

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## **دو فصلنامه علمی**

### **حقوق پویا**

سال نهم شماره ۱۱ بهار و تابستان ۱۴۰۱

**صاحب امتیاز:** جامعه المصطفیٰ العالمیة

**مدیر مسئول:** حسن مسلمی

**سر دبیر:** سید مقصود "سادات عثمانی"

**مدیر اجرایی:** سید مهدی طیار

**نشانی:** استان گلستان-شهر گرگان-کیلومتر یک جاده ساری

جامعه المصطفیٰ العالمیة، نمایندگی گلستان

**کد پستی:** ۷۵۷۵۱-۴۹۳۴۱

**رایانامه:** hogoge poya@gmail.com

**تلفن:** (داخلی ۴۰۷) ۳۱۹۲ (۰۱۷)

[www.gorgan.miu.ac.ir](http://www.gorgan.miu.ac.ir)

## اسامی هیئت تحریریه

- ۱- سید مقصود سادات عثمانی ..... دانشپژوه دکتری - افغانستان
- ۲- معراج الدین سراجی ..... دانشپژوه دکتری - افغانستان
- ۳- سید مودود اسلام زاده ..... دانشپژوه دکتری - افغانستان
- ۴- عصمت الله همدمی ..... دانشپژوه دکتری - افغانستان
- ۵- رحیم شاه بلخی ..... دانشپژوه دکتری - افغانستان
- ۶- سید سهراب سادات ..... دانشپژوه دکتری - افغانستان
- ۷- محمد قاسم عارفی ..... دانشپژوه دکتری - افغانستان
- ۸- محمد افضل سخی زاده ..... دانشپژوه دکتری - افغانستان
- ۹- محبوب الله ظفیری ..... دانشپژوه دکتری - افغانستان
- ۱۰- خواجه معراج الدین نایل ..... دانشپژوه دکتری - افغانستان
- ۱۱- زمري محمدی ..... دانشپژوه کارشناسی ارشد - افغانستان
- ۱۲- مجیب الرحمن امانی ..... دانشپژوه کارشناسی ارشد - افغانستان

## شرایط و راهنمای تنظیم مقاله:

- ۱- حقوق پویا فقط مقالاتی را برای ارزیابی می‌فرستد که در موضوع اندیشه مذاهب اسلامی و برابر با شرایط این فصلنامه تنظیم شده باشد، و در صورت منطبق نبودن با شرایط یا رد مقاله توسط داوران، مقاله برگردانده نمی‌شود.
  - ۲- مقاله قابل پذیرش در این مجله به ترتیب شامل: عنوان مقاله، اسم نویسنده یا نویسندگان، چکیده، واژگان کلیدی، مقدمه، بدنه اصلی (متن اصلی)، نتیجه‌گیری و فهرست کامل منابع است.
  - ۳- حجم چکیده فارسی حداکثر ۱۵۰ واژه و حتی‌الامکان چکیده انگلیسی آن به همین میزان ضمیمه شود.
  - ۴- چکیده باید شامل: تعریف مسئله، بیان مورد ابهام، سؤال اصلی، روش حل مسئله و نتایج بحث باشد.
  - ۵- واژگان کلیدی از ۳ تا ۷ واژه بعد از چکیده آورده شود.
  - ۶- مقدمه شامل: بیان موضوع، ضرورت مطالعه بحث، پیشینه، تبیین مفاهیم بنیادین، پرسش اصلی، روش بحث و ساختار تحقیق باشد.
  - ۷- فهرست منابع با رعایت ترتیب الفبایی نام خانوادگی نویسنده یا نویسندگان به شکل زیر در آخر مقاله درج شود:
- الف- برای کتاب: نام خانوادگی و نام نویسنده، سال انتشار، نام کتاب، شماره جلد، نام مترجم (اگر ترجمه باشد)، محل انتشار، ناشر، نوبت چاپ.
- ب- برای مقاله: نام خانوادگی و نام نویسنده، سال انتشار، عنوان مقاله، عنوان مجله، شماره مجله، شماره صفحات.

- ۸- متن مقاله باید در زمینه نرم افزار ورد word و سایز خط بلوتوث ۱۴ باشد.
- ۹- حجم مقالات حداقل ۱۲ صفحه و حداکثر ۲۵ صفحه باشد.
- ۱۰- مقاله قبلاً در هیچ مجله یا نشریه‌ای منتشر و چاپ نشده باشد.
- ۱۱- ارجاعات و رفرنس‌ها باید درون‌متنی باشد، به‌طور نمونه (نام خانوادگی نویسنده، سال نشر، شماره جلد، ص: ۲۵).
- و در صورت تکرار منبع، به ذکر نام خانوادگی، کلمه (همان)، شماره جلد و صفحه اکتفا شود (کاتوزیان، همان: ۲۵).
- ۱۲- مشخصات نویسنده مقاله مانند: نام و نام خانوادگی نویسنده یا نویسندگان، میزان تحصیلات، مرتبه علمی، نام دانشگاه یا مرکز علمی نویسنده درج شود.
- ۱۴- مقالات و مطالب منتشره در فصلنامه حقوق پویا، لزوماً بیان‌کننده دیدگاه‌های فصلنامه نیست.
- ۱۵- فصلنامه حقوق پویا در تلخیص و ویرایش مقالات و مطالب آزاد است.
- ۱۶- اصل مقالات ارسالی بازگردانده نمی‌شود.
- ۱۷- سبک نگارش و شرایط تدوین مقاله علمی رعایت گردد.
- ۱۸- به مقالات که به‌صورت تطبیقی نگارش شده باشد حق اولویت داده می‌شود.

## فهرست مطالب

صفحات	عناوین
۷.....	سخن سردبیر.....
و	بررسی ماهیت ابراء نظام حقوقی ایران و
ERROR! BOOKMARK NOT	افغانستان.....
	DEFINED.
۳۶.....	آسیب های اخلاق قضاوت در نظام حقوق ایران و افغانستان.....
۶۴.....	معامله با خود در نظام حقوقی ایران و افغانستان.....
۸۰.....	بررسی تطبیقی خیار شرط در نظام حقوقی ایران و افغانستان.....
۱۰۳.....	بررسی ویژگی های زمان صدور اسناد تجاری در حقوق ایران و افغانستان.....
۱۱۸.....	ظرفیت شناسی حقوق اساسی تطبیقی در شکل گیری تمدن نوین اسلامی.....

## سخن سردییر

آغاز هر نشریه علمی - پژوهشی، به سان طلوعی نوین در عرصه آگاهی و دانش است، به ویژه در زمینه علوم انسانی، اجتماعی و رفتاری مانند حقوق و غیره که جایگاه چالش‌های بزرگ و تعیین‌کننده هستند. اینک که به لطف الهی که شماره دهم مجله "حقوق پویا" انتشار می‌یابد، یادآوری چند نکته خالی از لطف نخواهد بود.

نکته اول: علم حقوق در مقایسه با سایر علوم، از موقعیتی بی‌بدیل و قلمرو گسترده‌ای برخوردار است، زیرا این علم، در عرصه تنظیم مناسبات انسانی، تعادل و همدیگر پذیری، پیشرفت و رفاه اقتصادی، تبادلات بین‌المللی و نظایر آن‌ها، ایفاگر نقشی بی‌نظیر است؛

نکته دوم، ضرورت بومی‌سازی علم حقوق در عصر حاضر است. این نوع از دانش‌ها و معارف بشری از یک‌سوی، ریشه در عمق فرهنگ دارد و از دیگر سوی، به تعریف انسان در آن فرهنگ مربوط می‌شود. لذا یافته‌های علم مذکور زمانی کارآمد و سازنده خواهد بود که با مبانی فکری و فرهنگی جامعه ما سازگار باشد، جامعه‌ای که وجه تمایز اصلی آن از سایر جوامع، هویت اسلامی است.

نکته سوم، توجه به منشأ مهم تفاوت‌های حقوق اسلامی، با سایر مکاتب حقوقی است. تعاریف متفاوتی که از مبانی انسان‌شناختی ارائه می‌شود، به تجویز اصول و روش‌های متفاوتی در حقوق شناختی منجر می‌گردد و این پرسش که چگونه و چرا، تعریف انسان و تبیین مبانی انسان‌شناختی نقش به‌سزایی در قواعد حقوقی دارد از هر مکتب فلسفی حقوقی با مکاتب دیگر در یک پیوستار طولانی، از یکدیگر فاصله می‌گیرند، عمدتاً به یک مطلب برمی‌گردد، و آن، تأمل در جایگاه خداشناسی و تأثیر آن در جهان‌شناسی و انسان‌شناسی است.

در بینش توحیدی اسلام، به لحاظ این واقعیت که انسان، علم و معرفت او و جهانی که در آن زندگی می‌کند جلوه‌ای از علم بیکران خدای تعالی است و حق تعالی بر همه جهان هستی

شاهد و ناظر بوده و محیط بر آن هست، از این روی، چنانچه آدمی اراده کند تا به جهان هستی و حقوق مربوط به اشیاء موجود در آن آگاهی یابد، اولین چیزی که می‌شناسد، وجود حق تعالی و حقوق او است، لذا اگر انسان، خدا را به درستی نشناسد، نه جهان را و نه حقوق اشیاء موجود در آن را به درستی نخواهد شناخت، لذا خداشناسی، در حقیقت پشتوانه جهان‌شناسی و حقوق‌شناسی است.

بر این اساس، ضرورت توجه به منشأ تباین و توافق مکاتب حقوقی نسبت به یکدیگر، بیش‌ازپیش احساس می‌شود لذا ضروری است بر مبنای این نوع معرفت خداشناسی آن دسته از قواعدی را برگزید که متناسب و متناظر با مبانی فرهنگی جامعه ما باشد

با عنایت به اهداف فصلنامه، درج مقالات مرتبط با مبانی حقوقی مختلف و نقد و بررسی آن‌ها و تبیین مبانی حقوق اسلامی و اشارات مربوط به پیش‌گیرانه و بازدارندگی آن‌ها، موقعیتی می‌آفریند تا امکان بررسی مسائل حقوقی به‌طور دقیق به عمل آید و ظرفیت‌های مکنون و کمتر شناخته‌شده حقوق اسلامی در معرض نگاه پژوهشگران قرار گیرد.

اینک و هم‌زمان با انتشار شماره دهم فصلنامه، جا دارد از زحمات تمامی دست‌اندرکاران، از جمله جناب آقای حجة الاسلام و مسلمین "حسینی" مدیرمسئول جامعه المصطفی العالمیه - واحد گرگان، جناب حجت‌الاسلام والمسلمین دکتر "مسلمی" معاون پژوهش جامعه المصطفی واحد گرگان، جناب حجة الاسلام و المسلمین دکتر "محمد مدیو جونی" مدیر گروه حقوق و اعضاء محترم گروه، اعضای محترم هیئت تحریر و همه عزیزانی که با ارسال مقاله، ما را یاری دادند، صمیمانه سپاسگزاری نموده و برای همه این بزرگواران، از درگاه خدای متعال توفیق روزافزون مسئلت نمایم.



## بررسی تطبیقی ماهیت ابراء در حقوق ایران و افغانستان

سید مقصود<sup>۱</sup> سادات عثمانی<sup>۲</sup> و محمد آصف<sup>۳</sup> فیضی<sup>۴</sup>

### چکیده

ماده ۲۸۹ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: "ابراء عبارت است از اینکه دائن از حق خود به اختیار صرف نظر کند" قانون‌گذار در این تعریف، به صراحت اشاره‌ای به ماهیت ابراء ندارد. از این رو، این سائبه تقویت می‌گردد که، آیا تهافت آرای که در متون فقهی وجود دارد، مقنن را بر آن داشته تا با رعایت جانب احتیاط، خود را درگیر این اختلاف نظر ها نکند و تبیین ماهیت ابراء را به آیندگان واگذار کند؟ هدف این نوشتار، بررسی مفهوم و ماهیت ابراء در حقوق ایران با تاکید بر مبانی فقهی (که دائر مدار اسقاط و تملیک) و در نهایت اثبات ماهیت ایقاعی اسقاطی ابراء است. در این رابطه، به رویکرد قانون مدنی افغانستان و شارحین آن نسبت به ماهیت ابراء نیز توجه شده است. تا هنوز به شکل تطبیقی در نظام های مذکور به این مسأله پرداخته نشده، بنابر این کوشش شده است از روش جمع آوری اطلاعات از منابع مکتوب به شکل توصیفی، تحلیلی و تطبیقی به این مسأله در نظام های مذکور پرداخته شود. یافته های تحقیق نشان داد که در حقوق ایران و افغانستان ابراء، ماهیت ایقاعی داشته و با اراده منحصر و البته اعلام شده طلبکار به مدیون، واقع می‌گردد. متنها، در حقوق افغانستان برخلاف حقوق ایران، مدیون جنبه انفعالی صرف ندارد، و نقش او منفعل محض نیست. گرچه قبول بدهکار نیز در تأثیر ابراء به هیچ وجه ملاک نیست، لکن رد او مانع از اثر گذاری ابراء می‌شود و با اعلام رد، ابراء منتفی می‌گردد.

**واژگان کلیدی:** ابراء، ایقاع، اسقاط، تملیک، هبه، حقوق ایران، حقوق افغانستان.

<sup>۱</sup> . دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی جامعه المصطفی العالمیه – واحد گرگان- [sayed.maqsood2015@gmail.com](mailto:sayed.maqsood2015@gmail.com)

<sup>۲</sup> . دانش آموخته‌ای رشته‌ای حقوق خصوصی مقطع کارشناسی ارشد جامعه المصطفی العالمیه- واحد گرگان و عضو هیات

علمی دانشگاه جوزجان- [asif.fiazi300@gmail.com](mailto:asif.fiazi300@gmail.com)

## مقدمه

سقوط تعهدات به معنای زوال و از بین رفتن تعهداتی است که انجام آن بر عهده شخص قرار دارد. در حقیقت، در تعهد نوعی رابطه حقوقی ایجاد شده و در سقوط تعهدات، این رابطه زایل می‌شود. روابط حقوقی به اسباب متعدد و با منابع مختلف برای اشخاص ایجاد می‌شود که برای از بین رفتن و زوال آن، به گونه‌ای که در خصوص آن، دیگر الزامی برای متعهد وجود نداشته باشد، عوامل مختلفی دخیل هستند. یکی از اسباب سقوط تعهدات ابراء محسوب می‌شود. ابراء اصطلاحی است در فقه و حقوق به معنی چشم پوشی اختیاری طلب کار از طلب خود نسبت به شخص یا اشخاص دیگر. که در فقه به آن اسقاط ما فی الذمه گفته اند. ابراء به این معنا که زوال و سقوط تعهد با اراده شخص صورت می‌گیرد. ابراء تنها عامل سقوط تعهد است که علاوه بر اینکه با معنای سقوط تعهد سازگاری دارد، همه حقوقدانان نیز آن را به عنوان عامل سقوط تعهدات پذیرفته اند.

ضمناً بعد دیگر ابراء، یک نوع گذشت و صرف نظر نمودن از حق هست، عملی پسندیده که همواره مورد سفارش اسلام قرار گرفته است. اقدامی که از منظر روابط مالی، در زبان فقها تحت عنوان ابراء از آن یاد می‌شود. همین اقبال عمومی موجب شده است، این عمل نیک و ممدوح از عرصه اخلاق پای به دنیای حقوق بگذارد و با اتصاف به وصف حقوقی، واجد آثار و احکام قانونی گردد. منتها، از آنجا که ابراء واجد صبغه اخلاقی بوده و یادگار دوران گذشته است و در جهان معاصر با توجه به پر هزینه بودن معیشت نسبت به گذشته، کمتر می‌توان شاهد وقوع چنین عملی بود، ممکن است گفته شود دیگر باید ابراء را در شمار قوانین متروک و مهجور به شمار آورد و مباحث مربوط به آن را صرفاً از منظر تئوریک و نظریه پردازی و نه جنبه خارجی مطالعه نمود. اما از این افراط باید دست کشید. زیرا اولاً، ندرت استعمال یک عمل حقوقی با ترک و هجر آن ملازمه‌ای ندارد و حتی بی‌اعتنایی نسبت به قانون مستلزم بی‌اعتباری آن نیست. شمار مقررات این چنینی کم نبوده، ولی نفوذ و الزام قانونی آن‌ها بر کسی پوشیده نمی‌باشد. ثانیاً، گرچه ممکن

است در وضعیت کنونی کمتر شاهد وقوع ابراء باشیم، ولی حد اقل امکان حدوث آن در روابط مالی ناچیز و یا بین اشخاصی که بایکدیگر رابطه معنوی دارند، وجود دارد و حتی همین اندک احتمال نیز ما را ناگزیر از پرداختن به ماهیت این عمل حقوقی می‌نماید.

طوریکه تبیین گردید، یکی از مصادیق گذشت از حق، ابراء هست، حقوقدانان از آن به عنوان یکی از عوامل سقوط تعهدات نامبرده اند. که در گذشته ها پیرامون آن فقها و حقوقدانان مباحثی را مطرح نموداند، اما پیرامون ماهیت ابراء تا حال به شکل تطبیقی در حقوق ایران و افغانستان بحث مطرح نشده و هیچ پژوهش تطبیقی در این مورد صورت نگرفته است. بنابراین با توجه به اهمیت و جایگاه ویژه‌ای ماهیت ابراء در هردو نظام حقوقی (ایران و افغانستان) سوال که مطرح می‌گردد اینست که، ماهیت ابراء در حقوق ایران و افغانستان چیست؟ این تحقیق از جهت شیوه نگارش به صورت تطبیقی به رشته تحریر در آمده و با استفاده از منابع مکتوب به تحلیل و توصیف داده‌ها در هردو نظام حقوقی پیرامون ماهیت ابراء پرداخته است.

در این مقاله به مباحثی چون (مفهوم ابراء، ماهیت ابراء در حقوق ایران، مقایسه ابراء با مفاهیم و نهاد های مشابه و ماهیت ابراء در حقوق افغانستان) پرداخته خواهد شد.

## ۱. مفهوم ابراء:

ابراء در لغت، از ریشه بُرء و بُرء گرفته شده و در معانی مختلف همچون بیزار کردن از بیماری، رهانیدن، شفا بخشیدن، بیزار کردن از عیب و رهانیدن از دین به کار می رود (دهخدا، ۱۳۶۷: ۱۲) و در باب افعال از ریشه بری بمعنای تنزیه، تخلیص، بیزار کردن، به کردن، بهبود بخشیدن، درست کردن، شفابخشیدن، رهائی از دین و اسقاط حق ثابت در ذمه آمده است (انصاری و طهاری، ۱۳۸۴: ۶/۱).

