

تعارض تعریف قانونی عهد با بیع بار و یک‌کردی به فقه و حقوق غرب

سیدمهدی دادمرزی^۱

چکیده

مقاله حاضر به بررسی تعارض مواد ۱۸۲ با ماده ۳۳۸ ق.م. پرداخته است. سبب این تعارض نیز محور بودن تعهد در تعریف عقد در کنار تملیکی قلمداد شدن ماهیت بیع در قانون مدنی است؛ لکن از آن جا که این تعارض در سطحی وسیع‌تر میان تمامی عقود تملیکی مورد اشاره در قانون مدنی و تعریف عقد در قانون مدنی قابل طرح است، موادی دیگر از قانون مدنی نیز در حاشیه به چالش خوانده شده‌اند و حتی این تکاپو به محدوده یکی از عقود غیر تملیکی یعنی نکاح نیز کشانده شده است. چنین تعارضی اگرچه در اکثر کتب قدما و حقوقدانان مدنی، مطرح نشده است، ولی اکثر حقوقدانان برجسته معاصر و صاحب‌نام در زمینه حقوق مدنی با تأثر از مفهوم عقد در حقوق غربی به آن پرداخته و بعضاً با آن به عنوان یک تعارض پایدار (مستقر) برخورد کرده‌اند. تلاش ما در این جا معطوف آن بوده است که ضمن بررسی انتقادی نظرهای قائلین به این تعارض و معرفی راه‌حل‌های قابل ارائه در این باره، به مدد منابع قانون مدنی ایران به ویژه فقه امامیه و از طریق تبیین تفاوت مفهوم تعهد در حقوق غرب با آنچه در حقوق بومی ایران قابل معرفی است، این تعارض را موضوعاً منتفی معرفی کنیم و از این رهگذر، استواری قانون مدنی را به اثبات برسانیم.

واژگان کلیدی: عهد، عقد، عقود تملیکی، عقود عهدی، بیع، تعارض مواد، قانون مدنی ایران

صفحه ۲۷ پژوهش حقوقی تطبیقی حقوق اسلام و غرب - سال اول - شماره اول - پاییز ۱۳۹۳



۱- استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم



مقدمه

رشته حقوق مدنی در میان سایر رشته‌های حقوق، از جهت قدمت، ریشه‌دارترین رشته و از جهت برخوردارگی از پشتوانه علمی، غنی‌ترین آن‌ها و از حیث تأثیرگذاری بر بسیاری از شعب حقوق، مؤثرترین است. همین ویژگی‌ها باعث شده است تا قانون مدنی به‌عنوان مهم‌ترین منبع حقوق مدنی نه تنها در ایران که در کشورهای مطرح در زمینه حقوق مدنی، همچون فرانسه که در دو قرن قبل نوشته شده و دارای ۲۲۷۹ ماده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۶۸۲) از ماندگارترین متون قانونی به‌شمار آید.

قانون مدنی ایران به جهت اقتباس فراگیر از فقه امامیه که ریشه در آموزه‌های پایدار دریافت شده از وحی دارد و فقهای عظام با مراجعه به کتاب و سنت به استخراج آن‌ها پرداخته‌اند، از ثبات متمایزی برخوردار است. این اقتباس به اندازه‌ای است که قانون مدنی ما، ترجمه عبارات فقها خوانده شده است (پاشا صالح، ۱۳۴۸: ۲۷۰ و ۲۶۱) که باعث گردیده فقه از انحصار فقها خارج شود (شایگان، ۱۳۲۴: ۳۵) و جالب است بدانیم این اتفاق در مورد قانونی رخ داده است که آن را اساس حقوق جدید ایران معرفی کرده‌اند (شایگان، ۱۳۲۴: ۳۵).

ترکیب کمیسیون تدوین جلد اول قانون مدنی (مشمول بر ۹۵۵ ماده که در دی ماه ۱۳۰۶ تهیه و در جلسه ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷ به تصویب مجلس شورای ملی آن زمان رسید)، متشکل بود از آقایان حاج سید نصرالله تقوی، محسن صدر، مصطفی عدل، کاظم عصار، شیخ محمدعلی کاشانی، میرزا محمد رضا ایروانی، شیخ علی بابا و حاج میرزا سید محمد فاطمی و به ریاست علی اکبر داوود. اعضای کمیسیون تهیه جلد دوم و سوم قانون مدنی در آبان ماه ۱۳۱۳ (مشمول بر ۳۸۰ ماده که به تدریج از ششم بهمن ۱۳۱۳ تا هشتم آبان ۱۳۱۴ به تصویب مجلس شورای ملی وقت رسید) عبارت بودند از: آقایان محسن صدر، متین دفتری، حاج سید نصرالله تقوی، مصطفی عدل، جواد عامری، محمد بروجردی، اسدالله ممقانی، سید محمد رضا افجه و سید محمد فاطمی (شایگان، ۱۳۲۴: ۳۷ و ۳۶). نگاهی به این ترکیب از غلبه حضور فقها در تدوین قانون مدنی حکایت می‌کند که از میان ایشان، مؤثرترین عضو که از وی به «نویسنده قانون مدنی» تعبیر می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۵) مرحوم





سید محمد فاطمی از شاگردان آیت‌الله میرزا محمد حسین آشتیانی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۵۲۱).

بعد از پیروزی شکوهمند انقلاب اسلامی ایران تنها مجموعه مدون قانونی که در برابر خطاب اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با افتخار بر هویت اسلامی خود تأکید کرد همین قانون مدنی بود. از این رو در دو بازنگری کامل مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۶۱ و به صورت آزمایشی و بار دیگر در سال ۱۳۷۰ و به صورت دائمی، کم‌ترین تغییرات را به خود دید و حتی شماره مواد آن دست نخورده باقی ماند؛ همچنان که برای اولین بار در سال ۱۳۳۷ نیز اصلاحات به عمل آمده در آن جزئی بود.

آنچه در این باب مهم است بذل تلاش عالمانه برای حفظ این شاهکار حقوقی در برابر ابهاماتی است که به مدد ابزارهای علمی از جمله پشتوانه فقهی قانون مدنی قابل برطرف شدن است و گرنه بیان نقدها و ذکر نواقص این قانون به گونه‌ای مستدل و روشمند زمینه اعتلای فقه و بالندگی حقوق مدنی را در عرصه‌های ثبوتی و اثباتی فراهم می‌آورد و دستمایه‌های لازم را در اختیار قانونگذار قرار می‌دهد.

