

حقوق مدنی

(شرایط اساسی قراردادها)

استاد درس فقه ۷ آقای صبرآمیز
که قرارداد و اجاره درس با ایشان
داشته ام.

تهیه و تنظیم: مصطفی پل
دوره کارآموزی سال ۹۶ استان خوزستان

فهرست مطالب

معرفی منابع جهت مطالعه.....	۳
مقدمه.....	۳
نقش دولت در ارتباط با حقوق حاکم بر اجتماع.....	۳
۱- نقش دفاعی.....	۳
۲- نقش حمایتی.....	۳
۳- نقش مدیریتی یا نظارتی.....	۴
کلیات قراردادها.....	۵
بخش اول: موجبات حق.....	۷
عوامل ایجاد حق.....	۷
تفاوت‌های مابین حق و حکم.....	۸
تعریف عقد.....	۸
ایرادات این تعریف.....	۹
عقد در فقه.....	۱۰
بررسی بقیه مواد مربوطه.....	۱۰
ماده ۱۸۴ قانون مدنی.....	۱۰
ماده ۱۸۵ قانون مدنی.....	۱۱
ماده ۱۸۶ قانون مدنی.....	۱۱
ماده ۱۸۷ قانون مدنی.....	۱۱
ماده ۱۸۸ قانون مدنی.....	۱۱
ماده ۱۸۹ قانون مدنی.....	۱۵
شرایط اساسی قراردادها.....	۱۸
۱- قصد و رضای طرفین.....	۱۹
اصل حاکمیت اراده.....	۲۰
آثار اصل حاکمیت اراده.....	۲۰
عیوب اراده.....	۲۹
۱- اکراه.....	۲۹
۲- اضطرار.....	۳۲
۳- اشتباه.....	۳۲

- ۲- اهلیت طرفین..... ۳۶
- اشکالات ماده ۲۱۲ ق. مدنی..... ۳۸
- اشکالات ماده ۲۱۳ ق. مدنی..... ۳۸
- تهافت و تعارض مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ ق. مدنی..... ۳۸
- شروط اهلیت استیفاء..... ۳۹
- ۱- بلوغ..... ۳۹
- ۲- رشد..... ۴۴
- ۳- عقل..... ۴۶
- ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد..... ۵۰
- ۴- مشروعیت جهت معامله..... ۵۱
- ۶- قرارداد منعقدہ مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد. (ماده ۹۷۵ ق. مدنی)..... ۵۴
- بخش دوم: مسقطات حق..... ۵۷
- الف) عوامل اختیاری مسقطات حق..... ۵۷
- ۱- ابراء..... ۵۷
- ۲- اقاله..... ۶۱
- ۳- اعراض..... ۶۳
- ۴- وفای به عهد..... ۶۵
- ۵- تبدیل تعهد..... ۶۸
- ۶- فسخ..... ۶۹
- ب) عوامل قهری مسقطات حق..... ۷۰
- ۱- تهاتر..... ۷۰
- ۲- طبیعت..... ۷۲
- ۳- دولت..... ۷۲
- ۴- مالکیت ما فی الذمه..... ۷۲
- ۵- مرور زمان..... ۷۳
- ۶- انفساخ..... ۷۳

حقوق مدنی مورد بحث شامل «شرایط اساسی قراردادها» است که به عنوان مباحث مادر بوده و تحت عنوان حقوق مدنی (۳) ارائه می گردد.

معرفی منابع جهت مطالعه

۱. کلیات قراردادها، دکتر کاتوزیان
۲. شرایط اساسی قراردادها، حبیب‌اله طاهری
۳. حقوق مدنی (۳)، دکتر شهیدی
۴. حقوق مدنی، دکتر سیدحسن امامی

مقدمه

نقش دولت در ارتباط با حقوق حاکم بر اجتماع

نقش دولت در ارتباط با حقوق حاکم بر اجتماع از سه حالت خارج نیست:

۱- نقش دفاعی

نقش دفاعی دولت در ارتباط با حقوق جزا است و دولت (به معنای عام حاکمیت) از چه کسی دفاع می کند؟ از جامعه و متضرر دفاع می نماید. تبلور این دفاع در این است که می گوید: اگر کسی متضرر از جرم شود، نیروی انتظامی کشور در اختیار متضرر است و دادرها (مدعی العموم و دادستان) در اختیار متضرر هستند و هزینه دادرسی لازم نیست بپردازد.

نهاد دادرها در جهت تحقیق و کسب دلیل به متضرر کمک می کند. این در جایی است که جرم صرفاً واجد وصف، یعنی منشأ خصوصی و حق الناسی باشد اما اگر جرم دارای جنبه عمومی باشد یا مشترک ما بین عمومی و خصوصی یا واجد جنبه عمومی صرف باشد مانند همه مقررات راجع به حدود (قریب به اتفاق)، در این گونه موارد اعم از اینکه متضرر بخواهد یا نخواهد، دولت نقش خود را ایفاء می نماید.

بنابراین نقش دولت نقش دفاعی (دفاع از متضرر) است. یعنی جایی که منشأ جرم جنبه خصوصی محض دارد، زمانی دولت نقش دفاعی دارد که خود مدعی بخواهد. ولی در مصادیقی که دارای هر دو جهت خصوصی و عمومی است مانند: سرقت، کلاهبرداری، خیانت در امانت، اعم از اینکه متضرر بخواهد یا نخواهد دولت نقش خود را ایفاء خواهد کرد و مدعی العموم کار خود را آغاز می نماید چرا که به حق جامعه و عموم خدشه وارد شده است.

۲- نقش حمایتی

نقش حمایتی دولت مربوط به حقوق مدنی خاص است. (که مدنی خاص عبارت است از امور ارفاقی، امور حسبی، امور غیرتشریفاتی و ...) که شامل امور محجورین در حجر خاص، مانند تاجر ورشکسته و حجر عام که عناصر صغر، جنون و عدم رشد آن را تشکیل می دهد. رابطه حجر عام در قانون مدنی و حجر در فقه، عام و خاص مطلق است.

پس نقش حمایتی دولت شامل محجورین در حجر عام است که اسم آن را حجر حمایتی می‌گذارند که نقطه مقابل آن را حجر سوء ظنی می‌گویند. (مثلاً برای حمایت از حقوق دیگران، تاجر ورشکسته را حجر سوء ظنی می‌نمائیم) ولی در حجر خاص، حمایت از خود شخص محجور در برابر دیگران ملاک است. اصولاً حجر باید با یکی از عناوین ۱۲ گانه در حجر مطابق باشد:

۱. حجر عام یا حجر خاص

۲. حجر حمایتی یا حجر سوء ظنی

۳. حجر مطلق یا حجر نسبی

حجر مطلق: یعنی اعم از مالی و غیرمالی. مثلاً اقرار صغیر و مجنون مسموع نیست نه در اموال و نه در غیر اموال به خلاف نسبی مانند: صغیر ممیز یا سفیه

۴. حجر ناشی از فقدان اراده یا حجر ناشی از نقصان اراده

که حجر ناشی از فقدان اراده مال صغیر غیرممیز و مجنون است که اثرش بطلان معامله و قرارداد است ولی اثر نقصان اراده، غیر نافذ بودن معامله و قراردادها است که با رضایت ولی، معامله نافذ می‌شود.

۵. حجر دارای غایت و حجر بدون غایت

دارای غایت: یعنی اینکه حجر دارای زمان خاصی است که در صورت اتمام آن، شخص از حجر خارج می‌شود. مانند حجر صغیر (ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی) و حجر بدون غایت: یعنی اینکه محجور زمان معینی برای خروج از حجر ندارد. مانند: حجر مجنون

۶. حجر قانونی و حجر قضایی

حجر قانونی: یعنی اینکه محجور دانستن شخص، مستلزم حکم قاضی نباشد. مانند: همه افراد صغیر جامعه

حجر قضایی: یعنی محجور دانستن شخص نیاز به حکم قاضی است. مثلاً برای اثبات حجر به سبب جنون باید قانوناً ثابت بشود و نیاز به حکم حاکم دارد.

بنابراین در حجر عام، نقش دولت نقش حمایتی است و تبلور این نقش در این است که هر جا محجوری یافت شود، دادستان باید دخالت بکند و اگر قیّم ندارد؛ باید برای او قیّم انتخاب نماید. (نسبت ولی خاص به ولی قهری، عموم و خصوص مطلق است.)

۳- نقش مدیریتی یا نظارتی

این نقش در ارتباط با حقوق مدنی عام است. حقوق مدنی عام: امور توافقی یا تشریفاتی یا دعوا می‌باشد. اما مدنی خاص هزینه دادرسی و لزوم تسلیم دادخواست و تشریفات مدنی عام را ندارد مانند: امور ارفاقی. حقوق مدنی عام به ۸ سرفصل تقسیم‌بندی می‌شود که حقوق مدنی (۳) شامل «شرایط اساسی قراردادها» است. و در کلیات قراردادها، معمولاً از ماده ۱۸۳ الی ماده ۳۰۰ قانون مدنی مورد بحث قرار می‌گیرد.

بنابراین در این ترم و در بحث کلاس، مدنی (۳) یعنی «شرایط اساسی قراردادها» مورد نظر است که به بحث و تفسیر مواد مربوط به آن (از ماده ۱۸۳ الی ماده ۳۰۰ قانون مدنی) می‌پردازیم. که ماده ۱۸۳ در رابطه با تعریف عقد می‌باشد.

کلیات قراردادها

کلیات قراردادها در دو بخش مجزا ارائه می‌گردد:

بخش اول: موجبات حق

بخش دوم: مسقطات حق

الف) عوامل اختیاری مسقطات حق:

۱. ابراء ۲. اقاله ۳. اعراض ۴. وفای به عهد ۵. تبدیل تعهد ۶. فسخ

ب) عوامل قهری مسقطات حق:

۱. تهاتر ۲. طبیعت ۳. دولت ۴. مالکیت ما فی الذمه ۵. مرور زمان ۶. انفساخ

بخش اول

موجبات حق

بخش اول: موجبات حق

عوامل ایجاد حق

در بحث کلیات و قراردادهای، اولاً موجبات حق مورد بررسی قرار می‌گیرد. که عوامل ایجاد حق به دو دسته کلی تقسیم می‌شود:

۱. فعل ۲. حکم

فعل دو قسمت است: فعل ممنوع و فعل مجاز و فعل ممنوع نیز دو قسمت است: کیفری و مدنی. فعل ممنوع کیفری، موجب حق برای دیگری است که به آن جرم اطلاق می‌شود. و گاهی فعل ممنوع مدنی است که موجب حق نمی‌شود منتها موجب مسؤولیت مدنی دیگری می‌شود که به آن شبه جرم می‌گویند. اما اگر موجب حق، فعل مجاز باشد، ممکن است فعل مجاز ارادی باشد یا فعل مجاز غیرارادی. فعل مجاز ارادی که موجب حق است گاهی در آن دو اراده متوافق لازم است و گاهی یک اراده لازم است و جایی که دو اراده متوافق لازم است به آن عقد می‌گویند و در آنجا که یک اراده لازم است؛ ایقاع نام دارد. اما اگر فعل مجاز، غیرارادی باشد گاهی: ۱. در آن مباشرت وجود دارد. (اتلاف) ۲. مباشرت نیست و فقط سببیت است (تسبیب در ضمان) که اتلاف و تسبیب در مدنی (۴) تحت عنوان مسؤولیت‌های خارج از قرارداد بحث می‌شود.

بنابراین، عقد عبارت است از فعل مجاز دو اراده متوافق (ماده ۱۸۳ قانون مدنی). پس عامل ایجاد حق، فعل ارادی با دو اراده متوافق باید باشد.

قسیم فعل، حکم است. گاهی موجب حق، فعل است و گاهی موجب حق، حکم یعنی قانون است. قانون می‌گوید یعنی من چه اراده بکنم یا نکنم فرقی نمی‌کند و منشأ حق وجود دارد. مثلاً پسر باید نفقه پدر فقیر خود را بپردازد. پسر چه فعلی انجام داده است آیا عقد و ایقاعی انجام داده است که منشأ این امر، حکم قانون است. بنابراین، منشأ این حق، حکم (قانون) است نه فعل ارادی یا غیر ارادی یا مجاز یا ممنوع. و هرگاه منشأ حق فعل باشد، حقی است که مصطلحاً حق گویند. اما اگر منشأ ایجاد حق، حکم باشد در واقع حکم است اگرچه این هم نوعی حق است. و اصطلاح شرع (مشروع) در قانون مدنی اعم از شرعی مصطلح و قانون است.

تفاوت‌های مابین حق و حکم

۱- از حیث منشأ

منشأ در حق، فعل اشخاص است ولی در حکم، قانون است.

۲- از نظر اختیار

هر جا بحث حکم مطرح باشد، اختیار اشخاص مطرح نیست. (مانند نفقه اقارب) اما جایی که منشأ حق، شخص باشد که به فعل برگردد فعل اختیاری است. (مانند عقد و ایقاع)

۳- از نظر نقل و واگذاری به غیر

اگر منشأ حق، فعل باشد قابل واگذاری است ولی هر گاه منشأ حق، حکم باشد نمی‌توان به دیگری واگذار کرد. مثلاً چون حق وراثت و ولایت منشأشان حکم است، فلذا نمی‌توان فروخت و به دیگری واگذار کرد. حق حضانت، قابل اسقاط است ولی قابل نقل نیست.^۱

۴- از نظر تصاحب و به دست آوردن

حقوق نوعاً قابل به دست آوردن است مثل انتقال به توارث به خلاف حکم. مثلاً حکمی که به زوجه غائب مفقودالاثَر اجازه داده که بیاید و حاکم طلاقش را بدهد، به چه کسی منتقل می‌شود؟ به هیچ‌کس ولی حق نوعاً قابل انتقال است مثلاً اگر کسی که حق شفعه از دیگری دارد فوت کند، حق شفعه او قابل انتقال است. تذکر: تصاحب مستلزم این است که اراده یا فعلی تحقق پیدا کند. پس جایی که منشأ حق مالی است، تحصیل حق مالی مستلزم فعل یا اراده است ولی آنجا که منشأ حکم است اراده لازم نیست. مثلاً در انتقال ارث به ورثه نیازی به اراده وارث و مورث نیست.

۵- از نظر گذشت و اسقاط

حقوق قابل اسقاط‌اند ولی حکم قابل اسقاط نیست. حقی که منشأش حکم نیست، قابلیت اسقاط دارد ولی آنجا که منشأش حکم است، قابلیت اسقاط را ندارد. مثلاً اگر کسی در ضمن عقد جایزی لزوم آن را شرط نماید، بدین نحو که از خودش حق فسخ را اسقاط نماید؛ در اینجا چون منشأ حق، حکم شارع است و کسی نمی‌تواند حکم را ساقط کند.

بنابراین هر جا که منشأ، حق باشد قابل اسقاط است و هر جا که حکم باشد، قابل اسقاط نیست.

۶- از نظر اعراض و رها کردن

در حقوقی که ناشی از فعل و اراده است، اعراض راه دارد ولی هر جا که منشأ حکم باشد، اعراض راه ندارد. قانون مدنی در همین راستا مقرراتی وضع کرده که منشأ آن از دو حال خارج نیست: ۱. یا منشأ آن حق مصطلح است که برگشت آن به فعلی از افعال است ۲. یا منشأ آن حکم است که به مقنن برمی‌گردد. در واقع به تعبیر دیگر مبنای حقوق مدنی ایران از دو حال خارج نیست، یا مبتنی بر اعمال حقوقی است یا مبتنی بر وقایع حقوقی که اعمال حقوقی شامل عقود و ایقاعات می‌باشد.

تعریف عقد

۱. نقل: یعنی تملیک عین به عوض معلومه. انتقال: یعنی مالی به دیگری به هر سببی برسد. مانند ارث

ماده ۱۸۳ ق. مدنی عقد را چنین تعریف می‌نماید:

«عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد».

ایرادات این تعریف

۱- تعریف به نفر، تعریف را از جامعیت افراد می‌اندازد.

یعنی اشخاص حقوقی را شامل نمی‌شود. و اصطلاح نفر، فقط شامل شخص طبیعی و حقیقی می‌شود نه شخص حقوقی. لذا بهتر بود تعبیر به شخص می‌کرد.

۲- ظهور ماده ۱۸۳ در این است که دو طرف عقد را لزوماً باید دو طرف تصدی بکنند. یعنی یک طرف لزوماً موجب و طرف دیگر لزوماً قابل است و شخص واحد نباید بتواند اصالتاً موجب و وکالتاً قابل باشد، در حالی که این طور نیست. مثلاً در باب ولایت اگر ولی مال مؤلفی علیه را برای خود بخرد، موجب است چون ولی است و قابل است، چون اصیل است. در اینجا دو طرف وجود ندارد پس این را نباید عقد دانست.

در باب وکالت نیز چنین است که باب وکالت بر دو قسم است: قسم اول، آنجایی که شخصی وکیل شده است در انشاء قراردادی ایجاباً برای دیگری، اگر این شخص از طرف دیگری هم وکالت بگیرد برای انشاء قبول، این چه حکمی پیدا می‌کند؟ که فقها چنین امری را جائز می‌دانند. حضرت امام (ره): «الاقوی جواز تصدی شخص واحد طرفی العقد وکالتاً عنهما» مانند وکالت در عقد ازدواج که وکالت مؤکل موجب عقد وکالت اول هیچ ارتباطی با عقد وکالت از مؤکل دوم ندارد و لذا دو تا عقد مستقل انجام شده که از منظر حقوقی هیچ اشکالی ندارد ولی تعریف این را شامل نمی‌شود. قسم دوم در وکالت: به عنوان مثال شخصی وکیل شده که اتومبیل شما را بفروشد بعد خود وکیل خریدار خودش باشد و قابل هم خودش باشد در اینجا از منظر اینکه در انشاء ایجاب و قبول دو طرف نداریم، خدشه‌ای وارد نیست ولی از جهت دیگری این اتحاد مخدوش است و آن جهت این است که وکالت خلاف اصل است (الاصل عدم الوکاله) هم در خصوص خود عقد وکالت که اصلاً وکالتی واقع شده یا نه، اصل عدم الوکاله است. یا اگر در موضوع وکالت (من وکیل بودم در فروش زمین و او می‌گوید در اتومبیل) هم اختلاف پیش بیاید در اینجا هم اصل عدم وکالت است. همچنین در حدود وکالت، زمان وکالت و زمان وکالت در حق توکیل به غیر و ... اصل عدم وکالت است.

ظهور وکالت در این است که این مال را به ثالث بفروشد نه اینکه به خودش و الا وکیل گرفتن نمی‌خواهد بلکه مستقیماً می‌گفت به تو فروختم ظهور وکالت در غیر دارد یعنی شخص ثالث اگر شک کردیم به خودش می‌تواند بفروشد، اصل عدم این را نفی می‌کند.

در قسم دوم می‌توانیم بگوئیم که وکالت کلاً باطل است چه تعریف عقد شاملش بشود چه نشود. در قسم اول تقابل وجود ندارد مگر اینکه مراد از تقابل، تقابل شأنی باشد.

ماده ۱۸۳ همچنین ولایت را هم در بر نمی‌گیرد که یک نفر از طرف دو نفر ولایت داشته باشد. اما در رویه قضائی هم این نوع وکالت و هم این نوع ولایت خدشه وارد نمی‌کنند به خاطر اینکه در خارج یک نفر وجود دارد.

۱. رویه قضائی: شکل عملکرد تصمیم قضائی که به جهت الزام قانونی (که ماده قانونی دارد) یا معنوی برای سایر محاکم الزام‌آور است.

۳- مقنن با بکار بردن لفظ «تعهد» تعریف را از جامعیت خارج کرده است. عقود از جهات مختلفی تقسیم می‌شوند. مثلاً عقد از جهت دوام، یا لازم است یا جایز و از جهت اینکه تملیک دارند یا نه، عقود دو قسمند: ۱. عهده: مانند ودیعه، عاریه ۲. تملیکیه: مانند بیع که مقنن با آوردن لفظ «تعهد» تعریف را از جامعیت انداخته است چون شامل عقد تملیکی نمی‌شود.

۴- از تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی چنین استظهار می‌شود که یک طرف عقد متعهد است و طرف دیگر قابل است و آن شخص که منتفع می‌شود قابل است. یعنی موجب در مقابل قابل تعهد بر امری می‌کند و قابل می‌پذیرد. به عبارت دیگر قابل، متعهدله است و موجب، متعهدعلیه است. اشکال: همیشه این‌گونه نیست که قابل متعهدله باشد و موجب، متعهدعلیه مثلاً در ودیعه، مودع موجب است و متعهدله و مستودع، قابل است و متعهدعلیه.

عقد در فقه

در فقه بابتی مستقل در رابطه با کلیات عقود و قراردادهای نداریم بلکه در مقام بیان عهود معین، استطراداً للباب برخی تعاریف آمده است. مرحوم شیخ در مکاسب برای عقد سه تعریف ذکر کرده است:

۱. هی المشتمله علی رضا الطرفین.

۲. هی المشتمله علی الایجاب و القبول.

۳. هی المشتمله علی قول من المتعاملین.

این تعاریف، هیچ کدام شامل ماهیت عقد نمی‌شود بلکه برخی از شرایط عقد را بیان می‌نماید. بهترین تعریف عقد از آقای دکتر لنگرودی است که می‌فرماید: «عقد عبارت است از توافق دو اراده برای ایجاد رابطه حقوقی». که هیچ یک از اشکالات و ایرادات وارده بر ماده ۱۸۳ قانون مدنی، بر این تعریف وارد نیست.

بررسی بقیه مواد مربوطه

ماده ۱۸۴ قانون مدنی

«عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جائز، خیاری، منجز و معلق».

این تقسیم یک تقسیم کامل با منشأ واحد نیست؛ چرا که در سه قسم اول (لازم، جائز و خیاری)، منشأ تقسیم، تقسیم عقد است از جهت دوام و استمرار ولی در دو قسم دیگر، تقسیم از حیث کیفیت انشاء است. هم چنانکه از جهت مورد معامله نیز می‌شد تقسیم شود به: معاوضی و غیر معاوضی، تملیکی یا عهده‌ای. بنابراین، تعریف جامع افراد هم نیست.

خوب بود چنین تقسیم می‌شد که عقد از جهت دوام، یا لازم است یا جائز. سپس در تقسیم عقد لازم می‌گفتیم: یا خیاری است یا غیرخیاری. چرا که در عقد جائز، خیار معنایی ندارد بلکه در ماهیتشان مفهوم خیار اخذ شده است.

۱. این دو اراده می‌تواند ناشی از شخص حقوقی باشد یا شخص حقیقی. این رابطه حقوقی می‌تواند ناشی از تملیک باشد یا ناشی از تعهد.

ماده ۱۸۵ قانون مدنی

«عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه». عبارت: «هیچ یک از طرفین» اعم است از متعاملین و حتی اجنبی از آنها (اشتراطالمؤامره) نیز نمی تواند عقد را فسخ کند.

موارد معینه فسخ عقد لازم شامل: مواد ۲۱۹، ماده ۲۸۳، ماده ۳۹۶ که عبارتند از خيارات^۳ منصوصه یا اقاله.

تذکر: اگر در موضوع عقد به خصوصی شک بکنیم که آیا لازم است یا جائز؟ هم از منظر فقهی و هم از منظر قانونی، اصل بر لزوم معاملات است.^۴

علامه در تذکره می فرماید: «الاصل فی العقود للزوم لان الشارع وضعه لنقل الملك من البایع الی المشتري». دلیل علامه اخص از مدعی است چون فقط بیع را شامل می شود نه تمام عقود را ولی از مناسط می شود لزوم را استفاده کرد.

ماده ۱۸۶ قانون مدنی

«عقد جائز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند».

یعنی لازم نیست فسخ از خيارات منصوصه باشد مثل ماده ۶۱۱ که می گوید: «ودیعه عقدی است جائز» یا ماده ۵۵۰ که می گوید: «مضاربه عقدی است جائز» و ماده ۷۸۷ قانون مدنی: «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به رهن لازم است و...».

باید توجه داشت از اینکه مقنن عقود جایز را معرفی می کند و بر جواز آنها تصریح می نماید، معلوم می شود که در بقیه عقود که لزوم یا جواز آنها را متذکر نشده؛ به اصالة اللزوم اکتفا نموده است.

ماده ۱۸۷ قانون مدنی

«عقد ممکن است به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جائز».

مصادق این ماده رهن است. ماده ۷۸۷ ق. مدنی: «عقد رهن نسبت به مُرتَهِن جائز و نسبت به رهن لازم است. بنابراین مرتهن هر وقت بخواهد می تواند آن را برهم بزند ولی رهن نمی تواند قبل از اینکه دین خود را اداء نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود و رهن را مسترد دارد».

ماده ۱۸۸ قانون مدنی

۱. ماده ۲۱۹ ق. مدنی: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

۲. ماده ۲۸۳ ق. مدنی: «بعد از معامله طرفین می توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند».

۳. ماده ۳۹۶ ق. مدنی: «خيارات از قرار ذیل اند: ۱. خيار مجلس ۲. خيار حیوان ۳. خيار شرط ۴. خيار تأخیر ثمن ۵. خيار رؤیت و تخلف وصف ۶. خيار غبن ۷. خيار عیب ۸. خيار تدلیس ۹. خيار تبعیض صفقه ۱۰. خيار تخلف شرط».

۴. ر. ک ماده ۲۱۹ قانون مدنی. و منظور از عقود که در ماده ۲۱۹ آمده است: عقودی است که بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد شده باشد.

«عقد خیارى آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد». در تقسیم عقد از منظر دوام و لزوم عرض شد که عقد یا لازم است یا جایز. عقد لازم یا خیارى است و یا غیرخیارى. مراد از عقد خیارى، عقدی نیست که به سبب امور منصوصه در بحث خیارات برای احد متعاقدين حق خیار پیدا شود؛ بلکه مراد شرط الخیار است. که در بیع به آن بیع الشرط می گویند. بیع الشرط ممکن است سه صورت داشته باشد:

۱. بیع الشرط برای احد المتبايعين

۲. بیع الشرط برای کلیهما (هر دو)

۳. بیع الشرط برای اجنبی عنهما (ثالث)

که در اصطلاح به آن اشتراط المؤامره گویند. المؤامره: هی المشاوره. مثلاً این ماشین را از شما می خرم به شرط آنکه با پدرم مشورت کنم. که باید برای این خیار اجل معین شود و اگر مؤجل نباشد، مشمول عنوان غرر است و آن وقت «نهى النبى عن بیع الغرر» و در نتیجه باطل است. بحث در این است که اگر احد المتعاملین در چنین معامله ای فسخ کنند، حرفی نیست چون مالک فسخ کردن یا امضاء کردن است ولی ثالث چگونه؟ ثالث اگر امضاء کند، در راستای قاعده لزوم قدم برداشته و لذا مشکلی ندارد ولی اگر فسخ کند و طرفین راضی به فسخ باشند، باز هم مشکلی ندارد ولی اگر ثالث فسخ کند و کسی که ثالث را ذوالخیار قرار داد بخواهد امضاء کند؛ در این صورت مشکل داریم که از چه کسی تبعیت کنیم. برخی گفته اند الزامی است که از ثالث تبعیت شود چون «المؤمنون عند شروطهم» و این در ضمن عقد شرط شده است و عموم ادله شرط در اینجا جاری است.

برخی دیگر گفته اند: اشتراط المؤامره تخصصاً از عموم ادله اشتراط خارج است؛ چون آنجا که ادله شرط به ما تکلیف می کند که به مفاد شرط عمل کنیم، ما مکلف به مشروط علیهم هستیم نه مشروط یعنی به نفع دیگری باید شرط را قبول کنیم ولی در خصوص اشتراط المؤامره، مشروط له خودم هستم و من مالک نفع و ضرر هستم و او صلاح اندیشی به نفع من می کند. و او مشروط علیه است نه مشروط له. پس ادله شرط نه حکماً و نه نصاً اینجا نمی آید. بنابراین اگر ثالث بخواهد فسخ کند، ما می توانیم امضاء کنیم. به نظر می رسد نظر دوم مقدم است و ترجیح دارد.

