

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





## کانون

ماهنامه‌ی خبری و تحلیلی در زمینه علوم انسانی

سال پنجاه و دوم، دوره دوم، شماره ۱۱۳

بهمن ماه ۱۳۸۹

### صاحب امتیاز:

کانون سردفتران و دفتریاران

مدیرمسئول: عباس سعیدی

سردبیر: ناصر ناییبی

مدیر اجرایی: نورعلی مظاهری

### همکاران این شماره:

فاطمه اعتمادیان، زهره افشار قوچانی،

دکتر سید محسن پنجتنی، رضا تاجگر،

لطیف عبادپور، حسین کاویار،

سید جلیل محمدی، دکتر سام محمدی،

عباس میرشکاری و دکتر همایون مافی.

مشاور مدیرمسئول و دبیر هیئت تحریریه: رضا تاجگر

ویراستار حقوقی: رضا تاجگر

ویراستار ادبی: وحید امینی

حروفچین و صفحه‌آرا: فهیمه اسماعیلی

تلفن همراه: ۰۹۱۲۸۱۵۵۱۷۹

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۷۳

تلفن: ۰۲۱ - ۸۸۷۲۸۷۵۵

کدپستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

دورنگار: ۰۲۱ - ۸۸۷۰۵۹۱۷

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

www.notary.ir

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

Kanoon.notary@Gmail.com

چاپ: معلی

نشانی چاپخانه: تهران، خیابان دکتر شریعتی، خیابان خواجه عبدا... انصاری، خیابان هشتم، شماره ۱۴.

تلفن چاپخانه: ۲۲۸۸۴۰۲۳

بها: ۳۲۰۰۰ ریال

ISSN: ۲۰۰۸ - ۲۸۵۱

ISSN 2008-2851



9 772008 285000

0 0 1 1 3

## نشانه‌های اختصاری

ج. ← جلد	چ. ← چاپ	بی.نا. ← ناشر مشخص نیست
ش. ← شماره	ص. ← صفحه	بی.جا. ← محل نشر مشخص نیست
صص. ← صفحات	بی.تا. ← تاریخ نشر مشخص نیست	م. ← میلادی
همان. ← به همان منبع قبلی رجوع کنید	ر.ک. ← رجوع کنید به	ه. ش. ← هجری شمسی
ه.ق. ← هجری قمری	(ره) ← رحمة... علیه	(رض) ← رضوان... تعالی علیه
(ص) ← صلی... علیه و آله	(ع) ← علیه‌السلام	(س) ← سلام... علیها
ق. ← قانون	ق.ا. ← قانون اساسی	
ق.ک. ← قانون کار	ر.ر. ← روزنامه رسمی	
ق.م. ← قانون مدنی	ق.چ. ← قانون صدور چک	
ق.ت. ← قانون تجارت	ق.ا.ح. ← قانون امور حسبی	
ق.ث.ا. ← قانون ثبت احوال	ق.ث.ش. ← قانون ثبت شرکت‌ها	
ق.ز.ش. ← قانون زمین شهری	ق.م.ع. ← قانون مجازات عمومی	
ق.م.ا. ← قانون مجازات اسلامی	ق.ث. ← قانون ثبت اسناد و املاک	
ق.ح.خ. ← قانون حمایت خانواده	ق.ر.م.م. ← قانون روابط موجر و مستاجر	
ق.ت.ا. ← قانون تملک آپارتمان‌ها	آ.ق.ث.ا. ← آیین‌نامه قانون ثبت املاک	
ق.ت.ا. ← قانون تجارت الکترونیکی	ق.ح.ح. ← قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان	
ق.ث.ع.ا. ← قانون ثبت علائم و اختراعات	ق.ن.ا.م. ← قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی	
آ.ا.ق.ت.ا. ← آیین‌نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها		
م.ب.ث. ← مجموعه بخشنامه‌های ثبتی		
ق.ا.د. ← قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، قانون آیین دادرسی کیفری		
ق.ا.دم. ← قانون آیین دادرسی مدنی، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)		
ق.ر.ت.ا. ← قانون راجع به ترجمه اظهارات و اسناد در محاکم و دفاتر اسناد رسمی		
قانون وصول ← قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین		
ق.د.ا.ر.ک. ← قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفترباران (مصوب ۲۵ تیرماه ۱۳۵۴)		
ق.ت.ت.ا. ← قانون تسهیل تنظیم اسناد ← قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی		
قانون توزیع حق‌التحریر ← قانون توزیع حق‌التحریر دفاتر اسناد رسمی موضوع ماده‌ی ۵۴ قانون دفاتر اسناد رسمی		
قانون برنامه سوم (چهارم یا پنجم) توسعه اقتصادی ← قانون برنامه سوم (چهارم یا پنجم) توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور		
آ.ا.م.ا.ر. ← یا آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی ← آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی		
قانون منع فروش و واگذاری اراضی ← قانون منع فروش و واگذاری اراضی فاقد کاربری مسکونی برای امر مسکن به شرکت‌های تعاونی مسکن و سایر اشخاص حقیقی و حقوقی		
کانون	← کانون سردفتران و دفترباران	← دفاتر اسناد رسمی
مجلس	← مجلس شورای اسلامی	← وزارت کار و امور اجتماعی
ناجا	← نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران	← سازمان ثبت اسناد و املاک کشور
بنیاد مسکن	← بنیاد مسکن انقلاب اسلامی	← شرکت واحد اتوبوسرانی تهران و حومه
وزارت ارشاد	← وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی	← وزارت مسکن و شهرسازی
کمیته امداد	← کمیته امداد امام خمینی (ره)	
اداره کل امور اسناد ← اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت اسناد و املاک کشور		

### فهرست

- ۷ ..... دیدگاه / مدیر مسئول
- ۹ ..... سخن روز / ضرورت گنجاندن واحد درسی «حقوق سردفتری» در رشته‌ی حقوق
- رضا تاجگر

### مقالات

- ۱۳ ..... تئوری حاکمیت اراده در حقوق قراردادها با رویکرد وصیت
- دکتر سیدمحسن پنجتنی
- ۷۸ ..... بررسی مفهومی و مصداقی سبب و شرط در حقوق مدنی
- عباس میرشکاری
- ۱۰۱ ..... دریچه / ایداع مورد معامله در فسخ معامله
- لطیف عبادپور
- ۱۰۴ ..... مفهوم قرارداد تجاری الکترونیکی و ارتباط آن با قرارداد بین‌المللی
- دکتر همایون مافی
- دکتر سام محمدی
- حسین کاویار
- ۱۲۳ ..... قوه قاهره و مسئولیت مدنی
- زهرا افشار قوچانی

فرهنگ لغات و اصطلاحات وقف (بخش هشتم) ..... ۱۴۷

سید جلیل محمدی

عقد استصناع و بررسی ماهیت آن ..... ۱۵۴

فاطمه اعتمادیان

دغدغه / ضرورت توجه به خواسته‌های بازنشستگان ..... ۱۷۱

حرف ماه ..... ۱۷۳

اخبار، قوانین، مقررات، آراء، نظریه‌های مشورتی و گزارش‌ها

### اخبار

● رئیس جدید مرکز جامع علمی کاربردی کانون سردفتران و دفتریاران معرفی شد ..... ۱۷۷

● دفاتر اسناد رسمی از طریق شبکه داخلی به هم متصل می‌شوند ..... ۱۷۷

### مقررات

● ابطال قسمت دوم بند یک بخشنامه مالیاتی در خصوص مالیات عقد اجاره به شرط تملیک ..... ۱۷۹

● طی بخشنامه‌های جداگانه‌ای بر ضرورت رعایت دقیق مفاد و منطوق قانون دفاتر اسناد رسمی تأکید شد ..... ۱۸۰

● معرفی کتاب ..... ۱۸۳

### ترجمه خلاصه مطالب ماهنامه

- عربی ..... ۱۹۲

- انگلیسی ..... ۱۹۶

- فرانسه ..... ۱۹۹

### دیدگاه

*دفترخانه اسناد رسمی، واحد وابسته به وزارت دادگستری است و برای تنظیم و ثبت اسناد رسمی طبق قوانین و مقررات مربوط تشکیل می‌شود. سازمان و وظایف دفترخانه تابع قوانین و نظامات راجع به آن است.*

طبق تعریف صاحب‌نظران دانش مدیریت، سازمان عبارت است از مجموعه‌ای از افراد که برای تحقق اهدافی معین همکاری می‌کنند. در همه سازمان‌ها از انسان‌ها استفاده می‌شود و همه‌ی سازمان‌ها هدفمند بوده و از تقسیم کار بهره می‌گیرند. یک تقسیم کار خوب با در نظر گرفتن زنجیره‌هایی از اهداف، هدف‌های عملکردی هر سطح را به‌مثابه ابزاری برای دستیابی به اهداف عالی سازمانی به کار می‌گیرد.

در این تعریف، سازمان دفتر اسناد رسمی، در عین سادگی، پیچیدگی خاص خود را دارد. چرا که از حیث عدد وظایف و دخالتش در زندگی اجتماعی افراد جامعه، تقریباً نامعدود، نامحدود و غیرقابل‌انکار است. زیرا اگر بر فرض، فقط یک هدف سازمانی مهم برای دفترخانه تعریف شود و آن، تثبیت حقوق مالکانه مردم و دولت باشد؛ انجام این امر حاکمیتی، وظیفه‌ای است متکثر در عدد اسناد مالکیت و میزان اثربخشی اجتماعی‌اش نیز به حقوق مالکانه‌ی مالکان بستگی تمام دارد.

قانون‌گذار تصریح دارد به این‌که؛ اداره امور دفترخانه اسناد رسمی به‌عهده‌ی سردفتر است و هر دفترخانه علاوه بر دفتریار اول می‌تواند دفتریار دوم نیز داشته باشد. البته بدیهی است علی‌الاصول ممکن است سندنویس، ثبات، کاربر رایانه و تحصیلدار، حسب مورد، در دفترخانه اشتغال داشته باشند. به هر حال، آنچه حائز اهمیت است این‌که هر دفترخانه تحت مسئولیت یک نفر به‌عنوان سردفتر قرار داده شده و بر سردفتر است که طبق اصل تقسیم کار، امور دفترخانه را با شرح وظایف مشخص به زیرمجموعه شاغل در دفترخانه تعهد نماید و به‌نحو مطلوب، دفترخانه تحت تصدی خویش را مدیریت نماید. یعنی سردفتر لزوماً باید

مدیریت بدانند و از دانش و تجربه‌ی کافی جهت اداره یک سازمان مهم زیرعنوان «دفترخانه اسناد رسمی» برخوردار باشد. به‌عنوان مثال، برای درک صحیح موضوع، سردفتر باید بداند امر هماهنگی و همکاری در سازمان دفترخانه اسناد رسمی، مهم، حیاتی و بسیار ضروری است؛ از هماهنگی و همکاری درون‌سازمانی گرفته تا برون‌سازمانی و بین‌دیگر دفاتر همکار یا ادارات ثبت اسناد و املاک و سایر سازمان‌ها، ادارات و نهادهای مرتبط. اگر اعضای شاغل در دفترخانه، جملگی، خود را یک «گروه» کاری بدانند، قطعاً آثار مثبت آن بر بهبود عملکرد سازمانی دفترخانه نمایان خواهد بود. در تعریف گروه آورده‌اند: مجموعه‌ای از دو یا چند نفر که به‌طور مرتب با هم برای کسب یک یا چند هدف مشترک کار می‌کنند «گروه» نامند. تصور کنید؛ در این صورت، گروه شاغل در دفترخانه‌ی «الف» هم برای اعضای خود مفیدند و هم برای دیگر گروه‌های شاغل در دفترخانه «ب» و «ج» و «د» و دیگر این‌ها که اگر از بالا به کل مجموعه‌ی دفاتر اسناد رسمی نگاه شود یک خانواده‌ی بزرگ و سازمان فعال مشاهده می‌شود که به حیات اقتصادی - اجتماعی خویش در امر حاکمیتی ثبت و تنظیم اسناد رسمی تداوم بخشیده و نیز زمینه‌ی هم‌نیروزی (Synergy) به کارکنان دفترخانه را فراهم آورده تا با کیفیت عالی، خودشان، کار و فعالیت خویش را ارزشیابی نموده و دقیق‌تر از پیش، عمل نمایند. همین گروه، وقتی گروه موفق، پویا و اثربخش نامیده می‌شود که بتواند در زمان‌ها، شرایط و موقعیت‌های کاری مختلف، به هدف‌های عملکردی خود برسد؛ مثلاً دفترخانه‌ای که در مدت زمان مشخص ۳۰ روز کاری، با کمترین خطا، سهو و یا اشتباه در تنظیم و ثبت اسناد، بیشترین رضامندی ارباب رجوع را کسب نماید، قطعاً، رضایت شغلی کارکنان خود را نیز به همراه دارد و این مهم، همان فرهنگ سازمانی است که باید نهادینه شود. آنچه که از سوی معاونت محترم قوه قضائیه و ریاست سازمان ثبت اسناد و املاک کشور از آن به تناسب‌سازی امکانات، تجهیزات و منابع انسانی با حجم مراجعه‌ی ارباب‌رجوع و نیازهای روز یاد شده و تعبیر به روزآمدسازی در ثبت اسناد شده است.

روزآمدسازی در دفاتر اسناد رسمی به‌معنای سرعت و تسهیل در تنظیم و ثبت اسناد مردم توأم با دقت لازم و کافی است؛ به‌طوری که علاوه بر تثبیت مالکیت، منجر به کاهش دعاوی، انسجام اجتماعی، امنیت اقتصادی و آرامش خاطر در جامعه شود.

**مدیرمسئول**



## سخن روز

**ضرورت گنجاندن واحد درسی «حقوق سردفتری» در رشته‌ی حقوق**

بدون تردید، یکی از هدف‌های اساسی انقلاب فرهنگی، تغییر، اصلاح و بازنگری جدی در منابع درسی دانشگاهی رشته‌ی علوم انسانی بوده است. اما به یقین، دستیابی به چنین هدف مهمی، نیازمند انجام مقدمات و فراهم نمودن تمهیداتی است که اندیشمندان و متخصصان امر پژوهش و تحقیق، به خوبی، بر آن آگاهی و وقوف دارند. شاید پیش‌درآمد انجام این مهم، بازنگری در ساختار آموزشی کشور و آن دیگر، این‌که مطالعه، تحقیق و پژوهش جامع و کامل در منابع نظری، علمی و حتی کاربردی دیدگاه اسلامی و انطباق آن مبانی با مسایل روز علوم انسانی و چه بسا ضرورت مطالعه تطبیقی نتایج چنین پژوهش فراگیر و همه‌جانبه با مبانی و منابع علمی معتبر از منظر سایر ادیان الهی، خود، امری سخت‌زمان‌بر بوده و تلاش مضاعف استادان و دانشمندان را می‌طلبد، هرچند دست‌یافتنی است.

۱- از بین نظام‌های حقوقی کنونی، به یقین، نظام حقوقی اسلام، جامع اطراف و مانع اغیار است. اما آنچه جامعه‌ی اسلامی و حتی جوامع بشری از آن رنج می‌برد، ناشناخته ماندن نظام حقوقی اسلام است. چرا که آنچه تدوین، تکثیر و انتشار می‌یابد برخاسته از لایه‌های بیرونی و در معرض دید احکام اسلامی است و صرفاً ارائه برداشت‌های سطحی از مبانی فقهی دین مبین اسلام، هنوز آزاردهنده است و بر همه‌ی محققان، پژوهشگران و نویسندگان تکلیف است که بیش از این، به لایه‌های درونی، پنهان و کشف‌نشده‌ی فقه پویای اسلام دست یابند.

۲- در برتری نظام حقوقی اسلام، همین بس که طولانی‌ترین آیه‌ی قرآن کریم (آیه‌ی شریفه‌ی ۲۸۲ سوره‌ی مبارکه‌ی بقره) معروف به «آیه‌ی مداینه» به یکی از مهم‌ترین روابط انسانی که ارتباط مستقیم با امر معیشت آدمی دارد، یعنی ثبت دین (کتابت طلب)، همان بده‌بستان‌های معمول بازار، معاملات و روابط تجاری و بازرگانی تخصیص یافته است.

۳- فارغ از این که دیری است از ثبت غیررسمی اسناد و معاملات می‌گذرد، نزدیک به هشتاد سال است که دفاتر اسناد رسمی طبق قوانین و مقررات بر قراردادهای، معاملات و اسناد مردم مهر رسمیت بخشیده و با این اعتباربخشی، باعث تثبیت حقوق مالکانه‌ی افراد شده‌اند.

۴- سوای از قدمت ثبت اسناد و املاک در ایران باستان و بحث مالکیت در دوره‌های پیش و بعد از اسلام، جای تأمل بسیار دارد که تاریخ اولین قانون ثبت اسناد در ایران بیست و یکم اردیبهشت ماه یکهزار و دوویست و نود را در تقویم خورشیدی نشان می‌دهد که در ۱۳۹۰ ماده به تصویب رسید. و پس از مدتی، نقطه ضعف این قانون در تاریخ ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ با عنایت داشتن به مقررات ثبت املاک زیر عنوان قانون ثبت اسناد و املاک (با ۱۴۲ ماده) برطرف شد که البته تاکنون قانون یادشده، به تکرار، اصلاح شده است.

۵- از همین رو، با توجه به وضع قانون ثبت اسناد در تاریخ ۱۲۹۰/۲/۲۱ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، همایشی را به بهانه‌ی گذشت یک قرن از عمر نظام ثبتی کشور در بهار سال ۱۳۹۰ برگزار می‌کند.

۶- این در حالی است که هنوز نظام آموزشی ما این چالش اساسی را در این شاخه‌ی علمی، برطرف نکرده که چرا واحد درسی «حقوق ثبت» همچنان باید به عنوان یکی از دروس اختیاری دانشجویان مقطع کارشناسی رشته‌ی حقوق باشد!؟!

بنابراین، جا دارد مسئولان امر، خصوصاً شخص معاونت محترم قوه قضائیه و ریاست سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در آستانه‌ی برگزاری همایش یادشده، نه تنها اقدام عاجل نمایند تا گذراندن درس «حقوق ثبت» برای دانشجویان حقوق، اجباری شود و بیش از ۲ واحد درسی برای این مهم منظور گردد بلکه ضرورت دارد مبانی و محتوای درس و سرفصل‌های آن نیز روزآمد شود و به «حقوق سردفتری» اعم از نظری و کاربردی و نظام ثبتی دیگر کشورها، به عنوان واحد درسی مستقل، پردازد و چه بسا بهتر باشد که در انتخاب سردفتران و دفتریاران آینده از بین دانش‌آموختگان رشته حقوق کسانی که این واحد درسی را گذرانده‌اند، با اولویت خاص، گزینش و مشغول به کار شوند.

رضا تاجگر

مشاور مدیرمسئول و

دبیر هیئت تحریریه





## تئوری حاکمیت اراده در حقوق قراردادهای

### با رویکرد وصیت

دکتر سید محسن پنجتنی<sup>۱</sup>

مقدمه:

وصیت‌نامه یکی از هیجان‌انگیزترین اسنادی است که نگارنده در طول دوران اشتغال به سردفتری تنظیم نموده است. در هنگام تنظیم وصیت عموماً افراد، نقاب‌ها و حجاب‌ها را کنار زده، مستقیماً و صادقانه آخرین سفارش‌ها و خواسته‌های قلبی خود را با روحیه‌ای بسیار لطیف بیان می‌نمایند. هنگامی که برای حک و اصلاح سفارش‌های وصیت‌کنندگان به‌ناچار محدودیت ماده‌ی ۸۴۳ ق.م.م.ب. بر عدم نفوذ وصیت مازاد بر ثلث برایشان یادآوری می‌شود، عموماً این سؤال از طرف ایشان مطرح می‌شود که؛ وقتی من قانوناً حق دارم تمام اموال را ببخشم چرا نباید حق داشته باشم نسبت به تمام اموال وصیت بکنم؟ و بلافاصله درخواست پیشنهاد قالب‌های حقوقی دیگر برای تحقق خواسته‌های خود را می‌نمودند. در حقیقت همین سؤال عموم مراجعان، دریچه‌ی اصلی ورود به تحقیق حاضر است. طبیعی است همه افراد از جمله حقوق‌دانان تمایل دارند قادر باشند نسبت به تمام

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۴۹ مشهد و عضو هیئت تحریریه ماهنامه «کانون».

ماحصل تلاش اقتصادی خود تصمیم‌گیری نمایند و نکته جالب این‌جا است که محدودیت مذکور در ماده‌ی ۸۴۳ ق.م. مانع تحقق خواسته‌های افراد نشده و آنان از روش‌های دیگری خواسته‌های خویش را اعمال می‌نمایند. روش‌های معمول در دفاتر اسناد رسمی به قرار زیر است:

۱ - بعضی افراد، اموال خود را در اواخر دوران عمر به‌موجب یکی از عقود ناقله به فرد یا افراد موردنظر انتقال می‌دهند. از آن‌جا که منظور ما افرادی است که این روش را به‌جای وصیت اتخاذ می‌کنند بد نیست اشاره شود تحقیقی که روی وصیت‌نامه‌های تنظیمی در دفتر اسناد رسمی تحت تصدی نگارنده از تیرماه ۷۷ تا مهرماه ۱۳۸۳ به عمل آمده، حکایت از آن دارد که میانگین سنی کل وصیت‌کنندگان ۶۹ سال بوده است و این سن، سنی است که افراد به دلیل از کارافتادگی و بیماری بیشترین نیاز را به اموال خود دارند. وقتی که نیاز به فروش این اموال پیش می‌آید، بعضی از منتقل‌الیه‌م از همراهی با انتقال‌دهنده سرباز می‌زنند.

۲ - بعضی افراد ضمن انتقال اموال به دیگران حق استیفای منفعت را مادام‌الحیات برای خود شرط می‌نمایند.

۳ - بعضی افراد احتیاط بیشتری به خرج داده و علاوه بر نگهداشتن حق استیفای منفعت در دوران حیات برای خود همزمان وکالت‌نامه‌ای بلاعزل جهت انتقال اموال مورد بحث به خود یا دیگران از منتقل‌الیه دریافت می‌نمایند.

اتخاذ روش‌های فوق که در آن‌ها فرم حقوقی تراضی با محتوای آن تطبیق ندارد خطرناک بوده و وضعیت حقوقی افراد را متزلزل، همچنین در صورت لزوم قضاوت درباره آن را دشوار می‌نمایند. افزون بر آن تمسک به شیوه‌های مذکور آسیب‌های جدی به نظم حقوقی و استقرار عدالت در جامعه وارد می‌آورد.

علاوه‌بر بعد فردی، پاره‌ای ملاحظات اجتماعی نیز ضرورت پرداختن به مسأله را به ما گوشزد می‌نماید. از این میان موارد زیر به نظر قابل توجه است:

الف - طبق تحقیق آماری به عمل آمده، ۵۹ درصد از کل وصیت‌نامه‌ها، فی‌مابین زوجین تنظیم شده است و از این میان ۹۷ درصد از وصیت‌نامه‌ها مربوط به شوهرانی بوده که به نفع همسرانشان وصیت نموده‌اند و تنها ۳ درصد مربوط به زنانی بوده است که به نفع شوهرانشان وصیت نموده‌اند و همین تحقیق نشان می‌دهد که میانگین سنی مردان ۶۷ سال و میانگین سنی زنان ۴۵ سال بوده است. پیش فرض تحقیق در خصوص بالا بودن قابل توجه سن شوهران تقدم مرگ شوهران را موجه می‌نماید. فلذا این نتیجه حاصل می‌شود که شوهران عموماً نگران وضعیت مالی همسرانشان در دوران پس از حیات خود می‌باشند و برای رفع نگرانی آن‌ها تنظیم وصیت‌نامه به‌عنوان مناسب‌ترین روش حقوقی مطرح می‌شود و در صورتی که اجازه ظهور و تبیین دیدگاه‌های نو در وصیت داده نشود، مردم کماکان برای تحقق خواسته‌هایشان به راه‌حل‌های حقوقی دیگری که بیان شد و البته خطرناک است، روی خواهند آورد.

ب - اعتراضاتی از سوی زنان درخصوص کم بودن میزان سهم‌الارث آن‌ها شنیده می‌شود در صورتی که نظریه پیش‌رو که در وصیت‌های مبتنی بر ماده‌ی ۱۰ ق.م. معتقد به محدودیت ماده‌ی ۸۴۳ نیست مورد قبول واقع شود، افراد قادر خواهند بود در صورت تمایل نسبت به کل اموال خود وصیت نموده و توقعات معترضین را اجابت نمایند.

ج - جنبه دیگری که به بعد اجتماعی مسأله محدودیت وصیت مازاد بر ثلث مرتبط می‌شود، بحث فرزندخواندگی است. علقه‌های عاطفی زوجین عقیم که طفلی را به فرزندخواندگی گرفته و در دامان خود پرورده‌اند کمتر از اقارب نسبی نیست. حال که با عنایت به ماده‌ی ۸۶۱ ق.م. این افراد امکان تمتع از ارث ندارند، تعیین دقیق حوزه‌ی محدودیت مذکور در ماده‌ی ۸۴۳ ق.م. در نظریه پیش‌رو اهمیت پیدا می‌کند.

د - محرومیت طفل ناشی از زنا از ارث موضوع ماده‌ی ۸۸۴ ق.م. نیز از منظر اجتماعی به مسأله مربوط است. طبیعتاً این اطفال نیز انسان‌هایی هستند مانند سایر انسان‌ها که نقشی در تولد مشروع یا نامشروع خود ندارند. لذا حال که از ارث محرومند ضرورت رشد و

تربیت و رفاه این اطفال به‌عنوان جبران ایجاب می‌کند که محدودیتی در وصیت به نفع آن‌ها وجود نداشته باشد.

این پژوهش در سه بخش ارائه می‌شود. بخش اول به فرمالیسم در حقوق قراردادهای می‌پردازد. هرچند نقش مثبت فرمالیسم در گذشته جهت تحقق عدالت در حقوق قراردادهای غیرقابل انکار است. به نظر نگارنده، در دوران معاصر، آسیب‌های این پدیده بیشتر از مزایای آن است. لذا شناخت دقیق آن در مدخل تحقیق ضرورت پیدا می‌کند. به نظر می‌رسد که منع وصیت مازاد بر ثلث از فرمالیسم تاریخی نشأت می‌گیرد. در بخش دوم، حاکمیت اراده و عقود معین مورد بررسی قرار می‌گیرد. از آن‌جا که وصیت یک عمل حقوقی است و در عقد بودن وصیت تملیکی تردید وجود ندارد و از طرفی عده‌ای از حقوق‌دانان و فقیهان از جمله دکتر مصطفی عدل و علامه حلی وصیت عهدی را نیز عقد می‌شمارند.<sup>۱</sup> و نگارنده نیز از همین عقیده پیروی می‌کند. لذا به بحث اراده و آثار حاکمیت اراده در عقود معین که به وصیت نیز به‌عنوان یک عمل معین حقوقی و یک عقد معین قابل تسری است در بخش دوم پرداخته شده است. در گفتار دوم از بخش دوم موانع حاکمیت اراده در عقود معین که تماماً در وصیت نیز جریان دارد، مورد بررسی قرار گرفته است. چنان‌که خواهیم دید موانع مذکور در این گفتار تماماً جنبه‌ی علمی اجتماعی داشته و به‌صورت کاملاً معقول و مستقل در مقابل حاکمیت اراده سد و مانع ایجاد می‌نمایند. در بخش سوم، حاکمیت اراده در وصیت به‌طور اخص مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### بخش اول: فرمالیسم یا صورت‌گرایی (Formalism)

افلاطون را باید بزرگ‌ترین فرمالیست در جهان یا پدر فرمالیسم تاریخی نامید. او با طرح نظریه مُثُل یا صور Theory of forms or ideas بنیاد فرمالیسم را پی افکند. به نظر افلاطون، خدای مابشر مانند مجسمه‌ساز بنا به شرحی که افلاطون در مکالمه‌ی «تیمه» نوشته است دو نوع اشیا را در اختیار دارد. یکی مجموعه‌ی صور را که منظور نمونه‌های

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، (عطایا)، ج. ۳، کتابخانه گنج دانش، ص. ۳۰۵.



اشیای ممکنه، اشیای ریاضی، اشیای طبیعی تحقق یافته و اشیای طبیعی تحقق پذیر و اشیایی است که به واسطه‌ی هنر انسانی قابل نظم و ترتیب است و دیگر ماده‌ی بی‌شکل. وقتی خدای مباحث بدین گونه مجهز گشت بر صور نظر می‌اندازد و در ماده به تقلید از آن‌ها، آنچه را که در آن‌ها می‌یابد تولید می‌کند، چنان که مجسمه‌ساز روی مدلش نظر می‌اندازد و مرمر را از روی آن می‌تراشد.<sup>۱</sup>

جریان فرمالیست در حقوق قراردادهای ایران تمایل به تبعیت افراد جامعه از صورت‌های مثالی یا فرم‌های از پیش تعیین شده‌ی قراردادهای دارد. گویی همچون نظریه مُثُل افلاطون صورت‌هایی ناب از قراردادهای از پیش ساخته شده و افراد جامعه مکلف‌اند. در همین قالب‌های پیش ساخته عمل نمایند و دورشدن از آن‌ها حرکت به سمت فساد تلقی می‌شود و خواست افراد در محدوده‌ی انعقاد یا عدم انعقاد یکی از این فرم‌های معین خلاصه می‌شود. البته بعضی از این فرم‌ها همچون عقد صلح دامنه‌ی گسترده‌ای دارد؛ به حدی که قابلیت برآورده کردن خواسته‌های متعدد و گوناگون را دارد. ماده‌ی ۷۵۴ ق.م. می‌گوید: «هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیرمشموع باشد.» چنان که می‌بینیم دامنه‌ی این عقد آن قدر وسیع است که کمتر خواسته‌ای است که از طریق آن برآورده نشود. مع‌ذالک باید در نظر داشت که این وصف از صورت‌گرایی این صیغه معین که سیدالعقود هم خوانده شده، نمی‌کاهد. زیرا اصالت دادن به فرم این عقد نتایج تأسفبار ناعادلانه را که منطقی‌اً از آن صادر می‌شود، در نظرها طبیعی جلوه می‌دهد.

به عنوان مثال، طبق ماده‌ی ۷۵۸ ق.م. صلح در مقام معاملات هرچند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است، می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه‌ی آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض نتیجه‌ی آن همان نتیجه‌ی بیع خواهد بود بدون این که شرایط و احکام خاصه‌ی بیع در آن مجری شود. چنان که می‌بینیم نقش فرم‌ها، اصل قرار می‌گیرند و عمل حقوقی خاص در قالب فرم‌های متفاوت نتایج متفاوتی را

۱. کرسون، آندره، *فلاسفه بزرگ؛ ارسطو، ترجمه‌ی؛ عبادی، کاظم، ج. اول، مؤسسه مطبوعاتی علی‌اکبر علمی، صص. ۱۴ - ۱۳.*

حاصل می‌کند. بدین معنی که می‌توان از طریق فرم معین عقد صلح نتیجه‌ی معامله‌ای خاص مثل بیع را به دست آورد، همزمان از احکام آن فرار کرد.

نمونه‌ی بارز دیگر از فرمالیسم را در ماده‌ی ۷۵۹ ق.م. می‌بینیم که باید آن را بیداد فرمالیسم نامید. بدین توضیح که با استناد به حکم این ماده می‌توان با توسل به عقد صلح، حق شفعه‌ی شریک مشاع را از بین برد. این ماده پرچم فرمالیسم را به اهتزاز در می‌آورد و چنین می‌گوید: حق شفعه در صلح نیست هرچند در مقام بیع باشد.

لاجرم این سؤال مطرح می‌شود که اگر حق شفعه موضوع ماده‌ی ۸۰۸ ق.م. از حقوق مسلم شریک مشاع است، چرا باید به میل شریک دیگر از طریق تغییر فرم معامله و تمسک به عقد صلح طبق ماده‌ی ۷۵۹ ق.م. از بین برود؟ اگر مورد بالا را به دقت مورد بررسی قرار دهیم، می‌بینیم که فرم‌های قرارداد اصل قرار می‌گیرند و حق از آن‌ها ناشی می‌شود، چنان که بیع، حق شفعه ایجاد می‌کند و صلح نمی‌کند. حال آن که انتقال سهم مشاع اعم از این که از طریق بیع صورت پذیرد و یا از طریق صلح، در هر دو صورت، امری است ذهنی و مربوط به ذهن افرادی غیر از دارنده‌ی حق و علی‌الاصول غیرمنطقی و ناعادلانه است که در ایجاد یا عدم ایجاد حق شفعه مؤثر باشد. با این حال می‌بینیم دیدگاه صورت‌گرا در این خصوص هیچ‌گاه در دوران حکومت طولانی قانون مدنی تردیدی به خود راه نداده است و صدای اعتراضی شنیده نمی‌شود.

فرمالیست به ماهیت امری که باید مورد بررسی قرار گیرد کمتر توجه دارد و بیشتر در مورد شکل آن و ادله و مستندات آنی که در اثبات فرم به کار می‌رود، تحقیق و بررسی می‌نماید. نمونه دیگر در ایجاد حق شفعه، شرط قابل تقسیم بودن ملک مشاع است. بدیهی است که در فروش مال مشاع قابل تقسیم ضرری متوجه شرکا نیست و هر زمان هریک از شرکا مشاع می‌توانند با تقسیم ملک به شراکت خود خاتمه بدهند و شریک می‌تواند قبل از فروش ملک ابتدا اقدام به تقسیم آن نموده سپس آن را بفروشد. در این صورت، انتقال به صورت مفروز بوده و شریک سابق نمی‌تواند نقشی در آن به عهده داشته باشد. دلایل

مشهور فقهای امامیه که شرط قابل تقسیم بودن را برای ایجاد حق شفعه مستقر می‌دانند از زبان مرحوم دکتر سید حسن امامی چنین است؛ مشهور فقهای امامیه قابل تقسیم بودن ملک مشاع را شرط پیدایش حق شفعه می‌دانند. دلیل اینان آن است که حق شفعه بر خلاف قاعده‌ی سلطنت مالکانه است و فقط در مورد یقین و آن مال غیرمنقول قابل تقسیم است، اجرا می‌شود و موردی که در وجود حق شفعه تردید شود، اصل عدم جاری می‌گردد و اخبار مربوطه گواه بر این امر می‌باشد.<sup>۱</sup>

تمرکز و توجه صاحبان نظریه‌ی بالا به اخبار و مستندات شکلی موجود در خصوص موضوع است نه تجزیه و تحلیل علمی اصل موضوع و این شیوه همان شیوه‌ای است که فرمالیسم یا صورت‌گرایی نام می‌گیرد. با اندکی بررسی معلوم می‌شود که چنان‌که نهاد حق شفعه به عکس وضع موجود در ماده‌ی ۸۰۸ ق.م. در خصوص مال غیرقابل تقسیم که شریک مشاع پس از انتقال حصه‌ی شریک دیگر مجبور است معیت و همراهی با خریدار را تحمل کند و امکان تقسیم و افزاز شرکت را ندارد، استقرار پیدا می‌کرد می‌توانستیم با افتخار از آن به‌عنوان یک نهاد بسیار مفید و عادلانه نام ببریم. زیرا در صورت عدم امکان همزیستی سالم بین دو شریک در مال غیرمنقول، تالی فاسدهای فراوانی بر آن نازل می‌شود که اخذ به شفعه در این صورت در زمان فروش می‌توانست چاره‌ی کار باشد. بعضی از فقها همچون سید مرتضی بر استقرار حق شفعه در مال قابل تقسیم اشکال وارد کرده و بر وجود ضرر مشارکت در مال غیرمنقول غیرقابل تقسیم تأکید نموده‌اند.<sup>۲</sup>

برای نشان دادن دیدگاه فرمالیسم در قانون مدنی به آسانی می‌توان موارد فراوانی نشان داد. ماده‌ی ۶۷۹ ق.م. می‌گوید: "موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر این‌که وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد." سؤال مطرح می‌شود که چرا باید طرفین عقد وکالت برای از بین بردن حق عزل وکیل توسط موکل از قالب عقد دیگری استفاده نمایند؟ آیا چیزی غیر از اصالت دادن به فرم‌ها و قالب‌ها است؟ نگارنده دلیل دیگری نمی‌بیند. در

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج. ۳، انتشارات اسلامی، ص. ۱۲.

۲. همان.

همین مورد آقای دکتر ناصر کاتوزیان چنین اعلام نظر می‌فرمایند؛ در ماده‌ی ۶۷۹ فرض شده است که این اسقاط ضمن عقد لازم انجام می‌شود ولی با وسعتی که ماده‌ی ۱۰ ق.م. برای آزادی قراردادهای به وجود آورده است، دیگر برای نفوذ خواسته‌ی طرفین نیازی به این تکلف وجود ندارد. اراده‌ی حاکم، به خودی خود و قطع نظر از قالب آن ایجاد الزام می‌کند و دو طرف عقد می‌توانند به‌طور مستقل نیز درباره‌ی اسقاط حق تصمیم بگیرند (مفهوم ماده‌ی ۹۵۹ ق.م.). برای مثال، موکل می‌تواند بدون نیاز به هیچ تشریفات، به نماینده خود وکالت بدون حق عزل بدهد.<sup>۱</sup>

نویسندگان کتاب حقوق قراردادهای در فقه امامیه می‌گویند؛ به نظر می‌رسد که انعقاد عقد جایز از ابتدا به صورت لازم امکان‌پذیر نیست. چرا که جواز این‌گونه عقود، جواز حکمی است نه حقی. ولی می‌توان در ضمن عقد شرط کرد که طرف، عقد را فسخ نکند. بدین معنا که چون عقد از سوی شارع، جایز اعلام شده، برای هریک از دو طرف، امکان فسخ به وجود می‌آید ولی می‌توان از این امکان استفاده نکرد و در ضمن عقد بدان ملتزم گردید.<sup>۲</sup>

دیدگاه اخیر درخصوص عقد وکالت گرایش به سمت فرمالیسم دارد. دیدگاه فوق اگرچه غالب است اما منحصر به فرد نیست. در فقه هر دو دیدگاه فرمالیسم و واقع‌گرا وجود دارد. مثلاً برخی از فقها معتقدند اصل در عقود فساد است و مطابق این اصل هیچ عقدی از نظر شرعی معتبر نیست مگر آن که شارع به آن اثر قانونی بخشیده باشد، خواه نام آن را صریحاً بیاورد خواه به صورت عمومات نافذ بودن آن را امضا کند.<sup>۳</sup>

در مقابل از عبارات برخی فقیهان برمی‌آید که در باب معاملات، امضای شارع نیز لازم نیست و عدم منع کفایت می‌کند. به عبارت دیگر، همین که منع صریح از سوی شارع نرسیده باشد به معنای امضای عقد است. دیدگاه اخیر عیناً همان دیدگاه واقع‌گرا در حقوق قراردادهای است که ماده‌ی ۱۰ ق.م. آن را بیان می‌نماید.

۱. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. اول، شرکت سهامی انتشار، ص. ۴۱.

۲. قنواتی، جلیل و دیگران، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، انتشارات سمت، صص. ۱۱۸ - ۱۱۹.

۳. همان، صص. ۱۲۸ - ۱۲۷.

در عقد رهن می‌بینیم راهن کما فی السابق مالک عین مرهونه است. لذا به تبع این حق منافع مورد رهن از آن او است. لذا مالک برای استفاده از مال خود باید آن را در تصرف داشته باشد. زیرا بهره‌برداری از منافع بدون تصرف دشوار و گاه غیرممکن است. با وجود این اشکال، اعلام این که قبض، شرط صحت رهن است ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست، در ماده‌ی ۷۷۲ ق.م. حکمی شکلی و فرمالیستی است که طرفین عقد رهن را به انجام اعمال بیهوده وادار می‌نماید که برخی چنین بیان می‌کنند؛ چه لزومی دارد که مالک بیهوده از انتفاع و تصرف در مال خود محروم بماند، یا آن را به مرتهن بدهد و باز پس بگیرد؟ این بیهودگی را عرف نیز به‌خوبی دریافته است. به همین جهت نیز مرسوم شده است که مرتهن به قبض اقرار کند و اعلام دارد که ملک را به رضای خود به راهن باز می‌گرداند.<sup>۱</sup>

چنین اقراری در کلیه‌ی اسناد رهنی تنظیمی توسط نگارنده دیده می‌شود. در جوامع متحول و پیچیده کنونی، فرمالیسم جایگاه اولیه‌ی خود را از دست داده است ولی مواردی همچون ماده‌ی ۷۷۲ که قبض را شرط صحت عقد اعلام نموده و صرفاً جنبه‌ی شکلی دارد، در قانون مدنی کم نیستند. هر قدر در تاریخ حقوق به عقب برگردیم آثار فرمالیسم را بیشتر مشاهده می‌کنیم.

## بخش دوم - حاکمیت اراده در حقوق قراردادهای

### گفتار اول - اراده از نظر روان‌شناسی

فرهنگ علوم رفتاری volition خواست یا اراده را چنین تعریف کرده است:

۱ - فرآیند تصمیم‌گیری در یک امر بدون فشار خارجی. ۲ - فعالیت ارادی.<sup>۲</sup> فرهنگ توصیفی علوم تربیتی اراده یا volition را این‌گونه توصیف می‌کند؛ به‌طور کلی انتخاب عمدی و آگاهانه‌ی یک عمل یا انتخاب عملی خاص از بین چند عمل قابل‌گزینش.<sup>۳</sup>

۱. کاتوزیان، عقود معین ۴، شرکت سهامی انتشار، ص. ۵۰۸.

۲. شعاری‌نژاد، علی‌اکبر، فرهنگ علوم رفتاری، انتشارات امیرکبیر، ص. ۴۳۶.

۳. فرمهبینی فراهانی، محسن، فرهنگ توصیفی علوم تربیتی، انتشارات شباهنگ، ج. اول، ص. ۶۳۰.

اصطلاح دیگری که مبین مفهوم اراده است will می‌باشد. فرهنگ توصیفی علوم تربیتی در مقابل اراده will چنین می‌نویسد:

۱ - اراده استعداد ذهنی است که فرد را به انتخاب آگاهانه قادر می‌سازد. انتخاب از میان چند چیز، دست زدن به اقدام مثبت یا اقدام بازدارنده همگی قدرت‌هایی هستند که به‌طور سنتی به اراده مربوط دانسته می‌شود. استعداد فعالیت ارادی یا توانایی درونی و شخصی برای تعیین آزادانه‌ی عمل یا گزینه.

۲ - کل خود (self) فعال یا تمامیت شخص.

۳ - اراده در نظر فلاسفه دارای چندین معنی است؛

الف - اراده عبارت از اشتیاق انسان است به انجام کار به‌نحوی که کار بر او عرضه شود.

ب - اراده نیرویی است که مبدأ شوق است و بعد از فعل قرار دارد.

ج - اراده عبارت است از اندیشه‌ی سود یا گمان بردن درباره‌ی سود. گویند اراده به این معنی میلی است که در پی سود و فایده است.

د - اراده صفتی است که برای موجود زنده حالتی را ایجاد می‌کند که تحت تأثیر آن فعلی از میان افعال برگزیده و اجرا می‌گردد.<sup>۱</sup>

تحلیل روانی رفتار انسان از دید مکاتب مختلف روان‌شناسی به‌گونه‌ای متفاوت ارائه شده است. ساخت‌گرایانی همچون ویلهلم وونت آلمانی برای شناسایی عناصر تشکیل‌دهنده‌ی آگاهی از روش درون‌نگری استفاده می‌کردند. مکتب کنش‌گرایان سعی می‌کنند عملکردهای هشیاری را مورد مطالعه قرار دهند نه عناصر تشکیل‌دهنده‌ی آن را. بزرگانی همچون ادوارد تیچنر و ویلیام جیمز و جان دیوئی از رهبران این مکتب می‌باشند. روان‌شناسی گشتالت به سمت کل‌گرایی حرکت می‌کند. از دیدگاه مکتب گشتالت، روان یا ذهن انسان قابل تجزیه نیست. ذهن انسان باید به صورت یک کل در نظر گرفته شود. زیرا کل، همیشه چیزی اضافه بر اجزای تشکیل‌دهنده‌ی خود دارد. تغییر در یک قسمت از کل می‌تواند روند واقعیت را به‌طور کل تغییر دهد. گشتالت‌گرایان نیز مثل محققان قبلی، ادراک

۱. همان، ص. ۶۳۴

و بافت آن و همچنین حل مسأله و مفهوم بینش را مورد مطالعه قرار می‌دهند. این مکتب توسط کهلر، کافکا و ورتهاایمر آلمانی پی‌ریزی شده است.<sup>۱</sup>

روان‌شناسان گشتالت معتقدند؛ «تجارب ما تابع شکل‌بندی محرک‌ها و سازمان تجربه است. آنچه ما می‌بینیم وابسته به زمینه یا جنبه‌های دیگر یک کل است.»<sup>۲</sup>

نکته‌ای که این مکتب روشن می‌کند عدم قابلیت تجزیه ذهن است و ما از این نکته در گفتار دوم یعنی بحث اراده از نظر حقوقی استفاده خواهیم کرد. فروید، پدر مکتب روان‌کاوی است. او و پیروانش تلاش کرده‌اند تا رشد انسان را براساس رویدادهایی که در دوران کودکی برای او اتفاق افتاده است، تحلیل کنند. طبق این مکتب، انسان به طور تصادفی و ارادی عمل نمی‌کند بلکه براساس انگیزش‌های درونی، آرزوهای سرکوب‌شده یا ناآگاه عمل می‌کند. بنابراین هر رفتاری که از انسان سر می‌زند، جبری است.<sup>۳</sup>

تأثیر آرزوهای سرکوب‌شده در انسان قابل انکار نیست اما مبرهن است که این تأثیر به حدی نیست که اراده را از انسان سلب نماید و بزرگنمایی تأثیر آرزوهای سرکوب‌شده در انسان از ارزش علمی نظریه می‌کاهد. ارزش روان‌کاوی برای شناخت تأثیر حوادث گذشته بر روح انسان بر کسی پوشیده نیست. منتها تمرکز بر دستاوردهای این حوزه از مطالعه با نفی قدرت و قابلیت ارزیابی و شناخت و تصمیم‌گیری در انسان ملازمه ندارد.

کارل راجرز و آبراهام مزلو پیشروان مکتب انسان‌گرایی هستند که در جهت مخالف مکتب روان‌کاوی حرکت می‌کنند. براساس این مکتب، انسان می‌تواند بر سرنوشت خود اثر بگذارد یا حتی آن را کنترل کند. چون انسان آزاد است پس می‌تواند زندگی خوشبختی و بدبختی خود را به‌طور آزاد و با اراده‌ی خود تعیین کند. طبق دیدگاه انسان‌گرایی، عمده‌ترین عاملی که فرد را به حرکت وامی‌دارد نگرشی است که او به خود و دنیای اطراف خود دارد. انسان‌گرایان هر نوع جبرگرایی را به صورت‌هایی روانی، زیستی، اجتماعی و اقتصادی آن رد

۱. گنجی، حمزه، روان‌شناسی عمومی، نشر ساوالان، صص. ۱۹ - ۱۸.

۲. ریتال انکینسون، ریچاردس انکینسون و ارنست هیلگارد، زمینه روان‌شناسی، ترجمه؛ برهانی، محمدتقی و ...، ج. ۲، انتشارات رشد، ص. ۴۳۲.

۳. گنجی، همان، ص. ۱۹.

می‌کنند.<sup>۱</sup>

جنبش رفتارگرایی توسط جان برادوس واتسون آغاز شد. «واتسون انقلاب خود را با انتشار مقاله‌ای در مجله‌ی بازنگری روان‌شناختی اعلام داشت.»<sup>۲</sup>

رفتارگرایان می‌خواهند ذهنیت را از مشاهده‌ی علمی رفتار حذف کنند. آن‌ها تغییرات محیط و پاسخ ارگانیسم را در نظر می‌گیرند. پاولف واتسون و اسکینر رفتار را پاسخ به یک محرک در نظر می‌گیرند. از نظر آنان روان‌شناسی امروزی یعنی مطالعه عینی رفتار.<sup>۳</sup>

مکتب شناخت‌گرایی که در سال‌های ۱۹۷۰ به وجود آمده انسان را یک تحلیل‌گر شناخت در نظر می‌گیرد. فرق عمده شناخت‌گرایی با رفتارگرایی این است که شناخت‌گرایی روی فرآیندهای شناختی انگشت می‌گذارد و آن‌ها را زیربنای رفتار می‌داند، در صورتی که رفتارگرایی روی اثر محرک‌های محیط بر رفتار تأکید دارد. بنابراین می‌توان گفت که رفتار هر فرد به برداشت او از محیط و حتی از خود وابسته است.<sup>۴</sup>

پیاژه، مبدع این مکتب می‌گوید؛ رشد آدمی از ابتدای تولد تا بزرگسالی دو جریان موازی است که بر یکدیگر تأثیر متقابل دارد. ۱ - یکی از خود به درآمدن (decentralizing) و ۲ - دیگری سازگاری با واقعیت (reality adaptation) و جستجوی تعادل. نوزاد دارای ویژگی عمیق خودمركزبینانه است و در ابتدا نمی‌تواند از خود به در آید اما به تدریج یاد می‌گیرد از محدوده‌ی خویش فراتر رود و واقعیت‌ها را در سطح وسیع‌تری بفهمد.<sup>۵</sup> این روند شناخت در طول حیات افراد تداوم می‌یابد.

در این‌جا اشاره به نظریه ناهماهنگی شناختی که توسط لئون فستینجر مطرح شده برای استنتاجات بعدی ما ضروری است. آقای الیوت ارونسون می‌نویسد؛ ناهماهنگی

۱. همان، ص. ۲۰.

۲. دوان پی شولتز و سیدنی الن شولتز، تاریخ روان‌شناسی نوین، ج. ۲، ترجمه؛ سیف، علی‌اکبر و دیگران، انتشارات رشد، ص. ۱۶.

۳. گنجی، همان.

۴. همان، صص. ۲۱ - ۲۰.

۵. سیف، سوسن، کدیور، پروین، کرمی نوری، رضا، لطف‌آبادی، حسین، روان‌شناسی رشد، انتشارات سمت، صص. ۸۰ - ۷۹.



شناختی اساساً حالتی از تنش است که از داشتن دو شناخت (پندارها، نگرش‌ها، باورها، عقاید) همزمان که از نظر روان‌شناختی نامتجانس هستند، حاصل می‌شود. دو شناخت در صورتی با هم ناهماهنگ‌اند که هنگامی که تنها این دو شناخت مورد نظر باشند نقیض یکی از دیگری نتیجه شود. کاهش ناهماهنگی شناختی با تغییر یک یا هر دو شناخت به نحوی که آن‌ها را بیشتر با هم سازگار گرداند یا با افزودن شناخت‌هایی جدید برای پرکردن فاصله بین شناخت‌های اولیه انجام می‌گیرد.<sup>۱</sup>

اتخاذ یک تصمیم، ایجاد ناهماهنگی می‌کند. شناخت‌های مربوط به جنبه‌های منفی شیء، مرجح با انتخاب آن ناهماهنگ و شناخت‌های مربوط به جنبه‌های مثبت شیء، برگزیده نشده با عدم انتخاب آن ناهماهنگ‌اند. برای کاهش ناهماهنگی مردم به‌طور ذهنی فاصله‌ی این راه‌حل‌ها را افزایش می‌دهند. یعنی این‌که پس از اخذ تصمیم، ویژگی‌های مثبت وسیله‌ای را که انتخاب کرده‌اند مورد تأیید قرار می‌دهند. در حالی که به خصوصیات منفی آن بی‌اعتنایی می‌کنند.<sup>۲</sup>

بنابر آنچه بیان شد وقتی تصمیمی اتخاذ می‌شود قبلاً مرحله تضاد و ناهماهنگی پشت سر گذاشته شده یا به عبارت دیگر، سنجش و بررسی و ارزیابی اطلاعات به پایان رسیده و مرحله آرامش و اطمینان به درستی تصمیم آغاز می‌شود و در این مرحله حتی خصوصیات منفی تصمیم اتخاذ شده عموماً مورد بی‌اعتنایی واقع می‌شود. پس با توجه به این‌که تصمیم متعاقب شناخت از واقعیت یا حداقل گمان شناخت از واقعیت صورت می‌پذیرد، پس چگونه می‌توان در تصمیماتی که بدون فشار خارجی صورت می‌پذیرد مدعی شد که بعضی از تصمیمات اتخاذ شده فاقد عنصر رضایت است؟ بنابراین تصمیماتی که از طرف افراد دارای اهلیت اتخاذ می‌شود متضمن رضایت یا ترجیح و تمایل به انشای تصمیم بر حالت عدم انشای و ترک آن می‌باشد. به عبارت دیگر، تصمیم صدی است که رضایت به عنوان نود پیش روی آن است. وضعیت استثنایی حالتی است که اطلاعات غیرواقعی یا مبتنی بر

۱. ارونسون، الیوت، مترجم؛ شکرکن، حسین، *روان‌شناسی اجتماعی*، انتشارات رشد، ص. ۱۰۵.

۲. همان، ص. ۱۱۵.

اشتباه، ایجاد ترجیح یا رضایت کاذب نموده باشد که بحث از آن جایگاه ویژه‌ی خود را دارد.

#### گفتار دوم - اراده از نظر حقوقی

ترمینولوژی حقوق در مقابل واژه‌ی اراده چنین نوشته است:

الف - حرکت نفس به طرف کاری معین پس از تصور و تصدیق منفعت آن.  
 ب - در اصطلاحات حقوق جدید کشور ترجمه‌ی *volonte* در حقوق فرانسه است و در این صورت اراده بر مجموع قصد و رضا (در حالت وحدت و ترکیب) اطلاق می‌شود.  
 همین فرهنگ‌نامه‌ی حقوقی در مقابل قصد چنین می‌نویسد: (مدنی - فقه)  
 الف - مصمم شدن به انجام یک عمل حقوقی از قبیل اقرار، بیع و غیره؛ خواه تصمیم‌گیرنده رضایت به اقدام خود داشته باشد خواه رضایت نداشته باشد. مانند شخصی که از روی اکراه اقدام به اقرار یا اقدام به بیع می‌کند.

ب - در خصوص قصد انشاء یعنی قصدی که یک موجود اعتباری را به وجود می‌آورد. بنابراین قصد اقرارکننده (ماده‌ی ۱۲۶۴ ق.م.) قصد انشا نیست بلکه قصد اخبار است. قصد انشا عنصر عمومی همه عقود و ایقاعات است. (ماده‌ی ۱۹۱ ق.م.)

ترمینولوژی حقوق در مقابل رضا چنین می‌نویسد: (مدنی - فقه) در لغت به معنی موافقت و اختیار است و در اصطلاح در معانی ذیل به کار رفته است؛

الف - میل قلب به طرف یک عمل حقوقی که سابقاً انجام شده یا الان انجام می‌شود یا بعداً واقع خواهد شد. رضا هم به زمان گذشته هم به زمان حال و هم به زمان آینده تعلق می‌گیرد. برخلاف قصد انشا که فقط به زمان حاضر تعلق می‌گیرد. به همین جهت ماهیت قصد انشا با ماهیت رضا فرق حقیقی دارد و ماده‌ی ۱۹۰ ق.م. هم این فرق را مورد قبول قرار داده است (ر.ک. قصد انشا) انتقاد - قصد انشا عبارت است از اعلام رضا به منظور ترتیب اثر دادن به آن از تاریخ اعلام (ر.ک. انشا) و این حقیقت یک قسم از رضا است که فقط تعلق به زمان حاضر پیدا می‌کند و از حیث ذات با رضا فرق ندارد. فقط از حیث عوارض و خصوصیات قسمی از رضا را تشکیل می‌دهد. ابداع قصد انشا که ذاتاً مغایر با رضا باشد چیزی است که تقریباً از دو قرن پیش در فقه آغاز شده است و دلیلی بر آن نیست.

ب - رضا در ماده‌ی ۱۹۹ قانون مدنی که از حقوق فرانسسه گرفته شده است به معنی بالا (که از فقه گرفته شده است) نیست بلکه رضا در ماده‌ی ۱۹۹ عبارت است از قصد انشا و رضای به معنی فقهی در حالت ترکیبی و بدون تمایز این دو از یکدیگر به همین جهت فرض رضای حاصل از اکراه در ماده‌ی ۱۹۹ شده است و حال این که در فقه رضا با اکراه مانعةالجمع‌اند و هیچ‌وقت رضا ناشی از اکراه نمی‌شود (ماده‌ی ۱۰۷۰ ق.م.ا).<sup>۱</sup>

برخی نویسندگان حقوقی می‌نویسند؛ دانشمندان علم حقوق و برخی دانش‌های دیگر مراحل چهارگانه‌ای را برای تحقق عمل ارادی شمارش می‌کنند؛ ۱ - مرحله تصور. ۲ - مرحله‌ی سنجش یا تصدیق. ۳ - مرحله تصمیم و رضا. ۴ - مرحله‌ی اجرای تصمیم. با تحلیل مراحل چهارگانه فعالیت روانی، تمایز بین رضا و قصد نیز آشکار می‌شود. رضایت در اعمال حقوقی همان میل و شوقی است که در مرحله‌ی تصمیم و پس از مرحله‌ی سنجش و ارزیابی و قبل از مرحله‌ی قصد و اجرای عملی تصمیم حاصل می‌شود ولی قصد انشا یا قصد ایجاد و اثر حقوقی آخرین مرحله از مراحل چهارگانه است و بعد از مرحله‌ی رضا و تصمیم ایجاد می‌شود.<sup>۲</sup>

صرف‌نظر از این که انتساب تقسیم‌بندی مراحل اراده به «دانشمندان علم حقوق» و «دانش‌های دیگر» بدون ذکر نام آن‌ها یا منبع مورد استناد آن‌ها تردیدهایی در اساس تقسیم‌بندی ارائه شده ایجاد می‌نماید به فرض این که چنین تقسیم‌بندی صحیح باشد با این مسأله روبه‌رو می‌شویم که با توجه به این که رضایت در مرحله‌ی سوم قرار داشته و قصد انشا یا قصد ایجاد اثر حقوقی در مرحله‌ی چهارم، چگونه ممکن است بدون تحقق رضایت یعنی تحقق مرحله سوم، مرحله‌ی چهارم ایجاد شود؟ به عبارت دیگر، با تحقق قصد انشا علی‌القاعده باید تحقق رضایت مسلم باشد ولی با فقدان رضایت تحقق قصد انشا چگونه امکان‌پذیر است؟

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، کتابخانه گنج‌دانش، صص. ۳۳۶ - ۳۳۵.

۲. قنوتی، همان، صص. ۲۲۸ - ۲۲۷.

مرحوم دکتر شهیدی نیز چهار مرحله فوق را با اندکی تفاوت بدین شرح ذکر می‌کند:

۱ - مرحله‌ی خطور و تصور. ۲ - مرحله‌ی سنجش. ۳ - مرحله‌ی رضا و تصمیم. ۴ - مرحله‌ی اجرای تصمیم و سپس می‌نویسد؛ با در نظر گرفتن تحلیل بالا معلوم می‌شود که رضا در عمل حقوقی عبارت است از میل به انجام عمل و در مرحله‌ی تصمیم پس از سنجش حاصل می‌شود. در صورتی که قصد انشا یا اراده انشا، عنصر سازنده‌ی عقد است که در مرحله‌ی بعدی یعنی مرحله‌ی اجرای تصمیم محقق می‌گردد.<sup>۱</sup>

سؤالی که در مورد تقسیم‌بندی مراحل اراده در کتاب حقوق قراردادها در فقه امامیه مطرح شد در مورد مراحل تشکیل اراده که به نقل از مرحوم دکتر شهیدی بیان شد نیز مصداق پیدا می‌کند: چگونه ممکن است بدون تحقق مرحله رضایت (مرحله سوم) مرحله‌ی چهارم یعنی قصد انشا یا اراده‌ی انشا شکل بگیرد؟

نویسندگان کتاب حقوق قراردادها در فقه امامیه برای پاسخ به اشکال، رضا را به دو نوع تقسیم می‌کنند:

۱ - رضایت و میل طبعی و خودجوش.

۲ - رضایت و میل عقلی.

و می‌نویسند؛ عمل حقوقی ناشی از اکراه نیز تمام مراحل مزبور را طی کرده با قصد انشای مکره به وجود می‌آید و مرحله‌ی رضا که مرحله‌ی سوم است، محقق می‌شود. البته رضا و شوق در معامله اکراهی، رضا و شوق عقلانی است و رضای خودجوش و طبعی در آن وجود ندارد. اصولاً این نویسندگان معتقدند تلازم بین قصد انشا و رضا که از آن به رضای عقلی تعبیر می‌شود، وجود دارد اما بین قصد انشا و رضای طبعی یا طیب نفس ملازمه وجود ندارد و با توجه به آیه «الآن تکون تجارة عن تراخ» معتقدند شارع و مقنن، رضای ناشی از طیب نفس و رضای طبعی را برای تأثیر انشا، شرط کرده است.<sup>۲</sup>

دیدگاهی که در خصوص رضا بیان شد با فرض پذیرش صحت تقسیم‌بندی رضا به

۱. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ص. ۱۳۰.

۲. قنواتی، همان، ص. ۲۳۲.

رضای عقلی و رضای طبیعی، قابل نقد است. یک روی سکه را نباید دید و سکه روی دیگری هم دارد. می‌توانیم عملی را در نظر بگیریم که رضای طبیعی کاملی برای تحقق آن در فرد ایجاد اشتیاق کامل به انجام آن عمل وجود دارد ولی این اشتیاق در نتیجه‌ی عملیاتی که موجب فریب شده پدید آمده است. آیا رضای طبیعی که در نتیجه‌ی تدلیس ایجاد می‌شود موجب تأثیر انشا است؟ تدلیس در حقوق انگلیس تحت عنوان misrepresentation رضایت را مخدوش می‌کند. تدلیس بیان نادرستی از واقعیات است که طرف دیگر را به انعقاد قرارداد ترغیب می‌کند و در نتیجه وی متضرر می‌گردد.<sup>۱</sup>

ماده‌ی ۴۳۸ ق.م. تدلیس را چنین تعریف می‌کند؛ «تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود». در نتیجه‌ی تدلیس برای شخص رغبت و رضای طبیعی ایجاد می‌شود اما رضای عقلی وجود ندارد. ماده‌ی ۴۳۹ ق.م. چنین مقرر می‌دارد؛ «اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و همچنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری». بنابراین رضای طبیعی در مورد قراردادهای توأم با تدلیس معتبر نیست و موجب ایجاد حق فسخ است. اینک بحث را روی اساس تقسیم‌بندی رضا به رضای طبیعی و رضای عقلی متمرکز می‌کنیم. تقسیم‌بندی به‌گونه‌ای انجام شده که گویی امتداد و گسترش دامنه‌ی بحث صحنه‌ی جنگ عقل و دل بین فلاسفه و عرفا را ترسیم می‌کند. حقیقت این است که در طبع انسان تمایلات گوناگونی شکل می‌گیرد که قسمتی از آن طبیعی و ناشی از تمایلات یا نیازهای فیزیولوژیک است و قسمتی هم مربوط به اهداف سازمان یافته و نیازهای فرافیزیولوژیک انسان می‌باشد. مراحل رشد انسان‌ها متفاوت است. بعضی تمام تلاش خود را در جهت برآورده کردن نیازهای فیزیولوژیک مصرف می‌کنند و برخی دیگر در پی تأمین نیازهای بالاتر هم هستند. برآورده شدن هرکدام از این نیازها رضایت انسان را به دنبال می‌آورد. هر فردی ممکن است برای تأمین یکی از این نیازها اقدام به انعقاد قرارداد نماید. مثلاً احتمال دارد یک فرد اقدام به خرید مقداری خاویار برای مصرف غذایی

1. GCSE LAW: Misrepresentation is a false statement of fact. Which induces the other party to enter into a contract and who as a result suffers damage.