۱. سیر تاریخی بحث

اولین کسی که به‌عنوان یکی از اعضای هر دو کمیسیون اول و دوم تدوین قانون مدنی - به شرحی که گذشت - به شرح قانون مدنی و انتشار آن اقدام کرد «دکتر مصطفی عدل» یا همان «میرزا سید مصطفی خان عدل» ملقب به «منصورالسلطنه» است. البته معلوم نیست چرا دکتر جعفری لنگرودی در یکی از تازه‌ترین آثار خود از شارح اول قانون مدنی با تعابیری مانند تحصیل کرده نجف و سوئیس، یاد می‌کند که بر دکتر «سید حسن امامی» منطبق می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۳۲ و ۱۱). حسب گزارش «دکتر سید علی شایگان»، چاپ دوم کتاب دکتر عدل در سال ۱۳۱۱ در طهران به چاپ رسیده است (شایگان، ۱۳۲۴: ۴۴)؛ یعنی بعد از تصویب جلد اول قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ و پیش از تصویب آخرین جلد آن در سال ۱۳۱۴. در هر حال ایشان در کتاب خود نه در ذیل ماده ۱۸۳ ق.م. و نه به هنگام شرح ماده ۳۳۸ ق.م. تعارضی را گزارش نکرده است؛ همچنان که تقسیم عقد به عهدی و تملیکی را نیز متعرض نشده است (عدل، ۱۳۳۱: ۱۰۹-۱۰۷ و ۲۵۵-۲۵۴).

دکتر شایگان از دیگر شارحان قدیمی قانون مدنی نیز در کتاب خود نه عقد را به عهدی و تملیکی تقسیم کرده و نه ماده ۱۸۳ ق.م. را معارض با ماده ۳۳۸ ق.م. معرفی کرده است (شایگان، ۱۳۲۴: ۹۲ و ۹۰). شارح پیشکسوت دیگر دکتر محمد عبده (بروجردی) که کتابش در سال ۱۳۲۹ به طبع رسید هیچ تعارضی را میان دو ماده مزبور گزارش نمی‌کند (عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۱۹۴). آخرین شارح قدیمی





قانون مدنی که از آن نام می‌بریم سید علی حائری (شاهباغ)، متولد ۱۳۰۴ است که او نیز به چنین تعارضی اشاره نمی‌کند (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۱۴۴ و ۱۴۳ و ۳۲۶).

اولین حقوقدان برجسته ایران که به هنگام بررسی تعریف عقد در ماده ۱۸۳ ق.م. صریحاً به ریشه تعارض مورد نظر ما اشاره می‌کند، بدون آن که آن را بر ماده ۳۳۸ ق.م. تطبیق کند، دکتر سید حسن امامی است. ایشان در این باره می‌نویسد: «تعریف مزبور [در ماده ۱۸۳ ق.م.] ناقص است؛ زیرا فقط تعریف از عقد عهدی کرده و شامل عقد تملیکی که به وسیله آن مالی از ملکیت کسی خارج و در ملکیت دیگری داخل می‌گردد نمی‌شود، چه در این گونه عقود به نفس عقد، انتقال ملکیت حاصل می‌گردد و تعهدی مستقیماً ایجاد نمی‌شود...» (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۱۶۰). همچنین مؤلف یاد شده از یک سو ماده ۳۳۸ ق.م. را ناظر به بیع عین شخصی می‌داند و از سوی دیگر، بیع را در آن جا که مبیع کلی است عقدی، عهدی معرفی می‌کند (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۴۱۹). ظاهراً از انضمام این دو مقدمه به بیانی که از وی در مورد خروج عقود تملیکی از تعریف عقد نقل کردیم است که یکی از حقوقدانان مسلم و کهنسال ایران به دکتر امامی نسبت می‌دهد که وی «... مفاد ماده ۳۳۸ ق.م. را در تعریف بیع... متناقض و مغایر با ماده ۱۸۳ دیده است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱) و الا در عبارات خود ایشان تصریحی در این باره به چشم نمی‌خورد. در هر حال از این مقطع به بعد است که در کتب مؤلفین حقوق مدنی به گونه‌ای فراگیر و صریح، تعارض ماده ۱۸۳ ق.م. با ماده ۳۳۸ ق.م. و حتی با سایر موادی که عقود تملیکی را معرفی کرده‌اند مطرح می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج ۱: ۲۰؛ همو، ۱۳۷۴: ۳۰؛ شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۸ و ۳۶؛ صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲: ۱۶). ما در ادامه نوشتار و به زعم خود، سر مسکوت بودن این نکته را در آثار شارحان متقدم قانون مدنی معرفی و این احتمال را که آشنایی آن‌ها با فقه و یا حشر و نشر آن‌ها با فقها چندان بود که تعارض یاد شده را بدوی‌تر از آن می‌دیدند که متذکر گردند تقویت می‌کنیم؛ اگر چه این نکته را نیز نباید نادیده گرفت که تاریخ علم نشان می‌دهد همواره بررسی‌های عالمانه از اجمال به تفصیل در حرکت است.

۲. بیان اصل تعارض و محدوده آن

از آن جا که عنوان نوشتار حاضر تعارض میان مواد ۱۸۳ ق.م. و ۳۳۸ ق.م. است مناسب است ابتدا این دو ماده را از نظر گذارنده، با محوریت آن دو، ابتدا اصل تعارض و سپس محدوده آن را تبیین کنیم. در ماده ۱۸۳ ق.م. می‌خوانیم: «عقد، عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». ماده ۳۳۸ ق.م. نیز چنین مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». از طرفی می‌دانیم که «بیع» مهم‌ترین عقد معین است، هم





از جهت کاربرد و هم از جهت رتبه‌ای که در حقوق مدنی در بحث قراردادها دارد. نتیجه این که با وجود عدم تردید در «عقد» بودن «بیع»، آن ویژگی را که ماده ۱۸۳ ق.م. تحت عنوان «تعهد کردن بر امری» به عنوان شالوده اصلی عقد (چه در معنای مصدری و چه در معنای مفعولی عقد) معرفی کرده است در تعریف ۳۳۸ ق.م. مشاهده نمی‌کنیم؛ چرا که در این ماده شالوده اصلی بیع، «تملیک» قرار داده شده است، نه تعهد به تملیک و روشن است که این دو مدلول با هم قابل جمع نیست؛ چرا که تملیک غیر از تعهد به تملیک است. اولی به طور آنی به مجرد فراهم شدن ارکان عقد محقق می‌شود، در حالی که دومی بعد از تحقق عقد باید به انجام برسد تا تملیک محقق گردد. بلکه اگر حقوق ایران به مانند حقوق کشورهایی چون آلمان، سوئیس، اتریش، اسپانیا، هلند، آفریقای جنوبی، نروژ و روسیه، قرارداد بیع را عقدی می‌دانست که به خودی خود انتقال مالکیت را در پی ندارد (امینی، ۱۳۸۲: ۱۵۵) چنین تعارضی نیز مطرح نمی‌گشت. همچنین باید خاطر نشان کنیم که اصل تعارض یاد شده هم مطابق نظر کسانی که ماده ۳۳۸ ق.م. را منحصر به بیع عین شخصی می‌دانند (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۴۱۹؛ صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲: ۷۶) قابل طرح است و هم کسانی که ماده ۳۳۸ ق.م. را شامل بیع کلی نیز می‌دانند (لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱).

