

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

یافته‌های حقوقی

سال سوم ● شماره پنجم ● بهار و تابستان ۱۴۰۲

صاحب امتیاز: دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص) - افغانستان

مدیر مسئول: دکتر سید عبدالحمید ثابت

سر دبیر و دبیر تخصصی: دکتر سید عزیزالله موسوی

ویراستار: زکریا فصیحی

طراح جلد و صفحه‌آرا: سید مهدی موسوی

هیئت تحریریه: جواد اصغری، عبدالخالق فصیحی، محمد پناهی، محمدحسن همتی، محمدعارف راشد،

محمدعسی هاشمی، محمدعسی عالمی «بصیر» و نجیب‌الله حکیمی.

دوفصلنامه «یافته‌های حقوقی»، آماده دریافت و نشر مقالات صاحب‌نظران و نویسندگان است.

محتوای مقالات، بازتاب آرای نویسندگان بوده و لزوماً بیانگر رویکرد دوفصلنامه «یافته‌های حقوقی» نیست.

دوفصلنامه «یافته‌های حقوقی»، پس از دریافت مقالات، برای رد، پذیرش و ویرایش آن‌ها آزاد است.

آدرس: کابل، دهبوری، چهارراهی شهید، دانشگاه بین‌المللی المصطفی (ص)، آمریت نشرات.

تلفن: ۰۷۸۹۰۱۷۸۱۵

آدرس سامانه: <http://lf.miu.edu.af>

ایمیل: lf.chiefeditor@miu.edu.af

قیمت: ۱۵۰ افغانی

شیوه‌نامه تنظیم مقاله علمی

ویژگی‌های مقاله علمی

۱. مقاله علمی دارای چکیده، کلیدواژه، مقدمه، ارجاع‌دهی، نتیجه‌گیری و منابع معتبر است.
۲. مقاله علمی باید روشمند، مستند، تحلیلی، برخوردار از ساختار منطقی دارای انسجام محتوا و قلم روان باشد.
۳. فایل مقاله در قالب «word» ارائه گردد و حجم آن کمتر از ۴۰۰۰ کلمه و بیشتر از ۷۰۰۰ کلمه نباشد.

راهنمای تنظیم شکلی مقاله علمی

۱. قلم و فونت مقالات ارسالی باید از شیوه زیر تبعیت کند:
 - ✓ عنوان مقاله: با فونت B Nazanin 16 و بولد (پررنگ) (Heading 1) با این فونت تعریف شود، مؤلف یا مؤلفان با فونت B Nazanin 12 (Heading 3) با این فونت تعریف شود.
 - ✓ در پاورقی همان صفحه اول این اطلاعات باید ذکر شود: عنوان وظیفه مؤلف اول با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل (B Nazanin 10).
 - ✓ اگر مقاله دو مؤلف یا بیشتر دارد: عنوان وظیفه مؤلف دوم با ذکر وابستگی به دانشگاه محل تحصیل یا محل کار، شماره تماس و ایمیل.
۲. در متن اصلی تیتورها و عناوین با فونت‌های زیر مشخص گردد:
 - ✓ تیتور اصلی با فونت B Nazanin 14 و بولد (پررنگ) (Heading 2) با این فونت تعریف شود
 - ✓ تیتور فرعی با فونت B Nazanin 12 و بولد (پررنگ) (Heading 3) با این فونت تعریف شود
 - ✓ متن مقاله با فونت B Nazanin 13 معمولی تایپ شده باشد. (Normal) با این فونت تعریف شود

راهنمای ساختاری مقاله علمی

۱. چکیده: عنوان چکیده با فونت B Nazanin 11 پررنگ. متن چکیده بین ۲۵۰ تا ۳۰۰ کلمه و با فونت B Nazanin 11 معمولی. چکیده باید موضوع و هدف مقاله را به اختصار بیان کند، به روش و مهمترین یافته‌های تحقیق اشاره کند. در چکیده باید از جملات کامل خبری با افعال سوم شخص معلوم در زمان گذشته استفاده شود. از علائم اختصاری پرهیز شود. ذکر سابقه و اهمیت موضوع در این قسمت لازم نیست.
۲. واژگان کلیدی: حداقل ۵ و حداکثر ۷ واژه که به صورت ایتالیک (مورب) نوشته و با کامه از هم جدا شده باشند و در یک خط قرار گیرند. واژگان کلیدی باید با فونت (B Nazanin 10) ایتالیک باشند.
۳. مقدمه: به ترتیب به بیان مسئله، سوال‌ها (و در مواردی به فرضیه)، پیشینه، ضرورت، هدف و ارائه تصویر کلی از ساختار مقاله، می‌پردازد.
۴. بدنه مقاله: متنی است، دارای ساختار منطقی و متشکل از عناوین اصلی و فرعی و برخوردار از انسجام محتوایی که در آن، مدعا، استدلال، شواهد، تحلیل، استنتاج و مانند آن، آورده می‌شوند.
۵. نتیجه‌گیری: نتیجه متنی است که به دستاوردهای تحقیق که عبارتند از پاسخ به سوال‌های اصلی و فرعی و وضعیت فرضیه که اثبات یارده گردیده، به صورت مختصر و به دور از عبارت پردازی، آورده می‌شود.
۶. ارجاع‌دهی در متن باید به صورت داخل متنی به شیوه APA باشد. مثال: (توحیدی، ۱۴۰۰، ص ۵۴)
۷. منابع و مآخذ در پایان مقاله به شیوه APA ذکر شوند. مثال: توحیدی، محمدعلی، (۱۴۰۰)، تاریخ اسلام (۱)، کابل: انتشارات المصطفی (ص)

فهرست

- پیام ریاست نمایندگی جامعه المصطفی (ص) العالمية در افغانستان ۱
- سخن سردبیر ۳
- مسئولیت ده ساله مهندس و مقاوله کننده سازۀ ثابت در حقوق افغانستان ۵
عبدالحسین رسولی
- روش پرداخت وصولی و اصول حاکم بر آن ۳۱
سید عزیز الله موسوی
- مطالعه تطبیقی آثار مالی سرپرستی اطفال در حقوق ایران و افغانستان ۵۵
سید روح الله نقوی
- حق فسخ در فرض نقض قرارداد از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و اسناد بین الملل ۷۹
محمد حجتی
- مطالعه تطبیقی اصول حاکم بر بیع بین المللی در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و فقه امامیه ۱۱۳
عبد الخالق قاسمی
محمد حجتی

پیام ریاست نمایندگی جامعة المصطفی (ص) العالمية در افغانستان

پیشرفت بشر، در زمینه‌های علم، فرهنگ، اخلاق و معنویت، مرهون تلاش‌ها و پژوهش‌های خستگی‌ناپذیر عالمان، قلم به‌دستان و اندیشه‌ورزانی است که به دور از انگیزه‌های خودپرستانه و سودجویانه، عمر پر برکت خویش را وقف پژوهش و کشف رازهای هستی نموده‌اند و هرگز ارزش والای حق و حقیقت‌جویی و گوهر گران‌بهای تقوی و فضیلت را به متاع دنیا ارزان نفروخته و دل پاک و تابناک خود را به جاه و مقام زودگذر نباخته‌اند. به همین جهت است که عالمان و اصحاب قلم در مکتب اسلام، ارج و منزلتی ویژه دارند و از دانشمندان و صاحبان اندیشه، بهترین تجلیل‌ها و تمجیدها به عمل آمده است.

در باب اهمیت قلم و اندیشه همین بس که در منابع معرفتی اسلامی مداد علما برتر از خون شهیدان و تکریم اندیشمندان، به عنوان وارثان انبیا الهی، در حکم احترام گذاشتن به خداوند و پیامبر قلمداد شده است. چراکه در چارچوب تفکر اسلامی، حیات برتر انسانی، در گرو اندیشه و ایمان است؛ لذا، فرزانه‌گانی که با قلم و اندیشه‌شان مشعل دانش و معرفت را فرا راه انسان‌ها برمی‌افروزد، حق عظیمی بر بشریت دارند و شایسته‌ترین ستایش‌ها و قدردانی‌اند.

بدون تردید، گسترش علم و دانش از زمره اساسی‌ترین عوامل رشد، انکشاف و ترقی جامعه است. رشد علمی از طریق آموزش و پژوهش بدست می‌آید. آموزش و پژوهش به‌مثابه بال‌های ترقی و اوج‌گیری یک جامعه است که با بهره‌گیری از آن دو می‌توان به تعالی و شکوفایی رسید. جامعه علمی و اکادمیک افغانستان در سالهای اخیر گام‌های نسبتاً خوبی در عرصه‌های آموزشی برداشته است؛ اما به نظر می‌رسد که تحقیق و پژوهش هنوز در این کشور جایگاه مناسب‌اش را پیدا نکرده و کمتر مورد اقبال بوده است. این در حالی است که نیل به پیشرفت مادی و معنوی در گرو «آموزش و پژوهش» توأمان است.

امروزه یکی از ابزارهای کارآمد و مؤثر توسعه آموزش پژوهش‌محور، انتشار مجلات علمی است. به همین دلیل است که نشریات دانشگاهی به بخش جدایی‌ناپذیری از ساختار دانشگاه‌ها و مؤسسات تحصیلاتی عالی تبدیل شده‌اند. گروه‌های علمی دانشگاهی برای پیشبرد مقاصد آموزشی و پژوهشی خود و به منظور توسعه دانش بشری، نشریه‌های علمی

پژوهشی را تأسیس کرده و یافته‌های پژوهشی یا گزارش‌های آموزشی اعضای هیأت علمی خود را در آن منتشر می‌کنند.

نماینده‌ی جامعه‌ی المصطفی (ص) در افغانستان همواره نسبت به توسعه علم و پژوهش همراه معنویت اهتمام داشته است. این دانشگاه، با هدف تولید و ترویج علوم مرتبط با حوزه‌های علوم اسلامی و انسانی و به منظور ارتقای ظرفیت‌های علمی-پژوهشی اعضای گروه‌های آموزشی، بهبود مهارت‌های پژوهشی اساتید و دانشجویان، تقویت مبادله یافته‌های علمی و تحقیقاتی بین مراکز اکادمیک، ایجاد وحدت رویه در فرایند چاپ و نشر مجلات علمی، واحد نشریات را در مرکز پژوهشی دانشگاه ایجاد نموده است. با توجه به اهمیت و ضرورت پژوهش، و با عنایت به این‌که یکی از مهم‌ترین رسالت‌های هر نهاد آموزشی و دانشگاهی، اهتمام ورزیدن به تحقیقات بنیادی و پژوهش‌های کاربردی است، گسترش کمی و کیفی فعالیت‌های پژوهشی و نشریاتی، به ویژه در حوزه مجلات علمی، مد نظر قرار گرفت. پس از فراهم شدن زیرساخت‌های لازم، مانند خرید سامانه جامع مدیریت نشریات علمی (سیناوب)، دوازده مجله علمی تخصصی ایجاد گردید و مرتب به صورت دوفصلنامه در قالب چاپ فیزیکی و الکترونیکی منتشر می‌شوند. سامانه مدیریت نشریات علمی سیناوب برای نظم بخشیدن و تسهیل چرخش مقاله و اطلاعات پیرامون آن در سامانه تولید نشریات علمی و دانشگاهی طراحی شده است و در نقش یک منشی پیگیر و فعال، تمامی امور مربوط به فرایند انتشار نشریات علمی را انجام می‌دهد و این امکان را فراهم می‌آورد که نظریات و آثار علمی نویسندگان افغانستانی در سطح جهانی در دسترس علاقه‌مندان و اصحاب علم و اندیشه قرار گیرد.

در اینجا لازم می‌دانم از تمام همکاران و نویسندگانی که زمینه تحقق این مهم را فراهم آورده و بستر بسط معارف را گسترده اند، قدردانی کنم و برای همه عزیزان توفیقات روز افزون الهی را استدعا نمایم.

سخن سردبیر

هر دانشی از جمله دانش حقوق، به میزان پیشرفت و گسترشی که پیدا می‌کند، ضرورت بازتاب و ارائه دستاوردها و نتایج حاصل از تحقیقات آن برای استفاده پژوهشگران و علاقه‌مندان بیشتر می‌شود. بر این اساس، نشریات حقوقی نقشی اساسی در فرایند ثبت، نشر و رشد پژوهش‌های حقوقی و نیز ایجاد بستر مناسب برای گسترش ارتباط میان پدیده‌های حقوقی و پژوهشگران عرصه حقوق دارند. دوفصل‌نامه «یافته‌های حقوقی» با توجه به ضرورت یاد شده، پا به عرصه وجود گذاشت و به یاری خداوند متعال و همکاری پژوهشگران فرهیخته حقوقی با هدف انجام رسالت دانش‌افزایی حقوقی، به حیات علمی و فرهنگی خود ادامه خواهد داد. هدف این نشریه، انعکاس و انتشار دستاوردهای علمی حقوق‌دانان فرهیخته و حقوق‌خوانان سخت‌کوش و پژوهشگر هم‌وطن در زمینه‌های مختلف علم حقوق و موضوعات میان‌رشته‌ای مرتبط به آن است.

این نشریه متعلق به جامعه حقوقی کشور است و همه حقوق‌دانان و حقوق‌خوانان می‌توانند با مقالات علمی و کاربردی‌شان در آن سهیم و باعث غنای علمی نشریه شوند. سیاست کلی این نشریه در پذیرش و گزینش مقاله به خاطر حفظ حقوق خوانندگان، وزانت علمی و کاربردی بودن مقالات است و در این راستا صرف مقام و مرتبه علمی نویسندگان نقش چندانی ندارد و چه بسا اثر پژوهشی برخی از محصلان محقق، بر مقاله ارسالی بعضی اساتید دارای مدارک علمی بالاتر ترجیح داده شود. پایان سخن آنکه ضمن تشکر از همکاران علمی این شماره که با آثار علمی و پژوهشی خود ما را یاری رساندند، از تمامی پژوهشگران و فعالان عرصه علم حقوق دعوت می‌کنیم که با ارسال مقالات علمی خود، در ارتقای سطح کیفی و کمی نشریه یاریمان نمایند.

مسئولیت ده ساله مهندس و مقاوله کننده سازه ثابت در حقوق افغانستان

عبدالحسین رسولی^۱

چکیده

در این تحقیق، مسئولیت ده ساله سازندگان سازه ثابت، بعد از انجام و تحویل آن به صاحب کار، بررسی شده است. مهندس و مقاوله کننده بعد از ساخت و تحویل سازه ثابت به صاحب آن، تا ده سال از خرابی کلی، جزئی و عیوبی که سلامت و استحکام سازه را تهدید کند، مسئول است گرچه خرابی یا عیب ناشی از زمین محل احداث باشد. این موضوع از جهت های گوناگون اهمیت دارد؛ از جمله حمایت از صاحب کار نا آشنا در امر ساخت و ساز که توان درک عیوب سازه ثابت را ندارد. همچنین حمایت از مصالح عمومی است برای استحکام سازه که جان، مال و روان مردم را تهدید می کند. یافته های تحقیق نشان می دهد که مسئولیت ده ساله سازنده، ماهیت قانونی دارد و به اعتبار اینکه جزء نظم عمومی و محدود به مدت زمان معین است و تنها ضررهای خاص را پوشش می دهد و اشخاص خاصی را در برمی گیرد که مهندس و مقاوله کننده از یک طرف و صاحب کار از طرف دیگر باشد با مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی تفاوت دارد. قانون گذار افغانستان مسئولیت ده ساله را در مواد ۱۴۹۰ تا ۱۴۹۴ قانون مدنی تنظیم کرده است.

واژگان کلیدی: مسئولیت ده ساله، عقد مقاوله، مقاوله کننده، مهندس، سازه ثابت، حقوق افغانستان

۱. گروه حقوق خصوصی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعة المصطفی العالمیه، دایکندی، افغانستان.

مقدمه

افزایش ساخت سازه ثابت در هر کشور علامت ثبات اقتصادی، جلب سرمایه و آغاز توسعه یافتگی است. ساخت ساختمان، سد، جاده و پل که از مصادیق سازه ثابت است، در کشور ما در حال افزایش است. ساخت سازه ثابت استاندارد از یک طرف نیازمند توانایی‌های علمی، مهارت‌های فنی و به کارگیری تکنولوژی و از سوی دیگر محتاج نظارت درست مدیران و برخورد مناسب با سازندگان سازه معیوب است.

حضور افراد غیر متخصص و سودجو در ساخت سازه ثابت، عدم به کارگیری تکنولوژی نوین در مقاوم سازی آن، استفاده از مواد و مصالح بی کیفیت، بی برنامه بودن ساخت و سازها، عدم نظارت جدی دولت و نبود مهندس ناظر یا کم کاری آن‌ها، همه سبب کاهش مقاومت سازه و گاه باعث خرابی آن و از بین رفتن سرمایه ملی، تلفات جانی و مالی می شود. عدم اطلاع مردم از مسئولیت سازندگان سازه ثابت سبب تداوم این چرخه معیوب شده است؛ به گونه ای که تعداد افراد سودجو همواره با تکنیک‌های خاص پروژه‌های کلان را گرفته و به صورت معیوب، ساخته و تحویل می دهند و از این طریق، مبالغ هنگفتی را به جیب می زنند و بعد از مدت کوتاهی، سازه خراب و موجب تلفات جانی، خسارات مالی و نابودی سرمایه ملی می شود. به عنوان نمونه یادآور می شوم، اداره سازمان بازرسی عمومی ایالات متحده آمریکا (سیگار) برای بازسازی افغانستان گفته: «پروژه ساختمانی به ارزش یازده میلیارد دلار که توسط شرکتی ساخته شده بود، به دلیل غیراستاندارد بودن آن، شش ماه بعد از ساخت، خراب شده است». (WWW. B.B.C ۱۳۹۶/۱۰/۶) این مسئله بیانگر نابسامانی در عرصه ساخت سازه‌های ثابت است که توجه جدی مدیران و متصدیان کشور را می طلبد.

ساخت معیوب و غیراستاندارد سازه ثابت در بیش تر موارد، به دلیل اهمال و کم کاری سازندگان آن است. شایسته است پیش از ساخت، جلو این کم کاری‌ها گرفته شود. از نظر حقوقی و قضایی، پیش گیری و مقابله با آن امکان پذیر نیست، مگر با تبیین مسئولیت سازندگان آن، آگاه کردن مردم و وادار کردن عاملین به جبران



خسارات وارده. این کار، می تواند سبب ساخت سازه های استاندارد و با استحکام بیش تر و از بین بردن یا کاهش خسارت های جانی و مالی از یک طرف و ایجاد امنیت جانی، مالی و روانی از سوی دیگر شود.

در ساخت سازه ثابت افزون به مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی سازندگان، به دلیل اهمیت موضوع، قانون گذار مسئولیت ده ساله برای سازندگان آن در نظر گرفته است. مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی بر اساس قواعد عمومی، حل و فصل می شود؛ اما آنچه مهم است و سبب نگارش این تحقیق شده، «مسئولیت ده ساله مهندس و مقاوله کننده به عنوان سازندگان سازه ثابت» است.

در ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی در این مورد آمده: «انجیر ساختمانی و مقاوله کننده به طوری متضامن، تا مدت ده سال مسئول انهدام، شکست و نشست کلی یا جزئی عمارات ساخته شده یا ملحقات ثابت دیگری که اعمار نموده اند، می باشند گرچه انهدام، شکست و نشست ناشی از عیب در خود زمین باشد یا صاحب کار به ساختن عمارت معیوب اجازه داده باشد، مگر این که اصلاً عاقد آن بقای عمارت را کم تر از مدت ده سال اراده داشته باشد». عین این مطلب در ماده ۶۵۱ قانون مدنی مصر، ماده ۳۸۶ قانون مدنی سودان، ماده ۶۹۲ قانون مدنی کویت، ماده ۸۷۰ قانون مدنی عراق، ماده ۶۵۰ قانون مدنی لیبی، ماده ۶۱۷ قانون مدنی سوریه، ماده ۷۸۸ قانون مدنی اردن، ماده ۶۶۸ قانون موجبات و عقود لبنان، ماده ۵۵۴ قانون مدنی الجزائر، ماده ۸۸۰ قانون معاملات مدنی امارات نیز آمده است. معادل آن، ماده ۱۷۹۲ قانون مدنی فرانسه و ماده ۶۳۸ قانون مدنی ژاپن است.

قانون گذار در ماده یاد شده، به دلیل خطرهای ناشی از انهدام و عیوب سازه ثابت نسبت به صاحب کار و دیگران، مسئولیت مدنی مناسبی برای مهندس و مقاوله کننده آن پیش بینی کرده است تا آن ها، تمام توان و تخصص خویش را برای ساخت سازه ثابت به کارگیرد. بر اساس ماده یاد شده، مهندس و مقاوله کننده سازه ثابت از روز ساخت و تحویل آن به صاحب کار تا ده سال، مسئولیت تضامنی دارند. بنابراین مسئولیت ده ساله به موارد معین که دو طرف عقد و سبب مسئولیت باشد محدود

می‌شود. هرگاه سبب مسئولیت میان دو طرف قرارداد محقق شود، آن وقت از جزای مسئولیت، شرایط انتفا و عدم انتفای مسئولیت بحث می‌شود.

تحقیقات انجام شده بیانگر این واقعیت است که در این مورد، در حقوق افغانستان هیچ تحقیقی انجام نشده یا دست کم نگارنده نیافته است، گرچه در حقوق برخی کشورها؛ مانند مصر، اردن، عراق و الجزایر مقالاتی نگارش یافته است. شاید بتوان گفت که این تحقیق، در نوع خود اولین تحقیق در این موضوع در حقوق افغانستان است. در این تحقیق دنبال پاسخ پرسش‌های زیر هستیم: اگر سازه ثابتی بعد از ساخت، خراب شد، چه کس یا کسانی مسئول جبران خسارت و چه کس یا کسانی دریافت کننده خسارت است؟ سازه ثابت چیست و چه چیزهای را شامل می‌شود؟ ماهیت این مسئولیت چیست؟ و مدت مسئولیت چند سال است و شرایط تحقق مسئولیت چیست؟ مدت مرور زمان دعوای مسئولیت ده‌ساله چند سال است؟ برای تحقق مسئولیت ده‌ساله مهندسین و مقاوله کنندگان سازه ثابت سه امر ضروری است: یک: وجود عقد مقاوله میان مهندس و مقاوله کننده با صاحب کار. در این مسئولیت، مهندس و مقاوله کننده مدیون یا متعهد، صاحب کار دائن یا متعهدله شمرده می‌شود.

دو: ثابت بودن سازه.

سه: خسارت ناشی از انهدام، شکست یا نشست کلی، جزئی یا عیبی که استحکام سازه را تهدید کند، گرچه این عیوب، ناشی از زمین محل احداث باشد.

۱. مفهوم شناسی

تیین مفاهیم و اصطلاحات کلیدی هر موضوع نقطه آغاز و لازم هر تحقیقی است. به همین جهت نخست به تعریف دو کلیدواژه اساسی این پژوهش می‌پردازیم:

۱-۱. مفهوم عقد مقاوله

مقاوله در لغت به معنای بحث، گفتگو، کنفرانس، مباحثه، مشاجره، قرارداد، معاهده، عهد، پیمان، توافق، معامله و مقاطعه است. (آذرنوش، ۱۳۸۵: ۵۶۵) ماده ۱۴۸۱ قانون



مدنی در مورد تعریف مقاوله، بیان می دارد: «مقاوله عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین ساختن چیزی یا اجرای عملی را به صورت موقت یا غیر موقت برای طرف دیگر به مقابل اجرت تعهد نماید». عین این مطلب را ماده ۶۴۶ قانون مدنی مصر و ماده ۷۸۰ قانون مدنی اردن، ماده ۳۷۸ قانون مدنی سودان، ماده ۶۱۲ قانون مدنی سوریه، ماده ۶۴۵ قانون مدنی لیبی، ماده ۸۶۴ قانون مدنی عراق و بند ۲ ماده ۶۲۴ قانون موجبات و عقود لبنان مقرر نموده است. در این عقد، طرفی که کار را برای دیگری انجام می دهد، مقاوله کننده و طرف مقابل آن صاحب کار نامیده می شود. مقاوله کننده کار را باید مطابق قرارداد انجام دهد. ایشان در انجام کار امر و نهی از صاحب کار نمی پذیرد؛ به بیان دیگر، مقاوله کننده در انجام کار استقلال دارد.

با توجه به تعریف یادشده، عقد مقاوله دارای ویژگی های زیر است:

۱. عقد رضایی: عقد مقاوله از عقود رضایی است که با ایجاب و قبول منعقد می شود، اعم از این که ایجاب و قبول گفتاری یا نوشتاری باشد. بنابراین برای انعقاد عقد مقاوله کتابت و رعایت شکلیات خاص لازم نیست. ممکن است برای اثبات عقد مقاوله، کتابت و شکلیات لازم شود؛ اما برای انعقاد، جز ایجاب و قبول به چیزی دیگری ضرورت ندارد. مانعی وجود ندارد که قانون خاصی وجود داشته باشد و به موجب آن عقد مقاوله شکلی باشد؛ مانند قانون فرانسه که عقد مقاوله برای ساخت کشتی را از عقود شکلی می داند و باید حتماً کتبی باشد. (السرхан، ۲۰۰۹: ۱۶) عقد مقاوله با این که در اصل رضایی است؛ اما با توافق دو طرف قرارداد می تواند شکلی شود؛ بدین صورت که قبل از انعقاد عقد مقاوله، طرفین با هم توافق ابتدای کنند که اصل عقد مقاوله باید کتبی باشد. در این صورت، عقد مقاوله شکلی توافقی می شود.

۲. دو تعهدی: عقد مقاوله از عقود دو تعهدی است؛ یعنی دو طرف قرارداد در مقابل همدیگر متعهد است. مقاوله کننده متعهد به انجام کار و تسلیم آن به صاحب کار است. صاحب کار متعهد به تحویل گرفتن کار بعد از اتمام آن و پرداخت عوض یا اجرت است.

۳. عقد معاوضی: عقد مقاوله از عقود معاوضی است؛ یعنی هریک از دو طرف قرارداد در مقابل آنچه پرداخت می‌کند، چیزی دریافت می‌کند. مقاوله کننده در مقابل انجام کار و تحویل آن به صاحب‌کار، اجرت می‌گیرد. عقد مقاوله نمی‌تواند رایگان و بدون عوض باشد.

۴. عقد مقاوله بر کار یا عمل وارد می‌شود: منظور از عمل در این تحقیق، سازه ثابت است. عملی که انجام آن از مقاوله کننده درخواست شده در عقد نقش اصلی و اساسی دارد. این عمل، با جایگاهی که دارد سبب تمیز عقد مقاوله از عقود مشابه می‌شود. به همین سبب است که مقاوله کننده در انجام عمل مستقل است و تحت اشراف و دستور صاحب‌کار نیست، اعم از این که عمل را خود انجام دهد یا به شخص دیگر واگذار کند.

۵. عقد مقاوله در حقوق ما از عقود معین است که عنوان و آثار آن در قانون ذکر شده است. مواد ۱۴۸۱ تا ۱۵۱۰ قانون مدنی در مورد عقد مقاوله و آثار آن است.

۲-۱. سازه ثابت

اصطلاح «سازه ثابت» در قانون نیامده است؛ اما از مجموع واژه‌های به کار رفته، سازه ثابت استفاده می‌شود. در ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی واژه «عمارات ساخته شده یا ملحقات ثابتۀ دیگر» و در ماده ۱۴۹۱ همین قانون، کلمه «بنا» آمده است. عمارات جمع عمارت در لغت به معنای ساختمان است. (آذرنوش، ۱۳۸۵: ۴۶۰) بنا در لغت به معنای ساختن، بنا کردن، بنا نهادن چیزی را گویند. (آذرنوش، ۱۳۸۵: ۵۰) برخی در مورد تعریف بنا گفته‌اند: «مجموعه از مواد که نوع آن هرچه باشد با دست انسان ساخته شده باشد و اتصال ثابت با زمین داشته باشد». (فتحی الحیانی و عاشور عبدالله، بی تا: ۲۶) بعضی دیگر در تعریف بنا گفته‌اند: «هر چیزی که توسط انسان ساخته شده باشد و اتصال ثابت به زمین داشته باشد». (عبدالحمید سمارة، بی تا: ۶۰) بنا عبارت است از مجموعه از مواد (سنگ، خشت، سیمان، چوب، آهن و غیره...) که انسان آن را ساخته و اتصال ثابت با زمین دارد به گونه‌ای که انتقال آن از یک مکان به مکان دیگر، بدون خرابی خود شیء یا محل آن، امکان‌پذیر نباشد، اعم از این که



بنای یادشده برای سکونت انسان، حیوان، انجام کشاورزی، انبار جنس یا برای هدف دیگری باشد. واژه دیگری که در ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی به کار رفته «ملحقات ثابتۀ دیگر» است که شامل هر نوع سازه ثابت می شود اعم از اینکه ساختمان، پل، سد یا چیزی دیگر باشد. از مواد ۱۴۹۰ و ۱۴۹۱ قانون مدنی استفاده می شود که موضوع عقد مقاوله باید دارای دو شرط زیر باشد:

نخست اینکه موضوع عقد مقاوله باید سازه باشد. سازه در لغت به معنای ساز، ساخت، سازندگی، بنا کردن و عمل آوردن است. (معین، ۱۳۷۵: ۲؛ ۱۷۹۵) در انگلیسی به سازه (Structure) گویند، در علوم فنی عبارت است از ساختار خلق شده به دست بشر که شامل اجزایی با روابط پیچیده بوده و اهداف موردنظر را برآورده سازد. (دانشنامه آزاد ویکی پدیا، ۱/ ۱۲/ ۱۳۹۶)

دوم اینکه موضوع عقد مقاوله باید ثابت و غیرمنقول باشد. مجموع دو شرط یادشده را می توان زیر عنوان جامع «سازه ثابت» گردآورد کرد. بنابراین مسئولیت ده ساله در جای مطرح می شود که موضوع عقد مقاوله سازه ثابت باشد؛ مانند منازل مسکونی، شفاخانه، مدرسه، دانشگاه، مسجد، معبد، کارخانه، سیلوها، سینما، دژ نظامی، طویلۀ حیوانات یا مرغ داری، گلخانه های که برای کشاورزی صنعتی ساخته می شود، انبار، قلعه، دیوار مشترک، ستون یادبود، مجسمه پل، سد، راه آهن، جاده و حتی تونل های زیرزمینی. در ساختن سازه، شرط نیست که حتماً با سنگ، آجر یا سیمان ساخته شود، بلکه اگر با خشت، گل، چوب یا شیشه ساخته شود نیز کافی است. مهم در سازه، غیرمنقول بودن آن است؛ به گونه ای که بدون خرابی، قابل انتقال نباشد. بنابراین اتاقک یا کیوسک های نگهبانی که بدون خرابی، قابل نقل و انتقال است، سازه ثابت شمرده نمی شود. (السنهوری، ۲۰۰۰، ۷: ۱۰۷-۱۰۸) در این که چاه، قنات، کانال آب و فاضلاب جزء سازه ثابت شمرده می شود یا نه، اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن ها را سازه ثابت نمی دانند. (سرور، ۱۹۸۵: ۲۱۹) گروه دیگر سازه ثابت دانسته اند. (بکر، ۲۰۱۶: ۴۵۱) به نظر می رسد چاه، قنات و کانال آب سازه ثابت باشد. در سازه ثابت شرط نیست حتماً روی زمین

باشد، بلکه اگر زیرزمین هم باشد، سازه ثابت شمرده می‌شود به شرطی که بدون خرابی قابل انتقال نباشد.

شایسته یادآوری است که قرارداد واقع بر سازه ثابت عقد معاوضه باشد. بنابراین اگر عقدی برای ساخت سازه ثابت منعقد شود، ولی بدون اجرت باشد، عقد معاوضه نیست. در نتیجه مسئولیت ویژه که در ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی مطرح است، شامل آن نمی‌شود، بلکه بر اساس قواعد عمومی حل و فصل می‌شود. (السنهوری، ۲۰۰۰، ۷: ۱۰۸) اگر موضوع عقدی سازه ثابت باشد و انجام عمل در مقابل اجرت باشد؛ اما کسی که اقدام به انجام کار می‌کند تحت نظارت و راهنمای صاحب کار باشد، عقد معاوضه نیست و مشمول ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی نمی‌شود، بلکه عقد کار است و بر اساس عقد کار، تحلیل می‌شود.

۲. دو طرف مسئولیت ده‌ساله

دو طرف مسئولیت عبارتند از مهندس و معاوضه کننده و قائم مقام عمومی آن‌ها از یک طرف، صاحب کار و قائم مقام عمومی و خصوصی آن‌ها از طرف دیگر. یک طرف قرارداد که مهندس و معاوضه کننده باشد در برابر طرف دیگر قرارداد که صاحب کار باشد، مسئول است.

۱-۲. مدیون

مدیون یا کسی که مسئولیت به عهده او می‌آید، مهندس و معاوضه کننده سازه ثابت است. مهندس در لغت به کسی اطلاق می‌شود که مجرای کانال و قنات را اندازه‌گیری کند. (فراهیدی، ۱۴۱۰، ۴: ۱۲۰) در مورد تعریف مهندس، برخی گفته‌اند: «فارغ التحصیل یکی از رشته‌های دانشگاهی مهندسی باشد یا متخصص در کارهای ساختمانی باشد». (انوری، ۱۳۸۱، ۷: ۷۵۳۶) مهندس «در اصطلاح مهندسی به کسی اطلاق می‌شود که از علم بهره‌برداری عملی کرده و آن را در سازندگی خویش یا جامعه به کار می‌بندد. معادل انگلیسی مهندس (Engineer) است که از ریشه (Engine) گرفته شده است. (Engine) به معنای ماشین، موتور، چرخ، نقشه



کشیدن، طراحی کردن، تدبیر کردن و تهیه کردن آمده است». (دوامی و خدا بخشی پیرکلانی، ۱۳۸۹: ۳۷) برای نقشه کشیدن، طراحی و تدبیر کردن، احاطه بر دانش عملی ضروری است.

در قانون مدنی ما اصطلاح مهندس و انجنیر هردو به کار رفته؛ اما هیچ کدام تعریف نشده است. در اینکه مراد از مهندس سازه ثابت در حقوق کیست، اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی گفته اند: «مهندس سازه ثابت به کسی اطلاق می شود که دارای مدرک مهندسی سازه ثابت است و از نظر قانونی شایستگی صفت مهندسی را دارا باشد». (السرхан، ۲۰۰۹ م: ۷۲) بعضی دیگر در مورد تعریف مهندس سازه ثابت، گفته اند: «مهندس کسی است که نقشه سازه ثابت را می کشد و گاه مدیریت، نظارت و تأیید کار را به عهده دارد». (السنهوري، ۲۰۰۰ م، ۷: ۱۰۹) با توجه به ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی، مهندس سازه ثابت هرکسی است که به طور عملی، اعمال مهندسی سازه ثابت را انجام می دهد، اعم از اینکه مدرک مهندسی داشته یا نه و اعم از اینکه از نظر فنی صلاحیت مهندسی داشته باشد یا نه؛ زیرا هدف قانون گذار از ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی، جلوگیری از ساخت و سازهای غیراستاندارد و مسئول دانستن سازندگان آن است، خواه مهندس باشد یا نه. بنابراین هرکسی که بر اساس عقد مقاوله، کارهای مهندسی سازه ثابت را انجام می دهد، از نظر قانون گذار مهندس و مشمول مسئولیت ده ساله ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی است، خواه مهندس باشد یا نه، خواه صلاحیت علمی و فنی در کارهای مهندسی داشته باشد یا نه.

در انجام سازه ثابت مهندسان زیادی دخالت دارند؛ از جمله مهندسی که نقشه سازه را طراحی می کند، مهندس اجرا، مهندس ناظر و مهندس مشاور. پرسشی که مطرح می شود این است: کدام یک از این ها مسئول است؟ در پاسخ باید گفت: لفظ مهندس در ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی مطلق است و شامل همه آنها می شود، (السنهوري، ۲۰۰۰، ۷: ۱۰۹ - ۱۱۰) گرچه مهندس مشاور باشد، (الشهوان، ۲۰۰۹: ۱۵۴) مگر اینکه مهندس تنها نقشه سازه را طراحی کرده باشد و در اجرا دخالت نداشته باشد که در این صورت، بر اساس ۱۴۹۲ همین قانون، چنین مهندسی تنها از

عیب نقشه مسئول است، نه از سایر عیوب.

قانون مدنی مقاوله کننده را تعریف نکرده است. مقاوله کننده به کسی گفته می شود که بر اساس عقد مقاوله، ساخت سازه ای را مطابق نقشه به عهده می گیرد، اعم از اینکه مواد و مصالح را خود تهیه کند یا صاحب کار. (السنهوری، ۲۰۰۰، ۷: ۱۱۰) مقاوله کننده ممکن است یک یا چند شخص باشد. (زایدی، بی تا: ۹۷) مقاوله کننده دو نوع است: مقاوله کننده اصلی و مقاوله کننده باطنی یا دومی. مراد از مقاوله کننده اصلی کسی است که عقد مقاوله به طور مستقیم، میان او صاحب کار منعقد می شود و او ساخت سازه را از طرف مالک اصلی به عهده می گیرد. بر اساس ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی، مقاوله کننده اصلی تا ده سال در مقابل صاحب کار از انهدام کلی یا جزئی، شکست، نشست و یا عیبی که سلامت و استحکام سازه ثابت را به خطر اندازد مسئول است.

مقاوله کننده باطنی یا دومی کسی است که با مقاوله کننده اصلی عقد مقاوله منعقد می سازد و ساخت سازه را از طرف مقاوله کننده اصلی به عهده می گیرد. پرسشی مطرح می شود این است: آیا حکم ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی شامل مقاوله کننده دومی می شود یا نه؟ به بیان دیگر، اگر مقاوله کننده اصلی کار ساخت سازه ثابت را از صاحب کار بگیرد و به مقاوله کننده دومی واگذار کند، مقاوله کننده دوم کار را انجام و تحویل دهد و پیش از ده سال از ساخت و تحویل، خراب شود، آیا صاحب کار حق دارد به مقاوله کننده دومی مراجعه کرده و از وی درخواست خسارت کند؟ در پاسخ باید گفت که صاحب کار نمی تواند بر اساس ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی، از مقاوله کننده دومی درخواست خسارت کند؛ زیرا نخست، میان صاحب کار و مقاوله کننده دومی عقد مقاوله وجود ندارد و قبلاً بیان شد که یکی از شرایط درخواست خسارت بر اساس ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی، وجود عقد مقاوله میان صاحب کار و مقاوله کننده است. در بند ۳ ماده ۱۴۹۱ قانون مدنی در این مورد، آمده: «(۳) حکم این ماده، در مورد متعهدی که بر متعهد ثانی (متعهد باطنی) حق رجوع دارد، تطبیق نمی گردد». عین این مطلب در ماده بند ۴ ماده ۶۵۱ قانون مدنی مصر، ماده ۵۵۴



قانون مدنی الجزایر، بند ۴ ماده ۶۱۷ قانون مدنی سوریه و بند ۴ ماده ۶۵۰ قانون مدنی لیبی نیز آمده است. بر اساس بند ۳ ماده ۱۴۹۱ قانون مدنی، نه تنها صاحب کار حق درخواست خسارت به مقاوله کننده دومی را ندارد، بلکه مقاوله کننده اصلی نیز حق ندارد بر اساس ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی، از مقاوله کننده دومی درخواست خسارت کند. بنابراین ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی مسئولیت مقاوله کننده دومی را شامل نمی شود. مسئولیت مقاوله کننده دومی بر اساس قواعد عمومی تحلیل می شود. (السنهوری، ۲۰۰۰، ۷: ۱۱۱)

۲-۲. دائن

دائن یا کسی که مسئولیت ده ساله به نفع او ایجاد گردیده صاحب کار، قائم مقام عمومی و خصوصی اوست. (السنهوری، ۲۰۰۰، ۷: ۱۱۱) مسئولیت ده ساله در واقع برای حمایت از صاحب کار است؛ اما از آنجا که مال یا اشیای غیر منقول همواره در حال حرکت و از یک شخص به شخص دیگر منتقل می شود، مسئولیت ده ساله به نفع قایم مقام عمومی و خصوصی وی نیز است. (مواد ۶۹۱ و ۶۹۲ قانون مدنی) مراد از صاحب کار طرف عقد مقاوله است که سازه ثابت به حساب او ساخته می شود، اعم از اینکه شخص حقیقی یا حکمی باشد و اعم از اینکه شخص حکمی عمومی یا خصوصی باشد. بیش تر اوقات صاحب کار مالک سازه ثابت است؛ اما گاهی ممکن است وزارت خانه، شهرداری یا شرکت باشد.

مراد از قائم مقام عمومی کس یا کسانی است که جانشین طرف اصلی قرارداد در همه یا بخش دارایی وی می شود؛ مانند وارثین و کسانی که به نفعشان وصیت شده است. (ماده ۶۹۱ قانون مدنی) بعد از فوت صاحب کار، اموال و دارایی وی به وارثین وی منتقل می شود. مسئولیت ده ساله که بر اساس ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی، به نفع صاحب کار ایجاد گردیده بود، بعد از مرگ وی، به قائم مقام او منتقل می شود؛ به بیان دیگر، اگر سازه ثابت بعد از مرگ صاحب کار و پیش از ده سال، به طور کلی یا جزئی منهدم شود یا عیبی در آن ایجاد شود که استحکامش به خطر افتد، قائم مقام عمومی صاحب کار می تواند بر اساس ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی، از مهندس و مقاوله

کننده سازه ثابت درخواست خسارت کند. (السنهوری، ۲۰۰۰، ۷: ۱۱۱)

مراد از قائم مقام خصوصی در اینجا، شخص یا اشخاصی است که جانشین طرف اصلی در سازه ثابت شده است؛ به بیان دیگر، قائم مقام خصوصی کسی است که سازه ثابت به وی منتقل شده است؛ مانند خریداری که سازه ثابت را خریداری کرده است. بنابراین اگر کسی سازه ثابت را از مالک اصلی خریداری کند و پیش از گذشت ده سال از ساخت آن، خراب شود، خریدار می‌تواند دو دعوا اقامه کند؛ (السنهوری، ۲۰۰۰، ۷: ۱۱۱) یک دعوا بر اساس قواعد عمومی، بر ضد فروشنده به دلیل عیوب مخفی مبیع، (ماده ۱۰۹۷ قانون مدنی) دعوای دیگر، بر اساس ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی، بر ضد مهندس و مقاوله کننده آن؛ (ماده ۶۹۲ قانون مدنی) اما خریدار نمی‌تواند مبلغی بیش از خسارت وارده دریافت کند.

پرسشی مطرح می‌شود اینکه اگر شخصی ساختمانی را نه از طریق عقد مقاوله، بلکه به عنوان مالک بسازد، سپس آن را بفروشد و پیش از ده سال از ساخت، خراب شود آیا خریدار می‌تواند بر اساس مسئولیت ده ساله، از فروشنده درخواست خسارت کند؟ در پاسخ باید گفت: بر اساس ماده ۱۷۹۲ قانون مدنی فرانسه، خریدار می‌تواند بر ضد سازنده سازه ثابت اقامه دعوا کرده و درخواست خسارت کند؛ زیرا در ماده یادشده، به وجود عقد مقاوله نیاز نیست؛ (کاظم عجیل، ۲۰۱۶: ۲۲۳) اما قانون افغانستان، الجزایر، اردن، عراق، مصر، لیبی، اردن و امارات متحده عربی در این مورد، ساکت است و ماده صریحی ندارند. با وجود این، اندیشمندان حقوق اظهار داشتند که خریدار می‌تواند بر اساس مسئولیت ده ساله از سازنده درخواست خسارت کند. (مرسی، ۱۹۵۲: ۵۶۹) نظر یادشده، گرچه از ظاهر ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی استفاده نمی‌شود؛ زیرا بر اساس ماده یادشده، یکی از شرایط تحقق مسئولیت ده ساله وجود عقد مقاوله میان مهندس و مقاوله کننده از یک طرف و صاحب کار از سوی دیگر است. در فرض سؤال، عقد مقاوله ای وجود ندارد؛ اما نظر یادشده، از روح ماده ۱۴۹۰ استفاده می‌شود و به طور یقین، می‌توان گفت که هدف اصلی قانون‌گذار پیش‌گیری از ساخت و سازهای معیوب و غیراستاندارد بوده و می‌خواست مسئولیت



ده ساله را برای سازندگان سازه‌های ثابت وضع کند، اعم از اینکه سازنده مقاوله کننده یا بساز و بفروش باشد؛ اما ظاهر ماده یادشده به گونه‌ای نگارش یافته که مورد بحث را شامل نمی‌شود. دلیل عدم شمول ظاهر ماده یادشده، توجه تدوین کنندگان آن به موارد غالب بوده است؛ بدین معنا که بیشتر ساخت و سازها از طریق عقد مقاوله میان صاحب کار و مقاوله کننده انجام می‌شد و تدوین کنندگان نیز در هنگام تدوین ماده یادشده، توجه اصلی را به آن متمرکز ساخته و از مورد سؤال غفلت ورزیدند. امروزه که بساز و بفروش‌های سودجو زیاد شده و با ساخت و سازهای غیراستاندارد جان، مال و امنیت روانی مردم را به خطر می‌اندازند، شایسته است قانون‌گذار ماده یادشده را به گونه‌ای اصلاح کند که مسئولیت ده ساله بساز و بفروش‌ها را نیز شامل شود.