خود بنماید. همین فرد ممکن است یک تابلوی گران‌قیمت یا یک کتاب فلسفه نیز خریداری کند. تمایلاتی که شخص را ترغیب به خرید هر یک از این دو کالا می‌کند، متفاوت است و رسیدن به هریک از این دو کالا ارضای خاطر مخصوص به خود را به وی اعطا می‌کند. تماشای تابلوی نقاشی یا مطالعه کتاب فلسفه نیاز عقلی وی را تأمین می‌کند و خوردن خاویار نیاز طبعی او را برطرف می‌سازد.

انعقاد قرارداد خرید و پرداخت مابه‌ازای هر یک از این دو کالا بعد از بررسی و سنجش بین میزان مابه‌ازای پرداختی و ارضای خاطر ناشی از به دست آوردن کالای موردنظر صورت می‌گیرد. مادامی که سنجش و ارزیابی به پایان نرسیده باشد، شک و دودلی وجود دارد و انتخاب قرارداد به معنای پایان بخشیدن به شک و دودلی و ترجیح تمایل به داشتن کالای موردنظر بر داشتن همان میزان مابه‌ازایی است که پرداخت می‌شود و در فرد ایجاد تعارض کرده است. رضایت ایجادشده در نتیجه قرارداد خرید کتاب فلسفه یا تابلوی نقاشی قابل تقسیم به عقلی و طبعی نیست. یا این که حتی ابعاد دوگانه عقلی و طبعی ندارد. حتی اگر با بررسی‌های دقیق‌تر خریدار از خرید خود احساس پشیمانی کند این احساس بعد از کنکاشی عقلی و انتقادی نسبت به نحوه‌ی ارزیابی قبل از تحقق معامله به وجود می‌آید و در صورتی که از خرید خود احساس شادمانی عمیق نماید این احساس نیز پس از بررسی عقلی و نتیجه‌گیری موارد استفاده مفید شیء خریداری‌شده یا سود حاصله از آن می‌باشد. در مورد خاویار خریداری‌شده نیز وضعیت به همین صورت است. زیرا هرچند قرارداد خرید خاویار برای رفع نیاز فیزیولوژیک و طبعی در انسان است ولی ارزیابی بین ضرر از دست دادن مابه‌ازای آن و ارضای خاطر ناشی از به دست آوردن آن قضاوتی عقلانی است. در واقع، ترجیح انعقاد قرارداد بر ترک آن به معنای غلبه‌ی رضایت ناشی از به دست آوردن خاویار در قبال از دست دادن مابه‌ازای آن است و ایجاد هماهنگی بین دو کفه قرارداد برای افراد دارای اهلیت کاری فکری و عقلی محسوب می‌شود.

تناول خاویار پس از خرید، رضایت طبعی به دنبال می‌آورد و ممکن است چنین

نتیجه‌ای نیز نداشته باشد. در هر صورت رضایت و عدم رضایت پس از تحقق قرارداد را نمی‌توان ملاک اعتبار قرارداد دانست.

تسری دادن مفهوم میل طبیعی و میل عقلی به رضایت قراردادی که امری جداگانه است و تقسیم رضایت قراردادی به رضایت عقلی و طبعی از نظر نگارنده موجه نیست. زیرا تعلق میل عقلی و طبعی نسبت به چیزی، قبل از انعقاد قرارداد و رضایت طبعی یا عقلی یا عدم آن بعد از انعقاد قرارداد، امری متفاوت با رضایت مورد بحث در قرارداد است. رضایت قراردادی در هنگام انعقاد قرارداد معتبر است و میل طبعی و عقلی قبل از انعقاد قرارداد. همچنین رضایت عقلی یا طبعی بعد از انعقاد قرارداد تأثیری در قرارداد ندارد. در این‌جا ممکن است ایراد شود که رضایت بعد از انعقاد قرارداد مبتنی بر اکراه طبق ماده‌ی ۲۰۹ ق.م. موجب نفوذ معامله است. به عبارت دیگر، به خلاف نتیجه‌گیری ارائه‌شده، رضایت در معامله اکراهی در قرارداد مقدم تأثیر می‌گذارد؛ پس چگونه می‌توان ادعا نمود که رضایت عقلی یا طبعی بعد از انعقاد قرارداد، تأثیری در قرارداد ندارد؟

در پاسخ به این سؤال باید گفت؛ اولاً - عدم تأثیر رضایت یا عدم رضایت بعد از انشای قرارداد مربوط به قراردادی است که آزادانه و با اختیار کامل منعقد شده است بدین معنا که اگر یکی از طرفین قرارداد بعد از تحقق آن احساس عدم رضایت نماید، چه عقلی و چه طبعی، این امر تأثیری در تعهدات ناشی از قرارداد منعقد ندارد.

به عبارت دیگر، با انشای قرارداد در حقیقت وجود رضایت مفروض دانسته می‌شود. زیرا ترجیح و انتخاب بدون رضایت غیرممکن است. فردی که آزادانه تصمیمی را اتخاذ می‌کند لزوماً رضایت هم دارد. همان‌گونه که در تحلیل روانی اراده دیدیم، امکان تفکیک اراده وجود ندارد. در شرایط آزاد، تعلق اراده به امری پس از سنجش میان سود و زیان صورت می‌گیرد ممکن است میل از دست ندادن مابه‌ازا یا هزینه پرداختی در ضدیت با تحقق قرارداد باشد ولی وقتی سنجش به پایان رسید و تصمیم‌گیری و انشای قرارداد واقع شد، دیگر شک و دودلی برطرف شده و از این به بعد، افراد درصدد توجیه رفتار خود و یا از بین

بردن ناهماهنگی‌ها می‌باشند.<sup>۱</sup>

بنابراین در این مرحله امکان تفکیک اراده به قصد و رضا وجود ندارد. هرچا اراده آزادانه اعلام شده و اشتباه اکراه و تدلیس در کار نباشد، به معنی این است که رضایت هم موجود و بلکه مفروض است. در این حالت تفکیک اراده به دو عنصر از نظر علم روان‌شناسی، مردود است. یعنی در شرایط آزادانه قصد در عرض رضایت قرار نمی‌گیرد بلکه رضا در طول قصد است و هرچا قصد هست رضا نیز مسلماً وجود دارد و ترجیح و انتخاب بدون رضا بی‌معنی است. به عبارت دیگر، رضا از عناصر تشکیل‌دهنده‌ی قصد است. «در حقوق فرانسه، اراده را تجزیه نمی‌کنند. پاره‌ای از فقیهان نیز قصد و رضا را از یک جنس و پیوسته همراه می‌دانند و گروه دیگر اعتقاد دارند که ممکن است در معامله‌ای قصد باشد و به دلیل عیب رضا نفوذ حقوقی نیابد.»<sup>۲</sup>

آقای دکتر شایگان می‌نویسد؛ به عقیده‌ی فقها و همچنین بر طبق قانون مدنی که در این خصوص عیناً از فقه پیروی نموده، اولاً - اراده دو جزء دارد: قصد و رضا. ثانیاً - قصد و رضا هر دو برای صحت عقد یا ایقاع لازم هستند. ثالثاً - قصد مراتبی ندارد و موجود یا معدوم است و حال آن‌که رضای موجود ممکن است صحیح یا معلول باشد. مثالی که فقها برای مجزی بودن قصد از رضا می‌آورند، در مورد اکراه است که به عقیده‌ی آن‌ها مکره قصد دارد. زیرا الفاظ لازمه‌ی عقد را ادا می‌کند یا مثلاً سند معامله را امضا می‌نماید ولی رضای او حاصل نیست و از این جهت عقد او غیرنافذ است.

به نظر آقای دکتر شایگان این تحلیل در حقوق ما لازم نبود. زیرا به نظر وی گفتن این‌که در مکره قصد وجود دارد چون الفاظ لازمه عقد را ادا می‌کند یا سند را امضا می‌نماید، صحیح نیست. زیرا الفاظی را که ادا می‌کند یا امضایی که می‌نماید به علت اکراه مبین قصد او نیست و لذا قصد در مکره وجود ندارد و لازم نیست بگوییم مکره قصد دارد و رضا ندارد و به این علت اراده‌ی عاقد را به قصد و رضا تحلیل کنیم و نهایتاً استاد چنین

۱. اورنسون، همان.

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص. ۲۱۸.



نتیجه‌گیری می‌نمایند؛ «بنابراین مقدمات در حقوق امروز ما به جای قصد و رضا فقط قصد یا رضا را می‌توان اختیار کرد یا قصد و رضا را مترادفاً استعمال نمود.»<sup>۱</sup>

بعضی از حقوق‌دانان جدید نیز تحت تأثیر عده‌ای از فقها معتقد به تفکیک قصد و رضا می‌باشند. به عنوان مثال، مرحوم دکتر شهیدی می‌فرماید؛ با ملاحظه تفاوت قصد و رضا در آثار و احکام به‌خصوص اختلاف عقد فاقد هر یک از آن دو به‌روشنی می‌توان دریافت که علاوه بر جدا بودن ماهیت قصد و رضا، هر یک از این دو در قانون، در حقیقت یک شرط (به معنی اعم) مستقل عقد (قصد شرط صحت و رضا شرط نفوذ آن) می‌باشد اگرچه هر دو آن‌ها در یک بند از ماده‌ی ۱۹۰ ق.م. آورده شده است.<sup>۲</sup>

در مورد بحث چنان‌که مشاهده شد مکاتب روان‌شناسی، اراده را تفکیک نمی‌نمایند. همچنین طبق استدلالات ارائه‌شده عقلاً امکان تفکیک اراده به قصد و رضا وجود ندارد. بنابراین چه توضیحی در این خصوص وجود دارد؟

#### بند اول - بررسی تطبیقی تفکیک قصد و رضا

چنان‌که گفته شد در حقوق فرانسه، اراده را تجزیه نمی‌کنند. همچنین در حقوق اسلام، پاره‌ای از فقیهان نیز قصد و رضا را از یک جنس و پیوسته همراه می‌دانند.<sup>۳</sup> قانون تعهدات سوئیس در ماده‌ی یک نیز از تجزیه اراده خودداری نموده است. این ماده مقرر می‌دارد: «قرارداد موقعی کامل می‌شود که طرفین، متقابلاً و به نحو هماهنگ اراده خود را اعلام دارند. این اعلام اراده ممکن است صریح باشد یا ضمنی.»<sup>۴</sup>

BLACK'S Law Dictionary زیرعنوان volition چنین می‌نویسد:

- ۱ - قابلیت و توانایی انتخاب کردن یا تعیین و انشای تصمیم در خصوص چیزی.
- ۲ - فعل یا تجلی بیرونی اراده انتخاب نمودن یا تعیین و اتخاذ تصمیم در خصوص

۱. شایگان، سیدعلی، *حقوق مدنی ایران*، ج. اول، ص. ۹۷.

۲. شهیدی، همان، ص. ۱۳۱.

۳. کاتوزیان، همان.

۴. واحدی، جواد، (ترجمه) *قانون تعهدات سوئیس*، نشر میزان، ص. ۱۳.

چیزی.

۳ - انتخاب یا انشای تصمیمی که شخص محقق می‌کند.<sup>۱</sup>

Oxford dictionary of law زیرعنوان consent چنین می‌نویسد:

رضایت موافقت، رضایت لازمی بعضی موقعیت‌ها یا وضعیت‌ها می‌باشد. برای مثال، قراردادهای ازدواج‌ها در صورتی معتبرند که طرفین رضایت داشته باشند. رضایت باید در شرایط آزادانه و بدون اکراه و فریب و با صلاحیت قانونی و اهلیت فکری کافی شکل بگیرد.<sup>۲</sup>

کلمه ability در فرهنگ بلیک (کتاب مذکور) و circumstance در جمله essential in number of circumstances در تعریف فرهنگ آکسفورد از رضایت concent بیانگر این است که رضایت ناظر به وضعیت و موقعیت می‌باشد که در آن شرایط فرد باید قابلیت تصمیم‌گیری را داشته باشد. مثلاً اکراه و فریب وجود نداشته باشد یا این که تصمیم‌گیرنده آزادی ترک عمل را داشته و همچنین دارای اهلیت قانونی باشد.

در ماده‌ی ۱۱۳۶ ق.م. وضعیت مناسب برای اعلام اراده در کلمه مختار متجلی است. در این ماده نامی از رضایت آورده نشده است. ماده می‌گوید؛ طلاق‌دهنده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد. بدین توضیح که وقتی شرایط اختیار جمع باشد وجود رضایت هم مفروض است. در واقع، در کلمه مختار، رضایت هم وجود دارد. چنان که می‌بینیم رضا در حقوق کاملاً قسمتی از اراده نیست بلکه موقعیتی است دارای بعضی شرایط سلبی و بعضی شرایط ایجابی همچون عدم اکراه و فریب و آزادی و صلاحیت و اهلیت که در این شرایط، اراده که غیر قابل تجزیه نیز هست، بروز و ظهور می‌نماید.

#### بند دوم - مفهوم رضا

از موشکافی در مفهوم رضا و رابطه‌ای که با قصد دارد، سه مفهوم مختلف از رضا را که

1. 1.The ability to make a choice or determine something. 2. The act or making a choice or determining something. 3. The choice or determination someone makes.

2. Acquiescence. Consent is essential in a number of circumstances for example contracts and marriages are invalid unless both parties give their consent. Consent must be given freely without duress or deception and with legal competence and sufficient mental capacity to give it.

در رابطه با قصد قرار می‌گیرد، می‌توان متمایز نمود.

**اول -** در یک معنی رضا به مفهوم میل قلبی به کار برده می‌شود. در این معنی رضا در طول قصد قرار می‌گیرد و در واقع جزئی از اجزاء آن می‌باشد. زیرا در مرحله قبل از قصد قرار گرفته و میل محرک قصد است و قصد در حقیقت پاسخ به این محرک می‌باشد. وقتی قصد موجود است رضا در این معنی نیز وجود دارد. زیرا تا محرک نباشد پاسخ وجود ندارد مگر در شرایط استثنایی که اراده معیوب باشد. به عنوان مثال در مورد اشتباه، در موضوع قرارداد، اراده معیوب است. در این مثال، نمی‌توان گفت قصد وجود دارد ولی رضا وجود ندارد. زیرا قصد نسبت به موضوعی که اشتباهاً اعلام شده سرایت نداشته بلکه نسبت به چیز دیگری غیر از آن تسری داشته است. لذا قصد وجود ندارد. اگر مدعی شویم که قصد در این مثال وجود دارد ضرورتاً باید قائل شویم که رضا به معنی اول یعنی میل قلبی نیز وجود داشته است. زیرا میل و رضا در مرحله‌ی قبل از تصمیم و قصد شکل می‌گیرد. بنابراین نمی‌توانیم قائل به وجود قصد در موارد اشتباه شویم همچنین در این موارد قائل به وجود رضا یا میل نیز نمی‌توانیم باشیم. زیرا هم میل و هم قصدی که پس از آن شکل گرفته به مورد اشتباه تسری پیدا نمی‌کند.

**دوم -** رضا به معنی موقعیت و وضعیت مناسب و سالم برای اعلام اراده. در این معنی رضا سازنده قصد نیست بلکه امری است که در خارج از قصد و اراده وجود دارد و در حقیقت رضا ناظر به وضعیت و موقعیتی است که اراده معتبر در آن موقعیت شکل می‌گیرد و فقدان این موقعیت، اراده را معیوب می‌کند. چنین موقعیتی متشکل از قابلیت انتخاب آزادی ترک قرارداد و عدم وجود فریب و اشتباه و اکراه و وجود صلاحیت و اهلیت می‌باشد. در این معنی یک مفهوم برون‌ذهنی یا عینی از رضایت مورد توجه قرار می‌گیرد که با وجود آن میل قلبی یا مفهوم ذهنی رضا مفروض دانسته می‌شود. به عبارت دیگر، وقتی شرایط آزادانه وجود دارد و فریب اشتباه و اکراهی در کار نیست امکان اثبات فقدان رضا وجود ندارد؛ در حقیقت، قصد رضا را نیز در بر می‌گیرد و همین امر نظریه‌ی وحدت اراده را که

براساس علم روانشناسی تأیید شده، نشان می‌دهد.

سوم - رضا در زمینه سومی به معنی میل قلبی همچنین موقعیت مناسب برای اراده معتبر و نیز قصد و اراده به صورت توأم به کار رفته است که محل کاربرد آن پس از شکل‌گیری اراده‌ی معیوب و ناقص می‌باشد. طبق ماده‌ی ۲۰۹ ق.م. امضای معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است. آقای دکتر لنگرودی می‌نویسد: «در معاملات اکراهی، مکره، قصد فعل (= تلفظ به ایجاب و قبول لفظی و یا امضای سند معامله) را دارد اما قصد نتیجه را که جزو قصد انشا است، ندارد. چون قصد انشا عنصر عقود است. با فقدان آن عقد محقق نمی‌شود. (ماده‌ی ۱۹۱ قانون مدنی) پس علی‌الاصول، عقد مکره باید باطل باشد. حکم به عدم نفوذ عقد مکره خلاف قاعده است و نظر به مصالح اجتماع به شرح فوق کرده‌اند. حاشیه سوم - وقتی که عقد مکره از همان تاریخ عقد باطل باشد، اجازه‌ی آن عقد باطل نمی‌تواند موجب تصحیح آن گردد. پس مواد ۱۹۹ و ۲۰۹ قانون مدنی کلاً برخلاف ضوابط عمومی عقود است.»<sup>۱</sup>

آقای دکتر لنگرودی در شرح ماده‌ی ۱۹۹ ق.م. این نتیجه را می‌گیرد که در معامله اکراهی قصد نتیجه وجود ندارد. پس عقد باید مطابق اصل مندرج در ماده‌ی ۱۹۱ باطل باشد و حکم قانون به عدم نفوذ، خلاف قواعد عمومی است. همین استدلال به طور آشکارتری در خصوص اشتباه مصداق دارد. زیرا مسلم است فردی که در موضوع اشتباه می‌کند قصدی نسبت به مورد اشتباه ندارد. بنابراین علی‌القاعده قراردادی منعقد نشده است. لذا می‌توان این نتیجه را گرفت که رضایت در معامله اکراهی و اشتباهی در حقیقت دربردارنده‌ی قصد هم می‌باشد. بدین معنی که رضایت مؤخر بر اکراه و اشتباه در مفهوم بسیار وسیع‌تر از دو مفهوم پیشین به کار رفته است و در واقع هم بر موقعیت مناسب برای اعتبار قصد و نیز خود قصد انشا و همچنین میل باطنی و قلبی دلالت می‌نماید. زیرا امضا و رضایت معامله بعد از رفع اکراه طبق ماده‌ی ۲۰۹ موجب نفوذ معامله است. وقتی با در نظر داشتن این مفهوم از رضا به ماده‌ی ۱۹۹ ق.م. نگاه می‌کنیم تحولی در

۱. جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، کتابخانه گنج‌دانش، ص. ۱۶۸.

مفهوم کل ماده به چشم می‌خورد. ماده‌ی ۱۹۹ می‌گوید: "رضای حاصل در نتیجه‌ی اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست." در متن ماده وجود قرارداد غیرنافذ مبتنی بر اشتباه و اکراه طبق مواد ۲۰۰ الی ۲۰۸ ق.م. فرض شده است. زیرا باید قبلاً غیرنافذ وجود داشته باشد تا تنفیذ شود و طبق مفهوم مخالف ماده‌ی ۱۹۹ رضایی که بدون اشتباه و اکراه حاصل شده موجب نفوذ معامله‌ی غیرنافذ است اما رضای حاصل در نتیجه‌ی اشتباه و اکراه موجب نفوذ معامله نیست ولی رضایت به معامله بعد از رفع اکراه طبق ماده‌ی ۲۰۹ معامله را نافذ می‌گرداند. بستر به‌کارگیری مفهوم سوم از رضا بعد از تحقق اراده معیوب در نتیجه‌ی اکراه و اشتباه است و به نظر نگارنده، رضا در ماده‌ی ۱۹۹ در معنی سوم به‌کار برده شده است.

بنابر مطالبی که در قسمت دوم بیان شد، رضا در معنی اول و دوم در بستر شکل‌گیری اراده به‌کار برده می‌شود و رضا در معنی سوم پس از تحقق عیب در اراده به‌کار می‌رود و در هر صورت امکان تجزیه‌ی اراده به دو جزء مستقل به نام قصد و رضا وجود ندارد. زیرا میل قلبی قبل از شکل‌گیری اراده به‌عنوان محرک اراده شکل می‌گیرد و اراده که پس از آن محقق می‌شود شامل مفهوم میل نیز هست و رضا در مفهوم قابلیت و موقعیت و صلاحیت اراده که در آن موانعی همچون اشتباه و اکراه و تدلیس وجود ندارند امری خارج از اراده است و به‌عنوان قسمتی از اراده مطرح نمی‌شود و اما رضایت در مفهوم سوم مبین اراده‌ی سالم و معتبر در شرایط آزاد و وضعیت و موقعیت مناسب می‌باشد که اراده معیوب را بازسازی می‌نماید. این مفهوم اعم از مفهوم مستقل اراده که میل قلبی در آن وجود دارد و نیز موقعیت مناسب برای انشای اراده معتبر می‌باشد.

#### بند سوم - مفهوم اراده

اینک که مفهوم اراده از مفهوم رضا متمایز شد، معلوم است که اراده از نظر حقوقی میل و کشش قلبی یا عقلی نیست و میل و کششی که براساس نیازهای اولیه و ثانویه در انسان به وجود می‌آید همیشه در انسان وجود دارد. ابراهام مزلو می‌نویسد؛ زمانی که نیازهای جسمانی به‌طور نسبی ارضا شوند، یک دسته از نیازهای تازه پدیدار می‌گردند که می‌توان آن‌ها را به‌عنوان نیازهای ایمنی طبقه‌بندی نمود مانند (امنیت، ثبات، اتکا، حمایت، رهایی از

ترس و اضطراب و آشفتگی، نظم، قانون، موازین، و اطمینان به نیروی پشتیبان و غیره)<sup>۱</sup> هرکدام از این گونه نیازها چه این که در درجات عالی باشد و چه این که در درجات پایین باشد در هر صورت، در انسان میل و کشش ایجاد می‌کند و این میل و کشش را نمی‌توان اراده نامید. هر انسانی ممکن است نسبت به اشیای مورد علاقه میل و کششی قلبی شدید احساس کند. مشاهده‌ی غذای لذیذ، مشاهده‌ی زیبارویان، مشاهده‌ی پول و طلا، ایجاد میل و علاقه می‌کند و در این شکی وجود ندارد اما در این مرحله اراده به‌منظور دستیابی به موارد علاقه فوق‌الذکر فعال نشده و این تمایلات و نیازها امری است محدود و مربوط به احساس فرد و بروز و نمود خارجی ندارد اما از هنگامی که سنجش بین هزینه‌های رسیدن به موارد علاقه و فوایدی که از آن به دست می‌آید، شروع می‌شود. قوه‌ی اراده فعال شده است، استعداد، قابلیت یا توانایی‌ای که این سنجش را به عهده دارد، بیشتر عقلانی است. جرج کلی انسان را به‌عنوان عالم یا دانشمندی تلقی می‌کند که فرایند عقلی و شناختی او، در تعیین رفتار و شخصیت او اهمیت ویژه‌ای دارد.<sup>۲</sup>

می‌توان پذیرفت که این سنجش در واقع یک کشمکش عقلانی است که درجات متفاوتی دارد و در درجات بالا ممکن است بیماری‌زا و حتی فاجعه‌بار باشد. کشمکش درونی را آقای ابراهام مزلو به شرح زیر رده‌بندی کرده است:

۱ - انتخاب صرف: این انتخاب کشمکشی معمولی است. این نوع انتخابی است میان دو راه که به هدف واحدی می‌پیوندند و این هدف برای ارگانسیم به‌طور نسبی بی‌اهمیت است.

۲ - انتخاب میان دو راه که به هدف (حیاتی - اساسی) واحدی می‌پیوندند: در چنین موقعیتی خود هدف برای ارگانسیم با اهمیت است لیکن شقوق دیگری نیز برای رسیدن به هدف هست.

۳ - کشمکش‌های تهدیدکننده: این نوع کشمکش، نوعاً تفاوتی بنیادین با کشمکش‌های نوع اول و دوم دارد. در این‌جا نیز هنوز یک وضعیت انتخاب در کار است

۱. مزلو، ابراهام، ترجمه؛ رویگران، شیوا، روان‌شناسی شخصیت سالم، سازمان چاپ هدف، ص. ۱۴۲.

۲. شاملو، سعید، مکتب‌ها و نظریه‌های روان‌شناسی شخصیت، انتشارات رشد، ص. ۲۵.

لیکن این انتخاب می‌باید میان دو هدف مختلف که هر دو ضروری و حیاتی‌اند به عمل آید. در این جا واکنش انتخاب معمولاً به کشمکش خاتمه نمی‌دهد. زیرا اخذ تصمیم به معنای رهاکردن هدف دیگری است که تقریباً به اندازه‌ی هدف نخستین حائز اهمیت است.

۴ - کشمکش فاجعه‌بار: در این نوع کشمکش امکان انتخاب در میان نیست. تمام انتخاب‌ها، به تساوی، فاجعه‌بار یا تهدیدکننده‌اند یا این که تنها یک امکان موجود است و آن نیز تهدید فاجعه‌بار است. چنین وضعیتی را تنها به وسیله‌ی بسط مفهوم آن می‌توان یک وضعیت کشمکش نامید. این وضعیت در مورد فردی که قرار است تا لحظاتی بعد اعدام شود، مصداق دارد.<sup>۱</sup> کشمکش انتخاب بین شناخت‌ها و تمایلات درونی و واقعیت بیرونی در صورتی که مغایر باشند، ناهماهنگی برقرار می‌کند. بنابراین بهترین انتخاب هماهنگی بیشتری ایجاد می‌نماید یا بیشترین کاهش ناهماهنگی را در پی دارد. این امر یک بررسی عقلانی است و به استعداد ذهنی شخص تصمیم‌گیرنده مربوط می‌شود. گزینه‌ای که انتخاب می‌شود به طور حتم بهترین امکانی است که به نظر تصمیم‌گیرنده می‌رسد. بنابراین اراده یک استعداد و توانایی است که کیفیت آن به تناسب امکانات و قدرت جسمی و روحی فرد متفاوت می‌شود. اما توانایی به تنهایی اراده را شکل نمی‌دهد چه بسا افرادی که توانایی انجام کارهای زیادی را داشته‌اند ولی هیچ‌گاه آثاری از این توانایی در بیرون ظاهر نشده است. پس از طرف دیگر، اراده جنبه‌ی فعلی و بروز خارجی هم دارد و به عبارت دیگر، اراده در بستر ارتباطی بین ذهن انسان و عالم خارج مطرح می‌باشد. دیوئی و تورن دیک بر یکی از جنبه‌های مهم انگیزش تأکید کرده‌اند که به کلی از جانب روان‌شناسان نادیده گرفته شده بود؛ این جنبه «امکان» یا «احتمال» است. به طور کلی می‌توان گفت که ما در ضمیر خود آگاه‌مان خواهان چیزی هستیم که حصول بدان می‌تواند در عمل امکان‌پذیر باشد.<sup>۲</sup>

مشکلات و هزینه‌های فراوانی که دربرآورده کردن خواسته‌ها و امیال و آرزوهای

۱. مزلو، همان، ص. ۲۳۴.

۲. همان، ص. ۱۲۹.

غیرممکن و یا غیرمحمتمل در عالم خارج وجود دارد مانع تعلق اراده به اجرای آن می‌باشد. پس از ذکر مطالب فوق در تعریف اراده، می‌توان گفت:

اراده قدرت و استعدادی است در انسان که به کمک سنجش در نحوه ارتباط بین درون و بیرون انسان و با در نظر داشتن مجموع امکانات و هزینه‌های لازم به تحقق امکان‌پذیر و معقول خواسته‌های درونی در عالم خارج مبادرت می‌ورزد.

### گفتار دوم - عقود معین

#### قسمت اول - موافقان و مخالفان سرایت اصل حاکمیت اراده به عقود معین در فقه

مؤلفان کتاب حقوق قراردادهای در فقه امامیه می‌نویسند:

آن دسته از قراردادهای خصوصی که در قالب هیچ‌یک از عقود معین نمی‌تواند ریخته شود، براساس اصل حاکمیت اراده که مستفاد از عمومات و اطلاقات ادله نفوذ قراردادهای است معتبر و نافذ قلمداد می‌شود ولی اگر قراردادی را به راحتی می‌توان در قالب‌هایی چون بیع و اجاره منعقد ساخت، نمی‌توان به انگیزه‌هایی از احکام پیش‌بینی‌شده از سوی شارع برای این‌گونه از عقود به عقد بی‌نام پناه برد.<sup>۱</sup>

برخی از فقیهان امامیه معتقدند اصل در عقود، فساد است و مطابق این اصل هیچ عقدی از نظر شرعی معتبر نیست مگر آن که شارع به آن، اثر قانونی بخشیده باشد (شهید، عقد مغایره را در همین دلیل باطل دانسته است: «لان عقود المعاوضات موقوفه علی اذن الشارع و هی منتفیه هنا»؛ ر.ک.: مسالک الافهام، ج. ۴، ص. ۷۱)

خواه نام آن را صریحاً بیاورد خواه به صورت عمومات نافذ بودن آن را امضا کند، عده‌ای از فقیهان عقیده دارند عمومات نفوذ قراردادهای که از سوی شارع صادر گردیده فقط ناظر به عقود است که در زمان شارع رواج داشته و قراردادهای رواج‌یافته در زمان متأخر را شامل نمی‌گردد. صاحب جواهر شرکت در اعمال را به همین خاطر باطل دانسته است. «التراضی بمالم یثبت شرعیه غیرمجدد و المراد بالتجاره عنه ما ثبتت التکسب به شرعاً» ولی دیگر فقها به‌ویژه فقیهان متأخر بر این باورند که عمومات نفوذ همچون «أوفوا بالعقود» به

۱. قنوتی، همان، ص. ۱۳۰.



صورت قضیه حقیقه جعل گردیده و یک قاعده کلی به دست می‌دهد. به تعبیر دیگر، هرگونه توافق که از دیدگاه عرف بر آن «عقد» صادق باشد مشمول این ادله بوده، وفای به آن لازم خواهد بود. افزون بر این، از عبارات بعضی فقیهان برمی‌آید که در باب معاملات امضای شارع نیز لازم نیست و عدم منع کفایت می‌کند. به عبارت دیگر، همین که منع صریح از سوی شارع نرسیده باشد به معنای امضای عقد است.<sup>۱</sup>

نویسندگان این کتاب نهایتاً چنین می‌نویسند:

خلاصه آن که به منظور رهایی از احکام و شرایط عقود معین از طریق انعقاد آن‌ها به صورت عقد بی‌نام باید قائل به تفکیک شد؛ در جایی که دلیل آن‌ها عام است و همه عقود را دربرمی‌گیرد عقد بی‌نام گریزگاهی از رعایت شرایط و احکام یادشده نیست ولی در جایی که دلیل این احکام، ویژه عقد یا دسته خاصی از عقود است عقد بی‌نام اصولاً می‌تواند طریقی برای رهایی از آن احکام باشد.<sup>۲</sup> مؤلف جامع‌الشتات می‌نویسد: «جواز اصل معاوضه دلیل نمی‌خواهد چون اصل، برائت ذمه و اباحه است».<sup>۳</sup> به طور خلاصه می‌توان چنین بیان نمود که: *خارج از قواعد اختصاصی قراردادهای، اصل حاکمیت اراده از نظر فقه امامیه محترم و معتبر شناخته شده است.*

**قسمت دوم - مخالفان و موافقان سرایت اصل حاکمیت اراده به عقود معین در**

### **حقوق معاصر ایران**

یکی از استادان بزرگ حقوق معاصر می‌فرماید؛ انشای عقد معین به معنی پذیرفتن آثار و نتایجی است که قانون برای آن مقرر کرده است. هرچند که این آثار و نتایج هنگام تشکیل عقد بیان نشود. برعکس، در عقد غیرمعین، طرفین باید نتایجی را که از عقد، انتظار دارند، در حدود قانون ذکر کنند و در صورت عدم ذکر آن، نتایج مزبور منتفی خواهد بود.<sup>۴</sup>

۱. همان، صص. ۱۲۸ - ۱۲۷.

۲. همان، ص. ۱۳۳.

۳. جعفری لنگرودی، *حقوق تعهدات*، انتشارات مدرسه عالی امور قضایی و اداری قم، ص. ۱۲۴.

۴. شهیدی، همان، ص. ۸۰.

ایشان در مورد عقود غیرمعین می‌گوید: «... این‌گونه از عقود به لحاظ تنوع و عدم محدودیت روابط عصر حاضر، دارای نام و عنوان و احکام و آثار اختصاصی در قوانین سیستم‌های حقوقی نمی‌باشد و در قوانین منحصرأً یکی از احکام اصلی آن‌ها که لازم‌الاتباع بودن آن‌ها باشد، مورد تصریح قرار گرفته است. هم‌چنان که ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی ایران در مورد این عقود مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.»

ضابطه شناسایی عقد معین از غیرمعین آثار ذاتی و غیرقابل تغییری است که قانون به‌طور خاص برای عقد معین مقرر ساخته است. مثلاً اگر مقصود طرفین مبادله مال معین، در برابر مال معین دیگری باشد باید پذیرفت که طرفین در حقیقت ماهیتی را منعقد ساخته‌اند که اثر ذاتی آن انتقال مال در برابر مال دیگری است که این ماهیت عقد بیع می‌باشد. به این جهت هرگز نمی‌توان این اثر ذاتی را که قانون برای عقد معین، شناخته است، از طریق تشکیل یک عقد غیرمعین یا قرارداد خصوصی، محقق ساخت؛ در غیر این صورت و با وجود عقد معین، نیازی به وضع عقد غیرمعین نبود. عقد غیرمعین برای رفع نیازهای حقوقی که در قالب عقود معین قابل تحقق نباشد، وضع گردیده است.<sup>۱</sup>

همین استاد در خصوص لزوم و جواز عقود چنین می‌گوید: لزوم و جواز عقود از احکام و به تعبیری از مقررات آمره است نه از حقوق و نه مقتضای عقد.<sup>۲</sup> این تعابیر مسیر حاکمیت اراده را مسدود می‌نماید.

در مقابل نظریه بالا، نظریه دیگری ارائه شده که مقبولیت بیشتری داشته و به نظر نگارنده با ماده‌ی ۱۰ ق.م. و به‌طور کل، با حقوق ایران هماهنگی دارد و طبق این نظریه «اثر اصل آزادی قراردادها منحصر در آزادی انتخاب نوع معاملات نیست. این اصل می‌تواند حتی در قلمرو وسیع‌تر از شروط ضمن عقد، در روابط حقوقی طرفین مؤثر باشد و قواعد

۱. همان، ص. ۱۰۸.

۲. همان، ص. ۶۴.

غیرامری عقود معین و سایر قوانین را تغییر دهد.<sup>۱</sup> آقای دکتر کاتوزیان در این خصوص می‌نویسد؛ نه تنها در عقود غیرمعین می‌توان از اصول و مبانی عقود معین استفاده کرد. در این دسته اخیر نیز اصل آزادی قراردادهای (ماده‌ی ۱۰ ق.م.) قابل استناد است.<sup>۲</sup>

آقای دکتر لنگرودی در این خصوص چنین می‌نویسد: «اکثریت عظیم فقها و قانون مدنی ما (در مواد ۱۰ و ۷۵۴ ق.م.) اصل حاکمیت اراده را: اولاً - در قلمرو عقود بانام و بی‌نام جریان داده‌اند. مخصوصاً فقه امامیه که همه عقود بی‌نام را در قالب عقد صلح ریخته و آن عقد را به‌نام آقای قراردادهای (سید العقود) نامیده است. ثانیاً - در فقه مکتبی وجود دارد که اصل حاکمیت اراده را حتی در خارج از قلمرو عقود بانام و بی‌نام، یعنی به صورت ایقاعات هم پذیرفته‌اند؛ آن هم در اعصار بسیار دور که هنوز در اروپا بحث تعهدات یک‌طرفی مطرح نبوده است و اساساً بحث تعهدات یک‌طرفی از حقوق اسلام به آن دیار سفر کرده است.»<sup>۳</sup> آنچه به نظر نگارنده می‌رسد این است که؛ موضوع حکم ماده‌ی ۱۰ ق.م. قراردادهای خصوصی است. بدیهی‌ترین مفهومی که از «قراردادهای خصوصی» به ذهن می‌رسد شامل هرگونه قراردادی که در روابط خصوصی بین افراد تنظیم می‌شود، می‌گردد. لذا عقود معین به‌طور قطع در حوزه این مفهوم قرار می‌گیرد. از طرف دیگر، هیچ دلیلی به خروج عقود معین از زیرعنوان قراردادهای خصوصی وجود ندارد خصوصاً با توجه به این که دامنه مفهوم عقد صلح کلیه روابط خصوصی را دربرمی‌گیرد.

### گفتار سوم - موانع عمومی حاکمیت اراده در قراردادهای

#### بند اول - قانون

طبق تعریف فرهنگ فارسی عمید، قانون به معنی اصل و مقیاس چیزها است و نیز قانون، نام یکی از آلات موسیقی شبیه سنتور که حرک‌های متعدد دارد و با انگشتان دست

۱. حائری، مسعود، مبانی فقهی، اصل آزادی قراردادهای، سازمان انتشارات کیهان، ص. ۹۷.

۲. کاتوزیان، همان، ص. ۱۰۰.

۳. جعفری لنگرودی، همان، صص. ۱۲۳ - ۱۲۲.

نواخته می‌شود. و همچنین نام کتابی است در طب به زبان عربی تألیف ابوعلی سینا.<sup>۱</sup> قانون به مفهوم اعم کلمه، قاعده‌ی کار است در همه‌ی علوم و فنون و بر همه چیز عالم حاکم است.<sup>۲</sup> و گفته شده اصل آن canon است که عبارت است از مقررات موضوعه توسط مقامات کلیسا.<sup>۳</sup> کاربرد کلمه قانون منحصر به رشته حقوق نیست. در سایر رشته‌های علمی نیز از این کلمه استفاده شده است مانند قوانین ریاضی یا قانون سقوط اجسام. اما آنچه مورد نظر این تحقیق است قانون مورد بحث در علم حقوق است. آقای دکتر لنگرودی می‌نویسد؛ قانون در معنی اعم شامل مجموعه قواعد حقوقی است که به وسیله قانون‌گذار مقرر می‌شود.<sup>۴</sup> توماس اکونیاس دانشمند روحانی ایتالیایی در قرن سیزدهم می‌گوید؛ قانون حکم عقل است برای خیر عموم و واضح آن کسی است که حفظ و حراست جامعه برعهده‌ی اوست و اوست که قانون را رسماً اعلام می‌کند.<sup>۵</sup> دکتر سموئیل جانسون فرهنگ‌نویس نامی انگلیس در قرن ۱۸ م. قانون را چنین تعریف کرده است: «آخرین نتیجه‌ای است که عقل بشر به اعتبار تجارب بشر و به سود عموم افراد بشر گرفته است.»<sup>۶</sup> چنانچه می‌بینیم در دو تعریف اخیر از قانون ابتدا و اتکا به عقل شده است. بنابراین عنصر عقلانیت در قانون نیز قابل بررسی می‌باشد. با گسترش علوم و افزایش آگاهی‌های مردم قدرت نقد و سنجش عقلی آن‌ها اعتلا پیدا کرده است. به نحوی که دیگر نمی‌توان انتظار اطاعت کورکورانه از قوانین را داشت که توسط انسان‌های جایز الخطا وضع می‌شوند. بنابراین قوانین غیرعقلایی در هنگام اجرا با موانع و واکنش‌های متعدد روبه‌رو می‌شود. عقلانیت در دوران معاصر به حدی جدی گرفته شده که حتی عده‌ای از علمای مذهبی قواعد و احکام شرع را محدود به عقل نموده و قاعده‌ی ملازمه‌ی عقل و شرع و شرع و

۱. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، ذیل واژه‌ی یادشده.

۲. همان.

۳. جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، همان، ذیل واژه‌ی یادشده.

۴. همان.

۵. رک: تاریخ حقوق، همان نویسنده.

۶. همان، ص. ۱۰.

عقل را بیان نموده‌اند. (کل ماحکم به الشرع حکم به العقل و کل ماحکم به العقل حکم به الشرع).

تعریفی که آقای جانسون ارائه می‌دهد نشان‌دهنده‌ی حسن نیت وی نسبت به قانون‌گذاران است. در حالی که قانون‌گذاران اولاً - جایز الخطا هستند. ثانیاً - لزوماً از دستاوردهای عقل بشری استفاده نمی‌کنند. ثالثاً - احتمال دخالت دادن منافع گروهی در وضع قانون از طرف آن‌ها منتفی نیست. بنابراین تأکید هرچه بیشتر بر عقل و دخالت دادن آن در وضع، تفسیر و اصلاح قانون، ضرورت و اهمیت بیشتری می‌یابد. شکی نیست که ضرورت دارد قانون ناقص و غیرعقلایی اصلاح شود ولی آیا هر شخصی می‌تواند با ادعای مغایرت قانون با عقل اجرای آن را معطل گذارد؟ مسلماً خیر. زیرا مراجع ناظر بر قانون در خود قانون پیش‌بینی شده و نحوه‌ی اصلاح قانون نیز باید قانونی باشد. و تشخیص افراد غیرمسئول اعتبار و ارزش اجرایی ندارد. اما نظریات اصلاحی خصوصاً نظریه‌ی علمای حقوق می‌تواند زمینه‌ی اصلاح قانون غیرعقلایی را فراهم آورد.

آقای علی پاشا صالح می‌نویسد؛ قانون مجموعه قواعد و مقرراتی است که از طرف مقامات صالحه و مراجع مفترض الطاعه وضع و اعلام می‌شود و موضوع آن حقوق و تکالیف افراد بشر و در اول آن، الزام یا اذن یا اباحه و غایت آن، ایجاد نظم و ترتیب در اعمال و اقوال و روابط افراد و اجتماعات و جلوگیری از خودکامگی و زورگویی و نیرنگ و نفاق و جنگ و قتال است. همه باید پیروی کنند و سرپیچی و تخلف از قانون را آثار و عواقبی است و متخلف را طبعاً کیفر و عقاب و اعتبار آن به ضمان اجرا است و بی‌گمان بهترین ضامن اجرا ایمان به عدالت قانون است.<sup>۱</sup>

در تعریف آقای علی پاشا صالح از قانون چند نکته نهفته که لازم به توضیح و بررسی است:

الف - وضع قانون از طرف مراجع مفترض الطاعه: امروزه تفکر غالب در جهان تساوی و

۱. همان، ص. ۱۳.

برابری انسان‌ها در حقوق و خصوصاً حق حاکمیت است. موجب موجهی دیده نمی‌شود که فردی یا گروهی حق وضع قانون داشته باشند و دیگران مجبور به اطاعت از قانون وضع شده توسط آن‌ها باشند. بنابراین در اکثر نقاط دنیا مردم توسط نمایندگان منتخب خود قانون را در پارلمان وضع می‌نمایند و این امر ماهیت مشابه قانون و قرارداد را نشان می‌دهد. به عبارت دیگر، در حال حاضر که قانون توسط افراد جامعه و از طریق نمایندگان منتخب آن‌ها به تصویب می‌رسد؛ در ماهیت قراردادی قانون جای شکی باقی نمی‌ماند.

ب - ایجاد حق و تکلیف: این ویژگی به معنی عام و خاص وجود دارد.

ج - ایجاد نظم در جامعه یا در روابط اجتماعی: تأکیدی است نهفته در جنبه‌ی اجتماعی قانون به عنوان قراردادی اجتماعی که اهمیت آن در قراردادهای خصوصی ناچیز است.

د - در تعریف اشاره به جلوگیری از زورگویی، خودکامگی، نیرنگ و نفاق و جنگ و قتال است که دلالت به سلوک حسن یا تمسک به اخلاق حسنه در آن نهفته است.

ه - الزام‌آور بودن قانون و مجازات سرپیچی از قانون نیز مورد اشاره قرار گرفته است.

و - عادلانه بودن قانون: در صورتی که جامعه به عادلانه بودن قانون اعتقاد داشته باشد، قانون بهترین ضمانت اجرا را خواهد داشت. مسلماً در صورت عکس، اجبار به تنهایی، قادر نیست ضامن اجرای قانون باشد.

با توجه به نکات فوق‌الاشاره می‌توان موارد زیر را در قانون‌گذاری اصل قرارداد و از آن‌ها به‌عنوان اصول حاکم بر قانون‌گذاری یاد نمود.

۱ - دخالت مردم یا اکثریت مردم در وضع قانون (یا توافق اجتماعی).

۲ - حفظ حقوق موجود یا کسب‌شده (مکتسب) در هنگام ایجاد حق و تکلیف جدید. بدین توضیح که قانون‌گذار حق ندارد از طریق قانون‌گذاری حقوق مکتسب افراد را از بین ببرد و این اصل، اصلی عقلی و بدیهی است.

۳ - ایجاد نظم و عدم ایجاد بی‌نظمی در جامعه و روابط اجتماعی.

۴ - تطابق و عدم مغایرت قانون با اخلاق عمومی.

۵ - الزام آور بودن قانون و داشتن ضمانت اجرا.

۶ - عادلانه بودن قانون.

۷ - عقلانی بودن قانون و عدم مغایرت با عقل.

مراجع قانون‌گذار و نحوه‌ی قانون‌گذاری و تصویب ابلاغ و اجرای قانون معمولاً در توافق کلی‌تری که غالباً عنوان قانون اساسی دارد، تبیین می‌شود. به عبارت دیگر، سازمان حکومت قوای حاکمه، حدود صلاحیت قوا و مکانیسم حل اختلافات، همگی در قانون اساسی یا قرارداد قراردادها تبیین شده و مرجع قانون‌گذاری تنها در حدود صلاحیت خود، حق اقدام دارد.

### نکته اول:

در ارتباط قانون با حاکمیت اراده دو دیدگاه متفاوت در میان حقوق‌دانان برجسته دیده می‌شود؛ ۱ - یکی این که اعتبار اعمال حقوقی و حاکمیت اراده را منوط به تجویز قانون می‌کند. ۲ - دیگری محدودیت‌های موجود در مسیر حاکمیت اراده و اعمال حقوقی را منوط به تجویز قانون می‌کند. یکی از حقوق‌دانان بزرگ معاصر در راستای دیدگاه اول چنین می‌نویسد: «اراده انسان به تنهایی در اعمال مادی می‌تواند نافذ باشد، مثلاً شخصی به حکم اراده می‌تواند اتومبیلی را به حرکت درآورد و ساختمانی را بنا کند اما در اعمال حقوقی که اعتباری است به خودی خود نمی‌تواند حاکم و مؤثر باشد. حاکمیت اراده، نفوذ و اقتداری است که قانون از راه اعتبار بخشیدن به اعمال حقوقی انشاشده به اراده می‌بخشد. هنگامی که دو نفر با هم قراردادی با رعایت شرایط مقرر قانونی منعقد می‌کنند این قانون است که این قرارداد را محترم می‌شمارد و از آن حمایت می‌کند و هرگاه متعهد از اجرای تعهد قراردادی خویش سرپیچی کند به درخواست ذی‌نفع او را به انجام تعهد وادار می‌سازد. بنابراین بدون حمایت قانون برای اراده انسان هیچ‌گونه نفوذ و حاکمیتی در اعمال حقوقی نمی‌توان شناخت. پابندی‌های شخصی و روانی و عاطفی نسبت به وعده‌ها که صرفاً دارای جنبه‌ی اخلاقی است، نمی‌تواند مبنای حاکمیت اراده باشد و به آنچه مورد اراده قرار

گرفته است، نفوذ و اعتبار بخشد.<sup>۱</sup> و در مقابل، از قلم دکتر کاتوزیان چنین می‌خوانیم: «مفاد ماده‌ی ۱۰ را بدین‌گونه می‌توان خلاصه کرد که هرچه منع نشده، آزاد است»<sup>۲</sup> نگارنده از عقیده‌ی دوم پیروی می‌کند و در عین حال، در تأیید قسمتی از دیدگاه اول معترف است که نقش قانون به محدودیت در مسیر اراده بسنده نمی‌کند بلکه قانون می‌تواند به‌عنوان یک ابزار اجتماعی مؤثر در جهت ابقا و استقرار حاکمیت اراده نیز عمل نماید کما این که ماده‌ی ۱۰ ق.م. چنین نقشی را به عهده گرفته است. ماده‌ی ۱۰ می‌گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» در حقیقت به نظر نگارنده، ماده‌ی ۱۰ ق.م. در حمایت از حاکمیت اراده و رهایی آن از چنگال فرمالیسم تصویب شده است.

### نکته دوم:

«برای احراز نفوذ یا بطلان قراردادهایی که با قانون مخالف است در مرحله‌ی نخست باید طبیعت قانون را بازشناخت؛ اگر قانون امری باشد، قرارداد باطل است و اگر تکمیلی به‌شمار رود، عقد حکومت دارد.»<sup>۳</sup>

در این که قانون امری قادر به ایجاد محدودیت در مقابل قرارداد است تردیدی وجود ندارد و اختلافات و تردیدها در تشخیص قانون امری از غیرامری خود را نمایان می‌سازد. در حقوق اروپایی معتقدند که هرگاه قانون با نظم عمومی ارتباط داشته باشد، امری است و در سایر موارد باید آن را تکمیلی شمرد.<sup>۴</sup> پاره‌ای از نویسندگان گفته‌اند هر قانون امری با نظم عمومی ارتباط ندارد. برای مثال، قوانین مربوط به شکل اسناد و حمایت از محجوران امری است ولی همه‌ی آن‌ها به نظم عمومی ارتباط ندارد. زیرا گاه ضمانت اجرای تجاوز به آن در قراردادها، بطلان نسبی است (یعنی قرارداد مخالف تنها قابل ابطال است نه باطل).

۱. شهیدی، همان، ص. ۵۸.

۲. کاتوزیان، همان، ص. ۱۵۷.

۳. کاتوزیان، همان، ص. ۱۵۰.

۴. همان.



درحالی که نظم عمومی، قواعدی است که لازمه‌ی زندگی اجتماعی است و ناچار در همه حال باید رعایت شود. (مارتی و رینو - ج. اول)

به نظر نگارنده؛ الف - قانون بسان آئینه است که توافقی‌های اجتماعی در موضوع‌های مختلف را بازتاب می‌دهد و برای شناخت قانون امری در ارتباط با قرارداد باید به میزان خدشه‌ای که قرارداد به توافق اجتماعی موضوع قانون وارد می‌آورد، مراجعه کرد. ممکن است یک توافق حقوق اشخاص ثالث را مورد تجاوز قرار دهد. همچنین ممکن است منافع اساسی و بنیادهای اساسی جامعه را در یک قرارداد مورد تجاوز قرار دهد و نیز ممکن است اخلاق، موضوع تجاوز در قرارداد باشد. در همه‌ی این موارد اخلال بین موضوع قرارداد با موضوع قانون و نتایج حاصله از آن باید مورد بررسی قرار گیرد و چنانچه نتایج منفی قابل اغماض نباشد، قرارداد به تشخیص قاضی صلاحیت‌دار ابطال می‌شود.

ب - ازسوی دیگر مفهوم نظم عمومی، مفهومی مستقل از قانون است و تنها از روزنه‌ی قانون نباید به آن نگاه کرد. بدون نظم عمومی اجرای حقوق و احقاق حق معنی خود را از دست می‌دهد. در بی‌نظمی‌ها و آشفتگی‌ها، حق صاحب حق تضییع می‌شود. فلذا نظم عمومی همیشه در رأس همه‌ی قواعد حقوق قرار دارد. از این منظر نه تنها نباید نظم عمومی را از روزنه‌ی قانون دید بلکه قانون ممکن است با نظم عمومی مغایرت داشته باشد؛ قانون کشف حجاب چنین بوده است. لذا نظم عمومی زیربنای علم حقوق است و البته قانون نیز به عنوان یک ابزار هدایت و کنترل اجتماعی وظیفه دارد نظم عمومی را به‌عنوان مقدمه‌ی هر هدفی تثبیت و تسجیل نماید اما این که چنین نتیجه‌ای از قانون حاصل شده یا خیر مطالعه آثار و نتایج قانون، آن را نشان خواهد داد.

ج - شایان تأکید است که قانون آمره‌ای که در قراردادهای ایجاد محدودیت می‌کند منحصر به قانون مبین نظم عمومی نیست. ممکن است عللی غیر از نظم عمومی علت انشای قانون‌گذار باشد. به عنوان مثال، ماده‌ی ۵۷۰ ق.م. می‌گوید: «جعل بر عمل نامشروع و یا

بر عمل غیرعقلایی باطل است». چنان که می‌بینیم این ماده امر به ابطال جعله‌ی غیرعقلایی نموده است و این در حالی است که ماده‌ی ۵۷۰ قانون امری است ولی جعله‌ی غیرعقلایی، الزاماً، نظم عمومی را به خطر نمی‌اندازد. بنابراین موانع دیگری در مقابل حاکمیت اراده در قانون وجود دارد که به نظم عمومی مربوط نمی‌شود.

#### نکته سوم:

ماده‌ی ۹۷۵ ق.م. و ماده‌ی ۶ ق.آ.د.م. قراردادهای مخل نظم عمومی و خلاف اخلاق حسنه را غیرقابل ترتیب اثر اعلام نمود. از همین رو، بعضی از حقوق‌دانان عوامل محدودکننده‌ی حاکمیت اراده را به قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه محدود دانسته‌اند.<sup>۱</sup> نگارنده معتقد است موانع عمومی قراردادها منحصرأ درون قانونی نیستند و ممکن است برون قانونی و مستقل باشند. به عبارت دیگر، شهر فرنگ قانونی از عینیات و واقعیات بیرونی تأثیر می‌پذیرد. بر همین اساس، عقل و عرف نیز به عنوان عوامل محدودکننده‌ی حاکمیت اراده مورد بررسی قرار می‌گیرند.

#### بند دوم - عرف آمره

##### اول - شناخت عرف

به ناچار برای شناخت عرف باید وارد مباحث جامعه‌شناسی شد. زیرا عرف در متن جامعه شناخته می‌شود و به خلاف قانون توسط مراجع خاص تنظیم و در کتب مشخصی تدوین نمی‌شود. هانری لویی برول، عرف را تنها منبع حقوق می‌داند.<sup>۲</sup> هانری کاپیتان معتقد است که حقوق در اصل و منشأ خود از عرف و رسوم مردم پدید آمده است.<sup>۳</sup> عرف کلمه‌ای است عربی که با کلمه‌ی متعارف، معروف و عرفان و عارف و معرفت از یک خانواده می‌باشد. در فرهنگ فارسی عمید در تعریف عرف آمده است «خوی و عادت» اصطلاح و امری که میان مردم معمول و متداول شده باشد و به معنی نیکویی و جوانمردی و بخشش و دهش

۱. همان، ص. ۱۴۸.

۲. لویی برول، هانری، ترجمه؛ قاضی، ابوالفضل، جامعه‌شناسی حقوق، انتشارات دانشگاه تهران، ص. ۴۴.

۳. جوان، موسی، مبانی حقوق، ج. ۲، ص. ۱۰۲.

و آنچه بذل و بخشش شود.<sup>۱</sup> از نظر مؤلف فرهنگ فارسی خرد، عرف به معنی سنت، آنچه که قبول عامه یافته، می‌باشد.<sup>۲</sup> تعریف مشهور عرف از غزالی به عبارت زیر نقل شده است: «هو ما استقر فی النفوس من جهة العقول و تلقته الطباع السلیقه بالقبول». تعریف دیگری نیز وجود دارد که ساده و کوتاه است. «العرف عاده جمهور قوم فی قول او فعل».<sup>۳</sup> در معنی لغوی عرف ملاحظه می‌شود که اول این‌که؛ واژه عرف دلالت بر همگانی بودن و متداول بودن و استعمال و تکرار امر عرفی دارد. دوم این‌که؛ امر عرفی مورد وفاق جامعه بوده و مقبولیت عامه دارد. سوم این‌که؛ آنچه به عنوان عرف تلقی می‌شود از نظر مردم حسنه و نیکو تلقی می‌شود. چهارم این‌که؛ ضرورت ندارد امر عرفی متکی و مستند به قانون یا شرع باشد بلکه عقل مستقلاً به درک آن نائل می‌آید.

آقای دکتر لنگرودی می‌نویسد؛ در اصطلاح فقها، روش مستمر قومی است در گفتار یا رفتار، و آن را عادت و تعامل نیز نامند. لازم نیست همه‌ی افراد یک قوم آن روش را داشته باشند تا عرف محقق شود بلکه کافی است که اغلب آنان دارای روش مزبور باشند و عرف به همین مقدار محقق می‌شود و در صورت اخیر، آن را عرف غالب و در صورت نخست، آن را عرف شایع می‌نامند.

همچنین در تعریف اصطلاحی عرف می‌نویسد؛ عملی که اکثریت صنفی از اصناف یا طبقه‌ای از طبقات یا گروهی از یک اجتماع به طور مکرر انجام دهند و آن عمل مطابق با مصلحت نوعی آن صنف یا آن طبقه و گروه باشد.<sup>۴</sup> نویسنده‌ی دیگری در تعریف عرف گفته است؛ عرف عبارت است از جریان مستمر یک رفتار یا سلوک ویژه همگانی در میان افراد جامعه بر انجام یا ترک یک فعل خواه گفتار باشد یا کردار.<sup>۵</sup> در هر دو تعریف فوق نقص مهمی به چشم می‌خورد که نمی‌توان از نظر دور داشت و آن خصیصه‌ی الزام‌آور

۱. عمید، همان، ص. ۱۴۳۲.

۲. سعیدی‌پور، محمود؛ آذین‌فر، فرهنگ فارسی خرد، انتشارات خرد، ص. ۵۸۶.

۳. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، ص. ۲۵۱.

۴. جعفری لنگرودی، همان، ذیل واژه‌ی یادشده.

۵. جبارگلباغی ماسوله، سیدعلی، درآمدی بر عرف، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات حوزه‌ی علمیه قم، ص. ۳۰.

بودن عرف است. اگر عرف فاقد خصیصه الزام آور بودن باشد نمی‌توان آن را موضوع علم حقوق به حساب آورد. هانری کاپیتان می‌گوید: عرف عبارت از رسمی است که افراد در رابطه حقوقی خود آن را پذیرفته‌اند و در نتیجه آن را به صورت قاعده‌ای الزام آور تلقی می‌نمایند؛<sup>۱</sup> وقتی که عنصر مادی و معنوی عرف حقوقی شکل گرفت، در واقع، الزام آور است.

ژنی حقوق دان فرانسوی می‌گوید: عرف مجموع وقایعی است که وجود حس حقوقی را بین مردم نشان می‌دهد و همین احساس اجباری بودن است که عرف را از سایر عادات و رسوم ممتاز می‌سازد.<sup>۲</sup> باید در نظر داشت که احساس اجباری بودن یا الزام آور بودن عرف عموماً افراد جامعه را وادار به عمل به مقتضای عرف می‌نماید. اما در صورتی که به صورت خاص فردی قاعده‌ی عرفی را نقض نمود در این صورت لازم است دستگاه قضایی متجاوز را وادار به تمکین در برابر عرف نماید. چنانچه دستگاه قضایی از انجام این وظیفه و صدور رأی مبنی بر الزام خودداری نمود. در این صورت، الزام آور بودن به تنهایی و بدون پشتیبانی دستگاه قضایی منتهی به احقاق حق و نیل به عدالت نخواهد شد. در صورتی که دستگاه قضایی از عرف حمایت ننماید نقص بزرگی در آن وجود دارد و نباید این نکته را از نظر دور داشت. پس از توضیحات بالا، عرف حقوقی را می‌توان چنین تعریف نمود؛ «قاعده‌ای است حقوقی مبتنی بر توافق خودجوش که در میان عموم افراد جامعه یا عموم افراد گروه یا منطقه‌ای خاص از جامعه استمرار و تداول داشته و بر مبنای حس حقوقی مشترک منشأ حق و تکلیف شده و جامعه معتقد به الزام آور بودن آن باشد لازم است عرف با نظام حقوقی حاکم هماهنگ بوده و از سوی آن پذیرفته شود.»

## دوم - عرف و قانون

علی‌الاصول عرف و قانون نباید با هم متعارض باشند. زیرا هر دو متضمن توافق

۱. سلجوقی، محمود، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، رساله دکتری، ص. ۵۰.

۲. کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج. ۲، شرکت سهامی انتشار، ص. ۴۷۳.

اجتماعی هستند، هر دو الزام‌آورند و همچنین عرف و قانون هر دو منشأ حق و تکلیف می‌باشند. به عبارت دیگر، چون در فرض بنیادین، هم عرف و هم قانون مبتنی بر خواست جامعه است و نیز ضرورت‌ها و جنبه‌های اجتماعی در آن‌ها رعایت شده است. لذا نباید با یکدیگر در تعارض باشند و حداقل ظاهراً باید همسو با یکدیگر باشند. از آنجا که قانون نیز گونه‌ای از توافق و قرارداد است، در این جا به ارتباط بین عرف و قانون می‌پردازیم.

مواردی وجود دارد که در قانون اشاره‌ای به عرف نشده ولی برای شناخت یا اجرای منظور اصلی قانون لزوماً باید از عرف استمداد نمود مثل مورد ماده‌ی ۹۷۵ ق.م. که اجرای قراردادهای خصوصی و قوانین خارجی را که برخلاف اخلاق حسنه است، ممنوع کرده است. در این جا برای شناخت اخلاق حسنه ناچاراً باید از عرف استمداد نمود. اما مواردی نیز وجود دارد که قانون تصریح به لزوم رعایت عرف نموده است مانند مواد ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۴، ۳۴۴، ۳۸۲ و ۳۸۶ قانون مدنی. ماده‌ی ۲۲۰ ق.م. چنین می‌گوید: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه‌ی نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند».

#### نکته:

برای اظهارنظر در خصوص تعارض بین عرف و قانون باید رابطه‌ی بین عرف و نظم عمومی و مصلحت‌های اجتماعی و اخلاق عمومی را در نظر داشت. از آن جا که عرف عمومی بر پایه‌ی ضرورت‌ها و نیازهای اجتماعی تشکیل می‌شود و به مدت طولانی در جامعه استقرار یافته و به آن عمل می‌شود لذا اصولاً نمی‌توان گفت که عرف عمومی مغایر نظم عمومی و مصالح جامعه و اخلاق عمومی وجود دارد مگر در شرایط ویژه. از طرف دیگر، بعضی از عرف‌ها آن قدر به مصالح جامعه و نظم عمومی و اخلاق عمومی پیوند خورده‌اند که ممانعت از اجرای این عرف‌ها جامعه را دچار اختلال و بی‌نظمی می‌نماید و واکنش‌های شدید اجتماعی به دنبال خواهد داشت به صورتی که شایسته است از آن‌ها به عنوان عرف‌های امری یا عرف‌های آمره یاد کنیم. به عنوان نمونه، می‌توان از تعارض قانون کشف حجاب با قاعده‌ی عرفی رعایت حجاب قبل از انقلاب اسلامی ایران یاد کرد.