ابراء در اصطلاح؛ عبارت از تنازل مجانی داین از حقی است که بر مدیون دارد، و تصرف تبرعی است. و هرگاه داین عین حق خود را بگیرد، این وفا است؛ و هرگاه در برابر حق خود

عوض بگیرد این، وفا به مقابل است و هرگاه از خود تنازل کند، نه عین آنرا بگیرد و نه عوض آنرا، این ابراء است و ابراء تصرف قانونی است که از یک جانب صادر می شود و آن از طرف داین است(عبدالله، ۱۳۸۷: ۳۹۵).

در فقه بحث مدونی به ابراء اختصاص داده نشده است بلکه، فقهاء ضمن بحث در ابواب مختلف فقهی و یا هنگام بیان تفاوت بین ابراء و دیگر معاملات، به برخی خصوصیات ابراء اشاره کرده اند. مشهور ترین تعریفی که برای ابراء در فقه امامیه ذکر شده، «اسقاط لما فی الذمه» می- باشد(حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۴)، یعنی، ساقط نمودن چیزی که در ذمه است. سایر تعاریف نیز حول همین تعریف یا مشابه آن است، مانند این تعریف: «الإبراء إعدام اشتغال الذمه؛ ابراء، از بین بردن اشتغال ذمه است»(خویی، بی تا: ۲۷/۶).

## ۲. ماهیت ابراء

### ۲-۱. فقه امامیه

مراد از ماهیت یک عنوان فقهی-حقوقی، حقیقتی است که توسط شارع یا واضع برای آن اعتبار شده است(باقری، ۱۳۸۲: ۱۵۷). از تعریف مشهوری که برای ابراء ارائه گردید چنین بر می- آید که ماهیت ابراء نه تملیک حق است و نه نقل آن به صورت بلاعوض؛ بلکه صرفاً اسقاط است. به همین جهت گفته شده است: «ابراء اسقاط محض است»(حلی، بی تا: ۳۲۶/۱۴). مقصود آن است که ابراء جنبه معاوضی نداشته و در برابر حقی که مورد ابراء قرار می گیرد عوضی وجود ندارد. متنها، بدیهی است که این حقیقت هیچ منافاتی ندارد با اینکه گفته شود، ابراء می تواند مشروط به عوض باشد(کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۷۹)؛ مانند هبه معوض که در آن، عوض در برابر خود هبه است نه در برابر آنچه که هبه می شود(ماده ۸۰۱ قانون مدنی ایران). استنباط بعدی از تعریف مزبور آن است که متعلق ابراء باید «حق» باشد نه حکم. زیرا حکم بر خلاف حق قابل اسقاط نیست(نایینی، ۱۴۱۸: ۲۸).

البته، آن حق باید بر عهده دیگری ثابت باشد نه آنکه مانند حق شفعه و حق الرهانه به عین خارجی و یا مانند اکثر خیارات، به نفس عقد تعلق داشته باشد(انصاری، ۱۴۱۰: ۲۴۷)؛ (مظفر، بی تا: ۱۴۳). گرچه حقوق مذکور نیز بنابه اصل، قابل اسقاط هستند(مواد ۴۴۸ و ۸۲۲ قانون مدنی ایران) (منتها در زیر مجموعه عنوان «ابرا» نمی‌گنجد. به بیان دیگر، ابراء به چیزی است که در «ذمه» تعلق می‌گیرد. زیرا، مشهور فقهاء تصریح کرده اند که ابراء اسقاط چیزی است که در ذمه می‌باشد و ذمه نیز، ظرف اموال اعتباری است(امام خمینی، ۱۴۱۶: ۳۵/۱).

بر این اساس، مشهور فقیهان ابراء را اسقاط می‌دانند نه تملیک (عاملی، ۱۴۱۰: ۳۹۵/۵)؛ (اصفهانی، ۱۴۱۶: ۴۷۲/۷)؛ (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۵۳/۱۲).. در همین راستا، ابراء مجهول نیز صحیح دانسته شده و دلیل آن نیز به خاطر حقیقت ابراء که همان اسقاط ما فی الذمه است بیان شده است(حلی، ۱۴۰۸: ۹۱). استدلال بیشتر فقهاء برای اسقاط بودن حقیقت ابراء این است که اگر ابراء تملیک باشد، به قبول نیاز خواهد داشت؛ چنین کاری تصرف در محدوده اختیارات فرد دیگری است. از این رو، رضایت او لازم است؛ در حالی که به نظر عرف و شرع، ابراء به قبول احتیاج ندارد(فقه اهل بیت، ۱۳۸۵: ۱۳۶). زیرا ابراء اسقاط حق است نه نقل ملک(وجدانی، ۱۴۲۶: ۹۴/۶).

در مقابل، عده‌ای فقهاء، ابراء را عقد و نیازمند قبول مدیون دانسته اند(ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۱۷۶/۳)؛ (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۴/۳)؛ (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۳۱۰)؛ زیرا ابراء مستلزم متنی بر مدیون است که بدون قبول او، نمی‌توان آن را نسبت به وی روا داشت(الراوندی، ۱۴۰۵: ۲۹۵/۲). در میان این دو گروه، برخی نیز، آن را مردد میان اسقاط و تملیک شمرده و معتقد اند، اگر تملیک باشد نیازمند قبول است و ابراء مجهول صحیح نیست(عاملی، بی تا: ۲۹۱). البته، به نظر می‌رسد منظور وی از تردید در حقیقت ابراء، اشاره به مبانی فقهی مسئله حتی نزد فقهای اهل سنت است. به هر حال بعضی از متأخرین در رد سخن وی گفته اند: «اگر منظور شهید این است که احتمال دارد حقیقت ابراء تملیک باشد و استعمال آن در غیر تملیک نادرست است، در این صورت تردید وجهی ندارد

و اگر منظور این است که کار عرف در مقام ابراء معلوم نیست که آیا تملیک است یا اسقاط، در این صورت نیز تردید وجهی ندارد، چون کار عرف در مقام ابراء، چیزی جز اسقاط نیست» (یزدی، ۱۴۱۰: ۵۸). البته، برخی از فقهاء معتقدند حتی هبه دین به مدیون هم در واقع ابراء است که نه تنها مسقط دین است بلکه حق رجوع نیز وجود ندارد (علامه حلی، بی تا: ۶۲۸).

## ۲-۲. حقوق ایران

در قانون مدنی ایران، ابراء مبحث سوم از فصل «سقوط تعهدات» را به خود اختصاص داده است. ماده ۲۸۹ قانون مدنی ایران ابراء چنین تعریف نموده است: «ابراء عبارت است از اینکه دائن از حق خود به اختیار صرف نظر کند». بر این تعریف ایراداتی وارد شده است. برخی از حقوقدانان از اختصاص تعریف و تکیه آن بر اثر ابراء و نپرداختن به ماهیت حقوقی آن انتقاد می-کنند و معتقدند، برای پرهیز از هرگونه ابهام، بهتر این است که در تعریف ابراء گفته شود: «ابراء ایقاعی است رایگان که به موجب آن طلبکار از حق خویش می‌گذرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۵۲). به نظر برخی دیگر، برای شناساندن حقیقت ابراء، در این ماده عبارات دقیق به کار نرفته است و حق این بود که ابراء چنین تعریف می‌شد: «ابراء عبارت است از اسقاط دین به وسیله داین» (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۳۱)؛ و به نظر بعضی دیگر، این تعریف گویا نیست، زیرا صرف نظر کردن از حق همیشه ابراء محسوب نم‌شود، بلکه ابراء، اسقاط حق دینی یا طلب است. علاوه بر آن، تعریف جامعیت ندارد و حتی ذکر شرایط در تعریف قابل ایراد است (قاسم زاده، ۱۳۸۸: ۲۸۷).

همان طوریکه گفته شد، مشهور فقهای امامیه ابراء را ایقاع می‌دانند. نویسندگان قانون مدنی ایران نیز مانند اکثر مباحث، از قول جمهور فقهای امامیه پیروی کرده اند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۳۵). در میان شارحان قانون مدنی ایران هم کسی دیده نشده که مخالف ماهیت ایقاعی ابراء بوده باشد.

با این وجود، برخی معتقدند که جا دارد گفته شود، ابراء ممکن است به شکل ایقاع و یا عقد و معوض باشد. همچنین از آنجا که قانونگذار ایران در تدوین قانون مدنی ایران به حقوق سوئیس و فرانسه نیز نظر داشته است، ممکن است این شائبه تقویت گردد که در تبیین ماهیت ابراء از مأخذ خارجی استفاده کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۵۲). از این رو، به تبیین ماهیت آن در حقوق این دو کشور - از زبان همان حقوقدانانی که این احتمال را بیان داشته اند- به طور فشرده می‌پردازیم و از تفصیل مطلب خود داری می‌کنیم، چون که این تحقیق را مجال آن نیست.

مطابق با ماده ۱۱۵ قانون تعهدات سوئیس، ابراء قرار دادی است که برای ابطال یا تقلیل یک طلب واقع می‌شود (واحدی، ۱۳۸۴: ۴۳). در قانون مدنی فرانسه، ابراء یکی از راه های سقوط تعهدات شمرده شده و مقررات مربوطه به آن در مواد ۱۲۸۲ تا ۱۲۸۸ آورده شده است. آنچه که از این مواد استفاده می‌شود این است که ابراء، عقد است نه ایقاع. بنابر این، نیازمند قبول مدیون خواهد بود؛ زیرا در دو ماده ۱۲۸۵ و ۱۲۸۷ از ابراء به اسقاط قرار دادی تعهد تعبیر شده است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۳۳). با وجود این، در حقوق فرانسه، پاره‌ای از نویسندگان اعتقاد دارند که ابراء به اراده طلبکار تحقق یابد و در زمره ایقاعات باشد و حتی بعضی به این نتیجه رسیده اند که پیش بینی ابراء قرار دادی مانع از آن نیست که ابراء با اراده طلبکار هم تحقق یابد، چنانکه مدعی طلب در دادرسی می‌تواند از دعوا صرف نظر کند، بدون اینکه نیاز به رضای طرف باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۶۷).

به هر حال، آنچه که در قانون مدنی فرانسه پذیرفته شده با مبانی فقهی که منبع اصلی قانونگذاری ایران است، در تضاد می‌باشد. از روح حاکم بر مواد مربوط به مبحث ابراء-مانند بیشتر مباحث- به راحتی می‌توان دریافت که قانونگذار ایرانی در تدوین مقررات قانونی، صرفاً از جهت شکلی به مأخذ فرانسوی متمسک شده و در مبنا و ماهیت همچنان خود را وامدار و مرهون فقه غنی میدانند (بهرامی، ۱۳۸۳: ۳۹ به بعد).

در زمان حاضر نیز توجه به اصل چهارم و بازخوانی اصل ۱۶۷ قانونی اساسی ایران، پذیرش این نظر را تقویت می‌کند: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدون بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند...». برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۵۸۵) نیز، انشای ماده ۹۵۵ قانون مدنی ایران<sup>۱</sup> و عطف به‌ماسبق شدن مفاد آن را مبتنی بر این فرض می‌دانند که همه احکام منطبق با موازین اسلامی است و با هم تفاوتی ندارند.

بنابراین، ابراء چیزی جز اسقاط حق نیست، و به همین جهت در قرآن، از ابراء به کلمه عفو تعبیر شده است (آیه ۲۳۷ سوره بقره).<sup>۲</sup> شاهد دیگر ما، نفوذ ابراء ذمه غایب (الحر العاملی، ۱۴۰۳: ۹۸) و میت است (ماده ۲۹۱ قانون مدنی ایران)، در حالی که اجبار متوفی به قبول ابراء، تکلیف به ما لایطاق است (افتخاری، ۱۳۸۲: ۳۲۰). باری، اگر قبول بدهکار رکن تحقق ابراء بود قانونگذار نیز به صراحت ورثه را چنین جانشین متوفی در این امر معرفی می‌نمود. مانند آنچه که برخی از فقهاء در خصوص وصیت تملیکی بیان داشته اند (عاملی، ۱۴۱۰: ۳۰۷/۵)؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۶۵). همچنین در موارد شک و تردید، به اصل رجوع می‌کنیم و اصل عملی در مسئله مورد بحث، عدم شرطیت قبول بدهکار است (لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۳۹).

ممکن است ایراد شود که در اینجا اصل فساد حاکم است. منتها اصل مذکور در جایی کاربرد داد که در تحقق و عدم تحقق عرفی یک عمل حقوقی تردید ایجاد شود (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۰۴)؛ (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۲۳) و گرنه باید به اصل صحت روی آورد (ماده ۲۲۳ قانون مدنی ایران)<sup>۳</sup> که مورد بحث ما نیز از قسم اخیر است.

<sup>۱</sup> . این ماده مقرر می‌دارد: «مقررات این قانون در مورد کلیه اموری که قبل از این قانون واقع شده معتبر است».

<sup>۲</sup> . «إلا أن يعفون...»

<sup>۳</sup> . هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود».



ایراد دیگر آن است که گفته شود قبول، رکن تحقق ابراء است و با شک در ارکان، اصل صحت جاری نمی‌شود. پاسخ که اولاً، اختلاف در نقش قبول کاملاً جنبه مبنایی دارد. ثانیاً، برخی از بزرگان، حتی جریان اصل صحت را در این مورد نپذیرفته اند (انصاری، ۱۴۱۴: ۴۱۷)؛ و برخی از نویسندگان معتقدند که همین مفهوم و کارایی از اصل صحت به حقوق موضوعه راه یافته است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۰۵).

ایراد دیگر آن است گفته شود اصل صحت در ایقاع جریان ندارد (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۰۱).

این گفته نیز با توجه به مفهوم عام عبارت «معامله» در ماده ۲۲۳ قانون مدنی ایران (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۵۷)، که در مقابل «عبادات» قرار دارد جای تأمل داشته و در میان فقهاء نیز پذیرفته نشده است (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۹۲/۱). حتی آنان که اصل صحت را در ایقاع نمی‌پذیرند به اصل فساد روی نمی‌آورند بلکه در صدد اثبات صحت ایقاع از راه های دیگری هستند (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۰۷ به بعد).

استدلال لزوم قبول مدیون به خاطر انسداد باب امتنان هم صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا ملازمه بین این دو مسلم نیست و اینکه صرف نظر کردن از حق و اسقاط آن بدون درخواست مدیون و یا کسب رضایت وی، خدشه‌ای به حیثیت و اعتبار بدهکار وارد می‌سازد، مورد تردید است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۳۹)؛ وانگهی، اثری که ابراء بر جای می‌گذارد ضروری به حال بدهکار ندارد و چه بسا در وضعیت اقتصادی کنونی مورد استقبال وی نیز قرار گیرد.

این ایراد هم که گفته می‌شود با وقوع ابراء، تصرف در دارایی دیگری (مدیون) صورت می‌گیرد از این رو رضای وی نیز لازم است، خالی از وجه است. زیرا، با وقوع ابراء، اسقاط حق صورت می‌گیرد و طلبکار فقط در دارایی خود تصرف می‌کند و مقصود وی اخراج طلبی از کیسه دارایی خود می‌باشد (کرکی، ۱۴۱۴: ۱۳۷)؛ متنها، این امر یک اثر غیر مستقیم هم دارد و آن بری گشتن ذمه مدیون نسبت به موضوع ابراء است. به بیان دیگر، طلبکار با این تصرف، حق مطالبه دین را از

خویشتن ساقط نموده است و از آن به بعد دین مزبور در شمار دارایی های او به حساب نمی- آید(باقری، ۱۳۷۹: ۳۸).

البته، حتی اعتقاد به اینکه ابراء مستلزم تصرف در دارایی دیگری است با توجه به «اصل تسلیط» ایراد چندانی ندارد؛ زیرا، طلبکار مالک مالی کلی است که برای اجتناب از ایرادات احتمالی(الماسی و اعظمی، ۱۳۹۰: ۵۰-۵۲)، صرفاً پایگاه آن، ذمه مدیون در نظر گرفته شده است(همان، ۴۸)؛ و بدیهی است که هر مالکی حق همه گونه تصرف در مایملک خود را دارد(ماده ۳۰ قانون مدنی ایران). گذشته از آن، در دنیای حاضر، روابط اجتماعی- حقوقی اشخاص به حدی در هم تنیده است که کمتر موردی را می توان مثال زد که در آن، نتیجه یک عمل حقوقی، به طور مستقیم یا غیر مستقیم در حقوق دیگران تأثیر گذار نباشد. در غیر این صورت، لازم می آید، وقوع و نفوذ عقد مملک غیر از بیع را که بین شریک ملک غیر منقول با ثالث واقع می شود، به طریق اولی منوط به تنفیذ یا عدم رد شفیع بدانیم، زیرا با وقوع و اثر گذاری آن عقد تملیکی، حق شفعه شریک از بین می رود و وی ناخواسته ملزم به پذیرش شریکی دیگر می گردد(ماده ۸۰۸ قانون مدنی ایران)؛ در حالی که هیچ قانونگذار و حقوقدانی- به رغم علم به این تالی فاسد- چنین اناطه ای را نپذیرفته است. همچنین، در این حالت باید برای بدهکار اهلیت رد نیز قائل شد(باقری، ۱۳۷۹: ۵۲). در حالی که در متون فقهی و حقوقی از لزوم اهلیت مدیون صحبتی به میان نیامده و نقش فعالی ندارد(کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۶۵).

حتی می توان گفت، پذیرش نظریه اناطه نفوذ ابراء به تنفیذ یا عدم رد مدیون بعضاً ممکن سات خود منجر به تالی فاسدی شود. تاجری را در نظر بگیرید که ورشکسته شده است و قطعاً حق دخل و تصرف در دارایی خود را به زیان غرماء ندارد(افتخاری، ۱۳۸۲: ۳۲۲). حال اگر در چنین موقعیتی یک یا چند نفر از دیان، ذمه وی را نسبت به طلب خود بری کنند، با دو وضعیت مواجه هستیم: الف- به صرف وقوع ابراء، ذمه ورشکسته بری می گردد و در نتیجه سایر ادیان به نحو مطلوب تر و یا به نسبت بیشتری می توانند به طلب خود دست یابند. ب- به صرف وقوع ابراء، ذمه

ورشکسته بری نمی‌گردد؛ بلکه نیازمند قبول مدیون است (نظریه اناطه)؛ که در مورد ورشکسته، قائم مقام او تصمیم‌گیری می‌کند (ماده ۴۱۸ قانون تجارت ایران). حتل اگر قائم مقام ابراء طلبکاران را نپذیرد، مغبون واقعی این وضعیت، طلبکارانی هستند که به امید نفوذ و تأثیر ابراء، در صدد دستیابی به احد اکثر طلب بر حق خود بوده‌اند. هرچند با پاسخی ساده می‌توان گفت (باقری، ۱۳۷۹: ۵۲)، رد مدیر تصفیه‌گویی خود تصرفی به زیان طلبکاران است که باید از انجام آن منع گردد (ملاک مواد ۴۲۳ و ۴۱۸ قانون تجارت ایران). متنها، آیا همین عدم امکان رد و در نهایت تحمیل این گذشت به بدهکار، مستلزم منت و ولایت بر ورشکسته نیست؟ اگر چنین باشد، باز هم به همان نتیجه‌ای خواهیم رسید که معتقدان به نظریه قبول بدهکار برای دفع باب امتنان بدان رسیده‌اند؛ یعنی پذیرش نظریه اناطه (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۶۷).