بر اساس ماده ۸۳۲ قانون مدنی، دائن صاحب کار نیز می‌تواند از مهندس و مقاوله کننده سازه ثابت درخواست خسارت کند. درخواست خسارت دائن از طریق دعوا غیر مستقیم انجام می‌شود. (السنهوری، ۲۰۰۰، ۷: ۱۱۱) دعوای غیر مستقیم هنگامی امکان پذیر است که مهندس و مقاوله کننده سازه ثابت را برای صاحب کار به صورت معیوب بسازد و سازه دارای عیب خطرناک باشد و صاحب کار از حق خود مبنی بر درخواست خسارت خودداری یا اهمال ورزد و این خودداری یا اهمال، سبب افلاس یا افزایش افلاس او شود.

ماده ۸۳۲ قانون مدنی در این مورد، می‌گوید: «دائن می‌تواند حقوق مدیون را بنام مدیون استعمال نماید، گرچه دین هنوز قابل تأدیه نباشد، مشروط بر اینکه حق مذکور از حقوق غیر مالی منحصر و ملصق به شخص مدیون نبوده و یا چیز غیر قابل حجز نباشد. دائن وقتی این حق را استعمال کرده می‌تواند که عدم استعمال آن را از طرف مدیون ثابت نماید و همچنان ثابت نماید که عدم استعمال حق از طرف مدیون، سبب افلاس یا زیادت افلاس وی می‌گردید. در این حالت، ابلاغ به مدیون ضرور نیست، ولی ادخال او به حیث خصم در دعوا حتمی است». عین این مطلب در ماده ۲۳۵ قانون مدنی مصر، ماده ۳۶۶ قانون مدنی اردن، ماده ۲۳۸ قانون مدنی



لیبی و ماده ۲۳۶ قانون مدنی سوریه نیز آمده است.

۳. سبب مسئولیت

مسئولیت ویژه وقتی ایجاد می‌شود که سبب آن وجود داشته باشد. یکی از موارد زیر، سبب مسئولیت ده‌ساله شمرده می‌شود: انهدام، شکست، نشست کلی یا جزئی، وجود عیب در نقشه یا در اجرای نقشه یا وجود عیب در زمین محل احداث سازه ثابت. عیوبی که استحکام سازه را تهدید نکند، مشمول مسئولیت ده‌ساله نمی‌شود، بلکه بر اساس مسئولیت عمومی، ارزیابی می‌شود. اگر عیب در نقشه باشد به‌طور معمول، مهندس مسئول است و مقاوله‌کننده مسئولیت ندارد. (ماده ۱۴۹۲ قانون مدنی)

ممکن است عیب در نقشه به صاحب‌کار مربوط شود و آن در جای است که صاحب‌کار نقشه را طراحی کرده باشد. در این صورت، صاحب‌کار نمی‌تواند از جهت انهدام به کسی دیگر مراجعه کند. شایسته است قانون‌گذار مایک عیب دیگر را به عیوب یادشده اضافه کند و آن عدم تأمین هدف سازه ثابت است. گاه عیب سازه ثابت به‌گونه‌ای است که استحکام آن را تهدید نمی‌کند؛ اما هدف ساخت را برآورده نمی‌سازد؛ مانند ساخت جاده باریک، پر پیچ و خم، غیراستاندارد و بدون حفاظ کناری که هرروز چندین مورد تصادف و تعدادی زیادی تلفات جانی و مالی دارد. چنین عیبی استحکام سازه را تهدید نمی‌کند، ولی هدف سازه برآورده نشده است. در عیوب سازه ثابت شرط نیست که عیب پیش از تسلیم، وجود داشته یا بعد از آن ایجاد گردد، عیب چه پیش از تسلیم باشد یا بعد از آن، مهندس و مقاوله‌کننده مسئول است. (الأودون، بی‌تا: ۱۵۳) عیوبی که در زمان تسلیم وجود داشته و صاحب‌کار به آن آگاه بوده یا این که به‌گونه‌ای واضح بوده که اگر صاحب‌کار به اندازه شخص عادی در زمان تسلیم توجه می‌کرد، متوجه می‌شد، مهندس ساختمانی و مقاوله‌کننده نسبت به آن، مسئول نیست، (السرхан، ۲۰۰۹: ۷۶) مگر اینکه مقاوله‌کننده و مهندس تقلب کرده و آن را از روی عمد مخفی کرده باشد. (ماده ۱۰۹۸ قانون مدنی)



دلیل عدم مسئولیت مهندس و مقاوله کننده، در صورت وجود عیب واضح در هنگام تسلیم و عدم اعتراض صاحب کار، این است که صاحب کار با تحویل گرفتن کار معیوب و عدم اعتراض، مهندس و مقاوله کننده را به صورت ضمنی، از مسئولیت معاف کرده است.

۱-۳. عیب ناشی از زمین محل احداث

اگر سازه ثابت در اثر عیب زمین محل احداث منهدم، شکست یا نشست کند، مهندس و مقاوله کننده آن مسئول است. از آنجای که سلامت و استحکام سازه ثابت وابسته به استحکام زمین محل احداث است، شایسته است سازندگان آن، زمین محل احداث را بررسی کرده و از مقاومت آن اطمینان حاصل کند، در غیر این صورت، مسئول است.

اصل این است که ارزیابی خاک و زمین محل احداث سازه ثابت به دوش مهندس باشد؛ زیرا او از نظر علمی و فنی صلاحیت ارزیابی و اظهار نظر را دارد؛ اما ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی ما و قوانین اکثر کشورها از جمله ماده ۱۷۹۲ قانون مدنی فرانسه، ماده ۶۵۱ قانون مدنی مصر، ماده ۷۸۸ قانون مدنی اردن، بند ۱ ماده ۸۷۰ قانون مدنی عراق، ماده ۵۵۴ قانون مدنی الجزایر، ماده ۸۸۰ قانون معاملات مدنی امارات متحده عربی و بند ۱ ماده ۶۵۰ قانون مدنی لیبی میان مهندس و مقاوله کننده فرق نگذاشته و هر دو را به طور متضامن، مسئول دانسته اند.

۲-۳. عیب ناشی از نقشه

مهندس به دلیل توانای علمی و فنی نقشه سازه ثابت را طراحی و مقاوله کننده زیر نظر و راهنمای های او نقشه را اجرا می کند. بنابراین اگر عیب سازه ناشی از نقشه باشد و مهندس تنها نقشه را طراحی کرده باشد، در اجرا و نظارت آن دخالت نداشته باشد، مهندس تنها از عیب نقشه مسئول است، نه از عیوب اجرا. ماده ۱۴۹۲ قانون مدنی ما در این مورد، می گوید: «مهندس طرح پلان و نقشه که بر اجرای کار نظارت نداشته باشد، تنها از عیب پلان و نقشه مسئول است». عین این مطلب را ماده ۵۵۵ قانون مدنی الجزایر، بند ۱ ماده ۸۷۱ قانون مدنی عراق، ماده ۶۵۲ قانون مدنی مصر،

ماده ۷۸۹ قانون مدنی اردن، ماده ۸۸۱ قانون معاملات مدنی امارات، ماده ۶۵۱ قانون مدنی لیبی و ماده ۵۵۵ قانون مدنی الجزایر آورده است.

۴. مدت مسئولیت

مدت مسئولیت ویژه مهندس و مقاوله کننده سازه ثابت از زمان تسلیم کار به صاحب کار تا ده سال است. (۱۴۹۰ قانون مدنی) هرگاه سازه ثابت بعد از ساخت و تسلیم به صاحب کار تا پیش از پایان ده سالگی، به طور کلی یا جزئی خراب شود یا عیبی در آن ایجاد گردد که سلامت و استحکام آن را به خطر اندازد، مهندس و مقاوله کننده مسئول جبران خسارات وارده است، اعم از اینکه ضرر مادی یا معنوی باشد. (بند ۱ ماده ۷۷۸ قانون مدنی)

۵. بار اثبات

برای این که صاحب کار بتواند از مهندس ساختمانی و مقاوله کننده خسارات وارده را بگیرد، مکلف است دو چیز را اثبات کند:

۱. وجود عقد مقاوله میان خود و مهندس، همین طور میان خود با مقاوله کننده که موضوع آن سازه ثابت باشد.

۲. سبب مسئولیت؛ یعنی صاحب کار انهدام کلی یا جزئی یا عیبی را نسبت به سازه ثابت اثبات کند که استحکام و سلامت سازه ثابت را تهدید کند و این انهدام یا عیب، در مدت ده سال از تاریخ تحویل واقع شده باشد. چنانچه صاحب کار دو مورد یادشده را اثبات کند، نیاز به اثبات خطای مهندس و مقاوله کننده نیست؛ (السرхан، ۲۰۰۹ م: ۷۹) زیرا تعهد مهندس ساختمانی و مقاوله کننده از نوع تعهد به نتیجه است، نه تعهد به وسیله.

اگر سبب انهدام و عیب سازه ثابت شناخته نشود و مجهول ماند در این صورت، نیز مهندس ساختمانی و مقاوله کننده ضامن است؛ زیرا انهدام کلی یا جزئی سازه ثابت دلیل بر وقوع خطا از طرف مهندس و مقاوله کننده است. (کاظم عجیل،



۶. چگونگی دفع مسئولیت

بعد از این که صاحب کار مسئولیت مهندس و مقاوله کننده را اثبات کرد، آن ها، مسئول جبران خسارت های وارده اند، مگر اینکه آن ها از طریق قطع رابطه سببیت، مسئولیت خود را نفی کند. بار اثبات قطع رابطه سببیت به دوش مهندس و مقاوله کنند است. (الشهوان، ۲۰۰۹: ۱۴۷) ماده ۷۸۳ قانون مدنی در این مورد، بیان می دارد: «هرگاه شخصی ثابت نماید که ضرر عائده ناشی از سبب خارجی بدون مداخله وی یا از حادثه غیر مترقبه یا ناشی از اسباب مجبره بوده و یا به سبب خطای شخص متضرر یا از غیر نشئت کرده است، به ضمان مکلف نمی گردد، مگر اینکه قانون یا موافقت طرفین به خلاف آن حکم نماید». عین این مطلب را ماده ۱۶۵ قانون مدنی مصر، ماده ۱۶۸ قانون مدنی لیبی، ماده ۲۳۳ قانون مدنی کویت، ماده ۲۱۱ قانون مدنی عراق، ماده ۱۶۶ قانون مدنی سوریه، ماده ۱۴۱ قانون مدنی سودان مقرر کرده است؛ بنابراین، مهندس و مقاوله کننده از طریق اثبات عدم تقصیر نمی تواند از مسئولیت معاف شود؛ زیرا تعهد آن ها از نوع تعهد به نتیجه است. (السرхан، ۲۰۰۹: ۸۱)

با توجه به مواد یادشده، قطع رابطه سببیت به یکی از این سه طریق امکان پذیر است:

۱. قوه قاهره: مراد از قوه قاهره در اینجا، هر امری است که منجر به انهدام، شکست، نشست یا ایجاد عیب در سازه ثابت شود که سلامت و استحکام آن را به خطر اندازد، قابل پیش بینی و قابل دفع نباشد. هرگاه مهندس و مقاوله کننده اثبات کنند که انهدام، شکست، نشست یا عیب سازه ثابت در اثر قوه قاهره بوده؛ مانند اینکه سازه در اثر زلزله، سیل یا طوفان خراب شده باشد، مسئولیت ندارند.
۲. تقصیر شخص سوم: اگر مهندس و مقاوله کننده اثبات کنند که خرابی سازه ثابت در اثر عمل عمدی یا غیر عمدی شخص سوم بوده، از مسئولیت تبرئه می شوند. مراد از شخص سوم در اینجا، هر شخصی است غیر از صاحب کار، مقاوله کننده، مهندس و کارگران آن ها. (الشهوان، ۲۰۰۹: ۱۴۷)
۳. تقصیر صاحب کار: مهندس و مقاوله کننده در صورت اثبات تقصیر صاحب کار

و عدم تقصیر خویش در خرابی یا عیب سازه ثابت، از مسئولیت ده‌ساله معاف می‌شود؛ یعنی مهندس و مقاوله‌کننده در عرض صاحب‌کار مرتکب تقصیر نشده باشد. بنابراین اگر مهندس و مقاوله‌کننده در عرض صاحب‌کار مرتکب تقصیر شده باشد، مسئولیت آن‌ها مساوی است، مگر اینکه محکمه تقصیر یکی را بیشتر از دیگری بداند که در این صورت، مسئولیت نیز تفاوت خواهد کرد. (مواد ۷۸۲ و ۷۸۹ قانون مدنی افغانستان و بند ۲ ماده ۷۲۲ قانون مدنی ژاپن)

اگر تقصیر صاحب‌کار از طریق مواد معیوب یا موافقت با نقشه معیوب باشد، مقاوله‌کننده و مهندس از مسئولیت معاف نمی‌شود، بلکه وظیفه آن‌ها است که صاحب‌کار را متوجه عیب نمایند. اگر صاحب‌کار به انجام کار با مواد معیوب یا با نقشه معیوب اصرار ورزد، وظیفه مهندس و مقاوله‌کننده است که از انجام کار معیوب خودداری کنند، البته این در صورتی است که عیوب یاد شده، سلامت ساختمان را تهدید کند یا باعث انهدام ساختمان شود. بنابراین اگر مقاوله‌کننده و مهندس به اصرار صاحب‌کار نقشه معیوب را اجرا کنند یا مواد غیر مناسب را به کار گیرند، مسئولند.

۷. ماهیت مسئولیت ده‌ساله

در اینکه ماهیت مسئولیت ده‌ساله چیست، اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی ماهیت مسئولیت ده‌ساله را غیر قراردادی و ناشی از تقصیر مهندس و مقاوله‌کننده دانسته‌اند. (باقرنیا همتی، ۱۳۹۵: ۹۷) گروه دوم مسئولیت ده‌ساله را دارای ماهیت قراردادی و ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی مهندس و مقاوله‌کننده می‌دانند و آن را به مسئولیت فروشنده نسبت به عیب مخفی مبیع در عقد بیع تشبیه کرده‌اند. (مرقس، ۱۹۹۲: ۴۱۲) گروه سوم مسئولیت ده‌ساله را دارای ماهیت قانونی و ناشی از نص قانون دانسته‌اند. (عبدالحمید سماره، بی‌تا: ۲۷) به نظر می‌رسد نظر سوم درست باشد؛ زیرا اگر مسئولیت قراردادی باشد، در جای که صاحب‌کار با مهندس و مقاوله‌کننده توافق می‌کنند که سازه معیوب و غیراستاندارد بسازد، در صورت خرابی سازه



پیش از ده سال، مقاوله کننده و مهندس نباید مسئول باشد، درحالی که بر اساس صریح ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی، مسئول است.

۸. ویژگی های مسئولیت ده ساله

مسئولیت ده ساله همان طور که از عنوانش پیدا است، ویژه و استثنایی است و بر اساس قواعد عمومی، قابل تحلیل نیست، ولی قانون گذار به دلیل اهمیت و حساسیت موضوع، مسئولیت ده ساله را به رسمیت شناخته است. بنابراین مسئولیت ده ساله دارای ویژگی های زیر است که آن را از سایر مسئولیت ها متمایز می سازد:

۱. مسئولیت تضامنی است: مهندس و مقاوله کننده در مقابل صاحب کار مسئولیت تضامنی دارند و بر اساس صراحت قانون، ایجاد شده است. (ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی) طبق این مسئولیت، صاحب کار می تواند برای جبران خسارت به هریک که خواسته باشد یا به هردو مراجعه کرده و خسارت وارده را درخواست کند.

۲. این مسئولیت مربوط به نظم عمومی است: قواعد عمومی مسئولیت این است که دو طرف قرارداد می توانند بر کاهش یا افزایش یا از بین بردن مسئولیت توافق کنند؛ (ماده ۸۳۰ قانون مدنی) اما مسئولیت ده ساله همان طور که از نامش برمی آید استثنایی است و از قواعد عمومی تبعیت نمی کند. بنابراین مسئولیت ده ساله جزء نظم عمومی است و دو طرف قرارداد نمی توانند بر کاهش یا عدم مسئولیت توافق کنند؛ زیرا در ماده ۱۴۹۳ قانون مدنی در این مورد آمده است: «هر شرطی که مانع ضمان مهندس انجنیر ساختمانی و مقاوله کننده گردد، باطل است». عین این مطلب در ماده ۶۵۳ قانون مدنی مصر، بند ۲ ماده ۳۷۸ قانون مدنی سودان، ماده ۶۵۲ قانون مدنی لیبی، بند ۱ ماده ۸۷۰ قانون مدنی عراق، ماده ۷۹۰ قانون مدنی اردن، ماده ۶۹۷ قانون مدنی کویت و ماده ۶۱۹ قانون مدنی سوریه نیز آمده است.

در اینکه هدف قانون گذار از نظم عمومی قرار دادن مسئولیت ده ساله چیست، اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی نظم عمومی قرار دادن مسئولیت ده ساله را برای حمایت از مصلحت عمومی (عبدالحمید شماره، بی تا: ۳۴) و گروهی دلیل آن را حمایت از

صاحب‌کار ناآشنا به امر ساخت سازه ثابت دانسته‌اند. (عبدالحمید سماره، بی‌تا: ۳۵) به نظر می‌رسد میان دو هدف یادشده، تعارض وجود ندارد. بنابراین هدف قانون‌گذار از نظم عمومی قرار دادن مسئولیت ده‌ساله حمایت از مصلحت عمومی و صاحب‌کار هردو است.

۳. مسئولیت ده‌ساله تنها عیوب خطرناک را شامل می‌شود که سلامت و استحکام سازه ثابت را تهدید کند، سایر عیوب سازه ثابت بر اساس قواعد عمومی، تحلیل می‌شود که خارج از موضوع بحث ما است. عیوب خطرناک عبارتند از انهدام، شکست، نشست کلی یا جزئی و عیوبی که سلامت و استحکام سازه ثابت را تهدید کند، گرچه خرابی ناشی از زمین محل احداث باشد. (ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی)

۹. توافقات مبنی بر تعدیل مسئولیت مهندس و مقاوله کننده

توافقات دو طرف مبنی بر افزایش مسئولیت مهندس و مقاوله کننده نسبت به تخریب کلی، جزئی یا عیوب سازه ثابت درست است؛ مانند توافق دو طرف مبنی بر این که مقاوله کننده و مهندس بیش از ده سال ضامن خرابی سازه باشند یا این که مقاوله کننده و مهندس مسئولیت ضررهای ناشی از قوه قاهره را بپذیرند. بند ۱ ماده ۸۳۰ قانون مدنی بیان می‌دارد: «(۱) موافقت طرفین مبنی بر متحمل شدن متعهد از مسئولیت حوادث غیر مترقبه و اسباب مجبره جواز دارد». عین این مطلب را بند ۱ ماده ۲۲۰ قانون مدنی لیبی، بند ۱ ماده ۲۱۷ قانون مدنی مصر، بند ۱ ماده ۲۵۹ قانون مدنی عراق، بند ۱ ماده ۲۱۸ قانون مدنی سوریه، بند ۱ ماده ۲۹۵ قانون مدنی کویت مقرر کرده است. توافقات دو طرف مبنی بر کاهش یا سقوط مسئولیت مهندس و مقاوله کننده باطل است. در ماده ۱۴۹۳ قانون مدنی در این مورد، آمده است: «هر شرطی که مانع ضمان مهندس انجینیر ساختمانی و مقاوله کننده گردد، باطل است». عین این مطلب در ماده ۵۵۶ قانون مدنی الجزایر، ماده ۶۵۳ قانون مدنی مصر، بند ۲ ماده ۳۷۸ قانون مدنی سودان، ماده ۶۵۲ قانون مدنی لیبی، بند ۱ ماده ۸۷۰ قانون مدنی عراق، ماده ۷۹۰ قانون مدنی اردن، ماده ۶۹۷ قانون مدنی کویت، ماده ۶۱۹



قانون مدنی سوریه و شبیه آن در ماده ۶۴۰ قانون مدنی ژاپن نیز آمده است.

۱۰. مرور زمان دعوای مسئولیت ده ساله

دعوا درخواست خسارت بر اساس مسئولیت ده ساله، از روز وقوع خطر تا یک سال در محکمه قابل شنیدن است. اگر صاحب کار یا دیگر اشخاص مستحق در این مدت، مطالبه خسارت نکنند و عذر موجه هم برای عدم اقامه دعوا نداشته باشند، دعوای آن‌ها شنیده نمی شود. ماده ۱۴۹۴ قانون مدنی در این مورد، بیان می دارد: «دعوای ضمان در احوال مندرج مواد (۱۴۹۰-۱۴۹۱-۱۴۹۲) این قانون، بعد از انقضای مدت یک سال از تاریخ حدوث انهدام، شکست و نشست یا کشف عیب ساقط می گردد». عین این مطلب را ماده ۷۹۱ قانون مدنی اردن، بند ۴ ماده ۸۷۰ قانون مدنی عراق، شبیه آن را ماده ۶۵۴ قانون مدنی مصر، ماده ۵۵۷ قانون مدنی الجزایر، ماده ۶۵۳ قانون مدنی لیبی، ماده ۶۹۶ قانون مدنی کویت و ماده ۶۲۰ قانون مدنی سوریه مقرر کرده است، با این تفاوت که قانون مصر، الجزایر، لیبی، کویت و سوریه مدت مرور زمان را سه سال از تاریخ حصول انهدام و خرابی تعیین کرده است.

اگر مرور زمان با همه شرایط محقق شود، آثار آن به خودی خود ایجاد نمی شود، مگر این که حائز یا قائم مقام وی یا کسی که در مصلحت او است، در پیشگاه محکمه به مرور زمان متوسل شود. بنابراین قاضی محکمه بدون استناد حائز یا قائم مقام وی به مرور زمان، نمی تواند از پیش خود به مرور زمان حکم کند. ماده ۹۸۱ قانون مدنی بیان می دارد: «محکمه نمی تواند مستقیماً نسبت مرور زمان از استماع دعوا امتناع ورزد، مگر به اساس مطالبه مدیون یا دائن و یا هر شخصی که مصلحت وی در مطالبه متصور باشد، گرچه مدیون به آن تمسک ننماید. تمسک به مرور زمان به هر مرحله دعوا جواز دارد، گرچه به پیشگاه محکمه استیناف باشد». عین این مطلب را ماده ۳۷۴ قانون مدنی لیبی، ماده ۳۸۴ سوریه، ماده ۳۸۷ قانون مدنی مصر، ماده ۴۴۲ قانون مدنی عراق و بند ۱ ماده ۴۶۴ قانون مدنی اردن، مقرر کرده اند.

۱۱. جزای مسئولیت

اگر مسئولیت مهندس و مقاوله کننده بر اساس ماده ۱۴۹۰ قانون مدنی محقق شود، مهندس و مقاوله کننده متعهد به جبران خساراتی است که از طریق انهدام کلی یا جزئی، شکست، نشست یا عیبی که سلامت و استحکام سازه را به خطر اندازد. جبران خسارت شامل ضررهای مادی و معنوی وارده و سود فوت شده می شود. بنابراین در صورتی که ساختمان به طور کامل از بین رفته باشد، هزینه بازسازی آن را باید مقاوله کننده و مهندس پرداخت کند. اگر بخشی از سازه ثابت خراب شده باشد، مقاوله کننده و مهندس موظفند که بخش خراب شده را بازسازی کنند. اگر در اثر تقصیر مهندس و مقاوله کننده عیبی در سازه ثابت ایجاد گردد، مقاوله کننده و مهندس مکلفند با هزینه خود عیب وارده را برطرف کنند. (السرحدان، ۲۰۰۹: ۹۱) اگر در اثر خراب شدن ساختمان به عابر پیاده ضرر وارد شود، عابر پیاده می تواند بر اساس ماده ۷۹۶ قانون مدنی، از صاحب ساختمان به عنوان محافظ مطالبه خسارت کند و صاحب ساختمان ضرر وارده به عابر پیاده را پرداخت کرده و از بابت ضرر پرداخت شده به عابر پیاده می تواند از مقاوله کننده و مهندس درخواست خسارت کند.

نتیجه گیری

با توجه به مطالب بیان شده در متن، به نتایج زیر رسیدیم:

۱. ساخت سازه ثابت اهمیت ویژه جانی، مالی، اقتصادی و روحی _ روانی دارد و باید مورد توجه جدی متصدیان امور مربوطه قرار گیرد.
۲. سازندگان سازه ثابت، اعم از صاحب سازه، مهندس مجری، ناظر و مقاوله کنندگان مکلفند سازه ثابتی را که می سازند، به گونه ای مستحکم بسازند که دست کم ده سال مقاومت داشته باشد. در غیر این صورت، سازندگان در مقابل زیان دیدگان، مسئول جبران خسارت کامل است.
۳. مراد از سازه ثابت ساختار خلق شده به دست بشر است که دارای اجزای به هم مرتبط



بوده و اهداف مورد نظر را محقق ساخته و غیر منقول باشد؛ مانند ساختمان، سد، پل، تونل، جاده و راه آهن.

۴. مسئولیت مهندس و مقاوله کننده مسئولیت قانونی برای حمایت از صاحب کاران نا آشنا به امور ساخت و ساز و برای حفظ مصالح عمومی است. بنابراین مسئولیت مهندس و مقاوله کننده تابع احکام ویژه است که از مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی متفاوت است.

۵. مسئولیت مهندس و مقاوله کننده جزء نظم عمومی است با قرارداد یا شرط ضمن عقد منتفی نمی شود.

۶. مسئولیت مهندس و مقاوله کننده تضامنی است. این مسئولیت، از روز تسلیم کار تا ده سال است.

۷. مرور زمان دعوای درخواست خسارت از روز وقوع خسارت یا کشف عیب تا یک سال است.

۸. مسئولیت یاد شده شامل ضررهای واقع شده و سود فوت شده می شود. همچنین مسئولیت یاد شده ضرر مادی و معنوی را شامل می شود.

فهرست منابع

الف. منابع فارسی

۱. انوری، حسن، (۱۳۸۱)، فرهنگ بزرگ سخن، تهران: انتشارات سخن، چاپ اول.
۲. آذرنوش، آذرتاش، (۱۳۸۵)، فرهنگ معاصر عربی- فارسی، تهران: نشر نی، چاپ هفتم.
۳. باقرنای همتی، ماهرخ، (۱۳۹۵)، «مسئولیت مدنی مهندس ناظر ساختمان»، فصلنامه علمی تخصصی اندیشمندان حقوق، سال چهارم، شماره نهم.
۴. دوامی، پرویز، خدابخش پیر کلانی، مریم، (۱۳۸۹)، «مهندسی چیست و یک مهندس کیست»، فصلنامه آموزشی مهندسی ایران، سال دوازدهم، شماره ۴۵، بهار.
۵. معین، محمد، (۱۳۷۵)، فرهنگ فارسی، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ نهم.

ب. منابع عربی

۱. الأودون، سمیر عبدالسمیع سلیمان، (بی‌تا)، المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاری و التنفيذی و مقاول البناء، اسکندرية: منشأة المعارف.
۲. بکر، عصمت عبدالمجید، (۲۰۱۶م)، المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية، بیروت: منشورات زين الحقوقية، چاپ اول.
۳. ریمه، عباس، استاد راهنما: شیہانی سمیر، الاشخاص المسئولون في الضمان العشری للمشيدين في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستری في القانون الجامعة أکلی محمد اولحاج- البويرة كلية الحقوق والعقوم السياسية.
۴. السرحان، عدنان ابراهيم، (۲۰۰۹م)، شرح القانون المدني العقود المسماة المقالة- الوكالة- الكفالة، عمان: دارالثقافة للنشر و التوزيع، چاپ اول.
۵. السنهوري، عبدالرزاق احمد، (۲۰۰۰م) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية.



٦. الشهوان، هاشم على، (٢٠٠٩م)، المسؤولية المدنية للمهندس الإستشارى فى عقود الإنشاءات، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، چاپ اول.
٧. عادل، عبدالعزيز عبدالحميد سمارة، (١٣/٩ / ٢٠٠٧ م)، استاد راهنما: غسان خالد، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء فى القانون المدنى الاردنى؛ دراسة المقارنة، پايان نامه ماسترى، جامعة النجاح الوطنية فى نابلس فلسطين.
٨. فتحي الحيانى، ابراهيم عنتر و عاشور عبدالله، عامر، (بى تا). «نطاق الضمان الخاص فى عقد المقاولة»، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية جامعة تكريت و كركوك بدون شماره.
٩. فراهيدى، خليل بن احمد، (١٤١٠ق)، كتاب العين، قم: نشر هجرت، چاپ دوم.
١٠. كاظم عجیل، طارق، (٢٠١٦ م)، الوسيط فى عقد المقاولة، بيروت: مكتبة السنهورى، چاپ اول.
١١. محمد شكرى سرور، (١٩٨٥م). مسؤولية مهندسى و مقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة فى القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى، القاهرة: دارالفكر العربى.
١٢. مدورى زايدى، استاد راهنما: إقلولى ولد رابح صافية، مسؤولية المقاول و المهندس المعمارى فى القانون الجزائرى، پايان نامه ماسترى، جامعة مولود معمري-تيزى وزو-، كلية الحقوق و العلوم السياسية مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية و السياسية.
١٣. مرسى، محمد كامل، (١٩٥٢م). شرح القانون المدنى الجديد، العقود المسماة، بى جا: المطبعة العالمية، چاپ دوم.
١٤. مرقس، سليمان، (١٩٩٢م)، الوافى فى شرح القانون المدنى فى الالتزامات فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، بى جا: مكتبة زين الحقوقية، چاپ پنجم.
١٥. ياقوت، محمد ناجى (بى تا)، مسؤولية المعماريين بعد اتمام الأعمال و تسلمها مقبولة من صاحب العمل، الإسكندرية: نشأة المعارف.

ج. اسناد و قوانین:

۱. قانون مدنی اردن.
 ۲. قانون مدنی افغانستان.
 ۳. قانون مدنی الجزایر.
 ۴. قانون مدنی سودان.
 ۵. قانون مدنی سوریه.
 ۶. قانون مدنی عراق.
 ۷. قانون مدنی کویت.
 ۸. قانون مدنی لیبی.
 ۹. قانون مدنی مصر.
 ۱۰. قانون معاملات مدنی امارات متحده عربی.
 ۱۱. قانون موجبات و عقود لبنان.
- د. منابع انگلیسی

12. *france civil code*

13. *Civil code of Japan*

روش پرداخت وصولی و اصول حاکم بر آن

سید عزیزالله موسوی^۱

چکیده

روش وصولی به مفهوم گسترده آن به معنای وصول اسناد و دریافت مطالبات است. در این روش، سه طرف اصلی (صادرکننده، واردکننده و بانک) حضور دارد. بانک به عنوان واسطه فروشنده برای وصول اسناد از فروشنده و دریافت وجه یا اخذ قبولی برات از خریدار عمل می کند. اگر وصولی ساده باشد، اسناد تجاری (مثل اسناد حمل، سند مالکیت کالا و...) مستقیماً به خریدار منتقل می شود تا کالا را از گمرک ترخیص نماید. در این صورت وظیفه بانک طبق دستور وصول، دریافت وجه یا اخذ قبولی برات و یا گرفتن سند قابل اعتماد مبنی بر بدهکاری از خریدار است. اما چنانچه وصولی اسنادی باشد، بانک پس از دریافت وجه یا اخذ قبولی برات یا گرفتن سند اطمینان بخش از خریدار، اسناد تجاری را به خریدار تحویل می دهد تا کالا را از گمرک ترخیص نماید. پرداخت های وصولی تابع یک سری قواعد کلی و مسلم در حقوق تجارت است که به آن قواعد کلی، اصطلاحاً اصول حاکم بر روش پرداخت وصولی ها گفته می شود که به هیچ وجه تخطی از آن ها روا نیست. در این مقاله روش پرداخت وصولی و همین اصول حاکم، با روش تحلیلی توصیفی، بررسی می شود.

واژگان کلیدی: روش پرداخت وصولی، برات ساده، برات اسنادی، اصول حاکم بر روش پرداخت

۱. گروه حقوق خصوصی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعة المصطفی العالمیه، بغلان، افغانستان.

مقدمه

روش پرداخت وصولی یکی از روش‌های نسبتاً مناسب در تجارت بین‌المللی است؛ زیرا هم هزینه کم‌تری نسبت به روش «اعتبارات اسنادی» دارد و هم بانک‌ها به‌عنوان واسطه در وصول عمل می‌کنند و این امر موجب آسان شدن روابط تجاری می‌شود. البته از این روش بیشتر در مواردی استفاده می‌شود که صادرکننده نسبت به واردکننده اعتماد و اطمینان داشته باشد؛ زیرا انتقال کالا به کشور خارجی پیش از دریافت وجه، ریسک‌های فراوانی برای فروشنده دارد که اگر فضای اطمینان بخشی بین فروشنده و خریدار حاکم نباشد، بعید است به انتقال کالا اقدام نماید.

روش پرداخت وصولی به دو صورت وصولی ساده و وصولی اسنادی صورت می‌پذیرد و هر دو صورت در این امر اشتراک دارند که وصول وجه به بانک واگذار می‌گردد تا بر اساس دستورالعمل از خریدار دریافت و به حساب فروشنده واریز نماید. با این تفاوت که در وصولی ساده مطابق «دستور وصول» براتی را که فروشنده بر عهده خریدار صادر کرده نقد یا قبولی نویسی می‌کند. اگر براتی نکشیده، از خریدار وجه دریافت یا تضمین مناسبی اخذ می‌کند؛ اما در وصولی اسنادی، صادرکننده (فروشنده) اسناد تجاری کالا را همراه اسناد مالی یا بدون اسناد مالی تحویل بانک می‌کند تا پس از دریافت وجه یا قبولی نویسی از خریدار، اسناد تجاری را که سند مالکیت کالا است، در اختیار وی قرار دهد. البته روش وصولی با وجود محاسنی که دارد، از کاستی‌هایی نیز رنج می‌برد که بیشتر متوجه فروشنده می‌شود.

در این نوشتار برای ارائه تصویر روشن از روش وصولی پرداخت، نخست از چرایی و عناصر تشکیل‌دهنده وصولی سخن خواهد رفت و پس از آن، از روش اجرایی، امتیازات و کاستی‌های وصولی ساده و اسنادی بحث خواهد شد و در نهایت اصول حاکم بر روش وصولی مطرح خواهد شد.

۱. روش پرداخت وصولی

یکی از روش‌های پرداخت بهای کالا در تجارت بین‌الملل، شیوه وصولی است. «این



روش پرداخت در عرف بانکی بازرگانی جمهوری اسلامی ایران تحت عنوان براتی یا واردات با روش ثبت سفارش براتی در بانک شناخته می‌شود.^۱ (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۲۹۲) کاربرد روش براتی به جای روش وصولی، در نوشتارهای حقوقی و عرف بازرگانی، بیانگر رواج بیشتر برات در این شیوه پرداخت است وگرنه در این روش، لزوماً تنها از برات استفاده نمی‌شود، بلکه می‌توان از اسناد تجاری دیگر مثل سفته، چک، حواله بانکی و... نیز استفاده کرد؛ اما به خاطر ظرفیت‌ها و امتیازات زیادی که برات دارد، بیشتر مورد توجه و کاربرد قرار گرفته است.

باتوجه به اهمیت و کاربرد فراوان روش پرداخت وصولی در تجارت بین‌الملل، اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) مقرراتی را تحت عنوان «مقررات یکنواخت وصولی‌ها» تنظیم و منتشر کرده که پس از تغییرات و بازبینی‌های متعدد اجرایی شده است. در سیر تحول مقررات وصولی‌ها آمده است:

مقررات وصولی‌ها برای نخستین بار در سال ۱۹۵۶م تحت عنوان مقررات یکنواخت برای وصول اسناد تجاری^۱ تصویب و منتشر شد. اما در سال‌های ۱۹۶۷ و ۱۹۷۸ به منظور هماهنگ شدن با تحولات سایر بخش‌ها از جمله حمل و نقل و ارتباطات مورد تجدیدنظر قرار گرفت و با عنوان «مقررات یکنواخت وصولی‌ها»^۲ در نشریه شماره ۳۲۲ اتاق بازرگانی بین‌المللی (URC) منتشر شد. بالاخره مقررات مذکور در سال ۱۹۹۵م بار دیگر برای هماهنگی با USP500 مورد تجدیدنظر قرار گرفت و نهایتاً در تاریخ ۱۹۹۶/۱/۱م این مقررات^۳ با قابلیت اجرا در نشریه شماره ۵۲۲ اتاق بازرگانی بین‌المللی منتشر گردید. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶، ۲: ۲۹۲)

در حال حاضر «مقررات یکنواخت وصولی‌ها» مورد پذیرش بیشتر کشورهای دنیا قرار دارد. (رجب‌پور، ۱۳۹۲، ۱۴۹) منتها باید توجه داشت که این مقررات، فقط هنگامی اعمال می‌شود که به وسیله طرفین در قراردادشان گنجانده شده باشد. (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ۲: ۶۰۵) بنابراین اگر تبعیت از مقررات مذکور مسکوت گذاشته

1 . Uniform Rules for the Collection of Commercial paper.

2 . Uniform Rules for the Collections.

3. The URC 522 are the Uniform Rules for Collections. URC 522 came into effect on 01 January 1996.

شود یا به صورت شفاهی بیان گردد، «مقررات یکنواخت وصولی‌ها» اعمال نخواهد شد.

۱-۱. تعریف وصولی

مطابق بند a از ماده ۲ مقررات یکنواخت وصولی‌ها، «وصول عبارت است از اقدام بانک‌ها بر اساس دستورات دریافتی روی اسناد مالی به منظور:

۱. اخذ قبولی یا دریافت وجه، یا

۲. تحویل اسناد تجاری در مقابل قبولی یا پرداخت، یا

۳. تحویل اسناد تحت شرایط و مقررات دیگر»^۱.

با استناد به ماده فوق برخی منظور از وصول را دریافت مطالبات دانسته و گفته است:

با توجه به گستردگی شبکه بانکی، امروزه متداول‌ترین شیوه وصول مطالبات استفاده از بانک است. بستانکار، سند حاکی از مطالبات خود مثل برات، سفته و چک را به بانکی که در آن حساب دارد ارائه می‌کند. بانک نیز پس از وصول، وجه آن را به حساب بستانکار واریز می‌نماید؛ (اشرف‌زاده، ۱۳۷۳: ۸۶) اما برخی دیگر معتقدند که مراد از وصول، دریافت اسناد است و نه وصول قروض. (سماواتی، ۱۳۸۹: ۱۳۹) به نظر می‌رسد، هر دو برداشت فوق دقیق نباشد؛ زیرا بند مزبور از مقررات یکنواخت وصولی، وصول را به معنای اقدام بانک‌ها روی اسناد دانسته و روشن است که عملیات بانک‌ها در روش پرداخت وصولی، اعم از وصول مطالبات و دریافت اسناد است. لذا برخی دیگر در تعریف وصولی گفته‌اند: «در بازرگانی بین‌المللی صادرکننده، وصول وجه کالای صادر شده را طبق دستور دقیق و روشن به بانک واگذار می‌نماید. در این صورت بانک نسبت به وصول وجه از خریدار اقدام خواهد نمود». (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۲۹۳) در صدر این تعریف، به وصول اسناد توسط

1. a) "Collection" means the handling by banks of documents as defined in sub-Article 2(b), in accordance with instructions received, in order to:

1 obtain payment and/or acceptance, Or

2 deliver documents against payment and/or against acceptance, Or

3 deliver documents on other terms and conditions.



بانک از فروشنده اشاره شده و در ذیل آن به صراحت از دریافت وجه توسط بانک از خریدار سخن رفته است.

۱-۲. عناصر وصولی

مطابق مقررات یکنواخت وصولی‌ها، برای تحقق معاملات وصولی در تجارت بین‌الملل وجود عناصر زیر ضروری است:

۱. اسناد: طبق بند b از ماده ۲ مقررات یکنواخت وصولی‌ها (URC 522) «اسناد به معنای اسناد مالی و اسناد تجاری است:

الف. اسناد مالی به مفهوم برات ارزی، سفته، چک‌ها و یا هر ابزار مشابه دیگری است که به منظور پرداخت وجه از آن‌ها استفاده می‌شود.

ب. اسناد تجاری به مفهوم سیاهه، اسناد حمل، اسناد مالکیت، اسناد مشابه یا هر نوع اسناد دیگری است که در هر صورت اسناد مالی نباشد»^۱.

یادآوری می‌شود که در معاملات وصولی وجود برات یا بروات الزامی نیست، بلکه وجود اسناد همراه با دستور وصول از طریق بانک الزامی است. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۲۹۵)

۲. دستور وصول: این دستور که توسط صادرکننده به بانک فرستنده و از آنجا به بانک وصول‌کننده ارسال می‌گردد، در واقع نحوه اقدام و عمل بانک‌ها را در مورد وصولی‌ها تعیین و مشخص می‌نماید. دستور وصول به بانک می‌گوید که وصولی ساده یا وصولی اسنادی موردنظر است. (سماواتی، ۱۳۸۹: ۱۴۱) هم‌چنین دستور وصول باید اعلام نماید که آیا اسناد تجاری در مقابل قبولی برات‌گیر تحویل می‌شود (روش P/A) یا در مقابل پرداخت مبلغ برات (D/P). گرچه اصل این است که دستور وصول باید خواسته‌های صادرکننده را به‌وضوح در برداشته باشد، لکن در صورت فقدان چنین اظهاری، اسناد تجاری فقط در مقابل پرداخت (D/P) تحویل داده خواهد شد.

1. b "Documents" means financial documents and/or commercial documents:

1 "Financial documents" means bills of exchange, promissory notes, cheques, or other similar instruments used for obtaining the payment of money;

2 "Commercial documents" means invoices, transport documents, documents of title or other similar documents, or any other documents whatsoever, not being financial documents.

(سماواتی، ۱۳۸۹: ۱۴۶)

از آنجا که دستور وصول در تعیین عملکرد بانک‌ها نقش تعیین کننده دارد، بایستی به صورت کامل، روشن و دقیق تنظیم گردد. در بند b از ماده ۴ مقررات یکنواخت وصولی‌ها از مندرجات «دستور وصول» به تفصیل سخن رفته است که به جهت رعایت اختصار از نقل آن پرهیز می‌شود.

۳. **بانک:** وجود بانک‌ها در معاملات وصولی مهم و حضور حداقل یک بانک در این گونه معاملات الزامی است؛ اما در عمل از بانک‌های زیر استفاده می‌شود:

الف. بانک ارسال کننده (remitting bank)؛ صادرکننده، اسناد تجاری همراه با دستور وصول و اسناد مالی (برات) را در اختیار این بانک قرار می‌دهد. این بانک در کشور صادرکننده واقع است و بدان بانک کارگزار فروشنده نیز گفته می‌شود. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۲۹۴)

ب. بانک وصول کننده (collecting bank)؛ این بانک به اعتبار آنکه اسناد تجاری، دستور وصول و اسناد مالی را از بانک ارسال کننده دریافت می‌کند، بانک وصول کننده و به اعتبار آنکه این اسناد را به واردکننده (برات گیر) ارائه می‌کند، بانک ارائه کننده (presenting bank) نامیده می‌شود. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۲۹۴)

ج. بانک واسطه (intermediary bank)؛ در مواردی بانک ارسال کننده توسط این بانک، اسناد، دستور وصول و برات را به بانک وصول کننده واگذار می‌کند. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۲۹۴)

۴. **صادرکننده:** همان فروشنده است که به اعتبار واگذار کردن اسناد به بانک، «واگذارنده» و به اعتبار استفاده از برات، «براتکش» نیز خوانده می‌شود. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۲۹۴)

۵. **واردکننده:** همان خریدار است که به اعتبار آنکه گیرنده برات است، «برات گیر» نیز گفته می‌شود. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۲۹۴)

۳-۱. انواع وصولی

روش پرداخت وصولی به دو قسم (وصولی ساده و وصولی اسنادی) تقسیم می‌شود؛



زیرا اسنادی که توسط صادرکننده (فروشنده) به بانک عرضه می‌گردد، از دو حال خارج نیست: گاهی تنها اسناد مالی به بانک سپرده می‌شود؛ اما اسناد تجاری مستقیماً و بدون واسطه بانک به دست واردکننده (خریدار) می‌رسد. این صورت را وصولی ساده می‌گویند؛ اما اگر اسناد تجاری به همراه اسناد مالی یا تنها اسناد تجاری تحویل بانک گردد، وصولی اسنادی نامیده می‌شود.

۱-۳-۱. وصولی ساده

اگر بانک ترتیب وصول و پرداخت اسناد مالی را بدهد، اقدام او وصولی ساده و بی‌قید و شرط است. چون اسناد تجاری نقشی در دریافت وجه اسناد مالی توسط بانک ندارد.