چنان که می‌دانیم تصویب و اجرای این قانون به‌رغم حمایت مراجع رسمی طاغوت از آن، هیچ‌گاه نتوانست مانع اجرای این عرف آمره شود. در مثال بالا این قانون بود که نظم عمومی و اخلاق عمومی را مورد تجاوز قرار داده بود نه قاعده‌ی عرفی. لازم به ذکر است که به‌طور قطع، چنین قانونی را نمی‌توان توافق اجتماعی نامید و آن را برآیند اراده‌ی افراد جامعه دانست.

چنین به نظر می‌رسد که برای حل تعارض بین عرف و قانون ابتدا باید به قوانین کشور مراجعه کرد. چنان که روشی برای حل تعارض پیش‌بینی شده باشد بایستی طبق آن عمل نمود. در صورتی که روش حل تعارض وجود نداشته باشد، اصل بر این است که حکم قانون بر عرف ارجحیت دارد. زیرا قانون به صورت آگاهانه و با طی تشریفات قانونی توسط مراجع ذی‌صلاح وضع شده و مصالح عالی‌ه جامعه را دنبال می‌کند. استثنای وارده بر این اصل مواردی است که عرف از مصادیق عرف‌های آمره بوده و اجرای قانون معارض با آن ملازمه با نقض عرف آمره داشته و مآلاً به از بین رفتن نظم عمومی منتهی گردد. مسلماً قضاوت و حقوق دانان در هنگام اعمال قانونی که نظم عمومی را از بین می‌برد با تردیدهای جدی مواجه خواهند شد.

### سوم - عرف و قرارداد

عرف در رابطه‌ی با قرارداد دو کارکرد متفاوت را به عهده می‌گیرد؛ اول این که قراردادها را تحت حاکمیت خود قرار می‌دهد و موجب تنفیذ و اعتبار قرارداد می‌شود و دوم در قلمرو حقوق قراردادها ایجاد محدودیت می‌نماید.

#### تنفیذ قرارداد

عرف، قراردادها را تحت حاکمیت خود قرار می‌دهد و از حاکمیت اراده و نفوذ قراردادها حمایت می‌کند.

دلیلی که برای اثبات ادعای بالا می‌توان مطرح نمود یک دلیل تاریخی است. قبل از شکل‌گیری قانون، افراد اقدام به مبادله‌ی کالاها و انعقاد قراردادهای مختلف می‌نمودند آن‌ها عملاً به اصل صحت و اصل لزوم در قراردادها پایبند بودند و حتی پایبندی بر سر

پیمان و قول در گذشته، طبق آنچه مشهور است، بیشتر از دوران معاصر می‌باشد؛ مثالی که می‌توان اشاره نمود داستان سیاوش است.

#### ایجاد محدودیت

دومین کارکرد عرف ایجاد محدودیت در قلمرو حقوق قراردادها برای حاکمیت اراده است. انسان در جامعه زندگی می‌کند و به طور طبیعی ضرورت‌ها و ملزومات زندگی اجتماعی را نیز باید بپذیرد. می‌توان مدعی شد فرهنگ هر جامعه بر افراد تشکیل‌دهنده جامعه حاکمیت دارد. یکی از مواردی که به افراد تحمیل می‌شود ممانعت از بعضی اعمال حقوقی است که برای جامعه مضر می‌باشد و به عرف‌های حامل نظم عمومی و اخلاق عمومی آسیب وارد می‌نماید. چنانچه گذشت، عرف‌هایی که با نظم عمومی و اخلاق عمومی پیوند خورده‌اند هنگام تعارض با قانون، به اعتقاد نگارنده، بر قانون ارجحیت دارند. زیرا اجرای قانون مغایر با عرف موجب اختلال در نظم عمومی می‌شود. بدیهی است که چنین عرف‌هایی در برابر حاکمیت اراده ممانعت جدی ایجاد می‌نمایند و قراردادهای مغایر با عرف‌های آمره را نمی‌توان معتبر و قابل اجرا دانست.

#### بند سوم - نظم عمومی

آقای دکتر کاتوزیان می‌نویسد؛ نباید تصور کرد که نظم عمومی دارای مفاهیم و مبانی گوناگون است. زیرا در تمام مواردی که به نظم عمومی استناد می‌شود، مقصود این است که چون اجرای قاعده‌ای با مصالح عالی دولت و منافع جامعه ملازمه دارد بر قراردادها حکومت می‌کند. ایشان همچنین بیان می‌دارد که در تعاریف از نظم عمومی ارتباط نظم عمومی با منافع و مصالح جامعه آشکارا به چشم می‌خورد و تنها نقطه‌ی مشترک بین تمام آن‌ها است.<sup>۱</sup>

در حقوق کامن لا:

۱ - به طور کلی اصول و موضوعاتی را که مربوط به اساس حکومت یا کل جامعه است و از طرف قانون‌گذار یا مراجع قضایی رعایت می‌شود، نظم عمومی گویند. دادگاه‌ها گاهی

۱. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ص. ۱۶۱.

اوقات برای توجیه تصمیماتشان از اصطلاح نظم عمومی استفاده می‌کنند. مانند زمانی که اعلام می‌کنند قرارداد به دلیل سست کردن یا تضعیف منافع عمومی باطل است.

۲ - به عبارت دقیق‌تر، به‌عنوان یک اصل هیچ شخصی نباید مجاز باشد عملی را انجام دهد که متضمن ضرر قابل توجه به منافع عمومی باشد.

نظم عمومی، منافع مشترک جامعه است. چنانچه (براساس اصول کامن‌لا) یک قرارداد برخلاف نظم عمومی باشد، چنین قراردادی یک قرارداد نامشروع است. مع‌هذا در موارد محدودی ممکن است چنین قراردادی باطل باشد اما نامشروع نباشد و در برداشت دقیق‌تر قابل مسامحه و به‌عنوان مثال قابل تجزیه باشد. قراردادهایی که به علت مخالفت با نظم عمومی نامشروع‌اند شامل قراردادهایی می‌باشد که در جرم یا شبه جرم مشارکت دارد یا درآمد متقلبانه ایجاد می‌کند و نیز قراردادهایی که صدمه می‌زند به امنیت ملی یا اداری یا امنیت قضایی و نیز چنین است قراردادهای غیراخلاقی و قراردادهایی که صرفاً باطل بوده شامل قراردادهای مخالف تجارت و معاملات و قرارداد مخالف ازدواج و عقد ازدواج.<sup>۱</sup>

#### بررسی تطبیقی نظم عمومی در حقوق فرانسه

ماده‌ی ۱۱۳۱ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد؛ تعهد بدون علت یا مبتنی بر علت غلط یا نامشروع، هیچ اثری نمی‌تواند داشته باشد و سپس ماده‌ی ۱۱۳۳ قانون مدنی آن کشور مقرر می‌دارد؛ علت قرارداد وقتی نامشروع است که به‌موجب قانون منع شده یا خلاف اخلاق حسنه یا نظم عمومی باشد. ماده‌ی ۱۱۳۳ به استقلال نظم عمومی از قانون اشاره

۱. فرهنگ حقوقی بلیک زیرعنوان public policy چنین می‌نویسد:

1. broadly principles and matters regarded by the legislature or by the courts as being of fundamental concern to the state and the whole of society, courts sometimes use the term to justify their decisions such as , when declaring a contract void because it undermines the public good.

2. More narrowly the principle that a person should not be allowed to do anything that would tend to injure the public at large.

فرهنگ حقوقی آکسفورد زیرعنوان public policy می‌نویسد:

the interests the community. If a contract is (on common - law principles) contrary to public policy, this will normally make it an illegal contract. In a few cases, however, such a contract is void but not illegal, and is treated slightly more leniently (for example, by severance).

Contracts that are illegal because they contravene public policy include any contract to commit a national safety or the crime or a tort or to defraud the revenue, any contract that prejudices administration of justice, and any immoral contract. Contracts that are merely void include contracts in restraint of trade and in restraint of marriage and marriage brokerage contracts.



دارد و برای این که یک قرارداد مغایر نظم عمومی اعلام شود لزوماً نباید با یک قانون مخالفت داشته باشد، همین قدر که قرارداد یادشده حقیقتاً مغایر با چهره‌های مختلف نظم عمومی باشد امکان اعلام ابطال و بلااثر بودن آن وجود دارد؛ در این صورت، تشخیص مغایرت قرارداد با نظم عمومی با دادرسی می‌باشد.

### بررسی تطبیقی نظم عمومی در حقوق انگلیس

در حقوق قراردادهای انگلیس یکی از عناصر ضروری یا the essential elements برای اعتبار قراردادهای عدم مخالفت آن با نظم عمومی است. کتاب English Law در مورد این عنصر چنین می‌نویسد:

the essential elements of the formation of valid and enforceable contract can be summarised under the following headings:

a)... b)... c)... d)... e)... f)... g) the contract must not be contrary to public policy)<sup>1</sup>

بدین معنی که قرارداد نباید مخالف با نظم عمومی باشد. در صورتی که عنصر عدم

مخالفت با نظم عمومی در آن موجود نباشد:

in the absence of one or more of these essentials, the contract may be void, voidable, or unenforceable.

بدین معنی که فقدان یک یا چند عنصر از عناصر اساسی فوق‌الذکر قرارداد را باطل یا

قابل ابطال و یا غیرقابل اجرا می‌نماید.

### مصادیقی از نظم عمومی

آقای دکتر ناصر کاتوزیان ۸ مورد از چهره‌های نظم عمومی را احصا می‌کنند که عبارت‌اند از: ۱ - نظم دولتی و اداری. ۲ - نظم قضایی. ۳ - نظم شغلی. ۴ - نظم در اهلیت و احوال شخصی. ۵ - نظم خانوادگی. ۶ - استقلال و سلامت انسان. ۷ - مقررات مربوط به حمایت اشخاص ثالث. ۸ - نظم اقتصادی.<sup>۲</sup>

برای روشن‌تر شدن مفهوم نظم عمومی و عینیت بخشیدن به آن به موارد زیر که البته

جنبه‌ی انحصاری ندارد، اشاره می‌شود:

1. English law denis kennan. 13th edition - longman, p.225.

۲. کاتوزیان، همان، صص. ۱۸۰ - ۱۶۸.

۱ - هر قراردادی که جهت انجام اعمال مجرمانه یا معاونت و مشارکت در آنها منعقد شود، مخالف نظم عمومی است.

۲ - هر قراردادی که جهت ایجاد خسارت به دیگران منعقد شده باشد، مخالف نظم عمومی است.

۳ - قراردادهایی که چهره‌های مختلف امنیت ملی مثل امنیت اداری، قضایی و اقتصادی را مورد تجاوز قرار دهد، مخالف نظم عمومی است.

۴ - قراردادهایی که عواطف و احساسات و اخلاق اجتماعی را مورد تجاوز قرار می‌دهد، مخالف نظم عمومی است.

به طور مثال، قراردادهایی را که برای انجام اعمال خلاف عفت منعقد می‌شود، را نمی‌توان معتبر اعلام کرد.

نکته قابل توجه این است که رفتارهای مخالف امنیت ملی و رفتارهای مخالف عواطف اجتماعی و اخلاق حسنه ممکن است از دیدگاه افراد مختلف، متفاوت باشد. طبیعتاً ممکن است قضاوت طرفدار متعصب حزب حاکم با افرادی که مخالف حکومتند، متفاوت باشد. بنابراین این سؤال مطرح می‌شود که مرز معین بین نوسان‌های موجود در برداشتها کدام است؟ در پاسخ چنین به نظر می‌رسد که دادرس باید اسیر افراط و تفریط نشده و در این میان قضاوت نوعی و متعارف را اتخاذ و ملاک عمل قرار دهد تا حقوق فردی و حاکمیت اراده که از اهداف بنیادین جامعه است تحت لوای منافع عمومی بی‌جهت مورد تجاوز قرار نگیرد.

#### بند چهارم - اخلاق حسنه و قرارداد

ماده‌ی ۶ ق.ا.د.م. مقرر می‌دارد؛ «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». چنانچه می‌بینیم در ماده فوق از اخلاق حسنه‌ی مغایر با موازین شرع سخن گفته است. به عبارت دیگر، مفهوماً اخلاق حسنه به دو قسم تقسیم شده است؛

۱ - اخلاق حسنه‌ی مغایر با موازین شرع.

۲ - اخلاق حسنه‌ی غیر مغایر با موازین شرع.

اخلاق حسنه‌ی مغایر با موازین شرع، قراردادهای مخالف خود را بلااثر می‌کند و اخلاق حسنه‌ی غیر مغایر با موازین شرع چنین تأثیری بر قراردادهای نمی‌گذارد. به عبارت دیگر، اخلاق حسنه طبق ماده‌ی ۶ ق.آ.د.م. هنگامی می‌تواند یک قرارداد را بلااثر کند که مغایر با موازین شرع باشد.

آقای دکتر لنگرودی در ترمینولوژی حقوق می‌نویسد؛ قواعدی است که در زمان و مکان معین توسط اکثریت یک اجتماع، رعایت آن لازم شمرده می‌شود یا عمل به آن‌ها نیکو تلقی می‌شود و فاقد ضمانت اجرا می‌باشد. (بین اخلاق به این معنی و مباحث علم اخلاق از نسب اربع عموم و خصوص من وجه وجود دارد.) مقررات اخلاقی هم بدون ضمانت اجرا نیست (ماده‌ی ۶ ق.آ.د.م. و ماده‌ی ۹۷۵ ق.م. و ماده‌ی ۵۲ ق.د.ا.ر.ک.)

اخلاق حسنه، ساختار اساسی اخلاق در جامعه است. در حقوق کامن لا قضات گهگاه عبارتی بدین مضمون مطرح می‌کنند که آن‌ها مصالح برتر عمومی را حفظ کرده و رفتارهای مجرمانه‌ای که اخلاق عمومی را نابود می‌کند، مجازات می‌کنند. اما این امر کاملاً روشن نیست که آن‌ها چه قاعده‌ای را انجام می‌دهند. شایان ذکر است که الغای وصف مجرمانه از خودکشی براساس این فرض بود که آن دسته از موضوعات اخلاقی که تأثیر مستقیم روی افراد ندارند نباید به عنوان عمل مجرمانه موضوع قانون‌گذاری قرار گیرد.<sup>۱</sup>

در این جا باید در مورد آن چه تحت عنوان public moral مطرح است و توسط اکثریت اجتماع لازم شمرده می‌شود با اخلاق نابی که می‌توان اخلاق حسنه یا good moral نیز نامید و عده‌ای خاص از افراد متقی خود را بدان ملتزم می‌دانند، تمایز قایل شد. Public moral قواعد عام اخلاقی است و در میان مردم شیوع و عمومیت دارد اما اخلاق حسنه مورد نظر فقط توسط عده‌ای خاص به منصفی ظهور در می‌آید و عموم مردم برای اجرای آن خود را متعهد و ملتزم نمی‌دانند. سؤالی که در ذهن ایجاد می‌شود این است که

۱. فرهنگ حقوقی آکسفورد زیرعنوان public morals چنین می‌نویسد:

the basic moral structure of society, judges have occasionally said that they retain a general overriding discretion to punish as crime behaviour that is destructive of public morals but it is not at all clear to what extent they should do so although some crimes, such as incest, are presumably based on the assumption that matters of moral that do not directly affect other people should not be the subject of criminal legislation.

آیا اخلاق حسنه مخصوص پرهیزگاران نیز قادر است قرارداد مخالف خود را بلااثر نماید؟ به نظر نگارنده، اخلاق پرهیزگاران که اختصاص به قسمت کوچکی از افراد جامعه دارد، واجد جنبه اجتماعی یا لزوم اجتماعی معتبر برای بلااثر کردن قراردادها نیست. بنابراین خاطر نشان می‌شود که اخلاق مورد بحث در این گفتار، اخلاق عمومی یا public moral می‌باشد و اخلاق اختصاصی عده‌ای معدود از پرهیزگاران از حوزه‌ی این بحث خارج است و آنچه در کشور ما تحت عنوان اخلاق حسنه مطرح می‌شود در حقیقت اخلاق عمومی است. یعنی اخلاقی که اکثریت افراد جامعه رعایت آن را لازم می‌شمرند. آقای دکتر کاتوزیان می‌نویسد؛ چون اموری که خلاف اخلاق حسنه است نظم عمومی را نیز بر هم می‌زند و هیچ‌گاه حقوق نمی‌تواند به امور غیراخلاقی بی‌اعتنا بماند. به اصطلاح منطقی، رابطه این دو مفهوم را باید عموم خصوص مطلق دانست بدین تعبیر که، آنچه با اخلاق حسنه منافات دارد با نظم عمومی نیز مخالف است ولی امکان دارد قراردادی که با نظم عمومی در تعارض است، از نظر اخلاقی ناپسند به نظر نیاید.<sup>۱</sup>

این سخن که آنچه با اخلاق حسنه منافات دارد با نظم عمومی نیز مخالف است قابل نقد و بررسی است:

اولاً - این ادعا در خصوص اخلاق مخصوص عده‌ای معدود از پرهیزگاران که نمی‌توان آن را اخلاق عمومی نامید، مصداق ندارد. زیرا عملکرد و رویه‌ی لازم‌الاجرا عده‌ای معدود در جامعه به حدی نیست که بتوان آن را به نظم عمومی پیوند زد.

ثانیاً - رفتارهای مغایر اخلاق عمومی ممکن است همزمان مغایر با نظم عمومی باشد و ممکن است مغایر با نظم عمومی نباشد.

به عبارت دیگر، حالتی متصور است که یک رفتار مخالف اخلاق عمومی است ولی مخالف با نظم عمومی نیست. نمونه بارز آن از نظام حقوقی انگلیس الغای قوانین مربوط به خودکشی است که مغایر با اخلاق عمومی است. در حالی که پس از الغای وصف مجرمانه،

۱. کاتوزیان، ناصر، همان، ص. ۱۸۱.

این عمل مغایرتی با نظم عمومی ندارد. همچنین پایان بخشیدن به زندگی بیماران لاعلاج در کشورهایی که این عمل وصف مجرمانه ندارد و نیز شبیه‌سازی را می‌توان به عنوان مثال‌های غیرمنحصر دیگری از این دست ذکر نمود.

دقت در توضیحات بالا نشان‌دهنده این امر است که اخلاق عمومی را نمی‌توان مستقلاً مؤثر در ابطال قراردادها شمرد بلکه هرگاه اخلاق عمومی آن‌قدر اهمیت داشته که روی افراد اثر مستقیم بگذارد و نظم عمومی هم به حساب آید، آن‌گاه است که براساس آنچه در خصوص نظم عمومی گفته شد، می‌تواند قراردادهای خصوصی را تحت تأثیر قرار دهد. اخلاق عمومی، در غیر این صورت، مانع حاکمیت اراده قرار نمی‌گیرد.

### بند پنجم - عقل

فرهنگ عمید، عقل را چنین تعریف می‌کند؛ دریافتن دانستن، فهمیدن قوه‌ی دریافت و ادراک حسن و قبح اعمال و تمییز نیک و بد امور، خرد. همین فرهنگ در مقابل تعقل می‌نویسد؛ هوش و خرد پیدا کردن و به نیروی عقل به امری پی بردن از روی فکر و خرد به کاری اندیشیدن.

فرهنگ نشر نو در مقابل کلمه intellect می‌نویسد؛ ۱ - عقل، خرد، دها، نیروی عقلانی، هوش فهم، قوه‌ی ادراک. ۲ - خردمند، متفکر، اندیشمند.<sup>۱</sup> همین فرهنگ در کلمه مقابل کلمه wisdom می‌نویسد؛ خرد، عقل، دانش، حکمت، معرفت. کلمه دیگری که با عقل و تعقل ارتباط دارد reason می‌باشد. این کلمه وجه تعقل و استدلال را در خود نهفته دارد. فرهنگ نشر نو در مقابل reason می‌نویسد؛ ۱ - اندیشیدن، تعقل کردن، عقل و شعور، هوش و حواس خود را به‌کارگرفتن. ۲ - دلیل و برهان آوردن، استدلال کردن، با دلیل ثابت کردن. و reasonable یعنی منطقی، معقول و عقلانی و بالآخره reasoning به معنای step in thinking about or understanding something به معنای

۱. جعفری، محمدرضا، فرهنگ انگلیسی - فارسی نشر نو، شرکت نشر نو، ذیل واژه‌ی یادشده.

برهان و تعقل<sup>۱</sup> که در این گفتار مورد نظر می‌باشد.

فرهنگ علوم سیاسی زیرعنوان راسیونالیسم چنین می‌نویسد، Rationalism راسیونالیسم و یا مکتب اصالت عقل در قرن ۱۶ م. رواج یافت. قبل از آن تاریخ، عقل‌گرایان به فلاسفه‌ای گفته می‌شد که به‌جای مشاهدات عینی و تجربی عامل عقل را ملاک تعیین حقیقت دانسته و به استدلالات عقلانی اهمیت تام می‌دادند و طبق نظر راسیونالیسم، خود عقل به شکل مفاهیم نهادینه شده یا استعداد فکری در انسان موجود است و شناخت حقیقی صرفاً با این وسیله میسر است. تجربه چیزی نیست جز محک ظاهر شدن مفاهیم برای عقل انسان که اشکال «از پیشی» Apriori در ذهن از این تجربه‌ها در شناخت حقیقت یاری می‌جوید. معروف‌ترین خردگرایان قرن ۱۷ دکارت و اسپینوزا هستند. دکارت، خدا و ماده را دو اصل جدا از هم می‌دانست و ماده را جوهر جسمی به شمار می‌آورد که به ذهن بستگی ندارد. اندیشه نیز توسط روان صورت می‌گیرد. او انسان را شامل دو عنصر مساوی بر می‌شمرد که بدن و عقل می‌باشد. شک تعقلی دکارت یکی از ارکان خردگرایی وی می‌باشد. وی پیرو تئوری فطری شناخت بود و قدرت شناخت انسان را ناشی از اصول ریاضی، منطقی و فلسفه می‌دانست که از تجربه مستقل به حساب می‌آید. اسپینوزا برخلاف دکارت مونیست بود. یعنی خدا یا طبیعت را تنها علت می‌دانست که به هیچ چیز دیگر وابسته نیست. او جهان را جوهر کلی برمی‌شمرد. او روان انسان را شامل دو بخش می‌دانست؛ عقل و عاطفه. اسپینوزا برای تجربه یا شناخت حسی ارزشی قائل نبود و شناخت عقلی را وابسته به آن نمی‌دانست و بهترین شناخت را عامل درک شهودی میسر می‌دانست. کانت نماینده‌ی عقل‌گرایی جدید می‌باشد. این فیلسوف آلمانی «شیء فی نفسه» یعنی ماهیت اشیا را که خارج از ذهن انسان و به طور مستقل موجود است قابل درک تجربی نمی‌دانست. وی قالب‌هایی را برای ترکیب مفاهیم کلی مشخص کرد که به نام مقولات دوازده‌گانه معروفند.

عقل از نظر وی کارش ترکیب و تجزیه مصادیق خارجی براساس مفاهیم ذهنی با

۱. همان، ذیل واژه‌ی یادشده.

مقولات است. عقل محض به جنبه‌های متضاد تقسیم می‌گردد. عقل عملی در نظر کانت به این نتیجه می‌رسد که انسان بین خیر و شر توسط عقل عملی تفاوت می‌گذارد و پایهی احکام اخلاقی وی در همین نظریه است. به عنوان مثال، اصل علیت در فلسفه کانت چنین است؛ چون هر جریان یا پدیده‌ای علتی دارد، حقیقت علت صرفاً توسط عقل محض شناخته می‌شود. این علیت بر مبنای مناسبات واجبی است که در هر نظم عینی، ذاتی است و کار عقل بدیهی شناختن این مناسبات است. بر این اساس کانت اصول عقل عملی را در اراده می‌بیند و در نهایت بین علم و اخلاق مرزبندی می‌کند. در عصر جدید راسیونالیسم بیشتر در مورد اشخاصی به کار می‌رود که پیرو اصالت عمل (پراگماتیسم) و یا مکتب درک شهودی هستند.<sup>۱</sup>

دکارت می‌گوید: «من می‌اندیشم پس هستم». دکارت نظریه معرفت خود را بر عقل مبتنی می‌کند. وی از خود می‌پرسد؛ آیا نمی‌دانم که چه چیز برای این که مرا از چیزی مطمئن گرداند لازم است؟ سپس در پاسخ می‌گوید؛ مسلماً در این معرفت اولیه هیچ چیز نیست که مرا از حقیقت مطمئن سازد مگر ادراک روشن و متمایز از آنچه می‌گویم. و از این‌جا این قاعده کلی را وضع می‌کنم. که تمامی اشیایی که ما خیلی روشن و خیلی متمایز درک می‌کنیم سراپا حقیقت هستند.<sup>۲</sup> تولستوی می‌گوید عقل را نمی‌توان تعریف نمود و ما هم احتیاج به تعریف آن نداریم. زیرا نه تنها ما همه آن را می‌شناسیم بلکه جز او را نمی‌شناسیم. در واقع عقل، قانونی است که بر وفق آن باید به‌ناچار موجودات عاقل یعنی انسان‌ها زندگی کنند. عقل، قانونی است که زندگی بشر را اداره می‌کند.<sup>۳</sup> از سخنان تولستوی چنین برمی‌آید که در عقل یک نیرو و الزام نهفته است که باید به‌ناچار طبق آن زندگی کرد. کانت می‌گوید تنها انجام وظیفه کافی نیست بلکه باید وظیفه را به خاطر نفس وظیفه انجام دهیم. اخلاق مستلزم پیروزی اراده بر طبیعت و ایراد فشاری از نفس بر نفس

۱. جاسمی، محمد و بهرام، فرهنگ علوم سیاسی، دوجلدی، انتشارات گوتنبرگ، ذیل واژه‌ی یادشده.

۲. کرسون، همان، ص. ۱۰۱.

۳. همان، ص. ۸۴.

و فداکردن تمایلات پست غریزه به دستور عقل است فقط به علت این که عقل است. کانت می‌افزاید هیچ کس نمی‌تواند بر وفق اخلاق عمل کند مگر این که از آزادی و اختیار بهره‌مند باشد.<sup>۱</sup>

کانت ادامه می‌دهد در واقع ما قانون اخلاقی را در خود به عنوان یک ثمره و محصول عقل می‌یابیم و نمی‌توانیم در جنبه‌ی عقلانی آن تردید کنیم.

لیکن این قانون به ما می‌گوید: «باید بکنی» و اگر نمی‌توانستیم از آن اطاعت کنیم یا به میل خود بدان نافرمانی کنیم، آیا ممکن بود جنبه عقلانی داشته باشد؟ عقلاً «من باید بکنم پای می‌توانم بکنم را به میان می‌کشد». زیرا که تکلیف به ما تحمیل می‌شود. پس ما بایستی در انجام دادن آن مختار باشیم.<sup>۲</sup> از سخنان کانت برمی‌آید که کانت نیز برای عقل نیرو و الزامی قائل است که به انسان‌ها تحمیل می‌کند البته به مقتضای آزادی، انسان امکان نافرمانی نیز دارد. در جایی که افراد به علت ترس از مجازات اخروی یا دنیوی یا براساس سود از قانون اطاعت می‌کنند، عمل آن‌ها ارزش اخلاقی ندارد.

اسپینوزا می‌نویسد؛ عقل با قدرت فطری خود آلات معنوی می‌سازد که به وسیله آن‌ها قوای خود را برای انجام کارهای معنوی دیگر افزایش می‌دهد و از این کارهای اخیر آلات دیگر یعنی قدرت وسیع‌تر کردن دامنه تحقیقات خود را به دست می‌آورد و بدین سان به ترقی و تعالی خود ادامه می‌دهد تا این که به خردمندی نائل گردد.<sup>۳</sup>

از نظر اسپینوزا عقل بهترین وسیله برای شناخت حقیقت است. لذا به کارگیری آن در زندگی فردی برای افراد و در زندگی اجتماعی برای اجتماع خیر و سعادت به ارمغان می‌آورد و البته بر قدرت و نیروی عقل در ایجاد تحول تأکید می‌کند.

برمبنای دریافتهایی که اسپینوزا، دکارت و کانت و تولستوی از عقل داشته‌اند می‌توان مدعی شد که آن‌ها به عقل به‌عنوان یک نیروی مستقل و مؤثر در زندگی بشری و

۱. همان، ص. ۲۲۶.

۲. همان.

۳. همان، ص. ۳۴۳.



تشخیص‌دهنده‌ی نیک از بد و خیر از شر اعتقاد داشته‌اند. نکته بسیار مهمی که در خصوص عقل وجود دارد و در حقیقت جان کلام را تشکیل می‌دهد. این است که عقل خون تازه در رگ قوانین، عرف‌ها و اعتقادات انسان‌ها در جامعه وارد می‌کند و در حقیقت امتیاز آن بر سایر منابع حقوق این است که بعضی الزامات حقوقی را که ممکن است به صورت قانون یا عرف باشد و از محتوی خالی شده، ارزیابی و مورد نقد و بررسی قرار می‌دهد و راهکارها یا برداشت‌های زنده و مناسبی به جای آن ارائه می‌دهد. به عبارت دیگر، عقل قابلیت نظارت و ارزیابی بر همه الزامات و اعتقادات در زندگی اجتماعی را دارد.

جان استوارت میل نکته‌ی بالا را به این عبارت بیان می‌کند:

اگر در جهان کار تازه‌ای برای انجام دادن باقی نمی‌ماند، آیا هنوز وجود عقل لازم بود. آیا به همین علت نیست که کسانی که کارهای کهنه می‌کنند فراموش کرده‌اند که چرا این کارها را می‌کنند و در کردن این کارها به رمه‌ی گوسفند بیشتر شبیهند تا به آدمیان؟ بهترین عقاید و رویه‌ها کم‌کم انحطاط می‌یابند و ماشینی می‌شوند و اگر پیوسته کسانی پیدا نشوند که ابتکار فکر آن‌ها مانع شود که اساس این عقاید و اعمال ماشینی شوند این مواد مرده در مقابل چیزی که واقعاً زنده است، پایداری نمی‌توانند کرد و موجبی نیست که تمدنی که بر آن مبتنی است نمیرد.<sup>۱</sup> به‌عنوان مثال مواد ۲۲۹ و ۲۳۰ قانون حمورابی در زمان خود کاملاً عقلانی بوده است. ماده‌ی ۲۲۹ قانون حمورابی می‌گوید: هرگاه معماری خانه‌ای بهر سروری بسازد ولی آن را مستحکم نکند و نتیجه آن بود که خانه فرود آید و موجب مرگ صاحبخانه شود، معمار کشته می‌شود و ماده‌ی ۲۳۰ همان قانون مقرر می‌دارد: و اگر کار به مرگ پسر صاحبخانه بیانجامد، پسر آن معمار کشته می‌شود.<sup>۲</sup>

با توجه به این که مبانی فکری مواد فوق دیگرگونی قابل توجهی به خود دیده است اینک ممکن است بنا بر دریافت‌های جدید عقل اجازه دهیم که آن احکام مورد استهزا قرار

۱. استوارت میل، جان، ترجمه: صنایع، آزادی فرد و قدرت دولت، ص. ۳۵۸ (به نقل از: زمینه حقوق تطبیقی، حسین نجومیان).

۲. ماهنامه دادرسی، س. ۴، شماره ۲۰، خرداد و تیرماه ۱۳۷۹، ص. ۷۹.

گیرند. شناخت نامعقول و ناعادلانه بودن احکام فوق براساس دریافت عقل است. بنا بر مطالب بالا عقل منبع مستقل و چراغ نورانی است که فراروی زندگی اجتماعی و نیز حقوق و همچنین حقوق قراردادها گسترده می‌باشد. و مجموع قواعد اجتماعی، اخلاقی و حقوقی با محک عقل سنجیده می‌شوند. لذا عقل نه تنها به ارائه راهکارهای مبتنی بر عدل و داد و مبری از ستم و زشتی می‌پردازد بلکه منابع دیگر را مورد بررسی قرار داده، آن‌ها را اصلاح و یا از طریق ارائه تفاسیر و برداشت‌های نو روح تازه در کالبد بی‌جان آن‌ها می‌دمد. در میان حقوق‌دانان اسلامی عده‌ای از اصولیین از عقل به عنوان یک دلیل مستقل حمایت کرده‌اند. زیربنای دلیل مستقل عقل در وجوه حسن و وجوه قبح و سپس ملازمه بین حکم عقل و حکم شرع و عکس آن خلاصه می‌شود. اغلب اصولیین آن را بر پایه همین دو مسأله در دو قاعده پی‌ریزی کرده‌اند. آنان می‌گویند؛

۱ - عقل با درک کردن خوبی فعل، حکم قطعی به وجوب آن پیدا می‌کند.

۲ - عقل با درک کردن زشتی فعل، حکم قطعی به حرمت آن پیدا می‌کند.

۳ - قاعده‌ی ملازمه‌ی میان حکم عقل و حکم شرع.

۴ - قاعده‌ی لازمه میان حکم شرع و حکم عقل.<sup>۱</sup>

قابل ذکر است که با قاعده‌ی ملازمه عقل و شرع و عکس آن، مخالفت‌هایی به عمل آمده است. چون عموماً دلایل مخالفت‌ها به استناد ادله‌ی غیرعقلی و مبتنی بر نظریه‌ی عدم توانایی درک مفاسد و مصالح احکام توسط عقل می‌باشد. لذا نیازی به بیان آن‌ها دیده نمی‌شود. کار عقل شناخت حقیقت اشیا است. آن حقیقتی که مستقل از ذهن یا مستقل از عقل کاوشگر وجود دارد. همچنین کار عقل شناخت بی‌طرفانه روابط بین اشیا است. روابطی که حقیقتاً و مستقلاً وجود دارد و عقل آن‌ها را وضع نکرده است تا هنگامی که عقل بی‌طرفانه اقدام به شناخت اشیا و روابط بین آن‌ها می‌کند، دستاوردهای آن قابل اتکا و استناد است اما از وقتی که عقل شروع به تکاپو برای رسیدن به مقاصد خاص می‌کند

۱. فیض، علی‌رضا، مبانی فقه و اصول، انتشارات دانشگاه تهران، چ. ۹، ص. ۴۶.

انحراف آغاز می‌شود. به عبارت دیگر، تا هنگامی که شناخت حقیقت، موضوع بررسی عقل است و هیچ تعصبی در اثبات یا عدم اثبات مقصد خاص وجود ندارد می‌توان به عقل و استدلال او امیدوار بود ولی هنگامی که مقاصدی توسط غیر عقل تعیین شده و عقل درصدد توجیه و اثبات آن‌ها است از این‌جا تردید در نیل به حقیقت آغاز شود. به عبارت صریح‌تر، تغییر حقیقت اشیا و روابط بین آن‌ها توسط ذهن انحراف شایع عقل است. فرانسیس بیکن فیلسوف انگلیسی درباره‌ی قیاس منطقی کلاسیک می‌گوید: «قیاس ذهن را مقید می‌کند نه امور را».<sup>۱</sup>

به عبارت دیگر، حقیقت کماکان حقیقت باقی می‌ماند و تغییری در آن روی نمی‌دهد حتی اگر با توسل به منطق صوری به صورتی غیرواقعی نشان داده شود. همچنین هگل در این خصوص می‌گوید: «آنچه واقع و متحقق است معقول است و آنچه معقول است متحقق است چه روشن است که آنچه واقع است نمی‌تواند واقع نباشد».<sup>۲</sup>

در این‌جا رابطه‌ی عقل و تجربه مشخص می‌شود و می‌توان مدعی شد هر آنچه معقول است قطعاً توسط تجربه تأیید می‌شود. کانت در نقادی عقل نظری، دست عقل را در امور حسی و تجربی کوتاه و عاجز می‌داند ولی در عقل مطلق عملی یعنی در مبانی اخلاقی و حقوقی دست عقل را کاملاً باز دانسته است.<sup>۳</sup>

**قسمت اول - بررسی تطبیقی تأثیر عقل در حقوق قراردادها در آمریکا و**

### **انگلستان**

#### **یک - آمریکا**

ماده‌ی ۳۰۲ - ۲ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (که در کلیه حوزه‌های صلاحیت به استثنای یک حوزه جاری و معتبر است) مقرر می‌دارد؛

۱. نجومیان، حسین، *زمینه‌ی حقوق تطبیقی*، چاپخانه طوس مشهد، ص. ۲۵۹.

۲. فروغی، محمدعلی، *سیر حکمت در اروپا*، ج. ۳، ص. ۲۵.

۳. نجومیان، همان.

در صورتی که دادگاه از نقطه نظر قانونی دریابد که قرارداد یا هر شرطی از قرارداد در موقع انعقاد نامعقول بوده است دادگاه می تواند از اجرای قرارداد خودداری کند. یا به استثنای شرط نامعقول، می تواند باقی قرارداد را اجرا کند یا می تواند آن قدر اجرای شرط نامعقول را محدود سازد که از هرگونه نتیجه‌ی نامعقول جلوگیری به عمل آورد.

### دو - انگلستان

اگرچه حقوق انگلستان فاقد هرگونه اصل کلی مشابه ماده‌ی فوق می باشد اما ایده‌ی نامعقول بودن را به تدریج شناسایی می کند. یکی از حقوق دانان چنین ابراز عقیده می کند؛ به رغم خدمت ظاهری نظریه آزادی مطلق قراردادها هر روز علیه قراردادهایی که ناعادلانه، غیرمنصفانه، غیرمتعارف یا ظالمانه هستند از سوی دادگاه به نفع خواهان حکم صادر می شود. نامعقول بودن، به عنوان واژه‌ای جهت توصیف این نظارت ممکن نیست که اولین انتخاب لغت نامه نویس‌ها باشد اما به نظر می رسد که آن قابل قبول ترین واژه‌ی عام باشد (۳۹۰: ۱۹۷۶ - Lord Denning (waddams) پیشرو آن دسته قضاتی بوده است که تلاش نموده اند ایده‌ی نامعقول بودن را به قابل توجه ترین وجه در دعوی (۱۹۷۵) *loyds bank Ltd v. Bundy* تشویق و ترغیب کند. ایشان می گوید؛ ... اگر به طرز استدلال قضات قرن نوزدهم در دعاوی راجع به تحدید تجاری نگاهی انداخته شود، می توان حمایت و خدمت ظاهری را که به تئوری‌های اقتصادی مبذول می شود، دریافت اما اگر به گفتار آن‌ها در پرتو کردارشان نگریسته شود، درمی یابیم که آن‌ها اگر فکر می کردند که معامله بین طرفین نامعقول بود، معامله را بی اعتبار می ساختند و اگر فکر می کردند که نامعقول نبود آن را تأیید می کردند.<sup>۱</sup>

### قسمت دوم - بررسی نقش عقل در حقوق قراردادها در ایران

با توجه به این نکته که از نظر فقه امامیه در باب معاملات، امضای شارع لازم نیست و عدم منع صریح از سوی شارع به معنای آن است که افراد جامعه در نحوه‌ی شکل دهی به

۱. آدامز، جان، براون اسورد، راجر، ترجمه؛ پوراستاد، مجید، *تحلیل حقوق قراردادها*، مؤسسه انتشارات مدین، صص. ۹۱ - ۸۸.

عقود و تأثیر قراردادهای آزاد هستند. لذا عقل این ممیزه‌ی بین انسان و حیوان اجازه‌ی ورود و اثرگذاری در حقوق قراردادهای را پیدا می‌کند و با هیچ منعی روبه‌رو نمی‌شود.

ماده‌ی ۴۱۶ ق.م. مقرر می‌دارد: «هریک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشد بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند.» به نظر نگارنده، مبنای اختیار فسخ در ماده‌ی ۴۱۶ حکم عقل است. چون کاملاً نامعقول است شخصی که در معامله متحمل ضرر فاحش می‌شود به چنین عملی اقدام کند. لذا چنانچه علم وی به ضرر ثابت شود تنها در این صورت است که می‌توان گفت نتیجه‌ی قرارداد مورد خواست او بوده است. لذا طبق ماده‌ی ۴۱۸ ق.م. حق فسخ نخواهد داشت.

ماده‌ی ۵۷۰ ق.م. می‌گوید: «جعل بر عمل نامشروع و یا بر عمل غیرعقلایی باطل است.» نگارنده از خود می‌پرسد که در جعل چه خصوصیتی وجود که غیرعقلانی یا نامعقول بودن آن موجب بطلان عقد شود و غیرعقلانی یا نامعقول بودن، چنین اثری در سایر عقود نداشته باشد؟ به نظر می‌رسد در حقوق ایران باید عقلانی بودن قرارداد را یکی از قواعد عمومی قراردادهای شناخت و عقد نامعقول را فاقد اعتبار دانست.

### بخش سوم - حاکمیت اراده در وصیت

#### گفتار اول - نتایج حاکمیت اراده در عقود معین

موضوع حکم ماده‌ی ۱۰ ق.م. قراردادهای خصوصی است. بدیهی‌ترین مفهومی که از «قراردادهای خصوصی» به ذهن می‌رسد شامل هرگونه قراردادی است که در روابط خصوصی بین افراد تنظیم می‌شود. لذا عقود معین به طور قطع در حوزه‌ی این مفهوم قرار می‌گیرد. از طرف دیگر، هیچ دلیلی به خروج عقود معین از زیرعنوان قراردادهای خصوصی وجود ندارد و دامنه‌ی مفهوم عقد صلح کلیه روابط خصوصی را دربرمی‌گیرد. لذا از اصل آزادی قراردادهای و حاکمیت اراده که مورد تجویز ماده‌ی ده قانون مدنی ایران است با رعایت قواعد عمومی قراردادهای و رعایت حکم قوانین و عرف‌های آمره، نظم عمومی، اخلاق عمومی و الزامات عقلی می‌توان نتایج زیر را استخراج نمود:

۱. ماده‌ی ۴۱۸ ق.م.م. اگر مغبون در حین معامله عالم به قیمت عادلانه بوده است خیار فسخ نخواهد داشت.

اول - می‌توان قرارداد خصوصی بی‌نام منعقد نمود و این قراردادها الزام آورند.  
دوم - با توجه به این که قراردادهای با نام رژیم‌هایی از آثار قانونی را با خود دارند که در صورت سکوت طرفین به‌عنوان اراده آن‌ها تلقی می‌شود بنابراین می‌توان در قراردادهای بی‌نام از رژیم قانونی احکام مذکور در قراردادهای با نام استفاده کرد و آن احکام را در صورت سکوت بر قرارداد بی‌نام حاکم نمود.

سوم - می‌توان در تنظیم قراردادهای با نام اقدام به تغییر آثار قانونی قرارداد بانام بر طبق اراده طرفین نمود. به عبارت دیگر می‌توان خلاف قانونی که احکام عقود معین را بیان می‌کند شرط نمود مشروط به این که قانون مورد بحث قانون آمره نباشد.<sup>۱</sup>

#### گفتار دوم - نتایج حاکمیت اراده در وصیت

##### بند اول - بستر حاکمیت اراده در وصیت

وقتی که حاکمیت اراده به‌عنوان اصل قرار گرفت استثنائاتی که بر این اصل وارد می‌شود باید متیقن و مستدل باشد. موانع عمومی حاکمیت اراده همان‌گونه که در گفتار سوم از بخش دوم بیان شد قادرند مسیر اصلی حاکمیت اراده را مسدود نمایند. به عبارت دیگر قانون آمره، عرف آمره، نظم عمومی، اخلاق عمومی و عقل به‌عنوان مقوم‌های اساسی اجتماع فرد را احاطه کرده و اراده او تنها در حوزه‌ی این امور معتبر است ازسوی دیگر قید و بندهای ذهن حقوق‌دانان کلاسیک را نمی‌توان ملاک اعمال محدودیت در مسیر اراده افراد قرارداد و مانع رشد و توسعه حقوق و شیوع درک حقوقی افراد جامعه گردید. به عبارت دیگر وقت آن رسیده که به کلیه الزامات و نتایج منطقی حاصل از اصل حاکمیت اراده در مقام عمل پای‌بند شویم. به نظر نگارنده بستر و نتایج حاکمیت اراده در وصیت به‌عنوان یک عمل حقوقی ارادی به شرح زیر است:

۱ - می‌توان قرارداد خصوصی بی‌نام تنظیم نمود که در ضمن آن برای بعد از فوت عین یا منفعتی از مال خود را به دیگری تملیک و یا شخص یا اشخاصی را برای انجام امر یا اموری مأمور نمود.

۱. رک: به مستندات قسمت دوم از گفتار دوم از بخش دوم.

۲ - می‌توان وصیت‌نامه‌ای معین تنظیم نمود و در ضمن آن بعضی احکام قانونی غیرامری وصیت را طبق اصل حاکمیت اراده و به مجوز ماده‌ی ۱۰ ق.م. تغییر داد.

#### بند دوم - بررسی تطبیقی محدودیت وصیت در حقوق انگلستان

حقوق انگلستان در قرون وسطی اجازه واگذاری ملک مطلق را از طریق وصیت به افراد نمی‌داد. زیرا به موجب حقوق سخت‌گیر فئودالی، ملک باید به وراثت قانونی منتقل می‌شد. بعدها قانون به مالک مطلق مذکور اجازه داد که املاک خود را وصیت نماید.<sup>۱</sup>

زنان متأهل قبلاً قادر به تنظیم وصیت‌نامه‌های معتبر نبودند ولی قانون‌گذاری‌های قرن گذشته این قاعده را اصلاح کرده است؛ به نوعی که در حال حاضر، زنان دارای اهلیت کامل وصیت هستند (قوانین اموال زنان متأهل مصوب ۱۸۸۲ و ۱۸۹۲ م. و قانون اصلاح قانون زنان متأهل و مرتکبین شبه جرم مصوب ۱۹۳۵).<sup>۲</sup>

در سال ۱۸۳۷ م. به موجب will act به مردم اجازه داده شد انواع مالکیت‌ها را مورد وصیت قرار دهند.<sup>۳</sup>

در حقوق انگلستان، در حال حاضر، ماهیت وصیت‌نامه عبارت است از اعلامیه‌ای در خصوص مقاصد شخص در مورد تقسیم اموال پس از مرگ. گفته می‌شود که وصیت‌نامه باید تا زمان فوت موصی قابل تغییر و اصلاح باشد. اگر A وصیت کند که «تمام اموال را به Z انتقال می‌دهم» موصی له (Z) تمام اموالی را که A در لحظه‌ی فوت داشت، تحصیل می‌کند. این واگذاری شامل اموالی هم می‌گردد که A در خلال زمان تنظیم وصیت‌نامه و فوت کسب کرده است.

در حقوق انگلستان آزادی بی‌حد و حصر در وصیت کردن به‌نحو متعادل و معقولی مجدداً محدود گردید. تا سال ۱۹۳۸ م. موصی آزادی کامل داشت که اموال خود را به هر روشی که مناسب می‌دانست واگذار کند. او ملزم به تنظیم وصیت‌نامه نبود علاوه بر آن

۱ و ۲. صغیری، اسماعیل، مترجم، Law Made Simple، ج. ۱، نشر میزان، صص. ۴۹۹ - ۴۹۸.

3. Black's Law Dictionary

will act: an 1837 english statute that allowed people to dispose of every type of property interest by will and ...

شوهر، اگر هم وصیت‌نامه‌ای تنظیم می‌کرد قانوناً ملزم نبود که هیچ مقرره‌ای برای زن و فرزندان در نظر بگیرد و اگر می‌خواست، می‌توانست کلیه اموالش را به هر شخص دیگری ببخشد؛ آزادی وصیت تا این حد بود. به موجب قانون ارث (مقررات خانواده) مصوب ۱۹۸۳ اصلاحی به موجب قانون ماترک افراد بدون وصیت مصوب ۱۹۵۲، دادگاه اجازه یافت که حسب درخواست افراد معینی در وصیت‌نامه تغییراتی به عمل آورد. اگر دادگاه تشخیص می‌داد که واگذاری‌های انجام گرفته در وصیت‌نامه یا حقوق حاکم بر افراد بدون وصیت، مقررات معقولی را در خصوص بستگان معین متوفی شامل نمی‌شود پرداخت مقرری معقولی را از محل ماترک خالص متوفی به نفع بستگان مذکور جهت امر معاش و نفقه، مورد حکم قرار می‌داد. قانون مصوب ۱۹۷۵ فهرست مدعیانی را که وارث متوفی محسوب می‌شوند، به نحو زیر تعمیم داده است:

الف - زوج یا زوجه

ب - همسر سابق در صورتی که مجدداً ازدواج نکرده باشد.

ج - فرزند

د - هرکه، متوفی او را فرزند خانواده محسوب می‌کرده است (در ارتباط با هر ازدواجی که او کرده)

ه - هر کسی که بلافاصله قبل از مرگ متوفی توسط او و بدون دریافت عوض متقابل نگهداری می‌شده است. (یا نفقه‌ی او توسط متوفی پرداخت می‌گشته است.)<sup>۱</sup>

**بند سوم - موانع عمومی حاکمیت اراده در وصیت**

۱ - ماده‌ی ۸۴۳ ق.م. می‌گوید: «وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر به اجازه‌ی وراثت و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است.»

۲ - ماده‌ی ۸۶۹ ق.م. می‌گوید: «حقوق و دیونی که به ترکه‌ی میت تعلق می‌گیرد و باید قبل از تقسیم آن اداء شود، از قرار ذیل است:

الف - قیمت کفن میت و حقوقی که متعلق است به اعیان ترکه، مثل عینی که متعلق رهن است.

ب - دیون و واجبات مالی متوفی.

ج - وصایای میت تا ثلث ترکه بدون اجازه‌ی ورثه و زیاده بر ثلث با اجازه‌ی آن‌ها.»

۱. صغیری، همان، ص. ۵۱۰.



### نقد و بررسی دلیل محدودیت وصیت مازاد بر ثلث

در متون کلاسیک، صحت وصیت در مقدار زاید بر ثلث ترکیه مشروط به اجازه‌ی وراثت شده است. شهید ثانی می‌نویسد؛ در غیر این صورت، نسبت به مقدار زاید باطل است (و اجازه‌ی وارث در زمان حیات موصی کفایت می‌کند) اگرچه در آن زمان مالک نبوده است. زیرا حق او به ترکیه تعلق گرفته بود و اگر هیچ حقی بر ترکیه نداشت موصی از تصرف در زاید بر ثلث ترکیه ممنوع نمی‌گردید. دلیل دیگر این حکم، صحیح‌هی منصور بن حازم و حسنه‌ی محمد بن مسلم از امام صادق (ع) است.<sup>۱</sup> شهید اول نیز صحت وصیت به زیاده از ثلث را مشروط به اجازه‌ی وراثت می‌داند و می‌نویسد؛ اجازه در حال زندگی موصی کفایت می‌کند.<sup>۲</sup>

محقق حلی نیز وصیت زاید بر ثلث را غیرنافذ می‌داند و می‌نویسد؛ اگر وصیت کند به زیاده از ثلث، باطل است وصیت در همان قدر زیادتی و بس. یعنی در قدر ثلث صحیح است مگر آن که امضا کند وارث آن زاید را. و اجازه‌ی وارث بعد از وفات موصی معتبر است، یعنی: به خلاف. و آیا صحیح است اجازه‌ی او پیش از وفات موصی؟ در آن دو قول است. اشهر آن است که لازم می‌شود. مترجم کتاب «شرایع الاسلام» گوید که؛ شیخ مفید و ابن جنید قائل شده‌اند با این که صحیح نیست اجازه پیش از وفات موصی، به جهت آن که وارث در این حال هنوز استحقاق مال را ندارد و مشهور از این دلیل جواب گفته‌اند که؛ اگرچه در این وقت مالک مال نمی‌باشد ولیکن حق او متعلق می‌باشد به آن؛ والا نمی‌توانست که منع کند موصی را زاید بر ثلث.<sup>۳</sup>

۱. شهید ثانی، شرح لمعه، ترجمه؛ لطفی، اسدا...، مجمع علمی و فرهنگی مجد، ص. ۳۴۹.

۲. شهید اول، اللعه الدمشقیه، ترجمه؛ فیض، علی‌رضا، مهذب، علی، انتشارات دانشگاه تهران، ص. ۲۹.

۳. محقق حلی، شرایع الاسلام، ترجمه؛ ابوالقاسم ابن احمد یزدی، انتشارات دانشگاه تهران، صص. ۳۳۸ - ۳۳۷.

توضیح ماهنامه «کانون»: هرچند موضوع بسیار قابل تأمل است لیکن باید دانست که اساساً حق ارث وابستگی تام و تمام دارد به موت موصی. یعنی تا واقعه‌ی مرگ رخ ندهد چون موصی زنده است، اموال موصی متعلق حق ورثه‌اش نیست. زیرا اصولاً مفهوم و منطوق «ارث» ناظر است بر مرگ صاحب مال و به محض موت صاحب مال، اموالش می‌شود ماترک. و اموال موصی در زمان حیات وی «ماترک» محسوب نیست تا متعلق حق ورثه‌اش به حساب آید. این که وصیت موصی نسبت به مازاد بر ثلث

چنان که دیدیم در فقه امامیه نفوذ وصیت زاید بر ثلث ترکه موکول به اجازه‌ی وراثت است و شهید ثانی و محقق حلی صراحتاً دلیل عدم نفوذ وصیت زاید بر ثلث را حق وراثت می‌داند. در این جا لازم است دو حالت بررسی شود:

۱ - حالت فقدان وارث.

۲ - حالت فقدان حق برای ورثه.

### ۱ - فقدان وارث:

سوآلی که مطرح است و قانون مدنی نیز پاسخی به آن نمی‌دهد درباره‌ی حدود اختیار کسی است که وارثی ندارد. آیا افرادی که وارثی ندارند حق دارند نسبت به کل ماترک خود وصیت کنند یا خیر؟ آقای دکتر امامی از توجه به مواد ۸۴۳ و ۸۴۴ ق.م. استنباط می‌کند که: «چنانچه موصی وارث نسبی و سببی نداشته باشد وصیت نسبت به مازاد بر ثلث صحیح است و احتیاج به اجازه‌ی کسی نخواهد داشت.<sup>۱</sup> آقای دکتر کاتوزیان و آقای محمد بروجردی عبده همین دیدگاه را می‌پذیرند و ماده‌ی ۳۷ قانون وصیت مصر به پیروی از نظر ابوحنیفه و احمد بن حنبل از همین نظر پیروی کرده است.<sup>۲</sup> با عنایت به اثر تنفیذ وراثت و با توجه به آنچه از زبان حقوق‌دانان گذشته و حقوق‌دانان معاصر بیان شد، می‌توان ادعا کرد که شأن نزول و علت محدودیت وصیت مازاد بر ثلث در ماده‌ی ۸۴۳ ق.م. حفظ حقوق ورثه است. لذا در حالتی که موصی وارثی نداشته باشد، حاکمیت اراده‌ی موصی را نسبت به تمام اموالش باید معتبر شناخت.

ثلث ترکه نافذ نیست و نیاز به امضای وارث دارد به فلسفه‌ی صدور حکم شارع و شأن وضع قانون برمی‌گردد که شارع مقدس اسلام و به تبع، قانون‌گذار مدنی ایران، افراد جامعه را به هنگام تنظیم وصیت به حداقل حقوق استحقاقی ورثه که در زمان حیات خویش مکلف به پرداخت و رعایت آن بوده، برای پس از فوتش نیز توجه می‌دهد همچون حق نفقه و امرار معاش ورثه. به نظر می‌رسد این که ورثه مانع از وصیت موصی نسبت به مازاد بر ثلث هستند تصور نادرستی است بلکه این منع، ممنوعیت شرعی و قانونی است. یعنی وارث نمی‌تواند موصی را هنگام تنظیم وصیت نسبت به مازاد بر ثلث، منع کند بلکه اگر موصی چنین نماید پس از فوتش به هنگام عمل به وصیت آنچه مازاد بر ثلث وصیت شده غیرنافذ است و به امضا و تنفیذ ورثه نیاز دارد.

۱. امامی، همان، ص. ۱۰۱.

۲. کاتوزیان، حقوق مدنی، کتابخانه گنج‌دانش، ص. ۳۸۱.

## ۲- فقدان حق وارث:

این ادعا را که منشأ حق وارث برای ایجاد محدودیت در مسیر حاکمیت اراده موصی ناشی از ارث است، می‌توان رد کرد. طبق ماده‌ی ۸۶۹ ق.م. و صایای میت باید قبل از تقسیم ماترک ادا شود و ماده‌ی ۸۷۰ ق.م. دلالت دارد بر این که «حقوق مزبور در ماده قبل باید به ترتیبی که در ماده‌ی مزبوره مقرر است تأدیه شود و مابقی اگر باشد بین وراثت تقسیم گردد». بنابراین در حالتی که موصی نسبت به کل ماترک وصیت می‌کند اصولاً برای ورثه در ماترک حقی ایجاد نمی‌شود که به استناد آن حق مانع حاکمیت اراده‌ی موصی گردد. زیرا تحقق حق ورثه مؤخر بر موت است (۸۶۷ ق.م.) و لازم به تأکید است که در این‌جا سخن از حاکمیت اراده‌ی موصی است یعنی موصی در دوران حیات نسبت به مایملک خود عمل حقوقی را انجام می‌دهد. همچنین اضافه می‌شود در دوران حیات، حق افراد برای انتقال کل اموال معتبر می‌باشد. به عبارت دیگر، موصی چنان که شایع است می‌تواند از طرق دیگر اموال خود را به موصی‌له انتقال دهد. اگر وراثت حق واقعی می‌داشتند باید به استناد آن قادر به ایجاد منع در مسیر طرق دیگر انتقال نیز می‌بودند. چنانچه خادمی کل اموال خود را برای فرزندخوانده‌اش وصیت کند و وارثی به‌جز مخدوم نداشته باشد، نامعقول بودن ادعای حق برای وارث آشکار است. بنابراین هرچند ممکن است وضعیت جامعه و حقوق در دوره‌های قدیم و جوامع سنتی منع وصیت مازاد بر ثلث را توجیه می‌نموده است اینک و در دوران جدید، به نظر نگارنده، تنها صورت و فرمی از آن دلایل باقی مانده و واقعیات عینی جدید، حاکمیت کامل اراده‌ی موصی را ایجاب می‌نماید. با این حال، افراد واجب‌النفعه‌ی موصی و افرادی را که موصی به‌موجب قرارداد متکفل امر معاش آنها باشد باید استثنا نمود. زیرا هرچند نتیجه‌ی وصیت برای بعد از حیات است اما چون تصرف حقوقی در دوران حیات موصی صورت می‌پذیرد لذا او نمی‌تواند از طریق وصیت تعهدات قراردادی یا قانونی خود را زیر پا بگذارد.

## ۳- بستر محدودیت مذکور در ماده‌ی ۸۴۳ قانون مدنی

آنچه که ماده‌ی ۸۴۳ ق.م. در مورد آن محدودیت ایجاد نموده وصیت است که آن را به‌عنوان یک عقد معین یا یک عمل حقوقی معین می‌شناسیم. از شرایط ویژه‌ی این عمل حقوقی معین، محدودیت مذکور در ماده‌ی ۸۴۳ یعنی عدم نفوذ وصیت زاید بر ثلث و

موکول بودن نفوذ به اجازه وراث است. سؤالی که قابل طرح است این که چنانچه شخصی براساس ماده‌ی ۱۰ ق.م. و طبق اصل حاکمیت اراده به موجب قرارداد خصوصی بی‌نام برای بعد از حیات خود، عین یا منفعتی را به دیگری تملیک و یا شخص یا اشخاصی را برای انجام امر یا اموری مأمور نماید آیا این قرارداد بی‌نام نیز تحت شمول ماده‌ی ۸۴۳ قرار گرفته و فقط تا ثلث معتبر است؟ به نظر نگارنده، ماده‌ی ۸۴۳ ق.م. شرایط اختصاصی عقد معین وصیت را بیان می‌کند و به قراردادهای بی‌نام تسری ندارد. لذا بستر محدودیت مذکور در ماده‌ی ۸۴۳ عقد معین وصیت است و عمل حقوقی اشخاص برای بعد از حیات به استناد ماده‌ی ۱۰ ق.م. نسبت به کل ماترک معتبر می‌باشد. البته همان‌گونه که گفته شد، افراد واجب‌النفقه و افرادی که به موجب قرارداد تکلیف تأمین معاش آن‌ها ایجاد شده است، قادرند در حد تکلیف، عمل حقوقی اانشاکنده را بی‌اعتبار سازند. محدودیت حاکمیت اراده در مقابل افراد واجب‌النفقه قانونی و قراردادی مورد تأیید عقل و اخلاق عمومی است. عقل و اخلاق عمومی مجاز نمی‌داند شخصی که در مقابل وابستگان خود متعهد است برخلاف آن تعهد، اموال خود را به دیگران منتقل نماید.

#### منابع و مأخذ

- ۱ - ابراهام مازلو، ترجمه؛ رویگران، شیوا، *روان‌شناسی شخصیت سالم*، سازمان چاپ هدف.
- ۲ - لیوت ارونسون، مترجم؛ شکرکن، حسین، *روان‌شناسی اجتماعی*، انتشارات رشد.
- ۳ - امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، ج. ۳، انتشارات اسلامی.
- ۴ - اندره کرسون، *فلاسفه بزرگ*، ج. اول، ۲ و ۳، ترجمه؛ عمادی، کاظم، انتشارات صفی‌علیشاه.
- ۵ - جاسمی، محمد، جاسمی، بهرام، *فرهنگ علوم سیاسی*، دو جلدی، انتشارات گوتنبرگ.
- ۶ - جان آدامز، راجر براون اسورد، ترجمه؛ پوراستاد، مجید، *تحلیل حقوق قراردادها*، مؤسسه انتشارات مدین.
- ۷ - جان استوارت میل، ترجمه؛ صناعی، *آزادی فرد و قدرت دولت*.
- ۸ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، کتابخانه گنج‌دانش.
- ۹ - \_\_\_\_\_، *مجموعه محشی قانون مدنی*، کتابخانه گنج‌دانش.
- ۱۰ - \_\_\_\_\_، *حقوق تعهدات*، انتشارات مدرسه عالی امور قضایی و اداری قم.
- ۱۱ - جعفری، محمدرضا، *فرهنگ انگلیسی - فارسی نشر نو*، انتشارات نشر نو.
- ۱۲ - جوان، موسی، *مبانی حقوق*، ج. ۲.
- ۱۳ - حائری، مسعود، *مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها*، مؤسسه کیهان.
- ۱۴ - محقق حلّی، ترجمه؛ یزدی، ابوالقاسم‌ابن‌احمد، *شرایع‌الاسلام*، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۵ - دوان پی شولتز و سیدنی الن شولتز، ترجمه؛ سیف، علی‌اکبر و ...، *تاریخ روان‌شناسی نوین*، ج. ۲.

