی بسیاری از کشورهای اسلامی به عوض آن کلمه اشتباه استعمال گردیده است. اما، نویسندگان ق. م با اقتباس از فقه کلمه غلطی را استعمال نموده اند. نویسندگان ق. م احکام مربوط به غلطی را در جلد دوم ق. م طی مواد ۵۶۲-۵۶۹ تنظیم نموده اند. نویسندگان ق. م این احکام از مواد ۱۲۰-۱۲۴ ق. م. ج. م ترجمه کرده اند.

یک) تعریف

غلطی اسم منسوب به غلط است که در لغت به معنای خطا و اشتباه است.^{۲۷۳} فقها غلطی را به معنی اشتباه به کار می برند. اشتباه از ریشه «شبه» گرفته شده است که در لغت به معنی مانند شدن، به چیزی ماندن، به غلط گرفتن، پوشیده شدن کار، شبیه بودن و مانند بودن است. در اصطلاح فقهی به تصویری که شخص از روی پندار خویش برخلاف واقع از موضوعی به دست می آورد، اشتباه می گویند.^{۲۷۴}

در اصطلاح حقوقی، حقوقدانان تعاریف متعدد برای اشتباه ارایه کرده اند: استاد سنهوری بر این نظر است که: اشتباه حالتی است که در نفس آدمی پیدا می شود و انسان را به توهم خلاف واقع می کشاند. خلاف واقع نیز یا واقعه نادرستی است که انسان آن را درست می پندارد یا واقعه درستی است که انسان آن را نادرست می پندارد.^{۲۷۵} داکتر کاتوزیان در تعریف اشتباه می گوید: اشتباه پندار نادرستی است که انسان از واقعیت پیدا می کند. به عبارت دیگر: اشتباه نمایش نادرست واقعیت در ذهن است.^{۲۷۶} در اصول، به فعل و قولی که بدون قصد از انسان صادر شود، خطا گویند. در فقه به وقوع بدون قصد فعل خطا گویند.^{۲۷۷}

۲۷۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۴۱.

۲۷۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۲۸۷.

۲۷۵. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی،

ص ۱۷۸.

۲۷۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۸۸.

۲۷۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۹۰۰.

دو) انواع

براساس مواد ۵۶۲ - ۵۶۹ ق. م غلطی به انواع ذیل تقسیم می شود:

۱) غلطی در معقود علیه: غلطی در معقود علیه امکان دارد در جنس و یا وصف آن واقع شود:

۱- غلطی در جنس / ذات معقود علیه: طبق ماده ۵۶۲ ق. م: «هرگاه در موضوع عقد غلطی صورت گرفته باشد و معقود علیه مسمی و مشار الیه باشد، احکام آتی رعایت می گردد: ۱- در صورت اختلاف جنس، عقد به مسمی تعلق گرفته و نسبت عدم وجود مسمی عقد باطل شناخته می شود؛ و ۲- در صورت اتحاد جنس و اختلاف وصف، عقد به مشار الیه تعلق گرفته و نسبت موجود بودن مشار الیه منعقد می گردد. در این حالت، عقد کننده، نسبت عدم موجودیت وصف، در فسخ و ابرام عقد مخیر می باشد.». نص این ماده مبهم است. مسمی اسم مفعول از ریشه «سمو» گرفته شده است که در لغت به معنی نامیده شده، خوانده شده، معلوم و معین است. در فقه به هر امری که از پیش مقرر و معلوم شده باشد «مسمی» می گویند.^{۲۷۸} مشار الیه به معنی کس و چیزی است که به او اشاره شده است. همچنین، مشار الیه به معنی در پیش ذکر شده (فوق الذکر) است. طبق نص این ماده در صورتی که اشتباه در معقود علیه (محل عقد) صورت بگیرد و معقود علیه مسمی و مشار الیه باشد دو حالت قابل تصور است.

حالت اول- طبق فقره دوم ماده ۵۶۲ ق. م در صورت اختلاف جنس، عقد به مسمی تعلق گرفته و نسبت عدم وجود مسمی عقد باطل شناخته می شود. نص این ماده مبهم است و معنی اشتباه در جنس معقود علیه را نمی توان از آن به راحتی استنباط کرد، زیرا آنچه از این ماده استنباط می شود این است که در صورت اختلاف در جنس معقود علیه، عقد نسبت به آنچه مورد اشاره قرار گرفته و مسمی شده است درست و نسبت به آنچه مورد اشاره قرار نگرفته و مسمی نشده است، باطل است. آنچه مسلم است این است که اشتباه در جنس معقود علیه، عقد را باطل می گرداند.

حالت دوم - طبق فقره دوم ماده ۵۶۲ ق. م در صورت اتحاد جنس و اختلاف وصف، عقد به مشار الیه تعلق گرفته و نسبت موجود بودن مشار الیه منعقد می گردد. در این حالت، عقد کننده، نسبت عدم موجودیت وصف، در فسخ و ابرام عقد مخیر می باشد. نص این ماده مبهم است و نمی توان از آن به آسانی اشتباه در وصف معقود علیه را استنباط نمود، زیرا طبق نص این ماده در صورت اختلاف در وصف معقود علیه، عقد به آنچه مسمی شده و مورد اشاره قرار گرفته است، منعقد می گردد، اما عاقد می تواند در صورت فقدان وصف معقود علیه، عقد را فسخ و یا تأیید نماید.

آنچه مسلم است این است که در صورت اشتباه در وصف معقود علیه، عاقدی که در اشتباه واقع شده است، میان فسخ عقد و تأیید آن اختیار دارد. بنابراین، در صورت تأیید عقد نافذ و در صورت رد، عقد باطل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم اشتباه در جنس و اشتباه در وصف معقود است.

طبق فقه اشتباه در جنس معقود علیه عبارت از اشتباهی است که در نوع و جنس معقود علیه واقع می شود. تعریف جنس در مبحث شروط محل عقد خواهد آمد. به حیث مثال، هرگاه شخص بخواهد شیر خریداری نماید و دوکاندار به عوض قوطی شیر، به اشتباه قوطی لوبیا را بدهد، اشتباه در جنس معقود علیه واقع گردیده است و عقد باطل است. زیرا، شیر از نوع و یا جنس لبنیات است و لوبیا از جنس حبوبات و در این صورت اشتباه در جنس معقود علیه واقع گردیده است. اشتباه در جنس معقود علیه، عقد را معدوم می کند. حکمی که بر چنین عقدی مرتب می گردد این است که عقد در اثر اشتباه در جنس معقود علیه از اساس و بنیان به سبب از بین رفتن محل عقد که مشتری آن را اراده کرده است، باطل است، زیرا اشتباه در معقود علیه حکم عقد معدوم را می نماید و عقد بر معقود علیه معدوم باطل است.^{۲۷۹}

۲- غلطی در وصف معقود علیه: اشتباه در وصف معقود علیه عبارت از اشتباهی است که در جنس نه بلکه در وصف معقود علیه که از یک جنس اند واقع می گردد. تعریف وصف در مبحث شروط محل عقد خواهد آمد. به حیث مثال:

- هرگاه بائع و مشتری توافق بر فروش کامپیوتر دل نمایند و دوکان به اشتباه کامپیوتر سونی را به مشتری بدهد، در چنین حالت اشتباه در وصف معقود صورت گرفته است. زیرا، هر دو کامپیوتر از یک جنس (نوع) اند، اما وصف آنها متفاوت است.

- اگر احمد ساعت رادو را به محمود پیشنهاد نماید و محمود تصور نماید که ساعت کاسیو است و عقد را با احمد ببندد. در این مثال، اشتباه توسط محمود در وصف معقود علیه صورت گرفته است. بنابراین، محمود می تواند به دلیل اشتباه در وصف معقود علیه عقد را فسخ نماید.

اشتباه در وصف معقود علیه حکم عقد را غیرلازم نسبت به شخصی که در غلطی واقع گردیده است، می گرداند. بنابراین، شخصی که در وصف معقود در اشتباه واقع گردیده است در انفاذ و فسخ عقد مخیر است و می تواند عقد را به سبب فقدان وصف معقود علیه نافذ و یا فسخ نماید مشروط بر این که عقد از زمره عقود قابل فسخ مانند: عقود معاوضات و عقود مالی باشد.^{۲۸۰}

۲) غلطی در شخص: غلطی در شخص در ق. م بر خلاف غلطی در معقود علیه به صورت صریح پیش بینی نشده است. اما، به نظر می رسد غلطی در شخص را می توان از ماده ۵۶۵ استنباط و استخراج کرد. این ماده تصریح می نماید که: «هرگاه غلطی در شخص یا در وصف از اوصاف عقد کننده واقع شده باشد به نحوی که شخصیت یا وصف عقد کننده سبب عمده انعقاد عقد بوده باشد، چنین غلطی اساسی پنداشته می شود.» نص این ماده مبهم و گمراه کننده است. به نظر می رسد طبق نص این ماده غلطی در شخص دو نوع است.

۲۷۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۶۷؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۵۰۴.
۲۸۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۶۸؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۵۰۴.

۱- **غلطی در هویت شخص:** هرگاه غلطی در شخص واقع شود، به نحوی که شخصیت او سبب عمده انعقاد عقد باشد، غلطی اساسی است. به نظر می رسد منظور از غلطی در شخص، غلطی در هویت شخص مانند: نام و تخلص شخص است.

۲- **اشتباه در وصف:** هرگاه غلطی در وصف شخص صورت بگیرد به نحوی که وصف شخص سبب عمده انعقاد عقد باشد، این غلطی اساسی است. به حیث مثال،

- اگر احمد به تصور این که محمود داکتر جراح است، در باره عمل جراحی یکی از وابستگانش با او عقدی ببندد و پس از آن متوجه شود که داکتر عمومی یا داکتر در ادبیات یا کیمیا است، اشتباه در وصف شخص که عبارت از متخصص بودن در جراحی است واقع شده است. این غلطی اساسی است. زیرا، سبب انعقاد عقد تخصص محمود است.

- احمد آپارتمان خویش را به جمیله به اجاره می دهد و تصور می کند که جمیله زن نیکوکار است. اما، بعد ها در می یابد که جمیله از نظر اخلاقی فاسد. در این مثال، اشتباه در وصف شخص صورت گرفته است و اشتباه اساسی است زیرا سبب عمده انعقاد عقد وصف جمیله بوده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده بیان انواع اشتباه در شخص است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط اشتباه است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۴۸)

ماده (۵۶۵) توضیح شود.

توضیح:

غلطی: عبارت از حالت ذهنی است که به سبب از اسباب آن شی غیر واقعی را قبول می نماید اعم از اینکه حالت واقعی باشد یا حالت غیر واقعی که به شکل یک واقعیت تصور گردد.

غلط اساسی: غلط اساسی در ماده (۵۶۴) ق. م تعریف شده است و هم قابل تذکر است که گاهی غلطی در ماهیت عقد یا موضوع عقد یا در سبب الزام عقد به وجود می آید مانند غلطی در ماهیت عقد که موجر آن را اجاره دانسته و مستاجر آن را عاریت عقیده کرده و یا اصلاً موضوع عقد قبل از عقد تلف شده و یا غلطی در سبب الزام به وجود می آید مانند اینکه ورثه به فکر اینکه مورث او برای شخصی وصیت نموده و مال موصی به را برایش تسلیم می دارد بعداً ثابت می گردد که اصلاً وصایت مورث او باطل بوده و حایز اثر قانونی نبوده است.

در هر سه حالت غلطی متذکره موجب بطلان عقد می گردد و هم گاهی غلطی در شخصیت عاقد و یا وصف آن به وجود می آید مانند اینکه شخص به فکر اینکه موصی له از اقربای او است وصیت می نماید بعداً ثابت می گردد که رابطه قرابت بین شان وجود ندارد و یا اینکه عاقد فکر می نماید طرف مقابل مهندس ماهر است با این اندیشه با او عقد استوار می گردد بعداً ثابت می شود که طرف مقابل اصلاً مهندس ماهر نبوده است. هرگاه غلطی اساسی بوده و

حسن نیت در میان نباشد البته شخص غلط شده می تواند دعوی نماید. مثال آن فروش خانه پخته که در واقع خام بوده و یا فروش دانه یا قوت که شیشه می برآید است.^{۲۸۱}

۳) تحریف اراده در انتقال اراده توسط قاصد و وسيط: طبق ماده ۵۶۹ ق. م: «احکام مربوط به غلطی در مورد قاصد یا هر وسيطی که اراده یکی از طرفین عقد را تحریف شده به دیگری نقل نماید، قابل تطبیق می باشد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. طبق نص این ماده احکام غلطی که بحث آن خواهد آمد در مورد قاصد و وسيط که اراده یک طرف عقد را به طرف دیگر منتقل می کند، تطبیق می شود. منظور از احکام غلطی آثار غلطی است. قاصد در لغت به معنی پیک، نامه بر، نامه رسان و ایلچی است. در اصطلاح حقوقی، قاصد شخصی است که نامه یا پیام را از یک شخص به شخص دیگر منتقل می کند. وسيط در لغت به معنی میانجی است.^{۲۸۲} در اصطلاح حقوقی وسيط شخصی است که میان دو شخص متخاصم میانجیگری می نماید. تحریف در لغت به معنی تغییر دادن، دگرگون کردن کلام و تبدیل کردن کلام است.^{۲۸۳} به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید که تا به جمشید ایجاب نماید که این ساعت را که رادو است خریداری نماید. در این مثال، محمود قاصد احمد است. اگر محمود به جمشید بگوید که احمد فروش ساعت کاسیوی خویش را نموده است و جمشید آن را قبول نماید، تحریف در انتقال اراده احمد توسط محمود صورت پذیرفته است. در صورت واقع شدن عقد، جمشید صلاحیت فسخ عقد را با توجه به این که اشتباه در وصف معقود علیه صورت گرفته است دارد.

همچنین، اگر احمد و محمود در خصوص خانه منازعه داشته باشند و جمشید میان آنها میانجیگری نماید و به احمد بگوید که محمود به عوض خانه به شما آپارتمان می دهد در حالی که محمود به احمد زمین گفته باشد و احمد آن را قبول نماید، اشتباه در وصف معقود علیه صورت گرفته است. بنابراین، محمود می تواند با توجه به این که اشتباه در نقل اراده توسط میانجی صورت گرفته است عقد را فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن شخصی که به دلیل تحریف اراده توسط قاصد و وسيط دچار اشتباه شده است می باشد. همچنین، به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده احتمالی قاصد و وسيط در انتقال اراده است.

۴) غلطی در عقد به سبب قانون: طبق ماده ۵۶۶ ق. م: «عقد به سبب غلطی در قانون وقتی قابل فسخ پنداشته می شود که شرایط غلطی در وقایع مربوط به عقد متحقق گردد، مگر اینکه قانون مخالف آن تصریح کرده باشد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد.

به نظر می رسد از نص این ماده یک اصل و یک استثناء قابل استنباط است. اصل این است که هرگاه شخصی به سبب غلطی در قانون عقدی را منعقد نماید، این عقد وقتی قابل فسخ است که شرایط مربوط به غلطی در وقایع مربوط به عقد متحقق گردد. عبارت «شرایط غلطی در وقایع مربوط به عقد» در نص این ماده

۲۸۱. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 520 و 521.

282. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۷/۹/۱۵) (آخرین بازدید ۲۰۱۷/۹/۱۵).

283. Ibid, (۲۰۱۷/۹/۱۵) (آخرین بازدید ۲۰۱۷/۹/۱۵).

مبهم به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد وقایع مربوط به عقد اشتباه در خصوص مسایلی که مربوط به عقد می‌شود مانند اشتباه در شخصیت طرف مقابل عقد است. برداشت دیگر از عبارت «شرایط غلطی در وقایع مربوط به عقد» شرایط غلطی به نظر می‌رسد. به حیث مثال:

۱- اگر احمد به همسر سابقش مالی به گمان اینکه بعداً به وی رجوع خواهد کرد هبه کند، غافل از اینکه طلاق رجعی پس از انقضای عدت به طلاق باین تبدیل می‌شود و جز با عقد جدید نمی‌تواند به همسر مطلقه رجعی خویش رجوع نماید، احمد به سبب اشتباه در فهم قانون مرتکب اشتباه در عقد شده است.

۲- جمیله وفات می‌نماید. محمود شوهر جمیله سهم خود از متروکه جمیله را به گمان این که نصف است به جمشید مشروط بر تقسیم ترکه می‌فروشد در حالی که سهم محمود یک هشتم است. در این مثال، اشتباه در عقد به سبب قانون رخ داده است.^{۲۸۴} به نظر می‌رسد در این دو حالت، احمد می‌تواند عقد هبه را به سبب اشتباه در فهم قانون فسخ نماید. همچنین، محمود می‌تواند به سبب اشتباه در فهم قانون عقد بیع را با جمشید فسخ نماید. استثنای این اصل، حکم قانون است. بنابراین، در مواردی که قانون حکم کرده باشد که غلطی در قانون موجب فسخ عقد نیست، عقد قابل فسخ نمی‌باشد. به نظر می‌رسد فسخ عقد به دلیل غلطی در قانون با اصل «بی‌خبری از قانون عذر پنداشته نمی‌شود» در تعارض به نظر می‌رسد. در حقوق برخی کشورها، به حیث مثال، در حقوق انگلیس اشتباه در حکم قانون به استناد به اصل «بی‌خبری از قانون عذر پنداشته نمی‌شود» موجب فسخ عقد نیست.^{۲۸۵}

۵) **غلطی حسابی:** براساس ماده ۵۶۷ ق.م: «غلطی حسابی یا مادی در صحت عقد تأثیر نداشته و تصحیح آن حتمی می‌باشد». حسابی اسم منسوب به حساب است. حساب در لغت به معنی شمار، شمارش کردن و شمردن است. به نظر می‌رسد قانونگذار مدنی در نص این ماده حسابی را مترادف موضوعی استعمال کرده است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده «یا» را استعمال نموده است نه «و». طبق نص این ماده غلطی حسابی توسط محاسب موجب باطل و یا فاسد شدن عقد نمی‌گردد، اما تصحیح آن توسط محاسب در اثر تقاضای جانب مقابل حتمی است که برخی مثال‌های آن قرار ذیل است:

۱- اگر احمد خربوزه فروش باشد و در امور حسابی تخصص نداشته باشد و ۳۰۰ خربوزه به محمود بفروشد و قیمت هر خربوزه ۱۳۴ افغانی باشد مجموعه قیمت آن ۴۰۵۰۰ می‌شود. در صورتی که احمد در حسابی اشتباه نماید و به عوض ۴۰۵۰۰ در اثر اشتباه به محمود بگوید که قیمت مجموعه خربوزه‌ها ۳۹۵۰۰ می‌شود، در این مثال اشتباه حسابی در عقد صورت گرفته است. این اشتباه موجب نمی‌شود که عقد باطل یا فاسد گردد. اما، تصحیح آن حتمی است. بنابراین، به موجب این عقد محمود می‌تواند خربوزه‌های را تملک نماید. احمد می‌تواند اشتباه حسابی را تصحیح نموده و دوباره به محمود مراجعه نماید و بقیه پول را از محمود بگیرد.

۲- اگر احمد سی پایه تلویزیون را به محمود به فروش برساند و در اثر اشتباه به عوض سی پایه تلویزیون، سی و دو پایه تلویزیون به محمود بدهد، احمد مرتکب اشتباه حسابی شده است. این اشتباه در صحت عقد

۲۸۴. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۹۴.

285. D. L. A. Barker and C. Padfield, law, p. 147.

تأثیر ندارد. بنابراین، این اشتباه موجب فاسد یا باطل شدن عقد نمی گردد. اما، احمد می تواند اشتباه را تصحیح نموده و به محمود مراجعه نماید و از محمود بخواهد تا دو پایه تلویزیون را به احمد دوباره بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عدم رسمیت شناختن اشتباه حسابی به عنوان یکی از اسباب فاسد یا باطل شدن عقد و مورد حمایت قرار دادن شخصی که مرتکب اشتباه حسابی شده است، می باشد.

سه) شروط

در خصوص شرایط غلطی احکام ق. م مغلق، مبهم و پیچیده است. به نظر می رسد شرایط غلطی طبق ق. م قرار ذیل است:

۱) **اساسی بودن غلطی:** طبق ق. م غلطی زمانی به عنوان عیب رضا پنداشته می شود که اساسی باشد. ماده ۵۶۴ ق. م. ادر خصوص غلطی اساسی می گوید: «هرگاه غلطی به اندازه ای فاحش باشد که عقد کننده در صورت وقوف بر آن از ابرام عقد امتناع می ورزید، چنین غلطی، اساسی پنداشته می شود.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. طبق نص این ماده در غلطی شرط است که «اساسی» باشد. بنابراین، غلطی می تواند «اساسی» یا «غیراساسی» باشد. قانونگذار مدنی در نص این ماده معیار اساسی و غیراساسی بودن غلطی را معین کرده است. به نظر می رسد طبق نص این ماده غلطی اساسی، غلطی است که «فاحش» باشد. فاحش اسم فاعل از ریشه «فحش» گرفته شده است که در لغت به معنی بسیار، کثیر و زیاده از اندازه است.^{۲۸۶} هرچند معنی لغوی فاحش بزرگ و بسیار زیاد است، اما قانونگذار مدنی معیار دیگری را هم پیش بینی کرده است و آن عبارت از امتناع ورزیدن از ابرام عقد در صورت وقوف از اشتباه است. ابرام از ریشه «برم» گرفته شده است که در لغت به معنی استوار داشتن، محکم داشتن، به جان آوردن و به ستوه آوردن است.^{۲۸۷} همچنین، ابرام در مفهوم مصطلح در لغت به معنی تأیید است. به نظر می رسد ابرام در نص این ماده در مفهوم تأیید استعمال شده است. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استنکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است.^{۲۸۸} وقوف در لغت به معنی دانستن و آگاهی است.^{۲۸۹}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که طبق نص این ماده غلطی زمانی اساسی است که در نظر طرف قراردادی که دچار اشتباه شده به اندازه ای بزرگ باشد که اگر این اشتباه را مرتکب نمی شد، از انعقاد عقد پرهیز می ورزید. در نتیجه، هرگاه این اشتباه در صفت موضوع عقد واقع گردد، ضروری است که از نظر طرفین عقد، صفت اصلی باشد و اگر در مورد شخص معامله کننده یا صفتی از صفات او اشتباه صورت پذیرفته باشد، ضروری است از صفات اصلی در معامله باشد.^{۲۹۰} به حیث مثال:

۱- اگر احمد بخواهد ساعت سیکو بخرد که بهای آن اندک است و محمود در اثر اشتباه به احمد ساعت رادو را بدهد که بهای آن گزاف است و احمد به عوض ساعت سیکو ساعت رادو را بگیرد و پول اندک بپردازد،

۲۸۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۵۰.

۲۸۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۲.

۲۸۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۴۵.

289. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۷/۹/۱۵) (آخرین بازدید ۱۵/۹/۲۰۱۷).

۲۹۰. عبدالرزاق احمد السنهوزی (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۸۱-۱۸۶.

محمد دچار اشتباه اساسی در وصف موضوع عقد شده است. اگر محمود می دانست که به عوض ساعت سیکو، ساعت رادو را به احمد فروخته است، قطعاً از فروش آن پرهیز می کرد یا در صورت آگاهی از رادو بودن قطعاً از تأیید عقد سرپیچی می کرد.

۲- اگر احمد محمود را به تصور این که ورزشکار مشت زنی است برای مسابقه مشت زنی استخدام نماید و محمود سکوت اختیار نماید و عقد را منعقد نماید، اما احمد سپس دریابد که محمود ورزشکار مشت زنی نیست بلکه صرف ورزشکاری است که تناسب اندام کرده است و شبیه مشتزن است، احمد دچار اشتباه اساسی شده است. زیرا، این اشتباه فاحش یا بزرگ است و در صورتی که احمد می دانست محمود مشتزن حرفی ای و ماهر نیست، قطعاً عقد را به محمود بسته نمی کرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرط غلطی است.

۲) **مشترک بودن غلطی:** طبق ماده ۵۶۳ ق. م: «شخصی که در غلطی اساسی واقع گردیده، به شرطی می تواند 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 می توانست به آن واقف گردد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۵۶۴ ق. م است. طبق نص این ماده برای این که شخصی که در اشتباه واقع شده است عقد را فسخ نماید، شرط است که طرف مقابل هم مرتکب اشتباه شده باشد یا از غلطی آگاهی می داشت یا به سهولت می توانست از غلطی آگاهی پیدا نماید. بنابراین، طبق نص این ماده غلطی باید میان متعاقدين «مشترک»^{۲۹۱} باشد یا طرفی که غلطی نکرده باید عالم به غلطی بوده یا به راحتی توان آگاه شدن به آن را داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد ساعت سیکو بخرد که بهای آن اندک است و محمود در اثر اشتباه به احمد ساعت رادو را بدهد که بهای آن گزاف است و احمد به عوض ساعت سیکو ساعت رادو را بگیرد و پول اندک پردازد، صرف محمود دچار اشتباه اساسی در وصف موضوع عقد شده است نه احمد. زیرا، احمد دچار اشتباه نشده است.

برای این که در این مثال محمود بتواند عقد را فسخ نماید، شرط است که احمد هم دچار اشتباه شده باشد. این شرط عادلانه به نظر نمی رسد. زیرا، اشتباه امکان دارد توسط یکی از طرفین عقد صورت بگیرد یا از دو طرف. در صورتی که اشتباه از دو طرف صورت بگیرد، هر دو صلاحیت فسخ را دارند. اما، در صورتی که یک طرف عقد اشتباه نماید و طرف دیگر اشتباه ننماید و عقد را تکمیل شده تلقی نماید، حق طرفی که مرتکب اشتباه شده است ضایع می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرط فسخ عقد توسط کسی که در اشتباه واقع گردیده است می باشد.

۳) **عدم تمسک شخصی که اشتباه کرده است به اشتباه که متعارض با حسن نیت باشد.** طبق ماده ۵۶۸ ق. م: «شخصی که در غلطی واقع گردیده، نمی تواند به آن طوری تمسک نماید که معارض با آنچه حُسن نیت مقتضای آن است، باشد. اگر طرف مقابل برای تنفیذ این عقد اظهار آمادگی نماید به ابرام عقد ملزم پنداشته می شود.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. از نص این ماده دو حکم قابل استناد است:

۲۹۱. مثال اشتباه مشترک این است که بایع یک تعداد تخم مرغ را به مشتری به فروش برساند، در حالی که همه تخم ها گندیده باشند و بایع و مشتری ندانند که تخم ها گندیده اند.

۱- تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهبیری و توسل، سند و حجت است.^{۲۹۲} حسن نیت یکی از اصول حاکم بر قراردادها است. این اصل دو معنی دارد: نخست این که حسن نیت عبارت است از عدم قصد متعادلین مبنی بر نیرنگ و فریب همدیگر.^{۲۹۳} دوم این که حسن نیت عبارت است از اجرای مفاد تعهد بدون نیرنگ و فریب. طبق نص این ماده هر تمسکی به اشتباه هنگام تعارض با حسن نیت، به هیچ وجه جایز نمی باشد.

به عبارت دیگر: شخصی که دچار اشتباه در عقد شده است نباید به اشتباه به گونه ای استناد نماید که این استناد و توسل نفی کننده اصل حسن نیت باشد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد از محمود ساعت رادو بخرد و محمود به احمد ساعت رادو بدهد، اصل اجرای قرارداد با حسن نیت ایجاب می نماید که احمد تعهد خویش را همانطور که در قرارداد و قانون پیش بینی شده است ایفاء نماید. ایفاء تعهد پرداخت پول ساعت رادو توسط احمد است. بنابراین، اگر احمد به محمود بگوید که در وصف موضوع عقد اشتباه صورت گرفته است و من ساعت کاسیو می خواستم و بخواهد عقد را فسخ نماید، احمد به اشتباه در وصف معقود علیه به گونه ای استناد نموده است که استناد و توسل او منافی اصل اجرای قرارداد با حسن نیت است.

۲- اگر شخصی که دچار اشتباه نشده است، اما به اشتباه به گونه ای که معارض با اصل حسن نیت است استناد نماید دو حالت متصور است. اول جانب مقابل عقد را فسخ می نماید و دوم جانب مقابل تنفیذ یا اجرای عقد را متعهد می شود. از همین رو، فقره دوم ماده ۵۶۴ ق. م می گوید اگر طرف مقابل برای تنفیذ این عقد اظهار آمادگی نماید به ابرام عقد ملزم پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد ساعت رادو بخواهد از احمد بخرد و احمد بگوید من ساعت کاسیو می خواستم و با توسل به اشتباه در وصف معقود علیه بخواهد عقد را فسخ نماید، اما محمود بخواهد برای احمد ساعت کاسیو بدهد، محمود ملزم به تنفیذ عقد است. در حقوق مصر برخی حقوقدانان در این خصوص چنین مثال می آورند:

- در موردی که شخصی زمینی را با این تصور می خرد که راهی به معبر عمومی دارد، ولی بعد معلوم می شود که واقعیت بر خلاف این است و فروشنده حاضر می شود کلیه مصارفی را که منجر به دسترسی خریدار به معبر عمومی است، پردازد به نحوی که کلیه اغراض وی را تأمین نماید و با وصف این خریدار خواستار ابطال عقد بیع گردد، صحیح است که تمسک به اشتباه را معارض با مقتضای حسن نیت بدانیم و به خواسته مشتری توجه نکنیم. ممکن است این حکم را از موارد تطبیق نظریه سوء استفاده از اعمال حق نیز به شمار آوریم. فقره دوم ماده مذکور از مهم ترین مصداق های تطبیق این اصل است. زیرا، مقرر داشته است که اگر طرف دیگر آمادگی خویش را برای اجرای همین عقد اعلام نماید، اشتباه کننده باید متعهد به اجرای مفاد عقد بماند.

- اگر شخصی سهمی را به قیمت روز بفروشد، در حالی که از سود و زیان آن آگاه نباشد، در صورتی که مشتری همچنان خواستار خرید سهم بدون گرفتن سود آن باشد، وی نیز باید متعهد به عقد باقی بماند و اگر

۲۹۲. (آخرین بازدید ۱۵/۹/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com>

۲۹۳. بابک خسروی نیا (۱۳۹۱). قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، ص ۹۱.

شخصی با قاصر به گمان اینکه وی رشید است، معامله کند، در صورتی که وصی عقد را اجازه دهد، نمی تواند به اشتباه تمسک کند و اگر شخص چیزی را به عنوان اثر تأریخی خریداری کند و فروشنده حاضر به تأمین کالای درخواستی باشد، وی نمی تواند عقد را به هم بزند.^{۲۹۴}

چهار) اثر

اثری که بر غلطی مرتب می گردد فسخ عقد توسط شخصی که در غلطی اساسی واقع گردیده است می باشد. با وجود این، فسخ عقد تابع شرایط خاص است:

۱- در صورت اشتباه در جنس معقود علیه عقد باطل است. چنانچه تفصیل آن در مبحث عقد باطل خواهد آمد، عقد باطل موجب ایجاد اثر نمی شود.

۲- غلطی در وصف معقود علیه باعث می شود که شخصی که مرتکب اشتباه شده است، عقد را فسخ نماید.

۳- غلطی چه در شخص و چه در وصف شخص زمانی موجب فسخ عقد می شود که شخصیت فرد علت عمده انعقاد عقد بوده باشد.

۴- غلطی در عقد به سبب فهم قانون و تحریف در انتقال اراده موجب فسخ عقد می شود.

۵- تصحیح غلطی حسابی در قدم نخست لازم است. اما، در صورتی که طرفی که مرتکب تصحیح حسابی شده است نخواهد غلطی حساب را تصحیح نماید تکلیف چیست؟ در پاسخ به این سؤال ق. م مسکوت است. به نظر می رسد در چنین حالت طرف متضرر می تواند قرارداد را فسخ نماید.

ثالثاً) فریب (تدلیس / تغریب یا غرور)

عیب سوم رضا فریب است که در فقه تدلیس و تغریب نیز نامیده می شود. نویسندگان ق. م قواعد فریب و غبن را در جلد دوم، جزء دوم مواد ۵۷۰-۵۷۸ ق. م تنظیم نموده اند که این امر فهم قواعد مربوط به فریب و غبن را مشکل می نماید، اما فقهاء فریب و غبن را به صورت جداگانه مورد بحث قرار داده اند:

یک) تعریف و حکم تکلیفی

فریب در لغت به معنی حيله، مکر، غافل شدن و غافل کردن به خدعه است.^{۲۹۵} تدلیس از ریشه «دَلَسَ» به معنای پنهان کردن و عیب را پوشانیدن است. بنابراین، به نظر می رسد فریب و تدلیس مترادف همدیگر اند.^{۲۹۶} در اصطلاح حقوقی تدلیس یا فریب عبارت است از: بر انگیختن عاقد برای تعاقد به گمان اینکه عقد به مصلحت اوست، در حالی که واقعیت خلاف این است.^{۲۹۷}

ق. م در تعریف فریب یا تدلیس از فقه پیروی نموده است. ماده ۵۷۰ ق. م در تعریف فریب می گوید که: «فریب عبارت از به کار بردن وسایل حيله آمیز قولی یا فعلی ای است که طرف مقابل عقد را به راضی شدن انعقاد عقد بکشاند، به نحوی که این وسایل اگر به کار برده نمی شد، رضایت وی در عقد به میان نمی آمد.»

۲۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۰۱.

۲۹۵. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۷۳۰.

۲۹۶. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۶۳.

۲۹۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۶۹.

از این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که فریب زمانی متحقق می‌شود که شخصی وسایل حیلۀ آمیز را استعمال نماید و این وسایل موجب فریفتن جانب مقابل گردد. بنابراین، تا زمانی که مدلس اقدام به کاری نکرده و مانوری متقابله را انجام نداده است، تدلیس متحقق نمی‌گردد. مراد از وسایل حیلۀ آمیز هر فعل و قول یا کتمان حقیقت است. تغیر از ریشه «غرر» به معنای فریفتن، به غرور افگندن و در معرض خطر قرار دادن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی تغیر عبارت از فریفتن طرف مقابل معامله با نمایاندن غیر واقعی شی به امر یا وصفی تغیر گویند. فقهاء عموماً تغیر را با تدلیس مترادف می‌دانند.

تغیر بر دو نوع است: تغیر قولی، که به موجب گفته‌های غیر واقعی یکی از متعاملان صورت می‌پذیرد. به عنوان مثال، بایع مبیعه را به وصفی می‌ستاید که واقعیت خلاف آن است. تغیر فعلی، چنان است که یکی از متبایعین چنان در عمل وانمود می‌کند که در مبیعه مزیتی است، در حالی که چنین نیست.^{۲۹۸} فقهاء اتفاق نظر دارند که تدلیس یا فریب حرام است^{۲۹۹} زیرا پیامبر ﷺ فرموده است:

«مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنَّا».^{۳۰۰}

«کسی که دیگری را فریب بدهد از ما نیست.»

تغیر را در جمهوری اسلامی ایران بیشتر در ذیل قاعده غرور مورد مطالعه قرار می‌دهند. فاعل غرور را غار و مفعول آن را مغرور می‌گویند. ریشه این فعل «غر» است که در لغت به معنی فریب دادن است. قاعده غرور در جمهوری اسلامی ایران از اسباب مسؤولیت مدنی است اما تغیر یا تدلیس طبق ق. م. ۱ از اسباب عیوب اراده است.

دو ارکان و شروط

طبق فقه فریب یا تدلیس دارای چهار رکن است که عبارت اند از: (۱) مدلس یا شخصی که دیگری را فریب می‌دهد؛ (۲) مدلس یا شخصی که فریب داده می‌شود؛ (۳) محل تدلیس و آن شی ای است که در آن فریب به کار برده می‌شود؛ و (۴) وسایل تدلیس که عبارت از اشیای است که مدلس آن را برای فریب مدلس استعمال می‌نماید که می‌تواند فعل، قول و کتمان حقیقت باشد.^{۳۰۱} طبق فقه جهت تحقق فریب سه شرط وجود دارد:

- (۱) در پوشانیدن عیب و جلوه دادن جنس به شکل غیر حقیقی آن از فریب کار گرفته شده باشد؛
- (۲) فریب و حیلۀ باید از طرف یکی از عاقدین استعمال شده باشد نه از جانب شخص سوم.^{۳۰۲} ماده ۵۷۴ ق. م با اقتباس از فقه در این مورد تصریح می‌نماید: «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.» از نص این ماده بر می‌آید که در صورتی که

۲۹۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۱۵؛ و هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۰۷۲ و ۳۰۷۳.
۲۹۹. ____ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۱)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۲۷ و ۱۲۸.
۳۰۰. رواه الجماعة الا البخاری و النسائی عن ابي هريرة رضي الله عنه.
۳۰۱. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۴۷۸ و ۴۷۸.
۳۰۲. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۲۶۳ و ۲۶۴.

فریب توسط شخص ثالث که در عقد دخیل نبوده است، واقع گردد، فریب خورده وقتی می تواند فسخ عقد را مطالبه نماید که طرف عقد به این فریب آگاهی داشته باشد، زیرا در صورت عدم آگاهی یا قادر بودن بر کسب آگاهی، طرف عقد تقصیری ندارد.

به حیث مثال، اگر احمد از محمود موتر را خریداری نماید و ماشین، چراغ ها و سایر پرزه های موتر را محمود تغییر داده باشد تا نشان دهد که مدل موتر بالا است و احمد را فریب دهد، احمد می تواند عقد را فسخ نماید. زیرا، در این صورت فریب توسط طرف عقد واقع گردیده است. اما، در صورتی که شخص سوم، به حیث مثال، جمشید مستری این کار را کرده باشد احمد وقتی می تواند این عقد را فسخ نماید که ثابت نماید محمود از تغییر ماشین، چراغ ها و سایر پرزه های موتر آگاهی داشته است. طبق نص این ماده بار اثبات ادعا بر عهده احمد است. زیرا، احمد فریب خورده و مدعی است و ارایه وسایل اثبات دعوی از قبیل سند، شهود، قرائن و غیره بر عهده مدعی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط فریب است.

۳) حیله و فریب مؤثر واقع شده باشد؛ یعنی: موجب انعقاد عقد توسط عاقد شده باشد. ۳۰۳

سه) انواع و اثر هر نوع

طبق ماده ۵۷۰ ق. م تدلیس به سه نوع است: تدلیس فعلی، قولی و تدلیس کتمان حقیقت:
(۱) **فریب فعلی و اثر آن:** فریب یا تدلیس فعلی، عبارت از پدیدار ساختن فعلی در رابطه با معقود علیه است تا آن را به صورت غیر واقعی بنمایاند که عبارت از تزویر در وصف و یا تغییر آن به قصد ایجاد ابهام است که برخی مثال های آن در ذیل ارایه می گردد:

- ۱- حبس چند روزه شیر در پستان گاو برای وانمود کردن به اینکه خیلی شیرده است؛
 - ۲- رنگ نمودن جامه برای وانمود کردن به اینکه جدید است؛
 - ۳- رنگ کردن تخم زراعتی برای وانمود کردن به اینکه تخم وطنی است؛
 - ۴- تغییر دادن ماشین و چراغ های موتور برای وانمود کردن به اینکه مودل آن بالا است؛ و
 - ۵- کاپی کردن بوت های برند های کلارکس، ایکو و نظیر اینها و فروش آن به نام بوت های اصل.
- فریب فعلی یا ایجابی است، مانند: حبس چند روزه شیر در پستان گاو برای وانمود کردن به اینکه خیلی شیرده است، یا سلبی، مانند: عدم دوشیدن شیر گاو برای مدت چند روز و نشان دادن پستان های آن به مشتری مبنی بر اینکه خیلی شیرده است. در باره اثر تدلیس فعلی ق. م مسکوت است، و در فقه نیز دو نظریه متفاوت وجود دارد: جمهور فقهاء بر این نظر اند که در صورت تدلیس فعلی برای مدلس حق خیار فسخ ثابت می گردد. پس، وی می تواند مبیعه را بدون طلب عوض نقص قبول نماید و یا آن را به صاحبش رد نماید. برعکس، فقهای حنفیه بر این نظر اند که در صورت تدلیس فعلی حق خیار فسخ برای مشتری ایجاد نمی شود، بلکه مشتری مستحق دریافت نقصان می شود.^{۳۰۴}

(۲) **فریب قولی و اثر آن:** فریب یا تدلیس قولی، عبارت از دروغ صادر شده از عاقد است تا بدین وسیله طرف مقابل را بفریبد که برخی مثال های آن در ذیل ارایه می گردد:

- ۱- اگر بایع به مشتری بگوید: مثل و مانند مبیعه در بازار پیدا نمی شود، در حالی که مثل و مانند کالا در بازار پیدا شود، فریب قولی است؛
- ۲- اگر بایع بوت های برند کلارکس، ایکو و نظیر اینها را کاپی نماید و به مشتری بگوید بوت اصلی است، بایع مرتکب فریب قولی شده است؛
- ۳- اگر بایع کالا ها را در افغانستان تولید نماید و سپس بگوید این کالا ساخت ترکیه است، فریب قولی است.

۴- اگر احمد گاو عقیم را به محمود به فروش رساند و بگوید گاو حامله است، احمد مرتکب فریب قولی شده است. حقوق اسلام از تدلیس قولی نهی نموده است. زیرا، تدلیس قولی خدعه و فریب است. ولی، در صحت عقد تأثیر ندارد، مگر این که منتهی به غبن فاحش شود که در این صورت مغبون می تواند ابطال عقد را مطالبه نماید؛ بدین معنی که: برای مغبون خیار فسخ به سبب غبن ایجاد می شود و به موجب آن می تواند

۳۰۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۰۶۹ و ۳۰۷۰؛ لی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، صص ۴۸۱ و ۴۸۲.

فسخ عقد را مطالبه نماید.^{۳۰۵} ماده ۵۷۱ فقره اول ق. م در این باره حکم می نماید که: «(۱) هرگاه به سبب فریب یک طرف عقد، غبن فاحش متوجه طرف مقابل گردد، فریب خورده می تواند فسخ عقد را مطالبه نماید.» اگرچه در نص این ماده، فریب به صورت مطلق ذکر شده است، اما به نظر می رسد که منظور از این فریب در این ماده، فریب قولی است. تفصیل غبن فاحش در بحث بعدی خواهد آمد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن شخص فریب داده شده است. به حیث مثال، اگر احمد بوت های وطنی را به محمود به فروش رساند و بگوید که این بوت ایکو است و تفاوت میان قیمت اصلی بوت و قیمتی که احمد آن را فروخته است بیشتر از ۱۵ فیصد باشد، محمود می تواند عقد را فسخ نماید و پول خویش را بگیرد.

۳) فریب کتمان حقیقت و اثر آن: طبق ماده ۵۷۳ ق. م: «فریب سلبی، به محض کتمان حقیقت به وجود می آید. این فریب تدلیس پنداشته می شود.» طبق نص این ماده فریب سلبی زمانی متحقق می گردد که حقیقت کتمان شود. کتمان از ریشه «کتم» گرفته شده است که در لغت به معنی پنهان کردن، خفیه کاری کردن و پرده پوشی است.^{۳۰۶} طبق نص این ماده فریب سلبی تدلیس است. تدلیس کتمان حقیقت عبارت از إخفای عیب در عوضین است، مانند اینکه: بایع عیب مبیعه را از مشتری، یا مشتری عیبی را که در ثمن مبیعه وجود دارد از بایع پنهان نماید که برخی مثال های آن در ذیل ارایه می گردد:

۱- نمان کردن عیب ناشی از مرض در حیوان مبیعه توسط بایع؛

۲- پنهان کردن عیبی که در ثمن مبیعه وجود دارد توسط مشتری؛

۳- اگر موتر قطع شده باشد و بایع بداند و آن را به مشتری نگوید فریب کتمان حقیقت متحقق است؛

۴- اگر شکست در تهداب خانه رخ داده باشد و بایع بداند و آن را مشتری نگوید، فریب کتمان حقیقت متحقق است.

به اتفاق نظر همه فقهاء تدلیس کتمان حقیقت از نظر حقوق اسلام حرام است. زیرا، اصل در مبیع سلامت آن است. بنابراین، در صورتی که در معقود علیه عیبی وجود داشته باشد، بایع آن را باید به مشتری بگوید. پیامبر ﷺ در این باره فرموده است:

«المسلمُ أخو المسلمِ، ولا یحِلُّ لمسلمٍ باعٌ من أخیه یبعا فیهِ عیبٌ إلاَّ یبینه له.»^{۳۰۷}

حکمی که بر تدلیس کتمان حقیقت مرتب می گردد، خیار عیب است که به موجب آن صاحب خیار می تواند عقد را فسخ و یا انفاذ آن را اجازه دهد.^{۳۰۸}

در اخیر این بحث باید اضافه نمود که: طبق ماده ۵۷۲ ق. م: «شخصی که در عقود امانت فریب خورده، وقتی می تواند فسخ عقد را مطالبه نماید که غش و تدلیس طرف مقابل را ثابت نماید.» نص این ماده مبهم

۳۰۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۷۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۵۳.

306. <https://www.vajehyab.com> (Last vist: 31/8/2016).

۳۰۷. رواه ابن ماجه عن عتبه بن عامر رضی اللہ عنہ.

۳۰۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۷۱؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق.). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۴۹۱.

است. طبق نص این ماده شخصی که در عقود امانت فریب خورده است زمانی می تواند فسخ عقد را مطالبه نماید که غش یا تدلیس طرف مقابل را ثابت نماید. عقد امانت عقدی است که هدف از آن حفظ مال برای صاحب آن است: مانند عقد ودیعت که به موجب آن مستودع تعهد می نماید که مورد ودیعت را برای مودع نگهداری و حفظ نماید.^{۳۰۹} تعریف تدلیس گذشت. غش در لغت به معنای نیرنگ، حيله، اظهار خلاف نهانی، خیانت کردن و خیانت است. در اصطلاح فقهی معانی متعدد دارد: چنانچه در تعریف آن گفته اند که: غش عبارت از اظهار غیر حقیقی است. همچنین، به بیرون رفتن از حسن نیت لازم در معاملات هم غش اطلاق شده است.^{۳۱۰}

با توجه به اطلاق لفظ فریب به نظر می رسد که منظور از فریب مطلق فریب است. بنابراین، آنچه مهم است این است که فریب خورده تدلیس جانب مقابل یعنی مستودع را ثابت نماید. در صورت اثبات، مودع می تواند فسخ عقد امانت را از جانب مقابله مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد محمود را فریب بدهد و بگوید امین است و محمود پول های خویش را نزد احمد به امانت بگذارد، زمانی می تواند عقد را فسخ نماید که غش و تدلیس احمد را با وسایل اثبات ثابت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط فسخ عقد امانت است.

رابعاً) غبن

غبن به معنای کاستی، نقص، خدعه و زیان زدن است.^{۳۱۱} به غبن کننده غابن و شخصی که غبن در مورد او واقع می شود، مغبون می گویند. در خصوص تعریف اصطلاحی غبن ق. م سکوت اختیار نموده است. ولی، به موجب فقه، تعاریف مختلف برای غبن ارائه شده است:

(۱) غبن عبارت از عدم متعادل و غیر برابر بودن یکی از عوضین در مقابل دیگر یعنی کم بودن و یا زیاد بودن قیمت یکی از عوضین در برابر دیگر است.^{۳۱۲}

(۲) غبن عبارت است از اینکه یکی از بدلین در اثنای تعاقب با دیگر آن، در عقود خاص، برابر نباشد، مانند اینکه: شخصی آنچه را که قیمت آن صد افغانی است به پنجاه افغانی و یا به دو صد افغانی برای شخص دیگری به فروش رساند. شخص مغبون در صورت اول بایع و در صورت دوم مشتری است.^{۳۱۳}

از آنچه گفته شد، به نظر می رسد: غبن عبارت است از گران فروختن مبیع توسط بایع به مشتری و ارزان خریدن مبیع توسط مشتری از بایع. طبق این تعریف، نخست این که: غبن مختص به عقد بیع است و بر سایر عقود قابل تطبیق به نظر می رسد؛ دوم این که: غبن امکان دارد توسط بایع و یا مشتری صورت پذیرد. به حیث

۳۰۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۹۸؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۸۳.

۳۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۲۹.

۳۱۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۶۵۳؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۷۲؛ و ____ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۳۸.

۳۱۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۵۳؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۷۲.

۳۱۳. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۶۴.

مثال، بایع آنچه را که قیمت آن مطابق عرف ۱۰۰۰ افغانی است، ۱۴۰۰ افغانی به فروش رساند و یا مشتری آنچه را که قیمت آن مطابق عرف ۱۰۰۰ افغانی است ۷۰۰ افغانی خریداری نماید. در هر دو مثال، میان قیمت اصلی مبیع و قیمتی که مبیع به فروش رسیده است، تفاوت وجود دارد و به نظر می رسد که غبن تحقق یافته است. طبق ق. م غبن مختص عقد بیع نیست بلکه بر بسیاری از قراردادها قابل تسری است.

۲) انواع: غبن بر دو نوع ذیل است:

۱- غبن فاحش: غبن فاحش، عبارت از غبن آشکار و بدون تردید در خرید یا فروش کالایی است، به نحوی که تحت تقویم مقومین؛ یعنی: قیمت گذاری قیمت گذاران داخل نباشد.^{۳۱۴} به عنوان مثال، شخصی جنسی را به ده هزار افغانی به فروش می رساند، سپس برخی از قیمت گذاران آن را به هشت هزار و برخی دیگر به دوازده هزار افغانی قیمت گذاری می نمایند. در چنین حالت، غبن را غبن فاحش می گویند. این تعریف مبهم به نظر می رسد، زیرا طبق این تعریف ملاک غبن فاحش تقویم مقومین است. بنابراین، هرگاه قیمت اصلی مبیع و قیمتی که مبیع به فروش رسیده است، تحت قیمت گذاری قیمت گذاران قرار نگیرد، غبن فاحش متحقق است. با توجه به ملاک غبن فاحش، به نظر می رسد می توان دو تعریف برای غبن فاحش ارائه کرد: نخست این که: غبن فاحش عبارت است از غبنی که در عرف قابل گذشت نباشد.

به عنوان مثال، هرگاه قیمتی مبیع ۱۰۰ افغانی باشد و بایع آن را برای مشتری ۱۳۰ افغانی به فروش رساند، معمولاً و غالباً مشتری از ۳۰ افغانی نمی گذرد. در چنین حالتی، به نظر می رسد که غبن تحقق یافته است. اغماض (چشم پوشی/ گذشت) و عدم اغماض مشتری و یا بایع مطابق عرف، بستگی به قیمت مبیع دارد. بنابراین، هرگاه قیمت مبیع زیاد باشد، امکان دارد، مقدار پولی را که بایع و یا مشتری از آن اغماض نمایند، متفاوت باشد. به حیث مثال، هرگاه قیمت مبیع (مثلاً موتر) ۳۰۰۰۰۰۰ افغانی باشد، معمولاً امکان دارد مشتری و یا بایع از ۵۰۰۰۰ افغانی اغماض نمایند؛ دوم این که: با در نظر داشت ماده ۵۷۱ ق. م غبن فاحش آن است که میان قیمت اصلی مبیع و قیمتی که مبیع به فروش رسیده است بیشتر از پانزده فیصد باشد. این فیصدی مطابق مجله الاحکام در کالاهای تجارتي % ۵ در حیوان % ۱۰ و در عقار % ۲۰ است.

۲- غبن یسیر (اندک / قابل اغماض): غبن یسیر، عبارت از غبن است که تحت تقویم مقومین؛ یعنی: اهل خبره قرار می گیرد.^{۳۱۵} این تعریف نیز مبهم به نظر می رسد و فهم آن مشکل است. با توجه به نص ماده ۵۷۱ ق. م تعریف ساده ای که به نظر می رسد می توان به غبن یسیر ارائه کرد این است که غبن یسیر آن است که تفاوت میان قیمت اصلی و قیمتی که مبیع به فروش رسیده است، کمتر از % ۱۵ باشد. به حیث مثال، هرگاه قیمت اصلی مبیع ۱۰۰ افغانی باشد و بایع آن را به مشتری ۱۱۴ افغانی به فروش رساند، غبن یسیر متحقق است. تعریف دیگری که به نظر می رسد می توان برای غبن یسیر ارائه کرد با توجه به معیار عرف است. طبق این معیار، هر آنچه که در عرف قابل اغماض و چشم پوشی باشد، غبن یسیر است.

۳۱۴. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۷۲؛ ___ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۱)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۱۳۹؛ داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۶۴.

۳۱۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۷۲؛ داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۶۴.

۳) ملاک: در باره ملاک غبن فاحش در فقه نظریات متفاوت وجود دارد: بعضی گفته اند ملاک غبن فاحش عرف است و هر آنچه را مردم از آن اغماض نکنند، غبن گویند، ولی برخی دیگر گفته اند میزان غبن یسیر ده در صد (۱۰%) است. به موجب ماده ۱۶۵ مجله الاحکام غبن فاحش در عروض تجاریه و منقولات پنج در صد (۵%)، در حیوانات ده در صد (۱۰%) و در عقارات بیست در صد (۲۰%) است.^{۳۱۶} ولی، به موجب ق. م. ا ملاک غبن فاحش در مال اعم از اینکه منقول، عقار، استهلاکی، استعمالی، مثلی و یا قیمی باشد، پانزده در صد (۱۵%) است. بنابراین، در صورتی که بین قیمت اصلی و قیمتی که مال به فروش می رسد ۱۵% یا بیشتر از آن تفاوت وجود داشته باشد، غبن فاحش و در صورت پایین تر از ۱۵% غبن یسیر است. ماده ۵۷۱ فقره دوم ق. م. ا. در این باره حکم می نماید که: «غبن وقتی فاحش گفته می شود که تفاوت بین قیمت حقیقی مال در هنگام عقد و قیمتی که مال به فروش رسیده به ۱۵ فیصد یا بیشتر از آن بالغ گردد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف و ارایه معیار برای غبن فاحش است.

۴) آثار: هر یک از غبن یسیر و فاحش دارای اثر معین اند:

۱- آثار غبن یسیر: به موجب فقه، غبن یسیر موجب فسخ عقد نمی گردد. زیرا، پرهیز از آن ممکن است و بسیار زیاد در حیات انسان ها واقع می شود و عرفاً قابل تسامح و گذشت است. باوجود این، فقهای حنفی بر این نظر اند که در سه حالات ذیل فسخ عقد به سبب غبن یسیر به سبب عدم تهمت جواز دارد:

- **تصرف مدیون محجورعلیه که جمیع مال وی مستغرق به دین باشد:** در صورتی که مدیون محجورعلیه که جمیع مال وی مستغرق به دین باشد، چیزی از اموال خویش را به فروش رساند یا چیزی بخرد ولو در این خرید و فروش غبن یسیر واقع گردد، داینین وی می تواند فسخ عقد را مطالبه نمایند، مگر این که طرف عقد به رفع غبن یسیر راضی شود. زیرا، تصرف مدیون محجورعلیه که جمیع مال وی مستغرق به دین باشد منوط بر اجازه داینین است. بنابراین، در صورتی که داینین اجازه اعطاء نمایند، عقد نافذ و درغیر آن عقد باطل می گردد؛

- **تصرف بیمار مبتلا به مرض الموت:** در موردی که شخصی که به بیماری موت گرفتار است، مالی را بخرد و یا به فروش رساند و در این خرید و فروش غبن یسیر واقع گردیده باشد، داینین و ورثه وی می توانند بعد از مرگ وی فسخ عقد را مطالبه نمایند، مگر اینکه طرف دیگر به رفع غبن یسیر تراضی نماید؛ و

- **فروش وصی برخی از اموال یتیم را به غبن یسیر برای کسی که شهادت وصی برای وی قابل قبول نباشد** مانند: پسر، زوجه و نظیر اینها. پس، در موردی که وصی چیزی از اموال یتیم را به یکی از اقارب که شهادت وی در باره آنها صحیح نباشد، به فروش رساند، چنین عقدی باطل است.^{۳۱۷}

۲- آثار غبن فاحش: غبن فاحش موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

- طبق ماده ۵۷۵ ق فقره اول ق. م: «غبن فاحش، موجب فسخ عقد می گردد.» طبق نص این ماده غبن فاحش موجب فسخ عقد می شود. مفهوم مخالف نص این ماده این است که غبن اندک موجب فسخ عقد

۳۱۶. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۷۲؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۲۶۴ و ۲۶۵.

۳۱۷. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۰۷۲ و ۳۰۷۳.

نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مغبون و اعطای حق فسخ عقد به سبب غبن فاحش است. به حیث مثال، اگر احمد تکت طیاره را که قیمت آن ده هزار افغانی است از تکت فروش سیزده هزار افغانی بخرد، این غبن فاحش به نظر می رسد و احمد می تواند عقد را فسخ نماید. - به موجب ماده ۵۷۵ فقره دوم ق. م: «اگر شخصی که در مورد او غبن صورت گرفته، از غبن واقف بوده و به آن رضایت نشان داده باشد، نمی تواند عقد را فسخ نماید، مگر این که رضایت وی ناشی از معلومات دروغ، کتمان حقیقت و یا به فریب طرف مقابل راجع باشد.» از نص این ماده دو اصل و سه استثناء استنباط می گردد.

نخست این که اصل این است که اگر شخصی که در مورد او غبن صورت گرفته، از غبن واقف بوده نمی تواند عقد را فسخ نماید. واقف در لغت به معنی آگاه است. به حیث مثال، اگر احمد بداند که قیمت تکت طیاره یک هزار دالر است و آن را سیزده صد دالر بخرد نمی تواند عقد را فسخ نماید. در این مثال احمد می داند اما تکت را خریداری می نماید. همچنین، اگر قیمت یک سیرخریوزه در بازار سی صد افغانی باشد و احمد ساعت ۹ بجه شب به دلیل مهمانان برود و خربوزه بخرد و دوکاندار بگوید قیمت هر سیر خربوزه پنج صد افغانی است و احمد در خصوص قیمت خربوزه آگاهی داشته باشد و خربوزه خریداری نماید، نمی تواند با وجود غبن فاحش عقد را فسخ نماید. زیرا، از آن آگاه بوده است.

دوم این که اگر شخصی که در مورد او غبن صورت گرفته، از غبن واقف بوده و به آن رضایت نشان داده باشد، نمی تواند عقد را فسخ نماید. به حیث مثال، اگر احمد بداند که قیمت تکت طیاره یک هزار دالر است و آن را سیزده صد دالر بخرد نمی تواند عقد را فسخ نماید. در این مثال احمد می داند و رضایت نشان می دهد و تکت را خریداری می نماید. همچنین، اگر قیمت هر بوتل آب در عموم دوکان ها ده افغانی باشد و محمود یک بوتل آب را از سوپرمارکت فاینست سی افغانی خریداری نماید، نمی تواند عقد را به دلیل غبن فاحش فسخ نماید. استثنای این اصل قرار ذیل است:

نخست است که رضایت مغبون ناشی از معلومات دروغ غابن باشد. به حیث مثال، اگر احمد بداند که قیمت تکت طیاره یک هزار دالر است و آن را سیزده صد دالر بخرد نمی تواند عقد را فسخ نماید. احمد در صورتی می تواند عقد را فسخ نماید که تکت فروش معلومات غلط و دروغ به احمد داده باشد. به حیث مثال، تکت فروش به احمد بگوید قیمت تکت ها بالا رفته است و در همه تکت فروشی ها یک هزار و سه صد دالر است. در این صورت احمد می تواند به دلیل دروغ تکت فروش عقد را علی الرغم رضایت و آگاهی فسخ نماید. همچنین، اگر احمد مبایل غیراصلی را به محمود به قیمت بالا به فروش رساند و به محمود بگوید این مبایل اصلی است، محمود می تواند به دلیل معلومات غلط احمد عقد را فسخ نماید.

دوم این که آگاهی و رضایت مغبون ناشی از کتمان حقیقت باشد. کتمان از ریشه «کتم» گرفته شده است که در لغت به معنی پنهان کردن، خفیه کاری کردن و پرده پوشی است.^{۳۱۸} به حیث مثال، اگر احمد بداند که قیمت تکت طیاره یک هزار دالر است و آن را سیزده صد دالر بخرد نمی تواند عقد را فسخ نماید. اما، احمد در

صورتی می تواند عقد را فسخ نماید که تکت فروش حقیقت را کتمان نموده باشد. در این صورت احمد می تواند به دلیل کتمان حقیقت تکت فروش عقد را علی الرغم رضایت و آگاهی فسخ نماید. همچنین، اگر احمد بخواهد اسپ خویش را به محمود به فروش رساند و اسپ مریض باشد و مرض اسپ موجب کاهش قیمت اسپ شود و محمود در اثر کتمان حقیقت اسپ را با تفاوت بیشتر از پانزده فیصد در قیمت اصلی و قیمت فروخته شده خریداری نماید، محمود می تواند عقد را فسخ نماید.

سوم این که آگاهی و رضایت مغبون ناشی از فریب باشد. به حیث مثال، اگر احمد بداند که قیمت تکت طیاره یک هزار دالر است و آن را سیزده صد دالر بخرد نمی تواند عقد را فسخ نماید. اما، احمد در صورتی می تواند عقد را فسخ نماید که تکت فروش احمد را فریب داده باشد، به حیث مثال، به احمد دروغ گفته باشد در این صورت احمد می تواند به دلیل فریب تکت فروش عقد را علی الرغم رضایت و آگاهی فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط فسخ عقد به سبب غبن فاحش است.

علاوه براین، به موجب ماده ۵۷۸ ق. م. ا: «هرگاه برای رفع غبن، پرداخت آنچه را قاضی تعیین نموده، کافی پنداشته شود، طرف مقابل می تواند در عقود معاوضه از دعوی فسخ انصراف نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که در اثر دعوی مغبون قاضی حکم نماید که غابن به مغبون یک مقدار پول بدهد، مغبون می تواند از فسخ عقد در عقود معاوضه انصراف نماید. به حیث مثال، اگر احمد تکت طیاره را که قیمت آن ده هزار است از محمود بیست هزار بخرد و علیه محمود اقامه دعوی نماید و قاضی حکم نماید که محمود ده هزار افغانی به احمد بدهد، احمد می تواند از فسخ عقد انصراف ورزد. خرید تکت در این مثال از مصادیق عقود معاوضه است زیرا تکت با پول معاوضه می شود.

در ذیل غبن فاحش در اموال دولتی، وقفی و در عقود مزایده و عقودی که از عدم تجربه یکی از طرفین سوء استفاده شود را ذیلاً مورد تحلیل قرار می دهیم:

- غبن فاحش در اموال دولتی، وقفی و محجور علیهم: به موجب ماده ۵۷۵ فقره سوم ق. م. ا: «غبن فاحش در مورد اموال دولت، وقف و مال شخص محجور به هر نحوی که صورت گرفته باشد، موجب فسخ عقد می گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

اول این که در صورتی که غبن فاحش در اموال دولت صورت بگیرد، دولت حق فسخ عقد را دارد. به حیث مثال، اگر یک اداره دولتی مانند وزارت مالیه موترها این وزارت به فروش برساند و در آن غبن فاحش وجود داشته باشد، به حیث مثال، موترها پانزده فیصد کمتر از قیمت حقیقی به فروش رسیده باشد، دولت حق فسخ این قرارداد را دارد.

دوم این که در صورتی که غبن فاحش در اموال موقوفه صورت بگیرد، دولت حق فسخ را دارد. به حیث مثال، اگر یک مارکیت تجارتي وقف شود و در وزارت اوقاف ثبت شود و وزارت اوقاف آن را به اشخاص اعم حقیقی و حکمی خصوصی به فروش رساند، اما در آن غبن فاحش وجود داشته باشد، وزارت حج و اوقاف حق فسخ قرارداد را دارد.

سوم این که در صورتی که مال شخص محجور علیه توسط قیم به فروش رسد اما در آن غبن فاحش وجود داشته باشد، محکمه صلاحیت فسخ عقد را دارد. محجور علیه اسم مفعول از ریشه «حجر» گرفته شده است

که در لغت به معنی ممنوع و بازداشت شده است. در اصطلاح حقوقی محجور به کسی گویند که به حکم قانون از تصرف در اموال خویش ممنوع شده باشد مانند دیوانه، صغیر، ورشکسته،^{۳۱۹} سفیه، معتوه، غافل و نظیر اینها است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن اموال دولت، اموال وقفی و اموال اشخاص ناقص اهلیت یا محجور علیه مانند مجنون، صغیر، سفیه و نظیر اینها است. فقهای حنفیه سه حالت را موجب فسخ عقد در اثر غبن فاحش می‌دانند که عبارت از فروش اموال بیت المال، اموال وقفی و اموال محجور علیه به سبب صغر، جنون و سفه است. بنابراین، به عقیده فقهای حنفیه در صورتی که شی از اموال دولت، یا وقفی و یا شخص محجور علیه به سبب صغر، جنون و سفه به فروش رسانیده شود، چنین عقدی قابل فسخ است.^{۳۲۰}

- **غبن فاحش در عقود مزایده:** براساس ماده ۵۷۶ ق.م: «در عقودی که از طریق مزایده علنی صورت می‌گیرد، اعتراض مبنی بر وجود غبن جواز ندارد.» نص این ماده مبهم به نظر می‌رسد. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی نکرده است که اعتراض توسط کدام شخص صورت می‌گیرد. مزایده از ریشه «زود» گرفته شده است که در لغت به معنی بر یکدیگر افزودن، افزودگی دوجانبه و حراج است. در اصطلاح حقوق مدنی، مزایده فروش چیزی به گونه ای حراج است به نحوی که هر کس بهایی بیشتر پرداخت کند، میباید از آن او باشد.^{۳۲۱} به حیث مثال، اگر احمد مدیون جمشید باشد و خانه خویش را به جمشید به رهن دهد و نتواند قرض جمشید را بدهد و محکمه ذیصلاح خانه احمد را از طریق مزایده به فروش رساند و حمید بیشترین قیمت را پیشنهاد نماید و برنده اعلام شود، محمود، حمید و سایر اشخاصی که می‌خواستند خانه را خریداری نمایند و در پروسه مزایده اشتراک کرده اند حق اعتراض را ندارند. زیرا، در عقود مزایده اموال دولتی و مدیون بر اساس مزایده به فروش می‌رسد. بنابراین، امکان تحقق غبن فاحش در آن از نظر منطقی متصور نیست. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده اشخاصی که در پروسه مزایده اشتراک می‌نمایند است.

- **غبن فاحش در عقودی که از احتیاج، عدم تجربه و ضعف ادراک یکی یکی از طرفین سوء استفاده به عمل آید:** طبق ماده ۵۷۷ ق.م: «هرگاه از احتیاج یا عدم تجربه و یا ضعف ادراک یکی از عاقدین سوء استفاده به عمل آید و به اثر آن غبن فاحش در عقد موجود گردد، شخص فریب خورده می‌تواند در خلال مدت یکسال از تاریخ عقد، بطلان عقد یا تنقیص و جایب خود را به اندازه معقول مطالبه نماید.» طبق نص این ماده هرگاه از احتیاج یا عدم تجربه و یا ضعف ادراک یکی از عاقدین سوء استفاده به عمل آید و به اثر آن غبن فاحش در عقد موجود گردد، شخص فریب خورده می‌تواند در خلال مدت یکسال از تاریخ عقد، بطلان عقد یا تنقیص و جایب خود را به اندازه معقول مطالبه نماید. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن

۳۱۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۳۷.
 ۳۲۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۱۵؛ و هبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۰۷۲ و ۳۰۷۳.
 ۳۲۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸.

است.^{۳۲۲} بطلان در لغت به معنی باطل شدن، تباہ شدن، از کار افتادن، باطل بودن، بی اعتبار شدن، نابودی و هلاکت است.^{۳۲۳} در اصطلاح حقوق مدنی، بطلان عبارت از بی اعتبار بودن عمل حقوقی است. به حیث مثال، اگر احمد پول نداشته باشد و مواد ارتزاقی برای فامیل خویش ضرورت داشته باشد و از محمود مواد ارتزاقی بخرد اما محمود به دلیل احتیاج احمد مواد ارتزاقی را ۱۵ درصد بیشتر از قیمت بازار به محمود به فروش رساند، محمود می تواند بطلان عقد یا تنفیص وجبیه را از محکمه مطالبه نماید. تنفیص وجبیه در این مثال کاهش قیمت و متناسب ساختن مبیع با نرخ بازار است. همچنین، اگر محمود بی تجربه و ضعیف الادراک باشد و احمد مواد ارتزاقی را ۱۵ درصد بیشتر از نرخ بازار به محمود به فروش رساند، محمود می تواند بطلان عقد یا تنفیص وجبیه را از محکمه مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده حمایت از حقوق اشخاص محتاج، بی تجربه و ضعیف الادراک است.

گفتار سوم) محل عقد

رکن سوم عقد محل است که در فقه محل عقد و معقود علیه نامیده می شود و در ق. م موضوع عقد. در این گفتار محل عقد را در فقه و سپس در ق. م مورد مطالعه قرار می دهیم:

الف) تعریف و شرایط محل عقد در فقه

فقهاء به محل عقد معقود علیه و موضوع عقد می گویند. طبق ق. م نیز موضوع و محل عقد مترادف همدیگر اند. به موجب فقه منظور از محل عقد همان معقود علیه است و آن عبارت از هر آن چیزی است که محل عقد قرار می گیرد که ممکن است عین مالی مانند: مبیعه، مرهونه و موهوبه، یا غیرمالی مانند ازدواج و یا منفعت شی مانند: منفعت عین مأجوره در اجاره اشیا و عقارات و یا منفعت شخص در اجاره انسان باشد. پس، در عقد بیع، مال مبیع، محل عقد و در عقد هبه، موهوبه محل عقد، در عقد رهن، مرهونه (شی ای که به رهن داده می شود)، و ذین در عقد قرض محل عقد قرض است. اما، سبب عقد که به نام های مقصد اصلی عقد و حکم عقد نیز یاد می شود، عبارت از مقصد اصلی ای انجام معامله و یکی از مقدمات چهارگانه آن است که با در نظر داشت نوع عقد تعیین می شود. غرض هر عقد در تمام حالات یکی است. ولی، نظر به نوع عقد فرق می نماید.

به عنوان مثال، مقصد اصلی عقد، در عقد بیع انتقال مبیعه از بایع به مشتری در مقابل عوض، در عقد اجاره، تملیک منفعت در مقابل عوض، در هبه، تملیک موهوبه به موهوب له بدون عوض، در عاریت تملیک منفعت توسط معیر به مستعیر بدون عوض و در ازدواج حلالت استمتاع جنسی مشترک بین زوجین است.^{۳۲۴} بنابراین،

۳۲۲. جهت معلومات بیشتر در این خصوص ر. ک:

(آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳/۷) <https://www.vajehyab.com>

323. Ibid, (Last visit: 23/1/2016).

۳۲۴. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۱۳-۳۱۷؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۰۲۹-۳۰۳۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۴.

فرقی که بین محل عقد و سبب عقد در فقه وجود دارد این است که: سبب عقد عبارت از مقصد اصلی انعقاد عقد است و محل همان معقود علیه است و آن عبارت از هر آن چیزی است که موضوع عقد قرار می‌گیرد.^{۳۲۵} به عنوان مثال، در اجاره خانه محل عقد خانه و سبب عقد انتفاع از منفعت خانه است، یا در عقد بیع، مبیعه محل عقد و انتقال ملکیت مبیعه از بایع به مشتری سبب عقد است و یا در عقد هبه، موهوبه محل عقد و انتقال ملکیت موهوبه از واهب به موهوب له سبب عقد است. از آنچه گفته شد، به خوبی واضح می‌گردد که محل عقد یا معقود و سبب عقد یا مقصد اصلی عقد از همدیگر متفاوت اند: سبب عقد عبارت از مقصد اصلی انعقاد عقد است و محل همان معقود علیه است و آن عبارت از هر آن چیزی است که عقد به خاطر آن منعقد می‌گردد.^{۳۲۶}

به موجب فقه همه امور نمی‌توانند در عقد محل عقد قرار بگیرند. به عنوان مثال، معقود علیه قرار گرفتن خمر توسط مسلمانان صحیح نیست، و یا نکاح با محرمات نسبی و سببی با شخصی که با آنان قرابت دارد جواز ندارد. به صورت عموم فقهاء برای محل عقد پنج شرط را معین نموده اند که قرار آتی اند:

۱) **موجودیت معقود علیه:** جهت صحت معقود علیه شرط است که معقود علیه هنگام عقد موجود باشد. بنابراین، عقد بر شی معدوم مانند: فروش محصول زراعت قبل از کشت آن، یا فروش حمل در شکم حیوان به سبب ولادت آن به طور مرده، جواز ندارد.

با وجود این، فقهاء با این اطلاق این شرط را نپذیرفته اند و همچنین در باره اموری که در حکم معدوم هستند اختلاف نظر دارند: فقهای حنفیه و شافعیه به طور مطلق این شرط را پذیرفته اند و تصرف در معدوم را باطل دانسته اند. با وصف این، پذیرش این شرط به اعتقاد آنها اصل بوده و از استثناء گریزی نداشته اند و با وجود عدم وجود محل عقد در هنگام انشای عقد در مواردی چون: سلم، اجاره، مساقات و استصناع آن را پذیرفته اند. ولی، فقهای مالکیه تنها آن را در عقود مالی شرط دانسته و در تبرعات از قبیل: وقف، هبه و نظیر اینها آن را شرط نمی‌دانند. در عین حال فقهای حنابله چنین شروط را نپذیرفته اند، مگر در بیع مشتمل بر غرر که شرع از آن نهی کرده است.

۲) **مشروعیت و قابلیت حکم:** به اتفاق نظر فقهاء شرط است که معقود علیه مشروع باشد و حکمی شرعی بتواند بر آن مترتب گردد؛ بدین معنی که: معقود علیه مال، مملوک و متقوم باشد. زیرا، در صورت عدم مال، مملوک و متقوم بودن معقود علیه عقد باطل است. به عنوان مثال، فروش آنچه مال نیست مانند: گوشت مرده و خون، یا هبه، وقف، رهن و وصیت آن باطل است. زیرا، آنچه مال تلقی نمی‌گردد، اصلاً قابل تملیک نیست.

همچنین، فروش و یا هبه آنچه مملوک نیست، باطل است. زیرا، اشیاء غیر مملوک از جمله مباحات تلقی می‌گردند مانند: ماهی در آب، پرنده در هوا، کلاه، آجام (گیاه و درختان خودرو)، حیواناتی که در خشکه زندگی می‌نمایند و اشیای که برای منافع و مصالح عامه تخصیص داده شده اند مانند: راه های عامه، انهار عامه و نظیر اینها. زیرا، اشیای مذکور مملوک شخص تلقی نگردیده و قابلیت تملك را نیز حایز نمی‌باشند.

۳۲۵. ر. ک.: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۰۳۰.

۳۲۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، صص ۳۰۳۰.

علاوه بر این ها، بیع و تصرف آنچه که مال متقوم نباشد: یعنی؛ مالی که ادخار و انتفاع آن شرعاً ممکن نباشد مانند: شراب و خنزیر بین مسلمانان باطل است.

۳) مقدور التسلیم بودن: به اتفاق نظر فقهاء شرط است که متعاقد هنگام تعاقد قدرت تسلیم معقود علیه را به جانب مقابل داشته باشد. بنابراین، در صورت عدم قادر بودن متعاقد بر تسلیم معقود علیه به جانب مقابل هر چند معقود علیه موجود و مملوک باشد، عقد باطل است. البته، این شرط در عقود معاوضات مالی به اتفاق نظر همه فقهاء و در تبرعات به نظر همه فقهاء به غیر از امام مالک رحمته معتبر تلقی می گردد. پس، فروش، اجاره، رهن، هبه، وقف و غیره حیوان گریزی صحیح تلقی نمی گردد. همچنین، فروش، اجاره، هبه پرنده در هوا، ماهی در آب و شکار بعد از فرار و مالی مغضوبی که در ید غاصب باشد به سبب عدم قادر بودن عاقد بر تسلیم آن جواز ندارد.

برعکس، امام مالک رحمته بر این نظر است که معقود علیه قرار گرفتن مال معجوزالتسلیم در عقود تبرعی جواز دارد. بنابراین، به نظر امام مالک رحمته هبه، عاریت و وصیت حیوان فراری جواز دارد. زیرا، عدم تسلیم معقود علیه توسط واهب به موهوب له، یا موصی به موصی له و یا معیر به مستعیر موجب بروز نزاع نمی گردد. بر علاوه، متبرع این عمل را جهت انجام نیکوکاری و خیر رساندن به دیگری انجام داده و در صورت عدم تسلیم معقود علیه به جانب مقابل، جانب مقابل از این رهگذر متضرر نمی گردد. پس، برخلاف عقود مالی، معجوزالتسلیم بودن معقود در عقود تبرعی جواز دارد.

۴) معین و معلوم بودن: فقهاء معین و معروف بودن معقود علیه را به نحوی که مانع بروز منازعه بین طرفین گردد به سبب روایاتی که در سنت پیامبر صلی الله علیه و آله مبنی بر نهی از بیع غرر و بیع مجهول آمده است، لازم می دانند. علمی که مانع نزاع می گردد ممکن است در اثر اشاره در موردی که معقود علیه موجود باشد، یا در اثر رویت حین عقد و یا قبل از آن در صورتی که تغییر معقود علیه غیر ممکن باشد، یا به وصفی که مانع جهالت فاحش گردد که ممکن است از طریق بیان جنس، نوع و مقدار متحقق گردد. در نتیجه، بیع و تصرف در معقود علیه مجهول فاحش که منجر به بروز منازعه گردد، صحیح نیست. زیرا، در چنین حالات، عقد به نظر حنفیه فاسد و به نظر فقهای غیر حنفیه باطل است. برعکس، در صورتی که معقود علیه به نحوی غیر معین و معروف باشد که موجب بروز منازعه بین مردم نگردد و در عرف قابل تسامح باشد صحیح است.

۵) پاک و طاهر بودن: فقهای غیر حنفیه پاک و طاهر بودن معقود علیه را شرط می دانند. زیرا، به اعتقاد فقهای مذکور جواز بیع مستلزم پاک بودن معقود علیه است. بنابراین، بیع آنچه که پاک: یعنی؛ انتفاع از آن شرعاً مجاز باشد، جواز دارد. پس، بیع معقود علیه نجس مانند: سگ، خوک، گوشت مرده، خون و نظیر اینها جواز ندارد. برعکس، فقهای حنفیه بر این نظر اند که بیع اشیای نجس مانند: موی خوک، پوست حیوان مرده به سبب انتفاع آن جواز دارد، مگر آنچه که بیع آن نهی شده مانند: شراب، خوک و حیوان مرده، چنانچه بیع حیوانات متوحشه و حیواناتی متنجس که انتفاع از آن به غیر از طریق خوردن ممکن است جواز دارد.^{۳۲۷}

ب) موضوع عقد در ق. م

۳۲۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۰۱۹-۳۰۲۹؛ و (____) (۱۴۰۴) ه. ق. الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۲۱-۲۲۷.

طبق ق. م محل یا موضوع عقد یا معقود علیه چیزی است که عقد بر آن واقع می شود. نویسندگان ق. م موضوع عقد را در فرع چهارم، مواد ۵۷۹-۵۹۰ تنظیم نموده اند. این قواعد شامل تعریف، آنچه می تواند موضوع عقد قرار بگیرد و شرایط موضوع عقد است:

(۱) تعریف

طبق ق. م موضوع عقد یکی از ارکان عقد است. موضوع عقد عبارت از امری است که عقد بر آن واقع می شود. در صورت عدم موجودیت موضوعی که عقد بر آن واقع شود، عقد اصلاً به وجود نمی آید.

(۲) آنچه می تواند طبق ق. م موضوع عقد قرار بگیرد

طبق ماده ۵۷۹ ق. م: «[...] موضوع عقد را عین، دین، منفعت یا سایر حقوق مالی تشکیل داده می تواند. همچنین، اجراء یا امتناع يك عمل، موضوع عقد قرار گرفته می تواند.» از نص این ماده و مواد ۴۹۸-۵۰۱ ق. م. ا به خوبی استنباط می گردد که موضوع عقد ممکن است عین، دین، منفعت، اجراء و یا امتناع از اجراء عمل باشد:

(۱) عین: عین در لغت به معنی ذات و نفس است که جمع آن عیون و اعیان است و در فقه و حقوق به ذات و نفس هر شی مادی عین گویند.^{۳۲۸} طبق ماده ۱۵۹ مجله الاحکام: «عین عبارت است از شی معین و مشخص از قبیل: خانه، اسب، چوکی، جوال گندم، جوال دراهم که در حال حضور از جمله اعیان محسوب می گردند.» طبق نص این ماده عین می تواند محل عقد قرار بگیرد. به نظر می رسد منظور از عین مال است. به حیث مثال، در عقد خرید و فروش خانه، محل عقد خانه است و خانه مصداق عین است.

(۲) منفعت: موضوع عقد می تواند منفعت قرار بگیرد. به حیث مثال، در عقد اجاره منفعت خانه محل عقد اجاره است. در عقد عاریت منفعت عین مستأجره محل عقد است. در وصیت، منفعت عین موصی به محل عقد است. هر چند در این عقود شی عملاً محل عقد واقع می شود. اما، با توجه به این که عین و ذات شی متعلق به ورثه موصی، دولت و اجاره دهنده است و موصی له، موقوف له و عاریت گیرنده از منفعت عین نفع می گیرد، منفعت مال محل عقد قرار می گیرد.

(۳) دین: دین در لغت به معنی قرض، قرض خواستن و قرض گرفتن است.^{۳۲۹} در مفهوم محدود ماده ۱۵۸ مجله الاحکام در تعریف دین می گوید: «دین عبارت است از آنچه که بر ذمه ثابت باشد [...]». محل عقد قرار گرفتن دین منطقی و توجیه پذیر به نظر نمی رسد. به نظر می رسد در عقد قرض پول و مال مثلی محل عقد قرار می گیرد. بنابراین، به نظر می رسد منظور از دین پول و مال مثلی در نص این ماده است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود ده هزار افغانی قرض بدهد، محل عقد ده هزار افغانی است.

(۴) حق های مالی: منظور از حق های مالی حق ملکیت و حق های متفرع از ملکیت مانند حق ارتفاق، انتفاع و امثال اینها است. بنابراین، در عقد حق مالکیت، حق ارتفاق، حق انتفاع می تواند محل عقد قرار

۳۲۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۵.
۳۲۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۹۹۰.

بگیرد. به حیث مثال، هرگاه «الف» خانه خویش را به «ب» به فروش رساند محل عقد خانه و به تبع آن حق مالکیت و سایر حقوق متفرع از مالکیت مانند حق ارتفاق، حق منفعت و نظیر اینها است.

۵) اجرای عمل: منظور از اجرای عمل انجام دادن موضوع عقد است. به حیث مثال، در عقد اجاره انسان اجیر مکلف به انجام دادن موضوع عقد اجاره برای مؤجر است. به حیث مثال، هرگاه «الف»، «ب» را اجاره بگیرد تا «ب» خانه الف را رنگمالی نماید، موضوع عقد اجرای عمل است. مثال دیگر: هرگاه «الف»، «ب» را وکیل بگیرد تا «ب» از قضیه «الف» در محکمه دفاع نماید، موضوع عقد اجرای عمل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اموری اند که می تواند محل عقد قرار بگیرد.

علاوه بر ماده ۵۷۹ ق. م اجرای عمل در نص ماده ۵۰۱ ق. م هم پیش بینی شده است. ماده ۵۰۱ ق. م. ا در این باره می گوید: «عقد به غرض اجرای عمل معین یا خدمت معین صحیح می باشد». طبق نص این ماده عقد می تواند به منظور اجرای عمل معین یا خدمت معین صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را غرض تدریس مضمون ریاضی به جمشید پسرش استخدام نماید، موضوع عقد اجرای عمل معین که عبارت از تدریس است و خدمت معین که باز هم تدریس است، می باشد. همچنین، اگر احمد موتر خویش را به مستری غرض ترمیم ببرد و مستری موتر احمد را ترمیم نماید، هدف عقد اجرای خدمت معین است. خدمت معین در این مثال، ترمیم موتر توسط مستری به احمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اموری اند که می تواند محل عقد قرار بگیرند.

۶) امتناع از اجرای عمل: منظور از امتناع از اجرای عمل، انجام ندادن کاری است که یکی از طرفین عقد به نفع طرف مقابل نباید انجام دهد. به حیث مثال، در عقد امانت، امانت گیرنده مکلف است، شی ای که نزد او به امانت گذاشته شده است را استعمال ننماید. مثال دیگر: هرگاه پوهنتون «الف» با استادی به نام «ب» عقد ببندد تا «ب» صرف به این پوهنتون درس بدهد، استاد مکلف به عدم اجرای عمل (عدم تدریس در پوهنتون های دیگر) است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در مواد ۵۷۹ و ۵۰۱ ق. م تعیین و شناسایی اموال، اعمال و خدماتی است که می تواند موضوع عقد قرار بگیرند.

۷) تملیک اعیان منقول و غیرمنقول: طبق ماده ۴۹۸ ق. م: «عقد بر اعیان منقول یا غیر منقول، با بدل یا بدون آن، به غرض تملیک صحیح می باشد». اعیان جمع عین است. تعریف عین در بالا گذشت. تملیک در لغت به معنی انتقال دادن ملکیت و مالک گردانیدن است. منقول اموالی است که نقل و انتقال آن بدون از بین رفتن مال امکان پذیر است. غیرمنقول اموالی است که نقل و انتقال آن بدون از بین رفتن امکان پذیر نیست. از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که موضوع عقد می تواند اعیان منقول، مانند: موتر، بایسکل، کتاب، میز و امثال اینها در برابر بدل یا بدون بدل باشد. بدل در لغت به معنی تبدیل کردن و عوض است. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود بفروشد، موضوع عقد تملیک موتر که مال منقول است توسط احمد به محمود در برابر عوض که عبارت از پول است می باشد. اما، اگر احمد موتر خویش را به محمود هبه نماید، موضوع عقد موتر که مال منقول است بدون عوض می باشد.

همچنین، طبق نص این ماده موضوع عقد می تواند اموال غیر منقول مانند زمین، خانه و امثال اینها به غرض تملیک واقع شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خود را به محمود بفروشد، موضوع عقد تملیک مال

غیرمنقول در برابر عوض که عبارت از پول است می باشد. اما، اگر احمد خانه ای خویش را به محمود هبه نماید، موضوع عقد تملیک مال غیرمنقول بدون عوض است. بنابراین، تملیک امکان دارد با عوض باشد، مانند: تملیک عین در عقد بیع و یا بدون عوض، مانند: تملیک مال منقول و غیرمنقول در عقد هبه.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن اموال منقول و غیرمنقول به عنوان اشیایی که می توانند موضوع عقد در برابر عوض و بدون عوض قرار بگیرند است. به نظر می رسد تملیک صحیح عبارت از تملیکی است که واجد شرایط صحت باشد. به حیث مثال، اگر احمد پرنده در هوا را به محمود تسلیم نماید، این تسلیم به دلیل عدم تملک پرنده توسط احمد و عدم قادر بودن احمد مبنی بر تملیک پرنده در هوا به محمود، صحیح نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اشیا و اموری است که می توانند محل عقد قرار بگیرند.

۸) **نگهداشت و استهلاک عین:** طبق ماده ۴۹۹ ق. م. «عقد به غرض نگهداشت اعیان طور ودیعت یا به غرض استهلاک آن از طریق انتفاع طور قرض و تأدیه بدل، جواز دارد.» اعیان جمع عین است. تعریف عین در بالا گذشت. ودیعه مؤنث ودیعه از ریشه «ودع» گرفته شده است که به معنای سپرده، امانت است که جمع آن ودایع است. ۳۳۰ ماده ۷۶۳ مجله الاحکام در تعریف ودیعه می گوید که: «ودیعت مالی است که نزد شخص بخاطر حفاظت گذاشته می شود.» استهلاک از ریشه «هلک» گرفته شده است که در لغت به معنی تلف شدن، از بین رفتن و نیست شدن است. ۳۳۱ از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- محل عقد می تواند نگهداشت اعیان واقع شود، مانند: عقد امانت که به موجب آن امانت گیرنده مکلف است عینی را که نزد او به امانت گذاشته شده است، نگهداری نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را نزد محمود مالک سرای برای یک شب به امانت گذارد، موضوع عقد حفظ و نگهداری عین است. حفظ و نگهداری می تواند در برابر بدل یعنی پول باشد یا بدون بدل. به حیث مثال، اگر احمد از همسایه اش محمود بخواهد تا موتر او را یک شب در خانه اش بدون دریافت اجرت و بدل نگهداری نماید، این عمل عقد امانت بدون عوض است. اما، اگر احمد از محمود که سرای دارد بخواهد تا موترش را یک شب نگهداری نماید، عقد امانت در برابر بدل یعنی پول صورت می گیرد.

۲- موضوع عقد امکان دارد استهلاک عین باشد، مانند: عقد قرض که به موجب آن قرض گیرنده مال مثلی و یا پول را از قرض دهنده اخذ و هلاک؛ یعنی: مصرف می نماید و در موعد مقرر مثل آن را به قرض دهنده پرداخت می نماید. به حیث مثال، اگر ذاکره یک کیلو بوره از جمیله قرض بگیرد، موضوع عقد مال مثلی به منظور استهلاک در برابر عوض مثل است. در این صورت، ذاکره مکلف است یک کیلو بوره دوباره به جمیله

۳۳۰. در مورد این تعاریف ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۰۱۶ و ۴۰۱۷ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۱۱۹؛ _____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۵.

۳۳۱. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۵۰؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۴۳؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۹۱.

بدهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن و جواز حفظ عین و استهلاك عین در عقد های امانت و قرض در برابر عوض و بدون عوض است.

۹) **انتفاع از منافع اعیان:** براساس ماده ۵۰۰ ق. م: «عقد بر منافع اعیان به غرض انتفاع از آن با بدل، طور اجاره یا بدون بدل طور عاریت و رد عین آن به مالک، جواز دارد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- محل عقد می تواند انتفاع از منافع اعیان در برابر بدل باشد، مانند: عقد اجاره که به موجب آن مستأجر از منفعت عین مستأجره مثلاً خانه برای مدت معین در برابر عوض (اجوره) انتفاع می گیرد و در ختم اجاره عین مستأجره را به مؤجر رد می نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد، محل عقد انتفاع گرفتن از منفعت خانه در برابر عوض است.

۲- محل عقد می تواند انتفاع گرفتن از منافع مال بدون عوض باشد مانند عقد عاریت که به موجب آن عاریت گیرنده از منفعت عین مستعاره بدون پرداخت اجوره انتفاع می گیرد و در ختم عقد عاریت، عین مستعاره را به عاریت دهنده مسترد می نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را برای مدت یک روز به محمود به عاریت بدهد، محل عقد انتفاع گرفتن از منفعت موتر بدون عوض است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز محل عقد قرار گرفتن منافع اموال در برابر عوض و بدون عوض است.

۳) شرایط موضوع عقد در ق. م

به موجب مواد ۵۸۰-۵۹۰ ق. م موضوع تعهد اگر مال باشد باید موجود، اگر اجراء یا امتناع از اجرای عمل باشد، باید مقدور، معین و قابل معامله باشد:

اول) قابلیت معقود علیه برای حکم عقد و موجودیت محل عقد

طبق ماده ۵۷۹ ق. م: «برای هر نوع وجبیه ناشی از عقد، وجود موضوعی که عقد به آن نسبت داده شده و قابلیت حکم عقد را داشته باشد، حتمی پنداشته می شود [...]». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- برای هر عقد موجودیت موضوع لازم است. پس، هرگاه موضوع عقد، انتقال حق عینی مانند حق ملکیت خانه باشد، لازم است خانه موجود باشد. همچنین، اگر موضوع عقد فروش کشتی باشد، کشتی باید موجود باشد. بنابراین، فروش کشتی ای که موجود نیست، باطل است.^{۳۳۲} دلیل موجودیت موضوع عقد این است که هرگاه موضوع عقد موجود نباشد، متعهد نمی تواند موضوع را به متعهد له منتقل کند.

۲- موضوع عقد باید قابلیت حکم را داشته باشد. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، طبق فقه یکی از شرایط عمومی هر عقد قابلیت معقود علیه برای حکم عقد است. به نظر می رسد منظور از قابلیت حکم عقد این است که عقد بتواند موجب ایجاد اثر (حکم) شود. قابلیت در لغت به معنی توانایی است و حکم عقد اثر است. به عنوان مثال، بیع آنچه که شرعاً مال نیست و بیع مال موقوف منعقد نمی گردد. زیرا، نتیجه بیع تملیک مبیع برای مشتری توسط بایع است و مال موقوف قابل تملک و تملیک نیست، مگر در حالات خاص از طریق استبدال.

همچنین، رهن اموال سریع الفساد، مانند: میوه جات و سبزیجات منعقد نمی‌گردد. زیرا، حکمی که بر رهن مرتب می‌گردد، احتیاس مرهون جهت استیفای دین توسط داین در صورت عدم اداء توسط مدیون است و اموال سریع الفساد قابل حفظ و حبس با بقای منافع آنها نیست.^{۳۳۳} به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان دو شرط موضوع عقد که عبارت از موجودیت و قابلیت حکم است می‌باشد.

دوم) موضوع عقد قرار گرفتن شی‌ای که در آینده ایجاد می‌شود

طبق ماده ۵۸۹ فقرة اول ق. م: «هرگاه موجودیت موضوع وجبیه در آینده متحقق گردد، عقد به شرطی جواز دارد که به صورت تخمین نبوده، جهالت و ضرر در آن موجود نباشد». طبق نص این ماده هرگاه موضوع وجبیه در زمان حال موجود نباشد، اما در آینده موجود گردد، عقد صحیح است. بنابراین، موضوع عقد قرار گرفتن شی‌ای که در آینده ایجاد می‌شود، صحیح است که برخی مثال‌های آن قرار ذیل است:

۱- خرید و فروش آپارتمان قبل از تکمیل آن که هم در بخش عامه مانند فروش مکروریان‌ها معمول است و هم در بخش خصوصی مانند فروش آپارتمان‌ها در شهرک آریا و سایر شهرک‌ها.

۲- خرید و فروش محصولات توسط کارخانه قبل از تولید مانند خرید و فروش مبایل، موتر و نظیر اینها؛

۳- خرید و فروش محصولات زمین قبل از روییدن محصول مانند میوه باغ؛ و

۴- خرید و فروش کتاب قبل از تألیف کتاب.^{۳۳۴} به حیث مثال، احمد می‌تواند میوه باغ خویش را قبل از ایجاد به محمود به فروش رساند. مالک شهرک یا دولت می‌تواند آپارتمان‌ها را قبل از ایجاد به شهروندان بفروشد. مؤلف کتاب می‌تواند قبل از تکمیل کتاب، حق تألیف کتاب را به ناشر به فروش رساند. موضوع عقد قرار گرفتن شی‌ای که در آینده به وجود می‌آید در صورتی صحیح است که سه شرط در آن متحقق شود: نخست این که خود شی و قیمت آن به صورت تخمینی تعیین نشده باشد. زیرا، این امر موجب بروز منازعه میان طرفین می‌شود. بنابراین، شی محل عقد که در آینده ایجاد می‌شود و قیمت آن به صورت دقیق باید تعیین شود. تخمین در لغت به معنی اندازه و مقدار چیزی را از روی حدس و گمان تعیین کردن است.^{۳۳۵}

به حیث مثال، اگر احمد خربوزه فروش باشد و به محمود بگوید یک هزار افغانی بدهید و بیست خربوزه بگیرید بدون این که قیمت خربوزه‌ها را محمود بداند، در این خرید و فروش تخمین وجود دارد. دوم این که در موضوع عقد جهالت وجود نداشته باشد. جهالت در لغت به معنی نادانی، ناآگاهی، بی‌اطلاعی و ندانستن است. در اصطلاح حقوق مدنی، جهالت به ناآگاهی یکی از متعاقدین نسبت به موضوع عقد است.^{۳۳۶} این شرط نزدیک و مرتبط به عدم تخمینی بودن موضوع عقد است. به حیث مثال، در فروش خانه، محصولات و زمین جهالت فاحش وجود نداشته باشد. سوم این که در شی‌ای که در آینده ایجاد می‌شود و محل عقد قرار می‌گیرد شرط است که ضرر وجود نداشته باشد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد

۳۳۳. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۴۰-۳۵۱.

۳۳۴. همان، مصطفی احمد الزرقاء، جلد (۱)، صص ۲۴۷ و ۲۴۸.

335. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۸/۳۱/۲۰۱۶).

۳۳۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۹۴.

حمایت قرار دادن دهقانان، باغداران و صاحبان صنایع و نظیر اینها و ایجاد سهولت در معاملات و تجارت است.

سوم) عدم جواز فروش مال شخص در حالی که شخص حیات است توسط ورثه

طبق ماده ۵۸۹ فقره دوم ق. م. ا: «معامله در مورد متروکه شخص در حال حیات او جواز ندارد، گرچه مالک به آن رضایت داشته باشد، مگر اینکه قانون مخالف آن حکم نماید». معامله از ریشه «عمل» گرفته شده و به معنای با همدیگر کار کردن، عمل کردن دو جانبه، داد و ستد و تجارت کردن است.^{۳۳۷} معامله در نص این ماده در مفهوم عقد و خرید و فروش به نظر می رسد که استعمال شده است. استعمال متروکه در نص این ماده از نظر منطقی محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، متروکه بعد از مرگ صاحب مال ایجاد می شود. به نظر می رسد منظور از متروکه در نص این ماده مال است. متروکه از «ترک» گرفته شده است که در لغت به معنی هر چیزی است که انسان پشت سر خودش به جای می گذارد که جمع آن ترکات است. فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ترکه عبارت از اموالی است خالی از حق غیر که میت از خود به جا می گذارد.^{۳۳۸}

طبق نص این ماده خرید و فروش متروکه در حالی که مالک آن زنده یا حیات باشد، هر چند مالک به آن رضایت داشته باشد، جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد خانه، زمین، موتر و نظیر اینها داشته باشد و یک پسر به نام محمود و یک دختر به نام جمیله داشته باشد، محمود و جمیله نمی توانند خانه، زمین، موتر و سایر اموال احمد را به فروش رسانند. این اصل است. استثنای این اصل این است که قانون به این امر اجازده دهد. دلیل این قاعده قرار ذیل است:

اول این که اگر محمود و جمیله متروکه احمد را در حالی که احمد زنده است به فروش رسانند، این امر خلاف قواعد حقوق میراث که شرح آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد است. زیرا، هنوز شرایط ارث متحقق نگردیده است و محمود و جمیله مالک مال موروثه نگردیده اند. شرایط تحقق ارث، فوت مالک و حیات ورثه است.

دوم این که اگر محمود و جمیله بتوانند مال احمد را در حالی که زنده است به فروش رسانند، این خرید و فروش موجب ضرر رسانیدن به احمد می شود. زیرا، احمد از یک طرف مال خویش را از دست می دهد و از طرف دیگر از نظر مالی و اقتصادی وابسته به دیگران می شود. شخصی که متروکه را در حال حیات مؤثر می فروشد، وارثی است که نصیب خود را به شخص ثالث به فروش می رساند.^{۳۳۹} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مالک مال است.

چهارم) ممکن بودن موضوع عقد

طبق ماده ۵۸۰ ق. م: «موضوع وجبیه ناشی از عقد باید ممکن [...] باشد، در غیر آن عقد باطل پنداشته می شود». قانونگذار مدنی در نص این ماده به عوض موضوع عقد موضوع وجبیه را استعمال نموده است. طبق نص این ماده موضوع وجبیه باید ممکن باشد و متعهد قادر بر اجرای آن باشد. به حیث مثال، فروش زمین در

۳۳۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ۱۸۴۲.

۳۳۸. _____ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشتون الاسلامية، ص ۲۱۱.

۳۳۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۴۸ و ۲۴۹.

مریخ و تسلیم و تسلیم آن توسط بایع و مشتری ممکن نیست. بنابراین، در موردی که موضوع تعهد محال: یعنی؛ غیر ممکن باشد، عقد کان لم یکن تلقی گردیده و باطل پنداشته می شود.^{۳۴۰}

همچنین، طبق ماده ۵۸۱: «هرگاه موضوع وجوبه ذاتاً مستحیل باشد، عقد باطل پنداشته می شود؛ (۲) در صورتی که موضوع وجوبه ذاتاً مستحیل نبوده و تنها در مورد شخص مدیون مستحیل پنداشته شود، عقد صحیح و مدیون نظر به عدم ایفای وجوبه، مکلف به جبران خساره می باشد.» مستحیل اسم فاعل از ریشه «حول» گرفته شده است که در لغت به معنی ناشدنی، غیر ممکن و محال است. در اصطلاح حقوق مدنی، مستحیل دو مفهوم دارد: ۱- مستحیل ذاتی که عبارت از امری است که انجام آن ناشدنی است که بر دو نوع است: نخست مستحیل عقلی که عبارت از امری است که به حکم عقل امکان انجام آن وجود نداشته باشد. دوم مستحیل عادی که امکان شدن آن عقلاً وجود داشته باشد اما عادتاً وقوع نیافته باشد. ۲- مستحیل نسبی که عبارت از امر محالی است که به نسبت افراد، امکان انجام آن وجود نداشته باشد.^{۳۴۱} طبق نص ماده ۵۸۱ ق. م غیر ممکن بر دو نوع: محال مطلق و محال نسبی است:

۱) **مستحیل ذاتی (مطلق):** منظور از محال مطلق محالی است که هیچ شخص قادر بر انجام آن نیست. مانند فروش زمین در مریخ، پایین آوردن مهتاب در زمین و نظیر اینها که مثال های کلاسیک یا قدیمی مستحیل ذاتی است. در صورتی که موضوع عقد محال ذاتی (مطلق) باشد، عقد به سبب عدم اجرای موضوع باطل است.

۲) **مستحیل نسبی:** منظور از محال نسبی این است که متعهد نتواند آن را انجام دهد، اما سایر اشخاص بتوانند آن را انجام دهند. زیرا، گاه شخصی به اجرای عملی فنی متعهد می شود که اجرای آن برای وی مقدور و ممکن نیست، و یا اجرای آن قدرتی مافوق قدرت وی می خواهد. ولی، در عین حال اینگونه نیست که اجرای آن توسط شخص متخصص یا توانا ناممکن باشد. در چنین حالات، تعهد ایجاد می گردد هر چند مدیون یا متعهد نتواند آن را انجام دهد. زیرا، چنین تعهدی محال نسبی است نه مطلق.

بنابراین، محال نسبی مانع اجرای تعهد نمی گردد و در نتیجه متعهد یا مدیون مسؤول جبران خسارت می گردد. زیرا، وی قادر بر ایفای تعهدش نبوده و به تعهدی ملتزم شده که مافوق قدرت وی بوده است. در چنین حالات، اینکه اجرای تعهد، پیش از ایجاد تعهد محال نسبی بوده، یا پس از آن غیر ممکن گردیده است، تفاوتی نمی کند. بنابراین، در هر دو حالت، تعهد ایجاد می گردد، ولی مدیون از اجرای آن معاف و مسؤول پرداخت جبران خسارت شناخته می شود.^{۳۴۲}

به حیث مثال، اگر انجنیر ساختمان به موجب عقد متعهد شود تا دعوی شخص دیگر را در محاکم سه گانه اقامه کند، این تعهد نسبت به انجنیر ناممکن اما، نسبت به حقوقدان دارای جواز وکالت ممکن است. همچنین، در صورتی که یک حقوقدان متعهد به طراحی نقشه برای ساختمان ده طبقه ای شود، اجرای این تعهد به دلیل عدم داشتن تخصص توسط حقوقدان ناممکن، اما توسط انجنیر ممکن است. در صورت محال

۳۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۵۱.

۳۴۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۸۲۱.

۳۴۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۲۵۱-۲۵۳.

نسبی، قانونگذار مدنی از پرداخت جبران خسارت سخن می گوید که مبهم و محل ایراد است و قابل توصیه است اصلاح گردد. به نظر می رسد در صورتی که موضوع عقد محال نسبی باشد، متعهد می تواند آن را توسط متخصص اجرا نماید.

به حیث مثال، اگر یک حقوقدان به هر دلیلی که متعهد به طراحی نقشه بلاک شود، می تواند آن را از طریق انعقاد عقد با انجنیر برای متعهد له انجام دهد. اگر یک انجنیر متعهد به تحریر صورت دعوی و اقامه دعوی در محاکم سه گانه شود، می تواند آن را به متعهد له توسط یک وکیل مدافع انجام دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از محل عقد قرار گرفتن اموری است که متعهد نمی تواند آن را انجام دهد. همچنین، هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده قادر گردانیدن طرفین عقد به اجرای موضوع عقد است.

پنجم) مجاز بودن موضوع وجبیه

براساس ماده ۵۸۰ ق. م: «موضوع وجبیه ناشی از عقد باید [...] مجاز باشد، در غیر آن عقد باطل پنداشته می شود.» طبق نص این ماده موضوع وجبیه باید مجاز باشد. مجاز در لغت به معنی اجازه داده شد، مشروع، قانونی، روا و جایز است.^{۳۴۳} به حیث مثال، فروش سلاح، مواد مخدر، شراب و نظیر اینها مجاز نیست. بنابراین، در صورتی که اشیای مذکور موضوع وجبیه قرار بگیرند، عقد باطل است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود سلاح، مواد مخدر، شراب و نظیر اینها بفروشد، عقد باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از محل عقد قرار گرفتن اشیای غیرمجاز است.

ششم) معین و قابل تعیین بودن موضوع وجبیه

به موجب فقره دوم ماده ۵۸۰ ق. م. ا: «موضوع وجبیه ناشی از عقد باید [...] معین یا قابل تعیین [...] باشد، در غیر آن عقد باطل پنداشته می شود.» از نص این ماده به خوبی بر می یاید که موضوع عقد باید معین و یا قابل تعیین باشد. پرسش این است که موضوع عقد چگونه باید معین و معلوم باشد؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۵۸۲ ق. م. ا می گوید: «موضوع وجبیه باید طوری معین و معلوم باشد که مانع جهالت فاحش گردد. اگر جهالت موضوع وجبیه منجر به بروز منازعه گردد، عقد فاسد می باشد.» جهالت در لغت به معنی نادانی، ناآگاهی، بی اطلاعی و ندانستن است. در اصطلاح حقوق مدنی، جهالت به ناآگاهی یکی از متعاقدین نسبت به موضوع عقد جهالت گویند.

جهالت دو نوع است: جهالت فاحش که معمولاً موجب بطلان عقد می شود و جهالت غیرفاحش که موجب بطلان عقد نمی شود.^{۳۴۴} طبق نص این ماده موضوع عقد باید به گونه ای معین و معلوم باشد، که مانع جهالت فاحش گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود خانه را به فروش رساند و حدود خانه را معین ننماید، موضوع خانه نامعین است. اگر احمد به محمود موتر به فروش رساند و نوع، خصوصیات و تعداد موتر را معین ننماید، نسبت به موضوع عقد جهالت فاحش وجود دارد.

343. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۸/۳۱/۲۰۱۶)

۳۴۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۹۴.

همچنین، قانونگذار مدنی در نص این ماده اثر نامعین و وجود جهالت در موضوع عقد را پیش بینی کرده است. طبق نص این ماده اگر در خصوص موضوع عقد جهالت فاحش وجود داشته باشد به گونه ای که منجر به بروز منازعه گردد، عقد فاسد است. تعریف عقد فاسد در مبحث تقسیمات عقود خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد در کابل، پغمان و شکرده زمین داشته باشد و یکی از این زمین ها را به محمود به فروش برساند و معین نماید که کدام زمین را می فروشد در حالی که نیت احمد فروش زمین در شکرده باشد و محمود زمینی را که در کابل موقعیت دارد بخواهد، این عقد فاسد است.

در روشنایی این مواد تعیین و یا قابل تعیین بودن موضوع تعهد در صورتی که موضوع تعهد اجراء یا امتناع از عمل، پرداخت شی و پول نقد باشد را مورد بررسی قرار می دهیم، زیرا چنانچه گفته شد، موضوع وجبیه یا اجراء عمل یا امتناع از اجراء عمل و یا پرداخت شی است:

۱) **اجراء عمل:** به موجب ماده ۵۸۴ ق. م. ا: «هرگاه موضوع وجبیه را اجراء يك عمل تشکیل دهد، عمل مذکور باید معین گردیده یا قابلیت تعیین را داشته باشد». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که موضوع عقد در صورتی که اجراء عمل باشد، باید معین و یا قابل تعیین باشد تا موجب بروز منازعه میان طرفین عقد نگردد که در ذیل برخی مثال های آن ارایه می گردد:

۱- هرگاه مقاولی تعهد به ساخت تعمیری نماید، لازم است تعمیر مشخص باشد، یا حد اقل قابل تعیین باشد.^{۳۴۵}

۲- در صورتی که مؤجر با مستأجر توافق نمایند تا مستأجر برای مؤجر چاه حفر نماید، باید عمق چاه و عرض چاه معین باشد در غیر آن عقد به دلیل بروز منازعه میان طرفین فاسد است؛

۳- در صورتی که دانشگاهی با استادی مبنی بر تدریس عقد ببندد، باید مضامینی که تدریس می شوند و ساعات تدریس معین و یا قابل تعیین باشند در غیر آن عقد به دلیل بروز منازعه باطل است.

۴- در صورتی که مؤکل با وکیل مدافع مبنی بر دفاع از قضیه عقد ببندد، باید موضوع عقد وکالت معین و یا قابل تعیین باشد، در غیر آن عقد فاسد است. به حیث مثال، وکیل و مؤکل معین نمایند که دعوی مدنی است و یا جزایی، دعوی صرف در محکمه ابتدائیه باید اقامه شود و یا در محکمه استیناف و تمیز.

۲) **انتقال (پرداخت) شی:** در صورتی که موضوع تعهد را انتقال شی تشکیل دهد، لازم است تا شی معین یا قابل تعیین باشد. بنابراین، باید میان شی معین و غیرمعین تفکیک قایل شد. در موردی که شی معین موضوع تعهد قرار بگیرد، لازم است ماهیت آن مشخص و معین باشد، و به گونه ای توصیف شود که مانع جهالت گردد. بنابراین، هرگاه شخصی منزلی را به فروش رساند، باید موقعیت و اوصاف اساسی ای که آن منزل را از سایر منازل متمایز می نماید، معین نماید، و در صورتی که زمینی را به فروش می رساند، باید مساحت و حدود آن را معین نماید، و در صورتی که موتری را به فروش می رساند، باید مشخص نماید که کدام موتر است و دارای چه نوع ممیزات است به خصوص در موردی که چندین موتر داشته باشد.

۳) عدم اجرای عمل: در صورت عدم اجرای عمل، عملی که باید اجرا نشود، توسط طرفین باید معین شود. به حیث مثال، هرگاه یک دانشگاه استاد را غرض تدریس استخدام نماید، باید معین نماید که کدام کار ها را انجام دهد و کدام کار ها را انجام ندهد.

هفتم) چگونگی تعیین موضوع وجبیه در شی غیر معین

براساس ماده ۵۸۳ ق. م: «(۱) تعیین موضوع وجبیه با بیان جنسیت و اوصاف یا تعیین مقدار آن صورت می گیرد. در صورت وجود موضوع وجبیه در مجلس عقد، تعیین به اشاره و در غیر آن تعیین به مکان صورت گرفته و بیان تمام آنچه که جهالت فاحش را از بین می برد، حتمی است؛ و (۲) بیان جنسیت موضوع بدون ذکر اندازه یا وصف برای تعیین موضوع کافی پنداشته نمی شود.» اشیاى که در دنیا وجود دارند دارای جنس، وصف و مقدار اند که از طریق جنس، وصف و مقدار می توان آنها را معین کرد. با توجه به جنس، صفت و مقدار اشیا از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

۱- تعیین موضوع وجبیه با بیان جنس: اولین طریقی که می توان موضوع عقد را معین نمود مراجعه و معین نمودن جنس اشیا است. جنس در لغت به معنی صنف، دسته، ماهیت و کیفیت بنیادی، قسم و نوع است (همچنین جنس در لغت به معنی تذکیر و تأنیث، کالا و متاع است).^{۳۴۶} منظور از جنس در نص ماده ۵۸۳ ق. م نوع و دسته است. به حیث مثال، احمد، محمود، جمیل و ذاکره همه از جنس و نوع انسان اند. کامپیوتر مک، دل، سونی و امثال اینها از جنس کامپیوتر اند. گاو، گوسفند، بز و نظیر اینها همه از جنس حیوان اند. در صورتی که موضوع وجبیه نامعین باشد، باید جنس آن معین شود.

به حیث مثال، هرگاه شخص به دوکان برود و بخواهد مبیع را خریداری نماید باید جنس آن را معین نماید در غیر آن دوکاندار قادر نخواهد بود تا آن را به خریدار منتقل نماید زیرا در دوکان امکان دارد کالاهاى متعدد مانند سبزیجات، لبنیات و نظیر اینها که همه از یک جنس نیستند وجود داشته باشد. به حیث مثال، هرگاه موضوع عقد حیوان باشد، طرفین عقد بیع تعیین نمایند که موضوع عقد گاو، گوسفند، بز و یا اسپ که همه از جنس حیوان اند، است، در غیر آن فروشنده قادر نخواهد بود آن را به مشتری منتقل نماید.

۲- تعیین موضوع وجبیه با بیان اوصاف: دومین طریقی که می توان توسط آن موضوع عقد را معین نمود، تعیین اوصاف شی موضوع عقد است. در صورتی که شی ای که موضوع وجبیه قرار می گیرد از جنس مشابه باشد مانند سبزیجات، منسوجات، ادویه ها، تکه که همه دارای جنس های مشابه اند، در این صورت باید اوصاف شی موضوع وجبیه معین شود. اوصاف جمع وصف است و وصف در لغت به معنی خصوصیت یک شی است که از سایر اشیا توسط آن متمایز می گردد. به حیث مثال:

- هرگاه موضوع وجبیه انتقال چای از یک تاجر به تاجر دیگر باشد باید معین شود که چای هندی است و یا چای سریلانکایی؛

- هرگاه موضوع وجبیه تکه دریشی از یک تاجر به تاجر دیگر باشد، باید جنس تکه که هندی است و یا انگلستانی معین شود.

- هرگاه موضوع وجیبه اسپ باشد، باید معین شود که سیاه است و یا سفید و یا ابلق.
 - هرگاه موضوع وجیبه برنج باشد، باید معین شود که هندی است و یا پاکستانی.
 - هرگاه موضوع وجیبه کامپیوتر باشد، باید وصف آن معین شود که دل، مک و یا سونی است.
- ۳- تعیین موضوع وجیبه با بیان مقدار:** در صورتی که موضوع وجیبه دارای جنس و اوصاف مشابه باشد، باید مقدار آن معین شود. مقدار در لغت به معنی اندازه و تعداد است و در اصطلاح عبارت آنچه به وسیله آن اندازه و قدر چیزی معین شود، است.^{۳۴۷} به حیث مثال، هرگاه موضوع وجیبه تکه ها باشد باید مقدار معین شود. هرگاه موضوع وجیبه گاو های سیاه باشد باید تعداد آن معین شود. هرگاه موضوع وجیبه چای باشد باید مقدار آن معین شود. هرگاه موضوع وجیبه کامپیوتر های دل باشد، باید تعداد آن معین شود.
- ۴- تعیین موضوع وجیبه با اشاره:** در صورتی که موضوع وجیبه در مجلس عقد حاضر نباشد، از طریق بیان جنس، وصف و مقدار معین می گردد. اما، در صورتی که موضوع وجیبه در مجلس عقد حاضر باشد، تعیین آن از طریق اشاره صورت می گیرد. تعریف اشاره در مبحث ایجاب و قبول گذشت. به حیث مثال، هرگاه شخص بخواهد از شخص دیگر گوسفند بخرد، می تواند گوسفند را از طریق اشاره معین نماید.
- عبارت «در غیر آن از طریق مکان» در نص ماده ۵۸۳ مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد می توان موضوع عقد را از طریق مکان آن معین کرد. به حیث مثال، اگر موضوع وجیبه خانه باشد با توجه به عرف و عادات می تواند آن را از طریق بیان حدود (شرق، غرب، جنوب و شمال و پیوست بودن به خانه و زمین همسایه) معین کرد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند، احمد و محمود می توانند موضوع عقد را از طریق مکان معین نمایند. به حیث مثال، احمد به محمود بگوید خانه در خیرخانه موقعیت دارد. خانه شرقاً به خانه محمود، غرباً به خانه جمشید، جنوباً به خانه حمید و شمالاً به خانه ذبیح متصل است. شرط اخیر نص این ماده تأکید بر رفع جهالت که تعریف آن گذشت دارد. دلیل این تأکید جلوگیری از بروز منازعه از طریق بیان جنس، وصف و مقدار شی موضوع وجیبه است.

هشتم) تعیین موضوع وجیبه توسط طرفین، شخص ثالث و محکمه

- براساس ماده ۵۸۵ ق. م: «هرگاه تعیین موضوع وجیبه در عقد به دوش یکی از طرفین یا شخص ثالث گذاشته شده باشد، در صورت تأخیر در تعیین یا غیر عادلانه بودن آن، محکمه موضوع وجیبه را تعیین می نماید». طبق نص این ماده در تعیین موضوع وجیبه سه حالت متصور است:
- ۱- تعیین موضوع توسط طرفین عقد:** طبق نص ماده ۵۸۵ ق. م تعیین موضوع عقد امکان دارد به عهده یکی از طرفین عقد واگذار گردد مانند این که: شخص چندین آپارتمان، خانه، گاو، گوسفند و نظیر اینها داشته باشد و یکی از آنها را به شخص دیگر به فروش رساند و تعیین آن را واگذار به خریدار نماید. این حالت اصل است. زیرا، معمولاً موضوع عقد توسط طرفین تعیین می شود.
- ۲- تعیین موضوع توسط شخص ثالث:** منظور از شخص ثالث نه بایع و نه مشتری (طرفین عقد) بلکه شخص سومی است که اثر عقد متوجه او نمی شود. طبق نص ماده ۵۸۵ ق. م تعیین موضوع عقد امکان دارد

به عهده شخص ثالث واگذار گردد مانند این که: شخص چندین آپارتمان، خانه، گاو، گوسفند و نظیر اینها داشته باشد و یکی از آنها را به شخص دیگر به فروش رساند و تعیین آن را به یک داور (شخص ثالث) واگذار نماید. در چنین حالت، حکم باید موضوع را تعیین نماید.

طبق ماده ۵۸۶ ق. م: «هرگاه تعیین موضوع وجبیه به اختیار شخص ثالث گذاشته شود، در حالی که شخص مذکور به تعیین آن قادر نبوده یا اراده آن را نداشته یا تعیین موضوع وجبیه غیر عادلانه یا در خلال مدت مناسب صورت نگرفته باشد، عقد باطل پنداشته می شود.» طبق نص این ماده شخص ثالث باید قادر بر تعیین موضوع باشد. در صورتی که شخص قادر بر تعیین موضوع نباشد، عقد باطل است. همچنین، در صورتی که شخص قادر بر تعیین باشد، اما نخواهد آن را تعیین نماید و یا به صورت غیر عادلانه آن را تعیین نماید و در مدت مناسب تعیین نماید، عقد باطل است.

۳- تعیین موضوع توسط محکمه: در صورتی تعیین موضوع عقد توسط شخص ثالث غیر عادلانه باشد و یا طرفین در تعیین میزان موضوع تأخیر نمایند، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند موضوع تعهد را معین نماید.^{۳۴۸} به حیث مثال، اگر احمد ده رأس اسب داشته باشد و پنج رأس اسب را به حمیده به فروش رساند و اسب ها دارای اوصاف متفاوت باشند و احمد اسب ها را معین نماید یا از جمشید مطالبه نماید تا اسب ها را معین نماید اما جمشید اسب ها را معین ننماید یا طور غیر عادلانه معین نماید، به حیث مثال، اسب هایی را که قیمت آنها بیشتر باشد معین نماید و احمد به محکمه مراجعه نماید، قاضی باید اسب هایی را که موضوع عقد قرار گرفته اند معین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اشخاص و مراجع پیش بینی موضوع عقد است.

نهم) تعیین موضوع در صورت پول نقد بودن

به موجب ماده ۵۸۸ ق. م. ا: «هرگاه موضوع وجبیه را نقود تشکیل دهد، مدیون به پرداخت مقداری که در عقد ذکر گردیده مکلف می باشد. صعود یا تنزیل نرخ پول در پرداخت دین تأثیر ندارد، مگر اینکه در قانون یا موافقه طور دیگری تصریح یافته باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) هرگاه موضوع وجبیه را نقود تشکیل دهد، مدیون به پرداخت مقداری که در عقد ذکر گردیده مکلف می باشد. نقود جمع نقد است. به حیث مثال، اگر احمد ده هزار افغانی به محمود قرض بدهد، موضوع عقد پول نقد است و در موعد مقرر محمود مکلف است ده هزار افغانی به احمد بدهد.

۲) صعود یا تنزیل نرخ پول در پرداخت دین تأثیر ندارد، مگر اینکه در قانون یا موافقه طور دیگری تصریح یافته باشد. صعود در لغت به معنی بالا رفتن، برآمدن، عروج، اوج گیری، تصاعد، و ارتقا است که در مقابل نزول استعمال می شود.^{۳۴۹} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، صعود عبارت است از بالا رفتن نرخ اسعار در بازار. تنزیل در لغت به معنی نزول و پایین آمدن است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، تنزیل پایین آمدن نرخ اسعار در بازار است.

۳۴۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۵۴ و ۴۵۵.

۳۴۹. (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۳۱)، <https://www.vajehyab.com>, 349.

به حیث مثال، اگر احمد ده هزار دالر به محمود قرض بدهد، محمود مکلف است ده هزار دالر به احمد در موعد مقرر بدهد. در صورت بالا رفتن یا پایین آمدن نرخ دالر، محمود مکلف به دادن صعود و تنزیل نرخ دالر نیست مگر این که احمد و محمود توافق نموده باشند که در صورت تنزیل محمود باید تفاوت را پرداخت نماید یا در قانون طور دیگر پیش بینی شده باشد. به حیث مثال، در قرارداد پیش بینی شده باشد که در صورت صعود یا نزول نرخ پول داین باید تفاوت آن را نادیده بگیرد یا مدیون قیمت نزول را بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت پول و نقد و تغییر در نرخ اسعار است.

دهم) قابل معامله بودن

به موجب ماده ۵۸۷ ق. م. ا: «موضوع وجبیه باید طوری قابلیت معامله را داشته باشد که با هدف اصلی ای که موضوع به آن اختصاص یافته منافات نداشته باشد». منظور از «قابلیت معامله» یا «شی قابل معامله» در ماده مذکور شی ای است که طبیعت آن یا هدف استفاده از آن، با معامله منافات نداشته باشد و یا معامله آن غیر مشروع نباشد. شی ای که غیر قابل معامله بودن آن ناشی از طبیعت آن است، نمی تواند موضوع معامله قرار گیرد مانند: خورشید، هوا، دریا و نظیر اینها. گاهی شی برحسب هدفی که برای استفاده از آن اختصاص داده شده است، غیر قابل معامله است، مانند: اموال عامه که قابل خرید و فروش نیست و همچنین غیر قابل تصرف است. زیرا، برای استفاده عمومی تخصیص یافته است و چنین اختصاص با جواز تصرف در آن منافات دارد، مانند: مال موقوفه که عاید آن برای گروهی از افراد اختصاص یافته و تا زمانی وقف است، چنین وقفی مقتضی عدم جواز تصرف در آن است.

غیر قابل معامله بودن در چنین حالات امر نسبی است. اموال عامه هرچند نمی تواند موضوع تصرف قرار بگیرد، ولی ممکن به اجاره داده شود، مانند: اجاره اموال عامه از قبیل پارک. فروش مال موقوفه نیز هرچند ممنوع است، ولی اجاره آن بلا مانع است. ضابطه در تمامی این ها این است که عدم قابلیت برای معامله، نسبت به غرضی است که به آن اختصاص یافته است و هر معامله ای که با این غرض منافات داشته باشد، جواز ندارد، ولی معامله ای که منافاتی با این غرض نداشته باشد، صحیح است.^{۳۵۰} به حیث مثال، اگر حمیده سرک های عامه را به مرضیه به فروش رساند یا اجاره بدهد، سرک های عامه قابل معامله نیست زیرا با هدف سرک های عامه استفاده عموم مردم از سرک های عامه است مغایرت دارد.

یازدهم) عدم مخالفت موضوع وجبیه با نظام و آداب عامه

طبق ماده ۵۹۰ ق. م. ا: «هرگاه موضوع وجبیه مخالف نظام و آداب عامه باشد، باطل پنداشته می شود». طبق نص این ماده شرط است که موضوع وجبیه مخالف نظام عامه نباشد. تعریف نظام عامه در مبحث اصل آزادی انعقاد عقود و در جلد حقوق بین الملل خصوصی این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد ببندد تا محمود جمشید را به قتل برساند، موضوع این عقد اجرای عمل و آن مخالف نظم عمومی است زیرا کشتن افراد موجب بر هم زدن نظم عمومی می شود.

۳۵۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۶۰ و ۲۶۱.

همچنین، قواعد ناشی از قانون اساسی که آزادی کاندیداتوری و انتخابات را مقرر می نماید، از اموری تلقی می گردند که مربوط به نظم عمومی است. بنابراین، هیچ کاندیدا نمی تواند از کاندیداتوری خویش به نفع کاندیدای دیگر در برابر دریافت عوض کناره گیری نماید، همچنانی که رأی دهنده نمی تواند با کاندیدایی مبنی بر دادن رأی خویش توافق نمایند. زیرا، هر توافقی از این قبیل به علت مخالفت با نظم عمومی باطل است. همچنین، هر وکیلی در مجلس قانونگذاری در مسایل مطروحه از آزادی رأی برخوردار است. بنابراین، وکیل نمی تواند خود را مقید به دادن رأی خاصی نماید، همچنانی که نمی تواند از عضویت کناره گیری کند.^{۳۵۱}

همچنین، نظام اداری و مالی به خاطر تحقق مصالح عمومی است و از امور مربوط به نظم عمومی تلقی می گردند و در نتیجه اشخاص نمی توانند با ایجاد توافقی های خاص با این مصلحت مخالفت نمایند. به عنوان مثال، کارکن خدمات عامه نمی تواند، کار خویش را به دیگری به فروش رساند.

علاوه بر این، شغل وی ذاتاً قابل معامله نیست و نمی تواند موضوع خرید و فروش قرار گیرد. بنابراین، هر توافقی از این قبیل به سبب مخالفت با نظم عمومی باطل است.

همچنین، هرگاه قانون، مالیاتی را معین نموده باشد، پرداخت آن لازم است. بنابراین، اگر فروشنده و خریدار توافق کنند که بهای مذکور در عقد بیع را کمتر از بهای حقیقی وانمود کنند، بهای حقیقی معیار قرار می گیرد، نه بهای شکلی و مکتوبی.^{۳۵۲}

همچنین، مخالفت با قوانین جزایی از طریق توافقی های خصوصی جواز ندارد. زیرا، قوانین ناشی از حقوق جزاء، مربوط به نظم عمومی است. بنابراین، توافق بر ارتکاب جرم یا عدم ارتکاب جرم در برابر پرداخت مبلغ معین، باطل است. همچنین، قبول مسؤولیت جزایی شخص دیگر باطل است، زیرا از یکسو جرم يك عمل شخصی است و از سوی دیگر این توافق خلاف نظم عمومی است. همچنین، جرم شمردن امری خاص براساس توافق خصوصی، در حالی که قانون بر آن تصریح نکرده باشد، جواز ندارد. زیرا، هیچ عملی جرم شمرده نمی شود، مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد مانند اینکه داین و مدیون توافق نمایند که عدم وفای دین از سوی مدیون، خیانت در امانت محسوب گردد.^{۳۵۳}

همچنین شرط است که موضوع عقد مخالف آداب عامه نباشد. تعریف آداب عامه در مبحث اصل آزادی انعقاد عقود و جلد حقوق بین الملل خصوصی این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، توافق مبنی بر ایجاد رابطه جنسی غیر مشروع، به علت مخالفت با آداب باطل است. همچنین، هر تعهدی که به موجب آن کسی متعهد شود تا شخص دیگری را در برابر ایجاد رابطه جنسی با او در مقابل استمرار روابط جنسی یا تجدید رابطه قطع شده، استخدام نماید، باطل است.

همچنین، هر توافقی در باب استفاده از فاحشه خانه ها به علت مخالفت با آداب عامه، باطل است. بنابراین، فروش خانه ای که جهت اجرای این اعمال اختصاص یافته، یا اجاره آنها و یا خرید موبل و فرنیچر

۳۵۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۲۶۵ و ۲۵۶.

۳۵۲. جهت مطالعه بیشتر در این باب ر.ک: همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۲۶۹-۲۷۱.

۳۵۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۲۷۱ و ۲۷۲.

برای آن و یا اجاره اشخاصی برای خدمت در آن خانه ها و ایجاد شرکتی برای بهره برداری از آنها و قرض برای کمک به اداره آن و ... به علت مخالفت با آداب عامه، باطل است.

همچنین، کلیه توافقات مربوط به قمار یا شرط زدن به علت مخالفت با آداب عامه، باطل است. بنابراین، فروش خانه ای که برای قمار بازی اختصاص یافته باطل است. همچنین، اجاره آن و هر عقدی که به قصد بهره برداری برای قمار در باب خانه صورت پذیرد، باطل است. همچنین، کسب مال از طریق غیر شرافتمندانه مخالف آداب عامه است.

بنابراین، هرگاه شخصی به خاطر اجرای کاری تقاضای دستمزد کند که مؤلف به اجرای آن بدون دریافت دستمزد است، چنین عقدی باطل است، مانند اینکه: متعهد به رد ودیعه یا مقروض و یا سارق به خاطر بازگرداندن مورد ودیعه، قرض یا مال مسروقه از جانب مقابل اجرت اخذ کند. همچنین، شخص نمی تواند جهت امتناع از اجرای عملی که مکلف به عدم اجرای آن است، تقاضای اجرت نماید، مانند: کسی که متعهد به عدم ارتکاب جرم است، ولی بخواهد آن را در مقابل دریافت دستمزد ترك کند.^{۳۵۴}

گفتار چهارم) سبب

ق. م مانند قانون مدنی جدید مصر و ق. م. ف^{۳۵۵} سبب را رکن عقد تلقی می نماید (مواد ۵۹۱ - ۵۹۴). ماده ۵۹۲ ق. م در این زمینه حکم می نماید: «هرگاه سبب وجیهه [...] اصلاً وجود نداشته باشد، عقد باطل پنداشته می شود». طبق نص این ماده سبب رکن عقد است، زیرا در صورت فقدان آن عقد باطل پنداشته می شود. به نظر می رسد دلیل وجود سبب این است تا شخص بیهوده عقد نبندد و برای انعقاد عقد سببی داشته باشد. زیرا، افراد عاقل معمولاً کارها را برای رسیدن به سبب (هدف اصلی) انجام می دهند و در صورتی که یک شخصی کاری را بدون سبب (هدف اصلی) انجام دهد، کار بیهوده و باطلی انجام داده است که جز از افراد مجنون و بعضاً اطفال غیر ممیز این کار متصور نیست.

الف) تعریف

به سبب در انگلیسی «cause» و «motive» می گویند. در ادبیات دری بسیاری از حقوقدانان به عوض کلمه سبب کلمه علت^{۳۵۶} و جهت معامله را نیز استعمال نموده اند. همچنین به عوض سبب نظریه علت و انگیزه عقد نیز به عوض سبب مورد استفاده قرار می گیرد. سبب در لغت به معنی ذریعه، علت، جهت، طریق، وسیله و دست آویز است که جمع آن اسباب است.^{۳۵۷}

به نظر می رسد سبب در ق. م در مفهوم علت، مقصد و انگیزه عقد استعمال شده است. در باره تعریف اصطلاحی سبب ماده ۵۹۱ ق. م. ا می گوید: «سبب عبارت از مقصد اصلی ای است که عقد وسیله مشروع

۳۵۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۲۷۷.

355. Barry Nicholas (2005). The French Law of Contract, Second edi, Clarendon Press Exford, p 118.

۳۵۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۳۰؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷).

حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۲۱۸؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۲۷۸.

۳۵۷. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۱۴.

شرح ق. م: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتها، و اثبات وجبیه / ۱۴۳

رسیدن به آن قرار گرفته باشد)). به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف سبب عقد است. طبق این تعریف سبب عقد مقصد اصلی است که عقد وسیله مشروع رسیدن به آن است. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد مالک موتر شود و موتر خریداری نماید، سبب اصلی انعقاد عقد بیع برای احمد کسب موتر و عقد بیع سبب مشروع انتقال موتر به احمد می شود. قانونگذار مدنی در نص این ماده از وسیله مشروع رسیدن به سبب سخن می گوید. لذا، احمد در این مثال از اسباب غیر مشروع مانند سرقت برای رسیدن به موتر نمی تواند استفاده نماید.

این تعریف مقتبس از تعریف حقوقدانان فرانسوی به نظر می رسد. زیرا، حقوقدانان فرانسوی به این عقیده اند که: سبب عبارت از مقصود بلافاصله و مستقیمی است که متعهد را به وادار به تعهد می نماید، به گونه ای هرگاه اشتیاق رسیدن به آن مقصود برای متعهد نبود هیچگاه خود را دچار بار سنگین تعهد نمی نمود.^{۳۵۸} به عبارت دیگر: سبب عقد امری است که بخاطر رسیدن به آن شخص خود را ملزم می کند و به ملاحظه عوض متقابل در هر عقد محدود و خلاصه می شود چنانکه در عقد بیع، سبب تعهد فروشنده به انتقال مال، دست یافتن به قیمت است و سبب تعهد خریدار به پرداخت ثمن و دارا شدن میب. ^{۳۵۹} و ^{۳۶۰}

اما، موضوع تعهد هر يك از دو طرف عقد، سبب تعهد دیگری است. به همین جهت، برای ممتاز ساختن «سبب» از موضوع تعهد، می گویند: هرگاه پرسیده شود که به چه چیز تعهد شده است، پاسخ آن به «موضوع تعهد» ارتباط دارد. ولی، هرگاه سؤال شود که چرا تعهد شده است، پاسخ آن به «سبب تعهد» داده می شود.^{۳۶۱} به عنوان مثال، در عقد اجاره، محل عقد عین مستأجره، موضوع عقد تملیک منفعت عین مستأجره از مؤجر به مستأجر در برابر عوض و سبب عقد حصول منفعت از عین مستأجره است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که موضوع عقدی چیزی است که عقد بر آن واقع می شود و سبب عقد علت اصلی انعقاد عقد است. به حیث مثال، اگر احمد تکت طیاره خریداری نماید تا دبی برود، موضوع عقد تکت طیاره و سبب عقد رسیدن به دبی است. همچنین، اگر احمد خانه محمود را به اجاره بگیرد، موضوع عقد خانه و سبب عقد گرفتن منفعت از خانه است. همچنین، اگر احمد از حمیده لباس بخرد، لباس موضوع عقد و سبب عقد برای احمد پوشیدن لباس و برای حمیده به دست آوردن فایده است.

ب) شرایط سبب

به موجب ماده ۵۹۲ ق. م: «هرگاه سبب وجبیه مخالف نظام و آداب عامه بوده [...] عقد باطل پنداشته می شود.» از نص این ماده که از ماده ۱۲۳۳ قانون مدنی فرانسه الهام گرفته است سه حکم قابل استنباط است:

۳۵۸. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۲۱۹؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۲۷۸. ۳۵۹. بنگرید به:

- سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۲۱۸ و ۲۱۹. - Barry Nicholas (2005). The French Law of Contract, Second edi, Clarendon Press Exford, p 118

۳۶۰. جهت مطالعه بیشتر در باره سیر تاریخی نظریه سبب در حقوق روم، فرانسه و مصر ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۷۸ - ۳۴۰.

۳۶۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۳۰.

۱) در این ماده به عوض سبب عقد سبب وجبیه تذکر یافته است. چون وجبیه علاوه بر ايقاع و حوادث حقوقی امکان دارد از عقد ناشی شود، به نظر می رسد می توان این ماده را تفسیر محدود نمود و چنین نتیجه گرفت که سبب هر وجبیه سبب عقد است.

۱) با پذیرش این تفسیر، سبب عقد نباید مخالف نظام عامه که تفصیل آن در مباحث موضوع عقد و اصل آزادی انعقاد عقود گذشت باشد. به حیث مثال، هرگاه شخص با شخص دیگر عقد ببندد تا شخص دومی شخص سوم را به قتل برساند و یا بمی را انفجار دهد، سبب چنین عقدی مخالف نظام عامه است زیرا در صورت وقوع این اعمال نظم عامه مختل می شود. بنابراین، این گونه عقود باطل اند. در این مثال، انفجار دادن موضوع عقد و کشتن افراد سبب عقد است. همچنین، اگر احمد مواد انفجاری را به محمود به فروش رساند تا محمود توسط آن اشخاص بیگناه را به قتل برساند، موضوع عقد مواد انفجاری و سبب عقد کشتن افراد است.

۲) سبب عقد نباید مخالف آداب عامه که تفصیل آن در مبحث اصل آزادی انعقاد عقود گذشت باشد. به عنوان مثال، سبب قمار بردن اموال جانب مقابل، سبب فاحشه خانه ها تسهیل تأمین رابطه جنسی نامشروع با زنان فاحشه، سبب ایجاد ساقی خانه فراهم نمودن زمینه نوشیدن شراب برای شراب خواران و فروش شراب و ... است. چون در این عقود سبب عقد باطل است، عقد نیز باطل است.

هر عقد دارای سبب نوعی و شخصی است. به سبب نوعی جهت و علت عقد می گویند. همچنین، هر عقد دارای سبب شخصی است که نظر به افراد می تواند متفاوت باشد. به حیث مثال، موتر می تواند برای تکسی رانی، داشتن زندگی راحت، بمرگذاری، عیاشی و نظیر اینها مورد استفاده قرار بگیرد. سببی که یک شخص امکان دارد برای رسیدن آن موتر را خریداری می نماید، انگیزه عقد است. به حیث مثال، اگر احمد از محمود صد سیر انگور خریداری نماید، احمد می تواند این انگور را به اسباب مختلف مورد استفاده قرار دهد. به حیث مثال، احمد انگور را به قصد ساختن شراب خریداری نماید، عقد به دلیل مخالفت با اخلاق باطل است. اما، اگر احمد انگور را به قصد ساختن کشمش و تجارت خریداری نماید، عقد صحیح است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۴۹)

در ماده (۵۹۲) قانون مدنی سبب وجبیه چگونه مخالف نظام عامه و آداب عامه شده می تواند.

توضیح

ماده (۵۹۲) قانون مدنی با مطالعه ماده (۵۹۱) قانون مذکور که سبب عبارت از مقصد اصلی بوده و عقد وسیله مشروع رسیدن با آن می باشد افاده میکند که سبب وجبیه عقد باید مشروع و مخالف نظام عامه نباشد. هرگاه سبب وجبیه مخالف نظام عمومی و آداب عامه باشد در آن حالت عقد باطل پنداشته می شود مانند خرید منزل به مقصد تاسیس قمار بازی یا اجرای فحشا یا قرار داد با عکاس به منظور عکاسی های عریان و برهنه که همه مخالف نظام و آداب عامه می باشد.^{۳۶۲}

د) اثبات

به موجب ماده ۵۹۳ ق. م: «وجود سبب مشروع در هر وجبیه حالت اصلی پنداشته می شود، مگر اینکه دلیل بر نفی آن موجود گردد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثنا قابل استنباط است: اصل این است که وجود سبب مشروع در هر وجبیه حالت اصلی است. به عبارت دیگر: طبق ماده ۵۹۳ ق. م وجود سبب مشروع در هر عقد مفروض است؛ به این توضیح که: هر عقد سبب مشروع دارد.

به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به منظور سکونت به کرایه بگیرد، اصل این است که سبب این عقد مشروع است. اگر احمد از باغبان انگور بخرد اصل این است که سبب این عقد مشروع است و احمد آن را برای تجارت می خرد. استثنای این اصل این است که جانب مقابل ثابت نماید که سبب مشروع در وجبیه وجود ندارد. بنابراین، هرگاه مدیون ادعا کند که عقد دارای سببی نامشروع است، این ادعا قابل سمع است. ولی، باید آن را با ارائه وسایل اثبات مانند سند و شهود و نظیر اینها اثبات نماید.

به نظر می رسد در چنین حالات، وی می تواند از همه وسایل اثبات دعوی به گونه ای که تفصیل آن در بخش اخیر این کتاب خواهد آمد استفاده نماید. به حیث مثال، در مثال بالا محمود می تواند با ارایه وسایل اثبات مانند سند، شهود و نظیر اینها ثابت نماید که احمد خانه را به منظور ایجاد فاحشه خانه و قمار خانه به کرایه گرفته است. همچنین، محمود می تواند با ارایه وسایل اثبات ثابت نماید که احمد انگور را به منظور تهیه شراب و فروش آن می خرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم مفروض بودن سبب مشروع در هر عقد و استثنای آن است.

پرسش این است که اهمیت اثبات عدم وجود سبب مشروع در عقد چیست؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد اهمیت اثبات عدم وجود سبب مشروع در عقد، باطل و قابل ابطال گردیدن عقد است. بنابراین، در صورت اثبات عدم وجود سبب مشروع، امکان دارد عقد باطل یا قابل ابطال گردد. علاوه بر این، طبق ماده ۵۹۴ ق. م. ا: «سببی که در عقد تصریح یافته، سبب حقیقی پنداشته می شود، مگر این که خلاف آن ثابت گردد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثنا قابل استنباط به نظر می رسد. اصل این است که سببی که در عقد پیش بینی شده است سبب حقیقی است. به عبارت دیگر: فرض بر واقعی بودن سبب در عقد است. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به منظور سکونت به کرایه بگیرد و در عقد کرایه پیش بینی شود که احمد با فامیلش در این خانه زندگی می نماید، سبب عقد سکونت در خانه است زیرا آن در عقد پیش بینی شده است و سبب حقیقی است.

استثنای این اصل اثبات خلاف حقیقی بودن سبب واقعی توسط جانب مقابل است. بنابراین، جانب مقابل می تواند ثابت نماید که سبب عقد، سبب واقعی نمی باشد، بلکه سببی است شکلی که به عنوان پوشش یک سبب نامشروع مورد استفاده قرار گرفته است. به حیث مثال، در مثال بالا محمود می تواند با ارایه وسایل اثبات مانند سند، شهود و نظیر اینها ثابت نماید که احمد خانه را به منظور ایجاد فاحشه خانه و قمار خانه به کرایه گرفته است. به نظر می رسد اهمیت اثبات غیر حقیقی بودن سبب باطل و قابل ابطال کردن عقد است.

مبحث سوم) شروط عقد و اشتراط در عقد

نویسندگان ق. م قواعد مربوط به سبب عقد را در جلد دوم، مبحث سوم تحت عنوان شرایط عقد در مواد ۵۹۵ - ۶۵۱ تنظیم نموده اند. این قواعد نه تنها مربوط به شروط و اشتراط در عقد، بلکه مربوط به تقسیمات عقود نیز می شود. این امر محل ایراد است، زیرا فهم قواعد مربوط به شرط و اشتراط و تقسیمات عقود را بی نهایت مشکل می نماید. به هر حال، برای انعقاد، صحت، نفاذ و لزوم عقد یک سلسله شرایط معین وجود دارد. علاوه بر این، طرفین عقد می توانند در عقد شرط بگذارند. پرسش این است که شرط چیست؟ و چند نوع شرط وجود دارد؟ (گفتار اول)، اشتراط در عقد (گفتار دوم) و انواع و مقومات شرط کدام ها اند؟ (گفتار سوم):

گفتار اول) تعریف و انواع شرط

شرط در لغت به معنی مقدمه و علامت و التزام به چیزی است و در اصطلاح تعاریف متعددی برای آن ارایه شده است: چنانچه در اصول فقه شرط به هر آن چیزی که وجودی متوقف بر آن باشد، به نحوی که با وجود آن موجود باشد و با عدم وجود آن موجود نباشد، شرط گویند: مثلاً: حضور شهود حین انعقاد نکاح شرط صحت آن تلقی می گردد، ولی شهود جزء حقیقت عقد نکاح نیست. همچنین، بلوغ شرط پرداخت زکات، قدرت بر تسلیم مبیعه شرط صحت عقد بیع، احسان شرط رجم، رسیدن به سن رشد شرط رد مال یتیم است.^{۳۶۳} پس، شرط امری است که اگر نباشد مشروط به وجود نمی آید. به صورت عموم هر عقد دارای چهار نوع شرط است که عبارت از: شرط انعقاد، شرط صحت، شرط نفاذ و شرط لزوم می باشد^{۳۶۴} که حقوق اسلام آن ها را برای جلوگیری از بروز منازعات بین مردم، حمایت از مصالح طرفین عقد و نفی غرر وضع نموده است:^{۳۶۵}

الف) شروط انعقاد

طبق ماده ۵۰۲ فقره اول ق. م: «(۱) شرط انعقاد عقد عبارت است از وجود عاقدین، الفاظ مخصوص عقد و موضوعی که عقد بر آن می گردد.» شروط انعقاد، عبارت از شروطی اند که انعقاد هر عقد منوط بر تحقق آنهاست به نحوی که اگر آن شروط محقق نشوند، عقدی نیز به میان نخواهد آمد و کار انجام شده باطل تلقی گردیده و اثری بر آن مرتب نمی گردد.^{۳۶۶} به عبارت دیگر: شروط انعقاد عبارت از شروطی اند که برای بستن هر عقد تحقق آنها ضروری است. در صورت عدم وجود یکی از این شرایط، عقد بسته نمی شود. طبق نص این ماده برای انعقاد یا بستن عقد تحقق سه شرط ضروری است:

(۱) وجود عاقدان. عاقدان چنانچه تفصیل آن در مبحث طرفین عقد خواهد آمد عبارت از طرفین عقد اند. به حیث مثال، در اجاره اجاره دهنده و اجاره گیرنده عاقدان اند. برای این که عقد اجاره بسته شود، عاقدان باید

۳۶۳. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۷۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۲۷؛ وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۹۸ و ۹۹؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۵۹.

364. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur: ASN, p 29.

۳۶۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۷۷.
۳۶۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۳۶.

شرح ق. م: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه / ۱۴۷

وجود داشته باشند. در صورتی اجاره دهنده وجود داشته باشد اما اجاره گیرنده وجود نداشته باشد، عقد اجاره بسته نمی شود.

(۲) الفاظ مخصوص. منظور از الفاظ مخصوص ایجاب و قبول است که تفصیل آن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد خانه خود را به کرایه بدهد و محمود بخواهد خانه را به کرایه بگیرد و هیچ یک ایجاب و قبول ننمایند، عقد اجاره به وجود نمی آید.

(۳) موضوع. منظور از موضوع عقد، محل عقد یا معقود علیه است. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد خانه را اجاره بدهد و محمود بخواهد خانه را اجاره بگیرد اما خانه اصلاً وجود نداشته باشد، عقد منعقد نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط بستن عقد است.

ب) شروط صحت

در خصوص شرایط صحت تعاریف ذیل وجود دارد:

(۱) شروط صحت عقد، شروطی اند که موجودیت آنها جهت مرتب شدن اثر بر عقد ضروری پنداشته می شود.^{۳۶۷}

(۲) شرایط صحت، شرایط عمومی اند باید در هر یک از ارکان عقد متحقق گردند.

(۳) شرایط صحت عبارت از شرایطی اند که در سه رکن عقد باید متحقق گردد.^{۳۶۸} در صورتی که یکی از این شرایط متحقق نگردد، عقد به نظر جمهور فقهاء باطل و به نظر فقهای حنفیه فاسد است.^{۳۶۹} رعایت شروط صحت عقد در ارکان عقد ضروری است. بنابراین، برای انعقاد عقد نه تنها موجودیت طرفین (عاقدان)، ایجاب و قبول و موضوع عقد کافی نیست، بلکه هر یک از این سه رکن باید دارای شرایط خاص باشند. طبق ماده ۵۰۲ فقره دوم ق. م: «(۲) شرط صحت عقد عبارت است از اهلیت عاقدین، قابلیت معقود علیه برای حکم عقد، مفیدیت و عدم مخالفت آن با نظام و آداب عامه.» طبق نص این ماده برای صحت عقد شرایط ذیل باید متحقق گردد:

نخست این که طرفین باید دارای اهلیت باشند. تفصیل اهلیت در مبحث طرفین عقد خواهد آمد. شخص زمانی دارای اهلیت است که عاقل و بالغ باشد و غیرمحمجور علیه به سبب سفه، عته، جنون و غفلت نباشد. به حیث مثال، اگر احمد بیست ساله و دارای صحت عقل باشد، دارای اهلیت است و عقدی را که بسته می نماید صحیح است.

دوم این که شرط است که موضوع عقد قابلیت ایجاد اثر را داشته باشد. به عنوان مثال، فروش شراب قابلیت ایجاد اثر را ندارد. زیرا، خرید و فروش آن مخالف قانون است. پس، اگر احمد شراب را به محمود به فروش رساند و بوتل های شراب را به محمود منتقل نماید و پول را قبض نماید، هرچند رد بدلین از نظر فیزیکی و مادی در این مثال صورت گرفته است اما از نظر قانونی احمد مالک پول و محمود مالک بوتل های شراب نمی

۳۶۷. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۶۸؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۵۳۳.

368. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur, ASN, p 30.

369. Ibid, p 30.

شود. زیرا، این عقد قابلیت این را ندارد که اثر ایجاد نماید. اثر چنانچه تفصیل آن خواهد آمد حق و تکلیف طرفین است.

سوم این که موضوع عقد باید مفید باشد. به حیث مثال، اگر احمد پرنده در هوا را به محمود به فروش رساند، این عقد هیچ مفیدیت ندارد. زیرا، احمد قادر نیست پرنده در هوا را تسلیم محمود نماید. چهارم این که عقد مخالف آداب عامه نباشد. تفصیل آداب عامه در مبحث شرایط موضوع عقد و اصل آزادی انعقاد عقود گذشت. به حیث مثال، عقد فحاشی خلاف آداب عامه است. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده عقد ببندد تا هر دو رابطه جنسی برقرار نمایند، این عقد مخالف آداب عامه است. منظور از آداب عامه اخلاق است.

پنجم این که عقد باید مخالف نظم عمومی نباشد. تفصیل نظم عمومی در مبحث اصل آزادی انعقاد عقود گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد ببندد تا محمود شهر را منفجر نماید، این عقد مخالف نظم عمومی است زیرا موجب می شود تا در شهر ترس ایجاد و نظم عمومی بر هم بخورد. اغلب شروط صحت عقد ناظر بر نوع خاص عقد است.^{۳۷۰} به عنوان مثال، حضور شهود حین انعقاد عقد ازدواج شرط صحت آن تلقی می گردد. بنابراین، در صورتی که صیغه ایجاب و قبول بدون حضور شهود صورت پذیرد، چنین عقدی از نظر شرعی صحیح نخواهد بود.^{۳۷۱} تفصیل شرایط صحت عقد در مبحث ارکان عقد گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط عمومی صحت عقود است.

ج) شروط نفاذ

نفاذ در لغت به معنی روان شدن و جاری شدن است. در اصطلاح حقوقی به ترتیب اثر بر تصرف مانند انتقال ملکیت انتفاع از عین مستأجره نفاذ گویند.^{۳۷۲} شرط نفاذ عبارت از شرطی است که نافذ بودن عقد منوط بر تحقق آن است. تفاوت این شرط با شرط انعقاد و صحت این است که عدم تحقق شرط انعقاد و صحت موجب بطلان عقد می شود، در حالی که عدم رعایت شرط نفاذ موجب بطلان عقد نمی گردد، ولی ترتیب اثر بر عقد منوط بر تحقق آن است. بنابراین، تا زمانی که شرط نفاذ عقد محقق نشود، عقد صحیح منعقد شده، نمی تواند موجب ایجاد اثر گردد. بهترین مثالی که می توان برای چنین عقدی ارایه کرد، عقد فضولی است که نفاذ آن منوط بر اعطای اجازه توسط شخصی است که عقد برای او انعقاد یافته است.^{۳۷۳} شروط نفاذ به دو نوع است: اول این که عاقد باید مالک موضوع عقد باشد و یا حداقل بتواند موضوع عقد را به جانب مقابل تسلیم و دوم این که شخص سوم نسبت به موضوع عقد ادعا نداشته باشد.^{۳۷۴}

د) شروط لزوم

۳۷۰. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۷۹.
 ۳۷۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۳۷.
 ۳۷۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۰۶۷.
 ۳۷۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۱۳۷.

اصل در همه عقود لزوم است. با وجود این، جهت لزوم عقد عاری بودن عقد از خیارهای ضروری است. بنابراین، هرگاه عقد دارای خیار باشد، مانند: خیار شرط، روت، عیب و نظیر اینها باشد، چنین خیارهای مانع لزوم عقد نسبت به کسی که دارای چنین خیار است می گردد و صاحب خیار می تواند عقد را فسخ و یا نافذ نماید.^{۳۷۵}

در نتیجه فقهاء در تعریف شروط لزوم می گویند: شرط لزوم عبارت از شرطی است که استمرار و بقای عقد متوقف بر آن است، چنانچه اگر چنین شرطی محقق نشود عقد جایز یا غیرلازم خواهد بود^{۳۷۶} که بحث آن در مبحث انواع عقود خواهد آمد. شروط لزوم دو نوع است: اول این که عقد خالی از خیارهای باشد و دوم این که موضوع عقد عاری از عیب باشد.^{۳۷۷}

گفتار دوم) اشتراط در عقد

طبق ماده ۵۹۵ فقره اول ق. م: «(۱) شرط عبارت است از تعهد به آینده در امر متعلق به زمان آینده که به صیغه خاص صورت می گیرد.» طبق این ماده شرط عبارت است از تعهد به آینده در امر متعلق به زمان آینده که به صیغه خاص صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید به احمد بگوید اگر محمود پول تو را نپرداخت من می پردازم، جمشید شرط می گذارد. این شرط تعهدی است که در آینده ایجاد می شود و مربوط به امری است که در آینده واقع خواهد شد. تعهد جمشید به پرداخت دین در آینده است. صیغه خاص عبارت از «اگر» است. اگر محمود دین احمد را نپرداخت، تعهد و شرط جمشید در آینده به وجود می آید و جمشید به موجب عقد کفالت مکلف می گردد دین احمد را پرداخت نماید.

هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف شرط است. فقهاء شروط عقد را برحسب مصدر آن، به دو نوع: شروط شرعی و شروط جعلی تقسیم نموده اند: شرط شرعی عبارت از شرطی است که توسط شرع مقرر گردیده است که بدون موجودیت آن عقد منعقد نمی گردد، مانند: داشتن اهلیت عاقد برای انعقاد عقد. به عبارت دیگر: شرطی که مصدر اشتراط آن شارع باشد، به آن شرط شرعی گویند مانند: حضور شهود حین انعقاد عقد ازدواج که شرط صحت عقد تلقی می گردد و این امر از طرف شارع مقرر گردیده است، به نحوی که اگر عقلاً و یا عادتاً به موضوع نگریسته شود، معمولاً اشکالی در عدم انجام شرط ملاحظه نمی شود، مگر اینکه شارع آن را برای رعایت مصلحت و یا دفع مفسدتی مقرر کرده است.

شروط صحت، لزوم، نفاذ و انعقاد عقد شروط شرعی است. اما، شرط جعلی عبارت از شرطی است که عاقد آن را جهت نیل به هدف خاص در عقد شرط می گذارد، مانند اینکه شوهر خطاب به زوجه اش بگوید: «هرگاه با فلان شخصی صحبت نمایی، و یا فلان کار را انجام دهی مُطَلَّقه هستی!»، یا مانند اینکه: انسان کفالت خویش را معلق به امری نماید و به داین بگوید: اگر مدیون تو مسافرت نماید یا مدیون تو امروز از سفر

۳۷۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۸۳.

۳۷۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۳۸.

377. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th ed, Kuala Lumpur, ASN, pp 29- 30.

بر نگردد، من کفیل دین تو که بر وی داری، هستم که در چنین حالات در صورت عدم تحقق شرط، مشروط به وجود نمی یابد.^{۳۷۸}

بنابراین، شرطی که یکی از طرفین عین عقد می توانند بگذارند، از جمله شرعی جعلی است که مصدر آن اراده انسان است. از همین رو، فقهاء در تعریف شرط به معنی اخص (به معنی شرط جعلی) می گویند: به امری که در بیع و سایر معاملات تعیین می شود تا یکی از متعاملین و یا هر دو به آن ملتزم باشند، شرط گویند.^{۳۷۹} شروط جعلی مقید به حدودی است که شرع معین نموده است. بنابراین، انسان نمی تواند هر شرطی که بخواهد در عقد بگذارد، بلکه لازم است شرط منافی حکم عقد نباشد. پس، در صورتی که شرط منافی حکم عقد باشد، شرط لغو و باطل است.^{۳۸۰}

شروط جعلی از طریق شرط گذاشتن در عقد؛ یعنی: اشتراط در عقد گذاشته می شود. اشتراط از ریشه «شرط» گرفته شده که در لغت به معنی شرط کردن، شرط بستن، پیمان بستن، مقید و معلق کردن به شرطی است. در اصطلاح فقهی به هر نوع التزام، پایبندی، تعهد و شرطی که شخص به موجب عقد یا در ضمن آن می پذیرد، اشتراط گویند.^{۳۸۱} فقهاء اتفاق نظر دارند که هرگاه عقدی با رعایت ارکان و شرایط منعقد گردد، از نیروی الزام آور برخوردار است؛ به این توضیح که: هرگاه شخصی براساس اراده آزاد عقد را منعقد نماید، ملزم به ایفای آثار آن است. زیرا، خداوند جَلَّ جَلَلُهُ می فرماید:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ - [المایده / ۱]

«ای کسانی که ایمان آورده اید به پیمان های خویش وفا کنید.»

همچنین خداوند جَلَّ جَلَلُهُ می فرماید:

﴿ وَ أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ - [الاسراء / ۳۴]

«به پیمان های خود وفا کنید، چرا که از پیمان ها پرسش خواهد شد.»

فقهاء استدلال کرده اند که نیروی الزام آور عقود از اراده شارع ناشی می شود نه از اراده و عمل متعاملان. زیرا، اراده متعاملان تنها عقد را به وجود می آورد. ولی، الزام را به آن شارع و قانونگذار می بخشد. در نتیجه، سؤالی که مطرح می گردد این است که آیا متعاملان می توانند با مقرر کردن شرطی از نفوذ تأثیر عقود جلوگیری کنند یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش، فقهاء به دو دسته تقسیم شده اند: فقهای ظاهریه براین عقیده اند که اصل در شروط منع است. بنابراین، هر شرطی که در حقوق اسلام مقرر نشده باشد، باطل است. البته، امروزه چنین نظر هیچ طرفداری ندارد. ولی، سایر فقهاء در این باره به این عقیده اند که اصل در عقود و شروط اباحه است.

۳۷۸. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۰۶ و ۳۰۷؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۷۶؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۶۱؛ و وهبة الزحيلي (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۰۱.

۳۷۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۲۸.

۳۸۰. وهبة الزحيلي (____). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۰۱.

۳۸۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۹۱.

با وجود این، اینها نیز به دو دسته فرعی تقسیم شده اند: فقهای حنابله بر این نظر اند که اصل در شروط عقدی، که در مبحث بعدی تفصیل آن خواهد آمد، اطلاق است؛ یعنی؛ تمام شروطی که در حقوق اسلام حکم به تحریم آن نشده باشد، جایز است. برعکس، بقیه فقهاء بر این نظر اند که اصل در شروط عقدی تقیید است؛ بدین معنی که: هر شرطی که مخالف حقوق اسلام و یا مقتضای عقد باشد، باطل است. بنابراین، در صورتی که شرطی مخالف حقوق اسلام و یا مقتضای عقد نباشد، جایز است.^{۳۸۲}

گفتار سوم) اقسام شروط

در باره تقسیمات شروط در فقه دو نظر وجود دارد: نظر حنفیه و حنابله. نظر فقهای شافعیه مشابه نظر حنفیه و نظر فقهای مالکیه مشابه نظر فقهای حنابله است. فقهای حنفیه و ق. م شرط را به سه نوع: شرط صحیح، شرط فاسد و شرط باطل تقسیم کرده اند:

۱) **شرط صحیح:** طبق ماده ۶۰۷ ق. م: «شرط مناسب با عقد یا شرطی که عقد مقتضی آن بوده یا حکم عقد را مؤکد گرداند، همچنین شرط موافق با تعامل جاریه بوده یا منافی اقتضای عقد، صحیح پنداشته می شود.» نص این ماده از فقه گرفته شده است. در فقه شرط صحیح عبارت از شرطی است که موافق با مقتضای عقد و یا در مقام تأکید آن باشد، یا شرع آن را مقرر نموده و یا در عرف جاری باشد.^{۳۸۳} از تعاریف فوق به خوبی نتیجه گرفته می شود که: شرط صحیح شرطی است که طبیعت عقد آن را اقتضاء نماید، شرع آن را اجازه داده باشد و در عرف معروف باشد:

۱- **طبیعت عقد آن را اقتضاء کند:** مانند: اشتراط بایع مبنی بر تسلیم مبیعه یا حبس مبیعه، مگر اینکه مشتری ثمن را تسلیم وی نماید، اشتراط مشتری مبنی بر تسلیم و تملک مبیع، اشتراط زوجه مبنی بر انفاق توسط زوج و اشتراط زوج بر زوجه مبنی بر استمتاع جنسی در صورت پرداخت مهر و نظیر اینها که چنین شروط بیانگر مقتضای عقد است. زیرا، چنین شروطی از نظر شرعی واجب التحقق است هرچند یکی از طرفین عقد آنها را شرط نگذاشته باشد. زیرا، ثبوت ملک برای مشتری، تسلیم و تسلیم و حبس مبیع از مقتضیات عقود معاوضی، و انفاق بر زوجه و زفاف با وی از مقتضیات عقد ازدواج است. به حیث مثال، اگر احمد موتر را از محمود خریداری نماید و محمود شرط گذارد که اگر احمد پول را تسلیم محمود ننماید، محمود می تواند موتر را الی پرداخت پول حبس نماید، این شرط صحیح و موافق با مقتضای عقد بیع است.

۲- **حکم عقد را مؤکد گرداند:** مانند اشتراط بایع مبنی بر تقدیم کفیل و یا رهن در مقابل ثمنی که تأجیل آن در زمان آینده شرط شده باشد. زیرا، کفالت و رهن پرداخت ثمن را تضمین می نمایند. به حیث مثال، اگر حمیده پنج صد گرام طلا از احمد به قرض مؤجل خریداری نماید و احمد به حمیده بگوید جمشید را به

۳۸۲. جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۴۶۱-۵۰۰؛ و وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۰۵۰-۳۰۵۲.

۳۸۳. عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۶۲؛ وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۰۵۲ و ۳۰۵۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۱۳۳.

عنوان ضامن یا کفیل یا فلان مال را به عنوان رهن بده، این شرط صحیح است و حکم عقد را مؤکد می نماید. مؤکد در لغت به معنی تأکید شده و محکم و استوار است.^{۳۸۴}

۳- شرط زمانی صحیح است که شریعت آن را معین نموده باشد: مانند اشتراط خیار و پرداخت دین در موعد معین توسط یکی از عاقدین و امثال اینها که در شریعت مشروع اند. به حیث مثال، اگر احمد موتر جمشید را خریداری نماید و آن را ندیده باشد، احمد خیار رویت دارد. این شرط، شرط صحیح است.

۴- شرط زمانی صحیح است که در عرف جاری باشد: مانند اشتراط مشتری بر بایع مبنی بر اصلاح شی مانند ساعت، موتر و نظیر اینها در مدت معین که در عرف قابل تعامل اند.^{۳۸۵} به حیث مثال، اگر احمد شرط گذارد که موتر محمود را به شرطی می خرد که محمود فلان پوزه های موتر را تبدیل یا ترمیم نماید و این امر در عرف معروف باشد، شرط احمد صحیح و موافق با عرف است. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف شرط صحیح است.

۲) شرط فاسد: طبق ماده ۶۱۰ ق.م: «شرط غیر مناسب با عقد یا شرطی که عقد مقتضی آن نبوده یا حکم عقد را مؤکد نگرداند، همچنین شرطی که موافق با تعامل جاریه نبوده و یا در آن فریب به کار رفته باشد، شرط فاسد پنداشته می شود.» طبق نص این ماده هرگاه یکی از مصادیق شرط صحیح در عقد موجود نگردد، آن شرط فاسد است. بنابراین، شرط فاسد برخلاف شرط صحیح است. به موجب فقه شرط فاسد شرطی است که یکی از انواع مصادیق چهارگانه صحیح در آن نباشد.^{۳۸۶}

از تعاریف فوق به خوبی نتیجه گرفته می شود که: شرط فاسد شرطی است که عقد مقتضی آن نبوده، در مقام تأکید عقد مقرر نگردیده، شریعت آن را مقرر ننموده و در عرف مردم جاری نباشد، اما در آن منفعت زایدی برای یکی از متعاقدین متصور باشد: مانند فروش تکه به مشتری مشروط بر این که مشتری آن را به بایع جهت دوختن جامه و پرداخت اجرت بدهد، یا فروش زمین مشروط بر این که برای مدت مثلاً یک ماه در ملک بایع باشد و بایع از آن انتفاع بگیرد، یا فروش خانه مشروط بر این که مدت مثلاً یک ماه یا بیشتر در ملک بایع باشد و بایع از آن انتفاع بگیرد، یا فروش موتر مشروط بر این که موتر مدت یک ماه یا بیشتر در ملک بایع باشد و بایع از آن انتفاع بگیرد، یا در عقد ازدواج اشتراط زوجه بر زوج مشروط بر این که زوج وی را به شهر دیگر انتقال ندهد یا وی را هیچگاه طلاق ندهد و نظیر اینها. هدف قانونگذار مدنی در ماده ۶۱۰ ق.م تعریف شرط فاسد است. اثری که بر عقد با توجه به شرط فاسد مرتب می گردد، بر حسب نوع عقد قرار شرح ذیل فرق می کند:

۱- شرط فاسد در عقود معاوضی: طبق ماده ۶۲۲ ق.م: «در عقود معاوضی، تعلیق و اقران عقد، به شرط فاسد جواز نداشته و در اثر چنین شرط عقد فاسد پنداشته می شود.» معاوضی اسم منسوب به معاوضه است. معاوضه در لغت به معنی تویض و بدل کردن است. عقود معاوضوی عقود دو تعهدی است مانند بیع،

384. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3, 1, 2018).

۳۸۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۵۳.
 ۳۸۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۳۳ و وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۵۴.

شرح ق. م: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه / ۱۵۳

اجاره و نظیر اینها که تفصیل آن در مبحث تقسیمات عقود خواهد آمد. تعلیق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویختن، آویزان کردن و آویزش است^{۳۸۷} اقتران از ریشه «قرن» گرفته شده است که در لغت به معنی مصاحبت، همراهی و تلازم است.^{۳۸۸}

طبق نص این ماده اگر در عقود معوض یا دو تعهدی شرطی گذاشته شود که فاسد باشد، این شرط جواز ندارد و موجب فاسد شدن عقد می گردد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و شرط گذارد که زمین برای مدت شش ماه نزد احمد باشد، این شرط فاسد است و باعث فاسد شدن عقد می شود. گذاشتن این شرط جواز ندارد. بیع از مصادیق عقود معوض است. تفصیل عقد فاسد در مبحث تقسیمات عقود خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۶۲۲ ق. م پیش بینی اثر شرط فاسد در عقود معوض است. طبق فقه شروط فاسد در عقود معاوضی مالی مانند: بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و نظیر اینها موجب فاسد شدن عقد می گردد. زیرا، روایت شده است که پیامبر ﷺ: «نهی عن بیع و شرط»^{۳۸۹} یعنی؛ پیامبر ﷺ از بیعی که در آن شرط گذاشته شود نهی نموده است. علت این امر این است که شرط فاسد منافی اساس تعاملی است که بر مبنای آن مبادلات مالی استوار است.^{۳۹۰}

۲- شرط فاسد در عقود تبرعی: طبق ماده ۶۲۳ ق. م: «در صورت اقتران عقود غیر معاوضی به شرط فاسد، عقد صحیح بوده، شرط ملغی می باشد. تعلیق شرط فاسد موجب بطلان آن می گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که در صورت اقتران عقود غیر معاوضی به شرط فاسد، عقد صحیح بوده، شرط ملغی می باشد. اقتران در لغت به معنی قرین و نزدیک و همراه شدن با چیزی دیگری است.^{۳۹۱} عقد غیر معاوضی عقد تبرعی یا یک تعهدی است. تعریف معاوضه در بالا گذشت. ملغی در لغت به معنی بی اثر شده است.^{۳۹۲} به حیث مثال، اگر احمد یک پایه یخچال را به محمود هبه نماید و شرط گذارد که محمود هیچگاه از یخچال استفاده نکند این شرط فاسد است.

هبه از مصادیق عقود غیر معاوضی یا تبرعی است. جزای این شرط نص در این ماده پیش بینی شده است. زیرا، در صورت گذاشتن شرط فاسد در عقود تبرعی یا یک تعهدی عقد صحیح و شرط باطل است. به حیث مثال، در مثال بالا عقد میان احمد و محمود صحیح است و شرطی را که احمد گذاشته است ملغی و بی اثر است. بنابراین، محمود می تواند یخچال را قبول و از آن استفاده نماید.

دوم این که تعلیق شرط فاسد موجب بطلان آن می گردد. تعلیق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویختن، آویزان کردن و آویزش است.^{۳۹۳} بطلان در لغت به معنی باطل شدن، تباه شدن، از کار افتادن، باطل

۳۸۷ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.

۳۸۸ همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۰۵.

۳۸۹. رواه ابو حنیفه و عبدالحق فی احکامه عن عمرو بن شعیب عن ابيه عن جده.

۳۹۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۵۴.

391. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3, 1, 2018).

392. Ibid, (Last visit: 3, 1, 2018).

۳۹۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.

بودن، بی اعتبار شدن، نابودی و هلاکت است.^{۳۹۴} نص این ماده مجمل به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی این است که تعلیق عقد به شرط فاسد موجب بطلان شرط فاسد می شود. به حیث مثال، اگر یکی از طرفین در عقد شرطی بگذارند که شرط فاسد باشد، شرط فاسد موجب از بین رفتن و باطل شدن شرط می شود.

به حیث مثال، اگر احمد وصیت نماید که یک سوم مال او را پس از مرگ او به حمیده بدهند اما حمیده هیچگاه نمی تواند این مال را به شخص سوم به فروش رساند، این شرط فاسد است و گذاشتن این شرط موجب می شود که خود شرط فاسد شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر شرط فاسد در عقود تبرعی یا یک تعهدی یا غیرموضوع است. تفصیل عقود تبرعی در مبحث تقسیمات عقود خواهد آمد. طبق فقه در عقود تبرعی مانند: هبه و عاریت نیز شرط فاسد اثری ندارد و در نتیجه عقد صحیح و شرط فاقد اعتبار و بدون اثر تلقی می گردد. زیرا، پیامبر ﷺ به تصحیح چنین عقود و الغاء شروط فاسد امر نموده است.^{۳۹۵}

۳- شرط فاسد در عقود توثیقی و اطلاقات: طبق ماده ۶۲۵ ق. م: «عقودی که اطلاقات شناخته شود، تعلیق آن به شرط مناسب و شروط فاسد صحیح بوده، شرط فاسد ملغی پنداشته می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده عقود که اطلاقات شناخته شود، تعلیق آن به شرط مناسب و شروط فاسد صحیح بوده، شرط فاسد ملغی پنداشته می شود. تفصیل عقود اطلاقات در مبحث تقسیمات عقود خواهد آمد. تعریف تعلیق و ملغی در بالا گذشت.

به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه ادبی وجود دارد. طبق نص این ماده شرط مناسب و شرط صحیح در عقود اطلاقات صحیح است. عبارت شرط مناسب در نص این ماده زاید است. همچنین، بخش دوم نص این ماده که می گوید شرط فاسد ملغی پنداشته می شود، با بخش اول در تعارض به نظر می رسد. طبق بخش اول شرط فاسد در عقود اطلاقات صحیح و طبق بخش دوم شرط فاسد در عقود اطلاقات ملغی است.

قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که شرط فاسد در عقود اطلاقات صحیح نیست. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را به طور مطلق وکیل خویش بگیرد و سپس شرط گذارد که حمیده نمی تواند مال احمد را اداره نماید یا دعوی احمد را در محکمه اقامه نماید و نظیر اینها، شرط فاسد و عقد صحیح است.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی گذاشتن شرط و جزای شرط در عقود اطلاقات است. به موجب فقه شرط فاسد در عقود توثیقی مانند: کفالت، حواله و رهن و در اطلاقات مانند: وکالت و نظیر آن هیچ اثری ندارد و در نتیجه عقد صحیح و شرط فاقد اعتبار و بدون اثر تلقی می گردد.^{۳۹۶}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

394. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/1/2016).

۳۹۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۵۵.

۳۹۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۰۵۵.

پرسش شماره (۵۵):

عقود اطلاقات در ماده (۶۲۵) قانون مدنی چگونه می باشد؟

توضیح:

مقصد از عقود اطلاقات عقودی است که هدف آن اطلاق و اجازه تصرف مقابل در معقود علیه باشد مانند وکالت، اجاره، مضاربت و غیره و مقصد از تقييدات عقودی است که هدف آن منع و یا تحدید تصرف مقابل باشد مانند عزل وکیل وصی و حجر صبی ماذون تعلیق عقود اطلاقات حسب هدایت ماده فوق به شروط متناسب و غیر متناسب صحیح است ولی شرط غیر مناسب ملغی قرار داده می شود.

جهت توضیح بیشتر مطلب باید خاطر نشان کرد که:

فقها عقود را به اعتبار آثار آن به هفت قسم تقسیم کرده اند:

۱- معاوضات عام است که معاوضه مال به مال یا مال به منفعت یا مال به منفعت یا مال به غیر مال مثل یک حق از حقوق باشد مثال اول بیع، دوم اجاره، سوم نکاح و خلع.

۲- تبرعات مثل هبه، وصیت، وقف ابراء و غیره.

۳- تبرع ابتداء و معاوضه انتها مثل قرض، کفاله و حواله به امر اصیل و محیل .

۴- اسقاطات که آن دو قسم است اسقاط محض که هیچ شبه تملیک را نداشته باشد مثل طلاق و تسلیم شفعه و یا و صف شبه تملیک را داشته باشد مثل وقف و ابراء از دین.

۵- اطلاقات که در آن تصرف بعد از منع جواز داده می شود مثل وکالت اذن به تجارت برای صبی ممیز قضاء .

۶- تقييدات که در آن بعد از اطلاق منع و تقيید به عمل آمده باشد مثل عزل وکیل عزل قاضی، حجر صبی ماذون به تجارت.

۷- التزامات مثل و دیعت یا کفالت و حواله که بدون اجازه اصیل و محیل باشد.

۴- شروط فاسد در عقود اسقاطات: طبق ماده ۶۲۴ ق. م: «عقودی که اسقاطات محض شناخته شده، با

وجود تعلیق آن به شرط مناسب یا غیر مناسب منعقد گردیده و یا اقتران آن به شرط فاسد صحیح پنداشته می شود، شرط در این صورت ملغی می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده عقودی که اسقاطات محض شناخته شده، با وجود تعلیق آن به شرط مناسب یا غیر مناسب منعقد گردیده و یا اقتران آن به شرط فاسد صحیح پنداشته می شود، شرط در این صورت ملغی می گردد. تفصیل عقود اسقاطات در مبحث تقسیمات عقود خواهد آمد. تعریف تعلیق، شرط مناسب (شرط صحیح) و شرط غیر مناسب (شرط فاسد)، اقتران و ملغی در بالا گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و حمیده شرط گذارد که من به شرطی با تو ازدواج می نمایم که حق کار داشته باشم، این شرط صحیح است. در صورت گذاشتن چنین شرطی، هم شرط صحیح است و هم ازدواج. همچنین، اگر حمیده با احمد ازدواج نماید و شرط گذارد که من هیچگاه اجازه نمی دهم با من رابطه جنسی برقرار نمایی یا هیچگاهی من طفل به دنیا نمی آورم این شرط فاسد است. زیرا مخالف طبیعت عقد ازدواج است.

در این صورت، شرط ملغی و ازدواج صحیح است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی گذاشتن شرط و جزای شرط در عقود اسقاطات است. طبق فقه شرط فاسد در عقود اسقاطات مانند: ازدواج هیچ اثری ندارد و در نتیجه عقد صحیح و شرط فاقد اعتبار و بدون اثر تلقی می‌گردد. زیرا، پیامبر ﷺ به تصحیح چنین عقود و الغاء شروط فاسد امر نموده است.^{۳۹۷}

۴- **تنفیذ عقد توسط صاحب شرط فاسد:** طبق ماده ۶۳۰ ق. م: «صاحب شرط فاسد، می‌تواند به تمسک جزء صحیح عقد شرط را ساقط و تنفیذ عقد را از طرف مقابل مطالبه نماید. طرف مقابل نمی‌تواند بعد از اسقاط شرط، فسخ عقد را مطالبه کند. اثر جزء صحیح عقد وقتی ظاهر می‌گردد که به حیث عقد مستقل در آید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می‌گردد:

- صاحب شرط فاسد، می‌تواند به تمسک جزء صحیح عقد شرط را ساقط و تنفیذ عقد را از طرف مقابل مطالبه نماید. تعریف شرط فاسد در بالا گذشت. تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهنبری و توسل، سند و حجت است.^{۳۹۸} تنفیذ از ریشه نَفَذ گرفته شده است که در لغت به معنی اجراء کردن و انجام دادن است.^{۳۹۹} ساقط از ریشه «سقط» گرفته شده است که در لغت به معنی سقوط کرده است. در اصطلاح حقوق مدنی، ساقط عبارت از حقی است که سقوط کرده است، مانند اسقاط مهر، اسقاط حق، اسقاط حق اقامه دعوی و نظیر اینها.^{۴۰۰}

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و شرط گذارد که زمین برای مدت شش ماه نزد احمد باشد، این شرط فاسد است و باعث فاسد شدن عقد می‌شود. در این مثال، اگر احمد از ماندن زمین برای مدت شش ماه نزدش انصراف ورزد، می‌تواند از محمود مطالبه نماید تا زمین را تسلیم شود و پول را به احمد بدهد. در این مثال، گذاشتن زمین نزد احمد برای مدت شش ماه شرط فاسد و عقد بیع صحیح است.

- طرف مقابل نمی‌تواند بعد از اسقاط شرط، فسخ عقد را مطالبه کند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد از گذاشتن زمین نزدش برای مدت شش ماه انصراف ورزد، محمود نمی‌تواند بعد از اسقاط شرط توسط احمد، فسخ عقد را از احمد یا محکمه ذیصلاح مطالبه نماید، زیرا در این مثال شرط فاسد ساقط شده است و مانع ای برای تنفیذ عقد وجود ندارد.

- اثر جزء صحیح عقد وقتی ظاهر می‌گردد که به حیث عقد مستقل در آید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود تکه به فروش رساند و شرط گذارد که خودش باید آن را به احمد لباس بسازد، اما سپس این شرط را ساقط نماید، شرط فاسد ساقط و عقد صحیح قابل تنفیذ است. شرط در این مثال دوختن لباس توسط احمد به محمود است و عقد صحیح بیع تکه است. در صورت اسقاط شرط، جزء صحیح عقد فروختن تکه است که پس از اسقاط شرط فاسد به عنوان عقد مستقل و صحیح عرض وجود می‌نماید. به نظر می‌رسد هدف

۳۹۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۰۵۵.

398. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/1/2016).

۳۹۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۴۴.

۴۰۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۶۹.

قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اسقاط شرط فاسد و تطبیق بقیه عقد به عنوان عقد صحیح است.

۳) شرط باطل: طبق ماده ۶۰۸ ق. م: «شرطی که در آن نفع عاقدین نباشد، ملغی بوده و عقد مقترن به آن صحیح پنداشته می شود.» طبق این ماده شرطی که در آن نفع عاقدین نباشد، ملغی بوده و عقد مقترن به آن صحیح پنداشته می شود. مقترن در لغت به معنی پیوسته و همراه است.^{۴۰۱} ملغی در لغت به معنی بی اثر شده است.^{۴۰۲} به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود به فروش رساند و احمد شرط گذارد که محمود هیچگاه از موثر استفاده نکند این شرط باطل است زیرا نه به احمد و نه به محمود فایده دارد. در صورتی که شرط باطل باشد، عقد صحیح و شرط بی اثر است. به حیث مثال، در مثال بالا عقد بیع میان احمد و محمود صحیح است و شرطی را که احمد گذاشته است بی اثر و محمود می تواند آن را نادیده بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف شرط باطل و پیش بینی اثر شرط باطل است.

در فقه شرط باطل عبارت از شرطی است که فاقد انواع شروط صحیح باشد و در آن برای متعاقدین و اشخاص ثالث فایده نباشد و موجب تضییع یکی از عاقدین گردد، مانند: اشتراط بایع بر مشتری مبنی بر عدم فروش مبیعه و عدم هبه آن به شخص دیگر، یا اشتراط بایع بر مشتری مبنی بر متروکه و غیر سکنی گذاشتن خانه فروخته شده برای مدت معین، یا اشتراط بایع بر مشتری مبنی بر منع راندن موثر توسط شخص معین در اوقات معین و نظیر اینها. در صورت شرط باطل، عقد صحیح و شرط باطل پنداشته می شود اعم از اینکه عقد معاوضی و یا غیر معاوضی باشد.^{۴۰۳}

فقههای حنابله و به صورت مشخص ابن تیمیه و ابن القیم وسیع ترین نظریات را در باره آزادی اشتراط در عقود ارایه کرده اند. فقههای مذکور بر این نظر اند که اصل در شروط اباحه و اطلاق است. بنابراین، هر شرطی که در آن منفعت و یا مصلحت برای عاقدین وجود داشته باشد مانند: اشتراط صفت معین در مبیع و یا در یکی از زوجین، اشتراط در منفعت معقود علیه در عقد بیع مانند: سکونت در منزل مبیعه برای مدت معین بعد از فروش آن، دوختن جامه توسط بایع به مشتری، اشتراط زوجه بر زوج مبنی بر عدم ازدواج دوم، یا عدم مسافرت با وی در شهردیگر و نظیر اینها شروط صحیح تلقی گردیده و وفاء به آن واجب است اعم از اینکه در عقود معاوضی مالی یا در تبرعات یا در توثیقات یا به تعبیر نویسندگان ق. م تأمینات یا عقد ازدواج باشد. بنابراین، در صورت عدم وفاء به مفاد عقد، طرف مقابل می تواند عقد را فسخ نماید. باوجوداین، فقههای حنابله شرطی که منافی مقتضای عقد و شرطی که از آن نهی شده است را مستثنا قرار داده اند که هر یک ذیلاً مورد بررسی قرار می گیرد:

۱) شرط منافی مقتضای عقد: فقههای حنابله بر این باور اند که اشتراط هر نوع شرط در عقد جواز دارد، مگر شرطی که منافی مقتضای عقد باشد: مانند اشتراط بایع بر مشتری مبنی بر عدم فروش مبیعه به صورت

401. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3, 1, 2018).

402. Ibid, (Last visit: 3, 1, 2018).

۴۰۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۳۰۵۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۳۳.

مطلق، یا عدم وقف آن در امور خیریه و یا عدم اجاره دادن مبیعه جهت سکونت. در چنین موارد، عقد صحیح و شرط باطل است. زیرا، چنین شروطی موجب حرمان مشتری از استفاده از حقوق ناشی از عقد: یعنی، منفعت مبیعه می‌گردد.

۲) شرطی که از آن نهی شده (منهی عنه): فقهای حنابله بر این نظر اند که اشترای شرط منهی عنه و یا شرطی که مخالف حکم خداوند عز وجل و پیامبر صلی الله علیه و آله او است جواز ندارد مانند: اشترای بائع بر مشتری مبنی بر اجاره خانه به شخص معین یا هبه شی معین برای او، یا اشترای مشتری بر بائع مبنی بر فروش شی معین برای او و یا دادن مبلغ معین از قرض به او، یا اشترای منع فروش محصول زراعت، مگر برای مشتری، و یا اشترای زن دومی بر مرد مبنی بر طلاق دادن زن اولی و نظیر اینها. شروط مذکور شروط فاسد اند و در نتیجه موجب فاسد شدن عقد می‌گردند. زیرا، چنین شروط موجب بروز نزاع بین متعاقدین می‌گردند.^{۴۰۴} مزایای که فقه حنبلی در باب آزادی اشترای در عقود دارد، در موارد آتی ظاهر می‌گردند:

۱) در ازدواج: فقهای حنابله بر مبنای اصل آزادی اشترای در عقود، شرط گذاشتن در ازدواج را جایز می‌دانند. بنابراین، فقهای حنابله بر خلاف، سایر فقهای اهل سنت، اشترای شرطی را که در آن منفعت برای یکی از طرفین عقد ازدواج متصور باشد و با موضوع عقد ازدواج و نصوص حقوق اسلام متعارض نباشد، جایز می‌دانند، مانند: اشترای زوجه مبنی بر عدم سفر با زوج به شهر دیگر، عدم انتقال زوجه در اقامتگاه زوج و زندگی در خانه زوجه، عدم ازدواج با زن دومی یا طلاق دادن زوجه اولی و اشترای یکی از زوجین مبنی بر متمول بودن جانب مقابل.

برعکس، شرط گذاشتن در ازدواج برای مدت مؤقت، عدم پرداخت مهر، عدم فراهم نمودن نفقه برای زوجه، عدم استمتاع جنسی زوجین از همدیگر و نظیر اینها به سبب تعارض با اصول ازدواج و حقوق اسلام به نظر فقهای حنابله صحیح تلقی نمی‌گردد. در نتیجه، در صورت اشترای زوجه و عدم وفای زوج به آن، زوجه بین نفاذ و فسخ عقد به سبب عدم وفای جانب مقابل مخیر است و می‌تواند آن را فسخ و یا نافذ نماید.

۲) در تبرعات: فقهای حنابله بر این عقیده اند که متبرع می‌تواند به حصول منافع آنچه تبرع نموده است، شرط نماید. پس، واهب، واقف، متصدق می‌توانند حصول منفعت آنچه را هبه، وقف و صدقه نموده اند برای مدت معین شرط کنند مانند اینکه: واهب حصول منفعت از خانه موهوبه را برای مدت حیات خویش شرط گذارد.^{۴۰۵}

۳) در عقود معاوضات: فقهای حنابله بر این عقیده اند که اشترای در حصول منفعت قسمتی از مبیعه مشروط بر این که منفعت معلوم باشد، جواز دارد مانند: اشترای بائع بر مشتری مبنی بر سکونت در خانه مبیعه برای مدت معین، حصول منفعت از رکوب موتر برای مدت معین و نظیر اینها. علت معلوم بودن منفعت در عقود معاوضی بر خلاف عقود تبرعی استوار بودن معامله بین طرفین بر اساس تعادل به نحوی که یکی

۴۰۴. جهت معلومات مزید در این باره ر.ک: وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۰۵۷-۳۰۵۹.

۴۰۵. ر.ک: همان، وهبة الزحیلی (___)، جلد (۴)، ص ۳۰۶۰.

موجب رسانیدن غبن فاحش به دیگری نشود است. بنابراین، لازم است تا منفعت معلوم و معین باشد تا موجب بروز نزاع بین طرفین عقد نگردد.

۴) **تعلیق تصرفات به شرط:** فقهای حنابله تعلیق تصرفات را به شرط در همه انواع عقود، فسوخ، تبرعات و التزامات اعم از بیع، اجاره، کفاله، اقاله، ابراء، ازدواج و نظیر اینها جایز می دانند، مانند اینکه: زنی به مردی بگوید: «اگر پدر، برادر، کاکا و غیره من تراضی نماید، شما را در برابر این مقدار مهر تزویج می نمایم».^{۴۰۶}

گفتار چهارم) شرط و اجل در ق. م

ق. م با اقتباس از ق. م. ج. م حاوی احکامی در مورد شرط و اجل است. منتها، نویسندگان ق. م احکام مربوط به شرط و اجل را در مبحث دوم طی مواد ۵۹۵ الی ۶۰۶ در احکام عمومی شرایط عقود تنظیم نموده اند. پرسش این است که چرا نویسندگان ق. م احکام شرط و اجل را در یک مبحث تحت عنوان شرایط عقد تنظیم نموده اند؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد هم شرط و هم اجل باعث موکول شدن عقد به آینده می شود، زیرا هر دو باعث تعلیق تعهد به شرط و یا اجل معلق و یا فاسخ می شود. از همین جهت، نویسندگان ق. م عقد موکول به آینده را در مبحث سوم جایز کرده اند. نویسندگان ق. م با اقتباس از فقه احکام اشتراط در عقد را در مبحث سوم، فرع دوم، جزء اول، مواد ۶۰۷-۶۱۲، ۶۲۲، ۶۲۳، ۶۲۴ و ۶۲۵ تنظیم نموده اند که تفصیل آن گذشت. لذا، در این گفتار صرف شرط و اجل را مورد بحث قرار می دهیم:

الف) تعریف و انواع شرط طبق ق. م

۱) تعریف

شرط امری مربوط به آینده است که وقوع آن حتمی نیست و وجود و یا سقوط تعهد به وقوع آن منوط است.^{۴۰۷}

۲) انواع شرط (شرط تعلیقی و شرط فاسخ)

طبق ق. م شرط به دو نوع است: شرط تعلیقی و شرط فاسخ:

۱) **شرط تعلیقی:** شرط تعلیقی عبارت از شرطی است که وجود تعهد وابسته به آن است. شرط تعلیقی را «شرط واقف» نیز می گویند.^{۴۰۸} به عبارت دیگر: وقتی که وجود تعهد متوقف بر حصول شرط شود، به طوری که به محض تحقق شرط، تعهد به وجود آید و با تخلف از آن، تعهد به وجود نیاید، شرط را در چنین حالتی «شرط تعلیقی» یا «شرط واقف» می گویند. بنابراین، شرط تعلیقی یعنی شرطی که وجود تعهد متوقف بر آن است به طوری که اگر از آن تخلف شود، تعهد به وجود نیاید مانند این که پدری هبه خود به فرزندش را معلق بر ازدواج او نماید. در این مثال، ازدواج یک امر تعلیقی است. اگر این شرط محقق شد و فرزند ازدواج کرد، تعهد پدر به انجام هبه به وجود خواهد آمد. اگر از این شرط تخلف شد و فرزند اقدام به نکاح نکرد، تعهد پدر به هبه وجود نخواهد آمد.

۴۰۶. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر.ک: همان، وهبة الزحیلی (___)، جلد (۴)، صص ۳۰۶۱ و ۳۰۶۲.
۴۰۷. عبدالرزاق احمد السنهوری (۱۳۸۸). دوره حقوق تعهدات ۳، مترجمان: سید مهدی دادمزنی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول، ایران: انتشارات دانشگاه قم، ص ۱۵.
۴۰۸. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، صص ۲۱ و ۲۲.

۲) شرط فاسخ: اگر تعهد بالفعل وجود داشته باشد و سقوط آن منوط به وقوع شرط باشد، چنین شرطی را «شرط فاسخ» می‌گویند.^{۴۰۹} بنابراین، «شرط فاسخ» شرطی است که سقوط تعهد متوقف بر وجود آن است مانند این که داین قسمتی از دین خویش را به شرط این که مدیون اقساط باقی مانده را در موعد مقرر پرداخت نماید، نادیده بگیرد. شرط داین در این مثال شرط فاسخ است که اگر از آن تخلف شود، یعنی مدیون در پرداخت اقساط باقی مانده تأخیر کند، نادیده گرفتن قسمتی از حق توسط داین نیز منتفی خواهد شد. پس، تعهد معلق به شرط فاسخ فوراً به وجود می‌آید و نافذ می‌شود، اما سقوط آن معلق به شرط قرار می‌گیرد. اگر شرط محقق شد، تعهد از بین می‌رود و اگر شرط محقق نشود، تعهد به یک تعهد قطعی و منجز تبدیل می‌شود.^{۴۱۰}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۵۰)

در ارتباط به حکم ماده (۵۹۷) قانون مدنی عقد معلق به شرط واقف و شرط فاسخ قابل تعریف است با مثال توضیح شود.

توضیح

مقصد از کلمه واقف شرطی است که انعقاد عقد با آن موقوف است یعنی عقدی که از طرف یک جانب عقد متوقف و معلق به شرط گردانیده شده در زمینه با در نظر داشت ماده (۶۰۷) اجراءات شود. به عنوان نمونه، اگر شخصی گفت من اگر از جلال آباد به کابل آمدم موتر ترا خریدم طرف آنرا قبول کرد شرط در این جا واقف است.

تعريفات:

شرط واقف:

شرط واقف عبارت از آن شرطی است که تحقق عقد و التزام وجبیه طرفین عقد با آن موقوف باشد. در مثال متذکره عقد هنگامی تحقق می‌پذیرد که شخص مذکور از جلال آباد بیاید با تحقق شرط مذکور بایع مکلف به تسلیمی مبیعه و مشتری به تسلیمی قیمت آن میگردد

شرط فاسخ:

شرط فاسخ آن است که زوال حق و فسخ عقد به تحقق شرط به میان می‌آید مثلاً شخصی برای برادر خود منزل خویش را هبه نماید و واهب اولاد نداشته و شرط می‌گذارد که اگر صاحب اولاد شدم حق استرداد مال موهو به را دارم. در این حالت، اگر واهب صاحب فرزند می‌شود عقد فسخ می‌گردد. در اینجا، شرط مذکور موجب فسخ بوده و به عنوان شرط فاسخ یاد می‌شود.^{۴۱۱}

۴۰۹. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، ص ۱۵.

۴۱۰. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، ص ۳۵.

۴۱۱. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۵۲۱ و ۵۲۲.

۳) منشأ شرط

طبق ق. م منشأ شرط اراده متعهد است که با متعهدله توافق می کند که تعهد معلق به شرط تعلیقی یا فاسخ باشد. بنابراین، همانطور که متعهد می تواند تعهدی که منجز و خالی از هر گونه شرط باشد را به وجود آورد، می تواند تعهد معلق به شرط تعلیقی یا فاسخ را به وجود آورد.^{۴۱۲} علاوه بر این، به نظر می رسد در ق. م نیز مانند شریعت شروط قانونی پذیرفته شده است که ناشی از اراده قانونگذار است مانند خیار شرط، عیب، تعیین و سایر خیاراتی که در ق. م پیش بینی شده است که تفصیل آن گذشت.

۴) شرایط

طبق ق. م شرایط گذاشتن شرط اعم از تعلیقی و فاسخ عبارت اند از آینده بودن، ممکن بودن، عدم مخالفت شرط با نظام و آداب عامه و محقق الوقوع نبودن (قطعی نبودن). در حقوق مصر این شرایط را برخی نویسندگان ارکان شرط می دانند.^{۴۱۳} به نظر می رسد در حقوق مدنی افغانستان این شرایط، شرایط صحت شرط اند:

۱) شرط باید معلق به آینده باشد: طبق ماده ۵۹۵ فقره ۱ ق. م: «(۱) شرط عبارت است از تعهد به آینده در امر متعلق به زمان آینده که به صیغه خاص صورت می گیرد.» طبق این ماده شرط باید به واقعه ای که در آینده رخ خواهد داد منوط گردد. به حیث مثال، اگر شخص تعهد به پرداخت جایزه ای در برابر یافتن مال گم شده اش بنماید، یا پدری به شرط قبولی فرزندش در امتحان متعهد به پرداخت پاداش به وی گردد، یا پدری با فرزندش وعده دهد که در صورت ازدواج منزل مسکونی به وی دهد، هر یک از اینها امری مربوط به آینده است. بنابراین، تعهد به پرداخت جایزه و هبه منزل تعهدی مشروط است زیرا وجود آن متوقف بر نوعی شرط شده است.

همچنین، وقتی شوهری وصیت می نماید که همسرش در خانه ای سکونت کرده با فراغ بال امر تربیت فرزندانشان را دنبال کند به شرط آنکه اقدام به ازدواج جدید نماید در غیر این وصیت فسخ خواهد شد، یا شخصی یکی از دو دوکان خویش را به دیگری فروخته با او شرط نماید که حق ندارد در این دوکان اقدام به تجارتی کند که فروشنده در دوکان دیگر به آن مشغول است، هر کدام از دو مورد ازدواج و رقابت در تجارت مشابه، امور آینده اند.

لذا، تعهدات ناشی از وصیت و بیع در مثال های فوق تعهدات مشروط هستند زیرا زوال آنها منوط به تحقق شرط مورد نظر اند. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که شرط امری مربوط به آینده است. اگر شرط مربوط به حال و یا گذشته باشد، دیگر شرط نخواهد بود. بنابراین، در مثال های قبلی اگر مدیون به پرداخت جایزه در هنگام متعهد شدن نداند که مال مفقودش پیدا شده است، تعهد او منجز خواهد بود نه معلق.

لذا، لازم است جاعل به آن به صورت فوری وفاء نماید. همچنین، در مثال دیگر اگر به هنگام تعهد پدر به پرداخت جایزه، فرزند در امتحان ناکام مانده باشد از ابتداء تعهدی به وجود نیامده است چه رسد به آنکه

۴۱۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۱۳۸۸). دوره حقوق تعهدات ۳، مترجمان: سید مهدی دادمهرزی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول، ایران: انتشارات دانشگاه قم، ص ۳۹.
۴۱۳. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، ص ۱۸.

معلق به شرط شده باشد. اگر پدر در زمانی که تعهد به هبه خانه ای به فرزندش می کند بداند که فرزندش ازدواج کرده است، تعهد پدر به هبه خانه تعهدی منجز نه معلق به شرط است و لازم است به صورت فوری آن را ایفاء نماید.^{۴۱۴} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط اشراط در عقد است.

۲) وقوع شرط محال نباشد: طبق ماده ۵۹۸ ق. م: «تعلیق به امر مستحیل [...] اعتبار ندارد.» تعریف تعلیق در بالا گذشت. مستحیل از ریشه «حول» گرفته شده است که در لغت به معنی ناشدنی، غیرممکن و محال است.^{۴۱۵} طبق نص این ماده امری که وقوع آن محال است نمی تواند شرط قرار بگیرد. بنابراین، اگر مدیون وجود تعهد خود را معلق به چیزی کند که مطلقاً محال محسوب شود، چنین تعهدی اصلاً به وجود نمی یابد. البته، لازم است استحاله مطلق باشد یعنی با وسایل شناخته شده میان انسان ها نتوان آن را متحقق ساخت.

از این رو، اگر شخص متعهد به پرداخت جایزه به دیگری شود به شرط آن که او به آسمان برود چنین شرط محال مطلق است. اما، اگر استحاله نسبی باشد، گذاشتن شرط جهت تحقق آن صحیح است. زیرا به تعهد صدمه ای نمی رسد، بلکه وجود و یا زوال تعهد منوط به تحقق شرط می شود. شرط محال را زمانی نسبی می گویند که ظن غالب وجود داشته باشد که رشد دانش های بشری وقوع شرط را ممکن می گرداند هرچند تا امروز واقع نشده باشد. بنابراین، می توان به نفع فرد یا گروهی تعهد به پرداخت جایزه ای کرد به شرط آنکه بتوانند بعضی از بیماری هایی را که تاکنون لاعلاج مانده اند، معالجه نمایند. این محال، محال طبیعی است. امر محال گاهی نیز قانونی است. مثلاً تعهد معلق به این شرط که مشروط علیه ترکه آینده خود را به فروش رساند یا این که شخص با محرم خویش ازدواج نماید، تعهدات باطلی اند زیرا معلق به شرطی شده اند که وقوع آنها مطلقاً محال است. چنین استحاله ای استحاله قانونی است نه طبیعی زیرا بیع ترکه آینده و نکاح با محرم باطل است.^{۴۱۶} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط اشراط در عقد است.

۳) شرط نباید مخالف نظام و آداب عامه باشد: طبق ماده ۵۹۸ ق. م: «شرطی که مخالف نظام و آداب عامه باشد اعتبار ندارد.» طبق نص این ماده شرطی که مخالف نظام و آداب عامه که تفصیل هر دو گذشت باشد، باطل است. مثال های شروط مخالف نظام عامه فراوانند. زمانی که مدیون تعهد خود را معلق بر این شرط می کند که داین هرگز ازدواج نکند، چنین شرطی مخالف آداب عمومی است. اگر به موجب شرط مشروط علیه از حرفه خاصی بازداشته شود، این شرط به علت مخالفت با نظم عمومی باطل است مگر این که وی هدف مشروعی را از درج این شرط دنبال کند مثل این که آن حرفه ممنوع و مخل کرامت شخص باشد. اگر شخصی در برابر دیگری متعهد به پرداخت مبلغ پول نقد بخاطر انجام عملی نامشروعی توسط وی گردد، این شرط به علت مخالفت با اخلاق حسنه باطل است.

۴۱۴. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، ص ۱۵.

۴۱۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۲۱.

۴۱۶. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، صص ۱۸-۱۹.

همچنین است اگر کسی با کسی شرط کند که او مرتکب جرم نشود. همچنین، هرگاه شخصی در برابر انجام عملی که او قانوناً موظف به انجام آن است مانند عدم تهمت زدن به دیگران پرداخت اجرت را شرط نماید، چنین شرطی به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه باطل است. زیرا، این امور به عنوان پاداش مادی انجام اعمال واجب فی نفسه اند بدون اینکه نیازی به پاداش مادی داشته باشند.^{۴۱۷} به حیث مثال، اگر احمد به محمود شرط گذارد که در صورت کشتن جمشید به او پول می دهد، این شرط به دلیل مخالفت با نظم عمومی باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط اشتراط در عقد است.

۵) محقق الوقوع (قطعی) نبودن شرط: طبق ماده ۵۹۸ ق. م: «عقد معلق به امر موجود، فی الحال واقع می شود [...]». عبارت امر موجود در این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از امر موجود محقق الوقوع بودن شرط است، زیرا لازم است شرط امری غیرمحقق الوقوع باشد به این دلیل که اساس شرط را تردید در وقوع شرط تشکیل می دهد. بنابراین، اگر امر محقق الوقوعی شرط شود، چنین امری شرط به شمار نمی آید. در نتیجه، شرط باید محتمل الوقوع باشد.^{۴۱۸} به حیث مثال، اگر احمد به فرزندش بگوید که در صورت اول نمره شدی برایت بایسکل می خرم، اول نمره شدن محقق الوقوع نیست و محتمل الوقوع است زیرا امکان دارد فرزند احمد اول نمره شود یا نشود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده پیش بینی شرایط اشتراط در عقود است.

۵) اثر

۱) اثر تحقق و یا تخلف از شرط تعلیقی: طبق ماده ۵۹۷ ق. م: «عقد معلق به شرط واقف، وقتی انعقاد یافته و حکم آن لازم می شود که شرط موجود گردیده باشد». در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده عقد معلق به شرط واقف انعقاد می یابد، اما حکم آن زمانی لازم می شود که شرط تحقق پیدا کند. بنابراین، زمانی که شرط تعلیقی محقق گردد، تعهد معلق بر آن نیز نافذ می شود. اما، در صورت تخلف از شرط تعلیقی، تعهدی که معلق بر چنین شرطی بوده است کان لم یکن تلقی می شود.^{۴۱۹}

به حیث مثال، اگر احمد به فرزندش بگوید که در صورت اول نمره شدی برایت بایسکل می خرم، عقد بسته می شود اما اگر پسر احمد اول نمره شد، عقد لازم می گردد و در صورت عدم اول نمره شدن عقد لازم نمی گردد. همچنین، اگر احمد به محمود بگوید اگر جمشید دین من را بپردازد، دین شما را می پردازم، در صورت پرداخت دین توسط جمشید به احمد عقد لازم می گردد و اگر جمشید دین را به احمد نپردازد عقد لازم نمی گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر شرط تعلیقی است.

۲) اثر شرط فاسخ: طبق ماده ۵۹۹ فقره های ۱ و ۲ ق. م: «(۱) عقدی که فسخ آن معلق به شرط فاسخ باشد، نافذ و غیرلازم پنداشته می شود. هرگاه شرط موجود گردد، عقد فسخ می گردد. در این صورت دائن بر رد آنچه اخذ نموده و در صورت عدم امکان، به پرداخت ضمانت مکلف پنداشته می شود. اگر شرط موجود

۴۱۷. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، صص ۲۸ و ۲۹.

۴۱۸. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، صص ۲۸ و ۲۹.

۴۱۹. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، ص ۶۴.

نگردد، عقد لازم می شود؛ و (۲) تصرفات دائن در مورد اداره اشیاء با وجود تحقق شرط، نافذ پنداشته می شود.». از نص این ماده پنج حکم قابل استنباط است:

۱- عقد معلق به شرط فاسخ عقد نافذ و غیرلازم است. تفصیل عقد نافذ و غیرلازم در مبحث تقسیمات عقود خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را بخرد و شرط گذارد که آن را به مستری به منظور این که بریده نباشد نشان می دهد، فسخ این عقد معلق به شرط فاسخ است و عقد نافذ و غیرلازم است. نافذ برای این که عقد صحیح و قابل تطبیق است. غیر لازم برای این که احمد می تواند به دلیل خیار عیب عقد را فسخ نماید.

۲- در صورت تحقق شرط فاسخ، عقد فسخ می گردد. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را بخرد و شرط گذارد که آن را به مستری به منظور این که بریده نباشد نشان می دهد، اگر موتر بریده شده و دوباره ترمیم شده باشد، شرط عیب موجود می گردد و احمد می تواند عقد را فسخ نماید.

۳- در صورت تحقق شرط فاسخ، تمام تصرفاتی را که داین انجام داده است ساقط می شود به جز اداره اشیاء. بنابراین، در صورتی که داین دین خویش را استیفاء کرده باشد و شرط فاسخ متحقق گردد، باید آن را به مدیون رد نماید. اگر رد دین در اثر سبب خارجی ناممکن گردد، داین باید جبران خسارت آن را پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را بخرد و شرط گذارد که آن را به مستری به منظور این که بریده نباشد نشان می دهد، اگر موتر بریده شده و دوباره ترمیم شده باشد، شرط عیب موجود می گردد و احمد می تواند عقد را فسخ نماید. در صورت فسخ عقد، محمود مکلف به رد پول به احمد است. عبارت پرداخت ضمان در نص این ماده توجیه پذیر نیست. زیرا، در صورت عدم امکان رد پول توسط داین به مدیون، داین می تواند تضمین به مدیون بدهد. ضمان چنانچه تفصیل آن در مبحث مسؤولیت مدنی قراردادی خواهد آمد مترادف با جبران خسارت است.

۴- در صورت عدم تحقق شرط فاسخ، عقد به عقد لازم تبدیل می شود که تفصیل آن در مبحث تقسیمات عقود خواهد آمد. به حیث مثال، اگر موتر در مثال بالا فاقد عیب باشد، عقد نسبت به احمد و محمود لازم می گردد.

۵- تصرفات دائن در مورد اداره اشیاء با وجود تحقق شرط، نافذ پنداشته می شود. نص این بند ماده ۵۹۹ ق. م با بند قبلی در تعارض به نظر می رسد. زیرا، در صورت تحقق شرط عقد لازم می گردد و داین مکلف است موضوع تعهد را به مدیون تسلیم نماید و اگر در موضوع عقد تصرفی نماید این تصرف نافذ به نظر می نمی رسد. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را خریداری نماید و در آن خیار رویت داشته باشد، تصرفات محمود در زمین در صورت تحقق شرط نافذ نیست. زیرا، در صورتی که احمد زمین را ببیند و عقد را تأیید نماید عقد لازم می گردد و احمد باید پول را به محمود بدهد و محمود باید زمین را به احمد بدهد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

برخی نویسندگان در این خصوص می نویسند که در تعهد مشروط به شرط فاسخ و تحقق شرط، تمام تصرفات داین به جز اعمال اداره ساقط می شود. نمونه بارز اعمال اداره اجاره، قبض اجرت، فروش میوه جات و محصولات، اخذ رهن رسمی، تجدید سند رهن رسمی، ثبت عقد در مراجع ذیصلاح و امثال اینها است.

حکم به نفوذ این گونه اقدامات واضح است، زیرا این اعمال ضروری است و باید در زمان مناسب حتماً انجام شوند و از چنان استقراری برخوردار باشند که انجام آنها ممکن باشد چون دارنده حق معلق به شرط فاسخ، مالک این قبیل اقدامات است.^{۴۲۰} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی آثار شرط فاسخ است.

۳) اثر رجعی تحقق شرط: طبق ماده ۶۰۰ ق.م: «با تحقق شرط در عقد معلق، آثار از آن زمان وقوع عقد قابل اعتبار پنداشته می شود مگر اینکه از اراده عاقدین یا طبیعت عقد معلوم شود که وجود یا زوال وجبیه به وقت تحقق شرط، مربوط گردیده است.» از نص این ماده یک اصل و دو استثناء قابل استنباط است. اصل این است با تحقق شرط تعلیقی اثر آن به گذشته یعنی زمان انعقاد عقد رجعت می کند. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را در تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۹ خریداری نماید و در آن خیار رویت داشته باشد و در تاریخ پانزده حمل سال ۱۳۹۹ موتر را ببیند و عقد را تأیید نماید، آثار عقد از تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۹ مدار اعتبار است. اما، استثنائات این اصل قرار ذیل است:

۱- در صورتی که طرفین عقد به صورت صریح و یا ضمنی توافق نمایند که شرط تعلیقی به گذشته رجعت نکند و اثر بر عقد در زمان تحقق شرط مرتب شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و محمود توافق نمایند که از تاریخ پانزده حمل سال ۱۳۹۹ بر عقد بیع اثر مرتب گردد، این توافق مدار اعتبار است.

۲- در صورتی که از طبیعت عقد معلوم شود که وجود یا زوال تعهد به وقت تحقق شرط مربوط است. به حیث مثال، در عقود تدریجی مانند عقد اجاره، عقد کار و عقد تهیه کالا در صورتی که عقد معلق به شرط فاسخ باشد، پس از گذشت مدتی از اجرای عقود، شرط فاسخ و یا تعلیقی محقق گردد، ماهیت این عقود از اثر رجعی شرط به گذشته ممانعت می کند، زیرا امکان بازگشت به زمان گذشته نیست. بنابراین، آن قسمت از عقد که انجام پذیرفته است به قدرت خود باقی می ماند و عقد جز نسبت به آینده فسخ نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رجعی عقد معلق به شرط است.

۳- طبق ماده ۶۰۱ ق.م: «هرگاه تنفیذ عقد، قبل از تحقق شرط، بنابر سبب خارجی بدون دخالت مدیون غیر ممکن گردد، اثر رجعی بر شرط مرتب شده نمی تواند.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه تنفیذ عقد، قبل از تحقق شرط، بنابر سبب خارجی بدون دخالت مدیون غیر ممکن گردد، اثر رجعی بر شرط مرتب شده نمی تواند. تنفیذ در لغت به معنی جاری کردن و اجراء کردن است. سبب خارجی سبب و عاملی است که خارج از اراده انسان است مانند قوه قاهره و حادثه غیرمترقبه مانند سیل، طوفان، زلزله و نظیر اینها.

به حیث مثال، اگر احمد دورأس اسپ بزرگش خویش را به محمود به فروش رساند و محمود خیار رویت در عقد داشته باشد اما اسپان قبل از این که احمد و محمود عقد را تنفیذ نمایند در اثر بیماری از بین بروند و محمود عقد را تأیید نماید، شرط متحقق می شود اما این شرط اثر رجعی به گذشته ندارد. بنابراین، احمد نمی تواند ادعا نماید که محمود پول اسپان را که مرده اند پرداخت نماید. در این صورت، تنفیذ عقد به دلیل از بین

رفتن محل عقد در اثر اسباب خارجی ناممکن، عقد منتهی و اثر آن را فروشنده متحمل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن معقودعلیه در اثر سبب خارجی قبل از تحقق شرط است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۵۱):

در ماده (۶۰۱) مثال چگونه می باشد.

توضیح:

شخصی یک قطعه زمین را به صورت مشروط به شرط قانونی خرید ولی زمین قبل از تحقق شرط در اثر سیلاب به کلی از بین رفت چون تنفیذ عقد ناممکن گردید تحقق شرط در زمینه تأثیری ندارد.^{۴۲۱}

ب) اجل

به نظر می رسد احکام اجل در ق. م در مقایسه با ق. م. ج. م به صورت ناقص پیش بینی شده است. این احکام در مبحث سوم، تحت شرایط عقد ضمن مواد ۶۰۲ - ۶۰۶ پیش بینی شده است. لذا، در مطالعه مطالب مربوط به اجل چاره ای جز مطالعه مختصر کلیات و نظریه های عمومی مربوط به اجل نیست.

۱) تعریف

اجل به فتح الف، فتح جیم و سکون لام در لغت به معنی مهلت، نهایت مدت چیزی که جمع آن آجال است.^{۴۲۲} اجل عبارت از امری مربوط به آینده است که وقوع آن حتمی است به گونه ای که اجراء یا سقوط تعهد وابسته به آن است. اگر اجرای تعهد منوط بر حلول اجل باشد، چنین اجلی را «اجل تعلیقی» یا «اجل واقف» می گویند. اگر سقوط تعهد موجود و نافذ بر حلول اجل وابسته و منوط باشد، چنین اجلی را «اجل فاسخ» می گویند.^{۴۲۳}

۲) ارکان

اجل دارای دو رکن است که عبارت از آینده (استقبالی) و محقق الوقوع بودن اند:

۱) **اجل امر مربوط به آینده است:** اجل نیز مانند شرط باید امری مربوط به آینده باشد. زیرا، همانگونه که از نامش پیدا است، اجل موعدی است که برای نفوذ یا سقوط تعهد قرار داده می شود و معمولاً عبارت از تأریخ معین است که از روی تقویم انتخاب می شود. به حیث مثال، هنگامی که قرض گیرنده در برابر قرض دهنده تعهد به پرداخت قرض خود در تأریخ معین می نماید، یا این که مشتری در برابر خریدار متعهد می شود که ثمن را به طور اقساط در مواعیدی معین پرداخت نماید، یا این که مقاطعه کار (مقاول) در برابر کارفرما

۴۲۱. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 522.

۴۲۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ص ۷۸.

۴۲۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۱۳۸۸). دوره حقوق تعهدات ۳، مترجمان: سید مهدی دادمرزی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول، ایران: انتشارات دانشگاه قم، ص ۱۳.

متعهد می شود که کار موضوع قرارداد مقاوله را در زمان معین انجام دهد، در تمامی این موارد، تعهدات فوق الذکر مقرون به مدت یا مدت هایی شده است که نفوذ تعهد منوط و وابسته به فراشد آن موعدها است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اجل نباید امری مربوط به حال و یا گذشته باشد. به عنوان مثال، اگر مدیون مرگ شخص را به عنوان اجل لازم برای نفوذ تعهد خود تعیین نماید، در حالی که آن شخص بدون این که متعهد بداند، قبلاً وفات کرده باشد، در این صورت، تعهد به طور منجز و حال واقع شده است.

۲) محقق الوقوع بودن اجل: اجل باید محقق الوقوع باشد. لزوم چنین شرطی روشن است، زیرا همانگونه که گفته شد، اجل معمولاً موعدی است که براساس تقویم تعیین می شود و ناظر بر روز، ماه و سال معین می شود. چنین موعدی معمولاً در زندگی انسان واقع می شود و احتمال فاجعه ای که باعث متلاشی شدن زمین و موجودات آن گردد، مانع آمدن آن روز نمی شود. تفاوت اجل با شرط نیز در همین شرط و ویژگی نهفته است، زیرا شرط محتمل الوقوع و اجل محقق الوقوع است.

با وجود این، در اجل لازم نیست موعدها معین باشد. در صورتی که موعدها معین باشد اجل را «اجل معین» و در صورتی موعدها نامعین باشد، اجل را «اجل نامعین» می گویند. مثال اجل معین پرداخت دین در موعدها معین توسط مدیون به داین است. مثال اجل نامعین مرگ متعهد است. همچنین، تعهد به پرداخت دین در صورت توانگری از مثال های اجل نامعین اند.^{۴۲۴}

۳) منشأ

منشأ اجل غالباً توافق طرفین است. به حیث مثال، خریدار و مشتری توافق می نمایند که تمام ثمن معامله را در تاریخ معین و یا اقساط در موعدهای معین پرداخت نمایند. گاهی نیز قانون به عنوان منشأ اجل واقع می شود. به حیث مثال، قانون مرگ را به عنوان اجل یا آخرین حد اجل تعیین می نماید، مانند بیمه عمر که معمولاً با مرگ زمان پرداخت مبلغ بیمه فرا می رسد. در مواردی نیز حکم محکمه منشأ اجل واقع می شود. چنین اجلی را در حقوق مصر و افغانستان «مهلت قضایی» می گویند. مانند مهلت هایی که قاضی برای مدیون جهت ادای دین او می دهد.^{۴۲۵}

۴) انواع (اجل تعلیقی و اجل فاسخ)

اجل به دو نوع ذیل تقسیم می شود:

۱) اجل تعلیقی: اجل تعلیقی عبارت از اجلی است که اجرای تعهد معلق و منوط بر آن است، زیرا تا زمانی که اجل سپری نشود، تعهد نافذ و لازم التادیه نمی گردد. مثال های اجل تعلیقی فراوانند. به حیث مثال، تعهد قرض گیرنده به پرداخت قرض، معلق به اجل تعلیقی است. تعهد هر یک از مستأجر، مستعیر و مستودع به رد عین مستأجره، عین معاره و ودیعه، مؤجل به اجل تعلیقی است. هرگاه مشتری، متعهد به پرداخت ثمن به شکل اقساط شود، تعهدی او مؤجل به آجال تعلیقی و پی در پی است. همچنین، تعهد مقاوله کار به تسلیم شی ای که محل عقد مقاوله قرار گرفته است به کارفرما در فراشد زمان معین اجل تعلیقی است.^{۴۲۶}

۴۲۴. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، صص ۸۲-۹۰.

۴۲۵. جهت مطالعه مفصل در این زمینه ر. ک: همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، صص ۱۰۳-۱۰۸.

۴۲۶. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، ص ۹۴.

۴) **اجل فاسخ:** هرگاه سقوط تعهد، نه نفوذ آن، منوط به فرا رسیدن اجل گردد، آن را «اجل فاسخ» می نامند. اجل فاسخ در عقود تدریجی بیشتر مصداق پیدا می کند. به طور مثال، موجری که در برابر مستأجر متعهد می شود امکان انتفاع از عین مستأجره را در طول مدت اجاره برای او فراهم کند، کارگری که در برابر کارفرما تعهد به انجام کار را در مدتی معین بر عهده می گیرد، کسی که فراهم کردن غذا را به مکتب و یا بیمارستان در طی مدت معین متعهد می شود، شخصی که پرداخت حقوقی را به دیگری در طول حیات او به عهده می گیرد، صاحب حق انتفاعی که به مدت عمر خود و یا در زمان معین از عینی منتفع می گردد، همه از مثال هایی هستند که در مورد عقد تدریجی به کار برده شده اند.^{۴۲۷}

۵) آثار

آثار اجل تابع قواعد ذیل است:

- ۱) **مرحله قبل از فرا رسیدن اجل:** قبل از فرا رسیدن اجل با آنکه حق در اجل تعلیقی از وجود کامل برخوردار است، اما حق غیرنافذ است. آثار عدم نفوذ حق الی فراشد اجل قرار ذیل است:
 - ۱- داین قبل از حلول اجل نمی تواند مدیون را مجبور به ادای دین نماید، زیرا اجرای اجباری چنین تعهدی قبل از حلول اجل ممکن نیست.
 - ۲- چون دین مؤجل نافذ و لازم التأدیه نیست، بین آن و دین دیگری که لازم التأدیه است تهاتر (مجرای) قهری صورت نمی گیرد، زیرا تهاتر قهری در مورد دو دینی صورت می گیرد که هر دو لازم التأدیه باشند.
 - ۳- داین دین مؤجل نمی تواند دعوی عدم تصرفات نفاذ مدیون را که تفصیل آن خواهد آمد اقامه نماید، زیرا طرح دعوی عدم نافذ تصرفات در جایی صورت می گیرد که حق داین لازم التأدیه باشد.
 - ۴- چون دین مؤجل جز در زمان حال شدن آن لازم التأدیه نمی گردد، لذا تا زمانی که اجل باقی است مشمول و تابع مرور زمان نمی گردد و تنها زمان فراشد اجل، مرور زمان در مورد آن قابل تطبیق است.
 - ۵- داینی که دین او مؤجل است نمی تواند حقی را که مدیون نزد او دارد، حبس نماید، زیرا حبس حق حفظ در خصوص دینی است که لازم التأدیه باشد.^{۴۲۸}
- ۲) **اسباب حلول اجل:** پرسش این است که کدام اسباب باعث حلول اجل می شود؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که اسباب ذیل باعث حلول اجل می شود.
 - ۱- **انقضای مدت:** اولین سبب از اسباب حلول اجل اعم از تعلیقی و فاسخ، انقضای آن است که سبب متعارف و شناخته شده است. بنابراین، اجل معمولاً با فرا رسیدن موعد تعیین شده حال می شود. زیرا معمولاً تاریخ فرا رسیدن اجل تعیین می شود. به حیث مثال، اگر روز اول ماه حمل سال ۱۳۹۳ به عنوان تاریخ اجل تعیین شود، اجل در همین روز فرا می رسد.
 - ۲- **سقوط اجل در اثر افلاس و حجز اموال مدیون و تنقیص تأمینات:** طبق ماده ۶۰۵ ق. م: «هرگاه حکم حجز اموال به سبب افلاس شخصی که تأجیل به نفع او صورت گرفته، صادر گردیده یا تأمینات مدیون تنقیص و یا اصلاً پرداخته نشده باشد، حق تأجیل ساقط می گردد.» در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

۴۲۷. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، صص ۹۹ و ۱۰۰.

۴۲۸. جهت مطالعه مفصل در این زمینه ر. ک: همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، صص ۱۱۰-۱۱۸.

نخست این که هرگاه حکم حجز اموال به سبب افلاس شخصی که تأجیل به نفع او صورت گرفته، صادر گردیده حق تأجیل ساقط می گردد.

حجز در لغت به معنی بازداشت است و در اصطلاح حقوقی سپردن مال به دستگاه قضایی برای رعایت مصلحت عمومی و یا مصلحت شخص برای خارج کردن آن از دست شخص «حجز» می گویند.^{۴۲۹} بنابراین، به مالی که به مصلحت شخص یا مصلحت عمومی توسط دستگاهی قضایی بازداشته شده است، محجوز به شخصی (چه حکمی یا حقیقی) که مال را تحت حجز قرار داده حاجز می گویند. تأجیل از ریشهٔ اَجَلَ گرفته شده است که در لغت به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می رود.^{۴۳۰}

به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و مجموعهٔ سرمایه و اموال احمد پنجاه لک افغانی باشد و احمد با محمود توافق کرده باشد که دین را بعد از پنج سال به احمد پرداخت نماید، اما سایر داینین محمود حجز محمود را به سبب افلاس محمود از محکمه مطالبه نمایند و در عین زمان از محکمه مطالبه نمایند که اموال محمود تحت حجز قرار بگیرد، پس از صدور حکم محکمه در خصوص افلاس و حجز اموال محمود، حق تأجیل محمود ساقط می شود و دین از مؤجل به معجل تبدیل می شود. پس، محمود مکلف می شود دین احمد را به صورت عاجل پرداخت نماید.

دوم این که هرگاه تأمینات مدیون تنقیص و یا اصلاً پرداخته نشده باشد، حق تأجیل ساقط می گردد. تأمینات جمع تأمین است. تأمین که از ریشهٔ «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.^{۴۳۱} تأمین دو نوع است. تأمین شخصی که یک شخص ضامن شخص دیگر می شود و تأمین عینی که یک شخص مال خویش را به شخص دیگر جهت تضمین دین می دهد. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۴۳۲}

به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی داین محمود باشد و احمد با محمود توافق کرده باشد که دین را بعد از پنج سال به احمد پرداخت نماید، اما محمود به احمد جمشید را به عنوان ضامن یا مال عقار و منقول خویش را به عنوان رهن ندهد یا جمشید را به عنوان ضامن بدهد اما جمشید در ابتداء تعهد به پرداخت تمام دین نماید و سپس بگوید من صرف بیست لک افغانی را می پردازم یا محمود اول خانه و زمین خویش را که قیمت خانه پنجاه لک افغانی و از زمین پنجاه لک افغانی باشد بدهد اما سپس بگوید من صرف خانه را به رهن می دهم، در هر دو حالت حق تأجیل محمود ساقط می شود. بنابراین، در این دو حالت محمود مکلف است دین احمد را به صورت فوری پرداخت نماید. زیرا، در این دو حالت اجل ساقط و دین مؤجل به دین معجل

۴۲۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامهٔ حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۱۸ و ۸۱۹.

۴۳۰. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمهٔ المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، صص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، صص ۱۱۹.

431. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 11/8/2016).

432. Ibid, (last visit: 11/8/2016).

تبدیل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اسقاط اجل در اثر افلاس و حجز اموال مدیون و تنقیص تأمینات توسط مدیون است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۵۲):

در ماده (۶۰۵) که می گوید یا تأمینات مدیون تنقیص و یا اصلاً پرداخته نشده باشد حق تأجیل ساقط می شود محل تطبیق این ماده فهمیده نشد.

توضیح:

در صورتی که داین دین لازم الادای خود را نظر به خواهش مدیون تا مدتی موجه می گذارد و بالمقابل مدیون برای داین به تضمینات قابل می شود پس اگر اموال مدیون به حکم محکمه با صلاحیت در اثر افلاس او تحت حجز و مراقبت قرار می گیرد و یا قیمت تأمینات تنقیص می یابد و یا مدیون تأمینات را طوری که وعده داده نمی پردازد در این هر سه حالت تأجیل از بین می رود.^{۴۳۳}

۳- سقوط اجل به سبب فوت مدیون: طبق ماده ۶۰۶ ق.م: «تأجیل با مرگ مدیون از بین می رود، مگر اینکه دین تأمینات عینی داشته یا دائن سبب مرگ مدیون گردیده باشد و یا طوری موافقه شده باشد که تأجیل در صورت مرگ مدیون نیز از بین نمی رود. مرگ دائن در تأجیل دین تأثیر ندارد.» از نص این ماده دو قاعده و سه استثناء استنباط می گردد:

نخست این که: قاعده و اصل این است که تأجیل با مرگ مدیون از بین می رود. مدیون شخصی است که دیگری بر او دین یا تعهد دارد. تعریف تأجیل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد با محمود توافق کرده باشد که دین را بعد از پنج سال به احمد پرداخت نماید، اما محمود وفات نماید، تأجیل از بین می رود و دین مؤجل به دین معجل تبدیل می شود و ورثه محمود مکلف است فوراً دین احمد را پرداخت نمایند. این قاعده سه استثناء دارد:

یک: اینکه دین تأمینات عینی داشته باشد. تعریف تأمینات در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود خانه خویش را به احمد در برابر دین احمد به رهن داده باشد یا جمشید را به عنوان ضامن یا کفیل به احمد داده باشد، تأجیل از بین نمی رود و دین مؤجل به دین معجل تبدیل نمی شود.

دو: دائن سبب مرگ مدیون گردیده باشد. داین شخصی است که بر مدیون دین یا تعهد دارد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد محمود را به قتل رسانده باشد دین مؤجل به دین معجل تبدیل نمی شود. به نظر می رسد دلیل عدم سقوط تأجیل این است که اگر قتل موجب سقوط تأجیل شود، امکان دارد داین به قتل مدیونین اقدام نمایند و این امر موجب به مخاطره افتادن جان و مال مردم شود. با توجه به این دلایل، در فقه و ق.م قاعده وجود دارد که تصریح می نماید: «من استعجل شیئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.»^{۴۳۴} این قاعده در

۴۳۳. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۲۲.

۴۳۴. «هر کس برای رسیدن به مالی قبل از فرا رسیدن وقت آن عجله کند، به عنوان مجازات از اکتساب آن محروم می گردد.»

ماده ۴ ق. م هم پیش بینی شده است که می گوید: «شخصی که به اکتساب حق قبل از موعدهش مبادرت ورزد، به حرمان از آن محکوم می گردد.»

سه: طوری موافقه شده باشد که تأجیل در صورت مرگ مدیون نیز از بین نمی رود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و محمود توافق کرده باشند که در صورت وفات محمود، تأجیل از بین نمی رود، این توافق مدار اعتبار است.

دوم این که مرگ دائن در تأجیل دین تأثیر ندارد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد بمیرد، تأجیل ساقط نمی شود و دین مؤجل احمد به معجل تبدیل نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی برخی حالات سقوط اجل است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۵۳):

در ماده (۶۰۶) که تأجیل دین به مرگ مدیون از بین می رود به حال ورثه گوارا نیست. لهذا، قابل غور و تجدید نظر می باشد.

توضیح:

حکم ماده (۶۰۶) قانون مدنی صراحت کامل دارد چون دین بر متوفی از ترکه او پرداخته می شود و از نظر شریعت اسلامی و قانون مدنی دین مقدم بر وصیت و میراث است. لهذا، از بین رفتن تأجیل دین در غیر از حالات مندرج ماده مذکور غیر عادلانه تلقی نمی گردد.^{۴۳۵}

۴- قاعده تأجیل به نفع مدیون و استثنائات آن: طبق ماده ۶۰۳ ق. م: «تأجیل در عقد به مصلحت مدیون پنداشته می شود، مگر اینکه از عقد، نص قانون یا احوال مربوط طوری معلوم گردد که تأجیل به منظور مصلحت دائن یا طرفین عقد، صورت گرفته است.» از نص این ماده یک قاعده و سه استثناء استنباط می گردد. قاعده این است که تأجیل در عقد به مصلحت مدیون پنداشته می شود. تعریف تأجیل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود ده لک افغانی قرض بدهد و محمود تعهد نماید که دین را پس از یک ماه می پردازد، تأجیل دین در این مثال به نفع محمود است. احمد در این مثال داین و محمود مدیون است. پرداخت دین بعد از یک ماه به نفع محمود است. همچنین، اگر احمد ده لک افغانی را به محمود به امانت بدهد و احمد و محمود توافق نمایند که محمود پول را برای مدت یک ماه نگهداری نماید تا این که محمود آن را به صاحب خانه ای که آن را گرو گرفته است پرداخت نماید، اما صاحب خانه به دلیل غایب بودن شریکای خویش دریافت پول را به تأخیر اندازد و محمود به احمد بگوید پول را تا زمانی که صاحب خانه حاضر به دریافت آن شود، نزد خود نگهدار، تأجیل به نفع محمود است. در این مثال تأجیل براساس عقد صورت گرفته است و به نفع مدیون است. استثنائات این قاعده قرار ذیل است:

نخست: از عقد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود پنجاه لک افغانی گرو دهد و احمد و محمود توافق نمایند که محمود آن را برای مدت سه ماه نزد خود نگهدارد تا این که احمد در بانک حساب بانکی افتتاح نماید و اسناد گروی تنظیم گردد، تأجیل هم به نفع احمد است و هم به نفع محمود. این تأجیل به نفع احمد به این دلیل است که اگر سند وجود نداشته باشد، بانک پنجاه لک افغانی را نمی پذیرد و از احمد سؤال می نماید که مدرک و منبع این پول را آشکارا نمایید. اگر احمد بگوید پول ناشی از گروی است باید آن را ثابت نماید. اثبات این که پول ناشی از گرو خانه است در بانک صرف توسط سند صورت می گیرد. این تأجیل به نفع محمود به این دلیل است که محمود هم پولش نزدش است و می تواند در مدت سه ماه با آن کار نماید و هم خانه را تحت ید دارد. منبع این تأجیل عقد است. تأجیل در این مثال هم برای داین و هم برای مدیون است. احمد در این مثال داین و محمود مدیون است.

دوم: از نص قانون. نص به معنی متن، حکم صریح، کلام روشن، صریح و آشکار، کلام صریح و آشکار که جز یک معنا از آن استنباط نشود تعریف شده است.^{۴۳۶} به حیث مثال، اگر مسوول شرکت امارات یک باب آپارتمان را برای حمیده به پنج قسط براساس نص قانون به فروش رساند، این عقد به نفع شرکت و حمیده است. زیرا، آپارتمان های شرکت به فروش می رسد و حمیده مالک آپارتمان می شود. تأجیل قسط ها در این مثال براساس نص قانون است. مثال دیگر این قاعده، فروش زمین به شهروندان توسط شهرداری ها به اقساط براساس قانون است. منبع ای تأجیل در این مثال قانون است.

سوم: احوال طرفین عقد. مثال آن در ذیل قاعده اول گذشت زیرا می توان از احوال احمد و محمود استنباط کرد که تأجیل به نفع هر دو است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم قاعده کلی تأجیل به نفع مدیون تمام می شود و استثنائات آن است.

۵- **حلول اجل توسط ذینفع و یا انصراف ذینفع.** طبق ماده ۶۰۴ ق. م: «شخصی که تأجیل به نفع او صورت گرفته است، می تواند به اراده خود از آن منصرف شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده گاهی قبل از این که اجل منقضی شود و بدون این که یکی از مسقطات اجل که تفصیل آن گذشت وجود داشته باشد، اجل به واسطه انصراف ذینفع از اجل ساقط می گردد. چنانچه بحث آن در بالا گذشت، ذینفع بر حسب مورد امکان دارد، داین، مدیون و یا هر دو باشد. به حیث مثال، اجل عقد اجاره جز با توافق طرفین اقاله نمی شود. مستعیر که عاریت فقط به نفع او است، می تواند موضوع عقد عاریت را قبل از فرا رسیدن مدت تعیین شده به معیر رد نماید.

همچنین، مودع که عقد ودیعه صرف به نفع او است می تواند قبل از فرا رسیدن اجل آنچه را محل عقد ودیعه قرار گرفته است از جانب مقابل مطالبه نماید. باید برای شناخت موردی که در آن انصراف از اجل صحیح است، ذینفع اجل را بشناسیم و بفهمیم که آیا او داین است و یا مدیون زیرا هر کدام که اجل به نفع او باشد، این حق را دارد که از نفع خود از اجل اعراض نماید.^{۴۳۷} به حیث مثال، اگر احمد برای محمود صد لک

436. <https://www.vajehyab.com> (15/11/2017).

۴۳۷. جهت مطالعه مفصل در این زمینه ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۱۳۸۸). دوره حقوق تعهدات ۳، مترجمان: سید مهدی دادمزنی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول، ایران: انتشارات دانشگاه قم، صص ۱۳۱-۱۳۷.

افغانی برای مدت شش ماه قرض بدهد و محمود قبل از تکمیل شش ماه دین احمد را پرداخت نماید، محمود ذینفع است و براساس اراده خویش از اجل صرف نظر نموده است. همچنین، اگر احمد موثر خویش را برای محمود برای مدت یک هفته به عاریت بدهد و محمود قبل از تکمیل هفته موثر را به احمد رد نماید، از اجل انصراف کرده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز انصراف از اجل است.