ماده ۱۸۸ ق. مدنی می گوید: «عقد خیارى آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالث اختیار فسخ باشد». جعل الخیار در عقود جایز بی مفهوم است. اگر اشتراط خیار در عقود جایزه بشود، صرفاً جنبه تأکیدی دارد. منتهی اینکه در عقود لازم جعل خیار می کنیم، به این معنی نیست که این عقد در حکم عقد جایز است بلکه عقد لازمی است که در آن شرط خیار شده است. لذا در موارد مشکوک، به اصل لزوم رجوع می کنیم. پس اشتراط خیار در عقد لازم ماهیت آن را تغییر نمی دهد. البته این اشتراط در نکاح و عقود لازمه راه ندارد. یعنی احد الطرفین یا هر دو یا ثالث نمی توانند بگویند که من با تو ازدواج می کنم تا بینم نظر پدرم چیست؟

شهید (ره) می گوید: شرط خلاف شرع، فاسد و مفسد است؛ ولی قانون مدنی می گوید: شرط فاسد است ولی عقد، مفسد نیست.

به نظر ما در عقد نکاح هم اشتراط خیار جایز است. اگرچه ادعای اجماع شده که اشتراط خیار در آن راه ندارد. چون این اجماع متکی به روایتی از اهل سنت است که سنداً و دلالتاً مشکل دارد.

ماده ۱۸۹ قانون مدنی:

«عقد منجَز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد

بود».

از ماده ۱۸۴ ق. مدنی شروع به تقسیم عقود کرد و ما عرض کردیم که گاهی عقود را از جهت دوام تقسیم می‌کنیم به جائز یا لازم و لازم یا خیار است یا غیر خیار. ولی اینجا از جهت کیفیت انشاء تقسیم می‌شود که یا منجَز است و یا معلق. تعلیق گاهی در اصل انشاء است و انشاء یعنی ایجاد رابطه حقوقی و منشأ: یعنی اثر حاصل از رابطه حقوقی. تعلیق گاهی در منشأ است یقیناً مُخَلَّ به صحت عقد نیست.

تعليق

۱- عقد:

۱. انشاء: یعنی ایجاد رابطه حقوقی. مثلاً بگوید: اگر بدهکار دین خود را نپرداخت، من ضامنم (انشاء). اصل ضمان در اینجا معلق است.
 ۲. مُنشأ: یعنی اثر حاصل از رابطه حقوقی. مثلاً بگوید: من ضامن دین مدیون هستم (انشاء). اگر نپرداخت می‌پردازم. (مُنشأ)
- در اینجا تعلیق در اثر ناشی از عقد است ولی در مثال اول، اصل ضمان بودن هنوز محقق نشده است.

۲- ایقاع:

۱. شرط جزء ماهیت خود ایقاع است. مثال: ان كنتِ زوجتی، فانتِ طالق. تعلیق بر خود ماهیت طلاق است و مُخلّ نیست.
۲. شرطی که خارج از ماهیت ایقاع است:
 ۱. یا محقق‌الحصول است فعلاً، عدم تعلیق
مثال: اگر الان روز است، فانتِ طالق. این در واقع مثل این است که تعلیق نیست چون الان روز است و مشکل ندارد.
 ۲. یا محقق‌الحصول است در آینده، تعلیق مُخلّ است چون در انشاء فعلیت لازم است.
مثال: اگر خورشید طلوع کرد، فانتِ طالق. چون در انشاء فعلیت لازم است و اینجا این فعلیت به قوه تبدیل شد، این تعلیق مُخلّ است.
 ۳. یا محتمل‌الحصول است. تعلیق مُخلّ است.

آیا قانون مدنی عقد معلق را صحیح می‌داند یا باطل یا تفصیل دارد؟

در ادامه ماده ۱۸۹ ق. مدنی، گفته نشده که چنین عقدی (عقد معلق) باطل است و فقط در مقام تقسیم می‌باشد. فلذا حقوق دانان در اینجا سه قول دارند: ۱. صحت مطلقاً ۲. بطلان مطلقاً ۳. تفصیل. که اگر در انشاء تعلیق باشد، باطل است و اگر در منشأ باشد، صحیح است.

ماده ۱۸۹ قانون مدنی

«عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود».

تعلیق: گاهی در اصل انشاء و گاهی در منشأ است و به تعبیر دیگر کلیه عقود مشروط در آنها تعلیق هست و در قانون مدنی هم راجع به شرط و احکام و انواع آن تفصیلاً بحث شده است و عقود مشروط پذیرفته شده است. منتها مجموعه این عقود معلق به نحو مشروط، عقودی‌اند که تعلیق آنها در منشأ است نه در اصل انشاء.

کلام در این است که در ماده ۱۸۹ قانون مدنی صرفاً تقسیم کرده است عقد را به عقد منجز و عقد معلق، منتها معلقی که در ماده ۱۸۹ آمده غیر از مشروط است چون منحصراً شامل تعلیق در انشاء شده است و شامل تعلیق در منشأ که تعریف عقد مشروط است نشده است. حالا بحث این است که این چنین عقد معلقی که در ماده ۱۸۹ بحث و تقسیم شده صحیح است یا باطل؟ که در این باره سه نظر وجود دارد:

۱- نظر اول این است که گفته‌اند از منظر قانون مدنی، عقد معلق صحیح است مگر در خود قانون مدنی تصریح به بطلان شده باشد. اگر یک عقدی را در قانون مدنی ببایم که در آن تصریح به بطلان شده باشد آن را می‌گوئیم باطل است. مثل ماده ۶۹۹ قانون مدنی که می‌فرماید: «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم، باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد».

پس اگر گاهی تعلیق در عقدی موجب بطلان باشد، قانون مدنی تصریح کرده و اگر تصریح نکرده باشد و از طرفی دلیلی بر بطلان عقد معلق نداشته باشیم، پس اصل بر صحت عقد معلق است مگر مصادیقی که قانون مدنی به بطلان آنها تصریح دارد.

تا اینجا با صبغه حقوقی نه فقهی به مسأله نگاه شده است. می‌گوئیم اصل کلی بر صحت عقد معلق است و در قانون مدنی بطلان عقد معلق نیامده پس مصادیقی که بطلانش در قانون مدنی تصریح شده خلاف اصل است و در خلاف اصل حکم به سایر موارد تعمیم نمی‌یابد و در همان مورد اجرا می‌شود.

۲- نظر دوم اینکه صبغه فقهی آن پر رنگ است. می‌گویند درست است که قانون مدنی در اینجا فقط عقد را به عقد معلق و منجز تقسیم کرده و حکم عقد معلق را بیان نکرده ولی از ماده ۱۸۴ به بعد مقنن در مقام بیان آثار انواع عقد نبوده است بلکه در مقام بیان تعریف انواع عقد بوده فلذا آثار عقد لازم و جایز را هم نگفته بلکه گفته عقد یا لازم یا جایز و یا خیار است و آثار و احکام آنها را بحث نکرده است. پس از حیث صحت و بطلان در مقام بیان نیست. بنابراین با توجه به اتخاذ قانون مدنی از فقه به عبارات فقها مراجعه می‌کنیم که می‌گویند: «إذا عُلّقَ العقد علی امرٍ لم یصح» یعنی اگر عقد تعلیق بر چیزی بشود صحیح نیست یعنی باطل است. مستدل استشهاد به این گونه عبارات فقها کرده می‌گوید: فقها عقد معلق را باطل می‌دانند و می‌گویند قانون‌گذار عقد را به معلق و منجز تقسیم کرده و حکم آن را بیان نکرده و اگر در مقام بیان بود، استناداً به نظر فقها، عقد معلق را باطل می‌دانست.

۳- نظر سوم، قول به تفصیل است و آن همان است که در ابتدای بحث عرض شد یعنی تعلیق گاهی در اصل انشاء و گاهی در مُنشأ است. اگر تعلیق، تعلیق در انشاء باشد، چنین عقد معلق باطل است و اگر تعلیق، تعلیق در مُنشأ باشد، چنین تعلیقی صحیح است.

وجوه استدلال قول اول به درد قسمت اول این تفصیل می‌خورد یعنی کسانی که گفته‌اند تعلیق موجب بطلان است، درست است اما تعلیق در انشاء چون انشاء فعلیت می‌خواهد و تعلیق فعلیت را زایل می‌کند، پس چیزی انشاء نشده است یعنی قراردادی محقق نشده است و معنای بطلان هم همین است که قراردادی منعقد و محقق نشده است. و وجوه استدلال بر صحت عقد معلق آن وقتی است که تعلیق راجع به مُنشأ و تعلیق در منشأ باشد.

کلام فقها: «إذا عُلّق العقدُ علی امرٍ لم یصحّ»، یعنی اذا عُلّق العقد انشاءً از حیث اصل انشاء دارای تعلیق باشد لم یصح اما تعلیق در اثر (مُنشأ) مفروغ عنه است که در فقه صحیح است.

ماده ۶۹۹ قانون مدنی در بحث ضمان می‌گوید: «اگر تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم باطل است ولی...».

تحلیل: اگر مدیون نداد من ضامنم، اصل ضمان معلق به نپرداختن مدیون شده پس تعلیق به خود انشاء رفته. اگر اصل ضمان محقق شد اثرش التزام به تأدیه است ولی التزام به تأدیه (اثر ضمان - مُنشأ) ممکن است معلق باشد و حالا می‌گوئیم: ۱. یا در مورد ضمان از نظر فقهی دلیل خاصی وجود دارد یعنی روایتی هست بگوید اگر مدیون نداد من ضامنم (باطل است) یا بگوید من ضامن این دین هستم و اگر مدیون نداد من می‌پردازم (صحیح است) آیا ملاک روایتی این چنینی است؟ خیر نیست. فلذا با عدم وجود چنین روایتی ما از ماده ۶۹۹ قانون مدنی الغاء خصوصیت می‌کنیم که این قاعده خاص بحث ضمان نیست بلکه ماده ۶۹۹ تنقیح برای سایر عقود مثل بیع و غیره است و از باب تنقیح مناط می‌گوئیم مناط ماده ۶۹۹ در سایر عقود نیز هست یعنی تعلیق در اصل انشاء باطل و در مُنشأ صحیح است.

نوع حقوقدانان مطرح، می‌پذیرند قول به این تفصیل را که تعلیق در اصل انشاء باطل است (در باب وکاله و هبه هم چنین است) مناط ماده ۶۹۹ این شد که تعلیق گاهی در اصل انشاء است (باطل است) چون در عقد ما با فعلیت انشاء سر و کار داریم و تعلیق با فعلیت منافات دارد و گاهی در اثر انشاء (مُنشأ) است (صحیح است) و این مناط را به سایر عقود نیز سرایت می‌دهیم.

آیت‌اله شبیری زنجانی در باب نکاح خارج فقه به این نتیجه رسیده‌اند که تعیین مبدأ متأخر برای عقد انقطاع صحیح است یعنی الان عقد متعه کند و شروع رابطه را برای ۶ ماه بعد بگذارد، صحیح می‌دانند. ظاهراً که در این ۶ ماه خلیه باشد یعنی زن کس دیگری نشود و در عده هم نباشد. شاید بشود گفت ملاک اثر است که محرمیت باشد که معلق به اجل مؤخر شده است و اگر بگوئیم تعلیق در اثر است، اشکال پیش نمی‌آید اما اگر بگوئیم تعلیق در انشاء است و فی الحال که انشائی صورت نگرفته و عقدی ایجاد نشده و محرمیتی صورت نگرفته اشکال پیش می‌آید.

این تقسیم عقود در ماده ۱۸۹ ق. م از دو جهت است. از منظر دوام گفت عقد یا لازم است یا جایز و عقد لازم از حیث دوام یا قطعی (غیرخیاری) است یا غیر قطعی (خیاری) است. از منظر کیفیت انشاء هم به عقد معلق و منجز تقسیم کرد.

عقود از سایر جهات نیز تقسیماتی دارند که قانون مدنی آن تقسیمات را بیان نکرده است. مثلاً از حیث موضوع مورد معامله عقد یا معوض (معاوضی) است یا غیر معوض (غیرمعاوضی) است که به تعبیر دیگر عقود یا تملیکیه هستند یا غیر تملیکیه. این گونه تقسیمات را قانون مدنی متعرض نشده است. با تقسیم عقود به عقود تشریفاتی و غیر تشریفاتی را قانون مدنی در این تقسیمات متعرض نشده است. ولی به مناسبت‌هایی احکام این تقسیمات در قانون مدنی آمده است.

از ماده ۱۸۳ تا ۱۸۹ در تقسیم و تعریف عقود بود. و از ماده ۱۹۰: «شرایط اساسی قراردادها» یعنی اصل بحث حقوق مدنی ۳ شروع می‌شود.

شرایط اساسی قراردادها

اولاً شروط متصور در ارتباط با قراردادها باید دید چیست تا ببینیم شرایط اساسی مورد بحث کجا است. اولاً «الشرط هو الربط» شرط یعنی ربط، بنابراین در واقع اگر کسی بگوید من در معامله‌ای شرطی کرده‌ام و خارج از هرگونه قرینه خاصی باشد، ظهور در این دارد که شرط «وعدی» یا «ابتدایی» نیست. که در فقه به آن شرط وعدی و در حقوق شرط / ابتدایی می‌گویند.^۱

شرط وعدی (ابتدایی)

شرطی است که در ضمن عقد ذکر نشده است. بلکه مثلاً ابتدائاً می‌گوید: من شرط می‌کنم که به فلان کس صد هزار تومان بدهم بدون اینکه ضمن عقدی این شرط را ذکر کرده باشد که شرط وعدی لزوم وفا ندارد. اگر قرینه خاصی نباشد حمل بر ضمن عقد می‌شود. چرا که اولاً و قاعدتاً شرط آن است که ضمن عقد باشد.

در مباحث حقوقی، شرط در ارتباط با قراردادها از ۳ حال خارج نیست: یا

۱. یا شرط واجب است که قرارداد نسبت به آن بشرط شیء است.

۲. یا شرط ممنوع است که قرارداد نسبت به آن بشرط لا است.

۳. یا شرط جایز است که قرارداد نسبت به آن لایشرط است. یعنی می‌تواند باشد یا نباشد.

حالا آنچه از آن به شرایط اساسی قراردادها برای صحت معامله تعبیر می‌شود، یعنی شرطی که قرارداد نسبت به آن بشرط شیء است یعنی شرایط واجب است. که برای صحت معامله حتماً لازمند که به تعبیر قانون مدنی، ۴ چیز و به تعبیر ما (استاد)، ۵ چیز جهت صحت معامله لازم است که عبارتند از:

۱. قصد طرفین و رضایت آنها

۲. اهلیت طرفین

۳. معین بودن موضوع مورد معامله

۴. مشروعیت جهت معامله^۲

اینها شرایط واجبند و قرارداد نسبت به آنها بشرط شیء است و حتماً باید این شرایط موجود باشند تا قرارداد صحت داشته باشد.

در مقابل شرایط واجب، شرایط غیر واجب است. بنابراین شرط نسبت به معامله یا واجب است (شرایط ۴ گانه) یا غیر واجب است که دو حالت دارد: ۱- یا وقتی عنوان وجوب شرط ندارد یعنی ممنوع یا یعنی جایز است. آنکه ممنوع است به دو قسمت تقسیم می‌شود: ۱. یا ممنوعی است که خود عقد و قرارداد را هم باطل می‌کند (ماده ۲۳۳ ق. م) این قسم از شرط گفته‌اند دو قسم است: یکی شرط مجهولی که منجر به جهل به عوضین یا یکی از آنها بشود و دیگری شرط خلاف مقتضای ذات عقد.

۱. نمونه سؤال امتحانی: اگر کسی اظهار بگوید من با دیگری شرط کرده‌ام فرش را به فلان کس ببخشم این شرط کردن یعنی چه؟ جواب: چون شرط ربط است. پس شرط ظهور دارد که وعدی نیست که در فقه به آن شرط وعدی و در حقوق، شرط ابتدایی می‌گویند.

۲. ر.ک: ماده ۱۹۰ ق. مدنی

بخش دوم، شرط ممنوع که نسبت آن به عقد بشرط لا است، آن دسته از شرایطی هستند که خود شرط باطل است ولی قرارداد را باطل نمی‌کند و اینها ۳ تا است: ۱. شرط غیر مفید ۲. شرط غیر مقدور ۳. شرط نامشروع.

آن دسته از شروطی که قرارداد نسبت به آنها لا بشرط است یعنی هم با توافق طرفین قابل اشتراطند و هم می‌شود شرط نشوند که ۳ تا است: ۱. شرط صفت ۲. شرط فعل ۳. شرط نتیجه.

از عنوان فصل دوم قانون مدنی بر می‌آید که به دسته اول می‌پردازد یعنی شرایطی که نسبتشان به قرارداد بشرط شیء است یعنی باید در قرارداد موجود باشند و الا قرارداد باطل است.

۱- قصد و رضای طرفین

که قصد و رضا را در دو قسمت قرار می‌دهیم. یکی قصد و دیگری رضایت و قاعده فقها هم همین را می‌گویند که «العقود تابعه للقصد» که قصد شرط قرارداد است و شرط وجودی قرارداد است. در بحث رضا این حرف را نمی‌زنیم بلکه رضایت شرط وجودی نیست اما قصد شرط وجودی است و باید موجود باشد.

در اصطلاح حقوقی به قاعده «العقود تابعه للقصد» می‌گویند، اصل حاکمیت اراده یا اصل آزادی اراده که در ماده ۱۰ قانون مدنی تبلور پیدا کرده است.

ماده ۱۰ قانون مدنی:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است».

اگر ماده ۱۰ قانون مدنی قید «... در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد...» را نداشت، باید به قراردادهای خصوصی تابع اراده که مثلاً مواد مخدری می‌بایست رد و بدل می‌شده نیز مهر صحت و عمل نمود.

مداخلت داشتن اراده در تحقق انشاء از اصل «العقود تابعه للقصد» فهمیده می‌شود. قصد داشتن یعنی معنای ما وضع له الفاظ را اراده کردن. اگر کسی بگوید «بعت» اما نیتش اجاره باشد نه بیع، این واقع نمی‌شود به سبب فقدان قصد و قصد هم چون شرط وجودی است، بنابراین معامله از ریشه باطل است. بنابراین

اولاً: شخص باید قصد داشته باشد یعنی معنای ما وضع له الفاظ را اراده کند. اما اگر قائل باشیم الفاظ توقیفی‌اند، یعنی باید الفاظ بخصوصی برای انشاء عقود بخصوص به کار روند، فلذا می‌گوئیم برای انشاء این عقد خاص (بیع) لفظ «آجَرْتُ» وضع نشده است. آنچه اراده می‌کند مؤثر است اما گاهی الزام به ابراز اراده باطنی‌اش می‌کنیم.

ثانیاً: وقتی می‌گوئیم قاصد باشد یعنی جدی باشد یعنی گاهی کسی الفاظ را بکار می‌برد و مرادش همان ما وضع له الفاظ است اما اثر جدی را اراده نکرده و قاصد بودن لاعب، هازل و معلّم که بارها در جمع شاگردان و بدون اراده اثر حقوقی گفته «زوجتی طالق» و در نائم، اینها قصد ندارند.

ثالثاً: قاصد بودن یعنی نیت عمل حقوقی داشتن که شخص غافل را خارج می‌کند. که ممکن است به صورت جدی معامله می‌کند با اراده کردن معنای ما وضع له الفاظ و با قصد انشاء اما غافل است از اینکه مورد معامله را قبلاً نذر یا وقف کرده یا به رهن گذاشته است. فلذا نیت عمل حقوقی را ندارد.

غفلت، به تعبیر دیگر یعنی اشتباه که اشتباه می‌تواند راجع به موضوع مورد معامله یا شخص طرف مورد معامله یا شخصیت طرف معامله باشد.

نائم، کسی که در خواب حرف می‌زند و می‌خرد یا می‌فروشد، نیت تحقق عمل حقوقی در کار نیست. یا «مُمرّن»، یعنی کسی که می‌خواهد صیغ العقود را یاد بگیرد و تمرین می‌کند. بنابراین شخص باید در معامله قاصد باشد یعنی کسی با توجه بخواهد اثری رابطه حقوقی خاصی را ایجاد کند. و ما در اینجا رضایت را دخالت نمی‌دهیم. و همین ممکن است به نحو اکراهی باشد یعنی قاصد هست و اثر حقوقی را عن قصد ایجاد می‌کند اما اکراهاً است و خوف کشته شدن را دارد. قصد دارد ولی اکراهی هم هست. پس قصد به عنوان یک عنصر وجودی شرط صحت معامله است که در اصطلاح حقوقی اصل حاکمیت اراده (ماده ۱۰ ق. م) است.

اصل حاکمیت اراده

در ادامه بحث به این نتیجه رسیدیم که اصل حاکمیت اراده، در فقه هم مورد تأیید است و در فقه هم قصد را به عنوان شرط وجودی در معاملات پذیرفته‌اند. به این معنی که اگر قصد وجود نداشته باشد، معامله هم صحیح نخواهد بود. این مطلب از ماده ۱۰ قانون مدنی قابل استنباط بود هم از جهت لزوم وجود اراده در عقود معین و هم از جهت اینکه با اراده متعاملین عقد غیرمعینی واقع شود. وقتی که اصل حاکمیت اراده را بپذیریم، چند تا نتیجه و ثمره بر آن مترتب می‌شود:

آثار اصل حاکمیت اراده

۱- آزادی متعاملین در انتخاب آن قالب و چهارچوب قرارداد.

یعنی ضرورتی ندارد که قرارداد متعاملین لزوماً در چهارچوب عقود معین واقع شود. در شرع هم این معنا پذیرفته شده است به جهت اینکه دخالت شارع در عبادات دخالت تأسیسی است ولی دخالت شارع در معاملات دخالت امضائی است، لذا در علم اصول گفته می‌شود اگر در شرطیت یا شطرتیت (شرطیت: یعنی شرط بودن و شطرتیت: یعنی جزء بودن) را در معاملات شک بکنیم یا در شرطیت یا در شطرتیت چیزی در عبادات شک بکنیم، موضوع متفاوت است. آیا می‌توانیم در هر دو مورد به اطلاق دلیل تمسک کنیم و بگوئیم دلیل اطلاق دارد و چون دلیل اطلاق دارد، پس آنچه شرط و جزء بودنش مشکوک است، اصل بر عدم شرطیت و جزئیت (شطرتیت) است. آیا می‌توانیم این حرف را بزنیم؟ فرموده‌اند در خصوص مورد اگر شک در شرطیت یا شطرتیت در عبادات است، تمسک به اطلاق دلیل جایز است چون دخالت شارع در مانحن فیه دخالت تأسیسی بوده است و شارع در مقام بیان بوده است و باید اگر در خصوص مورد قیدی وجود می‌داشت، باید آن قید را به ما ابلاغ و اعلام می‌کرد اما همین شک اگر در مورد معاملات پیدا شود و شک کنیم در شرطیت یا شطرتیت چیزی در معاملات و دلیل هم اطلاق داشته باشد آیا حق داریم به استناد اطلاق دلیل، اصل را بر عدم اشتراط و جزئیت بگذاریم و عبور کنیم یا نه؟ که به ما اجازه نداده‌اند به این جهت که دخالت شارع در معاملات، دخالت امضائی است. لذا باید اول به عرف مراجعه کنیم و اگر عرف در خصوص مورد حکمی داشت آن از نظر شارع ممضاه است و باید به آن تمسک کرد. و اگر عرف چیزی را شرط یا جزء می‌داند، باید حکم کنیم به شرطیت یا جزئیت آن چیز. مثلاً شما به نحو بیع مطلق خانه‌ای را خریداری کردید، آیا ملزم بودن بایع به تنظیم سند رسمی به نام شما خریدار، شرط این بیع هست یا شرط نیست؟

که شک در شرطیت داریم. گرچه اشتراط لفظی در کار نبوده و اطلاق بوده و اشتراط بنایی مبتنی بر مقاوله قبل از عقد هم در کار نبوده است. یعنی هم شرط لفظی و هم شرط بنایی عندالمقاوله هر دو نبوده است. اما عرف می‌گوید: کسی که مال غیر منقول می‌فروشد، باید سند رسمی به نام طرف مقابل بزند و شک در الزام‌پذیر و شرط بودن یا نبودن تنظیم سند رسمی داریم. در اینجا اگر به اطلاق عقد تمسک کنیم باید گفت چنین شرطی در بیع نبوده و اگر برای به نام زدن سند رسمی اگر بایع مازاد بر ثمن چیزی از خریدار مطالبه نماید، چه حکمی دارد؟ در جواب می‌گوئیم: گرچه عقد از این جهت اطلاق دارد چون دخالت شارع در معاملات امضائی است و عرف مردم بر این است کسی که مال غیر منقول می‌فروشد باید سند بزند این سند زدن از تکالیف بایع است که در این صورت بایع حق ندارد برای انجام آن مطالبه‌وجه نماید. این در شک در شرطیت بود.

اما در شک در شرطیت (جزء بودن)، مثلاً اگر شما خانه‌ای را خریدید اگر اختلاف از حیث جزئیت مبیع وجود داشت و اینکه آیا موکت‌ها، پرده‌ها، لوسترها و ... جزء مبیع هست یا نه؟ در اینجا اگر بین بایع و مشتری در خصوص وجود یا عدم این لوازم شرط لفظی یا شرط بنایی (شرط بنایی مبتنی بر مقاولات) بود، که در اینجا حرفی نیست. ولی اگر معامله به طور مطلق صورت بگیرد و نه شرط لفظی و نه شرط بنایی در آن مطرح بشود، آیا صرفاً به سبب اطلاق عقد معاملی باید گفت که این مصادیق مشکوک جزء مبیع نیست و یا باید گفت که اول به عرف مراجعه می‌کنیم و اگر عرفی وجود داشت باید مطابق آن حکم کنیم و اگر عرف بگوید جزء مشکوک جزء است حکم به شرطیت و اگر بگوید عدم جزئیت، حکم به عدم جزئیت قبل از اطلاق و اگر حکم نداشت به اطلاق عقد تمسک می‌کنیم و می‌گوئیم جزء مشکوک جزء نیست یا شرط مشکوک شرط نیست.

مسأله: اگر کسی دادخواست بدهد مبنی بر اینکه با زید که مجنون ادواری است در حین افاقه او معامله کرده‌ام و تنفیذ این معامله را از دادگاه بخواهد و ولی یا قیم هم در دفاع بگویند که دادگاه حکم به حجر مؤلی علیه من داده و باید ثابت کنی و او نمی‌تواند ثابت کند که معامله در حین افاقه بوده است، آیا باید گفت بر اساس اصل «إصالة الصحة» معامله صحیحاً واقع شده یا باید گفت بر اساس اصل استصحاب جنون متیقن سابق برای زمان شک استصحاب می‌شود و باید گفت در حال جنون بوده و معامله باطل است. در اصول داریم که هر جا جای اجرای اماره باشد، نوبت به اصل عملی نمی‌رسد چرا که اماره بیان و دلیل شرعی است و نوبت به اصل عملی که موضوعش جهل است، نمی‌رسد. در اینجا «إصالة الصحة» اماره و استصحاب اصل عملی است. پس بیع درست واقع شده است.

بنابراین اصل آزادی اراده و حاکمیت اراده مبتنی بر تفاوت باب معاملات با باب عبادات، در فقه و اصول هم پذیرفته شده است. لذا شما در چه قالبی این قرارداد را منعقد نکنید فقط باید مستلزم خلاف شرع نباشد و الا قالب هر چه باشد شارع امضاء می‌نماید.

۱. شرط بر دو قسم است: ۱- شرط ذکری، شرطی است که در حین عقد ذکر شده بشود. ۲- شرط بنایی عندالمقاوله یا مبتنی بر مقاوله، شرطی است که بایع و مشتری قبل از ایجاب و قبول باهم در مورد شرط بودن چیزی صحبت بکنند (مثلاً صحبت بکنند که سند در ظرف یک ماه به نام زده شود).

۲- متعاملین در ذکر شروط و قیود آزادند.