## انتشارات رشد.

- ۱۶ - رحیمی خجسته، حسین، ترجمه؛ W.J - BROWN - GESE LAW مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۱۷ - ریتال انکینسون، ریچارد انکینسون و ارنست هیلگارد، ترجمه؛ براهنی، محمدتقی و دیگران، *زمینه روان‌شناسی*، ج. ۲، انتشارات رشد.
- ۱۸ - سعیدی پور، م.، آذین فر، *فرهنگ فارسی خرد*، انتشارات خرد.
- ۱۹ - سلجوقی، محمود، *نقش عرف در حقوق مدنی ایران*، رساله دکتری.
- ۲۰ - سیف، سوسن و دیگران، *روان‌شناسی رشد*، انتشارات سمت.
- ۲۱ - شاملو، سعید، *مکتبها و نظریه‌های روان‌شناسی شخصیت*، انتشارات رشد.
- ۲۲ - شایگان، سیدعلی، *حقوق مدنی ایران*، ج. ۵، چاپخانه نگین.
- ۲۳ - شهید اول، ترجمه؛ فیض، علی‌رضا، مهذب، علی، *اللمعه الدمشقیه*، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۲۴ - شهید ثانی، ترجمه؛ لطفی، اسدا...، *شرح لمعه*، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۲۵ - شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۲۶ - صغیری، اسماعیل، ترجمه؛ LAW MADE DICTIONARY ج. اول، نشر میزان.
- ۲۷ - عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، دوجلدی، مؤسسه انتشارات اسلامیه.
- ۲۸ - فروغی، محمدعلی؛ *سیر حکمت در اروپا*، ج. ۳.
- ۲۹ - فیض، علی‌رضا، *مبانی فقه و اصول*، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۳۰ - قنواتی، جلیل و دیگران، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، انتشارات سمت.
- ۳۱ - کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، عطایا*، کتابخانه گنج‌دانش.
- ۳۲ - \_\_\_\_\_، *عقود معین*، شرکت سهامی انتشار.
- ۳۳ - \_\_\_\_\_، *فلسفه حقوق*، ج. ۲، شرکت سهامی انتشار.
- ۳۴ - \_\_\_\_\_، *فلسفه حقوق*، ج. اول، انتشارات به‌نشر.
- ۳۵ - \_\_\_\_\_، *قواعد عمومی قراردادها*، ج. اول، شرکت سهامی انتشار.
- ۳۶ - گلباغی ماسوله، علی جبار، *درآمدی بر عرف*، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمی قم.
- ۳۷ - گنجی، حمزه، *روان‌شناسی عمومی*، نشر ساوالان.
- ۳۸ - *ماهنامه دادرسی*، س. ۴۰، ش. ۲۰.
- ۳۹ - محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۴۰ - نجومیان، حسین، *زمینه حقوق تطبیقی*، چاپخانه طوس مشهد.
- ۴۱ - واحدی، جواد، ترجمه؛ *قانون تعهدات سوییس*، نشر میزان.
- ۴۲ - هانری لوئی برول، ترجمه؛ قاضی، ابوالفضل، *جامعه‌شناسی حقوق*، انتشارات دانشگاه تهران.

43 - Oxford dictionary of law. Fourth edition 1997.

44 - gese law - WJ - BROWN - LONDON - SWEET &amp; MAXWELL 1989.

45 - Black's law dictionary 5<sup>th</sup> reprint 2000.46 - English law denis kennan. 13<sup>th</sup> edition - longman, p.225.

## بررسی مفهومی و مصادیقی سبب و شرط در حقوق مدنی

عباس میرشکاری \*

چکیده:

از مفهوم سبب و شرط در علوم گوناگون و از دیدگاه‌های متنوع، تعاریف متفاوتی ارائه گردیده است؛ همچنین، این دو مفهوم در حوزه‌های مختلف حقوقی، به کار رفته‌اند. مصادیقی مانند در این تحقیق برآنیم که مفهوم این دو را از زوایای دانش‌هایی چون منطق، فلسفه، اصول فقه، فقه و حقوق بررسی کرده و زمینه‌های کاربرد آن‌ها را در مصادیقی مانند اسباب تملک، عقد ضمان، عقد جعاله، نفقه، مسئولیت مدنی و ارث نشان دهیم.

واژگان کلیدی: سبب، شرط، مفهوم، مصادیق، منطق، حقوق مدنی

مبحث اول - بررسی مفهومی سبب و شرط

الف - مفهوم سبب و شرط در لغت و دستور زبان

در لغت، شرط به معنای الزام و التزام آمده است.<sup>۱</sup> در دستور زبان نیز، منظور از شرط، مشخصاً جمله‌ای است که همراه با حروف شرط می‌آید و بعد از آن جواب یا جزای شرط آورده می‌شود.<sup>۲</sup>

ب - مفهوم سبب و شرط در منطق

در تعریف منطقی سبب، مشهور است که گفته می‌شود: "ما یلزم من عدمه، العدم و من

\*. دانشجوی دکترای رشته حقوق خصوصی دانشگاه تهران و کارآموز وکالت.

وجوده، الوجود.<sup>۳</sup> یعنی آنچه که از عدم آن، عدم و از وجود آن، وجود حاصل می‌شود.<sup>۴</sup> در تعریف شرط از همین دیدگاه نیز معمول است که گفته می‌شود؛ «الشرط ما یلزم من عدمه العدم و لا یلزم من وجوده الوجود و لا عدم لذاته»<sup>۵</sup> یعنی آنچه که از عدم آن، عدم ایجاد می‌شود اما از وجود آن، وجودی محقق نمی‌شود؛ مانند طهارت که در صورت نداشتن آن (عدم آن) نماز صحیح محسوب نمی‌شود اما صرف داشتن آن سبب صحت نماز نشده و شرایط دیگری نیز لازم دانسته شده است.<sup>۶</sup> از ماده‌ی ۱۹۰ ق.م. نیز می‌توان مثالی حقوقی استخراج کرد. براساس این ماده این نکته قابل استنباط است که اهلیت متعاقدين و موضوع قرارداد، از شرایط صحت معامله محسوب می‌شوند؛ به این تعبیر که نبود آن‌ها، سبب بطلان قرارداد می‌شود لیکن وجود آن‌ها سبب انعقاد قرارداد نمی‌شود. اما اراده سبب قرارداد محسوب می‌شود؛ چه نه تنها نبود آن سبب بطلان قرارداد می‌گردد که از وجود آن نیز قرارداد شکل می‌گیرد.

به این ترتیب، تفاوت سبب و شرط در بحث عدمی نیست؛ چه با نبود هر دو، مسبب و مشروط نیز تحقق نخواهند یافت؛ بنابراین تفاوت این دو در بعد وجودی است؛ چه از وجود سبب، «وجود» می‌آید اما از وجود شرط، مشروط ایجاد نمی‌شود.<sup>۷</sup> با این حال، از وجود شرط، عدم زاییده نمی‌شود؛ این خصیصه فارق میان شرط و مانع است؛ چه از وجود مانع، عدم ایجاد می‌گردد.<sup>۸</sup>

در فلسفه از سبب به این معنا، به «علت» یاد کرده‌اند. در معنای فلسفی، سبب عبارت از موجودی است که از وجود او، وجود چیز دیگری حاصل شود و با انعدام او، آن شیء نیز منعدم شود. از چنین تعریفی از کلمه سبب، در فلسفه به «علت تامه» تعبیر کرده‌اند. ملاصدرا در کتاب اسفار در خصوص «علت» آورده است:

"العلة له مفهومان، احدهما هو شیء و الذي يحصل من وجوده وجود الشیء و من عدمه عدم الشیء آخر و ثانيهما، و هو ما يتوقف عليه وجود الشیء، فيمتنع بعدمه و قد لا یجد بوجوده و العلة بالمعنى الثانى ينقسم الى علة تامة و هي التي لا علة غيرها على الاصطلاح الاول و الى علة غيرتامة تنقسم الى صورة و مادة و فاعل و غاية."

"علت دو مفهوم دارد یکی آنکه از وجودش وجود دیگر و از عدمش عدم شی دیگر لازم می آید و در مفهوم دیگر، علت به چیزی می گویند که وجود شیء دیگر بر آن متوقف است و به عدم آن ممتنع می شود ولی با وجود آن وجود معلول لازم نمی آید. علت در مفهوم دوم، دو قسم است: علت تامه و آن علتی است که غیر از آن معلول علتی نباشد و علت غیرتامه که به علل صوری، مادی غایی و فاعلی منقسم می شود."<sup>۹</sup>

بنابراین، از نظر فلسفی، به محض ایجاد سبب، مسبب همراه آن می باشد و سبب، موجودی مجزا از مسبب نیست که چنین احتمالی مطرح شود که آیا سبب قبلاً به وجود آمده است و مسبب بعد از آن ایجاد شده است یا نه؟ پس به محض تحقق سبب، وجود مسبب نیز محقق است.

### ج - مفهوم سبب و شرط در اصول فقه

حقیقت آن است که معنای سبب و شرط در اصول فقه، مرادف با معنای این دو اصطلاح در منطق می باشد و همان معنای منطقی در علم اصول نیز مورد استفاده قرار می گیرد.<sup>۱۰</sup>

با این حال، به اقتضای موضوع، این دو نهاد به رنگ دیگری مطرح گردیده اند: علمای اصول، مقدمه را به سبب، شرط، معد و مانع تقسیم کرده اند و همان تعاریفی را که اهل منطق برای اصطلاحات مورد بحث، ارائه داده اند، برای واژه های فوق آورده اند.<sup>۱۱</sup>

### د - مفهوم سبب و شرط در فقه:

در این بند، ابتدا، باید معنای سبب شناخته شود که آیا سبب، در کلام فقها و قانون مدنی، به همان معنای فلسفی، به کار رفته است یا اینکه سبب در معنای فلسفی، مدنظر فقها و قانون مدنی نیست؛ بلکه معنای دیگری غیر از معنای فلسفی سبب، در کلام فقها استعمال شده است. با استقرا در متون فقهی می توان این نکته را استخراج کرد که معنای فقهی شرط از معنای منطقی آن دور<sup>۱۲</sup> و به تعبیر لغوی آن نزدیک شده است؛ چه در تعبیر فقهی نیز آن را به الزام و التزام معنا کرده اند.<sup>۱۳</sup>



### هـ- مفهوم سبب و شرط در حقوق

در اصطلاح حقوقی، شرط، یکی از این دو مفهوم زیر را بیان می‌کند:

- ۱- امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد.
- ۲- توافقی است که بر حسب طبیعت خاص آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری در آمده است.<sup>۱۴</sup>

#### مبحث دوم - بررسی مصداقی سبب و شرط

در مبحث قبلی مفهوم سبب و شرط را مورد بررسی قرار دادیم. در این مبحث، قصد داریم؛ معنای این دو را در مصداقی مختلف تحلیل کنیم. ابتدا به سراغ اسباب تملك رفته و مصداقی سبب و شرط را در این حوزه خواهیم دید. سپس در عقد ضمان این موضوع را بررسی و سیر تحلیل را در عقد جعاله و نفقه پی می‌گیریم. در گام‌های بعدی به حقوق مسئولیت مدنی و ارث خواهیم پرداخت. نکته قابل ذکر آن که این مسیر را می‌توان هم‌چنان ادامه داد. چنان که ماده‌ی ۱۲۷۴ ق.م. که مقرر می‌دارد: *«اختلاف مقرر و مقره در سبب اقرار، مانع صحت اقرار نیست.»*<sup>۱۵</sup> در همین مسیر می‌باید بررسی شود. اما فعلاً به این قدر اکتفا می‌کنیم.

#### بند اول - بررسی مصداقی سبب و شرط در اسباب تملك

ماده‌ی ۱۴۰ ق.م. در فصلی با عنوان "در اسباب تملك" مقرر می‌دارد که تملك به اسباب

زیر حاصل می‌شود:

۱ - به احیای اراضی موات و حيازت اشیای مباحه؛

۲ - به وسیله‌ی عقود و تعهدات؛

۳ - به وسیله اخذ به شفعه؛

۴ - به ارث.

از آن جا که با وجود هر یک از عوامل فوق، مالکیت حاصل و با نبود آن‌ها، مالکیت منتفی است، تردیدی نیست که سبب در ماده فوق به معنای سبب منطقی به کار رفته است؛ یعنی از وجود آن‌ها، وجود و از نبود آن‌ها، عدم حاصل می‌شود. ماده‌ی ۳۶ قانون فوق نیز بر همین مبنا قابل تفسیر است. این ماده مقرر می‌دارد که: *«تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب*

مملک یا ناقل قانونی نبوده معتبر نخواهد بود.<sup>۱۶</sup> ماده‌ی ۲۹۶ را نیز باید بر همین معنا تفسیر کرد: "تهاثر فقط در مورد دو دینی حاصل می‌شود که موضوع آن‌ها از يك جنس باشد با اتحاد زمان و مکان تأدیبه، ولو به اختلاف سبب".

نکته قابل تأمل این است که برای تحقق کامل مالکیت، وجود عناصر دیگری نیز شرط است. برای مثال، اخذ به شفعه با تحقق شرایطی امکان‌پذیر است یا احیای موات مقید به قیودی است، این موارد را می‌توان شرط نامید؛ مواردی که از وجود آن‌ها مالکیت حاصل نمی‌شود اما نبود آن‌ها سبب نفی مالکیت می‌گردد.

بند دوم - بررسی سبب و شرط در مصداق عقد ضمان

ماده‌ی ۶۹۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: "ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است".

تفسیر صحیح ماده فوق در گرو درك معنای کلمه سبب می‌باشد؛ چه در خصوص معنای کلمه "سبب" که در این ماده، به کار رفته است، اختلاف نظر وجود دارد. به‌راستی این کلمه را باید براساس کدام يك از تعابیر مفهومی که در مبحث اول گفتیم، تفسیر نماییم.

برخی عقیده دارند سبب در این ماده را باید حمل به معنای منطقی‌اش کرد. با توجه به این تعبیر، در تفسیر ماده می‌باید گفت که ضمانت از دینی صحیح است که سبب آن تحقق یافته باشد؛ با تحقق سبب به معنای منطقی نیز، وقوع مسبب، حتمی خواهد بود. بنابراین منظور قانون‌گذار از ماده فوق این است که ضمانت از دینی صحیح است که خود دین محقق شده باشد. پس ضمانت از دین غیرمحقق، با توجه به ماده‌ی ۶۹۱ ق.م. باطل است. زیرا یکی از شرایط لازم برای صحت ضمان، وجود دین است. این نظر پشتوانه نظری برخی از فقیهان را نیز به همراه دارد؛ چه دسته‌ای از فقها، ثبوت و استقرار بدون قید و شرط دین بر ذمه مدیون، قبل از انعقاد ضمان را لازم می‌دانند.<sup>۱۷</sup> دلیل کسانی که ضمانی را که سبب آن ایجاد نشده، باطل می‌دانند، آن است که: چنین ضمانی، ضمان ما لم یجب است.<sup>۱۸</sup>

اما در تفسیری دیگر، می‌توان گفت که سبب در این ماده سبب به معنای فلسفی نیست؛

چه با وجود سبب به معنای منطقی، مسبب نیز تحقق می‌یابد؛ یعنی با وجود سبب، دین نیز تحقق می‌یابد؛ اگر این، مراد قانون‌گذار بود و تحقق دین ثابت در ذمه را لازم می‌دانست؛ قانون‌گذار می‌باید به دین موجود تصریح می‌کرد نه آن که به ایجاد سبب اکتفا کند. بنابراین در این تفسیر، ثبوت و استقرار دین بر ذمه مدیون لازم نیست.<sup>۱۹</sup> بر این اساس می‌توان گفت که قانون مدنی در ماده‌ی ۱۹۶، سبب را به معنای فلسفی آن به کار نبرده است و آن را به معنای مقتضی و علت ناقصه استعمال نموده است.<sup>۲۰</sup>

از طرف دیگر، با این تفسیر، دامنه بحث ضمان گسترده شده و به ضامن، چنین امکان می‌دهد که بتواند از دینی که علت تامه آن هنوز ایجاد نشده است نیز ضمانت نماید. با چنین دید و نگاهی، قانون‌گذار در وسعت معنای ضمان کوشش نموده است و بر عمل ضامن در مواردی که هنوز دین به وجود نیامده ولی سبب آن ایجاد شده، صحه نهاده است.

براین اساس، نویسندگان حقوق مدنی نیز این نیاز را در جامعه به خوبی شناخته‌اند و خواسته قانون‌گذار را در باب توسعه قلمرو ضمان فهم کرده و او را در این زمینه، مساعدت و یاری نموده‌اند. بنابر آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد؛ اگر سبب دین در زمان برقرار کردن عقد ضمان، موجود باشد ولی دین اصلی، هنوز محقق نشده باشد این ضمان، صحیح است؛ زیرا سبب و مقتضی دین، به وجود آمده است و اگر مانعی ایجاد نشود، دین محقق می‌شود.

با توضیحات فوق، روشن گردید که اگر دین اصلی موجود نباشد ولی مقتضی، برای ایجاد دینی به وجود آمده باشد و مانعی برای تحقق آن دین نباشد، ضمانت از این دین (که سبب آن ایجاد شده باشد) صحیح است. اما اگر دین اصلی محقق نباشد و سبب آن نیز ایجاد نشده باشد، ضمانت از چنین دینی، باطل است.

*بند سوم - بررسی مصداقی سبب و شرط در عقد جعاله: سبب استحقاق عامل و ضمانت از*

*مال الجعاله*

جعاله، به معنای التزام به پرداخت اجرت یا پاداش در برابر انجام دادن کار مورد نظر

است.<sup>۲۱</sup> در واقع، با توجه به این که چه بسا در موارد نیاز به جعاله، بستن عقد اجاره، به سبب مجهول بودن مقدار یا مدت عمل، ممکن نیست، بهره بردن از عقدی با قالب جعاله ضروری به شمار می‌رود.<sup>۲۲</sup> همین نیاز و ضرورت موجب شد که جعاله به عنوان مبحثی متمایز در منابع فقهی مطرح و پذیرفته شود.

همان طور که می‌دانیم؛ از دیرباز این اختلاف وجود داشته که سبب استحقاق عامل به جُعل چیست؟ انعقاد قرارداد یا انجام عمل. پاسخگویی به این پرسش به ویژه در خصوص امکان ضمانت از جاعل (ملتزم و متعهد به جعاله) اهمیت می‌یابد. توضیح آن که بحث در ضمانت از مال جعاله را در دو مرحله زمانی متمایز باید مورد بررسی قرار داد:

الف - ضمانت از مال جعاله پس از پایان کار.

ب - ضمانت از مال جعاله پیش از انجام کار.

در قسمت اول، ضمانت بدون هیچ شک و تردیدی، صحیح است. زیرا ثبوت دین بر ذمه جاعل، به دو عامل بستگی دارد: اول، عقد جعاله و دوم انجام کار. بنابراین وقتی که عامل به مطلوب رسید و کار را پایان رسانید مال جعاله (جُعل) بر ذمه جاعل مستقر می‌شود. بنابراین، ضامن می‌تواند از جاعل ضمانت کند؛ زیرا دین بر ذمه او ثابت شده است.

اما راجع به ضمانت از مال جعاله پیش از عمل، اختلاف نظر پدید می‌آید. اگر معتقد باشیم سبب استحقاق، انعقاد عقد جعاله می‌باشد، ضمانت پیش از انجام عمل صحیح است اما اگر بر این اعتقاد باشیم که سبب استحقاق مجموع این دو است، پیش از انجام عمل، انعقاد عقد ضمانت صحیح نخواهد بود.

در خصوص این اختلاف نظر، عده‌ای معتقدند که چنین ضمانتی صحیح نیست؛ زیرا سبب وجود دین، خود عقد جعاله و انجام کار، هر دو می‌باشد.<sup>۲۳</sup> برای این که بتوان عقد ضمانت را بر قرار ساخت دین باید قبل از عقد محقق شده باشد و یا لا اقل، سبب دین، پدید آمده باشد. ولی در اینجا، نه دین محقق شده است و نه سبب آن، قبل از انجام عمل، پدید آمده است. زیرا در ضمانت از مال جعاله، قبل از عمل، فقط عقد جعاله به وجود آمده است و

عقد، جزئی از سبب است و با جزء سبب، دین محقق نمی‌شود. این نظر به‌ویژه با در نظر داشتن اهمیت نتیجه تقویت می‌شود؛ توضیح آن که در جعاله جاعل با توجه به میل خود در دستیابی به نتیجه این عمل حقوقی را انشا می‌کند و با تعیین جعل دیگران را بر می‌انگیزد تا به آن نتیجه دست یابند. در این مسیر نتیجه خود اصالت و موضوعیت می‌یابد. براساس این نظر ضمان از جاعل، حتی قبل از پایان کار درست نیست و ضمان ما لم یجب می‌باشد.<sup>۲۴</sup> زیرا، پس از عقد، دینی بر ذمه جاعل به‌وجود نیامده است.

اما گروهی دیگر، سبب دین را عقد جعاله می‌دانند؛ براساس این عقیده، تعهد و دینی که بر ذمه جاعل می‌آید ناشی از عقدی است که بین او و ثالث واقع شده است و لذا برای تحقق عقد ضمان، وجود سبب دین نیز کفایت می‌کند.<sup>۲۵</sup> این گروه به نیاز مردم به چنین ضمانی استدلال کرده‌اند و برای توجیه چنین ضمانی، به آیه ۲۷ سوره یوسف<sup>۲۶</sup> و ماده‌ی ۱۹۶ ق.م. اشاره کرده‌اند. بنابراین این دین که سبب ایجاد ضمان شده است با بطلان قرارداد و یا انجام نشدن عمل، از بین می‌رود. لذا انجام عمل کاشف از صحت یا بطلان ضمان است. بدین تعبیر که عدم انجام عمل می‌رساند که ضمان، از آغاز درست نبوده است.

حقیقت آن است که نتیجه‌گیری در این قسمت بدون تحلیل ماهیت نتیجه در جعاله بی‌حاصل است؛ چه نقش نتیجه می‌تواند جایگاه این عنصر را در عقد جعاله و نتیجتاً تأثیر آن در استحقاق عامل را نشان دهد. در این خصوص قابل ذکر است که دو نظر در مورد ماهیت نتیجه می‌توان ابراز داشت. براساس يك نظر، نتیجه، اثر جعاله، محسوب می‌شود. در این نظر، نتیجه، اثر جعاله است و تحقق آن با توجه به اهمیت آن از نظرگاه جاعل به‌عنوان تعهد عامل به تحقق آن تجلی می‌یابد. این تعهد، تعهد به نتیجه است. بنابراین صرف تلاش عامل برای استحقاق اجرت‌المسمی کافی نیست. پس دلیل استحقاق عامل نسبت به اجرت‌المثل قبل از تحقق نتیجه در صورت فسخ جاعل (ماده‌ی ۵۶۵) عدم تشکیل عقد نیست بلکه عقد تشکیل شده اما چون تعهد عامل اجرا نشده است، وی مستحق اجرت‌المسمی نخواهد بود. عمل حقوقی جعاله قبل از نتیجه جایز است و با تحقق آن لازم

می‌شود. پس در این‌جا، کارکرد نتیجه، مثل کارکرد قبض در برخی از عقود است. اما در نظری دیگر، به نتیجه به مثابه رکن عقد می‌نگرند. توضیح بیشتر آن‌که؛ اعمال حقوقی به دو دسته رضایی (قصدی) و تشریفاتی (شکلی) تقسیم می‌شود. در عمل حقوقی قصدی، اراده برای تحقق یک عمل حقوقی کافی است اما در یک عمل حقوقی تشریفاتی علاوه بر قصد به امور دیگری نظیر قبض (در رهن) یا ثبت (در بیع مال غیرمنقول ثبت‌شده) یا تحقق نتیجه در جعاله نیازمندیم. بنابراین، نتیجه، رکن سازنده‌ی جعاله است. دلیل این نظر؛ امری که مورد خواست جاعل است ممکن است دارای اجزای متعدد باشد. در این صورت، ممکن است وحدت یا تعدد مطلوب وجود داشته باشد. در صورت وحدت مطلوب و عدم تحقق نتیجه مطلوب و فسخ جاعل، به عامل، اجرت‌المثل تعلق می‌گیرد. درحالی‌که اگر جعاله شکل گرفته بود قبل از تحقق نتیجه با فسخ جاعل، عامل باید مستحق اجرت‌المسمی می‌بود. اما با توجه به اهمیت نتیجه، قانون، استحقاق اجرت‌المسمی را قبل از تحقق نتیجه برخلاف قصد جاعل دانسته است. لذا حکم به اجرت‌المثل داده و این، یعنی این‌که جعاله قبل از تحقق نتیجه فاقد اثر است و این تحقق نتیجه است که گام نهایی در تحقق این عمل حقوقی است و با تحقق آن اصلی‌ترین اثر جعاله یعنی استحقاق عامل به جعل تحقق می‌یابد.<sup>۳۷</sup> با توجه به همین اهمیت، به نظر می‌رسد نتیجه را نیز باید جزوی از سبب شمرد.

#### بند چهارم - بررسی مصداقی سبب و شرط در نفقه: ضمان از نفقه آینده زوجه و نفقه اقارب

برای ملزم‌شدن زوج به پرداخت نفقه دو شرط وجود دارد که در صورت جمع بین آن‌ها زوجه محق به دریافت نفقه می‌گردد. اولین شرط، انعقاد عقد ازدواج و دومی تمکین زوجه از زوج می‌باشد. زوجه در صورتی محق به دریافت نفقه می‌گردد که از همسرش تمکین نماید. طبق ماده‌ی ۱۱۰۸ ق.م.؛ هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود. حال، باید دید عناصر فوق چه نسبتی با تحقق نفقه دارند؛ آیا این دو با یکدیگر سبب تحقق تعهد به انفاق می‌شوند یا آن‌که یکی (عقد) سبب محسوب می‌شود و آن دیگری، (عدم تمکین)، مانع؟!

پاسخ به سؤال فوق جدا از آن که از جهت بار اثبات و نقش اصل عدم تاثیرگذار است، از جهت ضمانت نیز حائز اهمیت است. توضیح آن که ضمان از نفقه زوجه در سه مرحله زمانی گذشته و حال و آینده، مطرح می‌شود.

می‌دانیم که نفقه گذشته زوجه، مانند دینی بر ذمه زوج مستقر و ثابت است. بنابراین، ضمان از آن صحیح است.<sup>۲۸</sup> همچنین، ضمان از نفقه زمان حال نیز صحیح است. هرچند ممکن است زوجه در بین روز، نشوز کند ولی با این حال فقها و حقوق‌دانان، ضمان از نفقه روز حاضر را صحیح دانسته‌اند.<sup>۲۹</sup> اما در ضمان از نفقه آینده همسر اختلاف است؛ برخی این نوع ضمان را صحیح نمی‌دانند و نظریه عدم صحت آن، قول مشهور امامیه است. این گروه معتقدند که سبب تحقق دین بر ذمه شوهر، تنها عقد نکاح نیست بلکه علاوه بر عقد نکاح، با تمکین است که نفقه چون دینی بر ذمه شوهر مستقر می‌شود. لذا ضمان از نفقه آینده زوجه، ضمان ما لم یجب است و از آن جا که نه دین به وجود آمده است و نه سبب آن، این نوع ضمان باطل است.<sup>۳۰</sup>

اما، گروهی ضمان از نفقه آینده زوجه را صحیح می‌دانند و می‌گویند که سبب نفقه، نکاح است و هیچ تناسبی بین تمکین و نفقه نیست بلکه تناسب بین نکاح و نفقه است. بنابراین، تمکین، مانند شرطی برای تحقق دین، مؤثر است. پس به نظر می‌رسد کسانی که قائل به بطلان چنین ضمانی شده‌اند سبب فلسفی را با سبب مد نظر برای صحت عقد ضمان، خلط کرده‌اند. زیرا سبب مد نظر در عقد ضمان، سبب فلسفی نیست بلکه مقصود از آن، مقتضی است و از آن جا که مقتضی برای تحقق دین، موجود است، ضمان از نفقه آینده زوجه، صحیح می‌باشد. به‌ویژه آن که به‌موجب ماده‌ی ۱۱۰۲ ق.م. حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر با نکاح به وجود می‌آید و یکی از این تکالیف، تعهد شوهر به دادن نفقه است. زن می‌تواند برای تعیین مقدار نفقه و الزام شوهر به آن، به دادگاه رجوع کند. لحن این مواد به خوبی می‌رساند که تعهد به انفاق، با عقد به وجود می‌آید و مقتضی آن، نکاح است و نشوز، مانع از تأثیر مقتضی و ایجاد دین است.<sup>۳۱</sup>

*بند پنجم - بررسی مصداقی سبب و شرط در حقوق مسئولیت مدنی*

اصطلاح تسبیب در منابع فقهی و حقوقی در برابر مباشرت (به معنای انجام دادن بی واسطه‌ی یک کار) به کار می‌رود که هر دو از اقسام اتلاف و از اسباب مهم ضمان‌اند. البته در مواردی نیز در برابر اتلاف به کار رفته که مراد از آن اتلاف به معنای عام نیست بلکه اتلاف با مباشرت است.<sup>۳۲</sup> برخلاف مباشرت که در آن علت تلف مستقیماً ایجاد می‌شود؛<sup>۳۳</sup> در تسبیب، اتلاف مال یا جنایت بر نفس به طور غیرمستقیم و با زمینه‌سازی و تمهید مقدمات صورت می‌گیرد، مانند حفر چاه در راه، افروختن آتش و سرایت دادن آن به ملک دیگری، شهادت دروغ دادن بر ضد کسی و بازکردن در قفس حیوانات که موجب تلف شدن آن‌ها یا وارد آمدن خسارت می‌شوند.<sup>۳۴</sup>

در منابع فقهی، برای سبب معانی گوناگون ارائه کرده‌اند. از جمله؛ ایجاد ملزوم علت تلف؛ عاملی که اگر نمی‌بود، تلف حاصل نمی‌شد، هرچند علت مستقیم تلف، چیز دیگری است؛ عاملی که وجودش مستلزم وقوع تلف نیست اما نبودنش مستلزم واقع نشدن تلف است.<sup>۳۵</sup> برخی فقها به تحلیل نسبت سبب با شرط پرداخته‌اند<sup>۳۶</sup> ولی به نظر برخی دیگر، مفهوم سبب در این‌جا با معنای فلسفی و اصولی آن متفاوت است. مراد از تسبیب، تمهید زمینه‌های تلف و سبب‌سازی آن است که مفهومی عرفی است و به شرط مصطلح در فلسفه بسیار شبیه است.<sup>۳۷</sup>

*بند ششم - بررسی سبب و شرط در مصداق ارث*

در تحقق وراثت عناصر مختلفی به ایفای نقش می‌پردازند. از یک طرف، ماده‌ی ۸۶۱ ق.م. در فصلی با عنوان "در موجبات ارث و طبقات مختلفه‌ی وراثت" موجب ارث را دو امر می‌داند: نسب و سبب.<sup>۳۸</sup> از طرف دیگر، ماده‌ی ۸۶۷ ق.م. در فصلی با عنوان "در تحقق ارث" ارث را به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث محقق می‌شمارد. براساس ماده‌ی ۸۶۸ ق.م. نیز مالکیت ورثه نسبت به ترکه‌ی متوفی مستقر نمی‌شود مگر پس از ادای حقوق و دیونی که به ترکه‌ی میت تعلق گرفته است. ماده‌ی ۸۶۳ ق.م. هم مقرر می‌دارد که؛ «وارثین طبقه‌ی بعد وقتی ارث می‌برند که از وارثین طبقه‌ی قبل کسی نباشد.» با این حال،



قانون مدنی فصلی با عنوان "در شرایط و جمله از موانع ارث" دارد و در اولین ماده این فصل (ماده ۸۷۵) مقرر می‌دارد که شرط وراثت، زنده‌بودن در حین فوت مورث است. براساس ماده ۸۸۰ نیز قتل از موانع ارث است. ماده ۸۸۱ مکرر نیز مقرر می‌دارد که کافر از مسلم ارث نمی‌برد. دامنه بحث به این موارد نیز محدود نمی‌شود و در ماده ۸۸۲ از لعان بین زن و شوهر و تأثیر آن در ارث و در ماده ۸۸۴ از زنا بیان قانونی می‌شود.

حال، این سؤال پیش می‌آید که در صحنه‌آرایی فوق، کدامیک نقش سبب و کدامیک، نقش شرط را ایفا می‌کنند؟ همچنین، کدامیک را می‌توان از مصادیق مانع به‌شمار آورد؟ برای پاسخ به سؤال فوق، یکبار دیگر باید تعاریف منطقی مفاهیم فوق را یادآوری کرد. در تعریف منطقی سبب گفته شد که سبب، چیزی است که "از وجود آن، وجود و از عدم آن، عدم ایجاد می‌شود."<sup>۳۹</sup> یعنی آنچه که با مسبب، هم از جهت مثبت و هم از جهت منفی، رابطه دارد. حال در مصداق ارث، می‌توان قرابت و مرگ مورث<sup>۴۰</sup> را سبب ارث محسوب کرد. از این جهت که با وجود آن‌ها ارث تحقق می‌یابد و با نبود آن‌ها برقراری توارث منتفی می‌شود. در تعریف شرط از همین دیدگاه نیز گفتیم که معمول است که گفته می‌شود: "الشرط ما یلزم من عدمه العدم و لایلزم من وجوده الوجود و لا عدم لذاته"<sup>۴۱</sup> یعنی آنچه که از عدم آن، عدم ایجاد می‌شود اما از وجود آن، وجودی محقق نمی‌شود؛ با توجه به این مفهوم، زنده بودن بعد از مرگ مورث را می‌توان شرط محسوب کرد. اما با توجه به این که از وجود مانع، عدم ایجاد می‌گردد،<sup>۴۲</sup> می‌توان از کفر و قتل به‌عنوان مانع یاد کرد.<sup>۴۳</sup> با توجه به این تقسیم‌بندی و تعاریف فوق، زنا و لعان را نباید در موانع قرار داد؛ چه این دو در حقیقت در قرابت (که خود از اسباب است) ایجاد خدشه می‌کنند و نباید عنوان مستقلی به آن‌ها داد.<sup>۴۴</sup> با این حال، از جایگاه طرح موارد فوق در قانون مدنی می‌توان این نکته را استنباط کرد که مقنن به دیده مانع به دو مورد فوق می‌نگریسته است؛ نکته‌ای که شاید تقلید از نظر مشهور در فقه سبب آن باشد.<sup>۴۵</sup>

### نتایج:

۱ - در بررسی مفهومی سبب و شرط، این دو نهاد از دیدگاه‌های مختلف قابل معنا

هستند. چنان که مفهوم این دو در لغت و دستور زبان با معنای این دو در منطق، متفاوت است.  
 ۲ - در تعریف منطقی سبب مشهور است که گفته می‌شود: "آنچه که از وجود آن، وجود و از عدم آن، عدم ایجاد می‌شود." در تعریف شرط از همین دیدگاه نیز معمول است که گفته می‌شود: "آنچه که از عدم آن، عدم ایجاد می‌شود اما از وجود آن، وجودی محقق نمی‌شود"

۳ - علمای اصول، مقدمه را به سبب، شرط، معد و مانع تقسیم کرده‌اند و همان تعاریفی را که اهل منطق برای اصطلاحات مورد بحث، ارائه داده‌اند، برای واژه‌های فوق آورده‌اند.  
 ۴ - با استقرا در متون فقهی می‌توان این نکته را استخراج کرد که معنای فقهی شرط از معنای منطقی آن دور و به تعبیر لغوی آن نزدیک شده است؛ چه در تعبیر فقهی نیز آن را به الزام و التزام معنا کرده‌اند.

۵ - در اصطلاح حقوقی، شرط، یکی از دو مفهوم زیر را بیان می‌کند:  
 الف - امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد.  
 ب - توافقی است که بر حسب طبیعت خاص آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری درآمده است.

۶ - در بررسی مصداقی سبب و شرط در اسباب تملک دیدیم که اسباب مذکور در ماده‌ی ۱۴۰ ق.م. در فصلی با عنوان "در اسباب تملک" سبب به معنای منطقی محسوب می‌شود هرچند برای بارور شدن احتیاج به شرایطی نیز هست.

۷ - در بررسی سبب و شرط در مصداق عقد ضمان به سراغ تحلیل ماده‌ی ۶۹۱ ق.م. رفتیم و تفاسیر مختلف مرتبط با این ماده را ذکر کردیم. برخی عقیده دارند سبب در این ماده را باید حمل به معنای منطقی‌اش کرد و برخی دیگر، سبب را به معنای فلسفی آن به کار برده و آن را به معنای مقتضی و علت ناقصه به کار برده‌اند.

۸ - در بررسی مصداقی سبب و شرط در عقد جعاله، درصدد شناخت سبب استحقاق عامل و ضمان از مال الجعاله بودیم. به نظر نگارنده، سبب استحقاق، عقد جعاله و انجام

نتیجه می‌باشد. این نظر با توجه به اصالت و موضوعیت نتیجه اتخاذ شد.

- ۹ - در بررسی مصداقی سبب و شرط در نفقه، ضمان از نفقه آینده زوجه و نفقه اقارب بررسی شد. در این تحلیل، سبب تعهد به انفاق (نفقه)، عقد نکاح دانسته شد.
- ۱۰ - در بررسی مصداقی سبب و شرط در حقوق مسئولیت مدنی به این نتیجه رسیدیم که سبب در این ماده به معنای عرفی به کار رفته نه به معنای منطقی صرف.
- ۱۱ - در بررسی سبب و شرط در مصداق ارث، قرابت و مرگ مورث را سبب ارث و زنده بودن بعد از مرگ مورث را شرط و از کفر و قتل به عنوان مانع یاد کردیم.

### پی‌نوشت‌ها:

- ۱ - الشيخ محمد تقی الرازی، *هدایه المسترشدين*، ج. ۲، صص. ۴۲۰ - ۴۲۱: "الشرط فی اللغه بمعنی إلزام الشئ و التزامه فی البیع و نحوه، كما فی القاموس".
- ۲ - المولي علی الروزدری، *تقریرات آیه الله المجدد الشیرازی*، ج. ۳، ص. ۱۴۲ - السيد محمد صادق الروحانی، *فقه الصادق (ع)*، ج. ۱۸، شرح صص. ۹ - ۱۴: "ما یلزم من عدمه العدم، و أن له معنیین اصطلاحیین أحدهما: ما یتعمل فی ألسنه النحاه و هی الجملة الواقعه تلو أداء الشرط".
- ۳ - من در جمله فوق، من نشویه است؛ یعنی منشاء وجود و عدم را مشخص می‌کند. برای بررسی بیشتر: ر.ک: الشيخ محمد حسین الغروی الأصفهانی، *نهایه الدراییه فی شرح الکفایه*، ج. اول، ص. ۳۹۸، السيد علی الموسوی القزوینی، *تعلیقہ علی معالم الأصول*، ج. ۳، شرح صص. ۶۳۶، ۶۳۷: "بأنه ما یلزم من وجوده العدم بناءً علی کون کلمه "من" نشویه نظیر ما یقال فی الشرط من أنه: "ما یلزم من عدمه العدم" و فی السبب من أنه: "ما یلزم من عدمه العدم و من وجوده الوجود" كما أن عدمه مؤثر فی الوجود لكونه من أجزاء العله".
- ۴ - الدكتور سعدی أبو حبيب، *القاموس الفقہی*، ص. ۱۶۳: "السبب فی أصول الفقه: ما یلزم من عدمه العدم، و من وجوده الوجود".
- ۵ - همان، ص. ۱۹۲: "اصطلاحاً: ما یلزم من عدمه العدم. و لایلزم من وجوه وجود و لاعدم. و هو خارج عن ماهیة الشئ".
- ۶ - المحقق النراقی، *مستند الشیعه*، ج. ۱۹، ص. ۱۸۷ - ۱۸۸؛ الشيخ الجواهری، *جواهر الکلام*، ج. اول، صص. ۴۲ - ۴۳ که گزاره طهارت، شرط روزه است، به عنوان مثال ذکر می‌کند. *تقریرات آیه الله المجدد الشیرازی*، المولي علی الروزدری، ج. ۳، ص. ۱۴۲؛ الشيخ سیدمحمد صادق الروحانی، *فقه السنه*، ج. اول،

ص. ١١١، ١٢٣: "الشرط ما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده وجود و لا عدم، كالوضوء للصلاه، فإنه يلزم من عدمه عدم الصلاه و لا يلزم من وجوده وجودها و لا عدمها." فتح الوهاب، زكريا الأنصاري، ج. اول، ص. ٨٧.

٧ - السيد الخوئي، *مصباح الفقاهه*، ج. ٥، صص. ٢٦١ - ٢٦٦: "من أن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط و لا يلزم من وجوده الوجود. و هذا المعني الثاني الاصطلاحى أخص من المعني الثاني العرفى، فإنه أى المعني الثاني العرفى أعم منه، فإنك قد عرفت أنه ما يلزم من عدمه العدم و لكن طرف الوجود مسكوت عنه، فإنه قد يلزم من وجوده الوجود فيشمل السبب".

٨ - محمد بن أحمد الشرييني، *الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع*، ج. اول، ص. ١١٠: "ما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده وجود و لا عدم لذاته، و المانع لغيره الحائل و اصطلاحاً ما يلزم من وجوده العدم و لا يلزم من عدمه وجوده و لا عدم لذاته"

٩ - سيد جعفر سجادي، *فرهنگ لغات و اصطلاحات فلسفى*، تهران، انجمن اسلامى حكمت و فلسفه ايران، ١٦٣١: علت را در اين معنا به چهار قسم تقسيم مى كنند: علت صوري: شكل و صورتى كه صانع، چيزى را بدان تركيب مى سازد. علت غايى: غرض و مقصود صانع از صنعت خود. علت فاعلى: امرى كه مفيد وجود شىء باشد و خارج از ذات معلول است. علت مادى: ماده اى كه صنعت صانع بر آن تعلق گيرد و آن جزو مقدم شىء و محل استقرار قوه يعنى حامل قوه است.

١٠ - السيد الخوئي، *مصباح الفقاهه*، ج. ٥، صص. ٢٦١ - ٢٦٦: "ما استقر عليه اصطلاح أهل المعقول و الأصول، من أن الشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط و لا يلزم من وجوده الوجود." القاموس الفقهى، الدكتور سعدى أبو حبيب، ص ١٩٢: "عند الأصوليين: ما يتوقف عليه الوجود، و ليس بمؤثر فى الحكم." المولى على الروزدرى، *تقريرات آيتا... المجدد الشيرازى*، ج. ٣، ص. ١٤٢.

١١ - *تقريرات فى أصول الفقه*، تقرير بحث البروجردى، للاشتهااردى، ص. ٦٩: "الأصوليين قسموا المقدمه باعتبار إلی: السبب، و الشرط، و عدم المانع، و المعد. و قالوا: إن الأول ما يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم، و الثانى ما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده الوجود، و الثالث ما يكون وجوده مزاحماً لوجود شىء آخر، و الرابع ما يلزم من وجوده و عدمه مع الوجود. و منشأ هذا التقسيم إلی أن الشىء إما أن يكون دخيلاً فى وجود شىء آخر أو لا، و دخله إما أن يكون بنحو التأثير فى وجوده فهو السبب، و إما أن يكون مؤثراً فى قابليته للوجود تاره بوجوده فهو الشرط، و أخرى بعدمه فهو عدم المانع، و ثالثه بهما بمعني التركب من الوجود و العدم فهو المعد." الشيخ المنتظرى، *نهايه الأصول*، ص ١٥٩ - ١٦٠: "أن الأصوليين قسموا المقدمه بتقسيم آخر إلی السبب و الشرط و المعد و عدم المانع، و قالوا فى تعاريفها: إن السبب ما يلزم من عدمه العدم و من وجوده الوجود، و الشرط ما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده

الوجود، و المعد ما يلزم من عدمه و وجوده الوجود، و المانع ما يلزم من وجوده العدم. و بعبارة أخرى: ما توقف عليه الشيء إما أن يكون مؤثراً في وجود المتوقف و يكون منه وجوده، و إما أن يكون مؤثراً في قابلية المتوقف للوجود لا في أصل وجوده، فالأول هو السبب، و الثاني إما أن يكون أمراً وجودياً فهو الشرط، أو عدمياً فعدم المانع، أو مركباً منهما فهو المعد، هذا ما قالوه. و الظاهر وجود التنافي بين تعريفى السبب، فإن ما منه الوجود، كما فى التعريف الثانى، هو المقتضى، و هو لا يلزم من وجوده الوجود و إن كان يلزم من عدمه العدم، و ما يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم، كما فى التعريف الأول، هو العلة التامة، و هى ليست بجميع أجزائها مؤثره فى الوجود و فاعله له و إنما المؤثر هو المقتضى فقط. اللهم إلا أن يراد من السبب، المقتضى فقط و لكن لا مطلقاً، بل فى ظرف وجود الشرط و عدم المانع فينطبق عليه التعريفان."

۱۲ - السيد اليزدى، *حاشية المكاسب*، ج. اول، ص. ۱۶۰: الشرط فى ضمن العقود ليس بمعني ما يلزم من عدمه العدم بل بمعني الالتزام فى الالتزام؛ *حاشية المكاسب*، السيد اليزدى، ج ۲، ص ۱۰۶: "بينهم فنقول ان الشروط الواقعة فى ضمن العقود علي ما هو المتداول فى العرف انما هى بنحو الالزام و الالتزام لا بنحو التقييد؛ براى ديدن مقايسه دو معنای فقهی و منطقی شرط: فوائد الأصول، الشيخ محمد على الكاظمى الخراسانى، ج. اول، ۲، صص. ۴۷۸ - ۴۷۹: "اما معنى الشرط: فهو يطلق علي معنيين: أحدهما: المعنى الحدتى (أى الجعل) و هو بهذا المعنى يكون متصرفاً يشق منه الشارط و المشروط و غير ذلك، و هو المراد من قوله عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم، و قوله عليه السلام: فى الدعاء و لك شرطى ان لا أعود فى معصيتك. و لا يختص هذا المعنى من الشرط بان يكون فى ضمن عقد، و ان كان يظهر من القاموس ذلك. و ثانيهما: ما يلزم من عدمه العدم، مع قطع النظر عن استلزام وجوده الوجود، و هو بهذا المعنى جامد لا يتصرف؛" تعبير منطقی از شرط به معنای فقهی اشکالاتى را نیز ایجاد مى کند: *المترقى إلى الفقه الأرقى*، السيد محمد الروحانى، ج ۲، ص ۲۲۶ - ۲۲۷: "فقد جعل العلامة (رحمه الله) من مصاديقه ما إذا شرط فى البيع أن يبيعه علي البائع، بدعوي أنه مستلزم للدور، لأن بيعه له يتوقف علي ملكيته له المتوقفه علي بيعه. و قد استشكل فيه: بأن هذا يتم لو أريد من الشرط المبحوث عنه المعنى الفلسفى و هو ما يلزم من عدمه العدم، إذ الشرط المزبور، أعنى شرط البيع علي البائع، يتوقف علي البيع و البيع يتوقف عليه، فيلزم الدور. و لكن الأمر ليس كذلك، فإن المراد بالشرط ههنا معناه الفقهى و هو الالتزام، و عليه فلا يتحقق الدور. و التحقيق أنه يمكن أن يقرب الدور حتي علي المعنى الفقهى للشرط. بيان ذلك: إن الشرط المتعلق بالفعل عبارة عن الالتزام المبني عليه العقد بحيث يكون بمنزله الموضوع للعقد، علي ما تقدم تحقيقه. و من الواضح أن الالتزام لا يمكن أن يتعلق بما ليس بمقدور بل لا بد و أن يتعلق بالمقدور و لذا أرجعنا شرط النتيجة إلى الجعل و القرار و الاعتبار دون الالتزام."

۱۳ - زكريا الأنصارى، *فتح الوهاب*، ج. اول، ص. ۸۷: "و هو لغه تعليق أمر بأمر كل منهما فى

المستقبل و يعبر عنه بالزام الشيء و التزامه و اصطلاحاً ما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده و لا عدم لذاته؛ *القاموس الفقهي*، الدكتور سعدى أبو حبيب، ص. ۱۹۲: "الشرط: ما يوضع ليلتزم فى بيع"؛ برای دیدن معانی مختلف شرط از این دیدگاه: ر.ک.: محمد قلجی، *معجم لغة الفقهاء*، ص. ۲۶۰؛ فراهیدی می‌گوید: الشرط، معروف فى البيع. (ابو عبدالرحمن الخلیل بن احمد الفراهیدی، همان، ج. ۶، ص. ۴۳۲). برخی از نویسندگان، مطلق معنی شرط را تقید امری به امر دیگر می‌دانند. گاه این تقید، واقعی و تکوینی است و گاه جعلی؛ این جعل نیز گاه به حکم شرع است و گاه به حکم طرفین قرارداد. السید محمد صادق الروحانی، *فقه الصادق (ع)*، ج. ۱۸، شرح صص. ۹ - ۱۴.

۱۴ - کاتوزیان، ناصر، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج. ۳، ص. ۱۲۲.

۱۵ - کاتوزیان، ناصر، *اثبات و دلیل اثبات*، ج. اول، میزان، چ. اول، زمستان ۱۳۸۰، ص. ۲۰۶.

۱۶ - برای نقد ماده فوق از حیث نظریه اسباب تملك در قانون مدنی، ر.ک.: کاتوزیان، *اموال و مالکیت*، نشر میزان، چ. ۱۰، ۱۳۸۴، ص. ۱۵۸؛ همچنین برای نقد ماده فوق از جهات دیگر، ر.ک.: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق اموال*، چ. ۴، ۱۳۷۶، ص. ۳۴۵.

۱۷ - المحقق البحرانی، *الحدائق الناضرة*، ج. ۲۱، صص. ۲۶ - ۲۷: "البحث الثانی فى الحق المضمون و فيه مسائل، الأولی یشرط فى المال المضمون أن یکون ثابتاً فى الذمه و إن لم یکن مستقراً، کالتمن فى مدة الخيار فیصح ضمانه؛ الشهيد الثانی، *مسالك الأفهام*، ج. ۴، صص. ۱۹۰ - ۲۰۰: "فى الحق المضمون. و هو کل مال ثابت فى الذمه، سواء كان مستقراً کالبيع بعد القبض و انقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان کالتمن فى مده الخيار بعد قبض الثمن..."

۱۸ - الشيخ الطوسی، *الخلاف*، ج. ۳، ص. ۳۱۹: "و لا یصح ضمان ما لا یجب، سواء كان معلوماً أو مجهولاً. و به قال الشافعی، و سفیان الثوری، و ابن أبی لیلی و الليث بن سعد و أحمد بن حنبل . و قال أبو حنیفه و مالک: یصح ضمان ذلك". *المبسوط*، الشيخ الطوسی، ج. ۲، ص. ۳۲۳: "و الضمان ینقل الدین عن ذمه المضمون عنه إلی ذمه الضامن؛ *المبسوط*، همان، ص. ۳۲۶: "ضمان العهده هو ضمان الثمن إذا خرج المبیع مستحقاً فإذا ثبت ذلك فإن ضمن العهده قبل أن یقبض البایع الثمن لم یصح ذلك لأنه ضمان ما لم یجب و لا حاجه تدعو إلی تجویزه؛ *السرائر*، ابن إدريس الحلی، ج. ۲، ص. ۷۰: "و لا یصح ضمان ما لم یجب فى ذمه المضمون عنه. و یصح ضمان المال الثابت فى الذمه، و إن كان مؤجلاً؛ جامع *الخلاف والوفاق*، علی بن محمد القمی، ص. ۳۱۷: "و لا یصح ضمان ما لم یجب؛ *تذکره الفقهاء*، العلامة الحلی، ج. ۱۴، ص. ۲۸۶: "مسأله ۴۷۷: إذا قال له: إذا بعث عبدک من فلان بألف فأنا ضامن للثمن، فباعه بألف، لم یصح الضمان عندنا؛ لأنه ضمان ما لم یجب، و سیأتی بطلانه."

۱۹ - تعبیر برخی از فقها در امکان ضمانت از دین متزلزل ممکن است این توهم را ایجاد کند که

نیازی به تحقق دین نمی‌دانند اما دقت در معنای دین متزلزل و سایر عبارات این نویسنده، این ابهام را رفع می‌کند. *جواهر الکلام*، الشیخ الجواهری، ج. ۲۶، ص. ۱۳۵: "البحث الثانی فی الحق المضمون و هو کل مال ثابت فی الذمه و مرجعه إلی ما فی القواعد من أن شرطه المالیه و الثبوت فی الذمه و إن کان متزلزلاً کالتمن فی مدة الخيار، و المهر قبل الدخول؛ تعابیر نویسندگان دیگر نیز گره‌گشا است. *الحدائق الناضرة*، المحقق البحرانی، ج. ۲۱، ص. ۲۶، ۲۷: "لأن الثمن ثابت فی ذمه المشتري، مملوک للبايع، غایه الأمر أنه متزلزل بخلاف الجعالة، فإنها لا ثبوت لها أصلاً حتی یکمل الفعل كما عرفت..."

۲۰ - کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، ج. ۴، انتشار، ج. ۴، ۱۳۸۲، ص. ۲۷۹.

۲۱ - ر.ک.: نجفی، ج. ۳۵، ص. ۱۸۷ و گاهی عقد یا صیغه‌ای که دلالت بر این التزام نماید، جعاله خواننده شده است. برای بررسی بیشتر، ر.ک.: *فخرالمحققین*، ج. ۲، ص. ۱۶۲؛ شهید اول، ج. ۳، ص. ۹۷؛ مقدس اردبیلی، ج. ۱۰، ص. ۱۴۵.

۲۲ - شهید ثانی، ج. ۱۱، ص. ۱۴۹؛ آل‌عصفور، ج. ۲، ص. ۱۱۵؛ نجفی، ج. ۳۵، صص. ۱۸۸ - ۱۸۹.

۲۳ - العلامه الحلّی، *تذکره الفقهاء*، ج. ۱۴، صص. ۳۱۷ - ۳۱۸: "فنقول: إن ضمن قبل الشروع فی العمل، لم یصح الضمان؛ لأنه ضمان ما لم یجب؛ إذ العقد غیر لازم، و المال الثابت بالعقد غیر ثابت فی الذمه فکیف یلزم فرعه؟! و إن ضمن بعد فراغ العمل و استحقاقه للمال، صح ضمانه قطعاً؛ لأنه ضمان ما قد ثبت وجوبه. و إن ضمن بعد الشروع فی العمل و قبل إتمامه، فالأقرب: جواز الضمان؛ لوجود سبب الوجوب، و لانتهاه الأمر فیهِ إلی اللزوم، کالتمن فی مده الخيار، و هو أحد قولی الشافعی. و أصحابهما عنده: المنع؛ لأن الموجب للجعل هو العمل؛ إذ به يتم الموجب، فکأنه لا ثبوت له قبل العمل."؛ *مختلف الشیعه*، العلامه الحلّی، ج. ۵، صص. ۴۶۷ - ۴۶۸: "مسأله: قال فی الخلاف: یصح ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة له. و أطلق فی المبسوط، لقوله تعالی: (و أنا به زعیم) و عموم قوله، علیه السلام: (الزعیم غارم) و لأنه و إن لم یکن لازماً لکن یؤول إلی اللزوم. و عندی فیهِ نظر، فإن الجعالة عقد جائز قبل الشروع فی الفعل، فلا یكون لازماً، إلا أن الحاجه ماسه إلیه فجاز ضمانه، کقوله: إلق متاعک فی البحر و علی ضمانه. مسأله: قال الشیخ فی المبسوط: لا یصح ضمان ما لم یجب، مثل: أنا ضامن لما تقرضه فی درهم إلی عشره، لأنه غیر واجب. و قال ابن الجنید: و إذا قال رجل لآخر: بايع فلاناً فما یجب لک علیه من درهم إلی مبلغ تحدّه له فهو علی دونه دخل فی ضمان الأمر ما یبايع به ذلک الرجل الآخر من أكثر المبلغ إلی ما دونه. و الأجدود الأول، لعدم ثبوت الحق، فلا یتحقق الانتقال. مسأله: منع الشیخ من ضمان العبد، و کذا ابن الجنید. و الوجه عندی الصحه، و یتبع العبد بعد العتق، لأنه کالدين. احتج الشیخ بقوله تعالی: (عبدا مملوکا لا یقدر علی شیء). و الضمان شیء فوجب أن لا یصح، لأنه تعالی إنما نفي حکم ذلک لا نفس القدره علیه. و الجواب: المراد بالشیء المال، لقوله فی مقابلته: (و من رزقناه منا رزقاً حسناً)؛ *الحدائق*

*الناصرة*، المحقق البحراني، ج. ٢١، صص. ٢٦ - ٢٧: "وأجيب عن ذلك بمنع وجود السبب، فإنه العقد والعمل معا لا العقد وحده، وإنما هو جزء السبب، ولم يحصل به ثبوت ولا لزوم، حتى أنه لو لم يتم العمل وبقي منه شيء، فإنه لا يستحق شيئاً بما مضى، فيكون الباقي بمنزلة الشرط في استحقاق الجميع."

٢٤ - حسيني مراغي، ج. ٢، ص. ٤٦٩؛ نجفي، ج. ٢٦، ص. ١٣٧؛ مطيعي، ج. ١٤، ص. ١٦.

٢٥ - المحقق الكركي، *جامع المقاصد*، ج. ٥، شرح صص. ٣١٩، ٣٢٠.

٢٦ - المحقق البحراني، *الحدائق الناصرة*، ج. ٢١، صص. ٢ - ٢٧: "نعم يمكن أن يستدل علي هذا القول بظاهر قوله عز وجل (١) "و لمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم" فإن فيها دلالة علي جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل، لأنه ضمنه قبل العمل، وقد استدلت الفقهاء بهذه الآية علي جملة من مسائل الجعالة والضمان، والظاهر أن ما نحن فيه من قبيل ذلك.

٢٧ - *جامع العباسي*، ص. ٢٥٠؛ ميرزاي قمي، *جامع الشتات*، ج. ٢، ص. ٤٣٣ و ٤٨٢ و ج. ٣، ص. ٨٨؛

*سرايع*، ج. ٣، ص. ٧٠٧.

٢٨ - العلامة الحلبي، *تنكرة الفقهاء*، ج. ١٤، ص. ٣١٣: "يصح ضمان النفقة الماضيه للزوج، سواء كانت نفقه الموسرين أو نفقه المعسرين، وكذا ضمان الإدام ونفقة الخادم وسائر المؤن؛ لأنها تثبت في الذمه واستقرت بمضى الزمان."

٢٩ - العلامة الحلبي، *تنكرة الفقهاء*، ج. ١٤، ص. ٣١٣: "وكذا يصح ضمان نفقه اليوم الحاضر؛ لأنها

تجب بطولوع الفجر."

٣٠ - العلامة الحلبي، *تنكرة الفقهاء*، ج. ١٤، ص. ٣١٣: "وأما النفقة المستقبله، كنفقه الغد والشهر

المستقبل والسنة المستقبله، فإنها غير واجبه في الذمه، فلا يصح ضمانها؛ لأن النفقة عندنا إنما تجب بالعقد والتمكين، والتمكين في المستقبل لم يحصل، فلم تجب النفقة إلا مع حصوله، فيكون ضمانها ضمان ما لم يجب، وهو القول الجديد للشافعي وقال في القديم: يصح. وهو مبني علي أن النفقة تجب بالعقد خاصه، والأول مبني علي أنها تجب بالعقد والتمكين. وقال الجويني: إن قلنا بالقديم، صح الضمان. وإن قلنا بالثاني، فالأصح: البطلان وفيه قول آخر مع تفريعنا علي أن ضمان ما لم يجب باطل؛ لأن سبب وجوب النفقه ناجز، وهو النكاح. وفيه إشكال؛ لأن سبب وجوب النفقه إما النكاح أو التمكين في النكاح، فإن كان الأول، فالنفقه واجبه، فكيف قال: ولم تجب!؟ وإن كان الثاني، فالسبب غير موجود؛

*الخلافاً*، الشيخ الطوسي، ج. ٣، ص. ٣١٧، ٣١٨: "مسأله ١٠: نفقه الزوجه إذا كانت مستقبله لا يصح ضمانها. وللشافعي فيه قولان: إذا قال: يلزم النفقه بنفس العقد، صح ضمانها. وإن قال: تجب بالتمكين من الاستمتاع قال: لا يصح. دليلنا: أن النفقه إنما تلزم بالتمكين من الاستمتاع، بدلالة أنها متي نشزت سقط نفقتها، فإذا ثبت ذلك فالتمكين من ذلك لم يحصل في المستقبل، فلا يجب به النفقه."؛ *المبسوط*،



الشیخ الطوسی، ج ۴، ص ۳۰۵: "إذا تزوج امرأه فضمن لها أبوه نفقته عليها سنين، قال قوم يجوز، و قال آخرون لا يجوز، و الذی یقتضیه مذهبنا أنه لا يجوز، لأن النفقه لا تجب عندنا بالعقد، و إنما تجب نفقه يوم بیوم بدلالة أنها لا تملك المطالبة بها، و لأنها لا تملك الإبراء منها، و لو وجبت بالعقد لصح ذلك. فإذا تقرر القولان، فمن قال لا يجب قال لا یصح الضمان، لأنه ضمان ما لم يجب و من قال يجب بالعقد صح ضمانه، بثلاث شرائط: أن یضمن نفقه المعسر دون الموسر و المتوسط، لأن ذلك یتغیر یزید و ینقص، الثانی یشترط أن یشترط لمدّة معلومه، الثالث یشترط أن یشترط ما ضمنه معلوماً."

۳۱ - کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، یلدا، ۱۳۷۵، ص. ۱۴۱؛ صفایی، سیدحسین، *مختصر حقوق خانواده*، میزان، ۱۳۸۳، ص. ۱۴۰.

۳۲ - ماده ۳۰۷ ق.م. .

۳۳ - شهید ثانی، *الروضه البهیة*، ج. ۷، ص. ۳۰؛ حسینی مراغی، ج. ۲، ص. ۴۳۵.

۳۴ - محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج. ۳، ص. ۱۸۶، ج. ۴، ص. ۲۳۷؛ ابن قدامه، ج. ۵، صص. ۴۴۹ - ۴۵۰.

۳۵ - محقق حلّی، ۱۴۰۵، ص. ۳۱۹؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳ - ۱۴۱۹، ج. ۳، ص. ۶۵۱؛ همان، ۱۴۱۰، ج.

۲، ص. ۲۲۶؛ شهید اول، ۱۴۱۲ - ۱۴۱۴، ج. ۳، ص. ۱۰۷؛ موسوی بجنوردی، ج. ۲، ص. ۳۱.

۳۶ - حسینی عاملی، ج. ۶ صص. ۲۰۶ - ۲۰۷؛ نجفی، ج. ۱۵، صص. ۳۱۶ - ۳۱۷.

۳۷ - ر.ک.: مکارم شیرازی، ج. ۲، ص. ۲۰۷.

۳۸ - این تعبیر ریشه در تعابیر فقها دارد: *اللمعة الدمشقية*، الشهید الأول، ص. ۲۲۲: "موجب الإرث النسب و السبب."؛ *شرح اللمعة*، الشهید الثانی، ج. ۸، ص. ۲۰: "یوجب الإرث (أی یشترط شیئان): النسب و السبب."؛ *مسالك الأفهام*، الشهید الثانی، ج. ۱۳، ص. ۱۰: "فی موجبات الإرث و هی: إما نسب، و إما سبب...؛ *كشف النام*، الفاضل الهندی، ج. ۹، ص. ۳۳۹: "الفصل الأول فی موجب الإرث؛ إنما یشترط الإرث بأمرین: نسب و سبب."؛ *ریاض المسائل*، السید علی الطباطبائی، ج. ۱۲، ص. ۴۳۶: (الأولی فی) بیان (موجبات الإرث) و أسبابه (و هی نسب، و سبب).": *الموسوعة الفقهية الميسرة*، الشیخ محمد علی الأنصاری، ج. ۲، ص. ۵۵: موجبات الإرث: و یطلق علیها أسباب الإرث أيضاً، و هی التي یوجب تحققها استحقاق التوارث، و هی قسمان..."