۳) آثار حلول اجل: هرگاه اجل تعلیقی به سبب انقضاء، سقوط و یا اعراض و انصراف به ترتیبی که بیان شد، حال گردد، حق نافذ می گردد و داین به دنبال مطالبه رسمی و مدیون اقدام به ادای دین می نماید، زیرا فرا رسیدن اجل، مدیون را موظف به تأدیه می سازد، نفوذ حق داین به واسطه حلول اجل داری عکس نتایجی است که در مورد عدم نفوذ حق قبل از حلول اجل گفته شد. بنابراین، داین می تواند مدیون را مجبور به ایفای دین نماید. داین می تواند از مدیون ایفای اختیاری دین را پذیرفته، آنچه را که او قبلاً پرداخت نموده است، مسترد ننماید زیرا وی اقدام به پرداخت چیزی کرده است که لازم التأدیه است.

همچنین، میان این دین و دین دیگری که در برابر آن قرار گرفته و لازم التأدیه است تهاوتر واقع می شود. داین می تواند به موجب حلول اجل طرح دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون را نماید. مرور زمان نیز در مورد چنین دینی جاری است و داین می تواند دینی را که به نفع مدیون است به عهده دارد حبس نماید. برای حلول اجل تعلیقی به خلاف مورد تحقق شرط تعلیقی، اثر رجعی ندارد. بنابراین، حق مزبور از زمان حلول اجل نافذ می شود نه از زمان عقد.^{۴۳۸}

مبحث چهارم) تقسیمات عقود

نویسندگان ق. م انواع عقد را در مبحث و یا فصل جداگانه تنظیم نموده اند، بلکه احکام مربوط به تقسیمات عقد را در مبحث سوم زیر عنوان شرایط عقد تنظیم نموده اند. به نظر می رسد علت جابجایی احکام مربوط به تقسیمات عقد تحت عنوان شرایط عقد این است که عقد با توجه به اشتراط در عقد، به عقد باطل و یا فاسد تقسیم می شود. منتها، در این مبحث صرف عقد باطل، عقد فاسد، عقد غیرلازم، عقد موقوف و عقد نافذ غیرلازم را پیش بینی نموده اند. این احکام در بر گیرنده همه تقسیمات عقود نیست. بنابراین، این احکام از جامعیت لازم برخوردار نیستند. بنابراین، در روشنایی فقه و نظریه های عمومی حاکم بر عقود در حقوق تعهدات، تقسیمات عقود را مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار نخست) به اعتبار مشروعیت و عدم مشروعیت

عقد به اعتبار مشروعیت و عدم مشروعیت به عقد مشروع و عقد ممنوع تقسیم می شود:

الف) عقد مشروع

عقد مشروع عبارت از عقدی است که شرع آن را اجازه داده است، مانند: بیع مال متقوم، رهن و هبه.

ب) عقد غیر مشروع

عقد غیر مشروع عبارت از عقدی است که شرع از آن منع نموده و آن را نهی نموده است، مانند: بیع ملاقیح (چوپه حیوان که زاده خواهد شد) که در دوره جاهلیت معروف بود، تبرع مال قاصر، عقودی که منافی آداب عامه مانند: عقود مربوط به فحاشی، عقودی که مخالف نظام عامه است، مانند: اجاره شخص مبنی بر ارتکاب جرم و امثال اینها.^{۴۳۹}

گفتار دوم) به اعتبار صحت و عدم صحت

به نظر می رسد مهم ترین تقسیم، تقسیم عقد به عقد صحیح و باطل است، زیرا صرف عقد صحیح موجب ایجاد اثر می شود. اهمیت تعیین و تشخیص ارکان و شروط ارکان عقد نیز در بحث تقسیمات عقود به صحیح و غیر صحیح ظاهر می شود، زیرا عقدی که همه ارکان و شروط آن متحقق گردیده باشد، عقد صحیح است. در صورت فقد رکن و یا عدم تحقق شرط رکن، عقد به نظر جمهور فقهاء باطل و به نظر حنفیه فاسد و یا باطل است.^{۴۴۰} بنابراین، عقد به اعتبار صحت و عدم صحت به عقد صحیح و غیر صحیح تقسیم می گردد:

الف) عقد صحیح

صحیح از ریشه صحح گرفته شده که در لغت به معنی درست، سالم، سلیم و موجود است. در اصطلاح فقهی و حقوقی به هر عملی اعم از عبادی و معاملاتی که شروط و ارکان آن به درستی تحقق یافته باشد صحیح گویند. به عبارت دیگر: صحیح وصفی است برای عملی که در پیدایش و تکوین خویش از هیچ گونه سببی که آن را در معرض بطلان قرار دهد، متأثر نشده باشد.^{۴۴۱} با توجه به آنچه گفته شد، در ذیل تعریف و انواع عقد صحیح را مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) تعریف

ق. م در خصوص تعریف عقد صحیح سکوت اختیار نموده است که حاکی از وجود خلا در ق. م است و قابل توصیه است عقد صحیح در ق. م تعریف گردد. فقهای حنفی عقد صحیح را عقدی می دانند که ارکان و اوصاف آن متحقق باشد.^{۴۴۲} به طور عامتر، طبق فقه عقد صحیح، عقدی است که اصلاً و وصفاً صحیح باشد به نحوی که همه ارکان اصلی (صیغه، عاقدین، محل و موضوع عقد) به پایه تکمیل رسیده و شرایط خصوصی و عمومی آن نیز رعایت شده باشد، مانند: بیع مال متقوم به ثمن معلوم نقد و یا نسیه تا اجل معلوم و اجاره شی معین در برابر اجرت معین برای مدت معین.^{۴۴۳}

فقهای حنفی در خصوص عقد صحیح تعبیر دیگر نیز دارند و آن این است که عقد صحیح عقدی است که اصل و وصف آن صحیح باشد.^{۴۴۴} عقد صحیح منجر به ایجاد اثر می گردد و به محض ثبوت، آثار عقد صحیح بر آن مرتب می گردد. به عنوان مثال، هرگاه عقد بیع به صورت صحیح منعقد گردد به مجرد انعقاد

۴۳۹. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۳.
 440. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur: ASN, p 27.
 ۴۴۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۰۷.
 442. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur: ASN, p 28.
 ۴۴۳. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۰۸۶؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۴؛ و (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۳۵.
 444. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur: ASN, p 27.

شرح ق. م: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه / ۱۷۵

مشروط بر این که فاقد خیار باشد، ملکیت مبیع برای مشتری و استحقاق ثمن برای بایع محقق می گردد. همچنین، عقد اجاره در صورت صحیح بودن موجب انتقال اجرت به مؤجر و انتفاع از عین مستأجره توسط مستأجر می گردد و همینطور سایر عقود.^{۴۴۵}

۲) انواع

به نظر فقهای حنفیه عقد صحیح به عقد نافذ و موقوف منقسم می گردد:

اول) عقد نافذ و انواع آن

ق. م در خصوص تعریف عقد نافذ سکوت اختیار نموده است که حاکی از وجود خلا در ق. م است و قابل توصیه است عقد نافذ در ق. م تعریف گردد. نافذ از ریشه نَفَذ گرفته شده است که در لغت به معنی مرعی، قابل تطبیق، لازم اجراء و جاری است. در اصطلاح حقوقی - فقهی عقد نافذ عبارت از عقدی است که از شخص دارای اهلیت و ولایت بر نفس خویش صادر شود، مانند: عقدی که توسط شخص رشید نسبت به مال وی منعقد گردد.

به عبارت دیگر: عقد نافذ عبارت از عقدی است که خالی از حق غیر که نفاذ آن متوقف بر اراده و اجازه غیر باشد است. اثری که بر عقد نافذ مرتب می گردد این است که به محض انعقاد آثار عقد بر آن مرتب می گردد و نفاذ آن موقوف به اجازه شخص دیگری نیست.^{۴۴۶} به حیث مثال، اگر احمد چهل ساله و دارای عقل سالم باشد و زمین خویش را به محمود به فروش رساند این عقد صحیح و نافذ است. عقد نافذ بر دو نوع است: عقد لازم و عقد غیر لازم که به نام عقد جایز نیز یاد می شود:

اولاً) عقد لازم

ق. م در خصوص تعریف عقد لازم سکوت اختیار نموده است که حاکی از وجود خلا در ق. م است و قابل توصیه است عقد لازم در ق. م تعریف گردد. عقد لازم، عقدی است که هیچ یک از طرفین صلاحیت فسخ آن را بدون رضای جانب مقابل نداشته باشد؛ مانند: بیع و اجاره. اصل در عقود لزوم آن است. زیرا، وفا به عقود شرعاً بر متعاقدین واجب است. صفت الزام در عقود به نظر فقهای حنفیه به مجرد انعقاد ثابت می گردد.^{۴۴۷} به حیث مثال، اگر احمد چهل ساله و دارای عقل سلیم باشد و موتر خویش را به محمود که دارای عین صفات است به فروش رساند این عقد صحیح، نافذ و لازم است. خداوند تَعَالَى در این مورد می فرماید:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ - [المایده / ۱]

«ای کسانی که ایمان آورده اید به پیمان های خویش وفا کنید.»

ثانیاً) عقد غیر لازم (جایز)

۴۴۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۸۶؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۳۵ و ۲۳۶.
۴۴۶. مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۹؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۹۳؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۳۶.
۴۴۷. همان، ____، جلد (۳۰)، ص ۲۲۸؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۰۹۳ و ۳۰۹۴.

در خصوص تعریف عقد غیر لازم ق. م سکوت اختیار نموده است که حاکی از وجود خلا در ق. م است. قابل توصیه است عقد غیر لازم در ق. م تعریف گردد. عقد غیر لازم که فقهاء از آن به عقد جایز نیز تعبیر کرده اند، عقدی است که طرفین عقد و یا یکی از آنها بدون جلب نظر طرف دیگر حق فسخ آن را دارد.^{۴۴۸} معمولاً فقهاء در توجیه فسخ این عقد دو علت ارایه می کنند:

۱- **طبیعت عقد:** برخی از عقود مانند: وکالت، اعاره و ایداع به گونه ای اند که مقتضی فسخ از یک طرف بدون جلب رضایت جانب مقابل اند.^{۴۴۹} برای این که تشخیص داد کدام عقود طبیعتاً غیر لازم اند باید به فقه و حقوق مدنی مراجعه صورت بگیرد زیرا فقهاء و حقوقدانان این عقود را مورد شناسایی قرار داده اند.

۲- **مصلحت یکی از طرفین عقد یا وجود خیار:** شریعت در موارد خاصی برای رعایت مصلحت و برای آن که یکی از طرفین متحمل زیانی نشود، مواردی ویژه ای را برای فسخ یک طرفه عقد پیش بینی نموده و خیاراتی را در این باب تشریح نموده است.^{۴۵۰}

این دو مبنا در ق. م نیز انعکاس یافته است. در این خصوص قواعد ذیل در ق. م وجود دارد:

۱) طبق ماده ۶۱۲ ق. م: «هرگاه عقد متضمن شرطی باشد که رجوع از عقد را افاده کند، عقد غیر لازم پنداشته می شود.» طبق این ماده هرگاه عقد متضمن شرطی باشد که رجوع از عقد را افاده کند، عقد غیر لازم پنداشته می شود. متضمن در لغت به معنی در برگیرنده و ضامن است. تعریف شرط در مبحث اشتراط در عقود گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و احمد به محمود بگوید موتر را به شرط می خرم که که خیار عیب داشته باشم و محمود قبول نماید، در صورت حدوث عیب در موتر احمد می تواند به موجب شرط عقد را فسخ نماید. این عقد نسبت به احمد غیر لازم است. وجود شرط معنی رجوع از عقد را افاده می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده پیش بینی غیر لازم بودن عقد به موجب شرط است.

۲) طبق ماده ۶۵۰ فقره دوم ق. م: «هرگاه عقد طبیعتاً موجب التزام یکی یا طرفین عقد نگردد و یا در آن خیار فسخ برای یکی از طرفین عقد موجود باشد، عقد نافذ غیر لازم پنداشته می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که هرگاه عقد طبیعتاً موجب التزام یکی یا طرفین عقد نگردد عقد نافذ و غیر لازم است. قانونگذار مدنی در نص این ماده عقود را که موجب التزام یکی از طرفین نمی شود پیش بینی نکرده است بلکه معیار آن را وضع کرده است. به حیث مثال، برخی عقود طبیعتاً به گونه ای اند که موجب التزام یا پایبندی یکی از طرفین عقد بر عقد نمی شود مانند وکالت، عاریت و امانت که هر لحظه مؤکل، معیر و امانت دهنده می توانند عقد را فسخ نمایند. برای دانستن این عقد باید به حقوق مدنی و فقه مراجعه صورت بگیرد.

۴۴۸. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۲۸؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۰۳۹ و ۳۰۹۴.

۴۴۹. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۲۸؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۰۹۳ و ۳۰۹۴.

۴۵۰. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۴)، صص ۳۰۹۳ و ۳۰۹۴.

دوم این که هرگاه در عقد خیار فسخ برای یکی از طرفین عقد موجود باشد، عقد نافذ غیر لازم پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد موثر محمود را بدون این که دیده باشد خریداری نماید، عقد نسبت به احمد غیر لازم است. زیرا، احمد در این عقد دارای خیار رویت است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مبنای غیر لازم بودن برخی عقود است. بحث اختیارات در گفتار بعدی خواهد آمد.

دوم) عقد موقوف

اولاً) تعریف

طبق ماده ۶۱۱ ق. م: «عقدی که صلاحیت تصرف کامل یا نوعی از انواع تصرف در آن سلب گردیده باشد، عقد موقوف پنداشته می شود.» طبق این ماده عقدی که صلاحیت تصرف کامل یا نوعی از انواع تصرف در آن سلب گردیده باشد، عقد موقوف پنداشته می شود. تعریف تصرف در فصل اول این کتاب گذشت. سلب در لغت به معنی ربودن و نفی است.^{۵۱} موقوف اسم مفعول از ریشه «وقف» گرفته شده است که در لغت به معنی بازداشته شده، محصور، متوقف شده، بازایستاده شده و توقیف شده است. این تعریف بیانگر کنه و ماهیت عقد موقوف به نظر نمی رسد و قابل توصیه است اصلاح گردد. زیرا، طبق این تعریف عقدی که صلاحیت تصرف به طور کلی یا قسمی از متصرف سلب شده باشد عقد موقوف است.

به حیث مثال، صغیر ممیز نمی تواند عقد را انجام دهد. در صورت انجام عقد باطل است. همچنین، عقد مجنون بعد از صدور قرار باطل است. عقد صغیر ممیز که به نفع او باشد نافذ است. در این سه مثال تصرف یا کاملاً سلب شده است یا قسماً. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف عقد موقوف است. در فقه و حقوق موقوف وصفی است برای عقدی که به تمام و کمال افاده ملکیت را به دلیل تعلق حق غیر به آن نکند.^{۵۲} در اصطلاح حقوقی عقد موقوف عقدی است که از شخصی دارای اهلیت معامله و بدون برخورداری از ولایت انجام، صادر شود، مانند: عقد فضولی و عقد صغیر ممیز در اموری که احتمال سود و زیان در آن متصور باشد.

ثانیاً) مصادیق

به موجب ماده ۶۳۷ فقره ۱ ق. م: «عقد اشخاص ذیل موقوف پنداشته می شود: ۱- فضولی؛ ۲- بایعی که عین مال را بار دیگر به شخص غیر مشتری بفروشد؛ ۳- غاصب؛ ۴- نایب یا وکیل نایب که از حدود معینه نیابت، عدول نماید؛ ۵- مالک عین مرهونه؛ ۶- مالک اراضی به زراعت داده شده، در حالی که بذر از زارع باشد، مگر اینکه در قانون خاص طور دیگر حکم شده باشد؛ ۷- مریض مرض موت که به وارث خود بفروشد؛ ۸- وصی مختار که به وارث خود بفروشد؛ ۹- وارثی که به مورث مریض در مرض موت بفروشد؛ ۱۰- صغیر ممیز؛ ۱۱- معتوه ممیز؛ ۱۲- سفیه؛ و مبتلا به غفلت.» طبق نص این ماده عقد اشخاص ذیل موقوف است:

۱) فضول: اولین نوع عقد موقوف عقد فضولی است:

(آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 451.

۴۵۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۳۰.

۱- **تعریف:** طبق ماده ۶۳۸: «شخصی که بدون وکالت یا نیابت تصرفی را از طرف شخص دیگری انجام دهد، فضولی گفته می شود.» طبق این ماده شخصی که بدون وکالت یا نیابت تصرفی را از طرف شخص دیگری انجام دهد، فضولی گفته می شود. تعریف وکالت و نیابت در مبحث نیابت گذشت. به حیث مثال، هرگاه یک شخص به نمایندگی از شخص دیگر بدون این که قراردادی میان آنها وجود داشته باشد، عملی را برای شخص دوم انجام دهد، چنین عملی، عمل فضولی است مانند این که یک همسایه خوب نلدوان را جهت ترمیم پیمپ کفیده همسایه که به تفریح رفته است استخدام نماید و یا شخص دیگری را که در معرض غرض شدن است نجات دهد.^{۴۵۳} همچنین، اگر احمد برای محمود یک تخته قالین خریداری نماید بدون این که ولی یا وکیل محمود باشد، این عقد نسبت به محمود موقوف است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف شخص فضولی است.

فضالت در لغت به معنای زیاده کاری، افزود کاری، کار بی ربط انجام دادن و کار بی معنی کردن است و در اصطلاح فقهی، فضالت وصفی برای تصرفات بیرون از دایره اختیارات شخص است. به عبارت دیگر: به کار شخص فضول فضالت گویند. همچنین، در تعریف فضالت گفته اند: به انجام کاری بدون اذن شرعی فضالت گویند، مانند اینکه: کسی بدون اذن دیگری او را به دیگری نامزد نماید؛ یا ملکی را بدون اجازه مالک آن به اجاره دهد که به کننده کار «فضولی» و به مورد انجام یافته «معامله فضولی» گویند،^{۴۵۴} و در حقوق به عقدی فضولی گویند که شخص برخوردار از اهلیت بدون داشتن حق ولایت تصرفی را انجام دهد.^{۴۵۵}

۲ - آثار: در خصوص آثار عقد فضولی در ق. م قواعد ذیل وجود دارد:

نخست: طبق ماده ۶۳۹ ق. م: «تصرف شخص فضولی، صحیح بوده و به اجازه مالک موقوف می باشد. در صورت عدم اجازه عقد باطل پنداشته می شود.» طبق نص این ماده اثری که بر عقد فضولی مرتب می گردد این است که عقد فضولی صحیح است، اما نفاذ آن منوط بر اجازه شخصی است که عقد برای او بسته شده است. بنابراین، در صورت اجازه چنین شخصی عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل است. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود یک تخته قالین خریداری نماید بدون این که ولی یا وکیل محمود باشد، این عقد نسبت به محمود موقوف است. در صورتی که محمود اجازه دهد عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد فضولی است.

دوم: طبق ماده ۶۴۰ ق. م: «هرگاه متصرف قانونی، تصرف فضولی را قولاً یا فعلاً تأیید نماید، این تأیید حکم وکالت قبلی را داشته شخص فضولی مانند وکیل به ارایه و رد آنچه به تصرف او قرار گرفته مکلف می باشد.» طبق نص این ماده صاحب عقد (متصرف قانونی) می تواند از طریق قول مانند این که بگوید تنفیذ عقد را اجازه دادم یا از طریق فعل مانند این که: در موضوع عقد تصرف نماید، عمل فضولی را مورد تأیید قرار

453 . Gerhard Robbers (2002). An introduction to German law. Translated into English by Miceal Jewll, 5th edi (____). p 178.

۴۵۴ . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۸۰.

۴۵۵ . همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۸۰.

بدهد. چنین تأییدی حکم وکالت قبلی را دارد، زیرا در این مورد قاعده فقهی وجود دارد که تصریح می نماید اجازه لاحق مانند وکالت سابق است.

لذا، شخص فصولی حکم وکیل صاحب عقد را داشته و مکلف است موضوع عقد را به او تسلیم نماید. به حیث مثال، اگر احمد برای حمیده یک تخته قالین را از جمشید خریداری نماید بدون این که ولی یا وکیل حمیده باشد، این عقد نسبت به حمیده موقوف است. در صورتی که حمیده بگوید قالین مورد پسندم واقع شد یا قالین را از احمد بگیرد و در خانه هموار نماید عقد نافذ می گردد و احمد وکیل حمیده تلقی می گردد و حمیده مکلف می گردد قیمت قالین را به احمد پرداخت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد فصولی است.

طبق ماده ۶۴۶ ق. م: «برای صحت اجازه تصرف فصولی، وجود شخص فصولی، طرف مقابل مالک اصل مال و بدل آن، حین صدور اجازه شرط می باشد. همچنین وجود اجازه دهنده، حین صدور تصرف لازم پنداشته می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که برای صحت اجازه تصرف فصولی، وجود شخص فصولی، طرف مقابل، مالک اصل مال و بدل آن، حین صدور اجازه شرط می باشد. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود یک تخته قالین را از جمشید خریداری نماید بدون این که ولی یا وکیل محمود باشد، این عقد نسبت به محمود موقوف است. در صورتی که محمود بگوید قالین مورد پسندم واقع شد یا قالین را از احمد بگیرد و در خانه هموار نماید عقد نافذ می گردد و احمد وکیل محمود تلقی می گردد و محمود مکلف می گردد قیمت قالین را به احمد پرداخت نماید. برای صحت اجازه محمود شرط است که احمد، محمود، جمشید و پول در زمان اجازه فعلی یا قولی محمود وجود داشته باشد.

دوم این که وجود اجازه دهنده، حین صدور تصرف لازم پنداشته می شود. به حیث مثال، در مثال بالا شرط است که محمود در وقت اجازه دادن حضور داشته باشد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط اجازه عقد فصولی است. عقد فصولی تابع برخی قواعد دیگر به ترتیب زیر است:

- **فسخ عقد توسط فضول و طرف عقد:** طبق ماده ۶۴۳ ق. م: «شخص فصولی و طرف دیگر عقد می توانند قبل از اجازه مالک، عقد را فسخ نمایند.» طبق نص این ماده شخص فصولی و طرف عقد مثلاً در بیع بایع، در اجاره مؤجر، در قرض قرض دهنده، قبل از اجازه شخصی که عقد برای او منعقد شده است، عقد را فسخ نمایند. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود یک تخته قالین را از جمشید خریداری نماید بدون این که ولی یا وکیل محمود باشد، این عقد نسبت به محمود موقوف است. در این صورت قبل از این که محمود اجازه دهد احمد و جمشید می توانند عقد را فسخ نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای اجازه به شخص فصولی و مالک مال از بهر فسخ عقد است.

- **هلاک مال:** طبق ماده ۶۴۱ ق. م: «هرگاه شخص فصولی، مالی را که موضوع تصرف قرار گرفته، به طرف دیگر عقد تسلیم نموده و مال قبل از اجازه تلف گردد، مالک می تواند قیمت آن را از شخص فصولی یا طرف دیگر عقد مطالبه کند.» طبق نص این ماده هرگاه شخص فصولی مال را به صاحب عقد تسلیم نموده

باشد، اما مال قبل از اجازه صاحب عقد به هر دلیلی هلاک شود، مالک مال می تواند قیمت آن را از شخص فضولی و یا صاحب عقد مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد یک تخته قالین را از جمشید برای محمود بدون این که نایب محمود باشد خریداری نماید و مال را تسلیم شود، اما قالین در اثر نم و موریانه قبل از این که احمد آن را تسلیم محمود نماید از بین برود، جمشید می تواند پول قالین را از احمد یا محمود بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این پیش بینی حکم از بین رفتن مال در عقد فضولی است.

- **فروش مال مالک توسط شخص فضولی:** طبق ماده ۶۴۲ ق. م: «هرگاه شخص فضولی، مالی را که موضوع تصرف قرار گرفته به طرف دیگر عقد تسلیم نموده و تسلیم شونده آن را با شخص دیگری عقد نماید، مالک می تواند یکی از این دو عقد را اجازه دهد.» طبق نص این ماده هرگاه شخص فضولی، مالی را که موضوع تصرف قرار گرفته به طرف دیگر عقد تسلیم نموده و تسلیم شونده آن را با شخص دیگری عقد نماید، مالک می تواند یکی از این دو عقد را اجازه دهد. به حیث مثال، اگر احمد یک تخته قالین را برای محمود از فاروق خریداری نماید و آن را به محمود تسلیم نماید و محمود آن را به جمشید به فروش رساند، فاروق می تواند عقد با احمد یا عقد محمود با جمشید را تأیید نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد فضولی است.

- **خرید مال توسط چند شخص فضول:** طبق ماده ۶۴۴ ق. م: «هرگاه چند شخص فضولی در عقد واحد اشتراک نمایند، به صورت متضامن مسؤول پنداشته می شوند.» طبق نص این ماده در صورتی که چند شخص فضولی به صورت مشترک عقد را منعقد نماید، به صورت متضامن در برابر مالک مسؤولیت دارند. متضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی عهده دار و دو جانبه است. در اصطلاح حقوقی به شریکی متضامن گویند که به صورت تضامنی مسؤولیت پرداخت قرض هر یک از شرکای دیگر را تا حد سرمایه شخصی خود داشته باشد.^{۴۵۶}

به حیث مثال، اگر احمد و محمود ده رأس گوسفند را به صورت تضامنی از جمشید برای فاروق خریداری نمایند، در برابر جمشید و فاروق مسؤولیت تضامنی دارند. جمشید می تواند پول را از هر یک احمد و محمود مطالبه نماید. همچنین، فاروق می تواند ده رأس گوسفند را از احمد و محمود در صورت تأیید عقد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر خرید مال توسط چند فضول به صورت تضامنی است.

- **وفات شخص فضول و مالک:** طبق ماده ۶۴۵ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) در صورت وفات شخص فضولی، مکلفیت ورثه او مانند مکلفیت ورثه وکیل پنداشته می شود؛ و (۲) شخص فضولی، در صورت وفات مالک در برابر ورثه او عین مکلفیت نزد مالک را دارا می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد: نخست این که در صورت وفات شخص فضولی، مکلفیت ورثه او مانند مکلفیت ورثه وکیل پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده تخته قالین را برای محمود بدون نیابت خریداری نماید و احمد وفات نماید،

۴۵۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۰۰

مسئولیت ورثه احمد مانند مسؤولیت ورثه وکیل در برابر مؤکل است. زیرا شخص فضولی وکیل صاحب عقد پنداشته می شود. بنابراین، تعهداتی را که شخص فضولی در برابر صاحب عمل دارد، ورثه شخص فضول نیز دارد. به حیث مثال، در مثال بالا، ورثه احمد مکلف اند قالدین ها را تسلیم محمود نمایند. دوم این که شخص فضولی، در صورت وفات مالک در برابر ورثه او عین مکلفیت نزد مالک را دارا می باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده تخته قالدین را برای محمود بدون نیابت خریداری نماید و محمود وفات نماید، احمد در برابر ورثه محمود دارای مکلفیتی است که در برابر محمود داشت. در این صورت، احمد مکلف است قالدین ها را تسلیم ورثه محمود نماید. در صورت تأیید عقد توسط ورثه محمود، ورثه محمود مکلف است پول را به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر وفات مالک و شخص فضولی است.

۲) طبق ماده ۶۳۷ ق. م بایعی که یک مال را به مشتری به فروش رساند و قبل از قبض مال توسط مشتری آن را بار دیگر به مشتری دیگر به فروش رساند. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود به فروش رساند و قبل از این که مال را به محمود تسلیم نماید و محمود مال را قبض نماید یا بگیرد احمد اسپ را به فاروق به فروش رساند، عقد دوم فضولی است. اگر محمود عقد را تأیید نماید، عقد نافذ و در صورت عدم تأیید عقد باطل است.

۳) غاصب: طبق ماده ۶۳۷ ق. م عقدی را که غاصب که تعریف آن در مبحث غصب خواهد آمد در باره مغضوبه منعقد نماید، چنین عقدی موقوف است. بنابراین، در صورتی که مغضوب منه اجازه اعطاء نماید، عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل است. به حیث مثال، اگر احمد زمین حمیده را غصب نماید و آن را به مرضیه به فروش رساند، در صورت تأیید عقد توسط حمیده عقد نافذ و در صورت عدم تأیید عقد باطل می گردد.

۴) نایب یا وکیل که از حدود صلاحیت خویش عدول نماید: طبق ماده ۶۳۷ ق. م در صورتی که ولی، وصی و قیم در نیابت قانونی و وکیل در نیابت قراردادی از حدود صلاحیت خویش تجاوز نمایند، عقد ولی، وصی و قیم در صورت اجاره صغیر بعد از رسیدن به بلوغ و از محجور در صورت رفع حجر و از وکیل در صورت اجازه مؤکل نافذ و در صورت عدم اجازه باطل پنداشته می شود. عدول در لغت به معنی تخطی کردن است.^{۵۷} به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل به خرید تعیین نماید و بگوید یک رأس گاو را برای من مبلغ بیست هزار افغانی خریداری کن اما محمود گاو را سی هزار خریداری نماید، عقد نسبت به محمود موقوف است. در صورت تأیید محمود عقد نافذ و در صورت عدم تأیید باطل می گردد. تعریف نیابت و وکالت در مبحث نیابت گذشت.

۵) مالک عین مرهونه. مرهونه مالی است که توسط رهن دهنده به رهن گیرنده به رهن داده می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موتر خویش را به محمود به رهن بدهد و احمد موتر را به

جمشید به فروش رساند، عقد احمد فضولی است. در صورتی، محمود اجازه دهد عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل می‌گردد.

۶) مالک اراضی به اجاره داده شده، در حالی که بذر از دهقان باشد. به حیث مثال، در صورتی که احمد زمین خویش را به محمود مزارعه بدهد، مالک زمین نمی‌تواند زراعت را در حالی که بذر (تخم) آن از زارع (محمود) باشد به دیگری بفروشد. در صورت فروش، چنین عقدی فضولی است و نفاذ آن منوط بر اجازه محمود است. پس، اگر محمود اجازه اعطاء نماید، عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل است.

۷) مریض مبتلاء به مرض الموت که اموال خود را به وارث خود به فروش رساند: در باره تعریف اصطلاحی مرض الموت در فقه دو تعریف وجود دارد: جمهور فقهاء بر این نظر اند که: مرض الموت عبارت از مرض مخوفی است که متصل با مرگ باشد، هر چند سبب مرگ، مرض نباشد. اما، فقهای حنفیه در تعریف مرض الموت می‌گویند: «مرض الموت عبارت از مرضی است که در اغلب اوقات خوف مرگ مریض در آن متصور باشد و آن حالتی است که اگر مریض از جمله مردها باشد، از انجام کارها و مصالح خویش در خارج از منزل عاجز گردد و در صورتی که مریض از جمله زنان باشد از انجام مصالح خود در داخل منزل عاجز گردد و در همین حالت، قبل از مرور یک سال بمیرد، خواه مریض حالت مریضی را در بستر بگذارد و یا خارج از بستر.

اگر مرض او دوام کند و یک سال از آن بگذرد، چنین مریض تا آنکه مرض او شدت پیدا نکند و حالت او تغییر نیابد، حکم انسان سالم را دارد و تصرفاتش مانند تصرفات انسان سالم و عادی به حساب می‌آید. اگر حالت او تغییر کرد، و مرض او شدت یافت و بعد از این حالت وفات کرد، از زمان تغییر حالت تا ساعت وفات، حالت مرض را به خود می‌گیرد.» (ماده ۱۵۹۵ مجله الاحکام).

از جمع تعاریف فوق چنین نتیجه گرفته می‌شود که تحقق مرض الموت منوط به تحقق شرایط ذیل است:

- اینکه مرض مخوف باشد؛ یعنی: غالباً و عادتاً هلاک مریض در آن متصور باشد؛ و
 - به تعقیب مرض، مرگ واقع گردد اعم از اینکه مرگ به سبب مرض باشد، یا سبب خارجی دیگر مانند: قتل، غرق شدن، حریق، تصادم و امثال اینها. جمهور فقهاء برخی حالات دیگر را نیز پیش بینی نموده که شخص مواجه به آن با تحقق دو شرط مرض الموت در حکم شخص مصاب به مرض الموت است. این حالات عبارت است از:

- کسی که در داخل کشتی و یا قایق در بحر در حرکت باشد و در اثر طوفان و امواج خوف غرق شدن و هلاکت او غالب باشد. همچنین، در صورت شکستن کشتی و باقی ماندن شخص بر توتّه کشتی و ترس از غرق در حکم مرض الموت است؛

- کسی که در اثر قتل و یا عمل دیگر به قصاص و یا اعدام محکوم شده باشد؛

- شخصی که به دست دشمنانی اسیر و محبوس شود که عادتاً آنها اسیران را قتل نمایند؛

- زن حامله که به درد زایمان مبتلا است. در این حالات و سایر حالات مشابه شرط است که خوف هلاک غالباً متصور باشد.^{۴۵۸}

مرض الموت که بر اهلیت اداء شخص مبتلاء به آن هیچ نوع تأثیری وارد نمی کند. زیرا، مرض الموت موجب مختل شدن عقل نمی گردد. بنابراین، بر اقوال و عبارات مریض مبتلاء به مرض الموت در معاملاتی از قبیل: بیع، هبه، اجاره و امثال اینها اثر مرتب می شود. باوجوداین، جهت تحقق مصلحت اخروی مدیون که دین کسی بر ذمه وی باقی نماند و نیز جهت تحقق مصلحت داینین و ورثه او، از برخی تصرفات منع می شود، چنانکه اگر قرضدار باشد، نمی تواند تصرفاتی به عمل آورد که موجب زیان داینین او گردد، به عنوان مثال، تمام دارایی خود را به فروش رساند یا تمام اموال و دارایی خود را وصیت نماید که در این صورت ورثه متضرر می گردد. در صورتی که شخص مبتلاء به مرض الموت مال خود را به یکی از ورثه به فروش رساند، نفاذ آن منوط بر اجازه سایر ورثه است.

بنابراین، در صورتی که سایر ورثه اجاره اعطاء نمایند، عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل است. به حیث مثال، اگر حمیده به سرطان مصاب باشد و اموال خویش را به یکی از پسران خویش به فروش رساند، عقد موقوف است. در صورتی که سایر ورثه حمیده مانند شوهر و دختر اجازه دهند عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل است.

۸) وصی مختار که مال صغیر را به وارث خود به فروش رساند: طبق ماده 673 ق. م در صورتی که وصی مختار مال صغیر را به ورثه خود به فروش رساند، نفاذ آن منوط بر اعطای اجازه توسط صغیر بعد از رسیدن به سن بلوغ است. بنابراین، در صورتی که صغیر بعد از رسیدن به سن بلوغ نفاذ عقد را اجازه دهد، عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل است. وصی اختیاری یا وصی الاب عبارت از وصی است که از طرف پدر یا پدر کلان طفل برای اداره امور مالی او برای پس از مرگ موصی تعیین می گردد.

بنابراین، وصی مختار عبارت از کسی است که شخصی در زمان حیات خود و قبل از مرگ برای تدبیر شؤون قاصر می گمارد. زیرا، پدر و پدر کلان می توانند که افراد پرهیزگار و با صلاحیت را برای اداره امور فرزندان صغیر خویش انتخاب نمایند.^{۴۵۹} به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و اموال زیادی را از پدرش محمود به ارث گرفته باشد و محمود جمشید را به عنوان وصی احمد تعیین نموده باشد و جمشید اموال احمد را به پسر یا دختر خویش به فروش رساند، عقد موقوف است. در صورتی که احمد بعد از رسیدن به بلوغ اجازه دهد عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل می گردد.

۹) وارثی که مال خویش را به مورث مریض در مرض موت بفروشد: وارثی که مال خویش را به مؤرث در حین مرض الموت مؤرث به فروش رساند، چنین عقد فضولی و نفاذ آن منوط بر اجازه سایر ورثه است. پس، اگر ورثه اجازه دهند، عقد نافذ و در غیر آن باطل است. به حیث مثال، اگر احمد مصاب به سرطان باشد

۴۵۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۷ و ۲۹۸۸؛ (___) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، صص ۵-۷؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۳۱۳-۳۱۵.
۴۵۹. وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۴۳۱؛ و وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۳۳۷.

و محمود پسر احمد مال خویش را به پدر خویش احمد به فروش رساند، عقد موقوف است. اگر سایر ورثه احمد مانند زوجه و دختر اجازه دهند عقد نافذ می‌گردد و اگر اجازه ندهد عقد باطل می‌شود.

۱۰) **وارثی که متروکه مستغرقه به دین را بفروشد:** طبق ماده ۶۷۳ در صورتی که وارث متروکه مستغرق به دین را به فروش رساند، نفاذ چنین عقدی بخاطر رعایت مصلحت داینین مؤثر منوط بر اعطای اجازه توسط آنها است. پس، در صورتی که داینین مؤثر اجازه دهند، عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل است. مستغرق اسم مفعول از ریشه «غرق» گرفته شده است که در لغت به معنی غرق شده، غوطه ور شده و در آب فرو رفته است. در اصطلاح مستغرق به کسی گویند که در آب فرو رفته و غرق شده است. همچنین، مستغرق به مالی می‌گویند همه آن پرداخت دین شود.^{۴۶۰}

متروکه مالی است که شخص پس از وفات خویش به جا می‌گذارد. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون باشد و مجموعه مال و دارایی احمد اعم از خانه، زمین، موتر، قالین و نظیر اینها پنجاه لک افغانی شود، متروکه احمد مستغرق به دین است. اگر پس از وفات احمد ورثه احمد مانند پسر، دختر و زوجه مال احمد را به فروش رسانند، این عقد موقوف است. در صورتی که داینین احمد اجازه دهند عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل می‌شود.

۱۱) **صغیر ممیز:** طبق ماده ۶۳۷ تصرف صغیر که متضمن نفع و ضرر وی باشد، منوط بر اجازه ولی است. بنابراین، در صورتی که ولی اجازه اعطاء نماید، عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل است که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و بایسکل خویش را به حمیده به فروش رساند، عقد احمد موقوف است. در صورتی که ولی احمد اجازه دهد عقد نافذ و اگر اجازه ندهد عقد باطل می‌گردد.

۱۲) **معتوه ممیز:** طبق ماده ۶۳۷ ق. م تصرفات متضمن نفع و ضرر معتوه که تفصیل آن گذشت منوط بر اجازه قیم است. بنابراین، در صورتی که قیم اجازه اعطاء نماید، عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل است.^{۴۶۱} به حیث مثال، اگر احمد سی ساله و معتوه باشد و بایسکل خویش را به حمیده به فروش رساند، عقد احمد موقوف است. در صورتی که قیم احمد اجازه دهد عقد نافذ و اگر اجازه ندهد عقد باطل می‌گردد.

۱۳) **سفیه:** وفق ق. م تصرفات سفیه تابع تصرفات صبی ممیز است. بنابراین، در صورتی که سفیه عقدی را منعقد نماید که نفع محض برای صبی داشته باشد، مانند: قبول، هبه و صدقه چنین عقد صحیح است. اما، در صورتی که سفیه عقدی را منعقد نماید که نفع و ضرر در آن متصور باشد مانند: خرید و فروش، اجاره، مزارعه، مساقات، شرکت و نظیر اینها در صورتی که قیم اجازه دهد عقد صحیح و در صورت عدم اجازه عقد باطل است. به حیث مثال، اگر احمد سی ساله و سفیه باشد و بایسکل خویش را به حمیده به فروش رساند، عقد احمد موقوف است. در صورتی که قیم احمد اجازه دهد عقد نافذ و اگر اجازه ندهد عقد باطل می‌گردد.

۴۶۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۲۷.
 ۴۶۱. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۸۷-۸۹.

۱۴) شخص مبتلا به غفلت: طبق ماده ۶۳۷ ق. م در صورتی که شخص مبتلاء به غفلت که تفصیل گذشت تصرفی انجام دهد که این تصرف متضمن نفع و ضرر برای او باشد، نفاذ آن منوط بر اجازه قیم است. بنابراین، در صورتی که قیم اجازه اعطاء نماید، عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل است. به حیث مثال، اگر احمد سی ساله و غافل باشد و بایسکل خویش را به حمیده به فروش رساند، عقد احمد موقوف است. در صورتی که قیم احمد اجازه دهد عقد نافذ و اگر اجازه ندهد عقد باطل می گردد.

ثالثاً) اثر

طبق ماده ۶۳۷ فقره اول ق. م: «عقد موقوف غیر نافذ، فاقد اثر حقوقی بوده، ثبوت ملکیت از آن افاده نمی گردد، مگر به اجازه شخصی که بر موضوع عقد و تصرف در آن صاحب صلاحیت بوده و اجازه وی دارای جمله شرایط صحت باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که عقد موقوف غیر نافذ، فاقد اثر حقوقی بوده، ثبوت ملکیت از آن افاده نمی گردد. افاده در لغت به معنی فایده رساندن و سود دادن است.^{۴۶۲}

استعمال این لغت در نص این ماده با توجه به معنی لغوی آن محل ایراد به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد یک تخته قالین را از جمشید برای محمود بدون این که نایب محمود باشد خریداری نماید، این عقد نسبت به محمود موقوف، غیرنافذ، بدون اثر حقوقی است و برای محمود موجب ثبوت ملکیت قالین نمی شود.

استثنای این قاعده این است که این عقد به اجازه شخصی که بر موضوع عقد و تصرف در آن صاحب صلاحیت بوده و اجازه وی دارای جمله شرایط صحت باشد نافذ است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود عاقل و بالغ باشد و تنفیذ عقد را اجازه دهد، عقد نسبت به محمود نافذ، لازم و دارای اثر حقوقی می گردد و موجب ثبوت ملکیت قالین برای محمود می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد موقوف است. فقهاء در این خصوص بر این نظر اند که: حکمی که بر عقد موقوف مرتب می گردد این است که: عقد موقوف صحیح است، ولی نفاذ آن متوقف بر اجازه غیر است. بنابراین، در صورتی که شخصی اثر عقد متوجه او می شود، اجازه دهد، عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل می گردد.^{۴۶۳}

طبق ماده ۵۰۳ ق. م: «هرگاه حین صدور عقد شخصی که حق اجازه و انفاذ آن را دارد موجود نباشد، چنین عقد باطل پنداشته می شود.» طبق نص این ماده در صورتی که شخصی که صلاحیت اجازه و نفاذ عقد را دارد به هر دلیلی موجود نباشد، عقد در اثر عدم موجودیت و در نتیجه عدم تحقق اجازه نافذ باطل می گردد. عبارت موجود نباشد را باید تفسیر موسع نمود.

۴۶۲. (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 462.

۴۶۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۹۳؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۷؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشتون الاسلامية، ص ۲۳۶.

لذا، عدم موجودیت می تواند ناشی از مفقودیت، غیابت، سفر و امثال اینها باشد. به حیث مثال، اگر احمد یک تخته قالبین را از جمشید برای محمود بدون این که نایب محمود باشد خریداری نماید، شرط است که محمود موجود باشد. در صورتی که محمود موجود نباشد، به حیث مثال، وفات کرده باشد، غایب باشد، مفقود باشد و نظیر اینها، عقد باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط اجازه عقد فضولی است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۴۳)

ماده (۵۰۳) قانون مدنی قابل غور است اگر معنی جمله (موجود نباشد) عدم حضور در محل عقد باشد منافی مواد (۶۴۹-۶۲۷) قانون مدنی بالخاصه ماده (۱۳۹) می باشد و اگر معنی آن عدم تحقق یعنی نیستی کلی آن باشد بی لزوم است زیرا امثال برای صدق آن پیدا شده نمی تواند.

توضیح:

منظور از ماده فوق عدم موجودیت اجازه دهنده به صورت کلی است مثلاً فروش اموال صغیر محجور که ولی، وصی و قیم شان وجود نداشته و اجازه نداده باشد عقد باطل است و مواد (۶۲۷) الی (۶۴۹) موارد عقد فاسد بوده که به این موضوع ارتباط دارد.^{۴۶۴}

طبق ماده ۶۴۷ ق.م: «اجازه عقد موقوف از طرف شخصی که صلاحیت آن را دارد، طور صریح یا ضمنی صورت می گیرد. شخصی که صلاحیت اجازه را دارد، می تواند اعتراض خود را مبنی بر عقد حد اکثر در خلال یکسال از تاریخ علم بر تصرف یا از بین رفتن سبب نقصان اهلیت و یا از بین رفتن سبب موقوف بودن عقد، تقدیم نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که شخصی که در عقد موقوف صاحب صلاحیت است می تواند به صورت صریح نفاذ عقد را اجازه دهد، مانند این که بگوید نفاذ عقد را اجازه دادم. همچنین، این شخص می تواند به صورت ضمنی نفاذ عقد را اجازه بدهد، مانند این که مبیعه را قبض نماید، و یا مبیعه را به شخصی دیگری به فروش رساند. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود یک پایه یخچال خریداری نماید و محمود بگوید یخچال را قبول نمودم عقد را به صورت صریح پذیرفته است و اگر یخچال را در خانه جابجا نماید و از آن استفاده نماید، عقد را به صورت ضمنی پذیرفته است. در این مثال، محمود صلاحیت تأیید و فسخ عقد را دارد.

دوم این که شخصی که صلاحیت اجازه را دارد، می تواند اعتراض خود را مبنی بر عقد حد اکثر در خلال یکسال از تاریخ علم بر تصرف تقدیم نماید. اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است. همچنین، اعتراض در لغت به معنی تعرض کردن، عیب گرفتن، خرده گرفتن است.^{۴۶۵} به حیث مثال، اگر احمد برای محمود یک پایه یخچال خریداری نماید، محمود می تواند اعتراض

۴۶۴. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۰۵.

۴۶۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۵۳.

خویش را الی مدت یک سال از تاریخ آگاهی خریداری یخچال توسط احمد به او بگوید، به عنوان نمونه، محمود می تواند الی مدت یک سال به احمد بگوید من یخچال را نمی خواهم.

سوم این که شخصی که صلاحیت اجازه را دارد، می تواند اعتراض خود را مبنی بر عقد حد اکثر در خلال یکسال از تاریخ علم بر از بین رفتن سبب نقصان اهلیت تقدیم نماید. عبارت سبب نقصان اهلیت در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. اسباب نقصان اهلیت چنانچه تفصیل آن در مبحث اهلیت گذشت، صغر، جنون، عته، سفه و غفلت است.

به حیث مثال، اگر احمد برای محمود ناقص اهلیت، به حیث مثال مجنون، معتوه، سفیه و صغیر یک پایه یخچال خریداری نماید، محمود می تواند اعتراض خویش را الی مدت یک سال از تاریخ آگاهی خریداری و از بین رفتن نقصان اهلیت به او بگوید، به عنوان نمونه، محمود می تواند الی مدت یک سال پس از، از بین رفتن نقصان اهلیت به احمد بگوید من یخچال را نمی خواهم. نقصان اهلیت زمانی از بین می رود که مجنون عاقل، سفیه عاقل، معتوه عاقل و صغیر بالغ گردد. به حیث نمونه، در مثال بالا اگر محمود مجنون باشد و صحت یاب شود الی مدت یک سال می تواند به احمد بگوید یخچال را می پذیرد یا نمی پذیرد.

چهارم این که شخصی که صلاحیت اجازه را دارد، می تواند اعتراض خود را مبنی بر عقد حد اکثر در خلال یکسال از تاریخ علم بر از بین رفتن سبب موقوف بودن عقد، تقدیم نماید. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود که صغیر ممیز است و تحت ولایت پدر یا پدر کلان خویش قرار دارد، یک پایه یخچال خریداری نماید، محمود می تواند اعتراض خویش را الی مدت یک سال از تاریخ آگاهی خریداری و از بین رفتن سبب موقوف بودن عقد تقدیم نماید.

سبب موقوف بودن عقد در این مثال صغیر ممیز بودن محمود است. زیرا، صغیر ممیز تحت ولایت ولی قرار می گیرد و تصرفاتی که می تواند سود و زیان داشته باشد باید توسط ولی او مورد تأیید قرار گیرد. در صورتی که محمود بالغ شود و ولایت ولی او بر او به سبب بلوغ محمود منتهی شود، محمود می تواند الی مدت یک سال از زمان از بین رفتن سبب موقوف بودن عقد، عقد را نپذیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم طریقه های اجازه عقد و تعیین حداکثر موعد عدم اجازه عقد فضولی است.

طبق ماده ۶۴۸ ق.م: «در تصرف موقوف، اجازه به زمان صدور تصرف راجع می گردد، نه به زمان صدور اجازه.» طبق نص این ماده در تصرف موقوف، اجازه به زمان صدور تصرف راجع می گردد، نه به زمان صدور اجازه. منظور از تصرف عقد و ایقاع است. به حیث مثال، اگر احمد به تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۹ یک عراده موتر را برای محمود خریداری نماید و محمود به تاریخ اول سرطان سال ۱۳۹۹ تنفیذ عقد را اجازه دهد، عقد از تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۹ نافذ می گردد. زمان تصرف در این مثال اول حمل سال ۱۳۹۹ و زمان اجازه اول سرطان ۱۳۹۹ است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی زمان انفاذ تصرف است.

طبق ماده ۶۴۹ ق.م: «در تصرف موقوف، متصرف نمی تواند حینی که ملکیت موضوع عقد به او تعلق می گیرد، از آن انصراف نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که شخص صاحب صلاحیت نفاذ عقد موقوف را

اجازه دهد، و موضوع عقد (مثلاً مبیعه در عقد بیع از بایع به مشتری منتقل شود) عقد موقوف به عقد لازم تبدیل شده و شخص صاحب صلاحیت نمی تواند از آن منصرف شود.

به حیث مثال، اگر احمد برای حمیده یک پایه تلویزیون را بدون این که نایب او باشد از محمود خریداری نماید و حمیده به تنفیذ عقد اجازه دهد، عقد نسبت به حمیده لازم می گردد و حمیده نمی تواند از عقد رجوع نماید. به عنوان مثال، بعد از این که به تنفیذ عقد اجازه داده است به احمد بگوید من تلویزیون را نمی خواهم. تلویزیون را ببر و به محمود تسلیم کن. زیرا، بعد از اعطای اجازه عقد نسبت به حمیده لازم می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر اجازه است.

ب) عقد غیر صحیح و انواع آن

عقد غیر صحیح، عقدی است که خللی در ارکان اصلی و یا یکی از شرایط مقرر قانونی آن که تفصیل آن گذشت وجود داشته باشد. حکمی که بر عقد غیر صحیح مرتب می گردد این است که، عقد غیر صحیح موجب ایجاد اثر مطلوب نمی گردد مانند: بیع گوشت حیوان مرده، خون، شراب و خنزیر توسط مسلمان و خرید و فروش شخص فاقد اهلیت، بیع شی به ثمن مجهول، عقد اجاره با اجرت و مدت مجهول و امثال اینها.^{۴۶۶}

عقد غیر صحیح در ق. م عقد باطل نامیده شده است (ماده ۶۰۹ ق. م). به تعبیر فقهای حنفی عقد غیر صحیح عقدی است که اصل صحیح اما وصف صحیح نیست.^{۴۶۷} عقد غیر صحیح به اعتقاد جمهور فقهاء به غیر از حنفیه همان عقد باطل است؛ بدین معنی که: فقهای غیر حنفیه هیچ نوع تفکیک میان عقد فاسد و باطل قایل نمی شوند. ولی، فقهای حنفیه عقد غیر صحیح را به عقد باطل و فاسد تقسیم می نمایند:

۱) عقد باطل

۱) **تعریف:** طبق ماده ۶۰۹ ق. م: «عقدی که رکن یا شرطی از شرایط آن موجود نباشد، باطل پنداشته می شود.» اگرچه این تعریف مربوط عقد باطل است، اما مفهوم مخالف آن این است که هر عقدی که ارکان و شروط ارکان آن، که تفصیل هر دو گذشت، متحقق باشد، عقد صحیح است. مفهوم موافق این تعریف این است که عقد باطل عقدی است رکن یا شرط رکن در آن موجود نباشد. باطل اسم فاعل از ریشه بطل گرفته شده است که در لغت به معنی تباه و عدم است، چنانکه اگر عرب بگوید: بطل این به این معنی است که تباه شد.^{۴۶۸} تعریف رکن و شرایط عقد گذشت. به حیث مثال، عقد بدون صیغه باطل است. همچنین، عقد بدون سبب باطل است. عقد بدون موضوع مانند فروش موتر در حالی که موتر اصلاً وجود نداشته باشد و امکان ایجاد آن در آینده موجود نباشد باطل است. همچنین، عقدی که موضوع نامعین، خلاف نظم عمومی و آداب عامه باشد باطل است.

۴۶۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۸۹؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۸.

467. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th ed, Kuala Lumpur: ASN, p 27.

۴۶۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۲۸.

همچنین، عقد مجنون باطل است. در مثال های اول، دوم و سوم رکن عقد معدوم است. در مثال های چهارم، پنجم و ششم شرط رکن که عبارت از عدم مخالفت موضوع با نظام و آداب عامه اهلیت طرفین است معدوم است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف عقد باطل است.

همچنین، طبق ماده ۶۱۳ ق. م: «عقد باطل آن است که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد». عبارت اصل و وصف در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از اصل معنی لغوی اصل و از وصف معنی لغوی آن نیست. به نظر می رسد منظور از اصل رکن و از وصف شرایط ارکان عقد است. با پذیرش این فرضیه، عقدی که رکن و شرط آن غیر مشروع باشد باطل است. این نظر، ابهام موجود در این ماده را رفع نمی نماید. زیرا، رکن و شرط رکن چطور می تواند غیر مشروع باشد. با توجه به آنچه گفته این تعریف مبهم به نظر می رسد و قابل توصیه است اصلاح گردد.

همچنین، نص این ماده شبیه ماده ۶۰۹ ق. م است. اگر این دو ماده را کنار هم قرار دهیم و تفسیر ساختاری- منطقی و تاریخی نماییم این نتیجه به دست می آید که عقد باطل عقدی است که رکن و شرط رکن آن متحقق نگردد. به نظر می رسد این مفهوم در ماده ۶۱۳ ق. م به نحوی از انحاء تصریح شده است. همچنین، طبق تفسیر تاریخی، به نظر می رسد تعریف اول و دوم از فقه غیرحنفی (مالکی، شافعه و حنبلی) گرفته شده است. زیرا، فقهای غیرحنفی عقدی را باطل می دانند که رکن و شرط رکن در آن متحقق نباشد، مانند عقد بدون صیغه و عقد مجنون. صیغه در این مثال رکن است که متحقق نیست و اهلیت شرط رکن است که در یکی از طرفین عقد موجود نیست. اما، تعریف دوم از فقه حنفی گرفته شده است. به اعتقاد فقهای حنفیه عقد باطل، عقدی است که در یکی از ارکان، یا محل آن خللی وجود داشته باشد.^{۴۶۹} به عبارت دیگر: فقهای حنفی عقد غیرصحیح را به فاسد و باطل تقسیم می نمایند. اگر رکن عقد متحقق نگردد، عقد باطل و اگر وصف عقد متحقق نگردد، عقد فاسد است.^{۴۷۰}

همچنین، فقهای حنفیه بر این عقیده اند که عقدی باطل است که اصلاً و وصفاً نامشروع باشد.^{۴۷۱} مانند اینکه یکی از عاقدین فاقد اهلیت باشد، مانند: مجنون و طفل غیرمميز، یا ممیزی که عقد موجب تضرر وی گردد، یا صیغه عقد غیر صحیح باشد، یا محل عقد غیر قابل حکم باشد، مانند: بیع آنچه که مال تلقی نمی گردد، یا مال متقوم نباشد مانند: شراب، خنزیر، ماهی در آب، یا خرید و فروش اموال عامه مانند: قسمتی از سرک، شفاخانه، مسجد، خرید و فروشی که ثمن غیر از مال مانند گوشت مرده تعیین شده باشد، یا ازدواج با یکی از محارم، یا ازدواج با زنی که عدت وی به پایان نرسیده، یا ازدواج به زوجه متزوجه غیر و نظیر اینها که همه عقد باطل تلقی می گردند.

(۲) اثر: در خصوص آثار عقد باطل قواعد ذیل در ق. م وجود دارد:

۴۶۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۰۸۹؛ و علي محي الدين القره داغي (۱۴۰۳ ق). المقدمة في المال، والاقتصاد والملكية والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۰۶.

470. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th ed, Kuala Lumpur: ASN, p 27.

۴۷۱. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۰۸۹.

۱- طبق ماده ۶۱۴ ق. م: «عقد باطل اصلاً منعقد نگردیده و افاده حکمی را نمی نماید، گرچه قبض صورت گرفته باشد». طبق نص این ماده عقد باطل اصلاً منعقد نمی گردد؛ یعنی: عقد باطل کان لم یکن است. بنابراین، عقد باطل افاده حکمی را نمی نماید؛ به این توضیح که: موجب ایجاد اثر نمی گردد. علاوه بر این، در این ماده قید شده است که هرچند در عقد باطل قبض صورت گرفته باز هم عقد باطل موجب ایجاد اثر نسبت به طرفین عقد نمی شود.

قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است. در اصطلاح فقهی و حقوقی به اخذ و در اختیار گرفتن موضوع متعلق به طرف معامله از سوی شخص متصرف به نحوی که امکان تصرف برای وی فراهم آید، قبض گویند.^{۴۷۲} معنی افاده در بالا گذشت. به نظر می رسد منظور از قبض، قبض عوضین در عقود معوض است مثلاً هرگاه در عقد بیعی که به صورت باطل منعقد گردیده بایع میبعه را و مشتری ثمن را قبض نموده باشند، چنین قبضی فاقد اعتبار است.

به حیث مثال، اگر احمد پنج ساله باشد و بایسکل خود را به محمود بیست ساله به فروش رساند و بایسکل را به محمود منتقل نماید و محمود پول را به احمد بدهد، این عقد باطل است. گرفتن پول توسط احمد و گرفتن بایسکل توسط محمود اثر ندارد. بنابراین، احمد مالک پول و محمود مالک بایسکل نمی شود. هرچند در این مثال، نقل و انتقال ملکیت صورت گرفته است، اما این نقل و انتقال، مادی است نه قانونی. بنابراین، احمد و محمود مادماً مالک پول و بایسکل می شوند اما قانوناً این نقل و انتقال قانونی نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد باطل است.

۲- طبق ماده ۶۱۵ ق. م: «هرگاه عقد باطل نافذ گردیده باشد، رد بدلین و اعاده حالت اصلی حتمی می باشد. در صورتی که رد بدلین متعذر باشد، محکمه به ضمان عادلانه حکم می نماید». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که هرگاه عقد باطل نافذ گردیده باشد، رد بدلین و اعاده حالت اصلی حتمی می باشد. بدلین به معنی عوض و معوض (عوضین) است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی بدلین چیز های اند که به عوض همدیگر در عقد مبادله می شوند. به عنوان مثال، در عقد بیع، مبیع و ثمن و در عقد اجاره عین مستأجره و اجرت بدلین اند.

به حیث مثال، در عقد بیع باطل بایع میبعه را به مشتری و مشتری ثمن را به بایع تسلیم نموده باشند و یا در عقد اجاره باطل مؤجر عین مستأجره را به مستأجر و مستأجر اجوره را به مؤجر به صورت پیش پرداخت، تأدیه کرده باشند، طرفین مکلف به رد بدلین اند. به حیث مثال، اگر احمد شش ساله بایسکل خویش را به محمود به فرو رساند و بایسکل را تسلیم محمود نماید و پول را بگیرد، احمد باید پول و محمود بایسکل را به احمد بدهد.

دوم این که هرگاه عقد باطل نافذ گردیده باشد، اعاده حالت اصلی حتمی می باشد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود مجنون عقد ببندد تا خانه او را تخریب و خانه جدید برای او اعمار نماید و احمد کار را شروع نماید،

۴۷۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۰۲.

عقد باطل است و اثر ندارد. در این صورت، احمد مکلف است خانه تخریب شده و کهنه محمود را به حالت اولیه آن برگرداند.

سوم این که در صورتی که رد بدلین متعذر باشد، محکمه به ضمان عادلانه حکم می نماید. تعریف ضمان (جبران خسارت) در مبحث مسؤولیت مدنی قراردادی خواهد آمد. متعذر اسم فاعل از ریشه «عذر» گرفته شده است که در لغت به معنی دشوار، محال، غیرممکن و سخت است.^{۴۷۳} به حیث مثال، اگر احمد بیست بوجی آرد از محمود سفیه محجور علیه خریداری نماید و آرد ها را به فروش رساند و آرد ها را مستهلکین به مصرف برساند، عقد باطل نافذ گردیده است.

در این صورت، احمد نمی تواند آرد ها را دوباره به محمود مسترد نماید. اگر قیم محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید، احمد می تواند در اثر حکم محکمه جبران خسارت بیست بوجی آرد را به محمود پرداخت نماید. چون آرد مال مثلی است، احمد می تواند بیست بوجی آرد دیگر به محمود بدهد و پول خویش را از محمود بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تنفیذ عقد باطل است.

۳- طبق ماده ۶۱۶ ق. م: «اجازه بر عقد باطل اثر قانونی نداشته، اشخاص ذیعلاقه می توانند به بطلان آن تمسک نمایند.» طبق نص این ماده عقد باطل فاقد اثر است و اشخاص ذیعلاقه و ذینفع می توانند بطلان آن را تمسک نمایند. بطلان در لغت به معنی باطل شدن، تباه شدن، از کار افتادن، باطل بودن، بی اعتبار شدن، نابودی و هلاکت است.^{۴۷۴} تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهی و توسل، سند و حجت است.^{۴۷۵} به حیث مثال، عقدی که را مجنون یا صبی غیر ممیز با دیگری مبنی بر فروش عقار خویش منعقد نماید، چنین عقدی باطل است.

در نتیجه، ولی صغیر غیر ممیز و قیم مجنون می توانند به بطلان این عقد استناد نمایند. به طور مشخص تر: اگر احمد شش ساله بایسکل خویش را به محمود شش ساله به فرو رساند و بایسکل را تسلیم محمود نماید و پول را بگیرد و هر دو بگویند عقد نافذ باشد، این عقد اثر حقوقی ندارد. بنابراین، احمد مالک پول و محمود مالک بایسکل نمی شود. نمایندگان احمد و محمود مانند پدر و پدر کلان می توانند به باطل بودن این عقد استناد نمایند. دلیل این قاعده، چنانچه تفصیل آن در مبحث اصل آزادی انعقاد عقود گذشت مخالفت عقد با قانون است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اجازه طرفین بر انفاذ عقد باطل است.

۴- طبق ماده ۶۱۹ ق. م: «عقد باطل منتج به اثرات عقد قانونی نگردیده، مگر به حیث حادثه عادی مستوجب ضمان می گردد.» طبق نص این ماده عقد باطل منتج به اثرات عقد قانونی نگردیده، مگر به حیث حادثه عادی مستوجب ضمان می گردد. تعریف حادثه حقوقی و ضمان (جبران خسارت) در فصل مسؤولیت مدنی قراردادی و غیرقراردادی خواهد آمد. به حیث مثال، در صورتی که ملکیت عقار از احمد صبی غیر ممیز

473. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

474. Ibid, (Last visit: 23/1/2016).

475. Ibid (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۱۸/۸).

و مجنون به مشتری منتقل شده باشد، ولی صغیر غیر ممیز و قیم مجنون می توانند ملکیت را از مشتری به بائع (صغیر و مجنون) و ثمن را به مشتری دو باره انتقال دهند.

با آنکه عقد باطل موجب ایجاد اثر نمی گردد، اما به حیث حادثه عادی موجب ایجاد ضمان می گردد. به عنوان مثال، هرگاه مجنون و یا صغیر ممیز مال خویش را به دیگری به فروش رسانند و انتقال مال نیز صورت پذیرفته باشد، و ولی و یا قیم آنها عقد را باطل نمایند، در چنین حالتی باید جبران خسارت اعاده مال را بپردازند.^{۴۷۶}

به حیث مثال، اگر احمد شش ساله زمین خویش را به محمود به فروش رساند و ولی احمد به بطلان عقد استناد نماید و خواهان اعاده زمین به احمد گردد، بر حسب مورد ولی احمد یا محمود باید جبران خسارت نقل و انتقال را پرداخت نماید. همچنین، اگر احمد ده ساله پنجاه سیر برنج را برای محمود هبه نماید و ولی احمد به بطلان عقد استناد نماید، اما محمود برنج ها را مصرف کرده باشد، محمود مکلف است به عنوان حادثه حقوقی جبران خسارت را پرداخت نماید. پرداخت جبران خسارت در این صورت پرداخت پنجاه سیر برنج برای احمد است. چون در این عقد احمد ناقص اراده و اهلیت است، این عمل احمد عقد یا در مفهوم وسیعتر عمل حقوقی تلقی نمی گردد. اما، چون بر حسب مورد محمود باید جبران خسارت را پرداخت نماید، قانونگذار مدنی این عمل را حادثه حقوقی تلقی می نماید.

۵- طبق ماده ۶۱۷ ق. م: «هرگاه بطلان قسمتی از عقد ظاهر گردد، قسمت متباقی به حیث عقد مستقل صحیح پنداشته می شود، مگر اینکه عقد قابل تجزیه نباشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که حکم این ماده ناظر بر عقد مرکب است، زیرا عقد مرکب، چنانچه تفصیل آن خواهد آمد، عقدی است که مرکب از چندین عقد است.

هرگاه یکی از این عقود به دلیل عدم تحقق شرایط، باطل شود، عقد دیگر صحیح است. به حیث مثال، هرگاه شخص در یک شفاخانه خصوصی بستر شود، این عقد مرکب از چندین عقد است. به اعتبار جای، عقد اجاره محل، به اعتبار خرید دوا عقد بیع، به اعتبار تداوی عقد اجاره انسان. هرگاه یکی از این عقود به دلیل فقدان ارکان باطل گردد، بقیه عقود صحیح است.

همچنین، حکم این ماده ناظر بر عقدی است که موضوع آن متعدد باشد. به حیث مثال، هرگاه شخصی از سوپر مارکتی کالا های متعدد مانند: کامپیوتر، عطر، لباس، مواد غذایی و ... خریداری نماید، اما یکی از این کالا ها به هر دلیلی نتواند موضوع عقد قرار بگیرد، به حیث مثال، مواد غذایی تأریخش منقضی گردیده و پوسیده شده باشد، عقد نسبت به سایر کالا در صورت تحقق سایر شرایط، صحیح و نسبت به عقدی که موضوع آن صحیح نیست، باطل است.

استثنای این قاعده این است که این حکم در مورد عقد بسیطی که موضوع آن واحد و غیر قابل تجزیه نباشد، قابل تطبیق نیست. به حیث مثال، هرگاه موضوع عقد بیع، یک عراده موتر باشد، چنین عقدی از نقطه نظر موضوع غیر قابل تجزیه است. بنابراین، نمی توان قسمتی از این عقد را صحیح و قسمت دیگر آن را باطل تلقی

۴۷۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۸؛ و وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۸۹.

شرح ق. م: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتها، و اثبات وجبیه / ۱۹۳

کرد، زیرا این عقد یا صحیح است و یا باطل و تجزیه را نظر به موضوع نمی پذیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر باطل بودن عقد در عقودی که دارای محل های متعدد اند می باشد.

۶- طبق ماده ۶۱۸ ق. م: «هرگاه در عقد باطل ارکان صحیح عقد دیگری موجود گردد، عقد مذکور به اعتبار عقد دوم صحیح پنداشته می شود مشروط بر این که عاقدین آن را اراده نموده باشند.» طبق نص این ماده هرگاه در عقد باطل ارکان صحیح عقد دیگری موجود گردد، عقد مذکور به اعتبار عقد دوم صحیح پنداشته می شود مشروط بر این که عاقدین آن را اراده نموده باشند. به حیث مثال، اگر عقد اول فاقد ارکان عقد و باطل باشد، اما ارکان عقد دیگر متحقق گردد، عقدی که ارکان آن متحقق شده است، صحیح است. برای صحت این عقد شرط است که طرفین عقد، بخواهند عقد دوم به وجود آید. مثال عملی این ماده در رأی ستره محکمه وجود دارد که در ذیل نقل می گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده صحیح دانستن عقدی است که از عقد باطل ناشی می شود.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۵۴):

ماده (۶۱۸) با مثال عملی و تطبیقی توضیح گردد.

توضیح:

مثال تطبیقی ماده (۶۱۸): شخصی ضمن عقدی که با شخص دیگر می بندد او را وارث خود قرار می دهد این عقد ذاتاً باطل است ولی از نگاه تأویل آن به عقد وصیت در حالی که طرفین اراده وصیت را از آن نموده باشند صحیح شمرده می شود و کذا هرگاه شکلیات حواله صحیح نباشد حواله مزبور دین عادی پنداشته می شود مثلاً شخصی در کابل چکی را به صورت حواله به بانک به حسن نیت به دیگری می دهد ولی شخص مذکور در بانک دارایی نداشته باشد در این صورت حواله مذکور باطل و عقد به صورت کلی به شکل دین تبارز می کند.^{۴۷۷}

(۲) عقد فاسد

اول) تعریف

طبق ماده ۶۲۰ ق. م: «عقد فاسد آن است که اصلاً مشروع و وصفاً غیر مشروع باشد، به نحوی که اصلاً صحیح بوده، در رکن و موضوع آن خللی وجود نداشته باشد، مگر به اعتبار بعضی اوصاف خارجی فاسد باشد.» عبارت اصل و وصف در این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور از اصل رکن و وصف شرط رکن است. حتی گر این فرضیه را بپذیریم باز هم این ایراد باقی خواهد ماند که اصل و وصف یا رکن و شرط چطور می تواند غیر مشروع باشد.

۴۷۷ . _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 523.

همچنین، عبارت به نحوی که اصلاً صحیح بوده در این تعریف مبهم است. به نظر می‌رسد منظور از اوصاف خارجی شرایط رکن عقد است. با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می‌آید که اگر رکن و موضوع عقد متحقق گردد اما برخی شرایط ارکان عقد متحقق نگردد، عقد فاسد است. به حیث مثال، اگر در عقد طرفین و موضوع وجود داشته باشد اما طرفین راضی نباشند، موضوع عقد نامعین باشد، این عقد فاسد است. این تعریف مبهم، گیج‌کننده و بسیاری نظری است و به نظر می‌رسد که تطبیق کنندگان ق.م را در شناسایی عقد فاسد کمک نمی‌کند. قابل توصیه است این تعریف اصلاح گردد. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف عقد فاسد است.

به نظر می‌رسد این تعریف از فقه حنفی گرفته شده است. فاسد از ریشهٔ فسد گرفته شده است که در لغت به معنی تباہ و نیستی است، چنانکه اگر عرب بگوید: فَسَدَ الشَّيْءُ، معنی آن نابودی و نیست شدن آن چیز است. فاسد در فقه به معنای عدم صحت و بطلان یک عمل شرعی یا حقوقی است. بنابراین، به محض موصوف شدن کاری به فساد حکم آن ساقط می‌شود.^{۴۷۸} فقهای احناف بر این عقیده اند که عقد فاسد، عقدی است که اصل آن مشروع و وصف آن نامشروع باشد به نحوی که متعاقدين واجد اهلیت حقوقی باشند، صیغهٔ عقد نیز به صورت صحیح اجراء گردیده باشد، در معقود علیه نیز خللی وجود نداشته باشد، ولی، عقد دارای وصفی باشد که شرع از آن نهی نموده باشد، مانند: بیع مجهول به جهالت فاحش که موجب بروز نزاع بین متعاقدين گردد، مانند اینکه: شخصی چندین خانه، یا موتر داشته باشد و یکی آنها را بدون تعیین به دیگری به فروش رساند، یا شخصی خانه یا موتر خود را بدون تعیین اجرت و مدت اجاره به دیگری به اجاره دهد.^{۴۷۹}

دوم) آثار

در خصوص آثار عقد فاسد در ق.م احکام ذیل وجود دارد:

1) طبق مادهٔ ۶۲۱ ق.م: «عقد فاسد ملکیت معقود علیه را افاده نمی‌کند، مگر اینکه قبض به رضای مالک آن صورت گرفته باشد». از نص این یک قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد. اصل و قاعده این است که عقد فاسد ملکیت معقود علیه را افاده نمی‌کند. تعریف معقود علیه و افاده گذشت. به حیث مثال، اگر احمد محمود را تهدید به اختطاف نماید و محمود در نتیجه این تهدید زمین خویش را به احمد به فروش رساند، این عقد فاسد است و حاکی و بیانگر این نیست که موتر از احمد است. استثنای این اصل این است که قبض به رضای مالک آن صورت گرفته باشد.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود بعد از رفع تهدید به قبض و گرفتن موتر توسط احمد رضایت نشان دهد، به حیث مثال، بگوید باوصف تهدید احمد، موتر را به او می‌فروشم، احمد مالک موتر می‌گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد فاسد است. در خصوص اثر عقد فاسد

۴۷۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامهٔ حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۵۱.
 ۴۷۹. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۰۶؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۴؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۸۹.

فقه‌های حنفیه بر این نظر اند که عقد فاسد، برخلاف عقد باطل که اصلاً منعقد نمی‌گردد، منعقد می‌گردد و در اثر آن ثبوت ملک به اذن صریح و یا ضمنی مالک آن برای مشتری ثابت می‌گردد.^{۴۸۰}

(۲) طبق ماده ۶۲۷ ق. م: «اجازه بر عقد فاسد اثر قانونی نداشته و تنازل از حق فسخ، جواز ندارد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

۱- اجازه بر عقد فاسد اثر قانونی ندارد. به حیث مثال، اگر موضوع عقد خلاف قانون باشد، مانند فروش شراب توسط حمیده به مرضیه، یا خلاف نظم عمومی باشد مانند استخدام احمد توسط محمود از بهر انفجار شهر، یا خلاف آداب عامه باشد مانند استخدام جمیله توسط احمد از بهر انجام فحاشی و در این مثال‌ها طرفین عقد به انفاذ عقد اجازه دهند این اجازه اثر ندارد. زیرا، این اجازه بر خلاف قانون، نظم عمومی و آداب عامه است و قانون، نظم عمومی و اخلاق عمومی از اموری اند که نمی‌توان برخلاف آن توافق کرد و اجازه داد. به نظر می‌رسد نص ماده ۶۲۱ با نص ماده ۶۲۷ ق. م در تناقض قرار دارد. چنانچه ملاحظه می‌شود طبق ماده ۶۲۱ عقد فاسد مشروط بر این که طرفین اجازه دهند، موجب ایجاد اثر می‌گردد که در ماده ۶۲۱ افاده ملکیت نامیده شده است، اما به موجب ماده ۶۲۷ ق. م در صورتی که طرفین بر انفاذ اثر عقد فاسد اجازه بدهند، چنین اجازه اثر ندارد.

به نظر می‌رسد یکی از راه‌های رفع این تعارض این است که ماده ۶۲۱ را حمل بر برخی عقود که موضوع آن مال است و مال نامعین است یا یکی از طرفین راضی نیست یا مال مقدور التسلیم نیست نماییم و ماده ۶۲۷ ق. م را بر سایر مصادیق و مثال‌ها. در غیر این صورت قابل توصیه است نصوص این مواد اصلاح گردند. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که نصوص مواد ۶۲۱ و ۶۲۷ ق. م تطبیق کنندگان ق. م را گنج می‌نمایند.

به نظر می‌رسد راه حل این است که تطبیق کنندگان ق. م قایل به تفصیل شوند و نتیجه‌گیری نمایند که کدام عقد فاسد به رضایت طرفین موجب نقل و انتقال ملکیت می‌شود و کدام عقد فاسد در صورت اجازه طرفین عقد اثر قانونی ندارد. قایل به تفصیل شدن نیز کار آسانی نیست زیرا تطبیق کنندگان ق. م باید به صورت جامع قواعد عمومی قراردادها و قواعد خاص عقود معین را فراگیرند.

۲- تنازل از حق فسخ، جواز ندارد. تنازل از ریشه نزل گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گرفتن است. در اصطلاح فقهی - حقوقی تنازل عبارت از اعراض و برکناری از حق و یا ملک و یا مال است. همچنین، تنازل عبارت است از تصرفی که به موجب آن کسی با اراده شخصی از حقی که دارد و یا از حقی که بر عهده دیگری دارد عدول نماید و آن را ساقط نماید.^{۴۸۱}

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده خواهر رضاعی خویش بدون این که بداند حمیده خواهر رضاعی او است ازدواج نماید و پس از ازدواج آگاه شود که حمیده خواهر او است، احمد و حمیده باید عقد ازدواج را به سبب حرمت رضاعی فسخ نمایند. در این مثال، احمد و حمیده نمی‌توانند از حق فسخ صرف نظر نمایند و به ادامه

۴۸۰. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۰۹۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۸۰.

۴۸۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۲۴.

پیوند زوجیت توافق نمایند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عقد فاسد است.

۳) طبق ماده ۶۲۶ ق. م: «هر یک از طرفین عقد یا ورثه شان می‌توانند، عقد فاسد را فسخ نمایند، مگر اینکه سبب فساد از بین رفته باشد.» از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد:

۱- هر یک از طرفین عقد می‌توانند، عقد فاسد را فسخ نمایند. تفصیل فسخ در مبحث انتهای عقد خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد چندین قطعه زمین داشته باشد و یکی از زمین‌ها را به محمود به فروش رساند و زمین را معین ننماید، یا معدن در زیر زمین یا پرند در هوا را برای محمود به فروش رساند، احمد و محمود می‌توانند این عقد فاسد را فسخ نمایند. سبب فساد بودن عقد در این مثال عدم معین و مقدور التسلیم نبودن مبیعه است.

۲- ورثه هر یک از طرفین عقد می‌توانند، عقد فاسد را فسخ نمایند. به حیث مثال، اگر احمد چندین قطعه زمین داشته باشد و یکی از زمین‌ها را به محمود به فروش رساند و زمین را معین ننماید، یا معدن در زیر زمین یا پرند در هوا را برای محمود به فروش رساند، و احمد یا محمود وفات نمایند، ورثه احمد و محمود مانند دختر، پسر، زوجه و نظیر اینها می‌توانند این عقد فاسد را فسخ نمایند. سبب فساد بودن عقد در این مثال عدم معین و مقدور التسلیم نبودن مبیعه است. استثنای این دو قاعده این است که سبب فساد از بین برود. به حیث مثال، اگر در مثال‌های بالا احمد و محمود زمین را معین نمایند، یا احمد پرند را شکار و تملک یا معدن را از زیر زمین استخراج نمایند، زمین معلوم و پرند و معدن مقدور التسلیم می‌گردند. در این دو صورت، سبب فساد عقد که مجهول بودن مبیعه و غیرمقدورالتسلیم بودن مبیعه بود از بین می‌رود و ضرورت به فسخ عقد محسوس نمی‌گردد. بنابراین، عقد از فاسد به عقد صحیح مبدل می‌شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز فسخ عقد فاسد و استثنای آن است.

۴) ماده ۶۲۸ ق. م: «هرگاه فساد در نفس عقد موجود شود، طرفین می‌توانند عقد را پیش از قبض و بعد از آن فسخ نمایند.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه فساد در نفس عقد موجود شود، طرفین می‌توانند عقد را پیش از قبض و بعد از آن فسخ نمایند. فساد در لغت به معنی تباهی است.^{۴۸۲} قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است.^{۴۸۳} به حیث مثال، اگر احمد محمود را تهدید به فروش اسپ محمود نماید و محمود عقد را با احمد ببندد، این عقد به دلیل تهدید و عدم رضایت محمود فاسد است. احمد و محمود می‌توانند این عقد را قبل از تسلیم اسپ توسط محمود به احمد یا بعد از تسلیم اسپ توسط محمود به احمد فسخ نمایند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز فسخ عقد فاسد قبل و بعد از تسلیمی موضوع عقد است.

۵) طبق ماده ۶۳۱ ق. م: «قبض در عقد فاسد، ملکیت قابل فسخ را افاده نموده و متصرف به پرداخت قیمت یا مثل مکلف می‌گردد نه مسمی. این عقد تصرف مال قبض شده را افاده نموده و انتفاع از آن را افاده نمی‌کند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

482. <https://www.vajehyab.com> (Last visti: December, 17, 2017).

۴۸۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۰۲.

۱- قبض در عقد فاسد، ملکیت قابل فسخ را افاده نموده و متصرف به پرداخت قیمت یا مثل مکلف می گردد نه مسمی. تعریف قبض و عقد فاسد و افاده در بالا گذشت. متصرف شخصی است که تصرف حقوقی مانند عقد و ایقاع را انجام می دهد. مسمی اسم مفعول از ریشه «سمو» گرفته شده است که در لغت به معنی نامیده شده، خوانده شده، معلوم و معین است. در فقه به هر امری که از پیش مقرر و معلوم شده باشد «مسمی» می گویند.^{۴۸۴}

به حیث مثال، اگر احمد بخواهد ده بوجی پیاز سفید از محمود خریداری نماید و محمود پیاز سرخ به احمد بدهد، عقد به دلیل اختلاف در وصف موضوع عقد فاسد است. هرگاه در این مثال پیازها توسط محمود قبض یا گرفته شود، قبض پیازها توسط محمود مبین و حاکی از ملکیت قابل فسخ نسبت به محمود است. محمود در این مثال متصرف است. در این صورت، محمود مکلف است در صورت فسخ عقد مثل پیاز یا قیمت پیازها را به احمد رد نماید نه آنچه دقیقاً محل عقد بوده است.

به حیث مثال، در این مثال احمد پیازهای سرخ را تسلیم محمود نموده است. پیاز سرخ مال مثلی است. مثلی مالی است که مثل و مانند آن در بازار پیدا می شود. محمود مکلف است اگر پیازهای سرخ از بین نرفته باشد، پیازها را به احمد در صورت فسخ عقد رد نماید. اما، اگر پیازها نزد محمود از بین رفته باشد، محمود مکلف است قیمت پیازها را به احمد رد نماید. به همین دلیل، قانونگذار مدنی می گوید متصرف مکلف به پرداخت مثل یا قیمت است نه آنچه محل عقد بوده است.

۲- این عقد تصرف مال قبض شده را افاده نموده و انتفاع از آن را افاده نمی کند. به حیث مثال، در مثال بالا محمود صرف متصرف پیازهای سرخ است و نمی تواند از پیازها انتفاع یا نفع بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد فاسد است.

فسخ عقد فاسد تابع قواعد ذیل است:

۱) **فسخ عقد در اثر شرط فاسد:** طبق ماده ۶۲۹ ق. م: «هرگاه فساد به اثر شرط موجود گردد، طرفین می توانند عقد را پیش از قبض فسخ نمایند، مگر اینکه شرط فاسد به رضایت طرفین از بین برود. همچنین طرفین عقد می توانند در صورتی که صاحب شرط از شرط خود منصرف نگردد، عقد را بعد از قبض فسخ نمایند.» از نص این ماده دو حکم ذیل قابل استخراج است:

۱- اصل این است که در صورتی که عقد در اثر شرط فاسد، در عقود معاوضی فاسد شود که تفصیل شرط فاسد در عقود معاوضی در مبحث شرط فاسد گذشت، طرفین می توانند عقد را پیش از قبض فسخ نمایند. به حیث مثال، در صورتی که احمد زمین را به مشتری به این شرط به فروش رساند که زمین برای مدت مثلاً یک ماه در ملک احمد باشد و احمد از آن انتفاع بگیرد چنین شرط فاسد است و موجب فساد عقد می شود. در چنین حالات، طرفین می توانند قبل از قبض میعه عقد را فسخ نمایند. استثنای این قاعده این است که در صورتی که شرط فاسد به رضایت طرفین از بین برود، به حیث مثال، بایع و مشتری توافق نمایند که در مثال بالا زمین بعد از فروش در ملکیت بایع برای مدت یک ماه نباشد، عقد صحیح می گردد.

۲- در صورتی که یکی از طرفین از شرط خویش منصرف نشوند، مثلاً در مثال بالا با بایع شرط مشتری مبنی بر انتقال فوری و مشتری شرط بایع مبنی بر باقی بودن میبوه نزد بایع را برای مدت یک ماه نپذیرند، اگرچه قبض ثمن و میبوه نیز صورت گرفته باشد، طرفین می توانند عقد بیع را فسخ نمایند. در صورت فسخ، بایع مکلف به رد ثمن به مشتری و مشتری مکلف به رد میبوه به بایع است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فسخ در اثر شرط فاسد است.

۲) **فسخ بیع بعد از ایجاد تغییر متصل و منفصل در میبوه:** طبق ماده ۶۳۳ ق.م: «تغییر در مال قبض شده به اساس زیادت متصل یا منفصل مانع فسخ نمی گردد. در این صورت رد مال قبض شده با زیادت لازم می گردد.» طبق نص این ماده، تغییر در میبوه قبض شده براساس زیادت متصل و یا منفصل مانع فسخ نمی گردد. زیادت در لغت به معنی فزونی، افزوده و رشد است. زیادت در فقه عبارت از فزونی است که در یک چیز حاصل می شود.

طبق فقه زیادت بر دو نوع است: زیادت متصل که عبارت از نماء و زیادتی است که متصل به شی باشد، مانند: چاق شدن حیوان. زیادت منفصل که عبارت از نماء است که از اصل پدید آمده و یا نیامده است، مثال اول: مانند کره ای که از اسب زاده شده باشد، و مثال منفصل غیر پدید آمده از اصل، مانند اجرتی که از اجاره دادن یک خانه به دست می آید.^{۴۸۵} در صورتی که در میبوه زیادت متصل و یا منفصل بیاید، این امر مانع فسخ عقد نمی گردد، در این صورت هرگاه عقد فسخ شود و قبض صورت گرفته باشد، مشتری مکلف است میبوه را با زیادت متصل و منفصل به بایع رد نماید.

به حیث مثال، اگر احمد محمود را تهدید نماید تا باغ خویش را به احمد به فروش رساند و محمود در اثر تهدید احمد باغ را به فروش رساند، این عقد به دلیل عدم رضایت محمود فاسد است. اگر محمود باغ را به احمد تسلیم نموده باشد و بعد از تسلیم باغ محمود و احمد بخواهد عقد را فسخ نمایند، زیادتی که در باغ صورت گرفته است مانند غرس درختان توسط محمود، میوه کردن درختان و نظیر اینها، مانع فسخ عقد نمی گردد. در این صورت، محمود مکلف است باغ و درختان و میوه ها را یکجا به احمد تسلیم نماید.

همچنین، اگر احمد موتر محمود را بخرد و نقل و انتقال صورت بگیرد اما احمد راضی نباشد و احمد در موتر تغییرات به وجود آورده باشد مانند تغییر دادن تایلر ها، چراغ ها، پوش سیت و نظیر اینها، ایجاد تغییر مانع فسخ عقد فاسد نمی شود. احمد می تواند موتر را با تغییرات و زیادات به محمود رد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فسخ عقد فاسد که در آن در میبوه زیادت صورت گرفته باشد است.

۳) **فسخ بیع بعد از ایجاد نقصان در میبوه:** طبق ماده ۶۳۴ ق.م: «هرگاه تغییر در مال قبض شده، به اثر نقصان صورت گرفته باشد، صاحب مال می تواند، اعاده مال مذکور را با جبران خساره مطالبه نماید، مگر اینکه نقص ناشی از عمل مالک باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که در صورتی که تغییر در مال قبض در اثر نقصان صورت گرفته باشد، بایع می تواند اعاده میبوه را با

۴۸۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، ص ۲۱۰۴.

جبران خسارت مطالبه نماید. عبارت تغییر در مال قبض شده به اثر نقصان را می توان تفسیر وسیع کرد. بنابراین، به نظر می رسد هر تغییری که موجب نقصان خود مبیعه و یا قیمت آن گردد، شامل نقصان می شود. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۴۸۶}

به حیث مثال، اگر مبیعه موثر باشد و مشتری آن را استعمال نماید و یا مبیعه مواد خوراکی باشد و مشتری یک مقدار آن را استعمال نماید، در چنین حالات، مشتری مکلف است باقی مانده مبیعه را با جبران خسارت به تناسب نقص و یا جبران خسارت کاهش قیمت موثر را به بائع پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد گاو محمود را در حالی که شیرده و با گوساله باشد خریداری نماید و عقد فاسد باشد و گوساله نزد احمد هلاک شود و احمد و محمود بخواهند عقد را فسخ نمایند، احمد می تواند گاو را به محمود با پرداخت جبران خسارت از بین رفتن گوساله اعاده نماید.

استثنای این اصل این است که نقص در اثر عمل بائع در مبیعه به وجود بی آید. به حیث مثال، اگر گوساله در مثال بالا در اثر عمل محمود از بین برود و احمد و محمود بخواهند عقد را فسخ نمایند، احمد صرف مکلف به دادن و رد گاو به محمود است. نقصان در این مثال هلاک گوساله است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فسخ عقد در صورتی که در مبیعه نقصان وارد شده است می باشد.

۴) تغییر شکل مبیعه: طبق ماده ۶۳۵ ق. م: «هرگاه مال قبض شده تغییر شکل نماید، فسخ باطل و قیمت روز قبض مال لازم می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده، هرگاه مبیعه نزد مشتری تغییر شکل دهد، به حیث مثال، مشتری گندم را به آرد تبدیل نماید، فسخ عقد ناممکن می گردد، اما مشتری مکلف است قیمت مبیعه را مطابق نرخ روز به بائع پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد انگور های خویش را به محمود به فروش رساند و انگور ها نزد محمود به کشمش تبدیل شود و فسخ عقد به دلیل تغییر مبیعه باطل می گردد. در این صورت، محمود مکلف است قیمت روز قبض انگور ها را در صورت فسخ عقد به احمد بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فسخ عقد در صورتی که در مبیعه تغییر وارد شده است می باشد.

۵) فروش مبیعه در عقد فاسد توسط مشتری به شخص ثالث: طبق ماده ۶۳۲ ق. م: «هرگاه قبض کننده در عقد فاسد، مال قبض شده را با شخص ثالث عقد نماید، حق فسخ ساقط می گردد. در این صورت مالک اصلی می تواند، اعاده معقود علیه را از شخص ثالث مطالبه نماید. همچنین شخص ثالث می تواند، قیمت یا مثل معقود علیه را از قبض کننده مطالبه کند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه قبض کننده مبیعه؛ یعنی: مشتری در عقد فاسد، مبیعه مقبوضه را به شخص دیگری (شخص سوم) به فروش رساند، حق فسخ عقد فاسد ساقط می گردد، زیرا این امر به صورت ضمنی بیانگر تأیید عقد فاسد است. به حیث مثال، اگر احمد گندم های محمود را خریداری نماید در حالی که محمود راضی نباشد و گندم ها را پس از گرفتن از محمود به جمشید به فروش رساند، حق فسخ عقد میان احمد و محمود ساقط می گردد.

۴۸۶. جهت معلومات بیشتر در این خصوص ر. ک:

۲- در این صورت مالک اصلی می تواند، اعاده معقود علیه را از شخص ثالث مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد گندم های محمود را خریداری نماید در حالی که محمود راضی نباشد و گندم ها را پس از گرفتن از محمود به جمشید به فروش رساند، حق فسخ عقد میان احمد و محمود ساقط می گردد. در این صورت، محمود می تواند اعاده و رد گندم ها را از جمشید مطالبه نماید.

۳- شخص ثالث می تواند، قیمت یا مثل معقود علیه را از قبض کننده مطالبه کند. به حیث مثال، اگر احمد گندم های محمود را خریداری نماید در حالی که محمود راضی نباشد و گندم ها را پس از گرفتن از محمود به جمشید به فروش رساند، حق فسخ عقد میان احمد و محمود ساقط می گردد. در این صورت، محمود می تواند اعاده و رد گندم ها را از جمشید مطالبه نماید. جمشید نیز می تواند مثل یا قیمت گندم ها را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر فروش مبیعه توسط بائع به شخص سوم است.

۶) پرداخت ضمان در عقد فاسد: طبق ماده ۶۳۶ ق. م. «عقد فاسد منتج به اثرات عقد قانونی نگردیده، مگر به حیث یک حادثه عادی مستوجب ضمان می گردد.» از نص این ماده دو قاعد استنباط می گردد:

۱- عقد فاسد منتج به اثرات عقد قانونی نمی گردد. به حیث مثال، در صورتی که ملکیت عقار از احمد ناراض به محمود خریدار منتقل شده باشد، این عقد اثر قانونی ندارد. بنابراین، محمود مالک عقار نمی گردد و احمد مالک پول.

۲- عقد فاسد به حیث حادثه عادی موجب ایجاد ضمان می گردد. تعریف ضمان (جبران خسارت) در مبحث مسؤولیت مدنی قراردادی خواهد آمد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد بعد از انعقاد عقد فاسد عقد را تأیید نماید و عقار از احمد به محمود منتقل شده باشد و پول از محمود به احمد، عقد فاسد موجب پرداخت جبران خسارت است. به حیث مثال، اگر محمود پول را به احمد از طریق حواله یا از طریق بانک پرداخته نموده باشد و احمد پول را دریافت کرده باشد، احمد مکلف است پول را به محمود و محمود عقار را به احمد انتقال دهد. در این صورت، احمد مکلف است اجرت حواله یا بانک را همراه با پول به محمود انتقال دهد. پرداخت اجرت حواله یا بانک توسط احمد به محمود جبران خسارت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت جبران خسارت در عقد فاسد است.

از آنچه در باره عقد صحیح، باطل و فاسد گفته شد به این نتیجه می رسیم که: عقد صحیح عقدی است که هم رکن و هم شروط رکن آن متحقق باشد. به عبارت دیگر: عقد صحیح عقدی است که اصل و وصف آن مشروع باشد. عقد صحیح موجب ایجاد آثار معین نسبت به طرفین عقد می گردد. عقد غیر صحیح به نظر جمهور فقهاء مترادف با عقد باطل است. به عبارت دیگر: به نظر جمهور فقهاء عقد غیر صحیح همان عقد باطل است. اما، فقهای حنفیه و به پیروی از فقه حنفی ق. م میان عقد باطل و فاسد تفکیک قایل شده است. لذا، عقد باطل عقدی است که اصل و وصف آن نامشروع باشد.

به عبارت دیگر: عقد باطل عقدی است که رکن یا شرط رکن متحقق نباشد. عقد باطل کان لم یکن است و منجر به ایجاد اثر نسبت به طرفین نمی گردد. برعکس، عقد فاسد، عقدی است که رکن آن صحیح و شروط رکن آن متحقق نگردیده باشد. به عبارت دیگر: عقد فاسد عقدی است که اصل آن صحیح و وصف آن

ناصحیح است. عقد فاسد موجب ایجاد اثر نمی گردد، مگر این که طرفین اجازه بدهند. به نظر می رسد فایده تقسیم عقود به صحیح و غیر صحیح این است که عقد صحیح دارای اثر است. اما، عقد غیر صحیح فاقد اثر است. به نظر می رسد فایده تقسیم عقود ناصحیح به عقود باطل و فاسد به نظر فقهای حنفی این است که عقد باطل اصلاً اثر ندارد. اما، عقد فاسد در صورتی که طرفین اجازه دهند اثر دارد.

گفتار سوم) به اعتبار تعیین نام و عدم آن

عقد به اعتبار تعیین نام و عدم آن به عقود معین و غیر معین منقسم گردیده است. این تقسیم بندی نیز یکی از مهم ترین تقسیم بندی ها در فقه و حقوق مدنی به نظر می رسد، زیرا، نخست این که عقود معین مهم ترین عقود را در فقه و حقوق مدنی تشکیل می دهد؛ دوم این که قواعد عمومی عقود نیز مقتبس از قواعد خاص عقود معین است:

الف) عقود معین (مسمات)

عقود معین، عقود اند که شرع و ق. م برای آنها اسمی خاصی نهاده و احکام و قواعد هر يك را بیان نموده است که به نام عقود مسمات نیز یاد می شود.^{۴۸۷} عقود معین طبق فقه، چنانچه مصطفی الزرقاء در کتاب المدخل الفقهي العام می گوید: بیست پنج است و طبق ق. م بیست و سه نوع است که تفصیل هر یک در جلد عقود معین خواهد آمد.

ب) عقود غیر معین

عقود غیر معین، عقود اند که در شرع یا قانون برای آن نام ویژه ای بیان نشده و احکامی هم برای آنها مقرر نشده است، بلکه مردم به اقتضای زندگی خویش با در نظر گرفتن مصالح زمان و مکان آنها را پدید آورده اند. شمار این عقود را نمی توان بر شمرد، زیرا اقتضای مصالح زمان و مکان همواره در تطور است. از همین رو، فقهاء همواره بر این عقیده بوده اند که اشخاص در انعقاد عقود مشروط بر اینکه با نصوص شرع متعارض نباشد آزاد اند.^{۴۸۸} پرسش این است که مصادیق عقود نامعین کدام ها اند؟

در پاسخ به این پرسش برخی فقهاء بر این نظر اند که: استصناع، عقد طبع رساله و عقد بود و باش در هتل از مصادیق عقود نامعین است.^{۴۸۹} تعیین استصناع و عقد بود و باش در هتل به عنوان مصادیق عقود غیر معین محل ایراد به نظر می رسد زیرا استصناع و عقد بود و باش در هتل (عقد اجاره) از مصادیق عقود معین حتی در فقه اند. به نظر می رسد عقد سرقفلی، اعلانات تجارتي، معاینه شدن توسط داکتر، اصلاح موی نزد سلمان و نظیر اینها از مصادیق عقود نامعین اند.

487. Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The philosophy of Islamic law of transctions, first edi, Malaysia: Center for reasch and training, p 56.

۴۸۸. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۵۳۷ و ۵۳۸؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۰۹۵ و ۳۰۹۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۸۰؛ و خلیل قبله ای خوئی (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی، ص ۳۰.

489. Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The philosophy of Islamic law of transctions, first edi, Malaysia: Center for reasch and training, p 56.

اهمیت تقسیم عقود به معین و غیر معین در تعیین و تثبیت احکام شرعی که بر یک عقد حکومت می کند ظاهر می شود. بنابراین، زمانی که به یک فقیه و یا قاضی یک عقد معین راجع شود، لازم است تا احکام خاص آن عقد را بر آن قبل از تطبیق احکام عمومی تطبیق نماید. اما، زمانی که یک عقد نامعین به او راجع شود، لازم است تا احکام عمومی عقود را بر آن تطبیق نماید. هرگاه قاضی و یا فقیه راه حل را در احکام عمومی پیدا ننماید می تواند احکام خاص یک عقد معین را که نزدیک و شبیه به عقد نامعین باشد بر آن تطبیق نماید.^{۴۹۰} همچنین، آثار عقود نامعین را عرف و اراده طرفین عقد تعیین می نماید.

گفتار چهارم) به اعتبار فسخ پذیری و عدم آن

عقود به اعتبار لزوم و جایز بودن یا به عبارت دیگر، به اعتبار فسخ پذیری و عدم آن به چهار نوع است:

الف) عقود لازمی که فسخ را نمی پذیرند

عقود لازم عقودى اند که هیچ یک از طرفین صلاحیت فسخ آن را ندارند، مانند: ازدواج که فسخ را نمی پذیرد هر چند طرفین تراضی نمایند تا آن را از طریق اقاله فسخ نمایند.^{۴۹۱} هر عقدی که قابل فسخ نباشد، خیار نیز در آن ثابت نمی گردد. زیرا، خیار حق فسخ را به صاحب آن می دهد و به موجب آن صاحب خیار می تواند عقد را فسخ نماید.

ب) عقود لازمی که فسخ را می پذیرند

عقودی لازمی که قابل فسخ اند، عقودى اند که إلغاء یا فسخ را از طریق اقاله بر اساس تراضی طرفین می پذیرند، مانند: عقود معاوضوی مالی از قبیل بیع، اجاره، صلح، مزارعه، مساقات و نظیر اینها. همچنین، عقود مذکور از طریق خیار نیز قابل فسخ اند.

ج) عقودى که برای یکی از طرفین لازم اند

مانند عقد رهن و کفالت که نسبت به راهن و کفیل لازم و نسبت به مرتهن و مکفول له غیر لازم اند. زیرا، عقود مذکور برای تحقق مصلحت شخصی و توثیق حق انشاء گردیده اند. بنابراین، آنها می توانند از آن تنازل نمایند.

د) عقود غیر لازم برای طرفین

عقودی که طرفین می توانند آن را فسخ کنند، عقودى اند که هر یک از طرفین می توانند آن را فسخ و از آن رجوع نمایند مانند: ودیعت، عاریت، وکالت، شرکت، مضاربه، وصیت و هبه. بنابراین، هر یک از عاقدین هر زمانی که بخواهند می توانند عقود پنجگانه مذکور را فسخ کنند. همچنین، واهب و موصی می توانند از وصیت و هبه رجوع نمایند.^{۴۹۲}

490. Ibid, p. 57.

۴۹۱. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۷.
 ۴۹۲. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۰۹۴ و ۳۰۹۵؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۸؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعه الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۲۵۷؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۷۰ - ۱۷۴.

شرح ق. م: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتها، و اثبات وجبیه / ۲۰۳

طبق ماده ۶۵۱ ق. م: «هرگاه یکی از طرفین که عقد موجب الزام او نگردیده، از آن رجوع نماید، عقد از تاریخ رجوع، فسخ گردیده و آثار مرتب به آن الی تأریخ رجوع، به حال خود باقی می باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) هرگاه یکی از طرفین که عقد موجب الزام او نگردیده، از آن رجوع نماید، عقد از تاریخ رجوع، فسخ می گردد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به تأریخ اول حمل سال ۱۳۹۹ به عاریت بدهد و در تأریخ اول ثور سال ۱۳۹۹ از عقد عاریت رجوع نماید، از تأریخ اول ثور سال ۱۳۹۹ عقد عاریت فسخ می گردد.

۲) آثار مرتب بر عقد الی تأریخ رجوع، به حال خود باقی می باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به تأریخ اول حمل سال ۱۳۹۹ به عاریت بدهد و در تأریخ اول ثور سال ۱۳۹۹ از عقد عاریت رجوع نماید، از تأریخ اول حمل سال ۱۳۹۹ الی تأریخ ثور سال ۱۳۹۹ عقد نسبت به احمد و محمود دارای اثر است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی زمان از بین رفتن اثر عقد در عقود غیر لازم است.

گفتار پنجم) به اعتبار غایت و اغراض

عقود به اعتبار غایت و اغراض به هفت نوع است:

الف) عقد تملیکی

عقد تملیکی، عبارت از عقدی است که هدف از انجام آن، تملیک عین یا منفعتی به کسی است. تملیک عین یا منفعت یا در برابر عوض (بدل) است و یا بدون عوض. بنابراین، عقد تملیکی به دو نوع عقد دیگر: عقد معاوضی یا عقد معوض و عقد تبرعی یا عقد غیر معوض منقسم می گردد:

۱) **عقد معوض:** طبق فقه عقد معوض به عقدی گویند که الزام و تعهد در آن دو جانبه باشد. بنابراین، در عقد معوض هر یک از طرفین در مقابل طرف دیگر، تعهد به امری می کند و یا مالی را تملیک می کند. البته، در برابر آنچه طرف دیگر به او تملیک و یا تعهد می کند، مانند: بیع، اجاره، مزارعه، مساقات، استصناع و نظیر اینها که براساس آن معاوضه بین طرفین صورت می پذیرد. به عنوان مثال، در عقد بیع با بایع مکلف به تملیک مبیع به مشتری و مشتری مکلف به تملیک ثمن به بایع است و یا در عقد اجاره مؤجر مکلف به انتقال عین مستأجره به مستأجر و مستأجر مکلف به انتقال اجرت به مؤجر است. حقوقدانان نیز در تعریف عقد معوض می گویند: نقش اصلی عقود در زندگی اجتماعی این است که برای توزیع و مبادله ثروت، راهی طبیعی و عادلانه به وجود آورد؛ راهی که ابتکار شخصی را تقویت کند و در رعایت آن اجبار خارجی احساس نشود. در دنیای کنونی، اگر کسی مالی را به دیگری می دهد یا تعهدی را به گردن می گیرد، بیشتر برای این است که چیزی معادل یا بیشتر از آنچه داده است به دست آورد.

بر مبنای همین قاعده، عقود به طور معمول دارای دو تعهد یا تملیک متقابل است؛ یعنی: هر یک از طرفین، در برابر مالی که می دهد یا دینی که بر عهده می گیرد، مال یا تعهد دیگری به دست می آورد. این نوع عقود را، که بر حسب طبیعت خود وسیله معاوضه و معامله است، عقود معوض می نامند. بنابراین، عقود معوض

عبارت از عقودی است که یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر تعهد به انجام امری می نماید یا مالی را می دهد در عوض مالی که از طرف دیگر می گیرد و یا در مقابل تعهدی که طرف دیگر به نفع او می کند. نمونه بارز این گونه عقود بیع است. زیرا در عقد بیع فروشنده، در برابر تملیک مال و التزام به تسلیم آن، تعهد خریدار را بر دادن قیمت (ثمن) به دست می آورد و خریدار نیز در مقابل پولی که می دهد مبیع را تملیک می کند. در عقود معوض یکی از عوضین به نام عوض و دیگری به نام معوض یاد می شود، مثلاً در عقد بیع، مبیع، عوض و ثمن معوض است.

۲) عقد غیرمعوض (تبرعی): عقد غیرمعوض، عقدی است که در آن الزام و تعهد یک جانبه است. بنابراین، در عقد غیرمعوض یکی از طرفین مال را به دیگری می دهد و تعهدی در برابر او می نماید و طرف دیگر آن را قبول می کند مانند: هبه که واهب مال خود را به موهوب له هبه می نماید و موهوب له آن را قبول می نماید، وصیت، عاریت، صدقه امثال اینها که تعهد صرف از یک طرف ایجاد می گردد. باید اضافه نمود که برخی عقود وجود دارند که در ابتداء تبرع و در انتهاء معوض اند، مانند: عقد قرض، کفالت در برابر پرداخت دین و هبه به عوض. به عنوان مثال، مقترض حین اقراض متبرع و حین رجوع به مقترض غیر متبرع است. همچنین، کفیل حین تعهد دین و پرداخت آن به داین مدیون متبرع و حین رجوع به مدیون و اخذ دین غیر متبرع است. هبه معوض نیز حین هبه تبرع و حین اخذ عوض هبه غیر تبرع است.^{۴۹۳}

حقوقدانان نیز در مورد عقود غیرمعوض می گویند که در همه عقود هدف نهایی به دست آوردن سود نیست. در پهلوی ملاحظات اقتصادی، اخلاق نیز سهم شایسته ای در گسترش نقش عقد در روابط مردم دارد. بعضی اوقات شخص به قصد احسان با دیگری عقد می بندد و اقدام او جنبه عبادی دارد و مال خود را به دیگران می دهد یا دینی را به عهده می گیرد، بدون آنکه در برابر آن، جانب مقابل تعهدی نماید. این دسته از عقود را عقود غیر معوض می گویند.^{۴۹۴} بنابراین، عقد غیر معوض عبارت از عقدی است که یکی از طرفین مالی را به دیگری می دهد یا در برابر دیگری تعهدی می نماید، بدون اینکه جانب مقابل مالی به او بدهد و یا تعهدی نماید، مانند: عقد هبه که واهب مالی به متهد تملیک می نماید، بدون اینکه در برابر انتظار پاداشی داشته باشد. همچنین، در عاریت، مالک مال به دیگری اجازه می دهد به طور مجانی از منفعت مال او منتفع شود. تقسیم عقود به معوض و غیر معوض دارای فواید ذیل است:

۱- در عقد معوض، مقصود هر طرف از تملیک مال یا قبول تعهد، به دست آوردن مالی است که طرف دیگر آن را می دهد یا به عهده می گیرد. در نتیجه این قصد معاضوی، هر یک از طرفین مورد عقد چنان وابسته دیگری می شود که گویی جزئی از یک پیکر هستند و همین رابطه معنوی آثاری به وجود می آورد که در عقد

۴۹۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۷۴ و ۱۷۵؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۹۷؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۳۰۰؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص ۲۳۴ و ۲۳۵؛ و مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهی العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۵۷۸ و ۵۷۹.

۴۹۴. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۵۷ و ۵۸؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۱۳ و ۱۱۴؛ و جواد افتخاری (۱۳۹۵). حقوق مدنی (۳): کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، صص ۵۴ و ۵۵.

مجانای وجود ندارد. به حیث مثال، هرگاه در عقد معوض یکی از طرفین از انجام تعهد خودداری کند، طرف دیگر حق دارد، معامله به مثل نماید، و فا به تعهد خویش را موقوف به اجرای تعهد او سازد که این اختیار را در اصطلاح «حق نگهداشت» می گویند. برعکس، در عقود غیر معوض، نه تنها داین نمی تواند از حق حبس استفاده نماید، بلکه نمی تواند اجبار مدیون را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید، مانند عقد هبه که در آن موهوب له نمی تواند اجبار واهب را از محکمه مطالبه نماید؛

۲- در عقود معوض، مقصود اصلی هر طرف به دست آوردن، نفع مادی و مبادله مال است و معمولاً شخصیت طرف معامله یا هیچ اثری در تصمیم او ندارد، یا دست کم علت عمده عقد نیست. به عنوان مثال، کسی که می خواهد خانه خود را به نقد به فروش رساند، شخصیت خریدار برای او اهمیتی ندارد. زیرا، مقصود او معامله خانه به پول است و تفاوت نمی کند که مبلغ دلخواه او را چه شخصی می پردازد.

برعکس، در عقود غیر معوض، همیشه عواطف خاصی محرک اصلی در تملیک مال و قبول تعهد است، چنانکه وقتی شخصی بخشی از دارایی خود را به نفع دوستی صمیمی خود وصیت می کند، مقصود اصلی او این است که بدین وسیله حق شناسی کند و پاس عهد قدیم را نگاه دارد، وگرنه حاضر نمی شود، بازماندگان خویش را از میراث محروم کند. به همین جهت می گویند: «شخصیت موصی له علت عمده وصیت است.»؛

۳- خیار غبن مخصوص معاملات معوض است. زیرا، کسی که به قصد تبرع مالی را به دیگری واگذار می کند یا دینی را در برابر او به عهده می گیرد، خود پذیرفته است که در مقابل آن پاداشی نگیرد. همچنین، در موردی که عوضی در برابر معوض وجود نداشته باشد، سخن از متعادل بودن عوض با معوض بی معنی است؛

و

۴- داشتن اهلیت برای کسی که هبه را می پذیرد، در عقود غیر معوض شرط نیست. به عنوان مثال، صغیر ممیز، سفیه و معتوه می توانند هبه را قبول نمایند.^{۴۹۵} در حقوق فرانسه به عقود معوض عقود دو تعهدی و عقود غیر معوض عقود یک تعهدی می گویند.

ب) عقد اسقاطی

عقد اسقاطی عبارت است از عقدی که هدف از آن اسقاط حقی اعم از اینکه در برابر عوض باشد یا بدون آن. از تعریف فوق به خوبی بر می آید که عقد اسقاطی بر دو نوع: اسقاطی محض و اسقاطی معوض است. بنابراین، هرگاه اسقاط بدون عوض باشد، اسقاط محض است؛ مانند عفو از حق قصاص، ابرای دین و صرف نظر از حق شفعه. ولی، در صورتی که اسقاط در برابر عوض باشد، آن را عقد اسقاطی معوض می نامند مانند طلاق در بدل مال (خُلْع)، عفو از حق قصاص در برابر بدل و امثال اینها.^{۴۹۶} اعتقاد به عقد اسقاطی غیر معوض محل ایراد به نظر می رسد، زیرا در صورت در برابر عوض نبودن اسقاط، مانند: ابراء و عفو از حق قصاص، چنین اسقاطی عقد نیست، بلکه ایقاع است که تفصیل آن در فصل دوم این بخش خواهد آمد.

۴۹۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۱۹ و ۱۲۰؛ و جواد افتخاری (۱۳۹۵). حقوق مدنی (۳): کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان، صص ۵۵ و ۵۶.
۴۹۶. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۰۱؛ و وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۰۹۶ و ۳۰۹۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۷.

ج) عقد اطلاقی

عقد اطلاقی عبارت از عقدی است که در آن شخص ید کسی را در انجام عملی باز می گذارد مانند: عقد وکالت که به موجب آن مؤکل دست وکیل را در انجام برخی اموری مربوط به خود باز می گذارد.^{۴۹۷}

د) عقد تقییدی

عقد تقییدی به عقودی گفته می شود که به موجب آن شخص از تصرف درکاری بازداشته می شود مانند: بازداشتن وکیل از اجرای مورد وکالت توسط مؤکل، عزل والی، قاضی، ناظر وقف، اوصیاء و حجر شخص از تصرف به سبب جنون، عته، سفه و صغر.^{۴۹۸}

ه) عقد توثیقی

عقد توثیقی به عقدی گفته می شود که هدف از آن تضمین دین برای صاحب آن است که در فقه از آن به توثیقات، تأمینات و عقود ضمان نیز تعبیر می شود مانند: رهن، کفالت و نظیر اینها.^{۴۹۹}

و) عقد اشتراکی

عقد اشتراکی، عقدی است که هدف از آن مشارکت در ربح است مانند: مضاربه، مزارعه، مساقات و سایر عقود مشارکتی. به عنوان مثال، در عقد مضاربه شخص پولی را به دیگری می دهد که توسط آن کار کند و سود آن میان شان مشترك باشد. بنابراین، در چنین عقودی، عقد دوجانبه و نیازمند دو یا بیش از دو اراده است.^{۵۰۰}

ز) عقد حفظ

عقد حفظ عبارت از عقدی است که هدف از آن حفظ مال برای صاحب آن است: مانند عقد ودیعت که به موجب آن مستودع تعهد می نماید که مورد ودیعت را برای مودع نگهداری و حفظ نماید.^{۵۰۱}

گفتار هشتم) به اعتبار عینیت و عدم آن

عقود از نظر عینیت و عدم آن به عقود عینی و عقود غیرعینی منقسم می گردد:

الف) عقود عینی

۴۹۷. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۹۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۸.

۴۹۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۹۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۸.

۴۹۹. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۹۸؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۸۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۸.

۵۰۰. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۹۸؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۸۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۷.

۵۰۱. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۹۸؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۸۳.

شرح ق. م: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتها، و اثبات وجبیه / ۲۰۷

عقد عینی، عبارت از عقدی است که برای به پایۀ اكمال رسیدن انعقاد و ترتیب اثر بر آن، تسلیم عین معقود علیه شرط است. از مفاد تعریف فوق به خوبی بر می آید که جهت تکمیل انعقاد و مرتب شدن اثر بر عقدی که موضوع آن عین است، قبض عین توسط مشتری شرط است مانند: هبه، عاریت، ودیعت، رهن و قرض.

ب) عقد غیر عینی

عقد غیر عینی، عقدی است که به مجرد جاری شدن درست صیغه، بر آن اثر مرتب گردیده و نیازی به قبض، اقباض، تسلیم و تسلیم معقود علیه ندارد. به استثناء عقود پنجگانه فوق، همه عقود از این نوع اند.^{۵۰۲}

گفتار هفتم) به اعتبار اتصال اثر بر آن و عدم آن

عقود به اعتبار اتصال ترتیب اثر بر آن و عدم آن به سه نوع: عقد منجر، مضاف و معلق منقسم می گردد:

الف) عقد منجز

طبق ماده ۵۹۶ ق. م: «هرگاه صیغه عقد غیر معلق به شرط بوده، به زمان آینده منسوب نباشد، چنین عقد منجز بوده فی الحال نافذ می باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه صیغه عقد غیر معلق به شرط بوده، به زمان آینده منسوب نباشد، چنین عقد منجز بوده فی الحال نافذ می باشد. تعریف صیغه در مبحث صیغه عقد گذشت. منسوب در لغت به معنی نسبت داده شده، متعلق، منتسب، مربوط و پیوسته است.^{۵۰۳} منجز اسم مفعول از ریشه «نجز» گرفته شده و به معنای قطعی، مسلم و وفا شده است.^{۵۰۴}

به حیث مثال، اگر احمد بادپکه های خویش را به محمود به فروش رساند و هیچ شرط توسط محمود و احمد در خصوص بادپکه ها گذاشته نشود و صیغه عقد نیز در زمان گذشته یا حال صورت گرفته باشد، به حیث مثال، احمد به محمود بگویم بادپکه ها را می فروشم و محمود بگویم خریدم، عقد در زمان حال نافذ است. در این مثال، صیغه عقد معلق به شرط نیست و همچنین صیغه عقد منسوب به آینده نیست. احمد مکلف است پکه ها را به محمود تسلیم نماید و محمود مکلف است پول را به احمد تسلیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد منجز است. در اصطلاح فقهی، عقد منجز، عقدی است که غیر معلق به شرط و یا مضاف به آینده باشد. به عبارت دیگر، عقد منجز عقدی است که قطعی باشد.^{۵۰۵} بنابراین، عقد منجز عقدی است که تحقق آن منوط به حصول امر دیگری نیست. طبق فقه اثری که بر عقد منجز مرتب می گردد این است که در صورتی که ارکان عقد منجز موجود و شروط آن رعایت گردد، بر عقد منجز اثر آن در زمان حال مرتب می گردد، مانند اینکه: بایع به مشتری بگوید: این زمین را در برابر این

۵۰۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۰۹۸ و ۳۰۹۹؛ مصطفی احمد الزقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۳۷۹ و ۱۳۹۰.

503. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 21/5/2016).

۵۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، جلد (۳)، ص ۱۹۸۴.

۵۰۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۰۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۸۴.

مقدار پول به شما به فروش می رسانم و مشتری نیز بگوید: قبول نمودم! در چنین حالت، اثر عقد که همانا انتقال ملکیت مبیع از بایع به مشتری است متحقق می گردد.^{۵۰۶}

اصل در همه عقود تنجیز است؛ بدین معنی که: در صورت منجز بودن صیغه عقد، به صورت فوری اثر بر آن مترتب می گردد به استثناء وصیت (اگر وصیت را عقد تلقی کنیم). زیرا، وصیت عبارت از تصرف در ترکه به نحوی که اثر آن به مدت بعد از وفات وصیت کننده منسوب باشد، است (ماده ۲۱۰۳ ق. م. ا).

ب) عقد مضاف (موکول)

طبق ماده ۶۰۲ ق. م: «عقد موکول به آینده، عبارت است از عقدی که نفاذ آن به زمان آینده نسبت داده شده باشد. چنین عقدی فی الحال انعقاد یافته و حکم آن الی زمان معینه به تعویق انداخته می شود.» طبق این ماده عقد مضاف به نام عقد موکول به آینده نیز نامیده شده است. موکول در لغت به معنی واگذار شده، سپرده شده، وابسته به دیگری، محول کردن، واگذار کردن، منوط و مشروط است.^{۵۰۷}

عقد موکول عبارت از عقدی است که به صیغه ای که ایجاب در آن مضاف به زمان آینده باشد صادر گردد. اثری که بر عقد مضاف مرتب می گردد این است که عقد در زمان حال منعقد گردیده، ولی ترتیب اثر بر آن منوط بر فرا رسیدن وقتی است که عقد به آن مضاف گردیده است. در تعریف عقد مضاف ق. م نیز از فقه پیروی نموده است. زیرا، به عقیده احناف، عقود به اعتبار قبول و عدم قبول مضاف شدن به آینده به سه دسته منقسم می گردد:

۱- تصرفی که مضاف آن به آینده به اقتضای طبیعت آن ممکن نیست: تصرفی که مضاف آن به اقتضای طبیعت آن ممکن نیست، وصیت است اعم از اینکه صیغه آن منجز و یا معلق باشد، مانند اینکه: وصی بگوید: این مقدار پول را برای فقراء و یا مسجد وصیت نمودم و یا بگوید: اگر از فلان خطر نجات پیدا نمایم فلان مبلغ را به به شفاخانه وصیت می نمایم؛

۲- عقودی که مضاف آن به آینده ممکن نیست: عقودی که مضاف نمودن آن به آینده ممکن نیست، عقودی اند که به صورت دایم منجز می باشند مانند: عقود تملیکی عینی از قبیل: بیع، هبه و صلح در برابر مال. همچنین، مضاف نمودن عقد ازدواج، شرکت، تقسیم و نظیر اینها نیز به زمان آینده صحیح نیست. زیرا، عقود مذکور شرعاً مقتضی مترتب شدن اثر بر آن در زمان حال می باشد. در نتیجه، در صورتی که عقود مذکور مضاف به زمان آینده گردند، این امر موجب به تأخیر افتادن ترتیب اثر بر عقود مذکور می گردد و این امر با اصلی که شرع مقتضی آن است متعارض است؛ و

۳- عقودی که تنجیز و مضاف نمودن آن به زمان آینده صحیح است: عقودی که تنجیز و مضاف شدن به آینده را می پذیرند عبارت اند از: ۱) عقودی که بر منافع شی منعقد می گردند مانند: اجاره، عاریت، مزارعه و مساقات؛ ۲) توثیقات و تأمینات مانند: کفالت و حواله؛ ۳) اطلاعات مانند: وکالت و اذن به تجارت؛ و ۴)

۵۰۶. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۰۰.

اسقاطات مانند: طلاق، خلع از جانب شوهر و وقف.^{۵۰۸} هدف قانونگذار مدنی در ماده ۶۰۲ ق. ا تعریف عقد موکول به آینده است.

ج) عقد معلق

تعلیق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویختن، آویزان کردن و آویزش است^{۵۰۹} و در اصطلاح فقهی، به منوط و معلق ساختن تحقق امری به امری دیگر و یا ربط دادن حصول چیزی به چیزی دیگر، تعلیق گویند مانند اینکه شخصی به دیگری بگوید: در صورتی که مسافرت نمایم، شما وکیل من هستید! یا در صورتی که فلان شخص بیاید این شی را به شما به فروش می رسانم!^{۵۱۰}

ق. م نیز در تعریف عقد معلق از فقه پیروی نموده و ماده ۵۹۵ فقره دوم آن در این باره می گوید که: «تعلیق، عبارت است از مرتب گردانیدن امر متعلق به آینده بر متحقق شدن امر دیگری در زمان آینده، توسط یکی از ادوات شرط». از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که: عقد معلق، عقدی است که معلق به حصول امری دیگر باشد.^{۵۱۱} عقد معلق به شرط در زمان انعقاد آن منعقد نمی گردد، مگر اینکه شرط معلق علیه موجود گردد. برعکس، عقد مضاف به زمان آینده منعقد گردیده، ولی اثر بر آن در زمان آینده مترتب می گردد.^{۵۱۲} در خصوص تعلیق عقود به شرط معلق در فقه اختلاف وجود دارد: حنابله تعلیق تصرف به شرط را در کلیه عقود اعم از بیع، اجاره، کفالت، ازدواج و غیره جایز می دانند: مانند اینکه شخصی بگوید: اگر کالاهایم امروز برسند آن را به تو فروختم! فقهای حنابله در تأیید این نظر به حدیث پیامبر ﷺ استناد می نمایند که فرموده است:

«المسلمون علی شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً».^{۵۱۳}

«مسلمانان باید در شرط های که می بندند، پایبند باشند، مگر شرطی را که حرامی را حلال یا حلالی را حرام کند».

در خصوص تعلیق عقود به شرط معلق فقهای حنفیه عقود را از ناحیه تعلیق به شرط و عدم آن به سه دسته تقسیم می نمایند:

۱) عقود که تعلیق را نمی پذیرند: عقودی که تعلیق را نمی پذیرند قرار شرح ذیل اند:

۱- تملیکات مالی به استثنای وصیت: عقود تملیکی به استثنای وصیت تعلیق به شرط را نمی پذیرند اعم از اینکه عقود مذکور بر اعیان از قبیل: بیع، ابراء و یا منافع از قبیل: اجاره، عاریت واقع گردد خواه در برابر عوض باشد یا بدون آن؛

۵۰۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۰۱.

۵۰۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.

۵۱۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۰۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی

طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.

۵۱۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۸۲.

۵۱۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۰۱.

۵۱۳. رواه أبو داود، ابن ماجه و الترمذی عن عمرو بن عوف رضی الله عنه.

۲- **مبادلات غیر مالی:** در مبادلات غیر مالی مانند: ازدواج و خلع تعلیق عقد به شرط، صحیح تلقی نمی گردد، مانند اینکه: مرد خطاب به زن بگوید: اگر از این جنگ نجات یافتم ترا نکاح می نمایم! یا اینکه بگوید: اگر برادرم رضایت نشان بدهد ترا مخالفت می نمایم! زیرا، در عقد ازدواج و خلع باید اثر و نتیجه در زمان حال ایجاد گردد؛

۳- **تقییدات:** در تقییدات مانند: رجعت به زوجه مطلقه رجعیه، عزل و کیل و حجر صبی مأذون به تجارت؛

و

۴- **رهن و اقاله:** معلق نمودن عقد رهن به شرط صحیح نیست مانند اینکه: شخص به دیگری بگوید: اگر پدرم راضی شود، این خانه را به شما به رهن می دهم! همچنین، معلق نمودن اقاله به شرط مانند اینکه شخص به دیگری بگوید: اگر مشتری پول بیشتری بدهد، بیع را اقاله می نمایم! جواز ندارد.

۲) **عقودی که تعلیق آن به هر شرط ملایم صحیح است:** عقودی که تعلیق آنها به هر شرط ملایم صحیح است عبارت اند از:

۱- إسقاطات محض: مانند طلاق و تنازل از حق شفعه؛

۲- وکالت و وصیت؛

۳- التزاماتی که موجب تقویت اراده ملتزم می گردد مانند: نذر و سوگند. چنانچه، به عنوان مثال، شخص بگوید: اگر در امتحان کامیاب شوم چند روز روزه می گیرم، یا این مقدار پول را صدقه می دهم، یا بگوید: اگر به دشمن غلبه حاصل نمایم فلان کار را می نمایم!

۳) **عقودی که تعلیق آن به هر شرط ملایم صحیح است:** تعلیق عقود به شرط ملایم صحیح است و منظور از شرط ملایم شرطی است از نظر عرفی و شرعی با اقتضای عقد مناسب باشد؛ بدین معنی که: برای وجود عقد اساس و یا برای ثبوت آن سبب قرار بگیرد، مانند اینکه: شخص بگوید: اگر فلان مرا قرض بدهد، من کفیل او می شوم، یا بگوید: اگر امور تجارت را به خوبی پیش ببری، ترا به تجارت اجازه می دهم. بنابراین، عقودی که تعلیق آن به هر شرط ملایم صحیح است عبارت از: کفالت، حواله و اجازه دادن صبی به تجارت است.^{۵۱۴}

گفتار هشتم) به اعتبار شکل

عقود به اعتبار رعایت شکلیات و عدم آن به عقود شکلی و غیر شکلی تقسیم می شود. بسیاری از نویسندگان از عقود شکلی به عقود رضایی و عقود غیرشکلی عقود غیررضایی می گویند.^{۵۱۵} این نام گذاری محل ایراد به نظر می رسد، زیرا در هر عقدی رضایت باید وجود داشته باشد.

الف) عقود شکلی (تشریفاتی)

۵۱۴. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۳۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۸.

515 . Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The philosophy of Islamic law of transctions, first edi, Malaysia: Center for reasch and training, p 57.

عقود شکلی عبارت از عقودی است که برای تحقق آن علاوه بر تحقق شرایط عقد، اجرای مراسم خاص نیز ضروری است.^{۵۱۶} به نظر می رسد مثال های که در حقوق افغانستان می توان برای عقود شکلی ارایه کرد عبارت اند از:

(۱) عقد ازدواج، زیرا، حضور شهود حین انعقاد عقد ازدواج شرط صحت آن تلقی می گردد. در صورت عدم موجودیت شهود عقد ازدواج صحیح نیست. همچنین، در عقد ازدواج، خواندن خطبه مستحب و ترتیب نکاح خط ضروری است.

(۲) عقود بیع ای که از طریق محکمه ذیصلاح از طریق مزایده است به فروش می رسد، زیرا این گونه عقود مستلزم طی نمودن شکلیات خاص مانند: اعلان، داوطلبی و امثال اینها است.

(۳) فروش عقار توسط احمد به محمود در ساحات پلانی.

(۴) فروش مال مدیون توسط بانک از طریق مزایده.

ب) عقود غیر تشریفاتی

عقود غیر تشریفاتی عبارت از عقودی است که برای اتمام آن رضایت طرفین بدون احتیاج به رعایت شکلیات خاص، کافی است، مانند: عقد بیع، ودیعه، عاریت، اجاره و امثال اینها.^{۵۱۷} وجه اشتراک عقود شکلی و غیر شکلی این است که در هر دو رضایت وجود دارد، اما وجه افتراق این دو عقد این است که در عقود شکلی علاوه بر رضایت طرفین، طی نمودن تشریفات ضروری است. بنابراین، به نظر می رسد فایده ای که بر این تقسیم بندی مرتب می گردد این است که در عقود تشریفاتی، تشریفات باید رعایت گردد (مانند: عقود مزایده، مناقصه و عقد نکاح). در صورت عدم رعایت تشریفات، امکان دارد عقد به حکم قانون باطل گردد.

گفتار نهم) به اعتبار بسیط و مرکب بودن

عقد به اعتبار ترکیب به عقد مرکب و عقد بسیط تقسیم می شود:

الف) عقد بسیط

عقد بسیط عقدی است که مرکب از چندین عقد نیست، مانند: بیع و اجاره.

ب) عقد مرکب

۵۱۶. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۶؛ علی محی الدین القره داغی، المقدمة فی المال والاقتصاد والعقد والملکیة، ص ۳۱۳؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۶۳-۱۶۵؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۸۸؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۶۰؛ جواد افتخاری، حقوق مدنی (۳) کلیات عقود و حقوق تعهدات، ص ۵۸؛ مهدی شهیدی (۱۳۸۴). تشکیل تعهدات و قراردادهای، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ص ۸۴.

۵۱۷. ر. ک: مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۵؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعه الاولى، قطر: شركة دارالبنیائیر الاسلامیة، ص ۳۱۲؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۶۳-۱۶۵؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۸۸؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۶۰؛ جواد افتخاری، حقوق مدنی (۳) کلیات عقود و حقوق تعهدات، ص ۵۸؛ و مهدی شهیدی (۱۳۸۴). تشکیل تعهدات و قراردادهای، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ص ۸۴.

عقد مرکب عبارت از عقدی است که مرکب از چندین عقد است، مانند: عقد اقامت در هتل که مخلوطی است از اجاره اشياء (از نظر مسکن)، اجاره اشخاص (از نظر پذیرایی و خدمات)، و بیع (از نظر فروش غذا) و ودیعت (از نظر نگهداری اشياء مسافر).^{۵۱۸} همچنین است عقد بستری شدن در شفاخانه خصوصی. فایده تقسیم عقود به بسیط و مرکب این است که در عقود مرکب که مخلوطی از چندین عقد است، در صورتی که قسمتی از عقد باطل گردد، قسمت دیگر عقد صحیح است، مانند: بطلان عقد بیع در مورد فروش غذا و صحیح بودن عقد اقامت در هتل. اما، در صورتی که عقد بسیط و غیر قابل تجزیه باشد، در صورت بطلان، همه آن باطل می شود، مانند: عقد اجاره، عقد بیع و امثال اینها.

گفتار دهم) به اعتبار اثر

حقوق اسلامی حکم می نماید که برخی عقود به صورت بلادرنگ و فوری تطبیق شوند. همچنین، حقوق اسلامی با توجه به طبیعت آنها، برخی عقود را به رسمیت می شناسد که می تواند به صورت غیرفوری تطبیق شود مانند وصایت و وقف مشروط.^{۵۱۹} لذا، عقود را به اعتبار اثری که عامل زمان در تعیین و اجرای تعهدات ناشی از آن دارد، به عقود فوری و عقود تدریجی (مستمری) تقسیم می نمایند:

الف) عقد فوری

عقودی فوری عبارت از عقودی اند که اثر عقد در لحظه ای که طرفین انتخاب کرده اند، ایجاد می شود، مانند عقد بیع. زیرا، به مجرد وقوع عقد بیع، مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می گردد.

ب) عقد تدریجی

عقود تدریجی عبارت از عقودی اند که موضوع عقد باید در طول مدت معین انجام شود، مانند: عقد شرکت، اجاره و بیمه.^{۵۲۰}

گفتار یازدهم) به اعتبار حاکمیت اراده

در حقوق خصوصی برخلاف حقوق عامه طبق اصل آزادی انعقاد عقود، اشخاص در انعقاد عقود آزاد اند. علاوه بر قانون، نظم عمومی و آداب عامه، اصل حاکمیت اراده در عقود جمعی و عقود اذعان نیز محدود شده است. لذا، از این نقطه نظر، برخی نویسندگان بر حسب درجه حاکمیتی که اراده دو طرف عقد بر روابط آنها دارد، عقود را به عقود جمعی و عقود الحاقی تقسیم نموده اند:

الف) عقود جمعی

در مورد عقود جمعی و مصداق آن داکتر کاتوزیان می نویسد که: یکی از مهم ترین آثار حاکمیت اراده این است که: هر شخص تنها به اراده خویش متعهد به امری شود و اثر عقد نیز محدود به کسانی باشد که در انعقاد آن دخالت مستقیم داشته اند یا قائم مقام طرفین محسوب می شوند. ولی، حفظ نظم در تمام گروه های

۵۱۸. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۶۹ و ۱۷۰؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۹۷.

519. Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The philosophy of Islamic law of transctions, first edi, Malaysia: Center for reach and training, p 60.

۵۲۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۷۲-۱۷۴؛ مصطفی احمد الزقاع (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۵۸۳ و ۵۸۴.

انسانی ایجاب می کند که در اداره امور، اقلیت تابع اکثریت باشد. زیرا، اگر اقلیت نخواهد با افکار عمومی ستیزه کند، باید آن را بپذیرد و همین پذیرش از رأی اکثریت است که امکان رسیدن به هدفی را که آن گروه دنبال می کنند، فراهم می نماید. در این گونه موارد، چون پیروی از افکار گوناگون تمام اعضا و خوشنود ساختن همه آنها امکان ندارد، بهترین راه این است که با پیروی از نظر اکثریت، شمار کمتری از آراء بی اثر شود و جمع بیشتری راضی گردند.

روی همین دلیل، قانونگذار مجبور شده است که در عقود نیز گاهی اراده اکثریت جمعیتی را بر تمام اعضای آن تحمیل کند و آثار عقدی را که این گروه منعقد نموده اند، به همه سرایت دهد، چنانکه در شرکت های تجارتي، تصمیم مدیران یا اکثریت اعضای مجمع عمومی برای تمام شریکان ایجاد التزام می کند. بنابراین، در تعریف عقود جمعی می توان گفت که: «عقود جمعی عقودی است که دسته از اشخاص را، بدون اینکه رضایت شان لازم باشد، پای بند و ملتزم می کند.»^{۵۲۱}

تعریفی را که آقای کاتوزیان در مورد عقود جمعی ارایه می نماید درست است، اما مصداقی که آقای کاتوزیان در مورد عقود جمعی ارایه می نماید، مبهم به نظر می رسد، زیرا نمی توان تصمیم اکثریت اعضای مجمع عمومی و تحمیل آن بر دیگران را عقد شمرد. به نظر می رسد، نمی توان مصداقی برای عقود جمعی در حقوق مدنی ارایه کرد، زیرا عقود جمعی امروزه بیشتر مربوط حقوق کار است. بارز ترین مصداق عقود جمعی عقود جمعی کار است که میان کارفرما و اتحادیه های کارگری منعقد می شود. به نظر می رسد در نظام حقوقی افغانستان حقوق کار جزء شاخه های حقوق عامه محسوب می شود.

ب) عقود اذعان

عقود اذعان به نام های عقود الحاقی و انضمامی نیز یاد می شوند. الحاق از ریشه فعل لحق است که به معنی پیوستن است. انضمام نیز از ریشه فعل ضم است که به معنی پیوستن و ملحق شده است. در تعریف اصطلاحی حقوق انضمامی می توان گفت که عقود انضمامی عقودی اند که تمام شرایط توسط یکی از طرفین عقد معین می شود و طرف مقابل چاره جز پذیرفتن همه این شرایط و رد آنها به طور کل ندارد. از این تعریف می توان به این نتیجه رسید که:

۱- در عقود انضمامی همان طور که از نام آن پیداست همه شرایط توسط یک طرف عقد تعیین می شود و طرف دیگر مکلف است همه این شرایط را بپذیرد. به نظر می رسد، عقود انضمامی تجزیه را نمی پذیرد؛
۲- برخلاف سایر عقود، در عقود انضمامی زمینه های چانه زنی برای طرفین فراهم نیست. به حیث مثال، در عقود مربوط به استفاده از برق، آب، تلفون، تکت ریل (قطار) و امثال اینها طرف عقد نمی تواند با ادارات متصدی این امور چانه زنی نماید؛

۳- عقود انضمامی بیشتر میان اشخاص حقیقی و اشخاص حکمی عامه منعقد می گردد و شرایط این عقود غالباً در قوانین پیش بینی می شود، مانند: قواعد مربوط به قرارداد کار در قانون کار. بنابراین، عقود انضمامی از جمله عقود اداری است. چون ق. م در سال ۱۳۵۵ تدوین و نافذ شده است، قواعد عقود انضمامی را نیز

۵۲۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۰۲-۱۰۸.

تنظیم نموده است، در حالی که به نظر می‌رسد عقود انضمامی عقود مدنی نیست. در اخیر این بحث باید اضافه نمود که: اگرچه قواعد عقود انضمامی در ق. م پیش بینی شده است و برخی استادان این عقود را در کتاب های حقوق مدنی مورد بحث قرار داده اند، اما این عقود با توجه به توسعه حقوق عامه، امروزه از جمله عقود کار و عقود اداری محسوب می‌شوند نه عقود مدنی به این شرط که این عقود میان شخصیت های حکمی عامه و افراد خصوصی حقوق خصوصی منعقد شوند.

گفتار دوازدهم) به اعتبار اصل و فرع بودن

عقود از نظر اصل و فرع به عقود اصلی و عقود فرعی تقسیم می‌شود:

الف) عقود اصلی

عقود اصلی عبارت از عقودی است که از نظر ایجاد و زوال مستقل و تابع عقدی دیگری نباشد، مانند: بیع، اجاره، ایداع، عاریت و امثال اینها.

ب) عقود تبعی

عقود تبعی عبارت از عقودی است که از نظر ایجاد و زوال تابع حق دیگری است، مانند رهن و کفالت. زیرا، رهن و کفالت وثیقه حق دیگر است. بنابراین، رهن و کفالت ایجاد نمی‌گردد، مگر اینکه دینی وجود داشته باشد. کفالت در برابر دینی که داین بر مدیون دارد منعقد می‌گردد و به موجب آن کفیل پرداخت دین مدیون را به عهده می‌گیرد و رهن نیز عقدی است که به موجب آن راهن مال خود را در برابر دینی که مرتهن بر وی دارد، به رهن می‌گذارد.^{۵۲۲}

مبحث پنجم) خیاراتی که لزوم عقد را به تأخیر می‌اندازند

در مبحث عقد لازم و جایز گفته شد که در صورتی که عقد جایز باشد طرفین یا یکی از طرفین می‌تواند عقد را به دلیل طبیعت برخی عقود که جایز اند یا خیارات فسخ نماید. به همین دلیل، نویسندگان ق. م احکام خیارات را در جلد دوم، فرع سوم، مواد ۶۵۲ الی ۶۸۹ ق. م وضع نموده است.

در خصوص خیارات برخی فقهاء بر این نظر اند که اساس عقد را در شرع رضایت کامل طرفین تشکیل می‌دهد. بنابراین، به این منظور و بخاطر دفع ضرر از طرفین عقد، شرع خیارات در عقود را تشریح نموده است تا از یکطرف نیاز های روزمره انسان ها بر آورده شود و از طرف دیگر رضایت کامل و حقیقی طرفین تأمین گردد.^{۵۲۳} خیار در لغت به معنی اختیار است که جمع آن خیارات است. در ق. م تعریفی برای خیار ارایه نشده است. ولی، به موجب فقه خیار عبارت از حق یکی از طرفین و یا طرفین در امضاء و یا فسخ عقد بنا بر دلیل شرعی و یا اتفاق طرفین است.^{۵۲۴}

حقوقدانان در تعریف خیار می‌گویند: خیار عبارت است از حق هر یک از عاقدین در ازاله اثر عقد و اعاده وضع سابق.^{۵۲۵} به عبارت دیگر، خیار عبارت از حقی است که به طرفین عقد [توسط شرع] اعطاء گردیده

۵۲۲. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۸۶.

۵۲۳. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۶۵.

۵۲۴. وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، الموسوعة الفقهیة، ج ۲۰، ص ۴۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۱۵.

۵۲۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۸). الفارق، جلد (۲)، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۳۵.

است و طرفین عقد و یا یکی از آنها می تواند عقد را تأیید و یا فسخ نماید.^{۵۲۶} به موجب فقه خیار دارای دو منبع است: (۱) شرع، برخی خیارات را خود شرع تعیین نموده است مانند: خیار عیب و خیار رؤیت؛ و (۲) توافق طرفین عقد، برخی از خیارات نیز از اراده طرفین ناشی می شود مانند: خیار شرط و خیار تعیین.^{۵۲۷} به نظر فقهای حنفیه خیار به هفده نوع است: خیار شرط، خیار رویت، خیار عیب، خیار وصف، خیار نقد، خیار تعیین، خیار غبن، خیار کمیت، خیار استحقاق، خیار تغیر فعلی، خیار کشف حال، خیار خیانت، خیار مرابحه و تولیت، خیار تفریق صفقه، خیار اجازه عقد فضولی و تعلق حق غیر.^{۵۲۸} ولی، به موجب ق. م خیارات به چهار نوع: خیار شرط، خیار تعیین، خیار رویت و خیار عیب دسته بندی گردیده است که هر یک را ذیلاً مورد تحلیل قرار می دهیم:

گفتار نخست) خیار شرط

الف) تعریف و محل

ق. م تعریف از خیار شرط ارایه نکرده است. ولی، به موجب فقه خیار شرط عبارت از خیاری است که به موجب آن یکی از طرفین معامله یا هر دوی آنان یا شخص ثالثی حق فسخ یا امضای معامله ای را در مدت معینی داشته باشد، مانند اینکه: مشتری به بایع بگوید: مبیع را به آن شرط از تو می خرم که تا مدت سه روز حق فسخ معامله را داشته باشم!^{۵۲۹} طبق ماده ۶۵۳ ق. م: «خیار شرط در عقد لازمی ای که احتمال فسخ را داشته باشد، صحیح بوده و در عقد نکاح، طلاق، صرف، سلم، اقرار، وکالت، هبه و وصیت صحیح پنداشته نمی شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

(۱) طبق نص این ماده محل خیار شرط عقود لازم قابل فسخ توسط طرفین است. چنانچه گفته شد، عقد لازم عقدی است که قابل فسخ نیست مگر به توافق طرفین مانند بیع، مضاربه و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای محمود را خریداری نماید و احمد خیار عیب داشته باشد، می تواند عقد بیع را فسخ نماید. بیع از جمله عقود لازم قابل فسخ براساس توافق طرفین است.

(۲) خیار شرط در عقد ازدواج صحیح نیست. زیرا، ازدواج زمانی که منعقد شود یا طریق طلاق، انفساخ، تفریق قضایی و خلع منحل می گردد. اسباب انفساخ عقد ازدواج در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت. بنابراین، طرفین نمی توانند در عقد ازدواج خیار شرط داشته باشند. همچنین، ازدواج عقد لازم غیرقابل فسخ است مگر این که اسباب انفساخ آن فراهم شود که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید، احمد نمی تواند در عقد ازدواج خیار شرط را بگذارد.

526 . Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th ed, Kuala Lumpur: ASN, p 412.

۵۲۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۹۱۵ و ۹۱۶؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۸). الفارق، جلد (۲)، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۳۵.

۵۲۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۱۶.

۵۲۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۱.

۳) خیار شرط در طلاق صحیح نیست. زیرا، طلاق تصرف لازم و غیرقابل فسخ است. قانونگذار مدنی در نص این ماده طلاق را عقد دانسته است که محل ایراد به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد طلاق مخصوصاً طلاق رجعی ایقاع است.

۴) خیار شرط در هبه، وصیت، وکالت صحیح نیست. زیرا، این تصرفات غیرلازم اند و بنابراین یکی از طرفین می‌تواند بدون نیاز به خیار شرط این تصرفات را فسخ نمایند. در این خصوص فقهاء بر این نظر اند که به موجب فقه خیار شرط در عقود لازم قابل فسخ بر اساس تراضی طرفین هر چند لزوم آن از يك جانب باشد، ممکن است صورت پذیرد مانند: بیع، اجاره، مزارعه، مساقات، شرکت، مضاربه، تقسیم ملك مشاع، كفاله، حواله و رهن مشروط بر این که راهن لزوم عقد را شرط گردانیده باشد. در رهن شرط مرتهن ضروری تلقی نمی‌گردد. زیرا، عقد رهن نسبت به وی غیر لازم است.

برعکس، خیار شرط در عقود غیر لازم مانند: وکالت، عاریت، ودیعت، هبه و وصیت ضروری پنداشته نمی‌شود. زیرا، عقود مذکور به اقتضای طبیعت خویش غیر لازم اند. همچنین، خیار شرط در تصرفات لازم که فسخ را نمی‌پذیرند مانند: ازدواج و خلع و طلاق نیز قابل اجراء نیست. زیرا، فسخ عقود مذکور غیر ممکن است. همچنین، خیار شرط در عقد سلم و صرف صحیح نیست. زیرا، جهت صحت عقد سلم قبض رأس مال سلم در مجلس عقد و در صرف قبض بدلین در مجلس عقد شرط است.^{۳۰} به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم عقودی که خیار شرط در آنها جواز دارد و عقودی که خیار شرط در آنها جواز ندارد است.

ب) صاحب خیار

براساس ماده ۶۵۴ ق.م: «اعطای خیار شرط برای هر دو یا یکی از طرفین عقد یا غیر آنها جواز دارد.» طبق نص این ماده خیار شرط برای سه فرد ثابت می‌گردد:

۱) یکی از طرفین. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند می‌تواند خیار شرط را برای خود بگذارد مانند این که بگوید من موتر را برای شما می‌فروشم اما برایم سه روز وقت دهید.

۲) هر یک از طرفین. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند هر یک از احمد و محمود می‌توانند شرط گذارد که در مدت سه روز خرید و فروش موتر را تأیید یا فسخ نمایند.

۳) شخص ثالث. به حیث مثال، اگر محمود موتر احمد را خریداری نماید، می‌تواند شرط گذارد که این موتر را به شرطی می‌خرم که مستری عقد را تأیید نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی اشخاص صاحب خیار است. به نظر می‌رسد نص این ماده از فقه گرفته شده است. فقهاء بر این نظر اند که خیار شرط امکان دارد برای طرفین عقد یا یکی از آنها اعطاء شود یا توسط طرفین عقد یا یکی از آنها به شخص ثالث اعطاء گردد. امام ابوحنیفه رحمته الله بر این نظر است که هر یک از طرفین عقد می‌توانند خیار شرط را به شخص ثالث اعطاء نمایند. زیرا، یکی از طرفین امکان دارد در رابطه به موضوع عقد علم

۵۳۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۰۹.

نداشته باشد و در این صورت با شخص ثالث مشوره نمایند و خیار شرط را به او واگذار نماید و به او اجازه دهد تا قرارداد را در صورتی که مناسب تشخیص دهد فسخ نماید.^{۵۳۱}

ج) مدت

براساس ماده ۶۵۲ فقره اول ق. م: «(۱) عاقدین در جمیع عقود می توانند، حین عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خیار فسخ یا بقای عقد را فسخ کنند؛ (۲) مدت خیار شرط در مورد وقف، کفاله و حواله گیرنده دین به طور استثنایی بیش از سه روز جواز دارد. اگر شرط حین عقد گذاشته شده باشد، مدت خیار از وقت عقد و در صورتی که بعد از عقد گذاشته شده باشد، از زمان موجود شدن شرط، آغاز می گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

(۱) عاقدان در تمام قراردادها می توانند در وقت بستن عقد یا بعد از آنها حداکثر برای سه روز خیار فسخ یا تأیید عقد را شرط گذارند. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را خریداری نماید، می تواند تأیید یا فسخ عقد را برای مدت سه روز برای خود شرط گذارد.

(۲) مدت خیار شرط در مورد وقف، کفاله و حواله گیرنده دین به طور استثنایی بیش از سه روز جواز دارد. دلیل این جواز برای مدت بیشتر از سه روز روشن نیست. تعریف وقف در جلد اول کتاب اشخاص این دور از شرح ق. م گذشت. تعریف کفاله و حواله در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

(۳) اگر شرط حین عقد گذاشته شده باشد، مدت خیار از وقت عقد و در صورتی که بعد از عقد گذاشته شده باشد، از زمان موجود شدن شرط، آغاز می گردد. به حیث مثال، اگر احمد در اول حمل سال ۱۳۹۷ خانه محمود را خریداری نماید و در وقت انعقاد عقد شرط گذارد که سه روز به من وقت دهد، مدت خیار شرط از اول حمل سال ۱۳۹۷ شروع و سه روز دوام می نماید. اما، اگر احمد خانه را در اول حمل سال ۱۳۹۷ خریداری نماید و در روز سوم شرط گذارد، الی روز پنجم حمل سال ۱۳۹۷ صلاحیت تأیید یا فسخ عقد را دارد.

در خصوص مدت خیار شرط فقهای حنفیه بر این نظر اند که مدت خیار شرط باید معلوم و معین باشد. بنابراین، در صورت مجهول و یا مؤبد بودن مدت، خیار شرط صحیح تلقی نگردیده، به نظر حنفیه فاسد می باشد زیرا، در صورت بروز اختلاف حاکم می تواند بر اساس عرف و عادات، مدت آن را معلوم نماید، زیرا در صورت عدم معین بودن مدت خیار می توان آن را بر عرف حمل نمود. در باره این مدت امام ابو حنیفه رحمته الله علیه و امام زفر رحمته الله علیه بر این نظر اند که این مدت سه روز، صاحبان بر این نظر اند که این مدت بستگی به توافق طرفین دارد.^{۵۳۲}

د) اثر

531 . Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th ed, Kuala Lumpur: ASN, p 100.

۵۳۲. جهت معلومات مزید در این باره ر.ک.: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۱۱۰-۳۱۱۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۹ و ۹۳۲.

خیار شرط دارای دو نوع اثر است: اثری که فقهاء در باره آن وحدت نظر دارند و اثری که فقهاء در باره آن اختلاف نظر دارند:

۱) اثری که فقهاء در باره آن وحدت نظر دارند: اثری که فقهاء در باره آن وحدت نظر دارند، عدم لازم بودن عقد نسبت به کسی که دارای خیار است، می باشد. بنابراین، شخص دارای خیار شرط می تواند در مدت خیار شرط که تفصیل آن گذشت، عقد را فسخ و یا نفاذ آن را اجازه دهد:

۱- فسخ و شروط آن: طبق بند اول ماده ۶۵۶ ق. م: «عقدی که فسخ آن مشروط به خیار گردیده باشد، هنگامی فسخ می گردد که صاحب خیار قولاً یا فعلاً آن را در مدت معینه فسخ نماید. در فسخ قولی، علم طرف مقابل به فسخ عقد، در مدت معینه، شرط می باشد». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد: نخست این که صاحب خیار می تواند عقد مشروط به خیار شرط را از طریق های ذیل فسخ نماید:

- از طریق گفتار: به حیث مثال، احمد به محمود بگوید موتر شما را نمی خرم.
- از طریق عمل: به حیث مثال، احمد موتر را به محمود تسلیم نماید. فقهاء در این خصوص می گویند. فسخ عقد ممکن است از طریق گفتار و عمل صورت پذیرد، مانند اینکه: شخص صاحب خیار بگوید: نفاذ عقد را اجازه دادم یا مبادرت به اجرای عملی ورزد که بیانگر فسخ عقد باشد.

به عنوان مثال، در مبیع از طریق بیع، اجاره، رهن، عاریت تصرف نماید اعم از اینکه تصرف از طرف بایع باشد یا مشتری.^{۵۳۳} در فسخ شرط است که در مدت معین صورت بگیرد که طبق ق. م سه روز است. به حیث مثال، احمد در مدت سه روز موتر را به محمود رد نماید. در صورت انقضای سه روز، عقد لازم می گردد. فقهاء در این خصوص می گویند عقدی که در آن خیار شرط وجود دارد، با انقضای مدت خیار، لازم می گردد. پس، فسخ صاحب خیار در صورت منقضی شدن مدت خیار شرط ممکن نیست.^{۵۳۴}

دوم این که آگاهی طرف مقابل بر فسخ در مواردی که فسخ قولی باشد: در فسخ عقد قولی طبق ق. م آگاهی طرف مقابل شرط است. به حیث مثال، محمود در صورت فسخ قولی عقد، محمود را آگاه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم طریقه های فسخ است. به نظر امام ابوحنیفه رحمته و امام محمد رحمته جهت صحت فسخ قولی شرط است که طرف مقابل عقد از فسخ عقد به سبب عدم رسیدن ضرر به وی آگاهی داشته باشد. زیرا، در صورت سکوت مشتری و اعتماد بایع مبنی بر سکوت مشتری و عدم فسخ عقد و تصرف مشتری در مبیع و سکوت بایع و فسخ عقد، این عمل موجب ضرر هر یک از آنها می گردد.^{۵۳۵} ولی، در فسخ فعلی، علم و آگاهی طرف مقابل شرط صحت فسخ تلقی نمی گردد.^{۵۳۶}

۲- نفاذ عقد: نفاذ عقد داری خیار شرط تابع قواعد ذیل است:

- براساس ماده ۶۵۷ ق. م: «اجازه قولی یا فعلی صاحب شرط در مدت معینه که رضایت او را به لزوم عقد افاده نماید، عقدی را که فسخ آن مشروط به خیار گردیده، تمام و لازم می گرداند، گرچه طرف دیگر به آن علم

۵۳۳. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۱۱۲؛ و مسعود انصاري و محمد علي

طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۹۳۲.

۵۳۴. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۱۱۲.

۵۳۵. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۴)، صص ۳۱۱۲ و ۳۱۱۳.

۵۳۶. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۴)، ص ۳۱۱۳.

نداشته باشد.». طبق نص این ماده اول این که اجازه به نفاذ عقد می تواند قولی باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را با خیار شرط خریداری نموده باشد و قبل از تکمیل مدت بگوید، موتر را خریدم، عقد نافذ می شود. دوم این که اجازه به نفاذ عقد می تواند فعلی باشد.

به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را با خیار شرط خریداری نماید و با آن رانندگی نماید یا آن را به حمید بفروشد، عقد نافذ می گردد. در هر دو حالت، عقد لازم و تکمیل می گردد هر چند طرف مقابل به آن علم نداشته باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان انواع و طرق اجازه و اثر اجازه بر نفاذ عقد دارای خیار است. در این خصوص فقهای حنفی می گویند اجازه بر نفاذ عقد نیز مانند فسخ آن ممکن است از طریق گفتار و عمل صورت پذیرد، مانند اینکه: شخص صاحب خیار بگوید: نفاذ عقد را اجازه دادم و یا مبادرت به اجرای عملی ورزد که بیانگر اجازه وی باشد. با وجود این، برخلاف فسخ عقد، در نفاذ عقد آگاهی طرف مقابل شرط نیست.^{۵۳۷}

- براساس ماده ۶۵۸ فقره های ۱ و ۲ ق. م: «(۱) هرگاه خیار شرط به طرفین عقد اعطا شده باشد، تنها خیار طرفی که به آن اجازه می دهد، ساقط گردیده و خیار طرف دیگر الی ختم مدت خیار، باقی می ماند؛ و (۲) اگر یکی از طرفین عقد را فسخ نماید، اجازه طرف دیگر اعتبار ندارد.». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست اگر به موجب عقد طرفین خیار شرط داشته باشند و یکی از طرفین نفاذ عقد را اجازه دهد خیار او ساقط می گردد و خیار طرف دیگر الی ختم مدت خیار باقی است. بنابراین، او می تواند الی ختم مدت عقد، نفاذ عقد را اجازه دهد یا ندهد. به حیث مثال، اگر احمد قالدین های خویش را به محمود به خیار شرط به فروش رساند و محمود به نفاذ عقد اجازه دهد، هنوز خیار شرط احمد پابرجاست. همچنین، اگر احمد موتر محمود را با خیار شرط خریده باشد و محمود آن را با خیار شرط فروخته باشد، اگر احمد عقد را تأیید نماید، محمود هنوز هم دارای خیار است و می تواند عقد را تأیید یا فسخ نماید.

دوم این که اگر یکی از طرفین عقد را فسخ نماید، اجازه طرف دیگر اعتبار ندارد. اگر محمود عقد را فسخ نماید، تأیید احمد بر لزوم و تکمیل عقد تأثیر ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت نفاذ عقد به هر یک از طرفین عقد است. ماده ۳۰۷ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه خیار توسط بایع و مشتری برای هر دو شرط شده باشد، هر یک از آنها که بیع را در اثنای مدت فسخ نماید، عقد بیع فسخ می گردد و هر یک از آنها که نفاذ عقد بیع را اجازه دهد، خیار شرط وی ساقط و برای جانب مقابل الی انتهای مدت حق خیار باقی می ماند.».

- براساس ماده ۶۶۱ ق. م: «لزوم عقد، از وقت صدور آن، اعتبار دارد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. به نظر می رسد منظور قانون گذار مدنی از وقت صدور «وقت صدور اجازه به نفاذ عقد» است. بنابراین، به نظر می رسد در صورت اجازه به نفاذ عقد، عقد از تاریخ صدور اجازه نافذ می گردد نه قبل از آن. به حیث مثال، اگر احمد خانه را به محمود در اول ماه حمل سال ۱۳۹۷ بفروشد و محمود آن را با خیار شرط خریداری

نماید و در سوم حمل سال ۱۳۹۷ انفاذ عقد را تأیید نماید، عقد از تاریخ سوم حمل نافذ می شود نه از تاریخ اول حمل. زیرا، اجازة بر انفاذ عقد در تاریخ سوم حمل صادر گردیده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم زمان نفاذ عقد دارای خیار شرط است.

۲) اثری که فقهاء در باره آن اختلاف نظر دارند: فقهای حنفیه بر این نظر اند که خیار مانع مرتب شدن اثر بر عقد می گردد. بنابراین، به نظر امام ابوحنیفه رحمته الله سه حالت را باید از هم تفکیک نمود:

۱- حالت اول: در صورت صاحب خیار شرط بودن طرفین: در موردی که طرفین عقد دارای خیار شرط باشند، امام ابوحنیفه رحمته الله بر این عقیده است که در مدت خیار مبیع از ملکیت بایع و ثمن از ملکیت مشتری خارج نمی گردد. زیرا، در چنین حالات هر دو دارای خیار اند.^{۳۸} ق. م. ا نیز این نظر را اختیار نموده است. زیرا، ماده ۶۵۵ فقرة اول ق. م. ا در این باره مقرر می دارد که: «هرگاه در معاوضه مالی برای طرفین عقد خیار شرط اعطاء شده باشد، بدلین عقد از ملکیت هیچ يك آنها خارج نمی شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اگر در معاوضه مالی طرفین دارای خیار شرط باشند، بدلین عقد در ملکیت طرفین عقد باقی می ماند. معاوضه در لغت به معنی چیزی را گرفتن و عوض آن را دادن و دو چیز را عوض کردن است.^{۳۹} بدلین به معنی عوض و معوض (عوضین) است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی بدلین چیز های اند که به عوض همدیگر در عقد مبادله می شوند. به عنوان مثال، در عقد بیع، مبیع و ثمن و در عقد اجاره عین مستأجره و اجرت بدلین اند.

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را با خیار شرط به محمود به فروش رساند، موتر در ملکیت احمد و پول در ملکیت محمود باقی می ماند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم عدم خروج ملکیت در عقد دارای شرط است. زیرا، عقد دارای خیار شرط قابل فسخ است و عقد تمام نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ملکیت عوضین در زمان خیار است.

۲- حالت دوم: صاحب خیار بودن بایع: براساس فقرة اول ماده ۶۵۵ ق. م. ا: «در صورتی که خیار شرط برای یکی از طرفین عقد اعطاء شده باشد، مال صاحب خیار از ملک وی خارج نگردیده و مال طرف دیگر نیز به ملک صاحب خیار داخل نمی گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه خیار شرط برای یکی از طرفین شرط شده باشد، مال صاحب خیار در ملکیت او باقی است. همچنین، مال طرف دیگر عقد در ملکیت او باقی است. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را با خیار شرط به محمود به فروش رساند، موتر در ملکیت احمد است و پول در ملکیت محمود. به نظر می رسد دلیل این قاعده این است که عقد دارای خیار قابل فسخ است.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر عقد دارای خیار است. فقهای حنفی در این مورد می گویند در موردی که بایع دارای خیار شرط و مشتری فاقد خیار باشد، ملکیت مبیع از ملک وی به مشتری انتقال نمی نماید، هرچند ثمن از ملک مشتری خارج گردد. زیرا، در چنین حالات، عقد نسبت به

۵۳۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۱۳.

مشتری لازم است.^{۵۴۰} ماده ۳۰۸ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه شرط خیار صرف از بایع باشد، مبیع از ملکیت وی خارج نمی گردد، بلکه از جمله اموال او محسوب می شود. پس، اگر مبیع بعد از قبض در دست مشتری تلف گردد، ثمن مسمی لازم نمی گردد، بلکه بر مشتری لازم است قیمت آن را مطابق به ارزش روز به بایع بپردازد.»

۳- حالت سوم: صاحب خیار بودن مشتری: در صورتی که صرف مشتری دارای خیار باشد، ملکیت مبیع از ید بایع خارج گردیده و تحت ملکیت مشتری داخل گردیده و ملکیت مشتری محسوب می گردد. بنابراین، در صورتی که مبیع بعد از قبض و قبل از پرداخت ثمن توسط مشتری هلاک گردد، مشتری مکلف به پرداخت ثمن مسمی است. ماده ۳۰۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر خیار شرط تنها برای مشتری شرط شده باشد، مبیعه از ملکیت بایع خارج می گردد و ملک مشتری محسوب می گردد. پس، اگر مبیعه بعد از قبض در دست مشتری هلاک شود، بر وی لازم است تا ثمن مسمی را به بایع پرداخت نماید.»

ه) انتها

خیار شرط در موارد زیرین منتهی گردد:

(۱) فسخ یا امضای عقد در مدت معینه اعم از این که قولی باشد و یا فعلی که تفصیل آن گذشت (مواد ۶۵۶ و ۶۵۷ ق. م. ا)؛

(۲) طبق ماده ۶۵۹ ق. م. ا: «هرگاه مدت خیار در عقد مشروط به خیار بدون فسخ یا اجازه صاحب خیار مُنقَضی گردد، عقد لازم و تمام پنداشته می شود.» طبق نص این ماده در صورت ختم مدت، خیار ساقط می گردد و عقد لازم و تمام می شود. به حیث مثال، اگر احمد موثر محمود را با خیار شرط خریداری نماید و احمد عقد را اجازه ندهد و فسخ نیز ننماید، اما مدت سه روز سپری شود، خیار شرط احمد خاتمه می یابد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای خیار شرط است. طبق فقه پایان یافتن مدت خیار بدون امضاء و فسخ عقد موجب انتهای خیار می شود. زیرا، در صورت پایان یافتن مدت خیار شرط، عقد لازم پنداشته می شود.^{۵۴۱}

(۳) هلاک و یا معیوب شدن مبیع در ید صاحب خیار: در صورتی که صاحب خیار بایع باشد، خیار شرط ساقط گردیده و عقد باطل پنداشته می شود. ولی، در صورتی که مشتری صاحب خیار باشد، خیار ساقط و عقد لازم می گردد. پس، بر مشتری لازم است ثمن را پرداخت نماید. در چنین موارد باید دو حالت از هم تفکیک کرد:

حالت اول- نابود شدن مبیع قبل از قبض: در صورت نابود شدن مبیع پیش از قبض بیع باطل و خیار

ساقط می شود؛ و

۵۴۰. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۳.
۵۴۱. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۱۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۳.

حالت دوم - هلاك مبيع بعد از قبض: در صورت نابود شدن مبيع بعد از قبض هرگاه بايع صاحب خیار باشد، خیار ساقط و عقد باطل می‌گردد. ولی، در صورتی که مشتری صاحب خیار باشد، عقد تمام و پرداخت ثمن به بايع لازم می‌گردد اعم از اینکه هلاك و معيوب شدن در اثر فعل مشتری، بايع و یا آفات سماوی باشد؛ (۴) زیادت معقود علیه در صورتی که در ید مشتری و، وی دارای خیار شرط باشد: در صورتی که در معقود علیه زیادتی صورت بگیرد اعم از اینکه زیادت متصله مانند: شیر حیوان، احداث بناء بر زمین و پشم حیوان و یا منفصله مانند: متولد شدن چوپه از حیوان و نظیر اینها باشد موجب انتهای خیار شرط می‌گردد؛ (۵) براساس ماده ۶۶۰ فقره اول ق. م: «هرگاه صاحب خیار در خلال مدت خیار قبل از فسخ یا اجازه عقد وفات نماید، عقد لازم گردیده و ورثه از حق خیار استفاده کرده می‌تواند، مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد». از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد. قاعده این است که طبق نص این ماده هرگاه صاحب خیار در جریان مدت خیار قبل از فسخ عقد یا اجازه نفاذ عقد وفات نماید، عقد لازم می‌گردد.

به حیث مثال، اگر احمد موثر محمود را با خیار شرط خریداری نماید و در جریان مدت خیار احمد وفات نماید بدون این که عقد را فسخ یا تأیید نماید، عقد لازم می‌گردد. در این صورت، ورثه احمد نمی‌تواند از حق خیار شرط استفاده نماید و عقد را تأیید یا فسخ نماید. استثنای این اصل این است که در عقد برخلاف آن موافقه شده باشد.

به حیث مثال، احمد با محمود توافق نموده باشد که هرگاه در جریان مدت خیار محمود وفات نماید، حق تأیید یا فسخ عقد به ورثه احمد منتقل شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم فوت صاحب خیار در عقد دارای خیار شرط است. در باره مرگ صاحب خیار و انتهای خیار فقهای حنفیه بر این نظر اند که در صورت مرگ مشروط له خیار شرط منتهی می‌گردد. زیرا، خیار شرط مانند خیار رؤیت قابل توارث نیست به این دلیل که به نظر فقهای مذکور خیار شرط حق شخصی است و انتقال حق شخصی از يك شخص به شخص دیگر متصور نیست.^{۵۴۲}

طبق ماده ۶۶۰ فقره دوم ق. م: «اگر خیار شرط به طرفین عقد اعطاء شده و یکی از طرفین وفات نماید، عقد در مورد متوفی لازم گردیده و خیار طرف دیگر الی ختم مدت خیار باقی می‌ماند». طبق نص این ماده اگر خیار شرط برای طرفین وجود داشته باشد و یکی از طرفین وفات نماید، عقد در مورد متوفی لازم و نسبت به طرف دیگر غیرلازم است. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را با خیار شرط به محمود به فروش رساند و محمود هم آن را با خیار شرط خریداری نماید، اما محمود در جریان مدت خیار شرط وفات نماید، عقد نسبت به محمود لازم می‌گردد. اما، عقد نسبت به احمد غیرلازم است. زیرا، احمد صلاحیت تأیید یا فسخ عقد را دارد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم فوت یکی از طرفین و اثر عقد نسبت به طرف دیگر که هنوز در قید حیات است می‌باشد.

گفتار دوم) خیار تعیین

۵۴۲ . وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۳.

نوع دوم خیار طبق ق. م خیار تعیین است.

الف) تعریف و مشروعیت

در خصوص خیار تعیین ق. م سکوت اختیار نموده است. ماده ۳۱۶ مجله الاحکام در تعریف خیار تعیین می گوید: «هرگاه بایع ثمن دو چیز یا چیزهای از اموال قیمی هر کدام را جدا جدا بیان کرد و مشتری هر کدام را که را بخواهد به ثمنی که بیان شده بگیرد و همچنین بایع هر کدام را که بخواهد اعطاء نماید، چنین بیع صحیح بوده و به آن خیار تعیین گفته می شود.» برخی دیگر در تعریف خیار تعیین می گویند: خیار تعیین عبارت از خیاری است که به موجب آن عاقد حق تعیین سه چیز که ثمن و وصف در عقد آنها متفاوت است، یکی را برگزیند.^{۵۴۳} طبق ماده ۶۶۲ فقره دوم ق. م: «قرار دادن یکی از اشیاء معین به حیث موضوع عقد، مجاز بوده و طرفین عقد می توانند از خیار تعیین استفاده نمایند.» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز خیار تعیین به نظر می رسد.

به حیث مثال، اگر بایع به مشتری بگوید: یکی از این سه گوسفند را برای تو به پنج هزار افغانی فروختم هر کدام را که خواسته باشی، و مشتری نیز قبول نماید، بیع منعقد می گردد. همچنین، اگر مشتری به بایع بگوید: یکی از این سه گوسفند را مبلغ شش هزار افغانی خریدم به شرطی که تو مخیر هستی هر کدام آن را برایم در مدت سه روز بدهی و بایع قبول نماید، بیع صحیح و برای بایع خیار تعیین ثابت می گردد.^{۵۴۴} در باره مشروعیت مشروعیت خیار تعیین امام ابوحنیفه رحمته و امامان ابویوسف رحمته و محمد رحمته بر این عقیده اند که خیار تعیین استحساناً جهت نیاز مبرم مردم به آن جایز است.^{۵۴۵} ق. م از نظر اخیر پیروی نموده است.

ب) محل و طرفین عقد دارای خیار تعیین

خیار تعیین صرف در عقود معاوضوی مالی که متضمن نقل ملکیت اعیان باشد، مانند: بیع، هبه معوض و امثال اینها ثابت می گردد. با وجود این باید دانست که طبق نظر راجح مذهب حنفیه این خیار صرف برای مشتری ثابت می گردد.^{۵۴۶} (مواد ۶۶۷-۶۷۱ و ۶۷۳-۶۷۴ ق. م. ا). اما، براساس ماده ۶۷۱ ق. م امکان دارد خیار تعیین برای متصرف^{۵۴۷} نیز ثابت گردد.

ج) شروط

۵۴۳. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴). کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۱۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲). تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۵
۵۴۴. ماری نونل بشلیه و دیگران (۱۳۸۸). حقوق وجایب: احکام عقد در حقوق مدنی افغانستان چاپ اول، کابل: چاپ انستیتوت بین المللی مطالعات مقایسوی فرانسه، ص ۱۰۰.
۵۴۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴). کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۱۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲). تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۳.
۵۴۶. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴). کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۱۵.
۵۴۷. متصرف از ریشه «صرف» گرفته شده است که به معنی تصرف کننده، دخالت کننده و انجام دهنده کاری است. در فقه و حقوق متصرف به کسی می گویند که یک عمل حقوقی را انجام دهد (مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۹۹ و ۱۷۰۰). متصرف له به کسی گویند که وکیل، قیم، وصی و ... تصرفی را به جای او و برای او انجام دهند (همان، ج ۳، ص ۱۷۰۰). متصرف الیه شخصی است که تصرف به نفع او انجام شود. مصداق های متصرف و متصرف الیه برحسب عقود فرق می نمایند. به حیث مثال، در عقد بیع متصرف بایع و متصرف الیه مشتری، در عقد اجاره، متصرف اجاره دهنده و متصرف الیه اجاره گیرنده و در عقد عاریت، عاریت دهنده متصرف و عاریت گیرنده متصرف الیه است.

فقه‌های حنفیه که قایل به خیار تعیین اند برای صحت آن سه شرط را معین نموده اند که قرار شرح ذیل اند:

۱) براساس ماده ۶۶۳ ق. م: «اشیایی که به حیث موضوع خیار تعیین قرار می گیرد، بیش از سه شی بوده نمی تواند.» نص این ماده از فقه گرفته شده است. فقه‌های حنفی در این خصوص بر این نظر اند که اختیار گزینش نباید از سه مورد بیشتر باشد. بنابراین، در صورتی که مورد گزینش از سه مورد بیشتر باشد، خیار صحیح نیست.

در دفاع از این شرط، فقه‌های حنفیه استدلال می نمایند که معیار تشریح خیار تعیین، مصلحت مشتری در انتخاب بهترین است و اشیاء معمولاً بر سه درجه: مرغوب، متوسط و خراب تقسیم می شوند.^{۵۴۸} به حیث مثال، هرگاه بایع برای مشتری بگوید: این گوسفند را به پنج هزار افغانی و آن دیگری را به شش هزار افغانی و سومی را به هشت هزار افغانی برای تو فروختم به شرطی که هر یک را که می خواهی بخری به قیمت مسمی در مدت سه روز اختیار داری و مشتری آن را قبول کرد، خیار تعیین برای مشتری ثابت می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت خیار تعیین است.

۲) اینکه اشیاء دارای قیمت و وصف متفاوت باشند و ثمن هر کدام معین باشد. زیرا، در صورتی که اشیاء دارای قیمت و وصف واحد باشند، خیار تعیین معنی نخواهد داشت؛ و

۳) براساس ماده ۶۶۴ ق. م: «مدت خیار تعیین از سه روز تجاوز نمی کند. آغاز مدت از وقت موافقه اعتبار دارد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: مدت خیار تعیین باید سه روز باشد. به حیث مثال، اگر احمد سه عراده موتر را به محمود به قیمت های متفاوت پیشنهاد نماید، مدت این خیار سه روز است. بنابراین، محمود می تواند در مدت سه روز عقد را تأیید یا رد نماید.

دوم این که این مدت از زمان موافقه اعتبار دارد. به حیث مثال، اگر احمد و محمود در مثال بالا به تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۰ در خصوص موترها صحبت نمایند، مدت خیار تعیین از زمان موافقه و صحبت احمد و محمود اعتبار دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مدت خیار تعیین است. فقه‌های حنفی در این خصوص بر این نظر اند که شرط است که این که مدت خیار معلوم باشد. زیرا، نامعلوم بودن مدت خیار بر عقد نیز اثر می گذارد. این مدت به نظر فقه‌های حنفیه سه روز است. پس، در موردی که خیار تعیین از سه روز بیشتر شود، عقد باطل می گردد.^{۵۴۹}

۴) براساس ماده ۶۶۲ فقره ۲ ق. م: «(۲) اگر خیار تعیین به صورت مطلق ذکر گردیده باشد، متصرف الیه صاحب خیار پنداشته می شود مگر این که قانون طور دیگری حکم نموده و یا موافقه طرفین به خلاف آن صورت گرفته باشد.» از نص این ماده یک اصل و دو استثنا استنباط می گردد. اصل این است که اگر متصرف که تعریف آن گذشت صیغه عقد دارای خیار تعیین را به صورت مطلق ذکر نماید، متصرف الیه صاحب خیار

۵۴۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۹۲۴ و ۹۲۵؛ و هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۸.

۵۴۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۹۲۴ و ۹۲۵؛ و هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۸.

تلقی می شود. استثنای اول قانون است. بنابراین، اگر قانون به خلاف این قاعده حکم نموده باشد، متصرف الیه صاحب اختیار قلمداد نمی شود.

استثنای دوم این است که در صورتی که طرفین عقد دارای اختیار تعیین طور دیگر توافق نمایند، این توافق مدار اعتبار است و اختیار تعیین به صورت مطلق مدار اعتبار نیست. تعریف متصرف الیه در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید این سه قطعه زمین هر کدام دارای قیمت ده لک، بیست لک و سه لک افغانی است و اختیار داری هر کدام را خریداری نمایی، محمود صاحب اختیار تلقی می شود مگر این که موافقه یا قانون طور دیگر حکم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ایجاد حق اختیار و استثنای آن است.

د) آثار

اختیار تعیین مؤجد آثار ذیل است:

۱) براساس ماده ۶۶۵ ق. م: «عقد تا زمان به کار بردن اختیار، غیر لازم بوده و در صورتی که طور صریح یا ضمنی به کار برده شود، عقد در آنچه اختیار در مورد آن انجام یافته، نافذ و لازم پنداشته می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که عقد تا زمان به کار بردن اختیار، غیر لازم بوده و در صورتی که طور صریح یا ضمنی به کار برده شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید این سه پایه تلویزیون هر کدام دارای قیمت های بیست هزار، سی هزار و چهل هزار است و اختیار داری هر کدام را خریداری نمایی، این عقد نسبت به محمود غیر لازم است. تعریف غیر لازم در مبحث تقسیمات عقود گذشت.

دوم این که عقد در آنچه اختیار در مورد آن انجام یافته، نافذ و لازم پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود بگوید تلویزیونی که قیمت آن بیست هزار افغانی است را قبول نمودم، این عقد نسبت به احمد و محمود لازم می گردد. تعریف عقد لازم در مبحث تقسیمات عقود گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اختیار تعیین است. نص این ماده از فقه گرفته شده است. فقهاء در این خصوص بر این نظر اند که ذکر، اختیار تعیین بدون ذکر اختیار شرط، عقد را از لزوم نمی اندازد. در نتیجه، در چنین موارد، عاقد تنها حق تعیین مورد را خواهد داشت. ولی، در صورتی که اختیار شرط ذکر شود، مشتری حق فسخ را نیز خواهد داشت؛^{۵۵۰}

۲) براساس ماده ۶۷۵ ق. م: «اختیار تعیین، به ورثه انتقال می نماید.» طبق نص این ماده حق اختیار تعیین صرف برای مشتری ثابت می گردد، و در صورت فوت مشتری این حق به ورثه او انتقال می نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید این سه پایه تلویزیون هر کدام دارای قیمت های بیست هزار، سی هزار و چهل هزار است و اختیار داری هر کدام را خریداری نمایی، محمود دارای اختیار تعیین است. در صورت وفات محمود، این حق به ورثه محمود منتقل نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای اختیار تعیین و حکم عدم توارث آن است.

۵۵۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۵؛ و هبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۸.

۳) براساس ماده ۶۷۱ فقره های ۱ و ۲ ق. م: «(۱) هرگاه خیار به شخص متصرف اعطا شده باشد، اشیاء موضوع خیار تا زمان تعیین در ملک او باقیمانده و بعد از تعیین یکی از اشیاء، شی تعیین شده، موضوع عقد پنداشته می شود. (۲) اگر متصرف در یکی از اشیاء تصرف نموده باشد، تصرف او جایز پنداشته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است.

اول این که: در صورتی که خیار تعیین به شخص متصرف اعطا شده باشد، اشیاء موضوع خیار تا زمان تعیین در ملک او باقیمانده و بعد از تعیین یکی از اشیاء، شی تعیین شده، موضوع عقد پنداشته می شود. متصرف از ریشه «صرف» گرفته شده است که به معنی تصرف کننده، دخالت کننده و انجام دهنده کاری است. در فقه و حقوق متصرف به کسی می گویند که یک عمل حقوقی را انجام دهد.^{۵۱} طبق نص این ماده امکان دارد تا خیار تعیین برای متصرف نیز ثابت گردد. به حیث مثال، اگر محمود به احمد بگوید سه اسپ که دارید من سفید را دو لک، سیاه را سه لک و ابلق را چهار لک می خرم، محمود خیار را به احمد می دهد. در این صورت، اسپان در ملکیت احمد باقی می ماند. در صورتی که احمد توافق نماید که اسپ سفید را یک لک افغانی به محمود به فروش رساند، اسپ سفید محل عقد قرار می گیرد. در این مثال، احمد متصرف و محمود متصرف الیه است.

دوم این که: اگر متصرف در یکی از اشیاء تصرف نموده باشد، تصرف او جایز پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد اسپ سفید را رکوب نماید یا با آن بزکشی نماید، تصرف احمد جایز است. زیرا، مال هنوز در ملکیت احمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر خیار تعیین است. (۴) طبق ماده ۶۷۲ فقره های ۱ و ۲ ق. م می گویند: «(۱) متصرفی که خیار تعیین، به او اعطا شده، می تواند عقد را فسخ یا ابرام نماید. تصرف او در اشیای موضوع خیار تعیین، مجاز بوده این تصرف او فسخ عقد پنداشته می شود. (۲) در صورتی که متصرف، متصرف الیه را به قبول یکی از آنها مکلف نماید، متصرف الیه به آن ملزم شناخته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استخراج است.

نخست این که: متصرف می تواند عقد دارای خیار تعیین را فسخ و یا ابرام نماید. ابرام از ریشه «برم» گرفته شده است که در لغت به معنی استوار داشتن، محکم داشتن، به جان آوردن و به ستوه آوردن است.^{۵۲} به حیث مثال، اگر محمود به احمد بگوید سه اسپ که دارید من سفید را دو لک، سیاه را سه لک و ابلق را چهار لک می خرم، محمود خیار را به احمد می دهد. در این مثال، احمد متصرف اسپان است و می تواند عقد را فسخ یا تأیید نماید.

دوم این که تصرف متصرف در اشیای موضوع خیار تعیین فسخ عقد پنداشته می شود که از مصداق های عملی فسخ است. به حیث مثال، اگر احمد در مثال بالا با اسپ سفید بزکشی نماید، بزکشی با اسپ سفید توسط احمد مجاز است و فسخ عقد تلقی می گردد.

۵۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۹۹ و ۱۷۰۰.

۵۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۲.

سوم این که در صورتی که متصرف، متصرف الیه را به قبول یکی از اشیای محل خیار تعیین مکلف نماید، متصرف به قبول ملزم شناخته می شود که محل ایراد به نظر می رسد، زیرا متصرف الیه در قبول و یا رد اشیای محل خیار، اختیار دارد. در صورت اجبار متصرف الیه توسط متصرف، داشتن خیار از سوی متصرف الیه منتفی به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر خیار تعیین است.

(۵) براساس ماده ۶۶۷ ق. م: «هرگاه خیار تعیین به متصرف الیه اعطاء شده باشد، ملکیت او در یکی از اشیاء ثابت پنداشته شده، اشیاء دیگر موضوع خیار تعیین که در تصرفش باشد، امانت شمرده می شود». طبق نص این ماده در صورتی که خیار تعیین به متصرف الیه مانند مشتری، اجاره گیرنده و نظیر اینها اعطا شده باشد، ملکیت او در یکی از اشیای محل خیار تعیین ثابت گردیده و بقیه اشیای موضوع خیار تعیین نزد او امانت تلقی می گردد. متصرف الیه یا متصرف له شخصی که است که تصرف به نفع او صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد سه عراده موتور را به محمود به قیمت های متفاوت پیشنهاد نماید و احمد یکی از موتور ها را انتخاب نماید، موتور ملکیت محمود تلقی می گردد و بقیه ها موتور ها نزد او امانت اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر خیار تعیین است.

(۶) براساس ماده ۶۶۸ فقره های اول و دوم ق. م. ا: «(۱) هرگاه متصرف در یکی از اشیاء موضوع خیار، قبل از انقضای میعاد خیار، تصرف نماید، تصرف او موقوف به اختیار متصرف الیه می باشد؛ و (۲) اگر شی مورد تصرف، بعداً از طرف متصرف الیه تعیین گردد، حکم آن از وقت انعقاد اعتبار داشته، تصرف متصرف، باطل پنداشته می شود». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که هرگاه متصرف، به حیث مثال بائع، در یکی از اشیای محل خیار قبل از ختم میعاد خیار، تصرف نماید. به حیث مثال، مبیع محل خیار تعیین را به فروش رساند، نفاذ تصرف او منوط بر اجازه متصرف الیه، به حیث مثال مشتری است. به حیث مثال، اگر احمد سه عراده موتور را به محمود به قیمت های متفاوت پیشنهاد نماید و محمود یکی از موتور ها را انتخاب نماید و آن را به جمشید به فروش رساند، نفاذ عقد موقوف به اجازه احمد است.

دوم این که اگر شی مورد تصرف، بعداً از طرف متصرف الیه تعیین گردد، حکم آن از وقت انعقاد اعتبار داشته، تصرف متصرف، باطل پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد سه عراده موتور را به محمود به قیمت های متفاوت پیشنهاد نماید و محمود خیار تعیین داشته باشد و احمد بر یکی از موتور ها تصرف نماید، اما محمود یکی از موتور ها را که احمد بر آن تصرف نموده است انتخاب نماید، موتور از زمان انعقاد عقد دارای خیار تعیین بسته شده تلقی می گردد و تصرف احمد بر موتور باطل می شود. در این مثال، احمد متصرف و محمود متصرف الیه است. احمد یکی از موتور ها را به جمشید فروخته است و در صورت تأیید عقد توسط محمود عقد احمد با جمشید فسخ می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر خیار تعیین است.

۷) به موجب ماده ۶۶۹ فقرة اول و دوم ق. م. ا: «(۱) هرگاه یکی از اشیاى موضوع خیار تعیین، پیش از قبض هلاک گردد، متصرف الیه می تواند در باقیمانده آن از خیار استفاده نماید؛ (۲) در صورتی که تمام اشیاى مذکور هلاک گردد، عقد باطل پنداشته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که اگر یکی از اشیاى موضوع خیار تعیین قبل از قبض توسط متصرف الیه (مشری) هلاک گردد، متصرف الیه می تواند در باقیمانده اشیا از خیار تعیین استفاده نماید. قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است.^{۵۵۳} هلاک در لغت به معنی نابود شدن و از بین رفتن است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید این سه پایه تلویزیون هر کدام دارای قیمت های بیست هزار، سی هزار و چهل هزار است و اختیار داری هر کدام را خریداری نمایی، محمود دارای خیار است. اگر یکی از تلویزیون ها از بین برود، محمود اختیار دارد که دو تلویزیون باقیمانده را قبول یا رد نماید.

دوم این که: در صورتی که تمام اشیاى محل خیار تعیین قبل از قبض توسط متصرف الیه هلاک گردد، عقد به دلیل منتفی شدن موضوع عقد و یکی از ارکان مهم عقد باطل می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، قبل از این که محمود تلویزیون های را بگیرد، همه از بین بروند، عقد باطل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر هلاک تمام یا برخی از اشیاى محل عقد است.

۸) طبق ماده ۶۷۳ ق. م. ا: «هرگاه تمام اشیاى موضوع خیار تعیین، قبل از قبض هلاک گردد، اشیاى هلاک شده به حساب متصرف بوده و تصرف باطل پنداشته می شود. در صورت هلاک بعضی از اشیا، خیار متصرف باقی بوده او می تواند متصرف الیه را به قبول شی باقیمانده ملزم یا عقد را فسخ نماید.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

اول این که: در صورت هلاک تمام اشیاى موضوع خیار تعیین، خسارت هلاک را باید متصرف متحمل شود، زیرا شی قبل از قبض توسط متصرف الیه نزد متصرف هلاک گردیده است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا تلویزیون ها قبل از قبض توسط محمود همه در اثر حریق در دوکان از بین بروند، عقد به دلیل انعدام یکی از ارکان آن باطل می شود.

دوم این که: در صورتی که برخی اشیاى محل خیار قبل از قبض نزد متصرف هلاک گردد، متصرف می تواند عقد را فسخ و یا متصرف الیه را به قبول اشیاى باقیمانده ملزم نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا برخی تلویزیون ها از بین بروند، محمود صلاحیت تأیید یا فسخ عقد را دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر از بین رفتن اشیا قبل از قبض است.

۹) به موجب ماده ۶۷۰ فقرة های اول و دوم ق. م. ا: «(۱) هرگاه یکی از اشیاى موضوع خیار تعیین بعد از قبض هلاک گردد، شی هلاک شده موضوع عقد پنداشته شده و متصرف الیه به تأدیة ثمن آن مکلف می گردد. در این صورت، اشیاى باقیمانده، امانت محسوب گردیده و قابل رد به متصرف می باشد. اگر تمام اشیاى مذکور بعد از قبض هلاک گردد، در صورتی که یکی بعد دیگری هلاک شده باشد، شی اولی موضوع عقد شناخته شده، اشیاى باقیمانده امانت پنداشته می شود؛ و (۲) اگر هلاک تمام اشیا در زمان واحد صورت گرفته

۵۵۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۵۰۲.

باشد، متصرف الیه به ثمن یکی از اشیاء مکلف بوده، اشیای باقیمانده امانت پنداشته می شود.». از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- در صورتی که یکی از اشیای محل خیار تعیین بعد از قبض توسط متصرف الیه هلاک گردد، شی هلاک شده موضوع عقد پنداشته شده و متصرف الیه مکلف است قیمت آن را به متصرف بدهد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید من اسپ سفید را دو لک، اسپ سیاه را سه لک و اسپ ابلق را چهار لک می فروشم و اسپان را تسلیم محمود نماید و اسپ سفید نزد محمود هلاک شود، اسپ سفید محل عقد قرار گرفته و محمود مکلف است قیمت آن را به احمد بدهد. زیرا، در این فرض، قبض صورت گرفته است و اسپ نزد محمود بعد از قبض هلاک شده است.

۲- باقی اشیای محل خیار تعیین نیز نزد متصرف الیه امانت تلقی می گردد و تابع قواعد عقد امانت است که تفصیل آن در جلد دوم این کتاب خواهد آمد. به حیث مثال، در مثال بالا اسپ های سیاه و ابلق نزد محمود امانت است.

۳- اگر تمام اشیای محل خیار تعیین بعد از قبض توسط متصرف الیه هلاک گردد، در صورتی که یکی بعد دیگری هلاک شده باشد، شی اولی موضوع عقد شناخته شده، اشیای باقیمانده نزد متصرف امانت تلقی شده و به نظر می رسد که تابع قواعد هلاک و استهلاک شی به امانت داده شده است که تفصیل آن در محث عقد امانت در جلد دوم این دور از حقوق وجایب خواهد آمد. در این صورت، متصرف الیه مکلف است قیمت شی اولی هلاک شده را به متصرف پرداخت نماید.

به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید من اسپ سفید را دو لک، اسپ سیاه را سه لک و اسپ ابلق را چهار لک می فروشم و اسپان را تسلیم محمود نماید و اول اسپ سفید نزد محمود هلاک شود و سپس اسپ های سیاه و ابلق، محمود مکلف است قیمت اسپ سفید را به احمد بدهد. زیرا، در این فرض، قبض صورت گرفته است و اسپ نزد محمود بعد از قبض هلاک شده است. در خصوص بقیه اسپ ها احکام عقد امانت قابل تطبیق است.

۴- اگر هلاک تمام اشیاء در زمان واحد توسط متصرف الیه صورت گرفته باشد، متصرف الیه به ثمن یکی از اشیاء مکلف بوده، اشیای باقیمانده امانت پنداشته می شود. مثال این ماده در بالا گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر هلاک اشیای محل خیار تعیین بعد از قبض نزد متصرف الیه است.

۱۰) براساس ماده ۶۷۴ فقره های ۱ و ۲ ق. م: «(۱) هرگاه یکی از اشیای موضوع خیار تعیین بعد از قبض هلاک شود، شی هلاک شده به صفت امانت به حساب متصرف می باشد. او می تواند متصرف الیه را به قبول یکی از اشیاء باقیمانده ملزم نموده یا عقد را فسخ نماید. اگر تمام اشیاء مذکور یکی بعد دیگری هلاک شود، شی هلاک شده اولی به صفت امانت به حساب متصرف بوده و متصرف الیه به پرداخت قیمت باقیمانده، مکلف می باشد. (۲) در صورت هلاک به زمان واحد، یکی به صفت امانت به حساب متصرف و هلاک اشیای باقیمانده به اساس قیمت آن به حساب متصرف الیه، پنداشته می شود.». از نص این ماده چندین حکم استخراج می گردد:

- ۱- هرگاه یکی از اشیای موضوع اختیار تعیین بعد از قبض هلاک شود، شی هلاک شده به صفت امانت به حساب متصرف می باشد. به نظر می رسد با ماده ۶۷۰ ق. م در تعارض به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.
- ۲- متصرف می تواند متصرف الیه را به قبول یکی از اشیاء باقیمانده ملزم نموده یا عقد را فسخ نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید من اسپ سفید را دو لک، اسپ سیاه را سه لک و اسپ ابلق را چهار لک می فروشم، اما اسپ سفید نزد احمد هلاک شود، احمد می تواند محمود را به قبول دو اسپ باقیمانده ملزم نماید یا عقد را فسخ نماید.
- ۳- اگر تمام اشیاء مذکور یکی بعد دیگری هلاک شود، شی هلاک شده اولی به صفت امانت به حساب متصرف بوده و متصرف الیه به پرداخت قیمت باقیمانده، مکلف می باشد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید من اسپ سفید را دو لک، اسپ سیاه را سه لک و اسپ ابلق را چهار لک می فروشم، اما اسپ سفید نزد احمد اول هلاک شود و سپس سایر اسپان، اسپ سفید نزد احمد حکم امانت را دارد و محمود به پرداخت قیمت بقیه اسپان مکلف می گردد.
- ۴- در صورت هلاک به زمان واحد، یکی به صفت امانت به حساب متصرف و هلاک اشیای باقیمانده به اساس قیمت آن به حساب متصرف الیه، پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید من اسپ سفید را دو لک، اسپ سیاه را سه لک و اسپ ابلق را چهار لک می فروشم، اما همه اسپان نزد احمد در یک زمان هلاک شوند، یکی از اسپان نزد احمد حیثیت امانت را دارد و محمود مکلف است قیمت بقیه اسپان را پرداخت نماید.
- در این مثال ها، احمد متصرف و محمود متصرف الیه است. نص این ماده از نظر عقلی توجیه پذیر نیست. زیرا، عادلانه به نظر نمی رسد که متصرف علیه در حالی که هنوز مال را قبض نکرده است جبران خسارت هلاک مال را به دلیل هلاک مال پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حکم اثر هلاک شی محل اختیار تعیین نزد متصرف است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۵۶):

حکم ماده (۶۷۴) قانون مدنی در روشنی حکم مندرج صفحه (۱۸) کتاب البیع هدایه توضیح گردد.

توضیح:

متصرف کسی است که صلاحیت انتقال ملکیت را حایز باشد. حکم ماده (۶۷۴) قانون مدنی با مسایل فقهی موافق است زیرا وقتی اختیار تعیین برای متصرف یعنی بایع باشد و مشتری اشیای مورد اختیار را قبض نموده باشد در صورتی که یکی از آن اشیاء هلاک می شود شی هلاک شده به صفت امانت در نزد مشتری به حساب متصرف یعنی بایع می باشد و عین مطلب از ملاحظه مسایل مندرج صفحه (۱۸) جلد (۳) کتاب البیع هدایه نیز استنباط می گردد.^{۵۵۴}

۱۱) مطابق ماده ۶۶۶ ق. م: «تعیین خیار به وقت صدور عقد، راجع می گردد.» طبق نص این ماده نفاذ عقد دارای خیار تعیین از زمان انعقاد عقد آغاز می گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود در تاریخ اول دلو سال ۱۳۹۷ بگوید این گوسفند را سه هزار، گوسفند دومی را پنج هزار و گوسفند سومی را هشت هزار فروختم و شما می توانید در مدت سه روز تصمیم بگیرید، محمود بعد از سه روز گوسفند اولی را قبول نماید، تاریخ عقد انعقاد عقد اول دلو سال ۱۳۹۷ است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم زمان نفاذ عقد دارای خیار تعیین است.

ه) انتها

خیار تعیین ممکن است با پذیرش قولی، فعلی و تلف شدن یکی از انواع مبیع در دست مشتری منتهی گردد، مانند اینکه: مشتری بگوید: این شی را قبول نمودم! و یا در یکی از اشیاء به نحوی تصرف نماید که دلالت بر قبول وی نماید، و یا یکی از اشیاء توسط وی بعد از قبض هلاک گردد.^{۵۵۵}

گفتار سوم) خیار رؤیت

الف) تعریف

ق. م. ۱ تعریفی در باره خیار رؤیت ارایه نکرده است. ولی، به موجب فقه، خیار رؤیت عبارت از خیاری است که به موجب آن مشتری با دیدن معقود علیه در صورتی که در زمان عقد و یا پیش از آن، آن را ندیده باشد، حق اجازة یا فسخ عقد را دارد.^{۵۵۶} ماده ۳۲۰ مجله الاحکام در تعریف خیار رؤیت می گوید: «شخصی که چیزی را بدون دیدن خریداری نماید، دارای خیار است تا مبیعه را مشاهده نماید و بعد از دیدن مبیع در فسخ بیع یا قبول آن اختیار دارد و به این اختیار، خیار رؤیت گویند.»

در باب مشروعیت خیار رؤیت دو دلیل: شرعی و عقلی وجود دارد. فقهای حنفیه، مالکیه، حنابله و ظاهریه بر این نظر اند که چنین معامله ای صحیح است و حق فسخ برای مشتری بعد از دیدن ملحوظ است. زیرا، پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«من اشتری شیئاً لم یره، فهو بالخیار إذا رآه.»^{۵۵۷}

«اگر کسی چیزی را بی آنکه دیده باشد بخرد، پس از دیدن حق فسخ (خیار) دارد.»

در تأیید این حدیث فقهای مذکور استدلال می نمایند که عثمان بن عفان رضی الله عنه زمینی را در بصره برای طلحه بن عبدالله رضی الله عنه بدون اینکه آن را ببینند خریداری نمود. حضرت طلحه رضی الله عنه گفت: مغبون شدی! حضرت عثمان رضی الله عنه گفت: من در آن حق خیار دارم، زیرا آن را بدون اینکه ببینم خریداری نموده ام! همچنین، فقهای مذکور استدلال می نمایند در عقد دارای خیار رؤیت مجهولیت معقود علیه موجب بروز نزاع بین

۵۵۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۵؛ و وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۹.
۵۵۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۲۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۹.
۵۵۷. روی مسنداً و مرسلأ، فالمسند رواه الدارقطنی عن ابي هريرة رضی الله عنه و المرسل رواه ابن ابي شيبه و الدارقطنی و البيهقی عن مکحول و هو ضعيف.

طرفین نمی‌گردد. زیرا، شخصی که آن را ندیده دارای خیار رؤیت است و می‌تواند بعد از دیدن عقد را فسخ نماید.

برعکس، فقهای شافعیه عقد دارای خیار رؤیت را در اصل باطل دانسته‌اند و بر این نظر اند که معامله‌ای چیزی که دیده نشده اصلاً منعقد نمی‌گردد. زیرا، در چنین عقدی غرر وجود دارد که موجب بروز نزاع می‌گردد. ق. م. ۱ نظر اول را اختیار نموده و مواد مربوط به خیار رؤیت آن مقتبس از فقه غیرشافعیه است (مواد ۶۷۶-۶۸۱).^{۵۵۸}

ب) سبب و دارنده حق خیار رؤیت

سبب خیار رؤیت عدم دیدن معقود علیه در زمان عقد است. بنابراین، هرگاه عنصر رؤیت در زمان عقد و یا پیش از آن به نحوی که گفته شد، متحقق گردد، خیار رؤیت ساقط می‌گردد. در خصوص شخصی که خیار رؤیت برای او ثابت می‌گردد، ق. م. ۱ در مبحث احکام عمومی عقود مسکوت است. فقهای حنفیه بر این نظر اند که خیار رؤیت برای متملك مانند: مشتری در عقد بیع، و مستأجر در عقد اجاره ثابت می‌گردد،^{۵۵۹} اما خیار رؤیت برای مالک: یعنی؛ بایع و مؤجر ثابت نمی‌گردد. زیرا، فقهای مذکور استدلال می‌نمایند که هرگاه بایع اموال خویش را ندیده به دیگری به فروش رساند، به زیان خود عمل کرده و خویشتن را به اضرار افکنده و در نتیجه هیچ نوع حق فسخ را ندارد.^{۵۶۰}

ج) محل

براساس ماده ۶۷۶ ق. م: «حق فسخ عقد به خیار رؤیت، در موارد آتی بدون شروط قبلی ثابت می‌گردد: ۱- خریدن اعیانی که تعیین آن لازم بوده و از جمله دیون ثابت در ذمه نباشد؛ ۲- اجاره اعیان؛ ۳- تقسیم اعیان غیر مثلی؛ و ۴- صلح بر مالی که ذاتاً عین باشد.» طبق نص این ماده خیار رؤیت در عقود ذیل بدون این که شرط شده باشد ثابت می‌گردد. آتی در لغت به معنی بعدی و ذیل است.

۱) خرید اعیان. اعیان جمع عین است و عین عبارت از مال است. در خرید عین تعیین آن لازم است. نص بند دوم جزء اول که می‌گوید از جمله دیون ثابت بر ذمه نباشد، مبهم و محل ایراد است. به حیث مثال، اگر احمد خانه یا موتر محمود را خریداری نماید و آن را ندیده باشد، احمد خیار رؤیت دارد. خانه و موتر در این مثل مصداق های اعیان اند.

۲) اجاره اعیان. به حیث مثال، اگر احمد خانه یا موتر محمود را به اجاره بگیرد و خانه و موتر را ندیده باشد، محمود خیار رؤیت دارد. خانه و موتر در این مثل مصداق های اعیان اند.

۳) تقسیم اموال غیر مثلی. منظور از اموال غیر مثلی اموال قیمی است. ماده ۱۴۶ مجله الاحکام در تعریف مال قیمی می‌گوید: «قیمی عبارت از چیزی است که مثل آن در بازار پیدا نشود و اگر پیدا شود در قیمت آن

۵۵۸. جهت معلومات مزید در این باره ر.ک: وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۳۱۲۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۸. ۵۵۹. به نظر می‌رسد روی همین دلیل، ماده ۳۲۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می‌نماید که: «برای بایع خیار نیست ولو مبیعه را ندیده باشد. به عنوان مثال، شخصی مالی که را از طریق ارث به وی رسیده است به فروش رساند، بیع بدون خیار بایع منعقد می‌گردد.» ۵۶۰. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۳۱۲۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۸.

تفاوت چشمگیر وجود داشته باشد). به حیث مثال، اگر اموال قیمی مانند موتر بنز ۱۹۷۰، شمشیر خانوادگی، قالین استعمال شده، احجار کریمه، کتاب های استعمال شده و نظیر اینها میان احمد و محمود تقسیم شود، هر یک از احمد و محمود حق خیار رؤیت دارند. در صورتی که مال مثلی باشد، حق خیار رؤیت برای متقاسمان وجود ندارد. زیرا، مال مثلی شبیه و مانند همدیگر اند و برای متقاسمان تفاوت نمی کند که کدام یک از آنها به او تقسیم شود.

۴) صلح در برابر مال. به حیث مثال، اگر احمد با محمود منازعه داشته باشد و احمد به محمود صلح نماید و به محمود یک عراده موتر بدهد، اما محمود موتر را ندیده باشد، محمود دارای خیار رؤیت است. قانونگذار مدنی در نص این ماده از «بدون شروط قبلی» سخن می گوید. بنابراین، منبع این خیار برای مشتری قانون است و نه توافق. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان عقودی است که خیار رؤیت در خصوص آنها قابل اعمال است. فقهای حنفی در این خصوص بر این نظر اند که خیار رؤیت در عقود لازم قابل فسخ مانند: بیع، اجاره، تقسیم اموال قیمی از قبیل: اراضی و حیوان، صلح در برابر مال ثابت می گردد. ولی، در بیع بر اساس وصف مانند: سلم و نظیر آن خیار رؤیت ثابت نمی گردد.^{۵۶۱}

د) شروط

شروط خیار رؤیت قرار آتی اند:

۱) معین و مشخص بودن معقود علیه: براساس بند اول ماده ۶۷۸ ق. م: «برای اثبات خیار رؤیت، معقود علیه باید قابل تعیین باشد [...]». طبق نص این ماده برای این که خیار رؤیت برای متملك ثابت گردد، شرط است که معقود علیه قابل تعیین باشد. قانونگذار مدنی در نص این ماده از معین بودن معقود علیه سخن نمی گوید بلکه از قابل تعیین بودن آن سخن می گوید. بنابراین، طبق نص این ماده امکان دارد معقود علیه معین نباشد اما قابل تعیین باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند زمین باید قابل تعیین باشد.

به حیث مثال، اگر احمد در کابل و پغمان زمین داشته باشد و زمین را به محمود به فروش رساند، معقود علیه معین نیست اما قابل تعیین است. در صورتی که احمد زمین را تعیین نماید و محمود زمین را ندیده باشد، محمود دارای خیار رؤیت است. فقها در این خصوص می گویند جهت ثبوت خیار رؤیت شرط است که معقود علیه عین معین و مشخص مانند: زمین، حیوان، موتر و امثال اینها باشد.^{۵۶۲}

۲) عدم دیدن معقود علیه حین انشای عقد و یا قبل از آن: براساس بند دوم ماده ۶۷۸ ق. م: «برای اثبات خیار رؤیت، معقود علیه باید قابل تعیین بوده و متصرف الیه آن را حین عقد، ندیده باشد». متصرف الیه یا متصرف له شخصی که است که تصرف به نفع او صورت می گیرد. به حیث مثال، در عقد هبه و در وصیت موهوب له و موصی له متصرف له و متصرف الیه هستند. طبق نص این ماده شرط است که متصرف له در وقت عقد معقود علیه را ندیده باشد.

۵۶۱. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۲۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۹.

۵۶۲. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۲۶.

به حیث مثال، در مثال بالا، محمود خانه یا موتر را ندیده باشد. اگر محمود خانه یا موتر را دیده باشد، حق خیار رؤیت ندارد. به نظر می‌سد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط خیار رویت است. فقهاء در این خصوص بر این نظر اند که در موردی که مشتری مبیع را قبل از عقد دیده باشد، خیار رؤیت بر وی ثابت نمی‌گردد.^{۵۶۳}

۳) اینکه عقد از جمله عقود باشد که قابلیت فسخ را داشته باشد: براساس ماده ۶۷۷ ق. م: «خیار رؤیت در عقودی که احتمال فسخ را ندارد، ثابت نمی‌گردد.» طبق نص این ماده شرط است که عقد قابل فسخ باشد. در صورتی که عقد غیرلازم باشد، ضرورت به خیار نیست. زیرا، عقد غیرلازم را هر یک از طرفین می‌تواند هر زمان فسخ نماید مانند وکالت، عاریت، امانت و نظیر اینها. به نظر می‌سد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط خیار رویت است.

فقهاء در این خصوص می‌گویند شرط است که عقد قابل فسخ باشد، مانند: بیع، اجاره، تقسیم اموال مشاع قیمی، صلح در برابر مال و نظیر اینها. زیرا، عقود مذکور به وسیله رد اموال منفسخ می‌گردند. پس، در اینها خیار رؤیت ثابت می‌گردد. برعکس، در تصرفات غیر قابل فسخ مانند: ازدواج، خلع، صلح بخاطر عفو قتل و امثال اینها خیار رؤیت ثابت نمی‌گردد. زیرا، در عقود مذکور دیدن معقود علیه مانند: مهر، بدل خلع و عوض صلح ناممکن است.^{۵۶۴}

ه) زمان ثبوت و چگونگی رؤیت

خیار رؤیت برای مشتری هنگام دیدن معقود علیه، نه قبل از دین ثابت می‌گردد. بنابراین، در صورتی که مشتری نفاذ عقد را قبل از رؤیت اجازه دهد، عقد لازم نگردیده و خیار رؤیت نیز ساقط نمی‌گردد. ولی، در صورتی که عقد را قبل از رؤیت معقود علیه فسخ نماید، چنین فسخ صحیح است. زیرا، چنین عقدی غیر لازم است، و فسخ عقد غیر لازم مانند: عقدی دارای خیار عیب، و عقد عاریت و ودیعت جواز دارد.^{۵۶۵}

در باره رؤیت کل یا قسمتی از معقود علیه در فقه نظریات متفاوت ارایه شده است، زیرا ممکن است در بعضی حالات کل و در بعضی حالات دیگر قسمتی از معقود علیه دیده شود. با وجود این، ضابطه ای که در این باره وجود دارد این است که: دیدن آن مقدار که موجب حصول معرفت و دلالت بر مقصود نماید کافی است.^{۵۶۶}

و) مدت

طبق ماده ۷۷۹ ق. م: «حق خیار رؤیت تا وقتی باقی می‌ماند که رؤیت در خلال مدتی که طرفین به آن موافقه کرده اند، تمام گردیده یا علت سقوط خیار موجود گردد.» طبق نص این ماده حق خیار رؤیت در دو حالت خاتمه می‌یابد:

۵۶۳. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۲۶.

۵۶۴. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۲۶.

۵۶۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۲۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)،

تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۹۲۸ و ۹۲۹.

۵۶۶. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۱۲۶ و ۳۱۲۷؛ و مسعود انصاری و

محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۹.

۱) مدتی که طرفین در خصوص آن توافق نموده اند. به حیث مثال، اگر احمد به محمود موتر را به فروش رساند و بگوید برای مدت یک هفته وقت داری تا موتر را ببینی. در صورت ختم یک هفته، مدت خیار رؤیت خاتمه می یابد.

۲) در صورت تحقق اسباب اسقاط خیار رؤیت که بحث آن خواهد آمد. در این خصوص فقهای حنفیه بر این عقیده اند که فوریت در اعمال این حق شرط نیست. زیرا، اشخاص هر وقت بخواهند می توانند آن را اعمال کنند. بنابراین، اعمال حق خیار رؤیت ممکن است برای شخصی مادام العمر ثابت گردد، مگر اینکه یکی از موجبات اسقاط خیار رؤیت که در موضع آن در باب آن سخن خواهیم گفت، موجود گردد.^{۵۶۷} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ظرف زمانی خیار رویت است.

ز) اثر و چگونگی فسخ

براساس ماده ۶۸۱ ق. م: «فسخ عقد در خیار رؤیت، به قول یا فعل صریح یا ضمنی تمام پنداشته شده، به حکم محکمه یا رضایت طرف دیگر موقوف نمی باشد». از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

۱) فسخ عقد دارای خیار رؤیت می تواند از طریق گفتار صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را خریداری نماید و آن را ندیده باشد، با دیدن خانه می تواند عقد را فسخ نماید مانند این که بگوید: خانه مورد پسندم واقع نگردید.

۲) فسخ عقد دارای خیار رؤیت می تواند از طریق فعل به صورت صریح یا ضمنی باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و دارای خیار رؤیت باشد، با دیدن موتر می تواند موتر را رد نماید. رد موتر به احمد فسخ عقد است.

۳) فسخ عقد دارای خیار رؤیت مستلزم صدور حکم توسط محکمه نیست. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به اجاره بگیرد و خانه را ندیده باشد، با دیدن خانه و عدم پسند می تواند عقد را فسخ نماید بدون این که احمد به محکمه مراجعه نماید.

۴) فسخ عقد دارای خیار رؤیت مستلزم رضایت طرف دیگر نیست. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به اجاره بگیرد و خانه را ندیده باشد، با دیدن خانه احمد می تواند عقد را فسخ نماید. در چنین حالتی، توافق محمود شرط نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان طریقه های فسخ و حکم آن است. در باره اثر خیار رؤیت فقهای حنفیه بر این نظر اند که چنین عقدی برای دارنده خیار غیر لازم است. زیرا، وی بین اجازه و فسخ عقد مخیر است. پس، می تواند عقد را فسخ نماید اعم از اینکه مبیع را موافق آنچه وصف شده بیابد و یا خیر.^{۵۶۸}

چگونگی فسخ عقد دارای خیار رؤیت متوقف بر ترازی طرفین و یا حکم قاضی نیست. پس، فسخ عقد ممکن است از طریق گفتار، و تصرف در مبیع صورت پذیرد مانند اینکه: شخص بگوید: عقد را فسخ نمودم،

۵۶۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۳۱۲۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۰.
۵۶۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۳۱۲۷ و ۳۱۲۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۰.

و یا مبیع را به بایع رد نماید، و یا در آن از طریق هبه، بیع و نظیر اینها تصرف نماید، و یا معقود علیه قبل از قبض از بین برود.^{۵۶۹} با وجود این، جهت فسخ عقد شروط آتی لازم است:

(۱) اینکه خیار موجود باشد: یعنی، مدت آن منقضی و یا ساقط نگردیده باشد. زیرا، با سقوط خیار، عقد لازم می‌گردد؛

(۲) اینکه فسخ موجب جدا کردن قسمتی از مبیع از قسمت های دیگر آن نگردد. زیرا، در صورت پذیرفتن قسمتی از مبیع و پذیرفتن (فسخ کردن) قسمت دیگر، بایع متضرر می‌گردد؛ و

(۳) فسخ به آگاهی و اطلاع بایع برسد تا او نیز از دلیل امر آگاه و در مقام دفاع از خویش بر آید.^{۵۷۰}

ح) اسباب سقوط

به موجب ماده ۶۸۰ ق. م. ا: «خیار رؤیت به دیدن موضوع خیار، رضایت صریح یا ضمنی صاحب خیار، مرگ صاحب خیار، هلاک شدن کل یا قسمتی از عین به چنان تصرف صاحب خیار در عینی که احتمال فسخ را نداشته باشد یا حق غیر به آن تعلق بگیرد، ساقط می‌گردد.» طبق نص این ماده خیار رؤیت در حالات ذیل خاتمه پیدا می‌کند:

(۱) در صورت دیدن موضوع خیار. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید، اما آن را ندیده باشد، با دیدن موتر حق خیار محمود خاتمه پیدا می‌کند.

(۲) رضایت صریح یا ضمنی صاحب خیار. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و در آن دارای خیار رؤیت باشد، با رضایت صریح یا ضمنی احمد خیار خاتمه پیدا می‌کند. به حیث مثال، اگر احمد بگوید موتر را قبول نمودم، این قبولی رضایت صریح احمد است یا در موتر تصرف نماید، به حیث مثال، آن را هبه نماید یا به جمشید به فروش رساند. این تصرف رضایت ضمنی محمود است.

(۳) مرگ صاحب خیار. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و احمد قبل از انفاذ یا فسخ عقد وفات نماید، حق خیار او ساقط می‌گردد و حق به ورثه او منتقل نمی‌شود.

(۴) هلاک شدن کل یا قسمتی از عین به چنان تصرف صاحب خیار در عینی که احتمال فسخ را نداشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد گوسفندان محمود را خریداری نماید و گوسفندان هلاک شوند، حق خیار محمود ساقط می‌شود. همچنین، اگر محمود گوسفندان احمد را خریداری نماید و آنها را ذبح و سپس بخورد، حق خیار او ساقط می‌شود.

(۵) تعلق حق غیر به معقود علیه است. به حیث مثال، اگر احمد موتر را به محمود به فروش رساند در حالی که موتر از حمید باشد، خیار شرط محمود ساقط می‌شود. زیرا، احمد در حق غیر تصرف نموده است که باطل است مگر این که غیر اجازه دهد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انتهای خیار رویت است. فقهاء بر این نظر اند که موارد ذیل موجب إسقاط خیار رؤیت می‌گردد:

۵۶۹. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۲۹. ۵۷۰. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، صص ۳۱۲۸ و ۳۱۲۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۰.

۱) هر آنچه که به طور صریح یا ضمنی دلالت بر رضای شخص بر إسقاط اختیار رؤیت نماید. رضایت صریح لفظی است که به طور صریح دلالت بر إسقاط حق نماید، مانند اینکه: شخص بگوید: نفاذ عقد را اجازه دادم و یا فسخ نمودم! و رضایتی ضمنی است که شخص بعد از رؤیت به نحوی در معقود علیه تصرف نماید که بیانگر رضا و اجازه وی باشد، مانند اینکه: شی را قبض نماید، یا از آن انتفاع بگیرد، یا آن را به فروش رساند، اجازه دهد و...؛

۲) از بین رفتن و یا معیوب شدن معقود علیه به نحوی که مانع رد مبیع به بایع گردد اعم از اینکه هلاک و یا معیوب شدن در اثر فعل شخص مشتری، شخص ثالث و یا آفات سماوی باشد؛

۳) زیادت در معقود علیه بعد از قبض به نحوی که مانع رد آن شود مانند: زیادت غیر متصله متولده از اصل از قبیل: احداث بنا و نظیر آن، و زیادت منفصله مانند: متولد شدن بچه از حیوان و نظیر آن؛ و

۴) مرگ صاحب اختیار: در این باره در فقه دو نظریه وجود دارد: فقهای حنفیه اختیار رؤیت را مانند اختیار شرط قابل توارث نمی دانند اعم از اینکه مرگ قبل یا بعد از رؤیت باشد. زیرا، به نظر فقهای مذکور اختیار رؤیت حق شخصی است. برعکس، فقهای مالکیه بر این نظر اند که اختیار رؤیت مانند اختیار تعیین و اختیار عیب قابل توارث است. زیرا، ارث در حقوق و اموال به صورت مساوی قابل اجراء است.^{۵۷۱}

گفتار چهارم) اختیار عیب

الف) تعریف و عیب موجب اختیار

در ق. م. ا تعریفی برای اختیار عیب ارایه نشده است. به موجب فقه اختیار عیب، عبارت از خیار است که به موجب پیدا شدن عیبی در یکی از مبیع و ثمن برای ذینفع در صورت نا آگاهی از آن حاصل می شود.^{۵۷۲} به نظر می رسد به دلیل و به استناد به این تعریف، ق. م حق فسخ عقد دارای اختیار رؤیت را بدون شرط قبلی به طرف عقد داده است. ماده ۶۸۲ ق. م در این خصوص می گوید: «حق فسخ عقد به اختیار عیب، بدون شرط قبلی ثابت می گردد.» طبق نص این ماده حق فسخ عقد دارای اختیار به طرف دیگر بدون این که طرفین در خصوص اختیار عیب توافقی نموده باشند، ثابت می گردد.

دلیل این قاعده این است که، چنانچه گفته شد، اختیارات دو منبع دارند. نخست اراده طرفین و دوم قانون و شرع. طبق نص این ماده منبع حق اختیار رویت قانون است خواه طرفین در خصوص آن توافق نموده باشند یا نه. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز اختیار رویت برای یکی از طرفین عقد است. طبق ماده ۳۳۸ مجله الاحکام: «عیب آن است که در نزد تجار و اهل خیره نقصانی در ثمن مبیعه بار آورد.» در باره عیب موجب اختیار فقهای حنفیه بر این نظر اند که هر آن عیبی که به موجب آن اصل فطرت

۵۷۱. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۱۳۰ و ۳۱۳۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۱.
۵۷۲. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۳.

سلیم (وضعیت آفرینشی) مبیع خلل پذیرد و در عرف تجاری موجب کاستی قیمت شود، عیب محسوب می شود.^{۵۷۳}

حقوق اسلام خیار عیب را بر مبنای سنت پیامبر ﷺ مشروع گردانیده است. چنانچه در این باره پیامبر ﷺ فرموده است:

«المُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ ، وَ لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا فِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيَّنَّهُ لَهُ».^{۵۷۴}

«مسلمان برادر مسلمان است. برای هیچ مسلمانانی روا نیست که چیزی معیوب به برادرش بفروشد، مگر اینکه آن را آشکارا به او گفته باشد.».

ب) سبب و عقودی که خیار در آنها جواز دارد

فقهاء بر این عقیده اند که سبب مشروعیت خیار عیب، نقصی است که در مبیع یا ثمن به وجود می آید که موجب تضرر یکی از عاقدین می گردد. در ضمن، در صورت نقص مبیع یا ثمن در رضای عاقدین خلل وارد می گردد. زیرا، رضا اساس عقد است و مشتری هرگز به پذیرش مبیع معیوب که از آن اطلاعی نداشته باشد، رضایت نشان نمی دهد. گذشته از اینها، در صورت معیوب بودن مبیع و ثمن اصل برابری مورد اتفاق طرفین خدشه دار می گردد.^{۵۷۵}

براساس ماده ۶۸۳ ق. م: «خیار عیب در عقودی ثابت می گردد که احتمال فسخ را داشته باشد.» طبق نص این ماده خیار عیب در عقودی ثابت می گردد که قابل فسخ باشند. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و در آن عیب وجود داشته باشد، به حیث مثال بریده باشد، محمود می تواند عقد را فسخ یا تأیید نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی عقودی است که خیار در آن ثابت می گردد. به موجب فقه خیار عیب مانند خایر رؤیت در عقود لازم قابل فسخ صورت می پذیرد مانند: عقد بیع، اجاره، تقسیم اموال قیمی و صلح در برابر مال.^{۵۷۶}

ج) شروط

فقهاء و قانونگذار مدنی برای ثبوت خیار عیب یک سلسله شروط مقرر نموده اند که قرار ذیل اند:

۱) براساس بند اول ماده ۶۸۴ ق. م: «عیب، وقتی موجب خیار شده می تواند که قبل از عقد موجود بوده و در قیمت مبیعه مؤثر باشد [...]». طبق نص این ماده شرط است که عیب قبل از عقد در مبیعه موجود باشد. بنابراین، اگر عیب در نزد مشتری بعد از عقد ایجاد شود، مشتری نمی تواند عقد را به سبب عیب فسخ نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و موتر بریده باشد، شرط است که این بریدگی قبل از این که احمد آن را از محمود خریده است در موتر به وجود آمده و موجب کاهش قیمت موتر گردد. اما، اگر احمد موتر را از محمود خریداری نماید و در اثر تصادم در موتر بریدگی ایجاد شود، احمد نمی تواند عقد را

۵۷۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۴؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۱۶.
 ۵۷۴. رواه ابن ماجه عن عقبه بن عامر رضی الله عنه.
 ۵۷۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۱۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۴.
 ۵۷۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۱۶.

به سبب ایجاد عیب در موتور و کاهش قیمت آن فسخ نماید. همچنین، اگر احمد گلدان عتیقه را از محمود خریداری نماید و گلدان زمانی که نزد محمود باشد شکسته باشد، در گلدان عیب وجود دارد و این عیب موجب کاهش قیمت گلدان می شود.

فقهاء در این خصوص می گویند شرط است که این که عیب قبل از عقد و یا قبل از قبض در مبیع وجود داشته باشد. پس، در صورتی که عیب بعد از تسلیم نزد مشتری بر مبیع وارد گردد، خیار عیب ثابت نمی گردد. زیرا، پیدایش عیب در آن پس از تسلیم شدن در حکم معیوب شدن مال مملوک است و زیان آن متوجه مالک می گردد؛^{۵۷۷}

(۲) نا آگاهی مشتری: براساس بند دوم ماده ۶۸۴ ق. م: «عیب، وقتی موجب خیار شده می تواند که [...] متصرف الیه، به آن علم نداشته [...] باشد.» متصرف الیه یا متصرف له شخصی که است که تصرف به نفع او صورت می گیرد. طبق نص این ماده شرط است که متصرف الیه از عیب آگاهی نداشته باشد. بنابراین، اگر متصرف الیه از عیب در مبیعه آگاهی داشته باشد و آن را قبول نماید، دارای خیار عیب نیست. به حیث مثال، اگر احمد موتور را به محمود به فروش رساند و موتور بریده باشد و محمود بداند که موتور بریده است، محمود دارای خیار عیب نیست. همچنین، اگر در مثال بالا، محمود گلدان را بدون این که از شکستگی و ترمیم آن آگاهی داشته باشد، خریداری نماید، دارای خیار است.

فقهاء در این خصوص می گویند خیار عیب در صورتی ثابت می گردد که مشتری از وجود آن حین عقد و قبض آگاهی نداشته باشد. زیرا، عدم رضای مشتری و سایر اسباب پیدایش خیار عیب در صورتی تحقق می یابند که مشتری از وجود عیب مطلع نباشد. علت این امر این است که در صورت آگاه بودن مشتری چنین پنداشته می شود که مشتری به آن به صورت ضمنی رضایت نشان داده است.^{۵۷۸}

(۳) براساس بند سوم ماده ۶۸۴ ق. م: «عیب، وقتی موجب خیار شده می تواند که [...] متصرف الیه، به آن علم نداشته و متصرف برائت عیب را شرط نگذاشته باشد.» متصرف از ریشه «صرف» گرفته شده است که به معنی تصرف کننده، دخالت کننده و انجام دهنده کاری است. در فقه و حقوق متصرف به کسی می گویند که یک عمل حقوقی را انجام دهد.^{۵۷۹}

به حیث مثال، در هبه و اهب متصرف است. همچنین، در عقد عاریت، عاریت دهنده متصرف است. طبق نص این ماده برای اثبات خیار عیب شرط است که متصرف شرط نگذاشته باشد که در صورت بروز عیب در مبیعه من هیچ گونه مسؤلیتی ندارم. به حیث مثال، اگر احمد به محمود موتور را به فروش رساند و احمد بگوید من این موتور را می فروشم و از عیب آن مسؤل نیستم و محمود قبول نماید، محمود دارای خیار عیب نیست. همچنین، اگر احمد گلدان شکسته عتیقه را به محمود به فروش رساند و شرط گذارد که من مسؤل

۵۷۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۴؛ و هبه الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۱۷.
۵۷۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۴؛ و هبه الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۱۷.
۵۷۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۹۹ و ۱۷۰۰.

عیب آن نیستم، محمود دارای اختیار نیست. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط اختیار عیب است.

فقهاء در این خصوص می‌گویند از دیگر شرایط ثبوت اختیار عیب، شرط برائت از عیب نکردن مالک است. بنابراین، هرگاه مالک شرط کند که با وجود هر گونه عیبی در مبیع، هیچ مسؤولیتی ندارد، اختیار عیب ثابت نخواهد گردید.^{۵۸۰}

طبق ماده ۶۸۵ فقره اول ق. م. ا: «هرگاه عیب حاوی شروط مندرج ماده ۶۴۸ این قانون باشد، عقد بر متصرف الیه لازم نگردیده، او می‌تواند به اراده خود آن را قبل از قبض، نقض نموده و از آن به متصرف اعلان نماید.» طبق نص این ماده در صورت تحقق شرایط اختیار عیب (موجودیت عیب در مبیعه قبل از قبض و کاهش قیمت مبیعه در بازار، عدم آگاهی مشتری و عدم برائت فروشنده) مشتری می‌تواند عقد را فسخ نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر را از محمود خریداری نماید و موتر بریده باشد و بریدگی در موتر قبل از عقد ایجاد شده باشد و محمود از آن آگاه نباشد و احمد نیز شرط نگذاشته باشد که من مسؤولیتی ندارم، محمود می‌تواند عقد را فسخ نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده صلاحیت اعطای حق فسخ عقد به مشتری است.

د) زمان

در باره زمان پیدایش عیب فقهاء از دو نقطه نظر بحث نموده‌اند: زمان پیدایش اختیار و زمان اعمال اختیار: (۱) زمان پیدایش عیب باید پیش و یا بعد از عقد و قبل از قبض صورت پذیرفته باشد. بنابراین، هرگاه عیب بعد از قبض در مبیعه پیدا شود، عیب در مال مملوك تلقی گردیده و به بایع ربطی ندارد. علی‌الرغم این، اینکه فاصله زمانی پس از عقد و قبل از عقد چه مقدار باشد، میان فقهاء اختلاف وجود دارد: برخی آن را حتی اگر طولانی هم شود بدون اشکال می‌دانند. ولی، برخی دیگری را عقیده بر این است که تعیین این وقت وابسته به عرف و عادات است؛ و

(۲) زمان اعمال اختیار عیب: در این باره فقهای حنفیه معتقد به تراخی اند و می‌گویند که هیچ اشکالی در اعمال این اختیار با تراخی وجود ندارد. در نتیجه، ذینفع به محض آگاهی از عیب در مبیع یا ثمن، مکلف به اعمال فوری این حق نیست. برعلاوه، هرگاه ذینفع از عیب آگاهی حاصل نماید و رد مبیع را به تأخیر اندازد، حق او از بین نمی‌رود، مگر اینکه قرآینی دال بر رضای پذیرش عقد از طرف او علی‌الرغم آگاهی او از عیب به میان آید، به نحوی که در آن تصرف مالکانه نماید. مبنای این نظر آن است که می‌گویند اختیار عیب نیز مانند هر اختیار دیگری حق است و حقوق وقتی ثابت شود، جز با انقضای وقت و یا إسقاط از بین نمی‌رود. بنابراین، اشخاص پس از آگاهی از عیب می‌توانند هرگاه بخواهند بدون آنکه زیانی متوجه طرف دیگر کنند، حق خویش را اعمال نمایند.^{۵۸۱}

۵۸۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۹۳۴؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۷.

۵۸۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۵؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۸.

ه) اثر

طبق ق. م خیار عیب موجب ایجاد آثار ذیل می‌گردد:

۱) براساس ماده ۶۸۶ ق. م: «هرگاه متصرف الیه عقدی را به خیار عیب نقض نماید، عقد فسخ گردیده، رد میباید در حال قبض و مطالبه ثمن در صورتی که پرداخته شده باشد، لازم می‌گردد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی که متصرف الیه عقد دارای خیار را نقض نماید، عقد فسخ می‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را با خیار عیب خریداری نموده باشد و پس از ظهور عیب عقد را نقض نماید، عقد فسخ می‌گردد.

۲- در صورتی که متصرف الیه میباید را قبض کرده باشد، باید آن را به صاحب مال رد نماید. همچنین، متصرف الیه می‌تواند رد ثمن (پول) را از جانب مقابل مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نموده باشد و در آن خیار عیب داشته باشد در صورت نقض عقد، احمد باید موتر را به محمود رد نماید. همچنین، احمد می‌تواند در صورتی که پول را پرداخته باشد، پول را از محمود مطالبه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان آثار خیار عیب است.

فقهاء در این خصوص بر این نظر اند که اثری که بر عقد دارای خیار عیب مرتب می‌گردد این است که عقد صحیح غیرلازم نسبت به دارنده خیار عیب می‌گردد. بنابراین، دارنده خیار می‌تواند موافقت نموده و معقود علیه را قبض نماید که در چنین حالات خیار ساقط و عقد لازم می‌گردد، و یا میباید آن را رد نماید که در چنین حالتی عقد باطل می‌گردد.^{۵۸۲}

۲) طبق ماده ۶۸۷ ق. م: «متصرف الیه نمی‌تواند، نقصان ثمن را در حالی که شی معیوب را نزد خود نگهداشته از متصرف مطالبه نماید، مگر در صورتی که رد شی بدون مداخله متصرف الیه، ناممکن گردیده و عوض آن به وی نرسیده باشد.» از این ماده استنباط می‌گردد که در صورتی که متصرف الیه شی معیوب را نزد خود نگهدارد، نمی‌تواند نقصان عیب را از متصرف مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را پنج لک افغانی خریداری نماید و موتر بریده باشد، محمود نمی‌تواند جبران خسارت بریدگی را از محمود مطالبه نماید. این اصل است.

استثنای این اصل این است که احمد نتواند موتر را به محمود رد نماید. در این صورت، احمد می‌تواند مطالبه قیمت عیب را از محمود نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر خیار عیب است. نص این ماده از فقه گرفته شده است. فقهاء در این خصوص بر این نظر اند که در صورت امکان رد، ذینفع حق رجوع به نقصان حاصل شده از عیب را ندارد. ولی، هرگاه امکان رد وجود نداشته باشد، دو فرض را می‌توان مطرح کرد: نخست آنکه صاحب خیار عیب هیچ نقشی در عدم امکان بازگرداندن میباید معیوب نداشته باشد، که در چنین حالات حق دارد درخواست مابه التفاوت را نماید مانند: هلاک شدن میباید

۵۸۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۵؛ و وهبه الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۱۸.

دوم اینکه او در عدم امکان رد نقش داشته باشد، مانند اینکه: مبیع را به فروش رسانیده و یا هلاک نموده باشد، که در این صورت فقهاء بر این عقیده اند که وی حق رجوع به نقصان را نخواهد داشت.^{۵۸۳}

(و) کیفیت فسخ عقد و رد معقود علیه

بر اساس ماده ۶۸۵ فقره دوم ق. م: «نقض عقد بعد از قبض به سبب عیب، بدون رضایت طرفین یا حکم محکمه با صلاحیت صورت گرفته نمی تواند.» طبق نص این ماده در صورتی که قبض صورت گرفته باشد به دو شرط عقد می تواند نقض شود: اول توافق طرفین عقد. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و در آن خیار عیب داشته باشد و در موتر عیب ظاهر شود، عقد باید به توافق احمد و محمود نقض شود. در صورت عدم توافق، عقد می تواند توسط محکمه ذیصلاح فسخ شود.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود نخواهد عقد دارای خیار عیب را نقض نماید و احمد به محکمه مراجعه نماید، محکمه می تواند عقد را نقض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان کیفیت فسخ عقد و مورد حمایت قرار دادن صاحب خیار عیب است. فقهاء در این خصوص بر این نظر اند که هرگاه معقود علیه در دست مالک آن باشد و توسط مشتری قبض نگردیده باشد، عقد به گفتار جانب مقابل به نظر فقهای حنفیه بدون تراضی طرفین و یا حکم قاضی فسخ می گردد: مانند اینکه بگوید: مبیع را به شما مسترد نمودم! ولی، در صورتی که مبیعه توسط مشتری قبض گردیده باشد، عقد به سبب حادث شدن عیب جدید نزد قبض و در نتیجه بروز نزاع بین طرفین منفسخ نمی گردد، مگر از طریق تراضی طرفین یا حکم قاضی. بنابراین، در صورت قبض، گفتار مشتری مبنی بر اینکه مبیع را به شما مسترد نمودم کافی پنداشته نمی شود.^{۵۸۴}

(ز) إسقاط و توارث خیار عیب

طبق ماده ۶۸۸ ق. م: «خیار عیب به هلاک شدن موضوع خیار، زیادت و نقصان آن، إسقاط خیار از طرف صاحب خیار یا رضایت او به عیب بعد از علم به آن و یا تصرف او در شی قبل از علم به عیب ساقط می گردد.» طبق نص این ماده خیار عیب در حالات ذیل ساقط می گردد:

(۱) هلاک شدن موضوع خیار: به حیث مثال، اگر احمد اسپ محمود را خریداری نماید و در آن خیار عیب داشته باشد و اسپ در اثر مریضی هلاک شود، خیار عیب احمد ساقط می گردد.

(۲) زیادت و نقصان موضوع خیار: زیادت در لغت به معنی فزونی، افزوده و رشد است. زیادت در فقه عبارت از فزونی است که در یک چیز حاصل می شود. طبق فقه زیادت بر دو نوع است: زیادت متصل که عبارت از نماء و زیادتی است که متصل به شیء باشد، مانند: چاق شدن حیوان. زیادت منفصل که عبارت از نماء است که از اصل پدید آمده و یا نیامده است، مثال اول: مانند کره ای که از اسب زاده شده باشد، و مثال منفصل غیر پدید آمده از اصل، مانند اجرتی که از اجاره دادن یک خانه به دست می آید.^{۵۸۵}

۵۸۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۶؛ و وهبة

الزحلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۱۱۹ و ۳۱۰۲.

۵۸۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۱۲۰.

۵۸۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۱۰۴.

در صورتی که در موضوع اختیار زیادت صورت بگیرد، اختیار عیب ساقط می‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد گوسفند را به محمود به فروش رساند و گوسفند بره ای به دنیا آورد، اختیار محمود ساقط می‌شود. همچنین، در صورت وارد شدن نقصان در موضوع اختیار، اختیار عیب ساقط می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود باغ سیب را به فروش رساند و در اثر آفت طبیعی سیب‌ها بریزند، محمود نمی‌تواند عقد را فسخ نماید.

۳) اسقاط اختیار توسط صاحب اختیار با رضایت صاحب اختیار در صورتی که به عیب آگاهی حاصل نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و موتر بریده باشد و احمد آگاه شود و موتر را قبول نماید، حق اختیار احمد ساقط می‌شود.