با این همه، این احتمال مطرح شده است که در ابراء، اسقاط و تملیک با هم وجود داشته و معنای تملیک نسبت به مدیون آن است که دین به ملکیت او در آمده و به همین میزان بر ثروت او افزوده شده است، که اگر تعهد او بخشیده نمی‌شد، باید معادل آن را از میان اموال خود جدا می‌کرد و به طلبکار می‌پرداخت و این همان معنای تملک دین بخشیده شده است (باقری، ۱۳۷۹: ۳۸). متنها، به نظر می‌رسد که مالی به مفهوم دقیق به ملکیت مدیون در نیامده است. چرا که اولاً، این نقل ملکیت به کدام یک از اسباب تملک بوده است؟ (ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران)؛ ثانیاً، هیچ کدام از طلبکاران احتمالی مدیون نمی‌توانند به بهانه وقوع این تملیک، از وی مطالبه همان طلب ابراء شده یا مبلغی معادل آن را نمایند و یا اساساً آن را در دارایی مدیون، توقیف کنند. همچنین، با وقوع ابراء از جنبه مثبت دارایی مدیون کاسته نمی‌شود ولی این به معنای افزایش آن هم نیست. با مراجعه به وجدان و عرف هم می‌توان به اسقاط بودن ابراء نظر داد (باقری، ۱۳۷۹: ۳۹).

از سوی دیگر، به نظر برخی از حقوقدانان، امکان رد ابراء از سوی مدیون، با ایقاع بودن آن منافات ندارد. ایشان معتقدند همین که ابراء بتواند بدون نیاز به تراضی واقع شود، کافی است که

ایقاع نامیده شود، هرچند که بدهکار بتواند نفوذ آن را رد کند. سپس آن را با وصیت عهدی مقایسه می‌نمایند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۶۹).

این درحالی است که در فقه امامیه، مدیون انفعالی محض دارد (حلی، بی تا: ۳۲۷/۱۴). هرچند امکان رد مدیون منافاتی با ايقاع بودن ابراء ندارد (باقری، ۱۳۷۹: ۵۱)، منتها محل مناقشه آنجاست که نظر مذکور، به نفس این ايقاع جنبه متزلزل می‌بخشد (اصغری و منصور، ۱۳۹۰: ۴۴). در حالی که نه تنها ايقاع خیاری و متزلزل پذیرفته نشده است (محقق، ۱۴۰۹: ۱۷)، وصیت عهدی نیز در زمان اثر گذاری جازم و غیر قابل رد است (ماده ۸۳۴ قانون مدنی ایران). به بیان دیگر، اگر گفته می‌شود که وصیت در زمان حیان موصی قابل رد است بدان خاطر است که در این مدت اثری ندارد زیرا، برخلاف ابراء به محض انشا- اثر گذار نیست و معلق بر فوت وصیت کننده است. ولی، ابراء به محض وقوع تأثیر گذار است و لذا، به نظر می‌رسد مقایسه ابراء با وصیت عهدی چندان توجیه پذیر نیست. وصتی عهدی لزوماً تصرفی است برای زمان پس از مرگ (ماده ۸۲۶ قانون مدنی ایران)؛ و به خاطر همین ویژگی، مبتنی بر احکام و آثاری است که بعضاً به جهت «مصلحت گرایی» و توجه به آخرین آمال موصی، از گستره قواعد عمومی جدا می‌شود؛ در حالی که ابراء، محدود به زمان بعد از موت نیست و تا آنجا که طبیعت آن اجازه دهد خود را در قالب «قواعد عمومی» حفظ می‌کند.

از سوی دیگر، وقوع ابراء مساوی است با تصرف در دارایی و به همین خاطر، ابراء کننده نمی‌تواند محجور و یا ورشکسته باشد (مواد ۲۹۰ و ۱۲۰۷ قانون مدنی ایران و ماده ۴۱۸ قانون تجارت ایران)، اما لزوم اصناف موصی به وصف رشد بی وجه است (عاملی، ۱۴۱۰: ۲۲/۵). زیرا، وصیت عهدی مستلزم دخالت در اموال و امور مالی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۴۱). همچنین، با وقوع ابراء، مقارن حذف جنبه مثبت از کیسه دارایی ابراء کننده، مظروف منفی ذمه بدهکار نیز زدوده می‌شود؛ ولی، وصیت عهدی صرفاً موجد تعهد به انجام کاری است که حتی در اغلب موارد فقط ایجاد «تکلیف» برای وصی می‌کند و تعهد به معنی خاص کلمه نیست. وانگهی، بر فرض که نظریه

امتنان را در مورد ابراء بپذیریم، وصی چه «متی» را بر دوش خود احساس می‌کند؛ بلکه حتی اگر بگویم وی اجرای متعلق وصیت، احسانی را در حق موصی یا متعهد له وصیت انجام داده و بدین ترتیب متی را بر دوش آنان نهاده است، گزافه‌گویی نکرده ایم. متزلزل بودن و قابلیت رد وصیت نیز به همین خاطر است. به هر حال، باید پذیرفت که ابراء به اراده طلبکار واقع می‌شود و بدهکار نه تنها در وقوع بلکه در استقرار آن نیز نقشی ندارد. به بیان دیگر، تراضی دو طرف شرط سقوط تعهد نیست و حتی بدهکار توان رد عملی را که در باره دارایی او نیز به طور غیر مستقیم تأثیر گذار است ندارد. نتیجه آنکه ابراء در شمار ایقاعات است.

### ۳- مقایسه ابراء با مفاهیم و نهاد های مشابه

#### ۳-۱. ابراء و اسقاط

اسقاط، از بین بردن حقی توسط صاحب حق می‌باشد که نوعی ایقاع است (لنگرودی، ۱۳۸۵: ۴۳)؛ یعنی مطلق رفع ید از صاحب حق، خواه آن حق به عهده دیگران باشد یا نباشد و فقط مربوط به خود ذی حق باشد؛ مانند حق ملکیت که به عین خارجی تعلق دارد و یا حق خیار که به عقد تعلق دارد (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۴: ۳۱۳/۲) در متون فقهی، اسقاط، به قطع طرف تعلق از متعلق آن تعریف شده است؛ یعنی با اعمال اسقاط، رابطه‌ای که به سببی میان ذی‌حق و متعلق حق وجود دارد، بریده و منقطع می‌شود (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۶۶). اسقاط حق، عملی است ارادی و در قلمرو اعمال حقوقی قرار می‌گیرد (مولودیف ۱۳۷۹: ۹۲). با این وجود، قانونگذار در همه جا برای بیان مفهوم اسقاط حق، اصطلاح واجدی را به کار نبرده است؛ بلکه از واژگان و اصطلاح متعددی بهره گرفته است. چنانکه، گاه برای بیان این مفهوم از کلمه اسقاط (ماده ۸۲۲ قانون مدنی ایران) و کلمات و عبارات هم‌ریشه آن مانند سقوط (ماده ۴۴۸ قانون مدنی ایران) اسقاط کردن (تبصره دوم ماده ۱۹ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب) استفاده کرده است (مولودی، ۱۳۷۵: ۸). ابراء نیز مصداق بارز اسقاط حق است و اصطلاحی است که به طور

معمول برای اسقاط حقوق دینی به کار می‌رود (مولودی، ۱۳۷۹: ۹۲). بنابر این، اسقاط اعم از ابراء است و نسبت به بین دو رابطه منطقی عموم و خصوص مطلق می‌باشد. (روحانی مقدم، ۱۳۸۵: ۸۳).

## ۲-۳. ابراء و اعراض

اعراض در لغت به معنی روی گردانیدن است و در صاطلاح حقوقی به معنی روی گردانیدن از چیزی است که در سلطه آدمی قرار دارد؛ بدون اینکه مالک، مالک، تملیک آن به دیگری و یا مباح ساختن منافع آن را بخواهد (محقق داماد، ۱۳۶۹: ۱۱-۱۲). اعراض نیز مانند ابراء سبب سقوط حق است (لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۳۶)؛ و تنها با اراده صاحب آن واقع می‌شود و نیاز به تراضی ندارد. در هر دو عمل حقوقی، نوعی انشاء عدمی رخ می‌دهد (لنگرودی، ۱۳۸۷: ۶۲). با وجود این، باید دانست که ابراء ویژه اسقاط حق دینی (تعهد) است و اعراض سبب سقوط حق عینی. اعراض بیشتر در مورد رها کردن ملک و گذشتن از حق مالکیت به کار می‌رود، ولی در سایر حقوق عین (مانند حق انتفاع و ارتفاق و رهن و تحجیر) نیز شایع است. اعراض یعنی حق انصراف انسان از مال خود و دست برداشتن از آن. پس، برخلاف ابراء که اختصاص به چیزهایی دارد که در ذمه باشد، هم عین معین و هم مال در ذمه را در بر می‌گیرد (فقه اهل بیت، ۱۳۸۵: ۱۳۳).

با وجود این، ارتباط اعراض و ابراء انکار ناپذیر است. مثلاً اگر کسی مالی نزد دیگری داشته باشد و متصرف به حکم قانون یا قرار داد متعهد به تسلیم آن به مالک باشد (مانند مستودع)، ابراء مالک مسئولیت متصرف را از بین می‌برد و در قلمرو حق عینی مؤثر می‌شود. ولی، در اصل حق عینی دخالت نمی‌کند و حتی حق مطالبه مالک در آینده را نیز از بین نمی‌برد؛ زیرا، ابراء متعهد به تسلیم به معنی اعراض از حق مالکیت نیست و مالکیت، امتیاز استیلاء بر آن را نیز در پی دارد (کرکی، ۱۴۱۴: ۱۳۸/۹)؛ (عاملی، ۱۴۱۳: ۳۶۹/۱). در مقابل، اعراض مالک، از مالی که در تصرف وی مورد تعهد دیگری است حق او را نسبت به آن مال زایل می‌کند و زوال این حق،

سقوط تعهد دیگری را نسبت به تسلیم آن به متعهد له دنبال خواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۶۲). به هر حال، مهم‌ترین تفاوتی که بین این دو وجود دارد آن است که ابراء مستقیماً سبب سقوط تعهد است، در صورتی که اعراض، به طور غیر مستقیم این اثر را دارد (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۳۰).

### ۳-۳. ابراء و نفی

ابراء جنبه انشایی دارد اما نفی جنبه اخباری دارد. مثلاً، اگر فردی بگوید من مالک این عین نیستم یا مرا بر فلانی حقی نیست، این نه اسقاط است و نه تملیک، بلکه آن را نفی نامیده اند، زیرا سخن او اخبار است نه انشاء (موسوعه، ۲۳۵/۸ به نقل از باقری، ۱۳۷۹: ۴۰).

### ۳-۴. ابراء و تحلیل

تحلیل یعنی کسی چیزی را حلال کند، صرف نظر از اینکه شارع مقدس باشد یا کسی باشد که شارع اختیار حلیت را به او تفویض نموده است، مانند ولی و مالک. به هر روی، موضوع تحلیل وسیع‌تر از حقوق در ذمه و حتی اموال می‌باشد. و به همین دلیل، اعم از ابراء است؛ اگر چه گاهی نتیجه ابراء را دارد (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۴: ۳۱۴/۲).

### ۳-۵. ابراء و عفو

عفو به معنای ساقط کردن کیفری است که بردیگران ثابت شده است. عفو به اعتباری مختص امور جزایی است (مواد ۹۶ الی ۹۸ قانون مدنی ایران و بند سوم ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی ایران) ولی از آن جهت که اختصاص به امور مالی ندارد و شامل حق ثابت در زمه و غیر ذمه (مانند حق قصاص یا قذف) می‌شود، عمومیت دارد (فقه اهل بیت، ۱۳۸۵: ۱۳۳). همچنان که بعضی از فقهاء گفته اند: «عفو برخلاف ابراء، به چیزهای ثابت در زمه اختصاص ندارد» (عاملی، ۱۴۱۳: ۳۱۱).

### ۳-۶. ابراء و تصدیق

صدقه دادن یعنی بخشش مال در راه خیر که در زمره عقود است (عاملی، ۱۴۱۰، ۱۹۱/۳). صدقه دادن به معنای عام بر هر معروفی صدق می‌کند؛ پس شامل وقف و ابراء نیز می‌گردد. منتها، علاوه بر عدم امکان رجوع و معتبر بودن طرف آن (حلی، ۱۴۱۸: ۱۵۹/۱)، وجه ممیزه اصلی صدقه از سایر عطایا، قصد قربت است (وجدانی، ۱۴۲۶: ۸۱/۶). در این معنا، صدقه دادن مابین ابراء است ولی بین معنای اول صدقه و ابراء، رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد؛ چه، اگر در ابراء و اسقاط ذمه دیگران نیز رضای خداوند لحاظ شود نوعی صدقه است، همچنان که صدقه دادن اعیان خارجی هم صدقه محسوب می‌شود، در حالی که لازم نیست ابراء به قصد قربت معروف باشد. (فقه اهل بیت، ۱۳۸۵: ۱۳۴).

### ۳-۷. ابراء و هبه طلب

برخی از حقوقدانان، این دو مفهوم را یکی می‌دانند و معتقدند قانونگذار نباید هبه طلب به مدیون را از ابراء جدا می‌کرد (لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴). این در حالی است که ایشان در جای دیگر معتقد است ابراء، ایقاع و اسقاط دین است و هبه دین، تملیک است نه اسقاط (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۳۵). در هر صورت، ماده ۸۰۶ قانون مدنی ایران برای «بخشش طلب به مدیون» عنوانی جدا برگزیده و آن را از اقسام هبه دانسته است. در این ماده چنین تذکره رفته است: «هرگاه دائن طلب خود را به مدیون ببخشد حق رجوع ندارد». بنابراین، بخشش طلب به مدیون بر خلاف ابراء که ایقاع می‌باشد، عقد است و از این رو اختلاف آن دو در آثار و احکام حقوقی می‌باشد؛ به عنوان مثال، در هبه طلب به مدیون، موضوع عقد باید معلوم و معین باشد در حالی که هرگاه مورد ابراء با کیفیت یا کمیت مجهول یا مردد باشد، ابراء صحیح است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۱۳۳). همچنین، اثر مستقیم هبه طلب و موضوع انشاء و اهب «جابجایی حق» است نه اسقاط آن. هر چند در اثر عقد مدیون مالک طلب می‌شود، منتها اجتماع دو عنوان طلبکار و بدهکار در یک شخص سبب سقوط



حق می‌شود و همان نتیجه ابراء را در پی دارد (نجفی، بی تا: ۱۶۵/۲۸). به بیان دیگر، ابراء به طور مستقیم سقوط حق را به بار می‌آورد و «بخشش طلب به مدیون» با واسطه و به صورت قهری چنین اثری دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۶۰)؛ (صادقی، ۱۳۸۴: ۲۱۳).

همچنین، هبه دین به مدیون متوفی امکان پذیر نمی‌باشد، در حلیکه ابراء ذمه میت صحیح است (ماده ۲۹۰ قانون مدنی ایران). در مسئولیت تضامنی، هبه طلب به یکی از مسئولان، او را در مراجعه به دیگران، محق و قائم مقام طلبکار می‌گرداند، در حالی که اثر ابراء ذمه وی، صرفاً بری شدن تمامی مسئولان در مقابل بستانکار خواهد بود، بدون اینکه وی حق مراجعه به سایر مسئولان را دارا باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۰۱). اگر زنی ذمه شوهر نسبت به مهر را ابراء نمود و شوهر قبل از نزدیکی وی را طلاق دهد- بر خلاف مورد هبه- متعهد به استرداد نیمی از مهر نمی‌باشد (ولویون، ۱۳۸۶: ۳۲۲). اگر بستانکار، ضامن را ابراء دهد، مشار الیه حق رجوع به مضمون عنه را ندارد؛ زیرا مالی از مالکیت ضامن در ادای دین مدیون اصلی کسر نشده است. منتها اگر تملیک صورت گیرد، به لحاظ وقوع مالکیت ما فی الذمه، دین ساقط شده و از حق رجوع برخوردار است (لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۳۵).

### ۳-۸. ابراء و بیع دین به مدیون

در خصوص حکم وضعی بیع دین، اقوال گوناگون است (رحمانی، ۱۳۸۴: ۴۳). برخی از فقهاء آن را جایز دانسته (طوسی، ۱۴۱۷: ۱۲۵/۳)؛ (عاملی، ۱۴۱۰: ۲۳/۴)؛ و عده‌ای میان دین حال و مدت دار (عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱۳/۳) و بعضی بین مدیون بودن مشتری با بیگانه بودن وی قائل به تفصیل شده‌اند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳۹/۲). به موجب ماده ۳۵۰ قانون مدنی ایران، مبیع ممکن است کلی فی الذمه باشد و عقد بیع اختصاص به عین معین ندارد. فقهای امامیه بیع دین به مدیون را درست می‌دانند، منتها بعضی در توصیف آن گفته‌اند ابراء است و اثر آن مردد بین تملیک و اسقاط است (عامی، بی تا: ۲۹۱). برخی از فقهاء نیز، به این اعتبار که انسان نمی‌تواند مالک چیزی شود که

خود عهده دار آن است، اثر بیع دین به مدیون را «اسقاط» دانسته اند نه تملیک (نجفی، بی تا: ۲۰۹/۲۲). این تعبیر دو مفهوم «بیع دین به مدیون» و «ابراء» را به هم نزدیک می‌کند. یعنی آن دو در مرحله انشاء متفاوت و از حیث اثر یکسان اند. زیرا، در ابراء، اسقاط حق، موضوع قصد انشاء است و در بیع دین نیز نتیجه برخورد تملیک دین با مانع (عدم امکان تسلط بر خویش) است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۶۴). البته، ابراء با شرط عوض، طبیعت معوض پیدا نمی‌کند. زیرا آنچه در برابر عوض قرار می‌گیرد، موضوع ابراء نیست، بلکه خود عمل حقوقی ابراء است و همبستگی و تلازمی بین مورد ابراء و مشروطاً به وجود ندارد.