۳۹ - الدكتور سعدی أبو حبيب، *القاموس الفقهي*، ص. ۱۶۳: "السبب فی أصول الفقه: ما یلزم من عدمه العدم، و من وجوده الوجود."

۴۰ - با استقراء ناقص نگارنده، این نکته استنباط شد که تنها یکی از فقها تعبیر مذکور در متن (تعبیر مرگ به عنوان یکی از اسباب) را پذیرفته است. ر.ک.: طباطبائی، *تنقیح الأصول*، تقریر بحث آقا ضیاء، ص. ۳۷۰: "و لكن نقول إن كان ما یوجب الإرث هو موت المورث..."

۴۱ - القاموس الفقهي، همان، ص. ۱۹۲.

۴۲ - محمد بن أحمد الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج. اول، ص. ۱۱۰.

۴۳ - الشهيد الأول، اللمعة الدمشقية، ص. ۲۲۲؛ و القتل مانع؛ شرح اللمعة، الشهيد الثاني، ج. ۸، ص. ۲۵؛ وأما الموانع فكثيرة قد سبق بعضها و يذكر هنا بعضها في تضاعيف الكتاب، و غيره و قد جمعها المصنف في الدروس إلى عشرين و ذكر هنا ستة: أحدها: الكفر...؛ مسالك الأفهام، الشهيد الثاني، ج. ۱۳، ص. ۲۰؛ و الكفر المانع؛ كفاية الأحكام، المحقق السبزواري، ج. ۲، ص. ۷۹۰؛ الفصل الثاني في تعديد موانع الإرث و هي أنواع: الأول الكفر؛ كفاية الأحكام، المحقق السبزواري، ج. ۲، ص. ۷۹۹ كه نوع ثالث مانع را، قتل می داند.؛ كفاية الأحكام، المحقق السبزواري، ج. ۲، ص. ۸۰۲؛ النوع الرابع اللعان؛ و هو يقطع نسب الولد عن الأب و ينتفى التوارث بينهما كما مر، و لو اعترف به بعد اللعان فحينئذ يرثه الولد دون العكس، للروايات الدالة علي ذلك.؛ برای دیدن تعریفی از مانع در ارث: كشف الثام، الفاضل الهندي، ج. ۹، ص. ۳۴۵؛ (الفصل الثاني في موانع الإرث) أي ما يمنع الإنسان من أن يرث مما تركه الميت ميراثاً أصلاً مع كونه في طبقة الإرث و درجته. (و هي ثلاثة: الكفر، و القتل، و الرق) و من اعتبر المنع في الجملة جعلها عشرين: أربعة منها سيأتى في كتاب اللعان، و انفصال الحمل ميتا و هما مخرجان عن المذكورين من الأنساب و الأسباب و الثاني مخرج عن الإنسانيه، و الدين المستغرق، و هو مما يمنع كون التركة ميراثاً علي أحد القولين، و لا يمنع الإرث علي الآخر. و الغيبة المنقطعة، و هي إنما تمنع من نفوذ الإرث ظاهراً. و الثامن الزنا. و التاسع الشك في النسب. و العاشر اشتباه الحر الوارث بالعبد إذا سقط بيت علي قوم فماتوا و بقى منهم صبيان حر و مملوك له و اشتبه...؛ رياض المسائل، السيد علي الطباطبائي، ج. ۱۲، ص. ۴۳۸؛ الثانية في بيان (موانع الإرث) (و هي) كثيرة ذكر الماتن منها هنا (ثلاثة) هي أظهر أفرادها (الكفر، و القتل، و الرق)؛ الموسوعة الفقهية الميسرة، همان، ج. ۲، ص. ۶۰؛ موانع الإرث: و هي ما يمنع وجودها عن التوارث، و قد أنهاها الشهيد في الدروس إلى عشرين، لكن ذكر أغلبها سائر الفقهاء خلال أبحاث الإرث تحت عناوين أخرى، و نحن نذكر أهمها هنا؛ منهاج الصالحين، السيد الخوئي، ج. ۲، ص. ۳۵۲؛ موانع الإرث ثلاثة: الكفر، و القتل، و الرق.؛ برای بررسی موانع ارث در حقوق امروز: کاتوزیان، درس‌هایی از شفعه، وصیت و ارث، میزان، ۱۳۸۴؛ ص. ۵۳.

۴۴ - کاتوزیان، ناصر، همان، ص. ۱۰۷.

۴۵ - الشهيد الأول، اللمعة الدمشقية، ص. ۲۲۳؛ و اللعان مانع من الإرث؛ شرح اللمعة، الشهيد الثاني، ج. ۸، ص. ۴۵؛ و رابعها (اللعان) و هو (مانع من الإرث)...؛ الموسوعة الفقهية الميسرة، همان، ص. ۶۳؛ "الخامس، الزنا"؛ برخی از نویسندگان حقوقی نیز به تاسی از ظاهر قانون مدنی، به شکل فوق اقدام به طرح مطالب نموده اند؛ هرچند خود به نقد اقدام قانون گذار پرداخته اند: رك.؛ مصلحی عراقی، علی حسین، حقوق ارث، سمت، پاییز ۸۴، ص. ۷۱.

## منابع:

### الف - فارسی:

۱ - سجادی، سید جعفر، فرهنگ لغات و اصطلاحات فلسفی، تهران، انجمن اسلامی حکمت و فلسفه ایران، ۱۳۶۱.

۲ - صفایی، سیدحسین، مختصر حقوق خانواده، میزان، ۱۳۸۳.

۳ - کاتوزیان، ناصر، مسئولیت مدنی، ج. ۲، دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.

۴ - \_\_\_\_\_، عقود معین، ج. ۳، گنج دانش، چ. ۶، ۱۳۸۴.

۵ - \_\_\_\_\_، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۲، انتشار، چ. ۷، ۱۳۸۵.

۶ - \_\_\_\_\_، حقوق خانواده، یلدا، ۱۳۷۵.

### ب - عربی:

۱ - ابو حبيب، سعدی، القاموس الفقهي، دارالفکر، چ. ۲، ۱۴۰۸.

۲ - اشتهاوردی، تقریرات فی اصول الفقه، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷.

۳ - انصاری، زکریا، فتح الوهاب، ج. اول، دارالکتب العلمیه، چ. اول، ۱۴۱۸.

۴ - بحرانی، محقق، الحدائق الناضرة، ج. ۲۱، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳.

۵ - حلی، ابن ادریس، سرائر، ج. ۲، مؤسسه نشر اسلامی، چ. ۲، ۱۴۱۰.

۶ - حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء، ج. ۱۲، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چ. اول، بی تا.

۷ - خوبی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ج. ۵، علمیه، ۱۳۷۸.

۸ - رازی، شیخ محمد تقی، هداية المسترشدين، ج. ۲، مؤسسه نشر اسلامی، بی تا.

۹ - روحانی، سید محمدصادق، المرتقي الی الفقه الارقي، ج. ۲.

۱۰ - روزدری، علی، تقریرات آیه... المجدد الشیرازی، ج. ۳، ۱۳۱۲، مؤسسه آل البيت (ع).

۱۱ - سبزواری، محقق، کفایة الاحکام، ج. ۲، مؤسسه نشر اسلامی، چ. اول، ۱۴۲۳.

۱۲ - الروحانی، محمدصادق، سید سابق، فقه السنة، دارالکتاب العربی، چ. اول.

۱۳ - شریبینی، محمد بن احمد، الاقناع فی حل الفاظ ابی شجاع، چ. اول، دارالمعرفه.

۱۴ - شهید ثانی، مسالک الافهام، ج. ۱۳، مؤسسه معارف اسلامی، چ. اول، ۱۴۱۸.

۱۵ - حسینی روحانی، سید محمدصادق، فقه الصادق (ع)، ج. ۱۸، دارالکتاب، چ. ۳، ۱۴۱۴.

۱۶ - طباطبائی، تنقیح الأصول، حیدری.

- ١٧ - طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، *مبسوط فی الفقه الامامیه*، ج. اول، حیدری، ١٣٥١.
- ١٨ - \_\_\_\_\_، *الخلافة*، ج. ٥، دفتر انتشارات اسلامی، چ. اول، ١٤٠٧.
- ١٩ - غروی اصفهانی، شیخ محمد حسین، *نهایة الدراية فی شرح الکفاية*، ج. اول، انتشارات سید الشهداء(ع)، چ. اول، ١٣٦١.
- ٢٠ - قمی سبزواری، علی بن محمد، *جامع الخلاف و الوفاق*، پاسدار اسلام.
- ٢١ - کاظمی، شیخ محمد علی، *فوائد الاصول*، ج. اول، مؤسسه نشر اسلامی، ١٤٠٣.
- ٢٢ - کرکی، محقق، *جامع المقاصد*، ج. ٥، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث، چ. اول، شوال ١٤٠٨.
- ٢٣ - منتظری، حسینعلی، *نهایة الاصول*، قدس، چ. اول، ١٤١٥.
- ٢٤ - موسوی قزوینی، سید علی، *تعلیقه علی معالم الاصول*، ج. ٣، مؤسسه النشر الاسلامی، ١٢٩٨.
- ٢٥ - نراقی، محقق، *مستند الشیعه*، ج. ١٩، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، چ. اول.
- ٢٦ - نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج. اول، داراحیاء التراث العربی، چ. ٧.

## دریچه

## ایداع مورد معامله در فسخ معامله

لطیف عبادپور<sup>۱</sup>

فسخ، بازکردن گره عقد به دست یکی از طرفین یا شخص ثالث است. با فسخ عقد، هر یک از عوضین یا بدل آن‌ها (در صورت تلف) به مالک پیش از عقد برمی‌گردد. برای انشای فسخ، نیازی به اراده‌ی طرف مقابل نیست. با این حال مطابق ماده‌ی ۴۴۹ ق.م.، اراده‌ی فسخ‌کننده باید به گونه‌ای ابراز شود تا بتواند مؤثر واقع شود. فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید، حاصل می‌شود. بند "الف" ماده‌ی ۲۳ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۱۷ شیوه‌ی اخبار عمل حقوقی فسخ را در دفتر ثبت اسناد رسمی معین کرده است؛ بدون آن که کاری به اثر و نتیجه‌ی فسخ و اعاده‌ی عوضین به طرفین داشته باشد:

*«دفاتر اسناد رسمی در مورد اقاله و فسخ معاملات باید به طریق ذیل عمل کنند: الف - در صورتی که یکی از متعاملین بخواهد از حق خیار فسخ خود استفاده نماید بایستی پس از احراز حق مزبور فسخ معامله در حاشیه سند و ثبت دفاتر قید شده و به امضا کسی که معامله را فسخ نموده برسد. سردفتر باید امضا شخص مزبور و وقوع فسخ را تصدیق و امضا نماید... در این مورد زدن مهر باطل شد مورد نخواهد*

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۱۰ پارس آباد.

دائست.» و ماده ۴۶ در مورد فسخ معاملات املاک ثبت شده سردفتر را مکلف کرده است پس از قید فسخ در دفاتر و سند مالکیت لاشه‌ی سند معامله و اطلاع‌نامه فسخ را به دفتر املاک حوزه‌ی ثبت ارسال داشته و رسید دریافت نمایند. در هیچ یک از مواد مرقوم حضور و امضای طرف مقابل در ستون ملاحظات دفتر ضروری شناخته نشده است. اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت نیز در پاسخ شماره ۱۴۳۵۵ مورخ ۸۴/۸/۱۸ به پرسش شماره ۱۲۷۲ - ۸۴/۸/۱ دفترخانه‌ی ۴۹۵ تهران (کد ۷۳۴ مجموعه بخش‌نامه‌ها) فقط حضور صاحب حق را برای اعمال فسخ لازم دانسته و اشاره‌ای به تأمین حقوق طرفین موقع فسخ در دفتر اسناد رسمی ندارد و رعایت دقیق قسمت «الف» ماده ۲۳ آیین‌نامه دفاتر اسناد رسمی را مورد تأکید مجدد قرار داده است. لیکن ماده ۶۹ ق.ث. که به موجب ماده ۲۹ ق.د.ا.ر.ک. برای سران دفاتر اسناد رسمی نیز لازم‌الاتباع است حکم دیگری دارد. به موجب این ماده‌ی قانونی: «هرگاه بر طبق شرایط مقرر بین طرفین و با اطلاع مراجع ثبت احد متعاملین معامله را فسخ و یا متعهدی تعهد خود را انجام دهد و طرف مقابل حاضر نبوده یا نشود مراجع مزبور پس از ملاحظه‌ی قبض صندوق اداره‌ی ثبت حاکی از ودیعه‌گذاشتن مورد معامله در صورتی که عبارت از وجه نقد یا مال منقول دیگر باشد و پس از تأمین حقوق طرف مقابل مراتب را در دفتر قید و به طرف اخطار می‌نماید که حق خود را اخذ و برای باطل نمودن ثبت حاضر گردد.» بنابراین طرف مقابل باید به هنگام فسخ در دفترخانه حاضر باشد یا این که حقوق او در صندوق اداره‌ی ثبت ایداع شده باشد و سپس مراتب فسخ معامله در ستون ملاحظات دفتر انجام شود؛ هرچند که عمل فسخ یک عمل ارادی است و برای انشا و اخبار آن در ستون ملاحظات دفتر اصولاً نباید چنین تمهیداتی مدنظر قانون‌گذار قرار می‌گرفت. چون با فسخ طرف مقابل هم باید عوض دیگر را به فسخ‌کننده استرداد کند اگر عقد یک عقد معوض باشد. حال آن که با عمل به شیوه‌ی مندرج در ماده‌ی ۶۹ دست فسخ‌کننده خالی می‌ماند؛ چیزی را می‌دهد بدون این که اهرمی برای اعاده‌ی عوض آن در اختیار داشته باشد و او باید با تقدیم حقوق طرف به صندوق ثبت و فسخ معامله؛ راهروهای دادگستری را برای نیل به حقوق خویش اختیار کند. حال آن که قانون‌گذار می‌توانست راه‌حل عادلانه‌ای را اتخاذ کند. شورای عالی ثبت نیز آرای متعددی

صادر کرده است که همگی به‌گونه‌ای دلالت بر ضرورت رعایت ماده ۶۹ ق.ث. دارد از جمله؛ ملکی در بیع شرط بود که سند شرطی در تاریخ ۳۹/۲/۴ فسخ شد لیکن در ثبت فسخ، رعایت ماده‌ی ۶۹ ق.ث. و ماده‌ی ۲۳ نظام‌نامه‌ی قانون دفاتر اسناد رسمی نشد و امضای بستانکار در ثبت فسخ وجود نداشت. فسخ در دفتر املاک قید شد (چنان که بیع قطعی بعدی هم در دفتر املاک درج گردید) سپس مدیون در تاریخ ۳۹/۲/۴ همان ملک را به ثالث به بیع قطع فروخت. خریدار شرطی بالا بعد از این بیع، اجرائیه صادر کرد در حالی که برابر مندرجات دفتر املاک، خریدار بیع قطعی، مالک شناخته می‌شد (ماده‌ی ۲۲ ق.ث.) به دستور اداره‌ی ثبت‌کل، عملیات اجرایی تعقیب و رفع اختلاف در صلاحیت دادگاه تشخیص داده شد. مزایده واقع شد و بستانکار تقاضای صدور سند انتقال کرد ولی چون به حسب ظاهر دلالت مندرجات دفتر املاک، خریدار قطعی، مالک شناخته می‌شد پرسش به عمل آمد. رأی مورخ ۴۲/۱/۲۵ شورا: «مزایده گذاشتن ملکی که در دفتر املاک به نام غیر بدهکار ثبت شده است، صحیح نبوده و رفع اختلاف در نظایر این مورد با دادگاه صلاحیت‌دار است» (ر.ک.: میرزایی، علی‌رضا، قانون ثبت در نظم حقوقی کنونی، تهران، بهنامی، ۱۳۸۴، ص. ۲۷۲)

## مفهوم قرارداد تجاری الکترونیکی و ارتباط آن با قرارداد بین‌المللی

دکتر همایون مافی\*

دکتر سام محمدی\*\*

حسین کاویار\*\*\*

چکیده:

این مقاله به بررسی مفهوم قرارداد تجاری الکترونیکی و واکاوی ارتباط این نوع از قراردادها با قراردادهای بین‌المللی می‌پردازد. در کنوانسیون‌های منطقه‌ای و بین‌المللی ضوابطی در این خصوص ذکر شده است که ضمن طرح و بررسی آن ضوابط، موضوع از دیدگاه حقوق فرانسه و حقوق ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد. نهایتاً با جمع تمام این نظرها، دیدگاهی که منطقی‌تر است، تشریح و تبیین می‌شود.

واژگان کلیدی: قرارداد تجاری الکترونیکی، قرارداد بین‌المللی، ایجاب و قبول الکترونیکی.

### ۱ - مقدمه

هرگاه يك اختلاف، فارغ از ماهیت آن، به يك هیأت قضایی (اعم از دادگاه یا نهاد داوری)

\*. استادیار و عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.

\*\* . استادیار و عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.

\*\*\* . کارشناس ارشد حقوق خصوصی و عضو هیأت تحریریه ماهنامه «کانون».

توضیح؛ این مقاله برگرفته از پایان‌نامه حسین کاویار در مقطع کارشناسی‌ارشد رشته حقوق خصوصی زیرعنوان «تعیین قانون حاکم در قراردادهای تجاری الکترونیکی» است که با راهنمایی دکتر همایون مافی و مشاوره دکتر سام محمدی در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران دفاع شده است.



ارجاع شود، قبل از اعمال هر قاعده‌ی دیگری، يك تصميم شكلی باید در مورد صلاحیت هیأت قضایی اتخاذ شود. به عبارت دیگر، هیأت قضایی باید شایستگی خود را برای تقبل صلاحیت تعیین کند. این تعیین صلاحیت، هنگامی که در ارتباط با يك دعوی بین‌المللی است، از اهمیت بیشتری برخوردار است. تنوع مکانیسم‌های بالقوه‌ی قضایی بین‌المللی که حامل دیدگاه‌های متفاوت یا مخالف است، تعیین اصولی که بر مبنای آن، یک هیأت قضایی می‌تواند صلاحیت خود را اعمال کند، تبدیل به مسأله‌ای بحث برانگیز شده است که در اغلب موارد، منجر به اعلان صلاحیت همزمان می‌شود.<sup>۱</sup>

می‌دانیم که مسأله‌ی تعارض قوانین و دادگاه‌ها صرفاً هنگامی مطرح می‌شود که عنصری خارجی در قرارداد وجود داشته باشد<sup>۲</sup> و قرارداد داخلی را، اصولاً، نمی‌توان به موجب قانون خارجی اداره کرد. قانون مدنی ایران پس از آن که در ماده‌ی ۹۶۸ بیان داشته: «تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل وقوع عقد است»، امکان انتخاب قانون حاکم را فقط برای اتباع بیگانه فراهم ساخته و اعلام کرده است: «مگر این که متعاقبین اتباع خارجه بوده و آن را صریحاً یا ضمناً تابع قانون دیگری قرار داده باشند».

بنابراین قائل شدن وصف بین‌المللی برای قرارداد، از نظر طرفین نیز اهمیت ویژه‌ای دارد؛ چرا که به موجب اصل حاکمیت اراده، در يك قرارداد بین‌المللی می‌توان شروطی از قبیل شرط انتخاب قانون حاکم را گنجانند که در قراردادهای داخلی بی‌اثرند. لذا، باید دید که وضعیت قراردادهای الکترونیکی از این حیث چگونه است؟

به عقیده برخی از نویسندگان، قراردادهای منعقد شده از طریق اینترنت را می‌توان بین‌المللی تلقی نمود؛\* زیرا عنصر خارجی ذاتاً در شبکه‌های دیجیتال، وجود دارد.<sup>۳</sup>

\*. توضیح ماهنامه «کانون»: البته ناگفته پیداست که فضای مجازی اعم از مرزهای درون‌سرزمینی و فرا مرزی است. به تعبیری، رابطه‌ی قراردادهای بین‌المللی با قراردادهای اینترنتی از نسب چهارگانه دانش منطق، «عموم و خصوص من وجه» است: بعضی قراردادهای بین‌المللی، اینترنتی هستند؛ بعضی قراردادهای بین‌المللی، اینترنتی نیستند؛ بعضی قراردادهای اینترنتی، بین‌المللی هستند؛ بعضی قراردادهای اینترنتی، بین‌المللی نیستند. همچنان که ملاحظه می‌شود، قراردادهایی اینترنتی هستند که ممکن است بین‌المللی نبوده و فاقد عنصر خارجی باشند مانند اغلب خریدهای اینترنتی که مثلاً دو تبعه‌ی ایرانی انجام می‌دهند اعم از این که یکی یا هر دو طرف معامله، داخل در مرزهای رسمی ایران مستقر باشند یا نباشند؛ باید آن را قرارداد داخلی محسوب نمود. (همچنین ر.ک.: قسمت آخر همین مقاله زیرعنوان نظر نگارنده)

عبارت بعضی دیگر در این زمینه واضح تر است؛ مسأله‌ی قانون حاکم، بنا به تعریف، فقط در خصوص قرارداد با وضعیت بین‌المللی مطرح می‌شود. از سوی دیگر، ویژگی شبکه‌ی اینترنت، بین‌المللی بودن است. در نتیجه، مسأله‌ی قانون حاکم در اکثر قراردادهای منعقد شده از طریق وب مطرح می‌شود.<sup>۴</sup>

همچنین گفته شد، از آنجا که اینترنت، مرز نمی‌شناسد، باید قراردادهای تجارت الکترونیکی را از دیدگاهی بین‌المللی بررسی نمود<sup>۵</sup> و نیز این که تجارت الکترونیکی، با از میان برداشتن مرزها و فاصله‌ها بین اشخاص، بی‌گمان، ماهیتی بین‌المللی دارد.<sup>۶</sup>

ایراد این نظریه‌ها آن است که هنگام ارائه‌ی آن‌ها، نویسندگان، بدون در نظر گرفتن ویژگی‌های قرارداد، توجه خود را به شبکه‌های الکترونیکی معطوف نموده‌اند. به‌رغم سهولت دسترسی به ایجاب‌های صورت‌گرفته روی این شبکه‌ها از هر نقطه‌ی جهان و در تمامی ساعات شبانه‌روز، نباید چنین نتیجه گرفت که قراردادهای منعقد شده از طریق شبکه‌های اینترنتی در فضای مجازی الزاماً بین‌المللی هستند. در واقع، یکی از مهم‌ترین مزایای تجارت الکترونیکی، امکان انتقال از محلی به محل دیگر و در مواردی از کشوری به کشور دیگر بدون هرگونه جابه‌جایی فیزیکی است. اما، این واقعیت هم، نمی‌تواند موجب شود همه‌ی قراردادهای الکترونیکی را بین‌المللی بدانیم. برای نمونه، یک ایرانی را در نظر بگیرید که در بابلسر قصد دارد خریدی را از طریق اینترنت، انجام دهد. هنگامی که وی به یکی از سایت‌های ایرانی تجاری الکترونیکی مراجعه، مثلاً کتابی را انتخاب نموده، آن را سفارش داده و پس از ۲۴ ساعت در منزل تحویل می‌گیرد. آیا کسی می‌تواند در داخلی بودن این قرارداد تردید کند؟ آیا می‌توان ادعا کرد که فرد مذکور از مرزهای جغرافیایی ایران خارج شده و بنابراین اعمال حقوقی وی مشمول قوانین و صلاحیت محاکم داخلی نیست؟

اکنون فرض کنیم که فرد مذکور در مثال فوق، با کلیک کردن روی یک لینک موجود در همین سایت ایرانی به سایتی خارجی متصل شود، در این فرض، بدیهی است که وی وارد عرصه‌ی بین‌المللی شده، امری که شاید خود او نیز از آن آگاه نباشد.

به‌علاوه، نتایج مطالعات انجام‌شده نشان می‌دهد که جز در اروپا، آن هم به دلیل وجود بازار مشترک، اغلب معاملات (و روابط تجاری) صورت‌گرفته بر روی اینترنت، داخلی و حتی محلی هستند. «در رابطه با تجارت الکترونیکی، پدیده‌ی جهانی‌شدن رخ نداده است، تعداد اندکی از مبادلات، فراتر از مرزهای داخلی بوده‌اند».<sup>۷</sup>

بنابراین، باید در جستجوی معیارهایی مناسب جهت تعیین بین‌المللی یا داخلی بودن قرارداد باشیم. البته این ارزیابی همیشه مشکلاتی را در بر داشته است و گسترش تعاملات الکترونیکی را نباید علت منحصر به فرد تردیدهای موجود در این زمینه دانست. رسانه‌ی الکترونیکی، تنها، سبب افزایش و تشدید این مشکلات شده است. زبان به کار رفته توسط فروشنده را نمی‌توان به عنوان اماره‌ای مطمئن تلقی کرد؛ زیرا بسیاری از سایت‌های ایرانی ممکن است به زبانی خارجی به‌ویژه انگلیسی طراحی شده باشند، اسم دامنه<sup>۸</sup> می‌تواند ملی نباشد مانند پسوند معروف و رایج دات کام (.com). البته می‌تواند ملی هم باشد مانند پسوند دات آی آر (.ir).

در کنوانسیون‌های منطقه‌ای و بین‌المللی ضوابطی در این خصوص ذکر شده است که در ذیل، شرح آن خواهد گذشت. بعد از آن، به بیان دیدگاه حقوق فرانسو و حقوق ایران می‌پردازیم و در پایان، نظری که منطقی‌تر است را بیان می‌کنیم. اما پیش از آن لازم است تا مفهوم قرارداد تجاری الکترونیکی تشریح شود.

## ۲ - تحلیل قرارداد الکترونیکی از منظر فقه

قرآن مجید، نه تنها تجارت را مجاز می‌داند بلکه مسلمانان را به انجام تجارت صادقانه و سودمند تشویق می‌کند. قرآن کریم، دو پیش‌شرط را برای اعتبار هر معامله‌ای قرار داده است: مشروعیت آن معامله و نداشتن ضرر و مفسده. مشروعیت بدین معنا است که کالا یا خدمات مورد معامله باید در شرع مجاز باشد و نبود ضرر بدین معنا است که آن کالا و خدمات برای طرفین معامله یا جامعه مترتب ضرر یا مفسده‌ای نباشد. بنابراین قطع نظر از این که معامله به‌صورت سنتی و مکتوب منعقد شده است یا به‌صورت الکترونیکی، شروط

فوق‌الذکر باید توسط همه متعاملین و تجار مسلمان رعایت شود.

### ۳- قرارداد تجاری الکترونیکی

تشکیل قرارداد در فضای مجازی، لزوماً به معنی انعقاد آن در محیط سایبر نیست. امروزه باید پذیرفت که با گسترش وسایل ارتباط از راه دور، جهان به دهکده‌ای تبدیل شده که در آن، تشکیل قرارداد به عنوان یکی از روابط مورد نیاز نمی‌تواند همواره از طریق ارتباط مستقیم و فیزیکی انجام گیرد. از این رو «طرفین يك توافق، ممکن است همدیگر را ندیده و حتی هیچ مکالمه‌ی تلفنی هم با یکدیگر نداشته باشند»<sup>۹</sup>.

از همین رو، در این بخش به بررسی مفهوم، اسباب، شرایط و شیوه‌های تشکیل قراردادهای تجاری الکترونیکی، به طور مختصر، پرداخته می‌شود. در بند نخست، مفهوم قرارداد تجاری الکترونیکی تبیین شده و در بند دوم اسباب و شرایط تشکیل این قراردادها مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

#### ۱ - ۳ - مفهوم قرارداد تجاری الکترونیکی

برخی از نویسندگان، تعریفی کلی و بسیار موسع از قرارداد الکترونیکی<sup>۱۰</sup> ارائه داده‌اند که بر طبق آن، قرارداد الکترونیکی، قراردادی است که «انعقاد و یا اجرای آن نیازمند به‌کارگیری ابزار دیجیتالی تبادل اطلاعات و یا وسیله‌ای ارتباطی از این نوع است»<sup>۱۱</sup>. بدیهی است که این تعریف، قراردادی را که به‌صورت سنتی مثلاً بر روی کاغذ منعقد شده اما اجرای آن از طریق شبکه‌ای مانند اینترنت محقق می‌شود، در بر می‌گیرد. برای نمونه، يك دانشجوی رشته‌ی حقوق را در نظر بگیرید که در آخرین روز برگزاری نمایشگاه بین‌المللی کتاب با مراجعه به یکی از انتشارات، کتابی دیجیتال یا نرم‌افزار ویژه‌ای را خریداری می‌کند. به دلیل استقبال بیش از حد بازدیدکنندگان، موجودی کتاب یا نرم‌افزار فروشنده در لحظه‌ی انعقاد قرارداد تمام شده و بنابراین خریدار نشانی پست الکترونیکی خود را به وی می‌دهد که در اولین فرصت، فایل حاوی کتاب یا نرم‌افزار موردنظر را برای او ارسال کند. اما آیا می‌توان این نوع قرارداد را الکترونیکی محسوب نمود؟

به نظر می‌رسد که چنین قراردادی نمی‌تواند از مصادیق قراردادهای الکترونیکی باشد؛ چرا که انعقاد آن به شکل سنتی انجام شده و فقط اجرای آن در فضای سایبر رخ داده است. در واقع، زمانی که از نوع قرارداد سخن به میان می‌آید، هدف آن است که به ویژگی‌های قرارداد از حیث انعقاد آن توجه شود؛ زیرا مشکلات اساسی هنگام بحث از ایجاب و قبول اعلام شده از طریق شبکه و همچنین قانون حاکم بر قرارداد و دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلافات مربوط به آن مطرح می‌شوند و همین مسایل هستند که حقوق قراردادهای را با چالش مواجه می‌کنند. تنها مشکلی که ممکن است در مورد قراردادهایی از این دست با آن مواجه شویم، موضوع اجرای تعهدات ناشی از آن‌ها است که باز هم نمی‌تواند باعث شود آن‌ها را الکترونیکی تلقی نماییم.

طبق تعریف دیگر، قرارداد الکترونیکی وضعیتی است که طی آن تعهدی بین دو یا چند نفر که هر یک از رایانه‌ای متصل به یک شبکه‌ای ارتباطی به‌عنوان وسیله‌ی تبادل ایجاب و قبول یعنی عناصر تشکیل‌دهنده‌ی قرارداد مذکور استفاده می‌کنند، به وجود می‌آید.<sup>۱۲</sup> به عقیده‌ی یکی دیگر از حقوق‌دانان، قرارداد الکترونیکی عبارت است از قراردادی که به شکل الکترونیکی به‌صورت فوری و یا با تأخیر امضا شده، بدون این که مذاکرات و یا اجرای این قرارداد در نظر گرفته شود.<sup>۱۳</sup>

نقطه‌ی قوت تعریف اخیر، توجه به نفس انعقاد قرارداد به‌صورت الکترونیکی است و برای نمونه، قرارداد سنتی را که مذاکرات راجع به آن از طریق شبکه انجام شده ولی ایجاب و قبول آن به‌طور سنتی مثلاً با مکاتبه یا به‌صورت حضوری توسط طرفین محقق شده، به‌طور صریح از قلمرو شمول قراردادهای الکترونیکی خارج کرده است.

برخی دیگر از نویسندگان که شبکه‌های رایانه‌ای را به همراه خدمات ارائه‌شده از طریق آن‌ها موجد فضایی مستقل از جهان سنتی دانسته و با تسمیه‌ی آن به فضای سایبر بر این استقلال تأکید می‌کنند، برای قراردادهای مورد بحث، اصطلاح «قرارداد سایبری»<sup>۱۴</sup> را برگزیده و اعلام داشته‌اند که با به‌کارگیری چنین واژه‌ای، این واقعیت که روابط طرفین در

فضای مجازی به وجود می‌آید، مورد تأکید بیشتری قرار می‌گیرد و نه نوع تکنیک به کاررفته در جریان انعقاد قرارداد.<sup>۱۵</sup>

لازم به ذکر است که اصطلاح قرارداد تجارت الکترونیک باید در حقوق ایران با احتیاط بیشتری به کار برده شود. اگر چه خود واژه‌ی تجارت الکترونیکی در ادبیات حقوقی ما مصطلح شده و حتی قانونی به این نام هم در کشور تصویب شده است<sup>۱۶</sup> ولی باید توجه داشت که در حقوق ایران کلمه‌ی تجارت تعریف شده و هنگامی که از حقوق تجارت سخن به میان می‌آید، بلافاصله در تصور فرد، لااقل در ذهن حقوقدان، مقررات خاصی تداعی می‌شود که به اشخاص و معاملات معینی مرتبط است. به همین دلیل، در کشور ما قانون مستقلی تحت عنوان «قانون تجارت» تدوین شده است.

در واقع، با بررسی باب نخست قانون تجارت ایران (مصوب ۱۳۱۱/۲/۱۳ ه.ش.)، می‌توان به این نکته پی برد که حقوق تجارت، حقوق اعمال تجاری و تجار است. یعنی قانون‌گذار يك سلسله اعمال را به‌عنوان اعمال تجاری معرفی کرده است (ماده‌ی ۲ ق.ت.) و بیان می‌کند که هرکس این اعمال را شغل معمولی خود قرار دهد، تاجر است (ماده‌ی یک ق.ت.) و هرکس که تاجر شناخته شد، همه‌ی اعمال حقوقی‌اش تجاری است (ماده‌ی ۳ ق.ت.) به‌جز اعمالی که برای امور تجاری نباشد (مواد ۳ و ۴ ق.ت.).<sup>۱۷</sup>

اما آیا دامنه‌ی قراردادهای منعقد از طریق شبکه‌های رایانه‌ای به قراردادهای تجاری محدود می‌شود؟ با اندک تأمل، پاسخ منفی خواهد بود. برای مثال، يك دانشجوی مهندسی نرم‌افزار را در نظر بگیرید که نرم‌افزاری را به‌عنوان کار عملی یکی از دروس خود طراحی کرده و هنگامی که از طریق پست الکترونیکی متوجه می‌شود، هم‌کلاسی‌اش به نرم‌افزار مذکور نیازمند است، پس از انجام مکاتبات الکترونیکی و توافق در خصوص قیمت، آن را برای وی ارسال می‌کند. مثال‌های بسیاری وجود دارد که این نظر را اثبات می‌کند.

نتیجه آن‌که، جهت دفع هرگونه شبهه، بهتر است از اصطلاحات «قرارداد تجارت الکترونیک» و یا «تجارت الکترونیک» در ادبیات حقوقی ما محتاطانه استفاده شود. در

مواردی هم که این واژه‌ها به کار می‌روند، لازم است عنایت داشته باشیم که از این واژگان، به مسامحه، استفاده می‌شود. در غیر این صورت، این شائبه مطرح خواهد شد که قانون تجارت الکترونیک، قانونی است ویژه‌ی تجار و اعمال تجاری که به صورت الکترونیکی انجام می‌شوند.

پیش از این و در جای دیگر، پیشنهاد تغییر عنوان قانون تجارت الکترونیک مطرح و دلایل این پیشنهاد نیز ذکر شده است.<sup>۱۸</sup> از جمله این که، علاوه بر آنچه در بالا گفتیم، با توجه به مواد مختلف این قانون و به‌ویژه ماده‌ی یک آن که اشعار می‌دارد: «این قانون مجموعه اصول و قواعدی است که برای مبادله‌ی آسان و ایمن اطلاعات در واسطه‌های الکترونیکی و با استفاده از سیستم‌های ارتباطی جدید به کار می‌رود»، مشخص می‌شود که قانون مورد بحث، قلمرویی اعم از روابط تجاری دارد و در واقع، هدف از تصویب این قانون، ضابطه‌مند کردن تبادل اطلاعات از طریق شبکه‌های الکترونیکی است. بنابراین، عنوانی مانند «قانون معاملات الکترونیکی» که عبارتی شبیه آن برای نام‌گذاری یکی از قوانین ایالات متحده آمریکا<sup>۱۹</sup> به کار رفته است، اهداف و محتوای قانون مورد نظر را بهتر نمایان می‌سازد.

### ۲-۳- اسباب و شرایط انعقاد قراردادهای تجاری الکترونیکی

قرارداد تجاری الکترونیکی نیز مانند قرارداد سنتی حاصل، اجتماع ایجاب و قبول طرفین است. بنابراین قواعد عمومی حاکم بر تراضی، در خصوص قراردادهای الکترونیکی نیز قابل اعمال است. ولی به دلیل وضعیت ویژه‌ی قراردادهای دسته‌ی اخیر و اعلام اراده‌ی طرفین آن‌ها در محیط مجازی و به‌خصوص با توجه به نیاز مصرف‌کنندگان به حمایت‌های کافی در چنین فضایی، قواعد نوینی در قوانین راجع به قراردادهای الکترونیکی گنجانده شده که هدف آن‌ها حصول اطمینان از آگاهی کافی مصرف‌کننده (مشتری) پیش از پذیرش مفاد ایجاب تأمین‌کننده و التزام به آن‌ها است. لذا در این بند، به تحلیل ایجاب و قبول الکترونیکی خواهیم پرداخت.

#### ۱-۲-۳- ایجاب الکترونیکی

چنان که گفتیم، مقررات حاکم بر قواعد عمومی قراردادهای سنتی در مورد قراردادهای

الکترونیکی نیز قابل اعمال هستند و در واقع، این وسیله و محیط اعلام اراده است که تغییر کرده است. با توجه به این نکته، جهت تعریف ایجاب الکترونیکی<sup>۲۰</sup> می‌توان به تعاریفی که از ایجاب ارائه شده، مراجعه کرد:

مطابق بند يك ماده‌ی ۱۴ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین راجع به بیع بین‌المللی کالا<sup>۲۱</sup> «پیشنهاد انعقاد قرارداد به يك یا چند نفر معین، چنانچه به اندازه‌ی کافی مشخص و دال بر قصد التزام ایجاب‌کننده در صورت قبول طرف مقابل باشد، ایجاب محسوب است».<sup>۲۲</sup>

یکی از حقوق‌دانان در تعریف ایجاب گوید: «ایجاب، اعلام اراده‌ی کسی است که طرف قرارداد را بر مبنای معینی به انجام‌دادن معامله دعوت می‌کند، به گونه‌ای که اگر پیشنهاد مورد قبول طرف قرار گیرد او به مفاد آن پایبند شود، خواه پیشنهاد خطاب به شخص معین یا عموم مردم باشد».<sup>۲۳</sup>

در تعاریف فوق، ایجاب، به‌نوعی اعلام اراده تعریف شده و وسیله‌ی این اعلام، مورد توجه قرار نگرفته است. در نتیجه، این تعاریف، به‌سبب عام بودن، ایجاب الکترونیکی را نیز دربرمی‌گیرند و برای تعریف این نوع ایجاب، کافی است که قید «اعلام اراده از طریق ابزار الکترونیکی» را به آن‌ها بیافزاییم.

با توجه به این تعاریف‌ها، می‌توان دریافت که پیغام الکترونیکی درج‌شده روی خروجی يك سایت یا پیغامی که از طریق پست الکترونیکی ارسال شده، زمانی ایجاب تلقی می‌شوند که به اندازه‌ی کافی واضح (یعنی حاوی عناصر ضروری برای انعقاد قرارداد) باشد، به‌طوری که قبول مفاد آن ازسوی مخاطب برای انعقاد عقد کفایت کند.

به‌علاوه، چنان‌که از تعاریف فوق بر می‌آید، پیغام الکترونیکی که کالا یا خدمتی را توصیف می‌کند، باید بر اراده‌ی قطعی گوینده مبنی بر التزام به مفاد آن در صورت مثبت‌بودن پاسخ مخاطب و قبول وی دلالت نماید.

در صورت فقدان شرایط مذکور، پیغام الکترونیکی، ایجاب محسوب نمی‌شود و در حقیقت باید آن را نوعی تبلیغ یا دعوت به انعقاد قرارداد دانست. زیرا هدف از تبلیغات تجاری، آگاه ساختن مشتریان احتمالی نسبت به برخی ویژگی‌های کالا یا خدمت است.



از دیگر سو، هرگاه پیغامی همه‌ی اوصاف مبیع و همچنین قیمت موردنظر گوینده‌ی ایجاب را در خود داشته ولی دلالتی بر قصد وی مبنی بر التزام به مفاد آن در صورت قبول مخاطب ننماید، باز هم نمی‌تواند ایجاب محسوب شود و در این‌جا نیز با تبلیغی صرف مواجهیم.

در واقع، آن‌گونه که برخی از نویسندگان گفته‌اند: «تبلیغ مرحله‌ای عقب‌تر از ایجاب در فرایند انعقاد عقد است».<sup>۲۴</sup> ثمره‌ی عملی تمییز ایجاب از تبلیغ از همین تقدم و تأخر در فرایند مذکور ناشی می‌شود؛ چراکه اگر اعلام اراده‌ای، ایجاب باشد، به‌صرف قبول مفاد آن از سوی مخاطب، قرارداد منعقد و گوینده به مفاد آن ملزم می‌شود.

به‌طور خلاصه، می‌توان رابطه‌ی منطقی تبلیغ و ایجاب را عموم و خصوص مطلق دانست.\* بدین توضیح که هر ایجابی، تبلیغ است؛ چراکه هدف از ایجاب مانند تبلیغ، بیان ویژگی‌های کالا یا خدمت و جذب مشتری است. در مقابل، همه‌ی تبلیغ‌ها، لزوماً ایجاب نیستند؛ زیرا ممکن است فاقد شرایطی باشند که برای ایجاب گفته شد. اما تبلیغی که مشتمل بر تمامی عناصر عقد و نیز مبین قصد نهایی شخص مبنی بر انعقاد قرارداد باشد، در تعریف ایجاب هم می‌گنجد.

مقررات اتحادیه اروپایی، در خصوص مفهوم ایجاب ساکت بوده و این مسأله را به حقوق داخلی کشورها واگذار کرده‌اند. دلیل این سکوت، اختلاف برداشتی است که بین کشورهای عضو نسبت به تعریف و در نتیجه مصادیق ایجاب وجود دارد.<sup>۲۵</sup> برای نمونه، در حقوق سنتی کشورهای از قبیل دانمارک، اسپانیا و فرانسه اعلام اراده‌ی بایع در صورت جمع شرایط پیش گفته، به‌عنوان ایجاب شناخته می‌شود. این در حالی است که در انگلیس، اطلاعات

\*. توضیح ماهنامه «کانون»: به نظر صحیح‌تر می‌رسد که گفته شود بین تبلیغ و ایجاب، رابطه‌ی «عموم و خصوص من‌وجه» برقرار است. چراکه در تبلیغ صرف، از ایجاب خبری نیست و قصد ارسال‌کننده‌ی پیام در فضای مجازی از طریق تلفن همراه (پیامک) یا روی خروجی سایت و یا با رایانامه‌ی تبلیغاتی صرفاً معرفی یا ترغیب و تشویق بیشتر مخاطب جهت خرید (احتمالی) کالا یا محصول تبلیغی (در آینده) است. و از طرفی، اساساً هرگاه قصد فروش کالا یا محصول به تبلیغ علاوه می‌شود، می‌توان گفت؛ ایجاب محسوب است.

ارائه شده توسط بایع، اصولاً ایجاب محسوب نمی شود.<sup>۲۶</sup> بر طبق حقوق این کشورها، اعلام اراده‌ی بایع فقط دعوت به معامله<sup>۲۷</sup> است؛ مگر آن که در هر مورد با توجه به قرائن، ایجاب بودن اراده‌ی بایع احراز شود.<sup>۲۸</sup>

از آنچه گفته شد، می توان نتیجه گرفت که هرگاه فروشنده‌ای، کالا یا خدمات خود را روی خروجی سایت خود یا سایتی دیگر تبلیغ کند، ممکن است این اعلام اراده در حقوق انگلیس فقط يك دعوت به معامله تلقی شده و او در قبول یا رد سفارش مشتری (که گوینده‌ی ایجاب است) آزاد باشد، درحالی که وضعیت در اسپانیا و دانمارک متفاوت بوده و به احتمال بیشتر این تبلیغ، ایجاب محسوب خواهد شد.<sup>۲۹</sup> به همین سبب، برخی نویسندگان به فروشنندگان توصیه می کنند، در هنگام تبلیغ کالا یا خدمات خود بر روی سایت، به این نکته تصریح نمایند که این تبلیغ، صرفاً دعوت به انجام معامله است و نه ایجاب.<sup>۳۰</sup>

ماده‌ی ۱۱ کنوانسیون ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد درباره‌ی استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی<sup>۳۱</sup>، اشعار می دارد: «پیشنهاد انعقاد قرارداد از طریق یک یا چند ارتباط الکترونیکی که مخاطب آن، شخص یا اشخاص معین نبوده‌اند بلکه عموماً برای اشخاصی که از سیستم‌های اطلاعاتی استفاده می کنند، قابل دسترس بوده، شامل پیشنهادهایی که متضمن سفارش غیرالزام آور از طریق سیستم‌های رایانه‌ای مذکور می شود، دعوت به ایجاب تلقی می شود مگر آن که آشکارا بر این امر دلالت کند که شخصی که پیشنهادها را مطرح کرده، در صورتی ملتزم به ایجاب خواهد بود که قبول شود».<sup>۳۲</sup>

این ماده‌ی يك قاعده وضع می کند. طبق قاعده‌ی مندرج در این ماده، اگر فروشنندگان اینترنتی، شخص یا اشخاص معینی را برای مبادلات الکترونیکی، مورد خطاب قرار دهند و این خطاب حاوی قصد ملزم شدن آن‌ها در صورت قبول مشتری باشد، باید يك ایجاب تلقی شود و در غیر این صورت، دعوت به معامله است. در عمل، وبسایت‌ها از مشتریان خود می خواهند که ابتدا در سایت آن‌ها ثبت نام<sup>۳۳</sup> کنند و بعد از ثبت نام با کد کاربری<sup>۳۴</sup> و رمز عبور<sup>۳۵</sup> وارد سایت شوند. این ثبت نام، می تواند «ارتباط خطاب به شخص معین» قلمداد شود. تا این جا شرط اول رعایت شده است. بعد از این، مشتری باید بررسی کند که آیا پیشنهاد بایع اینترنتی، شفاف و قطعی<sup>۳۶</sup> است یا خیر. اگر این چنین است شرط دوم نیز

فعلیت یافته است و باید به‌عنوان يك ايجاب تلقی شود.<sup>۳۷</sup>

به نظر می‌رسد که در حقوق ایران نیز باید قائل به این شویم که تبلیغ درج‌شده بر روی يك سایت، اگر عناصر قرارداد را در پی داشته باشد و همچنین حاوی قصد تبلیغ‌کننده نسبت به انعقاد قرارداد باشد، ايجاب محسوب می‌شود، مگر این که تبلیغ‌کننده، خلاف این را تصریح نماید.

مشکل واقعی از این‌جا ناشی می‌شود که از سویی، اینترنت فرصت منحصر به فردی را در اختیار عرضه‌کنندگان قرار داده تا به‌راحتی، محصولات خود را به میلیاردها انسان معرفی کنند. این ویژگی اینترنت، آن را به‌عنوان بزرگ‌ترین و پرتیرین عرضه‌ی کالا، خدمات و اطلاعات تبدیل کرده است. ایجابی که راجع به بیع کالا یا خدمتی معین است، اصولاً هم در ایران، هم در هلند و هم در آمریکا قابل مشاهده است.

ازسوی دیگر، به دلیل تفاوت‌های موجود میان سیستم‌های تقنینی در کشورهای مختلف، ممکن است شیئی که مثلاً در آمریکا، بدون هرگونه منعی مورد داد و ستد قرار می‌گیرد، نقل و انتقال آن به‌موجب قانون ایران غیرقانونی یا غیرمشروع باشد.

۲-۳-۳- قبول الکترونیکی<sup>۳۸</sup>

برای انعقاد قرارداد و تحقق آثار آن، لازم است که مشتری، ايجاب صورت‌گرفته توسط عرضه‌کننده را قبول کند.

در حقوق، مشهور است که قبول، پذیرش بی‌قید و شرط مفاد ايجاب است.<sup>۳۹</sup> شرایط این پذیرش در قراردادهای الکترونیکی اصولاً با شرایط قبول در قراردادهای سنتی، تفاوتی ندارد و اعلام اراده‌ی مشتری باید بدون اشتباه و در محیطی به‌دور از فشار دیگری صورت پذیرد.<sup>۴۰</sup> ولی فضای سایبر، با اصلی‌ترین خصوصیت خود یعنی مجازی‌بودن و بدون نیاز به دیدار حضوری طرفین قرارداد، نیازمند توجه بیشتری ازسوی قانونگذار در راستای اطمینان‌یافتن از اعلام اراده‌ی آگاهانه، آزادانه و صحیح و خالی از شبهه‌ی طرفین است.

بنابراین، ايجاب و قبول الکترونیکی علی‌الاصول معتبر است و چنانچه بند یک ماده‌ی ۱۱ قانون نمونه‌ی آنسیترال در مورد تجارت الکترونیکی مصوب ۱۹۹۶،<sup>۴۱</sup> تصریح می‌کند:

«در هنگام تشکیل قرارداد، اگر توافق مغایری در میان نباشد، ایجاب یا قبول می‌تواند به روش الکترونیکی انجام گیرد. وقتی که از شیوه الکترونیکی برای تشکیل عقد استفاده می‌شود، نمی‌توان عقد را تنها به این دلیل که یک شیوه الکترونیکی برای تشکیل آن به کار رفته، بی‌اعتبار و غیرقابل اجرا دانست».<sup>۴۲</sup>

ماده ۹ قانون تجارت الکترونیک ایران، نیز به گونه‌ای بر این اصل تأکید دارد. به موجب این ماده: «هرگاه شرایطی به وجود آید که از مقطعی معین ارسال داده پیام خاتمه یافته و استفاده از اسناد کاغذی جایگزین آن شود، سند کاغذی که تحت این شرایط صادر می‌شود باید به طور صریح، ختم تبادل داده پیام را اعلام کند. جایگزینی اسناد کاغذی به جای داده پیام، اثری بر حقوق و تعهدات قبلی طرفین نخواهد داشت».

#### ۴- ارتباط بین قرارداد تجاری الکترونیکی و قرارداد بین‌المللی

بعد از بیان مفهوم قرارداد تجاری الکترونیکی و اسباب سازنده‌ی آن در این بخش به تشریح ارتباط بین قرارداد تجاری الکترونیکی و قرارداد بین‌المللی خواهیم پرداخت.

##### ۱- ۴- در کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه راجع به قانون حاکم بر بیع بین‌المللی کالا<sup>۴۳</sup>

کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه راجع به قانون حاکم بر بیع بین‌المللی کالا در بند ۴ ماده‌ی یک تصریح کرده است: «صرف اعلام طرفین در خصوص اعمال قانون خارجی ... برای اعطای وصف بین‌المللی به بیع، به مفهوم بند نخست ماده‌ی حاضر کافی نخواهد بود. در نتیجه، بر طبق بند مذکور، خصیصه‌ی بین‌المللی به قرارداد منحصر باید از عوامل نوعی ناشی شود».

به اعتقاد نگارنده، صرف وجود عامل خارجی حتی عوامل نوعی در قرارداد، در همه‌ی موارد نمی‌تواند ضابطه‌ی مطمئنی باشد. مثلاً اگر یک هلندی ساکن ایران با یک ایرانی قراردادی منعقد کند و بر طبق قرارداد، محل تحویل کالا و پرداخت ثمن، ایران تعیین شود، به‌سادگی و به‌صرف تابعیت خارجی یکی از طرفین می‌توان این قرارداد را بین‌المللی محسوب نمود؟!

##### ۲- ۴- در کنوانسیون ۱۹۸۰ رم راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی<sup>۴۴</sup>

در سطح اتحادیه‌ی اروپایی، کنوانسیون ۱۹۸۰ رم راجع به قانون حاکم بر تعهدات قراردادی در ماده‌ی یک، قلمرو اجرایی خود را چنین اعلام کرده است: «مقررات این کنوانسیون، در وضعیت‌های مشتمل بر تعارض قوانین، نسبت به تعهدات قراردادی اعمال می‌شود».

بعضی از حقوق‌دانان اروپایی، معتقدند که کنوانسیون در واقع تعریف قرارداد بین‌المللی را تغییر داده و به‌رغم آن که تا پیش از تصویب کنوانسیون رم در کشورهایی مانند فرانسه،

قرارداد بین‌المللی از جمله به قراردادی اطلاق می‌شد که با مصالح تجارت بین‌الملل مرتبط باشد، در کنوانسیون رم وضعیت به‌گونه‌ی دیگری است؛ قرارداد بین‌المللی، قراردادی است که به نوعی، یک عامل خارجی در بر داشته باشد.<sup>۴۵</sup>

۳- ۴- در کنوانسیون ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی

در بند یک از ماده‌ی یک کنوانسیون ۲۰۰۵ سازمان ملل متحد راجع به استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی آمده است: «این کنوانسیون ناظر بر به‌کارگیری ارتباطات الکترونیکی در جریان انعقاد یا اجرای قرارداد میان طرفهائی است که محل کسب آن‌ها در کشورهای متفاوت، واقع شده است».

با عنایت به این ماده و با توجه به عنوان کنوانسیون که نشان می‌دهد مقررات آن نسبت به قراردادهای بین‌المللی اعمال می‌شود، واضح است که کنوانسیون، قراردادی را بین‌المللی می‌داند که محل کسب و کار طرفین آن در کشورهای مختلف قرار داشته باشد. در واقع، کنوانسیون مذکور از بین عواملی که برای بین‌المللی تلقی کردن یک قرارداد ارائه شده، محل کسب و کار طرفین را برگزیده و در بند ۳ از ماده‌ی یک به صراحت، عامل تابعیت طرفین را کنار گذاشته است: «نه تابعیت و نه وصف مدنی یا جاری طرفین یا قرارداد، در تعیین دامنه‌ی شمول این کنوانسیون ملحوظ نخواهد شد».

از آن‌جا که ایران نیز به این کنوانسیون پیوسته است، باید گفت که هرگاه دو ایرانی که محل کسب و کار آن‌ها در دو کشور متفاوت قرار گرفته با استفاده از ارتباطات الکترونیکی و یا به‌کارگیری ابزاری مانند فکس و پست الکترونیکی قراردادی را منعقد کنند، حتی اگر هنگام انعقاد قرارداد هر دو در ایران باشند، رابطه‌ی آن‌ها مشمول کنوانسیون خواهد بود. برعکس، اگر دو تاجر ایرانی که محل کسب و کار هر دو در مالزی واقع شده، قراردادی الکترونیکی منعقد کنند، کنوانسیون بر این قرارداد حاکم نخواهد بود.

نکته‌ی دیگر این‌که، در مورد مثال نخست، هرگاه کنوانسیون حکمی راجع به موضوعات تحت شمول خود نداشته باشد، تکلیف چه خواهد بود؟ بر طبق بند ۲ از ماده‌ی ۵ کنوانسیون<sup>۴۶</sup>، در چنین فرضی ابتدا باید مسأله را با مراجعه به اصول کلی که کنوانسیون بر

آن‌ها مبتنی است، حل و فصل کرد. از جمله این اصول می‌توان به اصل حسن‌نیت که در بند یک همین ماده ذکر شده، حاکمیت اراده‌ی طرفین، موضوع ماده‌ی ۳ و نیز اصول بی‌طرفی رسانه‌ای<sup>۴۷</sup> و معادل‌های کارکردی<sup>۴۸</sup>، مذکور در مقدمه‌ی کنوانسیون اشاره نمود. در مرحله‌ی بعد یعنی اگر اصول کلی مورد نظر بند ۲ ماده‌ی ۵ موجود نباشند، طبق همین بند، موضوع را باید با رجوع به قانونی که حسب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی بر رابطه‌ی طرفین حاکم است، مورد رسیدگی قرار داد.<sup>۴۹</sup>

نتیجه آن‌که، اگر دو تاجر ایرانی در فرض نخست، دعوی خود در خصوص قرارداد الکترونیکی منعقد در ایران را نزد دادگاه ایران مطرح کنند، قاضی در درجه‌ی اول باید به مقررات کنوانسیون مراجعه کند، اگر حکم مسأله در کنوانسیون یافت نشود، نوبت به اصول کلی مبنای کنوانسیون خواهد رسید. اگر مراجعه به اصول نیز چاره‌ساز نباشد، قاضی قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ایران را اجرا می‌کند و می‌دانیم که بر طبق ماده‌ی ۹۶۸ ق.م. به عنوان یک قاعده‌ی حل تعارض، اصولاً تعهدات ناشی از عقود تابع قانون محل انعقاد است و بنابراین قانون ایران بر رابطه‌ی طرفین حاکم خواهد بود.

کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین نیز معیار مذکور را در خصوص قرارداد بیع بین‌المللی پذیرفته است.

#### ۴ - ۴ - در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه، نخستین معیاری که برای احراز وصف بین‌المللی قرارداد توسط رویه‌ی قضایی به کار رفته، مشتمل بودن قرارداد بر ورود و خروج متقابل بها، خدمات و یا کالا از طریق مرزهای یک کشور است. اما این ضابطه بعداً توسط دیوان تمییز در مواردی کنار گذاشته و اعلام شده است «ویژگی بین‌المللی یک فعالیت، الزاماً از محل ذکر شده برای پرداخت، ناشی نمی‌شود»، در عوض، دیوان نظری را پذیرفته است که به موجب آن، قضات باید فعالیت‌های اقتصادی را من حیث المجموع و به‌رغم فقدان گردش متقابل (ورود و خروج) اموال به‌منظور ارزیابی خصیصه‌ی بین‌المللی یا داخلی قرارداد، بررسی کنند.<sup>۵۰</sup>

**۵ - ۴ - در حقوق ایران**

در حقوق ایران، ماده‌ی ۹۶۸ ق.م. که امکان انتخاب قانونی غیر از قانون محل انعقاد عقد را فقط برای اتباع خارجه فراهم نموده، بیانگر تمایل قانون‌گذار به اتخاذ معیار تابعیت برای بین‌المللی تلقی کردن قرارداد است که با توجه به آنچه که در بالا گفته شد، این ضابطه، به‌خودی‌خود، کافی نبوده و به‌خصوص در دنیای امروز نمی‌تواند چندان مطمئن باشد.

بند (ب) ماده‌ی یک قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران که در سال ۱۳۷۶ به تصویب رسیده، داوری را زمانی بین‌المللی می‌داند که یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه‌ی داوری به‌موجب قوانین ایران تبعه‌ی ایران نباشد. همان‌طور که می‌بینیم در این ماده نیز برای بین‌المللی محسوب‌شدن قرارداد، صرفاً معیار تابعیت مورد توجه قرار گرفته و به حق، انتقاد برخی نویسندگان را در پی داشته است. چرا که به عقیده ایشان عوامل دیگری نیز وجود دارد که می‌توانند قرارداد را بین‌المللی سازند و قانون داوری ایران بسیار تنگ‌نظرانه با موضوع، برخورد نموده است.<sup>۵۱</sup>

**۶ - ۴ - نظر نگارنده**

به نظر می‌رسد استدلال دیوان فرانسه که بر طبق آن باید معیارهای اقتصادی و حقوقی را با یکدیگر ترکیب کرده و در نتیجه با در نظر گرفتن همه‌ی جوانب به تحلیلی کلی دست زد، منطقی‌تر باشد. ضمن این‌که، ضوابط ارائه‌شده در کنوانسیون‌ها با توجه به مصالحی مانند ضرورت رسیدن به توافق در میان کشورهای عضو و نیز حصول اهداف هر کنوانسیون انتخاب می‌شود.

از آنچه گفته شد، در می‌یابیم که با وجود ادعای برخی، قرارداد الکترونیکی، به‌خودی‌خود، بین‌المللی نبوده و رابطه‌ی این دو، عموم و خصوص من وجه است.

پی‌نوشت‌ها:

1. Baxter. Ian F. G, Essays on Private Law: Foreign Law and Foreign Judgments, Published by American Society of International Law, Toronto, 1966, pp.14-20; O'Brien. John & Smith. Raymond, Conflict of Laws, Cavendish Publishing, London, Second Edition, 1999, p.51; Vagts. Detlev F, Transnational Business Problems, New York, 1986, pp.158-161.

۲. الماسی، نجادعلی، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، نشر میزان، تهران، چ. ۴، زمستان ۱۳۸۵، ص. ۱۷.
3. Thierer. Adam & Wayne Crews. Clyde, Who Rules the Net?: Internet Governance and Jurisdiction, Cato Institute, Washington D.C., Second Edition, 2003, p.200.
4. Sorkin. David E, Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail, University of San Francisco Law Review, Vol.35, 2001, p.325.
5. op.cit, p.326.
6. Ibid.
7. Knoppers. Jake V, Global Electronic Commerce through Localization and Multilingualism, Computer Standards & Interfaces, Vol.20, 1998, p.102.
۸. در رابطه با اسم دامنه به منابع روبه‌رو مراجعه کنید: صادقی، محسن، *بررسی نام‌های دامنه از منظر حقوق مالکیت فکری با نگاهی به حقوق ایران*، مجله‌ی فقه و حقوق، سال ۴، ش. ۱۳، تابستان ۱۳۸۶، صص. ۱۳۰ - ۹۷؛ صادقی، محمود و صادقی، محسن، *حمایت از حقوق مالکیت فکری در محیط اینترنتی*، مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، تهران، چ. اول، آبان ۱۳۸۶، صص. ۲۵۹ - ۲۲۶.
9. Chissick, Michael & Kelman, Alistair, Electronic Commerce: Law and Practice, Sweet & Maxwell, London, 3 editions, 2002, p. 171.
10. Electronic Contract.
11. Standing. Craig, Internet Commerce Development, Artech House Computing Inc, Boston, First Ed, 2000, p. 35.
12. Dickie. John, Internet and Electronic Commerce Law in the European Union, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 27.
13. Todd. Paul, E-Commerce Law, Cavendish Publishing, First Published in Great Britain, 2005, p. 169.
14. Cyber Contract.
15. Rowland. Diane, Macdonald. Elizabeth, Information Technology Law, Third Edition, Published in Great Britain by Cavendish, 2005, P. 101.
۱۶. *قانون تجارت الکترونیکی*، مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷، نقل از روزنامه‌ی رسمی، سال ۵۹، مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۱۱، ش. ۱۷۱۶۷.
۱۷. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت: کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری*، نشر سمت، تهران، چ. ۷، زمستان ۱۳۸۴، ص. ۳.
۱۸. کاویار، حسین، *تأملی در کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره‌ی استفاده از ارتباطات الکترونیکی در قراردادهای تجارت الکترونیک*، سی‌دی مجموعه مقالات همایش تجارت الکترونیک: فرصت‌ها و چالش‌ها، دانشگاه آزاد اسلامی واحد بردسیر، آذر ۱۳۸۷.
19. Uniform Electronic Transactions Act (UETA). UETA was approved by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) on July 23, 1999. A copy of UETA is available at <www.law.upenn.edu/ bli/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm>
20. Electronic Offer.
21. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Apr. 11, 1980, Vienna).
۲۲. برای ملاحظه‌ی ترجمه‌ی این کنوانسیون رک: *کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (مورخ ۱۹۸۰)*، مجله‌ی حقوقی (نشریه‌ی مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره‌ی ۹، پاییز و زمستان ۱۳۶۷، صص. ۲۸۵ - ۲۳۳.
۲۳. کاتوزیان، امیرناصر، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها (مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد و تراضی)*، ج. اول، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، چ. ۶، ۱۳۸۳، ص. ۲۸۲.
24. Oughton. David & Davis, Martin, Sourcebook of Contract Law, Second Edition Published in Great Britain by Cavendish Publishing, 2000, p. 28.
25. Stone. Richard, Contract Law, Fifth Edition in Great Britain by Cavendish Publishing,



London, 2003, p. 11.