۴) تصرف صاحب اختیار در شی موضوع اختیار قبل از این که به آن آگاهی حاصل نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را که بریده است خریداری نماید و در آن اختیار عیب داشته باشد و موتر را به جمشید به فروش رساند، اختیار عیب احمد ساقط می‌شود. زیرا، احمد در موتر بدون آگاهی از عیب آن تصرف نموده است. فقهاء در موارد زیر اختیار عیب را ساقط و هر يك از موارد را مانع رد معقود علیه می‌دانند:

۱- پذیرفتن عیب بعد از آگاهی: که این پذیرش ممکن است از طریق گفتار صریح طرف عقد صورت پذیرد مانند اینکه بگوید: عیب را پذیرفتم و یا نفاذ عقد را اجازه دادم، یا به عمل به صورت ضمنی مانند تصرف نمودن مشتری بر مبیع به نحوی که دال بر رضای وی باشد. به عنوان مثال، آن را بفروشد، هبه نماید، به رهن دهد و یا به اجاره دهد؛

۲- اسقاط: چنانکه دارنده اختیار عیب بگوید حق خود را ساقط نمودم. زیرا، اختیار عیب حق او تلقی گردیده و او می‌تواند از آن تنازل نماید؛

۳- از بین رفتن معقود علیه یا معیوب شدن آن در نزد صاحب اختیار به صورت تام؛ و

۴) زیادت معقود علیه توسط صاحب اختیار عیب.^{۵۸۶} به موجب ماده ۶۸۹ ق. م. ا: «اختیار عیب، به مرگ متصرف الیه ساقط نگردیده و ورثه قایم مقام او شناخته می‌شود.» متصرف الیه چنانچه گفته شد، شخصی است که تصرف به نفع او صورت گرفته است. در صورت وفات متصرف الیه اختیار عیب ساقط می‌گردد و ورثه متصرف الیه قایم مقام او می‌گردد.

به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و احمد وفات نماید، اختیار عیب به ورثه احمد منتقل می‌شود. بنابراین، ورثه احمد صلاحیت تأیید یا فسخ عقد دارای اختیار را دارند. حکم این ماده مقتبس از فقه است. زیرا، فقهاء به اتفاق آراء به این عقیده اند که اختیار عیب به سبب وابسته بودن حق به آن قابل توارث است. بنابراین، در صورتی که صاحب حق وفات نماید، اختیار ساقط نمی‌گردد و به ورثه صاحب اختیار منتقل می‌شود.^{۵۸۷}

مبحث ششم) آثار عقد

۵۸۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۹۳۶.

۵۸۷. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۲۲.

به موجب ماده ۶۹۰ ق.م: «عقد صحیح که با انعقاد آن آثاری از قبیل احکام و حقوق مرتب می گردد، عقدی است که ذاتاً و وصفاً مشروع بوده، صیغه آن در مورد شی ای که قابلیت حکم آن را داشته باشد و از شخص صاحب اهلیت صادر گردیده باشد، و همچنین اوصاف آن صحیح و عاری از خلل بوده و مقرون به شرط فاسد کننده عقد نباشد.» طبق این ماده عقد صحیح عقدی است که انعقاد آن آثاری از قبیل احکام و حقوق مرتب می گردد. انعقاد در لغت به معنی بستن است. تعریف صحیح گذشت. آثار جمع اثر است. احکام مترادف با آثار است. حقوق جمع حق است.

به حیث مثال، اگر احمد بیست ساله و دارای صحت عقل باشد و به حمیده که بیست ساله و دارای صحت عقل باشد مابیل را به فروش رساند، این عقد صحیح است. این عقد دارای آثار یا احکام است. آثار حق و تکلیف حمیده و احمد در این مثال است. به حیث مثال، حمیده مکلف است به احمد پول را بدهد و احمد مکلف است به حمیده موبایل را بدهد. دادن مابیل و گرفتن پول حق و تکلیف احمد و گرفتن مابیل و دادن پول حق و تکلیف حمیده است.

همچنین، عقد صحیح عقدی است که ذاتاً و وصفاً مشروع باشد. بحث ذات و وصف در مبحث عقد باطل گذشت. این عبارت مبهم است. زیرا، معلوم نیست که ذات و وصف عقد چگونه می تواند مشروع باشد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که عقد صحیح عقدی است که ارکان و شروط ارکان متحقق باشد. ارکان ذات و شروط وصف ذات است.

همچنین، عبارت صیغه آن در مورد شی ای که قابلیت حکم آن را داشته باشد در این ماده مبهم است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده این است که شرایط صیغه عقد متحقق گردد. همچنین، عقد صحیح عقدی است که از شخص دارای اهلیت صادر شده باشد. بحث اهلیت در مبحث شرایط طرفین عقد گذشت. همچنین، عقد صحیح عقدی است که اوصاف عقد صحیح و عاری از خلل باشد. به نظر می رسد منظور از اوصاف عقد شرایط ارکان عقد است. عاری در لغت به معنی تهی و خالی است. خلل در لغت به معنی صدمه و آسیب است.^{۵۸۸} همچنین، عقد صحیح عقدی است که مقرون به شروط فاسد کننده عقد نباشد. تعریف مقرون و شروط فاسد در مبحث اشتراط در عقد گذشت. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف عقد صحیح است.

علاوه بر این، عقد فاسد نیز طبق ق.م در صورتی که طرفین به آن اجازه دهند، امکان دارد موجب ایجاد اثر شود. با وجود این، گاه ممکن است اثر عقد محدود و منحصر به طرفین عقد نبوده، بلکه متوجه قایم مقام آنها نیز گردد. در این مبحث تعریف و انواع اثر (گفتار اول)، اثر عقد نسبت به طرفین عقد (گفتار دوم) و اثر عقد نسبت به اشخاص ثالث (گفتار سوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار نخست) تعریف اثر و اثر عقد نسبت به طرفین و قایم مقام آنها

شریعت اسلامی به انسان حق انعقاد عقود را در حدود احکام و آموزه های اسلامی داده است. یک شخص می تواند خرید و فروش نماید، هبه نماید، به دیگری قرض دهد، عقد رهن را منعقد نماید، ازدواج نماید و

سایر عقود را انجام دهد. با وجود این، شخص نمی تواند در آثار این عقود دخالت نماید. به حیث مثال، در عقد بیع، بایع نمی تواند بعد از اخذ ثمن از مشتری از تسلیم مبیعه به مشتری امتناع ورزد. در عقد ازدواج، شوهر نمی تواند از اعطای مهر و تهیة نفقه به زوجه امتناع ورزد و زوجه نمی تواند از استمتاع جنسی شوهر امتناع ورزد. رهن دهنده نمی تواند از تسلیم عین مرهونه به رهن گیرنده امتناع ورزد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که افراد می توانند عقود مشروع را منعقد نمایند، اما آثار بر این عقود توسط شریعت مرتب می شود نه توسط طرفین.^{۵۸۹} در حقوق موضوعه نیز چنین است. با توجه به آنچه گفته شد، تعریف اثر و آثار عقد نسبت به طرفین عقد و قایم مقام آنها را مورد بحث قرار می دهیم:

الف) تعریف

اثر در لغت به معنای رد، نشانه و علامت است و جمع آن آثار می باشد و در اصطلاح حقوقی و فقهی به نتایج يك تصرف اعم از حقوقی و یا غیر حقوقی اثر گویند مانند آثار مرتب بر عقد بیع و دیگر معاملات. معنای فقهی این اصطلاح از معنای لغوی آن چندان فاصله ندارد. زیرا، معنی توضیحی لغوی آن عبارت از هر نقشی است که از چیزی به جای می ماند، و معنای حقوقی آن نیز عبارت از هر آن نتیجه است که از تصرفات بر جای می ماند که از این اصطلاح به نتیجه مرتب بر تصرف نیز تعبیر کرده اند که گاهی اوقات به معنای احکام نیز به کار می رود. به عنوان مثال، به جای آثار نکاح، در فقه از احکام نکاح یاد کرده اند.^{۵۹۰} به نظرمی رسد اثر یا نتیجه عقد تعهد است. تعهد حق و تکلیف است.

به حیث مثال، در عقد بیع بایع مکلف است مبیعه را تسلیم مشتری و مشتری ثمن را تسلیم بایع نماید. بایع در اخذ ثمن حق و در انتقال ملکیت مبیعه به مشتری تکلیف دارد. مشتری نیز در انتقال ثمن تکلیف و در اخذ مبیعه حق دارد. در عقد اجاره اجاره دهنده مکلف است عین مستأجره را به اجاره گیرنده انتقال دهد و اجرت آن را از اجاره گیرنده اخذ نماید. اجاره گیرنده نیز مکلف است اجرت را به اجاره دهنده انتقال دهد. بنابراین، در عقد اجاره اجاره دهنده حق اخذ اجرت و تکلیف انتقال ملکیت عین مستأجره را به اجاره گیرنده و اجاره گیرنده تکلیف انتقال اجرت و حق دریافت عین مستأجره را دارد.

در هر عقد تکلیف متصرف حق متصرف الیه و تکلیف متصرف الیه حق متصرف پنداشته می شود. به موجب فقه نیز اثر همان حکم عقد است و حکم عقد همان اثر اصلی عقد یا هدف اصلی (سبب) انعقاد عقد است مانند: انتقال ملکیت از بایع به مشتری در عقد بیع، انتقال ملکیت از واهب به موهوب له در عقد هبه، تملك منفعت عین توسط مستأجر و مستعیر در عقد اجاره و عاریت، حلیت استمتاع جنسی از زوجه در عقد ازدواج، حق احتباس مرهون به در عقد رهن و تفویض حق تصرف در عقد وکالت.^{۵۹۱}

ب) آثار عقد نسبت به دو طرف عقد و قایم مقام آنها

589. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur: ASN, p 31.

۵۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۱.

۵۹۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۸۳.

به موجب ق. م اثر عقد نه تنها متوجه دو طرف عقد، بلکه متوجه قایم مقام آنها اعم از عام و خاص می گردد. بنابراین، طرفین عقد، قایم مقام آنها، برخی مثال های اثر عقد نسبت به طرفین و قایم مقام آنها، تعدیل و تنقیص عقد را ذیلاً بالترتیب مورد تحلیل و ارزیابی قرار می دهیم:

۱) اثر عقد نسبت به طرفین عقد

طرفین عقد که در فقه به نام «عاقدان» نامیده می شوند، کسانی هستند که عقد را اصالتاً برای خود منعقد می نمایند. پرسش این است که هرگاه عقد را طرفین توسط نایب خویش مانند: ولی، وصی، وکیل و امثال اینها منعقد نمایند، آیا در چنین حالات نایب طرفین عقد نامیده می شوند؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که: در چنین حالات، بر ولی، وصی، قیمت و وکیل نایبان اطلاق می شود، نه طرفین عقد، زیرا آنچه در چنین حالات مهم است، اثر عقد است که متوجه طرفین می شود. بنابراین، طرفین عقد کسانی هستند که یا خود عقد را اصالتاً برای خویش منعقد می نمایند یا عقد توسط نایب آنها منعقد می گردد، اما اثر عقد متوجه خود آنها می شود.

به حیث مثال، طرفین عقد در عقد بیع، بایع و مشتری، در اجاره مؤجر و مستأجر، در قرض، قرض دهنده و قرض گیرنده است. بنابراین، اثر عقد در اجاره مانند انتقال عین مستأجره و پرداخت اجوره متوجه مؤجر و مستأجر و اثر عقد بیع مانند نقل حق ملکیت مبیع و پرداخت ثمن متوجه بایع و مشتری و اثر عقد قرض مانند نقل مالی که به قرض داده می شود و پرداخت مثل آن در موعد مقرر متوجه قرض دهنده و قرض گیرنده می شود.

۲) اثر عقد نسبت قایم مقام طرفین عقد

قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۹۲} ق. م اصطلاح «قایم مقام» را تعریف نموده است. با وجود این، قایم مقام نه یکی از دو طرف عقد است نه نماینده آنان. بیگانه ای است که، به دلیل انتقال حقی از سوی یکی از دو طرف به او، جانشین طرف اصلی می شود و عهده دار اجرای مفاد عقد می گردد. پس، حقوقدانان در تعریف قایم مقام به معنای ویژه آن می گویند که: «قایم مقام کسی است که به طور مستقیم یا به وسیله نماینده خود در عقد شرکت نداشته، ولی در نتیجه انتقال تمام یا بخشی از دارایی یکی از دو طرف به او جانشین طرف قرارداد و عهده دار بهره مندی از اجرای آن شده است.» از این تعریف به خوبی بر می آید که جانشینی «قایم مقام» به اعتبار انتقال دارایی یا حق خاصی به اوست. پس، احتمال دارد قایم مقام عام: یعنی؛ شامل تمام حقوق و تعهدهای دارایی، باشد یا خاص که ناظر به حق و مال معین است^{۹۳} که هر یک را مورد مطالعه قرار می دهیم:

اول) اثر عقد نسبت به قایم مقام عام طرفین

۹۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.
 ۹۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۱۷۴؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قراردادها، جلد (۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۷۹.

طبق ماده ۶۹۱ ق. م: «اثر عقد بر عاقدین و خلف عام آنها با رعایت عدم اخلال قواعد میراث راجع می شود، مگر اینکه از عقد، طبیعت معامله یا نص قانون عدم رجعت آن به خلف عام دانسته شود.» از نص این ماده سه قاعده و سه استثناء قابل استنباط است.

اول این که اثر عقد متوجه طرفین عقد می گردد که بحث آن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد خانۀ خویش را به محمود به اجاره بدهد، اثر عقد متوجه احمد و محمود می شود. احمد و محمود در این مثال طرفین عقد است.

دوم این اثر عقد متوجه خلف عام طرفین می گردد. خلف در لغت به معنی جانشین، فرزند، بازمانده و از پس آینده است که جمع آن اخلاف است.^{۵۹۴} خلف عام شخصی است که جانشین مالی شخص در مورد تعهدات او می گردد. چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد، پس از مرگ، دارایی شخص به حکم قانون و به طور اجباری به ورثه او می رسد. حقوق و تعهدهای که آن شخص به وسیله عقود به دست آورده بخشی از این دارایی است. پس، وارث قایم مقام عام او در تمام این دیون و حقوق است و در واقع زندگی حقوقی مؤثر را ادامه می دهد. بنابراین، اگر شخصی مالی معین خود را بفروشد، وارثان او باید مبیع را به خریدار تسلیم و در برابر می توانند بهای مبیع را از او بگیرند.^{۵۹۵}

به عبارت دیگر: مؤثر بر ترکه سه حق دارد: مصارف تجهیز و تکفین، ادای دیون و تنفیذ وصیت. در صورتی که شخص وفات نماید و از خود مال به جاز بگذارد، ورثه قایم مقام عام او تلقی می گردد و می تواند دیون او را از ترکه بپردازد و دیونی را که مؤثر بر دیگران دارد از دیگران اخذ نماید که تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود داشته باشد و احمد وفات نماید، قایم مقام عام احمد یعنی ورثه احمد مانند پسر، دختر و نظیر اینها مکلف اند دین احمد را از ترکه احمد به محمود پرداخت نمایند. ورثه احمد خلف عام احمد اند و اثر عقد قرض نه تنها متوجه احمد بلکه متوجه جانشین عام احمد می شود.

سوم این قایم مقامی موجب اخلال قواعد میراث نمی گردد. اخلال در لغت به معنی خلل رسانیدن، زیان رسانیدن و بی نظمی است.^{۵۹۶} بنابراین، ورثه پس از پرداخت دیون متوفی و دریافت دیونی که متوفی بر اشخاص دیگر دارد، می توانند ترکه را پس از پرداخت مصارف تدفین و تکفین و تنفیذ وصیت میان خویش تقسیم نمایند. استثنای این قواعد عبارت اند از:

حالت اول زمانی است که طرفین عقد بر چنین امری توافق نمایند مشروط بر این که این توافق مخالف نظم عمومی یا آداب عامه نباشد، مانند اینکه: طرفین عقد بیع توافق کنند مبنی بر اینکه بائع می تواند مبیع را طی مدت معین به اجاره دهد بدون آنکه ورثه او چنین حقی را داشته باشند زیرا نص ماده ۶۹۱ می گوید مگر این که از عقد عدم رجعت اثر عقد نسبت به طرفین دانسته شود.

594. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱۷/۱/۲۰۱۶)

۵۹۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۱۷۴ و ۱۷۵؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار دادها، جلد (۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۸۰-۲۸۴.

596. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 24/2/2028).

حالت دوم وقتی است که از طبیعت عقد معلوم شود که اثر عقد متوجه خلف عام طرفین نمی شود. به عنوان مثال، در عقودی که به اعتبار شخصیت مؤثر بسته می شوند، وارث را نباید قایم مقام او شمرد. بنابراین، اگر داکتری تعهد تداوی بیماری را در برابر دریافت اجرت معین کند، یا نقاشی ترسیم تصویری را به عهده بگیرد، پس از فوت داکتر یا نقاش، تعهد نیز از بین می رود و وارثان او هیچ سهمی در دیون و مطالبات ناشی از این عقد به عنوان خلف عام ندارند.^{۵۹۷}

حالت سوم زمانی است که حکم قانون موجب می شود که اثر عقد به قایم مقام عام مؤثر متوجه نگردد مانند: پایان پذیرفتن شرکت با مرگ یکی از شرکاء، انقضای اجاره با مرگ مستأجر در موردی که سبب عقد، نوع حرفه یا ملاحظات مربوط به شخص مستأجر بوده باشد.^{۵۹۸} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اثر عقد نسبت به طرفین، قایم مقام طرفین و استثنائات آن است.

دوم) اثر عقد نسبت به قایم مقام خاص طرفین عقد

به موجب ماده ۶۹۲ ق. م: «هرگاه وجایب و حقوق شخصی ناشی از عقد، به مالی راجع باشد که بعداً به خلف خاص انتقال نماید، حقوق و وجایب مذکور، نیز حین انتقال مال، انتقال می نماید مشروط بر این که مستلزم مال بوده خلف حین انتقال مال به آن علم داشته باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه وجایب و حقوق شخصی ناشی از عقد، به مالی راجع باشد که بعداً به خلف خاص انتقال نماید، حقوق و وجایب مذکور، نیز حین انتقال مال، انتقال می نماید مشروط بر این که مستلزم مال بوده خلف حین انتقال مال به آن علم داشته باشد. تعریف خلف گذشت. خلف خاص بر شخصی اطلاق می گردد که جانشین شخص دیگر می گردد. بنابراین، مشتری، قایم مقام خاص بایع در مبیع تلقی می گردد.^{۵۹۹} در خصوص تعریف خلف خاص و عام رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۵۷):

خلف عام و خلف خاص مربوط ماده (۶۹۱) قانون مدنی توضیح شود.

توضیح:

وارث برای مورث خلف عام و مشتری برای بایع خلف خاص می باشد.^{۶۰۰}

در ذیل برخی مثال های حق و تکلیف نسبت به مال را در خصوص خلف خاص مورد بحث قرار می دهیم:
- اگر شخص زمینی را خریداری نماید و زمین دارای حق ارتفاق باشد، حق همراه به زمین از شخص به خلف خاص او یعنی مشتری منتقل می شود. به حیث مثال، اگر احمد بر زمین محمود حق ارتفاق مانند حق

۵۹۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا،

صص ۱۷۴ و ۱۷۵؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۸۰-۲۸۴.

۵۹۸. همان، ناصر کاتوزیان، جلد (۱)، صص ۳۸۸ و ۳۸۹.

۵۹۹. همان، ناصر کاتوزیان، جلد (۱)، صص ۳۹۱ و ۳۹۳.

۶۰۰. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 524.

مرور داشته باشد و محمود زمین را بر جمشید به فروش رساند، این تکلیفی که بر زمین است از محمود به جمشید منتقل می شود. بنابراین، احمد همچنان می تواند از حق مرور در زمینی که به جمشید منتقل شده است استفاده نماید. در این مثال، تکلیف از بایع به جانشین خاص یعنی فروشنده منتقل شده است.

- اگر شخص خانه و یا زمینی را خریداری نماید و زمین و خانه بیمه باشد، حقی را که فروشنده به ذمه شرکت بیمه دارد همراه با مبیع به مشتری منتقل گردد و به تبع آن، تعهد بایع به پرداخت اقساط مربوط به حق بیمه نیز منتقل گردد.

- اگر شخص خانه را خریداری نماید و صاحب خانه آن را به شخص دیگری به کرایه داده باشد، حق و تکلیف مربوط به خانه (اجازه دادن کرایه گیرنده مبنی بر استفاده از منفعت و دریافت کرایه توسط صاحب خانه) به خریدار منتقل می شود.

- اگر شخص موتر را خریداری نماید و تاریخ اسناد موتر ختم شده باشد، همانطور که فروشنده مکلف به تجدید سند بود، مشتری که خلف خاص فروشنده تلقی می گردد، مکلف است این تکلیف را انجام دهد، زیرا این تکلیف مربوط به موتر است و زمانی که موتر از یک شخص به شخص دیگر به موجب عقد منتقل شد، تکلیف آن نیز منتقل می شود.

- اگر شخص خانه ای را خریداری نماید و خانه تحت گرو (بیع و فاء) باشد، حق و تکلیف مربوط به خانه به مشتری منتقل می شود و مشتری جانشین فروشنده می شود. در نقل و انتقال حق ها و تکالیف به جانشین خاص دو شرط وجود دارد. نخست این که مستلزم مال باشد. به نظر می رسد عبارت «مستلزم مال بوده» در نص این ماده زاید به نظر می رسد. قابل توصیه است این عبارت از نص این ماده حذف گردد. دوم این که شرط است که در متوجه شدن اثر عقد نسبت به خلف خاص، خلف خاص نسبت به آن علم داشته باشد. زیرا، آگاهی از این حق ها و تکالیف نقش مهمی را در بستن عقد و عدم بستن عقد بازی می نماید.

به عنوان مثال، هرگاه شخص بداند که تاریخ سند موتر ختم شده است اقدام به خرید آن نمی کند مگر این که فروشنده قیمت آن را کاهش دهد. همچنین، هرگاه شخص بداند خانه تحت گرو است به سادگی و راحتی اقدام به خرید آن نمی کند. برخی از حقوقدانان در این خصوص می گویند که: «اهمیت این آگاهی به طور مشخص خود را در انتقال تعهدات می نمایند. زیرا، آنها قیودی اند که به قایم مقام می رسند و عدالت اقتضاء دارد که او از آنها آگاهی داشته باشد.^{۶۱} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد نسبت به خلف خاص یا جانشین خاص طرفین عقد است.

سوم) برخی مثال های عقد نسبت به طرفین و قایم مقام آنها

قانونگذار مدنی در جلد دوم، مبحث چهارم زیر عنوان آثار عقد مثال های ذیل را برای تمثیل آثار مرتب بر عقد آورده است:

(۱) براساس ماده ۶۹۴ ق. م: «هرگاه عقد معاوضه ای که بر منافع اعیان واقع گردیده، دارای تمام شرایط صحت و نفاذ باشد، متصرف عین، به تسلیم آن برای نفع گیرنده و نفع گیرنده به تسلیم بدل منفعت به

۶۰۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۹۱ - ۳۹۷.

متصرف عین، مکلف می گردد.». معاوضه از ریشه عوض گرفته شده است که در لغت به معنی تعویض و تبدیل کردن است.^{۶۰۲} منافع جمع منفعت است. اعیان جمع عین است. عین در ق. م مترادف مال است. تفصیل عین و مال در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

عقد معاوضه مترادف با عقود معوض است که تعریف آن در مبحث تقسیمات عقود گذشت. متصرف از ریشه «صرف» گرفته شده است که به معنی تصرف کننده، دخالت کننده و انجام دهنده کاری است. در فقه و حقوق متصرف به کسی می گویند که یک عمل حقوقی را انجام دهد.^{۶۰۳} به حیث مثال، در هبه و اهب متصرف است. همچنین، در عقد عاریت، عاریت دهنده متصرف است. طبق این ماده در عقود معوض که بر منافع اعیان وارد می گردد مانند عقد اجاره، اگر عقد دارای تمام شرایط صحت و نفاذ باشد، متصرف عین مانند اجاره دهنده مکلف به دادن عین مستأجره به اجاره گیرنده و اجاره گیرنده مکلف به دادن بدل اجاره (اجرت) به مؤجر است. تفصیل شرایط صحت و نفاذ عقد اجاره در جلد عقود معین این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

به عبارت ساده تر: در عقد اجاره که از مصادیق عقد معوض است و موضوع آن منفعت عین است، اجاره دهنده مکلف است عین را به اجاره گیرنده بدهد و اجاره گیرنده مکلف است اجرت را به اجاره دهنده بپردازد. به حیث مثال، هرگاه احمد خانه محمود را در برابر اجوره ماهوار ده هزار افغانی به کرایه بگیرد، محمود مکلف است خانه را به احمد تسلیم نماید و احمد مکلف است کرایه را به محمود بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد نسبت به طرفین در عقود معوضی که بر منافع مال ها واقع می شود است.

۲) براساس ماده ۶۹۵ ق. م: «تثبیت دین بر ذمه یا الزام شخص به اجرای عمل و یا توثیق دین، علاوه بر انتقال ملکیت و ترتیب منفعت نیز از آثار عقد، پنداشته می شود.» از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

اول این که تثبیت دین بر ذمه از آثار عقد است. تثبیت در لغت به معنی ثابت شدن است. تعریف ذمه در مبحث تعریف تعهد گذشت. به عنوان مثال، اثر مرتب بر عقد قرض، تثبیت دین بر ذمه مدیون است. بنابراین، اثر مرتب بر عقد قرض این است که دین بر ذمه مدیون ثابت می گردد. به حیث مثال، اگر حمیده ده لک افغانی به مرضیه قرض بدهد، اثر این عقد قرض ثابت شدن قرض بر ذمه مرضیه است.

دوم این که الزام شخص به اجرای عمل از آثار عقد است. الزام از ریشه «لزم» به معنای لازم گردانیدن، واجب گردانیدن، اثبات^{۶۰۴} و اجبار است،^{۶۰۵} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند، احمد ملزم به تسلیم موتر به محمود است. الزام محمود از آثار عقد است.

۶۰۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۴۰؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۳۴۳.

۶۰۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۹۹ و ۱۷۰۰.

۶۰۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۳۱.

۶۰۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۷۶.

سوم این که توثیق دین نیز از آثار عقد است. توثیق در لغت به معنی تأکید و تقویت کردن است.^{۶۰۶} توثیق دین معمولاً توسط دادن رهن توسط رهن دهنده به رهن گیرنده و کفیل (ضامن) توسط داین به مدیون صورت می گیرد. تفصیل عقد رهن و کفالت در جلد دوم این دور از حقوق وجایب خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود قرض بدهد و جمشید را به عنوان ضامن یا خانه یا قالین های محمود را به عنوان رهن به منظور تضمین دین بگیرد، این امر باعث توثیق دین احمد می شود. توثیق دین در این مثال از آثار عقد قرض است.

چهارم این که انتقال ملکیت نیز از آثار عقد است، مانند انتقال ملکیت مبیع از بایع به مشتری، انتقال ملکیت عین مستأجره از اجاره دهنده به اجاره گیرنده، انتقال ملکیت موهوبه از واهب به موهوب له و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد موتر خود را به محمود به فروش رساند، موتر از احمد به محمود منتقل می شود. انتقال ملکیت موتر از آثار عقد بیع است.

بخش اخیر ماده ۶۹۵ که تصریح می نماید: «...» و ترتیب منفعت نیز از آثار عقد، پنداشته می شود» مبهم به نظر می رسد. قابل توصیه است این عبارت توسط قانونگذار اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اموری است که می تواند از زمره آثار عقد باشد.

۳) طبق ماده ۶۹۷ ق. م: «عقد بر آنچه که شامل آن بوده و حسن نیت مقتضی آن باشد، نافذ می گردد. همچنین عقد علاوه از این که طرفین را به آنچه در عقد وارد گردیده ملزم می سازد، شامل تمام آنچه طبیعت وجبیه مطابق با حکم قانون، عرف و عدالت مقتضی آن باشد، نیز می باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استخراج است:

اول این که: عقد شامل آنچه شامل حسن نیت طرفین می گردد نافذ می شود. به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر اصل حسن نیت طرفین بر اجرای قرارداد است. طبق این اصل طرفین عقد مکلف اند با حسن نیت عقد را اجرا نمایند و عقد نه تنها شامل آنچه در صیغه عقد ذکر گردیده است، بلکه شامل آنچه حسن نیت تقاضا و ایجاب می نماید باشد. حسن نیت به این معنی است که متعاقدین قصد نیرنگ و فریب را نداشته باشند.^{۶۰۷} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند، حسن نیت احمد ایجاب می نماید تا احمد پرزه جات موتر مانند جک، تیر اشتبئی و نظیر اینها را به محمود بدهد.

دوم این که: طرفین ملزم به اجرای آنچه در عقد پیش بینی شده اند، می باشد. به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا برای محمود یک ساختمان سه منزله با خصوصیات معین که احمد و محمود در خصوص آن توافق نموده اند بسازد، احمد ملزم است ساختمان را مطابق شرایط عقد برای احمد بسازد.

سوم این که عقد شامل آنچه طبیعت وجبیه مطابق با حکم قانون، عرف و عدالت مقتضی آن باشد، نیز می باشد. مثالی که می توان برای اجرای تعهدی که شامل طبیعت عقد می شود ارایه کرد این است که بایع مکلف است مبیع را مطابق طبیعت آن به مشتری تسلیم نماید. به عنوان مثال، بایع نمی تواند یخ را بعد از اینکه به آب

۶۰۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۷۲.
۶۰۷. بابک خسروی نیا (۱۳۹۱). قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، ص ۹۱.

تبدیل شود، به مشتری تسلیم نماید. زیرا، طبیعت یخ اقتضاء دارد که بائع آن را در حالت منجمد بودن به مشتری تسلیم نماید. همچنین است ماهیت و با طبیعت میوه جات و سبزیجات، زیرا در صورتی که میوه جات و سبزیجات گندیده و پوسیده شوند، مشتری متضرر می شود. لذا، بائع مکلف است میوه جات و سبزیجات را در حالت تازه بودن به مشتری تسلیم نماید. همین طور است طبیعت ادویه جات. لذا، بائع مکلف است ادویه جات را قبل از انقضای تاریخ آن ها به مشتری تسلیم نماید، زیرا در صورت انقضای تاریخ، ادویه غیرقابل استفاده می گردد و در نتیجه مشتری متضرر می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد است.

۴) براساس ماده ۶۹۳ ق. م: «هرگاه عقد معاوضه ای که بر اعیان واقع گردیده دارای تمام شرایط صحت باشد، مقتضی ثبوت ملکیت هر یک از عاقدین در بدل ملک آنها و الزام هر یک به تسلیمی ملکش به طرف دیگر می باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده در عقود معوض که موضوع آن اعیان است مانند بیع، اجاره و نظیر اینها، ملکیت هر یک از طرفین عقد در بدل ملک طرف دیگر عقد ثابت می گردد.

به حیث مثال، اگر احمد یک تخته قالین را به محمود به فروش رساند، ملکیت احمد بر ثمن و از محمود بر قالین ثابت می گردد. در صورت عدم تعهد، هر یک از طرفین می تواند طرف دیگر را ملزم به ایفای تعهد نماید. شیوه های الزام طرفین به ایفای تعهد در فصل ایفای وجبیه خواهد آمد. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد مکلف و ملزم است قالین را به محمود بدهد و محمود مکلف و ملزم است پول را به احمد بدهد. برای اثبات ملکیت طرفین عقد بر ملک همدیگر، شرط است که عقد دارای شرایط صحت باشد که تفصیل آن گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد در عقود معوض است.

چهارم) تعدیل عقد

طبق ماده ۶۹۶ فقره های ۱ و ۲ ق. م: «(۱) عقد بعد از انفاذ لازم پنداشته شده، رجوع از عقد و تعدیل آن بدون رضایت طرفین یا حکم قانون، جواز ندارد. (۲) در صورت ظهور حوادث استثنائی یا آفات طبیعی و یا واقعه که پیش بینی آن ناممکن بوده و مدیون به علت آن مواجه به چنان مشکلی گردد که وی را به خساره فاحش تهدید نماید، گرچه ایفای تعهد مبنی بر عقد مستحیل نباشد، محکمه می تواند پس از ارزیابی مصالح طرفین تعهد، مدیون را به حد عادلانه تنزیل دهد. هرگونه موافقه برخلاف این حکم باطل پنداشته می شود.» از نص این ماده پنج حکم قابل استنباط است:

اول این که عقد بعد از انفاذ نسبت به طرفین لازم می گردد. تعریف عقد لازم در مبحث تقسیمات عقود گذشت. نفاذ در لغت به معنی روان شدن و جاری شدن است^{۶۸} و در اصطلاح حقوقی و فقهی به معنای ثبوت حکم عقد به مجرد انعقاد آن است، بدین معنی که: اثر خاص عقد به مجرد انعقاد آن ایجاد می گردد. به عنوان مثال، معنای نفاذ در عقد بیع انتقال ملکیت مبیع از بائع به مشتری و انتقال ثمن از مشتری به بائع به مجرد انعقاد عقد، و ایجاب تنفیذ التزامات بر طرفین مانند: تسلیم مبیع و تسلیم ثمن، و پرداخت ضمانت عیب

۶۰۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۶۷.

در صورت معیوب بودن مبیع است. در عقد ازدواج معنای نفاذ عقد ازدواج، احلال تمتع جنسی زوجین از همدیگر به مجرد انعقاد عقد ازدواج و ایجاد حقوق و التزامات ناشی از عقد ازدواج مانند: التزام مرد مبنی بر فراهم نمودن نفقه برای زوجه و مسؤولیت زوجه مبنی بر اطاعت مشروع از زوج می باشد. نفاذ در مقابل توقف استعمال می شود.^{۶۰۹}

طبق نص این ماده عقد زمانی لازم می گردد که نافذ شود. زیرا چنانچه گفته شد، عقد صحیح به عقد نافذ و موقوف و عقد نافذ به عقد جایز و لازم تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود به فروش رساند و احمد و محمود واجد اهلیت باشند و سایر ارکان و شروط ارکان عقد متحقق گردد، عقد صحیح، نافذ و لازم می گردد و احمد و محمود نمی توانند این عقد را فسخ نمایند مگر این که هر دو توافق نمایند.

دوم این که: اصل این است که پس از لازم و نافذ شدن عقد، طرفین عقد نمی توانند از عقد رجوع نمایند یا عقد را تعدیل نمایند. این اصل است. عبارت رجوع در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. رجوع از ریشه «رجع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازگشت، عودت و بازگشتن است. در حقوق مدنی رجوع بازگشت به وضع پیشین و یا نقض تصرف پیشین مانند رجوع از ایجاب، رجوع از صدقه، رجوع از ابراء، رجوع از اقرار، رجوع از شهادت، رجوع از وصیت، رجوع از وقف و نظیر اینها است.^{۶۱۰}

همچنین، در صورت توافق طرفین، طرفین می توانند عقد را تعدیل نمایند. تعدیل از ریشه «عدل» گرفته شده است که در لغت به معنی برابر ساختن است.^{۶۱۱} همچنین، تعدیل به معنی راست کردن، معتدل کردن، تقسیم کردن از روی عدالت، دو چیز را با هم برابر کردن و هم وزن کردن است.^{۶۱۲} به نظر می رسد تعدیل در ق. م در مفهوم بازنگری یا تجدید نظر استعمال شده است. در اصطلاح حقوقی برخی حقوقدانان در تعریف تعدیل قرارداد می گویند: «تعدیل قرارداد به معنای اصلاح قرارداد پیشین و تغییر در شرایط و اوصاف عوض و معوض است.» به عبارت دیر: «تعدیل در قرارداد به معنای تصرف در مفاد توافق و تغییر شروط قراردادی است که با هدف منطبق کردن قرارداد با خواست جدید دو طرف یا ضرورت های اجتماعی و اقتصادی حاکم صورت پذیرد.»^{۶۱۳}

به حیث مثال، در صورتی که احمد با محمود صد هزار افغانی برای مدت شش ماه قرض بدهد محمود نمی تواند یکجانبه قرارداد را تعدیل و بگوید قرض را بعد از مدت یک سال به احمد می دهد. اما، در صورتی که احمد و محمود توافق نمایند، چنین توافقی تعدیل قرارداد است. از آنچه گفته شد، نتیجه گرفته می شود که طبق نص ماده ۶۹۶ فقره (۱) ق. م توافق طرفین شرط تعدیل قرار داد است. همچنین، در صورتی رضایت

۶۰۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۸۴.

۶۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۱۷ و ۱۰۱۸.

۶۱۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۰۳.

۶۱۲. (آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 612.

۶۱۳. ولی رستمی (۱۳۹۴). تعدیل در قرارداد های اداری، فصلنامه مطالعات حقوقی، ص ۲۲۲.

طرفین می توانند از عقد رجوع نمایند. به نظر می رسد رجوع در مفهوم اقاله عقد است که بحث آن در مبحث خاتمه یافتن عقد خواهد آمد. به نظر می رسد برای تعدیل قرارداد تحقق شرایط ذیل لازم است:

۱- توافق طرفین. بنابراین، یکی از طرفین عقد نمی تواند عقد را به صورت یکجانبه تعدیل نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود در برابر پانزده هزار افغانی در یک ماه برای یک سال به کرایه بدهد، احمد نمی تواند بعد از دو ماه به صورت یکجانبه قرارداد را تعدیل و کرایه را بیست هزار افغانی نماید مگر این که محمود با او در این خصوص توافق نماید.

۲- قرارداد در مرحله اجراء باشد. بنابراین، در صورتی که قرارداد خاتمه یافته باشد، تعدیل قرارداد ممکن نیست. در صورت خاتمه یافتن قرارداد سه حالت متصور است:

- تمدید قرارداد با شرایط قبلی.

- تجدید قرارداد با شرایط جدید.

- عدم تمدید و تجدید قرارداد.

۳- برای تعدیل قرارداد شرط است که قرارداد صحیح وجود داشته باشد.

سوم این که عبارت حکم قانون در نص ماده ۶۹۶ فقره (۱) ق. م مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد عقد می تواند توسط حکم قانون تعدیل شود. به حیث مثال، اگر یک شخص با شخص دیگر عقد ببندد و داین و مدیون تعهد نمایند که مدیون به داین ده فیصد سود بدهد، این قرارداد به حکم قانون باید تعدیل شود، زیرا قانوناً و شرعاً گرفتن سود جواز ندارد.^{۶۱۴}

مثال دیگر: اگر احمد به محمود ده لک افغانی قرض دهد و محمود نتواند قرض احمد را در موعد مقرر پرداخت نماید، طبق ق. م جبران خسارت تأخیر پرداخت دین ۳ الی ۷ فیصد است. بنابراین، محمود می تواند الی ۷ فیصد ده لک را به عنوان جبران خسارت پرداخت تأخیر دین به احمد بپردازد. اما، اگر احمد و محمود توافق نمایند که محمود ۱۰ فیصد در یک سال به احمد به عنوان جبران خسارت تأخیر دین پرداخت نماید، این قرارداد براساس حکم قانون باید تعدیل شود و به ۷ فیصد کاهش یابد.

چهارم این که: در صورت ظهور حوادث استثنائی یا آفات طبیعی و یا واقعه که پیش بینی آن ناممکن بوده و مدیون به علت آن مواجه به چنان مشکلی گردد که وی را به خساره فاحش تهدید نماید، گرچه ایفای تعهد مبنی بر عقد مستحیل (ناممکن) نباشد، محکمه می تواند پس از ارزیابی مصالح طرفین تعهد، مدیون را به حد عادلانه تنزیل دهد. به نظر می رسد حوادث استثنائی، آفات طبیعی و واقعه غیر قابل پیش بینی از مصادیق قوه قاهره (فورس ماژور) است مانند سیل، زلزله، طوفان، رانش زمین، انقلاب، مظاهره، مرگ، کرونا (کوید ۱۹) و نظیر اینها که تعریف آن در مبحث ضمان عقد و مسؤولیت مدنی غیر قراردادی خواهد آمد. خسارت از ریشه «خسر» گرفته شده که در لغت به معنی ضرر و زیان، غرامت، ضد نفع و سود است.^{۶۱۵} خسارت مترادف ضرر است که تعریف آن در فصل حوادث حقوقی خواهد آمد.

614 . Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th ed, Kuala Lumpur: ASN, p 40.

۶۱۵ . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۷.

طبق نص این ماده شرط است که قوه قاهره موجب وارد کردن خسارت فاحش برای مدیون گردد. فاحش اسم فاعل از ریشه «فحش» گرفته شده است که در لغت به معنی بسیار، کثیر و زیاده از اندازه است. در فقه وصفی است برای امور زیان آوری که چنان بسیار باشد که از حد بگذرد.^{۶۱۶} از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در صورت ظهور آفات طبیعی و یا واقعه غیرمنتظره محکمه می تواند عقد را تعدیل و وجیه مدیون را به حد عادلانه کاهش دهد. به نظر می رسد نظریه آفات طبیعی را نویسندگان ق. م از فقه اسلامی و حوادث غیرمترقبه را از حقوق فرانسه گرفته اند. به نظر می رسد منظور از حد عادلانه اندازه ای است که مدیون بتواند آن را ایفا نماید که در ذیل برخی مثال های آن ارایه می گردد:

۱- هرگاه یک شرکت ساختمانی با صاحب هتل قرارداد ببندد که هتل را در مدت یک سال احداث می نماید، اما در اثر حوادث غیرمترقبه و یا قوه قاهره نتواند آن را در موعد مقرر احداث نماید، هرچند احداث آن برای او ممکن باشد، محکمه می تواند پس از ارزیابی مصالح طرفین تعهد، مدیون؛ یعنی: شرکت ساختمانی را به حد عادلانه تنزیل دهد.

۲- هرگاه یک شرکت باربری با شخصی تعهد نماید که کالا های او را از خارج در مدت سه ماه به داخل کشور توريد نماید، اما شرکت به دلیل قوه قاهره و یا حادثه غیرمترقبه نتواند تعهد خویش را ایفاء نماید، محکمه می تواند، قرارداد را تعدیل و تعهد شرکت را کاهش دهد. به حیث مثال، مدت نقل و انتقال کالا را از سه ماه به شش ماه افزایش دهد.

۳- اگر اجاره گیرنده دوکان یعنی تاجر ورشکست شود و بخواهد مارکیت را ترک نمایند، عادلانه نیست تا او را اجبار نمود تا به تجارت ادامه بدهد.

۴- اگر شخص میوه را در درخت خریداری نماید (عقد سلم) و میوه به آفت طبیعی مانند خشک سالی، برف باری، سردی هوا و نظیر اینها قبل از جمع آوری از بین برود، قاضی می تواند در صورت مراجعه مدیون قرارداد را تعدیل نماید. مثال سوم و چهارم فقهی است.^{۶۱۷}

۵- در صورتی که قرارداد الحاقی ناعادلانه باشد و محکمه در اثر تقاضای کارگر شرایط قرارداد را تغییر دهد، این تعدیل، تعدیل عقد توسط محکمه است که تفصیل آن در ذیل خواهد آمد.

پنجم این که ضمانت اجرای این شرط در نص این ماده پیش بینی شده است. بنابراین، در صورتی که طرفین عقد تعهد نمایند که در صورت بروز قوه قاهره تعهد طرفین همچنان باقی بماند، این توافق باطل است. از آنچه گفته شد، به خوبی نتیجه گرفته می شود که تعدیل قرارداد امکان دارد با توافق طرفین، حکم قانون و یا قاضی محکمه ذیصلاح صورت بگیرد. پس تعدیل سه نوع است. به توافق طرفین، حکم قانون و محکمه.

علاوه براین، طبق ماده ۶۹۸ فقره اول ق. م: «(۱) هرگاه عقد به صورت اذعان و تحت شرایط غیرعادلانه صورت گرفته باشد، محکمه می تواند شرایط متذکره را تعدیل و یا به برائت ذمه طرف مقابل طوری که عدالت مقتضی آن است حکم نماید، مگر اینکه شرایط اذعان از طرف مراجع دولتی وضع شده باشد. ماده ۶۹۸ فقره

۶۱۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۵۰.

دوم ق. م در این مورد حکم می نماید که: «(۲) شرایط مندرج فورمه های قرارداد به شمول نرخ در عقود اذعان مؤسسات خصوصی از طرف مراجع با صلاحیت دولتی، منظور و مراقبت می شود.» از نص این ماده دو حکم و یک استثناء قابل استخراج است:

نخست- در صورتی که عقود اذعان میان فرد و شخصیت حکمی خصوصی منعقد گردد، مانند عقد میان مثلاً داکتر و شفاخانه خصوصی و یا استاد و دانشگاه خصوصی یا مالک فابریکه و کارگران تمام شرایط به طور غیرعادلانه توسط شخصیت حکمی خصوصی وضع شود، محکمه می تواند به تعدیل آن و برائت ذمه طرف مقابل طوری که عدالت مقتضی آن است حکم نماید. تعریف عقود اذعان در مبحث تقسیمات عقود گذشت. عبارت غیرعادلانه بودن و برائت ذمه طرف مقابل طوری که عدالت مقتضی آن است مبهم است، زیرا معلوم نیست کدام شرایط عادلانه و کدام شرایط غیرعادلانه است.

به نظر می رسد، شرایط غیرعادلانه شرایطی است که مثلاً ساعات کار را افزایش دهد، حداقل مزد را کاهش دهد و نظیر اینها. در چنین حالات، محکمه می تواند در صورت اقامه دعوی توسط شخصی که با شخصیت حکمی عامه عقد انضمامی را منعقد نموده است، این شرایط را تعدیل نماید و مطابق با عدالت بسازد و یا اگر از این ناحیه مسؤولیتی متوجه طرف عقد گردیده باشد، محکمه حکم به برائت طرف عقد بدهد. به حیث مثال، اگر احمد و دوستان احمد بخواهند در یک شفاخانه خصوصی به عنوان محافظ کار نمایند یا در فابریکه به عنوان کارگر کار نمایند و شفاخانه و مالک فابریکه به احمد و دوستان احمد بگویند شما باید در یک شبانه روزانه شانزده ساعت کار نمایید و در برابر شانزده ساعت کار ما به شما پنج هزار افغانی می دهیم و شما اختیار دارید که همه شرایط قرارداد را بپذیرید یا نپذیرید و شرایط قرارداد قابل تجزیه نیست و احمد و دوستان احمد قرارداد را با همه شرایط آن بپذیرند و سپس به محکمه شکایت نمایند، محکمه می تواند شرایط را تعدیل نماید یا حکم نماید که احمد و دوستان احمد در برابر این معاش صرف شش ساعت برای شفاخانه یا فابریکه کار نمایند.

این عقد میان احمد و دوستان احمد و شفاخانه خصوصی و فابریکه از مصادیق عقود اذعان است. اذعان در لغت به معنی گردن نهادن، اقرار کردن و اعتراف کردن است.^{۶۱۸} شرایط وضع شده در این مثال توسط شفاخانه خصوصی و فابریکه غیرعادلانه است. زیرا، شانزده ساعت کار در برابر معاش پنج هزار افغانی عادلانه نیست. اگر محکمه حکم نماید که احمد و دوستان احمد شش ساعت کار کنند، محکمه حکم به تعدیل یکی از شرایط قرارداد که عبارت از ساعات کاری است کرده است. اگر محکمه حکم نماید که احمد و دوستان احمد صرف باید روزانه شش ساعت کار نمایند، حکم به برائت ذمه احمد و دوستان احمد کرده است. این عبارت مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که محکمه حکم به تقلیل تعهد احمد و دوستان احمد کرده است.

استثنای این قاعده این است که شرایط عقود، در عقود اذعان توسط مراجع دولتی وضع شده باشد. بنابراین، در صورتی که شرایط در عقود اذعان توسط مراجع دولتی وضع شده باشد، طرف مقابل نمی تواند در مورد

غیرعادلانه بودن این شرایط در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. اصطلاح مراجع دولتی در ماده ۶۹۷ عام است. برخی مثال های وضع شرایط توسط مراجعه دولتی قرار ذیل است:

- ۱- قیمت تکت سینما؛
- ۲- قیمت تکت موتر های ملی بس شهری؛
- ۳- قیمت محصول برق؛
- ۴- قیمت گاز مایع و تیل در صورتی که توسط ادارات دولتی به فروش رسند؛
- ۵- قیمت زمین های دولتی؛
- ۶- قیمت محصول آب؛
- ۷- قیمت تکت رفتن به تفریحگاه های عمومی مانند قرغه، باغ بابر و نظیر آن؛
- ۸- قیمت محصول صفایی.

در این حالات طبق نص ماده ۶۹۷ ق. م شهروندان نمی توانند در محکمه ذیصلاح شکایت و مطالب تعدیل قرارداد یا تقلیل تعهدات خویش شوند.

دوم این که شرایط مندرج فورمه های قرارداد به شمول نرخ در عقود اذعان مؤسسات خصوصی از طرف مراجع با صلاحیت دولتی، منظور و مراقبت می شود. به حیث مثال، طبق قانون کار قرارداد های کار باید در سه کاپی تحریر شوند، یکی کاپی باید در منابع بشری اداره خصوصی (و عامه) یکی کاپی به کارمند و یک کاپی باید به وزارت کار و امور اجتماعی فرستاده شود. به عنوان نمونه، علی القاعده قرارداد کار احمد و دوستان احمد باید توسط شفاخانه خصوصی به وزارت کار و امور اجتماعی فرستاده شود. در صورت فرستاده شدن، وزارت کار و امور اجتماعی مکلف است بر شرایط عقود اذعان نظارت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۶۹۷ ق. م پیش بینی حکم تعدیل شرایط عقود اذعان، مورد حمایت قرار دادن کارگران و کارمندان و استثنای آن است.

ج) اثر عقد نسبت به اشخاص ثالث

اصل این است که اثر عقد متوجه طرفین عقد و قایم مقام آنها می گردد. باوجوداین، در برخی حالات به طور استثنایی اثر عقد متوجه شخص ثالث می گردد که مصادیق و مثال هایی آن را در تعهد به نفع شخص ثالث و شرط به نفع شخص ثالث مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) تعهد به نفع شخص ثالث

شخص ثالث شخصی است که در عقد دخیل نیست. به نظر می رسد تعهد به نفع شخص ثالث عبارت از تعهدی است که یکی از طرفین عقد نسبت به شخص سوم که در عقد دخیل نیست ایجاد می نماید.

اول) شرایط

جهت ایجاد تعهد از طرف شخص ثالث وجود شرایط ذیل ضروری پنداشته می شود:

۱) اینکه متعهد به نام خود معامله نماید نه نام شخص ثالث: طبق ماده ۷۰۲ فقره اول ق. م: «شخص می تواند عقدی را مبنی بر تعهداتی که در آن مصلحت شخص ثالث را شرط گذاشته است، به نام خود انجام دهد [...]». طبق نص این ماده در تعهد به شخص ثالث شرط است که متعهد به نام خود معامله نماید نه نام

شخص ثالث. زیرا، وجه تمایز او با وکیل و فضول نیز در همین نکته است. زیرا، وکیل به نام مؤکل معامله می کند و اثر عقد نیز متوجه مؤکل می شود نه وکیل. فضول نیز به نام و نفع مالک عمل می نماید و در نتیجه مالک به آن ملزم می شود. ولی، کسی که از طرف شخص ثالث تعهد می کند به نام خودش عمل می کند و اثر عقد نیز متوجه خود او می گردد.^{۶۱۹}

به حیث مثال، اگر احمد به محمود عقد ببندد تا جمشید برای محمود خانه احداث نماید، شرط است که احمد عقد را به نام خود خود بسته نماید. تعهد احمد به محمود به نفع جمشید تمام می شود زیرا جمشید می تواند با احداث خانه به محمود کار پیدا نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط تعهد به نفع شخص ثالث است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۶۷):

مصلحت شخص ثالث در ماده (۷۰۲) قانون مدنی توضیح شود

توضیح:

شخص منزل خود را به فروش می رساند با تعهد اینکه خریدار کرایه نشین منزل را تا ختم قرارداد کرایه خارج نماید. در این عقد تعهد عدم اخراج کرایه نشین عبارت از منفعت شخص ثالث است.^{۶۲۰}

۲) تعهد متعهد وادار ساختن شخص ثالث به قبول این تعهد است. از همین رو، تعهد او همواره تعهد بر اجرای کار است و شخص ثالث تنها بعد از قبول این تعهد به آن ملتزم می شود. البته، گاهی موضوع تعهد اجرای کار است مانند: احداث خانه و گاهی خودداری از اجرای عمل است مانند: عدم رقابت تجاری و گاهی نیز انتقال حق عینی است مانند: موردی که شرکای مال مشاع (مشترک) از طرف شریکان خود متعهد می شوند تا مال مشاع را به فروش رسانند.

با وجود این، تعهد متعهد به وادار ساختن شخص ثالث به قبول تعهد از نوع تعهد به نتیجه است، نه تعهد به وسیله. بنابراین، به مجرد کوشش متعهد مبنی بر وادار ساختن شخص ثالث به قبول تعهد کافی تلقی نگردیده، بلکه باید عملاً به این نتیجه برسد و شخص ثالث تعهد را قبول نماید. البته، پس از آنکه شخص ثالث تعهد را پذیرفت، تکلیف متعهد تمام است و دیگر ضامن اجرای تعهد توسط شخص ثالث نیست. همین امر، وجه تمیز میان متعهد و ضامن است.^{۶۲۱} به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید قبول نماید که خانه را برای محمود احداث نماید، احمد ضامن احداث خانه نیست و جمشید مکلف است خانه را احداث نماید.

دوم) قبول و رد تعهد توسط شخص ثالث

۶۱۹. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۰۰ و ۴۰۱.

۶۲۰. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۲۸.

۶۲۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۰۱ و ۴۰۲.

شخص ثالث در قبول یا رد تعهد اختیار دارد. زیرا، چنانکه گذشت، متعهد او را اجبار نمی نماید. او به طور کامل نسبت به عقد بیگانه محسوب می گردد و در نتیجه اثر عقد متوجه او نمی شود:

(۱) قبول تعهد توسط شخص ثالث: طبق ماده ۷۰۱ فقره دوم ق.م: «در صورتی که شخص ثالث وعده را تأیید نماید، از حین صدور تأیید به آن ملزم شناخته می شود، مگر اینکه نسبت تأیید به روز وعده، طور صریح یا ضمنی معلوم گردد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می شود. اصل این است که در صورتی که شخص ثالث وعده را تأیید نماید، از حین صدور تأیید به آن ملزم شناخته می شود. تأیید از ریشه «اود» گرفته شده است که در لغت به معنی نیرومند کردن، نیرو و قوت دادن و توانا کردن است.^{۶۲۲} ملزم در لغت به معنی مجبور، متعهد و ملتزم و پایبند است.^{۶۲۳}

دلیل این قاعده این است که تعهد موضوع عقد توسط متعهد و طرف عقد در واقع ایجاد تعهد توسط آن دو و خطاب به شخص ثالث است. بنابراین، زمانی که شخص ثالث این تعهد را قبول کند، مانند این است که ایجاب مذکور را پذیرفته باشد و در نتیجه عقد جدید میان شخص ثالث از یکسو و میان متعهد و طرف عقد از سوی دیگر به وجود آمده است. این عقد جدید، مستقل از عقدی است که در ابتداء میان متعهد و طرف عقد واقع گردیده است.^{۶۲۴}

به حیث مثال، اگر احمد به محمود عقد ببندد تا جمشید برای محمود خانه احداث نماید، شرط است که احمد عقد را به نام خود خود بسته نماید. تعهد احمد به محمود به نفع جمشید تمام می شود زیرا جمشید می تواند با احداث خانه به محمود کار پیدا نماید. در صورتی که جمشید تعهد را قبول نماید، از تاریخ قبول مجبور و مکلف به احداث ساختمان می گردد.

استثنای این قاعده این است که شخص ثالث به طور صریح یا ضمنی اراده کرده باشد که قبول از زمان صدور تعهد موجب ایجاد اثر گردد. به عنوان مثال، زمانی که شرکای مال مشاعی تعهد را از جانب یکی از شرکای صغیر خود بر عهده بگیرند و شریک صغیر بعد از رسیدن به سن رشد، تعهد را قبول کند، به طور ضمنی چنین استنباط می گردد که قصد او این است که قبول وی دارای اثر رجعی بوده و از زمان انعقاد عقد توسط شرکا مؤثر باشد. بنابراین، زمانی که شخص ثالث چنین قصد نماید که قبول وی دارای اثر رجعی باشد، این امر در حق هر کسی که حقی را به دست آورده که اثر رجعی در آن مؤثر است منتفی خواهد بود.^{۶۲۵}

همچنین، اگر در مثال بالا جمشید مبادرت به اجرای کار نماید، مبادرت به اجرای کار توسط جمشید قبول ضمنی تعهد است. همچنین، اگر جمشید در مثال بالا به صراحت بگوید عقد از زمان انعقاد ان میان احمد و محمود نه زمانی که جمشید عقد را قبول نمی نماید، نافذ است، جمشید صراحتاً پذیرفته است که عقد دارای اثر رجعی باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تأیید و اثر رجعی تأیید عقد توسط شخص ثالث است.

۶۲۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۱۲.
623. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 11/1/2018).

۶۲۴. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۴۰۳.

۶۲۵. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۱)، صص ۴۰۳ و ۴۰۴.

۲) **رد تعهد توسط شخص ثالث:** طبق ماده ۷۰۱ فقره اول ق. م: «هرگاه شخص به تعهد شخص ثالث وعده بدهد، شخص ثالث به سبب آن ملزم شناخته نمی شود. در صورت رد وعده از طرف شخص ثالث، وعده دهنده به تعویض مکلف می گردد [...]». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه شخص به تعهد شخص ثالث وعده بدهد، شخص ثالث به سبب آن ملزم شناخته نمی شود. معنی ملزم در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمشید وعده ای که احمد به محمود داده است را رد نماید، مجبور به اجرای آن نیست.

۲- در صورت رد وعده از طرف شخص ثالث، وعده دهنده به تعویض مکلف می گردد. تعویض در لغت به معنی عوض است. عوض در ق. م در مفهوم جبران خسارت استعمال شده است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمشید وعده را رد نماید، احمد مکلف است ساختمان را برای محمود بسازد یا در صورت ورود ضرر به احمد، جبران خسارت آن را پرداخت نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که هرگاه شخص ثالث تعهد را رد نماید، هیچ نوع مسؤولیت متوجه او نخواهد گردید.^{۶۲۶}

بنابراین، متعهد همچنان در قبال عقدی که با طرف مقابل بسته است مسؤول می باشد و جز با اثبات اینکه به دلیل سبب خارج از قرارداد نمی تواند آن را اجراء کند از تعهد تعاقبی خویش تخلص پیدا نماید و خودداری شخص ثالث از قبول نیز مصداق چنین سببی شناخته نمی شود، بلکه او باید به طرف عقد خسارت ناشی از زیان رد تعهد را از طرف شخص ثالث به وی پرداخت نماید.^{۶۲۷} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تعهد به نفع شخص ثالث و اثر رد وعده توسط شخص ثالث است.

۲) شرط به نفع شخص ثالث

شرط به نفع شخص ثالث در حقوق روم وجود داشت و از حقوق روم به قانون مدنی فرانسه منتقل شد.^{۶۲۸} قانون مدنی سابق مصر با استفاده از تحولی که قاعده تعهد به نفع شخص ثالث پیدا کرده بود، آن را به صورت يك قاعده عمومی، ولی در عباراتی نه چندان واضح پذیرفت. در قانون مدنی جدید مصر طی مواد ۱۵۲، ۱۵۴ و ۱۵۶ با بیانی واضح و روشن از این قاعده سخن به میان آمده است و از جمیع قیود سنتی این قاعده، تنها وجود نفع شخصی برای شرط کننده حفظ گردیده و شرط به نفع شخص ثالث نا معین غیر موجود نیز پذیرفته شده است. قانون مدنی جدید مصر در این مواد، آخرین مراحل تکامل قاعده مذکور را به نمایش در آورده است.^{۶۲۹} و مواد ۷۰۲-۷۰۴ ق. م. ا ترجمه آن است که در ذیل آن را مطالعه می نمایم.

اول) تعریف

شرط به نفع شخص ثالث شرطی است که مشروط (شرط گذار) با شخص دیگر (قراردادی) عقد می بندد تا قراردادی را انجام دهد که برای شرط گذار و شخص ثالث نفع داشته باشد مانند این که شخص با شخص

۶۲۶. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۱)، ص ۴۰۴.

۶۲۷. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۱)، ص ۴۰۴.

۶۲۸. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۱)، صص ۴۰۷-۴۱۱.

۶۲۹. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۱)، ص ۴۱۱.

دیگر عقد ببندد و شرط گذارد تا شخص دوم برای پسر شخص اول خانه اعمار نماید که برخی مثال هایی آن در ذیل ارایه می گردد:

- (۱) شرط گذاشتن رهن دهنده مبنی بر این که خریدار پول رهن را به رهن گیرنده بدهد؛
- (۲) فروش دوکان و فروشگاه و شرط گذاشتن فروشنده مبنی بر این که خریدار کسانی را که در فروشگاه کار می نمایند از کار اخراج ننماید، معاش آن ها را کم نکند و امثال اینها؛
- (۳) بیمه کارمندان توسط شرکت هر چند کارمندان هنوز استخدام نشده باشند؛
- (۴) بیمه اطفال توسط والدین؛^{۶۳۰}
- (۵) انعقاد عقد با دهقان و شرط گذاشتن مبنی بر این که دهقان قسمتی از حاصلات را به پسر شرط گذار بدهد.^{۶۳۱}

(۶) فروش فابریکه و شرط گذاشتن مبنی بر این که خریدار جدید کارمندان را اخراج ننماید.

دوم) شرایط

به موجب ماده ۷۰۲ فقرة اول ق. م: «شخص می تواند عقدی را مبنی بر تعهداتی که در آن مصلحت شخص ثالث را شرط گذاشته است، به اسم خود انجام دهد، مشروط بر این که در اجرای این تعهد، منفعت مادی یا معنوی شخص او موجود باشد. شخص ثالث به سبب این شرط حق مباشر را به اجرای شرط مذکور کسب می نماید، مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد». از نص این ماده دو شرط و یک استثناء استنباط می گردد:

(۱) لزوم انعقاد عقد به نام شرط کننده: شخص می تواند عقدی را مبنی بر تعهداتی که در آن مصلحت شخص ثالث را شرط گذاشته است، به اسم خود انجام دهد. باوجوداین، در شرط به نفع شخص ثالث شرط است که شرط کننده به نام خود، نه شخص ثالث اقدام به انعقاد عقد نماید. وجه تمیز شرط به نفع شخص ثالث از نمایندگی همین نکته است. زیرا، نماینده خواه وکیل باشد، یا ولی، یا وصی و یا هم فصول به نام طرف اصلی معامله می کند نه به نام خود، در حالی که شرط کننده به نفع شخص ثالث، به نام خود معامله می کند نه منتفع. در مورد اول، چنانچه قبلاً گفته شد، اصیل طرف عقد تلقی می گردد نه قایم مقام و رضایت نماینده نیز همان رضایت او می باشد. ولی، در شرط به نفع شخص ثالث، شرط کننده طرف عقد تلقی می گردد نه منتفع.

در ضمن، در شرط به نفع شخص ثالث، قبول شرط از طرف منتفع لازم است. تفاوت ماهوی شرط کننده با فصول این است که فصول نماینده اصیل تلقی می گردد. ولی، شرط کننده نماینده منتفع به شمار نمی آید.^{۶۳۲} به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه یا موتر خویش را به محمود به رهن بدهد و احمد موتر یا خانه را به جمشید به فروش رساند و شرط بگذارد که جمشید پول خانه یا موتر را به محمود

630 . Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th ed, Kuala Lumpur: ASN, pp 35-38.

631 . Ibid, p 39.

۶۳۲ . عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۱۶ و ۴۱۷.

پرداخت نماید، این عقد به نام احمد و جمشید بسته می شود. اما، احمد به نفع محمود شرط می گذارد. نفع محمود در این شرط این است که جمشید پول را به محمود پرداخت می نماید.

۳) وجود نفع شخصی برای شرط کننده: چون شرط کننده به نفع شخص ثالث به نام خود معامله می کند، چنانچه در این زمینه فاقد نفع شخصی باشد، مانند فضول عمل نموده است. بر علاوه، نفع مذکور نفع مادی نیست، بلکه می تواند نفعی معنوی باشد. پس، عقد بیمه به نفع زوجه و اولاد صحیح است، چنانکه شرط به نفع نیازمندان، اشخاص ناتوان و اشخاص گم شده ای که پیدا شده اند و سایر کارهای نیک صحیح است.^{۶۳۳}

به حیث مثال، اگر احمد با شرکت بیمه دختر و پسر خود را بیمه صحت کند، عقد میان احمد و شرکت بیمه بسته می شود، اما شرط به نفع اولاد احمد گذاشته می شود. از این شرط اولاد احمد می تواند نفع بگیرد. در عین حال، در این شرط به احمد نفع معنوی می رسد زیرا احمد اطمینان خاطر حاصل می نماید که در صورتی که اولاد او مریض شود، به راحتی می توانند تداوی شوند. همچنین، نفع می تواند مادی باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین یا باغ خویش را به محمود به دهقانی یا باغبانی بدهد و شرط گذارد که قسمتی از حاصلات را به پسر، دختر یا زوجه او بدهد، در این شرط هم برای دختر، پسر و زوجه احمد نفع مادی می رسد و هم برای احمد.

۳) اصل این است که شخص ثالث به سبب این شرط حق مباشر را به اجرای شرط مذکور کسب می نماید. مباشر در لغت به معنی فاعل، عامل و کارگزار است.^{۶۳۴} به نظر می رسد مباشر در نص این ماده در مفهوم مستقیم استعمال شده است. به حیث مثال، اگر احمد اولاد خویش را بیمه صحت نماید و به سبب بیمه و شرط گذاشتن احمد، اولاد احمد می تواند از بیمه مستفید شود. اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد و شرط گذارد که یک فیصد محصولات را محمود به زوجه احمد بدهد، زوجه احمد می تواند یک فیصد محصولات زمین را از محمود بگیرد. استثنای این قاعده این است که به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط و اثر شرط به نفع شخص ثالث است.

گذشته از این، طبق ماده ۷۰۴ ق.م: «در شرط گذاشتن به مصلحت غیر جائز است که نفع گیرنده شخص مستقل یا جهت مستقل باشد. همچنین شخص یا جهتی که حین عقد ذاتاً معین نباشد، به شرطی به حیث شخص ثالث قرار گرفته می تواند که هنگام ظهور آثار عقد، تعیین شده بتواند.» از نص این ماده دو حکم استخراج می گردد:

اول این که: در شرط گذاشتن به مصلحت غیر جائز است که نفع گیرنده شخص مستقل یا جهت مستقل باشد. عبارت شخص مستقل در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی از شخص مستقل شخص حقیقی است مانند بیمه اطفال توسط پدر. به حیث مثال، اگر احمد دختر خویش را بیمه صحت نماید، دختر احمد شخص حقیقی که تعریف آن در جلد اشخاص این دور از شرح ق.م گذشت

۶۳۳. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۱)، ص ۴۱۵.

است. همچنین، نفع گیرنده می تواند جهت مستقل باشد. عبارت جهت مستقل در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از جهت مستقل شخص حکمی مانند شرکت است که تفصیل اشخاص حکمی در جلد اشخاص این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد شرکت خویش را بیمه آتش سوزی نماید، نفع گیرنده شخص حکمی است.

دوم این که در صورتی که شخص یا جهت حین انعقاد عقد معین نباشد، شرط است که حین ظهور آثار عقد قابل تعیین باشند. زیرا، در صورت عدم معین بودن به نظر می رسد که به دلیل مبهم بودن شخصی که به نفع او شرط است عقد فاسد است. به حیث مثال، اگر شرکت کارمندان را بیمه نماید، شرط است که کارمندان معین باشند. اگر احمد اولاد خویش را به بیمه نماید شرط است که طفل معین باشد.^{۶۳۵} اگر شخص معین نباشد باید قابل تعیین باشد و احمد بتواند آن را بعد از عقد تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز گذاشتن شرط به نفع شخص حقیقی و شخص حکمی است.

سوم) آثار

گفته شد که، در شرط به نفع شخص ثالث سه شخص وجود دارد: شرط کننده، متعهد و منتفع. بنابراین، رابطه شرط کننده با متعهد، رابطه شرط کننده با منتفع، رابطه متعهد با شخص ثالث را مورد بحث قرار می دهیم:

۱) رابطه شرط کننده با متعهد: طبق ماده ۷۰۲ فقره دوم ق. م. ا: «متعهد می تواند در برابر استفاده از حق مباشر توسط شخص ثالث، به چنان دفعی پردازد که بر عقد وارد می گردد [...]». طبق نص این ماده متعهد می تواند در برابر استفاده از حق مباشر توسط شخص ثالث، به چنان دفعی پردازد که بر عقد وارد می گردد. دفع در لغت به معنی دور کردن، راندن از نزد خود و پس زدن است.^{۶۳۶} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی دفع عبارت از رد کردن دعوی مدعی توسط مدعی علیه است. به حیث مثال، اگر احمد فابریکه خویش را به محمود به فروش رساند و محمود شرط گذارد که احمد نباید کارگران احمد را از وظیفه اخراج نماید و احمد کارگران را اخراج نماید و محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید، احمد می تواند به دفع دعوی پردازد و استدلال نماید که کارگان وظایف شان را به نحو احسن انجام ندادند و از قواعد قرارداد سرپیچی نمودند.

همچنین، طبق ماده ۷۰۲ فقره دوم ق. م. ا: «[...] همچنین شرط گذار می تواند اجرای مصلحتی را که به نفع شخص ثالث شرط گذاشت است، مطالبه نماید، مگر اینکه از عقد خلاف آن معلوم گردد». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که شرط گذار می تواند اجرای مصلحتی را که به نفع شخص ثالث شرط گذاشت است، مطالبه نماید.

بنابراین، طرفی که به حق خویش نرسیده است، می تواند اجرای مستقیم عقد را، چنانچه ممکن باشد، از جانب مقابل بخواهد یا هم خسارت عدم اجرای تعهد را مطالبه نماید، همانگونه که می تواند فسخ عقد یا توقف اجرای آن را مطالبه نماید. چون شرط کننده دارای نفعی شخصی از رهگذر التزام متعهد در برابر شخص ثالث می باشد. لذا، می تواند مراقب اجرای تعهد توسط متعهد باشد. زیرا، او نسبت به این امر بیگانه به شمار

635 . Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th ed, Kuala Lumpur: ASN, p 39.

636. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶)

نمی رود. در نتیجه، شرط کننده می تواند اجرای این تعهد را در حق منتفع از متعهد بخواهد و برای آن به نام خود نه منتفع اقامه دعوی نماید.

حتی ممکن است شرط کننده قصد کند که حق اقامه دعوی علیه متعهد برای اجرای تعهدات او در برابر منتفع، تنها برای خود او محفوظ بماند بدون آنکه شخص منتفع چنین حقی را داشته باشد. به عنوان مثال، دولت بر یکی از شرکت های دارای امتیاز انحصاری، شروطی را به نفع عموم مردم شرط می گذارد، حق اجرای این شروط را نه فقط برای خود، بلکه برای همه مردم، محفوظ می دارد. به حیث مثال، اگر دولت تفریگاه دولتی را به شرکت خصوص به اجاره بدهد و شرط گذاشته باشد که شرکت خصوصی مقدار اندکی پول از شهروندان بگیرد، در صورتی که شرکت پول بیشتر از آنچه در قرارداد تعیین شده است از شهروندان بگیرد، دولت می تواند پرداخت پولی را که در قرارداد تعیین شده است از شرکت مطالبه نماید.

همچنین، اگر کارفرما با آسایشگاهی شرط نماید که هر کدام از کارگران او که مایل اند می توانند دوران نقاهت (پیری و خستگی) خویش را در آنجا بگذرانند و آسایشگاه از اجرای این شرط سرپیچی نماید، کارفرما می تواند اجرای تعهد توسط آسایشگاه را مطالبه نماید.^{۶۳۷} همچنین، اگر احمد پسر خویش را با شرکت بیمه، بیمه صحتی نماید و شرکت بیمه، بیمه پسر احمد را پرداخت ننماید، احمد می تواند از شرکت بیمه، پرداخت بیمه را مطالبه نماید. همچنین، اگر احمد کارمندان خویش را بیمه نماید و شرکت بیمه، مصارف بیمه صحتی کارمندان احمد را پرداخت ننماید، احمد می تواند پرداخت بیمه را از شرکت بیمه مطالبه نماید.

استثنای این قاعده این است که در عقد پیش بینی شده باشد که شرط گذار این حق را ندارد. به حیث مثال، در مثال های بالا شرکت بیمه و آسایشگاه و شرکت شرط گذار که احمد و کارفرما و دولت نمی تواند حق اجرای تعهد به نفع شخص ثالث را مطالبه نماید، شرط گذار نمی تواند اجرای حق توسط متعهد را از متعهد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تنظیم اثر عقد نسبت به شرط گذار، متعهد و شخص ثالث است.

۲) رابطه شرط کننده با منتفع: به موجب ماده ۷۰۳ فقره اول و دوم ق.م: «۱) شرط گذار می تواند پیش از آنکه شخص ثالث موافقه اش را در مورد استفاده از شرط به اطلاع متعهد یا شرط گذار رسانیده باشد، شرطی را که گذاشته است نقض نماید، مگر اینکه مقتضای عقد به خلاف آن باشد. داینین یا ورثه شرط گذار از این حق استفاده کرده نمی توانند؛ و ۲) گذاشتن شرط، براءت ذمه متعهد را در برابر شرط گذار افاده نمی کند، مگر اینکه طور صریح یا ضمنی به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد. شرط گذار می تواند شخص ثالث را تغییر داده و خود را به جای آن قرار دهد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اصل این است که شرط گذار می تواند پیش از آنکه شخص ثالث موافقه اش را در مورد استفاده از شرط به اطلاع متعهد یا شرط گذار رسانیده باشد، شرطی را که گذاشته است نقض نماید. به حیث مثال، اگر احمد کارمندان خویش را بیمه نماید، احمد می تواند قبل از این که کارمندان احمد موافقه خویش را نسبت به بیمه به اطلاع شرکت بیمه برسانند، شرط را نقض نماید.

۶۳۷. عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۱) عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۱۸ و ۴۱۹.

همچنین، اگر احمد در مشت زنی قهرمان باشد و در مسابقه مشت زنی اشتراک نماید و با دایر کنندگان مسابقه شرط بگذارد که در صورت برنده شدن، پول آن را به محمود معیوب بدهند، پیش از این که محمود قبول خویش را به اطلاع دایر کنندگان مسابقه برساند، احمد می تواند شرط را نقض نماید. همچنین، اگر احمد فابریکه خویش را به محمود به فروش رساند و شرط گذارد که محمود کارمندان احمد را اخراج نماید، قبل از این که کارمندان موضوع عدم اخراج خویش را به محمود برسانند، احمد می تواند از این شرط رجوع و شرط را نقض نماید. استثنای این اصل این است که مقتضای عقد خلاف آن باشد. به حیث مثال، در مثال بیمه صحتی احمد نمی تواند شرط خویش را نقض نماید زیرا پرداخت مصارف تداوی از مقتضای عقد بیمه صحتی است.

۲- داینین یا ورثه شرط گذار از این حق استفاده کرده نمی توانند. داینین جمع داین است. ورثه اشخاصی است که مال را از مؤثر به ارث می برد. به حیث مثال، احمد کارمندان خویش را بیمه نماید، احمد می تواند قبل از این که کارمندان احمد موافقه خویش را نسبت به بیمه به اطلاع شرکت بیمه برسانند، شرط را نقض نماید. اما داینین احمد و در صورت وفات احمد ورثه احمد مانند زوجه، دختر و پسر احمد نمی توانند این شرط را نقض نمایند.

۳- اصل این است که گذاشتن شرط، برائت ذمه متعهد را در برابر شرط گذار افاده نمی کند، مگر اینکه طور صریح یا ضمنی به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد. برائت از ریشه «برء» گرفته شده است و به معنای وارستگی، سلامت از عیب، رهایی، بیزاری، بیزاری جستن، پاک شدن و دور شدن است. در فقه به پاک شدن ذمه افراد در برابر تعهدی برائت گویند.^{۶۳۸}

تعریف ذمه در مبحث تعریف تعهد در ابتدای این کتاب گذشت. برائت ذمه به این مفهوم است که هیچ شخص مسؤول نیست مگر این که مسؤولیت او در محکمه ذیصلاح ثابت شود و شخص با حکم قطعی محکمه ذیصلاح محکوم علیه شناخته شود. به حیث مثال، اگر احمد فرزندان خویش را بیمه صحتی نماید، شرکت بیمه نمی تواند شرط گذارد که در صورت مریض شدن فرزندان احمد، شرکت بیمه هیچ مسؤولیتی ندارد زیرا این شرط مخالف مقتضای عقد بیمه است.

۴- شرط گذار می تواند شخص ثالث را تغییر داده و خود را به جای آن قرار دهد. به حیث مثال، اگر احمد دختر خویش را بیمه صحتی نماید می تواند شرط گذارد که من هر لحظه ای می توانم به عوض دخترم خودم بیمه شوم.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که حق مستقیمی که شخص ثالث آن را از عقد اشتراط کسب می نماید، قبل از پذیرش توسط شخص ثالث، از طرف شرط کننده قابل ابطال است، مگر اینکه شرط کننده از این حق تنازل نماید. بر علاوه، به موجب ماده مذکور، حقی ابطالی که بر خلاف مقتضای عقد باشد به وجود نمی آید، مانند اینکه: شرط به نفع شخص ثالث، هبه ای لازم از طرف شرط کننده باشد. همچنین،

ممکن است متعهد در مواردی که از اجرای تعهد برای شخص ثالث نفعی می برد، شرط نماید که شرط کننده جز با تراضی او حق ابطال چنین عقدی را نداشته باشد.

در ضمن، حتی ممکن است متعهد شرط کند که او نیز حق ابطال را داشته باشد. در چنین موارد، برای جلوگیری از فرار یکجانبه متعهد، باید خود شرط کننده یا منتفع دیگری جایگزین شخص ثالث گردد. حق ابطال حق شخصی است که به خصوصیات شرط کننده بستگی دارد. بنابراین، داینین نمی تواند آن را به نام مدیون خویش اعمال نمایند. در ضمن، این حق به ورثه نیز منتقل نمی شود. بنابراین، اگر شرط کننده بدون اینکه حق شخص ثالث را ابطال نماید، وفات نماید، ورثه او حق ابطال آن را ندارند هر چند شخص ثالث آن را نپذیرفته باشد. شرط کننده، ابطال حق را باید خطاب به شخص ثالث یا متعهد به عمل آورد.

ولی، باید همیشه ابطال حق را به متعهد برساند تا او نیز از اجرای تعهدش به نفع شخص ثالث خودداری نماید. ابطال حق شکل ویژه ای ندارد و بنابراین ممکن است به صورت صریح یا ضمنی انجام پذیرد. اگر شرط کننده، حق شخص ثالث را باطل نماید و شخص ثالث دیگری را جانشین او نسازد، و ذمه متعهد را بری نسازد، آن حق به خود او باز می گردد و چنان پنداشته می شود که آن حق از زمان وقوع عقد، نه زمان ابطال، به او تعلق داشته است که به موجب عقد پدید آمده و به شخص ثالث منتقل نگردیده است. بنابراین، شرط به نفع شخص ثالث به یک عقد معمولی تبدیل می شود.

در چنین موارد، شخص ثالث، آن حق را از منتفع اول حصول نموده، از زمان وقوع عقد، دارنده آن حق فرض می شود، چنانکه اگر شرط کننده، حق شخص ثالث را باطل کند و آن حق را برای خود قرار دهد، می تواند شخص ثالث دیگری را معین نماید اعم از اینکه منتفع اول باشد یا شخص دیگر و حق هر کدام از زمان وقوع عقد تحقق یافته تلقی می گردد.^{۶۳۹} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه شرط گذار به شخص ثالث است.

۳) رابطه متعهد با شخص ثالث: وجه تمیز و ویژگی شرط به نفع شخص ثالث از دیگر تأسیسات حقوقی، در رابطه متعهد با شخص ثالث: یعنی؛ منتفع است. زیرا، شخص ثالث هر چند طرف عقدی که متعهد ملتزم به اجرای مفاد آن است نمی باشد، ولی حقی مستقیمی را از این تعهد کسب می نماید و بنابراین می تواند اجرای آن را از متعهد مطالبه نماید.^{۶۴۰}

د) استناد داینین طرفین عقد و خلف عام طرفین عقد به عقد ظاهر

نویسندگان ق. م در جلد دوم، فرع دوم، زیر عنوان آثار عقد در مواد ۶۹۹ و ۷۰۰ احکامی را پیش بینی نموده اند که به قایم مقام خاص طرفین عقد و داینین طرفین عقد اجازه می دهد به عقد ظاهر استناد نمایند. این مواد قرار ذیل اند:

۱) براساس ماده ۶۹۹ ق. م: «(۱) هرگاه متعاقدین به صورت مواضعه یا جبری و یا مزاح عقدی را انجام داده باشند، داینین متعاقدین و خلف خاص آنها، می توانند در صورتی که دارای حسن نیت باشند، به عقد ظاهر

۶۳۹. عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۱) عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۲۶ و ۴۲۷.

۶۴۰. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۱)، صص ۴۲۱-۴۲۴.

تمسک نمایند. همچنین، می توانند شکلیات عقدی را که به اثر آن متضرر شده اند، ثابت نموده و به عقد غیر ظاهر تمسک نمایند. (۲) اگر مصالح اشخاص ذیعلاقه در چنین عقد معارض هم واقع گردیده، بعضی به عقد ظاهر و بعضی دیگر به عقد غیر ظاهر تمسک نمایند، به عقد ظاهر ترجیح داده می شود.». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- هرگاه متعاقدين به صورت مواضعه یا جبری و یا مزاح عقدی را انجام داده باشند، دائین متعاقدين و خلف خاص آنها، می توانند در صورتی که دارای حسن نیت باشند، به عقد ظاهر تمسک نمایند. دلیل این قاعده این است که گاهی امکان دارد شخص برای فرار از پرداخت دین و یا انتقال ملکیت به مشتری رهن گیرنده و نظیر اینها و یا به طور کلی به منظور فریب دادن داینین و قایم مقام خاص خویش، عقدی را به شکل ظاهری با شخصی منعقد نماید و به داین و یا مشتری بگوید که پول ندارم و یا مبیعه را قبلاً فروخته ام. در حالی که در واقع چنین عقدی صورت نگرفته باشد.

در چنین حالات، قانونگذار مدنی به داینین و قایم مقام خاص طرفین عقد صلاحیت داده است تا به عقد ظاهری تمسک نمایند. متعاقدان طرفین عقد است. عقد ظاهر (صوری) عقدی است که در ظاهر بدون این که در واقع و ماهیتاً منعقد شده باشد، به طور شکلی و صوری منعقد می شود مانند این که شخص دواخانه یا دوکان خویش را مبلغ چهل هزار افغانی به کرایه دهد و برای فرار از مالیات مبلغ آن را در اسناد ده هزار بنویسد.^{۶۴۱} مواضعه از ریشه «وضع» به معنای گرو بستن با همدیگر، گرو بستن با کسی، رها کردن خرید و فروش و شرکت کردن با همدیگر است. در حقوق مواضعه معامله ای است که در آن شخص کاملاً زیان ببیند و هیچ فایده نکند و بیع مواضعه در برابر بیع مرابحه استعمال می شود.^{۶۴۲} داینین جمع داین است. داین شخصی است که بر مدیون دین دارد. تعریف خلف خاص در مبحث بالا گذشت.

حسن نیت یکی از اصول حاکم بر قراردادها است. این اصل دو معنی دارد: نخست این که حسن نیت عبارت است از عدم قصد متعاقدين مبنی بر نیرنگ و فریب همدیگر. دوم این که حسن نیت عبارت است از اجرای مفاد تعهد بدون نیرنگ و فریب. تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهنری و توسل، سند و حجت است.^{۶۴۳}

به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را به صورت مواضعه، در اثر اکراه و شوخی به شش ماه به کرایه بگیرد، اشخاصی که بر احمد و محمود قرض دارند و ورثه احمد و محمود در صورت داشتن حسن نیت می توانند به این عقد استناد نمایند. به نظر می رسد طبق نص این ماده اثر مرتب بر عقد ظاهر این است که عقد ظاهری هرچند به شکل صوری و ظاهری صورت پذیرفته است یا در آن مواضعه، جبر و شوخی وجود داشته است اما دارای اثر است.

۲- داینین و قایم مقام خاص طرفین عقد می توانند شکلیات عقدی را که در اثر آن متضرر شده اند، ثابت نمایند و به عقد غیرظاهری (حقیقی) استناد نمایند. به حیث مثال، اگر حمیده از بانک بین المللی افغانستان

۶۴۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۹.

۶۴۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۰۱۹.

۶۴۳. (آخرین بازدید ۸/۱۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 643.

صد لک افغانی قرض بگیرد و خانه خویش را به تضمین دین بانک به بانک به رهن بدهد و در عین حال صد لک افغانی مدیون مرضیه باشد، مرضیه می تواند به شکلیات عقد رهن میان حمیده و بانک استناد و با استناد به آن خواهان ابطال عقد رهن میان حمیده و بانک شود و خانه حمیده را در تضمین دین خویش به رهن بگیرد. در این مثال، مرضیه داین حمیده است. عقدی که میان حمیده و بانک صورت گرفته است عقد حقیقی و شکلی است و براساس ارایه قبالة قانونی خانه حمیده میان حمیده و بانک به صورت رسمی و مکتوبه منعقد شده است.

همچنین، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و ملکیت خانه را از طریق محکمه وثایق و قبالة رسمی به محمود انتقال دهد اما ورثه احمد ادعا نماید که عقد حقیقی اما فاسد بوده است و خواهان فسخ عقد باشند، می توانند به شکلیات عقد حقیقی تمسک نمایند، مانند انعقاد عقد از طریق رهنمای معاملات، طی مراحل فورم دورانی، نرخ گذاری خانه توسط هیأت نرخگذاری، پرداخت مالیه و محصول به محکمه، شهرداری و وزارت مالیه و نظیر اینها. در این مثال عقد شکلی و حقیقی است. ورثه احمد مصداق قایم مقام خاص است. در این مثال ورثه احمد در اثر عقد متضرر شده اند زیرا خانه ای را که می توانستند در آینده از طریق ارث کسب نمایند از دست داده اند.

۳- اگر مصالح اشخاص ذیعلاقه در چنین عقد معارض هم واقع گردیده، بعضی به عقد ظاهر و بعضی دیگر به عقد غیر ظاهر تمسک نمایند، به عقد ظاهر ترجیح داده می شود. مصالح جمع مصلحت است که در لغت به هر آنچه که موجب آسایش و سود باشد است که متضاد مفاسد است.^{۶۴۴} همچنین، مصلحت در لغت به هر آنچه که صلاح و سود شخص یا گروهی در آن باشد و خیر اندیشی است.^{۶۴۵} معارض در لغت به معنی در تعارض است.

به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را به صورت حقیقی به کرایه بگیرد و ورثه احمد ادعا نمایند که عقد حقیقی نیست بلکه صوری و ظاهری و فاقد اثر است، به عقد ظاهری ترجیح داده می شود. بنابراین، طبق نص این ماده در صورت تعارض میان عقد حقیقی و عقد ظاهری عقد ظاهری مرجح است.

همچنین، اگر احمد تبعه جرمنی با حمیده تبعه افغانستان نامزد شود و برای این که احمد حمیده را به جرمنی ببرد، به محکمه وثایق مربوطه عریضه نمایند و اقرار نمایند که زن و شوهر اند و شاهدان در محکمه شهادت دهند که احمد و حمیده زن و شوهر اند و محکمه وثایق نکاح خط را براساس اقرار احمد و حمیده و شهادت شهود ترتیب نماید و نکاح خط طی مراحل و به احمد و حمیده تسلیم شود، اما سپس درخواست حمیده در سفارت جرمنی در افغانستان رد شود و حمیده ادعا نماید که نکاح صورت گرفته است و احمد ادعا نماید که نکاح صورت نگرفته است، ادعای احمد مرجح است و چنین فرض می شود که نکاح صورت گرفته است. در این مثال مصالح احمد و حمیده در تعارض قرار دارد. نکاح می تواند دو گونه باشد:

۶۴۴. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۹۹۰.

۶۴۵. همان، محمد معین، ص ۹۹۲.

نخست نکاح شکلی که صرف شکلیات نکاح طی شده است که مثال آن در مثال بالا گذشت. دوم نکاح حقیقی که میان طرفین حقیقتاً مطابق قانون صورت می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد ظاهری و عقد غیرظاهری (عقد غیرحقیقی و عقد حقیقی) است.

در فقه، فقها در باره حکم این عقد اختلاف نظر دارند. برخی که به ظاهر حکم می کنند معتقد اند که آنچه برای فقیه و قاضی ملاک و معیار است، صیغه و ظاهر ابراز شده می باشد که کاشف از اراده باطنی افراد است. از این روی، وقتی صیغه ای جاری می شود، بیانگر اراده باطنی و پنهانی افراد است و به هیچ وجه جز از این طرق نمی توان به باطن افراد راه بُرد و بنابراین به ظاهر باید حکم کرد و اگر نخواهیم شکل و ظاهر را بپذیریم، در واقع راه را برای سوء استفاده بسیاری از افراد گشوده ایم که با دستاویز قرار دادن چنین برداشتی معاملات و عقود را دستخوش تزلزل قرار دهند. اما، گروهی دیگر را عقیده بر این است که آنچه مهم و ملاک است اراده باطنی افراد است و تنها دیوانگان و محجورین را از تصرف بازداشته اند که فاقد اراده باطنی هستند و بنابراین نمی تواند تنها به اراده ظاهری و تصرفات شکلی حجیت داد.^{۶۴۶}

(۲) براساس ماده ۷۰۰ ق. م: «(۱) بین متعاقدين و خلف عام آنها عقد غیر ظاهر نافذ پنداشته شده، بر عقد ظاهر اثری مرتب نمی گردد. (۲) اگر متعاقدين، عقد حقیقی را توسط عقد ظاهر مخفی نمایند، عقد حقیقی در صورتی که واجد تمام شرایط صحت باشد، صحیح پنداشته می شود.» از نص این ماده دو حکم استخراج می گردد:

اول این که: بین متعاقدين عقد غیر ظاهر نافذ پنداشته شده، بر عقد ظاهر اثری مرتب نمی گردد. عقد غیرظاهر عقد حقیقی است. عقد ظاهری عقد غیرحقیقی است. به حیث مثال، اگر احمد تبعه جرمی با حمیده تبعه افغانستان نامزد شود و برای این که احمد حمیده را به جرمی ببرد، به محکمه و وثایق مربوطه عریضه نمایند و اقرار نمایند که زن و شوهر اند و شاهدان در محکمه شهادت دهند که احمد و حمیده زن و شوهر اند و محکمه و وثایق نکاح خط را براساس اقرار احمد و حمیده و شهادت شهود ترتیب نماید و نکاح خط طی مراحل و به احمد و حمیده تسلیم شود، این عقد، ظاهری است و میان احمد و حمیده نافذ نیست. اما، اگر احمد و حمیده مطابق شرایطی که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت ازدواج نمایند و از محکمه و وثایق ذیصلاح نکاح خط بگیرند، این عقد حقیقی است و میان احمد و حمیده نافذ است. در مثال اول عقد ظاهری است و میان احمد و حمیده نافذ نیست. در مثال دوم، عقد غیرظاهری یا حقیقی است و میان احمد و حمیده نافذ است.

همچنین، اگر احمد دوکان محمود را به صورت ظاهری برای مدت شش ماه به کرایه بگیرد، این عقد میان احمد و محمود نافذ نیست. اما، اگر احمد دوکان محمود را برای مدت یک سال به صورت غیرظاهری یا حقیقی به کرایه بگیرد این عقد میان احمد و محمود نافذ است.

دوم این که بین خلف عام متعاقدين عقد غير ظاهر نافذ پنداشته شده، بر عقد ظاهر اثری مرتب نمی گردد. به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را به صورت ظاهری برای مدت شش ماه به کرایه بگیرد، این عقد میان احمد و محمود نافذ نیست. همچنین، این عقد میان خلف عام مانند داینین احمد و محمود نافذ نیست. سوم این که اگر متعاقدين، عقد حقیقی را توسط عقد ظاهر مخفی نمایند، عقد حقیقی در صورتی که واجد تمام شرایط صحت باشد، صحیح پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد دوکان خویش را به محمود ماهوار در برابر بیست هزار افغانی به کرایه بدهد و برای فرار از مالیات در سند نوشته نمایند که کرایه ماهوار دوکان ده هزار افغانی است دو عقد صورت گرفته است. عقد حقیقی که براساس آن کرایه دوکان بیست هزار افغانی است. عقد غیرحقیقی که کرایه دوکان براساس آن ده هزار افغانی است. در این مثال، اگر عقدی که براساس آن کرایه دوکان مبلغ بیست هزار افغانی است واجد شرایط عقد باشد، صحیح پنداشته می شود. در این مثال، احمد و محمود خواسته اند عقد حقیقی را توسط عقد ظاهری پنهان نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد ظاهری و عقد غیرظاهری است.

مبحث هفتم) تفسیر عقد

اشخاص در روابط تجارتي خویش با یکدیگر قرارداد هایی را منعقد می کنند که گاهی در آنچه که طرفین از عقد اراده کرده اند میان آنها اختلاف ایجاد می شود و ناگزیر به محکمه مراجعه می کنند. در چنین حالات، قضات وظیفه دارند اراده طرفین را کشف نمایند. مسلم است که حق تفسیر قرارداد را مطابق نظر خویش ندارند و برای کشف اراده واقعی طرفین باید مطابق قواعد معین عمل کنند که از تشتت و آرا و ظلم بر طرفین عقد خودداری شود.^{۶۴۷}

برای تفسیر عقد قاضی می تواند از متن قرارداد استفاده نماید و بکوشد اراده طرفین را کشف نماید. تا زمانی که بتوان با تحقیق در متن قرارداد، اراده طرفین را کشف کرد، توسل به قواعد تفسیری جایز نیست.^{۶۴۸} برای کمک به قاضی، نویسندگان ق. م قواعد تفسیر عقد را در مواد ۷۰۵-۷۲۹ ق. م تنظیم نموده اند. این قواعد مقتبس از قواعد کلیه فقهی است. در ذیل تعریف تفسیر (گفتار اول) و قواعد تفسیر (گفتار دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار اول) تعریف

تفسیر از ریشه فسر گرفته شده است که در لغت به معنی واضح ساختن و آشکار ساختن، روشنگری، کشف و اظهار است.^{۶۴۹} تفسیر عقد را نباید با تفسیر قانون یکی دانست، زیرا در تفسیر قانون، مفسر کوشش می نماید، اراده قانونگذار را کشف نماید، اما در تفسیر عقد، مفسر سعی می نماید، اراده و خواست طرفین عقد را استنباط و کشف نماید. بنابراین، تعریفی که می توان به تفسیر عقد ارایه کرد این است که: تفسیر عقد کشف اراده طرفین عقد است توسط مفسر.

۶۴۷. بابک خسروی نیا (۱۳۹۱). قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان، دوفصلنامه

علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، ص ۸۳.

۶۴۸. همان، بابک خسروی نیا، ص ۸۴.

۶۴۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۲۰.

گفتار دوم) برخی قواعد تفسیر

برخی قواعد تفسیر طبق ق. م قرار ذیل اند:

۱) **قاعده قرارداد قانون طرفین است:** طبق ماده ۷۰۵ ق. م: «اصل در عقد، رضای متعاقدين و نتیجه آنچه که به واسطه عقد بالای خود لازم ساخته اند، می باشد.» نویسندگان ق. م این قاعده را از مجله الاحکام اقتباس نکرده اند، زیرا این قاعده در مجله الاحکام وجود ندارد. برخی نویسندگان بر این نظر اند که: این قاعده در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه پیش بینی شده است. مفهوم این قاعده در حقوق فرانسه این است که: عقودی که به شکل مشروع منعقد شده است حیثیت قانون را در حق عاقدان دارد و الزام آور است. اما، حقوقدانان عرب این قاعده را این گونه تعبیر نموده اند که: عقد قانون متعاقدان است.^{۶۵۰}

از آنچه در باره این قاعده گفته شد، حقوقدانان مدنی به این نتیجه رسیده اند که: قرارداد قانون طرفین است. پرسش این است که آیا هر قراردادی در حقوق مدنی قانون طرفین است. در پاسخ به این پرسش باید گفت که: به نظر می رسد این قاعده به اطلاق خویش - برخلاف گذشته - باقی نمانده است و با سه محدودیت مواجه است: قانون، نظام و آداب عامه. بنابراین، قرارداد در حقوق مدنی زمانی قانون طرفین است که مخالف قانون، نظام و آداب عامه نباشد که تفصیل هر یک در مبحث آزادی انعقاد عقود گذشت. به حیث مثال، اگر احمد شرکت مضاربه را با محمود در خصوص فروشگاه مواد ساختمانی ایجاد نماید و در قرارداد شرکت تعهدات احمد و محمود پیش بینی شود، این قرارداد قانون احمد و محمود است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی قاعده قرارداد قانون طرفین است می باشد.

۲) **قاعده نیت و ظاهر:** با توجه به قاعده: «کارها به قصد و نیت بستگی دارد.» (ماده ۲ مجله الاحکام) چنانچه نیت و ظاهر از همدیگر متفاوت گردند و امکان آگاهی و اطلاع بر نیت باشد، حکم به مقتضای آن صورت می پذیرد. همچنین، هرگاه معنای گفتاری با لفظ آن متفاوت باشد، معنی معتبر خواهد بود.^{۶۵۱} ماده ۷۰۶ ق. م. ا که ترجمه ماده سوم مجله است در این باره مقرر می دارد که: «در عقود با رعایت اراده ظاهری متعاقدين، به مقاصد و معانی اعتبار داده می شود نه الفاظ و حروف.» از نص این ماده به خوبی نتیجه گرفته می شود که در عقود الفاظ اعتبار ندارد، بلکه قصد و نیت طرفین عقد مدار اعتبار است. مثال های که مختصصین قواعد فقهی به این قاعده ارایه می نمایند قرار ذیل اند:

- ۱- اگر منفعت چیزی در برابر عوض، مورد عقد قرار گیرد، اجاره و بدون عوض اعاره نامیده می شود. پس، اگر دو شخص عقدی را به لفظ اعاره جاری کنند و شرط کنند که به عاریه دهنده عوضی داده شود، این عقد به موجب معنی اجاره شمرده می شود و توجهی به لفظ آن که اعاره باشد، صورت نمی پذیرد؛^{۶۵۲}
- ۲- در بیع وفاء احکام عقود دیگر جاری شده می تواند که معروف ترین آنها احکام رهن است، زیرا طرفین عقد رهن را قصد و اراده کرده اند؛

۶۵۰. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و

مطبعه میوند، ص ۱۴۵.

۶۵۱. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص

۲۴۲.

۶۵۲. همان، صبحی رجب محمسانی، ص ۲۵۳.

۳- اگر در هبه، عوض شرط گذاشته شود، عقد بیع پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر شخصی به دیگری بگوید: این متاع را برای تو در برابر این مبیع بخشیدم و یا هبه کردم، به این شرط که فلان چیز را به من بدهی، عقد متذکره حکم عقد بیع را کسب می نماید، زیرا با وجودی که عاقد لفظ هبه را استعمال کرده است، هدفش عقد بیع بوده است و احکام عقد بیع بر آن جاری می شود.^{۶۵۳}

۳) قاعده حقیقت و مجاز: کلام به مهمل و مستعمل و کلمه مستعمل به حقیقت و مجاز منقسم می گردد. حقیقت لفظی است که در معنی لغوی یا اصطلاحی خود به کار می رود مانند: به کار بردن لفظ «شیر» در مفهوم حیوان درنده یا استعمال لفظ «قیاس» به عنوان دلیل شرعی در اصطلاح علماء اصول. مجاز، لفظی است که در غیر معنی لغوی و قراردادی خود استعمال می شود مانند: گفتن «شیر» و اراده مرد دلیر از آن. مهمل سخنی است که در غیر مورد، استعمال شود و برای آن معنی و مفهومی نمی توان یافت.^{۶۵۴}

با توجه به آنچه گفته شد، شق اول ماده ۷۰۷ ق.م.ا که ترجمه ماده ۱۲ مجله است در این باره تصریح می نماید که: «اصل در کلام اراده معنی حقیقی آن است نه اراده معنی مجازی [...]». بنابراین، اگر کسی خانه خود را وقف فرزندان خویش کند و سپس وفات نماید و در هنگام وفات نواسه هم داشته باشد، آنان حتی در مال موقوفه ندارند. زیرا، لفظ فرزند، در حقیقت، شامل نواسه ها نمی شود. باوجود این، در صورتی که حمل کلام به حقیقت، متعذر باشد، باید به معنی مجازی آن توجه کرد. شق دوم ماده ۷۰۷ ق.م.ا که ترجمه ماده ۶۱ مجله است در این باره مقرر می دارد که: «[...] در صورت امکان اراده معنی حقیقی اراده معنی مجازی جواز ندارد، مگر این که اراده معنی حقیقی متعذر باشد».

طبق این ماده باید در مرحله اول سخن را به معنی حقیقی و در صورت عدم امکان، به معنی مجازی حمل کرد و نباید آن را مهمل گذاشت، مگر اینکه اطلاق آن بر معنای حقیقی و مجازی متعذر باشد. متعذر اسم فاعل از ریشه «عذر» گرفته شده است که در لغت به معنی دشوار، محال، غیرممکن و سخت است.^{۶۵۵} در صورتی که معنی حقیقی با معنی مجازی تعارض پیدا نماید و استعمال لفظ در معنای حقیقی، مهجور و دور از ذهن باشد، باید مقصود را در مجاز جستجو کرد و چنانچه دو معنی مذکور تعارض داشته باشند، ولی معنی مجازی عرفاً غالب بوده و استعمال بیشتری داشته باشد، به نظر امام ابوحنفیه رحمته الله تقدم با معنی حقیقی است، ولی به نظر امام ابو یوسف رحمته الله، محمد بن حسن شیبانی رحمته الله و امام غزالی رحمته الله باید معنی مجازی را مقدم شمرد و ترجیح داد به شرطی که این معنی در عرف جاری باشد.^{۶۵۶} برخی مثال هایی را که در مورد این قاعده مختصصین قواعد کلیه فقهی ارایه می نمایند عبارت اند از:

۶۵۳. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، ص ۱۰.

۶۵۴. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۲۵۴ و ۲۵۵.

655. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

۶۵۶. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۲۵۶.

۱- در مثال فوق، چنانچه واقف، چیزی برای فرزندان خود وقف کند، و فرزند نداشته باشد، در چنین موارد لفظ فرزند مجازاً بر نواسه ها اطلاق می گردد. زیرا، حمل کلام بر معنی حقیقی متعذر است. بنابراین، نواسه ها حق استفاده از عین موقوفه را خواهند داشت.^{۶۵۷}

۲- اگر شخصی برای دیگری بگوید: این چیز را برای تو بخشیدم و مخاطب مال موهوبه را قبض و متصرف شود، سپس گوینده ادعا نماید که مقصودش از هبه مجازاً بیع بوده است، و مطالبه قیمت نماید، ادعایش اعتبار ندارد، زیرا اصل در گفتار رعایت حقیقت آن است و حقیقت هبه تملیک بلاعوض است. برعکس، اگر بگوید: این متاع را به دو دینار برای تو بخشیدم، در این صورت، ذکر دو دینار بر سبیل تعویض، قرینه ای است که هدفش از هبه مجازاً بیع بوده است و کلام شخص بر بیع حمل می شود.^{۶۵۸}

۴) طبق ماده ۷۱۱ ق. م. ا که ترجمه ماده ۶۰ مجله الاحکام است: «اعمال کلام بهتر از اِهمال آن است تا وقتی که حمل کلام بر يك معنی شده بتواند اِهمال آن جواز ندارد، مگر اینکه اعمال آن متعذر گردد.» از نص این ماده سه قاعده فرعی استنباط می گردد:

نخست این که اعمال کلام بهتر از اِهمال آن است. اعمال در لغت به معنی به کار بردن است. اِهمال در لغت به معنی فروگذاشتن و سهل انگاری است.^{۶۵۹} به حیث مثال، اگر احمد به محمود موبایل فروش بگوید قیمت این موبایل چند است، محمود باید به ایجاب احمد پاسخ دهد.

دوم این که اصل این است که وقتی که حمل کلام بر يك معنی شده بتواند اِهمال آن جواز ندارد. استثنای این قاعده این است که اعمال کلام متعذر گردد. تعریف متعذر در بالا گذشت. قاعده دوم شبیه قاعده اول و زاید به نظر می رسد. طبق استثنای این قاعده اگر تطبیق و اجرای کلام ناممکن باشد، اِهمال و نادیده گرفتن آن جواز دارد. به حیث مثال، اگر شخصی در اشاره به زوجه اش و مجسمه سنگی یک زن، بگوید یکی از شما طلاق هستید، این کلام در خصوص زوجه اش اعمال اما در خصوص مجسمه بنا بر عدم امکان معنای حقیقی یا مجازی لغو قرار می گیرد و باید نادیده گرفته شود.^{۶۶۰} در این مثال، اعمال طلاق بر زوجه ممکن و باید به آن عمل شود و اعمال طلاق بر مجسمه ناممکن است و نادیده گرفته می شود. برخی مثال های دیگر این قاعده قرار ذیل است:

- اگر شخصی برای شخص دیگر به موجب سند یک هزار افغانی معترف باشد، اما منشأ و سبب آن را بیان نکند و سپس در سند دیگری نیز همانطور اعتراف نماید، محتویات هر دو سند واجب الاداء می باشد و این شخص باید دو هزار افغانی بپردازد و اگر بگوید هر دو یکی است، اعتبار ندارد.

- اگر شخص به زوجه اش بگوید تو طلاق هستی، تو طلاق هستی، از لحاظ قضایی دو طلاق پنداشته می شود و نمی تواند گفت که طلاق دوم تأکید بر طلاق اول است مگر این که قرینه ای مبنی بر قصد و اراده تأکید

۶۵۷. همان، صبحی رجب محمسانی، ص ۲۵۵.

۶۵۸. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، ص ۵۶.

659. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

۶۶۰. زین العابدین سراج (1398). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص 251.

پیدا شود زیرا اصل در اعتبار بخشیدن به سخن عاقل این است که کلامش به خاطر ایجاد یک حکم جدید مفید است، نه برای تأکید.^{۶۶۱}

(۵) قاعده تصریح و دلالت: طبق ماده ۷۰۸ ق.م.ا که ترجمه ماده ۱۳ مجله است: «در برابر صریح به دلالت اعتبار داده نمی شود. هرگاه مفهوم هر دو معارض هم واقع گردد، به صریح ترجیح داده می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- در برابر صریح به دلالت اعتبار داده نمی شود. فقهای حنفیه سخن را از نظر دلالت به صریح و کنایه تقسیم کرده اند: صریح آن است که معنی «آشکار» داشته باشد. ولی، در سخن کنایه آمیز، مراد و مقصود متکلم مستتر است و درک آن محتاج به توضیحی است که از عبارت نص یا اشاره یا دلالت یا اقتضاء آن حاصل می شود.

در نتیجه، کلام صریح، اصالت دارد و از دلالت نیرومند تر است.^{۶۶۲} عنوان مثال، هرگاه کسی متاعی را در دکانی بگذارد و صاحب دکان جریان این عمل را ببیند و سکوت اختیار نماید، این مال، حکم ودیعه و امانت را خواهد داشت به نحوی که گویی عقد ودیعه از روی دلالت حال انجام شده است. ولی، هرگاه در آن موقع، دکاندار بگوید: این را نمی پذیرم، در چنین حالات عقد امانت منعقد نمی گردد (ماده ۷۷۳ مجله). بنابراین، نهی صریح دکاندار، دلالت حال را منتفی می کند. زیرا، چنانچه گفته شد، در برابر صراحت، دلالت بی اثر است.^{۶۶۳}

نص این قاعده از اراده شخص در احکام مربوط نمایندگی می کند، مانند: ایجاب، قبول، اجازه، منع، رضایت و رد. وقتی کلام صریح موجود نگردد، دلالت حال جانشین کلام گردیده و اراده انسان تعبیر می شود و زمانی که صراحت کلام موجود گردد، برای دلالت حال که خلف و نائب کلام است در تعبیر اراده محل و مجالی باقی نمی ماند زیرا واضح است که تصریح در کلام، متیقن و دلالت حالت یک امر مشکوک و ظنی است. تصریح زبانی و تحریری در تعبیر اراده با هم برابر اند. براساس همین قاعده، فقهاء گفته اند: بایع حق دارد مبیعه را به مشتری تسلیم نماید تا وقتی که قیمت آن را دریافت نکند، مشروط بر این که ثمن مؤجل نباشد.

اگر مشتری زیر نظر بایع مبیعه را پیش از پرداخت ثمن قبض نماید و مالک اعتراض نکند، اجازه بایع دلالتاً به اثبات می رسد. در این صورت، بایع نمی تواند رد مبیعه را از مشتری مطالبه نماید، زیرا این حق او ساقط می گردد و تنها می تواند قیمت مبیعه را از مشتری بخواهد. اما اگر بایع به وضاحت برای مشتری بگوید که تا وقتی که قیمت را تأدیه نکنی حق قبض مبیعه را نداری، و مشتری به رغم صراحت، مبیعه را قبل از پرداخت

۶۶۱. همان، زین العابدین سراج، ص ۲۵۱.

۶۶۲. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۲۵۷.

۶۶۳. همان، صبحی رجب محمسانی، ص ۲۵۸.

ثمن قبض نماید و بایع سکوت اختیار نماید، این سکوت اجازه پنداشته نمی شود و بایع می تواند مانع قبض مبیعه توسط مشتری شود مگر این که مشتری ثمن را پرداخت نماید.^{۶۶۴}

۲- دوم این که هرگاه مفهوم هر دو معارض هم واقع گردد، به صریح ترجیح داده می شود. صراحت سخن، ممکن است گاهی با دلالت حال که از سکوت یا قراین و یا عرف و عادات متداول فهمیده می شود، منافات داشته باشد. به عنوان مثال، در فقه و قانون مدنی، چنانچه تفصیل آن گذشت، بیع معاطات جایز است. بنابراین، خریدار می تواند بهای کالا را به فروشنده بدهد و بدون اینکه ایجاب و قبولی در میان آنها صورت پذیرد، کالا را تصاحب کند.

در چنین موارد، دلالت حال، به طور آشکار و صریح جانشین ایجاب و قبول می گردد. مثال دیگر: سرپرست طفل صغیر می تواند به طفل اجازه دهد تا به امور تجاری بپردازد چنانچه ماده ۹۷۱ مجله در این باره اعلام می دارد که: «همانطور که اذن به صراحت ممکن است، به دلالت حال نیز امکان پذیر است. مثلاً: اگر سرپرست صغیر ممیز، او را در حال خرید و فروش ببیند و سکوت کرده، مانع کار او نشود، در واقع به دلالت حال به او اجازه داده است.» بر سکوت نیز به تنهایی اثری مترتب نمی گردد، مگر اینکه همراه با قراینی باشد و در این باره در ماده ۶۷ مجله آمده است: «سخنی به شخص ساکت نتوان نسبت داد و اما سکوت به هنگام لزوم، به منزله بیان است.» برخی مثال های دیگر این قاعده قرار ذیل است:

- شخصی به دیگری صدقه داده و جانب مقابل سکوت نمود، سکوت در حکم صریح بوده و سکوت کننده مالک مال می شود. ولی اگر صراحتاً آن را رد نماید، رد محسوب می گردد و مالک مال نمی شود.

- اگر پدر مهر دختر خویش را از نزد زوج او قبض نماید و دختر سکوت نماید، این سکوت دلالت بر قبض دارد و ذمه زوج از دادن مهر برای دختر بری می گردد اما اگر دختر صراحتاً پدر خود را از گرفتن مهر ممانعت کرد و بعداً سکوت نمود، قبض او صحت ندارد و ذمه زوج از پرداخت مهر بری نمی گردد زیرا دلالت در مقابل صراحت اعتبار ندارد.

- ذوالید حق دارد از ملکیتی که در تصرف دارد استفاده کند، مشروط بر این که مدعی شهود اقامه کرده نتواند و اگر مدعی احضار شهود نماید و به نفع او حکم شود، ملکیت از تصرف متصرف کشیده شده و به مدعی داده می شود زیرا ذوالیدی دلالت است و در برابر صراحت (اقامه بینه) اعتبار قضایی ندارد.

- اگر کسی گوسفندی را که بیم هلاک شدنش وجود داشته باشد، سر ببرد تا نمیرد و خوردنش حرام نگردد، استحساناً ضامن به شمار نمی آید زیرا از جهت دلالت، صاحب گوسفند به او اذن داده است.^{۶۶۵}

۶) قاعده مطلق و مقید: ماده ۷۱۳ ق. م. ا که ترجمه ماده ۶۴ مجله است حکم می نماید که: «مطلق تا وقتی که دلیل تغییر آن طور صریح یا ضمنی موجود نگردد، به اطلاق خود باقی می ماند.» طبق این ماده مطلق تا وقتی که دلیل تغییر آن طور صریح یا ضمنی موجود نگردد، به اطلاق خود باقی می ماند. کلام یا

۶۶۴. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۱۸ و ۱۹.

۶۶۵. زین العابدین سراج (۱۳۹۸). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص ۷۴.

مطلق یا آزاد است یا مقید. کلام مطلق آن است که بر معنی خاصی به طور عموم دلالت کند و مقید آن است که بر همان معنی، ولی به شرط اقتران به صفتی یا حالتی دلالت کند.^{۶۶۶} به عبارت دیگر: اطلاق و تقیید از صفات الفاظ به حساب می آید. لفظ مطلق آن است که عاری از قیودات و قرائن است و تقیید عکس آن است. مثلاً لفظ اسپ، مطلق و اسپ سفید مقید و متصف به سفیدی است و لفظ مکان، مطلق و لفظ طعام خانه؛ یعنی: جای طعام مقید است.^{۶۶۷} صریح به معنی آشکار و ضمنی اسم منسوب به ضمن است که در لغت به معنی آنچه که از امری به طور اشاره و کنایه مفهوم گردد.^{۶۶۸} برخی مثال های حالات اطلاق قرار ذیل است:

- اگر شخصی دیگری را به خریداری اسپ، وکیل بگیرد و او اسپ سرخ برای مؤکل خریداری نماید، اما مؤکل بگوید من اسپ سفید کار داشتم، گفتار مؤکل اعتبار ندارد و اسپ ملک او می باشد، زیرا کلام مؤکل مطلق بوده و قید و وصف خاصی ندارد و به حالت اطلاق باقی می ماند.

- اگر شخصی به خریداری کالای گماشته شود و آن را به نرخ روز خریداری نماید و مؤکل اعتراض کرده و بگوید که مقصود خریداری از فلان بازار با قیمت کمتری بود، گفتار او اعتبار ندارد و مبیع برای او ثابت می شود، زیرا وکالت او مطلق بوده و به حالت اطلاق باقی می ماند. ماده ۱۴۹۴ مجله نیز در مقام تمثیل می گوید: «در وکالت مطلق، وکیل می تواند مال مؤکلس را به قیمت مناسب بفروشد خواه کم باشد خواه زیاد.».

- در عقد عاریت مطلق، عاریت گیرنده می تواند در چهارچوب عرف و عادات محیط خود از مال عاریت داده شده هر نوع استفاده کند و به زمان و طریق استفاده منحصر نیست. اما، اگر عاریت مقید باشد، عاریت گیرنده مکلف است تقییدات عاریت دهنده را رعایت نماید.

اصل در سخن، اطلاق است، و هرگاه سخنی فاقد قید باشد مطلق است، مگر اینکه تقیید به صراحت یا دلالت از آن مستفاد گردد.^{۶۶۹} بنابراین، وقتی تقیید مطلق ملاحظه گردد و عبارت النص یا دلالت النص مبنی بر تقیید مطلق موجود گردد، مطلق مقید می شود. در ذیل برخی مثال های تقیید به نص و تقیید به دلالت النص را مورد مطالعه قرار می دهیم:

- **تقیید به صراحت النص:** وقتی مؤکل به وکیل بگوید مبیعه را به این مقدار پول بفروش، وکیل نمی تواند مبیعه را به کمتر از آن مقدار به فروش رساند. ماده ۱۴۹۵ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر مؤکل، ثمن را تعیین کرده باشد، وکیل نمی تواند به کمتر از آن بفروشد [...]». همچنین، اگر در عقد عاریت برای عاریت گیرنده در انتفاع از عین مستعاره وقت معین پیش بینی شده باشد، عاریت گیرنده بعد از انقضای آن وقت حق انتفاع از عین مستعاره را ندارد.

۶۶۶. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۲۵۸ و ۲۵۹.

۶۶۷. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعدة فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، ص ۵۸.

668. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

۶۶۹. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۲۵۸ و ۲۵۹.

- **تقیید به دلالت النص:** گاهی امکان دارد تقیید به دلالت النص بستگی داشته باشد. به حیث مثال، حمالی دیگری را به خریدن اسپ وکیل می گیرد، وکیل نیز اسپ قیمتی بزکش را برای مؤکل خریداری می کند. در چنین حالتی، خرید در حق مؤکل قابل اجراء نیست، زیرا حالت حمال بیانگر این است که او نیازمند یک اسپ بازکش است نه اسپ بزکش قیمتی هرچند لفظ در این حالت مطلق است، اما دلالت حال حمال افاده قید را می نماید.

همچنین، شخصی دیگری را به خریداری قربانی در عید اضحی وکیل می گیرد و وکیل بعد از مرور روز های قربانی، گوسفندی را برای مؤکل خریداری می نماید، یا شخصی دیگری را وکیل می گیرد که محروقات زمستانی را برای گرم کردن خانه و دفع سردی برایم خریداری کن، اما وکیل این کار را بعد از سپری شدن زمستان انجام می دهد، در همه این حالات خرید نسبت به مؤکل نافذ نیست، زیرا قیودات زمانی مانع آن است.^{۶۷۰} از همین رو، ماده ۱۴۸۴ مجله الاحکام اعلام می نماید که: «اگر کسی دیگری را وکیل خریدن چیزی کند در هنگامی معین بودن آن ضروری است، وکالت تنها شامل همان موسم و موقع معین می شود.».

(۷) **سبک و سیاق سخن:** سبک سخن، در فهم و تفسیر معنی آن اهمیت فراوان دارد. زیرا، اکثراً کلمه یا صفتی در یک مناسبت بی ارزش، ولی به مناسبت دیگر با اهمیت است. از نمونه های این مورد، می توان این دو قاعده کلی را که در قانون مدنی آمده است نقل کرد:

۱ - به موجب ماده ۷۱۴ ق. م. ا که مقتبس از فقه و مواد ۳۱۰ و ۶۵ مجله است: «وصف در حاضر ملغی و در غایب اعتبار دارد.» طبق این قاعده در صورت اختلاف وصفی که در مورد اشیای حاضر در مجلس عقد ذکر گردیده باشد، وصف لغو و عقد نافذ می باشد. اما، در اشیای غایب وصف معتبر بوده و در صورت اختلاف وصف، عقد باطل شمرده می شود.^{۶۷۱} به عنوان مثال، کسی که اسب سفید موجود در مجلس عقد را می فروشد، اگر آن را نشان بدهد و بگوید این اسب سیاه را فروختم و خریدار هم بپذیرد، بیع صحیح است و وصف سیاهی، لغو و بی اثر است. ولی، اگر اسبی در میان نباشد و فروشنده آن را با وصف سفیدی بفروشد و واقعاً اسب، سفید نباشد، در این صورت بیع منعقد نشده است.

بنابراین، در مورد اشیای حاضر، چون صفات و مشخصات آنها آشکار است، به توصیف و بیان نیاز نیست و اگر اشتباهی در توصیف آن شود، باز هم بی اثر شمرده می شود. ولی، در مورد غایب، چون فرض بر این است که اوصاف آن بر خریدار مجهول است، از این رو به بیان احتیاج است. بنابراین، اگر کسی کالایی را به صفت «مرغوب» بفروشد و سپس معلوم شود که مبیع از آن صفت برخوردار نیست به اساس مجله (ماده ۳۱۰) عقد، غیر لازم است و مشتری اختیار فسخ را دارد. در نتیجه، می بینیم که معانی اوصاف و کلام به مناسبت های گوناگون و در مکان های مختلف، متفاوت می باشد.

۶۷۰. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۵۸ و ۵۹.

۶۷۱. زین العابدین سراج (۱۳۹۸). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص ۲۷۳.

۲- به موجب ماده ۷۱۲ ق. م. ا که ترجمه ماده ۶۳ مجله است: «ذکر بعضی از آنچه که قابل تجزیه نیست مانند ذکر کل آن است». طبق این قاعده هرگاه در کلام بعضی یا جزء از اشیاء ذکر شود که قابل تجزیه نباشد، در این صورت بخاطر حفظ کلام از الغا ذکر جزء آن قایم مقام کل آن است.^{۶۷۲} برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:

- حق شفعه که قابل تجزیه نیست. بنابراین، شفیع نمی تواند در شفعه نسبت به مقداری از ملک، از حق شفعه استفاده کند و از بقیه صرف نظر کند.^{۶۷۳}

- در کفالت به نفس اگر کفیل ربع شخص را ضامن شود، کفالت کامل پنداشته می شود، زیرا تجزیه کفالت ممکن نیست. اما، این حالت با کفالت بالمال تفاوت دارد. به حیث مثال، اگر شخص یک چهارم و یا یک پنجم دینی و یا مبلغ معینی را تضمین می کند، بیش از آن ضامن نیست، زیرا حالت مذکور قابل تجزیه است.^{۶۷۴}

- اگر شخص به خانم خود بگوید من ترا نصف یا ربع طلاق دادم، ذکر نصف و ربع در حکم کل است، زیرا طلاق قابل تجزیه نیست و ذکر بعضی طلاق قایم مقام کل طلاق می گردد و یک طلاق رجعی واقع می شود.
- قصاص تجزیه را نمی پذیرد. اگر ولی مقتول بگوید نصف قصاص را بخشیدم، قصاص ساقط می شود و از جزء متباقی نمی تواند پول بگیرد.

- اقرار کلام واحد است و امکان ندارد بعضی آن گرفته شود و قسمت دیگر آن ترک شود، زیرا اقرار تجزیه را نمی پذیرد.^{۶۷۵}

۸) قواعد پیروی فرع از اصل: یکی از قواعد حقوق این است که فرع در وجود، بقاء و سقوط خویش از اصل پیروی کند. در این باره قواعد متعددی در ق. م. تصریح گردیده است:

۱- طبق ماده ۷۲۵ ق. م. ا: «فرع، حکم اصل را دارد». طبق این ماده فرع حکم اصل را دارد. فرع در لغت به معنی شاخ، شعبه و قسم است. همچنین، به آنچه که از دیگری متولد شود فرع گویند.^{۶۷۶} اصل در لغت به معنی بیخ، ریشه، علت، سبب، پدر، تبار، سرچشمه و اساس است.^{۶۷۷} برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:

-
۶۷۲. زین العابدین سراج (۱۳۹۸). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص ۲۵۸.
۶۷۳. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۳۱۷.
۶۷۴. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، ص ۵۸.
۶۷۵. زین العابدین سراج (۱۳۹۸). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص ۲۵۸.
۶۷۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۴۵۵ و ۱۴۵۶.
۶۷۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۳۱۲-۳۱۶؛ و محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۴۲۱.

- هرگاه چهارپایی فروخته شود که در شکمش جنینی باشد، جنین به پیروی از اصل، داخل بیع است (ماده ۴۷ مجله). زیرا، این جنین، در وجود، تابع حیوان است. پس، در حکم نیز تابع آن است. جنین در این مثال فرع و حیوان اصل است.

- هر آنچه تابع مبیع باشد، حتی در صورتی که از آن یادی نشود، داخل در بیع است، خواه به علت اتصال آن شی به مبیع باشد، مانند: قفل پیوسته نسبت به خانه یا در حکم اجزای مبیع باشد، مانند: کلید در بیع قفل یا از لوازم مبیع باشد، مانند: حق عبور و مرور و حق شرب و حق مسیل در بیع خانه با کلیه حقوق.^{۶۷۸} خانه و قفل در این مثال اصل و کلید و حق مرور فرع اند.

۲- طبق ماده ۷۲۶ ق. م. ا: «تابع، تابع حکم متبوع بوده، حکم جداگانه بر آن مرتب نمی گردد.» این ماده شبیه ماده ۴۷ مجله الاحکام است که تصریح می نماید: «تابع در وجود به غیر، پیرو متبوع خود می باشد و در تابع همان حکم اجراء می گردد که در متبوع قابل اجراء است.»^{۶۷۹} همچنین، ماده ۴۸ مجله الاحکام تصریح می نماید که: «در باره تابع، حکم مستقل در نظر گرفته نمی شود.»^{۶۸۰}

منظور از تابع یا فرع در این دو مواد چیزی است که جزء غیر می باشد مانند: عضو حیوان، جنین در شکم مادر، پشم در وجود گوسفند، شیر در پستان حیوان و یا از نیازمندی های آن چیز می باشد مانند کلید قفل. منظور از متبوع چیزی است که تابع، تابع آن است. مفهوم این قاعده این است که تابع طور انفرادی مورد حکم قرار نمی گیرد و نمی تواند به تنهایی محلی برای عقد قرار بگیرد.^{۶۸۱} برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است: - وقتی گوسفندی به فروش رسد، پشم آن نیز جزء مبیع است و بایع حق ندارد پشم را قیچی نماید. حیوان در این مثال متبوع و پشم تابع است.

- اگر ماده گاو شکمدار به فروش برسد، چوپه اش شامل بیع است. گاو در این مثال متبوع و چوپه تابع است.

- اگر قفلی به فروش رسد، کلید آن جزء آن است گرچه در عقد بیع به آن تصریح نشود. قفل در این مثال متبوع و کلید تابع است.

- اگر شخصی به ملکیت شمشیر مورد نزاع به نفع شخص دیگر اقرار نماید، پوش آن مشمول مقرره است.^{۶۸۲} پوش شمشیر در این مثال تابع و شمشیر متبوع است.

- جنین در شکم حیوان، منفرداً قابل فروش نیست. جنین در این مثال تابع و حیوان متبوع است.

- حق مسیل را به تنهایی نمی توان فروخت، مگر به تبعیت از زمین.^{۶۸۳} زمین در این مثال متبوع و حق مسیل تابع است.

۶۷۸. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۵۱۷.

۶۷۹. نص عربی این ماده چنین است: «التابع، لا یُفرد بالحکم.»

۶۸۰. نص عربی این ماده چنین است: «التابع، تابع.»

۶۸۱. زین العابدین سراج (۱۳۹۸). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص ۱۸۶.

۶۸۲. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، ص ۵۸.

- ۳- طبق ماده ۷۲۷ ق. م. ا که ترجمه ماده ۴۹ مجله است: «شخصی که مالک شی گردد، مالک آنچه از ضروریات آن باشد نیز می گردد». طبق این قاعده اگر شخص مالک شی گردد، مالک ضروریات مال یا شی می گردد. این قاعده از کتاب مجامع الحقایق گرفته شده است و معنی آن این است که دارا بودن اصل، مستلزم دارا بودن فروع ضروری آن نیز است. برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:
- اگر کسی مالک جایی باشد، مالک هوا و قرار آن ملک نیز خواهد بود.
 - اگر کسی ماده گاو شیرده را به منظور شیر آن خریداری نماید، با توجه به قصدی در خرید گاو داشته است، بچه شیرخوار آن نیز تابع مبیع است.^{۶۸۴}
 - اگر شخصی الماری خرید مالک قفل و کلید آن می گردد زیرا قفل و کلید از ضروریات الماری است.^{۶۸۵}
 - ۴- به موجب ماده ۷۲۸ ق. م. ا که ترجمه مواد ۵۰ و ۵۲ مجله است: «با سقوط اصل، فرع ساقط گردیده و در صورت بطلان چیزی که در ضمن آن باشد، نیز باطل می گردد». طبق این ماده با سقوط اصل، تابع و فروع نیز ساقط می شود. تعریف اصل و فرع در بالا گذشت. سقوط در لغت به معنی افتادن و از بین رفتن است.^{۶۸۶} بطلان در لغت به معنی باطل شدن، تباه شدن، از کار افتادن، باطل بودن، بی اعتبار شدن، نابودی و هلاکت است.^{۶۸۷} برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:
 - اگر کسی خود بری گردد، کفیل او نیز بری می شود (ماده ۶۶۲ مجله). مدیون در این مثال اصل و کفیل فرع و تابع است. اما، برائت کفیل موجب برائت اصیل نمی گردد.
 - هرگاه میان دو نفر، عقد خرید و فروش منعقد گردد و یکی از آنها دیگری را از برخی التزامات عقد بری سازد، آنگاه به علتی، اصل بیع باطل گردد، ابراء مذکور نیز باطل می شود. زیرا، با بطلان عقد، منضمات آن نیز از میان می رود. زیرا: «آنچه بر فاسد مبتنی باشد، خود نیز فاسد است». ^{۶۸۸}
 - هرگاه قبل از رضایت ورثه مقتول، قاتل فوت کند، قصاص ساقط می شود زیرا محلی برای آن باقی نمی ماند. در این صورت، دیت نیز ساقط می شود. زیرا، دیت فرع قصاص است. در این مثال، قصاص اصل و دیت فرع فرع است.
 - وکیل با فوت مؤکل عزل می شود.^{۶۸۹}
- ۱۰) **قاعده تعارض مقتضی و مانع**: طبق ماده ۷۱۰ ق. م. ا که ترجمه ماده ۴۶ مجله است: «هرگاه مانع و مقتضی با هم معارض واقع گردد، به مانع ترجیح داده می شود». مقتضی در لغت به معنی تقاضاء کننده و

۶۸۳. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۳۱۷.

۶۸۴. همان، صبحی رجب محمسانی، ص ۳۱۷.

۶۸۵. زین العابدین سراج (1398). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص 190.

686. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 1/1/2018).

687. Ibid, (Last visit: 23/1/2016).

۶۸۸. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۳۱۷.

۶۸۹. زین العابدین سراج (1398). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص 194.

موجب است.^{۶۹۰} مقتضی سبب انجام عمل است. مانع اسم فاعل از ریشه «منع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازدارنده، حایل میان دو چیز، جلوگیری کننده و جلوگیری است.^{۶۹۱} مانع سبب عدم انجام آن است. معارض در لغت به معنی در تعارض و مخالف است.^{۶۹۲} طبق این ماده اگر برای چیزی یا عملی سبب ممنوعه شرعی - حقوقی موجود گردد و در عین حال وسائلی فراهم گردد که آن چیز و یا عمل را مجاز بگرداند، قاعده منع ترجیح دارد زیرا رد و دفع مفاسد مقدم بر جلب و به دست آوردن منافع است. برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:

۱- راهن نمی می تواند مالی را که به رهن داده است تا زمانی که در تصرف مرتهن است، بفروشد. در این مثال، دو سبب در مال مرهونه جمع شده است. یکی ملکیت است که اقتضاء می کند که مالک حق هر گونه تصرفی را بخواهد در ملک خود داشته باشد و دیگری مانع است که از لزوم بقاء مال مرهونه در تصرف داین مرتهن ناشی شده است و مدیون راهن را از تصرف باز می دارد. این قاعده، سبب مانع را بر سبب مقتضی ترجیح می دهد و از تصرفات راهن در مال مرهونه، تا زمانی که در دست مرتهن است، جلوگیری می کند.^{۶۹۳}

۲- شریک حق ندارد در مال مشترک طوری تصرف نماید که به شریک دیگر ضرر برساند زیرا حق شریک، مانع این کار می شود گرچه مصلحت و خیر او در انجام آن کار متصور است.^{۶۹۴}

۳- اگر شخصی که زمین خویش را به اجاره داده است به فروش رساند، بیع او صحیح است اما تسلیم آن تا وقت تکمیل میعاد اجاره باید معطل شود زیرا اتلاف حق مستأجر مانع و فروش ملکیت مقتضی است و میان این دو تعارض وجود دارد و مانع بر مقتضی مقدم است.

۴- هر چند رابطه زوجیت مقتضی جواز معاشرت است، اما حیض و نفاس مانع معاشرت می گردد. در این مثال، مانع و مقتضی متعارض واقع می شود و به مانع باید ترجیح داده شود.^{۶۹۵}

(۱۱) مطابق ماده ۷۱۵ ق. م: «سوال تصدیق شده در ضمن جواب مخاطب، اعاده شده پنداشته می شود.» این ماده ترجمه ماده ۶۶ مجله الاحکام است که تصریح می نماید: «سؤال در ضمن جواب می یاید.»^{۶۹۶} طبق نص این ماده، وقتی جواب سؤال توسط یکی از طرق و ادوات مجمل مانند: بلی و نخیر داده شود و سؤال هم مفصل باشد، جواب مشتمل بر سؤال نیز است، زیرا مدلولات این ادوات، نخیر این طور نیست، ماقبل خود را تأیید می کند. بنابراین، اگر از کسی پرسیده شود فلان بر ذمه تو این مبلغ را از این درک دارد؟ و شخص

690. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 1/1/2018).

۶۹۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۵۸.

692. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 1/1/2018).

۶۹۳. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۲۳۲.

۶۹۴. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، ص ۳۶.

۶۹۵. زین العابدین سراج (1398). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، صص 147 و 148.

۶۹۶. نص عربی این ماده چنین است: «السؤال مُعاد فی الجواب.»

بگوید: بلی! و یا از او پرسیده شود آیا بر ذمه تو این مبلغ را ندارد؟ و او پاسخ دهد، دارد! در این حالات مقرر و معترف به تمام آنچه در سؤال آمده مسؤول می باشد گرچه سؤال را تکرار نکند.^{۶۹۷}

(۱۲) براساس ماده ۷۱۹ ق. م که ترجمه ماده ۱۵ مجله الاحکام است: «آنچه به خلاف قیاس ثابت شده باشد، چیز دیگری به آن قیاس شده نمی تواند.» طبق این ماده در حالات زیادی بسیاری از احکام را شریعت اسلام برخلاف قیاس مقرر می دارد و برای آن حکمی بر عکس مقتضای قواعد عمومی و جاری در امثالش مرتب گرداند، زیرا موجودیت نصوص تشریحی خاص ایجاب آن را می کند.

به عنوان مثال، وصیت تملیکی است منسوب به حالت پس از مرگ و به مرگ علاقه و ارتباط انسان به مال و دارایی او قطع می شود و مال و دارایی به ورثه شخص منتقل می شود. بنابراین، وصیت برخلاف قیاس ثابت می شود، زیرا شارع اسلام در صدد است در برابر شخص بابی بگشاید تا جبران اعمالی را که نتوانسته است در زندگی انجام بدهد، انجام دهد. در چنین حالتی، نمی توان سایر تصرفات شخص از قبیل هبه، عاریت، بیع، اجاره و غیره را بر وصیت قیاس کرد که عقدی را که شخص در حالت حیات منعقد نموده است، پس از مرگ او اجراء شود.^{۶۹۸}

(۱۳) طبق ماده ۷۰۹ ق. م که ترجمه ماده ۶۸ مجله الاحکام است: «در امور باطنی دلیل شی، قایم مقام آن می گردد.» امور جمع امر است. باطنی اسم منسوب به باطن است و باطن در لغت به معنی درون هر چیزی، اندرون و داخل هر چیز است.^{۶۹۹} قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۷۰۰} عبارت این قاعده پیچیده است. برخی متخصصین قواعد کلیه فقیه در این مورد می نویسند که امور باطنی عبارت از حقایق خفیه و پوشیده است که درک ماهیت و حقیقت آن بسیار دشوار است و با موجودیت و عدم موجودیت آن احکام تغییر می کند و به اثبات می رسد.

از نظر شریعت هرگاه امری پوشیده بماند، در باره کشف حقیقت و واقعیت آن نه تنها تلاش به خرج داده می شود، بلکه دلایل و قراین جانشین همان حقیقت می گردد و بر وجود و عدم آن امر پوشیده، احکام مرتب می گردد و در باره عکس موضوع التفاتی صورت نمی گیرد. به حیث مثال، اراده حقیقی در عقود پوشیده و پنهان است، اما اراده ظاهری که عبارت از ایجاب و قبول است جانشین اراده حقیقی است و براساس همین اراده ظاهری عقد مشروعیت می یابد مگر این که اراده حقیقی به کلی نفی گردد. برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:

۱- وقتی قاتل آله کشنده را استعمال نماید، نتیجه می گیریم که وی قصد قتل داشته است و اگر قاتل ادعای قتل خطا را بنماید، چنین ادعای معتبر نیست، زیرا موجودیت آله کشنده جانشین امر باطنی؛ یعنی: حقیقت اراده است.

۶۹۷. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، ص ۳۶.

۶۹۸. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۶۶ و ۶۷.

699. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/6/2019).

۷۰۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.

شرح ق. م: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه / ۲۸۳

۲- وقتی بر قضیه مدت مرور زمان می گذرد، و برای اقامه دعوی مانعی هم نباشد، معلوم می گردد که مدعی در حقیقت امر حق به جانب نبوده است. پس، چنین دعوی توسط محکمه ذیصلاح شنیده نمی شود مگر این که مدعی علیه به حقیقت مدعی اعتراف نماید که در این صورت اشتباه رفع می گردد.^{۷۰۱}

برخی دیگر در این خصوص می نویسند که این قاعده به موضوع استناد به قراین و دلایل که دال بر امور باطنی است پرداخته است. در بعضی اوقات شریعت قراین را از جمله اسباب رجحان می شمارد. بیشترین موارد این قاعده موضوع اظهار رضا در عقود است. اصل برای بیان اراده کلام است. اما، در برخی موارد یک سلسله امور دیگر نیز وجود دارد که قایم مقام رضا می شود. برخی مثال های این قاعده که مربوط تفسیر عقود می شود قرار ذیل است:

- ۱- اگر شفیع از فروش مشفوعه، اطلاع حاصل و اعراض کند، حق شفعه او ساقط می شود زیرا اعراض امر باطنی است و سکوت جانشین آن می گردد.
- ۲- وقتی مشتری مبیعه را بعد از این که به عیب قدیم آن اطلاع حاصل نماید و در معرض فروش قرار دهد، قرار دادن مبیعه در معرض فروش رضا به عیب بوده و بعد از آن را رد کرده نمی تواند.^{۷۰۲}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۵۸):

ماده ۷۰۹ قانون مدنی قابل توضیح است.

توضیح:

این ماده از ماده (۶۸) مجله الاحکام گرفته شده است. آگاهی از امور باطنی و قصد ذهنی مشکل بوده و در چنین موارد دلایل ظاهری وسیله معرفت و شناخت امور باطنی می گردد مثلاً: در جرم قتل عمد، استعمال سلاح ناربه دلیل عمد شناخته می شود یا اقدام به تداوی و ترمیم مال معیوب دلیل رضا به عقد تشخیص می گردد یا اعلام به مردم از دریافت مال لقطه دلیل گرفتن مال لقطه به منظور رد به مالک دانسته می شود.^{۷۰۳}

۱۴) عرف و عادت: ق. م و مجله الاحکام قواعد معین را در باره عرف و عادات وضع نموده است. طبق ماده ۳۶ مجله الاحکام: «نزد شرع عرف و عادات اعتبار محکم دارد.» این قاعده در مورد اعتبار و منزلت عرف در شریعت اسلام و نقش آن در حل و فصل قضایا و تعهدات نقش مهمی را ایفا می نماید. منابع فقه عبارت از قرآن، سنت، اجماع، قیاس، استحسان، مصالح مرسله، استصحاب الحال، سد الذرایع، قول صحابی، عرف و شرایع آسمانی که چهار منبع ای اول اتفافی و سایر منابع اختلافی است و علمای اصول این منابع را منابع

۷۰۱. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۱۱۳ و ۱۱۴.

۷۰۲. زین العابدین سراج (۱۳۹۸). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، صص ۱۷۴ و ۱۷۵.

۷۰۳. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 525.

تشریح می‌گویند.^{۷۰۴} با توجه به این که عرف یکی از منابع اختلافی فقه است و فقه با توجه به اختلافی که در این خصوص وجود دارد آن را به رسمیت می‌شناسد، مجله الاحکام عرف و عادات را به عنوان یکی از منابع به رسمیت می‌شناسد.

فروعات این قاعده قرار ذیل اند:

۱- وفق ماده ۳۷ مجله الاحکام: «عرف و عادت مردم از اعتبار برخوردار است و نافذ می‌باشد.» محتوی این قاعده، شبیه قاعده مندرج در ماده معنای اصلی «نزد شرع عرف و عادات اعتبار محکم دارد.» را افاده می‌کند و شامل عرف لفظی و عملی می‌گردد زیرا معنای استعمال، عادت و عرف مطلق است.

۲- طبق ماده ۷۲۲ ق.م.ا که ترجمه ماده ۴۱ مجله الاحکام است: «عرف وقتی اعتبار دارد که عمومیت یا اغلیت داشته باشد. اعتبار به اغلیت شایع داده می‌شود، نه اغلیت نادر.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

نخست این که عرف وقتی اعتبار دارد که عمومیت یا اغلیت داشته باشد. اغلیت به معنای کثیرالوقوع بودن است. بنابراین، منظور از غالب بودن عرف این است که همه مردم یا غالب آنها در بسیاری از معاملات خویش به آن عمل کنند. این قاعده، قیدی است بر قواعد «العادات محکمه» و «استعمال الناس حجت یجب العمل بها» زیرا ظاهراً عرف و عادات در این دو قاعده مطلق استعمال شده است. بنابراین، اگر عرف و عادات عمومیت و غلبه نداشته باشد، بلکه نادر و کمیاب باشد رعایت آن ضروری نیست.^{۷۰۵} برخی مثال‌های عرف و عادات که در افغانستان اغلیت دارد حل و فصل قضایای مدنی توسط شورا و جرگه است که کماکان در سراسر افغانستان عام است.

دوم این که بند دوم این ماده که تصریح می‌نماید: «اعتبار به اغلیت شایع داده می‌شود، نه اغلیت نادر» ترجمه ماده ۴۲ مجله الاحکام است که می‌گوید: «العبرة للغالب الشایع لالندانر.» محتوای این قاعده شبیه قاعده مندرج در بند اول این ماده است. اغلیت در لغت به معنی اکثریت است. شایع در لغت به معنی گسترش یافته است. نادر در لغت به معنی کمیاب است.^{۷۰۶}

برخی مثال‌های عرف و عادات که در افغانستان اغلیت دارد حل و فصل قضایای مدنی توسط شورا و جرگه است که کماکان در سراسر افغانستان عام است. اما، مثال عرف و عادت‌هایی که در برخی محلات وجود دارد و در سراسر افغانستان اغلیت ندارد این است که در برخی قریه‌ها در برخی ولایات افغانستان اهالی قریه زمین را برای اشخاصی که اهل همان قریه نیستند به فروش نمی‌رسانند. این عرف اغلیت ندارد و خاص است و مدار اعتبار نیست. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش‌بینی ضابطه اعتبار عرف و عادات است.

۷۰۴. وهبة الزحیلی (___). اصول الفقه الاسلامی، جلد (۱)، صص ۴۴۹-۴۵۵؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۶۱-۱۷۷.

۷۰۵. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۱۳۷.

706. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/6/2019).

برخی فقهاء در این خصوص می نویسند که معنای این قاعده این است که وقتی حکم شرعی براساس امر غالب و شایع بناء گردد، برای همه به صورت عام بناء می گردد. هر گاه برخی افراد در برخی حالات از این حکم شرعی تخلف نمایند، بر عام بودن آن حکم تأثیری ندارد. بر علاوه، طبق این قاعده حکم شرعی بر اموری که کمتر واقع می گردند بناء نمی شود. به حیث مثال، قصر نماز در سفر رخصت مشروعه است و حکمت آن دفع سختی سفر از مسافر است، اما این سختی منضبط نیست، زیرا برحسب افراد، احوال و زمان ها فرق می نماید. بنابراین، سفر قایم مقام مشقت است زیرا سفر غالباً مستلزم مشقت است و عدم وجود سختی و مشقت در برخی افراد معتبر نیست زیرا حکم در جنس رعایت می شود نه در فرد. بنابراین، قصر نماز برای مسافر جایز است.^{۷۰۷}

۳- طبق ماده ۷۲۴ ق. م. ا که ترجمه ماده ۴۰ مجله است: «حقیقت به دلالت عادت، ترك می شود». نص این ماده ترجمه ماده ۴۰ مجله الاحکام است که می گوید: «زمانی که عرف و عادت ایجاب نماید، حقیقت ترك می شود». در محاورات و سخن گفتن کلمات به دو گونه استعمال می شود. نخست استعمال لفظ در اصل معنای موضوع له آن که آن را حقیقت می گویند و دوم استعمال لفظ در معنی عرفی.

طبق این قاعده اگر یک لفظ در معنی حقیقی نه بلکه در معنی عرفی آن استعمال شود، لفظ معنی حقیقی خویش را از دست می دهد و در معنی عرفی مورد استفاده قرار می گیرد. برخی فقهاء در این خصوص می نویسند که معنای این قاعده این است که اصل در کلام حقیقت است و مجاز قایم مقام آن. بنابراین، هنگام موجودیت قرینه، اصل معنای حقیقی است مگر این که معنای حقیقی از نظر عرف و عادات مهجور و متروک باشد. در این صورت، معنای حقیقی ترك و به معنای عرفی عمل می شود. برخی مثال هایی این قاعده قرار ذیل است:

- هرگاه کسی با زنی در برابر ده لک افغانی نکاح نماید و عرف چنین باشد که نصف آن به صورت مؤجل و نصف آن به صورت معجل پرداخته شود، شوهر می تواند نصف مهر را به صورت معجل و نصف مهر را به صورت مؤجل به زوجه اش بپردازد.

- هرگاه کسی چیزی را به دیگری به هزار به فروش رساند، منظور از هزار، هزار براساس عرف و عادات است. بنابراین، اگر عقد در افغانستان منعقد شده باشد، منظور از هزار، هزار افغانی و اگر در پاکستان بسته شده باشد، هزار کلداری پاکستانی است.^{۷۰۸} این دو مثال مصداق و مثال این قاعده محل ایراد به نظر می رسد. برخی دیگر از نویسندگان نیز در خصوص این ماده مثال های ارایه کرده اند که حکایت از این قاعده نمی کند.^{۷۰۹} به نظر می رسد مثال این ماده را می توان در مصوبه ستره محکمه که در ذیل نقل می گردد می توان مشاهده نمود.

۷۰۷. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۱۳۷.

۷۰۸. همان، داد محمد نذیر، صص ۱۳۲ و ۱۳۴.

۷۰۹. به حیث مثال، نک: زین العابدین سراج (۱۳۹۸). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص ۱۲۱.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۹۵):

ماده (۷۲۴) قانون مدنی در ضمن ارایه مثال قابل توضیح پنداشته می شود.

توضیح:

ماده (۷۲۴) قانون مدنی از ماده (۴۰) مجله الا حکام گرفته شده مثلاً اگر مقر بگوید که اگر اول ماه فرا رسید تو نزد من هزار افغانی داری در اینجا دیده می شود که حقیقت اقرار، اقرار به دین است و به شرط ورود اول ماه این اقرار مشروط باطل بوده ترک می گردد. ولی در عرف از چنین اقرار به دین موجد تعبیر می گردد. در اینجا، به عرف عمل گردیده اقرار مقر به دین موجد شناخته می شود.^{۷۱۰}

- طبق ماده ۷۲۰ ق. م: «آنچه در عرف معروف باشد، مانند آن است که شرط گذاشته شده باشد». نص این ماده ترجمه ماده ۴۳ مجله الاحکام است. معنای این قاعده این است که آنچه در یک زمان میان مردم عرف باشد مانند آن است که در عقد صراحتاً شرط گردیده باشد. برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است: نخست: اگر شخصی به عنوان اجیر برای شخص دیگر کار نماید، ولی اجرت او معین نشده باشد، مستحق اجرت مثل شناخته می شود مشروط بر این که عرفاً اجیر در مقابل اجرت کار نماید.^{۷۱۱} دوم: شخصی در موتر تکسی از یکجا به جای دیگر می رود و این شخص یا تکسی ران اجوره آن را تعیین نکرده است، در این صورت اجرت تکسی بر حسب عرف و عادات پرداخت می شود. سوم: شخصی تکه ای را برای خیاط به دوختن می دهد، دکمه، سوزن، ماشین و سایر مصارف خیاطی بر حسب عرف و عادات بر عهده خیاط است هر چند در عقد از آن تذکر به عمل نیامده باشد. چهارم: در عقد اجاره با آشپز در محافل در تعیین این که آیا بعد از پختن طعام، توزیع آن به دوش آشپز باشد یا خیر عرف منحصراً شرط پنداشته می شود. پنجم: در عقد اجاره بین صاحب کار و خشت کار در مودر این که تهیه لوازم کار مانند گلماله و نظیر آن به دوش صاحب کار باشد یا خشت کار، بر اساس عرف و عادات عمل می شود.^{۷۱۲} - وفق ماده ۷۲۱ ق. م: «عادت عام باشد یا خاص، مدار حکم قرار داده می شود». طبق نص این ماده عرف و عادات یکی از منابع حقوق است و قضات می توانند در حل و فصل قضایا از آن استفاده نمایند. به نظر می رسد اگر ماده ۷۲۱ و ماده ۲ ق. م را جمع نماییم و هر دو را تفسیر ساختاری - منطقی نماییم این نتیجه به دست می آید که عرف باید عام و خلاف قانون و عدالت نباشد. همچنین، میان ماده ۲ و ماده ۷۲۱ تعارض به

۷۱۰. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 524.

۷۱۱. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۱۴.

۷۱۲. زین العابدین سراج (1398). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص

نظر می‌رسد زیرا مطابق ماده ۲ عرف باید عام باشد تا قضاوت در دعوی مدنی بتوانند آن را تطبیق نمایند، اما مطابق ماده ۷۲۱ عرف خاص هم می‌تواند مدار حکم قرار بگیرد.

نص ماده ۲ ق. م عام و نص ماده ۷۲۱ ق. م خاص است و به نظر می‌رسد که ماده ۷۲۱ مرجح است. زیرا در صورت تعارض میان عام و خاص، خاص مرجح است. این قاعده، یکی از قواعد اصولی است. عرف عام عبارت از عرفی است که در سراسر یک مملکت قابل تطبیق است. اما، عرف خاص عبارت از عرفی است که در مناطق معین قابل تطبیق است. قابل توصیه است این ماده اصلاح و این تعارض رفع گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعتبار دادن به عرف عام و عرف خاص است.

۵- طبق ماده ۷۲۳ ق. م: «آنچه عادتاً ممتنع باشد، مانند آن است که حقیقتاً ممتنع باشد». نص این ماده ترجمه ماده ۳۸ مجله الاحکام است که می‌گوید: «آنچه از روی عرف و عادات ممتنع باشد، به مثابه ممتنع حقیقی است». ممتنع در لغت به معنی محال و ناممکن است.^{۷۱۳} ممتنع دو نوع است: ممتنع حقیقی و ممتنع عادی. ممتنع حقیقی این است که وقوع آن عقلاً ناممکن باشد، مانند این که: شخص علیه شخص دیگری که همسن او است ادعا نماید که پدرش است. این ادعا قطعاً قابل پذیرش نیست، زیرا محال (ناممکن) است پدر با پسر همسن باشد.^{۷۱۴}

ممتنع عادی این است که وقوع آن عقلاً ناممکن (محتمل) است ولی معروف و متعارف است. به حیث مثال، شخصی که معروف به فقر است، علیه شخص دیگری ادعا کند که ده ملیون افغانی از او به یکبارگی به قرض گرفته است، یا آن را از او غصب کرده است، چنین دعوی شنیده نمی‌شود، زیرا هرچند عقلاً این ادعا مستحیل است ولی عرفاً و عادتاً ممتنع است.^{۷۱۵} همچنین، اگر احمد ادعا نماید که محمود در فلان تاریخ مال من را سرقت نموده است در حالی که در این تاریخ محمود در زندان محبوس باشد، دعوی احمد قابل سمع نیست زیرا سرقت نمودن محمود در زندان به دلالت عقل و عادت ممتنع است و امتناع عادی در حکم مانند امتناع حقیقی است.^{۷۱۶}

۱۵) طبق ۷۱۸ ق. م: «حکم، با موجودیت علت، موجود و به انتفای آن منتفی می‌گردد». طبق این ماده حکم به موجودیت علت موجود می‌گردد و هرگاه علت از بین برود، حکم نیز از بین می‌رود. برخی مثال‌های این قاعده قرار ذیل است:

۱- رفع حجر از صلاحیت قاضی است. بنابراین، کسی که مدعی رفع حجر باشد، باید این امر را در محکمه به اثبات برساند. مبنای این حکم قاعده ای است که حکم می‌نماید که: «هر حکمی از حیث وجود و عدم وجود بر محور علت و سبب خویش می‌چرخد و از آن حیث که اسباب حجر معلوم و مشخص هستند،

(آخرین بازدید ۱/۲۳/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 713.

۷۱۴. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۱۲۴.

۷۱۵. همان، داد محمد نذیر، ص ۱۲۵.

۷۱۶. زین العابدین سراج (1398). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص

هرگاه این اسباب از بین بروند، دیگر دلیلی برای بقای محجوریت باقی نمی ماند. پس، اگر سفاهت سفیه از بین برود و رشد او ثابت شود، باید به رفع محجوریت او حکم صادر کرد.^{۷۱۷}

۲- محرّمات مؤقّت بر زنانی اطلاق می گردد که ازدواج با آنها بنا بر اسباب معین مؤقّتاً حرام است. ولی، زمانی که این اسباب زایل گردند، حرمت ازدواج با محرّمات مؤقّت نیز زایل می گردد.^{۷۱۸} به حیث مثال، اگر حمیده کافر غیر اهل کتاب باشد، احمد مسلمان نمی تواند با او ازدواج نماید. اما، اگر حمیده مسلمان شود، احمد می تواند با او ازدواج نماید. علت ممنوعیت ازدواج در این مثال کفر است. زمانی که کفر زایل شد، مانع از میان می رود و احمد می تواند با حمیده ازدواج نماید.

۱۶) طبق ماده ۷۱۶ ق. م که ترجمه ماده ۸۲ مجله الاحکام است: «آنچه به چند شرط مشروط گردیده باشد، به انتفای یک شرط منتفی می شود.» این قاعده در مجله الاحکام و در کتاب های که در خصوص قواعد کلیه فقهی نوشته شده است وجود ندارد. به نظر می رسد این قاعده از ابداعات نویسندگان متن نخستین ق. م است. طبق این قاعده آنچه به چند شرط مشروط گردیده باشد، به انتفای یک شرط منتفی می شود. برخی نویسندگان در این باره چنین مثال می آرند: «عقد بیع دارای یکسلسله شروط شرعی و قانونی است که با کسب تمام شروط مذکور در حین صدور عقد تکمیل و موجود می گردد مانند اهلیت عاقدین، وجود عاقدین، ایجاب و قبول در مجلس، متقوم، معین، موجود و مقدر التسلیم بودن مبیعه، معین بودن ثمن، رضاء و غیره. هرگاه یکی از این شرایط موجود نشود، به انتفای یک شرط بقیه شروط منتفی می شود.^{۷۱۹} این مثال محل ایراد به نظر می رسد زیرا قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۱۶ ق. م از شرایط پیش بینی شده در عقد توسط قانون سخن نمی گوید بلکه از اشتراط بر عقد سخن می گوید.

بنابراین، نص این ماده ناظر بر شرایط قانونی عقد نیست بلکه ناظر بر اشتراط در عقد است. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد شرط گذاشته باشد که در شش ماه بعد، در صورتی که جمشید پول را حواله نماید و بانک باز باشد من دین شما را می پردازم، پرداخت دین به سه شرط مشروط گردیده است.

باز بودن بانک، شش ماه بعد و حواله دین توسط جمشید. در صورتی که یکی از این شرایط متحقق نگردد، مشروط منتفی است. به عبارت دیگر: اگر یکی از این شرایط متحقق نشود، مشروط به وجود نمی آید. مشروط در این مثال پرداخت دین است. بنابراین، اگر بانک باز نباشد اما جمشید پول را حواله نماید و موعد پرداخت پول نیز فرارسیده باشد، احمد مکلف نیست پول را به محمود پرداخت نماید. زیرا با عدم تحقق یک شرط بقیه شروط منتفی است.

۱۷) یکی دیگر از قواعد تفسیر، قاعده تفسیر عقد به نفع متعهد است. این قاعده در فقه اسلامی با عنوان اصل براءت و در کشور های عربی و افغانستان با عنوان: «تفسیر الالتزام عند الشک لمصلحة المتلزم»

۷۱۷. خلیل قبله ای خوئی (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی، صص ۱۷ و

۱۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۱۶.

۷۱۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۶۴۱.

۷۱۹. یادگار راجی سمگانی (۱۳۹۵). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد دوم، کابل: انتشارات سعید، صص ۱۴۴.

است.^{۷۲۰} قانون مدنی مصر، تفسیر به نفع متعهد را در بند اول ماده ۱۵۱ مورد تأکید قرار داده است.^{۷۲۱} قانونگذار مدنی نیز با اقتباس از حقوق مدنی برخی کشور های عربی، قاعده تفسیر به نفع متعهد را پذیرفته است. ماده ۷۱۷ ق. م در این خصوص تصریح می نماید: «شک به نفع مدیون، تفسیر می شود.».

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و در این خصوص شک ایجاد شود که آیا احمد مدیون است یا خیر یا آیا احمد دین محمود را پرداخته است یا خیر، در تفسیر عقد، شک باید به نفع محمود تفسیر شود و این نتیجه گرفته شود که محمود دین احمد را پرداخته است. این قاعده، با قاعده برائت ذمه شبیه است زیرا همانطور که در صورت مدیون یا متعهد بودن شخص اصل بر برائت است.

طبق این قاعده در صورت شک در خصوص مدیون یا متعهد بودن شخص، باید فرد ار غیرمتعهد یا غیرمدیون تلقی کرد. مبنای این قاعده استصحاب است. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند: «هرگاه بایع در حین عقد بیع به تأجیل ثمن مشکوک گردیده و به طور یقین به معجل یا مؤجل بودن ثمن میعه قناعتش حاصل نشود، در این صورت شک بایع به نفع مدیون تفسیر شود و مدیون بعد از سپری شدن مدت تأجیل به پرداخت دین مکلف گردد.»^{۷۲۲}

(۱۸) مطابق ماده ۷۲۹ ق. م: «هر آنچه بذل و ترک آن بدون گذاشتن شرط جواز داشته باشد، گذاشتن شرط لازم می گردد.» این قاعده در مجله الاحکام و در کتاب های که در خصوص قواعد کلیه فقهی نوشته شده است وجود ندارد. به نظر می رسد این قاعده از ابداعات نویسندگان متن نخستین ق. م است. نص این ماده پیچیده است و مفهوم درست را افاده نمی کند. بذل در لغت به معنی بخشش است.^{۷۲۳}

با توجه به پیچیدگی نص این ماده ارایه مثال عملی برای این قاعده بسیار مشکل به نظر می رسد. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند: «هرگاه شخصی حویلی شخص دیگر را به منظور سکونت به مدت معین و در برابر اجرت معین به اجاره بگیرد، لازم است که در وقت عقد اجاره، متعاقدین شرط استفاده از برق و آب نل را به حساب کرایه نشین تعیین نمایند تا باعث منازعه در آینده نگردد.»^{۷۲۴} به نظر می رسد این مثال، مصداق و مثال ماده ۷۲۹ ق. م نیست.

مبحث هشتم) ضمان عقد (مسئولیت مدنی قراردادی)

نویسندگان ق. م در فصل اول، مبحث چهارم فرع چهارم قواعد آن را زیر عنوان «آثار عقد در مورد ضمان عقد» پیش بینی نموده اند. در روشنایی این احکام تعریف مسئولیت مدنی قراردادی، شرایط و آثار آن ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار اول) تعریف مسئولیت مدنی قراردادی

۷۲۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲.

۷۲۱. بابک خسروی نیا (۱۳۹۱). قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان، دوفصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، ص ۹۱.

۷۲۲. یادگار راجی سمنگانی (۱۳۹۵). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد دوم، کابل: انتشارات سعید، ص ۱۴۴.

۷۲۳. یادگار راجی سمنگانی (۱۳۹۵). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد دوم، کابل: انتشارات سعید، ص ۱۴۸.

۷۲۴. (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۲۳/۱) <https://www.vajehyab.com> 723.

در مورد ضمان و مسؤولیت و انواع مسؤولیت در بخش حوادث حقوقی بحث خواهیم نمود. ضمان عقد مترادف مسؤولیت مدنی قراردادی است. مسؤولیت قراردادی مسؤولیتی است که در اثر عدم اجرا، تأخیر در اجرا و یا سوء اجرای قرارداد متوجه طرف متخلف قرارداد می گردد. بقیه تعاریف در فصل بخش حوادث حقوقی خواهد آمد.

گفتار دوم) شروط مسؤولیت مدنی قراردادی

براساس ماده ۷۳۰ ق. م: «هرگاه متعهد نتواند وجبیه را در مورد عقد عیناً ایفاء نماید یا اجرای وجبیه را از مدت معینه به تأخیر اندازد، محکمه می تواند علیه او حکم ضمان را صادر نماید مگر این که ثابت گردد که عدم امکان وفاء یا تأخیر در اجرای وجبیه ناشی از سببی بوده که اراده وی در آن دخیل نبوده است.» از نص این ماده شرایط مسؤولیت مدنی قراردادی و رابطه سببیت میان عدم اجرا و اجرای با تأخیر و ضرر قابل استنباط است. همچنین، از نص این ماده اثر مسؤولیت مدنی قراردادی که پرداخت ضمان (جبران خسارت) است قابل استنباط است:

۱) **شرایط:** برای تحقق مسؤولیت مدنی قراردادی تحقق سه شرط ضروری است: عدم اجرای عینی تعهد یا اجرای با تأخیر تعهد توسط متعهد، ورود ضرر به متعهد له و رابطه سببیت میان عدم اجرا و یا اجرای با تأخیر و ضرر:

۱- **عدم اجرای عینی تعهد توسط متعهد و یا اجرای با تأخیر تعهد:** اولین شرط تحقق مسؤولیت مدنی قراردادی عدم اجرای وجبیه توسط متعهد است. قانونگذار مدنی در نص این ماده از عیناً ایفاء نماید سخن می گوید. منظور از این عبارت ایفای عینی وجبیه است. منظور از تنفیذ عینی اجرای مفاد تعهد است؛ یعنی: مدیون درست همان چیز را بجا آورد که عهده دار شده است. اگر آنچه در مقام اجرای تعهد در اختیار داین قرار می گیرد از جهت مقدار یا کیفیت با آنچه مدیون عهده دار است یکسان نباشد، تعهد اجراء (تنفیذ) نشده است و داین می توان از این بابت خسارت بگیرد^{۷۲۵} که برخی مثال های آن قرار ذیل است:

- اگر احمد مال محمود را توسط موتر انتقال دهد و محمود پول انتقال مال را نپردازد، محمود تعهد خویش را عیناً ایفاء نکرده است.

- اگر احمد برای محمود هتل احداث نماید و محمود پول احمد را نپردازد، محمود تعهد خویش را عیناً ایفاء نکرده است.

- اگر احمد با محمود تعهد نماید که برای محمود در مدت یک سال هتل احداث نماید و احمد نتواند در مدت یک سال هتل را همانطور که تعهد کرده است احداث نماید، احمد تعهد خویش را عیناً ایفاء ننموده است.

- اگر احمد خیاط تعهد نماید که قبل از عید برای محمود لباس بدوزد، اما نتواند لباس را قبل از عید بدوزد، احمد تعهد خویش را عیناً ایفاء ننموده است.

۷۲۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، ص ۳۴۵.

- اگر انتشارات با نویسنده تعهد نماید که در مدت ده روز کتاب نویسنده را چاپ می نماید، اما کتاب را چاپ ننماید، انتشارات تعهد خویش را عیناً ایفاء نموده است. همچنین، در صورتی که متعهد نتواند در موعد معین تعهد خویش را ایفاء نماید، در برابر متعهد له مسئولیت مدنی قراردادی دارد. بنابراین، شرط دیگر تحقق مسئولیت مدنی قراردادی متعهد اجرای تأخیر تعهد است که برخی مثال های آن در ذیل ارایه می گردد:

- احمد با محمود در سال ۱۳۹۳ قرارداد بست تا برای محمود یک رستوران در سال ۱۳۹۴ آباد نماید و احمد رستوران را در سال ۱۳۹۵ اعمار کرد. در این مثال، احمد با تأخیر به گونه ای که به محمود ضرر رسیده است تعهد خویش را ایفاء نموده است.

- در صورتی که وکیل مدافع برای مؤکل تعهد نماید که قضیه او را در مدت معین دفاع نماید، اما قضیه را با تأخیر ایفاء نماید و مؤکل دعوی را ببازد و محکوم علیه شناخته شود، متعهد تعهد خویش را در موعد معین ایفاء نموده است.

ایرادی که در نص این ماده وجود دارد این است که مبنای عدم اجرا یا اجرای با تأخیر تعهد پیش بینی نشده است. زیرا، در نص این ماده قانونگذار مدنی روشن نساخته است که متعهد به دلیل تقصیر یا خطا و تجاوز تعهد را ایفاء نموده است. اگر قواعد عمومی مسئولیت مدنی را در کنار این ماده قرار دهیم و تفسیر ساختاری- منطقی نماییم، این نتیجه به دست می آید که متعهد یا به دلیل تقصیر یا به دلیل تجاوز تعهد را ایفاء نمی نماید. تفصیل این قواعد در مبحث مسئولیت مدنی غیرقراردادی خواهد آمد.

۲) ضرر: شرط دوم مسئولیت مدنی قراردادی ضرر است. هرچند ورود ضرر در نص ماده ۷۳۰ پیش بینی نشده است، اما می توان این شرط را از پرداخت ضمان توسط محکمه استنباط کرد زیرا پرداخت ضمان زمانی لازم می گردد که به داین ضرر برسد. ضرر طبق ق. م به پنج دسته تقسیم می شود: ضرر مالی، ضرر جانی، ضرر معنوی، ضرر عدم النفع (کسر عواید) و ضرر مختلط که تفصیل آن در فصل مسئولیت مدنی غیرقراردادی خواهد آمد. در مسئولیت مدنی قراردادی معمولاً ضرر مالی و ضرر عدم النفع متوجه داین می گردد. به عبارت دیگر: در مسئولیت مدنی قراردادی معمولاً به یکی از طرفین عقد در اثر عدم اجرا یا اجرای با تأخیر قرارداد ضرر مالی یا ضرر عدم النفع می رسد که برخی مثال های آن در ذیل ارایه می گردد:

- اگر احمد مال محمود را توسط موتر انتقال دهد و محمود تعهد خویش را ایفاء ننماید و پول را نپردازد، به احمد ضرر مالی می رسد.

- اگر احمد برای محمود هتل ایجاد نماید و محمود تعهد خود را ایفاء ننماید و پول احمد را نپردازد، برای احمد ضرر مالی می رسد.

- اگر احمد با محمود تعهد نماید که برای محمود در مدت یک سال هتل احداث نماید و احمد نتواند در مدت یک سال هتل را احداث نماید، به محمود ضرر عدم النفع می رسد. زیرا، در صورتی که احمد در موقع موعود هتل را احداث می نمود، محمود می توانست در هتل کار کند و پول جمع نماید.

۳) رابطه سببیت میان عدم اجرا و اجرای با تأخیر و ضرر: برای ایجاد مسئولیت مدنی قراردادی عدم اجرا یا اجرای با تأخیر قرارداد و ضرر کافی نیست، بلکه عدم اجرا یا اجرای با تأخیر باید موجب ضرر گردیده باشد. زیرا، ممکن است مدیون مرتکب خطا گردیده و موجب تضرر داین گردد بدون اینکه سبب این ضرر

خطای مدیون باشد. به عنوان مثال، در موردی که راننده ای به سرعت بیش از حد کالاهای داین را حمل نماید، ولی کالاها شکستنی باشد و صاحب آن نیز تذکر لازم را به مدیون نداده باشد تا حرکت با سرعت معمولی صورت پذیرد و در نتیجه کالاها بشکنند، با وصف آنکه ضرر به داین وارد می شود، ولی این ضرر ناشی از خطا داین نه، بلکه ناشی از خطای مدیون است.

در چنین حالات اصل این است که رابطه میان خطا و ضرر وجود دارد و بار اثبات آن بر دوش داین نیست، بلکه مدیونی که مدعی عدم وجود رابطه است باید عدم موجودیت چنین رابطه ای را اثبات کند. مدیون نیز جز با اثبات خارجی بودن سبب قادر به نفی این رابطه نیست. بدین معنی که: باید ثابت نماید که ضرر ناشی از قوه قهریه یا حادثه پیش بینی نشده یا خطای خود داین و یا خطای شخص ثالثی است.^{۷۲۶}

بنابراین، در صورتی که ضرر به داین در اثر عدم اجرا یا اجرای با تأخیر قرارداد وارد شود و این ضرر در اثر سبب خارجی باشد، مدیون می تواند با استناد به سبب خارجی از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی فرار نماید و با اثبات سبب خارجی از پرداخت جبران خسارت بری گردد. سبب خارجی، سببی است که خارج از اراده شخص است. به نظر می رسد مصداق های سبب خارجی قوه قاهره و حادثه غیرمترقبه است. حقوقدانان در تعریف قوه قاهره می گویند: قوه قاهره یک حادثه یا اتفاق غیرقابل پیش بینی و غیرقابل کنترل است که شامل حوادث طبیعی مانند: سیل، زلزله، تند باد، رانش زمین و نظیر اینها می گردد که در ذیل برخی مثال های آن ارایه می گردد:

۱- اگر مستودع (امانت گیرنده) به سبب وقوع زلزله نتواند مال موضوع ودیعه را حفظ و نگهداری نماید و مال از بین برود، می تواند به سبب خارجی استناد نماید و از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و پرداخت جبران خسارت بری گردد.

۲- اگر مقاول نتواند در موعد مقرر به دلیل برف باری سنگین در تمام زمستان و سردی بیش از حد هوا و نظیر آن هوتل را احداث نماید، می تواند به استناد به قوه قاهره از مسؤولیت مدنی قراردادی و پرداخت جبران خسارت تأخیر اجرای تعهد فرار نماید. حادثه غیرمترقبه چنانچه تعریف و تفصیل آن در بخش حوادث حقوقی خواهد آمد هر حادثه ای است که به طور ناگهانی واقع می گردد. در صورتی که در اثر حادثه غیرمترقبه مدیون نتواند تعهدش را ایفا نماید و در اثر عدم ایفای تعهد به داین ضرر برسد، مدیون می تواند با استناد به حادثه غیرمترقبه از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و پرداخت جبران خسارت فرار نماید که برخی مثال های آن در ذیل ارایه می گردد:

- احمد راننده با محمود تجار در کابل قرارداد می بندد تا خربوزه های او را از کندز به کابل انتقال دهد. بعد از حرکت از کندز و قبل از عبور از تونل سالنگ رانش کوه به صورت نامنتظر صورت می گیرد. در نتیجه رانش کوه راه برای مدت یک ۷ روز مسدود می شود و خربوزه های محمود گنده و پوسیده می شوند. در این مثال، احمد می تواند با استناد به حادثه غیرمترقبه از مسؤولیت مدنی قراردادی و پرداخت جبران خسارت فرار نماید.

۷۲۶. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۹۸-۵۰۷.

۲- احمد راننده با محمود تجار در کابل قرارداد می بندد تا ترکاری های او را از پاکستان به کابل انتقال دهد. بعد از حرکت از پاکستان به صورت نامنتظر در جلال آباد تظاهرات صورت می گیرد و راه برای ۵ روز بسته می شود و ترکاری های محمود پوسیده می شوند. در این مثال، احمد می تواند با استناد به حادثه غیرمترقبه از مسؤولیت مدنی قراردادی و پرداخت جبران خسارت فرار نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می یاید که مسؤولیت مدنی قراردادی با عدم اجرا، اجرای با تأخیر، حدوث ضرر برای متعهدله و رابطه سببیت میان ضرر و نتیجه به وجود می آید. در صورت حدوث سبب خارجی مسؤولیت مدنی قراردادی متعهد منتفی است.

گفتار سوم) آثار

در صورت محقق شدن شرایط مسؤولیت قراردادی، اثری که بر آن مرتب می گردد این است که متعهد باید ضمان آن را به متضرر؛ یعنی؛ زیان دیده پرداخت نماید. زیرا، طبق ماده ۷۳۰ ق. م در صورتی که متعهد نتواند تعهد را عیناً ایفاء نماید، محکمه می تواند به ضمان آن حکم نماید. محکمه زمانی به ضمان حکم می نماید که متضرر به محکمه عریضه نماید.

ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و کفیل شدن است. در اصطلاح فقها تعاریف مختلف برای ضمان ارایه کرده اند: غزالی ضمان را به عنوان «وجوب استرداد چیزی یا ادای بدل آن اعم از مثل یا قیمت تعریف کرده است.» ماده ۴۱۶ مجله الاحکام آن را این گونه تعریف کرده است: «ضمان دادن مثل چیزی است در صورتی مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن.» این دو تعریف بیشتر ناظر بر فعل مضر بر اموال است و به نظر نمی رسد که شامل ضمان فعل مضر بر نفس گردد و بنابراین از جامعیت لازم برخوردار نیست. شوکانی ضمان را به عنوان «پرداخت تاوان مال تلف شده» تعریف کرده است. این تعریف نیز جامع به نظر نمی رسد، زیرا صرف ناظر بر پرداخت ضمان مال است. بقیه تعاریف ضمان در مبحث جبران خسارت در بخش حوادث حقوقی خواهد آمد. ضمان را در این مفهوم به ضمان عقدی و ضمان قهری تقسیم کرده اند. ضمان در ق. م مترادف جبران خسارت است. در این گفتار پرداخت ضمان ناشی از عدم اجرا یا تأخیر در اجرای موضوع تعهد (الف) و سپس پرداخت ضمان در صورت تأخیر در پرداخت دین (ب) را مورد مطالعه قرار می دهیم:

الف) پرداخت ضمان در صورت عدم اجرا یا تأخیر در اجرای تعهد

طبق ق. م مقدار جبران خسارت امکان دارد توسط طرفین یا محکمه تعیین شود:

۱) تعیین مقدار جبران خسارت توسط طرفین: طبق ماده ۷۳۱ ق. م: «متعاقدين می توانند اندازه ضمانی را که در حال عدم اجراء یا تأخیر باید پرداخته شود، در حین عقد تعیین یا بعداً به آن موافقه نمایند.» طبق نص این ماده طرفین عقد می توانند پرداخت جبران خسارت را از نظر زمانی در دو زمان تعیین نمایند: نخست حین انعقاد عقد، مانند این که طرفین در زمان بستن عقد توافق نمایند که در صورت عدم اجراء یا اجرای با تأخیر عقد و ضرر رسیدن به متعهدله، متعهد مقدار معین پول را به عنوان جبران خسارت به متعهدله بپردازد.

به حیث مثال، اگر احمد با محمود قراردادی ببندد تا احمد برای محمود برای مدت یک سال در جریان سال ۱۳۹۷ تعمیر احداث نماید و توافق نمایند که احمد در صورت تأخیر در احداث تعمیر هر ماه ده هزار افغانی

به محمود به عنوان جبران خسارت بدهد، طرفین مقدار جبران خسارت را در قرارداد پیش بینی نموده اند. دوم بعد از انعقاد عقد که برخی مثال های آن قرار ذیل است:

- اگر احمد راننده با محمود قرارداد ببندد تا خربوزه های احمد را که قیمت آنها یک صد هزار افغانی است از کندز به کابل انتقال دهد. اما، احمد خربوزه را بعد از تسلیم در کندز به کابل انتقال ندهد و خربوزه ها گندیده شوند و از بین بروند، احمد و محمود می توانند در خصوص مقدار جبران خسارت توافق نمایند. به حیث مثال، توافق نمایند که احمد یک صد هزار افغانی به محمود بدهد.

- هرگاه احمد راننده با محمود در کابل قرارداد ببندد تا ترکاری های او را از پاکستان به کابل انتقال دهد و احمد ترکاری ها اصلاً انتقال ندهد یا با تأخیر انتقال دهد که در هر دو صورت ترکاری ها پوسیده و گندیده شود، به محمود ضرر مالی می رسد. اگر قیمت ترکار های یک لک افغانی باشد، در این صورت، اگر احمد و محمود توافق کرده باشند، احمد مکلف است یک لک افغانی به محمود پرداخت نماید. در صورت عدم توافق و تعیین مقدار جبران خسارت، احمد و محمود می توانند در مورد مقدار جبران خسارت توافق نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت به طرفین بخاطر تعیین مقدار جبران خسارت است.

در چنین حالتی شرط است که مقدار ضمان عادلانه و با خسارت متناسب باشد. ماده ۷۳۲ ق. م در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه مدیون ثابت نماید که ضمان تعیین شده غیر عادلانه بوده و با ضرری که از عدم تنفیذ نشأت نموده متناسب نباشد، داین مستحق آن شده نمی تواند». طبق نص این ماده مقدار ضمان باید عادلانه باشد و با خسارتی که عاید متعهد له شده است متناسب داشته باشد. رعایت تناسب میان ضرر و جبران خسارت آسان به نظر می رسد.

به حیث مثال، هرگاه ضرری که به متعهد له در مثال بالا رسیده است یک لک افغانی باشد و جبران خسارت نیز یک لک افغانی تعیین شود، در این صورت تناسب میان ضرر و جبران خسارت رعایت شده است. اما، در صورتی که قیمت ترکاری ها یک لک افغانی و جبران خسارت یک و نیم لک افغانی باشد، میان ضرر و جبران خسارت تناسب وجود ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط جبران خسارت است. اما تعیین ضمان عادلانه مشکل به نظر می رسد، زیرا معیار های عینی و مادی وجود ندارد که بتوان تشخیص داد که جبران خسارت عادلانه است و یا نه.

به نظر می رسد از همین رو، نویسندگان ق. م صرف ضمانت اجراء را برای رعایت تناسب میان ضرر و جبران خسارت پیش بینی نموده اند. ماده ۷۳۳ ق. م در مورد ضمانت اجرای رعایت تناسب میان ضرر و جبران خسارت تصریح می نماید که: «در مواردی که ضرر عاید بیشتر از اندازه ضمان تعیین شده باشد، داین نمی تواند مقدار اضافی را از مدیون مطالبه نماید، مگر این که ثابت نماید که مدیون مرتکب خیانت یا خطای فاحش گردیده است». نص این ماده پیش بینی می نماید که ضرر عاید باید بیشتر از اندازه ضمان باشد، محل ایراد به نظر می رسد، زیرا طبق نص این ماده در صورتی که ضرر بزرگتر از اندازه مقدار جبران خسارت باشد، این امر به نفع متعهد است نه به نفع متعهد له.

به نظر می رسد منظور نویسندگان ق. م این بوده است که اندازه جبران خسارت باید بیشتر از ضرر عاید باشد که در این صورت داین (متعهد له) نمی تواند جبران خسارت بیشتر را از متعهد (مدیون) مطالبه نماید، زیرا ضرر و اندازه جبران خسارت باید متناسب باشند. البته، در صورتی که مدیون مرتکب خیانت و یا خطای فاحش گردد، داین می تواند جبران خسارت را ولو بیشتر از ضرر وارده باشد، از مدیون دریافت نماید. خیانت از ریشه «خون» گرفته شده است که در لغت به معنی بی وفایی، جفا و عهد شکنی است.^{۷۲۷} در اصطلاح حقوقی تعاریف ذیل برای خیانت ارایه شده است:

(۱) خیانت سوء استفاده از اعتماد شخصی است که به خاین اعتماد کرده است.^{۷۲۸}

(۲) خیانت عبارت است از پای بند نبودن به شرایط و قواعد قانونی، شرعی، عرفی و توافقی عقد.^{۷۲۹} طبق یک نظریه قدیمی و مهجور خطای قراردادی غیر عمدی که تفصیل خطاء در بخش قواعد عمومی گذشت، به سه دسته تقسیم می شود: خطای سنگین (فاحش) که عبارت از خطایی است که حتی از فرد غافل سر نمی زند و نزدیک ترین خطاء به عمد است. خطای سبک (یسیر) که عبارت از خطایی است که شخص معمولی مرتکب آن نمی شود. خطای بسیار سبک که عبارت از خطایی است از شخص دور اندیش و محتاط نیز سر نمی زند.^{۷۳۰}

به حیث مثال، اگر احمد صد کریت سیب را به محمود به عنوان وکیل به فروش بدهد و محمود در فصل زمستان سیب ها را در سرد خانه، اطاق یا تهکو نگهداری ننماید، بلکه در صحن حویلی بگذارد و سیب ها را یخ بزند و همه از بین بروند، احمد مرتکب اشتباه فاحش شده است و هرچند سیب ها در اثر سردی هوا از بین رفته اند، اما محمود باید جبران خسارت را به احمد بدهد زیرا این اشتباه فاحش است و افراد عادی نمی توانند چنین اشتباهی را مرتکب شوند. همچنین، اگر احمد مقدار زیاد طلا را به محمود به طور امانت بدهد و از محمود مطالبه نماید تا طلا ها را در یک جای مصوون مانند بانک نگهداری نماید، اما محمود طلا ها را به جای دیگر انتقال دهد و خانه را آتش بزند و سپس بگوید طلا ها در اثر آتش سوزی از بین رفته است، احمد می تواند جبران خسارت طلا ها را از محمود به دلیل خیانت مطالبه نماید.

(۲) تعیین مقدار جبران خسارت توسط محکمه ذیصلاح با رعایت کسر عواید: طبق ماده ۷۳۴ ق. م: «محکمه می تواند در صورت عدم موافقه قبلی به اندازه ضمان یا عدم تصریح آن در قانون با در نظر داشت خساره وارده بر داین و کسر عواید وی، اندازه آن را تعیین نماید.» از نص این پنج حکم قابل استنباط است:

۱- اگر طرفین مقدار جبران خسارت را تعیین کرده باشند، این توافق مدار اعتبار است. به حیث مثال، هرگاه احمد راننده با محمود تجار در کابل قرارداد ببندد تا ترکاری ها او را از پاکستان به کابل انتقال دهد و احمد ترکاری ها را اصلاً انتقال ندهد یا با تأخیر انتقال دهد که در هر دو صورت ترکاری ها پوسیده و گندیده شود، به محمود ضرر مالی می رسد. اگر قیمت ترکارها یک لک افغانی باشد و احمد و محمود توافق کرده باشند که

۷۲۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۴۳.

۷۲۸. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۳)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، اصطلاح شماره ۶۷۷۲.

۷۲۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۴۳.

۷۳۰. همان، مسعود انصاری و محمود علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۴۳.

در صورت خراب شدن ترکاری ها احمد باید یک لک افغانی به محمود پرداخت نماید، احمد مکلف است یک لک افغانی به محمود پرداخت نماید.

۲- در صورت عدم توافق قبلی یا بعدی، اگر مقدار جبران خسارت و یا فیصدی آن در قانون پیش بینی شده باشد، حکم قانون قابل تطبیق است مانند پرداخت ناشی از تأخیر پرداخت دین که مقدار آن در ق. م پیش بینی شده است و بحث آن خواهد آمد.

۴- اگر مقدار جبران خسارت در قانون تعیین نشده باشد، قاضی باید مقدار جبران خسارت را تعیین نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد و محمود به توافق نرسند و نیز مقدار جبران خسارت را تعیین نکرده باشند، قاضی باید جبران خسارت را یک لک افغانی تعیین نماید.

۵- قاضی علاوه بر جبران خسارت مالی، جبران خسارت کسر عواید را نیز باید تعیین نماید. جبران خسارت کسر عواید عبارت از جبران خسارت پولی است که داین از دست داده است. به حیث مثال، احمد با محمود تعهد نمود تا در ختم سال ۱۳۹۴ برای محمود یک هتل اعمار نماید. اما، احمد هتل را در ختم سال ۱۳۹۵ احداث نمود. اگر احمد هتل را در ختم سال ۱۳۹۴ اعمار می نمود، محمود می توانست در هتل کار کند و مقدار پانزده هزار دالر عاید نمود.

در این صورت، محمود می تواند جبران خسارت کسر عواید را از مدیون مطالبه نماید و قاضی نیز می تواند به آن حکم نماید. کسر عواید به نام خسارت عدم النفع نیز نامیده می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت تکلیفی قاضی محکمه ذیصلاح جهت رفع نزاع است.

ب) پرداخت ضمانت در صورت تأخیر در پرداخت دین

وقتی موضوع تعهد، پرداخت مبلغی وجه نقد رایج باشد و متعهد در زمان موعود از انجام تعهد خویش سرباز زند، به متعهد له خسارتی از این طریق وارد می آید که به آن، «خسارت تأخیر تأدیه» گویند. در زبان حقوقی عبارت «خسارت تأخیر تأدیه» در مواردی به کار می رود که موضوع تعهد، پرداخت مبلغی وجه نقد رایج کشور باشد. طبق ق. م در صورتی که مدیون ادای دین را به تأخیر بی اندازد، داین می تواند به محکمه ذیصلاح مراجعه و پرداخت جبران خسارت ناشی از دین را از مدیون مطالبه نماید. البته، این در صورتی است که میان داین و مدیون در این رابطه توافقی وجود نداشته باشد. باوجوداین، جهت جلوگیری از سوء استفاده داین محکمه ذیصلاح می تواند تدابیر ویژه را روی دست بگیرد:

۱) پرداخت جبران خسارت ناشی از تأخیر دین: طبق ماده ۷۳۵ فقره اول ق. م: «هرگاه موضوع دینی که تأدیه آن به تأخیر افتاده پول نقد بوده و مقدار آن حین مطالبه معلوم باشد، داین می تواند جبران خساره ناشی از تأخیر تأدیه را که سالانه معادل (۳) فیصد در موضوعات مدنی باشد، مطالبه نماید». براساس نص این ماده در صورتی که موضوع عقد را دین تشکیل دهد و مقدار آن نیز معلوم باشد و مدیون در پرداخت آن تأخیر نماید و این امر موجب تضرر داین گردد، داین می تواند به محکمه ذیصلاح مراجعه و پرداخت جبران خسارت ناشی از آن را از محکمه مطالبه نماید.

در چنین حالتی، مقدار جبران خسارت سالانه معادل سه فیصد مجموع دین است. برای تحقق خسارت تأخیر دین مدیون باید دین را باوجود داشتن پول اداء ننماید و داین باید آن را مطالبه نماید. به عنوان مثال، اگر

احمد به محمود صد هزار افغانی قرض بدهد و محمود پرداخت آن را به تأخیر بی اندازد، در یک سال باید سه هزار افغانی به احمد به حیث جبران خسارت تأخیر پرداخت دین بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای تأخیر دین و مورد حمایت قرار دادن داین است.

خسارت تأخیر دین از مباحث پیچیده و جنجال برانگیز حقوق مدنی است. برخی حقوقدانان آن را سود و ناجایز تلقی می نمایند و استدلال می نمایند که داین در برابر تأخیر پرداخت دین مقدار پول از مدیون می گیرد. اما، عده ای دیگر آن را جایز تلقی می نمایند و سود تلقی نمی نمایند. این گروه بر این نظر اند که خسارت تأخیر دین ماهیت تنبیهی و جریمه ای برای الزام متعهد و اجرای تعهدش دارد. همچنین، خسارت تأخیر دین ماهیت توافقی در تعیین خسارت وارده بر متعهد له در اجرای تعهد دارد. همچنین، خسارت تأخیر دین ضمانت اجرای پرداخت دین است. همچنین، سود از زمان گرفتن پول آغاز می شود، اما خسارت تأخیر دین از زمان نقض تعهد توسط مدیون آغاز می شود.

همچنین، ربا می تواند در معاملاتی که موضوع آن پول یا سایر اموال باشد متحقق گردد اما خسارت تأخیر دین صورت در معامله ای که موضوع آن پول است متحقق می گردد. همچنین، خسارت تأخیر دین منوط بر مطالبه داین است اما ربا منوط بر مطالبه داین نیست و مدیون باید آن را (اگر نظام حقوقی آن را پذیرفته باشد) به داین بپردازد. همچنین، اشتراط زیادت در ربا مطلق است اما در خسارت تأخیر دین منوط بر فرا رسیدن موعد دین است.

به نظر می رسد خسارت تأخیر دین ذو وجهین است و هم مدیون تنبیه می شود و هم خسارت پرداخت می شود. به حیث مثال، اگر مدیون بداند که در صورت عدم پرداخت دین در موعد آن جریمه می شود تنبیه می شود و دین را در موعد آن می پردازد. همچنین، در صورت عدم پرداخت دین در موعد معین و پرداخت جبران خسارت توسط مدیون، خسارت تأخیر دین جنبه جبرانی دارد زیرا ضرر جبران می شود.

نسخه پیشرفته خسارت تأخیر دین خسارت تأخیر تعهدات است. در خسارت تأخیر دین مدیون دین را در موعد مقرر پرداخت نمی کند و به داین ضرر وارد می نماید اما در خسارت تأخیر ایفای تعهدات مدیون تعهد را در زمان مقرر ایفا نمی کند و به داین ضرر وارد می شود. به حیث مثال، گر احمد با محمود قرارداد ببندد که هتل را برای محمود در مدت یک سال احداث نماید و در صورت تأخیر احمد هر ماه مبلغ یک لک افغانی جریمه بپردازد، چنانچه در بسیاری قراردادها امروزه معمول است، احمد متعهد به خسارت تأخیر ایفای تعهد است. در خسارت تأخیر دین موضوع تعهد پرداخت دین است و در خسارت تأخیر تعهد موضوع تعهد اجرای عمل است. همچنین، خسارت تأخیر دین در ق. م ریشه قانونی دارد و مبنای قراردادی ندارد اما خسارت تأخیر ایفای تعهد مبنای قراردادی دارد و طرفین می توانند مقدار جبران خسارت را در قرارداد پیش بینی کنند.

در خصوص خسارت تأخیر دین و خسارت ایفای تعهدات در فقه اهل سنت و شیعه دو دیدگاه وجود دارد. برخی آن را سود تلقی می کنند و برخی آن را سود تلقی نمی کنند. طبق ماده ۷۳۶ ق. م: «طرفین عقد می توانند براساس موافقه، جبران خساره مندرج ماده (۷۳۵) این قانون را سالانه بیشتر از سه فیصد تعیین کنند مشروط بر این که از هفت فیصد در سال تجاوز نکند. اتفاقی که به خلاف آن صورت گرفته باشد، اعتبار

نداشته داین به رد مازاد مقدار مذکور مکلف می گردد.». نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۷۳۵ ق. م است. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- طرفین عقد (قرض دهنده و قرض گیرنده) می توانند جبران خسارت ناشی از تأخیر دین را سالانه بیشتر از سه فیصد تعیین نمایند به شرط این که در یک سال از هفت فیصد اضافه نشود. به عبارت دیگر: طرفین عقد قرض می توانند مقدار جبران خسارت را سالانه هفت فیصد مجموعه دین تعیین نمایند. به حیث مثال، اگر احمد به محمود صد هزار افغانی قرض بدهد و محمود پرداخت آن را به تأخیر بی اندازد، در یک سال باید سه الی هفت هزار افغانی به احمد به حیث جبران خسارت تأخیر دین به احمد بپردازد.

۲- ضمانت اجرای این شرط در نص ماده ۷۳۶ ق. م پیش بینی شده است. طبق نص این ماده در صورتی که طرفین بر بیشتر از هفت فیصد توافق کنند، این توافق باطل است. دلیل بطلان این توافق مخالفت آن با قانون است. ماده ۷۳۷ ق. م در این مورد حکم می نماید که: «هر نوع عمل و منفعتی که زاید از مقدار مندرج ماده (۷۳۵) این قانون از طرف داین شرط گردد، منفعت غیر ظاهر شمرده شده در حدود مقدار مندرج ماده مذکور تنزیل داده می شود.».

نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۷۳۵ ق. م است. طبق نص این ماده هر نوع عمل و منفعتی که زاید از مقدار مندرج ماده (۷۳۵) این قانون از طرف داین شرط گردد، منفعت غیر ظاهر شمرده شده در حدود مقدار مندرج ماده مذکور تنزیل داده می شود. عبارت عمل در نص این ماده زاید و محل ایراد به نظر می رسد. زاید در لغت به معنی اضافه و اضافی است.^{۷۳۱}

تنزیل در لغت به معنی فرو فرستادن، پایین آوردن و نازل شدن است.^{۷۳۲} به حیث مثال، هرگاه در مثال بالا احمد و محمود توافق نمایند تا محمود سالانه ده هزار برای احمد به دلیل تأخیر پرداخت دین بپردازد، این توافق باطل است و محمود مکلف به پرداخت هفت فیصد است. نص این ماده از جمله قواعد آمره است و طرفین نمی توانند بر خلاف آن توافق نمایند. به نظر می رسد هدف از این قواعد حمایت از حقوق مدیون است.

همچنین، طبق ماده ۷۳۵ فقره دوم ق. م: (۲) تأخیر جبران خساره در حالی که از موافقه طرفین یا عرف معلوم شده نتواند، از تاریخ مطالبه قضایی آغاز می گردد.». طبق نص این ماده در صورت توافق داین و مدیون و یا وجود عرف که بیانگر زمان استحقاق دریافت جبران خسارت باشد، مطابق توافق و یا عرف باید عمل شود. اما، در صورت عدم موجودیت توافق طرفین و یا عرف، داین از زمان مطالبه قضایی مستحق دریافت جبران خسارت می گردد. به نظر می رسد منظور از زمان مطالبه قضایی، تأریخ اقامه دعوی است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود یک صد هزار افغانی در اول حمل سال ۱۳۹۶ قرض بدهد و احمد و محمود توافق نمایند که محمود قرض را در اول حمل سال ۱۳۹۷ به احمد بدهد، اما محمود قرض را به احمد ندهد و احمد در اول ثور سال ۱۳۹۸ علیه محمود اقامه دعوی نماید، محمود از تأریخ اول ثور ۱۳۹۷ مستحق جبران خسارت مطالبه دین شناخته می شود.

731. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/8/2016).

732. Ibid, (۲۰۱۶/۸/۱۹). آخرین بازدید

مصدق خسارت تأخیر دین را در عقود اداری نیز می توان در افغانستان مشاهده کرد. به حیث مثال، اگر مشترک محصول آب یا پول آب را برای چندین سال در موعد مقرر به دولت پرداخت ننماید، در برابر هر سال تأخیر مقدار معین توسط دولت جریمه می شود. این جریمه را جریمه تأخیر پرداخت محصول می نامند. همچنین، خسارت تأخیر دین بر تأخیر پرداخت مالیات به دولت بر مودیان تطبیق می گردد هر چند پرداخت مالیه عقد نیست.

همچنین، طبق رویه های عملی اگر مشترک محصول برق را پرداخت ننماید، در دور بعدی محاسبه پول پرداخت برق، دولت دو فیصد مجموعه مصرف را به عنوان خسارت تأخیر پرداخت محصول برق از مشترکین می گیرد (مراجعه نمایید به ظهر/ پشت بل برق). به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی زمان استحقاق جبران خسارت تأخیر دین است.

۲) طولانی شدن مدت منازعه توسط داین: طبق ماده ۷۳۸ ق. م: «هرگاه ثابت شود که داین در حال مطالبه حق، سبب طولانی شدن مدت منازعه گردیده است، محکمه می تواند جبران خساره قانونی یا موافقه شده را تنقیص یا به جبران خساره مدتی که بدون موجب طولانی گردیده، حکم ننماید.» از نص این ماده استنباط می گردد که برای جلوگیری از سوء استفاده داین مبنی بر طولانی نمودن مدت منازعه، ق. م دوراه حل را پیش بینی نموده است:

۱- تنقیص مقدار جبران خسارت قانونی و یا توافقی. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است. ۷۳۳ به عنوان مثال، اگر در مثال بالا احمد موجب طولانی شدن منازعه به منظور این که مقدار جبران خسارت را بیشتر نماید گردد و محمود آن را ثابت نماید، محکمه می تواند به تنقیص جبران خسارت حکم نماید. به حیث مثال، محکمه می تواند سه فیصد جبران خسارت را به دو فیصد یا شش فیصد را به دو سه یا چهار فیصد کاهش دهد؛ و

۲- عدم صدور حکم پرداخت ضمان در صورتی که زمان توسط داین طولانی گردیده است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد موجب طولانی شدن منازعه به منظور بیشتر شدن جبران خسارت گردد و محمود آن را ثابت نماید، محکمه می تواند اصلاً به جبران خسارت حکم صادر ننماید و محمود را از پرداخت جبران خسارت معاف کند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده از حق توسط داین و مورد حمایت قرار دادن مدیون و بیان حکم صلاحیت تخییری قاضی محکمه ذیصلاح است.

مبحث نهم) انتهای عقد

عقد نهاد حقوقی - فقهی دایمی نیست و در اثر اسباب معین خاتمه می یابد. این اسباب اجرای موضوع عقد، انقضای مدت در برخی عقود و فسخ است. نویسندگان ق. م انتهای عقد را در جلد اول، فرع پنجم، مواد ۷۳۹- ۷۵۰ تنظیم نموده اند. طبق این مواد عقد از طریق فسخ و اقاله خاتمه می یابد.

گفتار اول) اجرای موضوع عقد

اولین سبب انتهای قرارداد، اجرای موضوع قرارداد است. در صورتی که متعهد موضوع عقد را اجرای نماید، عقد خاتمه می‌یابد.^{۷۳۴} برخی مثال‌های انتهای قرارداد در اثر اجرا قرار ذیل اند:

(۱) هرگاه در عقد بیع مبیعه را به مشتری منتقل نماید و مشتری ثمن را به بایع منتقل نماید، عقد بیع خاتمه می‌یابد.

(۲) در صورتی که اجاره‌گیرنده موضوع عقد اجاره را انجام دهد و اجاره‌گیرنده اجرت او را پرداخت نماید، عقد اجاره خاتمه می‌یابد.

(۳) اگر احمد دندان درد باشد و نزد داکتر دندان برود و داکتر دندان دندان احمد را بکشد و احمد اجرت داکتر را پرداخت نماید، عقد تداوی دندان خاتمه می‌یابد.

(۴) عقد قرض در نتیجه پرداخت قرض توسط قرض‌گیرنده به قرض‌دهنده، خاتمه می‌یابد.

(۵) اگر احمد برای پسرش محمود جمشید را به عنوان استاد خانگی استخدام نماید تا استاد به محمود الجبر درس بدهد، در صورت تدریس الجبر توسط استاد و پرداخت اجرت توسط احمد، عقد تدریس خاتمه می‌یابد. به نظر می‌رسد به دلیل این که خاتمه یافتن عقد در اثر اجرای موضوع عقد بدیهی و مسلم است، قانونگذار مدنی در این خصوص قواعد وضع نکرده است.

گفتار دوم) انقضای مدت برخی عقود

برخی قراردادها دارای مدت نیست مانند بیع. برخی دیگر قراردادها برای مدت معین منعقد می‌گردند مانند: اجاره، عاریت، قرض، مساقات، مزارعه و امثال اینها و در اثر انتهای مدت، خاتمه می‌یابد. بنابراین، انقضای مدت در برخی عقود موجب انتهای عقد می‌گردد که برخی مثال‌های آن در ذیل ارایه می‌گردد:

(۱) هرگاه عقد اجاره برای مدت یک سال میان مؤجر و مستأجر در مورد اجاره‌خانه و یا زمین منعقد شود، با ختم این مدت، عقد اجاره ختم می‌شود.

(۲) هرگاه احمد خانه‌خویش را به محمود برای مدت یک سال به گروی بدهد، با انقضای یک سال عقد گروی منتهی می‌شود.

(۳) هرگاه احمد به محمود موتر خویش را برای یک ماه به عاریت بدهد، عقد عاریت با تکمیل یک ماه خاتمه می‌یابد.

(۴) هرگاه احمد به محمود زمین خویش را برای دو فصل به دهقانی بدهد، با انقضای دو فصل عقد دهقانی (مزارعه) خاتمه می‌یابد.

(۵) هرگاه عقد باغبانی (مساقات) برای مدت یک سال میان احمد و محمود منعقد شود، با تکمیل یک سال، عقد باغبانی خاتمه می‌یابد.

(۶) هرگاه احمد خانه یا موتر خویش را به محمود برای یک سال به اجاره بدهد، با ختم یک سال عقد اجاره خاتمه می‌یابد.

۷) اگر حمیده با احمد قرارداد ببندد تا در در فابریکه دوا سازی احمد برای مدت یک سال کار نماید، با ختم شدن یک سال، عقد کار حمیده خاتمه پیدا می کند.

گفتار سوم) فسخ

سبب سوم خاتمه یافتن عقد فسخ است:

۱) **تعریف:** فسخ در لغت به معنی نقض، زایل کردن، از بین بردن و از هم جدا کردن است و در اصطلاح حقوقی ق. م تعریفی از فسخ عقد ارایه نکرده است. اما، به موجب فقه:

۱- فسخ عبارت است از، از اثر انداختن يك عقد از بنیاد و كان لم یکن گردانیدن ارادی عقد.

۲- به رفع و زایل گردانیدن و از اثر انداختن عقد توسط اراده کسی است که چنین حقی دارد فسخ است.^{۷۳۵}

۳- فسخ نقض عقد است.^{۷۳۶}

۲) **انواع فسخ:** طبق ق. م. افسخ به سه نوع تقسیم می شود فسخ یکجانبه، فسخ با توافق طرفین در صورتی که یکی از طرفین تعهد خویش را انجام ندهد و فسخ توسط محکمه:

فسخ با اراده واحد: برخی عقود جایز می توانند توسط یک طرف عقد هر لحظه ای که بخواهد فسخ شوند، مانند: عاریت، وکالت، قرض و امثال اینها که امکان دارد توسط عاریت دهنده، مؤکل و قرض دهنده فسخ شوند. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان وکیل خویش استخدام نماید، چون عقد وکالت عقد جایز و غیرلازم است احمد می تواند هر لحظه ای محمود را عزل و عقد وکالت را فسخ نماید. همچنین، اگر احمد به محمود موتر خویش را به عاریت بدهد می تواند هر لحظه ای که بخواهد عقد را به طور یک جانبه فسخ نماید.

۲- **فسخ اتفاقی در عقود معوض:** طبق ماده ۷۴۲ ق. م: «موافقه طرفین عقد مبنی بر فسخ آن بدون حکم محکمه، در صورت عدم ایفای وجایب ناشی از عقد جواز دارد. این موافقه سبب معافیت از ابلاغ فسخ نمی گردد، مگر این که در مورد معافیت از ابلاغ موافقه تحریری طرفین به عمل آمده باشد.» از نص این ماده احکام ذیل و یک استثناء قابل استنباط است:

- طرفین عقد می توانند بدون مراجعه به محکمه عقد را فسخ کنند. این نوع فسخ را فسخ توافقی می گویند. بنابراین، اولین حکمی که از نص ماده ۷۴۲ ق. م استنباط می گردد این است که نوع اول فسخ، فسخ توافقی است. فسخ توافقی عبارت از فسخی است که طرفین توافق بر فسخ عقد می نمایند مانند این که احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و سپس احمد و محمود توافق نمایند که عقد را فسخ نمایند.

- فسخ توافقی در صورت عدم ایفای تعهد توسط یکی از طرفین ممکن است صورت پذیرد. بنابراین، شرط فسخ این است که عقد دو تعهدی (معوض) باشد و یکی از طرفین تعهد خویش را ایفاء ننماید. اگر طرفین تعهد خویش را ایفاء نمایند، بحث فسخ منتفی است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود خانه ای خویش را

۷۳۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۴۹؛ و (___) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۳۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۶۱.

به فروش رساند محمود ثمن خرید خانه را به احمد ندهد، احمد و محمود می توانند بدون این که به محکمه مراجعه نمایند عقد را فسخ نمایند. زیرا، این عقد از یکطرف معوض است و از طرف دیگر یکی از طرفین عقد تعهد خویش را ایفا نموده است.

- یکی از طرفین به طرف دیگر قبل از فسخ ابلاغ بدهد. این اصل است. استثنای این اصل این است که طرفین در خصوص عدم ابلاغ توافق نموده باشند. به حیث مثال، در مثال بالا احمد به محمود قبل از فسخ عقد اطلاع دهد که عقد را فسخ خواهد کرد در صورتی که محمود تعهد خویش را ایفا ننماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز فسخ توافقی (تفاسخ) و شرایط آن است.

۳- فسخ قضایی: فسخ قضایی عبارت از فسخی است که توسط محکمه صورت می گیرد. در خصوص شرایط فسخ قضایی ماده ۷۳۹ ق. م می گوید: «هرگاه یکی از عاقدین در عقودی که الزام را به طرفین عقد متوجه می سازد وجبیه را ایفاء ننماید، طرف مقابل می تواند فسخ عقد را و در صورت لزوم با جبران خساره را از طرف دیگر مطالبه نماید. عقودی که طبیعتاً غیرلازم بوده یا به خیار مقترن گردیده باشد که موجب فسخ گردد، از این حکم مستثنی است.» از نص این ماده پنج شرط در خصوص فسخ قضایی قابل استنباط است:

- اولین شرط برای تحقق فسخ قضایی لازم بودن عقد است. بنابراین، در صورتی که عقد جایز و یا غیرلازم باشد، یکی از طرفین بدون مراجعه به قضاء می تواند آن را فسخ نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به عاریت بدهد به دلیل جایز بودن عقد عاریت، احمد می تواند هر لحظه ای عقد عاریت را فسخ نماید. اما، در عقد بیع احمد نمی تواند به صورت یکجانبه عقد را فسخ نماید چون عقد بیع، عقد لازم است و طرفین را ملزم به ایفاء تعهدات ایشان می نماید.

- شرط دوم فسخ قضایی این است که مدیون از ایفاء تعهدش امتناع ورزد. به حیث مثال، هرگاه بایع از نقل و انتقال حق ملکیت مبیع یا مبیع به مشتری امتناع ورزد یا مشتری بعد از قبض مبیع از پرداخت ثمن امتناع ورزد، هر یک می تواند به محکمه ذیصلاح مراجعه نموده و فسخ عقد را مطالبه نمایند. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و محمود پول خانه را به احمد ندهد (در صورت عدم توافق احمد و محمود)، احمد می تواند به محکمه مراجعه و مطالب فسخ عقد شود. زیرا، این عقد از یکطرف لازم است و از طرف دیگر محمود تعهد خویش را ایفاء نموده است.

- در صورتی که متعهد تعهد خویش را ایفا ننماید، داین می تواند علاوه بر فسخ، در صورت لزوم، جبران خسارت را از مدیون مطالبه نماید. به حیث مثال، هرگاه احمد به محمود موتر را فروش رسانیده و موتر را به محمود انتقال داده باشد و محمود تعهد خویش را ایفا ننماید و علاوه بر عدم دادن پول موتر به احمد، با موتر رانندگی نماید و موتر را استهلاک نماید، احمد می تواند پول نقل و انتقال و استهلاک موتر را از محکمه مطالبه نماید. زیرا، در این صورت، ضرر مالی به احمد رسیده است.

- فسخ قضایی بر بعضی عقودی که طبیعتاً جایز اند، مانند: وکالت، عاریت، قرض و امثال اینها قابل تطبیق نیست. زیرا، در این گونه عقود مؤکل، عاریت دهنده و قرض دهنده می تواند عقد را به دلیل جایز بودن یکطرفه فسخ نماید. مقترن در لغت به معنی نزدیک، پیوسته و همراه است.^{۷۳۷}

- فسخ قضایی بر عقودی که در آنها برای یکی از طرفین خیار فسخ وجود دارد قابل تطبیق نیست. زیرا، در این گونه عقود ضرورت به فسخ قضایی نیست و طرف دارای خیار فسخ می تواند عقد را به دلیل داشتن خیار فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط فسخ قضایی است.

- طبق ماده ۷۴۱ ق. م: «هرگاه آنچه را مدیون ایفاء ننموده، نسبت به تعهد ناچیز باشد، محکمه می تواند مطالبه فسخ را رد نماید.» به نظر می رسد طبق نص این ماده در صورتی که مدیون تعهد خویش را ایفا نماید، اما قسمتی از آن را که ناچیز و بی اهمیت باشد، ایفا ننماید و داین مطالبه فسخ قضایی را نماید، قاضی می تواند به دلیل اجرای بخش عمده تعهد، مطالبه فسخ قضایی را رد نماید.

به حیث مثال، هرگاه موضوع تعهد احداث ساختمان باشد و متعهد ساختمان را برای متعهد له احداث نماید، اما یک قسمت آن را احداث نکرده باقی بگذارد و داین به محکمه مراجعه نماید، محکمه می تواند عقد را فسخ نکند اما مدیون را مکلف به ایفای بخش عدم اجرا شده عقد نماید.^{۷۳۸} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از فسخ عقد به دلیل ناچیز و بی اهمیت بودن اجزای برخی تعهدات است.

طبق ماده ۷۴۰ ق. م: «در حالت ابلاغ فسخ، محکمه می تواند مدیون را غرض اجری وجبیه مهلت بدهد.» طبق نص این ماده اقامه دعوی فسخ توسط داین لزوماً منجر به صدور حکم فسخ توسط قاضی نمی شود، بلکه به مدیون میان فسخ عقد توسط قاضی و اجرای قرارداد اختیار وجود دارد. این اختیار مربوط به داین، مدیون و قاضی است. بنابراین، مدیون نیز پیش از صدور حکم نهایی می تواند با اجرای تعهدش جلو فسخ را بگیرد. ابلاغ از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسانیدن پیام یا نامه به کسی و پیام رسانی و ایصال است.^{۷۳۹} مهلت در لغت به معنی زمان، مدت، فرصت، اجل و زمان دهی است. در اصطلاح حقوق مدنی، مهلت مدت زمانی معین است که برای انجام تعهد در اختیار شخص به موجب قانون و یا توافق قرار می گیرد.^{۷۴۰}

به حیث مثال، در صورتی که احمد موتر را به محمود بفروشد و محمود پول موتر را به احمد ندهد و احمد از محکمه ذیصلاح مطالبه فسخ عقد را نماید، قبل از این که عقد فسخ شود، محمود می تواند با تسلیم نمودن پول به احمد، جلو فسخ را بگیرد. از آنچه گفته شد، به خوبی نتیجه گرفته می شود که: در صورت اقامه دعوی توسط مدعی مبنی بر فسخ عقد، قاضی می تواند به مدیون غرض اجرای تعهد مهلت بدهد. پرسش این است که قاضی می تواند چقدر وقت برای مدیون جهت اجرای موضوع عقد مهلت بدهد. در پاسخ به این پرسش ق.

737. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۸/۸/۲۰۱۶)

۷۳۸. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۷۸۲-۸۳۵.

۷۳۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۶.

۷۴۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۰۱۵.

م مسکوت است. به نظر می‌رسد، این امر بستگی به طبیعت موضوع عقد دارد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری قاضی است.

۵) اثر: اثری که بر فسخ عقد مرتب می‌گردد، انتهای عقد است. باوجوداین، نویسندگان ق. م چندین حالت را قرار ذیل پیش بینی نموده اند:

۱- طبق ماده ۷۴۳ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه عقد معاوضه وارد بر اعیان مالی، فسخ گردد، وجیه مرتب بر آن ساقط می‌گردد. در این صورت تسلیمی عوضی که توسط عقد ثابت گردیده لازم نمی‌گردد؛ و (۲) اگر عوض قبلاً تسلیم داده شده باشد، به رد آن و در صورت عدم امکان به رد ضمان آن حکم می‌شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می‌گردد:

نخست این که در صورتی که عقد معوض، و موضوع آن نیز اعیان باشد، مانند: خانه، زمین، موتر و امثال اینها اثر آن که انتقال مبیع از بایع به مشتری است ساقط می‌گردد. اعیان جمع عین است. بنابراین، بایع نمی‌تواند مبیع را به مشتری و مشتری نیز نمی‌تواند ثمن را به بایع تسلیم نماید. به حیث مثال، اگر احمد به حمیده یخچال های خویش را به فروش رساند و عقد فسخ شود، اثر عقد که نقل و انتقال یخچال ها و پول است ساقط می‌شود.

دوم این که در صورتی که تسلیم و تسلیم قبلاً صورت گرفته باشد، هر یک از طرفین (بایع و مشتری) مکلف به رد عوضین (مثلاً: ثمن و مبیع) هستند. به حیث مثال، اگر احمد قالین خویش را به محمود به فروش رساند و قالین از احمد به محمود و پول از محمود به احمد منتقل شده باشد، احمد و محمود مکلف اند پول و قالین را به همدیگر رد نمایند.

سوم این که در صورتی که مبیع بعد از تسلیم در نزد مشتری هلاک گردد، مشتری مکلف است ضمان، به حیث مثال، مثل و یا قیمت آن را به بایع پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد به حمیده یخچال های خویش را به فروش رساند و یخچال ها نزد حمیده در اثر شارتی برق بسوزند، حمیده مکلف است جبران خسارت آنها را به احمد پرداخت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر فسخ عقد است.

۲- طبق ماده ۷۴۴ ق. م «هرگاه در معاوضات مالی موضوع عقد در حالی که در تصرف مالک قرار دارد هلاک گردد، عقد فسخ گردیده و در صورت قبض عوض، رد آن به طرف مقابل حتمی می‌باشد، خواه این هلاک به فعل مالک صورت گرفته باشد یا خارج از اراده وی.» طبق نص این ماده هرگاه در عقود معوض مثلاً بیع، مبیع در نزد بایع هلاک گردد، عقد بیع منفسخ گردیده و منتهی می‌شود. در چنین حالات، تفاوت نمی‌کند مبیع در اثر فعل مالک و یا حوادث طبیعی مانند: سیل، زلزله، باران شدید و امثال اینها هلاک گردد. در صورت هلاک و استهلاک تنفیذ موضوع عقد بیع غیر ممکن می‌گردد.

در چنین حالات، هرگاه بایع ثمن را از مشتری قبض نموده باشد، مکلف است آن را به مشتری مسترد نماید. به حیث مثال، اگر احمد اسپان خویش را به محمود به فروش رساند و قبل از تسلیم اسپان، اسپان نزد احمد در اثر تقصیر احمد مانند آب و علف ندادن یا تجاوز احمد مانند کشتن اسپان یا قوه قهریه مانند سیل، مرض و نظیر اینها از بین بروند و احمد پول اسپان را از محمود گرفته باشد، باید پول را به محمود دوباره رد نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر فسخ عقد است.

۳- طبق ماده ۷۴۵ ق. م: «هرگاه اجرای وجایب متقابله در عقود معاوضه یکی از دیگری متأخر باشد، صاحب وجبیه لاحق، می تواند از اجرای وجبیه خود تا وقتی که جانب مقابل به اجرای وجایب خود اقدام نکرده، امتناع ورزد.» متأخر در لغت به معنی جدید و تازه است. لاحق در لغت به معنی بعدی، متصل و متعاقب و پسین است.^{۷۴۱} براساس نص این ماده، هرگاه اجرای موضوع عقد مثلاً پرداخت ثمن و مبیع در عقد بیع و اجرای عمل در عقد اجاره یکی بعد از دیگری باشد (که غالباً چنین است) یکی از طرفین عقد می تواند از اجرای موضوع عقد امتناع ورزد، مگر این که جانب مقابل تعهد خویش را ایفا نماید.

به حیث مثال، هرگاه بایع از تسلیم مبیع به مشتری امتناع ورزد، مشتری نیز می تواند از تسلیم ثمن به بایع امتناع ورزد. این حق را در حقوق مدنی به نام حق حبس یاد می نمایند. چنانچه ملاحظه می شود نویسندگان ق. م ماده ۷۴۵ را نیز زیر عنوان جزء اول که قواعد آن به فسخ اختصاص یافته است، آورده اند. جایگزینی این ماده زیر عنوان فسخ محل ایراد به نظر می رسد، زیرا محل آن در بحث حق حبس است که تفصیل آن خواهد آمد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر فسخ عقد است.

۴- مطابق ماده ۷۴۶ ق. م: «هرگاه اجرای وجایب طرفین در عقود معاوضه در وقت واحد لازم باشد، طرفین می توانند در عین وقت موضوع تعهد را به یکدیگر تسلیم نموده و یا آن را نزد شخص عادل بگذارند، تا هر یک حق خود را در وقت واحد تسلیم گردد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که در عقود معوض اجرای موضوع عقد در وقت واحد لازم باشد، طرفین عقد می توانند از دو گزینه استفاده نمایند: نخست این که موضوع تعهد را به همدیگر تسلیم و تسلیم نمایند و دوم این که موضوع عقد را نزد شخص عادل بگذارند تا هر یک حق خود را در وقت واحد تسلیم گردند. به حیث مثال، اگر احمد تلویزیون های خویش را به محمود به فروش رساند، احمد و محمود می توانند در یک زمان پول و تلویزیون ها را به همدیگر تسلیم نمایند یا هر دو پول و تلویزیون ها را نزد جمشید بگذارند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اجرای عقد است.

طبق فقه فسخ یا واجب و یا جایز است. فسخ جهت رعایت حق شارع مانند: فسخ عقد به سبب فساد، مانند: فسخ بیع مجهول، احترام به ضوابط شرع و یا شرایطی که شرع آن را معین نموده است، رعایت مصلحت عامه و یا خاصه، دفع ضرر و منع و جلوگیری از منازعاتی که به سبب مخالفت از شروط شرعی حادث می گردد، واجب است. اما، فسخ عقد براساس اراده طرفین به سبب خیار در عقود غیرلازم و فسخ از طریق تراضی و اقاله جایز است. فسخ قضایی عقد نیز یا به سبب رعایت حق شرع، و یا احقاق حق، رفع ظلم از یکی از عاقدین به سبب اضرار عاقد دیگر جایز است.^{۷۴۲}

۳) اسباب: طبق فقه اسباب فسخ پنج است که عبارت اند از: اتفاق، خیار، عدم لازم بودن عقد، استحاله تنفیذ در عقود متقابله و فساد عقد است:

۱- فسخ در اثر توافق: عقد در اثر توافق طرفین فسخ می گردد. اقاله نیز طبق فقه نوع از فسخ اتفاقی است.

(آخرین بازدید ۸/۱۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 741.

۷۴۲. (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۲)، کویته: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، صص ۱۳۲ و ۱۳۳؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۱۵۷ و ۳۱۵۸.

۲- **خيارات:** سبب دوم فسخ عقد طبق فقه خيار است که تفصیل آن گذشت.
 ۳- **عدم لزوم عقد:** طرفین عقد هر زمانی که بخواهند می توانند عقود غیرلازم، مانند: ودیعت، عاریت، وکالت، شرکت، مضاربه، وصیت و هبه را فسخ نمایند.
 ۴- **استحالة تنفيذ (غيرممکن گردیدن تنفيذ):** در صورتی که اجرای مفاد عقدی محال باشد، هیچ مجالی برای اجرای تعهد باقی نخواهد ماند. به عنوان مثال، هرگاه مبیع قبل از قبض توسط بایع تلف شود و یا مشتری نتواند ثمن مبیع را پرداخت نماید، در چنین حالات در اثر استحالة تنفيذ برای شخص ذینفع حق فسخ عقد ایجاد می گردد.

۵- **فساد عقد:** هرگاه عقد به صورت فاسد واقع گردد مانند: بیع مجهول فسخ عقد لازم می گردد که ممکن است براساس ترازی طرفین و یا حکم محکمه صورت پذیرد.^{۷۴۳}

۴) **انواع:** طبق فقه فسخ سه نوع است: فسخ اتفاقی، فسخ قضایی و فسخ به حکم شرع است:
 ۱- **فسخ اتفاقی:** فسخ اتفاقی چنانچه گفته شد، عبارت از انتهای عقد است به توافق عاقدین، زیرا همانطوری که عقد با ایجاب و قبول موافق طرفین انشاء می گردد، می تواند با ایجاب و قبول موافق طرفین از بین برود.

۲- **فسخ قضایی:** هرگاه در مبیع عیبی موجب اثبات خيار ظاهر شود و یا قسمتی از مبیع هلاک شود، جمهور فقهاء بر این نظر اند که: عقد به قول مشتری که بگوید: آن را رد نمودم فسخ می گردد بدون اینکه ضرورت به قضای قاضی باشد. اما، فقهای حنفیه بر این نظر اند که: هرگاه مبیع در ید بایع باشد، عقد با قول مشتری که بگوید: مبیع را رد نمودم فسخ می گردد بدون اینکه ضرورت به قضای قاضی و یا ترازی باشد. اما، در صورتی که مبیع در ید مشتری باشد، عقد فسخ نمی شود مگر به قضای قاضی و یا ترازی.

۳- **فسخ به حکم شرع:** فسخ عقد به حکم شرع به سبب خللی حاصل در عقد در شرطی از شروط شرعی عقد صورت می پذیرد، مانند: فسخ عقد ازدواج در صورت ظاهر شدن حرمت رضاعی میان زوجین، فسخ عقد بیع در حالت فساد، مانند: بیع مجهول که انفساخ نامیده می شود.^{۷۴۴}

گفتار چهارم) اقاله

اقاله نیز یکی از اسباب انحلال عقد است (ماده ۷۴۷ ق. م) فقهاء اقاله را نوعی فسخ می دانند. اما، نویسندگان ق. م قواعد اقاله را در جلد اول، فرع پنجم، جزء دوم، مواد ۷۴۷-۷۵۰ به صورت مستقل تنظیم نموده اند:

۱) **شرط طرفین و اثر اقاله:** طبق ماده ۷۴۷ ق. م: «طرفین می توانند عقد را بعد از انعقاد آن به رضایت خود اقاله نمایند. اقاله موجب انحلال عقد می گردد.» از نص این ماده دو حکم در خصوص اقاله قابل استنباط است:

۷۴۳. (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۳۲ و ۱۳۴؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۱۶۱-۳۱۶۶.
 ۷۴۴. همان، وهبة الزحيلي جلد (۴)، صص ۳۱۶۸ و ۳۱۶۹؛ و (____) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۱۳۵.

۱- طبق نص این ماده طرفین عقد می توانند بعد از انعقاد عقد به رضایت خویش عقد را اقاله نمایند. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای محمود را خریداری نماید و احمد به هر دلیلی از عقد راضی نباشد، احمد و محمود می توانند عقد را اقاله نمایند. طبق نص این ماده در اقاله رضایت طرفین شرط است. بنابراین، اگر در مثال بالا محمود راضی نباشد، عقد فسخ نمی گردد.

۲- طبق نص این ماده اقاله موجب انحلال عقد می گردد. انحلال از ریشه «حل» گرفته شده است که در لغت به معنی گشوده شدن، گشاده گردیدن، حل شدن، باز شدن، نابود شدن، از بین رفتن، تعطیل شدن و متلاشی شدن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به از اثر انداختن یک عمل حقوقی صحیح به اراده کسی که چنین حقی دارد، انحلال گویند.^{۷۴۵} به حیث مثال، در مثال بالا، اقاله موجب نابود شدن و از بین رفتن عقد می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط طرفین و اثر اقاله است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۶۰):

در ماده (۷۴۷) ق. م برای اقاله مدت معین در قانون تصریح نشده قابل غور دیده می شود.

توضیح:

چون ماده ۷۴۷ ق. م ملاحظه گردید اقاله به رضای طرفین بوده و ایجاب تحدید میعاد را نمی کند.^{۷۴۶}

۲) شرط صیغه: طبق ماده ۷۴۸ ق. م: «تعاطی، قایم مقام ایجاب و قبول بوده، اقاله با آن صحیح پنداشته می شود.» طبق نص این ماده تعاطی قایم مقام یا جانشین ایجاب و قبول است. قانونگذار مدنی در نص این ماده شیوه های ایجاب و قبول را بیان نکرده است. به نظر می رسد اقاله هم مانند انعقاد عقد از طریق ایجاب و قبول صورت می گیرد. اما، قانونگذار مدنی در نص این ماده می گوید که تعاطی جانشین یا قایم مقام ایجاب و قبول است. تعاطی از ریشه «عطو» گرفته شده که در لغت به معنی مناوله، چیزی به کسی دادن، إعطاء کردن و چیزی از همدیگر گرفتن، داد و ستد است. در اصطلاح فقهی تعاطی یا معاطات به معامله عملی متعاقبین بی آنکه ایجاب و قبول را بر زبان بی آورند، گویند^{۷۴۷}

طبق مفاد نص این ماده اگر طرفین عقد را از طریق تعاطی اقاله نمایند، این تعاطی قایم مقام ایجاب و قبول است. به حیث مثال، اگر احمد در مثال بالا نزد محمود بیاید و بگوید که بایسکل را بگیری و پول من را بدهید و محمود بگوید درست است. ایجاب و قبول از طریق گفتار صورت گرفته است. اما، اگر احمد بایسکل را دوباره به محمود بدهد و محمود پول را به احمد بدهد، عقد از طریق تعاطی اقاله شده است و این تعاطی

۷۴۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۴۷۳ و ۴۷۴.

۷۴۶. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص 525.

۷۴۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۸۸۱؛ و _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، صص ۲۱۱.

جاشین ایجاب و قبول است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناخته تعاطی به عنوان ایجاب و قبول است. همچنین، به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صیغه اقاله است.

۳) شرایط محل: براساس ماده ۷۴۹ ق. م: «ثبات و وجود موضوع عقد هنگام اقاله حتمی می باشد. اگر موضوع عقد قبل از اقاله هلاک شود، اقاله باطل می گردد، در صورتی که قسمتی از موضوع عقد هلاک گردد، اقاله در مورد باقی مانده صحیح پنداشته می شود.» طبق نص این ماده:

۱- شرط است که موضوع عقد در وقت اقاله ثابت و موجود باشد. بنابراین، در صورتی که موضوع عقد در وقت اقاله ثابت و موجود نباشد، اقاله صحیح نیست. به حیث مثال اگر، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و خانه در اثر سیل از بین برود، احمد و محمود نمی توانند به دلیل عدم ثبات و وجود موضوع عقد را اقاله نمایند.

۲- شرط است که موضوع عقد قبل از اقاله هلاک نشده باشد. بنابراین، اگر موضوع عقد قبل از عقد هلاک گردد، اقاله صحیح نیست. به حیث مثال، اگر احمد گاو را به محمود به فروش رساند و گاو بعد از فروش نزد محمود بمیرد، احمد و محمود به دلیل مردن و انتفای محل عقد، نمی توانند عقد را اقاله نمایند.

۳- در صورتی که قسمتی از موضوع عقد هلاک گردد، اقاله در مورد باقی مانده صحیح پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده گاو را به محمود به فروش برساند و پنج گاو بمیرند و پنج گاو زنده باشند، احمد و محمود می توانند عقد را در خصوص پنج گاو اقاله نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط موضوع اقاله است.

۴) اثر: طبق ماده ۷۵۰ ق. م: «اقاله در مورد متعاقدين حکم فسخ را داشته و در برابر شخص ثالث، عقد جدید شناخته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- اقاله در مورد متعاقدين حکم فسخ را دارد. پس اقاله فسخ حکمی است. با این توصیف، گنجاندن اقاله به عنوان یکی از اسباب انتهای عقد توجیه پذیر به نظر نمی رسد و چیزی جز تکرار مکررات نیست. دلیل این تکرار به نظر می رسد این است که نویسندگان ق. م احکام فسخ را از قانون مدنی جدید مصر و اقاله را از فقه اقتباس کرده اند.

۲- اقاله در خصوص اشخاص ثالث حکم عقد جدید را دارد. شخص ثالث شخصی است که در عقد دخیل نیست. به عبارت دیگر: شخص ثالث شخصی غیر از طرفین عقد است. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند، احمد و محمود طرفین عقد اند و جمشید شخص ثالث. بخش دوم نص این ماده که می گوید اقاله نسبت به اشخاص ثالث حکم عقد جدید را دارد مبهم به نظر می رسد. قابل توصیه است این بخش این ماده ق. م اصلاح گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر عقد نسبت به طرفین و شخص ثالث است.

در فقه در باره ماهیت فقهی اقاله در فقه نیز اختلاف وجود دارد: فقهای مالکیه و ظاهریه آن را بیع مجدد می دانند و برای مستدل ساختن این نظر خویش معتقدند که از آن روی باید اقاله را بیع مجدد دانست که مبیع به همان جهتی که از دست بایع بیرون رفته است به او بر می گردد و همچنین با توافق متعاقدين کامل می شود و

از حیث احکام نیز مانند بیع است. فقهای شافعیه و حنابله اقاله را فسخ می دانند و نظر خویش را چنین توجیه می نمایند که اقاله در واقع رفع و ازاله عقد بیع است و در آن مبیع با لفظی به بائع بر می گردد که بیع با آن منعقد نمی شود. بنابراین، مانند رد به دلیل عیب باید آن را فسخ شمرد.

فقهای حنفیه در این باره قایل به تفصیل شده اند: امام ابو حنفیه رحمته الله معتقد است که اقاله نسبت به طرفی عقد، فسخ و نسبت به شخص ثالث بیع جدید است. زیرا، اقاله قبل از قبض و یا پس از آن صورت می پذیرد. امام ابو حنفیه رحمته الله نظر خویش را چنین توجیه می نماید که اقاله در لغت و در حقوق اسلام به معنای رفع است و در باره بیع بودن اقاله می گوید، از آن روی هرکس از متعاقدین مبیع و ثمن را در قبالی عوض در اختیار می گیرد، باید آن را بیع دانست و بیع هیچ مفهومی جز این ندارد.

بنابراین، اگر کسی خانه ای بخرد و شفیع داشته باشد، و شفیع پس از آگاهی از بیع طلب شفعه نکند و عاقدان بیع اقاله کنند، آنگاه شفیع حق طلب دوباره شفعه را خواهد داشت. زیرا، در حق او اقاله عقد جدیدی است و مراد از شخص ثالث در اینجا اوست. امام ابو یوسف رحمته الله بر این عقیده است که اقاله در حق طرفین عقد و در حق اشخاص ثالث بیع جدید است، مگر در مواردی که نتوان آن را بیع شمرد که در آن صورت باید آن را فسخ دانست مانند اینکه: اقاله پیش از قبض در مبیع منقول متحقق گردد. زیرا، بیع منقول قبل از قبض صحیح نیست. ولی، امام محمد رحمته الله بر این عقیده است که اقاله فسخ است، مگر در مواردی که نتوان آن را فسخ شمرد. در نتیجه، آنگاه باید ضرورتاً آن را بیع دانست.^{۷۴۸}

به موجب فقه مبنای اقاله توافق طرفین است. زیرا، عقد بر اساس توافق طرفین منعقد می گردد و این توافق باید توان بر هم زدن عقد را نیز داشته باشد. در فقه فقهاء جواب مثبت دادن به تقاضای اقاله را مستحب می دانند^{۷۴۹} و برای استحباب آن به حدیثی از پیامبر صلی الله علیه و آله استناد می نمایند که فرموده است:

«مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ.»^{۷۵۰}

«هرکس به تقاضای اقاله شخص مسلمان پاسخ گوید، خداوند صلی الله علیه و آله از لغزش های او در روز قیامت در می گذرد.»

دلیل این حکم این است که ممکن است شخص از کرده خود پشیمان گردد و به مورد معامله دلبستگی نداشته و یا اینکه مشتری از معامله ای که کرده است پشیمان گردد. طبق فقه در مواردی نیز اقاله واجب است، مانند: موردی که عقد فاسد باشد که در این صورت بر هر یک از متعاقدین رجوع از عقد واجب است. زیرا، رفع معصیت به قدر امکان واجب است که این امر از طریق اقاله و یا فسخ متحقق می گردد.^{۷۵۱}

۷۴۸. همان، _____ جلد (۵)، صص ۳۲۶ و ۳۲۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۹۷ و ۳۹۸.
۷۴۹. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۳۱۳۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۶.
۷۵۰. رواه البیقهی عن ابي هريرة، و رواه ايضاً ابن ماجه و ابن حبان في صحيحه.
۷۵۱. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۲۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۶.

فقهاء بر این عقیده اند که اقاله به هر لفظ ممکن که کاشف از اراده طرفین باشد صورت پذیرد مشروط بر آنکه صراحت داشته باشد مانند اینکه: شخص بگوید: عقد را فسخ یا رفع یا ترك نمودم.^{۷۵۲} محل اقاله عقود لازم قابل فسخ است، زیرا فسخ عقود لازم ممکن نیست مگر از طریق توافق طرفین. بنابراین، اقاله در عقودی مانند: بیع، مضاربت، شرکت، اجاره، رهن، سلم و صلح صحیح است. اما، در عقود غیر لازم مانند: اعاره، وصیت، جعالة، و عقود لازمی که قابل فسخ نیست، مانند: نکاح صحیح نیست.^{۷۵۳} فقهاء شرایط زیر را برای اقاله معین کرده اند:

۱- رضای طرفین: زیرا، همانگونه که انعقاد عقد باید بر اساس تراضی طرفین صورت پذیرد، رفع و از بین بردن عقد نیز مستلزم تراضی آنهاست؛

۲- اتحاد مجلس: شرط دوم اقاله اتحاد مجلس است. بنابراین، شرط است که اقاله در مجلس واحد صورت پذیرد؛

۳- قابل فسخ بودن عقد: شرط سوم اقاله این است که عقد قابل فسخ باشد، مانند: اجاره و بیع. بنابراین، در صورتی که تصرف قابل فسخ نباشد، مانند: نکاح و طلاق اقاله صحیح نیست؛ و

۴- بقای محل در وقت اقاله: وجود مبیع در هنگام اقاله شرط است. زیرا، مبیع به عنوان محل عقد باید در زمان انعقاد عقد وجود داشته باشد، وگرنه، اقاله درست نیست.^{۷۵۴} ماده ۷۴۹ ق. م. ا با اقتباس از حقوق اسلام در این باره مقرر می دارد که: «ثبات و وجود موضوع عقد هنگام اقاله حتمی می باشد. اگر موضوع عقد قبل از اقاله هلاک شود، اقاله باطل می گردد [...]».

پرسش این است که اقاله در قسمتی از محل عقد درست است یا خیر؟ در پاسخ به سؤال فوق فقهای اهل سنت بر این عقیده اند که در سلم اگر صاحب سلم بخشی از سرمایه خود و بخشی از مسلم فیه را پس از فرا رسیدن موعد و یا قبل از آن به رضای صاحبش بردارد، جایز است و به میزان برداشته شده اقاله صورت پذیرد. ولی، مالک بن انس و ابن ابی لیلی با این نظر مخالف اند و معتقدند که چنین کاری عقد را باطل می سازد. ولی، این امر را در بیع به اتفاق می پذیرند و معتقدند که اقاله نسبت به بخشی از مبیع پذیرفته می شود.^{۷۵۵} ماده ۱۹۵ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید: «اگر برخی از مبیعه تلف شده باشد، اقاله در قسمت متباقی صحیح است.»