### ۳-۹. ابراء و تبدیل تعهد

تبدیل تعهد را ماده ۲۹۲ قانون مدنی ایران در سه فرض پیش بینی کرده است (ساعی، ۱۳۸۶: ۱۵۴ به بعد). بدون آنکه تعریفی از آن ارائه کند (توکلی، ۱۳۷۶: ۸۷). ولی، نخستین فرض که در رابطه با تبدیل موضوع تعهد میان طلبکار و بدهکار است، مربوطه به بحث می‌شود. مطابق بند یک ماده ۲۹۲ قانون مدنی ایران، برای وقوع «تبدیل تعهد» باید دو دگرگونی همزمان در رابطه به طلبکار و بدهکار مقصود باشد و رخ دهد. نخست، تعهد جدیدی به وجود آید. مثلاً مدیون مقداری برنج متعهد شود که بهای آنرا بپردازد. سپس، تعهد پیشین ساقط شود. هر چند سبب این سقوط به ابراء می‌ماند ولی از بین رفتن دین نتیجه مبادله است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۶۵). منتها این تحلیل دقیق از منظر عرفی چندان واضح نیست و گویی که تعهد به تسلیم برنج تبدیل به تعهد به تأدیه پول شده است، در حالی که سقوط تعهد قبلی لازمه این عمل حقوقی است. در واقع، ملاک اصلی این است که دو تعهد جدید و قدیم از نظر ذاتی با هم مغایر باشند و تغییر صورت گرفته و تفاوت بین آن‌ها به حدی اساسی و بنیادین باشد که به هیچ روی نتوان آن دو را یکی دانست (علوی، ۱۳۸۹: ۱۴۰). به همین جهت، تبدیل تعهد در حکم پرداخت دین است (ماده ۲۷۵

۱. وقتی که متعهد و متعهد له به تبدیل تعهد اصلی به تعهد جدیدی که قائم مقام آن می‌شود به سببی از اسباب تراضی نمایند، در این صورت، متعهد به تعهد اصلی بری می‌شود».

قانون مدنی ایران) و با ابراء که دین را پرداخت نشده ساقط می‌کند تفاوت دارد. علاوه بر آن، از نظر ماهیت عمل حقوقی باید گفت که تبدیل تعهد برخلاف ابراء، عمل حقوقی دو سویه‌ای است که به تراضی واقع می‌شود و معمولاً صلح سبب آن است (کاتوزیان: ۳۶۵).

## ۴. حقوق افغانستان

فقه‌های اهل سنت نیز در باره ماهیت ابراء اختلاف نظر دارند؛ جمهور فقهای اهل سنت معتقدند که ابراء ایقاع است و نیازی به قبول مدیون ندارد و یا به مجرد ایجاب منعقد می‌شود، ولی برای مدیون نیز حق رد قائل هستند (باز اللبنانی، ۱۴۰۶: ۵۸۷). در حقوق افغانستان نیز ابراء به عنوانی یکی از اسباب سقوط تعهدات (انقضای وجبیه یا تعهد) یاد می‌شود. اما همان طور که گفته اند، هر ابرائی اسقاط است و هر اسقاطی ابراء نیست. در واقع باب چهارم جلد دوم کتاب حق قانون مدنی افغانستان به انقضای عقد یا همان سقوط تعهدات اختصاص دارد (مواد ۹۴۸ به بعد). که در این باب، اسباب انقضای عقد (اسباب سقوط تعهد) به دو قسم تقسیم شده اند که فصل اول آن اختصاص به سقوط تعهد بدون ایفای تعهد دارد. ابراء نیز در زیر مجموعه فصل اول جا دارد. و مواد (۹۴۹-۹۵۹) را در بر می‌گیرد. مواد ۹۴۹ و ۹۵۰ قانون مدنی افغانستان چنین مقرر میدارد: «ابرای حق، به شکل ابرای اسقاط، یا ابرای استیفاء صورت می‌گیرد. و ابرای اسقاط، آن است که دائن مدیون خود را از تمام یا از قسمتی از حق خود بری الذمه گرداند. ابرای استیفاء آن است که داین به قبض حق خود اقرار نماید». در مواد مذکور، قانونگذار افغانستان ابراء را ابتداء به دو قسم تقسیم و هر یک را به صورت مستقل تعریف نموده است.

ابراء تصرف قانونی است که به اراده داین واقع می‌گردد. منتها در این راه، به مدیون نیز این حق داده شده است که بتواند به محض آگاهی از وقوع ابراء، آن را رد نماید؛ بدون اینکه نفوذ ابراء مستلزم قبول وی باشد. در اعلام اراده مدیون هیچ توجیه و ذکر علتی لازم نیست؛ همان طور که طلبکار بی نیاز از ارائه توضیح در خصوص مبرا کردن ذمه مدیون است. با وجود این، اعلام رد

بدهکار همیشگی و مطلق نیست. بلکه دارای محدودیت زمانی می‌باشد و مقید به مهلت است. در واقع، مدیون اگر قصد رد کردن ابراء را دارد، باید اراده خود را در همان مجلس و زمانی که آگاه از وقوع ابراء شده است اعلام دارد. در غیر این صورت، دیگر قادر بر رد آن نخواهد بود. اما، اگر به موقع ابراء را رد نماید، دین به ذمه‌اش برمی‌گردد و اثر ابراء زایل می‌شود (السنهوری، ۲۰۰۸: ۹۷۶).

از طرف دیگر، ابراء یکی از اقسام تصرفات قانونی تبرعی است و تابع قواعد عمومی آن می‌باشد (ماده ۹۵۲ ق.م افغانستان).<sup>۱</sup> بنابراین، باید خالی از عیوب اراده باشد و اگر در اثر تدلیس یا اشتباه یا اکراه و سایر موارد معیوب کننده اراده واقع شود، قابل ابطال خواهد بود (ابوعمر، ۲۰۱۰: ۲۵۷).

به موجب حقوق اسلام ابراء، به اعتبارات مختلف به تقسیمات متعدد منقسم گردیده است: چنانچه به اعتبار شمول و عدم آن به عام و خاص، به اعتبار زمان، به گذشته و آینده و به اعتبار صیغه، به ابراء اسقاط و ابراء استیفاء، تقسیم گردیده است (مواد ۹۴۹ و ۹۵۰ قانون مدنی افغانستان)<sup>۲</sup> و ذکر این تقسیمات در این پژوهش خالی از فایده نخواهد بود، لذا هر یک را به صورت خیلی فشرده مورد تحلیل و ارزیابی قرار می‌دهیم:

#### ۴-۱. انواع ابراء از لحاظ شمول و عدم شمول

ابراء به اعتبار شمول و عدم شمول به دو نوع تقسیم گردیده است: ابراء عام و ابراء خاص.

۴-۱-۱. ابراء عام: عبارت از ابراء هر عین و حقی است که ابراء کننده در ذمه دیگر دارد..

---

<sup>۱</sup>. «برای صحت ابراء، داشتن اهلیت تبرع ابراء دهنده شرط است».

<sup>۲</sup>. «ابراء حق، به شکل ابراء اسقاط یا ابراء استیفاء صورت می‌گیرد» و «ابراء اسقاط، آنست که دائن مدیون خود را از تمام یا از قسمتی از حق خود بری الذمه گداند. ابراء استیفاء آن است که دائن به قبض حق خود اقرار نماید».

۴-۱-۲. ابراء خاص: ابرایی است که حق معینی را شامل می‌شود، چنانکه احم بگوید: دینی را که در ذمه تو برای من ثابت است، اسقاط می‌کنم در چنین حالات تنها همین ساقط می‌گردد (زهیلی، ۱۳: ج ۴۳۸۷/۶). از همین رو، ماده ۹۵۱ قانون مدنی افغانستان با اقتباس از فقه در این باره مقرر می‌دارد که «ابراء یا به صورت خاص از یک حق یا دعوی و یا به صورت عام از جمیع حقوق و دیون به عمل می‌آید».

## ۴-۲. انواع ابراء به اعتبار زمان

ابراء به اعتبار زمان به دو قسم تقسیم گردیده است: ابراء گذشته و ابراء آینده.

۴-۲-۱. ابراء گذشته: فقهاء معتقدند که اثر ابراء گذشته صرف شامل مواردی می‌شود که تاریخ آن گذشته باشد و شامل حقوق و دیونی که بعداً ایجاد می‌شود، نمی‌گردد؛ به قاعده‌ای استناد می‌نمایند که چنین مقرر می‌دارد: «برائت سابق بر بدین لاحق قابل تعمیم نیست».<sup>۱</sup>

۴-۲-۲. ابراء آینده: در رابطه به ابراء آینده فقهاء، به این نظر اند که به سبب عدم موجودیت محل آینده برای ابراء، صحیح نیست. (زهیلی، ۱۳: ج ۴۳۸۷/۶) مانند ابراء از حق نفقه دوران عدت قبل از طلاق.

## ۴-۳. ابراء به اعتبار صیغه

به نظر فقهای حنفیه ابراء، به اعتبار صیغه، به ابراء اسقاط و ابراء استیفاء تقسیم می‌گردد؛

۴-۳-۱. ابراء اسقاط: ابرایی است که به موجب آن دین از عهده مدیون ساقط می‌شود؛ مانند اینکه، دائن به مدیون بگوید: دینی که بر ذمه شما داشتم ساقط نمودم، که ممکن است چنین ابراء در قسمتی دین یا کل آن صورت پذیرد.

---

<sup>۱</sup>. «البرائت السابقة لا تعمل فی الدین اللاحق».

۳-۲-۴. ابراء استیفاء: عبارت از اقرار ابراء کننده مبنی بر قبض و یا استیفاء دین اوست، مانند اینکه: دائن به مدیون بگوید: حق خویش را استیفاء نمودم، و یا حق خویش را قبض نمودم. بدین لحاظ ماده ۹۴۹ قانون مدنی افغانستان با اقتباس از فقه در این باره چنین مقرر می‌دارد: «ابرای حق، به شکل ابرای اسقاط یا ابرای استیفاء صورت می‌گیرد». (عبدالله، ۱۳۸۷: ۳۳۰).

#### ۴-۴. آثار ابراء و رجوع از آن

یکی از مهم ترین مباحث هر عمل حقوقی، آثار مرتب بر آن است، ابراء، نیز از این حکم مستثناء نیست. بنابراین، اگر ابراء با رعایت شرائط آن، صورت پذیرد، آثار معین بر آن مترتب می‌گردد. مهم ترین اثری که بر ابراء مرتب می‌گردد، براءة ذمه مدیون است که بر حسب عام بودن و خاص بودن ابراء، فرق می‌نماید. پس، در صورتی که ابراء خاص باشد، دائن نمی‌تواند بعد از ابراء حقی را که از آن ابراء نموده است از مدیون مطالبه نماید. ولی، در صورتی که ابراء عام باشد، شامل جمیع حقوقی که از آن ابراء، صورت گرفته است می‌گردد، ولی شامل آنچه بعد از آن حادث می‌گردد، نمی‌شود. (همان، ص ۳۳۰).

#### ۴-۴-۱. رجوع از ابراء

در رابطه رجوع از ابراء در فقه دیدگاه‌های مختلف ذکر گردیده است؛ چنانچه فقهای احناف، حنابله و شافعی در این مورد، بر این باورند، که ابراء کننده نمی‌تواند بعد از ابراء، از آن رجوع نماید. فقهای مالکی نیز بر این نظر اند که ابراء کننده نمی‌تواند از ابراء بعد از قبول مبراً از ابراء رجوع نماید. بدین جهت، در صورتیکه ابراء کننده بعد از ابراء اقامه دعوی نماید، چنین دعوی قابل سمع نیست. چنانچه ماده ۹۵۹ قانون مدنی افغانستان با پیروی از فقه اسلامی چنین مقرر می‌دارد: «دعوی، در هر حقی که متضمن ابراء خاص یا ابرای عام باشد، قابل سمع نیست».

#### ۴-۴-۲. رد ابراء

در رابطه به رد ابراء، در فقه نظریات مختلف وجود دارد: فقهای شافعیه و حنابله بر این باور اند که ابراء با ایجاب تمام می‌شود و ضرورت به قبول مدیون ندارد. همچنین، ابراء به عدم پذیرش مدیون رد نمی‌گردد. زیرا به نظر فقهای مزبور ابراء اسقاط است. باوجود این، حنابله بر این نظر اند که ابراء، مانند اسقاط حق قصاص و شفعه اسقاط است. ولی، به موجب ۹۵۳ قانون مدنی افغانستان «ابراء موقوف به قبول مدیون نمی‌باشد، مگر به رد مدیون رد می‌شود. اگر مدیون قبل از قبول ابراء، وفات نماید، دین از ترکه او گرفته می‌شود» (عبدالله، ۱۳۸۷: ۳۳۱).

بنابر آنچه گفته شد، ابراء در حقوق افغانستان نیز عمل حقوقی یک طرف است که تنها با اراده داین واقع می‌شود و نیازمند قبول مدیون نیست. منتها، بر خلاف حقوق ایران، مدیون نقش انفعالی محض ندارد. گرچه قبول وی بی تأثیر است ولی رد وی واجد اثر بوده و ابراء را منتفی می‌سازد. پس باید پذیرفت که با رد ابراء از سوی مدیون نیز، تعهد به همراه تضمینات آن اعاده می‌شود.

از اینکه بیشتر موضوعات در حقوق افغانستان و مصر گرفته شده از فقه اهل سنت و به ویژه فقه احناف بوده، لذا در اکثر موارد به شمول بحث ابراء نظام حقوقی افغانستان و مصر با هم همخوانی دارند، در حقوق کشور های دیگری همچون عراق، لیبی، سوریه و الجزایر نیز تحت تأثیر افکار دکتر سنهوری پذیرفته شده است. به عنوان نمونه، ماده ۴۲۲ قانون مدنی عراق مقرر می‌دارد: «ابراء متوقف بر قبول بدهکار نیست اما اگر قبل از قبول رد نماید ابراء رد می‌شود و اگر پیش از قبول بمیرد دین را نمی‌توان از ترکه او گرفت». عین محتوای مطلب مذکور در ماده ۹۵۳ قانون مدنی افغانستان تذکر رفته و در این باره چنین مقرر می‌دارد: «ابراء موقوف به قبول مدیون نمی‌باشد، مگر با رد مدیون رد می‌شود؛ اگر مدیون قبل از قبول ابراء وفات نماید، دین از ترکه گرفته نمی‌شود».

## نتیجه گیری

همان طور که گفته شد، ابراء یک عمل حقوقی است و به خاطر همین ویژگی واجد احکام و آثار قانونی می‌باشد. اختلاف عقیده‌ای هم که در مورد ماهیت آن، چه در متون فقهی یا حقوق خارجی وجود دارد، ناشی از اختلافی است که بر سر اثر آن، می‌باشد. آنان که ابراء را موجد تملیک دین می‌دانند، به آن ماهیتی قرار دادی اعطاء کرده اند. اما حتی کسانی هم که اثر ابراء را تملیک نمی‌دانند، همگی منکر ماهیت عقدی آن نشده اند، و بعضاً نفوذ ابراء را نیازمند قبول مدیون دانسته اند؛ با این توضیح که دخالت در دارایی دیگری بدون رضای او ممکن نیست، و یا اینکه لزوم وجو قبول بدهکار، باب امتنان را می‌بندد و از تخفیف وی جلوگیری می‌کند.

در مقابل نیز گفته شده، ابراء موجد تملیک نیست، تا توهم لزوم وجود قبول بدهکار برای نفوذ آن از بین برود. بلکه اسقاط حق دینی است و این امر منحصراً در صلاحیت و اختیار صاحب حق می‌باشد. در تأیید این نظر به سابقه فقهی و تعریف فقهاء از ابراء اشاره شد: «اسقاط لما فی الذمه»، که به هیچ وجه دلالت بر تملیک ندارد. شاهد دیگر ما، نفوذ ابراء ذمه غایب و میت است، در حالی که اجبار آن‌ها به قبول ابراء، تکلیف به ما لایطاق است. کما اینکه تکلیفی برای قائم مقام آن‌ها نیز پیش بینی نشده است. همچنین در موارد شک و تردید، به اصل رجوع می‌کنیم و اصل عملی در مسئله مورد بحث، عدم شرطیت قبول بدهکار است، وانگهی، اثری که ابراء بر جای می‌گذارد ضروری به حال بدهکار وارد نمی‌کند و چه بسا در وضعیت اقتصادی کنونی مورد استقبال وی نیز قرار گیرد. به تالی فاسد پذیرش نظریه اناطه نفوذ ابراء به تنفیذ یا عدم رد مدیون نیز اشاره شد. نهایت اینکه در حقوق کنونی ایران، ایقاع متزلزل پذیرفته نیست و پذیرش نظریه ایقاع بودن ابراء به صرف اراده طلبکاران بدون دخالت اراده مدیون، مقبول و معتبر است. منتها، از قانونگذار ایران انتظار می‌رود در اصلاح و بازنگری و یا تدوین متون قانونی مربوط، توجه ویژه‌ای نسبت به ایقاع و احکام و آثار آن مبذول دارد. به هر حال، برای اتقان این نظر و نگارش مطلوب مقرره مربوط به ابراء، پیشنهاد می‌شود ماده ۲۸۹ قانون مدنی ایران به شرح زیر اصلاح شود: «ابراء، ایقاعی



ساده، بلاعوض و غیر قابل رجوع است که به موجب آن، متعهد له از حقی که دارد، صرف نظر می‌نماید».

در حقوق افغانستان نیز دیدیم که ابراء، ماهیت ایقاعی دارد و با اراده منحصر و البته اعلام شده طلبکار به مدیون، واقع می‌گردد. منتها، برخلاف حقوق ایران، مدیون جنبه انفعالی صرف ندارد، و نقش او منفعل محض نیست. گرچه قبول بدهکار نیز در تأثیر ابراء به هیچ وجه ملاک نیست، لکن رد او مانع از اثر گذاری ابراء می‌شود و با اعلام رد، ابراء منتفی می‌گردد.