۳. محدوده تعارض

از مطالب گذشته به دست می‌آید که تعارض دو ماده مورد بحث بر دو مقدمه مبتنی است: اول) در ماده ۱۸۳ عقد به گونه‌ای تعریف شده است که فقط عقد عهدی را که اثر آن ایجاد تعهد است شامل می‌شود.

دوم) در ماده ۳۳۸ بیع، عقدی تملیکی معرفی شده است. بنابراین، بسته به این که اقسامی از بیع مثل بیع کلی را مصداق عقد عهدی بدانیم و یا آن که بیع را چه کلی و چه عین شخصی از مصادیق عقد تملیکی به شمار آوریم (لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱)، محدوده تعارض از جهت مصداق‌های مشمول تعارض در ماده ۳۳۸ ق.م. به ترتیب ضیق و سعه می‌یابد؛ همچنان که دامنه این تعارض، هر عقد دیگری غیر از بیع را که در قانون مدنی تملیکی معرفی شده است در برمی‌گیرد مانند ماده ۴۶۴ ق.م. در مورد عقد معاوضه، ماده ۴۶۶ ق.م. در مورد عقد اجاره، ماده ۶۴۸ ق.م. در مورد عقد قرض، ماده ۷۹۵ ق.م. در مورد هبه و ماده ۸۲۶ ق.م. در مورد وصیت تملیکی (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۸). البته قائلین به معقول نبودن تملیک کلی تنها در جایی که موضوع این عقود عین معین است با ما هم‌نوا می‌شوند؛ زیرا بیع از این جهت نباید نزد ایشان خصوصیتی داشته باشد. همچنین در مورد داخل شدن وصیت تملیکی، زمانی می‌توان مطلب را تمام دانست که عقد بودن آن مسلم باشد و الا اگر داخل در ایقاع شود تخصصاً از





ماده ۱۸۳ ق.م. خارج است. به این عقود می توان عقد صلح را اضافه کرد (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ج، ۱: ۲۲). البته مراد، صلح در مقام معاملات مملکت است (ماده ۷۵۲ ق.م. و ماده ۷۵۸ ق.م)، خواه معوض باشد خواه غیر معوض (ماده ۷۵۷ و ۷۶۸ ق.م). به نظر نگارنده، محدوده تعارض از این هم فراتر است و هر عقدی را که اثر آن به محض وقوع ایجاد می شود در برمی گیرد، حتی اگر آن اثر آئی، تملیک نبوده، بلکه امری چون زوجیت باشد. با این حال باید توجه داشت که با تحفظ بر عدم انطباق تعریف عقد در ماده ۱۸۳ ق.م. بر عقد غیر عهدی و عهدی نبودن نکاح، کاری از ابهام کلمه «هر امری» در متن ماده ۱۸۳ ق.م. برای آن که عقدی چون نکاح را شامل شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۱۵۷) ساخته نیست.

مطلب دیگری که توجه به آن باعث توسعه تعارض میان مواد قانون مدنی درگیر در بحث حاضر می شود این است که در ماده ۲۱۴ ق.م. مورد معامله نیز مانند خود عقد با محوریت تعهد تعریف شده است و بند ۲ ماده ۱۴۰ ق.م. نیز تعهد را در کنار عقد موجب تملیک دانسته است که مدلول هر دو به نوعی بیانگر نوعی منافات میان این مواد با ماده ۱۸۳ ق.م. است که به حسب ظاهر تعهد را غیر از تملیک و جدا از آن می داند؛ چنان که ماده ۲۱۴ را از این جهت که قید «متعهد شدن» را در آن گنجانده است مخالف با ماده ۳۳۸ ق.م. می نمایاند که در آن، مورد معامله در واقع تملیک یک نوع مال است.

۴. منشأ تعارض

به نظر می رسد تعارض مورد بحث ما با این گستردگی که پیدا کرده است ریشه در دو باور زیر

دارد:

اول) ضرورت تعریف عقد به تعهد؛

دوم) معقول بودن تعلق تملیک به موضوع کلی.

پیش از این دانستیم که باور دوم در اصل تعارض مزبور دخالت ندارد و فقط محدوده آن را دچار نوسان می کند و لذا بررسی معضل آن، موضوع مقاله جداگانه ای را تشکیل می دهد که امیدواریم بتوانیم به زودی آن را با عنوان «ماهیت انتقال کلی» تقدیم علاقه مندان کنیم. با این حال به نحو مجمل و در ادامه نوشتار به آن نیز اشاره خواهیم کرد.

اما منشأ باور اول، دخالت دادن آموزه های حقوق غرب در مقام تحلیل مفهوم عقد به ویژه به سبب اعتقاد به ترجمه ماده ۱۸۳ ق.م. از روی قانون مدنی فرانسه است. به نظر می رسد پیش از ارائه راه حل های رفع این تعارض، مناسب است ابتدا حقیقت این اقتباس را که در صورت تثبیت می تواند در ادامه بحث به منزله مانعی بر سر پذیرش راه حل مختار ما عرض اندام کند مورد بررسی قرار دهیم.





از شارحان قدیمی قانون مدنی که پیش از این از آن‌ها یاد شد، تنها دکتر محمد عبده بروجردی به هنگام شرح ماده ۱۸۳ ق.م. این اقتباس را مورد توجه قرار داده، می‌گوید: «قانون مدنی ایران در وضع باب مخصوص برای عقود و تعهدات به طور کلی، پیروی از قانون اروپا کرده و عقد را در ماده ۱۸۳ به این قسم تعریف کرده است... بنابراین، تعریف مذکور متخذ از تعریفی است که در قانون فرانسه از عقد شده...» (عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۱۹۴). با این حال اظهار نظر فوق دلالت ندارد که ماده ۱۸۳ ق.م. ترجمه یکی از مواد قانون مدنی فرانسه است و نهایتاً اقتباس فی الجمله و نه بالجمله را می‌رساند.