۱-۳-۱-۱. تعریف وصولی ساده

بر اساس بند C از ماده ۲ مقررات یکنواخت وصولی‌ها، «وصولی ساده به مفهوم وصول اسناد مالی است بدون اینکه اسناد بازرگانی ضمیمه آن باشد».^۱ در این روش، صادرکننده (فروشنده) اسناد مالی را به همراه یک دستورالعمل به بانک کارگزار (remitting bank) تحویل می‌دهد و بانک مزبور آن را به بانک وصول‌کننده (collecting bank) ارسال می‌کند تا بر اساس دستورالعمل به دریافت یا اخذ قبولی وجه مقرر از واردکننده (خریدار) اقدام نماید.

۱-۳-۱-۲. سازوکار وصولی ساده

این روش پرداخت بدین صورت است که پس از تشکیل قرارداد، صادرکننده (فروشنده) ترتیبات حمل کالا را فراهم و به خریدار ارسال می‌کند و اسناد تجاری مربوط به کالا (سیاهه‌ها، اسناد حمل، اسناد مالکیت کالا و غیره) را نیز مستقیماً برای واردکننده (خریدار) ارسال و آن‌ها را به وی واگذار می‌نماید. بدین وسیله خریدار بدون اینکه مجبور شود بهای کالا راپردازد یا پرداخت مدت‌دار، بهای کالا را در سندی مالی مثل برات، چک یا سفته به عهده بگیرد، می‌تواند کالا را از حمل‌کننده تحویل گرفته و آن را به تصرف خود درآورد. پس از آن، صادرکننده برای دریافت وجه

1. c) "Clean collection" means collection of financial documents not accompanied by commercial documents.

کالا برات دیداری یا مدت‌دار عهده خریدار صادر می‌کند و به بانک حواله کننده که در کشور خودش واقع است، تحویل می‌دهد. بانک حواله کننده نیز آن سند مالی را به بانک وصول کننده که در کشور خریدار قرار دارد، می‌فرستد تا مطابق دستورالعمل داده شده اقدام به دریافت وجه یا قبولی نویسی از خریدار نماید. پس از اخذ وجه یا قبولی نویسی سند، آن را برای بانک کشور صادرکننده (بانک فرستنده) ارسال می‌کند و بانک نیز پس از دریافت وجه مزبور را به حساب صادرکننده واریز می‌نماید. (اشرفزاده، ۱۳۷۳: ۸۷)

در وصولی ساده انتقال کالا و اسناد تجاری به خریدار بدون تشریفات و واسطه‌گری بانک صورت می‌پذیرد؛ اما دریافت بهای کالا از خریدار به واسطه بانک به عنوان عامل فروشنده انجام می‌گیرد. منتها لزومی ندارد که حتماً فروشنده سند مالی به عهده خریدار را صادر و به بانک کارگزارش برای وصول از خریدار تحویل نماید. بلکه ممکن است خود خریدار به پرداخت وجه یا تحویل سند مالی به بانک وصول کننده اقدام کند. (اشرفزاده، ۱۳۷۳: ۸۷) پس در وصولی‌ها اقدام بانک‌ها بر حسب دستورالعملی صورت می‌گیرد که فروشنده به بانک کارگزارش تحویل می‌دهد و بدان دستور وصول (collection instruction) گفته می‌شود که چگونگی اقدام و عمل بانک‌ها را در مورد وصولی تعیین و مشخص می‌کند. بنابراین اگر خود صادر کننده عهده خریدار براتی صادر نموده باشد، بانک طبق دستور به وصول وجه یا قبولی نویسی از خریدار اقدام کند و اگر براتی عهده مشتری نکشیده باشد، بازهم بانک طبق دستور به دریافت وجه یا سند بدهکاری از خریدار اقدام خواهد کرد.

۳-۱-۳. محاسن وصولی ساده

از محاسن بزرگ این روش پرداخت، سهولت در توافق و کم‌هزینه بودن آن نسبت به «روش اسنادی» است. (رجب‌پور، ۱۳۹۲: ۱۵۶) ارزان بودن تعرفه خدمات بانکی در این روش نسبت به اعتبار اسنادی یک مزیت برای طرفین داد و ستد محسوب می‌گردد. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۳۰۴) این روش برای خریدار، شیوه مطلوب و بدون خطری است. چه آنکه پس از دریافت کالا، وجه آن را پرداخت می‌کند و فرصت مناسبی



برای پرداخت بهای کالا و ملاحظه و کنترل آن دارد. (مزینی و مهاجری، ۱۳۸۳: ۲۴)

برای فروشنده نیز نسبت به روش «حساب باز» از میزان ریسک کمتری برخوردار است؛ زیرا فروشنده از طریق بانک می‌تواند دریافت وجه را پیگیری کند و از لحاظ حقوقی، قابل تعقیب و همچنین به‌عنوان دارنده حسن‌نیت از مزیت اسناد تجاری برخوردار شده و مورد حمایت است. (اشرف‌زاده، ۱۳۷۳: ۸۹)

۱-۳-۴. معایب وصولی ساده

این روش نسبت به فروشنده مشکلاتی دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. یکی از معایب بزرگ این روش برای فروشنده آن است که مالکیت کالا به خریدار واگذار شده است پیش از آنکه بهای آن در اختیار فروشنده قرار بگیرد و با این کار حق حبس را از دست داده است. (رجب‌پور، ۱۳۹۲: ۱۵۶) عیب دیگری آن است که چه‌بسا خریدار از قبولی یا پرداخت وجه برات خودداری کند یا به علت ورشکستگی قادر به پرداخت نباشد و این خطر که در تعقیب قانونی خریدار، حکم به نفع صادرکننده صادر نشود یا اجرای حکم متعذر باشد، فراوان است. (اشرف‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۵۶)

اضافه بر اینها، چه‌بسا کشور واردکننده از انتقال وجه به صادرکننده و نیز از استرداد کالا به کشور فروشنده ممانعت کند و در نتیجه صادرکننده یا اصلاً بهای کالا را دریافت نتواند یا با تأخیر غیرمتعارف بدان دست یابد. (بیشاب، ۱۳۸۸: ۱۲)

۱-۳-۲. وصولی اسنادی

یکی از روش‌های پرداخت بهای کالا (ثمن) در تجارت بین‌الملل، روش وصول اسنادی است که بدان «برات اسنادی» نیز گفته می‌شود. این روش مکانیسمی قدیمی است که از طریق آن، بانک طبق درخواست یا دستور صادرکننده با ارائه یک یا چند برات و اسناد حمل مربوط به واردکننده ثمن را از واردکننده وصول می‌نماید. این روش در قدیمی‌ترین شکل خود که «بیع اسنادی» نامیده می‌شود، مستلزم آن بود که صادرکننده با به‌کارگیری یک متصدی حمل به وی دستور دهد مادمی که خریدار (گیرنده) ثمن را نپرداخته یا یک سند قابل معامله دایر بر تعهد به پرداخت ثمن را امضا نکرده است، از تسلیم کالا به وی خودداری کند. (لاریا، ۱۳۸۵، ۳۴: ۱۶۲)

۱-۳-۲-۱. تعریف وصولی اسنادی

مطابق بند d از ماده ۲ مقررات یکنواخت وصول‌ها، «وصولی اسنادی عبارت است از وصول: ۱. اسناد مالی که اسناد بازرگانی نیز همراه آن باشد؛ ۲. اسناد بازرگانی بدون اینکه اسناد مالی ضمیمه آن باشد»^۱.

بر این اساس اسناد تجاری عنصر ثابت و غیرقابل تغییر این روش است. (رجب‌پور، ۱۳۹۲: ۱۵۷) به بیان دیگر، در روش وصول اسنادی تحویل اسناد تجاری به بانک از ارکان سازنده آن است و بدون آن اصلاً وصول اسنادی محقق نخواهد شد؛ اما تحویل اسناد مالی اختیاری است؛ گاهی صادرکننده (فروشنده) برای عهده‌واردکننده (خریدار) صادر می‌کند و بانک کارگزار همان سند را ملاک اقدام خویش برای دریافت وجه یا قبولی نویسی قرار می‌دهد و گاهی هم ارائه سند معتبر معاملی نزد بانک، به خود خریدار واگذار می‌شود.

۱-۳-۲-۲. سازوکار وصولی اسنادی

فروشنده کالا را برای واردکننده ارسال می‌کند؛ اما اسناد بازرگانی و مالی را همراه دستور وصول از طریق بانک کارگزارش، برای بانک کارگزار خریدار ارسال می‌کند. بانک وصول کننده (بانک کارگزار خریدار) مطابق دستور وصول، زمانی اسناد را برای ترخیص کالا از گمرک در اختیار واردکننده خواهد گذاشت که واردکننده نسبت به پرداخت وجه یا قبولی نویسی برات مدت دار اقدام نموده باشد. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۳۰۰) بنابراین اسناد مالی وصولی‌ها از نظر زمان وصول وجه توسط بانک وصول کننده به دو دسته زیر تقسیم می‌شوند:

الف. اسناد دیداری: این قسم اسناد در روش وصولی اسنادی «اسناد در مقابل پرداخت» (Documents Against Payment) نامیده می‌شود که با علامت اختصاری «D/P» مشخص می‌گردد. در این صورت، صادرکننده در فرم دستور وصول خود از بانک وصول کننده می‌خواهد که اسناد را در مقابل پرداخت وجه در اختیار واردکننده

1. d) "Documentary collection" means collection of:

1 Financial documents accompanied by commercial documents;

2 Commercial documents not accompanied by financial documents.



قرار دهد. لذا تا وجه پرداخت نشده، اسناد تجاری برای ترخیص کالا از گمرک در

اختیار خریدار قرار نمی‌گیرد. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۳۰۰)

ب. اسناد مدت‌دار: این‌گونه از اسناد در روش وصولی اسنادی «اسناد در مقابل قبولی

نویسی» (Documents Against Acceptance) نامیده می‌شود که با علامت

اختصاری «D/A» مشخص می‌گردد. در این حالت صادرکننده همراه اسناد بازرگانی

یک برات مدت‌دار عهده‌واردکننده صادر و در دستور وصول خویش به‌روشنی مدت

آن را مشخص می‌نماید. بانک وصول‌کننده موظف است ابتدا قبولی برات را از خریدار

بگیرد آنگاه اسناد تجاری را برای ترخیص کالا از گمرک در اختیار وی قرار دهد. (زمانی

فراهانی، ۱۳۸۶: ۳۰۰)

یادآوری این نکته ضروری می‌نماید که دو صورت فوق، زمانی است که فروشنده

اسناد مالی را همراه اسناد تجاری در اختیار بانک قرار داده باشد؛ اما اگر سند مالی

(مثل برات) به اسناد تجاری ضمیمه نشده و خریدار موظف باشد که بهای کالا را در

زمان تحویل اسناد تجاری یا در تاریخ معینی در آینده پرداخت نماید، باید ترتیبات

پرداخت را فراهم نماید و در صورت مدت‌دار بودن با صدور سفته یا چک که سررسید

آن همان تاریخ معین در آینده باشد، اقدام و تسلیم بانک کند تا اسناد تجاری برای

ترخیص کالا از گمرک تسلیم وی گردد. (اشرف‌زاده، ۱۳۷۳: ۸۸)

۳-۲-۳. محاسن وصولی اسنادی

کم‌هزینه بودن این روش در مقایسه با روش «اعتبارات اسنادی» از مزایای مشترک

آن برای فروشنده و خریدار محسوب می‌شود. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۳۰۴) اضافه

بر آن، نسبت به دو روش «حساب باز» و «وصولی ساده» برای فروشنده اطمینان

بخش‌تر است؛ زیرا اسناد تجاری (اسناد حمل و بارنامه) که دلیل مالکیت خریدار

است، زمانی در اختیار واردکننده قرار می‌گیرد که وی وجه اسناد را بپردازد یا ترتیب

اطمینان‌بخشی برای پرداخت فراهم کرده باشد. (علیزاده، ۱۳۸۷: ۱۸۳) پس تا زمان

حصول وجه یا قبولی نویسی برات کالا از اختیار صادرکننده خارج نمی‌گردد و حق

حبس وی محفوظ خواهد بود. مزیت دیگر وصول اسنادی برای صادرکننده آن است

که حتی پس از اعطای اعتبار به واردکننده نیز می‌تواند به ثمن دست یابد؛ زیرا وی می‌تواند برات را تنزیل و وجه آن را دریافت کند. (لاریا، ۱۳۸۵، ۳۴: ۱۶۴) این روش برای خریدار نیز نسبت به «حساب باز» ریسک کم‌تری دارد. چون می‌تواند پیش از پرداخت یا قبولی برات، اسناد مالکیت را واریسی و کنترل نماید و از حیث تضمین کیفیت و کمیت کالا مطمئن شود (همان) دیگر اینکه تا هنگام ورود کالا به گمرک وجهی پرداخت نمی‌نماید و حداقل از ارسال و حمل کالا به کشور خود اطمینان یافته است و سپس مبادرت به پرداخت نقدی یا صدور قبولی اسناد مالی می‌کند. (مزینی و مهاجری، ۱۳۸۳: ۲۱۱)

۴-۲-۳-۱. معایب وصولی اسنادی

عیب بزرگ این روش پرداخت برای فروشنده آن است که اگر به تقاضای خریدار کالا را به متصدی حمل تحویل دهد و اسناد مالی و تجاری را نیز تحویل بانک نماید تا با پرداخت وجه یا قبولی نویسی، اسناد به خریدار تسلیم گردد؛ اما مشتری به علت کاهش قیمت یا تقاضای هر دلیل دیگری به بانک مراجعه نکند یا از پرداخت وجه یا قبولی برات امتناع نماید، فروشنده یا باید خریدار دیگری پیدا کند یا کالا را با صرف هزینه‌های اضافی به کشور خود بازگرداند. (زمانی فراهانی، ۱۳۸۶: ۳۰۵) در صورتی که برات مدت‌دار باشد، این خطر فروشنده را تهدید می‌کند که پس از قبول برات و ترخیص کالا واردکننده ورشکسته شود. (لاریا، ۱۳۸۵، ۳۴: ۱۶۵) یا اینکه سیاست‌های بانک مرکزی کشور واردکننده، موجب تأخیر یا ممانعت تسلیم ارز به بانک وصول‌کننده گردد. (بیشاب، ۱۳۸۸: ۱۲) اینها و خطرات دیگر از معایب این روش نسبت به فروشنده هستند.

۴-۳-۱. تفاوت وصولی ساده و وصولی اسنادی

بی‌تردیدی هر دو نوع وصولی شباهت‌های زیادی با هم دارند و همین امر موجب شده است که هر دو وصولی نامیده شوند و تابع مقررات کلی وصولی باشند. با این وجود تفاوت‌های اساسی نیز بین آن دو وجود دارد که موجب گردیده تحت دو نام مجزا مطرح گردند؛ اما در اینکه تفاوت آن دو چیست، برخی نحوه انتقال مالکیت کالا به



خریدار را نقطه تمایز آن دو دانسته و گفته‌اند: «تقسیم وصولی به دوروش وصولی ساده و وصولی اسنادی، در حقیقت بر اساس نحوه انتقال مالکیت کالا به خریدار صورت می‌گیرد نه صرف جدا بودن یا انضمام اسناد تجاری به برات». (اشرف‌زاده، ۱۳۷۳: ۸۸) برخی دیگر تفاوت این دو نوع وصولی را در حفظ کنترل فروشنده بر کالا و عدم حفظ کنترل وی بر کالا دانسته و گفته‌اند: «کنترل روی کالا فقط به وسیله وصول اسنادی امکان‌پذیر است؛ زیرا بانک اسناد تجاری را نیز در اختیار دارد. در یک وصولی مجرد (ساده)، صادرکننده اسناد تجاری را مستقیماً برای خریدار خارجی ارسال می‌کند و در نتیجه کنترل روی کالا را بدون آنکه بر روی پرداخت یا قبولی برات به‌عنوان یک پیش شرط تکیه کند در اختیار خریدار قرار می‌دهد. (سماواتی، ۱۳۸۹: ۱۴۲)

به نظر می‌رسد، هر دو بیان‌گویای یک واقعیت است؛ زیرا اگر نسبت کالا با فروشنده لحاظ شود تعبیر «حفظ یا عدم حفظ کنترل کالا» در بیان تفاوت مناسب است و اگر نسبت کالا با خریدار سنجیده شود، تعبیر «نحوه انتقال مالکیت» در بیان تمایز مناسب‌تر است؛ اما می‌توان تفاوت دو نوع وصولی را به‌صورت ریزتر نیز بیان نمود: (۱) در وصولی ساده اسناد تجاری مستقیماً به خریدار واگذار می‌شود؛ اما در وصولی اسنادی اسناد تجاری به بانک واگذار می‌گردد.

(۲) در وصولی ساده خریدار می‌تواند بدون تشریفات اضافی و بانک کالا را ترخیص و در تحت مالکیت خویش در آورد در حالی که در وصولی اسنادی، ترخیص و تملک کالا منوط به وصول اسناد تجاری از بانک است.

(۳) در وصولی ساده خریدار پیش از پرداخت وجه و یا قبولی برات مالکیت کالا را به دست می‌آورد؛ اما در وصولی اسنادی مالکیت کالا منوط به پرداخت وجه یا قبولی برات نزد بانک است.

(۴) در وصولی ساده حق حبس فروشنده قبل از پرداخت وجه یا قبولی برات زایل می‌شود؛ اما در وصولی اسنادی حق حبس صادرکننده محفوظ است؛ زیرا تحویل اسناد در گرو پرداخت وجه یا قبولی برات نزد بانک است.

۲. اصول حاکم بر روش پرداخت وصولی

منظور از اصول حاکم در اینجا، قواعد مسلم و پذیرفته شده تجاری است که همه مسائل پرداخت‌های وصولی را اعم از روش، ابزار و... پوشش می‌دهد و تخطی از آن اصول در هر بخشی از پرداخت‌های وصولی، از منظر تجارت بین‌المللی بی‌اعتبار و مسئولیت‌آور تلقی می‌شود. بنابراین اگر از اصول حاکم بر اسناد تجاری^۱ بحث می‌شود بدان اعتبار است که از اسناد به‌عنوان وسیله و ابزار پرداخت وصولی استفاده می‌شود.

۱-۲. اصل تجیزی بودن اسناد تجاری

یکی از تمایزات حقوق مدنی و حقوق تجارت آن است که قراردادهای مدنی ممکن است به‌صورت معلق و مشروط تشکیل گردند؛ اما در قلمرو حقوق تجارت شرط و قید با طبیعت اسناد تجاری سازگاری ندارد؛ زیرا در تجارت هدف تسریع و تسهیل گردش اسناد تجاری است و این هدف با شرط و قید منافات دارد. (مسعودی، ۱۳۷۹: ۱۱۹-۱۲۰) لذا در کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو (بند ۲ از ماده ۱) به تجیزی بودن برات تصریح و مقرر شده است:

برات باید متضمن موارد زیر باشد.... ۲. دستور بدون قید و شرط پرداخت مبلغ معین.^۲

کنوانسیون مذکور، نه تنها تجیز را در تنظیم برات ضروری دانسته، بلکه ظهرونیسی آن را نیز به دور از قید و شرط اعتبار کرده و در ماده ۱۲ کنوانسیون بیان داشته است: ظهرونیسی باید بدون قید و شرط باشد و هر شرطی که ظهرونیسی به آن موکول شده باشد نادیده انگاشته می‌شود...^۳

توجه به این نکته ضروری است که حکم بلااثر بودن شروط مندرج در برات

۱. در بخش اول اسناد به دو قسم (مالی و تجاری) تقسیم شد و منظور از اسناد تجاری در آنجا سندهای مثل بارنامه، اسناد حمل، سند مالکیت و غیره و مراد از اسناد مالی سندهای مثل برات، سفته، چک و... دانسته شد؛ اما در اینجا مراد از اسناد تجاری، همان اسناد مالی بخش نخست است.

2. A bill of exchange contains: ...2. An unconditional order to pay a determinate sum of money;

3. An endorsement must be unconditional. Any condition to which it is made subject is deemed not to be written.



خصوصیتی ندارد تا آن را جزء احکام اختصاصی برات بدانیم، بلکه ملاک آن در سندهای تجاری دیگر مثل سفته و چک نیز موجود و در نتیجه این قاعده در مورد آنها هم قابل اعمال است.

لازم به یادآوری است که اعمال قاعده بلااثر بودن شرط با سایر اصول حاکم بر اسناد تجارتی همسوست و از بی اعتباری غیرمنطقی اسناد تجاری و مخدوش شدن تعهدات امضا کنندگان سند جلوگیری می نماید. بنابراین صدور سند به صورت مشروط، اوصاف تجارتی آن را زایل نمی کند، بلکه تنها بر شرط مذکور اثری مترتب نمی گردد. (مسعودی، ۱۳۷۹: ۱۱۹-۱۲۰)

۲-۲. اصل تجریدی بودن اسناد تجاری

اعتبار برات و اسناد تجاری دیگر وابسته به اعتبار منشأ صدور آنها نیست، بلکه اعتبار اسناد تجاری به صورت تجریدی و بریده از منشأ تعهد آن لحاظ می شود. بنابراین اگر تعهدی که موجب صدور سند تجاری بوده به دلایلی مخدوش باشد، این مشکلات به سند تجاری سرایت داده نمی شود تا با استناد به عدم صحت معامله و... امضا کنندگان سند بتوانند از مسئولیت پرداخت مبلغ مندرج در سند سر باز زنند. بلکه هرکدام از امضا کنندگان هم چنان در برابر دارنده سند مسئول شناخته می شود. به بیان دیگر، رابطه حقوقی منشأ صدور سند تجاری از رابطه حقوقی ناشی از سند تجاری جداست و تعهدات ناشی از امضا سند تجاری نسبت به تعهدات علت و سبب صدور سند تجاری مجزا است. (کرم نژاد، ۱۳۹۱: ۱۰۱)

بر اساس اصل تجریدی بودن، اسناد تجاری قابل نقل و انتقال است و لذا گفته شده است که در روش وصولی اسنادی، فروشنده حتی پس از اعطای اعتبار به خریدار نیز می تواند به ثمن دست یابد؛ زیرا وی می تواند برات قبولی نویسی شده توسط خریدار را تنزیل و وجه آن را دریافت کند (لاریا، ۱۳۸۵: ۱۶۴) اصل تجریدی بودن اسناد تجاری، متضمن دو اصل مهم زیر است:

۱-۲-۲. اصل استقلال امضاها

مفاد این اصل آن است که هر امضا کننده ای مستقل از دیگر مسئولان و امضا

کنندگان سند، در مقابل دارنده آن مسئول است و اگر یکی از مسئولان سند تجاری، به دلیل قانونی از مسئولیت معاف شود، دیگر امضا کنندگان هم چنان مسئول باقی خواهند ماند، مگر اینکه آن دلیل قانونی در مورد آن‌ها نیز صدق کند. (عبدی پور فرد، ۱۳۹۲: ۲۲)

در کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنو این اصل مورد توجه قرار گرفته و در ماده ۷ مقرر داشته است:

در صورتی که برات متضمن امضای اشخاصی باشد که فاقد اهلیت برای متعهد نمودن خود به وسیله یک برات هستند، یا برات متضمن امضاهای مجعول یا امضای اشخاص خیالی، یا امضاهایی باشد که بنا به دلائل دیگری نتوان امضا کننده یا کسانی را که به نمایندگی از طرف آنان برات امضا شده است متعهد نمود، مسئولیت اشخاص دیگری که برات را امضا کرده‌اند، به قوت خود باقی است.^۱

برای مثال، براتی را که چند نفر امضا نموده‌اند اگر یکی یا چند تا از امضاها به دلالی فاقد اعتبار باشد، موجب بی اعتباری سند برات نمی شود، بلکه برات نسبت به بقیه امضا کنندگان معتبر و مسئولیت آور خواهد بود؛ زیرا بر اساس اصل استقلال امضاها، نمی توان صحت یا بطلان هریک از امضاها را مندرج در برات را به دیگر امضاها تسری داد و نیز کسی نمی تواند با استناد به مؤخر بودن امضایش از امضای فاقد اهلیت و... از زیر بار مسئولیت برات شانه خالی کند.

۲-۲-۲. اصل عدم توجه ایرادات

اصل عدم توجه ایرادات در واقع جنبه منفی «تجریدی بودن اسناد تجاری» را بیان می کند همان گونه که اصل استقلال امضاها بیانگر جنبه مثبت «اصل تجریدی بودن» است. بر اساس این اصل، امضا کننده سند تجاری نمی تواند در مقابل دارنده سند، هیچ عذر و بهانه ای بیاورد و با طرح یک سری ایرادات مبنی بر عدم تعهد خویش

1. If a bill of exchange bears signatures of persons incapable of binding themselves by a bill of exchange, or forged signatures, or signatures of fictitious persons, or signatures which for any other reason cannot bind the persons who signed the bill of exchange or on whose behalf it was signed, the obligations of the other persons who signed it are none the less valid.



نسبت به سند، از پرداخت وجه مندرج در آن سرباز زند. (عبدی پور فرد، ۱۳۹۲: ۲۳)

این اصل را برخی به عنوان «اصل قابل استناد نبودن ایرادهای پیشین در برابر دارنده فعلی» مطرح نموده و معتقد است، هدف اساسی اصل مزبور اعتمادسازی دارندگان سند تجاری است تا بتوانند به جای اسکناس از آن بهره ببرند و سرعت در مبادلات را ارتقا بخشند. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۰۸)

اصل یاد شده در قوانین بسیاری از کشورها آمده است؛ همانند ماده ۱۲۱ ق.ت. فرانسه و مواد ۱۱۴۳ و ۱۱۴۶ قانون تعهدات سوئیس و ماده ۷۹۴ ق.ت. آلمان و ماده ۳۳۱ ق.ت. لبنان. کنوانسیون ۱۹۳۰ ژنوو نیز این اصل را به رسمیت شناخته و مقرر داشته است:

امضاکنندگان براتی که علیه آنها طرح دعوی شده است نمی توانند در مقابل دارنده برات به روابط خصوصی خود با براتکش یا با دارندگان قبلی برات استناد کنند. مگر آنکه دارنده هنگام دریافت برات با سوءنیت به زیان بدهکار [یا مسئول پرداخت] عمل کرده باشد.

در این ماده، فقط ایرادهای مربوط به روابط پیشین در مقابل دارنده با سوءنیت قابل طرح دانسته شده است؛ اما در ماده ۳۰ کنوانسیون آنسیتال استثنائات دیگری نیز مطرح گردیده که به جهت رعایت اختصار از بیان آن صرف نظر و به این اشاره اکتفا می شود که مهم ترین استثناهای وارد بر اصل عدم توجه ایرادها در برابر دارنده سند عبارتند از: (۱) ایراد سوءنیت (۲) ایرادات عیوب شکلی و ماهوی و (۳) ایراد مربوط به روابط شخصی و مستقیم. (عبدی پور فرد، ۱۳۹۲: ۲۶-۲۹)

خلاصه اگر دایره استثنائات اصل مزبور محدودتر شود و اسناد تجاری اعتبار لازم را پیدا کنند و به آنها همان گونه نگریسته شود که به وجه نقد (پول) می شود، گردش چرخه تجارت بین المللی آسان تر و رونق بازرگانی بهتر و بیشتر خواهد شد. این امر در سایه اعتبار بخشی به اسناد تجاری و تحکیم اصل عدم توجه ایرادات، میسر خواهد بود. بر عکس، هر قدر امکان استفاده از ایرادات نسبت به اسناد تجاری افزایش یابد، به همان میزان از اقبال بازرگانان نسبت به پذیرش اسناد تجاری کاسته می شود.

۳-۲. اصل حسن نیت

حسن نیت (Good faith) به معنای «فقدان سوءنیت و نداشتن طرحی جهت گول زدن و گمراه نمودن طرف مقابل» یا به معنای «درستکاری، صداقت، امانت و اعتماد و همکاری»، (شیری، جزوه درسی) یکی از اصول بنیادین در تجارت بین الملل است و از چنان اهمیتی برخوردار است که طرفین قرارداد نمی‌توانند آن را محدود یا مستثنا کنند. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در ماده ۷-۱ به صراحت در این زمینه مقرر داشته است:

۱. در تجارت بین‌المللی، هر طرف قرارداد باید مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه اقدام کند.

۲. طرفین نمی‌توانند این تکلیف را مستثنا یا محدود کنند.

اصول حقوق قراردادهای اروپا نیز در ماده ۲۰۱-۱ اصل حسن نیت را به عنوان یک قاعده فراگیر مطرح نموده و استثنا و محدودیت آن را روا ندانسته است:

۱. هر طرف بایستی مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه اقدام نماید.

۲. طرفین قرارداد نمی‌توانند این تکلیف را مستثنا یا محدود نمایند.

بر این اساس، در روش پرداخت وصولی نباید هیچ کدام از طرف‌های درگیر، مرتکب سوءنیت بشوند و هر کدام از صادرکننده، واردکننده یا بانک، کاری بر خلاف حسن نیت انجام دهند عواقب آن بر عهده خودش خواهد بود. لذا در ماده ۹ مقررات یکنواخت وصولی‌ها، تکلیف بانک به عنوان یکی از طرف‌های درگیر در مسئله وصولی‌ها این گونه بیان شده است:

بانک‌ها با حسن نیت عمل می‌کنند و دقت معقول (متعارف) را به عمل می‌آورند.^۱

مثلاً اگر بانک وصول کننده، اسناد را برخلاف دستورالعمل‌ها به خریدار تحویل دهد، مثلاً بر پرداخت یا قبول برات به وعده اصرار نکند، بانک به خاطر خسارات وارد شده به فروشنده که ناشی از نقض قرارداد و غصب اسناد است، مسئول خواهد بود. (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ۲: ۶۰۸)

1. Banks will act in good faith and exercise reasonable care.



در نظام حقوقی اسلام، لزوم رعایت اصل حسن نیت با ادبیاتی گوناگون در آیات و روایات فراوانی مطرح شده است. فقیهان امامیه نیز در ابواب مختلف فقهی به ویژه در مبحث آداب تجارت مباحثی را مطرح کرده اند که گویای لزوم رعایت اصل حسن نیت هستند. مثل «لزوم تصرف از روی رضا»، «لزوم اجتناب از ضرر ناروا»، «ضرورت رعایت صداقت، انصاف و عدالت در معاملات»، «پرهیز از فریب کاری و تدلیس».

در ادامه روایاتی که به مصادیق حسن نیت اشاره دارد را یادآور می شویم:

۱) **ضرورت رعایت صداقت در قرارداد و عدم فریب کاری:** پیامبر اکرم (ص) به زینب عطر فروش توصیه کرد و فرمود: «إِذَا بَعْتَ فَأَحْسِنِي وَلَا تَغْشِي؛ هنگام داد و ستد به نیکی عمل کن و فریب کاری نکن». (کلینی، ۱۴۲۹، ۵: ۳۶۷) از امام صادق (ع) روایت شده است که فرمود: «عَبْنُ الْمُسْتَرْسِلِ سُحْتٌ؛ فریب دادن کسی که به انسان اعتماد می کند حرام است». (کلینی، ۱۴۲۹، ۶: ۱۱۰) نیز از آن حضرت نقل شده است که خطاب به یکی از تجار فرمود: «... وَلَا تَغْنِنِ الْمُسْتَرْسِلَ، فَإِنَّ غَبْنَهُ لَا يَحِلُّ؛ کسی را که به تو اعتماد می کند، فریب نده؛ زیرا فریب وی جایز نیست». (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۶: ۱۱۰)

فقیهان در بحث مکاسب محرمه برای بیان حرمت رعایت نکردن این بُعد از ابعاد حسن نیت از اصطلاحاتی چون حرمت «غش»، «نَجَش»، «تطفیف»، «تدلیس» و «تعزیر» استفاده نموده اند. و ضمانت اجرای آن را در متزلزل شدن عقد از طریق خیار فسخ یا عدم نفوذ یا بطلان دانسته اند. (شیری، جزوه درسی)

۲) **رعایت عدالت و انصاف در قرارداد:** قرآن کریم می فرماید: «أَوْفُوا الْكَيْلَ وَ الْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ؛ (انعام: ۱۵۲) و حق پیمانه و وزن را به عدالت ادا کنید. این آیه نشان می دهد که مقصود و مطلوب شارع انجام معاملات از روی عدالت و انصاف است. از امیرالمؤمنین (ع) نقل شده است که فرمود: «يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ... أَنْصِفُوا الْمَظْلُومِينَ؛ ای گروه تاجران! انصاف را در حق مظلومان روا دارید». (حرانی، ۱۴۰۴: ۲۱۶)

با تأمل در مباحث فقهی چون مبحث احتکار و خیار می‌توان این را استنباط کرد که شارع توجه خاصی به رعایت عدالت و انصاف در معاملات دارد.

مبنای حسن نیت رضای طرفین است و این رضا در قراردادها بر اساس تعادل نسبی دو عوض و سلامت مبیع استوار است. به همین خاطر برخی از نویسندگان معتقدند که منسوب ساختن خیار غبن و عیب به شرط ضمنی یا بنایی درباره لزوم تعادل نسبی دو عوض و سلامت مبیع در واقع چهره ویژه‌ای از رعایت حسن نیت مفروض دو طرف در تفسیر قرارداد است. (شیری، جزوه درسی)

۳) **ضرورت آگاه نمودن طرف دیگر پیمان:** خداوند متعال می‌فرماید: و اما تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ؛ (انفال: ۵۸) هر گاه از جنایت گروهی بیمناک شدی و آثار جنایت هم‌پیمانان ظاهر شد، پیمان خود را با آنان به طور عادلانه نقض کن و آنان را آگاه ساز.

این آیه به صراحت لزوم رعایت عدالت در پیمان و اطلاع‌رسانی به طرف مقابل به عنوان جلوه‌هایی از رعایت حسن نیت به هنگام نقض پیمان را یادآور می‌شود. بنابراین حسن نیت در نظام‌های حقوقی غربی یکی از بنیادی‌ترین اصولی است که در مقام تعارض بر دیگر اصول مقدم و غیر قابل تحدید و استثنای پذیر است. در نظام حقوقی اسلام نیز با توجه به آیات و روایات، اصل حسن نیت قابل پذیرش و در بسیاری از موارد بر اصول دیگر معاملات حاکم است.

نتیجه

از آنچه گفته شد، نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. روش پرداخت وصولی ساده؛ مهم‌ترین امتیاز این روش برای فروشنده و خریدار بی‌تکلف بودن و کم هزینه بودن آن است، زیرا به صرف اینکه توافق صورت گرفت، صادر کننده کالا را به مقصد وارد کننده به همراه سند مالکیت کالا و اسناد حمل آن می‌فرستد و وارد کننده پس از تحویل گرفتن کالا، به صورت نقد و یا امضای قبولی برات، اقدام به پرداخت بهای کالا از طریق بانک می‌کند. البته این روش برای وارد کننده بسیار مقرون به صرفه است ولی نسبت به صادر کننده (فروشنده) معایبی دارد؛ زیرا اولاً، حق حبس صادر کننده ساقط می‌شود و ثانیاً، شاید بهای کالای صادر کننده یا اصلاً به دستش نرسد و یا با تأخیر غیر متعارف و طی کردن مراحل قانونی بدان دست یابد.

۲. روش پرداخت وصولی اسنادی؛ از محاسن این روش، کم هزینه بودن آن در مقایسه با روش «اعتبارات اسنادی» و اطمینان بخش‌تر بودن برای صادر کننده نسبت به دو روش «حساب باز» و «وصولی ساده» است. زیرا اسناد تجاری (اسناد حمل و بارنامه) که دلیل مالکیت خریدار است، زمانی در اختیار وارد کننده قرار می‌گیرد که وی وجه اسناد را بپردازد یا ترتیب اطمینان بخشی برای پرداخت فراهم کرده باشد، یعنی حق حبس برای صادر کننده محفوظ می‌باشد. مزیت دیگر آن برای صادر کننده آنست که حتی پس از اعطای اعتبار به وارد کننده نیز می‌تواند به ثمن دست یابد. این روش، برای خریدار نیز نسبت به «حساب باز» ریسک کم‌تری دارد. چون می‌تواند پیش از پرداخت یا قبولی برات، اسناد مالکیت را واریسی و کنترل نماید و از حیث تضمین کیفیت و کمیت کالا مطمئن شود. هم‌چنین، تا هنگام ورود کالا به گمرک وجهی پرداخت نمی‌نماید و حداقل نخست از ارسال و حمل کالا به کشور خود اطمینان می‌یابد و سپس مبادرت به پرداخت نقدی یا صدور قبولی اسناد مالی می‌کند.

با وجود تمام امتیازاتی که این روش دارد از عیوبی نیز رنج می‌برد که بزرگترین آنها اینست که اگر فروشنده به تقاضای خریدار، کالا را به متصدی حمل تحویل دهد و





اسناد مالی و تجاری را نیز تحویل بانک نماید تا با پرداخت وجه یا قبولی نویسی، اسناد به خریدار تسلیم گردد؛ اما مشتری به علت کاهش قیمت یا تقاضا و یا هر دلیل دیگری به بانک مراجعه نکند و یا از پرداخت وجه یا قبولی برات امتناع نماید، فروشنده یا باید خریدار دیگری پیدا کند و یا کالا را با صرف هزینه‌های اضافی به کشور خود بازگرداند، در صورتی که برات مدت‌دار باشد، این خطر فروشنده را تهدید می‌کند که پس از قبول برات و ترخیص کالا وارد کننده ورشکسته شود و یا اینکه سیاست‌های بانک مرکزی کشور وارد کننده، موجب تأخیر یا ممانعت تسلیم ارز به بانک وصول کننده گردد.

۳. منظور از اصول حاکم بر روش پرداخت وصولی، قواعد مسلم و پذیرفته شده تجاری است که همه مسائل پرداخت‌های وصولی را، اعم از روش، ابزار و ... پوشش می‌دهد و تخطی از آن اصول در هر بخشی از پرداخت‌های وصولی، از منظر تجارت بین المللی بی اعتبار و مسئولیت‌آور تلقی می‌شود. مهم‌ترین این اصول عبارتند از تنجیزی و تجریدی بودن اسناد تجاری و نیز اصل حسن نیت در معاملات تجاری که در همه فرایند روش پرداخت وصولی باید مورد توجه قرار بگیرد.

فهرست منابع

قرآن کریم

الف) کتاب‌ها

۱. اشمیتوف، کلايوام، (۱۳۷۸)، حقوق تجارت بين الملل، (مترجم: بهروز اخلاقی و ديگران)، تهران: سمت.
۲. بيشاپ، اريك، (۱۳۸۸)، روش‌های تأمین مالی و پرداخت در تجارت بين الملل، (مترجم و مؤلف: محمودرضا فارسینانی)، مشهد: نشر پاز.
۳. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۴ق)، هداية الأمة إلى أحكام الأئمة عليهم السلام، مشهد: آستانة الرضوية المقدسة.
۴. زمانی فراهانی، مجتبی، (۱۳۸۶)، بانکداری خارجی، تهران: انتشارات ترمه.
۵. سماواتی، حشمت‌الله، (۱۳۸۹)، حقوق معاملات بين المللی، چاپ چهارم.
۶. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، (۱۳۸۹)، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، تبریز: فروزش.
۷. عبدی‌پور فرد، ابراهیم، (۱۳۹۲)، مباحثی تحلیلی از حقوق تجارت (اوراق تجاری، بورس و اوراق بهادار، حق کسب یا پیشه یا تجارت)، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۸. علیزاده، مسعود، (۱۳۸۷)، گام به گام با اعتبارات اسنادی، مشهد: سخن گستر.
۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی: ایقاع، نظریه عمومی-ایقاع معین، تهران: میزان.
۱۰. مزینی، مسعود و محمدحسن مهاجری تهرانی، (۱۳۸۳)، بانکداری بين المللی-۲، تهران: مؤسسه عالی بانکداری ایران.
۱۱. مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، (۱۳۹۳)، اصول قراردادهای



تجاری بین‌المللی، ترجمه و تحقیق: بهروز اخلاقی و فرهاد امام، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

ب) مقالات

۱۲. اشرف‌زاده، سید حمید رضا، (۱۳۷۳)، «اصطلاحات تجاری و اقتصادی» ماهنامه بررسی‌های بازرگانی، ش ۹۴، ص ۹۱-۸۶.

۱۳. شبیری زنجانی، سید حسن، (بی‌تا)، جزوه درسی مدنی تطبیقی، بی‌جا: بی‌نا.

۱۴. کرم‌نژاد، اویس، (۱۳۹۱)، «اصول حاکم بر اسناد تجاری»، مجله راه وکالت (دوفصلنامه کانون وکلای دادگستری گیلان)، سال چهارم، شماره هفتم، بهار و تابستان، ص ۹۶-۱۰۶.

۱۵. لاریا، ایمانوئل تی، (۱۳۸۵)، «روش‌های پرداخت ثمن در تجارت الکترونیک: آیا جایگزین‌های ممکن و کارآمدی برای اعتبارات اسنادی وجود دارد؟»، (مترجم: ماشاءالله بنا نیاسری)، مجله حقوقی (نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره ۳۴، ص ۲۱۰-۱۵۷.

۱۶. مسعودی، بابک، «اصول حاکم بر اسناد تجاری»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۷۱، زمستان ۱۳۷۹، ص ۱۰۱-۱۳۱.

ج) قوانین و مقررات

17. Convention Providing a Uniform Law For Bills of Exchange and Promissory Notes (Geneva, 1930) The League of Nations.

18. The URC 522 are the Uniform Rules for Collections. URC 522 came into effect on 01 January 1996.

مطالعه تطبیقی آثار مالی سرپرستی اطفال در حقوق ایران و افغانستان

سید روح الله نقوی^۱

چکیده

بحث فرزندخواندگی یکی از مباحث مهم حقوقی در ادوار تاریخ بوده است؛ اما با ظهور دین مبین اسلام و دلایل موجه، رسم فرزندخواندگی منحل شده و سرپرستی اطفال بی سرپرست با شرایط روشن و واضح جایگزین آن شده است. در قوانین موضوعه جمهوری اسلامی ایران و افغانستان با پیروی از شریعت اسلام و ضرورت وجود نهاد سرپرستی برای اطفال بی سرپرست و بد سرپرست، نهاد سرپرستی با شرایط و ضوابط تعیین شده است که دارای آثار حقوقی مختلف است؛ از آن جمله آثار مالی سرپرستی اطفال بی سرپرست است که تحت مباحث تملیک بخشی از اموال، هزینه‌های تحصیل و تربیت کودک، وجوب یا عدم وجوب نفقه و ضرورت تأمین نفقه از طرف پدرخوانده و مادرخوانده و بحث ارث‌بری و راهکارهای جایگزین ارث، مطرح شده است که در این مقاله بحث خواهد شد. هرچند مباحث مربوط به آثار مالی فرزندخواندگی به‌طور مفصل در قوانین موضوعه دو کشور مطرح شده است؛ اما با این وجود نواقصی هم در موضوعات مربوط به سرپرستی اطفال بی سرپرست و هم در نحوه تحقق آثار مالی سرپرستی مطرح است.

کلیدواژه‌ها: سرپرستی، نفقه، اطفال بی سرپرست، فرزندخواندگی

۱. گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعة المصطفی العالمیة، دایکندی، افغانستان.

مقدمه

فرزندخواندگی یک رابطه حقوقی است که از پذیرش یک طفل توسط مرد و زنی بین آن‌ها به وجود می‌آید؛ اما نحوه این رابطه حقوقی در بین جوامع و کشورها متفاوت است. رسم فرزندخواندگی از زمان‌های قدیم در جوامع مختلفی وجود داشته است، چنانکه اکنون در کشورهای غربی به اشکال مختلف و به دلایل گوناگونی مثل اقتصاد، قدرت و دیگر نیازهای اجتماعی رواج دارد. البته در برهه‌ای از زمان، با مخالفت کلیساها و آیین مسیحیت روبه‌رو شد؛ اما در کشور فرانسه که مهد حقوق نام گرفته است، در نهایت فرزندخواندگی به دو صورت رسمی شده است؛ یکی فرزندخواندگی کامل که هیچ تفاوتی با فرزند واقعی ندارد با همان آثار و احکام حقوقی، دوم فرزندخواندگی ساده که دارای آثار حقوقی به آن صورت نیست.

در میان اعراب نیز فرزندخواندگی یا تَبْنی و به عبارت دیگر «دَعَى» وجود داشت که فرزندخوانده را به منزله فرزند واقعی می‌دانستند و آثار و احکام حقوقی فرزند واقعی از جمله بحث محرمیت، حرمت نکاح و ارث را به دنبال داشت. با ظهور دین مبین اسلام تَبْنی حرام اعلام شد، دلیل حرمت فرزندخواندگی با این مفهوم در اسلام اختلاط نصب، بحث عدم ارث‌بری، قطع ارتباط طفل با پدر و مادر اصلی، عدم حرمت نکاح و به‌طورکلی الحاق فرزند دیگری به خود بود.