وقتی که اصل بر آزادی اراده است و اصل این است که هر کس می‌تواند هر چیزی را که لازم می‌داند در عقد شرط بکند، لذا متعاملین در ذکر شروط و قیود آزادند. پس اینها از نتایج اصل حاکمیت اراده متعاملین است. اشکال: التزام به لوازم عرفی را باید مورد توجه قرار داد. آیا ملتزم بودن متعاملین به انجام آنچه حکم عرف است با فرض اطلاق عقد، منافات با اصل حاکمیت اراده ندارد؟ عقد مطلق است و هیچ بیانی ندارد مثلاً راجع به اینکه زمان ایفای تعهد چه زمانی است و مکان ایفای تعهد کجاست و هزینه ایفای تعهد به عهده کیست که عقد از همه این جهات اطلاق دارد. در همه اینها می‌گوئیم اگر عرف هست، عرف حاکم است آیا وقتی آنها اراده متعارف نکردند بعد به متعارف ملزم کنیم، خلاف اصل حاکمیت اراده نیست؟

جواب: برگشت این حرف به آن است که بگوئیم اگر کسی بگوید من خلاف متعارف را اراده کرده‌ام اثبات می‌خواهد یا اگر بگوید وفق متعارف را اراده کرده‌ام اثبات می‌خواهد؟ و بار اثبات بر گردن کسی است که می‌گوید من خلاف متعارف را اراده کرده‌ام. مثلاً به فروشنده گفته می‌شود، درست است که برنج را متعارفاً در خرمن تحویل می‌دهند، اما من الان برنج را لازم دارم و فروشنده هم قبول کرد، اگر چنین شد، بنابراین ملزم کردن شخص بر متعارف بر این راستا است که نوعاً مردم متعارف را اراده می‌کنند و کسی که خلاف متعارف را اراده کرده باید دلیل بیاورد.

جواب: اگر کسی می‌گوید من اراده بر خلاف متعارف کرده‌ام این اثبات می‌خواهد و شخص را ملزم به متعارف بکنیم در این راستا است که نوعاً اشخاص متعارف را اراده می‌کنند و کسی که خلاف متعارف عمل می‌کند باید یا قرینه یا دلیل بیاورد که خلاف متعارف عمل کرده است. یعنی گندم را من فوراً می‌خواهم نه در خرمن و این شرط باید یا عندالمقاوله ذکر بشود یا در حین عقد ذکر شده باشد یعنی باید اراده خلاف عرف ابراز بشود و نیاز به مبرز دارد.

۳- ترتب آثار قراردادهای تنها به ضرر خود متعاملین نافذ است.

اثر سوم اصل حاکمیت اراده این است که ترتب آثار قراردادهای تنها به ضرر خود متعاملین نافذ است نه به ضرر ثالث یعنی مفهوم ماده ۱۹۶ قانون مدنی است که می‌گوید:

«کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود معذک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می‌کند تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید».

یعنی تعهد به ضرر شخص ثالث نافذ نیست زیرا اصل حاکمیت اراده حوزه‌اش اراده طرفین است نه اراده طرفین برای ثالث بر اساس اصل السلطه که «الناس مسلطون علی اموالهم» نه علی اموال غیرهم. مثلاً اگر خریدار بگوید که من زمین شما را می‌خرم به شرطی که مقداری از زمین همسایه را هم منضم کنی تا نقشه درست درآید. که به ضرر شخص ثالث اراده طرفین درست نیست. حتی برخی از حقوق‌دانان مانند آقای دکتر کاتوزیان هم می‌گویند که حتی تعهد به نفع ثالث هم مستلزم موافقت و نظر ثالث است تا چه رسد به تعهد علیه ثالث. مثلاً بایع بگوید این خانه را به شما می‌فروشم به شرطی که این فرش را مجانی به فلانی تملیک بکنی در اینجا اگر ثالث قبول شرط نکند، با اینکه شرط به نفع اوست، که این ناشی از اصل حاکمیت اراده است. و به نظر ایشان، عدم پذیرش ثالث موجب بطلان بیع خواهد بود. و اگر شرط به نحو بیع محاباتی برای

ثالث بشود و به نفع ثالث هم باشد اما ثالث نپذیرد، اگر تحقق بیع در ضمن عقد بیع دیگر شرط شود، این شرط از نوع شرط فعل (نه نتیجه) است زیرا بیع سبب خاص می‌خواهد مثل نکاح و طلاق (نه مثل وکالت) ممکن است این فعل در خارج محقق شود یا خیر و ثالث حق دارد که نپذیرد اتکاءاً بر اصل حاکمیت اراده.

اصل حاکمیت اراده می‌گوید که ثالث باید جداگانه اراده داشته باشد و اراده طرفین فقط نسبت به خودشان هست. برخی گفته‌اند اگر به نفع ثالث باشد و سبب خاصی شرعاً نخواهد، خودبخود به نحو شرط نتیجه واقع می‌شود. برخی از حقوق‌دانان می‌گویند حاکمیت اراده می‌گوید: ثالث مستقل در اراده است و ما به له یا علیه ثالث نمی‌توانیم تصمیم بگیریم. البته می‌شود شرطی کنند که در واقع نتیجه نباشد. مثلاً می‌گوید: با تو معامله می‌کنم به شرطی که همسرت مطلقه باشد. این ظاهراً به نحو شرط نتیجه است اما در واقع شرط فعل است. اما اگر در زن عیبی باشد که زوج ذوالخیار باشد، و بگوید به شرطی خانه‌ام را به شما می‌فروشم که نکاح شما منفسخ باشد، به نحو شرط نتیجه و با اراده فسخ زوج، شرط نتیجه محقق می‌شود. اگر تصور کردند با اتمام عقد به نحو شرط نتیجه اثر محقق است، لازم نیست حتماً به نحو شرط نتیجه اثر محقق شود و اگر به نحو شرط فعل هم اثر محقق شود، اشکالی ندارد و اثر محقق است و خیار نیست اما اگر به نحو شرط فعل هم اثر محقق نشد، خیار خواهد بود.

در معاملات فضولی هم از جهت اینکه نسبت به طرفین لازم است از این لحاظ می‌گوئیم اثر بر آن مترتب نیست و غیرنافذ است و مؤثر بودن رضای تاری و قائم مقام قرار دادن اراده فضول بحث دیگری است. اگر اختلاف شد بین اینکه آیا قصدی محقق شده یا نه؟ قصد مدخلیت تام دارد. اگر طرفین بگویند ما قصد داشتیم مشکل و دعوایی نیست. اگر طرفین بگویند قصد نداشتیم، دعوایی نیست. و زمانی هم دعوایی نیست که ضرر ثالثی در بین نباشد. مثلاً اگر من در یک باغی که با شما شراکت دارم، سه دانگ باغ را به غیر فروختم و پولش را گرفتم و توجه نداشتیم که شریک اخذ به شفعه می‌کند، فلذا می‌گوئیم ما معامله صوری و به شوخی کرده‌ایم، اینجا چون اعلام عدم قصد مستوجب ضرر ثالث است، محل نزاع است. اما اگر بگویند ما با قصد این معامله را کرده‌ایم، مشکل و دعوایی نیست. ولی اگر هر دو بگویند قصد نداشتیم، ثالث (شفیع) متضرر می‌شود و حق شفعه‌اش را از دست می‌دهد. و صرف اثبات عدم قصد مسموع نیست و نیاز به اثبات دارد. فرض اختلاف صریح طرفین جایی است که یکی می‌گوید قصدمان واقعی بوده و دیگری می‌گوید قصدمان واقعی نبوده است. کسی که می‌گوید قصدمان واقعی بوده حرفش منطبق بر اصل است و کسی که موافق اصل حرف می‌زند، منکر و کسی که مخالف اصل حرف می‌زند مدعی است و کسی که می‌گوید من قصد واقعی نداشتیم، بار اثبات بر دوش او خواهد بود که باید ثابت نماید که معامله یا به صورت صوری بوده یا نائم و یا ساهی و غیره بوده است.

حالا که نتایج اصل حاکمیت اراده بیان شد. و بعد اختلاف در تحقق یا عدم تحقق قصد، که اگر هر دو بگویند قصد داشتیم، اختلافی نیست و اگر هر دو بگویند قصد نداشتیم، مادام که ضرر ثالثی در بین نباشد، باز هم اشکالی نیست. ولی اگر ضرر ثالثی در بین باشد، ثالث یک طرف دعوا است و مدعیان عدم قصد هم طرف دیگر دعوا هستند و دعوا محقق می‌شود. حالا اگر یک طرف بگوید من قصد داشتم و طرف دیگر بگوید من قصد نداشتیم، اینجا چکار باید کرد؟

اصل این است که شخص متکلم یک وقت برای کلام خودش قرینه نصب می‌کند، یعنی اقدام مبرز انجام می‌دهد. مثلاً آمده و در جلسه بیع شرکت کرده و ثمن و مثن را رد و بدل کرده است، این اقدامات مبرز نشانگر قصد باطنی او است و هر گاه که اقدام مبرزی باشد، آنجا قصد ظاهری است نه باطنی.

بنابراین کسی که با قول یا فعلش نیت قلبی‌اش را ظاهر کند این عمل او مبرز نام دارد که در این صورت شکی نیست که شخص قصد باطنی کرده است. حالا اگر عملی به عنوان مبرز در کار باشد، آنجا مسلم‌تر است یعنی علاوه بر ایجاب و قبول، قرینه دیگر هم در کار باشد. مثلاً حرکت کرده و بابت ثمن معامله چک کشیده یا آنچه در ایجاب و قبول به آن تفوق شده به صورت قرارداد کتبی ما بین طرفین نوشته شده این اعمال علاوه بر لفظ، علایم و قراین مبرز است. ولی اگر فقط تنها لفظ باشد بدون مبرز، اینجا قاعده «اصالة البیان» به کمک ما خواهد آمد که می‌گوید: هر شخصی که مطلبی را تلفظ می‌کند، جداً در مقام بیان تمام المراد خودش است (این بحث در اصول در مقدمات حکمت نیز آمده که اگر مقدمات حکمت کامل باشد، شخص در مقام بیان تمام المراد بوده و اگر مقدمات حکمت نباشد و شک کنیم که شخص در مقام بیان تمام المراد بوده یا نه؟ در اینجا نیز به قاعده «اصالة البیان» تمسک می‌شود که می‌گوید: شخص در مقام بیان بوده و با ایجاب و قبول اراده قصد باطنی کرده است و معامله صحیحاً واقع شده است) بنابراین، خود تلفظ کردن ایجاب و قبول به انضمام اصالة البیان، نشان دهنده اراده باطنی است و اصل کلی انطباق قصد ظاهری با قصد باطنی می‌باشد. این مطلب را قانون مدنی در ماده ۲۲۳ به آن متذکر شده است که می‌گوید: «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود». پس در هر معامله‌ای شک کنیم که قصد باطنی وجود داشته یا نه؟ اصل بر وجود قصد باطنی است و کسی که می‌گوید قصد وجود ندارد، مدعی است. در مواردی هم ممکن است مبرزهایی باشد اما قصد باطنی نباشد. مثلاً در معاملات صوری ارکان ضروری معامله واقعی را انجام می‌دهند ولی قصد باطنی در کار نیست مانند معاملاتی که به قصد فرار از دین صورت می‌گیرد. که در این گونه معاملات اگر ثابت شود که قصد باطنی در کار نبوده، معامله باطل خواهد بود. اما اگر دلیل اثباتی بر عدم قصد باطنی وجود نداشته باشد، در اینجا ما باید قصد همراه مبرز (قصد ظاهری) را با قصد باطنی انطباق بدهیم و این در موارد مشکوک صورت می‌گیرد و در صورتی که وجود قصد باطنی برای ما ثابت نشود، به اصل «اصالة البیان» رجوع کرده و می‌گوئیم: اصل، انطباق قصد ظاهری با قصد باطنی است.

حالا اگر در مرافعه ما بین دو نفر، یکی تنفیذ بیع را از دادگاه به جهت وجود ایجاب و قبول بخواهد و دیگری عدم تنفیذ بیع را از دادگاه به جهت عدم قصد باطنی خواسته باشد، حالا در مانحن فیه ما باید از چه کسی دلیل بخواهیم و از چه کسی باید قسم؟ کسی که حرفش موافق اصل است، منکر و کسی که حرفش مخالف اصل است، مدعی است. در خصوص مورد کسی که می‌گوید نیت ظاهری و باطنی یکی بوده و دوئیتی نبوده و معامله واقعی انجام شده، وی منکر است و حرفش موافق اصل است. و کسی که می‌گوید قصد ظاهری بوده نه قصد باطنی، وی مدعی است و حرفش خلاف اصل است. و بار اثبات به عهده مدعی است. مدعی چگونه اثبات می‌کند؟ یا به تصدیق مدعی علیه، اگر مدعی علیه او را تصدیق کند. یا با اقامه بینه شرعیه و شاهد که در خصوص مورد (دعوای مالی) اقامه شاهد واحد عدل کفایت می‌کند به انضمام سوگند مدعی. اگر بتواند اقامه عدلین یا اقامه عدل واحد به انضمام سوگند مدعی ثابت کند، ثابت می‌شود فاقد قصد باطنی بوده و اگر نتواند ثابت کند، منکر قسم می‌خورد و دعوا خاتمه می‌یابد.

قاطع دعوا حرفی است که دارای سه رکن باشد: ۱. رکن استحلاف ۲. رکن احلاف ۳. رکن حلف. باید مدعی عاجز از اقامه بینه درخواست سوگند دادن منکر را از قاضی داشته باشد (استحلاف) اگر قاضی بدون استحلاف مدعی سوگند بدهد، احلاف ارتجالی (ابتدایی) گویند که قاطع دعوی نیست و فایده ندارد. و اگر چنانچه حلف به نحو ارتجالی واقع شود یعنی بدون اذن قاضی طرف سوگند بخورد، این هم قاطع دعوا نیست و باید بعد از استحلاف احلاف باشد و قاضی قسم را متوجه منکر بکند و به او دستور بدهد. اگر منکر برای سوگند استمهال (مهلت بخواهد) کرد، دادگاه حق دارد جلسه را جهت سوگند تجدید کند و چون منکر مهلت خواسته است (سوگند به اینکه اطلاع از صوری بودن معامله ندارم و نفی علم می‌کند) بنابراین بعد از استحلاف، احلاف و حلف مایداً با «اصالة البیان» هستیم که معامله صحیحاً واقع شده است و قصد باطنی بوده و دعوا پایان می‌یابد. و در اینجا کسی که دادگاه به نفع وی نسبت به مالکیتش حکم بدهد (ولی در واقع خودش هم می‌داند که بیع درست نبوده) در اینجا هر چند آثار وضعی بر این معامله بار می‌گردد و اینکه معامله قانوناً صحیح است، ولی آثار تکلیفیه‌ای را هم به همراه دارد و آن اینکه نمی‌تواند به خاطر مشکلات شرعی، شرعاً در مبیع تصرف نماید و یدش ید ضمانی و به صورت ضمان قهری می‌باشد.

بنابراین، در جایی که اختلاف باشد در تحقق یا عدم تحقق قصد باطنی، اصل با انطباق قصد ظاهری با قصد ظاهری است که ماده ۲۲۳ قانون مدنی آن را بیان می‌دارد.

در ارتباط با شرایط اساسی قراردادها، شرط اول: وجود قصد بود و شرط دوم: از منظر قواعد، عدم الاکراه حین العقد است نه وجود رضا. اما قانون مدنی قصد و رضا را در یک سیاق آورده است. یعنی شرایط اساسی قراردادها عبارت است از: ۱. قصد و رضای طرفین و ... بیان نموده در حالی که قصد مطلبی است و رضا مطلبی دیگر می‌باشد. در قانون مدنی وقتی رضایت را در سیاق قصد آورده کأن می‌خواسته بگوید استظهاری که می‌شود این است که همان‌طور که قصد شرط وجودی است، رضایت هم شرط وجود است. در حالی که این طور نیست. همچنان که حضرت امام (ره) در کتاب بیع می‌فرماید: «ان الرضا ليس له دخل في ماهية العقد بل الصحيح ان يقال هل يعتبر في صحة المعاملة عدم وقوعه عن اكراه مكره ام لا». (در خصوص عقد نکاح قانون مدنی تصریح دارد که در ماده ۱۰۷۰ می‌گوید: رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال اکراه عقد را اجازه کند، نافذ است.) صاحب جواهر هم بیان مشابهی دارد: «ان الرضا ليس شرطاً في صحة العقد بل الاكراه يكون مانعاً شرعياً من تأثير العقد اثره» یعنی رضایت به عنوان شرط وجودی حین العقد شرط صحت عقد نیست. بلکه اکراه مانع تأثیر است. و الا اگر شرط وجودی به این معنا باشد، عقدی که باطل واقع شده باطل است و چیزی نمی‌تواند آن را تصحیح کند. پس شرط رضا به نحو تاری است نه به نحو وجودی که اگر حین العقد نباشد، باطل است.

از عبارات مرحوم صاحب جواهر بر می‌آید که رضایت مساوی با عدم الاکراه است. یعنی رضا لازم نیست و عدم الاکراه لازم است. در حالی که برخی از فقها مانند حضرت امام (ره) این را نمی‌پذیرند و می‌فرمایند: «حمل الرضا على عدم الاكراه كما ترى» که تعریض بر صاحب جواهر است. یعنی حمل رضایت بر عدم الاکراه موهون است. و در ادامه می‌فرماید: «فان الرضا امر وجودی قائم فی نفس العاقد» شرطیت رضا، یعنی یک امر وجودی که در نفس عاقد وجود دارد را شرط کرده‌ایم فکیف می‌کن حمله علی معنی عدمی پس اگر بگوئیم رضایت شرط است یک امر وجودی در نفس عاقد را شرط کرده‌ایم که اگر مقارن عقد نبود عقد باطل است اما اگر عدم الاکراه را شرط کنیم که اگر باشد مانع نفوذ است، دیگر این شرط وجودی نخواهد بود.

سؤال: اگر رضایت در عقود شرط وجودی باشد یا عدم‌الاکراه شرط نفوذ عقد باشد، تفاوتشان از حیث آثار چیست؟

جواب: هر دو گفته‌اند که رضایت به عنوان شرط وجودی شرط نیست اما اینکه بگوئیم رضایت همان عدم‌الاکراه است و باید وجود داشته باشد، ممکن است مفهومی این باشد که مقارن عقد باید عدم‌الاکراه وجود داشته باشد در این صورت شبیه همان رضایت می‌شود و اشکال دارد. ولی اگر بگوئیم رضایت عدم‌الاکراه نیست و عدم‌الاکراه لازم نیست مقارن عقد باشد بلکه برای تأثیر یافتن عقد باید چنین مانعی نباشد. این اشکال ندارد. می‌خواهیم بگوئیم که مقتضی وجود دارد و تمام است و علت آمده است. مقتضی وجود عقد برای اثر گذاشتن است ولی مانع نباید بیاید.

سؤال: آیا شخص مُکره قصد دارد؟

جواب: علت فاعلی، یک وقت می‌گویند فاعل بالرضا است و یک وقت می‌گویند فاعل بالجبر است. به عنوان مثال اگر کسی را تهدید کنند مثلاً همسایه‌ها به او بگویند که اگر خانه‌ات را فروشی از دست ما سالم در نمی‌روی؛ یا ماشینت را آتش می‌زنیم یا خانه‌ات را آتش می‌زنیم. بنابراین شخص تصمیم می‌گیرد و جهت فروش خانه‌اش را به بنگاه می‌سپارد و خودش ثمن معامله را معین می‌کند. پس قصد دارد ولی تحت تأثیر اکراه است. پس این جور نیست که هر جا اکراه هست، قصد نیست بلکه ممکن است مصداقی از اکراه پیدا کنیم که قصد اصلاً ندارد. در این صورت معامله باطل است از جهت عدم قصد نه اکراه. پس اکراه همیشه به معنی سلب قصد نیست.

تذکر: رضایت بر دو نوع است: ۱. رضایت مطاوعی: یعنی رضایت با رغبت و علاقه. ۲. رضایت معاملی: امام (ره) می‌فرماید: «ان الرضا بمعنی الاستیساق غیر معتبر فی صحه معامله جزماً بل المعتبر بمعنی عدم المنع و یقال له بالفارسی (تن در دادن)». بنابراین در عقد، رضایت معاملی لازم است نه رضایت مطاوعی.

بحث در قصد در معامله بود که به این نتیجه رسیدیم که، اگر چنانچه در معامله قصد نباشد نتیجه بطلان معامله است. در حالی که اگر در معامله رضایت نباشد، نتیجه تزلزل معامله است نه بطلان. گرچه در ماده ۱۹۰ در فراز اول قصد و رضای طرفین در سیاق واحد ذکر شده ولی نتیجه فقدان مساوی نخواهد بود و متفاوت است. این تفاوت در فقدان قصد و رضا را در مواد مختلفی از قانون مدنی می‌شود جستجو کرد. از جمله در ماده ۱۹۵ قانون مدنی: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است». پس قانون مدنی تصریح دارد که نتیجه فقدان قصد، بطلان معامله است.

همچنین ماده ۲۰۳ می‌گوید: اکراه موجب عدم نفوذ معامله است و عدم رضا نتیجه‌اش بطلان نیست بلکه نتیجه‌اش عدم نفوذ است و تزلزل است نه بطلان معامله. همچنین در ماده ۳۴۶: عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست. فقدان رضا نتیجه‌اش عدم نفوذ اعلام شد نه بطلان و همچنین ماده ۴۶۳: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع حقیقت بیع نبوده است، احکام بیع در آن مجری نخواهد بود». و مواد دیگر که اجمالاً حکایت از این جهت دارد که اگر اکراه در کار باشد (شرط رضا نباشد) نتیجه عدم نفوذ معامله است. اما اگر شرط قصد نباشد، نتیجه بطلان معامله خواهد بود.

مطلب دیگر در قصد این است که علاوه بر اینکه در معامله قصد لازم است، باید قصد متعاملین منطبق باهم باشد. پس هم وجود قصد در معامله لازم است و هم انطباق قصدین در متعاملین شرط است. یعنی هر کدام چیزی را اراده کند که طرف مقابل آن را اراده کرده باشد. ماده ۱۹۴ قانون مدنی: «الفاظ و اشارات و

اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشاء معامله می نمایند باید موافق باشد (یعنی منطبق باشد) به نحوی که احدالطرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشته است و الا معامله باطل خواهد بود». پس اولاً وجود قصد احتیاج است و ثانیاً موجب و قابل باید قصدشان باهم منطبق باشد. مثلاً یکی بیع انجام بدهد و دیگری هبه و ... باشد صحیح نیست.

این انطباق (انطباق قصدین) از جهاتی لازم است:

۱- انطباق قصدین در نوع عقد

مثلاً اگر موجب انشاء بیع بکند و قابل قبول صلح، هیچکدام از بیع و صلح واقع نمی شود.

۲- انطباق در موضوع عقد است.

بنابراین اگر دو نفر هر دو نیت اجاره بکنند ولی یکی نیت کند که خانه اش را اجاره بدهد و دیگری نیت کند مغازه او را اجاره بگیرد، اینجا موضوع عقد در قصد طرفین منطبق نیست و اجاره در مورد هیچکدام واقع نمی شود و معامله باطل خواهد بود چرا که انطباق در موضوع شرط صحت معامله است.

۳- انطباق قصدین در لوازم و منضمات^۱ مورد قرارداد

اگر قرارداد به نحو مطلق باشد، انصراف این اطلاق از دیدگاه قانون مدنی به عرف حاکم است. در جایی که اگر عرف حکمی داشته باشد در مورد لوازم و منضمات یا شرایط، اطلاق منصرف به چیزی است که عرف حکم می کند. مثلاً اگر شما به نحو مطلق خانه ای را از دیگری خریدید و در قرارداد ننوشتید که این خانه شامل لوله کشی آب، امتیاز آب و برق، آبگرمکن و ... باشد، و مطلق گذاشتید. مع الوصف قرارداد انصراف دارد که امتیاز آب و برق جزء مبیع است. لذا ادعای بر خلاف این انصراف به استناد اطلاق مسموع نخواهد بود. مگر اینکه در قرارداد عدم این منضمات شرط شده باشد. یعنی قرارداد مقید باشد نه مطلق.

ولی جایی که عرف حکمی نداشته باشد، باید طرفین متعاملین در مورد منضمات قرارداد قصدشان انطباق داشته باشد. مثلاً اگر کسی یک اتومبیلی را دیده که بخرد و فروشنده هم موافق باشد و قیمت تمام شود. ولی فروشنده ماشینی را تحویل بدهد که غیر از ماشین مورد نظر باشد، و لوازم و وسایلش را فروشنده برداشته باشد، در اینجا یک طرف نیت کرده مبیع با منضمات را و دیگری مبیع خالی از منضمات را. در این مورد بیع واقع نخواهد شد نه در خصوص ماشین عاری از منضمات و نه ماشین واجد منضمات. در باب لوازم هم علاوه بر منضمات همین طور است که اگر بعضی از امور لازمه عرفی نباشد باید قصدین راجع به آن لوازم انطباق داشته باشد.

یکی از موضوعاتی که در خصوص اموال غیرمنقول در بیع واقع می شود، لازمی است که نیاز به ثبت رسمی دارد. بیع مال منقول عرفاً ملازمه دارد با سند رسمی زدن. جایی که عرف حکم دارد اطلاق قرارداد به حکم عرف انصراف دارد. مثلاً تخلیه مورد مبیع و تسلیط ید مشتری بر مبیع تنها از فروشنده مسموع نیست چرا که تنظیم سند رسمی هم عرفاً از لوازم بیع است که محکوم به مقدمات تنظیم سند مثل: رفتن به دارایی و استعلامات بدهی از شرکت آب و برق و غیره همه ضروری می شود. اگر موضوعی باشد که عرفاً لازمه عقد نباشد و یکی بگوید ما این لازم را قصد کردیم و دیگری بگوید ما چنین لازمی را قصد نکردیم، در مقام ثبوت،

۱. لوازم: عبارت است از چیزی که عرفاً لازمه عقد و معامله است. مانند تعهد، تخلیه مورد مبیع و تسلیط ید مشتری بر مبیع، تنظیم سند و ... منضمات: عبارت است از چیزهایی که باید ضمیمه مبیع باشد مانند آلات و وسایل مبیع.

معامله باطل می‌شود. (با تمسک به اطلاق، حکم به عدم نیت لازم مورد اختلاف در مقام اثبات می‌شود) مسؤولیت تشخیص نظر عرف به عهده قاضی است. عرف بلد تا بلد در لوازم و کم و کیف متفاوت است. پس در لوازم و منضمات مورد معامله باید انطباق قصدین باشد.

۴- لزوم تطابق و انطباق قصدین متعاملین در اشتراط و عدم اشتراط است.

اگر کسی معامله را به فرض اشتراط واقع کرده و دیگری به فرض اطلاق، از حیث مطلق یا مشروط بودن قصدشان باهم یکسان نیست. مثلاً در اشتراط المؤامره (یعنی شرط مشورت کردن، که نوعی بیع شرط است که شرط خیار به نفع ثالث می‌شود) یک نفر یک طرف بیع را مطلق و دیگری به شرط مؤامره نیت معامله را کرده باشد، این بیع واقع نمی‌شود. و همچنین اگر یکی بیع را خیار و دیگری مطلق (غیرخیاری) بیع را واقع کرده باشد، اینجا هم بیع واقع نمی‌شود.

اذا اختلغا در اطلاق یا مشروط بودن بیع، اگر کسی بیع را مطلق نیت کرده حرفش مطابق اصل و منکر است و دیگری که به صورت مشروط نیت کرده است، حرفش خلاف اصل و مدعی است و باید ثابت کند چرا که ادعایش خلاف «اصاله الاطلاق» است. و این معامله واقع نشده است.