دکتر سیدحسن امامی نیز در این باره می‌نویسد: «قانون مدنی، این باب (عقود و تعهدات به طور کلی) را از قانون مدنی فرانسه متابعت کرده و مواد آن را ترجمه و تغییراتی داده و اصول حقوقی خود را در آن رعایت کرده است (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۱۵۹). این عبارت نیز گویای اقتباس فی الجمله و فعال، نه بالجمله و منفعل از قانون مدنی فرانسه در بابی است که ماده ۱۸۳ ق.م. در آن قرار دارد و راجع به ماده ۱۸۳ ق.م. نیز ادعای اختصاصی را مطرح نکرده است.

دکتر شهیدی پا را از این مقدار فراتر گذارده، اظهار می‌دارد: «به نظر می‌رسد که ماده ۱۸۳ ق.م. از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه، بدون انجام تغییرات متناسب با سیستم حقوقی ایران، اقتباس گردیده و نقص موجود در تعریف عقد در قانون مدنی ایران، از همین جا ناشی شده است...» (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۸). معهذاً روشن است که ایشان نیز ترجمه صد درصد بودن ماده ۱۸۳ ق.م. را از روی ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه ادعا نمی‌کند. دکتر لنگرودی با عنایت به چنین اظهاراتی در مقام داوری میان آن‌ها چنین مرقوم می‌دارد: «از جمیع مواد قانون مدنی فقط حدود دویست ماده از قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است که یکی از این مواد اقتباس شده، ماده ۱۸۳ ق.م. است... این ماده قانون مدنی ایران از ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه گرفته شده است، ولی نویسنده قانون مدنی به رسم مألوف خود... برای مطابقت دادن آن ماده فرنگی با فقه اسلام، دخل و تصرف‌هایی در آن کرده است... شارح اول قانون مدنی [دکتر سید حسن امامی]... به علت عدم احاطه به فقه، مدلول ماده ۱۸۳ ق.م. را مطابق با ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه گرفته است و آنگاه بر اثر این اشتباه بزرگ، اشتباه دومی کرده است... به این صورت که مفاد ماده ۳۳۸ ق.م. را در تعریف بیع (که مأخوذ از فقه است) متناقض و مغایر با ماده ۱۸۳ دیده است...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱-۱۰). این نویسنده برجسته با آن که اقتباس محدود قانون مدنی و از جمله اقتباس ماده ۱۸۳ را از قانون مدنی فرانسه می‌پذیرد، ولی این اقتباس را در خصوص ماده ۱۸۳ ق.م. همراه با دخل و تصرفات متناسب با سیستم حقوقی ایران به شمار می‌آورد و حتی تعریف ماده ۱۸۳ ق.م. را برتر از تعریف عقد در قانون مدنی فرانسه معرفی می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۱۵۷ و ۱۵۶). البته





همان‌طور که از جملات آقای امامی که فوقاً نقل شد استفاده می‌شود ایشان نه به ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه اشاره کرده‌اند و نه قائل به ترجمه مطابقی ماده ۱۸۳ ق.م. از اصل فرانسه آن هستند؛ گرچه ما نیز در عین اذعان به احاطه دکتر امامی به فقه، تعارض مورد نظر ایشان را به شرحی که خواهد آمد قبول نداریم. اکنون نوبت آن رسیده است که با مطالعه متن ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه و مقایسه آن با ماده ۱۸۳ ق.م. ایران به ارزیابی این نظرها پردازیم.

ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه که از روی قانون مدنی فرانسه با اصلاحات ۹ ژوئیه ۱۹۹۱ گرفته شده است (نوری، ۱۳۸۰: ۳) چنین است:

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner à faire ou à ne pas faire quelque chose.

یعنی عقد، توافقی است که به موجب آن یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر متعهد می‌شوند مالی را منتقل کنند، کاری انجام دهند یا فعلی را ترک کنند.

مقایسه این متن با متن ماده ۱۸۳ ق.م. نشان می‌دهد مهم‌ترین تمایز این دو متن در آن است که قانونگذار ایران به جای کلمه «تعهد به انجام کار یا تعهد به ترک فعل» از عبارت «تعهد به امر» استفاده کرده است تا بتواند هر امر انشایی را داخل در تعریف عقد کند ولو مصداق تعهد به انجام فعل یا ترک فعل نباشد. چنین تفسیری زمانی موجه است که کلمه تعهد بتواند چنین توسعه‌ای را که از ابهام کلمه «امر» ناشی می‌شود و در کتب اصولی ما کلمه‌ای است مأنوس (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۶۲-۶۱) برتابد و ما در آینده، روشن خواهیم کرد که تعهد در حقوق بومی ایران چنین قابلیت دارد.

بنابراین ترجمه بودن ماده ۱۸۳ ق.م. ایران از ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه منتفی است و نهایتاً آن است که نویسنده قانون مدنی در تنظیم آن به ماده قانون فرانسه نظر داشته است و مجرد نظر داشتن نمی‌تواند مانعی باشد بر سر راه استعمال کلمه‌ای از سوی مقنن که مشترک در هر دو متن است، در یک معنای بومی که می‌تواند معنای حقیقی آن کلمه در منبع اصلی مقنن یعنی فقه امامیه باشد. شاید سر سکوت شارحان اقدم قانون مدنی در این باره نفوذ آموزه‌های حقوق بومی و سیطره آن بر ذهنیت حقوقی غیربومی ایشان بوده است. به علاوه چگونه است که حقوقدانان ما در مورد بومی کردن احکام نهادهایی چون «نامزدی» که به طور قطع از حقوق اروپایی کپی شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۳۳) خود را متعهد می‌دانند و در این راه مجاهدت‌های علمی در خور تحسین بروز می‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱: ۵۲ و ۵۴)؛ اما در خصوص این مورد که لااقل اقتباس کامل آن از حقوق خارجی محل تردید است نتوان چنین کرد.



۵. راه‌حل‌های تعارض

برای حل این تعارض، راه‌حل‌هایی مطرح و قابل طرح است. ما در این جا به سه راه‌حل اشاره می‌کنیم. راه‌حل اول، قائلی ندارد؛ اما دو راه‌حل دیگر طرفدارانی دارد که از میان آن‌ها راه‌حل سوم با وجود طرفدار کم و روشن نبودن تفصیلی زوایای آن، بهترین راه‌حل است. بدیهی است که معتقدان به تعارض پایدار (مستقر) در موضوع بحث حاضر، راه‌حلی را ارائه نکنند؛ اگر چه این دسته به لازمه سخن خود که مترتب کردن احکام تعارض (همچون تساقط) در خصوص مورد است ملتزم نیستند.