## فهرست منابع

### قرآن کریم

### الف - فارسی

۱. اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ منصور، بهزاد (۱۳۹۰)، «بررسی فقهی حقوقی خیار شرط در ایقاع» مجله مطالعات اسلامی، شماره ۸۶/۱.
۲. افتخاری، جواد؛ (۱۳۸۲) حقوق مدنی ۳، کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران؛ میزان.
۳. امامی، سید حسن (۱۳۸۴) حقوق مدنی، جلد اول، تهران، اسلامیه.
۴. باقری، احمد؛ (۱۳۸۲) بررسی تحلیلی مبانی فقهی قانون مدنی (ضمان، حواله، کفالت)، تهران.
۵. باقری، احمدی، (۱۳۷۹) «ماهیت ابراء» نشریه دانشکده الهیات مشهد، شماره ۴۹ و ۵.
۶. بروجردی عبده، محمد؛ (۱۳۸۰). حقوق مدنی، تهران؛ گنج دانش.
۷. بهرامی احمدی، حمید؛ (۱۳۸۳) «تاریخچه تدوین قانون مدنی» مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق، شماره ۲۴.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۵) ترمینولوژی حقوق، تهران؛ گنج دانش.
۹. -----؛ (۱۳۷۸) حقوق تعهدات، تهران، گنج دانش.
۱۰. حیدر، علی؛ (۲۰۰۳ م.) شرح مجله الاحکام، ریاض؛ انتشارات ریاض.

۱۱. روحانی مقدم، محمد؛ (۱۳۸۵) «ویژگی های حق از منظر فقه امامیه»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۶.
۱۲. شهیدی، مهدی؛ (۱۳۸۶). سقوط تعهدات، تهران، انتشارات مجد.
۱۳. صفایی، سید حسین، (۱۳۵۱) حقوق مدنی، جلد دوم، تعهدات و قرار داد ها، تهران؛ موسسه عالی حسابداری.
۱۴. عبدالله، نظام الدین؛ (۱۳۸۷) حقوق وجایب، کابل؛ انتشارات سعید.
۱۵. قاسم زاده، سید مرتضی؛ ره پیک، حسن، گیایی، عبدالله؛ (۱۳۸۴) تفسیر قانون مدنی، تهران؛ سمت.
۱۶. کاتوزیان، ناصر؛ (۱۳۸۴) اعمال حقوقی، تهران؛ شرکت سهامی انتشار.
۱۷. ژوبل، محمد عثمان، و دیگران، (۱۳۸۸) دوره حقوق وجایب، کابل؛ انتشارات سعید.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی؛ (۱۴۰۹) قواعد فقه، جلد اول، تهران؛ مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۹. واحدی، جواد؛ (۱۳۸۴) ترجمه قانون تعهدات سوئیس، تهران، میزان.

#### ب- عربی

۲۰. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین؛ (۱۴۱۴ ه. ق) ( لسان العرب، جلد اول، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۲۱. الجمال، مصطفی؛ (۲۰۰۹ ه. ق) مصادر و احکام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية.
۲۲. انصاری، مرتضی؛ (۱۴۱۴ ه. ق) رسائل فقهیه؛ قم؛ کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
۲۳. جمعی از نویسندگان، (۱۴۲۴ ه. ق) موسوعه فقه اسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت، جلد ۲ ریال قم، موسسه دایره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول.
۲۴. الحر عاملی، محمد بن حسن؛ (۱۴۰۳ ه. ق) وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، تهران؛ مکتبه الاسلامیه.
۲۵. حلی، ابن ادریس؛ (۱۴۱۰ ه. ق) السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد دوم و سوم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

٢٦. السنهوري، عبدالرزاق، (٢٠٠٩ م) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجلد الثالث، منشورات حلي لبنان.
٢٧. طباطبائي، سيد علي؛ (١٤١٨ هـ. ق) رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، جلد ١٢، قم، مؤسسه آل البيت.
٢٨. عاملي، محمد بن مكي؛ (١٤١٤ هـ. ق) الدروس الشرعية في فقه الاماميه، جلد سوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامي.

### ج- قوانين

٢٩. قانون مدني افغانستان (١٣٥٥ هـ. ش) منتشره جريده رسمي وزارت عدليه.
٣٠. قانون مدني ايران، (١٣٧٤ هـ. ش).

## آسیب‌های اخلاق قضاوت در نظام حقوقی ایران و افغانستان

معراج الدین «سراجی»<sup>(۱)</sup>

### چکیده

معیارهای رفتاری که با حکم شریعت، قانون و اخلاق حسنه جامعه رعایت آن بر قضات لازم است، اخلاق قضات را شکل می‌دهد. اخلاق قضات تاحدی دارای اهمیت است که در اندیشکده-ای حقوق، تأمین عدالت و احقاق حقوق بدون رعایت آن غیر ممکن تلقی شده است. استقلال قضایی که از مهم‌ترین مؤلفه‌های اخلاق قضات می‌باشد، مستلزم استقلال نهادی و فردی قضات است. استقلال قضایی نهادی با تحقق استقلال در صلاحیت قضایی، استقلال در صلاحیت قانونگذاری، در امور قضایی و استقلال در امور اجرایی و اداری، تکامل خواهد یافت. همچنین استقلال فردی قضات مستلزم سلامتی روش انتصاب قضات، مصئونیت شغلی، مصئونیت از تعقیب کیفری، امنیت مالی و ترفیع قضات می‌باشد. بررسی رویکرد نظام حقوقی ایران و افغانستان نشان می‌دهد که مؤلفه‌های استقلال قضات، به کیفیت اشاره شده، را عوامل گوناگون ناشی از کاستی در قانون‌گذاری، ضعف آموزشی، ضعف تجربه، و در مواردی متعهد نبودن قضات به ارزشهای اجتماعی و ...، آسیب‌پذیر ساخته است. طبیعی است که سطح تأثیرات منفی این عوامل بر استقلال قضات، در هر دو نظام حقوقی، یکسان نبوده و هر کدام دارای جنبه‌های مثبت و منفی می‌باشد. اصل بی‌طرفی قاضی نیز در هر دو نظام حقوقی با تفاوت‌هایی، به شدت آسیب‌پذیر است. البته عوامل آسیب‌زننده اصلی بی‌طرفی، کمتر ناشی از کاستی‌ها در قوانین و بیشتر ناشی از اعمال شخصی قاضی از قبیل تعصب و غرض‌ورزی بیرونی، تعصب و غرض‌ورزی

<sup>۱</sup> - دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه بین‌المللی المصطفی - واحد گرگان -

درونی و عدم رعایت قواعد حقوقی حاکم بر بی طرفی است. افزون بر موارد گفته شده، مهارت- های قضایی و مدیریتی نیز در حوزه اخلاق قضات در هردو نظام حقوقی با کاستی‌های قانون گذاری و آسیب‌های شخصیتی قضات از قبیل ضعف علمی، عدم مهارت و جرئت، ضعف برقراری ارتباط سالم با اصحاب دعوا و عدم اعتدال وضعیت روحی و جسمی قاضی و ...، مواجه می باشد.

**واژگان کلیدی:** اخلاق قضاوت، آسیبهای اخلاق قضاوت، نظام حقوقی ایران، نظام حقوقی افغانستان، راه حل‌ها.

## مقدمه

سلامتی جوامع برپایه های عدل استوار است عدالت قضایی اساسی ترین نقطه محوری در تأمین عدالت و احقاق حقوق تلقی می شود. معیارهای رفتاری قضات از مهم ترین عامل مؤثر در تحقق عدالت می باشد. لذا جایگاه قضاوت، علاوه بر تخصص علمی و عملی، نیاز به ملکه سلوکی و رفتاری نیز دارد که آموزه های دینی، اسناد ملی و بین المللی در مورد اخلاق قضات، به منظور تأمین همین هدف و وضع شده است. از آنجایی که قضات با جان، عرض، آزادی، مال و ناموس شهروندان تعامل دارند، نقش قضات در حفظ ارزش های انسانی می تواند با رعایت رفتارهای مسلکی، سازنده و یا با عدم رعایت آنها، سوزنده باشد. باتوجه به اینکه عوامل متعددی می تواند ارزش های اخلاقی قضات و جایگاه رفیع قضاء را تهدید نمایند و در نتیجه کل نظام قضاء یک کشور را متأثر سازد. تقویت اخلاق رفتاری قضات و حمایت از آن، دو بالی است که قضاء را در جهت تحقق عدالت و احقاق حقوق می تواند به پرواز در آورد. طبق ضرب المثل معروف که گفتند «آباد ساختن، دشوار و خراب کردن، آسان» ، با صرف نیروهای بشری، مالی و زمانی فراوانی می توان دستگاه قضایی سالمی ایجاد کرد، اما نبود اصول و مکانیزم لازم جهت جلوگیری از تخلفات قضایی و احیای ارزشهای رفتاری قضات، خیلی سریع می تواند نظم قضایی را بهم بزند و سبب کاهش اعتماد نسبت به دستگاه قضاء گردد.

با توجه به آنچه گذشت و نظر به موضوع انتخابی شده، پرسشی که مقاله ای پیش رو به آن پاسخ خواهد داد این است که ارزشها و اصول اخلاقی قضات را کدام عوامل و پدیده ها می توانند آسیب

بزنند؟ علی رغم اینکه قوانین ملی جمهوری اسلامی ایران و جمهوری اسلامی افغانستان و همینطور اسناد بین المللی، همواره بر حفظ ارزشهای رفتاری قضات همچون استقلال، بی طرفی، سلامت، نزاکت، برابری، صداقت، پشتکار و غیره، تأکید دارند، اما دیده می شود که این ارزشها در غالب موارد آسیب پذیر می باشند. عوامل متعدد مادی و معنوی (ناشی از ضعف قانون گذاری و عدم تعهد قضات به این ارزشها)، از جمله این آفت ها و آسیب ها محسوب می گردند. شناسایی و تشخیص عوامل آسیب زننده بر رفتار سلوکی قضات، به مراجع مسئول کمک شایان می کند تا تدابیر علمی و عملی را به منظور رفع و دفع آسیب های اخلاق قضایی در حوزه قوانین و دادگاه ها به منصفه اجراء و تطبیق قرار دهند.

اخلاق مسلکی قضات که مجموعه اصول حقوقی بوده، بخش اعظم آن وارد قوانین و مقررات شده و برخی هم در حوزه نظریات حقوقی و فقهی باقی مانده است باور برین است که شناخت آسیب های اخلاق قضات، مستلزم معرفی مختصری از اصول مسلکی قضات است؛ لذا این اصول را نخست تحت عنوان مبحث کلیات و با رعایت اختصار لازم توضیح خواهیم داد، سپس سعی می - نماییم آسیب های اخلاق قضات را در نظام حقوقی ایران و افغانستان، تشخیص و در نتیجه راهکارهای اصلاحی ارائه گردند.

## ۱- مفاهیم

### ۱-۱- اخلاق

واژه «اخلاق» جمع خلق و خوی به معنای سرشت، خوی، طبیعت و امثال آن؛ که معنای صورت درونی و باطنی و ناپیدای آدمی به کار می رود که با بصیرت درک می شود؛ در ماقبل خلق که به صورت ظاهر انسان گفته می شود، که با چشم قابل روئیت است. (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۸۶) اخلاق حرفه ای مجموعه آداب و شیوه های رفتار پسندیده ای است که صاحبان مشاغل در حرف گوناگون باید رعایت کنند و مجموع صفات و اعمال ناپسندی که مردم از آن اجتناب کنند. این امر در مورد هر شغل و حرفه ای بسته به مقتضیات و ضرورت متفاوت است. پس لازم است اخلاق حرفه ای را در هر شغل و حرفه ای بطور خاص تعریف و تبیین کرد. (ادبی مهر، ۱۳۸۹: ۹)

اخلاق حقوقی / قضایی، یکی از شاخه های اخلاق حرفه ای است، بنا برین اخلاق قضایی عبارت از مجموعه قواعد رفتاری است که قضات با توجه به مسئولیت حرفه ایی، مکلف به رعایت آن ها می باشند.

### ۱-۲- قضاوت

«قضاوت» و «قضاء» در لغت عرب از ریشه فعل «قضی یقضی» است که اسم فاعل آن قاضی است در اصل این لفظ به معنای «حکم» آمده است و سایر معانی از لوازم معنای مجازی حکم است. در آیه «یا داود إنا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق» سوره ص آیت ۲۶ «حکم» در همین معنا که حل و فصل منازعات است، وارد شده است. از نظر اصطلاحی، قضاوت عبارت است از فصل خصومت از سوی قاضی (جعفری لنگردوی ۱۳۷۲: ۳۷۲) طبق بند (۶) ماده (۴) قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان: «قضا، حکمی است که توسط قاضی به الفاظ و کلمات مخصوص به صورت قطع و جزم صادر می شود». با این حال درین بحث قضاوت به مفهوم عام آن، شامل جریان دادرسی و صدور رأی می باشد.

### ۱-۳- آسیب ها

منظور از آسیب یا آفت در مسائل اجتماعی، ظهور عیب و نقص و خروج از وضع طبیعی و پیدایش تباهی است؛ چنانکه آسیب یا معادل آن، آفت در زبان عربی به معنای عامل تباه کننده ای است که به چیزی اصابت کنند. «الآفة عرض مفسد لما اصاب من شیء» (فاطمه، دسترنج، ۱۳۹۵: ۱) بنابراین هرپدیده اعم از رفتار، گفتار، صفات، روشهای قانونگذاری و... که به آداب و شیوه های رفتار پسندیده صاحبان شغل قضاوت که رعایت آن به عنوان ارزش برقصات به حکم قانون یا اخلاق عمومی لازم باشد، صدمه وارد کند، به عنوان عامل آسیب زننده به اخلاق قضات موضوع بحث ما خواهد بود.

### ۲- استقلال قضایی

استقلال قضایی عبارت است از آزادی عمل واقعی و ظاهری در اتخاذ تصمیم یا اظهار نظر و بیان اظهارات، حسب مورد برطبق قانون، محتویات پرونده، وجدان و واقعیات، به دور از هرگونه فشار

یا مداخله از سوی هر شخص حقیقی یا حقوقی (ناجی زواره، ۱۳۸۹: ۷۶) برخی گفته اند: "استقلال قضایی در بردارنده این مفهوم است که دادرس به هنگام صدور رأی، تنها به قانون و وجدان توجه داشته باشد و از دخالت دادن دستورها، نظرها و خواسته‌های دیگران پرهیزد (آخوندی، ۱۳۹۰: ۳۷۵) استقلال قضایی واقعی بستگی دارد که دستگاه قضاء از نظر تشکیلات، صلاحیت و تصمیم قضایی، دارای اختیار کامل بوده، و قضات از هیچ تهدیدی نهراسند و بیم انفصال، تنزیل رتبه و مقام، تغییر محل خدمت و موقعیت شغلی به خود را راه ندهند. استقلال قاضی امنیت قضایی او را تضمین میکند و در نتیجه قضاء برای حفظ حقوق و آزادی‌های انسانها، پناه گاه مهمی قرار می‌گیرد.

اصل استقلال قضایی، در اولین سرچشمه اسلام (قرآن) مورد توجه قرار گرفته است چنانچه مراجعه به دستگاه قضای اسلامی و اجتناب از سایر مراجع را شرط مسلمانی شمرده شده و اطاعت از فرمان الهی واجب دانسته شده است، لذا استقلال قضاء در اسلام از اهمیت بسزایی برخوردار است که تمرد از آن و انحراف از عدالت قضایی، گاهی به فاسق شدن، گاهی به ظالم شدن و گاهی به کافر شدن تعبیر شده است<sup>۱</sup> (دانش، سرور ۱۳۹۴: ۶۹۷) مهم اینکه در رعایت این اصل تمایزی بین مسلمان، کافر، فقیر و غنی، مرد و زن و رنگ و نژاد، اقارب، بیگانه، دوست و دشمن وجود ندارد. این خود به مفهوم استقلال واقعی قضاء است؛ بنابراین هر پدیده‌ای این اهداف را تضعیف و متأثر سازد، آسیب زننده به استقلال قضایی تلقی شده و از دید اسلام طبق قاعده «وسیله‌ای امر نامشروع، نامشروع است»، ممنوع و مردود است. استقلال قضایی در مفهوم عام آن به استقلال نهادی یا سازمانی و استقلال فردی، تقسیم شده است.

## ۲-۱- آسیب‌ها پیرامون استقلال نهادی قضاء

استقلال نهادی قضاء، مستلزم آنست که تشکیلات، وظایف و صلاحیت‌های هر کدام از سه قوه باید در قانون مشخص و از همدیگر مجزا باشد و در ساحت وظایف کاری شان تداخل و تزامم وجود نداشته باشد تا هرگونه مداخله و تاثیر گذاری غیر مجاز قوه‌های دولتی بر همدیگر ممنوع و جرم پنداشته شود ازین نوع استقلال به استقلال نهادی تعبیر می‌گردد.. مؤلفه‌های استقلال نهادی

<sup>۱</sup> -سوره مائده آیت ۴۴ تا ۴۶.



عبارت اند از استقلال در صلاحیت قضایی، استقلال در قانون گذاری و استقلال در امور اجرایی و اداری. چه عوامل به آنها می‌تواند آسیب بزند؟ در زیر به پاسخ این سوال می‌پردازیم.