امام (ره): «لو قال بعت هذا بهذا على ان يكون لي الخيار مثلاً فاشتره بلا شرط لم ينعقد» یعنی خریدار مطلق خرید و فروشنده مشروط فروخته یا بالعکس، این بیع واقع نشده است. و اگر اقرار مرکب بود چه حکمی دارد؟ و اگر اقرار مقید شد چه حکمی دارد؟ حکم این دو متمایز است. یک وقت مقرض می‌گوید: من به این آقا بدهکار شده‌ام اما پرداخته‌ام، این اقرار صریح است و مرکب (جزء اول اقرار به دین و جزء دوم ادعای پرداخت) اخذ به جزء اول کرده و اصل را بر بقاء ذمه می‌دانیم و بار اثبات راجع به بخش دوم با خود اوست پس محکوم به بدهی می‌شود. اگر اقرارش مقید باشد مثلاً بگوید بدهی‌ام را قبول دارم اما به دین مؤجل نه حال، در اقرار مقید باید هر دو جزء (اصل دین و تقیید آن به مؤجل بودن هر دو را پذیرفت) اگر بگوید ایجاب را قبول دارم، اما با این قصد نبود و قصد دیگری داشت، این اقرار مرکب است و بار اثبات به عهده خودش هست. در اقرار مقید ادعای مدعی را منکر نیست اما در اقرار مرکب مدعی عدم قبول نظر طرف مقابل و مدعی عدم اشتغال ذمه‌اش می‌شود.

۵- تطابق قصدین در طرف معامله

اگر شخصی بخواهد معامله را با شخص به خصوصی واقع بکند، با خصوصیات خاص و اگر این خصوصیات نباشد، معامله نمی‌کند. بعد در طرف معامله اشتباه رخ دهد، در اینجا چون طرف معامله موضوعیت دارد، و اشتباه در طرف معامله رخ داده است، در اینجا هم عقد باطل خواهد بود.

۶- انطباق قصد متعاملین در اوصاف مهمه یا اوصاف جوهری

اگر یکی از طرفین به قصد اینکه این کالا طلای اصل است می‌خرد و فروشنده به عنوان بدل بفروشد، یا خریدار کوزه را به عنوان عتیقه می‌خرد و فروشنده کوزه را به عنوان کوزه معمولی بفروشد، در اینجا نیز چون انطباق قصدین در اوصاف مهمه وجود ندارد، بنابراین عقدی محقق نمی‌شود.

قاعده کلی در همه این شش صورت این است که رضایت تاری مصحح عقد سابق نیست. و اراده‌ای که لازم است باشد، باید در طرفین به نحو منطبق باشد چه کیفیتی باید داشته باشد و چطور باید محقق بشود.

۱. ر. ک به کتب ادله اثبات دعوا (دکتر جلال‌الدین مدنی). ماده ۱۲۸۲ قانون مدنی، اقرار مقید و ماده ۱۲۸۳ قانون مدنی، اقرار مرکب

چرا که گاهی اراده، اراده تام خالی از عیب است، شکی نداریم که چنین اراده‌ای مؤثر است و آثار حقوقی را در پی دارد و منظور از خالی از عیب، این است که عیوب اراده یکی از سه چیز می‌تواند باشد:

۱. اکراه ۲. اضطرار ۳. اشتباه

عیوب اراده

حالا هر یک از عیوب سه‌گانه که بر اراده وارد بشوند تا چه حد تأثیرگذار خواهند بود.

۱- اکراه

یعنی «حمل الغير علی ما یکره» یعنی وادار کردن غیر بر کاری که از آن ناراضی است. حضرت امام (ره) می‌فرمایند: «الاکراه حمل الانسان علی ایجاد ما یکره ایجاد مع التوعید» (توعید یعنی ترساندن، اخافه، تخویف). از نظر حقوقی: اکراه عبارت است از اجبار شخص بر ایجاد رابطه حقوقی. اکراه از نظر ریشه متفاوت است. اگر اکراه را از ریشه کَرِه بدانیم یا از ریشه کُره. کُره: همان چیزی است که می‌گوییم اضطرار «المشقة اللتی یدرکه الانسان من نفسه» یعنی ریشه درونی دارد و از بیرون الزامی نیست. کَرِه: «المشقة اللتی یحمل علی الانسان من خارج» که اکراه از بیرون تحمیل صورت می‌گیرد و منشأ خارجی دارد. این مطلب را مرحوم علامه در ذیل آیه شریفه «حملته أمّه کُرهاً و وضعته کُرهاً» این کُره را می‌فرماید مشقتی است که از داخل بر انسان عارض می‌شود و سختی و اضطراری که مربوط به خودش است.

حالا از نظر قانون مدنی چه جوری تهدید واقع می‌شود و شرایط اکراه چیست؟ قانون مدنی تبیین کرده که اکراه در کجا و چگونه محقق می‌شود. ماده ۲۰۲ می‌گوید: «اکراه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه‌آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود». بعد در ماده ۲۰۴ بیان می‌دارد: «تهدید طرف معامله در نفس یا جان یا آبروی اقوام نزدیک او از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد موجب اکراه است. در مورد این ماده تشخیص نزدیکی درجه برای مؤثر بودن اکراه بسته به نظر عرف است».

تهدید به جان (کشتن) روشن است، اما به مادون آن مانند تهدید به زدن و ... چگونه است؟ ماده ۲۰۲ قانون مدنی این مورد را تفسیر کرده و گفته که موضوع تهدید نسبت به افراد مختلف است. اگر موضوع قتل باشد، سن و شخصیت و اخلاق افراد مدخلیتی در آن ندارد و نسبت به همه مساوی است. زدن راجع به افراد مختلف است و نسبت به جنسیت و شخصیت افراد متفاوت است. اگر موضوع تهدید به اخذ مال باشد، باز هم نسبت به افراد متفاوت است گرچه مرحوم شیخ در مبسوط می‌فرماید: مساوی است. بنابراین تهدید به اخذ مال موضوعاً تهدید است ولی نسبت به موقعیت طرف فرق دارد.

پس اکراه در تهدید به جان (قتل) به نفس و اعضای بدن (زدن و مجروح کردن) تهدید به آبرو (شتم، آدم‌ربایی و ...) اکراه به این مصادیق محقق است ولی در جهت تحقق اکراه چند مطلب شرط است:

۱. تهدید واقعی و جدی باشد. یعنی اکراه کننده باید قاهر و قادر باشد. قاهر باشد، یعنی جدی باشد. قادر باشد، یعنی تهدید را عملی نماید.

۲. اکراه شونده ظن غالب (یقین لازم نیست) داشته باشد که اگر به خواسته مکره عمل نکند، آن وقت تهدید عملی خواهد شد.

۳. تهدید در مورد چیزی باشد که موجب ضرر و زیان اکراه شونده باشد.

مرحوم شیخ در مبسوط همین سه مورد را فرموده است. اما قانون مدنی برای تحقق اکراه چهار شرط را پذیرفته است:

۱. تهدید باید واقعی و جدی باشد. (ماده ۲۰۲) در شخص تهدید واقعی و جدی مؤثر است.

۲. تهدید نوعاً مؤثر باشد. اگر در اشخاص با شعور مؤثر باشد، در نوع مردم تأثیرگذار خواهد بود.

۳. مکره قدرت تحمل نداشته باشد به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد.

۴. مکره قدرت دفع آن تهدید را بدون مشقت نداشته باشد. و اگر قادر به دفع تهدید با مشقت باشد، مکره است و معامله غیرنافذ خواهد بود. (ماده ۲۰۵ قانون مدنی)

سؤال: آیا هر معامله‌ای که با اکراه واقع شود، غیر نافذ است و حکم در همه جا جریان دارد یا خیر؟
جواب: خیر، از قاعده عدم نفوذ عقد مکره، ماده ۲۰۷ قانون مدنی استثناء بر این قاعده محسوب می‌شود. ماده ۲۰۷: «ملزم شدن شخص به انشاء معامله به حکم مقامات صالحه قانونی اکراه محسوب نمی‌شود». که اسمش را در علم حقوق اکراه به حق درمقابل اکراه به ناحق می‌گذاریم. بنابراین هرگاه اکراه به حق صورت بگیرد معامله نفوذ دارد. ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی: «زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه، به محکمه رجوع کند در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد». مثلاً اگر کسی را دادگاه مجبور نماید تا موتورش را جهت دادن نفقه زن بفروشد، این معامله صحیح خواهد بود. یا اگر موضوع در عقود غیرمعاملی و شبه معاملی باشد، مواد ۱۱۲۹ قانون مدنی: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه». و ۱۱۳۰: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود». قانون مدنی. به لحاظ ترک انفاق حاکم الزام کرده که زوج صیغه طلاق را جاری کند یا ماده ۱۱۳۰ در طلاق عسر و حرج که ملزم به انشاء ایقاع طلاق می‌کند که اکراه به حق است و آثار طلاق مترتب می‌شود. یا در فقه در بابظهار یا ایلاء زوج باید یا کفاره بدهد و مواقعه کند یا واقعاً طلاق بدهد و اگر هیچ یک را انجام ندهد، او راجس می‌کنند و بر او تنگ می‌گیرند تا طلاق بدهد این اکراه بحق است.

بنابراین هر گاه اکراه به حق باشد، اثر حقوقی محقق می‌شود. و احکام اکراه که موجب عدم نفوذ است در اکراه بناحق است.

سؤال: در فرضی که اکراه محقق می‌شود، آثار تحقق اکراه چیست؟

اگر در امور مدنی اکراه محقق بشود، در جاهایی که عقود و ایقاعاتی واقع می‌شود، در عقود موجب تزلزل عقد می‌شود. پس بیانی که در فقه داریم که فقها می‌فرمایند: «لو اکره علی عقد لم یصح» لم یصح، یعنی نافذ نیست نه اینکه باطل است. یعنی عقد تام نیست. در باب مسؤولیت مدنی یعنی الزاماتی که خارج از قرارداد است، به تعبیر فقهی در باب ضمان قهری آنجا هم همین‌طور است. یعنی اکراه اگر واقع شود، اقدام مباشر

کم‌رنگ است. اصولاً اگر چنانچه در عملی مباشر وجود داشت باب اتلاف است و موجب ضمان. اگر هم سبب بود و هم مباشر، اینجا باید دید که سبب اقوی بوده یا نه؟ که اصل بر اقوی بودن مباشر است. مباشر مسؤول ضمان است و چیزی که باید ثابت بشود، اقوی بودن سبب است.

تعدد اسباب هم احکام به خصوص خودش را دارد که در فقه دو نظر است: ۱. سبب متعارف مسؤول است. ۲. سبب مقدم در تأثیر مسؤول است. در تأثیر سبب مقدم تفسیری است که زمانی سبب مقدم مسؤول است که هر دو ید یا عدوانی باشد یا عدوانی نباشد ولی اگر یکی عدوانی و دیگری عدوانی نیست، ید عدوانی ضامن است اعم از اینکه مقدم باشد یا مؤخر.

در خصوص این مسأله یک «مُکره» داریم و یک «مُکره» این از مصادیق کدام تلقی می‌شود که در باب ضمانات قهریه اگر کسی دیگری را اکراه کرد، عرف مردم می‌گویند: مُکره از خودش اختیاری نداشته. در اینجا هم از منظر باب متعارف بودن سبب که نگاه بکنیم و هم از منظر اقوی بودن باب سبب در هر دو منظر مُکره مسؤولیت پیدا می‌کند و مُکره مسؤول نیست و ضامن نمی‌شود. پس اثر اکراه در عقود تزلزل است و در ضمان قهری، عدم ضمان است و اثر اکراه در ایقاع، بطلان است.

بنابراین، تا اینجا راجع به امور مدنی، اثر اکراه در سه جا نگاه شد. دو تا در مباحث ارادی بود و یکی در غیرارادی دو تا در عقود و ایقاعات. در خارج، ضمان، مسؤولیت خارج از قرارداد.

در مسؤولیت جزایی هم اکراه اگر صادق باشد، رافع مسؤولیت کیفری است الا در قتل که یک دلیل این است که «لا اکراه فی القتل» که شخص نمی‌تواند به استناد اکراه آدم بکشد و شخص مسؤول خواهد بود. دلیل دیگر بر عدم پذیرش اکراه در قتل، از حیث مسائل انصاف، کسی که اکراه می‌شود می‌خواهد از خود دفع ضرر کند حال این ضرر به چه قیمتی؟ که در قتل معلوم نیست که مناط دفع ضرر وجود داشته باشد که به خاطر عدم ضرر به خودش به دیگری ضرر برسد. و معلوم نیست در اینجا ترجیحی وجود داشته باشد مخصوصاً اگر اکراه بشود به اینکه چند نفر را بکشد. چرا که حفظ دماء مهم است.

در امور مدنی دلایل عدم نفوذ عقد مُکره عبارت است از:

۱. روایت: «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض» اگر قائل به مفهوم وصف باشیم در قید «عن تراض» یا از باب حصر در حصر به «الا»
 ۲. «لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه».
 ۳. حدیث شریف رفع: «الا ما اکرها علیه» یا «الا ما استکرها علیه» که رفع آثار کرده است.
 ۴. سیره عقلائیه: اصل حاکمیت اراده بر این معنا دلالت دارد.
- حضرت امام (ره): «لا اشکال فی آنه لایترتب علی عقد مُکره اثر عندالعلاء فلو لم یکن دلیل شرعی علی بطلانه لکفی ذلک فی البطلان». یعنی عدم نفوذ نه بطلان به معنای فاسد بودن.

عیوب اراده

۱- اکراه

اکراه عیبی از عیوب اراده است که عقود را متزلزل و ایقاعات را باطل و اراده مُکره در باب ضمانات قهریه را بی‌اثر می‌نماید. بنابراین موجب ضمان قهری نخواهد شد. یعنی مُکره در باب مدنی، ضمانت قهری ندارد و در باب جزا نیز موجب ضمان قهری نخواهد بود و مسؤولیت جزایی نخواهد داشت.

۲- اضطرار

اضطرار در لغت یعنی احتیاج شدید. «أُضْطَرَّ عَلَى شَيْءٍ أَيْ أَلْجَأَهُ إِلَيْهِ». گاهی بعضی از عوامل در تحقق یک امر حقوقی دخیل‌اند که اگر این عوامل نبودند آن امر حقوقی محقق نمی‌شد. مثلاً اگر بیماری نداشت، خانه‌اش را نمی‌فروخت.

آنچه موجب بطلان معامله می‌شد، فقدان رضای معاملی بود و فقدان رضای مطاوعی موجب بطلان معامله نیست. فقهاء فرموده‌اند: «إِنَّ الْأَضْطَرَّ لَا يُوجِبُ رَفْعَ أَثَرِ الْمُعَامَلَةِ لِامْتِنَانٍ» یعنی امتناناً علی‌الأمه. و چرا گفت لامتنان، چون «لأنَّ رَفْعَ ذَلِكَ هُوَ الْإِيقَاعُ فِي الْأَضْطَرَّ». چرا که اگر رفع صحت را برداریم، خودش واقع کردن در اضطرار است یعنی هرکس مضطر شد باید بسوزد و بسازد. پس وقتی شارع بیع مضطر را صحیح می‌داند، از باب امتنان است به خلاف اکراه.

سؤال: از نظر حقوقی چه فرقی بین اکراه و اضطرار است؟

ماده ۲۰۶ ق. مدنی:

«اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند، مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود».

بین باب اکراه و اضطرار تفاوت‌هایی وجود دارد:

۱. مکره، معمولاً ملزم می‌شود به یک معامله شخصی معین. برخلاف مضطر که به یک اقدام نوعی مجبور است؛ یعنی انتخاب طرف معامله دست خودش است.
 ۲. مکره، قصد فعل دارد اما قصد نتیجه ندارد. یعنی می‌خواهد بیاید مجلس معامله و از شر مکره خلاص شود. ولی مضطر هم قصد فعل دارد و هم قصد نتیجه دارد.
 ۳. در باب اکراه، تهدید و خطر مستقیم است یعنی فعلیت دارد. ولی در اضطرار، تهدید بالقوه است.
 ۴. منشأ تهدید در باب اکراه خارجی است ولی در اضطرار درونی است.
- همان‌طور که اضطرار در عقود و ایقاعات منشأ فقدان قصد نمی‌شود و آثار مترتب می‌شود در ضمانات قهری و الزامات خارج از قرارداد هم همین‌طور است. مثلاً اگر در مزرعه شما شیء آتشین بیاندازند و شما با دیدن آن آتش را برمی‌دارید و به جای دیگر می‌اندازید تا به خرمن شما آسیبی وارد نشود و توجه ندارید که کجا می‌اندازید مثلاً به مزرعه دیگری بیاندازید، در اینجا مسئولیت جزایی ندارد ولی مسئولیت مدنی دارد. پس اضطرار آنجا هم موجب عدم مسئولیت نمی‌شود و در امور کیفری، کسی به استناد اضطرار نمی‌تواند گناه کند (قاعده کلی).

بحث راجع به شرایط اساسی قراردادها بود که دو شرط را که در بند یک از ذیل ماده ۱۹۰ قانون مدنی مرور کردیم. تا رسیدیم به عیوب اراده که عیب سوم از عیوب اراده، اشتباه است.

۳- اشتباه

اشتباه در اصطلاح: تصور خلاف واقع از یک پدیده حقوقی است. یعنی متعاقدين یا یکی از آنها یک تصور خلاف واقع از یک پدیده حقوقی داشته باشند. این اشتباه از عیوب اراده است. ولی از حیث آثار تفصیل باید داد. یک راه عیبی بود که یک اثر کلی داشت و عقد را متزلزل و ایقاعات را باطل می‌کرد ولی در اشتباه باید دید که اشتباه در چه چیزی است تا اثرش بررسی شود. اگر چنانچه اشتباه در موضوع عقد باشد، اینجا ماده

۱۹۴ قانون مدنی می‌گوید: «الفاظ و اشارات و اعمال دیگر که متعاملین به وسیله آن انشاء معامله می‌نمایند باید موافق باشد به نحوی که احد طرفین همان عقدی را قبول کند که طرف دیگر قصد انشاء آن را داشته است و الامعامله باطل خواهد بود».

اگر اشتباه در نوع عقد باشد، موجب بطلان معامله خواهد شد. پس ماده ۱۹۴ اثر اشتباه در نوع عقد را بطلان اعلام کرد. اگر اشتباه در موضوع عقد رخ داد. مثلاً یکی بیع ماشین را اراده کرده و دیگری خرید موتورسیکلت را قبول کرده است. نوع واحد است که بیع است ولی موضوع متفاوت است. که باید موضوع هم واحد باشد. ماده ۲۰۰ قانون مدنی می‌گوید: «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد».

پس از منظر قانون مدنی اگر اشتباه در موضوع باشد (در خود مبیع) بیع باطل است. چون اشتباه موجب عدم تحقق قصد خواهد بود. که قصد شرط و رکن وجودی در عقد است که در صورت فقدان آن، معامله باطل خواهد بود. که در ماده ۲۰۰ عدم نفوذ به معنای بطلان است نه تزلزل معامله. سوم، اشتباه در طرف عقد است که ممکن است به دو شکل متصور باشد:

۱. در جایی که طرف عقد علت عمده انعقاد عقد بوده است.
 ۲. در جایی که طرف عقد علت عمده برای انعقاد عقد نبوده است. که در ماده ۲۰۱ قانون مدنی حکمش بیان شده است: «اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد مگر در موردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد». که در قسم اول: شخص به خصوصی جهت معامله مورد نظر است که لولاه لم ینعقد که اگر به طور اشتباهی معامله با شخص دیگری صورت بگیرد، چون قصدی برای معامله با او وجود نداشته فلذا معامله باطل خواهد بود. که ماده ۲۰۱ حکمش را بیان کرده است. ولی در قسم دوم، چون طرف به خصوصی مورد نظر نیست، بنابراین معامله صحیح خواهد بود.
- انطباق این اقسام با سایر مواد:

الف - قسم اول (اگر شخص طرف، علت عمده انعقاد عقد باشد، در صورت اشتباه، معامله باطل است)

۱- در باب عاریه: ماده ۶۴۷ قانون مدنی در باب عاریه که می‌گوید: «مستعیر نمی‌تواند مال عاریه را به هیچ نحوی به تصرف غیر دهد مگر به اذن معیر». که جهتش این است که در عقد عاریه شخص طرف دخالت دارد و کسی مالی را به دیگری می‌دهد تا مجاناً از آن استفاده بکند که شخص خاصی اراده شده است که مستعیر باشد.

۲- در باب وکالت: ماده ۶۶۲ قانون مدنی: «وکالت باید درامری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد. وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد». پس لولاه لم ینعقد اینجا هم می‌آید که در خصوص شخص خاصی وکالت اراده شده که در این صورت وکالت قابل توکیل نخواهد بود و اگر مشخص شود که این آدم آن آدم نیست (اشتباه پیش آید)، در اینجا نیز وکالت باطل است و بر آن خلل وارد می‌شود چون شخص دیگری را اراده نکرده است. ماده ۶۷۲ ق. م نیز ممنوعیت توکیل به غیر را تصریح کرده که نمی‌شود کس دیگر را وکیل بکند در انجام کاری که به او واگذار شده است.

۳- در باب صلح: ماده ۷۶۲ ق. م صریح‌تر از بقیه است که می‌گوید: «اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد، صلح باطل است». چرا باطل است؟ چون در صلح شخصیت طرف موضوعیت دارد و در صورت اشتباه صلح باطل است.

۴- در باب نکاح: ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی می‌گوید: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد شرط صحت نکاح است». که شخص طرف موضوعیت دارد و عقد باید با شخص مشخصی واقع شود نه با هر شخص مؤنثی که باشد.

ب - قسم دوم (اگر شخص طرف، علت عمده انعقاد عقد نباشد، در صورت اشتباه نیز معامله صحیح خواهد بود.)

۱- در باب جعالة ماده ۵۶۴ ق. م. : «در جعالة گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد». چون طرف، علت عمده نیست و فرق نمی‌کند که چه کسی باشد و معلوم بودن طرف لازم نیست. چون نوع جعالة این طور است که شخص طرف مداخلیتی ندارد، بنابراین در صورت اشتباه نیز جعالة صحیح خواهد بود.

۲- در باب شرکت. ماده ۵۸۳ ق. م: «هر یک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند». در این ماده هم منتقل فرق نمی‌کند این شخص باشد یا دیگری.

اگر اشتباه در صفت موضوع باشد، حکمش چیست؟

اشتباه در صفت موضوع باز دو جور است:

۱. اشتباه در صفت جوهری (چیزی که ارزش اصلی و اساسی تلقی می‌شود).

۲. اشتباه در اعراض. به تعبیر دیگر اشتباه در صفات مهمه و غیرمعتنی به.

اگر اشتباه در صفت موضوع در نوع جوهری باشد، معامله باطل است. ولی اگر در صفات جوهری نباشد، معامله بلاشکال است. مثال برای نوع اول: مثلاً من تابلویی را می‌خرم به عنوان اینکه نقاشی فلان نقاش مشهور جهان است ولی معلوم می‌شود که این تابلو آن نقاشی مشهور نبوده است. بنابراین چون قصد خرید تابلوی دیگر را نداشته‌ام، لذا معامله باطل است. چون اشتباه در صفت جوهری و اشتباه در اصل و اساس مبیع صورت گرفته است. مثال برای نوع دوم: مثلاً ماشینی با رنگ قرمز را برای خرید قصد بکنم ولی اشتباه پیش آید و فروشنده ماشین دیگری با رنگ دیگری به او تحویل دهد، در اینجا چون اشتباه در اعراض مبیع است نه جوهر، بنابراین معامله صحیح است و اشکالی ندارد.

دسته‌بندی عیوب اراده (به‌طور خلاصه)

۱. اکراه ۲. اضطرار ۳. اشتباه

الف) اکراه

۱- در عقود: تزلزل مساوی عدم نفوذ به اضافه رضای طاری مساوی صحیح

۲- ایقاعات: بطلان به اضافه رضای طاری مساوی بطلان

۳- ضمان قهری

ضمان: مدنی (ضمان قهری): مساوی مسئولیت خارج از قرارداد، نتیجه: عدم ضمان

کیفری: غیر قتل: اجبار تلقی شده و عدم مسئولیت را نتیجه می‌دهد.

قتل: نتیجه: مسئولیت و قصاص مکروه مباشر و حبس ابد اکراه کننده

ب) اضطرار

۱- در عقود (یعنی رضای معاملی): صحت

۲- ایقاعات (رضای معاملی): صحت

۳- ضمان: کیفری: عدم مسؤولیت

مدنی: مسؤولیت آفرین است.

ج) اشتباه

۱- نوع عقد: نتیجه فقدان قصد، نتیجه بطلان

۲- موضوع عقد: نتیجه قصد، نتیجه بطلان

۳- طرف عقد طرف عقد علت عمده انعقاد باشد، نتیجه: بطلان

طرف عقد علت عمده انعقاد نباشد، نتیجه: صحت

۴- صفت موضوع جوهری: نتیجه، بطلان

غیر جوهری: نتیجه، صحت

بحث در شرایط اساسی قراردادها بود که در مورد شرط اول: وجود قصد و رضا صحبت شد. مورد بعدی که بند دوم ماده ۱۹۰ در قانون مدنی به عنوان شرط اساسی قراردادها تصریح شده است، اهلیت طرفین می باشد.

۲- اهلیت طرفین

اهلیت یعنی شایستگی انسان برای دارا شدن حق و بهره‌وری از آن می باشد. یا به عبارت دیگر، لیاقت حقوقی انسان برای دارا شدن و اعمال حق می باشد.

این مفهوم از اهلیت، مفهوم مرکبی است که شامل اهلیت تمتع و اهلیت استیفاء هر دو می شود. که تا آنجا که می فرماید: شایستگی انسان برای دارا شدن حق یا لیاقت حقوقی انسان برای دارا شدن حق، تا اینجا به اهلیت تمتع اشاره دارد ولی آنجا که بحث از شایستگی اعمال حق است، به اهلیت استیفاء اشاره می کند.

قانون مدنی در ماده ۹۵۶ می گوید: «اهلیت برای دارا بودن حقوق، با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می شود».

پس از منظر قانون مدنی، شرط اهلیت تمتع، حیات انسان است. لازم به ذکر است که در اینجا قدری نسبت به فقه به لحاظ شرایط سیاسی موجود در زمان تصویب، با مسامحه عبور کرده‌اند. چرا که حیات تنها از نظر فقهی برای تمتع کافی نیست بلکه عدم‌الارتداد هم لازم است. یعنی شخص مرتد اهلیت تمتع ندارد. بنابراین اموال او ما بین ورثه مسلمان او توزیع می شود و زن او من غیر طلاق عده نگه می دارد. برخی از فقها نیز حقوق تمتعیه را به مواردی محدود کرده‌اند که در حال حاضر موضوع ندارد، مانند رقیت که اگر در بین باشد، در حقوق تمتعیه مثل مالکیت جلوگیری می کند ولی فعلاً چون موضوع ندارد، محل بحث نیست.

پس در ارتباط با حق تمتع اجمالاً حیات شرط است. این حیات می تواند حیات جنینی هم باشد. پس جنین می تواند از حقوق تمتعیه برخوردار شود. مثل حق ارث، حق موصی له واقع شدن، حق موقوف علیه واقع شدن. منتها به شرطی که زنده متولد شود. (إِذَا وُلِدَ حَيًّا)

تشخیص زنده متولد شدن، با دستگاه‌های امروزی و گزارشات پزشکی مسأله راحت شده است ولی در فقه علایمی مانند استحلال (اولین گریه‌ای که بچه موقع تولد می کند) که اگر استحلال کند، معلوم می شود زنده است. استحلال، بالاترین نشانه حین‌الولاده است و کمتر از آن هم علایم دیگری نیز هست تا جایی که فرموده‌اند: «تَلَقُّصٌ» (پرسی که در بعضی از جوارح احساس می شود) کافی نیست. یعنی «تَلَقُّصٌ» در جهت زنده فرض کردن طفل، کافی نیست بلکه علایم دیگر مثل ضربان قلب، استحلال و غیره شرط است.

بنابراین در ملاک «إِذَا وُلِدَ حَيًّا» مثلاً اگر طفل را به لحاظ عدم رشد جسمی کافی به دستگاه منتقل کردند، وقتی که از دستگاه خارج شد و حیات داشت، در اینجا حکم به زنده بودنش می کنیم یعنی وُلِدَ حَيًّا ولی اگر حیات نداشت، حکم به عدم حیات و ملحق به وُلِدَ مِيتاً می شود. لذا در ماده ۹۵۷ قانون مدنی اشاره شده است که: «حمل از حقوق مدنی متمتع می گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود». و ملاک دو چیز است: ۱. ولادت (از رحم خارج شود) ۲. زنده باشد.