به طور مثال، شخصی زمین ملکیت خویش را با کشت به فروش می رساند و بعد از اینکه مشتری زراعت آن را درو می کند، طرفین با هم اقاله می نمایند، چنین اقاله در قسمت زمین به قدر پول مسمی صحت دارد. طبق ق. م اقاله در قسمتی از موضوع عقد جواز دارد. ماده ۷۴۹ ق. م در این باره تصریح می نماید که: «[...] در صورتی که قسمتی از موضوع عقد هلاک گردد، اقاله در مورد باقی مانده صحیح پنداشته می شود.»

۷۵۲. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۳۲۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۶.
 ۷۵۳. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۳۲۹.
 ۷۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۶؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۳۲۶.
 ۷۵۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۸ و ۳۹۹.

(۷) مُبطلات: طبق فقه و ق. م مُبطلات اقاله قرار ذیل است:

- ۱- هلاک مبیع: در صورتی که مبیع بعد از اقاله و قبل از تسلیم، هلاک گردد، اقاله باطل می شود. زیرا، یکی از شروط اقاله بقای مبیع به حالت اولی است؛ و
- ۲- عدم تغییر مبیع: در صورت تغییر مبیع نیز اقاله باطل می شود اعم از اینکه تغییر و زیادت منفصله باشد، مانند اینکه حیوان مبیع بعد از اقاله چوپه متولد نماید و یا منفصله باشد، مانند: رنگ کردن جامه.^{۷۵۶}
- ۸) اثر: اثر اقاله انحلال عقد است؛ بدین معنی که: هرگاه عقد اجراء شده باشد، به حالت پیش از اجراء باز می گردد و اگر اجراء نشده باشد، از اجراء آن جلوگیری به عمل می آید و دیگر قابل اجراء است.^{۷۵۷}

۷۵۶. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۳۳۰.
۷۵۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۹.

فصل دوم: اراده انفرادی

مقدمه:

نوع دوم عمل حقوقی طبق ق. م اراده انفرادی است. نویسندگان ق. م قواعد ایقاع را در جلد دوم، قسمت دوم، زیر عنوان اراده انفرادی در مواد ۷۵۱ - ۷۵۳ تنظیم نمودند. همچنین، نویسندگان ق. م قواعد جعاله که یکی از مصادیق ایقاع است و بحث آن خواهد آمد را در مواد ۷۵۴ - ۷۵۷ تنظیم نموده‌اند. چنانچه ملاحظه می‌شود، نویسندگان ق. م قواعد ایقاع را در سه ماده ق. م تنظیم نموده‌اند.

به نظر می‌رسد علت این امر این است که نویسندگان ق. م ایقاع را تابع قواعد عمومی عقود نموده‌اند. ماده ۷۵۱ ق. م حکم می‌نماید که: «اراده انفرادی تابع تمام احکام مربوط به عقد می‌باشد، مگر در احوالی که وجود توافق اراده دو طرف برای ایجاد تعهد، حتمی پنداشته شود.» از نص بخش اول این ماده به خوبی فهمیده می‌شود که ایقاع تابع قواعد عمومی عقود است، اما بخش دوم این ماده که تصریح می‌نماید که مگر در احوالی که وجود توافق اراده دو طرف برای ایجاد تعهد حتمی پنداشته شود مبهم به نظر می‌رسد. طبق بخش اول این ماده ایقاع تابع قواعد عمومی عقود است، اما طبق بخش دوم توافق دو اراده که عقد است به طور استثنایی تابع قواعد عمومی عقود نیست.

به عبارت دیگر: به نظر می‌رسد از این ماده یک اصل و یک استثناء را می‌توان استخراج کرد. اصل این است که ایقاع تابع قواعد عمومی عقود است، اما استثناء این است که در صورتی که وجود توافق دو اراده برای ایجاد تعهد حتمی باشد، این توافق تابع قواعد عمومی عقود نیست. بنابراین، بخش دوم این ماده مفهوم درست را افاده نمی‌نماید و قابل توصیه است اصلاح گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق قواعد عمومی بر ایقاع‌ها است.

به هر حال، آنچه بدیهی و مسلم است این است که بخش اول این ماده اراده انفرادی را تابع قواعد عمومی عقود ساخته است. اهمیت این نص این ماده این است که نص این ماده زمینه نظریه پردازی در خصوص ایقاع

را با استفاده از قواعد عمومی عقود فراهم می نماید و منجر به توسعه مباحث مربوط به اراده انفرادی می شود. لذا، با در نظر داشت قواعد عمومی عقود، در این فصل قواعد عمومی ایقاع را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث نخست) تعریف

ایقاع که در فقه به نام های اراده انفرادیه و التزام به اراده واحده و منفردیه نیز نامیده شده است^{۷۵۸} از ریشه «وقع» گرفته شده است که در لغت به معنای واقع ساختن و افگندن است.^{۷۵۹} در اصطلاح فقهی ايقاع عبارت از عمل حقوقی يك جانبه ای است که انشای آن نیازمند يك اراده است.^{۷۶۰} در اصطلاح حقوقی ايقاع عبارت از انشای اثر حقوقی است که با يك اراده انجام می شود.^{۷۶۱} از تحلیل این تعاریف می توان نتیجه گرفت که: (۱) آنچه صورت می پذیرد کاری ارادی است که به منظور رسیدن به هدف خاص انجام می پذیرد و نباید آن را با رویدادهای طبیعی و قهری اشتباه کرد. در نتیجه، اثری که بر ايقاع مرتب می شود دلخواه فاعل است؛ (۲) ايقاع با يك اراده واقع می شود و نیاز به توافق دو اراده ندارد. امتیاز ايقاع بر عقد در این است که با اراده فاعل آن واقع می شود و مؤثر است، هرچند که با اراده دیگری از بین برود. برخی از ايقاع ها نهادی مستقل اند؛ با يك اراده واقع می شوند و اثر می کند و بر پای می ماند، مانند: طلاق، فسخ، رجوع، تنفیذ و حیازت مباحات. ولی، برخی دیگر که در حقوق دیگران اثر مستقیم و آشکار تری دارد، با يك اراده به وجود می آید، ولی با رد مخاطب آن از بین می رود، مانند: وصیت که با اراده موصی واقع می شود و با رد موصی له پس از مرگ موصی از بین می رود.^{۷۶۲} دکتر لنگرودی برای ايقاع سه تعریف ارائه کرده است: (۱) ايقاع عملی است یکطرفی که به صرف قصد انشاء و رضای یکطرف منشاء اثر حقوقی می نماید بدون اینکه تأثیر یکطرفی قصد و رضای مذکور ضروری به غیر داشته باشد.^{۷۶۳} (۲) ايقاع، عملی است حقوقی که به صرف قصد یک طرف مؤجد یا موجب اثر حقوقی گردد بدون اینکه مستلزم اضرار احدی باشد خواه قابل فسخ و رد باشد خواه نباشد، خواه نتیجه اسقاط حق باشد خواه ایجاد حق برای غیر مانند وصیت تملیکی. (۳) اثر مطلوب انشاء کننده اثر حقوقی، هرگاه با قصد او پدید آید بدون نیاز به رضای شخص دیگر، ايقاع است.^{۷۶۴}

مبحث دوم) ارکان و انشاء

در مورد ارکان ايقاع استادان حقوق نظریات گوناگون ارائه کرده اند: دکتر لنگرودی در این مورد در الفارق می نویسد که: «عناصر ايقاع قرار ذیل است:

۷۵۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۱۷؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۲۱.
۷۵۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۱۷؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۲۲۴.
۷۶۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۱۷.
۷۶۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۴۷۱.
۷۶۲. همان، ناصر کاتوزیان، صص ۴۷۱ و ۴۷۲.
۷۶۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۱۰۰.
۷۶۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۸۱.

اول- عملی است که با قصد انشاء. پس، ایفاء تعهدات (= وفای دیون) از ایقاع خارج است. ایفاء حاجت به انشاء ندارد.

دوم- قصد نتیجه که لازم انشاء است. پس، رجوع زوج به زوجه مطلقه رجعیه از ایقاعات خارج است که حاجت به قصد نتیجه ندارد. در ایقاعی که از روی اکراه صورت گیرد، قصد نتیجه وجود ندارد. پس، صورت ایقاع را دارد نه حقیقت ایقاع را.

سوم- قصد کسی که ایقاع می کند در تأسیس اثر، حاجت به رضای شخص دیگر ندارد. پس، وصیت تملیکی (= تملیک معلق بر موت موصی) نیاز به رضایت موصی له ندارد.^{۷۶۵}

طبق این نظر، رکن ایقاع قصد ایقاع کننده است. داکتر کاتوزیان در مورد رکن ایقاع می گوید که: «ایقاع عبارت از انشای اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می شود. چنانکه ملاحظه می شود اراده منفرد (= یک اراده) رکن اصلی ایقاع است و تفاوت اصلی آن با عقد نیز همین است.»^{۷۶۶}

این نظریات در مورد ارکان ایقاع ناقص به نظر می رسد، زیرا در ایقاع نیز به نظر می رسد مانند عقد محل و سبب وجود دارد که تفصیل آنها در مبحث شرایط صحت ایقاع خواهد آمد. همچنین، ایقاع کننده برای ایقاع باید لفظی را استعمال نماید که نظر به نوع ایقاع و عرف می تواند متفاوت باشد. بنابراین، به نظر می رسد که: ایقاع بر خلاف عقد که دارای پنج رکن است، دارای چهار رکن به ترتیب ذیل است:

(۱) ایقاع کننده که نظر به نوع ایقاع می تواند متفاوت باشد. به حیث مثال، در وقف ایقاع کننده واقف، در وصیت موصی، در جعاله جاعل، در تملک مباحات متملك و در طلاق زوجه شوهر است.

(۲) اعلام و آن لفظی است که ایقاع کننده توسط آن ایقاع را انشاء می نماید که نظر به هر ایقاع و عرف می تواند متفاوت باشد، مانند این که: واقف بگوید این زمین من وقف مسجد، مساکین و غیره است و یا جاعل بگوید: هر کس پاسپورت مرا پیدا نماید، این مقدار جایزه برایش می دهم.

(۳) محل که عبارت از امری است که محل ایقاع واقع می شود. به عنوان مثال، در ابراء محل ابراء دین، در وصیت موصی به، در وقف موقوفه، در تملک مباحات، اموال مباح است. بر خلاف نظر آقای لنگرودی قصد را نمی توان رکن مستقل ایقاع محسوب کرد، زیرا قصد باید در ایقاع کننده وجود داشته باشد. به طور معمول، برای تمیز ایقاع از عقد گفته می شود که عقد زاده توافق دو یا چند اراده متقابل است، در حالی که ایقاع با یک انشاء واقع می شود.^{۷۶۷} به عنوان مثال خرید فروش عقد است که به اساس توافق طرفین منعقد می گردد. ولی، طلاق رجعی ایقاع است که بر اساس اراده شوهر واقع می گردد و اراده زن در آن نقشی ندارد.^{۷۶۸}

(۴) سبب: سبب در ایقاع نیز همان هدف اصلی است که ایقاع کننده می خواهد آن را حصول نماید. سبب ایقاع با توجه به موضوع ایقاع متفاوت است. به حیث مثال، در وقف سبب حصول ثواب و کمک به دیگران، در وصیت حصول ثواب و کمک به دیگران و در جعاله پیدا کردن شی گم شده است.

۷۶۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۸۶.

۷۶۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۵۱۷.

۷۶۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۵۱۷.

۷۶۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۶۳.

مبحث سوم) شرایط ارکان

ایقاع نیز مانند عقد انشای اثر حقوقی می کند، ولی یکجانبه و نیازمند یک اراده است؛ به این توضیح که: کلیه شروط لازم در وجود و صحت اراده در ایقاع نیز باید احراز شود، هرچند نسبت به یک اراده باشد.^{۷۶۹} بنابراین، ایقاع نیز تابع یک سلسله شرایط است که برخی آن مربوط به ایقاع کننده، برخی مربوط به موضوع و برخی هم مربوط به سبب ایقاع می گردد:

۱) شرایط ایقاع کننده: در ایقاع کننده رعایت شرایط ذیل ضروری است:

۱- وجود و سلامت اراده: ایقاع از جمله اعمال ارادی و انشائی و عبارت از تصمیمی است که شخص آن را آگاهانه انجام می دهد و رکن اصلی آن را اراده ایقاع کننده تشکیل می دهد. بنابراین، لازم است تا اراده در ایقاع کننده وجود داشته باشد. زیرا ایقاعی که براساس اراده جدی و به منظور دستیابی به اثر حقوقی انجام نشود و هدف آن هزل و یاهه گویی باشد، هیچ اثری در جهان حقوق ندارد. در این حالت، فرض این است که ایقاع کننده قاصد نیست و در پنهان هدف دیگری دارد و به حيله می اندیشد نه مدلول گفتار خود. همچنین است ایقاعی که از مست، بیهوش و دیوانه به دست می آید.^{۷۷۰}

۲- رضایت: شرط دوم ایقاع این است که ایقاع کننده باید راضی باشد و عیوب رضا که تفصیل آن در فصل قواعد عمومی عقود این دور از شرح ق.م گذشت، بر اراده ایقاع کننده وارد نگردیده باشد. به عنوان مثال، وصیتی که در اثر اکراه و یا اشتباه صورت پذیرد باطل است. همچنین است طلاق زوجه ای که در اثر اکراه زوج صورت پذیرفته باشد.

۳- اهلیت: چون ایقاع نیز کار ارادی و وسیله تصرف در اموال است، اجرای قواعد اهلیت که تفصیل آن در فصل قواعد عمومی عقود این دور از شرح ق.م گذشت در آن طبیعی به نظر می رسد. بنابراین، ایقاع کننده باید بالغ، رشید و عاقل باشد. ق.م.ا در مورد طلاق این قاعده را به صراحت اعمال کرده است (ماده ۱۳۶ ق.م). همچنین، در وصیت، جعاله و وقف عاقل، بالغ و رشید بودن واقف، موصی و جاعل شرط است. در صورتی که ایقاع کننده فاقد و یا ناقص اهلیت باشد، نایب شخص ناقص اهلیت می تواند ایقاع را به نیابت از شخص ناقص اهلیت واقع نماید. زیرا، همانطور که عقد به نیابت از دیگران اجراء شده می تواند، اراده انفرادی نیز ممکن است به نیابت از شخص دیگر انجام پذیرد، مانند اینکه: شخصی به وکالت از جانب شوهر، زوجه او را طلاق دهد.

۷۶۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۵۱۷.

۷۷۰. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۷). حقوق مدنی - ایقاع: نظریه عمومی، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۱۵۲ و ۱۵۳.

۲) **شرایط صیغه:** برای صحت ایقاع، در صیغه هم شرایطی وجود دارد. به حیث مثال، در ابراء مضاف نمودن ابراء به زمان آینده (مستقبل) هرچند معلوم نیز باشد به جز مرگ، صحیح نیست. زیرا، اصل در ابراء تنجیز است. همچنین، ابراء به معنی تملیک است، و تملیک مضاف شدن به زمان آینده را نمی پذیرد.

۳) **شرایط موضوع:** جهت صحت ایقاع، موضوع ایقاع باید دارای شرایط ذیل باشد:

۱- **موجودیت موضوع:** در ایقاع نیز مانند عقد، موضوع ایقاع باید موجود باشد. بنابراین، ابراء از دینی که هنوز محقق نشده است اثری ندارد.

۲- **معلوم و معین بودن موضوع:** شرط معلوم و معین بودن موضوع نیز ویژه عقد نیست و در ایقاع باید رعایت شود، چنانکه شفیع باید از کیفیت خرید و فروش و میزان ثمن آگاه باشد. همچنین، در وقف، عینی را که واقف وقف می نماید، باید معین و معلوم باشد. علاوه بر وقف و ابراء، در وصیت نیز شرط است که موصی به مال، متقوم و قابل نقل و انتقال باشد. با وجود این، در ایقاعی که بر مبنای مسامحه واقع می شود و هدف از آن احسان است، علم اجمالی به وجود موضوع کافی است. به عنوان مثال، ابراء از دینی که مدیون از مقدار آن آگاهی کامل ندارد، درست است.

۳- **قدرت بر تسلیم:** هدف نهایی هر التزام اجرای آن است، خواه منبع آن عقد باشد یا ایقاع. بنابراین، بطلان تعهدی که مدیون توان اجرای آن را ندارد، ویژه قرارداد یا نتیجه اخلال در مفاد توافق نیست؛ از قواعد عمومی اعمال حقوقی است و در ایقاع نیز رعایت می شود.^{۷۷۱} بنابراین، در ایقاع نیز ایقاع کننده باید قدرت تسلیم موضوع ایقاع را به جانب مقابل داشته باشد. به عنوان مثال، در وقف شرط است که موقوفه مال واقف باشد، و واقف بتواند آن را به موقوف علیه و یا موقوف علیهم انتقال دهد.

۴) **شرط جهت (سبب):** در ایقاع نیز مانند عقد شرط است که جهت ایقاع مشروع باشد. این اصل را می توان در وصیت که ایقاع است به وضوح مشاهده کرد. به موجب ماده ۲۱۱۰ ق. م وصیت جهت مؤسسات عامه صحیح تلقی می گردد. ولی، جهت صحت آن شرط است که در صورتی که وصیت توسط شخص مسلمان ایفاء شود نباید جهت معصیت باشد مانند: وصیت بر قمار خانه، رقاصه خانه، کتاب های سحر و جادو، کتاب های گمراه کننده، وصیت به آلات لهو و لعب و نظیر اینها، زیرا وصیت جهت قربت جستن به خداوند و حصول ثواب تشریح گردیده است.

مبحث چهارم) تقسیمات

داکتر ناصر کاتوزیان به چندین اعتبار ایقاع را تقسیم کرده است. البته، این تقسیم بندی به نحوی از انحاء متأثر از تقسیمات عقد است که عبارتند از:

۱) **به اعتبار رضایت و تشریفات:** ایقاع به اعتبار رضایت و تشریفات به دو نوع: ایقاع غیرتشریفاتی و تشریفاتی تقسیم می شود. ایقاع غیرتشریفاتی عبارت از ایقاعی است که منشأ آن رضای صاحب اراده است مانند: یمین که تابع تشریفات خاص نیست و انشای آن منوط بر اراده اداء کننده آن است، حال آنکه منشأ ایقاع

۷۷۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۴۹۲.

تشریفاتی، تشریفاتی است که توسط قانونگذار بیان شده است. به عنوان مثال، طلاق ایقاعی است که انشای آن تابع تشریفات خاص است از قبیل: وعظ و نصیحت زوجه، ترک همبستری، رفتن به محکمه ذیصلاح و تعیین حکمین و در صورت عدم نتیجه واقع گردیدن طلاق توسط محکمه ذیصلاح و سپری نمودن عدت توسط زوجه مطلقه، ثبت طلاق و امثال اینها. اهمیت رعایت شکلیات ایقاع قرار ذیل است:

۱- در عقود، شیوه برخورد مردم در معاملات و گفتگوهای مرسوم در این زمینه سبب آگاهی و هوشیاری دو طرف می شود، در حالی ایقاع را يك تن إنشاء می کند. پس، طبیعی است که قانونگذار با اجباری ساختن رعایت تشریفات ایقاع، مانند: به کار بردن لغات معین به اندیشه تصمیم گیرنده کمک می کند، مانند: رعایت تشریفات در طلاق و رجوع به زوجه مطلقه رجعیه؛

۲- در عقود، که مظهر جمع دو نفع متقابل است، هر يك از طرفین برای اثبات حق خود دلایلی فراهم می آورد تا در زمان اختلاف به کار آید. ولی، در ایقاع، احسان کننده چنین اهمیتی ندارد. از همین رو، وقوع عمل حقوقی و تاریخ انشای آن مبهم و مجهول می ماند و سبب اختلاف می شود. به عنوان مثال، اگر تاریخ طلاق به گونه ای قاطع روشن نباشد، ممکن است خانواده ای در هم بریزد و نسبی به تردید افتد و سرمایه ای بر باد برود. بنابراین، قانون حکم می نماید که تاریخ طلاق معین و مشخص باشد. از همین رو، قانون شوهر را مکلف به رعایت تشریفات طلاق و ثبت آن نموده و این امر انگیزه پیش بینی تشریفات از سوی قانونگذار است؛ و

۳- در ایقاع، چون اراده يك شخص در حقوق دیگران اثر می کند، ناچار عمل حقوقی باید مسبوق به اختیار تصمیم گیرنده باشد. قانونگذار در اعطای این اختیار گشاده دستی نمی کند و، اگر به ضرورتی آن را مقرر می دارد، حفظ حقوق دیگران را از یاد نمی برد و، با ایجاد تشریفات ویژه، موانعی در راه اضرار ناروا و خروج از مسیری که برای رسیدن به هدف اجتماعی پیش بینی شده است ایجاد می کند.

این حکمت و ضرورت را در طلاق آشکارا می بینیم. شوهر می تواند زن خود را طلاق دهد. ولی، قانونگذار، در عین حال که این اختیار را به شوهر داده است، در باره انحلال خانواده بی تفاوت نیست و می کوشد تا از تصمیم های نسنجیده و قهر آلود و تعصب آمیز شوهر جلوگیری کند. به همین جهت، او را ناگزیر می سازد که به محکمه رود و به حکمیت تن در دهد و پس از گرفتن اذن محکمه، طلاق را زمانی واقع سازد که جدایی بدنی بین زن و شوهر زمانی ادامه پیدا کند.^{۷۷۲}

۲) به اعتبار تعلیق و تنجیز: ایقاع به اعتبار تعلیق و تنجیز به دو نوع: ایقاع منجز و معلق تقسیم می شود. ایقاع منجز عبارت از ایقاعی است که مشروط و منوط به حصول امری نیست، مانند: وقف، حال آنکه ایقاع معلق، ایقاعی است که مشروط، منوط و معلق به تحقق امری است، مانند: جعله یا وعده جایز که تحقق آن وابسته به حصولی امری است که توسط وعده دهنده معین گردیده است که در محل آن در باب آن بحث خواهیم نمود.

۳) به اعتبار لزوم وجواز: به اعتبار لزوم و جواز نیز ایقاع بر دو نوع: ایقاع لازم و ایقاع جایز تقسیم می شود. آنان که معتقد به این امر هستند که ایقاع موجب تعهد و التزام است، این تقسیم بندی را نیز پذیرفته اند. برعکس، منکران این نظریه معتقد اند که چنین تقسیم بندی موضوعیت ندارد، چرا که به طور کلی ایقاع را غیر الزام آور می دانند.

ولی، طبق ق. م. ا ایقاع بر کسی که آن را انشاء می نماید الزام آور است که به برخی مصادیق آن قبلاً اشاره صورت گرفت. به هر حال، ایقاع لازم آن است که موجب تعهد و التزام است و قابل رجوع نمی باشد، مانند اسقاط حق که نمونه آشکار آن ابراء است. برعکس، ایقاع جایز آن است که صاحب اراده انفرادی می تواند از آن رجوع نماید، مانند: وصیت.^{۷۷۳}

۴) به اعتبار ایجاد و اسقاط: به اعتبار ایجاد و اسقاط نیز ایقاع بر دو نوع: ایقاع مؤجد حق و ایقاع مُسقط حق تقسیم می شود. ایقاع مؤجد حق عبارت از ایقاعی است که به موجب آن حقی برای دیگری ایجاد می شود، مانند: اخذ ملك از طریق شفعه و تملك مباحات. برخلاف ایقاع مؤجد حق، ایقاع مسقط حق عبارت از ایقاعی است که به موجب آن شخص حقی را که بر عهده دیگری دارد، ساقط می کند، مانند: ابراء.

۵) به اعتبار معین و غیر معین بودن: برخی نویسندگان بر این نظر اند که ایقاع به اعتبار معین و غیر معین بودن به ایقاع معین و غیر معین تقسیم می شود. ایقاع معین ایقاعی است که در قانون نام و احکام خاص دارد مانند: طلاق که احکام و تشریفات ویژه ای دارد و شرایط وقوع آن در قانون مدنی معین است، یا وقف و وصیت که احکام و شرایط هر کدام در ق. م. ا آمده است و احیای اراضی موات و حيازت مباحات.^{۷۷۴} در برابر ایقاع های معین، گروهی ایقاع دیده می شود که نام و احکام ویژه ای در قانون ندارد. ولی، بر طبق قواعد عمومی نافذ است، مانند: ایقاع های اذنی مانند اباحه که تعریف آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

برخلاف عقود که آزادی انعقاد آنها پس از گفتگوها و تحول فراوان استقرار یافته است، در ایقاع وجود چنین اصلی به شدت مورد تردید است و تنها اندکی از مؤلفان خیالپرداز به وجود اصل آزادی ایقاع اشاره کرده اند. پس، ساحة ایقاع نامعین به درستی روشن نیست و در باره ماهیت بیشتر مصداق های مورد ادعا نظرها گوناگون است، چنانکه بعضی از مؤلفان ایقاع نامعین را انکار کرده اند و بر این باور اند که ایقاع نافذ محدود به مواد پیش بینی شده در قانون است.^{۷۷۵} به نظر می رسد، برخلاف عقود، که به اعتبار تعیین نام و پیش بینی احکام در قانون و شرع به عقود معین و غیر معین تقسیم می شود، تقسیم ایقاع به ایقاع معین و غیر معین محل ایراد به نظر می رسد، زیرا نمی توان برای ایقاع نامعین مصداقی تعیین کرد، زیرا همه ایقاع ها که در علم حقوق و فقه شناخته شده اند، دارای احکام خاص اند.

۷۷۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۱۸.
 ۷۷۴. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۷۴ و ۴۷۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۵۱۸ و ۵۱۹.
 ۷۷۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۴۷۴ و ۴۷۵.

مبحث پنجم) مصادیق

فقهاء و حقوقدانان در باره مصادیق ایقاع معین نیز اختلاف نظر دارند: چنانچه داکتر ناصر کاتوزیان از شفعه و ابراء به عنوان ایقاع یاد کرده است، حال آنکه داکتر وهبت الزحیلی از جعاله، وقف، ابراء، وصیت، سوگند و کفالت نیز به عنوان ایقاع یاد می کند.^{۷۷۶} داکتر لنگرودی در این مورد می نویسد که: «این است فهرست ایقاعات حسب استقرایی که کرده ام در انظار و اقوال که شرح آن بماند فعلاً:

الف- طلاق که به حکم قانون ایقاع است.

ب- اخذ ملک از طریق شفعه که آن هم قانوناً ایقاع است.

ج- تعهد به نفع شخص ثالث در عقود حتی به صورت تملیک مال به او.

د- رد عقد فضولی.

ه - احسانات به شرح ذیل:

- هبه.

- وقف.

- تصدق نزد مالیکه.

- آنچه که عقد ضمان نامیده شده است.

- آنچه را که عقد کفالت گفته اند.

- نثار اعراس که اباحه تملیک است.

- ابراء.

اما غیر احسانات از قرار ذیل است:

- رهن تبرع.

- جعاله.

- وکالت که از عقود اذنیه است و اذن در تفویض اختیار، نیاز به قبول مأذون ندارد، حتی رد او هم اذن را محو نمی کند. مأذون فقط می تواند به اذن، ترتیب اثر ندهد.

- حیازت مباحات، تحجیر، احیاء موات.

- اعراض.

- فسخ عقود.

- رجوع مانند رجوع از هبه.

- عاریت.

- حواله.

- الترام مدیون سند در وجه حامل که با قصد تنهای خود، خویشتن را در برابر هر یک از دارندگان آن سند، متعهد می گرداند.

۷۷۶. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۲۲-۲۹۴۲؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۱۹.

- ایجاد ملزم در مورد عقد غایبین^{۷۷۷}. در حقوق افغانستان (طبق ق. م) هبه، رهن، عاریه و حواله از جمله عقود معین اند. کفالت نیز طبق ق. م. انعقد است. اما، در فقه در مورد کفالت اختلاف وجود دارد. طبق ق. م وصیت نیز از جمله عقود معین نیست، بلکه یکی از اسباب کسب ملکیت و ایقاع است. در فقه در مورد وصیت که عقد است یا ایقاع اختلاف وجود دارد. رد عقد فضولی ایقاع است. طبق ق. م تعهد به نفع شخص ثالث که تفصیل آن در فصل قواعد عمومی این دور از شرح ق. م گذشت، ایقاع است. فسخ یکطرفه برخی عقود مانند: وکالت، عاریت، قرض و امثال اینها نیز ایقاع است که تفصیل آن در فصل قواعد عمومی عقود این دور از شرح ق. م گذشت. در ذیل برخی نهادهای حقوقی - فقهی را که ایقاع تلقی می شود با در نظر داشت اختلاف فقهاء به صورت مختصر مورد مطالعه قرار می دهیم:

(۱) **جعاله:** نوع اول اراده انفرادی وعده جایز یا جعاله است. نویسندگان ق. م قواعد جعاله را در جلد دوم، قسمت دوم مواد ۷۵۴ الی ۷۵۷ تنظیم نموده اند:

۱- **تعریف:** جعاله که در ق. م. ا به نام وعده نیز یاد شده است (ماده ۷۵۴) به ضم «جیم» از ریشه «جعل» به معنای مزد، حق العمل و هر آن چیزی است که برای انسان در برابر انجام کاری مقرر می شود.^{۷۷۸} به شخصی که پرداخت مزد و یا اجوره و یا جایزه را وعده می دهد، جاعل و در ق. م وعده دهنده گویند و به شخصی که عمل را انجام می دهد و مستحق دریافت جایزه می شود عامل می گویند. در اصطلاح فقهی دو تعریف برای جعاله ارایه شده است. برخی حقوقدانان بر این نظر اند که: به التزام عوض معلوم بر عمل معین یا مجهول جعاله گویند.^{۷۷۹}

این تعریف از این جهت که جعاله را تعهد به پرداخت اجوره معین توسط جاعل در برابر انجام عمل معین توسط عامل می داند، درست است، اما از این جهت که عمل در جعاله مجهول باشد، محل ایراد به نظر می رسد، زیرا عمل در جعاله باید معلوم باشد. برخی دیگر فقهاء در تعریف جعاله گفته اند که: به اجاره بر منفعت مظنون الحصول جعاله گویند، مانند اینکه: کسی بگوید: اگر کسی حیوان سرکش مرا به من باز گرداند به او فلان مقدار مزد خواهم داد؛ یا هر کس فلان مریض را تداوی نماید و یا قرآن کریم را حفظ نماید به او فلان مقدار مزد خواهم داد.^{۷۸۰}

این تعریف نیز ناقص به نظر می رسد، زیرا جعاله اجاره نیست. ماده ۷۵۴ ق. م. ا در تعریف جعاله یا وعده می گوید که: «وعده عبارت است از الزامی که شخص در برابر غیر بر نفس خود در زمان آینده به وجود آورده و تعهد فوری را افاده نمی کند. وعده احیاناً بر عقد و احیاناً بر عمل واقع می گردد.» این تعریف از این جهت که جعاله تعهدی است که جاعل آن را نسبت به غیر برای خود در آینده ایجاد می نماید درست است.

۷۷۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۸). الفارق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، صص ۴۸۱ - ۴۸۳.
 ۷۷۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۲۲؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۸۷.
 ۷۷۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۲۲؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۸۷.
 ۷۸۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۲۲؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۸۷.

همچنین، بخش اخیر این ماده که تصریح می نماید موضوع جعاله امکان دارد اجرای عمل باشد، درست، اما عبارت «وَعِدَهُ اَحْيَانًا بِرِغْدٍ» محل ایراد به نظر می رسد.

به نظر می رسد، جعاله تعهد به پرداخت جایزه معین توسط جاعل در برابر انجام عمل معین توسط عامل است. طبق این تعریف جعاله ایقاع است که توسط جاعل انشا می شود و هدف آن اجرای عمل معین توسط عامل در برابر اجوره معین است. عمل می تواند امروزه متعدد و مختلف باشد، مانند: گذاشتن جایزه برای تألیف مقاله، کتاب، پیدا کردن شی، مانند: پیدا کردن پاسپورت، ویزه، کلید، حیوان گمشده و امثال اینها. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف جعاله است.

فقههای امامیه و جمهور فقهای مالکیه، شافعیه و حنابله جعاله را جایز می دانند. ولی، جعاله به نظر فقهای حنفیه جایز نیست. فقهای مذکور می گویند: جعاله متضمن غَرَر: یعنی؛ جهالت عمل و مدت است و بنابراین نمی توان جعاله را مانند سایر اجارات که معلوم بودن عمل، مأجور، اجرت و مدت در آن شرط است، استثناء کرد. ولی، قایلان به صحت جعاله ضمن آنکه مبنای اصلی آن را ضرورت و نیاز مردم می دانند، به آیاتی و احادیثی نیز استناد کرده اند، از آن جمله که در قرآن کریم در قصه حضرت یوسف عَلَيْهِ السَّلَامُ آمده است:

﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَ لَمِنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَ اَنَا بِهٖ زَعِيمٌ ﴾ - [یوسف / ۷۲]

«گفتند: جام پادشاه را گم کرده ایم و هرکس آن را بیاورد، یک بار شتر [جایزه] خواهد داشت و من ضامن این وعده هستم.»

همچنین فقهای مزبور به حدیث پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استناد می نمایند که در جنگ حنین فرموده است:

«مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ». ۷۸۱

«کسی که یک نفر از دشمن را به قتل رساند متاع، مال، سلاح و اسب وی از آن او باشد.» ۷۸۲

۲- ارکان: به نظر می رسد ارکان جعاله عبارت اند از: جاعل، جایزه، عمل، عامل و اعلان. جاعل وعده دهنده است. عمل موضوعی که باید اجراء شود، عامل شخصی است که عمل را باید انجام دهد، جایزه نیز حق العمل و یا مزد است و اعلان هم ابراز اراده جاعل.

۳- شروط: ق. م در باب شروط جعاله سکوت اختیار نموده است. ولی، به موجب فقه جعاله دارای شروط آتی است:

- اهلیت جاعل: در جعاله شرط است که جاعل بالغ، عاقل و رشید باشد. بنابراین، جعاله كودك، دیوانه و محجور علیه درست نیست؛

- اهلیت عامل: مراد از اهلیت عامل آن است که وی اهلیت و سزاواری انجام آن عمل را شرعاً و عقلاً داشته باشد؛

- تعیین مزد: فقهاء بر این نظر اند که در جعاله اجرت باید مالی معین باشد. زیرا، اگر عوض مجهول باشد، عقد به دلیل جهالت عوض باطل محسوب می گردد؛

۷۸۱. رواه احمد و ابو داود عن انس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

۷۸۲. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، ص ۲۹۲۲؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۷۸۷.

- **حلال بودن اجرت و عمل:** اگر کسی اجرتی حرام برای جعاله تعیین کند و یا انجام کار حرام باشد، مانند: تعیین مزد برای کشتن شخص بیگناهی به اتفاق نظر فقهاء چنین جعاله ای درست نیست؛ و
 - **عدم مقرر بودن زمان:** برخی از فقهاء بالاخص فقهای مالکیه بر این نظر اند که در جعاله شرط است که برای آن مدتی مقرر نباشد و نیز برخی آسان بودن عمل را نیز در آن شرط دانسته اند.^{۷۸۳}
 ۴- **آثار:** بر جعاله آثار ذیل مرتب می گردد:

- **پرداخت جایزه توسط جاعل:** ماده ۵۷۶ ق. م. ا: «شخصی که در برابر انجام عمل معین به اعطای جایزه وعده کرده باشد، مکلف است جایزه وعده شده را به شخصی که آن را انجام داده است اعطاء نماید، گرچه عمل بدون در نظرداشت وعده انجام شده باشد.» از نص این ماده یک قاعده استنباط می گردد. طبق بخش اول نص این ماده، وعده دهنده مکلف است وعده ای را که در برابر انجام عمل معین نموده است، به عامل پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر عامل تذکره جاعل را پیدا نموده باشد و جاعل پرداخت جایزه را وعده نموده باشد، باید آن را به عامل پرداخت نماید.

همچنین، اگر پسر احمد گم شده باشد و احمد بگوید هر کس پسر من را پیدا نماید من به او ده هزار افغانی شیرینی می دهم، در صورتی که محمود پسر احمد را پیدا نماید و تسلیم احمد نماید، احمد مکلف است ده هزار افغانی را به محمود بدهد. اما، بخش دوم این که ماده که تصریح می نماید: «گرچه عمل بدون در نظرداشت وعده انجام شده باشد» مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از گرچه عمل بدون در نظرداشت وعده انجام شده باشد این است که عامل مستحق دریافت جایزه می شود، اگرچه نداند عملی را که انجام داده است، برای آن جایزه ای تعیین شده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر وعده است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۶۱):

در ماده (۷۵۶) معلوم نیست که کدام نوع عقد ایجاب جایزه را می نماید.

توضیح:

مصدق ماده (۷۵۶) در یک یا چند نوع عقد و یا عمل منحصر نبوده در جمیع عقود و اعمالی که مخالف آداب عامه و نظام عامه نباشد و قانون آن را حمایت کند قابل اجرا است.^{۷۸۴}

طبق ماده ۷۵۵ ق. م. ا: «وعده دهنده تا وقتی که وفات ننموده یا مفلس نگردیده است، به ایفای وعده مکلف می باشد.» از نص این ماده یک قاعده استنباط می گردد. طبق نص این ماده تصریح می نماید که وعده دهنده تا وقتی که وفات ننموده است و یا مفلس نگردیده است، مکلف به اعطای جایزه است. مفلس در لغت به

۷۸۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۷۸۹.

۷۸۴. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 526.

معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح فقهی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.^{۷۸۵}

مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورت وفات جاعل و یا افلاس او، تعهد او ساقط می گردد. اسقاط پرداخت جایزه که تعهد حقوقی است در صورت وفات جاعل و یا افلاس او محل ایراد به نظر می رسد، زیرا جعاله نیز مانند عقد عمل حقوقی است که موجب ایجاد تعهد می شود و تعهدات جز با ادا، مجرای، مرور زمان، اتحاد ذمه، تجدید تعهد و ... که تفصیل آن در بخش اخیر این کتاب خواهد آمد ساقط نمی شوند. به حیث مثال، اگر تذکره احمد گم شود و احمد بگوید هر کس تذکره من را پیدا نماید به او بیست هزار افغانی می دهم، احمد مکلف است به یابنده تذکره بیست هزار افغانی بدهد مگر این که مفلس گردد یا وفات نماید.

- رجوع از جعاله: طبق ماده ۷۵۷ ق. م: «هرگاه وعده دهنده، مدتی را برای انجام عمل تعیین نکرده باشد، می تواند قبل از آنکه شخص عمل معینه را انجام داده باشد، از وعده اش رجوع نماید. مطالبه جایزه وعده داده شده، بعد از سه ماه از تاریخ اعلان رجوع از وعده قابل سمع نمی باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که در جعاله امکان دارد جاعل زمان اجرای عمل را معین نموده باشد و یا ننموده باشد. بنابراین، در صورتی که جاعل مدت اجرای عمل را نکرده باشد، می تواند قبل از این که عامل عمل را انجام دهد، از آن رجوع نماید. به حیث مثال، اگر کلید موتر احمد گم شده باشد و احمد بگوید هر کس کلید موتر من را پیدا نماید من به او بیست هزار افغانی شیرینی می دهم، اما قبل از این که محمود کلید موتر را پیدا نماید احمد می تواند از جعاله رجوع نماید.

دوم این که در صورتی که عامل عمل موضوع جعاله را برای جاعل انجام دهد، باید طی مدت سه ماه بعد از تاریخ اعلان، دریافت جایزه را از جاعل مطالبه نماید، در غیر آن، بعد از انتهای این مدت، دعوی او قابل سمع نیست. به حیث مثال، اگر پسر احمد گم شده باشد و احمد بگوید هر کس پسر من را پیدا نماید من به او ده هزار افغانی شیرینی می دهم، در صورتی که محمود پسر احمد را پیدا نماید و تسلیم احمد نماید، احمد مکلف است ده هزار افغانی را به محمود بدهد. در صورتی که محمود در مدت سه ماه دریافت جایزه را از احمد مطالبه ننماید، بعد از گذشت سه ماه دعوی محمود تحت مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قرار می گیرد و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم رجوع از جعاله و مدت مرور زمان جعاله است.

(۲) وقف: وقف، که تعریف و احکام آن در جلد اول این دور از شرح ق. م گذشت، بر اساس اراده واحده (اراده واقف) انشاء می گردد و تحقق آن منوط بر قبول موقوف علیه و یا موقوف علیهم نیست.^{۷۸۶} بنابراین، ایقاع تلقی می گردد.

۷۸۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۲۳۰ و ۲۳۱
۷۸۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۲۳.

۳) ابراء: در باره ابراء در فصل سقوط تعهدات به صورت مفصل بحث خواهیم نمود، آنچه ذکر آن در این بخش ضروری است این است که در حقوق ابراء ایقاع است و موجب اسقاط حق توسط ابراء کننده می گردد و عدم قبول جانب مقابل در آن نقشی ندارد. ولی، اینکه ابراء در فقه عقد است یا ایقاع فقهای حنفی معتقدند که ابراء ایقاع است و نیازی به قبول مدیون ندارد و به مجرد ایجاب منعقد می شود، چرا که از نگاه فقهای حنفی ابراء اسقاط است و اسقاطات مانند: طلاق نیازمند قبول نیستند. در ضمن، اینان معتقدند که هیچ تفاوتی نمی کند که تعبیر ایجاب به لفظ ابراء یا به لفظ هبة دین به مدیون باشد.^{۷۸۷}

۴) وصیت: در فقه به تملیک تبرعی مضاف به پس از مرگ وصیت گویند و هیچ تفاوتی نمی کند که مملک عین یا منفعت باشد، مانند: وصیت به مبلغ معینی از مال و یا به منفعت خانه به شخص معین و یا جهت خیریه بعد از وفات موصی. بنابراین، وصیت ایقاعی است که بر اساس اراده واحد موصی تمام می گردد و به ایجاب موصی متحقق می گردد. پس، رکن وصیت ایجاب صادر از موصی است. ولی، قبول موصی له بعد از وفات موصی رکن وصیت تلقی نمی گردد، بلکه به نظر راجح فقهای حنفیه شرط لزوم وصیت و دخول موصی به در ملک موصی له بعد از فوت موصی است.^{۷۸۸} طبق ق. م نیز وصیت عقد نیست.

۵) یمین: یمین در لغت به معنای سوگند، حلف و قسم است و در اصطلاحی حقوقی و فقهی به تأکید گذاردن به چیزی یا حقی یا سخنی (نفیاً یا اثباتاً) با یاد کردن نام خداوند و یا وصفی از اوصاف او یمین گویند. همچنین، فقهاء یمین را به ایقاعی که موجب قوی گردیدن عزم حالف مبنی بر ترك و یا فعل امری می گردد تعریف کرده اند، مانند اینکه: شخص بگوید: والله مهمان خویش را گرامی می دارم! یا بگوید: والله اگر بدانم که این شخص یتیم است نفقه وی را تأمین می نمایم! که در چنین حالات دیناً و فاء به سوگند بر وی واجب می گردد. بنابراین، در صورتی که از وفای آن استتکاف ورزد کفاره سوگند بر وی لازم می گردد.^{۷۸۹}

۶) کفالت: طبق فقه کفالت که تعریف و احکام آن در جلد دوم این کتاب خواهد آمد، به موجب ق. م یکی از عقود معین است که تفصیل آن خواهد آمد.

۷) تملک مباحات: تملک مباحات، که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد، بر اساس اراده واحد صورت می پذیرد و در نتیجه ایقاع تلقی می گردد.

۸) شفعه: شفعه که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد، عمل حقوقی یکجانبه است که بر اساس اراده شفیع صورت می پذیرد و بنابراین از جمله ایقاعات محسوب می شود.

۹) طلاق: طلاق، که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت، ایقاعی است تشریفاتی که به اراده شوهر یا نماینده او واقع می شود و نیازی به موافقت زن ندارد (ماده ۱۳۰ فقره اول ق. م. ۱).

۷۸۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۲۹۲۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۰ و ۳۱.

۷۸۸. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر. لک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۲۳ و ۲۹۲۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۰ و ۳۱.

۷۸۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۲۴.

۱۰ رجوع به زوجة مطلقه: رجوع، که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت، ایقاع است، زیرا براساس اراده شوهر انجام می شود.

۱۱ اباحه: اباحه از ریشه «بوح» گرفته شده است که از «أباح السر» به معنای آشکار ساختن و از «أباح المحظور» به معنای مباح کردن، حلال کردن، جایز داشتن، روا شمردن، حلیت و جواز است.^{۷۹۰} در اصطلاح فقهی اباحه عبارت از اذن به استهلاك و یا استعمال شی مانند اذن به تناول طعام و یا میوه می باشد. در اباحه اذن ممکن است عامه باشد مانند انتفاع از منافع عام از قبیل مرور در راه ها، استفاده و تفریح در باغها، دخول به مدرسه و بیمارستان؛ یا خاص باشد مانند اذن به استعمال ملک به شخص معین مانند رکوب حیوان و سکونت در خانه.

فرق بین ملک و اباحه این است که ملک به صاحب خود صلاحیت هر نوع تصرف را در صورتی که مانع وجود نداشته باشد می دهد. ولی، در اباحه انسان صرف می تواند به موجب اذن مالک از منفعت شی منتفع شود. اذن نیز ممکن است توسط مالک مال اعطاء گردد مانند اذن به رکوب موتور؛ یا توسط شرع و قانون مانند اذن به انتفاع از مرافق عامه مانند راه ها، انهار و امثال اینها.^{۷۹۱} اباحه ایقاع است، زیرا با یک اراده انجام و موجب ایجاد اثر می گردد.

۱۲ اعراض: اعراض، که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد، عمل حقوقی یکجانبه است که توسط مالک آن صورت می گیرد و ایقاع محسوب می شود.

۱۳ صدقه: صدقه در لغت به معنی عطیه است و در اصطلاح فقهی طبق ماده ۸۵۳ مجله الاحکام: «صدقه مالی است که به منظور حصول ثواب هبه می شود». فرق هبه با صدقه این است که هبه بخاطر تحکیم دوستی و صدقه بخاطر حصول ثواب اعطاء می گردد. برخی فقهاء به این نظر اند که: در هبه قبول موهوب له لازم و در صدقه قبول کسی که صدقه برایش داده می شود، لازم نیست.^{۷۹۲} طبق این نظر، صدقه نیز ایقاع محسوب می شود. این نظر محل ایراد به نظر می رسد، زیرا در صورتی که شخصی که به او صدقه داده می شود، آن را نپذیرد، صدقه تکمیل نمی شود. لذا، به نظر می رسد که صدقه عقد است.

مبحث ششم) آثار

طبق ماده ۷۵۳ ق. م: «اراده انفرادی احیاناً سبب ایجاد تعهد یا وعده گردیده و احیاناً موجب کسب یا اسقاط ملکیت و یا اجازه برای تصرف و احیاناً استعمال یکی از خيارات می گردد». از نص این ماده چهار قاعده استنباط می گردد:

نخست این که ایقاع گاهی موجب ایجاد تعهد می گردد مانند وقف، وصیت، ابرا و نظیر اینها که منجر به ایجاد تعهد نسبت به واقف، موصی و ابرا دهنده می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را وصیت یا

۷۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۵.
۷۹۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۵۳؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۰۵.
۷۹۲. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۱۲۱؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۹۸۰.

وقف نماید، باید ورثه احمد در وصیت زمین را تسلیم موصی له و در وقف خود احمد زمین را تسلیم موقوف علیه یا موقوف علیهم نماید.

دوم این که نص این ماده که تصریح می نماید «اراده انفرادی احياناً سبب ایجاد [...] وعده گردیده» مبهم به نظر می رسد، زیرا به نظر می رسد «وعده» در ق. م در مفهوم جعله استعمال شده است و جعله یکی از مصداق های اراده انفرادی است که منجر به ایجاد تعهد می شود. بنابراین، به نظر می رسد اراده انفرادی موجب ایجاد وعده نمی گردد و نص ماده ۷۵۳ محل انتقاد به نظر می رسد. قابل توصیه است این متن از نص ماده ۷۵۳ ق. م حذف گردد.

سوم این که طبق نص این ماده اراده انفرادی موجب کسب حق به حیث مثال در تملک مباحات و اسقاط حق به حیث مثال در ابراء و اعراض، اجازه برای تصرف به حیث مثال در اباحه می گردد.

چهارم این که طبق نص بخش اخیر این ماده که اراده انفرادی احياناً سبب استعمال یکی از خيارات می گردد مانند استعمال خيار عیب، رويت، تعیین و شرط که از مصداق های ایقاع محسوب می شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی آثار ایقاع است.

به موجب حقوق اسلام شخصی که سوگند اداء نماید مبنی بر اینکه کاری معین را انجام می دهد، دیناً وفای آن بر وی واجب می گردد. بنابراین، در صورتی که از وفای آن استنکاف ورزد کفاره سوگند بر وی لازم می گردد. آنان که ایقاع را تصرف لازم می دانند، بر این باور اند که با توجه به ماهیت ایقاع و نوع آن آثارش نیز الزاماً متفاوت است.

به عنوان مثال، اثر ایقاع در ابراء اسقاط حق و در وصیت تملیک منفعت توسط موصی به موصی له است. اثر ایقاع در وقف تملیک منفعت عین موقوفه به موقوف علیه و یا موقوف علیهم است. در رجوع شوهر به زوجه مطلقه رجعیه عدم انحلال عقد ازدواج و عدم از بین رفتن آثار مالی و غیر مالی عقد ازدواج از آثار ایقاع است. در یمین پرداخت آنچه حالف خود را ملتزم به آن نموده است از آثار ایقاع است. در تصاحب مباحات تملک رقبه و منفعت شی مباح از آثار ایقاع است. ولی، آنان که ایقاع را لازم نمی دانند مهمترین اثر ایقاع را اذن تصرف و یا فرصت و انتقال و تملک مؤقت می دانند.^{۷۹۳}

مبحث هفتم) تنفیذ و اثبات

طبق ماده ۷۵۲ ق. م: «صاحب اراده انفرادی مطابق به احکام قانون ملزم شناخته می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده صاحب اراده انفرادی (ایقاع کننده) به ایقاعی که انجام داده است ملزم شناخته می شود. در ایقاع نیز متعهد یا تعهد را به صورت اختیاری انجام می دهد و یا از اجرای آن امتناع می ورزد. در صورت اجرای اختیاری تعهد ناشی از ایقاع، مشکل متعهد له حل است. پرسشی که مطرح می گردد این است که در صورتی که متعهد از اجرای تعهد امتناع ورزد، آیا می توان از راه های تنفیذ اجباری، سقوط و اثبات تعهد که تفصیل آن در بخش اخیر این کتاب خواهد آمد استفاده کرد؟

۷۹۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۱۹.

پاسخ این پرسش در برخی ایقاعات مثبت به نظر می‌رسد، زیرا متعهد له می‌تواند از برخی احکام مربوط به تنفیذ اجباری تعهد، اثبات و سقوط تعهد استفاده نماید، زیرا این احکام مربوط به قواعد عمومی تنفیذ، اثبات و سقوط تعهدات است و تعهد چنانچه گفته شد، ممکن است ناشی از عقد باشد، یا ایقاع و یا حوادث حقوقی. در ذیل برخی مثال‌های تنفیذ جبری، اثبات و سقوط تعهد ناشی از ایقاع ارایه می‌گردد:

(۱) در ابراء هنگامی که داین بدون جبر و اکراه و به اختیار و رضایت تا از حق خود بگذرد و به مدیون ابراء بدهد، دین ساقط می‌شود و مدیون از قید دین رها می‌گردد و دیگر نیازی به اجبار داین ندارد و در صورتی که به این ارتباط دعوایی اقامه شود، مدیون می‌تواند به موضوع سقوط دین استناد کند.

(۲) در وصیت هرگاه میان ورثه موصی و موصی له در مورد وصیت منازعه بروز نماید، موصی له می‌تواند از وسایل اثبات مانند: سند، شهود، قراین و ... جهت ثبوت وصیت استفاده نماید.

(۳) در جعاله هرگاه شخص مثلاً حیوان گمشده، پاسپورت، تذکره و امثال اینهای جاعل را پیدا نماید و جاعل از دادن جایزه به شخصی که حیوان، پاسپورت، تذکره و امثال اینهای جاعل را پیدا نموده است، امتناع ورزد، جاعل می‌تواند از حق حبس و امتناع از اجرای تعهد متقابل استفاده نماید.

(۴) در شفعه هرگاه شفیع در مورد شفعه سکوت اختیار نماید و موعد مرور زمان آن سپری شود، دعوی او پس از انقضای موعد طلب شفعه تحت قاعده مرور زمان قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست.

۷۹۴

(۵) در طلاق زوجه می‌تواند جهت اثبات آن از وسایل اثبات دعوی مانند: سند (طلاق خط)، شهود و ... استفاده نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم الزامی بودن ایقاع است.

مبحث هشتم) انحلال

ایقاع نیز مانند عقد منحل می‌گردد. منتها اسباب انحلال ایقاع از عقد متفاوت است: به طور کلی، ایقاعات می‌تواند از سه طریق ذیل منحل شود:

(۱) ایفاء: ایفای تعهد مانند ایفای عقد موجب انحلال اراده انفرادی می‌شود. به عنوان مثال، وصیت در اثر تنفیذ منتهی می‌شود. همچنین، دادن جایزه در جعاله به جانب مقابل موجب انتهای جعاله می‌گردد.

(۲) رجوع: رجوع نیز موجب انتهای ایقاع می‌گردد. به عنوان مثال، هرگاه موصی قبل از وفات از وصیت رجوع نماید، وصیت باطل می‌شود. همین طور است رجوع از هبه که باعث باطل گردیدن هبه می‌شود.

(۳) رد: برخی ایقاعات مانند وصیت در اثر رد موصی له بعد از وفات موصی منتهی می‌شود.

بخش دوم:

حوادث حقوقی و مسؤولیت مدنی غیر قراردادی

فصل اول: کلیات

مبحث اول) تعریف حادثه حقوقی

گفتار اول) تعریف حقوقدانان

منبع دوم تعهدات حوادث حقوقی است. حادثه در لغت به معنی رخداد است. به حوادث حقوقی وقایع حقوقی نیز می‌گویند. واقعه صیغه مؤنث اسم فاعل از ریشه «وقع» گرفته شده است که به معنای رخداد، اتفاق و حادثه است.^{۷۹۵} کتاب‌هایی که در خصوص حوادث حقوقی به فارسی نوشته شده‌اند به نام‌های الزام‌های خارج از قرارداد و ضمان قهری یاد می‌شوند. در انگلیسی معادل حوادث حقوقی «Tort» است که آن را خطا ترجمه کرده‌اند. در اصطلاح حقوقی تعاریف متعدد برای حادثه حقوقی ارائه شده است.

داکتر کاتوزیان در تعریف واقعه حقوقی می‌گوید که: حادثه حقوقی که به آن «وقایع حقوقی» نیز می‌گویند رویدادی است که اثر آن به حکم قانون معین می‌شود و اراده و انشاء مرتکب سبب اصلی آثار آن نیست و در برابر «اعمال حقوقی» که زاده اراده و رضایت است قرار می‌گیرد.^{۷۹۶} برخی دیگر نیز می‌گویند که: واقعه قانونی عبارت از هر آن رخداد و حادثه و واقعه (تصرف عمدی، رخداد اجتماعی، پدیده‌های طبیعی و وقایع مادی) است که در قانون برای آن نتیجه‌ای قانونی (اکتساب حق، انشای تعهد و...) مقرر کرده باشد.^{۷۹۷} برخی دیگر می‌گویند که حادثه حقوقی حادثه خارجی است مانند مرگ که نسبت به ورثه و موصی له اثر حقوقی دارد.^{۷۹۸}

گفتار دوم) تعریف قانون مدنی

۷۹۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۱۴.

۷۹۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۶.

۷۹۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۱۴.

798. Barry Nicholas (2005). The French Law of Contract, Second edi, Clarendon Press Exford, p 37.

به نظر می‌رسد نویسندگان ق. م تعریف حادثه حقوقی را از تعریف حقوقدانان اقتباس نموده‌اند. زیرا ماده ۴۹۶ ق. م. ا در تعریف حادثه حقوقی می‌گوید: «حادثه ای حقوقی عبارت از تصرف فعلی است که به اختیار یا بدون اختیار شخص، واقع گردیده و قانون بر آن آثار معین را مرتب نموده است.» از نص این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که حادثه حقوقی تصرف فعلی است. تعریف تصرف در فصل اول این کتاب گذشت. منظور از تصرف فعلی در ماده ۴۹۶ ق. م نیز واقعه است که این واقعه امکان دارد از انسان به اختیار صورت بگیرد، مانند: غصب، اداره فضولی مال غیر، پرداخت بدون سبب و یا بدون اختیار مانند: اتلاف، قتل، ضرب و جرح. طبق ماده ۴۹۶ ق. م در صورتی که این واقعه از انسان با اختیار یا بدون اختیار صورت بگیرد، قانون بر آن آثار معین را مرتب می‌نماید. اثر حادثه حقوقی رد مال یا جبران خسارت است که تفصیل آن خواهد آمد.

به حیث مثال، اگر شخصی مال دیگری را غصب و یا تلف نماید، به حکم قانون مکلف است در غصب مال را به صاحب آن مسترد نماید. در صورت اتلاف، مکلف است ضمان آن را به صاحب مال پرداخت نماید. شخصی که تصرف می‌نماید متصرف نامیده می‌شود. به شخصی که تصرف به نفع او صورت می‌گیرد متصرف الیه یا متصرف له و شخصی که تصرف به ضرر او صورت می‌گیرد متصرف علیه نامیده می‌شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف حادثه حقوقی است.

مبحث دوم) منابع حوادث حقوقی

در مورد منابع حوادث حقوقی نظریات گوناگون وجود دارد و نویسندگان قوانین ممالک مختلف از جمله افغانستان با در نظر داشت این نظریات، از نظریه های مختلف پیروی و اقتباس نموده‌اند. همچنین، برخی نویسندگان این نظریات را در قالب منابع ضمان قهری یا الزام های خارج از قرارداد یا منابع حوادث حقوقی و برخی در قالب مبانی ارایه کرده‌اند. در منبع بحث از کجایی نظریات است و در مبانی بحث از چرایی. به حیث مثال، منبع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی حادثه حقوقی و مبانی آن نظریاتی است که در خصوص مبانی مسؤولیت مدنی وجود دارد مانند تقصیر، تعدی، خطر و نظیر اینها که بحث آن خواهد آمد.

همچنین، بسیاری از نویسندگان این منابع را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: منابع یا مبانی فقهی و منابع یا مبانی فلسفی و حقوقی و در ذیل منابع فقهی از مصادر ضمان قهری یا حوادث حقوقی در فقه بحث کرده‌اند مانند اتلاف، غصب، قتل و ضرب و جرح و نظیر اینها و در ذیل منابع فلسفی و حقوقی از نظریه تقصیر، خطر و نظیر اینها که بحث آن در ذیل خواهد آمد. در این گفتار منابع حوادث حقوقی را در حقوق روم، فرانسه و مصر (گفتار اول)، در فقه (گفتار دوم) و در افغانستان (گفتار سوم) مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

گفتار اول) منابع حوادث حقوقی در حقوق برخی کشورها و فقه

مسؤولیت قهری در حقوق روم من حیث یک قاعده ای عمومی مطرح و در قانون مدنی فرانسه انعکاس می‌یابد و از این قانون وارد قانون مدنی سال ۱۸۰۴ فرانسه (کود ناپلیون) می‌شود. از سال ۱۸۰۴ به بعد نیز این قاعده عمومی به تحول خود ادامه می‌دهد. در ابتداء اساس مسؤولیت قهری بر مبنای نظریه «تقصیر» ایجاد گردید. سپس، این نظریه طرد گردیده و اساس مسؤولیت قهری بر مبنای نظریه «خطر» مطرح شد و نظریه

مسئولیت غیر قراردادی بر مبنای نظریه تقصیر از طریق ق. م. ج. م وارد قانون مدنی افغانستان گردید.^{۷۹۹} در گذشته در حقوق فرانسه منابع حوادث حقوقی تقصیر و خطر است.^{۸۰۰}

اما امروزه در حقوق فرانسه و اروپا نظریات پیرامون ضمان قهری توسعه یافته است و در این خصوص نه نظریه وجود دارد که عبارت اند از: ۱- نظریه تقصیر سنتی؛ ۲- نظریه خطر؛ ۳- نظریه مختلط؛ ۴- نظریه تضمین ستارک دانشمند فرانسوی؛ ۵- نظریه تضمین حق؛ ۶- نظریه تقصیر به مفهوم جدید (نوعی)؛ ۷- نظریه تحلیل اقتصادی؛ ۸- نظریه تقابل خطر؛ و ۹- نظریه استناد عرفی (قابلیت استناد).^{۸۰۱}

(۱) نظریه تقصیر: طرفداران نظریه تقصیر بر این باور اند که: دلیل مسئولیت عامل زیان این است که او مرتکب تقصیر شده و فعل یا ترک فعل عمدی وی سبب ورود خسارت به غیر گردیده است و براساس قواعد مسلم اخلاقی زیان رساننده از روی عمد، مورد نکوهش و مذمت است و در برابر زیان دیده مسؤول است و باید جبران خسارت را بپردازد. در این نظریه، وجود رابطه سببیت میان خسارت و تقصیر ضرور است. مفهوم مخالف این نظریه این است که کسی که از روی عمد و مقصرانه زیان وارد نکند، ملزم به جبران خسارت نیست. این نظریه که پیشینه آن به قرن ۱۳ میلادی بر می گردد، در قرن ۱۸ در اروپا رواج یافته و مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی فرانسه براساس آن تدوین گردیده است.^{۸۰۲} این نظریه به وضوح در ق. م. ا پیش بینی و پذیرفته شده است که بحث آن خواهد آمد.

(۲) نظریه خطر: طرفداران نظریه خطر بر این عقیده اند که هر کس به فعالیتی می پردازد، پیرامون خود محیط خطرناکی ایجاد می کند. او از محیط خطرناکی که ایجاد کرده است سود می برد. بنابراین، باید زیان های ناشی از آن را نیز متحمل شود چون مقتضای عدالت و انصاف این است که هر کس خطرات زیان های ناشی از آن را نیز متحمل شود و منصفانه نیست که زیان دیده خسارت ناشی از عمل غیر را تحمل نماید. نظریه خطر در اواخر قرن ۱۹ میلادی همزمان با انقلاب صنعتی در اروپا به وجود آمد، زیرا در اثر صنعتی شدن جامعه و افزایش حوادث ناشی از آن، مسایل حقوقی جدیدی در روابط خصوصی افراد خصوصاً کارگر و کارفرما ایجاد شد که نظریه تقصیر نمی توانست پاسخگوی آن باشد.

براساس این نظریه، برای تحقق مسئولیت مدنی وجود تقصیر لازم نیست، بلکه هر کس کاری انجام دهد که در اثر آن به دیگری خسارت وارد نماید، مسؤول جبران خسارت خواهد بود ولو تقصیر هم نداشته باشد، بلکه در این گونه موارد صرف رابطه علیت میان عمل زیانبار و خسارت وارده برای تحقق مسئولیت مدنی کافی

۷۹۹. جهت مطالعه مفصل در مورد منابع حوادث حقوقی در حقوق فرانسه و مصر ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد

(۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۳۱ و ۳۲.

۸۰۰. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۷۸۵.

۸۰۱. در خصوص این نظریات نک: پرویز نوین (۱۳۹۲). حقوق مدنی (۴) مسئولیت مدنی تطبیقی: ایران، فرانسه و انگلستان، چاپ اول،

تهران: انتشارات گنج دانش، صص ۳۳-۳۴؛ سید حسین صفایی و حبیب الله رحیمی (۱۳۹۸). مسئولیت مدنی: الزام های خارج از قرارداد،

چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت) پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی،

صص ۵۵-۷۰؛ عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسئولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، صص ۸۷-۱۰۹؛ و

پاتریس ژوردن (۱۳۸۵). اصول مسئولیت مدنی، مترجم: مجید ادیب، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، صص ۵۶ و ۵۷.

۸۰۲. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسئولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۸۸.

است.^{۸۰۳} فقها در خصوص نظریه خطر به قاعده: «الغنم بالغرم» استناد می نمایند. غنم در لغت به معنی غنیمت و سود است و غرم در لغت به معنی غرامت است. طبق این قاعده شخصی که از کاری سود ببرد باید خسارت آن را پرداخت نماید. به نظر می رسد نظریه خطر در خصوص اضرار وارد توسط اطفال، اشخاص دارای اختلالات روانی مانند مجنون، ضرر ناشی از فعل حیوان و اشیاء پذیرفته شده است که بحث آن خواهد آمد.

۳) نظریه مختلط: طبق نظریه مختلط نظریه خطر خوب است و با عدالت سازگار است اما عیب آن این است که اگر همیشه زیان ها را به تولید کننده نسبت دهیم موجب عدم سرمایه گذاری و فرار سرمایه ها می شود و بنابراین باید ملاحظات اقتصادی را مدنظر بگیریم. طرفداران این نظریه، نظریه مختلط را ارایه کرده اند. نظریه مختلط به دو زیر نظر تقسیم می شود:

۱- نظریه برادران مازو: طبق این نظر تقصیر مبنای اصلی است و در جاهایی که عدالت اقتضاء می نماید از نظریه خطر به عنوان نظریه تکمیلی استفاده می کنیم. ایراد این نظر این است که این مبنا و ملاک روشن نیست.

۲- نظریه ژوسران: طبق نظر ژوسران زیان هایی که به اشخاص وارد می شود یا ناشی از فعل خود شخص است یا ناشی از فعل اشخاص، اشیاء و حیوانی که در کنترل شخص است. در موردی که ضرر ناشی از فعل خود شخص باشد باید از نظریه تقصیر و در مواردی که تقصیر ناشی از فعل اشخاص، اشیاء و حیوان تحت کنترل فرد باشد از نظریه خطر استفاده کنیم. بسیاری از نویسندگان مسؤلیت مدنی طفل، مجنون، معتوه، سفیه و اضرار ناشی از فعل حیوان دارای مالک و اشیای دارای مالک که بحث آن خواهد آمد را ناشی از این نظر می دانند.

۴) نظریه تضمین ستارک فرانسوی: به نظر ستارک در نظریات قبلی تأکید بر عامل زیان بوده است. اما در نظر ستارک بیشتر از این که با عامل زیان پردازیم باید به حقوق زیان دیده پردازیم. ستارک نظریات قبلی را مورد انتقاد قرار می دهد. ستارک زیان ها را به دو دسته تقسیم می کند. نخست زیان جسمی و زیان مالی. دوم زیان اقتصادی و زیان معنوی مانند زیان وارد بر عرض (آبروی) شخص. ستارک معتقد است که دسته اول مهم تر از دسته دوم است. بنابراین، دسته اول باید بر اساس نظریه خطر و دسته دوم براساس نظریه تقصیر جبران شود. این نظریه مورد انتقاد قرار گرفته است. زیرا اول این که زیان ها به پنج دسته تقسیم می شود و دوم این که مبنای این که دسته اول مهم تر و دسته دوم خیلی مهم نیست خیلی روشن نیست و عدالت ایجاب می کند همه زیان ها جبران شود.

۵) نظریه تضمین گروهی: طرفداران این نظریه با توجه به این که امروزه در خیلی از حوزه ها نظریه خطر پذیرفته شده است و دوم براساس قاعده عمومی ضرر باید جبران شود و سوم باید حقوق زیان دیده تأمین شود معتقد اند که اگر عامل زیان یک تن باشد یا بیشتر بهتر است جبران خسارت به زیان دیده پرداخت شود. زیرا امکان دارد بسیاری وقت ها عامل زیان نتواند جبران خسارت را به تنهایی پرداخت نماید. اگر مسؤلیت فردی

را جمعی بسازیم زیان ها جبران می شود و به عامل زیان فشار نمی آید. معتقدین به نظریه بیمه ها را پیشنهاد می نمایند. بنابراین، طبق این پیشنهاد اگر فرد در اثر رانندگی به دیگری زیان وارد نماید شرکت بیمه باید جبران خسارت زیان را پرداخت نماید. نگاه طرفداران این نظریه اجتماعی است.

۶) **نظریه تقصیر نوعی:** نظریه اول تقصیر به مفهوم سنتی و شخصی است. اما، تقصیر طبق این نظر نوعی است و نه شخصی. این نظر در اوایل قرن ۲۰ توسط برادران مازو مورد بحث و گفتگو قرار گرفت. این نظریه راه میانه میان نظریه تقصیر و خطر است. طرفداران این نظر می گویند مناسب نیست براساس نظریه تقصیر یک شخص را محکوم کنیم زیرا امکان دارد رفتار یک شخص نسبت به شخص دیگر متفاوت باشد. در این نظر رفتار شخص را ملاک و معیار قرار نمی دهیم بلکه ملاک و معیار را ارزیابی می کنیم و ملاک ما رفتار متعارف و نوعی است نه شخصی.

به حیث مثال، در رانندگی ملاک این است که شخص با احتیاط رانندگی نماید، کمر بند ایمنی را ببندد و نظیر اینها. هر کس این ملاک را نقض نماید و منجر به ورود خسارت شود مسؤول است خواه بیست ساله باشد خواه مجنون، خواه طفل، خواه ۶۰ ساله، خواه خانم، خواه سفیه. بر طبق این مبنا هم برای صغار و هم برای افراد دارای اختلال عقلی مانند مجنون، معتوه و نظیر اینها مسؤولیت مدنی غیر قراردادی شناخته شده است. بسیاری از حقوقدانان در افغانستان و خارج از افغانستان مسؤولیت مدنی صغار و افراد دارای اختلال عقلی را ناشی از این نظریه می دانند که بحث آن خواهد آمد.

۷) **نظریه تحلیل اقتصادی:** یکی از رشته های نسبتاً جدید حقوق رشته حقوق اقتصادی است. این رشته نشانگر پیوند حقوق و اقتصاد است. از دید تاریخی، از دهه ۱۹۶۰ در غرب و اروپا حقوقدانان بحث تحلیل اقتصادی را مطرح کردند. نقطه شروع ارتباط حقوق و اقتصاد از حوزه مسؤولیت مدنی غیر قراردادی است. بنابراین، مسؤولیت مدنی غیر قراردادی نقش مهمی را در تاریخ حقوق اقتصادی ایفا نموده است. طرفداران نظریه تحلیل اقتصادی به این عقیده اند که نظریات قبلی خوب است اما در این نظریات بیشتر از دید حقوقی نگریسته شده است نه از دید اقتصادی.

طرفداران این نظریه استدلال می نمایند که باید راه حل هایی بی اندیشیم که نظام مطالبه جبران خسارت کارآمد و باید زیان ها را کاهش دهیم. اگر بخواهیم این مصارف را کاهش دهیم، می توانیم این مصارف را صرف آموزشی، ایجاد انگیزه، جلوگیری از وقوع حوادث در جامعه نماییم و بیمه ها را افزایش دهیم. اگر بیمه را افزایش دهیم عامل زیان دچار عسر و حرج نمی شود چنانچه در قانون اجرای احکام مدنی در جمهوری اسلامی ایران مروج بوده است شخص به دلیل متعهد بودن امکان دارد زندانی شود.

فرق این نظریه با نظریه تضمین جمعی این است که در نظریه تضمین جمعی طرفداران تأکید بر مسؤولیت جمعی و بیمه ها داشتند اما طرفداران این نظر تأکید می کنند که باید در همه حوزه ها دید اقتصادی داشت و یکی از راه حل ها بیمه ها است.

۸) **نظریه تقابل خطر:** طبق این نظر، زمانی که یک تصادم هوایی رخ می دهد و دو هواپیما تصادم می کنند، هر یک از هواپیماها توان ایجاد خطر را به جانب مقابل دارد. این تصادم امکان دارد برای شرکت های هوایی ایجاد خطر کند و برای اشخاص ثالث. در این صورت، باید دید که کدام یک دارای تقصیر است و آن را

مسئول قلمداد کرد. در عین حال، تصادم هوایی امکان دارد برای اشخاص ثالث مانند شهروندان ایجاد خطر کند. چون شهروندان اکثراً توانایی اثبات تقصیر شرکت‌های هوایی را ندارند، باید خسارت وارده بر آنها را براساس نظریه خطر جبران کرد. این نظر در ماده ۱۱۴ قانون مدنی فرانسه و قانون هواپیمایی کشوری ایران پذیرفته شده است.

۹) نظریه استناد عرفی: ارکان مسؤلیت مدنی غیرقراردادی سه است که عبارت اند از زیان، فعل زیانبار و رابطه سببیت. در صورت انعدام رابطه سببیت محکمه می تواند شخص را تبرئه نماید. اما، طبق این نظریه برای تحقق مسؤلیت مدنی غیرقراردادی همین که عرف رابطه سببیت را میان فعل زیانبار و زیان ببیند، فرد مسؤول است خواه تقصیر داشته باشد یا نه. در نظریه استناد عرفی برخلاف نظریه تقصیر رابطه سببیت مهم است. چون این کتاب در خصوص حقوق تعهدات مقایسوی نیست خوانندگان در خصوص این نظریات می توانند به کتاب های الزام های خارج از قرارداد یا ضمان قهری مخصوصاً کتاب داکتر سید حسین صفایی، مسؤلیت مدنی تطبیقی مراجعه کنند.

در حقوق مصر منابع حوادث حقوقی تقصیر، پرداخت بدون سبب و اداره فضول مالی غیر است.^{۸۰۴} در حقوق ایران غصب، اتلاف اعم از اتلاف متسبب و مباشر، استیفای ناروا که به نام های پرداخت بدون سبب و یا دارا شدن غیرعادلانه نیز نامیده می شود و اداره فضولی مال غیر اند.^{۸۰۵} در باره منابع حوادث حقوقی در فقه نظریات گوناگون وجود دارد. از جمع این نظریات این نتیجه به دست می یاید که منابع حوادث حقوقی در فقه عبارت اند از اتلاف که امکان دارد مباشر یا متسبب باشد، غصب، جنایت بر انسان ها که شامل قتل، ضرب و جرح می گردد^{۸۰۶} و غرور که عبارت از فریب دادن دیگری است.^{۸۰۷} در این کتاب نویسنده در صدد بیان و تبیین این نظریات نیست و خوانندگان می توانند به کتاب های مسؤلیت مدنی مراجعه کنند. در این کتاب نویسنده در صدد شرح مواد ق. م در خصوص حوادث حقوقی است.

گفتار دوم) منابع حوادث حقوقی در حقوق افغانستان

به نظر می رسد نویسندگان ق. م منابع حوادث حقوقی را از فقه اسلامی و قانون مدنی فرانسه و مصر اقتباس نموده اند، زیرا حوادث حقوقی در ق. م به فعل مضر و فعل مفید تقسیم شده است. نویسندگان ق. م فعل مضری را که بر مال و یا نفس واقع گردیده و موجب ایجاد حادثه حقوقی و در نتیجه تعهد می گردد از فقه گرفته اند. امام کاسانی بر این عقیده است: که جنایت در اصل بر دو نوع است: جنایت بر چهار پایان و جمادات و جنایت بر آدمی. جنایات بر چهار پایان و جمادات نیز به دو نوع است: اتلاف و غصب.^{۸۰۸}

فصل سوم، قسمت اول، مبحث اول و دوم ق. م با اقتباس از فقه فعل مضری را که بر نفس یا مال وارد گردیده و موجب ایجاد ضرر می گردد به دو دسته تقسیم نموده است: فعلی که بر مال وارد می گردد و در نتیجه

۸۰۴. محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، صص ۵۱-۶۱.

۸۰۵. عباس خواجه پیری (۱۳۸۹). حقوق مدنی (۴) موجبات مسؤلیت مدنی و آثار آن، (___): انتشارات بین المللی الهدی، صص ۱۲۱-۲۱۵.

۸۰۶. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۷۸۵.

۸۰۷. عباس خواجه پیری (۱۳۸۹). حقوق مدنی (۴) موجبات مسؤلیت مدنی و آثار آن، (___): انتشارات بین المللی الهدی، صص ۱۱۲.

۸۰۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۷۸۵.

موجب پرداخت ضمان می گردد که شامل اتلاف و غصب می گردد و فعل مضری که بر نفس واقع گردیده و موجب پرداخت ضمان می گردد که شامل قتل و ضرب و جرح می شود (مواد ۷۵۸-۷۷۵). همچنین، طبق ق.م فعل مفیدی که موجب ایجاد تعهد و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی می گردد پرداخت بدون حق و اداره فضولی اند.

همچنین، نویسندگان ق.م فعل با تقصیر را با پیروی از قانون مدنی مصر و فرانسه یکی از منابع حوادث حقوقی می دانند. علاوه براین، طبق ق.م (ماده ۷۷۷) تعدی نیز یکی از اسباب تعهد و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی است. همچنین، طبق ماده ۹ ق.م سوء استفاده از حق یکی دیگر از اسباب تعهد و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی است که تفصیل آن در جلد اول این دور از شرح ق.م گذشت. به نظر می رسد خطر نیز یکی از منابع حوادث حقوقی در ق.م است که قانونگذار مدنی آن در فعل مضر طفل و مسؤولیت ناشی از اشیا پذیرفته است. زیرا اطفال، مجانین و نظیر اینها اراده ندارند اما زمانی که به دیگری ضرر وارد نمایند باید جبران خسارت را پرداخت نمایند.

با توجه به آنچه بیان شد، مطالب این بخش حقوق وجایب را در سه فصل مورد مطالعه قرار می دهیم: فصل اول: فعل مضری که بر مال واقع می شود که شامل اتلاف و غصب می شود؛ فصل دوم: فعل مضری که بر نفس واقع می گردد که شامل قتل، ضرب و جرح می شود؛ فصل سوم: فصل چهارم فعل مفید که شامل پرداخت بدون حق و اداره فضولی می گردد و فصل پنجم فعل با تقصیر که امکان دارد ناشی از عمل شخص، اشخاص تحت سرپرستی شخص و یا اشیا یا حیوان به وقوع بپیوندد.

فصل دوم: فعل مضری که بر مال واقع می شود

نویسندگان ق. م فعل مضری را که بر مال واقع می شود به غضب و اتلاف تقسیم نموده اند. جلد دوم، فصل سوم، بخش اول، مبحث اول و دوم، مواد ۷۵۸-۷۷۳ قواعد فعل مضر را تنظیم نموده است. همچنین، اتلاف مال دیگران موجب مسئولیت جزایی است که احکام آن را مواد ۷۴۹ الی ۷۵۲ کد جزا تنظیم نموده است. موضوعات مربوط به مسئولیت جزایی ناشی از اتلاف مال دیگران مربوط حقوق جزا است. در این کتاب صرف مسایل مدنی اتلاف را مورد بحث قرار می دهیم.

مبحث اول: اتلاف

نوع اول فعل مضر بر مال اتلاف است که احکام آن را نویسندگان ق. م در مواد ۷۵۸ الی ۷۶۴ تنظیم نموده اند. به نظر می رسد اتلاف غیرعمدی برخلاف غضب و قتل، ضرب، جرح و اذیت صرف جنبه و مجازات مدنی دارد.

گفتار اول) تعریف و مبنای اتلاف

در ق. م تعریفی در خصوص اتلاف وجود ندارد. اتلاف از ریشه «تلف» گرفته شده است که در لغت به معنای نابودن کردن، هلاک کردن، از بین بردن، نیست کردن و تباه کردن است. تلف در لغت به معنی نیست شدن، تباه شدن و نابودن شدن است.^{۸۰۹} شخصی که مالی را تلف می نماید، مُتلف، مالی که موضوع تلف قرار می گیرد، متلوفه نامیده می شود. در اصطلاح حقوقی و فقهی عبارت است از:

- ۱) اخراج چیزی از اینکه از آن انتفاع گرفته شود به نحوی که منفعت مطلوب معمول از آن از بین برود.^{۸۱۰}
- ۲) فقهاء اتلاف را به معنای تباه کردن (افساد) و استهلاک (از بین بردن) [مال] هم به کار برده اند.^{۸۱۱}

۸۰۹. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۱۶.
۸۱۰. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۸۲۵؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۱۶.
۸۱۱. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۸۲۵؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۱۶.

۳) اتلاف عبارت است از، از بین بردن مال.

به موجب فقه^{۸۱۲} اتلاف عمدی مال دیگران حرام است. بر علاوه، به موجب فقه مُتلف ضامن پرداخت خساره به کسی که مال وی را اتلاف نموده نیز می باشد. باوجود این، فقهاء میان اتلاف مال دیگران و اتلاف مال شخصی خود مُتلف تفاوت قایل شده اند، چنانچه فقهاء اتلاف مال دیگران را به صورت مطلق حرام دانسته و در صورتی که شخصی مال خود را اتلاف نماید، ضمان آن بر وی لازم نمی گردد، زیرا مالک و ضامن بودن شخص واحد ناممکن است. ولی، هرگاه مالک مال خویش را اتلاف نماید، دیناً مواخذه می شود، زیرا اتلاف مال حرام تلقی می گردد.

همچنین، در صورتی که سفته مُتلف ثابت شود قضاءً به حجر محکوم می گردد. طبق فقه اتلاف سبب ضمان است. زیرا، آن اعتداء و اضرار به بر مال دیگران و خود است و خداوند عَلَّمَ در این مورد فرموده است:

﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾
[البقره: ۱۹۴]

«پس هر کس بر شما تعدی کرد همان گونه که بر شما تعدی کرده بر او تعدی کنید و از خدا پروا بدارید و بدانید که خدا با پرهیزگاران است.»

همچنین پیامبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرموده است:

«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْأِسْلَامِ.»^{۸۱۳}

«ضرر رسانیدن به دیگران و مقابله ضرر با ضرر در اسلام جایز نیست.»

گفتار دوم) تقسیمات

اتلاف به اعتبار طرز اتلاف به دو نوع: اتلاف مستقیم و اتلاف بالسبب تقسیم می شود:

۱) اتلاف مستقیم: طبق ماده ۸۸۷ مجله الاحکام: «اتلاف مباشر از بین بردن یک شی مباشرتاً را گویند و کسی که این کار را انجام می دهد به نام فاعل مباشر یاد می شود.»

۲) اتلاف به سبب: اتلاف به تسبب عبارت از ارتکاب کاری در محلی است که منجر به تلف چیزی دیگر شود،^{۸۱۴} مانند اینکه: شخصی چاهی بکند و دیگری حیوانی را در آن بی اندازد و عمل مذکور موجب اتلاف حیوان گردد، یا مانند اینکه: کسی سرپوش بشکه پترول متعلق به دیگری را باز کند و پترول در اثر جریان هوا بخشکد؛ یا کسی در ملک خود مازاد بر مقدار ضرورت آتش روشن نماید و باد تندی آتش را به ملک همسایه کشانده و خرمنش را بسوزاند؛ یا دری قفسی را بگشاید و پرنده داخل قفس به بیرون بپرد. ماده ۸۸۸ مجله الاحکام در مورد تعریف اتلاف بالسبب می گوید: «اتلاف بالسبب عبارت است از اینکه شخص سبب از بین رفتن مالی گردد؛ یعنی: در مال دیگری طوری تصرف نماید که حسب عادت موجب تلف آن گردد که به فاعل آن متسبب گویند. طور مثال، اگر کسی تاری را که قندیل به آن آویزان شده قطع نماید، این عملی است که

۸۱۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۴؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۹۴-۲۸۹۵.
۸۱۳. رواه ابن ماجه و دار قطنی.

۸۱۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۴؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۸۲۵.

موجب افتادن قنديل و شكستن آن می شود. در این صورت، وی، فاعل مباشر قطع تار و متسبب شكستن قنديل شده است. همچنین، اگر کسی ظرفی را که در آن روغن است پاره کند، اتلاف ظرف فاعل مباشر و اتلاف روغن متسبب می باشد.»

۳) اجتماع مباشر و متسبب: طبق ماده ۷۶۳ ق. م. ا: «در صورت اجتماع مباشر و متسبب، هر یکی از آنها که متعدی یا متعمد باشد، ضامن شناخته می شود. در صورت اشتراک، هر دو مشترکاً به تادیه ضمان مکلف پنداشته می شوند.» از نص این ماده دو قاعد قابل استنباط است:

۱- در صورت اجتماع مباشر و متسبب، هر یکی از آنها که متعدی یا متعمد باشد، ضامن شناخته می شود. متعدی اسم فاعل از ریشه «عدد» گرفته شده است که در لغت به معنی تجاوز کننده، ظالم و ستمگر است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، متعدی شخصی است که از حق خویش تجاوز می نماید. متعمد اسم فاعل از ریشه «عمد» گرفته شده است که در لغت به معنی قاصد است. در اصطلاح حقوق مدنی، متعمد شخصی است که در اجرای عمل قصد داشته باشد. مباشر شخصی است که عمل را مستقیماً انجام می دهد. متسبب شخصی است که سبب تلف و اتلاف مال را فراهم می کند. به حیث مثال، اگر احمد در زمین خویش چاه حفر نماید و محمود حیوان جمشید را در آن بی اندازد و حیوان تلف شود. در این مثال، احمد نه متعمد است و نه متعدی. اما، محمود هم متعدی است و هم متعمد زیرا از یکطرف قصد تلف حیوان جمشید را دارد و از طرف دیگر وارد زمین احمد شده است. در این مثال، احمد مسؤول تلقی نمی گردد، اما محمود مسؤول تلقی می گردد.

۲- در صورت اشتراک، هر دو مشترکاً به تادیه ضمان مکلف پنداشته می شوند. به حیث مثال، اگر احمد در راه عام بدون اجازه مقامات مسؤول به منظور لین دوانی چقوری حفر نماید و محمود حیوان جمشید را در آن بی اندازد، هر دو مسؤول تلقی می گردند زیرا احمد متعدی و محمود متعمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اجتماع مباشر و متسبب است. در خصوص اجتماع مباشر و متسبب نویسندگان مجله الاحکام رویکرد دیگری را اتخاذ نموده اند. ماده ۹۰ مجله الاحکام در این باره حکم می نماید که: «زمانی که مباشر و متسبب اجتماع نمایند، حکم به مباشر نسبت داده می شود.»

برخی فقها در توجیه این ماده بر این نظر اند که دلیل این حکم این است که مباشر فاعل بالذات است یعنی کسی که بین فعل او و اثر مرتب بر آن واسطه قرار نداشته باشد. فاعل متسبب کسی است که بین فعل او و اثر مرتب بر آن، واسطه قرار نداشته باشد. معنای این قاعده این است که هرگاه مباشر و متسبب در اتلاف چیزی اشتراک نمایند و یکی از آنها به صورت مستقیم آن را انجام دهد و دیگری سبب آن را فراهم نماید، در این صورت، مباشر مسؤول است نه متسبب.

مباشر بعد از آن که جبران خسارت را به متضرر پرداخت نماید، می تواند کل یا برخی جبران خسارتی را که پرداخته است از متسبب بگیرد. دلیل این قاعده این است که فاعل مباشر علت مؤثر است و اصل در احکام این است که حکم به علل مؤثر نسبت داده می شود نه به سبب مفضی زیرا علل نسبت به اسباب قوی تر است. برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:

۱- هرگاه شخصی چاهی را در راه عام (به امر مسؤولین) بکند و دیگری حیوان شخص دیگری را در آن بی اندازد، ضامن بر مباشر یعنی اندازه حیوان لازم می گردد نه بر متسبب یعنی حفر کننده چاه. اما، اگر حیوان شخصی خود به خود در آن بی افتد و هلاک شود، متسبب به شرط آن که چاه را بدون اذن مسؤولین حفر کرده باشد، ضامن است زیرا در این صورت متعدی و متجاوز است.

۲- هرگاه کسی در راه عام چاهی را به اجازه مسؤولین حفر نماید و دیگری خودش را در آن بی اندازد، اندازنده مسؤول است نه حافر چاه.^{۸۱۵}

۳- اگر کسی دزد را برای سرقت مال غیر رهنمایی کند، ضامن مال بر عهده دزد است نه راهنما. برعکس، اگر امین دزد را به جای مال امانت رهنمایی نماید و دزد مال امانت را سرقت نماید، در این صورت، امین مسؤول و مقصر است، زیرا او تعهد نموده است که مال امانت را نگهداری نماید. همچنین، مالک مال حق دارد از امانت گیرنده دزد مال خویش را بخواهد، زیرا دزد مباشر و ضامن است و نمی تواند از این حیثه خارج شود.^{۸۱۶}

گفتار سوم) اثر

طبق ق. م اتلاف موجب ایجاد آثار ذیل می شود:

۱) به موجب ماده ۷۵۸ ق. م. ا: «شخصی که مال غیر را تلف نماید، به ضامن ضرر ناشی از آن مکلف می باشد». طبق نص این ماده شخصی که مال غیر را تلف نماید، مکلف است ضامن (جبران خسارت) آن را پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد حیوان محمود را از بین ببرد، باید جبران خسارت آن را بپردازد. اگر محمود کامپیوتر جمیله را از بین ببرد، باید جبران خسارت آن را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر تلف است.

۲) طبق ماده ۷۵۹ ق. م: «شخصی که مال غیر را خواه در تصرف خودش باشد یا امین او، قصداً و یا بدون قصد تلف نماید، به ضامن ضرر ناشی از عمل خود مکلف شناخته می شود». امین از ریشه «امن» گرفته شده است که در لغت به معنی امانتدار و کسی است که به او اطمینان کنند. در اصطلاح حقوق مدنی، امین شخصی است که چیزی را نزد او امانت گذارند.^{۸۱۷} قصد در لغت به معنی اراده است. در اصطلاح حقوق مدنی، قصد عبارت است از اختیار شخص در گزینش (انتخاب) و یا انجام کاری.^{۸۱۸} طبق نص این ماده شخصی که مال غیر را خواه در تصرف خودش باشد یا امین او، قصداً و یا بدون قصد تلف نماید، به ضامن ضرر ناشی از عمل خود مکلف شناخته می شود.

به حیث مثال، اگر احمد کامپیوتر خویش را به محمود بدهد و محمود کامپیوتر را تلف نماید، محمود مکلف به پرداخت ضامن (جبران خسارت) کامپیوتر به احمد است. همچنین، اگر احمد کامپیوتر خویش را به محمود بدهد و محمود کامپیوتر را به جمشید امین خویش بدهد و جمشید کامپیوتر را تلف یا تخریب نماید،

۸۱۵. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، صص ۳۰۱ و ۳۰۲.

۸۱۶. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۱۰۶ و ۱۰۷.

۸۱۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۶۳.

۸۱۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۵۴۵.

محمود باید جبران خسارت را به احمد پرداخت نماید. در چنین حالتی، فرق نمی کند که احمد قصد تلف را داشته باشد یا نه.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر تلف است. طبق ماده ۹۱۲ مجله الاحکام: «اگر کسی مال شخص دیگری را که به دست خودش یا به دست امینش بود قصداً و یا بدون قصد تلف کرد تاوانش را باید بپردازد، ولی اگر مال غصب شده را که به دست غاصب بود کسی دیگر غیر از غاصب تلف کرد، مغضوب منه اختیار دارد که از غاصب آن تاوان را بگیرد و غاصب از تلف کننده تاوان خویش را بازستاند و یا از تلف کننده تاوان گیرد و در این حال تلف کننده بر غاصب رجوع کرده نمی تواند.» اتاسی در شرح و توضیح این ماده می نویسد که: این حکم به این معنی است که مباشر به اتلاف تاواندار می شود هر چند این عمل را بدون قصد نیز انجام داده باشد. زیرا، ماده ۹۲ مجله الاحکام حکم می نماید که: «مباشر تاواندار می باشد اگرچه بدون قصد این کار را انجام داده باشد.»^{۸۱۹}

۳) طبق ماده ۷۶۱ ق. م: «در صورت اتلاف کلی، ضمان مال طور کامل و در صورت اتلاف جزئی، ضمان نقصانی که بر قیمت مال عاید گردیده است، بر ذمه تلف کننده لازم می گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که شخصی مالی دیگری را به صورت کامل تلف نماید، مکلف به پرداخت ضمان مثل و یا قیمت آن به طور کامل و در موردی که جزئی از مالی دیگری را تلف نماید، مکلف به پرداخت ضمان عایده بر جزء مال می گردد. به حیث مثال، اگر شخصی موتر و یا خانه دیگری را کاملاً از بین ببرد، مکلف به پرداخت جبران خسارت کل و در صورتی که موتر و یا خانه را قسماً از بین ببرد مکلف به پرداخت جبران خسارت قسمی است.

۴) طبق ماده ۷۶۲ ق. م: «هرگاه صغیر ممیز یا غیر ممیز و یا شخصی که تابع حکم صغیر غیر ممیز پنداشته شود مال غیر را تلف نماید ضمان مال تلف شده از مال متعلق به خود وی لازم می گردد. در صورت نداشتن مال تا زمان دارا شدن وی مهلت داده می شود ولی، وصی و قیم به ضمان مال تلف شده مکلف پنداشته نمی شود مگر در صورتی که محکمه آنها را به ضمان مال مکلف سازد. در این صورت، حق رجوع آنها بر تلف کننده محفوظ می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- در صورتی ه صغیر ممیز یا غیر ممیز مال غیر را تلف نماید ضمان مال تلف شده از مال متعلق به خود وی لازم می گردد. طبق این ماده ق. م نه تنها صغیر ممیز و غیر ممیز بلکه، کسانی که تابع حکم صغیر ممیز اند، مانند: معتوه، سفیه و غافل نیز در صورتی که موجب اتلاف مال دیگری شوند، وصی، ولی و قیم آنها باید جبران آن را به نحوی که در ماده مذکور تصریح گردیده است بپردازند. به نظر می رسد قانونگذار مدنی افغانستان مانند قانونگذار مدنی مصر در مسؤولیت مدنی غیر قراردادی طفل و اولیا از یکطرف از حقوق فرانسه و از طرف دیگر از فقه اسلامی پیروی نموده اند. به همین دلیل، در کنار اولیا اطفال نیز مسؤولیت مدنی دارند. پرسش این است که اطفال چگونه می توانند جبران خسارت را بپردازند؟ زیرا اطفال که معمولاً کار و به تبع آن پول ندارند.

۸۱۹. محمد خالد اتاسی (____). محمد خالد اتاسی، شرح مجله الاحکام، پاکستان: مکتب رشیدی، ص ۸۱.

در پاسخ به این پرسش باید گفت که طبق ق. م و فقه اطفال می توانند از طریق میراث، وصیت، وقف، هبه، صدقه و نظیر اینها ملکیت را اکتساب نمایند. طبق ق. م اطفال می توانند خود ضرر وارده را جبران نمایند. در صورت نداشتن مال، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند به آنها الی پیدا کردن مال مهلت دهد. در صورت عدم پیدا کردن مال، پدر و پدر کلان و سایر افراد مذکور در ماده ۷۶۲ ق. م مکلف اند جبران خساره را بپردازند. در صورت اخیر، پدر و پدر کلان و افراد مذکور در ماده ۷۶۲ ق. م می توانند به طفل بعد از پولدار شدن مراجعه و آنچه را به عنوان جبران خسارت پرداخته اند مطالبه نمایند. در این صورت، از نظر منطقی نمی توان ادعا کرد که پدر و پدر کلان مسؤول اند. به نظر می رسد میان ماده ۷۲۶ ق. م و ماده ۷۹۰ ق. م تعارض وجود دارد، زیرا طبق ماده ۷۹۰ ق. م پدر و پدر کلان مکلف به پرداخت جبران خسارت ناشی از ضرر صغیر اند. ماده ۷۹۰ ق. م می گوید: «پدر و پدر کلان بالترتیب به جبران خساره ضرری که صغیر عاید نموده، مکلف می باشد مگر در صورتی که ثابت نماید، مراقبت لازم را در زمینه انجام داده یا اینکه ضرر با وجود مراقبت لازم حتماً واقع می گردید.» بحث و شرح این ماده در مبحث مسؤولیت از عمل غیر خواهد آمد.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۶۲):

در ماده (۷۶۲) جبران خساره صغیر ممیز یا غیر ممیز از خود او گرفته می شود ولی در ماده (۷۹۰) از مال پدر و پدر کلان گرفته می شود ظاهراً تناقض دارد.

توضیح:

در ماده (۷۶۲) حالتی پیش بینی شده که قصور متوجه ولی طفل نبوده و پدر کلان رعایت لازم را به خرج داده و در ماده (۷۹۰) حالتی پیش بینی شده که پدر و پدر کلان در رعایت مقصر باشند چنانچه از جمله اخیر ماده متذکره نیز عدم تضاد مبرهن می گردد.^{۸۲۰}

به موجب ماده ۹۱۶ مجله الاحکام: «اگر طفلی مال کسی دیگر را تلف کرد باید تاوان آن را از مال خویش بپردازد. اگر خودش مال نداشت انتظار کشیده شود تا هنگامی که توانگر شود از مال ولی وی این تاوان گرفته نمی شود.» اتاسی شارح مجله الاحکام ضمن توضیح ماده مذکور به استناد بحث حجر کتاب ردالمختار چنین می گوید: «هرچند طفل ذاتاً از تصرفات محجور است، ولی این امر به فتنه وی محصور بوده و شامل افعالش نمی باشد. از این رو، طفل نیز در افعال خویش مواخذه می شود و اگر مال را تلف کند باید تاوانش را از دارایی شخصی خود بپردازد حتی طفل در روزی که تولد می شود اگر روی مال کسی غلط بخورد و آن را تلف سازد بر وی تاوان لازم می گردد.^{۸۲۱}

به همین ترتیب در کتاب نوازل چنین تذکر به عمل آمده است: «اگر طفلی تیری را رها کرد و به چشم زنی اصابت کرد بر پدر طفل تاوان لازم نمی گردد و باید از مال شخصی طفل تاوان پرداخته شود. اگر طفل خود

۸۲۰. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 526.

۸۲۱. محمد خالد اتاسی (____). شرح مجله الاحکام، پاکستان: مکتب رشیدی، ص ۸۸.

مالی نداشت تا هنگامی انتظار کشیده شود که توانگر گردد.»^{۸۲۲} همچنین، در کتاب خانیه گفته شده است: «اگر کسی طفل را به کاری مامور ساخت که زبانی را بار می‌آورد، ولی طفل می‌تواند تاوان خساره را که وارد آمده از آمر بگیرد.»^{۸۲۳}

به موجب ماده ۷۶۰ ق. م: «طوری که ایجاد سبب اتلاف، موجب ضمان می‌گردد، قصور در تهیه وسایل ممکنه رعایت احتیاط، نیز ضمان ضرر را لازم می‌گرداند.» از نص این ماده دو حکم استنباط می‌گردد.

۱- ایجاد سبب اتلاف موجب مسؤولیت مدنی غیر قراردادی متلف می‌گردد. نص بخش اول این ماده ناظر بر فعل متلف و ایجابی است. به حیث مثال، اگر احمد در راه عام به منظور لین دوانی چقوری حفر نماید و حیوان محمود در آن بی‌افتد و بمیرد، احمد مسؤولیت مدنی غیر قراردادی دارد و باید جبران خسارت را پرداخت نماید. زیرا، احمد سبب اتلاف مال را فراهم کرده است. به نظر می‌رسد نص این ماده ناظر بر اتلاف مال به صورت غیر مستقیم است.

۲- قصور در تهیه وسایل ممکنه رعایت احتیاط، نیز ضمان ضرر را لازم می‌گرداند. قصور جمع تقصیر است. بنابراین، تقصیر متلف در تهیه وسایل رعایت احتیاط موجب ضمان یا جبران خسارت می‌گردد. نص این ماده ناظر بر ترک فعل و سلبی است. به حیث مثال، اگر شخصی رانندگی نماید و حین دور خوردن از سرک، اشاره خویش را روشن ننماید و شخصی دیگری با وی تصادم نماید، مسؤول پرداخت جبران خساره موثر به دلیل عدم رعایت احتیاط است. همچنین، اگر خانه کسی در معرض انهدام قرار داشته باشد و شخص آن را ترمیم ننماید و سقف فرو ریزد و یا دیوار خراب گردد و یا ستون بشکند و موجب اتلاف مال دیگران گردد، صاحب خانه مسؤولیت مدنی غیر قراردادی دارد.

همچنین، اگر یک شرکت ساختمانی برای نلدوانی یا لین دوانی در راه عام چقوری حفر نماید و احتیاط لازم را جهت آگاه نمودن عابری رعایت ننماید و عابر در چاه بی‌افتد و پایش بشکند، شرکت ساختمانی باید جبران خسارت را به عابر پرداخت نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که همانطور که انجام دادن اعمالی که منجر به ایجاد سبب اتلاف می‌گردد موجب مسؤولیت مدنی غیر قراردادی است، عدم انجام دادن اعمالی که منجر به تلف شدن مال شخص دیگر می‌شود، موجب ایجاد مسؤولیت مدنی غیر قراردادی می‌گردد.

(۵) طبق ماده ۷۶۴ ق. م. ا: «متسبب ضرر وقتی مکلف به تأدیه ضمان پنداشته می‌شود که فعل او منجر وقوع ضرر شده باشد.» حکم این ماده مقتبس از فقه است. زیرا، فقهاء بر این نظرند که جهت تحقق ضمان در اتلاف به سبب شرط است که هیچ سببی دیگری در ایجاد آن نتیجه نقش نداشته باشد.^{۸۲۴} به حیث مثال، هرگاه شخصی عمداً چاهی حفر نماید، تا زمانی که حیوان دیگری در آن نیفتد و هلاک نگردد، صرف حفر چاه

۸۲۲. همان، محمد خالد اتاسی، ص ۸۸.

۸۲۳. همان، محمد خالد اتاسی، ص ۸۸.

۸۲۴. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۸۳۴؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۷۴.

موجب ایجاد مسؤولیت مدنی غیرقراردادی نسبت به چاه کن نمی گردد. زیرا هرچند او متسبب است اما فعل او هنوز منجر به وارد شدن ضرر و از بین رفتن مال دیگران نشده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط اتلاف به تسبب که عبارت از اجرای فعل به صورت مستقیم و وارد شدن ضرر به دیگران اند می باشد.

طبق مواد ۹۱۲ تا ۹۲۱ مجله الاحکام برخی مثال های آثار اتلاف قرار ذیل است:

۱- مطابق ماده ۹۱۳ مجله الاحکام: «اگر کسی لغزید، بر مال کسی دیگر افتاد و آن را تلف ساخت، باید تاوانش را بپردازد.»

۲- طبق ماده ۹۱۴ مجله الاحکام: «اگر شخصی مال کس دیگر را به این گمان تلف کرد که از آن خودش می باشد باید تاوانش را بپردازد.»

۳- طبق ماده ۹۱۵ مجله الاحکام: «اگر شخصی لباس کس دیگری را کش کرد و آن را پاره نمود، باید قیمت تمام آن را به صاحبش بپردازد ولی اگر به آن چنگ زد و به نسبت آن که صاحبش آن را محکم گرفت پاره شد، قیمت آن لباس را باید تاوان دهد. همچنین اگر کسی بالای گوشه لباس کس دیگر نشست و صاحب لباس بی خبر از این که کسی دیگر بالای آن نشسته است، برخاست و آن لباس پاره شد، در این حال نیز باید نصف قیمت لباس را تاوان دهد.»

۴- طبق ماده ۹۱۷ مجله الاحکام: «اگر کسی به مال شخصی دیگری از ناحیه قیمت آن خساره عاید ساخت قیمت را با تاوان خساره بپردازد.»

۵- **ویران کردن دکان و هوتل:** براساس ماده ۹۱۸ مجله الاحکام: «اگر کسی دکان و یا هوتل شخصی دیگری را ویران کرد، صاحب آن اختیار دارد، می تواند مواد تعمیراتی را از قبیل خشت و چوبی که از ویرانی به دست آمده به ویرانکار واگذارد و قیمت این مواد را از عمارت مذکور طرح کند و مابقیه پول عمارت را نیز بگیرد ولی اگر ویرانکار عمارتی را که خراب کرده بود دوباره همانند عمارت اولی آباد ساخت، از پرداخت تاوان برائت می یابد.»

۶- **ویران کردن حویلی بدون اجازه:** براساس ماده ۹۱۹ مجله الاحکام: «اگر کسی حویلی شخصی را بدون اجازه صاحبش ویران کرد به این دلیل که در محله حریقی رخ داده، و از این خانه می توانست آن آتش را خاموش نماید و چنین هم کرد، در صورتی که ویرانکار این ماموریت را به اساس هدایت شخص ذیصلاحی انجام دهد، بر وی تاوان لازم نمی گردد، ولی اگر بدون اجازه شخص ذیصلاح این کار را انجام، باید تاوان آن را بپردازد.»

۷- **قطع اشجار:** طبق ماده ۹۲۰ مجله الاحکام: «اگر کسی درخت هایی را در باغ کسی دیگر برید و در این کار خویش استحقاقی هم نداشت، صاحب درخت ها اختیار دارد، می تواند قیمت درخت ها را به حساب این که به پا ایستاده باشد بگیرد و درخت های قطع شده را برای قطع کننده واگذارد و می تواند قیمت درخت های بریده شده را از قیمت درخت های به پا ایستاده کم کند و تفاوت بین این دو قیمت را با درخت های بریده شده بگیرد. به طور مثال: اگر قیمت آن باغ با درخت های غرس شده آن پنجاه هزار افغانی و قیمت باغچه در حالی که درخت هایش بریده شده سی هزار افغانی و قیمت درخت های بریده شده پنج هزار افغانی باشد،

صاحب باغ اختیار دارد و می تواند درخت های بریده شده را با پانزده هزار افغانی از برنده درخت ها بگیرد و می تواند آن درخت ها را نیز به وی واگذارد و بیست هزار افغانی را از وی بستاند».

۸- افتادن مال از پشت حمال: ماده ۹۲۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هر کس حق دارد در راه عام گشت و گذار کند مشروط بر اینکه در حالات عادی از آن خساره ای به کسی نرسد. اگر مالی از پشت حمال افتد و مال کسی دیگری را تلف نماید، حمال باید تاوان آن را بدهد. همچنین، اگر لباس رهگذری در اثر شراره آتشی که از دوکان آهنگر هنگام کوفتن آهن بجستد و لباس را بسوزاند، آهنگر باید تاوان آن را بدهد.» در اتلاف به مباشرت تعمد شرط نیست. ماده ۹۲ مجله الاحکام در این باره حکم می نماید که: «مباشر ضامن است اگرچه قصد نداشته باشد.» معنای این قاعده این است که هرگاه مباشر فعلی را انجام دهد و دیگری را متضرر نماید ضامن است خواه قصد داشته باشد و یا نداشته باشد زیرا خطا گناه مباشر را از بین می برد اما ضامن آنچه را از بین برده است نمی برد.

همچنین، مباشرت سبب مستقل و مؤثر اتلاف است و بنابراین عدم قصد نمی تواند عذر ساقط کننده ضامن باشد.^{۸۲۵} آنچه گفته شد، توجیحات فقهی این قاعده است. به نظر می رسد توجیه حقوقی این قاعده این است که مباشر در صورت داشتن قصد متجاوز و متعدی تلقی می گردد، زیرا در این صورت از روی تجاوز مال دیگری را تلف می نماید. اما، در صورت عدم داشتن قصد مباشر مقصر تلقی می گردد، زیرا از روی تقصیر مال دیگری را تلف می نماید.

بنابراین، در صورت اول به نظر می رسد مبنای مسؤلیت مدنی غیر قراردادی مباشر تجاوز و در صورت دوم تقصیر که هر دو مبنای مسؤلیت مدنی غیر قراردادی طبق ق. م. ا، می باشد. طبق این قاعده، اگر پای شخصی لغزید و بر چیزی افتید و آن را تلف کرد، و یا پارچه آتش از دوکان آهنگری پرید و جامه کسی را سوختاند و یا طفلی بر ظرف شیشه ای افتید و آن را شکست، همه اینها مسؤل و ضامن اند و باید جبران خسارت را بپردازند.^{۸۲۶}

۶) ضابطه که توسط آن می توان ضامن مال متلوفه دیگران را پرداخت بستگی به مثلی و قیمی بودن مال متلوفه دارد. بنابراین، در موردی که مال مثلی باشد، مُتلف مکلف به پرداخت مثل آن و در موردی که قیمی باشد، مکلف به پرداخت قیمت آن می گردد.^{۸۲۷} مبنای این حکم آیات متعدد قرآن کریم است که می فرماید:

﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِقْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾ - [النحل: ۱۲۶]

«و اگر عقوبت کردید همان گونه که مورد عقوبت قرار گرفته اید [متجاوز را] به عقوبت رسانید.»

و می فرماید:

﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةً مِثْلَهَا﴾ - [الشوری: ۴۰]

۸۲۵. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۳۰۷.
۸۲۶. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۱۰۳ و ۱۰۴.
۸۲۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۸۰۰-۴۸۰۲؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۳۵؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۲۶.

«و جزای بدی مانند آن بدی است.».

مبحث دوم: غصب

نوع دوم فعل مضر بر مال غصب است. در عین حال غصب یکی از مصادیق و انواع حادثه حقوقی است. غصب معمولاً با اراده غاصب واقع می شود و به این دلیل فعل مضر است. اما، ندرتاً امکان دارد غصب بدون اراده شخص واقع شود. به حیث مثال، شخص نداند که زمین متعلق به پدر او است و تصور کند که زمین از پدر او است و به او به ارث رسیده است و در زمین تصرف نماید. در این صورت، غصب حادثه حقوقی است که بدون اراده غاصب واقع شده است.

غصب هم مانند قتل، ضرب و جرح دارای مجازات مدنی و جزایی است. مجازات جزایی غصب در کُد جزا، مواد ۷۱۵ الی ۷۱۹ و قانون تنظیم امور زمینداری منتشره جریده رسمی شماره ۱۲۵۴ سال ۱۳۹۶، مواد ۹۱-۹۵ و احکام مدنی غصب در مواد ۷۶۵ الی ۷۷۳ ق. م تنظیم گردیده است. مجازات جزایی غصب مربوط حقوق جزا است. در این مبحث در روشنایی مواد ۷۶۵ الی ۷۷۳ ق. م احکام مدنی غصب را مورد مطالعه قرار می دهیم.

گفتار نخست) تعریف، انواع و ارکان

الف) تعریف و مصادر حرمت

غصب در لغت به معنای به زور گرفتن از دیگری،^{۸۲۸} گرفتن شی به ظلم،^{۸۲۹} به قهر آشکار گرفتن، و بر ذمه گرفتن است.^{۸۳۰} ق. م در خصوص تعریف غصب ساکت است. فقهای حنفیه در تعریف غصب گفته اند: غصب عبارت از اخذ مال متقوم و محترم بدون اذن مالک آن است، به نحوی که از مالک رفع ید بشود. فقهای حنفیه در توجیه این تعریف گفته اند که صرف اخذ مال شامل مغضوب و غیر مغضوب می شود. ولی، با قید متقوم، اموالی مانند: خمر و گوشت خوک که غیر متقوم هستند، از تعریف بیرون می شوند و با قید محترم، مال کافر حربی که محترم نیست، مشمول تعریف نمی شود و مراد از اذن مالک اخراج مأذون فیه از قبیل موهوب و ... است.^{۸۳۱} ماده ۸۸۱ مجله الاحکام در تعریف غصب می گوید: «غصب عبارت است از گرفتن مال کسی و ضبط آن بدون اینکه صاحبش اجازه دهد. گیرنده این مال را غاصب و مال گرفته شده را مغضوب و کسی را که این مال از او گرفته شده است، مغضوب منه می گویند.»^{۸۳۲}

۸۲۸. اسعد محمد سعید الصاغر جی (____). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۱۰۶.
۸۲۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۷۸۷؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۱.
۸۳۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۳۱.
۸۳۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۷۸۷-۴۷۹۰؛ اسعد محمد سعید الصاغر جی، الفقه الحنفی و ادلته، ج ۳، ص ۱۰۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۳۲.
۸۳۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۷۸۷-۴۷۹۰؛ اسعد محمد سعید الصاغر جی (____). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۱۰۶؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۲۸.

آنچه گفته شد، در مورد غصب حقیقی است. به نظر می رسد نویسندگان ق. م نوع دوم غصب را نیز پیش بینی نموده اند که غصب حکمی نامیده می شود، زیرا این نوع غصب به حکم قانون به رسمیت شناخته شده است. ماده ۷۷۳ ق. م در این مورد تصریح می نماید که: «آنچه در ازاله تصرف مساوی غصب باشد، تابع حکم غصب می گردد.» ازاله در لغت به معنی از بین بردن، زایل کردن، زدودن، نابودن کردن و محو کردن است. تصرف در لغت به معنی به دست آوردن، چیزی را مالک شدن، تسلط، چیرگی، به چنگ آوردن، مالک شدن، تصاحب، تملک، قبض و ضبط است.^{۸۳۳} در اصطلاح چنانچه گفته شد، تصرف تصمیم گیری مالکانه در امور و اموال است.^{۸۳۴} با توجه به معنی لغوی ازاله و تصرف به نظر می رسد برای تحقق غصب حکمی تحقق دو شرط ضروری است:

نخست: ازاله تصرف؛ به این معنی که غاصب عملی را انجام دهد که مانع تصرف مغضوب منه در اموالش گردد. به حیث مثال، غاصب به صاحب مال اجازه ندهد صاحب خانه، خانه خویش را به دیگری به کرایه دهد، خانه را وقف نماید، وصیت نماید، به فروش رساند و سایر تصرفات را انجام دهد.

دوم این که این تصرف مساوی با غصب باشد؛ یعنی واجد ارکان غصب باشد. به حیث مثال، اگر شخصی خانه ای خویش را به دیگر به کرایه دهد و بعد از ختم مدت کرایه، کرایه نشین خانه را به مالک مسترد ننماید و نیز مانع تصرف مالک بر خانه شود، به نظر می رسد که چنین عمل کرایه نشین غصب حکمی تلقی می شود، زیرا از یکطرف کرایه نشین مانع تصرف مالک بر خانه اش شده است و از طرف دیگر این عمل کرایه نشین حاوی ارکان غصب به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۷۳ ق. م شناسایی غصب حکمی است. به نظر می رسد غصب دارای سه رکن است: نخست این که فرد مال را بگیرد. دوم این که مال متعلق به غیر باشد و سوم این که اخذ مال از روی ظلم و عدوان باشد.

غصب تصرفی است که از آن حقوق اسلام نهی نموده است و بنابراین حرام تلقی می گردد. زیرا، آن تصرف در مال غیر بدون رضای اوست. حرمت غصب بر مبنای قرآن کریم، سنت پیامبر ﷺ و اجماع فقهاء ثابت است. خداوند ﷻ می فرماید:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [النساء: ۲۹]

«ای کسانی که ایمان آورده اید اموال همدیگر را به ناروا مخورید مگر آنکه داد و ستدی با تراضی یکدیگر از شما [انجام گرفته] باشد.»

همچنین خداوند ﷻ می فرماید:

﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَ تَدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ - [البقره: ۲۹]

833. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳/۱۶/۲۰۱۶)

۸۳۴. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۲۸۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۸۸.

«و اموالتان را میان خودتان به ناروا مخورید و [به عنوان رشوه قسمتی از] آن را به قضات مدهید تا بخشی از اموال مردم را به گناه بخورید در حالی که خودتان [هم خوب] می دانید.»

پیامبر ﷺ فرموده است:

«فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ.»^{۸۳۵}

«هر آینه خونها، اموال و ناموس تان برای تان حرام است.»

همچنین پیامبر ﷺ فرموده است:

«لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيِّبٍ نَفْسٍ مِنْهُ.»^{۸۳۶}

«برای هیچ مسلمانی جایز نیست مال مسلمانی را بخورد، مگر به رضایت او.»

بر مبنای آنچه گفته شد، فقهاء نیز در باب حرمت غصب اجماع نموده اند. زیرا، غصب از جمله

گناهان کبیره است و در نتیجه حرام تلقی می گردد.^{۸۳۷}

ب) محل

امام ابوحنیفه رحمته الله و امام ابو یوسف رحمته الله بر این عقیده اند که غصب تنها در اموال منقول متصور است و دلیل آنها این است که ازاله ید تنها با نقل و تحویل مال ممکن است و غصب نیز تنها با ازاله ید محقق می شود. ولی، در عقار؛ یعنی؛ مالی که نقل و انتقال آن از یکجا به جای دیگر ممکن نیست، مانند: خانه و زمین غصب قابل تصور نیست. زیرا، امکان انتقال و تحویل عقار وجود ندارد. بنابراین، اگر کسی زمینی را غصب کند و زمین در اثر آفت سماوی مانند: سیل و امثال آن تلف شود، طرف مقابل ضامن نخواهد بود. زیرا، در این فرض غصب با ازاله ید حاصل نشده است چرا که زمین در محل خود قرار داشته و از آنجا منتقل نشده است و تنها در صورتی شخص ضامن تلقی می گردد که تلف شدن ملک منتسب به فعل او باشد که در این صورت نیز غصب به هیچ وجه تحقق نپذیرفته و تنها اتلاف صورت گرفته است.

برعکس، امام محمد رحمته الله و امام زفر رحمته الله و سایر فقهاء بر این عقیده اند که حتی در زمین و خانه هم غصب قابل تصور است و ضامن آن نیز بر غاصب لازم است.^{۸۳۸} به نظر می رسد طبق ق. م محل غصب می تواند عقار یا منقول باشد که مثال های هر یک در مباحث بعدی خواهد آمد.

گفتار دوم) احکام

طبق ق. م غصب تابع احکام ذیل است:

الف) رد مغضوب و پرداخت جبران خسارت

۸۳۵. رواه البخاری عن أبي بكر اورواه مسلم عن جابر رحمته الله.

۸۳۶. رواه دار القطنی عن انس رحمته الله.

۸۳۷. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۶)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۴۷۸۶-۴۷۸۷؛ و اسعد محمد سعيد الصاغر جي (____). الفقه الحنفي وادلته، جلد (۳)، پاکستان: كتابخانه رشيدية، ص ۱۰۶؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۱)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۲۹ و ۲۳۰.

۸۳۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۶)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۴۴۷۹۰-۴۷۹۱؛ اسعد محمد سعيد الصاغر جي، الفقه الحنفي وادلته، ج ۳، ص ۱۰۷؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۱)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۳۰-۲۳۴.

به موجب ماده ۷۶۵ ق. م. ا: «(۱) غاصب به رد آنچه غصب نموده مکلف می باشد؛ و (۲) اگر ضرری به اثر غصب عاید گردد، مرتکب علاوه بر رد عین مالِ مغضوبه در محل غصب، به جبران خسارت نیز مکلف می گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- رد عین مغضوبه: غاصب مکلف است عین مغضوبه را به مالک آن رد نماید. به حیث مثال، اگر عین مغضوبه زمین یا موتر باشد، غاصب مکلف است آن را به صاحبش رد نماید. به عنوان نمونه، اگر احمد باغ حمیده را غصب نماید باید آن را به حمیده رد نماید.

۲- در صورتی که در اثر غصب ضرر به عین مغضوبه وارد گردیده باشد، غاصب علاوه بر رد عین مکلف به پرداخت جبران خسارت نیز است. به حیث مثال، اگر عین مغضوبه موتر یا خانه باشد، و در اثر غصب و استعمال مغضوبه توسط غاصب ضرری به خانه و موتر وارد گردیده باشد، مانند این که غاصب با موتر عین مغضوبه با دیگری تصادم نماید و به موتر مغضوبه صدمه وارد گردد، غاصب مکلف است علاوه بر رد عین مغضوبه، جبران خسارت ضرر (بر موتر و خانه) را نیز به مغضوب منه بپردازد.

۳- غاصب مکلف است عین مغضوبه را در محلی که آن را غصب کرده است به مغضوب منه مسترد نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را در گولایی سینمای خیرخانه مینه غصب نماید، مکلف است موتر را در گولای سینمای خیرخانه مینه به محمود رد نماید. دلیل این قاعده جلوگیری از پرداخت مصارف انتقال عین مغضوبه در صورتی که عین مغضوبه منقول باشد و مورد حمایت قرار دادن حق مغضوب منه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۶۵ ق. م. مورد حمایت قرار دادن مغضوب منه و پیش بینی حکم غصب است. این سه اثر در فقه نیز پیش بینی شده است.

فقهاء اتفاق نظر دارند که رد عین مغضوبه به مغضوبه منه در صورت وجود و بقای آن واجب است. زیرا، پیامبر ﷺ فرموده است:

«عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ». ۸۳۹

«اگر کسی مال دیگری را در اختیار گرفت، باید آن را به صاحبش باز گرداند.»

همچنین پیامبر ﷺ فرموده است:

«لَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ صَاحِبِهِ جَادًّا وَلَا لَاعِبًا، فَإِذَا أَخَذَ أَحَدُكُمْ عَصَا صَاحِبِهِ فَلْيُرِدْ عَلَيْهِ». ۸۴۰

«کسی از شما نباید مال برادر خویش را از روی جدیت و شوخی بگیرد. هرگاه یکی از شما عصای برادر خویش را بگیرد باید آن را به وی باز گرداند.»

طبق ماده ۸۹۰ مجله الاحکام: «در صورتی که مال مغضوب موجود باشد، لازم است که غاصب آن را جنساً به صاحبش در همان جایی تسلیم دهد که غصب در آنجا صورت گرفته است. اگر صاحب مال، غاصب را در شهر دیگری یافت و مال مغضوب با وی بود، صاحب مال می تواند آن را در همان جا بگیرد. ولی، اگر صاحب مال بخواهد که غاصب آن را در همانجا تسلیم دهد که از آنجا غصب صورت گرفته است.»

۸۳۹. رواه ترمذی.

۸۴۰. رواه أحمد، أبو داود و الترمذی عن السائب بن یزید عن أبيه.

در رد مال مغضوبه شرط است که مال مغضوبه به حالت قبلی باقی مانده باشد. بنابراین، در صورتی که مال مغضوبه هلاک گردد، غاصب مکلف به پرداخت ضمان آن می گردد. در صورت رد مال مغضوبه صاحب آن دوباره مالک مال تلقی می گردد و در نتیجه ملکیت وی بر مال ثابت می گردد و ید غاصب از آن رفع می گردد، مگر اینکه آن را دوباره غصب نماید. باید افزود که در صورتی که غاصب مال را به مالک آن رد نماید، ذمه وی از پرداخت ضمان بری می گردد.^{۸۴۱} ماده ۸۹۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر غاصب مال مغضوب را در جایی به مالک آن تسلیم داد که غصب صورت گرفته است، از پرداخت ضمان برائت حاصل می نماید.»

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۶۳):

ماده (۷۶۵) قانون مدنی با ماده (۸۰۸) آن توفیق داده شود.

توضیح:

بین ماده (۷۶۵ و ۸۰۸) هیچگونه تضاد وجود ندارد زیرا ماده (۷۶۵) از رد مال مغضوبه و جبران خساره که در اثر غصب با آن رسیده باشد بحث می کند و ماده (۸۰۸) از اتصال غیر قابل انفکاک ملک یک شخص با ملک شخص دیگر بحث نموده است که هر دو موضوع از یک دیگر کاملاً متمایز می باشد و تضاد در آن به ملاحظه نمی رسد.^{۸۴۲}

ب) هلاک و استهلاک مال مغضوبه

طبق ماده ۷۶۶ ق.م: «در صورتی که مال مغضوبه از طرف غاصب استهلاک گردد و یا کل یا بعضی آن نزد وی هلاک شود و یا به سبب تعدی یا بدون تعدی وی تلف گردد، به ضمان مال مغضوبه مکلف دانسته می شود.» طبق نص این ماده غاصب مکلف به پرداخت ضمان (جبران خسارت) مغضوبه است تفاوت نمی کند که مال توسط غاصب استهلاک گردیده باشد، خود مال هلاک گردیده باشد و غاصب در هلاک و استهلاک مال مغضوبه تعدی داشته باشد و یا مال مغضوبه بدون تعدی غاصب هلاک شده باشد. استهلاک در لغت به معنی نیست کردن، میراندن و هلاک کردن است.^{۸۴۳}

از نظر علم صرف استهلاک فعل متعدی است و در باب غصب معمولاً در اثر فعل غاصب صورت می گیرد، مانند این که عین مغضوبه گوسفند باشد و غاصب آن را بکشد و تناول نماید. هلاک در لغت به معنی نیست شدن، مردن، در گذشتن، نیستی و مرگ است.^{۸۴۴} هلاک فعل لازم است و معمولاً به صورت طبیعی

۸۴۱. جهت مطالعه بیشتر ر. ک: وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۷۹۹ و

۴۸۰۰؛ و اسعد محمد سعید الصاغرجی (___). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۱۰۸.

۸۴۲. ___ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 526.

۸۴۳. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۸۶.

۸۴۴. همان، محمد معین، ص ۱۲۰۵.

صورت می گیرد، مانند این که گوسفند مغصوبه در طویله خانه هلاک شود. منظور از تعدی تجاوز است که تفصیل و تعریف آن در فصل تقصیر و تجاوز خواهد آمد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که:

۱- غاصب مکلف است جبران خسارت استهلاک عین مغصوبه را به مغصوب منته پرداخت نماید. به حیث مثال، در صورتی که عین مغصوبه حیوان باشد و غاصب آن را ذبح نماید و گوشت آن را بخورد، باید جبران خسارت آن را بپردازد. همچنین، در صورتی که عین مغصوبه موتر باشد و غاصب آن را استعمال و در نتیجه استهلاک نماید، باید جبران خسارت آن را بپردازد.

۲- غاصب مکلف است جبران خسارت هلاک عین مغصوبه را به مغصوب منته پرداخت نماید. به حیث مثال، در صورتی که عین مغصوبه حیوان باشد و شب در طویله خانه بمیرد، غاصب باید جبران خسارت آن را مغصوب منته بپردازد.

۳- در صورتی که عین مغصوبه در اثر تعدی و تجاوز غاصب استهلاک گردد مانند ذبح گوسفند مغصوبه و خوردن گوشت آن غاصب باید جبران خسارت آن را بپردازد.

۴- در صورت عدم تجاوز غاصب و هلاک عین مغصوبه مانند مردن حیوان مغصوبه در طویله خانه غاصب باید جبران خسارت آن بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۶۶ ق.م.پیش بینی اثر غصب است.

ج) تغییر عین مغصوبه نزد غاصب

طبق ماده ۷۶۷ ق.م: «هرگاه مال مغصوبه نزد غاصب تغییر نماید، مغصوب منته می تواند، عین مال مغصوبه را با جبران خساره عایده یا ضمان آن را از غاصب مطالبه نماید». طبق نص این ماده در صورت تغییر عین مغصوبه، مغصوب منته دو گزینه دارد: نخست پذیرش عین مغصوبه با جبران خسارت و یا پذیرش صرف جبران خسارت.

به حیث مثال، هرگاه شخصی موتر شخص دیگری را غصب نماید و سپس آن را استعمال نماید و موتر تغییر نماید؛ یعنی کهنه و استهلاک شود، مغصوب منته می تواند موتر را با جبران خسارت (کاهش قیمت) بگیرد و یا موتر را به طور کلی رد نماید و جبران خسارت آن را از مغصوب منته بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تغییر عین مغصوبه نزد غاصب و مورد حمایت قرار دادن مغصوب منته است. مواد ۸۹۷ الی ۹۰۰ مجله الاحکام احکام مربوط به تغییر در مال مغصوبه را به تفصیل تنظیم نموده است که ذیلاً نقل می گردد:

۱) طبق ماده ۸۹۷ مجله الاحکام: «اگر مال مغصوب میوه بوده و نزد غاصب تغییر نماید، مثلاً، میوه تازه خشک شود، صاحب آن اختیار دارد که از غاصب عین همان مال را باز گیرد و یا قیمت آن را باز ستاند.»

۲) طبق ماده ۸۹۸ مجله الاحکام: «هرگاه غاصب بعضی اوصاف مال مغصوب را به وسیله تزییدی از مال خود تغییر دهد، صاحب مال اختیار دارد که قیمت آنچه را که غاصب بر آن افزوده است بپردازد و مال مغصوب را جنساً باز گیرد و یا قیمت مغصوب را باز ستاند. به طور مثال، اگر مال مغصوب لباس باشد و آن را غاصب رنگ نماید، صاحب مال اختیار دارد: اگر خواست قیمت لباس را گیرد و اگر خواست قیمت رنگ را به غاصب بدهد و لباس را جنساً بگیرد.»

۳) طبق ماده ۸۹۹ مجله الاحکام: «اگر غاصب در مال مغضوب طوری تغییر آورد که اسمش تبدیل گردد، ضامن است و مغضوب از آن وی می شود. به طور مثال، در صورتی که گندم را غصب نمود و آن را آرد ساخت، گندم را به صاحبش می پردازد و آرد از آن وی می شود. همچنین، اگر گندمی را که غصب کرده به زمین خود کشت، حاصل زمین ملکیت وی محسوب می گردد، ولی مثل گندم را باید به صاحبش بپردازد.»

۴) طبق ماده ۹۰۰ مجله الاحکام: «اگر نرخ مال مغضوب از قیمت آن در روز غصب کمتر شد، صاحب مال نمی تواند آن را نپذیرد و قیمت آن را مطابق نرخ روز غصب مطالبه کند. اما، اگر بر قیمت مال مغضوب به سبب استعمال غاصب نقصانی عارض گردید، در این حال، مغضوب منه می تواند ضمان آن را از غاصب بگیرد. طور مثال، اگر حیوان مغضوب به اثر استعمال ضعیف شد و غاصب آن را به مغضوب منه اعاده کرد، در این صورت، ضمان نقصان قیمت بر وی لازم می گردد. همچنین، اگر غاصب یکی از لباس های مغضوب را پاره نمود، و به این سبب بر قیمت آن نقصان آمد، اگر این نقصان اندک باشد، یعنی: کمتر از ربع قیمت لباس باشد، غاصب باید نقصان آن را به مغضوب منه بپردازد. اما، اگر نقصان به اندازه ربع قیمت یا بیشتر از آن باشد، مغضوب منه اختیار دارد و می تواند لباس را بگیرد و می تواند لباس را به غاصب واگذار کند و تمام قیمت آن را به دست آورد.»

د) رد عقار

براساس ماده ۷۶۹ ق. م: «(۱) هرگاه مال مغضوبه عقار باشد، غاصب به رد آن به مالک با اجرت مثل آن مکلف می باشد. (۲) در صورتی که غاصب در عقار بناء آباد نموده باشد و یا اشجار غرس کرده باشد، مالک می تواند اشجار و بناء را قلع نماید، و یا قیمت آن را در صورت موافقه غاصب مقلوعاً بپردازد. (۳) در صورت تلف شدن عقار یا وارد شدن نقص بر قیمت آن، گرچه غاصب متعدی نباشد، به ضمان مکلف می گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱) طبق نص این ماده هرگاه مال غصب شده عقار باشد و غاصب آن را برای مدتی نزد خود نگهدارد نه تنها به رد عقار بلکه مکلف به اجرت مثل آن نیز است. تعریف عقار در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. منظور از اجرت مثل اجرتی است که نظر به عرف و عادات جاریه یا مطابق نظر اهل خبره پرداخته شود. ماده ۲۱۲ مجله الاحکام در مورد اجرت مثل می گوید: «اجرت مثل اجرتی است که اهل خبره بی غرض آن را تعیین نموده باشد.» به حیث مثال، هرگاه احمد خانه محمود را غصب نماید و آن را برای مدت یک سال نزد خود نگهدارد، احمد غاصب مکلف است خانه را به محمود مغضوب منه رد نماید. همچنین، احمد غاصب مکلف است اجرت مثل خانه را نیز به مغضوب منه رد نماید. اجرت مثل در این مثال، کرایه یک ساله خانه است.

۲) اگر غاصب در عقار بناء مانند تعمیر، خانه، بلاک و نظیر اینها آباده نموده باشد و یا درخت غرس کرده باشد، مالک زمین (مغضوب منه) دو گزینه دارد: ۱- قلع اشجار (درخت ها) و بناء؛ و ۲- پرداخت قیمت بناء و درخت به غاصب در صورت ریشه کن کردن بناء و درخت. بنابراین، غاصب می تواند درخت و بناء را ریشه کن کند. قلع در لغت به معنی از ریشه در آوردن و از بیخ کندن است. قمع در لغت به معنی سرکوب کردن،

خوار کردن، زدن با عمود و فرو نشانندگی است.^{۸۴۵} در این صورت، هر چند غاصب گنهگار و مجرم است اما برای او ضرر می رسد و امکان دارد این کار مغضوب منه موجب ضایع و تلف شدن مال (به خصوص ساختمان) گردد و ورود ضرر و اتلاف مال هر دو در حقوق و شرع امر منفور است، زیرا در این خصوص قاعده حقوقی وجود دارد که تصریح می نماید: «پذیرش ضرر و مقابله ضرر با ضرر جواز ندارد.» به نظر می رسد با توجه به این قاعده، قانون گذار مدنی گزینه دوم را به مغضوب منه داده است که عبارت از پرداخت قیمت درخت و بناء برای غاصب و تملک بناء و درخت در برابر قیمت آن است.

۳) اگر عقار تلف شود غاصب مکلف به پرداخت ضمان (جبران خسارت، تاوان، غرامت) آن است. به حیث مثال، در صورتی که عقار مغضوبه خانه، آپارتمان و نظیر اینها باشد و از بین برود، غاصب مکلف به پرداخت جبران خسارت است. به نظر می رسد منظور از تلف ویران و تخریب شدن است. قانونگذار مدنی در نص این ماده غاصب را به صورت مطلق مکلف به پرداخت جبران خسارت عقار نموده است فرق نمی کند که غاصب متعدی و متجاوز باشد و یا نه. همچنین، اگر در اثر غصب قیمت عقار پایین بیاید، غاصب مکلف به پرداخت جبران خسارت نقص قیمت عقار است. به حیث مثال، در صورتی که عقار خانه یا آپارتمان باشد و غاصب از آن برای مدت طولانی استفاده نماید و در اثر استفاده غاصب قیمت آن به دلیل استفاده و کهنه شدن پایین بیاید، غاصب مکلف است جبران خسارت نقص قیمت را بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر مدنی غصب عقار است.

در فقه تقریباً تمامی پیشوایان مذاهب اسلامی در این باره اتفاق نظر دارند که غاصب ملزم به رد مال مغضوبه به مغضوب منه و از بین بردن آنچه بر مال مغضوبه اعم از بناء، زراعت و درخت احداث و غرس نموده است می باشد. در صورتی که شخصی عقار دیگری را غصب نماید و در آن خانه احداث نماید، در باره ویران کردن بناء و پرداخت ضمان امام ابو حنیفه رحمته الله علیه بر این نظر است که شخصی که زمینی دیگری را غصب کند و در آن عمارتی احداث نماید و قیمت عمارت بیشتر از قیمت زمین باشد، ملکیت مالک از آن زایل گردیده و پرداخت قیمت آن به مالک لازم می گردد. علت این امر این است که بدون اینکه فایده ای عاید مالک گردد صاحب بناء (غاصب) متضرر می گردد و ضرر و مقابله ضرر با ضرر در اسلام جواز ندارد.^{۸۴۶}

ولی، اگر قیمت زمین از بناء بیشتر باشد، ملکیت وی زایل نمی گردد. زیرا، در این صورت قاعده اخفف الضررین قابل تطبیق است.^{۸۴۷} و ^{۸۴۸} مجله الاحکام نیز این نظر را اختیار نموده است. ماده ۹۰۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه مغضوب منه زمین باشد و غاصب در آن عمارتی بناء کند و یا درختی غرس نماید، غاصب موظف است که آن را از ریشه بر دارد. در صورتی که ریشه کن کردن آن به زمین خسارتی وارد کند، مغضوب منه باید قیمت عمارت یا درخت ها را مطابق به یک عمارت ریشه کن شده بعد از وضع مصارف ویران کردن آن و یا قیمت درخت های ریشه کن شده را به غاصب بدهد و عمارت و درخت ها

845. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶)

۸۴۶. «لا ضرر ولا ضرر فی الاسلام.»

۸۴۷. «الضرر الأشد یزال بالأخف.»

۸۴۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۸۱۳.

از آن وی می شود. اگر قیمت عمارت و درخت ها از قیمت زمین بیشتر می شد و غاصب این کار را به اساس گمان شرعی انجام داده باشد، در این صورت، صاحب عمارت و یا درخت ها قیمت زمین را به مالکش می دهد و زمین از آن وی می گردد. به طور مثال، کسی در زمینی که برای وی به ارث رسیده، عمارتی بنا می نماید که قیمت تعمیر از اصل زمین زیادتر می شود، سپس برای زمین صاحبی پیدا می شود، صاحب عمارت پول قیمت زمین را به صاحبش بدهد و عمارت و زمین را به خود نگه دارد.».

ه) زواید مال مغصوبه

براساس ماده ۷۶۸ ق.م: «زواید مال مغصوبه متعلق به مالک آن بوده، در صورتی که زواید هلاک گردد یا از طرف غاصب استهلاک شود، غاصب به ضمان آن مکلف می باشد.» زواید جمع زاید است که در لغت به معنی افزون شونده، زیاد شونده، نمو کننده، افزون و اضافه است.^{۸۴۹} همچنین، به هر چیزی که زاید باشد و جزء اصلی چیزی نباشد زاید گویند.^{۸۵۰} به زواید نماء هم گویند. نماء به فتح نون از ریشه «نمو» گرفته شده که در لغت به معنی فزونی، زیادت، افزوده و رشد است. نماء در فقه عبارت از زیادتی است که در یک چیز حاصل می شود. طبق فقه نماء بر دو نوع است:

۱) نماء متصل که عبارت از نماء و زیادتی است که متصل به شیء باشد، مانند: چاق شدن حیوان؛

۲) نماء منفصل که عبارت از نماء است که از اصل پدید آمده و یا نیامده است، مثال اول: مانند کره ای که از اسب زاده شده باشد و مثال منفصل غیر پدید آمده از اصل، مانند اجرتی که از اجاره دادن یک خانه به دست می آید.^{۸۵۱} از نص ماده ۷۶۸ ق.م سه حکم قابل استنباط است:

نخست این که: زواید مال مغصوبه متعلق به مغصوب منه است مانند چوپه حیوان، شیر حیوان، پشم حیوان مغصوبه، میوه باغ مغصوبه، اجرت خانه مغصوبه و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد اسب محمود را غصب نماید و اسب چوپه متولد نماید، چوپه اسب متعلق به احمد است.

دوم این که: در صورتی که زواید مال مغصوبه هلاک گردد، غاصب مکلف است جبران خسارت آن را مغصوبه منه بدهد. به حیث مثال، در صورتی که چوپه حیوان مغصوبه بعد از تولد بمیرد، میوه باغ پوسیده و گندیده شود، غاصب مکلف است جبران خسارت آن به مغصوب منه بپردازد.

سوم این که: در صورت استهلاک زواید مال مغصوبه مانند خوردن میوه و محصول زمین و باغ مغصوبه، غاصب مکلف است جبران خسارت آن را به مغصوب منه بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم رد زواید مال مغصوبه است. شبیه این ماده در مجله الاحکام وجود دارد. طبق ماده ۹۰۳ مجله الاحکام: «زواید مال مغصوب از مالک آن است و اگر غاصب آن را هلاک نماید، باید به صاحبش تاوان آن را بدهد. به طور مثال، اگر غاصب شیر حیوان مغصوب را یا چوپه آن را یا میوه باغی را که غصب کرده و به دست وی بوده تلف نماید، باید تاوان آن را بدهد. زیرا، این اموال از مغصوب منه می باشد.

۸۴۹. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۵۲۵.

۸۵۰. (آخرین بازدید ۳/۳۰/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

۸۵۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۰۴.

همچنین، اگر زنبور های غسل را با غسل آن غصب کرد، و صاحب آن، آن را طلب کرد، غاصب باید غسلی را که در نزد وی حاصل شده نیز به صاحب آن اعاده نماید.».

(و) معاوضه و تبرع مال مغضوبه

به موجب ماده ۷۷۲ ق. م. ا: «هرگاه غاصب مال مغضوبه را معاوضه یا تبرع نماید که در نتیجه آن تمام یا قسمتی از مال مذکور تلف گردد، غاصب و متصرف الیه هر دو مسؤول شناخته شده، مغضوب منه می تواند از هر یکی که خواسته باشد، ضمان مال را مطالبه نماید.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

(۱) معاوضه از ریشه عوض گرفته شده است که در لغت به معنی تعویض و تبدیل کردن است. معاوضه در ق. م. به نام مقایضه نامیده شده است. در اصطلاح فقهی مقایضه عبارت از بیع کالا به کالا است^{۸۵۲} که تفصیل آن در جلد دوم این کتاب در مبحث عقد بیع خواهد آمد، مانند معاوضه کامپیوتر با آید، معاوضه موتر با موتر، معاوضه زمین با خانه و نظیر اینها. طبق نص ماده ۷۷۲ ق. م. هرگاه غاصب عین مغضوبه را با شخص سوم معاوضه نماید، به حیث مثال، عین مغضوبه زمین باشد و آن را با خانه معاوضه نماید، یا عین مغضوبه کامپیوتر باشد و آن را با مایبل معاوضه نماید.

در همه این حالات، مغضوبه منه می تواند به غاصب یا شخصی که با وی معاوضه صورت گرفته است مراجعه نماید. در صورت عدم تلف و اتلاف عین مغضوبه، مغضوب منه می تواند عین مغضوبه را از هر یک بگیرد. در صورت اخذ عین مغضوبه مسؤولیت مدنی غیرقراردادی هر یک از غاصب و شخصی که معاوضه با وی صورت گرفته است خاتمه می یابد و عقد معاوضه باطل می گردد. اما، در صورت تلف و اتلاف عین مغضوبه، مغضوب منه می تواند جبران خسارت را از هر یک مطالبه نماید. در صورتی که مغضوب منه جبران خسارت را از شخصی که معاوضه با وی صورت گرفته است بگیرد، به نظر می رسد که این شخص می تواند به غاصب مراجعه و جبران خسارت را از وی بگیرد.

(۲) تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.^{۸۵۳} شخصی که تبرع را انجام می دهد متبرع و شخصی که تبرع به نفع او انجام می شود متبرع الیه یا متبرع له نامیده می شود. به نظر می رسد تبرع عبارت از عمل حقوقی است که موجب ایجاد تعهد برای یکی از طرفین می گردد، مانند: هبه، صدقه، وصیت، وقف، عاریت و امثال اینها. طبق نص ماده ۷۷۲ ق. م. در صورتی که غاصب مال مغضوبه را تبرع نماید.

به حیث مثال، مال مغضوبه را هبه نماید، وصیت نماید، وقف نماید، به عاریت دهد و سایر تصرفات نظیر اینها را انجام دهد و مال مغضوبه نزد موهوب له، موصی له، موقوف علیه و عاریت گیرنده تلف گردد، غاصب و متصرف الیه (موهوب له، موصی له، موقوف علیه و عاریت گیرنده) نزد مغضوب منه مسؤول اند. بنابراین، مغضوب منه می تواند به هر یک مراجعه و جبران خسارت را از او مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم معاوضه و تبرع مال مغضوبه است.

۸۵۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۴۰؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۳۴۳.

۸۵۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.

ز) غاصبِ غاصب و کسی که در حُکم غاصب است

براساس ماده ۷۷۰ ق. م: «حُکم، غاصبِ غاصب، مانند حُکم غاصب می باشد. در صورتی که مال مغضوب نزد وی تلف گردیده یا آن را اتلاف نماید، هر دو غاصب در برابر مغضوب منتهی مکلف به ضمان می باشند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- غاصب غاصب در حکم غاصب است. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را غصب نماید و جمشید خانه را از احمد غصب نماید، احمد غاصب و جمشید غاصب غاصب است.

۲- در صورتی که مال مغضوب نزد غاصب یا غاصب غاصب تلف گردد یا غاصب یا غاصب غاصب آن را اتلاف نماید، هر دو غاصب در برابر مغضوب منتهی مکلف به ضمان می باشند. ضمان مترادف به جبران خسارت است. به حیث مثال، اگر احمد گوسفند محمود را غصب نماید و جمشید گوسفند را از احمد غصب نماید و گوسفند تلف شود، به حیث مثال، به صورت طبیعی بمیرد یا احمد یا جمشید آن را ذبح نماید و گوشت آن را بخورد، احمد و جمشید هر دو مکلف اند جبران خسارت آن را به محمود پرداخت نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم غاصب غاصب و مورد حمایت قرار دادن مغضوب منتهی است. همچنین، به موجب ماده ۷۷۱ ق. م. ا: «هرگاه غاصب دوم مال مغضوب را به غاصب اول رد نماید، تنها خود وی بری الذمه گردیده و در صورت رد مال مغضوب منتهی، هر دو غاصب بری الذمه شناخته می شوند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- اگر غاصب دوم مال را به غاصب اول رد نماید، صرف غاصب دوم از نظر مدنی بری الذمه می گردد. به حیث مثال، اگر احمد گوسفند محمود را غصب نماید و جمشید گوسفند را از احمد غصب نماید و جمشید گوسفند را به محمود رد نماید، صرف جمشید بری الذمه می گردد.

۲- اگر غاصب دوم مال را به غاصب اول و غاصب اول مال را به مغضوب منتهی رد نماید، ذمه غاصب اول و غاصب دوم در برابر مغضوب منتهی بری می گردد. به حیث مثال، اگر احمد گوسفند محمود را غصب نماید و جمشید گوسفند را از احمد غصب نماید و جمشید گوسفند را به احمد و احمد به محمود رد نماید، هر دو جمشید و احمد در برابر احمد از نظر مدنی بری الذمه می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رد مال مغضوب توسط غاصب غاصب به مغضوب منتهی یا غاصب غاصب به غاصب و غاصب به مغضوب منتهی است.

طبق ماده ۹۱۰ مجله الاحکام: «غاصب غاصب در حکم عین غاصب است. بنابراین، اگر شخص دیگری مال مغضوب را از غاصب غصب کرد و آن را تلف نمود و یا به دست او تلف گردید، مغضوب منتهی مخیر است که از غاصب اول ضمان آن را باز ستاند یا از غاصب دوم به دست آورد. همچنین، مغضوب منتهی می تواند یک مقدار ضمان را از غاصب اول و مقدار دیگر را از غاصب دوم بگیرد. در این صورت غاصب اول می تواند به مقدار ضمانی که برای مغضوب منتهی پرداخته است، به غاصب دوم رجوع نماید. ولی، اگر صاحب مال تاوان را از غاصب دوم گرفت، در این حال غاصب دوم بر غاصب اول رجوع کرده نمی تواند.»

ح) ضابطهٔ پرداخت جبران خسارت غصب

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه / ۳۶۱

طبق ماده ۸۹۱ مجلة الاحکام: «طوری که بر غاصب ضمان مال مغصوبه در حال استهلاك لازم می گردد، همچنین در صورت اتلاف مال خواه به تجاوز غاصب باشد یا بدون تجاوز، ضمان بر وی لازم می گردد. در این حالت، اگر مال مغصوب از ذوات القیم باشد، پرداخت قیمت مطابق نرخ روز و اگر از ذوات الامثال باشد، پرداخت مثل لازم می گردد.» در فقه طبق نظر فقهای حنفیه قیمت مال غصب شده در روز غصب تقدیر می شود، چرا که ضمان از زمان غصب بر عهده غاصب ثابت می شود. بنابراین، باید همان زمان را به عنوان تاریخ ملاک تعیین قیمت تلقی کرد و پس از آن هم اگر تغییری در قیمت حاصل شود، در مسؤلیت غاصب تأثیری نخواهد گذارد. زیرا، سبب ضمان نیز مانند محل ضمان تغییر نمی پذیرد.^{۸۵۴}

۸۵۴. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۴۳؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۴۳۵ و ۱۴۳۶؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیه، صص ۴۸۰۳ و ۴۸۰۴.

فصل سوم: فعل مضری که بر نفس واقع می شود

به موجب ق. م مواد ۷۷۴ و ۷۷۵ قتل، جرح، ضرب و یا دیگر انواع اذیت بر نفس منابع حوادث حقوقی است. فعل مضر بر نفس دارای آثار مدنی و جزایی است. آثار جزایی فعل مضر بر نفس که عبارت از عقوبت های جزایی است مربوط حقوق جزا است و در کُد جزا تنظیم شده است. مواد ۵۷۵ الی ۵۸۱ و ۵۵۱ و ۵۵۲ کد جزا مسایل مربوط به ضرب را تنظیم نموده است. در این فصل، آثار مدنی یعنی جبران خسارت قتل، جرح، ضرب و یا دیگر انواع اذیت بر نفس (مبحث اول) کیفیت پرداخت جبران خسارت (مبحث دوم) و اشخاصی که مستحق دریافت جبران خسارت می شوند را مورد بحث قرار می دهیم.

مبحث اول) قتل، جرح، ضرب و سایر انواع اذیت بر نفس

طبق ماده ۷۷۴ ق. م: «شخصی که مرتکب فعل مضر از قبیل قتل، جرح، ضرب و یا دیگر انواع اذیت بر نفس گردد، به جبران خساره وارده مکلف می باشد». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که: اعمال مضر بر نفس شامل قتل، ضرب، جرح و اذیت می شود:

(۱) قتل از نظر لغوی به سلب حیات افراد گفته می شود. در اصطلاح قتل عبارت از کشتن غیرقانونی افراد است.

(۲) مطابق ق. م و کُد جزا جرح نیز حادثه حقوقی است که موجب ایجاد مسؤولیت جزایی و مدنی و در نتیجه تطبیق جزا و پرداخت جبران خسارت می گردد. جرح در حقوق جزاء از جرایم علیه جسم و جان آدمی است که در لغت به معنی زخم زدن به عضوی از اعضای بدن انسان اعم از سر و صورت به حالات جارحه مثلا: چاقو، داس، ناخن و دندان و امثال اینها است.^{۸۵۵} به شخصی که به دیگر جرح وارد می نماید، جارح و به شخصی که زخم بر وی وارد شده است مجروح می گویند. ماده ۵۷۵ کُد جزا در تعریف جرح می گوید:

۸۵۵. عباس ایمانی، (۱۳۸۲). فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، چاپ اول، تهران (___)، ص ۱۴۹.

«جرح: وارد کردن زخم به بدن است که سبب خراشیدگی یا بریدگی یا پارگی یا قطع عضو یا سوختگی یا شکستگی آن شود و توأم با قطع نسج و خونریزی بیرونی باشد.»

۳) ضرب در لغت به معنی زدن است. به شخصی که دیگری را می زند ضارب و به شخصی که زده شده است مضروب می گویند. همچنین ضرب در لغت به معنی لت و کوب است. فرق ضرب با جرح این است که عضو جرح شده غالباً با خون یا چرک شدن، ظاهر می گردد، در حالی که ضرب بدن منتهی به کوفتگی یا شکستگی استخوان و یا سیاه شدگی و تورم پوست می گردد بدون آنکه عضو ضرب خورده خراشیده شود و یا از آن خون بر آید.^{۸۵۶} ماده ۵۷۵ کد جزا در تعریف ضرب می گوید: «ضرب: وارد کردن صدمه به بدن است که سبب تورم یا کبودی یا پیچ خوردن مفاصل بدون شکستگی آن ها یا خون مردگی یا خون ریزی داخلی در بدن شود و با قطع نسج و جاری شدن خون از بدن همراه نباشد.»

۴) قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۷۴ ق. م از «سایر انواع اذیت» سخن می گوید و اذیت بر نفس را از جمله اعمال مضر بر نفس به رسمیت می شناسد. اذیت در لغت به معنی آزار، رنج، زحمت، شکنجه و عذاب است.^{۸۵۷} با توجه به این که قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۷۴ ق. م کلمه «اذیت» را به صورت مطلق ذکر نموده است، به نظر می رسد اذیت شامل هر نوع شکنجه، عذاب و آزار جسمی، روحی و جنسی می شود. نص ۷۷۴ ق. م احصایی به نظر می رسد نه حصری زیرا قانونگذار مدنی از سایر انواع فعل مضر بر نفس که شامل هر نوع اذیت می شود سخن می گوید.

دوم این که: شخصی که مرتکب قتل، جرح، ضرب و یا دیگر انواع اذیت بر نفس گردد، مسئولیت مدنی غیرقراردادی در برابر ورثه مقتول، در برابر شخص مجروح، مضروب و شخص اذیت شده دارد و باید جبران خسارت را بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را قتل نماید، باید جبران خسارت را به محمود پرداخت نماید. اگر احمد محمود را مضروب یا مجروح نماید یا موجب اذیت محمود گردد باید جبران خسارت آن را به محمود پرداخت نماید.

مبحث دوم) افراد مستحق دریافت جبران خسارت

طبق ماده ۷۷۵ ق. م: «شخصی که به سبب جرح یا هر عمل مضر دیگر موجب قتل یا وفات شخص گردد، در برابر اشخاصی که نفقه آنها بدوش متوفی بوده و به اثر قتل یا وفات از آن محروم شده اند، به تأدیه ضمان مکلف می باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) در صورتی که عمل مضر بر نفس ضرب، جرح و اذیت باشد، جبران خسارت باید به مضروب، مجروح و فرد اذیت شده توسط شخصی که فعل مضر را انجام داده است پرداخته شود، زیرا در این صورت، فردی که فعل مضر بر وی واقع گردیده است وفات نکرده است یا به قتل نرسیده است. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را مضروب یا مجروح نماید باید جبران خسارت را به حمیده پرداخت نماید.

۸۵۶. همان، عباس ایمانی، ص ۱۵۰.

۸۵۷. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۰۷۰؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۹۴۶.

۲) در صورتی که فعل مضر قتل باشد، ضرب و جرح باشد و در اثر آن فردی که فعل مضر بر نفس بر وی واقع گردیده است وفات نماید، جبران خسارت باید به افرادی که نفقه آنها بر مقتول یا متوفی واجب است پرداخته شود. به حیث مثال، در صورتی که مقتول و متوفی مرد باشد، جبران خسارت توسط قاتل باید به زوجه و اطفال مقتول و متوفی پرداخته شود. اما، در صورتی که مقتول فرد بالغ و غیر متأهل و در عین حال مذکر باشد، جبران خسارت باید به پدر و مادر مقتول که در عین حال دارای مال و ملکیت نباشند و توانایی کار را نیز نداشته باشند پرداخت شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده حمایت زنان و اطفال و دریافت جبران خسارت معنوی و خسارت عدم النفع توسط اطفال و زنان است. اما، چنانچه ملاحظه می گردد معیار و ملاک شخصی که مستحق جبران خسارت می گردد «وجوب نفقه متوفی و مقتول» است که محل انتقاد به نظر رسد، زیرا در صورتی که بر مقتول تأمین نفقه دیگران واجب نباشد، تکلیف چیست؟ به حیث مثال، در صورتی که مقتول و متوفی طفل باشد جبران خسارت را باید کدام عضو فامیل آنها دریافت نماید، زیرا تأمین نفقه دیگران بر طفل لازم نیست.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که معیار نفقه برای دریافت جبران خسارت به دلیل عدم واجد شرایط بودن برخی افراد معیار مناسب به نظر نمی رسد و قانونگذار مدنی در تدوین ماده ۷۷۵ ذهنیت مردانه داشته است و تصور کرده است که صرف مردان خانواده ممکن است به قتل برسند. تفصیل نفقه در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت. به نظر می رسد معیار مناسب برای دریافت جبران خسارت ارث است. طبق این معیار جبران خسارت جزء ترکه متوفی محسوب می گردد و به گونه که ای که تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد میان ورثه تقسیم می شود و به هیچ وجه جبران خسارت بدون افرادی که واجد شرایط دریافت باشند باقی نخواهد ماند زیرا در این صورت، ذوی الفروض، عصبان، ذوی الارحام، موصی له به بیشتر از ثلث مال، مقر له به نسب و در نهایت دولت آن را دریافت خواهد کرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی افراد مستحق دریافت جبران خسارت است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۶۴):

۱- مواد (۷۷۴) و (۷۷۸) قانون مدنی مخالف اساسات شریعت است زیرا در اساس شریعت در همچو مورد ارش یا حکومت عدل یا دیت تعیین شده و اگر منظور از جبران خساره علاوه بر دیت و غیره باشد دور از عدالت به نظر می رسد.

۲- مطابق ماده (۷۷۵) قانون مدنی "لازم" گردانیدن ضمان نفقه باز ماندگان مقتول قابل توضیح است.

توضیح:

در هر دو بند پرسش چنان فکر شده که لزوم جبران خساره وارده و یا تکلیف قاتل به ضمان نفقه اشخاصی که مقتول در زمان حیات نفقه شان را به دوش داشت با اساسات شریعت توافق ندارد در حالی که چنین نیست بلکه استیفای قصاص و یا دیت حق ورثه مستحق الارث مقتول است و خساره وارده می تواند غیر از حالت قتل در حالت ضرب و جرح تنها نیز متحقق گردد. از ناحیه دیگر در ماده (۷۷۵) قانون مدنی لزوم نفقه اشخاصی پیش

بینی شده است و در زمان حیات به دوش متوفی بوده این اشخاص می تواند از جمله ورثه مستحق الارث و غیر آن که مقتول در زمان حیات تکفل اعاشه آنها را داشت بوده باشد.

قانون مدنی علاوه بر حق قصاص یا دیت مستفاد از ماده اول قانون جزاء قاتل را به جبران خساره و مکلف به تادیه ضمان مدنی نیز شناخته است و کدام منافات با اساسات شریعت ندارد.^{۸۵۸}

مبحث سوم) کیفیت محاسبه جبران خسارت

مواد ۷۷۴ و ۷۷۵ ق. م هیچ گونه حکمی در خصوص کیفیت جبران خسارت ناشی از فعل مضر بر نفس ندارد. علاوه بر این، احکام عمومی جبران خسارت که در مواد ۷۷۸ الی ۷۸۱ ق. م پیش بینی شده هیچ گونه کمکی به نظر می رسد که برای قاضی محکمه ذیصلاح فراهم نمی نماید. بنابراین، به نظر می رسد در خصوص تعیین جبران خسارت ناشی از فعل مضر بر نفس ق. م مسکوت است. به نظر می رسد قاضی محکمه ذیصلاح می تواند جبران خسارت ناشی از فعل مضر بر نفس را مطابق حقوق جزای اسلام تعیین نماید. جرایم در حقوق جزای اسلامی به سه دسته تقسیم می شود:

۱- **جرایم تعزیری:** تعزیر در لغت به معنی تأدیب است. در اصطلاح شرع تعزیر عبارت از جزاهایی است که مقدار و کیفیت آن در شرع تعیین نگردیده بلکه به ولی امر مسلمین یا قاضی محول گردیده است مانند سود گرفتن، خیانت در امانت و نظیر اینها. قاضی می تواند از بین مجازات های جائز یکی را انتخاب کند که از نصیحت تا اعدام را در بر می گیرد.^{۸۵۹} جرایم تعزیری با اصل جرایم و مجازات ها منافات دارد. به همین دلیل جرایم تعزیری در کد جزای افغانستان مدون شده اند.

۲- **جرایم حدود:** حدود جمع حد است که در لغت به معنی فاصل و مانع بین دو چیز است. در زبان عرب حد به معنی منع است و در اصطلاح شرع، عقوبات و کیفر ها را حدود می گویند، زیرا اغلب این حدود، گناهکار را بعد از اجرای آنها از بازگشت مجدد به گناهی که برای آن مجازات شده است، باز می دارد و گاهی به خود گناه و معصیت «حد» می گویند. حد شرعاً عقوبت و کیفری است که به جهت حق الله اجرا می گردد.^{۸۶۰} به عبارت دیگر: حدود عبارت از جزایی است که از جانب شارع جهت تأمین منافع عامه مقرر گردیده است.^{۸۶۱} بنابراین، تعزیر داخل حدود نیست، زیرا میزان و نوع آن معین نشده است و به رأی و نظر حاکم شرع موکول گردیده است و قصاص نیز از تعریف حدود خارج می شود، زیرا قصاص حق بشر است نه حق الله. به طور عموم، جرایم حدود عبارت اند از: سرقت، قطاع الطریق (که به نام های رهزنی، حرابت و محاربه نیز یاد می شود)، زنا، بغاوت، قذف، شرب خمر (نوشیدن شراب) و ارتداد.^{۸۶۲}

۸۵۸. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص 526 و 527.

۸۵۹. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعه نعمانی، ص ۲۹۶.

۸۶۰. اسعد محمد سعید الصاغرچی (____). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۳۱۹.

۸۶۱. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعه نعمانی، ص ۲۹۱.

۸۶۲. همان، داد محمد نذیر، صص ۲۹۲-۲۹۵.

۳- **قصاص:** قصاص در لغت به معنی پی جویی، کشتن قاتل به مثل، مجازات، عقوبت، سزا، عقاب، جبران و تلافی است. در اصطلاح قصاص عبارت از عقوبتی است که در صورت قتل عمد مشروط بر تحقق شرایط آن بر جانی تطبیق می گردد.^{۸۶۳}

۴- **دیات:** دیات جمع دیه است و دیه در لغت به معنی خون بها است.^{۸۶۴} در اصطلاح شرع دیه عبارت تعویض مالی است که به ورثه مقتول توسط قاتل داده می شود. اگر قاتل مسلمان باشد، خون بهای مقتول صد شتر، یا دو صد گاه یا یک هزار گوسفند یا یک هزار دینار طلا و یا ده هزار درهم نقره است.^{۸۶۵} در خصوص نرخ دیه متحدالمال ستره محکمه وجود دارد. این متحدالمال نظر به نرخ نقره تجدید می شود. طبق این متحدالمال قیمت دیه ۱۲۹۹۹۰۰ افغانی در سال ۱۳۹۶ است که متن این متحدالمال قرار ذیل است:

متحدالمال شماره (۳۷۷-۳۵۱) مؤرخ ۱۳۹۶ / ۳ / ۷

به ریاست محترم محاکم استیناف ولایت

از آنجایی که حسب هدایت مصوبه شماره (۲۴۵) مؤرخ ۱ / ۴ / ۱۳۸۹ شورای عالی ستره محکمه اوسط نرخ نقره خالص در شش ماه اول و دوم سال قبل مطابق مصوبات کمیسیون دوم سیمینار رؤسای محاکم ولایات منعقد سال ۱۳۴۷ نرخ هفت هزار مثقال نقره خالص محاسبه و برای سال بعدی معیار اندازه دیت در دعاوی حق العبدی قضایای جزایی قرار داده می شود.

براساس هدایت فوق و به منظور تثبیت نرخ دیت برای سال ۱۳۹۶ نرخ وسطی خرید فی گرام نقره خالص در شش ماه اول و دوم سال ۱۳۹۵ از ریاست عمومی د افغانستان بانک مطالبه شد. بانک مذکور مبنی بر ارقام که از مارکیت لندن به دست آورده فی گرام نقره خالص در شش ماه اول سال ۱۳۹۵ را معادل (۳۴۰۴۲) افغانی و نرخ نقره در شش ماه دوم سال ۱۳۹۵ را معادل (۳۹۰۸۶) افغانی معلومات داده اند که اوسط نرخ های فوق فی گرام مبلغ (۳۷۰۱۴) را به دست می دهد و یک مثقال نقره حسب مصوبه (۴۳۹) مؤرخ ۲۰ / ۳ / ۱۳۹۳ مقام محترم شورای عالی مبنی بر مسایل فقه معادل پنج گرام معین شده است که با رعایت هدایت مصوبه فوق قیمت مقدار هفت هزار مثقال نقره خالص مطابق به قیمت های ارایه شده از د افغانستان بانک حسب فورمول ذیل:

هفت هزار مثقال نقره خالص مساوی است به (۳۵۰۰۰) گرام قیمت وسطی یک گرام نقره طی شش ماه اول و دوم سال ۱۳۹۵ مساوی به (۳۷۰۱۴) افغانی. بنابراین، قیمت هفت هزار مثقال نقره معادل (۳۵۰۰۰) گرام عبارت است از (۱۲۹۹۹۰۰ = ۳۷۰۱۴ * ۳۵۰۰۰) افغانی. با در نظر داشت ارزیابی فوق مبلغ (۱۲۹۹۹۰۰) افغانی نرخ دیت برای سال ۱۳۹۶ جهت رسیدگی به دعاوی حق العبدی در محاکم محاسبه گردیده است.

مراتب فوق در جلسه مؤرخ ۲۶ / ۲ / ۱۳۹۶ مقام محترم شورای عالی مطرح و طی تصویب شماره (۲۰۲) هدایت ذیل صدور یافت:

۸۶۳. همان، داد محمد نذیر، ص ۲۹۵.

(آخرین بازدید ۳ / ۶ / ۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com> 864.

۸۶۵. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعه نعمانی، ص ۲۹۵.

(به اساس معلومات حاصله از د افغانستان بانک نرخ وسطی فی گرام نقره خالص طی شش ماه اول و دوم سال ۱۳۹۵ مبلغ (۳۷۰۱۴) افغانی تثبیت و با در نظر داشت آن نرخ مقدار هفت هزار مثقال نقره خالص معادل (۳۵۰۰۰) گرام با رعایت مصوبه کمیسیون دوم سیمینار رؤسای محاکمات ولایات منعه سال ۱۳۴۷ مندرج صفحه (۴۵) نشریه سیمینار مذکور مبلغ (۱۲۹۹۹۰۰) افغانی سنجش گردیده است).

بنابراین، مبلغ مذکور به حیث نرخ دیت برای سال ۱۳۹۶ تصویب شد. متن مصوبه بدینوسیله به مقصد توحید مرافق قضایی به تمام محاکم متحدالماً اخبار و در مجله قضا و جریده میزان نشر شود.

مراتب مندرج تصویب شماره فوق مقام محترم شورای عالی ستره محکمه بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط متحدالماً اخبار گردید تا آن را به مراجع ذیربط تعمیم نموده مطابق آ اجراء مقتضی و قانونی به عمل آید.

دیه جبران خسارت نفس است. اما، در صورتی که جنایت بر عضو بدن وارد شود، جبران خسارت آن ارش است. ارش در لغت به دیه جراح است.^{۸۶۶} ارش عبارت از تعویض مالی است که از طرف جانی به خود مجنی علیه در برابر اعتدا بر اعضای بدن پرداخته می شود.^{۸۶۷} در خصوص مقدار ارش ق. م مسکوت است. مقدار ارش طبق حقوق اسلامی قرار ذیل است:

شماره	ضرر	جبران خساره
۱	از بین بردن یا قطع کردن عضو یا اعضای بدن در صورتی که عضو یکی باشد	در صورتی که یک عضو بدن باشد مانند بینی، زبان و غیره مکمل دیت باید پرداخته شود
۲	ناتوان ساختن دایمی توانایی عضو یا اعضای بدن	در صورتی که اعضای بدن جوره یا جفت باشد و ضرر به یکی از آنها رسیده باشد مانند چشم ها، گوش ها، دستان و پاها نصف دیت پرداخته شود
۳	قطع نمودن یک لب	نصف دیت
۴	محروم نمودن کامل قوه بینایی یا شنوایی	مکمل دیت
۵	قطع کردن بخش و یا تمام بینی که منجر به سوء شکل دایمی چهره گردد	مکمل دیت
۶	از دست دادن عضو جنسی	مکمل دیت
۷	از دست دادن دندان بدون از دندان شیری	5 % دیت

866. www.hawzah.net (آخرین بازدید ۳/۶/۲۰۱۷)

۸۶۷. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعه نعمانی، ص ۲۵۹.

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه / ۳۶۹

۵ % دیت	از دست دادن یک انگشت و یا شصت دست و یا پا	۸
۵ % دیت	زخمی ساختن سر و یا روی در صورتی که استخوان دیده شود	۹
۱۰ % دیت	زخم در روی و یا سر در صورتی که استخوان کسر کرده باشد اما بی جا نشده باشد	۱۰
۱۵ % دیت ۱ -	زخم در روی و یا سر که منجر به بیجا شدن استخوان گردد	۱۱
(۳) دیت	کسر در جمجمه سر در صورتی که عمق زخم ها به پرده مغز اصابت نموده باشد	۱۲
مکمل دیت ۱ -	زخمی نمودن سر در صورتی که قوه زیرکی مغز را دائماً کاهش دهد	۱۳
(۳) دیت	زخم بدون از سر و روی که داخل سیستم جسم گردد	۱۴

فصل چهارم: تقصیر / خطا و تعدی (احکام عمومی)

در ق. م در مورد فعل با تقصیر یا تعدی مبحث مستقل وجود ندارد. اما، نویسندگان ق. م فعل با تقصیر شخص را در جلد دوم، مبحث دوم زیرا عنوان «احکام مشترک» در مواد ۷۷۶ و ۷۷۷ ق. م تنظیم نموده اند. طبق این مواد تقصیر به صورت واضح سبب ضرر شناخته شده است. علاوه بر این، قانونگذار مدنی این مواد را در مبحث «احکام مشترک» تنظیم نموده است.

از نظر فن قانونگذاری احکام عمومی احکامی اند که بر سایر مواد قابل تطبیق و تسری اند. لذا، موادی که در مبحث دوم پیش بینی شده اند بر قتل، ضرب، جرح، غصب و اتلاف قابل تطبیق اند. به حیث مثال، اتلاف امکان دارد مبتنی بر تعدی و یا تقصیر باشد. در قتل، ضرب و جرح و غصب مال، تعدی و تجاوز وجود دارد. علاوه بر این، احکام مربوط به ضرر و جبران خسارت بر مواد قبلی قابل تطبیق و تسری اند. علاوه بر این، نویسندگان ق. م احکام فعل مضر و مفید را که تفصیل آن گذشت از فقه گرفته اند.

در عین حال، نویسندگان ق. م فعل با تقصیر را که یکی از منابع حوادث حقوقی است، از قانون مدنی مصر اقتباس کرده اند. احکام مربوط به ارکان و شرایط تحقق و انواع حوادث حقوقی را از قانونگذاران مدنی از ق. م. ج. م گرفته اند که آن متأثر از قانون مدنی فرانسه است. جلد دوم، فصل سوم، مبحث سوم الی پنجم ق. م. این احکام را تحت عنوان «احکام مشترک» تنظیم نموده است.

طبق این احکام یکی از منابع مسؤولیت مدنی غیر قراردادی تقصیر است. طبق ق. م. ا مسؤولیت مدنی غیر قراردادی مبتنی بر تقصیر سه نوع است: مسؤولیت مبتنی بر تقصیر ناشی از عمل خود شخص، مسؤولیت غیر قراردادی مبتنی بر تقصیر ناشی از اعمال غیر و مسؤولیت غیر قراردادی ناشی از اشیاء. در حقوق فرانسه سه فعل مشروط بر این که توأم با تقصیر انجام شود، موجب مسؤولیت مدنی غیر قراردادی است: فعل شخص، فعل اشیاء اعم از اشیای بی جان و حیوان و فعل اشخاص دیگر:^{۸۶۸}

مبحث اول) تقصیر یا خطا

۸۶۸. پاتریس ژوردن (۱۳۸۵). اصول مسؤولیت مدنی، مترجم: مجید ادیب، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ص ۷۱.

برای تحقق مسؤولیت مدنی فرد تحقق سه رکن ضرور است. تقصیر، تجاوز و رابطه سببیت میان فعل با تقصیر و ضرر. بنابراین، ارکان مسؤولیت قهری مبتنی بر تقصیر شخص مانند حقوق مدنی فرانسه و مصر سه است: خطا، تقصیر، تعدی ضرر و رابطه سببیت میان تقصیر و ضرر:

گفتار اول) تقصیر و تعدی

الف) تعریف تقصیر و خطا و وارد کردن ضرر در اثر تقصیر و خطا

طبق ماده ۷۷۶ ق. م: «هرگاه به اثر خطا و یا تقصیر ضرری به غیر عاید گردد، مرتکب به جبران خسارت مکلف می باشد.» منظور از تقصیر در این مبحث تقصیر عام است. تقصیر عام در مواردی مطرح است که مسأله عدم اجرای قرارداد مطرح نباشد. تقصیر در این حالت عدم رعایت تکلیف خارج از قرارداد است که از قبل توسط قواعد حقوقی بیان شده است.^{۸۶۹} تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که به معنای اهمال و کاستی است.^{۸۷۰} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۸۷۱} به شخصی که مرتکب تقصیر می شود، مقصر می گویند. به نظر می رسد در ماده ۷۷۶ ق. م خطا مترادف با تقصیر استعمال شده است زیرا قانونگذار در این ماده از «خطا و یا تقصیر» سخن می گوید و تقصیر را مترادف خطا استعمال نموده است. در اصطلاح، حقوقدانان تعاریف متعدد برای تقصیر ارایه کرده اند:

۱) عده ای از حقوقدانان بر این نظر اند که: تقصیر عبارت است از عمل زیانبار غیر مشروع؛ یعنی؛ عمل زیانبار مخالف قانون. این تعریف، معنای تقصیر را چندان واضح نمی سازد. زیرا، این تعریف مشخص ننموده است که کدام دسته از اعمال زیانبار اند و از نظر قانون ممنوع می باشند. بنابراین، ایجاب می نماید، ضابطه های برای تعیین اعمال زیانبار ترسیم گردد، که تعریف فوق این ضرورت را بر آورده نساخته است.

۲) استاد پلنیول تقصیر را به: اخلال در تعهد پیشین تعریف کرده است. به عبارت دیگر: تقصیر نقض تعهد پیشین است. تعهد در این تعریف در مفهوم تعهد قراردادی و تعهدات قانونی پیش بینی شده است.^{۸۷۲} تعریف مذکور نیز مفهوم تعهداتی را که اخلال در آنها تقصیر محسوب می شود معین نکرده است. با وجود این، استاد پلنیول سعی می کند این تعهدات را طی موارد چهارگانه بر شمرد: خودداری از به کارگیری زور، خودداری از اعمال فریبکارانه، خودداری از انجام عملی که شرایط انجام آن را اعم از قدرت بدنی یا مهارت لازم، دارا نمی باشد و هوشیاری در امر مراقبت از افراد و اشیاء. ولی، نباید موارد مذکور را تقصیر، بلکه اقسام آن محسوب نمود.

۳) استاد «امانویل ایوی» بر این نظر است که: برای تعیین مفهوم تقصیر باید میان دو امر ذیل هماهنگی برقرار نمود:

۱- میزان انتظار معقولی که مردم از فرد انتظار دارند که به موجب آن حق دارند خودداری شخص از انجام اعمال زیانبار را مطالب باشند؛ و

۲- میزان اعتماد معقولی که شخص به خود دارد و به موجب آن، این حق را بر مردم پیدا می کند که مبادرت به انجام عمل نماید بدون اینکه به دیگری زیان برساند. در چنین موارد است که فرد در میان این دوراهی، راه

۸۶۹. همان، پاتریس ژوردن، ص ۷۵.

۸۷۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۰.

۸۷۱. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

۸۷۲. پاتریس ژوردن (۱۳۸۵). اصول مسؤولیت مدنی، مترجم: مجید ادیب، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ص ۷۴.

میان‌ه را می‌گشاید که هماهنگ با اعتمادی است که به خود دارد و با اعتماد مردم به او نیز متعارض نمی‌باشد. این مکتب را، مکتب تجاوز به اعتماد مشروع می‌نامند. در این تعریف نیز ملاک یا معیاری برای تعیین راه میان‌ه که حرکت در آن شخص را از ارتکاب تقصیر مصوون می‌دارد، ارایه نشده است.

۳- تعریف دیگر، تقصیر را به دو عنصر تجزیه می‌کند: بر مبنای این نظر، تقصیر چنانکه «دموگ» می‌گوید: تجاوز به حقی است که شخص آگاهانه انجام می‌دهد. یا به تعبیر «ساواتیه»: تجاوز به تکلیفی است که علی‌الرغم آگاهی به تکلیف بودن آن، صورت می‌پذیرد؛ و یا بر مبنای تعریف «ژوسران»: هتک حرمت يك حق است بدون داشتن حق معارض بالاتر یا معادل با آن حق. در تعاریف فوق، کلمات کلیدی که به کار رفته معین‌کننده ای معنای تقصیر نبوده، خود نیازمند توضیح و تعریف می‌باشند.

۴- تقصیر عبارت از عمل نکردن مانند انسان محتاط معقول و غیر متعارف بودن رفتار است.

۵- تقصیر عبارت از نقض غیر قانونی حق دیگری است.^{۸۷۳}

۶- تقصیر عبارت است از اشتباه و لغزش در رفتار که انسانی محتاط در همان شرایط خارجی که وارد کننده ضرر در آن بوده است، دچار آن نمی‌شود.^{۸۷۴}

۷- به نظر ژنی «تقصیر چیزی جز اشتباه در رفتار و عیب در کردار نیست که معمولاً بر مبنای انسانی که در اعمالش راستکار و محتاط است، مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.^{۸۷۵}

۸- ساواتیه: «تقصیر عبارت است از اجرا نکردن تکلیفی که عامل می‌توانست از آن مطلع شود و رعایت کند.^{۸۷۶}

ضرر در لغت به معنای زیان و تاوان است که جمع آن اضرار است. همچنین، ضرر به معنی خسارت و یا خساره است. خسارت از ریشه «خسر» گرفته شده که در لغت به معنی ضرر و زیان، غرامت، ضد نفع و سود است.^{۸۷۷} در اصطلاح حقوقی و فقهی ضرر عبارت است از آزار یا نقصان ناخوشایندی که در یکی از ضروریات پنجگانه جان، دین، عقل، آبرو و مال حاصل می‌شود که عامل آن (ضار/ ضرر رساننده) ممکن است خود شخص و یا غیر باشد.^{۸۷۸} جبران به ضم جیم از ریشه «جبر» گرفته شده است که در لغت به معنی تلافی کردن و دادن عوض است.^{۸۷۹} در اصطلاح حقوق مدنی، جبران خسارت عبارت از تلافی کردن و عوض دادن خسارت و صدمه ای است که توسط ضرر رساننده به متضرر رسیده است.^{۸۸۰}

طبق نص این ماده در صورتی که شخص در اثر تقصیر یا خطا به دیگری ضرر وارد نماید، باید جبران خسارت را پرداخت نماید. بنابراین، برای تحقق مسؤلیت مدنی غیر قراردادی یک شخص تحقق دو شرط

۸۷۳. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤلیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱۵۱.

۸۷۴. همان، حسن بادینی، ص ۱۹۸.

۸۷۵. همان، حسن بادینی، ص ۱۹۲.

۸۷۶. همان، حسن بادینی، ص ۲۰۳.

۸۷۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۷.

۸۷۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۲۶۴.

۸۷۹. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۴۵۶.

۸۸۰. مسلم آقایی طوق (___). مبانی و ماهیت نظارت قضایی بر اعمال دولت: مطالعه تطبیقی کشور های فرانسه، انگلستان و امریکا، پژوهشنامه معاونت حقوقی و بررسی های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، سال اول، شماره اول، ص ۱۶۴.

ضروری است: تقصیر یا خطا و وارد کردن ضرر. به حیث مثال، اگر احمد بر پرنده شلیک نماید و در اثر تقصیر یا خطا محمود را بکشد، باید جبران خسارت را به ورثه محمود بپردازد. در این مثال، احمد مسؤولیت مدنی غیرقراردادی در برابر ورثه محمود دارد. احمد در اثر تقصیر یا خطا به محمود ضرر جانی وارد نموده است. جبران خسارت دیه است که احمد باید به ورثه محمود پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط مسؤولیت مدنی غیرقراردادی مبتنی بر تقصیر و به رسمیت شناختن تقصیر به عنوان یکی از مبانی مسؤولیت مدنی غیرقراردادی است.

ب) تعدی و حالت های سه گانه مشروع ثابت کردن تعدی

طبق ماده ۷۷۷ ق. م: «هر نوع تعدی ای که از آن ضرری به غیر از اضرار مندرج مواد فوق به شخص دیگری عاید گردد، مرتکب به جبران خساره مکلف می باشد». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط مسؤولیت مدنی غیرقراردادی مبتنی بر تجاوز و به رسمیت شناختن تجاوز به عنوان یکی از مبانی مسؤولیت مدنی غیرقراردادی است. از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱) به نظر می رسد علاوه بر تقصیر، تعدی نیز یکی از اسباب مسؤولیت مدنی غیرقراردادی است. قوانین بسیاری از کشورها مانند فرانسه، مصر، ایران و نظیر اینها تعدی را یکی از مبانی ضمان قهری نمی دانند. نص ماده ۷۷۷ ق. م مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۷۷۶ و سایر مواد مربوط به فعل مضر بر نفس و مال است.

۲) تعدی از ریشه «عدد» گرفته شده که در لغت به معنی تجاوز کردن، دست اندازی کردن به چیزی، ستم کردن، از حد در گذشتن و تعرض است.^{۸۸۱} در اصطلاح حقوقی تعدی عبارت است از: تجاوز از حق. طبق نص این ماده در صورتی که در اثر تعدی یک شخص به اشخاص دیگر ضرر وارد شود، متعدی باید جبران خسارت را پرداخت نماید. تعریف ضرر و جبران خسارت در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد چاهی بدون اذن مقامات ذیصلاح در راه عام یا ملک دیگری حفر نماید و در کندن آن احتیاط لازم را به خرج ندهد و شخص و یا حیوانی در آن بی افتد و از بین برود، احمد مکلف است به ورثه مقتول یا صاحب حیوان جبران خسارت را بدهد.

۳) منظور از اضرار مندرج مواد فوق اضرار ناشی از فعل مضر بر مال و نفس است که تفصیل آن گذشت. به نظر می رسد نص این ماده زمینه های بیشتر تحقق مسؤولیت مدنی (و جزایی) افراد را فراهم می نماید و در هر زمینه ای که تجاوز و تعدی صورت بگیرد، مسؤولیت مدنی و جزایی متعدی و متجاوز متحقق می گردد. به حیث مثال، در صورتی که شخص مال دیگری را سرقت نماید یا به دیگری تجاوز جنسی نماید با توجه به جنبه های جزایی و مدنی (حق الهی و حق العبدی) سرقت و تجاوز جنسی، هم مسؤولیت جزایی دارد و باید مورد محاکمه قرار بگیرد و هم مسؤولیت مدنی دارد و باید مال مسروق را به مسروق منه رد نماید و جبران خسارت تجاوز جنسی را به مجنی علیه پرداخت نماید. به نظر می رسد به همین دلیل قانونگذار در نص ماده ۷۷۷ ق.

م از «هر نوع تعدی» و «اضرار به غیر از اضرار مواد مندرج فوق» سخن می گوید که منظور از آن قتل، ضرب، جرح و غضب و اتلاف است.

۴) مفهوم تعدی بسیار وسیع است و به موجب آن امکان دارد هر ضرری را جبران کرد. به حیث مثال، قتل، ضرب و جرح عمدی، غضب و اتلاف عمدی مال دیگران را. به حیث مثال، اگر احمد محمود را قتل کند یا به محمود ضرب و جرح وارد نماید، باید جبران خسارت آن را پرداخت نماید. مبنای مسؤلیت احمد در این مثال تعدی است زیرا احمد حق ندارد محمود را به قتل برساند یا بر محمود ضرب و جرح وارد نماید. همچنین، اگر حمیده مال مرضیه را عمداً تلف نماید یا غضب نماید باید در غضب مال را رد نماید یا جبران خسارت آن را پرداخت نماید و در تلف جبران خسارت را پرداخت نماید. مبنای مسؤلیت حمیده تعدی است زیرا هیچ شخص حق ندارد بر مال دیگران تعدی نماید.

۵) در مسؤلیت قهری زمانی که داین ثابت نماید که مدیون مرتکب تجاوز شده است، می تواند برای جبران خسارت ناشی از این تعدی، به وی رجوع نماید، مگر اینکه مدیون بتواند وصف عدم مشروعیت را از عمل خود سلب و آن را به عمل مشروع تبدیل نماید. پس، در مواردی که مدیون بتواند عمل خویش را مشروع ثابت نماید، مسؤلیتی متوجه او نخواهد گردید. مدیون برای مشروع ثابت نمودن عمل خویش باید ثابت نماید که عمل وی دفاع مشروع یا در اثر اجرای امر آمر و یا در حالت اضطرار بوده است:

۱) دفاع مشروع

دفاع مشروع یکی از اسباب اباحه و یکی از موانع مسؤلیت مدنی و جزایی است. احکام جزایی دفاع مشروع در کُد جزا تنظیم شده است. در خصوص حکم مدنی دفاع مشروع ماده ۷۸۴ فقره دوم ق. م می گوید: «شخصی که در حالت دفاع مشروع از نفس یا مال خود و یا نفس یا مال شخص دیگری مرتکب ضرر گردد، مسؤل پنداشته نمی شود، مشروط بر اینکه در دفاع از قدر ضرورت تجاوز نکرده باشد، در غیر آن به جبران خساره مکلف می گردد.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱) شخصی که در حالت دفاع مشروع از نفس یا مال خود یا نفس یا مال شخص دیگری مرتکب ضرر گردد، مسؤل پنداشته نمی شود. به طور عام، دفاع مشروع به معنای حمایت از خود یا دیگری برای دفع بدی و آزار دیگران است که به صورت دفاع از نفس، عرض، ناموس خود یا دیگری یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز فعلی یا خطر قریب الوقوع اعمال می شود.^{۸۸۲} به طور خاص، طبق نص این ماده دفاع مشروع دفاع از مال، نفس خود یا شخص دیگری است. در خصوص مبنای دفاع مشروع دو نظریه وجود دارد. نخست این که دفاع مشروع حق است و دوم این که دفاع مشروع تکلیف است. شخصی که از خود دفاع می نماید، در واقع حق خویش را اعمال نموده است. شخصی که از دیگری دفاع می نماید، تکلیف خویش را اداء کرده است.

طبق نص این ماده شخصی که در حالت دفاع مشروع از نفس یا مال خود یا مال یا نفس دیگری مرتکب ضرر گردد، مسؤل جبران خسارت نیست. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد محمود را زخمی نماید و محمود

۸۸۲. عباس ایمانی، (۱۳۸۲). فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، چاپ اول، تهران (___)، ص ۲۵۹؛ و عباس خواجه پیری (۱۳۸۹). حقوق مدنی (۴) موجبات مسؤلیت مدنی و آثار آن، (___): انتشارات بین المللی الهدی، ص ۹۶.

برای دفاع از خود به احمد زخم بزند، محمود مسؤولیت مدنی ندارد و مکلف نیست جبران خسارت را به احمد پرداخت نماید. در این مثال، تجاوز که مصداق آن جرح یا زخمی نمودن شخص دیگر و در نتیجه وارد کردن ضرر جانی و مالی به شخص دیگر است متحقق گردیده است. اما، چون این تجاوز در اثر دفاع مشروع صورت گرفته است و متجاوز قصد ارتکاب جرم را ندارد، متجاوز به دلیل عدم تحقق رکن معنوی جرم مسؤولیت مدنی ندارد. ارکان جرم عبارت اند از: رکن قانونی، رکن مادی و رکن معنوی. در این مثال، رکن معنوی جرم معدوم است.

همچنین، اگر احمد از طرف شب در خانه محمود داخل شود و بخواهد اموال محمود را سرقت نماید و در نتیجه محمود احمد را زخمی نماید، محمود مسؤولیت مدنی ندارد هرچند در این مثال، ضرر جانی و به تبع آن مالی به احمد وارد شده است. ضرر جانی در این مثال زخمی شدن احمد و ضرر مالی پرداخت مصارف تداوی است.

همچنین، اگر احمد بخواهد محمود را زخمی نماید و جمشید از محمود دفاع نماید و به احمد زخم بزند، جمشید مسؤولیت مدنی غیرقراردادی در برابر احمد ندارد. همچنین، اگر احمد بخواهد مال محمود را سرقت نماید و جمشید از مال محمود دفاع نماید و در اثر آن دندان احمد را بشکند، جمشید در برابر احمد مسؤولیت مدنی غیرقراردادی ندارد. همچنین، اگر احمد و جمشید بخواهند حمیده را زخمی نمایند و حمید بخواهد از حمیده دفاع نماید و در اثر دفاع مشروع دست احمد را بشکند، حمید به دلیل انعدام رکن معنوی جرم، مسؤولیت مدنی و جزایی ندارد.

۲) شخصی که در حالت دفاع مشروع از نفس یا مال خود و یا نفس یا مال شخص دیگری مرتکب ضرر گردد، مسؤول پنداشته نمی شود، مشروط بر اینکه در دفاع از قدر ضرورت تجاوز نکرده باشد، در غیر آن به جبران خساره مکلف می گردد. طبق نص این ماده شرط است که دفاع کننده در دفاع مشروع از «قدر ضرورت» تجاوز نکند در غیر آن مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و جزایی دارد و باید جبران خسارت را پرداخت نماید.

به نظر می رسد مفهوم قدر ضرورت این است که دفاع به اندازه ای باشد که خطر را دفع نماید نه بیشتر از آن. به عبارت دیگر: باید میان خطر و دفاع تناسب وجود داشته باشد. در صورتی که دفاع بیشتر از ضرورت باشد، شخصی که از نفس یا مال خویش یا نفس و مال دیگران دفاع نموده است مسؤولیت مدنی قراردادی و جزایی دارد و باید جبران خسارت را به متضرر را بپردازد.

به حیث مثال، اگر احمد بخواهد محمود را زخمی نماید و محمود احمد را به قتل برساند، میان خطر و دفاع تناسب وجود ندارد و محمود مسؤول پرداخت جبران خسارت است. اما، اگر محمود در دفاع از خویش به احمد زخم وارد نماید، میان خطر و دفاع تناسب وجود دارد و محمود مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و جزایی ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۸۴ ق. م. به رسمیت شناختن دفاع مشروع به عنوان یکی از اسباب رافع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و بیان شرط آن است.

۲) اجرای امر آمر

اجرای امر آمر یکی از بحث‌های است که هم در حقوق اداری، هم در حقوق جزا و هم در حقوق وجایب مورد بحث قرار می‌گیرد و یکی از اسباب اباحه و فرار از مسؤولیت جزایی و مدنی غیرقراردادی است. امر آمر در حقوق اداری برای رفع مسؤولیت اداری مأمور مورد بحث قرار می‌گیرد و در حقوق جزا برای رفع مسؤولیت جزایی مأمور و افراد عادی. به نظر می‌رسد قانونگذار مدنی در ماده ۷۸۷ فقره‌های ۱ و ۲ هم مسؤولیت مدنی فرد را در اثر امر آمر در اداره تنظیم نموده و هم مسؤولیت مدنی فرد را در حقوق مدنی خارج از اداره. تنظیم مسؤولیت مدنی مأمور در اثر امر آمر در اداره در ق. م که روابط خصوصی افراد را تنظیم می‌نماید امروزه عاری از ایراد نیست، زیرا در حقوق اداری افغانستان در این خصوص قانون کارکنان خدمات ملکی و مقرر امور ذاتی کارکنان خدمات ملکی وجود دارد.

طبق ماده ۷۸۷ فقره دوم ق. م: «موظف عامه از فعلی که غیر را متضرر ساخته وقتی غیر مسؤول پنداشته می‌شود که آن را بر اساس امر آمری که اطاعت امر وی را واجب بوده و یا به موجب آن اعتقاد داشته باشد، اجراء نماید. همچنین اعتقاد خود را، در مورد مشروعیت فعل مذکور مستند به اسباب معقول و رعایت احتیاط مقتضی در آن، ثابت نماید». ماده ۴ جزء ق کد جزا در تعریف موظف عامه می‌گوید: «موظف خدمات عامه: شخصی است که به اجرای خدمات عامه توظیف گردیده و شامل اشخاص ذیل می‌باشد:

- کارکن دولت، تصدی‌ها و شرکت‌های دولتی.

- کارکن مؤسسات عامه.

- اعضای ارکان دولت و شورای‌های ولایتی و ولسوالی.

- قاضی، خرنوال، وکیل مدافع، حکم، اهل خبره، شهود و سایر اشخاصی که تصادیق شان معتبر شناخته شود.

- شخصی که رسماً به انجام خدمات عامه موظف شده باشد.».

طبق نص این ماده موظف عام از فعل مضر مانند اتلاف، قتل، ضرح و جرح و نظیر اینها که افراد خارج از اداره را متضرر سازد وقتی مسؤولیت مدنی غیرقراردادی ندارد که ثابت نماید:

۱- اجرای امر بر وی واجب بوده است. به حیث مثال، اگر احمد به عنوان جلال ایفای وظیفه نماید و جمشید امر احمد به او دستور دهد تا محمود را اعدام نماید، اجرای امر جمشید بر احمد لازم است. تحقق این شرط مستلزم این است که میان احمد و اداره ای که احمد در آن کار می‌نماید رابطه استخدامی وجود داشته باشد. بنابراین، در این مثال، شرط است که احمد موظف عامه باشد.

۲- موظف عامه باید به مشروعیت امر اعتقاد داشته باشد. به نظر می‌رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که موظف عامه باید عقیده داشته باشد و به این نظر باشد که امر آمر مشروع و قانونی است.

۳- موظف عامه باید اعتقاد خویش بر مشروعیت یا قانونیت امر آمر را با اسباب معقول ثابت نماید. عبارت اسباب معقول مبهم است. بحث دیگر این است که عقیده امر ذهنی و درونی است و چطور موظف عامه می‌تواند آن را اثبات نماید؟! به نظر می‌رسد موظف عامه می‌تواند اعتقاد خویش مبنی بر قانونی و مشروع بودن امر را توسط اقرار، قراین و سوگند ثابت نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد اقرار نماید یا سوگند یاد نماید یا قراین‌ارایه نماید که امر آمر مشروع و قانونی بوده است.

۴- در اجرای فعل مضر احتیاط لازم را به خرج داده باشد. اگر مؤظف عام بتواند این چهار امر را ثابت نماید، مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و جزایی متوجه او نمی شود. مصداق امر بر حسب سلسله مراتب اداری فرق می نماید. امر گاهی امکان دارد وزیر باشد و به معین دستور بدهد. امر گاهی امکان دارد معین باشد و به رئیس عمومی دستور دهد. امر امکان دارد رئیس عمومی باشد و به رئیس دستور دهد. مؤظف عام امکان دارد عسکر یا پولیس یا کارمند امنیت ملی باشد.

با توجه به استعمال لفظ مؤظف عامه این نتیجه به دست می آید که اجرای امر امر در اداره دولتی یا اداره عامه باید صورت بگیرد. زیرا، قانونگذار مدنی از مؤظف عامه سخن می گوید و کُد جزا مؤظف عامه را تعریف کرده است. بنابراین، نص این ماده ناظر بر اجرای امر امر در ادارات بخش خصوصی نیست. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به دستور امر خویش دستگیر نماید، احمد باید ثابت نماید که اجرای امر امر بر وی واجب بوده است، امر امر مشروع و قانونی بوده است و به مشروعیت و قانونیت امر امر عقیده داشته باشد و این عقیده را با اسباب معقول مانند اقرار، قراین و سوگند ثابت نماید.

همچنین، اگر احمد محمود را براساس امر امر اعدام نماید، احمد باید ثابت نماید که اجرای امر امر بر وی واجب بوده است، امر امر مشروع و قانونی بوده است و به مشروعیت و قانونیت امر امر عقیده داشته باشد و این عقیده را با اسباب معقول مانند سوگند، قراین و اقرار ثابت نماید. همچنین، اگر احمد عسکر باشد و با امر امر محمود را که دشمن تلقی می گردد به قتل برساند، احمد باید ثابت نماید که اجرای امر امر بر وی واجب بوده است، امر امر مشروع و قانونی بوده است و به مشروعیت و قانونیت امر امر عقیده داشته باشد و این عقیده را با اسباب معقول مانند سوگند، قراین و اقرار ثابت نماید. در این سه مثال، فعل مضر بر نفس واقع شده است و احمد مؤظف عامه بوده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب رافع مسؤولیت مدنی و جزایی مؤظف عامه است.

طبق ماده ۷۸۷ فقره اول ق. م. ا: «(۱) فعل به فاعل آن نسبت داده می شود نه به امر، مگر اینکه فاعل مجبور گردیده باشد. در تصرفات فعلی تنها اکراه تام، مجبوریت معتبر پنداشته می شود.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که فعل به فاعل منتسب می شود نه به امر. امر در نص این ماده امر در مفهوم حقوق اداری استعمال نشده است، بلکه منظور از امر امر کننده، امر دهنده، فرمان دهنده و فرمانده است.^{۸۸۳}

بنابراین، اگر شخصی فعل مضری را انجام دهد مانند قتل، ضرب، جرح، اتلاف و نظیر اینها اصل این است که این فعل منتسب و مربوط به خود فاعل (انجام دهنده فعل) است. استثنای این اصل این است که فاعل مجبور گردانیده شود. بنابراین، اگر شخصی دیگری را مجبور به غصب زمین شخص دیگر، قتل شخص دیگر، وارد نمودن ضرب و جرح بر شخص دیگر نماید، چنین فعلی به امر دهنده (مُکَرِه/ اجبار کننده) منتسب و مربوط می گردد.

بنابراین، در این صورت فاعل به دلیل سلب اراده و اجبار مسئولیت مدنی غیر قراردادی ندارد، بلکه مسئولیت مدنی غیر قراردادی و پرداخت جبران خسارت به متضرر متوجه امر کننده می گردد. اگر تصرف فعلی باشد مانند قتل، ضرب، جرح، اتلاف، غصب و نظیر اینها شرط است که اکراه تام باشد. اکراه ملجی که به نام اکراه قوی و اکراه تام نیز نامیده می شود عبارت از اکراهی است که جان و یا عضوی از بدن انسان، و یا جمیع مال وی را در معرض خطر قرار می دهد.^{۸۸۴} ماده ۹۴۹ مجله الاحکام در تعریف اکراه تام یا ملجی می گوید: «اکراه ملجی، اکراهی است که به وسیله ضرب شدید عملی گردد به نحوی که موجب اتلاف نفس و یا قطع عضوی از اعضای بدن شود [...]».

به حیث مثال، در تصرفات فعلی امر کننده باید فاعل را تهدید به قتل، تهدید به از بین بردن مال و نظیر اینها نماید. مفهوم مخالف نص این ماده این است که در تصرفات فعلی اکراه ناقص که تفصیل آن در فصل قواعد عمومی عقود گذشت، اعتبار ندارد و در صورت انجام فعل مضر، مسئولیت مدنی غیر قراردادی متوجه فاعل می گردد. در فقه، در خصوص این اصل ماده ۸۹ مجله الاحکام می گوید: «اگر فاعل مکره نباشد نسبت فعل به وی می گردد نه به آمر». معنای این قاعده این است که حکم به فاعل آن نسبت داده می شود نه به آمر زیرا فاعل علت فعل است و فعل به آمر نسبت داده نمی شود چرا که امر به تصرف در ملک غیر باطل است و هرگاه امر باطل شود آمر ضامن نیست.

علاوه بر این، فاعل علت است و آمر سبب و اصل در معلولات این است که به علل شان نسبت داده می شود نه بر اسباب زیرا علل مؤثر در معلولات اند و اسباب موصل به آنها و نقش موصل نسبت به مؤثر ضعیف تر است. به حیث مثال، اگر کسی از طرف دیگری مأمور به اخذ یا اتلاف مال دیگری گردد و او این عمل را انجام دهد، در این حالت، مأمور مسؤول است نه آمر مگر این که مأمور تحت اکراه تام قرار داشته باشد. در این صورت، آمر مسؤول است.^{۸۸۵}

به حیث مثال، اگر احمد محمود را بگوید جمشید را به قتل برسان و محمود جمشید را به قتل برساند، محمود مسؤول است زیرا فعل قتل به محمود منتسب می شود. در این صورت، محمود مسئولیت مدنی و جزایی دارد. اما، اگر احمد محمود را تحت اکراه تام قرار دهد و محمود جمشید را به قتل برساند، احمد مسئولیت مدنی و جزایی دارد نه محمود زیرا محمود در اثر اکراه فاقد اراده گردیده و عمل را انجام داده است.

۳) حالت اضطرار

اضطرار در لغت به معنی ناچار شدن، ناگزیر شدن، گزیر و گریزی نداشتن، چاره ای نداشتن، بی چاره شدن و بی پناه ماندن است.^{۸۸۶} در اصطلاح حقوقی اضطرار عبارت از حالتی است که در آن تهدید وجود ندارد، ولی اوضاع و احوال برای انجام یک عمل طوری است که انسان با وجود عدم رضایت و تمایل به انجام آن

۸۸۴. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۰۳ و ۱۰۴؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۴۰۴؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۶۴.
 ۸۸۵. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، صص ۲۹۶ و ۲۹۷.
 ۸۸۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۳۲.

کار، از روی قصد و رضا مبادرت به انجام عمل می نماید.^{۸۸۷} اضطرار در حقوق جزا وضعیتی است که فرد برای حفظ جان یا مال خود یا دیگری ناگزیر می شود که مرتکب جرم شود. در حقیقت، فرد بر سر یک دوراهی قرار می گیرد. او باید میان دو شرّ یکی را برگزیند؛ یا باید خطر جانی یا مالی را پذیرا شود یا اینکه به عملی مبادرت نماید که متّصف به وصف جزایی است.^{۸۸۸}

قانونگذار مدنی احکام مربوط به اضطرار در مبحث عوامل رافع مسؤولیت مدنی متجاوز به صورت دقیق تنظیم ننموده است. در این خصوص صرف یک ماده در ق. م وجود دارد که ماده ۷۸۵ ق. م است. اما، به نظر می رسد ماده ۵ ق. م نیز در این خصوص قابل تطبیق است.

به موجب ماده ۷۸۵ ق. م. ا: «ضرر شدید با ایراد ضرر خفیف دفع می گردد. شخصی که جهت حمایت نفس خود بیشتر از ضرری که به او رسیده به غیر ضرر برساند، به جبران خساره ای که محکمه آن را عادلانه پندارد محکوم می گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) بند نص اول این ماده گرفته شده از قاعده فقهی: «ضرر شدید با ضرر خفیف از بین برده می شود» است که در ماده ۲۷ مجله الاحکام پیش بینی شده است. طبق نص این ماده ضرر ها در یک درجه قرار ندارند بلکه برخی بزرگ و برخی کوچک اند. اضرار چه بزرگ و چه کوچک باشند براساس قواعد «پذیرش ضرر و مقابله ضرر با ضرر» یا «لاضرر ولاضرار» و «ضرر دفع می شود» یا «الضرر یزال» باید دفع شوند. در صورتی که دفع ضرر چه خفیف و چه شدید همزمان ممکن نباشد، انسانی که در حالات اضطرار قرار دارد باید با پذیرش ضرر خفیف، ضرر بزرگ را دفع نماید زیرا چاره ای جز پذیرش یکی از ضرر ها نیست. به حیث مثال:

۱- در هنگام وقوع آتش سوزی اگر بتوان از صحنه گریخت نمی توان خانه ای دیگری را خراب کرد، اما اگر نتوان از صحنه گریخت دو ضرر وجود دارد: ضرر بزرگ که از دست دادن حیات شخص در معرض خطر است و ضرر کوچک که ویران کردن دیوار خانه همسایه است. در این صورت، شخص در حالت اضطرار می تواند با ویران کردن خانه همسایه و پذیرش ضرر کوچک ضرر بزرگ را دفع نماید.

۲- اگر شخصی در معرض مردن به دلیل گرسنگی قرار داشته باشد با دو ضرر مواجه است: ضرر از دست دادن جان که ضرر بزرگ است و ضرر خوردن غذای شخص دیگری بدون اجازه او که ضرر کوچک است. در این صورت، شخص مضطر می تواند با خوردن غذای شخص دیگر از ضرر بزرگ جلوگیری نماید.

۳- در صورت نقصان مهر از اندازه مهر مثل و فسخ عقد توسط ولی، دو ضرر وجود دارد: ضرر کوچک که پذیرش نقصان مهر از اندازه مهر مثل است و دوم ضرر بزرگ که فسخ عقد است به خصوص در حالتی که زوجه عاقله و بالغه باشد و با رضایت خویش با شخص دیگری ازدواج نموده باشد. طبق قاعده: «ضرر شدید با ایراد ضرر خفیف دفع می گردد» مناسب به نظر می رسد نقصان مهر از اندازه مهر مثل را پذیرفت، زیرا نقصان مهر ضرر کوچک است و فسخ عقد ازدواج ضرر بزرگ. علاوه براین، این نظر، موجب تکریم و احترام به اراده دختر عاقله و بالغه هم است.

۸۸۷. عباس خواجه پیری (۱۳۸۹). حقوق مدنی (۴) موجبات مسؤولیت مدنی و آثار آن، (___): انتشارات بین المللی الهدی، ص ۱۰۳.
۸۸۸. محمد صدر توحید خانه (۱۳۸۹). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ دوم، کابل افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک، ص ۱۶۲.

۴- اگر مادری طفلش در معرض هلاکت قرار داشته باشد بخاطر نجات دادن طفل نان را به سرقت ببرد، در این صورت، دو ضرر متصور است. ضرر بزرگ که از بین رفتن حیات طفل است و ضرر کوچک که وارد شدن ضرر مالی به مسروق منه است. در این صورت، اگر مادر بخاطر دفع ضرر بزرگ ضرر کوچک را انجام دهد، مسؤلیت جزایی ندارد.

(۲) بند دوم ماده ۷۸۵ ق. م که می گوید: «شخصی که جهت حمایت نفس خود بیشتر از ضرری که به او رسیده به غیر ضرر برساند، به جبران خساره ای که محکمه آن را عادلانه پندارد محکوم می گردد» مبهم به نظر می رسد. در نگاه اول به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر دفاع مشروع است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده از حمایت نفس خود سخن می گوید. اما، اگر اندکی دقت صورت بگیرد به نظر می رسد این نتیجه به دست می آید که طبق نص این ماده، در صورت اضطرار تناسب میان ضرر ها، باید رعایت گردد. بنابراین، اگر فرد برای دفع ضرر کوچک از خود مرتکب ضرر بزرگ شود، محکمه می تواند در صورت اقامه دعوی توسط متضرر شخص مضطر را محکوم به مجازات مدنی عادلانه نماید.^{۸۸۹}

به حیث مثال، اگر انسان با سیل مواجه شود، نمی تواند برای نجات خانه قدیمی و مستهلک خود از خطر سیل منزل قیمتی و نو همسایه خود را ویران کند. زیرا، در این صورت، ضرری که به همسایه می رسد بیشتر از ضرری است که متوجه فردی که در معرض سیل قرار گرفته است، می باشد. در این صورت، اگر همسایه علیه شخص مضطر اقامه دعوی و پرداخت جبران خسارت را نماید، محکمه باید شخص مضطر را مکلف به پرداخت جبران خسارت عادلانه نماید. در صورت اضطرار شخص مسؤلیت جزایی ندارد. وجه اشتراک اضطرار با دفاع مشروع و اجرای امر آمر در همین نکته نهفته است. زیرا، در هر سه شخص مسؤلیت جزایی ندارد. در حالت اضطرار شخص مسؤلیت جزایی به دلیل فقدان رکن معنوی جرم ندارد. اما، مسؤلیت مدنی دارد و باید جبران خسارت را به متضرر پردازد. زیرا در این خصوص ماده ۵ ق. م می گوید: «حالت اضطرار، موجب ابطال حق غیر نمی گردد.» که تفصیل آن در جلد اول این دور از شرح ق. م گذشت.

گفتار دوم) ضرر

رکن دوم مسؤلیت قهری «ضرر» است. بنابراین، چنانچه در ماده ۷۷۶ ق. م. ا نیز بدان اشاره شد، برای تحقق خطا صرف وقوع ضرر کافی نیست، بلکه خطا باید موجب ایجاد ضرر گردد. بنابراین، مطالب ضرر را ذیلاً مطالعه می نمایم:

الف) تعریف

ضرر در لغت به معنای زیان و تاوان است که جمع آن اضرار است. همچنین، ضرر به معنی خسارت و یا خساره است. خسارت از ریشه «خسر» گرفته شده که در لغت به معنی ضرر و زیان، غرامت، ضد نفع و سود است.^{۸۹۰} شخصی که ضرر می بیند را متضرر و یا زیان دیده و شخص ضرر رساننده را ضار می گویند. فعل و

۸۸۹. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۳ - ۴۵؛ و عباس خواجه پیری (۱۳۸۹). حقوق مدنی (۴) موجبات مسؤلیت مدنی و آثار آن، (___): انتشارات بین المللی الهدی، صص ۱۰۳ - ۱۰۵.
۸۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۷.

یا حادثه ضرر رساننده را فعل و یا حادثه مضر می گویند. به فردی که ضرر می رسد متضرر و یا زیان دیده می گویند. در اصطلاح حقوقی و فقهی ضرر عبارت است از آزار یا نقصان ناخوشایندی که در یکی از ضروریات پنجگانه جان، دین، عقل، آبرو و مال حاصل می شود که عامل آن (ضار/ ضرر رساننده) ممکن است خود شخص یا غیر باشد.^{۸۹۱} به حیث مثال، در فعل مضر ضرر رساننده قاتل، ضارب، جراح، غاصب و تالف و در فعل مفید پرداخت کننده و شخص فضولی است. به صورت عامتر ضرر در معانی ذیل به کار می رود:

(۱) صدمه جانی زدن به خود و دیگری، خواه به صورت ضرب و جرح باشد خواه به صورت قتل.

(۲) تجاوز به حیثیت دیگران و لطمه زدن به حیثیت خود.

(۳) تعرض به ناموس دیگران.

(۴) اتلاف و ناقص کردن اموال خود و دیگران و تجاوز به مال غیر مانند غصب و خیانت در امانت و اختلاس.

(۵) ممانعت از وجود نفعی که امکان داشت به وجود بی یاید (عدم النفع) مانند قطع درختان میوه ای که شگوفه دارند که همین داشتن شگوفه امکان دادن میوه را فراهم می نمود و میوه منفعت درخت را تشکیل می دهد. در حقوق فرانسه خسارت گزندگی است که به منافع مالی یا غیر مالی زیان دیده رسیده است.^{۸۹۲}

ب) انواع

از تعریف فوق به خوبی استنباط می گردد که ضرر ممکن است مادی و متوجه جسم و یا مال دیگری باشد، و گاه نیز ممکن است ضرر معنوی باشد و متوجه احساس، عاطفه، حیثیت و آبروی انسان گردد و یا مختلط و یا عدم النفع باشد. بنابراین، ضرر به طور کلی به پنج نوع ذیل تقسیم می شود:

۱) ضرر مالی

ضرر مالی عبارت از اخلال در نفع مالی زیان دیده است. به عبارت دیگر: ضرر مالی عبارت از ضرری است که بر مال وارد می گردد مانند غصب و اتلاف مال دیگران.

۲) ضرر معنوی

در خصوص ضرر معنوی تعاریف ذیل وجود دارد:

(۱) ضرر معنوی در برابر ضرر مادی قرار دارد، و ضرری است که متوجه مال زیان داده نمی شود. ولی، به نفع غیر مالی زیان دیده آسیب می رساند.^{۸۹۳}

(۲) ضرر معنوی عبارت از ضرری است که به اعتبار، آبرو و شرف شخص وارد می شود که ممکن است در روند معمول و درست زندگی او مؤثر واقع شود، چنانچه مواردی از قبیل تشنیع شخص، عدم وفا به وعده ازدواج، از بین بردن زیبایی و ... از مصادیق ضرر معنوی محسوب گردد.^{۸۹۴}

۸۹۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۲۶۴.

۸۹۲. پاتریس ژوردن (۱۳۸۵). اصول مسؤلیت مدنی، مترجم: مجید ادیب، چاپ دوم، تهران: نشر میزان، ص ۱۸۳.

۸۹۳. همان، پاتریس ژوردن، ص ۱۰۱.

۸۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۶۸.

۳) خسارت معنوی، خسارتی است غیر مالی که چهره اقتصادی نداشته و به دارایی و حقوق مالی افراد آسیبی نمی‌رساند، بلکه موجب رنج اخلاقی و صدمات روحی وی می‌شود. نقص بدنی، لطمه به شرافت و آبروی شخصی و خانوادگی، برملا کردن اسرار خصوصی، شکست‌های عاطفی، لطمه به اعتقادات و ارزش‌های دینی و اخلاقی، تجاوز به اقامتگاه، رنج ناشی از فقدان نزدیکان و لطمه به شهرت تجاری از مصادیق خسارت معنوی محسوب می‌شوند.^{۸۹۵}

۳) ضرر جانی

ضرر جانی عبارت از ضرری است که بر جسم متضرر وارد می‌گردد، مانند قتل، زخم، ضرب و نظیر اینها.

۴) ضرر مختلط

ضرر مختلط عبارت از ضرری است که از یکطرف متوجه مال و جسم و از طرف دیگر متوجه آبرو و حیثیت شخص شود که مثال‌های هر یک فوقاً گذشت.

۵) ضرر عدم النفع (کسر عواید)

در خصوص ضرر عدم النفع تعاریف مختلف وجود دارد:

۱) خسارت عدم النفع عبارت است از: ممانعت از وجود پیدا کردن منفعتی است که امکان داشت حاصل شود، مانند توقیف غیر قانونی شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد می‌شود.^{۸۹۶}

۲) حرمان از نفعی که بر حسب جریان عادی امور، به احتمال قریب به یقین قابل وصول است را، خسارت عدم النفع می‌گویند.

۳) خسارت عدم النفع زمانی محقق می‌شود که شخص از به دست آوردن منفعتی که طبق روند عادی امور می‌توانست به دست آورد، محروم شود. برخی مثال‌های خسارت عدم النفع در باب مسؤولیت مدنی قراردادی گذشت. به نظر می‌رسد در خصوص خسارت عدم النفع ناشی از حوادث حقوقی حکمی در ق. م وجود ندارد. در این بخش برخی مثال‌های ضرر عدم النفع ناشی از حوادث حقوقی را ارایه می‌نماییم:

۱- هرگاه شخص زمین، خانه یا دوکان دیگری را غصب نماید، بعد از رد زمین، خانه یا دوکان به مغضوب منه، مغضوب منه می‌تواند خسارت عدم النفع زمین، خانه و یا دوکان را از غاصب به این دلیل که می‌توانست زمین را کشت، خانه یا دوکان را به کرایه می‌داد، مطالبه نماید؛

۲- هرگاه شخص مال دیگری را تلف نماید، صاحب مال متلوفه می‌تواند علاوه بر مال متلوفه خسارت عدم النفع مال را در صورتی که پرداخت جبران خسارت بعد از زمان طولانی صورت پذیرد مطالبه نماید؛

۳- هرگاه شخص دیگری را به قتل برساند، ورثه مقتول می‌توانند به دلیل از دست دادن نافع خسارت عدم النفع را از قاتل مطالبه نمایند؛

۴- هرگاه شخص به دیگری ضرب و یا جرح وارد نماید و در اثر این ضرب و جرح، مضروب و مجروح نتواند مدتی کار نمایند، می‌توانند خسارت عدم النفع را از ضارب و جراح مطالبه نمایند.

۸۹۵. سید حسن وحدتی شبیری (۱۳۸۵). مبانی مسؤولیت مدنی قراردادی، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی مبانی مسؤولیت مدنی قراردادی، ص ۷۴.

۸۹۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۱۴۲.

گفتار سوم) رابطه سببیت میان تقصیر و ضرر

به موجب ماده ۷۸۳ ق. م. ا: «هرگاه شخصی ثابت نماید که ضرر عاید ناشی از سبب خارجی بدون مداخله وی یا حادثه غیر مترقبه یا ناشی از اسباب مجبره بوده و یا به سبب خطای شخص متضرر و یا از غیر نشأت کرده است، به ضمان مکلف نمی گردد، مگر اینکه قانون یا موافقه طرفین به خلاف آن حکم نماید». طبق نص این ماده شرط سوم مسؤولیت مدنی غیرقراردادی شخصی که ضرر را وارد نموده است این است که میان تقصیر و تجاوز رابطه سببیت وجود داشته باشد. رابطه سببیت میان تقصیر و تجاوز زمانی به وجود می آید که ضرر مستقیماً از تجاوز یا تقصیر شخص به وجود آید. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به مرمی بزند و مرمی در قلب محمود اصابت نماید و محمود بمیرد، رابطه سببیت میان عمل با تقصیر و تجاوز و ضرر وجود دارد.

قتل امکان دارد در این مثال با تقصیر باشد یا تجاوز. ضرر وارده در این مثال ضرر جانی است. همچنین، اگر احمد بر دهن محمود با مشت بزند و دندان های محمود بشکنند، رابطه سببیت میان عمل با تجاوز و تقصیر و ضرر وجود دارد. مشت زدن امکان دارد با تقصیر و تجاوز صورت گیرد. ضرر وارده در این مثال، ضرر جانی است. در صورت عدم وجود یا اثبات انعدام رابطه سببیت میان عمل با تقصیر و تجاوز شخص می تواند از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و پرداخت جبران خسارت فرار نماید. بنابراین، طبق نص ماده ۷۸۳ ق. م. ا شخص در سه حالت از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی فرار نماید:

۱) در صورتی که شخص (ضرر زننده) ثابت نماید که ضرر عاید ناشی از سبب خارجی بدون مداخله وی یا حادثه غیر مترقبه یا ناشی از اسباب مجبره بوده یا به سبب خطای شخص متضرر یا از غیر نشأت کرده است، به ضمان مکلف نمی گردد:

۱- سبب خارجی: به نظر می رسد منظور از سبب خارجی، سببی است که خارج از اراده ضرر زننده است. در حقوق فرانسه کوشش های صورت گرفته است که میان سبب خارجی و قوه قاهره تفاوت به وجود آورند. اما، این کوشش ها نتیجه نداده است. بنابراین، سبب خارجی و قوه قاهره مترادف استعمال می شوند.^{۸۹۷} به نظر می رسد در ق. م. ا قوه قاهره از مصادیق سبب خارجی است. به نظر می رسد سبب خارجی عبارت از هر سببی است که خارج از اراده انسان باشد و موجب ایجاد ورود ضرر گردد مانند طوفان، سیل، زلزله، آتش سوزی و نظیر اینها.

۲- اسباب مجبره: اسباب مجبره مرکب از دو کلمه است: اسباب که تعریف آن در مبحث اسباب تعهد گذشت و مجبره که در لغت به معنی وادار کننده، مجبور کننده و ناچار کننده است. در نگاه اول به نظر می رسد اسباب مجبره اسبابی اند که موجب تحمیل اجرای فعل مضر بر شخص ضرر زننده می گردد مانند این که: یک فرد شخص دیگری را مجبور نماید تا شخص سوم را به قتل برساند یا مریضی که مبتلا به مرض غیرقابل علاج است داکتر را مجبور نماید تا وی را به قتل برساند. اما، اگر دقت نماییم به نظر می رسد اسباب مجبره ترجمه «force majeure» فرانسوی است. فورس ماژور که در دری به قوه قاهره یا قوه قهریه ترجمه

شده اصطلاحی است در حقوق فرانسه که ظاهراً نخست در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) به کار رفته و سپس در کشور های دیگر، همین لفظ یا ترجمه آن معمول شده است. به نظر می رسد نویسندگان ق. م اسباب مجبره را در مفهوم قوه قاهره استعمال نموده اند.

در حقوق فرانسه فورس ماژور دارای معنی عام و معنی خاص است. فورس ماژور به معنی عام عبارت است از هر حادثه خارجی (خارج از حیطه قدرت متعهد). فورس ماژور بدین معنی شامل عمل شخص ثالث و عمل متعهد له که واجد دو صفت فورس ماژور باشند نیز خواهد شد. اما فورس ماژور به معنی خاص، حادثه ای است غیر منتسب به شخص معین و صرفاً ناشی از نیروی های طبیعی غیرقابل پیش بینی^{۸۹۸} و غیر قابل اجتناب.^{۸۹۹} از این تعریف به خوبی استنباط می گردد که عدم امکان پیش بینی و استحاله (ناممکن بودن) دفع دو شرط لازم تحقق قوه قاهره و حادثه ناگهانی است. بنابراین، در مواردی که این دو شرط متحقق گردند، حادثه را باید خارجی و خارج از اختیار شخص دانست:

- **عدم امکان پیش بینی:** لازم است قوه قاهره و حادثه ای ناگهانی غیر قابل پیش بینی باشند. حادثه قابل پیش بینی هر چند احتراز ناپذیر باشد، قوه قاهره یا حادثه ناگهانی پنداشته نمی شود. عدم پیش بینی قوه قاهره نه تنها برای مدعی، بلکه برای هوشیارترین و آگاه ترین اشخاص نیز نباید قابل پیش بینی باشد. بنابراین، معیار این امر، نوعی است نه شخصی و آن هم به گونه ای است که به رفتار شخص متعارف نیز اکتفاء صورت نمی گیرد، بلکه عدم امکان پیش بینی باید مطلق باشد نه نسبی.

همچنین، صرف این که حادثه در گذشته واقع شده باشد باعث نمی شود تا حادثه مذکور قابل پیش بینی باشد. زیرا، چه بسا واقعه ای در گذشته رخ داده است. ولی، از فرط نادر بودن نسبت به آینده غیر قابل پیش بینی است. گذشته از این، در مسؤلیت قراردادی، غیر قابل پیش بینی بودن حادثه در زمان وقوع عقد ملاک است، هر چند بعد از عقد و پیش از اجرای تعهدات، پیش بینی آن ممکن گردد. ولی، در مسؤلیت قهری، عدم امکان پیش بینی در زمان وقوع خود حادثه ملاک است.

- **احتراز نپذیر بودن حادثه (استحاله دفع / غیر قابل جلوگیری):** لازم است دفع قوه قاهره یا حادثه ناگهانی محال باشد. حادثه قابل دفع حتی اگر قابل پیش بینی هم نباشد، قوه قاهره یا حادثه ناگهانی محسوب نمی شود. همچنین، حادثه باید ظرفیت محال ساختن اجرای قرارداد را دارا، و این استحاله نیز مطلق باشد. همچنین، صرف محال بودن حادثه نسبت به مدیون کافی نیست، بلکه حادثه باید نسبت به هر شخصی که به جای مدیون قرار می گیرد، چنین باشد. عدم امکان اجرای قرارداد اعم از اینکه مادی باشد و یا معنوی تفاوتی نمی کند. به عنوان مثال، اگر خواننده ای متعهد به برگزاری برنامه آوازخوانی گردد. ولی، در روز برگزاری مراسم، یکی از عزیزان او فوت نماید، و این حادثه چنان او را متأثر سازد که نتواند برنامه را اجراء نماید، چنین حادثه ای قوه قاهره است. ارزیابی استحاله معنوی با قاضی است. بنابراین، بر قاضی لازم است تا در این زمینه احتیاط لازم را به خرج دهد.

۸۹۸. شرط غیرقابل پیش بینی امروزه محل ایراد است زیرا علم و تکنالوژی امروزه قادر است بسیاری از مصادیق قوه قاهره مانند طوفان و نظیر آن را پیش بینی نماید.

(آخرین بازدید ۲/۱۴/۲۰۱۶) ۳۴۸. <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=348> ۸۹۹.

نمونه های زیر مصادیق قوه قاهره اند: زلزله، طوفان، رانش زمین، آتش سوزی در جنگلات، بیماری مانند کرونا (کوید ۱۹) و حوادثی از این قبیل به شرط آنکه شرط عدم امکان پیش بینی و شرط عدم امکان دفع، فراهم باشند. گاهی حوادث رانندگی در اثر قوه قاهره یا حادثه ناگهانی به وقوع می پیوندند، مانند: منفجر شدن یکی از قطعات، کور شدن دید راننده به سبب نور زیاد و امثال اینها. به هر حال، مهم آن است که در چنین حالات دو شرط غیر قابل پیش بینی بودن و احتراز ناپذیر بودن فراهم باشد.^{۹۰۰}

به حیث مثال، در صورتی که راننده با سرعت مجاز و با احتیاط رانندگی نماید، اما در اثر وزش طوفان شدید، درختی ریشه کن شده و در وسط راه بی افتد و باعث واژگون شدن موتور و برخورد آن با یک عابر و مصدوم شدن وی گردد، راننده به دلیل سبب خارجی مسؤولیت مدنی غیر قراردادی ندارد. به نظر می رسد امروزه شرط عدم امکان پیش بینی قوه قاهره و حادثه ناگهانی محل ایراد به نظر می رسد، زیرا با فن آوری و علم امروزی این امکان وجود دارد که حادثه غیر مترقبه و یا قوه قاهره را پیش بینی کرد مانند پیش بینی طوفان، باران شدید و نظیر اینها.

۳- حادثه غیر مترقبه: بعضی از حقوقدانان فرانسوی بین فورس ماژور و حادثه غیر مترقبه فرق گذاشته و گفته اند که حادثه غیر مترقبه حادثه ای درونی و وابسته به فعالیت متعهد یا دستگاه او است مانند آتش سوزی، عیب کالا، از خط خارج شدن قطار و اعتصاب در پاره ای موارد؛ در حالیکه فورس ماژور حادثه ای بیرونی است مانند سیل، طوفان و غیره. در فرهنگ اصطلاحات حقوقی «Lexique de Termes Juridiques» که زیر نظر دو استاد معروف «J. Guillien» و «J. Vincent» تهیه شده در تعریف فورس ماژور چنین آمده است: «به معنی عام، هر حادثه غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب است که متعهد را از اجرای تعهد باز دارد. فورس ماژور به معنی خاص در مقابل حادثه غیر مترقبه قرار می گیرد و عبارت از حادثه ای بیرونی است، بدین معنی که حادثه باید کاملاً بیگانه با شخص متعهد باشد (نیروی طبیعی)». ^{۹۰۱} در هر حال، امروزه اکثریت حقوقدانان و رویه قضایی قوه قاهره و حادثه ای ناگهانی را یکی می دانند.^{۹۰۲}

به هر حال، برخی مصداق های حادثه غیر مترقبه عبارت اند از: حریق، غرق شدن، اعتصاب غیر منتظره، سقوط دولت و نظیر اینها. به حیث مثال، در صورتی که راننده با سرعت مجاز و با احتیاط رانندگی نماید، اما در راه، سگی به طور نامنتظر از روبروی موتور بخواهد عبور نماید و باعث واژگون شدن موتور و برخورد آن با یک عابر و مصدوم شدن وی گردد، راننده به دلیل سبب خارجی مسؤولیت مدنی غیر قراردادی ندارد. همچنین، اگر احمد محافظ یک مرکز تجاری باشد و در اثر شارتی برق مرکز تجاری در جریان شب آتش بگیرد و در اثر آن ضرر مالی و کسر عواید برای دوکانداران عاید گردد و دوکانداران احمد را متهم به آتش زدن دوکان ها نمایند، احمد می تواند با اثبات آتش سوزی در اثر شارتی برق که حادثه غیر مترقبه تلقی می گردد از مسؤولیت مدنی غیر قراردادی خود را تبرئه نماید.

۹۰۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱۴-۱۱۶.

(آخرین بازدید ۲/۱۴/۲۰۱۶) <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=348>

۹۰۲. جهت ملاحظه این نظریات ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱۱ و ۱۱۲.

۳) **خطای شخص متضرر:** سبب دیگر نفی رابطه سببیت خطای متضرر است. بنابراین، در صورتی که شخص ثابت نماید که ضرر در اثر تقصیر متضرر واقع شده است، می تواند از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و پرداخت جبران خسارت بری گردد. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و به دلیل مشکل جزئی فامیلی که احمد در آن تقصیری نداشته باشد، حمیده خود را از کلکین منزل پنجم پایین اندازد و خود کشتی نماید، احمد می تواند با اثبات تقصیر حمیده از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی بری گردد. همچنین، در صورتی که حمید قصد خود کشتی داشته باشد و در کنار سرک منتظر عبور موتر باشد و هنگام آمدن موتر خود را در جلوی آن بی اندازد، خود او جانی محسوب شده و راننده مسؤولیت مدنی غیرقراردادی ندارد مشروط بر این که راننده در حد مجاز حرکت نماید. در این مثال، راننده موتر می تواند با اثبات تقصیر حمید از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و جبران خسارت بری گردد. حمید در این مثال، متضرر است.

محققین در توجیه همسان ماده ۷۸۳ ق. م چنین بیان داشته اند: «هر جا که شخص به ضرر خود اقدام کند، نباید انتظار جبران خسارت از دیگران داشته باشد، هرچند که کار او تمام سبب را فراهم نکند. به حیث مثال، اگر مالک، موتر خود را در اختیار راننده بدون جواز قانونی رانندگی بگذارد و یا کسی دخل و خرج مؤسسه ای را به سفیهی بسپارد یا حمل اجناس شکستنی را بر عهده نایبائی نهد، خسارتی که از این اقدام خطرناک به بار می آید، در حکم خود کرده است و به هدر رفته است».^{۹۰۳}

علاوه بر ماده ۷۸۳ ق. م. ۱ خطای متضرر در ماده ۷۸۲ ق. م نیز پیش بینی شده است. این ماده حکم می نماید: «هرگاه متضرر نسبت خطای خود در ایجاد و یا تزئید ضرر عاید اشتراک داشته باشد، محکمه می تواند مقدار جبران خساره را تقلیل داده یا اصلاً به آن حکم ننماید». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که خود متضرر به سبب خطای خویش موجب ایجاد و یا تزئید ضرر برای خود گردیده باشد، محکمه اختیار دارد مقدار جبران خسارت را تقلیل دهد و یا اصلاً به پرداخت جبران خسارت حکم ننماید. برخی مثال های این ماده قرار ذیل است:

- هرگاه شخصی در اثر اشتباه حین رانندگی با دیگری تصادم نماید و به موتر خود ضرر وارد نماید و موتر جانب مقابل هیچ ضرری نبیند، در این صورت محکمه ذیصلاح می تواند به پرداخت عدم جبران خسارت حکم نماید.

- در صورتی که دو راننده در اثر اشتباه با همدیگر تصادم نمایند و هر دو موتر ضرر ببینند، محکمه می تواند مقدار جبران خسارت را تقلیل و یا کاهش دهد.

- اگر شخص خودکشتی نماید، به خود ضرر جانی وارد نموده است. اما، این ضرر جبران خسارت ندارد.

- اگر شخص در اثر رانندگی تصادم نماید اما نه به دولت و نه به فرد ضرر وارد نماید. اما، خودش زخمی شود و موترش معیوب نمی تواند از کسی جبران خسارت بگیرد زیرا ضرر جانی و مالی را خودش بر خود وارد نموده است.

۹۰۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۱)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۱۱ و ۳۱۲.

- اگر احمد شیرها را در تابستان در یخچال بگذارد و فراموش نماید که یخچال را روشن نماید و شیرها پوسیده شوند، احمد در اثر تقصیر خویش به خود ضرر وارد نموده است و خسارت را باید متحمل شود.
- اگر احمد تلویزیون را از یکجا به جای دیگر انتقال بدهد و تلویزیون از دست احمد بشکند، احمد متحمل خسارت می شود اما در برابر خود مسؤولیت مدنی غیرقراردادی ندارد.

۴) خطای شخص ثالث: سبب دیگر نفی رابطه سببیت میان عمل و نتیجه خطای شخص ثالث است. بنابراین، در صورتی که شخص ثابت نماید که ضرر وارده بر متضرر ناشی از خطای شخص او نه، بلکه ناشی از خطای شخص ثالث است، مسؤولیت مدنی غیرقراردادی او رفع می گردد. به حیث مثال، در صورتی که شخصی راننده را مجبور نماید که با سرعت غیرمجاز حرکت کند و در اثر تصادم موتر، ضرر جانی و مالی ببیند، خود شخص مسؤول است و راننده می تواند به خطای شخص ثالث استناد و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی را رفع نماید.

همچنین، اگر موتر شخصی با وجود اتخاذ تمام تدابیر سرقت شود و سارق با موتر سرقت شده تصادم نماید و به شخص دیگری ضرر مالی و جانی وارد نماید. صاحب موتر می تواند با اثبات تقصیر شخص ثالث (سارق) مسؤولیت مدنی غیرقراردادی را از خود دفع نماید. آنچه گفته شد اصل است. استثنای این اصل قانون و توافق طرفین است. بنابراین، در مواردی که قانون حکم کرده باشد یا طرفین توافق کرده باشند، سبب خارجی موجب نفی رابطه سببیت میان عمل و نتیجه نمی گردد چنین توافقی مدار اعتبار است و متضرر مکلف به پرداخت جبران خسارت است.

به نظر می رسد نص بند اخیر ماده ۷۸۳ ق.م ناظر بر مسؤولیت مدنی قراردادی است، زیرا طرفین می توانند در قرارداد چنین شرطی را پیش بینی نمایند، اما در مسؤولیت مدنی غیرقراردادی پیش بینی چنین شرایطی ناممکن به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از قانون در بند اخیر ۷۸۳ ق.م قانون خاص است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای برخی عوامل موجهه مسؤولیت مدنی غیرقراردادی است.

مبحث دوم) مسؤولیت از اعمال غیر

مسؤولیت ناشی از عمل غیر، عبارت از مسؤولیتی است که از عمل مجرمانه غیر ناشی می شود.^{۹۰۴} به موجب مواد ۷۹۰-۷۹۲ ق.م شخص در دو حالت در قبال عمل غیر، مسؤول شناخته می شود: نخست موردی است که شخص در قبال اعمال کسی که لازم است از او مراقبت کند، و وی نیز نیازمند مراقبت است، مسؤول باشد؛ و دوم موارد مربوط به مسؤولیت متبوع در قبال اعمال تابع (آمر به دلیل اعمال مأمور) که هر یک را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

گفتار اول) مسؤولیت پدر و پدر کلان به سبب فعل مضر طفل صغیر

نوع اول مسؤولیت از عمل غیر مسؤولیت پدر و پدر کلان از فعل مضر صغیر است.

الف) شرایط و عوامل موجهه

۹۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۴۰.

به موجب ماده ۷۹۰ ق. م. ا: «پدر و پدر کلان بالترتیب به جبران خساره ضرری که صغیر عاید نموده، مکلف می باشد مگر در صورتی که ثابت نماید، مراقبت لازم را در زمینه انجام داده یا اینکه ضرر با وجود مراقبت لازم حتماً واقع می گردید.» از نص این ماده شرایط و عوامل موجههٔ مسؤولیت پدر و پدر کلان از اعمال مضر طفل صغیر استنباط می گردد.

۱- طبق نص این ماده پدر و پس از پدر، پدر کلان مسؤول جبران خسارت ضرری است که صغیر تحت مراقبت آنها بر دیگری وارد نموده است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده از «بالترتیب» سخن می گوید. دلیل این مسؤولیت تعهد به مراقبت و کنترل است که پدر و پدر کلان به موجب حکم قانون مکلف به اجرای آن اند. دلیل دیگر نیازمندی فرد تحت مراقبت به مراقبت است، خواه سبب آن، صغر وی باشد یا وضعیت دماغی یا وضعیت جسمانی او. مراقبت از صغیر، مجنون، معتوه و غافل به حکم قانون است که بر عهدهٔ اولیای آنها گذارده می شود.^{۹۰۵}

قانونگذار مدنی در نص این ماده از پدر و پدر کلان سخن می گوید. بنابراین، به نظر می رسد سایر اقارب مانند مادر، کاکا، برادر و نظیر اینها مسؤول پرداخت جبران خسارت فعل مضر طفل صغیر نیستند که محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد دلیل این که صرف پدر و پدر کلان مسؤول پرداخت جبران خسارت اند این است که صرف پدر و پدر کلان ولایت بر مال صغیر تحت ولایت دارند و می توانند جبران خسارت آن را پرداخت نمایند. بقیهٔ اقارب مانند مادر، برادر، کاکا و نظیر اینها ولی بر نفس طفل تلقی می گردند و نه ولی بر مال. به حیث مثال، اگر احمد شیشه کلکین همسایه را بشکند، مرتکب عمل مضر بر مال شده و پدر و پدر کلان احمد مکلف اند جبران خسارت شیشه را بپردازند.