۱-۵ نظریه تقیید و تخصیص تعریف عقد در قانون مدنی

در جای خود روشن شده است که تقیید همانند تخصیص، حکومت و ورود از موارد جمع عرفی است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ ق: ۴۴۹ و ۴۳۷؛ امامی، ۱۳۷۱، ج ۴: ۱۴۰ و ۱۳۹) و موارد جمع عرفی خواه موضوعاً خارج از بحث تعارض قرار بگیرد و یا حکماً، در هر حال احکام تعارض بر آن‌ها جاری نمی‌شود (صدر، ۱۹۸۰: ۱۳ و ۱۷). البته بنا بر خروج موضوعی، طرح بحث تخصیص، استطرادی و بنا بر خروج حکمی، بحث از آن به جهت صدق معنای تعارض بر آن چندان هم بی‌مناسبت نمی‌نماید.

در هر حال ممکن است گفته شود چون کلمه «عقد» در ماده ۱۸۳ ق.م. مطلق است و هر مطلقى ولو با مقیدی منفصل، قابل تقیید است، از این رو با آمدن ماده ۳۳۸ ق.م. کشف می‌کنیم که مراد از عقد در ماده ۱۸۳ ق.م. عقدی است که بیع (حداقل بیع عین معین) نباشد، نه مطلق عقد؛ همچنان که می‌توانیم بگوئیم ماده ۱۸۳ ق.م. ظهور در عموم دارد و مرجع آن به «هر عقدی» باز می‌گردد و با آمدن ماده ۳۳۸ ق.م. روشن می‌شود که مراد جدی مقنن در ماده ۱۸۳ ق.م. تمام عقود نبوده است و بیع با وجود آن که عقد است از دایره ماده ۱۸۳ ق.م. خارج شده است.

ایراد عمده این راه‌حل، گذشته از استهجان تخصیص اکثر به دلیل مشترک بودن تمام عقود تملیکی و بعضی از عقود غیر تملیکی غیر عهدهی همچون نکاح با عقد بیع و در نتیجه خروج تمام آن‌ها از مشمول ماده ۱۸۳ ق.م، آن است که ماده ۱۸۳ ق.م. آبی از تخصیص و تقیید است؛ چرا که ظاهر و نیز نحوه قرار گرفتن آن در صدر بحث از قواعد عمومی قراردادها می‌رساند که قانونگذار در این ماده در صدد بیان ماهیت مطلق عقد است، نه عقد مطلق؛ به گونه‌ای که می‌خواهد بگوید هر جا ذات عقد وجود داشته باشد باید تعریف مزبور بر آن قابل انطباق باشد و چون به دلیل خارجی می‌دانیم که بیع، عقد است از این رو مدالیل این دو ماده با هم قابل جمع نخواهند بود فلذا مورد داخل در بحث تعارض با احکام خاص خود است، نه موارد جمع عرفی.





۲-۵ نظر به تأویل عقود تملیکی به عقود عهدی

از میان مؤلفین باسابقه حقوق مدنی تنها یک تن را یافتیم که می گویند: «...چون در عقد تملیکی معمولاً تعهد، هر چند فرعی باشد، وجود دارد، لذا عقد مزبور نیز مشمول تعریف قانون مدنی خواهد بود» (صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲: ۱۷) و در جای دیگر در خصوص بیع عین معین که به زعم ایشان ماده ۳۳۸ ق.م. فقط ناظر به آن است (صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲: ۲۷۶) می نویسد: «...در عقد تملیکی نیز تعهد ایجاد می شود، ولی به محض ایجاد، ایفا و اسقاط می گردد. از این رو عقد مزبور نیز مشمول تعریف قانون مدنی خواهد بود» (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۹). البته ایشان در مورد شمول و عدم شمول تعریف عقد نسبت به عقدی چون نکاح اظهار نظر نکرده اند، ولی از ملاکی که فوقاً به دست داده اند می توان شمول تعریف نسبت به نکاح را نیز به ایشان نسبت داد.

ایراد عمده این نظریه چنان که دیگران نیز تذکر داده اند (امامی، ۱۳۷۱: ۱۶۰؛ شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۴۶) آن است که در عقود تملیکی به حسب مفهوم، تعهدی وجود ندارد، در حالی که قانونگذار در ماده ۱۸۳ ق.م. ایجاد تعهد را در مفهوم عقد اشراب کرده است؛ به گونه ای که در تکوین ماهیت عقد، ایجاد مستقیم تعهد دخالت داده شده است. اما این که در مصادیق عقد، تعهداتی همچون تعهد به تسلیم موضوع معامله به چشم می خورد، دخلی به تعریف عقد ندارد.

البته ایراد فوق متوجه آن قسمت از ادعای نظریه مورد بحث نمی شود که عقد بیع معین را به عقدی تحلیل می کند که اثر مستقیم آن ایجاد یک تعهد آنی بر تملیک است که فوراً اجرا می شود. ولی از آن جا که بررسی تفصیلی این ادعا و ریشه غربی آن می تواند وظیفه نوشتار مستقلی باشد که حقیقت بیع و اقسام آن و در واقع ماهیت انتقال مالکیت را موضوع بحث قرار می دهد (امینی، ۱۳۸۲: ۱۶۴ و ۱۵۵) و این که این مسأله در تعیین دامنه تعارض مورد بحث دخالت دارد، نه اصل آن، لذا در این جا فقط به همین مقدار بسنده می کنیم که این تحلیل سخت تکلف آمیز است؛ زیرا در عقود تملیکی، طرفین قرارداد، تملیک می کنند و هرگز قصد ندارند انجام دادن کاری را ولو آنی بر عهده بگیرند. همچنین ادعای دیگر صاحب نظریه فوق را مبنی بر عهدی بودن اقسامی از بیع مثل بیع کلی و بیع صرف (صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲: ۲۷۶ و ۲۸۳) که برخلاف ادعای تأویل عقود تملیکی به عهدی در غیر بیع عین معین، مشترک میان جمهور حقوقدانان ایران است (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۴۱۸) در همان نوشتار یا همان طور که خاطر نشان کردیم در نوشتار مستقل خود تحت عنوان ماهیت انتقال کلی باید سراغ گرفت. در این رابطه نیز فقط به همین مقدار بسنده می کنیم که شارحان اقدم قانون مدنی به پذیرش نظریه تحقق مالکیت نسبت به کلی که از مختصات فقه اسلامی است تمایل نشان می دادند (حائری شهاباغ، ۱۳۷۶:





۳۶۴-۳۶۳) و یا شدیداً تحت تأثیر غلبه آن قرار داشتند (عدل، ۱۳۳۱: ۲۶۴)؛ به طوری که با وجود طرح کردن بحث تعهد و عناصر آن، تقسیم عقد به عهدی و تملیکی را متعرض نمی‌شدند (عدل، ۱۳۳۱: ۲۶۴؛ شایگان، ۱۳۲۴: ۹۰-۹۱؛ عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۱۰۵-۱۰۴).