اهلیت تمتع نسبیت بردار است، یعنی این طور نیست که در همه موارد بگوئیم یا اهلیت هست یا اهلیت نیست. بلکه در بعضی از موارد ممکن است در خصوص بعضی چیزها اهلیت نباشد. البته اهلیت حق تمتع را

خداوند عزوجل برای بشر به عنوان یک جزء لاینفک قرار داده است ولی گاهی مقررات و محدودیت‌هایی که به دست بشر وضع می‌شود، اشخاص را از حقوق تمتعیه نسبت به بعضی حقوق محروم می‌کند. مثلاً مقررات می‌گوید: اتباع کشورهای خارجی در ایران نمی‌توانند مالک اموال غیرمنقول باشند. در صورتی که مالکیت از حقوق تمتعیه انسان است اعم از اموال منقول یا غیرمنقول ولی مقنن می‌گوید اتباع خارجی در ایران مالک اموال غیرمنقول نمی‌شوند. پس محدودیتی در حقوق تمتعیه اتباع خارجی ایجاد می‌گردد. یا در مقررات ازدواج اتباع خارجی آمده است: اگر چنانچه اتباع خارجی بخواهند با زن ایرانی ازدواج کنند، مستلزم استیذان از وزارت کشور ایران هستند (ماده ۱۰۶۰ ق. مدنی) و اگر بدون اجازه ازدواج کنند، ازدواج آنها رسمیت نخواهد داشت (ثبت نمی‌شود) علاوه بر این، مرتکب به حبس تا ۳ سال محکوم می‌شود. این هم به نوعی محدود کردن حقوق تمتعیه است. یا مثلاً در زمینه اشتغال برای اتباع خارجی محدودیت‌هایی وضع شده است من جمله سمت‌هایی مانند: رهبری، ریاست جمهوری و معاونین او، وزارت‌خانه‌ها، فرماندهی قوای سه‌گانه ارتش و سپاه و نیروی انتظامی، قضاوت، نمایندگی مجلس و غیره، تصدی آن برای کسی که ایرانی‌الاصل نیست ممنوع است.^۱

گاهی مقنن حقوق را محدود می‌کند و گاهی خود شخص حق تمتع را از خودش سلب می‌کند. در این صورت آیا اشخاص حق اسقاط حقوق تمتعیه را نسبت به خودشان دارند یا نه؟ در جواب می‌گوییم: خیر چنین حقی را ندارند. چرا که ماده ۹۵۹ قانون مدنی می‌گوید: «هیچکس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند».

سؤال دوم: در علم حقوق نیز همین مسأله مطرح است که آیا قرارداد سلب حق نافذ است یا خیر؟ مثلاً اگر در پرونده‌ای قراردادی بین یک کارفرما و کارگری بسته شده است یعنی شرکت شخصی را به استخدام در آورده و در قبال آن از دختر یا پسر تعهد بگیرد که از ازدواج صرف‌نظر بکنند. یعنی کارفرما الزاماً طرف قرارداد را به اجرای مفاد قرارداد الزام بکند، آیا این قرارداد اعتبار دارد یا نه؟ (چنانکه دختران میهماندار در هواپیما باید متعهد شوند که ازدواج نکنند).

جواب: اسقاط کلیه حق تمتع مسموع نیست. منتها بین حقوق دانان و فقها مباحثی مطرح است که اگر اسقاط حق در محل به خصوصی باشد یا اسقاط حق در مقطع زمانی محدودی باشد چه حکمی دارد؟ برخی گفته‌اند در محل به خصوص عیبی ندارد چرا که مناط اسقاط کلی حق (حرام بودن و ایراد داشتن)، تحریم الحلال و تحلیل الحرام است. چرا که انسان شارع نیست و حق ندارد چیزی را که خدا حلال قرار داده حرام قرار بدهد و بالعکس. پس به عبارت دیگر سؤال این شد که چه زمانی سلب حق مصداق تحلیل حرام و تحریم حلال پیدا می‌کند؟

بعضی فرموده‌اند: اگر موقتی باشد، یقیناً چنین مصداقی نیست (مانند تعهد بر اینکه تا یک سال ازدواج نکند) این تحلیل حرام و تحریم حلال نیست. مثلاً در نذر شرعی هم همین‌طور است.

بعضی نیز فرموده‌اند: زمان ملاک نیست بلکه ملاک مکانی مطرح است. مثلاً متعهد می‌شوم در فلان شهر ازدواج بکنم که این مصداق تحریم حلال نیست ولی اگر زمان باشد، مصداق تحریم است. ولی مکان مصداق تحریم نیست.

خلاصه سؤال: آیا شخص حق اسقاط حق تمتع را دارد یا خیر؟

در جواب سه نظر وجود دارد: ۱. برخی فرموده‌اند که اگر در محدودیت زمانی باشد، اشکال ندارد. ۲. درمقابل برخی گفته‌اند که محدودیت زمانی ملاک نیست بلکه محدودیت مکانی لازم است. ۳. گروه سومی هم قائل به جمع این دو باهم شده‌اند یعنی هم محدودیت زمانی باید باشد و هم محدودیت مکانی تا صدق تحریم حلال نشود.

مثلاً شرط می‌کند که برای یک سال در فلان شهر من تجارت‌خانه‌ای دایر نمی‌کنم. این شرط محدود به زمان و مکان است و ماده ۹۵۹ ق. م شاملش نمی‌شود. همچنین در رویه قضایی هم محدودیت در زمان و مکان پذیرفته شده است و مورد شمول ماده ۹۵۹ ق. مدنی نمی‌باشد چون جزئی زمانی یا مکانی است و این اشکال ندارد چرا که ماده ۹۵۹ ق. م به‌طور کلی گفته است و این مورد جزئی است و بلااشکال.

سؤال: آیا در مطلق زمان و مکان مصداق حرام است؛ یعنی در همه جا و در همه مکان؟ جواب: این مسلماً باطل است و از مصادیق تحریم می‌باشد و حتماً باید مقید به زمان و مکان خاص باشد.

نتیجه اینکه در اهلیت تمتع، فقط انسان زنده لازم است و شرط خاص دیگری لازم نیست. ولی در اهلیت استیفاء مسأله متفاوت است و در ماده ۲۱۰ قانون مدنی: «متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند». مراد از اهلیت در این ماده، اهلیت استیفاء می‌باشد. که ماده ۲۱۱ قانون مدنی شرایط اهلیت استیفاء را بیان نموده است: یعنی «برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند». حالا اگر اهلیت معامله را نداشته باشند، ماده ۲۱۲ ق. م تکلیف را مشخص کرده است. ماده ۲۱۲ قانون مدنی: «معامله با اشخاصی که بالغ و عاقل و رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است».

اشکالات ماده ۲۱۲ ق. مدنی

«معامله با اشخاصی که بالغ و عاقل و رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است».

این ماده معامله غیر رشید (سفیه) را باطل دانسته است در حالی که به استناد ماده ۱۲۱۴ ق. م: «معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر ...»، معاملات غیر رشید، غیر نافذ است نه اینکه باطل باشد.

اشکالات ماده ۲۱۳ ق. مدنی

«معامله محجورین نافذ نیست».

معامله محجورین نافذ نیست در حالی که معامله مجانین و همچنین معامله صغیر غیر ممیز، غیر نافذ نیست؛ بلکه باطل است. بنابراین دو اشکال شد: ۱. معامله مجنون باطل است نه غیر نافذ ۲. معامله صغیر غیر ممیز باطل است نه غیر نافذ.

تهافت و تعارض مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ ق. مدنی

این دو مواد از یک نگاه، باهم تعارض و تهافت دارند. در حل این تفاوت برخی گفته‌اند مراد مقنن از محجورین، خصوص سفهاء است و سفیه کیست؟ سفیه یعنی: «من بلغ حال کونه سفیهاً» یا «بلغ ثم ابتلی بالسفاهه». حالا چه سفاهت متصل به صغر باشد و چه منفصل از صغر باشد، بلوغ بر آن صادق است و محجورین اینها هستند. اما غیر رشید در ماده ۲۱۲ سفهائی‌اند که از حد رشد گذشته‌اند یا استیناس شده و

رشدشان احراز نشده یا استیناس رشد نشده و بین رشد و بلوغ ملازمه نیست. رشید شدن بعضی تشخیص نفع و ضرر مالی را دادن است.

راه حل تهافت بین مواد ۲۱۲ و ۲۱۳ ق.م: اگر بگوئیم بالغ نیستند (صغیرند) عاقل نیستند یعنی مجنون و رشید نیستند یعنی نو بالغینی که هنوز به رشد نرسیده‌اند. در ماده ۲۱۳ اگر بگوئیم خصوص سفهاء یعنی از سن بلوغ گذشته‌اند اما ثابت شد که سفیه‌اند نظر به اینکه قصد کافی در معاملاتشان ندارند لذا مکمل و ولی لازم دارند. در سفهاه متصل به صغر، ولی خاص و در سفهاه منفصل از صغر، ولی عام است و رضایت ولی باید منضم شود.

منتها اشکال و گیر در خود قانون مدنی و در ماده ۱۲۰۷ است که نمی‌گذارد این تهافت و تعارض حل شود. چنانچه ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی می‌گوید: «اشخاص ذیل محجور و از تصرف در اموال مالی خود ممنوع هستند: ۱. صغار ۲. اشخاص غیر رشید ۳. مجانین». پس از منظر قانون مدنی، محجورین سه قسم شده‌اند و اطلاق محجورین بر خصوص سفهاء که راه حل تهافت بود، ممکن نیست. پس باید ماده ۲۱۳ را مشمول هر سه قسم ماده ۱۲۰۷ بدانیم که تهافت باقی می‌ماند.

ماده ۲۱۲ و ۲۱۳ در سال ۱۳۰۷ به تصویب رسیده و لی ماده ۱۲۰۷ در سال ۱۳۱۴ تصویب شده و گذشت زمان موجب شده که مقنن فراموش کند که چه تعبیری را قبلاً به کار برده است. مگر اینکه بگوئیم در ماده ۲۱۳ خصوص سفهاء را مقنن اراده کرده و در ماده ۱۲۰۷ از این خصوص غفلت کرده است.

بحث در ارتباط با اهلیت بود که اهلیت را به دو قسمت تقسیم کردیم: ۱. اهلیت تمتع ۲. اهلیت استیفاء و بیان شد که اگر از منظر فقه به اهلیت تمتع نگاه کنیم، دارای چهار شرط خواهد بود که عبارتند از: ۱. حیات ۲. عدم الارتداد ۳. عدم الرقیه ۴. کافر حربی نبودن است که اگر کسی کافر حربی باشد، از حقوق تمتعیه ممنوع می‌شود مثلاً موقوف علیه، موصی له از مسلمان و وارث از مسلمان نمی‌تواند واقع بشود. چرا که کافر حربی، محدود الدم و محدود المال است. و در ادامه بحث اهلیت استیفاء بیان شد. و حالا ادامه بحث.

شروط اهلیت استیفاء

۱- بلوغ

بلوغ: «الْبُلُوغُ هُوَ الْوُصُولُ»، «بَلَغَ إِلَى مَدِينَةٍ، أَيْ وَصَلَ» یعنی رسیدن اعم است از رسیدن مکانی و یا رسیدن زمانی. پس وقتی که می‌گوئیم فلان شخص بالغ شد، یعنی به زمان و سن به خصوصی رسید که در مورد بلوغ، سن توالد و تناسل است. یعنی سنی که شخص قدرت جنسی پیدا می‌کند. سن بلوغ نسبت به افراد با توجه به وضعیت جغرافیایی مناطق، متفاوت است و معمولاً افرادی که در مناطق گرمسیر به سر می‌برند، زودتر بالغ می‌شوند و بالعکس افرادی که در مناطق سردسیر هستند، دیرتر به سن بلوغ می‌رسند.

سن بلوغ در قانون مدنی، همان سن شرعی بلوغ است یعنی اتمام ۹ سال قمری برای دختران و اتمام

۱۵ سال قمری برای پسران می‌باشد.

۱. مراد از کافر در اینجا، کافر حربی است نه اهل کتاب مانند: یهودی و مسیحی

۲. در کشوری مانند روسیه سن ازدواج را از ۱۸ سالگی به ۱۵ سالگی تقلیل داده‌اند.

بنابراین، مراد از بلوغ این است که از صغیر انشاء قرارداد و ایجاد رابطه حقوقی با دیگری صحیح نخواهد بود.

سؤال: اگر یک صغیر ممیزی (چرا که صغیر گاهی ممیز است و ملاک در صغیر، غبطه‌اش است) تشخیص غبطه خود را بدهد و معامله در نهایت صلاح و صحت صورت بگیرد، آیا این معامله صحیح است یا نه؟

جواب: صغیر حتی اگر صغیر ممیز (در شُرْف بلوغ) باشد و به سن رشد هم رسیده باشد، باز معاملاتش باطل است. چرا که الصغیرُ مَسْلُوبُ العبارة، یعنی کلام از صغیر مسلوب است. مثلاً اقرار صغیر مسموع نیست یا قذف صغیر حتی اگر صغیر ممیز باشد، باز هم از او مسموع نیست و حد جاری نمی‌شود. چه در جزئیات باشد یا امور مدنی یا قراردادهای ایقاعات، هیچ اثری بر کلامش مترتب نیست.

سؤال: بنابراین اگر یک پسر بچه ۱۴ ساله از دادگاه درخواست صدور گواهی رشد بکند، و شما احراز کردید که بالغ نیست ولی رشید است، آیا جائز است برای او گواهی رشد صادر بکنید؟

جواب: نخیر، چون استیناس (احراز) رشد شرط لازم است نه شرط کافی و یکی دیگر از شرایط ضروری بلوغ است که او ندارد و تنها حائز یک شرط است آن استیناس رشد است ولی چون بالغ نیست، دادخواست او رد می‌شود.

در قانون مدنی، برای بلوغ فقط اماره سنی ذکر شده است. سن بلوغ در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است. (تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی). حضرت امام (ره) می‌فرمایند: «الصغیر محجور علیه شرعاً لا تنفذ تصرفاته فی امواله و ان كان التصرفات فی غایة الغبطة و الصلاح و كان الصغیر فی غایة الرشد و التمییز». امام (ره) بلوغ را «بعض العلة» می‌داند و رشد را تمام العلة نمی‌داند. لذا معامله صغیر را نمی‌پذیرند و مبنای قانون مدنی هم همین است. مراد از عبارت «لا تُنفذ» هم عدم نفوذ نیست که اجازه تالی ولی آن را اصلاح نماید، بلکه مراد بطلان است.

نشانه‌های بلوغ از دیدگاه فقهاء

۱. «خروج المني اختياراً او من غير اختيار، حراماً یا حلالاً».

۲. «نبات الشعر الخشن على العانة».

۳. ریش و سیل در پسران علامت بلوغ است. (اختلاف است) چرا که روییدن ریش و سیل معمولاً تلازم با بلوغ دارد. منشأ اختلاف هم شاید فقدان نص باشد.

سؤال: آیا حیض در دختران، علامت بلوغ است یا نه؟

جواب: فقهای اهل سنت می‌گویند: حیض علامت بلوغ است. ولی فقهای امامیه تقریباً قریب به اتفاق قائل‌اند که حیض علامت بلوغ نیست ولی کاشف است از بلوغ قبل از حیض. اما قانون مدنی در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ فقط اماره سنی را ذکر کرده است. لذا برای فهم این ماده باید ببینیم که ماده ۱۲۰۹ چه بود که حذف شد. ماده ۱۲۰۹: «سن رشد برای دختر و پسر ۱۸ سالگی است». مبتنی بر این اماره سنی مقنن در ماده ۱۲۱۰ ق. مدنی گفته: «هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن رشد به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه جنون یا عدم رشدش ثابت شده باشد».

ماده ۱۲۰۹ و ماده ۱۲۱۰ جایگزین ماده واحده قانون رشد متعاملین است که در قانون رشد متعاملین هم آمده بود که سن رشد ۱۸ سالگی است. که سابق بر تصویب مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ بود. و ماده ۱۲۰۹ که به کل حذف شد، دیگر چیزی به نام اماره سنی رشد نداریم. و ماده ۱۲۱۰ را چنین اصلاح کردند که:

«هیچکس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ» که سن بلوغ را جایگزین سن رشد قرار دادند. که الان با مشکل مواجهیم که نه دختر ۹ ساله و نه پسر ۱۵ ساله نمی‌توانند صلاح و مصلحت خود و نفع و ضرر خویش را از لحاظ اقتصادی تشخیص بدهند در حالی که بالغ می‌باشند. پس اگر بگوئیم همه افراد بعد از رسیدن به سن بلوغ، رشید هم هستند، این جمله درست نیست و اشکال دارد.

تناقض اصل ماده ۱۲۱۰ ق. مدنی با تبصره ۲ آن

ماده ۱۲۱۰ ق. مدنی:

«هیچ کس را نمی توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.

تبصره ۱: سن بلوغ در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است.

تبصره ۲: اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد».

در اینجا ظاهر اصل ماده ۱۲۱۰ و تبصره ۲ آن باهم تناقض دارند. بدین بیان که اصل ماده می گوید: عدم رشد مستلزم اثبات است ولی در تبصره آن گفته که رشد مستلزم اثبات است یعنی اصل بر عدم رشد است و رشد را باید احراز کرد در حالی که خود ماده اصل را بر رشد قرار داده و عدم آن باید اثبات شود.

از آنجا که این اصلاحات مربوط به سال ۱۳۶۱ است و شورای قضایی حاکم بوده است آن زمان قضات به کمیسیون شورای قضایی نامه نوشتند که کمیسیون جواب داد: موضوع ماده ۱۲۱۰ درآمدهای صغیر و اموال انتقالی به او است و موضوع تبصره ۲ آن، تحویل و تسلیم ابتدایی مال به او می باشد. یعنی اگر خود صغیر اموالی دارد، او را رشید می شناسیم ولی اگر اموالی در نزد ما داشت مشمول حکم آیه شریفه «وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ وَ انْ اَنْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا...» خواهد شد. یعنی باید استیناس (احراز) رشد بکنیم و بعد مال را به او بدهیم.

نظر استاد: این جواب موضوع قضیه را لاینحل گذاشته است. چون وصف رشد یک ملکه نفسانیّه ای است که یا در شخص ایجاد می شود یا نمی شود. و اگر بتوانیم تأسیس اصل بکنیم یعنی که اگر هرکس بالغ شد، اصل بر رشد اوست، تفاوتی ندارد که مال در دست او باشد یا در دست من که از نظر حقوقی اگر اصل رشد حاکم باشد، باید در همه جا جریان داشته باشد. و بعضی تئوریسین های حقوقی مثل آقای دکتر کاتوزیان می گوید که: مقصود از ماده، درآمدها و اموالی است که صغیر بعد از بلوغ تحصیل می نماید و مقصود از تبصره آن، مطلقاً ما لم یملک صغیر قبل از بلوغ است. مثلاً پس از بلوغ کار می کند و پول می گیرد و اموالی را می خرد ولی تبصره می گوید راجع به اموالی که قبل از بلوغ مالک نیست خواه در ید او باشد خواه نباشد. که این جواب هم جواب خوبی نیست.

این اختلاف باقی ماند تا اینکه منجر به صدور آراء متهاافت در محاکم شد و برای جلوگیری از آرای متهاافت در محاکم، نیاز به وحدت رویه قضایی است.

رویه قضایی: عبارت است از شکل واحد و مکرر تصمیم قضایی که برای سایر قضات در کشور الزام قانونی یا معنوی ایجاد کند.

وحدت رویه قضایی:

۱- الزام قانونی دارد. (در همه این موارد باید رویه قضایی ایجاد شود)

(الف) ماده واحده ایجاد وحدت رویه قضایی

(ب) ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری:

۱. مدنی ترافیعی

۲. کیفری ترافیعی

(ج) قانون امور حسبی (مورد بحث)

(د) قانون تشکیل دیوان عدالت اداری

۲- الزام معنوی دارد. یعنی الزام قانونی نیست ولی همه قضات آن را تصدیق می‌کنند و می‌پذیرند (پیش هر قاضی بروی آن را تصدیق می‌کند)

تذکر: در امور ترافیعی (مدنی و کیفری): در هر دو زمانی که پرونده در هیأت عمومی دیوان عالی کشور برای صدور رأی وحدت رویه مطرح می‌شود، دو رأی متعارض باید از شعب تجدیدنظر صادر شده باشند. ولی در امور حسبی ضرورت ندارد و می‌شود با صدور آراء متفاوت از دو شعبه دادگاه بدوی باشد. علت آن این است که اکثر قریب به اتفاق آراء محاکم در امور حسبی، قطعی است و قابلیت اعتراض ندارد تا به مرجع تجدیدنظر

برود.

رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور در خصوص تعارض ماده ۱۲۰۱ با تبصره ۲ آن^۱

مراد از ماده ۱۲۱۰، امور غیرمالی است و مراد از تبصره آن، مطلق اموال است (اطلاق در مقابل در تفصیل قبل است یکی دکترین آقای دکتر کاتوزیان را رد کرده‌اند و دیگری دکترین کمیسیون شورای عالی قضایی را رد کرده‌اند) اگر این اطلاق را بپذیریم، به این معناست که کسی که بالغ شد، در امور مالیش به هیچ‌وجهی نمی‌توانیم او را رشید بدانیم و در همه موارد اصل بر حجر او است و خود ماده که می‌گوید: اصل بر رشد اوست، این مال امور غیرمالی است.

در این رأی وحدت رویه غفلت شده از یک معنا و آن اینکه رشد، برای امور مالی است و رشد را عقل دانسته‌اند که تشخیص حسن و قبح اعمال با شرط عاقل بودن سازگاری دارد و مسؤولیت جزایی را از شخصی که فاقد این وصف است برمی‌دارد. ولی رشد در مقابل سفاهت است یعنی نفع و ضرر مالی را نمی‌تواند تشخیص بدهد.

این رأی خلاف وجدان قضایی است. بنابراین قضات هم اکنون به آن عمل نمی‌کنند. بلکه قضات تحت الزام معنوی رأی وحدت رویه قضایی عمل می‌کنند که همه می‌گویند: همان ۱۸ سال به عنوان اماره رشد است و کسی که زیر ۱۸ سال است باید رشد او احراز شود. بنابراین، پرونده صغیر را تا ۱۸ سالگی نگه

می‌دارند. گرچه این مطلب از منظر دادرسی انتظامی قضات تخلف است، ولی آنها نیز می‌پذیرند. و در اینجا با فقدان اماره سنی رشد مواجه هستیم. گرچه قضات به رویه قضایی معنوی عمل می‌کنند.

نتیجه این شد که خلأ قانونی برای اماره سنی رشد فعلاً وجود ندارد ولی به نحو عملی رویه قضایی با الزام معنوی بر رویه قضایی با الزام قانونی پیشی گرفته است. چون رویه قضایی با الزام قانونی همان رأی وحدت رویه است که به منظور حل تهافت بین ماده ۱۲۱۰ ق. مدنی و تبصره ۲ ذیل آن صادر شده و همان‌طور که بحث شد مشکلی را در عمل حل نکرده است. بنابراین، بر مبنای مقررات قانون مدنی، معامله صغیر باطل باشد.

چند مورد جزء مستثنیات از این قاعده (بطلان معاملات صغیر) شمرده شده است که به نظر استاد: تخصیص بعضی بی‌مورد بوده به جهت اینکه تخصّص است. این مستثنیات عبارتند از:

۱- اگر صغیر وسیله ایصال باشد!

چیزی شبیه دستگاه‌های امروزی که در کشورهای مختلف ساخته‌اند مانند: دستگاه روزنامه‌فروشی، نوشابه‌فروشی و غیره. در اینجا کسی تردید ندارد که صغیر همانند این دستگاه‌ها اراده‌ای و استقلالی از خود ندارد. بنابراین مورد اول که در فقه گفته‌اند جایی که صغیر واسطه در وصول و ایصال است از مستثنیات قاعده بطلان معامله صغیر است تخصیص نیست بلکه تخصّص است و موضوعاً خارج است و باید جایی را پیدا کنیم که اراده صغیر مدخلیت داشته ولی باطل باشد تا بگوئی تخصیص است.

۲- اگر موضوع معامله از اشیاء حقیره باشد.

مثل خرید شکلات و شانس از کودک صغیر که خریدار مالک می‌شود. اینجا اگر اراده طفل مؤثر باشد و تصرفات خریدار مباح باشد در اینجا در خرید اشیاء حقیره تخصیص وجود دارد.

۳- در جایی که صغیر، صغیر ممیز باشد و قبول تملیک مجانی یا صلح مجانی نماید.

در مجموع مستثنیات، دو مورد از این سه مورد است یعنی: ۱. اشیاء حقیره ۲. قبول هبه و تملیک مجانی. آنچه بحث شد در ارتباط با بلوغ (یکی از موارد اهلیت استیفاء) بود. مورد دیگر، بحث رشد است.

۲- رشد

یعنی متعاملین باید رشید باشند. رشد، یک حالتی است در نفس انسان که از اقدامات مالی غیرعقلایی جلوگیری می‌کند. تعبیر فقهاء:

«الرشدُ کیفیة نفسانیة تمنع من افساد المال و صرفه فی غیر الوجوه الاثقة بافعال العقلاء».

پس مراد از غیررشید، کم عقل بودن عرفی نیست؛ بلکه مراد این است که شخص نفع و ضرر مالی خود را متوجه نیست؛ نه اینکه حُسن و قُبْح اعمال خود را تشخیص ندهد. آیه الله اشتهاوردی در معامله سفیه می‌فرماید: «سفیه کسی است که تخم مرغ را دانه‌ای یک قران می‌خرد بعد آن را آب‌پز کرده و رنگ‌آمیزی نموده و شب عید همان یک قران می‌فروشد».

سفیه در فقه:

«السفیه هو الذی لیس له حالة باعثة علی حفظ ماله و لایبالی بالانخداع فیها».

۱. موردی که فقهاء از جمله شیخ (ره) در مکاسب مطرح کرده است.

سفیه آن کیفیت نفسانی است که باعث می‌شود انسان در مسائل مالی فریب بخورد.

غیر رشید از جهاتی در اصطلاح حقوقی تقسیماتی دارد:

گاهی مراد مقنن سفیه و گاهی نوبالغ است. رشید بودن در نوبالغ تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ است. ولی سفیه به معنای مصطلح هم در قانون امور حسبی و هم قانون مدنی سفیه به معنای مصطلح آمده است. و در مورد سفیه، اعم از اینکه وصف سفاهت در او هست و در حالی که سنش هم بالا است، در هر دو این مطلب است که سفاهت متصل به صغر یا سفاهت منفصل از صغر. در صورت اول: ولی خاص دخالت می‌کند که مرکب است از ولی قهری و ولی منصوب و ولی قهری عبارت است از پدر و جد پدری و در صورت دوم که سفاهت منفصل از صغر است، ولی عام دخالت می‌کند و ولی عام عبارت است از ولی امر، محاکم قضائی، قیم منصوب. بنابراین، سفیه کسی است که به سنی رسیده است که نوع مردم در آن سن غیررشیدند.

غیر رشید

۱. سفیه: قانون امور حسبی

۲. نوبالغ: تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ ق.م

در هر دو فرض:

۱. سفاهت متصل به صغر (ولی خاص)

ولی قهری:

۱- پدر

۲- جد پدری

ولی منصوب

۲. سفاهت منفصل از صغر (ولی عام)

۱- ولی امر

۲- محاکم قضائی

۳- قیم منصوب

۱. تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ ق. مدنی: اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.

بین صغیر و افراد غیر رشید (اعم از سفیه و نوبالغ) از جهاتی تفاوت است:

۱- نوع معاملات صغیر باطل است ولی معاملات غیررشید غیر نافذ است.

مثلاً معاملات یک پسر ۱۶ ساله (سفیه) با پسر ۱۴ ساله (صغیر) در نفوذ و عدم نفوذ، تفاوت وجود دارد.

۲- حجر غیر رشید تنها در امور مالی است ولی حجر صغیر مطلق است (اعم از مالی و غیرمالی)

۳- اقرار غیررشید تنها نسبت به مال بلااثر است ولی اقرار صغیر مطلقاً بلااثر است.