۲- برای تحقق مسؤولیت مدنی غیرقراردادی پدر و پدر کلان شرط است که فرد تحت مراقبت صغیر باشد. به موجب نص ماده ۷۹۰ ق. م. صغیر تا رسیدن به سن بلوغ مطلقاً نیازمند مراقبت شناخته می شود و به طور معمول صغیر تا سن بلوغ تحت حمایت شخصی است که تربیت او را عهده دار است. صغیر در لغت به معنی خرد، کوچک، کم سن، مقابل کبیر استعمال می گردد و جمع آن صغار است. صغیر به کسی گفته می شود که نابالغ باشد. صغر به کسرِ صاد و فتح عین به معنای کوچکی، خردی و کم سن و سال بودن است و در اصطلاح فقهی و حقوقی به حالت شخص از زمان زاده شدن تا هنگام بلوغ صغیر و به شخصی که چنین وضعیتی دارد، صغیر می گویند.^{۹۰۶}

به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و محمود را بکشد یا زخمی نماید یا مضروب نماید یا مال محمود را غصب یا تلف نماید، در قدم اول پدر محمود و سپس پدر کلان محمود مسؤول پرداخت جبران خسارت (دیه، مصارف تداوی زخم و ضرب، رد مال و پرداخت جبران خسارت مال متلوفه) است. مفهوم مخالف نص این ماده این است که اگر فردی که فعل مضر را انجام داده است بالغ و رشید باشد، پدر و پدر کلان مسؤولیت مدنی غیرقراردادی ندارند. زیرا، با رسیدن فرزند به سن رشد، فرزند دیگر از تحت مراقبت سرپرست خود خارج می شود هر چند در مرحلهٔ آموزش قرار داشته باشد یا تحت حمایت دیگری زندگی نماید.

۹۰۵. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۰۱ و ۲۰۲.
 ۹۰۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامهٔ حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۱۳.

در این هنگام هیچکس مسؤول کارهای او نیست اعم از اینکه طفل در خانه باشد یا مکتب یا هم سرکار. علت این حکم این است که وی با رسیدن به سن رشد، نیازمند مراقبت دیگری نیست، در حالی که تعهد به مراقبت، به موردی اختصاص دارد که نیاز به آن وجود داشته باشد.^{۹۰۷} به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد بالغ و رشید باشد، پدر و پدر کلان احمد مکلف به پرداخت جبران خسارت نیستند. زیرا، در این فرض، احمد مسؤول اعمال خودش است که تفصیل آن گذشت.

۳- شرط سوم تحقق مسؤولیت مدنی غیرقراردادی پدر و پدر کلان صدور فعل مضر از صغیر است. به حیث مثال، اگر احمد صغیر باشد و تحت ولایت پدر خویش قرار داشته باشد و شیشه همسایه را بشکند، شکستادن شیشه همسایه فعل مضر بر مال است و بنابراین پدر احمد و در صورت عدم موجودیت پدر احمد پدر کلان احمد باید جبران خسارت آن را به همسایه بدهد. عوامل موجهه مسؤولیت مدنی غیرقراردادی پدر و پدر کلان قرار ذیل است:

۱- **انجام مراقبت و کنترل لازم:** زمانی که مسؤولیت سرپرست به شرحی که گذشت، متحقق گردد، این مسؤولیت بر تقصیر مفروض مبتنی است. فرض تقصیر در اینجا قابل اثبات عکس می باشد. بنابراین، سرپرست می تواند با نفی تقصیر، مسؤولیت را از دوش خویش بر دارد. پس، اگر نتواند رابطه سببیت یا تقصیر را نفی کند، مسؤولیت او محقق می گردد.

ولی، باوصف این، همانطور که گذشت، این مسؤولیت باعث قطع مسؤولیت فردی که تحت مراقبت اوست و عمل نامشروع از او صادر شده است نمی گردد. تقصیر مفروض در ناحیه سرپرست عبارت است از اخلال در وظیفه سرپرستی. بنابراین، فرض این است که سرپرست در انجام تکلیف خود، تلاش لازم را به خرج نداده است. پس، زمانی که طفلی مرتکب عمل نامشروعی می شود، فرض می کنیم که سرپرست او در انجام وظیفه مراقبت از او کوتاهی کرده است، و با این ترتیب طفل را در انجام عمل مذکور توانمند ساخته است. فرض تقصیر تا اندازه ای بیشتر توسعه داده می شود و چنین فرض می شود که سرپرست با تربیت نادرست فرد تحت سرپرستی اش، راه ارتکاب عمل نامشروع را برای او آماده ساخته است.^{۹۰۸}

بنابراین، تقصیر مفروض در مورد سرپرست، قابل اثبات عکس است. سرپرست به عنوان کسی که بار اثبات بر دوش او می باشد، می تواند اثبات نماید مقدار واجب از وظیفه سرپرستی را به نحو مقتضی انجام داده است و احتیاطات لازم را برای جلوگیری فرد تحت سرپرستی اش از زیان رساندن به دیگران به خرج داده است، تقصیر مفروض را از خود نفی نماید. با این کار، تقصیر مفروض در مورد او منتفی می شود و مسؤولیت از دوش وی برداشته می شود.^{۹۰۹}

۲- **وقوع فعل مضر باوجود اتخاذ تدابیر در اثر قوه قاهره:** طبق بند اخیر ماده ۷۹۰ ق. م در صورتی پدر و پدر کلان ثابت نماید ضرر با وجود مراقبت لازم حتماً واقع می گردید، می توانند از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی فرار نمایند. نص این ماده نازیبا است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی این است که در

۹۰۷. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۰۵ و ۲۰۶.

۹۰۸. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، صص ۲۰۸ و ۲۰۹.

۹۰۹. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، صص ۲۰۹ و ۲۳۰.

صورتی که پدر و پدر کلان ثابت نمایند که فعل مضر مانند تلف مال در اثر قوه قهریه، حادثه ناگهانی تقصیر زیان دیده و تقصیر شخص ثالث وارد شده است مسئولیت مدنی غیر قراردادی ندارند.

به حیث مثال، اگر احمد خانه همسایه را آتش بزند و همسایه علیه احمد اقامه دعوی نماید، پدر احمد می تواند با اثبات آتش سوزی در اثر شارتی برق (حادثه غیر مترقبه) از مسئولیت مدنی غیر قراردادی فرار نماید. همچنین، اگر احمد سر محمود پسر همسایه را بکفاند و پدر محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید، پدر احمد می تواند با اثبات این که خود محمود موجب کفاندن سرش شده است یا جمشید پسر همسایه سر محمود را شکستاده است از مسئولیت مدنی غیر قراردادی فرار نماید.

۳- مسئولیت شخص تحت سرپرستی در کنار مسئولیت سرپرست: مسئولیت سرپرست به نحوی که گذشت، در کنار مسئولیت فرد تحت مراقبت که انجام دهنده فعل نامشروع است قابل جمع است. بنابراین، متضرر می تواند به هر کدام مراجعه و تمام خسارت را از او دریافت نماید. آنچه در چنین حالات مهم است این است که متضرر نمی تواند در برابر ضرر واحد، دو خسارت مطالبه نماید. زیرا، در چنین حالات، وی مستوجب دریافت يك خسارت می گردد، خواه از سرپرست یا از فرد تحت مراقبت یا از هر دو به نحو تضامنی. غالباً متضرر به سرپرست به دلیل مسئولیتی که دارد، مراجعه می نماید. ولی، همانطور که گذشت، متضرر حق دارد که به فرد مرتکب تقصیر نیز رجوع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۹۰ ق. م پیش بینی شرایط مسئولیت از عمل طفل و عوامل رافع مسئولیت مدنی غیر قراردادی است.

ب) منبع مسئولیت از عمل غیر

طبق ماده ۷۹۱ فقره ۱ ق. م: «(۱) شخصی که به حکم قانون یا موافقه، مکلفیت نظارت شخص را داشته باشد، از اعمال مضره شخص تحت نظارت خود، مانند صغیر و مجنون مسؤول پنداشته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

(۱) هر شخص که به حکم قانون مسئولیت نظارت صغیر و مجنون را داشته باشد، مسؤول اعمال مضر شخص تحت نظارت خویش است. به حیث مثال، ولی به حکم قانون مکلف است از اعمال مولی علیه صغیر و مجنون نظارت نماید. در صورتی که مولی علیه صغیر و مجنون عمل مضر مانند ضرب، جرح، قتل، غصب و اتلاف را انجام دهد، ولی مسئولیت مدنی غیر قراردادی دارد. به حیث مثال، اگر احمد هشت ساله که صغیر تلقی می گردد تحت نظارت محمود پدر او قرار داشته باشد و احمد شیشه موتر حمید را بشکند، محمود در برابر حمید مسئولیت مدنی غیر قراردادی دارد. زیرا، محمود مسؤول است اعمال احمد را نظارت و کنترل نماید. اولیاء به حکم قانون و به طور قهری نماینده افراد تحت ولایت اند.

(۲) هر شخص که براساس قرارداد مسئولیت نظارت صغیر و مجنون را داشته باشد، مسؤول اعمال مضر شخص تحت نظارت خویش است. به حیث مثال، استاد مکتب خصوصی، کودکستان خصوصی بر اساس قرارداد مکلف است از اعمال صغیر نظارت نماید. در صورتی که طفل صغیر عمل مضر مانند ضرب، جرح، قتل، غصب و اتلاف را انجام دهد، استاد مسئولیت مدنی غیر قراردادی دارد. به حیث مثال، اگر احمد هشت ساله که صغیر تلقی می گردد تحت نظارت استاد در مکتب خصوصی قرار داشته باشد و احمد شیشه موتر

حمید را بشکنند، استاد در برابر حمید مسؤولیت مدنی غیرقراردادی دارد. زیرا، استاد مسؤول است اعمال احمد را نظارت و کنترل نماید.

همچنین، اگر شخص معجون براساس قرارداد در شفاخانه خصوصی تحت تداوی قرار داشته باشد، داکتر، پرستار و نظیر اینها براساس قرارداد مکلف اند از اعمال شخص معجون نظارت نمایند. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که منبع مسؤولیت سرپرست و ولی قانون و منبع مسؤولیت استاد، داکتر، پرستار، قرارداد است. به نظر می رسد نمی توان نص این ماده را بر مسؤولیت استخدام کننده از اعمال استخدام شونده تسری داد زیرا قانونگذار مدنی در این ماده از افرادی مانند صغیر و معجون سخن می گوید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی منبع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی افراد است.

ج) رجوع پدر و پدر کلان بر صغیر و مطالبه جبران خسارت

طبق ماده ۷۹۲ ق. م: «مسؤول از عمل غیر، می تواند جبران خساره ای را که پرداخته است، از عامل مطالبه نماید.» طبق نص این ماده مسؤول از عمل غیر می تواند جبران خسارت را از عامل مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، پدر احمد جبران خسارت فعل مضر احمد را به محمود پرداخت نماید، می تواند به احمد مراجعه و جبران خسارت را مطالبه نماید. مسؤول از عمل غیر در این مثال پدر و پدر کلان احمد است. عامل در این مثال احمد است.

طبق نص این ماده صغار مسؤولیت مدنی غیرقراردادی دارند. به نظر می رسد دلیل داشتن مسؤولیت مدنی غیرقراردادی توسط صغار سد ذرایع است. زیرا، در صورت عدم داشتن مسؤولیت پدر و پدر از اطفال خویش مراقبت نمی کنند. همچنین، مراجعه پدر و پدر کلان مسؤولیت مدنی غیرقراردادی پدر و پدر کلان را در نهایت نفی می نماید. زیرا، در نهایت این طفل است که بار عمل را خویش را بر عهده می گیرد. بنابراین، نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد.

سؤال این است که طفل که معمولاً پول ندارد چگونه می تواند جبران خسارت را پدر و پدر کلان را پرداخت نماید. در پاسخ به این سؤال به نظر می رسد طفل می تواند از پولی که به ارث می برد، به او وصیت، وقف، هبه و ... می شود جبران خسارت را پرداخت نماید. به نظر می رسد نص این ماده بیشتر ارزش نظری دارد. زیرا، اول این که معمولاً پدر و پدر کلان برای دریافت جبران خسارت به طفل به دلیل محبت مراجعه نمی نماید. دوم این که معمولاً اطفال پول ندارند. سوم این که گرفتن جبران خسارتی که پدر و پدر کلان پرداخته اند طفل بسیار به سختی امکان دارد به پدر و پدر کلان پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز مراجعه پدر و پدر کلان بر طفل و دریافت جبران خسارت از طفل است.

گفتار دوم) مسؤولیت استخدام کننده ناشی از عمل استخدام شونده (مسؤولیت مدنی دولت)

نوع دوم مسؤولیت از عمل غیر مسؤولیت استخدام کننده از عمل مضر استخدام شونده است. مسؤولیت استخدام کننده از عمل مضر استخدام شونده عبارت از پرداخت جبران خسارت توسط استخدام کننده به متضرر در اثر عمل مضر استخدام شونده است. در خصوص شرایط و عوامل رافع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی استخدام کننده ماده ۷۹۱ فقرة دوم ق. م می گوید: «استخدام کننده از ضرری که از طرف شخص

تحت مراقبت وی به سبب عمل غیر مجاز حین اجرای وظیفه و یا به سبب آن واقع می‌گردد، مسؤول پنداشته می‌شود، مگر اینکه قانون یا موافقه طور دیگری تصریح نماید.».

از نص این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که برای تحقق مسؤولیت مدنی غیر قراردادی استخدام کننده پنج شرط وجود دارد: رابطه استخدامی، انجام عمل غیر مجاز توسط استخدام شونده، ورود ضرر توسط استخدام شونده، انجام عمل در حین اجرای وظیفه و انجام عمل غیر مجاز به سبب وظیفه. به نظر می‌رسد این شرایط انضمامی اند نه استقلالی و بنابراین برای تحقق مسؤولیت مدنی غیر قراردادی (و در مبحث مسؤولیت مدنی قراردادی) همه یکجا متحقق شوند. همچنین، از نص این ماده عوامل رافع مسؤولیت مدنی استخدام کننده که عبارت از قانون خاص و موافقه است استنباط می‌گردد. به عبارت دیگر: از نص این ماده یک اصل و یک دو استثناء استنباط می‌گردد. اصل این است که در صورت تحقق شرایط مسؤولیت از عمل غیر، اداره مکلف است جبران خسارت کارمند را پرداخت نماید. استثنای این اصل قرارداد و قوانین خاص است:

۱) **رابطه استخدامی:** قانونگذار مدنی در این ماده از استخدام سخن گفته است. استخدام در لغت به معنی به خدمت گرفتن، خدمت خواستن، به کار گماشتن، گماشتن به شغل در برابر مزد معین، کار گماری و به کار گیری است.^{۹۱۰} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می‌رسد استخدام عبارت است از به خدمت گرفتن و به کار گماشتن استخدام شونده توسط استخدام کننده. مطابق قانون کار و قانون کارکنان خدمات ملکی استخدام در ادارات اعم از دولتی و خصوصی به دو اساس صورت می‌گیرد. براساس قانون و مقررات در ادارات دولتی که به چنین استخدام شونده کارکن و مأمور دایمی می‌گویند. براساس قرارداد در ادارات دولتی و خصوصی که به چنین کارکن، کارکن قراردادی می‌گویند. بنابراین، نص ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م ناظر بر کارکنان استخدام شونده در بخش دولتی و خصوصی و ناظر بر مسؤولیت مدنی ادارات دولتی و اشخاص حکمی خصوصی به نظر می‌رسد. در صورت عدم وجود رابطه استخدامی، اداره اعم از دولتی و خصوصی مسؤولیت مدنی غیر قراردادی ندارد. به حیث مثال، اگر شخصی در کابل زندگی نماید و دوکان خوراکی فروشی داشته باشد و در اثر رانندگی شخصی دیگری را زخمی نماید، هیچ اداره دولتی و خصوصی مسؤولیت مدنی غیر قراردادی در قبال عمل مضر این شخص ندارد. در چنین حالات، شخص مسؤول اعمال خویش است که تفصیل آن گذشت. رابطه استخدامی میان تابع (استخدام شونده) و متبوع (استخدام کننده) بر مبنای دو عنصر استوار است: عنصر قدرت بالفعل و عنصر نظارت:

۱- **عنصر قدرت بالفعل:** رابطه استخدامی مبتنی بر قدرت بالفعل است. بنابراین، کارگر، خادم، آشپز، راننده، مستخدم و کارمند همه مصادیقی از تابع اند و کارفرما، صاحب تجارتخانه، رئیس اداره و امثال اینها همه متبوع اند.^{۹۱۱}

۲- **عنصر نظارت:** متبوع لازم است قدرت بالفعل بر نظارت تابع را داشته باشد؛ یعنی: متبوع باید قدرت صدور دستاویز را برای رهنمایی تابع هرچند به صورت کلی، دارا باشد. همچنین، متبوع باید قدرت نظارت بر

۹۱۰. (آخرین بازدید ۲/۲۳/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 910.

۹۱۱. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر.ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۱۵ و ۲۱۷.

وی، برای اجرای صحیح دساتیر صادره را داشته باشد. باوجود این، باید دانست که صرف وجود نظارت کافی نیست. به عنوان مثال، پدر نظارت بر فرزند خویش را دارد و استاد کار نیز شاگرد خویش را رهنمایی می کند. ولی، رهنمایی شدن فرزند توسط پدر و از شاگرد توسط استاد، مستلزم آن نیست که فرزند تابع پدر و شاگرد تابع استاد باشد، بلکه ضروری است که نظارت و رهنمایی ناظر بر عمل معینی باشد که تابع به نفع متبوع آن را انجام می دهد.

البته، همین نکته وجه تمیز میان پدر، استادکار و سرکارگر است. زیرا، پدر علی الرغم آنکه حق نظارت بر فرزند خویش را دارد. ولی، این نظارت در رابطه به عمل معینی نیست. استاد کار و سرکارگر نیز با وصف آنکه در عمل معین حق نظارت و رهنمایی شاگرد و کارگر را دارند. ولی، شاگرد و کارگر به نفع استاد کار اقدام به انجام عمل نمی کند، بلکه آن را جهت آموزش و فراگیری انجام می دهد. کارگران نیز برای سرکارگر نه، بلکه همه برای متبوع؛ یعنی؛ کارفرما کار می کنند.^{۹۱۲}

همچنین ضرورتی ندارد که متبوع توانایی نظارت و رهنمایی تخصصی تابع را داشته باشد، بلکه ضروری است از نظر اداری، این حق را داشته باشد. بنابراین، مالک موتر حتی اگر رانندگی نداند، متبوع راننده خود است؛ رییس شفاخانه حتی اگر خود داکتر نباشد، متبوع دوکتورانی است که برای شفاخانه کار می نمایند. در بعضی حالات، متبوع حتی از نظر اداری نیز توانایی نظارت و رهنمایی را ندارد، مانند موردی که متبوع صغیر غیر ممیز است که در چنین حالات به جای وی، ولی، وصی و یا قیم مبادرت به اجرای صدور فرمان و نظارت می ورزند.^{۹۱۳} چنانچه ملاحظه می شود، این تفسیر، تفسیر وسیع ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م به نظر می رسد. با پذیرش این تفسیر، این نتیجه به دست می آید که این ماده نظر بر مسؤولیت مدنی^{۹۱۴} دولت نیز است، زیرا قانونگذار در این ماده از استخدام سخن گفته است و استخدام معمولاً براساس قوانین و مقررات توسط ادارات دولتی صورت می گیرد.

۲) انجام عمل غیر مجاز توسط استخدام شونده: قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م عبارت «عمل غیر مجاز» را استعمال نموده است. به نظر می رسد مصادیق عمل غیر مجاز، قتل، ضرب، جرح، اتلاف، غصب، سرقت و نظیر اینها است.

۳) ورود ضرر توسط استخدام شونده: ضرری که استخدام کننده امکان دارد بر غیر وارد نماید ضرر مالی، جانی، معنوی، مختلط یا عدم النفع باشد که تفصیل آن گذشت. به موجب مفاد ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق. م جهت تحقق مسؤولیت تابع ضروری است ارکان سه گانه مسؤولیت نسبت به تابع محقق گردد که عبارتند از: تقصیر، ضرر و رابطه سببیت میان تقصیر و ضرر.

۴) انجام عمل غیر مجاز در حین وظیفه: لازم است تابع در حین اجرای وظیفه مرتکب تقصیر شده باشد. این همان ضابطه ای است که مسؤولیت متبوع را به عمل تابع پیوند می دهد و آن را توجیه می کند. زیرا، جایز

۹۱۲. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر. ک: همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۲)، صص ۲۱۹ و ۲۲۰.

۹۱۳. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۲)، صص ۲۲۰ و ۲۲۱.

۹۱۴. در خصوص مسؤولیت مدنی دولت ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح مختصر قانون اساسی (۱) حقوق و وجایب اساسی اتباع، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید، صص ۸۹-۱۱۲.

نیست متبوع مسؤل تمام تقاصیر تابع باشد. زیرا، در چنین صورت، مسؤلیت مذکور بی مورد و غیر معقول خواهد بود. مسؤلیت متبوع در برابر تقصیر تابع، زمانی به حق و معقول است که در محدوده اعمالی صورت پذیرد که در حال انجام وظیفه مرتکب آن شده باشد. بنابراین، تنها در این محدوده است که رکن مسؤلیت متبوع ایجاد می شود. برخی مثال های انجام عمل غیرمجاز در حین اجرای وظیفه توسط استخدام شونده قرار ذیل اند:

۱- اگر داکتر طب که در شفاخانه اعم از خصوصی و دولتی کار می نماید، حین اجرای وظیفه و تداوی مریض مرتکب تقصیر و مرگ مریض شود، شفاخانه اعم از خصوصی و دولتی مسؤلیت مدنی غیر قراردادی دارند.

۲- راننده موتر که در اداره دولتی یا خصوصی کار می نماید اگر حین اجرای وظیفه شخصی را به تقصیر با موتر بزند و مصدوم نماید، اداره دولتی یا خصوصی مسؤلیت مدنی غیرقراردادی دارند.

۵) **انجام عمل غیر مجاز به سبب وظیفه:** لازم است تابع به سبب وظیفه مرتکب تقصیر شده باشد. این همان ضابطه ای است که مسؤلیت متبوع را به عمل تابع پیوند می دهد و آن را توجیه می کند. زیرا، جایز نیست متبوع مسؤل تمام تقاصیر تابع باشد. زیرا، در چنین صورت، مسؤلیت مذکور بی مورد و غیر معقول خواهد بود. مسؤلیت متبوع در برابر تقصیر تابع، زمانی به حق و معقول است که در محدوده اعمالی صورت پذیرد که به سبب آن مرتکب آن شده باشد. بنابراین، تنها در این محدوده است که رکن مسؤلیت متبوع ایجاد می شود.^{۹۱۵}

به حیث مثال، پولیس برای اجرای رسمی وظیفه به طور مسلح حرکت می کند و در راه به دیدار یکی از خویشاوندان خود می رود و در حین دیدار به علت بازی با سلاح، گلوله ای از آن خارج می شود و طفلی را می کشد. در این مثال، هرچند پولیس در حین اجرای وظیفه نبوده است اما وظیفه او سبب ورود این خسارت شده است. پرسش این است که هرگاه فرد هرچند استخدام شونده باشد و عمل نامشروعی را در خارج از ساعات رسمی و بدون سبب وظیفه انجام دهد تکلیف چیست؟ به حیث مثال، اگر شخصی منحصراً داکتر از ساعت هشت الی چهار در یک شفاخانه دولتی یا خصوصی کار نماید و از ساعت پنج الی هشت شام در معاینه خانه خصوصی کار نماید و حین معاینه یکی از مریضان در ساعت شش شام مرتکب تقصیر و قتل مریض گردد، آیا شفاخانه خصوصی و یا دولتی مسؤل عمل داکتر مذکور اند.

پاسخ این پرسش منفی است زیرا داکتر مذکور در ساعت غیر رسمی و خارج از وظیفه و بدون سبب وظیفه مرتکب تقصیر شده است. مبنای مسؤلیت استخدام کننده تقصیر مفروض است. برای رفع مسؤلیت استخدام کننده می تواند مطابق قواعد عمومی به حادثه غیرناگهانی، قوه قاهره (اسباب مجبره) تقصیر شخص ثالث و تقصیر متضرر استناد نماید. همچنین، از نص ماده ۷۹۱ فقرة ۲ ق. م می تواند عوامل رافع مسؤلیت مدنی غیرقراردادی استخدام کننده را استنباط کرد. طبق نص این ماده عوامل رافع مسؤلیت مدنی غیرقراردادی استخدام کننده قوانین خاص و قرارداد است:

۹۱۵. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۴۱ و ۲۴۲.

۱) قانون: اگر قانون خاص حکم نماید که در صورتی که در جریان وظیفه یا به سبب وظیفه استخدام شونده عمل مضر را انجام دهد، استخدام شونده نه استخدام کننده مسؤولیت مدنی غیرقراردادی دارد، با استناد به قانون خاص استخدام کننده می تواند از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی فرار نماید.

۲) قرارداد: در صورتی که استخدام کننده با استخدام شونده شرط گذاشته باشد، که در صورت بروز عمل غیرمجاز استخدام کننده مسؤولیتی ندارد، چنین توافقی مدار اعتبار است. به حیث مثال، اگر احمد در یک اداره به عنوان راننده کار نماید و اداره در قرارداد کاری احمد شرط گذارد که اگر احمد در جریان وظیفه و به سبب وظیفه تصادم نماید و در نتیجه جبران خسارت مالی و جانی به مصدوم و متضرر وارد نماید، باید خودش جبران خسارت پرداخت نماید، این شرط مدار اعتبار است و براساس این شرط اداره استخدام کننده احمد می تواند از مسؤولیت مدنی غیرقراردادی فرار نماید.

همچنین، استخدام کننده می تواند با اثبات این که عمل غیرمجاز خارج از ساعات رسمی یا بدون سبب وظیفه به وقوع پیوسته است، مسؤولیت مدنی غیرقراردادی را از خویش رفع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق.م.پیش بینی شرایط مسؤولیت مدنی غیرقراردادی استخدام کننده از اعمال استخدام شونده و عوامل رافع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی استخدام کننده است. طبق ماده ۷۹۲ ق.م: «مسئول از عمل غیر، می تواند جبران خساره ای را که پرداخته است، از عامل مطالبه نماید.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که مسئول از عمل غیر مانند استخدام کننده به گونه ای که تفصیل آن گذشت، می تواند جبران خساره ای را که به متضرر پرداخته است، از عامل ضرر مانند فرد استخدام شونده مطالبه نماید.

برخی از حقوقدانان در توجیه این ماده می گویند: اگر زیان دیده برای اخذ خسارت از استخدام شونده به وی رجوع نماید، متضرر به حق خویش می رسد و موضوع مختومه می گردد. اما، اگر به استخدام کننده مراجعه نماید، استخدام کننده می تواند به استخدام شونده مراجعه نماید، زیرا وی از جانب او مسؤول است نه با او.^{۹۱۶}

این توجیه و ماده ۷۹۲ ق.م. جهات ذیل محل ایراد به نظر می رسد: نخست این که: در این صورت نص ماده ۷۹۲ ق.م. موجب نفی حکم ماده ۷۹۱ فقره ۲ ق.م. و در نتیجه موجب نفی مسؤولیت مدنی غیرقراردادی استخدام کننده می گردد؛ دوم این که: از نظر منطقی نمی توان ادعا کرد که بر استخدام کننده مجازات مدنی (جبران خسارت) تطبیق شده است، زیرا در این صورت استخدام کننده نه بلکه استخدام شونده مجازات می شود؛ سوم این که: هدف از مسؤولیت مدنی تطبیق جزای مدنی بر فرد مسؤول است. در صورتی که استخدام کننده که مسؤول است بر استخدام کننده مراجعه نماید، هدف مسؤولیت مدنی متحقق نمی گردد، زیرا در این صورت در نهایت جزا بر استخدام شونده تطبیق می شود؛ چهارم این که: تطبیق جزا بر استخدام شونده مخالف عدالت بر نظر می رسد، زیرا وی به سبب وظیفه یا در جریان وظیفه مرتکب تقصیر گردیده است و عادلانه این است که جزا بر استخدام کننده تطبیق گردد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۹۱۶. عبدالرزاق احمد السنهوری (۱۳۸۸). دوره حقوق تعهدات ۳، مترجمان: سید مهدی دادمهرزی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول، ایران: انتشارات دانشگاه قم، صص ۲۴۴ و ۲۴۵.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۶۶):

ماده (۷۹۱) و (۷۸۷) قانون مدنی باهم تناقض دارد.

توضیح:

در ماده (۷۸۷) قانون مدنی اصل مسؤلیت شخص توضیح گردیده و اینکه هر شخصی واجد اهلیت حقوقی شخصاً از عمل خود مسؤلیت دارد واضح بوده قابل بحث نمی باشد. ولی در ماده (۷۹۱) قانون مدنی از مسؤلیت شخص ناشی از اعمال غیر بحث و منظور اشخاص فاقد و ناقص اهلیت میباشد و آنچه و موجب مسؤلیت شخص گردیده تعهد او یا حکم قانون است.^{۹۱۷}

مبحث سوم) مسؤلیت ناشی از اشیاء

مسؤلیت ناشی از اشیاء عبارت از مسؤلیتی است که از هر شی جامد که نگهداری و مراقبت آن بر عهده افراد است، ناشی می شود؛ یعنی؛ اگر از این اشیاء زبانی به غیر وارد شود، مسؤلیت جبران آن با کسانی خواهد بود که مسؤول مراقبت از آنها هستند.^{۹۱۸} طبق مواد ۷۹۳ الی ۷۹۷ ق. م شخص از ضرر های ناشی از عمل حیوان، ضرر ناشی از ساختمان و وسایل میخانیکی یا اشیایی که حفاظت از آنها نیازمند تلاش خاص است مسؤول است. حالت های سه گانه فوق، «نظریه تقصیر در حفاظت» را تشکیل می دهد. در چنین حالات، مسؤلیت شخص بر مبنای تقصیر استوار است. بنابراین، محافظ مسؤلیت تقصیر خود در حفاظت از اشیاء؛ یعنی: خارج شدن اختیار شی از دست محافظ را عهده دار می گردد:^{۹۱۹}

گفتار اول) مسؤلیت محافظ از فعل حیوان

طبق ماده ۷۹۳ ق. م: «حادثه ای جنایی ای که از حیوان به وقوع می رسد، مسؤلیت بار نمی آورد. مالک وقتی مسؤول جبران خساره عایده از حیوان می گردد که عدم اتخاذ احتیاط لازم از طرف وی، برای جلوگیری از وقوع حادثه ثابت گردد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط ضمان قهری ناشی از فعل مضر حیوان است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) بند اول این ماده مقتبس از فقه به خصوص از مجله الاحکام است. ماده ۹۴ مجله الاحکام در مورد عمل حیوان تصریح می نماید که: «جنایت حیوان هدر است.» این قاعده مقتبس از حدیثی است که بخاری، مسلم، مالک و احمد در مسندش و اصحاب سنت اربعه از ابوهریره رضی الله عنه تخریج کرده اند که: «العجماء جرحها جبار.» معنی عجماء در این حدیث بهیمه (حیوان/ چهارپا) است و معنای جرحها ضرر ناشی از فعل حیوان است و معنای جبار هدر است. بنابراین، طبق این قاعده، اگر پشک پرنده دیگری را کشت یا دو شخص

۹۱۷. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 528.

۹۱۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۴۰.

۹۱۹. عبدالرزاق احمد السنهوری (۱۳۸۸). دوره حقوق تعهدات ۳، مترجمان: سید مهدی دادمرزی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول،

ایران: انتشارات دانشگاه قم، ص ۲۴۶.

دو حیوان خویش را در جای مباح و مأذون بستند و یک حیوان، حیوان دیگر را کشت، هیچ یک از دو مالک مسؤول نمی باشند. اما اگر جنایت حیوان ناشی از فعل انسان باشد، مثلاً انسان بر حیوان سوار باشد و حیوان چیزی را که متعلق به شخص دیگری است، زیر پا و تلف نماید، صاحب حیوان مسؤول است زیرا مباشر دانسته می شود.

همچنین، اگر شخص حیوان را شورانید و حیوان دیگری را زد، شوراننده حیوان ضامن است زیرا عمل او سبب این جنایت حیوان شوریده شده است.^{۹۲۰} از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که طبق ماده ۹۴ مجله الاحکام جنایتی را که حیوان بر نفس یا مال وارد می کند، صاحب آن مسؤول نیست به شرط این که اعتدا بر حق غیر نموده باشد یا مرتکب تقصیر نشده باشد. به حیث مثال، اگر شخص اسب خود را در مکانی ایستاده نماید که برای همین منظور تهیه شده است و اسب مالی را که در پهلوی آن گذاشته شده است هلاک نماید، صاحب اسب ضامن نیست، اما اگر شخص حیوان خود را در زراعت شخص دیگری رها نماید یا آن را در آن ببیند و مانع آن نشود و اسب زراعت را تلف نماید، صاحب اسب مسؤولیت مدنی غیر قراردادی دارد زیرا در صورت اول متجاوز و در صورت دوم مقصر است.^{۹۲۱}

(۲) بند دوم ماده ۷۹۳ شرایط و مبنای مسؤولیت از فعل حیوان را بیان می نماید. طبق این ماده برای تحقق مسؤولیت ناشی از فعل حیوان تحقق سه شرط ذیل ضروری است:

۱- شرط اول این است که فرد مالک حیوان باشد. بنابراین، اگر رابطه مالکیت میان حیوان و شخص وجود نداشته باشد، شخص مسؤول نیست. به حیث مثال، ضرری را که حیوان بدون مالک بر شخص وارد می نماید، کسی مسؤول آن نیست. در نتیجه، هیچ کس، مسؤول خسارتی که یک پرندۀ بدون مالک به وجود می آورد، نمی باشد، مگر اینکه ثابت شود، تقصیر شخص در آن دخیل بوده است.

همچنین، هیچ کس مسؤول ضرری که ملخ به زراعت وارد کرده نیست، مگر اینکه ثابت شود شخصی در اثر تقصیر، ملخ ها را تحریک کرده است. مالک هر نوع حیوانی، اعم از اینکه حیوان اهلی یا وحشی، بزرگ یا کوچک، خطرناک یا بدون خطر باشد، مسؤول است. محافظین چهارپایان مختلف اعم از اسب، قاطر، مرکب، شتر و حیوان قابل تعلیم از قبیل: سگ، گربه، میمون و پرندۀ ها یا آن دسته از حیواناتی که تحت مالکیت انسان در می آیند، مانند: گربه، فیل و نظیر اینها، مسؤول می باشد. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که، اولاً: حیوان باید زنده باشد؛ ثانیاً: حیوان باید متعلق به شخص؛ و ثالثاً: حفاظت از حیوان باید ممکن باشد. بنابراین، لاشۀ حیوان مرده، حیوان محسوب نمی گردد و مسؤولیت در برابر آن، مسؤولیت در برابر شی بی جان است نه حیوان.

۲- شرط دوم این است که مالک احتیاط لازم را برای جلوگیری از وقوع حادثه روی دست نگرفته باشد. به حیث مثال، اگر شخصی سگ نیمه وحشی داشته باشد و آن را در خانه نگهداری ننماید و سگ شخص دیگری را بخورد، مالک مسؤول است.

۹۲۰. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعدة فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۱۰۷ و ۱۰۸.

۹۲۱. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۳۱۰.

۳- شرط سوم این است که حیوان خسارت را ایجاد کرده باشد؛ یعنی: عمل حیوان سبب ضرر شده باشد. ولی، اگر ضرر بدون اینکه حیوان نقش در ایجاد آن داشته باشد، ایجاد گردد، مانند اینکه: فردی به علت برخورد با حیوان زنده ای مجروح گردد، یا لاشه حیوان مرده ای بر روی انسان بی افتد و موجب تضرر وی گردد، در چنین حالات، اضرار مذکور از عمل حیوان ناشی نشده است. زیرا، حیوان صرف نقش منفی در آن داشته است. بنابراین، هرگاه حیوان، فردی را مجروح و یا مقتول سازد یا موجب اتلاف اموال دیگران گردد یا سگی شخصی را بخورد و موجب تضرر وی گردد یا مرض از حیوان مریض به دیگران سرایت کند، همه خسارت محسوب گردیده و محافظ مسؤل جبران آنها پنداشته می شود.

در موارد فوق، غالباً خسارت عمل حیوان متوجه دیگران می شود. ولی، در برخی حالات خسارت به خود محافظ وارد می شود و گاه نیز که خود مالک، محافظ نیست، خسارت به مالک وارد می شود و در مواردی نیز حیوان به خود ضرر می رساند. در مواردی که حیوان موجب تضرر دیگران می گردد، اشخاص متضرر می توانند با استناد به تقصیر مفروض جهت جبران خسارت خود به محافظ حیوان رجوع کنند که صورت متعارف جبران خسارت ناشی از فعل حیوان همین است.^{۹۲۲}

این شرایط انضمامی به نظر می رسند نه استقلالی. بنابراین، برای تحقق مسؤولیت مدنی غیرقراردادی مالک حیوان، هر سه شرط باید همزمان متحقق گردند. طبق ماده ۷۹۳ ق. م به نظر می رسد تقصیر مالک حیوان مفروض نیست. بنابراین، شخص متضرر باید ثابت نماید که مالک احتیاط لازم را برای جلوگیری از وقوع حادثه اتخاذ نکرده است. به حیث مثال، سگ خویش را نبسته است و سگ شخص دیگری را خورده است. درب طویله حیوانات مانند طویله گوسفند و گاو را نبسته است و گاه و گوسفند زراعت زمین همجوار را خورده اند و نظیر اینها.

مبنای مسؤولیت مالک حیوان به نظر می رسد که تقصیر و تعدی است. در این خصوص ماده ۷۹۴ ق. م. ا حکم می نماید: «هرگاه مالک، حیوان را در حال رساندن ضرر به مال غیر دیده و از آن جلوگیری ننماید و یا از عیب حیوان آگاه بوده و آن را محافظت نکرده باشد، مسؤل پنداشته می شود. هرگاه شخصی حیوانی را در ملک غیر بدون اجازه وی داخل نماید به ضمان عایده مکلف می باشد.» همچنین، ماده ۷۹۵ ق. م حکم می نماید: «هرگاه شخصی حیوانی را در ملک غیر بدون اجازه وی داخل نماید به ضمان عایده مکلف می باشد.» از نصوص این مواد سه حکم قابل استنباط است:

(۱) در صورتی که مالک حیوان را در رساندن ضرر به مال غیر دیده و از آن جلوگیری ننماید مسؤل مدنی غیرقراردادی دارد. به حیث مثال، مالک ببیند که حیوان وی در مزرعه همسایه داخل شده و علاوه بر خوردن زراعت و کشت همسایه موجب تضرر کشت گردد. در این مثال، مالک حیوان مقصر است زیرا برای جلوگیری از ورود حیوان به ملک همسایه هیچ اقدامی را روی دست نگرفته است.

(۲) در صورتی که مالک حیوان از عیب حیوان آگاه باشد و از آن محافظت ننماید، مسؤولیت مدنی غیرقراردادی دارد. به حیث مثال، در صورتی که حیوان مصاب به مرض ساری باشد و مالک به رغم آگاهی

۹۲۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۴۸-۲۵۵.

هیچ اقدامی جهت تداوی حیوان ننماید و اجازه دهد حیوان با حیوانات دیگر در چراگاه بچرد و موجب سرایت مرض به حیوان دیگر گردد. در این مثال، مالک حیوان مقصر است زیرا وی برای جلوگیری از ورود حیوان به ملک همسایه هیچ اقدامی را روی دست نگرفته است.

۳) هرگاه شخصی حیوانی را در ملک غیر بدون اجازه وی داخل نماید به ضمان عایده مکلف می باشد. به حیث مثال، مالک حیوانات، آنها در ملک دیگری برای چرانیدن داخل نماید. در این مثال، مالک حیوان متعدی است. فرد می تواند با اثبات نفی رابطه مالکیت میان خویش و حیوان، رعایت احتیاط لازم در جلوگیری از وقوع حادثه، عدم ورود ضرر توسط حیوان مسؤولیت مدنی غیرقراردادی را از خویش دفع نماید. همچنین، مالک حیوان می تواند به تقصیر متضرر، فعل شخص ثالث و اسباب خارجی استناد و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی را از خویش دفع نماید.

گفتار دوم) مسؤولیت محافظت از ساختمان

به موجب ماده ۷۹۶ فقره های اول و دوم ق. م. ا: (۱) محافظ عمارت گرچه مالک آن نباشد، از ضرر ناشی از انهدام یا آنکه انهدام جزئی باشد، مسؤول پنداشته می شود، مگر اینکه ثابت گردد انهدام به سبب إهمال در صیانت نبوده یا به اثر کهنه بودن عمارت یا عیب آن صورت گرفته است؛ و (۲) اگر شخصی از ناحیه عمارت شخص دیگری مواجه با خطر باشد، می تواند اتخاذ تدابیر لازم را جهت دفع خطر از مالک آن مطالبه نماید. در صورت عدم اقدام مالک، او می تواند بعد از حصول اجازه محکمه به حساب مالک به اتخاذ چنین تدابیر اقدام نماید). از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است: نخست مسؤولیت مدنی غیرقراردادی محافظ، دوم ورود ضرر توسط عمارت، سوم عوامل رفع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی محافظ:

۱) **محافظت:** شرط اول تحقق مسؤولیت مدنی غیرقراردادی فرد این است که فرد محافظ ساختمان باشد. قانونگذار مدنی در نص این ماده برخلاف ماده ۷۹۳ ق. م. ا مالک سخن نمی گوید بلکه از محافظ سخن می گوید. محافظ ساختمان همان کسی است که سلطه فعلی بر ساختمان دارد و مکلف به نگهداری و ترمیم ساختمان است تا کهنه و یا معیوب نگردیده و در نتیجه خطری متوجه مردم ننماید. محافظ ساختمان قدرت تصرف در ساختمان را دارد اعم از اینکه سلطه وی مشروع باشد و یا غیر مشروع. زیرا، آنچه در محافظت از ساختمان مهم است وجود سلطه و قدرت بالفعل است.

بنابراین، محافظ ساختمان ممکن است مالک و یا کسی که از آن نفع می گیرد باشد. فرض بر این است که مالک ساختمان، سلطه فعلی بر ساختمان دارد، و او است که می تواند در ساختمان تصرف نماید. روی همین دلیل است که قرینه ای (نشانه) پیدا می شود مبنی بر اینکه محافظ ساختمان، همان مالک ساختمان است. فروشنده قبل از تسلیمی سلطه فعلی بر بناء را برای خود حفظ می نماید و بنابراین محافظ محسوب می گردد. معماری که به ترمیم ساختمان اقدام می کند تا وقتی که آن را در اختیار مالک قرار نداده است، محافظ ساختمان تلقی می گردد.^{۹۲۳}

۲) **ورود ضرر توسط عمارت:** عمارت عبارت است از مجموعه ای از مواد چوب یا آهن و امثال اینها که انسان آنها را ساخته و روی زمین مستقر نموده است اعم از این که برای سکونت آدمی ساخته شده باشد یا مأوای حیوان باشد و یا انبار کالا. خانه، انبار، قلعه و نظیر اینها همه ساختمان اند. همچنین، گاهی بنا برای هیچ از امور مذکور ساخته نمی شود مانند: دیوار بین دو مرز که بنا تلقی می گردد. ستون یادبود و چیزهایی مانند آن از قبیل: مجسمه ها که بر روی زمین قرار دارند، بنا محسوب می شوند.

همچنین، پل ها، سدها و هر آنچه در داخل زمین ساخته شوند، مانند: تونل ها، لوله های آب و گاز و نظیر اینها همه بنا محسوب می شوند با وصف آنکه کار ساختمانی آنها تکمیل نشده باشد. بنابراین، اگر در اثر خرابی آنها در حین احداث، زبانی ایجاد گردد، محافظ که در چنین حالات همان معمار است، مسؤول پنداشته می شود.^{۹۲۴}

طبق ماده ۷۹۶ فقره ۱ شرط است که عمارت موجب ورود ضرر به دیگران گردد. به حیث مثال، ساختمان کاملاً و یا قسماً فروریزد و موجب ورود ضرر به همسایه ها گردد. باوجوداین، ضروری است که زیان، ناشی از خرابی بنایی باشد که بالفعل خراب شده است نه اینکه آماده ریزش و یا خرابی باشد.^{۹۲۵} به عبارت دیگر: انهدام باید بالفعل باشد نه بالقوه، زیرا در صورتی که انهدام بالقوه باشد، ماده ۷۹۶ فقره دوم ق. م. ا جواز اتخاذ تدابیر احتیاطی را صادر نموده است. در خصوص این تدابیر ماده ۷۹۶ فقره دوم ق. م. ا می گوید: «اگر شخصی از ناحیه عمارت شخص دیگری مواجه با خطر باشد، می تواند اتخاذ تدابیر لازم را جهت دفع خطر از مالک آن مطالبه نماید. در صورت عدم اقدام مالک، او می تواند بعد از حصول اجازه محکمه به حساب مالک به اتخاذ چنین تدابیر اقدام نماید.» طبق نص این ماده برای شخصی که از ناحیه عمارت شخص دیگر مواجه به خطر بالقوه نه بالفعل است دو گزینه وجود دارد:

نخست این که این شخص می تواند از مالک عمارت تقاضای اتخاذ تدابیر لازم جهت دفع خطر را مطالبه نماید. به حیث مثال، به مالک بگوید که ساختمان شما در معرض انهدام قرار دارد و آن را ترمیم نمایید. دوم این که: اگر مالک عمارت اقدام ننماید، شخصی که در معرض خطر قرار دارد می تواند بعد از حصول اجازه از محکمه ذیصلاح به حساب مالک ساختمان را ترمیم نماید.

گزینه دوم در صورتی امکان پذیر است که شخصی که در معرض خطر قرار دارد پولدار باشد و قیمت عمارت به اندازه گزاف نباشد که شخص مذکور نتواند آن را ترمیم نماید. این شرایط انضمامی به نظر می رسند نه استقلالی. بنابراین، برای تحقق مسؤولیت مدنی غیرقراردادی محافظ ساختمان لازم است همه این شرایط متحقق گردد.

۳) **عوامل رافع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی محافظ:** مبنای مسؤولیت مدنی غیرقراردادی محافظ ساختمان تقصیر است. بنابراین، متضرر باید ثابت نماید که مدعی علیه (فرد)، محافظ ساختمان است و ضرر، ناشی از خرابی کلی و یا جزئی بنا است. محافظ می تواند با اثبات سه امر مسؤولیت مدنی غیرقراردادی را از خویش رفع نماید:

۹۲۴. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۲)، ص ۲۶۳.

۹۲۵. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۲)، صص ۲۶۴ و ۲۶۵.

۱- علت وقوع حادثه کوتاهی در نگهداری ساختمان نبوده است. به عبارت دیگر: انهدام به سبب إهمال در صیانت نبوده و محافظ احتیاط و اقدامات لازم را جهت حفاظت از ساختمان روی دست گرفته است. بنابراین، کوتاهی در نگهداری یا تجدید و ترمیم بناء به تقصیر محافظ ساختمان نسبت داده می شود و محافظ جز از طریق نفی رابطه سببیت بین خرابی ساختمان و ضرر وارده نمی تواند، این مسؤولیت را از خود دفع نماید. به عنوان مثال، باید ثابت نماید که زلزله به عنوان قوه فاعله سبب خرابی بوده است، یا ثابت کند دشمن مهاجم، ساختمان را خراب کرده است که در این صورت، خرابی ناشی از عمل غیر است، و یا اثبات نماید شخصی زیان دیده، محافظ را از اقدام به نگهداری و تجدید بناء و ترمیم ساختمان منع نموده است؛

۲- خرابی در اثر کهنه بودن عمارت صورت گرفته است. هرچند این عامل به عنوان عامل رافع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی محافظ در ماده ۷۹۶ ق. م. ا پیش بینی شده است، اما این عامل موجه به نظر می رسد، زیرا در صورت کهنه بودن محافظ می تواند ساختمان را تخریب و از وقوع ضرر جلوگیری نماید.

۳- خرابی در اثر عیب ساختمان صورت گرفته است. ۹۲۶ نص ۷۹۶ ق. م. ا عیب ساختمان را به عنوان عامل رافع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی محافظ به رسمیت شناخته است، اما این عامل غیرتوجیه پذیر و محل انتقاد به نظر می رسد زیرا محافظ می تواند آن را رفع و از تولید ضرر جلوگیری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط و عوامل رافع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی محافظ ساختمان است.

گفتار سوم) مسؤولیت از اشیایی که جلوگیری از تولید ضرر آنها مستلزم توجه خاص است

به موجب ماده ۷۹۷ ق. م. ا: «شخصی که آلات تخنیکی یا دیگر اشیاء را در اختیار داشته باشد که جلوگیری از تولید ضرر آنها مستلزم توجه خاص باشد، در صورت وقوع ضرر از اشیاء و آلات مذکور، مسؤول شناخته می شود، مگر اینکه ثابت نماید در جلوگیری از وقوع ضرر احتیاط کافی را به کار برده است. احکام خاصی که در زمینه بعداً وضع می گردد نیز رعایت می گردد». از نص این ماده سه حکم ذیل قابل استنباط است: شرایط تحقق مسؤولیت مدنی غیرقراردادی فرد، عوامل رافع مسؤولیت مدنی غیرقراردادی فرد و حکم قانون خاص:

(۱) شرایط تحقق مسؤولیت مدنی غیرقراردادی فرد در اثر ضرر اشیا: برای تحقق مسؤولیت مدنی غیرقراردادی فرد در اثر اضرار ناشی از اشیای تخنیکی تحقق سه شرط ذیل ضروری است:

۱- در اختیار داشتن شی تخنیکی و اشیای دیگر: شرط اول تحقق مسؤولیت مدنی غیرقراردادی فرد در اثر اضرار ناشی از اشیا این است که فرد شی را تحت اختیار داشته باشد. منظور از در اختیار داشتن سلطه فعلی بر شی است خواه این سلطه مشروع باشد یا نامشروع. بنابراین، سارق مال مسروقه، مستأجر، مستعیر، مستودع و امین، شخصی تلقی می گردند که شی را در اختیار دارند که غالباً چنین اتفاق در اشیای منقول رخ می دهد. هرگاه وسیله نقلیه در توقفگاهی به ودیعه گذارده شود، به طور غالب، صاحب توقفگاه که سلطه فعلی بر موتر دارد شی را در اختیار دارد. اگر موتر برای ترمیم به مستری سپرده شود، غالباً محافظت از آن نیز به

مستری منتقل می‌گردد و در نتیجه مستری دارای سلطه فعلی بر موتر می‌گردد. بنابراین، در چنین حالات، صاحب موتر محافظ آن نیست، مگر اینکه حین ترمیم موتر تحت نظر او باشد.

همچنین، کسی که تحت آموزش رانندگی قرار دارد، محافظ موتر تلقی نگردیده و مربی، محافظ موتر محسوب می‌گردد.^{۹۲۷} به حیث مثال، اگر احمد مالک تانک تیل باشد، احمد شی نسبتاً تخنیک‌ی را تحت سلطه و کنترل دارد. همچنین، اگر احمد محمود را جهت اداره تانک تیل استخدام نماید، محمود امین و مدیر احمد تلقی می‌شود و تانک تیل را که نسبتاً تخنیک‌ی است تحت کنترل دارد. همچنین، اگر احمد داکتر باشد و ماشین اکسری و ماشین ام آر آی داشته باشد، احمد ماشین اکسری و ماشین ام آر آی را در اختیار دارد.

۲- جلوگیری از تولید ضرر شی مستلزم توجه خاص باشد: قانونگذار مدنی در ماده ۷۹۷ ق.م در ابتداء تخنیک‌ی بودن شی را شرط گذاشته است مانند این که شی لغت، زینه برقی، گازهای برقی در تفریحگاه‌ها و نظیر اینها باشد. اما قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۹۷ ق.م از اشیای دیگر سخن می‌گوید. بنابراین، منظور از شی هر شی مادی غیر جاندار، غیر از بناء و حیوان است مشروط بر این که محافظت از آن مستلزم تلاش ویژه باشد. لذا، شرط دوم لازم برای تحقق مسؤولیت مدنی غیر قراردادی فرد توجه خاص به شی و وظیفه اطلاع و آگاهی دادن به دیگران است.

پس، هرگاه ماهیت شی، تلاش و توجه ویژه ای را اقتضاء نماید، تقصیر مفروض شکل می‌گیرد، چنانچه قانون نیازمندی محافظت از آلات تخنیک‌ی مانند: وسایل نقلیه، وسایل زراعتی، صنعتی، برقی، کشتی‌ها و امثال اینها را به تلاش و توجه ویژه با توجه به ماهیت آنها و وجود محرک درونی در آنها فرض تلقی نموده است. البته، فقط آلات تخنیک‌ی و میکانیک‌ی نیست که به اقتضای ماهیت آنها، محافظت آنها نیازمند تلاش خاص است، بلکه اشیایی دیگری نیز پیدا می‌شوند که ماهیت آنها چنین اقتضایی دارد، مانند: انواع مختلف اسلحه‌ها، مواد کیمیاوی، دواهای طبی، چراغها، شیشه‌ها، ابزارهای برنده مانند: داس و نظیر آن.

گذشته از اینها، برخی اشیاء وجود دارد که بر حسب اوضاع و احوالی که آنها را احاطه کرده است، محافظت از آنها را نیازمند تلاش خاص می‌کند، مانند: درخت، زینه، طناب و امثال اینها که هر یک ماهیتاً اشیای خطرناکی نیستند. ولی، در برخی شرایط خاص خطرناک می‌شوند: درخت وقتی در وضعیت طبیعی قرار دارد، خطرناک نیست. ولی، زمانی که طوفان آن را از جا می‌کند و در وسط سرک می‌اندازد، خطرناک می‌شود، زینه نیز اگر آغشته با ماده لزجی شود، لغزیدن روی آن محتمل است. بنابراین، محافظت از شی وقتی نیازمند تلاش ویژه ای است که ماهیتاً آن شی خطرناک باشد و یا در اوضاع و احوالی قرار گیرد که خطرآفرین گردد.^{۹۲۸} ولی، حکم ماده ۷۹۷ ق.م. شامل اشیای مباح نمی‌گردد. زیرا، مباح مالیست بدون مالک و مالی که بدون مالک باشد، چگونه ممکن است برای آن محافظتی تصور کرد. پرسش این است که توجه خاص چیست؟ و چطور شخصی که اشیا را در اختیار دارد از تولید ضرر آنها جلوگیری نماید؟ در پاسخ به پرسش‌ها به نظر می‌رسد توجه خاص این است که شخصی که اشیا را در اختیار دارد افراد را از طریق لوحه (که معمول است) از ضرر آگاه نماید که برخی مثال‌های آن در ذیل ارایه می‌گردد:

۹۲۷. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۲)، صص ۲۷۳ - ۲۷۵.

۹۲۸. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۲)، صص ۲۷۸ - ۲۸۳.

- اگر کارکنان شرکت ساختمانی در ساختمانی که نزدیک محل عبور و مرور مردم است مصروف کار ساختمانی باشند، باید با گذاشتن علامات مشخص ایمنی در لوحه های مشخص مردم را از خطر آگاه نماید؛
- در صورتی که شخصی تانک تیل داشته باشد، باید با گذاشتن علامات مشخص ایمنی در لوحه ها در تانک تیل مراجعین را از خطر آگاه نماید؛

- اگر شخصی فروشگاه بزرگ داشته باشد و هر روز فروشگاه را پاک کاری و آب پاشی نماید و در نتیجه آب پاشی سطح فروشگاه لغزنده شود و صاحب فروشگاه لوحه که بیانگر لغزنده بودن سطح فروشگاه است را جهت آگاهی مشتریان در جاهای معین فروشگاه نگذارد و یکی از مشتریان بلغزد و پایش بشکند، فروشنده مسؤولیت مدنی غیر قراردادی دارد. در مثال های مزبور چون شخصی که شی را در اختیار دارد، توجه خاص را در جلوگیری از تولید ضرر اشیا مبذول نداشته است در برابر اشخاص متضرر مسؤولیت مدنی غیر قراردادی دارد.

- اگر احمد داکتر باشد و ماشین اکسری و ماشین ام آر آی داشته باشد، احمد ماشین اکسری و ماشین ام آر آی را در اختیار دارد و موظف است اشخاص را از خطر این اشیای تخنیکی آگاه نماید.

۳- شی موجب ورود ضرر به گردیده باشد: شرط سوم تحقق مسؤولیت مدنی غیر قراردادی شخصی که شی را در اختیار دارد این است که ضرر از شی نشأت کرده باشد. به عنوان مثال، هرگاه فردی از درختی بالا رود و ضرری به او برسد و یا فرد با وسیله میکائیکی که در محل آن ثابت باشد، تصادم نموده و این امر موجب آسیب رسیدن به وی گردد، در همه این حالات، ضرر از شی ناشی نشده است. زیرا، در مثال های مذکور، خود فرد موجب ضرر رسانیدن به خود گردیده است.

به حیث مثال، اگر احمد در تانک تیک لوحه های را که نشان می دهند سکریت کشیدن ممنوع است نصب ننماید و اشخاص را آگاه ننماید و در اثر سکریت کشیدن و آتش گرفتن تانک تیک به مال و جان اشخاص دیگر آتش بگیرند، تانک تیل که مصداق شی است موجب ورود ضرر به دیگران گردیده است. همچنین، اگر احمد مغازه بزرگ یا سوپر مارکت داشته باشد و سوپر مارکت را آب پاشی نماید و لوحه نشانگر نمناک و تر بودن سطح سوپر مارکت باشد در سوپر مارکت نگذارد و پای محمود بلغزد و بشکند، تر بودن سوپر مارکت موجب ورود ضرر جانی به محمود گردیده است. این شرایط انضمامی به نظر می رسند و برای تحقق مسؤولیت مدنی غیر قراردادی شخص لازم است همه این شرایط متحقق گردد.

(۲) عوامل رافع مسؤولیت مدنی غیر قراردادی فردی که شی را تحت اختیار دارد: مسؤولیت فردی که شی تخنیکی را تحت اختیار دارد بر مبنای تقصیر استوار است. بنابراین، در چنین حالات، متضرر مکلف به اثبات تقصیر نیست. زیرا، وقوع آن فرض شده است. باوجود این، متضرر مکلف به اثبات شروطی است که برای شخصی که اشیاء را در اختیار دارد مسؤولیت ایجاد می نماید. بنابراین، بر متضرر لازم است که ابتداء اثبات نماید که مدعی علیه همان فردی است که شی را در اختیار دارد و شی ضرر را ایجاد کرده است، و در مرحله دوم اثبات نماید که ضرر ناشی از شی است که محافظت از آن بذل تلاش ویژه ای را ایجاب می نمود. چون محافظ شی نمی تواند، مسؤولیت خود را از طریق نفی تقصیر انجام دهد، تنها راهی که برای او باقی می ماند رد مسؤولیت از طریق رابطه سببیت بین فعل و خسارت وارده است. این امر نیز ممکن نیست، مگر اینکه

اثبات نماید وقوع ضرر ناشی از سببی خارجی: یعنی، قوه فاهره، حادثه ناگهانی، تقصیر شخص ثالث و تقصیر فرد آسیب دیده بوده است.^{۹۲۹}

به حیث مثال، در مثال سوپر مارکیت محمود باید ثابت نماید سوپر مارکیت از آن احمد است، احمد توجه خاص نکرده است و ضرر به محمود وارد شده است. احمد می تواند با اثبات این که خود محمود در اثر تقصیر خودش پایش لغزید و ضرر جانی به محمود وارد شد. در مثال تانک تیل، اشخاصی که به آنها ضرر مالی و جانی رسیده است باید ثابت نمایند که احمد مالک تانک تیل بوده است و توجه خاص به تان تیل نکرده است و در اثر آتش سوزی به آنها ضرر رسیده است.

احمد می تواند ثابت نماید که توجه خاص به تانک تیل کرده است. اما، در اثر شارژی برق تانک تیلک آتش گرفته است (حادثه غیر مترقبه) یا خود اشخاصی که به تانک تیل آمدند توجه به مسایل ایمنی نمودند و سگرت کشیدند و تانک تیل آتش گرفت یا می تواند ثابت نماید که جمشید با او خصومت شخصی و تجارتي داشته و تانک تیل را به آتش زده است. همچنین، در صورت موجودیت قانون خاص که مسؤولیت مدنی غیر قراردادی شخصی را که اشیا را در اختیار دارد، شخص مذکور می تواند با استناد به این قانون مسؤولیت مدنی غیر قراردادی خویش را رفع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۹۷ ق. م پیش بینی شرایط تحقق مسؤولیت مدنی غیر قراردادی اشخاص از اشیا تحت کنترل و عوامل رافع مسؤولیت مدنی غیر قراردادی است.

۹۲۹. جهت معلومات مزید در این باره ر.ک: همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۲)، صص ۲۸۴-۲۸۸.

فصل پنجم: فعل / حادثه مفید

طبق ق. م منبع ای دیگر حوادث حقوقی فعل یا حادثه مفید است. جلد دوم قسمت دوم، مبحث اول و دوم فعلی مفید را که موجب پرداخت ضمان می گردد به دو دسته: پرداخت بدون حق و اداره فضولی تقسیم نموده است. در نگاه اول به نظر می رسد استعمال فعل برای حادثه حقوقی از نظر منطقی محل ایراد به نظر می رسد، زیرا حادثه حقوقی فعل نیست، بلکه واقعه است که از انسان سر می زند. اما اگر اندکی دقت نماییم در می یابیم حادثه حقوقی امکان دارد با اراده یا بدون اراده توسط انسان واقع شود.

به نظر می رسد از همین جهت نویسندگان ق. م یکی از مصادیق حوادث حقوقی را فعل مفید دانسته اند. این حوادث اگر با اراده واقع شود، حادثه مفید و مصادیق حوادث حقوقی است. اما اگر با اراده واقع شود بازهم فعل مفید و از مصادیق حوادث حقوقی و حادثه مفید است. به نظر می رسد این افعال را به این دلیل مفید می گویند که برای طرفی که مثلاً پرداخت بدون حق صورت پذیرفته است یا عمل فضولی انجام شده است، نفع و یا فایده می رساند.

مبحث اول: پرداخت بدون حق

گفتار اول) تعریف و ارکان

پرداخت بدون حق در فقه به نام «دفع غیر مستحق» یاد می شود. پرداخت بدون حق را استیفای ناروا و دارا شدن غیرعادلانه هم یاد می کنند. پرداخت بدون سبب به گونه ای که مثال هایی آن خواهد آمد بیشتر بر پرداخت کننده صدق می کند و استیفای ناروا و دارا شدن غیرعادلانه نسبت به دریافت کننده. راجع به پرداخت بدون سبب تعاریف مختلف به قرار ذیل وجود دارد:

۱) پرداخت بدون سبب عبارت از پرداخت مبلغ یا مالی به کسی است که شرعاً و قانوناً استحقاق دریافت آن را ندارد؛

۲) پرداخت بدون حق عبارت از تأدیه ای است که در مقابل دینی قرار ندارد.^{۹۳۰}

۳) پرداخت بدون سبب عبارت از هر پرداخت مال یا پولی به شخصی دیگر است در حالی که سبب نداشته باشد. به حیث مثال، هرگاه شخصی، به عوض چهار صد افغانی به قصاب پنج صد افغانی برای خرید یک کیلو گوشت گاو بپردازد در حالی که قیمت یک کیلو گوشت گاو چهار صد افغانی باشد، پرداخت صد افغانی نسبت به خریدار پرداخت بدون سبب و نسبت به قصاب استیفای ناروا و پرداخت غیر عادلانه است. همچنین، در صورتی که شخصی به تصور این که قیمت یک قوطی شیر پگاه صد افغانی است به دوکاندار صد افغانی بپردازد در حالی که قیمت آن هفتاد افغانی است، سی افغانی پرداخت بدون سبب نسبت به خریدار و استیفای ناروا نسبت به دوکاندار است. همچنین، در صورتی که یکی از محصلین در پوهنتون خصوصی برای یکی از مضامین که فیس آن هفت هزار افغانی است ده هزار افغانی بپردازد، سه هزار افغانی نسبت به پوهنتون استیفای ناروا است.

همچنین، در صورتی که شرکت تجاری «الف» بخواهد به شرکت تجاری «ب» از طریق بانک در حساب بانکی پول بپردازد و اشتبهاً پول به صورت حساب شرک «ج» منتقل شود، چنین پرداختی بدون سبب است. به نظر می رسد مبنای پرداخت بدون سبب تقصیر و اشتباه است. زیرا، معمولاً پرداخت کننده در اثر تقصیر یا اشتباه یک مقدار پول را به دیگری بدون سبب پرداخت می نماید. به نظر می رسد پرداخت بدون حق دارای سه رکن است:

۱) پرداخت مقدار معین از پول به شخص دیگر؛

۲) شخص مقابل باید پول را دریافت نماید؛

۳) پرداخت کننده هیچ نفعی از پرداخت نبرد. به عبارت دیگر: پرداخت در برابر دین صورت نگرفته باشد.

گفتار دوم) مصادیق و احکام

در ذیل برخی مصادیق پرداخت بدون سبب و احکام آن را مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) پرداخت شی به گمان این که پرداخت آن بر پرداخت کننده لازم است: براساس ماده ۸۰۰ ق. م. «شخصی که شی ای را به گمان اینکه پرداخت آن بر او واجب است، به دیگری بپردازد و بعداً ثابت گردد که پرداخت آن بر او واجب نبوده است، می تواند از وی رد آن را مطالبه نماید.» طبق نص این ماده شخصی که گمان کند که پرداخت یک شی بر او لازم است و آن را بپردازد و سپس ثابت شود که او مکلف چنین پرداختی نبوده است، می تواند رد آن را مطالبه نماید. به حیث مثال، هرگاه وارثی، قبل از تقسیم ترکه دینی را به گمان این که بر ماترک است می پردازد و سپس روشن می شود که ترکه چنین دینی نداشته است، می تواند رد آن را از شخصی که به گمان او داین است مطالبه نماید.

همچنین، هرگاه وارثی، به گمان این که مؤرث وصیت نموده است، وصیت را در یک سوم مال تنفیذ نماید و سپس روشن شود که موصی قبل از مرگ، از وصیت منصرف شده است، می تواند پرداخت آنچه را که در اثر وصیت صورت گرفته است از موصی له مطالبه نماید.^{۹۳۱} به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و سپس

۹۳۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۶۶.

۹۳۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۳۴۴.

محمود پسر محمود گمان کند که احمد برای جمشید وصیت نموده است و محمود یک سوم مال را به جمشید قبل از تقسیم ترکه پرداخت نماید، اما سپس ثابت شود که احمد اصلاً وصیت نکرده است، محمود می تواند پرداخت یک سوم مال احمد را از جمشید مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت بدون سبب است.

۲) پرداخت شی توسط شخص ناقص اهلیت و اثر آن: طبق ماده ۸۰۱ ق. م: «(۱) هرگاه شخص ناقص اهلیت شی ای را که مستحق آن نیست تسلیم گردد، به رد آنچه کسب نموده مکلف پنداشته می شود؛ و (۲) اگر عقد ناقص اهلیت باطل گردد، با رد آنچه به سبب تنفیذ عقد کسب نموده، مکلف می باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- طبق نص این ماده هرگاه شخص ناقص اهلیت مانند صغیر غیر ممیز چیزی مانند پول، تحفه و نظیر اینها را که مستحق آن نیست، بدون سبب کسب کند، مکلف است آن را به پرداخت کننده رد نماید. دلیل پیش بینی این قاعده در ق. م در خصوص شخص ناقص اهلیت روشن نیست. به نظر می رسد نه تنها شخص ناقص اهلیت بلکه هر شخصی که چیزی را بدون این که استحقاق آن را داشته باشد، دریافت کند، باید آن را به پرداخت کننده مسترد نماید.

این قاعده بدیهی و مسلم است و به نظر می رسد با توجه به بدیهی بودن آن قانونگذار مدنی در نص این ماده رد مال و پول بدون سبب توسط شخص کامل اهلیت را پیش بینی نکرده است. زیرا، معمولاً بدیهیات در قوانین پیش بینی نمی شوند. اما، چون امکان دارد در خصوص رد مال و شی توسط شخص ناقص اهلیت محل شک قرار گیرد، به نظر می رسد به همین دلیل قانونگذار مدنی پیش بینی کرده است که طفل ناقص اهلیت شی ای را که بدون سبب دریافت کرده است باید دوباره مسترد نماید تا شک رفع گردد.

۲- در صورتی که عقد شخص ناقص اهلیت مانند صغیر غیر ممیز باطل شود، مکلف به رد بدل عوض است. به حیث مثال، هرگاه احمد ده ساله که ناقص اهلیت تلقی می گردد، موتری را که به ارث برده است، به جمشید به فروش رساند و ولی احمد، به حیث مثال پدر کلان او، عقد را باطل کند، شخص ناقص اهلیت بعد از دریافت موتر، مکلف به رد پول به جمشید است، زیرا پول را در صورت ابطال عقد توسط ولی و دریافت موتر، بدون سبب نمی تواند تملک کند. این قاعده نه تنها در عقد صغیر غیر ممیزی که باطل شده است، بلکه در هر عقدی که باطل شود، قابل تطبیق به نظر می رسد. بنابراین، پیش بینی نص این ماده در خصوص اشخاص ناقص اهلیت توجیه خاص ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت بدون سبب توسط شخص ناقص اهلیت است.

۳) دریافت شی بدون سبب با سوء نیت: طبق ماده ۸۰۲ ق. م: «هرگاه سوء نیت تسلیم شونده غیر مستحق هنگام تسلیمی شی یا بعد از آن ثابت گردد، علاوه بر رد مال به پرداخت منفعت حاصل از زمان تسلیمی و جبران خساره ناشی از تصرف، مکلف می باشد.» طبق نص این ماده در صورتی که سوء نیت شخصی که تسلیمی شی بدون سبب به او صورت می گیرد، ثابت شود، این شخص سه تکلیف در برابر تسلیم کننده شی دارد: رد مال به تسلیم کننده. دوم پرداخت منفعتی که از مال حاصل کرده است از زمان تسلیمی مال. سوم پرداخت جبران خسارت در صورت ورود خسارت به مال. برخلاف سایر حالات، در این حالت شی

ای که تسلیم شخص می شود مال یا شی است. مصادیق پرداخت پول بدون سبب فراوان است. اما، ارایه مثال پرداخت مال بدون سبب مشکل به نظر می رسد.

به نظر می رسد نص این ماده بسیار پیشرفته است و شامل برخی مصادیق پرداخت های شی بدون سبب به صورت پیشرفته مانند خرید و فروش از روی خط (Online) و خرید و فروش از طریق تلفون و امثال اینها از مغازه های بزرگ می شود. خرید و فروش از روی خط در گذشته معمول نبوده است اما امروزه کم و بیش در افغانستان معمول شده است. اما، خرید و فروش از طریق تلفون و امثال اینها از مغازه های بزرگ و رستوران ها معمول است مانند فرمایش و فروش غذا از رستوران هایی که غذا را به درب خانه به صورت رایگان انتقال می دهند و خرید و فروش وسایل برقی و، وسایل و کالاها از مغازه های بزرگ که کالا را به درب خانه خریدار نماینده فروشگاه تسلیم می دهد و نظیر آن.

به حیث مثال، هرگاه شخص تلویزیون از فروشگاه خریداری نماید و صاحب فروشگاه تعهد نماید تا تلویزیون را به درب منزل خریدار تسلیم وی نماید و نماینده فروشگاه در اثر اشتباه تلویزیون را به درب منزل شخص دیگر تسلیم وی نماید و شخص دریافت کننده به رغم دانستن این که مستحق دریافت آن نیست، آن را دریافت کند، دارای سوء نیت تلقی می گردد.

در این صورت، مسؤولیت او نسبت به مسؤولیت شخصی که با عدم سوء نیت شی را دریافت می نماید، سنگین تر است. در این صورت، دریافت کننده باید شی، منافی را که از شی حاصل نموده است و جبران خسارت ناشی از تصرف را بپردازد. به حیث مثال، اگر شخص موتر شخصی دیگری را با سوء نیت، دریافت کند و با آن کار نماید و بر موتر در اثر کار ضرر وارد شود، دریافت کننده باید موتر (اصل شی)، منافع حاصل از موتر (پولی را که در اثر کار با موتر به دست آورده است) و جبران خسارت وارد بر موتر در اثر کار کردن را به صاحب مال بپردازد.

همچنین، اگر یک شرکت به احمد میز ارسال نماید و احمد میز را مورد استفاده قرار دهد، احمد ضامن رد کردن میز و پرداخت جبران خسارت استهلاک میز است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت بدون سبب است.

۴) اجرای تعهدی که سبب آن متحقق نشده است یا بعد از تحقق از بین رفته است: طبق ماده ۸۰۳ ق.م: «آنچه بنا بر تنفیذ تعهدی که سبب آن متحقق نشده یا بعد از تحقق از بین رفته، پرداخته شده باشد، مطالبه رد آن، جواز دارد.» سبب تعهد یا عقد چنانچه گفته شد، هدف اصلی انعقاد عقد است. طرفین عقد معمولاً تعهد ناشی از عقد را برای رسیدن به سبب عقد تنفیذ و تطبیق می نمایند. با توجه به آنچه گفته شد، از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی که شخصی برای شخص دیگری پول پرداخت نماید به شرط این که شخص دوم عمل معین را برای او انجام دهد، به حیث مثال، لباس بدوزد، در موعد معین رستوران احداث نماید و نظیر اینها در صورت عدم اجرای عمل، شخصی که پول را پرداخته است، می تواند از جانب مقابل رد پول را مطالبه نماید. زیرا، سبب تعهد که در این مثال دوختن لباس و احداث رستوران است متحقق نگردیده است. همچنین، در صورتی که «الف» تجار با «ب» راننده عقد ببندد تا «ب» کالا های «الف» را از خارج به داخل کشور انتقال

دهد و «الف» تمام پول نقل و انتقال را پیش پرداخت کرده باشد و «ب» نتواند کالاها را انتقال دهد، «الف» می تواند پولی را که پرداخته است از «ب» دوباره بگیرد، زیرا سبب تعهد که نقل و انتقال کالا است از بین رفته و متحقق نشده است.

۲- در صورتی که سبب تعهد از بین برود، شخصی که پول را پرداخته است می تواند، رد آن را از جانب مقابل مطالبه نماید. به طور مثال، شخصی خانه را مشروط به شرط عیب، رؤیت و نظیر اینها خریداری می کند و پول آن را می پردازد، اما بعد از رؤیت تشخیص می دهد که در خانه عیب وجود دارد. شخص دارای اختیار رویت عقد را فسخ می کند. با فسخ عقد بیع، سبب تعهد به پرداخت پول از بین می رود. بنابراین، مشتری می تواند با اقامه دعوی استرداد، آنچه را به ناحق پرداخته است، از بایع مطالبه نماید. همچنین، در صورتی که صغیری موثر را خریداری نماید و پول آن را بپردازد و ولی او عقد را باطل نماید، سبب تعهدش به پرداخت پول از بین می رود و می تواند آنچه را داده است، مسترد نماید.^{۹۳۲} در مثال اول، سبب تعهد (دوختن لباس، احداث رستوران) اصلاً متحقق نگردیده است و در مثال های سوم و چهارم (خرید خانه و خرید موتر) سبب تعهد بعد از تحقق، از بین می رود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت بدون سبب است.

۵) **پرداخت دینی که موعد آن فرا نرسیده است:** براساس ماده ۸۰۴ ق. م. ا «هرگاه مدیون قبل از رسیدن موعد تأدیه بدون علم بر آن، وجایب خود را ایفاء نماید، می تواند رد آنچه را تأدیه نموده مطالبه نماید. باوجوداین، داین می تواند تنها به رد مفادی که در نتیجه پرداخت قبل از وقت کسب نموده، متناسب به ضرر عایده به مدیون اکتفاء نماید. اگر وجبیه ای که موعد ایفاء آن نرسیده تأدیه نقود باشد، داین به جبران خساره عایده مطابق احکام مندرج ماده (۷۳۵) این قانون یا به اساس موافقه طرفین از بابت مدت باقیمانده موعده معینه، مکلف می باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی که مدیون تعهد خویش را قبل از فرا رسیدن موعد آن بدون علم به موعده، ایفاء نماید، می تواند با اقامه دعوی رد آنچه را ایفاء نموده است مطالبه نماید. به عنوان مثال، اگر احمد یک لک افغانی مدیون محمود برای مدت یک سال باشد و احمد بعد از تکمیل دو ماه یک لک افغانی را به محمود پرداخت نماید، می تواند رد آنچه را پرداخته است مطالبه نماید. زیرا، هنوز موعد پرداخت دین فرا نرسیده است.

۲- باوجوداین، داین می تواند تنها به رد مفادی که در نتیجه پرداخت قبل از وقت کسب نموده، متناسب به ضرر عایده به مدیون اکتفاء نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر احمد دین محمود را قبل از موعد آن پرداخت نماید، احمد صرف می تواند رد مفاد پولی را که پرداخت است از محمود مطالبه نماید. این حکم در صورتی که قابل تطبیق است که پول مفاد داشت باشد. به عنوان نمونه، پول در بانک باشد و دارای مفاد باشد.

۳- اگر وجبیه ای که موعد ایفاء آن نرسیده تأدیه نقود باشد، داین به جبران خساره عایده مطابق احکام مندرج ماده (۷۳۵) این قانون یا به اساس موافقه طرفین از بابت مدت باقیمانده موعده معینه، مکلف می باشد. به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه تپیی یا اشتباه در ترجمه وجود دارد. زیرا، نویسندگان ق. م. ا به عوض

کلمه «مدیون» داین را در این بند ماده استعمال نموده اند. در حالی که به نظر می رسد هدف قانونگذار «مدیون» بوده است.

با پذیرش آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در صورتی که، به عنوان مثال، اگر احمد یک لک افغانی برای مدت یک سال از محمود مدیون باشد و احمد بعد از تکمیل دو ماه یک لک افغانی را به محمود پرداخت نماید، چون هنوز موعد پرداخت دین فرا نرسیده است، محمود باید در یک سال سه فیصد جبران خسارت را مطابق ماده ۷۳۵ ق. م به احمد رد نماید. همچنین، احمد و محمود می توانند این مقدار را سالانه تا هفت فیصد افزایش دهند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت بدون سبب در دینی که هنوز موعد پرداخت آن فرا نرسیده است می باشد. همچنین، نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۷۳۵ ق. م است که تفصیل آن گذشت.

۶) طبق ماده ۸۰۵ ق. م: «(۱) هرگاه مدیون دین را به شخص دیگری تفویض نماید، شخص مذکور بعد از تأدیه دین به عوض دائن اصلی قرار گرفته و می تواند از مدیون مطالبه دین نماید؛ و (۲) اگر مدیون قبل از شخصی که تأدیه دین به او تفویض گردیده دین را بپردازد شخص مذکور می تواند رد دینی را که پرداخته است از مدیون یا دائن اصلی مطالبه نماید.» نص این ماده مبهم و پیچیده به نظر می رسد. به نظر می رسد از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه مدیون دین را به شخص دیگری تفویض نماید، شخص مذکور بعد از تأدیه دین به عوض دائن اصلی قرار گرفته و می تواند از مدیون مطالبه دین نماید. تفویض در لغت به معنی واگذار کردن و سپردن است. ۹۳۳ به حیث مثال، اگر احمد پنجاه هزار افغانی مدیون محمود باشد و احمد به جمشید بگوید پنجاه هزار افغانی به محمود بپردازد و جمشید پنجاه هزار افغانی را به محمود بپردازد، جمشید به عوض داین اصلی یعنی محمود قرار گرفته و می تواند دینی را که به محمود به نمایندگی از احمد پرداخته است از احمد مطالبه نماید.

۲- اگر مدیون قبل از شخصی که تأدیه دین به او تفویض گردیده دین را بپردازد شخص مذکور می تواند رد دینی را که پرداخته است از مدیون یا دائن اصلی مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد پنجاه هزار افغانی مدیون محمود باشد و احمد به جمشید بگوید پنجاه هزار افغانی به محمود بپردازد و احمد پنجاه هزار افغانی قبل از جمشید به محمود بپردازد و سپس جمشید پنجاه هزار افغانی را به محمود بپردازد، جمشید می تواند استرداد پنجاه هزار افغانی را یا از احمد یا از محمود مطالبه نماید. زیرا، این پرداخت بدون سبب است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت دین بدون سبب توسط نماینده است.

۷) براساس ماده ۸۰۶ ق. م: «هرگاه شخصی دین شخص دیگری را بدون تفویض تأدیه نماید، دین از ذمه مدیون ساقط می گردد. به قبولی یا عدم قبولی مدیون اعتبار داده نمی شود. در این صورت تأدیه کننده متبرع شناخته شده حق رجوع را به مدیون ندارد، مگر اینکه از قرائن طوری معلوم گردد که در تأدیه دین مصلحت

تأدیة کننده بوده یا وی اصلاً نیت تبرع را نداشته است.». طبق نص این ماده در صورتی که شخص دین مدیون را بدون تفویض تأدییه نماید، دین از ذمه مدیون ساقط می گردد.

به نظر می رسد منظور از بدون تفویض این است که شخص بدون این که این تعهد به عهده او گذاشته باشد دین را پرداخت نماید. در هر حال، در صورتی که شخص دین مدیون را به داین او بپردازد، ذمه مدیون از پرداخت دین بری می گردد خواه مدیون این امر را قبول نماید و یا نماید. در این حالت، تأدییه کننده متبرع شناخته می شود و نمی تواند جهت دریافت آنچه را به عوض مدیون به داین او پرداخته است از مدیون مطالبه نماید. متبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشنده است.^{۹۳۴} در اصطلاح حقوق مدنی، شخصی که عمل تبرع را انجام می دهد متبرع نامیده می شود.

این اصل قابل اثبات عکس نیز است؛ به این توضیح که قرآینی وجود داشته باشد که دلالت نماید که داین در پرداخت دین مدیون تأدییه کننده مصلحتی داشته باشد یا اصلاً قصد تبرع را نداشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید بدون این که این مسؤولیت به او توسط احمد تفویض شود، دین احمد را پرداخت نماید، دین از ذمه احمد ساقط می گردد. در این صورت، جمشید متبرع تلقی می گردد مگر این که نشانه ها یا علایمی وجود داشته باشد که از آن استنباط گردد که جمشید در پرداخت دین مصلحت داشته است، به حیث مثال، جمشید برادر یا دوست احمد باشد یا اصلاً جمشید قصد تبرع را به احمد نداشته باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت دین بدون سبب توسط متبرع است.

۹) براساس ماده ۸۰۷ ق. م: «هرگاه شخص مال شخص دیگر را بدون اجازه استعمال نماید به تأدییه منافع آن مکلف می گردد، مگر اینکه مال مذکور منقول بوده و استعمال کننده دارای حسن نیت باشد.». طبق نص این ماده اگر یک شخص مال شخص دیگر را بدون اجازه استعمال نماید به تأدییه منافع آن مکلف است. به حیث مثال، اگر احمد در باغ محمود بدون اجازه محمود باغبانی نماید، مکلف است منافع باغ را به احمد بدهد. منافع باغ طبق نص این ماده می تواند منافع منفصل مانند میوه باغ باشد.

همچنین، اگر احمد خانه محمود را بدون اجازه محمود به جمشید به کرایه بدهد، مکلف است منافع آن را به احمد رد نماید. منافع خانه طبق نص این ماده می تواند منفعت منفصل مانند کرایه خانه باشد. در این دو مثال استفاده از منافع بدون سبب است و استفاده کننده باید این منافع را به صاحب مال رد نماید زیرا مستحق آن نیست. این اصل است. استثنای این اصل این است که مال منقول باشد و استفاده کننده دارای حسن نیت باشد.

به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را بدون اجازه استعمال نماید، به عنوان مثال، با موتر تکسی رانی نماید، می تواند منافع آن را به محمود رد نماید. منافع در این صورت، متصل است که عبارت از اجوره و عاید تکسی رانی است. این استثنا محل ایراد به نظر می رسد زیرا هرچند محل استیفای ناروا منقول است اما بدون سبب است و استفاده کننده منافع را باید به صاحب مال رد نماید. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح

گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر استعمال مال منقول و غیر منقول بدون اجازه مالک است که استیفای ناروا تلقی می‌گردد.

۱۰) طبق ماده ۸۰۸ ق.م: «هرگاه ملک شخصی با ملک شخص دیگری طوری متصل گردد که انفصال آن بدون ضرر غیر ممکن باشد، ملکی که قیمت آن کمتر است بعد از تادیه قیمت، تابع ملکی شناخته می‌شود که قیمت آن بیشتر باشد». متصل در لغت به معنی پیوسته و چسبیده است.^{۹۳۵} انفصال در لغت به معنی جدا کردن، برکنار کردن از وظیفه، جدایی و گسستگی است.^{۹۳۶} طبق نص این ماده هرگاه دو ملک دو شخص با همدیگر طوری متصل شوند که جدا کردن آنها بدون وارد گردیدن ضرر به املاک ناممکن باشد، مالک ملک بزرگتر مالک ملک کوچکتر شناخته می‌شود. در این صورت، مالک ملک بزرگتر باید قیمت ملک کوچک تر را به مالک آن پرداخت نماید.

به حیث مثال، اگر احمد مالک سه جریب زمین باشد و محمود مالک یک بسوه زمین و زمین های احمد و محمود در کنار همدیگر موقعیت داشته باشند و در اثر سیل یا زلزله زمین ها به گونه ای تخریب و متصل گردند که جدا کردن آنها از همدیگر ناممکن باشد، احمد مالک زمین محمود می‌گردد و باید قیمت آن را به محمود بدهد. هرچند نص این ماده مربوط به حوادث حقوقی است و موجب مسؤلیت مدنی غیر قراردادی و پرداخت جبران خسارت می‌گردد، اما جایجایی نص این ماده در ذیل احکام پرداخت بدون سبب موجه به نظر نمی‌رسد. به نظر می‌رسد محل مناسب این ماده مبحث التصاق است که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق.م خواهد آمد.

۱۱) براساس ماده ۸۰۹ ق.م: «هرگاه شخص گرچه غیر ممیز باشد، مفادی را بدون سبب مشروع به ضرر شخص دیگری کسب نماید، در حدود آنچه کسب نموده به تادیه جبران خساره برای متضرر مکلف می‌باشد، گرچه کسب مفاد ادامه نداشته باشد». طبق نص این ماده هرگاه شخص ولو غیر ممیز مانند طفل پایین تر از هفت سال مفادی را بدون سبب مشروع کسب نماید و این اکتساب باعث ایجاد ضرر برای غیر گردد، مکلف به پرداخت جبران خسارت به متضرر می‌باشد.

عبارت مفاد در این ماده مبهم است. به نظر می‌رسد منظور از مفاد در این ماده رقبه یا منفعت ملک است. منظور از سبب مشروع اسباب مشروع کسب ملکیت مانند: احراز مباحات، هبه، وصیت، صدقه و امثال اینها است که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق.م خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد شش ساله پول محمود را سرقت نماید، احمد مکلف به رد پول به محمود است. احمد در این مثال شش ساله و غیر ممیز است. سرقت پول سبب مادی و غیرقانونی انتقال پول از محمود به احمد است. سرقت پول در این مثال به ضرر محمود تمام می‌شود.

گفتار سوم) سقوط دعوی پرداخت بدون حق در اثر مرور زمان

طبق ماده ۸۱۰ ق.م: «دعوی ناشی از اکتساب بدون سبب در تمام احوال گذشته، بعد از انقضای مدت سه سال، از تاریخ علم داین به داشتن حق رجوع و انقضای مدت ۱۵ سال از تاریخ آغاز حق رجوع شنیده نمی‌شود».

935. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 12/3/2018).

936. Ibid, (Last visit: 1/1/2018).

شود.». از حکم این ماده به خوبی بر می آید که استرداد با تکمیل کمترین مدت از دو مدت ذیل ساقط می شود:

(۱) گذشت سه سال از روزی که پرداخت کننده از حقیقش به استرداد آنچه به ناحق پرداخته است، آگاه شود. از آنجا که معمولاً پرداخت کننده جز پس از گذشت مدت زمانی از پرداخت، از این امر مطلع نمی شود، شروع جریان مرور زمان کوتاه مدت غالباً متأخر از شروع مرور زمان دراز مدت است. البته، گاهی این دو مرور زمان نقطه آغاز مشترکی نیز دارند و آن وقتی است که پرداخت کننده نه از روی اشتباه، بلکه از روی اکراره یا در حالی که دارای اهلیت ناقص بوده است، مبادرت به پرداخت نموده است. در این موارد، او از وقت ایجاد حق، از حق استرداد خود مطلع می شود.^{۹۳۷}

(۲) گذشت پانزده سال از روز ایجاد تعهد: تعهد از همان روز ایفای نارواء ایجاد می شود. بنابراین، از زمان ایجاد تعهد الی ۱۵ سال شخصی که بدون حق پرداخت نموده است می تواند علیه شخصی که پرداخت حق به او صورت گرفته است اقامه دعوی نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که دعوی ناشی از اکتساب بدون سبب بعد از انقضای مدت سه سال، از تأریخ علم داین به داشتن حق رجوع و انقضای مدت ۱۵ سال از تأریخ آغاز حق رجوع توسط محکمه ذیصلاح شنیده نمی شود. بنابراین، اگر «الف» بدون سبب مقداری از پول را به «ب» پرداخت نماید و بعد بداند که پرداخت سبب نداشته است، می تواند تا سه سال از تأریخ علم به داشتن حق رجوع علیه او اقامه دعوی نماید. همچنین، اگر «الف» بدون سبب مقداری از پول را به «ب» پرداخت نماید تا مدت پانزده سال در صورت عدم داشتن علم به پرداخت بدون سبب علیه «ب» می تواند اقامه دعوی نماید.

مبحث دوم: عمل فضولی

عمل فضولی یکی از انواع حوادث حقوقی است، زیرا شخص فضولی آن را براساس اراده یا بدون اراده در حالت اضطرار، وکالت یا به سبب اقتضای امر برای شخص دیگر انجام می دهد. همچنین، نوع دوم فعل مفید طبق ق. م عمل فضولی است. در ق. م در خصوص عمل فضولی صرف دو ماده یعنی مواد ۸۱۱ و ۸۱۲ وجود دارد. عمل فضولی را به این دلیل مفید می گویند که برای شخصی که عمل انجام شده است مفید است. اگر امر مفید با اراده واقع شود عمل فضولی و اگر بدون اراده فضول انجام شود حادثه حقوقی به نظر می رسد.

گفتار اول) تعریف و مبنای عمل فضولی

الف) تعریف

به نظر می رسد که عمل فضولی، عمل مفید است که شخص فضولی آن را برای صاحب عمل بعد از وقوع حادثه به دلیل حالت اضطرار، براساس وکالت یا اقتضای امر انجام می دهد. طبق این تعریف عمل فضولی عمل مفید است. شخصی که عمل را انجام می دهد شخص فضولی و شخصی که به وی عمل انجام داده می شود را صاحب عمل می نامند. عمل فضولی (unrequested intervention) در حقوق فرانسه قبل از انجام

۹۳۷. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۵۵.

شبه عقد (quasi-contract) و بعد از انجام در صورت توافق شخصی که عمل برای او انجام شده است، عقد تلقی می‌گردد.^{۹۳۸}

در حقوق مدنی افغانستان به نظر می‌رسد فرق عمل فضولی با عقد فضولی این است که عقد فضولی را شخص فضولی با شخص سوم می‌بندد. در صورت تأیید عقد توسط شخصی که عقد برای او بسته شده است، عقد صحیح و در صورت رد عقد باطل می‌گردد. اما در عمل فضولی، شخص فضولی عمل فضولی را به صاحب عمل بدون اجازه او انجام می‌دهد.

بنابراین، در عقد فضولی عقد میان شخص فضولی و شخص سوم منعقد می‌گردد اما عمل فضولی براساس حادثه ای که واقع گردیده است توسط شخص فضولی برای صاحب عمل انجام می‌شود و در آن شخص ثالث وجود ندارد. به حیث مثال، اگر حمیده خارج از وطن باشد و احمد باغ انگور حمیده را اداره نماید، به عنوان مثال، باغ را آبیاری و انگورها را جمع‌آوری نموده و به فروش رساند و پول آن را به حمیده بدون این که نماینده یا نایب حمیده باشد بفرستد، عمل احمد عمل فضولی است. وجه اشتراک عقد فضولی و عمل فضولی این است که هر دو برای صاحب عمل انجام می‌شود و هر دو امکان دارد مفید باشد.

ب) مبنای عمل فضولی

حقوقدانان در رابطه به مبنای عمل فضولی نظریات مختلف ارایه کرده اند: برخی از نویسندگان خواسته اند تا قرابتی میان وکالت و اداره مال غیر جستجو کنند و وانمود کنند که مبنای تعهدهای ناشی از اقدام فضولی وکالتی است ضمنی که صاحب مال به شخص فضولی می‌دهد؛ بدین بیان که: چون فرض بر این است که اقدام فضول به سود مالک و برای دفع ضرر از او انجام می‌شود، در چنین موقعیتی بدون شك رضای مالک بر تنفیذ اعمال فضول وجود دارد.

عده ای دیگر بادر نظر داشت امکان رجوع شخص فضولی بر مالک و اصل «عدم ولایت بر دیگران» آن را عملی تلقی می‌نمایند که شخص فضولی آن را به قصد احسان به دیگری انجام می‌دهد. ولی، عده ای دیگر بر این عقیده اند که شخص فضول به قصد رسیدن به نتیجه خاص اقدام به اداره مال دیگری می‌کند و همین عمل ارادی او سبب می‌شود که تا به حکم قانون در برابر مالک تعهدهای پیدا کند. زیرا، اوست که برای خود ایجاد تعهد می‌کند.

بدین ترتیب، اداره فضولی عمل حقوقی است که به اعتبار انعقاد یک طرفه و از نظر آثار دو طرف است. عده دیگر آن را وظیفه اخلاقی و عمل مباح تلقی می‌نمایند و به این باور اند که باید آن را محترم شمرده و اجرت آن را کسی بپردازد که از آن سود می‌برد.^{۹۳۹} ماده ۸۱۱ فقره اول ق.م در خصوص مبنای عمل فضولی اعلام می‌دارد که: «در احوالی که عمل شخص فضول مفید بوده و به سبب اضطرار، وکالت یا مقتضای امر انجام یافته باشد، شخص فضولی مکلف است در مورد اجرای عمل، مثل شخص عادی توجه نماید [...]».

938. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, 1st ed, Tehran: Dadqaster publication, pp 403- 404.

۹۳۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۸۰-۲۸۵.

از نص این ماده به خوبی بر می یاید که قانون مدنی اداره فصولی مال غیر را ناشی از وکالت، حالت اضطرار یا مقتضای امر دانسته است. منظور از به سبب اضطرار حالتی است که شخص چاره ای جز انجام دادن امری برای دیگران ندارد، مانند این که باران شدید ببارد و دیوار همسایه را در معرض انهدام قرار دهد و صاحب دیوار غایب باشد و همسایه در حالت اضطرار قرار گرفته و دیوار را ترمیم نماید یا شخصی را توظیف نماید تا دیوار را به گونه ترمیم نماید تا از انهدام آن به طور کلی جلوگیری به عمل آید.

همچنین، از نص ماده ۸۱۱ ق. م به خوبی بر می یاید که شخص فصول می تواند عمل را برای صاحب عمل به مقتضای امر انجام دهد. به نظر می رسد منظور از مقتضای امر ایجاب حالاتی است که نیاز وجود دارد تا شخص برای دیگری عمل را انجام دهد مانند مثال بالا (ترمیم دیوار خانه همسایه). همچنین، اگر احمد، حمیده، محمود و غیره در بلاک زندگی نمایند و آپارتمان حمیده به دلیل شارتی برق یا انفلاق بالون گاز آتش بگیرد و محمود و احمد دروازه آپارتمان را بشکنند و وارد آپارتمان شده و آتش را خاموش نمایند، احمد و محمود براساس حالت اضطرار یا اقتضای امر این کار را انجام داده اند. همچنین، طبق نص این ماده مبنای وکالت است.

بنابراین، در مثال های بالا شخص فصولی وکیل صاحب عمل تلقی می شود. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که مبنای عمل فصولی مطابق ق. م حالات اضطرار و مقتضای امر و وکالت است که آن را شخص فصول برای صاحب عمل انجام می دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مبنای عمل فصولی است.

ج) شروط عمل فصولی

طبق ماده ۸۱۱ ق. م: «(۱) در احوالی که عمل شخص فصول مفید بوده [...] شخص فصولی مکلف است در مورد اجرای عمل، مثل شخص عادی توجه نماید [...]». از نص این ماده استنباط می گردد که در عمل فصولی تحقق دو شرط ضروری است:

نخست این که شرط است که عمل شخص فصولی برای صاحب عمل مفید باشد. زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده از مفید بودن عمل شخص فصولی سخن می گوید. به حیث مثال، در مثال های بالا در ترمیم پیمپ آب، خاموش کردن آتش در آپارتمان نفع به صاحب عمل می رسد. همچنین، اگر احمد آب بازی نداند و در دریا آب بازی نماید و در معرض غرق شدن قرار بگیرد و محمود احمد را نجات دهد، عمل فصولی محمود نسبت به احمد مفید است.

دوم این که در اجرای عمل فصولی شخص فصولی مکلف است در اداره مال غیر، مانند اشخاص عادی توجه نماید. به نظر می رسد منظور از اشخاص عادی، شخص متعارف، معقول و عادی است. زیرا، شخص عادی در اداره مال خود از افراط و تفریط جلوگیری می نماید و معمولاً مال خویش را ضایع نمی نماید. به حیث مثال، اگر باران شدید ببارد و دیوار خانه احمد همسایه محمود در معرض انهدام قرار گیرد و محمود بخواهد دیوار را از باران شدید محافظت نماید، محمود باید مانند یک شخص عادی رفتار نماید گویی این که دیوار از خود محمود است و محمود می خواهد دیوار خود را حفاظت نماید.

همچنین، اگر پیب نل آب یا پیب نل آشپز خانه یا تشناب آپارتمان احمد لیک شود و آب موجب تخریب آب شود و محمود دروازه آپارتمان احمد را بشکند، شکستادن دروازه باید به صورت عادی و معقول صورت بگیرد. به حیث مثال، محمود با راکت دروازه تخریب ننماید بلکه مانند اشخاص معقول که کلید آپارتمان را گم کرده اند قفل آپارتمان را بشکند و سپس وارد آپارتمان شود. به نظر می رسد قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط عمل فضولی و مورد حمایت قرار دادن صاحب عمل است.

گفتار دوم) آثار عمل فضولی

اجرای عمل فضولی برای صاحب عمل مفید واقع می گردد. به نظر می رسد که به همین دلیل برای صاحب عمل تعهدات ایجاد می نماید. همچنین، به موجب مواد ۸۱۱ و ۸۱۲ ق. م شخص فضولی نیز تعهداتی دارد:

الف) تعهدات شخص فضول و شخص ثالث در برابر مالک

اداره فضولی موجب ایجاد يك سلسله تعهدات نسبت به شخص فضول می گردد که قرار ذیل اند:

۱) مسؤولیت مدنی غیرقراردادی شخص فضولی و شخصی که شخص فضولی وی را غرض اجرای عمل مؤظف نموده است. طبق فقره دوم ماده ۸۱۱ ق. م: «۲) صاحب عمل می تواند مستقیماً شخصی که به اجرای عمل مذکور از طرف شخص فضولی مکلف گردیده، مطالبه ضمان نماید». از نص این ماده به خوبی بر می یاید که ضمانت اجرای عدم رعایت شرط توجه مانند شخص عادی توسط شخص فضولی مسؤولیت مدنی غیرقراردادی شخص فضول و شخصی که فضول او را برای اجرای عمل توظیف نموده است می باشد. بنابراین، در صورتی که شخص فضولی یا شخصی که فضول وی را جهت اداره مال غیر یا انجام برخی خدمات اجیر گرفته، مرتکب خطا شوند، صاحب عمل می تواند بر وی یا شخصی که فضول را مثلاً اجیر گرفته است، رجوع نموده و مطالبه جبران خسارت ناشی از اجرای عمل توأم با خطا را نموده است نماید.

به حیث مثال، اگر احمد در آپارتمان زندگی نماید و با فامیل خویش برای مدت ده روز به تفریح برود، اما فراموش نماید که نل آب را بسته نماید و محمود دروازه خانه احمد را بشکند و جمشید را استخدام نماید تا نل آب را ترمیم نماید، اما جمشید در اثر تقصیر گروه های تشناب و آینه تشناب را بشکند، احمد می تواند جبران خسارت گروه ها و آینه تشناب را از محمود یا جمشید مطالبه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف شخص فضول و نماینده شخص فضولی در برابر صاحب عمل است.

۲) دادن صورت حساب مصارف: در باره ارایه صورت حساب مصارف توسط شخص فضولی به مالک قانون مدنی مسکوت است. ولی، از ظاهر ماده ۸۱۲ ق. م. ۱ که مقرر می دارد: «شخص فضولی می تواند در احوال مندرج ماده ۸۱۱ این قانون مصارفی را که در اجرای عمل متحمل گردیده، در خلال مدت سه ماه از تاریخ علم صاحب عمل به آن، از وی مطالبه نماید.» چنین استنباط می گردد که شخص فضولی مکلف است صورت حساب هزینه های را که جهت اداره مالک غیر متحمل شده است، به مالک ارایه نماید. زیرا، رجوع شخص فضولی بر مالک و مطالبه هزینه های را که جهت اداره مال مالک متحمل شده است منوط بر دادن صورت حساب مصارف است. پس، شخص فضولی در صورت رجوع بر مالک و مطالبه مصارف، باید صورت حساب مصارف را بر مالک ارایه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد آب بازی نداند و در دریا آب بازی نماید اما نزدیک به غرق شدن باشد و محمود احمد را نجات دهد و بر علاوه به شفاخانه ببرد و مصارف تداوی احمد را پرداخت نماید، محمود می تواند در ظرف سه ماه مصارف را از احمد مطالبه نماید. در چنین حالتی، محمود مکلف است صورت حساب مصارف را به احمد بدهد. همچنین، در مثال های نجات دادن آپارتمان از آتش سوزی و تخریب شدن توسط آب و شکستن دروازه و ترمیم دروازه، نل و پپ شخص فضول مکلف است صورت حساب مصارف را به صاحب بدهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف شخص فضول در برابر شخص صاحب عمل است.

ب) تعهدات مالک نسبت به شخص فضول

طبق ماده ۸۱۲ ق. م. ا: «شخص فضولی می تواند در احوال مندرج ماده ۸۱۱ این قانون مصارفی را که در اجرای عمل متحمل گردیده، در خلال مدت سه ماه از تاریخ علم صاحب عمل به آن، از وی مطالبه نماید.» ظاهر نص این ماده به شخص فضول صلاحیت می دهد تا در خلال مدت سه ماه از شخص صاحب عمل مصارف اجرای عمل را مطالبه نماید، مفهوم مخالف نص این ماده این است صاحب عمل مکلف است مخارجی ضروری را که شخص فضولی جهت اداره مال مالک متحمل گردیده است به وی پرداخت نماید. در صورتی که شخص فضولی این مصارف را در مدت سه ماه از مالک مطالبه ننماید، مطالبه مذکور مشمول مرور زمان گردیده و بعد از سپری شدن سه ماه قابل سمع نمی باشد.

به حیث مثال، اگر احمد آب بازی نداند و در دریا آب بازی نماید اما نزدیک به غرق شدن باشد و محمود احمد را نجات دهد و بر علاوه به شفاخانه ببرد و مصارف تداوی احمد را پرداخت نماید، محمود می تواند در ظرف سه ماه مصارف را از احمد مطالبه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف صاحب عمل در برابر شخص فضول است.

فصل ششم: اثر حوادث حقوقی

هر حادثه حقوقی موجب ایجاد مسؤولیت مدنی غیر تعاقدی و مسؤولیت مدنی غیر تعاقدی موجب ایجاد جبران خسارت به متضرر می گردد. در این فصل مسؤولیت مدنی غیر قراردادی (مبحث اول) و جبران خسارت (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) مسؤولیت مدنی غیر قراردادی

مسؤولیت از ریشه «سأل» گرفته شده که به معنای بازخواست، مواخذه، ضمانت و ضمان است.^{۹۴۰} به طور عموم کسی که سؤال می کند را سائل (سوال کننده) و شخصی که از او سؤال می شود را مسؤل می گویند. به وضعیت شخص مسؤل، مسؤولیت می گویند. در حقوق مدنی به شخص مسؤل معمولاً مدیون و متعهد و به شخصی سؤال کننده داین و متعهد له می گویند. در اصطلاح حقوقی مسؤل کسی است که از وی بازخواست و سؤال کنند و در مقابل دیگران باید پاسخگوی فعل یا ترک فعل خویش باشد. امروزه مسؤولیت به دلیل اهلیت، شخصیت و عقل مختص انسان ها است. بنابراین، حیوانات، نباتات و جمادات موجودات مسؤل نیستند زیرا حیوانات، نباتات و جمادات موجودیت های تکلیف پذیر نیست. صرف انسان موجودیت مسؤولیت پذیر است.

باوجوداین، با درنظرداشت «اصل برائت» اصل این است که ذمه انسان ها از هر نوع مسؤولیت مدنی، جزایی، اداری، اساسی، اخلاقی و دینی بری است. استثنای این اصل مسؤولیت است که در اثر نقض قواعد متوجه انسان می شود. قواعدی را که انسان ممکن است نقض نماید، قواعد دینی، اخلاقی، عرفی، سیاسی، اداری، جزایی و مدنی است. نتیجه نقض این قواعد مسؤولیت دینی، مسؤولیت اخلاقی، مسؤولیت عرفی، مسؤولیت سیاسی، مسؤولیت اداری، مسؤل جزایی و مسؤولیت مدنی است. برخی از این مسؤولیت ها

۹۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۳۹.

حقوقی اند مانند مسؤلیت سیاسی، جزایی، اداری و مدنی و برخی مسؤلیت های غیر حقوقی اند که در جدول ذیل توضیح می گردد:

ردیف	قواعد	مسؤولیت	جزا	تطبيق کننده
۱	قواعد مدنی	مسؤولیت مدنی	اعاده حالت اولی، فسخ، بطلان، تنفیذ جبری تعهد، پرداخت جبران خسارت	دولت
۲	قواعد جزایی	مسؤولیت جزایی	حبس، اعدام، جریمه و امثال اینها	دولت
۳	قواعد اداری	مسؤولیت اداری	توصیه، اخطار، کسر معاش، تبدلی و امثال اینها	آمر
۴	قواعد حقوق اساسی	مسؤولیت سیاسی	استجواب، استیضاح و سلب اعتماد	شورای ملی
۵	قواعد عرفی	مسؤولیت عرفی	قطع روابط، گله، شکایت و امثال اینها	مردم
۶	قواعد دینی	مسؤولیت مدنی	مجازات دنیوی و اخروی	دولت اسلامی و خداوند
۷	قواعد اخلاقی	مسؤولیت اخلاقی	سرزنش کردن خویشان، پشیمان، ندامت و نظیر اینها	وجدان

مسؤولیت غیرحقوقی، مسؤلیتی است که نمی توان تطبیق ضمانت اجرای آن را از محکمه مطالبه کرد. مسؤلیت غیرحقوقی به مسؤلیت دینی، اخلاقی و عرفی تقسیم می شود. مسؤلیت دینی که عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر خداوند جل جلاله است.^{۹۴۱} در صورت نقض احکام دینی دو نوع مسؤلیت متوجه نقض

۹۴۱. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤلیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۵.

کننده احکام می شود: مسؤولیت دنیوی که مجازات دنیوی است و مسؤولیت اخروی که شخص مسؤول در قیامت توسط خداوند عزوجلله مواخذه و مجازات خواهد شد.

البته، این امر بستگی به سکولار و دینی بودن نظام دارد. در نظام های سکولار فرد مسؤول صرف مسؤولیت دنیوی دارد، اما در نظام های دینی فرد مسؤول امکان دارد هم مسؤولیت دنیوی و هم مسؤولیت اخروی داشته باشد. به حیث مثال، در صورت ارتکاب قتل یا زنا در نظام های دینی اسلامی فرد هم مسؤولیت جزایی و هم مسؤولیت اخروی دارد.

مسؤولیت اخلاقی مسؤولیتی است که قانونگذار متعرض آن نشده باشد، مانند: مسؤول بودن انسان نسبت به خود یا خدای خویش.^{۹۴۲} به عبارت دیگر: مسؤولیت اخلاقی عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر وجدانش است.^{۹۴۳} مسؤولیت اخلاقی در اثر نقض قواعد اخلاقی متوجه انسان می شود. برخی مصداق های نقض قواعد اخلاقی دروغ گفتن، عدم اطاعت از پدر و مادر، داشتن سلوک زشت با مردم و نظیر اینها است. ضمانت اجرای مسؤولیت اخلاقی، ضمانت اجرا های اخلاقی است مانند پشیمانی، ندامت و شرمسار بودن انسان در برابر وجدان خودش.

مسؤولیت عرفی که عبارت از پاسخگو بودن فرد در برابر عرف و عادات و جامعه است. این مسؤولیت در اثر نقض قواعد عرفی متوجه شخص می شود. برخی مثال های قواعد عرفی مهمان نوازی، پذیرایی مهمان، دعوت دوستان نزدیک به محفل عقد ازدواج و نظیر اینها است. جزای نقض قواعد عرفی، قطع روابط مردم با شخصی است که قواعد عرفی را نقض نموده است، گله کردن از وی و در نتیجه انزوای ناقض قواعد عرفی است.

مسؤولیت حقوقی «تکلیف وارد کننده زیان نسبت به پاسخگویی به زیان در برابر محکمه و بر عهده گرفتن آثار مدنی، جزایی و ... آن است اعم از این که چنین تکلیفی در مقابل زیان دیده باشد یا جامعه.»^{۹۴۴} طبق این تعریف مسؤولیت به مسؤولیت مدنی، جزایی و ... تقسیم می شود. بنابراین، در عالم حقوق مسؤولیت به انواع ذیل تقسیم می شود:

۱) **مسؤولیت مدنی:** ظاهراً مسؤولیت مدنی قدیمی ترین نوع مسؤولیت بوده است. مسؤولیت مدنی عبارت است از: «وظیفه حقوقی است که شخص در برابر دیگری به انجام یا ترك عملی دارد اعم از این که منشأ آن عمل حقوقی یا احکام قانونی باشد.»^{۹۴۵} به عبارت دیگر: مسؤولیت مدنی عبارت است از تعهد به جبران خسارت توسط ضرر زننده به زیان دیده (متضرر) در اثر عدم اجرای عقد، اجرای با تأخیر عقد و حوادث حقوقی.

۹۴۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۶۴۲.

۹۴۳. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۵.

۹۴۴. همان، حسن بادینی، صص ۲۷ و ۲۸.

۹۴۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۸۳۹ و

۱۸۴۰؛ و عباس خواجه پیری (۱۳۸۹). حقوق مدنی (۴) موجبات مسؤولیت مدنی و آثار آن، (___): انتشارات بین المللی الهدی، صص ۳ و

هدف از مسؤولیت مدنی جبران خسارت زیان‌دیده و تسلی ظاهری وی، مجازات خطاکار و بازداشتن وی و دیگران از ارتکاب مجدد فعل زیانبار و ایجاد صلح و ثبات و برقراری اخلاق خاص در جامعه است. برخی از این اهداف متوجه زیان‌دیده، برخی دیگر متوجه جامعه و برخی نیز متوجه سایر وارد کنندگان زیان بالقوه و جامعه به طور کلی است.^{۹۴۶} مسؤولیت مدنی دو نوع است:

۱- **مسؤولیت مدنی قراردادی (ضمان عقدی):** مسؤولیت مدنی قراردادی عبارت از مسؤولیتی است که برای متعهد به دلیل عدم اجراء یا اجرای با تأخیر عقد در برابر متعهد له ایجاد می‌شود. چون این مسؤولیت برای فرد در برابر فرد دیگر ایجاد می‌شود به آن مسؤولیت مدنی می‌گویند. همچنین، چون این مسؤولیت ناشی از عدم اجراء یا اجرای با تأخیر قرارداد است، به آن مسؤولیت مدنی قراردادی می‌گویند. مطابق ق. م ریشه مسؤولیت مدنی قراردادی، قرارداد است که تفصیل آن در مبحث ضمان عقد گذشت.

۲- **مسؤولیت مدنی غیرقراردادی (ضمان قهری):** مسؤولیت غیر قراردادی که «ضمان قهری» و «الزام های خارج از قرارداد» نیز گفته می‌شود ویژه حالتی است که شخص از تعهدهای قانونی و عمومی سرپیچی کند و در نتیجه به دیگری ضرر بزند. به عنوان مثال، قانون حکم می‌نماید که در رفتار و گفتار خود محتاط باشید، بی‌مبالاتی نکنید، تهمت نزنید، آدم نکشید، مال دیگری را غصب و تلف ننمایید. اگر کسی به این تکالیف عمومی که حقوق برای همه مقرر داشته است عمل نکند و در نتیجه این تخلف خسارتی به دیگری برساند، باید آن را جبران کند. ریشه این مسؤولیت، عقد بین او و متضرر نیست، تخلف از تکالیف قانونی است که برای همه وجود دارد.

مطابق ق. م. ۱ مسؤولیت مدنی غیرقراردادی از حادثه حقوقی ناشی می‌شود. منبع حادثه حقوقی مطابق ق. م. ۱ فعل مضر بر مال مانند اتلاف و غصب، فعل مضر بر نفس مانند قتل، ضرب و جرح، فعل مفید مانند استیفای ناروا و عمل فضولی است. همچنین، فعل با تقصیر شخص که منجر به ورود ضرر به شخص دیگر گردد و رابطه سببیت میان عمل و ضرر وجود داشته باشد منبع حادثه حقوقی و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی است. در خصوص مسؤولیت مدنی غیرقراردادی تعاریف مختلف وجود دارد:

- مسؤولیت مدنی غیرقراردادی «تعهد به جبران خسارت ناشی از فعل زیانبار عمدی یا غیرعمدی خویش یا فعل دیگری و نیز زیان ناشی از اشیای تحت مالکیت یا حفاظت که در هر صورت ناشی از نقض قرارداد نیست.»^{۹۴۷}

- کربونیه مسؤولیت مدنی غیرقراردادی را «تعهد به جبران خسارت وارد شده به دیگران» تعریف کرده است.
- در واژه نامه حقوقی مؤسسه هنری کاپیتان مسؤولیت مدنی غیرقراردادی این گونه تعریف شده است: «هر نوع تعهدی است که برای عامل فعل زیانبار به وجود می‌آید تا ضرر وارد شده به زیان‌دیده را که ناشی از عمل نامشروع مدنی است غالباً به شکل پرداخت مبلغی پول به عنوان خسارت جبران نماید.»^{۹۴۸}
میان مسؤولیت مدنی و اخلاقی تفاوت های ذیل وجود دارد:

۹۴۶. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۲۰ و ۳۲۱.

۹۴۷. همان، حسن بادینی، ص ۳۹.

۹۴۸. همان، حسن بادینی، ص ۳۹.

- مسؤولیت اخلاقی، چهره از شرمساری وجدان و گناه است؛ جنبه شخصی دارد و مفهوم آن از تقصیر به معنای کار قابل سرزنش جدا نیست، در حالی که مسؤولیت مدنی رفته رفته به صورت نوعی در می آید و معیار های کلی می یابد و حتی مفهوم خطا یا تقصیر نیز از مفهوم اخلاقی آن جدا شده و رنگ اجتماعی یافته است و فکری تا صورت خارجی نیابد و به انجام دادن کار یا تفریطی منتهی نشود هیچ گاه مسؤولیت محقق نمی شود؛

- در مسؤولیت مدنی، ورود ضرر شرط تحقق مسؤولیت و از ارکان آن است. ولی، در مسؤولیت اخلاقی، همین که وجدان شخص متأثر و نادم گشت یا وجدان عمومی کاری را ناشایست دید، شخص مسؤول به حساب می آید. بنابراین، تحقق مسؤولیت اخلاقی موجب عذاب و ناراحتی وجدان و کراهت شخص در مقابل احساس گناه و تخلف اخلاقی است و لزوماً با ورود زیان به دیگری همراه نیست. برعکس، تحقق مسؤولیت مدنی موجب ایجاد مسؤولیت مبنی بر پرداخت جبران خساره می گردد؛

- از نظر ضمانت اجراء، ضمان این دو یکسان نیست: مسؤولیت اخلاقی را نمی توان از محکمه مطالبه کرد یا به وسیله حُکم محکمه به دست آورد. ولی، مسؤولیت مدنی سبب ایجاد دین است و زیان دیده می تواند از محکمه بخواهد تا به همه هزینه مسؤل وضع او را به حالت پیش از ارتکاب تقصیر باز گرداند؛

- از نظر قلمرو، گاه احکام این دو متفاوت است: به عنوان مثال، اگر از خطایی کوچک زبانی بزرگ به بار آورد، حقوق در این مسؤولیت تردید ندارد، درحالی که اخلاق آن را عادلانه نمی بیند و به چشمپوشی و گذشت تمایل ندارد؛ و

- از نظر ماهیت: مسؤولیت اخلاقی ممکن است تنها جنبه فردی و شخصی داشته باشد، مانند: دروغ گویی که جنبه عمومی ندارد. اما، مسؤولیت مدنی جنبه شخصی ندارد و وارد آوردن زیان به دیگران معیار تحقق آن است.^{۹۴۹}

۲) مسؤولیت جزایی: نوع دوم مسؤولیت، مسؤولیت جزایی است:

۱- تعریف: مسؤولیت جزایی، مسؤولیت مرتکب جرم از جرایم مصرحه در قانون را گویند و شخص مسؤل به یکی از مجازات های مقرر در قانون خواهد رسید. در مسؤولیت جزایی، متضرر از جرم، اجتماع است بر خلاف مسؤولیت مدنی که متضرر آن فرد است.^{۹۵۰} ضمانت اجراهای مسؤولیت جزایی، حبس، اعدام، پرداخت جریمه و ... است.

۲- تفاوت مسؤولیت مدنی با جزایی: میان مسؤولیت مدنی و جزایی تفاوت های ذیل وجود دارد:

- از حیث هدف: از حیث هدف میان مسؤولیت مدنی و جزایی تفاوت های ذیل وجود دارد:

اول- هدف از مسؤولیت مدنی جبران خسارت زیان دیده است، درحالی که مجازات در واقع واکنش یا دفاعی است که جامعه از خود در برابر مجرمین نشان می دهد و به همین جهت نیز هدف در اجرای مجازات

۹۴۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۴ و ۱۵؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۴؛ و عباس خواجه پیری (۱۳۸۹). حقوق مدنی (۴) موجبات مسؤولیت مدنی و آثار آن، (___): انتشارات بین المللی الهدی، صص ۶ و ۷.
۹۵۰. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۶۴۲.

نمی تواند به حفظ حقوق محدود باشد. به عبارت دیگر، اساس مسؤولیت جزایی را زیان زدن به جامعه و اساس مسؤولیت مدنی را زیان زدن به فرد تشکیل می دهد. این تفاوت نتایج زیر را بار می آورد:

دوم- ضمانت اجرا در مسؤولیت جزایی، مجازات و در مسؤولیت مدنی، جبران خسارت است؛ سوم- در مسؤولیت جزایی، درخواست کننده مجازات مدعی العموم (دادستان/ خائنوال) به عنوان نماینده جامعه است. ولی، در مسؤولیت مدنی، چنین درخواستی مربوط به شخص زیان دیده است. زیرا، مجازات حق اوست؛

چهارم- صلح، عفو و تنازل در مسؤولیت جزایی ممکن نیست. زیرا، در مسؤولیت جزایی حق اجتماع دخیل است. بنابراین، حد سرق در اثر عفو مسروق منه یا صلح وی با سارق بعد از ارجاع و وصول قضیه به محکمه ساقط نمی گردد، یا حد زنی به عفو زوج یا اباحت زوجه نفسش را به زانی ساقط نمی گردد. ولی، در مسؤولیت مدنی، چنین امری امکان پذیر است. زیرا، در مسؤولیت مدنی صرف حق فرد مطرح است. بنابراین، در مسؤولیت مدنی زیان دیده می تواند حق خود را در اثر عفو، صلح، ابراء و اباحه ساقط نماید.

- از حیث منبع: از حیث منبع مسؤولیت نیز میان آنها اختلاف آشکار است: مسؤولیت جزایی تنها در مواردی ایجاد می شود که قانون مقرر کرده است. هیچ عملی را نمی توان جرم شناخت، مگر این که در قانون جزا، جرم شناخته شده باشد. ولی، مسؤولیت مدنی قلمروی گسترده تر دارد. برای مسؤل شناختن کسی لازم نیست در هر مورد قانون از آن نام برده باشد، و به عنوان قاعده کلی می گویند: کسی که بر خلاف حق و در اثر بی مبالاتی و بی احتیاطی به دیگری خسارتی وارد آورد، باید آن را جبران کند. به سخن دیگر: چون مجازات در مسؤولیت جزایی درد و رنج را در بر دارد، باید تمام جرایم و جزاها معین باشد به نحوی که هیچ مجازاتی بدون وجود جرم و هیچ جرمی بدون نص قانونی، تحقق نمی یابد. ولی، مسؤولیت مدنی بدون نیاز به مواد قانونی که اعمال نامشروع را يك يك بیان نموده باشد، بر هر عمل نامشروع مرتب می شود.

- از حیث ساحه: ساحه این دو مسؤولیت هم متفاوت است: برخی از جرایم، چون برای اشخاص خسارتی ایجاد نمی کند، با مسؤولیت مدنی همراه نیست مانند: جرایم سیاسی و ولگردی. برعکس، بعضی از مسؤولیت های مدنی نیز جرم محسوب نمی شود، چنانکه هرگاه مالکی در ملک خود تصرفی خارج از حدود متعارف بکند و از این رهگذر زیانی به همسایه برسد، از لحاظ مدنی مسؤل است، ولی مجرم نیست. ممکن است تقصیری هم جرم باشد و هم مسؤولیت مدنی به بار آورد. به عنوان مثال، هرگاه وکیل که مأمور فروش کالایی است آن را به سود خود پنهان کند، در عین حال که مرتکب خیانت در امانت شده است، ضامن بهای آن کالا بر مبنای مسؤولیت مدنی و غصب نیز است.

از آنچه گفته شد، واضح گردید که مسؤولیت مدنی و جزایی باهم تعارضی ندارند. بنابراین، هر دو می توانند همزمان در مورد يك عمل مانند: قتل، سرق، ضرب و جرح، فحاشی و قذف محقق شوند. زیرا، تمام اعمال مذکور در عین حال که به حال جامعه مضر اند گاه ممکن است موجب تضرر فرد نیز گردند. در نتیجه، مرتکب چنین اعمال هم مسؤولیت جزایی دارند و باید مجازات شوند و هم مسؤولیت مدنی دارند و باید جبران خسارت را به متضرر بپردازند.

باوجود این، گاه ممکن است عملی تنها یکی از این دو مسؤولیت را بار آورد؛ بدین معنی که: هرگاه عمل غیر مشروع موجب تضرر احدی نگردد، فقط موجب بروز مسؤولیت جزایی گردد، مانند: بعضی مصادیق شروع به جرم و جرایمی چون: ولگردی، مخالفت با مقررات عبور و مرور، حمل سلاح، توافق مجرمانه و امثال اینها. ولی، اگر عمل ارتكابی موجب تضرر دیگری شود بدون آنکه در قوانین جزایی برای آن مجازات تعیین شده باشد، فقط مسؤولیت مدنی به بار می آورد، مانند: اتلاف غیر عمدی مال غیر و معالجه نادرست و نظیر اینها. برخی اعمال مانند قتل امکان دارد هم مسؤولیت مدنی، هم مسؤولیت اخلاقی، هم مسؤولیت جزایی و هم مسؤولیت دینی را به بار آورد. در مواردی که مسؤولیت جزایی با مسؤولیت مدنی در يك مورد با هم اجتماع نمایند، مسؤولیت جزایی به دلیل برخورداری از حق جامعه بر مسؤولیت مدنی که ضعیف تر و حق فرد است تأثیر می گذارد که موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

- مرور زمان: دعوای مدنی پرداخت جبران خسارت صرف با سقوط دعوای جزایی ساقط می گردد. بنابراین، اگر هر دو مسؤولیت بر يك عمل مرتب شوند، عدم سقوط مرور زمان دعوای جزایی، مرور زمان دعوای مدنی را متوقف می نماید و تا زمانی که دعوای جزایی وجود داشته باشد، دعوای مدنی نیز وجود خواهد داشت نه بر عکس؛

- صلاحیت: اگر بر يك عمل هم مسؤولیت مدنی و هم مسؤولیت جزایی مرتب گردد، ممکن است به دلیل پیروی دعوای مدنی از دعوای جزایی، دعوای مدنی را نیز در محکمه جزایی اقامه کرد؛

- توقف دعوی: در مواردی که يك عمل موضوع مسؤولیت مدنی و جزایی واقع شود، به نحوی که دعوای حقوقی در محکمه مدنی اقامه گردد و آنگاه مدعی به اقامه دعوای جزایی در محکمه جزایی اقدام نماید، رسیدگی به دوسیه مدنی متوقف می شود و محکمه مدنی الی تعیین تکلیف دوسیه جزایی قرار توقف دعوای مدنی را صادر می نماید. در چنین حالات، نمی توان با رجوع از دعوای مدنی، از نو به اقامه دعوای مدنی در پیشگاه محکمه جزایی مبادرت ورزید. روی همین دلیل است که دعوای جزایی، دعوای مدنی را متوقف می سازد.

- اعتبار قضیه محکوم بها: حکمی که از طرف محکمه جزایی در جریان رسیدگی به قضیه صادر می گردد، اعتبار قضیه محکوم بها را دارد. در چنین حالات، محکمه مدنی نیز مکلف است به وقایع ثابت شده در حکم مذکور گردن نهد بدون اینکه مقید به ارزیابی قانونی این وقایع باشد. زیرا، ارزیابی قضیه مدنی با جزایی فرق دارد، چنانچه قاضی محکمه جزایی به استناد دلایلی مربوط به واقعه مانند: صدور و عدم صدور فعل از طرف متهم به براءت یا محکومیت او حکم صادر نماید، قاضی محکمه مدنی مکلف است این حکم را بپذیرد. بنابراین، قاضی محکمه مدنی نمی تواند برخلاف حکم محکمه جزایی بگوید: فعل مذکور ثابت شده یا نشده است هرچند می تواند به ارزیابی مدنی نه جزایی آنها مبادرت ورزد. در نتیجه، اگر قاضی محکمه جزایی بر اساس دلایلی که ناظر بر ارزیابی قانونی قضیه است، به براءت حکم دهد مانند اینکه: قصور صادر از متهم به حد قصور جزایی نرسد، یا دعوی با مرگ متهم ساقط گردد یا مانعی سد راه اجرای مجازات واقع گردد. به

عنوان مثال، سارق فرزند مجنی علیه بوده و مشمول عفو شود، در چنین حالات، قاضی محکمه مدنی می تواند به مسؤولیت مدنی حکم خویش را اصدار نماید.^{۹۵۱}

۳) مسؤولیت اداری: مسؤولیت اداری عبارت از پاسخگو بودن کارکن در برابر اداره به دلیل نقض قواعد اداری است. مجازات اداری، ضمانت اجرایی است که بر تخلف از قوانین اداری مرتب می شود. این مجازات عبارت اند از: توبیخ، اخطار، کسر معاش، تبدیلی و غیره است.

۴) مسؤولیت سیاسی: مسؤولیت سیاسی عبارت از پاسخگویی وزرا در برابر پارلمان و تطبیق مجازات سیاسی است. مجازات سیاسی، ضمانت اجرایی است که بر تخلف از قواعد حقوق اساسی که مربوط به وزراء می شود مرتب می شود. این مجازات توسط شورای ملی در قالب استیضاح و در نتیجه رأی عدم اعتماد اعمال می شود.

مبحث دوم) جبران خسارت (قواعد عمومی)

اثر مسؤولیت مدنی غیرقراردادی پرداخت جبران خسارت توسط ضرر زنده به متضرر است. بنابراین، متضرر می تواند جهت دریافت جبران خسارت در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. تفصیل قواعد خاص جبران خسارت در خصوص فعل مضر بر نفس و مال در مبحث فعل مضر بر نفس و مال گذشت. نویسندگان ق. م قواعد عمومی مربوط به پرداخت جبران خسارت را در مبحث سوم، مواد ۷۷۶-۷۸۹ ق. م تنظیم نموده اند. در ذیل تعریف و انواع جبران خسارت را مورد بحث قرار می دهیم:

گفتار اول) تعریف و انواع

الف) تعریف

جبران به ضم جیم از ریشه «جبر» گرفته شده است که در لغت به معنی تلافی کردن و دادن عوض است.^{۹۵۲} در ادبیات عامیانه به جبران خسارت تاوان نیز می گویند. همچنین به جبران خسارت غرامت نیز می گویند. همچنین، کلمه عوض و تعویض در ق. م در مفهوم جبران خسارت استعمال شده است. همچنین گاه گاهی کلمه بدل در ق. م در مفهوم جبران خسارت استفاده شده است. در ق. م تعریف در خصوص جبران خسارت وجود ندارد. در اصطلاح حقوقی تعاریف مختلف برای جبران خسارت وجود دارد:

۱) جبران خسارت عبارت از تلافی کردن و عوض دادن خسارت و صدمه ای است که توسط ضرر رساننده به متضرر رسیده است.

۲) جبران خسارت چیزی است که شاکی و مدعی امیدوار است آن را از محکمه دریافت کند.^{۹۵۳} تعریف اخیر به نظر می رسد که بیانگر کنه و ماهیت جبران خسارت نیست و بنابراین مورد پذیرش به نظر نمی رسد. سایر تعاریف در مبحث ضمانت عقد گذشت.

۹۵۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۴؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱۵؛ و عباس خواجه پیری (۱۳۸۹). حقوق مدنی (۴) موجبات مسؤولیت مدنی و آثار آن، (___): انتشارات بین المللی الهدی، صص ۶ و ۷.

۹۵۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۴۵۶.

۹۵۳. مسلم آقایی طوق (___). مبانی و ماهیت نظارت قضایی بر اعمال دولت: مطالعه تطبیقی کشور های فرانسه، انگلستان و امریکا، پژوهشنامه معاونت حقوقی و بررسی های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، سال اول، شماره اول، ص ۱۶۴.

ب) انواع جبران خسارت

جبران خسارت با توجه به خسارت به شش نوع خسارت جانی، مالی، معنوی، عدم النفع، خسارت تأخیر پرداخت دین و مختلط تقسیم می شود:

۱) جبران خسارت مالی

در ق. م تعریفی در خصوص جبران خسارت مادی وجود ندارد. به نظر می رسد جبران خسارت مالی عبارت از پرداخت خسارتی است که وارد کننده ضرر آن را بر مال متضرر وارد نموده است مانند جبران خسارت ناشی از غصب و اتلاف مال. تفصیل قواعد جبران خسارت بر مال در مباحث غصب و اتلاف گذشت.

۲) جبران خسارت جانی

به نظر می رسد جبران خسارت جانی عبارت از پرداخت خسارتی است که وارد کننده ضرر آن را بر جان متضرر فعل مضر ر وارد نموده است مانند قتل، ضرب و جرح و سایر انواع اذیت بر نفس که بحث آن در مبحث فعل مضر بر نفس گذشت.

۳) جبران خسارت عدم النفع

به نظر می رسد جبران خسارت عدم النفع (کسر عواید) عبارت از پرداخت جبران خسارت نفعی است که آن را متضرر از دست داده است. در فقه حنفی خسارت عدم النفع تحت هیچ شرایطی قابل مطالبه نیست؛ زیرا فقهاء حنفی منفعت را مال ندانسته و حتی اتلاف منفعت مال موجود را موجب ضمان نمی دانند، چه رسد به ممانعت از تحقق منفعت قابل حصول و بر همین اساس، نه تنها خسارت عدم النفع و محرومیت از سود قابل وصول، ناشی از حبس کردن انسان آزاد را، موجب ضمان نمی دانند که حتی بیگار کردن و به خدمت گرفتن (اتلاف منافع) او را نیز، تا زمانی که به موجب عقدی از عقود (مانند اجاره) مالیت نیافته، موجب ضمان برای بیگار کننده نمی پندارند.

از این رو، فقهای حنفی منافع مال مغضوب را از آن غاصب دانسته می گویند: هرگاه شخصی یا حیوان دیگری را بعد از غصب اجاره دهد، اجاره بهای آن، مال غاصب است به دلیل این که منافع مذکور در اثر عقد غاصب، مالیت یافته است پس او مالک آن است. دلیل فقهای حنفی در این حکم، حدیث منسوب به پیامبر ﷺ است که می فرماید: «الخراج بالضمان» یعنی منافع، مال کسی است که ضامن عین است. بنابراین، منافع عین مغضوبه مال غاصب است چون وی ضامن تلف و نقص آن می باشد و در همین راستا مجله الاحکام العدلیه در ماده ۸۶ می گوید: «اجرت و ضمان جمع نمی شوند». همچنین در ماده ۸۷ آن مقرر شده است: «برداشت خسارت به تناسب کسب منفعت است.»

بر خلاف فقهای حنفی، فقهای شافعی مانند فقه امامیه اتلاف منافع را موجب ضمان می دانند.^{۹۵۴} قانونگذار مدنی نیز جبران خسارت عدم النفع را به رسمیت شناخته است که مثال آن در غصب عقار و پرداخت اجرت المثل در مبحث غصب گذشت. همچنین، قانونگذار مدنی پرداخت خسارت عدم النفع را در مبحث

۹۵۴. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۵۷.

مسئولیت مدنی غیرقراردادی (ماده ۷۳۴) پذیرفته است که تفصیل آن در مبحث ضمان عقد گذشت. برخی مثال های خسارت ناشی از کسر عواید قرار ذیل است:

۱) اگر «الف»، «ب» تاجر را با موتر بزند و زخمی نماید و در نتیجه آن «ب» برای مدت شش ماه در شفاخانه بستر گردد، «ب» می تواند علاوه بر جبران خسارت جانی، جبران خسارت ناشی از کسر عواید را از «الف» مطالبه نماید.

۲) اگر «الف»، دوکان، دواخانه یا خانه «ب» را برای مدت یک سال غصب نماید و بعد از یک سال آن را به «الف» مسترد نماید، «ب» می تواند جبران خسارت ناشی از کسر عواید را از «الف» مطالبه نماید.

۳) اگر «الف»، «ب» تاجر را اختطاف نماید و بعد از یک سال زندانی کردن در زندان خصوصی رها نماید، «ب» می تواند جبران خسارت ناشی از کسر عواید را از «الف» مطالبه نماید.

۴) جبران خسارت معنوی

به نظر می رسد جبران خسارت معنوی عبارت از جبران ضرر معنوی است که بر روح و حیثیت متضرر وارد گردیده است. ضرر معنوی نیز مانند ضرر مادی قابل جبران است. ولی تمام سخن در نحوه جبران خسارت معنوی است، زیرا خسارت معنوی و آسیب های عاطفی را نمی توان با پول ارزیابی کرد و به همین جهت گروهی آن را جبران ناپذیر دانسته می گویند: چگونه ممکن است درد جانکاه همسر و فرزندان کارگری که در اثر تخلف مهندس ناظر از تعهد خود مبنی بر نظارت و رعایت دقیق نکات ایمنی، جان خود را از دست داده است را، با دادن مبلغی پول جبران کرد یا چگونه می شود رنج روحی زوج جوانی که فلم عروسی شان در نتیجه تخلف فیلم بردار از تعهد خود مبنی بر عدم سوء استفاده از آن، در اختیار عموم قرار گرفته و لطمه شدید به آبرو و حیثیت خانوادگی شان وارد شده است را، با پرداخت پول جبران کرد.^{۹۵۵}

بسیاری حقوقدانان در عصر حاضر قایل به جواز جبران ضرر معنوی اند. حقوقدانان استدلال می نمایند که اینکه گفته شد، طبیعت ضرر معنوی، جبران ناپذیر و سنجش خسارت آن ناممکن است، ناشی از درک نادرست مفهوم جبران خسارت است. زیرا، مقصد از جبران خسارت، محو و از بین بردن کامل ضرر نیست که تعلل شود که ضرر معنوی با پرداخت خسارت مادی از بین نمی رود، بلکه مقصد از پرداخت خسارت این است که متضرر جایگزینی را برای ضرر معنوی وارد به خود در اختیار داشته باشد.

بنابراین، نظر صحیح این است که خسارت معنوی از بین نمی رود، ولی در کنار آن مالی به دست می آید که می تواند جایگزین آن شود. اگر چنین برداشتی از «جبران خسارت» وجود داشته باشد، جبران ضرر معنوی به خوبی امکان پذیر می شود. بنابراین، درست است که با پرداخت خسارت، ضرر معنوی از بین نمی رود، همان طور که در خسارت مادی نیز، گاه خسارت کاملاً بر طرف نمی شود، ولی در کنار آن مالی به دست می آید که می تواند جایگزین آن گردیده و ضمن کاستن از آلام روحی و رنج عاطفی زیان دیده، آن را تحمّل پذیرتر سازد.

۹۵۵. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۰۴.

گرچه رایج‌ترین وسیله جبران خسارت پرداخت پول است، ولی در مورد جبران ضرر معنوی قاضی می‌تواند راه‌حل‌های مناسب‌تری را در نظر بگیرد، مثلاً انتشار رأی محکومیت کسی که شرف و حیثیت دیگری را لکه‌دار کرده است، بهتر می‌تواند موجب اعاده حیثیت زیان‌دیده شده و ضرر معنوی وی را جبران نماید. در نتیجه، به کسی که ضرر به حوادث و احساسات او وارد گردیده است، چنانچه خسارت مالی دریافت نماید، خسارت مذکور می‌تواند موجب تسکین آلام او گردد.

هرچند تعیین خسارت معنوی دشوارتر از تعیین خسارت مادی است. ولی، قاضی آنچه را باید در تعیین خسارت معنوی رعایت نماید، این است که مبلغی که به عنوان جبران ضرر معنوی تعیین می‌شود، باید دور از غلو و اسراف باشد. حقوق، رویه قضایی و ق. م. ج. م، جبران خسارت معنوی را مسلم و قطعی می‌دانند.^{۹۵۶} ق. م. ا مانند اکثر نظام‌های حقوقی دیگر جبران ضرر معنوی را مسلم دانسته که تفصیل آن در ماده ۷۷۸ در گفتار شرایط جبران خسارت خواهد آمد.

۵) جبران خسارت مختلط

خسارت مختلط زمانی رخ می‌دهد که فعل یا ترک فعل در عین زمان باعث عامل خسارت مادی و معنوی شود و زیان‌دیده بتواند علاوه بر جبران خسارت مادی، جبران خسارت معنوی را نیز، مطالبه کند. مثلاً خسارات وارد بر صاحب اثر علمی که در نتیجه تخلف ناشری که طبق قرارداد متعهد بوده است بدون دست بردن به محتوای اثر، تا زمان دایر شدن نمایشگاه آن را به چاپ برساند، و وی بر خلاف تعهد قراردادی خویش، نه تنها در زمان مقرر کتاب مذکور را به چاپ نرساند که محتوای آن را نیز، تغییر داده است، خسارت مختلط بوده و صاحب اثر می‌تواند علاوه بر جبران خسارت مادی، جبران خسارت معنوی خویش را نیز، از متخلف عهده‌شکن، مطالبه نماید.

همچنین، اگر احمد حمیده را با موتر بزند و پای حمیده بشکند و شش ماه در شفاخانه بستر گردد و حمیده شاغل باشد و نتواند برای مدت شش ماه کار نماید، به حمیده خسارت جانی، مالی، معنوی و عدم النفع رسیده است. خسارت جانی شکستن پای حمیده است. خسارت مالی پرداخت مصارف شفاخانه توسط حمیده است. خسارت معنوی صدمات روحی است که به حمیده رسیده است و خسارت عدم النفع از دست دادن عواید شش ماهه توسط حمیده است. مجموعه این خسارات، خسارت مختلط را تشکیل می‌دهد.

گفتار دوم) شروط

در جبران خسارت رعایت شرایط ذیل ضروری به نظر می‌رسد:

الف) رعایت تناسب میان ضرر و جبران خسارت

طبق ماده ۷۷۹ ق. م. ا «محکمه جبران خساره را به تناسب ضرر عاید تعیین می‌نماید، مشروط بر این که ضرر مذکور مستقیماً از فعل مضر نشأت کرده باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استخراج است:

۱) در تعیین مقدار جبران خسارت شرط است که قاضی محکمه ذیصلاح جبران خسارت را به تناسب ضرر وارده به متضرر تعیین نماید. بنابراین، در تعیین مقدار جبران خسارت باید میان ضرر و جبران خسارت تناسب

وجود داشته باشد. به حیث مثال، هرگاه قیمت مالی که تلف شده است ۵۰۰۰ افغانی باشد، قاضی محکمه ذبصلاح نباید جبران خسارت را ۲۰۰۰۰ افغانی تعیین نماید. زیرا، در این صورت میان ضرر و جبران خسارت تناسب وجود ندارد.

۲) شرط دوم پرداخت جبران خسارت این است که ضرر مستقیماً از فعل مضر نشأت کرده باشد. به عبارت دیگر: شرط پرداخت جبران خسارت این است که میان ضرر و فعل مضر رابطه سببیت وجود داشته باشد. در صورت عدم موجودیت رابطه سببیت، شخصی که فعل مضر را انجام داده است طبق ماده ۷۷۹ ق. م مکلف به پرداخت جبران خسارت نیست. به حیث مثال، اگر «الف» به «ب» زهر بدهد و قبل از این که زهر اثر نماید و موجب قتل «ب» شود، «ج»، «ب» را توسط تفنگچه به قتل برساند، در این صورت «الف» مسؤولیت مدنی غیر قراردادی ندارد و مسؤول پرداخت جبران خسارت به نظر نمی رسد، زیرا فعل مضر او مستقیماً موجب ایجاد ضرر نشده است هر چند «الف» از نظر حقوق جزا به دلیل شروع به جرم مورد تعقیب قرار می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط جبران خسارت است.

ب) عدم وجود امکانات تعیین دقیق مقدار جبران خسارت

طبق ماده ۷۸۰ ق. م: «هرگاه امکانات تعیین دقیق مقدار جبران خساره نزد محکمه میسر نباشد، محکمه می تواند حق مطالبه تجدید نظر را در مورد تعیین مقدار جبران خساره، در خلال مدت معقول برای متضرر حفظ نماید». طبق نص این ماده هرگاه قاضی به هر دلیلی مانند نداشتن وقت کافی، نداشتن تخصص لازم در مسایل حساسی و مالی، مغلق و پیچیده بودن قیمت مال متلوفه و نظیر اینها نتواند مقدار دقیق جبران خسارت را تعیین نماید، می تواند حق مطالبه تجدید نظر را به متضرر برای مدت معقول حفظ نماید. به حیث مثال، اگر یک ساختمان ۲۰ طبقه ای به دلیل تقصیر مهندس و انجینیر یک شرکت ساختمانی فروریزد و علیه انجینیر و مهندس شرکت صاحب ساختمان اقامه دعوی نماید، تعیین مقدار جبران خسارت آن به دلیل تخصصی بودن کار ساختمانی مشکل به نظر می رسد.

پرسش این است که «تجدید نظر» در نص این ماده چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که تجدید نظر در حقوق جمهوری اسلامی ایران مترادف با استیناف خواهی در نظام حقوقی افغانستان است. اگر تجدید نظر در این مفهوم در ماده ۷۸ ق. م استعمال شده باشد، این حکم با این ایراد مواجه است که قاضی صلاحیت ندارد زمان استیناف خواهی و یا تمیز خواهی را در مورد فیصله صادره تعیین نماید، زیرا این امر در ق. ا. م. م تعیین شده است. این مدت در استیناف خواهی یک ماه (ماده ۱۶۵ ق. ا. م. م) و در فرجام خواهی دو ماه است (ماده ۴۳۷ ق. ا. م. م). در صورتی که تجدید نظر در این ماده در مفهوم تجدید نظر در نظام حقوقی افغانستان استعمال شده باشد، در این صورت این حکم با این ایراد مواجه است که قاضی صلاحیت ندارد مدت معقول را برای تجدید نظر برای طرف متضرر حفظ نماید. زیرا، طبق ق. ا. م. م این مدت ۳ ماه تعیین شده است. به نظر می رسد منظور از تجدید نظر در مفهوم استیناف خواهی، فرجام خواهی یا تجدید نظر بر قضیه توسط شورای عالی ستره محکمه استعمال نشده است، بلکه در مفهوم اصلاح، بازنگری و بازبینی استعمال شده است. با پذیرش این برداشت و استنباط این نتیجه به دست می آید که:

۱) اگر قاضی بتواند مقدار جبران خسارت را تعیین نماید، حق تجدید نظر برای متضرر وجود ندارد.

۲) اگر برای قاضی امکان تعیین دقیق مقدار جبران خسارت ممکن نباشد، می تواند برای متضرر حق تجدید نظر را برای متضرر حفظ نماید.

۳) قانونگذار مدنی به قاضی صلاحیت داده است تا مدتی را که در نظر قاضی معقول به نظر می رسد برای متضرر حفظ نماید. بنابراین، مقدار مدت بستگی به قاضی دارد تا با توجه به نوع و مقدار ضرر آن را معین نماید. بنابراین، متضرر می تواند در مدتی که قاضی تعیین نموده است از محکمه تجدید نظر در مورد مقدار جبران خسارت را مطالبه نماید. حفظ حق تجدید نظر در جریان سال های ۱۳۵۵ هجری شمسی موجه به نظر می رسید. اما حفظ حق تجدید نظر برای متضرر در صورت عدم میسر بودن امکانات تعیین دقیق مقدار جبران خساره امروزه محل ایراد به نظر می رسد، زیرا طبق ق. ا. م. که در سال ۱۳۶۹ هجری شمسی نافذ گردیده است قاضی می تواند در تعیین دقیق مقدار جبران خسارت از اهل خبره استفاده نماید. به حیث مثال، اگر ضرر بر ساختمان وارد شده باشد، قاضی می تواند از مهندس و انجینیر ساختمانی به عنوان اهل خبره استفاده نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تخییری برای قاضی است.

ج) عدم مقابله ضرر با ضرر

طبق ماده ۷۸۸ ق. م: «رساندن ضرر و مقابله ضرر با ضرر جواز ندارد. همچنین، ضرر با مثل آن رفع نمی گردد.» این قاعده مقتبس از حدیث پیامبر است که می فرماید:

«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْأِسْلَامِ.»^{۹۵۷}

«ضرر رسانیدن به دیگران و مقابله ضرر با ضرر در اسلام جایز نیست.»

از نص این ماده که مقتبس از فقه است سه حکم قابل استخراج است:

۱) رساندن ضرر به دیگران جواز ندارد. به حیث مثال، احمد قانوناً حق ندارد منزل محمود را به آتش زند. لا در این حدیث لا نهی است.

۲) مقابله ضرر با ضرر جواز ندارد. نص این ماده ایجابی است و ضرر را منع می کند. این قاعده ظاهراً ترجمه لاضرر است. در خصوص لاضرر سه تفسیر وجود دارد. نخست این که ضرر ضرر معنوی است. دوم این که ضرر به معنی صدمه رساندن به دیگران است و ضرر به معنی مقابله ضرر با ضرر. قاعده لاضرر یکی از پایه های استوار حقوق را تشکیل می دهد. نتیجه این قاعده همان تعویض مالی و تثبیت مجازات می باشد. لفظ این قاعده، ضرر را به کلی منتفی می گرداند و آن را به طور مطلق مورد منع قرار می دهد و شامل ضرر خاص و عام می گردد.

همچنین، این قاعده علاج واقعه را قبل از وقوع می نماید و نشان دهنده تدابیر وقایوی است. هدف از نفی و منع ضرر؛ یعنی: ضرر را با ضرر مقابله نکردن، همانا جلوگیری و ممانعت از انتقام گیری های فردی است که مقیاس ضرر را بالا می برد و جز این که دایره آن را وسیع تر بسازد، دیگر نتیجه ندارد زیرا ضرر رساندن ولو برای مقابله با ضرر باشد، مجاز نیست. به حیث مثال، کسی که مال دیگری را تلف نماید، جواز ندارد که

مقابله بالمثل شود و شخصی که مال او تلف شده است، مال تالف را تلف نماید، زیرا این امر دایره ضرر را وسعت می بخشد و نتیجه هم ندارد.

بنابراین، شایسته است در عوض مقابله به مثل، مرتکب و فاعل مکلف به تأدیه خسارت وارده گردد. این امر فواید متعدد دارد: نخست این که ضرر جبران می شود و دوم این که ضرر منسوب به تجاوزگر می شود و مسؤلیت را متوجه او می نماید. از همین رو، ماده ۹۲۱ مجله الاحکام در این مورد چنین مثال می آورد که: «مظلوم نمی تواند به این سبب که بر او ظلم شده بر ظالم ظلم کند.

به طور مثال اگر زید مال عمر را تلف کرد، به این سبب که عمر نیز مال وی را تلف ساخته، هر یک از ایشان تاوان تلفی را که انجام داده اند باید بپردازد. همچنین اگر کسی از یک قبیله مال کسی را که از قبیله دیگری بود تلف ساخت و مظلوم مال کسی را از قبیله ظالم برای مقابله تلف گردانید، هر شخصی که اتلاف را که وارد ساخته باید تاوان بدهد. اگر کسی پول ناچلی را به بار کسی دیگر زد، کسی که پول ناچل را گرفته نباید آن را به بار کس دیگر بزند.»

باید متذکر شد که حالت فوق، با حالت جنایت بر نفس و بدن فرق دارد زیرا در جنایات بدنی قصاص قابل اجراء است، زیرا جنایت زمانی ریشه کن می شوند که ضرر با ضرر مقابله گردد.^{۹۵۸} سوم این که ضرر به مفهوم عدم پذیرش ضرر است زیرا همانطور که ضرر رسانیدن به دیگران جواز ندارد پذیرفتن ضرر مانند تلف مال خویش، پذیرش ظلم، ستم کردن بر خود و نظیر اینها جواز ندارد. چهارم این که بند دوم این ماده که می گوید: «ضرر با مثل آن رفع نمی گردد» مقتبس از قاعده فقهی «الضرر لایزال بمثله.» (ماده ۲۵ مجله الاحکام) است. هرچند عبارت این قاعده با عبارت ضرر با مثل آن مقابله نمی شود متفاوت است اما مفاد، مضمون، محتوا و مثال های این دو قاعده مشابه اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عدم جواز ضرر رساندن و در صورت وارد شدن ضرر، عدم جواز مقابله ضرر با ضرر است.

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که طبق قاعده لاضرر اسلام و قانون مدنی ضرر را به رسمیت نمی شناسد و منع می کند. همچنین، طبق این قاعده ضرر نباید بدون جبران بماند. همچنین، قاعده لاضرر هم جنبه سلبی دارد و ضرر را منع می کند مانند قتل، اتلاف، غصب و نظیر اینها و هم ایجابی است که در صورت ورود ضرر، ضرر باید جبران شود.

همچنین، برای تشخیص ضرر باید به عرف مراجعه کرد زیرا ضرر یا متعارف است و طرفین آن را براساس عرف می پذیرند یا غیرمتعارف است و اشخاص براساس عرف آن را نمی پذیرد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند حتماً یا احمد یا محمود در خرید و فروش موتر ضرر می نمایند. بنابراین، در عقود معاوضی حتماً ضرر برای یکی از طرفین وجود دارد. این قاعده ضرر متعارف را منع نمی کند بلکه ضرر غیرمتعارف را منع می کند. ضرر متعارف در قراردادها وجود دارد و ضرر غیرمتعارف در حوادث حقوقی. بنابراین، طبق این قاعده قتل، ضرب، جرح، اتلاف عمدی مال دیگر، غصب، تجاوز جنسی، سرقت و امثال اینها جواز ندارد. زیرا، همه اینها موجب ورود ضرر به دیگران می شود.

۹۵۸. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۲۵-۲۷.

د) مستحقین دریافت جبران خسارت معنوی

طبق ماده ۷۷۸ ق. م: «۱- جبران خساره شامل سنجش ضرر معنوی نیز می‌باشد. ۲- اگر به سبب وفات شخصی که مورد تعدی واقع گردیده، ضرر معنوی به زوج و اقارب وی عاید گردد، محکمه می‌تواند برای زوج و اقارب تا درجه دوم، به جبران خساره حکم نماید. ۳- جبران خساره ناشی از ضرر معنوی، به غیر انتقال نمی‌کند، مگر این‌که مقدار آن به اساس موافقه طرفین و با حکم قطعی محکمه تعیین شده باشد». از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱) قاضی محکمه ذیصلاح در سنجش جبران خسارت مادی، ضرر معنوی را نیز می‌تواند در نظر بگیرد، زیرا همانگونه که خسارت مادی قابل جبران است، خسارت معنوی نیز قابل جبران است. بنابراین، پرداخت جبران خسارت معنوی در ق. م به رسمیت شناخته شده است.

۲) ماده ۷۸۸ ق. م کیفیت تعیین جبران خسارت معنوی توسط محکمه ذیصلاح را پیش بینی ننموده است مگر این‌که قواعد مواد ۷۸۹ و ۷۹۰ را بر خسارت معنوی نیز تسری بدهیم. در این صورت، در تعیین جبران خسارت معنوی قاضی می‌تواند از قواعد مذکور استفاده نماید.

۳) طبق فقره دوم ماده ۷۸۸ ق. م اگر به سبب وفات شخصی که مورد تعدی؛ یعنی ظلم و تجاوز قرار گرفته است ضرر معنوی به زوج یا اقارب او برسد، محکمه می‌تواند به زوج و اقارب او تا درجه دوم حکم به جبران خسارت معنوی کند. در این ماده اشخاصی که مستحق دریافت خسارت معنوی می‌شوند احصاء شده است. این اشخاص عبارت اند از: زوج و اقارب تا درجه دوم. پرسش این است که منظور از زوج در ماده ۷۸۸ ق. م چیست؟

در پاسخ به این پرسش برخی حقوقدانان می‌نویسند که زوج در زبان عرب به معنای همسر است و بنابراین هم بر زن و هم بر شوهر اطلاق می‌شود و مؤنث ندارد.^{۹۵۹} معنی دیگر زوج شوهر است. در صورت پذیرش معنی اول هر یک از زوجین مستحق دریافت جبران خسارت معنوی می‌شوند و در صورت پذیرش معنی دوم صرف شوهر مستحق دریافت جبران خسارت معنوی می‌شود. حصر دریافت جبران خسارت معنوی توسط زوج به سبب وفات زوجه محل ایراد به نظر می‌رسد، زیرا در صورت وفات زوج، زوجه نیز مستحق دریافت جبران خسارت معنوی می‌شود.

لذا، هر یک از زوجین که همسر خویش را به سبب تعدی اشخاص ثالث از دست بدهد، می‌تواند جبران خسارت معنوی را از ضرر رساننده دریافت نماید. عبارت اقارب در این ماده نیز مبهم و کلی است، زیرا چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت، اقارب یعنی خویشاوندان که به اقارب سببی، نسبی و رضاعی تقسیم می‌شوند. گذشته از این، در ماده ۷۸۸ ق. م واضح نگردیده است که اقارب تا درجه دوم قرابت مستقیم یعنی قرابت بین اصول و فروع و یا قرابت غیر مستقیم یعنی قرابت بین چند شخص که از یک اصل متولد شده اند است.

به نظر می‌رسد منظور از اقارب تا درجه دوم قرابت به صورت مستقیم اصولاً و فروعاً است. به حیث مثال، هرگاه احمد وفات نماید و فرزند و فرزند فرزند اعم از دختر و پسر داشته باشد و پدر و پدر پدر او زنده باشند، هر یک می‌توانند دریافت جبران خسارت معنوی را مطالبه نمایند. این تفسیر وسیع ماده ۷۸۸ ق. م است. اما، اگر این ماده را تفسیر محدود نماییم صرف اقارب متوفی تا درجه دوم می‌توانند جبران خسارت معنوی را دریافت نمایند. به حیث مثال، اگر شخصی به نام حمیده وفات نماید و یک پسر به نام جمیل و یک پسر پسر (نواسه) به نام کبیر و یک پسر پسر پسر به نام احمد داشته باشد، صرف جمیل و کبیر که اقارب درجه دوم او محسوب می‌شوند، مستحق جبران خسارت شناخته می‌شوند و احمد که اقارب درجه سوم حمیده تلقی می‌شود از دریافت جبران خسارت معنوی محروم می‌گردد.

۴) طبق ماده ۷۸۸ فقره سوم ق. م جبران خسارت معنوی به غیر یعنی اشخاص دیگر منتقل نمی‌شود مگر این که مقدار آن توسط طرفین و محکمه ذیصلاح تعیین شده باشد. از نص این ماده یک اصل و دو استثناء قابل استنباط است. اصل این است جبران خسارت معنوی محدود و منحصر به زوج و اقارب متوفی تا درجه دوم است. به نظر می‌رسد بقیه افراد مستحق دریافت جبران خسارت معنوی نمی‌شوند.

استثنای اول این اصل است که در صورتی که طرفین مقدار جبران خسارت را تعیین نموده باشند، این امر امکان پذیر است. به حیث مثال، هرگاه شخص در مؤسسه یا فابریکه کار نماید و با رئیس مؤسسه یا صاحب کار توافق نماید که در صورتی که در حین کار جان خویش را از دست بدهد، مؤسسه یا فابریکه جبران خسارت را به فلان شخص بدهد. در این صورت این توافق مدار اعتبار است و اشخاص غیر از زوجین و اقارب تا درجه دوم می‌توانند جبران خسارت معنوی را دریافت نمایند.

استثنای دوم در صورتی است که محکمه مقدار جبران خسارت را تعیین نماید و این حکم قطعی شود. از آنچه گفته این نتایج به دست می‌آید که نخست این که: کلمه زوج در این ماده محل ایراد است، زیرا در صورتی که زوج وفات نماید زوج نیز می‌تواند جبران خسارت معنوی را از قاتل دریافت نماید. دوم این که اقارب در این ماده مبهم و کلی است و در صورت وفات شخص دایره و تعداد دریافت کنندگان جبران خسارت معنوی خیلی زیاد خواهند گردید. سوم این که بقیه افراد به غیر از زوج و اقارب مستحق دریافت جبران خسارت معنوی شناخته نمی‌شوند مگر در دو حالت:

اول این که میان طرفین توافق صورت گرفته باشد. عبارت طرفین در این ماده نیز مبهم است، زیرا قانونگذار مدنی واضح نساخته است که طرفین کی‌ها اند. دوم این که در صورتی که حکم قطعی محکمه مبنی بر این که بقیه افراد به غیر از زوج و اقارب وجود داشته باشد. این دو صورت نیز از یکطرف مخالف قواعد حقوق میراث است، زیرا جبران خسارت جزء ترکه میت محسوب می‌گردد و از طرف دیگر منطق و دلیل این که بقیه افراد بتوانند جبران خسارت معنوی را دریافت نمایند روشن نیست.

همچنین، نص بند اخیر ماده ۷۸۸ ق. م نظری و آرمان‌گرایانه است و تحقق مصادیق عینی آن بسیار نادر و استثنایی به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن ضرر معنوی و افرادی که مستحق دریافت آن می‌شوند است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۶۵):

در فقره اول ماده (۷۷۸) قانون مدنی ضرر معنوی چطور سنجش شده می تواند.

توضیح:

وکیل مدافع بسیار فهمیده و حقوق دان که از مؤکلین خود با نهایت درایت و امانت داری دفاع می نماید ماهانه هزار افغانی در آمد دارد. از مدتی غیابت او، وکیل دیگر به نام و عنوان او به مدافعه پرداخته که از نگاه سطح دانش و معلومات به پایه او نبوده و این حرکت به شهرت و حیثیت معنوی او ضرر وارد می نماید. وکیل مدافع اولی حق دارد از نگاه ضرر معنوی جبران خساره را از محکمه مربوط تقاضا نماید.

با به کار بردن علایم تجارتي که ضرر معنوی را وارد می سازد به این معنی که یک علامه تجارتي ثبت شده شخص توسط شخص دیگری در یک مال التجاره به کار برده شود یا سرقت اثر مولفی توسط شخص دیگر که در این موارد ضرر معنوی تولید می نماید. در چنین احوال، سنجش ضرر مربوط به مطالبه مدعی متضرر و اطمینان محکمه از نگاه تامین عدالت است. ضرر معنوی شامل حالات دیگری هم می باشد مثلاً تجاوز به عقاید، افکار، عفت یا صدمه به احساسات و عواطف در اثر مرگ و یا جرح شدید اقربا و هم معیوبیت که متوجه متضرر می گردد به ذات خود در پهلوی ضرر مادی، ضرر معنوی هم نهفته دارد. همچنین، درد و تألم فزیکشی ناشی از زخم یا لطمه بر زیبایی و چهره شامل ضرر معنوی می باشد.^{۹۶۰}

چنانچه ملاحظه می گردد، ستره محکمه در این رأی کیفیت و معیار های جبران خسارت را معین نکرده است، بلکه مصادیق و مثال هایی جبران خسارت را پیش بینی کرده است که مفید و رهنمونی به نظر نمی رسد. زیرا این مثال نظری است. آنچه بسیار مهم است معیار های سنجش خسارت معنوی است که در بسیاری از نظام های حقوقی از جمله نظام حقوقی افغانستان در خصوص آن خلا وجود دارد و محکمه را در تعیین مقدار جبران خسارت دچار مشکل می نماید و موجب می شود تا قاضی نتواند در نبود معیار های مشخص خسارت معنوی را جبران نماید.

در جمهوری اسلامی ایران خسارت معنوی پذیرفته شده و مثال آن که در محکمه در خصوص آن حکم صادر شده است در ذیل نقل می گردد:

شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

دادنامه

دادگستری کل استان تهران

پرونده [...] شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، تصمیم نهایی شماره ۱۴۰۱۶۸۴۹۰۰۰۲۷۶۲۳۷۰

تجدیدنظر خواه

تجدیدنظر خوانده

تجدیدنظر خواسته: نسبت به دادنامه شماره ۱۵۷۰۲۶۱۳ - ۱۴۰۰/۱۰/۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران دادگاه با بررسی محتویات پرونده و مشاوره ختم دادرسی را اعلام و به شرح آتی مبادرت به انشای رأی می نماید.

رأی دادگاه

تجدیدنظر خواهی ... به طرفیت ... نسبت به آن بخش از دادنامه شماره ۱۵۷۰۲۶۱۳ - ۱۴۰۰/۱۰/۲۷ داده عمومی حقوقی تهران که به موجب حکم به بی حقی در دعوی مطالبه خسارت معنوی ناشی از ارتکاب بزه های توهین و تهدید و خسارت دادرسی صادر شده وارد است. اولاً: به دلالت دادنامه شماره ۴۷۱۲۹۷۱۲ - ۱۴۰۰/۹/۱۰ شعبه ۱۰۲۹ دادگاه کیفری ۲ تهران و ۷۲۱۵۴۷۱۶ - ۱۴۰۰/۱۱/۱۱ شعبه ۴۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران ارتکاب بزه توهین و تهدید نسبت به تجدیدنظر خواه از ناحیه خانم ثابت است.

ثانیاً: به موجب ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ۱ آن خسارت معنوی از جانب مجنی علیه قابل مطالبه است و علاوه بر طریق غیرمالی جبران آن، از طریق مالی نیز تجویز شده است که با عنایت به تعریف خسارت معنوی در تبصره مذکور دایر بر ورود صدمه روحی با هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی و اجتماعی، ارتکاب عمل مجرمانه خوانده باعث تسلی خاطر و کاهش تألمات روحی مجنی علیه می گردد. از جانب دیگر، تعیین میزان مال و نحوه جبران خسارت مطابق ماده ۱ قانون مسؤولیت مدنی از اختیارات دادگاه است و قاضی به عنوان عقل متعارف در جامعه می تواند رأساً مبلغ قابل پرداخت به عنوان جبران خسارت معنوی را تعیین نماید به استناد مواد ۱۹۸ و ۳۵۸ و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و مستندات فوق ضمن نقض دادنامه در آن بخش حکم به محکومیت تجدیدنظر خوانده به پرداخت شصت میلیون ریال به عنوان جبران خسارت معنوی ناشی از توهین و تهدید و پرداخت هزینه دادرسی هر دو مرحله و حق الوکالت مرحله نخستین مطابق تعرفه در حق تجدیدنظر خواه صادر و العامی می دارد. راجع به بخش دیگر دادنامه یاد شده مشعر بر حکم به بی حقی در مطالبه خسارت ناشی از تخریب خودرو به جهت عدم احراز ورود خسارت به خودرو از ناحیه تجدیدنظر خوانده و فقد دلیل بر رابطه سببیت یا علیت عرفی بین فعل نامبره و زیان به استناد ماده ۳۷۸ قانون اخیر الذکر تجدیدنظر خواهی را رد و دادنامه یادشده را تأیید می نماید. این رأی قطعی است.

رئیس شعبه ۴۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران داکتر سید عطا قیصری

مستشار دادگاه علی علیپور

پرسش:

۱- مواد (۷۷۶) و (۷۷۸) قانون مدنی مخالف اساسات است زیرا در اساس شریعت در همچو مورد ارش یا حکومت عدل یا دیت تعیین شده و اگر منظور از جبران خساره علاوه بر دیت و غیره باشد دور از عدالت به نظر میرسد.

۲- مطابق ماده (۷۷۵) قانون مدنی "لازم" گردانیدن ضمان نفقه بازماندگان مقتول قابل توضیح است. توضیح:

در هر دو بند پرسش چنان فکر شده که لزوم جبران خساره وارده و یا تکلیف قاتل به ضمان نفقه اشخاصیکه مقتول در زمان حیات نفقه شان را به دوش داشت با اساسات شریعت توافق ندارد در حالیکه چنین نیست بلکه استیفای قصاص و یا دیت حق ورثه مستحق الارث مقتول است و خساره وارده می تواند غیر از حالت قتل در حالت ضرب و جرح تنها نیز متحقق گردد.

از ناحیه دیگر در ماده (۷۷۵) قانون مدنی لزوم نفقه اشخاص پیش بینی شده در زمان حیات به دوش متوفی بوده این اشخاص میتواند از جمله ورثه مستحق الارث و غیر آن که مقتول در زمان حیات تکفل اعاشه آنها را داشت بوده باشد.

قانون مدنی علاوه بر حق قصاص و یا دیت مستفاد از ماده اول قانون جزاء قاتل را به جبران خساره مکلف به تادیه ضمان مدنی نیز شناخته است و کدام منافات با اساسات شریعت ندارد.^{۹۶۱}

ه) در نظر گرفتن رفع نیازمندی ها به قدر ضرورت

طبق ماده ۷۸۴ فقره اول ق. م: «ضرورت به قدر ضرورت، تعیین می شود». این ماده ترجمه ۲۲ مجله الاحکام است که تصریح می نماید: «آنچه برای ضرورت مباح ساخته شده است به اندازه کفایت در نظر گرفته می شود.»

طبق این قاعده جایز پنداشتن محرمات به اندازه دفع خطر است و هر وقت خطر مرفوع گردید، تحریم به حالت اصلی خود باز می گردد. بنابراین، وقتی عورت انسان به دوا نیاز پیدا کند، طیب به اندازه نیاز معاینه و معالجه می تواند همان جزء بدن را برهنه و معلومات حاصل نماید.^{۹۶۲} این مثال عمومی و خارج از ساحه حقوق و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی است. مثال هایی که در ساحه مسؤولیت مدنی غیرقراردادی برای این قاعده حقوقدانان ارایه می نمایند قرار ذیل است:

۱- اگر کسی در خانه خود به سمت منزل همسایه کلکینی را باز نماید که همسایه از آن متضرر شود، این شخص به انهدام دیوار خانه خویش مکلف نیست، بلکه کلکین او به همان اندازه که ضرر را از همسایه دفع نماید، باید بسته شود.

۹۶۱. _____ (۹- 19 حوت 1361). سیمینار عالی ستره محکمه، کابل: ستره محکمه، ص ۲۱۲.

۹۶۲. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۴۷ و ۴۸.

۲- هرگاه انسانی گرسنه شود و خطر مرگ او متصور باشد، می تواند غذای شخص دیگری را که به رضا به او نمی دهد، غصب نماید مشروط بر این که از اندازه ای که گرسنگی او را مرفوع سازد و او را از مرگ نجات دهد تجاوز نکند؛ یعنی: شکم سیر نخورد.^{۹۶۳}

و) تحمل ضرر خاص جهت دفع ضرر عام

طبق ماده ۷۸۶ ق. م: «ضرر خاص، جهت دفع ضرر عام تحمل می گردد.» نص این ماده ترجمه ماده ۲۶ مجله الاحکام است که تصریح می نماید که: «به خاطر دفع ضرر عامه مردم، ضرر شخصی تحمیل می گردد.» این قاعده، در فقه یکی از قواعد کلی است و فروع ذیل از این قاعده استنباط می گردد:

۱- از شغل و پیشه طبیب جاهل به عمل طبابت و مفتی نادان جلوگیری شود گرچه آنها متضرر هم شوند، زیرا جلوگیری از شغل این افراد ضرر را از عامه مردم دفع می نماید و جان، دین و مال مردم در امان می ماند.

۲- قاضی صلاحیت دارد مال های احتکار شده توسط محتکرین را به فروش رساند، اگرچه به ضرر آنها تمام شود تا ضرر احتکار از جامعه مرفوع گردد.^{۹۶۴}

۳- منهدم کردن دیوار مایل به سقوط ساختمان شخصی در راه عام برای جلوگیری از ورود ضرر به عمومی مردم.^{۹۶۵} قواعد مندرج در مواد ۷۸۴ و ۷۸۶ به رغم این که برای دفع ضرر وضع شده اند، اما این قواعد بیشتر بر مسؤولیت مدنی قراردادی قابل تسری و تطبیق اند نه بر مسؤولیت مدنی غیرقراردادی.

ز) طریق پرداخت جبران خسارت

طبق ماده ۷۸۱ ق. م. ا: «طریقه جبران خساره با رعایت احوال از طرف محکمه تعیین می گردد. جبران خساره به صورت اقساط یا عواید مرتب پرداخت شده می تواند، که در این صورت مکلف ساختن مدیون به دادن تأمینات جواز دارد.» از نص این ماده سه حکم به شرح ذیل قابل استنباط است:

۱) محکمه می تواند با توجه به اوضاع و احوال شخص مسؤول طریقه پرداخت جبران خسارت را تعیین نماید.

۲) محکمه می تواند پرداخت جبران خسارت توسط زیان زننده را به طور اقساط تعیین نماید؛ به این توضیح که حکم نماید که ضرر زننده جبران خسارت را در چند قسط در اوقات معین پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را کاملاً از بین برد و قیمت موتر دوازده لک افغانی باشد، محکمه می تواند حکم نماید که احمد در شش قسط در مدت یک سال، هر قسط دو لک افغانی برای محمود به عنوان جبران خسارت پرداخت نماید.

۳) محکمه می تواند با توجه به عواید زیان زننده نحوه پرداخت جبران خسارت را معین نماید.

۹۶۳. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۸۲.

۹۶۴. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، ص ۳۴.

۹۶۵. داد محمد نذیر (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت، ص ۹۰.

۴) محکمه می تواند ضرر زننده و یا مدیون را مکلف به دادن تأمین مانند: رهن و یا کفیل به داین (متضرر) نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد و طریقه های پرداخت جبران خسارت و دادن تضمین به متضرر است.

ح) پرداخت جبران خسارت مسؤولین فعل مضر (تعدد اسباب)

طبق ماده ۷۸۹ ق. م: «هرگاه مسؤولین فعل مضر، متعدد باشند، در جبران خساره مسؤولیت مساوی دارند، مگر اینکه قاضی حصه هر کدام را در جبران خساره تعیین نماید.» از نص این ماده به خوبی بر می یاید که این قاعده مختص به فعل مضر و تعدد اسباب است. تعدد اسباب سه حالت دارد:

۱) **طولی:** در این صورت چند سبب در ورود زیان نقش دارند. به حیث مثال، اگر احمد را موتر بزند و احمد وفات نماید، امکان دارد برک های موتر خراب باشد و مستری آن را خوب ترمیم نکرده باشد، راننده در وقت رانندگی احتیاط لازم را به خرج نداده باشد و زمانی که احمد به شفاخانه انتقال داده شده است داکتر توجه لازم را نکرده باشد. در این صورت، تعدد اسباب در طول هم اند. در این خصوص که کدام شخص مسؤول است چندین نظریه وجود دارد که عبارت اند از: نظریه تقدم در تأثیر، سبب متصل به نتیجه، نظریه تساوی، نظریه سبب پویا، سبب متعارف و سبب مؤخر.

۲) **عرضی:** در این صورت چند عامل در عین زمان فعل مضر را انجام می دهند. به حیث مثال، اگر احمد، محمود، جمشید، فاروق و قیوم سنگ را از کوه لول بدهند و موجب قتل یا زخمی شدن حمیده شوند، همه در عرض هم مسؤول اند. در خصوص تعدد اسباب عرضی چهار نظریه وجود دارد: نظریات تساوی، نظریه به نسبت میزان تأثیر، نظریه میزان تقصیر (تقصیر سبک و تقصیر فاحش) و نظریه تضامنی. به نظر می رسد قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۸۹ نظریه تساوی را به عنوان اصل و نظریه به میزان تأثیر را به عنوان استثناء پذیرفته است.

۳) **مجمل:** در این صورت چندین شخص در حدوث فعل مضر نقش دارند اما مجمل اند و معلوم نیست کدام عمل مضر را انجام داده است. به حیث مثال، اگر در یک قطعه نظامی چنین سرباز شلیک نمایند و موجب قتل مسعوده شوند، معلوم نیست که کدام یک عمل را انجام داده است. در نص این ماده به اسباب عرضی، طولی و مجمل اشاره نشده است و به نظر می رسد که در نص این ماده تعدد اسباب به صورت مطلق ذکر و پیش بینی شده است.

با توجه به آنچه گفته شد، از نص ماده ۷۸۹ ق. م یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که طبق نص این ماده، هرگاه انجام دهندگان فعل مضر اعم از اتلاف، غصب، قتل، ضرب و جرح متعدد باشند، باید جبران خسارت را مساویانه پرداخت نمایند. به حیث مثال، هرگاه سه شخص مال دیگری را تلف نمایند، قیمت مال باید به سه حصه تقسیم شود و هر یک قیمت یک حصه را پرداخت نمایند.

استثنای این قاعده این است که قاضی می تواند با توجه به حالات خاص، حصه جبران خسارت را که هر یک از انجام دهندگان فعل مضر باید پرداخت نماید، تعیین نماید. در این فرض، هر یک از انجام دهندگان فعل مضر مکلف به پرداخت حصه ای که به آن حکم شده است می باشد. مثال دیگر، در صورتی که در اثر بی مبالائی و مراقبت از موتر توسط مالک، موتر به سرقت برده شود و سارق با عابر تصادم و به وی ضرر مالی

و جانی وارد نماید، هم مالک موتر و هم سارق مسؤولیت مدنی غیر قراردادی در برابر عابر دارند و باید جبران خسارت را مشترکاً پرداخت نمایند.

گفتار سوم) مرور زمان دعوی جبران خسارت

بحث مرور زمان پرداخت بدون سبب و عمل فضولی در مباحث مربوط گذشت. در مورد تحت مرور قرار گرفتن دعاوی جبران خسارت ناشی از فعل مضر ماده ۷۹۸ ق. م حکم می نماید: «دعوی جبران خساره ناشی از هر نوع فعل مضر بعد مرور سه سال، از تاریخ علم متضرر به وقوع ضرر و شخصی که ضرر را عاید نموده، همچنین در تمام احوال بعد از مرور (۱۵) سال از تاریخ وقوع فعل مضر شنیده نمی شود». از نص این ماده دو حکم جدا در مورد تحت مرور زمان^{۹۶۶} قرار گرفتن دعوی جبران خسارت ناشی از مسؤولیت مدنی غیر قراردادی قابل استنباط است:

۱) تحت دعوی مرور زمان قرار گرفتن دعوی جبران خسارت ناشی از فعل مضر اعم از اتلاف، غصب، قتل، ضرب و جرح سه سال از تاریخ آگاهی متضرر و ضرر زننده مبنی بر حدوث ضرر است. در صورتی که متضرر در این مدت در مورد پرداخت جبران خسارت علیه ضرر زننده اقامه دعوی ننماید، بعد از انقضای این مدت، دعوی تحت مرور زمان قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نخواهد بود. در مورد قتل معمولاً اقامه دعوی توسط ورثه صورت می گیرد. در مورد سایر دعاوی خود متضرر اقامه دعوی می نماید. به نظر می رسد ذکر کلمه ضرر زننده در این ماده زاید به نظر می رسد.

۲) در صورت عدم علم متضرر و ضرر زننده دعوی ناشی از جبران خسارت ۱۵ سال است. بنابراین:

۱- اگر «الف» مال «ب» را غصب نماید «ب» می تواند تا سه سال از تاریخ علم به غصب علیه «الف» اقامه دعوی نماید.

۲- اگر «الف» مال «ب» را غصب نماید «ب» می تواند تا مدت ۱۵ سال از تاریخ غصب در صورت نداشتن علم به غصب علیه «الف» اقامه دعوی نماید.

۳- اگر «الف» مال «ب» را غصب نماید و «ب» بعد از ۱۴ سال به غصب علم حاصل نماید صرف می تواند علیه «الف» در مدت یک سال باقی مانده اقامه دعوی نماید. زیرا قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۹۷ از تمام احوال سخن می گوید. به نظر می رسد تمام احوال پانزده سال و علم شخصی که فعل مضر بر وی و یا مال وی واقع گردیده است سه سال را در بر می گیرد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که نخست قانونگذار مدنی با توجه به معیار آگاهی متضرر و وقوع فعل مضر دو مدت را برای دریافت حق جبران خسارت تعیین نموده است. سه سال از تاریخ علم متضرر و پانزده سال از تاریخ وقوع فعل مضر.

مبحث چهارم) فرق بین مسؤولیت مدنی تعاقدی و غیر تعاقدی

میان مسؤولیت مدنی تعاقدی و مسؤولیت مدنی غیر تعاقدی فرق های ذیل وجود دارد:

۱) از نظر مبنا: همانطور که اشاره شد، مبنای مسؤولیت مدنی تعاقدی وجود عقد بین دو طرف است. ولی، در مسؤولیت مدنی غیر تعاقدی، ضرر و وارد آوردن خسارت مبنای ایجاد مسؤولیت است و وجود توافق قبلی

۹۶۶. در مورد مرور زمان ر. ک: بخش اخیر این کتاب.

طرفین در این گونه مسؤولیت مطرح نیست، بلکه مسؤولیت به حکم قانون برای عامل ورود ضرر ایجاد می شود؛

(۲) از نظر هدف: هدف اصلی مسؤولیت مدنی تعاقدی، تضمین اجرای صحیح عقود خصوصی منعقد شده بین اشخاص و تأمین حقوق آنهاست، در حالی که در هدف از وضع قواعد مربوط به مسؤولیت مدنی غیرعقدی توسط ق. م علاوه بر جلوگیری از اضرار به غیر و جبران خسارت وارده به دیگران، تأمین نظم عمومی جامعه و مقابله با تعدی به حقوق دیگران نیز است؛ و

(۳) از نظر شرایط تحقق: شرایط ایجاد مسؤولیت مدنی تعاقدی عبارتند از: وجود عقد میان طرفین و عدم انجام و یا تأخیر در انجام تعهد توسط متعهد است. ولی، تحقق مسؤولیت مدنی غیر تعاقدی منوط به وجود فعل با تقصیر، فعل مضر و فعل مفید، ضرر و رابطه سببیت بین زیان وارده و فعل زیان بار است.^{۹۶۷}

بخش سوم:
انواع و تنفيذ تعهد

مقدمه

اعمال و حوادث حقوقی موجب ایجاد تعهد می‌گردد که بر اساس آن داین می‌تواند اعطای شی، اجرای عمل یا امتناع از آن را از مدیون مطالبه می‌نماید. بنابراین، اثر اعمال و حوادث حقوقی ایجاد تعهد است. اما، اثر تعهد تنفیذ آن است. ق. م راه های گوناگونی را در صورتی که یکی از طرفین از ایفای آثار این حوادث امتناع ورزد، پیش بینی نموده است. چون مدیون و یا متعهد بودن انسان برای همیشه متعارض با حریت یا آزادی انسان است، ق. م احکام معین را در باره انقضاء و یا سقوط تعهد وضع نموده است.

باوجوداین، وجبیه یا التزام نیز بر دو نوع است: وجبیه طبیعی و وجبیه مدنی: وجبیه یا تعهد طبیعی عبارت از تعهدی است که از ضمانت اجراء برخوردار نیست و متعهدله نمی‌تواند از راه های قانونی اجرای آن را مطالبه نماید. تعهد مدنی عبارت از تعهدی است که ضمانت اجرای قانونی دارد، مانند مطالبه حقی که موعد آن شامل مرور زمان نگردیده است.^{۹۶۸} بنابراین، در تعهد طبیعی مدیون مجبور به تنفیذ آن نمی‌گردد. ولی، در تعهد مدنی مدیون مجبور به تنفیذ آن می‌گردد.^{۹۶۹}

آنچه گفته شد، از نظر اجرا است. اما، از نظر طرفین و موضوع تعهد به تعهد دارای موضوع متعدد و طرفین متعدد تقسیم می‌شود. با توجه به آنچه گفته شد، مطالب این بخش را در چهار فصل مورد مطالعه قرار می‌دهیم: انواع تعهد (فصل اول)، تنفیذ تعهد (فصل دوم)، اثبات تعهد (فصل سوم) و سقوط تعهد (فصل چهارم):

۹۶۸. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، صص ۱۶۷ و ۱۶۹.

۹۶۹. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۷۲۲.

فصل اول: تعهد طبیعی

طبق ق. م تعهد دو نوع است. تعهد طبیعی و تعهد مدنی. مؤجد تعهد طبیعی حقوق روم بوده و سپس توسعه کرده و از طریق ق. م. ج. م وارد ق. م. ا گردیده است که احکام آن را جلد دوم، باب سوم، فصل اول به صورت کلی مواد ۸۱۳ و ۹۱۴ ق. م که ترجمه مواد ۲۰۰ و ۲۰۲ ق. م. ج. م است تنظیم نموده است.

مبحث اول) تعیین ساحة تعهد طبیعی

براساس ماده ۸۱۳ ق. م: «هرگاه تصرف، وجبیه طبیعی را به وجود آرد، محکمه می تواند ساحة آن را در حدود احکام شرع و قانون تعیین نماید.» نص این ماده مبهم و پیچیده به نظر می رسد. تعریف تصرف در ابتدای این کتاب گذشت. طبق نص این ماده در صورتی که تصرف وجبیه طبیعی را به وجود آورد، محکمه می تواند ساحة آن در حدود احکام شرع و قانون تعیین نماید.

طبق نص این ماده اگر شخص تصرفی را انجام دهد که تصرف موجب ایجاد تعهد طبیعی شود، قاضی ساحة آن را مطابق شرع و قانون تعیین می نماید. تعهد یا وجبیه طبیعی که در ق. م نیز رسوخ کرده است، یک اصطلاح بی نهایت نامتعارف، مغلق و پیچیده است. ق. م تعریفی از تعهد طبیعی ارایه نکرده است. اما، آن را به رسمیت می شناسد. دکتر لنگرودی در تعریف تعهد طبیعی می گوید: «تعهد طبیعی عبارت از تعهدی است که از ضمانت اجرای قانونی برخوردار نیست و متعهد له نمی تواند از راه های قانونی آن را مطالبه نماید. ولی، قانون وجود آن را به رسمیت می شناسد.»^{۹۷۰}

به نظر می رسد تعهد طبیعی در فقه نیز وجود دارد. منتها، به نظر می رسد در فقه تعهد طبیعی به نام «تعهد طبیعی» یاد نمی گردد، بلکه به نام حق دینانی یاد می گردد. در فقه اسلامی حق به اعتبار تأیید و عدم تأیید قضاء به دو نوع تقسیم می شود: حق دینانی و حق قضایی: حق دینانی عبارت از حقی است که تحت ولایت قضاء در نمی آید و قاضی را قادر به الزام بنابر سببی از اسباب مانند عجز صاحب حق از اثبات آن در محضر

۹۷۰. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۱۶۷.

قضاء، نمی نماید. پس، در چنین موارد انسان نزد خداوند عز و جلاله و ضمیرش مسؤول می باشد. به طور مثال، دینی که صاحب آن از اثبات آن در محضر قضاء عاجز شود به این معنی نیست که صاحب دین غیر مستحق تلقی می گردد، بلکه بر مدیون اداء دین دیناً واجب می باشد. اما، حق قضایی عبارت از حقی است که تحت ولایت قضاء می آید و امکان اثبات حق را توسط صاحب آن در قضاء مساعد می نماید.^{۹۷۱}

به نظر می رسد تعهد مدنی عبارت از تعهدی است که داین می تواند اجرا، پرداخت یا عدم اجرای آن را از محکمه مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود باشد و محمود دین احمد را نپردازد، احمد می تواند از محکمه مطالبه نماید تا محمود را مجبور به پرداخت دین نماید. ساحه (ساحت و یا ساحه) به معنی ناحیه، فضای خانه، حیاط، زمین که سقف نداشته باشد و میدان است که جمع آن ساحات می باشد.^{۹۷۲}

به نظر می رسد در ق. م ساحه در این مفهوم استعمال نشده است، بلکه در مفهوم قلمرو و حدود استعمال شده است. طبق نص ماده ۸۱۳ ق. م در صورتی که شخص عملی را انجام دهد و این عمل موجب ایجاد تعهد طبیعی شود، قاضی تعیین می نماید که آیا تعهد طبیعی است یا مدنی. به حیث مثال، اگر احمد محمود دوستش را به مهمانی دعوت نماید و محمود به مهمانی بیاید، اما از احمد از دادن مهمانی اجتناب ورزد، تعهد احمد نسبت به محمود تعهد طبیعی است که به نام تعهد اخلاقی هم نامیده می شود. در صورت بروز اختلاف میان احمد و محمود در خصوص این تعهد، قاضی تعیین می نماید که تعهد طبیعی است یا مدنی. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی تعهد طبیعی و واگذاری تعیین حدود آن به قاضی محکمه ذیصلاح است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۶۸):

در ماده (۸۱۳) قانون مدنی وجبیه طبیعی چه نوع و جیبیه می باشد توضیح شود.

توضیح:

و جیبیه طبیعی عبارت از مکلفیت اخلاقی است که در آن احساس مدیونیت ذمه وجود داشته و مدیون بدون داشتن مسؤولیت مدنی به رضایت خویش به تنفیذ آن مبادرت می ورزد. مثلاً مدیون بعد از انجام سوگند قاطع به عدم لزوم تادیه دین دائن به ذمه اش از مسؤولیت مدنی مبری شناخته می شود به آنهاهم اگر مدیون دین ذمت خویش را به موجب احساس مدیونیت می پردازد و جیبیه طبیعی شمرده می شود.^{۹۷۳}

مبحث دوم) تبدیل تعهد طبیعی به تعهد مدنی

۹۷۱. الیاس ناصیف (۲۰۰۳). الموسوعة العقود المدنية و التجارية، جلد (۳)، الطبعة الثالثة، بیروت: لبنان، صص ۳۱ و ۳۲.

۹۷۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۰۴.

۹۷۳. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 528.

براساس ماده ۸۱۴ ق. م: «وجبیه طبیعی سبب تعهد مدنی شده می تواند.» تعریف تعهد مدنی و تعهد طبیعی در مبحث اول گذشت. طبق نص این ماده وجبیه طبیعی سبب تعهد مدنی می شود. بنابراین، وجبیه طبیعی سبب می شود تا وجبیه مدنی به وجود آید. ارایه مثال برای تعهد طبیعی که به تعهد مدنی تبدیل شود بسیار دشوار است. برخی استادان در این خصوص چنین مثال می آورند: «گاه ممکن است تعهد در ابتداء طبیعی باشد و سپس به تعهد مدنی تبدیل شود، مانند: تعهد یا التزام شخص مبنی بر تأمین نفقه اقارب فرزند که ابتداء تعهد طبیعی بوده و سپس به تعهد مدنی تبدیل شده است.»^{۹۷۴}

این مثال با دو ایراد مواجه به نظر می رسد: نخست این که تأمین نفقه اقارب چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق فامیل و اطفال این دور از شرح ق. م گذشت، تعهد مدنی و شرعی است. دوم این که تأمین نفقه اقارب فرزند در این مثال مبهم به نظر می رسد. بنابراین، نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد تعهد مدنی سبب ایجاد تعهد طبیعی است. به نظر می رسد تعهد طبیعی نمی تواند موجب ایجاد تعهد مدنی گردد. برخی مثال های تعهد مدنی که سبب ایجاد تعهد طبیعی می شود قرار ذیل است:

۱) اگر احمد پنجاه هزار افغانی مدیون حمید باشد و احمد منکر قرض حمید شود و حمید نتواند آن را در محکمه ثابت نماید و محکمه احمد را برائت بدهد، تعهد مدنی احمد به تعهد طبیعی تبدیل می شود.

۲) اگر احمد پسر محمود را درس ریاضی بدهد و محمود اجرت احمد را پرداخت ننماید و یک سال سپری شود، حق اقامه دعوی احمد تحت مرور زمان قرار می گیرد و در محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. در این مثال، تعهد مدنی محمود در اثر مرور زمان به تعهد طبیعی تبدیل می شود و تعهد مدنی موجب ایجاد تعهد طبیعی می شود.

مبحث سوم: تفاوت تعهد طبیعی با تعهد مدنی

از آنچه در باره تعهد گفته شده به خوبی بر می آید که میان تعهد طبیعی و تعهد مدنی فرق های ذیل وجود دارد:

۱) تعهد طبیعی دارای یک رکن است که عبارت از رکن مدیونیت است. برعکس، تعهد مدنی دارای دو رکن است که عبارت اند از ارکان مدیونیت و مسؤولیت است.

۲) تنفیذ تعهد طبیعی اختیاری است. بنابراین، در صورتی که مدیون از تنفیذ آن امتناع ورزد، داین نمی تواند اجرای آن را از محکمه ذیصلاح به صورت جبری مطالبه نماید. در حالی در صورتی که مدیون از اجرای تعهد طبیعی امتناع ورزد، داین می تواند اجرای آن را از محکمه ذیصلاح جبراً مطالبه نماید.^{۹۷۵}

۹۷۴. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۷۲۶ و ۷۳۸ و ۷۴۰-۷۴۲.

۹۷۵. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۲)، صص ۷۲۴ و ۷۲۵.

فصل دوم: تعهد مدنی و تنفیذ آن

نوع دوم تعهد طبق ق. م تعهد مدنی است. طبق ق. م. امتعهد به تنفیذ عینی وجبیه مدنی مکلف است، خواه منبع آن عمل مشروع باشد، مانند: عقد یا غیر مشروع مانند: غصب و اتلاف. تنفیذ وجبیه مدنی ممکن است اختیاری باشد و یا جبری. بنابراین اگر مدیون به میل خود تعهد را تنفیذ و یا اجراء ننماید، داین می تواند اجبار او را مبنی بر تنفیذ یا اجرای وجبیه از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. در این فصل، تنفیذ اختیاری وجبیه مدنی (مبحث اول) و تنفیذ جبری وجبیه مدنی (مبحث دوم) را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث اول) تنفیذ اختیاری وجبیه

تنفیذ از ریشه نَفَذ گرفته شده است که در لغت به معنی اجراء کردن و انجام دادن است.^{۹۷۶} تنفیذ تعهد به معنی بجا آوردن التزامی است که مدیون بر عهده دارد، خواه این اقدام ارادی باشد و از سوی مدیون صورت گیرد یا به قهر انجام پذیرد.^{۹۷۷} طبق ق. م متعهد مکلف به تنفیذ اختیاری وجبیه است. باوجوداین، تنفیذ اختیاری وجبیه منوط بر تحقق یک سلسله شرایط است. بنابراین، اول شرایط تنفیذ اختیاری عینی وجبیه و دوم موضوع تنفیذ عینی وجبیه را مورد مطالعه قرار می دهیم:

گفتار نخست) تعریف

منظور از تنفیذ عینی اجرای مفاد تعهد است؛ یعنی: مدیون درست همان چیز را بجا آورد که عهده دار شده است. اگر آنچه در مقام اجرای تعهد در اختیار داین قرار می گیرد از جهت مقدار یا کیفیت با آنچه مدیون عهده دار است یکسان نباشد، تعهد اجراء (تنفیذ) نشده است و داین می توان از این بابت خسارت بگیرد.^{۹۷۸} به حیث مثال، هرگاه موضوع تعهد، انتقال ملکیت مبیع باشد، باید آن را به مشتری انتقال دهد. یا هرگاه

۹۷۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۴۴.
۹۷۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، ص ۳۴۵.
۹۷۸. همان، ناصر کاتوزیان، ص ۳۴۵.

موضوع تعهد انتفاع از عین مستأجره باشد، اجاره دهنده باید عین مستأجره را جهت انتفاع به اجاره گیرنده انتقال دهد.

گفتار دوم) شرایط

طبق ماده ۸۱۵ ق. م. ا: «متعهد به ایفای عین آنچه تعهد نموده مکلف می باشد. در صورت عدم امکان تنفیذ عینی، مکلف گردانیدن متعهد به تعویض مالی جواز دارد، مگر اینکه از تعویض مالی به طرف مقابل ضرر کلی عاید گردد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تکلیف متعهد، شرط تنفیذ عینی تعهد و ضمانت اجرای آن است. از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است

۱) طبق نص این ماده متعهد مکلف به ایفای آنچه تعهد نموده است می باشد. برخی مثال های تنفیذ عینی قرار ذیل است:

- اگر احمد چاه کن به محمود تعهد نموده باشد که صد متر چاه برای او در برابر اجوره فی متر یک و نیم هزار افغانی حفر می نماید، احمد مکلف است چاه را حفر نماید. در این مثال، احمد متعهد و محمود متعهدله است.

- اگر احمد وکیل مدافع باشد و در برابر محمد تعهد نماید تا قضیه او را در برابر مبلغ معین پول در محکمه دفاع نماید، احمد مکلف است قضیه را آنطور که تعهد نموده است دفاع نماید. در این مثال، احمد متعهد و محمود متعهد له است.

- اگر احمد تعهد نماید که ساختمان هتل را در مدت یک سال احداث و تسلیم محمود نماید، احمد مکلف به احداث ساختمان در مدت یک سال است. در این مثال، احمد متعهد و محمود متعهد له است.

۲) در صورت عدم امکان تنفیذ عینی، متعهد مکلف است جبران خسارت بپردازد. عدم امکان باید ناشی از عدم اجرا یا اجرای با تأخیر تعهد توسط متعهد باشد. اگر عدم امکان اجرای ناشی از سبب خارجی مانند قوه قاهره و حادثه ناگهانی مانند سیل، زلزله، آفات طبیعی و نظیر اینها باشد، متعهد مکلف به جبران خسارت به گونه ای که تفصیل آن در مبحث شرایط مسؤولیت مدنی قرار دادی گذشت نیست. به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا هتل را برای محمود در جریان سال ۱۳۹۷ احداث و به محمود تسلیم نماید اما در اثر تقصیر یا خطا هتل را احداث ننماید، باید جبران خسارت عدم تنفیذ یا تأخیر در تنفیذ را به گونه ای که تفصیل آن در مبحث مسؤولیت مدنی قراردادی گذشت به محمود پرداخت نماید.

۳) عدم وارد گردیدن ضرر کلی به مدیون: طبق ماده ۸۱۵ ق. م. متعهد در صورتی که در پرداخت تعویض مالی (جبران خسارت) متضرر گردد، از پرداخت جبران خسارت معاف می گردد. نص این ماده توجیه پذیر به نظر نمی رسد. زیرا، در صورتی که متعهد تعهد را ایفاء ننماید و به جانب مقابل ضرر وارد گردد، باید جبران خسارت را پرداخت نماید. به حیث مثال، در مثال بالا اگر احمد در اجرای تعهد تأخیر نماید و به محمود خسارت عدم النفع (کسر عواید) برسد، باید جبران خسارت را پرداخت نماید. در پرداخت جبران خسارت طبیعی است که برای متعهد ضرر وارد نمی شود. اما، متعهد ضرری را که به جانب مقابل وارد نموده است جبران می نماید. برخی نویسندگان در این خصوص می نویسند که: «گفته شد که تنفیذ عینی وجبیه بر اساس

توافق داین و مدیون مبنی بر عدم تنفیذ وجیبه و پرداخت تعویض مالی صحیح است. ولی، صحت آن منوط بر این است که در تنفیذ عینی و توافق داین و مدیون مبنی بر عدم تنفیذ وجیبه و پرداخت تعویض ضرر کلی به مدیون وارد نگردد. بنابراین، در صورت تضرر کلی مدیون، به اصل که همانا وجوب تنفیذ عینی وجیبه است مراجعه صورت می پذیرد.^{۹۷۹}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۶۹):

صورت تطبیق ماده (۸۱۵) توضیح شود.

توضیح:

به ملاحظه ماده متذکره متعهد مکلف است تامین شی تعهد شده را برای داین تسلیم نماید و اگر تسلیم عین مشکل و یا ناممکن باشد در این صورت متعهد به تعویض مالی مکلف می گردد مشروط بر اینکه این امر به ضرر کلی جانب مقابل یعنی دائن مفضی نگردد البته در این مورد قاضی صلاحیت دارد تا ضرر جانبین را در نظر گرفته به اساس قاعده کلیه ماده (۲۷) مجلة الاحکام (الضرر الاشد یزال بالضرر الاخف) اجراءات نماید.^{۹۸۰}

گفتار سوم) موضوع تنفیذ عینی و شرایط موضوع

موضوع تنفیذ عینی وجیبه ممکن است تعهد به نقل ملکیت یا حق عینی، تعهد به اجرای عمل و تعهد به امتناع از اجرای عمل باشد:

۱) تعهد به انتقال ملکیت یا حق عینی: موضوع تنفیذ عینی امکان دارد انتقال ملکیت باشد. در رابطه به نقل ملکیت و یا حق عینی باید میان دو حالت ذیل تفکیک قایل شد:

۱- محل تعهد قرار گرفتن شی معین بالذات که ملتزم مالک آن: به موجب ماده ۸۱۶ ق. م. ا: «تعهد به انتقال ملکیت یا هر نوع حق عینی دیگر با رعایت قواعد متعلق به ثبت اسناد، موجب انتقال فوری این حق می گردد مشروط بر اینکه موضوع وجیبه ذاتاً شی معین بوده و شخص متعهد مالک آن باشد». از نص این ماده به خوبی بر می آید که تعهد به نقل حق عینی خواه حق عینی ملکیت مدیون و یا حق عینی دیگر مانند: حق ارتفاق باشد، توسط متعهد تنفیذ می گردد. بنابراین، حق عینی شی که معین بالذات و مملوک متعهد است به رعایت احکام انتقال ملکیت صورت می پذیرد. باوجود این، در چنین حالات، باید میان انتقال حق عینی عقار و منقول تفکیک قایل شد:

۹۷۹ . جهت معلومات مزید در این باره ر.ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۷۵۸-۷۶۷؛ و الیاس ناصیف (۲۰۰۳). الموسوعة العقود المدنية و التجارية، جلد (۳)، الطبعة الثالثة، بیروت: لبنان، صص ۱۰۵-۱۱۴.

۹۸۰ . _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 529.

- **انتقال منقول:** هرگاه شی ای که محل وجیهه قرار گرفته منقول، عین معین و مملوک مدیون باشد، مانند: موتر و امثال آن، نقل آن به مجرد تنفیذ آن بدون رعایت شکلیات حاکم بر انتقال عقار صورت می پذیرد. زیرا، چنین معامله ای معامله ای تجارته است و در معامله ای تجارته انتقال مبیعه منقول از بایع به مشتری تابع شکلیات خاص نیست، مانند: انتقال موتر و امثال آن. به حیث مثال، اگر احمد از مغازه یک قوطی شیر بخرد، نقل و انتقال قوطی شیر از فروشنده به احمد بدون حضور شهود، ترتیب سند، رفتن به محکمه و نظیر اینها صورت می گیرد.

- **انتقال عقار:** هرگاه شی موضوع وجیهه عقار، معین بالذات و مملوک مدیون باشد، مانند: خانه و زمین معین، التزام به انتقال حق عینی عقار به مجرد انشای آن نافذ نمی گردد، بلکه نقل حق عینی مربوط به عقار مستلزم رعایت شکلیات انتقال عقارات است. بنابراین، هرگاه شخص خانه ای را از دیگری خریداری نماید، ملکیت خانه از بایع به مشتری منتقل نمی گردد، مگر اینکه قواعد حاکم بر انتقال ملکیت رعایت گردد. به طور معمول، عقارات از قبیل خانه، زمین، باغ و ... از بایع به مشتری در افغانستان به دو شکل: عرفی و قانونی صورت می گیرد: شکل عرفی انتقال عقارات طوری است که بایع در حضور شهود توسط سند عرفی که در محاکم افغانستان مدار اعتبار نیست، ملکیت مبیع عقار را به مشتری انتقال می دهد که این نوع انتقال غالباً در مناطق رهایشی غیر رسمی (زور آبادها) و دهات (مناطق غیر شهری) صورت می پذیرد. انتقال عقارات از طریق رسمی طوریت که بایع و مشتری در محکمه ذیصلاح وثایق که عقار مبیعه در حوزه ای قضایی آن قرار دارد مراجعه نموده، بعد از اخذ فورمه دورانی، رفتن به مخزن جهت بررسی ثبت عقار مبیعه در کنده، پرداخت تکس ناشی از انتقال ملکیت و رعایت سایر شکلیات صورت می پذیرد که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

در نقل و انتقال عقار و منقول شرط است که شی معین باشد. بنابراین، اگر شی نامعین باشد، مالک نمی تواند ملکیت آن را به جانب مقابل انتقال دهد. تعیین اشیاء در عقد می تواند از طریق تعیین نوع، خصوصیات و تعداد آن صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد کامپیوتر بخرد، باید نوع کامپیوتر، خصوصیات و تعداد آن را معین نماید. همچنین، اگر احمد حیوانات را به محمود بفروشد و حیوانات شامل گاو، گوسفند، بز و اسب باشد، احمد و محمود باید معین نمایند که اسب را می خرند و می فروشند (تعیین نوع/جنس)، اگر اسب را می خرند و می فروشند باید معین نمایند که کدام اسب؟ اسب سیاه یا سفید (تعیین وصف) و یک یا دو یا سه اسب (تعیین تعداد).

همچنین، شرط است که شی مملوک مالک باشد. بنابراین، اگر شی مملوک نباشد، فرد قادر نیست ملکیت آن را به شخص دیگر انتقال دهد. زیرا، تصرف در ملکیت غیر باطل است. به حیث مثال، اگر احمد اسب محمود را به جمشید بفروشد، احمد نمی تواند ملکیت اسب را به جمشید انتقال دهد. زیرا، اسب متعلق به محمود است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط تنفیذ تعهد در صورتی که موضوع آن انتقال شی باشد است.

۲- محل تعهد قرار گرفتن شی ای که نوعیت آن معین نیست: براساس ماده ۸۱۷ ق. م: «هرگاه شخص به انتقال حق عینی که نوعیت آن تعیین نگردیده تعهد نماید، برای انتقال این حق، موضوع تعهد باید مشخص

گردد، در غیر آن داین می تواند به اجازه محکمه موضوع تعهد را از عین نوع به دست آورد. همچنین داین می تواند قیمت موضوع وجیبه را با جبران خساره در هر دو حالت مطالبه نماید.». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- هرگاه شخص به انتقال حق عینی تعهد نماید، باید حق عینی معین و مشخص باشد. دلیل این قاعده این است که عین قبل از تعیین، غیر معروف و نامشخص است و در چنین حالات انتقال آن طبیعتاً از مدیون به داین مستحیل است.^{۹۸۱} منظور از حق عینی، حقی است که شخص نسبت به عین دارد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خورش را به محمود به فروش برساند، حقی عینی ای که احمد نسبت به خانه دارد به محمود منتقل می شود نه عین. زیرا، عین همچنان در محل آن استوار و پابرجا است. در نقل و انتقال حق عینی باید نوع آن معین باشد. در غیر آن مدیون نمی تواند آن را به داین انتقال دهد. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین در کابل، ده جریب در پغمان و ده جریب در چهار آسیاب داشته باشد و ده جریب زمین را به محمود به فروش رساند، شرط است که معین نماید که ده جریب زمین در پغمان، کابل یا چهار آسیاب را می فروشد. در غیر این صورت، احمد نمی تواند حقی را که بر زمین دارد به محمود منتقل نماید.

۲- در صورت عدم تعیین، ضمانت اجرای آن در نص ماده ۸۱۷ ق. م پیش بینی شده است. طبق نص این ماده داین می تواند به اجازه محکمه موضوع تعهد را از عین نوع به دست آورد. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود می تواند به اجازه محکمه انتخاب نماید که زمین را در پغمان می خواهد یا در کابل یا در چهار آسیاب، زیرا زمین ها از نوع معین (نوع/ جنس زمین) اند.

۳- بند دوم ماده ۸۱۷ که می گوید «داین می تواند قیمت موضوع وجیبه را با جبران خساره در هر دو حالت مطالبه نماید» مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط نقل و انتقال حق عینی غیر معین است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۷۰):

ماده (۸۱۷) با مثال توضیح گردد.

توضیح:

احمد بالای محمود یک پایه رادیوی فلیس را در مقابل قیمت معین به فروش رسانید برای انتقال این حق لازم است تا احمد رادیوی مبیعه را با در نظر داشت مشخصات آن آماده تسلیم بگرداند. در غیر آن محمود می تواند به اجازه محکمه از رادیوهای احمد یک پایه رادیوی نوع متذکره را اخذ نماید.^{۹۸۲}

۹۸۱. جهت مطالعه بیشتر ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۷۷۴-۷۷۸؛ والیاس ناصیف (۲۰۰۳). الموسوعة العقود المدنية والتجارية، جلد (۳)، الطبعة الثالثة، بیروت: لبنان، صص ۶۰-۶۶.
۹۸۲. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 529.

۲) تعهد به اجرای عمل با نگهداری و اداره موضوع تعهد: طبق ماده ۸۲۲ ق. م: «هرگاه در تعهد به اجرای عمل از متعهد نگهداری یا اداره شی و یا به کار بردن احتیاط لازم در تنفیذ تعهد مطلوب باشد، وقتی تعهد اجراء شده پنداشته می شود که در تنفیذ آن احتیاطی را که شخص عادتاً به کار می برد، رعایت نماید، مگر اینکه قانون یا موافقه طرفین طور دیگری تصریح کرده باشد. در تمام احوال اگر متعهد مرتکب تقلب یا خطای بزرگ گردد، مسؤول شناخته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

- طبق نص این ماده هرگاه موضوع تعهد اجرای عمل باشد و داین از مدیون بخواهد تا در اجرای عمل احتیاط لازم را به کار برد یا شی موضوع تعهد را نگهداری یا اداره نماید، مدیون زمانی این تعهدات را ایفاء می نماید که احتیاطی را که شخص عادتاً به کار می برد، رعایت نماید. قانونگذار مدنی در نص این ماده معیار احتیاط را هم پیش بینی نموده است که عبارت از احتیاطی است که شخص عادتاً را انجام می دهد. برخی مثال های نص این ماده قرار ذیل است:

اول - اگر احمد با محمود قرارداد منعقد نماید تا محمود یک ساختمان دو طبقه ای برای احمد احداث نماید و از احمد بخواهد تا ساختمان را بعد از احداث نگهداری و اداره نماید و در ساختن ساختمان از احتیاط لازم کار بگیرد، تعهد محمود زمانی ایفاء شده تلقی می گردد که محمود ساختمان را با احتیاط بسازد گویی ساختمان را برای خود می سازد. همچنین، محمود ساختمان را الی تسلیمی به احمد باید نگهداری و اداره نماید.

دوم - اگر احمد موتر خویش را به محمود بدهد تا محمود موتر را نگهداری نماید و از محمود بخواهد تا در حفظ موتر از احتیاط لازم به کار بگیرد، محمود مکلف به اجرای تعهد، حفظ و اداره موضوع تعهد و به کار بردن احتیاط لازم است.

سوم - اگر احمد جراح باشد و محمود را عملیات قلب نماید، موضوع تعهد اجرای عمل است. اگر محمود از احمد بخواهد تا احتیاط لازم را مانند یک فرد عادی به کار ببرد، احمد زمانی تعهد خویش را ایفاء می نماید که در اجرای عمل احتیاط لازم را به کار ببرد. این اصل است. استثنای این اصل این است که طرفین طور دیگری توافق نموده باشند. به حیث مثال، محمود با احمد توافق نموده باشد که بعد از تکمیل ساختمان محمود مسؤول حفظ و نگهداری آن نیست و احمد باید برای نگهداری ساختمان محافظت نماید. استثنای دوم قانون است. بنابراین، در صورتی که قانون طور دیگری پیش بینی نموده باشد، حکم قانون قابل تنفیذ و تطبیق است.

- اگر متعهد یا مدیون مرتکب تقلب یا خطای بزرگ شود، در برابر داین یا متعهد له مسؤول است. تقلب در لغت به معنی دگرگون کردن، در کاری به نفع خود و ضرر دیگری تصرف کردن، جعل، دغل کاری و نیرنگ است.^{۹۸۳} شخصی که تقلب می نماید، متقلب نامیده می شود. در اصطلاح حقوق مدنی، برخی حقوقدان بر این نظر اند که تقلب عملی است حقوقی که مقصود فاعل آن عمل لطمه زدن به حقوق یا منافع دیگران یا نقض یک قانون است.^{۹۸۴} برخی دیگر می گویند: تقلب ارایه قصدی نادرست حقیقت است.^{۹۸۵} خطای بزرگ

983. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

۹۸۴. محمد جعفر لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، صص ۱۷۵ و ۱۷۶.

(سنگین) خطایی است که به طور متعارف کسی مرتکب آن نمی شود، مانند این که: شخص قالین گران قیمت را به قیمت بسیار نازل بخرد و از علت نزول قیمت آن از بایع نپرسد. ضد این خطا را خطای سبک گویند.^{۹۸۶} بنابراین، به نظر می رسد خطای سبک خطایی است که به طور معمول فرد مرتکب آن می شود.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود به عوض خشت پخته خشت خام را یا از روی سهو در ساختن ساختمان به کار ببرد یا قصداً و سپس به احمد بگوید خشت ها پخته است در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت را بپردازد. همچنین، در صورتی که احمد در عملیات قلب محمود مرتکب تقلب یا خطای بزرگ شود، در برابر محمود مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت را مطابق قواعد عمومی جبران خسارت پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط تنفیذ عینی تعهد در صورتی که موضوع آن اجرای عمل باشد است.

۳) تعهد به انتقال حق عینی با تعهد به تسلیم و حفظ عین: طبق ماده ۸۱۸ ق. م. ا: «تعهد به انتقال حق عینی، متضمن تعهد به تسلیمی و حفاظت موضوع تعهد الی زمان تسلیمی آن می باشد.» طبق نص این ماده تعهد مدیون مبنی بر انتقال حق عینی، مستلزم و متضمن تعهد به تسلیمی و حفظ موضوع تعهد الی تسلیمی آن است. چنانچه گفته شد، حق عینی، حقی است که شخص بر عین دارد مانند حق داشتن بر خانه، زمین، آپارتمان و نظیر اینها. طبق نص این ماده شخصی که تعهد نماید حق عینی را به شخص دیگر انتقال دهد، باید تعهد نماید تا آن را الی زمان تسلیمی به جانب مقابل حفاظت نماید.

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود سی لک افغانی به فروش رساند، احمد نه تنها متعهد به نقل و انتقال حق عینی که بر خانه دارد است بلکه متعهد به حفظ خانه از آسیب الی زمان تسلیمی آن به محمود است. پس، احمد الی تسلیمی خانه به محمود باید آن را حفظ نماید. همچنین، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند، احمد نه تنها متعهد به نقل و انتقال حق عینی ای که بر موتر دارد به محمود است، بلکه متعهد است الی تسلیمی موتر به محمود آن را حفاظت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تکلیف مدیون جهت حفظ شی موضوع تعهد الی تسلیمی آن به داین است.

۴) اجرای تعهد توسط خود متعهد: مطابق ماده ۸۱۹ ق. م. ا: «هرگاه طبیعت وجبیه یا موافقه طرفین مستوجب اجرای یک عمل توسط شخص متعهد بوده باشد، داین می تواند اجرای عمل مذکور را توسط غیر متعهد قبول نماید.» طبق نص این ماده هرگاه تنفیذ عینی وجبیه مستلزم دخالت شخص مدیون باشد، مانند: ترسیم نمودن تصویر معین توسط رسام معین و یا تراشیدن مجسمه معین توسط مجسمه ساز معین و یا اجرای عملیات جراحی توسط جراح معین و معروف، و اشخاص مذکور از تنفیذ عینی آن امتناع ورزند داین می تواند تنفیذ عینی تعهد توسط دیگران را قبول نماید.

به حیث مثال، اگر احمد بخواهد محمود که متخصص جراحی قلب است، قلب احمد را شخصاً عملیات نماید، اما محمود از حمید داکتر دیگر بخواهد تا قلب محمود را علمیات نماید، محمود می تواند از اجرای

985. William P. Statsky (____). Family law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 129.

۹۸۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۶۶۶.

عملیات توسط حمید امتناع ورزد. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق داین است.

۵) **اجبار مدیون توسط محکمه به اجرای موضوع تعهد:** به موجب ماده ۸۲۰ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه متعهد عملی را که تعهد نموده تنفیذ ننماید، در حالی که اجرای عمل مذکور توسط شخص وی ضروری پنداشته نشود، طرف مقابل می تواند اجازه اجرای عمل مذکور را در صورت امکان، به حساب متعهد از محکمه حاصل نماید.» نص این ماده مرتبط به ماده ۸۱۹ ق. م است. زیرا، در نص ماده ۸۲۰ ق. م ضمانت اجرای حکم ماده ۸۱۹ ق. م پیش بینی شده است. طبق نص این ماده هرگاه مدیون یا متعهد عملی را که تعهد نموده است تنفیذ ننماید، در حالی که اجرا و تنفیذ عمل توسط او با توجه به تخصص او ضروری باشد، داین یا متعهد له می تواند از محکمه تقاضا نماید تا متعهد یا مدیون را مکلف به اجرای عمل نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود از عملیات قلب امتناع ورزد در حالی که آن را تعهد نموده باشد و در عوض به احمد بگوید که حمید عملیات جراحی قلب را انجام می دهد، احمد می تواند از محکمه تقاضا نماید تا محکمه محمود را وادار به عملیات قلب نماید.

همچنین، اگر احمد رسام لایق و مشهور باشد و محمود با احمد عقد ببندد تا رسم محمود را ترسیم نماید، اما احمد بعد از انعقاد عقد از ترسیم رسم محمود امتناع ورزد و به محمود بگوید که حمید رسام دیگر رسم او را ترسیم می نماید، محمود می تواند از محکمه مطالبه نماید تا احمد را وادار به ترسیم رسم شخصاً نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای تعهد توسط متعهد و مورد حمایت قرار دادن داین یا متعهد له است.

۶) **تنفیذ تعهد توسط محکمه به نمایندگی از مدیون:** به موجب ماده ۸۲۱ ق. م: «(هرگاه شخص اجرای عملی را تعهد کرده باشد، در برابر مطالبه طرف مقابل، به اجرای آنچه تعهد نموده مکلف می باشد، در غیر آن، حُکم محکمه در صورتی که طبیعت معامله مقتضی آن باشد، قایم مقام تنفیذ از طرف متعهد قرار می گیرد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- اگر مدیون تعهد نماید تا عمل معین را برای متعهد له انجام دهد، مکلف است تا عمل را انجام دهد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و پول آن را دریافت نماید، مکلف است تا زمین را تسلیم محمود نماید.

۲- در صورت عدم تنفیذ عمل توسط مدیون یا متعهد، حکم محکمه قایم مقام تنفیذ از طرف محکمه قرار می گیرد. نص این ماده مبهم به نظر می رسد. برخی حقوقدانان در این خصوص چنین مثال می آرند: «برخی تعهدات وجود دارد که طبیعت آنها اقتضاء می نماید تا حُکم قاضی قایم مقام تنفیذ آن قرار گیرد، چنانچه در ماده ۸۲۱ ق. م. ا بدان اشاره شده است، مانند: تعهد بایع مبنی بر تصدیق و امضای عقد بیع جهت انتقال عقار و امتناع ورزیدن مدیون از امضای آن در محکمه.

بنابراین، در چنین حالات هرگاه بایع از تنفیذ تعهد خویش امتناع ورزد، مشتری می تواند اثبات صحت عقد را از محکمه مطالبه نماید و پس از صدور حُکم توسط محکمه، چنین حُکمی به مثابه تصدیق امضای عقد بیع

بنابر اقتضای طبیعت عقد بیع تلقی گردد.». ^{۹۸۷} از آنچه گفته شد، به نظر می رسد که در صورتی که مدیون از ایفای تعهد امتناع ورزد، محکمه می تواند تعهد را تنفیذ نماید و این تنفیذ جانشین تنفیذ تعهد توسط مدیون تلقی گردد. به حیث مثال، اگر احمد موتر را به محمود بفروشد و پول آن را دریافت نماید، اما موتر را تسلیم محمود ننماید و محمود از محکمه تنفیذ عینی تعهد را مطالبه نماید، محکمه می تواند به نمایندگی از احمد موتر را تسلیم محمود نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت اختیاری محکمه در تنفیذ تعهد است.

۷) **تعهد به امتناع از اجرای عمل:** به اساس ماده ۸۲۳ ق. م. ا: «هرگاه در تعهد از امتناع از عمل، متعهد تخلف ورزد، طرف مقابل می تواند ازاله آنچه را به خلاف از تعهد اجراء گردیده و در صورت لزوم جبران خساره را از متعهد مطالبه نماید». چنانچه گفته شد، موضوع تعهد می تواند اجرای عمل، پرداخت شی و امتناع از اجرای عمل باشد. در صورتی که موضوع تعهد امتناع از اجرای عمل باشد، متعهد یا مدیون مکلف به امتناع از اجرای عمل است. در صورتی که متعهد یا مدیون از اجرای عمل امتناع نورزد، متعهد له یا داین می تواند:

۱- ازاله آنچه را که خلاف تعهد صورت گرفته است از متعهد یا مدیون مطالبه نماید که برخی مثال های آن قرار ذیل است:

- اگر احمد موتر خویش را به محمود به امانت بدهد، محمود مکلف به حفظ موتر است. بنابراین، محمود با موتر نباید رانندگی نماید. عدم رانندگی امتناع از اجرای عمل است. در صورت رانندگی و ورود ضرر به موتر احمد می تواند از محمود مطالبه نماید تا با موتر رانندگی ننماید.

- اگر احمد در یک پوهنتون خصوصی به عنوان استاد استخدام شود و با پوهنتون خصوصی تعهد نماید که صرف برای همین پوهنتون تدریس نماید و در سایر پوهنتون ها تدریس ننماید، تعهد احمد، تعهد به امتناع از اجرای عمل است. امتناع از اجرای عمل در این مثال، عدم تدریس در سایر پوهنتون ها است. در صورت تدریس، پوهنتون می تواند از احمد مطالبه نماید تا درس دادن در سایر پوهنتون ها را متوقف سازد.

- اگر احمد انجنیر لایق باشد و با یک کمپنی ساختمانی قرارداد طرح نقشه های ساختمانی را ببندد و تعهد نماید تا با شرکت های ساختمانی رقیب، نقشه طرح ننماید، تعهد احمد تعهد به امتناع از اجرای عمل است. در صورتی که احمد برای سایر شرکت های ساختمانی نقشه طراحی نماید، شرکت ساختمانی متعهد له می تواند از احمد تقاضای توقف طرح نقشه را نماید.

۲- اگر در اثر امتناع از اجرای عمل داین یا متعهد له متضرر شود، داین یا متعهد له می تواند جبران خسارت را از متعهد مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد به شرکت ساختمانی «الف» تعهد نماید تا صرف برای شرکت «الف» نقشه طراحی نماید نه به سایر شرکت ها. اما، سپس برای شرکت «ب» و «ج» هم نقشه طراحی نماید و در اثر طرح نقشه های ساختمانی به شرکت «الف» ضرر مالی و معنوی وارد گردد، شرکت «الف» می

۹۸۷ . جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۱۷-۸۱۳؛ و الیاس ناصیف (۲۰۰۳). الموسوعة العقود المدنية و التجارية، جلد (۳)، الطبعة الثالثة، بیروت: لبنان، صص ۱۰۶-۶۶.

تواند از احمد جبران خسارت مالی و معنوی را مطابق قواعد عمومی جبران خسارت که تفصیل آن در مبحث مسؤلیت مدنی قراردادی گذشت مطالبه نماید.

همچنین، اگر احمد در یک شرکت امنیتی کار نماید و در قرارداد تعهد نماید تا اسرار امنیتی شرکت امنیتی را به دیگران افشاء ننماید، اما سپس راز های امنیتی شرکت امنیتی را به دیگران افشاء نماید، در اثر آن به شرکت امنیتی ضرر معنوی وارد گردد، شرکت می تواند احمد را از افشای اسرار امنیتی منع نماید. در صورت ضرر، شرکت می تواند از احمد مطالبه جبران خسارت مطابق قواعد عمومی پرداخت جبران خسارت نماید. در خصوص نص این ماده برخی حقوقدانان چنین مثال می آورند: «تعهد به امتناع از اجرای عمل ممکن است ناشی از عقد باشد و یا حکم قانون.

به عنوان مثال، در موردی که معماری جهت اجرای عمل معین استخدام گردد و وی تعهد نماید که در جریان اجرای عمل کاری دیگر ننماید، و سپس اقدام به اجرای عمل دیگر نیز نماید، و یا همسایه ملترم شود که ضرر فاحش به همسایه نرساند، در مثال اول منبع تعهد قرارداد و در مثال دوم قانون است. بنابراین، هرگاه در تعهد به امتناع از اجرای عمل خواه منبع آن قرارداد و یا قانون باشد، متعهد به آنچه تعهد نموده، عمل ننماید، داین می تواند ازاله آنچه متعهد برخلاف تعهد اجراء نموده است از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید.^{۹۸۸} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای تعهد به امتناع از اجرای عمل و مورد حمایت قرار دادن حقوق متعهد له یا داین است.

مبحث دوم) تنفیذ اجباری وجبیه از طریق تهدید مالی و پرداخت تعویض

هرگاه متعهد از وفاء به تعهد امتناع ورزد، ق. م راه های گوناگونی را جهت اجبار وی پیش بینی نموده است. این راه حل ها شامل: تهدید مالی و تنفیذ از طریق جبران خسارت می گردد. همچنین، ق. م جهت تضمین حقوق داینین راه حل های گوناگونی را پیش بینی نموده است که شامل تحت تضمین قرار گرفتن اموال مدیون، حجر مدیون مفلس و حق حبس و تضامن می گردد. در چنین موارد، ق. م به داین حق می دهد تا از طریق دعوی غیر مستقیم و دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون حقوق خویش را از اموال مدیون حصول نماید که هر یک ذیلاً بالترتیب مورد تحلیل قرار می گیرد:

گفتار نخست) تهدید به غرامت

نوع اول تنفیذ اجباری وجبیه تهدید به غرامت است. احکام تهدید به غرامت را نویسندگان ق. م در جلد دوم، بخش دوم، فصل سوم، مواد ۸۲۴ و ۸۲۵ تنظیم نموده اند.

الف) تعریف

تهدید به غرامت مرکب از تهدید و غرامت است. تهدید از ریشه «هدد» گرفته شده است که در لغت به معنی بیم دادن و ترساندن است^{۹۸۹} و غرامت در لغت به معنی ضمانت است و در فقه به مالی که از باب تأدیب و یا

۹۸۸. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۱۷-۸۱۳؛ و الیاس ناصیف (۲۰۰۳). الموسوعة العقود المدنية والتجارية، جلد (۳)، الطبعة الثالثة، بیروت: لبنان، صص ۶۶-۱۰۶.

۹۸۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۴۸.

تعویض بر عهده شخص قرار می گیرد، غرامت می گویند.^{۹۹۰} همچنین، غرامت به معنی جبران خسارت است. ق. م. تعریفی از تهدید به غرامت ارائه نکرده است. اما، از نص ماده ۸۲۴ ق. م. چنین استنباط می گردد که تهدید به غرامت عبارت از مبلغ معینی پول است که محکمه ذیصلاح مدیون را به پرداخت آن در صورت غیر ممکن بودن و یا غیر مناسب بودن اجرای موضوع تعهد توسط مدیون مکلف می گرداند و هدف از آن مجبور گردانیدن مدیون به اجرای موضوع تعهد است.

ب) شرایط

طبق ماده ۸۲۴ فقره های اول و دوم ق. م. ا: (۱) هرگاه تنفیذ عینی وجبیه از طرف شخص متعهد غیر ممکن یا غیر مناسب باشد، طرف مقابل می تواند حکم محکمه را مبنی بر الزامیت متعهد بر تنفیذ و در صورت امتناع غرامت تهدیدی را مطالبه نماید؛ و (۲) اگر محکمه اندازه غرامت را برای اکره متعهدی که از تنفیذ وجبیه امتناع ورزیده غیر کافی بداند، می تواند اندازه غرامت را حسب لزوم زیاد نماید. «نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) در صورتی که تنفیذ عینی تعهد از طرف متعهد یا مدیون غیرممکن یا غیرمناسب باشد، داین یا متعهد له می تواند محکمه ذیصلاح را مبنی بر الزامیت او مطالبه نماید. عبارت «غیرممکن» به نظر می رسد که «غیرممکن نسبی» است نه «غیرممکن مطلق» زیرا در صورتی که موضوع وجبیه غیرممکن مطلق باشد عقد باطل است که تفصیل آن در مبحث شرایط موضوع عقد گذشت. به حیث مثال، اگر احمد به محمود تعهد نماید تا قلب محمود را عملیات نماید، اما سپس عملیات برای او غیرممکن باشد یا غیرمناسب، محمود می تواند علیه احمد اقامه دعوی و از محکمه بخواهد تا احمد را ملزم به اجرای عملیات به صورت مناسب نماید. در صورتی که عمل برای احمد ناممکن باشد، احمد می تواند آن را توسط شخص متخصص انجام دهد.

۲) در صورتی که مدیون یا متعهد از اجرای عمل امتناع ورزد، محکمه می تواند مدیون را تهدید به پرداخت غرامت نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد از اجرای عملیات امتناع ورزد، محکمه می تواند احمد را تهدید به پرداخت جبران خسارت یا غرامت نماید.

۳) اگر محکمه اندازه جبران خسارت یا غرامت را برای اکره متعهد یا مدیون غیرکافی تشخیص دهد، می تواند اندازه غرامت را زیاد نماید. تعیین مقدار غرامت در ق. م. پیش بینی نشده است. قانونگذار مدنی این صلاحیت را به قاضی داده است تا بر حسب لزوم دید مقدار غرامتی را که توسط آن مدیون تهدید شود را تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی کردن ضمانت اجرای تعهد توسط متعهد و بیان صلاحیت تخییری قاضی محکمه ذیصلاح است.

طبق نص این ماده هرگاه اجرای اختیاری وجبیه توسط مدیون غیر ممکن و یا غیر مناسب باشد، داین می تواند به محکمه ذیصلاح مراجعه و مدیون را جهت تنفیذ عینی تعهد در خلال مدت معین ملزم نماید. علاوه براین، هرگاه مدیون از تنفیذ عینی وجبیه امتناع ورزد، در برابر هر روز، یا هر هفته و یا هر ماه وی را به پرداخت

مبلغ معین مکلف گرداند. البته، ملزم نمودن مدیون به پرداخت مبلغ در صورت تأخیر در تنفیذ عینی منوط بر تحقق يك سلسله شرایط است که عبارتند از:

(۱) **موجودیت التزام و امتناع مدیون از تنفیذ عینی تعهد:** جهت تحقق ملزم نمودن مدیون به پرداخت مبلغ معین، شرط است که وجیبه وجود داشته باشد و مدیون از اجرای آن امتناع ورزد. زیرا، در صورت عدم موجودیت وجیبه اصلاً جایی برای ملزم نمودن مدیون وجود ندارد. همچنین، شرط است که مدیون به رغم ملزم قرار گرفتن توسط محکمه ذیصلاح از تنفیذ عینی وجیبه امتناع ورزد. گذشته از این دو شرط، شرط است که تنفیذ عینی وجیبه غیر ممکن نگردد. بنابراین، در صورت غیر ممکن گردیدن تنفیذ عینی وجیبه، مانند: هلاک شدن شی که مدیون مکلف به تسلیمی آن به داین است، تنفیذ عینی وجیبه بی معنی خواهد بود.

(۲) **دخالت مدیون:** جهت ملزم نمودن مدیون به پرداخت مبلغ معین شرط است که دخالت شخص مدیون در تنفیذ عینی وجیبه ضروری باشد، به نحوی که تنفیذ عینی چنین وجیبه توسط غیر مدیون ناممکن و یا غیر مناسب باشد.

(۳) **مطالبه داین مبنی بر پرداخت غرامت:** جهت تحقق پرداخت مبلغ معین، شرط است که داین آن را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. بنابراین، در صورت عدم مطالبه مدیون، محکمه ذیصلاح نمی تواند مدیون را به پرداخت غرامت تهدید نماید، مانند: ترسیم نمودن رسم معین توسط رسام معین و امثال این.

ج) اثر حکم تهدید مالی و نحوه تعیین غرامت

طبق ماده ۸۲۵ ق. م: «هرگاه متعهد بعد از تهدید به غرامت تعهدش را عیناً تنفیذ ننماید و یا به امتناع از تنفیذ اصرار ورزد، محکمه با رعایت ضرر عایده به طرف مقابل و تعنت متعهد مقدار جبران خساره را تعیین نماید.» طبق نص این ماده هرگاه حکم به تهدید مالی مدیون صادر شود، هدف آن تنفیذ تعهد توسط مدیون است. بنابراین، در صورت اصدار حکم به تهدید مالی، مدیون مجبور به اجرای یکی از دو امر خواهد گردید: یا تعهدش را تنفیذ خواهد کرد، و یا هم از اجرای آن امتناع خواهد ورزید. در حالت دوم: یعنی؛ امتناع از تنفیذ عینی وجیبه، داین می تواند به محکمه رجوع و قاضی مبلغی را که مدیون باید به داین پرداخت نماید، تعیین کند.^{۹۹۱}

در تعیین مقدار جبران خسارت قاضی مکلف است ضرر عاید بر متعهد له یا داین و تعنت متعهد را رعایت نماید. تعنت در لغت به معنی خواری و مشقت کسی را خواستن، سختگیری کردن و آزار رسانیدن به کسی است.^{۹۹۲} به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا برای محمود یک باب هتل را در جریان سال ۱۳۹۷ احداث نماید، اما از احداث آن در جریان سال ۱۳۹۷ امتناع ورزد یا آن را احداث ننماید، محکمه می تواند با در نظر داشت وضعیت محمود و ضرر عاید به احمد، مقدار جبران خسارت را تعیین نماید.

گفتار دوم) تنفیذ از طریق تعویض (جبران خساره)

۹۹۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۱۷-۸۱۳؛ و الیاس ناصیف (۲۰۰۳). الموسوعة العقود المدنیة و التجاریة، جلد (۳)، الطبعة الثالثة، بیروت: لبنان، صص ۴۰۵-۴۱۳.
۹۹۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۴۰۵.

نوع دوم تنفیذ اجباری تعهد تنفیذ تعهد از طریق پرداخت جبران خسارت است. در این گفتار تنفیذ از طریق تعویض، ابلاغ تعویض به مدیون و حالاتی که ابلاغ تنفیذ از طریق تعویض به مدیون ضروری نیست موضوع مورد بحث قرار می‌گیرد:

الف) تنفیذ از طریق تعویض

گفته شد که هرگاه تنفیذ عینی وجبیه به سبب خطای مدیون غیر ممکن گردد، چاره ای جز متوسل شدن به تنفیذ از طریق تعویض نیست. همچنین، گفته شد که تنفیذ عینی وجبیه زمانی غیر ممکن است که تنفیذ آن مستلزم دخالت شخص مدیون باشد و مدیون نیز از تنفیذ آن امتناع ورزد که در چنین حالات تنفیذ عینی وجبیه از طریق جبران خساره مطرح می‌گردد.^{۹۹۳} تنفیذ از طریق تعویض باید طبق احکام ق. م صورت بگیرد. ماده ۸۲۶ ق. م. ا در این باره می‌گوید: «تنفیذ از طریق جبران خساره مطابق به احکام قانون صورت می‌گیرد». به نظر می‌رسد نص این ماده کلی است و بر بقیه مواد بعدی ق. م قابل ارجاع است. زیرا، قانونگذار مدنی احکام تنفیذ از طریق جبران خسارت را در مواد ۸۲۷ الی ۸۳۰ ق. م تنظیم نموده است. این احکام قرار ذیل اند:

۱) مطابق ماده ۸۲۷ ق. م. ا: «استحقاق جبران خساره قبل از ابلاغ به متعهد متحقق شده نمی‌تواند، مگر اینکه قانون طور دیگری حکم کرده باشد». از نص این ماده استنباط می‌گردد که استحقاق دریافت جبران خساره از مدیون متحقق نمی‌گردد، مگر اینکه این امر به مدیون ابلاغ گردد. ابلاغ از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسانیدن پیام یا نامه به کسی و پیام رسانی و ایصال است. در اصطلاح اصول محاکمات مدنی در مفهوم عام به عمل مأموران دولتی و رسمی در رساندن تمام اوراق رسمی اعم از اخطاریه، احضاریه، احکام و قرار های صادره از محاکم ذیصلاح به افرادی که موضوع به نحوی به آنها مرتبط است.^{۹۹۴} در مفهوم خاص به نظر می‌رسد ابلاغ رسانیدن و شنواندن حکم محکمه است به محکوم له.

به حیث مثال، اگر احمد در مثال بالا در جریان سال ۱۳۷۹ هتل را برای محمود مطابق قرارداد احداث نماید و محمود علیه احمد اقامه دعوی کسر عواید (عدم النفع) نماید، محمود مستحق جبران خسارت نمی‌شود مگر این که محکمه ذیصلاح حکم به پرداخت جبران خسارت توسط احمد نماید و حکم خویش را به احمد از طریق پارچه ابلاغ، ابلاغ نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که قانون طور دیگری پیش بینی نموده باشد. به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود باشد و در پرداخت دین تأخیر نماید، هر سال باید سه فیصد مقدار دین را به عنوان تأخیر پرداخت دین به محمود پرداخت نماید. در این گونه موارد، حکم قانون قابل تطبیق است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط تنفیذ تعهد از طریق جبران خسارت است.