## ۲-۲- آسیب های استقلال در خصوص صلاحیت قضایی

با توجه به اینکه اصلی ترین وظیفه قوه قضائیه حل و فصل دعاوی و رسیدگی به پرونده‌های قضایی است، این دستگاه باید بتواند محدوده صلاحیت خویش را به طور مقتضی تشخیص دهد و این تشخیص مصئون از مداخله سایر قوا قرار گیرد. (رستمی و دیگران ۱۳۸۸: ۲۷) طبق اصل نخست اصول بنیادین، دیگر قوای حکومت و از جمله دیگر نهادها وظیفه دارند استقلال قوه قضائیه را رعایت کنند و محترم بشمارند. و بر اساس اصل چهارم از اصول بنیادین «هیچ گونه مداخله نا مناسب و ناموجه نباید در فرایند قضایی پدید آید و تصمیمات قضایی دادگاه‌ها نباید مورد تجدیدنظر قرار گیرد. این اصل نظر منفی نسبت به تجدیدنظر یا تخفیف مجازات یا تبدیل مجازات به اخف در زمینه احکام صادره مراجع صلاحیتدار توسط قوه قضائیه مطابق با قانون ندارد» در راستای جریان این قسم از استقلال نهادی قوه قضائیه، استتکاف صاحب‌منصبان و مستخدمان و مأموران دولتی و شهرداری‌ها از «اجرای احکام یا اوامر مقامات قضایی» در ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ جرم‌انگاری شده و مجازات انفصال از خدمت دولتی از یک تا پنج سال را در بردارد. نا به موارد یاد شده به نظر می‌رسد به ملاحظه بستر قانونی، زمینه مناسبی برای تحقق استقلال در تصمیم گیری قوه قضائیه در نظام حقوقی ایران وجود داشته باشد. (نادر میرزاده کوهشاهی و غیره ۱۳۹۹: ۲۵۸)

در نظام حقوقی افغانستان بر اصل صلاحیت قضایی قوه قضائیه تأکید شده است چنانچه از یک طرف ماده ۱۲۰ قانون اساسی افغانستان رسیدگی به تمام دعاوی اشخاص حقیقی و حقوقی را مشمول صلاحیت قوه قضائیه دانسته و از طرف دیگر ماده ۱۲۲ قانون مذکور، اعلام می‌دارد که هیچ مرجعی نمی‌تواند قضیه‌ای را از دایره‌ای صلاحیت قوه قضائیه خارج و به مرجع دیگری تفویض نماید. با اینکه فیصله های قطعی و نهائی قوه قضائیه بر قوه اجرائیه واجب التعمیل دانسته شده است (ماده ۲۹ قانون مذکور) همچنان برای موظف خدمات عامه که نزد قاضی به سیغه امر، التماس، خواهش و یا سفارش واسطه شود، مستحق مجازات پیش بینی شده است (ماده

۴۰۴ کود جزای افغانستان). با این حال دیده می‌شود در کلیت طوریکه در ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی ایران عدم اجرای اوامر واحکام قوه قضائیه جرم تلقی شده است، در قوانین افغانستان چنین احکام صریحی به نظر نمی‌رسد که می‌تواند تضعیف‌کننده‌ی استقلال قضایی باشد.

### ۲-۳- آسیب‌های ناظر به صلاحیت قانون‌گذاری در حوزه قضایی

باتوجه به تخصصی بودن امور قضایی و نظر به اینکه مسئولان دستگاه قضایی با مسائل و مشکلات امور قضایی آشنایی بیشتر دارند، باید قوه قضائیه صلاحیت مستقل قانون‌گذاری در حوزه قضایی را داشته باشد؛ تا با وضع مقررات لازم، بتواند چالش‌های قضایی را برطرف سازد. در مهرماه ۱۳۹۲، مجلس شورای اسلامی با تصویب قانون الحاق یک تبصره به ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات رییس قوه قضائیه، امکان ارسال لایحه توسط دستگاه قضایی به مجلس را فراهم آورد. درین ماده آمده است: «در صورتی که دولت در مدت مذکور نتواند نسبت به تصویب و ارسال لایحه به مجلس اقدام کند و سه ماه دیگر از مهلت قانونی آن بگذرد، رییس قوه قضائیه می‌تواند لایحه را مستقیم به مجلس ارسال کند»

علاوه بر امکان همکاری قوه قضائیه در تنظیم لوایح و ارسال آن به هیئت دولت، این امکان نیز فراهم است تا از طریق تصویب آیین‌نامه، بخشنامه، دستور العمل و غیره در زمینه موضوعات قضایی به تنظیم مقررات مدنظر خویش اقدام کند. حسب نظریه شماره ۹۰/۳۰/۴۳۴۵۸ مؤرخ ۱۳۹۰/۶/۲ شورای نگهبان گرچه صلاحیت قوه قضائیه در زمینه وضع آیین‌نامه برای دستگاه‌های خارج از قوه قضائیه محدود شده است، ولی به صراحت اعلام شده است در صورت تصویب آیین‌نامه در حدود اختیارات مذکور در قانون اساسی، آیین‌نامه مصوب ایشان برای همه دستگاه‌ها، لازم‌الاجرا تلقی می‌شود. (کوهشاهی و غیره ۱۳۹۹: ۲۵۸). به نظر می‌رسد که با این روش استقلال قوه قضائیه در محاذ قوه مجریه در طرح قانون، تأمین شده است، اما تمرکز این صلاحیت در اختیار یک فرد می‌تواند به استقلال فردی قضات با اعمال دیدگاه‌های رییس قوه قضائیه در قالب آیین‌نامه آسیب بزند. در حالیکه در نظام حقوقی افغانستان صلاحیت تسوید و طرح قانون به دادگاه عالی داده شده و تصویب آن از صلاحیت قوه مقننه است (ماده ۹۴ق.ا.ا) اما

تصویب مقرر، تعلیمات‌نامه، لوایح و رهنمود (بخشنامه) از صلاحیت شورای عالی دادگاه بوده (بند ۷ ماده ۳۱ ق.ت.ص.ق. ۱)، باید در طرح قانون و تصویب مقرر به تعداد نه نفر اعضای دادگاه عالی به شمول رییس آن دخیل و تصمیم گیرنده باشند. به نظر می‌رسد که در روش قانون گذار افغانستان، استقلال قضاء در امور قانونگذاری بهتر در نظر گرفته شده است و از تمرکز این صلاحیت در اختیار یک شخص که استقلال فردی قضات را آسیب بزند، جلوگیری شده است.

## ۲-۴- آسیب‌های استقلال در امور اجرایی و اداری

اصول ۱۵۷ و ۱۶۰ قانون اساسی، مسئولیت تمام امور قضایی، اجرایی و اداری و همین طور امور استخدامی قوه قضائیه را از اختیارات رییس قوه قضائیه دانسته است در حالیکه در اصول ۱۲۶ و ۵۲ این قانون، رییس جمهور مستقیماً به عنوان مسئول امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدام کشور معرفی شده است و از طرفی هم تهیه بودجه سالانه کل کشور در صلاحیت قوه مجریه قرار داده شده است، بر اساس اقتضای اصل هماهنگی امور و توزیع همانگ منابع مالی و اداری، اعمال این صلاحیت باید از سوی رییس قوه قضائیه با هماهنگی و کسب موافقت رییس جمهور صورت گیرد. با این حال در صورت عدم موافقت امکان مداخله رییس قوه اجراییه در امور اجرایی و اداری قوه قضائیه و آسیب پذیری استقلال نهادی قضاء متصور است. در ماده ۲۹ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه افغانستان، در (۱۴) مورد صلاحیت های اجرای و اداری قوه قضائیه، به دادگاه عالی تفویض شده است که به استثنایی موارد تصریحی در قانون، رییس جمهور صلاحیت مداخله در امور اجرایی و اداری قوه قضائیه را ندارد. به نظر می‌رسد که در بحث استقلال در امور اجرایی و اداری موضع نظام حقوقی افغانستان نسبتاً عاری از ابهام باشد.

## ۲-۳- آسیب‌ها در قلمرو استقلال فردی قضات

استقلال فردی قاضی باید به گونه‌ای تأمین شود که در نهایت آسودگی خاطر جسمانی و روانی، امکان تصمیم گیری متناسب با وضعیت اشخاص و پرونده فراهم باشد. استقلال فردی قضات امتیاز انحصاری برای بهره مندی آنان نیست، بلکه با تابعیت از حق انحصاری مردم برای حاکمیت قانون در نظام دموکراتیک است (رویندران، ۱۳۹۶: ۱۸۱) قاضی زمانی استقلال فردی دارد که ملاک بررسی و تصمیم گیری خود، قانون، وجدان و درک خود را قرار دهد و به فشارهای قوه‌ای

مجریه‌ای، قوه مقننه، مسئولین و همکاران قوه قضائیه، افکار عمومی، بستگان خود و تطمیع مادیات تن ندهد و مستقلانه عمل کند. ویژگی‌های شخصی و اخلاق نفسی قاضی در حفظ و تقویت استقلال او فوق العاده مؤثر است. معذالک استقلال نهادی نقش مرکزی دارد به عبارتی هرگاه ساختار دولت، استقلال نهادی قضاء را رعایت ننماید، قاضی از مداخلاتی که به استقلال فردی او آسیب‌زند، مصئون خواهد ماند؛ بنابراین استقلال فردی قضات می‌تواند از نواحی گوناگون آسیب پذیر باشد؛ از قبیل روش انتصاب قضات، مصئونیت شغلی، مصئونیت از تعقیب کیفری، امنیت مالی و ترفیع قضات، هرکدام را با رعایت اختصار بررسی می‌نمایم.

### ۲-۳-۱- آسیب‌های ناشی از روش انتصاب قضات

دوران کارآموزی نقشی اساسی در شکل‌گیری شخصیت قاضی و شیوه برخورد وی در آینده با مراجعان ایفا می‌کند. در این دوران هرچه میزان شخصیت دهی به این قشر افزوده شود، در نهایت قاضی مستقل و توانمندتری به جامعه اضافه خواهد شد؛ در حال آنکه مشکلات و معضلات جاری در این دوران، چنین امکانی را از قوه قضائیه سلب می‌کند. در واقع، بی‌توجهی به شخصیت کارآموزان قضایی، فراهم‌نیاموردن امکانات رفاهی برای آنان و پیش‌بینی نکردن محل مناسب و خور‌شان برای سپری کردن دوره کارآموزی و مواجهه با بی‌احترامی‌ها و خشونت‌ها، از همان ابتدای دوران آغاز به کار قضایی، شخصیت و استقلال فکری و روحی آنان را از بین می‌برد (آخوندی، ۱۳۸۹: ۳۸۲). اکنون طبق اصلاحیه ماده ۴۹ آیین‌نامه نحوه جذب، گزینش و کارآموزی داوطلبان تصدی امر قضاء و استخدام قضات مصوب ۱۳۹۲، قضات در بدو امر به صورت آزمایشی استخدام می‌شوند بعد از سپری نمودن دوره آزمایشی (که در لایحه پیشنهادی سه سال پیش‌بینی شده است)، در صورت رضایت بخش بودن عمل کرد آنان و مثبت بودن نظر همه مراجع مربوطه، معاونت منابع انسانی نسبت به تمهیدی مقدمات صدور ابلاغ قطعی قضایی، اقدام می‌نماید در غیر این صورت کمیسیون نقل و انتقال قضات می‌تواند در چارچوب ماده ۴۴ قانون نظارت بر رفتار قضات، برتردید صلاحیت او تصمیم اتخاذ نماید.

مصئونیت شغلی و امنیت دوره تصدی قضات از اساسی‌ترین پایه‌های استقلال فردی قاضی است گرچه استخدام قضات با روش آزمایشی، می‌تواند در شخصیت‌سازی قضات، دارای اهمیت

بسازا باشد، شکی نیست که امنیت شغلی قاضی را خدشه دار ساخته، موجب تزلزل استقلال فردی قاضی خواهد شد؛ اما براساس (ماده ۸۱) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه افغانستان، شخص واجد شرایط به پیشنهاد شورای دادگاه عالی «ستره محکمه» و منظوری رئیس جمهور به حیث قاضی منسلک و تعیین می گردد درین ماده سپری نمودن دو سال دوره آزمایشی (تخصصی) جزء شرایط استخدامی شمرده شده و باسپری نمودن مؤفقا نه دوره آموزشی (ستاژ قضاء) به جایگاه قضاء نایل خواهد آمد که بعداً بدون اتهام و محاکمه قابل تردید صلاحیت نیست. بنابراین به نظر می رسد که روش انتصاب قضات در نظام حقوقی افغانستان برای قضات مصئونیت قوی تر در نظر گرفته است.

### ۲-۳-۲- آسیب ها از ناحیه مصئونیت شغلی

عامل مهم که بر استقلال قضایی قضات، تأثیر دارد، مصئونیت شغلی است. اگر قاضی با قرارداد کار مؤقت یا به صورت پیمانی یا به هر طریق که منجر به ترس و واهمه برکنار شدن از شغل قضایی باشد، به استخدام دستگاه قضایی درآمده باشد یا اینکه بتوان او را به راحتی برکار کرد، نمی توان از وی انتظار تصمیم های مستقلانه داشت. (قاضی ۱۳۹۵: ۵۱۷). اصل ۱۶۹ قانون اساسی در این مورد، اشعار می دارد: "قاضی را نمی توان از مقامی که شاغل آن است بدون محاکمه و ثبوت جرم یا تخلفی که موجب انفصال است به طور موقت یا دائم منفصل کرد یا بدون رضای او محل خدمت یا سمتش را تغییر داد مگر به اقتضای مصلحت جامعه با تصمیم رئیس قوه قضائیه پس از مشورت با رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل. نقل و انتقال دوره ای قضات بر طبق ضوابط کلی که قانون تعیین می کند صورت می گیرد". گرچه شورای نگهبان در نظریه شماره ۴۸۸ مؤرخ ۱۳۶۹/۴/۱۴ «استثنای مذکور قسمت آخر این ماده را ناظر بر جمله دوم یعنی عبارت ( بدون رضایت او محل سمتش را تغییر داد) دانسته و گفته شده است: ارتباطی به جمله صدر ندارد»، این اصل «تغییر محل سمتش بدون رضایت» تفسیر بردار بوده، می تواند استقلال قاضی را خدشه دار سازد.

در نظام حقوقی افغانستان برای قضات عضو دادگاه عالی، زمان خدمت (سه نفر برای مدت چهار سال، سه نفر برای مدت هفت سال و سه نفر برای مدت ده سال، ماده ۱۱۷ قانون اساسی

افغانستان) تعیین شده اما راجع به مدت خدمت قضات عادی، قوانین این کشور ساکت است. البته بند ۱۳ ماده ۶۴ این قانون، عزل قضات را از صلاحیت رییس جمهور دانسته است. این ماده به رییس جمهور صلاحیت عزل قضات را اعطاء نموده است گرچه در عمل به استثنای حالت اتهام به ارتکاب جنایت، انجام نشده است. با این حال این روش قانون گذار افغانستان می تواند استقلال فردی و در مواردی استقلال نهاد قضاء را نیز آسیب جدی بزند. طبق ماده ۴۴ قانون نظارت بر رفتار قضات: «رسیدگی به صلاحیت قضاتی که صلاحیت آنان طبق موازین شرعی و قانونی از ناحیه مقامات مصرح در این قانون مورد تردید قرار گیرد، با «دادگاه عالی رسیدگی به صلاحیت قضات» است همچنین طبق قسمت اخیر همین ماده، مقاماتی که توانایی مورد تردید قراردادن صلاحیت قاضی را دارا هستند، عبارت اند از: رییس قوه قضائیه، رییس دیوان عالی کشور، دادستان کل کشور، رؤسای شعب دادگاه عالی و تجدیدنظر آن، دادستان انتظامی قضات و رییس سازمان قضایی نیروهای مسلح نسبت به قضات آن سازمان. از حکم این ماده می توان آسیب های متعددی می تواند بر استقلال قضایی وارد گردد که در زیر اشاره می شود.

۱- براساس اصل قانونی بودن جرم و مجازات ها، قاعده قبح عقاب بلا بیان و اصل ۳۶ قانون اساسی که: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد»، نمی توان هیچ کسی مجازات کرد مگر اینکه مصادق عمل مجرمانه یا تخلفی که موجب مجازات است، در قانون وضع شده باشد. " در حالی که در این ماده و در آیین نامه اجرایی این قانون مصادیق عدم صلاحیت قاضی بیان نشده است. اگر منظور، شرایط سلبی و ایجابی انتصاب قضات است، باید گفت براساس اصل ۱۰۴، تنها به موجب جرم یا تخلفی که موجب انفصال معرفی شده باشد، می توان قاضی را از سمت خود منفصل کرد؛ ولی این امر باید روشن شود که درچه قانونی زوال این شرایط سلبی و ایجابی، جرم یا تخلف، موجب انفصال معرفی شده است. (نادر میرزاده ۱۳۹۹: ۲۶۵)

۲- ارجاع امر تشخیص عدم صلاحیت موضوع این ماده در ماده ۴۶ این قانون به کمیونی چهارنفره و متشکل از معاون قضایی رییس قوه قضائیه، معاون حقوقی و امور مجلس وزارت دادگستری، معاون قضایی رییس دیوان عالی کشور و دادستان انتظامی قضات، مورد اشکال است. علت ارجاع به این کمیون دقیقاً مشخص نیست؛ چراکه در تخصصی بودن این امر شک و شبهه است و در

صورت اثبات تخصصی بودن امر، این پرسش طرح می‌شود که آیا این اشخاص به عنوان کارشناس، تخصص لازم را در دارند؟ زیرا این افراد (جز معاون حقوقی و امور مجلس وزارت داگستری) نیز همانند خود قضاتی که مورد بررسی در زمینه «تشخیص صلاحیت» قرار می‌گیرند، مشغول به خدمت قضایی بوده و از این جهت دارای برتری اولویت نیستند. (همانجا)

۳- برخی از مقامات مصرح در ماده ۴۸، خود مصونیت شغلی نداشته و دارای سمت اجرایی قضایی هستند و این امر خود عامل مشدده‌ای در نقض استقلال قضایی تلقی می‌شود. (همانجا)

### ۲-۳-۳- آسیب‌ها از ناحیه مصونیت از تعقیب کیفری

برای تأمین استقلال فردی قضات، تأمین مصونیت شغلی کافی نیست، بلکه نیاز است قضات دارای مصونیت از تعقیب جزایی نیز باشند تا بتوانند با جرأت لازم به قضایای رسیدگی و حکم صادرکنند. بنابراین تضمین مدت عرفی و عقلایی که بیم قاضی از تعقیب قضایی را از بین ببرد، لازم است. اعطای حکم دائمی به قضات سبب می‌شود استقلال قضات و اعتماد مردم به آنان به حد اکثر ممکن برسد. براساس ماده ۴۱ قانون نظارت بر رفتار قضات: «هرگونه احضار، جلب و یا بازداشت قضات و بازرسی محل سکونت، محل کار و اماکنی که در تصرف آنان است، بدون رعایت مواد این فصل (فصل چهارم قانون مذکور) ممنوع» اعلام شده است. البته بر اساس ماده ۳۹ قانون مذکور «هنگام در مظان ارتکاب جرم عمدی قرارگرفتن قاضی، ابتدا دادستان انتظامی باید موضوع را بررسی کند و در صورتی که دلایل و قراین، دلالت بر توجه اتهام به قاضی داشته باشد، تعلیق وی از سمت قضایی را از دادگاه عالی انتظامی قضات تقضا کند. تصمیم در زمینه تعلیق یا عدم تعلیق قاضی، با دادگاه عالی انتظامی قضات است؛ بنابراین تا زمانی که وظیفه قاضی تعلیق نشده است، امکان تعقیب اتهامات مرتبط با جرایم عمدی وی وجود ندارد. همچنین دادستان انتظامی قضات مکلف شده است پیش از اظهار نظر نهائی در باره تعلیق قاضی، به وی اعلام کند که می‌تواند طرف یک هفته پس از ابلاغ، دفاعیات خود را اعلام کند. در حالت اتهام جرایم غیر عمدی تعلیق قاضی انجام نمی‌شود و مصونیت قضایی در معنای تعقیب قاضی وجود ندارد؛ مگر در موردی که تعقیب یا اجرای حکم مستلزم جلب یا بازداشت قاضی باشد؛ بنا برین پس از اعلام مراجع کیفری و اجازه دادستان انتظامی قضات، تعقیب قاضی در جرایم غیر عمدی آغاز می‌شود که درین حالت نیز باید مراحل گفته شده در فوق راجع به تعلیق قاضی سپری گردد.