۵-۳ نظریه توسعه در معنای تعهد

ابتدا نمونه‌هایی از تعاریف ارائه شده از عقد بر محور تعهد را از فقه امامیه، عامه، حقوق خارجی و حقوق داخلی می‌آوریم تا بتوان با دقت در آن‌ها به این سؤال پاسخ داد که آیا تعهد به کار رفته در تعریف عقد نزد فقها و حقوقدانان داخلی و خارجی به یک معنا است، یا آن که این کلمه مشترک لفظی می‌باشد؟ و اگر پاسخ مثبت است کدام معنا از تعهد در ماده ۱۸۳ ق.م. مراد بوده است و این امر چه اثری بر سرنوشت موضوع نوشتار حاضر می‌تواند داشته باشد؟

مرحوم بجنوردی در این باره می‌نویسد: «فی الحقیقه، العقد عباره عن تعهد الشخص مع آخر فی امر من الامور...» (بجنوردی، ۱۳۸۹، ج ۳: ۱۱۶)، یعنی عقد در حقیقت عبارت است از تعهد شخصی با شخص دیگر در امری از امور... .

در ماده ۱۰۳ المجله که ملهم از فقه عامه است چنین می‌خوانیم: «العقد، التزام المتعاقدين امرأ و تعهدهما به...» (آل کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱: ۱۱۸)، یعنی عقد عبارت است از التزام طرفین عقد به امری و تعهد آن دو نسبت به آن...». سلیم رستم باز با تطبیق بیع بر تعریف ماده ۱۱۰۳ المجله می‌گوید: «فالعقد البيع مثلاً التزام البایع و المشتري بالمبادله المالیه... به عنوان مثال، عقد بیع عبارت است از تعهد بایع و مشتری به انجام مبادله‌ای مالی...» (باز، ۱۴۰۶: ۶۵).

سنهوری قطع نظر از سیر تاریخی تعریف عقد که در جای خود به آن اشاره می‌کند (سنهوری، ۱۹۹۸، ج ۱: ۷۷) نظر خود را در مورد عقد چنین بیان می‌دارد: «نری تعریف العقد بأنه توافق ارادتين علی احداث اثر قانونی، سواء كان ذالك الاثر هو انشاء التزام او نقله او آن‌هائه» (سنهوری، الف، بی تا: ۸۱)، یعنی به نظر ما عقد عبارت از توافق دو اراده است برای ایجاد اثر قانون، خواه اثر یاد شده ایجاد تعهد باشد یا نقل تعهد یا ساقط کردن تعهد. ایشان نیز در مقام تطبیق تعریف عقد بر بیع می‌گوید: «عقد بیع، تعهداتی را در ناحیه هر یک از بایع و مشتری ایجاد می‌کند» (سنهوری، ب، بی تا، ج ۴: ۲۱).

تعریف عقد به تعهد در حقوق اروپایی نیز امری مشهود است که نمونه‌ای از آن را به هنگام نقل ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه از نظر گذرانندیم. جالب است بدانیم با آن که در حقوق فرانسه عقد بیع، تملیکی دانسته می‌شود، ولی قانون مدنی این کشور «... تحت تأثیر حقوق رم تعهد را اساس تشکیل عقد، حتی عقود تملیکی دانسته و...» [در] ماده ۱۵۸۲ این قانون، بیع را چنین تعریف می‌کند: بیع قراردادی است که





به وسیله آن یک طرف تعهد می کند چیزی را تسلیم کند و دیگری تعهد می کند بهای آن را پردازد» (شهیدی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۴۷).

در حقوق انگلیس نیز محور بودن تعهد در تعریف عقد امر شناخته شده‌ای است. به عنوان نمونه در یکی از معتبرترین کتب حقوق انگلیس چنین می‌خوانیم:

A contract is a promise or set of promises, which the law enforces.
یعنی قرارداد عبارت است از تعهد یا تعهداتی که به حکم قانون لازم‌الاجرا است (Chity, 1999, Vol. 1, P.1).

بسیاری از حقوقدانان ایران نیز از ابتدا تحت تأثیر تعریف عقد به تعهد در حقوق اروپا قرار داشته‌اند و از این رو مانند آن‌ها عقد بیع را تعهدی می‌دانند که به موجب آن بایع باید مبیع را به تصرف مشتری بدهد و خریدار در برابر وی تعهد می‌کند قیمت مال را به او پردازد (عدل، ۱۳۳۱: ۱۰۹؛ شایگان، ۱۳۲۴: ۹۱-۹۰).

همان‌طور که ملاحظه می‌شود تعریف عقد به تعهد، هم در فقه امری معهود است و هم در حقوق متعارف است. در این میان، سؤال اساسی این بود که مراد از عهد و تعهد در تعریف فقها و حقوقدانان یک چیز است، یا آن که کلمه مزبور، مشترک لفظی بوده، در فقه بار معنایی خاصی غیر از آنچه در حقوق مراد است افاده می‌کند؟

با دقت در مثالی که مرحوم بجنوردی در کتاب القواعد الفقهیه آورده‌اند کلام را پی می‌گیریم. ایشان - همان‌گونه که دیدیم - حقیقت عقد را تعهد برای انجام امری از امور معرفی می‌کنند و در ادامه می‌افزایند:

«امر موضوع تعهد می‌تواند از امور مالی باشد، آن‌گونه که در باب معاملات شاهدیم، یا این که امری دیگر مانند نکاح باشد؛ زیرا با عقد نکاح، زوجه متعهد می‌شود که زوجه باشد. از این رو وقتی زوج آن را پذیرفت، معاهده کامل شده، آن امر در ظرف اعتبار ایجاد می‌شود و آثار مربوط بر آن بار می‌گردد. بنابراین، نتیجه عقد، حاصل شدن چیزی است که طرفین نسبت به آن تعهد و عقد بسته‌اند تا آثارش بر آن مترتب گردد» (بجنوردی، ۱۳۸۹، ج ۳: ۱۱۶).