۲) براساس ماده ۸۲۸ ق. م. ا: «ابلاغ متعهد از طریق اخطار کتبی یا آنچه قایم مقام اخطار شده بتواند، صورت می‌گیرد. موافقه طرفین مبنی بر اینکه صرف رسیدن موعد ایفای تعهد بدون اجراء دیگر ابلاغ پنداشته شود نیز قایم مقام اخطار شده می‌تواند». نص این ماده مرتبط به ماده ۸۲۷ ق. م است. زیرا،

۹۹۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۸۲۳.
۹۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۶.

قانونگذار مدنی در نص این ماده طریقه های ابلاغ حکم جبران خسارت را به متعهد یا داین پیش بینی نموده است. طبق نص این ماده ابلاغ می تواند از طریقه های ذیل صورت بگیرد:

۱- ابلاغ پرداخت تعویض به مدیون ممکن است از طریق اخطار کتبی صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد در مثال بالا در جریان سال ۱۳۹۷ هـ.ت را برای محمود احداث نماید، محمود می تواند از طریق نوشته به احمد ابلاغ نماید تا جبران خسارت را به او پرداخت نماید.

۲- ابلاغ کتبی می تواند آنچه قایم مقام آن اخطار کتبی است صورت بگیرد، مانند: تهیه صورت دعوی توسط داین. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید و صورت دعوی را تقدیم محکمه نماید، تقدیم صورت دعوی به محکمه قایم مقام یا جانشین ابلاغ کتبی است.

۳- ابلاغ پرداخت تعویض توسط مدیون ممکن است از طریق موافقت طرفین صورت پذیرد.^{۹۹۵} به حیث مثال، اگر احمد و محمود در خصوص ابلاغ پرداخت جبران خسارت طریقه های آن را تعیین کرده باشند، توافق احمد و محمود مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان طریقه های ابلاغ جبران خسارت به مدیون است.

ج) حالاتی که ابلاغ پرداخت جبران خساره به مدیون ضروری نیست

براساس ماده ۸۲۹ ق.م.ا: «در احوال آتی ابلاغ به متعهد ضرور نمی باشد:

- ۱- در حالی که تنفیذ عینی تعهد، به فعل شخص متعهد غیر ممکن گردیده باشد؛
- ۲- در حالی که موضوع تعهد، جبران خساره ناشی از عمل غیر مجاز باشد؛
- ۳- در حالی که موضوع تعهد، رد چیزی باشد که سرقت گردیده و متعهد به آن علم داشته باشد و یا آن را به غیر حق با وجود داشتن علم به آن تسلیم شده باشد؛ و

۴- در حالی که متعهد امتناع خود را کتباً اظهار نموده باشد.». از نص این ماده استنباط می گردد که حالاتی جود دارد که ابلاغ پرداخت تعویض به مدیون ضروری نیست. نص این ماده مرتبط به مواد ۸۲۷ و ۸۲۸ ق.م.ا است. مواد ۸۲۷ و ۸۲۸ ق.م.ا حالات و کیفیت ابلاغ پرداخت جبران خسارت را به مدیون یا متعهد بیان نموده است و ماده ۸۲۹ ق.م.ا استثنائات ابلاغ پرداخت جبران خسارت را. طبق نص این ماده در حالات ذیل ابلاغ پرداخت جبران خسارت به مدیون ضروری نیست:

۱- در صورتی که تنفیذ عینی تعهد به دلیل فعل متعهد غیرممکن گردد، ابلاغ پرداخت جبران خسارت برای متعهد یا داین ضروری نیست. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گوسفند را برای محمود به فروش رساند و قبل از تسلیمی گوسفندان به محمود در اثر فعل احمد، به حیث مثال، عدم علوفه و آب دادن به گوسفندان، گوسفندان هلاک شوند و احمد نتواند تعهد را به دلیل از بین رفتن موضوع تعهد تنفیذ نماید، باید جبران خسارت را به محمود بدون این که محمود پرداخت جبران خسارت را برای احمد ابلاغ نماید، پرداخت نماید.

۲- بند دوم نص ماده ۸۲۹ پیچیده به نظر می رسد. طبق نص این ماده در صورتی که پرداخت جبران خسارت ناشی از عمل غیر مجاز باشد، ابلاغ جبران خسارت به مدیون یا متعهد لازم نیست. به حیث مثال، اگر

احمد به موجب عقد با محمود متعهد شود و حمید را قتل نماید، مکلف است جبران خسارت (دیه) را به ورثه حمید بدون این که ورثه حمید پرداخت جبران خسارت را به او ابلاغ نمایند پرداخت نماید. همچنین، اگر احمد دوکان محمود را غصب نماید و آن را پس از غصب تخریب نماید، بدون این که محمود به احمد پرداخت جبران خسارت را ابلاغ نماید، احمد مکلف به رد دوکان و پرداخت جبران خساره آن به محمود است.

۳- در صورتی که موضوع تعهد رد مال مسروقه باشد، سارق بدون این که به او ابلاغ صورت بگیرد، مکلف به پرداخت جبران خسارت است. نص این ماده مجمل است و قانونگذار مدنی در نص این ماده روشن نساخته است که در صورت تلف شدن مال مسروقه سارق مکلف به پرداخت جبران خسارت است یا خیر؟ همچنین، طبق نص این ماده در صورتی شخص مال مسروقه را با وجود داشتن آگاهی نسبت به مسروقه بودن آن تسلیم شود، بدون این که به او ابلاغ صورت بگیرد، باید جبران خسارت را پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را سرقت نماید، در صورتی که موتر از بین نرفته باشد، احمد مکلف به رد آن به محمود است. در صورت تلف شدن موتر، احمد مکلف به پرداخت جبران خسارت آن است. اگر احمد موتر را به حمید تسلیم نماید و حمید با وجود آگاهی موتر را تسلیم شود و موتر از بین برود، حمید بدون این که محمود به او ابلاغ نماید، مکلف به پرداخت جبران خسارت به محمود است.

۴- در حالی که متعهد امتناع خود را کتباً اظهار نموده باشد مبهم به نظر می رسد. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استتکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است. در اصطلاح حقوق مدنی، امتناع عبارت است از عدم اجرای تعهد.^{۹۹۶} به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا برای محمود یک باب هتل را در سال ۱۳۹۷ احداث نماید، اما پس از انعقاد عقد کتباً به محمود بگوید که هتل را احداث نمی نماید، محمود می تواند بدون این که به احمد اطلاع دهد، از احمد مطالبه جبران خسارت نماید. زیرا، در این مثال، احمد به صورت نوشته از اجرای تعهد امتناع ورزیده است.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر حالاتی است که به موجب تحقق آنها اطلاع دادن مبنی بر دریافت جبران خسارت از متعهد یا داین لازم نیست. برخی نویسندگان در خصوص این ماده می نویسند که: «حالاتی که ابلاغ پرداخت تعویض به مدیون ضروری نیست یا بر مبنای توافق طرفین استوار است که ممکن است صریح و یا ضمنی باشد، مانند: ملتزم نمودن معمار مبنی بر اتمام احداث بنا در تاریخ معین و یا هم صریح باشد، مانند: اشتراط در عقد توريد، تسلیم فوری موضوع وجبیه را. همچنین، حالاتی وجود دارد که عدم ابلاغ پرداخت تعویض توسط مدیون به داین ناشی از حکم قانون باشد، مانند: رد مال مسروقه توسط مدیون به داین و یا رد شی ای که مدیون آن را با وجود علم به آن بدون حق تسلیم شده است. گذشته از این حالات، حالات دیگری نیز وجود دارد که عدم ابلاغ پرداخت تعویض ناشی از اقتضای طبیعت اشیاء است، مانند: غیر ممکن گردیدن تنفیذ وجبیه توسط مدیون و یا متعهد. زیرا، در چنین حالات، ابلاغ پرداخت تعویض به متعهد بی فایده است.^{۹۹۷}

۹۹۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۴۵.
۹۹۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۸۳۴-۸۴۰.

علاوه بر این احکام، نویسندگان ق. م در ذیل فصل چهارم، ماده ۸۳۰ را جابجا نموده اند. این ماده مربوط به توافق طرفین مبنی بر رفع مسؤلیت مدنی است که جابجایی آن در فصل چهارم از نظر تفسیر منطقی ق. م محل ایراد به نظر می رسد، زیرا قواعد پیش بینی شده در این ماده مربوط به آزادی انعقاد عقود و اشتراط در عقد است که تفصیل آن گذشت. بنابراین، به نظر می رسد محل مناسب این قواعد در مبحث اشتراط در عقد است. طبق ماده ۸۳۰ فقره های اول الی سوم ق. م: «(۱) موافقت طرفین مبنی بر متحمل شدن متعهد از مسؤلیت حوادث غیر مترقبه و اسباب مجبره جواز دارد؛ (۲) همچنین موافقت طرفین بر رفع هر نوع مسؤلیت متعهد که ناشی از عدم اجرای تعهد تعاقدی وی باشد، جواز دارد. مسؤلیت ناشی از تقلب و خطای بزرگ شخص متعهد بر اثر موافقت طرفین مرفوع شده نمی تواند. متعهد می تواند رفع مسؤلیت خود را از تقلب و خطای کلی اشخاصی که در تنفیذ تعهد استخدام نموده است، شرط گذارد؛ و (۳) هر نوع موافقت طرفین، مبنی بر رفع مسؤلیت ناشی از عمل غیر مجاز، باطل می باشد.» به نظر می رسد از نصوص این ماده پنج حکم قابل استنباط است:

۱- عبارت فقره اول نص ماده ۸۳۰ ق. م مبهم به نظر می رسد. حادثه غیر مترقبه چنانچه تعریف آن گذشت عبارت از هر حادثه ای است که به صورت نامنتظر به وقوع می پیوندد. اسباب مجبره مترادف به قوه قاهره است که تعریف آن گذشت. طبق نص این ماده به نظر می رسد طرفین تعهد می توانند توافق نمایند که در صورتی که تعهد در اثر حوادث غیر مترقبه و مجبره (قوه قاهره/ فورس ماژور) مانند سیل، زلزله، طوفان و نظیر اینها توسط متعهد اجرا نگردد، اثر آن را متعهد متحمل شود. به حیث مثال، در صورتی که احمد به محمود تعهد نماید که کالا های تجارتي محمود را از قندهار به کابل انتقال دهد اما در صورتی که کالا ها در راه در اثر قوه قاهره مانند سیل، زلزله، رانش کوه و نظیر اینها یا حادثه غیر مترقبه مانند آتش سوزی، تظاهرات و نظیر اینها از بین برود، جبران خسارت آن را احمد بپردازد، چنین توافقی مدار اعتبار است. همچنین، اگر احمد به محمود خانه احداث نماید و تعهد نماید که در صورتی که خانه در اثر قوه قهریه مانند زلزله از بین برود، من مسؤل هستم، چنین توافقی مدار اعتبار است.

۲- طرفین تعهد می توانند توافق نمایند که مسؤلیت مدنی قراردادی متعهد، رفع گردد. بنابراین، طرفین تعهد می توانند توافق نمایند که متعهد در صورت عدم اجرای قرارداد مسؤلیت مدنی قراردادی نداشته باشد. این حکم از دو جهت محل ایراد به نظر می رسد: نخست این که چنین توافقی مخالف قانون به نظر می رسد، زیرا چنانچه تفصیل آن گذشت در صورت عدم اجرای تعهد و ایراد ضرر به متعهد له، متعهد در برابر متعهدله مسؤلیت مدنی قراردادی دارد. دوم این که این حکم موجب از بین رفتن ضمانت اجرای قراردادها می گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود ده لک افغانی به عنوان قرض بدهد و احمد و محمود تعهد نمایند که در صورت عدم پرداخت به موقع قرض محمود هیچ نوع مسؤلیت مدنی قراردادی نداشته باشد، چنین توافق طبق نص ماده ۸۳۰ ق. م مدار اعتبار است که با احکام جبران خسارت پرداخت دین در تعارض به نظر می رسد.

۳- در صورتی که طرفین تعهد توافق نمایند که متعهد در صورت انجام تقلب و یا خطای بزرگ مسؤلیت نداشته باشد، چنین توافقی به دلیل مخالفت با قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه باطل است. خطای بزرگ

(سنگین) خطایی است که به طور متعارف کسی مرتکب آن نمی شود.^{۹۹۸} تقلب در لغت به معنی دگرگون کردن، در کاری به نفع خود و ضرر دیگری تصرف کردن، جعل، دغل کاری و نیزنگ است.^{۹۹۹} شخصی که تقلب می نماید، متقلب نامیده می شود. در اصطلاح حقوق مدنی، برخی حقوقدان بر این نظر اند که تقلب عملی است حقوقی که مقصود فاعل آن عمل لطمه زدن به حقوق یا منافع دیگران یا نقض یک قانون است.^{۱۰۰۰} برخی دیگر می گویند: تقلب ارایه قصدی نادرست حقیقت است.^{۱۰۰۱}

به حیث مثال، اگر یک شرکت ساختمانی بلاک احداث نماید و مطابق قوانین و مقررات ساختمانی تعهد نماید تا بلاک را با خشت پخته، مرکز گرمی اصل، لفت اصل، وسایل اصلی ای که در تشاب استعمال می شود، قفل های اصل و نظیر اینها احداث نماید، اما سپس بلاک را با خشت خام و مواد ساختمانی بدل و فاقد کیفیت احداث نماید، مرتکب تقلب گردیده است. اگر شخصی که آپارتمان ها را خریداری می نماید، با شرکت مبنی بر رفع مسؤلیت مدنی شرکت توافق نماید، چنین توافق باطل است. همچنین، اگر احمد با محمود توافق نماید که کالاهای او را از هرات به کابل انتقال دهد و در اثر خطای سنگین، کالاها در راه از بین بروند، توافق احمد با محمود مبنی بر رفع مسؤلیت مدنی احمد جواز ندارد و بنابراین احمد باید جبران خسارت را به محمود پرداخت نماید.

۴- متعهد می تواند رفع مسؤلیت خود را از تقلب و خطای کلی اشخاصی که در تنفیذ تعهد استخدام نموده است، شرط گذارد. به حیث مثال، اگر احمد شرکت ساختمانی داشته باشد و با محمود تعهد نماید تا برای او هتل شش منزله احداث نماید و شرط گذارد که اگر کارگران احمد مرتکب تقلب و خطای سنگین شوند، احمد مسؤل نیست. چنین توافقی مدار اعتبار است و موجب براءت احمد از مسؤلیت مدنی می شود. نص این ماده محل ایراد است. زیرا، از یکطرف متعهد مسؤلیت نظارت بر کارگران خویش را دارد و از طرف دیگر تطبیق نص این ماده موجب ورود ضرر به متعهد له می گردد.

۵- در صورتی که طرفین توافق نمایند که در صورت انجام عمل غیر مجاز هیچ نوع مسؤلیت نداشته باشند، چنین توافقی به دلیل مخالفت با قانون و نظم عمومی باطل است. به حیث مثال، اگر احمد با محمود توافق نماید تا محمود جمشید را به قتل برساند و احمد و محمود هیچ نوع مسؤلیت مدنی و جزایی نداشته باشند، چنین توافق مدار اعتبار نیست. همچنین، اگر احمد موتر جمشید را سرقت نماید و جمشید با پولیس توافق نماید که احمد را رها نماید و در برابر آن احمد به حمید پول دهد، این توافق به دلیل مخالفت با قانون مدار اعتبار نیست.

گفتار سوم) تضمین حقوق داینین

نوع سوم تنفیذ اجباری تعهد، تضمین حقوق داینین است که قواعد آن را نویسندگان ق. م در مواد ۸۳۱ الی ۸۴۱ ق. م تنظیم نموده اند. طبق ماده ۸۳۱ فقره های اول و دوم ق. م. ا: «۱) تمام اموال مدیون در تضمین تأدیة

۹۹۸. محمد جعفر لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲) تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۶۶۶۶. ۹۹۹. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

۱۰۰۰. محمد جعفر لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، صص ۱۷۵ و ۱۷۶. 1001. William P. Statsky (____). Family law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 129.

دین وی قرار می‌گیرد؛ و ۲) تمام داینین در برابر اموال مدیون حق مساوی دارند، مگر داینین که مطابق به احکام این قانون حق تقدم داشته باشد.». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) داینین می‌توانند از طریق تنفیذ، حقوق خویش را از اموال مدیون حصول نمایند، خواه تنفیذ عینی باشد و یا از طریق جبران خساره. زیرا، در چنین حالات، اموال مدیون محل چنین تنفیذ است. از همین رو، فقره ۱ ماده ۸۳۱ ق. م می‌گوید که تمام اموال مدیون تضمینی تأدییه دین او است. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد خانه، موتر، زمین و نظیر اینها داشته باشد، همه این اموال احمد تضمینی است برای پرداخت دین محمود. بنابراین، اگر احمد دین خویش را به محمود نپردازد، محمود می‌تواند از این اموال دین خویش را حصول نماید.

۲) در تضمین حقوق داینین، اموال مدیون تضمین عام حقوق داینین است. بنابراین، همه داینین در آن حق مساوی دارند، مگر داینینی که اموال مدیون را در رهن گرفته و بر آن حق اختصاص یا امتیاز داشته باشند که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود و ده لک افغانی مدیون حمید باشد و پول نقد نداشته باشد اما خانه و موتر داشته باشد، محمود و حمید حق مساوی در اموال احمد دارند. این اصل است. استثنای این اصل این است هرگاه محمود خانه یا موتر احمد را به رهن بگیرد یا حق اختصاص را بر آن به گونه ای که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد ایجاد نماید، محمود نسبت به حمید حق تقدم دارد. بنابراین، در صورت فروش خانه یا موتر، اول محمود دین خویش را می‌گیرد و سپس حمید.

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق داینین و به رسمیت شناختن حق تقدم یکی از داینین است. در مواردی که اموال مدیون تضمین حقوق داینین قرار گیرد، داینین می‌توانند متوسل به اتخاذ يك سلسله اقدام گردند که برخی آن جهت حفظ و برخی هم جهت تنفیذ وجیبه است. هدف از این اقدامات حفظ اموال مدیون و تنفیذ وجیبه که مدیون مکلف به ادای آست، می‌باشد. مطابق ق. م این اقدامات شامل: دعوی غیر مستقیم، دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون، حق حبس و تحت حجر قرار دادن مدیون می‌گردد که هر يك ذیلاً مورد مطالعه قرار می‌گیرد:

الف) دعوای غیر مستقیم (دعوی به نمایندگی از مدیون)

دعوی غیر مستقیم تابع قواعد ذیل است:

۱) شرایط دعوی غیر مستقیم: مطابق ماده ۸۳۲ ق. م. ا: «داین می‌تواند حقوق مدیون را به نام مدیون استعمال نماید گرچه دین هنوز قابل تأدییه نباشد مشروط براینکه حق مذکور از حقوق غیر مالی منحصر و ملصق به شخص مدیون نبوده و داین وقتی این حق را استعمال کرده می‌تواند که عدم استعمال آن را از طرف مدیون ثابت نماید و همچنین ثابت نماید که عدم استعمال حق، از طرف مدیون، سبب افلاس یا زیادت افلاس وی می‌گردید. در این حالت، ابلاغ به مدیون ضرور نمی‌باشد، مگر ادخال او به حیث خصم در دعوی حتمی است.». از نص این ماده احکام ذیل قابل استنباط به نظر می‌رسد:

۱- داین می‌تواند حقوق مدیون را به نام مدیون استعمال نماید. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق است. به حیث مثال، اگر محمود سی لک افغانی مدیون احمد باشد و محمود هتل داشته باشد، اما از هتل

استفاده ننماید، احمد می تواند از هتل استفاده نماید، به حیث مثال، در آن کار نماید یا آن را به اجاره بدهد. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند: «هرگاه احمد از محمود مبلغ یک میلیون افغانی طور مؤجل مدیون باشد و احمد در مقابل دین یک عمارت قابل سکنی خود را برای محمود به رهن داده باشد، محمود می تواند تعمیر را به نام احمد به اجاره بدهد و دین خویش را از اجرت آن معجرا [تہاتر/ مقاصه] نماید.» در این دو مثال، داین حقی را که مدیون بر عقار دارد، به نام مدیون استعمال نموده است.

۲- در استعمال حق مدیون توسط داین فرق نمی کند که هنوز موعد پرداخت دین فرا رسیده است یا خیر. به حیث مثال، در مثال بالا فرق نمی کند که دین احمد مؤجل است یا معجل. در هر دو صورت، احمد داین می تواند از حق محمود مدیون به نام او استفاده نماید.

۳- عبارت مشروط بر این که «حق مذکور از حقوق غیر مالی منحصر و ملصق به شخص مدیون نبوده» مبهم است. ملصق در لغت به معنی پیوسته و چسبیده است.^{۱۰۰۲} طبق نص این ماده در حق شرط است که حق مالی باشد نه حق غیرمالی. زیرا، حق غیرمالی منحصر به مدیون است. حق مالی حقی است که به مال و منافع تعلق می گیرد و موضوع آن مال و منفعت می باشد، مانند: حق ملکیت اعیان، منافع و دیون، حق بایع بر ثمن و از مشتری بر مبیعه، حق شفیع در شفعه، حق ارتفاق، حق خیار، حق مستأجر در سکنی و غیره.^{۱۰۰۳} در صورتی که حق غیرمالی باشد، مانند حق ولایت، حق آزادی، حق طلاق، داین نمی تواند آن را به نام مدیون استفاده نماید.

۴- داین باید ثابت نماید که مدیون حق را استعمال نمی کرده است. به حیث مثال، در مثال بالا احمد باید ثابت نماید که محمود هتل را مورد استفاده قرار نمی داده است. داین می تواند هر وسیله اثبات مانند سند، شهود، سوگند، قرائن و نظیر اینها را برای ثبوت عدم استعمال مورد استفاده قرار دهد.

۵- داین باید ثابت نماید که عدم استعمال حق توسط مدیون، موجب افلاس یا زیادت افلاس مدیون می گردد. افلاس از ریشه «فلس» گرفته شده است که در لغت به معنی ناچیز شدن، نادار شدن، بینوایی، ناداری و پریشانی است. به شخصی که حکم به افلاس او می شود مفلس گویند. در اصطلاح حقوقی افلاس عبارت از وصفی است در شخصی که قرض او بیشتر از دارایی او باشد.^{۱۰۰۴} به حیث مثال، در مثال بالا، احمد باید ثابت نماید که اگر محمود هتل را استفاده نمی کرد، عدم استفاده از هتل موجب مفلس شدن یا زیادت مفلس شدن محمود می گردید.

۶- ابلاغ استفاده از حقوق مدیون به نام مدیون به مدیون ضرور نیست. ابلاغ از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسانیدن پیام یا نامه به کسی و پیام رسانی و ایصال است.^{۱۰۰۵} در مفهوم خاص به نظر می

1002. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

۱۰۰۳. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۲۸۴۹-۲۸۵۰؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۵؛ و ___ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۴۰.

۱۰۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۸۴.

۱۰۰۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۶.

رسد ابلاغ رسانیدن و شنوندن حکم محکمه است به محکوم له. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد مکلف نیست به محمود ابلاغ نماید که احمد از هوتل محمود استفاده می نماید.

۷- طبق نص ماده ۸۳۲ ق. م إدخال مدیون به عنوان خصم توسط داین ضروری است. إدخال در لغت به معنی دخیل ساختن و دخیل کردن است. خصم در لغت به معنی دشمن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به هر یک از طرفین دعوی خصم و به هر دوی آنها متخاصمین گویند.^{۱۰۰۶} به حیث مثال، هرگاه در مثال بالا، جمشید ادعا نماید که هوتل متعلق و ملکیت محمود نیست، بلکه ملکیت من است. در این صورت، احمد مکلف است محمود را به عنوان خصم جمشید در دعوی دخیل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط دعوی غیر مستقیم است. در خصوص ماده ۸۳۲ ق. م رأی ستره محکمه هم وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۷۱):

ماده (۸۳۲) قانون مدنی قابل توضیح پنداشته می شود.

توضیح:

شخصی از یک بانک یک میلیون افغانی مدیون است و در عین حال مدیون یک سرای تجارتي دارد اما آن را قفل نموده و از فعالیت مانده است.

داین (بانک) حق دارد با رعایت احکام سایر قوانین سرای را به تصرف آورده و حقوق مدیون را به حساب او استعمال نماید مشروط بر این که داین ثابت نماید که عدم استعمال آن از طرف مدیون سبب افلاس مدیون و یا زیادت افلاس او می گردد و در این حالت ابلاغ به مدیون ضرور نیست ولی در صورت بروز دعوی مدیون باید به حیث خصم پذیرفته شود.^{۱۰۰۷}

۱) اثر دعوی غیر مستقیم: طبق ماده ۸۳۳ ق. م: «داین در صورت استعمال حقوق مدیون نایب وی شناخته شده، مفادی که در نتیجه استعمال حق حاصل می شود مال مدیون، محسوب گردیده و در تضمین تمام داینین قرار می گیرد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱) داین در استعمال حق مدیون نایب مدیون تلقی می شود. نایب در لغت به معنی جانشین، نماینده و قائم مقام است. در اصطلاح حقوقی نایب شخصی است که از شخص دیگر نیابت می کند. به حیث مثال، اگر در مثلاً بالا، احمد هوتل محمود را استفاده نماید، احمد نایب محمود تلقی می گردد.

۱۰۰۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۸۹۹.

۱۰۰۷. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 529.

(۲) با توجه به این که داین نایب یا نماینده مدیون در استعمال حق مدیون محاسبه می گردد، مفادی که در نتیجه استعمال حق حاصل می شود، مال مدیون تلقی می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد هتل را به کرایه دهد یا در آن کار نماید و سایر تصرفات را انجام دهد، اجوره و عاید حاصل از هتل مال مدیون محاسبه می شود.

(۳) عاید حاصل از مال مدیون می تواند به عنوان تضمین دین تمام داینین قرار بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد در مثال بالا هتل محمود را به نمایندگی از محمود مورد استفاده قرار دهد و محمود مدیون جمشید و حمید باشد، عاید حاصل از هتل می تواند به عنوان تضمین دین احمد، حمید و جمشید مورد استفاده قرار بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر دعوی غیر مستقیم است.

ب) دعوای عدم نفاذ تصرفات مدیون

چنانچه گفته شد، اموال مدیون تضمین حقوق داینین او است. در صورتی که مدیون دارای سوء نیت باشد و از طریق تصرف در اموال خویش بخواهد داینین را متضرر بسازد، داینین می توانند، دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون را از محکمه ذیصلاح مطالبه نمایند. دعوی عدم نفاذ تصرف عبارت از دعوی است که به موجب آن داین از محکمه مطالبه می نماید تا حکم خویش را مبنی بر عدم نافذ یا جاری شدن تصرفات مدیون صادر نماید. قسمت دوم مبحث دوم مواد ۸۳۴ الی ۸۴۱ ق. م احکام معین را در این باره جهت حمایت حقوق داینین وضع نموده است. این احکام مربوط به شرایط دین، شرایط تصرف، شرایط مدیون و آثار دعوی عدم نفاذ تصرف می گردد:

(۱) **شروط دین:** طبق ماده ۸۳۴ ق. م: «هرگاه حق قابل تأدیه بوده و مدیون در آن تصرفی نماید که داین را متضرر سازد، طوری که از حقوق مدیون بکاهد یا به تعهدات مدیون به نحوی بی افزایش که منجر به افلاس یا زیادت افلاس مدیون گردد، داین می تواند با در نظر گرفتن شرایط مندرج ماده ۸۳۵ این قانون عدم نفاذ چنین تصرف را مطالبه نماید.» طبق نص این ماده هرگاه حق قابل تأدیه باشد و مدیون در حق تصرف نماید و این تصرف موجب ورود ضرر با داین شود و موجب کاهش حقوق داین شود و یا تعهدات مدیون را افزایش دهد و منجر به افلاس و بیشتر شدن افلاس مدیون گردد، داین می تواند عدم نفاذ تصرف مدیون را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. بنابراین، هرگاه دین قابل تأدیه نباشد، به حیث مثال، موعد پرداخت آن فرا نرسیده باشد و تصرف مدیون موجب کاهش حقوق داین و یا موجب افلاس مدیون نگردد، داین نمی تواند عدم نفاذ تصرف را از محکمه مطالبه نماید. انفاذ از ریشه نفاذ گرفته شده است که در لغت به معنی اجرا کردن و انجام دادن فرمان است.

تصرف چنانچه گفته شد، شامل عقد و ایقاع می شود. به حیث مثال، اگر احمد پنجاه لک افغانی به محمود برای مدت دو سال قرض بدهد و محمود تاجر باشد و با سرمایه شش لک افغانی تجارت نماید و موعد پرداخت دین احمد فرا رسد و دین مستحق اداء گردد، اما محمود پنجاه لک افغانی احمد را ندهد و در عین حال که در تجارت نقص کرده است بخواهد بیست لک افغانی به جمشید و سی لک افغانی به حمید قرض بدهد، احمد می تواند عدم نفاذ تصرفات محمود را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. در این مثال، دین احمد قابل تأدیه است. تصرفات محمود موجب کاهش حق احمد می شود و به احمد ضرر وارد می گردد. احمد می

تواند عدم نفاذ تصرفات محمود از قبیل ادامه تجارت، قرض دادن به حمید و جمشید را مطالبه نماید. ادامه تجارت و قرض دادن محمود به حمید و جمشید موجب افلاس و بیشتر شدن افلاس محمود می‌گردد. تعریف افلاس در بالا گذشت. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق داین و بیان شرایط دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون است. دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون عبارت از دعوی است که به موجب آن داین از محکمه ذیصلاح مطالبه می‌نماید تا مانع جاری و تطبیق شدن تصرفات مدیون به دلیل ورود ضرر به داین گردد.

۲) **شروط تصرف:** طبق ماده ۸۳۵ فقره اول ق. م. «(۱) تصرف بالمعاوضه مدیون وقتی درحق داین 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) علم طرف مقابل به افلاس مدیون برای عالم بودن وی به تقلب کافی پنداشته می‌شود. تصرف بدون عوض مدیون درحق داین معتبر شناخته نمی‌شود گرچه طرف مقابل دارای حسن نیت بوده و مدیون مرتکب تقلب نشده باشد؛ و «(۳) اگر خلفی که مال از طرف مدیون به وی انتقال نموده، آنرا به مقابل عوض به خلف دیگری انتقال بدهد، داین نمیتواند به عدم انفاذ تصرف تمسک نماید، مگر اینکه خلف دوم هنگام تصرف مدیون با خلف اول در عقد معاوضه به تقلب مدیون یا درعقد بدون عوض به افلاس او علم داشته باشد.» تصرف چنانچه گفته شد شامل عقد و ایقاع می‌شود. منظور از بالمعاوضه معوض است. طبق نص این ماده تصرف مدیون زمانی در حق داین بدون اعتبار تلقی می‌شود که در آن چهار شرط ذیل متحقق گردد:

۱- تصرف معوض باشد. معوض تصرفی است که به موجب آن مدیون چیزی را می‌گیرد و چیزی را می‌دهد مانند بیع، اجاره و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود باشد و احمد موتر خویش را به جمشید به فروش رساند، این تصرف معوض است.

۲- در تصرف معوض تقلب وجود داشته باشد. تعریف تقلب در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود باشد و احمد اموال خویش را به حمید به نام فرزند، زوجه یا یکی از اقارب خویش به فروش رساند، احمد مرتکب تقلب شده است.

۳- عبارت طرف مقابل به آن علم داشته باشد در نص این ماده مبهم به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد منظور از طرف مقابل داین است. بنابراین، برای عدم نفاذ تصرفات مدیون شرط است که داین به آن آگاهی داشته باشد.

۴- فقره ۲ ماده ۸۳۵ ق م معیار تقلب را بیان می‌نماید. طبق نص این ماده تصرف مدیون زمانی توأم با تقلب است که مدیون در حالت انجام تصرف بداند که مفلس است. بنابراین، شرط چهارم تحقق دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون توسط داین تقلب مدیون است. تقلب نیز ممکن است در عقود معوض، عقود تبرعی و در انتقال مال به خلف باشد:

- طبق ماده ۸۳۵ تقلب می تواند در عقود معوض مانند بیع، اجاره و نظیر اینها صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود باشد و احمد خانه خویش را به نام زوجه ای خویش به اجاره بدهد، اجاره خانه به نام زوجه از یکطرف عقد معوض است و از طرف دیگر مدیون در آن مرتکب تقلب شده است.

- **تقلب در عقود تبرع:** طبق ماده ۸۳۵ فقره ۲ ق. م: «علم طرف مقابل به افلاس مدیون برای عالم بودن وی به تقلب کافی پنداشته می شود. تصرف بدون عوض مدیون در حق داین معتبر شناخته نمی شود گرچه طرف مقابل دارای حسن نیت بوده و مدیون مرتکب تقلب نشده باشد. به نظر می رسد در نص این ماده دو حکم وجود دارد: اول این که به نظر می رسد منظور از طرف مقابل مدیون است. با پذیرش این برداشت این نتیجه به دست می آید که در صورتی که داین بدانند مدیون مفلس است، علم و آگاهی داین برای تقلب مدیون کافی است. دوم این که تصرف بدون عوض مدیون نسبت به داین فاقد اعتبار است هرچند مدیون مرتکب تقلب نشده باشد. عبارت طرف مقابل دارای حسن نیت بوده در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. زیرا، روشن نیست که منظور از طرف مقابل دارای حسن نیت، داین یا مدیون یا شخص ثالث است.

برخی در این خصوص بر این نظر اند که: «در صورتی که تصرف مدیون تبرعی، مثلاً: هبه باشد، ضروری نیست تا داین تقلب و آگاهی مدیون متبرع را ثابت نماید. همچنین، لازم نیست، داین علم موهوب له را مبنی بر افلاس مدیون ثابت نماید، بلکه کافی است که تا داین ثابت نماید که این تبرع موجب افلاس و یا ازدیاد افلاس داین گردیده است.»^{۱۰۰۸} برخی دیگر در این خصوص چنین مثال می آورند: «هرگاه احمد بر محمود دین داشته باشد و محمود از پرداختن دین مستحق الاداء احمد امتناع ورزد و چنین ظاهر شود که دیون از مال او بیشتر است و خوف ضیاع دارایی او نزد احمد موجود باشد یا مدیون دارایی خود را مخفی نماید یا به نام دیگری قید نموده باشد، محمود مدیون مفلس شناخته می شود و این عمل او برای عالم بودن داین به تقلب مدیون کافی پنداشته می شود.

در چنین حالت، تصرف بدون عوض مدیون در حق داین معتبر شناخته نمی شود. به حیث مثال، اگر محمود موازی چهار جریب زمین مزروعی خود را به شخص دیگری هبه بلاعوض نماید، این هبه و تصرف بلاعوض محمود به زیان تأدیة دین داین بوده در حق داین معتبر شناخته نمی شود و احمد می تواند عدم نافذ چنین تصرف بدون عوض مدیون را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید و محکمه می تواند در اثر درخواست داین تصرف قرار قضایی را مبنی بر عدم نفاذ تصرف بدون عوض مدیون صادر نماید.»^{۱۰۰۹}

۳- تقلب در انتقال مال به خلف: طبق فقره سوم ماده ۸۳۵ ق. م: «(۳) اگر خلفی که مال از طرف مدیون به وی انتقال نموده، آن را به مقابل عوض به خلف دیگری انتقال بدهد، داین 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.» خلف در لغت به معنی جانشین، بازمانده،

۱۰۰۸. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر.ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۹۹۹.

۱۰۰۹. یادگار راجی سمنگانی (___). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۲)، (___)، (___)، ص ۲۱۲.

از پس آینده و فرزند است که جمع آن اخلاف و متضاد آن سلف است که جمع آن اسلاف است.^{۱۰۱۰} قانونگذار مدنی خلف را در نص این ماده مطلق استعمال نموده است در حالی که خلف یا خلف خاص است یا خلف عام که تفصیل آن در مبحث آثار عقد نسبت به اشخاص ثالث گذشت.

طبق این ماده در صورتی مال از مدیون به خلف او منتقل شود و او آن را به خلف دیگر انتقال دهد، داین نمی تواند به عدم نفاذ تصرفات مدیون استناد نماید، مگر اینکه خلف دوم حین انتقال مال توسط مدیون به خلف اول در عقد معوض تقلب مدیون و در عقد غیر معوض به افلاس مدیون آگاهی داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود باشد و احمد زمین خویش را به حمید به فروشد، حمید خلف خاص محمود تلقی می گردد. در صورتی که حمید زمین احمد را به جمشید به فروش رساند، جمشید خلف خاص دوم تلقی می گردد. در این مثال، محمود نمی تواند به عدم نفاذ چنین عقدی تمسک نماید. تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهی و توسل، سند و حجت است.^{۱۰۱۱} در اصطلاح حقوقی برخی حقوقدانان بر این نظر اند که تمسک عبارت است از سند کتبی برای اثبات واقعه در معاملات و دعاوی.^{۱۰۱۲} این تعریف در مفهوم محدود برای تمسک ارایه شده است. به نظر می رسد تمسک عبارت است از متوسل شدن به وسایل اثبات دعوی برای اثبات ادعا. همچنین، در مفهوم مصطلح، تمسک به معنی استناد کردن است.

این اصل است. استثنای این اصل این است که خلف دوم یعنی جمشید در وقت انتقال مال توسط احمد به حمید در عقود معوض به تقلب احمد آگاهی داشته باشد. همچنین، در صورتی که خلف دوم یعنی جمشید در وقت انتقال مال توسط احمد به حمید در عقد غیر معوض به افلاس احمد علم یا آگاهی داشته باشد. در این دو صورت و در صورت تحقق این دو شرط، محمود می تواند عدم نفاذ تصرف احمد را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط تصرف است که عبارت اند از: معوض بودن تصرف، توأم بودن تصرف با تقلب، آگاهی داشتن داین به تصرف و آگاهی مدیون به افلاس خویش است.

۳) شروط مربوط به مدیون: طبق ماده ۸۳۶ ق.م: «هرگاه داین افلاس مدیون را ادعا نماید محض به اثبات مقدار دیون ذمت مدیون، مکلف می باشد. مدیون مکلف است ثابت نماید، مالک آن مقدار مالی است که مساوی دیون او و یا زاید از آن می باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- هرگاه داین ادعای افلاس مدیون را که تعریف آن در فوق گذشت نماید، مکلف است مقدار دیونی که بر ذمه مدیون است را ثابت نماید. طبق نص این ماده بار اثبات مقدار دین مطابق قاعده عمومی «ارایه بینه بر مدعی و قسم بر منکر است» بر عهده مدعی است. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود مفلس است باید ثابت نماید که محمود چقدر قرضدار است.

۲- مدیون مکلف است مطابق قواعد عمومی اثبات ثابت نماید که مال او مساوی دیون او یا بیشتر از آن است. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که سرمایه محمود صد لک افغانی است و محمود دو صد لک

1010. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۷/۸/۲۰۱۶)

1011. Ibid, (۲۰۱۶/۱۸/۸)

۱۰۱۲. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۱۴۱۹.

افغانی قرضدار است، محکمه می تواند حکم عدم نفاذ تصرفات محمود را صادر نماید. اما، اگر محمود ثابت نماید که دو صد لک افغانی یا بیشتر از آن دارد، تحت حجر قرار نمی گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط مربوط به مدیون در دعوی عدم نفاذ تصرفات است.

۴) آثار: طبق ق. م دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون توسط داین موجب ایجاد یکسلسله آثار می گردد که برخی آن متوجه داین، برخی متوجه سایر داینین مدیون و برخی نیز متوجه مدیون می گردد که هر یک را ذیلاً بالترتیب مورد تحلیل قرار می دهیم:

۱) آثار دعوی عدم نفاذ نسبت به داین: طبق ماده ۸۳۸ فقره اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه مدیون وجایب خود را ایفاء نموده و یا اموال وی برای پرداخت دیون ذمتش را کفایت نماید، حق در مورد تمسک به عدم اعتبار تصرف مدیون ساقط می گردد؛ و (۲) طرف مقابل مدیون وقتی از دعوی عدم نفاذ تصرف برکنار شده می تواند، که شخصاً به ایفاء حقوق داینین اقدام نموده و یا ثابت نماید که مدیون مالک آن مقدار مالیست که به ایفاء دیون او کفایت می کند.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- هرگاه مدیون وجایب خود را ایفاء نماید؛ یعنی: دین خویش را به داین پرداخت نماید یا اموال مدیون به اندازه ای باشد که بتواند پرداخت دین های مدیون را بسنده و تکافو نماید، حق تمسک داین به عدم نفاذ تصرفات مدیون ساقط می شود. بنابراین، داین نمی تواند عدم نفاذ تصرفات مدیون را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد پنجاه لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد دین محمود را پرداخت نماید، تعهد به دلیل پرداخت دین خاتمه می یابد و محلی برای عدم نفاذ تصرف مدیون باقی نمی ماند. همچنین، اگر احمد ثابت نماید که پنجاه لک افغانی یا بیشتر از آن دارد و این پول می تواند پرداخت قرض محمود را تکافو و بسنده نماید، محمود نمی تواند عدم نفاذ تصرفات احمد را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید.

۲- فقره دوم نص ماده ۸۳۸ ق. م مبهم به نظر می رسد. زیرا، در نص این ماده معلوم نیست که «طرف مقابل مدیون» کیست؟ همچنین، کلمه «برکنار» در نص این ماده معنی معنی درست را افاده نمی نماید. به نظر می رسد منظور از «برکنار شدن» منصرف شدن است. همچنین، شخصی که طبق نص این ماده به پرداخت حقوق داینین اقدام می نماید معلوم نیست. به نظر می رسد طبق نص این ماده هرگاه مدیون دین داین را پرداخت نماید یا مدیون ثابت نماید که مال و دارایی مدیون پرداخت دیون داین یا داینین را تکافو و بسنده می کند، داین می تواند از دعوی عدم نفاذ تصرف مدیون صرف نظر نماید.

به حیث مثال، اگر احمد پنجاه لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد دین محمود را پرداخت نماید یا ثابت نماید که پنجاه لک افغانی یا بیشتر از آن دارد محمود می تواند از دعوی عدم نفاذ تصرفات احمد صرف نظر نماید. زیرا، در صورت اول، محمود به مقصود خویش که دریافت دین است می رسد و در صورت دوم محمود اطمینان حاصل می نماید که احمد به قدر کافی پول دارد و می تواند دیون او را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر دعوی عدم نفاذ تصرفات در رابطه به داین و مدیون و حالات سقوط و انصراف از دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون است.

۲) طبق ماده ۸۳۹ ق.م: «هرگاه شخص از مدیون مفلس حقی را بدون پرداخت ثمن به دست آرد، وقتی دعوی داینین علیه او قابل سمع نمی باشد که ثمن مذکور مثلی بوده و به خزانه یا بانکی که محکمه تعیین می نماید، طور امانت تحویل شده باشد.» نص این ماده مبهم و پیچیده است. قانونگذار مدنی در نص این ماده از شخص سخن می گوید و سپس از دعوی داینین علیه او سخن می گوید.

به نظر می رسد منظور از شخص در نص این ماده شخص سوم غیر از داین و مدیون است. مفلس در لغت به معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح فقهی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.^{۱۱۳} عبارت «ثمن مثل» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. ثمن در لغت به معنی بها و قیمت است.^{۱۱۴} ماده ۱۵۲ مجله الاحکام در تعریف ثمن می گوید: «ثمن آن است که در بدل مبیع واقع گردد و به ذمه شخص تعلق گیرد.» به نظر می رسد ثمن دو نوع است: ثمن مسمی و آن عبارت از پولی است که مقدار آن در عقد تعیین شده است. ثمن مثل و آن عبارت از مقدار پولی است که براساس عرف و نرخ بازار در عقد معین می شود. طبق نص این ماده در صورتی که شخصی از مدیون مفلس شی را خریداری نماید، اما پول آن را به مدیون نپردازد، داینین مدیون می تواند جهت عدم نفاذ تصرف مدیون علیه مدیون اقامه دعوی عدم نفاذ تصرفات نمایند، مگر این که ثمن فروش مال ثمن مثل بوده و شخص یعنی مشتری آن را به بانکی که محکمه ذیصلاح تعیین می نماید، طور امانت بگذارد.

به حیث مثال، اگر احمد از محمود و حمید پنجاه لک افغانی قرضدار باشد و احمد خانه خویش را به جمشید به فروش رساند، محمود و حمید می توانند علیه احمد دعوی عدم نفاذ تصرف (فروش خانه) را اقامه نمایند. این اصل است. استثنای این اصل این است که جمشید پول خانه را به بانکی که محکمه تعیین می نماید به امانت بگذارد. در پول شرط است که «ثمن مثل» باشد. بنابراین، اگر جمشید خانه احمد را مطابق نرخ بازار خریداری نموده باشد بلکه کمتر از نرخ بازار خریداری نموده باشد محمود و حمید به دلیل عدم اطمینان می توانند دعوی عدم نفاذ تصرف را قامه نمایند.

به حیث مثال، اگر قیمت خانه احمد پنجاه لک افغانی مطابق نرخ روز و نرخ بازار باشد و جمشید آن را سی لک افغانی خریداری نموده باشد، ثمن مثل متحقق نیست و محمود و حمید می توانند علیه احمد اقامه دعوی عدم نفاذ تصرف نمایند. اما، اگر فروش خانه مطابق نرخ روز باشد، حمید و محمود نمی توانند علیه احمد اقامه دعوی نمایند. زیرا، احمد خانه را مطابق نرخ روز فروخته است و پول آن در بانک طور ودیعت وجود دارد و حمید و محمود می توانند از آن پول دین خویش را اخذ نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حالت سقوط دعوی عدم نفاذ تصرف مدیون است.

۳) آثار دعوی عدم نفاذ نسبت به سایر داینین مدیون: براساس ماده ۸۳۷ ق.م: «هرگاه قرار عدم نفاذ تصرف صادر گردد، تمام داینینی که تصرف مذکور به ضرر آنها انجام یافته از این حکم استفاده کرده می

۱۰۱۳. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷؛ محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۲۳۰ و ۲۳۱
 ۱۰۱۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۷۷۴.

توانند.». از نص این ماده به خوبی بر می آید که اثری که در نتیجه دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون متوجه داینین می گردد این است که در صورتی که حکم عدم نفاذ تصرفات مدیون توسط محکمه ذیصلاح بعد از مطالبه داین صادر شود، نه تنها داینی که اقامه دعوی نموده است، بلکه سایر داینین مدیون نیز می توانند از آن استفاده نمایند. بنابراین، اموال مدیون تضمین دین تمام داینین قرار می گیرد.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود، ده لک مدیون جمشید و ده لک مدیون حمید باشد و بخواهد هتل خویش را به ذاکر به اجاره بدهد و محمود علیه احمد دعوی عدم نفاذ تصرف را نماید و محکمه ذیصلاح حکم به عدم نفاذ تصرف احمد نماید، نه تنها محمود، بلکه حمید، جمشید و ذاکر هم می توانند از این حکم نفع ببرند. زیرا، در این صورت، مال احمد تضمین حقوق محمود، حمید، جمشید و ذاکر قرار می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن نه تنها داینی که دعوی عدم نفاذ تصرف را علیه مدیون اقامه می نماید بلکه مورد حمایت قرار دادن سایر داینین مدیون است.

۴) طبق ماده ۸۴۰ ق. م: «(۱) هرگاه تقلب محض به غرض تقدم بدون موجب یکی از داینین به عمل آمده باشد، این عمل صرف محرومیت داین را از حق امتیاز تقدم بار می آرد؛ و (۲) اگر مدیون مفلس دین یکی از داینین را قبل از به سر رسیدن موعد بپیر دارد، این پرداخت، حقوق سایر داینین را در اقامه دعوی عدم نفاذ تصرف متاثر نمی سازد. همچنین اگر پرداخت دین بعد از به سر رسیدن موعد به اساس سازش طرفین صورت گرفته باشد، تابع عین حکم پنداشته می شود.» از نص این ماده سه قاعده ذیل قابل استنباط است:

۱- در صورتی تقلب مدیون موجب ایجاد حق تقدم برای یکی از داینین گردد، ایجاد چنین حقی فاقد اعتبار پنداشته می شود. تعریف تقلب در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود، ده لک مدیون جمشید و ده لک مدیون حمید باشد و احمد موتر داشته باشد که قیمت آن ده لک افغانی باشد و موتر را به فروش رساند و در عین حال سندی ترتیب دهد و در آن بیان نماید که محمود موتر را به رهن گرفته بود و بنابراین محمود نسبت به جمشید و حمید حق تقدم دارد و باید دین خویش را اولتر از جمشید و حمید بگیرد، تقلب احمد به دلیل ضرر دیدن جمشید و حمید فاقد اعتبار است.

۲- اگر مدیون مفلس دین یکی از داینین را قبل از بسر رسیدن موعد بپیر دارد، این پرداخت، حقوق سایر داینین را در اقامه دعوی عدم نفاذ تصرف متاثر نمی سازد. مفلس در لغت به معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح فقهی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.^{۱۰۱۵} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود، ده لک مدیون جمشید و ده لک مدیون حمید باشد و احمد بیست لک افغانی داشته باشد و بخواهد دین محمود را که موعد پرداخت آن هنوز فرا نرسیده است پرداخت نماید، جمشید و حمید می توانند علیه احمد دعوی عدم نفاذ تصرف نمایند.

۳- اگر پرداخت دین بعد از به سر رسیدن موعد به اساس سازش طرفین صورت گرفته باشد، سایر داینین مدیون می توانند علیه مدیون اقامه دعوی عدم نفاذ تصرف نمایند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی

۱۰۱۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴). کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷؛ محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۲۳۰ و ۲۳۱

مدیون محمود، ده لک مدیون جمشید و ده لک مدیون حمید باشد و احمد بیست لک افغانی داشته باشد و بخواهد دین محمود را که موعد آن فرا رسیده است در اثر سازش با محمود پرداخت نماید، جمشید و حمید می توانند علیه احمد دعوی عدم نفاذ تصرف نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق داینین مدیون و جلوگیری و از تقلب مدیون و سازش مدیون با یکی از داینین و ترجیح دادن یک داین بر داین دیگر است.

۵) مرور زمان: طبق ماده ۸۴۱ ق. م: «دعوی عدم نفاذ تصرف بعد از مرور سه سال از تاریخ علم داین به علت موجبه عدم نفاذ تصرف، شنیده نمی شود. در سایر احوال دعوی بعد از مرور پانزده سال از تاریخ صدور تصرف شنیده نمی شود.» نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- دعوی عدم نفاذ تصرف مدیون بعد از مرور سه سال از تاریخی که داین به سبب دعوی عدم نفاذ تصرفات علم حاصل می نماید، توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. بنابراین، داین می تواند قبل از انقضای این مدت در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود بداند که احمد مفلس است و مدیون سایر داینین است و می خواهد در مالی که دارد تصرف نماید، محمود می تواند تا مدت سه سال علیه احمد اقامه دعوی نماید. در صورت عدم دعوی در این مدت و اقامه دعوی پس از سه سال، دعوی توسط محکمه ذیصلاح به دلیل مرور زمان مُسقط حق اقامه دعوی قابل سمع و رسیدگی نیست.

۲- به نظر می رسد بند دوم ماده ۸۴۱ ق. م که می گوید در سایر احوال دعوی بعد از مرور پانزده سال از تاریخ صدور تصرف شنیده نمی شود مبهم است. پانزده سال قاعده عمومی است و در مواردی قابل تطبیق است که حکم خاص وجود نداشته باشد. با توجه به این که قانونگذار مدنی در بند اول از علم داین سخن می گوید، به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که در صورت عدم علم داین، مدت مرور زمان دعوی عدم نفاذ تصرف مدیون پانزده سال است. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده بیان مدت مرور زمان دعوی عدم نفاذ تصرفات مدیون است.

گفتار چهارم) مسایل ضمان

گفته شد که در صورتی که مدیون از ایفای تعهدی که کرده است، امتناع ورزد، داین می تواند یک سلسله اقدامات را جهت حصول دین خویش از اموال مدیون روی دست بگیرد. همچنین، گفته شد که برخی این اقدامات تنفیذی و برخی تحفیظی است. مطالب مربوط به اقدامات تنفیذی گذشت. بنابراین، در این گفتار مطالب مربوط به اقدامات تحفیظی را که داین می تواند جهت رسیدن به دین خویش روی دست بگیرد مطالعه می نمایم که شامل: حق نگهداشت و تحت حجر قراردادن مدیون مفلس می گردد:

الف) حق نگهداشت

یکی از شیوه های ضمانت انجام تعهدات قراردادی اعمال حق نگهداشت است. حق نگهداشت را ناشی از تقابل عوضین و معاوضی بودن قرارداد های معوض دانسته اند که موجب می گردد تا وقتی که یک طرف اقدام به اجرای تعهد قراردادی ننموده، طرف مقابل از اجراء قرارداد خودداری نماید و در صورت امتناع هر دو طرف

در اجبار متعهد یا متعهدله یا هر دو اختلاف نظر وجود دارد. از همین رو، جلد دوم، قسمت دوم، مبحث اول ق. م احکام معین را در این باره به شرح ذیل وضع نموده است:

(۱) تعریف

حق نگهداشت عبارت از حق هر یک از عاقدین است در عقود معوض مبنی بر حبس عوض و معوض تا اینکه جانب مقابل دین خویش را ایفاء نماید. به عنوان مثال، در عقد بیع با بیع می تواند معوض را حبس نماید تا اینکه مشتری ثمن را به او پرداخت نماید و مشتری نیز می تواند از تسلیم ثمن به بائع امتناع ورزد تا اینکه بائع معوض را تسلیم او نماید.

(۲) برخی مصادیق

در ذیل برخی مثال های حق نگهداشت را که مواد ۸۴۲ الی ۸۴۴ ق. م به آن اشاره نموده است، مورد مطالعه قرار می دهیم:

(۱) حق نگهداشت در عقود معوض: طبق ماده ۸۴۲ ق. م: «هر یکی از متعاقدين می توانند در هر معاوضه مالی تا وقتی که بدل مستحق را تسلیم نکرده، معقود علیه را نزد خود نگهدارد». معاوضه از ریشه عوض گرفته شده است که در لغت به معنی تعویض و تبدیل کردن است.^{۱۱۶} طبق نص این ماده هر یک از طرفین عقد می توانند در معاوضه مالی تا زمانی که بدل عوض را تسلیم نکرده است، معقود علیه را نزد خود نگهدارد. برخی مثال های نص این ماده قرار ذیل است:

۱- اگر احمد به محمود موتر خویش را به فروش رساند، تا زمانی که احمد پول را از محمود دریافت ننماید، احمد می تواند موتر را نزد خود نگهدارد. در این مثال، بیع، معاوضه مالی است. عوضین موتر و پول است. همچنین، پول بدل موتر است.

۲- اگر حمد خانه خود را به محمود به اجاره بدهد تا زمانی که محمود اجرت را پیش پرداخت ننماید (مشروط بر این که پیش پرداخت اجرت در عقد تصریح شده باشد) احمد می تواند خانه را نزد خود نگهدارد.

۳- اگر احمد کامپیوتر خود را با موبایل محمود تبدیل نماید، احمد می تواند کامپیوتر را نزد خود نگهدارد تا زمانی که محمود موبایل را به احمد تسلیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قاعده عمومی حق نگهداشت در عقود معوض است.

(۲) حق حایز در حبس عین تا وقتی مالک آن مصارفی را که حایز متحمل شده است پرداخت نماید: بر اساس ماده ۸۴۳ ق. م: «هر گاه شخص در ملک غیر که تحت تصرف جایز او قرار دارد، مصارف ضروری و مفید انجام دهد، می تواند الی زمان حصول آنچه قانوناً مستحق می گردد، از رد آن به مالکش امتناع ورزد، مگر اینکه مکلفیت به رد ملک، ناشی از عمل غیر مجاز باشد». طبق نص این ماده، در صورتی که شخصی ملکی دیگری را تحت تصرف جایز، مثلاً: رهن یا کرایه داشته باشد، و جهت حفظ، مثلاً: ترمیم آن مصارف ضروری را متحمل شود، می تواند الی زمان حصول مصارف که از نظر قانونی مستحق دریافت آن می شود، از رد عین به مالک آن امتناع ورزد و عین را حبس نماید.

۱۰۱۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۴۰؛ و (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ص ۳۴۳.

اما، در صورتی که شخص ملک دیگری را براساس عمل غیر مجاز، مثلاً؛ غصب تحت تصرف داشته باشد و در آن مصارفی نماید، نمی تواند عین را الی حصول مصارف حبس نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به اجاره بگیرد و در خانه مصارف ضروری و مفید را انجام دهد، می تواند از دادن خانه به محمود پرهیز نماید تا این که محمود مصارف احمد را به او بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قاعده عمومی حق نگهداشت در تصرفات جایز است.

۳) حق نگهداشت در تعهدی که موضوع آن اجرای عمل است: طبق ماده ۸۴۴ ق.م: «شخصی که به دادن مالی تعهد نماید، تا وقتی که طرف مقابل به ایفای تعهد ناشی از تعهد مدیون که مرتبط به آن است نپردازد یا تأمینات کافی برای ایفای تعهد مذکور ندهد، می تواند از دادن مال مذکور امتناع ورزد». طبق نص این ماده در صورتی که موضوع تعهد اجرای عمل باشد، متعهد له یا داین می تواند از پرداخت اجوره امتناع ورزد، مگر اینکه متعهد یا مدیون تعهد خویش را ایفاء نماید و یا به متعهد له تأمین کافی مانند: کفیل بدهد. به حیث مثال، هرگاه احمد به محمود تعهد نماید تا برای او تصویری را ترسیم نماید، نقشه را طرح نماید و یا مریضی را عملیات نماید، محمود می تواند الی انجام این اعمال توسط احمد از پرداخت اجرت امتناع ورزد و اجرت را نزد خود نگهدارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قاعده عمومی حق نگهداشت در عقودی که موضوع آن اجرای عمل است، می باشد.

۳) آثار

حق نگهداشت باعث ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) طبق ماده ۸۴۵ ق.م: «ثبوت حق نگهداشت شی، حق امتیاز را بر آن ثابت نمی سازد. نگاه کننده به حفاظت شی مذکور و ارائه حساب عواید آن مکلف می باشد. اگر خوف هلاک یا معیوب شدن شی مذکور متصور باشد، نگاه کننده می تواند اجازه محکمه را در مورد فروش آن مطابق اجراءات مربوط به بیع مرهون حیازی مطالبه نماید. در این صورت حق نگهداشت به ثمن شی، انتقال می یابد». از نص این ماده احکام ذیل قابل استنباط است:

۱- ثبوت حق نگهداشت موجب ایجاد حق امتیاز برای شخصی که معقود علیه را نگهداری می نماید نمی گردد. حق امتیاز حق داین مرتهن نسبت به داینین عادی است. به عبارت دیگر: حق امتیاز حقی است که به موجب آن داین دین خویش را اولتر از داینین دیگر می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد و اجرت یک سال را به محمود پیش پرداخت نموده باشد و محمود بعد از چهار ماه عقد اجاره را فسخ نماید اما پول هشت ماه پیش پرداخت احمد را ندهد، احمد می تواند خانه را نزد خود نگهدارد تا این که محمود پول او را بدهد. در صورت عدم دادن پول توسط محمود به احمد و فروش خانه توسط محمود، احمد نسبت به سایر داینین محمود حق تقدم ندارد. بنابراین، اگر محمود خانه را به فروش رساند، احمد در دریافت دین خویش از محمود نمی تواند ادعای حق امتیاز نماید.

۲- نگاه کننده مکلف است شی را حفاظت نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد مکلف است خانه را الی دریافت پول خویش از محمود حفاظت نماید.

۳- نگاه دارنده مکلف به ارایه حساب عواید شی است. به حیث مثال، اگر احمد هفتاد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد نتواند دین خویش را به محمود پرداخت نماید و محمود مارکیت تجارتي احمد را به رهن بگیرد و آن را نگهداری و حفاظت نماید، مکلف است صورت حساب عواید آن را به احمد بدهد.

۴- در صورتی که ترس هلاک یا معیوب شدن شی محل حق نگهداشت وجود داشته باشد، نگاه کننده می تواند به اجازه محکمه و مطابق قواعد فروش مال مرهون در رهن حیازی، شی را به فروش رساند و پول آن را نگهداری نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا خوف از بین رفتن مارکیت تجارتي وجود داشته باشد، محمود می تواند مارکیت را به فروش رساند.

۵- بند اخير ماده ۸۴۵ ق. م که می گوید: «در این صورت حق نگهداشت به ثمن شی، انتقال می یابد» توجیه پذیر به نظر می رسد. زیرا، در صورت فروش شی محل حق نگهداشت، نگاه دارنده شی یا حایس می تواند از پول فروش شی دین خویش را بگیرد و ضرورت نیست که حق نگهداشت نسبت به پول ایجاد شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود مارکیت تجارتي را به فروش رساند، می تواند از پول فروش مارکیت دین خویش را بگیرد و ضرورت نیست تا پول آن را نگهداری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی آثار حق نگهداشت است.

۲) طبق ماده ۸۴۶ ق. م: «(۱) حق نگهداشت شی با از بین رفتن حیازت آن، از بین می رود؛ و (۲) اگر شی از حیازت شخص به صورت خفیه یا با وجود اعتراض وی خارج ساخته شود، می تواند اعاده حیازت آن را مطالبه نماید مشروط بر اینکه درخواست اعاده در خلال مدت یک ماه از تاریخ علم شخص به اخراج شی و قبل از مرور یکسال از تاریخ مذکور به عمل آمده باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- حق نگهداشت با از بین رفتن شی از بین می رود. به حیث مثال، اگر احمد میوه های خویش را به محمود به فروش رساند و محمود پول احمد را پرداخت ننماید و احمد میوه را نگه دارد، با از بین رفتن میوه ها حق نگهداشت احمد به دلیل انتفای محل حق نگهداشت خاتمه پیدا می کند.

۲- حق نگهداشت با از بین رفتن حیازت شی از بین می رود. حیازت از ریشه «حوز» گرفته شده است که در لغت به معنی گردآوردن، گردآوری کردن، جمع کردن و فراهم آوردن چیزی است.^{۱۷} به شخصی که شی را تحت حیازت قرار می دهد، حایز می گویند. در تعریف اصطلاحی حیازت ماده ۲۲۵۶ ق. م می گوید: «حیازت، حالت واقعی است که از سلطه شخصی بر شی، یا بر حقی از حقوق بر شی به صفت مالک شی یا صاحب حق بر شی نشأت می کند.» به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد موتر خویش را به محمود به رهن بدهد و موتر را تسلیم محمود نماید اما دین محمود را نتواند پرداخت نماید و در عین زمان محمود موتر را تسلیم احمد نماید، حق نگهداشت محمود خاتمه پیدا می کند.

۳- اگر شی از حیازت شخص به صورت خفیه یا با وجود اعتراض وی خارج ساخته شود، می تواند اعاده حیازت آن را مطالبه نماید مشروط بر اینکه درخواست اعاده در خلال مدت یک ماه از تاریخ علم شخص به اخراج شی و قبل از مرور یکسال از تاریخ مذکور به عمل آمده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد

موتر را به طور خفیه یعنی پنهان از محمود بگیرد و یا احمد موتر را از محمود با وجود اعتراض محمود، از محمود بگیرد، محمود می تواند اعاده حیات موتر را به منظور تضمین دین در خلال مدت یک ماه از تاریخ آگاهی و قبل از مرور یکسال مطالبه نماید در غیر آن دعوی تحت مرور زمان قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست.

قانونگذار مدنی در نص این ماد از یک ماه از تاریخ علم شخص به اخراج شی و مرور یک سال از تاریخ مذکور سخن می گوید که مبهم است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که در صورتی که شی از تصرف متصرف خارج شود متصرف می تواند استرداد آن را ظرف سی روز از زمانی که نسبت به خروج مال از تصرف خود آگاه شده مطالبه کند، مشروط بر این که یک سال از زمان خروج مال از تصرف او سپری نشده باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالات ختم حق نگهداشت است.

ب) حجر مدیون مفلس

راه حل دوم تحفیظی ای را که ق. م جهت تضمین حقوق داینین پیش بینی نموده است، تحت حجر قرار دادن مدیون مفلس است. تعریف، حکمت و انواع حجر در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت. فقهاء از نظر محجور علیه و عدم محجور علیه قرار گرفتن مدیون مانند سفیه و غافل دو دیدگاه متفاوت ارایه کرده اند: امام ابوحنیفه رحمته بر این نظر است که محجور علیه قرار گرفتن مدیون جواز ندارد، هر چند جمیع مال او مستغرق به دین باشد. زیرا، مدیون کامل الاهلیت است. پس، حجر به سبب حفاظت از حریت و انسانیت مدیون بر مدیون ثابت نمی گردد. علت این امر این است که به نظر امام ابوحنیفه رحمته در موردی که مدیون از پرداخت دین استتکاف ورزد، می توان دیون داینین را از طریق حبس مدیون و فروش اموال وی پرداخت نمود. برعکس، امام ابویوسف رحمته و امام محمد رحمته و بقیه فقهای مذاهب چهارگانه اهل سنت بر این نظر اند که: در صورت مطالبه داینین قاضی باید وی را در صورتی که مال وی مستغرق به دین باشد، و از ادای دین داینین امتناع ورزد، به سبب حفظ حقوق داینین به حجر محکوم نماید. البته، این در صورتی است که مدیون مفلس باشد. مفلس در لغت به معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح شرعی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.

همچنین، امام ابویوسف رحمته و امام محمد رحمته و بقیه فقهای مذاهب چهارگانه اهل سنت اضافه می نمایند که: در صورتی که داینین مدیون طلب حجر مدیون را از محکمه ذیصلاح نمایند و مدیون تحت حجر قرار بگیرد، در چنین حالتی مدیون نمی تواند در اموال خویش تصرفی نماید که موجب ابطال حق غرماء (داینین) گردد، مانند: وقف، هبه، صدقه و وصیت. در صورتی چنین تصرفات، نفاذ آن منوط بر اجازه داینین است. بنابراین، در صورت اجازه داینین عقد نافذ و لازم در صورت عدم اجازه عقد باطل است. زیرا، در صورت محجور علیه شدن مدیون، اهلیت مدیون مانند اهلیت صبی ممیز تلقی می گردد. باوجوداین، در چنین حالت، ازدواج مدیون در برابر مهر مثل، طلاق و خلع و امثال اینهای مدیون صحیح است، همچنانی که قبول

تبرعات و هبات او صحیح است.^{۱۰۱۸} در مورد حجر مدیون مفلس ق. م نیز نظر جمهور فقهاء را اختیار نموده است.

در این جلد، قواعد حجر مدیون را که در مواد ۸۴۷ الی ۸۵۴ ق. م در خصوص حجر مدیون مفلس پیش بینی شده است مورد بحث قرار می دهیم:

(۱) طبق ماده ۸۴۷ ق. م: «هرگاه مدیون از پرداخت دیون مستحق الاداء امتناع آورد و چنین ظاهر شود که دیون از مال او بیشتر بوده، خوف ضیاع دارایی او نزد داینین موجود باشد یا مدیون دارایی خود را مخفی ساخته و یا به نام دیگری قید نموده باشد، مفلس شناخته می شود.» مدیون بر کسی می گویند که قرضی برای مدتی معین یا نامعین برای او داده شده و او مکلف به پرداخت آن در موعد معین باشد.^{۱۰۱۹} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف مفلس است. مفلس در لغت به معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح فقهی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.^{۱۰۲۰} اما، طبق نص این ماده در صورت تحقق شرایط ذیل مدیون مفلس شناخته می شود:

- مدیون از پرداخت دیون مستحق الاداء امتناع ورزد. مستحق الاداء دینی است که موعد و شرایط پرداخت آن متحقق باشد. به حیث مثال، اگر احمد در تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۷ از محمود ده لک افغانی برای یک سال قرض بگیرد، این قرض در تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۸ مستحق الاداء می گردد.

- دیون مدیون از مال مدیون بیشتر باشد. به حیث مثال، اگر احمد در تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۷ از محمود ده لک افغانی برای یک سال قرض بگیرد و قیمت مجموعه مال احمد هشت لک افغانی باشد، دین احمد از مال احمد بیشتر است.

- ترس از بین رفتن مال مدیون نزد داینین موجود باشد. به حیث مثال، اگر احمد در تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۷ از محمود ده لک افغانی برای یک سال قرض بگیرد و قیمت مجموعه اموال احمد هشت لک افغانی باشد و محمود و سایر داینین احمد نگران باشند که احمد مال و دارایی خویش را به سبب سفاهت و غفلت از دست خواهد داد.

- مدیون دارایی خود را مخفی نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد دارایی خویش را از محمود و سایر داینین پنهان نماید و بگوید اصلاً من هیچ دارایی ندارم.

- مدیون دارایی خویش را به نام شخص دیگری قید نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد هشت لک افغانی خویش را به نام زوجه خویش در بانک به امانت بگذارد.

این افلاس به نظر می رسد که افلاس قانونی است. زیرا، در صورت تحقق شرایط بالا احمد به حکم قانون مفلس شناخته می شود. به نظر هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان و پیش بینی شرایط مفلس است.

۱۰۱۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷؛ محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۲۳۰ و ۲۳۱
۱۰۱۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۷۷۴.

۱۰۲۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷؛ محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۲۳۰ و ۲۳۱

۲) طبق ماده ۸۴۸ ق. م: «(۱) هرگاه شروط مندرج ماده (۸۴۷) این قانون در مورد مدیون تحقق یابد، هر یک از داینین می توانند از محکمه ای که محل سکونت مدیون در حوزه قضائی آن قرار دارد، حجر تصرف مدیون را در مال مطالبه نماید. این مطالبه در دفتر مربوط ثبت می گردد؛ (۲) هر نوع تصرف مدیون بعد از ثبت مطالبه، از اعتبار ساقط شناخته می شود.» نص این ماده مرتبط به ماده ۸۴۷ ق. م است. از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- در صورت تحقق شرایط ماده ۸۴۷ ق. م که عبارت اند از: مدیون بودن، مستحق الاداء بودن دین، امتناع مدیون از پرداخت دین، بیشتر بودن دیون مدیون نسبت به مال مدیون، ترس از بین رفتن مال مدیون نزد داینین، مخفی کردن دارایی مدیون توسط مدیون یا قید نمودن دارایی مدیون توسط مدیون به نام شخص دیگر، هر یک از داینین مدیون می تواند حجر مدیون را از محکمه ای که مدیون در حوزه ای قضایی آن سکونت دارد مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد دین محمود را نپردازد و شرایط بالا در خصوص احمد متحقق گردد، محمود می تواند از محکمه ذیصلاح حجر مدیون را مطالبه نماید. حجر در لغت به معنی منع و تضییق و جلوگیری است.^{۱۰۲۱} در اصطلاح حقوقی: «حجر عبارت است از منع شخص به حکم قانون از اینکه بتواند امور خود را به طور مستقل و بدون دخالت دیگری اداره کند و شخصاً اعمال حقوقی انجام دهد».^{۱۰۲۲}

۲- محکمه ای ذیصلاح محکمه محل اقامت مدیون است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد در ولسوالی قره باغ زندگی نماید، محکمه ذیصلاح محکمه ای ابتدائیه ولسوالی قره باغ است.

۳- مطالبه داینین در دفتر محکمه ثبت می گردد. در این خصوص برخی حقوقدانان می نویسند که: «بعد از مطالبه داینین، محکمه مربوط طبق تعامل قضایی قرار حجر تصرف مدیون را در مال رسماً در حالی که نمبر و تاریخ و سال داشته باشد، صادر می نماید و این قرار در دفتر مربوط ثبت قرار های قضایی ثبت و بعد از تکمیل از طرف رئیس محکمه و اعضای آن مهر و امضا می شود.».^{۱۰۲۳}

۴- تصرف مدیون مفلس که شامل عقد و ایقاع می گردد بعد از ثبت مطالبه، از اعتبار ساقط است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، قرار حجر احمد صادر شود و احمد با هشت لک افغانی موتر خریداری نماید، این بیع فاقد اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط افلاس، حق داینین مبنی بر مطالبه تحت حجر قرار دادن مدیون مفلس و محکمه ذیصلاح است.

۳) آثار: طبق ماده ۸۴۹ ق. م: (۱) بعد از صدور قرار منع مدیون از تصرف و ثبت آن و نشر در جریده رسمی، هر یک از داینین می توانند از محکمه مربوطه صدور امر حجر اموال منقول و غیر منقول مدیون را به شمول دیونی که نزد غیر دارد، مطالبه نماید. اموالی که تحت حجر آمده نمی تواند، از این حکم مستثنی می باشد. حجر اموال مفلس به مصلحت داینین تا زمان انتهای حجر باقی می ماند؛ و (۲) اموال تحت حجر

۱۰۲۱. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۴۶۱ و ۴۴۶۲؛ ___

(۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۸۴ و ۸۵.

۱۰۲۲. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۱۸۶.

۱۰۲۳. یادگار راجی سمنگانی (___). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۲)، (___)، (___)، صص ۲۰۱۸ و ۲۱۹.

جهت اداره به شخص معتمدی که از طرف داینین انتخاب می گردد، سپرده می شود. معتمد حساب این اموال را به محکمه تقدیم می دارد که قرار حجز را صادر نموده است. از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- بعد از این که محکمه ذیصلاح قرار خویش را مبنی بر منع تصرف مدیون صادر نمود و حجز مدیون در جریده رسمی به نشر رسید، هر یک از داینین مدیون می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه حجز اموال مدیون را نماید. حجز در لغت به معنی بازداشت است و در اصطلاح حقوقی سپردن مال به دستگاه قضایی برای رعایت مصلحت عمومی و یا مصلحت شخص برای خارج کردن آن از دست شخص «حجز» می گویند.^{۱۰۲۴} بنابراین، به مالی که به مصلحت شخص یا مصلحت عمومی توسط دستگاهی قضایی بازداشته شده است، محجوز به شخصی (چه حکمی یا حقیقی) که مال را تحت حجز قرار داده حاجز می گویند.

به حیث مثال، زمانی که قرار قضایی راجع به منع مدیون از تصرف صادر و در جریده رسمی نشر و ثبت شد هر یک از داینین مدیون می تواند از محکمه مربوط صدور امر حجز اموال منقول و غیر منقول مدیون با تعیین قیمت و مقدار آن، به حیث مثال، گندم با مقدار آن، گوسفند با تعداد آن، پول نقد با اندازه آن، اموال تجارته و زمین با اندازه آن و سرای و دوکان با اندازه آن و نظیر اینها و دیونی که مدیون بر مدیونین دارد به استثنای خانه سرپناه تقاضا نماید و محکمه مربوط طبق تعامل قضایی تمام اموال و جایداد متذکره را با تعیین مقدار، قیمت و عواید آن تحت حجز قرار داده تأکید می نماید که مدیون الی ادای تمام دیون داینین محجوز علیه بوده و عقود و ایقاع ها مانند خرید و فروش، هبه، کفالت، حواله، وصیت و نظیر اینها را در اموال و با اموال انجام داده نمی تواند.^{۱۰۲۵}

۲- طبق ماده ۸۴۹ ق. م حجز شامل اموال منقول و غیرمنقول و دیونی که مدیون بر دیگران دارد می شود. اما، اموال سریع الفساد مانند: میوه جات تازه، سبزیجات، گوشت و امثال اینها قابل حجز نیست.

۳- حجز اموال تا زمان انتهای حجز و به تبعیت آن حجز باقی می ماند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود دین خویش را به احمد پرداخت ننماید، الی پرداخت دین محمود محجوز علیه و اموال محمود محجوز علیه باقی می ماند.

۴- اموال تحت حجز به شخص مورد اعتماد که توسط داینین مدیون انتخاب می شود، توسط محکمه ذیصلاح سپرده می شود. در چنین حالتی، معتمد مکلف است حساب اموال را به محکمه ای که قرار محجوز علیه قرار گرفتن مدیون را صادر نموده است ارایه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق داینین و جلوگیری ضیاع اموال تحت حجز مدیون است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

۱۰۲۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۱۸ و ۸۱۹.

۱۰۲۵. یادگار راجی سمنگانی (___). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۲)، (___)، (___)، صص ۲۰۱۸ و ۲۱۹.

پرسش شماره (۷۲):

جریده رسمی مندرج ماده (۸۴۹) کدام جریده است.

توضیح:

جریده رسمی در اصطلاح حقوق (قانون جریده رسمی) در چوکات و زارت عدلیه فعالیت دارد، قوانین فرامین، مصوبات و اعلانات رسمی و غیره را نشر می نماید.^{۱۰۲۶}

۳) طبق ماده ۸۵۰ ق.م: «نفقة مدیون ممنوع التصرف و کسانی که نفقه شان به دوش او لازم است، در مدت حجر از ارزیابی محکمه، از اموال تحت حجر پرداخت می شود.» نفقه از ریشه نفق گرفته شده است که در لغت به معنی بیرون کردن به نیکویی و هر آن چیزی است که شخص هزینه زندگی افراد تحت تکفل خود می کند. همچنین، نفقه به معنی هزینه و مصرف نیز است. در اصطلاح به صورت عموم نفقه عبارت از تهیه خوراک، البسه و مسکن برای کسی که نفقه او بر مُنْفِق واجب است، می باشد.^{۱۰۲۷}

ممنوع التصرف شخصی که است که نمی تواند تصرفات حقوقی اعم از عقد و ایقاع را انجام دهد. از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که نفقه مدیون محجور علیه و یا ممنوع التصرف و کسانی که نفقه آنها بر عهده مدیون لازم است، مانند: همسر، اولاد، پدر و ... در مدت حجر از اموال تحت حجر پرداخت می شود. به حیث مثال، در مثال بالا، نفقه محمود، اولاد، زوجه، پدر و مادر و سایر اقارب محمود که نفقه آن ها بر عهده محمود لازم است از اموال تحت حجر محمود به تجویز محکمه پرداخت می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی مورد حمایت قرار دادن حق نفقه مدیون و افرادی که نفقه آنها بر عهده مدیون لازم است، می باشد.

۴) طبق ماده ۸۵۱ فقره های اول و دوم ق.م: «(۱) هرگا به حجر مدیون مفلس حکم صادر شود، مدت تأجیل دیون مؤجله از بین می رود و از مقدار مفاد مرتبه دیون مذکور از مدت سقوط کاسته می شود؛ (۲) محکمه می تواند به اساس درخواستی مدیون در مقابل دائنین در دیون مؤجله به ابقای مهلت و یا تمدید آن حکم نماید. چنانچه محکمه می تواند دیون مستعجله را در صورت ایجاب شرایط و مصلحت مدیون و دائنین تمدید نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- در صورتی که قرار حجر مدیون مفلس در اثر ادعای داینین توسط محکمه ذیصلاح صادر شود، مدت تأجیل دیون مؤجل ختم می شود و بنابراین دیون مؤجل به دیون معجل تبدیل می شود. تأجیل از ریشه أَجَلَ گرفته شده است که در لغت به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می رود.^{۱۰۲۸} به نظر می رسد تأجیل در اصطلاح حقوق مدنی، عبارت از تأخیر در اجرای تعهد است. مؤجل از ریشه أَجَلَ

۱۰۲۶. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 530.

۱۰۲۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۴۸؛ عبدالرحمن الجزایری

(____). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۲۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری

(۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات معراب فکر، ص ۲۶۰۸.

۱۰۲۸. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (1)، تهران: انتشارات اسلام، ص

۴۱؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

گرفته شده است که به معنی مهلت دار، با تأخیر و موکول به وقت دیگر به کار می رود.^{۱۰۲۹} به نظر می رسد دین مؤجل عبارت از دینی است که مدت داشته باشد و مدیون آن را باید در مدت معین در آینده پرداخت نماید. به نظر می رسد دین معجل عبارت از دینی است که آن را مدیون به طور عاجل باید پرداخت نماید.

به حیث مثال، اگر احمد چهل لک افغانی از محمود در تاریخ اول ماه حمل سال ۱۳۹۷ هجری شمسی بگیرد و احمد و محمود توافق نمایند که محمود دین احمد را در تاریخ اول ماه حمل سال ۱۳۹۹ هجری شمسی پرداخت نماید، دین احمد بر محمود دین مؤجل است. اما، اگر در تاریخ اول اسد سال ۱۳۹۷ هجری شمسی قرار حجر محمود توسط محکمه ذیصلاح صادر شود، دین مؤجل احمد به دین معجل تبدیل می شود. بنابراین، محمود مکلف است آن را به صورت عاجل در جریان سال ۱۳۹۷ هجری شمسی نه به صورت مؤجل در سال ۱۳۹۹ هجری شمسی پرداخت نماید.

۲- عبارت «و از مقدار مفاد مرتبه دیون مذکور از مدت سقوط کاسته می شود» مبهم است. ماده ۲۵۵ ق. م. ج. م که ماده ۸۵۱ ق. م ترجمه آن است واضح تر است. این ماده می گوید: «حکم اعلام حجر مدیون کلیه دیون مؤجل را حال می کند. بهره مورد توافق یا قانونی نسبت به مدت باقی مانده، از دیون کسر خواهد شد.»^{۱۰۳۰} قانونگذار مدنی کلمه «مفاد» را استعمال نموده است. قانونگذار مصری کلمه بهره یا سود را استفاده نموده است. طبق ق. م. ج. م در صورتی که دین مؤجل به دین معجل تبدیل شود، سود توافقی یا قانونی دین مؤجل از دین کسر می شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود ده لک افغانی برای مدت یک سال در برابر ده فیصد سود قرض بدهد، در صورت تبدیل شدن دین مؤجل به دین معجل، سود مورد توافق ساقط می شود. زیرا، سود فرع دین است و در صورت سقوط اصل فرع ساقط می شود. این یکی از قواعد کلی حقوق است. اما، طبق ق. م در صورت تعجیل دین مؤجل، مفاد دین از زمان تعجیل ساقط می شود.

۳- محکمه ذیصلاح می تواند در صورت درخواست مدیون مهلت دیون مؤجل را ابقا نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود از محکمه ذیصلاح تقاضا نماید تا دین احمد را در سال ۱۳۹۹ هجری شمسی پرداخت نماید، محکمه ذیصلاح می تواند این مدت را ابقا نماید. ابقاء در لغت به معنی باقی گذاشتن، برجا گذاشتن و نگهداشتن است.^{۱۰۳۱}

۴- محکمه ذیصلاح می تواند در صورت درخواست مدیون عجل دیون معجل را تمدید نماید. تمدید در لغت به معنی تداوم دادن و ادامه دادن است.^{۱۰۳۲} به حیث مثال، اگر در مثال بالا، اگر محمود از محکمه ذیصلاح تقاضا نماید تا دین احمد را در سال ۱۴۰۰ هجری شمسی پرداخت نماید، محکمه ذیصلاح می تواند این مدت را تمدید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حجر مدیون و تعجیل دین مؤجل و ابقاء و تمدید آن توسط محکمه ذیصلاح و پیش بینی صلاحیت تخیری محکمه ذیصلاح است.

۱۰۲۹. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (1)، تهران: انتشارات اسلام، ص

۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ص ۱۱۹.

۱۰۳۰. نک: محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ص ۸۰.

1031. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/12/2017).

1032. Ibid, (Last visit: 31/12/2017).

۵) مطابق ماده ۸۵۲ ق. م: «هرگاه مدیون محجور، به دین اقرار نماید، اقرار او مدار اعتبار نمی باشد. اگر دینی را که بر ذمه او است از مال خود برای یکی از دائینین بپردازد، دائینین دیگر حق استرداد آن را ندارند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی که مدیون محجور علیه اقرار نماید که فلان اشخاص و یا شخص بر او دین دارد، چنین اقراری مدار اعتبار نیست. تعریف اقرار در بخش اخیر این کتاب خواهد آمد. به حیث مثال، اگر محمود بیست لک افغانی مدیون احمد باشد و محمود در اثر تقاضای احمد توسط محکمه ذیصلاح تحت حجر قرار بگیرد و محمود اقرار نماید که بیست لک افغانی مدیون جمشید است، چنین اقراری مدار اعتبار نیست.

۲- اگر مدیون محجور علیه دینی را که بر ذمه او است از مال خود برای یکی از دائینین بپردازد، دائینین دیگر حق استرداد آن را ندارند، زیرا در این صورت سایر داینین متضرر می شوند. به حیث مثال، اگر محمود مدیون احمد، حمید و جمشید باشد و محمود محجور علیه دین احمد را پرداخت نماید، حمید و جمشید می توانند تقاضای استرداد دین را از محکمه ذیصلاح نمایند. زیرا، به نظر می رسد در این صورت دین میان داینین متناسب به دین آنها باید پرداخت شود.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق داینین مدیون محجور علیه است، زیرا در صورتی که اقرار مدیون محجور علیه مبنی بر مدیون بودن به نفع داینین غیر از داینین که تقاضای حجر او را از محکمه ذیصلاح نموده اند، مدار اعتبار باشد، این تصور و امکان وجود خواهد داشت که مدیون با دیگری تبانی و موافقت نماید و به این ترتیب مال خویش را به او انتقال دهد و پرداخت دین به داینین را به تعویق اندازد.

۶) طبق ماده ۸۵۳ ق. م: «امینی که به اداره اموال مدیون تعیین گردیده، مفاد مال را به حساب امانت در بانکی که محکمه تعیین می نماید، به حساب داینین امانت می گذارد. چنانچه می تواند به اجازه محکمه و موافقه مدیون و داینین به بیع آنچه که از مال محجوزه فروش آن جایز است جهت ایفاء دین اقدام نماید.» از نص این ماده دو حکم قابل استخراج است:

۱- نص این ماده مرتبط به ماده ۲۸۵ ق. م است. محکمه می تواند مال محجوز را تسلیم امین نماید. طبق نص این ماده امین می تواند مفاد مال را به حساب داینین در بانکی که محکمه تعیین می نماید، به امانت بگذارد. امین از ریشه «امن» گرفته شده است که در لغت به معنی امانتدار و کسی است که به او اطمینان کنند. در اصطلاح حقوق مدنی، امین شخصی است که چیزی را نزد او امانت گذارند.^{۱۳۳}

به حیث مثال، اگر احمد ده لک مدیون حمید، ده لک مدیون جمشید و ده لک مدیون ذاکر باشد و احمد مارکیت تجارتي داشته باشد، حمید، جمشید و ذاکر می توانند از محکمه ذیصلاح تقاضای حجر احمد را نمایند. در صورت قرار حجر احمد، احمد محجور علیه، مارکیت احمد مال محجوز می گردد. اگر محکمه مارکیت را تسلیم محمود نماید، محمود امین تلقی می گردد. محمود مکلف است عواید مارکیت تجارتي، به حیث مثال، کرایه دوکان ها و نظیر اینها را به حساب داینین در بانک به امانت بگذارد.

۱۰۳۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۶۳.

۲- امین می تواند مال را براساس اجازه محکمه ذیصلاح و موافقت مدیون و داینین جهت ادای دین داینین به فروش رساند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا اموال احمد، میوه جات، سبزیجات، خوراکی و نظیر اینها باشد، محمود می تواند اموال احمد را به فروش رساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق داینین است.

۷) براساس ماده ۸۵۴ ق. م. ا: «(۱) مدیون محجور می تواند به موافقه اکثریت داینین که سه بر چهار حصه دیون را تمثیل کنند، تمامی یا بعضی از اموال خود را بفروشد، به شرطی که ثمن آن را برای ادای دیون خود تخصیص دهد؛ و (۲) اگر داینین در توزیع ثمن توافق نظر نداشته باشند، ثمن مذکور را طور امانت به حساب بانکی که محکمه تعیین می نماید بگذارد تا محکمه آن را مطابق به احکام قانون توزیع نماید.» طبق نص این ماده مدیون محجور می تواند به موافقه اکثریت داینین که دیون آنها سه بر چهار (۷۵%) حصه دین را تشکیل دهد تمام یا قسمتی از اموال خویش را به فروش رساند به شرطی که پول یا ثمن آن را برای پرداخت دین داینین تخصیص دهد. اگر داینین در توزیع پول به توافق نرسند، مدیون محجور علیه می تواند پول فروش مال را در بانک طور امانت گذارد و قاضی محکمه ذیصلاح آن را مطابق احکام قانون با توجه به این که داینین داینین عادی و یا داینین دارای حق تقدم اند، میان آنها تقسیم نماید.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک مدیون حمید، ده لک مدیون جمشید و ده لک مدیون ذاکر باشد و احمد مارکیت تجارتي داشته باشد، احمد می تواند تمام مارکیت تجارتي یا برخی دوکان های آن را به فروش رساند و پول آن را میان حمید، جمشید و ذاکر تقسیم نماید. در صورتی که حمید، جمشید و ذاکر در خصوص توزیع و تقسیم پول به توافق نرسند، احمد می تواند پول را در بانک طور امانت بگذارد و محکمه ذیصلاح پول را میان داینین احمد تقسیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت به مدیون محجور جهت فروش مال، مورد حمایت قرار دادن حق داینین و پیش بینی صلاحیت تخییری محکمه است.

۸) براساس ماده ۸۵۵ ق. م. ا: «مدیون می تواند به اجازه محکمه، گرچه بدون رضای داینین باشد، در مال خود تصرف نماید به شرطی که این تصرف به ثمن مثل بوده مشتری آن را به بانکی که محکمه تعیین می نماید، به حساب داینین طور امانت بگذارد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- مدیون می تواند با اجازه محکمه هرچند داینین رضایت نداشته باشد، در مال خود تصرف نماید. به حیث مثال، مال را به فروش رساند، هبه نماید، وصیت نماید، مقایضه نماید و سایر تصرفات حقوقی را انجام دهد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محکمه احمد را در اثر تقاضای محمود تحت حجر قرار دهد، احمد می تواند به اجازه محکمه ذیصلاح مال خود را به فروش رساند، هبه نماید و سایر تصرفات را انجام دهد هرچند محمود رضایت نداشته باشد. در تصرف شرط است که به ثمن مثل باشد. عبارت ثمن مثل در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. ثمن در لغت به معنی بها و قیمت است.^{۱۰۳۴} ماده ۱۵۲ مجله الاحکام در تعریف ثمن می گوید: «ثمن آن است که در بدل مبیع واقع گردد و به ذمه شخص تعلق

گیرد.». مثل در لغت به معنی نظیر، مانند و شبیه است.^{۱۳۵} به نظر منظور از ثمن مثل نرخ روز و نرخ بازار است.

به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود باشد و احمد خانه خویش را به فروش رساند، شرط است که ثمن خانه ثمن مثل باشد یعنی پول و نرخ خانه مطابق عرف و نرخ بازار باشد. به حیث مثال، اگر مطابق عرف و نرخ بازار خانه احمد یک لک دالر قیمت داشته باشد و احمد خانه را هشتاد هزار دالر به فروش رساند، یک لک دالر ثمن مثل و هشتاد هزار دالر ثمن مثل نیست. همچنین، شرط است که مشتری ثمن مال را در بانکی که محکمه تعیین می نماید به حساب داینین به امانت بگذارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق داین و جلوگیری از سوء استفاده مدیون محجور علیه است.

۹) براساس ماده ۸۵۶ ق.م: «مدیون در حالات آتی به مجازات تقلب محکوم می گردد:

۱- در صورتی که دعوی دین علیه مدیون اقامه گردد و مدیون عمداً افلاس خود را به قصد ضرر رساندن به دائنین وانمود سازد، مشروط بر این که دعوی به صدور حکم افلاس اثبات دین خاتمه یافته باشد.

۲- در صورتی که مدیون، به غرض ضرر رساندن دائنین بعد از حکم حجر مبنی بر افلاس او، بعضی از اموال خود را به لحاظ عدم تطبیق حکم پنهان نماید یا به دیون ساختگی و یا به مبالغه در دین، مبادرت ورزد. تقلب در لغت به معنی دگرگون کردن، در کاری به نفع خود و ضرر دیگری تصرف کردن، جعل، دغل کاری و نیرنگ است.^{۱۳۶} شخصی که تقلب می نماید، متقلب نامیده می شود. در اصطلاح حقوق مدنی، برخی حقوقدان بر این نظر اند که تقلب عملی است حقوقی که مقصود فاعل آن عمل لطمه زدن به حقوق یا منافع دیگران یا نقض یک قانون است.^{۱۳۷} برخی دیگر می گویند: تقلب ارابه قصدی نادرست حقیقت است.^{۱۳۸} طبق نص این ماده در حالات ذیل مدیون محکوم به مجازات تقلب می گردد:

۱- در صورتی که دائنین علیه مدیون دعوی دین را اقامه نمایند و مدیون عمداً افلاس خود را به منظور ضرر رساندن به دائنین وانمود نماید. عبارت «به شرط این که دعوی به صدور حکم افلاس اثبات دین خاتمه پیدا کند» مبهم به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود علیه احمد دعوی پرداخت دین را اقامه نماید، اما احمد وانمود نماید که مفلس است به جزای تقلب محکوم می گردد.

۲- در صورتی که مدیون بعد از محکوم شدن به حجر، بعضی از اموال خویش را برای این که موضوع حکم محکمه ذیصلاح قرار نگیرد، پنهان نماید و یا دیون ساختگی ایجاد نماید و یا در مقدار دین مبالغه نماید. به حیث مثال، اگر احمد هشتاد لک افغانی مدیون محمود و حمید باشد و مجموعه سرمایه احمد شصت لک افغانی باشد و محکمه ذیصلاح در اثر تقاضای محمود و حمید احمد را تحت حجر و سرمایه احمد را تحت

۱۰۳۵. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۳۵ و ۳۶؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۳۰؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۸۵.

1036. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

۱۰۳۷. محمد جعفر لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، صص ۱۷۵ و ۱۷۶.
1038. William P. Statsky (____). Family law, 6th edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 129.

حجز قرار دهد و احمد بیست لک افغانی را پنهان نماید و بگوید که بیست لک افغانی مدیون جمشید است و یا بگوید بسیار زیاد مدیون است، به جزای تقلب محکوم می گردد. جزای تقلب در کُد جزا پیش بینی شده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق داینین و جلوگیری از تقلب مدیون است.

۴) خاتمه یافتن افلاس

طبق ماده ۸۵۷ ق. م. ا: «افلاس در حالات آتی به اساس درخواست اشخاص ذیعلاقه و حکم محکمه با صلاحیت خاتمه می یابد:

- ۱- در حالی که اموال مدیون از دیون او بیشتر ثابت شود؛
- ۲- در حالی که تمامی داینین و یا بعضی از آنها به مدیون ابراء دهند و اموال مدیون از دیون باقی مانده بیشتر باشد؛
- ۳- در حالی که مدیون دیون معجل خود را بدون تأثیر حکم حجر در تعجیل دین تأدیه نموده باشد. دیون معجله در این صورت به موعد معینه قبل از صدور حکم افلاس بر می گردد مشروط بر این که اقساط به سر رسیده آن نیز تأدیه شده باشد؛ و
- ۴- در حالی که تمامی دیون به اساس تصفیه، بین داینین، امین و مدیون تأدیه شود.» طبق نص این ماده افلاس مدیون در حالات ذیل خاتمه پیدا می کند.
- ۱- در صورتی که اموال مدیون از دیون او بیشتر باشد. به حیث مثال، اگر احمد پنجاه لک افغانی مدیون محمود باشد و سرمایه احمد هشتاد لک افغانی گردد، افلاس احمد خاتمه پیدا می کند.
- ۲- در صورتی که همه داینین یا بعضی از آنها به مدیون ابراء دهند و دیون باقی مانده کمتر از اموال باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود به احمد ابراء دهد، افلاس احمد خاتمه پیدا می کند.
- ۳- در صورتی که مدیون دیون معجل خود را بدون این که محکمه حکم به تعجیل دین مؤجل نماید پرداخت نماید، افلاس مدیون خاتمه پیدا می نماید. به نظر می رسد دین معجل عبارت از دینی است که پرداخت آن به آینده موکل نشده است و مدیون باید آن را در حال پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد سه لک افغانی مدیون محمود باشد و دین محمود دین معجل باشد و احمد آن را به صورت عاجل بدون این که محکمه ذیصلاح حکم نماید پرداخت نماید افلاس احمد خاتمه می یابد.
- ۴- در صورتی که مال و دارایی مدیون تصفیه شود و دین داینین پرداخت شود، افلاس مدیون خاتمه پیدا می نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک مدیون محمود، ده لک مدیون حمید و ده لک مدیون جمشید باشد و تصفیه کننده دین محمود، حمید و جمشید را پرداخت نماید، افلاس احمد خاتمه پیدا می کند. عبارت «بین امین و مدیون» در نص این ماده مبهم و زاید به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالات ختم افلاس است.

۵) اثر خاتمه یافتن افلاس

طبق ماده ۸۵۸ فقره های اول و دوم ق. م. ا: «(۱) بعد از انتهای حکم حجر موضوع از طرف امین محکمه به حاشیه ثبت حکم حجر رسانیده شده، به مصرف مدیون در جریده رسمی نشر می شود؛ و (۲) اموال باقیمانده از تصرف امین کشیده شده و به مدیون تسلیم می گردد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- بعد از ختم افلاس و به تبعیت از آن حجر مدیون، موضوع در جریده رسمی وزارت عدلیه نشر می شود. به حیث مثال، اگر در مثال های بالا حجر احمد رفع شود، این موضوع برای اعاده حیثیت احمد در جریده رسمی وزارت عدلیه باید نشر شود.

۲- بقیه اموال مدیون باید از تصرف امین کشیده شود و به دسترس مدیون گذاشته شود. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک مدیون محمود و بیست لک مدیون حمید باشد و احمد شصت لک افغانی داشته باشد و تحت حجر قرار بگیرد و اموال احمد تحت حجر قرار بگیرد و به جمشید به عنوان امین داده شود، در صورت پرداخت بیست لک به محمود و بیست لک به حمید، جمشید مکلف است بیست لک افغانی را به احمد بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اثر ختم افلاس و حجر مدیون است.

فصل سوم: تعدد محل و طرفین تعهد

تعهد به اعتبارات مختلف به تقسیمات مختلف تقسیم می شود، چنانچه به اعتبار انتخاب یکی از موضوعات تعهد و تبدیل موضوع تعهد به تعهد تبدیلی و تخییری؛ به اعتبار تعدد طرفین تعهد، به تعهد متعدد الاطراف؛ به اعتبار موجودیت و عدم موجودیت تضامن میان داینین و مدیونین به تعهد تضامنی و به اعتبار غیر قابل تجزیه بودن محل تعهد به تعهد قابل تجزیه و تعهد غیر قابل تجزیه تقسیم می شود. با توجه به این تصنیف بندی، تعهد تبدیلی و تخییری (مبحث اول)، تعهد دارای طرفین متعدد (مبحث دوم) و تعهد تضامنی (مبحث سوم) تعهد غیر قابل تجزیه (مبحث چهارم) را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

مبحث اول: تعهد تبدیلی و تعهد تخییری

گفتار نخست) تعهد تخییری

تعهد تخییری عبارت از تعهدی است که در آن متعهد در انتخاب دو یا چند موضوع برای انجام تعهد خویش مختار است به نحوی که اگر به یکی از دو یا چند تعهد عمل کند، ذمه او بری می شود.^{۱۰۳۹} به عبارت دیگر: تعهد تخییری تعهدی است که دارای محل متعدد است که با اجرای یکی از آن ذمه مدیون بری می گردد و این تعهد را به اعتبار اختیار متعهد در انتخاب یکی از موضوع ها «تخییری» می گویند. به عنوان مثال، شوهر مکلف است نفقه زوجه اش را تأمین نماید. بنابراین، می تواند مسکن، غذا و لباس در اختیار او گذارد یا هزینه آن را بپردازد.^{۱۰۴۰}

هدف عملی از تعهد تخییری این است که بر احتمال پرداخت دین توسط مدیون افزوده شود و بنابراین مدیون با انتخاب موضوعی که بیشتر در دسترس او است ساده تر به عهد خود وفاء کند. تعهد تخییری برای

۱۰۳۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۱۳.

۱۰۴۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۳۸؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، ص ۱۵۶.

داین نیز این فایده را دارد که با از بین رفتن یکی از چند موضوع معهود، تعهد بدون محل باقی نمی ماند؛ یعنی: تا زمانی که یکی از محل های پرداخت باقی است تعهد نیز باقی می ماند و در آخرین مرحله حق انتخاب مدیون از بین می رود.^{۱۰۴۱} برای اینکه تعهدی تخییری باشد، باید دارای سه شرط باشد:

(۱) اینکه محل آن متعدد باشد: در تعهد تخییری شرط است که محل تعهد متعدد باشد. بنابراین، در صورتی که موضوع تعهد متعدد نباشد، تعهد تخییری نیست.

(۲) اینکه هر یک از موضوع دارای شرایط محل عقد باشد: شرط دوم تعهد تخییری این است که هر یک از موضوع تعهد دارای شرایط موضوع تعهد که تفصیل آن گذشت باشد. بنابراین، در صورتی که موضوع تعهد شی باشد، باید موجود، در صورتی موضوع تعهد عمل و یا امتناع از عمل باشد، باید ممکن و در صورتی که مال باشد، باید متقوم و ... باشد.

(۳) اینکه موضوع تعهد واجب الاداء باشد^{۱۰۴۲} که تفصیل آن گذشت.

گفتار دوم) تعهد تبدلی

تعهد بدلی عبارت از تعهدی است که محل آن یکی است، اما تعیین شده که امکان جایگزینی محلی دیگر به جای آن وجود دارد. بنابراین، در تعهد بدلی ذمه مدیون با ایفای بدل بری می گردد. پس، در تعهد بدلی در قدم نخست باید تعهد یک محل داشته باشد که همان محل اصلی است، اما محل دیگری که از آن به بدیل تعبیر می شود، جایگزینی محل اصلی می گردد. به عنوان مثال، ممکن است کسی مبلغی پول نقد به دیگری قرض بدهد، اما، با او توافق کند که اگر نتوانست پول نقد را بپردازد، به جای آن می تواند موتور یا خانه اش را به او بدهد.^{۱۰۴۳} به عبارت دیگر: در تعهد بدلی برخلاف تعهد تخییری، موضوع تعهد یکی از چند ایفاء نیست، بلکه تعهد یک موضوع معین دارد. ولی، متعهد اختیار دارد که بجای وفا به تعهد اصلی، امر دیگری را بدل و جانشین آن سازد. به عنوان مثال، اگر احداث شفاخانه دشوار شود، مسجد یا مکتبی احداث نمایند.^{۱۰۴۴}

مبحث دوم) تعهد متعدد الاطراف

نوع دوم تعهد، تعهد دارای طرفین متعدد است.

گفتار نخست) تعریف و مصادر تعهد متعدد الاطراف

در صورتی که طرفین تعهد متعدد شوند و تحقق شروط تضامن و انقسام در آن متحقق نشود، تعهد متعدد الاطراف نامیده می شود. بنابراین، تعهد متعدد الاطراف عبارت از تعهدی است که طرفین آن بیش از یک نفر باشد و میان آنها تضامن وجود نداشته باشد. مصدر تعهد متعدد الاطراف قانون و اراده طرفین است. به عنوان مثال، مواردی که مصدر تعهد متعدد الاطراف قانون است، میراث است. زیرا، در صورت فوت داین، دینی که بر ذمه مدیون دارد به ورثه داین منتقل می شود و داینین مدیون متعدد می شوند و دین در چنین حالتی میان داینین به تناسب سهم آنها تقسیم می شود. گاهی نیز ممکن است مصدر تعهد متعدد الاطراف اراده طرفین

۱۰۴۱. همان، ناصر کاتوزیان، ص ۱۰۷.

۱۰۴۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۴۰.

۱۰۴۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۱۳ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۷۷.

۱۰۴۴. ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، ص ۱۶۴.

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه / ۴۹۷

باشد. به عنوان مثال، در موردی که شرکاء خانه ای را که ملک مشاع یا مشترک آنها است به دیگری به فروش رسانند در چنین حالتی، داین دارای مدیونین متعدد می شود که عبارت از شرکاء است.

گفتار دوم) آثار

طبق ق. م یکی از انواع تعهد متعدد الاطراف دین مشترک است که احکام آن را جلد دوم، فصل ششم قسمت اول ق. م تنظیم نموده است که طبق فقه نوع خاصی از تضامن میان داینین و مدیونین است و قانون مدنی عراق^{۱۰۴۵} نیز از آن اقتباس نموده است. بنابراین، در روشنایی ق. م مصدر دین مشترک و سپس آثار آن را ذیلاً مورد بررسی قرار می دهیم:

الف) تعریف دین مشترک و غیر مشترک

طبق ماده ۸۵۹ ق. م: «دین در صورت اتحاد سبب، مشترک پنداشته می شود، خواه ناشی از عقد واحد بوده و یا به وارثین انتقال نموده باشد یا اینکه از مال مشترک به مصرف رسیده یا بدل قرضی باشد که از مال مشترک داده شده باشد.» به نظر می رسد دین در نص این ماده در دو مفهوم عام و خاص استعمال شده است. در مفهوم محدود دین به معنی قرض است. در مفهوم عام، دین در مفهوم تعهد است. طبق نص این ماده دین یا تعهد در صورت اتحاد سبب، مشترک است. پس، دین مشترک عبارت از دینی است که سبب مشترک دارد. در نص این ماده برخی اسباب دین مشترک احصا شده است که قرار ذیل اند:

۱- عقد: عقد یکی از اسباب دین مشترک است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود شریک باشند و از جمشید دو لک افغانی قرض بگیرند، دینی که جمشید بر عهده احمد و محمود دارد، دین مشترک است. بنابراین، احمد و محمود مکلف اند مشترکاً دین جمشید را پرداخت نمایند. این دین یک سبب دارد که عقد قرض است و این دین را به این دلیل مشترک می گویند که احمد و محمود مشترکاً مکلف به پرداخت آن اند.

۲- ارث: ارث سبب دین مشترک است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد وفات نماید و جمیله و جمشید ورثه احمد باشند، دین احمد به تناسب سهم جمیله و جمشید به آنها منتقل می شود. بنابراین، جمشید و جمیله مکلف اند مشترکاً دین احمد را به محمود پرداخت نمایند. در این مثال، سبب دین میان جمیله و جمشید واحد است که عبارت از ارث است.

۳- مصرف از مال مشترک: مصرف از مال مشترک یکی از اسباب دین مشترک است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود شریک باشند و از پول مشترک تعمیر احداث نمایند و تعمیر را به جمشید به فروش رسانند، تعهدی که جمشید نسبت به احمد و محمود دارد، مشترک است زیرا، نسبت به احمد و محمود سبب واحد دارد که عبارت از مصرف کردن از مال مشترک است.

۲- قرض دادن از مال مشترک: قرض دادن از مال مشترک یکی از اسباب دین مشترک است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود شریک باشند و از پول شرکت به جمشید ده لک افغانی قرض دهند، این قرض دین مشترک است. در این مثال، جمشید مکلف است دین را مشترکاً به احمد و محمود پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف دین مشترک و پیش بینی و احصای برخی مصادیق آن است. طبق ماده ۸۶۰: «دین در صورت اختلاف سبب، غیر مشترک پنداشته می شود.»

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود و ده لک افغانی به جمشید قرض دهد، این قرض ها غیر مشترک اند. زیرا، دارای سبب واحد نیستند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف دین غیر مشترک است. حکم این دو ماده مقتبس از مواد ۱۰۹۱ الی ۱۰۹۸ مجله الاحکام است. ماده ۱۰۹۱ مجله الاحکام در تعریف دین مشترک و غیر مشترک می گوید: «هرگاه دو شخص یا زیاده از آن بر ذمه شخصی دین داشته باشند که ناشی از سبب واحد باشد، این دین را دین مشترک شرکت ملک گویند و اگر سبب دین یکی نباشد، دین مشترک گفته نمی شود چنانچه در مواد آتی توضیح می شود.» طبق مجله احکام دین در حالات ذیل مشترک است:

۱) دین متوفی میان ورثه: طبق ماده ۱۰۹۲ مجله احکام: «همانطوری که اعیان متروکه متوفی بین ورثه به اندازه حصص شان مشترک است، همچنان دین متوفی که بر ذمه شخصی قرار دارد به اندازه حصص معینه در میان شان مشترک است.»

۲) دین ناشی از اتلاف مال مشترک: طبق ماده ۱۰۹۳ مجله الاحکام: «کسی که مال مشترک مردم را تلف نماید، مبلغ ناشی از ضمان مال متلوفه میان اصحاب این مال مشترک است.»

۳) قرض دادن از پول مشترک: طبق ماده ۱۰۹۴ مجله الاحکام: «اگر دو نفر مبلغی را که بین شان مشترک است به دیگری قرض بدهند، دین ذمه مستقرض میان هر دو مشترک است. اما، اگر هر یک به طور علیحده و به طریق انفرادی مبلغی را به دیگری قرض دهد، دین ذمه مستقرض مشترک نیست، بلکه هر یک داین جداگانه شناخته می شود.»

۴) بیع مال مشترک: طبق ماده ۱۰۹۵ مجله الاحکام: «اگر مال مشترک به عقد واحد فروخته شود و حصه هر یک از شرکاء در حین عقد بیع ذکر نشود، دینی که بر ذمه مشتری باقی می ماند، دین مشترک است. اگر در وقت عقد بیع، حصه هر یک از شرکاء جداگانه ذکر شد یا نوع آن تعیین گردید، مانند اینکه گفته شود: حصه یکی از شرکاء اینقدر و حصه دیگر آنقدر درهم است یا حصه یکی از شرکاء پول جید و خالص و از دیگری پول مغشوش و ناسره است، در حالی که حصص هر کدام به طور جداگانه بوده، ثمن مبیع بین فروشندگان مشترک نمی شود. همچنین، اگر یک شریک حصه مشاع خود را به یک نفر فروخت و شریک دیگر نیز حصه خود را به همین نفر به فروش رسانید، هر یک از شرکاء داین جداگانه بوده و در ثمن تمام مال بیع اشتراک ندارند.»

۵) پرداخت دین مدیون از مال مشترک: طبق ماده ۱۰۹۷ مجله الاحکام: «اگر دو نفر به سبب کفالتی دینی را که بر ذمه مدیون است از مال مشترک خویش به داین بپردازند، طلبی که بر ذمه مدیون دارند، مشترک پنداشته می شود.»

ب) آثار دین مشترک و دین غیر مشترک

هر یک از دین مشترک و غیر مشترک مؤجد آثار معین به ترتیب ذیل می گردند:

۱) آثار دین مشترک: دین مشترک دارای آثار ذیل است:

۱- آثار دین مشترک میان داینین و مدیون: طبق ماده ۸۶۱ ق. م. ا: «هرگاه دین بین دو یا زیاده اشخاص مشترک باشد، هر یکی از شرکاء می تواند حصه خویش را از مدیون مطالبه نماید. در صورتی که یکی از شرکاء قسمتی از دین را قبض کند، باقی شرکاء به قدر حصص خویش در آن سهم می باشند. در حال غیابت

بعضی از شرکاء، شریک حاضر می تواند تادیبه حصه خود را مطالبه نماید.». از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

- هرگاه دین بین دو یا زیاده اشخاص مشترک باشد، هر یکی از شرکاء می تواند حصه خویش را از مدیون مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد و محمود از مال مشترک ده لک افغانی به جمشید قرض بدهند، هم احمد و هم محمود می توانند از جمشیده پرداخت دین را مطالبه نمایند. زیرا، دین نسبت به احمد و محمود مشترک است.

- در صورتی که یکی از داینین قسمتی از دین (بیشتر از سهم خویش) را از مدیون اخذ نماید، سایر داینین می توانند به وی مراجعه و آنچه را مربوط به سهم او نیست، از او دریافت نمایند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد از جمشید ده لک افغانی را اخذ نماید، احمد و محمود در این ده لک افغانی به تناسب سهم خویش شریک اند.

- در صورت غیابت شرکاء، داین حاضر، می تواند تادیبه حصه خویش را از مدیون مطالبه نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر محمود غایب باشد احمد می تواند حصه خویش را از جمشید مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر دین مشترک میان داینین و مدیون است. شبیه حکم این ماده در ماده ۱۱۰۰ مجله الاحکام پیش بینی شده است. این ماده می گوید: «در دین مشترک هر یک از داینین می تواند حصه خود را از مدیون مطالبه نمایند. در غیاب یکی از داینین در حالی که داین دیگر نزد قاضی مراجعه کند و از مدیون حصه خود را طلب نماید، قاضی مدیون را به ادای حصه داین امر می نماید.».

۲- قبض دین توسط یکی از داینین: طبق ماده ۸۶۲ ق. م: «هرگاه یکی از شرکاء قسمتی از دین مشترک را قبض نماید، شریک دیگر می تواند در عین مقدار قبض شده شرکت نموده، متباقی دین را مشترکاً از مدیون مطالبه نمایند و یا اینکه تمام حصه خود را از مدیون مطالبه نماید.»، طبق نص این ماده در صورتی که یکی از داینین دین را از مدیون قبض نماید و این دین بیشتر از حصه او باشد، سایر داینین اختیار دارند تا مقداری اضافی را به تناسب حصص خود از داین مطالبه نمایند یا جهت حصول بقیه دین بر مدیون مراجعه نمایند. به حیث مثال، اگر جمشید بیست لک افغانی مدیون احمد و محمود باشد و احمد پنج لک افغانی را از جمشید اخذ نماید، پنج لک افغانی میان احمد و جمشید مشترک است. همچنین، احمد و محمود می توانند مشترکاً پانزده لک افغانی را از جمشید مطالبه نمایند. اگر احمد و محمود دارای سهم مساوی باشند، محمود می تواند ده لک و احمد می تواند بقیه پنج لک افغانی را از جمشید مطالبه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر دین مشترک میان داینین و مدیون است.

۳- طبق ماده ۸۶۳ ق. م: «شریک بعد از اختیار مراجعه به مدیون، نمی تواند به شریک قابض رجوع نماید، مگر اینکه حصه او تلف شده باشد. در آن صورت به قدر حصه خویش در مال قبض شده بر قابض رجوع می نماید.»، قابض اسم فاعل از ریشه «قبض» گرفته شده است که در لغت به معنی قبض کننده و گیرنده است.^{۱۰۴۶} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی قابض شخصی است که در عقود، موضوع عقد را

که متعلق به طرف دیگر عقد است قبض و یا اخذ می کند. طبق نص این ماده در صورتی که یک شریک بتواند به مدیون مراجعه نماید و حصه خویش را از مدیون مطالبه نماید، نمی تواند به شریک خویش که حصه خود را از مدیون قبض کرده است مراجعه نماید.

این اصل است. استثنای این اصل این است که حصه شریک تلف شود. در صورت تلف شدن حصه شریک، شریک می تواند به شریک قابض خویش مراجعه و مطالبه حصه خویش را نماید. به حیث مثال، اگر جمشید بیست لک افغانی مدیون احمد و محمود باشد و احمد ده لک افغانی را از جمشید اخذ نماید، محمود نمی تواند ده لک را از احمد بگیرد بلکه می تواند ده لک خویش را از جمشید بگیرد. اما، اگر احمد پانزده لک افغانی را از جمشید اخذ نموده باشد، چون در این صورت احمد بیشتر از حصه خود از جمشید گرفته است و حق محمود تلف شده است، محمود می تواند پنج لک افغانی را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر دین مشترک میان داینین و مدیون است.

۴- قبض و تصرف و هلاک دین مشترک: طبق ماده ۸۶۴ فقره های اول و دوم ق. م. ا: «(۱) هرگاه شریک قابض مقدار قبض شده را به نحوی از انحا از تصرف خود خارج ساخته و یا آن را تلف نماید، در مقابل شرکاء دیگر به اندازه حصه شان مسؤول می باشد؛ و (۲) در صورتی که شی قبض شده بدون قصور در دست قابض تلف شود، در مقابل شرکاء دیگر در حصه شان مسؤول شناخته نمی شود، دین باقی مانده بر ذمه مدیون به سایر شرکاء تعلق می گیرد و شریک قابض، در آن سهیم شده نمی تواند.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

- تعریف قابض در بالا گذشت. هرگاه شریک قابض مقدار دین قبض شده را از تصرف خود خارج سازد، در مقابل شرکای دیگر به اندازه حصه آنها مسؤول است. به حیث مثال، اگر احمد نه لک افغانی مدیون محمود، جمشید و حمید باشد و محمود نه لک افغانی را از احمد بگیرد و به ویس هبه نماید یا حواله دهد یا از طریق سایر تصرفات حقوقی ملکیت آن را به شخص دیگری انتقال دهد، محمود در برابر جمشید و حمید متناسب به سهم آنها مسؤول است.

- هرگاه یک شرکا مقدار مال را از مدیون اخذ نماید و آن را تلف نماید، در برابر سایر شرکا متناسب به سهم آنها مسؤول است. به حیث مثال، اگر احمد نود رأس گوسفند مدیون محمود، جمشید و حمید باشد و محمود نود رأس گوسفند را از احمد بگیرد و گوسفندان را تلف نماید، محمود در برابر جمشید و حمید متناسب به سهم آنها مسؤول است.

- در صورتی که مال قبض شده توسط یک شریک، بدون قصور شریک تلف شود، شریک قابض مسؤولیت مدنی قراردادی ندارد که تفصیل آن گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، گوسفندان در اثر زلزله، آتش سوزی و نظیر اینها بدون این که محمود تقصیری داشته باشد تلف شوند، محمود در برابر حمید و جمشید مسؤول نیست.

- در صورت تلف شدن دین بدون تقصیر شریک قابض، باقی مانده دین به سایر شرکا تعلق می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد نود رأس گوسفند مدیون محمود، جمشید و حمید باشد و محمود سی رأس گوسفند را از احمد بگیرد و سی رأس گوسفند بدون تقصیر محمود تلف شوند، محمود در برابر جمشید و حمید مسؤول

نیست. اما، جمشید و حمید می توانند شصت رأس گوسفند را از احمد بگیرند و هیچ چیزی به محمود ندهند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد قبض و هلاک و استهلاك دین توسط داین قابض است.

نص این ماده از مجله الاحکام گرفته شده است. طبق ماده ۱۱۰۲ مجله الاحکام: «اگر یکی از داینین حصه خود را از دین مشترک قبض نمود و آن را استهلاك کرد، شریک دیگر ضمان حصه خود را از همان حصه قبض شده گرفته می تواند. به عنوان مثال، اگر هزار قرش بین دو نفر به وصف مشترک باشد و یکی از شرکاء پنجصد قرش را از مال مدیون بگیرد و آن را مصرف برساند و استهلاك نماید، داین دیگر مبلغ دو صد و پنجاه را از داین اول ضمان می گیرد و پنجصد قرش متباقی بین دو نفر مذکور مشترک باقی می ماند.» همچنین، طبق ماده ۱۱۰۶ مجله الاحکام: «هرگاه یکی از داینین حصه خود را از مدیون دین مشترک اخذ کند و در دست او بدون تقصیر تلف شود، از دین مقبوضه خود حصه شریک را تاوان نمی دهد و چنین تلقی می شود که حصه خود را استیفاء نموده است و دینی که نزد مدیون باقیمانده است به شریک دوم تعلق می گیرد.»

۵- کفالت و حواله دین مشترک: طبق ماده ۸۶۵ ق. م: «هرگاه یکی از شرکاء در حصه دین خود از مدیون ضمانت گیرد یا مدیون دین او را به دیگری حواله نماید، سایر شرکاء در مقداری که از ضمانت یا محال علیه قبض می کند، شریک می باشد.» ضمانت اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است. در اصطلاح حقوق مدنی، ضمانت کسی است که دین در ذمه دیگری به ذمه او منتقل می شود تا اگر شخص دیگر از پرداخت دین خودداری کند، خود متعهد به پرداخت دین باشد.^{۱۰۴۷} محال علیه که محتمل علیه نیز نامیده می شود که عبارت از شخصی است که دین را به محال ملتزم می شود. ماده ۶۷۶ مجله الاحکام در تعریف محال علیه می گوید: «محال علیه عبارت از کسی است که حواله را به خود قبول کرده است.» نویسندگان ق. م محال علیه را حواله گیرنده ترجمه کرده اند. بنابراین، حواله گیرنده در ق. م مترادف با محال علیه است.

طبق نص این ماده در صورتی که یکی از شرکا در حصه دین خود از مدیون ضمانت بگیرد یا مدیون دین را به شخص دیگری حواله دهد، سایر شرکا در مقدار مالی که یکی از شرکا از ضمانت یا محال علیه می گیرد شریک اند. به حیث مثال، اگر احمد نه لک افغانی مدیون محمود، جمشید و حمید باشد و محمود بخاطر سه لک افغانی از احمد ذاکر را ضمانت بگیرد یا احمد سه لک افغانی دین را به ذبیح حواله دهد، جمشید و حمید می توانند سه لک افغانی را از ذاکر یا ذبیح بگیرند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق سایر داینین است. نص این ماده از مجله الاحکام گرفته شده است. طبق ماده ۱۱۰۹ مجله الاحکام: «هرگاه یکی از داینین در برابر حصه که از دین مشترک دارد از مدیون کفیل بگیرد یا دین را به کسی حواله دهد، داین دیگر در مبلغی که شریک اول از کفیل یا محال علیه می گیرد، شریک شده می تواند.»

۱۰۴۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۴۸.

۶- اجاره مال توسط یکی از شرکاء: طبق ماده ۸۶۶ ق. م: «هرگاه یکی از شرکا به قدر حصه خود مالی را از مدیون اجاره بگیرد، قابض حصه خود شناخته می شود. سایر شرکاء می توانند به اندازه حصص خود، خویش را شریک مستأجر بدانند و یا به مدیون مراجعه نمایند.» طبق نص این ماده اگر یکی از شرکا یک مال را از مدیون به اجاره بگیرد، قبض کننده حصه خود تلقی می شود. در چنین حالتی، بقیه شرکا دو گزینه دارند: نخست این که بقیه شرکا می توانند به اندازه حصه های خویش، خود را شریک، قبض کننده در عین مستأجره بدانند و دین خویش را از این طریق استیفا نمایند. دوم این که بقیه شرکا می توانند به مدیون مراجعه نمایند. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود، حمید و جمشید باشد و محمود سی جریب زمین احمد را به اجاره بگیرد، حمید و جمشید می توانند متناسب به سهم های خویش شریک محمود شوند. در این صورت، محمود اجاره گیرنده ده جریب زمین، جمشید اجاره گیرنده ده جریب زمین و حمید اجاره گیرنده ده جریب زمین احمد تلقی می شوند. همچنین، جمشید و حمید می تواند هر یک ده لک افغانی خویش را از احمد مطالبه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه حقوقی داینین با مدیون است.

۷- ابراء یا هبه حصه دین مشترک: طبق ماده ۸۶۷ ق. م: «هرگاه یکی از شرکاء در دین مشترک حصه خود را به مدیون هبه و یا از آن ابراء دهد، هبه و ابراء مذکور صحت داشته، در مقابل سایر شرکاء ضامن شناخته نمی شود.» طبق نص این ماده اگر یکی از شرکا در دین مشترک حصه خود را به مدیون هبه نماید و یا از حصه خود ابراء دهد، چنین عمل حقوقی او صحیح است.

به نظر می رسد نفاذ این عمل از یکطرف منوط بر اجازه سایر شرکا نیست، زیرا شریک در حصه خود تصرف نموده است نه در حصه سایر شرکا و از طرف دیگر شریک در برابر سایر شرکا به دلیل تصرف در حصه خود ضامن نیست. بنابراین، بقیه شرکا نمی توانند بر شریک مراجعه نمایند. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود، حمید و جمشید باشد و محمود ده لک افغانی خویش را به احمد هبه نماید و یا از آن ابراء دهد، هبه و ابراء محمود صحیح است و محمود در برابر جمشید و حمید ضامن نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه حقوقی داینین با مدیون است.

۸- فوت مدیون و کمتر بودن ترکه از اندازه دیون: طبق ماده ۸۶۸ ق. م: «هرگاه مدیون وفات نماید و متروکه کمتر از دیون او باشد، تمام شرکاء بقدر حصص خود در متروکه سهم می باشند.» طبق نص این ماده در صورتی که مدیون وفات نماید و ترکه او پرداخت دیون او را کفایت نکند، تمام شرکاء به قدر حصص خود در متروکه سهم هستند. در این صورت، به نظر می رسد ترکه بعد از پرداخت مصارف تجهیز و تکفین میان شرکا به صورت مساوی تقسیم می شود و یکی بر دیگری حق اولویت ندارند.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود، سه لک افغانی مدیون حمید و سه لک افغانی مدیون جمشید باشد و قیمت مجموعه ترکه احمد بعد از پرداخت مصارف تجهیز و تکفین پانزده لک افغانی گردد، محمود، حمید و جمشید متناسب به حصه خویش در پانزده لک افغانی سهم اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه حقوقی داینین با مدیون است.

۹- تأجیل دین مشترک: طبق ماده ۸۶۹ ق. م: «هرگاه دین مشترک مال موروثه باشد، هیچ یک از شرکاء نمی تواند حصه شریک خود را بدون اذن او مؤجل نماید، اما تنها حصه خود را مؤجل نموده می تواند.» طبق نص این ماده در صورتی که دین مشترک مال موروثه باشد، هیچ یک از شرکاء نمی تواند پرداخت آن را به زمان معین، به دلیل تعلق حق غیر به موروثه مؤجل نماید. زیرا زمانی که حق به غیر تعلق بگیرد شخص نمی تواند به تنهایی در آن تصرف نماید مگر این که غیر اجازه دهد.

اما، هر یک از شرکاء می توانند پرداخت حصه خود را به زمان معین مؤجل نمایند. معنی مؤجل گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود، سه لک افغانی مدیون حمید و سه لک افغانی مدیون جمشید باشد و دین معجل باشد و احمد وفات نماید، محمود صرف می تواند ده لک افغانی خویش را مؤجل نماید نه سه لک حمید و جمشید را. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه حقوقی داینین با مدیون است.

۱۰- تأجیل قرض: طبق ماده ۸۷۰ ق. م: «اگر دین مشترک براساس عقد قرض مستحق الاداء باشد، هیچ یک از شرکاء به تنها بی بدون موافقه سایر شرکاء نمی تواند، دین را مؤجل سازد.» نص این ماده شبیه ماده ۸۶۹ ق. م است. تنها تفاوت این دو ماده این است که در نص ماده ۸۶۹ ق. م دین مشترک در مال موروثه است. اما، در نص ماده ۸۷۰ ق. م دین مشترک در مال موروثه نیست بلکه براساس عقد است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود شریک باشند و ده لک افغانی از پول شرکت به حمید برای مدت یک سال قرض بدهند و یک سال سپری شود، دین مستحق الاداء می گردد. در این صورت، احمد و محمود نمی توانند بدون موافقه همدیگر دین معجل را مؤجل سازند. به حیث مثال، احمد به حمید بگوید دو سال بعد دین ده لک افغانی را برای من و محمود پرداخت کنید مگر این که محمود با احمد در این خصوص موافقه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داینین با مدیون است. ماده ۱۱۱۲ مجله الاحکام نیز در این مورد حکم می نماید که: «یکی از شرکاء بدون اذن دیگر نمی تواند دین مشترک را مؤجل نماید.»

۱۱- موافقه شرکاء مبنی بر اخذ حصص هر یک: طبق ماده ۸۷۱ ق. م: «شرکاء می توانند موافقه نمایند که هر یک آنها حق دارند حصه دین خود را از مدیون قبض نمایند، بدون اینکه سایر شرکاء به او حق مراجعه را داشته باشند. این موافقه حکم تقسیم دین را دارد و حصه هر یک از شرکاء بدون مشارکت به خود او اختصاص دارد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

نخست این که شرکاء می توانند موافقه نمایند که هر یک از آنها حصه خود را از مدیون اخذ نمایند بدون اینکه یکی بر دیگری حق مراجعه را داشته باشد. چنین توافقی مخالف نظم عامه، قانون و اخلاق حسنه نیست و لذا مدار اعتبار به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود و حمید باشد، محمود و حمید می توانند توافق نمایند که پنج لک افغانی محمود از احمد و پنج لک افغانی حمید از احمد قبض نمایند.

دوم این که این موافقه در حکم تقسیم دین است. به عبارت دیگر: این موافقه تقسیم حکمی دین است. به حیث مثال، در مثال بالا، اخذ پنج لک توسط محمود از احمد و اخذ پنج لک توسط حمید از احمد این حکم را دارد که محمود و حمید دین را تقسیم کرده اند.

سوم این که اثر این تقسیم این است که حصه هر شریک مفروز می گردد و بنابراین حق هر شریک مختص به او می گردد. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود مالک پنج لک افغانی می گردد و حمید مالک پنج لک افغانی. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داینین با مدیون است.

(۲) آثار دین غیرمشترک: طبق ماده ۸۷۲ ق. م: «هرگاه دین مورد مطالبه غیر مشترک باشد، هر یک از داینین می تواند به تنهایی حصه خود را از مدیون به دست آورد. سایر داینین در دین قبض شده حق اشتراک ندارند.» طبق نص این ماده اگر دین غیر مشترک باشد، هر یک از داینین می توانند دین خویش را به تنهایی از مدیون اخذ نمایند و یک داین حق مراجعه بر داین دیگر را ندارد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود و حمید ده لک افغانی بر محمود داشته باشد، این دین، دین غیرمشترک است. احمد می تواند به صورت جداگانه ده لک افغانی خویش را از محمود اخذ نماید و حمید می تواند به صورت جداگانه ده لک افغانی خویش را از احمد اخذ نماید.

مبحث سوم) تعهد تضامنی

ق. م در جلد دوم، قسمت دوم، ق. م احکام تعهد تضامنی را تنظیم نموده است. این احکام بیشتر ارزش نظری و علمی و کمتر ارزش عملی دارد. همچنین، افهام و تفهیم این احکام بسیار مشکل است. در روشنایی این احکام تعریف تضامن، انواع تضامن و آثار هر یک را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

گفتار نخست) تعریف تضامن

تضامن از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی همدیگر را ضمانت کردن و ضامن همدیگر شدن است و در اصطلاح حقوقی عبارت از رابطه ای است میان دو یا چند نفر که به موجب آن حق استیفای حقوق همدیگر را در موارد خاص و نیز مسؤولیت پرداخت دین همدیگر را دارند.^{۱۰۴۸}

به عنوان مثال، هرگاه دو شخص مشترکاً یک موتر را از موتر فروش خریداری نمایند و بعد از پرداخت ثمن به موتر فروش بگویند هر یک می تواند موتر را قبض نمایند و میان خود نیز این امر را شرط نمایند، چنین تعهدی را تضامن میان داینین می گویند که در این مثال خریداران موتر، داینین، موتر فروش مدیون و تعهد مبنی بر انتقال موتر به خریداران تعهد تضامنی است. بر عکس، در صورتی که موتر فروشی متعلق به چند شریک باشد و شرکاء موتر مشترک خویش را به دیگری به فروش رسانند و شرط نمایند که بایع هر وقت بخواهد می تواند موتر را بعد از پرداخت ثمن از هر یک از آنها قبض نمایند، چنین تعهدی را تعهد تضامنی میان مدیونین می گویند.

گفتار دوم) انواع تضامن

طبق ق. م تضامن به تضامن بین داینین و تضامن بین مدیونین تقسیم می شود:

الف) تضامن بین داینین

۱) تعریف و هدف

تضامن داینین به هر یک از آنها اختیار می دهد که بدون داشتن نمایندگی از طرف دیگران، تمام دین را از مدیون بگیرد و عهده دار توزیع عادلانه آن شود. کفه متقابل این اختیار، تکلیف مدیون به وفای کل تعهد در برابر هر داین است.^{۱۰۴۹} به عبارت ساده تر: تضامن داینین عبارت از تضامنی است که هر یک از داینین حق مطالبه تمام طلب (دین) را از مدیون دارد.^{۱۰۵۰} هدف اصلی از برقراری تضامن بین داینین این است که به هر یک از آنان حق مطالبه کل دین داده شود. باید توجه داشت که با پرداخت کل مبلغ دین به یکی از داینین، مدیون در مقابل همه داینین برائت حاصل می کند، زیرا اگرچه او مکلف است دین را بپردازد، ولی تنها یکبار این تکلیف را دارد و نه بیشتر از یک بار.

۲) منبع

طبق ماده ۸۷۳ ق. م: «تضامن بین داینین و مدیونین بدون اتفاق طرفین یا نص قانون موجود شده نمی تواند.» طبق نص این ماده تضامن میان داینین و مدیونین اتفاق طرفین است که برخی مثال های آن در ذیل ارایه می گردد:

۱- اگر احمد و محمود به صورت مشترک خانه خویش را به حمید و جمشید به فروش رسانند و به صورت تضامنی متعهد به تسلیم آن به مشتری شوند، این تعهد، تعهد تضامنی میان داینین و مدیونین است. بنابراین، هر یک از داینین می توانند خانه را از مدیون تسلیم شوند.

۲- در صورتی که چند نفر شی ای را به دیگری هبه نمایند می توانند در صورت شرط تضامن (شرط اینکه هر یک از آنها می تواند از هبه رجوع نمایند) از عقد هبه رجوع نمایند.

۳- اگر شخصی به چند شخص وصیت نماید که در صورت فوت او، مبلغی معین را از ترکه او استیفاء نمایند، این تعهد، تعهد تضامنی میان داینین و مدیون است.^{۱۰۵۱} همچنین، طبق نص این ماده منبع تضامن میان داینین و مدیونین می تواند قانون باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی منبع تضامن است.

۳) آثار

۱) طبق ماده ۸۷۴ ق. م: «(۱) داینین به اساس تضامن می توانند به صورت دسته جمعی یا انفرادی تمامی دین را از مدیون مطالبه نمایند؛ و (۲) مدیون نمی تواند در صورت مطالبه تادیبه دین از طرف یکی از داینین متضامن به طرق دفاعی تمسک نماید که مربوط به داینین دیگر باشد، مدیون می تواند به طرق دفع خاصی که مربوط شخص طلب کننده یا حصه متعلق به وی و یا طرق دفاعی که مشترک بین تمامی داینین باشد، تمسک نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- داینین متضامن می توانند به صورت جمعی یا انفرادی تمام دین را از مدیون مطالبه نمایند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود، حمید و جمشید باشد، محمود، حمید و جمشید می توانند مشترکاً از

۱۰۴۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۹۸.

۱۰۵۰. محمد جعفر لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۱۵۸.

۱۰۵۱. در این باره ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۰۲ و ۲۰۳.

احمد ده لک افغانی را مطالبه نمایند. همچنین، محمود، حمید و جمشید هر کدام به صورت جداگانه می توانند پرداخت ده لک افغانی را از احمد مطالبه نمایند.

۲- در صورت مطالبه دین توسط داینین متضامن به صورت جمعی و جداگانه از مدیون، مدیون نمی تواند به دو نوع دفاع متمسک شود: دفاعی که مربوط به داینی است که از وی دین را طلب نموده است، مانند اینکه بگوید: رابطه بین این داین و، وی از طریق مقاصه، تبدیل تعهد، ابراء و مرور زمان ساقط شده است، و دوم: دفاعی که مشترک میان همه داینین است، مانند اینکه مدیون بگوید: انشای تعهد تضامنی از اصل باطل یا به سبب نقص اهلیت، یا رضاء قابل ابطال بوده است، یا مدیون دین را پرداخته است. به هر حال، مدیون پس از پرداخت دین به کسی که دین باید به وی پرداخته شود (که غالباً هر یک از داینین می توانند باشد)، در مقابل سایرین برائت حاصل می کند، زیرا چنانچه گفته شد مدیون مکلف به پرداخت است، اما یکبار و نه بیشتر از آن.

۲) طبق ماده ۸۷۵ ق. م: «مدیون می تواند تمامی دین را به یکی از داینین متضامن بپردازد، مگر اینکه یکی از داینین توسط اخطار قبلی او را منع کرده باشد.» طبق نص این ماده مدیون می تواند تمام دین را به یکی از داینین متضامن پرداخت نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که یکی از داینین مدیون را اخطار قبلی داده باشد. اخطار از ریشه «خطر» است که در لغت به معنی اعلام خطر است.^{۱۰۵۲} همچنین، اخطار در لغت به معنی ابلاغ و اعلام، گوشزد کردن، هشدار دادن و آگاهیدن است.^{۱۰۵۳} در اصطلاح حقوقی اخطار عبارت از هشدار است که در موارد لازم به افراد از سوی مراجع ذیصلاح جهت عدم اجرای کاری داده می شود.^{۱۰۵۴}

به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون حمید و محمود به صورت تضامنی باشد، احمد می تواند سی لک افغانی را به حمید یا محمود پرداخت نماید. در این صورت، ذمه احمد بری می گردد. اما، اگر حمید به احمد اخطار داده باشد که سی لک افغانی را باید به من و محمود پرداخت نمایید، احمد مکلف است سی لک افغانی را به حمید و محمود پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مدیون در برابر داینین متضامن است.

۳) انقضای دین در اثر اسباب دیگر غیر از وفاء: مطابق ماده ۸۷۶ ق. م: «(۱) هرگاه برائت ذمه مدیون در برابر یکی از داینین متضامن به سببی غیر از تادیه دین حاصل گردد، در برابر متباقی داینین بری الذمه شناخته نمی شود، مگر اینکه به قدر حصه داینینی باشد که مدیون در برابر آن برائت حاصل نموده است؛ (۲) هرگاه یکی از داینین متضامن عملی را مرتکب شود که با اساس آن به داین ضرری وارد آید، این عمل در حصه سایر داینین نافذ شمرده نمی شود.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱۰۵۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۶.

(آخرین بازدید ۶/۴/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 1053.

۱۰۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۶.

۱- طبق نص این ماده در صورتی که یکی از داینین متضامن از طریق سایر اسباب انتهای تعهد مانند تبدیل تعهد، مقاصه، اتحاد ذمه، ابراء و مرور زمان و نظیر اینها که تفصیل آن خواهد آمد دین خود را حاصل نماید، ذمه مدیون صرف در برابر این داین بری می گردد نه سایر داینین. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون حمید و جمشید باشد و جمشید احمد را ابراء دهد، احمد صرف در برابر جمشید می گردد نه حمید. اما، در این مثال، احمد می تواند صرف متناسب به سهم جمشید در دین بری الذمه گردد. به حیث مثال، در این مثال، احمد پنج لک افغانی مدیون حمید و پنج لک مدیون جمشید است. در صورتی که جمشید احمد را ابراء دهد، ذمه احمد نسبت به پنج لک حمید بری می گردد و جمشید می تواند پنج لک خویش را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انقضای دین در اثر اسباب غیر از تأدیه در دین تضامنی است.

۲- هرگاه یکی از داینین متضامن عملی را مرتکب شود که با اساس آن به داین ضرری وارد آید، این عمل در حصه سایر داینین نافذ شمرده نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون حمید و جمشید باشد و حمید پانزده لک خود را به احمد ببخشد این عمل در حق جمشید نافذ نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داینین متضامن میان آنها است.

۴) طبق ماده ۸۷۷ ق. م: «هر آنچه را که یکی از داینین متضامن از مدیون در مقابل دین اخذ نماید، همه داینین در آن حق مساوی دارند مگر آنکه موافقت داینین و یا نص قانون به خلاف آن حکم نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که یکی از داینین متضامن از مدیون چیزی را در برابر دین اخذ نماید، تمام داینین در آن به صورت مساوی حق دارند. این اصل است. استثنای این اصل این است که قانون به خلاف آن حکم نموده باشد یا طرفین طور دیگری موافقه نموده باشند. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون حمید و جمشید باشد و حمید در برابر دین خانه احمد را بگیرد، حمید و جمشید در خانه حق مساوی دارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داینین متضامن با مدیون است.

ب) تضامن میان مدیونین

نوع دوم تضامن طبق ق. م تضامن میان مدیونین است. در ذیل تعریف تضامن میان مدیونین و آثار آن را مورد ارزیابی قرار می دهیم:

۱) تعریف

تضامن میان مدیونین عبارت از تضامنی است که به موجب آن هر یک از مدیونین مشترک مسؤول پرداخت تمام دین است و داین می تواند به یک یا چند مدیون رجوع نماید و تمام یا قسمتی از دین را از هر کدام مطالبه کند. ۱۰۵۵

۲) آثار

آثار تعهد تضامنی را میان داین و مدیونین و نسبت به مدیونین ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) آثار تضامن نسبت به داین و مدیونین متضامن: طبق ق. م آثار تضامن نسبت داین و مدیونین متضامن تابع قواعد ذیل است:

۱- پرداخت دین توسط مدیون متضامن: طبق ماده ۸۷۸ ق. م: «(۱) هرگاه تضامن بین مدیونین باشد، داین می تواند کل دین را از تمام مدیونین یا از هر یک آنها که خواسته باشد، مطالبه نماید. مطالبه دین از یکی، مانع مطالبه از سایر مدیونین نمی گردد. (۲) مدیونی که داین از او مطالبه دین می نماید، نمی تواند به وسایل دفاع خاصی که به مدیون دیگر تعلق دارد تمسک نماید مگر به قدر حصه خود او مشروط بر اینکه حصه دین خود را به وجه از وجوه پرداخته باشد. مدیون می تواند به وسایل دفاع خاص که به خود او تعلق دارد و یا به وسایل دفاع مشترک بین تمام مدیونین تمسک نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

- در صورتی که تضامن میان مدیونین وجود داشته باشد، داین می تواند از هر مدیون متضامن و یا از هر یک آنها مطالبه دین نماید. زیرا، هدف اصلی تضامن مدیونین تضمین حق داین است. بنابراین، در تعهد تضامنی میان مدیونین، داین می تواند به تمام مدیونین متضامن برای مطالبه تمام دین رجوع کند. همچنین می تواند تنها یکی از مدیونین متضامن را طرف دعوی قرار دهد یا در دعوی جمعی از هر کدام بخشی از دین را مطالبه کند. به حیث مثال، اگر احمد و محمود بیست لک افغانی مدیون حمید باشند، حمید می تواند بیست لک افغانی را از احمد و محمود یا صرف از احمد و یا صرف از محمود مطالبه نماید.

- مطالبه دین از یکی، مانع مطالبه از سایر مدیونین نمی گردد. به حیث مثال، در مثال بالا اگر حمید از احمد پرداخت بیست لک افغانی را مطالبه نماید، این مطالبه مانع نمی شود که حمید بیست را از محمود نیز مطالبه نماید.

- مدیون نمی تواند به دو نوع دفاع متمسک شود: دفاعی که مربوط به داینی است که از وی دین را طلب نموده است، مانند اینکه بگوید: رابطه بین این داین و، وی از طریق مقاصه، تبدیل تعهد، ابراء و مرور زمان ساقط شده است، و دوم: دفاعی که مشترک میان همه داینین است، مانند اینکه مدیون بگوید: انشای تعهد تضامنی از اصل باطل یا به سبب نقص اهلیت، یا رضاء قابل ابطال بوده است، یا مدیون دین را پرداخته است. در صورتی که یکی از مدیونین کل دین را پردازد، ذمه او و سایر مدیونین بری می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط داین با مدیونین متضامن در تعهد تضامنی است.

۲- طبق ماده ۸۷۹ ق. م: «هرگاه یکی از مدیونین متضامن کل دین را عیناً یا عوضاً و یا از طریق حواله اداء نماید، خود او و سایر مدیونین بری الذمه شناخته می شوند.» طبق نص این ماده در صورتی که یکی از مدیونین متضامن تمام دین را به داین عیناً پرداخت نماید، ذمه او و سایر مدیونین بری می گردد. به حیث مثال، اگر احمد و محمود ده لک افغانی به صورت تضامنی مدیون حمید باشند و احمد ده لک افغانی را به حمید پرداخت نماید، ذمه احمد و محمود بری می گردد. بری الذمه مرکب از دو کلمه است. بری که در لغت به معنی تهی، خالی، عاری، بی گناه، پاک و مبرا است.^{۱۰۵۶} ذمه محل اعتباری در شخص است که دیون و

التزامات بر آن واقع می‌گردد.^{۱۰۵۷} بری الذمه در اصطلاح حقوق مدنی شخصی است که ذمه او از مسؤولیت عاری است. همچنین، در صورتی که مدیونین متضامن عوضاً دین داین را پرداخت نمایند، ذمه آنها بری می‌گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد از طریق مجرای دین حمید را اداء نماید، ذمه احمد و محمود در برابر حمید بری می‌گردد.

همچنین، در صورتی که یکی از مدیونین متضامن دین داین را از طریق حواله پرداخت نماید، ذمه مدیون حواله دهنده و سایر مدیونین در برابر داین بری می‌گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد دین حمید را به جمشید حواله دهد و حمید دین را از جمشید بگیرد، ذمه احمد و محمود در برابر حمید بری می‌گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه مدیونین متضامن با داین است.

۳- تجدید (تبدیل تعهد): طبق ماده ۸۸۰ ق.م: «تجدید دین بین داین و یکی از مدیونین متضامن موجب برائت ذمه سایر مدیونین می‌گردد، مگر اینکه داین حق مطالبه خود را در برابر آنها حفظ کرده باشد». تجدید عبارت است از جایگزین شدن تعهد جدید به جای تعهد قدیم.^{۱۰۵۸} طبق نص این ماده تجدید دین میان داین و یکی از مدیونین متضامن موجب برائت ذمه مدیونین می‌گردد. این اصل است. استثنای این اصل این است که داین حق مطالبه دین خویش را در برابر مدیونین متضامن حفظ نموده باشد.

به حیث مثال، اگر احمد و محمود ده لک افغانی مدیون حمید باشند و احمد پرداخت ده لک افغانی حمید را به جمشید حواله دهد، در این صورت دین تجدید می‌شود و تجدید دین موجب برائت احمد و محمود می‌گردد. اما، اگر در این تجدید دین حمید شرط گذاشته باشد که در صورتی که نصف دین و یا دو سوم آن را از جمشید دریافت نماید، می‌تواند بقیه دین خویش را از محمود مطالبه نماید، می‌تواند بقیه دین را از جمشید مطالبه نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داین با مدیونین متضامن است.

۳- مجرای: طبق ماده ۸۸۱ ق.م: «مدیون متضامن نمی‌تواند به اساس مجرای که بین داین و مدیونین متضامن دیگر صورت گرفته، تمسک نماید مگر به اندازه حصه همان مدیون». تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهی و توسل، سند و حجت است.^{۱۰۵۹} به نظر می‌رسد تمسک عبارت است از متوسل شدن به وسایل اثبات دعوی برای اثبات ادعا. مجرای عبارت از سقوط تعهد به سبب مدیون بودن طرفین معامله به همدیگر است.^{۱۰۶۰} طبق نص این ماده داین نمی‌تواند به اساس مجرای که بین داین و مدیونین متضامن دیگر صورت گرفته، تمسک نماید مگر به اندازه حصه همان مدیون. به حیث مثال، اگر احمد و محمود سی لک افغانی مدیون حمید باشند و احمد ده لک افغانی این دین را با دینی که بر حمید دارد،

۱۰۵۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ و هبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۸۸۸ - ۲۸۹۰.
 ۱۰۵۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۶۱۷؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی، صص ۳۳۵.
 (آخرین بازدید ۱۸/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 1059.

۱۰۶۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۹۳۸

مجرا نماید، محمود نمی تواند به این مجرای تمسک نماید مگر به اندازه دین احمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داین با مدیونین متضامن از طریق مجرای است.

۴- اتحاد ذمه: طبق ماده ۸۸۲ ق. م: «در صورت اتحاد ذمه داین با یکی از مدیونین متضامن دین از ذمه سایر مدیونین ساقط نمی شود مگر به قدر حصه مدیونی که ذمه وی با داین متحد گردیده است.» طبق نص این ماده در صورت اتحاد ذمه که تفصیل آن در فصل بعدی خواهد آمد داین با یکی از مدیونین متضامن دین از ذمه سایر مدیونین ساقط نمی شود مگر به قدر حصه مدیونی که ذمه وی با داین متحد گردیده است. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و جمشید چهل لک افغانی مدیون حمید باشند و حمید ده لک افغانی را به احمد وصیت نماید، در این صورت ذمه احمد و حمید متحد می گردد و ده لک افغانی احمد به دلیل اتحاد ذمه ساقط می شود. در این صورت، دین از ذمه محمود و جمشید ساقط نمی شود مگر به اندازه دین احمد (ده لک). در این صورت، احمد می تواند سی لک افغانی را از احمد، محمود و جمشید مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داین با مدیونین متضامن از طریق اتحاد ذمه است.

۵- ابراء: طبق ق. م ا برای مدیونین متضامن تابع قواعد ذیل است:

- طبق ماده ۸۸۳ ق. م: «هرگاه داین به یکی از مدیونین متضامن ابراء دهد، دین از ذمه او ساقط شده، سایر مدیونین بری الذمه شناخته نمی شوند، مگر اینکه داین به صراحت از برائت ذمه آنها تذکر داده باشد. در این صورت داین می تواند تنها مقدار متباقی دین را بعد از وضع حصه مبری الیه از سایر مدیونین، مطالبه نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

نخست: در صورتی که داین به یکی از مدیونین متضامن ابراء دهد، سایر مدیونین متضامن بری الذمه که تعریف آن در بالا گذشت نمی شوند. تفصیل ابراء در فصل بعدی خواهد آمد. این اصل است. استثنای این اصل این است داین به صراحت سایر مدیونین متضامن را بری الذمه خوانده باشد. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی به صورت تضامنی بر محمود، حمید و جمشید داشته باشد و احمد ده لک افغانی را به محمود ابراء دهد، صرف محمود در برابر احمد بری ذمه می گردد. اما، اگر احمد سی لک افغانی را ابراء دهد و بگوید که دین خویش را که بر عهده محمود، حمید و جمشید داشتم ابراء دادم، محمود، حمید و جمشید بری ذمه می گردند.

دوم: در صورتی که داین یکی از مدیونین متضامن را ابراء دهد می تواند بر سایر مدیونین جهت حصول دین خویش مراجعه نماید. در این صورت صرف مبری الیه بری ذمه می گردد و ذمه سایر مدیونین در برابر داین مشغول می ماند. مبری الیه شخصی است که ابراء داده شده است. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی به صورت تضامنی بر محمود، حمید و جمشید داشته باشد و احمد ده لک افغانی را به محمود ابراء دهد، صرف محمود در برابر احمد بری ذمه می گردد. احمد می تواند بیست لک افغانی باقیمانده دین را از جمشید و حمید مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داین با مدیونین متضامن از طریق ابراء است.

- براساس ماده ۸۸۴ ق. م: «هرگاه داین به یکی از مدیونین متضامن از تضامن ابراء دهد، حق دارد کل دین را از سایر مدیونین مطالبه نماید، مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد.» طبق نص این ماده در

صورتی که داین صرف یکی از مدیونین متضامن را از تضامن ابراء دهد، نمی تواند از این مدیون مطالبه پرداخت سهم سایر داینین را نماید.

به حیث مثال، در صورتی که مدیونین متضامن سه نفر باشند و مقدار دین سی هزار افغانی باشد و داین صرف یکی از مدیونین متضامن را از تضامن ابراء دهد، می تواند از دو مدیون متضامن دیگر، پرداخت کل دین را مطالبه نماید. در چنین حالتی، در صورتی که یکی از مدیونین متضامن تمام دین را بپردازد، می تواند به مدیون مبری له مراجعه و پرداخت ده هزار افغانی را از وی مطالبه نماید. این اصل است. استثنای این اصل، توافق مدیونین است. بنابراین، در صورتی که مدیونین به خلاف این اصل توافق نموده باشند، توافق آنها مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داین با مدیونین متضامن از طریق ابراء است.

- مطابق ماده ۸۸۵ ق. م: «(۱) در جمیع حالاتی که یکی از مدیونین متضامن، از طرف داین برائت از دین یا از تضامن حاصل نماید و مدیون دیگر مفلس گردد، سایر مدیونین می توانند هنگام ادای دین به تناسب دینی که از حصه مدیون مفلس به مدیون مبری له می رسد، مطابق حکم ماده (۸۹۲) این قانون، به وی مراجعه نمایند. (۲) در حالتی که داین مدیون مبری الیه را از هرگونه مسؤولیت دین آزاد ساخته باشد، حصه دین مدیون مفلس بر خود داین تحمیل می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

نخست: طبق نص این ماده در صورتی داین یکی از مدیونین متضامن را از دین و تضامن به گونه ای که بحث آن در بالا گذشت ابراء دهد، و یکی از مدیونین مفلس شود، مدیونی که داین وی را از دین و تضامن ابراء داده است و یا سایر داینین که دین او را براساس تضامن پرداخته اند، می توانند بعد از یسار داین مفلس به وی مراجعه و پرداخت دین را از وی مطالبه نمایند. مفلس در لغت به معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح فقهی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.^{۱۰۶۱} به حیث مثال، اگر احمد و محمود بیست لک افغانی مدیون حمید باشند و حمید احمد را از دین و تضامن ابراء دهد و محمود مفلس گردد و احمد دین محمود را به حمید پرداخت نماید، احمد می تواند به محمود مراجعه نماید و پولی را که به حمید پرداخته است از محمود مطالبه نماید. مبری الیه در این مثال، احمد است. مفلس در این مثال محمود است.

دوم: فقره دوم نص ماده ۸۸۵ ق. م که می گوید: «در حالتی که داین مدیون مبری الیه را از هرگونه مسؤولیت دین آزاد ساخته باشد، حصه دین مدیون مفلس بر خود داین تحمیل می شود» مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد طبق نص این ماده در صورتی که داین یکی از مدیون ها را از پرداخت دین و تضامن ابراء دهد و مدیون دیگر مفلس گردد، مدیونی که ابراء داده شده است مسؤول پرداخت دین مدیون مفلس نیست. به حیث مثال، اگر احمد و محمود بیست لک افغانی مدیون حمید باشند و حمید احمد را از دین و تضامن ابراء دهد و محمود مفلس گردد، احمد مسؤول پرداخت دین محمود به دلیل ابرای حمید از دین و تضامن نیست. در این صورت، اثر افلاس محمود را حمید مطابق قواعدی که تفصیل آن در مبحث افلاس گذشت متحمل می

۱۰۶۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷.

شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه حقوقی داین با مدیونین متضامن از طریق ابراء است.

- **مرور زمان:** براساس ماده ۸۸۶ فقره اول ق. م. ا: «(۱) هرگاه دین در مورد یکی از مدیونین متضامن زیر مرور زمان آید، سایر مدیونین نمی توانند از آن استفاده کنند مگر به قدر حصه مدیون مذکور». طبق نص این ماده در صورتی که دین نسبت به یکی از مدیونین تحت قاعده مرور زمان قرار بگیرد، سایر مدیونین نمی توانند از آن استفاده نمایند، مگر به تناسب حصه مدیون متضامنی که دین وی تحت قاعده مرور زمان آمده است.

به عنوان مثال، هرگاه احمد بر محمود یک لک افغانی دین به دلیل تدریس و یک لک افغانی بر جمشید به دلیل اجاره خانه داشته باشد و دین میان محمود و جمشید تضامنی باشد، مرور زمان دین ناشی از تدریس یک سال و مرور زمان دین ناشی از کرایه منزل پنج سال به گونه ای که تفصیل آن در مبحث مرور زمان خواهد آمد است. اگر احمد از محمود در مدت بیشتر یک سال مطالبه دین ناشی از تدریس را نماید، حق الزحمه تحت مرور زمان قرار می گیرد و ادعای احمد در خصوص پرداخت دین توسط محکمه ذیصلاح به دلیل اسقاط حق اقامه دعوی به سبب مرور زمان قابل سمع نیست.

اما، در این صورت، احمد می تواند از جمشید مطالبه دین ناشی از کرایه منزل را نماید. زیرا، این دین هنوز تحت مرور زمان قرار نگرفته است. در این مثال، دین میان محمود و جمشید تضامنی است و دین محمود تحت مرور زمان قرار گرفته است و دین جمشید تحت مرور زمان قرار نگرفته است. در این صورت، جمشید نمی تواند از پرداخت یک لک افغانی دین خویش به دلیل تحت مرور زمان قرار گرفتن دین محمود نماید. اما، جمشید می تواند متناسب به دین محمود به مرور زمان استناد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داین با مدیونین متضامن از طریق مرور زمان است. تفصیل مرور زمان در فصل اخیر این کتاب خواهد آمد.

۶- **آثار فرعی تضامن میان داین و مدیونین متضامن:** علاوه بر آثار فوق، تضامن میان مدیونین موجب ایجاد آثار فرعی ذیل می گردد:

- **انقطاع و یا متوقف شدن مرور زمان نسبت به یکی از مدیونین متضامن:** طبق ماده ۸۸۶ فقره دوم ق. م. ا: «(۲) هرگاه مرور زمان در مورد یکی از مدیونین متضامن منقطع و یا نفاذ آن متوقف گردد، داین نمی تواند در برابر سایر مدیونین به آن تمسک نماید». عبارت «داین نمی تواند در برابر سایر مدیونین به آن تمسک نماید» به نظر می رسد که دارای اشتباه در ترجمه است. نص این ماده ترجمه ماده ۲۹۲ ق. م. ج. م است. فقره ۲ ماده ۲۹۲ ق. م. ج. م می گوید: «چنانچه مرور زمان نسبت به یکی از مدیون های تضامنی قطع یا تعلق گردد، داین نمی تواند از سوی سایر مدیونین به قطع یا تعلیق مرور زمان استناد نماید». طبق نص این ماده در صورتی که مرور زمان در مورد یکی از مدیون های متضامن قطع گردد یا متوقف گردد، داین نمی در برابر سایر مدیون ها به آن تمسک نماید.

به حیث مثال، اگر احمد، محمود و جمشید سی لک افغانی به صورت تضامنی مدیون حمید باشند و مدت مرور زمان دین احمد یک سال، از محمود یک سال و از جمشید پنج سال باشد. به حیث مثال، دین حمید بر احمد ناشی از تدریس، بر محمود ناشی از کمیشن کاری و بر جمشید ناشی از کرایه منزل باشد و قبل از این

که مدت مرور زمان دین احمد که یک سال است تکمیل شود، حمید از احمد دین را مطالبه نماید و مانع توقف و انقطاع مرور زمان دین شود، در این صورت، دین حمید به دلیل مطالبه منقطع و متوقف می‌گردد و حمید نمی‌تواند به این انقطاع و توقف در برابر دین‌هایی که بر محمود و جمشید نیز دارد استناد نماید. بنابراین، انقطاع و توقف مرور زمان دین احمد در این مثال موجب انقطاع و توقف دین محمود و جمشید نمی‌گردد. تفصیل انقطاع مرور زمان در فصل مرور زمان خواهد آمد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داین با مدیونین متضامن در خصوص انقطاع مرور زمان است.

- خطای یکی از مدیونین متضامن در تنفیذ تعهد و اخطار یکی از مدیونین متضامن توسط داین و اخطار داین توسط یکی از مدیونین متضامن: طبق ماده ۸۸۷ ق. م: «(۱) مدیون متضامن در اجرای تعهدات خود صرف از عمل خود مسؤولیت دارد. هرگاه دائن به یکی از مدیونین متضامن اخطار دهد، این امر بر سایر مدیونین تأثیری ندارد مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد. (۲) در صورتی که اخطار از جانب یکی از مدیونین متضامن به دائن صورت گرفته باشد، سایر مدیونین از آن مستفید شده می‌توانند.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط به نظر می‌رسد:

نخست: مدیون متضامن در اجرای تعهدات خویش صرف از عمل خود مسؤول است. نص این ماده بیانگر عدم امکان نیابت در اعمالی مضر توسط مدیونین متضامن است. بنابراین، در صورتی که یکی از مدیونین متضامن مرتکب خطاء در تنفیذ تعهد شود، این خطاء صرف موجب پرداخت جبران خسارت توسط مدیونی که مرتکب خطاء گردیده است، به داین می‌شود و اثر خطاء متوجه سایر مدیونین متضامن نمی‌گردد.

به عنوان مثال، در صورتی که احمد، محمود و جمشید به صورت تضامنی موتور را به حمید به فروش رسانند، احمد، محمود و جمشید در برابر مشتری مبنی بر تسلیم مبیع مسؤولیت تضامنی دارند. در صورتی که احمد و محمود متعهد به حفظ موتور الی تسلیمی آن به حمید شوند و جمشید در اثر تجاوز یا تقصیر موجب هلاک موتور شود، جمشید در برابر حمید مسؤولیت دارد و باید جبران خسارت را بپردازد.

دوم: هرگاه دائن به یکی از مدیونین متضامن اخطار دهد، این امر بر سایر مدیونین تأثیری ندارد مگر این که موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد. معنی اخطار گذشت. به عنوان مثال، در صورتی که احمد، محمود و حمید سی لک افغانی مدیون جمشید باشند و جمشید خانه احمد را به رهن رسمی بگیرد و احمد را مبنی بر فروش خانه اخطار دهد، این اخطار بر محمود و حمید تأثیر ندارد مگر این که میان جمشید، احمد، محمود و حمید توافقی به خلاف این صورت گرفته باشد.

سوم: در صورتی که اخطار از جانب یکی از مدیونین متضامن به دائن صورت گرفته باشد، سایر مدیونین از آن مستفید شده می‌توانند. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و حمید موتور خویش را به صورت تضامنی به جمشید به فروش رسانند و احمد جمشید را مبنی بر قبض موتور اخطار دهد اما جمشید موتور را قبض ننماید و موتور در اثر قوه قاهره مانند سیل، زلزله و نظیر اینها از بین برود، نه تنها احمد بلکه محمود و حمید نیز از این اخطار مستفید می‌شوند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داین با مدیون های متضامن است.

- صلح داین با یکی از مدیونین متضامن: طبق ماده ۸۸۸ ق. م. ا «(۱) هرگاه داین یا یکی از مدیونین متضامن در موضوع دین طوری مصالحه نماید که این امر متضمن ابراء از دین باشد یا اینکه براءت ذمه مدیون را از دین به نحوی از انحا افاده کند، سایر مدیونین از آن مستفید می گردند؛ و (۲) اگر مصالحه داین با یکی از مدیونین متضامن، افزونی در وجایب قبلی و یا سبب به وجود آوردن وجایب جدید گردد، این گونه مصالحه بر سایر مدیونین تاثیر ندارد، مگر اینکه با آن موافقه کرده باشند.» از نص این قواعد ذیل قابل استنباط است: نخست: در صورتی که داین با یکی از مدیونین متضامن صلح نماید و این صلح متضمن ابراء اسقاط از قسمت از دین باشد، یا متضمن اسقاط برخی شروط دین باشد، سایر داینین می توانند از آن مستفید شوند. صلح به معنای آشتی، سلم، تراضی متنازعین، سازش، پایان دادن به جنگ و قطع نزاع است. ماده ۱۰۶۲ ۱۵۳۱ مجله الاحکام در تعریف صلح می گوید: «صلح عقدی است که نزاع را به تراضی رفع می نماید.» به حیث مثال، اگر احمد بر محمود، حمید و جمشید سی لک افغانی داشته باشد و در برابر بیست لک افغانی موثر محمود را بگیرد و از ده لک افغانی دیگر محمود را ابراء دهد، نه تنها محمود، بلکه حمید و جمشید می توانند از این صلح استفاده نمایند و ذمه آنها بری گردد.

دوم: در صورتی که صلح داین با یکی از مدیونین موجب ازدیاد دین و ازدیاد تعهد جدید گردد، اثر آن متوجه سایر مدیونین نمی گردد مگر این که در خصوص آن توافق نموده باشند. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود، حمید و جمشید سی لک افغانی داشته باشد و محمود، حمید و جمشید توافق کرده باشند که پول را در مدت دو سال و دو قسط پردازند و احمد با محمود صلح نماید و به موجب این صلح محمود، حمید و جمشید مکلف گردند که سی لک افغانی را در مدت یک سال و در یک قسط پرداخت نمایند، اثر این صلح صرف متوجه احمد و محمود می شود و حمید و جمشید متعهد به این صلح نیستند مگر این که با آن توافق نمایند. در صورت توافق، محمود، حمید و جمشید مکلف اند دین را در مدت یک سال و در یک قسط پرداخت نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داین با مدیونین متضامن در صورت صلح است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۷۴):

بند اول ماده (۸۸۸) قانون مدنی با ماده ۸۷۶ و بند اول ماده (۸۹۰) آن شکلاً تضاد دارد. در ضمن مثال

توضیح شود.

توضیح:

۱۰۶۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۳۳۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۲۳؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۴۰ و ۴۴۱.

بند اول ماده (۸۸۸) قانون مدنی با بند اول ماده ۸۷۶ قانون مدنی منافات ندارد چه ماده (۸۷۶) در مورد داینین متضامن بحث می کند و ماده (۸۸۸) راجع به مدیونین متضامن که در این دو ماده موضوع ابراء مطرح بحث می باشد و ماده (۸۹۰) از حکم بحث می کند که حکم مزبور با ابراء فرق دارد. بنابراین، کدام تضاد در میان مواد مزبور دیده نمی شود.^{۱۰۶۳}

- اقرار، حلف و نکول یکی از داینین متضامن: طبق ماده ۸۸۹ ق. م: «(۱) هرگاه یکی از مدیونین متضامن به دین اقرار نماید، اقرار او در مورد سایر مدیونین اعتبار ندارد. (۲) هرگاه یکی از مدیونین متضامن از سوگند نکول نماید و یا به اثر توجیه آن داین سوگند یاد نماید، سایر مدیونین از آن متضرر نمی گردند؛ و (۳) هرگاه داین به سوگند یکی از مدیونین متضامن اکتفاء نماید، سایر مدیونین از آن مستفید می گردند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست: نص این ماده منطقی به نظر می رسد. زیرا، قانونگذار مدنی از یکطرف در نص این ماده از مدیون متضامن سخن می گوید و از طرف دیگر از اقرار به دین. در صورتی که دین وجود نداشته باشد و دین تضامنی نباشد، مدیون متضامن وجود ندارد. در هر حال، در صورتی که داین وسیله برای اثبات تعهد از قبیل: سند، بینه و قراین... نداشته باشد و مدیون نسبت به دین اقرار نماید، چون اقرار حجت قاصره است، اثر آن متوجه سایر داینین نمی شود. بنابراین، اثر اقرار صرف مربوط به مدیون مقرر می شود. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود، حمید و جمشید سی لک افغانی داشته باشد و ادعا بیست لک افغانی دیگر را بر محمود، حمید و جمشید نماید و محمود اقرار نماید که مدیون احمد است، این اقرار نسبت به حمید و جمشید اثر ندارد. بنابراین، حمید و جمشید مکلف به پرداخت بیست لک افغانی نیستند.

- هرگاه یکی از مدیونین متضامن از سوگند نکول نماید سایر مدیونین از آن متضرر نمی گردند. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود، حمید و جمشید سی لک افغانی داشته باشد و ادعا بیست لک افغانی دیگر را بر محمود، حمید و جمشید نماید و محمود اقرار نماید که مدیون احمد است، و احمد به محمود در محکمه بگوید که سوگند اداء نمائید که مدیون من نیستند و محمود سوگند اداء نماید، در این صورت دین بر محمود ثابت می گردد و اثر آن صرف متوجه مدیون می گردد نه حمید و جمشید.

همچنین، اگر در مثال بالا، محمود از ادای سوگند نکول نماید و از احمد بخواهد تا سوگند را اداء نماید، به حیث مثال، بگوید اشهدوا بالله که محمود مدیون من است، و احمد سوگند را اداء نماید، دین بر محمود ثابت می گردد و اثر آن صرف متوجه محمود می گردد نه حمید و جمشید. از آنچه گفته شد، این نتیجه گرفته می شود که در صورتی که داین بعد از اقامه دعوی یمین را متوجه مدیون متضامن نماید، مدیون متضامن یا سوگند می خورد (یمین را اداء می نماید) یا از آن نکول می نماید (آن را اداء نمی نماید). در صورتی که مدیون متضامن سوگند بخورد، سایر داینین نیز می توانند از آن مستفید شوند، هرچند خود آنها سوگند نخورده اند. در صورتی که مدیون یمین را متوجه داین نماید، داین یا سوگند می خورد یا از آن نکول می نماید. بنابراین، در

۱۰۶۳. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 530.

صورتی که داین سوگند بخورد، اثر این سوگند متوجه سایر مدیونین نمی گردد. زیرا، به موجب این سوگند سایر داینین متضرر می گردند.

سوم: هرگاه داین به سوگند یکی از مدیونین متضامن اکتفاء نماید، سایر مدیونین از آن مستفید می گردند. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود، حمید و جمشید سی لک افغانی داشته باشد و ادعا بیست لک افغانی دیگر را بر محمود، حمید و جمشید نماید و احمد سایر وسایل اثبات مانند سند و نظیر آن نداشته باشد و سوگند را متوجه محمود نماید و محمود سوگند اداء نماید که احمد صرف سی لک افغانی بر محمود، حمید و جمشید دارد، اثر این سوگند نه تنها متوجه محمود، بلکه حمید و جمشید می گردند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه داین با مدیونین متضامن در صورت عدم داشتن سایر وسایل اثبات توسط داین و ادای سوگند توسط داین یا یکی از مدیون های متضامن است.

- صدور حکم: براساس ماده ۸۹۰ ق. م. ا: «(۱) هرگاه علیه یکی از مدیونین متضامن بنا بر سبب خاص حکمی صادر گردد، این حکم در مورد سایر مدیونین مورد تمسک قرار گرفته نمی تواند؛ و (۲) اگر به مفاد یکی از مدیونین متضامن حکمی صادر گردد، سایر مدیونین از آن مستفید می گردند، مگر اینکه حکم متکی به سبب خاصی مربوط به مدیونی که به مفاد او صادر شده، باشد.» از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط است:

نخست: هرگاه علیه یکی از مدیونین متضامن بنا بر سبب خاص حکمی صادر گردد، این حکم در مورد سایر مدیونین مورد تمسک قرار گرفته نمی تواند. تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهنری و توسل، سند و حجت است.^{۱۰۶۴} براساس ماده ۴ جزء ق. ا. م. م: «حکم: قضاوت قاضی است که به این گونه که الفاظ صادر می شود که حکم نمودم تو ... در موضوع ... ملزم می باشی و حکم خود را به رد و یا سپردن مدعی بها تصریح نماید یا حکم کردم که در مدعی بها به مدعی علیه مزاحم مباش.»

به گونه مثال، اگر احمد بر محمود، حمید و جمشید سی لک افغانی دین داشته باشد و هر سه در ابتداء از مدیون بودن منکر شوند و احمد سوگند را متوجه محمود، حمید و جمشید نماید و محمود از ادای سوگند نکول نماید و جمشید و حمید سوگند را اداء نمایند و قاضی حکم خویش را مبنی بر مدیون بودن محمود صادر نماید، این حکم در خصوص جمشید و حمید مورد استناد قرار گرفته نمی تواند و صرف حمید مکلف به پرداخت دین می گردد.^{۱۰۶۵}

دوم: اگر به مفاد یکی از مدیونین متضامن حکمی صادر گردد، سایر مدیونین از آن مستفید می گردند. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود، حمید و جمشید سی لک افغانی داشته باشد و در جریان دعوی محمود به احمد بگوید شما از دین ابراء داده اید و احمد از ابراء انکار نماید و محمود سوگند را متوجه احمد نماید و احمد از ادای سوگند امتناع ورزد و محکمه حکم به مفاد محمود صادر نماید، در این صورت حمید و جمشید می توانند از مفاد حکم مستفید شوند.

۱۰۶۴. (آخرین بازدید ۸/۱۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

۱۰۶۵. یادگار راجی سمنگانی (___). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۲)، (___)، (___)، ص ۲۴۴.

این قاعده استثناء دارد. استثنای این قاعده این است که مگر اینکه حکم متکی به سبب خاصی مربوط به مدیونی که به مفاد او صادر شده، باشد. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود، حمید و جمشید سی لک افغانی داشته باشد و در جریان دعوی محمود بگوید شما ده لک افغانی را به من هبه نموده اید و احمد به آن قناعت نماید و قاضی حکم به نفع محمود صادر نماید، صرف محمود می تواند از مفاد حکم مستفید گردد نه حمید و جمشید.^{۱۰۶۶} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط حقوقی داین با مدیون های متضامن در موردی که حکم به نفع یکی از مدیون های متضامن صادر گردد است.

(۲) آثار تضامن میان مدیونین: تضامن مدیونین، موجب ایجاد آثار ذیل نسبت به مدیونین متضامن می گردد:

۱- رجوع یکی از مدیونین متضامن بر سایر مدیونین در صورت پرداخت دین: طبق ماده ۸۹۱ ق. م: «(۱) هر گاه یکی از مدیونین متضامن تمامی دین را بپردازد، بالای سایر مدیونین به اندازه حصه خود آنها رجوع کرده می تواند و اگر مدیون اصلی، شخص دیگری بود و به عوض او دین را پرداخت، در این صورت به تمامی دین بالای مدیون اصلی، به حیث داین رجوع کرده می تواند؛ و (۲) در صورتی که یکی از مدیونین متضامن دین را بپردازد، دین در بین تمام مدیونین متضامن به حصص مساوی تقسیم می شود، مگر اینکه موافقه یا نص قانون طور دیگری باشد.» طبق نص این ماده در صورتی که یکی از مدیونین متضامن کل دین را بپردازد، می تواند برای حصول حصص سایر مدیونین به هر یک رجوع نماید و پرداخت آن را از آنها مطالبه نماید.

به حیث مثال، هرگاه مقدار دین چهار هزار باشد و مدیونین متضامن چهار نفر باشد، سهم هر یک ده هزار افغانی می شود. در صورتی که یکی از مدیونین متضامن چهار هزار افغانی (کل دین) را به داین پرداخت نماید، ذمه سایر مدیونین بری می گردد. اما، مدیونی که کل دین را پرداخته است، می تواند از هر یک از مدیونین متضامن پرداخت ده هزار افغانی را مطالبه نماید. این اصل است. استثنای این اصل حکم قانون و یا توافق طرفین است. بنابراین، در صورتی که توافق طرفین طور دیگر صورت گرفته باشد و یا قانون این امر را منع نموده باشد این اصل تطبیق نمی گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط مدیونین در صورت پرداخت دین توسط یکی از آنها است.

۲- رجوع مدیونین متضامن بر مدیون مفلس متضامن در صورت پرداخت دین: براساس ماده ۸۹۲ ق. م: «هرگاه یکی از مدیونین متضامن مفلس گردد، مدیونی که دین را اداء نموده و سایر مدیونین که توان پرداخت دین را دارند، هر یک به قدر حصه خود تادیه دین مدیون مفلس را متحمل می گردند.» مفلس در لغت به معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح فقهی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.^{۱۰۶۷}

طبق نص این ماده در صورتی که یکی از مدیونین متضامن مفلس گردد و نتواند دین داین را به تناسب سهم خود پرداخت نماید، دو حالت مطرح می گردد: یا یکی از داینین متضامن دین او را پرداخت می نماید مانند

۱۰۶۶. همان، یادگار راجی سمنگانی، جلد (۲)، ص ۲۴۵.

۱۰۶۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷.

اینکه: مدیونین سه نفر باشند و دین سی هزار افغانی و یکی از مدیونین متضامن ده هزار افغانی به نیابت از مدیون مفلس به داین پرداخت نماید و یا هر یک از داینین دین وی را میان خود تقسیم نمایند مانند اینکه: مدیونین متضامن سه نفر باشند و مقدار دین سی هزار افغانی باشند و دو مدیون متضامن غیر مفلس هر کدام پنج هزار افغانی به نیابت از مدیون مفلس به داین پرداخت نمایند. در هر دو حالت، مدیونین متضامن پس از پرداخت دین به داین می تواند بعد از یسار مدیون مفلس به وی مراجعه و در صورت اول مدیون متضامن غیر مفلس پرداخت مبلغ ده هزار افغانی را از مدیون مطالبه نماید و در صورت دوم هر یک از مدیونین متضامن غیر مفلس مبلغ پنج هزار افغانی را از او مطالبه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط میان مدیونین متضامن است.

۳- تضامنی بودن دین نسبت به یکی از مدیونین: طبق ماده ۸۹۳ ق. م: «هرگاه در بین مدیونین متضامن تنها یک شخص ذی نفع در دین شناخته شود، همین شخص در برابر سایر مدیونین مکلف به ادای دین می باشد.» ذینفع بودن یکی از مدیونین متضامن در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد که نص این ماده معنی درست را افاده نمی نماید. به نظر می رسد دلیل عدم افاده معنی نص این ماده ترجمه نادرست آن از ماده ۲۹۹ ق. م. ج. م است. ماده ۲۹۹ ق. م. ج. م می گوید: «هرگاه دین فقط مربوط به یکی از مدیون ها تضامنی باشد، او در برابر کل مدیون ها ضامن کل دین است.» به حیث مثال، اگر حمید، محمود و جمشید هر سه شریک باشند و سی لک افغانی مدیون احمد باشند و دین احمد نسبت به حمید تضامنی و نسبت به جمشید و محمود غیرتضامنی باشد، حمید ضامن پرداخت نه تنها دین خود بلکه دین محمود و جمشید نیز است.

مبحث چهارم) تعهد غیر قابل تجزیه (تعهد غیر قابل انقسام)

نوع چهارم تعهد، تعهد غیر قابل انقسام است.

گفتار اول) تعریف

تعهد غیر قابل تجزیه عبارت از تعهدی است که طرفین نمی توانند آن را به اجزای مختلف تجزیه نمایند. به حیث مثال، اگر احمد یک پایه کامپیوتر را به محمود به فروش رساند، تعهد احمد نسبت به محمود غیر قابل تجزیه است. معمولاً تعهد به اعتبار موضوع به اجزای متعدد تقسیم می شود که برخی مثال هایی آن قرار ذیل است:

۱- اگر احمد داکتر طب باشد و بخواهد گلوی محمود را عملیات نماید، این تعهد قابل تجزیه نیست و تمام تعهدات را باید احمد انجام دهد.

۲- اگر احمد در یک هتل پنج ستاره بود و باش نماید و بود و باش شامل اطاق، صبحانه باشد و آب بازی در حوض، صرف غذای شب و نظیر اینها از قرارداد استثناء شود و احمد برای آنها باید پول جداگانه بپردازد، قرارداد بود و باش قابل تجزیه است.

۳- اگر احمد در حوض آب بازی برود، تعهد قابل تجزیه است. احمد می تواند صرف پول آب بازی را بپردازد و اصلاً غذا و آب نخورد و ننوشد.

گفتار دوم) انواع

طبق ماده ۸۹۴ ق. م: «وجیهه در حالات آتی قابل انقسام نیست: (۱) در حالتی که موضوع وجیهه طبیعتاً قابل انقسام نباشد؛ و (۲) در حالتی که از منظور یا نیت متعاقدین واضح شود که تنفیذ وجیهه قابل انقسام نیست.» طبق نص این ماده وجیهه در حالات ذیل قابل انقسام نیست:

۱- در صورتی موضوع وجیهه طبیعتاً قابل تقسیم نباشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و حمید و جمشید ضامن گردند که در صورت عدم پرداخت دین توسط احمد، احمد را حاضر نمایند، تعهد حمید و جمشید با توجه به طبیعت آن غیرقابل تجزیه است. زیرا، حمید و جمشید نمی توانند هر کدام حاضر کردن احمد را به اجزای متعدد تقسیم نمایند و هر کدام یک قسمت آن را انجام دهند.

۲- در صورتی که از هدف و نیت متعاقدین واضح باشد که تنفیذ وجیهه غیرقابل انقسام است. به حیث مثال، اگر احمد داکتر جراحی اعصاب باشد و دیسک کمر محمود را عملیات نماید تعهد قابل تجزیه است. در این مثال، عملیات باید توسط احمد صورت بگیرد و انستیزی باید توسط متخصص انستیزی. در صورتی که احمد و محمود به صورت واضح توافق نمایند که عملیات و انستیزی توسط احمد صورت بگیرد، این تعهد غیرقابل تجزیه می گردد.

همچنین، اگر احمد و محمود یک باب خانه را به حمید به فروش رسانند، تعهد احمد و محمود در نقل و انتقال یک باب خانه تجزیه ناپذیر است و احمد و محمود نمی توانند هر کدام قسمتی از خانه را به حمید نقل و انتقال دهند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر حالاتی است که تعهد غیرقابل تجزیه است.

گفتار دوم) آثار تعهد تجزیه ناپذیر

۱) طبق نص ماده ۸۹۵ ق. م: «(۱) هرگاه در وجیهه غیر قابل انقسام مدیونین متعدد باشد، هر یک از آنها به ایفای تمام تعهد مکلف شناخته می شود؛ (۲) مدیونی که دین را تأدیه نماید، می تواند بر سایر مدیونین به قدر حصه آن ها رجوع نماید مگر اینکه از اوضاع و شرایط عکس آن ظاهر گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- در صورتی که تعهد غیر قابل تجزیه و مدیونین متعدد باشند، هر یک از آنها مکلف به ایفای تمام تعهد است. به عنوان مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و حمید و جمشید احضار احمد را در محکمه ذیصلاح عهده دار شوند، به دلیل عدم تجزیه ناپذیر بودن موضوع تعهد، هر یک از حمید و جمشید مکلف هستند تمام تعهد را اجراء کنند؛ یعنی: مدیون را احضار نمایند.

۲- در تعهد تجزیه ناپذیر مدیونی که تمام دین را پرداخت نموده است، می تواند بر سایر مدیونین مراجعه و پرداخت سهم آنها را مطالبه نماید. به عنوان مثال، اگر در مثال بالا، احمد ده لک افغانی محمود را پرداخت نماید و حمید ده لک را به نمایندگی از احمد به محمود پرداخت نماید، می تواند بر جمشید مراجعه نماید و پنج لک افغانی از او مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر تعهد تجزیه ناپذیر و تنظیم رابطه داینین با مدیون در تعهد تجزیه ناپذیر است.

۲) طبق ماده ۸۹۶ ق. م: «(۱) هرگاه در وجیهه غیر قابل انقسام، داینین و یا ورثه داینین متعدد باشند، هر یک از داینین و یا ورثه می تواند از مدیون ایفای تمام وجیهه را مطالبه نماید. در صورت اعتراض یکی از داینین یا

ورثه مدیون مکلف است تعهد را به تمام داینین یا ورثه بپردازد و یا دین موضوع تعهد را به امانت بگذارد؛ و (۲) داینین می تواند بر داینی که تمام حق را به دست آورده به اندازه حصه خویش مراجعه نماید.». از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- در صورت تعدد داینین و غیر قابل تجزیه بودن تعهد، داینین یا ورثه آنها یا هر یک از داینین می توانند اجرای تمام موضوع تعهد را از مدیون مطالبه نماید و مدیون مکلف است تمام تعهد را ایفاء نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون حمید، جمشید و محمود باشد، حمید، جمشید و محمود یا ورثه آنها می تواند از احمد پرداخت دین را مطالبه نماید. در این مثال داینین متعدد، مدیون واحد و تعهد غیر قابل تجزیه است.

۲- در صورت اعتراض یکی از داینین یا ورثه مدیون مکلف است تعهد را به تمام داینین یا ورثه بپردازد و یا دین موضوع تعهد را به امانت بگذارد. اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است.^{۱۰۶۸} به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد بخواهد تعهد را صرف برای حمید یا ورثه حمید انجام دهد، جمشید و محمود و ورثه آنها می توانند اعتراض نماید. در صورت اعتراض، احمد مکلف است دین را به تمام داینین بپردازد یا در بانک به ودیعه گذارد.

۳- داینین می تواند بر داینی که تمام حق را به دست آورده به اندازه حصه خویش مراجعه نماید. به حیث مثال، اگر احمد پانزده لک افغانی مدیون حمید، محمود و جمشید باشد و تعهد تجزیه ناپذیر باشد و احمد دین را صرف به محمود بپردازد، جمشید و حمید می توانند بر محمود مراجعه و هر کدام پنج لک افغانی از محمود بگیرند.^{۱۰۶۹} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه مدیون با داینین در تعهد تجزیه ناپذیر است.

۱۰۶۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۵۳.
۱۰۶۹. جهت معلومات مزید در باره آثار تعهد تجزیه ناپذیر ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۳۷۳-۴۰۹؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، صص ۱۸۰-۱۸۸.

بخش چهارم:

وفای دین، انقضا و اثبات حق

فصل اول: وفای دین

حق شخصی یا تعهد برخلاف حق عینی قابل انقضاء است. انقضاء یا سقوط در لغت به معنی زوال است. انقضاء تعهد در اصطلاح حقوقی نیز به معنی زوال تعهد است و مراد از آن، زوال تعهداتی است که بر عهده شخص است. در تعهد یک رابطه حقوقی ایجاد می شود و در سقوط تعهدات آن رابطه زایل و گسیخته می شود. رابطه حقوقی که به اسباب متعدد و با منابع مختلف برای اشخاص ایجاد می شود و برای از بین رفتن و زوال قطعی آن به طوری که در خصوص آن تعهد، دیگر الزامی برای متعهد نباشد عوامل مختلفی وجود دارد که در سقوط تعهدات بیان شده است. بنابراین، مدیون نمی تواند تا ابد ملتزم به ادای دین بماند.

علت این امر این است که مدیون بودن انسان تا ابد با آزادی انسان در تعارض است. گذشته از این، اصل برائت ذمه است و مشغول شدن ذمه انسان به التزام امر عارضی است و امر عارضی برای همیشه باقی نمی ماند. از همین رو، در ق. م با پیروی از ق. م. ج. م اسباب گوناگونی جهت انقضای وجبیه یا تعهد پیش بینی شده است. قانونگذار مدنی اسباب انقضای تعهد را به هشت دسته تقسیم نموده است که عبارت اند از: وفاء دین، ادای دین به عوض یا وفای بالمقابل، تجدید و نیابت، مجرای یا مقاصه، اتحاد ذمه، ابراء، عدم امکان تنفیذ و مرور زمان. اسباب مذکور به سه دسته فرعی عمده دسته می گردند:

۱) انقضای تعهد از طریق تنفیذ عینی که صرف شامل وفای تعهد می گردد که یکی از معروف و متداول ترین طریقه های ادای وجبیه است؛

۲) انقضای تعهد از طریق تنفیذ به غیر از وفاء که شامل ادای به عوض، تجدید و نیابت، مجرای و اتحاد ذمه می گردد؛ و

۳) انقضای تعهد از طریق غیر از وفاء و ادای به عوض که شامل: ابراء، عدم امکان تنفیذ و مرور زمان می گردد. ۱۷۰ باید افزود که از هشت نوع مذکور، پنج نوع آن مربوط به وفای اختیاری وجبیه و در نتیجه انقضای

۱۰۷۰. جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶۲۹-۴۳۴.

آن و سه اخیر آن مربوط به انقضای جبری وجیبه می‌گردد. با توجه به آنچه گفته شد، در این فصل، وفای تعهد، ادای به عوض، تجدید یا تبدیل تعهد، مجرای اتحاد ذمه را ذیلاً مورد بحث قرار می‌دهیم:

مبحث اول) وفای دین

وفای به عهد متداول‌ترین روش حصول برائت ذمه مدیون است. زیرا، به این وسیله مدیون، وجه یا مالی را که باید به داین پرداخت یا تسلیم نماید، تأدیه نموده و یا نسبت به انجام فعل یا ترک فعلی که متعهد آن است اقدام و برائت ذمه حاصل می‌نماید و مقصود متعهد له که رسیدن به موضوع تعهد است، حاصل می‌شود و تعهدی که در اثر عقد به عهده متعهد گذارده شده، انجام می‌پذیرد.^{۱۰۷۱} وفاء از ریشه «وفی» گرفته شده است که در لغت به معنی بجا آوردن عهد است.^{۱۰۷۲} شخصی که به تعهد وفاء می‌نماید، موفی، شخصی که وفاء به وی صورت می‌گیرد، موفی له و شی ای که موضوع وفاء قرار می‌گیرد، موفی به نامیده می‌شود. در اصطلاح حقوقی وفای به عهد عبارت است از انتقال شی، اجرای عمل یا امتناع از عمل توسط مدیون یا نایب او که در اثر آن داین به هدف خود می‌رسد و تعهد منقضی می‌گردد.

به عبارت دیگر: وفاء به عهد عبارت از «عملی است که به موجب آن متعهد آنچه را در عقد به عهده گرفته است انجام می‌دهد». بنابراین، وفای به عهد، به معنی اجرای تعهد است. در موردی که موضوع تعهد پول است، اجرای آن را «پرداخت» یا «تأدیه» می‌گویند، مانند: پرداخت یا تأدیه دین. اما، اصطلاح «وفای به عهد» عام است و شامل پرداخت پول، تسلیم مال، انجام یا خودداری از انجام کار و انتقال ملک می‌شود.^{۱۰۷۳} با توجه به آنچه گفته شد، در این مبحث طریقه های وفای به تعهد، طرفین وفاء، موضوع وفاء و زمان و مکان وفاء را مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

گفتار نخست) طریقه های ادای دین

طبق ماده ۸۹۷ ق.م: «اداء دین به تأدیه نقدی، مجرای، ابراء، حواله و تجدید صورت می‌گیرد». اداء در لغت به معنی پرداخت، به جا آوردن، انجام دادن است. در اصطلاح حقوقی، اداء عبارت است از دادن حق و دین است.^{۱۰۷۴} دین در نص این ماده در مفهوم قرض استعمال شده است. طبق نص این ماده ادای دین از طریقه های ذیل صورت می‌گیرد:

۱) **تأدیه نقدی:** تأدیه از ریشه «ادو» گرفته شده است که در لغت به معنی گذاردن، پرداخت، ادا کردن و رسانیدن است. در اصطلاح حقوقی، تأدیه عبارت از پرداخت حق است توسط متعهد به نفع متعهد له.^{۱۰۷۵} نقدی اسم منسوب به نقد است. طبق نص این ماده ادای دین به تأدیه نقدی صورت می‌گیرد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و ده لک افغانی به صورت نقدی به محمود پرداخت نماید، احمد در برابر محمود دین خویش را اداء نموده است.

۱۰۷۱. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۳۱۴.

۱۰۷۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۲۳.

۱۰۷۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۴ و ۵.

1074. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۱۰۷۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۰۶.

(۲) مجرایبی: مجرایبی عبارت از سقوط تعهد به سبب مدیون بودن طرفین معامله به همدیگر است.^{۱۰۷۶} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود و محمود ده لک افغانی مدیون احمد باشد و هر دو، دین هایی را که بر همدیگر دارند، مجرا نمایند، هر دو دین خویش را در برابر همدیگر اداء نموده اند.

(۳) ابراء: تعریف ابراء در مبحث بعدی خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود داشته باشد و احمد به محمود بگوید: ده لک خویش را به شما ابراء دادم، دین از ذمه محمود ساقط می گردد.

(۴) حواله: حواله از ریشه «حول» گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال دادن است.^{۱۰۷۷} ماده ۶۷۳ مجله الاحکام در تعریف حواله می گوید: «حواله عبارت از نقل دین از یک ذمه به ذمه دیگر است.» به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد دین محمود را بر حمید حواله دهد و محمود دین را از حمید بگیرد، احمد دین خویش را از طریق حواله اداء نموده است.

(۵) تجدید: تعریف تجدید در فصل سقوط تعهدات خواهد آمد. به عنوان مثال، اگر احمد موثر خویش را هفت لک افغانی بر محمود به پول افغانی به فروش رساند و سپس احمد و محمود توافق نمایند که محمود ده هزار دالر به احمد پرداخت نماید و محمود ده هزار دالر به احمد پرداخت نماید، دین میان احمد و محمود تجدید می شود و ذمه محمود در برابر احمد بری می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی طریقه های ادای دین است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۷۵):

کلمه (تجدید) در ماده (۸۹۷) توجیه توضیح شود.

توضیح:

مقصد از تجدید در ماده متذکره از عبارت از تجدید داین یا مدیون است.

مثال: احمد از محمود مدیون است و محمود با حامد که شخص ثالث است موافقه می نماید که قایم مقام احمد گردد. در اینجا حامد مدیون جدید است و با تجدید مدیون ذمه مدیون اولی فارغ می گردد.^{۱۰۷۸}

گفتار دوم) شخصی که دین از سوی او پرداخت می شود

۱۰۷۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی ظاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۳۸
۱۰۷۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۱۸۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی ظاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۱۹.
۱۰۷۸. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 530.

طبق ماده ۸۹۸ ق. م: « ۱) دین از طرف مدیون یا نایب او و یا شخصی که تأدیة دین به مصلحت او باشد با در نظر گرفتن احکام ماده ۸۱۹ این قانون تأدیة شده می تواند؛ و ۲) همچنین با رعایت فقره فوق ادای دین از طرف شخصی غیر که ادای دین به مصلحت او نباشد، به امر مدیون و یا بدون امر او صحیح است چنانچه می تواند ادای دین را از شخص غیر در صورت اعتراض مدیون و ابلاغ این اعتراض به مدیون رد نماید.» نص این ماده مرتبط به ماده ۸۱۹ ق. م است که تفصیل آن گذشت. از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- شخص مدیون خواه به تنهایی عهده دار پرداخت باشد یا به صورت تضامنی و خواه مدیون اصلی باشد یا ضامن مسؤل پرداخت دین است. ولی، باید متوجه بود که پرداخت دین به وسیله دیگران نیز امکان دارد. مقصود از وفای تعهد این است که داین به حق خود برسد. راه وصول اهمیتی ندارد و می تواند وسیله آن را مدیون فراهم آورد و یا دیگران. روی همین دلیل، ق. م اجازه داده است که اگر انجام تعهد از سوی غیر متعهد نیز انجام شود، معتبر است. زیرا، آنچه از نظر داین مهم است انجام تعهد است. پس، طبق ق. م ایفای دین ممکن است توسط مدیون صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون حمید باشد، احمد می تواند خود ده لک افغانی را به حمید پرداخت نماید.

۲- دین از طرف نایب مدیون می تواند پرداخت شود. نایب در لغت به معنی جانشین، نماینده و قائم مقام است. در اصطلاح حقوقی نایب شخصی است که از شخص دیگر نیابت می کند. نیابت یا قهری است که شامل ولایت، وصایت و قیمومیت می شود یا قراردادی است که شامل وکالت می شود. در صورتی که شخص ناقص اهلیت باشد می تواند دین را توسط ولی، وصی و قیم خویش پرداخت نماید. در صورتی که شخص واجد اهلیت باشد می تواند دین را توسط وکیل وکیل خویش پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون حمید باشد و ناقص اهلیت مانند صغیر ممیز، مجنون، معتوه و نظیر این ها باشد می تواند ده لک افغانی حمید را توسط ولی، وصی و یا قیم خویش پرداخت نماید. اما، اگر احمد واجد اهلیت باشد می تواند دین را توسط وکیل خویش جمشید به حمید پرداخت نماید.

۳- هرگاه ادای دین توسط مدیون و یا نایب او تعیین نگردیده باشد، شخص دارای مصلحت که نه مدیون و نه نایب مدیون است می تواند دین را پرداخت نماید. شخص دارای مصلحت ممکن است مدیون متضامن، مدیون در دین غیر قابل تجزیه، کفیل شخصی، کفیل عینی، حایز عقار مرهون و امثال اینها باشد که همه در وفای دین دارای مصلحت هستند. زیرا، هر یک یا ملزم به ادای دین با مدیون و یا ملزم به ادای دین به نیابت از مدیون هستند. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود ده لک افغانی دین داشته باشد و محمود حمید را به عنوان ضامن به احمد بدهد و محمود دین را نپردازد، اما حمید دین احمد را پرداخت نماید، حمید دارای مصلحت است. زیرا، در صورت پرداخت دین ذمه او در برابر احمد بری می گردد.

۴- گاهی ممکن است شخصی که دین را می پردازد، نه مدیون نه نایب مدیون و نه هم شخصی که دارای مصلحت است باشد، بلکه شخصی باشد که در پرداخت دین هیچ نوع مصلحتی نداشته باشد و با وصف آن به پرداخت دین اقدام نماید، مانند: اقرباء، رفیق مدیون که از خوف اقدامات تنفیذی تعهد و یا از خوف تهدید به پرداخت خسارت، دین را پرداخت نمایند و یا شخص اجنبی شریک مدیون باشد و بخاطر تجارت مشترک دین را پرداخت نماید.

به هر حال، در چنین حالتی پرداخت دین قانونی است؛ یعنی: در صورت مصلحت عاجل مدیون فضولی و در صورت امر مدیون پرداخت کننده وکیل مدیون است. در چنین حالتی پرداخت دین توسط اجنبی صحیح است هر چند مدیون او را از این امر منع نموده باشد، ولی اجنبی این منع را نپذیرد و داین پرداخت دین را قبول نماید. زیرا، وفای دین در چنین حالتی موجب برائت ذمه مدیون می گردد. اما، موفی (شخص اجنبی) نمی تواند بر مدیون براساس عمل فضولی مراجعه نماید، بلکه می تواند براساس پرداخت بدون حق مراجعه نماید. داین نیز در چنین حالتی نمی تواند از پذیرش دین امتناع ورزد. زیرا، در عدم پذیرش وفای دین هیچ نوع مصلحتی برای داین مضمهر نیست مادام که حق خود را به صورت صحیح استیفاء نماید، مگر اینکه موضوع تعهد عملی باشد که شخصیت متعهد منظور بوده باشد، مانند: نقاشی تصویری معینی به وسیله نقاش معروف که در این صورت خود مدیون باید عمل را انجام دهد.^{۱۰۷۹} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای اشخاصی است که دین می تواند از سوی آنها به داین پرداخت شود.

گفتار سوم) شرایط ادای دین

طبق ماده ۹۰۲ ق. م: «برای صحت تأدیة دین لازم است که اداء کننده مالک شی ای که تأدیة شده بوده و اهلیت تصرف را در آن داشته باشد. اگر شی پرداخته شده از طرف غیر به استحقاق برده شود و یا بعد از تلف بدل آن اخذ شود، داین می تواند دین خود را از مدیون مطالبه نماید». از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱) برای صحت ادای دین شرط است که اداء کننده دین باید مالک شی ای که تأدیة می شود باشد. زیرا، هدف از ادای دین انتقال ملکیتی که پرداخت می شود از مدیون به داین است. بنابراین، مدیون نمی تواند چیزی را که مالک آن نیست به داین انتقال دهد. زیرا، چنین امری قابل ابطال است. مدیون باید مالک مالی باشد که به داین انتقال می دهد. در موردی که تعهد ناظر به انتقال مال است، در صورتی اجرای آن اعتبار دارد که مدیون از مال خود بپردازد. انتقال مال دیگری تابع قواعد مربوط به معاملات فضولی است، هر چند که به منظور ایفاء تعهد باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون جمیله باشد و احمد ده لک افغانی مربوط به حمیده را پرداخت نماید، این پرداخت صحیح نیست زیرا احمد در مال غیر تصرف نموده است.

۲) مدیون باید دارای اهلیت تصرف باشد. اهلیت تصرف مالک مستلزم رشید و غیر محجور علیه بودن مدیون است. پس، در مواردی که مدیون دارای اهلیت تصرف نباشد محجور علیه تلقی می گردد. در نتیجه، هرگاه مدیون مالک شی ای که پرداخت می گردد باشد. ولی، اهلیت تصرف را نداشته باشد و به عنوان مثال طفل و محجور علیه باشد، ادای دین قابل ابطال است.^{۱۰۸۰} به عبارت دیگر: مدیون باید اهلیت تصرف را داشته باشد. شخص زمانی اهلیت تصرف دارد که عاقل و بالغ باشد. به حیث مثال، اگر احمد مجنون، معتوه، سفیه، صغیر غیر ممیز و ممیز باشد و ده لک افغانی مدیون جمیله باشد و دین را به جمیله پرداخت نماید، این پرداخت توسط ولی، وصی و قیم احمد محجور علیه قابل ابطال است.

۱۰۷۹. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶۵۲-۶۵۷.
۱۰۸۰. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری جلد (۳)، صص ۶۴۷-۶۵۲؛

۳) اگر شی پرداخته شده از طرف غیر به استحقاق برده شود داین می تواند دین خود را از مدیون مطالبه نماید. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی ظهور حق غیر را در مدعی بها را استحقاق گویند.^{۱۰۸۱} به طور مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون جمیله باشد و جمشید در خصوص ده لک افغانی که احمد تحت مالکیت دارد اقامه دعوی نماید و با وسیل اثبات ثابت نماید که ده لک افغانی از جمشید است و محکمه حکم نماید تا احمد ده لک افغانی را به جمشید بدهد، جمشید پول را به استحقاق می برد. در این صورت، جمیله می تواند ده لک افغانی خویش را از احمد مطالبه نماید.

۴) اگر شی پرداخته شده از طرف غیر تلف شود و مدیون بدل آن را از تالف اخذ کند، داین می تواند دین خود را از مدیون مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون جمیله باشد و جمشید ده لک افغانی که احمد تحت مالکیت دارد را تلف نماید و جبران خسارت آن را به احمد پرداخت نماید، جمیله می تواند ده لک افغانی خویش را از احمد بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط پرداخت دین و استحقاق و اتلاف دین و مورد حمایت قرار دادن حق داین است.

۵) طبق ماده ۹۰۰ ق.م: «در صورتی که صغیر ممیز و یا محجور علیه، دین خود را بپردازد، تادیبه او صحیح بوده و بری الذمه شناخته می شود.» از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط است:

۱- در صورتی که صغیر ممیز دین خویش را پرداخت نماید، بری الذمه می گردد. تعریف غیر ممیز در مبحث اهلیت گذشت. همچنین تعریف ذمه و بری الذمه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و پنج لک افغانی مدیون حمید باشد و دین خویش را به حمید پرداخت نماید، احمد بری الذمه می گردد.

۲- در صورتی که محجور علیه دین خویش را پرداخت نماید، بری الذمه می گردد. محجور علیه اسم مفعول از ریشه «حجر» گرفته شده است که در لغت به معنی ممنوع و بازداشت شده است. در اصطلاح حقوقی محجور به کسی گویند که به حکم قانون یا قاضی از تصرف در اموال خویش ممنوع شده باشد مانند دیوانه، صغیر، ورشکسته و نظیر اینها.^{۱۰۸۲}

به حیث مثال، اگر احمد دیوانه باشد و یک لک افغانی مدیون محمود باشد و دین خویش را پرداخت نماید، ذمه او بری می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز پرداخت دین و حصول برائت ذمه توسط اشخاص صغیر ممیز و محجور علیه است. به نظر می رسد از یک طرف نص ماده ۹۰۰ ق.م با ماده ۹۰۲ ق.م در تناقض است، زیرا طبق ماده ۹۰۲ اهلیت تصرف در اداء توسط مدیون شرط است. در حالی که طبق نص ماده ۹۰۰ پرداخت دین توسط اشخاص صغیر غیر ممیز و محجور علیه که ناقص اهلیت تصرف اند صحیح است و از طرف دیگر صغیر ممیز و دیوانه، معتوه و نظیر اینها تابع احکام ولایت، وصایت و قیمومیت اند و دین آنها یا توسط ولی، وصی و قیم پرداخت شود.

گفتار چهارم) رجوع اداء کننده دین بر مدیون و شرط آن

۱۰۸۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.

۱۰۸۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۳۷.

هرگاه مدیون یا نایب او دین را بپردازد، ذمه مدیون از پرداخت دین بری می گردد و مدیون و نایب او نمی توانند بر یکدیگر و با شخص ثالث رجوع نمایند. ولی، هرگاه شخصی دیگر دین را اداء نماید اعم از اینکه در اداء دین مصلحت او نهفته باشد یا نباشد، می تواند بر مدیون مراجعه نماید مادام که در وفای دین متبرع نباشد که آن هم از طریق نیت واضح وی معلوم می شود. پس، پرداخت کننده می تواند به مدیون از طریق دعوی شخصی و از طریق دعوی قایم مقامی مراجعه و پرداخت آنچه را اداء نموده است، مطالبه نماید. بنابراین، اول دعوی شخصی و دوم دعوی قایم مقامی را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) **دعوی شخصی:** براساس ماده ۸۹۹ فقره اول ق. م. ا: «(۱) شخص غیر در صورتی که به تأدیة دین اقدام نماید، می تواند به قدر آنچه تأدیه کرده است، به مدیون مراجعه کند؛ و (۲) باوجود آن مدیونی که ایفاء دین بدون اراده او صورت گرفته، می تواند از رجوع شخصی که دین را کلاً و یا قسماً پرداخته است، امتناع ورزد به شرطی که ثابت نماید که از اعتراض او فایده ای مرتب است.» از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط است:

۱- شخص غیر در صورتی که به تأدیة دین اقدام نماید، می تواند به قدر آنچه تأدیه کرده است، به مدیون مراجعه کند. قانونگذار مدنی در نص این ماده از شخص غیر سخن می گوید. بنابراین، شخص غیر، هر شخص ماسوای نایب مدیون است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید بدون این که نایب احمد باشد ده لک افغانی را به محمود پرداخت نماید، می تواند به احمد مراجعه نماید و آنچه را پرداخته است مطالبه نماید.

۲- مدیونی که ایفاء دین بدون اراده او صورت گرفته، می تواند از رجوع شخصی که دین را کلاً یا قسماً پرداخته است، امتناع ورزد به شرطی که ثابت نماید که از اعتراض او فایده ای مرتب است. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد می تواند از پرداخت آنچه جمشید به محمود پرداخته است امتناع ورزد. عبارت «به شرطی که ثابت نماید از اعتراض او فایده ای مرتب است» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. نص فقره دوم ماده ۸۹۹ ق. م. ترجمه ناقص ماده ۳۲۴ فقره ۲ قانون مدنی جدید مصر به نظر می رسد. ماده ۳۲۴ فقره ۲ ق. م. ج. م. در این خصوص می گوید: «مدیونی که برخلاف میل او تأدیه صورت گرفته است چنانچه ثابت کند نفعی در اعتراض به تأدیه دارد، می تواند به دعوی شخصی که تأدیه را از طرف او به طور کلی یا جزئی انجام داده است اعتراض کند.»^{۱۰۸۳}

طبق نص این ماده مدیونی که برخلاف میل او تأدیه صورت گرفته است چنانچه ثابت کند نفعی در اعتراض به تأدیه دارد، می تواند به دعوی شخصی که تأدیه را از طرف او به طور کلی یا جزئی انجام داده است اعتراض کند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید دین احمد را به محمود برخلاف میل احمد پرداخته باشد و برای دریافت ده لک افغانی به احمد مراجعه نماید و احمد از پرداخت دین امتناع ورزد و جمشید علیه احمد اقامه دعوی نماید، احمد می تواند علیه دعوی جمشید اعتراض نماید. اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است. در اصطلاح حقوقی اعتراض

عبارت است از متعرض شدن به احکام و قرار های قضایی.^{۱۰۸۴} ماده ۳۵۸ قانون اصول محاکمات مدنی در تعریف اعتراض می گوید: «شکایت و اعتراض عبارت از حق محکوم علیه غیر قانع از فیصله محکمه تحتانی است که با تقدیم شکایت علیه اجراءات قضائی محکمه حاکمه از محکمه بالاتر مطالبه می گردد.»

به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید علیه احمد اقامه دعوی بخاطر دریافت ده لک افغانی نماید و احمد از دادن پول امتناع ورزد و جمشید علیه احمد اقامه دعوی نماید و محکمه ذیصلاح حکم به نفع جمشید صادر نماید، احمد می تواند علیه حکم در محکمه استیناف اعتراض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه شخص ثالث با مدیون و مورد حمایت قرار دادن مدیون است.

۲) **دعوی قایم مقامی:** طبق ق. م علاوه بر دعوی شخصی، موفی می تواند از دعوی قایم مقامی نیز استفاده نماید به نحوی که قایم مقام داین در دینی که اداء نموده است گردد و از این طریق بر مدیون اقامه دعوی مبنی بر استرداد آنچه پرداخته است، نماید. طبق ق. م قایم مقامی موفی ممکن است به حکم قانون صورت پذیرد یا براساس توافق طرفین. بنابراین، طبق ق. م قایم مقامی موفی دو نوع است: قایم مقامی قانونی و قایم مقامی اتفاقی. قایم مقامی خواه قانونی باشد یا اتفاقی موجب ایجاد آثار معین می گردد. بنابراین، در ذیل قایم مقامی قانونی، قایم مقامی اتفاقی و آثار قایم مقامی را مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- **قایم مقامی قانونی:** طبق ماده ۹۰۳ ق. م: «هرگاه غیر مدیون به تأدیة دین بپردازد، در احوال آتی قایم مقام دینی که دین خود را حاصل نموده، شناخته می شود:» (۱) در حالی که با مدیون مشترکاً و یا از جانب او به تأدیة دین مکلف باشد؛ (۲) در حالی که تأدیة کننده داین بوده، دین دینی را بپردازد که تأمین عینی داشته و از داین مذکور مقدم باشد، گرچه تأدیة کننده تأمین نداشته باشد؛ (۳) در حالی که شخص عقاری را خریداری نماید که تحت تضمین حقوق داینین بوده، ثمن عقار مذکور جهت تأدیة دیون شان پرداخته شده باشد؛ و (۴) در حالی که تأدیة کننده، به حکم صریح قانون قایم مقام شناخته شود.». از نصوص این ماده به خوبی واضح می گردد که قایم مقامی قانونی در حالات ذیل ممکن است صورت پذیرد:

- **موفی ملزم به تأدیة دین مشترکاً با مدیون است و یا به نیابت از او:** علت قایم مقامی در این صورت واضح است که همان ملزم بودن موفی به تأدیة دین مشترکاً با مدیون یا به نیابت از مدیون است و بنابراین موفی در چنین حالتی نه تنها دارای مصلحت بزرگ، بلکه مجبور به ادای دین است. پس، می تواند از طریق دعوی قایم مقامی به مدیون رجوع نماید. موفی با مدیون مشترکاً ملزم به دین است در صورتی که مدیون متضامن باشد، یا دین غیر قابل تجزیه باشد، یا کفیل شخصی یا عینی یا حایز عقار باشد. بنابراین، در صورتی که مدیون متضامن کل دین را به داین بپردازد، می تواند براساس دعوی قایم مقامی به مدیون مراجعه نماید. همچنین است در صورتی که مدیون دین غیر قابل تجزیه را بپردازد یا کفیل دینی را که پرداخت آن را به عهده گرفته است، پرداخت نماید.

همچنین، در صورتی که کفیل شخصی یا عینی کل دین را بپردازد، می تواند به مدیون مراجعه نماید. اما، در صورتی که ملکیت عقار مرهون را به دیگری از طریق بیع، هبه، مقایضه و یا اسباب دیگری انتقال دهد، با

۱۰۸۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۵۳.

مدیون مشترکاً ملزم است و می تواند بر مدیون اقامه دعوی قائم مقامی نماید. به حیث مثال، اگر احمد و محمود ده لک افغانی به صورت مشترک مدیون حمید باشند و احمد ده لک افغانی را به حمید بپردازد، قائم مقام محمود در پنج لک افغانی تلقی می گردد. همچنین، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و حمید وکیل احمد باشد و ده لک افغانی را به محمود بپردازد، قائم مقام احمد تلقی می گردد.

- در حالی که موفی داین بوده، دین داینی را بپردازد که تأمین عینی داشته باشد: در صورتی که دو داین دارای مدیون واحد باشند یکی از آنها به موجب تأمین عینی بر دیگری متقدم باشد، به نحوی که مدیون عقار مملوک خویش را اول به یکی از داینین و سپس به داین دوم به رهن داده باشد، در چنین حالتی، داین اول نسبت به داین دوم متقدم است. زیرا، داین اول به سبب تحت رهن داشتن عقار مدیون نسبت به داین دوم دارای حق تقدم است و داین دوم در واقع داین شخصی مدیون تلقی می گردد. در چنین حالتی، پرداخت دین توسط داین دوم به داین اول به مصلحت داین دوم تمام می شود.

به عنوان مثال، داین متقدم می خواهد که دین خود را از طریق فروش عقار مرهون تنفیذ نماید، ولی وقت فروش عقار غیر مناسب است و عقار جز با ثمن ناچیز فروخته نمی شود تا بتوان از ثمن فروش آن دین هر دو داین را اداء نمود. در چنین حالتی، به مصلحت داین دوم است تا دین را به داین اول بپردازد و در رهن عقار قائم مقام داین متقدم شود و عقار را در زمانی مناسب به فروش رساند به نحوی که پول آن تکافوی پرداخت جمیع دیون را نماید.

- پرداخت دین داینینی که عقار مدیون را تحت رهن دارند و تحت رهن گرفتن عقار: در صورتی که چند داین عقار مدیون را در رهن دین خویش داشته باشند و بخواهند آن را به فروش رسانیده و از ثمن فروش آن دین خود را استیفاء نمایند، مشتری می تواند به عوض خرید عقار از طریق مزایده که ممکن خرید عقار به وی گران تمام شود، دین داینین را پرداخت نموده و عقار را تحت رهن خویش در بی آورد و خودش مرتهن عقار شود و سپس پرداخت دین را از مدیون مطالبه نماید و یا عقار را در برابر دین خویش از مدیون بگیرد.

- در حالی که تأدیه کننده، به حکم صریح قانون قائم مقام شناخته شود. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله دو لک افغانی مدیون حمید باشد و محمود پدر احمد که ولی قهری او تلقی می شود، دین احمد را پرداخت نماید، به حکم قانون قائم مقام احمد تلقی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی و حصر حالاتی است که در آنها یک شخص قائم مقام شخص دیگر در پرداخت دین تلقی می گردد.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۷۶):

ماده (۹۰۳) قانون مدنی با ارایه مثال قابل توضیح است.

توضیح:

متکی به حکم ماده (۹۰۳) قانون مدنی هر شخصی که غیر از مدیون که به اداء دین بپردازد بجای دائن قرار می گیرد. موارد آن نظر به فقرات چهار گانه ماده مذکور متعدد است. مثال ذیل یک مورد را توضیح می نماید: حامد و محمود بالای احمد دین دارند و در عین حال یک دین از طرف احمد نزد حامد به تضمین داده شده است و دین حامد نسبت به دین محمود مقدم تر است. در این صورت، محمود که دائن ثانی احمد است و کدام تضمین از احمد نزد او نیست به موافقه احمد دین او را اداء می کند. البته، مطلوب او این است که همان تضمین را به دست آرد و در مقابل مجموع دین او به ذمه احمد تضمین شمرده خواهد شد و همین محمود در قسمت اندازه دین اداء شده برای حامد قایم مقام حامد گردید.^{۱۰۸۵}

۲- قایم مقامی اتفاقی: نوع دوم قایم مقامی، قایم مقامی توافقی است که تابع قواعد ذیل است:

نخست: طبق ماده ۹۰۴ ق. م: «دائنی که دین خود را از غیر مدیون حاصل نموده، می تواند به موافقه طرفین، شخص مذکور را قایم مقام خود قرار دهد گرچه مدیون به این موافقه رضایت نداشته باشد. موافقه از وقت تأدیه مؤخر شده نمی تواند.» از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط است:

- دائنی که دین خود را از غیر مدیون حاصل نموده، می تواند به موافقه طرفین، شخص مذکور را قایم مقام خود قرار دهد گرچه مدیون به این موافقه رضایت نداشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود قرض داشته باشد و احمد ده لک افغانی را از حمید بگیرد و حمید را قایم مقام خود تعیین نماید، حمید قایم مقام احمد تلقی می گردد. در این صورت، توافق محمود شرط نیست. بنابراین، حمید که قایم مقام احمد تلقی می گردد می تواند ده لک افغانی را از محمود بگیرد.

- موافقه از وقت تأدیه مؤخر شده نمی تواند. مؤخر در لغت به معنی پسین و آخری است. به عبارت دیگر، توافق میان داین و شخص ثالث نباید پس از موعد تأدیه صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود قرض داشته باشد و احمد ده لک افغانی را از حمید بگیرد و حمید را قایم مقام خود تعیین نماید، شرط است اول این که توافق میان احمد و حمید صورت بگیرد و دوم این که این توافق در وقت پرداخت توسط حمید به احمد صورت بگیرد نه بعد از آن. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط قایم مقام اتفاقی در پرداخت دین است.

دوم: طبق ماده ۹۰۵ ق. م: «هرگاه مدیون به مقصد ادای دین از شخص ثالث قرض گیرد، می تواند قرض دهنده را قایم مقام دائنی که حق او را پرداخته است، قرار دهد گرچه داین مذکور به آن رضایت نداشته باشد مشروط براینکه در عقد قرض تذکر داده شود که مال قرض گرفته شده به پرداخت دین اختصاص دارد و در رسید دین تصریح شود که ادای دین از همین مال صورت گرفته است.» طبق نص این ماده اگر مدیون به مقصد ادای دین از شخص سوم قرض بگیرد، می تواند شخص سوم را قایم مقام داین خویش تعیین نماید. در این قایم مقامی رضایت داین شرط نیست بلکه شرط است که در عقد قرض قرض گیرنده تذکر دهد که پول را به منظور پرداخت دین قرض می گیرد و این امر در سند دریافت دین پیش بینی شود و داین آن را تأیید نماید.

۱۰۸۵. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 531.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و ده لک افغانی از حمید قرض بگیرد و دین محمود را پرداخت نماید، احمد می تواند حمید را قایم مقام محمود تعیین نماید. در چنین حالتی، رضایت محمود شرط نیست. اما، شرط است که در اخذ قرض، احمد به حمید بگوید که پول را به خاطر پرداخت دین محمود قرض می گیرد و دریافت پول را محمود در سندی که مبنی بر دریافت قرض می دهد، تصدیق نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط قایم مقام اتفاقی در پرداخت دین است.

۳- آثار قایم مقامی: طبق ماده ۹۰۶ ق. م. ا: «شخصی که به حکم قانون و یا موافقت قایم مقام داین می شود، حقوق داین با تمام خصوصیات، توابع، تأمینات و مدافعاتی که به آن مرتب می گردد، به او تعلق می گیرد. این شخص تنها به اندازه مالی که به داین پرداخته، قایم مقام او شناخته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که: شخصی که به حکم قانون یا موافقت قایم مقام داین می شود، حقوق داین با تمام خصوصیات، توابع، تأمینات و مدافعاتی که به آن مرتب می گردد، به او تعلق می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و حمید قایم مقام احمد به حکم قانون یا موافقه شود، حمید می تواند از تمام حقوق احمد با تمام خصوصیات دین، مثلاً تجاری بودن، ساقط شدن در اثر مرور زمان معین، توابع، مثلاً دعوی فسخ، دعوی عدم نفاذ تصرفات، تأمینات عینی، مانند: رهن رسمی و رهن شخصی مانند اینکه حق دارای کفیل باشد و مدافعاتی که بر آن مرتب می شود، مانند: مطالبه بطلان و فسخ استفاده نماید.

دوم این که: قایم مقام به تناسب مالی که به داین پرداخته، قایم مقام او شناخته می شود نه بیشتر از آن. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و حمید قایم مقام احمد به حکم قانون یا موافقه شود، حمید صرف به تناسب ده لک افغانی قایم مقام احمد شناخته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم قایم مقامی است. طبق ماده ۹۰۷ ق. م. ا: «(۱) هرگاه غیر مدیون قسمتی از دین را بپردازد و در آن قسمت قایم مقام داین گردد، این امر داین را متضرر نساخته و در مطالبه قسمت متباقی دین به غیر مدیون، مقدم شناخته می شود، مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد؛ و (۲) هرگاه شخص دیگری در پرداخت قسمت باقی مانده دین قایم مقام داین گردد، هر یک در تقسیم دین به تناسب حصه خود به مدیون مراجعه نموده می تواند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: هرگاه غیر مدیون قسمتی از دین را بپردازد و در آن قسمت قایم مقام داین گردد، این امر داین را متضرر نساخته و در مطالبه قسمت متباقی دین به غیر مدیون، مقدم شناخته می شود، مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و حمید پنج لک افغانی به محمود پرداخت نماید، حمید در پنج لک افغانی قایم مقام احمد می گردد. در این صورت، احمد می تواند برای دریافت پنج لک افغانی دیگر به محمود مراجعه نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که موافقه به خلاف آن میان داین و شخص غیر صورت بگیرد.

دوم این که: هرگاه شخص دیگری در پرداخت قسمت باقی مانده دین قایم مقام داین گردد، هر یک در تقسیم دین به تناسب حصه خود به مدیون مراجعه نموده می تواند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و حمید پنج لک افغانی به محمود پرداخت نماید، حمید در پنج لک افغانی قایم مقام احمد می گردد. همچنین، اگر پنج لک افغانی متباقی را جمشید به محمود پرداخت نماید، جمشید قایم مقام احمد تلقی می گردد. در این صورت، حمید و جمشید هر یک قایم مقام احمد متناسب به پولی که به محمود پرداخته اند تلقی می گردند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط حقوقی میان داین و قایم مقام داین است.

گفتار پنجم) داین (موفی له)

گاهی ممکن است که موفی له (داین) از پذیرش دین پرهیز نماید و مدیون او را به این کار اجبار نماید. بنابراین، در این گفتار توافق داین و مدیون مبنی بر پرداخت دین و اجبار داین توسط مدیون مبنی بر پذیرش دین را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

الف) وفای دین به اتفاق موفی و موفی له

طبق ماده ۹۰۸ ق. م: «دین اساساً به داین و یا وکیل او پرداخت می شود. اگر داین محجور باشد، دین به ولی، وصی و یا قیم او که صلاحیت قبض دین را داشته باشد، پرداخته می شود. اگر دین به داین محجور پرداخته شود، اعتبار نداشته مدیون از دین بری الذمه شناخته نمی شود. در صورت هلاک و ضایع ساختن آن ولی، وصی و قیم می توانند دین را مطالبه نمایند.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که پرداخت دین ممکن است به خود داین صورت پذیرد یا نایب او. همچنین، ممکن است دین به غیر داین اداء گردد. بنابراین، اول ادای دین به داین و سپس ادای دین در حالت استثنایی به نایب مدیون و سوم ادای دین به غیر مدیون را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) پرداخت دین به داین: متعهد له طبق عقد صاحب مورد تعهد می باشد و می تواند انجام تعهد را از متعهد بخواهد. بنابراین، اصل در پرداخت دین این است که داین آن را دریافت نماید. در دریافت دین ضروری نیست که داین از ابتداء داین باشد، بلکه باید زمان استیفای دین داین باشد. زیرا، ممکن است داین در مدت زمان بین ایجاد و استیفاء تغییر نماید. به عنوان مثال، داین وفات نماید و ورثه دین را قبض نمایند، یا داین دین خویشرا به دیگری حواله دهد و محال له دین را قبض نماید. به حیث مثال، اگر احمد پنج لک افغانی مدیون محمود باشد، احمد دین را باید به محمود پرداخت نماید.

۲) پرداخت دین به وکیل داین: مدیون می تواند دین را به وکیل داین پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد پنج لک افغانی مدیون محمود باشد، احمد دین را باید به محمود یا حمید وکیل محمود پرداخت نماید.

۳) پرداخت دین به ولی، وصی و قیم: در داین شرط است که اهلیت استیفاء داشته باشد. بنابراین، در صورتی داین فاقد اهلیت استیفاء باشد، پرداخت دین به وی صحیح نیست و در نتیجه موجب براءت ذمه مدیون نمی گردد، مگر اینکه مدیون دین را به نایب داین پرداخت نماید. به عنوان مثال، در صورتی که داین محجور علیه باشد، باید دین به نایب او پرداخت گردد. تعریف محجور علیه گذشت. در صورتی که شخص محجور علیه باشد، دین باید به نایب او پرداخت شود.

۱- پرداخت دین به ولی و وصی: داین در صورتی که قاصر یا صغیر باشد دین باید به ولی و وصی او، پرداخت شود. ولی شخصی است که به نمایندگی از صغار تصرف حقوقی را انجام می دهد. وصی در لغت به معنی وصیت شده است. در اصطلاح حقوقی، وصی شخصی است که برای حفظ مال و یا فرزندان شخص پس از مرگ او توسط پدر یا پدر کلان یا قاضی تعیین شده باشد.^{۱۰۸۶} به حیث مثال، اگر احمد پنج لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود طفل هشت ساله باشد، احمد دین را باید به ولی محمود یا وصی محمود پرداخت نماید.

۲- پرداخت دین به قیم: در صورتی که داین به سبب سفه، عته، غفلت محجور علیه باشد، مدیون باید دین را به قیم او پرداخت نماید. قیم در لغت به معنی مستقیم، متولی، سرپرست، سید و کسی که متولی امر شخص محجور است می باشد.^{۱۰۸۷} در اصطلاح حقوقی قیم شخصی است که در صورت نبودن ولی و وصی به وسیله محکمه ذیصلاح برای سرپرستی و اداره امور محجور نصب می شود.^{۱۰۸۸} به حیث مثال، اگر احمد پنج لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود بیست ساله اما دیوانه یا سفیه یا معتوه باشد، احمد دین را باید به قیم محمود پرداخت نماید.

۴) در صورتی که مدیون دین را به داین ناقص اهلیت و محجور علیه پرداخت نماید، و دین هلاک شود و یا داین ناقص اهلیت آن را ضایع نماید؛ ولی، وصی و قیم می توانند پرداخت دین را دوباره از مدیون مطالبه نمایند. به حیث مثال، اگر احمد پنج لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود هشت ساله یا دیوانه یا سفیه یا معتوه باشد و احمد دین را به محمود پرداخت نماید و محمود به دلیل نقص اهلیت پنج لک افغانی را ضایع نماید، ولی، وصی و قیم محمود می توانند دین را از احمد مطالبه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی پرداخت دین به داین و نایب داین و ضمانت اجرای پرداخت دین در صورتی که داین محجور علیه باشد است.

۳) ادای دین به غیر مدیون: براساس ماده ۹۰۹ ق. م. «هرگاه دین به غیر داین یا غیر وکیل او پرداخت شود، مدیون بری الذمه شناخته نمی شود، مگر اینکه داین پرداخت دین را تأیید نماید و یا دین با حسن نیت به شخصی پرداخته شده باشد که در ظاهر مستحق آن شناخته شود». از نص این ماده به خوبی واضح می گردد که در صورتی که دین به غیر داین یا غیر وکیل او پرداخت شود، ذمه مدیون بری نمی گردد مگر در دو حالت: تأیید دریافت دین توسط داین و پرداخت دین به داین ظاهری که هر یک را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- اقرار داین: چنانچه در ماده ۹۰۹ ق. م به آن اشاره شده است، گاهی ممکن است مدیون دین را به مدیون و یا نایب او پرداخت ننماید، مانند اینکه: مدیون دین را به وکیل داین که وکالت وی منتهی گردیده است، پرداخت نماید و مدیون از انتهای وکالت وی آگاهی نداشته باشد که در چنین حالتی پرداخت دین موجب برائت ذمه مدیون نمی گردد. باوجوداین، در صورتی که داین دریافت دین را تأیید نماید، پرداخت دین صحیح

۱۰۸۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۸۸.

۱۰۸۷. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص

۲۵۹

۱۰۸۸. همان، سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، ص ۲۵۹.

و ذمه مدیون بری می گردد. زیرا، در این مورد قاعده فقهی وجود دارد که تصریح می نماید اجازة لاحقه مانند وکالت سابقه است.

۲- پرداخت دین به داین ظاهری: گاهی مدیون دین را به داین ظاهری ایفاء می نماید، در حالی که داین، داین حقیقی و یا نایب او نیست. منظور از داین ظاهری کسی است که حقیقتاً مالک دین نیست، ولی دین تحت حیات او قرار می گیرد. حیات همانطوری که شامل اشیای مادی می شود، شامل اشیای معنوی نیز می گردد. بنابراین، حیات بر حقوق عینی به غیر از حق ملکیت و نیز حقوق دینی واقع می گردد. مثال های داین ظاهری فراوان است از آن جمله است، مانند اینکه: مدیون دین را به داین حواله نماید و سپس معلوم گردد که محال له مالک محال به نیست و با وجود آن، آن را تحت حیات قرار دهد.

همچنین، در صورتی که شخصی پرداخت دین خویش را که بر ذمه دیگری دارد، به موصی له وصیت نماید و، وصیت به سببی باطل گردد و موصی له دین را قبض نماید، داین ظاهر تلقی می گردد. همچنین، وارث محجوبی که ترکه را بعد از فوت مؤثر قبض نماید، داین ظاهر تلقی می گردد. از آنچه گفته شد، واضح گردید که داین ظاهر شخصی است که داین حقیقی نیست، ولی دین تحت حیات او قرار می گیرد. در پرداخت دین به داین ظاهر چنانچه در ماده ۹۰۹ ق. م به آن اشاره شده است شرط است که مدیون دارای حسن نیت باشد؛ یعنی اعتقاد داشته باشد، داین، داین حقیقی است تا ذمه او بری گردد. در صورت پرداخت دین به داین ظاهر و براثت ذمه مدیون، داین حقیقی نه تنها می تواند بر مدیون بر مبنای قاعده پرداخت بدون حق مراجعه نماید و استرداد آنچه را داین ظاهر دریافت کرده است، مطالبه نماید، بلکه می تواند در صورت سوء نیت داین ظاهر از وی مطالبه جبران خسارت را نیز نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم و پیش بینی حکم پرداخت دین به غیر داین است.

(۴) براساس ماده ۹۰۱ ق. م: «مدیون نمی تواند در مرض موت، دین یکی از دائنین را در صورتی که به ضرر سایر دائنین بی انجامد، پردازد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که مدیون نمی تواند در حالت مرض موت دین یکی از دائنین که به ضرر سایر دائنین تمام شود پرداخت نماید. تعریف مرض الموت در مبحث غبن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد در حالت مرض الموت قرار داشته باشد و ده لک افغانی مدیون محمود، ده لک افغانی مدیون حمید و ده لک افغانی مدیون جمشید باشد، نمی تواند ده لک افغانی را به محمود پرداخت نماید، زیرا در این صورت حمید و جمشید متضرر می گردند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق های دائنین است.

ب) پرداخت دین براساس اراده مدیون (عرضه دین به داین و ایداع آن)

مدیون مکلف است دین را به داین پرداخت نماید. باوجوداین، گاهی ممکن است که داین بر این عقیده باشد که مدیون دین را به صورت کامل به او اداء نمی نماید و از پذیرش آن امتناع ورزد و مدیون نیز معتقد باشد که دین را به صورت صحیح اداء می نماید. در چنین حالتی، طبق ق. م مدیون می تواند دین را به مدیون عرضه نماید و یا آن را به حساب داین به امانت گذارد. بنابراین، اول عرضه دین به داین توسط مدیون و سپس به ودیعت گذاشتن دین توسط مدیون به حساب داین و سوم آثار عرضه دین و به امانت گذاشتن آن توسط مدیون را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) **عرضه دین توسط مدیون به داین:** طبق ماده ۹۱۰ ق. م. ا «(۱) هرگاه داین بعد از عرضه صحیح دین، از قبول آن امتناع ورزد یا از اجرای اعمالی که بدون آن تأدیه صورت گرفته نتواند، اباة آورد و یا به مدیون ابلاغ نماید که به هیچ صورت آماده قبول دین نیست، مدیون می تواند به قبول دین در خلال میعاد معین به داین، رسماً اخطار بدهد؛ (۲) از اخطار مدیون به داین نتایج حقوقی ذیل نشأت می نماید: ۱- انتقال مسؤولیت هلاک و ضیاع دین، از ذمه مدیون به داین؛ ۲- متوقف شدن جریان فواید؛ ۳- امانت گذاشتن دین به بانک و یا خزانه دولت، به مصارف داین؛ ۴- مطالبه جبران خساره وارده از داین.»

از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که مدیون دین را به داین عرضه نماید و داین از قبول آن امتناع ورزد، مدیون می تواند داین را مبنی بر قبول دین رسماً اخطار دهد. اثری که بر چنین اخطاری مرتب می گردد عبارت اند از: نخست؛ سقوط مسؤولیت ناشی از هلاک و تلف شدن دین توسط مدیون، مانند اینکه بایع به مشتری مبنی بر تسلیم مبیع اخطار دهد و بایع هیچ التفافی ننماید و مبیع هلاک گردد؛ دوم؛ متوقف شدن جریان فواید، مانند اینکه: دین نقود باشد و موجب ایجاد فایده برای داین گردد؛ سوم: گذاشتن دین به بانک یا خزانه دولت به مصارف داین؛ و چهارم: مطالبه جبران خسارت ناشی از عدم پرداخت توسط مدیون، مانند اینکه: دین عین معین باشد و مدیون برای نگهداری آن مکانی را به اجاره بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم در خصوص عرضه دین به داین، عدم پذیرش داین دین را و آثار آن است.

۲) **عدم امکان وفای دین به داین و ایداع دین توسط مدیون:** براساس ماده ۹۱۴ ق. م. ا «مدیون می تواند به امانت گذاری دین و یا اجرائتی که قایم مقام آن می گردد، در حالتی اقدام نماید که هویت و محل اقامت داین نزد او مجهول باشد و یا داین فاقد و یا ناقص اهلیت بوده و قایم مقامی نداشته باشد که پرداخت دین را قبول نماید و یا دین در بین چند شخص متنازع علیه باشد و یا عوامل عمده موجود گردد که اجرائت فوق را ایجاب نماید.» از نص این ماده به خوبی واضح می گردد که ممکن است که پرداخت دین توسط مدیون به داین در حالات ذیل ناممکن گردد و مدیون به ایداع دین به نحوی که ق. م. ا پیش بینی نموده است، مبادرت ورزد:

۱- **مجهول بودن هویت و اقامتگاه داین:** در صورتی که داین مجهول باشد و یا اقامتگاه او معلوم نباشد، مانند اینکه: احمد مدیون محمود باشد و احمد قبل از ادای دین وفات نماید و پس از انتقال دین به ورثه، محمود نداند که ورثه احمد کی است و یا اقامتگاه آنها معلوم نباشد. در چنین حالتی مدیون می تواند به ایداع دین مبادرت ورزد. به حیث مثال، دین را به بانک به امانت گذارد.

۲- **در صورت عدم و یا ناقص اهلیت بودن داین:** در صورتی که داین ناقص اهلیت باشد، و نایبی نیز نداشته باشد تا دین را به نیابت از او قبول نماید، مانند اینکه: داین از ابتدای ایجاد دین ناقص اهلیت باشد یا داین وفات نماید و ورثه او ناقص اهلیت باشد. در چنین حالتی نیز مدیون می تواند به ایداع دین مبادرت ورزد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود صغیر هشت ساله یا مجنون باشد و نایب اعم از ولی، وصی و قیم نداشته باشد، احمد می تواند دین را در بانک به ودیعه گذارد.