براساس ماده ۱۳۳ قانون اساسی افغانستان: «هر گاه قاضی به ارتکاب جنایت متهم شود ستره محکمه (دادگاه عالی) مطابق به احکام قانون به حالت قاضی رسیدگی نموده پس از استماع دفاع او در صورتیکه ستره محکمه اتهام را وارد بداند پیشنهاد عزلش را به رئیس جمهور تقدیم و با منظوری آن از طرف رئیس جمهور قاضی متهم از وظیفه معزول و مطابق به احکام قانون مجازات می شود.» در نظام حقوقی افغانستان علاوه بر حکم فوق راجع به اتهام ارتکاب جرایم سوای جرم جنایت، صراحتی وجود ندارد؛ بنابراین قضات برین باور هستند که تخطی های منسوب به قضات علاوه بر حکم ماده فوق، شامل تخلفات قضایی بوده و موضوع آن طبق مقرر رسیدگی به تخلفات قضایی مصوب شماره ( ۲۲۰ ) مورخ ۲۱ ر ۳۱ ۱۳۸۷، قابل رسیدگی است که درین صورت تأدیب قاضی می تواند منجر به عزل قاضی نیز گردد. نظر به اینکه در قوانین افغانستان طوریکه قانون نظارت بر رفتار قضات ایران عدم تعقیب قضات را ممنوع اعلام کرده است، راجع به عدم تعقیب قضات تصریحی و جود ندارد، ممکن است برای نهادهای اجرای با استناد از کلیات قواعد جزایی، زمینه ای تعقیب و حتی توقیف قاضی را فراهم نمایند و استقلال فردی قضات را به مخاطره بیندازد.

#### ۲-۳-۴- آسیب های ناشی از ترفیع قضات

براساس ماده ۳ آیین نامه تعیین گروه های شغلی و ضوابط مربوط به ارتقای گروه و تغییر مقام قضات، شرایط ارتقای پایه قضایی عبارت اند از: الف) داشتن سنوات قضایی لازم؛ ب) ارتقای سطح دانش و اطلاعات قضایی مناسب با پایه مورد درخواست؛ و ج) عملکرد مناسب و رعایت شئون قضایی. همچنین طبق ماده ۲۳ دستورالعمل ترفیع دارندگان پایه قضایی، میزان پیشرفت علمی و عملی قاضی، نحوه داری و کیفیت آرا و دیگر تصمیمات قضایی از جمله مواردی است که دادگاه عالی انتظامی قضات در تأیید یا رد درخواست ترفیع قاضی مدنظر قرار می دهد. در تبصره همین ماده، احراز پیشرفت علمی و عملی قاضی براساس «اقدام وی در پرونده های قضایی یا پرونده عملکرد مربوط به امور محول شده که دلالت بر پیشرفت کند» صورت می گیرد.

اگر عوامل نامناسب شامل نگرش های تبعیضی مبتنی برجنسیت، نژاد یا قومیت، در زمینه ترفیع، مورد توجه قرارگیرد، خود بخود و در جریان تصمیمات قضایی آرای قضات را به سمت حمایت از



جنسیت نژاد یا قومیت خاصی که خود نیز از میان همان قشر است، پیش می‌برد که آشکارا مانع استقلال قضایی وی است (نادر میرزاده کوهشاهی و غیره ۱۳۹۹: ۲۶۸) قبلاً براساس بند الف ماده ۴ آیین‌نامه تعیین گروه‌های شغلی و ضوابط مربوط به ارتقای گروه و تغییر مقام قضات، ترفیع قاضی نیازمند درخواست متقاضی ترفیع یا پیشنهاد مقام مافوق بود، ولی براساس ماده ۱۷ دستورالعمل ترفیع دارندگان پایه قضایی، امور اداری و استخدامی قضات رأساً اسامی افراد واجد شرایط ترفیع را به دادگاه عالی انتظامی قضات ارسال می‌کند که پیشرفتی در راستای حفظ شأن و اعتبار قاضی تلقی می‌شود تا ملزم به درخواست برای ترفیع نباشد. در صورتیکه نام قاضی شامل افراد واجد شرایط نباشد، می‌تواند درخواست ترفیع ارسال کند. این روش می‌تواند از تأثیرات منفی بر استقلال فردی قاضی جلوگیری نماید. در نظام حقوقی افغانستان ترفیع قضات جزء صلاحیت شورای دادگاه عالی تلقی شده (بند ۲ ماده ۸۲ ق ص ق ۱) و برای ترفیع قضات به کادر قضایی (پایه قضایی) شرایطی وضع نموده که اکمال مدت سه سال خدمت، گزارش راپور اهلیت و سلوک، ارزیابی مثبت احکام صادره و تحریر مقامه حقوقی یا فقهی، مشمول شرایط ترفیع قاضی شناخته شده است (مواد ۹ تا ۲۱ مقرر حقوق و امتیازات کادر قضایی افغانستان) طبق دلالت این مقرر و همینطور در عمل ترفیع قاضی بدون درخواست کتبی او صورت نخواهد گرفت لذا در نظام حقوقی افغانستان این نقیصه هنوز پابرجا است که می‌تواند بر استقلال فردی قضات آسیب بزند.

## ۲-۳-۵- آسیب‌ها ناشی عدم تأمین وجوه مالی

نظام قضایی باید به ترتیبی باشد که قضات باتمهیدات قانونی و حمایتی شایسته، از دخالت و نفوذ مادی و معنوی قدرتمندان و متنفذان که معمولاً از طریق تهدید یا تطمیع مستقیم یا غیرمستقیم در امور قضایی مورد علاقه‌شان دخالت می‌کنند، در امان باشند. (هاشمی، ۱۳۹۰: ۲۸۲). پرداخت حقوق و مزایای مناسب از اهمیت بالایی برخوردار است چرا که افراد لایق را به مسند قضاوت جلب می‌کند و همچنین سبب می‌شود قضات در مواجهه با پیشنهاد رشوه و نفوذ سیاسی و دیگر انواع تأثیرات نامناسب، پایداری بیشتر از خود نشان دهند. در برخی کشورها حقوق قضات از هرگونه کاهش مصئون است و در عین حال افزایش آن منوط به تصمیم قوای مجریه و مقننه است. هرگاه دو قوه مجریه و مقننه کنترل بودجه‌های قوه قضائیه را در اختیار داشته باشند،

تهدیدات بالقوه ای در مورد استقلال قوه قضائیه ایجاد می‌شود. (نوری نشاط و دیگران، ۱۳۸۸: ۲۰۳). ماده ۱۵۵ قانون اساسی افغانستان، قضات را در ردیف وزراء مشمول مقامات عالی رتبه دولتی مستحق معاش (حقوق) مناسب شناخته شده، و با تصویب قانون معاشات مأمورین عالی رتبه دولتی افغانستان مصوب ۱۳۹۲ امتیازات مادی مناسبی برای قضات در نظر گرفته شده است. کافی نبودن حقوق و امتیازات معاشات، اساسی ترین علت ارتکاب جرم ارتشاء است. گرچه تقوای قاضی در عدم مبادرت به اخذ رشوه، نقش اساسی دارد با این حال بدون فراهم نمودن وجوه مالی اولیه قاضی نمی‌توان انتظار استقلال و عدالت قضایی داشت.

### ۳- اصل بی طرفی قضات

. اصل بی طرفی، از عناصر اصلی اعتماد مردم به قوه قضائیه بوده، برابری شهروندان را در برابر قانون به نشانی قضاء تضمین می‌کند عدم رعایت این اصل، توقع و انتظار عدالت را از دادگاه‌ها از بین می‌برد. منظور از بی طرفی قاضی، عدم انجام اعمالی است که در اثر آن احتمال پیروزی یکی از طرفین دعوی بیش از طرف دیگر گردد. به عبارت دیگر بی طرفی قاضی، مستلزم این است که در فرایند دادرسی تحت تأثیر عوامل خارجی مثل احساسات و واکنش‌های عمومی یا تبلیغات رسانه‌ای یا عوامل درونی مثل اعتقادات و گرایش‌های شخص قرار نگیرد و بدون جانبداری و پیشداوری، براساس دلایل و استدلال‌های عینی که در طول دادرسی در پرونده منعکس گردیده ابراز رأی کند.

### ۳-۱- اصل بی طرفی قضات در قوانین جمهوری اسلامی ایران

راجع به اصل بی طرفی قضات در موارد متعدد قانون اساسی جمهور اسلامی ایران دلالت وجود دارد؛ گرچه لفظ «بی طرفی» بکاربرده نشده است. در مقدمه قانون اساسی بر ایجاد سیستم قضایی برپایه عدل اسلامی، قضات عادل و آشنا به ضوابط دقیق دینی، در اصل سوم این قانون برای ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون، تاکید شده است و در اصل ۵۶ قانون مذکور، احیاء حقوق و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع، جزء وظایف قوه قضائیه دانسته شده و در اصل ۱۶۶ قانون مزبور، حکم شده است که احکام دادگاه‌باید مستدل و مستند به احکام قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. واضح است که این همه ارزش‌ها،

مستلزم رعایت اصل بی طرفی قضات است. اصل بی طرفی قضات مورد صراحت و دلالت قوانین عادی نیز بوده است طوریکه ماده ۳۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۷۸ مقرر شده است: دارسان و قضات تحقیق باید در نهایت بی طرفی تحقیق را انجام داده و در کشف اوضاع و احوالی که به نفع یا ضرر متهم است، بی طرفی کامل را رعایت نمایند.

### ۲-۲- اصل بی طرفی قضات در قوانین جمهوری اسلامی افغانستان

ممکن است راجع به تفسیر و نحوه اجرای اصل بی طرفی قضات در نظام‌های حقوقی تفاوت-هایی دیده شود؛ اما در کلیت رعایت اصل بی طرفی قضات، از جمله ارزش‌های مشترک نظام‌های حقوقی بوده و از اصول مورد اجماع است. لذا قوانین افغانستان نیز بر رعایت اصل بی طرفی قضات تأکید دارند. طوریکه اجرای وظیفه بنحوی صادقانه و بی طرفانه جزء سوگندنامه قضات بلند پایه و قضات عادی افغانستان قرار گرفته است. (ماده ۱۱۹ قانون اساسی و ماده ۸۱ قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه افغانستان) مقرر طرز سلوک قضایی، ضمن اینکه در ماده ۳ بی طرفی قاضی را تضمین کننده برای احقاق حق و تأمین عدالت می‌داند، در ماده ۷ این مقرر، تأکید شده است که: «قاضی باید اوامر و دساتیر مقامات بالایی قضا را در حدودی متابعت نماید که با استقلال و بی طرفی او در تعارض واقع نشده و وی را در اجرای قضاوت بی طرفانه و عادلانه تحت تاثیر قرار ندهد.»

### ۳-۳- اصل بی طرفی در شریعت اسلام

منابع اسلامی درین زمینه (بی طرفی قضات) سرشارند. خدواند خلیفه خویش، داود را پس از سفارش به حکم حق، از پیروی هوی، برحذر داشته و آن را زمینه‌ای گمراهی از راه خدا، معرفی کرده اند.<sup>۱</sup> پیامبر (ص) می‌فرماید: آن که به قضاوت در میان مسلمانان مبتلا شود، بایستی در نگاه و اشاره گفتاری و طرز نشستن و مجلس خویش عدالت را رعایت کند. امام علی (ع) طی حدیثی

۱ - يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ (ص)

بلند، فرامین ارزشمندی را به شریح ارایه می‌دهد از جمله می‌فرماید: سپس در میان مسلمانان در چهره و گفتار و نشت خویش، برابری را رعایت کن تا آشنایت، در ظلم و ستمت، طمع نکند و دشمنت، از عدل و دادت، نا امید نگردد. (ادیبی مهری ۱۳۸۹: ۸۱ تا ۷۶) قابل ذکر است که فقهای اسلامی اعم در کتب فقه اعم از اهل تشیع و اهل تسنن، تحت عنوان «آداب القضاة» یا «آداب القاضی» مبنای بیشترین اصول رفتاری قضاات را اصل بی طرفی یا تساوی بین خصوم تشکیل داده است. مجال ورود به تفصیل آن نداریم.

### ۳-۴- آسیب‌ها پیرامون اصل بی طرفی قضاات

باتوجه به مفاهیم و کلیاتی که راجع به اصل بی طرفی قضاات ارایه شد، جهت معکوس آن، آسیب‌های اصلی بی طرفی قضاات را تشکیل خواهد داد به عبارتی هر گونه رفتار و تعاملی که با اصول و مبنای بی طرفی قضاات در تناقض باشد، به عنوان آسیب زننده اصل بی طرفی قضاات باید اجتناب گردد چند مودر مهم آن با رعایت اختصار می‌پردازیم.

### ۳-۵-۱- تعصب و غرض ورزی بیرونی

تعصب از نظر لغوی به معنای «جانبداری کردن» «حمایت» و «سختگرفتن» آمده است. منظور از آن نگرش منفی و خصمانه نسبت به فرد یا گروهی خاصی است که بر اساس اطلاعات ناقص یا نادرست یا دلایل دیگری نسبت به آن شکل گرفته است (تبرایی: ۱۳۸۴: ۵۴). هنگامی که یک وکیل از طبقه یا اجتماع شما در جلسه دادگاه حضور می‌یابد نباید به دلیل همسانی طبقه اجتماعی به نفع او حکم شود. اگر یک دعوا میان افرادی متعلق به طبقه شما و فردی که به طبقه رقیب اختصاص دارد مطرح شود، شما نباید به حمایت از عضویت طبقه خود مبادرت ورزید. این مسئله مصداق تعصب خواهد بود زمانی که یکی از اصحاب دعوا از طبقه دیگر است شما باید به صورت سخت گیرانه و قاطع از مطرح شدن این برهان که طبقه اجتماعی او چیست و به کدام اجتماع وابسته است اجتناب کنید و این استدلال مصداق غرض ورزی خواهد بود. قضاات باید با هرگونه غرض ورزی و تعصب که مبنی بر طبقه باشد، مقابله کنند. (ناصری دولت آبادی و صبوری ۱۳۹۶: ۱۸۶)

### ۳-۵-۲- تعصب و غرض ورزی دورنی

هرقاضی درک خود را از درستی یا نادرستی عادلانه یا غیرعادلانه و منصفانه یا غیرمنصفانه بودن موضوعات را دارد که بر تصمیم او در یک پرونده اثر می‌گذارد. این ادراک مبتنی بر نگرش‌های شخصی اعتقادات سنتی، تعصب‌ها و باروهای راسخی است که عمیقاً ریشه در روان بشری دارد و این روان به وسیله آنچه می‌شنود و آنچه می‌خواند و احساس و تجربه می‌کند، شکل می‌گیرد. در طول یک بازه زمانی، این قبیل ادراکات سبب می‌شود که قضات در تصمیماتشان کلیشه‌ای عمل کنند. برای مثال تجربیات یک قاضی ممکن است سبب شود که همه اقدامات پلیس را با دید شک و تردید بنگرد و دائماً بر این باور باشد. غالب متهمان به اشتباه/ نادرست به جرایم اتهامی متهم شده‌اند و بی‌گناهان نباید تحت آزار و اذیت قرار گیرند و نباید روش‌های درج سه (ایجاد فشارهای روحی و جسمی به متهمان به منظور گرفتن اقرار را در بازجویی اعمال کرد و لازم است برای این متهمان مزیتی‌های قابل‌شد. بنابراین این قاضی تمایل به تبرئه متهم دارد و به همین دلیل «قاضی تبرئه‌گر» حساب می‌شود. یک قاضی دیگر ممکن است احساس کند در زمانی که پلیس برگه اتهام را بررسی و ثبت می‌کند و ادله مؤید اتهام را ضمیمه می‌سازد، نباید اختلافات موجود در ادله را با استناد به این که به علت فشار یا خطای انسانی بروز یافته است و آن را نادیده بگیرد و از قلم بیاندازد. این قاضی تمایل دارد که متهم را محکوم کند. بنابراین یک قاضی محکوم‌کننده دانسته می‌شود. زمانی که پرونده به یک قاضی محکوم‌کننده ارجاع می‌شود که چیزی در حدود ۷۰ تا ۸۰ درصد احکام صادره از او حاکی از محکومیت می‌باشد، هرکیل مدافع تلاش دارد تا از رسیدگی و تصمیم‌گیری پرونده‌اش به وسیله این قاضی ممانعت کند اما زمانی پرونده به یک قاضی تبرئه‌کننده ارجاع می‌شود که حدود ۹۰ تا ۹۵ درصد احکام او حاکی از تبرئه می‌باشد، تعداد بسیار از وکلای مدافع از این مسئله ناخرسند خواهند بود. شما باید هوشیار باشید که بی‌طرفانه و تنها براساس محتوای پرونده‌ها رسیدگی کنید و مانع از آن شوید که شما را یک قاضی تبرئه‌کننده و یا یک قاضی محکوم‌کننده خطاب نمایند. (همان: ص ۱۸۸/۱۸۹)

### ۳-۵-۳. عدم رعایت عوامل تضمین کننده‌ای اصل بی طرفی

فقهاء و قانون گذاران به منظور تضمین اصل بی طرفی قضات، جهات و اصولی وضع کرده اند که برای قضات در جریان رسیدگی و ابراز رأی لازماً قابل رعایت هستند. و عدم رعایت این اصول اصل بی طرفی را نقض و یا آسیب می‌زد. فشرده آن عبارت اند از:

- رعایت جهات رد دادرس: جهات رد داد رس در (ماده ۹۱.ق.ا.م) در محور قربات و عواطف خانوادگی، محور قیمومیت و خدمات، محور منازعه‌ای قبلی و محور منافع شخصی مطرح شده است. گرچه قانون گذار برای رعایت جهات رد دادرس ضمانت اجرایی از قبیل بی اعتباری تصمیم قضایی، مجازات انتظامی قاضی و مجازات کیفری قاضی، پیش بینی نموده است؛ با این وجود بی طرفی قاضی را متأثیر و قاضی را در مظان گمان به جهت داری قرار می‌دهد.
- عدم پذیرش دعوت برای شرکت در مراسم اصحاب دعوا: پذیرش دعوت اصحاب دعوی گرچه مراسم عمومی یا مراسم مذهبی باشد، بی طرفی او عملاً یا ذهناً خدشه دار می‌گردد لذا قاضی نباید درین مراسم شرکت کند.
- عدم پذیرش ملاقات با اصحاب دعوا: قاضی به منظور حفظ بی طرفی خود نباید در بیرون دادگاه و بیرون از اوقات رسمی با اصحاب دعوی ملاقات کند و همین طور در اوقات رسمی حتی الامکان از پذیرش ملاقات یک طرف دعوی بدون حضور طرف دیگر باید اجتناب کند.
- عدم درخواست از اصحاب دعوی: قاضی تحت هیچ شرایط نباید از طرفین دعوا درخواست داشته باشد به عنوان مثال قاضی نباید برای برای بستگان خود از طرفین دعوا، درخواست شغل نماید.
- بجا نگذاشتن تقصیر و ضعف در برابر مسئولین و اصحاب دعوا: قاضی محتاطانه و با وقار رفتار داشته باشد تا ضعفی رفتاری یا گفتاری‌ای در حضور اصحاب دعوا یا مسئولین مافوق خود نگذارد؛ چون نقاط ضعف قاضی می‌تواند موجب فشار و متأثیر سازی اصلی بی طرفی قاضی گردد.
- عدم حضور بدون اقتضای وظیفوی به نزد مسئولین مافوق: رفت برگشت قاضی نزد مسئول مافوق، برای اصحاب دعوی توهم تأثیر پذیری در قاضی ایجاد می‌کند و با برقراری ارتباطات تلاش می‌کنند از طریق مسئولین مافوق بر قاضی فشار وارد نمایند. ممکن با پذیرش سفارشات مافوق بی طرفی خود را خدشه دار سازد.