سؤال (امتحانی): اگر چنانچه سرقتی رخ دهد و یک دختر نوجوان ۱۰ ساله‌ای بیاید و اقرار بکند به اینکه من النگوی طلای همسر همسایه را دزدیده‌ام و دادگاه به این نتیجه برسد که سرقت واقع شده و عین النگوی مسروقه نیز تلف شده که باید مثل یا قیمت آن تحویل شود. در اینجا تکلیف دادگاه چیست؟

جواب: در ارتباط با بحث سرقت، تکلیفی که داریم این است که اگر عین مال مسروقه موجود باشد، حکم به رد مال مسروقه می‌دهیم ولی اگر عین آن موجود نباشد، باید مسروق منته دادخواست به دادگاه بدهد و تقاضای ضرر و زیان نماید. که در اینجا می‌توان یک دادخواست حقوقی (جبران ضرر و زیان) را در ضمن یک پرونده کیفری (سرقت) مطرح کرد. در اینجا مرتکب، شخص غیررشید است و اقرار به سرقت در پرونده کیفری کرده و اصل مسؤولیت جزایی همراه با بلوغ حاصل شده است و اقرار این نوبالغ در ارتباط با سرقت مسموع است چون حُسن و قُبْح عملش را تشخیص می‌دهد و می‌داند سرقت کار بدی است ولی اینکه در پرونده دیگری که جنبه حقوقی دارد، این دختر نوبالغ در دفاع از دادخواست ضرر و زیان، مدّعی علیه قرار بگیرد، این از مصادیق صدور قرار ردّ دعوا است و باید علیه قیّمش طرح دعوا شود و علیه خودش (غیررشید) طرح دعوا را نمی‌پذیریم. حال اگر دلیل فقط اظهارات خود دختر نوبالغ باشد، باز دادگاه نمی‌تواند به اقرارات غیررشید ترتیب اثر بدهد چون غیررشید است و قاضی باید از قرائن و دلایل دیگری استفاده نماید.

نتیجه اینکه اقرار غیررشید دارای دو جنبه است: جنبه کیفری و جنبه حقوقی. اقرار غیررشید در زمینه جزایی پذیرفته می‌شود ولی در زمینه مالی و حقوقی پذیرفته نیست. لذا یک دختر ۹ ساله از باب اقرار به سرقت تعزیر می‌شود ولی از باب اقرار به کم و کیف اموال مسروقه و جبران ضرر و زیان، اقرارات وی مسموع نیست چون غیررشید است و باید علیه قیّمش طرح دعوا شود.

۳- عقل

از شرایط اهلیت برای معامله، عقل است یعنی متعاملین باید عاقل باشند. هم در ماده ۲۱۰ ق. مدنی کلاً اهلیت را اشاره کرده و در ماده ۲۱۲ نیز بحث عاقل بودن را مطرح نموده است که متعاملین باید دارای عقل باشند و در خصوص معاملات هم در ماده ۱۰۶۴ ق. مدنی نیز به این امر اشاره شده و همچنین در ماده ۱۲۶۲ ق. مدنی در باب اقرار که اقرار کننده باید عاقل باشد. عاقل باشد، یعنی مجنون نباشد و جنون

۱. ماده ۲۱۰ ق. مدنی: «متعاملین باید برای معامله اهلیت داشته باشند».

۲. ماده ۲۱۲ ق. مدنی: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند به واسطه عدم اهلیت باطل است».

۳. ماده ۱۰۶۴ ق. مدنی: «عاقّد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد».

۴. ماده ۱۲۶۲ ق. مدنی: «اقرارکننده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد بنابراین اقرار صغیر و مجنون در حال دیوانگی و غیرقاصد و مکره

مؤثر نیست».

عارضه‌ای مغزی است که موجب عدم درک صحیح امور است و مجنون کسی است که در جامعه قادر به حفظ امور خود نیست و حُسن و قُبَح اعمال خویش را تشخیص نمی‌دهد.

از منظر فقه شیعی جنون تقسیم می‌شود به جنون **اطباقی** و جنون **ادواری**. وجه اشتراک این دو در این است که در هر دو ریشه جنون در شخص مستقر است ولی در جنون اطباقی، آثار استقرار جنون مستمر نیست ولی در جنون ادواری به نحو منقطع است که گاهی آثار جنون ظاهر می‌شود و گاهی شخص در حال افاقه است. متها در فقه شیعی جنون مطلق و نسبی نداریم. یعنی نسبیّت در جنون نداریم بخلاف فقه حنفی و شافعی که آنها قائل به نسبیّت در جنون هستند و مجنون را به مجنون ممیز و غیرممیز تقسیم می‌کنند و می‌گویند: عقود و ایقاعات مجنون ممیز متزلزل و غیرنافذ است و منوط به رضای تاری ولی اوست اما چنانکه اقدامات حقوقی از مجنون مطلق سر بزند از ریشه باطل است.

گفتیم که در جنون ما قائل به نسبیّت نیستیم و از دیدگاه ما اگر عنوان مجنون بر کسی صدق کرد، معاملات او از ریشه باطل است خواه به درجات جنون باشد خواه نباشد و تفاوتی هم بین مجنون ادواری و اطباقی در خصوص مورد و در حین ابتلاء نیست. لذا فقها می‌فرمایند: «لا اعتبار بعقد المجنون و لو ادواریاً سواء عقد بلفظه او لغيره» فرقی نمی‌کند کار حقوقی را برای خودش انجام بدهد (عقد بلفظه) یا وکالتاً لغير انجام بدهد (او لغيره).

سؤال: در یک پرونده خواهان ادعا می‌کند از شخصی خانه‌ای را خریده و از شما تنفیذ بیع و الزام خوانده به ثبت رسمی بیع را درخواست می‌نماید. پرونده تحت بررسی قرار گرفته و مشاهده می‌شود که خوانده مجنون ادواری است لذا خواهان می‌گوید: من حین افاقه این خانه را از خوانده خریده‌ام، اینجا تکلیف قاضی چیست؟ (شک در این است که معامله صحیحاً واقع شده است یا باطلاً)

جواب: وقتی خواهان بینه اقامه نماید مبنی بر اینکه خوانده هنگام معامله در حال افاقه بوده اینجا معامله صحیح است و حرفی در آن نیست. ولی یک‌وقت است که شخص (مدّعی) عاجز از اقامه بینه است و نتواند ثابت کند که خوانده در حال افاقه بوده است آیا در اینجا اصلی وجود دارد؟ آیا مجرای اماره نیست که اصله‌الصحه را جاری کنیم؟ بنابراین در جواب می‌گوئیم: اگر شک و تردید راجع به عوضین بود یعنی راجع به طهارت و نجاست، حلیت و حرمت، ذبیحه بودن یا میته بود، راجع به اموری که در سوق مسلمین می‌گذرد، اصله‌الصحه جاری می‌کردیم و بعد از اجرای اماره نوبت به اصل نمی‌رسید. ولی در ما نحن فیه بحث در اهلیت متعاملین است و اهلیت متعاملین احراز است و با اجرای اماره درست نمی‌شود. بلکه بلوغ باید احراز شود و همچنین وصف عقل و رشد باید احراز بشوند. پس اجرای اماره ممکن نیست بنابراین باید به سراغ اصل برویم و حالا چه اصلی در اینجا باید جاری کرد؟ حالت قبل متعامل عاقل بوده ولی امروز معامله کرده و اینجا تکلیف چیست که آیا باید استصحاب عقل کرد یا نه؟ می‌گوئیم در اینجا اصل بر استصحاب است و حالا حالت سابق چیست عقل است یا جنون؟ در اینجا باید به اقسام حجر توجه کرد:

حجر، در تقسیم کلی یا حجر عام است یا حجر خاص. حجر عام اسبابش: ۱. حجر به لحاظ صغر ۲. حجر به لحاظ عدم رشد ۳. حجر به جهت جنون است. و حجر خاص ورشکستگی است. در اقسام حجر عام تقسیمیاتی در کار است که هر کدام منشأی دارد. حجر عام: یا مطلق است یا نسبی. حجر عام یا قضائی است یا قانونی. حجر عام یا ناشی از فقدان اراده است یا ناشی از نقصان اراده است و حجر عام یا دارای غایت است یا فاقد غایت است.

در بحث ما که در باب جنون است، جایگاه جنون مابین این اقسام کجاست؟ آیا جنون مطلق است یا نسبی (اعم از امور مالی یا غیرمالی) بنابراین در پاسخ می‌گوئیم که جنون حجر قضایی است نه قانونی، یعنی هیچ‌کس را نمی‌توان مجنون دانست مگر آنکه قاضی حکم به حجر او داده باشد. جنون ناشی از فقدان اراده است. جنون فاقد غایت است به‌خلاف صغر که دارای غایت است.^۱

حالا با توجه به این تقسیمات، قاضی وقتی که می‌گوید حجر قضایی، حالت سابقه همان چیزی است که قاضی حکم کرده است که جنون است و اگر شک کردیم که از حالت سابقه خارج شده یا نه؟ استصحاب حالت سابقه می‌کنیم که جنون است. پس نتیجه این شد که اولاً اگر شک کردیم که شخص الان جنون دارد یا نه؟ باید احراز عقل کرد. ثانیاً در مقام ترافع اگر کسی تنفیذ معامله را می‌خواهد تکلیف قاضی چیست؟ طرف باید حال افاقه را اثبات بکند و اگر نتوانست اثبات نماید، می‌گوئیم این حجر از نوع حجر قضایی است و حالت سابقه متیقن جنون، استصحاب می‌شود و امکان اجرای اماره شرعیه که اصله الصحه باشد، وجود ندارد. بنابراین، از حیث آثار بارزترین اثر جنون در این است که معامله، عقد یا ایقاع و غیره از مجنون واقع نخواهد شد. به عبارت دیگر آثار حقوقی جنون چیست؟

۱. عقد و ایقاع از مجنون باطل است. مواد ۲۱۲، ۲۱۳ و ۱۲۱۱ ق. مدنی

۲. اقرار مجنون نیز مسموع نیست چون مجنون مسلوب‌العباره است همانند صغیر.^۲

۳. مجنون نیاز به ولی دارد:

۱- گاهی تحت ولایت ولی خاص است: جایی که جنون متصل به صغر است و پدر و جد پدری یا وصی منصوب دارد.

۲- گاهی تحت ولایت ولی عام است: جایی که جنون منفصل از صغر است و باید قیّم نسب کرد و اگر صغیر پدر دارد، اولی این است که حاکم پدر را به عنوان قیّم نسب کند.

۴. کسی که سمت قیمومیت دارد، چنانچه مجنون شود منعزل می‌شود. (خودبه‌خود عزل می‌شود)

۵. عروض جنون موجب انفساخ کلیه عقود جایزه است.

حجر

۱- حجر عام:	صغر
عدم رشد	مطلق: جنون، صغر نسبی: عدم رشد

۱. صغیر نیز در این تقسیمات جای دارد: ۱. مطلق است ۲. قانونی است و نیاز به حکم قاضی نیست ۳. فقدان اراده ۴. دارای غایت است. عدم رشد هم در این تقسیمات جای دارد: ۱. ...

۲. ر.ک: ماده ۱۲۶۲ ق. مدنی

جنون

قضایی: جنون، عدم رشد، حالت سابقه متیقن (جواب سؤال)

قانونی: صغر

فقدان اراده: جنون

نقصان اراده: عدم رشد

دارای غایت: صغر

فاقد غایت: جنون، غیررشد

۲- حجر خاص: ورشکستگی

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد.

شرط سوم برای صحت معامله، معین بودن موضوع معامله است (ماده ۱۹۰ ق. مدنی، شرط سوم). مقنن در ماده ۲۱۶ قانون مدنی بیان می‌دارد: «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است».

مراد از علم اجمالی در این ماده، علم اجمالی فی‌الجمله است؛ نه علم اجمالی مصطلح در علم اصول. در مورد شرط سوم، «موضوع معین که مورد معامله باشد» باید گفت که معین با معلوم بودن تفاوت دارد و دو چیز می‌باشند. **معین بودن**، یعنی تعیین ذات در مقابل مردّد بودن عین است. بنابراین اگر بایع بگوید: یکی از این دو اتومبیل را می‌فروشم، در اینجا مورد معامله غیرمعین است بنابراین معامله باطل است. ولی **معلوم بودن**، اعم از ذات و صفات است. و در معین بودن صفات مدخلیت ندارد ولی در معلوم بودن، هم خود عین (ذات شیء) را لازم داریم و هم صفات آن مورد نیاز است.

به نظر، مراد مقنن از معین بودن موضوع در بند سوم ماده ۱۹۰ ق. مدنی، معلوم بودن موضوع است که مورد معامله می‌باشد. یعنی مفهومی اعم باشد و این حرف به استناد ماده ۲۱۶ ق. مدنی می‌باشد که می‌گوید: «مورد معامله باید مبهم نباشد و ...» که ابهام ممکن است راجع به ذات و یا راجع به صفات باشد. پس ماده ۲۱۶ ق. مدنی، مفسّر بند ۳ ماده ۱۹۰ این قانون می‌باشد. بنابراین می‌گوئیم: مراد از معین بودن، نه تعیین عین است در مقابل تردید بلکه معین بودن در ذات و صفات بدون هرگونه ابهام می‌باشد.

در ادامه ماده ۲۱۶ ق. مدنی آمده است: «... مگر در موارد خاصه که ...» موارد خاصه ممکن است هر دو را شامل بشود یعنی معین در ذات، در مقابل مردّد بودن، که موارد خاصه می‌تواند مردّد باشد مصداقاً یا می‌تواند غیرمعلوم باشد اوصافاً که در خود قانون مدنی در مواد مختلفی این موارد خاص آمده است که به آنها اشاره می‌شود.

مستثنیات ماده ۲۱۶ (موارد خاصه):

۱- باب ضمان ماده ۶۹۴ ق. مدنی:

«علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست بنابراین

اگر کسی ضامن دین شخص بشود بدون اینکه بداند آن دین چه مقدار است ضامن صحیح

است لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است».

بنابراین اگر کسی ضامن دین کسی بشود بدون آنکه بداند آن دین چه مقدار است، ضامن صحیح است. و در اینجا معلوم نبودن را پذیرفته است ولی در ادامه «... لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است» یعنی مردّد بودن را نپذیرفته است. و اگر تردید مصداقی باشد ضمانت باطل است.

۲- مهریه، ماده ۱۰۷۹ ق. مدنی:

«مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها بشود معلوم باشد».

یعنی مهر فی‌الجمله باید معلوم باشد و معلوم بودن اوصاف لازم نیست و تردید مصداقی هم (مثلاً بگوید: از این دو خانه یکی مهر شماست) اشکال ندارد چون معین بودن و معلوم بودن فی‌الجمله لازم است.

۳- باب جعاله ماده ۵۶۳ ق. مدنی:

«در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هر کس گمشده او را پیدا کند، حصه مشاع معینی از آن مال او خواهد بود جعاله صحیح است».

در جعاله تردید مصداقی هم اشکال ندارد مثلاً کسی بگوید: هم اسب من گمشده و هم برده من فرار کرده است؛ در این مثال هم تردید به معنای معین نبودن است و هم مجهول بودن (جهل به اوصاف) که هر دو بلاشکال است.

۴- بیع کلی فی الذمه که از موارد خاصه و مستثنیات ماده ۲۱۶ قانون مدنی می باشد.

۴- مشروعیت جهت معامله

ماده ۲۱۷ ق. مدنی می گوید:

«در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است».

هدف از معامله چیست و آیا در صحت معامله نقش دارد؟ در اینجا جهت در مقابل علت است چرا که یک علت معامله داریم و یک جهت معامله. **جهت معامله:** هدف غیرمستقیم شخص از معامله است ولی **علت معامله:** هدف مستقیم شخص از انجام معامله است. اگر شما خانه ای می خرید، علت معامله مالک شدن شماست (هدف مستقیم) و نوع انتفاع از خانه مثل اجاره دادن، نگهداری برای ترقی قیمت و غیره، هدف غیر مستقیم (جهت معامله) می باشد.

بنابراین، در معاملات جهت (هدف غیرمستقیم) باید مشروع باشد و اگر کسی بگوید: محصول باغ انگورتان را به من بفروش تا با آن شراب درست بکنم، این معامله حرام و از نظر وضعی باطل است چون هدف و جهت در آن نامشروع است.

ماده ۲۱۷ ق. مدنی که می گوید: «... ولی اگر (جهت) تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است». در اینجا باید به تصریح جهت در معامله به عنوان فرد بارز به آن نگاه بکنیم و الا دچار اشکال می شویم. چون «و الا» یعنی اگر جهت تصریح شده در معامله، نامشروع باشد، معامله باطل است. و برخی خواسته اند مفهوم بگیرند که اگر جهت در معامله تصریح نشده باشد، می تواند نامشروع باشد و مشروعیت آن لازم نیست. در حالی که ما این مفهوم گیری را قبول نداریم بلکه گفتیم که اگر به جهت معامله اگر تصریح شده باشد و آن هم نامشروع باشد، این اشاره به فرد بارز در بطلان است و موجب علم ما می شود نه اینکه بخواهیم از این جمله عکس این را مفهوم گیری بکنیم. و در هر حال نامشروع بودن جهت معامله، موجب بطلان آن است چه به جهت تصریح شده باشد و چه نشده باشد.

تذکر دیگر در لفظ مشروع است که مشروع در قانون مدنی اعم است از شرعی خاص و قانونی بودن. بنابراین مرا از مشروع این است که جهت معامله باید هم شرعی و هم قانونی باشد. به عنوان مثال خرید و فروش مواد مخدر از نظر شرعی مشکلی ندارد (بنا به فرضی که بلاشکال باشد) ولی از جهت قانونی مشکل دارد.

مسأله: اگر در یک معامله جهت معامله تصریح نشود و ما نه علم به جهت داریم و نه ظن غالب به آن؛ ولی احتمال به جهت می‌دادیم، مثلاً کسی که کارخانه انگور دارد نمی‌دانیم انگور را برای چه جهتی می‌خواهد بخرد؛ ساندیس سازی یا تولید خمر، در اینجا می‌فرمایند که **اصالة الصحة** نسبت به صحت معامله جاری می‌کنیم.

جهت دیگری هم در مورد معامله شرط است که اینجا جهت را مورد بحث قرار داده است. گفتیم که **جهت یعنی هدف غیرمستقیم** و غیر از هدف، در خود عوضین هم شرایطی وجود دارد از جمله:

۱- مالیت داشتن

ماده ۲۱۴ ق. مدنی: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند».

بنابراین، مورد معامله باید مالیت داشته باشد. و منظور از مالیت، هم مالیت شرعی است و هم مالیت عرفی که هر دو باید جمع باشند به نحو مانعه‌الخلو. پس اگر چیزی هر چند که خیلی کم باشد، مانند مقدار خیلی کم از براده‌های طلا، چون هم شرع آن را مال می‌داند و هم شرع، بنابراین مالیت دارد. ولی یک دانه ریگ، عرف آن را مال نمی‌داند گرچه شرعاً مال باشد، باز هم مالیت ندارد. و همچنین مشروبات الکلی مالیت ندارد چون شرعاً مالیت ندارد هر چند که عرفاً مال محسوب می‌شود.

۲- ملکیت

ماده ۲۱۵ ق. مدنی: «مورد معامله باید مالیت داشته باشد و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد». اشکال: ماده ۲۱۴ ق. مدنی گفت که: «مورد معامله باید مال باشد یا عملی باشد که ...» مال باشد، یعنی مالیت داشته باشد. هم خود مال را گفت و هم عملی که یصدق علیه المال. ولی ماده ۲۱۵ ق. مدنی، مالیت را تبدیل به ملکیت کرده است یعنی مورد معامله باید مملوک باشد و به ملک کسی هم درآمده باشد و همانند مباحات قبل از حیات نباشد (مانند فروختن ماهیان دریا یا معامله مشترکات عمومی مانند پل و غیره).

۳- طلقیت

یعنی مالکیت مطلق و به نحوی از انحاء امکان اقدامات مالکانه از شخص سلب نشده باشد مانند بحث وقف، حبس، سکنی، عمری، رقبی، رهن و غیره

۴- متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.

مال باید متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد. عقلایی: مثلاً خرید ۵ کیلو مگس عقلایی نیست. مشروع باشد: مانند معامله دهن متنجس جهت استفاده از نور آن؛ این معامله صحیح و مشروع است ولی گوشت خوک مورد معامله نیست چون شرعاً اشکال دارد هر چند عقلاً مشکلی ندارد ولی خرید زهر مار برای ساختن بعضی از داروها، اشکال ندارد چون دارای منفعت عقلایی بوده و مشروع می‌باشد.

مورد معامله

الف- جهت معامله: باید مشروع باشد.

ب- خود مورد معامله:

۱. مالیت داشتن

۱- هم شرعاً

فیزیک مال

۲- هم عرفاً

عملی که ارزش اقتصادی داشته باشد.

۲. ملکیت

۱- شخص طبیعی (حقیقی)

۲- شخص حقوقی:

۱. شرکت مدنی

۱- قراردادی

مباحثات قبل از حیات و مشترکات عمومی:

۱. اموال عموم: پل‌ها، شوارع، پارک‌ها، همه مالک آن هستند و

دولت حق فروش ندارد

۲. اموال دولتی: بخشی از مشترکات عمومی است مانند کشتی

جنگی که دولت می‌تواند بخرد یا بفروشد..

۲- قهری

۲. شرکت تجاری

۳. طلقیت

۴. منفعت عقلایی مشروع داشته باشد.

بحث در شرایط اساسی قراردادها بود عرض شد که در عوضین هم شرایطی باید وجود داشته باشد از جمله مالیت داشتن که اعم از مالیت شرعی و مالیت عرفی است. البته باید توجه داشت که مالیت مطلق نیست بلکه مالیت نسبی است به این معنی که ممکن است در مورد شخصی چیزی مال باشد و در مورد شخص دیگری همان چیز مال نباشد. یا ممکن است چیزی در شرایط به خصوصی مال باشد و در غیر آن شرایط مال نباشد در مورد اول مثلاً عکس یادگاری که کلاس اول بنده و شما را نشان بدهد ممکن است برای ما ارزش داشته باشد ولی همان عکس در کوچه بیافتد کسی آن را بر نمی‌دارد چون ارزشی برای دیگری ندارد یا مثلاً هوا و اکسیژن در شرایط معمولی به آن پول نمی‌پردازیم ولی غواص برای فشرده شده همان هوا پول می‌پردازد. بنابراین در صورت صدق مالیت، انعقاد قرارداد بر آن جایز خواهد بود.

بررسی واژه مالیت در دو ماده ۲۱۴ و ۲۱۵ قانون مدنی:

ماده ۲۱۴ ق. مدنی: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند».

ماده ۲۱۵ ق. مدنی: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد».

در ماده ۲۱۵ قانون مدنی مالیت از الفاظ مؤوله قانون مدنی است که باید به تأویل برود چون این ماده ناظر و مفسر ماده ۲۱۴ است که مراد از مالیت در این ماده (۲۱۴) مال بودن است ولی مراد از مالیت در ماده ۲۱۵ ملکیت و مملوک بودن مال است تا با این قید مباحات قبل از حیات و مشترکات عمومی اعم از اموال عمومی و دولتی را خارج بکنیم و همچنین اموالی را که سابقه مالکیت داشته ولی از طلقیت خارج شده و به حبس افتاده را نیز خارج کنیم مانند اموال مورد وقف که اموال وقفی گرچه سابقه مالکیت دارند ولی به سبب وقف حبس شده که قرارداد بستن و معامله آن جایز نیست. بنابراین مالیت در ماده ۲۱۵ تأویل به ملکیت و مملوک بودن می‌رود یعنی مال متعلق به شخص خاصی اعم از حقیقی و حقوقی باشد.

۶- قرارداد منعقدۀ مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد. (ماده ۹۷۵ ق. مدنی)

گفتیم که شرایط اساسی قراردادها ۶ مورد است: ۱. قصد ۲. رضا ۳. اهلیت طرفین ۴. موضوع معین ۵. مشروعیت جهت معامله ۶. مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد.

در مورد مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی نبودن قرارداد منعقدۀ ماده ۹۷۵ ق. مدنی بیان می‌دارد: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

اگر کسی الزام دیگری را به انجام قراردادی بخواهد چه وقت ما می‌توانیم طرف مقابل را الزام بکنیم که در این باره ماده ۹۷۵ جواب را می‌دهد که محکمه نمی‌تواند قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشند را به موقع اجرا بگذارد و همچنین قوانین خارجی هم نباید مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی باشد. (قوانین خارجی هم چه زمانی بر روی آن تأکید داریم که مغایرت با اخلاق حسنه یا نظم عمومی نداشته باشد؟) در کدام قراردادهای خارجی ما ابتدائاً ملزم به رعایت قوانین خارجی هستیم بعد ببینیم مغایرت با اخلاق حسنه یا نظم عموم دارد بعد استثناء کنیم؟

اگر چنانچه اصل قرارداد در کشور خارج منعقد شده باشد چه مقرراتی بر این قرارداد حاکم است آیا مقررات ایران یا مقررات کشوری که قرارداد در آن منعقد شده است؟

جواب: مقررات کشور خارج حاکم است و ماده ۹۷۵ این مقررات کشور خارج را محدود به جایی کرده که مخالف با اخلاق حسنه و موجب جریحه دار کردن احساسات جامعه نباشد. و در ادله اثبات هم گفته اند که دلیل بر دو نوع است: ۱. دلیل یا ادله اثبات ۲. ادله احکام. بار ادله اثبات بر عهده مدعی است و بار ادله احکام بر عهده شخص قاضی است مگر در مورد مواد ۹۶۸ و ۹۶۹ ق. مدنی که بار اثبات احکام بر عهده مدعی است نه قاضی.

پس اجمالاً حکمی که از ماده ۹۷۵ ق. مدنی به دست می آید این است که د ادگاه نمی تواند الزام بکند و بطلان فهمیده نمی شود مگر ادله دیگری در بطلان قیام بکند. هذا تمام الکلام در موجبات حق و حالا د رمسقطات حق بحث می کنیم یعنی عوامل سقوط حق چه چیزهایی است؟

بخش دوم

مسقطات حق

بخش دوم: مسقطات حق

در یک تقسیم کلی مسقطات حق به دو قسمت تقسیم می‌شود:

۱. عوامل اختیاری ۲. عوامل قهری.

عوامل اختیاری عبارت است از:

۱. ابراء ۲. اقاله ۳. اعراض ۴. وفای به عهد ۵. تبدیل تعهد ۶. فسخ^۱

عوامل قهری عبارت است از:

۱. تهاتر ۲. طبیعت ۳. دولت ۴. مالکیت مافی‌الذمه ۵. مرور زمان ۶. انفساخ^۲

الف) عوامل اختیاری مسقطات حق

۱- ابراء

ماده ۲۸۹ قانون مدنی: «ابراء عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرف نظر نماید. اولاً، ماهیت ابراء چیست؟ جواب ایقاع است منتها ایقاع بر دو گونه است: الف) ایقاع می‌تواند ایجاد حق کند مثل باب حیازت که حیازت دو رکن دارد رکن مادی و رکن معنوی، رکن معنوی آن اراده حیازت است پس حیازت عملی است معنوی که ایجاد حق می‌کند. ب) گاهی ایقاع اسقاط حق می‌کند مثل ماده ۲۸۹ ق. مدنی که باب ابراء و اسقاط است که حق دینی اینجا مراد است یعنی «ابراء عبارت است از این است که داین از حق خود به اختیار صرف نظر نماید». در ماهیت ابراء خوب بود در تعریف یک قیدی اضافه می‌شد و آن مجانیت است. اگر کسی از حق دینی خود با یک عوضی که در نظر می‌گیرد صرف نظر کند این عقد صلح خواهد بود نه ایقاع. پس مجانیت هم در ماهیت مفهوم ابراء است و باید صرف نظر نکند نه اینکه عوضی را بخواهد طلب نماید.