۳- در صورت که دین متنازع فیه باشد: در صورتی که دین میان داینین متنازع فیه باشد، مانند اینکه: داین وفات نماید و ورثه و موصی لهم در باره دین منازعه داشته باشند. در چنین حالتی، مدیون نمی تواند دین را الی معلوم شدن شخصی که واقعاً مستحق دریافت دین است، به یکی از آنها ایفاء نماید. باوجوداین، در چنین حالتی، مدیون می توان به ایداع دین در بانک مبادرت ورزد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالات و راه حل ها در صورت عدم امکان پرداخت دین برای داین است. در حالات فوق، براساس ماده ۹۱۴ ق. م، مدیون می تواند به امانت گذاری دین و یا اجرائتی که قایم مقام آن می گردد مبادرت ورزد. دین نیز ممکن است نقود و یا غیر نقود باشد که امانت گذاشت هر یک را ذیلاً مورد تحلیل قرار می دهیم:

- پول نقد بودن دین: در صورتی که دین پول نقد باشد، مدیون می تواند آن را به اذن محکمه ذیصلاح در بانکی امانت گذارد.

- عقار بودن موضوع تعهد: طبق ماده ۹۱۲ ق. م: «هرگاه موضوع اداء عقار و یا چیزی باشد که بقاء و استقرار آن در همانجا مطلوب باشد و مدیون از محکمه مطالبه گذاشتن آن را تحت تصرف شخص امین نموده باشد، این تسلیم وی قایم مقام امانت گذاشتن می گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که دین غیر پول نقد باشد، مدیون می تواند از محکمه ذیصلاح روی دست گرفتن اقدامات عاجل را مطالبه نماید. بنابراین، در صورتی که موضوع دین عقار باشد، مدیون می تواند بعد از قرار محکمه ذیصلاح آن را به شخص امینی که از طرف محکمه تعیین می شود، تسلیم نماید که طبق ق. م این تسلیمی قایم مقام امانت گذاشتن است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و احمد تسلیم زمین را به محمود عرضه نماید، اما محمود آن را تسلیم نشود، احمد می تواند از محکمه تقاضا نماید تا آن را تسلیم شخص امین نماید. این تسلیمی قایم مقام یا جانشین امانت گذاشتن است. امین از ریشه «امن» گرفته شده است که در لغت به معنی امانتدار و کسی است که به او اطمینان کنند. در اصطلاح حقوق مدنی، امین شخصی است که چیزی را نزد او امانت گذارند.^{۱۰۸۹} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عقار بودن موضوع تعهد و عدم امکان تسلیم آن توسط مدیون به داین است.

- سریع الفساد بودن مال و یا پر مصرف بودن حفظ مال: طبق ماده ۹۱۳ ق. م: «مدیون بعد از استیذان محکمه مربوط، می تواند اشیایی را که زود تلف باشد و یا حفاظت و امانت گذاری آن مصارف هنگفت را ایجاب نماید، طور مزایده علنی به فروش برساند و ثمن آن را به حساب امانت بانکی بگذارد.» طبق نص این ماده در صورتی که مال سریع الفساد باشد، مانند میوه جات، سبزیجات، روغن، گوشت و امثال اینها، یا حفظ آن ایجاب مصارف هنگفت را نماید در صورتی که مثلاً مدیون بخواهد آن را در سرد خانه حفظ نماید، مدیون می تواند بعد از استیذان محکمه آن را به طور علنی از طریق مزایده به فروش رسانیده و ثمن آن را در بانکی به امانت گذارد. استیذان در لغت به معنی اذن خواستن و اجازه خواستن است. در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد استیذان عبارت از خواست موافقت با کاری است از شخصی که صلاحیت دادن اذن را دارد. به حیث

۱۰۸۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۶۳.

مثال، اگر احمد ده هزار خربوزه یا پنجاه سیر گوشت را به محمود به فروش رساند و خربوزه ها و گوشت را به محمود عرضه نماید و محمود از پذیرش آن امتناع ورزد، احمد می تواند خربوزه ها و گوشت را از طریق مزایده به فروش رساند و پول فروش خربوزه ها و گوشت را در بانک به امانت گذارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم سریع الفساد بودن موضوع تعهد و عدم امکان تسلیم آن توسط مدیون به داین است.

۳) اثر به امانت گذاشتن مال توسط مدیون و رجوع مدیون از امانت گذاشتن: براساس ماده ۹۱۱ ق. م: «امانت گذاشتن دین، هنگامی قایم مقام تأدیه شده می تواند، که داین آن را قبول و یا محکمه به صحت آن حکم نماید.» از نص این ماده به خوبی واضح می گردد که امانت گذاشتن دین زمانی قایم مقام تأدیه و موجب برائت ذمه مدیون می گردد که یا داین آن را قبول نماید و یا محکمه به صحت آن حکم صادر نماید. بنابراین، برای این که امانت گذاشتن دین به عنوان قایم مقام یا جانشین پرداخت دین قبول گردد دو شرط باید متحقق گردد:

۱- داین امانت گذاشتن دین را در بانک قبول نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محل اقامت احمد مجهول باشد، یا احمد ناقص اهلیت باشد یا دین میان چند شخص متنازع فیه باشد و احمد ده لک افغانی را در بانک به ودیعه گذارد، این ودیعه زمانی قایم مقام تأدیه تلقی می گردد که محمود یا داین آن را قبول نماید.

۲- محکمه به صحت امانت گذاشتن دین در بانک حکم صادر نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده هزار عدد خربوزه یا پنجاه سیر گوشت را به محمود به فروش رساند و خربوزه ها و گوشت را به محمود عرضه نماید و محمود از پذیرش آن امتناع ورزد، احمد می تواند خربوزه ها و گوشت را از طریق مزایده به فروش رساند و پول فروش خربوزه ها و گوشت را در بانک به امانت گذارد. این امانت گذاشتن زمانی قایم مقام تأدیه تلقی می شود که محکمه حکم به صحت آن نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط قایم مقامی دین است.

۴) طبق ماده ۹۱۵ ق. م: «(۱) هرگاه مدیون دین را به داین عرضه نماید و متعاقباً آن را به امانت گذارد و یا به اجراءات مماثل آن اقدام نماید، می تواند از عرضه خویش منصرف شود، مشروط بر این که داین عرضه را قبول نکرده باشد و یا حکم نهایی محکمه مربوط به صحت آن صادر نشده باشد. در این صورت شرکاء و یا ضامنین دین بری الذمه شناخته نمی شوند. (۲) اگر مدیون از عرضه دین بعد از قبول داین و یا بعد از صدور حکم محکمه مربوط به صحت آن منصرف شود و داین نیز انصراف او را قبول نماید، داین نمی تواند بعد از آن به تأمیناتی که متکفل حقوق او است، تمسک نماید. در این صورت شرکاء و ضامنین دین بری الذمه شناخته می شوند.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- هرگاه مدیون دین را به داین عرضه نماید و متعاقباً آن را به امانت گذارد و یا به اجراءات مماثل آن اقدام نماید، می تواند از عرضه خویش منصرف شود، مشروط بر این که داین عرضه را قبول نکرده باشد و یا حکم نهایی محکمه مربوط به صحت آن صادر نشده باشد. در این صورت شرکاء و یا ضامنین دین بری الذمه شناخته نمی شوند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی یا یک هزار خربوزه مدیون محمود باشد و

احمد دین و خربوزه ها را به محمود عرضه نماید، اما محمود از پذیرش آن اجتناب نماید و سپس احمد دین را به بانک گذارد یا بخواهد خربوزه ها را از طریق مزایده به فروش رسانیده و پول آن را در بانک گذارد، می تواند از عرضه خویش منصرف شود. اما، به دو شرط: نخست این که محمود آن را قبول نکرده باشد. بنابراین، در صورتی که محمود دین یا خربوزه ها را قبول نماید، احمد نمی تواند از عرضه خویش رجوع نماید و دوم این که حکم نهایی محکمه در خصوص صحت عرضه وجود نداشته باشد. بنابراین، اگر حکم نهایی محکمه در خصوص صحت عرضه دین وجود داشته باشد، احمد نمی تواند از آن منصرف شود. اثر انصراف این است که ذمه شرکای داین بری نمی گردد.

به حیث مثال، اگر احمد و حمید ده لک افغانی مدیون محمود باشند و دین را به محمود عرضه نمایند و محمود آن را قبول ننماید یا محکمه به صحت عرضه حکم نهایی صادر نکرده باشد احمد و حمید می توانند از عرضه دین انصراف نمایند. در این صورت، احمد و حمید همچنان در برابر محمود قرضدار تلقی می گردند. همچنین، در صورت انصراف مدیون از عرضه دین ذمه ضامنین دین بری نمی گردد. ضامنین جمع ضامن است. ضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است. در اصطلاح حقوق مدنی، ضامن کسی است که دین در ذمه دیگری به ذمه او منتقل می شود تا اگر شخص دیگر از پرداخت دین خودداری کند، خود متعهد به پرداخت دین باشد.^{۱۰۹۰}

به حیث مثال، اگر احمد و حمید ده لک افغانی مدیون محمود باشند و جمشید و ذبیح را به عنوان ضامنان به محمود داده باشند و احمد و حمید دین را به محمود عرضه نمایند و محمود آن را قبول ننماید یا محکمه به صحت عرضه حکم نهایی صادر نکرده باشد احمد و حمید می توانند از عرضه دین انصراف نمایند. در این صورت، احمد و حمید و جمشید و ذبیح در برابر محمود قرضدار تلقی می گردند.

۲- اما، در صورتی که داین عرضه دین را قبول نماید و یا محکمه حکم خویش را مبنی بر صحت ایداع و عرضه صادر نماید، مدیون نمی تواند از آن منصرف شود و داین نیز نمی تواند به تأمیناتی که متضمن دین اوست، استناد نماید. زیرا، در صورت قبول داین یا صدور حکم محکمه مبنی بر صحت عرضه و یا ایداع ذمه مدیون، شرکاء و متضامنین بری می گردد.

به حیث مثال، اگر احمد و حمید ده لک افغانی مدیون محمود باشند و جمشید و ذبیح را به عنوان ضامنان به محمود داده باشند و احمد و حمید دین را به محمود عرضه نمایند و محمود آن را قبول نماید یا محکمه به صحت عرضه حکم نهایی صادر کرده باشد و احمد و حمید از عرضه دین انصراف نمایند. در این صورت، احمد و حمید و جمشید و ذبیح در برابر محمود قرضدار تلقی نمی گردند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی انصراف از عرضه دین، شرایط آن و اثر شرایط عرضه دین به داین است.

گفتار ششم) موضوع ادای دین (موفی به)

موضوع ادای دین چیزی است که مدیون آن را به داین اداء می نماید. موضوع دین ممکن است یکی از موارد ذیل باشد:

۱۰۹۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۲۴۸.

۱) پرداخت اصل دین یا شی به داین: طبق ماده ۹۱۶ ق. م. ا: «(۱) هرگاه دین از جمله اشیایی باشد که به تعیین معین شده بتواند، مدیون نمی تواند شی دیگری را بدون رضایت بپردازد گرچه ارزش بدل مساوی با قیمت و یا بیشتر از آن باشد؛ (۲) اگر دین از جمله اشیایی باشد که به تعیین معین گردیده نتواند و به عقد معین شده باشد، مدیون می تواند مثل آن را بپردازد، گرچه به آن رضایت نداشته باشد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. چنانچه گفته شد، اشیاء جنس، وصف و مقدار دارند که توسط جنس، وصف و مقدار آنها معین می شوند. همچنین، اشیاء در عقد می توانند به اشاره معین شوند. «معین کردن شی به تعیین» مبهم و ارایه مثال عملی برای آن مشکل به نظر می رسد. به نظر می رسد نص این ماده ترجمه اشتباه ماده ۳۴۱ ق. م. ج. م است. این ماده می گوید: «تأدیه باید با اصل شی مورد تعهد صورت بگیرد. داین را نمی توان مجبور به قبول شی دیگر کرد ولو ارزش این شی برابر یا بیشتر باشد.»^{۱۰۹۱}

طبق نص این ماده مدیون مکلف است اصل دین یا اصل شی را به داین پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را در خیرخانه به محمود به فروش رساند، احمد مکلف است خانه خیرخانه را به محمود تسلیم نماید. بنابراین، احمد نمی تواند محمود را مجبور به قبول خانه ای که در تایمنی دارد نماید هر چند قیمت خانه ای تایمنی مساوی یا بیشتر از قیمت خانه ای خیرخانه احمد باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق داین است.

۲) حق حبس: طبق ماده ۹۱۷ ق. م. ا: «هرگاه داین متاعی را از جنس حق خود از مال مدیون به طرق مجاز به دست آورد، می تواند آن را قید نماید مشروط به اینکه متاع مذکور عین اوصاف را دارا باشد.» متاع در لغت به معنی آنچه بتوان خرید و فروخت، اسباب، کالا و مال است.^{۱۰۹۲} طبق نص این ماده در صورتی که داین کالایی و یا مالی را از جنس کالای خویش از مال مدیون از طریق های مجاز به دست آورد می تواند آن را قید نماید. عبارت طرق مشروع در این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور از طرق مشروع هر طریقه است که مشروع و قانونی باشد. به حیث مثال، داین مال مدیون را از طریق سرقت، غصب و نظیر اینها به دست نیاورده باشد. زیرا این ها طرق غیر مشروع به دست آوردن مال اند.

عبارت «قید نماید» نیز در این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از قید نماید، حبس نماید است. در هر حال، در چنین حالتی شرط است که مال مدیون دارای اوصافی باشد که مال داین بوده است. به نظر می رسد در این صورت، داین می تواند آنچه را از مدیون به دست آورده است با دین خود مجرا نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتور کورولای ۲۰۱۸ صفر کیلو متر رنگ سفید را به محمود به فروش رساند و احمد موتور را تسلیم محمود ننماید و محمود یک عراده موتور کورولای صفر کیلو متر رنگ نقره ای احمد را به اجاره گرفته باشد، محمود می تواند کورولای نقره ای را حبس نماید تا احمد موتور کورولای سفید را تسلیم محمود نماید. در این مثال، متاع موتور کورولا، هر دو از جنس موتور و هر دو دارای اوصاف مشابه به استثنای رنگ اند. همچنین، در این مثال، محمود از طریق مشروع که عبارت از اجاره است ملکیت احمد را به دست آورده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق حبس داین است.

۱۰۹۱. نک: محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، صص ۵۱-۶۱.

۴) عدم جواز تجزیه دین: طبق ماده ۹۱۸ ق. م: «در دین فوری، مدیون نمی تواند داین را به قبول قسمتی از دین مجبور گرداند، گرچه دین قابل تقسیم باشد.» عبارت دین فوری در این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از دین فوری، دین معجل است. طبق نص این ماده در دین فوری مدیون نمی تواند داین را مجبور به قبول قسمتی از دین و عدم قبول قسمت دیگری آن نماید هرچند دین قابل تجزیه باشد زیرا این امر خلاف هدف دین فوری به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود قرض بدهد و احمد شرط گذارد که محمود دین را بعد به صورت معجل یا فوری و در یک قسط پرداخت نماید، محمود نمی تواند احمد را مجبور نماید تا پنج لک آن را بپذیرد و پنج لک دیگر آن را در قسط دیگر دریافت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن داین است.

۵) تعیین موضوع دین در صورت تعدد دیون: طبق ماده ۹۱۹ ق. م: «هرگاه مدیون یکی از دیون واجب الاداء را بپردازد که یکی با تأمین و دیگر آن بدون تأمین باشد، یا یکی قرض و دیگر آن ثمن مبیعه باشد، و یا یکی خاص باشد یا اینکه هر دو دین به نحوی از انحا از همدیگر متباین باشند، در صورت اختلاف داین و مدیون در نوع دین، مدیون می تواند هنگام تأدیه آن را تعیین نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که مدیون یکی از دیون واجب الاداء را بپردازد که یکی با تأمین یعنی دارای رهن و کفیل و دیگری بدون تأمین یعنی بدون رهن و کفیل باشد، یا یکی قرض و دیگری ثمن (نقد) باشد یا این که هر دو دین متباین باشند، در صورت اختلاف میان داین و مدیون، مدیون می تواند آن را تعیین نماید. متباین در لغت به معنی جدا شده از یکدیگر است.^{۱۰۹۳} دین واجب الاداء عبارت از دینی است که موعد آن فرا رسیده باشد. مثال های قواعد این ماده قرار ذیل است:

۱- اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد حمید را به عنوان ضامن یا خانه خویش را به عنوان رهن به محمود بدهد، این دین دارای تأمین (تضمین) شخصی و عینی است. اما، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد حمید را به عنوان ضامن یا خانه خویش را به عنوان رهن به محمود ندهد، این دین دارای تأمین (تضمین) شخصی و عینی نیست. در صورت پرداخت دین، احمد باید معین نماید که کدام دین را می پردازد.

۲- اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد یا احمد خانه محمود را ده لک افغانی خریداری نماید، در صورت پرداخت دین احمد باید معین نماید که کدام دین را می پردازد.

۳- اگر احمد ده لک افغانی به طور خاص یا احمد و محمود ده لک افغانی به صورت تضامنی مدیون حمید باشند، در صورت پرداخت دین، احمد یا احمد و محمود باید معین نمایند که کدام دین را به حمید پرداخت می نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده معین نموده موضوع ادای دین و جلوگیری از بروز منازعه میان داین و مدیون است.

۶) توابع و ملحقات دین: طبق ماده ۹۲۰ ق. م: «هرگاه مدیون مکلف باشد دین را با مصارف و تعویضات آن بپردازد و مقدار پرداخته شده، دین و ملحقات آن را کفایت نکند، از این مقدار مصارف، تعویضات و اصل

۱۰۹۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۰۴۵.

دین بالترتیب وضع می‌گردد، مگر اینکه موافقه به خلاف آن صورت گرفته باشد). از نص این ماده یک اصل و یک استثنا قابل استنباط است: اصل این است که هرگاه شخصی مکلف به پرداخت دین باشد، و پرداخت دین نیز مستلزم پرداخت مصارف، مانند: مصارف ناشی از ارسال دین توسط مدیون به داین، و یا مصارف ناشی از حواله دین و غیره باشد، چنین مصارفی جز لایتجزای دین تلقی گردیده و غیر قابل تجزیه از دین می‌باشد. بنابراین، مدیون مکلف است این مصارف و تعویضات دین را متحمل شود. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است^{۱۰۹۴} که جمع آن تعویضات است. در اصطلاح حقوق مدنی، تعویض عبارت است از عوض در عقد بیع. همچنین، تعویض در ق. م در مفهوم جبران خسارت نیز استعمال شده است. به نظر می‌رسد تعویض در نص این ماده در مفهوم جبران خساره استعمال شده است.

به حیث مثال، اگر احمد به محمود ده لک افغانی قرض دهد و محمود نتواند قرض احمد را در موعد مقرر پرداخت نماید، طبق ق. م جبران خسارت تأخیر پرداخت دین ۳ الی ۷ فیصد است. بنابراین، محمود می‌تواند الی ۷ فیصد ده لک را به عنوان جبران خسارت پرداخت تأخیر دین به احمد بپردازد. در این صورت، محمود مکلف است اصل دین یعنی ده لک افغانی، مصارف پرداخت دین یعنی نقل و انتقال از طریق بانک یا حواله و سه الی ۷ فیصد جبران خسارت تأخیر دین را پرداخت نماید. در صورتی که مقدار پول، پرداخت دین و ملحقات آن را کفایت نکند، محمود مکلف است اول مصارف، سپس تعویضات یعنی جبران خسارت و سپس اصل دین را بالترتیب پرداخت نماید.

ملحقات جمع ملحقه و ملحقه تأنیث ملحق است که در لغت به معنی اضافه شده‌ها، ضمیمه‌ها و پیوست‌ها است.^{۱۰۹۵} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می‌رسد که ملحقات چیزهایی است که با اصل شی ضمیمه می‌شوند، مانند کلید قفل، گوساله شیرخوار گاو و نظیر اینها. به نظر می‌رسد ملحقات در نص این ماده در مفهوم مصارف و تعویضات دین استعمال شده است. نص این ماده توجیه پذیر به نظر نمی‌رسد. زیرا، در صورت عدم تکافو مقدار پول، مدیون اول باید اصل دین، سپس مصارف و سپس تعویضات آن را پرداخت نماید. استثنای این اصل موافقه طرفین است. بنابراین، در صورتی که طرفین طور دیگری توافق نموده باشند، این توافق مدار اعتبار است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت اصل دین، مصارف نقل و انتقال دین و جبران خسارت دین است.

(۷) دین مؤجل: طبق ماده ۹۲۲ ق. م: «(۱) هرگاه دین مؤجل بوده و تعجیل به مفاد مدیون باشد، مدیون می‌تواند قبل از رسیدن موعد به تأدیه دین اقدام نماید. در این صورت داین به قبول دین مجبور ساخته می‌شود، مگر اینکه به خلاف آن موافقه شده باشد و یا از این اجبار شخص داین متضرر گردد؛ و (۲) اگر مدیون دین را قبل از رسیدن موعد بپردازد و بعداً دین قبول شده به استحقاق برده شود، دین به حالت تأجیل قبلی بر می‌گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

1094. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

1095. Ibid, (Last visit: 31/8/2016).

۱- هرگاه دین مؤجل باشد، اما پرداخت آن به صورت معجل به نفع مدیون باشد، مدیون می تواند قبل از فرا رسیدن موعد آن، آن را به داین بپردازد. تعریف مؤجل و تعجیل گذشت. دین مؤجل عبارت از دینی است که مدت داشته باشد و مدیون آن را باید در مدت معین در آینده پرداخت نماید. در صورتی که دین مؤجل باشد و مدیون آن را به صورت معجل پرداخت نماید، داین مجبور به پذیرش دین می شود. این اصل است. استثنای این اصل، توافق داین و مدیون است. بنابراین، در صورتی که داین و مدیون مبنی بر تأجیل دین توافق نموده باشند، چنین توافق مدار اعتبار است و باید به آن عمل شود.

همچنین، در صورتی که داین در اثر پرداخت دین به صورت معجل متضرر شود، مدیون مکلف است دین را به صورت مؤجل پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد چهل لک افغانی از محمود در ماه حمل سال ۱۳۹۷ برای مدت یک سال قرض بگیرد اما پس از سپری شدن شش ماه احمد بخواهد دین محمود را به دلیل کاهش ارزش افغانی در مقابل اسعار خارجی به محمود پرداخت نماید، محمود مجبور است دین مؤجل را به صورت معجل قبول نماید. اما، اگر احمد و محمود توافق نموده باشند که دین برای مدت یک سال باشد، احمد و محمود مکلف به رعایت این توافق اند. همچنین، در صورتی که در اثر اجبار، احمد متضرر گردد، دین به صورت مؤجل باقی می ماند.

۲- طبق فقرة ۲ ماده ۹۲۲ ق. م در صورتی که مدیون دین را قبل از فرا رسیدن موعد آن به داین بپردازد و دین از نزد داین به استحقاق برده شود، دین از حالت معجل به حالت مؤجل بر می گردد. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی ظهور حق غیر را در مدعی بها را استحقاق گویند.^{۱۰۹۶}

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود برای مدت شش ماه باشد و احمد قبل از تکمیل شش ماه ده لک افغانی را به محمود پرداخت نماید، اما جمشید در خصوص ده لک افغانی اقامه دعوی نماید و آن را به استحقاق برد، اثر استحقاق را مدیون متحمل می شود و بنابراین دین از حالت معجل به مؤجل بر می گردد و احمد همچنان مکلف است دین محمود را بعد از شش ماه پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز تعجیل دین مؤجل و مورد حمایت قرار دادن حق داین است.

۸) پرداخت دین دارای اقساط و دین معجل: طبق ماده ۹۲۱ ق. م: «(۱) هرگاه دین مؤجل بوده و یا به اقساط معین قسط شده باشد، داین نمی تواند قبل از رسیدن موعد، دین را مطالبه نماید؛ (۲) هرگاه دین معجل بوده یا موعد تادیه آن رسیده باشد، مدیون به تأدیه فوری دین مکلف می باشد. با آنهم محکمه می تواند عندالضرورت و در صورت عدم موانع قانونی با در نظر داشت حالت مدیون، به مدیون مهلت بدهد مشروط بر اینکه از آن ضرر فاحش به داین نرسد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- در صورتی که دین مؤجل باشد که تعریف آن در بالا گذشت، داین نمی تواند قبل از فرا رسیدن موعد، پرداخت آن را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد چهل لک افغانی از محمود در اول ماه حمل سال ۱۳۹۷ برای مدت یک سال قرض بگیرد، محمود نمی تواند قبل از اول ماه حمل ۱۳۹۸ پرداخت دین را مطالبه نماید.

۱۰۹۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.

۲- در صورتی که پرداخت دین به چند قسط توسط مدیون شرط شده باشد، داین نمی تواند قبل از فرا رسیدن موعد، پرداخت اقساط را مطالبه نماید. قسط در لغت به معنی حصه، سهم، قسمت و بخش است^{۱۰۹۷} که جمع آن اقساط است. در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد قسط عبارت از قسمتی از دین است که در فاصله های مساوی با کمیت های مساوی توسط مدیون به داین پرداخت می شود. به حیث مثال، اگر احمد چهل لک افغانی از محمود در اول ماه حمل سال ۱۳۹۷ برای مدت یک سال قرض بگیرد و شرط گذارد که در هر ربع سال یک قسط آن را می پردازد، محمود نمی تواند قبل از فرا رسیدن موعد هر قسط، پرداخت دین را مطالبه نماید.

۳- هرگاه دین معجل بوده یا موعد تادیه آن رسیده باشد، مدیون به تادیه فوری دین مکلف می باشد. دین معجل عبارت از دینی است که آن را مدیون به طور عاجل باید پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد پنجاه هزار افغانی به محمود به صورت معجل قرض بدهد، احمد می تواند هر لحظه ای که بخواهد به دلیل معجل بودن دین، پرداخت آن را مطالبه نماید.

۴- محکمه می تواند در صورت ضرورت و در صورت عدم موانع قانونی با در نظر داشت حالت مدیون، به مدیون مهلت بدهد مشروط بر اینکه از آن ضرر فاحش به داین نرسد. به حیث مثال، اگر احمد پنجاه هزار افغانی به محمود به صورت معجل قرض بدهد، احمد می تواند هر لحظه ای که بخواهد به دلیل معجل بودن دین، پرداخت آن را از محمود مطالبه نماید. اگر محمود از ادای دین امتناع ورزد و احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید، محکمه می تواند به محمود در صورت تنگدست بودن محمود، مهلت دهد. در دادن مهلت شرط است که به احمد ضرر فاحش نرسد. فاحش اسم فاعل از ریشه «فحش» گرفته شده است که در لغت به معنی بسیار، کثیر و زیاده از اندازه است. در فقه وصفی است برای امور زیان آوری که چنان بسیار باشد که از حد بگذرد مانند غبن فاحش.^{۱۰۹۸}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۷۷):

در بند ۲ ماده (۹۲۱) قانون مدنی دین معجل و یا موجل که موعد تادیه دین رسیده باشد مدیون به تادیه فوری دین مکلف است با حکم ماده (۸۵۳) قانون مدنی منافات دارد. تادیه فوری دین چگونه محقق شده میتواند.

توضیح:

بین حکم مواد فوق منافات وجود ندارد چه در بند (۲) ماده (۹۲۱) قانون مدنی مکلفیت مدیون در تادیه فوری دین معجل و دین موجل تنظیم شده که موعد پرداخت آن رسیده باشد. در ماده (۸۵۳) و جایب امین به اداره اموال مدیون محجور و مفلس تنظیم شده که دو موضوع از هم جدا می باشند.^{۱۰۹۹}

۱۰۹۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۵۳۲.

۱۰۹۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۵۰.

۱۰۹۹. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 531.

گفتار هفتم) مکان ایفای تعهد

طبق ق. م مکان ایفای تعهد تابع قواعد ذیل است:

۱) براساس ماده ۹۲۳ ق. م: «(۱) هرگاه مدیون به تسلیمی مالی تعهد کرده باشد که ایجاب حمل و مصارف را نماید و در عقد محل تسلیمی آن تعیین نشده باشد، مال مذکور در محلی تسلیم داده می شود که در حین عقد در آن موجود بوده است؛ و (۲) در سایر تعهدات، ادای دین در محل سکونت مدیون حین تأدیه و یا در محل کار او صورت می گیرد، مشروط بر اینکه تعهد مذکور به همان کار تعلق داشته باشد مگر اینکه به خلاف آن موافقه شده باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی که مدیون متعهد به تسلیمی یک مال باشد و تسلیمی مال ایجاب حمل (نقل و انتقال) و مصارف را نماید و در عقد محل تسلیمی آن معین نشده باشد، محل تسلیمی مال، محلی است که مال در آن موجود است. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را که در کابل است در کابل به محمود که در مزار شریف است به فروش رساند، نقل و انتقال موتر به مزار شریف ایجاب مصارف را می نماید. در این صورت، احمد مکلف است موتر را در کابل تسلیم محمود نماید. زیرا، موتر در کابل وجود دارد.

۲- به نظر می رسد فقره ۱ ماده ۹۲۳ ق. م ناظر بر عقد بیع است. به همین دلیل، فقره ۲ ماده ۹۲۳ از سایر تعهدات سخن می گوید. لذا، در سایر تعهدات ادای دین عموماً محل سکونت مدیون و یا محل کار او است. به عنوان مثال، در عقد بیع، محل ایفای تعهد (تسلیم مبیع به مشتری و تسلیم ثمن به بایع) محل سکونت بایع یا محل فروش مبیع است. همچنین، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد، احمد مکلف است در محل سکونت یا محل کار خویش دین محمود را پرداخت نماید.

این اصل است. استثنای این اصل توافق طرفین است. بنابراین، در صورتی مدیون و داین مبنی بر تسلیم موضوع تعهد در محل دیگری توافق نمایند، مانند اینکه بایع تعهد نماید که مبیع منقول را مثلاً در محل کار مشتری و یا محل دیگری که مشتری تعیین نماید، انتقال دهد و به مشتری تسلیم دهد، چنین توافقی مدار اعتبار است. به حیث مثال، در مثال های بالا احمد و محمود می توانند توافق نمایند که احمد موتر را در مزار شریف تسلیم محمود نماید یا احمد در محل اقامت محمود دین محمود را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی محل ایفای تعهد است.

۲) براساس ماده ۹۲۵ ق. م: «مصارف تأدیه به دوش مدیون می باشد، مگر اینکه اتفاق عرف و یا نص قانون به خلاف آن حکم کند.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که مصارف تأدیه دین بر عهده مدیون است، مانند: مصارف تأدیه دین از طریق حواله و بانک و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و پول را به محمود حواله دهد، اجوره حواله بر عهده احمد است. این اصل است. استثنای این اصل توافق طرفین، عرف و نص قانون است. بنابراین، در صورتی که داین مصارف تأدیه دین را حین عقد به عهده بگیرد، و یا این امر در عرف و یا قانون طوری دیگری تصریح گردیده باشد، داین مکلف به پرداخت مصارف تأدیه دین است.

۳) براساس ماده ۹۲۴ ق. م: «هرگاه مدیون دین را توسط قاصد خود بفرستد و قبل از وصول آن به داین تلف گردد، مدیون از دین بری الذمه شناخته نمی شود. در حالی که تسلیمی به نماینده داین به امر داین صورت گرفته باشد، مدیون از آن بری الذمه پنداشته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استخراج است:

۱- در صورتی که مدیون دین را توسط قاصد بفرستد و دین در راه تلف شود، مدیون مکلف است مثل و یا قیمت آن را به داین باز گرداند، زیرا در این فرض ذمه مدیون بری نمی گردد. قاصد در لغت به معنی پیک، نامه بر، نامه رسان و ایلچی است.^{۱۱۰} در اصطلاح حقوقی، قاصد شخصی است که نامه یا پیام را از یک شخص به شخص دیگر منتقل می کند. استعمال قاصد در نص این ماده به دلیل تعریف لغوی و اصطلاحی قاصد توجیه پذیر به نظر می رسد. در هر حال، مثال نص این ماده این است که هرگاه احمد پنج لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پنج لک افغانی را به حمید قاصد خویش بدهد تا آن را به محمود که در مزار شریف است برساند و در راه پول از بین برود، احمد بری الذمه نمی گردد.

۲- در صورتی که تسلیمی به نماینده داین مانند وکیل به امر داین پرداخت شود و بعد از وصول دین، دین از بین برود، ذمه مدیون بری می گردد، زیرا دین بعد از وصول به داین از بین رفته است.^{۱۱۱} به حیث مثال، هرگاه احمد پنج لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پنج لک افغانی را به حمید نماینده محمود به امر محمود بدهد و پول بعد از اخذ آن توسط محمود از بین برود، ذمه احمد بری می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد تأدیه دین توسط نماینده داین و مدیون و آثار آن است. از آنچه گفته شد این نتایج به دست می آید که:

۱- اسباب سقوط تعهدات در ق. م به صورت دقیق تنظیم نشده است مخصوصاً تجدید و نیابت. زیرا رابطه بیان تجدید و نیابت عموم و خصوص من وجه است (هر نیابت تجدید است اما هر تجدید نیابت نیست). تجدید می تواند در موضوع، سبب، داین و مدیون صورت بگیرد. نیابت تجدید داین یا مدیون است. قابل توصیه است تجدید و نیابت به عنوان یک سبب با هم مدغم گردند.

۲- تجدید هم سبب مستقل است و هم یکی از طرق ایفای تعهد (جزء سبب) و عدم دقت قانونگذار مدنی را نشان می دهد. قابل توصیه است نص ماده ۸۹۷ ق. م اصلاح گردد.

مبحث دوم) ادای اختیاری و انقضای وجبیه از طریق آنچه معادل وفاء است

تعهد می تواند از طریق آنچه معادل وفاء است نیز اداء و در نتیجه منقضی گردد که شامل ادای به عوض (ادای بالمقابل) تجدید و نیابت، مجرای (مقاصه) و اتحاد ذمه می گردد:

گفتار نخست) ادای به عوض

(آخرین بازدید ۱۵/۹/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com> 1100.

۱۱۰۱. جهت مطالعه مزید در باره وفاء به تعهد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶۳۵-۷۹۴؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۴-۷۷؛ وسید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، صص ۳۱۴-۳۲۷.

قانونگذار مدنی ادای به عوض را منحیث یکی از اسباب انقضای تعهد در قسمت چهارم، مواد ۹۲۶ و ۹۲۷ تنظیم نموده است. در روشنایی این مواد، ماهیت، ارکان و آثار ادای به عوض را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

الف) تعریف و ماهیت

ادای به عوض عبارت از پرداخت چیزی دیگری به عوض پول به داین توسط مدیون است. داین و مدیون می توانند توافق کنند که مال دیگری به جای موضوع تعهد پرداخته شود. به عنوان مثال، داین و مدیون می توانند توافق نمایند که مدیون به عوض پول نقد به داین موتور یا طلا بدهد. این توافق به نهاد های گوناگونی شباهت دارد که هر کدام دارای آثار خاص است. مشکل عمده در تفکیک ماهیت توافق و وصف حقوقی آن است. بنابراین، سؤال در این باره این است که آیا ماهیت ادای به عوض بیع است یا معاوضه؟ یا ادای به عوض ماهیت تأدیه را دارد یا ترکیبی از همه اینها؟ برخی می گویند: ادای به عوض شباهت به بیع دارد، برخی می گویند: ادای به عوض نوع تبدیل تعهد است و برخی نیز می گویند: ادای به عوض ماهیت مرکب دارد:

۱) در موردی که موضوع تعهد اصلی پول است و توافق می شود که کالایی به جای آن پرداخته شود، عمل حقوقی به «بیع» شباهت پیدا می کند. این شباهت را رومیان در یافته بودند و هم اکنون نیز برخی از نویسندگان فرانسوی به آن تکیه می نمایند و قوانین برخی از کشورها به صراحت آن را پذیرفته اند و احکام بیع را در باره آن تطبیق می کنند، مانند قانون مدنی الجزایر (ماده ۲۶۸)، قانون مدنی مصر (ماده ۳۵۱) و قانون مدنی سوریه (ماده ۳۴۹).

به نظر می رسد ق. م. ا نیز این نظر را پذیرفته است. زیرا، ماده ۹۲۷ ق. م. در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه ادای دین به عوض، توسط انتقال ملکیت شی ای که مقابل دین پرداخته شده صورت گرفته باشد، احکام بیع خصوصاً آنچه متعلق به اهلیت متعاقدين، ضمان استحقاق و عیوب خفی است، در مورد رعایت می شود و از حیث ادای دین، احکام تأدیه خصوصاً آنچه متعلق به تعیین نوعیت تأدیه و از بین رفتن تأمینات است، مرعی می گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- در صورت ادای به عوض احکام بیع که مربوط به اهلیت طرفین، ضمان استحقاق و ضمان عیوب پنهان می شود قابل تطبیق است. تفصیل اهلیت طرفین در عقد بیع، ضمان استحقاق و ضمان عیوب پنهان در جلد دوم حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد موتور لندکروزر مدل ۲۰۱۸ خویش را هشتاد هزار دالر به محمود به فروش رساند، اما محمود به عوض هشتاد هزار دالر خانه خویش در حصه اول خیرخانه را به احمد بدهد و احمد آن را قبول نماید، دریافت خانه به عوض هشتاد هزار دالر جانشین هشتاد هزار دالر می شود و ذمه محمود در برابر احمد بری می گردد. در این مثال، احمد و محمود طرفین عقد تلقی می گردند و باید شرایط طرفین در عقد بیع را که تفصیل آن در جلد دوم حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد را داشته باشند.

به حیث مثال، طرفین عقد عاقل و بالغ باشند. همچنین، اگر خانه محمود توسط جمشید به گونه ای که تفصیل آن در جلد دوم حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد به استحقاق برده شود، محمود در برابر احمد مسؤول است. همچنین، اگر در خانه محمود عیب پنهان وجود داشته باشد، مانند این که در خانه

شکستگی بزرگ وجود داشته باشد، محمود در برابر احمد به گونه ای که تفصیل آن در جلد دوم حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد مسؤول است.

۲- از حیث ادای دین، احکام تأدیه خصوصاً آنچه متعلق به تعیین نوعیت تأدیه و از بین رفتن تأمینات است که تفصیل آن در مبحث ادای دین گذشت قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پذیرش نظریه بیع و تطبیق احکام بیع و تأدیه بر ادای به عوض است.

ب) اثر

طبق ماده ۹۲۶ ق. م: «هرگاه داین شی دیگری را به عوض آنچه مستحق است، قبول نماید، تعویض مذکور قایم مقام تأدیه شناخته می شود.» طبق نص این ماده ادای به عوض توسط مدیون به داین، نوعی تأدیه است. زیرا، مدیون با انتقال مال دیگری دین خود را می پردازد و داین نیز با پذیرفتن آن به سقوط دین رضایت نشان می دهد. بنابراین، اثری که بر ادای به عوض مرتب می گردد بری شدن ذمه مدیون است. زیرا، ادای به عوض طبق ق. م قایم مقام پرداخت دین است و در نهایت موجب انقضای دین می گردد.^{۱۱۰۲}

از همین رو، ماده ۹۲۶ ق. م می گوید که هرگاه داین شی دیگری را به عوض آنچه مستحق است، قبول نماید، این تعویض قایم مقام یا جانشین تأدیه است. به حیث مثال، اگر احمد موتر لندکروزر مُدل ۲۰۱۸ خویش را هشتاد هزار دالر به محمود به فروش رساند، اما محمود به عوض هشتاد هزار دالر خانه خویش در حصه اول خیرخانه را به احمد بدهد و احمد آن را قبول نماید، دریافت خانه به عوض هشتاد هزار دالر جانشین هشتاد هزار دالر می شود و ذمه محمود در برابر احمد بری می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن ادای به عوض به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهد در نص این ماده و بیان اثر آن است.

۱۱۰۲. جهت مطالعه بیشتر در مورد ادای به عوض ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۷۹۶-۸۱۲؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۴۹-۵۴.

گفتار دوم) تجدید (تبدیل تعهد)

جلد دوم فصل هفتم، قسمت پنجم مواد ۹۲۸ الی ۹۳۵ ق. م احکام تجدید را تنظیم نموده است. در ذیل تجدید یا تبدیل تعهد و سپس نیابت را ذیلاً مورد مورد مطالعه قرار می دهیم:

الف) تعریف تجدید (تبدیل تعهد)

در خصوص تجدید تعاریف مختلف وجود دارد:

۱) تجدید استبدال دین قدیم به دین جدید است. بنابراین، تجدید سبب انقضای دین قدیم و انشاء دین جدید و یکی از اسباب انقضای تعهد است.

۲) تجدید اتفاق بر انقضای تعهد قدیم و انشاء تعهد جدید است.^{۱۱۰۳}

۳) تجدید یا تبدیل تعهد عبارت است از جایگزین شدن تعهدی جدید به جای تعهد قدیم.^{۱۱۰۴} تجدید تبدیل تعهد از طریق ق. م. ج. م. وارد ق. م. ا نیز گردیده است که چنانچه ماده ۹۲۸ ق. م در باره جواز تبدیل تعهد اعلام می دارد که: «تجدید دین به اساس عقد جدیدی که از لحاظ موضوع، سبب یا تغییر یکی از طرفین تعهد با تعهد اولی اختلاف داشته باشد، جواز دارد.» طبق نص این ماده تجدید دین براساس عقد جدید جواز دارد. طبق عقد جدید یا موضوع عقد، یا سبب عقد یا یکی از طرفین عقد تغییر می کند.

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را سه لک افغانی به محمود به فروش رساند و سپس بخواهد موتر را با زمین عوض نماید، تجدید تعهد در موضوع تعهد که موتر است صورت گرفته است. همچنین، اگر محمود موتر را برای استفاده فامیل خریداری نماید و سپس آن را برای تکسی رانی استفاده نماید، تجدید یا تغییر در سبب تعهد است. همچنین، اگر احمد در مثال بالا به محمود بگوید پول موتر را به وکیلیم یا دایم محمود پرداخت نماید، تغییر در یکی از طرفین تعهد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن تبدیل تعهد به عنوان یکی از اسباب انقضای تعهد و جواز تبدیل موضوع، سبب و یکی از طرفین تعهد است.

ب) شرایط و موضوع

جهت تحقق تجدید موجودیت شرایط آتی ضروری است:

۱) وجود تعهد قدیم عاری از اسباب بطلان و انشاء تعهد جدید: طبق ماده ۹۳۲ ق. م. ا: «۱) تجدید دین وقتی اعتبار دارد که دین سابقه و جدید عاری از اسباب بطلان باشد؛ و ۲) هرگاه دین سابقه ناشی از عقدی باشد که قابل ابطال شناخته شود، تجدید آن جواز ندارد، مگر اینکه تجدید به منظور اجازه عقد و قایم مقام ساختن آن به جای عقد سابق، صورت پذیرفته باشد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- تجدید دین وقتی اعتبار دارد که دین سابقه و جدید عاری از اسباب بطلان باشد. عاری در لغت به معنی فاقد و بدون است.^{۱۱۰۵} بطلان در لغت به معنی باطل شدن، تباه شدن، از کار افتادن، باطل بودن، بی اعتبار

۱۱۰۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۸۱۷؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، ص ۲۹۸.

۱۱۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۱۷؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۳۳۵.

1105. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/1/2016).

شدن، نابودی و هلاکت است.^{۱۱۰۶} در اصطلاح حقوق مدنی، بطلان عبارت از بی اعتبار بودن عمل حقوقی است. اسباب بطلان اسبابی اند که موجب باطل شدن عقد می گردد، مانند عدم اهلیت طرفین عقد، عدم موجودیت موضوع عقد، خلاف نظام و آداب عامه بودن سبب عقد و نظیر اینها که تفصیل آن در بخش قواعد عمومی عقود گذشت.

طبق نص این ماده زمانی تجدید و یا تبدیل تعهد صورت می پذیرد که دو التزام وجود داشته باشد؛ به این توضیح که: التزام پیشین باید وجود داشته باشد. زیرا، اگر چنین تعهدی وجود نداشته باشد، تبدیل هم موضوعیت نخواهد یافت و به عنوان مثال نمی توان تعهدی را جایگزین تعهد موهوم و غیر واقعی دیگری کرد. همچنین، هرگاه مصدر تعهد قدیم باطل باشد، مانند: عدم معین بودن محل عقد یا عدم مشروع بودن آن و یا هم عدم مشروع بودن سبب آن، التزام قدیم معدوم تلقی گردیده و هیچ نوع اثری بر عقد مرتب نمی گردد. شرط دومی که جهت صحت تبدیل تعهد رعایت آن ضروری است این است که تجدید موجب ایجاد التزام جدید گردد.

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که در اثر تبدیل تعهد تعهد سابق ساقط می شود و تعهد دیگری به جای آن به وجود می آید. رابطه بین سقوط تعهد سابق و پیدایش تعهد جدید، رابطه علت و معلول است. زیرا، تعهد سابق موجب ایجاد تعهد جدید می گردد. بنابراین، هرگاه به جهتی از جهات که به برخی مثال های آن اشاره شد، تعهد سابق باطل باشد، تعهد جدید به وجود نمی آید. زیرا، تعهد موجود نبوده تا ساقط شود و به جای آن تعهد جدید به وجود آید، همچنانی که هرگاه تعهد جدید به جهتی از جهات قانونی باطل باشد، باطل بودن تعهد جدید موجب ابطال تعهد جدید می گردد.

به حیث مثال، اگر احمد شش ساله باشد و موتر خویش را که از پدرش به ارث گرفته است به محمود سه لک افغانی به فروش رساند و سپس احمد با محمود توافق نماید که محمود به عوض سه لک افغانی برای مدت یک سال دوکانش را در اختیار احمد بگذارد، هر دو دین (تعهد در مفهوم عام) واجد اسباب بطلان که عبارت از ناقص اهلیت بودن احمد است می باشد. بنابراین، هم عقد سابق (فروش موتر) و هم عقد جدید تبدیل سه لک افغانی با در اختیار گرفتن دوکان برای مدت یک سال باطل اند.

۲- هرگاه دین سابقه ناشی از عقدی باشد که قابل ابطال شناخته شود، تجدید آن جواز ندارد، مگر اینکه تجدید به منظور اجازه عقد و قایم مقام ساختن آن به جای عقد سابق، صورت پذیرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و موتر خویش را سه لک افغانی به محمود به فروش رساند و سپس بخواهد سه لک افغانی را با طلا عوض نماید، چون احمد در این مثال طفل ممیز است و عقد بیع متضمن نفع و ضرر است، جمشید ولی احمد می تواند عقد را باطل نماید. عقد احمد در این مثال توسط جمشید قابل ابطال است.

تبدیل کردن عقد اولی احمد با عقد دومی احمد در این مثال جواز ندارد مگر این که این تجدید به منظور اجازه عقد دومی و جانشین کردن آن با عقد سابق باشد. بنابراین، ولی احمد می تواند عقد دوم احمد را تجدید و آن را جایگزین عقد اولی نماید. به حیث مثال، جمشید می تواند هم عقد دوم احمد را اجازه دهد و هم عقد

اول را تأیید نماید. در این صورت، عقد دومی احمد جایگزین عقد اولی او می شود و هم عقد اول بعد از تأیید صحیح می شود و هم عقد دوم. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت تجدید که عاری بودن عقد از اسباب بطلان است می باشد.

۲) **تغییر در یکی از ارکان تعهد:** طبق ماده ۹۲۹ ق. م: «تجدید دین در حالات آتی جواز دارد:

۱- تغییر دین به اختلاف محل یا سبب دین اولی به موافقه طرفین.

۲- تغییر دائن به موافقه دائن، مدیون و شخص ثالث، طوری که شخص ثالث، دائن جدید تلقی گردد.

۳- در حالت تغییر مدیون، به نحوی که دائن و شخص غیر موافقه نمایند که شخص مذکور به جای مدیون اصلی قرار گرفته و مدیون اصلی بدون درنظر داشت رضای او از دین بری الذمه شناخته شود.

۴- در حالتی که شخص غیر قبول نماید که مدیون جدید شناخته شود و مدیون اصلی موافقه دائن را در مورد حاصل نموده باشد.». طبق نص این ماده تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین به صورت ذیل ممکن است حاصل شود:

۱- به وسیله تبدیل محل تعهد: طرفین عقد می توانند تعهد را به اعتبار موضوع آن تبدیل نمایند. به عنوان مثال، اگر احمد تلویزیون را از محمود خریداری نماید و سپس احمد و محمود توافق نمایند که محمود به عوض تلویزیون به احمد رادیو بدهد، تعهد به اعتبار موضوع آن تبدیل می شود. در تعهد اول محمود متعهد به دادن تلویزیون به احمد بود. اما، پس از تبدیل تعهد، محمود متعهد به دادن رادیو به احمد گردید.

۲- به وسیله تبدیل سبب تعهد: طرفین عقد می توانند تعهد را به اعتبار سبب آن تبدیل نمایند. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به منظور سکونت به محمود به کرایه بدهد، سبب تعهد سکونت محمود در خانه است. اما، اگر احمد و محمود پس از انعقاد عقد توافق نمایند که محمود می تواند خانه را به منظور استفاده به عنوان سرای یا گدام استفاده نماید، سبب تعهد تبدیل می گردد. سبب تعهد اول سکونت محمود در خانه بود. اما، سبب تعهد دوم استفاده به عنوان گدام یا سرای از خانه توسط محمود است.

۳- تبدیل تعهد به وسیله تبدیل داین: طبق ماده ۹۲۹ ق. م تغییر دائن به موافقه دائن، مدیون و شخص ثالث، طوری که شخص ثالث، دائن جدید تلقی گردد جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک مدیون محمود باشد و احمد و محمود توافق نمایند که احمد ده لک افغانی را به جمشید پرداخت نماید یا حواله دهد، در این مثال، احمد مدیون، محمود داین و جمشید شخص ثالث است. در صورت توافق جمشید، ذمه احمد در برابر محمود بری می گردد و احمد مکلف است دین را به جمشید که داین جدید تلقی می گردد پرداخت نماید.

۴- تبدیل تعهد به وسیله تبدیل مدیون: طبق ماده ۹۲۹ ق. م تبدیل تعهد در حالت تغییر مدیون، به نحوی که دائن و شخص غیر موافقه نمایند که شخص مذکور به جای مدیون اصلی قرار گرفته و مدیون اصلی بدون درنظر داشت رضای او از دین بری الذمه شناخته شود جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک مدیون محمود باشد و احمد و محمود توافق نمایند که به عوض احمد ده لک افغانی را جمشید

به محمود پرداخت نماید یا حواله دهد، در این مثال، احمد مدیون، محمود داین و جمشید شخص ثالث است. در صورت توافق جمشید، ذمه احمد در برابر محمود بری می گردد و جمشید مکلف است دین را به محمود پرداخت نماید زیرا در صورت توافق احمد، محمود و جمشید ذمه احمد در برابر محمود بری و ذمه جمشید در برابر محمود مشغول می گردد.

۵- تبدیل تعهد به وسیله تبدیل مدیون در صورت توافق داین: در حالتی که شخص غیر قبول نماید که مدیون جدید شناخته شود و مدیون اصلی موافقه داین را در مورد حاصل نماید تبدیل تعهد جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک مدیون محمود باشد و احمد و محمود توافق نمایند که به عوض احمد ده لک افغانی را جمشید به محمود پرداخت نماید یا حواله دهد، در این مثال، احمد مدیون، محمود داین و جمشید شخص ثالث است. در صورت توافق محمود، ذمه احمد در برابر محمود بری می گردد و جمشید مکلف است دین را به محمود پرداخت نماید زیرا در صورت توافق احمد، محمود و جمشید ذمه احمد در برابر محمود بری و ذمه جمشید در برابر محمود مشغول می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز تبدیل تعهد از طریق محل، سبب، داین و مدیون با توافق داین و توافق شخص ثالث است.

۳) قصد تبدیل تعهد و اهلیت طرفین: طبق ماده ۹۳۳ ق. م: «تجدید دین باید به موافقه صریح صورت گرفته یا از اوضاع و حالات به وضاحت معلوم شود. تجدید دین به صورت قرض جواز ندارد». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- تجدید دین باید به موافقت صریح صورت گیرد. مثال های تجدید دین به موافقه صریح داین، مدیون و شخص ثالث در بالا گذشت.

۲- تجدید دین از اوضاع و حالات به وضاحت معلوم شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک مدیون محمود باشد و احمد به محمود بگوید که به عوض احمد ده لک افغانی را جمشید به محمود پرداخت می نماید یا حواله دهد و محمود اعتراض ننماید، در این مثال، تجدید دین از احوال و وضع طرفین می تواند استنباط گردد. ۱۱۰۷

۳- تجدید دین به صورت قرض جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود بیست لک افغانی به فروش رساند و احمد به محمود بگوید بیست لک شما بر جمشید قرض باشد، این تجدید جواز ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان و پیش بینی شرایط تجدید دین است.

ج) آثار

طبق ق. م تجدید دین تابع آثار ذیل است:

۱) انقضای التزام قدیم و انشای التزام جدید: طبق ماده ۹۳۰ ق. م. ا: «در صورت تجدید عقد، دین اصلی ساقط و دین جدید قائم مقام آن می گردد». طبق نص این ماده هرگاه تبدیل تعهد با رعایت شرایطی که

۱۱۰۷. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۳۰-۸۴۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۱۹؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۳۳۵-۳۴۱.

فوقاً تفصیل آن گذشت متحقق گردد، تعهد اولی منقضی و تعهد جدید جایگزین آن می شود. به حیث مثال، اگر احمد تلویزیون را از محمود خریداری نماید و سپس احمد و محمود توافق نمایند که محمود به عوض تلویزیون به احمد رادیو یا ویدیو بدهد، در این مثال، تعهد اول ساقط می گردد و تعهد دوم جانشین آن می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اثر تبدیل تعهد است.

۲) انتقال تأمینات از تعهد اصلی به تعهد جدید: طبق ماده ۹۳۱ ق. م: «هرگاه دین اصلی دارای تأمینات شخصی یا عینی باشد، در صورت تجدید دین، تأمینات آن ساقط می گردد، مگر اینکه به تجدید آن موافقه شده باشد.» طبق نص این ماده هرگاه دین اصلی یا تعهد اولی متضمن تأمینات باشد، در صورت تجدید دین تأمین ساقط می گردد. این اصل است. استثنای این اصل این است که به تجدید تأمین موافقه صورت گرفته باشد. تأمینات جمع تأمین است. تأمین که از ریشه «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.^{۱۱۰۸} در مفهوم مصطلح تأمین مترادف تضمین است. تأمین دو نوع است: تأمین عینی و تأمین شخصی. به نظر می رسد تأمین شخصی عبارت است دادن شخص به عنوان ضامن (کفیل) به داین توسط مدیون است. به نظر می رسد تأمین عینی عبارت از دادن عین (مال) به عنوان تضمین به داین توسط مدیون است.

بنابراین، اگر موضوع تعهد عقار باشد و تحت رهن قرار داشته باشد (تأمین عینی)، یا موضوع دین پول نقد باشد و کفیل ضمانت پرداخت آن را نموده باشد (تأمین شخصی) این تأمینات به متعهد دومی انتقال نمی نماید و ساقط می گردد. زیرا، تأمینات وجود مستقل ندارد و فرع دین است و فرع در وجود و بقاء تابع اصل است. بنابراین، اگر تعهد سابق دارای رهن، مدیونین متضامن یا حق تقدم باشد، تعهد جدید فاقد آن خواهد بود. زیرا، آنها از توابع تعهد سابق بوده و به تبع آن ساقط شده اند. همچنین است حق فسخ و شرایط دیگر که در ضمن تعهد سابق قرار داده شده است.^{۱۱۰۹} به حیث مثال، اگر احمد بخواهد به عوض خانه زمین را به محمود منتقل نماید و خانه به رهن رسمی به جمشید داده شده باشد، رهن ساقط می گردد و به دین جدید منتقل نمی شود مگر این که احمد و محمود در این مورد توافق نموده باشند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تضمینات تعهد یا دین اصلی است.

گفتار سوم) نیابت

طبق ق. م تبدیل تعهد ممکن است از طریق نیابت نیز صورت بگیرد. باوجود این، براساس ق. م نیابت نوعی تبدیل تعهد از طریق مدیون است.

الف) تعریف نیابت

1108. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 11/8/2016).

۱۱۰۹. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۸۴۳-۸۴۵؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۱۸؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، صص ۲۹۸-۳۳۳؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۳۳۵-۳۴۲.

نیابت از ریشه «نوب» گرفته شده که در لغت به معنی کسی را جانشین و نایب خود کردن است و در اصطلاح به کسی در انجام تکلیف جانشین قرار دادن، نیابت می گویند.^{۱۱۱۰}

ب) شروط نیابت

طبق ماده ۹۳۴ ق. م: «نیابت در دین وقتی اعتبار دارد که داین تعهد شخص غیر را به پرداخت دین به عوض مدیون قبول نماید. این امر، تجدید دین به تغییر مدیون شناخته می شود. تجدید دین در نیابت به صورت قرض اعتبار ندارد. اگر موافقه به تجدید موجود نباشد، تعهد جدید در پهلوی تعهد قدیم، بوجود می آید.» از نص این ماده چهار قاعده قابل استنباط است:

۱- طبق نص این ماده شرط است که در نیابت داین تعهد شخص غیر را به پرداخت دین به عوض مدیون قبول نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تعهد نماید تا به نیابت از احمد ده لک افغانی را به محمود پرداخت نماید، این پرداخت و نیابت زمانی اعتبار دارد که داین یعنی محمود آن را قبول نماید.

۲- در صورتی که شخص سوم به داین تعهد نماید تا به نمایندگی از مدیون دین داین را پرداخت نماید، این عمل شخص سوم، تجدید دین به تغییر مدیون شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تعهد نماید تا به نیابت از احمد ده لک افغانی را به محمود پرداخت نماید، این پرداخت صحیح است و به موجب آن مدیون که احمد بود به جمشید تبدیل می شود. در واقع، نیابت تبدیل تعهد به اعتبار مدیون است.

۳- تجدید دین در نیابت به صورت قرض اعتبار ندارد. به حیث مثال، اگر احمد رهنمای معاملات داشته باشد و به محمود خانه خریداری نماید و مطابق قرارداد محمود متعهد گردد تا یک فیصد قیمت خانه را به احمد به عنوان حق الزحمه پرداخت نماید، احمد داین و محمود مدیون است. در این فرض، اگر جمشید به نمایندگی از محمود تعهد نماید تا یک فیصد قیمت خانه را به عنوان حق الزحمه رهنمای معاملات به احمد پرداخت نماید، جمشید باید آن را به صورت فوری پرداخت نماید. بنابراین، این حق الزحمه که تعهد محمود در برابر احمد است نمی تواند به قرض تبدیل شود و به موجب آن جمشید قرض دار احمد تلقی گردد.

۴- اگر موافقه به تجدید موجود نباشد، تعهد جدید در پهلوی تعهد قدیم، به وجود می آید. زیرا، چنانچه گفته شد، شرط نیابت قبول داین است. بنابراین، در صورتی که داین نیابت را قبول ننماید، تعهد جدید در کنار تعهد قدیم به وجود می آید. ایرادی که در نص این ماده به نظر می رسد این است تعهد جدید پرداخت بدون سبب است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تعهد نماید تا به نیابت از احمد ده لک افغانی را به محمود پرداخت نماید، این پرداخت و نیابت زمانی اعتبار دارد که داین یعنی محمود آن را قبول نماید. در صورت عدم قبول، محمود همچنان متعهد یا مدیون احمد باقی می ماند. همچنین، جمشید مدیون احمد تلقی می گردد منتها چون احمد در خصوص تبدیل مدیون توافق نکرده است، تعهد جمشید بدون سبب است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط نیابت است.

۱۱۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۶۱.

ج) آثار نیابت

طبق ماده ۹۳۵ ق. م: «تعهد نایب در برابر دائن صحیح است گرچه تعهد او در برابر مدیون باطل یا قابل دفع باشد. در این صورت نایب تنها به مدیون حق رجوع را دارد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. نایب در لغت به معنی جانشین، نماینده و قایم مقام است. در اصطلاح حقوقی نایب شخصی است که از شخص دیگر نیابت می کند. دفع در لغت به معنی پرداخت است. در اصطلاح حقوق مدنی، دفع عبارت است از پرداخت دین است.^{۱۱۱۱}

به نظر می رسد دفع در نص این ماده در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مصطلح قابل دفع استعمال شده است. بنابراین، هر چند عقد نایب با مدیون باطل یا قابل دفع باشد، عقد نایب با داین صحیح است. به نظر می رسد «او» ضمیر «نایب» است. با پذیرش این برداشت، این نتیجه به دست می آید که نایب طبق نص این ماده دو تعهد دارد. اول تعهد او در برابر داین مبنی بر پرداخت دین. دوم تعهد نایب در برابر مدیون مبنی بر پرداخت دین به مدیون. طبق نص این ماده تعهد نایب در برابر دائن صحیح است گرچه تعهد نایب در برابر مدیون باطل یا قابل دفع باشد. به حیث مثال، اگر احمد پنج لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تعهد نماید که به نمایندگی از احمد پنج لک افغانی را به محمود پرداخت نماید، تعهد جمشید در برابر محمود صحیح است. در این مثال، محمود داین، جمشید نایب و احمد مدیون است. بنابراین، جمشید متعهد می گردد تا دین محمود را به نمایندگی از احمد به محمود پرداخت نماید.

در چنین حالتی، فرق نمی کند که تعهد جمشید در برابر احمد باطل یا قابل دفع باشد. بخش دوم نص این ماده که می گوید «در این صورت نایب تنها به مدیون حق رجوع را دارد» با بخش اول در تعارض به نظر می رسد. زیرا، طبق بند دوم داین می تواند به مدیون مراجعه نماید نه نایب. به حیث مثال، در مثال بالا محمود صرف می تواند به احمد مراجعه و مطالبه پرداخت دین نماید نه به جمشید که عاری از ایراد به نظر نمی رسد.

گفتار چهارم) مجرای

مجرایی که در فقه و حقوق به آن تهاتر و مقاصه می گویند نیز یکی از اسباب وفای دین و در نتیجه سقوط تعهدات است که جلد دوم، فصل هفتم، قسمت ششم، مواد ۹۳۶ الی ۹۴۶ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است.

الف) تعریف

به نظر می رسد مجرای ترجمه دری مقاصه و تهاتر است. مقاصه در لغت از ریشه «قصص» گرفته شده که به معنای قصاص گرفتن، چیزی را به جای چیزی گرفته و باز پس گرفتن مثل چیز داده شده است.^{۱۱۱۲} تهاتر در لغت از ریشه «هتر» گرفته شده که به معنای تبادل کالا، همدیگر را تکذیب کردن، مساوات و برابر شدن است.^{۱۱۱۳} در اصطلاح حقوقی و فقهی به اسقاط دین به ذمه مدیون از سوی مالک در برابر آنچه که خود به ذمه دارد مجرای، تهاتر و یا مقاصه گویند. به عبارت دیگر، مجرای عبارت از سقوط تعهد به سبب مدیون بودن

۱۱۱۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۹۶۵.

۱۱۱۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۳۸.

۱۱۱۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۴۵.

طرفین معامله به همدیگر است.^{۱۱۱۴} ماده ۹۳۶ ق. م. ا در تعریف مجرای می گوید: «مجرایی اسقاط دینی است که دو شخص متقابلاً بالای یک دیگر طلب دارند.».

به حیث مثال، اگر احمد از رفیقش محمود یک هزار افغانی قرض بگیرد تا لباس بخرد، احمد یک هزار افغانی قرضدار محمود می شود. اگر محمود یک هزار افغانی پول صرف غذای احمد را در رستوران بدهد، احمد می تواند دین محمود را مجرا نماید. در این مثال، احمد قرضدار محمود و محمود قرضدار احمد است و احمد و محمود می توانند قرض های خویش را مجرا نمایند. همچنین، اگر احمد تکت فروش چهل هزار افغانی از حمیده قرض بگیرد و حمیده یک تکت که قیمت آن چهل هزار افغانی باشد از احمد بگیرد، هر دو دین ساقط می شوند.

ب) محل و انواع

اصل در مجرای این است که میان دو دین صورت پذیرد. از همین رو، بیشتر قریب به اتفاق فقهاء معتقدند که محل منحصر مجرای، دین به دین است. بنابراین، این دسته از فقهاء مجرای دین به عین را روا نمی شمارند و به نظر می رسد ق. م. ا نیز از این نظر پیروی نموده است (مواد ۹۳۶-۹۳۸). ولی، فقهای حنفیه بر این نظرند که مقاصه یا مجرای عین به دین نیز صحیح است.^{۱۱۱۵} طبق ماده ۹۳۷ ق. م. ا: «مجرایی، یا جبری است که به حکم قانون صورت می گیرد و یا اختیاری است که به رضایت طرفین به عمل می آید.» به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده به رسمیت شناختن مجری جبری و اختیاری است. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، به موجب فقه مجرای یا مقاصه به مجرای جبری و اختیاری (توافقی) تقسیم می شود که هر یک را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) مجرای جبری

اول) تعریف

مجرایی جبری عبارت از مجرای است که خود به خود حاصل می شود، به نحوی که مدیون به چیزی مانند آنچه او در جنس، وصف، حلول و تأجیل مدیون است، مدیون باشد که خود به خود مجرای میان دو دین که بر عهده دو طرف است صورت می گیرد.

دوم) شرایط

مجرایی وسیله ای است برای ساده کردن دو دین متقابل؛ به این معنی که با مجراء کردن دو دین، دین های که دو دین در برابر همدیگر دارند حذف می شود. باوجوداین، اگر همین وسیله مفید بدون قید و شرط صورت پذیرد، مزاحم داد و ستد ها می شود و در زندگی اقتصادی اختلال وارد می نماید. به عنوان مثال، اگر در عقود معوض دو تعهد متقابل با هم مجراء (تهاتر) شوند و همین که به وجود آیند از بین بروند، این گونه معاملات را بیهوده می سازد. بنابراین، برای مجرای باید شروطی وجود داشته باشد.^{۱۱۱۶}

۱۱۱۴. همان مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۳۸

۱۱۱۵. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۴۱۸-۴۴۱۹؛ و مسعود انصاری و

محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۳۸.

۱۱۱۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، ص ۴۲۲.

با توجه به این نیازمندی، ق. م شروط معین را در باره مجرای جبری وضع نموده است. ماده ۹۳۸ ق. م در باره این شرایط می گوید: «در مجرای جبری، اتحاد جنس، وصف و استحقاق هر دو دین شرط می باشد و در مجرای اختیاری اتحاد مذکور شرط نمی باشد. اگر بین جنس و یا وصف هر دو دین اختلاف موجود باشد، اگر هر یک از دین مؤجل و دیگری معجل باشد، مجرای صورت گرفته نمی تواند، مگر به رضای طرفین خواه سبب دین واحد و یا مختلف باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- در مجرای جبری، اتحاد جنس، وصف و استحقاق هر دو دین شرط می باشد. اشیاء دارای جنس و وصف اند که موجب تمیز آنها از سایر اشیاء می شود. جنس در لغت به معنی صنف، دسته، ماهیت و کیفیت بنیادی، قسم و نوع است. به عنوان مثال، گاو، گوسفند، بز و اسب همه از جنس حیوان و مولی، گندنه، گسنیژ، تراتیژک و نظیر اینها از جنس سبزیجات اند.^{۱۱۱۷} وصف که جمع آن اوصاف است در لغت به معنی خصوصیت یک شی است که از سایر اشیا توسط آن متمایز می گردد. به حیث مثال، اسب ها همه از یک جنس اند، اما سیاه و یا سفید و یا ابلق بودن وصف آن است، یا کامپیوترها همه از یک جنس اند، اما دل، مک و یا سونی بودن وصف آن ها است که موجب تمایز آنها از همدیگر می شود. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۱۱۱۸} به نظر می رسد استحقاق در نص این ماده در مفهوم مستحق الاداء است.

به حیث مثال، اگر احمد ده پایه تلویزیون سونی ۴۲ انج مدیون محمود باشد و محمود نیز ده پایه تلویزیون سونی ۴۲ انج مدیون محمود باشد، دین احمد و مدیون به صورت جبری مجرا می گردد. در این مثال، هر دو دین از جنس واحد که عبارت از تلویزیون، وصف واحد که عبارت از سونی ۴۲ انج اند می باشد. همچنین، در این مثال، هر دو دین مستحق الاداء اند.

۲- در مجرای اختیاری اتحاد جنس، و وصف شرط نیست. به حیث مثال، اگر احمد صد گرام طلا مدیون جمیله باشد و جمیله یک لک افغانی مدیون احمد باشد، جمیله و احمد می توانند دو دین را مجرا نمایند. در این مثال، طلا از جنس آهن و پول از جنس کاغذ است.

۳- اگر بین جنس و یا وصف هر دو دین اختلاف موجود باشد، مجرای صورت گرفته نمی تواند مگر به توافق طرفین. به حیث مثال، اگر احمد موتر کورولای مدل ۲۰۱۳ مدیون محمود باشد و محمود موتر کورولای ۲۰۱۷ مدیون احمد باشد، مجرای دو دین صورت گرفته نمی تواند. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد و محمود در این خصوص توافق نمایند. در این مثال، هر دو موتر از جنس آهن اند اما اوصاف آنها متفاوت است. همچنین، اگر احمد صد گرام طلا مدیون جمیله باشد و جمیله یک لک افغانی مدیون احمد باشد، جمیله و احمد می توانند دو دین را هر چند جنس یکی طلا و جنس دیگری پول است مجرا نمایند.

۴- اگر یک دین مؤجل و دیگری معجل باشد، مجرای صورت گرفته نمی تواند، مگر به رضای طرفین خواه سبب دین واحد و یا مختلف باشد. دین مؤجل عبارت از دینی است که مدیون باید آن را در مدت معین در

1117. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 4/1/2018).

۱۱۱۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.

آینده پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده هزار افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را یک سال بعد پرداخت نمایید، این دین مؤجل است. دین معجل عبارت از دینی است که پرداخت آن به آینده موکل نشده است و مدیون باید آن را در حال پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده هزار افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را فوراً و بدون تأخیر پرداخت نمایید، این دین معجل است.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی از بابت مهر مدیون جمیله باشد، دین جمیله دین مؤجل است. اما، اگر احمد ده لک افغانی به جمیله زوجه اش قرض بدهد تا با آن تجارت نماید و بگوید دین را به صورت فوری برایم پرداخت نمایید، دین احمد دین معجل است. در این صورت، احمد و جمیله می توانند دو دین را مجرا نمایند هرچند این دیون دارای اوصاف متفاوت اند. همچنین، در این مثال، اسباب دین متفاوت است. سبب دین جمیله بر احمد مهر است و سبب دین احمد بر جمیله تجارت است.

۵- در مجرای مستحق الاداء بودن دو دین شرط است. زیرا، مجرای، به صورت جبری اجراء می گردد و بنابراین مدیون اجبار نمی گردد مگر اینکه دین او مستحق الاداء باشد. دین زمانی مستحق الاداء است که موعد پرداخت آن فرارسیده باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده هزار افغانی مدیون محمود برای مدت یک ماه باشد و محمود ده هزار افغانی مدیون احمد برای یک ماه باشد و یک ماه بر هر دو دین سپری شود، هر دو دین مستحق الاداء می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط مجرای جبری است.

۴) طبق ماده ۹۴۰ ق. م: «هرگاه داین مال مدیون را که از جنس دین باشد، تلف نماید، دین مجری می شود. در صورت اختلاف جنس، مجرای دین بدون رضایت طرفین صورت گرفته نمی تواند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- در صورتی که داین مال مدیون را که از جنس دین باشد تلف نماید، دین او به صورت خودکار (اتوماتیک) مجری می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گوسفند مدیون محمود باشد و ده رأس گوسفند محمود نزد احمد به امانت باشد و احمد گوسفندان را حلال نماید و گوشت آن را به فروش رساند، دین احمد به صورت خودکار مجرا می شود.

۲- در صورت اختلاف جنس، مجرای دین بدون رضایت طرفین صورت گرفته نمی تواند. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گوسفند مدیون محمود باشد و محمود چهل بوجی برنج خویش را نزد احمد به امانت گذارد و احمد برنج ها را تلف نماید، چون جنس دین ها متفاوت است؛ به این توضیح که گوسفند از جنس حیوان و برنج از جنس حبوبات است، این دین ها به صورت خودکار مجرا نمی گردند. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد و محمود در خصوص مجرای دین توافق نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط مجرای اختیاری است.

۵) براساس ماده ۹۴۱ ق. م: «هرگاه ضامن از جنس دین بالای داین مضمون له، دین داشته باشد، مجرای هر دو دین بدون رضایت طرفین صورت می گیرد. در حالت اختلاف جنس دین مضمون بها، مجرای بدون رضایت داین و ضامن صورت گرفته نمی توند.» از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط است:

۱- هرگاه ضامن از جنس دین بالای داین مضمون له، دین داشته باشد، مجرای هر دو دین بدون رضایت طرفین صورت می گیرد. ضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است که جمع آن ضامنین است. در اصطلاح حقوق مدنی، ضامن کسی است که دین در ذمه دیگری به ذمه او منتقل می شود تا اگر شخص دیگر از پرداخت دین خودداری کند، خود متعهد به پرداخت دین باشد.^{۱۱۱۹} مضمون له شخصی است که ضمانت به نفع او صورت گرفته است.

به حیث مثال، اگر احمد ده هزار مدیون محمود باشد و جمشید پرداخت دین احمد را به عهده بگیرد، جمشید ضامن و محمود مضمون له است. به حیث مثال، اگر احمد بیست رأس گوسفند مدیون جمیله باشد و جمشید تضمین نماید که بیست رأس گوسفند جمیله را پرداخت نماید و در عین حال جمشید بیست رأس گوسفند بر جمیله به عنوان دین یا قرض داشته باشد، دین جمشید و جمیله به صورت اجباری بدون این که توافق نمایند مجرا می شود.

۲- در حالت اختلاف جنس دین مضمون بها، مجرای بدون رضایت داین و ضامن صورت گرفته نمی توند. مضمون بها عبارت از محل عقد تضمین است. به حیث مثال، اگر احمد ده هزار افغانی مدیون محمود باشد و جمشید پرداخت دین احمد را به عهده بگیرد، جمشید ضامن، محمود مضمون له و ده هزار افغانی مضمون بها است. به حیث مثال، اگر احمد بیست رأس گوسفند مدیون جمیله باشد و جمشید تضمین نماید که بیست رأس گوسفند جمیله را پرداخت نماید و در عین حال جمشید شصت هزار افغانی بر جمیله به عنوان دین یا قرض داشته باشد، دین جمشید و جمیله به صورت اجباری بدون این که توافق آنها مجرا نمی شود. زیرا، گوسفند از جنس حیوان و پول افغانی از جنس پول است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط مجرای اختیاری است.

سوم) اموالی که نمی تواند محل مجرای واقع گردد

طبق ماده ۹۳۹ ق. م: «هرگاه ودیعت گیرنده، بالای ودیعت گذار دینی داشته باشد که با مال ودیعت گذاشته شده از یک جنس باشد و یا غاصب بالای مالک عین مغصوبه دینی داشته باشد که با عین مغصوبه از یک جنس باشد، مجرائی بدون رضایت طرفین صورت گرفته نمی تواند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه ودیعت گیرنده، بالای ودیعت گذار دینی داشته باشد که با مال ودیعت گذاشته شده از یک جنس باشد مجرائی بدون رضایت طرفین صورت گرفته نمی تواند. به حیث مثال، اگر احمد یک عراده کورولای مدل ۱۹۹۵ کانادایی مدیون محمود باشد و احمد کورولای مدل ۱۹۹۵ خویش را که همجنس کورولای محمود است نزد محمود به ودیعت یا امانت گذارد، محمود نمی تواند دین خویش را مجرا نماید مگر این که احمد با او در این خصوص توافق نماید.

۲- هرگاه غاصب بالای مالک عین مغصوبه دینی داشته باشد که با عین مغصوبه از یک جنس باشد، مجرائی بدون رضایت طرفین صورت گرفته نمی تواند. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین بر محمود

دین داشته باشد و احمد ده جریب زمین محمود را غصب نماید، احمد نمی تواند دین خویش را با مال مغضوبه مجرای نماید مگر این که محمود در این خصوص با او توافق نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اموالی است که نمی توانند محل مجرای قرار بگیرند مگر این که طرفین در خصوص آن توافق نمایند.

چهارم) کیفیت اعمال مجرای جبری (تمسک ذی نفع به مجرای)

طبق ماده ۹۴۲ ق. م: «مجرایی به حد اقل هر دو دین صورت گرفته و وقتی اعتبار دارد که ذی نفع به آن تمسک نموده باشد.» از نص این ماده استنباط می گردد که مجرای برای حمایت از حقوق داین وضع شده و بدون استناد او صورت نمی پذیرد و محکمه نمی تواند از پیش خود به محض تحقق شرایط دو دین قابل مجرای به امری حکم کند که موضوع درخواست هیچ کدام نبوده است. بنابراین، قاضی نمی تواند مجرای را میان دو دین جاری نماید، مگر اینکه ذینفع (داین) به آن استناد نماید و اجرای مجرای را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید.^{۱۱۲۰} تمسک در لغت به معنی چنگ زدن، دستاویز قرار دادن، پناهنری و توسل، سند و حجت است.^{۱۱۲۱}

به حیث مثال، اگر احمد صد رأس گوسفند مدیون محمود باشد و صد رأس گوسفند محمود نزد احمد باشد، این دو دین زمانی مجرا می شوند که احمد یا محمود به مجرای تمسک نمایند. همچنین، طبق نص این ماده شرط است که دو دین با هم معادل باشند. بنابراین، برای این که مجرای متحقق شود شرط است که هر دو دین تا اندازه ای با هم معادل باشند. به حیث مثال، اگر احمد اجاره گیرنده خانه صد هزار افغانی قرضدار مالک عین خانه ای کرایه باشد، و صد هزار افغانی را مصرف ترمیم خانه نماید، هر دو دین از بین می رود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط مجرای است.

پنجم) آثار

مجرایی جبری باعث ایجاد یک سلسله آثار معین می گردد که برخی متوجه طرفین مجرای و برخی نیز متوجه اشخاص ثالث می گردد:

۱) اثر مجرای نسبت به طرفین: اثر مجرای نسبت به طرفین مجرای قرار ذیل است:

۱- **انقضای حد اقل دو دین:** در اثر مجرای هر دو دین تا اندازه ای که با هم معادل باشند، با هم اجراء و منقضی می گردند. در اثر مجرای نه تنها دو دین، بلکه تأمینات (تضمینات) ناشی از دو دین نیز منتهی می شود. زیرا، تأمینات فرع دین است و فرع در وجود و بقاء تابع اصل است و در صورتی که اصل ساقط شود، فرع خود به خود ساقط می شود. بنابراین، در صورتی که یکی از دیون دارای کفیل شخصی یا عینی و یا دارای رهن، حق امتیاز، حق اختصاص و غیره باشد، با انتهای اصل دین از بین می رود. روی همین دلیل، کفیل شخصی می تواند به مجرای واقع شده میان داین و مکفول استناد نماید.

۱۱۲۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۹۰۹-۹۱۳؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر پلدا، ص ۴۵۴.

(آخرین بازدید ۱۸/۱۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 1121.

۲- صحت مجرای باوجود گذشت مدت مرور زمان: طبق ماده ۹۴۳ ق.م: «هرگاه دعوی دین هنگام تمسک به مجرای نسبت مرور زمان قابل سمع نباشد، مانع مجرای دین شده نمی تواند، مشروط بر اینکه امکان مجرای آن قبل از مرور زمان موجود بوده باشد.» تعریف تمسک در بالا گذشت. نص این ماده مبهم به نظر می رسد. برخی نویسندگان در این خصوص می نویسند که: مجرای از وقت تلاقی دو دین که واجد شرایط مجرای باشند واقع می گردد. پس، اجرای مجرای منوط بر وقت استناد ذی نفع نیست و به حکم قانون واقع می شود و موجب قطع مرور زمان می شود.

به عنوان مثال، دو دینی که دارای شرایط مجرای باشند از وقت تحقق این شرایط مجرای واقع می گردد هرچند در زمان تحقق شرایط مجرای ذی نفع و یا طرفین به آن استناد نمایند.^{۱۱۲۲} طبق نص این ماده و آنچه در بالا نقل گردید این نتیجه به دست می آید که مرور زمان مانع مجرای نمی گردد و مجرای با وجود گذشت مرور زمان بر دین، میان دو دین واقع می گردد. به حیث مثال، اگر احمد وکیل مدافع باشد و دعوی محمود را پیش ببرد و محمود اجرت وکالت احمد را پرداخت ننماید و یک سال از آن بگذرد، بعد از یک سال دعوی احمد علیه محمود به دلیل مرور زمان توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. اما، اگر احمد سی هزار مدیون محمود باشد و اجرت وکالت احمد سی هزار افغانی باشد، هرچند مدت مرور زمان بر دین احمد گذشته است، دین احمد و محمود مجرا می گردد. در چنین حالتی، شرط است که هر دو دین قبل از مرور زمان بتوانند مجرا شوند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم مجرای باوجود گذشت مدت مرور زمان است.

۲- طبق ماده ۹۴۵ ق.م: «هرگاه مدیون با وجود داشتن حق طلب مجرائی، دین را اداء نماید، نمی تواند به ضرر غیر در مورد تأمیناتی که تضمین حق او را نموده به مجرائی تمسک نماید مگر اینکه به حق مذکور علم نداشته باشد.» نص این ماده بسیار پیچیده و مبهم به نظر می رسد. طبق نص این ماده هرگاه مدیون با وجود داشتن حق طلب مجرائی، دین را اداء نماید، نمی تواند به ضرر غیر در مورد تأمیناتی که تضمین حق او را نموده به مجرائی تمسک نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که به حق شخص غیر علم نداشته باشد.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود و محمود ده لک افغانی مدیون احمد باشد، هر دو داین و مدیون همدیگر اند و هر دو حق مجرای را دارند. در صورتی که احمد و محمود مجرای را اعمال نمایند، حق هر دو ساقط می شود. اما، اگر احمد در عین حال، ده لک افغانی مدیون جمشید باشد و موتر خویش را به جمشید به رهن حیازی داده باشد، احمد نمی تواند موتر را که قیمت آن ده لک افغانی می شود با دین محمود مجرا نماید. زیرا، در این صورت، جمشید متضرر می شود چون جمشید موتر را در برابر دین خویش از احمد به عنوان تأمین گرفته است و موتر پرداخت دین جمشید را تضمین می نماید. اما، اگر احمد از مرهونه بودن موتر آگاهی نداشته باشد، می تواند آن را به محمود مجرا نماید. بند اخیر نص این ماده می گوید که مگر این که از وجود این حق مدیون آگاهی نداشته باشد، محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، بعید است

۱۱۲۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۹۱۸ - ۹۲۵؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، صص ۴۶۱ و ۴۶۲.

که یک شخص مدیون باشد و موثر یا یکی از اموال خویش را به داین به رهن بدهد و سپس ادعا نماید که من از وجود این دین علم نداشتم. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این مورد پیش بینی حکم مجرای در خصوص اشخاص ثالث و مورد حمایت قرار دادن اشخاص ثالث است.

۲) اثر مجرای نسبت اشخاص ثالث: طبق ماده ۹۴۴ ق. م. ا: «(۱) مجرای که حقوق مکتسبه غیر را متضرر سازد، جواز ندارد؛ (۲) اگر شخص غیر مال مدیون را که در تصرف اوست، حجر نماید و بعد از آن مدیون، داین داین خود گردد، مدیون به ضرر حجر کننده، نمی تواند به مجرای دین اقدام نماید؛ (۳) مجرای دینی که به ودیعت گذاشته شده یا به عاریت داده شده باشد جواز ندارد.» از نصوص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- مجرای که حقوق مکتسبه غیر را متضرر سازد، جواز ندارد. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. حق مکتسبه عبارت از حقی است که شخص آن را کسب نموده است مانند رتبه علمی، رتبه نظامی، حق اجاره گیرنده نسبت به خانه ای که به اجاره گرفته است و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خویش را به محمود برای مدت یک سال به کرایه داده باشد و پول آن را به صورت نقد و پیش پرداخت دریافت کرده باشد و احمد در عین حال مبلغ پنجاه لک افغانی قرض دار جمشید باشد و احمد بخواهد با دادن خانه به جمشید دین خویش را مجرا نماید، این مجرای صحیح است. اما، حق محمود را متضرر نمی سازد. زیرا، در این مثال محمود دارای حق مکتسبه بر خانه است و می تواند الی ختم سال در خانه سکونت نماید.

۲- اگر شخص غیر مال مدیون را که در تصرف او است، حجر نماید و بعد از آن مدیون، داین دین خود گردد، مدیون به ضرر حجر کننده، نمی تواند به مجرای دین اقدام نماید. به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه تیبی وجود دارد. زیرا، در نص این ماده به عوض واژه «حجر»، «حجر» استعمال شده است. نص این ماده ترجمه ماده ۳۶۷ ق. م. ج. م است. در این ماده به عوض کلمه حجر، حجر و توقیف استعمال شده است. ۱۱۲۳ حجر در لغت به معنی بازداشت است و در اصطلاح حقوقی سپردن مال به دستگاه قضایی برای رعایت مصلحت عمومی و یا مصلحت شخص برای خارج کردن آن از دست شخص است.^{۱۱۲۴}

بنابراین، به مالی که به مصلحت شخص یا مصلحت عمومی توسط قضاء بازداشت شده است، محجوز و به شخصی (چه حکمی یا حقیقی) که مال را تحت حجر قرار داده حاجز می گویند. همچنین، کلمه «داین» دوم «دین» است که به نظر می رسد در ترجمه اشتباه تیبی صورت گرفته است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موثر محمود در حالی که ده لک افغانی قیمت آن است توسط جمشید که شخص ثالث تلقی می گردد و داین محمود است موثر محمود را تحت حجر قرار دهد، محمود نمی تواند با احمد مجرای نماید. زیرا، در این صورت حق شخص ثالث حاجز یعنی جمشید متضرر می گردد.

۱۱۲۳. نک: محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ص ۱۱۴.
۱۱۲۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۱۸ و ۸۱۹.

۳- مجرای دینی که به ودیعت گذاشته شده یا به عاریت داده شده باشد جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود برای مدت یک هفته به عاریت داده باشد و احمد در عین حال مدیون جمشید باشد، احمد نمی تواند موتر خویش را به عنوان بدل مجرای به جمشید بدهد. زیرا، در این صورت محمود عاریت گیرنده متضرر می گردد. اگر احمد موتر خویش را به محمود به ودیعت داده باشد و احمد در عین حال مدیون جمشید باشد، احمد نمی تواند موتر خویش را به عنوان بدل مجرای به جمشید بدهد.

عدم جواز مجرای مال به عاریت داده شده و به ودیعت داده شده در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در ودیعت، ودیعت گیرنده نمی تواند از مالی که به ودیعت گذاشته شده انتفاع بگیرد. زیرا، هدف از ودیعت حفظ مال مودع توسط مستودع است نه منتفع گردانیدن مستودع از منفعت مالی که به ودیعت گذاشته شده است. اما، در عاریت، عاریت گیرنده می تواند از منفعت عین مستعاره استفاده نماید. بنابراین، اگر شخصی مال خویش، مثلاً بایسکل، موتر، حیوان و کتاب خویش را به دیگری به عاریت بدهد، عاریت گیرنده می تواند از منفعت بایسکل، موتر، حیوان و کتاب انتفاع بگیرد (مثلاً: از رکوب موتر، حیوان، بایسکل و یا از مطالب کتاب انتفاع بگیرد). اما، در ودیعت نمی تواند به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اثر مجرای نسبت به اشخاص ثالث (اجاره گیرنده، حاجز، عاریت گیرنده و امانت گیرنده) است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۷۸):

حکم ماده (۹۴۴) قانون مدنی در ضمن مثال توضیح شود.

توضیح:

حکم ماده (۹۴۴) قانون مدنی ذیلاً توضیح می گردد:

مثال فقره دوم که در واقع مورد تطبیق فقره اول را توضیح نموده قرار ذیل است:

احمد بالای محمود دین دارد و محمود بالای حامد مبلغ یک هزار افغانی دین دارد که احمد همان دین را که محمود بالای حامد دارد تحت حجز دین خود قرار می دهد. بعداً حامد نیز بالای محمود یک هزار افغانی دین پیدا می کند. در این صورت، حامد نمی تواند دین احمد را که بالای محمود دارد مقاصه نماید زیرا این مقاصه یا مجرای به ضرر احمد که شخص ثالث و حاجز است تمام می شود.^{۱۱۲۵}

۶- حق حواله گیرنده: طبق ماده ۹۴۶ ق. م: «(۱) هرگاه داین حق خود را به شخص دیگری حواله دهد و مدیون این حواله را صراحتاً قبول نماید، مدیون بعد از آن نمی تواند به مجرای علیه حواله گیرنده، تمسک

نماید گرچه پیش از قبولی حواله چنین حق را دارا بوده باشد، مدیون در این صورت حق رجوع را ندارد، مگر علیه حواله دهنده؛ و (۲) محض ابلاغ حواله به مدیون، بدون قبول وی مانع تمسک به مجرای نمی گردد، مگر اینکه حق مورد ادعای مجرای بعد از ابلاغ حواله به ذمه حواله دهنده ثابت شده باشد.». از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- هرگاه داین حق خود را به شخص دیگری حواله دهد و مدیون این حواله را صراحتاً قبول نماید، مدیون بعد از آن نمی تواند به مجرای علیه حواله گیرنده، تمسک که تعریف آن گذشت نماید گرچه پیش از قبولی حواله چنین حق را دارا بوده باشد. به حیث مثال، اگر احمد پنجاه هزار افغانی داین محمود باشد و احمد دریافت پنجاه هزار افغانی را به جمشید حواله دهد و محمود این حواله را به صورت واضح قبول نماید، محمود نمی تواند دین احمد را با دینی که بر جمشید دارد مجرا نماید هرچند قبل از قبول حواله می توانست دین جمشید را به دین خویش مجرا نماید.

۲- فقره ۲ ماده ۹۴۶ ق. م که می گوید: «مدیون در این صورت حق رجوع را ندارد، مگر علیه حواله دهنده» مبهم به نظر می رسد. زیرا روشن نیست که مدیون از چه رجوع نماید. همچنین، مدیون می تواند در این صورت به داین حواله دهنده رجوع نماید که این قاعده نیز روشن نیست. قابل توصیه است نص این قاعده اصلاح گردد.

۳- محض ابلاغ حواله به مدیون، بدون قبول وی مانع تمسک به مجرای نمی گردد. محض در لغت به معنی صرف، بی چون و چرا و فقط است.^{۱۱۲۶} ابلاغ از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسانیدن پیام یا نامه به کسی و پیام رسانی و ایصال است.^{۱۱۲۷} این اصل است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر مدیون دین داشته باشد و محمود ده لک بر جمشید دین داشته باشد و محمود بخواهد دین خویش را در برابر دینی که جمشید بر او دارد با جمشید مجرای نماید اما احمد به محمود ابلاغ نماید که دینی را که بر محمود دارد به داین احمد که جمشید است حواله دهد، صرف ابلاغ حواله مانع این نمی شود که محمود نتواند در برابر ادعای جمشید به مجرای تمسک نماید. به عنوان مثال، محمود به جمشید نتواند بگوید دین شما با دینی که من بر شما دارم مجرا گردد. قول محمود در این مثال تمسک به مجرای است.

۲) مجرای اتفاقی (اختیاری)

مجرای اختیاری عبارت از مجرای است که بر اساس توافق طرفین حاصل می شود، مانند اینکه: دو طرف دینی بر عهده همدیگر داشته باشند و توافق کنند که آن دیون ساقط گردند^{۱۱۲۸} که مثال هایی آن گذشت.

گفتار پنجم) اتحاد ذمه

اتحاد ذمه یکی دیگر از اسباب انقضای تعهد است که احکام آن را جلد دوم، فصل هفتم، قسمت هفتم مواد ۹۴۷ و ۹۴۹ ق. م تنظیم نموده است:

(آخرین بازدید ۸/۱۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 1126.

۱۱۲۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۶.
۱۱۲۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۴۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۳۸.

۱) طبق ماده ۹۴۷ ق. م: «هرگاه در دین واحد صفات داین و مدیون در یک شخص جمع گردد، دین مذکور به اندازه که اتحاد ذمه در آن صورت گرفته، ساقط می گردد.» طبق نص این ماده هرگاه در یک دین صفات داین و مدیون در یک شخص جمع گردد، این دین به اندازه ای که اتحاد ذمه در آن صورت گرفته، ساقط می گردد. اتحاد ذمه مرکب از دو کلمه است اتحاد و ذمه. تعریف ذمه در مبحث تعریف و جبیه گذشت. اتحاد از ریشه «وحد» گرفته شده که در لغت معنی یکی شدن، یگانه شدن، یگانگی کردن و یکی بودن است که به معنی یکدلی، یک جهتی، موافقت، همسویی و وحدت و اجتماع نیز استعمال می شود.^{۱۱۲۹} معنی حقوقی و فقهی اصطلاح اتحاد ذمه از معنی لغوی آن دور نیست. زیرا، طبق فقه اگر در تعهد یا مسؤولیتی و یا هم دینی، داین و مدیون یکی باشند، از آن به اتحاد ذمه تعبیر می شود. در حقوق نیز اتحاد ذمه به همین معنی است، چنانکه حقوقدانان در تعریف اتحاد ذمه گفته اند که: اتحاد ذمه عبارت از اجتماع دو وصف داین و مدیون در یک شخص است که منجر به سقوط دین می شود. نمونه بارز چنین حالتی در مدیون بودن وارث به مؤرث و مؤرث به وارث است که هر دو صورت مایه سقوط دین می گردد. همچنین، حقوقدانان در معنای دقیقتر در باره اتحاد ذمه چنین گفته اند که اتحاد ذمه زمانی تحقق می یابد که دو وصف داین و مدیون به نسبت یک دین در یک شخص جمع شود.^{۱۱۳۰} در ذیل برخی مثال های اتحاد ذمه را ارایه می نمایم:

۱) در ارث: اگر احمد دو لک افغانی بر محمود پسرش به عنوان قرض داشته باشد و جز محمود دیگر وارثی نداشته باشد و احمد وفات نماید و ترکه او به محمود از طریق ارث منتقل شود، دین محمود ساقط می شود زیرا در این صورت محمود هم داین است و هم مدیون و اتحاد ذمه میان احمد و محمود صورت می گیرد.

۲) در وصیت: در صورتی که دینی آنچه را بر ذمه مدیون دارد، به نفع او وصیت کند، ذمه داین و مدیون پس از مرگ داین یکی می شود. زیرا، پس از مرگ موصی و قبول موصی له، موصی له داین ذمه خود می گردد و دین از بین می رود. به حیث مثال، اگر احمد دو لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود شش لک افغانی سرمایه و مال داشته باشد و دو لک آن را به احمد وصیت نماید، پس از مرگ محمود ذمه احمد و محمود متحد می شود و احمد صفت داین و مدیون را کسب می نماید و دین ساقط می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اتحاد ذمه به عنوان یکی از اسباب انقضای تعهد است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۷۹):

در ماده (۹۴۷) قانون مدنی صفات داین مدیون چگونه در یک شخص جمع می شود؟

توضیح:

۱۱۲۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۳.
 ۱۱۳۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۹۴۴-۹۵۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۶؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، صص ۳۹۶-۴۰۴؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۱)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۳۴۸.

مورث در حال حیات بالای وارث دین دارد و غیر از مدیون وارث دیگر نیز دارد. در صورت فوت مورث وارث مدیون در برابر سایر ورثه مدیون است و در قسمت سهم خود که از مورث به ارث مانده بنابر استحقاق در ارث مجازاً داین است در چنین حالت به اندازه ذمه خودش دین ساقط می گردد.^{۱۱۳۱}

(۲) ماده ۹۴۸ ق. م: «هرگاه سببی که اتحاد ذمه را به وجود آورده، زایل گردد و این زوال اثر رجعی داشته باشد، دین و ملحقات به نسبت اشخاص ذی علاقه اعاده می گردد. اتحاد ذمه در این صورت طوری تلقی می گردد که اصلاً به وجود نیامده است.» طبق نص این ماده اگر سبب اتحاد ذمه مانند ارث و وصیت از بین برود و اثر رجعی به گذشته داشته باشد، دین در خصوص افراد ذینفع دوباره اعاده می گردد. به عنوان مثال اگر سبب اتحاد ذمه ارث باشد و پس از اتحاد ذمه معلوم شود که میان داین و مدیون رابطه ارثی وجود نداشته است و یا متوفی در واقع نمرده است با زوال سبب، مسبب آن که اتحاد ذمه باشد، نیز از بین می رود.^{۱۱۳۲} به حیث مثال، اگر محمود ده لک افغانی مدیون احمد پدرش باشد و احمد به دلیل مریضی به کوما برود و همه تصور نمایند که احمد وفات نموده است و احمد هیچ ورثه ای جز محمود نداشته باشد، در این صورت میان احمد و محمود اتحاد ذمه صورت می گیرد و محمود صفت داین و مدیون را کسب می نماید. اما، در صورتی که سبب اتحاد ذمه که در این مثال مرگ است زایل گردد و این زوال اثر رجعی داشته باشد، دین دوباره احیا می گردد. به حیث مثال، اگر احمد دوباره برخلاف تصور اکثریت، زنده شود، دین و ملحقات دین مانند رهن و کفالت دوباره احیاء می گردد.

همچنین، اگر احمد دو لک افغانی به محمود مدیون خویش وصیت نماید و احمد به کوما برود، صفت داین و مدیون در محمود جمع می شود و در اثر اتحاد ذمه دین ساقط می گردد. اما، اگر ثابت شود که احمد اصلاً وفات نکرده است، دین با ملحقات آن مانند رهن و کفالت دوباره احیا می گردد. مبنای این ماده قاعده حقوقی این اصل است که تصریح می نماید: « هر حکمی از حیث وجود و عدم وجود بر محور علت و سبب خویش می چرخد و زمانی که علت از بین رفت حکم نیز از بین می رود».^{۱۱۳۳} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر و اعاده اثر اتحاد ذمه است.

مبحث سوم) انقضای الترام به غیر از طریق وفاء

گفته شد که تعهد از طریق غیر از وفاء نیز ممکن است منقضی گردد. اسبابی که موجب انقضای وجبیه و یا تعهد می گردد عبارتند از: ابراء، عدم امکان تنفیذ (استحالة تنفیذ) و مرور زمان. اسباب سه گانه فوق موجب براءت ذمه مدیون بدون اینکه چیزی (نه دین و نه آنچه معادل دین است) به داین اداء نماید می گردد:^{۱۱۳۴}

گفتار نخست) ابراء

۱۱۳۱. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۳۲.
۱۱۳۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۹۵۸ و ۹۵۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۸.
۱۱۳۳. در مورد این قاعده ر. ک: خلیل قبله ای خوئی (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی، صص ۱۷ و ۱۸.
۱۱۳۴. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۹۶۱.

در ابراء داین به رضایت خویش از اخذ دین خویش بدون دریافت آنچه معادل دین است منصرف می شود. بنابراین، ابراء یکی از اسباب انقضای تعهد است که جلد دوم، باب چهارم، فصل اول، مواد ۹۴۹ ق. م احکام ابراء را تنظیم نموده است.

الف) تعریف

ابراء در لغت از ریشه «بری» به معنای تنزیه، تخلیص، بیزار کردن، بهبود بخشیدن، شفا بخشیدن و رهایی از دین و إسقاط حق ثابت در ذمه است. در فقه و حقوق به إسقاط حق خود، که بر ذمه دیگری باشد، ابراء گویند مانند اینکه: شخصی دینی را که بر عهده دیگری دارد، ساقط نماید.^{۱۱۳۵}

ب) ارکان و مبنای مشروعیت

در باره ارکان ابراء در فقه دو نظر وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که رکن ابراء صرف ایجابی است که از صاحب حق صادر می گردد که به صورت صریح دلالت بر ترك حق و تنازل از آن می نماید. زیرا، رکن امری است که وجود شی متوقف بر آن، و جزء حقیقت شی و داخل در شی است. ولی، جمهور فقهاء بر این نظر اند که ارکان ابراء چهار اند که عبارتند از: (۱) مبری یا ابراء کننده؛ (۲) متبراً یا مدیون؛ (۳) صیغه؛ و (۴) مبراً منه؛ یعنی؛ محل ابراء خواه دین، عین و یا حق باشد.^{۱۱۳۶}

به موجب حقوق اسلام اصلی ترین مبنای ابراء حقی است که خداوند ﷻ برای انسان در تصرف در اموال و حقوق وی اعطاء کرده است و فقهاء مشروعیت آن را بر مبنای قرآن و اجماع ثابت تلقی نموده و آن را امر مستحب می دانند. زیرا، ابراء نوع احسان و نیکوکاری است، چنانچه خداوند ﷻ در این مورد می فرماید:

﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ - [البقره/۲۸۰]

«و اگر (مدیون شما) تنگدست باشد، پس تا (هنگام) گشایش، مهلتی (به او دهید)؛ و (اگر به راستی قدرت پرداخت ندارد)، بخشیدن آن برای شما بهتر است، اگر بدانید.».

چون ابراء حقی را از ذمه مدیون (گرچه تنگدست نباشد) ساقط می گرداند و باعث قطع نزاع می گردد و نوعی از احسان و تبرع را تشکیل می دهد غالباً در حکم مندوب بوده و یک امر مطلوب است و متضمن إسقاط حق از ذمه مدیون می باشد.^{۱۱۳۷}

ج) شروط

ابراء دارای يك سلسله شرایط است که بعضی آن مربوط به ابراء کننده، بعضی مربوط به مبراً، بعضی مربوط به صیغه و بعضی هم مربوط به محل ابراء می گردد:

۱) **شروط ابراء کننده (مبری):** به موجب ق. م و فقه جهت صحت ابراء شرط است:

۱۱۳۵ . وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، ص ۴۳۶۹؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۳۰.

۱۱۳۶ . وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، ص ۴۳۷۱؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۳۱.

۱۱۳۷ . وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، ص ۴۳۷۰؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۳۱.

۱- اینکه ابراء کننده دارای اهلیت تبرع باشد: طبق ماده ۹۵۲ ق. م: «برای صحت ابراء داشتن اهلیت تبرع ابراء دهنده شرط است.» طبق نص این ماده برای این که ابراء صحیح باشد، شرط است که ابراء دهنده دارای اهلیت تبرع باشد. تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.^{۱۱۳۸} شخص زمانی دارای اهلیت تبرع است که عاقل و بالغ باشد. به حیث مثال، اگر احمد پنج ساله باشد و دینی را که بر محمود دارد ابراء دهد، این ابراء صحیح نیست.

همچنین، اگر احمد دیوانه باشد و دینی را که بر محمود دارد ابراء دهد، این ابراء صحیح نیست. در خصوص این شرط ماده ۱۵۴۱ مجله الاحکام می گوید: «ابراء صبی، مجنون و معتوه به صورت مطلق صحیح نیست.» هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۹۵۲ ق. م پیش بینی شرط ابراء دهنده است.

۲- اینکه ابراء کننده بر حقی که آن را ساقط می نماید، ولایت داشته باشد: بدین توضیح که، یا مالک آن باشد و یا نایب مالک مانند اینکه وکیل و یا وصی باشد. اما، در باره ابراء برای فضولی میان فقهاء مذاهب اختلاف وجود دارد: عده ای بر این نظر اند که ابراء فضولی باطل است و اجازه لاحق تأثیری در باطل بودن آن ندارد. برعکس، گروهی دیگر بر این نظر اند که اجازه لاحق در حق کسی که تصرف فضولی او درست باشد؛ یعنی این تصرف از سوی کسی انجام پذیرفته باشد که در سایر موارد تصرفات فضولی، تصرف فضولی اش را درست بدانند، آنگاه اجازه لاحق در حکم وکالت سابق خواهد بود که بیشتر قریب به اتفاق فقهای اهل سنت بر این باور اند؛ و

۳- فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که رضا شرط صحت ابراء است. بنابراین، ابرای مُکره صحیح نیست.^{۱۱۳۹}

۲) شروط مبرأ (کسی که ابراء به وی صورت می گیرد): طبق ماده ۹۵۷ ق. م: «هرگاه مدیونین متعدد باشند، تعیین کامل هر یک از آنها در ابراء ضرور می باشد.» به حیث مثال، اگر احمد بر محمود، جمشید و حمید قرض داشته باشد و بخواهد آنها را ابراء دهد، شرط است هر کدام را معین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط ابراء شونده است. نص این ماده از فقه گرفته شده است. فقهاء بر این نظر اند که جهت صحت ابراء شرط است که مبرأ معلوم و معین باشد.

بنابراین، اگر کسی به دیگری بگوید: که یکی از دو دینی را که از تو طلب دارم، از ذمه تو ساقط می نمایم یا بگوید: یکی از دیونی را که بر عهده شما دو نفر دارم ساقط می کنم، چنین ابرایی صحیح نیست.^{۱۱۴۰} ماده ۱۵۶۸ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «لازم است مبرأ لهم معلوم و معین باشند. بنابراین، اگر کسی بگوید: به تمام مدیونین خود ابراء دادم، یا مرا نزد هیچ کسی حقی نیست، چنین ابراء صحیح نیست. اما، اگر بگوید: به اهالی فلان محله ابراء دادم و اهالی محله معین و معلوم باشند؛ یعنی: اشخاص معدودی باشند،

۱۱۳۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۶۹۶.

۱۱۳۹. جهت مطالعه بیشتر در این باره ر.ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۳۷۴ و ۴۳۷۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۲.

۱۱۴۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۳۷۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۳.

ابراء صحیح است.» اما، طبق ماده ۹۵۳ ق. م: «ابراء موقوف به قبول مدیون نمی باشد، مگر به رد مدیون رد می شود. اگر مدیون قبل از قبول ابراء وفات نماید، دین از ترکه گرفته نمی شود.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- ابراء موقوف به قبول مدیون نمی باشد. موقوف اسم مفعول از ریشه «وقف» گرفته شده است که در لغت به معنی بازداشته شده، محصور، متوقف شده، بازایستاده شده و توقیف شده است.^{۱۱۴۱} به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی بر محمود به عنوان دین داشته باشد و احمد به محمود بگوید: دینی را که بر شما داشتم، ابراء دادم، این ابراء وابسته به قبول محمود نیست. زیرا، ابراء ایقاع است که با یک اراده واقع می شود و اثر می کند و قبول مدیون در آن شرط نیست.

۲- ابراء به رد مدیون رد می شود. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی بر محمود به عنوان دین داشته باشد و احمد به محمود بگوید: دینی را که بر شما داشتم، ابراء دادم، در صورتی که محمود دین را رد نماید، ابراء از اعتبار ساقط می گردد.

۳- اگر مدیون قبل از قبول ابراء وفات نماید، دین از ترکه گرفته نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی بر محمود به عنوان دین داشته باشد و احمد به محمود بگوید: دینی را که بر شما داشتم، ابراء دادم و محمود قبل از قبول ابراء محمود وفات نماید، دین از ترکه محمود نباید به احمد پرداخته شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اثر رد و وفات مدیون قبل از قبول ابراء است.

۳) **شروط مبرأ منه (محل ابراء):** طبق ماده ۹۵۶ ق. م: «حقی که اسقاط را نمی پذیرد، ابراء از آن جواز ندارد». نص این ماده مبهم و کلی است. طبق نص این ماده ابراء از حق های اسقاط پذیر جواز دارد و ابراء از حق های غیرقابل اسقاط جواز ندارد. اما، این که کدام حق ها قابل اسقاط و کدام حق ها قابل اسقاط نیست، قانونگذار مدنی سکوت اختیار نموده است که محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط محل ابراء است.

در فقه، شرط است که مبرأ منه از جمله اعیان نباشد. زیرا، اثبات عین بر ذمه ناممکن است، و ابراء اسقاط است و اسقاط عین که در واقع اسقاط ملکیت است، باطل است. پس، شخصی که کتابی دیگری را غصب نماید، برای آن توسط ابراء کننده صحیح نیست.^{۱۱۴۲} ولی، در صورتی که محل ابراء دین و یا حقوق باشد، مانند: ابراء از حق دعوی و امثال آن، ابراء صحیح است. اما، حقی که اسقاط را نمی پذیرد، ابراء آن جواز ندارد.

۳) **اینکه مبرأ منه حین ابراء موجود باشد:** طبق ماده ۹۵۸ ق. م: «ابراء از حقوقی صورت می گیرد که قبل از ابراء ثابت باشد و شامل دینی که لزوم آن بعد از ابراء تحقق پذیرد، نمی گردد، گرچه سبب دین قبل از ابراء موجود گردیده باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱۱۴۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۲۰۳۰.

۱۱۴۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۳۷۷ و ۴۳۷۸؛ و مسعود انصاری و

محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۲ و ۳۳.

۱- ابراء از حق های صورت می گیرد که قبل از ابراء ثابت باشد. بنابراین، در صورتی که حق ثابت نباشد، ابراء از آن صحیح نیست. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که بر محمود ده لک افغانی دارد و قبل از این که این حق توسط وسایل اثبات توسط احمد ثابت شود، ابراء از حق قبل از اثبات آن صحیح نیست.

۲- ابراء شامل دینی که لزوم آن بعد از ابراء تحقق پذیرد، نمی گردد، گرچه سبب دین قبل از ابراء موجود گردیده باشد. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی بخواهد از محمود بخاطر خرید مواد ساختمانی و ساختن آشپزخانه قرض بگیرد و محمود وعده نماید که به احمد یک لک افغانی بدهد، محمود نمی تواند قبل از این که لک یک افغانی را تسلیم احمد نماید از آن ابراء دهد. زیرا، در این صورت، عقد قرض بعد از ابراء لازم می گردد و سبب ابراء متحقق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط محل ابراء است.

به موجب فقه ابراء قبل از ایجاد آن باطل است، مانند اینکه: شخص دینی را که هنوز نپرداخته است ساقط نماید. روی همین دلیل فقهای حنفیه برای نفقه آینده توسط زوجه را که زوج مکلف به فراهم نمودن آن به زوجه است، صحیح نمی دانند. همچنین، فقهای حنفیه اسقاط نفقه عده توسط زوجه را قبل از طلاق صحیح نمی دانند. زیرا، فقهای مذکور استدلال می نمایند که ابراء اسقاط حق است و حقی که هنوز به وجود نیامده است قابل اسقاط نیست.^{۱۱۴۳}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۸۰):

در ماده (۹۵۸) ابراء از حقوق ثابت مجاز پنداشته شده. پس، معلوم می شود که ابراء از حقوق غیر ثابت جواز ندارد اگر در این مورد ماده (۱۵۶۳) مجله رعایت شود بهتر است.

توضیح:

ماده (۹۵۸) قانون مدنی ابراء از حقوق ثابت را بیان داشته و مثال آن ابراء زن مطلقه از نفقه ایام عدت بعد از تعیین می باشد و موافق ماده (۱۵۶۳) مجله الاحکام است.^{۱۱۴۴}

۴) ابراء به شرط ادای قسمتی از محل ابراء: طبق ماده ۹۵۵ ق. م. ا: «هرگاه داین از یک قسمت دین به این شرط ابراء دهد که مدیون قسمت باقی مانده دین را به وقت معین اداء نماید، در صورت ایفای شرط، مدیون بری الذمه شناخته می شود، در غیر آن تمام دین به ذمه او باقی می ماند.» طبق نص این ماده هرگاه داین از یک قسمت دین به این شرط ابراء دهد که مدیون قسمت باقی مانده دین را به وقت معین اداء نماید، در صورت ایفای شرط، مدیون بری الذمه شناخته می شود، در غیر آن تمام دین به ذمه او باقی می ماند.

۱۱۴۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۴۳۷۷ و ۴۳۷۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۲ و ۳۳.
۱۱۴۴. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص 532.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود قرض داشته باشد و احمد به محمود بگوید پنج لک افغانی من را پرداخت نمایید و بقیه پنج لک از شما باشد، در صورتی که محمود پنج لک افغانی را به احمد پرداخت نماید، ذمه محمود از پرداخت پنج لک بری می‌گردد. اما، اگر محمود پنج لک را پرداخت ننماید، مکلف است تمام دین؛ یعنی: ده لک افغانی را پرداخت نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط محل ابراء است. به موجب فقه هرگاه داین به مدیون بگوید: از نصف و یا ثلث دینی که بر ذمه شما دارم، ابراء می‌دهم اگر باقی آن را به من پرداخت نمایید، ابراء به اتفاق آراء فقهاء صحیح است.

۵) **عدم ترضیع حق غیر:** در محل ابراء شرط است که موجب ضیاع حق غیر نگردد، مانند: ابراء مادر مطلقه از حق حضانت. زیرا، حضانت حق طفل صغیر است.

۶) اینکه محل ابراء ملک سابق ابراء کننده باشد. زیرا، تصرف انسان در ملک غیر صحیح نیست، مگر از طریق نیابت و یا فضالت؛ و

۷) اینکه ابراء بعد از وجود محل ابراء و یا سبب آن واقع گردد. زیرا، ابراء اسقاط آنچه در ذمه دیگری است می‌باشد که بعد از مشغول شدن ذمه مدیون به آن متحقق می‌گردد. از همین رو، فقهاء مبنی بر عدم صحت ابراء قبل از وجود سبب اجماع نموده اند، مانند اینکه: زنی قبل از طلاق از متعه که شوهر مکلف به پرداخت آن است، ابراء دهد.^{۱۱۴۵}

د) شروط صیغه

صیغه ابراء عبارت از الفاظی است که عمل حقوقی ابراء با آن اداء می‌شود. معمولاً در فقه برای صیغه ابراء احراز شرایط زیر لازم است:

۱) اینکه صیغه ابراء منجز، غیر معلق به شرط و مضاف به آینده نباشد: در رابطه به این شرایط فقهای حنفیه بر این نظر اند که تنجیز شرط صحت ابراء است مانند اینکه: داین به مدیون بگوید: دین خویش را که بر عهده شما دارم ساقط نمودم! زیرا، ابراء به معنای تملیک است و تملیکات تعلیق را نمی‌پذیرند.

۲) **تعلیق ابراء به شرط:** طبق ماده ۹۵۴ ق. م: «ابراء معنای تملیک را افاده نموده و تعلیق آن به شرط صحیح می‌باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- طبق نص این ماده ابراء معنای تملیک را افاده می‌نماید. تملیک به معنای انتقال دادن ملکیت است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید از ده هزار دینی که بر شما داشتم، ابراء دادم، این ابراء به معنای تملیک ملکیت ده هزار افغانی توسط احمد به محمود است.

۲- تعلیق ابراء به شرط صحیح جواز دارد. تعریف تعلیق و شرط صحیح در مبحث اشتراط در عقد و تقسیمات عقد گذشت. به حیث مثال، اگر جمیله با احمد شوهرش در خصوص مهر مؤجل دعوی داشته باشد و جمیله بگوید که در صورتی شما را از مهر ابراء می‌دهم که حضانت محمود طفل شش ساله ام متعلق به من

۱۱۴۵. جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۳۸۲ و ۲۳۸۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۲.

باشد، ابراء به شرط صحیح معلق گردیده است و جواز دارد. بنابراین، در این مثال هم شرط و هم تعلیق ابراء به شرط صحیح است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صیغه ابراء است.

۳) **مضاف نمودن ابراء به زمان آینده:** مضاف نمودن ابراء به زمان آینده (مستقبل) هر چند معلوم نیز باشد به جز مرگ، صحیح نیست. زیرا، اصل در ابراء تنجیز است. همچنین، ابراء به معنی تملیک است، و تملیک مضاف شدن به زمان آینده را نمی پذیرد.

۴) **اینکه صیغه ابراء با شرع در تعارض نباشد:** مانند ابرای زوجه مطلقه از حق سکنی در خانه شوهر در زمان عدت، ابراء از حق ولایت بر صغیر. زیرا، در چنین حالات حکم شرع تغییر می نماید و هیچکس حق چنین امری را ندارد.

ه) محل

محل ابراء یا اعیان است، یا دیون و یا هم حقوق هر یک ذیلاً به صورت خیلی مختصر مورد ارزیابی قرار می گیرد:

۱) **ابراء از اعیان:** ابراء از اعیان ممکن است از دعوی ناشی از عین صورت پذیرد و یا خود عین: ابراء از دعوی ناشی از اعیان به اتفاق آراء فقهاء صحیح است. ولی، در صورتی که ابراء از خود عین صورت پذیرد، به اتفاق نظر فقهاء چنین ابرایی صحیح نیست. زیرا، اعیان، چنانچه قبلاً بدان اشاره شد، اسقاط را نمی پذیرند.

۲) **ابراء از دین:** ابراء از دیونی که بر ذمه اشخاص ثابت است، به اتفاق نظر همه فقهاء صحیح است. زیرا، ابراء اسقاط آنچه در ذمه دیگری است می باشد.

۳) **ابراء از حقوق:** ابراء از حقوق ممکن است از حقوق الله، حقوق العبد و یا هم حقوق مختلط (حقوق الله و حقوق العبد) صورت پذیرد: در صورتی که حق به صورت محض مربوط به بنده باشد، مانند: کفالت و حواله ابرای آن به اتفاق نظر فقهاء جواز دارد. هرگاه حقوق به طور مطلق مربوط به حق الله باشد، مانند: حد زنا، حد قذف و حد سرقت بعد از ارجاع آن به قاضی جواز ندارد. اگر حقی مربوط به حقوق الله و حقوق العبد باشد، در صورتی که حق العبد در آن غالب باشد، مانند تعزیر، قصاص، دیه، حق انتفاع، حق فسخ عقد به سبب خیار عیب و پرداخت خساره تلف مال و سایر حقوق شخصی که در ذمه ثابت می شوند، ابراء از آن صحیح است.^{۱۱۴۶}

ز) انواع

به موجب فقه^{۱۱۴۷} و ق. م (مواد ۹۴۹ و ۹۵۰ ق. م. ا) ابراء به انواع ذیل تقسیم گردیده است:

۱) **تقسیم ابراء به اعتبار شمول و عدم شمول:** طبق ماده ۹۵۱ ق. م. ا «ابراء یا به صورت خاص از یک حق یا دعوی یا به صورت عام از جمیع دعاوی به عمل می آید». از نص این ماده استنباط می گردد که ابراء به اعتبار شمول و عدم شمول به دو نوع است: ابرای عام و ابرای خاص:

۱۱۴۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۳۸۳ - ۴۳۸۶.
۱۱۴۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۲۸۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۳.

۱- **ابرای عام:** ابرای عام عبارت است از ابراء از هر حقی است که ابراء کننده در ذمه دیگری دارد. ماده ۱۵۳۸ مجله الاحکام در تعریف ابرای عام می گوید: «ابرای عام عبارت از ابرای یک شخص به شخص دیگر در مورد سایر دعاوی است.» به عنوان مثال، «اگر کسی گفته بود که به فلان شخص از همه دعاوی ابراء نموده‌ام یا مرا نزد او برای ابد حقی وجود ندارد این ابراء، ابرای عام است و او حق ندارد در حق متعلق به زمان قبل از ابراء دعوی کند حتی اگر حقی را به موجب کفالت دعوی نمود نیز شنیده نمی‌شود؛ یعنی: نمی‌تواند به این قول ادعا نماید که من پیش از ابراء به فلان شخص کفیل بودم یا بالای شخص غیر به این قول ادعا نماید که شما برای کسی کفیل بودید که من به او ابراء داده بودم.» (ماده ۱۵۶۵ مجله الاحکام).

۲- **ابراء خاص:** ابرای خاص، ابرایی است که حق معینی را شامل می‌شود، چنانکه مبری بگوید: دینی را که در ذمه تو برای من ثابت است، اسقاط می‌کنم که در چنین حالات تنها همین دین ساقط می‌گردد.^{۱۱۴۸} ماده ۱۵۳۷ مجله الاحکام در مورد تعریف ابراء خاص می‌گوید: «ابرای خاص آن است که یک شخص به شخص دیگر از یک دعوی خاص مانند: دعوی مطالبه یک در بند حویلی یا یک مقدار رخت یا امثال آن ابراء دهد. به عنوان مثال: «اگر کسی به دیگری از یک موضوع خاص ابراء می‌دهد چنین ابراء را ابرای خاص می‌گویند و بعد از این، دعاوی او متعلق به عین مدعابها شنیده نمی‌شود. اما در سایر موارد که متعلق به موضوع ابراء نباشد حق دعوا را دارد. طور مثال: اگر کسی از دعاوی حویلی به خصم خود ابراء دهد دعاوی او در خصوص همین حویلی بعد از ابراء غیر مسموع است مگر دعاوی وی در قسمت زمین و رخت و سایر امور قابل سمع است.»

۳- **فرق بین ابرای خاص و ابرای عام:** میان ابرای خاص و عام فرق‌های ذیل وجود دارد:

- ابرای خاص ناظر بر ابرای حق معین است و صرف شامل حقی می‌شود که از آن ابراء صورت گرفته است. اما، ابراء عام ناظر بر همه حقوقی است که داین بر مدیون دارد. به عنوان مثال، اگر داین به مدیون بگوید: من از دین خود به فلان شخص ابراء نمودم این ابراء مختص به دین است و اگر چنین ابراء نموده باشد تا که از همه دیونی که من بالای فلان شخص داشتم ابراء نمودم این نوع ابراء را ابرای عام از دین می‌نامند و این نوع ابراء را در عین نمی‌توان تطبیق نمود.

- هرگاه ابراء از دعوی عین صورت گیرد، این نوع ابراء در هر حالت صحت دارد خواه از دعوی یک عین خاص صورت گرفته باشد مانند اینکه: داین بگوید من از دعوی همین عین به فلان شخص ابراء نموده‌ام و یا ابراء خود را چنان عمومیت بخشد که در آن مفهوم ابراء از دعوی بر عین به ملاحظه رسد، مانند اقرار به ابراء به نحوی که مبری به ابراء خویش چنین اخبار نماید که این شخص از دعاوی هر عین مربوط من برائت یافته است، این ابراء صحت دارد.

- ابرای عام به شکل اخبار صورت می‌گیرد که از هر عین و دین ابراء می‌کند مانند اینکه داین بگوید: برای من حق دعوی و خصومت نسبت به فلان شخص وجود ندارد یا این که مبری له از حق من رهایی یافته است،

۱۱۴۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۳۸۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۳.

یا حق دعوی بالای او برای من نمانده یا بالای آن برای من تعلق می‌شود نیست یا بالای آن شخص هیچ ثبوتی از اثبات ندارم یا برای من همراه آن شخص یک کار شرعی نمانده و امثال آن.

- همچنین ابرای عام به شکل انشا نیز عرض وجود می‌کند چنان که حایز حق بگوید که از حق خود به شما ابراء می‌دهم و یا «از حقی که نزد شما دارم ابراء دادم» و حکم ابرای عام آن است که مبری‌له از کلیه دعاوی مبرا، خواه در قسمت عین باشد و یا در قسمت دین در آینده رهایی یابد.

- مبری در ابراء انشاء می‌تواند از عین قضاء ابراء دهد، ولی دیانتاً حق چنین ابرایی را ندارد. زیرا، انشای ابراء عبارت از اسقاط است و عین اسقاط را قبول نمی‌کند.

۲) **تقسیم ابراء به اعتبار زمان:** ابراء به اعتبار زمان به ابرای ماضی (گذشته) و مستقبل (آینده) تقسیم می‌شود:

۱- **ابرای گذشته:** فقهاء معتقد اند که اثر ابرای گذشته صرف شامل مواردی می‌شود که تاریخ آن گذشته باشد و شامل حقوق و دیونی که بعداً ایجاد می‌گردد نمی‌گردد و به قاعده ای استناد می‌نمایند که می‌گوید: «برائت سابق بر دین لاحق قابل تعمیل نیست.»^{۱۱۴۹} ماده ۱۵۶۳ مجله الاحکام در مورد ابرای گذشته می‌گوید: «در ابراء حالتی موجود است که در مابعد خویش تاثیر ندارد. یعنی اگر کسی به شخص دیگر از حق خود ابراء می‌دهد همان حقوقی را که قبل از ابراء داشت ساقط می‌گرداند و صرف در حقوقی که بعد از ابراء حادث می‌گردد حق دعوی را دارد.»

اتاسی در ضمن شرح ماده ۱۵۶۳ فوق، چنین تذکر می‌دهد: «معنای آن این است که ابرا سابقه در دیون آینده و لاحق تاثیر وارد نمی‌کند زیرا طوری که در کتاب «انیه» توضیح شده است، معنای برائت ذمه بعد از وجوب حق مصداق پیدا می‌کند» و سپس چنین مثال می‌دهد: «اگر مالک به غاصب از عین مغضوبه ابرا نمود و بعداً غاصب آن را هلاک کرد یا از رد آن به مالک ابا ورزد، قیمت مال مغضوبه به وی لازم می‌گردد، زیرا ابرا از مال مغضوب ابرا از ضمان رد آن می‌باشد نه از ضمان قیمت آن.»

۲- **ابرای آینده:** در رابطه به ابرای آینده فقهاء، چنانچه قبلاً گفته شد، به این نظر اند که به سبب عدم موجودیت محل آینده برای ابراء، ابراء آینده صحیح نیست، مانند ابراء از حق نفقه دوران عدت قبل از طلاق.

۳- **فرق بین ابرای گذشته و ابرای آینده:** ابراء گذشته از حقوقی صورت می‌پذیرد که ایجاد گردیده است. برعکس، ابرای گذشته از حقوقی صورت می‌پذیرد که هنوز ایجاد نگردیده و قرار است در آینده ایجاد گردد. بنابراین، ابرای گذشته صحیح است، اما ابرای آینده صحیح نیست.

۳) **تقسیمات ابراء به اعتبار صیغه:** به نظر فقهای حنفیه ابراء به اعتبار صیغه به ابراء اسقاط و ابراء استیفاء دسته بندی می‌گردد. ماده ۱۵۳۷ مجله الاحکام در این مورد می‌گوید: «ابراء بر دو قسم است: ابراء اسقاط و ابراء استیفاء.» ماده ۹۴۹ ق. م نیز با اقتباس از فقه در این باره می‌گوید: «ابرای حق، به شکل ابرای اسقاط یا ابرای استیفاء صورت می‌گیرد.» به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدیون در نص این ماده پیش بینی انواع ابراء به اعتبار صیغه است. در ذیل هر یک را به صورت جداگانه مورد بحث قرار می‌دهیم:

۱- ابراء اسقاط: بند اول ماده ۹۵۰ ق. م در تعریف ابراء اسقاط می گوید: «ابرای اسقاط آن است که داین مدیون خود را از تمام یا از قسمتی از حق خود بری الذمه گرداند [...]». به موجب فقه ابراء اسقاط، ابرایی است که به موجب آن دین از عهده مدیون ساقط می شود، مانند اینکه: داین به مدیون بگوید: دینی را که بر ذمه شما داشتم ساقط نمودم. ماده ۱۵۳۷ مجله الاحکام در تعریف ابراء اسقاط می گوید: «ابرای اسقاط عبارت از ابرایی است که کسی به شخص دیگری با اسقاط جمله حقوقی که بر ذمه او دارد و یا به تقلیل یک اندازه معین ابراء دهد [...]».

۲- ابراء استیفاء: طبق بند دوم ماده ۹۵۰ ق. م: «ابراء استیفاء آن است که داین به قبض حق خود اقرار نماید». به موجب فقه ابراء استیفاء، عبارت از اقرار ابراء کننده مبنی بر قبض و یا استیفاء دین اوست، مانند اینکه: داین به مدیون بگوید: حق خویش را استیفاء نمودم و یا حق خویش را قبض نمودم.^{۱۱۵۰} ماده ۱۵۳۷ مجله الاحکام در تعریف ابراء استیفاء می گوید: «[...] ابراء استیفاء عبارت از اقرار شخص به قبض و تسلیمی حقی است که به ذمه شخص دیگر دارد [...]».

۳- فرق بین ابراء اسقاط و ابراء استیفاء: از آنچه گفته شد، میان ابراء اسقاط و ابراء استیفاء فرق‌های ذیل ظاهر می گردد:

- طوری که تعریف دو اصطلاح فوق دیده می‌شود، ابراء اسقاط آن است که داین قسمتی یا تمام دین خود را ساقط می‌سازد و با رعایت قاعده فقهی «الساقط لا یعود کما ان المعدوم لا یعود.» داین در مورد آنچه ابراء داده است، اقامه دعوا کرده نمی‌تواند. اما ابراء استیفاء عبارت از اعتراف به اخذ و قبض حق داین است که بالای دیگری داشته است.

- ابراء اسقاط انشاء است و دعوی کذب در مورد آن مسموع نیست، اما ابراء استیفاء اخبار است، به دلیل این که احتمال صدق و کذب را دارد و دعوای کذب علیه آن قابل سمع می‌باشد چنانکه در ماده ۱۵۸۹ مجله الاحکام تصریح شده است: «اگر کسی دعوا نمود که او در اقراری که به عمل آورده است کاذب می‌باشد، مقررله به عدم کذب مقرر سوگند یاد می‌نماید.» به عنوان مثال، کسی به شخص دیگری سندی را می‌دهد و در آن می‌نویسد: از فلان شخص این قدر پول را قرض گرفته‌ام ولی بعداً می‌گوید با آن که به او سند مذکور را داده‌ام اما پول را از وی قرض نگرفته‌ام، مقررله قسم اداء می‌نماید که مقرر در اقراری که به داخل سند داده‌است کاذب نمی‌باشد.

- هرگاه داین بعد از آن که مدیون دین خود را ادا نماید از دین مذکور ابراء اسقاط به عمل آورد، مدیون می‌تواند استرداد آنچه را که ادا نموده است، مطالبه کند. اما اگر داین ابراء استیفاء داده بود دین قابل استرداد نمی‌باشد.

و آثار

طبق ماده ۹۵۹ ق. م: «دعوا در هر حقی که متضمن ابراء خاص یا عام باشد قابل سمع نیست.» از نص این ماده استنباط می‌گردد که دعوی در خصوص حقی که در مورد آن ابراء خاص صورت گرفته است قابل

۱۱۵۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۸۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۳.

سمع نیست. به حیث مثال، اگر احمد بیست هزار افغانی بر محمود دین داشته باشد و از آن ابراء دهد و بعد از ابراء علیه محمود در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید، دعوی احمد توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. همچنین، اگر احمد از جمیع حق های که بر محمود دارد، ابراء دهد و سپس علیه محمود اقامه دعوی نماید، دعوی احمد علیه محمود توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ابراء که عبارت از اسقاط حق است، می باشد. به موجب فقه اگر ابراء با رعایت شرایطی که قبلاً در باره آنها سخن گفته شد، صورت پذیرد، آثار معین بر آن مرتب می گردد. مهم ترین اثری که بر ابراء مرتب می گردد برائت ذمه مدیون است که بر حسب عام و خاص بودن ابراء فرق می نماید. پس، در صورتی که ابراء خاص باشد، داین نمی تواند بعد از ابراء حقی را که از آن ابراء نموده است از مدیون مطالبه نماید. بنابراین، در اثر ابراء خاص، حقی که داین بر ذمه مدیون است منتهی می گردد و دعوی وی بعد از ابراء در این باره مسموع نیست.^{۱۱۵۱} در رابطه به رجوع از ابراء فقهای حنفیه بر این نظر اند ابراء کننده نمی تواند بعد از ابراء از آن رجوع نماید.^{۱۱۵۲}

گفتار دوم) عدم امکان تنفیذ تعهد

عدم امکان تنفیذ تعهد نیز یکی از اسباب انقضای تعهد از طریق غیر از وفاء است که احکام آن را جلد دوم، باب چهارم، فصل دوم، مواد ۹۶۰ الی ۹۶۴ ق. م با اقتباس و ترجمه ق. م. ج. م و قانون مدنی عراق تنظیم نموده است. در این گفتار شرایط عدم امکان تنفیذ و سپس آثار آن را ذیلاً مورد بررسی قرار می دهیم:

الف) عدم امکان تنفیذ به دلیل سبب خارجی

مطابق ماده ۹۶۰ ق. م. ا: «هرگاه مدیون ثابت نماید که وفاء به تعهد به سببی که خارج از اراده او بوده ناممکن شده، تعهد ساقط می گردد.» طبق نص این ماده هرگاه مدیون ثابت نماید که وفاء به تعهد به سببی که خارج از اراده او بوده ناممکن شده، تعهد ساقط می گردد. سبب خارجی، سببی است که خارج از اراده شخص است. به نظر می رسد مصداق های سبب خارجی قوه قاهره و حادثه غیر مترقبه است که تعریف هر یک در مبحث مسؤلیت مدنی قراردادی و غیر قراردادی گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا هوتلی را برای محمود در جریان سال ۱۳۹۷ احداث و به محمود تسلیم نماید اما در اثر جنگ هوتل را احداث نتواند، تعهد ساقط می گردد. جنگ در این مثال سبب خارجی و خارج از اراده احمد است. همچنین، اگر احمد مستری تعهد نماید که موتر محمود را در مدت یک روز ترمیم نماید، اما مادر احمد وفات نماید، تعهد احمد به دلیل سبب خارجی حداقل برای مدت یک روز ساقط می گردد. سبب خارجی در این مثال، وفات مادر احمد است که خارج از اراده احمد است.

همچنین، اگر احمد تعهد نماید که ترکاری یا میوه های احمد را از مزار شریف به کابل انتقال دهد، اما در اثر برف کوچ در سالنگ راه بسته شود، تعهد احمد به دلیل سبب خارجی ساقط می گردد. سبب خارجی در

۱۱۵۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۸۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۳.
۱۱۵۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۸۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۳.

این مثال، برق کوچ در سالنگ است. در صورت غیر ممکن گردیدن تنفیذ تعهد به سبب خارجی، تعهد با توابع آن، مانند: تضمینات شخصی و عینی از قبیل: رهن، حق امتیاز، حق اختصاص و کفالت و امثال اینها منقضی و مسئولیت مدیون رفع می گردد. در نتیجه، اثر عدم امکان تنفیذ را داین متحمل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی عدم امکان تنفیذ به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهد است.

ب) آثار

۱) طبق ماده ۹۶۱ ق. م: «هرگاه یک شی، به اساس عقد یا بدون آن به تصرف شخص غیر مالک در آید و شی مذکور بدون تجاوز و قصور از دست این شخص تلف گردد، در صورتی که تصرف باضمان باشد، تاوان آن بر متصرف لازم می گردد و اگر تصرف به صفت امانت باشد، تاوان ندارد.» طبق نص این ماده در صورتی که یک شی بر اساس عقد مانند: اجاره، عاریت، ودیعت و امثال آن یا بر اساس غیر عقد، مانند غصب و حیازت با حسن نیت یا سوء نیت تحت تصرف شخص غیر مالک قرار گیرد و سپس شی در ید غیر مالک به سبب اجنبی هلاک گردد، تحمل اثر هلاک توسط داین یا مدیون بستگی به این امر دارد که آیا تصرف یا ید مدیون، ید امان است و یا ید ضمان. ید در لغت به معنی دست است و در فقه کنایه از تصرف است، چنانکه اگر بگویند: فلانی بر چیزی ید دارد، مراد آن است که بر آن تصرف مالکانه دارد. از همین رو، شخصی که ملکی را تحت ید دارد ذوی الید نامیده می شود. ید بر دو نوع است:

۱- ید تصرف مالکانه که عبارت از ید بر مال خود است و طبق قاعده ید، ید بر چیزی اماره مالکیت بر آن است. به عبارت دیگر، قاعده ید عبارت از قاعده ای است که بیان می دارد اختیار، سلطه و تصرف داشتن بر چیزی اماره مالکیت بر آن چیز است، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

۲- ید بر مال غیر: در تصرف خود داشتن مال غیر یا به اذن مالک است و یا بدون اذن مالک. اگر به اذن مالک باشد، دو حالت دارد، یا ید امانی است و یا ید ضمانی. اما، اگر بدون اذن و غیر قانونی باشد، در هر صورت ید او ید ضمانی است. اساساً فقهاء ید اجیر خاص، ید شریک، ید وکیل، ید مرتهن، ید مضارب، ید مستودع، ید مستعیر و ... را ید امانت و ید سارق، ید غاصب و ... را ید ضمانت می دانند.^{۱۱۵۳} از آنچه گفته شد چنین نتیجه گرفته می شود که ید دو نوع است: ید ضمان و ید امان. ید ضمان عبارت از یدی است که متصرف که در عین حال غیر مالک شی است، شی را به قصد تملک به حیازت خود آورده باشد، مانند: غاصب و حایز دارای سوء نیت.

به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را به اجاره بگیرد یا امانت یا عاریت بگیرد و موتر در اثر آتش سوزی نزد محمود بدون تجاوز و قصور محمود که تعریف هر دو در مبحث غصب گذشت، از بین برود، محمود مسئولیت مدنی قراردادی ندارد و مکلف به پرداخت جبران خسارت نیست. زیرا، تصرف محمود بر موتر تصرف امان است. اما، اگر احمد موتر محمود را سرقت نماید و موتر در اثر زلزله و سیل از بین برود، محمود باید جبران خسارت موتر را به احمد پرداخت نماید، زیرا ید محمود ید ضمان است. به عبارت دیگر: تصرف

۱۱۵۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، صص ۲۲۶۶ و ۲۲۶۷.

محمود بر موتر تصرف ضمان است. همچنین، در صورتی که محمود موتر احمد را غصب نماید و مغصوبه در ید محمود به سبب اجنبی مانند آتش سوزی تلف گردد، محمود باید جبران خسارت آن را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و قراردادی متصرف بر شی است.

۲) طبق ماده ۹۶۲ ق. م: «تصرف وقتی با ضمان شناخته می شود که متصرف شی را به قصد تملک به حیازت خود در آورده باشد. اگر متصرف شی را به قصد نیابت از مالک به حیازت خود در آورده باشد، این تصرف امانت شناخته می شود.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۹۶۱ ق. م است. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- طبق نص این ماده تصرف وقتی باضمان است که متصرف شی را به قصد تملک تحت حیازت خود در آورده باشد. ضمان چنانچه بحث آن گذشت به معنی مسؤولیت و جبران خسارت است. متصرف از ریشه «صرف» گرفته شده است که به معنی تصرف کننده، دخالت کننده و انجام دهنده کاری است. در فقه و حقوق متصرف به کسی می گویند که یک عمل حقوقی را انجام دهد.^{۱۱۵۴} حیازت از ریشه «حوز» گرفته شده است که در لغت به معنی گردآوردن، گردآوری کردن، جمع کردن و فراهم آوردن چیزی است.^{۱۱۵۵} تملک در لغت به معنی تحت ملکیت در آوردن شی است. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را غصب یا سرقت نماید، احمد متصرف با ضمان (مسؤولیت و جبران خسارت) است. زیرا، احمد موتر را به قصد تحت ملکیت در آوردن غصب یا سرقت کرده است.

۲- اگر متصرف شی را به قصد نیابت از مالک به حیازت خود در آورده باشد، این تصرف امانت شناخته می شود. شی در نص این ماده مترادف مال است. نیابت چنانچه بحث آن گذشت به معنی نمایندگی و جانشینی و قایم مقامی است. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را به اجاره یا عاریت یا امانت بگیرد، احمد نماینده محمود تلقی می گردد و ید یا تصرف احمد تصرف امان است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی معیار برای تصرف امان (ید امان) و تصرف ضمان (ید ضمان) است.

۳) تحول ید امان به ید ضمان: طبق ق. م در موارد ذیل ید امان به ید ضمان تبدیل می شود:

۱- در صورت اخذ شی و مانع شدن مالک از تصرف: طبق ماده ۹۶۳ ق. م: «تصرف امانت، وقتی به تصرف با ضمان مبدل می گردد که متصرف، مالک شی را بغیر حق از تصرف مانع گردد یا آن را بدون اجازه مالک اخذ نماید، گرچه به قصد تملک صورت نگرفته باشد.» طبق نص این ماده در دو حالت تصرف امانت (ید امان) به تصرف با ضمان (ید ضمان) تبدیل می شود:

نخست: متصرف، مالک شی را بغیر حق از تصرف مانع گردد. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را به اجاره یا عاریت یا امانت بگیرد و سپس موتر را تسلیم محمود ننماید و مانع آن شود که محمود بر موتر خویش تصرف نماید، به حیث مثال، آن را به شخص سوم به فروش رساند، هبه نماید، اجاره دهد و نظیر اینها، ید احمد که ید امان بود به ید ضمان تبدیل می شود.

۱۱۵۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، صص ۱۶۹۹ و ۱۷۰۰.

۱۱۵۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۸۷۷.

دوم: در صورتی که متصرف شی را بدون اجازه مالک اخذ نماید، گرچه قصد تملک را نداشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را بدون اجازه محمود بگیرد، ید احمد بر موتر ید ضمان است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی و احصای حالاتی است که به موجب آنها ید متصرف از ید امان به ید ضمان تبدیل می شود.

۲- **عدم انتقال مبیع توسط بایع و هلاک آن در اثر سبب خارجی:** طبق ماده ۹۶۴ ق. م: «(۱) هرگاه ملکیت شی به اساس عقد انتقال نماید، تصرف مالک سابقه قبل از تسلیمی شی، تصرف با ضمان شناخته می شود؛ و (۲) در صورتی که مالک، بنا بر اسباب حق نگهداشت، از تسلیمی شی امتناع ورزد، تصرف او به تصرف امانت مبدل می گردد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

نخست: در صورتی که بایع مبیع را به مشتری انتقال ندهد، و مبیع قبل از تسلیمی به مشتری توسط بایع در اثر سبب خارجی هلاک شود، مشتری باید جبران خسارت آن را به بایع بپردازد. زیرا، طبق ق. م ید بایع در چنین حالتی ید ضمان است. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و پول آن را اخذ نماید، اما قبل از تسلیمی در آن تصرف نماید، تصرف احمد تصرف با ضمان (ید ضمان) است. در صورت از بین رفتن موتر، احمد در برابر محمود مسؤولیت مدنی دارد و باید جبران خسارت را به محمود پرداخت نماید.

دوم: در صورتی که مالک، به دلیل حق نگهداشت، از تسلیمی شی امتناع ورزد، تصرف او به تصرف امانت مبدل می گردد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و محمود پول موتر را تسلیم احمد نماید و احمد موتر را نزد خود نگهدارد و از حق نگهداشت استفاده نماید، ید احمد بر موتر ید امان است. بنابراین، در صورتی که موتر در اثر سبب خارجی از بین برود، احمد در برابر محمود مسؤولیت مدنی ندارد.^{۱۱۵۶} به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده پیش بینی حالت ید ضمان و تبدیل شدن ید ضمان به ید امان است.

گفتار سوم) مرور زمان (تقادم)

طبق ق. م مرور زمان نیز یکی از اسباب انقضای تعهدات مدنی است که احکام آن را جلد دوم، باب چهارم، فصل سوم، مواد ۹۶۵ الی ۹۸۲ با اقتباس از فقه و ترجمه از ق. م. ج. م تنظیم نموده است. در ذیل تعریف، مبنای مرور زمان، مدت مرور زمان، آغاز مدت مرور زمان و اعذار مرور زمان را مورد مطالعه قرار می دهیم:

الف) تعریف

مرور زمان که در فقه آن را «تقادم» می گویند از دو کلمه مرور به معنای گذشت و گذشتن، رفتن و گذر کردن و زمان به معنی وقت، هنگام، مدت، ساعت، عصر و دوران است. مرور زمان بر سه نوع است:

۱) **مرور زمان مُکسِب حق:** مرور زمان مُکسِب حق عبارت از مرور زمانی است که به اکتساب حق عینی اصلی (ملکیت) منجر می شود.

۱۱۵۶. جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۹۸۱-۹۹۳.

(۲) **مرور زمان مُسْقَطِ حق:** مرور زمان مُسْقَطِ حق عبارت از مرور زمانی است که به اسقاط حق منجر می شود.

(۳) **مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی:** مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی عبارت از مرور زمانی است که موجب اسقاط سمع دعوی توسط محکمه ذیصلاح بعد از سپری شدن مدت معین مقرر در قانون می گردد. بنابراین، مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی عبارت از گذشت مقدار زمانی است که پس از آن حق ادعا ساقط شده گویی که در اصل هرگز نبوده است.^{۱۱۵۷} از همین رو، ماده ۱۶۶۳ مجله الاحکام در رابطه به تعریف مرور زمان مُسْقَطِ حق اقامه دعوی می گوید که: «مرور زمانی که مانع استماع دعوی می شود عبارت از گذشت زمانی است که طی آن دعوی بدون عذر شرعی ترک گردد [...]».

در خصوص اسقاط حق در اثر مرور زمان ماده ۹۶۵ ق. م حکم می نماید: «(۱) حق به مرور زمان ساقط نمی گردد؛ و (۲) دعوی مطالبه حق بنا بر هر سببی که باشد، علیه منکر، بعد از مرور پانزده سال با رعایت احکام خاص آن و استثنائات ذیل شنیده نمی شود.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که: حق به مرور زمان ساقط نمی گردد. ساقط از ریشه «سقط» گرفته شده است که در لغت به معنی سقوط کرده است. در اصطلاح حقوق مدنی، ساقط عبارت از حقی است که سقوط کرده است، مانند حق ساقط، دعوی ساقط و نظیر اینها.^{۱۱۵۸} این قاعده عام است و بر همه حقوق قابل تسری است. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود قرض داشته باشد و لو هر قدر وقت بر قرض بگذرد، قرض احمد در اثر مرور زمان ساقط نمی گردد. قرض در این مثال، حق است.

دوم این که: دعوی مطالبه حق بنا بر هر سببی که باشد، علیه منکر، بعد از مرور پانزده سال با رعایت احکام خاص آن و استثنائات ذیل شنیده نمی شود. احکام خاص مرور زمان در قوانین خاص پیش بینی شده است. استثنائات مرور زمان در موادی که در ذیل ماده ۹۶۵ ق. م پیش بینی شده اند، ذکر گردیده است. از جمع این دو پراگراف این نتیجه به دست می آید که مرور زمان موجب اسقاط حق نمی گردد. اما، مرور زمان موجب سقوط مطالبه حق می گردد. منکر از ریشه نکر گرفته شده است که در لغت به معنی انکار کننده و رد کننده است.

به حیث مثال، اگر احمد وکیل مدافع باشد و قضیه طلاق محمود را در محکمه ذیصلاح پیش ببرد، اما محمود حق الزحمه احمد را که از باب مثال سی هزار افغانی می شود پرداخت ننماید و یک سال از آن سپری شود، محمود سی هزار افغانی مدیون احمد باقی می ماند. اما، احمد اگر علیه محمود بعد از سپری شدن یک سال اقامه دعوی نماید، دعوی احمد علیه محمود در محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اولاً پیش بینی دو نوع مرور زمان است. این دو نوع مرور زمان عبارت اند از: مرور زمان اسقاط حق و دوم مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی. قانونگذار مدنی نوع

۱۱۵۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۷۸۶ و ۱۷۸۷.

۱۱۵۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۶۹.

اول را به رسمیت نشناخته است و نوع دوم را به رسمیت شناخته است. ثانیاً این که اگر حق در اثر مرور زمان ساقط نگردد ولی مدعی نتواند علیه منکر اقامه دعوی نماید یا اقامه دعوی نماید اما دعوی وی به دلیل مرور زمان توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نباشد، حق قضایی به حق دینانی تبدیل می شود. سی هزار افغانی در مثال بالا قبل از تحت مرور زمان قرار گرفتن حق قضایی (تعهد مدنی) و بعد از تحت مرور زمان قرار گرفتن حق دینانی (تعهد طبیعی) است که تفصیل آن گذشت. ثالثاً قانونگذار مدنی در نص این ماده قاعده عام عدم اسقاط حق در اثر مرور زمان را در نص این ماده پیش بینی نموده است. رابعاً قانونگذار مدنی قاعده عام مرور زمان را در موارد غیر منصوصه که عبارت از پانزده سال است در نص این ماده پیش بینی نموده است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۸۱):

بین جزء اول ماده (۹۶۵) و جزء (۲) ماده (۹۷۰) توفیق داده شود. بین جزء (۲) ماده (۹۶۵) و جزء ۲ ماده (۹۷۰) در حصه اعتبار و عدم اعتبار مرور زمان تناقض دیده می شود.

توضیح:

جزء (۱) ماده (۹۶۵) قانون مدنی و جزء (۲) ماده (۹۷۰) قانون مذکور در مورد اینکه حق مرور زمان ساقط نه می گردد توافق دارد.

جزء (۲) ماده (۹۶۵) قانون مدنی که مطالبه حق را به طور مطلق بعد از مرور پانزده سال ساقط می داند با حکم فقره (۲) ماده ۹۷۰ قانون مذکور که عدم مطالبه حق مستند به سند تحریری را نیز بعد از مرور پانزده سال ساقط می داند تناقض ندارد زیرا مرور زمان پانزده سال یک بار دیگر موجب سقوط مطالبه حق دانسته شده ولی قبول عذر معقول در فقره (۲) ماده (۹۷۰) قانون مدنی به اعتبار آن است که حق مندرج فقره مذکور مستند به سند تحریری می باشد.^{۱۱۵۹}

حقوقدانان در اسقاط حق دعوی بر اثر مرور زمان به دلایل ذیل استناد می نمایند:

(۱) هرگاه بعد از سپری شدن مدت معینه مالک اقامه دعوی کند از نقطه نظر اثبات ملک، هم مالک و هم محکمه ذیصلاح به مشکلات مواجه می شوند. زیرا، بعد از گذشت مدت زمان طولانی شهود پراکنده می شوند، اوضاع و احوال از یاد می رود، اسناد پوسیده می شود و یا در اثر گذشت زمان از بین می رود؛

۲) در مالک بودن کسی که بعد از سپری شدن مدت معینه اقامه دعوی می نماید شک به وجود خواهد آمد. زیرا، بی اعتنایی داین به مطالبه حق خود در مدتی طولانی این فرض را در ذهن ایجاد می کند که او به نحوی از انحاء به حق خویش رسیده است یا از آن صرفنظر کرده است.^{۱۱۶۰}

پرسش ریاست دیوان مدنی حوزه اول:

۱- طبق ماده (۴۰) قانون اساسی ملکیت افراد از تعرض مصئون است. مدت مرور زمان در موضوع فوق الذکر با ماده (۴۰) قانون اساسی آیا در تضاد واقع نمیگردد؟ در مورد خواهان معلومات هستیم.

توضیح:

ماده (۴۰) قانون اساسی از ملکیت ثابت شخص بحث دارد و مالکیت ثابت شخص را از تعرض غیر مصئون دانسته است و حکم این ماده با مبحث مرور زمان قانون مدنی کدام تضادی ندارد بدین مفهوم که حق ثابت شخص هیچگاه به مرور زمان ساقط نمی گردد چنانچه فقره (۱) ماده (۹۶۵) قانون مدنی در زمینه صراحت دارد و آنچه که به مرور زمان قابل اسقاط دانسته می شود حق ثابت نبوده بلکه دعوی مطالبه حقی است که هنوز ثابت نیست چنانچه فقره (۲) ماده مذکور در زمینه صراحت دارد.

و هرگاه مدعی علیه به حق مدعی معترف باشد ولی نسبت مرور زمان از ایفای آن خود داری کند و استدلال به مرور زمان نماید، این استدلال قانونی نبوده و ملزم به ایفای آن میباشد بدلیل اینکه حق ثابت است و حق ثابت به مرور زمان ساقط نمی گردد.^{۱۱۶۱}

ب) مدت

مدت مرور زمان بر حسب مدعی بها فرق می نماید. باوجوداین، ق. م در باره مدعی بهای که در قانون در مورد آنها حکمی وجود ندارد را پانزده سال معین نموده است. در ذیل قاعده عمومی و برخی مدت های منصوص در خصوص مرور زمان را مورد مطالعه قرار می دهیم. قاعده عمومی در رابطه به مدت مرور زمان با رعایت استثنائاتی که در محل آن در باره آن سخن خواهیم گفت پانزده سال است، مگر اینکه قانون خاص این مدت را کمتر و یا بیشتر تعیین نموده باشد.^{۱۱۶۲} ماده ۹۶۵ فقره دوم ق. م. ا در این باره حکم می نماید که: «دعوی مطالبه حق بنا بر هر سببی که باشد، علیه منکر بعد از مرور پانزده سال با رعایت احکام خاص آن و استثنائات ذیل شنیده نمی شود.» از نص این ماده به خوبی بر می آید اصل در مدت مرور زمان پانزده است. باوجوداین، این اصل استثنائاتی دارد که مواد ۹۶۶ الی ۹۶۷ ق. م و مواد ۱۶۶۰ الی ۱۶۶۲ مجله الاحکام این

۱۱۶۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۹۹۶-۹۹۸؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۶۲؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، صص ۵۵۳ و ۵۵۴.

۱۱۶۱. ____ (12-17 عقرب، 1386). اسناد و مصوبات سیمینار عالی روسای محاکم،

تعمیم قانونیت - تامین عدالت، (____)، ص ۱۰۳.

۱۱۶۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۰۰۸ و ۱۰۰۹.

استثنائات را پیش بینی نموده است. این استثنائات مربوط به حقوق مستمر دوره ای متجدد، حقوق طبیب، مهندس، کرایه شب باش هتل و ... می گردد که هر یک را ذیلاً مطالعه می نماییم:

۱) **مرور زمان حقوق مستمر دوره ای متجدد:** طبق ماده ۹۶۶ ق. م: «هرگاه حقوق مستمر دوره ای متجدد از قبیل: کرایه منازل، اجاره اراضی و معاشات که بدون عذر قانونی در ظرف مدت پنج سال مطالبه نشود، قابل سمع نمی باشد. اما مدت مرور زمان در حاصلاتی که بر ذمه متصرف دارای نیت سوء و یا بر ذمه ناظر وقف باشد، پانزده سال است.» از نص این ماده دو قاعده خاص در خصوص مرور زمان قابل استنباط است:

۱- مرور زمان در خصوص حق های مستمر دوره ای متجدد پنج سال است. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق است. حق های مستمر دوره ای متجدد آن دسته از حق ها است که در مواعید معین به صورت دوره ای، به عنوان مثال، در هر ماه، هر سه ماه و یا در هر سال یک بار و یا کمتر و یا بیشتر پرداخت می گردد. همچنین، این دسته از حقوق طبیعتاً مستمر و بلاانقطاع اند. نمونه های بارز این دسته از حقوق، چنانچه در ماده ۹۶۶ ق. م بدان اشاره شده است، عبارت اند از: کرایه منازل و اجاره اراضی است که در هر ماه، هر سه ماه و یا یک سال پرداخت می گردد که در اوقات معین طبیعتاً قابل تجدید است. همچنین، کرایه اموال منقول، مانند: موتر در صورتی که در مواعید معین پرداخت گردد، نیز حقوق مستمر دوره ای متجدد است.

بنابراین، در صورتی که شخصی علیه مالک منزل، مؤجر و صاحب کار در باره کرایه منزل، اجاره اراضی و معاش خویش ادعا داشته باشد و در مدت پنج سال در این مورد در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی ننماید، بعد از مرور زمان پنج سال دعوی وی قابل سمع نیست. در نتیجه، در چنین موارد، قاضی محکمه ذیصلاح باید قرار عدم سمع دعوی را صادر نماید. زیرا، مرور زمان در مورد چنین دعاوی پنج سال است.

۲- مرور زمان در باره دعاوی بر علیه متصرف دارای سوء نیت و یا ناظر وقف پانزده سال است. منظور از متصرف دارای سوء نیت شخصی است که ملک دیگری را تحت حیات داشته باشد و حاصلات آن را با سوء نیت قبض نموده است. حایز دارای سوء نیت مکلف است حاصلات ملک دیگری را تحت حیات دارد به او رد نماید. در صورت عدم اقامه دعوی علیه حایز دارای سوء نیت، دعوی با گذشت پانزده سال قابع سمع نیست. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را تحت تصرف قرار دهد و حاصلات آن را قبض نماید، محمود می تواند در مدت پانزده سال علیه احمد اقامه دعوی نماید. در صورت سپری شدن پانزده سال، دعوی محمود علیه احمد قابل سمع نیست.

همچنین، مدت مرور زمان دعوی علیه ناظر وقف، پانزده سال است. ناظر وقف شخصی است که واقف یا محکمه او را غرض نظارت بر وقف تعیین می نماید. اگر شخصی علیه ناظر وقف دعوی داشته باشد، باید دعوی خویش را علیه او در مدت پانزده سال اقامه نماید. در صورت سپری شدن پانزده سال دعوی قابل سمع نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم خاص مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی علیه متصرف دارای سوء نیت، ناظر وقف و حق های مستمر دوره ای متجدد و معاشات است.

۳) **مرور زمان حقوق طبیب، استاد، مهندس، وکیل مدافع و غیره:** طبق ماده ۹۶۷ ق. م: «دعوی در حقوق آتی بعد از انقضای مدت یک سال قابل سمع نمی باشد: ۱) حقوق طبیب، استاد، مهندس، وکیل مدافع

ناشی از وظیفه و به طور عمومی حقوق هر شخصی که شغل آزاد داشته باشد مانند ادویه فروش، دلال و کمیشن کار و اهل خیره؛ (۲) حقوق تاجر و صنعتگر، در مقابل اشیاء وارداتی و تولیداتی ای که برای اشخاص دیگر داده شده و اشخاص مذکور در آن تجارت نمایند؛ (۳) حقوق صاحبان هتل و رستوران در مقابل اجرت شب باش، قیمت طعام و دیگر مصارف؛ و (۴) حقوق کارگر، مستخدم و اجیر ناشی از اجوره روزمره و یا غیر روزمره. طبق نص این ماده مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی علیه اشخاص ذیل یک سال است:

۱- **حق طبیب:** لفظ طبیب که در ادبیات طبی و ادبیات عامیانه به آن «داکتر طب» می گویند عام است و شامل هر طبیب اعم از متخصص و جراح و امثال اینها می شود. در صورتی که طبیب اجرت معاینه را از مریض مطالبه ننماید و یک سال از آن بگذرد، هر چند مریض تحت مداوی نیز قرار داشته باشد، بعد از سپری شدن یک سال حق اقامه دعوی وی ساقط گردیده و دعوی وی مبنی بر پرداخت اجرت معاینه توسط محکمه ذیصلاح در صورت تمسک مدعی علیه قابل سمع نیست.

۲- **حق ادویه فروش:** حق اقامه دعوی نسبت به دینی که ادویه فروش در اثر فروش ادویه بر مشتری دارد، در صورت عدم پرداخت و عدم اقامه دعوی ادویه فروش بر علیه مشتری، بعد از یک سال منقضی می گردد.

۳- **حق وکیل مدافع:** حق دعوی ناشی از مطالبه اجرت وکالت که وکیل بر ذمه مؤکل خویش دارد، بعد از گذشت یک سال ساقط می گردد. بنابراین، در صورتی که وکیل در مدت یک سال پرداخت اجرت خویش را از مؤکل مطالبه ننماید، بعد از یک سال اقامه دعوی وی در این مورد قابل سمع نیست.

۴- **حق مهندس (انجینیر):** حق اقامه دعوی مهندس در برابر شخصی که برای وی عمل را انجام داده است اعم از اشخاص حقوقی و حقیقی بعد از انقضای یک سال و عدم مطالبه مهندس منقضی می گردد و قابل سمع نیست.

۵- **حق استاد:** حق اقامه دعوی ناشی از اجرت تدریس استاد به صورت آزاد و یا در مکاتب خصوصی بر علیه شاگرد یا شاگردان بعد از سپری شدن یک سال قابل سمع نیست. زیرا، حق اقامه دعوی ناشی از اجرت تدریس به صورت آزاد و یا در مکاتب خصوصی تحت مرور زمان قرار می گیرد.

۶- **حقوق تجارت، صنعتگر و صاحبان هتل:** حق اقامه دعوی تاجر بر علیه شخصی که برای او کالایی تجارتي وارد نمود است و همچنین حق صنعتگر در برابر شخصی که شی ای را به او ساخته است بعد از گذشت یک سال توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. همچنین، حق اقامه دعوی صاحب هتل در برابر مهمان و مسافر مبنی بر پرداخت کرایه هتل، طعام، نوشیدنی، ارایه خدمات و امثالهم بعد از گذشت یک سال توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست.

۷- **حقوق کارگر، مستخدم و اجیر ناشی از اجوره روز مره و یا غیر روزمره:** حقوق کارگر مصانع، تجارتخانه و مزارع، حقوق مستخدم و اجیر که در منازل، هتل ها، بازار و ... کار می نمایند نیز بعد از انقضای یک سال توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: حق اقامه دعوی مربوط به حقوق طبیب، استاد، مهندس، وکیل مدافع، ادویه فروش، دلال، کمیشن کار، حقوق تاجر و صنعتگر، حقوق صاحب هتل، حقوق کارگر، اجیر و مستخدم و امثالهم و به طور عمومی هر شخصی که شغل آزاد داشته باشد بعد از انقضای یک سال توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. زیرا،

عرفاً معروف است که اشخاص مذکور حقوق خویش را پس از استحقاق آن مطالبه می نمایند و مدیون را بیشتر از یکسال مهلت نمی دهند. زیرا، زندگی اشخاص مذکور وابسته به حقوق آنها است. پس، در صورتی که یک سال بگذرد، ق. م چنین فرض می نماید که اشخاص مذکور حقوق خویش را استیفاء نموده اند و این فرض قرینه دال بر استیفاء حقوق داینین است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی احکام خاص و مدت خاص مرور زمان در مورد اقامه دعوی استاد، طیب و سایر اشخاصی است که در نص ماده ۹۶۷ ق. م پیش بینی شده اند است.

همچنین، طبق ماده ۹۶۸ ق. م: «دعوی در موارد ماده (۹۶۷) این قانون، گرچه اشخاص مذکور به انجام خدمات، کار و تولید ادامه بدهند، قابل سمع نمی باشد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۹۶۷ ق. م است. بنابراین، نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط است. طبق نص این ماده دعوی در موارد حقوق استاد، مهندس، طیب و سایر افرادی که در ماده ۹۶۷ ق. م پیش بینی شده است گرچه این اشخاص به انجام خدمات، کار و تولید ادامه بدهند، قابل سمع نمی باشد.

به حیث مثال، اگر احمد استاد باشد و در پوهنتون/ دانشگاه کاردان تدریس نماید و حق الزحمه خویش را برای مدت یک سال دریافت نکند و پس از ترک وظیفه یا ادامه وظیفه در پوهنتون دیگر علیه پوهنتون کاردان اقامه دعوی نماید، دعوی او قابل سمع نیست. شبیه این حکم در خصوص مهندس، طیب، وکیل مدافع، دلال و سایر افراد مذکور در ماده ۹۶۷ ق. م قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده رفع ابهام است. بنابراین، فرق نمی کند که افرادی که در نص ماده ۹۶۷ ق. م پیش بینی شده اند به وظیفه ادامه بدهند یا ندهند.

همچنین، طبق ماده ۹۶۹ ق. م: «شخصی که به عدم سمع دعوی به سبب مرور زمان یک سال تمسک می نماید باید در برابر توجیه سوگند از جانب محکمه، چنین سوگند یاد نماید، که ذمت او از دین بری می باشد. در صورت توجیه سوگند به ورثه مدیون یا اولیاء اوصیا و قیم شان، باید چنین سوگند یاد نمایند، که به وجود یا به تادیه دین ندارد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۹۶۸ و ماده ۹۶۷ ق. م است. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که: شخصی که به عدم سمع دعوی به سبب مرور زمان یک سال تمسک می نماید باید در برابر توجیه سوگند از جانب محکمه، چنین سوگند یاد نماید، که ذمت او از دین بری می باشد. تعریف ذمه و تمسک گذشت. به حیث مثال، اگر محمود مؤکل احمد باشد و احمد دعوی طلاق محمود را در محکمه ذیصلاح پیش ببرد و محمود اجرت وکالت احمد را پرداخت ننماید و یک سال سپری شود و احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و محمود به مرور زمان استناد نماید، قاضی محکمه ذیصلاح باید سوگند را به محمود توجیه نماید و محمود سوگند یاد نماید که ذمه او از دین بری است. به عبارت دیگر: محمود باید سوگند اداء نماید که قرض دار احمد نیست.

دوم این که: در صورت توجیه سوگند به ورثه مدیون یا اولیاء اوصیا و قیم شان، باید چنین سوگند یاد نمایند، که به وجود یا به تادیه دین ندارد. اولیاء جمع ولی است. ولی شخصی که به نمایندگی از صغار تصمیم می گیرد. اوصیاء جمع وصی است. وصی در لغت به معنی وصیت شده است. در اصطلاح حقوقی، وصی

شخصی است که برای حفظ مال و یا فرزندان شخص پس از مرگ او توسط پدر یا پدر کلان یا قاضی تعیین شده باشد.^{۱۱۶۳} قیّم در لغت به معنی مستقیم، متولی، سرپرست، سید و کسی که متولی امر شخص محجور است می باشد.^{۱۱۶۴} در اصطلاح حقوقی قیّم شخصی است که در صورت نبودن ولی و وصی به وسیله محکمه ذیصلاح برای سرپرستی و اداره امور محجور نصب می شود.^{۱۱۶۵} به حیث مثال، اگر در مثال بالا قاضی سوگند را متوجه ورثه، ولی، وصی و قیّم محمود نماید، ورثه، ولی، وصی و قیّم محمود باید سوگند یاد نمایند که به تأدیّه دین توسط محمود یا عدم تأدیّه دین علم یا آگاهی ندارند.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۸۲):

قسم مندرج در ماده (۹۶۹) قانون مدنی از لحاظ اثرات آن قابل غور می باشد.

توضیح:

منظور از عدم سمع مندرج در ماده فوق به لحاظ نقصان دعوی نیست تا قسم توجیه شده نتواند در مورد ماده (۹۶۹) قسم متوجه مدعی مرور زمان برای اثبات ادعایش بوده که بعد از قسم مدعی مرور زمان که مدعی دفع است دعوی مدعی اصل را رد و بعدم سمع مواجه می گردد و هم توجیه قسم متممه به نایب از قبیل وارث مدیون، ولی، وصی و قیّم در مورد متذکره ماده (۹۶۹) که دفاع می نماید صورت گرفته می تواند و نکول نیز بر آن مرتب می گردد.^{۱۱۶۶}

همچنین، طبق ماده ۹۷۰ ق. م. ا: «(۱) مدت مرور زمان مندرج ماده (۹۶۷) این قانون از ختم وظیفه محوله شروع می شود، گرچه دائنین به اجرای وظایف دیگری ادامه دهند؛ و (۲) اگر حقی از حقوق مستند به سندی تحریر شده باشد، دعوی مطالبه چنین حق ساقط نمی شود، مگر اینکه بدون عذر قانونی در ظرف مدت پانزده سال از تاریخ استحقاق مطالبه نشده باشد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۹۶۷ ق. م. ا است. از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط است:

نخست این که: مدت مرور زمان حق های طبیب، استاد، مهندس، وکیل مدافع، ادویه فروش، دلال، کمیشن کار، اهل خبره، تاجر، صنعتگر، صاحبان هتل و رستوران، کارگر، مستخدم و اجیر از ختم وظیفه شروع می شود، گرچه اشخاص مذکور به اجرای وظایف دیگری ادامه دهند. به حیث مثال، اگر احمد در یک دانشگاه خصوصی تدریس نماید و تدریس را در اول حمل سال ۱۳۹۷ متوقف نماید، مدت مرور زمان در اول حمل سال ۱۳۹۷ شروع می شود. بنابراین، احمد می تواند الی اول حمل سال ۱۳۹۸ علیه دانشگاه خصوصی مبنی

۱۱۶۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۸۸.

۱۱۶۴. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص

۲۵۹

۱۱۶۵. همان، سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، ص ۲۵۹.

۱۱۶۶. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۳۳.

بر دریافت حق الزحمه تدریس اقامه دعوی نماید. شبیه این حکم در خصوص اشخاصی مندرج در ماده ۹۶۷ ق. م قابل تسری و تطبیق است.

دوم این که: در صورتی که داین مبنی بر دین خویش از مدیون سند بگیرد، مطالبه حق دعوی وی تا مدت پانزده سال ساقط نمی شود. اسقاط حق مطالبه داین در صورت داشتن سند تا پانزده سال نیز مشروط بر این است که داین عذر قانونی، که بعداً در باب آن بحث خواهیم نمود، نداشته باشد، مانند اینکه: داین صغیر باشد، یا مدیون مفلس، زور آور و یا غایب باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد از دانشگاه خصوصی مبنی بر دریافت حق الزحمه تدریس سند دریافت کرده باشد که مطالبه حق احمد ساقط نمی شود مگر این که احمد بدون عذر قانونی آن را برای مدت پانزده سال مطالبه ننماید. بنابراین، در صورت انقضای پانزده سال، حق احمد تحت مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح مسموع نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق داینین در برابر مدیون است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۸۳):

مواد (۹۶۷-۹۶۸-۹۷۰) متناقض می باشند.

توضیح:

طوریکه مواد فوق الذکر ملاحظه می شود ماده (۹۶۷ با مواد ۹۶۸ و ۹۷۰) تناقض ندارد و در بین مواد (۹۶۸ و ۹۷۰) که اولی ادامه کار داین را منافی انقضای میعاد نمیداند و دومی آغاز مدت مرور زمان ماده (۹۶۷) را از ختم و وظیفه وانمود میکند باینکه مخالفتی به نظر نمیرسد اما با ارایه مثال آتی تشویش تناقض اندیشه رفع میگردد

مثال:

مالک فابریکه با شخصی به صفت کارگر از قرار فیماه یکهزار افغانی معاش قرارداد می کند بعد از جریان کار معاش یکماه مذکور به ذمه مالک باقی میماند گرچه وظیفه کارگر در فابریکه ادامه دارد مرور زمان مطالبه این حق از تاریخ ختم همان ماه آغاز می یابد.^{۱۱۶۷}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۸۴):

فقره (۲) ماده ۹۷۰ قانون مدنی در مورد حجت شرعی مبنی بر اقرار به دین شامل مرور زمان میگردد یا خیر؟

توضیح:

اقرار به دین مندرج حجت شرعی طبق حکم فقره (۱) ماده (۹۶۵) قانون مدنی به مرور زمان ساقط نمی گردد.^{۱۱۶۸}

۱۱۶۷. همان، صص ۵۳۳ و ۵۳۴.

۱۱۶۸. همان، صص ۵۳۴.

۸- **دعوی مالیات و محصول:** طبق ماده ۹۷۴ ق. م. ا: «(۱) دعوی مالیات و محصول که دولت مستحق آن شناخته می شود، بعد از مرور پنج سال شنیده نمی شود. مدت مرور زمان در مالیات، از انتهای تاریخ استحقاق و در محصول اوراق قضایی، از تاریخ انتهای اقامه دعوی که اوراق مذکور در مورد آن تحریر یافته یا تاریخ تحریر اوراق، در حالی که دعوی اقامه نشده باشد، شروع می شود؛ (۲) دعوی استرداد مالیه و محصولی که به غیر حق پرداخته شده باشد، بعد از پنج سال شنیده نمی شود، مدت مذکور از تاریخ تأدیبه شروع می شود؛ و (۳) اگر احکام فوق به احکام قوانین خاص متناقض واقع شود، احکام قانون خاص تطبیق می گردد.» از نصوص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- دعوی مالیات و محصول که دولت مستحق آن شناخته می شود، بعد از مرور پنج سال شنیده نمی شود. مالیات جمع مالیه است. مالیه اسم منسوب به مال و تأنیث مالی است. ۱۱۶۹ در اصطلاح حقوقی، ماده ۱ فقره دوم قانون مالیات بر عایدات در تعریف مالیه می گوید که: «(۲) مالیه، تأدیبه الزامی است که به منظور تقویة بنیة مالی دولت و رفاة عامه بدون انجام خدمت متقابل یا ارایه جنس از اشخاص حقیقی و حکمی طبق احکام این قانون اخذ می گردد.»

طبق این تعریف مالیه عبارت از مبلغی است که به موجب قانون جهت تأمین مخارج عمومی به طور بلاعوض به وسیله اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت می شود. ۱۱۷۰ محصول از ریشه «حصل» گرفته شده است که در لغت به معنی حاصل شده، به دست آمده، نتیجه و دستاور است. ۱۱۷۱ در اصطلاح حقوقی، محصول عبارت از مبلغی است که دولت آن را در برابر خدمات اخذ می نماید، مانند: محصول وثایق که در محاکم اخذ می گردد یا محصولی که دولت از منازل و آپارتمان ها اخذ می نماید. به حیث مثال، اگر احمد مالیات بر معاشات یا عایدات یا محصول دولت را نپردازد، دولت می تواند الی مدت پنج سال علیه احمد اقامه دعوی نماید. در صورت انقضای پنج سال، دعوی دولت علیه احمد مسموع نیست.

۲- مدت مرور زمان در مالیات، از انتهای تاریخ استحقاق و در محصول اوراق قضایی، از تاریخ انتهای اقامه دعوی که اوراق مذکور در مورد آن تحریر یافته یا تاریخ تحریر اوراق، در حالی که دعوی اقامه نشده باشد، شروع می شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند قبل از نقل و انتقال ملکیت از احمد به محمود، دولت مستحق سه فیصد کل قیمت خانه مستحق مالیه می شود. بنابراین، اگر احمد در تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۵ خانه خویش را به محمود به فروش رساند، دولت از این تاریخ مستحق سه فیصد مالیه از مجموع قیمت خانه شناخته می شود. همچنین، در صورتی که محصول از اوراق قضایی، مانند: فیصله، ابراء خط، نکاح خط و امثال اینها باشد، مدت مرور زمان از تاریخ ختم اقامه دعوی یا تاریخ تحریر اوراق شروع می شود.

1169. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

۱۱۷۰. محمد امامی (۱۳۸۷). مالیه عمومی، چاپ دوم، ایران: انتشارات میزان، ص ۲۱.

1171. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2106).

۳- دعوی استرداد مالیه و محصولی که به غیر حق پرداخته شده باشد، بعد از پنج سال شنیده نمی شود. به عبارت دیگر: دعوی مالیه و محصولی که بدون سبب به دولت پرداخته شده باشد، بعد از پنج سال شنیده نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد در اثر اشتباه یا تقصیر محصول یا مالیه به دولت پرداخت نماید (پرداخت بدون سبب که تفصیل آن گذشت)، احمد می تواند الی مدت پنج سال از تاریخ تأدیه علیه دولت اقامه دعوی نماید. در صورت انقضای پنج سال، دعوی احمد علیه دولت در محکمه ذیصلاح مسموع نیست.

۴- حکم ماده ۹۷۴ ق. م در صورتی قابل تطبیق است که قوانین خاص طوری دیگری حکم نکرده باشد. لذا، در صورت وجود قوانین خاص، حکم ماده ۹۷۴ ق. م قابل تطبیق نیست. مبنای این قاعده، قاعده ای عام اصولی مرجح بودن خاص بر عام است. طبق این قاعده، در صورت تعارض میان عام و خاص، خاص غالب و مرجح است. به حیث مثال، اگر قانون مالیات بر عایدات طور دیگری حکم نماید، حکم قانون مالیات بر عایدات بر حکم قانون مدنی مرجح و غالب است. در این مثال، قانون مدنی، قانون عام و قانون مالیات بر عایدات قانون خاص است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مدت مرور زمان مربوط به پرداخت مالیه و محصول به دولت، پرداخت بدون سبب مالیه و محصول به دولت و ترجیح قانون خاص بر قانون عام است.

۹- طبق ماده ۱۶۶۰ مجله الاحکام: «دعوی دین، ودیعت، ملک عقار، میراث و دعاوی که ای که به متعلق به عامه و اصل وقف مربوط نیست مانند دعوی قطع درخت و یا قلع عمارت و یا تصرف در اجاره و تولیتی که مشروط باشد و دعوی غله در عقار های موقوفه، بعد از مرور مدت پانزده سال قابل سمع نیست.»

ج) زمان آغاز مرور زمان

ق. م با توجه به گوناگونی حق، حالات مختلفی را برای آغاز مرور زمان پیش بینی نموده است:

۱) قاعده عمومی

طبق ماده ۹۷۳ فقره اول ق. م: «(۱) مدت معینه عدم سمع دعوی، از تاریخ استحقاق تأدیه دین شروع می شود.» طبق نص این ماده مدت معین عدم سمع دعوی از زمان استحقاق دین شروع می شود. پس، مدت مرور زمان آغاز نمی گردد مگر بعد از استحقاق. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۱۱۷۲} به حیث مثال، اگر احمد وکیل مدافع تعهد نماید که دعوی طلاق محمود را در محکمه پیش ببرد، احمد بعد از مختومه شدن دعوی مستحق دریافت اجرت وکالت می گردد. بنابراین، احمد می تواند در مدت یک سال بعد از مختومه شدن دعوی پرداخت اجرت وکالت را از محمود مطالبه نماید.

همچنین، اگر احمد در ماه حمل تدریس مضمون حقوق و جایب را در دانشگاه/ پوهنتون کاردان شروع نماید و مضمون را در ماه اسد ختم نماید، احمد در ختم ماه اسد مستحق دریافت حق الزحمه می گردد و می تواند از اول سنبله الی مدت یک سال علیه پوهنتون کاردان اقامه دعوی نماید. همچنین، اگر دولت بخواهد از معاش احمد مالیه بگیرد، دولت بعد از یک ماه از شروع کار احمد مستحق دریافت مالیه می

۱۱۷۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.

گردد. بنابراین، دولت می تواند علیه احمد الی پنج سال بعد از تأریخ استحقاق اقامه دعوی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی زمان شروع مرور زمان است.

۲) آغاز مرور زمان در دین معلق به شرط و دین مؤجل

طبق ماده ۹۷۳ فقره دوم ق. م. ا: «(۲) مدت معینه عدم سمع در مورد دین معلق به شرط، از تأریخ تحقق شرط و در مورد ضمان استحقاق، از تأریخ تثبیت استحقاق و در مورد دین مؤجل، از تاریخ انقضای میعاد، شروع می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) مدت معینه عدم سمع در مورد دین معلق به شرط، از تأریخ تحقق شرط شروع می شود. دین معلق به شرط عبارت از دینی است که پرداخت آن را مدیون متحقق به شرط نماید. به حیث مثال، اگر احمد از محمود در ماه حمل سال ۱۳۹۷ سه لک افغانی قرض بگیرد و شرط گذارد که در صورتی دو لک افغانی را به محمود می پردازد که جمشید قرض احمد را پرداخت نماید. در این مثال، پرداخت دین محمود توسط احمد معلق به شرط است. شرط این است که جمشید دین احمد را پرداخت نماید. بنابراین، اگر اول ماه جوزا جمشید دو لک افغانی احمد را پرداخت نماید، محمود از تأریخ تحقق شرط، مستحق دریافت دین می شود. بنابراین، زمان آغاز دریافت دین معلق به شرط محمود در این مثال، اول جوزا است.

۲) مدت معینه عدم سمع در مورد ضمان استحقاق، از تأریخ تثبیت استحقاق شروع می شود. ضمان استحقاق مرکب از دو کلمه است: ضمان و استحقاق. ضمان در لغت به معنی تاوان و جبران خسارت است. تعریف استحقاق گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود در تأریخ اول حمل سال ۱۳۹۷ هجری شمسی به فروش رساند و جمشید در خصوص مالکیت موتر اقامه دعوی نماید و محکمه به تأریخ اول جوزای سال ۱۳۹۷ هجری شمسی حکم نماید که موتر از جمشید است، در این مثال، جمشید موتر را به استحقاق می برد. در این مثال، جمشید از تأریخ اول جوزای سال ۱۳۹۷ هجری شمسی مستحق استحقاق موتر شناخته می شود.

۳) مدت معینه عدم سمع در مورد دین مؤجل، از تاریخ انقضای میعاد، شروع می شود. دین مؤجل عبارت از دینی است که مدت داشته باشد و مدیون آن را باید در مدت معین در آینده پرداخت نماید. به عبارت دیگر: دین مؤجل عبارت از دینی است که مدیون باید آن را در مدت معین در آینده پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به تأریخ اول حمل سال ۱۳۹۷ هجری شمسی به محمود قرض دهد و بگوید آن را یک سال بعد پرداخت نمایید، این دین مؤجل است.

در این صورت، محمود در تأریخ اول حمل سال ۱۳۹۸ هجری مستحق دریافت دین می شود و میعاد پرداخت دین اول حمل سال ۱۳۹۸ هجری شمسی است. ماده ۱۶۶۷ مجله الاحکام نیز در این مورد حکم می نماید که: «مرور زمان از تأریخ ایجاد صلاحیت ادعا جهت حصول مدعی به اعتبار داده می شود. پس، مرور زمان دعوی دین مؤجل از تأریخ حلول اجل حساب می شود. زیرا، مدعی صلاحیت دعوی این دین را ندارد و مطالبه آن را قبل از حلول اجل ندارد. به عنوان مثال، شخصی که بر علیه دیگری دعوی نماید که من بالای تو این قدر پول از بابت فروش فلان مال دارم که آن را برای تو پانزده سال پیش فروخته بودم و ثمن آن را به مدت سه سال مؤجل گذاشته بودم، چنین دعوی قابل سمع است. زیرا، بر چنین حقی دوازده سال بعد از

حلول اجل گذشته است.» به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۹۷۳ فقره ۲ ق. م پیش بینی شروع مدت مرور زمان در دین معلق به شرط، ضمان استحقاق و دین مؤجل است. همچنین، طبق ماده ۹۷۳ فقره سوم ق. م: «(۳) اگر تعیین میعاد پرداخت دین به اراده داین موقوف باشد، مدت مرور زمان از تاریخی شروع می‌شود که داین به اظهار اراده خود قادر گردد.» طبق نص این ماده اگر تعیین میعاد پرداخت دین به اراده داین موقوف باشد، مدت مرور زمان از تاریخی شروع می‌شود که داین به اراده خود اظهار نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود ده لک افغانی قرض بدهد و احمد به محمود بگوید که دین من را زمانی پرداخت نمایید که من به شما بگویم، مدت مرور زمان دین زمانی آغاز می‌گردد که احمد به محمود بگوید دین را پرداخت نمایید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۹۷۳ ق. م پیش بینی شروع مدت مرور زمان در دین معلق به شرط، دین مؤجل و دینی که پرداخت آن منوط بر اراده داین است می‌باشد.

ج) کیفیت محاسبه مدت مرور زمان

طبق ماده ۹۷۲ ق. م: «مدت مرور زمان به اعتبار روز محاسبه می‌شود نه به اعتبار ساعت، روز اول در مدت حساب نشده و به انقضای روز اخیر مدت تکمیل می‌شود.» طبق نص این ماده مدت مرور زمان از طریق روز نه ساعت محاسبه می‌شود. زیرا، در صورتی که بخواهیم مدت مرور زمان را از طریق ساعت حساب نماییم باید بدانیم که مرور زمان دقیقاً چه وقت آغاز شده است که این امر غیر ممکن به نظر می‌رسد. زیرا، تاریخ که در اوراق و اسناد نوشته می‌شود غالباً روز می‌باشد نه ساعت.

همچنین، از نص این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که روز اول در حساب نمی‌آید. زیرا، روز اول روز ناقص است و در صورتی که بخواهیم روز اول را محاسبه نماییم باید از ساعت شروع نماییم که این امر، چنانچه گفته شد، ناممکن به نظر می‌رسد و معمول نیست. پس، مدت مرور زمان از روز دوم شروع می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود در روز اول حمل سال ۱۳۹۷ هجری شمسی ساعت ده قبل از ظهر قرض بدهد، مدت مرور زمان این دین از روز دوم ماه حمل سال ۱۳۹۷ هجری شمسی آغاز می‌گردد. همچنین، طبق ماده ۹۷۱ ق. م: «هرگاه سلف ترک دعوی نماید و خلف او نیز مدت دیگری ترک دعوی کند، طوری که مجموع هر دو مدت معیار مقرر مرور زمان را تکمیل کند، دعوی قابل سمع نمی‌باشد.»

طبق نص این ماده در مرور زمان مدت زندگی سلف و خلف حساب می‌شود. کسی که در گذشته می‌زیسته، پیشین، قبلی، سابق، گذشته، جد و نیا است که جمع آن اسلاف است. به نظر می‌رسد اسلاف عبارت اند از کسانی که قبلاً می‌زیسته اند.^{۱۱۷۳} خلف در لغت به معنی جانشین، بازمانده، از پس آینده و فرزند است که جمع آن اخلاف و متضاد آن سلف است.^{۱۱۷۴} بنابراین، هرگاه داین وفات نماید، حق اقامه دعوی به ورثه منتقل می‌شود و ورثه می‌تواند بر علیه مدیون اقامه دعوی نماید مشروط بر این که مدت اقامه دعوی تحت قاعده مرور زمان نیامده باشد.

1173. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 28/ 8/ 2016).

1174. Ibid, (۲۰۱۶ / ۸ / ۲۷) (آخرین بازدید).

به عنوان مثال، در صورتی که مرور زمان پانزده سال باشد و داین هفت سال اقامه دعوی نماید و وفات نماید و پس از هشت سال دیگر ورثه او اقامه دعوی ننماید، بعد از گذشت پانزده سال حق اقامه دعوی داین ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود یک لک افغانی دین داشته باشد و احمد برای مدت هفت سال علیه محمود اقامه دعوی ننماید و سپس جمشید پسر احمد هشت سال دیگر علیه محمود اقامه دعوی ننماید، مجموعه این مدت پانزده سال می شود و چنانچه گفته شد، طبق مجله الاحکام مدت مرور زمان دین پانزده سال است. احمد در این مثال، سلف و جمشید خلف است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی کیفیت محاسبه مرور زمان در صورت عدم اقامه دعوی سلف و خلف در موعد مقرر در قانون است.

ه) اعذار مرور زمان

طبق ماده ۹۷۵ ق. م: «(۱) مدت معینه عدم استماع دعوی، به عذر قانونی، موانع معنوی و مانعی که مطالبه حق داین را غیر ممکن گرداند، متوقف می گردد؛ و (۲) مدتی که باوجود عذر سپری گردیده، اعتبار ندارد.» از نصوص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) مدت معینه عدم استماع دعوی، به عذر قانونی که مطالبه حق داین را غیر ممکن گرداند، متوقف می گردد. عذر در لغت به معنی پوزش است که جمع آن اعذار است. در اصطلاح اصولی عذر عبارت است از دلیلی که مبنای پوزش مکلف در انجام تکلیف شود.^{۱۱۷۵} ق. م هرچند عذر قانونی را به عنوان یکی از اسباب توقف مرور زمان به رسمیت می شناسد، اما در خصوص این که اعذار قانونی توقف مرور زمان چیست؟ سکوت اختیار نموده است که محل ایراد به نظر می رسد. طبق فقه اعذار مرور زمان قرار ذیل اند:

۱ - ناقص اهلیت بودن مدعی، ایجاب مدت سفر و متغلب بودن مدعی علیه: طبق ماده ۱۶۶۳ مجله الاحکام: «مرور زمانی که مانع استماع دعوی می شود عبارت از گذشت زمانی است که طی آن دعوی بدون عذر شرعی ترک گردد، ولی آن زمانی که به سبب عذر شرعی بگذرد مثلاً مدعی صغیر، معتوه یا مجنون باشد خواه وصی داشته باشد خیر، یا وی درسرزمین دور قرار داشته باشد که آمدن او به آن دیار ایجاب سفر را کند یا خصمش از جمله مردم زور آور باشد در این احوال مرور زمان اعتباری ندارد. به عنوان مثال، مدتی که در حال صغارت مدعی می گذرد فاقد اعتبار است و مرور زمان از تأریخ رسیدن صغیر به سن بلوغ اعتبار دارد. همچنین، اگر شخصی با یکی از زور آوران دعوی داشت و برای دایر کردن دعوی امکان نیز میسر نگردید طوری که خصمش از زور آوری خود کار می گرفت و زمانی طولانی گذشت، مرور این مدت مانع شنیدن دعوی نمی شود، بلکه گذشت زمان، صرف از تأریخ ازاله قدرت مدعی علیه اعتبار دارد.» در مورد مدت سفر ماده ۱۶۶۴ مجله الاحکام حکم می نماید که: «مدت سفر سه روز است یعنی به رفتار معتدل (۱۸) ساعت پیاپی می باشد.» پس، در صورتی که مدعی در یک شهر و مدعی علیه در شهر دیگری زندگی نماید و مسافه بین شهر مدعی و شهر مدعی علیه ایجاب سفر سه روزه را نماید. در چنین موارد، دعوی تحت قاعده مرور زمان نمی آید.

۱۱۷۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۶۵.

۲- مفلس بودن مدعی علیه: طبق ماده ۱۶۶۸ مجله الاحکام: «مرور زمان در دعوی که علیه مفلس اقامه می شود از تاریخ اعتبار دارد که افلاسش زایل گردد. به طور مثال، شخصی که بر دیگری که پانزده سال متمادی مفلس بود و حالا دستش باز گردیده ادعا می کند که پانزده سال پیش من از تو اینقدر پول از این درک طلب داشتم و چون تو از آن تاریخ تا اکنون مفلس بودی، برای من میسر نشد که طلب خود را از تو بخواهم و حالا که بر ایفای طلب من قدرت پیدا کردی، پول خود را از تو مطالبه می کنم، چنین دعوی شنیده می شود.».

۲) مدت معینه عدم استماع دعوی، به موانع معنوی که مطالبه حق داین را غیر ممکن گرداند، متوقف می گردد. عبارت مانع معنوی مطالبه حق را غیرممکن گرداند در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. موانع جمع مانع است. مانع اسم فاعل از ریشه «منع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازدارنده، حایل میان دو چیز، جلوگیری کننده، و جلوگیری است.^{۱۱۷۶} در اصطلاح فقهی مانع عبارت هر چیزی است که از تحقق یافتن چیز دیگری جلوگیری کند.^{۱۱۷۷} مانع دو نوع است. مانع مادی که عبارت از مانع ای است که ماداً وجود دارد مانند این که احمد مدیون محمود باشد و محمود متغلب باشد و مانع اقامه دعوی محمود گردد. مانع معنوی که عبارت از نقصان اهلیت و سایر اعذار معنوی توقف دعوی است. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله و ناقص اهلیت باشد و محمود مدیون احمد باشد، احمد به دلیل نقص اهلیت نمی تواند علیه محمود اقامه دعوی نماید. بنابراین، به دلیل مانع معنوی دعوی احمد تحت مرور زمان اقامه دعوی قرار نمی گیرد.

۳) مدت معینه عدم استماع دعوی، به مانعی که مطالبه حق داین را غیر ممکن گرداند، متوقف می گردد. قانونگذار مدنی در بند اخیر نص ماده ۹۷۵ ق. م کلمه مانع را به طور مطلق استعمال نموده است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی از مانع، هر مانع اعم از مادی و معنوی است که مثال های آن در بالا گذشت.

۴) مدتی که باوجود عذر سپری گردیده، اعتبار ندارد. به حیث مثال، اگر احمد ده سال باشد و بر محمود دین داشته باشد و احمد به سن هجده سالگی به سن اهلیت کامل برسد، هشت سالی که سپری شده است و احمد علیه محمود اقامه دعوی نکرده است محاسبه نمی گردد. بنابراین، احمد از رسیدن به سن هجده سالگی الی پانزده سال می تواند علیه محمود اقامه دعوی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی عذر های مرور زمان و اثر آن است.

همچنین، ماده ۹۷۶ ق. م: «هرگاه بعضی از ورثه، بدون عذر، در مدت معینه، دعوی دین مورث خود را ترک نمایند و باقی ورثه در ترک دعوی عذر قانونی داشته باشند، دعوی ورثه باقیمانده، به قدر حصه شان از دین قابل سمع می باشد.» طبق نص این ماده در صورتی که یک تعداد ورثه ناقص اهلیت باشد و یک تعداد دیگر واجد اهلیت و بر دینی که میت بر دیگری دارد، مدت معینه مرور زمان بگذرد، این مرور زمان صرف در مورد ورثه که عذر قانونی نداشته اند اعتبار دارد. بنابراین، ورثه که صغیر بوده اند بعد از رسیدن به سن بلوغ می توانند در باره دینی که مؤثر آنها بر دیگری دارند، اقامه دعوی نمایند.

به حیث مثال، اگر احمد بر محمود دو لک افغانی دین داشته باشد و احمد وفات نماید و یک دختر به نام جمیله و یک پسر به نام جمشید داشته باشد و جمشید بیست ساله و دارای صحت عقل باشد و جمیله چهارده

۱۱۷۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۶۵۸.

ساله باشد، مدت مرور زمان دعوی جمیله علیه محمود الی رسیدن به سن رشد که هجده سال مکمل هجری شمسی است آغاز می گردد و جمیله می تواند در مدت پانزده سال پس از رسیدن به سن بلوغ علیه محمود اقامه دعوی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن ورثه ناقص اهلیت است.

و) اسباب انقطاع مرور زمان و اثر آن

طبق ماده ۹۷۷ ق. م: «مدت معینه عدم استماع دعاوی، به مطالبه قضایی، گرچه دعوی به محکمه غیر مختص به آن تقدیم شده باشد، به اخطار به حجز یا به درخواستی ای که داین جهت قبول حق خود، در تفلیس، یا در توزیع و تقسیم اموال مدیون مفلس بالای داینین، تقدیم می نماید، همچنین در هر عملیه داین در اثنای جریان یکی از دعاوی به حق خود تمسک نماید، انقطاع می یابد.» طبق نص این ماده:

۱) مدت معینه عدم استماع دعاوی، به مطالبه قضایی، انقطاع می یابد. به نظر می رسد مطالبه قضایی اقامه دعوی توسط مدعی است. محکمه غیر مختص محکمه ای است که از نظر موضوعی و یا حوزه ای صلاحیت رسیدگی به دعوی را ندارد. انقطاع در لغت به معنی قطع شدن، بریده شدن و گسستن است.^{۱۱۷۸} به نظر می رسد معنی اصطلاحی انقطاع از معنی لغوی آن دور نیست. بنابراین، انقطاع عبارت از قطع شدن مرور زمان است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود در ولسوالی پغمان اقامتگاه داشته باشد و احمد دعوی را در محکمه ابتدائیه مدنی ولسوالی قره باغ یا در محکمه جزایی ولسوالی پغمان علیه محمود اقامه نماید، مرور زمان دعوی احمد منقطع می گردد.

۲) مدت معینه عدم استماع دعاوی، به اخطار مدیون انقطاع می یابد. اخطار در لغت به معنی ابلاغ و اعلام، گوشزد کردن، هشدار دادن و آگاهیدن است.^{۱۱۷۹} در اصطلاح حقوقی ضرورت انجام یا عدم انجام کاری را به کسی یاد آوری کردن اخطار است.^{۱۱۸۰} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود به احمد گوشزد نماید که شما قرضدار من هستید و باید دین من را پرداخت نمایید، این عمل محمود اخطار است و مدت مرور زمان منقطع می گردد.

۳) مدت معینه عدم استماع دعاوی، به حجز اموال مدیون انقطاع می یابد. تعزی حجز گذشت. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد، احمد می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه حجز اموال مدیون را نماید. در صورت حجز اموال، مرور زمان حق اقامه دعوی منقطع می گردد.

۴) مدت معینه عدم استماع دعاوی، به درخواستی ای که داین جهت قبول حق خود، در تفلیس، یا در توزیع و تقسیم اموال مدیون مفلس بالای داینین، تقدیم می نماید منقطع می گردد. تفلیس از ریشه «فلس» گرفته شده است که در لغت به معنی مفلس کردن، مفلس خواندن، به افلاس منسوب کردن و ورشکسته دانستن است. در اصطلاح حقوق مدنی، تفلیس عبارت است از ورشکسته مدنی خواندن شخصی که از تصرف در اموال خویش بازداشته شده باشد. بنابراین، عملی که قاضی به حکم قانون در بازداشتن مفلس از اموال خویش

۱۱۷۸. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۲۱۰.

1179. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۶/۴/۲۰۱۶)

1180. Ibid, (۲۰۱۶/۴/۶). (آخرین بازدید ۶/۴/۲۰۱۶).

به دلیل افلاس انجام می دهد، تفلیس گویند.^{۱۱۸۱} مفلس در لغت به معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح فقهی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.^{۱۱۸۲} به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود درخواستی به محکمه ذیصلاح تقدیم نماید و خواهان صدور حکم افلاس احمد و توزیع اموال احمد بالای داینین گردد، مرور زمان حق اقامه دعوی محمود علیه احمد منقطع می گردد.

۵) نص ماده ۹۷۷ ق. م احصایی به نظر می رسد نه حصری. بنابراین، مرور زمان با سایر موارد که مشابه موارد مذکور در ماده ۹۷۷ ق. م است منقطع می گردد، زیرا قانونگذار مدنی در ماده ۹۷۷ از «هر عملیه داین در اثنای جریان یکی از دعاوی به حق خود تمسک نماید، انقطاع می یابد» سخن می گوید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۹۷۷ ق. م احصای اسباب انقطاع مرور زمان است. همچنین، طبق ماده ۹۷۸ ق. م: «(۱) هرگاه مدیون به حق داین صراحتاً یا دلالتاً اقرار نماید، مدت معینه عدم استماع دعوی، قطع می گردد؛ و (۲) اگر مدیون مالی را، طور گروی به منظور تأمین ادای دین، در تصرف داین بگذارد، دلالت به اقرار مدیون می کند.» طبق نص این ماده هرگاه مدیون به حق داین صراحتاً یا دلالتاً اقرار نماید، مدت معینه عدم استماع دعوی، قطع می گردد. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد صراحتاً بعد از پنج سال اقرار نماید که من مدیون محمود هستم، مرور زمان حق اقامه دعوی منقطع می گردد. همچنین، اگر مدیون دلالتاً به مدیون بودن اقرار نماید، مرور زمان حق اقامه دعوی منقطع می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد از محمود بپرسد که آیا شما قرضدار من هستید و محمود بگوید من دین را حتماً می پردازم، مرور زمان منقطع می گردد. مثال دیگر: اقرار دلالتی در نص ماده ۹۷۸ فقره ۲ ق. م پیش بینی شده است.

طبق فقره ۲ ماده ۹۷۸ ق. م اگر مدیون مالی را، طور گروی به منظور تأمین ادای دین، در تصرف داین بگذارد، دلالت به اقرار مدیون می کند. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد موتر خویش را به عنوان رهن به محمود بدهد، این عمل احمد اقرار دلالتی تلقی می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۹۷۸ ق. م پیش بینی یکی از اسباب انقطاع مرور زمان است. طبق ماده ۹۷۹ ق. م: «(۱) هرگاه مدت معینه عدم استماع دعوی انقطاع یابد، مدت جدید مانند مدت اولی، مجدداً آغاز می یابد؛ و (۲) اگر حکم قطعی شود یا اینکه مدت معینه عدم استماع دعوی یک سال بوده و به اقرار مدیون قطع گردد، مدت جدید برای عدم استماع دعوی، پانزده سال می باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که اثری که بر انقطاع مرور زمان مرتب می گردد این است که مدت جدید مانند مدت اولی، مجدداً آغاز می گردد. به حیث مثال، اگر احمد از محمود بیست لک افغانی مدیون باشد و احمد پس از گذشت پنج سال از محمود مطالبه دین نماید، مرور زمان منقطع می گردد و محمود می تواند برای مدت پانزده سال دیگر از محمود مطالبه نماید.

۱۱۸۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۲۴.

۱۱۸۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷.

دوم این که: اگر حکم قطعی شود مدت مرور زمان دین پس از قطعی شدن حکم محکمه ذیصلاح پانزده سال است. حکم قطعی در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و کد جزا تعریف شده است. طبق ماده ۴ فقره ۱۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم: «حکم قطعی حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضایی (مراحل قضایی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد. حکم قطعی و نهایی از لحاظ آثار یکی می باشد.» ماده ۴ جزء کد جزا در تعریف حکم قطعی می گوید: «۱۰- حکم قطعی: حکمی است که:

- طبق احکام قانون در محکمه ابتدائیه یا استیناف نهایی شده باشد.
 - محکمه فرجام در مورد، حکم نهایی صادر نموده باشد.
 - ستره محکمه بعد از رسیدگی تجدید نظر در مورد، حکم صادر نموده باشد.
 - میعاد تقدیم شکایت یا اعتراض بر آن مطابق قانون منقضی شده باشد.»
- به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید و محکمه حکم به محکومیت احمد نماید و حکم قطعی گردد، اما محمود نتواند دین خویش را به دلیل عدم تنفیذ حکم محکمه دریافت نماید، مدت مرور زمان این دین پانزده سال است.
- سوم این که: اگر مدت معینه عدم استماع دعوی یک سال بوده و به اقرار مدیون قطع گردد، مدت جدید برای عدم استماع دعوی، پانزده سال می باشد. به حیث مثال، اگر احمد کمیشن کار باشد و برای محمود قباله قانونی او را طی مراحل نماید و محمود اجرت طی مراحل قباله را نپردازد، مدت مرور زمان حق کمیشن کار، چنانچه گفته شد، یک سال است. در صورتی که شش ماه سپری شود و محمود به حق احمد اقرار نماید، پس از اقرار محمود، مدت مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی احمد پانزده سال است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر انقطاع مرور زمان و مورد حمایت قرار دادن حق داین است.

ز) کیفیت اعمال و انصراف از مرور زمان

طبق ماده ۹۸۱: «(۱) محکمه نمی تواند مستقیماً نسبت مرور زمان از استماع دعوی امتناع ورزد، مگر به اساس مطالبه مدیون یا داین و یا هر شخصی که مصلحت وی در مطالبه متصور باشد، گرچه مدیون به آن تمسک ننماید؛ و (۲) تمسک به مرور زمان به هر مرحله دعوی جواز دارد، گرچه به پیشگاه محکمه استیناف باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استخراج است:

نخست این که: محکمه نمی تواند مستقیماً نسبت مرور زمان از استماع دعوی امتناع ورزد، مگر به اساس مطالبه مدیون یا داین و یا هر شخصی که مصلحت وی در مطالبه متصور باشد، گرچه مدیون به آن تمسک ننماید. استماع در لغت به معنی شنیدن و گوش دادن است.^{۱۱۸۳} در اصطلاح حقوقی استماع شنیدن و رسیدگی به دعوی است توسط محکمه ذیصلاح. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استتکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است.^{۱۱۸۴} مطالبه داین در نص این ماده توجیه پذیر و عملی به نظر نمی رسد. زیرا، داین

1183. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 11/1/2018).

۱۱۸۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.

مدعی است و بعید است که مدعی به ضرر خود به مرور زمان استناد نماید. همچنین، قاضی نمی تواند به دلیل مرور زمان از استماع دعوی امتناع ورزد مگر این که شخصی که مصلحت وی در مطالبه متصور باشد به آن استناد نماید، گرچه مدیون به آن تمسک ننماید.

به حیث مثال، اگر احمد بر محمود ده لک افغانی دین داشته باشد و مدت پانزده سال از دین بگذرد و سپس احمد علیه محمود در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید، قاضی محکمه ذیصلاح نمی تواند از رسیدگی به دعوی امتناع ورزد مگر این که محمود یا شخصی که در دعوی مصلحت دارد به آن استناد نماید. دلیل این قاعده این است که اول این که قاضی در دعاوی مدنی براساس دلایل طرفین دعوی باید حکم نماید. دوم این که اصل بی طرفی قاضی ایجاب می نماید تا قاضی از استناد به مرور زمان خودداری ننماید.

دوم این که: تمسک به مرور زمان به هر مرحله دعوی جواز دارد، گرچه به پیشگاه محکمه استیناف باشد. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود و شخص ثالث که در دین مصلحت دارد می تواند در مرحله ابتدایی یا استیناف به مرور زمان استناد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حفظ اصل بی طرفی قاضی است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۸۵):

ماده (۹۸۱) قانون مدنی حکم می کند که محکمه نمی تواند مستقیماً نسبت مرور زمان از استماع دعوی امتناع ورزد مگر به اساس مطالبه مدیون یا داین یا هر شخصی که مصلحت وی در مطالبه متصور باشد. در صورتی که از دعوی مدعی مرور زمان واضح شود و یا در اثر تذکر محکمه واضح شود عذر قانونی نداشته باشد محکمه چه اجراءت کند.

توضیح:

اساساً حق به مرور زمان ساقط نمی گردد چنانچه ماده (۹۶۵) قانون مدنی با آن صراحت دارد. پس، با وجود مرور زمان اگر مدعی علیه به حق اقرار کند محکوم علیه قرار می گردد. لهذا در جایی که سقوط حق موضوع بحث نبوده بلکه سقوط دعوی به مرور زمان مورد بحث باشد و قانون استناد به مرور زمان را از جانب داین یا مدیون و یا شخصی که مصلحت او در مطالبه متصور باشد منوط گردانیده باشد محکمه مکلف به تعمیم حکم قانون بوده و در مورد ماده (۹۸۱) محکمه طبعاً حکم ماده مذکور را تطبیق و خود محکمه نمی تواند به اتکاء مرور زمان و بدون مطالبه و استناد داین مدیون و شخص سوم ذیصلاح دعوی را به عدم سمع فیصله کند.^{۱۱۸۵}

طبق ماده ۹۸۲ ق. م. ا: «(۱) انصراف از حق دفع به عدم استماع دعوی به سبب مرور زمان قبل از ثبوت حق، دفع در آن جواز ندارد. همچنین، موافقه طرفین به عدم جواز استماع دعوی، در مدتی که خلاف مدت های باشد که در این قانون به منظور مرور زمان پیش بینی شده است، جواز ندارد؛ و (۲) شخصی که قدرت تصرف را در حقوق خود داشته باشد، می تواند بعد از ثبوت حق خود در آن از حق دفع به مرور زمان انصراف نماید، گرچه داللتاً باشد، این انصراف در حق داینین دیگری که از آن متضرر شوند نافذ نمی باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

نخست این که: فقره ۱ ماده ۹۸۲ که تصریح می نماید: «انصراف از حق دفع به عدم استماع دعوی به سبب مرور زمان قبل از ثبوت حق، دفع در آن جواز ندارد» مبهم به نظر می رسد. دفع در لغت به معنی رد کردن، پس زدن، رد و مدافعه است.^{۱۱۸۶} در اصطلاح حقوقی دفع عبارت است از مدافعه و پاسخ دادن به دعوی است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در فقره اول ماده ۹۸۲ در ق. م. ا این است که مدعی علیه نمی تواند قبل از ثبوت حق استناد، از استناد به مرور زمان انصراف ورزد.

به عبارت دیگر: اول باید حق دفع دعوی به استناد به عدم استماع دعوی به سبب مرور زمان برای مدعی علیه ثابت شود و سپس مدعی علیه از آن انصراف نماید. بنابراین، در صورت عدم ثبوت حق دفع دعوی به سبب مرور زمان مدعی علیه نمی تواند از آن انصراف نماید. عبارتی که در ق. م. ج. م آمده است واضح تر از بند اول ماده ۹۸۲ فقره اول ق. م. ا است. ماده ۳۸۸ بند اول ق. م. ج. م در این خصوص می گوید: «مدیون نمی تواند پیش از ثبوت حق استناد، از منافع مرور زمان، چشم بپوشد [...]».

دوم این که توافق طرفین مبنی بر تغییر مدت مرور زمان به دلیل مخالفت با قانون اعتبار ندارد. به حیث مثال، مرور زمان حق استاد یک سال است. اگر استاد با پوهنتون یا دانشگاه توافق نماید که مرور زمان حق استاد دو سال باشد، این توافق فاقد اعتبار است.

سوم این که شخصی که قدرت تصرف را در حقوق خود داشته باشد، می تواند بعد از ثبوت حق خود در آن از حق دفع به مرور زمان انصراف نماید، گرچه داللتاً باشد. این انصراف در حق داینین دیگری که از آن متضرر شوند نافذ نمی باشد. به حیث مثال، اگر احمد قدرت تصرف در حق های خویش را داشته باشد؛ به این توضیح که واجد اهلیت حقوقی باشد، به صورت صریح یا ضمنی از حق دفع به استناد مرور زمان استناد نماید. اما، این انصراف در حق سایر داینین مدیون نافذ نیست. به حیث مثال، اگر احمد واجد اهلیت باشد و بر محمود دین داشته باشد و در عین حال جمشید و حمید نیز بر محمود دین داشته باشد، اگر احمد از دفع دعوی به استناد مرور زمان انصراف نماید، این انصراف حق استناد جمشید و حمید به مرور زمان را متأثر نمی سازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی احکام انصراف از دفع دعوی به استناد به مرور زمان است.

ح) اثر

طبق ماده ۹۸۰ ق. م: «هرگاه دعوی راجع به اصل دین به سبب مرور زمان قابل سمع نگردد، در مورد ملحقات آن نیز قابل سمع نمی باشد، گرچه مدت معینه عدم استماع دعوی در ملحقات دین، تکمیل نشده باشد.» طبق نص این ماده هرگاه دعوی راجع به اصل دین به سبب مرور زمان قابل سمع نگردد، در مورد ملحقات آن نیز قابل سمع نمی باشد، گرچه مدت معینه عدم استماع دعوی در ملحقات دین، تکمیل نشده باشد. ملحقات جمع ملحقه و ملحقه تأنیث ملحق است که در لغت به معنی اضافه شده ها، ضمیمه ها و پیوست ها است.^{۱۱۸۷} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد که ملحقات چیز هایی است که با اصل شی ضمیمه می شوند، مانند کلید قفل، گوساله شیرخوار گاو و نظیر اینها.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی قرضدار محمود باشد و احمد خانه ای خویش را به محمود به رهن یا جمشید را به عنوان کفیل (ضامن) به محمود داده باشد یا محمود حق اختصاص را نسبت به خانه ای احمد ایجاد نموده باشد، در صورتی که دعوی محمود علیه احمد در خصوص ده لک افغانی به دلیل مرور زمان قابل سمع نباشد، دعوی راجع به کفالت، رهن و حق اختصاص که ملحقات دین اند، قابل سمع نمی باشد. به عبارت دیگر: اثری که بر مرور زمان مرتب می گردد این است که مرور زمان موجب عدم سمع دعوی در باره دین و ملحقات دین، مانند: کفالت، رهن رسمی، حق امتیاز و حق اختصاص می گردد. بنابراین، در صورت سقوط اصل دین، ذمه کفیل نیز بری می گردد، همانطوری که رهن، حق امتیاز و اختصاص در اثر سقوط دین اصلی ساقط می گردد. زیرا، فرع در وجود و بقاء تابع اصل است و زمانی که اصل ساقط گردد، فرع نیز ساقط می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر مرور زمان است.

در صورت سقوط تعهد در اثر مرور زمان، چنانچه گفته شد، هرچند دعوی دیگر قابل سمع نیست و مدیون نمی تواند قضاءً مدیون را اجبار بر ایفای تعهد نماید. اما، تعهد از تعهد مدنی به تعهد طبیعی تبدیل می شود. همچنین، همانطوری که مؤثر نمی تواند بعد از مرور زمان اقامه دعوی نماید، ورثه او نیز نمی توانند در باره حقی که تحت قاعده مرور زمان قرار گرفته است، اقامه دعوی نمایند. ماده ۱۶۶۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه شخصی بدون عذر ترک دعوی نماید، مرور زمانی که قبلاً ذکر شد بر آن بگذرد، همانطوری که دعوی خودش تا زمانی که حیات است شنیده نمی شود، دعوی وارثین او نیز بعد از وفاتش قابل سمع نیست.»

طبق مجله الاحکام: «بایع و مشتری، واهب و موهوب له نیز مانند مؤثر و وارث است. به طور مثال، کسی در یک میدانی که به حویلی شخص دیگری پیوسته است مدت پانزده سال تصرف نماید و صاحب خانه خاموش باشد، بعد از آن زمانی که خانه را به فروش رساند، و خریدار ادعا نماید که این میدان راه خاص حویلی ای است که من خریده ام، دعوایش قابل سمع نیست. همچنین است اگر مدیت بایع خاموشی اختیار

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه / ۶۰۳

نماید و مدتی نیز مشتری خاموشی اختیار نماید که مجموع این دو مدت، مدت مرور زمان را در بر بگیرد، دعوی مشتری قابل سمع نیست.»^{۱۱۸۸}

۱۱۸۸ . جهت مطالعه بیشتر در باره مرور زمان ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۳)، لبنان، بيروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۵۴-۱۸۰؛ _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۱۱۸-۱۲۵.

فصل دوم: اثبات وجوبه

با توجه به اصل برائت و تکلیف داین مبنی بر اثبات تعهدی که بر عهده مدیون دارد جلد دوم، باب پنجم فصل اول الی شش ق. م احکام معینی را در مورد اثبات تعهد وضع نموده است. فصل اول مواد ۹۸۳ الی ۹۹۰ حاوی احکام عمومی اثبات دعوی است. نویسندگان ق. م این قواعد را از مجله الاحکام گرفته اند. فصل دوم ق. م حاوی احکامی در مورد اسناد، فصل سوم در مورد اقرار، فصل چهارم در مورد قسم، فصل پنجم در مورد شهود و شهادت و فصل ششم در مورد قراین است.

با توجه به این دسته بندی، مطالب این فصل را در هفت مبحث طوری که در مبحث اول: تعریف، اهمیت و لزوم اثبات، در مبحث دوم: تکلیف مدیون مبنی بر اثبات تعهد و نیز وسایل اثبات دعوی؛ در مبحث سوم: اسناد، در مبحث چهارم: اقرار؛ در مبحث پنجم: قسم؛ در مبحث ششم: شهود و شهادت و در مبحث هفتم: قراین اعم از قاطعه و مُسْتَنْبِطَه را ذیلاً بالترتیب مورد مطالعه قرار می دهیم:

مبحث اول) تعریف و جایگاه قواعد اثبات

گفتار نخست) تعریف اثبات

اثبات از ریشه «ثبت» گرفته شده که در لغت به معنی برجای داشتن، مستقر کردن، استوار داشتن، قرار دادن و ثابت کردن و معلوم و مشخص کردن درستی یک ادعا است^{۱۱۸۹} و در اصطلاح فقهی به ثابت کردن حق (ادعا) با توسل به وسایل اثبات در نزد قاضی جامع شرایط اثبات گویند.^{۱۱۹۰} حقوقدانان نیز تعریفی نزدیک به همین مفهوم ارایه کرده اند، چنانکه حقوقدانان می گویند: اثبات عبارت است از اقامه دلیل در پیشگاه محکمه مطابق پیش بینی قانون که قناعت قاضی محکمه ذیصلاح را فراهم سازد بر صحت واقعه که یکطرف مدعی آن و طرف دیگر منکر آن است. چنانکه ملاحظه می شود، عناصر اصلی تعریف ارایه شده از قرار ذیل است:

۱۱۸۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۵.
۱۱۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۶.

۱) به محض اقامه اثبات قضایی، قاضی مکلف و ملزم به پذیرش آن است و باید نتایج قانونی مرتب را بر آن بار کند، در غیر این صورت از اجرای عدالت سرباز زده است.

۲) اثبات قضایی همیشه با وسایل اثبات ثابت می شود. البته، نباید آن را همواره مطابق با واقع و حقیقت دانست. زیرا، قاضی به ویژه در امور مدنی خود به دنبال وسایل اثبات نمی رود و براساس وسایل اثبات ارایه شده قضاوت می کند.

۳) در صورت انکار مستند و مستدل خصم صرف اقامه دلیل اثبات قضایی محسوب نمی شود؛ به این توضیح که ممکن است کسی دلیلی را دال بر واقعه ای ارایه کند، اما خصم هم دلایلی متعارض و محکم تر از آن در دست داده باشد که البته قاضی به دلیلی ترتیب اثر خواهد داد که استوار تر باشد.^{۱۱۹}

گفتار دوم) جایگاه قواعد اثبات در حقوق مدنی افغانستان

در تقسیم بندی کلی قوانین آنها را به یک اعتبار به قوانین ماهوی یا تعیین کننده حق و تکلیف و شکلی یا تضمین کننده تقسیم می کنند که مهمترین و شاخص ترین انواع قوانین مذکور می توان از قانون مدنی و اصولنامه تجارت به عنوان قانون تعیین کننده یا ماهوی و قانون اصول محاکمات مدنی و قانون اصول محاکمات تجارتي به عنوان قانون تضمین کننده یا شکلی نام برد. در همین تقسیم بندی، نقش و اهمیت ادله اثبات دعوی که در دسته دوم از تقسیم بندی مذکور قرار می گیرند مشخص می گردد چرا که تا زمانی که قوانین تضمین کننده حق و تکلیف وجود نداشته باشد و یا در صورت وجود به درستی و کمال اجرا نشوند قواعد ماهوی از اهمیتی برخوردار نخواهند بود همچنانکه قانون بدون ضمانت اجرا نخواهد توانست مردم را به صرف مهم و آمره بودنش به اطاعت و تمکین وادار نماید.

قواعد ماهوی یا تعیین کننده حق و تکلیف نیز بدون وجود و یا اجرای قواعد تضمین کننده، فاقد چنین قدرتی خواهند بود و دولتها بدون وجود و یا اجرای اینگونه قواعد نخواهند توانست حقوق شهروندی اشخاص را تضمین نمایند. اما سؤالی که بدون پاسخ می ماند اختصاص بخشی از قوانین ماهوی به پیش بینی وسایل اثبات دعوی در جلد دوم، باب پنجم فصل اول الی ششم ق. م و تکمیل آن در قانون اصول محاکمات مدنی است. پرسش این است که جایگاه چنین قواعد در بین قوانین شکلی نیست و نباید در ضمن احکام قانون اصول محاکمات مدنی و یا لااقل به صورت قواعد شکلی جداگانه ای تدوین و تصویب گردند؟ در پاسخ به این پرسش حقوقدانان بر این نظر اند که:

۱) علل اول این امر اقتباس ق. م. ا از قانون مدنی مصر و فرانسه است که به صورت ابتدایی به همین صورت تدوین گردیده، ولی بعداً تفکیک شده اند.

۲) اینکه آنچه از قانون مدنی انتظار می رود که به عنوان قانون تعیین کننده حق و تکلیف باشد در این احکام نیز به همین رسالت پرداخته شده است. این روش نه تنها در حقوق مدنی افغانستان، بلکه در اکثر کشورهای دیگر اثر گذاشته است. علت این امر در واقع به موضوع اثبات باز می گردد که واجد هر دو جنبه است: نخست جنبه متنی که در واقع انواع وسایل اثبات و حالات استعمال هر کدام را مشخص می نماید و نیز کسی

۱۱۹۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۳-۱۵؛ محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۱۴.

را معلوم می‌دارد که بار اثبات به دوش اوست. دوم جنبه شکلی که در حقیقت شیوه‌های تقدیم وسایل اثبات و اجراءات خاص تقدیم آن را در منازعه معین در پیشگاه قضاء را واضح می‌سازد.^{۱۱۹۲}

مبحث دوم: وسایل و مدارک اثباتیه و محل اثبات

طبق ق. ا. م. م میان وسایل اثبات و مدارک اثباتیه رابطه عموم و خصوص وجود دارد. بنابراین، اول وسایل اثبات و دوم مدارک اثباتیه را ذیلاً مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

گفتار اول) تعریف وسایل اثبات

وسایل اثبات ترکیبی از دو کلمه است که عبارت اند از: وسایل و اثبات. تعریف اثبات گذشت. وسایل جمع وسیله است که در لغت به معنی سبب، دستاویز و آنچه که به واسطه آن به دیگری نزدیکی حاصل کنند است^{۱۱۹۳} و از نظر حقوقی وسیله چیزی را گویند که برای اثبات امری به کار می‌رود. چیزی که برای اثبات امری در دعاوی به کار می‌رود وسیله نامیده می‌شود.

به هر حال، از ترکیب این دو کلمه می‌توان به این نتیجه کلی رسید که: وسایل اثبات به چیزهایی گفته می‌شود که برای ثابت کردن حق و یا تعهد در پیشگاه قضاء به کار می‌رود. طبق ق. م وسایل اثبات به شرح زیر بر شمرده شده اند: (۱) اسناد؛ (۲) اقرار؛ (۳) شهادت؛ (۴) قسم؛ و (۵) قراین اعم از قاطعه و مستنبطه (جلد دوم، باب پنجم فصل اول الی ششم ق. م). منشأ برخی از این وسایل اصحاب دعوی هستند، مانند: اقرار، اسناد و سوگند. اما، منشأ برخی دیگر اشخاص ثالث هستند، مانند: شهادت و منشأ برخی دیگر درک مستقیم قاضی است، مانند: قراین قاطعه و مستنبطه.

گفتار دوم) تعریف مدارک اثباتیه و فرق آن با وسایل اثبات

مدارک اثباتیه که در ماده ۲۸۱ ق. ا. م. م پیش بینی شده است نیز مرکب از دو کلمه است: مدارک و اثبات. مدارک جمع مدرک است که در لغت به معنی محل ادراک، حس، زمان و مکان ادراک، مأخذ و دلیل چیزی و نیز سند است.^{۱۱۹۴} از ترکیب این دو کلمه می‌توان به این نتیجه کلی رسید که: مدارک اثبات نیز به چیزهایی گفته می‌شود که برای ثابت کردن امری در پیشگاه قضاء به کار می‌رود.

بر اساس ق. ا. م. م به نظر می‌رسد میان وسایل اثبات و مدارک اثبات رابطه عموم و خصوص وجود دارد؛ به این توضیح که: هر مدرک اثباتیه وسیله اثبات است. اما، هر وسیله اثبات مدرک اثباتیه نیست. به عنوان مثال، طبق ق. ا. م. ا وسایل اثبات عبارت اند از اقرار، بینه که شامل: اسناد، شهود، قراین قاطعه و مستنبطه می‌گردد، یمین و نکول. اما، مدارک اثباتیه طبق ماده ۲۸۱ ق. ا. م. م عبارت اند از: اسناد، شهادت شهود و قراین است.

مبحث سوم) وسایل اثبات در ق. م

۱۱۹۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۶-۲۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۵۷ و ۵۸؛ و محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۱۷.
۱۱۹۳. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹۱.
۱۱۹۴. همان، حسن عمید، ص ۱۰۷۰؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۹۴۶.

نویسندگان ق. م علاوه بر اسناد، اقرار، شهادت، قراین و سوگند در جلد دوم، باب پنجم، فصل اول زیر عنوان قواعد عمومی، مواد ۹۸۳ الی ۹۹۰ برخی قواعد کلی (فقهی - حقوقی) را پیش بینی نموده اند که این قواعد می توانند راهگشای طرفین و قاضی در اثبات دعوی باشند. در این کتاب صرف قواعد ق. م و در کتاب شرح قانون اصول محاکمات مدنی احکام مربوط به وسایل اثبات قانون اصول محاکمات مدنی را مورد بحث قرار می دهیم. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نصوص این مواد پیش بینی راه های اثبات حق برای قاضی است.

گفتار اول) برخی قواعد کلی

برخی قواعد کلی که در اثبات دعوی می توانند به کار بروند عبارت اند از:

۱) طبق ماده ۹۸۳ ق. م: «دلیلی که احتمال در آن راه یابد، استدلال به آن ساقط می گردد.» به نظر می رسد نص این ماده ترجمه ماده ۷۳ مجله الاحکام است که تصریح می نماید: «احتمال ناشی از دلیل حجت و برهان نیست.» نص این ماده قاعده پیچیده است. منظور از دلیل در این قاعده وسایل اثبات دعوی مانند سند، شهود، اقرار و نظیر اینها است.^{۱۱۹۵} احتمال در لغت به معنی حدس و گمان است.^{۱۱۹۶} استدلال در لغت به معنی دلیل آوردن، حجت آوردن و برهان آوردن است.^{۱۱۹۷} در اصطلاح حقوقی، استدلال عبارت از دلیل و حجت آوردن است برای اثبات ادعا و نظر. ساقط در لغت به معنی فرو افتاده و افتاده است.^{۱۱۹۸} برخی از فقها در خصوص این قاعده می نویسند که طبق این قاعده وقتی تهمت به افعال و عملکرد او مقترن شود، فعل فاعل، باطل و از اعتبار ساقط است. این حالت ناشی از توهم و گمان نیست، بلکه ظاهر الحال افاده آن را می کند.^{۱۱۹۹} این دیدگاه مفهوم به نظر نمی رسد. بر

خی دیگر در این خصوص می نویسند که اگر بر برهان یا احتجاج احتمالی وارد شود که آن را نقض کند یا با آن متناقض باشد یا برهان یاد شده را سست و ضعیف کند، برهان یاد شده مقبول واقع نمی شود و احتجاج مذکور پذیرفتنی نمی گردد و جزو برهان و استدلالی که حقوق و تکالیف به وسیله آن اثبات می شود به شمار نمی آید تا زمانی که احتمال یاد شده ناشی از دلیل مقبول یعنی دلیل قعطی یا دلیل ظنی شرعی و معتبر باشد. اما اگر احتمال مذکور خالی از چنین دلیل باشد، به عنوان توهم محض قلمداد می گردد و، و هم و توهم اعتباری ندارد.^{۱۲۰۰} برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:

۱۱۹۵. زین العابدین سراج (۱۳۹۸). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص ۱۶۵.

1196. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/1/2016).

1197. Ibid, (Last visit: 17/1/2017).

1198. Ibid, (Last visit: 23/1/2016).

۱۱۹۹. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۲۲ و ۲۳.

۱۲۰۰. زین العابدین سراج (۱۳۹۸). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص ۱۶۵.

۱- طبق این قاعده، شهادت زوجین و شهادت اصول و فروع برای همدیگر جواز ندارد. همچنین، شهادت اجیر خاص برای مستأجر جواز ندارد زیرا در شهادت تهمت وجود دارد و احتمال دارد انسان را بی طرف نگذارد و شهادت باید از این احتمالات ولو محتمل هم باشد عاری باشد.

۲- اگر شخصی در مرض الموت برای بعضی از ورثه به دینی اعتراف نماید، اقرارش مدار اعتبار نیست مگر این که باقی ورثه به آن موافقه نمایند، زیرا احتمال دارد مریض مبتلا به مرگ با این اقرار و تصمیم خویش یکی از ورثه را در میراث بر سایر ورثه ترجیح دهد و این احتمال و پیش بینی امر ساده و قابل اغماض نیست، بلکه یک احتمال قوی می باشد و بستر مرگ این ظن و گمان را بیشتر قوت می بخشد.^{۱۲۰۱}

۳- قباله ای که در محکمه ثبت و محفوظ نداشته باشد، قابل اعتبار نیست زیرا در مورد آن احتمال تزویر موجود است.^{۱۲۰۲}

۲) طبق ماده ۹۸۴ ق. م که ترجمه ماده ۷۵ مجله الاحکام است: «ثابت به برهان، مانند ثابت به مشاهده است.» مراد از برهان در این ماده ادله اثبات کننده حق است که به نام بینات نیز یاد می شود. طبق این قاعده آنچه نزد قاضی در مجلس قضاء براساس اقامه بینه ثابت شود، گویی حوادث و قضایای مورد بحث را از نزدیک مشاهده کرده است و براساس همین اعتماد حکم را باید صادر نماید گرچه احتمال وجود دارد که واقعیت خلاف این امر باشد. به عنوان مثال، شاهدان به دروغ شهادت داده اند، در حالی که در ظاهر به صلاح آراسته بوده اند یا در واقعیت امر محکوم علیه بی گناه بوده، اما کسی از آن آگاه نبوده است، اما این توهمات نتیجه نداشته و در برابر بینه ظاهری بی اعتبار است. قاضی براساس ادله ظاهری حکم می نماید و مکلف نیست از باطن واقعیت خود را آگاه نماید، زیرا این امر از توان او خارج است. چنانچه پیامبر ﷺ فرموده است:

«إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا، فَلَا يَأْخُذْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ.»^{۱۲۰۳}

«من بشرم و شما برای احقاق حق نزد من می آید، شاید یکی از شما بهتر از دیگری از عهده بیان حجت و اثبات دعوی خود بر آید. پس، اگر در اثر این قبیل سخنان، به نفع کسی قضاوت کنم و حق را که از آن برادر اوست، به او سپارم، در حقیقت قطعه ای از آتش است که به او می دهم. زینهار که آن را نگیرید.»
نتیجه که از قاعده فوق بر می یابد دو حالت را در بر می گیرد:

۱- وقتی دعوی به برهان که به مثابه عیان است ثابت گردد، انکار مدعی علیه اعتبار ندارد؛ و

۲- بعد از قضاوت قاضی، ادعای برخلاف قضاوت مسموع نیست، مگر اینکه سبب جدید حدوث نماید.^{۱۲۰۴}

۱۲۰۱. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات

و مطبعه میوند، صص ۲۲ و ۲۳.

۱۲۰۲. زین العابدین سراج (۱۳۹۸). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، ص

۱۶۵.

۱۲۰۳. رواه البخاری.

۳- احمد ده لک افغانی بر محمود دین دارد و آن را با سند یا شاهدان در محکمه ثابت می نماید. در این مثال، اثبات دین توسط سند یا شاهدان مانند این است که قاضی مشاهده کرده است که محمود پول را از احمد گرفته است.

۳) طبق ماده ۹۸۵ ق. م که ترجمه ماده ۸ مجله الاحکام است: «برائت ذمه حالت اصلی است.»
برائت مصدر است و از ریشه «برء» گرفته شده است و به معنای وارستگی، سلامت از عیب، رهایی، بیزاری، بیزاری جستن، پاک شدن و دور شدن است. در فقه به پاکی ذمه افراد در برابر تعهدی برائت گویند.^{۱۲۰۵} به نظر می رسد این تعریف در حقوق خصوصی صادق است. اما، در حقوق جزا ماده ۳ فقره ۲۶ قانون اجراءات جزایی در تعریف برائت می گوید: «برائت: حالتی است که محکمه بنا بر فقدان موجودیت دلایل اثبات به بی گناهی متهم و رد اتهام در همان قضیه حکم نموده باشد.» تعریف ذمه در مبحث اول این کتاب گذشت.

اصل برائت به این مفهوم است که هیچ شخص مسؤول نیست مگر این که مسؤولیت او در محکمه ذیصلاح ثابت شود و شخص با حکم قطعی محکمه ذیصلاح محکوم علیه شناخته شود. طبق ماده ۴ فقره ۱۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم: «حکم قطعی حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضایی (مراحل قضایی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد. حکم قطعی و نهایی از لحاظ آثار یکی می باشد.» زمانی که حکم محکمه صادر شد، یا شخص برائت می گیرد و یا مجرم شناخته می شود. در دعاوی جزایی اثبات عدم برائت متهم بر عهده خائرنوال است.

در ساحت حقوق مدنی اصل برائت ذمه انسان از هر نوع مسؤولیت است، زیرا زمانی انسان پا به عرصه هستی می گذارد نه مدیون است و نه مسؤولیت مدنی دارد، بلکه ذمه او، که تفصیل آن گذشت، از هر نوع مسؤولیت بری و خالی است. زمانی که حقوقی بر ذمه او ثابت می شود بر اسباب عارضی متکی است که بعد از ولادت دامنگیر او می گردد، زیرا در امور عارضه عدم اصالت دارد.^{۱۲۰۶} طبق این قاعده، هر کس بر دیگری تعهدی را ادعا می نماید مانند دین، انجام دادن تعهدی و امثال اینها سبب آن هرچه باشد، مانند عقد، اتلاف یا سایر اسباب ضمان، در صورتی که طرف منکر باشد، مدعی باید ادعای خود را به اثبات برساند، زیرا مدعی علیه در حالت اصلی قرار دارد که آن فراغت ذمه است و ظاهر الحال نیز مؤید حالت او است و این فراغت ذمه تا وقتی ادامه می یابد که عکس آن ثابت شود.^{۱۲۰۷}

چون ادعای مدعی خلاف اصل و خلاف ظاهر است وی باید بتواند با ارایه وسایل اثبات، ادعای خود را ثابت کند. زیرا، اصل بر برائت اشخاص از هر گونه جرم و اشتغال ذمه اشخاص از هر گونه تعهد یا دین است.

۱۲۰۴. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۱۱۷ و ۱۱۸.
۱۲۰۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۳۸.
۱۲۰۶. «اصل فی الصفات العارضه العدم». (ماده ۹ مجله الاحکام).
۱۲۰۷. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، ص ۱۶.

بنابراین، کسی که خلاف آن را ادعا می کند باید با ارایه دلیل، ادعای خویش را ثابت کند یا چنانچه در صحت و یا عدم صحت یک عمل حقوقی تردید گردد اصل صحت آن است و مدعی خلاف آن باید ادعای خویش را اثبات نماید. همچنین، هر عقدی که در لزوم و یا جواز آن تردید گردد اصالت اللزوم آن را لازم می داند و چنانچه مدعی ادعای جایز بودن و یا به هم خوردن آن را دارد باید ادعای خویش را اثبات نماید. بنابراین، مدعی مسؤول اثبات عدم برائت مدعی علیه است.

این اصل را مانند اصل برابری اتباع در برابر قانون باید عام دانست و تفسیر موسع نمود و در ساحت های جزایی، مدنی، تجارتی، اداری، کار و مالیه تسری داد. لذا، به نظر می رسد در همه عرصه ها شخص بری الذمه است مگر این که مسؤولیت او ثابت گردد. اصل برائت نه تنها در مورد اشخاص حقیقی (انسان ها) بلکه در مورد اشخاص حقوقی نیز قابل تسری و صادق است. بنابراین، ذمه اشخاص حکمی نیز بری است و اشخاص حکمی هیچ گونه مسؤولیتی ندارند مگر اینکه مسؤولیت آن در امور مدنی، جزایی و ... توسط مدعی ثابت گردد. برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:

۱- اگر احمد ادعا نماید که محمود صد لک افغانی مدیون من است اصل این است که محمود مدیون نیست. استثنای این اصل این است که احمد دین را در محکمه با ارایه وسایل ثابت نماید.

۲- اگر احمد متهم به قتل محمود شود، اصل این است که احمد قاتل نیست مگر این که جرم او در محکمه ذیصلاح توسط خرنوال با ارایه وسایل اثبات ثابت شود.

۳- اگر احمد ادعا نماید که شرکت تجارتی محمود و جمشید صد لک افغانی مدیون من است، اصل این است که شرکت تجارتی محمود و جمشید مدیون نیست مگر این که احمد با ارایه وسایل اثبات ثابت نمایند که شرکت تجارتی محمود و جمشید مدیون احمد اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن برائت افراد به عنوان حالت اصلی است.

۴) طبق ماده ۹۸۶ ق. م که ترجمه ماده ۴ مجله الاحکام است: «یقین به شک زایل نمی شود». طبق این قاعده یقین به شک زایل نمی شود. یقین در لغت به معنی اعتماد قلبی، بدون شک، باور و اعتقاد است. زایل در لغت به معنی نابودن شدن است. شک در لغت به معنی دودلی، تذبذب، تردید و بدگمانی است.^{۱۲۰۸} طبق این قاعده وقتی امری از امور و یا حالتی از حالات به صورت قطع و جزم ثابت و متیقن شود، عارض شدن شک و تردد، آن حالتی یقینی را بی اعتبار ساخته نمی تواند و امر ثابت و متیقن تا زمانی معتبر است که عکس آن به اثبات برسد. برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:

- وقتی دینی بر ذمه شخص ثابت و متیقن گردد و او بمیرد و ما در ادای دین از طرف متوفی متردد و مشکوک گردیم، دین بر ذمه مدیو متوفی ثابت بوده شک و تردد این یقین را از میان برداشته نمی تواند.

- اگر ثابت و متیقن گردد که دائن از دینش ابراء داده اما تردید نماییم که شاید مدیون ابراء را نپذیرفته است، در این حالت، ابراء معتبر بوده و دین ساقط پنداشته می شود.