در ایران قدیم بر اساس مذهب و آیین زرتشتیان انواعی فرزندخواندگی وجود داشته است؛ اما در ایران بعد از اسلام و هم‌چنین در افغانستان خصوصاً بعد از تشکیل حکومت و نهادهای حقوقی با توجه به پیروی این دو کشور از دین اسلام، فرزندخواندگی به معنای تَبْنی وجود نداشته و امروز هم تقریباً وجود ندارد. باید توجه داشت که رسم فرزندخواندگی در اجتماع از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است، خصوصاً با توجه به شرایط اجتماعی امروز جامعه بشری و با توجه به افزایش اطفال بی‌سرپرست، ناباروری زنان و مردان، نیاز عاطفی خانواده‌های بدون فرزند، رفع بار سنگین افراد بی‌سرپرست از دوش جامعه و دولت و آموزش و پرورش کودکان بی‌سرپرست برای آینده اجتماع، حسن فرزند داشتن از نظر روایات از جمله موارد



مهمی است که نمی‌توان اهمیت رسم فرزندخواندگی را به‌طورکلی نفی کرد و نادیده گرفت. بنابراین ضرورت، بحث فرزندخواندگی تحت عنوان نهاد سرپرستی اطفال بی‌سرپرست با شرایط منطبق با شریعت اسلام در نظر گرفته شده است. سرپرستی پیش‌بینی شده در قانون حمایت از اطفال بی‌سرپرست، یک نوع رابطهٔ قرابت بین طفل و زن و شوهر سرپرست ایجاد می‌کند که دارای پاره‌ای از آثار حقوقی است. (صالحی و باقری مطلق، ۱۳۹۵: ۹۵) بنابراین سرپرستی اطفال بی‌سرپرست دارای آثار حقوقی متعدد و مختلفی است که می‌توان این آثار را به‌طورکلی به دودسته تقسیم کرد؛ آثار مالی و آثار غیرمالی. در این مقاله به بحث آثار مالی سرپرستی اطفال بی‌سرپرست از نظر حقوق جمهوری اسلامی ایران و افغانستان پرداخته شده است.

۱. تملیک بخشی از اموال یا حقوق به کودک بی‌سرپرست یا بد سرپرست

از آنجا که یکی از مهم‌ترین اهداف نهاد سرپرستی کودکان بی‌سرپرست و بد سرپرست، تأمین منافع مادی این کودکان و رفاه و آسایش آن‌ها در طول زندگی و برآورده شدن نیازهای آن‌ها است، قانون‌گذار نیز در فرصت‌های مختلف به آن توجه کرده است. ما این مسئله را در دو بخش در ایران و افغانستان بررسی می‌کنیم:

۱-۱. در جمهوری اسلامی

در جمهوری اسلامی ایران قانون‌گذار برای اطمینان از برآورده شدن رفاه و تضمین آیندهٔ زندگی طفل، بر اساس ماده ۱۴ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست (مصوب ۱۳۹۲)، دادگاه را مکلف کرده است که در فرآیند صدور حکم سرپرستی برای متقاضیان، آن‌ها بخش از اموال یا حقوق خود را به تملیک کودک درآورد. در ماده ۱۴ این قانون آمده است:

دادگاه در صورتی حکم سرپرستی صادر می‌نماید که درخواست‌کنندهٔ سرپرستی بخشی از اموال یا حقوق خود را به کودک یا نوجوان تحت سرپرستی تملیک کند. تشخیص نوع و میزان مال یا حقوق مزبور با دادگاه است. در مواردی که دادگاه تشخیص دهد، اخذ تضمین عینی از درخواست‌کننده ممکن یا به مصلحت نیست

و سرپرستی کودک یا نوجوان ضرورت داشته باشد، دستور اخذ تعهد کتبی به تملیک بخشی از اموال یا حقوق در آینده را صادر و پس از قبول درخواست کننده و انجام دستور، حکم سرپرستی صادر می‌کند. تبصره: در صورتی که دادگاه تشخیص دهد اعطای سرپرستی بدون اجرای مفاد این ماده به مصلحت کودک یا نوجوان است، به صدور حکم سرپرستی اقدام می‌نماید.

در خصوصی این ماده و فرایند صدور حکم چند نکته مهم و قابل توجه است: نکته اول: این است که مقدار و میزان اموال و حقوقی که باید به مالکیت کودک بی سرپرست و بد سرپرست منتقل شود، به اختیار دادگاه و به مصلحت کودک موکول شده است؛ یعنی دادگاه با توجه به شرایط کودک و شرایط پذیرندگان سرپرستی، می‌تواند مقدار آن را تعیین کند.

نکته دوم: این است که دادگاه در صورت تشخیص مصلحت کودک و اینکه صدور حکم سرپرستی برای کودک ضروری باشد، می‌تواند اخذ تأمین تملیک را به تعهد کتبی به تملیک در آینده تبدیل نماید، یعنی در صورتی که دادگاه تشخیص دهد که به هر دلیلی اخذ تأمین تملیک بخش از اموال یا حقوق سرپرست یا سرپرستان ضروری نیست، می‌تواند تعهد کتبی مبنی بر تملیک میزان معینی از اموال یا حقوق در آینده را از سرپرستان اخذ نموده و حکم سرپرستی را صادر نماید.

نکته سوم: مربوط به تبصره ماده ۱۴ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲ است. بر اساس این تبصره، اگر دادگاه تشخیص دهد که مثلاً اخذ تأمین انتقال بخش از اموال و حقوق یا گرفتن تعهد به تملیک در آینده را اخذ نماید، به مصلحت نبوده می‌تواند بدون انتقال بخش از اموال و حقوق و یا تعهد مبنی بر انتقال آن در آینده، حکم سرپرستی را برای کودکان بی سرپرست و بد سرپرست برای افراد واجد شرایط سرپرستی صادر نماید؛ به عبارت دیگر تمام مفاد این ماده به اختیار دادگاه است که به طور کامل اجرا نموده یا در کیفیت آن تغییر ایجاد نماید و یا اصلاً این ماده را نادیده گرفته و حکم را صادر نماید؛ البته که باید دلیل موجه برای نوع تصمیم که اتخاذ کرده است را داشته و مرقوم نماید.



۱-۲. تملیک بخش از اموال یا حقوق در افغانستان

اینکه در زمانی منعقد شدن قرارداد، سرپرست اطفال، بخشی از اموال، حقوق یا دارایی خود را به تملیک طفل در بیاورد، اقدامی به نفع اطفال و تضمین کننده زندگی آنها است و از طرفی دیگر میزانی آمادگی پدر و مادر سرپرست را برای حفاظت از طفل نشان می‌دهد. در عین حال اینکه دارایی و امکانات مادی آنها را برای محافظت و نگهداری از طفل را اثبات می‌کند.

باین وجود در قوانین موضوعه افغانستان خصوصاً قانون سرپرستی اطفال (قانون سرپرستی اطفال افغانستان، مصوب ۱۳۹۲) که متکفل این نهاد است، چنین پیش‌بینی نشده است. در حالی که قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بد سرپرست در ایران، این تضمین و این آثار بر عقد فرزندخواندگی بار شده است.

البته گفته شد که در صورت صلاحدید، دادگاه می‌تواند این ماده را نادیده گرفته و حکم سرپرستی را صادر نماید که خود انعطاف قانون و باز بودن دست مرجع قضایی را نشان می‌دهد. بنابراین جای این شرط ضروری در قانون سرپرستی اطفال افغانستان خالی است و بهتر است که در آینده به آن پرداخته شود.

در بند ۵ ماده ۷ قانون سرپرستی اطفال افغانستان به این موضوع که سرپرستان می‌توانند بخشی از اموال منقول یا غیر منقول خود را در قالب هدیه یا هبه به طفل منتقل نمایند، آمده است. البته این یک امری اختیاری و در صلاحدید سرپرستان است. بند ۵ ماده ۷ هم می‌تواند جایگزینی این شرط ضروری در قانون ایران باشد و هم در بحث ارث می‌تواند راهگشا باشد؛ زیرا گفته شد که فرزندخوانده به هیچ وجه از پدر و مادر خوانده خود ارث نمی‌برد و برای آنها ارث به جا نمی‌گذارد؛ اما برای کمبود این نقیصه و برطرف کردن آن می‌توان از این فقره ماده ۷ استفاده کرد که چنین مرقوم داشته است: «سرپرست طفل می‌تواند دارایی منقول یا غیر منقول خود را مطابق احکام قانون به طفل تحت سرپرستی خود اهدا یا هبه نماید».

۲. هزینه تحصیل و تربیت اطفال بی سرپرست و درخواست بیمه عمر

در راستای تأمین نیازهای کودک، زمینه رشد طفل به علاوه نفقه، موارد دیگری از هزینه‌های متعارف زندگی امروزی وجود دارد که می‌تواند جزء آثار مالی فرزندخواندگی به حساب آید. مثلاً تأمین هزینه تحصیل و تربیت کودک برای شکوفایی استعدادهای او و زمینه توانمندسازی زندگی او در آینده، لازم و ضروری است.

۲-۱. هزینه تحصیل و تربیت و درخواست بیمه عمر در ایران

در ایران قانون‌گذار این اثر سرپرستی اطفال بی سرپرست و بد سرپرست را مورد توجه قرار داده است. بر اساس ماده ۱۵ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست، دادگاه مکلف شده که وقت صدور حکم سرپرستی نسبت به هزینه‌های تحصیلی و تربیتی کودکان بی سرپرست و بد سرپرست توجه نماید. از آنجا که نفقه یکی از آثار مالی سرپرستی است، شاید به نظر برسد که هزینه تحصیل و تربیت نیز تحت عنوان نفقه یا عنوان حضانت جای می‌گیرد؛ اما با دقت نظر می‌توان دریافت که هزینه‌های تحصیل ممکن است در زمره نفقه (خوراک و پوشاک در حد معمول و متعارف) جای نگیرد؛ زیرا تربیت کودکان در شرایط فعلی ممکن است دربرگیرنده هزینه‌های ویژه باشد. مثلاً برای پر کردن اوقات فراغت کودکان و جایگزین کردن برنامه‌های درسی و تربیتی به جای سرگرمی‌های مخرب فضای مجازی و امثال آن، هزینه‌های شرکت در دوره‌ها و کلاس‌های تربیتی ضرورت داشته باشد. همچنین تحصیلی مفید و کارآمد برای کودکان هزینه جدا از نفقه را در بردارد. از این جهت قانون‌گذار ایران در ماده ۱۵ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست مرقوم داشته است که دادگاه در صورت صلاحدید، وقت صدور حکم سرپرستی به هزینه‌های تحصیلی و تربیتی در زمان حیات سرپرست و چه بعد از فوت سرپرست توجه داشته باشد. در ماده ۱۵ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲ آمده:

درخواست کننده منحصر یا درخواست کنندگان سرپرستی باید متعهد گردند که تمامی هزینه‌های مربوط به نگهداری و تربیت و تحصیل افراد تحت سرپرستی را



تأمین نمایند. این حکم حتی پس از فوت سرپرست منحصر یا سرپرستان نیز تا تعیین سرپرست جدید، برای کودک یا نوجوان جاری است. بدین منظور سرپرست منحصر یا سرپرستان، موظفند با نظر سازمان خود را نزدیکی از شرکت‌های بیمه به نفع کودک یا نوجوان تحت سرپرستی بیمه عمر کنند. تبصره - در صورتی که دادگاه تشخیص دهد اعطای سرپرستی بدون اجرای مفاد این ماده به مصلحت کودک یا نوجوان است به صدور حکم سرپرستی اقدام می‌کند.

بنابراین دادگاه بر اساس ماده مذکور موظف است وقت صدور حکم سرپرستی، وضعیت سرپرست را برای تأمین هزینه تحصیل و تربیت بررسی نموده و سرپرست یا سرپرستان را موظف به حضور در یکی از شرکت‌های بیمه و ثبت نام برای بیمه عمر به نفع کودک نماید تا کودک بعد از فوت سرپرست و تا زمان قبول سرپرستی جدید نسبت به هزینه تحصیل و تربیت خود با مشکل مواجه نشده و بتواند از آن استفاده کند.

قانون‌گذار در این مورد نیز مثل ماده ۱۴ در صورتی که مصلحت کودک اقتضای آن را داشته باشد که مفاد این ماده را نادیده بگیرد، دادگاه می‌تواند با نادیده گرفتن مفاد این ماده؛ یعنی عدم درخواست ثبت بیمه عمر به نفع کودک حکم سرپرستی را صادر نماید. این تفسیر می‌تواند توجه به شرایط مختلفی داشته باشد، از جمله اینکه انتقال بخشی از اموال یا حقوق سرپرست یا سرپرستان به حدی باشد که نیازمند به ثبت نام و درخواست بیمه عمر نباشد یا توجه به شرایط خاص سرپرستی که مورد اطمینان دادگاه است و نسبت به طفل دارای چنان اطمینان است که نیازمند درخواست بیمه عمر نباشد. در هر صورت نظر قانون‌گذار بر طبق تبصره ماده ۱۵ قانون مذکور این است که اگر دادگاه مصلحت طفل را به هر دلیلی در این بیند که نیاز به بیمه عمر و تأمین برای هزینه تحصیل و تربیت نیست، دادگاه می‌تواند مفاد ماده ۱۵ را نادیده گرفته و حکم سرپرستی را صادر نماید.

۲-۲. هزینه تحصیل و تربیت و درخواست بیمه عمر در افغانستان

اینکه هزینه‌های تعلیم و تربیت با توجه به زندگی امروزی و زندگی شهرنشینی معمولاً

هزینه‌هایی بالاتر از هزینه متعارف؛ یعنی حضانت و سرپرستی را بر سرپرستان تحمیل می‌کند جای تردید نیست. ازاین جهت در قسمت اول عرض شد که در ایران، این آثار در فرزندخواندگی جدایی از حضانت و سرپرستی لحاظ شده و در ماده ۱۵ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲ مرقوم شده بود. متأسفانه در قانون سرپرستی اطفال افغانستان این مهم به صورت جداگانه از بخش حضانت دیده نمی‌شود. البته در تفسیر ماده ۷ قانون سرپرستی اطفال افغانستان و بند ۴ آن که سرپرستان را مکلف به آماده کردن زمینه تعلیم و تحصیل آموزش‌های فنی و حرفه‌ای کرده است، می‌توان این بند را به عنوان یک مکلفیت تجدید و جدایی از حضانت و سرپرستی در نظر گرفت و مورد حکم قرارداد. در بند ۴ ماده ۷ این قانون چنین اشعار داشته است: «سرپرست مکلف است زمینه تعلیم و تحصیل یا آموزش‌های فنی و حرفوی را برای طفل، فراهم نماید».

بر فرض اگر مرجع قضایی این بند را به معنای یک تکلیف جدا از حضانت؛ یعنی مخارج متعارف زندگی و نگهداری در نظر بگیرد و بر اساس آن در قرارداد از سرپرستان بخواهد که باید هزینه‌های تحصیل و تربیت حرفه‌ای و فنی را بر اساس استعداد طفل برای او آماده کند، می‌توان این نقص را در قانون جبران کرده و به عنوان یک مکلفیت جداگانه در نظر گرفت که یکی از آثار قرارداد سرپرستی است.

با این وجود می‌توان گفت که در زمان حیات سرپرستان این نقص برطرف شده و می‌تواند بر اساس بند ۴ ماده ۷ قانون مذکور مرجع قضایی سرپرستان را به تهیه و تأمین هزینه تحصیل و تربیت حرفه‌ای و فنی طفل مکلف نماید؛ اما اشکالی که باقی می‌ماند، عدم تأمین این هزینه‌ها بعد از فوت سرپرستان و قبل از رسیدن طفل به سن رشد است؛ زیرا گفته شد که در ایران درخواست ثبت نام، در یکی از شرکت‌های بیمه عمر به نفع کودک الزامی است که بعد از فوت احتمالی سرپرستان بتواند از آن بیمه برای تحصیل و تربیت حرفه‌ای استفاده کند؛ اما در افغانستان بحث بیمه عمر و ثبت نام آن به نفع کودک پیش‌بینی نشده است. لذا این نقیصه نیز وجود دارد.



۳. نفقه اطفال بی سرپرست و بد سرپرست

نفقه چیزی است که برای گذران زندگی لازم است. (حایری شاه‌باغ، ۱۳۷۶: ۴۵) تأمین معاش و گذران زندگی، از دیرباز تاکنون از اصلی‌ترین دغدغه‌های بشریت و سرمنشأ بسیاری از اختلافات و چالش‌ها در طول زندگی بوده که مسلماً با پیشرفت جوامع بشری و سیر تحول نهادها و روابط اجتماعی، این امر نیز با تحول روبرو گشته است. با ازدواج زن و مرد، تشکیل خانواده تحقق یافته و با آمدن فرزندان گسترش می‌یابد. (موسسه حقوقی فرهنگ تفاهم: ۱۴۰۱)

یکی از آثار مهم سرپرستی اطفال بی سرپرست یا بد سرپرست بحث نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت شخص از قبیل مسکن، پوشاک، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی ... (نفقه) است. در صورت اختلاف در مقدار نفقه، محاسبه میزان آن بر مبنای شئون خانوادگی، عرف و عادت ساکنان هر منطقه و وضع مالی تأمین کننده، به تعیین دادگاه خانواده خواهد بود.

۳-۱. نفقه کودک بی سرپرست و بد سرپرست در قانون ایران

بر اساس قوانین ایران اثر مالی نفقه در بحث سرپرستی مورد توجه قرار گرفته و بر اساس مواد مختلف قوانین موضوعه به آن پرداخته شده است. در ماده ۱۵ قانون حمایت از کودکان بد سرپرست و بی سرپرست در این خصوص گفته شده است که سرپرست وظیفه تأمین هزینه‌های نگهداری از کودک و پرداخت نفقه را دارد و در این مورد مانند نفقه فرزند خونی عمل می‌شود. همان مخارج معمول و متعارفی که برای فرزند خونی است، باید برای فرزندخوانده هم اعمال شود. در این امر اولویت با پدر است و در صورتی که پدر فوت کند یا به هر دلیلی توانایی مالی نداشته باشد، باید مادر نفقه فرزندخوانده را بدهد.

بر اساس ماده ۱۵ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲، به طور عام به تأمین مایحتاج کودک که همان نفقه است و به طور خاص به تأمین هزینه‌های تحصیل و تربیت کودک پرداخته شده است. بنابراین دادگاه مکلف است که وقت صدور حکم سرپرستی وضعیت مالی سرپرست را بررسی کند و در

مدت سرپرستی موقت، تمکن مالی و تأمین هزینه‌های زندگی را نیز بررسی کند. همچنین در ماده ۶ قانون مذکور، یکی از شرایط سرپرست را تمکن مالی دانسته شده که دادگاه را موظف کرده تا تحقق این شرط را بررسی نماید. «ماده ۶ درخواست کنندگان سرپرستی باید دارای شرایط زیر باشند: ج- تمکن مالی د- عدم حجر». این شرایط می‌تواند زمینه رفاه مالی و آسایش زندگی کودک را در آینده تأمین کرده و یکی از آثاری مؤثر نهاد سرپرستی است که شخص سرپرست را به پرداخت و تأمین هزینه‌های متعارف زندگی طفل موظف می‌کند.

۳-۲. نفقه کودک بی سرپرست و بد سرپرست در افغانستان

بحث نفقه در قوانین موضوعه افغانستان خصوصاً قانون سرپرستی اطفال افغانستان به صورت ضمنی مطرح شده است؛ یعنی در یک ماده مستقل مثل قانون سرپرستی اطفال بی سرپرست و بد سرپرست در جمهوری اسلامی ایران مطرح نشده است. این بدین معنا نیست که بحث نفقه مثلاً مصارف متعارف طفل اعم از خوراک و پوشاک و نگهداری او پیش‌بینی نشده باشد، بلکه می‌توان در ضمن بحث تعهد به سرپرستی طفل و صدور حکم سرپرستی از طرف محکمه صلاحیت‌دار، نفقه نیز مورد تعهد و حکم قرار گیرد.

باین وجود قانون‌گذار کشور افغانستان در بند ۳ ماده ۵ قانون سرپرستی اطفال افغانستان، شرط سرپرستی را تمکن مالی قرار داده و مگوید درخواست کنندگان سرپرستی باید «از توانایی مالی برخوردار باشند»؛ یعنی قدرت پرداخت نفقه برای طفل تحت سرپرستی را داشته باشند.

هم‌چنین در ماده ۷ قانون مذکور در بندهای مختلف به موارد اشاره کرده است که اثبات وجوب نفقه فرزندخوانده بر پدرخوانده و مادرخوانده را نشان می‌دهد. مثلاً از جمله به نگهداری تعلیم و تربیت و تحصیل تا انتقال مقدار از اموال خود را به طفل تحت سرپرستی تحت عنوان هبه یا هدیه نام می‌برد.

ماده ۷: حقوق و وجایب متقابل: ۱. حقوق و وجایب متقابل سرپرست و طفل از لحاظ نگهداری، آداب معاشرت، احترام و شفقت، شبیه حقوق و وجایب دینی



و قانونی بین والدین و اولاد است؛ ۲. سرپرست مطابق احکام این قانون، مسئولیت ولی و وصی را داشته و در مسائل مدنی از مصالح طفل تحت سرپرستی خویش حمایت و از الحاق ضرر به وی اجتناب و دفاع می‌کند؛ ۳. سرپرست نمی‌تواند طفل را مورد لت و کوب یا تعذیب جسمی یا روانی قرار دهد یا به کارهای غیرمجاز یا شاقه بگمارد؛ ۴. سرپرست مکلف است زمینه تعلیم و تحصیل یا آموزش‌های فنی و حرفه‌ای را برای طفل فراهم نماید؛ ۴. سرپرست طفل می‌تواند دارایی منقول یا غیرمنقول خود را مطابق احکام قانون به طفل تحت سرپرستی خود اهدا یا هبه نماید. بنابراین نفقه اطفال تحت سرپرستی در قانون سرپرستی اطفال افغانستان به عهده پدرخوانده و مادرخوانده است که در وهله اول پدرخوانده موظف به تأمین آن است و در نهایت ما در خواننده به تأمین نفقه و نگهداری طفل موظف است.

۳-۳. ملکیت و احترام متقابل کودک

یکی از مسائل که در بحث فرزندخواندگی مطرح می‌شود مسئولیت و تکالیف طفل در مقابل مسئولیت و تکالیفی پدرخوانده و مادرخوانده است. سؤال این است که در مقابل تأمین نفقه طفل از طرف پدرخوانده یا مادرخوانده، آیا او نیز مسئولیتی دارد؟ هم‌چنین آیا کودک نیز ملزم به قبول پرداخت نفقه از طرف پدرخوانده و مادرخوانده است؟ و آیا کودک نیز در مقابل سایر تکالیف پذیرنده مثل نگهداری، احترام، تربیت و غیره مکلفیت دارد؟ در توضیح این مطلب باید گفت که صاحب‌نظران در این خصوص اختلاف نظر دارند. برخی از حقوق‌دانان تکالیف ناشی از پرداخت نفقه را متقابل دانسته و تکلیف آن را نسبت به شخص تحت سرپرستی نیز تسری داده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۳۹۴-۳۹۶) این در حالی است که عده دیگر از صاحب‌نظران با اشاره به اینکه هدف قانون‌گذار در خصوص فرزندخواندگی، حفظ منافع اطفال، رفاه و آسایش آن‌ها دانسته‌اند، تحمیل تکلیف در مقابل انفاق را بر فرزندخوانده و نوجوان تحت سرپرستی، لازم ندانسته و آن را رد می‌کنند (صفایی و امامی، ۱۳۷۶: ۲۸۳-۲۸۴)

در توضیح این مسئله باید گفت، از آنجا که در مواد قانون اشاره به شباهت میان

تکالیف پدرخوانده و مادرخوانده، به پدر و مادر واقعی شده، پس باید کودک نیز مثل فرزند واقعی تکالیف نسبت به پدرخوانده و مادرخوانده داشته باشد؛ یعنی تصریح قوانین به منافع مادی و معنوی شخص تحت سرپرستی به معنای مسئولیت نداشتن نیست. از طرف دیگر منافع کودک اقتضای آن را دارد که هرچه بیشتر خانواده نو تشکیل او، شبیه خانواده واقعی و یک نهاد اجتماعی و متشکل از مسئولیت‌های طرفین البته با حقوق معین اطفال و کودکان باشد. این بیشتر به نفع طفل تحت سرپرستی یا نوجوان تحت سرپرستی است. با این حال به این مسئله در دو بند می‌پردازیم:

۳-۳-۱. ملکیت و احترام متقابل کودک در ایران

در قوانین موضوعه ایران، ماده ۱۷ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بد سرپرست به احترام متقابل کودک نسبت به پدرخوانده و مادرخوانده تصریح شده است. ماده ۱۷ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی سرپرست و بد سرپرست مصوب ۱۳۹۲ اشعار داشته است:

تکالیف سرپرست نسبت به کودک یا نوجوان از لحاظ نگهداری، تربیت و نفقه، با رعایت تبصره ماده (۱۵) و احترام، نظیر تکالیف والدین نسبت به اولاد است. کودک یا نوجوان تحت سرپرستی نیز مکلف است نسبت به سرپرست، احترامات متناسب با شأن وی را رعایت کند.

این در حالی است که در ماده ۱۱۷۷ قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۱۴ مکلف بودن اطفال در تابعیت و احترام به پدر و مادر تصریح شده است: «طفل باید مطیع ابرین خود بوده و در هر سنی که باشد باید به آن‌ها احترام کند». (قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۱۴ و اصلاحات آن) از آنجا که منافع طفل ایجاب می‌کند که خانواده سرپرستی، هرچه بیشتر شبیه یک خانواده واقعی باشد، به نفع او خواهد بود. پس بهتر است که او در مقابل تکالیف پدرخوانده و مادرخوانده، دارای مسئولیت که در ماده ۱۱۷۷ تصریح شده است یعنی تبعیت و احترام ملزم با که برخی از حقوقدانان نیز به این مسئله تصریح کرده است (صفایی و امامی، ۱۳۷۶: ۹۲)



۳-۳-۲. ملکیت و احترام متقابل کودک در افغانستان

در مسئله سرپرستی تلاش قانون‌گذار این است که خانواده فرزندخوانده با پدرخوانده و مادرخوانده، هرچه بیشتر شبیه خانواده واقعی واقعی باشد. اقتضای این شباهت این است که فرزندخوانده نیز از نظر تکالیف و احترام به پدر و مادرخوانده مانند فرزند واقعی عمل کند. در قوانین موضوعه افغانستان، بند ۱ ماده ۷ قانون سرپرستی اطفال افغانستان، قانون‌گذار به این مسئله توجه کرده و مسئولیت‌ها و احترام متقابل را لازم دانسته و طفل تحت سرپرستی را به احترامی که در شأن پدر و مادرخوانده باشد، مکلف کرده است. در ماده قانون سرپرستی اطفال افغانستان آمده است: «حقوق و وجایب متقابل سرپرست و طفل از لحاظ نگهداری، آداب معاشرت، احترام و شفقت، شبیه حقوق و وجایب دینی و قانونی بین والدین و اولاد است».

در مورد نفقه فرزندخوانده مباحث و نکات مهم دیگری وجود دارد که نیازمند توضیح و تبیین بیشتر است. مثلاً نفقه فرزندخوانده جزء موارد وجوب نفقه است یا بر پدرخوانده واجب است، یا ترتیبی که در نفقه اولاد است، باید رعایت شود.

نکته اول: بر اساس ماده ۱ قانون حمایت از اطفال بی سرپرست و بد سرپرست در ایران، سرپرستی این اطفال به منظور تأمین نیازهای مادی و معنوی آن‌ها بر اساس این قانون و با اذن رهبری انجام می‌شود. از این ماده می‌توان استفاده کرد که فرزندخواندگی جزء از موارد وجوب نفقه نخواهد بود. بنابراین بر اساس بررسی‌های انجام‌شده در فقه، فرزندخوانده از اسباب نفقه نیست؛ (حجتی اشرفی، ۱۳۹۲: ۸۱۷) اما با قبول سرپرستی طفل و تعهد به انجام تکالیف تعیین شده از طرف قانون و تعهد که امضا می‌کنند بر اساس ماده ۱۷ قانون حمایت از اطفال بی سرپرست و بد سرپرست که درباره روابط شخص تحت سرپرستی و سرپرستان است و ملاک مستنبط از ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی، نفقه فرزندخوانده بر عهده پدرخوانده است و پس از فوت پدرخوانده یا عدم قدرت او به انفاق یا عدم امکان دریافت نفقه از پدرخوانده، نفقه فرزندخوانده از اموال و دارایی مادرخوانده استیفا خواهد شد. (صفایی و امامی، ۱۳۷۶: ۳۲)

نکته دوم: آیا نفقه فرزندخوانده بعد از فوت پدرخوانده و مادرخوانده بر اجداد پدرخوانده آن‌ها واجب است؛ یعنی آیا همان شرایطی که برای پرداخت نفقه فرزند زیستی مطرح هست در اینجا مطرح است؟ چنان‌که می‌دانیم یکی از مهم‌ترین وظایفی که پس از تشکیل خانواده بر ذمه مرد قرار داشته و مکلف به انجام آن بوده، پرداخت نفقه است که خود به دودسته نفقه زوجه و نفقه اقارب تقسیم می‌شود. (موسسه حقوقی فرهنگ تفاهم: ۱۴۰۱) قانون‌گذار ایران در ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی می‌گوید: «در روابط بین اقارب، فقط اقارب نسبی و در خط عمودی اعم از صعودی یا نزولی، ملزم به اتفاق یکدیگرند».

در ایران بر اساس ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی اتفاق افراد به یکدیگر اقارب نسبی عمودی اعمی از نزولی و صعودی تکلیف شده است. سپس در ماده ۱۲۰۴ اقدام به تعریف آن در قالب تمثیل پرداخته و آن را عبارت دانسته از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت به قدر رفع حاجت و با در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق. (موسسه حقوقی فرهنگ تفاهم، ۱۴۰۱) ماده ۱۲۰۴ - نفقه اقارب عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت به قدر رفع حاجت با در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق.

این در حال است که قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۹۹ در بحث الزام به انفاق، نفقه اولاد را بار اول بر عهده پدر قرار داده است. مضمون این ماده اشاره بر وجوب نفقه فرزند به عهده پدر و مادر و سپس به اجداد پدری و سپس اجداد مادری موکول شده است. «ماده ۱۱۹۹: نفقه اولاد بر عهده پدر است پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق، به عهده اجداد پدری است. با رعایت الاقرب فالاقرب، در صورت نبودن پدر و اجداد پدری یا عدم قدرت آن‌ها، نفقه بر عهده مادر است. هرگاه مادر هم زنده یا قادر به انفاق نباشد، با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب النفقه است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقربیت مساوی باشند، نفقه را باید به حصه متساوی تأدیه کنند».

سؤال اساسی این است که در مورد کودک بی سرپرست و بد سرپرست، اجداد پدری و مادری و جدات مطرح نیست، بلکه فرزندخوانده بر اساس یک توافق حقوقی



و فرزندى دو شخص درآمده است که هیچ رابطه نسبى و سببى بین او و آن اجداد وجود ندارد. بنابراین آیا مى توان گفت که در صورت نبود پدرخوانده و مادرخوانده و یا عدم تمکن مالی آن ها برای تأمین نفقه فرزندخوانده به پدر و مادری پدرخوانده و مادرخوانده مراجعه کرد یا خیر؟ جواب خیر است.

ماده ۱۱۷۲: هیچ یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آن ها است از نگاهداری او امتناع کند در صورت امتناع یکی از ابوین حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهده او است الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند.

با توجه به مواد فوق از قانون مدنی ایران به نظر مى رسد که در این کشور با توجه به ماده قانون مدنی باید گفت که پرداخت نفقه فرزندخوانده در ابتدای امر بر عهده پدرخوانده است و در صورت فوت یا نبود و یا عدم تمکن مالی پدرخوانده، بر عهده مادرخوانده است که از اموال و دارایی های مادرخوانده تأمین مى شود. ولی در صورت نبود پدرخوانده و مادرخوانده یا عدم تمکن مالی آن ها، به اشخاصی دیگری نمی توان مراجعه کرد؛ زیرا بین این ها نسبت سببی و نسبى وجود ندارد که بر اساس این مواد قانون آن ها را اجداد و جدات پدری و مادری طفل محسوب کرد.

۴. ارث بری و عدم آن در فرزندخواندگی

یکی از آثار مهم در فرزندخواندگی، بحث ارث است. آیا فرزندخوانده از پدرخوانده و مادرخوانده خود ارث مى برد؟ در قدیم فرزندخواندگی کامل هم در روم و هم در شبه جزیره عربستان وجود داشته است که به منزله فرزند واقعی بوده و از جمله آثاری که این نوع از فرزندخواندگی داشت ارث بری بود؛ یعنی هم فرزند از پدرخوانده و مادرخوانده ارث مى برد و هم آن ها از فرزندخوانده ارث مى بردند. در زمان حاضر هم در بعضی از کشورهای اروپایی، انواع فرزندخواندگی وجود دارد که یک نوع آن



فرزندخواندگی کامل و یکی از آثار آن ارث‌بری است؛ اما در اسلام و در کشورهای اسلامی نهاد فرزندخواندگی منحل شده و به جای آن نهاد سرپرستی در قانون پیش‌بینی شده است. بنابراین سؤال محوری این است که در نهاد سرپرستی بحث ارث چگونه است و اگر ارث‌بری بین فرزندخوانده و پدرخوانده و مادرخوانده منطقی است، اگر پدرخوانده یا مادرخوانده بخواهد اموال را برای فرزندخوانده خود بگذارد، باید چگونه عمل کنند؟ برای تبیین و توضیح این مسئله در این بخش در سه بند بحث ارث در فرزندخواندگی از نظر اسلام و از نظر قوانین ایران و قوانین موضوعه افغانستان می‌پردازیم:

۴-۱. مفهوم ارث

ارث و میراث به معنای بقا و باقی مانده چیزی است و وارث به معنای باقی، یکی از نام‌های خداوند است. ارث در لغت عرب به معنای انتقال مال یا دارایی متوفی به دیگری (خویشاوندان نسبی یا سببی)، بدون عقد (قهر) است (اصفهانی، بیتا: ۵۵۵) در فارسی هم ارث به معنای «میراث بردن، مال و دارایی شخص متوفی را صاحب شدن، ترکه، باقی گذاشتن مالی پس از مرگ خود، خواه با وصیت‌نامه باشد یا بدون آن، حقوقی که شخص به سبب مرگ افراد، مستحق می‌گردد»، (معین، بیتا: ۱۹۴) آمده است.

اغلب فقهای اسلامی ارث را تعریف نکرده‌اند. مثلاً محقق حلی در شرایع الاسلام بحث ارث را با موجبات آن آغاز کرده، ولی شهید ثانی در شرح لمعه می‌نویسد: «میراث، صیغه مفعول و اصل آن از مورااث بوده و «یای» آن منقلب از واو است. میراث یا از ارث گرفته شده یا از موروث. بنابر اول [معنای مصدری]، یعنی استحقاق انسان، نسبت به مال متوفی، اصالتاً به دلیل خویشاوندی نسبی یا سببی و بنابر معنای دوم (مفعولی)، یعنی آن چیزی که انسان در اثر فوت دیگری، مستحق می‌شود. (شهید ثانی، بیتا: ۲۸۸) در مفتاح الکرامه آمده است: «میراث عبارت است از آنچه انسانی با مرگ دیگری در اثر رابطه خویشاوندی نسبی و یا سببی اصالتاً استحقاق پیدا می‌کند». (العاملی، بیتا: ۴)



در قانون مدنی ایران نیز مانند اغلب قوانین دنیا، ارث تعریف نشده است. باین حال، در ماده ۱۴۰ قانون یاد شده، ارث را از اسباب تملک شناخته و در تعریف آن آمده است: «انتقال قهری دارایی و ترکه متوفی به ورثه او. منظور از دارایی، حقوق مالی متوفی است که هنگام فوت، دارا بوده است». (امامی، بیتا: ۱۶۹)

ارث در تعریف فقهی به معنای استحقاق مال (دارایی) یا حقی (مانند حق خیار و شفعه) است که با مرگ دیگری یا آنچه در حکم مرگ است (موت فرضی)، حاصل می شود. (فارسی مؤسسه دایرةالمعارف فقه، ۱۳۸۵: ۳۷۵) شخصی را که مستحق ارث است، «وارث» و کسی را که از او ارث باقی مانده است «مورث» می نامند و به مال و حقی که از میت باقی مانده است، «ترکه» یا «میراث» می گویند. (فارسی مؤسسه دایرةالمعارف فقه، ۱۳۸۵: ۳۷۵) در فقه به پیروی از قرآن کریم از ارث به «فرض» و «فرضه» تعبیر شده است (فارسی مؤسسه دایرةالمعارف فقه، ۱۳۸۵: ۳۷۵) و برخی از فقها آورده اند «آنچه انسانی به مناسبت موت انسان دیگر اصالتاً استحقاق پیدا می کند. به جهت وجود نسب یا سبب» (عاملی غروی، ۱۴۱۹: ۴) مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی، پس از ادای حقوق و دیونی که به میراث تعلق گرفته است، مستقر می شود؛ مانند تجهیز و تکفین، دیون و واجبات مالی، وصایای میت در یک سوم مالش بدون اجازه ورثه و زیاده تر از یک سوم مال با اجازه آن ها، آنچه به فرزند بزرگ تر می رسد (حبوه). (فارسی مؤسسه دایرةالمعارف فقه، ۱۳۸۵: ۳۷۵) در قرآن به صورت مستقیم یا غیر مستقیم و نیز با رویکردهای مختلف اعتقادی، اخلاقی و آیات الاحکام به موضوع ارث پرداخته شده است. بخشی از آیات ارث (به ویژه در سورة نساء) قوانین مهم ارث در اسلام را بیان کرده است و جزئیات بیشتر ارث در روایات فقهی آمده است.

۴-۲. سرپرستی و محرومیت از ارث

در دین اسلام با توجه به آیات مربوط و مشخصاتی که در قرآن کریم برای وراثت مطرح شده است، افراد خاصی بعد از فوت شخص، از آن ارث می برند که در فقه اسلامی توضیح داده شده است. سبب ارث بری نسب و سبب است؛ اما فرزند خوانده

در مورد ارث رابطه خود را با پدر و مادر اصلی کاملاً حفظ کرده و می‌تواند از آن‌ها ارث ببرد، ولی نسبت به پدرخوانده و مادرخوانده به صورت دیگری مطرح می‌شود. اول اینکه شخص تحت سرپرستی پیوند و رابطه نزدیکی با خانواده سرپرست داشته باشد؛ اما پدربزرگ و مادربزرگ ناشی از پیوند فرزندخواندگی آن‌ها را از اعداد ارث محروم می‌کند شخص تحت سرپرستی نمی‌تواند از آن‌ها ارث ببرد. همچنین کودک از پدرخوانده و مادرخوانده خود ارث نمی‌برد، بلکه پدرخوانده و مادرخوانده نیز از کودک ارث نخواهد برد. مع الوصف فلسفه فرزندخواندگی یا تعهد مبنی به سرپرستی طفل، نشان دهنده آن است که پدرخوانده و مادرخوانده در پی آنند که اموال خود را برای فرزند به ارث بگذارند. لذا در این خصوص در فقه اسلامی راهکارهای برای تملیک اموال پدرخوانده و مادرخوانده برای فرزندخوانده در نظر گرفته شده است.

۳-۴. سرپرستی و ارث در قوانین ایران

در رابطه با امکان ارث بردن فرزندخوانده باید گفت به موجب ماده ۸۶۱ قانون مدنی موجبات ارث، نسب و سبب است و کسانی با هم قرابت نسبی دارند که با هم رابطه خونی مشروع داشته باشند و چون فرزندخوانده رابطه نسبی و خونی با پدرخوانده و مادرخوانده ندارد، از هیچ‌یک از زوجین ارث نمی‌برد. باید توجه نمود که اگرچه فرزندخوانده از اموال پدرخوانده و مادرخوانده ارث نمی‌برد؛ اما راه‌حل‌هایی جهت حمایت مالی از کودک که جایگزین ارث باشد به ذهن می‌رسد:

۱- یک راه‌حل وصیت است؛ یعنی اموالی را برای این کودک وصیت کنند که آن هم تا یک‌سوم اموال است.

۲- راه‌حل دوم این است که پدرخوانده و مادرخوانده در زمان حیات خود، اموالی را به کودک ببخشند. این موضوع در مواد ۱۴ و ۱۵ قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست نیز انعکاس یافته است. در ماده ۱۴ آمده است:

دادگاه در صورتی حکم سرپرستی صادر می‌نماید که درخواست کننده سرپرستی، بخشی از اموال یا حقوق خود را به کودک یا نوجوان تحت سرپرستی تملیک کند. تشخیص نوع و میزان مال یا حقوق مزبور با دادگاه است...



در ماده ۱۵ نیز مقرر شده است:

درخواست کننده منحصر یا درخواست کنندگان سرپرستی، باید متعهد گردند که تمامی هزینه‌های مربوط به نگهداری و تربیت و تحصیل افراد تحت سرپرستی را تأمین نمایند... یکی از وسایل تأمین منافع مادی و معنوی کودک انتقال اموال یا املاکی در قالب صلح یا عقود دیگر به نام طفل است.

بنابراین برخی از صاحب‌نظران معتقدند که قانون‌گذار برای تأمین آینده کودک روش‌های مختلفی را در قانون در نظر گرفته است که به آن‌ها جایگزین‌های ارث گفته می‌شود. از جمله تملک بخشی از اموال متقاضیان سرپرستی به نفع فرزندخوانده در یکی از دفاتر اسناد رسمی، بیمه کردن عمر متقاضیان سرپرستی نزد یک شرکت بیمه سهامی ایران به نفع آینده کودک و به هر نحو که دادگاه صلاح بداند با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی خانواده، سهمی برای فرزندخوانده در نظر گرفته شود. این‌ها از جمله «جایگزین‌های ارث» است.

۴-۴. سرپرستی و ارث در قوانین افغانستان

در قوانین موضوعه افغانستان، خصوصاً قانون سرپرستی اطفال افغانستان نیز ارث برای فرزندخوانده از پدرخوانده و مادرخوانده نفی شده است. به همان دلالی که در دو بخش قبلی مطرح شد؛ یعنی عدم موجبات ارث (رابطه سببی و نسبی) در اینجا هم وجود نداشته است، بلکه صرفاً بر اساس یک تعهد قراردادی که زیر نظری محاکم قضایی صورت می‌گیرد، اطفال بی‌سرپرست تحت سرپرستی اشخاصی واجد شرایط قرار می‌گیرند.

لذا ارث‌بری این اطفال از پدرخوانده و مادرخوانده و بالعکس، منتفی است. بر همین اساس بند ۱ ماده ۴ قانون سرپرستی اطفال در افغانستان می‌گوید: «سرپرستی، حق ارث، نسب و محرمیت شرعی را به بار نمی‌آورد».

برخی از صاحب‌نظران علم حقوق و قانون‌گذاران کشورهای اسلامی برای جبران این مسئله که ممکن است پدرخوانده و مادرخوانده طفل تحت سرپرستی خود را مورد حمایت مالی قرار بدهند، راه‌های مختلفی هم از نظر فقهی و هم از نظر قانونی

پیش‌بینی کرده‌ند. از جمله اینکه در قوانین موضوعه ایران مطرح کردیم که دادگاه می‌تواند بخشی از اموال پدرخوانده را به مالکیت فرزندخوانده دریاورد. هم‌چنین بر اساس مواد قانونی مختلف که تأکید قانون‌گذار بر شباهتی این تعهد و پیوند خانوادگی به تعهدات و پیوند خانوادگی حقیقی بین فرزند و پدر مادر واقعی است، نشان دهنده‌ای همین مسئله است.

در قوانین موضوعه افغانستان نیز در ماده ۱۴ بند ۱ قانون سرپرستی اطفال افغانستان شرطی را بدین گونه مطرح کرده که برای رعایت مصلحت اطفال، دادگاه می‌تواند شرطی دیگری را که اصلاً در قانون پیش‌بینی نشده است، مطرح کرده و در حکم صادره برای سرپرستی طفل درج نماید. بند ۱ ماده ۱۴ چنین مقرر داشته است: «محکمه در هر حالت منفعت و مصلحت طفل را مقدم شمرده و می‌تواند علاوه بر شرایط مندرج این قانون، سرپرست را ملزم به رعایت شرایط دیگری نیز نماید». با توجه به این فقره از ماده ۱۴ قانون مذکور، می‌توان استنباط کرد که آن شرطی که به مصلحت طفل است، ممکن است یک شرط مالی و انتقال بخشی از اموال سرپرست به طفل باشد. یا می‌تواند تعهدی مبنی بر بخشش و یا هبه بخشی از اموال توسط سرپرست یا سرپرستان به طفل در آینده باشد. بنابراین در قانون و هم در شرع راه‌های مختلفی برای حمایت مالی از طفل چه در زمان حیات سرپرستان و چه بعد از فوت آن‌ها در قالب بخشش یا هدیه مطرح شده و موجود است.

نتیجه‌گیری

نهاد سرپرستی دارای فواید و آثار زیادی در زندگی فردی و اجتماعی است. از جمله می‌توان به تعالی روح و جسم کودک تحت سرپرستی و هم‌چنین سرپرستان اشاره کرد؛ یعنی به علاوه سلامتی جسمی برای طفل و برای سرپرستان کودک، باعث سلامتی روح و شکوفایی روح فرزند تحت سرپرستی و افرادی که این سرپرستی را پذیرفته‌اند، می‌شود.