ویژگی‌های ابراء:

برای ابراء چندین ویژگی بیان شده است. (که این ویژگی‌ها را در قالب ویژگی‌های چهارگانه در پلان هم می‌شود ترسیم کرد):

۱. تبعی بودن ۲. ایقاعی بودن ۳. رایگان بودن ۴. مخصوص به حق دینی بودن

۱. این مورد در قانون مدنی ذکر نشده است.

۲. این مورد در قانون مدنی نیامده است.

۱- تبعی بودن

یعنی باید دینی موجود باشد تا پای ابراء وسط بیاید. بنابراین ابراء متفرع بر ثبوت و تحقق دین است و اگر این تفرع در قانون نباشد، اسقاط ما لم یجب پیش می‌آید.

آیا کسی می‌تواند مسئولیت آتی خود را ساقط بکند؟ به عبارت حقوقدانان، تأثیر قرارداد در سلب حق در آینده یا تأثیر قرارداد بر سلب مسئولیت در آینده آیا جایز است یا جایز نیست؟ آیا می‌شود مسئولیتی که برای شخص هنوز نیامده از قبل آن را اسقاط کرد؟ مثلاً طیب را قبل از علاج می‌توان از مسئولیت ابراء نمود؟ در جواب این سؤال حقوقدانان صوری را تصور کرده‌اند: سلب یک وقت مفهومی تبدیل مسئول است (تبدیل ضامن) است اگر در غالبی باشد که ضامن تبدیل می‌شود بلاشکال است. در فقه هم سابقه دارد که سابقه‌اش در فقه ضمان جریره است که شخص می‌گوید من ضامن می‌شوم جنایات خطای شما را در آینده بپردازم حالا امروز در غالب بیمه است مانند بیمه مسئولیت که کارفرما باید کارگران را در قبال ضرر به ثالث بیمه کند یا کارفرما می‌تواند مسئولیت خود ناشی از حوادث کار برای کارگران خودش را بیمه کند. دارندگان وسائط نقلیه موتوری زمینی اجباراً باید وسیله نقلیه‌شان را در قبال خسارت اعم از مالی و بدنی در قبال شخص ثالث بیمه می‌کنند که همه موجب جابجایی مسئولیت می‌شود و این اشکال ندارد یعنی جای مسئول عوض می‌شود. فرض دوم: تحدید مسئولیت است. مثلاً کسی در یک محلی کارخانه دایر کرده و نامه می‌نویسد به اهالی که اگر در اثر این کارخانه اگر به آسم مبتلا شدید بابت هر نفر ۱۰۰ تومان خسارت می‌دهم نه بیشتر. آیا این جایز است یا نه؟ یعنی ذی حق، حق خود را در آتیه محدود بکند که در اینجا دو نظر است:

اول) وجه جواز

استدلال: «انّ کون شیء حقاً و انه غیر قابل للاسقاط لا یعقل» یعنی نمی‌شود بگوییم چیزی حق است ولی قابل اسقاط نیست چرا که حق بودن ملازمه با اسقاط دارد پس این قاعده کلی است و اینکه حق را در آتیه نمی‌شود ساقط کرد این استثناء خلاف اصل است و در خلاف اصل اکتفا به مورد نص می‌کنیم که مورد نص قدر متیقن جایی است که حق در آتیه به نحو کلی ساقط شود که اینجا حق در آتیه به نحو کلی ساقط نمی‌شود و فرض کردیم که حق را تحدید به حدود کرده‌اند و خارج از قدر متیقن از استثناء است. بنابراین چون خارج است، جزء مستثنی نیست پس حق قابل اسقاط است.

دوم) وجه بطلان

در ما نحن فیه حق، بالقوه است نه بالفعل و حقی که هنوز مکتسب نیست نمی‌شود آن را اعمال کرد (مثلاً اگر کسی مریض نشود نمی‌تواند از بیمه استفاده کند یا از کارفرما خسارت بگیرد). یعنی همانطور که قابل اعمال نیست چون فعلیت ندارد قابل اسقاط هم نیست چون هنوز فعلیت نیافته است. پس این مورد تخصصاً خارج است چون بحث ما در مورد حق بالفعل است و ما نحن فیه حق بالقوه است.

اگر بخواهیم به نحو کلی مسئولیت شخص را ساقط کنیم (مثلاً کسی بگوید: اگر در آینده کسی مرا با ماشین زد دیه نخواهم گرفت و من این حق خودم را ساقط می‌کنم) این از مصادیق اسقاط ما لم یجب نیست چون در شرف تحقق است مثل ابراء پزشک یا اسقاط حق خیار مجلس ولی اگر در شرف تحقق نباشد نمی‌توان ابراء کرد.

۲. ایقاعی بودن

یعنی اثر حقوقی به نحو کامل با اراده ذی‌نفع محقق بشود.

اینکه می‌گوئیم ابراء ماهیتی ایقاعی دارد، سه نتیجه بر آن متفرع می‌شود:

۱. ایقاع کننده باید اهلیت داشته باشد (اهلیت استیفاء). پس ایقاع مجنون و ایقاع صغیر مطلقاً صحیح نیست ولی ایقاع غیرمالی سفیه صحیح است و ایقاع مالی سفیه از جمله ابراء متزلزل است.
 ۲. چون ایقاع است فقط اراده ذی حق نقش دارد نه دیگری. پس اگر شخصی غیر از دائن مدیون را ابراء کند، در حالیکه مأذون از طرف داین نباشد، این ابراء نقشی ندارد.
- ماهیت ابراء نه تنها فضولی بردار نیست بلکه ولایت بردار هم نیست به این معنی که فرموده‌اند: «لیس للولی (ولی عام یا ولی خاص) اسقاط حق الصغیر (اعم از صغیر مجنون یا سفیه) بحال» بحال، یعنی به نحو کلی به قرینه ما بعدش که می‌فرماید: «و له ان یصالحه ببعض» مصالحه به بعض هم علی‌الاطلاق پذیرفته نیست بلکه فی‌الجمله پذیرفته است لذا فرمود: «و له ان یصالحه ببعض مع رعایه الغبطه و الصلاح»، مصالحه به بعض باید حتماً با مراعات غبطه و صلاح باشد. پس وقتی که اسقاط بحال است فرض شد که رعایت غبطه متصور نیست لذا ولی نمی‌تواند به نحو کلی حق مولی علیه را ابراء کند خواه ولی ولایتش خاص باشد مثل ولی قهری یا وصی منصوب و خواه ولایتش عام باشد مثل قیم یا امین. که بعض هم باید با رعایت غبطه باشد مثلاً شخصی محکوم به دیه به له صغیر شده باشد اگر شخص ده میلیون نقد بگیرد به نفع صغیر است تا اینکه دو سال بعد ۱۲ میلیون بدهد اینجا مصالحه بر بعض می‌کند و اشکال ندارد. اگر ولی خاص است رأساً تشخیص غبطه بر عهده خود اوست ولی اگر ولی عام باشد (قیم یا وصی)، تأیید مراعات صرفه محجور بر عهده دادستان است یعنی قیم و امین تشخیص غبطه را بدهند و مدعی‌العمومی هم امضاء بکند و ابراء به نحو جزئی (نه کلی) محقق می‌شود.
۳. اراده مدیون در تحقق ابراء نقشی ندارد.
- نتیجه سوم، در اینکه ماهیت ابراء ایقاع است، نتیجه این است که اراده مدیون در تحقق ابراء نقشی ندارد. در این باره ماده ۲۹۱ ق. مدنی می‌گوید: «ابراء ذمه میت از دین صحیح است». یعنی اراده مدیون نقشی ندارد. بنابراین نه تنها جلب موافقت مدیون لازم نیست بلکه ابراز مخالفش هم نقشی در خصوص ابراء ایفاء نمی‌کند. چرا که ابراء ایقاع است و ایقاع هم یک طرفی می‌باشد خواه طرف مقابل راضی باشد و خواه راضی نباشد.
- تذکر: عدول از ابراء ممکن نیست.

۳- رایگان بودن

ویژگی سوم ابراء رایگان بودن آن است.

دریافت عوض نقشی در ماهیت ابراء ایفاء نمی‌کند پس کسی که دیگری را از دینی که دارد ابراء می‌کند اگر عملش به نحوی باشد که بگوئیم از حق دینی مالی می‌گذرد تا در ازای آن چیزی دریافت کند، این ماهیتش عقد صلح است درحالی که ماهیت ابراء عقد نیست بلکه ایقاع است.

اشکال: شما که چنین ادعایی دارید (ماهیت ابراء رایگان بودن آن است و چیزی در قبال آن قرار نمی‌گیرد چرا که ایقاعی است نه عقد) طلاق خلع را چه طور درست می‌کنید؟ مثلاً زن ذمه شوهر را نسبت به مهریه ابراء می‌کند تا اینکه شوهر او را طلاق بدهد. در حالی که بنا شد ابراء مجانی باشد ولی زن در اینجا

مهریه‌اش را در حق همسرش ابراء می‌کند در قبال عوضی که آن عوض طلاق باشد این مسأله را چطور می‌شود حل کرد و اینکه در این مسأله طلاق ابراء هست یا ابراء نیست؟

جواب: چون اصل در مهریه پرداخت مهریه است و اصل در تحقق خلع و مبارات دفع المهر و برگرداندن عین مهریه است نه دین که به صورت هبه معوضه است و در نتیجه صورت مسأله پاک می‌شود و ابراء تحقق پیدا نمی‌کند تا این مشکلات پیش بیاید. اما در کلی قضیه که بگوئیم ماهیت، ماهیت هبه است و حتی پس از طلاق و در حین اعتداد قابل رجوع است. برخی حقوقدانان گفته‌اند که این ابراء است چون خارجاً می‌دانیم که حق عینی در کار نیست و وقتی که شخص مهریه را بدهکار است و هنوز نپرداخته و زن هم دارد ابراء می‌کند و در قبالتش مطالبه طلاق می‌کند که ابراء برای تحقق طلاق است این را چکار می‌کنید؟ که در اینجا در فقه و اصول متوسل به باب داعی بر داعی شده‌اند. چنانکه مرحوم آخوند در بحث مقدمه واجب فرموده است: آیا اخذ اجرت بر مقدمه واجب جایز است یا جایز نیست؟ که نتیجه گرفتند که حتی گاهی می‌شود بر خود واجب نفسی هم دست مزد دریافت کرد مثل نماز واجب منتها شخص اجیری که نماز می‌خواند نماز را با قصد قربت می‌خواند اما چرا پا می‌شود تا به قصد قربت نماز بخواند، چون اجیر شده است که اصل داعی بر صلاه قربت است اما داعی براین داعی قربت که لولاه این الله اکبر گفتن انجام نمی‌شد، اجرت است. در ما نحن فیه هم ابراء می‌کند تا شرایط طلاق را تسهیل کرده باشد یعنی می‌بیند که اگر بخواهد خودش را از مشقت زندگی خلاص بکند، شوهر مهریه ندارد بدهد و با ابراء کار خودش را تسهیل و بلکه می‌خواهد مانع را بردارد و آن (ابراء مهر) را عوض قرار نمی‌دهد تا طلاق خارجاً محقق شود. بنابراین صدق عنوان طلاق بر آن مشکل است.

نظر استاد: مشکل است بگوئیم ابراء مهر هبه است و هبه عین است و اینجا عین نیست بلکه ذمه است و ابراء مهر ابراء ذمه شوهر است نه ابراء عین. اینکه ابراء مهر را اسمش را عقد بگذاریم نیز مشکل است دلیل گفته حق استرجاع و پشیمانی حالا یا هبه (که بگوئیم استرجاع به دلیل خاص) یا ابراء (که به دلیل خاص باشد) اما ماهیتاً اسمش را چه می‌شود گذاشت. اگر هبه بگوئیم هست در هبه باید حق عینی در کار باشد و اینجا حق عینی در کار نیست.

طرح چند مسأله

۱- پرونده سرقتی در خدمت شما مطرح شده است و سارق گفته که من قبول دارم مال را برده‌ام ولی دزدی هم به من زد و مال مسروقه در ید من توسط درد بعدی سرقت شد. مال باخته گفت: حالا با توجه به شانس تو آقای سارق ما تو را ابراء کردیم و سپس سارق دوم دستگیر شد و سارق اول و مالک هر دو دادخواست دادند و مطالبه مال مسروقه را نفع خودشان دارند، در اینجا تکلیف دادگاه چیست؟ جواب این مسأله با ویژگی چهارم بارز خواهد بود.

۴- ابراء اختصاص به حق دینی دارد.

ابراء صرفاً اختصاص به حق دینی دارد و به حق عینی تعلق نمی‌گیرد؛ یعنی دین باید محقق شود و ارتباطی به بحث عین ندارد و همچنین از لفظ ابراء اسقاط حق عینی استفاده نمی‌شود.

اگر در خصوص مسأله قبل مالک گفته بود که من از مالم به نفع سارق اعراض کردم بعداً اگر عین هم پیدا شود، مال سارق بود اما اگر گفت من سارق را ابراء کردم، ابراء ناظر به دین و به ذمه سارق برود و ذمه

سارق اول مشغول بود به مثل یا قیمت، چیزی که مالک ابراء کرد ذمه سارق اول بود از تهیه مثل یا قیمت اما این ناظر به این نیست که اگر بعدها عین پیدا شد مالک عین را هم نخواسته باشد.

پس جواب مسأله این شد که ابراء اختصاص به حق دینی دارد (نه عینی) و از لفظ ابراء اسقاط حق عینی استفاده نمی‌شود و اگر در خصوص مسأله اگر مالک می‌گفت از مالم در حق سارق اعراض کردم، دیگر مالک نمی‌تواند دادخواست بدهد. اما اگر می‌گفت ابراء کردم یعنی آنچه که ذمه سارق مشغول است (مثل یا قیمت) ابراء کردم، مالک از عین صرف نظر نکرد بلکه گفت این سارق را ابراء کردم یعنی ذمه‌اش را ابراء کردم و ذمه سارق حین مطالبه به چه چیزی مشغول بود به مثل یا قیمت و مالک مثل یا قیمت را ابراء کرد نه عین. حالا که عین پیدا شده فقط مالک می‌تواند دادخواست بدهد نه سارق.

بنابراین ویژگی چهارم این شد: یعنی ابراء اختصاص به حق دینی دارد نه حق عینی یعنی ابراء ذمه به آن می‌گویند یعنی دین محقق شده باشد و ارتباطی به بحث عین ندارد. با توجه به بحث‌های قبلی مسأله‌ای مطرح می‌گردد:

مسأله: اگر در پرونده‌ای خانمی دادخواست ابطال واقعه طلاق را بدهد و استدلالش این باشد که من از این طلاق مطلع نبودم و وجود شرایط صحت آن مورد تردید است دادگاه چه تکلیفی دارد و چرا؟

جواب: ماهیت طلاق ایقاع است و در ایقاع نیازی به اراده یا اطلاع طرف مقابل نیست پس اطلاع زوجه را ما لازم نداریم و مطلب دوم اینکه زن در وجود شرایط صحت تردید دارد، جواب این است که تردیدش برای ابطال کافی نیست و برای ابطال طلاق احراز بطلان نیاز است نه تردید بنابراین این ادعا هم دفع می‌شود و زوجه باید آن را اثبات نماید.

۲- اقاله

یکی از مسقطات ارادی حق، اقاله است.

اقاله در لغت به معنی قطع کردن ریشه است. در قانون مدنی ماده ۲۸۳ اقاله چنین تعریف شده است: بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند اما اینکه ماهیت اقاله چیست قانون مدنی متعرض نشده است و از این جهت بیانی ندارد

اقاله در فقه:

فقه‌ها فرموده‌اند (مرحوم میرزای نائینی): «الاقاله رد الالتزام الذی ملکه کل من المتعاقدين الی صاحبه». اقاله عبارت است از رد التزامی که هر یک از طرفین در معامله مالک آن شده‌اند به طرف دیگر بایع تحویل مبیع و مشتری هم به تسلیم ثمن ملتزم شده بود که به وسیله اقاله این التزامات برگردانده می‌شود در ارتباط با تعریف حقوقی اقاله اگر مبنا همین باشد می‌شود توافق دو اراده بر رد التزام ناشی از عقد. حالا اینکه اقاله چیست در آن حرف و حدیث است و آیا ماهیت خود اقاله عقد است یا ماهیت اقاله فسخ است یعنی عقد جدیدی در کار نیست در مسأله سه قول وجود دارد: ۱. اقاله عقد جدید است مطلقاً (نسبت به متعاقدين و ثالث) (قول اکثریت اهل سنت) ۲. اقاله فسخ عقد سابق است مطلقاً (نسبت به متعاقدين و ثالث) (قول اکثریت امامیه) ۳. قول به تفصیل است اقاله نسبت به متعاقدين فسخ عقد سابق است ولی نسبت به ثالث عقد جدیدی است. قائل به آن بعض من الفریقین از اهل سنت و امامیه می‌باشد.

۱- قول اول این بود که اقاله عقد جدید است مطلقاً

استدلالشان این است که ماهیت عقد چیزی جز نقل و انتقال که ناشی از توافق دو اراده باشد در ما نحن فیه هم مسأله همین است نقل و انتقال حاصل می‌شود و ناشی از توافق دو اراده است و نقل حاصل از توافق دو اراده، اسمش عقد است که اقاله هم همین کار را کرده است پس اقاله عقد است. وقتی که عقد شد تفاوتی ندارد که عقد مربوط به طرفین متعاقدين باشد یا ثالث و نسبت به ثالث به طریق اولی نمی‌شود نسبت به ثالث فسخ سابق باشد و نسبت به طرفین عقد جدید باشد.

۲- قول دوم: اقاله فسخ عقد سابق است مطلقاً (هم نسبت به متعاقدين و هم نسبت به ثالث)

اما اینکه فسخ عقد سابق است و عقد جدید نیست می‌گویند اصولاً اقاله زمانی محقق می‌شود که مبتنی بر عقدی باشد و باید عقدی موجود باشد تا اقاله معنا پیدا کند و کی عقد عقد می‌شود زمانی که در طرفین قصد ایجاد اثر حقوقی بکنند پس از دو جهت بر استدلال اول ایراد وارد است: جهت اول این است که کجا در تعریف عقد آمده است که عقد عبارت است از توافق دو اراده برای ایجاد اثر حقوقی مبتنی بر عقد سابق چنین چیزی وجود ندارد در حالی که در اقاله تا عقد سابق نباشد اقاله نداریم جهت دوم اینکه العقود تابعه للقصود کجا طرفین در اقاله آمده‌اند و اراده کرده‌اند اثر حقوقی جدیدی را اراده اینها برداشتن آثار عقد سابق است نه ایجاد اثر حقوقی خاصی جدیداً می‌خواهند گره زده شده را بگشایند نه اینکه گرهی را بزنند بنابراین از این دو جهت صدق عنوان اقاله بر عقد نمی‌شود تفاوتی نیست که برای خود متعاقدين باشد یا برای ثالث.

ماده ۲۴۶ ق. مدنی می‌گوید: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد، شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام آن شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروط له بگیرد».

به تبع انحلال اصل فرع هم باطل می‌شود پس وقتی اقاله اصل عقد را از بین می‌برد آثار نسبت به همه برداشته می‌شود تفاوتی نیست بین اینکه خود متعاقدين باشد یا ثالث و این قول قولی است که قانون مدنی پذیرفته است به دو جهت: ۱. ماده ۲۸۳ ق. مدنی که گفته اقاله و تفاسخ واو تفسیری است یعنی اقاله را تفسیر کرد به تفاسخ که ماهیت اقاله فسخ است نه عقد مطلقاً را هم ماده ۲۴۶ نمی‌گوییم که ناظر به ثالث است فرقی نگذاشته بین ثالث و غیر آن

تذکر: پس اقاله عقد جدید نیست بلکه تفاسخ است نه فسخ عقد سابق.

۳- قول سوم قول به تفصیل است (قول بعض من الفريقین)

یعنی اقاله نسبت به متعاقدين فسخ عقد سابق است اما نسبت به ثالث عقد جدید است چرا چون در مورد متعاقدين قبول داریم که می‌خواهند آثار معامله سابق را از بین ببرند و چیز جدیدی نیست ولی نسبت به ثالث چیز جدیدی است یک حقی برای طرف ثالث به وجود آمده و الان با اقاله می‌خواهد از بین برود و مثل مالکیت بر مال و اینجا باید اراده ثالث نقشی داشته باشد اگر بگوییم ماهیت اقاله نسبت به ثالث هم فسخ عقد سابق است معنایش این است که اراده ثالث هیچ نقشی در آن ندارد. ولی اگر بگوییم اراده ثالث عقد است، ثالث می‌تواند آن را امضاء یا رد نماید و حقی برایش پیدا می‌شود استدلال راجع به این تفصیل:

گفته‌اند که ما اصل حاکمیت اراده را پذیرفته‌ایم اگر اقاله را نسبت به ثالث هم بی‌اثر بدانیم یعنی حاکمیت اراده‌ای برای ثالث قائل نشدیم در حالی که باید برای ثالث قائل به حاکمیت اراده باشیم در اصل اشتراط این حرف است اشتراط ضرر برای ثالث چه حکمی دارد؟ که باطل است و اشتراط منفعت برای ثالث اختلافی است بعضی از حقوقدانان بزرگ مثل جناب آقای کاتوزیان قبول نمی‌کنند اشتراط منفعت به نفع

ثالث هم بدون امضاء ثالث باطل است و چون مخل به اصل حاکمیت اراده است و ممکن است نپذیرد بنابراین اراده ثالث شرط است خواه بپذیرد و خواه نپذیرد بنابراین در اشتراط به نفع ثالث هم حرف و حدیث است چه برسد به اینکه چیزی به ضرر ثالث شرط شود اگر پذیرفت شرط محقق است و اگر نپذیرفت خیر.

مبنای قانون مدنی هم نظر دوم شد یعنی قول مشهور امامیه را پذیرفت که اقاله فسخ عقد سابق است مطلقاً قانون مدنی نپذیرفت که اقاله از جمله عقود باشد نسبت به ثالث با توجه به ماده ۲۴۶ ق. مدنی منتها کلامی باقی می ماند و آن مسأله این است که ما چگونه می توانیم در ارتباط با این مسأله ای که اقاله باشد بگوئیم که از بین بردن آثار عقد سابق هر زمانی که باشد اقاله است. این مشکل است و اینکه آیا اقاله کی است بعد از تسلیم، قبل از تسلیم آیا اقاله همیشه فسخ است؟ نگفتیم که الاقاله رد الالتزام الذی ملکه کل من الطرفين اینجا چه التزامی مانده که ما رد کنیم آیا التزامی باقی مانده تا بگوئیم اقاله است اینکه اقاله عقد جدیدی است و ردی در کار است ولی در جایی که التزامات به اتمام رسیده است و چیزی باقی نیست دیگر صدق عنوان اقاله بر آن نمی شود.

و حالا آیا در خصوص مورد لوازم عرفیه هم ملحق به التزامات اصلیه است یا نیست فیه تردد و اشکال یعنی شما در عقد بیع التزام اصلیتان رد ثمن و مثنی است و اگر ثمن و مثنی رد و بدل نشده است التزام باقی است و در صورت ابقاء التزام ماهیت اقاله تفاسخ است اما ثمن و مثنی رد و بدل شده ولی یک لازمه عرفیه ای باقی می ماند مثل تنظیم سند رسمی آیا پس از قبض و اقباض عوضین و مبادله آن چون هنوز سند به نام ننموده اند التزام باقی است یا التزام باقی نیست؟ قانون مدنی در ماده ۲۲۰ می گوید: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود ملزم می باشند».

در خصوص مورد هم قانون ثبت اسناد را داریم که ثبت رسمی معاملات غیرمنقول را الزامی دانسته است که تعهد به تنظیم سند را لازم دانسته یا اینکه اگر تصریح نشود ملحق به عرف می شود لذا اگر عرف داریم با توجه به این جهات قانونی تصریح در کار نبود و سند رسمی به نام نخورده باشد به نظر از مصادیقی است که اقاله بردار است و اقاله در چنین فرضی تفاسخ است پس فرقی از نظر قانون مدنی بین متعاقدين و ثالث نیست.

۳- اعراض

از مسقطات حق اعراض است. اعراض برخلاف ابراء که برای حق مالی دینی بود اعراض برای حق مالی عینی است. در اعراض یقیناً هم به فعل محقق می شود و هم به قول منتها فعلی که مبرز اعراض باشد پس اعراض ۱- از حق مالی عینی است ۲- از ایقاعات است ۳- اراده می خواهد ۴- مبرز می خواهد.

حالا در جاهایی که حق عینی واقع نشد آنجا هم اعراض صادق است مثل حق تحجیر (سنگ چین کردن زمین) که اولییتی برای او پدید آمده است ولی می تواند از این حق اعراض کند. در قانون مدنی بعضی از مواد به نحو اشاره به اعراض پرداخته است و مصداقی است مثل ماده ۱۷۸ ق. مدنی: «مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است مال کسی است که آن را بیرون بیاورد». اعراض در مجموع یعنی دور انداختن یک عین و رو برگرداندن و صرف نظر کردن از یک عینی که از موارد سقوط حق است و از عوامل ارادی سقوط حق است.

با توجه به بحث‌های گذشته چند مسأله طرح می‌گردد:

مسأله ۱- اگر کسی زمین مواتی را به قصد احیاء تحجیر کرده باشد ولی برای مدت‌های طولانی زمین را رها کرده و ثالثی آن زمین را احیاء کرده باشد، سپس شخص اول خلع ید متصرف را از دادگاه درخواست کند، تکلیف این مسأله چیست؟

جواب: برای جواب به این مسأله اول سؤالی طرح می‌گردد و آن اینکه، اینجا که اعراض است آیا اعراض مربوط به عین تنهاست یا ناظر به حق اولویت هم هست؟ که اولویت هم شامل بحث اعراض می‌شود. راجع به بحث مباحثات که قانون مدنی بحث می‌کند آن اوائل راجع به زمین موات که صحبت می‌کند اینجا شمول اعراض نسبت به اولویت مورد شمول قانون مدنی قرار گرفته پس اعراض هم راجع به عین است و هم شامل حق اولویت مربوط به عین. پس اعراض همانطور که در مورد عین صادق است در مورد دین هم صادق است.

پس اولاً: در ما نحن فیه اعراض مؤثر در مقام است یعنی مسقط حق است. دوماً: آیا اعراض در ما نحن فیه ثابت است یا ثابت نیست و در مثال صدر بحث که تحجیر کرده ولی رها نموده عرفاً اعراض در خصوص مورد صدق می‌کند؟ ثالثاً: پس از مؤثر بودن و ثابت بودن اعراض، قالب تصمیم‌گیری دادگاه چیست حکم است یا قرار؟

جواب: در خصوص این مسأله اگر اعراض از حق تحجیر مسلم شد، قالبی که دادگاه در آن تصمیم می‌گیرد، حکم مدنی ماهوی در امور مالی است و خواهان ذی‌نفع نیست فلذا حکم به بی‌حقی خواهان صادر می‌شود.

مسأله ۲- طفلی در اثر حادثه رانندگی مجروح شده و قیم طفل از شکایت خود به نفع جانی گذشت نموده است، وظیفه دادگاه در اینجا چیست؟

جواب: در بحث ابراء گفتیم که ابراء نه تنها فضولی‌بردار نیست بلکه ولایت‌بردار هم نیست چنانکه در بحث ابراء به خصوص فرموده‌اند: «لیس للولی اسقاط حق الصغیر بحال و له ان یصلحه ببعض مع رعایه الغبطه و الصلاح» یعنی وقتی که ولی خاص نتواند به طریق اولی قیم نمی‌تواند اسقاط حق صغیر نماید و از لحاظ حقوقی اینکه ولی چرا نمی‌تواند حق صغیر را ابراء نماید این است که ماهیت ابراء ایقاع است و موقع باید ذی نفع باشد و غیر ذی نفع این حق را ندارد و گذشت او نیز مسموع نیست و در چنین مسأله‌ای که در آن ابراء صغیر مطرح است باید ابتدا در مورد گذشت، استیذان از مدعی العموم بشود و گذشت باید به حکم مدعی العموم صورت بگیرد چنانکه ماده ۱۲۴۲ ق. مدنی می‌گوید: «قیم نمی‌تواند دعوی مربوط به مولی علیه را به صلح خاتمه دهد مگر با تصویب مدعی العموم». یعنی حق گذشت ولی متزلزل است و باید با استیذان از مدعی العموم باشد و مدعی العموم هم اگر به صلاح صغیر بداند حکم به پرداخت دیه طفل را صادر می‌نماید.