26. Ibid. See Also This Case: Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemists (Southern) Ltd. [1953] 1 QB 401.

27. Invitation to Treat.

۲۸. برای دیدن مثالی در این مورد رک: دعوی فیشر علیه بل در سال ۱۹۶۰ مندرج در؛ میرمحمد

صادقی، حسین (مترجم)، *مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان*، نشر حقوق دان، تهران، ۱۳۷۷، ص. ۲۵.

29. Kierkegaard. Sylvia Mercado, E-Contract Formation: U.S. and EU Perspectives, 3 Shidler J. L. Com.&Tech.12(Feb.14,2007), at <http://www.lctjournal.washington.edu/Vol3/a012Kierkegaard.html>

30. Ibid. Orpwood. Routh, Electronic Contracts: Where We Have Come From, Where We Are and Where We Should Be Going, International In-House Counsel Journal, Vol.1, No.3, Spring 2008, 460: 455-466.

31. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (Resolution adopted by the General Assembly on the Report of the Sixth Committee A/60/515: 9 Dec 2005).

۳۲. برای ملاحظه‌ی ترجمه‌ی این کنوانسیون رک: *کنوانسیون سازمان ملل متحد درباره‌ی استفاده از ارتباطات*

*الکترونیکی در قراردادهای بین‌المللی (۲۰۰۵)*، مجله‌ی حقوقی (نشریه‌ی مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت

حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره‌ی ۳۷، پاییز و زمستان ۱۳۸۶، صص. ۴۰۲ - ۳۸۷.

33. Registration.

34. User Name.

35. Password.

۳۶. ماده‌ی ۱۰ دستورالعمل تجارت الکترونیکی در مورد پیشنهاد شفاف و قطعی مقرر می‌دارد:

«اطلاعاتی که باید ارائه شود:

۱ - علاوه بر اطلاعاتی که به موجب حقوق اتحادیه‌ی اروپا ارائه‌ی آن الزامی شناخته شده، دولت‌های

عضو باید تضمین دهند که جز در صورت توافق مغایر بین طرفین عقد، حداقل، اطلاعات زیر از سوی

سرویس‌دهنده به طور شفاف، کامل و بدون ابهام و قبل از اینکه متقاضی خدمات، سفارش خود را تقدیم

دارد، ارائه شود:

الف - مراحل مختلف فنی لازم برای انعقاد قرارداد؛

ب - اعلام بایگانی یا عدم بایگانی مدارک انعقاد قرارداد از سوی سرویس‌دهنده و ذکر قابل بازیافت بودن

این مدارک؛

ج - روش‌های فنی تشخیص و تصحیح اشتباهات، قبل از نهایی شدن سفارش؛

د - زبان‌های پیشنهادشده برای تشکیل قرارداد».

Directive 2000/31/EC of the European parliament and Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce). Also, See: Ramberg. Christina Hultmark, The E-Commerce Directive and Formation of Contract in a Comparative Perspective, Global Jurist Advances, Vol.1, Issue.2, 2001, pp.429-450.

۳۷. کاویار، حسین (مترجم)، *انعقاد قراردادهای الکترونیکی بین‌المللی در جدیدترین کنوانسیون سازمان ملل*

*متحد*، مجله‌ی حقوقی (نشریه‌ی مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست

جمهوری)، شماره‌ی ۳۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۷، صص. ۳۲۶ - ۳۲۴.

38. Electronic Acceptance.

۳۹. کاتوزیان، همان، ص. ۳۲۵؛ صفایی، حسین، *دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*، ج.

۲، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۲، ص. ۷۱.

40. Savirimuthu. Joseph, Online Contract Formation: Taking Technological Infrastructure Seriously, University of Ottawa Law & Technology Journal, (2 UOLTJ 105), 2005, p.122.

41. Model Law on Electronic Commerce adopted by the United Nations Commission on International Trade Law (Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Sixth Committee A/51/628: 1996).

42. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide Enactment 1996 with additional article 5 big as adopted in 1998, United Nations Publications, New York, 1999, p.8.

43. Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods (Hague 1955). Available at: <<http://www.jus.uio.no/lm/hcpil.applicable.law.sog.convention.1955/>>

44. EC Convention on the law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980). Available at: <<http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html>>

45. Suff. Marnah, Essential Contract Law, Cavendish Publishing, London, Second Edition, 1997, p.96.

۴۶. ماده‌ی ۵ کنوانسیون: «۱ - در تفسیر این کنوانسیون، همیشه باید به خصوصیت بین‌المللی، ضرورت

توسعه‌ی هماهنگی در کاربرد آن و رعایت حسن‌نیت در تجارت بین‌الملل، توجه کرد.

۲ - مسایل و مشکلات مرتبط با موضوعات این کنوانسیون، که راه‌حل آن‌ها صریحاً در کنوانسیون پیش‌بینی

نگردیده، بر طبق اصول کلی‌ای که کنوانسیون مبتنی بر آن می‌باشد و در صورت فقدان چنین اصولی، مطابق با قانون

قابل اعمال به موجب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی، حل و فصل می‌گردند».

47. Technological Neutrality.

48. Functional Equivalence.

۴۹. کاویار، همان، ص. ۳۳۱.

۵۰. به نقل از: ایرانپور، فرهاد، نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه‌ی انتخاب قانون حاکم بر تعهدات

ناثی از قراردادهای تجاری، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش. ۵۵، بهار ۱۳۸۱،

ص. ۲۶.

۵۱. جنیدی، لعیا، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶، انتشارات

دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، چ. اول، بهار ۱۳۷۸، ص. ۳۸.

## قوهی قاهره و مسئولیت مدنی

زهرة افشار قوچانی<sup>۱</sup>

مقدمه:

مسئولیت مدنی به معنای اعم شامل مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی می‌شود. در مسئولیت قراردادی شخص به موجب قرارداد، تعهدی را برعهده می‌گیرد ولی به واسطه عدم اجرای تعهد (کلاً یا جزئاً) یا در ارتباط با اجرای قرارداد، به دیگری خسارت وارد می‌کند که مکلف به جبران آن می‌باشد. به عبارت دیگر، مسئولیت قراردادی، بر اثر نقض قرارداد منعقدشده بین دو یا چند نفر و ورود خسارت به طرف دیگر قرارداد، محقق می‌شود، در حالی که در مسئولیت غیرقراردادی، شخص، به حکم قانون، ملزم به جبران خسارتی می‌گردد که به دیگری وارد کرده است. حال، یا اصلاً بین زیان‌دیده و عامل ورود زیان، قراردادی وجود ندارد و یا این که اگر قراردادی بین آن دو وجود داشته باشد، ایراد ضرر بدون ارتباط با آن قرارداد است.

این مقاله، پیرامون قوهی قاهره و تأثیر آن بر مسئولیت مدنی بحث می‌کند. قوهی

---

۱. دانشجوی دوره‌ی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران.

قاهره چیست؟ کدام حوادث، قوه‌ی قاهره محسوب می‌شوند؟ تأثیر قوه‌ی قاهره بر مسئولیت مدنی چگونه است؟ و آیا این امر، شخص را از مسئولیت مدنی معاف می‌کند، یا خیر؟ پس از این که مسئولیت برعهده شخص مستقر گردید، وی اصولاً ملزم به جبران خساراتی است که به دیگری وارد شده است. تأثیر قوه‌ی قاهره بر مسئولیت قراردادی بیشتر مطرح می‌شود؛ زیرا بنابر يك قاعده حقوقی - که مشهور به اصل «لزوم» می‌باشد - هیچ قراردادی قابل فسخ نیست. اما مطابق وفای به عهد، طرفین هر قرارداد ملزم هستند که تعهدات خود را به همان نحوی که در قرارداد گنجانده شده است، ایفا نمایند و هرگاه یکی از آن‌ها، از تعهدات خود تخلف و عدول نمود باید خسارات وارد به طرف مقابل را بپردازد. اصولاً طرفین قرارداد نیز سعی می‌کنند که به درستی به تعهدات خود عمل کنند تا به عوض قراردادی برسند. منتها، گاه به عللی که خارج از اختیار و اراده‌ی آن‌ها است، قادر به انجام تعهدات خود نمی‌باشند و در نتیجه، مرتکب نقض یا تأخیر در اجرای تعهدات خود می‌گردند. از نظر حقوق، عدالت ایجاب می‌نماید که هرگونه نقض و تخلف از قرارداد که موجب ورود خسارت به طرف مقابل گردد، جبران شده و اگر ضمانت اجراهای دیگری نیز برای آن وجود دارد به اجرا درآید؛ ولی در صورتی که نقض قرارداد به علل و موجباتی باشد که خارج از اختیار و اراده متخلف بوده، محکوم ساختن وی به جبران خسارت، خود، نوعی بی‌عدالتی است.

قوه‌ی قاهره، از جمله موارد و عللی است که عملاً منتهی به تخلف از قرارداد شده و در نتیجه، عامل ورود زیان به طرف دیگر قرارداد - که در ورود زیان، عمد نداشته است - از پاسخگویی و مسئولیت مبرا گردد؛ به عبارتی، چنین تلقی می‌شود که اساساً مسئولیتی متوجه وی نبوده است. در مسئولیت غیرقراردادی نیز گاه به منظور معافیت از مسئولیت ممکن است به قوه‌ی قاهره استناد نمایند.

#### ۱ - تعریف و تاریخچه مسئولیت مدنی

در قانون مدنی، اصطلاح «مسئولیت مدنی» نیامده است. نویسندگان قانون، به پیروی از فقه، واژه‌ی ضمان را برای بیان این الزام حقوقی به کار برده‌اند. اما اصطلاح مسئولیت

مدنی در زبان حقوقی کنونی، نمایانگر مجموعه قواعدی است که واردکننده‌ی زبان را به جبران خسارت زیان دیده ملزم می‌سازد. از دیدگاه دیگر، در هر مورد که شخص، ناگزیر از جبران خسارت دیگری باشد، می‌گویند در برابر او «مسئولیت مدنی» دارد.

در کامن‌لا، این مسئولیت با عنوان‌های ویژه مانند تجاوز و مزاحمت و اهانت و جعل، مطرح می‌شود. ولی در نظریه‌های جدید، نویسندگان کوشیده‌اند که از قالب محصور و سنتی خارج شوند و نظریه‌ی عمومی مسئولیت را ارائه کنند؛<sup>۱</sup>

مؤلفان قدیم فرانسه که تحت تأثیر حقوق دانان کلیسا قرار گرفته بودند، از قرن شانزدهم به اتکای قانون اکویلیا بر آن شدند که در ردیف دعوی کیفری که به نام پادشاه اقامه می‌گردید و منجر به مجازات متهم می‌شد، مجنی‌علیه بتواند تمامی زیان خود را به‌وسیله اقامه دعوی مدنی از مرتکب مطالبه کند. در حقوق مدنی فرانسه، مسئولیت مدنی مانند مسئولیت کیفری با تفکیکی که از یکدیگر پیدا نمودند بر مبنای تقصیر استوارند و زیان‌زننده مانند مجرم چنانچه در عمل خلاف قانون خود، لاقلاً، مرتکب بی‌احتیاطی شده باشد، ضامن جبران آن خواهد بود. نظر مزبور مبنای اساسی ماده‌ی ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه قرار گرفت.

از اواخر قرن نوزدهم یعنی از سال ۱۸۸۰ م. نظریه‌ی تقصیر در مسئولیت مدنی مورد انتقادهای شدید قرار گرفت. بدین طریق، مسئولیت ذاتی که براساس تقصیر پایه‌گذاری شده بود به مسئولیت حقیقی خارجی (نظریه علیت) که بر مبنای عمل مادی استوار است، تبدیل گردید و حقوق‌دانان ماده‌ی ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه را تفسیر وسیع نموده و با نظریه‌ی مسئولیت حقیقی خارجی تطبیق دادند. اما نظریه‌ی مسئولیت حقیقی خارجی دوامی پیدا نکرد و نتوانست جانشین نظریه‌ی تقصیر شود. زیرا نظریه‌ی مسئولیت حقیقی خارجی که با تأویل و تفسیر وسیع ماده‌ی مذکور ایجاد شده بود؛ از طرفی، منطبق با تفسیر ساده معتدل نبود و از طرف دیگر، با روح قانون مدنی فرانسه سازگاری نداشت. علاوه بر آن که افکار عمومی به نوشته‌های نویسندگانی که از نظریه‌ی تقصیر پیروی می‌نمودند،

۱. کاتوزیان، ناصر، *مسئولیت مدنی*، ج. اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، صص. ۳۵ - ۳۴.

مأنوس بودند. به دنبال آن، نظریه‌ی دیگر به نام «تساوی علل» مطرح شد که مورد توجه بعضی از قوانین قرار گرفت؛ مانند قانون ۹ آوریل ۱۸۹۸ م. راجع به حوادث کار. اما قانون مدنی ایران، دو مبحث دوم و سوم از فصل دوم جلد اول را به مسئولیت مدنی اختصاص داده است. قانون مزبور کاملاً از حقوق امامیه پیروی نموده است. نظریه‌ی تقصیر، افکار حقوق دانان ایران را که تحت تأثیر حقوق فرانسه قرار گرفته بودند، به خود جلب کرد و با نواقصی که در موارد مسئولیت مدنی در قانون ایران احساس می‌شد، بر آن شدند که قانونی در مسئولیت مدنی به قوه مقننه پیشنهاد شود. بالاخره، در سال ۱۳۳۹ قانون مسئولیت مدنی در ۱۶ ماده تصویب گردید. قانون مزبور از قانون تعهدات سوئیس اقتباس شده و تغییراتی که متناسب با اوضاع حقوقی ایران بوده، در آن داده شده است. اتلاف مال غیر که مبنی بر نظریه‌ی خطر است، اخص می‌باشد. بنابراین کسی که مال دیگری را تلف کند، اگرچه مرتکب تقصیر نشده باشد، ضامن است. قانون مسئولیت مدنی نسبت به مواد مربوط به تسبیب، مذکور در ماده‌ی ۳۳۱ ق.م. و بعد از آن به اعتبار موضوع اعم است. زیرا ماده‌ی بالا در خصوص تلف مال است و مسئولیت مدنی چنان که در ماده‌ی اول بدان تصریح شده، راجع به هر حقی باشد که به موجب قانون برای افراد شناخته شده است. قانون مسئولیت مدنی، مواد ۳۲۸ - ۳۵۵ ق.م. را نسخ نکرده است. بنابراین، در قانون ایران در مورد اتلاف و نقص عیب مال غیر، از نظریه‌ی خطر و علیت پیروی شده و در مورد خسارات وارده به حقوق دیگران که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده، از نظریه‌ی تقصیر متابعت شده است.<sup>۱</sup>

## ۲ - شرایط ایجاد مسئولیت مدنی

### بند اول / ارتکاب فعل زیانبار

یکی از شرایط تحقق مسئولیت غیرقراردادی این است که فعل نامشروعی از کسی سرزده و به دیگری، زیانی وارد شده باشد. فعلی که موجب ایجاد مسئولیت است باید نامشروع بوده یعنی جامعه، آن را ناپهنجار تلقی کند. در قوانین برخی از کشورها مانند قانون

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج. اول، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۲، صص. ۵۷۴ - ۵۶۳.

مدنی فرانسه، صرف تقلید را برای نامشروع بودن عمل و تحقق مسئولیت کافی دانسته‌اند. ولی همگام با برخی از دانشمندان حقوق، این نظر را در صورتی می‌توان پذیرفت که تنها منبع مسئولیت مدنی، تقصیر باشد. حال آن‌که در مواردی، مسئولیت مدنی بر تقصیر مبتنی نبوده و بدون ارتکاب تقصیر نیز مسئولیت مدنی تحقق می‌یابد.<sup>۱</sup>

پس، آنچه مهم است این‌که؛ شخص، مرتکب فعلی زیان‌بار گردد. حال، این فعل ممکن است مثبت یا منفی باشد. فعل مثبت، آن است که شخصی با انجام کاری به دیگری زیانی برساند و فعل منفی، آن است که ترک فعلی موجب ورود زیان شود.<sup>۲</sup> البته ترک هیچ فعلی، به خودی خود، ایجاد مسئولیت نمی‌کند مگر این‌که انجام آن فعل به موجب قانون یا قرارداد بر شخص لازم باشد که این امر نیز در مورد اعمال خاصی می‌تواند صادق باشد.<sup>۳</sup> مثلاً به موجب ماده‌ی ۶۲۴ ق.م.ا، امین (مستودع) باید مال مورد ودیعه را فقط به کسی که از او دریافت کرده یا قائم‌مقام او یا به کسی که مأذون در اخذ است، مسترد کند و اگر به واسطه‌ی ضرورتی بخواهد آن را رد کند و به کسی که حق اخذ دارد، دسترسی نداشته باشد، باید به حاکم رد نماید. حال، ترک این فعل و رد مال به کسی غیر از اشخاص مذکور در ماده، موجب مسئولیت مدنی امین خواهد بود. بنابراین مسئولیت غیرقراردادی ممکن است ناشی از فعل یا ترک فعل نامشروعی باشد و لذا اگر عملی مشروع و طبق قانون مجاز بوده و به دیگری ضرر برساند، مستوجب مسئولیت نخواهد بود.<sup>۴</sup>

#### بند دوم / وجود ضرر

یکی دیگر از شروط لازم برای تحقق مسئولیت غیرقراردادی، ورود ضرر به زیان‌دیده می‌باشد. مفهوم ضرر را نیز همه می‌دانیم؛ هر جا نقصی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از دست برود یا به سلامتی و حیثیت و عواطف شخص لطمه‌ای وارد آید، می‌گویند

۱. کاتوزیان، حقوق مدنی ضمان قهری و مسئولیت مدنی، ص. ۱۷۱.

۲. امامی، همان، ص. ۳۸۸.

۳. همان، ص. ۴۰۰.

۴. کاتوزیان، همان، ص. ۱۷۳.

ضرری به بار آمده است.<sup>۱</sup> البته ضرر قابل مطالبه، شرایطی دارد که عبارتند از:

- ۱ - ضرر باید مسلم باشد؛ یعنی به صرف این که احتمال ورود زیان می‌رود، نمی‌توان کسی را به جبران خسارت محکوم کرد.
- ۲ - ضرر باید مستقیم باشد؛ یعنی بین فعل زیانبار و ضرر، حادثه دیگری وجود نداشته باشد تا جایی که بتوان گفت ضرر در نظر عرف، از همان فعل، ناشی شده است.
- ۳ - ضرر باید مشروع باشد؛
- ۴ - ضرر باید شخصی باشد نه عمومی؛
- ۵ - ضرر باید جبران نشده باشد؛ یعنی در هر موردی که به وسیله‌ای از زیان دیده جبران خسارت شود، ضرر از بین می‌رود و نمی‌توان آن را دوباره مطالبه کرد.
- ۶ - ضرر باید قابل پیش‌بینی باشد؛ یعنی عهدشکن تنها مسئول خساراتی است که برای او قابل پیش‌بینی یا دست‌کم در دید عرف مورد انتظار باشد.
- ۷ - ضرر باید ناشی از اقدام زیان‌دیده نباشد؛ یعنی اگر زیان‌دیده توان احتراز از خطر و جلوگیری از گسترش ضرر را دارد و در دفع ضرر از خود کوتاهی می‌کند، قوانین مدنی و مسئولیت مدنی حکم روشنی در جبران ناپذیر بودن ضرر یا کاهش از میزان آن ندارد. قابل ذکر است ضرر آینده در صورتی که بر طبق سیر طبیعی امور، ظن قوی بر وقوع آن موجود باشد نیز قابل مطالبه خواهد بود.<sup>۲</sup>

#### بند سوم) رابطه سببیت

برای این که زیان‌دیده بتواند از عامل ورود زیان، مطالبه خسارت نماید باید ثابت کند بین عمل زیانبار و ضرر وارده رابطه‌ی سببیت وجود داشته است. در مسئولیت غیرقراردادی، در یک مورد احراز رابطه‌ی سببیت برای تحقق مسئولیت لازم نمی‌باشد و آن تلف عین‌مغضوبه است. چون در غصب، همین که مال مغضوب تلف یا ناقص شود، غاصب مسئول است ولو این که شخص ثالثی عین را تلف یا ناقص کرده و یا تلف بر اثر قوه‌ی

۱. کاتوزیان، مسئولیت مدنی، ج. اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷، ص. ۲۴۲.

۲. همان، صص. ۲۷۸ - ۳۰۹.



قاهره باشد. (ماده‌ی ۳۱۷ ق.م.) احراز رابطه‌ی سببیت عرفی بین عمل ارتكابی و زیان وارده با زیان‌دیده می‌باشد. ولی گاهی عامل ورود زیان برای رفع مسئولیت از خود، عدم مداخله‌ی خود را در ورود زیان و در نتیجه فقدان رابطه‌ی سببیت را ثابت می‌کند.<sup>۱</sup>

### ۳ - تعریف قوه‌ی قاهره

در قانون مدنی ایران، از قوه‌ی قاهره تعریفی به عمل نیامده است و در ماده‌ی ۲۶۴ ق.م. فقط طرق سقوط تعهد پیش‌بینی شده‌است؛ ولی در مواد مختلف صریحاً یا تلویحاً به آن اشاره شده‌است. در قانون مدنی فرانسه نیز تعریفی از قوه‌ی قاهره دیده نمی‌شود و فقط مواد ۱۱۴۷ و ۱۱۴۸ این قانون به قوه‌ی قاهره به‌عنوان عامل رفع مسئولیت اشاره کرده است. ماده‌ی ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «متعهد خواه به‌علت عدم انجام تعهد خواه به‌علت تأخیر در اجرای تعهد، وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت کند عدم اجرای تعهد در نتیجه یک علت خارجی بوده که نمی‌توان مربوط به او نمود. همچنین می‌باید هیچ سوءنیتی از جانب او وجود نداشته باشد.» ماده‌ی ۱۱۴۸ قانون مدنی همان کشور نیز اشعار می‌دارد که متعهد وقتی بر اثر قوه‌ی قاهره یا حادثه‌ی غیرمترقبه، نتواند به تعهد خود عمل کند یا مجبور به انجام عملی شود که بر او ممنوع است، از تأدیه خسارت معاف می‌گردد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی ایران ملهم از دو ماده فوق‌الذکر قانون مدنی فرانسه است. چه طبق ماده‌ی ۲۲۷ ق.م. متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم اجرای تعهد به‌واسطه علت خارجی بوده‌است که نمی‌توان مربوط به او نمود. طبق ماده‌ی ۲۲۹ ق.م. نیز اگر متعهد به‌واسطه حادثه‌ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید، محکوم به تأدیه خسارت نخواهد شد.

در فرهنگ اصطلاحات حقوقی بلیکس در تعریف قوه‌ی قاهره چنین آمده‌است: «اصطلاحی است فرانسوی، معمولاً در حقوق بیمه به‌کار می‌رود و نیرویی غیرقابل مقاومت و فوق‌العاده می‌باشد. این اصطلاح معمولاً در قراردادهای ساختمانی به‌کار می‌رود و هدف آن این است که در صورتی که قسمتی از قرارداد به‌علت حوادثی که خارج از کنترل طرفین

۱. کاتوزیان، ضمان قهری و مسئولیت مدنی، ج. ۲، ص. ۲۷۳.

است و با اعمال مراقبت لازم نمی‌توان از آن اجتناب کرد قابل اجرا نباشد، از طرفین حمایت کند.»<sup>۱</sup>

برخی در تعریف قوهی قاهره گفته‌اند که انسان قدرت بر دفع آن را ندارد و امکان احتراز از آن وجود ندارد. در این مورد، شخص مسئول نیست؛ چون قاعده این است که آنچه امکان احتراز از آن وجود ندارد، ضمان آور نیست. در سالنامه کمیسیون حقوق بین‌الملل قوهی قاهره حادثه‌ای دانسته شده است که غیرقابل پیش‌بینی و یا قابل پیش‌بینی ولی غیرقابل اجتناب یا غیرقابل مقاومت می‌باشد که اجرای تعهد را برای متعهد غیرممکن می‌سازد. برخی قوهی قاهره را حادثه‌ای غیرقابل پیش‌بینی دانسته‌اند که متعهد، قدرت بر دفع آن را ندارد.<sup>۲</sup>

اما دکتر جعفری لنگرودی در ترمینولوژی حقوق، در تعریف قوهی قاهره گفته‌است؛ قوهی قاهره چیزی است که قابل پیش‌بینی و اجتناب نباشد و متعهد را در حالت عدم قدرت بر اجرای تعهد خود قرار دهد و یا موجب شود که کسی به علت عدم توانایی به متعهدله خود یا دیگری زیانی وارد کرده است، از مسئولیت ناشی از آن معاف شود.<sup>۳</sup>

روسو، استاد حقوق بین‌الملل عمومی در جلد اول کتاب حقوق بین‌الملل خود در این باب چنین می‌گوید: «فورس‌ماژور عبارت از یک مانع غیرقابل اجتناب ناشی از رویدادهای خارجی است که یا از اجرای تعهد و یا از رعایت یک قاعده حقوق بین‌الملل جلوگیری می‌کند. همه نظام‌های حقوقی داخلی، رفع مسئولیت شخصی را که بر اثر قوهی قاهره، اجرای تعهدات قراردادی برای او مطلقاً غیرممکن شده است، می‌پذیرند. در حقوق بین‌الملل، اثر فورس‌ماژور، معافیت دولت از مسئولیتی است که معمولاً به سبب عدم اجرای تعهدنامه دامن‌گیر آن است.»

1. Black , Henry Campell, Blacks law Dictionary ,P 645.

۲. سماواتی، حشمت ا...، خسارت ناشی از عدم انجام تعهد در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی دیگر، ج. اول، ۱۳۸۰، ص. ۴۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ج. ۲، ابن سینا، ۱۳۴۶، ص. ۵۵۳.

بنابراین قوهی قاهره به معنی اعم، هر حادثه یا علتی است که نسبت به متعهد خارجی بوده و قابل پیش‌بینی و دفع نیز نباشد و از اجرای تعهد جلوگیری نماید و یا سبب ورود زبانی گردد و به معنی اخص، حادثه‌ای است که ناشی از قوای طبیعی بوده و انسان در وقوع آن دخالتی نداشته است و در عین حال غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب می‌باشد.

#### ۴ - مقایسه قوهی قاهره و حادثه غیرمترقبه

در حقوق فرانسه، در رابطه بین قوهی قاهره و حادثه غیرمترقبه سه نظریه وجود دارد. این سه نظریه عبارتند از:

۱ - عده‌ای برآنند که قوهی قاهره، حادثه‌ای است که دفع آن ممکن نباشد ولی حوادث غیرمترقبه، عبارت از حوادثی است که قابل پیش‌بینی نباشد. اما می‌دانیم که حصول هر دو شرط عدم امکان دفع و عدم قابلیت پیش‌بینی برای تحقق قوهی قاهره ضروری است و عدم امکان دفع به‌تنهایی نمی‌تواند فورس‌ماژور تلقی شود و چنین است راجع به حوادث غیرمترقبه؛ پس، این نظریه، نمی‌تواند قابل قبول باشد.

۲ - عده‌ای دیگر که ضرورت وجود هر دو شرط را تأیید کرده‌اند ملاک تفاوت این دو را به چگونگی خصوصیت عدم امکان دفع مرتبط دانسته‌اند. برخی از نویسندگان ما نیز گفته‌اند: «حادثه‌ای که واقع گردیده، اگر غیرقابل پیش‌بینی و جلوگیری باشد قوهی قاهره و الا حادثه‌ای ساده طبیعی نامیده می‌شود. در نتیجه، اگر دفع حادثه‌ای که منجر به عدم امکان اجرای تعهد شده فقط از عهده متعهد خارج باشد و شخص دیگر بتواند آن را دفع نماید، حادثه‌ای ساده (غیرمترقبه) به حساب می‌آید.»<sup>۱</sup> اما می‌دانیم که هرگاه عدم امکان اجتناب از حادثه مختص متعهد باشد ولی عرفاً قابل دفع محسوب شود، آن حادثه موجب سلب مسئولیت شناخته نمی‌شود.

۳ - عده‌ای دیگر، بر این عقیده‌اند که قوهی قاهره عبارت است از حوادث خارجی و

۱. قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، ج. اول، نشر میزان، ۱۳۷۸، ص. ۱۷۶.

بیگانه از متعهد که انجام تعهد را ناممکن سازد. در مقابل، به حادثه‌ای غیرمترقبه گفته می‌شود که به متعهد یا فعالیت مؤسسه او مرتبط باشد. بنابراین تعریف تنها قوهی قاهره رافع مسئولیت خواهد بود و حوادث غیرمترقبه چنین تأثیری نداشته و خسارت آن را متعهد تحمل خواهد کرد. اما قانون مدنی فرانسه بین این دو، تفاوت قائل نشده و آن‌ها را مترادف یکدیگر دانسته است. از آنجا که حقوق ما نیز، به‌خصوص در بخش کلیات قراردادهای، به‌شدت تحت تأثیر حقوق فرانسه بوده است، درست شبیه همین وضعیت به قوانین کشور ما هم وارد شده است. اما باید بدانیم همانگونه که اکثر نویسندگان اذعان دارند، حوادث غیرمترقبه و قوهی قاهره، هر دو چهره‌هایی از یک طبیعت هستند و آثار و نتایج یکسانی نیز در پی دارند. انگیزه انتخاب دو نام، توجه به دو خصوصیت مهم این طبیعت است. اگر ویژگی غیرقابل پیش‌بینی بودن را در نظر بگیریم، حادثه‌ی ناگهانی و غیرمنتظره نامیده می‌شود و اگر خصوصیت غیرقابل دفع و اجتناب ناپذیر بودن را قوهی قاهره.<sup>۱</sup>

#### ۵- قوهی قاهره از دیدگاه فقه

شاید بتوان گفت مهم‌ترین مباحث مربوط به قوهی قاهره در فقه را باید زیرعنوان «عذر موجه» جستجو کرد. دکتر جعفری لنگرودی معتقد است در فقه امامیه، مباحث راجع به قوه قهریه زیر عنوان عذر جمع شده است. اما به تدریج یک قاعده فقهی تحت عنوان «بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» پدید آمد. این قاعده فقهی حاکی از آن است که هرگاه طرفین معامله به چیزی تعهد نموده و ملتزم شوند اما پس از عقد، وفای به آن برای همیشه ناممکن شود، آن معامله باطل بوده و اجرای مفاد آن لازم نیست. نکته مهمی که باید یادآور شویم، تقسیم تعذر به دو نوع اصلی و طاری است. در عرف فقها واژه عذر هم بر موانعی اطلاق می‌شود که از ابتدا وجود داشته و هم بر موانعی که پس از ایجاد تعهد و به‌طور ناگهانی پیدا می‌شوند. بنابراین باید گفت که نظریه عذر اعم از قوهی قاهره است. میرزا حسن نائینی ضمن آن که تفاوت اثر این دو عذر در تعهدات قراردادی را صراحتاً

۱. اسماعیلی، محسن، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام، تصمیمات و آراء دعاوی ایران - ایالات متحده، صص. ۵۱ - ۴۷.

می‌پذیرد، منکر هرگونه تفاوتی بین آن‌ها در زمینه تعهدات غیرقراردادی و ضمان‌های قهری شده است. ایشان که به‌مناسبت بحث تبدیل مثلی به قیمی در صورت تعذر مثل، وارد گفتگو شده، تنها به این استدلال بسنده می‌کند که در ضمان قهری هیچ تفاوتی نمی‌کند که ادای مثل از ابتدا ناممکن باشد یا بعد از استقرار آن در ذمه ناممکن شود.<sup>۱</sup>

#### ۶- اوصاف قوهی قاهره

در قانون مدنی ایران مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ اوصاف قوهی قاهره را برشمرده‌است. از مادهی ۲۲۷ وصف خارجی بودن قوهی قاهره و از مادهی ۲۲۹ وصف غیرقابل دفع بودن آن استنباط می‌شود. یکی دیگر از اوصاف قوهی قاهره این است که حادثه موردنظر غیرقابل پیش‌بینی باشد که هرچند این وصف صریحاً در قانون مدنی ذکر نشده است ولی می‌توان آن را از قانون استنباط کرد. بنابراین متعهدی که به تعهد خود عمل ننموده است برای این که بتواند با استناد به قوهی قاهره خود را از مسئولیت رها سازد باید وجود شرایطی را ثابت نماید که در نظامات حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی آن را بدین ترتیب ذکر کرده‌اند:

۱- خارجی بودن حادثه. ۲- غیرقابل پیش‌بینی بودن حادثه. ۳- غیرقابل دفع بودن حادثه.

#### بند اول - خارجی بودن حادثه

با ارتکاب تقصیر از جانب متعهد نمی‌توان گفت که عدم اجرای تعهد به خود وی منتسب نبوده و مانع خارجی، سبب عدم اجرای تعهد گردیده‌است. پس منظور از خارجی بودن آن است که حادثه، خارج از متعهد و قلمرو فعالیت و مسئولیت وی باشد. این نظر، مورد قبول بیشتر علمای حقوق واقع شده‌است. برخی در تأیید آن گفته‌اند که منظور از خارجی بودن، آن است که حادثه را نتوان به‌نحوی منتسب به متعهد دانست. لذا هرگونه حادثه‌ای که قابل انتساب به متعهد نباشد ولو این که در حیطه فعالیت او رخ دهد، خارجی محسوب می‌شود.<sup>۲</sup> اما خارجی بودن همیشه ملازمه با عدم مداخله فعل متعهد در وقوع حادثه ندارد. به‌عبارت دیگر، چه بسا متعهد در عدم اجرای تعهد دخالت نداشته باشد ولی باز

۱. همان، صص. ۳۰-۳.

۲. صفایی، سید حسین، مقاله فورس‌ماژور، *مجله حقوق*، ش. ۳، ص. ۱۲۵.

هم او مسئول تعهد باشد. البته با این که لزوم خارجی بودن حادثه‌ای که قوهی قاهره به‌شمار می‌رود، مورد قبول اکثر علما واقع شده‌است. در نوشته‌های برخی نویسندگان حقوقی بدان اشاره نشده‌است و فقط گفته‌شده که حادثه ناگهانی یا قوهی قاهره باید غیرقابل پیش‌بینی باشد.<sup>۱</sup>

ولی به‌نظر می‌رسد که بداهت این شرط، این‌گونه نویسندگان را بی‌نیاز از ذکر آن نموده است و الاً شکی نیست که قوهی قاهره به‌شمار می‌رود و بایستی قابل انتساب به متعهد نباشد. البته گاهی متعهد در عدم اجرای تعهد تقصیر دارد اما تقصیر وی آن‌قدر جزئی است که در مقابل مانع خارجی، بسیار ناچیز بوده و برعکس، مانع، آن‌چنان شدید است که تقصیر ارتكابی از جانب متعهد نادیده انگاشته می‌شود. در این صورت، عادلانه آن است که پذیرفته شود مانع خارجی از اجرای تعهد جلوگیری کرده‌است و تقصیر متعهد نقشی در آن نداشته‌است.<sup>۲</sup> در حقوق کشورهای دیگر، شرط خارجی بودن را از عناصر قوهی قاهره به‌شمار آورده‌اند و گفته شده است که شخص در صورتی می‌تواند ادعا کند حادثه خارجی، قوهی قاهره می‌باشد که آن حادثه خارج از اختیار وی بوده یعنی علت وقوع آن کاملاً از او بیگانه باشد. در کد ناپلئون، این شرط صریحاً پذیرفته شده است. چون براساس آن متعهد مسئول خسارات وارده به متعهدله خواهد بود مگر این که ثابت کند که عدم اجرای تعهد بر اثر علت خارجی بوده که قابل انتساب به وی نمی‌باشد.<sup>۳</sup>

در همین زمینه در رویه‌ی قضایی فرانسه، دیوان تمیز این کشور موارد فوق را پذیرفته است. اما در مورد معیار خارجی بودن یک حادثه بحث و اختلاف نظر وجود دارد. طبق یک نظر، حادثه‌ی خارجی حادثه‌ای است که خارج از اراده متعهد بوده‌است و نمی‌توان آن را به‌عمد یا تقصیر وی منسوب کرد. اگرچه حادثه در حوزه فعالیت متعهد رخ داده باشد.<sup>۴</sup> نظر دیگر، بر این است که حادثه‌ی خارجی، حادثه‌ای است که خارج از قلمرو و حوزه فعالیت

۱. سنهوری، عبدالرزاق، *مصادر الحق*، ج. ۴، ۵ و ۶ در یک مجلد، ۱۹۶۷ م.، ص. ۱۳۰.

۲. کاتوزیان، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج. ۴، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص. ۲۰۶.

3. Litvinoff, Louisiana, Civil Law Treatise, Law of obligation, P 503.

۴. کاتوزیان، همان، ص. ۲۰۷.

متعهد رخ داده باشد. پس اگر حادثه‌ای در محیط کار و فعالیت متعهد رخ داده و مانع اجرای تعهد گردد، این حادثه رافع مسئولیت وی نخواهد بود؛ اگرچه وی در ایجاد حادثه، هیچ‌گونه عمد یا تقصیری مرتکب نشده باشد.<sup>۱</sup>

آنچه منطقی‌تر و عادلانه‌تر به نظر می‌رسد آن است که هیچ‌یک از دو نظر فوق را نمی‌توان به‌طور مطلق پذیرفت و دیگری را رد کرد. حادثه‌ای که مانع اجرای تعهد می‌شود اگر به‌نحوی مرتبط با متعهد بوده یا بتوان آن را به تقصیر وی مربوط دانست، خارجی محسوب نمی‌شود، اعم از این که داخل در حوزه فعالیت او رخ دهد یا خارج از آن و اگر حادثه منتسب به متعهد نباشد قوهی قاهره به‌شمار می‌رود ولو این که داخل در حوزه فعالیت متعهد رخ داده باشد.

#### بند دوم - غیرقابل پیش‌بینی بودن حادثه

برخی نویسندگان حقوق، قوهی قاهره را حادثه‌ای می‌دانند که غیرقابل پیش‌بینی باشد و متعهد، قدرت بر دفع آن را نداشته باشد.<sup>۲</sup> برخی از وصف غیرقابل احتراز سخن گفته‌اند و آن را امری می‌دانند که نمی‌توان پیش‌بینی نمود.<sup>۳</sup> طبق ماده‌ی ۲۲۷ ق.م. متعهد متخلف از انجام تعهد وقتی به تأدیه خسارت محکوم می‌شود که نتواند ثابت کند عدم اجرای تعهد به واسطه‌ی علت خارجی بوده که نمی‌توان مربوط به او نمود. حال در صورتی که وقوع حادثه خارجی قابل پیش‌بینی باشد و با وجود این، متعهد تعهدی را بر عهده گیرد، چگونه می‌توان گفت علت خارجی مربوط به متعهد نبوده و قوهی قاهره به‌شمار می‌رود.

در سایر قوانین، گاهی به‌جای عبارت قوهی قاهره از حوادث غیرمنتظره یا حوادث غیرقابل پیش‌بینی سخن به میان آمده است که اثر آنها همان اثر قوهی قاهره می‌باشد. به‌عبارت دیگر، این عبارات معادل و مترادف قوهی قاهره می‌باشند. از جمله ماده‌ی ۳۴۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ مقرر می‌دارد: «هرکس چیزی را بر روی دیوار خود قرار دهد و بر اثر حوادث پیش‌بینی نشده به معبر عمومی بیفتند و موجب خسارت گردد عهده‌دار نخواهد بود.» یا

۱. کاتوزیان، همان، ج. ۲، ش ۱۶۳، به نقل از ریپر و بولانژه.

۲. سماواتی، همان، ص. ۴۶.

۳. معدل، جلیل، مقاله بحثی درباره فورس‌ماژور و حادثه غیرمترقبه، ص. ۷۳.

ماده ۳۴۸ همین قانون مقرر می‌دارد: «هرگاه ناودان یا بالکن...منزل و امثال آن که قرارداد آن در شارع عام مجاز نبوده، در اثر سقوط موجب آسیب یا خسارت شود مالک آن منزل عهده‌دار خواهد بود و اگر نصب آن مجاز بوده و اتفاقاً سقوط نماید و موجب خسارت یا آسیب شود مالک منزل عهده‌دار نخواهد بود.»

در فقه امامیه نیز عباراتی وجود دارد که دال بر وصف غیر قابل پیش‌بینی بودن قوه‌ی قاهره می‌باشد و گاهی نیز از حادثه غیرمترقبه سخن به میان آمده است. مثلاً در موردی که کسی در ظرفی را باز نماید و بر اثر وزش باد، محتوای آن ریخته و از بین برود، وی مسئول نخواهد بود. در حالی که اگر همین شخص در ظرف را باز نموده و تابش نور آفتاب آن را فاسد و تباه کند، ضامن است. زیرا طلوع خورشید و تابش نور، قابل پیش‌بینی می‌باشد و وزش باد غیرقابل پیش‌بینی.<sup>۱</sup> به علاوه، طبق حقوق فرانسه که مقررات قانون مدنی ایران درباره قوه‌ی قاهره از آن اقتباس شده است، در مورد تردید در این که آیا حادثه‌ای رافع مسئولیت متعهد است یا خیر، باید مسئولیت متعهد را باقی دانست.<sup>۲</sup>

بنابراین از تمام موارد مذکور برمی‌آید که شرط غیرقابل پیش‌بینی بودن حادثه برای تحقق قوه‌ی قاهره لازم می‌باشد. ملاک قابل پیش‌بینی بودن نیز زمان انعقاد قرارداد (در مسئولیت مدنی) یا زمان وقوع حادثه زیان‌بار (در مسئولیت قهری) است. همچنین برخی از نویسندگان حقوقی در زمینه غیرقابل پیش‌بینی بودن، رفتار شخص متعارف را در نظر گرفته‌اند و متعهد را در صورتی از مسئولیت معاف می‌دانند که مانع اجرای تعهد از اموری باشد که عموماً قابل پیش‌بینی نباشد و الاً در صورتی که مانع، عموماً قابل پیش‌بینی بوده ولی متعهد بر اثر اهمال یا بی‌احتیاطی یا بی‌تجربگی آن را پیش‌بینی نکرده باشد، مسئول خسارات وارده ناشی از عدم انجام تعهد می‌باشد. زیرا اهمال کاری، بی‌احتیاطی و به‌طور کلی، تقصیر متعهد نباید موجب تضرر متعهدله گردد.<sup>۳</sup>

**بند سوم - غیرقابل اجتناب بودن حادثه**

در ماده‌ی ۲۲۹ ق.م. آمده است: «...دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست.» لذا خارجی بودن

۱. علامه حلی، تذکره الفقها، ج. ۲، ص. ۳۷۲.

۲. صفایی، همان، ص. ۱۲۳.

۳. امامی، همان، ص. ۲۴۲.



حادثه کافی برای رفع مسئولیت متعهد نمی‌باشد. حادثه خارجی در صورتی قوهی قاهره به حساب می‌آید که نتوان آن را خنثی نمود یا از تأثیر آن جلوگیری کرد؛ و الا هرگاه بتوان جلوی حادثه را گرفت، حادثه، قوهی قاهره به‌شمار نمی‌رود و اگر با وجود چنین حادثه‌ای متعهد به تعهد خود عمل ننماید، مقصر است و مسئول جبران خسارات وارده می‌باشد. زیرا دفع حادثه قابل اجتناب از مقدمات انجام تعهد بوده و مانند اجرای تعهد بر متعهد لازم می‌باشد.<sup>۱</sup> برخی از وصف غیرقابل مقاومت سخن به میان آورده‌اند و گفته‌اند برای این که متعهد بتواند به قوهی قاهره به‌عنوان عذرموجه استناد کند، باید ثابت نماید که به‌علت حادثه‌ای که خارج از اختیار وی و غیرقابل مقاومت بوده اجرای تعهد برای او غیرممکن شده است.<sup>۲</sup> علمای دیگر حقوق نیز وجود این وصف را برای تحقق قوهی قاهره لازم دانسته‌اند.<sup>۳</sup> در تمییز غیرقابل دفع بودن حادثه، برخی، توان متعهد را ملاک عمل قرار داده‌اند.<sup>۴</sup> طبق این نظر، همین که متعهد قادر به دفع حادثه خارجی نباشد و بدین سبب به تعهد خود عمل ننماید، مسئولیتی متوجه وی نخواهد بود. اگرچه اشخاص دیگری غیر از متعهد توان دفع و اجتناب از حادثه را داشته باشد. برخی دیگر، عقیده دارند که در حقوق فرانسه پذیرفته شده است که حادثه‌ای که مانع اجرای تعهد می‌گردد، باید مطلقاً قابل اجتناب نباشد. یعنی هیچ‌کس قادر به پرهیز از حادثه خارجی نباشد. لذا اگر فقط متعهد نتواند حادثه را دفع کند ولی دیگران بتوانند از آن پرهیز نمایند، چنین حادثه‌ای قوهی قاهره به‌شمار نمی‌رود.<sup>۵</sup>

استناد به ظاهر ماده‌ی ۲۲۹ ق.م. منجر به نتایج غیرعادلانه‌ای خواهد شد. زیرا در صورتی که توان متعهد، ملاک قابل دفع بودن یا نبودن حادثه قرار گیرد، در مورد یک تعهد برای شخص توانا تر مسئولیت بیشتری به وجود خواهد آمد. به عبارت دیگر، پذیرش این نظر موجب می‌شود که چنانچه یک تعهد را شخص ضعیفی برعهده‌گیرد، مسئولیت کمتری

۱. همان، ص. ۲۴۱.

2. Litvinoff, Louisiana civil law treatise , v.5, law of obligation.P 508.

۳. معدل، همان، ص. ۷۴؛ سنهوری، همان، ص. ۲۱.

۴. امامی، همان؛ ص. ۲۴۲؛ سماواتی، همان.

۵. مؤمنی، فرامرزی، جزوه حقوق تجارت بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهیدبهبشتی.

داشته باشد. در حالی که اگر همان تعهد را شخص تواناتری بر عهده گیرد، مسئولیت او بیشتر خواهد بود.<sup>۱</sup> پس برای پرهیز از چنین بی‌عدالتی باید از ظاهر ماده‌ی ۲۲۹ ق.م. گذشت. حادثه خارجی در صورتی قوه‌ی قاهره و رافع مسئولیت است که دفع آن توسط انسانی متعارف ممکن نباشد و تنها توانایی شخص متعهد ملاک عمل نباشد. این ملاک نوعی را می‌توان از مواد ۳۸۶ ق.ت. و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی استنباط کرد. چه ماده‌ی ۳۸۶ ق.ت. مقرر می‌دارد: «اگر مال‌التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود. مگر این‌که ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال‌التجاره یا مستند به تقصیر ارسال‌کننده یا مرسل‌آلیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آن‌ها داده‌اند و یا مربوط به حادثی بوده است که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری نماید...» و در ماده‌ی ۱۲ قانون مسئولیت مدنی نیز آمده است: «کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است، مگر این‌که محرز شود تمام احتیاط‌هایی را که اوضاع و احوال قضیه ایجاب می‌نمود به عمل آورده و یا این‌که اگر احتیاط‌های مزبور را به عمل می‌آورد باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی‌بود...» بنابراین چنانچه دفع حادثه خارجی توسط اشخاص متعارف ممکن نباشد رافع مسئولیت خواهد بود ولو این‌که استثنائاً دفع آن از جانب انسانی خیلی قوی میسر باشد. زیرا نمی‌توان از متعهد توقع داشت که همانند یک انسان افسانه‌ای در اجرای تعهد خود عمل نماید<sup>۲</sup> و اگرچه تحت عنوان نیروی غیرقابل اجتناب از قوه‌ی قاهره به معنی اخص که شامل حوادث طبیعی می‌گردد، تعریف به عمل آمده است ولی ملاک غیرقابل اجتناب بودن این حادثه، اعمال دقت و احتیاط متعارف برای اجتناب از حادثه می‌باشد.

#### ۷ - قلمرو تأثیر قوه‌ی قاهره در مسئولیت‌های مدنی

مسئولیت مدنی به دو شعبه مهم تقسیم می‌شود؛ قراردادی و خارج از قرارداد (قهری). مسئولیت، در صورتی قراردادی است که اولاً بین زیان‌دیده و عامل ورود زیان (قرارداد نافذی) وجود داشته باشد و ثانیاً خسارت، بر اثر عدم اجرای مفاد این قرارداد به وجود آمده باشد. فقدان یکی از این دو شرط، مسئولیت را تابع قواعد ضمان قهری و به بیان دیگر، خارج از قرارداد می‌کند. درباره تأثیر قوه‌ی قاهره در هر دو حوزه اتفاق نظر وجود دارد.<sup>۳</sup>

۱. کاتوزیان، همان، ص. ۲۱۶.

۲. همان، ص. ۲۱۷.

۳. کاتوزیان، مسئولیت مدنی - ضمان قهری، صص. ۲۹۲-۲۹۰.

البته در قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی سخنی راجع به تأثیر قوهی قاهره در معافیت از مسئولیت در ضمان قهری به میان نیامده است، تنها در مبحث «خسارت حاصله از عدم اجرای تعهدات قراردادی» است که قانون مدنی با مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ وجود این عامل را سبب معاف شدن مدیون از خسارت اعلام می‌کند. به همین جهت هم مرسوم آن است که در حقوق ما، قوهی قاهره و آثار آن در بخش معاملات و خودداری از اجرای قرارداد مطرح و مورد بحث قرار گرفته و می‌گیرد.

«با وجود این نباید چنین پنداشت که اثبات قوهی قاهره در زمینه ضمان قهری نقشی در معاف شدن مدیون ندارد. زیرا با انشای احکامی مانند مادهی اول قانون بیمه اجباری کسی که به حکم قانون جبران خسارت را به عهده دارد ناچار است برای رهایی از بند مسئولیت، ایجاد خسارت را منسوب به قوهی قاهره سازد.»<sup>۱</sup>

## ۸- مصادیق قوهی قاهره

### ۱- ۸- تلف موضوع

در حقوق ایران، حکم کلی مربوط به تلف موضوع تعهد در مادهی ۳۸۷ ق.م. در مبحث بیع ذکر گردیده است که به موجب آن: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود...» همین حکم در اجاره نیز وجود دارد، چه طبق مادهی ۴۸۳ ق.م. اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود. در مورد مادهی ۲۸۷ اختلافات و بحث‌های زیادی وجود دارد. دکتر کاتوزیان این حکم را یک حکم استثنایی دانسته و آن را برخلاف قواعد عمومی معاملات و احکام آن قلمداد کرده‌اند. استدلال ایشان این است که عقد بیع تملیکی است و در اثر توافق طرفین و به محض انعقاد عقد، مبیع به ملکیت مشتری درمی‌آید و اگر نزد بایع می‌ماند، امانت است. یعنی بایع، امین خریدار بوده و ضامن تلف قهری آن نیست.<sup>۲</sup>

۱. همان، ص. ۲۹۲.

۲. امامی، همان، ص. ۴۶۷.

برخی دیگر، این حکم را یک حکم کلی و مطابق قواعد عمومی عقود دانسته‌اند. استدلال آن‌ها این است که در عقد بیع هدف واقعی طرفین فقط انتقال مبیع یا ثمن نمی‌باشد. منظور خریدار این است که در مقابل پولی که به بایع می‌دهد بتواند مبیع را متصرف شود و از آن استفاده نماید و منظور بایع نیز این است که با انتقال مبیع به خریدار بتواند در ثمن تصرف کند. حال، انتقال مالکیت به تنهایی این هدف را میسر نمی‌سازد و اگر بایع و مشتری بدانند که بر ثمن یا مبیع مسلط نمی‌شوند، هیچ‌گاه حاضر به انعقاد بیع نمی‌شوند. لذا عادلانه این است که قاعده‌ای که به موجب آن تعهدات طرفین بر اثر تلف موضوع عقد یا تعهد ساقط می‌شود قاعده‌ای کلی بوده و مستثنی از قواعد عمومی عقود نباشد.<sup>۱</sup> حال با توجه به استدلال اخیرالذکر و به خصوص این که مقنن در مبحث مربوط به اجاره نیز تلف موضوع اجاره را سبب انفساخ عقد می‌داند، به نظر می‌رسد که حکم مذکور در ماده ۳۸۷ ق.م. حکمی کلی بوده و در تمام عقود معوض قابل اجرا می‌باشد.

#### ۲- ۱- ممنوعیت قانونی

عمل قانونگذار یا دستور دولتی ممکن است قوه‌ی قاهره به شمار آید و این در صورتی است که این عمل یا دستور، اجرای تعهد را غیرقانونی و نامشروع و در نتیجه غیرممکن گرداند. عدم امکان اجرای تعهد ممکن است عادی و فیزیکی و یا حقوقی و قانونی باشد. قاعده عمومی این است که اجرای قرارداد هنگامی که مستلزم نقض حقوق یا دستور یا تصویب‌نامه دولتی باشد، نمی‌تواند الزامی باشد. اجرای قرارداد در چنین مواردی، تجاوز به نظم عمومی قلمداد می‌شود<sup>۲</sup> و حتی برخی گنجاندن شرط مخالف در قرارداد را نیز به علت مخالفت با نظم عمومی باطل دانسته‌اند.<sup>۳</sup>

قابل ذکر است چنانچه ممنوعیت اعلام‌شده از طرف دولت، موقتی باشد سبب تعلیق اجرای تعهد می‌گردد و چنانچه دائمی و همیشگی باشد، سبب سقوط تعهد یا انقضای قرارداد می‌باشد.<sup>۴</sup> در مورد قابلیت استناد به ممنوعیت قانونی از طرف اشخاص حقیقی یا

۱. کاتوزیان، عقود معین، ج. اول، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵، ج. ۵، ص. ۲۰۷.

۲. صفایی، همان، ص. ۶۳۳.

3. Sweet & Maxwell, (Chity on contracts, general principles) P 1030.

۴. مؤمنی، همان، ص. ۲۷۹.

حقوقی حقوق خصوصی هیچ تردیدی وجود ندارد و این گونه اشخاص می‌توانند به منع قوانین به عنوان قوهی قاهره استناد کنند. ولی در مورد این که آیا اشخاص حقوقی حقوق عمومی یعنی شرکت‌های دولتی یا خود دولت می‌توانند به منع قانون اعلام شده از طرف دولت به عنوان قوهی قاهره استناد کنند یا خیر؟ برخی گفته‌اند چنانچه شرکت یا مؤسسه دولتی شخصیت حقوقی مستقل از دولت داشته باشد و وضع قانون جدید مانع اجرای تعهد وی گردد می‌تواند به استناد قوهی قاهره، خود را از اجرای تعهدات قراردادی معاف نماید. در غیر این صورت، چنانچه هدف از تغییر مقررات و وضع قوانین جدید، عدم اجرای تعهدات دولت باشد، دولت نمی‌تواند به قوهی قاهره استناد کند. ولی اگر وضع مقررات جدید به منظور حفظ مصالح عمومی باشد به نظر می‌رسد دولت بتواند به قوهی قاهره استناد کند.<sup>۱</sup> آنچه عادلانه به نظر می‌رسد این است که دولت واضع قانون، در هر حال، مسئول باشد. زیرا فی الواقع در این صورت، حادثه (منع قانونی) جنبه خارجی نداشته است. یعنی وضع قوانین و مقررات توسط خود دولت، یک مانع خارجی به حساب نمی‌آید، کما این که دولت می‌تواند در این گونه موارد تا زمان اجرای کامل قرارداد، خود، از وقوع حادثه (وضع قانون) اجتناب نماید.

### ۳-۱- جنگ

جنگ فی نفسه قوهی قاهره به حساب نمی‌آید بلکه متعهد باید ثابت کند که جنگ سبب عدم امکان اجرای تعهد شده است. پس چنانچه جنگ سبب دشواری اجرای تعهد گردد مثلاً بر اثر جنگ، مواد اولیه مورد نیاز کارخانه‌ای کمیاب شده و اجرای تعهد را غیرممکن سازد و اوصاف قوهی قاهره را دارا باشد، تعهد را از بین برده و شخص متعهد، مسئول عدم انجام تعهد نمی‌باشد.<sup>۲</sup>

## ۹- اثر قوهی قاهره در مسئولیت مدنی

### الف - بر مسئولیت قراردادی

در قلمرو مسئولیت مدنی قراردادی، به مجرد عدم اجرای تعهدات ناشی از قرارداد معتبر

۱. صفایی، همان، ص. ۱۴۳.

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، ص. ۲۱۲.

به تنهایی، تقصیر تلقی شده و موجب مسئولیت مدنی متعهد است. اثر فورس ماژور ممکن است برحسب مورد، سقوط تعهد و انحلال قرارداد یا تعلیق آن باشد.

اول - سقوط تعهد و انحلال قرارداد: در صورتی که فورس ماژور عدم امکان دائمی اجرای قرارداد را در پی داشته باشد، موجب انحلال قرارداد سقوط تعهد خواهد شد. در این صورت، فورس ماژور موجب برائت متعهد و معافیت او از مسئولیت است و متعهدله نمی تواند به علت عدم اجرای قرارداد، مطالبه خسارت کند.

دوم - تعلیق قرارداد: هرگاه بروز حادثه ای که موجب عدم امکان اجرای تعهد شده، موقت باشد، فورس ماژور موجب تعلیق قرارداد است و پس از رفع مانع، قرارداد اثر خود را باز می یابد. مشروط بر این که اجرای آن، فایده خود را حفظ کرده و منطبق با اراده طرفین باشد. تشخیص این که آیا بعد از انقضای مدت تعلیق، قرارداد فایده خود را حفظ کرده و اجرای آن با اراده طرفین سازگار است یا خیر، با دادگاه است و در صورتی که دادگاه تشخیص دهد که ماهیت قرارداد به کلی دگرگون شده و اجرای آن برخلاف اراده مشترک طرفین در زمان وقوع عقد است، حکم به انحلال آن خواهد داد.<sup>۱</sup>

ماده ۷۹) کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بین المللی کالا و ماده ۷۴) قانون متحدالشکل بیع بین الملل، شرایط تحقق قوه قاهره، موارد و روش های برخورد با آن را به طور مشخص بیان کرده است.

تأثیر قوه قاهره در قراردادهای بازرگانی بین المللی نیز انحلال تعهدات است در صورتی که اجرای آن را به طور دائم منتفی سازد؛ و تعلیق تعهد، اگر اجرای قرارداد، به طور موقت، ممکن نباشد.<sup>۲</sup>

#### ب - بر مسئولیت غیرقراردادی

در محدوده مسئولیت مدنی غیرقراردادی، اگرچه تشخیص قوه قاهره از مفاهیم مشابه

۱. صفایی، سیدحسین، قوه قاهره یا فورس ماژور - بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین الملل و قراردادهای بازرگانی بین المللی. (ر.ک.: www.vekalat.org)

۲. سلیمی، عبدالحکیم، آثار قوه قاهره در قراردادهای بازرگانی بین المللی. (ر.ک.: http://www.legalstudies.blogfa.com/post-10.aspx)

نظیر دفاع مشروع، اجبار و اضطرار ممکن است مشکل به نظر برسد ولی این مفاهیم حقوقی با هم قابل اشتباه نیستند. هر چند که اثر حقوقی و رژیم قضایی آنها تقریباً یکسان است. به عنوان نمونه، اضطرار نیز تحت شرایطی، رافع تقصیر است و عدم مسئولیت مضطر را به دنبال دارد. مضطر تنها در صورتی مسئول خواهد بود که مرتکب خطا و تقصیر بزرگی شده باشد.<sup>۱</sup>

درباره تأثیر قوه قاهره در مسئولیت غیر قراردادی باید بین دو مورد تفکیک قائل شد:

۱ - گاهی قوه قاهره تنها عامل ورود زیان است. در این حالت، خواننده از مسئولیت معاف می‌گردد. زیرا با اثبات قوه قاهره رابطه علیت بین فعل خواننده و زیان وارده از بین می‌رود و نمی‌توان خواننده را مسئول شناخت. در موردی که مسئولیت خواننده مبتنی بر تقصیر است با اثبات قوه قاهره از مسئولیت معاف می‌گردد. زیرا در این حالت، با اثبات قوه قاهره معلوم می‌گردد که وی مرتکب تقصیری نشده و لذا مسئولیتی ندارد. البته در این گونه موارد، چون معمولاً تعهد شخص یک تعهد به وسیله بوده و متعهد احتیاط و مراقبت لازم را در جهت نیل به نتیجه اعمال می‌کند و حصول نتیجه را تضمین نمی‌نماید، نیازی به اثبات قوه قاهره ندارد و متعهدله باید تقصیر و بی‌مبالاتی او را ثابت کند که با دخالت قوه قاهره اثبات تقصیر او امری دشوار است.<sup>۲</sup>

۲ - گاهی قوه قاهره یکی از عوامل ورود زیان به زیان دیده می‌باشد. در این زمینه در حقوق فرانسه، در برخی از آرای دیوان کشور پذیرفته شده است که چون زیان وارده بر اثر قوه قاهره و عمل عامل ورود زیان بوده باید مسئولیت بین آنها تقسیم شود. بعضی از استادان حقوق این کشور نیز این نظر را پذیرفته‌اند ولی استادان دیگر حقوق فرانسه و همچنین حقوق دانان کشور ما این نظر را نپذیرفته‌اند. به نظر می‌رسد که در این مورد باید بین حالت یک مسئولیت عامل ورود زیان، به موجب قانون، مفروض است با جایی که مسئولیت مبتنی بر تقصیر است، تمییز قائل شد؛ در موردی که مسئولیت عامل مفروض است، مسئول تنها در جایی از مسئولیت معاف می‌شود که قوه قاهره رابطه‌ی علیت بین

۱. ر.ک.: نقش اضطرار در مسئولیت مدنی ( <http://www.persiantoday.net/showthread.php?t=28077> ).

۲. کاتوزیان، اعمال حقوقی، ج. ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴، ص. ۲۲۰.

عمل و زیان وارده را از بین ببرد. درغیراین صورت، مسئولیت وی به قوت خود باقی خواهدبود. اما اگر قوهی قاهره همراه با تقصیر وی موجب ورود ضرر شده است، رابطه علیت بین عمل عامل و زیان وارده موجود می باشد و لذا وی همچنان مسئول باقی می ماند. از طرف دیگر، تقسیم مسئولیت بین قوهی قاهره و عامل باعث عدم جبران قسمتی از زیان وارده می گردد و از این رو، تقسیم مسئولیت ممکن نخواهدبود و در موردی که مسئولیت مبتنی بر تقصیر می باشد همین که تقصیر عامل ورود زیان احراز شد، وی مسئول است.<sup>۱</sup>

### نتیجه:

از آنچه گفته شد، چنین برمی آید که در قانون مدنی تعریفی از قوهی قاهره به عمل نیامده است ولی نویسندگان حقوق با تعابیر مختلفی آن را تعریف کرده اند.