در مورد انتقال بخشی از اموال سرپرستان به طفل تحت سرپرستی توسط مرجع



قضایی که در قوانین ایران مطرح شده و در ذیل همان ماده، انعطاف بخشی مرجع قضایی نسبت به این حکم که می تواند با در نظر داشت مصلحت طفل آن را نادیده گرفته و قرار سرپرستی را صادر نماید. در قوانین موضوعه افغانستان آمده که مرجع قضایی می تواند با صلاح دید طفل، هر شرط لازم دیگری را که در قانون ذکر نشده است، در قرار سرپرستی تأیید نماید. این ها از نکات مثبت و در راستای حمایت از اطفال تحت سرپرستی است.

نهاد سرپرستی در دین اسلام یک حکم امضایی است؛ یعنی اسلام با توجه به فواید و آثار مثبت نهاد فرزندخواندگی و ضرورت آن در جامعه، توجه داشته است. از طرف دیگر می بیند که این نهاد با انحرافات و اشتباهات فاحش روبرو است، نهاد سرپرستی را با شرایط و ضوابط دقیق امضا کرده است.

فهرست منابع

الف) کتاب‌ها

۱. امامی حسن، (بی‌تا). حقوق مدنی، بی‌جا: بی‌نا.
۲. حائری شاه‌باغ، سیدعلی، (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
۳. حجتی اشرفی، غلام رضا، (۱۳۹۲)، مجموعه کامل قوانین و مقررات حقوقی، تهران: گنج دانش.
۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (بی‌تا)، مفردات الفاظ القرآن، بی‌جا: بی‌نا.
۵. شهید ثانی، (بی‌تا)، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه، بی‌جا: بی‌نا.
۶. صفایی، سیدحسین، امامی، اسدالله، (۱۳۷۶)، مختصر حقوق خانواده، تهران: نشر دادگستر.
۷. عاملی غروی، سید جواد، (۱۴۱۹)، مفتاح الکرامه فی الشرح قواعد العلامه، قم: فتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۳)، حقوق مدنی خانواده، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۹. معین، محمد، (بی‌تا)، فرهنگ معین، بی‌جا: بی‌نا.

ب) مقالات

۱۰. صالحی، حمیدرضا، نرگس، باقری مطلق، (۱۳۹۵)، «مطالعه تطبیقی فرزندخواندگی در نظام حقوقی ایران و فرانسه با رویکردی بر قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳»، دو فصلنامه علمی - ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، شماره ۶۴، ص ۸۵-۱۰۷.
۱۳. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۱۴ و اصلاحات آن، تهران: مجلس شورای اسلامی.
۱۴. مؤسسه دایرةالمعارف فقه، (۱۳۸۵)، فرهنگ فقه فارسی، بی‌جا: بی‌تا.
۱۵. موسسه حقوقی فرهنگ تفاهم، (۲۸، ۹، ۱۴۰۱)، تم الاسترداد من موسسه حقوقی فرهنگ تفاهم: <https://farhangetafahom.ir/>

ج) قوانین

۱۱. قانون حمایت از کودکان و جوانان بی سرپرست و بد سرپرست، مصوب ۱۳۹۲،

تهران: مجلس شورای اسلامی.

۱۲. قانون سرپرستی اطفال افغانستان، مصوب ۱۳۹۲، کابل: پارلمان افغانستان.



حق فسخ در فرض نقض قرارداد از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و اسناد بین الملل

محمد حجتی^۱

چکیده

یکی از مهم‌ترین مباحث قراردادهای، حق فسخ در فرض نقض قرارداد است که هم از لحاظ فقهی و هم از لحاظ حقوقی، دارای مباحث مهم، دقیق و نسبتاً پیچیده‌ای است. هدف این تحقیق که با روش تحلیلی توصیفی تدوین شده، بررسی این موضوع، با نگاهی تطبیقی از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و اسناد بین الملل است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که از نگاه فقهی حق فسخ در عرض اجبار متعهد در فرض نقض واقعی قرارداد، دارای موافقین و مخالفینی است که هر کدام برای خود دلایلی دارند؛ هرچند ادله موافقان از استحکام بیشتری برخوردار است. از منظر حقوقی، حقوق ایران به تبعیت از مشهور فقهای امامیه حق فسخ را در فرض نقض واقعی قرارداد، در طول اجبار متعهد دانسته و از حق فسخ در فرض نقض فرضی قرارداد، ذکری به میان نیاورده است؛ هرچند مصادیق نقض فرضی قرارداد، در حقوق ایران قابل ردیابی است. در اسناد بین الملل (در کنوانسیون وین ۱۹۸۰، اصول یونیدگوا و اصول اروپای) حق فسخ در فرض نقض قرارداد، اعم از نقض واقعی و نقض فرضی، مورد شناسایی قرار گرفته است.

کلیدواژگان: حق فسخ، نقض قرارداد، نقض واقعی، نقض فرضی

۱. گروه حقوق خصوصی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعه المصطفی العالمیه، دایکندی، افغانستان.

مقدمه

یکی از مهم‌ترین قواعد حقوقی که در اکثر نظام‌های حقوقی جهان پذیرفته شده، «اصل لزوم قراردادهای» است که در حقوق اسلام به قاعده «اصالة اللزوم» معروف است. این قاعده بر قرآن (مائده: ۱)، سنت (طوسی، ۱۴۰۷، ۷: ۳۷۱)، سیره مستمره و بنای عقلا مبتنی است. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۶۱) مفهوم این قاعده این است که در کلیه عقود، اعم از تملیکی و عهده‌ای، اصل لازم بودن آنها است. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲: ۱۵۹) و قانون مدنی در ماده ۱۸۵ در تعریف عقد لازم مقرر می‌دارد: «عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه». به این معنا که وقتی طرفین قراردادی، با رعایت شرایط ماهوی و شکلی مبادرت به انعقاد قراردادی نمودند، ملزم به تعهداتی هستند که به موجب قرارداد به عهده گرفته‌اند. با این حال مواردی پیش می‌آید که تأکید بر تداوم لزوم قرارداد و اصرار به اجرای مفاد آن، به دلایل متعدد امری لغو و بیهوده است؛ آنگاه به شخص اجازه داده می‌شود تا از حق فسخ استفاده نموده و التزام ناشی از عقد را به سود خود خاتمه داده و از تعهدات ناشی از عقد، خود را رها نماید. بنابراین پرسش اصلی در این تحقیق این است که چه نوع نقضی از سوی یکی از طرفین قرارداد، موجب حق فسخ برای طرف دیگر می‌شود؟ تحقیق حاضر برای ارائه پاسخ به این پرسش تدوین شده است.

۱. مفاهیم

ابتدا لازم است مفاهیم و اصطلاحات کلیدی این نوشتار هرچند به صورت گذرا، مطرح و تبیین گردد و سپس به مباحث اصلی موضوع پرداخته شود:

۱-۱. فسخ

فسخ در لغت به معنای نقض، باطل کردن پیمان، تباه کردن و شکستن آمده است. (عمید، ۱۳۷۴، ۳: ۱۸۴۱) واژه فسخ در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن حقوقی به قرارداد به وسیله یکی از دو طرف قرارداد یا شخص ثالث، فسخ یا انحلال



ارادی قرارداد از حیث جایگاه حقوقی یکی از اسباب سقوط تعهدات و قراردادها است. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۰۲) فسخ در حقیقت ازاله تعهد است که با وجود رضایت، بدان اقاله یا انفساخ و در نبود رضایت بدان فسخ یا اراده یک طرفه گویند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۴۹)

۲-۱. قرارداد

واژه قرارداد در لغت و محاورات عمومی و نیز در اصطلاح خاص حقوقی مترادف با عقد است، (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۱) ولی در بسیاری از موارد واژه عقد فقط در عقود معینه و قرارداد به کلیه عقود اعم از معینه و غیر معینه استعمال می شود. (امامی، بی تا، ۱: ۱۵۹ و احمدی بهرامی، ۱۳۸۱، ۳: ۲۲) عقد واژه ای عربی و از لحاظ ریشه شناسی، مصدر و جمع آن عقود است معانی متعددی برای آن ذکر شده؛ همچون بستن، بافتن، محکم کردن و گره زدن. (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۴: ۸۶ و فیومی، بی تا، ۲: ۴۲۱) در مقابل این واژه، کلمه «حَلَّ» به معنای گشودن قرار دارد و لذا «حَلَّ و عقد» به معنای گشودن و بستن آمده است. از این رو عرب به قلابه و گردنبندی که به گردن بسته می شود، «عقد» می گوید. (جوهری، ۱۴۱۰، ۲: ۵۱۰ و راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۷۷) اکثر لغت دانان معتقدند که عقد به مناسبت معنای لغوی آن به عهد محکم، مؤثق و مشدد نیز اطلاق می شود. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۷۷)

اما در اصطلاح، تعهدات در یک تقسیم بندی کلی به تعهدات قراردادی و تعهدات قانونی تقسیم می شود. علت این امر، تفاوت در منبع تعهد است. لذا اگر تعهدی ریشه در تراضی و توافق افراد داشته باشد «تعهد قراردادی»، ولی اگر مبنا و منبع تعهد حکم قانون گذار باشد، به آن الزامات «خارج از قرارداد» یا (تعهد قانونی) گفته می شود و بحث ما در تعهد قراردادی است. قانون مدنی ایران در ماده ۱۸۳ عقد را چنین تعریف می کند: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد به امری نمایند و مورد قبول آن ها باشد».

وجه تناسب معنای اصطلاحی عقد از معنای لغوی آن این است که در اثر انعقاد عقد، بین دو نفر رابطه حقوقی پدید می آید؛ یعنی اراده ها باید امری را ایجاد نمایند و

نظم حقوقی پیش از آن را دگرگون سازند. پس در مواردی که نتیجه توافق، تبدیل تعهد یا سقوط و انتقال آن است و یا آثار دیگری، مانند انتقال مالکیت و ایجاد مالکیت و ایجاد شخصیت حقوقی، از آن به بار آید، عمل حقوقی را نباید «عقد» نامید. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱: ۱۵)

۳-۱. نقض قرارداد

نقض در لغت به معنای شکستن، ویران کردن و شکستن عهد و پیمان آمده است. (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۵: ۴۷۰، قرشی، ۱۴۱۲، ۷: ۱۰۵ و عمید، ۱۳۷۴، ۳: ۲۴۱۱) در قرآن کریم نیز به همین معنا به کار رفته و عهدشکن مورد ملامت و نکوهش قرار گرفته است؛ (بقره: ۲۷، رعد: ۲۵ و نحل: ۹۱ و ۹۲) اما نقض در اصطلاح حقوقی به معنای «تخلف عاقد از مفاد عقد است». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۵: ۳۶۶۸) در واقع تخلف از اجرای قرارداد با نقض قرارداد مترادف است، ولی عدم ایفای تعهد ممکن است به دلیل عهدشکنی و نقض قرارداد از سوی متعهد یا به دلیل فورس ماژور باشد.

بر این اساس عدم ایفای تعهد معنای عام‌تر از نقض قرارداد دارد و صرف عدم انجام تعهد را نمی‌توان نقض قرارداد دانست؛ زیرا بر اساس ماده ۲۲۷ قانون مدنی: «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود». به همین علت است که گفته‌اند: «برای تحقق مسئولیت، باید عدم اجرای قرارداد به گونه‌ای منسوب به مدیون باشد. ممکن نبودن اجرای عقد خواه از آغاز باشد یا در اثر وقایع خارجی حادث شود، مدیون را از اجرای عقد معاف می‌کند و ضمانتی به با نمی‌آورد؛ درحالی که خودداری از وفای به عهد به معنی پیمان‌شکنی است و سبب مسئولیت قراردادی می‌شود». (دانش کیا و دادمرزی، ۱۳۸۲، ۱: ۴۷۸) در حقوق کامن لا نقض قرارداد «عدم اجرای بخشی یا تمامی یک تعهد قراردادی بدون دلیل موجه قانونی» آقایی، (۱۳۸۵: ۱۸۱) عنوان شده است. در نظام مذکور بین «نقض قرارداد» و «عدم اجرا»، تمایز قائل شده‌اند. در واقع عدم اجرا اعم است از اینکه



شخصی که تعهد خود را اجرا نکرده عذر موجهی داشته یا نه، ولی نقض قرارداد جایی است که متعهد بدون اینکه عذری برای عدم اجرای تعهد داشته باشد، اقدام به نقض قرارداد می‌کند.

خودداری متعهد ممکن است عمدی و ناشی از تقلب باشد یا در نتیجه اهمال و بی‌مبالاتی یا اشتباه در هر دو مورد (عمدی و غیر عمد) متعهد ضامن خسارت است. منتها در خودداری عمدی و تقلب‌آمیز، توافق قبلی دو طرف نمی‌تواند مسئولیت را از بین ببرد یا کاهش دهد، در حالی که شرط عدم مسئولیت در نقض غیر عمدی و ناشی از اشتباه امکان دارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳: ۱۵۳) حال نقض قرارداد گاهی واقعی است؛ به این معنا که هرگاه موعدی برای انجام تعهد از سوی طرفین قرارداد تعیین گردیده و با فرارسیدن آن موعد، متعهد به تعهد خود عمل نکرده باشد، در این صورت نقض واقعی قرارداد رخ داده است. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۶۲ و کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۴: ۱۳۸) هم‌چنین هرگاه زمان به خواست متعهدله واگذار شده و او در زمان متعارف، انجام تعهد را مطالبه کرده یا اگر موعد انجام قرارداد مشخص نشده است، تعهد قراردادی در زمان متعارف و متناسب با موضوع تعهد صورت نگیرد، نقض واقعی واقع شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۴: ۱۴۸) بنابراین عدم اجرای قرارداد، عدم رعایت زمان اجرای قرارداد، اجرای معیوب قرارداد از مصادیق نقض واقعی قرارداد محسوب می‌شود و اگر قبل از فرارسیدن زمان ایفاء تعهد قراردادی، متعهد اعلام کند که در موعد مقرر به تعهدات قراردادی خود عمل نخواهد کرد، یا نشانه‌های عدم توانایی یا آمادگی، یا عدم تمایل متعهد به اجرای قرارداد آشکار شود، در این صورت نقض فرضی قرارداد محقق شده است. (کاظمی و ربیعی، ۱۳۹۱، ۱: ۹۹-۱۱۳)

۲. حق فسخ در فرض نقض قرارداد در فقه امامیه

نخست دیدگاه فقه امامیه در زمینه فسخ را در ضمن دو بحث زیر، بررسی می‌دهیم، سپس به دیدگاه حقوقی در این زمینه خواهیم پرداخت.

۱-۲. حق فسخ در فرض نقض قرارداد

مسئله حق فسخ به عنوان ضمانت اجرای نقض قرارداد در فقه، ذیل بحث تخلف از شرط فعل که به موجب آیه شریفه «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) و حدیث «المؤمنون عند شروطهم» لزوم وفا پیدا نموده، (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳: ۳۰۰) قابل پیگیری است؛ هرچند بحث تخلف از شرط فعل مربوط به یک تعهد فرعی است؛ اما وقتی تخلف از شرط فعل که یک تعهد فرعی است موجب خیار فسخ باشد به طریق اولی تخلف از تعهدات اصلی، موجب حق فسخ خواهد شد. مسئله ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، یکی از مسائل اختلافی در فقه امامیه است؛ مشهور فقهای امامیه بر این باورند که عدم اجرای شرط فعل از سوی یک طرف، موجب ایجاد حق فسخ برای طرف دیگر قرارداد نمی‌شود، مگر در موارد استثنایی، مانند خیار تأخیر ثمن یا تعذر اجرای قرارداد؛ بلکه تنها حقی که برای متعهدله ایجاد می‌شود، اجبار متخلف به انجام تعهد از طریق حاکم است (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷: ۸۰) و معتقدند که اثر لازم الاجرا بودن حکم تکلیفی اقتضای الزام و اجبار مکلف به انجام تکلیف را دارند. (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۴: ۴۱۱) و بر این نظریه ادعای اجماع نموده‌اند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ۲: ۳۲۶)

مهم‌ترین دلیل آنان، تمسک به سیره و بنای عقلا است؛ زیرا معتقدند که عقلا حق متعهدله می‌دانند که عمل به تعهد را از متعهد مطالبه کند و وی را الزام و اجبار کند تا به تعهدش عمل نماید. این سیره عقلا در معاملات است و شارع مقدس نیز آن را رد ننموده است. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۵: ۲۲۵) حتی گفته‌اند اگر اجماع و حدیث لاضرر بر ثبوت خیار در هنگام تعذر از اجبار به انجام عین تعهد وجود نداشت، امکان ثبوت خیار در فرض تعذر مشکل می‌نمود. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۳: ۲۱۹) برخی دیگر از فقیهان معتقدند که اجبار متخلف به طور مطلق جواز ندارد، (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۴۲۲) بلکه صرف عدم اجرای قرارداد را موجب حق فسخ، برای متعهدله می‌دانند. (عاملی شهید اول، ۱۴۱۷، ۳: ۲۱۴، موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۵: ۲۲۶ و موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۳: ۳۰۳) مرحوم خویی نیز ضمن این که اجبار را



ضمانت اجرای امتناع از تسلیم می‌داند، جواز فسخ قبل از اجبار را نیز بعید نمی‌داند. (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۷) به نظر می‌رسد ایشان نیز مثل بعض از فقهای دیگر، (کمپانی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۰۹، موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۵: ۵۶۳ و حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ۱۹: ۱۱۹) «خیار الامتناع» را که در زمان امتناع یکی از طرفین قرارداد از انجام تعهد خویش برای طرف مقابل ایجاد می‌شود، در کنار سایر خیارات پذیرفته است که مبنای چنین خیاری همان امتناع طرف مقابل از اجرای قرارداد است. بنابراین برخی از فقهای بزرگوار حق فسخ را به عنوان یکی از ضمانت اجرای نقض قرارداد همگام با اجبار متخلف مورد تصریح قرار داده‌اند؛ هر چند مشهور فقها حق فسخ را به عنوان یک امر استثنایی و تنها در بعض موارد، پذیرفته‌اند.

۲-۲. رابطه میان اجبار و حق فسخ

بعد از پذیرش حق فسخ همگام با اجبار متخلف، این سؤال مطرح می‌شود که چه نوع رابطه بین فسخ و اجبار وجود دارد؟ آیا مشروطه در مرحله اول باید مشروط علیه را اجبار به انجام تعهد نماید و اگر انجام تعهد امکان پذیر نبود، نوبت به حق فسخ می‌رسد؟ یا اینکه مشروطه از اول مخیر است بین اجبار متعهد به انجام تعهد و خیار فسخ؟ در این باره، نیز میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی به ترتب حق اجبار و حق فسخ در طول یکدیگر قائلند؛ (عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳: ۵۰۶، انصاری دزفولی، ۱۴۱۱، ۳: ۴۱) زیرا به اعتقاد آنان مقتضای عقد مشروط، تنها وفای اختیاری به شرط نیست، بلکه وفای اجباری به شرط را نیز در برمی‌گیرد و ظاهر ادله، وجود حق فسخ در صورت تعذر از عمل به شرط است. بنابراین با امکان اجبار، انجام شرط متعذر نیست، پس خیار و حق فسخی هم وجود ندارد. پاسخ از استدلال مزبور این است که اگر منظور از خیار در موضوع تخلف از شرط فعل، خیار تعذر شرط بود، دلیل مذکور قابل قبول بود؛ اما خیار تخلف از شرط اعم از خیار تعذر شرط و غیر آن است. (عسکری و اسماعیلی، سال چهارم، ۲) با این توضیح که در صورت تعذر انجام شرط، حق فسخ ایجاد می‌شود؛ اما اختیار فسخ به جهت وجود ویژگی خاصی در تعذر نیست، بلکه تعذر یکی از اسباب ایجاد حق فسخ است. پس

امکان وجود حق فسخ با تمکن از اجبار نیز وجود دارد؛ زیرا ممکن است سبب ایجاد آن وجود داشته باشد. در نتیجه طولی بودن حق اجبار و حق فسخ در ارتباط با ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، یک حکم ضروری فقهی و اجماعی نیست، بلکه اطلاق حکم مشهور نیز بر آن در هاله‌ای از ابهام قرار دارد و بیشتر فقها از زمان مرحوم شیخ انصاری، تحت تأثیر بیانات وی، بدان تمایل داشته‌اند و مقررات قانون مدنی در مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ بر اساس آن تدوین شده است. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۳: ۲۲۵) برخی دیگر معتقدند این دو حق در عرض یکدیگرند. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۲: ۱۲۹، علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۰: ۲۵۲، موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۵: ۲۲۷ و موسوی خویی، ۱۴۱۸، ۳۱: ۳۳۴) این نظریه، علاوه بر ادله محکم فقهی و عقلی، با اکثر نظام‌های حقوقی معاصر نیز هماهنگی دارد.

۳. حق فسخ در فرض نقض قرارداد در حقوق

دیدگاه حقوقی در زمینه فسخ قرارداد را ابتدا در فقه امامیه و پس از آن در کنوانسیون بین‌المللی بررسی می‌کنیم:

۱-۳. حق فسخ در فرض نقض قرارداد در حقوق ایران

در حقوق ایران به جای نقض قرارداد، از واژه‌های عدم ایفای تعهد و متخلف از انجام تعهد، استفاده شده است (مواد ۲۲۶ و ۲۲۷ ق.م.ا) که از لحاظ مفهومی نقض قرارداد با تخلف از انجام تعهد یکی است برخلاف نقض قرارداد و عدم اجرای تعهد که بینشان تفاوت وجود دارد. نقض قرارداد بر دو گونه قابل تصور است؛ یکی نقض واقعی و دیگری نقض فرضی که هرکدام به طور جداگانه بررسی می‌شود:

۱-۱-۳. حق فسخ در فرض نقض واقعی قرارداد در حقوق ایران

نظام حقوقی ایران به تأسی از رأی مشهور فقهای امامیه، هریک از طرفین قرارداد را در فرض نقض قرارداد، ملزم به اجرای عین قرارداد می‌داند و تا زمانی که اجرای عین قرارداد ممکن باشد، حق فسخ را امکان‌پذیر نمی‌داند. ماده ۲۱۹ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «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».

طبق این ماده عقودی که بر اساس قانون بین متعاملین یا قائم مقام قانونی آن‌ها شکل یافته، لازم الاتباع است و حق فسخ به عنوان یک امر استثنای و تنها به دلایل قانونی امکان پذیر است. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۵۹) پس امکان تفسیر ماده ۲۱۹ قانون مدنی که هم شامل اصل لزوم و هم شامل اجرای قرارداد شود وجود دارد؛ به این صورت که صدر ماده مذکور و خصوصاً لفظ «لازم الاتباع» دلالت بر لزوم اجرای قرارداد نماید و قید ماده یعنی - «مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود» - را اعم از اصل لزوم قراردادها و لزوم اجرای قرارداد دانست. در واقع قانون گذار تمام قراردادها را لازم الوفا می داند مگر اینکه یا با تراضی یا به وسیله حکم قانونی فسخ گردند که قسمت اخیر هم شامل فسخ از طریق خیارهای قانونی می شود و هم شامل قراردادهایی که قانون گذار اجازه فسخ آن‌ها را به طرفین یا یکی از آن‌ها داده است (عقود جایز). لذا استثنای مذکور، خود دلالتی است بر اصل لزوم قراردادها؛ زیرا در غیر موارد مذکور نمی توان اقدام به فسخ و عدول از قرارداد نمود، ولی اصولاً حتی اگر قراردادی نیز جایز باشد تا قبل از فسخ لازم الوفا است، بنابراین در حقوق ایران علاوه بر اصل لزوم قراردادها اصل بر لزوم اجرای تعهدات قراردادی است. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۷۰-۲۷۳)

ماده ۲۲۰ قانون مدنی در تأیید لزوم اجرای عین قرارداد مقرر می دارد: «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».

همچنین ماده ۳۷۶ قانون مدنی در فرض تأخیر تسلیم مبیع یا ثمن، حکم به اجبار ممتنع در تسلیم می کند. پس در تمام مواردی که هریک از طرفین قرارداد از انجام قرارداد خودداری نماید یا قرارداد را به صورت ناقص انجام دهد یا کالای دیگری به جای مبیع تحویل دهد یا از دادن اطلاعاتی که باید به موجب قرارداد ارائه می داد

خودداری نماید، طرف دیگر قرارداد می‌تواند الزام متخلف را به حسب موارد مطالبه نماید. (داراب پور، ۱۳۷۹: ۲۹ و ۳۰) در تخلف از شرط نیز اگر هریک از طرفین قرارداد که متعهد به انجام فعل یا ترک فعلی شده، از انجام شرط تخلف ورزد، طرف دیگر می‌تواند وفای به شرط مشروط علیه را از دادگاه درخواست نماید. (ماده ۲۳۷ ق.م.ا) اگر مشروط علیه از اجرای حکم دادگاه با وجود صدور اجرائیه خودداری نماید، در احقاق حق مشروطه، بین دو مورد زیر باید تفکیک قائل شد:

۱. اگر فعل مشروط، قائم به شخص نباشد یعنی امکان انجام آن توسط دیگری مقدور باشد مانند نقاشی ساختمان مطابق ماده ۲۳۸ قانون مدنی، قاضی می‌تواند به خرج ملتزم موجبات آن فعل را فراهم کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳: ۲۲۶)
۲. در صورتی که فعل مشروط قائم به شخص باشد و دیگری قادر به انجام آن نباشد، برابر ماده ۲۳۹ قانون مدنی مشروطه حق فسخ معامله را خواهد داشت. (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۹۶)

در اینکه آیا مشروطه قرارداد (در تعهدات به نفع ثالث) حق اجبار متعهد به ایفای عین تعهد را دارد یا خیر، نیز اختلاف نظر است به این توضیح که اگر ثالث صرفاً انتفاع می‌برد، مثل انتفاع دانشجویان از خوابگاهی که ضمن قرارداد شرط احداث آن برای دانشجویان شده در این صورت شخص ثالث نمی‌تواند ایفای عین تعهد را بخواهد؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳: ۴۱۲-۴۱۴ و صفایی، ۱۳۸۴: ۱۹۹) اما اگر به نفع شخص ثالث تعهد شده باشد، او نیز مادامی که قرارداد توسط طرفین قرارداد اقاله یا فسخ نشده، می‌تواند ایفای عین تعهد را مطالبه نماید. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۰۰-۱۰۹) در نتیجه قانون مدنی، نظریه اجبار را تا حد امکان پذیرفته و حق فسخ را به عنوان یک امر استثنای در موارد خاص می‌پذیرد. (داراب پور، ۱۳۷۹: ۲۹-۳۰)

اکنون به پاره‌ای از آن موارد استثنای که قانون مدنی از قاعده اصلی (لزوم اجبار) عدول نموده و حق فسخ را همگام با اجبار پذیرفته، اشاره می‌شود:

۱. مشتری ثمن را در موعد مقرر تأدیه نکند: در این صورت، بایع حق فسخ معامله را خواهد داشت. ماده ۳۹۵ قانون مدنی می‌گوید: «اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر



تأدیه نکند، بایع حق خواهد داشت که بر طبق مقررات راجعه به خیار تأخیر، ثمن معامله را فسخ یا از حاکم اجبار مشتری را به تأدیه ثمن بخواهد».

نیز ماده ۴۰۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه مبیع عین خارجی یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد، اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد، بایع مختار در فسخ معامله می‌شود». مطابق مواد مذکور، حق فسخ همگام با حق اجبار به ایفاء عین تعهد، به متعهدله داده شده است.

۲. بیع از روی نمونه باشد: در صورتی که بیع از روی نمونه باشد، ولی بایع مثن را مطابق نمونه تحویل ندهد، مشتری حق فسخ خواهد داشت. ماده ۳۵۴ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «ممکن است بیع از روی نمونه به عمل آید، در این صورت باید تمام مبیع مطابق نمونه تسلیم شود و الاً مشتری خیار فسخ خواهد داشت». هرچند گفته شده که این حق راجع به عین معین است، (امامی، بی‌تا، ۱: ۴۳۶ و ۶۹۲) ولی با الغای خصوصیت می‌توان در مورد مبیع کلی فی الذمه و کلی در معین نیز جاری دانست.

۳. متعهد به شرطش عمل نکند: اگر در عقد شرط شود که ضامنی داده شود، ولی متعهد به شرط عمل نکند در این صورت متعهدله حق فسخ خواهد داشت. ماده ۲۴۳ قانون مدنی در این رابطه مقرر می‌دارد: «هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام نگیرد، مشروط‌له حق فسخ معامله را خواهد داشت».

ولی ماده ۲۴۲ قانون مدنی عین معین را از حکم ماده فوق خارج کرده است، به این معنا که تا عین معین تلف یا معیوب نشود، مشروط‌له اختیار فسخ معامله را نخواهد داشت؛ یعنی کماکان همان قاعده اصلی، یعنی اجبار تا حد امکان، حاکم خواهد بود.

۴. تخلف شرط بین موجر و مستأجر: هرگاه نسبت به شرایطی که بین موجر و

مستأجر مقرر گردیده است در صورت تخلف از آن شرایط، برای متعهدله خيار فسخ از تاريخ تخلف ثابت می‌گردد؛ (ماده ۴۹۶ ق.م.ایران) اما در مورد خود قرارداد تا تعذر از اجبار تحقق نیابد، مستأجر خيار فسخ نخواهد داشت. (مواد ۴۷۸-۴۹۲ ق.م.ایران) بنابراین قانون‌گذار در مورد تخلف از شروط حق فسخ را در کنار حق درخواست ایفای عین تعهد قرار داده است.

۵. فقدان شرط صفت: شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله. (ماده ۲۳۴ ق.م) اگر بعد از معامله معلوم شود که مبیع فاقد شرط صفتی است که عقد مبتنی بر آن واقع شده است، متعهدله حق فسخ معامله را خواهد داشت. ماده ۲۳۵ قانون مدنی در این رابطه مقرر می‌دارد: «هرگاه شرطی که ضمن عقد شده شرط صفت باشد و معلوم شود که آن صفت موجود نیست، کسی که شرط به نفع او شده خيار فسخ خواهد داشت».

از آنجاکه شرط صفت در عین معین را نمی‌توان در صورت فقدان، ایجاد کرد قانون‌گذار نیز به علت عدم امکان اجبار، چاره‌ای نداشته است جز اینکه حق فسخ در این مورد را نیز بپذیرد. (داراب پور، ۱۳۷۹: ۲۹-۳۰)

۲-۱-۳. حق فسخ در فرض نقض فرضی قرارداد در حقوق ایران

اصطلاح انگلیسی Anticipatory Breach در لغت به معنای نقض احتمالی، نقض قابل پیش‌بینی، نقض فرضی و نقض پیشاپیش آمده است. (صفایی، ۱۳۹۲: ۲۵۵) هرچند بعضی این‌گونه نقض‌ها را که از مرحله شک و تردید گذشته است، صرفاً یک نقض فرضی نمی‌دانند، بلکه آن‌ها را به «نقض منتظره» تعبیر نموده‌اند. (داراب پور، ۱۳۷۷: ۲۷) در اصطلاح حقوقی، هرگاه قبل از فرارسیدن زمان ایفای تعهد قراردادی، متعهد اعلام کند که در موعد مقرر به تعهدات قراردادی خود عمل نخواهد کرد، یا نشانه‌های عدم توانایی، یا عدم تمایل متعهد به اجرای قرارداد آشکار شود، اگر این عدم تمایل یا عدم آمادگی به قدر کافی جدی باشد، نقض فرضی قرارداد واقع شده است. (کاظمی و ربیعی ۱۳۹۱، ۱: ۹۹-۱۱۳) پس معنای نقض فرضی آن است که قبل از فرارسیدن موعد انجام تعهد، متعهدله پیش‌بینی کند که متعهد به تعهد خود



عمل نخواهد کرد. (رحیمی، ۱۳۸۴، ۱۴: ۱۱۵) به عبارت دیگر پس از انعقاد قرارداد و قبل از رسیدن موعد انجام آن، معلوم شود که یکی از طرفین به تعهدات قراردادی خود در آینده عمل نخواهد کرد. بر فرض پذیرش این نظریه، متعهدله می تواند قرارداد را حسب مورد فسخ یا اجرای تعهد خود را معلق کند. نقض احتمالی قرارداد گاهی به صورت صریح است؛ یعنی متعهد اعلام می کند که در موعد مقرر، تعهد قراردادی خود را انجام نخواهد داد. گاهی به صورت ضمنی است مثل اینکه: قبل از فرارسیدن موعد مقرر، کالا را به شخص دیگری بفروشد.

بنابراین نقض قرارداد یک مفهوم عام است و ممکن است قبل، هم زمان یا بعد از موعد قرارداد حادث شود. در حالی که نقض واقعی قرارداد ناظر بر عدم انجام تعهد در موعد معین و نقض احتمالی قرارداد ناظر بر احراز عدم انجام تعهد از سوی متعهد قبل از فرارسیدن زمان اجرای آن است.

در حقوق ایران به مسئله حق فسخ در فرض نقض احتمالی قرارداد، هیچ اشاره نشده است، ولی با تتبع در قوانین ایران مصادیقی از این نظریه به چشم می خورد (مقدادی، ۱۳۸۴، ۱۹) که به طور نمونه به پاره ای از آن ها اشاره می شود:

۱. خیار تعذر شرط: یکی از موارد حق فسخ خیار تعذر شرط است که در صورت عدم توانایی مشروط علیه بر انجام فعل مشروط، برای مشروط له حق فسخ ایجاد می شود. ماده ۲۳۹ قانون مدنی در این باره می گوید: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت». هم چنین در صورتی که عدم توانایی انجام شرط پس از انعقاد قرارداد عارض شود یا معلوم شود که هنگام عقد ممتنع بوده است، متعهدله حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. ماده ۲۴۰ قانون مدنی می گوید: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است کسی که شرط بر نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد». اعمال حق فسخ به واسطه تعذر شرط، از جهاتی با فسخ قرارداد به واسطه

پیش‌بینی نقض احتمالی قرارداد، مشابهت دارد به این معنا که هرگاه پس از عقد معلوم شود که فروشنده قادر به انجام شرط نیست و مشروط علیه به دلیل عدم توانایی انجام شرط، مرتکب نقض قرارداد خواهد شد، برای مشروط‌له حق فسخ ایجاد می‌شود هرچند موعد انجام تعهد فرانسیده باشد. (اندرز، ۱۳۹۱: ۱۵)

۲. معامله به قصد فرار از دین: قانون آیین دادرسی مدنی در ماده ۱۱۴ مقرر می‌دارد: «نسبت به طلب یا مال معینی که هنوز موعد تسلیم نرسیده است، در صورتی که حق مستند به سند رسمی و در معرض تضییع یا تفریط باشد می‌توان درخواست تأمین نمود». طبق این ماده در صورتی که تعهد مستند به سند رسمی باشد و از سوی دیگر در معرض تضییع قرار گرفته باشد، متعهدله می‌تواند قبل از فرارسیدن موعد تعهد درخواست تأمین خواسته نماید. هم‌چنین ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی می‌گوید: «هرگاه طلبکار به دادگاه دادخواست داده، دلایل اقامه کند که مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه می‌تواند قرار توقیف اموال وی را به میزان بدهی او صادر نماید که در این صورت بدون اجازه دادگاه حق فروش اموال را نخواهد داشت». طبق این ماده طلبکار می‌تواند با اقامه دلایل مبنی بر فرار مدیون از ادای دین، از دادگاه توقیف اموال او را درخواست کند؛ هرچند تعهد مستند به سند رسمی نباشد. در خصوص اینکه حکم آیا ماده مزبور مربوط به دین حال است یا دین مؤجل را نیز شامل می‌شود.

مرحوم کاتوزیان این ماده را شامل هر معامله‌ای که دارایی مدیون را به خطر اندازد و در غایت به انتقال آن بینجامد، می‌داند و از مقایسه مواد ۱۱۴ و ۱۰۸ ق. آ. م با ماده اخیرالذکر، چنین نتیجه‌گیری می‌کند که تأمین مقرر در ماده ۲۱۸ مکرر ق. م. در موردی هم که طلب مؤجل و مستند آن سند عادی است قابل اعمال به نظر می‌رسد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۳۳-۱۳۴) پس در صورتی که رفتار و اعمال متعهد نشانگر عدم اجرای تعهد او در آینده باشد، متعهدله می‌تواند خواستار قرار تأمین و توقیف اموال متعهد گردد. هرچند در این مواد از اصطلاح نقض احتمالی استفاده نشده، ولی مبنای پذیرش حق درخواست تأمین نسبت به تعهد مؤجلی که احتمال قوی بر عدم اجرای



آن در سررسید وجود دارد، همان مبنای نظریه نقض فرضی است که مبتنی بر دفع یا جلوگیری از ضرر محتمل است. (کاظمی و ربیعی ۱۳۹۱، ۱: ۹۹-۱۱۳)

۳. خیار تفلیس: در رابطه با خیار تفلیس ماده ۳۸۰ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد، می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند». بر اساس این ماده بایع می‌تواند در فرض مفلس شدن مشتری، مبیع را در فرض تسلیم مسترد و در فرض عدم تسلیم از تسلیم آن امتناع نماید. ظاهر این ماده اطلاق دارد و شامل موردی هم که پرداخت ثمن مؤجل باشد می‌شود. ممکن است گفته شود که ورشکستگی موجب حال شدن دیون می‌شود و به پیش‌بینی نقض ارتباطی ندارد. پاسخ این است که درست است با صدور حکم ورشکستگی دیون مؤجل به حال تبدیل می‌شود؛ (مواد ۳۸۰ و ۴۲۱ ق.م.ایران) اما یکی از دلایلی که حال شدن دیون تاجر ورشکسته را توجیه می‌کند، این است که چون وضعیت تاجر ورشکسته به گونه‌ای است که احتمال پرداخت دیون مؤجل بسیار کم است، و انگهی منطقی نیست که دارایی تاجر تنها بین طلبکارانی تقسیم شود که طلبی حال دارند. (اسکینی، ۱۳۸۴: ۶۳) بنابراین در کنار حفظ تساوی طلبکاران، پیش‌بینی نقض و احتمال قوی بر عدم پرداخت دیون مؤجل را می‌توان یکی از دلایلی دانست که موجب حال شدن دیون ورشکسته و حق فسخ طلبکاران می‌شود.

۴. نقصان در اعتبار مالی متعهد: یکی از مصادیق نقض فرضی قرارداد، نقصان فاحش در اعتبار مالی متعهد برای ایفای قرارداد است که حق تعلیق قرارداد را به متعهد می‌دهد، مگر اینکه متعهد تضمین کافی برای ایفای تعهداتش بدهد که در این صورت متعهد ملزم به ادامه تعهدات خود است.

ماده ۲۳۷ قانون تجارت در این رابطه مقرر می‌دارد: «پس از اعتراض نکول، ظهرنویس‌ها و برات دهنده به تقاضای دارنده برات باید ضامنی برای تأدیه وجه آن در سر وعده بدهند یا وجه برات را به انضمام مخارج اعتراض‌نامه و مخارج برات رجوعی (اگر باشد) فوراً تأدیه نمایند».

طبق این ماده نکول برات توسط برات گیر نشانه‌ای آشکار بر خدشه در اعتبار صادرکننده و ظهر نویسان برات است و به همین دلیل قانون‌گذار این حق را به دارنده برات می‌دهد که در این صورت به اعتبار صادرکننده و ظهر نویسان برات بی‌اعتماد و نگران وصول وجه خود در آینده شود و بر این اساس بتواند از آن‌ها تقاضا کند برای تأدیه وجه برات در سررسید ضامن بدهند، یا وجه برات را به انضمام مخارج اعتراض‌نامه و مخارج برات رجوعی فوراً تأدیه کنند. (اسکینی، ۱۳۸۴: ۸۱)

هم‌چنین ماده ۲۳۸ قانون تجارت می‌گوید: «اگر علیه کسی که براتی را قبول کرده، ولی وجه آن را نپرداخته، اعتراض عدم تأدیه شود. دارنده براتی که همان شخص قبول کرده، ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است، نیز می‌تواند از قبول کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه آن ضامن دهد یا پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین کند».

قانون‌گذار اعتبار برات‌گیری را که پرداخت برات‌هایی را قبول کرده، لیکن در سررسید اولین آن‌ها خلف وعده نموده و علیه او اعتراض عدم تأدیه شده، زیر سؤال برده و به دارندگان اسناد تجاری که همان تاجر قبولی نوشته، ولی سررسید آن‌ها فرانسیده، حق می‌دهد که در مورد پرداخت وجه اسناد خود نگران باشند و از متعهدی که نسبت به اجرای تعهد او تردید وجود دارد و احساس خطر در عدم انجام تعهد او در آینده می‌رود تقاضای تضمین کند. (شیروی، ۱۳۷۷: ۱)

نیز ماده ۵۳۳ قانون تجارت می‌گوید: «هرگاه کسی مال التجاره‌ای به تاجر ورشکسته فروخته، ولی هنوز آن جنس نه به خود تاجر ورشکسته تسلیم شده و نه به کسی دیگر که به حساب او بیاورد، آن کس می‌تواند به اندازه‌ای که وجه آن را نگرفته از تسلیم مال التجاره امتناع کند».

بر اساس این ماده اگر تاجری مالی را خریداری کرده باشد و قبل از پرداخت ثمن ورشکسته شود و قادر به پرداخت ثمن نباشد، فروشنده می‌تواند از تسلیم مبیع به او خودداری نماید.

مفاد ماده ۵۳۳ ق. ت. چهره‌ای از حق حبس مذکور در ماده ۳۷۷ ق. م. است که



یک قاعده کلی در تمام عقود معاوضی به حساب می آید. تنها تفاوت ماده ۵۳۳ ق. ت. و ماده ۳۷۷ ق. م. در این است که برای تحقق حق حبس ماده ۳۷۷، تعهد هر دو طرف باید حال باشد، در صورتی که ماده ۵۳۳ مطلق است و ظاهراً هر عقد بیعی را در بر می گیرد، اعم از آنکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد یا خیر. مرحوم شهیدی منشأ تفاوت بین دو ماده را در ماده ۴۲۱ ق. ت. می داند و این طور نتیجه گیری می کند که اگر برای تأدیه ثمن به وسیله خریدار ورشکسته اجل معین شده باشد، وجود اجل مانع از حق امتناع فروشنده از تسلیم مبیع به مدیر تصفیه نخواهد بود؛ زیرا با حدوث ورشکستگی دیگر اجلی برای دین ورشکسته بابت ثمن باقی نمی ماند. (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۴۲ - ۲۴۳)

آنچه به موضوع این تحقیق ارتباط پیدا می کند این است که اگرچه در اثر ورشکستگی، دین ورشکسته به حال تبدیل می شود؛ اما به نظر می رسد که یکی از مبانی این قاعده می تواند پیش بینی عدم انجام تعهد در آینده به واسطه ورشکستگی و در نتیجه نقصان فاحش در توانایی اجرای قرارداد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۴؛ ۱۳۸) توسط مدیون با توجه به دلایل معقول باشد.

۵. حق حبس: حق حبس در حقوق ایران در مواد ۳۷۷ و ۱۰۸۵ ق. م. و مواد ۳۷۱ و ۳۹۰ ق. ت. به صراحت نام برده شده است. نکته قابل ذکر در این باب این است که برای اعمال حق حبس شرایطی از جمله هم زمانی اجرای تعهدات لازم است، در حالی که حق تعلیق مورد بحث در نظریه نقض احتمالی در عقود مؤجل قابل اعمال است و از این حیث متفاوت با حق حبس است؛ اما صرف نظر از این مورد به نظر می رسد از حیث مبانی تفاوت چندانی بین حق حبس و تعلیق وجود نداشته باشد و می توان از دلایل و مبانی پذیرش حق حبس که مطابق نظر اساتید حقوق، (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۴؛ ۸۲ و ۸۳، امامی، بی تا، ۱: ۲۲۵ و شهیدی، ۱۳۸۵: ۱؛ ۸۲) همبستگی و رابطه عوضین در مطلق عقود معاوضی است، در راستای اثبات حق تعلیق در حقوق ایران نیز استفاده نمود.

در حقیقت هریک از طرفین قرارداد در قبال الزاماتی که بر عهده گرفته اند، به همان



میزان طرف مقابل را متعهد نموده‌اند و اگر یکی از متعاملین به جهتی برخلاف شرایط قرارداد از انجام تعهدات پذیرفته شده خود سر باز زند، یا بر اساس شرایط معقول و احتمال قوی محرز گردد که در آینده به تعهد خود عمل نمی‌کند، الزام طرف دیگر به انجام تعهدات خویش خود به خود منتفی می‌شود.

۲-۳. حق فسخ در کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین

حق فسخ در این کنوانسیون نیز به لحاظ نقض واقعی و نقض فرضی به ترتیب بررسی می‌شود:

۱-۲-۳. حق فسخ در فرض نقض واقعی قرارداد

ماده ۴۹ کنوانسیون، در رابطه با حق فسخی که برای مشتری در فرض نقض واقعی قرارداد، از سوی بایع به وجود می‌آید، مقرر می‌دارد:

۱. در موارد زیر مشتری می‌تواند قرارداد را باطل اعلام نماید: الف) در صورتی که عدم ایفای هریک از تعهدات بایع به موجب قرارداد یا این کنوانسیون نقض اساسی قرارداد محسوب شود؛ یا ب) در صورت عدم تسلیم کالا هرگاه بایع ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده است، کالا را تسلیم ننماید یا اعلام کند که ظرف مدت مزبور، کالا را تسلیم نخواهد کرد.