با این بیان می‌توان عنصر تعهد را در عقود تملیکی نیز شناسایی کرد و فی‌المثل گفت: در عقد بیع، طرفین متعهد می‌شوند و به عبارت دیگر قرار می‌گذارند که مبیع از آن مشتری و ثمن از آن بایع باشد. در واقع تعهد در این مقام، به معنای فارسی و متداول آن که عبارت است از «به عهده گرفتن انجام کار» نیست تا ایراد شود که چون در عقود تملیکی پس از انعقاد عقد، کاری برای انجام دادن باقی نمی‌ماند، لذا اخذ مفهوم تعهد در آن بی‌معنا خواهد بود، بلکه در این کاربرد فقهی، تعهد به معنای «قرار گذاردن» و «بنا گذاردن» است؛ یعنی درست همان چیزی که مرحوم محقق اصفهانی نیز به آن تصریح می‌کنند.





ایشان عقد را به دو قرار مرتبط با هم معنا می کنند و می فرمایند: «و العقد هو القرار المرتبط بقرار آخر» (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۷) و در حاشیه بر مکاسب می نویسند: «... اما اصطلاحاً فُكُل عقد عهد و لاعکس ... و تین ایضاً أنّ حیثیه العہدیہ غیر حیثیه العقدیه فی العقود المتعارفہ الاصطلاحیہ فحیثیه القرار من کل من البائع و المشتري عهدٌ منها و حیثیه ارتباط القرار من القابل عقدها...» (غروی اصفهانی، بی تا: ۳۵).

خلاصه کلام مرحوم اصفهانی این است که عقد عبارت از دو عهد مرتبط با هم است. از این رو هر عقدی، عهد است، ولی هر عهدی عقد نیست؛ زیرا ممکن است در مواردی تنها یک عهد وجود داشته باشد، مثل نذر. به عبارت دیگر در هر عقدی دو حیث مستقل از هم وجود دارد که منشأ انتزاع هر یک با دیگری تفاوت دارد. یک حیث، حیث عهدی است که جنبه قلبی و درونی دارد و منشأ انتزاع آن، قراری است که شخص با خود می گذارد. حیث دیگر، جنبه عقدی است که از ارتباط میان دو قراری که طرفین معامله با خود گذارده اند انتزاع می شود.

در مقابل این طرز برداشت از تعهد، تلقی حقوقدانان قرار دارد. تعهد در نزد حقوقدانان، وظیفه ای است برای انجام؛ خواه این وظیفه، فعل و یا ترک فعل باشد و یا انتقال ملکیت. لذا نزد ایشان حصول نفس انتقال ملکیت در یک عقد، بدون واسطه شدن تعهد در آن، غیر قابل تصور است؛ در حالی که در مصطلح فقها، تعهد دارای کششی فراتر از حد یک وظیفه است که باید آن را به انجام رسانید، به طوری که نفس انتقال ملکیت نیز در قالب تعهد به معنای قرار گذاردن و بنا نهادن، قابل تحقق است.

برای توضیح بیش تر این معنای تعهد و بیان این که چنین مفهومی از تعهد، امری غریب نیست، به مسأله شروط ضمن عقد مثال می زنیم:

می دانیم که هم در فقه و هم در حقوق، شروط ضمن عقد را به «شروط فعل»، «شروط صفت» و «شروط نتیجه» تقسیم می کنند. در فقه، دلیل اعتبار این دسته از شروط را که روایت «المؤمنون عند شروطهم» است به «المؤمنون عند عهدهم» معنا می کنند، در حالی که جز در مورد شرط فعل، تعهد به انجام دادن کار اساساً مطرح نیست؛ زیرا هم در شرط وصف و هم در شرط نتیجه، در واقع قرار بر این است که مورد معامله واجد فلان وصف «باشد»، نه آن که «بشود» و نیز فلان اثر حقوقی، همچون مالکیت یا وکالت، به محض انعقاد عقد حاصل آید، نه آن که بعداً و طی انجام تشریفات به وجود آید. به بیان دیگر با آن که در شرط وصف و نتیجه، میان انعقاد عقد و ایجاد موضوع شرط، فاصله ای وجود ندارد تا متعهد با طی کردن آن، مورد شرط را به انجام برساند، با این حال در این دو مورد نیز شرط به معنای عهد به کار رفته است؛ گویی در شرط وصف، متعاملین قرار می گذارند تا مورد معامله دارای فلان وصف باشد و در شرط نتیجه نیز قرار ایشان بر تحقق فلان اثر، به محض انعقاد عقد است.

نقائص تعریف قانونی عهد با یک بار دیگر در مقدمه حقوق غرب





با توجه به مطلب فوق، نظری دوباره به تعریف قانون مدنی از عقد در ماده ۱۸۳ می‌اندازیم. در ماده مزبور، عقد به «تعهد به امر» تعریف شده است. حال اگر ما معنای دوم عهد و در واقع مفهوم فقهی آن را در نظر آوریم که تعهد و عهد را به «بنا و قرار گذاردن» معنا می‌کند، نه «انجام دادن کاری» پر واضح است که این تعریف شامل عقود تملیکی نیز می‌شود؛ زیرا مثلاً در عقد بیع، تعهد بایع و مشتری به این معنا است که با هم قرار می‌گذارند میباید از آن مشتری و ثمن از آن بایع باشد. با عنایت به مطالب یاد شده است که مشاهده می‌کنیم قانون مدنی در ماده ۳۳۸، بیع را به «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف می‌کند و از تعهد به معنای به عهده گرفتن انجام کاری سخن به میان نمی‌آورد؛ در حالی که در عقد بودن بیع از دید قانون مدنی تردید نداریم.

در خاتمه لازم است یادآوری کنیم که در میان شارحان اقدم قانون مدنی ایران، آن‌ها که تحصیلات رسمی فقهی در حوزه‌ها داشته‌اند با این تحلیل آشنا بوده‌اند، به طوری که یکی از ایشان عقد را در اصطلاح فقها معاهده‌ای می‌داند که بین دو طرف واقع می‌شود (حائری شاهیباغ، ۱۳۷۶: ۳۲۶) و در خصوص عقد بیع چنین می‌نویسد: «... وجه مناسبت بیع با معنای دوم لغوی [عقد] یعنی عهد مؤکد آن است که به واسطه تبادل الفاظ مخصوص از طرف متعاهدین، معاهده بین آنان برای ایجاد منظور خاص حاصل می‌شود؛ مثل آن که در بیع... تعهدی بین آن دو [بایع و مشتری] به وجود می‌آید به این که میباید مال مشتری باشد به عوض ثمن و ثمن مال بایع باشد، به عوض مثن» (حائری شاهیباغ، ۱۳۷۶: ۱۴۳).