قوهی قاهره «حادثه ای است که خارجی بوده و غیرقابل پیش بینی و اجتناب ناپذیر باشد». پس اگر حادثه ای که سبب عدم اجرای تعهد یا ورود زیان شده، به وسیله متعهد یا بر اثر تقصیر او به وجود آمده باشد، نمی توان آن را قوهی قاهره دانست. لذا همچنان مسئول باقی می ماند. وصف خارجی بودن قوهی قاهره از مادهی ۲۲۷ ق.م. استنباط می شود. چه طبق این ماده؛ «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تادیبه خسارت می شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام تعهد به واسطه علت خارجی بوده است که نمی توان مربوط به او نمود».

یکی دیگر از اوصاف قوهی قاهره این است که حادثه خارجی، غیرقابل پیش بینی باشد. این وصف، صریحاً در قانون مدنی نیامده است؛ ولی نویسندگان حقوقی به اتفاق عقیده دارند که قوهی قاهره، حادثه ای است که غیرقابل پیش بینی باشد. ملاک غیرقابل پیش بینی بودن، زمان انعقاد قرارداد (در مسئولیت قراردادی) یا زمان وقوع حادثه زیان بار (در مسئولیت غیرقراردادی) می باشد. البته حادثه ای که قوهی قاهره به شمار می رود باید برای يك شخص متعارف که در موقعیت متعهد قرار می گیرد، غیرقابل پیش بینی باشد.

وصف دیگر قوهی قاهره این است که غیرقابل اجتناب باشد. یعنی غیرقابل دفع بوده و نتوان از آن پرهیز نموده یا مقابل آن مقاومت نمود. این وصف به صراحت در

۱. کاتوزیان، ضمان قهری و مسئولیت مدنی، ج. ۲، صص. ۲۹۴ و ۲۶۱.



ماده‌ی ۲۲۹ ق.م. با تعبیر «...دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست» بیان شده است.

در این پژوهش، نقش قوه‌ی قاهره بر مسئولیت مدنی مورد بررسی قرار گرفت. مسئولیت مدنی اعم است از قراردادی و غیرقراردادی. مسئولیت قراردادی، عبارت است از آن که بین دو شخص، قراردادی منعقد شده باشد و بر اثر عدم اجرا، تأخیر در اجرا و یا سوء اجرای تعهدات ناشی از آن از ناحیه یکی از متعاقدين، به طرف دیگر ضرری وارد شود. اگر عدم اجرا یا تأخیر در اجرای قرارداد بر اثر قوه‌ی قاهره باشد، کسی که قرارداد را اجرا نکرده یا با تأخیر اجرا کرده، از مسئولیت معاف می‌شود. البته وقتی اجرای تعهد یکی از طرفین بر اثر قوه‌ی قاهره غیرممکن شود، تعهد طرف مقابل نیز ساقط می‌شود و این امر ناشی از تقابل و همبستگی بین تعهدات طرفین است. مسئولیت غیرقراردادی، در جایی است که بین دو شخص هیچ قراردادی موجود نبوده و یکی از آن‌ها بر دیگری زبانی برساند و یا اگر قراردادی وجود داشته، ورود ضرر به یکی از آن‌ها هیچ ارتباطی با قرارداد منعقد ندارد. در مورد تأثیر قوه‌ی قاهره در این مسئولیت باید دو حالت را از یکدیگر تفکیک کرد؛ گاهی قوه‌ی قاهره تنها عامل ورود زیان است. در این صورت، شکی نیست که قوه‌ی قاهره کسی را که به ظاهر مسئول زیان وارده است از مسئولیت معاف می‌کند چون در این مورد با دخالت قوه‌ی قاهره، رابطه‌ی علیتی که ظاهراً بین عمل خواننده و ورود زیان وجود دارد، قطع می‌شود و لذا خواننده از مسئولیت مبرا می‌گردد. گاهی قوه‌ی قاهره یکی از عوامل ورود زیان است. این حالت را نیز باید تقسیم کرد؛ گاهی اوقات مسئولیت عامل ورود زیان، به موجب قانون، مفروض است که در این صورت، عامل در صورتی از مسئولیت معاف می‌شود که ثابت نماید قوه‌ی قاهره رابطه‌ی علیت بین او و ورود زیان را از بین برده است. حال، در جایی که عمل خواننده و قوه‌ی قاهره، سبب ورود زیان باشند، رابطه‌ی علیت بین عمل خواننده و زیان وارده هم‌چنان باقی بوده و لذا قوه‌ی قاهره، رافع مسئولیت نمی‌باشد.

گاهی مسئولیت مبتنی بر تقصیر است. در این صورت، چنانچه عوامل مختلفی در ورود زیان دخالت داشته باشند و در صورتی که عمل خواننده و قوه‌ی قاهره، سبب ورود زیان

باشند چون خواننده مرتکب تقصیر شده، مسئول است و لذا قوهی قاهره او را از مسئولیت معاف نمی‌کند.

### منابع و مآخذ:

- ۱- اسماعیلی، محسن، *مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام، ایران، ۱۳۸۲*، تصمیمات و آرای دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا.
- ۲- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی، ج. اول، ۱۳۷۲*، انتشارات اسلامیه.
- ۳- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، *ترمیمولوژی حقوق، ۱۳۴۶*، ابن سینا.
- ۴- سماواتی، حشمت ا...، *۱۳۸۰*، *خسارت ناشی از عدم انجام تعهد در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی دیگر*.
- ۵- سلیمی، عبدالحکیم، *آثار قوهی قاهره در قرارداد‌های بازرگانی بین‌المللی*.  
(<http://www.legalstudies.blogfa.com/post-10.aspx>)
- ۶- سنهوری، عبدالرزاقی، *۱۹۶۷م.، مصادر الحق، بین*.
- ۷- صفایی، سید حسین، *مقاله فورس‌ماژور، مجله حقوق، ش. ۳*.
- ۸- علامه حلی، *تذکره الفقهاء، ج. ۲*.
- ۹- قائم مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات، ج. اول، ۱۳۷۸*، نشر میزان.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی، ج. ۲، ۱۳۸۴*، شرکت سهامی انتشار.
- ۱۱- \_\_\_\_\_، *قواعد عمومی قراردادها، ج. ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵*، ج. ۷.
- ۱۲- \_\_\_\_\_، *قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، ۱۳۸۵*، شرکت سهامی انتشار.
- ۱۳- \_\_\_\_\_، *عقود معین، ج. اول، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۵*، ج. ۵.
- ۱۴- \_\_\_\_\_، *مسئولیت مدنی، ج. اول، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷*، ج. ۸.
- ۱۵- \_\_\_\_\_، *مسئولیت مدنی، ج. ۲، ۱۳۸۷*، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۶- معدل، جلیل، *مقاله بحثی درباره فورس‌ماژور و حادثه غیرمترقبه*.
- ۱۷- مؤمنی، فرامرز، *جزوه حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی*.
- ۱۸- *نقش اضطرار در مسئولیت مدنی*، (<http://www.persiantoday.net/showthread.php?t=28077>).
- 19 - Black , Henrie compbell)1983(, "Blacks Law Dictionary Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, ancient and Modern"; West Publishing.
- 20 - Saul Litvinoff)1977(, "Louisiana Civil Law Treatise", Vol.6, Law of Obligation, West Pub. Co.
- 21- Sweet & Maxwell," Chitty on contracts, general principles"; General Editor: Professor Hugh Beale.

## فرهنگ لغات و اصطلاحات وقف

(بخش هشتم)

سید جلیل محمدی<sup>۱</sup>

**تَحْبِيس** - حبس کردن. مالی را در راه خدا وقف کردن. درآمد ملکی را وقف کارهای خیر کردن. (فرهنگ عمید)

تَحْبِيس: عمل حبس و حبس در اصطلاح فقهی و حقوقی، عبارت است از این که حق انتفاع مالی (منقول یا غیرمنقول) برای اعمال بریّه یا اشخاص معین واگذار شود. و آن اقسامی دارد: وقف عُمری، سُکنی، رُقبی.

حبس بر دو نوع است: مطلق و مؤبد و مراد از مطلق، معنای عام کلمه است که مثال تمام انواع حقوق انتفاعی است.

و مراد از حبس مؤبد معنای خاصّ کلمه، یعنی واگذاری منافع مالی برای امور خاصّ یا افراد معین بدون این که عین ملک از ملکیت خارج شود. این عمل حقوقی از جهت تسبیل منافع همانند وقف است و از این جهت عین مال، از ملکیت حابِس خارج نمی‌شود و با وقف، امتیاز پیدا می‌کند.

۱. دادستان بازنشسته‌ی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور.

تمام اقسام بالا، تحت عنوان حق انتفاع به معنای عام قرار دارد. (حقوق مدنی، سیدحسین امامی، ج. اول، ص. ۵۹ به بعد) (از لغت‌نامه دهخدا) ← سکنی، رقبی و عمری

**تحتانی** - زیری. زیرین. پایینی || عموماً در عمارت استعمال کنند. (لغت‌نامه دهخدا)

- مورد وقف عبارت است از شش دانگ عمارت تحتانی و فوقانی پلاک شماره ... به انضمام محوطه متصله.

**تحدید حدود** - تعیین حدود: مشخص کردن حد و مرز ملک، مانند تحدید حدود خانه، باغ، زمین، مزرعه، مغازه و غیره. || حد و مرز ملک را معین کردن.

- جملگی شش دانگ باغ مُعنب و مشجر ... که مُستغنی از تحدید و توصیف است. (سند وقف عادی قدیمی ۱۳۹۸ ه. ق.)

**تحریر** - نوشتن و کتابت کردن. نوشتجات و مکتوبات. (لغت‌نامه دهخدا) || نگارش. نوشتن || تحریر اسناد مالکیت تحریر اسناد رسمی. (مؤلف)

- غرض از تحریر (تسطیر، تصدیر، ترقیم، ترقین، تنسیق، تنمیق) این وقف‌نامه ...<sup>۱</sup>

**تحریر ترکه** - صورت‌برداری از ترکه و دیون متوفی. فهرست‌برداری از ماترک و بدهی‌های شخص فوت‌شده.

- مقصود از تحریر ترکه، تعیین مقدار ترکه و میزان بدهی‌های شخص فوت‌شده می‌باشد. (ماده‌ی ۲۰۶ قانون امور حسبی)

**تحریرالولد** - یعنی پسر خود را وقف خدمت مسجد و ... بنماید.

- تحریرالولد قبل از اسلام از جمله نذرهای مشروع مردم بود. (مجمع البحرین. از اصطلاحات فقهی)

**تحصیل مدرک** - فراهم آوردن دلیل و مدرک و نوشته. جمع‌آوری مدرک برای کاری یا امری: اظهارات شفاهی برای هزینه کردن و به‌مصرف رساندن عواید موقوفه کافی نیست، نیاز به تحصیل مدرک و ارائه آن به شعبه حسابرسی تحقیق دارد. (برداشت از یک گزارش ملک وقفی)

۱. توضیح: این کلمات در مقدمه و آغاز برخی از اسناد قدیمی نوشته می‌شد. (مؤلف)

**تحقق وقف** - اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد، وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به قبض داد، وقف تحقق پیدا می‌کند. (ماده‌ی ۵۹ ق.م.)

**تحقیق** - رسیدگی و واریسی کردن. به کند مطلب رسیدن و واقع چیزی را به دست آوردن. (لغتنامه دهخدا)

|| به حقیقت امری رسیدگی کردن. (فرهنگ معین)

شعب تحقیق سازمان اوقاف و امور خیریه. ← شعب تحقیق اوقاف

**تحقیقات محلی** - استماع گواهی گواهان محلی را توسط دادرس دادگاه، تحقیقات محلی گویند. (ترمینولوژی حقوق) || کسب آگاهی از اهالی محل و معتمدین و همسایگان و مجاورین شخص یا مورد اختلاف و گواهی شهود به وسیله نماینده دادگاه، اداره ثبت اسناد و املاک (مؤلف)

**تحقیق محلی** - عبارت است از به دست آوردن اطلاعات اهل محل راجع به امری که مورد ادعا (یا موضوع تقاضا) می‌باشد. || اطلاعات اهل محل در حقوق اسلام استفاضه نامیده شده است. اطلاعات اهل محل مانند شهادت است با این فرق که - شاهد آنچه از قضیه به وسیله‌ی حواس خود مستقیماً درک نموده بیان می‌نماید، برخلاف اطلاعات اهل محل که آن‌ها دانستنی‌های خود را برای دادرس حکایت می‌نمایند، خواه آن دانستنی‌ها محسوسات و یا استنباطات آن‌ها باشد و یا آن که مسموعات از دیگران. (سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ج. ۶، ص. ۲۴۳)

**تحویل** - تغییر و تبدیل. انتقال دادن. جابجا کردن. (فرهنگ عمید) || دادن چیزی یا کار و مسئولیتی را به دیگری. (مؤلف)

«و لن تجد لسنن الله تحویلاً؛ و هرگز طریقه حق تعالی (سنت الهی) تغییر نمی‌پذیرد». (آیه‌ی شریفه‌ی ۴۳ سوره‌ی مبارکه‌ی فاطر)

**تحویلدار** - آن که چیزی به او تحویل کنند. خزانه‌دار. کسی که نقدی و جنسی به وی سپرده که موقع لزوم تحویل بدهد. (فرهنگ عمید)

**تحویل و تحول** - تغییر و تبدیل و جابجایی کار و مسئولیت و یا شیئی و یا اشیایی.

**تخصیص** - اختصاص دادن. ویژه کردن. چیزی را به چیز دیگر مخصوص داشتن. (فرهنگ عمید) || تخصیص اعتبار.

**تخطی** - خطا کردن. از حد خود تجاوز کردن. (فرهنگ عمید) || از قرارداد منعقد تخطی کرد: از قرارداد و پیمان بسته شده تجاوز کرد و پا را فراتر گذاشت. (مؤلف)

- چنانچه متولی از مضمون وقف نامه تخطی کند به عذاب الهی دچار گردد. (از یک وقف نامه عادی خودنوشت)

**تخلف** - برخلاف قوانین و مقررات کاری انجام دادن. خلاف دستور. کاری مرتکب شدن. خلف وعده عمل کردن.

- تحقیق و رسیدگی در مورد تعدی و تفریط و مسامحه و اهمال متولیان و امان و نظار و ... در صورت تعدی و تفریط و تخلف اعلام جرم و انعکاس موضوع به دادسرا.

(بند ۵ از ماده ۶ آیین نامه شعب تحقیق اوقاف)

**تخمین** - گمان. تعیین کردن مقدار و ارزش چیزی به حسب گمان. (نعت نامه دهخدا) || تعیین اندازه و مقدار و مساحت ملکی و ارزش چیزی به نظر. (مؤلف) || (فقه) تعیین مقدار و ارزش چیزی به حسب گمان و ظن می باشد. (اصطلاح فقهی)

- برای تعیین حق الثبت ... ریال تخمین شد. (میراث ماندگار ص. ۱۷۵. ج. اول)

**تداخل** - داخل شدن چیزی در چیزی. در یک دیگر داخل شدن. || تداخل حدود: در اصطلاح ثبت، حد و حدود دو یا چند قطعه ملک که داخل هم شده باشد. یا تداخل خط و نوشته.



مورخ از کتاب التواریخ و در شرحی که در بیان سلسله دولت و خلافت کرده است  
 شریف از او صاف شجره طیبه نور که مستخرج از امامت و خلافت سید محمد باقر است  
 و شریف از ابن المومنین تا سید محمد باقر که تعلق و لفظ بصیرت شریفه و قفسه نور  
 و قفسه صحیح شریفی بخلاف نور که در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 که کفر در نور و شرف و شرف و قفسه نور که در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 منافع آن نیز زیاده بر یکسال که شرف و با شرف است و سبب از نظم و الوار و اصلاح و شرف  
 با جاره ندمه و شرف و شرف و قفسه نور را تفویض نموده و لا نفسی است  
 صلاحیت و شرف و قفسه نور که در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 تفصیل سبب شرف و شرف و شرف که خادم شرف است و شرف که در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 شرف و شرف که در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 زکوة را در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 و عقبا بود عقبت شرف و شرف در شرفی و خدا ترستی و شرفی که در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 و اگر اولاد و زکوة را در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 زکوة را در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 با وجود شرف و شرف و زکوة را در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 اولاد و شرف را در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 دار شرف و اصلیت مقدم علی سلطان و شرف و شرف و زکوة را در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 اولاد و اولاد را در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 محمد بن شرف شرفی در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 واقع شرف را در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 خود تصرف بود شرف را در بیان این امر است که این صفت را در بیان  
 شرف را در بیان این امر است که این صفت را در بیان

(Marginal notes in smaller script, likely commentary or additional historical details related to the main text.)





## عقد استصناع و بررسی ماهیت آن

فاطمه اعتمادیان\*

چکیده:

استصناع به معنای طلب ساخت یا تولید می‌باشد و در این قرارداد، صنعت‌گر متعهد به تهیه مواد اولیه و ساخت مصنوع مطابق اوصاف و ویژگی‌های موردنظر سفارش‌دهنده می‌گردد. آنچه به فقه امامیه منتسب می‌گردد عدم صحت چنین قراردادی است. در مقابل عده‌ای قائل به صحت این قرارداد بوده و آن را به عقود نظیر بیع سلف، جعاله یا اجاره ملحق نموده‌اند. اما به نظر می‌رسد که استصناع، عقدی صحیح و مستقل بوده و در زمره هیچ‌یک از عقود معین به شمار نمی‌آید. این مقاله، عهده‌دار بررسی این مسأله براساس قوانین اسلامی و موازین فقه امامیه می‌باشد.

**کلید واژگان:** استصناع، بیع سلف، اجاره، جعاله، اصل آزادی قراردادها.

مقدمه:

سفارش ساخت کالا از دیرباز مورد تعامل بوده است و در جامعه امروز نیز به وفور تمایل مردم در معاملاتشان به این عقد مشاهده می‌گردد. هم‌اکنون با پیشرفت جوامع بشری و ورود تکنولوژی به زندگی انسان‌ها نیازهای جامعه نیز متفاوت گشته و سفارش‌های انسان‌ها

\* . کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی.

از ساخت اشیای ساده‌ی ابتدایی به ساخت هواپیما، فرودگاه، سد، بیمارستان و پروژه‌های عظیم صنعتی و فن‌آوری‌های نوین همچون فضاپیما و مانند آن تغییر پیدا کرده و موضوع قرارداد استصناع توسعه یافته است. از این رو، در مکاتب مختلف حقوقی سعی شده است برای آن محملی پیدا شود. اگر استصناع در چارچوب عقدهای متعارف بگنجد، طبیعی است که احکام همان عقود بر این عقد نیز بار می‌شود و اگر عقد مستقلی شمرده شود، چارچوب‌هایی که عقلاً برای آن عقد در نظر می‌گیرند و بدان عمل می‌کنند، مادامی که با حکمی از احکام اسلام مخالفتی نداشته باشند، به طور کامل مورد پذیرش است.

سعی این مقاله بر آن است که فرضیه مستقل بودن عقد استصناع را ثابت نماید تا آن را از قید و بند قواعد اختصاصی باب بیع و اجاره رها کرده و صرفاً قواعد عمومی باب معاملات در آن جاری گردد و با توجه به این که تحقیق در حوزه علوم اسلامی قرار دارد، روش تحقیق، توصیفی تحلیلی است.

#### ۱- بررسی عقد استصناع از دیدگاه فقیهان و دلایل مشروعیت آن

«استصناع» در لغت، از ریشه صنع و مصدر باب استفعال در ثلاثی مزید و به معنای طلب ساخت یا تولید است. و در اصطلاح، به معنای قراردادی است که صنعتگر متعهد به تهیه مواد اولیه و ساخت مصنوع مطابق اوصاف و ویژگی‌های مذکور در قرارداد و تحویل آن در موعد مقرر می‌گردد و مستصنع نیز متعهد به پرداخت مبلغ توافق شده در قرارداد می‌باشد. اما سفارش ساخت کالا و احداث پروژه دارای صور مختلفی است که از دید عرف متفاوتند. این صور عبارتند از:

الف - سفارش ساخت تعدادی کالای معین. ب - سفارش ساخت تعدادی کالای معین با ویژگی‌هایی خاص. ج - سفارش احداث طرح یا پروژه‌ای با ویژگی‌هایی خاص. د - سفارش ساخت و تکمیل کالا یا طرح نیمه تمام. ه - سفارش ساخت برای انجام معامله.<sup>۱</sup>

در بین فقها و علمای شیعه در دوره‌های گذشته اندکی از افراد به چشم می‌خورند که در مورد استصناع آن هم به صورت مختصر اظهار نظر نموده‌اند و سایر فقیهان در این باب

سکوت اختیار نموده و متعرض این مسئله با عنوان استصناع نشده‌اند.

ظاهر سخن شیخ طوسی در کتاب الخلاف<sup>۲</sup> بطلان این عقد است اما عده‌ای بر این عقیده‌اند که این امکان وجود دارد که مقصود ایشان تنها نفی لزوم از قرارداد استصناع بوده است، نه باطل دانستن اصل آن و این عده عقد استصناع را صحیح دانسته و معتقدند این عقد، عقدی جایز می‌باشد که هرگاه طرفین آن بخواهند، می‌توانند آن را فسخ نمایند.<sup>۳</sup> با توجه به بررسی‌های انجام شده روی نظرات و آرای فقهای اهل سنت به نظر می‌رسد که اکثر مذاهب قائل به صحت عقد استصناع می‌باشند و آن را پذیرفته‌اند اما در چگونگی صحت آن اختلاف نظرهایی دارند.

مذهب حنفی، استصناع را عقدی مستقل می‌داند<sup>۴</sup> و استحسان و عرف را به عنوان ادله‌ای برای صحت آن بیان نموده‌اند.<sup>۵</sup>

در نظر حنبلی‌ها استصناع معامله مشروعی نیست؛ زیرا در بیع صحیح، شرط است که فروشنده بتواند کالا را در زمان معین تحویل دهد و کالایی را که نتوان به هنگام عقد تسلیم نمود مانند معدوم است و همچنان که بیع کالای معدوم جایز نیست، بیع کالایی که شبیه معدوم است نیز جایز نمی‌باشد.<sup>۶</sup> مالکی‌ها و شافعی‌ها نیز این عقد را ملحق به بیع سلم داشته‌اند و تمام شروط سلم را در آن معتبر می‌دانند.<sup>۷</sup>

امروزه که تمایل انسان‌ها به عقد استصناع در معاملاتشان بخصوص در کشور ما که اکثریت جمعیت آن شیعه هستند، به وفور مشاهده می‌گردد، باید مشروعیت این عقد ثابت شود تا مشخص گردد که این معاملات محکوم به بطلان نیستند.

در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که فقها برای اثبات برخی موارد از جمله عقود به آن‌ها استناد کرده و صحت عقود را با توجه به آن آیات استدلال نموده‌اند. از جمله آیاتی که می‌توان برای اثبات صحت عقد استصناع استفاده نمود، آیه (۱) سوره مائده می‌باشد که می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا اؤفوا بالعقود».

منظور از عقود در این آیه، هم عهدهای بندگان با خداوند متعال و هم عهدهای بندگان با یکدیگر است. زیرا لفظ «العقود» عام می‌باشد و «ال» جنس بر سر آن آمده است<sup>۸</sup> هر

چند برخی آن را «ال» عهد گرفته و این واژه را بر عقود متداول در شریعت<sup>۹</sup> یا عقودی همچون بیع، نکاح و ... که در زمان نزول این آیه در بین مردم متداول بوده است<sup>۱۰</sup> حمل کرده‌اند.

از نظر نگارنده، «اوفوا بالعقود» هم شامل عقود متداول در زمان شارع می‌شود و هم شامل عقود جدیدالتأسیس؛ به شرط دارا بودن شرایط و اوصاف اصلی عقد و مطابقت با عرف. و غالب فقها مقتضای این آیه را هر معامله عقلایی و هر تجارت مبتنی بر تراضی می‌دانند. به این شرط که دلیل بر فساد آن نباشد و از نظر ایشان، این آیه و آیات مانند آن دربردارنده‌ی يك حکم کلی هستند و اختصاص به عقود معین ندارند.<sup>۱۱</sup>

حضرت امام خمینی (ره) می‌فرماید: «بدون تردید این آیه کلیه‌ی قراردادهای رایج در بین مردم را که عرفاً به آن‌ها عقد گفته می‌شود، دربرمی‌گیرد و عدم وجوب وفا به این قراردادها، مخالف عمومات ادله است. بنابراین هر نوع توافقی که عرفاً عقد نامیده می‌شود و مخالفتی با موازین شرعی ندارد، مشمول عموم و اطلاق این آیه خواهد بود».<sup>۱۲</sup>

پس می‌توان گفت مواردی که مشمول عمومات و اطلاقات ادله‌ای می‌باشد که شارع آن‌ها را به صورت کلی بیان کرده و در مورد آن‌ها نظر خاصی نداشته است مثل آیه‌ی «اوفوا بالعقود»، هر عقد عرفی را دربر گرفته و شامل معاملات جدید نیز می‌شود. همه‌ی عقود جدید از جمله استصناع، سرقفلی و... که از نظر عقلاً دارای منفعت می‌باشد و مفسده‌ای که شارع مقدس از آن نهی نموده باشد، در آن نباشد، مشمول این آیه بوده و صحیح است.

آیه (۲۹) سوره نساء می‌فرماید: «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ». در این آیه، شارع مقدس طریقه‌ی تحصیل اموال دیگران را منحصر در تجارت و طرقی نموده است که بر رضایت طرفین معامله مبتنی باشد و مالک در مقابل از دست‌دادن مال خود، عوضی را به دست آورد. با توجه به این آیه که به‌عنوان مرجعی عام مورد استفاده‌ی فقها قرار گرفته و مبنای بسیاری از قواعد مربوط به اموال و معاملات در

حقوق اسلام می‌باشد می‌توان به صحت و مشروعیت عقد استصناع در صورت دارا بودن شرایط اصلی عقود و رضایت طرفین پی برد.

روایت نبوی معروفی که به صورت قاعده فقهی «المؤمنون عند شروطهم» درآمده و مورد استفاده بسیاری از فقها و حقوق دانان قرار گرفته است، دلیل سوم مشروعیت و صحت عقد استصناع است.

در روایت عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله (ع) آمده است: «المسلمون عند شروطهم، الا کل شرط خالف کتاب الله عز و جل فلا یجوز».<sup>۱۳</sup>

در این روایت مشاهده می‌گردد که شروطی را که مخالف با کتاب خدا می‌باشد، جایز ندانسته و نفوذ قاعده را در شروطی که موافق با کتاب خداست، اعلام می‌دارد.<sup>۱۴</sup> پس هر نوع شرطی که در طی عقدی واقع گردد بر مسلمانان واجب‌الوفا است مگر آنکه مخالف کتاب خدا باشد.

عرف و عادت نخستین مظهر حقوق یک جامعه و درون‌مایه و جوهره کلیه نظام‌های حقوقی دنیا است. اهل سنت برای عرف ویژگی‌هایی را قائل هستند. یکی از این ویژگی‌ها از نظر ایشان این است که عرف مقید و مخصّص نص است که البته این ویژگی مربوط به عرف لفظی است.<sup>۱۵</sup> اما درباره عرف عملی، برخی آن را جایز نمی‌دانند.<sup>۱۶</sup> ولی پیروان مکتب عرف بر این باورند که هرگاه عرف اخص از نص باشد، جمع این دو، تخصیص یا نص را می‌طلبد<sup>۱۷</sup> در این صورت هم نیاز مردم که در عرف منعکس شده، مراعات گردیده و عسر و حرجی هم پدید نخواهد آمد و هم نص در باقی‌مانده دایره شمول خود به اجرا درآمده است. در این مورد می‌توان به عقد استصناع اشاره کرد. زیرا از یک‌طرف در حدیث نبوی آمده است که پیامبر از بیع آنچه موجود نیست، نهی فرموده است جز در مورد سلم که آن را اجازه داده است. از سوی دیگر «استصناع» پدیده‌ای است مورد ضرورت و نیاز واقعی مردم که از نظر روایت مذکور فاقد اعتبار شرعی است. پس اگر برای این پدیده چاره‌ای اندیشیده نگردد، عدم اعتبار شرعی استصناع که روایت مذکور به آن حکم می‌کند، موجب عسر و

حرج افراد جامعه می‌گردد. لذا در توجیه اباحه استصناع عرف را مخصص نص قرار داده و گفته‌اند، «بیع سلم» به وسیله دلیل لفظی و «استصناع» به جهت ضرورت وجودی خود از حکم کلی موجود در حدیث نبوی مستثنا گردیده و اعتبار حکم موجود در روایت در غیر دو مورد «سلم» و «استصناع» می‌باشد.

با توجه به پیشرفت جامعه و نیازهای مردم که روز به روز جدیدتر می‌شوند، نسبت به عقد استصناع که از گذشته وجود داشته است، بیشتر احساس نیاز می‌شود و از طرف دیگر، این عقود در جوامع بشری بسیار کاربرد داشته و سیره‌ی عقلا آن را تأیید می‌نماید و با توجه به نظر اکثر حقوق دانان و فقها که معتقدند جواز و لزوم عقود، ناشی از بنای عقلا و از احکام امضایی است نه تأسیسی<sup>۱۸</sup>، می‌توان به مشروعیت و صحت عقد استصناع پی برد. و اما اصل آزادی قراردادهای، دلیل دیگری بر مشروعیت عقد استصناع می‌باشد. ماده‌ی ۱۰ ق.م.<sup>۱۹</sup> بیانگر این اصل می‌باشد. این ماده تمام انواع قراردادهای خصوصی را با رعایت شرط مندرج در آن ماده دربرمی‌گیرد بدون آن که از این گونه قراردادهای و شرایط و عناوین آن‌ها به‌طور خاصی در قانون مدنی ذکری به میان آمده باشد.

## ۲ - بررسی ماهیت عقد استصناع

### ۱ - ۲ - بررسی عقد بیع و مقایسه آن با عقد استصناع:

در معنای اصطلاحی بیع گفته شده است: «البيع هو انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي».<sup>۲۰</sup> برای کالایی که سفارش ساخت آن داده می‌شود سه صورت را می‌توان تصور کرد:<sup>۲۱</sup>

**الف - کالا ساخته شده و آماده در انبار یا مغازه موجود است و سفارش دهنده از سازنده تعدادی از آن کالاها را درخواست می‌نماید، یعنی پس از رؤیت آن کالا را در مقابل ثمن معین و معلوم خریداری می‌کند.**

این نوع معامله همان بیعی است که هر روز در جامعه انجام می‌گیرد. اگر دقت کنیم متوجه می‌شویم که اصلاً سفارش ساختی صورت نگرفته است بلکه مشتری کالای موجود

نزد فروشنده را خریداری کرده است. لذا این قرارداد که بیع یا از مصادیق بیع می‌باشد باید تمام شرایطی که در عقد بیع وجود دارد از جمله صیغه عقد، متعاقبین و عوضین را دارا باشد و تمام احکام بیع در آن جریان داشته باشد. در این معامله باید قیمت کالا، زمان تحویل آن و مقدارش و همچنین تمام ویژگی‌های آن مشخص باشد تا آثار بیع بر آن مترتب گردد. در این نوع قرارداد جای هیچ ابهام و تردیدی وجود ندارد که بیع است و منظور از استصناع این نوع قرارداد نمی‌باشد.

ب - گاهی اتفاق می‌افتد که یک کالا به‌طور کامل ساخته نشده و نیمه‌کاره است مثل يك كشتی یا اتومبیل نیمه‌ساخته و سفارش‌دهنده نیز درخواست تکمیل سفارش ساخت را می‌دهد. در واقع کالای فروشی عبارت است از همین کالای موجود، مشروط بر این‌که تکمیل شود و این نوع معاملات را می‌توان از اقسام بیع شخصی به حساب آورد.

البته عده‌ای در پاسخ به این تحلیل که استصناع می‌تواند يك بیع حال و از اقسام بیع شخصی باشد، گفته‌اند که این حالت برخلاف ارتکاز عرفی در مورد استصناع است. زیرا مستلزم آن است که اگر سازنده، باقیمانده کالا را بسازد و آن را تکمیل نکند، سفارش‌دهنده مالك همان قسمت ناقص خواهد بود و فقط نهایتاً خيار فسخ دارد. درحالی‌که چنین نیست بلکه قیمت ساخته‌نشده نیز قید میباید است و غرض سفارش‌دهنده تمام مصنوع نهایی بوده است، نه بخشی از آن. از این رو، مصنوع ناتمام اصلاً ملك سفارش‌دهنده نشده تا نیاز به فسخ داشته باشد. همچنین حالت یادشده مستلزم آن است که تلف بدون تعدی و تفریط کالا قبل از اتمام ساخت آن، از مال سفارش‌دهنده باشد نه سازنده. زیرا سازنده همان اجیر است و عین در دست او امانت است. این استلزام نیز خلاف ارتکاز عرفی است. زیرا تا سازنده کالای مطلوب سفارش‌دهنده را نساخته باشد، هیچ حقی بر او ندارد، همچنان‌که هرگاه بطلان این بیع معلوم گردد، سفارش‌دهنده نیز نسبت به کار سازنده مسئولیت نخواهد داشت. هرچند از آن رو که سازنده، این کالا را طبق ذوق و سلیقه سفارش‌دهنده ساخته بود، از فروش نرفتن کالا و ماندن آن نزد خود زیان بیند، مگر آن‌که برای اثبات ضمان



سفارش‌دهنده نسبت به ضرری که در نتیجه درخواست و قرارداد او متوجه سازنده شده است، به قاعده غرر یا ضمان اضرار به غیر و امثال آن‌ها تمسک شود که این خالی از اشکال نیست.<sup>۲۲</sup>

ج - صورت سوم آن است که کالایی هنوز ساخته نشده و سفارش‌دهنده، سفارش ساخت کالای موردنظر خود را با اوصاف و ویژگی‌های مشخص به سازنده می‌دهد تا وی کالا را ساخته و برای تحویل به وی آماده نماید. این صورت که کالای مورد سفارش در آن امری کلی می‌باشد، مصداق بیع سلم است که برداشت برخی از علمای اهل سنت نیز همین است. لذا لازم است که بیع سلم و احکام و شروط آن در این‌جا مورد بررسی قرار گیرد تا مشخص گردد که آیا عقد استصناع از مصادیق بیع سلم می‌باشد یا خیر؟

#### ۲-۲ - بررسی بیع سلف (سلم) و مقایسه آن با استصناع:

بیع سلف در اصطلاح خریدن یا فروختن متاع کلی فی‌الذمه است به ثمن حاضر یا در حکم حاضر است تا موعدی معین.<sup>۲۳</sup> در بیع سلف تمام شروط انواع دیگر بیع از قبیل بلوغ، عقل و ... معتبر است. منتها، علاوه بر آن‌ها، شروط دیگری نیز وجود داشته که به این نوع اختصاص دارد و تمام فقها آن‌ها را معتبر می‌دانند.<sup>۲۴</sup> این شروط عبارت‌اند از: الف - ذکر جنس و وصف مبیع. ب - قبض ثمن قبل از تفرق از مجلس عقد. ج - تعیین اندازه مبیع. د - معین کردن مدت و زمان تسلیم. ه - وجود مبیع هنگام فرارسیدن مدت.

درست است که بیع سلف شباهت‌هایی با عقد استصناع دارد از جمله این که عقد استصناع همانند بیع سلف در مورد کالاهایی صورت می‌گیرد که نه در نزد فروشنده موجود است و نه اساساً وجود خارجی دارد؛ بلکه باید کار ساخت آن پس از قبول سفارش شروع شود. در این عقد همانند سلف باید جزئیات و مشخصات کالای موردنظر به طور کامل بیان شود تا خریدار نسبت به کالای خریداری‌شده علم داشته باشد و معامله، مجهول و مصداقی از بیع غرری نباشد. و در هر دو عقد کالای توصیف‌شده در ذمه‌ی فروشنده‌ی آن قرار می‌گیرد و فروشنده باید در موعد مقرر آن را تسلیم خریدار نماید.<sup>۲۵</sup> اما این‌ها دلیل مناسبی برای ملحق کردن عقد استصناع به بیع سلف نمی‌باشد. زیرا تفاوت‌هایی بین این دو

عقد وجود دارد که نشان می‌دهد آن‌ها منفصل و کاملاً جدای از هم هستند. این تفاوت‌ها عبارتند از:

**الف -** مبیع در بیع سلف، دین است. یعنی کلی در ذمه می‌باشد که آن جنس مکمل و موزون و مذروع است. اما در استصناع، مبیع، عین است و این عقد بر عین واقع می‌شود و دلیل آن هم خیار رؤیتی است که مستصنع دارد.<sup>۲۶</sup> همچنین وقتی سفارش‌دهنده از سازنده می‌خواهد کالایی را برای او بسازد، کالا را چنان به صورت جزئی و دقیق توصیف می‌کند و ویژگی‌ها و ابعاد آن را بیان می‌کند که گویی يك شیء موجود و ساخته شده را توصیف می‌نماید.

**ب -** در بیع سلف یکی از شروط اصلی و شرط صحت آن قبض رأس المال یا همان ثمن در مجلس عقد است. لیکن در عقد استصناع چنین شرطی وجود ندارد و در عرف چنین است که مقداری از ثمن پرداخت می‌شود و مابقی در پایان کار ساخت و تسلیم کالا پرداخت می‌گردد.<sup>۲۷</sup>

**ج -** بیع سلف در برخی موارد و کالاها جایز نیست. مثلاً بیع سلف در اجناسی که منضبط نبوده و دارای قیمت‌های متفاوت و متنوعی هستند، صحیح نمی‌باشد مانند زمین‌های کشاورزی، جواهرات، در و مروارید. در حالی که استصناع در تمام اشیا و اجناسی که مردم به آن‌ها تعامل دارند، جایز است.<sup>۲۸</sup>

با وجود تفاوت‌های موجود بین عقد استصناع و بیع سلف، برخی از فقهای مذاهب اربعه براین باورند که عقد استصناع همان بیع سلف است و هیچ تفاوتی بین این دو عقد وجود ندارد.<sup>۲۹</sup> اما به نظر ما با توجه به این تفاوت‌ها معلوم می‌گردد که نمی‌توان قرارداد استصناع را تحت عنوان بیع سلف تحلیل و ماهیت آن را تبیین نمود.

### ۳ - ۲ - بررسی عقد اجاره و مقایسه آن با استصناع:

اجاره در حقیقت لغوی خود به معنای جزای بر عمل و اجرت و پاداش است. و در معنای اصطلاحی، عبارت است از تمليك عمل یا منفعت در برابر عوض.<sup>۳۰</sup>

اما بین عقد اجاره و عقد استصناع تفاوت‌هایی وجود دارد که عبارت است از:

**الف -** اثر اجاره تملیک منفعت است در حالی که اثر عقد استصناع تملیک عین است.  
**ب -** در عقد اجاره مواد اولیه برای انجام کار از سوی مستأجر تأمین می‌شود نه اجیر، در حالی که در عقد استصناع مواد اولیه برای ساخت کالای مورد سفارش از سوی سازنده است و مستصنع سفارش ساخت کالایی را بدون تحویل دادن مواد اولیه به او می‌دهد.  
 با وجود این تفاوت‌ها برخی قرارداد استصناع را از مصادیق عقد اجاره می‌دانند. براساس این دیدگاه، مستصنع، سازنده را برای ساختن کالایی که بر آن توافق کرده‌اند، اجیر می‌کند و به مقتضای قرارداد، مستصنع، مالک عمل (کار) سازنده شده و به تبع آن مالک حاصل کار (کالای ساخته‌شده) نیز خواهد بود.<sup>۳۱</sup>

امتیاز این دیدگاه نسبت به دیدگاه گذشته (نظریه بیع بودن عقد استصناع) در این است که عوض استصناع (اجرت) می‌تواند به صورت نقد، نسیه و یا ترکیبی از آن دو باشد که با عملکرد عرف و فقه شیعه و اهل سنت سازگار است. لذا مشکلات بیع سلف در آن راه ندارد. امتیاز دیگری که می‌توان در نظر گرفت این است که به مقتضای عقد اجاره، در صورت بطلان عقد، کالای ساخته‌شده از آن سفارش‌دهنده خواهد بود و در مقابل ضامن پرداخت اجرت‌المثل است که به‌طور معمول برابر با قیمت کالای ساخته‌شده و عوض استصناع است.<sup>۳۲</sup>  
 به نظر می‌رسد نظریه‌ی اجاره بودن قرارداد استصناع گرچه بر نوع سوم استصناع که در ابتدای بحث بیان شد (آن‌جا که سازنده ساخت و احداث پروژه‌ای را در مقابل مبلغ معین متعهد می‌شود)، قابل انطباق است کما این که می‌توان نوع دوم را با قدری مسامحه به‌عنوان اجیرکردن سازنده برای ساخت کالای مشخص قلمداد کرد. اما به دید عرف، موارد دیگر، مصداق اجاره نمی‌باشند و به ارتکاز عرف احکام اجاره را ندارند.<sup>۳۳</sup> پس نمی‌توان عقد استصناع را ملحق به عقد اجاره نمود.

#### ۴ - ۲ - بررسی جعاله و مقایسه آن با استصناع:

جعاله در لغت برای مالی که به عنوان مزد برای کاری قرار می‌دهند، اطلاق می‌شود. جعاله از نظر لغوی مرادف واژه «جُعِلَ» است.<sup>۳۴</sup> و ماده‌ی ۵۶۱ ق.م. نیز در تعریف این عقد می‌گوید: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی،

اعم از این که طرف معین باشد یا غیرمعین».

طبق ماده‌ی ۵۶۲ ق.م. ملتزم را جاعل، طرف مقابل را عامل و اجرت را جعل می‌گویند. و جعاله به اعتبار چگونگی آن بر دو قسم جعاله خاص و جعاله عام است. برخی بر این عقیده‌اند که استصناع منطبق بر عقد جعاله است و آن هم فقط در وجهی قابل تصور است که سفارش ساخت به صورت جعاله خاص مطرح گردد. زیرا از آن جا که در عقد استصناع تا سازنده مشخص نباشد قراردادی منعقد نمی‌گردد، نمی‌توان سفارش ساخت را به صورت جعاله عام مطرح کرد. زیرا مخاطب معین نیست. اما اشکالاتی وارد است از جمله این که؛ جعاله عقدی تملیکی نیست تا به واسطه آن بتوان کالای ساخته شده را به ملکیت سفارش دهنده درآورد و سفارش دهنده می‌تواند از منفعت عمل و کار عامل استفاده کند. لذا ملکیت سفارش دهنده بر کالای ساخته شده نیاز به دلیل دیگری دارد.

اشکال دیگر این است که جعاله عقدی جایز است گرچه عامل ممکن است قبول کند که کالای مورد درخواست سفارش دهنده را بسازد اما هر وقت که بخواهد می‌تواند کار ساخت را رها کرده و انجام ندهد یا کالای ساخته شده را به مستصنع تحویل ندهد.

در عقد جعاله علاوه بر اهلیت یا دارابودن کمال، بلوغ و عقل و رشد و عدم محجوریت برای جاعل شرط می‌باشد، زیرا او قصد تصرف در اموال و پرداخت اجرت عمل درخواست شده را دارد اما این شروط برای عامل، مطرح نشده است. لیکن صفت کمال برای متعاقدين در عقد استصناع مانند هر عقد دیگری شرط است.

در عقد جعاله، معین نمودن نوع عمل و مدت زمانی که کار باید انجام شود و میزان اجرت و علم به آن‌ها شرط نیست و شناخت اجمالی به آن‌ها کافی است اما در استصناع به صورت تفصیلی باید نوع عمل، مدت زمان انجام آن و تمام خصوصیات و ویژگی‌های خاصی که مورد مستصنع است و همچنین میزان مبلغی که صانع در مقابل آن کار انجام می‌دهد، مشخص گردد.

اشکال دیگری که می‌توان به آن اشاره نمود، این است که اگر سفارش دهنده مواد خام

و اولیه برای ساخت کالا مورد درخواست خود را به عامل بدهد تا آن را بسازد، مسلماً این عقد بیشتر به اجاره شباهت دارد تا عقد استصناع. زیرا در این عقد مواد اولیه ساخت کالا با خود صانع است نه مستصنع.

پس با وجود این همه تفاوت نمی‌توان به فرضیه جعله بودن عقد استصناع نیز بها داد.

#### نتیجه:

با توجه به بررسی‌هایی که روی عقود چون بیع، سلم، اجاره و جعله انجام گرفت، مشخص می‌گردد که نمی‌توان عقد استصناع را در زمره هیچ‌یک از این عقود معین به شمار آورد و حتی ترکیبی از این عقود نیز نمی‌باشد بلکه عقدی نامعین و مستقل است که صرفاً از قواعد عمومی باب معاملات پیروی می‌کند و مشمول ماده‌ی ۱۰ ق.م. و قاعده فقهی «اوفوا بالعقود» می‌گردد.

مطابق این قاعده چنانچه قراردادی میان دونفر بسته شود همان موجب می‌شود تا حکم به وجوب وفای به آن صادر گردد. پس این قاعده هر قراردادی را که دارای این کیفیت باشد دربرمی‌گیرد و چنانچه قراردادی خارج از این قاعده باشد باید دلیلی برای خروج آن وجود داشته باشد.

عقد نامعین استصناع دارای شرایط، احکام و آثار مختص به خود می‌باشد. رعایت شرایط عمومی صحت معاملات یعنی قصد و رضای طرفین، اهلیت آنان، موضوع معین که مورد معامله باشد و مشروعیت جهت معامله در آن الزامی است.

در این عقد، تهیه مواد اولیه و ساخت کالای مورد سفارش بر عهده صانع بوده و مصنوع باید معلوم باشد یعنی جنس، نوع، اندازه، اوصاف و ویژگی‌های آن باید کاملاً بیان شود و اجل و مدت برای تحویل کالا حتماً باید تعیین گردد. معلوم بودن ثمن نیز مانند معلوم بودن مصنوع بسیار حائز اهمیت است و طبق قرارداد باید به صانع تحویل گردد.

طبق اصل لزوم و ماده‌ی ۲۱۹ ق.م. این عقد لازم می‌باشد مگر این‌که به رضای طرفین، اقاله و یا به علت قانونی، فسخ گردد.

تعهد صانع به انجام‌دادن کار و ساخت کالا، تعهد به نتیجه است. یعنی منظور از قرارداد

استصناع، ایجاد نتیجه عمل مورد تعهد می‌باشد و طبق مواد ۲۲۱ و ۲۲۶ ق.م. متعهد به ایجاد نتیجه می‌باشد و چنانچه انجام ندهد و یا تأخیر در انجام آن بنماید مسئول پرداخت خسارت وارده به متعهدله می‌باشد مگر آنکه ثابت نماید که عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام آن مستند به حادثه بوده که نمی‌توان مربوط به او نمود یا این که در ضمن قرارداد به عدم مسئولیت او تصریح شده باشد.

مصنوع در عقد استصناع، کلی فی‌الذمه است. یعنی مورد معامله بر افراد عیدیه قابل انطباق است و منحصر در مصداق جزئی و شخصی نیست. یعنی برخلاف کلی در معین، مورد معامله در ظرف خارج وجود ندارد بلکه جای آن در ذمه فروشنده است.

در این عقد که عقدی عهدی می‌باشد، تحقق تمليك منوط است به تسلیم موضوع به وسیله صانع به مستصنع. یعنی ملکیت برای مستصنع به وسیله قبض حاصل می‌شود و قبل از این که مال به قبض او داده شود صانع خود مالک مصنوع است. پس چنانچه مال قبل از قبض تلف گردد نمی‌توان گفت که صانع ضامن است؛ به خصوص این که برخلاف اجاره تهیه مواد اولیه و خام برای ساختن مصنوع به عهده صانع است. اما صانع حتماً متضمن تعهد خویش می‌باشد. یعنی چنانچه کالای مصنوع به هر دلیلی تلف گردد یا معیوب شود، او موظف است که طبق تعهد خود کالا را ساخته و آماده تحویل نماید. اما اگر کالا بعد از قبض توسط مستصنع تلف گردد خود مستصنع مسئول تلف می‌باشد. زیرا او در حفظ و نگهداری کالا کوتاهی نموده است.

یکی از فقهای اهل سنت می‌گوید: «لا یتعلق حق المستصنع فی شیء المصنوع الا بعرضه علیه من قبل الصانع و علی هذا فإن للصانع أن یبیع المصنوع من غیر المستصنع قبل عرضه علیه»<sup>۳۵</sup> یعنی قبل از این که صانع، مصنوع را به مستصنع بدهد، حق مستصنع به کالا تعلق نمی‌گیرد و کالا برای صانع است و او حق دارد آن را قبل از این که به قبض مستصنع بدهد به شخص دیگری بفروشد. از این جا نیز مشخص می‌گردد که وقتی صانع می‌تواند قبل از دادن مصنوع به قبض مستصنع، آن را بفروشد؛ پس اگر کالا تلف شد نیز او ضامن نیست، چون خودش مالک آن بوده است.

## پی‌نوشت‌ها:

- ۱ - موسویان، سیدعباس، *اوراق بهادار استصناع مکمل بازار پول و سرمایه ایران*، مجله جستارهای اقتصادی، ش. ۸، صص. ۱۵ - ۱۴.
- ۲ - طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، *الخلاص*، ج. ۲، ص. ۹۳ و *المبسوط همان*، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج. ۲، ص. ۱۹۴.
- ۳ - طوسی، ابوجعفر محمدبن علی، *الوسیله الی نیل الفضیله*، ص. ۲۵۷؛ حلی، یحیی بن سعید، *الجامع الشرایع*، ص. ۲۵۹؛ مجموعه‌ای از اساتید فقه اسلامی، *الموسوعة الفقه الاسلامی المقارن (موسوعه جمال عبدالناصر)*، ج. ۷، ص. ۹۵.
- ۴ - هاشمی شاهرودی، سید محمود، *استصناع*، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره‌های ۱۹ و ۲۰، ص. ۱۶.
- ۵ - کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، *بدایع الصنایع*، ج. ۵، ص. ۲.
- ۶ - مغربی، عبدالله بن عبد الرحمن، *مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل*، ج. ۴، ص. ۵۳۹؛ ابن قدامه مقدسی، شمس‌الدین، *شرح الکبیر*، ج. ۳، ص. ۲۱۷؛ درذیر، احمد بن محمد، *الشرح الصغیر*، ج. ۳، ص. ۲۸۷.
- ۷ - زحیلی، وهبة، *الفقه الاسلامی و ادلته*، ص. ۳۶۴۵؛ مؤمن قمی، محمد، *کلمات سدیدیه فی مسائل جدیده*، ص. ۲۰۰؛ درذیر، همان، ج. ۲، ص. ۹۲.
- ۸ - فاضل مقداد، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، ج. ۲، ص. ۷۱.
- ۹ - نراقی، ملا احمد، *عوائد الایام*، ص. ۴.
- ۱۰ - نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، ج. ۲۲، صص. ۲۱۲ - ۲۱۳.
- ۱۱ - خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ج. ۲، ص. ۱۴۲؛ حسینی روحانی، سیدمحمد صادق، *المسائل المستحدثه*، ج. اول، ص. ۵۶؛ حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، *العناوین*، ج. ۲، ص. ۱۳.
- ۱۲ - امام خمینی، روح‌الله؛ *البیع*، صص. ۷۷ - ۶۷.
- ۱۳ - شیخ صدوق، *من لا یحضره الفقیه*، ج. ۳، کتاب المعیشتة، ص. ۲۰۲؛ حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، ج. ۱۲، کتاب التجارة، ابواب خیار، ص. ۳۵۳.
- ۱۴ - موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *قواعد فقهیه*، ج. ۲، صص. ۳۵۵ - ۳۵۴.
- ۱۵ - الباجی، ابوولید، *احکام الفصول فی احکام الاصول*، ج. اول، ص. ۲۷۵.
- ۱۶ - سمعانی، ابی مظفر، *قواطع الادله فی الاصول*، ص. ۳۱۴.
- ۱۷ - ابن عابدین، محمد امین، *مجموعه الرسائل*، ج. ۲، صص. ۱۲۴ - ۱۲۵ - ۱۴۶ و از همین نویسنده، *حاشیة رد المحتار علی الدر المختار*، ج. ۳، صص. ۷۲ - ۷۳ - ۹۱ - ج. ۴، ص. ۱۴.
- ۱۸ - طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی*، ج. ۲، صص. ۱۲ - ۱۳.
- ۱۹ - *ماده ۱۰ ق.م.:* قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.
- ۲۰ - حلی، علامه حسن بن یوسف، *تذکرة الفقهاء*، ج. اول، ص. ۴۶۲؛ ابن ادریس، ابوجعفر محمدبن منصور، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، ج. ۲، ص. ۲۴۰؛ طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، همان، ص. ۷۶.
- ۲۱ - مؤمن قمی، محمد، *استصناع (قرارداد سفارش ساخت)*، فصل نامه فقه اهل بیت، ش. ۱۱، ص. ۲۰۷ - ۲۳۹.

- ۲۲ - هاشمی شاهرودی، همان، ص. ۱۲.
- ۲۳ - محقق حلی، *شرایع الاسلام*، ج. ۲، ص. ۵۵؛ نجفی، همان، ج. ۲۴، ص. ۲۶۷؛ قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الشتات*، ج. ۲، ص. ۱۴۷.
- ۲۴ - حلی، همان، *تبصرة المتعلمين*، ص. ۱۰۳ و *تذكرة الفقهاء*، ج. ۲، صص. ۵۴۷ - ۵۴۰ - ۵۵۱ - ۵۵۴؛ طوسی، همان، ص. ۱۷۳؛ ابن ادریس، همان، ص. ۳۰۷؛ خویی، همان، *منهاج الصالحين*، ج. ۲، ص. ۶۰؛ محقق حلی، همان، ص. ۵۶؛ مقدس اردبیلی، احمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، ج. ۸، صص. ۳۴۶ - ۳۵۲؛ کرکی، محقق شیخ علی بن حسین، *جامع المقاصد*، ج. ۴، صص. ۲۰۶ - ۲۰۹ - ۲۲۴ - ۲۲۷ - ۲۳۰.
- ۲۵ - جعفریور، جمشید، *بیع استصناع*، فصل نامه متین، ش. ۳ - ۴، ص. ۱۷۳.
- ۲۶ - وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، *الموسوعة الفقهية*، شماره های ۳ و ۴، ص. ۱۷۳.
- ۲۷ - زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی وادلته*، ص. ۳۶۵۵.
- ۲۸ - همان.
- ۲۹ - همان، صص. ۳۶۴۵ - ۳۶۴۶؛ وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، همان، ش. ۷، ص. ۹۱.
- ۳۰ - طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، ج. ۲، ص. ۳۹۷.
- ۳۱ - هاشمی شاهرودی، همان، ص. ۱۷.
- ۳۲ - همان.
- ۳۳ - موسویان، همان، ص. ۲۵.
- ۳۴ - قارویی تبریزی، حسن؛ *النضیة*، ج. ۱۷، ص. ۲۲۹.
- ۳۵ - زحیلی، همان، ص. ۳۶۵۱.

## منابع:

- ۱ - *قرآن کریم*، ترجمه مهدی الهی قمشه‌ای، قم، چاپ الهادی، ۱۳۷۷ ه.ش.
- ۲ - ابن ادریس، ابوجعفر محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، مؤسسه نشر اسلامی، ج. ۲، قم، ۱۴۱۱ ه.ق.
- ۳ - ابن بابویه قمی، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی (شیخ صدوق)، *من لا یحضره الفقیه*، دار الصعب، دارالتعارف، بیروت، ۱۹۸۱ م.
- ۴ - ابن عابدین، محمد امین، *حاشیه رد المختار علی الدر المختار*، ج. ۵، دارالفکر، چ. ۲، بیروت، ۱۳۹۹ ه.ق. / ۱۹۷۹ م.
- ۵ - \_\_\_\_\_، *مجموعه الرسائل*، ج. اول و ۲، دارالفکر، بیروت، بی تا.
- ۶ - ابن قدامه مقدسی، شمس الدین بن محمد بن احمد، *الشرح الكبير در حاشیه المغنی*، ج. ۳ و ۴، دارالکتب العربی، بیروت، ۱۳۹۲ ه.ق.
- ۷ - الباجی، ابوولید، *احکام الفصول فی احکام الاصول*، تحقیق: عبدالمجید ترکی، دارالغرب الاسلامی، چ. ۲، ۱۴۱۵ ه.ق.
- ۸ - بحرانی، یوسف، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، ج. ۱۸، ۱۹، ۲۰، دارالکتب الاسلامیه، قم، بی تا.



- ۹ - جعفریور، جمشید، *بیع استصناع*، فصل نامه متین، ش. ۳ و ۴، سال اول، ۱۳۷۸ ه.ق.
- ۱۰ - حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، ج. ۱۲، ۱۳، ۲۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی تا.
- ۱۱ - حسینی روحانی، سید محمد صادق، *المسائل المستحدثه*، ج. اول، قم: موسسه دارالکتاب، چ. ۴، ۱۴۱۴ ه.ق.
- ۱۲ - حسینی مراغی، میرعبد الفتاح؛ *العناوین الفقهیه*، ج. ۲، قم موسسه نشر اسلامی، چ. ۱، ۱۴۱۷ ه.ق.
- ۱۳ - حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحرام و الحلال*، ج. ۲، انتشارات استقلال، چ. ۲، تهران، ۱۴۰۹ ه.ق.
- ۱۴ - حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر، *تبصرة المتعلمین فی احکام الدین*؛ مؤسسه طبع و نشر، چ. اول، تهران، ۱۴۱۱ ه.ق / ۱۹۹۰ م.
- ۱۵ - حلی، جمال الدین مقداد بن عبدالله سیوری، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، ج. ۲، تهران انتشارات مکتبه المرتضویه، چاپ حیدری، ۱۳۸۵ ه.ق.
- ۱۶ - حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر، *تذکره الفقها*، ج. اول، کتابفروشی مرتضویه، چاپ سنگی، تهران، بی تا.
- ۱۷ - حلی، یحیی بن سعید، *الجامع الشرایع*، انتشارات سیدالشهداء، مطبعة العلمیه، قم، ۱۴۰۵ ه.ق.
- ۱۸ - امام خمینی، روح الله، *البیع*، ج. اول، قم مؤسسه نشر اسلامی، چ. ۵، دوره ۵ جلدی، ۱۴۱۵ ه.ق.
- ۱۹ - خویی، ابوالقاسم؛ *منهاج الصالحین*، ج. ۲، مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم، قم، ۱۴۱۰ ه.ق.
- ۲۰ - دردیدر، احمد بن محمد، *شرح الصغیر*، ج. ۲ و ۳، مصر، ۱۳۹۳ ه.ق.
- ۲۱ - زحیلی، وهبة، *الفقه الاسلامی و ادلته*، ج. ۵، انتشارات دارالفکر، چ. ۴، دمشق، ۱۴۱۸ ه.ق.
- ۲۲ - سرخسی، شمس الدین، *المبسوط*، ج. ۱۲ و ۱۵، دارالمعرفه، بیروت، ۱۴۱۴ ه.ق. / ۱۹۹۳ م.
- ۲۳ - سمعانی، ابی مظفر؛ *قواطع الادله فی الاصول*؛ تحقیق: محمد حسن هیتو، مؤسسه الرساله، چ. اول، ۱۴۱۷ ه.ق.
- ۲۴ - طاهری، حبیب الله؛ *حقوق مدنی*، ج. ۲، دفتر انتشارات اسلامی، جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم، بی تا.
- ۲۵ - طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، ج. ۲، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چ. ۲، بیروت، ۱۴۰۹ ه.ق.
- ۲۶ - طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلافة*، ج. ۲، مطبعة الحکمة، دارالمعارف الاسلامیه، بی تا.
- ۲۷ - \_\_\_\_\_، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج. ۲، مکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، قم، ۱۳۸۷ ه.ق.
- ۲۸ - طوسی، ابوجعفر محمد بن علی؛ *الوسیله الی نیل الفضیله*؛ کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ خیام، قم، ۱۴۰۸ ه.ق.
- ۲۹ - کاسانی حنفی، ابوبکر بن مسعود، *بدایع الصنائع فی ترتیب الشرایع*، ج. ۵، دارالکتب العلمیه، چ. ۲، بیروت، ۱۴۰۶ ه.ق.
- ۳۰ - محقق کرکی، شیخ علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج. ۴، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، بیروت، ۱۴۱۱ ه.ق / ۱۹۹۱ م.

- ۳۱ - قاروبی تبریزی، حسن، *النضید*، ج. ۱۷، انتشارات داوری، ج. ۲، قم، ۱۴۲۴ ه.ق.
- ۳۲ - قمی، میرزا ابوالقاسم حسن گیلانی (محقق قمی)، *جامع الشتات*، ج. ۲، سازمان انتشارات کیهان، چ. اول، ۱۳۷۱ ه.ش.
- ۳۳ - مجموعه‌ای از اساتید فقه اسلامی، *الموسوعة الفقه الاسلامی المقارن* (معروف به موسوعه جمال عبد الناصر)، ج. ۷، مجلس الاعلی للثئون الاسلامی، قاهره، ۱۳۹۱ ه.ق.
- ۳۴ - مغربی، عبدالله محمد بن عبد الحمن، *مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل*، ج. ۴، دارالفکر، چ. ۳، بیروت، ۱۴۱۲ ه.ق/۱۹۹۲ م.
- ۳۵ - مقدس اردبیلی، ملا احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح الارشاد الاذهان*، ج. ۹، مؤسسه نشر اسلامی، چ. اول، ۱۴۱۱ ه.ق.
- ۳۶ - موسویان، سیدعباس، *اوراق بهادار استصناع مکمل بازار پول و سرمایه ایران*، مجله جستارهای اقتصادی، ش. ۸، ۱۳۸۶ ه.ش.
- ۳۷ - موسوی بجنوردی، سید محمد، *قواعد الفقهیه*، ج. ۲، انتشارات مجد، چ. اول، تهران، ۱۳۸۵ ه.ش.
- ۳۸ - مؤمن قمی، محمد، *استصناع (قرارداد سفارش ساخت)*، فصل نامه فقه اهل بیت، ش. ۱۱ و ۱۲، سال سوم، زمستان ۱۳۷۶ ه.ش.
- ۳۹ - \_\_\_\_\_، *کلمات السدیده فی مسائل جدید*، مؤسسه نشر اسلامی، جماعه المدرسین، چ. اول، قم، ۱۴۱۵ ه.ق.
- ۴۰ - نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج. ۹، ۲۲، ۲۴، ۳۵، دارالکتب الاسلامیه، چاپ حیدری، چ. ۹، تهران، ۱۳۶۸ ه.ش.
- ۴۱ - نراقی، ملا احمد، *عوائد الایام*، مکتبه بصیرتی، چ. الغدی، قم، ۱۴۰۸ ه.ق.
- ۴۲ - وزاره الاوقاف والثنون الاسلامیه، *الموسوعة الفقهیه*، ج. ۳ و ۷، چ. ۵، کویت، ۱۴۲۵ ه.ق. / ۲۰۰۵ م.
- ۴۳ - هاشمی شاهرودی، سید محمود، *استصناع (سفارش ساخت کالا)*، فصل نامه فقه اهل بیت، ش. ۱۹ و ۲۰، سال پنجم، زمستان ۱۳۷۶ ه.ش.