۲. معهذاً در مواردی که بایع کالا را تسلیم نموده باشد، مشتری حق اعلام بطلان قرارداد را از دست خواهد داد مگر اینکه: الف) در صورت تأخیر تسلیم، مشتری ظرف مدت معقولی پس از وقوف به انجام تسلیم اعلام بطلان کند. ب) در صورت نقض هریک از تعهدات (از جانب بایع) جز تأخیر تسلیم، ظرف مدت معقولی به شرح ذیل اعلام بطلان نماید:

۱. پس از اینکه نسبت به نقض، اطلاع حاصل نموده یا می‌باید اطلاع حاصل می‌کرده است؛

۲. پس از انقضای مهلت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده یا پس از اعلام بایع مبنی بر اینکه ظرف مدت مزبور، تعهدات خود را ایفا نخواهد کرد یا



۳. پس از انقضای مهلت اضافی که مطابق بند ۲ ماده ۴۸ توسط بایع تعیین شده است یا پس از اعلام مشتری دایر بر اینکه ایفای تعهد را قبول نخواهد کرد).

بر اساس ماده ۴۹ کنوانسیون در موارد زیر برای مشتری حق فسخ به وجود می آید:

۱. نقض اساسی قرارداد از سوی فروشنده: بر اساس (بند الف - ۱ - ماده ۴۹) نقض اساسی (بنیادی) از سوی فروشنده یکی از موارد حق فسخ برای مشتری اعلام شده است و در تبیین مفهوم نقض اساسی، ماده ۲۵ کنوانسیون، مقرر می دارد:

نقض قرارداد توسط یکی از طرفین هنگامی نقض اساسی محسوب می شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند. مگر اینکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است، چنین نتیجه ای را پیش بینی نمی کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه نمی توانسته است آن امر را پیش بینی کند. بنابراین نقض قرارداد هنگامی اساسی است که اولاً منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه که استحقاق انتظار آن را به موجب قرار داد داشته است، اساساً محروم کند. ثانیاً این خسارت برای طرف ناقض قرارداد یا یک فرد متعارف همانند او در اوضاع و احوالی مشابه قابل پیش بینی باشد.

۲. عدم تسلیم مبیع در مهلت اضافی که از سوی خریدار برای فروشنده معین شده است: دومین موردی که برای مشتری، حق فسخ وجود دارد، موردی است که فروشنده در مهلت اضافی که از طرف خریدار برای تسلیم مبیع تعیین شده است، مبیع را تسلیم ننماید یا اعلام کند قصد تسلیم آن را ندارد. (بند ب - ۱ - ماده ۴۹) بنابراین برای تحقق حق فسخ در مورد اعطای مهلت، شرایط زیر ضروری است: (۱) مبیع تسلیم مشتری نشده باشد؛ (۲) مشتری مطابق بند ۱ ماده ۴۷ یک مهلت اضافی برای تسلیم مبیع به فروشنده بدهد؛ (۳) فروشنده در آن مهلت، مبیع را تسلیم مشتری نکند، یا اعلام کند قصد تسلیم مبیع را ندارد.

۳. تحویل کالا از سوی فروشنده با تأخیر: در صورتی که فروشنده کالا را با تأخیر تسلیم مشتری کرده و این تأخیر برای مشتری حق فسخ ایجاد کند، وی باید در مدت

معقولی بعد از اطلاع از تحویل کالا قرارداد را فسخ کند. (بند الف-۲- ماده ۴۹ ک) در مورد اینکه فروشنده از موقف خریدار مبنی بر پذیرش تسلیم با تأخیر و عدم پذیرش آن آگاه گردد باید مطابق بند ۲ و ۳ ماده ۴۸ ک. عمل نماید. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷: ۱۸۸)

۴. نقض سایر تعهدات: در صورتی که حق فسخ ناشی از نقض تعهد تسلیم نباشد، بلکه به خاطر نقض سایر تعهدات فروشنده باشد مثل اینکه کالا منطبق با قرارداد نباشد، مهلت اعلام فسخ به شرح زیر معین می‌شود: ۱) پس از اینکه مشتری از نقض قرارداد آگاهی یافته، یا می‌باید آگاهی میافته تا مدت معقول (۲) در صورتی که مشتری برای رفع نقص به فروشنده مهلت اضافی داده است، (مطابق بند ۱ ماده ۴۷ ک) از تاریخ انقضای آن تاریخ اضافی یا از تاریخی که فروشنده اعلام می‌کند که قصد رفع نقص ندارد تا مدت معقول (۳) در صورتی که مطابق بند ۲ ماده ۴۸ ک. فروشنده برای انجام تعهد خود مهلتی را معین کند و این مهلت منقضی شود یا مشتری اعلام کند، ایفای تعهد را قبول نخواهد کرد تا مدت معقول از زمان انقضای مهلت یا اعلام مشتری. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷: ۱۸۸)

اما در رابطه با حق فسخی که برای فروشنده در فرض نقض واقعی قرارداد از سوی مشتری به وجود می‌آید، ماده ۶۴ کنوانسیون مقرر می‌دارد:

۱. در موارد زیر بایع می‌تواند قرارداد را باطل اعلام نماید: الف) در صورتی که عدم ایفای هریک از تعهدات مشتری به موجب قرارداد یا این کنوانسیون نقض اساسی قرارداد محسوب شود یا ب) هرگاه مشتری ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۶۳ توسط بایع تعیین شده است تعهدات خود را در زمینه تأدیه ثمن یا قبض کالا ایفا نکند یا اعلام نماید که ظرف مدت مزبور، ایفای تعهد نخواهد کرد.

۲. معهدا در مواردی که مشتری ثمن را تأدیه نموده باشد، بایع حق اعلام بطلان نخواهد داشت، مگر اینکه: الف) در صورت تأخیر در ایفای تعهد از طرف مشتری، پیش از وقوف به انجام تعهد، اعلام بطلان کند یا ب) در صورت نقض هریک از تعهدات، غیر از تأخیر در ایفای تعهد، ظرف مدت متعارف به شرح ذیل اعلام بطلان



نماید: ۱) پس از اینکه نسبت به نقض، اطلاع حاصل نموده یا می باید اطلاع حاصل می کرد یا ۲) پس از انقضای مهلت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۶۳ توسط او تعیین شده است یا پس از اعلام مشتری مبنی بر اینکه ظرف مدت مزبور، تعهدات خود را ایفا نخواهد کرد.

مطابق ماده ۶۴ کنوانسیون شرایط اعمال حق فسخ از سوی فروشنده عبارتند از: ۱) وجود یکی از موارد فسخ (بند ۱ ماده ۶۴ ک) ۲) اعمال فسخ توسط فروشنده از طریق اخطار موضوع ماده ۲۶ ک. ۳) رعایت مهلت های مندرج در بند ۲ ماده ۶۴ ک برای اعمال حق فسخ.

همان طور که ملاحظه می شود، حق فسخ پیش بینی شده برای فروشنده در ماده ۶۴ کنوانسیون، همانند حق فسخی است که برای خریدار در ماده ۴۹ پیش بینی شده است؛ زیرا این حق از لحاظ قواعد عمومی فسخ مثل عدم نیاز به حکم دادگاه، لزوم اعلام فسخ، آثار فسخ و... همانند فسخ از ناحیه خریدار است.

۲-۲-۳. حق فسخ در فرض نقض فرضی قرارداد

در ماده ۷۲ کنوانسیون آمده است:

۱. هرگاه پیش از تاریخ اجرای قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، طرف دیگر می تواند قرارداد را باطل اعلام نماید.
۲. طرفی که قصد اعلام بطلان دارد اگر وقت اقتضا کند، مکلف است اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم شود که اطمینان کافی برای ایفای تعهدش بدهد.

۳. اگر طرف دیگر اعلام کرده باشد که تعهدات خود را اجرا نخواهد کرد، الزامات مذکور در بند پیشین منتفی خواهد بود.

طبق ماده ۷۲ کنوانسیون، شرایط فسخ قرارداد در فرض نقض فرضی قرارداد عبارتند از:

۱. فرانسیدن موعد تعهد: فرانسیدن موعد تعهد، به این معنا است که تا هنوز موعد اجرایی تعهد ناشی از قرارداد فرانسیده است، ولی نشانه های از عدم انجام

تعهد از سوی طرف دیگر قرارداد، آشکار شده باشد. بنابراین اگر موعد تعهد فرارسیده باشد و متعهد از انجام تعهدات خودداری کند، متعهدله علاوه بر حق فسخ، امکان توسل به دیگر راه‌حل‌های جبران خسارت، در کنوانسیون را خواهد داشت.

۲. آشکار بودن نقض قرارداد در آینده: یکی دیگر از شرایط حق فسخ، آشکار بودن نقض قرارداد از سوی طرف مقابل است، در اینکه معیار نقض آشکار بودن چیست؟ به نظر می‌رسد که معیار نوعی در این ماده ملاک است؛ با این توضیح که هر وقت برای شخص متعارف نشانه‌هایی از نقض قرارداد حاصل شود، نقض قرارداد فرضی محقق شده است و برای نوعی بودن ملاک بر اساس بند ۲ ماده ۷ که معیار تفسیر کنوانسیون، اصول کلی حقوقی مندرج در آن است و موادی نظیر بند ۳ ماده ۸، بند ۲ ماده ۹، بند ۱ ماده ۳۹، بند ۱ ماده ۴۳ و... می‌توان استدلال نمود. (ر.ک. امینی و دیگران، ۱۳۹۰، ۴: ۳۵-۵۲)

۳. اساسی بودن نقض قرارداد: شرط سوم برای فسخ قرارداد، اساسی بودن نقض قرارداد است که در ذیل ماده ۲۵ ک به ملاک اساسی بودن نقض قرارداد، اشاره شد. برخی از مصادیق نقض اساسی قرارداد که موجب فسخ قرارداد پیش از موعد می‌شود، عبارتند: از فروش کالای که تعهد به تحویل آن به خریدار شده است، یا فروش ماشین‌آلات تولیدی که فروشنده تعهد کرده بود تا کالا را به وسیله آن برای خریدار تولید نماید و هم‌چنین وقتی که قرار است متعهد کالای را تولید کرده و در زمان مشخصی تحویل دهد، ولی هیچ اقدامی برای تولید آن نکند و نیز ورشکستگی متعهد پیش از انجام تعهد. (ر.ک. امینی و دیگران، ۱۳۹۰، ۴: ۳۵-۵۲)

۴. ارسال اخطار معقول: اعمال فسخ یکی از طرفین قرارداد، بدون اعلان قبلی به طرف دیگر، موجب می‌شود که طرف دیگر کماکان انتظار اجرای قرارداد را داشته باشد. لذا مطابق بند ۲ ماده ۷۲ کنوانسیون می‌گوید: «اگر زمان کافی وجود داشته باشد، اخطار قبلی مبنی بر فسخ قرارداد ضروری است. البته منظور از ارسال اخطار، صرف ارسال نیست، بلکه قاعده کلی در کنوانسیون این است که اخطار می‌بایست به‌طور معقول و متعارف بوده و متعهد فرصت کافی برای ارائه تضمین مناسب را



داشته باشد. (ر.ک. امینی و دیگران، ۱۳۹۰، ۴: ۳۵-۵۲)

۵. عدم ارائه تضمین مناسب از سوی متعهد: معنای تضمین مناسب آن است که یک طرف قرارداد از دیگری در راستای اجرای قرارداد تضمین کافی اخذ نماید و در صورت دادن چنین تضمینی قرارداد همچنان به قوت خود باقی بوده و هر دو طرف ملزم به اجرای تعهدات خود هستند. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷: ۲۵۷) در صورت امتناع طرف دیگر از ارائه تضمین کافی، متعهدله می تواند قرارداد را یک طرفه فسخ نماید.

۳-۳. حق فسخ در فرض نقض قرارداد بر اساس اصول یونیدگوا

حق فسخ در این اصول نیز در دو بخش زیر قابل بررسی است:

۳-۳-۱. حق فسخ در فرض نقض واقعی قرارداد

بند ۱ ماده ۵-۱-۷ از اصول یونیدگوا مشابه بند ۱ ماده ۴۷ کنوانسیون مقرر می دارد: «در مورد عدم اجرای تعهد، طرف زیان دیده می تواند با اخطار به طرف دیگر، مدت زمانی اضافی برای اجرای تعهد در اختیار او قرار دهد».

ماده ۱-۱-۷ از اصول یونیدگوا عدم اجرا را «کوتاهی یک طرف در اجرای هریک از تعهدات قراردادی اش که شامل اجرای معیوب و ناقص یا همراه با تأخیر می شود»، می داند. پس مطابق اصول یونیدگوا، اعطای مهلت اضافی تنها در صورتی است که فروشنده اجرای معیوب و ناقص یا همراه با تأخیر ارائه می دهد. بنابراین اگر موافق ماده ۵-۱-۷ مهلت اضافی را خریدار به فروشنده در جهت ایفای تعهدش بدهد و فروشنده در این مدت نتواند تعهدش را ایفا نماید، خریدار می تواند با اختیار حاصله از بند ۳ ماده ۱-۳-۷ اصول، مبادرت به فسخ قرارداد نماید. لذا اصول یونیدگوا همگام با اصول کنوانسیون حق فسخ قرارداد را در صورت تخلف فروشنده از ارائه اجرای قرارداد در طول مدت مهلت اضافی به رسمیت شناخته است. البته مدتی که توسط خریدار برای اجرای تعهد در زمان اضافی داده می شود، باید مدت معقولی باشد؛ زیرا رویه دادگاه ها نشان می دهد که مهلت اضافی تعیین شده از سوی خریدار اغلب دارای مدت زمان معقولی نیست؛ یعنی خیلی کم و کوتاه است. قرار دادن



دوره‌ای که خیلی کوتاه است، باعث می‌شود که سؤالاتی در خصوص نتیجه مهلت اضافی مطرح شود.

نظر غالب میان حقوق‌دانان این است که بند ۱ ماده ۴۷ و بند (ب) ماده ۱ ماده ۴۹ کنوانسیون باید طوری تفسیر شود که مهلت اضافی دارای طول مدت نامعقول بی‌اثر نشود، بلکه مدت معقولی برای این مهلت اضافی در نظر گرفته شود. در این رابطه جمله دوم از بند ۳ اصل ۵-۱-۷ یونیدگوا به صراحت بیان می‌کند که «دوره‌های اضافی که طول مناسبی را اجازه نمی‌دهد، باید به صورت منطقی گسترش داده شود، برخلاف بند ۱ ماده ۴۷ کنوانسیون که عنوان می‌دارد لازم نیست خریدار مدت معقولی را برای مهلت اضافی مقرر کند، بلکه اگر مدت معقول نباشد، حق خریدار در اعمال فسخ قرارداد در صورت نامعقول بودن زمان مهلت اضافی محدود می‌شود و در نتیجه رویکردی اصول یونیدگوا در مقایسه با کنوانسیون، کمی متفاوت‌تر به نظر می‌رسد و بند ۳ اصل ۵-۱-۷ از اصول یونیدگوا می‌تواند به عنوان تمثیلی از اصل معقولیت در تجارت بین‌الملل در نظر گرفته شود؛ البته معقولیت نیز یک اصل کلی تحت کنوانسیون است.

هم‌چنین بند ۲ اصل ۵-۱-۷ از اصول یونیدگوا اساساً شبیه بند ۲ ماده ۴۷ کنوانسیون است. در این اصل اشاره شده که خریدار می‌تواند به هر کدام از راه‌حل‌های موجود در برابر تخلف فروشنده برای عدم اجرای قرارداد در مدت مهلت اضافی استناد نماید که طبیعتاً یکی از این راه‌حل‌ها شبیه آنچه در بند (ب) ماده ۴۹ کنوانسیون در نظر گرفته شده است، می‌تواند فسخ قرارداد باشد. بند ۳ اصل ۵-۱-۷ از اصول یونیدگوا عیناً شبیه بند ب ماده ۴۹ کنوانسیون است. جمله سوم این بند صراحتاً بیان می‌کند که «طرف زیان‌دیده می‌تواند در اطلاع خود قید نماید که اگر طرف دیگر در اجرا در مدت اجازه داده شده به وسیله اطلاع تأخیر نماید، قرارداد باید به طور اتوماتیک فسخ شود».

یکی دیگر از موارد حق فسخ قرارداد، عدم اجرای اساسی قرارداد است. ماده ۱-۳-۷ اصول یونیدگوا می‌گوید:



۱. هر طرف می‌تواند به قرارداد خاتمه دهد اگر کوتاهی طرف دیگر در اجرای یک تعهد، بر طبق قرارداد، معادل با عدم اجرای اساسی تعهد باشد.

۲. در تعیین اینکه آیا کوتاهی در اجرای تعهد، معادل با عدم اجرای اساسی است یا خیر، به‌ویژه به امور زیر توجه داشت: الف. اینکه عدم اجرای تعهد، طرف زیان‌دیده را به‌طور اساسی از آنچه بر طبق قرارداد مستحق بوده انتظارش را داشته باشد، محروم می‌کند یا خیر؛ مگر اینکه طرف دیگر نتیجه مذکور را پیش‌بینی نکرده یا به‌طور متعارف نمی‌توانسته است آن را پیش‌بینی کرده باشد؛ ب. اینکه رعایت دقیق تعهدی که اجرا نشده، رکن قرارداد بوده است یا خیر؛ ج. اینکه عدم اجرای تعهد، عمدی بوده یا از روی بی‌احتیاطی؛ د. اینکه عدم اجرای تعهد به طرف زیان‌دیده حق می‌دهد به این اعتقاد برسد که نمی‌تواند بر اجرای آتی تعهدات از سوی طرف دیگر اتکا کند یا خیر؛ هـ. اینکه اگر به قرارداد خاتمه داده شود، طرف مسئول عدم اجرا در نتیجه آماده کردن مقدمات یا اجرای تعهد متحمل زیان نامتناسبی خواهد شد یا خیر.

۳. در صورت تأخیر هم طرف زیان‌دیده می‌تواند در صورتی که طرف دیگر قبل از انقضای زمان مجاز شده از سوی طرف زیان‌دیده در ماده ۵-۱-۷، در اجرای تعهد کوتاهی کند به قرارداد خاتمه دهد.

در اینکه چه نوع کوتاهی در اجرای تعهد نقض اساسی محسوب می‌شود، در بند ۲ ماده فوق فهرستی از اوضاع و احوالی ارائه شده است که بیانگر نقض اساسی قرارداد به شرح زیر است:

۱. عدم اجرایی که به‌طور اساسی طرف دیگر را از آنچه در زمان انعقاد قرارداد حق داشته انتظارش را داشته باشد، محروم نماید. مگر آنکه طرف مسئول عدم اجرا، بتواند اثبات کند که نمی‌توانسته و در واقع هم به‌طور معقول و متعارف نمی‌توانسته، پیش‌بینی کند که عدم اجرای تعهد، برای طرف دیگر اساسی بوده است، طرف زیان‌دیده نمی‌تواند به قرارداد خاتمه دهد.

۲. اجرای اکید تعهدات قراردادی رکن قرارداد باشد.

۳. عدم اجرای عمدی تعهدات.

۴. عدم اتکا به اجرای آتی تعهد.

۵. ضرر و زیان غیر مناسب.

بنابر آنچه گفته شد، شرایط فسخ قرارداد در اصول یونیدگوا و کنوانسیون دارای تفاوت اساسی نیست و به نظر می‌رسد که بند ۳ اصل ۵-۱-۷ از اصول یونیدگوا با توجه به بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون بتواند به عنوان مکمل بند ب ماده ۴۹ و بند ۱ ماده ۴۷ استفاده شود.

۲-۳-۳. حق فسخ در فرض نقض فرضی قرارداد

در رابطه با حق فسخ در فرض نقض فرضی قرارداد ماده ۳-۳-۷ مقرر می‌دارد: «در صورتی که پیش از تاریخ اجرای تعهد از سوی یکی از طرفین، آشکار باشد که عدم اجرای اساسی تعهد از سوی آن طرف محقق خواهد شد، طرف دیگر می‌تواند به قرارداد خاتمه دهد».

طبق این ماده عدم اجرای تعهد احتمالی، معادل با عدم اجرای پنداشته شده که هنگام اجرای آن رسیده، ولی اجرای در کار نباشد. البته این عدم اجرا، باید آشکار و بدیهی باشد؛ به طوری که ظن به عدم اجرا، حتی ظن مستدل کافی نیست و از سوی دیگر این عدم اجرا باید اساسی باشد. مثل اینکه طرف مقابل اعلام نماید که قرارداد را اجرا نخواهد کرد یا اوضاع و احوال حکایت از عدم اجرای قرارداد نماید. (اخلاقی و امام، ۱۳۹۳: ۳۲۹) بنابراین ماده ۳-۳-۷ اصول یونیدگوا از لحاظ حق فسخ، در نقض فرضی قرارداد مشابه ماده ۷۲ کنوانسیون است.

۴-۳. حق فسخ در فرض نقض قرارداد در اصول اروپایی

حق فسخ در فرض نقض قرارداد بر اساس اصول اروپایی حق فسخ در فرض نقض قرارداد، در این اصول نیز بر دو قسم است؛ یکی نقض واقعی و دیگری نقض فرضی که به ترتیب بررسی می‌شود:

۱-۴-۳. حق فسخ در فرض نقض واقعی قرارداد

اصول اروپایی در ماده ۳۰۱-۹ در این خصوص مقرر می‌دارد: «۱. طرف قرارداد



می‌تواند در صورتی که عدم اجرای طرف دیگر اساسی باشد، قرارداد را خاتمه دهد؛
۲. در صورت تأخیر در اجرا نیز، طرف متضرر می‌تواند قرارداد را طبق ماده (۳) ۱۰۶-۸ خاتمه دهد».

مطابق این ماده در دو فرض، شخص متضرر می‌تواند قرارداد را فسخ نماید؛ ۱. در صورتی که عدم اجرای قرارداد از سوی طرف دیگر اساسی باشد، ۲. در صورتی که تأخیر (غیر اساسی) در اجرای تعهدات قراردادی وجود داشته باشد. حق فسخ موجود در این ماده متضمن مقرراتی مشابه بند ۱ و ۳ ماده ۱-۳-۷ اصول یونیدگوا و بند ۱ ماده ۴۹ (حق فسخ مشتری) و بند ۱ ماده ۶۴ (حق فسخ بایع) کنوانسیون است و از لحاظ ماهوی تفاوت چندانی ندارد.

هم‌چنین در ماده ۲-۳۰۹ آمده است: «قراردادهای که باید در چند قسمت اجرا شود: اگر قراردادهایی باید در قسمت‌های مجزا اجرا شود و در خصوص قسمتی که اجرای متقابلی برای آن بتوان اختصاص داد، عدم اجرای اساسی وجود داشته باشد، طرف متضرر می‌تواند بر اساس مقررات این گفتار حق خود را نسبت به خاتمه دادن قسمت مورد نظر اعمال نماید. تنها در صورتی که می‌توان کل قرارداد را خاتمه داد که عدم اجرا نسبت به کل قرارداد اساسی باشد».

بر اساس این ماده حق فسخ در خصوص قراردادهای که در چند قسمت قابل اجرا است، به دو صورت قابل اعمال است:

الف. عدم اجرای قرارداد، تنها در همان قسمت مجزا، نقض اساسی محسوب شده و قابل تسری به دیگر بخش‌ها نباشد که در این صورت حق فسخ، تنها در همان بخش قابل اعمال است.

ب. عدم اجرای یک قسمت از قرارداد، قابل تسری به کل قرارداد باشد که در این فرض، طرف متضرر می‌تواند کل قرارداد را فسخ نماید.

۲-۴-۳. حق فسخ در فرض نقض فرضی قرارداد

اصول اروپایی در ماده ۴-۳۰۹ درباره نقض فرضی قرارداد مقرر می‌دارد: «در صورتی که پیش از زمان اجرای تعهد یک طرف قرارداد، آشکار باشد که عدم اجرای اساسی از

سوی وی وجود خواهد داشت، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را خاتمه دهد».

بر اساس این ماده در صورتی که برای یک طرف قرارداد معلوم شود که طرف دیگر میل به اجرای قرارداد و یا توانای اجرای آن را ندارد، طرف مزبور می‌تواند قرارداد را فسخ نماید (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹: ۳۲۸) این ماده مشابه ماده ۳۳-۷ اصول یونیدگوا و ماده ۷۲ کنوانسیون است.

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه گفته شد، نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. حق فسخ در فرض نقض قرارداد از منظر فقه امامیه مورد اختلاف قرار گرفته، مشهور فقهای امامیه معتقدند: عدم اجرای تعهدات قراردادی از سوی یک طرف، به طرف دیگر حق فسخ نمی‌دهد، جز در موارد استثنایی، مانند خیار تأخیر ثمن یا تعذر اجرای قرارداد و متعهدله تنها می‌تواند از حاکم اجبار متخلف به انجام تعهد را مطالبه کند. برخی دیگر بر این باورند که صرف عدم اجرای قرارداد، موجب حق فسخ، برای متعهدله می‌شود و رابطه بین حق فسخ و اجبار به انجام تعهد را در عرض هم می‌داند.

۲. حقوق ایران به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، هریک از طرفین قرارداد را در فرض نقض قرارداد، در مرحله اول ملزم به اجرای عین تعهد می‌کند و در صورت عدم امکان اجرای تعهد، نوبت به حق فسخ می‌رسد، به عبارت دیگر رابطه بین حق فسخ و اجبار متخلف را طولی می‌داند و در رابطه با نقض فرضی قرارداد، هیچ اشاره ندارد؛ ولی با استقراء در قوانین ایران مصادیقی از این نظریه قابل مشاهده است.

۳. حق فسخ در اسناد بین‌المللی (کنوانسیون وین ۱۹۸۰، اصول یونیدگوا و اصول اروپایی)، در فرض نقض قرارداد، اعم از نقض واقعی و نقض فرضی، مورد شناسایی قرار گرفته است.

فهرست منابع

قرآن کریم

الف) منابع فارسی

۱. احمدی بهرامی، حمید، (۱۳۸۱)، کلیات عقود و قراردادها، تهران: نشر میزان.
۲. اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، (۱۳۹۳)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۳. اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۴)، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، قم: انتشارات سمت.
۴. اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۴)، حقوق تجارت ورشکستگی و تصفیه امور، تهران: انتشارات سمت.
۵. امامی، سید حسن، (بی‌تا)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامیه.
۶. امینی، منصور و دیگران، (۱۳۹۰)، «بررسی حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران»، مجله مطالعات حقوقی، دوره سوم، شماره اول، بهار و تابستان، ص ۳۵-۵۲.
۷. اندرز، داود، (۱۳۹۱)، «فسخ قرارداد به واسطه نقض احتمالی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) و حقوق ایران»، فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی بین‌الملل، ش ۱۵.
۸. آقایی، بهمن، (۱۳۸۵)، فرهنگ حقوقی بهمن، تهران: انتشارات گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۰. داراب پور، مهربان، (۱۳۷۷)، قاعده مقابله با خسارت، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۱. داراب پور، مهربان، (۱۳۷۹)، «ارزیابی تطبیقی عین تعهد»، مجله تحقیقات حقوقی شماره ۲۹-۳۰، ص ۱۹۰-۲۳۷.



۱۲. دانش کیا، محمدحسین و دادمرزی، سید مهدی، (۱۳۸۲)، ترجمه الوسيط فی

شرح القانون المدني الجديد، قم: انتشارات دانشگاه قم.

۱۳. رحیمی، حبیب‌الله، (۱۳۸۴)، «پیش‌بینی نقض قرارداد»، مجله پژوهش حقوق و

سیاسی، شماره ۱۴.

۱۴. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، (۱۳۸۹)، اصول حقوق قراردادهای اروپا و

حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، تبریز: نشر فروزش.

۱۵. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.

۱۶. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۳)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.

۱۷. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۳)، سقوط تعهدات، تهران: انتشارات مجد.

۱۸. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۵)، آثار قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.

۱۹. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۵)، مجموعه مقالات حقوقی، تهران: انتشارات مجد.

۲۰. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۷۷)، «فسخ قرارداد در صورت امتناع از انجام تعهد در

حقوق ایران»، مجله آموزشی عالی قم.

۲۱. صفایی، سید حسن و دیگران، (۱۳۸۷)، حقوق بیع بین‌المللی یا مطالعه تطبیقی،

تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۲۲. صفایی، سید حسن و دیگران، (۱۳۹۲)، حقوق بیع بین‌المللی، بررسی کنوانسیون

بیع بین‌المللی ۱۹۸۰، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و

ایالات متحده آمریکا، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

۲۳. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۴)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان.

۲۴. عسکری، جعفر و اسماعیلی، محسن، (۱۳۹۴)، «رابطه طولی یا عرضی حق فسخ

در اثر تخلف از شرط»، فصل‌نامه علمی پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال چهارم،

ش ۸.

۲۵. عمید، حسن، (۱۳۷۴)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: سپهر.



۲۶. قرشی، سید علی اکبر، (۱۴۱۲)، قاموس قرآن، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۸)، عقود معین، تهران: انتشارات گنج دانش.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، نظریه عمومی تعهدات، تهران: مؤسسه نشر یلدا.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر میزان.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۳۱. کاظمی، محمود و ربیعی، مرضیه، (۱۳۹۱)، «نقض احتمالی قرارداد در حقوق ایران با نگاهی به کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰) و نظام های حقوقی خارجی»، فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، مقاله ۹، دوره ۱، شماره ۱، تابستان و پاییز.
۳۲. کمپانی اصفهانی، محمدحسین، (۱۴۰۹)، الإجارة، قم: دفتر نشر اسلامی.
۳۳. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶)، قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران: چاپ دوازدهم.
۳۴. مقدادی، محمد مهدی، (۱۳۸۴)، «بررسی پیش بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا حقوق تطبیقی و ایران»، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، ش ۱۹.

ب) منابع عربی

۱. ابن فارس، احمد، (۱۴۰۴)، معجم مقاییس اللغة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۱ق)، کتاب المکاسب، قم: منشورات دار الذخائر.
۳. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۱۰)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، بیروت: دارالعلم للملایین.

۴. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۵. حسینی روحانی، سید صادق، (۱۴۱۲)، فقه الصادق علیه السلام، قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۶. حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۴)، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۸. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، (بی تا)، تحریر الاحکام، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲)، مفردات ألفاظ القرآن، بیروت: دارالعلم - دارالشامیة.
۱۰. شرتونی، سعید، (۱۴۰۳)، أقرب الموارد فی فصیح العربیة و الشوارد، قم: المكتبة المرعشیة.
۱۱. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۳۷۸)، حاشیة المکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۲. طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الأحکام، تهران: دارالکتب الإسلامية.
۱۳. عاملی کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۱۴. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۷)، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: کتاب فروشی داوری.



۱۶. عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، (۱۴۱۳)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۱۷. فیومی، احمد بن محمد مقری، (بی‌تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم: منشورات دار الرضی.
۱۸. موسوی خمینی، سید روح‌الله، (۱۴۲۱)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم.
۲۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۸)، موسوعة الإمام الخوئی، قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئی.
۲۱. موسوی، بجنوردی، میرزا حسن، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیه، قم: نشر الهادی.
۲۲. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۳. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۷)، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم: دفتر نشر اسلامی.

مطالعه تطبیقی اصول حاکم بر بیع بین المللی در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و فقه امامیه

عبدالخالق قاسمی^۱

محمد حجتی^۲

چکیده

یکی از قراردادهای پرکاربرد در سطح ملی و بین المللی، عقد بیع است و بسیاری از داد و ستدهای مالی از طریق عقد بیع انجام می گیرد. در این تحقیق که با روش تحلیلی و توصیفی تدوین شده، اصول حاکم بر عقد بیع در قراردادهای ملی و بین المللی را تبیین خواهد شد. یافته های تحقیق نشان می دهد که به خاطر آنکه حقوق طرفین عقد بیع به خوبی تأمین و تضمین شود، این قرارداد در فقه اسلامی و حقوق داخلی کشورها و نیز اسناد بین المللی، جایگاه ویژه ای دارد و اندیشمندان و حقوق دانان تحقیقات ژرف و عمیقی در زمینه بیع و مسائل مرتبط با آن انجام داده اند. یکی از مسائل بسیار مهم و نو که امروزه هم در فقه اسلامی و هم در حقوق بین الملل مورد توجه است، شناسایی مدلل اصول حاکم بر قرارداد بیع و به خصوص بیع بین المللی کالا است که هدف این مقاله نیز می باشد.

واژگان کلیدی: اصول حاکم بر بیع بین المللی، کنوانسیون بیع بین المللی کالا، اصول حاکم بر عقد بیع، فقه امامیه

۱. گروه حقوق خصوصی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعة المصطفی العالمیه، غزنی، افغانستان.

۲. گروه حقوق خصوصی، مجتمع آموزش عالی علوم انسانی، جامعة المصطفی العالمیه، دایکندی، افغانستان.

مقدمه

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، ره‌آورد نیم‌قرن تلاش برجسته‌ترین حقوق‌دانان جهان است که با هدف یکنواختی، هماهنگ‌سازی و تسهیل قراردادهای بیع کالا در سطح جهان پس از بحث و بررسی‌های زیاد، سرانجام از ۱۰ مارس تا ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ با شرکت نمایندگان ۶۲ کشور جهان و ۸ سازمان بین‌المللی در وین تصویب و به شش زبان رسمی بین‌المللی منتشر گردید. در حال حاضر ۷۴ کشور به این کنوانسیون ملحق شده‌اند که بیش از ۹۰ درصد خرید و فروش بین‌المللی را در اختیار دارند و عمده این کشورها عبارتند از آمریکا، روسیه، چین، کشورهای اتحادیه اروپا به جز انگلستان، ژاپن، کانادا، استرالیا، کره جنوبی، آرژانتین و سنگاپور که متعلق به خانواده‌های بزرگ حقوقی معاصر می‌باشند. ایران هرچند از جمله ۶۲ کشور تصویب کننده آن در وین بود، ولی هنوز به آن ملحق نشده است.

این کنوانسیون حاوی ۱۰۱ ماده و در چهار بخش (قلمرو اجرا و مقررات کلی، انعقاد قرارداد، آثار قرارداد و مقررات نهایی) در راستای پاسخ‌گویی به شرایط و ضرورت‌های نوین تجارت بین‌المللی تهیه شده است. در این کنوانسیون سعی شده بین دیدگاه‌های متفاوت نظام‌های حقوقی بزرگ از قبیل کامن‌لا، رومی ژرمنی، حقوق اسلامی، حقوق سوسیالیستی، حقوق آفریقایی و حقوق خاور و نیز نقطه نظرات سازمان‌های بین‌المللی نوعی مصالحه و همگرایی برقرار شود. کنوانسیون مزبور علاوه بر وضع مواد زیادی در مسائل مختلف بیع بین‌المللی کالا، مبتنی بر یک سری اصول کلی بنیادینی است که نظیر آن در فقه و حقوق اسلام نیز وجود دارد. این اصول در مقاله بازکاوی و تبیین می‌شود.

۱. اصل حاکمیت اراده

اصل حاکمیت اراده یکی از اصول مهم و بنیادین در ایجاد اعمال حقوقی اعم از عقود و ایقاعات به حساب می‌آید (السان، ۱۳۸۵، ۶۵: ۱۷-۲۸) که در اکثر نظام‌های حقوقی جهان به‌عنوان یک اصل عام در قلمرو قانون پذیرفته شده است. (قنواتی، ۱۳۸۳:



۲۵) در فقه امامیه نیز که اساس اقتباس مقررات حقوقی ایران است، به عنوان یک اصل (العقود تابعة للقصود) (عمید زنجانی، ۱۳۹۳، ۱: ۳۰۹ و جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۸۹) پذیرفته شده است؛ (شهیدی، ۱۳۸۰: ۵۶) به طوری که الفاظ و افعال بدون اراده و قصد هیچ گونه تعهد و تکلیفی را ایجاد نمی کند مگر آن که کاشف از اراده و قصد باشد. برای اینکه قصد انشا تحقق یابد، باید طرفین عقد، قوه تمیز و درک داشته باشند و پس از تصور ارکان و سنجش سود و زیان آن اثر، ایجاد آن را اراده کند. به همین لحاظ معامله دیوانه، صغیر غیر ممیز، یا مست، به علت فقدان اراده، باطل است و هیچ اثری بر این گونه معاملات مترتب نمی شود. ماده ۱۹۵ قانون مدنی ایران مقرر می دارد: «اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان اراده باطل است».

به طور کلی فقدان اراده به هر علتی که باشد، باعث بطلان اثر حقوقی است. در حقوق افغانستان نیز وجود اراده برای ایجاد اثر حقوقی لازم دانسته شده است در ماده ۴۹۳ ق.م. افغانستان آمده است: «تصرف حقوقی عبارت از تصرف قولی ایست که از اراده قاطع شخص برای ایجاد اثر حقوقی معین مطابق به احکام قانون به وجود آمده باشد». هم چنین این قانون عدم وجود اراده را موجب بطلان عقد دانسته است و در ماده ۵۱۲ آورده است: «اظهار اراده در حالت بیهوشی و یا اختلال عقلی ای که موجب فقدان قوه ممیز گردد، گرچه این اختلال موقت هم باشد، باطل پنداشته می شود». در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران اصل با شرایطی پذیرفته شده است. (ق.م. ایران، ماده ۱۰)

اصل حاکمیت اراده در غرب در بستر زمانی قرون وسطی، بر اثر عوامل مختلف مذهبی، سیاسی و اقتصادی پا به عرصه وجود گذاشت و در قرن ۱۷ میلادی به عنوان یک اصل مسلم حقوقی از سوی حقوقدانان مورد شناسایی قرار گرفت. (حائری، ۱۳۷۳: ۶) طرفداران این اصل «مکتب اصالت فرد» در توسعه قلمرو آن جانب افراط را پیموده و به جز موارد تصریح قانون محدودیتی برای آن قائل نیستند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹)

۱-۱. مفهوم اراده

اراده در لغت به معنای خواستن، طلب کردن، قصد کردن، سعی، تلاش، آهنگ کردن و توجه به چیزی آمده است. (ابن منظور، ۱۹۹۷، ۳: ۱۷۷۲ و عمید ۱۳۷۴، ۱: ۱۲۷) در اصطلاح، حقوقدانان اراده را حرکت نفس به طرف کاری معین پس از تصور و تصدیق منفعت آن اعم از قصد انشا می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۴) و علاوه بر قانون، اراده را نیز مبنای اعتبار قرارداد شمرده‌اند که مقصود همان اراده انشایی است. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۵۵-۵۶)

۱-۲. مبنای حاکمیت اراده

برای حاکمیت اراده مبانی فلسفی، اخلاقی، اقتصادی فراوانی بیان شده است که به تناسب بحث در اینجا به بیان مبنای فقهی- حقوقی حاکمیت اراده پرداخته می‌شود. در فقه و حقوق اسلامی، دلایل زیادی برای حاکمیت اراده بیان شده‌اند که در زیر بدان‌ها اشاره می‌شود.

یک. آیات: از جمله آیاتی که بدان‌ها جهت اثبات «حاکمیت اراده» استناد شده است عبارتند از:

رضایت در تجارت: خداوند متعال می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ». (نساء: ۲۹)

مطابق این آیه شریفه، هر نوع تصرف و تملک اموال دیگران از راه‌های باطل مورد نهی قرار گرفته و تنها تصرف و تجارتي که مبتنی بر تراضی و اراده طرفین قرارداد باشد مورد تأیید قرار گرفته است. تراضی مصدر باب تفاعل است که برای مشارکت حقیقی بین دو طرفی به کار می‌رود که در انجام عمل مساوی باشند. (سیبویه، بی‌تا، ۴: ۶۹) برخلاف رضا که از صفات نفسانی و به معنای طیب نفس است و مشارکت در آن وجود ندارد. (قرطبی، ۱۴۲۳، ۵: ۱۵۳) بنابراین برای تحقق یک قرارداد علاوه بر تراضی طرفین قرارداد، اراده طرفین نیز لازم است و این اراده از تراضی مذکور در آیه شریفه قابل استنباط است؛ زیرا صرف تراضی بدون اراده موجب تحقق عقد نمی‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۲: ۲۱۲ و طباطبایی، ۱۴۰۴، ۸: ۲۱۳)



وفای به عهد: خداوند تبارک و تعالی می فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ». (مائده: ۱)

این آیه شریفه مردم را به وفای به عهد فرامی خواند. صرف نظر از اینکه آیه اختصاص به عقود و قراردادهایی زمان نزول آیه داشته باشد و یا شامل عقود جدید و نو پیدا نیز بشود (آقایی، ۱۳۸۴، ۱: ۹۲)، اصل لزوم عقود و پابندی طرفین قرارداد به آن غیرقابل انکار است و این لزوم وفا ناشی از اراده طرفین قرارداد است. دو روایات: از جمله روایاتی که می توانند مستند اصل حاکمیت اراده قرار بگیرند، عبارتند از:

۱) از پیامبر اکرم^(ص) نقل شده است که فرمود: «الناس مسلطون علی اموالهم». (مجلسی، ۱۴۰۳، ۲: ۲۷۲) مفاد این حدیث آن است که مالک حق هرگونه تسلط اعم از مادی و حقوقی در اموال خود را دارد (موسوی خمینی، بی تا، ۱: ۷۹) در معنای تسلط که آیا شامل کیفیت و چگونگی تسلط هم می شود یا نه؟ میان علما اختلاف است؛ برخی معتقدند که این حدیث علاوه بر نوع تسلط شامل کیفیت آن نیز می شود، (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱۷۷) ولی برخی دیگر معنای تسلط را تنها در نوع و نه کیفیت آن می دانند. با این توضیح که مالک حق هر نوع تصرف عقلایی در ملک خود را دارد منتها این تصرفات در قالبی باشد که توسط شارع جعل و امضا شده باشد. (انصاری، ۱۴۱۵، ۳: ۴۱) صرف نظر از اختلاف مذکور، دلالت این حدیث بر حاکمیت اراده بسیار واضح به نظر می رسد.

۲) نیز از پیامبر اعظم^(ص) روایت شده است که فرمود: «المؤمنون عند شروطهم». (طوسی، ۱۴۰۷، ۷: ۳۷۱) این حدیث بیانگر یک حکم کلی است که مؤمنین باید به تعهدات و التزامات قراردادی خود پایبند باشند؛ در اینکه مقصود از شرط، التزام فرعی (شرط ضمن عقد) در ضمن التزام اصلی است، (انصاری، ۱۴۱۵، ۳: ۵۶ و موسوی خمینی، بی تا، ۱: ۸۵) یا شامل التزام اصلی (هرگونه جعل و قرارداد معاملی) نیز می شود (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱، ۲: ۱۰۶)، منافاتی با اثبات اصل حاکمیت اراده توسط این حدیث ندارد.

سه. قاعده فقهی «العقود تابعة للقصود»؛ مقصود از این قاعده آن است که عقود و قراردادهای تابع اراده و قصد طرفین عقد است؛ به این معنا که اراده و قصد نقشی اساسی در انشاء و تکوین عقد دارد و بدون اراده هیچ نوع تعهدی از عقد ناشی نمی‌شود. در اینکه مفاد این قاعده چیست، میان فقها اختلاف نظر است:

الف. برخی می‌گویند مفاد این قاعده آن است که عقد بدون قصد و اراده تحقق نمی‌یابد و منظور از قصد اعم از لفظ و معناست مانند عقد غافل، نائم، ناسی، هازل و مست که چنین اشخاصی الفاظ را بر زبان می‌آورند بی‌آنکه آن را و معنی آن را قصد کرده باشند و برای چنین مفهومی به اجماع، اصل عدم و روایات تمسک شده است. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ۲: ۳۷۳)

ب. عده‌ای دیگر مفاد این قاعده را یک امر عقلایی و عرفی می‌دانند. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ۴: ۲۷۰) با این توضیح که آنچه طرفین عقد قصد کرده‌اند، عقد نیز به همان ترتیب واقع می‌شود و آنچه قصد نکرده‌اند، تحقق نمی‌یابد. به عنوان مثال اگر شخصی قصد بیع داشته باشد، عقد بیع واقع می‌شود و اگر قصد عاریه داشته باشد، عاریه محقق می‌شود.

ج. بعضی دیگر معتقدند که مفهوم قاعده این است که عقد و آثار ناشی از آن در پی اراده و قصد طرفین عقد به وجود می‌آید. با این توضیح که هر عقدی دارای آثار خاصی است و این آثار مترتب نمی‌شود، مگر آنکه عاقد قصد آن‌ها را داشته باشد. این آثار به سه نوع قابل تقسیم است: ۱) آثاری که به طور قهری به سبب عقد، تحقق می‌یابد و به مقتضای قاعده لزوم بی‌آنکه احتیاج به قصد داشته باشد، تمام آن آثار متعاقب عقد تحقق می‌یابد. ۲) احکام و آثاری که اگر قصد آن آثار را داشته باشد و لفظی دال بر آثار در متن عقد آورده باشد چنین آثاری بر عقد مترتب خواهد شد. ۳) احکام و آثاری که خلاف مقتضای عقد یا خلاف احکام شرع است؛ در این حالت نه تنها قصد این نوع آثار مؤثر نیست بلکه حتی اگر علاوه بر قصد، لفظ دال بر آن نیز در عقد ذکر شده باشد، نتیجه‌ای نخواهد داشت و شرایط خلاف مقتضای عقد و شرایط مخالف با احکام شرع ذاتاً باطل و ملغی الاثر است.