- اگر عقدی میان دو شخص ثابت و محرز گردد، اما در فسخ و ابطال آن شک و تردید موجود باشد، عقد به قوت نفاذ خود قایم است.
- اگر ودیعه نزد امین تلف شود، و ما گمان نماییم که ودیعت به اثر تجاوز و سوء تصرف و یا تقصیر امین هلاک شده است و باید جبران خسارت را بپردازد و یا این که ودیعه در اثر قضاء و قدر بدون تقصیر و یا تجاوز مودع تلف شده است و ضمان ندارد، زیرا صفت امانت و اعتماد در حین صدور عقد یک امر یقینی است. پس، امر یقینی به شک و تردد از بین نمی رود.^{۱۲۰۹}
- در احادیث صحیح وارد شده است که وضوء گیرنده وقتی در صحت وضوء خود شک و تردد به خود راه بدهد وضوء سابقش اعتبار داشته و نمازش به همان وضوء که یقینی است صحت دارد تا عکس آن تحقق یابد. این قاعده را می توان در کلیه امور مانند: عبادات، معاملات، مجازات و در سایر حقوق و تعهدات مورد تطبیق قرار داد. این مثال مربوط به معاملات و اثبات تعهدات نیست.
- (۵) طبق ماده ۹۸۷ ق. م که ترجمه ماده ۷۶ مجله الاحکام است: «شهود بر مدعی و قسم بر منکر است.» این قاعده از حدیث نبوی گرفته شده است که می فرماید:
 «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُنْكَرِ».^{۱۲۱۰}
 «ارایه بینه بر مدعی و قسم بر منکر است.»
 از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:
- نخست این که شهود بر مدعی است. مدعی شخصی است که حقی را از محکمه مطالبه می نماید. تعریف شهود در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود صد هزار افغانی مدیون من است باید برای اثبات این ادعای خویش شهود بیاورد.
- دوم این که قسم بر منکر است. منکر شخصی است که ادعا را تکذیب یا رد می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد شهود نداشته باشد و محمود منکر باشد، احمد می تواند محمود را سوگند دهد. طبق نص این ماده بار اثبات دعوی بر عهده مدعی است.
- (۶) براساس ماده ۹۸۸ ق. م که ترجمه ماده ۷۷ مجله الاحکام است: «شهود جهت اثبات خلاف ظاهر و قسم جهت ابقای اصل است.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:
- نخست این که شهود جهت اثبات خلاف ظاهر است. شاهد اسم فاعل از ریشه «شهد» گرفته شده است که در لغت به معنی گواه دهنده، گواه خبر قاطع و حاضر است که جمع آن شهود است. در اصطلاح حقوقی شاهد کسی است که به لفظ اشهد در حضور قاضی در مجلس قضا برای اثبات حقی گواهی بدهد.^{۱۲۱۱} کسی که خلاف ظاهر را دعوی می نماید مدعی نام دارد و باید ادعایش را با اقامه بینه ثابت نماید. به حیث مثال، اگر

۱۲۰۹. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۱۱-۱۳.

۱۲۱۰. حدیث حسن رواه البیهقی عن ابن عباس رضی الله عنهما، و بعضه فی الصحیحین.

۱۲۱۱. مسعود انصاری و محمد علی ظاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۱۸.

احمد ادعا نماید که موثری که نزد محمود است از آن من است و من آن را خریده ام، جهت اثبات مالکیت احمد باید شهود حاضر نماید.

دوم این که قسم جهت ابقای اصل است. تعریف قسم در گفتار سوگند خواهد آمد. طبق این قاعده مدعی علیه بر اثر انکار خویش به حالت اصلی چنک می زند و حالت اصلی انسان برائت ذمه است. بنابراین، قول مدعی علیه تا زمانی اعتبار دارد که عکس آن ثابت شود و چون کذب مدعی علیه محتمل است، جهت اطمینان و تأیید قول او، اگر مدعی بینه نداشته باشد، به مدعی علیه سوگند داده می شود.^{۱۲۱۲} به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود منکر شود، احمد می تواند در صورت نداشتن بینه و شهود محمود را سوگند دهد.

(۷) طبق ماده ۹۸۹ ق. م که ترجمه ماده ۱۱ مجله الاحکام است: «اضافت حادث، به نزدیک ترین وقت آن تعیین می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. اضافه (اضافه) در لغت به معنی باقی مانده، نسبت کردن چیزی به سوی چیزی دیگر است. حادث در لغت به معنی نو، تازه، رخ دادن، پدید آمدن و پیدا شدن است.^{۱۲۱۳} طبق این قاعده بسیاری از احکام، وقایع و قضایا در اثر اختلاف حدود آن در تأریخ با هم متفاوت می گردند و زمانی که اختلاف در تأریخ قضیه بروز نماید، زمان قریب اعتبار دارد تا وقتی که زمان بعید حادثه به اثبات برسد. فروع ذیل از این قاعده متفرع می گردد:

۱- اگر در مبیعه بعد از قبض عیبی پدیدار گردد و بایع ادعا نماید که عیب مذکور قدیم نبوده نزد مشتری پیدا شده است و مشتری مدعی شود که عیب مذکور قدیم بود و نزد بایع نیز عیب متذکره در مبیعه وجود داشته است، در این صورت، عیب متذکره نزد مشتری حادث پنداشته می شود و مشتری حق ندارد بیع را فسخ نماید مگر این که ثابت کند که عیب مذکور قدیم بوده و نزد بایع نیز در مبیعه وجود داشته است و یا عیب عارضی نبوده، بلکه از اصل خلقت وجود داشته است.

۲- شخصی متاعی را خریداری می نماید که گویی برای مدت معینی دارای خیار می باشد. بعد از انقضای مدت خیار در صدد رد و فسخ عقد می گردد و فکر می کند که مدت خیار هنوز باقی است، اما بایع معتقد است که مدت خیار سپری شده است و مشتری سکوت اختیار می نماید. بنابراین، معامله قطعی بوده قابل فسخ نیست و مشتری بعد از یک عمل انجام شده می خواهد بیع را فسخ نماید. در این صورت، قول بایع اعتبار دارد و مشتری حق رد مبیعه را ندارد مگر این که ثابت کند که فسخ در مدت خیار انجام شده است.^{۱۲۱۴}

(۸) مطابق ماده ۹۹۰ ق. م که «اصل بقای شی به حالت اصلی و در صفات معارض، عدم است.» صفت دو نوع است. صفت اصلی و عارضی. صفت اصلی آن است که از آغاز با موصوف خود همراه و قرین است، مانند: صفت عقل برای انسان رشید و صفت عارضی، مانند: دیوانگی و مستی که از آغاز در موصوف وجود نداشته است و وجود آن طاری است و هر کس مدعی آن است، باید آن را ثابت نماید. قاعده ای که از این بحث منتج می شود این است که اصل در صفات اصلی، بر وجود و در صفات عارضی بر عدم است.

۱۲۱۲. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۱۱۸ و ۱۱۹.

1213. <https://www.vajehyab.com> (Last visit:6/10/2017).

۱۲۱۴. مصطفی زرقاء (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعده فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند، صص ۱۶ و ۱۷.

طبق این قاعده در صورت اختلاف طرفین عقد بر وجود و عدم وجود صفت عارضی، قول طرفی معتبر است که به وجود عدم صفت عارضی تمسک می نماید و این بدان جهت است که صفت عارضی مانند خلاف ظاهر است و هر که بر عدم آن تمسک نماید مانند آن است که بر ظاهر تمسک نموده باشد. بنابراین، قول کسی که بر ظاهر تمسک می نماید معتبر می باشد و کسی که خلاف آن را ادعا می نماید باید آن را ثابت نماید. برخی مثال های این قاعده قرار ذیل است:

۱- طبق ماده ۹ مجله الاحکام: «... هرگاه دو شریک در مضاربه، نسبت به حصول ربح و عدم آن با هم اختلاف کنند، گفتار مضارب پذیرفته می شود و اثبات ربح بر عهده صاحب مال است.».

۲- شخصی از دیگری اسپ را خرید و تسلیم شد و بعد از آن ادعا کرد که در اسپ عیب وجود دارد و باید ادعا نمود که آن سالم از عیب است، در این صورت، قول بایع که متمسک به عدم وجود صفت عارضی است معتبر است زیرا عیب در مبیعه صفت عارضی است و اصل در صفات عارضی عدم است. بنابراین، بر مشتری لازم است تا وجود عیب در مبیعه را به اثبات برساند زیرا کسی که خلاف اصل و خلاف ظاهر را ادعا می کند باید آن را به اثبات برساند.

۳- شخصی از دیگری گاوی را خریداری می نماید و بعد از آن می خواهد که عقد را فسخ و مبیعه را رد نماید زیرا او ادعا می نماید که او در این عقد برای خود شرطی گذاشته است و آن شرط این است که گاو باید حلوب (شیرده) باشد اما طرف دیگر عقد از وجود این شرط انکار می نماید. در این صورت، قول منکر معتبر است تا این که مدعی دعوی خود را به اثبات برساند، زیرا شرط (شیرده بودن) یک صفت عارضی است و اصل در صفات عارضی عدم است.

۴- اگر ورثه عاقدی ادعا نماید که مؤثر متوفی در حین عقد دیوانه بوده و عقدش باطل است اما طرف مقابل منکر این ادعا باشد، متوفی، عاقل پنداشته می شود تا این که جنونش به اثبات برسد زیرا جنون صفت عارضی است و اصل در انسان سلامت عقل است و هر کس دعای سلامتی را بکند بنابر ظاهر حال ادعای او تأیید می شود.^{۱۲۱۵}

گفتار دوم) اسناد

استفاده از سند به عنوان دلیل سابقه ای طولانی دارد و تا کنون مهم ترین و رایج ترین دلیل ادعاهای اصحاب دعوا در دعای مدنی است و در عقود که مبنای بیشتر روابط حقوقی را تشکیل می دهد، طرفین معمولاً دلیل وجود چنین رابطه حقوقی را به قوت حافظه یک یا چند گواه و عمر دراز و صداقت آنها واگذار نمی نمایند بلکه با تنظیم سند، دلیل وقوع عقد و قراردادی را که منعقد می کنند تدارک می نمایند. زیرا، اسناد بهترین وسیله تعبیر اراده است و در عصر حاضر اهمیت بیشتر نسبت به سایر وسایل اثبات دعوی کسب کرده است و در قوانین اکثریت کشورها از جمله افغانستان به حیث یکی از مهم ترین وسایل اثبات تلقی می گردد. علت این امر این است که در اسناد حقوق و تکالیف اشخاص درج می گردد و نه تنها خود طرفین، بلکه ورثه آنها نیز می

۱۲۱۵. زین العابدین سراج (۱۳۹۸). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید، صص ۶۵ و ۶۶.

توانند بر آن استناد نمایند و نیز اسناد به آسانی قابل حفظ و بقاء است. با توجه به اهمیت اسناد، ق. م و ق. ا. م نیز احکام معین را در باره اسناد وضع نموده است.

الف) تعریف

سند در لغت به چیزی گفته می شود که به آن اعتماد کنند، مدرک مستند و نوشته ای که قابل استناد باشد و نیز نوشته ای که قرض کسی را معین سازد یا مطلبی را ثابت نماید که جمع آن اسناد است.^{۱۲۱۶} ق. م تعریفی از سند ارائه نکرده است و صرف اسناد را به دو نوع رسمی و عرفی تقسیم نموده است. اما، حقوقدانان سند را به اعتبار عام و خاص تعریف نموده اند:

۱) تعریف سند به معنی عام

به معنی عام، سند عبارت از هر تکیه‌گاه و راهنمای مورد اعتماد است که بتواند اعتقاد دیگران را به درستی ادعا جلب کند، خواه نوشته باشد یا گفته و اماره و اقرار؛ چنان که گفته می شود فلان خیر یا حدیث دارای سند معتبر است و مقصود این است که شخصیت های معتبر و مورد اعتمادی آن را نقل کرده حاند. از همین رو، در اصطلاح فقه اسلامی روات، یک حدیث را سند گویند.

۲) تعریف و ارکان سند به معنی خاص

سند به معنی محدود عبارت است از هر نوشته که در مقام اثبات دعوی یا دفاع قابل استناد باشد. بر طبق این تعریف، دلیلی سند محسوب می شود که دارای شرایط و ارکان ذیل باشد:

۱) نوشته باشد: با این قید، تمام وسایل ای که به صورت مکتوب در نیامده است از تعریف خارج می شود. نوشته نیز به هر علامت یا خطی گفته می شود که بر روی سطحی نمایان باشد. ممکن است نوشته مذکور به صورت متداول و یا به صورت رمز باشد و ممکن است بر روی کاغذ، پوست حیوانات، لوح گلی، سنگ، صفحه فلزی و یا هر چیز دیگری نوشته و یا حک شده باشد.

نوشته مذکور ممکن است به صورت برجسته یا فرو رفته در سطح و یا هم سطح آن باشد چه بسا نوشته های یافت شود که در حالت معمولی و یا با چشم غیر مسلح قابل ملاحظه نباشد و به وسیله عملیاتی خطوط نامرئی مرئی گردد و یا خطوط بسیار ریزه نیز به وسیله ذره بین و یا با استفاده از عینک های مخصوص قابل ملاحظه گردد. البته آنچه معمول و متعارف است نوشته هایی است که به خط رایج زمان و بر روی کاغذ نگارش می گردد هر چند این امر به معنای نفی سایر انواع از سند که ممکن است یافت شود نیست. سند لزوماً ضرورت ندارد به صورت نوشته های مذکور باشد بلکه ممکن است حسب مورد، نقشه های ثبت املاک و یا حتی چوب خط های مرسوم در بین مردم بتواند به عنوان سند مورد استناد قرار گیرد.

۲) قابل استناد باشد: نوشته ای که به منظور تحقق بخشیدن و اثبات واقعه حقوقی تنظیم می شود، در اصطلاح سند نامیده می شود. بنابراین، هدف از تنظیم سند تأمین امکان استناد به آن است. به همین جهت قابلیت استناد در آن شرط شده است.

۱۲۱۶. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۷۵۶؛ و محمد معین، فرهنگ فارسی محمد معین، ص ۵۸۷.

۳) امضاء داشته باشد: البته در عین حال نوشته برای آنکه قابل انتساب به شخص باشد باید به وسیله او امضاء شده و یا اثر انگشت و یا مهر مخصوص شخص مبنی بر تأیید مفاد سند در همان سند و یا سند جداگانه ای که موید ادعا باشد وجود داشته باشد در غیر این صورت به لحاظ عدم قابلیت انتساب به شخص، قابلیت استناد در مقابل آن شخص را نیز از دست خواهد داد.^{۱۲۱۷}

ب) انواع

نوشته قابل استناد در زندگی اجتماعی و روابط حقوقی چندان گوناگون و فراوان است که مطالعه همه انواع آن بسیار دشوار است: تولد، مرگ، ازدواج، وفات و زندگی اقتصادی ما همراه با اسناد مختلفی است که لازمه بررسی منظم و علمی آنها ایجاد می‌کند تا این توده بزرگ دسته بندی شود. فایده اصلی سند چنانکه از نام آن بر می‌آید، اثبات وقایعی است که در آن درج می‌گردد. پس، طبیعی است که تقسیم اسناد بر مبنای توان اثبات کننده آنها صورت می‌پذیرد. این است که نخستین تقسیم معتبر در نظام های حقوقی جدا کردن دو گروه رسمی و عرفی است.^{۱۲۱۸} م. ق. ا. م. م اسناد را به دو نوع: رسمی و عرفی تقسیم می‌نماید (ماده ۹۹۱ ق. م). بنابراین، اول سند رسمی و سپس سند عرفی را ذیلاً مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱) سند رسمی

اول) تعریف

طبق ماده ۹۹۱ ق. م: «(۱) سند رسمی ورقی است که مؤلف عمومی یا کارکنان خدمات عامه به اساس احکام قانون در حدود صلاحیت اختصاصی خویش آنچه را به حضور شان گزارش می‌یابد یا از اشخاص ذی‌علاقه کسب می‌کند، در آن درج و ثبت نموده باشند؛ و (۲) در صورتی که ورق مذکور صفت سند رسمی را کسب نموده، مگر اشخاص ذی‌علاقه به آن امضاء، مهر یا نشان انگشت نموده باشند، حیثیت سند عرفی را دارد.» طبق نص این ماده برای این که سند رسمی تلقی گردد باید دارای چهار شرط باشد:

۱) ورق باشد: طبق نص این ماده برای این که امری سند تلقی گردد شرط است که ورق باشد. مفهوم مخالف نص این ماده این است که آنچه در ورق نوشته نباشد، سند تلقی نمی‌گردد.

۲) سند توسط مؤلف عمومی یا کارکنان خدمات عامه نوشته شده باشد: مؤلف عمومی یا کارکنان خدمات عامه عبارت از اشخاصی است که از سوی دولت به انجام کاری مأمور شده است. کلمه مؤلف خدمات عامه است و شامل تمام اشخاصی می‌شود که در ادارات دولتی توظیف شده اند، مانند: قاضی، محرر، مؤظفین پوهنتون ها، کارمندان شاروالی ها، ادارات حکومتی و امثال اینها.^{۱۲۱۹}

۳) رعایت احکام قانون: شرط سوم تحقق سند رسمی این است که سند مطابق احکام قانون تحریر شده باشد. به عنوان مثال، در نظام قضایی افغانستان برخی اسناد رسمی وجود دارد که شکل، محتوا و ادبیات آن از قبل تعیین شده است، مانند: قبالة بیع بات، قبالة جایزی، رسید قبالة بیع جایز، حجت قرض حسن، تملیک

۱۲۱۷. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۶۵؛ و محمد عالم

ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۲۷.

۱۲۱۸. ناصر کاتوزیان (۱۳۹۵). اثبات و دلیل اثبات، جلد (۱)، تهران: نشر میزان، ص ۲۸۰.

۱۲۱۹. جهت مشاهده اسناد رسمی مذکور ر. ک: عبدالباقی (____). رهنمای وثایق و سجلات، قندهار: مکتب محمدیه.

خط، تقسیم خط، اجاره خط، اصلاح خط، خلع نامه، وکالت بالاقرار، وکالت بالشهود، نفقه خط، ضمانت خط، وصایت خط، اقرار خط و امثال اینها.

۴) سند باید توسط مؤلف خدمات عامه در حدود صلاحیت اختصاصی اش نوشته شده باشد: شرط چهارم تحقق سند رسمی این است که موظف خدمات عامه دارای صلاحیت اختصاصی باشد. به نظر می رسد شرط چهارم ناظر بر اصل عدم صلاحیت که یکی از اصول حقوق عامه است، می باشد. طبق این اصل هیچ فردی در اداره صلاحیت ندارد مگر به موجب قانون. در صورت عدم داشتن صلاحیت و اجراءات، چنین اجراءاتی باطل و قابل ابطال است. صلاحیت در لغت به معنی صالح بودن، شایسته بودن، شایستگی، سزاوری و اهلیت است.^{۱۲۲۰} در اصطلاح صلاحیت عبارت از اختیار و اجازه ای است که قانون به مقام عمومی غرض اجرای امور محوله اعطاء می نماید.^{۱۲۲۱} به حیث مثال، اگر قبالة قانونی توسط محر و قاضی ذیصلاح نه بلکه توسط رئیس منابع بشری ستره محکمه تهیه گردد فاقد اعتبار است زیرا رئیس منابع بشری ستره محکمه در این خصوص فاقد صلاحیت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف و پیش بینی شرایط سند رسمی است.

دوم) حجت بودن محتویات اسناد رسمی و اصل و سواد آن

۱) حجت تلقی گردیدن محتویات سند رسمی: طبق ماده ۹۹۲ ق. م. ا «محتویات اسناد رسمی مندرج ماده (۹۹۱) این قانون حجت شمرده می شود، به شرطی که از جعل و تزویری که قانوناً تصریح شده، خالی باشد.» طبق نص این ماده محتویات اسناد رسمی حجت شمرده می شود، به شرطی که از جعل و تزویر خالی باشد. حجت در لغت به معنی برهان و دلیل است.^{۱۲۲۲}

همچنین، حجت در لغت به هر آن چیزی که بتوان توسط آن علیه دیگری احتجاج و استدلال کرد، گویند که جمع آن حُجج و حجاج است. همچنین، حجت به هر آن چیزی گویند که بتوان توسط آن خصم را دفع کرد.^{۱۲۲۳} به نظر می رسد منظور از محتویات: شماره سند رسمی، تأریخ، عبارات و امضای مندرج در آن است. به حیث مثال، در صورتی که شخصی نمره زمینی را از شهرداری خریداری نماید و ملکیت این زمین به وی از طریق قبالة قانونی منتقل شود، سند قانونی در برابر همه حجت تلقی می گردد. سند رسمی به شرطی حجت تلقی می گردد که فاقد جعل و تزویر باشد. جعل در لغت به معنی، ساختن، آفریدن، پدید آوردن، خلق کردن، آفرینش، وضع کردن و قرار دادن است.^{۱۲۲۴} معنی اصطلاحی جعل نیز از معنی لغوی آن دور نیست. پس، جعل سند عبارت از ساختن نوشته یا سند بر خلاف حقیقت و یا ساختن مهر و امضای اشخاص دیگر

۱۲۲۰. همان، عبدالباقی، ص ۸۲۶.

۱۲۲۱. جهت مطالعه مفصل در مورد اصل عدم صلاحیت ر. ک: مهدی هداوند و علی مشهدی (۱۳۹۰). اصول حقوق اداری، چاپ دوم،

تهران: انتشارات خرسندی، ص ۱۱۲.

۱۲۲۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۱۴؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۳)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۵۹۶۳.

۱۲۲۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۱۴.

۱۲۲۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۷۹۰؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، صص ۳۴۸ و ۳۴۹.

است. ۱۲۲۵ تزویر از ریشه «زور» گرفته شده است که در لغت به معنی آراستن، آرایش کردن، نیکو کردن، فریفتن، مکر در میان آوردن و دروغ گفتن، غدر، حيله و دو رویی کردن است. ۱۲۲۶ معنی اصطلاحی تزویر از معنی لغوی آن دور نیست. بنابراین، تعریفی که می توان برای تزویر ارایه کرد این است که: تزویر عبارت تغییر دادن و آراستن سند رسمی است به منظور تضرر غیر. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ارزش اثباتی سند رسمی است.

۲) **حجت تلقی گردیدن اصل و سواد (کاپی) اسناد رسمی:** اصل سند رسمی آن است که توسط مؤلف خدمات عامه بر اساس احکام قانون در حدود صلاحیت اختصاصی وی نوشته شده باشد. اما، کاپی سند رسمی عبارت از سندی است که از روی اصل کاپی، سکن و یا عکس برداری شده باشد. ق. م در مورد حجت بودن سند رسمی و کاپی آن دو حالت را پیش بینی نموده است: موجود بودن اصل و عدم موجود بودن اصل:

۱- **موجود بودن اصل سند:** براساس ماده ۹۹۳ ق. م: «(۱) هرگاه اصل سند رسمی موجود باشد، سواد رسمی آن اعم از خطی و فوتو گرافی، در حدودی که با اصل مطابقت داشته باشد، حجت تلقی می گردد؛ و (۲) مادامی که یکی از طرفین در مطابقت سواد سند با اصل سند اعتراض نداشته باشد، کاپی سند مطابق اصل تلقی می شود و در صورت اعتراض، به اصل سند مراجعه می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: هرگاه اصل سند رسمی موجود باشد، سواد رسمی آن اعم از خطی و فوتو گرافی، در حدودی که با اصل مطابقت داشته باشد، حجت تلقی می گردد. سواد به معنی سیاهی، نوشته، رونوشت و کاپی است. ۱۲۲۷ کاپی خطی امروزه موضوعیت ندارد. به حیث مثال، اگر احمد کاپی بل برق، کتابچه محصول صفایی، کتابچه برق، قباله و نظیر اینها را که سند رسمی تلقی می گردند داشته باشد، کاپی رسمی این اسناد نیز بر علیه سایر اشخاص حجت تلقی می گردد. به حیث مثال، اگر محمود در خصوص خانه احمد ادعای ملکیت نماید، احمد می تواند با اصل قباله و کاپی آن علیه محمود احتجاج نماید. شرطی که باید رعایت گردد این است که کاپی با اصل مطابقت داشته باشد.

دوم این که: هرگاه یکی از طرفین در مطابقت سواد سند با اصل سند اعتراض نداشته باشد، کاپی سند مطابق اصل تلقی می شود و در صورت اعتراض، به اصل سند مراجعه می شود. اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است. ۱۲۲۸ به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود بپذیرد که کاپی سند مطابق اصل سند است، کاپی مانند اصل سند مدار اعتبار است. اما، اگر محمود بپذیرد که کاپی

۱۲۲۵. همان، محمد معین، ص ۳۴۹.

۱۲۲۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۷۱؛ و

محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۲۸۵.

۱۲۲۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۳)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۸۲۴؛ و

محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۵۸۹.

۱۲۲۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۵۳.

سند مطابق اصل است، در این صورت، اصل سند، نه کاپی آن اعتبار دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ارزش اثباتی کاپی سند و شرط آن است.

۲- عدم موجودیت اصل سند: طبق ماده ۹۹۴ ق. م: «هرگاه اصل سند رسمی موجود نباشد، به کاپی سند به صورت ذیل اعتبار داده می شود:

(۱) در صورتی که سواد رسمی از اصل سند گرفته شده و شکل ظاهری آن مطابقت آن را با اصل، بدون هیچ گونه شک و تردید تأیید نماید. در این حالت طرفین می توانند، تطبیق آن را با اصل سند مطالبه نمایند. (۲) در صورتی که سواد رسمی از سواد اصل سند گرفته شده باشد، حجت تلقی نمی شود، مگر قاضی می تواند از آن به حیث قرینه قضایی استفاده نماید.». طبق نص این ماده هرگاه اصل سند رسمی موجود نباشد، به کاپی سند به صورت ذیل اعتبار داده می شود:

نخست این که: در صورتی که سواد رسمی از اصل سند گرفته شده و شکل ظاهری آن مطابقت آن را با اصل، بدون هیچ گونه شک و تردید تأیید نماید. در این حالت طرفین می توانند، تطبیق آن را با اصل سند مطالبه نمایند. به نظر می رسد نویسندگان ق. م که می خواستند حکم این ماده را از روی ماده ۳۹۳ فقره اول ق. م مصر^{۱۲۲۹} ترجمه نموده اند، به نظر می رسد که دچار اشتباه شده اند. زیرا، ماده مذکور حکم می نماید که: «در صورتی اصل سند موجود نباشد، کاپی آن در برابر غیر در صورتی که شکل ظاهری آن با اصل مطابقت داشته باشد، حجت تلقی می گردد.».

سپس، بند اخیر ماده مذکور حکم می نماید که: «[...] در این حالت، طرفین می توانند، تطبیق آن را با اصل سند مطالبه نمایند.» بند اخیر ماده مذکور با خود ماده در تناقض به نظر می رسد. زیرا، در صورتی که اصل موجود نباشد، چگونه می توان کاپی را با اصل مطابقت داد؟! بنابراین، قابل توصیه است بند اخیر ماده ۹۹۴ ق. م تعدیل گردد. به هر حال، اگر کاپی از اصل سند گرفته شده باشد و شکل ظاهری کاپی سند با اصل مطابقت داشته باشد، کاپی سند مدار اعتبار است. به حیث مثال، اگر احمد کاپی قبالة قانونی را از اصل گرفته باشد، در صورت عدم موجودیت اصل قبالة، کاپی مدار اعتبار است.

دوم این که: در صورتی که سواد رسمی از سواد اصل سند گرفته شده باشد، حجت تلقی نمی شود، مگر قاضی می تواند از آن به حیث قرینه قضایی استفاده نماید. به عبارت دیگر: در صورتی که کاپی رسمی از کاپی اصل سند گرفته باشد (کاپی کاپی سند)، حجت تلقی نمی گردد. اما، قاضی می تواند آن را به عنوان قرینه قضایی استفاده نماید. قرینه قضایی عبارت از قرینه ای است که تعیین آن به ارزیابی قاضی واگذار شده است تا از اوضاع و احوال و ظروف قضیه آن را به دست آورد. ۱۳۳۰ به حیث مثال، اگر محمود ادعای مالکیت خانه محمود را نماید و کاپی کاپی قبالة را غرض اثبات ادعای خویش به عنوان وسیله اثبات حق به محکمه ارایه نماید، کاپی کاپی قبالة در برابر احمد حجت تلقی نمی گردد. اما، قاضی می تواند از کاپی کاپی قبالة به عنوان

۱۲۲۹. ماده ۳۹۳ فقره اول ق. م. ج. م در مورد حجت تلقی گردیدن کاپی سند رسمی در صورت عدم موجودیت اصل آن حکم می نماید که: «هرگاه اصل سند رسمی موجود نباشد، به کاپی سند به صورت ذیل اعتبار داده می شود: (۱) در صورتی که سواد رسمی از اصل سند گرفته شده و شکل ظاهری آن مطابقت آن را با اصل، بدون هیچ گونه شک و تردید تأیید نماید.».

۱۲۳۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۳۲۹ و ۳۳۰.

قرینه قضایی استفاده نماید. تفصیل فراین در مبحث بعدی خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط اعتبار کاپی اسناد است.

۲) اسناد عرفی

اول) تعریف

طبق ماده ۹۹۱ فقره دوم ق. م که در بالا نقل گردید اسناد عرفی اسنادی است که توسط اشخاصی که مؤلف خدمات عامه نیستند تحریر گردیده و یا توسط مؤلف خدمات عامه تحریر گردیده، اما تحریر آن در حدود صلاحیت اختصاصی مؤلف خدمات عامه نبوده و یا در تحریر آن احکام ناظر بر تحریر اسناد رعایت نگردیده است.^{۱۲۳۱} از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در صورت فقدان و یا عدم رعایت هر یک از شروط سند رسمی، سند عرفی تلقی می گردد. این تعریف وجودی نیست بلکه اضدادی است و فهمیدن آن مستلزم فهمیدن سند رسمی است.

به حیث مثال، سند قبالة عرفی سند رسمی نیست. زیرا، آن را بایع و مشتری نوشته می نمایند، در نوشتن آن احکام قانونی که شکل اسناد را تنظیم می نماید رعایت نمی شود، بایع و مشتری مؤلف خدمات عامه نیستند و صلاحیت استفاده از اقتدار عامه را ندارند. همچنین، سندی را که احمد دوکان به محمود مبنی بر فروش مواد خوراکی در سوپر مارکت می دهد سند عرفی است زیرا این سند فاقد ارکان و شرایط اسناد رسمی است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف سند عرفی است.

دوم) انواع و حجیت

۱) انواع: طبق ماده ۹۹۷ ق. م: «(۱) مکاتیب امضاء شده حیثیت اسناد عرفی را دارد. (۲) اوراق تلگرامی که اصل آن به امضاء تلگرام دهنده در دفتر تلگرام خانه موجود باشد، حیثیت اسناد عرفی را دارد. ورق تلگرام طبق اصل پنداشته می شود، تا زمانی که دلیلی به خلاف آن ظاهر نشود و در صورتی که اصل آن از بین رفته باشد، از اعتبار ساقط می گردد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- مکاتیب امضاء شده حیثیت اسناد عرفی را دارد. مکاتیب جمع مکتوب است. مکتوب از ریشه «کتب» گرفته شده است که در لغت به معنی نوشته شده است. در مفهوم مصطلح حقوق اداری، به نظر می رسد مکتوب عبارت از نامه ای است که آن را موظف خدمات عامه، در حدود صلاحیت خویش مطابق قانون تحریر می نماید و از یک اداره به اداره ای دیگر فرستاده می شود. با پذیرش این تعریف، نص ماده ۹۹۷ ق. م محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، طبق نص این ماده مکاتیب از مصادیق اسناد عرفی است که در حالی که طبق رویه های عملی ادارات در مکاتیب ادارات دولتی شرایط اسناد رسمی متحقق می گردد.

۲- اوراق تلگرامی که اصل آن به امضاء تلگرام دهنده در دفتر تلگرام خانه موجود باشد، حیثیت اسناد عرفی را دارد. ورق تلگرام طبق اصل پنداشته می شود، تا زمانی که دلیلی به خلاف آن ظاهر نشود و در صورتی که

۱۲۳۱. جهت مطالعه بیشتر در باره تعریف و شرایط اسناد رسمی ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱۱-۱۴۲؛ محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسائل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، صص ۲۹-۳۲؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۶۷-۷۰.

اصل آن از بین رفته باشد، از اعتبار ساقط می‌گردد. به نظر می‌رسد تلگرام از لسانی فرانسوی وارد ادبیات دری گردیده است. در اصطلاح تلگرام «telgerām» اخبار و مطالب ارسال شده یا دریافت شده به کمک دستگاه تلگراف است.

به نظر می‌رسد تلگراف نیز از لسان فرانسوی وارد ادبیات دری شده است. تلگراف «telgerāf» دستگاهی است که به وسیله آن اخبار و مطالب را از راه دور مخابره کنند.^{۱۲۳۲} به نظر می‌رسد نص این ماده امروز موضوعیت خویش را از دست داده است، زیرا با ایجاد فن آوری‌های پیشرفته مانند اینترنت، ایمیل، موبایل و نظیر اینها امروزه مردم از تلگرام استفاده نمی‌کنند. بنابراین، نص ماده ۹۷۷ ق. م. به دلیل عدم موضوعیت ایجاب تعدیل را می‌نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای برخی مصادیق اسناد عرفی بوده است.

۲) **حجیت سند عرفی:** طبق ماده ۹۹۵ ق. م. «(۱) صدور ورق عرفی از طرف امضاء کننده اعتبار داده می‌شود، مگر اینکه شخص از امضاء، مهر و نشان انگشت خود صراحتاً انکار نماید، مگر اینکه قانون خاص طور دیگری حکم نموده باشد. (۲) در مورد خلف یا وارث قسم به عدم علم کفایت می‌کند.» از نص این ماده دو حکم استنباط می‌گردد:

۱- صدور ورق عرفی از طرف امضاء کننده اعتبار داده می‌شود، مگر اینکه شخص از امضاء، مهر و نشان انگشت خود صراحتاً انکار نماید یا قانون خاص طور دیگری حکم نموده باشد. به حیث مثال، در صورتی که احمد موثر خویش را به محمود به فروش رساند و ملکیت آن را از طریق سند عرفی انتقال دهد، این سند اعتبار دارد. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد از امضاء، نشان انگشت و مهر خود صراحتاً انکار نماید. به عنوان مثال، بگوید این امضا، شصت و مهر من نیست. استثنای دوم این است که قانون خاص طور دیگر حکم نموده باشد. قانون مدنی قانون عام است و اگر در خصوص اسناد قانون خاص وجود داشته باشد، حکم قانون خاص بر حکم قانون مدنی غالب و مرجح است. زیرا، در صورت تعارض میان عام و خاص، خاص غالب و مرجح است.

۲- در مورد خلف یا وارث قسم به عدم علم کفایت می‌کند. خلف در لغت به معنی جانشین، بازمانده، از پس آینده و فرزند است که جمع آن اخلاف و متضاد آن سلف است که جمع آن اسلاف است.^{۱۲۳۳} همچنین به خلف قایم مقام می‌گویند. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۱۲۳۴} وارث اسم فاعل از ریشه «ورث» گرفته شده است که در لغت به معنی میراثبر و ارث بر است. در اصطلاح حقوق مدنی، وارث بر شخصی اطلاق می‌گردد که مال متوفی قهراً به وی منتقل می‌شود.^{۱۲۳۵} به نظر می‌رسد قانونگذار مدنی وارث

۱۲۳۲. جهت معلومات بیشتر در این خصوص ر. ک:

(آخرین بازدید ۳/۷/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

1233. Ibid, (آخرین بازدید ۸/۲۷/۲۰۱۶).

۱۲۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.
۱۲۳۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۰۶۰.

را مترادف به خلف استعمال نموده است. زیرا، بعد از خلف کلمه یا را استفاده نموده است. نص ماده ۹۹۵ فقره ۲ ق. م مجمل به نظر می رسد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۹۹۵ فقره ۲ ق. م این است که همانطوری که اسناد عرفی بر علیه شخصی که امضاء، مهر و نشان انگشت از وی صادر گردیده است، اعتبار داده می شود مشروط بر اینکه آن را رد ننماید، در برابر خلف عام، مانند: موصی له، مشتری و خلف خاص، مانند: ورثه وی نیز حجت تلقی می گردد، مگر اینکه خلف و یا ورثه به عدم علم خویش در مورد سند سوگند اداء نمایند. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود به فروش رساند و به محمود سند عرفی بدهد و بعد وفات نماید، در صورتی که پسر احمد مهر، امضاء و شصت پدر خویش احمد را تأیید نماید، سند علیه ورثه احمد حجت تلقی می گردد. در صورت انکار، سند عرفی در مورد ورثه احمد مدار اعتبار نیست. همچنین، در صورتی که ورثه احمد سوگند اداء نماید که من نمی دانم، سند عرفی در مورد ورثه احمد اعتبار ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن سند عرفی در صورت تأیید شصت، امضاء و اثر انگشت توسط صادر کننده آن است.

۲) طبق ماده ۹۹۶ ق. م: «(۱) تاریخ سند عرفی بر دیگری حجت شده نمی تواند، مگر اینکه تأریخ آن ثابت باشد؛ (۲) تثبیت تاریخ به ترتیب ذیل صورت می گیرد:

- ۱- از روزی که در دفتر مخصوص درج گردد.
- ۲- از روزی که مضمون آن در ورق دیگری که تأریخ ثابت دارد، به ثبت رسیده باشد.
- ۳- از روزی که مؤلف عام مربوطه، آن را ملاحظه شد کرده باشد.
- ۴- از روز وفات یکی از کسانی که در سند تأثیر معتبر از او به جا مانده باشد یا از روز حادثه ای که صدور سند قبل از وقوع آن به صورت قطع دانسته شود؛ و محکمه میتواند حسب احوال از تطبیق حکم این ماده در رسیدات صرف نظر نماید.» نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد طبق نص این ماده تأریخ سند عرفی بر دیگری حجت که تعریف آن گذشت نیست.

به حیث مثال، اگر احمد دوکاندار به تأریخ دهم جدی سال ۱۳۹۷ به محمود یک پایه تلویزیون را به فروش رساند و به محمود بل بدهد و در بل تأریخ فروش را نوشته نماید، این تأریخ بر علیه احمد نمی تواند به عنوان حجت مورد استفاده قرار بگیرد. اما، در صورتی که تأریخ تثبیت باشد، محمود می تواند آن را به عنوان حجت علیه احمد استفاده نماید. بل طبق نص این ماده سند عرفی است زیرا فاقد شرایط سند رسمی است. فقره ۲ ماده ۹۹۶ ق. م پیش بینی می نماید که تأریخ چگونه تثبیت می گردد. طبق فقره ۲ ماده ۹۹۶ ق. م تثبیت تاریخ به ترتیب ذیل صورت می گیرد:

- ۱- از روزی که در دفتر مخصوص درج گردد. عبارت دفتر مخصوص در نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد دفتر مخصوص دفتری است که تاجر و بایع در آن معاملات خویش را ثبت و ضبط می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد براساس و از روی بل فروش تلویزیون، فروش تلویزیون و تأریخ فروش را در دفتر مخصوص که در تجارتخانه یا دوکان یا فروشگاه احمد است تثبیت نماید، بل می تواند علیه احمد توسط محمود به عنوان حجت مورد استفاده قرار بگیرد.

۲- از روزی که مضمون آن در ورق دیگری که تاریخ ثابت دارد، به ثبت رسیده باشد. عبارت «ورق دیگری که تاریخ ثابت دارد» در نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد مثال ورق دیگری که تاریخ ثبت دارد در مثال بالا دفتر یا کتابی است که احمد فروش تلویزیون و سایر اجناس تجارتهی خویش را ثبت می نماید. بنابراین، در صورتی که احمد مضمون و موضوع فروش تلویزیون را در دفتر مخصوص که تاریخ ثبت دارد، ثبت نماید، سند عرفی علیه احمد می تواند توسط محمود به عنوان حجت مورد استفاده قرار بگیرد.

۳- از روزی که مؤلف عام که تعریف آن گذشت مربوطه، آن را ملاحظه شد کرده باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود در تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۷ برای مدت یک سال از طریق رهنمای معاملات به کرایه دهد و رهنمای معاملات سند کرایه را ترتیب نماید و شروع کرایه را تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۷ در سند تحریر نماید و سپس سته رهنمای معاملات توسط مأمور مربوط وزارت عدلیه ملاحظه شد و تاپه شود، تاریخ سند تثبیت می گردد و سند عرفی کرایه خانه می تواند علیه صاحب خانه یا کرایه نشین به عنوان حجت مورد استفاده قرار بگیرد.

۴- از روز وفات یکی از کسانی که در سند تأثیر معتبر از او به جا مانده باشد یا از روز حادثه ای که صدور سند قبل از وقوع آن به صورت قطع دانسته شود. نص این فقره ق. م مبهم است و ارایه مثال عملی برای آن مشکل به نظر می رسد. نص این ماده دیگر در قانون مدنی جدید مصر نیز وجود ندارد. زیرا، مواد ۳۸۹ الی ۴۱۷ قانون مدنی جدید مصر که مربوط به اثبات تعهد بود، نسخ شده اند. ۱۳۳۶

برخی نویسندگان در خصوص این ماده چنین مثال می آورند: «احمد از محمود مبلغ یک صد هزار افغانی مدیون بوده و سند تحریری عرفی حاوی مدیون بودن خویش از محمود را ترتیب و امضای خود را در ذیل آن با ذکر تاریخ می نماید. سپس، احمد بعد از یک سال وفات می نماید و مراسم به خاک سپاری احمد در حضور تعداد زیادی از مردم از طریق رسانه ها رسماً اعلان گردیده صورت می گیرد. بنابراین، از روز وفات احمد تاریخ تثبیت وفات احمد به وجود آمده می تواند. همچنین، است اگر احمد بعد از تحریر سند عرفی در اثر حادثه ترافیکی در تاریخ معین وفات نماید، تثبیت تاریخ سند عرفی تعیین شده می تواند.» ۱۳۳۷ این مثال نیز مفهوم و واضح به نظر نمی رسد.

۵- محکمه می تواند حسب احوال از تطبیق حکم این ماده در رسیدات صرف نظر نماید. نص این ماده مبهم به نظر می رسد. رسیدات جمع رسید است. رسید در مفهوم مصطلح سندی است که بیانگر پرداخت دین باشد. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد یک لک افغانی را به محمود پرداخت نماید و از محمود سند عرفی بگیرد و محمود در سند عرفی تحریر نماید که من دین را پرداختم و احمد نیز تصدیق نماید که من دین را گرفتم، این سند عرفاً رسید نامیده می شود.

طبق نص این ماده محکمه می تواند از تطبیق حکم ماده ۹۹۶ ق. م در رسیدات صرف نظر نماید. به عبارت دیگر: محکمه می تواند نص ماده ۹۹۶ ق. م را در رسیدات تطبیق ننماید که مبهم به نظر می رسد. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند: «محکمه مربوط در حین رسیدگی به دعاوی مدنی و

۱۳۳۶. نک: محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ص ۱۲۲.

۱۳۳۷. یادگار راجی سمنگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۲)، (____)، (____)، ص ۳۰۸.

تجارتی به ملاحظه اسناد عرفی دارای تاریخ وفق تشریحات در رسیدات عرفی دیونی که درج اسناد عرفی دارای تاریخ باشد حسب احوال در مورد هر یک از دیون حکم قانون را تطبیق می نماید. هرگاه مدیون رسید خط عرفی را که تاریخ آن از دیون مقدم باشد، از اقرار داین به محکمه ارایه نماید، این تاریخ رسید خط قابل تطبیق و مورد تأیید محکمه مربوط نبوده، محکمه از تطبیق رسید خط صرف نظر کرده و به ادامه دعوی دین ادامه می دهد.^{۱۲۳۸} این مثال مفهوم نیست و مطابق با فقره ۵ ماده ۹۹۶ ق. م به نظر نمی رسد.

۳) مطابق ماده ۹۹۸ ق. م: «(۱) دفاتر تجارتي بر غير تجار دليل شده نمی تواند، مگر اظهاراتی که در دفاتر مذکور به ثبت رسیده باشد، اساس توجیه قسم برای یکی از طرفین نزد محکمه شده می تواند، و آنهم در مواردی که اثبات آن به شهادت جواز داشته باشد؛ و (۲) دفاتر تجارتي که طور منظم ترتیب شده باشد، علیه تجار دليل شده می تواند. کسانی که به این دفاتر تمسک می نمایند، نمی توانند تنها به آنچه که نفع او را ثابت می سازد، استدلال نماید و آنچه مناقض دعوی اوست، رد نماید.» پیش بینی نص این ماده در ق. م که مسایل مربوط به حقوق مدنی را میان افراد تنظیم می نماید محل ایراد به نظر می رسد. محل مناسب نص این ماده اصولنامه تجارت و قوانین تجارتي به نظر می رسد. اصولنامه تجارت دفاتر تجارتي را تعريف نکرده است. اما، برخی مصادیق آن را در ماده ۶۵ پیش بینی نموده است مانند دفتر دارایی، دفتر یومیه و دفتر کل. حقوقدانان در تعريف دفاتر تجارتي می گویند دفاتر تجارتي، دفاتری هستند که تجار اعم از شخص حقیقی یا حقوقی ملزم به نگهداری و ثبت اطلاعات در آن هستند مانند دفتر روزنامه [در حقوق افغانستان: دفتر یومیه]، دفتر دارایی و نظیر اینها.^{۱۲۳۹}

۱- دفاتر تجارتي بر غير تجار دليل شده نمی تواند، مگر اظهاراتی که در دفاتر مذکور به ثبت رسیده باشد، اساس توجیه قسم برای یکی از طرفین نزد محکمه شده می تواند. به حیث مثال، اگر احمد تاجر باشد و مقداری مواد از محمود خریداری نماید و آن را در دفتر یومیه درج نماید، دفتر یومیه احمد تاجر که از مصادیق دفتر تجارتي است نمی تواند دلیلی برای اثبات ادعای احمد علیه محمود قرار گیرد. اما، براساس اظهاراتی که در این دفتر به ثبت رسیده است احمد می تواند از محمود بخواهد تا محمود در حضور محکمه سوگند اداء نماید به شرط این که ثبوت این قضیه توسط شهادت شهود موجود باشد.

۲- مواردی که ثبوت آن توسط شهادت شهود باید صورت بگیرد در ق. م پیش بینی شده است که محل ایراد به نظر می رسد. قابل توصیه است این خلا توسط قانونگذار رفع گردد.

۳- دفاتر تجارتي که طور منظم ترتیب شده باشد، علیه تجار دليل شده می تواند. کسانی که به این دفاتر تمسک می نمایند، نمی توانند تنها به آنچه که نفع او را ثابت می سازد، استدلال نماید و آنچه مناقض دعوی اوست، رد نماید. تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهی و توسل، سند و حجت است.^{۱۲۴۰}

۱۲۳۸. همان، یادگار راجی سمنگانی، جلد (۲)، ص ۳۰۹.

1239. <https://fa.wikipedia.org/wiki> (آخرین بازدید ۲۲/۱/۲۰۱۸)

1240. Ibid (آخرین بازدید ۸/۱۸/۲۰۱۶)

به حیث مثال، اگر احمد تاجر از محمود موتر خریداری نماید و آن را در دفتر تجارتي ثبت نماید. محمود می تواند با استناد و تمسک به این دفتر، دفتر را علیه احمد به عنوان وسیله اثبات دعوی استفاده نماید، اما به این شرط است که صرف آن را به ضرر احمد استفاده ننماید بلکه در صورتی که دفتر تجارتي به ضرر محمود باشد، آن را رد ننماید.

۵) مطابق ماده ۹۹۹ ق. م: «دفاتر و اوراق غیر تجارتي بر کسی که از طرف او ترتیب و تحریر شده دلیل شده نمی تواند، مگر در دو حالت ذیل: ۱- در حالتی که به صراحت در آن تذکر داده شده باشد که دین خود را کاملاً به دست آورده است؛ و ۲- در حالتی که به صراحت تذکر داده شده باشد که مقصد از تحریر اوراق این بوده که اوراق تحریر شده برای ثبوت حق، صاحب مصلحت قایم مقام سند باشد.» پیش بینی نص این ماده ق. م به دلیل تنظیم روابط مدنی نه تجارتي اشخاص محل ایراد به نظر می رسد. محل مناسب نص این ماده قوانین تجارتي به نظر می رسد. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- دفاتر و اوراق غیر تجارتي بر کسی که از طرف او ترتیب و تحریر شده دلیل شده نمی تواند، مگر در حالتی که به صراحت در آن تذکر داده شده باشد که دین خود را کاملاً به دست آورده است. به حیث مثال، اگر احمد دوکاندار باشد و در اوراق غیر تجارتي، به حیث مثال، در کتابچه یادداشت دوکان خویش تمام معاملات خود را ثبت و ضبط نماید و در کتابچه یادداشت خویش نوشته نماید که مبلغ یک لک افغانی از محمود مدیون خویش، دین خویش را دریافت نمودم، این کتابچه می تواند به عنوان دلیل (وسیله اثبات دریافت دین محمود) علیه احمد مورد استفاده قرار بگیرد.

۲- دفاتر و اوراق غیر تجارتي بر کسی که از طرف او ترتیب و تحریر شده دلیل شده نمی تواند، مگر در حالتی که به صراحت تذکر داده شده باشد که مقصد از تحریر اوراق این بوده که اوراق تحریر شده برای ثبوت حق، صاحب مصلحت قایم مقام سند باشد. به حیث مثال، اگر احمد دوکاندار باشد و در اوراق غیر تجارتي، به حیث مثال، در کتابچه یادداشت دوکان خویش تمام معاملات خود را ثبت و ضبط نماید و در کتابچه یادداشت خویش نوشته نماید که مبلغ دو لک افغانی از محمود مدیون هستم و این کتابچه جانشین یا قایم مقام سند در خصوص محمود باشد، این کتابچه یادداشت می تواند علیه احمد به عنوان دلیل اثبات حق توسط محمود مورد استفاده قرار بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید، محمود می تواند غرض اثبات دین خویش به کتابچه یادداشت احمد استناد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ارزش اثباتی اوراق و دفاتر غیر تجارتي است.

۶) براساس ماده ۱۰۰۰ ق. م: «(۱) تحریر آنچه برائت مدیون را افاده کند، در اصل سند تا زمانی که عکس آن ثابت نشود، بر دائن حجت تلقی می شود گرچه تحریر مذکور به امضاء او نرسیده باشد. این حکم در صورتی است که سند مذکور قطعاً از تصرف دائن خارج نشده باشد؛ و (۲) تحریری که به خط داین بدون امضاء در نسخه اصلی سند علیحده یا رسید مبنی به برائت مدیون، صورت گرفته و به دسترس مدیون قرار داشته باشد، نیز حجت شمرده می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- تحریر آنچه برائت مدیون را افاده کند، در اصل سند تا زمانی که عکس آن ثابت نشود، بر دائن حجت تلقی می شود گرچه تحریر مذکور به امضاء او نرسیده باشد. این حکم در صورتی است که سند مذکور قطعاً

از تصرف دائن خارج نشده باشد. تعریف داین، مدیون، حجت و تمسک گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود در سند تحریر یا نوشته نماید که من یک لک افغانی خویش را از احمد دریافت نمودم، این سند بر علیه محمود حجت تلقی می شود هر چند این سند را محمود امضا نکرده باشد. به حیث مثال، اگر محمود بگوید احمد مدیون من است، احمد می تواند سند را ارایه نماید و بگوید من دین شما را پرداخته ام. در چنین حالتی دو شرط وجود دارد. اول این که سند نزد محمود باشد و دوم این که احمد عکس این را ثابت ننماید.

۲- تحریری که به خط داین بدون امضاء در نسخه اصلی سند علیحده یا رسید مبنی به برائت مدیون، صورت گرفته و به دسترس مدیون قرار داشته باشد، نیز حجت شمرده می شود. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود در سند نوشته نماید که من یک لک افغانی از احمد گرفتم یا به احمد رسید بدهد که من یک لک افغانی از احمد گرفتم و در هر دو: اصل سند و رسید محمود امضاء ننماید و هر دو: اصل سند یا رسید نزد احمد باشد، در صورتی که محمود به احمد بگوید دینم را پرداخت نمایید، احمد می تواند اصل سند یا رسید را به عنوان حجت علیه محمود استفاده نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ارزش اثباتی سند عرفی بدون امضا میان داین و مدیون است.

در عصر کنونی اسناد میان افراد، دارای اعتبار خاصی است و از اساسی ترین و قوی ترین وسایل اثبات دعوی به شمار می رود. علت این امر، شیوع بیشتر سند و سهولت استفاده از آن در این عصر نسبت به گذشته است. اما، در گذشته ها چنین نبود. به عنوان مثال، در قواعد کلی حقوق فرانسه در قرون وسطی دیده می شود که: «گواه بر بینة کتبی مقدم است.» همچنین، در شریعت اسلامی و در اوایل ظهور اسلام کتابت کمتر از امروز معمول بوده و مردم به ندرت به تنظیم سند آشنایی داشتند و صرف در قرض های مؤجل از آن استفاده می کردند و آیه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقره: ۲۸۲] «ای کسانی که ایمان آورده اید، هر گاه به وامی تا سررسیدی معین، با یکدیگر معامله کردید، آن را بنویسید.» ناظر به همین مورد است.

جمهور فقهاء تنظیم سند و گواه گرفتن بر آن را حمل بر استحباب کرده اند. اما، برخی دیگر، مانند: تبری و داوود ظاهری آن را واجب می دانند. بنابراین، در فقه بینة کتبی، ارزش بینة شخصی را ندارد چنانچه اصل در مذهب حنفی بر «عدم اعتماد به نوشته و عمل به آن» است. زیرا، «خط، با خط شباهت دارد». اما، چون مردم از نوشته و سند در معاملات خود استفاده کردند و به آن عادت گرفتند، فقهای متأخر، استحساناً به قبول بینة کتبی فتوی دادند.^{۱۲۴۱} در مجله الاحکام نیز مواد متعددی در باره سند وجود دارد که در ذیل این مواد ذکر می گردد:

(۱) طبق ماده ۱۷۳۶ مجله الاحکام: «به خط و مهر عمل نمی شود. اما، اگر از شبه، تزویر و جعل سالم باشد معمول به، قرار می گیرد؛ یعنی: مدار اعتبار است و ضرورت اثبات به وجه دیگر دیده نمی شود.»

۱۲۴۱. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۳۰۸ و ۳۰۹.

۲) طبق ماده ۱۷۳۷ مجله الاحکام: «اسناد سلطانی ای که در دفاتر خاقانی ها [سلسله پادشاهان ترک و تاتار] وجود دارد به سبب مصوون بودن از تزویر، مدار اعتبار می باشد.»

۳) طبق ماده ۱۷۳۸ مجله الاحکام: «همچنان سجلات محاکم در صورتی که دارای ثبت محفوظ دیوان قضاء بوده و از فساد و حیل طوری که در باب قضاء تذکر یافته است، ایمن باشد، قابل اعتبار است.»

۴) براساس ماده ۱۷۳۹ مجله الاحکام: «وقفنامه به تنهایی مورد عمل قرار نمی گیرد. اما، اگر وقفنامه مذکور در دیوان قضاء دارای ثبت محفوظ باشد، در این صورت مدار حکم است و به آن عمل می شود.»

گفتار سوم: اقرار

اقرار در امور حقوقی در رأس دلایل قرار دارد. در برخی از نظام های حقوقی اقرار را به عنوان ملکه ادله و یا شاه دلیل نیز گفته اند؛ چنانچه اقرار بر امر حقوقی وجود داشته باشد قاضی محکمه به دنبال دلایل دیگر نخواهد بود و این امر در ق. م. و ق. ا. م. مورد تأکید قرار گرفته است و حتی حکم صادره که مستند به اقرار قاطع دعوی باشد قطعی بوده و قابلیت تجدید نظر و فرجام را نخواهد داشت. طبق ق. م. وسیله دوم اثبات تعهد را اقرار تشکیل می دهد. جلد دوم، باب پنجم، فصل سوم، مواد ۱۰۰۱ الی ۱۰۱۱ ق. م. احکام معین را در باره اقرار وضع نموده است. نویسندگان ق. م. احکام مندرج مواد ۱۰۰۱ الی ۱۰۱۱ را از مجله الاحکام اقتباس نموده اند. علاوه بر ق. م. فصل پانزدهم، مواد ۲۷۲ الی ۲۸۰ ق. ا. م. نیز احکام معینی را در باره اقرار وضع نموده است.

الف) تعریف

طبق ماده ۱۰۰۱ ق. م. «اقرار، عبارت است از اعتراف خصم نسبت به حق غیر، بالای خودش در محکمه.» اقرار از ریشه قرر گرفته شده است که در لغت به معنی اعتراف نمودن، اذعان کردن حقی برای صاحب آن و اثبات کردن چیزی، قرار دادن چیزی و پذیرفتن است.^{۱۲۴۲} اعتراف در نص این ماده مترادف با اقرار است. هرچند اعتراف طبق نص این ماده مترادف اقرار است، اما برخی نویسندگان بر این نظر اند که فرقی که بین اقرار و اعتراف وجود دارد این است که: اقرار بیشتر در دعاوی مدنی و اعتراف بیشتر در دعاوی جزایی مورد استفاده قرار می گیرد.^{۱۲۴۳}

خصم در لغت به معنی دشمن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به هر یک از طرفین دعوی خصم و به هر دوی آنها متخاصمین گویند.^{۱۲۴۴} طبق نص این ماده اقرار، عبارت است از اعتراف خصم نسبت به حق غیر، بالای خودش در محکمه. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود علیه احمد اقامه دعوی نماید و احمد در محکمه اعتراف نماید که من ده لک افغانی مدیون محمود هستم، عمل احمد اقرار است. خصم در نص این ماده محمود است.

۱۲۴۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۰۸.
۱۲۴۳. سید جلال الدین مدنی، (۱۳۸۶). مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار، ص ۲۶۶؛ و محمد عثمان ژوبل (۱۳۶۹). اقرار در حقوق مدنی افغانستان، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۳۴ و ۳۵.
۱۲۴۴. همان، محمد عثمان ژوبل، ص ۸۹۹.

فقهاء در تعریف اقرار می گویند: اقرار عبارت از اخبار از ثبوت حق به نفع دیگری به زیان خویش است.^{۱۲۴۵} ماده ۱۵۷۲ مجله الاحکام در تعریف اقرار می گوید: «اقرار عبارت از اخبار انسان است از حقی که شخص دیگر بر او دارد. اخبار کننده را «مقر»، شخصی را که اقرار به نفع او صورت گرفته است «مقرله» و شی ای را که به آن اخبار به عمل آمده است «مقربه» می گویند». منظور از حق در این تعریف اعم است از حق خصوصی (مدنی) و حقوق عمومی، مانند: عقوبات (مسایل جزایی). بنابراین، تعریف حق در مذاهب خمسسه شامل اقرار مدنی و جزایی می شود.^{۱۲۴۶} به عنوان مثال، اقرار سارق به سرقت هم اخبار به حقی است که به ضرر او و به نفع دیگری تمام می شود. همچنین است در سایر جرایم.^{۱۲۴۷} در مسایل مدنی نیز چنین است. بنابراین، اقرار مدیون به نفع داین اخباری است به نفع داین (مقرله) و ضرر مدیون (مقر).

خداوند ﷻ می فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوُوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَبًا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ - [النساء: ۱۳۵]

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید پیوسته به عدالت قیام کنید و برای خدا گواهی دهید هر چند به زیان خودتان یا [به زیان] پدر و مادر و خویشاوندان [شما] باشد اگر [یکی از دو طرف دعوا] توانگر یا نیازمند باشد باز خدا به آن دو [از شما] سزاوارتر است پس از پی هوس نروید که [در نتیجه از حق] عدول کنید و اگر به انحراف گرایید یا اعراض نمایید قطعاً خدا به آنچه انجام می‌دهید آگاه است.»

مشروعیت اقرار بر مبنای سنت پیامبر ﷺ نیز ثابت است. زیرا، در خبر صحیحین در قصه عسیف آمده است:

«وَأَعْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَىٰ أَمْرَةٍ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمَهَا.»

«مردی مدعی بود که زنش مرتکب زنا شده است، پیامبر ﷺ فرمود: ای انیس نزد خانم این مرد برو، اگر به زنا اعتراف کرد، او را رجم کند.»

بر مبنای آنچه گفته شده، فقهاء نیز اجماع نموده اند که: اقرار حجت قاصره است بر مقر. علاوه بر قرآن، سنت و اجماع، حجیت اقرار بر مبنای عقل نیز ثابت است. زیرا، هیچ انسان عاقلی حاضر نیست به ضرر خود و به نفع دیگری اقرار نماید.^{۱۲۴۸}

ب) ارکان

۱۲۴۵. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۸)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۰۸۹؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۴۵.

۱۲۴۶. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۸). الفارق، جلد (۱)، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۳۳۶.

۱۲۴۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۱۹۹۷. ۳۳۶.

۱۲۴۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۸)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۰۹۰؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۴۷ و ۴۸؛ و سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۴۷۵.

در باره ارکان اقرار در فقه دو نظریه وجود دارد: جمهور فقهاء به این نظر اند که: ارکان اقرار چهار است که عبارت اند از:

- (۱) مقرر: شخصی است که به نفع دیگری اقرار می نماید؛
- (۲) مقرله: شخصی است که به نفع او اقرار صورت می گیرد؛
- (۳) مقربه: عبارت از موضوع اقرار است؛ و
- (۴) صیغه: عبارت از لفظی است که جهت اقرار صورت می گیرد. اما، فقهای حنفیه بر این نظر اند که: رکن اقرار عبارت از صیغه است. به نظر می رسد علت این اختلاف در تعریف رکن است. زیرا، به نظر جمهور فقهاء رکن عبارت از آن است که یک شی تمام نمی شود مگر با وجود آن اعم از اینکه جزء شی باشد و یا نباشد. اما، فقهای حنفیه در تعریف رکن می گویند که: رکن عبارت از چیزی است که شی مکمل نمی شود مگر با وجود آن و داخل در ماهیت شی است.^{۱۲۴۹}

ج) انواع

حقوقدانان اقرار را به اعتبار های ذیل به انواع ذیل تقسیم نموده اند:

- (۱) تقسیم اقرار به اعتبار مقربه: اقرار به اعتبار مقربه به اقرار عام و اقرار خاص تقسیم می شود:
 - ۱- اقرار عام: اقرار عام عبارت از اقراری است که مقرر در باره تمام آنچه ادعا شده است اقرار نماید. به حیث مثال، اقرار نمی ماید که: تمامی مالی را که به من منسوب است، ملک فلان می باشد.
 - ۲- اقرار خاص: اقرار خاص عبارت از اقراری است که مقرر در مورد یک چیز خاص اقرار می نماید، مانند اینکه: مقرر اقرار نماید که: ساعتی که در دست من است از فلان شخص می باشد.^{۱۲۵۰}
- (۲) تقسیم اقرار به اعتبار محل: اقرار به اعتبار محل بر دو نوع است: اقرار قضایی و اقرار غیر قضایی:
 - ۱- اقرار قضایی: اقرار قضایی عبارت از اعتراف خصم است در نزد قاضی روی موضوعی که دعوی نسبت به آن جریان دارد.^{۱۲۵۱} اقرار قضایی یا اقراری که در مجلس قضاء صورت می گیرد از جمله مهم ترین اقرار است. در صورتی که چنین اقراری واجد تمام شرایط اقرار باشد، دارای قدرت و اعتبار قانونی است که در صورت وجود آن، نیاز به سایر وسایل اثبات دعوی نیست. قدرت قانونی و اعتبار اقرار قضایی در دو نکته نهفته است:

- اقرار قضایی به تنهایی برای اثبات تعهد کافی است: دانشمندان حقوق وسایل اثبات دعوی را از نظر قدرت و اعتبار قانونی به دو دسته تقسیم نموده اند: دسته نخست که به تنهایی برای اثبات تمام انواع دعاوی کافی است، مانند: اسناد رسمی و دسته دوم که به تنهایی قادر بر اثبات تمام دعاوی نیست، مانند: شهادت شهود و قراین قضایی. اقرار در صورتی که در محضر قضاء صورت بگیرد و واجد تمام شرایط اقرار باشد، به تنهایی مثبت تعهد است.^{۱۲۵۲}

۱۲۴۹. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۴۴.
۱۲۵۰. محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۸۸ و ۸۹.
۱۲۵۱. همان، محمد عالم ظریف، ص ۸۸.
۱۲۵۲. محمد عثمان ژوبل (۱۳۶۹). اقرار در حقوق مدنی افغانستان، کابل: انتشارات ستره محکمه، ص ۷۸-۸۰.

- حکم مبتنی بر اقرار غیر قابل استیناف و فرجام خواهی است: اقرار در محکمه نه تنها برای اثبات هر گونه دعوی کافی است و مقرله را از متوسل شدن به هرگونه وسایل اثبات دیگر بی نیاز می نماید، بلکه اقرار جریان دعوی را از نظر استیناف خواهی و فرجام خواهی قطع می کند. بنابراین، در صورتی که اقرار در مرحله ابتدائیه صورت گرفته باشد، حکم صادر بر مبنای اقرار مقرر، قابل استیناف خواهی نیست. همچنین، اگر اقرار در مرحله استینافی صورت گرفته باشد، فیصله ناشی از آن قابل فرجام خواهی نیست.^{۱۲۵۳}

۲- اقرار غیر قضایی: اقرار غیر قضایی عبارت از اقراری است که خارج از مجلس قضاء صورت می گیرد و به شکل شفاهی یا کتبی می باشد.^{۱۲۵۴} اقرار مقرر خارج از محکمه به تنهایی برای ثبوت حق کافی نیست و حیثیت قرینه را اکتساب می نماید و نیاز به سایر وسایل اثبات دارد. زیرا، طبق ق. م. و ق. ا. م. م اقراری بر علیه مقرر حجت شمرده می شود که در محضر قضاء براساس رضایت مقرر صورت بگیرد. دلایلی این نظر مفاد ماده ۲۷۳ ق. ا. م. م، مفاد ماده ۱۰۰۱ ق. م. به صورت عموم و از مفاد ماده ۲۷۴ قانون اصول محاکمات تجارته به صورت اخص است. طبق این مواد اقرار در خارج از محکمه به تنهایی و بدون سایر وسایل اثبات دعوی دارای حجیت نیست.^{۱۲۵۵}

د) شرایط

اقرار باید توسط خود شخص اقرار کننده به عمل آید و از امور قابل توکیل به دیگران نیست. اقرار دارای یک سلسله شرایط است که برخی مربوط به مقرر، برخی مربوط به مقرله و برخی نیز مربوط به مقربه است که هر یک را ذیلاً بالترتیب مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) شرایط مقرر: طبق فقه و ق. م مقرر باید دارای شرایط ذیل باشد:

۱- معلوم بودن مقرر: شرط اقرار این است که مقرر معلوم باشد. بنابراین، اگر یک جماعتی یا دو نفر اقرار نمایند که: یکی از ما مدیون فلان هستیم، یا بگوید: یکی از ما زنا، سرقت و یا ملک دیگری را غصب نموده است، این نوع اقرار به سبب مجهول بودن مقرر صحیح نیست.^{۱۲۵۶}

۲- عاقل بودن: براساس ماده ۱۰۰۳ فقره های اول ق. م: «(۱) برای صحت اقرار شرط است که مقرر عاقل، بالغ و غیرمحمور علیه باشد. (۲) اقرار صغیر ممیز مأذون، در اموری که برایش اجازه داده شده، صحت دارد.» طبق نص این ماده شرط است که مقرر (اقرار کننده) عاقل، بالغ و غیرمحمور علیه باشد. عاقل اسم فاعل از ریشه «عقل» گرفته شده است که در لغت به معنی خردمند است. در اصطلاح حقوق مدنی، عاقل شخص مذکور است که بعد از رسیدن به سن رشد از خرد معمولی برخوردار باشد به نحوی که بتواند میان سود و زیان تفاوت قایل شود.^{۱۲۵۷} تعریف بالغ و محجور علیه در مبحث اهلیت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد مجنون، صغیر ممیز یا غیر ممیز یا مفلس محجور علیه باشد و در محضر محکمه اقرار نماید که مدیون محمود

۱۲۵۳. همان، محمد عثمان ژوبل، صص ۷۸-۸۴.

۱۲۵۴. محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۹۱.

۱۲۵۵. محمد عثمان ژوبل (۱۳۶۹). اقرار در حقوق مدنی افغانستان، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۸۴-۸۸.

۱۲۵۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۸۷.

۱۲۵۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۵۰

هستم، این اقرار اعتبار ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت اقرار است.

حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، طبق فقه جهت صحت اقرار شرط است که مقرر عاقل باشد. بنابراین، اقرار صبی غیر ممیز، مجنون، معتوه، نایم و سکران صحیح نیست. اما، اقرار صغیر ممیز مأذون، در اموری که برایش اجازه داده شده، صحت دارد. مأذون اسم مفعول از ریشه «اذن» گرفته شده است که در لغت به معنی اجازه داده شده است. در اصطلاح حقوق مدنی، صغیر مأذون عبارت از صغیری است که توسط محکمه ذیصلاح اجازه تجارت دریافته کرده باشد. به حیث مثال، اگر احمد یازده ساله باشد و به وی محکمه ذیصلاح اجازه دهد با مقداری از اموالش تجارت نماید و احمد در خصوص دینی که محمود بر وی دارد، اقرار نماید، اقرار احمد صحیح است و منوط بر اجازه ولی یا سایر اشخاص نیست.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۸۶):

بین بند (۱) ماده (۱۰۰۳) و بند (۲) ماده (۱۲۰۱) قانون مدنی توافق داده شود.

توضیح:

بین بند اول ماده (۱۰۰۳) و بند (۲) ماده مذکور تضاد وجود ندارد و اشتباه محکمه از اینجا منشاء گرفته که صغیر ممیز در عین حالت محجور هم میباشد در حالیکه حجر شرایط جداگانه دارد. چنانچه ماده (۱۳۰۱) از صلح صغیر مأذون به تجارت صحبت میکند چه وقتی صغیر ممیز به تجارت اجازه داشته مانعی ندارد که در صورت تحقق شرایط خاص که ماده (۱۳۰۱) آن را پیش بینی کرده با جانب مقابل مصالحه نماید و هکذا فقره (۲) ماده مذکور اقرار صغیر ممیز را که مأذون باشد صحت دانسته است.^{۱۲۵۸}

۳- عدم معتوه بودن: اقرار معتوه هر چند بعد از بلوغ نیز صورت پذیرد، صحیح نیست. زیرا، چنانچه تفصیل آن گذشت، معتوه در حکم صبی ممیز است. بنابراین، معتوه ملتزم به چیزی که به وی ضرر دارد، نمی گردد مگر اینکه مأذون باشد که در آن صورت اقرارش صحیح است.

۴- عدم نایم و مغمی علیه بودن: اقرار نایم و مغمی علیه مانند اقرار مجنون است. زیرا، نایم و مغمی علیه در حالت نوم و اغماء فاقد اهلیت معرفت و تمیز هستند و اهلیت معرفت و تمیز شرط صحت اقرار است.

پیامبر ﷺ در مورد خفته فرموده است:

«رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ.»^{۱۲۵۹}

«از سه دسته قلم تکلیف برداشته شده است: از طفل تا وقتی که بالغ گردد، از شخصی که در حال خواب است تا وقتی که بیدار گردد و از شخصی دیوانه تا وقتی که عاقل گردد.».

۱۲۵۸. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۳۵.

۱۲۵۹. رواه أحمد و ابوداود و الحاكم عن علی رضی الله عنه و عمر رضی الله عنه.

۵- **عدم سفیه بودن:** اقرار سفیه بعد از محکوم شدن به حجر در مورد مال صحیح نیست. زیرا، آن از جمله تصرفات مضرة محض است. هرگاه صبی در حالت سفیه و غافل بودن به سن بلوغ برسد و به سبب سفیه و غفلت محکوم به حجر گردد، در تصرفات مالی مضر تابع حکم صبی ممیز است. بنابراین، در صورتی که ازدواج نماید و اقرار نماید که مهری را که به زوجه اش تعیین نموده است از مهر مثل بیشتر است، زیادت مذکور باطل است.

۶- **بالغ بودن:** طبق فقه بلوغ شرط صحت اقرار نیست. بنابراین، اقرار صبی عاقل مأذون در مورد عین و دین صحیح است. زیرا، این امر از ضروریات تجارت است. در نتیجه، اقرار وی در اندازه ای که وی اجازه داده شده است صحیح و در مازاد آن صحیح نیست.^{۱۲۶۰} ماده ۱۵۷۳ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «شرط است که مقرر عاقل و بالغ باشد. بنابراین، اقرار صغیر و صغیره، مجنون و مجنونه و معتوه و معتوهه صحیح نیست. همچنین، اقرار اولیاء و اوصیاء اشخاص مذکور صحیح نیست. اما، صغیر ممیز و مأذون در اموری که به آن اذن صورت گرفته است، در حکم بالغ قرار دارد». همچنین، ماده ۱۵۷۶ مجله الاحکام در مورد عدم محجور علیه بودن مقرر حکم می نماید که: «شرط است که مقرر محجور نباشد [...]».

۷- **رضایت و اختیار مقرر:** در اقرار شرط است که مقرر دارای رضایت باشد. بنابراین، اقرار مکره صحیح نیست.^{۱۲۶۱} ماده ۱۵۷۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «رضای مقرر در اقرار شرط است. بنابراین، اقراری که به جبر و اکراه واقع شده باشد، صحت ندارد [...]». مبنای این ماده این حدیث پیامبر ﷺ است که می فرماید:

«إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِي عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ وَمَا أُسْتُكِرَ هُوَ عَلَيْهِ.»^{۱۲۶۲}

«قلم تکلیف از خطا، فراموشی و اکراه در امت من برداشته شده است.»

۸- **ظاهر الحال مُکذِب مقرر نباشد:** طبق ماده ۱۰۰۵ ق. م: «برای صحت اقرار مقرر، شرط است که ظاهر حال مُکذِب آن نباشد». طبق نص این ماده برای صحت اقرار شرط است که ظاهر حال مُکذِب مقرر نباشد. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و اقرار نماید که محمود سی ساله پسر او است، این اقرار صحت ندارد. زیرا، ظاهر حال احمد مُکذِب این اقرار است. مُکذِب در لغت به معنی تکذیب کننده و انکار کننده است.^{۱۲۶۳} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت اقرار است. نص این ماده متأثر از ماده ۱۵۷۷ مجله الاحکام است. این ماده می گوید: «شرط است که اقرار مقرر را ظاهر حالش تکذیب ننماید. بنابراین، اگر صغیر ی که شکل و قواره او احتمال بلوغ را نداشته باشد، بگوید که بالغ شده ام، اقرار او صحیح نیست و به آن اعتبار داده نمی شود.»

۱۲۶۰. در این باره ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۰۹۶ و ۶۰۹۷؛
 _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۴۷ و ۴۸؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه
 السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۴۷۵.
 ۱۲۶۱. در مورد شرایط مقرر ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۰۹۶-
 ۶۰۹۸؛ و _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۴۹-۵۶.
 ۱۲۶۲. رواه ابن ماجه و البيهقي و غيرهما عن ابن عباس رضي الله عنه.

۲) **شرایط مقرله:** برخلاف مقر در اقرار باید واجد اهلیت باشد، در اقرار شرط نیست که مقرله دارای اهلیت باشد. بنابراین، اقرار به نفع مقرله صبی صحیح است. ماده ۱۵۷۴ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «شرط نیست که مقرله عاقل باشد. بنابراین، اگر کسی برای صغیر غیر ممیز اقرار به مال نماید، اقرار صحت دارد و اعطای این مال بر مقر لازم می گردد.»

اما، مانند مقر، در اقرار شرط است که مقرله نیز معلوم باشد. بنابراین، در صورتی که مقرله مجهول باشد، فایده بر اقرار مرتب نمی گردد. ماده ۱۵۷۸ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «شرط است که مقرله به جهالت فاحش مجهول نباشد. اما، جهت یسیر مانع صحت اقرار نمی گردد. به طور مثال، اگر شخصی اقرار نماید که این مال متعلق به شخصی است و یا اقرار نماید که این مال که در تصرف من است به یک تن از اهالی فلان شهر و یا قریه تعلق دارد، چون اهالی شهر و قریه بی شمار هستند، بنابراین اقرار مذکور صحیح نیست. اما، اگر اقرار نماید که این مال برای یکی از این دو نفر یا برای یکی از اهالی فلان قریه می باشد، در حالی که اهل قریه عبارت از یک قوم محدود و محصور و مشتمل بر چند شخص باشد، در این صورت، اقرار وی صحت دارد.

اما، اگر اقرار نماید که این مال متعلق به یکی از این دو مرد است، اینها حق دارند تا این مال را از مقر بگیرند و بعد از اخذ، مالک آن گردند و به اتفاق همدیگر در آن شریک شوند و اگر اختلاف کردند، هر یک حق دارد که از مقر طلب یمین نماید که آیا من در اقرار مطمح نظر نبودم؟ اگر مقر از یمین هر دو انکار نمود، مال به طور مشترک بین آنها تقسیم می شود و اگر از یمین یک نفر نکول به عمل آورد، مال به طور مستقل از همین مقرله می گردد. اما، اگر مقر برای هر دو نفر یمین نمود، در این صورت مقر از دعوی هر دو رهایی می یابد و مال مقر به در تصرف او باقی می ماند.»

۳) **شرایط مُقَرَّرِیَه:** طبق ماده ۱۰۰۴ ق. م. ا: «اقرار به مجهول صحیح است، مگر در عقودی که جهالت مانع صحت آن باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که اگر موضوع اقرار مجهول باشد، اقرار صحیح است. مجهول اسم مفهوم از ریشه «جهل» گرفته شده است که در لغت به معنی نامعلوم، ناشناخته، نامعلوم و نامشخص است.^{۱۲۶۴} به نظر می رسد می توان تعریف اصطلاحی مجهول را از معنی لغوی آن استخراج کرد. به نظر می رسد مجهولی امری است که برای فرد ناشناخته و نامشخص باشد و فرد نسبت به آن جاهل است.

به حیث مثال، اگر احمد بگوید من سرقت نموده ام، هر چند احمد مقر به را معین و مشخص ننماید، اقرار او صحیح است. در این مثال، مال مسروقه معین و مشخص نیست. استثنای این اصل این است که اقرار در خصوص موضوع عقودی باشد که جهالت مانع صحت آن گردد مانند بیع، اجاره، هبه و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد اقرار نماید که من از محمود شی را خریداری نمودم یا اجاره گرفتم، اقرار احمد صحیح نیست. زیرا، شی ضمیر نامعین است و معلوم نیست که احمد چه چیز را خریده است یا اجاره گرفته است و

جهالت موضوع موجب باطل یا فاسد شدن عقد بیع و اجاره با توجه به اختلافی که در این خصوص وجود دارد می‌گردد.

نص این ماده از فقه گرفته شده است. ماده ۱۵۷۹ مجله الاحکام در این مورد می‌گوید: «چنانچه اقرار به شی ای معلوم صحیح است، به شی ای مجهول نیز صحیح است. اما، مجهول بودن مقربه در عقودی که با جهالت، صحیح نمی‌باشد، مانند: بیع، مانع صحت اقرار می‌گردد. به عنوان مثال، اگر کسی بگوید: مال فلان نزد من امانت است یا مال فلان را غصب و یا سرقت نموده‌ام، اقرار او صحت دارد و به تعیین امانت مجهول، مال مغضوب و مسروق اجبار می‌گردد. اما، اگر بگوید: چیزی را به فلان شخص فروختم یا مال را از فلان شخص به اجاره گرفتم و به بیان چیزی که فروخته یا به اجاره گرفته است مجبور ساخته نمی‌شود. زیرا، نسبت آن را به حالتی نموده است که منافی ضمان می‌باشد.» به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۰۰۴ ق. م پیش بینی یکی از شرایط صحت اقرار در موضوع اقرار است.

۴) **شروط صیغه اقرار:** فقهاء اقرار را به لفظ صریح و یا ضمنی پذیرفته‌اند: منظور از اقرار صریح آن است که مُقَرَّر صراحتاً موضوع ادعا را بپذیرد و به آن اقرار نماید، مانند اینکه: در برابر ادعای مدعی مبنی بر مطالبه مبلغ مثلاً یک میلیون افغانی اقرار به مدیونیت خود نماید یا آنکه ادعا مدعی را عیناً بپذیرد. اما اقرار ضمنی به اقراری گفته می‌شود که مستقیماً ادعای مدعی مورد تأیید مُقَرَّر قرار نمی‌گیرد، بلکه وی در برابر ادعای مدعی مطالبی را بیان می‌کند که به طور غیر مستقیم اقرار به مدیونیت وی را می‌توان از فحوای کلام او استنباط نمود، مانند اینکه: در مقابل ادعای مدعی مبنی بر مطالبه مبلغ یک میلیون افغانی بدون آنکه صراحتاً به مدیونیت خویش اقرار نماید، مدعی پرداخت آن گردد.

هر یک از اقرار صریح و ضمنی ممکن شفاهی یا کتبی باشد. اقرار شفاهی به اقراری می‌گویند که بر زبان شخص مُقَرَّر جاری می‌گردد و یا در صورت گنگ بودن مُقَرَّر با اشارات و علایم خاصی ادا می‌شود که إفاده اقرار نماید. اقرار کتبی به اقراری گفته می‌شود که به جای آنکه بر زبان مُقَرَّر جاری گردد و یا به وسیله علایم و اشارات خاص از سوی مُقَرَّر گنگ صورت پذیرد به وسیله مُقَرَّر نوشته شده و امضاء شده یا با اثر انگشت و یا مهر مُقَرَّر تسجیل می‌گردد که مقنن چنین اقراری را در حکم اقرار شفاهی قرار داده و همان احکام و آثار اقرار شفاهی را بر آن بار کرده است. ماده ۱۶۰۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می‌نماید که: «اقرار به کتابت مانند اقرار به زبان است [...]». در صیغه اقرار رعایت شرایط آتی ضروری است:

۱- **اینکه اقرار شخص ناطق به اشاره صورت نگیرد:** اقرار شخص ناطق از طریق اشاره صحیح نیست. بنابراین، شخص ناطق باید اقرارش شفاهی و یا کتبی باشد. ماده ۱۵۸۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می‌نماید که: «اقرار اخرس (گنگ) به اشاره معهوده اعتبار دارد. اما، اقرار ناطق به اشاره اعتبار ندارد. به عنوان مثال، اگر کسی برای ناطق بگوید: آیا فلان شخص بالای شما اینقدر پول دارد؟ در صورتی که شخص مذکور سر خود را پایین اندازد، چنین اقراری اعتبار ندارد.»

۲- **عدم تعلیق اقرار به شرط:** طبق ماده ۱۰۰۷ ق. م: «معلق ساختن اقرار به شرط جواز ندارد، مگر آنکه به زمانی معلق شده باشد که حلول میعاد آن عرفاً ممکن باشد.» معلق از ریشه «علق» گرفته شده و به

معنای آویخته و آویزان است^{۱۲۶۵} و در اصطلاح حقوقی، به منوط و معلق شدن تحقق امری به امری دیگر و یا ربط دادن حصول چیزی به چیزی دیگر، معلق گویند مانند اینکه شخصی به دیگری بگوید: در صورتی که مسافرت نمایم، شما وکیل من هستید! یا در صورتی که فلان شخص بیاید این شی را به شما به فروش می رسانم^{۱۲۶۶} از نص ماده ۱۰۰۷ ق. م. ا یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که معلق ساختن اقرار به شرط جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید در صورتی که جمشید به حساب من پول روان نماید، من مدیون شما هستم. در این مثال، احمد مدیون بودن خویش را منوط و وابسته به رسیدن پول در حساب خویش نموده است. این نوع اقرار طبق ق. م. جواز ندارد.

استثنای این اصل این است که تعلیق اقرار به زمانی شود که حلول یا فرا رسیدن میعاد آن عرفاً ممکن باشد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید من ماه آینده قرضدار هستم، فراشد و حلول ماه آینده عرفاً ممکن است و بنابراین اقرار احمد صحیح است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی عدم جواز اقرار به شرط و استثنای آن است. حکم این ماده ترجمه ماده ۱۵۸۴ مجله الاحکام است که در این مورد می گوید: «اقرار معلق به شرط باطل است.

اما، اگر مقر آن را به زمانی معلق سازد که در عرف مردم مروج باشد، اقرار مقر، به دین مؤجل حمل می گردد. به عنوان مثال، اگر شخصی به دیگری بگوید: هرگاه به فلان محل رسیدی و فلان مصلحت مرا اداء کردی، من این قدر مدیون شما می باشم، این اقرار باطل است و تأدیة مبلغ مذکور بر وی لازم نمی گردد. اما، اگر بگوید: اگر در فلان ماه بیایم و یا قاسم در روز بیاید، من این قدر پول مدیون شما هستم، اقرار وی به دین مؤجل حمل می شود و تأدیة مبلغ بعد از حلول میعاد بر او لازم می گردد.»

ه) آثار

طبق ق. م و فقه اقرار موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) ثابت شدن مقر به، به مقرله: اثری که طبق فقه بر اقرار مرتب می گردد، عبارت از ثابت شدن مقر به، به نفع مقرله و به ضرر مقر است.^{۱۲۶۷} به عنوان مثال، هرگاه احمد بیست لک افغانی قرضدار محمود باشد، اما از قرضدار بودن خویش انکار نماید و بعد از اقامه دعوی در محکمه ذیصلاح توسط محمود، احمد به قرض دار بودن خویش اقرار نماید، محکوم علیه شناخته شده و مکلف است براساس حکم محکمه قرض مدعی را پرداخت نماید.

۲) الزام آور بودن اقرار نسبت به مقر: طبق ماده ۱۰۰۸ ق. م. ا «مقر به اقرار خود ملزم می باشد، مگر اینکه از طرف محکمه حکم به کذب اقرار او صادر شود. در این صورت به اقرار او وقعی داده نمی شود.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد: اصل این است که مقر (اقرار کننده) به اقرار خود ملزم می باشد. ملزم در لغت به معنی متعهد و پایبند است.

۱۲۶۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.
۱۲۶۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۰۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.
۱۲۶۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۸۱؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، ص ۴۸.

به حیث مثال، اگر احمد در محکمه اقرار نماید که من یک لک افغانی مدیون محمود هستم، احمد مکلف است یک لک افغانی به محمود پرداخت نماید. استثنای این اصل این است که محکمه حکم به کذب اقرار او صادر نماید. کذب در لغت به معنی دروغ است. به حیث مثال، اگر احمد در محکمه اقرار نماید که من یک لک افغانی مدیون محمود هستم، احمد متعهد و ملزم به این اقرار است و باید یک لک افغانی به محمود پرداخت نماید. اما، اگر قاضی محکمه ذیصلاح حکم نماید که احمد دروغ می گوید، اقرار احمد باطل می گردد و به آن وقعی گذاشته نمی شود. وقع در لغت به معنی اهمیت، اعتنا، توجه و ارزش قایل شدن است.^{۱۲۶۸}

3) عدم جواز رجوع از اقرار: طبق ماده ۱۰۰۹ ق. م: «رجوع از اقرار اعتبار ندارد». نص این ماده مرتبط به ماده ۱۰۰۸ ق. م است. رجوع از ریشه «رجع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازگشت، عودت و بازگشتن است. در حقوق مدنی رجوع بازگشت به وضع پیشین یا نقض تصرف پیشین مانند رجوع از ایجاب، رجوع از صدقه، رجوع از ابراء، رجوع از اقرار، رجوع از شهادت، رجوع از وصیت، رجوع از وقف و نظیر اینها است.^{۱۲۶۹}

به حیث مثال، اگر احمد در محکمه اقرار نماید که من بیست لک افغانی مدیون محمود هستم، احمد نمی تواند از این اقرار رجوع نماید، زیرا اقرار بر مقرر الزام است مگر این که توسط قاضی رد شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی الزام آور بودن اقرار و عدم جواز رجوع از آن توسط مقرر است. باوجوداین، مقرر صرف نمی تواند در دعاوی مدنی که مثال آن در بالا گذشت از اقرار خویش رجوع نماید. بنابراین، مقرر در دعاوی جزایی و دعاوی مربوط به حق الله مانند: حدود، قصاص، دیت و ... از اقرار خویش به نظر جمهور فقهاء رجوع نماید.^{۱۲۷۰} ماده ۱۵۸۸ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «رجوع از اقرار در حقوق العباد صحیح نیست؛ به این توضیح که: اگر شخصی به نفع شخصی اقرار نماید که فلان شخص بر من این قدر قرض دارد و سپس از اقرار خویش رجوع نماید، به رجوع وی اعتبار داده نمی شود و این شخص ملزم به اقرار خود می گردد.»

4) در اقرار قبول مقرر له شرط نیست: طبق ماده ۱۰۰۲ ق. م: «اقرار به قبول مقرر له منوط نبوده، مگر از طرف او رد شده می تواند. اگر بعضی از آن رد شود، اقرار در باقی صحیح است.» مقرر له شخصی است که اقرار به نفع او صورت گرفته است. از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱- اقرار به قبول مقرر له منوط یا وابسته نیست. به حیث مثال، اگر احمد اقرار نماید که من مدیون محمود هستم، قبول محمود در صحت اقرار شرط نیست. نص این ماده از فقه گرفته شده است. طبق فقه اقرار عقد نیست تا صیغه آن حاوی ایجاب و قبول باشد، بلکه صرف تصرف قولی از جانب مقرر است. بنابراین، قبول شرط صحت آن نیست.^{۱۲۷۱}

1268. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 2/25/2019).

۱۲۶۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۱۷ و ۱۰۱۸.

۱۲۷۰. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۲۷۳ و ۲۷۴.

۱۲۷۱. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۸.

۲- اقرار می تواند توسط مقررله رد شود. به حیث مثال، اگر احمد بگوید من یک لک افغانی مدیون محمود هستم، محمود می تواند اقرار را رد نماید. در صورت رد، اقرار باطل می گردد. نص این ماده از فقه گرفته شده است. طبق فقه در صورت رد اقرار توسط مقررله، اقرار رد می شود.^{۱۲۷۲} به عنوان مثال، هرگاه شخصی اقرار نماید که مدیون فلان شخص است، اثبات مدیون بودن مقرر منوط بر قبول مقررله نیست و خود اقرار موجب اثبات مقربله برای مقررله می گردد. اما، در صورتی که مقررله بگوید: مقرر قرضدار من نیست، چنین اقراری باطل می گردد.

۳- هرگاه مقررله قسمتی از آن را رد نماید، اقرار در قسمت متباقی صحت دارد. به عنوان مثال، هرگاه مدیون اقرار نماید که شصت هزار افغانی قرضدار داین (مقررله) است و داین بگوید: قرض سی هزار است، سی هزار افغانی رد و مقرر مکلف به پرداخت سی هزار افغانی به مقررله می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط اقرار است.

۴) صحیح بودن اقرار به نفع غایب: طبق فقه اقرار به نفع مقررله غایب صحیح است. اما، لزوم آن متوقف بر عدم رد غایب بعد از حضور است. بنابراین، اقرار به نفع غایب اقرار صحیح غیر لازم است.^{۱۲۷۳} به عنوان مثال، هرگاه شخصی اقرار نماید که مدیون فلان شخص است، چنین اقراری صحیح غیر لازم است. بنابراین، چنین اقراری زمانی لازم می گردد که شخص غایب بعد از حضور آن را رد نماید که در صورت رد اقرار باطل و در صورت عدم رد، انتقال مقربله، به مقررله لازم گردد.

۵) غیر قابل تجزیه بودن اقرار: طبق ماده ۱۰۱۱ ق. م. ا «اقرار تجزیه را نمی پذیرد، مگر اینکه بر وقایع متعدد غیر مرتبط نسبت شده که وجود یکی از وقایع، مستلزم وجود وقایع دیگر نباشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که اقرار قابل تجزیه نیست. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود یک لک افغانی مدیون من است، محمود نمی تواند قسمتی از اقرار را بپذیرد و قسمتی را رد نماید. زیرا، این اقرار به اعتبار موضوع قابل تجزیه و تقسیم نیست.

استثنای این اصل این است که اقرار بر وقایع متعدد غیر مرتبط نسبت شده که وجود یکی از وقایع، مستلزم وجود وقایع دیگر نباشد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که محمود یک لک افغانی قرضدار من است و زمین من را نیز غصب نموده است و محمود اقرار نماید که من یک لک افغانی مدیون احمد هستم اما زمین او را غصب نکرده ام، اقرار قابل تجزیه است. زیرا، وقایع ای که در خصوص آنها اقرار صورت گرفته است و نگرفته است با همدیگر غیر مرتبط اند و تحقق یک واقعه مستلزم واقعه دوم نیست.

اما، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که احمد شب در خانه ام آمد، من را زخمی نمود، مال من را به سرقت برد و بر همسرم تجاوز کرد و محمود اقرار نماید که بلی من این کارها را انجام دادم، وقایع در این مثال با همدیگر مرتبط اند. در این خصوص حقوقدانان و فقهاء قایل به تفصیل شده و می نویسند که منظور از غیر قابل تجزیه بودن اقرار این است که اقرار پیکر واحدی است که مقررله نمی تواند قسمتی از اقرار مقرر را بپذیرد و قسمت دیگر آن را بدون دلیل رد نماید. دانستن مثال های تجزیه و عدم تجزیه پذیر بودن اقرار مستلزم دانستن

۱۲۷۲. همان، ___، جلد (۶)، ص ۶۸.

۱۲۷۳. همان، ___، جلد (۶)، ص ۶۹.

انواع اقرار است. زیرا، از این رهگذر اقرار به سه نوع: اقرار بسیط (ساده)، اقرار مقید و اقرار مرکب تقسیم می شود:

۱- **اقرار ساده:** اقرار ساده در برابر اقرار مرکب و مقید قرار دارد و بدون افزودن هیچگونه وصف، قید و یا ترکیبات دیگری مدعی علیه، ادعای مدعی را همانگونه که ادعا شده است می پذیرد، مانند اینکه: مدعی ادعا نماید که مدعی علیه مبلغ یک میلیون افغانی قرض دار من است و مدعی علیه نیز مدیون بودن خویش را بپذیرد و به آن اقرار نماید.

۲- **اقرار مقید:** اقرار مقید به اقرار می گویند که اقرار کننده با افزودن قید و یا وصفی به اقرار، طبیعت ادعا را تغییر می دهد و ادعای مطروحه را همانگونه که ادعا شده است نمی پذیرد، مانند اینکه: مدعی بر مدعی علیه ادعای نماید که مدعی علیه مبلغ یک میلیون افغانی از من مدیون است و مدعی علیه اقرار کند و بگوید مبلغ مذکور از سوی مدعی به وی هبه شده است یا مدعی علیه اقرار نماید که مدیون مدعی است. اما، دین مؤجل است. چون قید و مقید پیکر واحدی هستند.

بنابراین، در این حالت طرف مقابل نمی تواند اقرار را تجزیه نموده و آن قسمتی را که به نفع اوست قبول نموده و آنچه را که به ضرر اوست نپذیرد. در این مثال، چنانچه مدعی بخواهد از اقرار استفاده کند باید آن را به همان صورتی که اقرار شده است بپذیرد و یا آنکه از استناد به اقرار صرف نظر نموده و به کمک دلایل دیگر ادعای خویش را ثابت نماید.

۳- **اقرار مرکب:** چنانچه اقرار دارای دو جزء باشد که در جزء اول آن اقرار کننده ادعای طرف مقابل را بپذیرد، ولی به دنبال آن مطلبی را بیان کند که به نفع او و به ضرر اقرار کننده باشد اقرار مذکور را مرکب می گویند. به عنوان مثال، مدعی ادعای نماید که مدعی علیه مبلغ یک صد هزار افغانی قرضدار من است و مدعی علیه اقرار نماید که وی یک صد هزار افغانی مدیون مدعی بوده اما آن را پرداخته است.^{۱۲۷۴} سؤال این است که: در چنین حالات آیا اقرار قابل تجزیه است و مقرر می تواند قسمتی از آن را که به نفع اوست، بپذیرد و قسمتی را که به ضرر اوست، رد نماید؟

در پاسخ به این پرسش فقهای حنفیه قایل به تجزیه اقرار هستند. بنابراین، طبق نظر فقهای حنفیه و مالکیه مقرر، به ایفای مقرره ملزم می شود و نسبت به مازاد به عنوان مدعی تلقی می شود. در نتیجه، اگر مدعی علیه به قرض اقرار کند، اما مدعی پرداخت آن باشد، یا ادعا نماید که زمان پرداخت آن هنوز فرا نرسیده است، در این صورت، قرضدار بودن او از طریق اقرار ثابت است و نسبت به ایفا و تأجیل دین در حکم مدعی است و باید از عهده اثبات آن بر آید.^{۱۲۷۵} در مورد تجزیه پذیری و عدم تجزیه پذیری ق. م میان اقرار مرکب مرتبط و اقرار مرکب غیر مرتبط تفکیک شده است و اقرار بر وقایع متعدد غیر مرتبط را قابل تجزیه و اقرار بر وقایع متعدد

۱۲۷۴. در این باره ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۵۰۴-۵۰۸؛ صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۲۷۴ و ۲۷۵؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۵۷-۶۰.

۱۲۷۵. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۲۷۵-۲۷۷.

مرتبط را غیر قابل تجزیه می‌داند. اقرار مرکب مرتبط در موردی است که موضوع اقرار از دو یا چند جزء مرتبط به یکدیگر تشکیل شده باشد و هرگاه جزء اول موجود نباشد، جزء دوم و سوم موجود نمی‌گردد. اقرار مرتبط بر دو قسم است:

- اقرار مرتبطی که جزء دوم با جزء اول منافات دارد، مانند اینکه: کسی بر دیگری اقامه دعوی کند و ادعاء نماید که مدعی یک صد هزار افغانی مدیون اوست و مدعی علیه نیز اقرار نماید که وی مدیون مدعی است، اما قرض را به او پرداخته است. دفاع مدعی علیه دو جزء دارد: جزء اول که اقرار به مدیونیت فعلی وی است و جزء دوم که ادعای رد آن است که منافات با مدیون بودن فعلی او دارد.

- اقرار مرتبطی که جزء دوم منافاتی با جزء اول ندارد، مانند اینکه: کسی بر دیگری اقامه دعوی کند و ادعاء نماید که یک صد هزار افغانی شش ماه قبل به او قرض داده است و مدعی علیه آن را قبول نماید و بگوید که آن را پس از یک ماه به مدعی پرداخته است. اقرار مرکب غیر مرتبط عبارت از اقراری است که مرکب از دو جزء می‌باشد که جزء دوم مربوط به جزء اول نیست، به نحوی که هرگاه جزء اول موجود نباشد، یا بلااثر گردد، جزء دوم موجود باشد.

به عنوان مثال، مدعی بر علیه مدعی علیه اقامه دعوی نماید و ادعاء نماید که مدعی مبلغ یک صد هزار افغانی قرضدار من است و مدیون و مدعی علیه نیز اقرار نماید که من یک صد هزار افغانی قرضدار مدعی بوده‌ام، اما آن را با دینی که بر ذمه مدعی داشتم مجراء نمودم. در این مثال، مدعی می‌تواند از جزء اول اقرار که مدیونیت مدعی علیه است استفاده کند و از مدعی علیه مبنی بر مجرای دین او دلیل و وسیله اثبات بخواهد. در این مثال که وجود یک واقعه مستلزم وجود واقعه دیگر نیست، مدعی می‌تواند اقرار مدعی علیه را مبنی بر مدیونیت بپذیرد و دین او را منکر شود و مدعی علیه نیز در صورتی که بخواهد از مجرای استفاده کند، باید دین سابق خویش را اثبات نماید.^{۱۲۷۶} به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۰۱۱ ق. م. پ. پیش بینی یکی از شرایط موضوع اقرار که غیرقابل تجزیه بودن اقرار است، می‌باشد.

(و) اختلاف مُقَرَّر و مُقَرَّرَه در سبب اقرار

طبق ماده ۱۰۰۶ ق. م. ا: «اختلاف مقر و مقرله در سبب اقرار، مانع صحت آن نمی‌گردد.» مقر عبارت از شخصی است که اقرار می‌نماید. مقرله عبارت از شخصی است که اقرار به نفع او صورت می‌گیرد. طبق نص این ماده اختلاف مقر و مقرله در سبب اقرار، مانع صحت آن نمی‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد از محمود مطالبه مبلغ یک میلیون افغانی از بابت قرضی که به او داده است نماید و محمود بگوید که مبلغ مذکور را بابت خرید زمین از احمد به وی مقروض هستم، چنین اقراری هرچند سبب آن مختلف است، مانع صحت اقرار نمی‌گردد. در این مثال، احمد و محمود در سبب اقرار اختلاف دارند.

سبب اقرار در نص این ماده قرض و بیع است. احمد در این مثال مقرله و محمود مقر است. اختلاف در سبب اقرار موجب باطل شدن اقرار نمی‌گردد. بنابراین، اقرار محمود در مثال بالا صحیح است. به نظر می‌

رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اختلاف اقرار کننده و شخصی که به نفع او اقرار صورت گرفته است در سبب اقرار و اثر آن است.

نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. ماده ۱۵۸۱ مجله الاحکام در این خصوص می گوید: «اگر مقر و مقرله در سبب مقربه، باهم اختلاف نمایند، این اختلاف مانع صحت اقرار نمی گردد. به عنوان مثال، اگر مدعی مبلغ یک هزار را از بابت قرض ادعا نمود و مدعی علیه به مبلغ مذکور از درک ثمن مبیع اقرار کرد، این اختلاف مانع صحت اقرار نمی گردد.».

ز) اقرار حجت قاصره است

مطابق ماده ۱۰۱۰ ق. م: «اقرار حجت قاصره است بر مقر.» قاصره مؤنث قاصر است. قاصر معانی متعدد دارد که یکی از آنها کوتاه است.^{۱۲۷۷} تعریف حجت و مقر گذشت. به حیث مثال، اگر احمد اقرار نماید که من مدیون محمود هستم، اقرار احمد حجتی است که صرف احمد براساس آن ملزم به پرداخت دین می گردد نه دیگران.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر و قدرت اقرار به عنوان یکی از وسایل ثبوت حق است. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، فقهاء بر این عقیده اند که: اقرار حجتی است قاصره برخلاف بینه و شهادت که حجتی است متعدیه. بنابراین، اثر اقرار صرف مربوط به مقر می شود و بر دیگران اثری ندارد.

به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود و جمشید مدیون او اند. محمود اقرار نماید اما جمشید انکار، صرف بر محمود ثابت می شود و جمشید بری می گردد. اما، شهادت حجتی است که بر غیر نیز اثر دارد. ماده ۷۸ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «بینه حجت متعدیه و اقرار حجت قاصره است.» به عنوان مثال، اگر شخصی ادعاء نماید که بر چند نفر قرض دارد و بعضی از مدعی علیه اقرار نمایند و بعضی انکار، تنها کسانی ملزم به دادن قرض می شوند که اقرار کرده اند. اما، اگر مدعی این ادعاء را با بینه و شهادت ثابت نماید، همه مدعی علیه ملزم به دادن قرض مدعی می شوند، خواه اقرار نمایند و یا ننمایند.^{۱۲۷۸}

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به کرایه دهد و محمود وفات می نماید. ورث محمود جمشید، وارث و حمیده ادعا نمایند که خانه از پدر آنها است. احمد قباله ارایه نماید که خانه متعلق به او است و خانه را به محمود به کرایه داده است و در این دعوی صرف جمشید به نمایندگی از بقیه ورثه دعوی را پیش برد. در صورتی که احمد با ارایه قباله دعوی را ببرد، همه ورثه محمود محکوم علیه قرار می گیرند زیرا شهادت نه تنها بر علیه جمشید بلکه علیه بقیه ورثه محمود دلیل اثبات است.

گفتار چهارم) قسم

1277. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 2/25/2019).

۱۲۷۸. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۴۷۶؛ و صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۲۷۳ و ۲۷۴.

قسم یکی از وسایل اثبات است که در ملل قدیمه در دعاوی بسیار به کار می رفت. قسم منشأ دینی دارد و در ادیان اهمیت به سزایی دارد. زیرا، افرادی که با ایمان کامل به مبانی دینی گرویده اند، قوانین و رسوم آن را با علاقمندی در روابط اجتماعی خود به کار می برند و چون خداوند عز و جل را حاکم مطلق بر تمامی موجودات می دانند، سوگند به نام او را به دیده احترام می نگرند و از بیم عقوبت اخروی، سوگند به دروغ یاد نمی کنند.^{۱۲۷۹} به نظر می رسد روی این دلیل، ق. م. و ق. ا. م. احکام معینی را با اقتباس از فقه در مورد سوگند وضع نموده اند. جلد دوم، باب پنجم، فصل چهارم، مواد ۱۰۱۲ الی ۱۰۲۱ ق. م. که مقتبس از ق. م. ج. م است و مواد ۳۴۰ الی ۳۵۷ ق. ا. م که مقتبس از فقه است به تنظیم احکام سوگند تخصیص یافته اند.

الف) تعریف و مصادر مشروعیت

سوگند یکی از ضعیف ترین وسایل اثبات دعوی است که مدعی در صورت عدم داشتن بینه به آن متوسل می شود که در لغت به معنی یمین، حلف و قسم است.^{۱۲۸۰} ق. م. و ق. ا. م. تعریفی برای سوگند ارائه نکرده اند. در اصطلاح فقهی به تأکید گذاردن بر چیزی یا حقی یا سخنی نفیاً یا اثباتاً با یاد کردن نام خداوند عز و جل و یا وصفی از اوصاف او یمین گویند. همچنین، در مقام اثبات قضایی، تعریفی ویژه نیز در مورد سوگند ارائه شده است: «یمین عبارت از تأکید گذاردن بر ثبوت یا نفی حق در حضور قاضی و در مجلس قضاء با یاد کردن نام خداوند عز و جل یا برخی از اوصاف او با شرایط خاص.»^{۱۲۸۱}

حقوقدانان تعاریفی متعددی برای یمین ارائه کرده اند. دکتر امامی در تعریف سوگند می گوید: سوگند عبارت است از گواه قرار دادن خداوند عز و جل بر صحت گفتار یاد کننده.^{۱۲۸۲} دکتر کاتوزیان در تعریف سوگند می گوید: «اعلام اراده ای است که به موجب آن شخصی خداوند عز و جل را شاهد صداقت خود در اظهارات و التزامات بیان شده می گیرد.» طبق این تعریف، سوگند اعلام اراده ای تشریفاتی است که به نام خداوند عز و جل انجام می شود و اعلام کننده به تنها شاهد راستگویی خود را خداوند عز و جل می سازد و بدین وسیله خود را در معرض مکافات قسم دروغ قرار می دهد.

پس، اثر نامتعارف این اعلام در محاکمات منوط به درجه ایمان گوینده به عالم غیب و عدل خداوند عز و جل است. بنابراین، سوگند اخباری تشریفاتی است که به موجب آن شخص خداوند عز و جل را بر صدق اظهارات یا عهد خود گواه می گیرد در حالی که علی القاعده نباید صرف گفتار اشخاص به نفع آنها قابل استناد باشد ترتیب اثر دادن به گفتاری که به قید سوگند باشد مبتنی بر جنبه دینی سوگند یعنی ترس از خدا عز و جل است اگر چه نباید جنبه دنیوی آن یعنی بیم از مجازات سوگند دروغ را دست کم نسبت به بعضی، از یاد برد.^{۱۲۸۳} دکتر سنهوری در تعریف سوگند می گوید: «سوگند قولی است که یاد کننده سوگند به عنوان دلیلی بر صدق گفته خویش و یا منجز گردانیدن امری در آینده بر خویش، به نحوی که: اگر آن را بشکند مستوجب عقوبت

۱۲۷۹. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۲۲۵.
۱۲۸۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۶۸ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۱۵۱۲۵.
۱۲۸۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۰۶۳ و ۶۰۶۴.
۱۲۸۲. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۲۲۵.
۱۲۸۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۹۵). اثبات و دلیل اثبات، جلد (۲)، تهران: نشر میزان، صص ۱۸۳ و ۱۸۴.

الهی می شود.» طبق این تعریف سوگند صرف یک عمل مدنی نیست، بلکه یک عمل دینی نیز است. همچنین، سوگند گاهی برای تأکید قول است و گاهی برای تأکید گذاردن بر وعده.^{۱۲۸۴} در قرآن کریم آیات متعددی وجود دارد که دلالت بر مشروعیت سوگند می نماید از آن جمله است این قول خداوند عزوجلله که می فرماید:

﴿لَا يَأْخُذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يَأْخُذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يَبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ - [المائدة: ۸۹]

«خداوند عزوجلله شما را به سوگندهای بیهوده‌تان مؤاخذه نمی‌کند ولی به سوگندهایی که [از روی اراده] می‌خورید [و می‌شکنید] شما را مؤاخذه می‌کند و کفاره‌اش خوراک دادن به ده بینواست از غذاهای متوسطی که به کسان خود می‌خورانید یا پوشانیدن آنان یا آزاد کردن بندهای و کسی که [هیچ یک از اینها را] نیابد [باید] سه روز روزه بدارد این است کفاره سوگندهای شما وقتی که سوگند خوردید و سوگندهای خود را پاس دارید این گونه خداوند آیات خود را برای شما بیان می‌کند باشد که سپاسگزاری کنید.»
 مشروعیت سوگند بر مبنای احادیث پیامبر صلی الله علیه و آله نیز ثابت است. پیامبر صلی الله علیه و آله در این مورد فرموده است:
 «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُنْكَرِ.»^{۱۲۸۵}
 «شهود بر مدعی و قسم بر منکر است.»

همچنین، امام بخاری و امام مسلم از اشعث بن قیس روایت کرده اند که گفت: من و یک مرد باهم در باره یک چاه آب نزاع و خصومت داشتم و در حضور پیامبر صلی الله علیه و آله اقامه دعوی نمودم. پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود:
 «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينَهُ.»
 «یا تو دو گواه بیاور و یا او سوگند یاد کند.»

گفتم: او سوگند یاد می‌کند و پروایی ندارد. پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود:
 «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَقْتَطِعُ بِهَا مَالَ أَمْرِي مُسْلِمٌ لِقَى اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانُ.»^{۱۲۸۶}
 «هرکس سوگند یاد کند و بخواهد با سوگندش مال مرد مسلمانی را از آن خود کند، او خداوند عزوجلله را ملاقات نمی‌کند، مگر اینکه خداوند عزوجلله بر او خشمناک باشد.»

و خداوند عزوجلله جهت تصدیق این گفته پیامبر صلی الله علیه و آله این آیه را نازل نمود:
 ﴿إِنَّ الدِّينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يَكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَهُمْ عَذَابُ أَلِيمٍ﴾ - [آل عمران: ۷۷]

۱۲۸۴. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۳)، لبنان، بيروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۵۱۴.

۱۲۸۵. حدیث حسن رواه البيهقي عن ابن عباس رضي الله عنهما، و بعضه في الصحيحين.

۱۲۸۶. رواه المسلم و البخاری عن اشعث بن قيس رضي الله عنه.

«آری هر که به پیمان خود وفا کند و پرهیزگاری نماید بی تردید خداوند پرهیزگاران را دوست دارد. کسانی که پیمان خدا و سوگندهای خود را به بهای ناچیزی می فروشند آنان را در آخرت بهره‌ای نیست و خدا روز قیامت با آنان سخن نمی گوید و به ایشان نمی نگرد و پاکشان نمی گرداند و عذابی دردناک خواهند داشت.»^{۱۲۸۷}

ب) انواع

سوگند بر دو قسم است: سوگند التزامی و قضایی که به نام اثباتی نیز یاد می شود.

۱) سوگند التزامی (غیر قضایی)

سوگند التزامی عبارت از سوگندی است که در آن شخصی با رعایت شکلیات خاص، ملتزم می شود که وظیفه یا اقدام معینی را که از او خواسته شده به بهترین وجه ممکن انجام دهد. سوگند شاهد و حکم پیش از ادای وظیفه از این قبیل است. همچنین، سوگندی را که نمایندگان پارلمان، وزراء، رئیس جمهور و قضات به هنگام آغاز تصدی بیان می کنند از نمونه های همین سوگند است که برخی دانشمندان حقوق آن را سوگند غیر قضایی نیز یاد کرده اند. سوگند التزامی خارج از بحث ماست که به نام یمین العقد نیز یاد می شود.

۲) سوگند قضایی و انواع آن

سوگند قضایی که به نام سوگند اثباتی نیز یاد می شود عبارت از سوگندی است که مدعی در محکمه با تشریفات معین، واقعیتهای را که به سود او است تأیید می کند. این سوگند اعتبار خود را از تشریفات قضایی می گیرد و به همین جهت، سوگند قضایی یاد می شود. سوگند قضایی به دو نوع تقسیم می شود که عبارت اند از: سوگند قاطع و سوگند متمم:^{۱۲۸۸}

اول) سوگند قاطع

اولاً) تعریف

سوگند قاطع عبارت از سوگندی است که مدعی می تواند در صورت انکار مدعی علیه و نداشتن سایر وسیله اثبات دعوی از مدعی علیه بخواهد تا سوگند یاد نماید که مدعی علیه حق مدعی را پرداخته است و یا مدعی بر مدعی علیه هیچ حقی ندارد. این سوگند در مجله الاحکام به نام تحلیف نامیده شده است. ماده ۱۶۸۱ مجله الاحکام در تعریف این نوع سوگند می گوید: «تحلیف آن است که یکی از متخاصمین به سوگند مکلف ساخته شود.»

ثانیاً) شرایط

فقهاء شرایط ذیل را جهت صحت سوگند شرط گذاشته اند:

۱) اینکه حالف (سوگند خورنده) مکلف؛ یعنی: عاقل و بالغ باشد. بنابراین، سوگند صبی، مجنون، نایم و مُستکَره صحیح نیست.

۱۲۸۷. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۰۶۴؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۴۹۳.
۱۲۸۸. ناصر کاتوزیان (1395). اثبات و دلیل اثبات، جلد (2)، تهران: نشر میزان، صص ۱۸۴ و ۱۸۵؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۵۱۴ و ۵۱۵؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۲۲۷ - ۲۲۹؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه های ۱۵۱۲۷ و ۱۵۱۳۰.

۲) مدعی علیه مُنکر حق مدعی باشد. بنابراین، در صورتی که مدعی علیه مقرر، به حق مدعی باشد، ضرورت به حلف نیست.

۳) مدعی از قاضی بخواهد که منکر حق را سوگند دهد. ماده ۱۷۴۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «مدعی بدون طلب خصم سوگند داده نمی شود [...]».

۴) در ادای سوگند نیابت جواز ندارد.^{۱۲۸۹} به حیث مثال، اگر احمد وکیل محمود، یا احمد ولی، وصی و قیم محمود باشد و جمشید سوگند را متوجه محمود نماید، احمد نمی تواند به نمایندگی از محمود سوگند اداء نماید. ماده ۱۷۴۵ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «نیابت در تحلیف (سوگند دادن) جاری می گردد. اما، نیابت در سوگند خوردن جاری نمی گردد. بنابراین، وکلای دعوی می توانند خصم خود را سوگند دهند. اما، اگر قسم به مؤکل ایشان راجع گردد، تحلیف بالذات به مؤکل لازم می شود و یمین وکلای ایشان صحت ندارد.».

۵) سوگند صرف در مسایل مدنی و حقوق العبدی جواز دارد. بنابراین، سوگند در مسایل متعلق به حق الله از قبیل: حدود و قصاص جواز ندارد.^{۱۲۹۰}

۶) واقعه مخالف نظام و آداب عامه نباشد: طبق ماده ۱۰۱۳ ق. م: «توجیه قسم قاطع در تمام منازعات مدنی جواز دارد، مگر اینکه واقعه مخالف نظام یا آداب عامه باشد.» منازعه از ریشه «نزع» گرفته شده است که در لغت به معنی ستیز کردن، خصومت کردن، مناقشه کردن، کشاکش کردن و جدال است که جمع آن منازعات است. در اصطلاح حقوق مدنی، سرسختی نشان دادن برای احقاق حق خویش با رفتن به نزد قاضی و دفاع کردن از حق خویش منازعه گویند.^{۱۲۹۱}

از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. طبق نص این ماده اصل این است که توجیه سوگند قاطع در تمام منازعات مدنی مانند قرارداد، ثبوت مال، ارث، اهلیت، وقایع حقوقی، ازدواج و نظیر اینها جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد مال محمود را گرفته باشد و احمد سایر وسایل اثبات مانند سند و شهود نداشته باشد و محمود نیز حق احمد را انکار نماید، احمد می تواند از محمود بخواهد تا سوگند اداء نماید که مال از محمود است. استثنای این اصل این است که واقعه مخالف نظام یا آداب عامه باشد. تعریف نظام عامه و رخداد در مبحث اصل آزادی انعقاد عقود و منابع تعهد گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد برادر محمود را به قتل برساند و محمود ادعای دیه نماید و برای اثبات قتل وسایل اثبات مانند سند و شاهد نداشته باشد، محمود نمی تواند به احمد قسم قاطع را توجیه نماید. در این مثال، قتل از مصادیق وقایع ای مربوط به نظم عمومی به نظر می رسد. همچنین، اگر احمد ادعا نماید که محمود دختر ۶ ساله احمد را اختطاف نموده است اما وسایل اثبات نداشته باشد، احمد نمی تواند سوگند قاطع را متوجه محمود نماید. زیرا، اختطاف از مصادیق وقایع ای مربوط به نظم عمومی به نظر می رسد.

۱۲۸۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۰۷۳ و ۶۰۷۴.

۱۲۹۰. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص

۲۹۹؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۰۶۵.

۱۲۹۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۷۳.

تعریف آداب عامه در مبحث اصل آزادی انعقاد عقود گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود خانه جمشید را برای قمار خانه، فاحشه خانه و نظیر اینها به کرایه گرفته است اما وسایل اثبات مانند شهود و سند نداشته باشد، احمد نمی تواند سوگند قاطع را متوجه محمود نماید. زیرا، قمار و فحاشی از مصادیق وقایع ای مربوط به آداب عامه به نظر می رسند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط توجیه سوگند قاطع و استثنای آن است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۸۸):

توجیه قسم قاطع مندرج در ماده (۱۰۱۳) در واقعه مخالف نظام یا آداب عامه یعنی چه؟

توضیح:

هرگاه طرفین عقد به ربح بیشتر از حد معین قانون توافق نمایند و نزاعی از این ناحیه نشأت کند چون عقد مخالف نظام عامه است توجیه قسم قاطع به طرف مقابل جواز ندارد. همچنین در نزاع ناشی از عقدی که در مورد گرفتن عکس های برهنه بین عکاس و طرف مقابل او به وجود آمده توجیه قسم جایز نمی باشد زیرا عقد مخالف آداب عامه است.^{۱۲۹۲}

طبق این نظر ستره محکمه ربح از مصادیق وقایع مربوط به نظام عامه تلقی می گردد. تعیین ربح به عنوان وقایع مربوط به نظام عامه محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، به نظر نمی رسد که سود دادن و سود گرفتن نظم عمومی را بر هم بزند بلکه برخلاف قانون است.

۷) سوگند در حقوقی صورت پذیرد که اقرار در آن جواز دارد. بنابراین، سوگند در مورد حقوقی که اقرار در مورد آن جواز ندارد، صحیح نیست. در نتیجه، اقرار وصی، وکیل و وصی در مورد حقوق غیر صحیح نیست.^{۱۲۹۳}

۸) طبق ماده ۱۰۱۷ ق. م: «قسم و نکول خارج محکمه اعتبار ندارد.» نکول در لغت خودداری از ادای سوگند است.^{۱۲۹۴} در اصطلاح حقوقی، معنی اصطلاحی نکول از معنی لغوی آن گرفته شده است. بنابراین، نکول خودداری از سوگند است که توسط مدعی یا قاضی متوجه مدعی علیه شده است. طبق نص این ماده شرط است که هم سوگند و هم نکول از سوگند در محکمه صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی بر محمود داشته باشد و محمود در خارج از محکمه قسم ادا نماید که من قرضدار نیستم یا از ادای قسم انکار کند، این سوگند و نکول ارزش اثباتی ندارد. زیرا، خارج از محکمه صورت گرفته است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط سوگند که محل سوگند است می باشد.

۱۲۹۲. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۵۳۵ و ۵۳۶.

۱۲۹۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۰۶۵.

۹) طبق ماده ۱۰۱۸ ق. م: «در قسم قاطع، شرط است که قسم بنا به واقعه و عملی باشد که خود شخص سوگند کننده، آن را ایجاد نموده باشد و اگر سوگند به عمل غیر باشد، قسم به علم داده می شود.» عبارت «سوگند کننده» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد سوگند کننده شخصی است که سوگند را اداء می نماید. از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد.

۱- در قسم قاطع، شرط است که قسم بنا به واقعه و عملی باشد که خود شخص سوگند کننده، آن را ایجاد نموده باشد. به حیث مثال، اگر محمود مال احمد را در اثر بی احتیاطی احمد سرقت نماید، زمینه سرقت را احمد برای محمود فراهم نموده است. در صورتی که احمد وسایل اثبات نداشته باشد، می تواند سوگند قاطع را متوجه محمود نماید. حکم این ماده ترجمه ماده ۱۷۴۸ مجله الاحکام است که حکم می نماید: «اگر شخصی به فعل خود سوگند اداء نماید، وی قسم بتات به عمل می آورد؛ یعنی: چنین قسم اداء می نماید که: این چیز چنین است و یا چنین نیست. اما، اگر به فعل غیر حلف نماید به این معنی است که به عدم علم سوگند اداء می نماید یعنی به عدم علم به این شی سوگند اداء می نماید.» برخی نویسندگان در خصوص این ماده چنین مثال می آورند: «در دعوی ای که موضوع آن را سرقت، قتل و نظیر اینها تشکیل بدهد، در صورت انکار مدعی علیه و استحلاف مدعی، قسم قاطع به ایجاد کننده واقعه سرقت و قتل داده می شود.»^{۱۲۹۵}

۲- اگر سوگند به عمل غیر باشد، قسم به علم داده می شود. قسم به علم قسمی است که قاضی آن را به خصوم توجیه می نماید تا بر علم و عدم علم خود قسم یاد نمایند. این نوع قسم اکثراً در قسمت ورثه استعمال می گردد. به عنوان مثال، اگر کسی از مدرک دینی که بر متوفی دارد علیه ورثه اقامه دعوی نماید و وسیله اثبات دعوی در دسترس نداشته باشد، می تواند ورثه را قسم به علم بدهد. قسم به علم به این نحوه اداء می گردد که: بالله که تو عالم نیستی که پدرت از من قرضدار نیست. در صورتی که ورثه قسم ادا نماید که نمی دانم که پدرم از شما قرضدار است و یا خبر ندارم، در این صورت مدعی، دعوی را می باز و ورثه، برنده دعوی می شود. اما، اگر اقرار کرد، محکوم علیه قرار می گیرد.

قسم به علم چنانچه در ماده ۱۰۱۸ ق. م و ماده ۱۷۴۸ مجله الاحکام به آن اشاره شده است، در موضوعاتی صورت می پذیرد که ناشی از عمل خود شخص نباشد. بنابراین، قسم به علم آن است که مدعی علیه بر عدم علم خود راجع به حقیقت دعوی مدعی سوگند یاد نماید.^{۱۲۹۶} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۰۸۲ ق. م پیش بینی یکی از شرایط قسم قاطع است.

۱۰) طبق ماده ۱۷۴۷ مجله الاحکام: «هرگاه مدعی علیه قبل از اینکه قاضی او را مکلف به سوگند نماید، در اثر مطالبه مدعی سوگند به عمل آورد، این سوگند اعتبار ندارد و لازم است قاضی او را بار دیگر سوگند دهد.»

رابعاً آثار

زمانی که مدعی سوگند را با رعایت شرایط و به نحوی که توضیح گردید متوجه مدعی علیه نماید، مدعی حتماً یکی از این سه امر را انجام خواهد داد: ادای سوگند، رد آن به مدعی علیه و یا امتناع (خودداری) از سوگند که هر یک موجد آثار به شرح ذیل است:

۱۲۹۵. یادگار راجی سمنگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۲)، (____)، (____)، ص ۳۱۹.
۱۲۹۶. محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، صص ۱۳۱ و ۱۳۲.

۱) ادای سوگند توسط مدعی علیه: طبق فقه در صورتی که مدعی علیه به برائت ذمه خود سوگند یاد کند، دعوی مدعی مردود شناخته می شود و در این موضوع هیچ نوع اختلافی میان فقهاء وجود ندارد.^{۱۲۹۷} باوجوداین، در صورتی که مدعی بخواهد بعد از ادای سوگند توسط مدعی علیه، بینه ارایه نماید، در باره صحت و عدم صحت و قبول و عدم قبول چنین بینه ای توسط قاضی ق. م. و ق. ا. م. م. سکوت اختیار نموده اند. امام ابوحنیفه بر این نظر است که: چون سوگند حجت ضعیف است و نمی تواند نزاع را قطع و فصل کند بنابراین بینه پس از آن پذیرفته می شود. زیرا، بینه دلیل اصلی و سوگند قایم مقام آن است و با وجود دلیل اصلی جایی برای قایم مقام آن باقی نمی ماند.^{۱۲۹۸}

۲) نکول مدعی یا مدعی علیه: طبق ماده ۱۰۲۰ ق. م. «هرگاه طرفی که قسم به او توجیه گردیده، بدون رد آن به طرف دیگر از آن نکول نماید یا طرفی که قسم به او رد شده، نکول اختیار کند، دعوی به ضرر او خاتمه می یابد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- هرگاه طرفی که قسم به او توجیه گردیده، بدون رد آن به طرف دیگر از آن نکول نماید دعوی به ضرر او خاتمه می یابد. نکول در لغت به معنی امتناع ورزیدن از سوگند، خودداری از پاسخ گفتن است و در اصطلاح فقهی و حقوقی نکول عبارت است از امتناع از سوگند.^{۱۲۹۹} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به حمیده به اجاره داده باشد و حمیده از دادن اجرت به احمد امتناع وزد و احمد برای اثبات ادعای خود سند و شاهد نداشته باشد و قسم قاطع را متوجه حمیده نماید و حمیده بدون این که قسم قاطع را به احمد رد نماید، از قسم قاطع نکول نماید، محکوم علیه قرار می گیرد. مجله الاحکام نیز از این نظر پیروی نموده و ماده ۱۸۲۰ آن در این مورد حکم می نماید که: «وقتی مدعی علیه از قسم نکول کرد، قاضی به اساس نکولش حکم کند و اگر بعد از نکول گفت: قسم می خورم، به آن التفاتی نشود.»

۲- در صورت نکول طرفی که سوگند به او رد شده شده است (مدعی) بازنده دعوی شناخته می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا حمیده سوگند قاطع را به احمد رد نماید و احمد از ادای سوگند نکول نماید، احمد بازنده دعوی شناخته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر نکول از سوگند توسط یکی از طرفین دعوی است. در این خصوص امام ابوحنیفه رحمته بر این نظر است که نکول از سوگند به منزله اقرار است. بنابراین، در صورتی که مدعی علیه از سوگند نکول نماید، مثل این است که حق مدعی را پذیرفته است. زیرا، اگر او خود را در انکار صادق می دانست، در اداء سوگند تردید نشان نمی داد. طبق این نظر، سوگند به مدعی بر نمی گردد.^{۱۳۰۰}

۱۲۹۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۸۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۴۹۴؛ و صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۳۰۰.

۱۲۹۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۸۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۴۹۴ و ۴۹۵؛ صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۳۰۱ و ۳۰۲.

۱۲۹۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۰۳.

۱۳۰۰. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۴۹۵ و ۴۹۶؛ صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، ص ۳۰۲ و ۳۰۳.

۳) رد سوگند و دفع صحیح و اثر رد سوگند: براساس ماده ۱۰۱۵ ق. م: «طرفی که قسم به او متوجه گردیده، می تواند قسم را به طرف دیگر رد نماید، مگر اینکه قسم بنا به واقعه باشد که به اشتراک طرفین صورت نگرفته، صرف از جانب طرفی که توجیه قسم به او شده، انجام یافته باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که طرفی که قسم به او متوجه گردیده، می تواند قسم را به طرف دیگر رد نماید.

به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض داده باشد و محمود منکر مقروض بودن گردد و احمد سایر وسایل اثبات مانند سند و شاهد نداشته باشد و در محکمه سوگند را متوجه محمود نماید و از محمود بخواهد تا سوگند اداء نماید که یک لک افغانی قرضدار نیست، محمود می تواند سوگند را متوجه احمد نماید و به احمد بگوید که شما سوگند اداء نمایید که من یک لک افغانی قرضدار شما هستم. استثنای این اصل این است که قسم به دلیل واقعه باشد که به اشتراک طرفین صورت نگرفته، صرف از جانب طرفی که توجیه قسم به او شده، انجام یافته باشد.

به حیث مثال، اگر احمد مال محمود را سرقت کرده باشد و احمد وسیله اثبات مانند شاهد نداشته باشد و سوگند را متوجه محمود نماید، محمود نمی تواند دوباره سوگند را متوجه احمد نماید، زیرا فرض این است که واقعه دو طرفه نیست و علت ایجاد آن محمود است. به عبارت دیگر: مدعی علیه زمانی می تواند سوگند را رد و ادای آن را از مدعی مطالبه نماید که واقعه مشترک بین طرفین باشد. به عنوان مثال، اگر مشتری قسم را به بایع مبنی بر اینکه قیمت را اخذ نموده راجع سازد، بایع می تواند قسم را به جانب مقابل رد نماید. زیرا، این واقعه مشترک میان بایع و مشتری است.

اما، اگر واقعه مشترک میان متداعیین نباشد، بلکه متعلق به یکی از طرفین که یمین به وی توجیه شده است باشد، او نمی تواند آن را به جانب مقال رد نماید. به حیث مثال، اگر شفیع یمین را بر مشتری جهت تعیین مقدار قیمت راجع نماید، مشتری نمی تواند یمین را به شفیع راجع نماید. زیرا، قبض قیمت و مقدار از جمله وقایع ای نیست که به شفیع تعلق داشته باشد، بلکه این واقعه میان بایع و مشتری صورت گرفته است و شفیع اصلاً در آن دخالت نداشته است.^{۱۳۰۱} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط توجیه سوگند توسط طرفین دعوی به همدیگر است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۸۹):

ماده (۱۰۱۵) با مثال توضیح گردد.

توضیح:

۱۳۰۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۵۶۳ و ۵۶۴؛ محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۹۱.

مثال ماده فوق: رد قسم از جانبی که قسم به او متوجه می شود در موضوعاتی صورت گرفته می تواند که به اشتراک طرفین انجام شده باشد مانند بیع و اجاره و غیره و اگر از یک جانب باشد مانند غضب در آن صورت رد قسم به مدعی شده نمی تواند. ۱۳۰۲

۴) توجیه سوگند قاطع توسط طرفین دعوی به همدیگر: طبق ماده ۱۰۱۲ ق. م: «طرفین دعوی می توانند به اجازه محکمه، قسم قاطع را به یک دیگر توجیه نمایند.» طبق نص این ماده پیشنهاد سوگند به مدعی علیه و رد آن توسط مدعی علیه، حق مدعی و مدعی علیه است. پس، تا زمانی که متداعیین نخواهند قاضی محکمه ذیصلاح نمی تواند قسم قاطع را متوجه یکی از طرفین و در صورت رد متوجه جانب مقابل نماید. ۱۳۰۳

همچنین، طبق نص این ماده در توجیه سوگند قاطع توسط طرفین دعوی (مدعی و مدعی علیه) شرط است که قاضی اجازه دهد. به حیث مثال، اگر ادعا نماید که یک لک افغانی بر محمود دارد و احمد و محمود سایر وسایل اثبات مانند سند و شاهد نداشته باشند، احمد می تواند به اجازه قاضی سوگند قاطع را متوجه محمود و محمود می تواند سوگند قاطع را متوجه احمد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط سوگند قاطع است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۸۷):

ماده (۱۰۱۲) قانون مدنی قابل غور عمیق است زیرا توجیه قسم اگر دو جانبه باشد یعنی مدعی بتواند به منکر قسم را متوجه و منکر نیز بتواند در زمینه به مدعی قسم را توجیه نماید مخالف حدیث شریف (البینه للمدعی و الیمین علی من انکر) می باشد.

توضیح:

البینه للمدعی و الیمین علی من انکر توجیه قسم به یک دیگر که به موجب حکم ماده (۱۰۱۲) قانون مدنی جایز شمرده شده مشروط به اذن محکمه می باشد و در حالی صورت می گیرد که مدعی از حق توجیه سوگند به مدعی علیه تنازل نموده و خود به اداء سوگند رضا داده باشد. ۱۳۰۴

۵) رجوع از سوگند: طبق ماده ۱۰۱۶ ق. م: «طرفی که قسم را توجیه یا رد نموده، نمی تواند بعد از قبولی طرف مقابل به تحلیف از توجیه یا رد رجوع نماید.» طبق نص این ماده طرفی که قسم را توجیه یا رد نموده، نمی تواند بعد از قبولی طرف مقابل به تحلیف از توجیه یا رد رجوع نماید. طبق ماده ۱۶۸۱ مجله الاحکام: «تحلیف آن است که یکی از متخصصین به سوگند مکلف ساخته شود.» به حیث مثال، اگر احمد موتر

۱۳۰۲. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۳۶.

۱۳۰۳. محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۱۲۸.

۱۳۰۴. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۳۵.

خویش را به محمود به کرایه داده باشد و محمود از دادن کرایه انکار نماید و احمد سایر وسایل اثبات مانند سند و شاهد نداشته باشد و قسم قاطع را متوجه محمود نماید و محمود دوباره سوگند را به احمد توجیه نماید، احمد و محمود نمی توانند از توجیه سوگند رجوع نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم رجوع از توجیه سوگند است.

۶) سوگند قاطع به سبب و به نتیجه: طبق ماده ۱۰۱۹ ق. م: «در اموری که سبب از بین نمی رود، قسم به سبب و در اموری که سبب از بین می رود، قسم به حاصل داده می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- در اموری که سبب از بین نمی رود، قسم به سبب داده می شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و محمود ادعا نماید که ورثه احمد است، قاضی می تواند محمود را به سبب قسم دهد؛ به این ترتیب که قاضی از محمود بخواهد که محمود قسم یاد نماید که خویشاوند احمد اعم از ذوی الفروض مانند پدر، عصبه مانند پسر یا ذوی الارحام مانند ماما است.

۲- در اموری که سبب از بین می رود، قسم به حاصل داده می شود. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و محمود متروکه احمد را عملاً تملک نماید سبب ارث که قرابت و زوجیت است از بین می رود و حاصل یا نتیجه که انتقال متروکه از مؤرث به ورثه است باقی می ماند. در این صورت، قاضی می تواند محمود را به حاصل سوگند دهد؛ به این ترتیب که قاضی از محمود بخواهد که محمود سوگند اداء نماید که متروکه ملکیت محمود است.

در مثال اول، قاضی محمود را به سبب سوگند می دهد و در مثال دوم قاضی محمود را به حاصل سوگند می دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم سوگند به سبب و سوگند به حاصل است. حکم این از فقه گرفته شده است. ماده ترجمه ماده ۱۷۴۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «قسم یا به سبب است و یا به حاصل و آن این است که اگر یمین به وقوع یک مورد خاص و یا به عدم وقوع آن صورت گیرد، یمین به سبب است و قسم به بقاء و یا عدم آن یمین به حاصل است. به عنوان مثال، قسم در دعوی بیع و شراء به عدم وقوع عقد اصلاً یمین به سبب است. اما، قسم به بقای عقد تا حال و یا به عدم بقاء یمین به حاصل است.»

۷) سوگند واحد در دعوی حاوی طلبات متعدد: براساس ماده ۱۰۱۴ ق. م: «در دعوی واحدی که مشتمل بر طلبات متعدد باشد، به یک قسم اکتفاء کرده می شود.» طبق نص این ماده در دعوی واحدی که مشتمل بر طلبات متعدد باشد، به یک قسم اکتفاء می شود. دعوی از ریشه «دعو» گرفته شده است که در لغت به معنی خواهانی، خواسته شده، طرح دعوی، خواستار شدن و طلب است که جمع آن دعاوی می باشد. در اصطلاح حقوق مدنی به طرح دعوی در حضور قاضی شرعی و قانونی برای اثبات حقی برای شخص دیگر «دعوی» گویند.^{۱۳۰۵} طلبات جمع طلب است که در لغت به معنی خواستن است.

به عنوان مثال، هرگاه احمد بر علیه محمود دو دعوی: دعوی غصب و دعوی قرض را اقامه نماید و برای اثبات این دو وسیله اثبات از قبیل: شاهد و سند نداشته باشد و پیشنهاد سوگند به محمود را نماید، قاضی باید جهت عدم اثبات هر دو دعوی محمود را یک قسم بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم طلبات متعدد در یک دعوی است. این ماده گرفته شده از فقه است. ماده ۱۷۵۰ مجله الاحکام است که در این مورد حکم می نماید: «در مجموعه دعاوی مختلفه، یک سوگند کفایت می کند و اجرای سوگند به هر یک از موارد لازم نمی شود.»

۸) طبق ماده ۱۰۲۱ ق. م: «هرگاه در حکم جزایی، کذب قسم ثابت شود، شخص متضرر از قسم می تواند، بدون اینکه حق وی در اعتراض بر حکم صادره علیه او اخلال گردد، جبران خساره مطالبه نماید.» طبق نص این ماده در خصوص قسم دروغ سه حالت متصور است: نخست مدعی علیه سوگند دروغ اداء می نماید، سوگند دروغ اثبات نمی شود و قاضی مدعی علیه را برائت می دهد. دوم مدعی علیه سوگند دروغ اداء می نماید، سوگند دروغ اثبات می شود و قاضی مدعی علیه را برائت نمی دهد. سوم مدعی علیه سوگند دروغ اداء می نماید، سوگند دروغ ثابت می شود و با وجود آنکه سوگند دروغ ثابت شده است، قاضی مدعی علیه را به هر دلیلی برائت می دهد. در صورت سوم، هرگاه در حکم جزایی، کذب قسم ثابت شود، شخص متضرر از قسم می تواند، بدون اینکه حق وی در اعتراض بر حکم صادره علیه او اخلال گردد، جبران خساره مطالبه نماید.

کذب در لغت به معنی انکار و دروغ است.^{۱۳۰۶} در اصطلاح حقوقی، کذب دروغ گفتن است. حکم در لغت به معنی رأی، امر، امر کردن، حکومت، فرمان دادن، فرمان و دستور است که جمع احکام است. در فقه و حقوق حکم رأی و تصمیمی است که قاضی محکمه در باره دعوی که به او برده اند، برای فیصله دادن اختلاف صادر می کند.^{۱۳۰۷} براساس ماده ۴ جزء ق. ا. م. م: «حکم: قضاوت قاضی است که به این گونه که الفاظ صادر می شود که حکم نمودم تو... در موضوع... ملزم می باشی و حکم خود را به رد و یا سپردن مدعی بها تصریح نماید یا حکم کردم که در مدعی بها به مدعی علیه مزاحم مباش.» اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است. در اصطلاح حقوقی اعتراض عبارت است از متعرض شدن به احکام و قرار های قضایی.^{۱۳۰۸} ماده ۳۵۸ قانون اصول محاکمات مدنی در تعریف اعتراض می گوید: «شکایت و اعتراض عبارت از حق محکوم علیه غیرقانع از فیصله محکمه تحتانی است که با تقدیم شکایت علیه اجراءات قضایی محکمه حاکمه از محکمه بالاتر مطالبه می گردد.»

به حیث مثال، اگر احمد محمود را لت و کوب نماید و محمود در محکمه ابتدائیه علیه احمد اقامه دعوی نماید، اما وسایل اثبات مانند سند و شهود نداشته باشد و احمد اقرار نیز ننماید و محمود سوگند را متوجه

1306. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3/18/2018).

۱۳۰۷. صبحی رجب محمسانی (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، مترجم: اسمعیل گلستانی، چاپ اول، انتشارات آثار اندیشه، صص ۳۱۰ و ۳۱۱؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۵۸، سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۹۷ و ۴۹۸؛ و وهبه الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۱۲۸.

۱۳۰۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۵۳.

احمد نماید و احمد به دروغ سوگند اداء نماید و سپس ثابت شود که احمد دروغ گفته است، اما قاضی احمد را برائت دهد، محمود دو گزینه دارد: نخست محمود می در محکمه استیناف اعتراض نماید. دوم محمود می تواند مطالبه جبران خسارت جانی لت و کوب مانند مصارف تداوی، ضیاع وقت و نظیر اینها را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مدعی و پیش بینی اثر سوگند دروغ است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۹۰):

به مقصد درک سالم ماده (۱۰۲۱) قانون مدنی مثال عملی ارایه گردد.

توضیح:

سارق در برابر دعوی مسروق منه که دعوی مبلغ یکصد هزار افغانی مال مسروقه را نموده بود سوگند نموده بعداً به جرم خود اعتراف کرده در چنین حالت مسروق منه بر علاوه استحقاق رد مال مسروقه مستحق جبران خساره نیز بوده می تواند.^{۱۳۰۹}

دوم) قسم متمم

اولاً) تعریف قسم متمم و فرق آن با سوگند قاطع

قسم متمم عبارت از قسمی است که قاضی آن را جهت تکمیل علم خود به هر طرفی که خواسته باشد، در صورت عدم کافی بودن دلیل راجع می نماید.^{۱۳۱۰} قسم متمم در مجله الاحکام تحالف نامیده شده است. ماده ۱۶۸۲ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «تحالف آن است که هر دو خصم به سوگند مکلف ساخته شوند.»

ثانیاً) توجیه

طبق ماده ۱۰۲۲ ق. م: «(۱) محکمه می تواند، مستقیماً قسم را به یکی از طرفین، جهت استناد حکم در موضوع دعوی یا قیمت آنچه به آن حکم می نماید، راجع نماید؛ و (۲) این نوع قسم وقتی توجیه شده می تواند که در دعوی دلیل کامل وجود نداشته و خالی از دلیل هم نباشد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

(۱) شخصی که سوگند را متوجه یکی از طرفین می نماید، قاضی است. زیرا، چنانچه گفته شد، توجیه یمین متمم از صلاحیت های قاضی است. بنابراین، قاضی می تواند سوگند متمم را در هر مرحله دعوی قبل از صدور حکم متوجه هر یک از طرفین دعوی راجع نماید. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای یک لک

۱۳۰۹. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۳۶.

۱۳۱۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۵۷۳؛ محمد عالم ظریف

(۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۱۲۸.

افغانی دین را نماید، قاضی می تواند احمد را سوگند دهد که آیا بر محمود دین دارد و محمود را سوگند دهد که آیا مدیون احمد است یا خیر!

۲) قاضی می تواند در صورتی قسم متمم را متوجه یکی از طرفین دعوی نماید که طرفین برای اثبات و رد دعوی وسایل اثبات کافی نداشته باشند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای یک لک افغانی دین را نماید و احمد وسایل اثبات مانند سند و شاهد نداشته باشد و محمود هم اقرار ننماید و سایر وسایل مانند سند و شاهد نداشته باشد، قاضی می تواند هر یک از احمد و محمود را سوگند دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت محکمه و شرط توجیه سوگند متمم است.

ثالثاً) شرایط و برخی حالات

برای تحقق توجیه سوگند متمم شرط است که جهت اثبات دعوی دلیل کامل وجود نداشته باشد. بنابراین، در صورتی که برای اثبات دعوی دلایل کامل وجود داشته باشد، جایی برای توجیه سوگند متمم باقی نمی ماند. در نتیجه، قاضی باید دعوی را مطابق وسایل اثباتیه کافی که ارایه شده است، حل و فصل نماید. طبق ق. م و ق. ا. م. م در حالات ذیل قاضی می تواند یمین را متوجه طرفین نماید:

۱) براساس ماده ۱۰۲۳ ق. م: «محکمه می تواند در احوال آتی مستقیماً قسم را توجیه نماید: (۱) در حالی که دعوی حق، راجع به ترکه ثابت شود، محکمه مدعی را قسم می دهد که این حق را برای خود یا شخص دیگری به هیچ صورت از متوفی حاصل نکرده، ابراء و حواله در آن صورت نگرفته، حق مذکور را از غیر متوفی به دست نیاورده و از متوفی در مقابل دین، رهن نزد او وجود ندارد؛ و (۲) در حالی که مشتری رد مبیعه را مبنی بر عیب تقاضا نماید، محکمه به او قسم می دهد که صراحتاً یا دلالتاً به عیب رضایت نشان نداده است.» از نص این ماده استنباط می گردد که قاضی می تواند در حالات ذیل سوگند متمم را متوجه مدعی نماید:

۱- در حالی که دعوی حق، راجع به ترکه ثابت شود، محکمه مدعی را قسم می دهد که این حق را برای خود یا شخص دیگری به هیچ صورت از متوفی حاصل نکرده، ابراء و حواله در آن صورت نگرفته، حق مذکور را از غیر متوفی به دست نیاورده و از متوفی در مقابل دین، رهن نزد او وجود ندارد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و از خود متروکه به جا گذارد و محمود ادعا نماید که ورثه احمد است و ادعای خویش را نیز با وسایل اثبات مانند شاهد و سند ثابت نماید، قاضی می تواند محمود را سوگند دهد که متروکه را از طریق سایر اسباب کسب ملکیت مانند ابراء، حواله کسب نکرده است و از احمد در مقابل دینی که بر محمود داشته است رهن نزد او وجود ندارد.

۲- در حالی که مشتری رد مبیعه را مبنی بر عیب تقاضا نماید، محکمه به او قسم می دهد که صراحتاً یا دلالتاً به عیب رضایت نشان نداده است. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و سپس ادعای عیب در موتر را نماید، قاضی می تواند احمد را سوگند دهد که در خصوص عیب موتر به صورت صریح مانند این که بگوید موتر را با وجود عیب پذیرفتم یا ضمنی مانند دیدن عیب و سکوت کردن در خصوص آن رضایت نشان نداده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای برخی مصادیق توجیه سوگند متمم به مدعی است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۹۱):

یمین متمم مندرج در ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی منحصر به دو مورد بوده در حالی که شرعاً موارد زیاد دارد.

توضیح:

حکم ماده (۱۰۲۳) قانون مدنی در مورد توجیه یمین متمم منحصر به دو مورد نمی باشد و مطابق به حکم ماده (۵۶) اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان در مورد ی که یمین متمم در قانون پیش بینی نکرده باشد و شریعت آن را پیش بینی کرده باشد از طرف محکمه قابل توجیه است.^{۳۱۱}

خامساً) آثار

طبق ماده ۱۰۲۴ ق. م: «شخصی که قسم متممه به او توجیه شده، نمی تواند آن را به طرف مقابل رد نماید.» طبق نص این ماده طرف دعوی که سوگند متمم متوجه وی گردد است، فاقد اختیار است. بنابراین، چنین شخصی باید یا آن را اداء نماید و یا از ادای آن نکول نماید. بنابراین، چنین شخصی نمی تواند آن را متوجه خصم نماید. زیرا، ادای چنین سوگندی توسط قاضی جهت تکمیل علم قاضی به وی پیشنهاد شده است.

در نتیجه، در صورت توجیه سوگند، طرفی که سوگند متوجه وی شده است، چاره ای جز اداء یا نکول از آن ندارد. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که محمود یک لک افغانی مدیون او است، احمد مکلف به ادای سوگند یا نکول از سوگند است و نمی تواند سوگند را به محمود توجیه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم سوگند متمم است.

در صورت توجیه سوگند به یکی از طرفین، طرفی که سوگند متوجه او گردیده است، باید خودش سوگند را اداء نماید. بنابراین، همانطوری که نیابت در ادای سوگند قاطع جواز ندارد، در ادای سوگند متمم نیز جواز ندارد. اما، در صورتی که از ادای سوگند نکول نماید، ماده ۱۷۵۱ مجله الاحکام به قاضی دستور می دهد که: «اگر قاضی به شخصی که دعاوی متعلق به معاملات به او متوجه است، سوگند را توجیه نماید و او صراحتاً نکول به عمل آورد و بگوید: قسم نمی خورم و یا نکول او دلالتهاً عرض وجود نماید، مانند: سکوت بدون عذر، قاضی به سبب این این نکول حکم صادر می نماید. اگر بعد از حکم، اراده حلف نمود، التفاتی به آن نمی شود و حکم قاضی به حال خود باقی می ماند.»

سادساً) سوگند و نکول شخص گنگ

ماده ۱۷۵۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «یمین شخص گنگ به اشاره معهوده او اعتبار داده می شود.»

۱۳۱۱. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۵۳۶ و ۵۳۷.

سوم) فرق بین سوگند قاطع و سوگند متمم

از آنچه تا کنون در باره سوگند قاطع و متمم گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: میان سوگند متمم و سوگند قاطع فرق های ذیل وجود دارد:

- ۱) سوگند قاطع حق طرفین دعوی است. اما، سوگند متمم حق قاضی است؛ و
- ۲) سوگند قاطع را طرفین جهت اثبات حق متنازع فیه در صورت عدم وجود سایر وسایل اثبات دعوی به کار می برند. اما، سوگند متمم را قاضی جهت تکمیل علم خود در صورت عدم وجود دلایل کافی به کار می برد. بنابراین، سوگند متمم را قاضی و سوگند قاطع را مدعی و مدعی علیه از طریق قاضی متوجه همدیگر می نمایند؛
- ۳) خصم نمی تواند از سوگند قاطع بعد از اینکه جانب مقابل ادای آن را قبول نماید، رجوع نماید. اما، قاضی می تواند در هر مرحله بعد از توجیه سوگند متمم، از آن رجوع نماید؛
- ۴) رد سوگند قاطع به جانب مقابل جواز دارد. اما، رد سوگند متمم به جانب مقابل جواز ندارد. زیرا، قاضی آن را جهت تکمیل علم خویش متوجه یکی از متداعیین یا هر دو آنها می نماید؛
- ۵) سوگند قاطع جهت اثبات دعوی به کار می رود. اما، سوگند متمم جهت یقین قاضی به کار می رود؛ و
- ۶) قاضی مکلف است بر اساس سوگند قاطع مدعی یا مدعی علیه حکم خویش را صادر نماید. زیرا، چنانچه گفته شد، طرفین اصولاً زمانی به سوگند و نکول از سوگند متوسل می شوند که وسیله اثبات دیگری از قبیل: سند و شهود نداشته باشند. اما، قاضی می تواند سوگند متمم یکی از طرفین دعوی را نادیده بگیرد.^{۱۳۱۲}

گفتار پنجم) شهادت

الف) تعریف و مصادر مشروعیت

شهادت از ریشه شهد گرفته شده است که در لغت به معنی اطلاع، اعلام و دانستن نیز به کار رفته است.^{۱۳۱۳} شخصی که شهادت می دهد شاهد نامیده می شود که جمع آن شاهدان و شهود است. فقهاء برای شهادت تعاریف گوناگون ارائه نموده اند: ابن همام در تعریف شهادت می گوید: به اخبار درست برای اثبات حق به لفظ شهادت در مجلس قضاء شهادت گویند. ماده ۱۶۸۴ مجله الاحکام در تعریف شهادت می گوید: «شهادت عبارت است از اینکه شخصی از یک موضوع به لفظ اشهد خبر دهد به این معنی که به حضور قاضی و در حال وجود طرفین دعوی بگوید: به اثبات حق فلان کس که به ذمه آن دیگری است شهادت می دهیم.»

۱۳۱۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۵۸۶ و ۵۸۷؛ و محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۱۳۱.
۱۳۱۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۰۲۸؛ _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص ۲۱۴-۲۱۶؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۸۶۲۴؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۹۲؛ و محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۵۶.

برخی دیگر می گویند: شهادت اخبار به حق غیر توسط غیر به لفظ اشهد است.^{۱۳۱۴} حقوقدانان نیز تعاریف متعددی برای شهادت ارائه کرده اند. برخی بر این عقیده اند که: «شهادت عبارت است از اخبار ناخواسته از تخصص، اصالتاً به استناد علم شخص بر امری جزئی، نه بر فعل خود بلکه به نفع غیر، بدون ضرری بر خویشتن و به قصد شرکت در احقاق حق یا صورت دادن وظیفه شرعی».^{۱۳۱۵}

برخی دیگر نیز بر این نظر اند که: «شهادت عبارت است از انتقال حقیقت امری از ناحیه فردی واجد شرایط که آن را دیده و شنیده به قاضی محکمه، علیه یکی از اصحاب دعوی و به نفع دیگری با ادای سوگند و التزام به راستگویی».^{۱۳۱۶} برخی دیگر نیز بر این عقیده اند که: شهادت عبارت است از اخبار به لفظ اشهد در مجلس قضاء به حضور خصمین راجع به حقی برای شخص معین علیه شخص معین دیگری.^{۱۳۱۶}

مشروعیت شهادت بر مبنای قرآن، سنت پیامبر ﷺ و اجماع ثابت است. آیات ذیل در قرآن، بر مشروعیت شهادت دلالت دارد:

(۱) ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَفْضَلُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَ يَعْلَمُكُمْ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقره: ۲۸۲]

«و دو شاهد از مردانتان را به شهادت طلبید، پس اگر دو مرد نبودند، مردی را با دو زن، از میان گواهانی که (به عدالت آنان) رضایت دارید (گواه بگیرید)، تا (اگر) یکی از آن دو (زن) فراموش کرد، (زن) دیگر، وی را یادآوری کند. و چون گواهان احضار شوند، نباید خودداری ورزند. و از نوشتن (بدهی) چه خرد باشد یا بزرگ، ملول نشوید، تا سررسیدش (فرا رسد). این (نوشتن) شما، نزد خدا عادلانه‌تر، و برای شهادت استوارتر، و برای اینکه دچار شک نشوید (به احتیاط) نزدیکتر است، مگر آنکه داد و ستدی نقدی باشد که آن را میان خود (دست به دست) برگزار می‌کنید؛ در این صورت، بر شما گناهی نیست که آن را ننویسید. و (در هر حال) هر گاه داد و ستد کردید گواه بگیرید. و هیچ نویسنده و گواهی نباید زیان ببیند، و اگر چنین کنید، از نافرمانی شما خواهد بود. و از خدا پروا کنید، و خدا (بدین گونه) به شما آموزش می‌دهد، و خدا به هر چیزی داناست.»

(۲) ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾ [الطلاق: ۲]

۱۳۱۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۸)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۰۲۸؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۶)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۱۶.
 ۱۳۱۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۸۶۲۴.
 ۱۳۱۶. محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۵۷.

«پس چون عده آنان به سر رسید [یا] به شایستگی نگاهشان دارید یا به شایستگی از آنان جدا شوید و دو تن [مرد] عادل را از میان خود گواه گیرید و گواهی را برای خدا به پا دارید این است اندرزی که به آن کس که به خدا و روز بازپسین ایمان دارد داده می‌شود و هر کس از خدا پروا کند [خدا] برای او راه بیرون‌شدنی قرار می‌دهد.»

﴿ ۳ ﴾ وَ إِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَ لَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَ لَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَ مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿۲۸۳﴾

«و اگر در سفر بودید و نویسنده‌ای نیافتید وثیقه‌ای بگیرید؛ و اگر برخی از شما برخی دیگر را امین دانست، پس آن کس که امین شمرده شده، باید سپرده وی را بازپس دهد؛ و باید از خداوند که پروردگار اوست، پروا کند. و شهادت را کتمان نکنید، و هر که آن را کتمان کند قلبش گناهکار است، و خداوند به آنچه انجام می‌دهید داناست.»

در سنت، برای وجوب شهادت به احادیث ذیل استناد شده است: پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُنْكَرِ»^{۱۳۱۷}.

«شهود بر مدعی و قسم بر منکر است.»

همچنین، امام بخاری و امام مسلم از اشعث بن قیس روایت کرده اند که گفت: من و یک مرد باهم در باره یک چاه آب نزاع و خصومت داشتیم و در حضور پیامبر ﷺ اقامه دعوی نمودم. پیامبر ﷺ فرمود: «شاهد اک أو يمينه».

«یا تو دو گواه بیاور و یا او سوگند یاد کند.»

اجماع فقهاء نیز جهت مشروعیت شهادت برای اثبات دعوی وجود دارد.^{۱۳۱۸}

ب) پیشینه و اهمیت

تاریخ حقوق، نمایانگر آن است که شهادت در گذشته دور بسیار با اهمیت تلقی می‌شد و شاید اولین طریقه اثبات دعوی بوده چنانچه در مذهب یهود هیچ قراردادی بدون حضور شاهد معتبر نبوده و جهت اثبات هر دعوی شاهد می‌جستند. در حقوق رُم، تعدد شاهد و عینی بودن آن برای اثبات امور لازم بوده است. در فقه نیز شهادت یکی از وسایل مهم اثبات دعوی است. ق. ا. م. م نیز احکام شهادت را از حقوق اسلام اقتباس نموده است. نقش شهادت به عنوان یکی از ادله اثبات دعاوی، بسیار برجسته است و سرنوشت جان، مال و ناموس افراد را تعیین می‌کند. طبق ق. ا. م. م شهادت بعد از سند در درجه دوم قرار دارد. بنابراین، شهادت از نظر اثبات از اقرار، سوگند و قراین قوی است. ماده ۱۶۷۶ مجله الاحکام نیز در این مورد می‌گوید: «بینه حجت قوی است.»

۱۳۱۷. حدیث حسن رواه البيهقي عن ابن عباس رضي الله عنهما ، و بعضه في الصحيحين.

۱۳۱۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۸)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۶۰۲۸ و ۶۰۲۹؛ و ____ (۱۴۰۴)

ق. (____). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۱۸.

ج) ارکان

در بارهٔ ارکان شهادت در فقه دو نظریه وجود دارد: جمهور فقهاء بر این نظر اند که: ارکان شهادت پنج است که عبارت اند از:

- ۱) شاهد: شخصی است که بر نفعی مشهود له و بر علیه مشهود علیه شهادت می دهد.
- ۲) مشهود له: شخصی است که شاهد به نفع وی شهادت می دهد؛
- ۳) مشهود علیه: شخصی است که شاهد به ضرر وی شهادت می دهد.
- ۴) مشهود به: عبارت از واقعه و یا حق است.
- ۵) صیغه: عبارت از لفظ شهادت است. اما، فقهای حنفیه می گویند: رکن شهادت عبارت از لفظ (اشهد) است.^{۱۳۱۹}

د) شرایط

شهادت یکی از قدیمی ترین وسایلی است که تمامی ملل در ادوار تاریخ برای اثبات دعوی دعوی به کار می برده اند. شهادت در بسیاری از حقوق ملل قدیمه دارای ارزش غیر محدودی بود و به وسیلهٔ آن هر نوع دعوی را می توانستند اثبات نمایند. علت این امر آن بود که بسیاری از ملل در ادوار متمادی آشنا به خط نبودند تا در روابط حقوقی خود سند تنظیم نمایند و مللی که دارای خط بودند افرادی نادری از آنها از قبیل رؤسای مذهبی آن را می دانستند و می توانستند سند تنظیم نمایند.

ولی، پس از آنکه خط متداول گشت، افراد در معاملات خود سند تنظیم می نمودند و تعدادی شهودی خود را بر معامله در آن ورقه می نوشتند و این امری مدتی ادامه داشت و اکنون نیز در بین بعضی افراد به ویژه در دهات معمول است. به تدریج ارزش شهادت در اموری که می توان سند کتبی تنظیم نمود، مانند: تصرفات حقوقی (عقود و ایقاعات) کاسته شد. ۱۳۲۰ ق. م با پیروی از ق. م. ج. م که متأثر از قانون مدنی فرانسه است، ارزش شهادت را بی نهایت محدود نموده است. بنابراین، ق. م در مشهود به رعایت شرایط آتی را ضروری می دانند:

- ۱) طبق مادهٔ ۱۰۲۵ ق. م: «در اثبات تصرف قانونی، در غیر امور تجارتي شهادت شهود وقتی کافی شمرده می شود که قیمت آن، متجاوز از هزار افغانی و یا غیر معین نباشد». تصرف قانونی در نص این ماده مترادف اعمال حقوقی است. اعمال حقوقی یا تصرفات حقوقی چنانچه تفصیل آن گذشت، شامل عقد و ارادهٔ انفرادی (ایقاع) می شود مانند بیع، قرض، اجاره، وکالت، عاریت، ودیعه، وعده، جعاله، اجازه، اقرار به دین، ابراء، مضاربت، شرکت و امثال اینها. طبق نص این ماده برای اثبات تصرفات حقوقی توسط شهادت شهود دو شرط لازم است:

۱۳۱۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۲۸؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۸.
 ۱۳۲۰. محمد خالد اتاسی (____). محمد خالد اتاسی، شرح مجلة الاحکام، پاکستان: مکتب رشیدی، قسمت حجت و سوگند، ص ۲۷۰؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۲۵.

۱- این که تصرف در امور غیرتجارتی باشد. مفهوم مخالف نص این ماده این است که تصرف حقوقی در ساحت حقوق مدنی، به خصوص در ساحت وجایب باشد نه در ساحت تجارتی. زیرا، اثبات تصرفات تجارتی تابع اسناد تقنینی مربوط مانند اصولنامه تجارت، قانون قرارداد های تجارتی، قانون اصول محاکمات تجارتی و نظیر اینها است. بنابراین، اثبات تصرفات حقوقی نه تصرفات تجارتی در ساحت حقوق مدنی می تواند توسط شهود صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند، احمد می تواند نزد قاضی فروش خانه را توسط شاهدان ثابت نماید. فروش خانه (بیع) در این مثال تصرف حقوقی مدنی (غیرتجارتی) است. همچنین، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض بدهد و محمود انکار نماید، احمد می تواند قرض را توسط شهادت شاهدان نزد قاضی ثابت نماید. قرض مصداق تصرف حقوقی مدنی (در این مثال: غیرتجارتی) است.

۲- طبق نص این ماده اثبات تصرفات حقوقی مدنی غیرتجارتی توسط شهود زمانی جواز دارد که قیمت موضوع تصرف یک هزار افغانی باشد. به حیث مثال، اگر احمد یک جوره بوت را به محمود مبلغ یک هزار افغانی به فروش رساند و محمود منکر عقد بیع و پرداخت ثمن بوت شود، احمد می تواند فروش بوت را توسط شهادت دو شاهد ثابت نماید. در این مثال، بیع (تصرف قانونی) و یک هزار افغانی قیمت موضوع یا محل تصرف قانونی (بوت) است. اما، اگر قیمت بوت در این مثال بیشتر از یک هزار افغانی باشد، احمد نمی تواند آن را توسط شهادت دو شاهد ثابت نماید. زیرا، طبق نص ماده ۱۰۲۵ شرط است که قیمت موضوع تصرف یک هزار افغانی یا کمتر از یک هزار افغانی باشد. نص این ماده از سه جهت امروزه محل ایراد به نظر می رسد.

نخست این که طبق نص این ماده ارزش شهادت به عنوان یکی از وسایل اثبات حق بسیار کاهش یافته است و شرط است که برای اثبات تصرف توسط شهادت شهود قیمت موضوع تصرف یک هزار افغانی باشد در حالی که مطابق فقه اسلامی شهادت یکی از وسایل اثبات حق است تفاوت نمی کند که قیمت موضوع تصرف کم باشد یا زیاد. بنابراین، نص این ماده با فقه در تعارض به نظر می رسد.

دوم این که نص این ماده که در جریان سال های ۱۳۵۵ هجری شمسی و بعد به دلیل با ارزش بودن یک هزار افغانی قابل تطبیق بود، امروزه موضوعیت خویش را از دست داده است. زیرا، به نظر می رسد که مدعی بخاطر تصرفی که قیمت موضوع آن یک هزار افغانی باشد در محکمه اقامه دعوی نماید. زیرا، در صورت اقامه دعوی، مصارف دعوی (صرف وقت، نوشتن عریضه، اجوره وکیل، محصول محکمه) بیشتر از یک هزار افغانی می شود و توجیه پذیر به نظر نمی رسد که بخاطر حصول یک هزار افغانی بیشتر از یک هزار افغانی مصرف نمود.

سوم این که امروزه نص این ماده موضوعیت خویش را هرچند حکم آن نافذ است از دست داده است و بنابراین نص این ماده قابل تطبیق نیست. قابل توصیه است نص این ماده تعدیل گردد و شهادت در امور مدنی به عنوان یکی از وسایل اثبات حق به رسمیت شناخته شود قطع نظر از این که قیمت مدعی بها یک هزار افغانی باشد یا بیشتر از یک هزار افغانی. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن شهادت در ساحت مدنی به عنوان یکی از وسایل اثبات حق و کاهش ارزش اثباتی شهادت است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۹۲) :

طبق ماده (۱۰۲۵) قانون مدنی شهادت شهود در حالی که قیمت مدعی بها از هزار افغانی متجاوز و یا غیر معین باشد جواز ندارد باید در این مورد تجدید نظر شود.

توضیح:

طوری که ماده (۱۰۲۵) قانون مدنی ملاحظه می شود شهادت به حیث یک دلیل اثبات شناخته شده و در ماده متذکره اثبات تصرف قانونی قید گردیده و این قید عقود را در برمی گیرد که با اراده طرفین قابل انعقاد است. قانون گذار در این موارد در اثبات دعوی سبق سند را پیش بینی کرده است تا متعاقدان هنگام تصرف قانونی سند تعاطی نمایند و مواردی که تعاطی سند متعذر باشد و شهادت باید سمع گردد در ماده (۱۰۳۰) تنظیم گردیده است. از جانبی در حادثه حقوقی مثلاً غصب قبول شهادت بدون سبق سند هم در پیشگاه محاکم صورت گرفته می تواند که بنا بر دلایل فوق حکم ماده (۱۰۲۵) قانون مدنی با مورد دیده می شود.^{۱۳۲۱}

۲) براساس ماده ۱۰۲۶ ق. م: «قیمت تصرف، در وقت تصرف آن، اندازه می شود، اگر تصرف از هزار افغانی بیشتر باشد و از زیادت ملحقات به اصل نشأت کرده باشد، در این صورت اثبات به شهادت شهود جواز دارد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۱۰۲۵ ق. م است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- قیمت تصرف، در وقت تصرف آن، اندازه می شود. قانونگذار مدنی در نص این ماده به عوض قیمت موضوع یا محل تصرف، قیمت تصرف را استعمال نموده است که به دلیل عدم دقت و ایراد ادبی محل انتقاد به نظر می رسد. طبق نص این ماده معیار قیمت موضوع تصرف، وقت تصرف نه زمان مطالبه آن است. به حیث مثال، اگر احمد یک ثوب یخن قاق را نه صد افغانی به محمود در اول حمل سال ۱۳۹۸ هجری شمسی به فروش رساند، اما محمود پول احمد را ندهد و از دادن آن نیز انکار نماید و احمد در اول جدی سال ۱۳۹۸ هجری شمسی علیه محمود اقامه دعوی نماید و قیمت یخن قاق به پانزده صد افغانی افزایش یافته باشد، قیمت موضوع تصرف مطابق زمان فروش محاسبه می گردد نه مطابق قیمت روز اقامه دعوی.

۲- اگر تصرف از هزار افغانی بیشتر باشد و از زیادت ملحقات به اصل نشأت کرده باشد، در این صورت اثبات به شهادت شهود جواز دارد. تعریف زیادت و ملحقات گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک رأس گوسفند را به محمود نه صد افغانی (با توجه این که ارزش یک رأس گوسفند در جریان سال های ۱۳۵۵ در حدود یک هزار بوده است) به فروش رساند و محمود منکر خرید و فروش و پرداخت ثمن گوسفند شود، احمد نمی تواند فروش یک رأس گوسفند را با شهادت دو شاهد ثابت نماید. زیرا، قیمت یک رأس گوسفند نه صد افغانی بوده است.

اما، اگر قیمت گوسفند در اثر به دنیا آوردن بره توسط گوسفند به دوازده صد افغانی افزایش یابد و بره کوچک باشد و به گوسفند ملحق شود، احمد می تواند فروش گوسفند را با شهادت دو شاهد ثابت نماید. زیرا، قیمت موضوع تصرف در اثر الحاق زیادت به اصل موضوع تعهد افزایش یافته است. در این مثال، گوسفند اصل، بره ملحقه گوسفند و زیادت سه صد افغانی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اثباتی ارزش شهادت است. به نظر می رسد ایراد های که بر نص ماده ۱۲۲۵ ق. م وارد است، به نص این ماده نیز وارد است که تفصیل آن در ذیل ماده ۱۲۲۵ ق. م گذشت.

۳) طبق ماده ۱۰۲۷ ق. م: «هرگاه دعوی شامل مطالب متعددی ناشی از مصادر متعدد باشد، اثبات هر جزء ای که مقدار آن متجاوز از هزار افغانی نباشد، به شهادت شهود جواز دارد گرچه مجموع مطالبات متجاوز از مقدار مذکور ناشی از علایق بین طرفین دعوی یا ناشی از تصرفاتی باشد که دارای طبیعت واحد است. این حکم در مورد تأدیاتی که قیمت آن از هزار افغانی تجاوز کند، نیز تطبیق می شود.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- هرگاه دعوی شامل مطالب متعددی ناشی از مصادر متعدد باشد، اثبات هر جزء ای که مقدار آن متجاوز از هزار افغانی نباشد، به شهادت شهود جواز دارد گرچه مجموع مطالبات متجاوز از مقدار مذکور ناشی از علایق بین طرفین دعوی یا ناشی از تصرفاتی باشد که دارای طبیعت واحد است. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و مدعی بها متعدد و ناشی از مصادر متعدد باشد، مثلاً هفت صد افغانی از ناشی از قرض و هفت صد افغانی ناشی از بیع باشد، اثبات هر جزء توسط شاهدان جواز دارد. در این مثال، موضوع دعوی متعدد؛ یعنی دین و پرداخت ثمن مبیعه است. مجموعه قیمت مدعی بها چهارده صد افغانی می شود و هر جزء هفت صد افغانی قیمت دارد.

در این صورت، هر چند قیمت هر جزء مدعی بها کمتر از هزار افغانی است، اثبات آن توسط احمد توسط شاهدان جواز دارد هر چند مجموع مطالبات متجاوز از مقدار یک هزار افغانی ناشی از تصرفاتی باشد که دارای طبیعت واحد اند. به حیث مثال، اگر احمد سنگ شان و گلکار باشد و یک روز برای محمود در حویلی محمود سنگ سرامیک نصب نماید و روز دیگر حویلی محمود را سمیت نماید و مجموعه اجرت احمد دو هزار افغانی هر روز مبلغ یک هزار افغانی شود، اثبات دو هزار افغانی به دلیل تصرفاتی که تقریباً دارای طبیعت و ماهیت مشابه اند (سنگ شانی و سمیت کاری) توسط احمد جواز دارد.

۲- حکم فقره ۱ ماده ۱۰۲۷ در مورد تأدیاتی که قیمت آن از هزار افغانی تجاوز کند، نیز تطبیق می شود. تأدیات جمع تأدیه است. تأدیه از ریشه «ادو» گرفته شده است که در لغت به معنی گذاردن، پرداخت، ادا کردن و رسانیدن است. در اصطلاح حقوقی، تأدیه عبارت از پرداخت حق است توسط متعهد به نفع متعهد له.^{۱۳۲۲} به حیث مثال، اگر محمود مکلف به تأدیه چهارده صد افغانی به احمد باشد و این تأدیات مصادر متعدد داشته باشد، به حیث مثال، هفت صد ناشی از دینی باشد که احمد به محمود به صورت نقدی داده است و هفت صد ناشی از اجرای عمل مانند ترمیم نل آب محمود بوده باشد، تثبیت هر دو توسط شاهدان جواز دارد. نص

۱۳۲۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۰۶.

این ماده مستقل نیست و مرتبط به ماده ۱۲۲۵ ق. م است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۲۲۷ پیش بینی حکم استثنای ماده ۱۲۲۵ ق. م است. به نظر می رسد ایراد هایی که بر نص ماده ۱۲۲۵ ق. م وارد است، به نص این ماده نیز وارد است که تفصیل آن در ذیل ماده ۱۲۲۵ ق. م گذشت.

۲) طبق ماده ۱۰۲۸ ق. م: «اثبات به شهادت شهود در موارد ذیل جواز ندارد، گرچه قیمت آن متجاوز از هزار افغانی نباشد؛ ۱) در صورتی که مطالبه، مخالف یا متجاوز از مقدار مندرج سند تحریری باشد؛ ۲) در صورتی که مطالبه جزء چنان حقی باشد که اثبات آن به شهادت ناکافی ندانسته شده باشد، گرچه جزء باقیمانده همان حق باشد؛ و ۳) در صورتی که مطالبه به مقدار بیش از هزار افغانی صورت گرفته و متعاقباً به مقدار کمتر از هزار افغانی تعدیل شود.»

عبارت «گرچه قیمت آن متجاوز از هزار افغانی نباشد» در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، به نظر می رسد که منظور قانونگذار مدنی این است که «اثبات به شهادت شهود در موارد ذیل جواز ندارد، گرچه قیمت آن متجاوز از هزار افغانی باشد». به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه املایی وجود دارد و قانونگذار مدنی به عوض کلمه «باشد»، «نباشد» را استعمال نموده است زیرا طبق ماده ۱۲۲۵ ق. م اثبات حق و تصرفی که قیمت موضوع آن کمتر از هزار افغانی باشد، توسط شهادت شهود جواز ندارد. با پذیرش این تصحیح، این نتیجه به دست می آید که اثبات حق هر چند قیمت موضوع آن بیشتر از هزار افغانی باشد، در سه مورد ذیل جواز ندارد:

۱- در صورتی که مطالبه، مخالف یا متجاوز از مقدار مندرج سند تحریری باشد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید که و ادعا نماید که محمود مبلغ پانزده هزار افغانی مدیون من است در حالی که سند تحریری وجود داشته باشد که و در سند تحریر یا نوشته شده باشد که محمود مبلغ ده هزار افغانی مدیون احمد است، چنین اثباتی توسط شهادت شهود جواز ندارد. در این مثال، مقدار حق پانزده هزار افغانی و بیشتر از یک هزار افغانی است. همچنین، در این مثال مقدار حق که ده هزار افغانی است در سند نوشته شده است.

۲- در صورتی که مطالبه جزء چنان حقی باشد که اثبات آن به شهادت ناکافی ندانسته شده باشد، گرچه جزء باقیمانده همان حق باشد. نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد از نص این ماده هیچ قاعده نمی توان استنباط کرد زیرا نص این ماده معنی درست را افاده نمی نماید. همچنین، با توجه به ابهام در نص این ماده، رایه مثلی عملی برای نص این ماده مشکل به نظر می رسد.

۳- در صورتی که مطالبه به مقدار بیش از هزار افغانی صورت گرفته و متعاقباً به مقدار کمتر از هزار افغانی تعدیل شود. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که محمود مبلغ پانزده صد افغانی مدیون من است و سپس احمد این مقدار را تغییر دهد و بگوید محمود مبلغ نه صد افغانی مدیون من است، در این صورت، اثبات ادعای احمد توسط شاهدان جواز ندارد. در این مثال، مقدار دین در ابتداء پانزده صد افغانی بوده و سپس به نه صد افغانی تغییر کرده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ارزش اثباتی شهادت و حصر حالاتی است که حق هر چند موضوع آن بیشتر از هزار افغانی باشد، توسط شهادت شاهدان نمی تواند اثبات شود.

۳) طبق ماده ۱۰۲۹ ق. م: «(۱) اثبات به شهادت شهود در آنچه اثبات آن به سند تحریری لازم باشد جواز دارد، به شرطی که مبدأ ثبوت تحریری موجود شود؛ و (۲) صدور سند تحریری که وجود تصرف مدعی به را قریب الاحتمال گرداند، مبدأ ثبوت سند تحریری شناخته می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- اثبات به شهادت شهود در آنچه اثبات آن به سند تحریری لازم باشد جواز دارد، به شرطی که مبدأ ثبوت تحریری موجود شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود قرض داشته باشد و احمد از محمود سند گرفته باشد اما سند از بین رفته باشد و احمد نتواند سند را ارایه نماید، احمد می تواند ده لک افغانی را توسط شهادت شهود اثبات نماید. در این مثال، در ابتداء سند وجود داشته است، اما سند به دلایل مادی و معنوی که مثال هایی آن در ماده ۱۰۳۰ ق. م در ذیل این ماده خواهد آمد از بین رفته و احمد نمی تواند سند را ارایه نماید. نص این ماده مرتبط به ماده ۱۰۳۰ ق. م است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالتی است که اثبات حق می تواند توسط شهادت شهود صورت بگیرد.

۲- صدور سند تحریری که وجود تصرف مدعی به را قریب الاحتمال گرداند، مبدأ ثبوت سند تحریری شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی به حمیده در مزار شریف قرض بدهد و حمیده به احمد سند بدهد و در سند تاریخ قرض اول حمل سال ۱۴۰۱ ذکر شود، ذکر تاریخ حاکی از وجود تصرف که در این مثال قرض است می باشد. همچنین، این سند در تاریخ اول حمل سال ۱۴۰۱ صادر شده است. صدور سند که مثبت تصرف است مبدأ تصرف که مزار شریف است را نیز ثابت می نماید. بنابراین، در صورت انکار حمیده و وجود سند، احمد می تواند ادعا نماید که به حمیده در مزار شریف قرض داده است.

۴) طبق ماده ۱۰۳۰ ق. م: «اثبات به شهادت شهود در آنچه اثبات آن بر سند تحریری لازم باشد، در موارد ذیل جواز دارد: (۱) در صورتی که اسباب مادی یا معنوی مانع حصول سند تحریری شود؛ و (۲) در صورتی که سند تحریری به اسباب خارج از اراده داین مفقود گردد.» طبق نص این ماده اثبات حق توسط شاهدان آنچه اثبات آن بر سند تحریری لازم باشد، در موارد ذیل جواز دارد. به عبارت دیگر: طبق نص این ماده اثبات حق توسط شهود مانند سند در موارد ذیل می تواند صورت بگیرد:

۱- در صورتی که اسباب مادی یا معنوی مانع حصول سند تحریری شود. به حیث مثال، اگر احمد پنج لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد نتواند به دلیل موانع مادی و حادثه غیر مترقبه مانند اینکه: سند حریق، سرقت شده باشد و یا در اثر زلزله، سیل، اعتصاب، جنگ و انقلاب از بین رفته باشد، دین خویش را توسط شهادت دو شاهد با اهلیت ثابت نماید.

همچنین، در صورتی که مانع معنوی فرا راه احمد برای ارایه سند وجود داشته باشد، احمد می تواند دین خویش را توسط شهادت شهود اثبات نماید. به عنوان مثال، در برخی حالات کارگر در موقعیتی نیست که بتواند از کارفرما در باره طلب خود سند بگیرد، یا زن از شوهر یا شوهر از زن نمی تواند سند مطالبه کند و او را مورد ظن نسبت به جدایی یا خیانت قرار بدهد. همچنین است در رابطه میان پدر و مادر و فرزندان و در

بعضی موارد برادر و خواهر. اما، در وقت اختلاف و مطالبه، این محظور های اخلاقی دیگر وجود ندارد و این مسایل طبق ق. م می تواند توسط شهادت نیز ثابت گردد.^{۱۳۲۳}

۲- در صورتی که سند تحریری به اسباب خارج از اراده داین مفقود گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و احمد از محمود سند تحریری گرفته باشد و سند را در خانه نگه نماید، اما سند در اثر کوچ کشی احمد از یک جا به جای دیگری مفقود گردد، در چنین حالتی، احمد می تواند دین خویش را توسط شهادت شهود ثابت نماید. مفقود شدن سند در این مثال، خارج از اراده احمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالاتی است که به طور استثنایی حق می تواند توسط شهادت شهود ثابت شود. در خصوص نصوص مواد ۱۰۲۶ الی ۱۲۳۰ ق. م رأی ستره محکمه هم وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۹۳):

مواد (۱۰۲۶ الی ۱۰۳۰) قانون مدنی تحت عنوان شهود قابل توضیح دیده می شود.

توضیح:

۱- ماده (۱۰۲۶) از قیمت تصرف بحث نموده و منظور از تصرف اراده ای است که منتج به يك نتیجه قانونی می شود و ارزش آن از حین صدور این اراده حساب می شود و اگر شی مورد تصرف و اراده ارزش بیشتر از هزار افغانی داشته باشد و از ملحقات مربوط به اصل نشأت کرده باشد مثلاً میوه از درخت حمل از حیوان در این صورت ها اثبات به شهادت کافی شمرده می شود.

۲- در ماده (۱۰۲۷) در صورتی که دعوی مثلاً شامل بیع و اجاره و غیره باشد در صورتی اثبات به شهادت کافی شمرده می شود که قیمت هر جز متجاوز از هزار افغانی نباشد.

۳- ماده (۱۰۲۸) از مواردی بحث می کند که با اینکه قیمت مدعی بها از هزار کمتر باشد نظر به تقیدات قانونی اثبات به شهادت در آن کافی شمرده می شود.

۴- مواد (۱۰۲۹) و (۱۰۳۰) از حالتی بحث می کند که شهادت متکی به سند تحریری باشد و شرایط قبول چنین شهادت در دو ماده متذکره تنظیم گردیده است و مکلفیت به تحریر سند نیز يك امر شرعی است که از آیه مداینه واضح است.^{۱۳۲۴}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۷):

^{۱۳۲۳}. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۳۶۹-۴۳۰؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، صص ۱۹۰-۱۹۳؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۹۵). اثبات و دلیل اثبات، جلد (۲)، تهران: نشر میزان، صص ۶۴-۶۹.
^{۱۳۲۴}. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۱۳۳.

در مصوبه (۴۵) مورخ ۶۰/۱/۲۰ شورای عالی به اتکاء ماده (۱۰۲۹/۱۰۳۰) قانون مدنی در آنچه که اثبات آن به سند تحریری لازم باشد در اثبات تصرف قانونی غیر تجارتي حق اقامه شهود و استماع آن را به بیشی از یکهزار افغانی و یا غیر معین توضیح فرمود و ماده (۹۵۵) قانون مدنی هرگاه صاحب سند به تصدیق مهر خط و کتابت خود مطابق ماده (۱۷۰) و (۱۷۱) اصولنامه اداری مکلفیت دارد وفات نموده باشد از متوفی سند تحریری به خط و کتابت آن موجود و ورثه از دین میت مورث خود منکر باشد در اینجا به اساس سند ارایه شده داین استماع شهود و یا عدم آن را به بیش از پنجهزار افغانی در اثبات تصرف قانون غیر تجارتي به ملاحظه ماده (۱۷۲) اصولنامه اداری عدلی و فقره (۲) ماده (۹۵۵) قانون مدنی ایجاب توضیح را می نماید.

توضیح:

چون در حکم ماده (۱۰۲۹) قانون مدنی جملات (عام به شهادت شهود در آنچه اثبات به سند تحریری لازم باشد جوازدارد) تذکر رفته بنابراین هرگاه داین سند تحریری از مدیون متوفی ارایه کند حسب احکام (۱۰۲۹ و ۱۰۳۰) قانون مدنی شهود داین استماع گردد.^{۱۳۲۵}

طبق فقه شهادت اصلاً دارای دو شرط است: شرط تحمل و شرط اداء که هر یک را ذیلاً بالترتیب مورد تحلیل قرار می دهیم:

طبق فقه شرایط تحمل شهادت قرار ذیل است:

(۱) اینکه شاهد وقت تحمل شهادت عاقل باشد. بنابراین، تحمل شهادت صبی لایعقل و مجنون صحیح نیست. زیرا، تحمل شهادت عبارت از فهم و ضبط حادثه است. فهم و ضبط حادثه ممکن نیست، مگر از طریق عقل.

(۲) اینکه به نظر حنفیه شاهد بینا باشد. بنابراین، تحمل شهادت نابینا صحیح نیست.^{۱۳۲۶}

(۳) اینکه تحمل از روی عمل و مشاهده مشهود به باشد نه از طریق شنیدن از غیر.^{۱۳۲۷} ماده ۱۶۸۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «لازم است شهود، مشهود به را بالذات مشاهده کنند و به همین گونه ادای شهادت نمایند. بنابراین، برای شهود جایز نیست تا بر اساس سمع ادای شهادت کنند، یعنی شاهد بگوید: من شهادت می دهم بر اینکه مردم این چنین می گفتند. اما، اگر ادای شهادت نماید که این زمین وقف است یا این شخص وفات یافته است به این ترتیب که من از شخصی قابل اعتمادی شنیده ام یعنی گفت: من به این دلیل شهادت می دهم که از آدم قابل اعتمادی این طور شنیده ام، شهادتش مقبول است. این چنین شهادتی در مورد ولایت، وقف و موت براساس سمع مقبول است بدون اینکه راهی را که این خبر به او رسیده توضیح کند و بگوید شنیده ام.

۱۳۲۵. همان، (____) ص ۵۰۴.

۱۳۲۶. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۱۹؛ و هبة الزحيلي (____).

الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۰۳۰ و ۶۰۳۱.

۱۳۲۷. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۱۹؛ و هبة الزحيلي (____).

الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۳۱.

به طور مثال، اگر ادای شهادت دهد که فلان کس در فلان وقت والی یا قاضی فلان منطقه بود و یا فلان شخص فلان وقت وفات یافت و یا فلان شخص پسر فلان شخص بود که من او را می شناسم و به صورت قطعی ادای شهادت به عمل آورد بدون اینکه بگوید: شنیده ام، این شهادت مقبول است گرچه این خصوصیات را به چشم ندیده باشد و سنش برای معاینه مشهودبه مساعد نباشد. همچنین، اگر نگفت که از مردم نشیده ام، بلکه این طور ادای شهادت داد که: ما به چشم سر این موضوع راندریده ام مگر در بین ما این واقعه به این قسم مشهور است، چنین شهادتی پذیرفته می شود.». باوجوداین، در شروط تحمل، بلوغ، اسلام، عدالت شرط نیست. بنابراین، در صورتی که شاهد در وقت تحمل، صبی عاقل، کافر و فاسق باشد، اما، زمان ادای شهادت صبی بالغ، کافر مسلمان و فاسق توبه نماید، شهادت آنها قابل پذیرش است.^{۱۳۲۸}

برخی از شرایط اداء مربوط به شاهد، برخی مربوط به شهادت، برخی مربوط به مشهودبه و برخی نیز مربوط به نصاب شهادت می گردد^{۱۳۲۹} که هر یک را ذیلاً بالترتیب مورد مطالعه قرار می دهیم:

در شهادت شرط است که شاهد واجد اهلیت شهادت باشد. اهلیت شهادت مستلزم وجود شرایط ذیل در شاهد است:

(۱) بلوغ: در شهادت شرط است که شاهد بالغ باشد. بنابراین، شهادت اطفال صحیح نیست به دلیل این قول خداوند عَلَّیْهِ السَّلَامُ که می فرماید:

﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ - [البقره: ۲۸۲]

«و دو شاهد از مردان را به شهادت طلبید، پس اگر دو مرد نبودند، مردی را با دو زن، از میان گواهایی که (به عدالت آنان) رضایت دارید (گواه بگیرید).».

و طبق حدیث پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ که می فرماید:

«رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ.»^{۱۳۳۰}

«از سه دسته قلم تکلیف برداشته شده است: از طفل تاوقتی که بالغ گردد، از شخصی که در حال خواب است تاوقتی که بیدار گردد و از شخصی دیوانه تاوقتی که عاقل گردد.».

صبی مرد تلقی نمی گردد. باوجوداین، بعضی فقهای مالکیه و حنابله شهادت اطفال را در میان خودشان راجع به قتل، ضرب و جرح در صورت عدم تفرق و عدم دخول کبیر در میان آنها می پذیرند.^{۱۳۳۱}

(۲) عقل: شرط دوم شهادت شاهد این است که شاهر عاقل باشد. پس، شهادت غیر عاقل اجماعاً صحیح نیست. زیرا، غیر عاقل به آنچه می گوید و وصف می نماید، لایعقل است.

۱۳۲۸. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۲۰؛ و هبة الزحیلی (____).
 الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۳۱.
 ۱۳۲۹. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۲۰.
 ۱۳۳۰. رواه أحمد و ابوداود و الحاكم عن علي رضي الله عنه و عمر رضي الله عنه.
 ۱۳۳۱. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۲۱ و ۲۲۲؛ و هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۳۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۴۸۳.

۳) **بینایی:** در باره بینایی در فقه سه نظریه وجود دارد: به نظر فقهای حنفیه شهادت نابینا به صورت مطلق صحیح نیست. ماده ۱۶۸۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «شهادت [...] نابینا قابل پذیرش نیست». فقهاء بر این نظر اند که شهادت نابینا در افعال صحیح نیست. زیرا، طریق علم به افعال بینایی است. همچنین شهادت نابینا در اقوال نیز صحیح نیست، مگر در استفاضه و اموری که به وسیله شنیدن و شیاع بین مردم ثابت می شود. فقهای مالکیه و حنابله بر این نظر اند که: در افعال غیر قابل پذیرش و در اقوال قابل پذیرش نیست.

به صورت مشخص تر: به نظر امام مالک و امام احمد حنبل در باره چیز های که راه دانستن آنها شنیدن است، شهادت شخص کور قابل قبول نیست اگر صدا را بشناسد. پس، شهادت او در باره نکاح، طلاق، بیع، معامله، اجاره، نسب، وقف، ملک مطلق، اقرار و امثال آن قبول است خواه در حال کوری این شهادت را تحمل کرده یا در حال تحمل شهادت چشمش سالم بوده و سپس کور شده باشد. فقهای شافعیه بر این نظر اند که: شهادت کور قابل قبول نیست مگر در پنج مورد: نسب، موت، ملک مطلق و ترجمه و بر چیزی که مضبوط باشد و چیزی که پیش از کوری دیده است.

۴) **اسلام:** فقهای مالکیه، شافعیه و حنابله بر این نظر اند که: اصل این است که شاهد مسلمان باشد. بنابراین، شهادت کافر صحیح نیست خواه شهادت بر علیه مسلمان باشد و یا کافر به دلیل این قول خداوند ﷺ که می فرماید:

﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدِينَ مِنْ رَجَالِكُمْ﴾ - [البقره: ۲۸۲]

«و دو شاهد از مردانتان را به شهادت طلبید.»

و نیز به دلیل این قول خداوند ﷺ که می فرماید:

﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ - [الطلاق: ۲]

«و دو تن [مرد] عادل را از میان خود گواه گیرید.»

کافر نه از ما و نه عادل است. زیرا، کفار فاسق ترین فاسقان هستند. باوجوداین، شهادت کافر بر علیه مسلمان در حالت وصیت در سفر به دلیل این قول خداوند ﷺ صحیح است:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُوهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ اِرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ﴾ - [المایده: ۱۰۶]

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید هنگامی که یکی از شما را [نشانه‌های] مرگ در رسید باید از میان خود دو عادل را در موقع وصیت به شهادت میان خود فرا خوانید یا اگر در سفر بودید و مصیبت مرگ شما را فرا رسید [و شاهد مسلمان نبود] دو تن از غیر [همکیشان] خود را [به شهادت بطلبید] و اگر [در صداقت آنان] شک کردید پس از نماز آن دو را نگاه می‌دارید پس به خدا سوگند یاد می‌کنند که ما این [حق] را به هیچ قیمتی نمی‌فروشیم هر چند [پای] خویشاوند [در کار] باشد و شهادت الهی را کتمان نمی‌کنیم که [اگر کتمان حق کنیم] در این صورت از گناهکاران خواهیم بود.»

اما، فقهای حنفیه شهادت برخی از ذمی‌ها را بر برخی و نیز شهادت حربی‌ها بر حربی‌ها را صحیح می‌دانند. اما، شهادت مرتد به صورت مطلق قابل قبول نیست.

۵) نطق: به نظر جمهور فقهاء شهادت شخص گنگ قابل پذیرش نیست. اما، به نظر فقهای مالکیه شهادت گنگ از طریق اشاره و به نظر فقهای حنابله از طریق خط و کتابت صحیح است.

۶) عادل بودن: به نظر همه فقهاء عدالت در شاهد شرط است به دلیل این قول خداوند عَلَيْهِ السَّلَامُ که می‌فرماید:

﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ - [الطلاق: ۲]

«و دو تن [مرد] عادل را از میان خود گواه گیرید.»

اما، این که عدالت چیست ماده ۱۷۰۵ مجله الاحکام می‌گوید: «شرط است که شاهد عادل باشد و عادل کسی است که کارهای نیکویش از اعمال ناپسند وی افزون باشد. بنابراین، کسی که به اعمال منافی ناموس و مروت خو گرفته باشد، مانند: رقااص و مسخره، گواهی وی پذیرفته نمی‌شود. همچنین، شهادت اشخاص معروف به دروغ قابل قبول نیست.»

۷) داشتن حافظه نیکو و ضبط مطلب: کسی که به سوء حفظ و فراموش کاری و اشتباه نمودن، معروف باشد، شهادت وی قابل قبول نیست. زیرا، به سخن او اعتبار و اطمینانی نیست.

۸) عدم تهمت: فقهاء اتفاق نظر دارند بر اینکه در اثر تهمت شهادت رد می‌شود. تهمت عبارت از جلب نفع توسط شاهد برای مشهودله و یا ضرری را از او دفع کردن است. بنابراین، شهادت والد برای ولد و، ولد و والد و شهادت ولد برای پدر و مادر و اجداد و شهادت خصم علیه خصم جواز ندارد. همچنین، به اتفاق نظر فقهاء شهادت دشمن دنیوی علیه دشمن قابل پذیرش نیست. ماده ۱۷۰۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می‌نماید که: «شرط است که بین شاهد و مشهود علیه عداوتی در امور دنیوی وجود نداشته باشد و این عداوت از طریق عرف دانسته می‌شود.» شهادت خدمتکاری که نفقه اش را صاحب خانه می‌دهد، قابل پذیرش نیست. زیرا، احتمال تهمت است. پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در این مورد فرموده است:

«لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ وَلَا مُحْدُوْدٍ فِي الْإِسْلَامِ وَلَا ذِي غِمْرٍ عَلَىٰ أُخِيهِ وَلَا شَهَادَةُ الْوَالِدِ لَوَالِدِهِ وَلَا شَهَادَةُ الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ.»^{۱۳۳۲}

«شهادت زن و مرد خاین و شهادت کینه توز و دشمن بر علیه برادر مسلمانش قابل قبول نیست. همچنین، شهادت مادر برای فرزند و شهادت فرزند برای مادرش قابل پذیرش نیست.»

اما، شهادت سایر خویشاوندان، مانند: شهادت برادر برای برادر، کاکا و ماما قابل پذیرش است. زیرا، هر یک عرفاً از همدیگر مستقل هستند.^{۱۳۳۳} ماده ۱۷۰۰ مجله الاحکام در مورد عدم تهمت می‌گوید: «در ادای شهادت شرط است که ضرری از شاهد دفع نشود و نیز فایده ای عاید حال او نگردد یعنی شاهد را دفع ضرری و یا جلب منفعتی وادار به شهادت نکرده باشد.»

۱۳۳۲. اخرجه احمد من حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنه، قوی اسناده ابن حجر فی التلخیص.

۱۳۳۳. در این باره ر. ک: _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۲۳-۲۲۵؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۸)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۰۴۱-۶۰۴۳؛ و سید سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، ج ۴، صص ۴۸۳-۴۸۵.

بنابراین، شهادت آباء، اجداد، امهات و جدات برای اولاد و نواسه ها و شهادت اولاد و نواسه ها برای آباء، اجداد، امهات و جدات قابل قبول نیست. همچنین است شهادت زوجین برای همدیگر. اما، شهادت سایر خویشاوندان برای همدیگر قابل پذیرش است. همچنین، شهادت کسی که به پول شخص دیگری در جمله عایله اش اعاشه می شود، شهادت او برای اعاشه دهنده قابل پذیرش نیست.

شهادت اجیر خاص برای مستأجر نیز قبول نمی گردد، اما اگر جماعتی خدمتکار یک شخص باشند، شهادت بعضی برای بعضی دیگر قابل پذیرش است. همچنین، شهادت یکی از دو شریک برای دیگری در مورد مال شرکت مورد پذیرش نیست. شهادت کفیل بالمال مبنی بر اینکه اصیل مکفول به را اداء نموده است، صحیح نیست. اما، شهادت یکی از این دو نفر به مفاد آن دیگری در سایر دعاوی قابل پذیرش است.»

ماده ۱۷۰۱ مجله در مورد شهادت رفیق در مورد رفیق حکم می نماید که: «شهادت یک رفیق برای رفیق دیگر قابل قبول است. اما، اگر دوستی ایشان به حدی رسد که یکی از آنها بتواند در مال دیگری تصرف کند، در چنین حالتی، شهادت یکی از آنها در مورد دیگری قابل پذیرش نیست.»

۹) **عدم محدود بودن به قذف:** شرط است که شاهد محدود به قذف نباشد. زیرا، خداوند تعالى در اول سوره فرموده است:

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ - [النور: ۴]

«و کسانی که نسبت زنا به زنان شوهردار می دهند سپس چهار گواه نمی آورند هشتاد تازیانه به آنان بزنید و هیچگاه شهادتی از آنها نپذیرید و اینانند که خود فاسقند.»

اما، در صورتی که محدود به قذف توبه نماید، به نظر جمهور فقهاء شهادت وی قابل قبول است به دلیل قسمت دیگر این آیه ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ - [النور: ۵] «مگر کسانی که بعد از آن [بهتان] توبه کرده و به صلاح آمده باشند که خدا البته آمرزنده مهربان است.» اما، به نظر فقهای حنفیه در صورتی شخص محدود به قذف توبه نیز نماید، شهادتش قابل قبول نیست. ۱۳۳۴

در صورتی شهادت مدار اعتبار است که واجد شرایط ذیل باشد:

۱) **لفظ شهادت:** لازم است شاهد لفظ شهادت را استعمال نماید. بنابراین، در صورتی که شهادت به لفظ غیر «اشهد» صورت پذیرد مدار اعتبار نیست. ۱۳۳۵ ماده ۱۶۸۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر شاهد نگوید: شهادت می دهم، بلکه بگوید: در فلان مورد چنین می دانم و یا در آن مورد چنین خبر می دهم، شهادت را اداء نکرده است.»

اما، به این گفته اش اگر قاضی از وی پرسید که آیا بر این شهادت می دهد و او در جواب گفت: بلی چنین شهادت می دهم، در واقع ادای شهادت کرده است. در افاده هایی که محض برای کشف الحال صورت می

۱۳۳۴. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۲۴؛ و محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۶۷.
۱۳۳۵. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۲۵؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۰۴۸؛ و محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۶۹؛

گیرد مثلاً در اخبار اهل به ذکر لفظ شهادت حاجتی نیست. زیرا، این شهادت نیست و صرف یک اخبار مجرد است.».

۲) مطابقت شهادت با دعوی: شهود باید در باره همان موضوعی که طرفین دعوی اختلاف دارند، شهادت دهند؛ به طوری که مفاد شهادت آنها، مثبت موضوعی خاص باشد. مثلاً اگر مورد دعوی این باشد که فلان مال را شخص «الف» از شخص «ب» خریداری نموده است و شهود شهادت دهند که «الف» مال مذکور را از «ب» به ارث برده است، دعوی به وسیله چنین شهادتی اثبات نمی‌گردد. ماده ۱۷۰۷ مجله الاحکام در این مورد حکم می‌نماید که: «شهادت در صورتی که با دعوی موافق باشد، شنیده می‌شود ورنه قابل قبول نیست. اما، اختلاف لفظی اعتبار ندارد و همین قدر که از لحاظ معنی، بین ادعای مدعی و شهادت شهود موافقت وجود داشته باشد، کافی است. به طور مثال، اگر مال مورد دعوی امانت باشد و شهود بر این امر شهادت دادند که مدعی علیه بر امانت بودن آن مال اقرار کرده است یا مال مورد دعوی غصب شده بود و شهود بر این ادای شهادت کردند که مدعی علیه به غصب مال اقرار کرده است، شهادت شان پذیرفته می‌شود.».

۳) در شهادت به حق الناس دعوی باید قبلاً اقامه شده باشد: ماده ۱۶۹۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می‌نماید که: «در ادای شهادت به حقوق الناس سبق دعوی شرط است.» زیرا، ثبوت حقوق الناس وابسته به مطالبه آن از طرف مدعی است هرچند از طریق وکالت صورت پذیرد. اما، در حقوق الله سبق دعوی شرط نیست. ۱۳۳۶

۴) اتفاق شهود: در شهادت عدم اختلاف شهود شرط است. بنابراین، در صورت اختلاف شهود، شهادت صحیح نیست. ماده ۱۷۱۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می‌نماید که: «اگر شهود در مورد مشهودبه اختلاف ورزیدند، شهادت شان پذیرفته نمی‌شود. به طور مثال، اگر یک شاهد بر هزار سکه طلا گواهی دهد و دیگری بر هزار سکه نقره ای، چنین شهادتی پذیرفته نمی‌شود.» زیرا، در چنین حالت، به صورت قطع یکی از شهود دروغگو است. ۱۳۳۷

گفتار ششم) قراین

قراین یکی دیگر از اسباب حکم را طبق ق. م و ق. ا. م. م تشکیل می‌دهد. ماده ۱۷۴۰ مجله الاحکام در خصوص قرینه قاطعه می‌گوید: «قرینه قطعی یکی از اسباب صدور حکم است.» باب پنجم، فصل ششم مواد ۱۰۳۱ الی ۱۰۳۴ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است.

الف) تعریف

قراین جمع قرینه است. قرینه در لغت به معنی علامتی است که دلالت بر شیء مطلوب می‌نماید. ۱۳۳۸ همچنین، قرینه در لغت به معنی اماره و نشانه است. ۱۳۳۹ ق. م در خصوص تعریف قرینه سکوت اختیار نموده است. در اصطلاح حقوقی و فقهی تعاریف متعدد برای قرینه وجود دارد:

۱۳۳۶. محمد خالد اتاسی، شرح مجله الاحکام، قسمت حجت و سوگند، ص ۱۱۲ و ۱۱۳؛ و وزارة الاوقات و الشؤون الاسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية ج ۳۶، ص ۲۲۵.

۱۳۳۷. محمد خالد اتاسی، شرح مجله الاحکام، قسمت حجت و سوگند، ص ۲۷۰؛ و وزارة الاوقات و الشؤون الاسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية ج ۳۶، ص ۲۲۵.

۱۳۳۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۸)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۱۲۷.

۱) قرینه عبارت از استنتاج قانون و یا قاضی است که واقعه مجهولی را از یک واقعه معلوم به دست می آورد (ماده ۱۳۴۹ قانون مدنی فرانسه).^{۱۳۴۰}

۲) جرجانی در تعریف اماره می گوید: اماره یا قرینه عبارت از دلایلی است که با علم به آنها ظن به وجود مدلول حاصل می شود، مانند ابر که دلالت بر بارش باران می کند. اما، دلالت آن ظنی است و این امکان وجود دارد که باران نیارد.^{۱۳۴۱}

۳) ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی ایران در تعریف قرینه می گوید: «اماره عبارت است از اوضاع و احوالی که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود.».

۴) دکتر امامی در تعریف اماره می نویسد «از بیان ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی معلوم می شود که اماره عبارت است از امر معلومی در خارج که به وسیله آن امر مجهولی ثابت می شود، آن امر معلوم اوضاع و احوال خاصی است در خارج که قاضی را راهنمایی به امری می نماید که وجود آن مورد ادعاست که بدون راهنمایی اوضاع و احوال، آن امر مجهول می باشد. بدین جهت، در هر موردی که آن اوضاع و احوال یافت گردید حکم به وجود آن امر مجهول می شود.».

۵) دکتر ابو الحسن محمدی در تعریف اماره می نویسد: اماره چیزی است که مثبت موضوعی از موضوعات احکام تکلیفی باشد و به لحاظ کشف واقعیت حجت شناخته شده باشد، مانند: اماره ید و تصرف که مثبت مالکیت متصرف و ذولید است و مانند اماره فراش که مثبت نسب و مبتنی بر غلبه است.^{۱۳۴۲}

ب) انواع

قرینه به دو نوع ذیل است:

۱) تعریف قرینه قانونی

طبق ماده ۱۰۳۱ ق. م. ا: «(۱) قرینه قانونی که به مصلحت شخص موجود شود وی را از سایر طرق اثبات بی نیاز می سازد، مگر تا زمانی که نص قانون به خلاف آن موجود نشود؛ و (۲) نقض قرینه قانونی به دلیل عکس آن جواز دارد.» از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

۱- قانونگذار در نص این ماده قرینه قانونی را تعریف نمی نماید، بلکه حکم می نماید که هرگاه قرینه قانونی که به نفع و مصلحت یک شخص در قانون موجود گردد، وی را از سایر وسایل اثبات تعهد که تفصیل آنها گذشت بی نیاز می سازد. بنابراین، کسی که در جریان دعوا اماره قانونی به نفع او است، از ابراز دلیل دیگری بی نیاز است و اگر طرف مقابل منکر وجود اماره باشد، مدعی داشتن اماره باید وجود آن را ثابت کند. محکمه باید اماره اثبات شده را مبنای حکم خود قرار دهد.

به حیث مثال، ماده ۱۳۷۴ ق. م. ا می گوید: «پرداخت یک قسط اجرت، قرینه تادیه سایر اقساط قبلی تلقی می شود، تا آنکه دلیلی به خلاف آن ظاهر شود.» طبق نص این ماده اگر احمد دوازده لک افغانی مدیون

(آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳/۹) <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> 1339.

۱۳۴۰. محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

۱۳۴۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۳۷.

(آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳/۹) <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> 1342.

محمود بوده باشد و احمد با محمود تعهد نموده باشد که دین محمود را در شش قسط می پردازد، پرداخت یک قسط قرینه و اماره ای است که بیان می نماید که احمد سایر اقساط دین محمود را پرداخت نموده است. در صورت اثبات پرداخت یک قسط توسط قراین، احمد از ارایه سایر وسایل اثبات حق مانند شاهد، سند و نظیر اینها بی نیاز می نماید. پرداخت یک قسط توسط احمد در این مثال، قرینه ای قانونی است. زیرا، در ق. م پیش بینی شده است.

همچنین، این اثبات به نفع و مصلحت احمد است. برخی از حقوقدانان در تعریف قرینه قانونی می گویند: قرینه قانونی عبارت از قرینه ای است که قانون آن را به نفع شخصی پیش بینی کرده است.^{۱۳۴۳} از این تعریف به خوبی بر می آید که قرینه قانونی دارای یک رکن و آن عبارت از نص قانون است.^{۱۳۴۴} همچنین، از این تعریف به خوبی بر می آید که اماره قانونی باید در قانون پیش بینی شود و قاضی نمی تواند با قیاس بر تعداد اماره قانونی اضافه نماید. بنابراین، موارد اماره قانونی محدود به قانون است.^{۱۳۴۵}

۲- قرینه قانونی به تنهایی برای اثبات دعوی کافی است. اما، طبق بند دوم این ماده: «مگر تا زمانی که نص قانون به خلاف آن موجود نشود». به حیث مثال، طبق ماده ۱۳۷۴ ق. م: «پرداخت یک قسط اجرت، قرینه تادیه سایر اقساط قبلی تلقی می شود، تا آنکه دلیلی به خلاف آن ظاهر شود». طبق نص این ماده پرداخت یک قسط اجرت، قرینه ای است مبنی بر این که مدیون سایر اقساط را پرداخته است. این اصل است. استثنای این اصل این است که داین ثابت نماید مدیون سایر اقساط را نپرداخته است. در چنین حالات استنباط قرینه مستنبطه به نظر می رسد که توسط قاضی به دلیل وجود نص جواز ندارد.

۳- قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۰۳۱ ق. م مثال هایی قراین قانونی را پیش بینی نکرده است،^{۱۳۴۶} اما می توان در سایر مواد ق. م برخی مثال هایی قراین قانونی را پیدا کرد. به عنوان مثال، ماده ۱۳۷۴ ق. م می گوید: «پرداخت یک قسط اجرت، قرینه تادیه سایر اقساط قبلی تلقی می شود، تا آنکه دلیلی به خلاف آن ظاهر شود». طبق نص این ماده پرداخت یک قسط اجرت، قرینه ای است مبنی بر این که مدیون سایر اقساط را پرداخته است. این اصل است. استثنای این اصل این است که داین ثابت نماید مدیون سایر اقساط را نپرداخته است.

همچنین، ماده ۲۱۷۱ ق. م حکم می نماید: «هرگاه در وصیت تصریح شده باشد یا از قرینه چنین معلوم شود که معاش سال به سال پرداخته می شود مازاد سالانه به ورثه وصیت کننده تادیه می شود». همچنین، ماده ۲۲۸۳ ق. م حکم می نماید: «هرگاه ذوالیدی شخص در طول مدت محدودی در سابق ثابت بوده و در حال نیز ثابت باشد، این وضع برای ابقاء و قیام ذوالید در طول مدت بین دو زمان مذکور قرینه شمرده می شود،

۱۳۴۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۳۲۹؛ و محمد عالم ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۱۰۶.

۱۳۴۴. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۶۰۰.
 (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳/۹) <http://edalat-va-ghezavat.blogfa.com/cat-149.aspx> 1345.

۱۳۴۶. در قانون مدنی ایران، قانونگذار مدنی ایران برخی موادی را که قراین قانونی در آنها پیش بینی شده است، پیش بینی نموده است. در ماده ۱۳۳۲ قانون مدنی ایران در مورد امارات قانونی بیان شده است که: «امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده، مثل امارات مذکوره در این قانون، از قبیل مواد ۳۵، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر».

مگر اینکه دلیل به خلاف آن موجود شود.» به نظر می رسد به همین دلیل قانونگذار مدنی در فقره (۲) ماده ۱۰۳۱ ق. م می گوید: «نقض قرینه قانونی به دلیل عکس آن جواز دارد.»

به حیث مثال، قانون کسی را که متصرف مالی است، مالک آن می شناسد. زیرا تصرف یا ملازمه با مالکیت متصرف دارد و یا از آثار مالکیت او می باشد. بنابراین تصرف اماره ای است که دلالت بر مالک بودن شخص می نماید. طرف مقابل او باید ثابت کند که متصرف غاصب است. در نتیجه متصرف برای اثبات مالکیت خود نیاز به دلیل دیگر ندارد. در تمام دعاوی مربوط به اموال، چه اموال منقول و چه اموال غیر منقول، مدعیان باید در برابر ذوالید حقانیت خود را ثابت کنند.

به عبارت دیگر در دعاوی مالکیت همیشه متصرف سمت منکر و مدعی علیه را دارد و بار اثبات بر دوش کسی است که می خواهد خلاف اماره قانونی تصرف را ثابت کند.^{۱۳۴۷} به حیث مثال، اگر احمد یک باب خانه را در خیرخانه در ذوی الیدی داشته باشد، ذوی الید بودن احمد قرینه ای بر مالکیت احمد بر خانه است. این قرینه، قرینه قانونی است زیرا قانونگذار ذو الید را مالک خانه تلقی می نماید. اگر محمود ادعای مالکیت بر خانه ای را که تحت ذو الیدی احمد قرار دارد، نماید، باید قرینه ای قانونی را که به نفع احمد است، توسط دلیل عکس آن مانند سند و شهود نقض و ثابت نماید که خانه از آن محمود است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ارزش اثباتی قراین قانونی است.

۲) قرینه قضایی

قرینه قضایی عبارت از قرینه ای است که تعیین آن به ارزیابی قاضی واگذار شده است تا از اوضاع و احوال و ظروف قضیه آن را به دست آورد.^{۱۳۴۸} به حیث مثال، اگر احمد محمود را تهدید به قتل نماید و سپس محمود کشته شود و همه شاهد تهدید احمد باشند، تهدید محمود توسط احمد قرینه است که بیانگر این است که احمد قاتل است هرچند هیچ کس ندیده است که احمد محمود را به قتل رسانده است مگر این که ثابت شود احمد قاتل نبوده است. همچنین، اگر حمیده ادعا نماید که حامله است و سپس ذاکره در لباس یا تخت خواب حمیده خون ناشی از عادت ماهوار را مشاهده نماید، این خون قرینه ای است که بیانگر عدم حامله بودن حمیده است مگر این که حمیده ثابت نماید حامله است. دلیل این قرینه این است که در صورت حمل عادت ماهوار قطع می شود.

۳) شرط رعایت قرینه قضایی

طبق ماده ۱۰۳۴ ق. م: «قاضی می تواند قراینی را که توسط قانون پیش بینی نشده و از حالات مربوط به دعوی استنباط شود، در نظر گیرد مگر استناد به آن تنها در صورتی شده می تواند که قانون در آن اثبات را به شهادت مجاز دانسته باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد: نخست این که قراین قضایی، قراینی اند که در قانون پیش بینی نشده اند و توسط قاضی محکمه ذیصلاح از حالات مربوط به دعوی استنباط می گردد. دوم این که در صدور حکم قاضی محکمه ذیصلاح می تواند به قراین قضایی استناد نماید

۱۳۴۷. (آخرین بازدید ۹/۳/۲۰۱۶) <http://edalat-va-ghezavat.blogfa.com/cat-149.aspx>

۱۳۴۸. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۳۲۹ و ۳۳۰.

که قانون اثبات آن را به شهادت مجاز دانسته باشد. تفصیل آنچه می تواند توسط شهادت ثابت گردد در مبحث شهادت گذشت. نص این ماده مستقل نیست و مرتبط به مواد ۱۰۲۵ الی ۱۲۳۰ ق. م است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط رعایت قرینه قضایی است.

علاوه بر وسایل اثبات دعوی قانونگذار مدنی در جلد دوم ق. م ماده های ۱۰۳۲ و ۱۰۳۳ را در لابلای احکام مربوط به قراین پیش بینی نموده اند که به دلیل عدم ارتباط منطقی این مواد با ماده های مربوط به قراین محل ایراد به نظر می رسد. این مواد قرار ذیل اند:

اول - طبق ماده ۱۰۳۲ ق. م: «احکامی که حایز قوت حکم قطعی باشد، با تمام مندرجات آن حجت شمرده می شود و دلیل دیگری به نقض آن پذیرفته نمی شود مشروط به این که منازعه بین عین اشخاص صورت گرفته و به عین محل و سبب حق، تعلق گیرد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده از احکام، احکام قانون نیست بلکه احکام یا فیصله هایی است که توسط محاکم صادر می شود. حایز در لغت به معنی داراء و در بردارنده است.^{۱۳۴۹} تعریف حکم قطعی و حجت گذشت.

برخی نویسندگان در خصوص این ماده چنین مثال می آورند: «احمد بالایی محمود راجع به عقد بیع قطعی موازی یک دربند حویلی قابل سکنی واقع ناحیه چهارم کابل عندالمحکمه دعوی می نماید. بعد از رسیده گی قضایی در محاکم سه گانه این دعوی به اثبات نرسیده و به سبب حلف محمود مدعی علیه دعوی مدعی رد گردیده و به قطع خصومت فعلی حکم صادر شده باشد.

این حکم محاکم ثلاثه حایز قوت حکم قطعی شناخته شده و با تمام مندرجات آن حجت شمرده می شود و دلیل دیگری به نقض آن پذیرفته نمی شود. بنابراین، اگر بعد از گذشت چند سال بار دوم احمد مدعی بالایی محمود مدعی علیه ادعای خرید و عقد بیع همین دربند حویلی مدعی به را عندالمحکمه نماید، محمود مدعی علیه اعتراض ابتدایی خود را قبل از دایر شدن دعوی می تواند چنین تقدیم محکمه نماید که صدور حکم قضایی قبلی در موضوع مذکور در محاکم ثلاثه بین عارض و معروض علیه صادر شده است و اصل فیصله محاکم ثلاثه غرض ملاحظه به هیئت قضایی تقدیم است. بنابراین، موضوع ایجاب رسیده گی قضایی را بدون موجب و سبب نمی کند.

بنابراین، هیئت قضایی بعد از ملاحظه فیصله و حکم قطعی محاکم ثلاثه که ثبت محفوظ قضایی نیز داشته است، نتیجه گیری می نماید: از این که فیصله محاکم ثلاثه در عین موضوع و محل و سبب حق بین احمد مدعی و محمود مدعی علیه قبلاً به رد دعوی مدعی و به نفع مدعی علیه صادر گردیده و احکام مذکور حایز قوت حکم قطعی می باشد بنابراین دلیل دیگری و اقامه دعوی دیگری به نقض آن جواز ندارد.»^{۱۳۵۰} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ارزش حکم قطعی محاکم به عنوان حجت و دلیل است.

1349. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 3/4/ 2109).

۱۳۵۰. یادگار راجی سمنگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، (____)، (____)، ص ۱۰۳۳.

دوم- طبق ماده ۱۰۳۳ ق. م: «حکم جزایی به قاضی مدنی ارتباط ندارد، مگر در وقایعی که بنا بر ایجاب ضرورت حکم صادر نموده باشد.» پیش بینی نص این ماده در مبحث و در لابلای احکام مربوط به قراین از نظر چینش علمی- منطقی احکام ق. م محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر تنظیم صلاحیت موضوعی محاکم است. صلاحیت عبارت از اختیاری است که قانون به محکمه غرض تأمین عدالت در نوع خاص از دعوی و در قلمرو (محدوده معین) را می دهد.^{۱۳۵۱} صلاحیت محاکم به دو دسته است: صلاحیت حوزه ای به محدوده و قلمروی گفته می شود که محکمه صلاحیت عام رسیدگی به دعاوی در آن را دارد.^{۱۳۵۲} به عبارت دیگر: صلاحیت حوزه ای عبارت از صلاحیتی است که به موجب آن محکمه در قلمروه معین که شامل صلاحیت آن می گردد، به دعوی رسیدگی می نماید.

به حیث مثال، محکمه ابتدایی ولسوالی پغمان صلاحیت رسیدگی به دعوی ای را که در ولسوالی شکرده واقع شده است ندارد بلکه از نظر حوزه ای این صلاحیت را صرف محکمه ابتدائیه ولسوالی شکرده دارد. صلاحیت موضوعی عبارت از صلاحیتی است که به موجب آن محکمه می تواند نوع خاص از دعوی را رسیدگی و حل و فصل نماید.^{۱۳۵۳}

به حیث مثال، محکمه ابتدایی تجارتی مرکز از نظر صلاحیت موضوعی، صلاحیت رسیدگی به دعوی مدنی و جزایی را ندارد. در این خصوص برخی نویسندگان می نویسند که: صلاحیت موضوعی عبارت از صلاحیت محکمه است جهت حل و فصل نوع معین دعوی و اصدار نوع حکم معین فیصله. به حیث مثال، محکمه جزایی صلاحیت رسیدگی به دعوی طلاق را ندارد. فیصله طلاق توسط محکمه فاقد صلاحیت موضوعی باطل است.^{۱۳۵۴}

با توجه به آنچه گفته شد، دیوان مدنی محکمه ابتدائیه یا استیناف نباید در خصوص دعاوی جزایی حکم صادر نماید. در صورت صدور حکم، این حکم به دلیل عدم داشتن صلاحیت باطل است. در خصوص نص این ماده برخی نویسندگان چنین مثال می آورند: «صلاحیت رسیده گی قضایای جزایی و حقوقی به دیوان های جزایی و مدنی محاکم مربوط است. قاضی جزایی دعوی جزایی را و قاضی مدنی دعاوی حقوقی را حل و فصل می نماید. اما، قاضی مدنی در واقعه قتل که برخی مدعیون آن صغار باشد بنا بر ضرورت اولاً حکم قصاص و یا دیت را صادر و ثانیاً حکم جزایی قضیه مذکور را بالای متهم آن نیز صادر می نماید.»^{۱۳۵۵}

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم صلاحیت موضوعی محاکم است. با پذیرش این فرضیه، پیش بینی این ماده به دلیل این که تنظیم صلاحیت موضوعی و حوزه ای محاکم مربوط قانون تشکیلات و صلاحیت قوه قضائیه می شود در ق. م محل ایراد و زاید به نظر می رسد.

پایان جلد اول حقوق وجایب

1351. En.m. wikipedia.org (آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱۰/۳)

1352. Fa.m. wikipedia.org (آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱۰/۳)

1353. www.law.cornel.edu (آخرین بازدید ۲۰۱۷/۱۰/۳)

1354. William P. Statsky (____). Family law, sixth edit, New York: Delmar Gengage leaning, p 260.

۱۳۵۵. یادگار راجی سمنگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، (____)، (____)، ص ۱۰۳۳.

ادامه در جلد عقود معین

فهرست منابع

الف) دری:

اول: در فقه

۱. اتاسی (۱۳۷۰). محمد خالد، شرح مجله الاحکام، مترجمان: موج سمنگانی و عبدالواحد نهضت فراهی، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۲. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۵). مجله الاحکام، کابل: نشر پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا.
۳. زرقاء، مصطفی (۱۳۸۷). شرح نود و نه قاعدة فقهی مذهب حنفی، مترجم: عبدالواحد نهضت فراهی، چاپ اول، کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند.
۴. زحیلی، وهبة (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان
۵. سابق، سید (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، ۴ ج، ایران: انتشارات محمدی سقر.
۶. سراج، زین العابدین (1398). توضیحی بر قواعد فقهی، چاپ سوم، کابل: مرکز تحقیقات و مطالعات مولوی سراج الدین شهید.
۷. قبله ای خوبی، خلیل (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی.
۸. محمسانی، صبحی رجب (۱۳۸۶). فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، چاپ اول، ایران: انتشارات آثار اندیشه.
۹. مغنیه، محمد جواد (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی، تهران: انتشارات ققنوس.
۱۰. عبدالباقی (___). رهنمای وثایق و سجلات، قندهار: مکتب محمدیه.
۱۱. نذیر، داد محمد (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل، افغانستان: مطبعه نعمانی.
۱۲. نذیر، داد محمد (۱۳۹۲). درآمدی بر قواعد کلی فقهی، چاپ دوم، کابل، انتشارات رسالت.

دوم: در حقوق

۱۳. السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۸۸). دوره حقوق تعهدات (۳)، مترجمان: سید مهدی دادرزی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول، ایران: انتشارات دانشگاه قم.
۱۴. افتخاری، جواد (۱۳۸۲). حقوق مدنی: کلیات عقود و حقوق تعهدات، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
۱۵. امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی، (۶) جلد، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه.
۱۶. امامی، محمد (۱۳۸۷). مالیه عمومی، چاپ دوم، ایران: انتشارات میزان.
۱۷. امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸). حقوق تعهدات، (۲) جلد، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۱۸. بشلیه، ماری نونل و دیگران (۱۳۸۸). حقوق وجایب: احکام عقد در حقوق مدنی افغانستان چاپ اول، کابل افغانستان: چاپ انستیتوت بین المللی مطالعات مقایسوی فرانسه.

۱۹. توحید خانه، محمد صدر (۱۳۸۹). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق جزای عمومی افغانستان، چاپ دوم، کابل افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.
۲۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸). دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات، چاپ سوم، کتابخانه گنج دانش، تهران.
۲۱. جعفری لنگرودی (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم: تهران: گنج دانش.
۲۲. پفیفر، جولیا (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، کابل: انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق عمومی و بین الملل.
۲۳. حسینی نژاد، حسین قلی (۱۳۷۷). مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد.
۲۴. خواجه پیری، عباس (۱۳۸۵). حقوق مدنی (۴) موجبات مسؤولیت مدنی و آثار آن، تهران: نشر میزان.
۲۵. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۶۹). اقرار در حقوق مدنی افغانستان، (۴) جلد، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۲۶. ژوردن، پاتریس (۱۳۸۵). اصول مسؤولیت مدنی، ترجمه مجید ادیب، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۲۷. سمنگانی، یادگار راجی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۲)، (____)، (____).
۲۸. صفایی، سید حسین، قاسمزاده، سید مرتضی (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات مهر.
۲۹. صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب الله (۱۳۹۸). مسؤولیت مدنی: الزام های خارج از قرارداد، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت) پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی.
۳۰. عالم، ظریف (۱۳۶۹). وسایل اثبات در دعاوی مدنی، افغانستان، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه.
۳۱. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۴). شرح مختصر قانون اساسی (۲) حقوق و وجایب اساسی اتباع، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۳۲. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۴). شرح مختصر قانون اساسی (۱) حقوق و وجایب اساسی اتباع، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۳۳. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
۳۴. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۷). حقوق عینی، چاپ هشتم، مبحث شفعه، کابل: انتشارات سعید.
۳۵. قاسمی، عبدالخالق (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب.
۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی: قواعد عمومی قرار داد ها، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی، چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). مقدمه علم حقوق، چاپ شصت و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، نشر یلدا، چاپ اول، تهران.
۴۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی: وقایع حقوقی، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). دوره عقود معین (۱): حقوق مدنی، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). حقوق مدنی: عقود معین (۴)، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۴۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی: مشارکت ها، صلح، چاپ چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۴۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). الزام های خارج از قرارداد، چاپ اول، تهران: دانشگاه تهران.

شرح ق. م. ا: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه / ۶۷۹

۴۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). حقوق مدنی - ایقاع: نظریه عمومی، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۴۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). اثبات و دلیل اثبات، جلد (۲)، تهران: نشر میزان.
۴۷. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۸۶). مبانی و کلیات علم حقوق، چاپ شانزدهم، انتشارات پایدار.
۴۸. شهیدی، مهدی (۱۳۸۴). تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ چهارم، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۴۹. ناصیف، الیاس (۲۰۰۳). الموسوعة العقود المدنية و التجارية، ۱۱ جلد، الطبعة الثالثة، بیروت: لبنان.
۵۰. نصیری، محمد (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه.
۵۱. نوری، علی محمد (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
۵۲. نوین، پرویز (۱۳۹۲). حقوق مدنی (۴) مسؤلیت مدنی تطبیقی: ایران، فرانسه و انگلستان، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
۵۳. وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۸۵). مبانی مسؤلیت مدنی قراردادی، چاپ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۵۴. هداوند، مهدی و مشهدی علی (۱۳۹۰). اصول حقوق اداری، چاپ دوم، تهران: انتشارات خرسندی.
۵۵. ____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه.
۵۶. ____ (12-17 عقرب، 1386). اسناد و مصوبات سیمینار عالی روسای محاکم، تعمیم قانونیت - تامین عدالت، (____).
۵۷. ____ (9-19 حوت 1361). سیمینار عالی ستره محکمه، کابل: ستره محکمه.

سوم: مقالات

۵۸. آقای طوق، مسلم (____). مبانی و ماهیت نظارت قضایی بر اعمال دولت: مطالعه تطبیقی کشور های فرانسه، انگلستان و امریکا، پژوهشنامه معاونت حقوقی و بررسی های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، سال اول، شماره اول.
۵۹. خسروی نیا، بابک (۱۳۹۱). قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، شماره دوم، پاییز و زمستان.
۶۰. رستمی، ولی (۱۳۹۴). تعدیل در قرارداد های اداری، فصلنامه مطالعات حقوقی، شماره ۲، دوره ۴۵.

چهارم: فرهنگ ها

۶۱. انصاری مسعود و طاهری محمد علی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
۶۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۶۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸). الفارق، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۶۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش.
۶۵. سیاح، عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام.
۶۶. عباس ایمانی (۱۳۸۲). فرهنگ اصطلاحات حقوق کیفری، چاپ اول، تهران (____).
۶۷. عمید، حسن (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
۶۸. معین، محمد (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش.

پنجم: قوانین:

۶۹. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان (۱۳۸۲ ش) ۸۱۸ جریده رسمی.
۷۰. قانون مدنی (۱۵/۱۰/۱۳۵۵ ش) ۳۵۳ جریده رسمی.

٧١. قانون اصول محاكمات مدنی (١٣٦٩) ٧٢٢ جريدة رسمی.
٧٢. قانون رسیدگی به تخلفات اطفال (١٣٨٤) ٨٤٨ جريدة رسمی.

ششم: وبسایت ها:

73. <https://www.vajehyab.com>
74. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (آخرین بازدید ٢٠١٦/٣/٩).
75. <http://edalat-va-ghezavat.blogfa.com/cat-149.aspx> (آخرین بازدید ٢٠١٦/٣/٩).
76. www.justipedia.com (Last visit: 6/12/2017).
77. www.www.study.com (Last visit: 6/12/2017).
78. <https://en.m.wikipedia.org> (Last visit: 6/12/2017).
79. <http://dadgaran.info/index.php> (last visit: 6/19/2018).
80. <https://fa.wikipedia.org/wiki/> (last visit: 6/19/2018).
81. www.hawzah.net (آخرین بازدید ٢٠١٧/٦/٣).
82. <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=348> (آخرین بازدید ٢٠١٦/١٤/٢).
83. <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=348> (آخرین بازدید ٢٠١٦/١٤/٢).
84. www.justipedia.com (Last visit: 6/12/2017).
85. www.study.com (Last visit: 6/12/2017).

(ب) عربی:

٨٦. اتاسی، محمد خالد (____). شرح مجلة الاحكام، پاکستان: مكتب رشیدیہ.
٨٧. الزحیلی، وهبة (____). الفقه الاسلامی و ادلته، ١٢ جلد، کویتہ: انتشارات مكتب رشیدیہ
٨٨. الزحیلی، وهبة (____). اصول الفقه اسلامی، ٢ جلد، کویتہ: انتشارات مكتب رشیدیہ.
٨٩. احمد السنهوری، عبدالرزاق (٢٠٠٢م). الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، ١٤ ج، بیروت، لبنان: چاپ دار احیاء التراث العربی.
٩٠. القره داغی، علی محی الدین (١٤٠٣ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة.
٩١. جزایری، عبد الرحمن (____). الفقه علی المذاهب الاربعه، ٦ جلد، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی.
٩٢. زیدان، عبدالکریم (١٣٨٥). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان.
٩٣. سعید الصاغر جی، اسعد محمد (____). الفقه الحنفی و ادلته، (٣) جلد، پاکستان: چاپ کتابخانه رشیدیہ.
٩٤. عبدالحمید، محمد محی الدین (٢٠٠٧م). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیہ للنشر.
٩٥. عبدالله البرشومی، عبد الفتاح (١٤٢٤). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم: مصر: الأزهر.
٩٦. مصطفی احمد، زرقاء (١٩٦٧-١٩٦٨م). المدخل الفقہی العام، (٣) جلد، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر.
٩٧. محمود، طهماز، عبدالحمید (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، (٥) جلد، پاکستان: چاپ مكتب حقانیہ.
٩٨. ناصیف، الیاس (٢٠٠٣). الموسوعة العقود المدنیة و التجاریة، جلد (٣)، الطبعة الثالثة، بیروت: لبنان

شرح ق. م. ا: حقوق وجايب (١) تصرفات و حوادث حقوقى، انواع، تنفيذ، انتهاء و اثبات وجيبه / ٦٨١

٩٩. ____ (١٤٠٤ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (٣٠)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية.

١٠٠. (ج) انگليسى:

101. Bell, John, Boyron, Sophie and Whittaker, Simon (1380). *Principles of French Law*, first edit, Tehran: Dadqaster publication.
102. Raden Aji Haqqi, Abdul- Rahman (2009). *The Philosophy of Islamic Law of Transctions*, first edit, Malaysia: Center for Reasch and Training.
103. Nicholas, Barry (2005). *The French Law of Contract*, second edit, Clarendon Press Exford.
104. Kharofa, Alaeddin (2009). *Transctions in Islamic Law*, fourth edit, Kuala Lumpur: ASN.
105. Robbers, Gerhard (2002). *An Introduction to German Law*, Translated into English by Miceal Jewll, fifth edit, (____).
106. P. Statsky, William (____). *Family Law*, sixth edition, New York: Delmar Gengage leaning.

نظام الدین عبداللہ فرزند عبدالرحیم در سال ۱۳۵۸ هجری شمسی در ولسوالی شکرده ولایت کابل چشم به جهان گشوده است. او در سال ۱۳۸۳ از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه پوهنتون کابل فارغ گردیده است و ماستری خویش را در سال ۱۳۹۳ در رشته حقوق عامه از دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی واحد افغانستان اخذ نموده است. او از ماه سنبله سال ۱۳۹۹ الی اکنون در دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی استان تهران - واحد تهران مرکزی دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی است. او در جریان سال های ۱۳۸۷ الی ۱۳۹۴ مضامین حقوق و جایب، حقوق عینی، حقوق میراث، مبادی حقوق، حقوق فامیل، حقوق بین الملل خصوصی، حقوق اساسی، حقوق اداری، عقود معین، قانونگذاری، روش تحقیق در حقوق و... را در پوهنتون کاردان، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک و پوهنتون کاروان و غیره تدریس کرده است. او از سال ۱۳۹۵ الی اکنون استادیار حقوق (Assistant Professor of law) در یکی از دانشگاه پوهنتون های خصوصی افغانستان است. او در این جریان مضامین حقوق و جایب (قواعد عمومی عقود)، حقوق و جایب (حوادث حقوقی و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی)، حقوق فامیل، حقوق عینی، حقوق میراث، حقوق بین الملل خصوصی، قانونگذاری، حقوق اساسی، مبادی حقوق، حقوق اداری، روش تحقیق در حقوق و... را در این دانشگاه پوهنتون به زبان انگلیسی تدریس نموده است. برخی آثاری را که او تا اکنون تألیف و ترجمه نموده است قرار آتی است:

- ۱) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۲) نظام الدین عبداللہ (۱۴۰۱). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۳) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل: روابط زوجین (۱)، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۴) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق اطفال، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۵) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهای و اثبات و جیبه، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۶) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۵). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۲) عقود معین، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۷) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۸) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۹) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۰). مواد درسی انستیتوت ماکس پلانک پیرامون اموال و ملکیت چاپ اول، کابل - افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
- ۱۰) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۱) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۸) انواع قانون و مراحل قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ دوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۱۲) جولیا یفیر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبداللہ، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.

- ۱۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق و وجایب اساسی اتباع، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۲)، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). فرهنگ اصطلاحات حقوقی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات سعید.
- دوم) مقالات:**
- ۱) نظام الدین عبدالله و داکتر جواد تقی زاده (۱۳۹۳). انواع قانون در نظام حقوقی افغانستان، مجله وکالت، شماره های ۲۶ و ۲۷.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۳). حق تشکیل حزب سیاسی، مجله وکالت، شماره ۲۸.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۲۰۱۷). مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان، مجله مطالعات حقوقی افغانستان، جلد (۲)، کابل: بنیاد ماکس پلانک برای حاکمیت قانون و صلح بین الملل.
- سوم) به انگلیسی:**

1) Nezamuddin Abdullah (2007). A Brief Comparative Analysis of United Nations Convention on Rights of Children (UNCRC), Islam, Afghan Legislations & Customary Practices, Kabul: Save the Children, Sweden – Norway.

2) Nezamuddin Abdullah (2011). Max Planck Manual on Property and Ownership in Afghanistan, first edition, Kabul: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Law of Obligations

Seventh edition

2024

Nezamuddin Abdullah

(Assistant Professor of Law & PhD candidate of Private Law)