از میان حقوقدانان برجسته معاصر نیز عباراتی دال بر توجه ایشان به پیشینه فقهی بحث به چشم می‌خورد تا جایی که یکی از این استادان به طور صریح، تملیک را نوعی تعهد معرفی می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ج ۱: ۲۱) و در توجیه نظر خود می‌نویسد: «... در حقوق اسلام، هیچ‌گاه اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نبوده است و از دیرباز پذیرفته شده که قصد طرفین توان ایجاد حق عینی و انتقال مالکیت را به طور مستقیم دارد... اگر وارثان حقوق رومی به دلایل تاریخی و سنتی خود [به واسطه قرارداد] «تعهد به انتقال» برای نقل مالکیت نیاز دارند [ما چرا باید راه هموار پیشینیان خود را رها سازیم و در تنگنای حقوق اروپایی به سیر و سلوک پردازیم] (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ج ۱: ۲۲ - ۲۱).

یکی دیگر از بزرگان حقوق مدنی نیز ضمن این که اذعان می‌کند دانایان سلف، تعهد را جزء ارکان و ذاتیات عقد می‌دانند و برای اثبات این ادعا به عبارتی از مرحوم نراقی در عواید الایام (ص ۶) استناد می‌کند، خاطر نشان می‌سازد که مراد آنان، تعهد ناظر به حق دینی بخصوص نیست، بلکه اعم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۷-۸) و آنگاه اضافه می‌کند که «رد تعهد به معنای حق دینی، اصطلاحی است که پس از استقرار مشروطیت بین تحصیلکردگان فرنگ رواج پیدا کرده است»





(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۹۴). وی در این رابطه به رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۳ اشاره می‌کند که در آن آمده است «... صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ و اثبات رشد می‌تواند نسبت به اموالی که از طریق انتقالات عهدی یا قهری قبل از بلوغ مالک شده مستقلاً تصرف و مداخله کند...» و آنگاه اظهار می‌دارد: «دیوان کشور عارف به اصطلاح فقه بوده و معنای سنتی تعهد را از دست نداده و آن را در معنای اعم از حق دینی استعمال کرده است، به قرینه تقابل دو واژه عهدی - قهری - قهری که ارث است، عهدی مقابل ارث است و شامل تملک از راه بیع و... می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۹۴).

البته همان گونه که با دقت در تحلیل ارائه شده در راه حل سوم به دست می‌آید، این نظریه به تفصیلی که در این جا آورده‌ایم در کلام استادان یاد شده مطرح نگردیده و زوایای آن تبیین نشده است.

نتیجه گیری

دانستیم که ریشه معارض دانستن ماده ۱۸۳ ق.م. و ماده ۳۳۸ ق.م. در عبارات حقوقدانان ایران و به عبارت دقیق‌تر، تعارض ماده ۱۸۳ ق.م. با آن دسته از مواد قانون که اثر عقد را به طور آبی بر عقد مترتب می‌سازد (مانند عقود تملیکی و عقد نکاح) تأثیر از آموزه‌های حقوق غرب است که تعهد را عبارت از چیزی می‌داند که باید انجام شود؛ در حالی که توجه به کاربرد اصطلاح تعهد در منبع اصلی قانون مدنی ایران، یعنی فقه امامیه روشن می‌سازد که تعهد عبارت است از قرار و بنا که می‌تواند در هریک از عقود به اصطلاح تملیکی و عهدی متناسب با اقتضانات هریک ظاهر شود. از این رو می‌توان تعهد مذکور در ماده ۱۸۳ ق.م. را نیز ناظر به این معنای گسترده از تعهد دانست که نتیجه آن برطرف شدن تعارض ادعایی فوق خواهد بود. قطعی نبودن ترجمه کامل و بدن تصرف ماده ۱۸۳ ق.م. ایران از ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه و وجود دستمایه‌های لازم برای ارائه یک تصویر بومی از ماده ۱۸۳ ق.م. باعث می‌شود که این تفسیر از تعهد، غیر تصنعی و کاملاً قابل پذیرش به نظر آید.

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹)، کفایه الاصول، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع).
۲. امامی، سید حسن (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، چ ۹، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ج ۱.
۳. امینی، منصور (۱۳۸۲)، «انتقال مالکیت در قراردادهای خصوصی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۳۷.
۴. باز، سلیم رستم (۱۴۰۶)، شرح‌المجله، ط ۳، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۵. بجنوردی، حسن (۱۳۸۹)، القواعد الفقهیه، نجف، مطبعه الآداب، ج ۱.





۶. پاشا صالح، علی (۱۳۴۸)، مباحثی از تاریخ حقوق، تهران، سازمان چاپ دانشگاه تهران.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۸. _____ (۱۳۷۰)، ترمینولوژی حقوق، چ ۵، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۹. _____ (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۰. حائری شاهباغ، سیدعلی (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۱. سنهوری، عبدالرزاق (۱۹۹۸)، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ط ۲، بیروت، منشورات الحلبي، ج ۱.
۱۲. _____ (بی تا)، نظریه العقد، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۱۳. _____ (بی تا)، الوسیط فی شرح القانون المدنی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۴.
۱۴. شایگان، سیدعلی (۱۳۲۴)، حقوق مدنی ایران، چ ۳، تهران، چاپخانه مجلس.
۱۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)، تهران، انتشارات معجد، ج ۱.
۱۶. صدر، سید محمدباقر (۱۹۸۰)، تعارض الأدله الشرعیه، ط ۲، بیروت، دار الکتب اللبنانی.
۱۷. صفایی، سید حسن (۱۳۵۱)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، مؤسسه عالی حسابداری، ج ۲.
۱۸. عبده (بروجردی)، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۹. عدل، مصطفی (منصور السلطنه) (۱۳۳۱)، حقوق مدنی، چ ۵، تهران مؤسسه مطبوعاتی امیر کبیر.
۲۰. غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۹)، بحوث فی الفقه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی (دوره عقود معین ۱)، چ ۶، تهران، شرکت انتشار.
۲۲. _____ (۱۳۷۱)، حقوق مدنی خانواده، چ ۳، تهران، شرکت انتشار، ج ۱.
۲۳. _____ (بی تا)، حاشیه مکاسب، چاپ سنگی.
۲۴. نوری، محمدعلی (۱۳۸۰)، عقود و تعهدات قراردادی... از قانون مدنی فرانسه، تهران، کتابخانه گنج دانش.

25. H.G.Beale,(1999)(general editor), Chitty contracts,London, Sweet and Maxwell, 28 ed., Vol.1.

on