با تأمل در این سه دیدگاه می‌یابیم که مفاد دوم به مفاد اول بازمی‌گردد؛ به این معنا که لفظ عقد باید توأم با قصد باشد، الفاظی که دال بر شرایط و آثار خاص هست نیز باید توأم با قصد آن آثار و احکام باشد. پس هنگامی که عاقد یکی از این امور را قصد می‌کند، عقد هم بر آن امور دلالت خواهد کرد. (عمید زنجانی، ۱۳۹۳، ۱: ۲۹۰)

۳-۱. اعلام اراده

حاکمیت اراده، اساس و زیربنای انشای معاملات است؛ اما اینکه مقصود از اراده چه نوع اراده‌ای است، سه دیدگاه وجود دارد:

الف. برخی با توجه به قاعده فقهی «العقود تابعة للقصد»، قائل به اراده باطنی هستند؛ زیرا آنان قصد را موجب ایجاد آثار حقوقی می‌دانند نه کاشفیت از قصد را. به موجب این نظریه در فرض مغایرت بین کاشف و اراده باطنی، اراده باطنی مقدم است. (قنواتی، ۱۳۸۳: ۵۹ و کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۹۸-۱۹۹)

ب. برخی دیگر قائل به اراده ظاهری هستند؛ یعنی تازمانی که اراده اعلام نشود و ظهور پیدا نکند، اثر حقوقی محقق نخواهد شد. بر اساس این نظریه کاشف خارجی اماره قانونی بر قصد باطنی محسوب می‌شود و ادعای خلاف آن مسموع نخواهد بود. (قنواتی، ۱۳۸۳: ۶۰)

ج. بعضی دیگر، طرفدار نظریه اراده باطنی تعدیل یافته هستند. بر اساس این نظریه نه اراده باطنی تنها معیار و ملاک تلقی می‌شود و نه اراده ظاهری. بلکه علاوه بر اراده باطنی، اراده ظاهری نیز باید باشد؛ زیرا خواسته‌های باطنی بی‌آنکه جنبه بیرونی یابد، به تنهایی اثر حقوقی نخواهد داشت؛ چون وقتی توافق دو اراده حاصل می‌شود که طرفین از نیت درونی هم آگاه شوند؛ به این معنا که اراده باید احراز گردد تا مؤثر واقع شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۵۷۹ و قنواتی، ۱۳۸۳: ۶۲)

در اینکه کدام یک از نظریه‌های مزبور در فقه امامیه پذیرفته شده است، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. بعضی (نراقی، ۱۴۰۸، ۱: ۵۳ و نجفی، ۲۲: ۲۱۸) حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲: ۲۸) نظریه اراده باطنی را مقدم و بعضی دیگر نظریه اراده ظاهری را با فقه امامیه، سازگارتر می‌دانند. (عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳: ۴۵)

طرفداران این دو نظریه، در مقام عمل به لوازم هر یک از این دو نظریه ملتزم شده‌اند و در تعیین قلمرو و ارائه ملاک تعیین برای هر یک از اراده باطنی و ظاهری با مشکل مواجه هستند و در فرض تغایر ناگزیر به ترجیح یکی بر دیگری هستند؛ زیرا منجر به توقف و بن‌بست در کشف عمل حقوقی و تفسیر قراردادها و صدور حکم می‌گردد. از طرفی دیگر ترجیح دادن یکی از دو نظریه بر دیگری، خالی از اشکال به نظر نمی‌رسد. در راستای جمع بین این دو نظریه می‌توان گفت «جوهر اراده همان قصد و اراده باطنی است منتها این قصد باید به وسیله مبرزی اعم از لفظ، فعل، اشاره و کتابت ابراز شود و در غیر این صورت، موجب اعمال حقوقی نخواهد بود».

(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۵۷۱)

در حقوق افغانستان اراده ظاهری اماره بر اراده باطنی دانسته شده است. ماده ۵۱۳ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «اراده‌ای که خلاف ما فی الضمیر شخص اظهار شده باشد، باطل پنداشته نمی‌شود، مگر اینکه طرف مقابل به مخالفت اراده اظهار شده یا نیت شخص علم داشته باشد». در این ماده اعتبار اراده ظاهری تا جایی است که مخالفت آن با اراده باطنی اثبات نشود؛ اما اگر ثابت گردید که اراده ظاهری غیر از اراده باطنی است، در این صورت اراده باطنی مقدم بر اراده ظاهری می‌شود و ماده ۶۱۹ قانون تجارت افغانستان نیز مقرر می‌دارد: «اگر معنی عبارت که در یک معامله تجارتي تحریر می‌شود واضح و منطقی باشد به معنای ظاهری آن اعتبار داده می‌شود اگر عبارتی منافی مقصد بدیهی باشد در این صورت به مقصد اعتبار داده می‌شود». در این ماده نیز اراده ظاهری اماره بر اراده باطنی است و در کنوانسیون بیع، نیز به تقدم اراده ظاهری بر باطنی اشاره شده است. (مواد ۱۸ و ۲۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین)

در حقوق بسیاری از کشورها (ایرانپور، ۱۳۸۱، ۵۵: ۱۱-۴۴) و اسناد بین‌المللی (ماده ۱-۱ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی) اصل اراده به‌عنوان یک قاعده بنیادین باکمی محدودیت پذیرفته شده است. (حائری، ۱۳۷۳) در ماده ۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ این چنین منعکس شده است: «طرفین می‌توانند شمول مقررات



این کنوانسیون را استثنایا با رعایت ماده ۱۲، از آثار هریک از مقررات آن عدول کنند یا آن‌ها را تغییر دهند». بر اساس این ماده، طرفین قرارداد بیع، می‌توانند تمام مقررات این کنوانسیون را نسبت به رابطه حقوقی خود نفی کنند یا برخی از گونه‌های آن را استثنا نمایند. همچنین می‌توانند از پذیرش آثار هریک از مقررات خودداری کنند یا آن را تغییر بدهند؛ مانند اینکه طرفین قرارداد برخلاف مقررات کنوانسیون، حقوق و تکالیفی برای خود ایجاد نمایند یا برای تشکیل بیع شرایطی را در نظر بگیرند یا موارد نقض قرارداد و آثار آن را مشخص کنند یا اینکه مسئولیت ناشی از نقض را محدود و علل خاصی برای معافیت از مسئولیت پیش‌بینی نمایند. (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۴)

بنابراین اصل حاکمیت اراده در کنوانسیون پذیرفته شده است و قواعد کنوانسیون جز در موارد استثنایی تکمیلی است و طرفین قرارداد می‌توانند بر خلاف آن توافق نمایند. موارد استثنایی و خارج از شمول کنوانسیون در مواد ۲ و ۴ کنوانسیون پیش‌بینی شده و دربرگیرنده موضوعاتی غالباً آمره است؛ همچون شرایط اساسی صحت معامله (همان)

۴-۱. قلمرو و نتیجه اصل حاکمیت اراده

در رابطه با قلمرو اصل حاکمیت اراده اختلاف نظر است؛ بعضی حقوق دانان با استناد به قاعده «العقود تابعة للقصود»، اصل حاکمیت اراده را در تحقق اصل قرارداد، آثار و حقوق و تعهدات ناشی از آن «جز آثار ذات عقد» با رعایت شرایط قانونی وابسته به اراده انشاء کنندگان آن دانسته‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۷۹۹ و افتخاری، ۱۳۸۲: ۲۹) طبق این نظریه، اصل حاکمیت اراده مترادف با اصل آزادی قرارداد استعمال شده است.

برخی دیگر از حقوق‌دانان تنها به ذکر نتایج اصل یاد شده پرداخته و معتقدند که اولاً اشخاص آزادند عقود را که می‌خواهند بین خود ببندند یا برعکس از قبول هرگونه الزامی خودداری کنند. ثانیاً اشخاص آزادند که بر پایه تساوی درباره شرایط عقد به مباحثه بپردازند و محتویات و موضوع آن را تعیین کنند و این دو نتیجه را ناشی از ماده ۱۰ قانون مدنی ایران دانسته‌اند. (احمدی بهرامی، ۱۳۸۶: ۴۱)

بعضی دیگر، اصل حاکمیت اراده را به معنای استقلال اراده دانسته و معتقدند که

مقصود از حاکمیت اراده در قراردادهای خصوصی نیز همین است و معادل تقریبی آن در فقه اصل اباحه بوده و سپس اصطلاح اصل حاکمیت اراده را معادل اصل آزادی اراده دانسته و افزوده‌اند که منظور، اراده گزینش فعل یا ترک چیزی است و هرگاه الزامی از الزامات قانونی مانع اعمال اراده آدمی نگردد، اراده او در فعل و ترک نافذ است و از نظر قانونی قابل ترتیب اثر است. خواه در عقود و قراردادهای باشد خواه در ایقاعات و خواه در غیر این‌ها. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۴۱)

عده‌ای نیز اصل حاکمیت اراده را یک اصل مهم فلسفی دانسته که نه تنها در زمینه قراردادهای، بلکه در دیگر مباحث حقوق و حتی فلسفه و اقتصاد از قرن‌ها پیش مطرح و مورد بحث و منشأ اثر بوده است و معتقدند که اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای، امروزه اهمیت خود را در حقوق حفظ نموده و عقد قرارداد و تنظیم شرایط آن اصولاً آزاد است. (صفایی، ۱۳۸۴: ۴۷)

بدیهی است که تمام مفاهیم مذکور را نمی‌توان یکسان تلقی کرد و معنای اصل حاکمیت اراده دانست، بلکه اولاً برخی از مفاهیم نتیجه، ناشی از اعمال اصل حاکمیت اراده است و ثانیاً اصل آزادی قراردادهای، بخشی از اصل حاکمیت اراده (در مفهوم اعم) به شمار می‌رود نه اینکه مترادف با آن باشد. در نتیجه اصل حاکمیت اراده این است که طرفین در ایجاد اصل عقد و نوع آن آزاد هستند و هیچ‌کس نمی‌تواند آنان را مجبور به انعقاد کند. همچنین طرفین در انتخاب طرف معامله و چگونگی ایجاد روابط قرارداد، آزادند و هر طور که بخواهند، می‌توانند قرارداد را تنظیم کنند، حق تجدیدنظر ویژه طرفین قرارداد است و نیز در تفسیر یک قرارداد باید بر اساس آنچه متعاقدين در زمان انعقاد قرارداد توجه داشته‌اند، توجه شود. (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱، ۲۴۷)

۲. اصل رضایی بودن قراردادها

در ادوار گذشته عقود تشریفاتی از جایگاه برتری نسبت به عقود غیر تشریفاتی برخوردار بود و حتی این دیدگاه در بین فقهای گذشته نیز طرفدارانی داشت (حلی، ۱۳۸۷: ۳؛ و محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۷؛ ۸۳) و ایجاد عقود را تنها با زبان عربی آن هم در



قالب الفاظی معین میسر می‌دانستند (حسینی عاملی، بی‌تا، ۴: ۱۶۲ و سیوری حلی، ۱۴۰۴، ۲: ۱۸۴) و حتی بعضی بر این امر ادعای اجماع نموده‌اند. (انصاری، ۱۴۱۵، ۳: ۱۳۸)

۱-۲. در فقه امامیه

امروزه نه تنها رضایی بودن عقود در میان حقوقدانان و فقیهان طرفدارانی بیشتری دارد، (حسینی حائری، ۱۴۲۳، ۲: ۲۰۰) بلکه اصل کل بر رضایی بودن عقود و قراردادهای است. (موسوی خویی، ۱۳۷۸، ۲: ۱۹۲ و موسوی خمینی، بی‌تا، ۱: ۲۱۸)

اصل رضایی بودن قراردادهای در دانش حقوقی به این معنا است که برای انعقاد قرارداد، فقط رضایت طرفین قرارداد کافی است؛ مگر اینکه قانون‌گذار برای تحقق آن رعایت تشریفات خاصی را پیش‌بینی نموده باشد. بنابراین برای انعقاد عقد رضایی به تشریفات خاصی مانند به کار بردن الفاظ معین یا تنظیم سند نیازی ندارد (موسوی خمینی، بی‌تا، ۱: ۲۱۸) و همین که شرایط اساسی برای صحت معامله (ماده ۱۹۰ ق.م.ایران) موجود باشد، عقد واقع می‌شود. (احمدی بهرامی، ۱۳۸۶: ۳۵) برخلاف قرارداد تشریفاتی که علاوه بر شرایط اساسی صحت معامله، باید تشریفات خاصی را برای انعقاد آن به کار بست و صرف توافق طرفین برای وقوع آن کافی نیست. (صفایی، ۱۳۸۴: ۴۷)

قانون مدنی ایران در ماده ۱۹۱ در خصوص اصل مزبور مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». بر اساس این ماده، برای تحقق قرارداد توافق دو اراده کافی است و نیاز به رعایت هیچ شکل خاصی ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۱: ۸۸) این همان تأییدی است که آن را اصل رضایی بودن قراردادهای می‌نامند.

۲-۲. در کمیسیون بیع بین المللی کالا

اصل رضایی بودن قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ وین در ماده ۱۱ کنوانسیون بیع بین المللی مقرر می‌دارد: «لازم نیست قرارداد بیع به‌طور کتبی منعقد

یا مستند شود و از نظر شکلی محتاج به رعایت هیچ شرط دیگری نیز نیست. وجود قرارداد، به‌وسیله شهود، قابل اثبات است». مطابق این ماده انعقاد قرارداد قاعدتاً نیازمند به شکل خاصی نیست، بلکه صرف تراضی و ابراز آن به‌وسیله طرفین کفایت می‌کند. لذا در شرایطی که سرعت و جلوگیری از اطاله وقت در معاملات بین‌المللی یک امر گریزناپذیر محسوب می‌شود، اهمیت این اصل در پاسخگویی به این مهم چند برابر می‌شود.

همچنین در بند ۱ ماده ۲۹ کنوانسیون آمده است: «قرارداد می‌تواند به صرف تراضی طرفین، اصلاح یا اقاله شود». این ماده صرف تراضی را برای اصلاح و اقاله کافی می‌داند، بر خلاف قاعده کلاسیک کامن لا که توافق را در صورتی موجب تغییر و اصلاح قرارداد می‌داند که در برابر آن عوضی قرار داده شود. (صفایی، ۱۳۹۲: ۷۵) در اینکه این توافق صریح یا ضمنی باشد، تفاوت نمی‌کند (بند ۳ از ماده ۱۸ کنوانسیون) و حتی رویه عملی که بین طرفین استقرار یافته نیز کفایت می‌کند. (بند ۳ از ماده ۹ کنوانسیون) بنابراین اصل رضایی بودن قراردادها که به‌عنوان یکی از آثار اصل حاکمیت اراده نیز از آن‌ها می‌شود، در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا یک امر مسلم و پذیرفته شده است.

اصول اروپایی حقوق قراردادها (PECL) نیز به اصل رضایی بودن در بند ۲ ماده ۱:۱۰۱ تصریح می‌کند: «لازم نیست قرارداد به‌صورت کتبی منعقد یا مستند شود و همچنین شکل آن موقوف به هیچ شرط دیگری نیست. قرارداد به هر شیوه‌ای مثل شهادت شهود قابل اثبات است». همچنین اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در ماده ۲-۱ در رابطه با اصل رضایی بودن مقرر می‌دارد: «در هیچ‌یک از مواد این «اصول» مقرر نشده است که قرارداد، اظهارات یا هر عمل دیگری به شکل خاصی صورت پذیرد یا مدلل شود. موارد مذکور را به هر وسیله‌ای، می‌توان اثبات کرد». مطابق این اصل انعقاد قرارداد نیازمند به شکل خاص نیست، بلکه تعدیل و خاتمه دادن به قرارداد نیز با توافق طرفین تحت پوشش این اصول قرار می‌گیرد. (اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، ۱۳۹۳: ۱۰)



۳. اصل تقلیل خسارت

یکی دیگر از اصول حاکم بر کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ وین، اصل تقلیل خسارت است که به عنوان یک اصل کلی حقوقی در عرصه تجارت بین الملل مورد پذیرش قرار گرفته (مواد ۹-۵۰۴ و ۹-۵۰۵ اصول اروپا و مواد ۷-۴-۷ و ۷-۴-۸ اصول قراردادهای تجاری بین المللی و مواد ۸۵، ۷۷، بند ۱ و ماده ۸۶ بند ۲، ماده ۸۸ کنوانسیون) و محاکم در فرایند صدور رأی خود بدان استناد می کنند. (See e.g. ICC Award, CaseNo.2103/72, 101 Clunet (Journal du Droit International) 902 (1974); 2748/74, 102 Clunet 905 (1975); 2291/75, 103 Clunet 989 (1976); 2520/75, 103 Clunet 992 (1976)) بر اساس این اصل، طرف زیان دیده نمی تواند ضررهایی را که می توانسته با انجام اقدامات متعارف از وقوع آن ها بعد از تحمل ضرر، بکاهد یا جلوگیری کند، از عامل زیان مطالبه نماید.

۱-۳. در فقه امامیه

قواعدی مشابه اصل مزبور در فقه امامیه وجود دارد که به پاره ای از آن ها اشاره می شود:

۱. قاعده تحذیر: برگرفته از حدیث «قد عذر من حذر» است. (صدوق، ۱۴۰۴، ۴: ۱۰۳ و عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۵: ۳۴۲) به موجب این قاعده، هر کس قبل از اقدام به هرگونه عمل خطر ساز، هشدار و آگاهی های لازم و متعارف را به دیگران بدهد، در صورت بی توجهی مخاطب به هشدار مزبور و وقوع حادثه یا خسارت، معاف از مسئولیت خواهد بود.

۲. قاعده اقدام: به موجب این قاعده، هرگاه عمل شخصی منجر به ایراد خسارتی به او شود، آن شخص نمی تواند ضرری را که از اقدام خود او ناشی شده است، از دیگری بخواهد. (داراب پور، ۱۳۷۷: ۹۶) مثل اینکه خریدار با علم به اینکه فروشنده مالک مبیع نیست، اقدام به معامله نماید و پس از معامله، مالک واقعی به خریدار مراجعه و مال را از او بستانند. از آنجا که خریدار با آگاهی اقدام به چنین معامله ای نموده است، حق مطالبه خسارت را ندارد. همچنین اگر خریدار با علم به عیب مبیع

اقدام به معامله نماید، حق فسخ نخواهد داشت. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲: ۴۱۸) در جایی که کسی دیگری را در آب یا آتش پرتاب می‌کند و علی‌رغم توانایی او بر خروج هیچ‌گونه اقدامی انجام نمی‌دهد و فوت می‌کند، فقها معتقدند که قصاص منتفی است و در اینکه دیه به او تعلق می‌گیرد یا نه دو نظریه است و قول مشهور این است که دیه به او تعلق نمی‌گیرد. (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۴: ۹۷۲ و علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳: ۵۸۴ و حسینی روحانی، ۱۴۱۴، ۲۶: ۲۰)

۳. قاعده تسبیب: به موجب این قاعده، هرگاه زیان‌دیده قادر به جلوگیری از ورود خسارت یا توسعه آن باشد، ولی هیچ اقدامی در پیشگیری از آن نکند در این صورت، خواننده مسئول خسارت نخواهد بود؛ زیرا خود متعهدله باعث ورود زیان گردیده است. (شهیدی، ۱۳۸۲: ۷۶)

۴. قاعده لاضرر: این قاعده یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی است و مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، معنای این قاعده نفی حکم ضرری است اعم از اینکه حکم تکلیفی باشد یا وضعی. (محقق داماد، ۱۳۸۱، ۴: ۱۵۰) با این توضیح که اگر تکلیف جلوگیری از خسارت یا تقلیل آن بر عهده متعهدله گذاشته نشود، عدم این تکلیف، موجب ضرر و زیان بر متعهد می‌شود و ضرر بر اساس این قاعده نفی گردیده است. در حقوق ایران به اصل تقلیل خسارت تصریح نشده است، هرچند رگه‌های از آن در بعض مواد قابل ردیابی است. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱: ۳۰۵ و کاظمی، ۱۳۸۴، ۶۸: ۱۹۹) مثل ماده ۲۶۳، ۳۹۱، ۲۴۰ قانون مدنی و ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و ماده ۱۵ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ و ماده ۳۸۶ قانون تجارت و ماده ۷۵ و ۸۳ لایحه قانون تجارت و ماده ۱۱۴ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ و ماده ۴۹۰ و تبصره ۲ ماده ۵۰۸ و تبصره ماده ۵۲۳ و ماده ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

۲-۳. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

اصل تقلیل خسارت، از سوی کنوانسیون مورد پذیرش قرار گرفته و در ماده ۷۷ مقرر می‌دارد: «طرفی که به نقض قرارداد استناد می‌کند، مکلف است حسب اوضاع و احوال در جهت کاهش زیان، من جمله عدم النفع ناشی از اقدامات متعارف را معمول



دارد. در صورتی که وی در انجام اقدامات فوق قصور نماید، نقص کننده می تواند به میزانی که خسارت می باید تقلیل می یافته است، مدعی کاهش خسارت گردد». مطابق این ماده، زیان دیده، نمی تواند تنها نظاره گر ورود خسارت باشد، بلکه باید تمامی اقدامات متعارف و معقولی را که برای تقلیل خسارت لازم و ضروری است، انجام دهد. در غیر این صورت حق مطالبه خسارت قابل تقلیل را از خواننده نخواهد داشت حتی اگر نقض قرارداد اساسی باشد.

در اینکه منظور از اقدامات متعارف چیست، در کنوانسیون چیزی در این خصوص بیان نشده است، ولی در ماده ۳۰۲-۱ اصول حقوق قراردادهای اروپایی، متعارف این چنین تعریف شده است: «بر اساس این اصول، امر متعارف بر اساس آنچه اشخاص بر طبق حسن نیت انجام می دهند و آنچه اشخاص در همان موقعیت طرفین قرارداد، متعارف می پندارند، باید مورد قضاوت قرار گیرد. خصوصاً در ارزیابی آنچه متعارف است، باید ماهیت و هدف قرارداد، اوضاع و احوال قضیه، و عرف ها و عادات تجارت یا حرفه مربوطه در نظر گرفته شود».

منظور از مکلف بودن زیان دیده در جهت تقلیل خسارت، به معنای تکلیف قانونی و تعهد (به معنای مرسوم) نیست؛ زیرا در مقابل آن، هیچ حق متقابلی وجود ندارد و نقض این تکلیف هیچ مسئولیتی ایجاد نمی کند. تقلیل خسارت صرفاً دفاعیه خواننده است، در مقابل ادعای خواهان به جبران خسارت. لذا اگر خواهان، به تکلیف خود عمل نکند، نمی تواند خساراتی را که قابل تقلیل یا رفع بوده، از خواننده مطالبه کند و طرفی که مدعی است زیان دیده، اقدامات پیشگیرانه متناسبی را انجام نداده است، باید این ادعای خود را به اثبات برساند. (بهری و کاویار، ۱۳۹۲، ۱: ۷۹-۹۴) همچنین مواد ۸۵، بند ۱ و ۲ ماده ۸۶ و بند ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون به این اصل اشاره دارد.

۴. اصل معقولیت

یکی دیگر از اصول مهم در تجارت بین الملل، اصل معقولیت است که این اصل در کشورهای کامن لا مشابه واژه «متعارف» در کشورهای رومی ژرمنی است، کنوانسیون

بیع بین‌المللی و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تعریفی از معقولیت و متعارف ارائه نداده است و اصول اروپایی در ماده ۳۰۲-۱ تنها به تعریف متعارف بسنده کرده و مقرر داشته است: «بر اساس این اصول، امر متعارف بر اساس آنچه اشخاص بر طبق حسن نیت انجام می‌دهند و آنچه اشخاص در همان موقعیت طرفین قرارداد، متعارف می‌پندارند، باید مورد قضاوت قرار گیرد. خصوصاً در ارزیابی آنچه متعارف است، باید ماهیت و هدف قرارداد، اوضاع و احوال قضیه، و عرف‌ها و عادات تجارت یا حرفه مربوطه در نظر گرفته شود». بر اساس این ماده مفهوم متعارف این است که اعمال طرفین قرارداد با رعایت حسن نیت و با در نظر داشت عوامل مختلفی چون هدف و ماهیت قرارداد، اوضاع و احوال مشابه و عرف و عادات حاکم بر قرارداد، معقول و متعارف باشد.

۱-۴. در فقه امامیه

در حقوق ایران به تبعیت از فقه امامیه، به اصل معقولیت اشاره‌ای نشده است، ولی در موارد متعددی از قانون مدنی مثل مواد ۲۱۱، ۲۱۲، ۲۱۵، ۳۴۸، ۵۷۰، ۶۳۷، ۱۰۶۴، ۱۲۰۸، ۱۲۶۲، ۱۲۶۹ و ۱۳۱۳ از واژه‌های مانند عقلایی، غیر عقلایی، عقلاً، عقل و عاقل استفاده شده است. همچنین در مواد ۱۰۷، ۱۲۵، ۱۳۲ و ۳۸۲ قانون مدنی از واژه متعارف استفاده شده است و در مواد دیگری همچون ۲۲۵، ۵۰۸، ۵۳۶، ۵۵۳، ۶۱۲ قانون مدنی، متعارف را به مفهوم معقول و خردمندانه استعمال کرده است. (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹: ۹۱-۹۲)

۲-۴. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

اصل معقولیت و متعارف در مواد مختلف کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین، به‌طور گسترده به کار گرفته شده است. به‌ویژه در مورد اعمال یکی از طرفین قرارداد که مکلف به انجام آن‌ها در مهلت معقول و متعارف است، از قبیل اخطارها، مراسلات و... به‌عنوان نمونه اگر کالای مورد معامله معیوب تشخیص داده شود، خریدار در مهلت معقول و متعارف، عیب کالا را به‌طرف مقابل اعلام نماید. این



اصل در مواد متعددی مانند بند ۲ ماده ۱۸، بند ج ماده ۳۳، بند ۱ ماده ۳۸، بند ۱ ماده ۳۹، بند ۱ ماده ۴۳، ماده ۴۷، بند ۲ ماده ۴۹، بند ۱ ماده ۶۳، بند ۲ ماده ۶۴، بند ۱ ماده ۶۵، بند ۲ ماده ۷۲، بند ۲ ماده ۷۳ و ماده ۷۵ کنوانسیون بیع کالا، به کرات مورد استفاده قرار گرفته است. (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۳۱)

۵. اصل لزوم و بقای قرارداد

یکی دیگر از اصول حاکم بر بیع بین المللی، اصل لزوم قرارداد است:

۱-۵. در فقه امامیه

در مورد مفهوم این اصل اختلاف نظر است. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ۱: ۶۰) برخی مانند مرحوم علامه اصل را به معنای لغوی آن در نظر گرفته و معتقدند که موضوع له، بناء شرع و عرف در بیع بر لزوم است. لذا طرفین ملزمند به عهده‌ای که بسته‌اند، پایبند بوده و به مفاد آن عمل نمایند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۱: ۵)؛ زیرا طرفین با اتکا به اصل آزادی قراردادی، هم اصل قرارداد و هم تعهدات و آثار ناشی از آن را به دلخواه تعیین کرده و به عهده گرفته‌اند. اخلاق و وجدان انسانی حکم می‌کند که به تعهدات خویش ملتزم بوده و از آن تخطی ننمایند. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳: ۲۴۹) حقوق نیز که مبتنی بر اخلاق است، ضمن به رسمیت شناختن تعهدات مزبور، طرفین را ملزم به التزام به مفاد پیمانشان می‌داند. (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۲۳)

برخی دیگر اصل را به معنای استصحاب دانسته و معتقدند در صورت شک در جواز یا لزوم عقد، استصحاب لزوم می‌شود، مشروط بر آن که قبلاً لزوم عقد احراز شده باشد. در غیر این صورت اصل مزبور قابل تمسک نخواهد بود. (موسوی خویی، بی تا، ۶: ۲۰)

بعضی دیگر واژه اصل را به معنای رجحان و اقلیت دانسته و معتقدند که اصالة اللزوم بدان معنا است که عقود در اغلب موارد لازمند، نه جایز. (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۴: ۲۸۲)

برخی دیگر نیز اصل را به معنای قاعده دانسته و معتقدند که «اصل لزوم همانند

اصل طهارت و برائت، قاعده‌ای مستفاد از کتاب و سنت است و هنگام شک به آن رجوع می‌شود». (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ۸: ۳۸۲-۳۸۳)

بر دیدگاه اول این ایراد وارد است که بر اساس آن، اصل لزوم محدود به عقد بیع شده و در سایر عقود قابل استناد نخواهد بود. دیدگاه دوم نیز با این مشکل مواجه است که فقط در مواردی قابل استناد است که قبلاً لزوم عقد محقق و متیقن باشد. لذا مصادیق مشکوک را نمی‌توان به کمک این اصل در عداد عقد لازم قرارداد و ایراد دیدگاه سوم نیز این است که اگر منظور از غلبه، اغلیت افرادی باشد چنین چیزی غیر واقعی و نامنتطبق با واقعیات خارجی است؛ زیرا با توجه به وجود خیارهای متعدد همانند خیار مجلس، حیوان، شرط و... اکثر عقود جایزند و اگر منظور غلبه زمانی باشد، در مصادیق مشکوک قابل استناد نخواهد بود؛ زیرا غلبه از حیث زمان ارتباطی با غلبه از حیث افراد ندارد. (موسوی خویی، بی‌جا، ۶: ۱۷-۲۰)

پس دیدگاه آخر که اصل را به معنای قاعده دانسته و در تمام عقود قابل استناد است، بهتر بوده و قابل پذیرش است؛ زیرا چنانچه خواهیم دید، مستندات اصل مزبور که مشتمل بر آیات، روایات و بناء عقلا است، نیز عام بوده و اختصاص به عقد بیع ندارند. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲: ۳۶)

بنابراین در فقه و حقوق اسلامی اصل بر لزوم قرارداد است (عاملی شهید اول، بی‌تا، ۲: ۲۴۲) و بر اساس «قاعده لزوم»، طرفین ملزمند به پیمانی که خود خلق کرده‌اند، پایبند باشند. (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۱۳۱) نخستین کسی که به این قاعده استناد کرده، علامه حلی (ره) است که دیگران نیز از وی متابعت کرده‌اند. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ۱: ۵۹)

یکی از مهم‌ترین مستندات «قاعده لزوم»، آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است که خداوند می‌فرماید: «به عقود وفا کنید». (مائده: ۲) مدلول آیه شریفه این است که کلیه عقود واجب‌الوفا لازم هستند؛ زیرا واژه «العقود» جمع محلی به الف و لام است. لذا افاده عموم می‌کند و همه عقود را شامل می‌شود. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۶۰) مگر آنکه دلیلی خاص بر جواز عقدی اقامه شود؛ مانند عقد عاریه، ودیعه، وکالت



که در این صورت، آن دلیل مخصص عموم آیه است. (موسوی خویی، بی تا، ۶: ۲۲) یکی دیگر از مستندات قاعده لزوم آیه شریفه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»، (نساء: ۲۹) است. در توجیه استناد به صدر آیه گفته شده است: «پس از انجام یافتن عقد و انتقال مالکیت، رجوع هر یک از طرفین و اخذ اموال بدون رضایت مالک، از مصادیق اکل مال به باطل است. بنابراین فسخ عقد مؤثر نخواهد بود. همچنین به موجب ذیل آیه، اکل اموال حاصل از تجارت مبتنی بر تراضی معتبر شناخته شده است و بی تردید اقدام به فسخ از جانب احد الطرفین از مصادیق تجارت همراه با تراضی نیست». (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۶۵)

هم چنین فقها آیه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره: ۲۷۵) را از مستندات قاعده لزوم دانسته اند با این استدلال که «حلیت عرفا به معنای نفوذ بیع و امضای آن است و بنای خردمندان آن است که پس از عقد هیچ یک از طرفین بدون توافق دیگری مجاز به فسخ نیست و شرع نیز همین بنا را امضا کرده است». (موسوی خویی، بی تا، ۶: ۲۸-۲۹)

علاوه بر آیات فوق و روایات چون «لا یحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله الا بطیب نفسه» و «البیعان بالخیار ما لم یفترقا فإذا افترقا وجب البیع» و «لا خیار لهما بعد الرضا» (انصاری، ۱۴۱۵، ۵: ۲۰-۲۲) بنای عقلا نیز چنین است که هرگاه عقد و پیمان می بندند، به آن احترام می گذارند و آن را بدون توافق منحل نمی سازند. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۸۶) بنای عقلا بر لزوم معاملات، در حقیقت ناشی از طبع و هویت اولیه آنها است، نه حکمی خارج از معاملات که شرع آن را ایجاد کرده باشد. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ۱: ۷۱)

۲-۵. کنوانسیون بیع بین المللی کالا

کنوانسیون بیع نیز در پرتو اصل لزوم و بقای قرارداد، موارد انحلال این رابطه را محدود به فسخ کرده و موارد انفساخ و انحلال اتوماتیک قرارداد را که در قانون متحدالشکل بیع بین المللی در پنج مورد پیش بینی شده بود، حذف نموده است (داراب پور، ۱۳۷۴، ۲: ۲۰۲-۲۰۳) و موارد فسخ را نیز تنها در صورتی اجازه می دهد که نقض اساسی

صورت گرفته یا با انقضای مهلت اعطا شده توسط مشتری، بایع، میع را تحویل نداده باشد. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۲۴۷-۲۴۸) در غیر این صورت طرفین حق بر هم زدند رابطه موجود را نداشته و در حد میسور مکلفند در راستای اجرای قرارداد با یکدیگر همکاری نمایند.

از این رو کنوانسیون بعد از تعریف نقض اساسی در ماده ۲۵ در ماده ۴۹ به بیان موارد انحلال و ابطال رابطه قراردادی پرداخته و در بند ۱ این ماده می‌گوید: «در موارد زیر مشتری می‌تواند قرارداد را باطل اعلام نماید: الف) در صورتی که عدم ایفای هر یک از تعهدات بایع به موجب قرارداد یا این کنوانسیون، نقض اساسی قرارداد محسوب شود». همین طور به موجب ماده ۶۴ کنوانسیون، بایع نیز تنها در صورتی می‌تواند قرارداد را باطل اعلام که نقض اساسی قرارداد اتفاق افتاده باشد؛ (ماده ۶۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا) اما اگر نقض اساسی نباشد، طرفین ملزمند که با حسن نیت و به‌طور متعارف برای بقای رابطه حقوقی خویش تلاش نموده و در این راستا با یکدیگر همکاری نمایند. در این راستا به دستور ماده ۴۷ کنوانسیون، مشتری می‌تواند به بایع مهلتی اضافی و معقول بدهد تا وی بتواند در خلال آن مدت تعهد خویش را انجام دهد. ماده مزبور مبتنی بر این دیدگاه است که خریدار نباید به‌صرف عدم تحویل کالا در موعد معین، قادر به فسخ قرارداد باشد؛ زیرا تأخیر لزوماً نقض اساسی قرارداد نخواهد بود. لذا خریدار برای جلوگیری از انحلال رابطه تعاقدی و بقای آن، خوب است فرصت دیگری به طرف مقابل اعطا کند. (داراب پور، ۱۳۷۴، ۲: ۱۸۲) یا به دستور ماده ۴۸ کنوانسیون بایع پس از موعد تسلیم نیز می‌تواند هر نوع قصوری در ایفای تعهد را با هزینه خودش جبران نماید. مشروط به اینکه این کار را بدون تأخیر و بدون این که مزاحمت نامتعارفی برای خریدار ایجاد نماید، انجام دهد. خریدار نیز وظیفه دارد در این راستا همکاری لازم را با وی داشته باشد تا رابطه حقوقی شان محفوظ مانده و به نتیجه مطلوب برسد. هم‌چنین بر اساس ماده ۶۳ کنوانسیون «بایع می‌تواند جهت ایفای تعهدات مشتری، مهلتی اضافی و معقول تعیین نماید...»



هم چنین به موجب ماده ۳۴ و ۳۷ کنوانسیون اگر بایع تعهد خویش را قبل از موعد انجام داده باشد تا فرارسیدن موعد، می تواند هر نوع عدم انطباق را رفع نموده و قسمت های کسری را تحویل داده یا هرگونه نقصان در مقدار را جبران یا کالای دیگری را جایگزین نماید. مشروط بر این که اعمال مزبور سبب ایجاد زحمت غیر متعارف برای مشتری یا تحمیل هزینه های نامعقول بر وی نگردد.

از مواد مذکور و سایر مواد کنوانسیون به خوبی استنباط می شود که کنوانسیون با اتکا بر اصل لزوم قرارداد، تلاش بر بقای قرارداد داشته و سعی می کند با اعطای فرصت، ایفای تعهد به متعاقدين مانع انحلال قرارداد شده و به تحکیم و بقای رابطه ایجاد شده مساعدت نماید. لذا فسخ قرارداد در کنوانسیون بیع جنبه استثنایی دارد. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۲۵۰)

۶. اصل حسن نیت

حسن نیت، معادل Good faith در انگلیسی (وارسته، ۱۳۸۶، ۱: ۴۹۷) و Bonne foi در فرانسه (کاتبی، ۱۳۸۰: ۵۰)، Bona fides در حقوق رم است. (انصاری، ۱۳۸۸، ۴: ۲۱) واژه «حُسن» به معنای خوب، نیکو، نیکویی، نیکی، خوبی، خوب رویی (دهخدا، ۱۳۳۸، ۱۹: ۵۵۸) و واژه «نیت» به معنای قصد، عزم، آهنگ (عمید، ۱۳۸۴، ۳: ۲۴۳۱)، اراده و اندیشه است. (دهخدا، ۱۳۳۸، ۴۸: ۹۸۵) ترکیب این دو واژه از لحاظ لغوی به معنای «خوش نیتی» و «پاک نیت بودن» در مقابل «سوء نیت» است. (دهخدا، ۱۳۳۸، ۱۹: ۶۰۹) از لحاظ استعمال واژه «حُسن» گاه وصف قصد و نیت و گاه وصف عمل و فعل و گاهی دیگر وصف هر دو قرار می گیرد. (دهخدا، ۱۳۳۸، ۱۹: ۵۵۸)

حسن نیت در اصطلاح حقوقی نیز چنین تعریف شده است: «کسی که اقدام به عمل حقوقی (مانند عقد یا ایقاع) یا عمل مادی که منشأ اثر یا آثار حقوقی است می کند و به صحت عمل خود اعتقاد دارد، این اعتقاد او حسن نیت است». (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۰۰) برخی از حقوق دانان فرانسوی معتقدند که حسن نیت در دو

مفهوم متفاوت به کار می‌رود؛ (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۴۶) حسن نیت ناشی از جهل (مفهوم سنتی) و حسن نیت ناشی از رفتار (مفهوم نوین). (کاتوزیان و عباس زاده، ۱۳۹۲، ۳: ۱۶۸ و انصاری، ۱۳۸۸، ۴: ۲۴)

۱-۶. در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

در ماده ۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا می‌خوانیم «در تفسیر مقررات این کنوانسیون باید به خصیصه بین‌المللی آن و نیز به ضرورت ایجاد هماهنگی در اجرای آن و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل توجه شود».

الف. حسن نیت ناشی از جهل (مفهوم سنتی): در این مفهوم حسن نیت بر اساس فقدان قصد ناشیست و نادرست در مرحله ذهنی و عملی تعریف می‌گردد. (کاتوزیان و عباس زاده، ۱۳۹۲، ۳: ۱۶۹) از این منظر در تعریف معنای سنتی حسن نیت می‌توان آن را به «باور نادرست و بدون تقصیر به وجود یا عدم یک واقعه، یک حق یا یک قاعده حقوقی» تعریف نمود. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۴۶) درواقع شخصی دارای حسن نیت، کسی است که اقدام به عمل حقوقی یا مادی می‌کند، درحالی‌که به صحت عمل خود اعتقاد دارد. یکی از مصادیق این مفهوم کلاسیک، مدلول ماده ۵۵۰ قانون مدنی فرانسه است. طبق این ماده متصرف جاهل به عیوب ناقل مالکیت، دارای حسن نیت تلقی می‌شود. (انصاری، ۱۳۸۸، ۴: ۲۴)

ب. حسن نیت ناشی از رفتار (مفهوم نوین): در این معنا، حسن نیت عبارت است از صداقت در انعقاد و اجرای اعمال حقوقی. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۴۶) به دیگر سخن، حسن نیت در این معنا عبارت است از «گفتار و رفتار صادقانه و در مقابل آن تقلب و نیرنگ قرار دارد. در این کارکرد حسن نیت یک قاعده رفتاری برای ارزیابی رفتار و گفتار متعاملین از زمان شروع مذاکرات پیش قراردادی تا خاتمه قرارداد ارائه می‌دهد». (کاتوزیان و عباس زاده، ۱۳۹۲، ۳: ۱۶۹) به عبارت دیگر منظور از حسن نیت در این مفهوم، داشتن رفتاری صادقانه در روابط قراردادی، درستکاری در عمل و «همکاری با طرف دیگر قرارداد»؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳: ۹۰) مانند تأمین و انتقال اطلاعات به یکدیگر در مرحله اجرای قرارداد است.



اصل حسن نیت یک قاعده اخلاقی است که رعایت آن هدف مشترک اخلاق و حقوق است. (کاتوزیان و عباس زاده، ۱۳۹۲، ۳: ۱۶۹-۱۷۰) با این تفاوت که در علم حقوق برخلاف علم اخلاق، وجود حسن نیت در مرحله عمل مورد ارزیابی قرار می گیرد و قاضی برای پی بردن به وجود حسن نیت، باید رفتار شخص و وقایع خارجی مرتبط با آن را مورد بررسی قرار دهد. (انصاری، ۱۳۸۸، ۴: ۳۹-۴۳)

مبنای تعهد به رعایت حسن نیت در قرارداد، حمایت از تمامیت رضای قراردادی است که این حمایت در دو شکل منفی و مثبت ظاهر می شود. شکل منفی این حمایت موجب وجود صداقت و عدم سوءاستفاده از ضعف طرف مقابل است. شکل مثبت این حمایت، تعهد به تأمین و انتقال اطلاعات لازم به طرف مقابل در مراحل مختلف قرارداد است. از این رو، می توان گفت تحقق حسن نیت وابسته به دو شرط زیر است:

۱. فقدان سوءنیت عملی (شکل منفی)؛

۲. احراز همکاری و مشارکت با طرف قرارداد (شکل مثبت).

به دیگر سخن، عرضه های تجلی و تحقق عملی حسن نیت در قرارداد عبارتند از:

(۱) تعهد به درستکاری؛

(۲) تعهد به مشارکت و همکاری.