مسأله ۳- خانمی علیه شوهرش دادخواست مطالبه نفقه داده باشد و خوانده در دفاعش اظهار بدارد که در ضمن عقد نکاح دائمشان شرط شد که این خانم نفقه دوران زوجیت را اسقاط کرده است. حال اگر سایر جهات برای صدور حکم نفقه مهیا باشد یعنی احراز زوجیت دائم و تمکین زن از شوهر حاصل باشد، دادگاه چه تکلیفی خواهد داشت؟

جواب: اسقاط در این مسأله ایقاع است و در حق دینی است نه عینی و از ویژگی‌های ایقاع تبعی بودن آن است و باید دینی محقق بشود و در این مسأله حین اجرای عقد هیچ دینی محقق نیست الا اینکه بگوییم

تحقق‌این دین (نفقه) به عقد نیست بلکه به تمکین است. بلکه اگر به صرف عقد ازدواج موجب فراهم می‌شد با ایجاب و قبول تمام بود و اینجا اراده زن در بذل بضع در ثبوت حق انفاق دخالت دارد فلذا چون زن ممکن است تمکین نکند نمی‌توان گفت بصرف عقد نکاح زن واجب النفقه می‌شود و گفتن این سخن مشکل به نظر می‌رسد. پس چنین نیست که علی‌الاطلاق زن به صرف وقوع عقد واجب النفقه بشود بلکه وجوب نفقه منوط به تمکین زن و بذل بضع به شوهر است. در هر حال در جواب می‌گوئیم که مشکل است بپذیریم که اگر چنین شرطی بشود زن تا مادام‌العمر حق مطالبه نفقه را نداشته باشد پس اگر سایر شرایط نفقه فراهم باشد، حکم به پرداخت نفقه می‌نمائیم.

۴- وفای به عهد

وفای به عهد از جهات ارادی سقوط حق می‌باشد. که مواد ۲۶۵ تا ۲۶۹ ق. مدنی به این امر اختصاص یافته است.

در بحث وفای به عهد چند مسأله مطرح است:

اول) چه کسی باید وفای به عهد کند؟

دوم) چه چیزی باید مورد وفاء قرار بگیرد؟

سوم) متعهد له چه کسی است یا به چه کسی باید وفا شود؟

چهارم) در چه زمانی باید وفا شود؟

پنجم) در چه مکانی باید وفا شود؟

ششم) هزینه وفای به عهد بر عهده چه کسی است؟

اول) چه کسی باید وفای به عهد کند و متعهد چه کسی است؟

متعهد در قراردادهای اگر بحث دین مطرح باشد، متعهد مدیون است و اگر انجام کاری مورد تعهد است اینجا متعهد اجیر است و در باب دین اگر غیر مدیون دین مدیون را بدهد چه صورتی دارد؟ در این مورد ماده ۲۶۷ ق. مدنی می‌گوید: «ایفاء دین از جانب غیر مدیون هم جائز است اگرچه از طرف مدیون اجازه نداشته باشد و لیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد و الا حق رجوع ندارد». پس پرداخت دین به داین قائم به شخص مدیون نیست لذا متعهد می‌تواند مدیون یا غیر مدیون باشد و ثالث می‌تواند مجاز باشد یا فضول باشد ولی اگر متعهد اجیر باشد اینجا باید ببینیم که شخصیت اجیر در تحقق اجازه نقش داشته یا نه؟ اگر نقش داشته باشد، ایفاء تعهد قائم به شخص اجیر است لاغیر ولی گاهی شخصیت طرف مداخلیت ندارد و هرکس که باشد مهم نیست لذا ماده ۲۶۸ ق. مدنی می‌گوید: «انجام فعلی در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد به‌وسیله دیگری ممکن نیست مگر با رضایت متعهدله». حالا مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد چه شرط لفظی باشد و چه به نحو بنایی باشد در هر دو صورت متعهد باید شخصاً تعهد را انجام بدهد. پس چنانچه شخصیت مداخلیت دارد مباشرتاً لازم است و الا ایفاء تعهد منوط به شخص به خصوصی نخواهد بود.

دوم) چه چیزی باید مورد وفاء قرار بگیرد؟

اینکه مورد تعهد چیست؟

۱- مورد تعهد گاهی تسلیم مال است ماده ۲۷۸ ق. مدنی: «اگر موضوع تعهد عین معینی باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب براءت متعهد می‌شود اگرچه کسر و نقصان داشته باشد مشروط بر اینکه کسر و نقصان از تعدی یا تفریط متعهد ناشی نشده باشد مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است ولی اگر متعهد با انقضاء اجل و مطالبه، تأخیر در تسلیم نموده باشد مسؤول هر کسر و نقصان خواهد بود اگرچه کسر و نقصان مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد».

ماده ۲۷۸ ناظر به عاریه و امانت است و به نظر، ناظر به هر جا می‌شود که امانت گاهی امانت عقدی است و گاهی امانت قهری و امانت عقدی گاهی یا عقد مستقیم است و گاهی یا عقد غیرمستقیم و مستقیم مانند: عاریه، و غیرمستقیم مانند اجاره. که عین مستأجره در نزد مستأجر امانت است یا باغ در مساقات امانت است و زمین در مضاربه امانت است که به نحو غیرمستقیم اند مادام که عین در ید شخص با اجازه مالک است یدش ید مجاز و مشروع است و همین که استمراراً به او گفت مال مرا پس ده یا مدت اجاره سرآمده که باید عین را رد نماید، و الا عنوان حقوقی‌اش غصب خواهد بود چون اثبات مال است بر ید غیر نه استیلا که از او می‌خواهد بر مال غیر مستولی شود. پس اگر تعهد راجع به تسلیم مال باشد، تعهد با تسلیم آن مال انجام می‌شود و لو معیباً اگر تعدی و تفریط نکرده باشد. که به تحویل و تسلیم صورت می‌گیرد. چنانکه ماده ۲۷۸ آن را بیان نمود.

۲- گاهی هم تعهد، به انتقال مال است. انتقال مال یعنی یک عین خارجی را باید منتقل بکند. اینجا تعهد به چه نحو انجام می‌شود که شامل بیع و امثال بیع می‌شود که ماده ۲۶۹ ق. مدنی در این باره می‌گوید: «وفا به عهد وقتی محقق می‌شود که متعهد چیزی را که می‌دهد مالک و یا مأذون از طرف مالک باشد و شخصاً هم اهلیت داشته باشد». پس اولاً شخص باید مالک چیزی باشد که باید بدهد و ثانیاً اگر مالک نیست مأذون باشد و ثالثاً: علاوه بر این اهلیت هم داشته باشد. پس در انتقال اهلیت هم شرط است.

۳- گاهی هم مورد تعهد، انجام فعل است. مانند باب اجیر. اینجا یکوقت شخصیت متعهد مورد نظر است، در این صورت باید رأساً و شخصاً قیام به فعل بکند تا تعهد به انجام برسد و یکوقت هم خصوصیتی در شخص فاعل مورد نظر نیست و اگر کسی دیگر هم انجام بدهد اشکال ندارد که ماده ۲۶۸ ق. مدنی بدان اشاره کرده است: «انجام فعلی در صورتی که مباشرت شخص متعهد شرط شده باشد به وسیله دیگری ممکن نیست مگر با رضایت متعهدله».

۴- گاهی مورد تعهد ترک فعل است (تعهد به انجام ندادن یک فعل): اگر مراد از انجام ندادن، طبیعت کار باشد در هر زمان و در هر مکان، که ترک طبیعت کار لازم‌هاش این است که هرگز آن را انجام ندهد. پس هرگاه در هر زمان و در مکان آن را انجام داد، نقض تعهد کرده است. ولی اگر مراد طبیعت کار نباشد بلکه در مکان و زمان به خصوصی باشد، اگر متعهد در آن زمان و مکان به خصوص مرتکب آن عمل نشود تعهد را به انجام رسانده است. مثلاً تعهد می‌دهد تا ۵ سال حق فروش این خانه را نداشته باشد. پس تعهد گاهی اتیان فعل، ترک فعل، تسلیم مال یا تعهد انتقال مال است.

سوم) متعهد له چه کسی است یا به چه کسی باید وفا شود؟

اگر تعهد دین است باید به داین یا قائم مقام قانونی وی تأدیه شود. ماده ۲۷۱ ق. مدنی: «دین باید به شخص داین یا به کسی که از طرف او وکالت دارد تأدیه گردد یا به کسی که قانوناً حق قبض را دارد». و اگر به غیر اشخاص مذکور در ماده ۲۷۱ داده شود، تعهد انجام نشده مگر اینکه داین بعداً راضی شود. ماده ۲۷۲ ق. مدنی: «تأدیه به غیر اشخاص مذکور در ماده فوق وقتی صحیح است که داین راضی شود». شرط دیگر در متعهد له این است که باید تعهد به نفع متعهد له باشد و باید متعهد له اهلیت داشته باشد و دین را باید به متعهد له داد که وصف اهلیت داشته باشد. ماده ۲۷۴ ق. مدنی: «اگر متعهد له اهلیت قبض نداشته باشد تأدیه در وجه او معتبر نخواهد بود». پس اهلیت شرط است. دیگر اینکه اگر ما رفتیم حق را به ذی حق تحویل بدهیم ولی ذی حق از گرفتن آن استنکاف نماید و استنکاف جایی است که اجل فرا رسیده باشد (قبل از رسیدن اجل تکلیف محقق نیست) و طرف استنکاف نماید، اینجا تکلیف چیست؟

جواب: اگر دسترسی به حاکم است، باید به حاکم تحویل بدهیم که در این صورت مسؤولیت ساقط می‌گردد و در صورت فقدان حاکم، مال در دست شما از این لحظه به بعد امانت است و اگر مال از بین برود بر عهده صاحبش است نه خود شخص چنانکه ماده ۲۷۳ ق. مدنی بیان می‌دارد: «اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می‌شود و از تاریخ این اقدام مسؤول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود». همچنین ماده ۶۲۸ ق. مدنی هم در این باره مطالعه شود.

چهارم) در چه زمانی باید وفا شود؟

اطلاق عقد اقتضای فوریت دارد ولی بعضی جاها فور محمول بر ثلاثه ایام است مثل تحویل مبیع و ثمن و اینکه فوریت یعنی چه؟ این عرفی است.

اگر چنانچه در قراردادی زمان خاصی معین شده باشد باید مطابق همان قرارداد و تعهد عمل نمایند مثلاً مشتری بگوید ۶ ماه ثمن را می‌دهم (نسیه) و بایع بگوید من هم ۶ ماهه ثمن را تحویل می‌دهم (بیع سلف).

پنجم) در چه مکانی باید تأدیه صورت بگیرد؟

اگر مطلق است، محل وقوع عقد ملاک است و مکان انجام تعهد جایی است که در آن عقد به انجام رسیده است. ماده ۲۸۰ ق. مدنی در این رابطه می‌گوید: «انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید مگر اینکه بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضا نماید». و اگر تعهد به مکان مخصوصی باشد ذیل ماده ۲۸۰ بیان می‌دارد: همان مکانی که تعهد کرده‌اند ملاک است.

ششم) هزینه وفای به عهد بر عهده چه کسی است؟

۱. ماده ۶۲۸ ق. مدنی: «اگر در احوال شخص امانت‌گذار تغییری حاصل گردد مثلاً اگر امانت‌گذار محجور شود عقد ودیعه منفسخ و ودیعه را نمی‌توان مسترد نمود مگر به کسی که حق اداره کردن اموال محجور را دارد».

عقد به خودی خود متضمن این است که هر کس به هر چیزی که متعهد است مخارجش هم با خود اوست مثلاً مخارج تسلیم مبیع با بایع و مخارج تحویل ثمن با مشتری است. مگر اینکه برخلاف آن شرطی صورت گرفته باشد که در این صورت تابع شرط است چنانکه ماده ۲۸۱ ق. مدنی می‌گوید: «مخارج تأدیه به عهده مدیون است مگر اینکه شرط خلاف شده باشد». در مواد ۳۸۱ و ۳۸۲ ق. مدنی، مخارج تعهد در خصوص عقد بیع بیان شده است.

۵- تبدیل تعهد

تبدیل تعهد، پنجمین مورد از موارد موجبات اختیاری سقوط حق می‌باشد. مطابق ماده ۲۹۲ ق. مدنی: «تبدیل تعهد در موارد ذیل حاصل می‌شود:

- ۱- وقتی که متعهد و متعهدله به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند در این صورت متعهد نسبت به تعهد اصلی بری می‌شود.
- ۲- وقتی که شخص ثالث با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را ادا نماید.
- ۳- وقتی که متعهدله مافی‌الذمه متعهد را به کسی دیگر منتقل نماید».

مجموعاً در سه مورد تبدیل تعهد واقع می‌شود:

۱- تبدیل عین تعهد.

مثل تبدیل بیع به اجاره که لفظ تعهد تبدیل پیدا می‌کند. در چنین صورتی موجب زوال حق استرداد عین نسبت به شخص منتقل الیه خواهد شد.

۲- محل تعهد عوض شود.

تبدیل محل حق یا همان مدیون مثل باب ضمان، اگر کسی ضامن دین دیگری شود، جای بدهکار عوض می‌شود. به عبارت دیگر تا دیروز زید بدهکار بوده ولی امروز عمرو (عمروی که ضامن شده) بدهکار است یعنی ذمه زید ساقط شد و عمرو ضامن و بدهکار شد. پس تبدیل محل تعهد باعث بری‌الذمه شدن متعهد اول می‌شود.

۳- تبدیل موضوع تعهد (ذیل ماده ۲۹۲)

یعنی جای من له الحق عوض می‌شود (یعنی موضوع تعهد) مثل باب فروش ذمه، که در فروش ذمه جای طلبکار عوض می‌شود و داین دین خود را به ثالثی می‌فروشد و ذمه مدیون نسبت به من بری می‌شود. یعنی تا امروز من طلب داشتم و دین دیگری را به ثالث فروختم و ثالث طلبکار است و ذمه مدیون نسبت به من ساقط شد.

هر سه فرض در تبدیل تعهد، سقوط می‌آورد منتها این حسب مورد متفاوت است.

۱. ماده ۳۸۱ ق. مدنی: «مخارج تسلیم مبیع از قبیل اجرت نقل آن به محل تسلیم، اجرت شمردن و وزن کردن و غیره به عهده بایع است، مخارج تسلیم ثمن بر عهده مشتری است».

۲. ماده ۳۸۲ ق. مدنی: «هرگاه عرف و عادت از بابت مخارج معامله به محل تسلیم برخلاف ترتیبی باشد ذکر شده و یا در عقد برخلاف آن شرط شده باشد باید بر طبق متعارف یا مشروط در عقد رفتار شود و همچنین متبایعین می‌توانند آن را به تراضی تغییر دهند».

۶- فسخ

فسخ در قانون مدنی نیامده ولی از عوامل ارادی سقوط حق است. فسخ موجب می‌شود که تعهدی که متعهد بر عهده‌اش بود با تحقق فسخ آن تعهد ساقط گردد. از حیث تأثیر، فسخ با تفاسخ از لحاظ از بین رفتن تعهد فرقی ندارد.

ب) عوامل قهری مسقطات حق

۱- تهاتر

ماده ۲۹۴ ق. مدنی: «وقتی دو نفر در مقابل یکدیگر مدیون باشند بین دیون آنها به یکدیگر به طریقی که در مواد ذیل مقرر است تهاتر حاصل می‌شود».

در باب تهاتر باید گفت که اگر شخص در آن واحد مالک ذمه دیگری بشود، یعنی هم داین و هم مدیون باشد، تهاتر حاصل می‌شود که می‌تواند کلی باشد و می‌تواند جزئی باشد. قانون مدنی عمدتاً تهاتر قهری را مورد توجه قرار داده است منتها تهاتر گاهی قهری، گاهی قراردادی و گاهی قضایی است. بنابراین سه نوع تهاتر داریم:

۱. قهری ۲. قراردادی ۳. قضایی

الف- تهاتر قهری

در تهاتر قهری نیازی نیست که طرفین قصد سقوط تعهد بکنند و تراضی آنها شرط نیست و تهاتر قهراً و بدون لزوم اراده طرفین حاصل می‌شود در حالی که در تهاتر قراردادی تراضی در بعضی قیود لازم است.

برای تحقق تهاتر قهری چند رکن و شرط بیان شده است:

۱. هر دو دین کلی باشند.

چون می‌گوئیم که هر کدام در تهاتر می‌خواهد مالک ذمه دیگری بشود و ذمه مربوط به دین است بنابراین در عین تهاتر حاصل نمی‌شود و تهاتر جایی است که دین به نحو کلی باشد.

۲- هر دو از یک جنس باشند.

مثلاً یکی صد هزار دلار و در مقابل دیگری صد هزار تومان بدهکار است که ما بین دیون این دو تهاتر حاصل نمی‌شود چون جنسشان متفاوت است بلکه اولی مکلف به تحویل دلار و دومی مکلف به تحویل ریال است ولی می‌شود تراضی به تبدیل نمایند که به آن تهاتر قراردادی می‌گویند.

اگر موضوع دین عرفاً از یک جنس تلقی شود تهاتر قهری حاصل است. مثل گندم به گندم از دو شهر متفاوت، طلا با نقره، گندم با جو، برنج با کشمش و ضرورتی ندارد که اوصافشان هم یکی باشد و خصوص تجانس و متجانس بودن نباید موجب ربای جنسی بشود. لذا ماده ۲۹۶ ق. مدنی می‌گوید: «تهاتر فقط در مورد دو دینی حاصل می‌شود که موضوع آنها از یک جنس باشد با اتحاد زمان و مکان تأدیه و لو به اختلاف سبب». پس تجانس در تهاتر قهری شرط است.

۳- زمان تأدیه در مورد هر دو واحد باشد.

مثلاً شما به من ۵۰۰ هزار تومان بدهکاری تا شش ماهه بدهی و در مقابل من هم به شما ۵۰۰ هزار تومان بدهکارم تا امروز بدهم، چون این دو اتحاد در زمان ندارند، لذا تهاتر حاصل نمی‌شود.

۴- مکان تأدیه هم باید واحد باشد.

تحويل بايد در يك مكان صورت بگيرد. بنابر اين اگر يكي در تهران و ديگري در قم باشد، تهاتر حاصل نمي‌شود.

۵- هيچ يك از دو دين متعلق حق شخص ثالث نباشد.

ماده ۲۹۹ ق. مدنی « در مقابل حقوق ثابته اشخاص ثالث تهاتر مؤثر نخواهد بود و بنابر اين اگر موضوع دين به نفع شخص ثالث در نزد مدیون مطابق قانون توقیف شده باشد و مدیون بعد از اين توقیف از داین خود طلبکار گردد ديگر نمي‌تواند به استناد تهاتر از تأديه مال توقیف شده امتناع کند».

مثلاً مستأجر ۵۰۰ هزار تومان پول پيش به صاحب‌خانه داده و صاحب‌خانه موتورش را به مستأجر فروخته است امروز عندالتخليه تهاتر حاصل مي‌شود و كسي بدهكار نيست. ولي اگر ۵۰۰ هزار تومان پول پيش مستأجر را طلبكار رفت و تأمين خواسته داد و توقیف كرد اينجا و لو پول در يد موجر است اما به نفع ثالث توقیف شده كه در اين صورت تهاتر حاصل نخواهد شد چون يكي متعلق حق ثالث است.

۶- هر دو دين مسلم و قطعي باشد.

پس اگر مردد باشد كه اصلاً ديني وجود دارد يا نه؟ اينجا تهاتر حاصل نخواهد شد.

۷- يكي از ديون جزء ديون ممتازه نباشد. (شرط اختلافي)

مثل مصداق ماده ۱۲۰۶ ق. مدنی در نفقه، مهریه. پس اگر يكي از دو دين از ديون ممتازه (نفقه، مهریه) باشد تهاتر قهری حاصل نمي‌شود.

در صورت تحقق اين شرايط، تهاتر قهراً و بدون لزوم اراده طرفين حاصل مي‌شود و اگر اين شرايط حاصل نبود، طرفين مي‌توانند در بعضي قيود به نحو قرارداد تراضي نمايند تا تهاتر حاصل شود (تهاتر قراردادي)

ب- تهاتر قراردادي

تهاتر قراردادي نوعي تهاتر است كه با تراضي و توافق و قرارداد طرفين صورت حاصل مي‌شود.

سؤال: آيا در تهاتر قراردادي در همه جهات توافق صورت مي‌گيرد يا در جهات خاصي؟

جواب: در برخي موارد و در جهات خاصي از قبيل :

۱. در عدم تجانس عرفي: مثلاً برنج ايراني و پاكستاني عرفاً متجانس نيستند ولي براي تحقق تهاتر قراردادي بايد نسبت به ما به التفاوت تراضي كنند حالا تراضي چگونه باشد كه ربا نشود، مرحوم شهيد شش راه را در لمعه بيان كرده است.

۲. اختلاف در زمان تأديه: در جايي كه زمان تأديه مختلف است مي‌توانند براي تحقق تهاتر تراضي نمايند.

۳. اختلاف در مكان تأديه: كه مي‌توانند به مكان خاصي تراضي نمايند و تهاتر حاصل شود. پس اگر دو دين مختلف فیه باشد، اصلاً تراضي وجود ندارد تا تهاتر حاصل شود.

ج- تهاتر قضايي

۱. ماده ۱۲۰۶ ق. مدنی: « زوجه در هر حال مي‌تواند براي نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوي نمايد و طلب او از بابت نفقه مزبور طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس يا ورشكستگي شوهر زن مقدم بر غرما خواهد بود ولي اقارب فقط نسبت به آتیه مي‌توانند مطالبه نفقه نمايند».

اگر کار به مرافعه بکشد و با حکم قاضی تهاتر محقق شود به این نوع تهاتر، تهاتر قضایی گفته می‌شود.

۲- طبیعت

یعنی از عوامل قهریه فرس مازور در طبیعت مانند: زلزله، طوفان، سیل، صاعقه، ریزش بهمن که این حوادث به صورت قهری در طبیعت، مانع از انجام تعهدات می‌شوند مثلاً عین مبیع را از بین می‌برند. در مورد عوامل طبیعی فرس مازور در طبیعت قانون مدنی فقط به ذکر مصادیق پرداخته و مناط و معیار و قاعده‌ای در این خصوص مطرح نکرده است که این حقوقدانان و قضات هستند که باید از این مصادیق، مناط و قاعده کلی را استخراج نمایند. مانند ماده ۶۴۰ ق. مدنی که می‌گوید: «مستعیر ضامن تلف یا نقصان مال عاریه نمی‌باشد مگر در صورت تفریط یا تعدی». یعنی حتی اگر موجب، عوامل قهریه و فرس مازور باشد. همچنین ماده ۶۱۴ ق. مدنی: «امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی‌باشد مگر در صورت تعدی یا تفریط». که تعهد امین در ودیعه و عاریه تسلیم و رد مال است که تعهدشان بر اثر عوامل قهریه طبیعی مانند زلزله، طوفان و غیره ساقط می‌گردد. که در مورد طبیعت فقط به ذکر مصادیق آن پرداخته و به صورت یک قاعده کلی بیان ننموده است.

در جاهایی به لحاظ دلایل خاصی مسئولیت به نحو جزئی (نه کلی) برداشته می‌شود مثل باب بیع که از باب ضمان درک اگر سیل هم بیاید مسئولیت ضامن در تسلیم مبیع از بین نمی‌رود اما مسئولیت تسلیم خود همان عین از بین می‌رود و باید مثل یا قیمت آن را بدهد.

ضمان درک در باب بیع از باب قاعده است که «تلف المبیع قبل قبضه من مال بایعه» ولی در عقود امانی و نیز در هر جا امانت ناشی از عقد باشد و هر جا عنوان امانت صدق کند و لو خارج از عقد باشد مثلاً سیل بیاید و مال التجاره را ببرد، تعهد عامل ساقط است. پس هر جا بر شخصی عنوان امین صادق باشد، به تبع عقد مثلاً خانه مورد اجاره را صاعقه خراب کرد، تعهد مستأجر به رد خانه منتفی است. پس تعهد چه مستقیم (مانند ودیعه، عاریه) و چه غیرمستقیم (اجاره، مضاربه، مساقات) باشد، مسئولیت به سبب عوامل طبیعی ساقط می‌شود.

برای تکمیل بحث ذیل ماده ۲۴۰ ق. مدنی در مورد نقش فرس مازور مطالعه شود.

۳- دولت

از عوامل قهری سقوط تعهدات دولت است. چرا که دولت یک سلسله قوانینی را وضع می‌نماید که انجام تعهد توسط متعهد را ناممکن می‌سازد. مثلاً واردات کالای مورد تعهد توسط دولت ممنوع می‌شود که در چنین وضعیتی تابع و مقهور دولت می‌شوید و تعهدات ساقط می‌گردد. مواد ۳۷۲، ۳۴۸ و ۲۴۰ ق. مدنی در این باره مطالعه شود.

۴- مالکیت ما فی الذمه

ماده ۳۰۰ ق. مدنی بیان می‌دارد: «اگر مدیون مالک ما فی الذمه خود گردد ذمه او بری می‌شود مثل اینکه اگر کسی به مورث خود مدیون باشد پس از فوت مورث دین او نسبت به سهم الارث ساقط می‌شود». مثلاً فرزندی که به پدرش بدهکار است، پدر از دنیا برود که اگر تک فرزند باشد تمام ما ترک پدر به فرزند می‌رسد و فرزند، هم من علیه الحق و هم من له الحق می‌شود.

البته در خصوص این مورد باید به ماده ۲۴۸ قانون امور حسبی در چگونگی تقسیم ترکه توجه داشت که اگر دِیان دیگری در کار باشند چگونه باید حساب کرد و اگر پسر مالک ذمه خویش شود سایر دِیان چه می‌شوند و چنین نیست که کسی علی‌الطلاق مالک ذمه خویش شود. در باب وصیت هم موصی‌له که صاحب مال می‌شود و از طرفی به موصی بدهکار است در همان حد مالک ذمه خویش بوده و تعهد ساقط است.

۵- مرور زمان

در حقوق مدون ایران مرور زمان در قانون آیین دادرسی مدنی با اعلام شورای نگهبان خلاف شرع دانسته شد. بنابراین مرور زمان به عنوان عامل سقوط حق اصلاً نداریم نه در کیفری، نه در مدنی و نه در قانون مجازات. پس عامل سقوط اصل حق نداریم. در بخش دوم آیا عامل سقوط طرح دعوا داریم یا نه؟ شورای نگهبان فرمود: در امور مدنی حق طرح دعوا هم محدود کردنش خلاف شرع است و الان هم چنین چیزی نداریم.

در امور کیفری، مرور زمانی که مانع حق طرح دعوا بشود در مواردی که فقط منشأ جزایی آن حقوق سلطانی باشد، مرور زمان وجود دارد ولی اگر حقوق جزایی که منشأش حق الناس و حق الله باشد، مرور زمان نداریم.

در ارتباط با مرور زمان در حقوق مدنی از باب طرح دعوا یکجا آمده است که آن مورد ماده ۱۱۶۲ ق. مدنی در باب نفی ولد است. اما از جهت صدور اصل حق اصلاً نه کیفری و نه مدنی مرور زمان نداریم. ماده ۱۱۶۲ ق. مدنی: «در مورد مواد قبل دعوی نفی ولد باید در مدتی که عادتاً پس از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل برای امکان اقامه دعوی کافی می‌باشد اقامه گردد و در هر حال دعوی مزبور پس از انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود».

۶- انفساخ

انفساخ در عقود معاوضی در مواردی مثل بروز سفاهت، جنون و فوت در عقود جایزه و در غیر عقود معاوضی انفساخ به اسباب دیگری حادث می‌شود مانند: ارتداد پس از عقد نکاح.

۱. حقوق سلطانی، عبارت است از مجازات‌های بازدارنده مانند: عدم ثبت واقعه طلاق، واقعه نکاح، صدور چک بلامحل و ...