دغدغه

### ضرورت توجه به خواسته‌های بازنشستگان

آنچه در زیر می‌آید دلیلی است و خواسته‌ی بازنشستگان بزرگوار جامعه‌ی سردفتری که آقای علی بهاری راد<sup>۱</sup> طی نامه‌ای خواستار توجه مسئولان به کرامت انسان، سیره متقدمین و پیش‌کسوتان سردفتری، وضعیت نامطلوب درآمدی سردفتران بازنشسته، ضرورت رسیدگی به امور رفاهی بازنشستگان و همچنین ضرورت دعوت از ایشان جهت اظهارنظر در دوره‌های آموزشی جلسات بازآموزی و استفاده از تجربیات بازنشستگان در آموزش سردفتران تازه‌کار، شده که اهم برخی از آن به این شرح است:

- حفظ حرمت شخصیت و کرامت انسان و همچنین تزکیه و تعلیم علوم و حکمت الهی بر همگان واجب است.
- عنایت به علم‌آموزی و آموزش دانش روز و فنون نوین خصوصاً برای سردفتران ضرورتی انکارناپذیر است.
- مقتضی است سردفتران و دفترباران جدید از تجربیات، معلومات و دانش پیش‌کسوتان و بازنشستگان خانواده‌ی بزرگ سردفتری حسن بهره را ببرند و خود هم‌چون پیشگامان این حرفه در تجزیه و تحلیل قوانین و بخشنامه‌ها مذاقه لازم را نموده و جلسات بحث و فحص علمی داشته باشند تا در عمل نیز به نتیجه واحد برسند.

۱. سردفتر بازنشسته دفتر اسناد رسمی شماره‌ی ۱۱ تبریز.

- مسئولان محترم در امر آموزش از دانش پیشینیان و بازنشستگان جامعه‌ی سردفتری بهره کافی ببرند و از سیره‌ی متقدمین و پیش‌کسوتان سردفتری در مدیریت دفترخانه کمک بگیرند. چرا که حرفه‌ی سردفتری، کاری است سخت علمی، فنی، حرفه‌ای و تخصصی.

- دفاتر اسناد رسمی خصوصاً سردفتران از حیث انجام مشاوره و تبادل نظر در امور دفترخانه با یکدیگر ارتباط و همکاری داشته باشند و برای چگونگی اداره‌ی یکنواخت دفترخانه تحت تصدی خویش اهتمام لازم را بنمایند؛ که همین مشورت و همکاری علمی منجر به وحدت‌رویه در امور سردفتری خواهد شد. زیرا هیچ‌کس بی‌نیاز از دانش و تجارب دیگران نبوده و نیست.

- مسئولان امر، مشفقانه و منصفانه، بیش از پیش، بازنشستگان را خصوصاً این قشر را در ایام کسالت و بیماری، مورد مرحمت و لطف خویش قرار دهند. ترمیم حقوق، تصویب پاداش و عیدی متناسب و موضوع بیمه تکمیلی بازنشستگان و تأمین نیازهای اجتماعی ایشان، از جمله رسیدگی به خانواده‌های بازنشستگان (ولو به‌منظور مشارکت آنان در همایش‌های مناسبی) و امکان استفاده از مراکز تفریحی و ورزشی و هنری و ادبی؛ کمترین حق قانونی است که باید مورد توجه قرار گیرد.

- تجلیل از چهره‌های ماندگار جامعه‌ی سردفتری که به‌حق خدمات ارزنده‌ای را ارائه نموده‌اند، ضروری است.

- خصوصاً دعوت از سردفتران شاخص و زبده بازنشسته جهت مشاورت و همکاری علمی در انتقال دانش و تجربه و اندوخته‌ی باارزش ایشان به جوانان خانواده‌ی بزرگ سردفتری.

## حرف ماه

خدایا!

ما را ببخش و بیامرز!

حضرت امیرالمؤمنین امام علی (ع) فرمود:

گناهان سه گونه‌اند؛

گناهی که آمرزیده است؛ گناهی که آمرزیده نشود و گناهی که بر صاحبش هم امیدوارم و هم بیمناک.

گناه آمرزیده؛ گناه آن بنده‌ای است که خداوند او را در دنیا بر گناهش عقوبت کند. پس خدا بردبارتر و کریم‌تر از آن است که بنده‌ی خود را دوبار عقوبت کند. و اما گناهی که آمرزیده نشود؛ ستمکاری‌هایی است که برخی بندگان به برخی کنند. زیرا خداوند تبارک و تعالی (از طریق پیامبران و احکام) بر خلقتش عیان شد به خودش سوگند یاد کرده و فرموده است: به عزت و جلالم سوگند که ستم هیچ ستمکاری (بدون کیفر) از من نگذرد گرچه زدن مشتت به مشتت باشد یا مالیدن (دستی) به دستی باشد (از روی لذت و هوسرانی) و گرچه شاخ زدن شاخداری به بی‌شاخی باشد. پس برای بندگان از یکدیگر قصاص گیرد تا ستمی از کسی بر کسی (بدون کیفر) نماند. سپس آن‌ها را (خداوند) برای حساب برانگیزد. و اما گناه سوم؛ گناهی است که خداوند بر خلقتش پنهان داشته و توبه‌ی از آن را بر گنهکار روزی کرده و به وضعی درآمده که از گناهش بیمناک و به پروردگارش امیدوار است. پس ما برای او (یعنی این شخص گنهکار) همان حال را داریم که خودش آن حال را برای خود دارد. امید رحمت برای او داریم و از عذاب نیز بر او بیمناکیم.

رک: اصول کافی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق کلینی الرازی، ترجمه حاج سید هاشم رسولی، ج ۴،

کتاب الدعاء، دفتر نشر فرهنگ اهل بیت (ع)، تهران، بی‌تا، صص ۱۷۹ - ۱۷۸

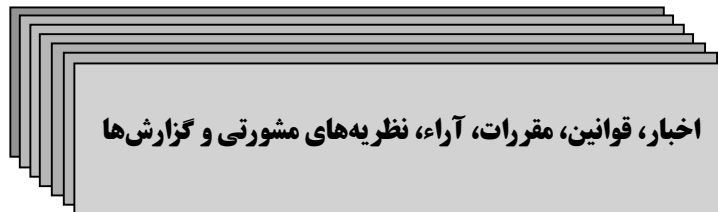
**حقوق دانان ارجمند**

استادان، وکلا، قضات، سردفتران، دفترياران و دانشجويان محترم

جامعه‌ی حقوقی ایران کوچ زودهنگام استاد برجسته حقوق زنده‌یاد دکتر رضا نوربها را به سوگ نشست. خدمات علمی ارزشمند استاد در کارنامه‌ی تحصیلی همه‌ی دانشجويان و دانش‌آموختگان رشته‌ی حقوق آشکار و نمایان است. از خداوند متعال برای روح والامقام ایشان غفران و قرب الهی و برای خانواده‌ی بزرگ حقوق، خصوصاً خانواده محترم و بازماندگان، صبر و شکیبایی مسئلت می‌نماییم.

مدیر مسئول و اعضای هیئت تحریریه

ماهنامه کانون







اخبار

**رئیس جدید مرکز جامع علمی کاربردی کانون سردفتران و دفترباران منصوب شد**

دکتر عباس منتهایی به‌عنوان رئیس جدید مرکز جامع علمی کاربردی کانون سردفتران و دفترباران منصوب شد. به گزارش خبرنگار ماهنامه «کانون» مراسم معارفه رئیس جدید مرکز جامع علمی کاربردی کانون سردفتران و دفترباران که با حضور ریاست سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، معاونت امور اسناد سازمان ثبت، اعضای هیئت مدیره کانون سردفتران و دفترباران و هیئت امناء و جمعی از کارکنان این دانشگاه برگزار شد، ضمن تودیع و تشکر از زحمات امیرهوشنگ ایل‌بیگی رئیس سابق این مرکز، دکتر عباس منتهایی به‌عنوان رئیس جدید مرکز جامع علمی کاربردی کانون سردفتران و دفترباران معرفی شد. مدیر مسئول و هیئت تحریریه ماهنامه «کانون» ضمن تبریک انتصاب دکتر عباس منتهایی که این ماهنامه افتخار عضویت ایشان در هیئت تحریریه را دارد، برای ایشان آرزوی توفیق روزافزون دارند.

\*\*\*

**دفاتر اسناد رسمی از طریق شبکه داخلی به هم متصل می‌شوند**

تمامی دفاتر اسناد رسمی تا پایان سال آینده از طریق شبکه داخلی به یکدیگر متصل می‌شوند. به گزارش خبرنگار ماهنامه «کانون» محمدرضا دشتی اردکانی رئیس کانون سردفتران و دفترباران ضمن بیان این‌که اکنون فعالیت‌های ثبتی در دفاتر اسناد رسمی به‌صورت کامپیوتری انجام می‌شود، افزود: امکان اتصال اینترنتی دفاتر به یکدیگر به‌صورت یک شبکه مرکزی وجود ندارد. او تأکید کرد: کارهای مطالعاتی و انعقاد قرارداد با شرکت ذی‌ربط برای راه‌اندازی شبکه مرکزی صورت گرفته است و به احتمال زیاد تا پایان سال آینده تمامی دفاتر اسناد رسمی در سراسر کشور از طریق شبکه مرکزی به یکدیگر متصل می‌شوند.

رئیس هیئت مدیره کانون سردفتران و دفترباران، کاهش سفرهای برون‌شهری، جلوگیری از اتلاف وقت ارباب‌رجوع، انجام کارهای اداری به‌صورت درست و جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی را از مزایای اتصال دفاتر اسناد رسمی به یکدیگر بیان کرد.

دشتی اردکانی همچنین درباره ایجاد و راه‌اندازی آرشیو ملی اسناد گفت: متأسفانه در سال‌های گذشته، بسیاری از مدارک اداری دفاتر ثبت از بین رفت که اگر یک آرشیو ملی از این اسناد در سازمان ثبت وجود داشت، چنین اتفاقی نمی‌افتاد.

برای راه‌اندازی آرشیو اسناد ملی ۵۰ میلیارد تومان بودجه لازم است

وی با بیان این نکته که راه‌اندازی آرشیو اسناد ملی برای حفاظت از اسناد باارزش مردم، یک کار ملی محسوب می‌شود، افزود: از سازمان ثبت اسناد و املاک کشور نیز تقاضا شده است برای سال ۹۰ بودجه‌ای را برای راه‌اندازی و ایجاد آرشیو اسناد ملی اختصاص دهد.

رئیس کانون سردفتران و دفترباران، اعتبار مورد نیاز برای راه‌اندازی آرشیو اسناد ملی را

حدود ۵۰ میلیارد تومان اعلام کرد.

همچنین دشتی اردکانی درباره ایجاد گواهی امضای الکترونیکی در دفاتر اسناد رسمی گفت: با امضای دیجیتالی، هر شهروندی می‌تواند نامه و اسناد خود را تبادل و استعمال کند که هم‌اکنون در تهران ۱۹ دفترخانه آمادگی انجام این کار را دارند.

**دفاتر اسناد رسمی باید مجهز به امضای دیجیتال شوند**

رئیس کانون سردفتران و دفترباران یادآور شد: در حال حاضر، در مراکز استان‌ها فقط یک دفترخانه به گواهی امضای الکترونیکی مجهز شده است که تا پایان امسال تعداد دفاتر اسناد رسمی مجهز به امضای دیجیتال به ۲۰۰۰ دفتر در سراسر کشور افزایش می‌یابد.

مقررات

درخصوص مالیات عقد اجاره به شرط تملیک

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری رأی داد:

**ابطال قسمت دوم بند یک بخشنامه سازمان امور مالیاتی کشور**

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری موضوع قسمت دوم بند یک بخشنامه شماره ۱۹/۴۱۰۲۷۰۰/۲۷۰۰/۲۱۱ مورخ ۱۳۸۵/۹/۱۱ سازمان امور مالیاتی کشور که براساس آن متعاملین عقد اجاره به شرط تملیک را مکلف به پرداخت مالیات نقل و انتقال قطعی می‌نماید، مغایر قانون تشخیص داد و رأی به ابطال آن صادر نمود. گردشکار و متن رأی شماره ۸۳۱ هیئت مذکور که در شماره ۱۹۱۷۰ روزنامه رسمی کشور به تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲ چاپ شده، به شرح زیر است:

۱۳۸۹/۹/۲۶

شماره ه / ۸۷ / ۹۱۱

کلاس پرونده: ۹۱۱/۸۷

شماره دادنامه: ۸۳۱

تاریخ: ۱۳۸۹/۱۱/۱۹

مرجع رسیدگی: هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

شاکي: خانم فاطمه هاشمی طاهری.

**موضوع شکایت و خواسته:** ابطال بخشنامه شماره ۱۹/۴۱۰۲۷۰۰-۲۷۰۰ مورخ ۱۳۸۵/۹/۱۱،

صادره از سازمان امور مالیاتی کشور به لحاظ مخالفت با ماده‌ی ۶۳ قانون مالیات‌های مستقیم.

**گردشکار:** شاکي طی دادخواست تقدیمی اعلام داشته است، اینجانب یک باب واحد تجاری را در سال ۱۳۸۰ خریداری و با توجه به اینکه پرداخت بهای مغازه به صورت یکجا برایم مقدور نبوده، بنابراین از بانک ملت جهت اخذ وام به صورت اجاره به شرط تملیک و انتقال قطعی سند به نام اینجانب موکول به بازپرداخت تسهیلات بانکی گردید. در آن زمان به واسطه تسهیلات بانکی اجباراً ملک را به نام بانک نمودم و طبق قوانین و مقررات آن زمان و طبق تحقیقات انجام شده از ادارات مالیاتی هیچ گونه مالیاتی به اینجانب تعلق نمی‌گرفت و حتی پس از بازپرداخت وام و فک رهن از بانک ملت به اداره مالیاتی مراجعه نموده و بدون پرداخت کوچک‌ترین رقمی و با استفاده از ضوابط قانونی مفاصاحساب به شماره ۰۲/۲۴۲۳۳ مورخ ۱۳۸۵/۶/۱۱ صادر گردید. با توجه به اینکه تهیه سایر مدارک از قبیل بیمه و پایان کار شهرداری طولانی گردید و اعتبار مفاصاحساب اخذ شده از اداره امور مالیاتی به پایان رسیده بود، مجدداً جهت تمدید به اداره امور مالیاتی مراجعه ولی متأسفانه بر خلاف قوانین موضوعه و طبق بخشنامه شماره ۱۹/۴۱۰۲۷۰۰/۲۷۰۰ مورخ ۱۳۸۵/۹/۱۱، از اینجانب مطالبه مالیات سرسام‌آوری نموده‌اند که طبق ماده‌ی ۶۳ قانون مالیات‌های مستقیم این عمل مغایرت دارد. اینجانب فقط به صرف استفاده از تسهیلات بانکی ملک را به نام بانک انتقال داده‌ام و هیچ گونه عقد بیعی صورت نگرفته است و از روز اول هم خودم در آنجا مشغول به کار بوده و مالیات مشاغل آن را هم پرداخت نموده‌ام، مآلاً به لحاظ این که بخشنامه فوق‌الذکر بر خلاف ماده‌ی ۶۳ قانون مالیات‌های مستقیم بوده تقاضای ابطال آن را دارم. مدیرکل فنی مالیاتی و قراردادهای بین‌المللی در پاسخ به شکایت مذکور طی نامه شماره ۲۱۲/۳۵۹۴۲ مورخ ۱۳۸۸/۳/۳۱ اعلام داشته‌اند، فارغ از تشریفات قانونی موضوع ماده‌ی ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ با اصلاحات و الحاقات بعدی جهت تنظیم قرارداد اجاره به شرط تملیک با توجه به اینکه اثر این تشریفات زوال مالکیت و نیز انتقال قطعی ملک بوده و طبق ماده‌ی ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک

موصوف همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده مالک خواهد شناخت، بنابراین انتقال املاک موضوع قراردادهای مورد بحث از شمول مادهی ۵۹ قانون مالیات‌های مستقیم خارج نبوده و از آنجا که به موجب اصل ۵۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی هیچ‌گونه مالیات و معافیتی وضع نمی‌گردد، مگر به موجب قانون و قانون‌گذار برای انتقال املاک پس از تحقق شرط تملک در این‌گونه قراردادهای معافیتی وضع نکرده است، لذا بخشنامه شماره ۲۱۱/۲۷۰۰/۴۱۰۱۹ مورخ ۱۳۸۵/۹/۱۱، این سازمان مطابق موازین قانونی تهیه گردیده است.

هیئت عمومی دیوان در تاریخ فوق با حضور رؤسا و مستشاران و دادرسان علی‌البدل شعب دیوان تشکیل و پس از بحث و بررسی و انجام مشاوره با اکثریت آراء به شرح آتی مبادرت به صدور رأی می‌نماید.

#### رأی هیئت عمومی

با توجه به مواد ۵۹ و ۶۳ قانون مالیات‌های مستقیم اخذ مالیات بر نقل و انتقال قطعی اعم از بیع و غیر آن تجویز گردیده است و عقد اجاره به شرط تملیک در مدت اجاره، معلق و مشروط به تحقق شرایط آن می‌باشد و در این مدت انتقال قطعی صورت نمی‌پذیرد. لذا در مواردی که ضمن معامله بین طرفین، بانک نیز به قصد اعطای تسهیلات وارد معامله شده و به جای انتقال گیرنده واقعی سند به نام بانک صادر می‌گردد، فقط یک فقره مالیات از انتقال دهنده اخذ و موقع تنظیم سند به نام انتقال گیرنده واقعی مالیات دیگری نباید مطالبه شود و چون در این مدت، انتقال قطعی صورت نمی‌پذیرد، نمی‌تواند واجد آثار انتقال قطعی و تبعات ناشی از آن از جمله تکلیف انتقال دهنده به پرداخت مالیات باشد، بنابراین قسمت دوم بند یک بخشنامه شماره ۲۱۱/۲۷۰۰/۴۱۰۱۹ مورخ ۱۳۸۵/۹/۱۱ سازمان امور مالیاتی کشور که مفهومی و متضمن وقوع انتقال قطعی براساس اجاره به شرط تملیک می‌باشد و بر اساس آن متعاملین عقد اجاره به شرط تملیک را مکلف به پرداخت مالیات نقل و انتقال قطعی می‌نماید، مغایر قانون تشخیص می‌گردد و به استناد بند یک مادهی ۱۹ و مادهی ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

معاون قضایی دیوان عدالت اداری - مبشری

\*\*\*

طی بخشنامه‌های جداگانه‌ای از سوی معاونت امور اسناد سازمان ثبت؛

**بر ضرورت رعایت دقیق مفاد و منطوق قانون دفاتر اسناد رسمی تأکید شد**

معاونت امور اسناد سازمان ثبت اسناد و املاک کشور طی بخشنامه‌های جداگانه‌ای بر ضرورت رعایت مفاد مواد ۴۸ و ۳۵ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴ و همچنین بند دوم مادهی ۲۷ آیین‌نامه همان قانون تأکید نمود.

به گزارش خبرنگار ماهنامه «کانون» براساس بخشنامه شماره ۸۹/۱۵۷۶۸۹ به تاریخ ۱۳۸۹/۹/۷ واحدهای ثبتی محل مکلف‌اند از پذیرش اعتراضیه سردفتر و دفتریار به دادگاه بدوی انتظامی خودداری نموده و ایشان را به دبیرخانه دادگاه بدوی انتظامی مستقر در محل اداره کل ثبت استان راهنمایی و دلالت نمایند.

همچنین بخشنامه شماره ۸۹/۱۶۵۱۸۹ به تاریخ ۱۳۸۹/۹/۱۷ تأکید دارد که رعایت مادهی ۴۸ قانون دفاتر اسناد رسمی متضمن این معنا است که آراء قطعی، قابل تجدیدنظر نیستند. لذا ضروری است قطعی بودن احکام مربوط به مجازات‌های درجه یک و ۲ در پایان رأی بدوی قید شود.

به علاوه، معاونت امور اسناد سازمان ثبت در این بخشنامه ضمن تأکید بر ضرورت تشکیل دادگاه بدوی انتظامی، خواستار رعایت دقیق منطوق مادهی ۳۵ قانون دفاتر اسناد رسمی شده است.

گفتنی است پیش‌تر از سوی معاونت امور اسناد سازمان ثبت طی بخشنامه شماره ۸۹/۱۵۶۰۸۵ به

تاریخ: ۱۳۸۹/۹/۲ بر اعمال مادتين ۴۲ و ۴۳ قانون دفاتر اسناد رسمی نیز تأکید شده است.  
متن بخشنامه‌های یادشده به شرح زیر است:

شماره: ۸۹/۱۵۷۶۸۹

تاریخ: ۱۳۸۹/۹/۷

**مدیر کل محترم ثبت اسناد و املاک استان  
دادستان محترم انتظامی سردفتران و دفترباران**

با سلام

نظر به این که در بررسی پرونده‌های مطروحه در دادگاه تجدیدنظر انتظامی سردفتران و دفترباران به برخی نکات برخورد نموده که مستلزم یادآوری پاره‌ای مقررات مربوطه و رعایت دقیق آن‌ها می‌باشد بدین‌وسیله مقرر می‌دارد:

اولاً بند دوم از ماده‌ی ۲۷ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی، توجه به لزوم تسلیم اعتراض به دادگاه بدوی انتظامی دارد. در حالی که برخی سردفتران و دفترباران اعتراضیه خود را به واحد ثبتی محل تقدیم داشته و اداره ثبت محل مبادرت به ارسال آن به اداره کل استان (محل استقرار دادگاه بدوی) می‌نماید. بدیهی است رویه مزبور ضمن مغایرت با بند مرقوم، موجبات عدم محاسبه زمان تسلیم اعتراضیه به واحد ثبتی محل در فرجه‌ی ۱۰ روزه و مآلاً تضییع حق قانونی سردفتر و دفتربار معترض را فراهم خواهد آورد. لذا تأکید می‌گردد واحدهای ثبتی محل از پذیرش اعتراض خودداری نموده و سردفتر و دفتربار معترض را به ارسال و تسلیم اعتراضیه خود به اداره کل ثبت استان (دبیرخانه دادگاه بدوی انتظامی) راهنمایی و دلالت نمایند.

ثانیاً نظر به اهمیت بحث مواعد ابلاغ کیفرخواست و دادنامه بدوی انتظامی جهت بهره‌گیری سردفتر و دفتربار از مزایای مادتين ۲۵ و ۲۷ آیین‌نامه قانون دفاتر اسناد رسمی، بر رعایت دقیق ترتیب ابلاغ وفق مقررات آیین دادرسی مدنی تأکید می‌گردد. تداوم وضعیت فعلی در عدم تعیین تاریخ دقیق ابلاغ به سردفتر، دفتربار و جانشین دادستان انتظامی (که در برخی پرونده‌های مطروحه در دادگاه تجدیدنظر انتظامی قابل ملاحظه می‌باشد) موجب مسئولیت اداری برای جانشین دادستان انتظامی استان و دیگر مسئولین مربوطه بوده و در ارزشیابی عملکرد آن‌ها مؤثر خواهد افتاد.

ثالثاً جانشینان محترم دادستان انتظامی اعتراضات خود نسبت به رأی دادگاه بدوی انتظامی را مستدلاً و مستند به قوانین و مقررات حاکم ابراز نموده و از هرگونه اعتراض غیرمستدل و کلی اجتناب ورزند.

**سیدعلیرضا میرشریفی**

معاون امور اسناد

\*\*\*

شماره: ۸۹/۱۶۵۱۸۹

تاریخ: ۸۹/۹/۱۷

**مدیران کل محترم ثبت اسناد و املاک استان‌های سراسر کشور**

با سلام

پیرو بخشنامه شماره ۸۹/۱۵۷۶۸۹ مورخ ۸۹/۹/۷ موضوع ایجاد وحدت رویه در رسیدگی‌های دادگاه‌های محترم بدوی انتظامی سردفتران و دفترباران، نظر به این که در ادامه رسیدگی به پرونده‌های مطروحه در دادگاه تجدیدنظر انتظامی سردفتران و دفترباران، پاره‌ای نکات ملاحظه شده که تأکید و یادآوری مجدد آن‌ها، افزایش بهره‌وری و جلوگیری از اطاله رسیدگی و همچنین پیشگیری از ایجاد

هزینه‌های غیرضرور اداری را به همراه خواهد داشت، لذا مؤکداً اعلام می‌دارد:  
 اولاً ماده‌ی ۴۸ قانون دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۴ تکلیف را درخصوص آراء قطعی و غیرقطعی مشخص نموده است. لذا ترتیبی اتخاذ گردد تا با رعایت مفاد ماده‌ی مرقوم از پذیرش اعتراض سردفتران و دفتریاران اسناد رسمی و سردفتران ازدواج و طلاق نسبت به مجازات‌های درجه یک و ۲ که قطعی و غیرقابل تجدیدنظر می‌باشند و ارسال پرونده‌های مربوط به دادگاه تجدیدنظر انتظامی خودداری شده و قطعی بودن احکام مذکور در پایان آراء بدوی مربوطه قید گردد.

ثانیاً پیرو تأکیدات قبلی، بار دیگر بر ضرورت تشکیل دادگاه بدوی انتظامی با ترکیب قانونی موضوع ماده‌ی ۳۵ قانون دفاتر اسناد رسمی و با حضور عضو سردفتر و همچنین عضو قضایی که دارای پست قضایی ریاست شعبه دادگاه تجدیدنظر استان باشد تأکید می‌گردد. هرگونه تخطی از منطوق ماده‌ی مرقوم، موجبات مخدوش بودن آرای صادره و مآلاً نقض احکام مربوط و ایجاد مسئولیت شرعی و اداری را برای مدیرکل محترم استان فراهم خواهد آورد. نظارت دقیق بر اجرای صحیح این بخشنامه برعهده مدیرکل محترم ثبت اسناد و املاک استان و دادستان محترم انتظامی سردفتران و دفتریاران خواهد بود.

سیدعلیرضا میرشریفی

معاون امور اسناد

\*\*\*

شماره: ۸۹/۱۵۶۰۸۵

تاریخ: ۱۳۸۹/۹/۲

مدیران کل محترم ثبت اسناد و املاک سراسر کشور

دادستان محترم انتظامی سردفتران و دفتریاران

با سلام

با توجه به این‌که در پاره‌ای موارد ملاحظه گردیده که در اجرای دستورات مقام عالی ریاست محترم سازمان موضوع اعمال مادتین ۴۲ و ۴۳ قانون دفاتر اسناد رسمی نسبت به سردفتران و دفتریاران، مفاد تبصره‌ی ۲ ذیل ماده‌ی ۴۳ مارالذکر رعایت نگردیده و رسیدگی‌های مربوط در دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر انتظامی سردفتران و دفتریاران با تأخیر و اطاله مواجه شده و در نتیجه اهداف موردنظر قانون‌گذار محترم در فوریت تعقیب و مجازات انتظامی متخلفین محقق نگردیده است، لذا نظر به اهمیت وافر موضوع، ضرورت دارد با اعمال نظارت دقیق ترتیبی اتخاذ گردد تا اولاً کلیه پرونده‌های انتظامی موضوع مادتین صدرالذکر به نحوی نشان‌دار گردند که از دیگر پرونده‌های انتظامی قابل تمییز و تشخیص باشند ثانیاً پس از وصول نامه مدیرکل محترم امور اسناد و سردفتران موضوع ابلاغ دستور ریاست محترم سازمان مبنی بر اعمال هر یک از مواد ۴۲ یا ۴۳، پرونده مربوط در اولین فرصت در جلسه دادگاه انتظامی مطرح و مورد رسیدگی قرار گیرد.

سیدعلیرضا میرشریفی

معاون امور اسناد



## کتاب همراه وکیل

انتشار چند کتاب در یک کتاب، آن هم در قطع‌های جیبی و پالتویی، به یقین باعث افزایش سرانه مطالعه می‌شود. این روش، البته در نشر کتاب‌های قوانین و مقررات، قابل تحسین است.



کتاب همراه وکیل، در واقع، سه کتاب در یک کتاب است شامل؛ قانون آیین دادرسی و دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری و قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی انقلاب.

کتاب حاضر با تدوین مجید زندی ازسوی انتشارات بهنامی با قطع جیبی در سال جاری با شمارگان ۳۰۰۰ نسخه در ۲۴۳ صفحه به ارزش ۲۵۰۰ تومان روانه بازار کتاب‌های حقوقی شده است.

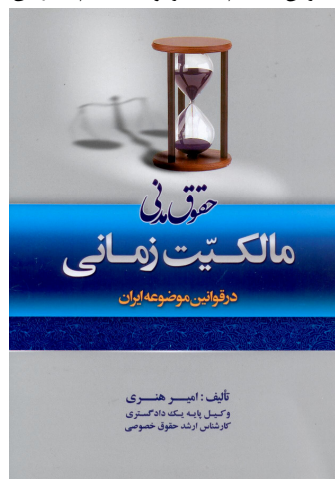
## حقوق مدنی

### مالکیت زمانی

#### در قوانین موضوعه ایران

مالکیت زمانی، تأسیس حقوقی جدید است و به تازگی در حقوق ایران راه یافته است. برخی مالکیت زمانی را نوعی تقسیم منافع دانسته و بر این باورند که؛ به طور کلی، مالکان مشاع، برای تقسیم منافع مشترک مال مشاع می‌توانند از طریق تقسیم به اجزا و یا تقسیم به زمان انتفاع اقدام نمایند. در توضیح این موضوع گفته‌اند؛ هرچند تقسیم و افراز اموال مشترک ازجمله؛ منافع، از حیث ماهیت، نوعی تمییز حق محسوب است لیکن از آن‌جا که به‌موجب افراز، قسمتی از مال (اصل مال) با مالکیت مستقل از (مالکیت) مال اولیه خارج می‌شود و در مقابل، شریک سابق نیز، دیگر هیچ حق و حقوقی در سایر ذرات مال باقی‌مانده، نخواهد داشت. چراکه در واقع، نوعی مبادله‌ی خاص انجام می‌پذیرد که احکام و آثار خاص خود را دارد.

کتاب یادشده در سه بخش؛ کلیات، ماهیت مالکیت زمانی و آثار و شرایط مالکیت زمانی تدوین یافته که امیر هنری نگارنده‌ی کتاب، چنین نتیجه می‌گیرد که در مالکیت زمانی، تقسیم مال مشترک، برحسب واحد زمان به صورت مفروز و دوره‌ای (نوبتی) صورت می‌پذیرد به طوری که حالت اشاعه باقی است و بنا به ضرورت‌های اجتماعی و نیاز جامعه، می‌طلبد که قانون تملک زمانی ازسوی قانون‌گذار به تصویب برسد.



این کتاب که امسال ازسوی انتشارات جنگل، جاودانه منتشر شده به ارزش ۴۰۰۰ تومان با شمارگان ۱۰۰۰ نسخه در ۲۴۸ صفحه قابل مطالعه اندیشمندان در مسایل روز و نوین حقوقی است.



## قرارداد پیش‌فروش ساختمان

غارنشینی دیروز آدمی نشانگر نیاز اساسی بشر است که امروزه از آن به آپارتمان‌نشینی تعبیر می‌شود. تحول‌ها و پیشرفت‌های علمی و فنی در ساخت و ساز خانه‌ها، چه در شهرها و چه در روستاها، دولت‌ها را مجبور به وضع قوانین و مقررات خاص نموده است که متناسب با شرایط ویژه



اقتصادی اعم از گرانی مصالح ساختمانی، ارزش اسمی و رسمی زمین، فروش تراکم و میزان تورم و رکود حاکم بر بازار، هزینه تمام شده‌ی ساختمان را، در یک دوره‌ی زمانی تولید خانه یا آپارتمان، کاهش یا افزایش می‌دهد. توجه دولتمردان ایران به این مهم، نخستین بار در سال ۱۳۱۷ با تأسیس بانک رهنی کلید خورد. اما به جرأت می‌توان گفت تعداد پرونده‌های مرتبط با موضوع ساخت و ساز و یا مشارکت در ساخت خانه و آپارتمان در دستگاه قضایی قابل توجه است و چه نیکو است که دولت درخصوص موضوع، به فرهنگ‌سازی، و آموزش لازم بپردازد و جامعه‌ی حقوقی نیز بر شیوه‌ی صحیح تنظیم اسناد عنایت خاص نمایند و افراد جهت تنظیم اسناد رسمی در دفاتر اسناد رسمی به‌طریق قانونی تشویق و ترغیب شوند.

کتاب حاضر در دو بخش زیرعنوان «ماهیت قرارداد پیش‌فروش ساختمان و بازشناخت آن از قراردادهای مشابه» و «آثار قرارداد

پیش‌فروش ساختمان» توسط فرزاد زرنگار تألیف شده که علاوه بر مطالعه‌ی تطبیقی موضوع در حقوق مصر و فرانسه، قرارداد پیش‌فروش ساختمان را در حقوق کنونی، دکترین و رویه‌ی قضایی مورد بررسی و نقد کارشناسی قرار داده است و در آخر، نتایجی را در جهت تحقق تأمین حقوق خریداران پیشنهاد می‌دهد.

این کتاب در ۱۲۸ صفحه از سوی انتشارات جنگل جاودانه در سال جاری به قیمت ۲۰۰۰ تومان با شمارگان ۱۰۰۰ نسخه در دسترس علاقه‌مندان حوزه‌ی مسکن و حقوق قراردادهای قرار گرفته است.

### قابل توجه ناشران محترم کتاب

نظر به این‌که ماهنامه «کانون» چندی است به‌منظور آشنایی بیشتر مخاطبان خصوصاً جامعه محترم سردفتری اقدام به معرفی کتاب‌های حقوقی اعم از حقوق سردفتری و امور ثبتی نموده، ناشران محترم می‌توانند با ارسال ۲ جلد از هر عنوان کتاب منتشرشده، ماهنامه «کانون» را در انجام این مهم، به‌نحو مطلوب، یاری نمایند.

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۷۳

تلفن: ۸۸۷۲۸۷۵۵ - ۰۲۱

دورنگار: ۸۸۷۰۵۹۱۷ - ۰۲۱

کدپستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

سندوق‌پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

[www.notary.ir](http://www.notary.ir)

[MAGAZINE@NOTARY.ir](mailto:MAGAZINE@NOTARY.ir)

[Kanoon.notary@gmail.com](mailto:Kanoon.notary@gmail.com)

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

## قابل توجه سردفتران و دفترباران

و

### دفاتر اسناد رسمی سراسر کشور

هر چند بدیهی است لیکن تأکید می‌شود که مجموعه به چاپ رسیده زیر عنوان «نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفترباران» همان‌گونه که از نام آن مستفاد می‌گردد صرفاً مشتمل بر نظریات مشورتی اعضای محترم کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفترباران می‌باشد و به‌منظور ارتقای سطح علمی و دانش حقوقی علاقه‌مندان در اختیار همکاران ارجمند قرار گرفته است.

لذا از حیث اجرا، جنبه الزام‌آور نداشته و مسقط یا موجد الزامات قانونی برای سردفتران و دفترباران دفاتر اسناد رسمی سراسر کشور نمی‌باشد.

### نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی

#### کانون سردفتران و دفترباران

کتاب ارزشمند «نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفترباران» حاصل نشست‌های علمی-حقوقی و پژوهش‌محور کمیسیون حقوقی دفتر حقوقی و حمایت قضایی کانون سردفتران و دفترباران است



که از تاریخ ۱۳۸۲/۳/۶ لغایت ۱۳۸۶/۴/۲۷ طی ۱۷۰ جلسه رسمی پس از بحث و بررسی در خصوص پرسش‌ها و مسائل مطرح‌شده از سوی دفاتر اسناد رسمی، جوامع سردفتری و مراجع قضایی، حسب مورد پاسخی شایسته و علمی-تحقیقی براساس آخرین مقررات و دکتین‌های حقوقی داده‌است که موضوعات آن اعم از اتباع بیگانه، اجاره، اجرائیه، احراز هویت، احوال شخصیه، اراضی، املاک، استعلامات، اشخاص حقوقی، اقرارنامه، انتقال اجرائی، حق‌التحریر، حق‌الثبت، خودرو، دفتر اسناد رسمی، دفتربار، رهن، سردفتر، فسخ سند و اقاله، قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی، گواهی امضا، گواهی عدم حضور، مالیات، مستندات تنظیم اسناد، نظام وظیفه، وکالت و بسیاری دیگر سؤال‌های مهم و مسائل مبتلابه دفاتر اسناد رسمی است که جمعاً ۴۵۲ نظریه‌مشورتی را تشکیل داده است.

گفتنی است جلد اول این کتاب به تازگی به اهتمام دفتر آموزش و پژوهش کانون سردفتران و دفترباران روانه‌ی بازار کتاب‌های حقوقی شده است.

امتیاز خاص این کتاب، فهرست موضوعی به‌ترتیب حروف الفبا و هم‌چنین جداول موضوعی آن است که براساس شماره سؤال، سؤال‌کننده، شماره جلسه کمیسیون، تاریخ جلسه کمیسیون، عنوان یا موضوع سؤال، خلاصه سؤال، خلاصه جواب و موضوع کلی تنظیم شده است.

این کتاب دارای ۲۶۰ صفحه به قیمت ۴۰۰۰ تومان توسط انتشارات سرخ منتشر می‌شود که علاقه‌مندان به تهیه کتاب می‌توانند با تکمیل «فرم خرید کتاب» (صفحه بعد) نسبت به تهیه آن اقدام نمایند.

## برگ «خرید کتاب»

خواهشمند است تعداد..... نسخه کتاب «نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و

دفتریاران (جلد اول)» برای اینجانب..... به

نشانی:.....

پست الکترونیک:..... E-mail: تلفن تماس:.....

کد پستی: 

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

 ارسال فرمایید. هزینه خرید کتاب طی فیش

بانکی شماره..... به مبلغ..... که اصل آن پیوست می‌باشد، واریز شده است.



۱ = هزینه خرید هریک نسخه کتاب ۴۵۰۰ ریال است (۴۰۰۰ تومان قیمت کتاب + ۵۰۰ تومان هزینه پستی).

۲ = لطفاً هزینه خرید کتاب را به حساب سیبا شماره ۰۱۰۴۲۸۲۸۰۸۰۰۵ بانک ملی شعبه خیابان میرزای شیرازی کد ۱۶۹ به نام ماهنامه کانون واریز فرمایید.

\* نکته مهم: لطفاً عنایت فرمایید در فیش بانکی، حتماً عبارت «خرید کتاب» قید گردد.

\* نکته مهم ۲: ارسال کتاب پس از دریافت اصل فیش واریزی و برگ خرید کتاب خواهد بود.

۳ = لطفاً اصل این برگ خرید را تکمیل و با اصل فیش واریزی به نشانی: صندوق پستی تهران ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.

۴ = لطفاً کپی فیش واریزی را تا دریافت کتاب نزد خود نگه دارید.

۵ = لطفاً نشانی و کد پستی و تلفن متقاضی خرید کتاب در برگ «خرید کتاب» دقیق قید شود.

www.notary.ir  
E-mail: Magazine@notary.ir  
Kanoon.notary@gmail.com

همیشه با «کانون» همراه باشید

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۷۳

تلفن: ۸۸۷۲۸۷۵۵ - ۰۲۱ دورنگار: ۸۸۷۰۵۹۱۷ - ۰۲۱

### قابل توجه مترجمان و نویسندگان محترم مقالات

ماهنامه «کانون» قصد دارد از شماره یکصدویکمین شماره خود در بخش‌های مقالات و ترجمه به نکات مهم زیر درخصوص شیوه‌ی تهیه و تنظیم و تدوین مقالات ارسالی اهتمام ورزد. البته رعایت این مهم در جهت حفظ شأن علمی-پژوهشی ماهنامه ضروری است. علاوه بر این، فقط مقاله‌هایی که مورد تأیید و پذیرش شورای داورى ماهنامه «کانون» باشد، به چاپ خواهد رسید.

از همین رو، خواهشمند است «شیوه‌نامه‌ی تدوین مقالات» در این خصوص دقیقاً رعایت شود.

#### شیوه‌نامه‌ی تدوین مقالات

- ۱ - موارد زیر به‌طور دقیق و کامل و خوانا حتماً ضمیمه‌ی مقاله یا ترجمه باشد؛
  - ۱ - ۱ - نام و نام‌خانوادگی، میزان تحصیلات، رشته تحصیلی، رتبه‌ی علمی-پژوهشی یا دانشگاهی، گروه آموزشی، نام دانشکده، نام دانشگاه، نام شهر واحد دانشگاهی (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
  - ۱ - ۲ - نشانی، کدپستی، شماره تلفن ثابت، نامبر و موبایل، نشانی رایانامه (ایمیل) نویسنده یا مترجم.
  - ۱ - ۳ - ارسال سوابق علمی-پژوهشی و مطالعات علمی-تحقیقی نویسنده یا مترجم برای اولین بار ضروری است.
  - ۱ - ۴ - دقیقاً نام مسئول مقاله یا ترجمه قید و امضا شود.
- ۲ - عنوان مقاله کاملاً گویای موضوع باشد (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
- ۳ - نوشتن چکیده مقاله حداکثر در ۱۰ سطر ضروری است (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
- ۴ - واژگان کلیدی ترجیحاً ۵ واژه نوشته شود (هم فارسی، هم انگلیسی یا فرانسه).
- ۵ - مقاله‌های تایپ‌شده در برنامه word (یک نسخه از مقاله به علاوه CD یا فلاپی) اولویت دارند.
- ۶ - مقاله ارسالی نباید قبلاً چاپ شده باشد و هم‌چنین نویسنده یا مترجم نباید تا سه ماه پس از تاریخ دریافت دفتر ماهنامه جهت چاپ در دیگر مطبوعات اقدام نماید.
- ۷ - مقاله نباید بیش از ۳۰ صفحه (A4 تایپ شده) باشد. ماهنامه از پذیرش و چاپ مقاله‌های چندقسمتی معذور است.
- ۸ - ماهنامه از مقاله‌های تنظیمی به روش استاد «درون متنی» استقبال می‌کند.
  - ۸ - ۱ - پس از آوردن متن نقل قول اعم از مستقیم یا غیرمستقیم کافی است داخل پرانتز به‌ترتیب آورده شود؛ الف - نام‌خانوادگی نویسنده اثر. ب - سال نشر اثر. ج - شماره صفحه‌ی مورد استناد. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۲۷).

۲۱۳ - ۸ - در صورت تعدد آثار نویسنده در یک سال، منبع مورد استناد را با حروف ابجد (الف، ب، ج، د، ...) مشخص نمایید. مثلاً: (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [الف]، ص. ۳۹) و (کاتوزیان، ۱۳۸۳ [ب]، ص. ۲۴۵).  
 ۹ - منابع مورد استناد اعم از فارسی یا غیرفارسی، در پایان مقاله به ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده آورده شود؛

۱ - ۹ - کتاب: الف - نام خانوادگی نویسنده، ب - نام نویسنده، ج - سال نشر کتاب، د - **عنوان کتاب**، ه - نام مترجم، و - شماره جلد، ز - شماره چاپ، ح - محل نشر کتاب، ط - **نام** یا **عنوان ناشر**؛ مثلاً: امامی، سیدحسن (۱۳۷۳)، **حقوق مدنی**، ج. ۶، چ. چهارم، تهران، کتابفروشی اسلامیة.

۲ - ۹ - مقاله: الف - نام خانوادگی نویسنده، ب - نام نویسنده، ج - تاریخ انتشار نشریه، د - **عنوان مقاله**، ه - نام مترجم، و - **نام یا عنوان نشریه**، ز - نام یا عنوان صاحب امتیاز نشریه، ح - دوره و سال انتشار نشریه، ط - ترتیب انتشار نشریه؛ ی - شماره نشریه، ک - صفحات شروع تا پایان مقاله در نشریه‌ی مورد استناد؛ مثلاً: محمدی، عباس (زمستان ۱۳۸۸)، **ماهیت حقوقی قرارداد اجاره کشتی، فصلنامه حقوق**، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره‌ی ۳۹، ۱۳۸۸، فصلنامه، ش. ۴، صص. ۳۵۹ - ۳۳۷.

۱۰ - محور اصلی مطالب قابل درج در ماهنامه مسائل حقوقی عموماً و به‌طور اخص حقوق ثبت اسناد و املاک و امور دفاتر اسناد رسمی است. از این رو مقالات ارسالی باید به‌نحوی با موضوعات مذکور پیوند داشته باشد.

۱۱ - در صورتی که مقاله ارسالی ترجمه باشد، ضروری است که متن اصلی نیز همراه ترجمه ارسال شود.

۱۲ - هیئت تحریریه در ویرایش ادبی، فنی، نگارشی و علمی مقاله‌ها، آزاد است.

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۷۳

کد پستی: ۱۵۸۶۷۱۷۳۱۱

تلفن: ۰۲۱ - ۸۸۷۲۸۷۵۵

صندوق پستی: ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵

دورنگار: ۰۲۱ - ۸۸۷۰۵۹۱۷

www.notary.ir

پایگاه اینترنتی کانون سردفتران و دفتریاران:

MAGAZINE@NOTARY.ir

نشانی الکترونیکی ماهنامه:

Kanoon.notary@gmail.com

انتشار ماهنامه‌ی «کانون» تلاشی برای دستیابی به اهداف زیر است:

- بالا بردن سطح دانش و آگاهی‌های سردفتران و دفتریاران
- فراهم کردن زمینه اجرای بند یک ماده‌ی ۶۶ قانون دفاتر اسناد رسمی
- ایجاد رویه واحد در طرز اعمال قوانین با درج نظریه‌های حقوقی و قضایی
- نقد علمی و تحقیقی در مسائل حقوقی و قضایی به منظور تولید علم
- بحث در قوانین خارجی و مطالعه‌ی تطبیقی آن‌ها و رویه‌ی قضایی کشورها
- درج نظریه‌ها و دیدگاه‌های اندیشمندان حقوق ایران و جهان
- نشر برخی از قوانین، مقررات رسمی، آراء وحدت رویه و احکام دادگاه‌ها
- انتشار سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های علمی و حقوقی
- ارائه راه حل در طرح مشکلات شغلی و حرفه‌ای سردفتران و دفتریاران

.....

- ماهنامه از پس فرستادن مقالات دریافتی معذور است.
- ماهنامه در تلخیص و ویرایش مطالب آزاد است.
- مقالات و مطالب ماهنامه صرفاً بیان‌کننده آراء و نظریه‌های نویسندگان است.
- نقل مطالب ماهنامه با ذکر دقیق مأخذ آزاد است.

### برگ درخواست اشتراک ماهنامه‌ی «کانون»

خواهشمند است تعداد..... نسخه ماهنامه «کانون» را از شماره..... برای

اینجانب..... که سردفتر  دفتریار

کارمند دفتر اسناد رسمی  وکیل  قاضی  کارشناس حقوقی  دانشجو

یا..... هستیم، به نشانی:.....

.....

پست الکترونیک:..... E-mail :.....

تلفن تماس:..... کد پستی: 

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

ارسال فرمایید. هزینه اشتراک طی فیش بانکی شماره.....

به مبلغ..... برای ۶ ماه  یکسال  که اصل آن پیوست می‌باشد،

واریز شده است.



۱- هزینه اشتراک ۶ شماره ۲۲۰۰۰۰ ریال و ۱۲ شماره ۴۴۰۰۰۰ ریال است. (با احتساب هزینه پستی).

۲- لطفاً هزینه اشتراک را به حساب جاری ۳۴۳۴ بانک ملی شعبه خیابان میرزای شیرازی کد ۱۶۹ به نام ماهنامه کانون واریز فرمایید.

(لطفاً عنایت فرمایید در فیش بانکی، نام پرداخت کننده همان نام و عنوان متقاضی اشتراک باشد).

۳- لطفاً این برگ اشتراک را تکمیل و با اصل فیش واریزی به نشانی: صندوق پستی تهران ۴۱۹ - ۱۴۳۳۵ ارسال فرمایید.

۴- لطفاً کپی فیش واریزی را تا پایان دوره اشتراک نزد خود نگه دارید.

۵- در صورت تغییر نشانی در اسرع وقت، به صورت کتبی، واحد امور مشترکین ماهنامه را مطلع فرمایید.

● برای استفاده الکترونیکی ماهنامه «کانون» نیز می‌توانید به نشانی اینترنتی [www.notary.ir](http://www.notary.ir) مراجعه فرمایید.

●● گفتنی است جهت متقاضیان اشتراک خارج از کشور، حسب مورد هزینه پستی به مبلغ مذکور علاوه می‌شود.

E-mail: MAGAZINE@NOTARY.ir

Kanoon.notary@gmail.com

نشانی دفتر ماهنامه: تهران، خیابان استاد مطهری، مقابل خیابان سنایی، پلاک ۲۷۳

تلفن: ۸۸۷۲۸۷۵۵ - ۰۲۱ دورنگار: ۸۸۷۰۵۹۱۷ - ۰۲۱

### خلاصة محتويات العدد ١١٣ من شهرية "كانون"

صدر العدد ١١٣ من شهرية "كانون" لشهر شباط/فبراير. ويتناول قسم "رؤية" بقلم المدير المسؤول السيد عباس سعیدی، موضوع ادارة مكاتب التوثيق الرسمي و ضرورة اعتماد التحديث فيها. و موضوع "حديث الساعة" بعنوان «ضرورة ادراج الهادة الدراسية» حقوق ادارة مكاتب التوثيق الرسمي « في فرع الحقوق» نشر عشية اقامة ملتقى مؤسسة التسجيل بمناسبة مرور قرن على عمر نظام التسجيل في البلاد. على ان يقام الملتقى في الربيع القادم. و يقترح المقال على النظام التعليمي في البلاد بالا يتم الاكتفاء بادراج مادة "حقوق التسجيل" كمادة دراسية الزامية في فرع الحقوق بل من الافضل ان يتم تدريس مادة "حقوق ادارة مكاتب التوثيق الرسمي" كوحدة دراسية بصورة مستقلة لكي يتم انتخاب مدرء و مساعدى مكاتب التوثيق الرسمي من بين خريجي القانون ممن درسوا هذه الهادة الدراسية.

و مقال "حديث الساعة" في هذا العدد بقلم السيد رضا تاجكر مستشار المدير المسؤول و امين هيئة التحرير في الشهرية.

واحد المقالات الملفتة في هذا العدد هو مقال بقلم الدكتور محسن بنجتنى بعنوان "نظرية سيادة الارادة في حقوق العقود (على اساس القواعد المعمول بها في حقوق ايران) في ظل الوصية"، يشرح فيه باسهاب و دقة موضوع الوصية و مفاد الهادة ٨٤٣ من القانون المدني بخصوص عدم النفوذ الحقوقي لوصية الفاض على الثلث و يناقش الموضوع من حيث سيادة الارادة و الهادة ١٠ من نفس القانون.

و ثمة مقال بعنوان "الدراسة المفهومية و المصادقية للسبب و الشرط في الحقوق المدنية" بقلم السيد عباس ميرشكارى يبين فيه بان مفهوم المفردتين "السبب" و "الشرط" مختلف من وجهة نظر المنطق و



الفلسفة و الفقه و اصول الفقه و الحقوق و يشرح مصاديقه في اسباب التملك و عقد الضمان و عقد الجعالة و النفقة و المسؤولية المدنية و كذلك الارث.

و في قسم "نافذة" هناك مقال للسيد لطيف عبادبور عنوانه "الايداع في المعاملة في فسخ المعاملة" و هو موضوع مثير للتساؤل يناقش من خلاله بدقة علمية المادة ٦٩ لقانون تسجيل الوثائق و العقارات و المادة ٢٩ من قانون مكاتب التوثيق الرسمي و نقابة مدراء و مساعدي مكاتب التوثيق الرسمي و هو ما يتعارض نظريا و عمليا مع النظام الداخلي و النظريات الحقوقية.

و "مفهوم العقد التجاري الالكتروني و علاقته بالعقود الدولية" بقلم الدكتور همايون مافي و الدكتور سام محمدي و السيد حسين كاويار، يبادر المقال الى مقارنة الموضوع مع مفاد المعاهدات الاقليمية و الدولية كما يدرس الرؤى الحقوقية في فرنسا و ايران و يتقبل الرؤية النهائية المتناغمة مع المنطق الحقوقي و يبين بان العقد الالكتروني، لا يتسم بطابع دولي في حد ذاته.

و هناك مقال ملفت اخر بعنوان "القوة القاهرة و المسؤولية المدنية" بقلم السيدة زهرة افشار قوجاني تتناول فيه القوة القاهرة و اثرها على المسؤولية المدنية. و تقول انه في حال حصل ضرر من يجب ان يعرض عنه و كذلك تعطى شرحا عن موضوع المسؤولية المدنية العقدية و غير العقدية و تبين انه في اي حالة تقوم القوة القاهرة باعفاء المتسبب بالضرر!؟

و يتضمن هذا العدد القسم الثامن من سلسلة موضوعات "معجم مفردات و مصطلحات الوقف" قام بصياغته السيد جليل محمدي و هو ملفت بالنسبة للمهتمين بهذا الحقل.

و المقال الاخر في هذا العدد من شهرية "كانون" هو بعنوان "عقد الاستصناع و دراسة ماهيته" بقلم السيدة فاطمة اعتماديان تشرح فيه الموضوع في فقه الامامية. و يتطرق المقال الى عقد الاستصناع في مبادئ فقه الامامية و الضوابط الاسلامية و تطابقه مع مبدأ حرية العقود.

و في قسم "المهاجس" هناك خلاصة لمقال بقلم السيد علي بهاري راد بلفت انتباه المسؤولين الى مطالب و احتياجات المتقاعدين.

و في الختام، اضافة الى تقديم الكتاب، هناك الاخبار و الانظمة الجديدة. و تم ترجمة هذا النص الى اللغات الانجليزية و الفرنسية.

She brings up the question of who must pay for losses if one party sustains damages.

She clarifies the issue of civil liabilities both in both contractual and non contractual cases.

She discusses the situations where one party is exempt from civil liabilities at the time of emergencies.

The 8<sup>th</sup> part of "**Dictionary & Terminology of Endowment**" appears in this issue which is compiled by Mr. Seyed Jalil Mohammadi.

It is an interesting section for those who deal with this type of subject.

The next article is written by Ms. Fatemeh Eatemadian which appears under the title of "**Nature of Special Order Contracts.**" She explores the Islamic Jurisprudence in this regard and finds that those laws don't believe in it. In comparison, other people such as the auther believe in authenticity of such contracts, even though they don't regard that as a specific contract.

Investigation of special order contracts within the framework of the Islamic Jurisprudence and Islamic standards, and conformity of those with principle of freedom of contracts are among issues discussed in this article.

The "**Headache**" section contains a brief article written by Mr. Ali Bahari Rad, which draws the attention of the authorities to the needs of retired people.

In concluding section, in addition to introducing to you new books, we have brought you news concerning new rules and regulations as well.

Summary of the articles of this issue appear in French and Arabic as well.

The author explores the issue of will. He challenges article 843 of the Civil Codes of Iran which prohibits bequeathing (allocating) more than 1/3 of inheritance to people other than heirs. He challenges the law by referring to article 10 of the same law which concerns the intention of the deceased.

In continue, we read an article which is titled: "**Conceptual and Justification Review of Cause and Provision in Civil Code**". The article is written by Mr. Abbas Mirshekari who believes these two terminologies, "Cause" and "Provision", from logic, philosophy, jurisprudence, jurisprudence principles and law point of view, have different meanings.

He brings examples of them in causes of ownership, contract of guaranty, contract of reward, alimony, civil liability and inheritance.

An article appears in the "**Window**" section which is written by Mr. Latif Ebadpour and is titled "**Earnest Money in Cancellation of Transactions**".

The author scientifically scrutinizes article 69 of the Deeds and Registration Act, and article 29 of the Notaries and Notary Aides' Association Act. The author argues that those articles are practically in contradiction with legal opinions and bylaws.

"**Concept of Electronic Commercial Contracts, & Their Relationship with the International Contracts**" is the title of an article which is written by Dr. Homayoun Mafi, Dr. Sam Mohammadi and Mr. Hossein Kaviar. The authors take up the issue of electronic contracts from the point of view of regional and international conventions, and French and Iranian jurisprudence and accept the final opinion that is compatible with the law and conclude that an electronic contract by itself is not an international contract.

Another interesting article that appears in this issue is an article which is written by Ms. Zohreh Afshar Ghouchani. The article appears under the title of "**Force Majuer and Civil Liability**".

The author discusses the effects of force majeure on civil liabilities.

### **Summary of Articles Appearing in 113<sup>th</sup> Edition of the Kanoon Monthly Publication**

The 113<sup>th</sup> edition of the Kanoon Publication is published in February 2011.

The "**View Point**" section contains an article which is written by Mr. Abbas Saeedi, managing director of the publication. The article deals with the issue of modernizing and up to dating notary public offices in Iran as a matter of necessity.

The "**Commentary of the Day**" section contains an article which is titled "**Necessity of including Notary Public Laws in the Law Curriculum**".

The article is written by Mr. Reza Tajgar, special consultant to the managing director and chief editor of the publication.

In this article, the author suggests to the authorities not only to make it mandatory for the law students to take 2 credit courses in the field of Registration Law, but also make the Notary Law an independent course. He argues that by doing so, notaries and notary aides can be selected out of law student graduates who have taken the mentioned courses.

One of the interesting articles that appear in this issue is an article which is written by Dr. Seyyed Mohsen Panjtani. The article is titled "**Theory of Intention in Laws Governing Contracts (based on acceptable principles in the Iranian Jurisprudence) With Respect to Wills**".

"**La force majeure et la responsabilité civile**" est le titre d'un article intéressant de Mme Zohreh Afshar Ghouchani qui discute de la force majeure et de ses effets sur la responsabilité civile. En cas de dommage, qui doit-il le réparer? Elle s'exprime pour ce qui est de la responsabilité civile contractuelle et de celle non-contractuelle, et cherche à répondre à question de savoir dans quelles conditions la force majeure dispense-t-elle de la responsabilité l'auteur du dommage.

Le lecteur pourra lire ensuite la huitième partie de la série "**du lexique des termes et expressions relatifs à la fondation pieuse**", qui a été rassemblé par M. Seyed Jalil Mohammadi.

"**Le contrat ayant pour objet l'accord avec des industriels pour construire un objet déterminé**" est le titre d'un autre article rédigé par Mme Fatemeh Etemadian qui traite la question dans le droit imamite qui ne croit pas en validité de ce genre de contrat. Mais les autres, y compris l'auteur, insistent sur la validité de ce contrat, même s'ils ne le considèrent pas comme faisant partie des contrats déterminés. L'auteur explique le contrat selon les règles du droit imamite et celles islamiques, et du point de vue de son adaptation au principe de la liberté des contrats.

"**Le souci**" contient un extrait de l'article de M. Ali Bahari Rad qui attire l'attention des responsables sur les demandes et les réclamations des retraités.

Enfin, après la présentation des livres, les actualités et les nouvelles règles, on lira la traduction de ce texte en langues arabe et anglaise.

volonté dans le droit des contrats (à partir de règles acceptées dans le droit iranien) en matière de testament". L'auteur explique en détail et minutieusement l'objet du testament et les dispositions de l'article 843 du Code civil relatif à la non-effectivité juridique du testament sur le surplus du tiers, du point de vue de la souveraineté de la volonté et de l'article 10 dudit Code.

Vient ensuite l'article intitulé "L'étude conceptuelle et applicative de la cause et de la condition dans le droit civil" dont l'auteur M. Abbas Mirshekari estime que les deux termes "cause" et "condition" diffèrent selon qu'il s'agit de la logique, de la philosophie, du droit islamique, des principes du droit islamique, ou du droit. Il en exprime les applications dans les causes de la possession, le cautionnement, le contrat de récompense, la pension alimentaire, la responsabilité civile et la succession.

"La fenêtre" comprend un article de M. Latif Ebadpour, intitulé "La conclusion d'un contrat et la résiliation" qui constitue un objet problématique. L'auteur examine par érudition l'article 69 du Code de l'enregistrement des actes et propriétés et l'article 29 du Code du notariat et montre leurs contradictions théoriques et pratiques avec les règlements et les thèses juridiques.

"La notion du contrat e-commercial et ses rapports avec le contrat international" est un autre article, écrit par MM. Homayoun Mafi, Sam Mohammadi et Hossein Kaviar qui, tout en comparant avec les dispositions des conventions régionales et internationales, expliquent les points de vue des droit iranien et français et acceptent le point de vue juridique le plus compatible en disant que le contrat e-commercial n'est pas en soi un contrat international.

### **Extrait d'Articles de Kanoun N° 113**

Le mensuel Kanoun n° 113, édition janvier-février 2011, dans son "Point de vue", écrit par le directeur M. Abbas Saeedi, traite la question de la direction d'une étude de notaire et de la nécessité de l'actualisation dans les études notariales.

"La parole du jour" contient l'article intitulé "La nécessité de l'institution de deux unités d'enseignement sur le droit notarial dans la discipline du droit", à la veille de la tenue de la Conférence de l'Organisation de l'enregistrement à l'occasion du centenaire, au printemps de 2011, du système d'enregistrement en Iran. L'auteur propose de rendre non seulement obligatoire l'obtention de deux unités d'enseignement de "droit notarial" pour les étudiants de droit, mais aussi il convient de proposer "le droit notarial" comme une discipline indépendante afin que les notaires et les clercs puissent être sélectionnés parmi les diplômés de droit qui ont obtenu cette unité d'enseignement. Cet article a été rédigé par M. Reza Tajgar, le conseiller du directeur et le secrétaire de la rédaction du mensuel.

L'une des notes les plus intéressantes de ce numéro est celle de M. Seyed Mohsen Panjtani sous le titre "de la Théorie de la souveraineté de la



**Notarie's Public & Assistant's Association**  
**News and analysis on humanities**  
**52<sup>th</sup> year , second Vol. No 113**  
**Feb 2011**

**Proprietor:**

Notary Public And Assistant's association

**Managing Editor:** Abbas saeedi

**Editor-in-chief:** Naser Nayebi

**Executive manager:** Noor Ali Mazaheri

**Co - authors:**

Zohreh Afshar Ghouchani, Fatemeh Eatemadian,

Latif Ebadpour, Hossein Kaviar,

Dr. Homayoun Mafi, Abbas Mirshekari,

Seyed Jalil Mohammadi,

Dr. Seyyed Mohsen Panjtani,

Dr. Sam Mohammadi & Reza Tajgar.

**Managing Editor's Consultant & Secretary of The Editorial Board:** Reza Tajgar

**Legal Editor:** Reza Tajgar

**Editor:** Vahid Amini

**Page Maker and typesetter:** Fahimeh Esmaeili

**Mobile:** 09128155179

**Address:** No. 273, opposite Sanaii st., Ostad Motahhari st., Tehran.

**Tel:** +9821 - 88728755

**P.O.Box:** 14335 - 419

**Fax:** +9821 - 88705917

**Postcode:** 1586717311

**Website:** www.notary.ir

**E-mail:** [MAGAZINE@NOTARY.IR](mailto:MAGAZINE@NOTARY.IR)

[Kanoon.notary@Gmail.com](mailto:Kanoon.notary@Gmail.com)

**Printers:** Mo'alla

**Address:** No.14, 8th Alley, Khajeh Abdo'llah Ansari St., Shari'ati St. Tehran.

**Tel:** +9821 - 22884023

**Price :** 32000 Rls

**ISSN:** 2008 -2851