تعهد به درستکاری به معنای فقدان رفتار ناشایست در مرحله تشکیل و اجرای قرارداد است که راه شناسایی آن عدم ارتکاب اعمالی؛ همچون «تدلیس»، «تقلب» و «سوءاستفاده از حق» است. بنابراین گرچه حسن نیت مفهوم درونی است؛ اما تنها راه ارزیابی آن توجه به دو جنبه عملی یادشده است. (کاتوزیان و عباس زاده، ۱۳۹۲، ۳: ۱۷۸-۱۷۹)

با وجود پذیرش اصل حسن نیت در قوانین بیش تر کشورهای جهان و اعمال آن در مواد قانونی متعدد داخلی کشورها، به هنگام تهیه پیش نویس کنوانسیون بیع درباره چگونگی گنجاندن این اصل در کنوانسیون اختلاف نظر بود؛ (جعفرپور، ۱۳۸۴، ۳: ۱۵۹-۱۶۲) برخی از کشورهای عمدتاً سیویل لا، معتقد به گنجاندن حسن نیت نه در

جهت تفسیر، بلکه در مرحله انعقاد و اجرای قرارداد بیع بودند؛ زیرا به اعتقاد آن‌ها اصل حسن نیت در سطح جهانی به صورت گسترده به رسمیت شناخته شده است. در مقابل، کشورهای کامن‌لا به‌ویژه نمایندگان آمریکا با این نظر مخالف بودند، با این استدلال که مفهوم حسن نیت مبهم است و معنای روشن و مشخصی ندارد و ذکر آن در کنوانسیون سبب تزلزل و ناامنی در معاملات و زمینه‌ساز ارائه تفاسیر متعدد از آن در دادگاه‌های داخلی کشورها بر اساس قوانین ملی آن‌ها می‌شود که با هدف ارتقاء یکپارچگی و یکنواختی در اجرای کنوانسیون که یکی از اصول مهم کنوانسیون است، در تضاد است. (داراب پور، ۱۳۷۴، ۱: ۱۳۱) سرانجام این منازعه، با سازش پایان یافت و ماده ۷ کنوانسیون که می‌گوید: «در تفسیر مقررات این کنوانسیون باید به خصیصه بین‌المللی آن و نیز به ضرورت ایجاد هماهنگی در اجرای آن و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌المللی توجه شود»، به تصویب رسید و رعایت حسن نیت محدود به تفسیر مقررات کنوانسیون شد. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۴۶)

مقید ساختن اصل رعایت حسن نیت به «تجارت بین‌المللی» در این ماده به این معنا است که قاعده حسن نیت در حیطه کنوانسیون را نباید مطابق استانداردهای معمول که در سیستم نظام‌های حقوقی داخلی پذیرفته شده اعمال کرد. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۴۶) به عبارت دیگر، معیارهای داخلی تنها زمانی باید مد نظر قرار گیرند که در سطح بین‌الملل مورد پذیرش قرار گرفته باشند؛ یعنی حسن نیت در تجارت بین‌المللی باید با مراجعه به معیارها و استانداردهای معقولیت (reasonableness) در سطح عام تفسیر شود. مراد از استانداردهای معقولیت اموری است که در تجارت مربوط در سطح بین‌المللی متعارف و قابل قبول باشد. درواقع مطابق این تفسیر، حسن نیت همان رفتار معقولی است که با مراجعه به عرف مربوطه می‌توان آن را تشخیص داد. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۴۷-۴۸)

گرچه کنوانسیون در ماده ۷ خود، درباره رعایت حسن نیت در مرحله تشکیل و اجرای قرارداد تصریحی ندارد؛ اما در عمل «شکی نیست که تعداد زیادی از مقررات ماهوی کنوانسیون مبتنی بر اصل حسن نیت است». (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۴۴)



از جمله مواد ۱-۱۸، ۱-۳۸، ۱-۳۹، ۱-۴۳، ۴۷، ۲-۴۹، ۱-۶۳ و ۷۵. بنابراین «قاعده حسن نیت یکی از قواعد عمومی است و در کل کنوانسیون به عنوان یک مجموعه حاکم است». (داراب پور، ۱۳۷۴، ۱: ۱۳۱)

۲-۶. در فقه امامیه

لزوم رعایت اصل حسن نیت با ادبیاتی متفاوت و متناسب با نظام حقوقی اسلام در آیات و روایات متعددی مطرح شده است. این اصل گرچه در مقیاسی عام در منابع و مستندات اخلاقی به آن توجه شده است؛ اما در ابواب فقهی به ویژه در مبحث آداب تجارت و قراردادهای مالی نیز روایات به همراه مبانی و دلایل تعهد به حسن نیت به چشم می خورد، از جمله موارد ذیل:

۱. ضرورت رعایت صداقت در قرارداد و عدم فریب کاری: از رسول خدا (ص) نقل شده است که به زینب عطار فرمود: «إِذَا بَعْتَ فَأَحْسِنِي وَلَا تَغْشَى فَإِنَّهُ أَنْقَى وَ أَبْقَى لِلْمَالِ؛ در هنگام معامله به نیکی عمل کن و در کارت فریب کاری نکن؛ زیرا این کار پاکیزه تر است و دارایی را پایدار می دارد». (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۱۵۱) از امام صادق (ع) نیز روایت شده است که فرمود: «عَبْنُ الْمُسْتَرَسِلِ سُحْتٌ؛ فریب دادن کسی که اعتماد به دیگری نموده است، حرام است». (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۷: ۳۹۵)

به طور خلاصه فقیهان در بحث مکاسب محرمه برای بیان حرمت رعایت نکردن این بعد از ابعاد حسن نیت از اصطلاحاتی همچون حرمت «تدلیس»، «تطفیف»، «عَشْ» و «نَجَش» و «تغیر»، (نجفی ابروانی، ۱۴۰۶، ۱: صفحات ۱۹، ۲۲، ۲۸، ۴۳ و ۱۴۷) استفاده نموده اند و ضمانت اجرای آن را در متزلزل شدن عقد از طریق خیار فسخ یا عدم نفوذ یا بطلان دانسته اند.

در قانون مدنی ایران اگرچه لزوم رعایت اصل حسن نیت در اجرا یا تفسیر قراردادها تصریح نشده، ولی ضرورت رعایت صداقت و پرهیز از تقلب و نیرنگ مورد توجه قانون گذار قرار گرفته و برخی از مواد آن بر مبنای رعایت حسن نیت وضع شده است؛ (انصاری، ۱۳۸۸، ۴: ۳۹-۴۳) مثلاً ۲۲۰ قانون مدنی که طرفین قرارداد را ملزم به نتایج عرفی آن ساخته و ماده ۲۲۵ که متعارف بودن امری را در عرف و عادت همانند

ذکر آن در عقد دانسته، از مبانی رعایت حسن نیت در اجرای عقود می‌باشند و یا ماده ۴۳۹ قانون مدنی که تدلیس یکی از طرفین را موجب ایجاد حق فسخ برای طرف مقابل دانسته می‌گوید: «اگر بایع تدلیس نموده باشد مشتری حق فسخ بیع را خواهد داشت و هم‌چنین است بایع نسبت به ثمن شخصی در صورت تدلیس مشتری».

هم‌چنین ماده ۳۲۵ قانون مدنی را می‌توان مصداق از مفهوم سنتی حسن نیت (فقدان قصد ناشایست و نادرست و عمل کردن از روی جهل بر مبنای تصور نادرست از واقعیت) به حساب آورد که شخص با تصور اینکه با مالک واقعی معامله کرده مال را از او می‌گیرد، در حالی که درواقع با غاصب معامله کرده است که در اینجا مقنن در مقابل عواقب زیان‌بار ناشی از آن عمل حقوقی در حدود معینی از او حمایت کرده و حق مراجعه وی به بایع را محفوظ دانسته است هرچند مبیع نزد مشتری تلف شده باشد. درواقع قانون‌گذار با چنین حکمی او را غاصب تلقی نکرده است. همین‌طور در معامله فضولی نیز خریدار با حسن نیت (جاهل از فضولی بودن معامله) موردتوجه و حمایت قانون‌گذار قرار گرفته است و مستحق دریافت ثمن و کلیه غرامات از بایع فضولی دانسته شده است. (ماده ۲۶۳ قانون مدنی)

۲. رعایت عدالت و انصاف در قرارداد: خداوند متعال می‌فرماید: «أَوْفُوا الْكَيْلَ وَ الْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ»؛ (انعام: ۱۵۲) و حق پیمانه و وزن را به عدالت ادا کنید». این آیه نشان می‌دهد که مقصود و مطلوب شارع انجام معاملات از روی عدالت و انصاف است و مفهوم مخالف آن، چنین است که اگر در پیمانه یا وزن کردن به عدالت رفتار نگردد، معامله‌ای متقلبانه و ناعادلانه صورت گرفته و یکی از طرفین مغبون خواهد شد. بنابراین می‌توان گفت آیه شریفه «به دلالت التزامی بر رعایت حسن نیت در اجرای تعهدات دلالت می‌کند» (نقیبی، تقی‌زاده و باقری، ۱۳۹۳، ۱: ۳۷) با تأمل در مباحث فقهی همچون مبحث احتکار و اختیارات می‌توان این را استنباط کرد که شارع توجه خاصی به رعایت عدالت و انصاف در معاملات دارد.

اصولاً مبنای حسن نیت در قرارداد رضایی طرفین است و این رضا بر اثر تعادل نسبی دو عوض و سلامت مبیع به وجود می‌آید. به همین خاطر منسوب ساختن خیار



غبن و عیب به شرط ضمنی و یا بنایی درباره لزوم تعادل نسبی دو عوض و سلامت مبیع در واقع چهره ویژه‌ای از رعایت حسن نیت قرارداد است؛ به عبارت دیگر اساس خیار غبن عدم رعایت عدالت و فقدان تعادل بین دو عوض قراردادی است. لذا ماده ۴۱۶ قانون مدنی می‌گوید: «هر یک از متعاملین که در معامله، غبن فاحش داشته باشد، بعد از علم به غبن می‌تواند معامله را فسخ کند» تا به ناحق متضرر نگردد. جلوه دیگری از رعایت حسن نیت و عدالت در قراردادها در تلف مبیع قبل از قبض متبلور است که به مقتضای ضمان معاوضی، فروشنده باید ثمن دریافتی را به خریدار بازگرداند.

ماده ۲ و ۳ قانون تعزیرات حکومتی ایران، مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ نیز جلوه دیگری از لزوم رعایت حسن نیت در روابط قراردادی است که به ترتیب گران‌فروشی و کم‌فروشی را از مصادیق تجاوز به عدالت در بیع دانسته و برای آن مجازات تعزیری بر اساس میزان و مراتب تخلف پیش‌بینی کرده است که با توجه به میزان تخلف از جرمه نقدی، چند برابر میزان گران‌فروشی یا کم‌فروشی تا لغو پروانه واحد و لغو کارت بازرگانی در نوسان است.

۳. عدم سوءاستفاده از حق: در نظام حقوقی اسلام، به مقتضای قاعده لاضرر، هرگونه اقدامی همراه با سوءنیت یا سوءاستفاده از حق که سبب اضرار به غیر شود، مسئولیت مدنی (ضمان) را به دنبال خواهد داشت. اهمیت پرهیز از سوءاستفاده از حق به گونه‌ای است که اصل ۴۰ قانون اساسی به آن اختصاص یافته که مقرر می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله احراز به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» هم‌چنین ماده ۱۳۲ قانون مدنی در این راستا می‌گوید: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد». ماده ۴۸۴ و ۴۸۵ قانون مدنی نیز یکی از عرضه‌های تجلی این اصل است که محدودیت‌هایی را برای موجر و مستأجر در استفاده از مال الاجاره قائل شده است.

هرچند در سیستم حقوقی ایران قانونی عام درباره حسن نیت که شامل همه

قراردادها شود، وجود ندارد، ولی قانون‌گذار در برخی قوانین اصطلاح «حسن نیت» را صراحتاً به کار برده است؛ مانند ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ ش. (اَعْمَالِ مخالف حسن نیت)، ماده ۴۰ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ ش. (طلبکار با حسن نیت)، ماده ۱۵۴ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ ش. (گرفتن وجه از روی حسن نیت)، ماده ۳ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ ش. (لزوم رعایت حسن نیت در تفسیر این قانون) و ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ ش. (بر اساس لزوم حسن نیت در معاملات)

۲. اصل لزوم جبران خسارت

یکی از اصول حاکم بر بیع بین‌المللی، اصل لزوم جبران خسارت است که در زیر از منظر کنوانسیون بین‌المللی کالا و فقه امامیه مورد توجه قرار می‌گیرد.

۱-۷. در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

کنوانسیون بیع، «اصل لزوم جبران خسارت» ناشی از نقض تعهد قراردادی به رسمیت شناخته است؛ به گونه‌ای که نه تنها بخش ۳ کنوانسیون مبتنی بر اصل مزبور و تحت عنوان «جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد» تدوین گردیده و بایع و هم‌چنین مشتری عهدشکن را ملزم به جبران خسارت نموده است که در مواد و موارد مختلف دیگر نیز، به لزوم جبران خسارت اشاره شده است؛ مثلاً ذیل ماده ۳۴ و ۳۷ حق هر نوع مطالبه خسارت در محدوده کنوانسیون را برای مشتری محفوظ دانسته است؛ زیرا از آنجا که اشخاص با اتکا به اصل آزادی قراردادی می‌توانند اصل قرارداد و تعهدات ناشی از آن را به دلخواه تعیین کرده و به عهده بگیرند. بر اساس اصل لزوم که مبتنی بر آیات، روایات و بناء عقلا است، ملزمند که به تعهدات خویش ملتزم بوده و به مفاد آن پایبند باشند. (طاهری، ۱۴۱۸، ۲: ۶۷) حقوق نیز برای آن ضمانت اجرا تعیین کرده است و یکی از مهم‌ترین ضمانت اجرای حقوقی، الزام عهدشکن به جبران خسارات ناشی از عهدشکنی است که به موجب آن، پیمان‌شکن ملزم می‌شود، کلیه خسارات ناشی از پیمان‌شکنی خویش را جبران کرده و متعهدله را در وضعیت قرار



دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد، در آن وضعیت قرار می‌گرفت. (قاسمی، ۱۳۹۲: ۱۶)

۲-۷. در فقه امامیه

حقوق اسلامی نیز با وضع قواعد مختلف، لزوم تدارک ضرر را مورد توجه قرار داده است. یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی در این زمینه که لزوم جبران خسارت در حقوق اسلامی را پشتیبانی می‌کند، قاعده لاضرر است (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۱: ۱۴۰) و هر جا سخن از جبران خسارت در میان باشد، اساس آن مبتنی بر این قاعده است، هر چند که قاعده مزبور به عنوان مستند اصلی آن مطرح نباشد. منتها قلمرو قاعده لاضرر در حقوق اسلامی وسیع‌تر از مسئولیت مدنی به معنای متعارف بوده و فقیهان اسلامی از آن به عنوان حکم ثانوی جهت اجرای عدالت و ایجاد تعادل در روابط اقتصادی و اجتماعی، سود می‌برند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱: ۱۵۱-۱۵۳) و هر جا ضرر شخصی یا نوعی، از احکام شرعی وضعی یا تکلیفی، ناشی شود، با استناد به قاعده لاضرر، احکام مزبور را برداشته و از آن دوری می‌کنند. مثلاً اگر لزوم یک قراردادی، موجب ایجاد ضرر شود، قاعده لاضرر این حکم را تعدیل کرده و به عنوان وسیله جبران خسارت، عقد مزبور را جایز یا خیار اعلام می‌کند. (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۱: ۲۴)

قاعده لاضرر از حدیث مشهور نبوی «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» (ابن بابویه صدوق، ۱۴۱۳، ۴: ۳۳۴) اخذ گردیده است. گرچه در لغت برای واژه‌های ضرر و ضرار معانی متخلفی بیان شده است، (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ۱۸: ۳۷۹-۳۸۴) ولی برخی معتقدند قرائن زیادی وجود دارد که ضرر به ضررهای غیر عمدی و ضرار به ضررهای عمدی اطلاق می‌شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱: ۵۸) برخی دیگر می‌گویند با دقت در موارد کاربرد واژه‌های ضرر و ضرار در منابع اسلامی، معلوم می‌شود که «ضرر شامل کلیه خسارت‌ها و زیان‌های وارد بر دیگری است، ولی ضرار مربوط به مواردی است که شخص با استفاده از یک حق یا جواز شرعی به دیگران زیان وارد سازد که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی سوءاستفاده از حق تعبیر می‌شود. به همین دلیل، رسول اکرم (ص) سمره را «مضار» خواند؛ زیرا وی با

استفاده از حق خود، موجب مزاحمت و ایجاد ضرر برای صاحب منزل می‌شد». (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۱: ۱۴۱)

از حدیث نبوی «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» در نگاه نخست چنین برداشت می‌شود که در عالم خارج و در میان مسلمانان، ضرر وجود ندارد؛ زیرا معنای حقیقی واژه «لا»، نفی جنس بوده و در هر جمله‌ای وارد شود، دال بر این است که آنچه بعد از «لا» قرار می‌گیرد، در عالم خارج وجود ندارد. در حالی که ما شاهدیم که در عالم خارج و در میان مسلمانان ضرر وجود داشته و افراد، به طرق مختلف موجب اضرار به غیر می‌شوند. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۱: ۱۴۲) بنابراین برای رفع شبهه مزبور، باید دید مقصود بنی مکرم اسلام چیست و ادعای نفی ضرر در دین اسلام، بر چه مبنایی صورت گرفته است.

فقها در این زمینه نظرات و تأویلات مختلفی دارند:

۱. نفی حکم: برخی معتقدند واژه «لا» در جمله «لا ضرر و لا ضرار»، در معنای حقیقی خود (نفی جنس)، به کار رفته است؛ اما چون ضرر واقعاً در خارج وجود دارد و به کلی نفی نشده است، مجبوریم واژه «حکم» را بعد از «لا» در تقدیر گرفته و بگوییم که منظور پیامبر اعظم (ص) این است که «حکم ضرری» در دین اسلام وجود ندارد. (انصاری، ۱۴۱۹، ۲: ۲۴۶) از این رو لزوم بیع غبنی برداشته می‌شود. (نمازی، ۱۴۱۰: ۲۵)

بنابراین آنچه حقیقتاً نفی شده است، ضرر عینی و خارجی نیست، بلکه سبب آن که حکم ضرری باشد، نفی شده است؛ یعنی در دین اسلام حکمی که موجب ضرر افراد باشد وجود ندارد. بر این اساس، آنچه پیامبر گرامی اسلام (ص) فرموده، با واقعیت منطبق بوده و در دین اسلام ضرر وجود ندارد. (انصاری، ۱۴۱۹، ۲: ۲۴۶)

۲. نفی حکم به لسان نفی موضوع: برخی دیگر را عقیده بر این است که کلمه «لا» در جمله «لا ضرر و لا ضرار» در همان معنای حقیقی خود (نفی جنس)، استفاده شده و حقیقتاً حکم ضرری را نفی می‌کند؛ اما به لسان نفی موضوع. به دیگر سخن، معنای «لا ضرر» این است که موضوع دارای ضرر، در دین مقدس اسلام حکم ندارد؛



یعنی موضوعی که دارای حکم است اگر عنوان اولی آن موجب ضرر بشود، حکمش برداشته می شود. (خراسانی، ۱۴۲۱: ۲۴۵) مثلاً در عقد بیع که خود بیع موضوع و لزوم حکم آن است، اگر موضوع (بیع) موجب ضرر گردد، حکمش که لزوم است، برداشته می شود. (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۳)

تفاوت بین نظریه اول و دوم در این است که بر اساس نظریه دوم، آنچه نفی شده و برداشته می شود، موضوع حکم است؛ اما به انگیزه نفی حکم، چون حکم بدون موضوع قابلیت تحقق و بقا ندارد. ولی طبق نظریه اول، خود حکم مستقیماً برداشته می شود. آثار این تفاوت در جایی خود را نشان می دهد که «موضوع ضرری نباشد، ولی حکم ضرری باشد که در این صورت، بنا بر نظریه دوم، قاعده لاضرر شامل مورد نیست؛ زیرا خود موضوع باعث ضرر نیست تا حکمش برداشته شود، ولی طبق نظریه اول، اگر خود حکم صادر شده از ناحیه شارع موجب ضرر باشد، آن حکم برداشته می شود. مثلاً در معامله غبنی، طبق نظریه دوم چون خود معامله موجب ضرر نیست، بلکه لزوم آن موجب ضرر است، مشمول قاعده لاضرر نیست. در حالی که بنا بر نظریه اول، قاعده لاضرر بر بیع ضرری قابل انطباق است». (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۱: ۱۴۴)

۳. نفی ضرر غیر متدارک: برخی دیگر معتقدند که «لا» در جمله «لاضرر و لاضرار» در معنای حقیقی خود مورد استفاده قرار گرفته و یکی از صفات مدخولش؛ یعنی ضرر را که عبارت از عدم تدارک باشد، نفی می کند. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱: ۵۹) به دیگر سخن آنچه توسط حدیث نبوی نفی شده و وجود ندارد، ضرر غیر متدارک و جبران نشده است؛ یعنی شارع مقدس، ضرر نامتدارک را مطرود دانسته و می فرماینده تمام ضررهای وارده به غیر، باید جبران شوند (نراقی، ۱۴۰۸: ۱۵) و از آنجا که ضرر متدارک و جبران شده ضرر تلقی نمی شود، پس می توان گفت: در اسلام ضرر وجود ندارد. (نمازی، ۱۴۱۰: ۱۸ و ۲۵)

۴. نهی از اضرار به غیر: بعضی دیگر معتقدند که «لا» در جمله لا ضرر، در معنای حقیقی خود (نفی جنس)، به کار نرفته است، بلکه در معنای مجازی «نهی» به

کار رفته و پیامبر گرامی اسلام^(ص) طی این حدیث مسلمانان را از اضرار به غیر نهی فرموده است. بنابراین حدیث مزبور بیان‌گر یک حکم تکلیفی؛ یعنی حرمت اضرار به غیر است، (نه نفی حکم ضرری) و لازمه آن، الزام به جبران خسارت در صورت ضرر زدن به دیگران است. (نمازی، ۱۴۱۰: ۱۸ و ۲۵)

البته قاعده لا ضرر شامل کلیه احکام موجود که ضرری باشند می‌شود؛ یعنی اگر حکمی از احکام موجود در شریعت اسلامی، موجب ضرر باشد، با استناد به این قاعده، آن حکم از دوش افراد برداشته می‌شود، (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱: ۸۵) ولی بین فقها اختلاف در این است که آیا می‌توان برای اثبات حکمی (مثل لزوم جبران ضرر) که نبود آن حکم، موجب ضرر است، به قاعده لا ضرر استناد کرده و با نفی حکم منفی (عدم لزوم جبران ضرر)، حکم جدیدی جعل کرد یا خیر. (مامقانی، ۱۳۵۰: ۳۴۰)

در پاسخ به این پرسش می‌توان گفت: بر اساس نظریه‌های سوم و چهارم، قاعده لا ضرر بی‌تردید از مستندات مهم مسئولیت مدنی و لزوم جبران خسارت محسوب می‌شود؛ زیرا طبق نظریه سوم، ضرر نامتدارک در دین اسلام وجود ندارد و تمام ضررهای وارده به غیر باید جبران شوند. هم‌چنین بر اساس نظریه چهارم، لازمه نهی از اضرار به غیر، لزوم جبران ضرر وارده به غیر است؛ اما بر مبنای نظریه اول و دوم، میان فقها اختلاف نظر است. عده‌ای عقیده دارند که لا ضرر نمی‌تواند لزوم جبران ضرر را اثبات کند؛ زیرا نقش قاعده لا ضرر اثبات حکم جدید (لزوم جبران ضرر) نیست، بلکه تنها عهده‌دار نفی حکم موجود ضرری است. (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳: ۲۲۰ و موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ۱: ۲۶۶) در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند که در اینجا فرقی بین احکام وجودی و عدمی نیست و قاعده لا ضرر علاوه بر نفی حکم ضرری در صورت لزوم، اثبات حکم نیز می‌کند. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱: ۸۸) چنانچه پیامبر گرامی اسلام^(ص) نیز به هنگام وضع حق شفیع برای شفیع به جمله «لا ضرر ولا ضرار» استناد و استدلال فرموده است. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱: ۳۴ و سرخسی، ۱۴۰۶، ۱۴: ۹۱) در حالی که قرار دادن حق شفیع برای شفیع بی‌تردید



اثبات حکمی است که نبود آن موجب ضرر می شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱: ۸۸)

بنابراین قاعده لاضرر محدود به رفع احکام موجود نیست، بلکه در صورتی که خلأ قانونی و نبود حکم موجب ورود زیان شود، نیز قابل استناد است. چون آنچه از شارع مقدس انتظار می رود این است که احکامی جعل کند که حافظ مصالح و منافع مردم باشد و اگر چنین نکند موجب ضرر مردم می شود که بر اساس حدیث لاضرر نفی شده است. هم چنین اضرار مردم به همدیگر مانند زندانی کردن انسان آزاد و اتلاف منافع وی نیز، تنها در صورتی منتفی گشته و برداشته می شود که قاعده لاضرر، مسئولیت مدنی عامل زیان و الزام وی به جبران خسارت را ثابت کند. در غیر این صورت ضرری که از نبود چنین حکمی به وجود می آید عرفاً انکارناپذیر است. لذا حدیث مزبور به طور مطلق همه ضررها را نفی می کند، اعم از این که ناشی از احکام موجود باشد یا از نبود حکمی ایجاد شود؛ (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۱: ۸۶-۸۷) چون تنها در این صورت است که دین اسلام عاری از ضرر بوده و مصداق لاضرر و لاضرار فی الاسلام، تحقق می یابد. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۱: ۱۶۰)

خلاصه آنکه بر اساس حدیث نبوی لاضرر، در دین اسلام چه در مرحله تشریع و قانون گذاری و چه در مرحله اجرای قوانین، ضرر مشروعیت ندارد و احکام الهی اعم از وضعی و تکلیفی بر اساس نفی ضرر، وضع شده و چنانچه موجب ضرر شخصی یا نوعی شود برداشته می شود. (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۱: ۲۴) هم چنین اضرار به غیر در روابط اجتماعی نیز، مورد تأیید دین مبین اسلام نبوده و عامل ضرر ملزم به جبران اضرار به غیر است. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۱: ۳۲۲) از این رو مجله الاحکام العدلیة که مبتنی بر فقه حنفی است نیز، در ماده ۱۹ قاعده لاضرر را به عنوان یکی از اسباب ضمان و منابع مسئولیت مدنی ذکر کرده است.

۸. اصل همکاری

یکی دیگر از اصول حاکم بر بیع بین المللی، اصل همکاری طرفین در اجرای قرارداد است؛ یعنی در برخی موارد اجرای تعهد توسط متعهد، بدون همکاری متقابل متعهدله

امکان پذیر نیست. از این رو متعهدله وظیفه دارد در اجرای تعهداتی که به نفع وی صورت می‌گیرد، همکاری لازم را داشته باشد؛ زیرا قرارداد یک پروژه مشترک است و طرفین برای اجرای آن باید باهم همکاری کنند (اخلاقی و امام، ۱۳۸۵: ۱۶۳)؛ چون اجرای برخی تعهدات به گونه‌ای است که به همکاری طرفین وابسته بوده و نمی‌توان از تعهدات طرفین به طور مستقل سخن گفت. (شعاریان، ۱۳۹۰، ۱: ۱۱۰)

مثلاً در یک قرارداد پیمانکاری که ارائه اطلاعات و نقشه‌های اجرایی به عهده کارفرما است، اجرای تعهد توسط متعهد بدون همکاری متعهدله و ارائه نقشه‌های مزبور ناممکن است. هم‌چنین ایفای تعهد دندان‌پزشک نسبت به درمان دندان بیمار، بدون همکاری بیمار و عدم تحرک وی حین درمان امکان‌پذیر نیست. یا مثلاً اگر شخصی بعد از خریدن مقداری کالای معین با شرط تحویل فوری، همه کالای موجود از آن نوع در بازار را از طریق دیگری خریداری کرده و از دسترس متعهد خارج نماید، اقدام مزبور مغایر تعهد همکاری بوده و نقض تعهد تلقی خواهد شد. (نوری، ۱۳۷۸: ۱۱۷)

اگرچه اصطلاح تعهد همکاری در مقررات قانونی و آثار حقوقی ایران فاقد پیشینه است، ولی در اسناد بین‌المللی تعهد مزبور به صراحت بیان شده است. (شعاریان و ترابی، ۱۳۸۹: ۸۳ و شعاریان، ۱۳۹۰، ۱: ۱۱۱) مثلاً ماده ۳-۱-۵ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تحت عنوان «همکاری میان طرفین» می‌گوید: «هر طرف عقد باید تا حدی که چنین وظیفه همکاری به نحو متعارف و معقولی برای اجرای تعهدات طرف دیگر مورد انتظار است، با طرف دیگر همکاری بنماید». در ماده ۲۰۲-۱ اصول اروپایی حقوق قراردادهای نیز تحت عنوان «وظیفه همکاری» آمده است: «طرفین موظفند جهت اجرای کامل قرارداد با همدیگر همکاری نمایند».

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز تعهد به همکاری مورد توجه قرار گرفته و بایع و مشتری در راستای اجرای صحیح قرارداد مکلف به همکاری با یکدیگر می‌باشند. مثلاً بر اساس بند ۳ ماده ۳۲ کنوانسیون «چنانچه بایع مکلف به بیمه کالا در رابطه با حمل آن نباشد، باید بنا به تقاضای مشتری، کلیه اطلاعات موجود را که برای قادر



ساختن مشتری جهت بیمه کالا ضروری است، در اختیار او قرار دهد». این تعهد که در ماده ۳۲ کنوانسیون بیان شده، در عرف تجاری نیز وجود دارد. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۱۴۰-۱۴۱)

هم چنین تعهد خریدار به قبض کالا یکی از مصادیق تعهد به همکاری است که در ماده ۶۰ کنوانسیون بدان اشاره شده است. این تعهد شامل همه اقداماتی است که به طور معمول از وی انتظار می رود تا فروشنده را قادر سازد تحویل کالا را عملی نموده و تعهد خویش به تسلیم میع را انجام دهد. (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۳۰۲) مثلاً در برخی موارد «خریدار باید کمک های معقولی را برای تحصیل اسناد مورد نیاز در کشوری که کالا بدان وارد می شود در اختیار فروشنده بگذارد تا وی بتواند کالا را در آنجا در اختیار خریدار قرار دهد». (داراب پور، ۱۳۷۴، ۲: ۳۰۹)

هم چنین به موجب بنده ۱ ماده ۶۵ کنوانسیون، اگر تعیین شکل، اندازه یا دیگر جنبه های کالا به خریدار واگذار شده باشد و او از انجام چنین اختیاری خودداری نماید، فروشنده می تواند رأساً و بر اساس نیازهای خریدار این اقدام را انجام دهد. هم چنین بر اساس بند ۲ ماده ۴۸ می گوید: «هرگاه بایع از مشتری درخواست نماید تا نظر خود را در این خصوص که آیا ایفای تعهد توسط بایع را خواهد پذیرفت یا خیر اعلام نماید و مشتری ظرف مدت معقولی این درخواست را اجابت ننماید، بایع می تواند ظرف مدت منعکس در درخواست خود تعهدش را ایفا کند. مشتری ظرف مدت مزبور نمی تواند به هیچ یک از طرف جبران خسارت که مغایر با ایفای تعهد بایع باشد، متوسل گردد».

اگرچه در مقررات کنوانسیون تعریفی از تعهد به همکاری به چشم نمی خورد؛ اما می توان گفت تکلیف به همکاری، تکلیفی است که متعهدله در راستای اجرای قرارداد از سوی متعهد تا حدی که متعارف و معقول است، دارد و چنین تعهدی می تواند به نحو صریح یا ضمنی در نظر گرفته شود. تکلیف به همکاری متعهدله را نمی توان به موارد خاصی محدود کرد، بلکه به طور کلی می توان در دو قسم فعل مثبت و فعل منفی قرارداد. (شعاریان، ۱۳۹۰: ۱۲۲)

فعل مثبت: یکی از مصادیق همکاری متعهدله، ارائه اطلاعات لازم به متعهد برای قادر ساختن وی به اجرای مفاد عقد است. چنین اقدامی فعل مثبت تلقی می‌شود. همچنین پذیرش تعهد انجام شده توسط متعهد از سوی متعهدله از مصادیق فعل مثبت است. مثلاً هرگاه بایع، مبیع را تسلیم متعهدله نماید، قبض آن از سوی متعهدله، وظیفه و تکلیف به همکاری او در اجرای تعهد طرف مقابل تلقی می‌شود. همین‌طور وظیفه همکاری متعهدله برای اخذ مجوز از مراجع ذی‌صلاح دولتی و سازمان‌های ذی‌ربط از مصادیق فعل مثبت است. (همان: ۱۲۳)

فعل منفی: گاهی وظیفه همکاری متعهدله به‌صورت ترک فعل است. مثلاً هرگاه شخص پس از خریداری مقدار معینی شکر با شرط تحویل یک روزه، کل شکر موجود در بازار محل را خود خریداری کند، چنین اقدامی مانع از اجرای تعهد فروشنده و مغایر تکلیف به همکاری با طرف مقابل در اجرای قرارداد است. (اخلاقی و امام، ۱۳۸۵: ۱۶۴)

البته عدم همکاری متعهدله زمانی نقض تعهد تلقی می‌شود که در اثر عدم همکاری، متعهد متحمل خسارت شود. مثلاً هرگاه خریدار از قبول مبیع خودداری کند، نقض تعهد همکاری تلقی خواهد شد؛ زیرا عدم همکاری وی سبب تحمیل زحمت و هزینه نگهداری به فروشنده می‌شود؛ اما چنانچه عدم همکاری متعهدله زیانی به متعهد نرساند، نقض تکلیف همکاری نخواهد بود. مثلاً اگر شخصی بلیت مسابقه فوتبال در ساعت معین را خریداری کرده و از قبض آن خودداری کند، نقض تعهد همکاری تلقی نخواهد شد؛ زیرا عدم همکاری وی در قبض بلیت، ضرری به مسئولین باشگاه نمی‌رساند. (شعاریان، ۱۳۹۰: ۱۲۵)

تعهد همکاری، همانند سایر تعهدات قراردادی از ضمانت اجرای کافی برخوردار بوده و همان اثر خودداری از اجرای هر تعهد قراردادی دیگر را در پی دارد. لذا متعهد می‌تواند به هریک از ضمانت‌های اجرایی، مانند الزام متعهد به اجرای تکلیف همکاری، فسخ قرارداد، مطالبه خسارت و سایر طرق جبران خسارت متوسل شود. (همان: ۱۲۶-۱۳۱)

نتیجه گیری

از آنچه بیان شد به خوبی معلوم می شود که مقررات کنوانسیون بیع بین المللی کالا به عنوان مهم ترین سند حقوقی بین المللی که در راستای ایجاد وحدت حقوقی بین نظام های مختلف در حوزه بیع بین المللی کالا در اثر تلاش های کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد U.N Commission on International Trade Law (آنسیترال) در سال ۱۹۸۰ م. در وین به تصویب رسیده است، بر بنیاد یک سری اصول بنیادی شکل گرفته که مورد پذیرش همه نظام های حقوقی دنیا بوده و اصول مزبور بر مقررات کنوانسیون حاکم است؛ مانند اصل حاکمیت اراده که در ماده ۶ کنوانسیون منعکس گردیده و یا اصل حسن نیت که در ماده ۷ کنوانسیون متبلور شده است یا اصل رضایی بودن قرارداد که از ماده ۱۱ و ۲۹ کنوانسیون قابل استفاده است و یا اصل تقلیل خسارت که در ماده ۷۷ به خوبی بیان گردیده و یا اصل معقولیت که به طور گسترده در بسیاری از مواد کنوانسیون مشاهده می شود یا اصل لزوم جبران خسارت که عنوان بخش ۳ کنوانسیون را تشکیل می دهد و یا اصل لزوم بقای قرارداد که از تحدید ابطال قرارداد به نقض اساسی در مواد ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون به خوبی قابل استنباط است یا اصل همکاری طرفین در اجرای قرارداد که در بند ۳ ماده ۳۲ و ماده ۶۰ و برخی مواد دیگر به طور واضح منعکس گردیده است. فقه و حقوق اسلامی نیز، اصول مزبور را به رسمیت شناخته و متعاقدين را ملزم به رعایت آن می داند؛ به گونه ای که متخلف از اصول مزبور را ناقض قرارداد تلقی کرده و دارای مسئولیت مدنی می شناسد.



فهرست منابع

قرآن کریم.

الف. کتب فارسی

۱. احمدی بهرامی، حمید، (۱۳۸۶ ش)، کلیات عقود و قراردادها، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
۲. اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، (۱۳۸۵ ش)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تهران: نشر شهر دانش، چاپ دوم.
۳. افتخاری، جواد، (۱۳۸۲ ش)، کلیات عقود و تعهدات، تهران: میزان، چاپ اول.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸ ش)، حقوق تعهدات، تهران: گنج دانش، چاپ سوم.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۹ ش)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷ ش)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
۷. حائری، مسعود، (۱۳۷۳ ش)، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، تهران: کیهان، چاپ دوم.
۸. داراب پور، مهرباب، (۱۳۷۴ ش)، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
۹. داراب پور، مهرباب، (۱۳۷۴ ش)، حقوق بیع بین‌المللی، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
۱۰. داراب پور، مهرباب، (۱۳۷۷ ش)، قاعده مقابله با خسارت، تهران: نشر گنج دانش، چاپ اول.



۱۱. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، (۱۳۸۹ ش)، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی)، تبریز: فروزش، چاپ اول.
۱۲. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۳ ش)، اصول قراردادهای و تعهدات، تهران: مجد، چاپ سوم.
۱۳. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۰ ش)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران: مجد، چاپ هشتم.
۱۴. صفایی، سید حسین و دیگران، (۱۳۹۲ ش)، حقوق بیع بین المللی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم.
۱۵. صفایی، سید حسین، (۱۳۵۵ ش)، مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، تهران: مرکز تحقیقات، چاپ اول.
۱۶. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۴ ش)، قواعد عمومی قراردادهای، تهران: نشر میزان، چاپ سوم.
۱۷. طاهری، حبیب الله، (۱۴۱۸ ق) حقوق مدنی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ سوم.
۱۸. عمید زنجانی، عباس علی، (۱۳۹۳ ش)، قواعد فقه، تهران: سمت، چاپ پنجم.
۱۹. عمید، حسن، (۱۳۷۴ ش)، فرهنگ فارسی، تهران: سپهر.
۲۰. عمید، حسن، (۱۳۸۴ ش)، فرهنگ عمید، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ دهم.
۲۱. قاسمی، عبدالخالق، (۱۳۹۲ ش) مسئولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، کابل: دانشگاه کاتب، چاپ اول.
۲۲. فتواتی، جلیل، (۱۳۸۳ ش)، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه قم، چاپ اول.
۲۳. کاتبی، حسین قلی، (۱۳۸۰ ش)، فرهنگ حقوق (فرانسه - فارسی)، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.

۲۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳ ش)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳ ش)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشار، چاپ چهارم.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶ ش)، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، تهران: شرکت انتشار، چاپ هفتم.
۲۷. محقق داماد، سید مصطفی و دیگران، (۱۳۷۸ ش)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: سمت، چاپ اول.
۲۸. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۲ ش)، قواعد فقه بخش مدنی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سیزدهم.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۹۰ ش)، قواعد فقه بخش مدنی، تهران: نشر سمت، چاپ یازدهم.
۳۰. نوری، محمدعلی، (۱۳۷۸ ش)، اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
۳۱. وارسته، حمید، (۱۳۸۶ ش)، فرهنگ جامع حقوقی (فارسی - انگلیسی)، تهران: امیرکبیر، چاپ اول.
۳۲. وحدتی شبیری، سید حسن، (۱۳۸۵ ش)، مبانی مسئولیت مدنی قراردادی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول.

ب. کتب عربی

۱. ابن بابویه صدوق، محمد بن علی، (۱۴۱۳ ق)، من لا یحضره الفقیه، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
۲. ابن بابویه صدوق، محمد بن علی، (۱۴۰۴ ق)، من لا یحضره الفقیه، قم: جامعه المدرسین، چاپ دوم.
۳. ابن منظور، (۱۹۹۷ م)، لسان العرب، بیروت: دار الصادر، چاپ اول.
۴. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ ق)، کتاب المکاسب، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول.



۵. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۹ ق)، **فرايد الاصول**، قم: مجمع فکر اسلامي، چاپ اول.
۶. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ ق) **وسائل الشیعه**، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
۷. حسینی حائری، سید کاظم، (۱۴۲۳ ق)، **فقه العقود**، قم: مجمع اندیشه اسلامي، چاپ دوم، ۱۴۲۳.
۸. حسینی روحانی، سید صادق، (۱۴۱۲ ق)، **فقه الصادق عليه السلام**، قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق عليه السلام، چاپ اول.
۹. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، (بی تا)، **مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة**، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ اول.
۱۰. حسینی روحانی، محمدصادق، (۱۴۱۴ ق)، **فقه الصادق عليه السلام**، قم: مؤسسه دارالكتاب، ۱۴۱۴ چاپ سوم.
۱۱. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، (۱۴۱۷ ق)، **العناوين**، قم: مؤسسة النشر الاسلامي، چاپ اول.
۱۲. حلی سیوری، مقداد بن عبدالله، (۱۴۰۴ ق)، **التنقيح الرائع لمختصر الشرائع**، قم: انتشارات کتابخانه آية الله مرعشي نجفی، چاپ اول.
۱۳. حلی فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف، (۱۳۸۷)، **ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
۱۴. خراسانی، محمدکاظم، (بی تا)، **کفایة الاصول**، بی جا، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۱۵. خوانساری نجفی، موسی بن محمد، (۱۳۷۳ ق)، **رسالة فی قاعدة نفی الضرر**، تهران: المكتبة المحمدية، چاپ اول.
۱۶. سرخسی، شمس الدین، (۱۴۰۶ ق)، **المبسوط**، بیروت: دار المعرفة.

۱۷. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۱ ق)، حاشیه المکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.

۱۸. طباطبایی، علی، (۱۴۰۴ ق)، ریاض المسایل، قم: چاپ سنگی.

۱۹. طوسی، محمد بن الحسن، (۱۴۰۷ ق)، تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان)، تهران: دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم.

۲۰. طوسی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۷ ق)، الخلاف، قم: نشر اسلامی، چاپ اول.

۲۱. عاملی شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه، چاپ اول.

۲۲. عاملی، محمد بن مکی شهید اول، (بی تا)، القواعد و الفوائد، قم: کتاب فروشی مفید، چاپ اول.

۲۳. عراقی، ضیاء الدین، (۱۴۱۸ ق)، قاعدة لا ضرر، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول.

۲۴. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۳ ق)، قواعد الاحکام، قم: نشر اسلامی.

۲۵. کاشف الغطاء نجفی، حسن بن جعفر بن خضر، (۱۴۲۲ ق)، أنوار الفقاهة - کتاب المکاسب، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول.

۲۶. کاشف الغطاء نجفی، محمدحسین، (۱۳۵۹ ق)، تحریر المجلة، نجف: المكتبة المرتضویه، چاپ اول.

۲۷. کاشف الغطاء نجفی، محمدحسین، (۱۴۲۲ ق)، تحریر المجلة، قم: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه، چاپ اول.

۲۸. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ ق)، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.

۲۹. مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن، (۱۳۵۰ ق)، حاشیه علی رساله لا ضرر، قم: مجمع الذخائر الإسلامیه، چاپ اول.



۳۰. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، (۱۴۰۳ ق)، بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ دوم.
۳۱. مجلسی، محمدتقی، (۱۴۰۶ ق)، روضة المتقين فی شرح من لا يحضره الفقيه، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، چاپ دوم.
۳۲. محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۹ ق)، شرایع الاسلام، قم: نشر امیر.
۳۳. محقق کرکی عاملی، علی بن حسین (محقق ثانی)، (۱۴۱۴ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ دوم.
۳۴. مصطفوی، سید محمدکاظم، (۱۴۲۱ ق)، مائة قاعدة فقهية، قم: جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، چاپ چهارم.
۳۵. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۵ ش)، القواعد الفقهية، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب، چاپ دوم.
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۱۱ ق)، القواعد الفقهية، قم: مدرسه امیرالمؤمنین (ع)، چاپ سوم.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵ ق)، انوار الفقهاء- کتاب البیع، قم: انتشارات امام علی، چاپ اول.
۳۸. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، (۱۴۰۱ ق)، قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه عروج، چاپ سوم.
۳۹. موسوی خمینی، (بی تا)، کتاب البیع، تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
۴۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (بی تا)، مصباح الفقاهه، بی جا: بی تا.
۴۱. نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین، (۱۴۰۶ ق)، حاشية المكاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول.
۴۲. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی. چاپ هفتم.



۴۳. نراقی، ملا احمد، (۱۴۱۷ ق)، عوائدالایام، قم: مرکز نشر مکتب اعلام الاسلامی، چاپ اول.

۴۴. نراقی، مولی احمد، (۱۴۰۸ ق) عوائدالایام، قم: بصیرتی، چاپ سوم.

۴۵. نمازی، فتح‌الله بن محمد جواد اصفهانی، (۱۴۱۰ ق) شیخ الشریعة، قاعدة لا ضرر، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.

ج. مقالات

۱. ابهری، حمید و کاویار، (۱۳۹۲ ش)، حسین، «نظریه تقلیل خسارت در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران»، مجله دانش حقوقی، دوره ۲، شماره ۱.

۲. انصاری، علی، (۱۳۸۸ ش)، «مفهوم و معنای حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۳، شماره ۴.

۳. ایرانپور، فرهاد، (۱۳۸۱ ش)، «نگاهی اجمالی به اصل حاکمیت اراده در حیطه انتخاب قانون حاکم بر تعهدات ناشی از قراردادهای تجاری»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۵ و شماره پیاپی ۵۱۴.

۴. آقایی، مریم، (۱۳۸۴ ش)، «عنصر اراده و نقش آن در قراردادهای (فقه و مبانی حقوق)»، دانشگاه آزاد بابل، شماره ۱.

۵. جعفرپور، کورش، (۱۳۸۴ ش)، «حسن نیت در تجارت بین‌الملل، دانشنامه حقوق و سیاست» دانشگاه آزاد اسلامی، سال اول، شماره ۳.

۶. حیات علی، عباس، (۱۳۸۸ ش)، «مبنای تعهد در حقوق ایران و فرانسه»، مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع)، شماره ۱۳، ۱۴.

۷. السان، مصطفی، (۱۳۸۵ ش)، «جایگاه قصد در تفسیر قراردادهای»، مجله کانون، شماره ۶۵.

۸. شعاریان، ابراهیم، (۱۳۹۰ ش)، «تعهد به همکاری متعهدله در اجرای قرارداد»، مجله علمی - پژوهشی حقوق خصوصی، دوره هشتم، شماره اول.



۹. کاتوزیان، ناصر و عباس زاده، محمد هادی، «حسن نیت در حقوق ایران»، فصلنامه

حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، شماره ۳.

۱۰. نقیبی، ابوالقاسم، تقی زاده، ابراهیم و باقری، عباس، (۱۳۹۳ ش)، «جایگاه حسن نیت

در فقه امامیه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره اول، پیاپی ۳۹.