- عدم خواست از مسئولین مافوق و همین طور از دستگاه‌های اجرایی: چون در صورت این مسئولین خدمتی را به قاضی انجام دهند، تلاش خواهند کرد در مقابل این خدمت از قاضی بهره‌ای دریافت کنند و با لایر بی طرفی قاضی متأثر گردد.
- عدم پذیرش هدیه و هرگونه یادگاری: (آشتیانی میرزا محمد حسن ۱۳۶۳: ۳۹) اگر اثبات گردد که هدیه برای قاضی به منظور انجام کار یا عدم انجام کاری اعطا شده است که جزء وظیفه او می‌باشد، چنین هدیه رشوه محسوب می‌گردد (ماده ۵۸۸ ق.م.ا). پذیرش هر نوع هدیه و یادگاری از اصحاب دعوا ولو که هدیه علمی باشد مانند کتاب، موجب می‌شود که قاضی نخواستار هدیه دهنده تمایل پیدا کند به طرفی قاضی عملاً آسیب وارد گردد. یا حد اقل در ذهن هدیه دهنده یا رقیب آن جانبداری قاضی متصور باشد درین صورت بی طرفی قاضی ذهناً آسیب پذیر خواهد شد. قاضی همانطوریکه از جانبداری عملی باید اجتناب کند از جانبداری ذهنی که برای اصحاب دعوی ایجاد می‌شود نیز حتی الامکان باید اجتناب کند.<sup>۱</sup>

#### ۴- ضعف مهارت قضایی

##### ۴-۱- عدم تسلط کافی بر منابع قضایی

قاضی باید دانش کامل بر قوانین آیین دادرسی که شامل قوانین آیین دادرسی مدنی، قوانین آیین دادرسی کیفری، قوانین مقرر در باب ادله، محدودیت‌های (مواعد زمانی)، هزینه‌های دادرسی و تمبر و آیین دادرسی مرتبط با کشف جرم است را داشته باشید. قاضی همچنان باید آشنایی فراگیری با قوانین ماهوی و اصول حقوقی بنیادین داشته باشد. امکان ندارد که بیش از تصدی مسند قضاوت تسلط کامل و جامعی بر تمام قوانین ماهوی حاصل کند و حتی عملاً پس از پذیرش قاضی بعید به نظر می‌رسد که بتواند تسلط کامل بر قوانین ماهوی را کسب کند. اگر تسلط بر قوانین آیین دادرسی به قاضی در کنترل جلسه رسیدگی کمک می‌کند آشنایی با قوانین ماهوی به قاضی کمک می‌کند که احکام منصفانه و درستی صادر کند و از بروز بی عدالتی جلوگیری نماید. (دولت آبادی و صبوری ۱۳۹۶: ۱۶۵) اگر قضاوت از نظر علمی ضعیف باشند، تصمیمات نادرست،

<sup>۱</sup> برای تفصیل بیشتر به مقاله «حکم هدیه به قاضی در قوانین موضوعه ایران»، نویسندگان محمد عادل ضیایی و ایوب شافعی پور فصلنامه قضاوت شماره ۹۳ بهار ۱۳۹۷، می‌توان مراجعه کرد.

دادرسی را از مسیر اصلی آن منحرف می‌نماید که تا بازگشت آن به مسیر اصلی و قوت زیادی تضييع می‌شود.

#### ۴-۲- عدم مهارت و جرئت کافی برای تصمیم‌گیری

مهارت تصمیم‌گیری، از مهم‌ترین رکن و پیامد رسیدگی به دعوی است. طرفین دعوا و پرونده، حل و فصل اختلاف خود را در تصمیم قاضی جستجو می‌کنند. این تصمیم از قرارهای نخستین/ اعدادی و تأمینی گرفته تا تصمیم پایانی و نهایی که رأی در معنای خاص خوانده می‌شود، تحت تأثیر عامل‌های گوناگونی گرفته می‌شود. در پرونده‌های مدنی بیشتر براساس محتویات و دلیل- های طرفین صورت می‌گیرد. اما در پرونده‌های کیفری علاوه بر محتویات پرونده، عواملی دیگری مانند شخصیت و پیشنی متهم، شخصیت و پیشنی بزه‌دیده و غیره، در تصمیم‌گیری قاضی اثر گذار است. تأثیر گذاری قانون و محتوای پرونده بر تصمیم‌گیری قضات، انکارناپذیر است. قاضی باید از نگاه سنتی که مبنای تصمیم قضات را فقط قانون یا محتوای پرونده شکل دهد، بیرون شده سایر عوامل مرثر بر تصمیم‌گیری را شناسای و ارزش دهد. (منصور آبادی، عباس، رحیمی نژاد، عباس، باوری جواد و شیدائیان، مهدی ۱۳۹۸: ۳)

#### ۴-۳- ضعف برقراری ارتباط و تعامل سالم با اصحاب دعوا

قاضی در پهلوی اینکه نیاز به تسلط کافی بر منابع قضایی دارد، باید ظرفیت برقرار ارتباط سالم و تعامل درست با اصحاب دعوا نیز داشته باشد. اصلی‌ترین کارویژه قاضی این است که توانای تدویر جلسات و استماع اظهارات طرفین دعوا و سایر اشخاص دخیل در دعاوی را داشته باشد و هیچ طرف را بخاطر اظهاراتش محکوم و ملامت نکند، پروسه دادخواهی، دعوا، دفاعیات و در نهایت تصمیم‌گیری از قاضی می‌خواهند که با حوصله و متانت کامل اظهارات همه جوانب قضیه را استماع نموده بعد از تحلیل و ارزیابی دقیق و علمی به آن اثر دهد. هریک از اصحاب دعوی حق دارد تا بصورت آزادانه در جلسه قضائی حضر یابد پس قاضی اجازه ندهد هنگام استفاده ازین حق بالای آنان محدودیتی وضع گردد. قاضی باید توجه داشته باشد که او مسوول حفظ وقار و حرمت جلسات قضائی، تأمین حقوق مساوی طرفین دعوی و برقرار نگهداشتن نظم و امنیت در



اتاق محکمه میباشد. بنابراین، بر قاضی لازم است که تمام اقدامات مورد نیاز را جهت انجام این وظیفه اتخاذ نماید.

#### ۴-۴- عدم اعتدال وضعیت جسمی و ذهنی قاضی

در حیطه رفتار شناسی قضایی اسلام، به ابعاد و زوایای دقیقی توجه شده که میزان نکته سنجی و درون‌نگری آن را روشن می‌سازد. آسیب‌شناسی رفتاری قضاء، به ویژه از دریچه روان‌شناسی آن، دستاوردهای جالب توجهی را نصیب پژوهشگران و در نتیجه دست اندرکاران اصلاح امور قضایی می‌نماید. (ادیبی مهری ۱۳۸۹: ۶۰). قضاوت و صدور رأی در حالت خشم، در فقه از اعمال مکروه قضاوت تلقی شده است و نیز با هروصف و حالتی که در ایجاد دل مشغولی انسان، نظیر غصب و خشم باشد همچون گرسنگی و تشنگی و اندوه و شادی درد و نیاز به قضای حاجت و خواب آلودگی مواجه باشد. با این حال اگر در چنین حالتی قاضی حکم صادر کند، حکمش نافذ و قابل اجراء خواهد بود. (محقق حلی، جعفر: ۷۴/۴)

#### ۵- ضعف مهارت مدیریتی

یک قاضی دارای با مهارت های قضایی است، نیاز است مجهز با مهارت های مدیریتی نیز باشد، چون قضات در زمان حاضر تنها مسئول حل و فصل منازعه نیست، بلکه در عین زمان قاضی مدیر دفتر دادگاه، مدیر میزکاری، مدیر زمان، مدیر نحوه ارتباط با وکلا و مردم امور خود نیز است. بنابراین کاستی و ضعف در مهارت مدیریت، نه تنها اخلاق مسلکی قاضی را آسیب میزند، بلکه روند انجام و ظایف عمومی دادگاه‌ها را به کندی مواجه ساخته سبب تنفر مردم می‌شود.

#### ۵-۱ مدیریت دادگاه

قاضی باید بر نیروهای حفاظت دادگاه، تقریر نویس‌ها، کارکنان دفتری و دیگر کارکنان وابسته به دادگاه کنترل و نظارت داشته باشد تا اطمینان حاصل شود که آنها وظایف شان را به درستی انجام دهند و به صورت مؤثری به شما کمک می‌کنند. لازم است که منشی (به منظور اطمینان از انجام وظایف فوری چون صدور اخطاریه‌ها، احضاریه‌ها و فرستادن پیوست‌ها و...) بایگاہ (به منظور نگهداری صحیح سوابق پرونده) ثبتات (به منظور حصول اطمینان در قبال این که اشیاء مادی و

ادله به درستی یادداشت برداری شده و محفوظ نگهداری می‌شوند)، توجه ویژه‌ای داشته باشد. قاضی بخاطر داشته باشد که اگر کار کنان دادگاه کارآمد نباشند یا صادقانه و مؤدبانه رفتار نکنند، در عملکرد دادگاه خلل ایجاد می‌شود. (ناصری دولت آبادی و مصطفوی ۱۳۹۶: ۱۷۰) قضات، باید برای هرروز کاری برنامه داشته باشد و بدانند که باید چه میزان از پرونده‌ها را برای ارایه ادله اثبات دعوا، چه میزان را برای اخذ دفاعیات، چه میزان پرونده را برای رسیدگی کرده و یا بدون هیچ گونه معطلی مختومه ساخته است. هرچه تعداد جلسات رسیدگی به یک پرونده کمتر باشد، ختم دادرسی سریع‌تر حاصل می‌شد و از این رهگذر مشاجره و مشکلات اصحاب دعوا کاهش می‌یابد. (همان: ۶۷) در حال حاضر بیشترین چالشها و نارسایها در دادگاه‌های ایران کمتر و در دادگاه‌های افغانستان بیشتر، ناشی از ضعف مدیریت جریان پرونده قضایی است. در مواردی باوجود کامل بودن تحقیقات مقدماتی دادرسی به دلایل مختلف جهت تکمیل پرونده آن را به دادرسی عودت می‌دهد که این امر سبب تراکم کاری دادرسی و کاهش کیفیت کار قضات می‌شود مضافاً اینکه دادرسان و دادیاران به دلیل ناخشنودی، اقدام به جمع آوری دلایل به سلیقه خود می‌کنند که این امر باعث قطور و پیچیده شدن بی جهت پرونده و روند کند دادرسی می‌شود.

## ۲-۵- مدیریت زمان

لازم است به منظور مدیریت بهینه زمان، قاضی تمام روز، هفته و ماه را به بخش‌های مشخصی تقسیم کند. این امر به قاضی کمک می‌کند تا برنامه ریزی کند که چه میزان پرونده را می‌تواند در طول یک ماه رسیدگی یا مختومه کند و سپس به تدریج بازده کاری خود را افزایش دهد. افزون برآن، باید برای سلامتی جسمی و روحی (تفریحی و گذران اوقات در کنار خانواده) نیز زمان کافی را اختصاص دهد (همان) برخی قضات در مواردی در وقت رسیدگی به دلایل واهی از دادگاه خارج شده و دادرسی را جایگزین می‌کنند. و دادرسی به دلیل عدم احاطه علمی رسیدگی به موضوع را به وقت دیگری موکول می‌کند که می‌تواند موجب اطاله دادرسی و تراکم پرونده‌ها در دادگاه شود. همه می‌دانیم که ضعف مدیریت زمان و برنامه ریزی می‌تواند مشکلات فراوانی را برای نظم و اعتبار دادگاه ایجاد کند و در نتیجه به اصول رفتاری قضات آسیب و عدالت قضایی را مخدوش سازد که در حال حاضر ازین ناحیه دادگاه‌های ایران کمتر و دادگاه‌های افغانستان در اثر عوامل سیاسی، امنیتی و ظرفیتی، به چالشهای زیادی روبرو هستند. وکلا کارگزاران دادگاه هستند

قاضی با همکاری وکلا می‌تواند پرونده‌های قضایی را با سرعت و دقت مختومه سازد. باید در مدیریت عملکرد وکلا راسخ و در عین حال مؤدب و با تدبیر رفتار کند نسبت به اصحاب دعوا و اعضای کانون وکلا متواضعانه رفتار کند و از برزو تقابل‌های غیر ضروری آنها را با خود همراه سازد. درخواست‌های واقعی برای تجدید جلسه دادرسی می‌باید در نظر گرفته شود و با درخواست‌های غیر ضروری و بی‌جای با جدیت و قاطعیت تعامل شود. (همان: ۱۷۰)

#### ۵-۵- مدیریت امور خود

مدیریت امور خود یا مدیریت نفس به معنای منضبط بودن، تعهد و سخت‌کوشی است و به تعبیر دیگر، به مشخصاتی چون داشتن سطح بالایی از سلامت جسمی، روحی، وقت‌شناسی، داشتن ظاهر موجه و خوش پوشی اشاره دارد. اگر قاضی با تأخیر در دادگاه حاضر شود نباید انتظار داشته باشد که کارمندان و وکلا به مسئله زمان پای بند باشند. قاضی نباید به صورت غیرموجه دادگاه را ترک کند و در طول ساعت کاری خود در دادگاه باید بر روی صندلی خود بنشیند. باید دستورها و احکام به موقع صادر کند. (همان: ۱۷۱) بنا برین قاضی باید اذعان داشت که وظایف و مسئولیتهای قضایی قاضی بر همه فعالیت‌های دیگر او مقدم است نباید به انجام رفتارهایی مبادرت ورزد که با ایفای مسئولانه وظایف قضایی همخوانی ندارد. در مواردی قضات غیر از طرفین پرونده اشخاص دیگری را به حضور می‌پذیرد و زمانی را با آنها صرف می‌کند یا تماس تلفونی بیش از حل ضرورت مصروف می‌شوند گاهی در فضای مجازی شبکه‌های اجتماعی مشغول و بخش از وقت خود را تضييع می‌کنند.

#### نتیجه گیری

رعایت اصول محاکمه عادلانه در آغاز رسیدگی و تأمین عدالت قضایی در فرجام این جریان، منوط به رعایت اخلاق قضایی است. اصول اخلاقی قضات طوریکه در فقه جعفری (ع) و حنفی انعکاس وسیعی دارد در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و جمهوری اسلامی افغانستان نیز مورد توجه قوانین بوده است. اما عوامل ناشی از کاستی قانون‌گذاری، ضعف آموزش، تجربه و ...، اخلاق قضات را آسیب پذیر ساخته است.

استقلال قضایی اعم از استقلال نهادی و فردی، به عنوان اساسی ترین اصل اخلاق قضاوت با اینکه در نظام حقوقی ایران و افغانستان مورد توجه بوده، از نواحی گوناگون با ضعف و آسیب پذیری هایی مواجه است، عواملی همچون روش قانون گذاری، نحوه روابط قوای دولتی و چگونگی رفتار قضات، نقش ایجاد کننده دارند. از همین رو عدم جرم انگاری مداخله مسئولین قوای اجراییه و مقننه در صلاحیت قضایی قضات، عدم تصریح به دوام کار قضات، سکوت قانونگذار در مورد عدم تعقیب کیفری قضات، لزوم درخواست قاضی جهت ترفیع به پایه ای قضایی و منوط بودن افزایش حقوق و امتیازات قضات به تصمیم قوای مقننه و اجراییه، از مواردی است که در نظام حقوقی افغانستان امکان آسیب پذیری استقلال قضای را فراهم می نماید. طوری که تمرکز صلاحیت وضع آیین نامه در اختیار شخص رییس قوه قضائیه، تداخل صلاحیتی در امور دارای و اجرایی بین رییس جمهور و رییس قوه قضائیه، امکان رد صلاحیت قضات شاغل دوره- کارآموزی، منوط بودن حقوق قضات به تصمیم قوای اجراییه و مقننه، از مواردی است که در نظام حقوقی ایران می تواند به استقلال قضایی آسیب بزند. که در هر مورد باید در جهت جلوگیری از آن باید اقدام شود.

اصل بی طرفی قاضی مورد توجه فقه اسلامی و قوانین ایران و افغانستان بوده، راهکارهایی نیز برای تأمین آن مطرح شده است. این اصل نیز در دستگاه های قضایی کنونی کشور ایران و افغانستان، به شدت آسیب زده است. البته عوامل آسیب زننده اصلی بی طرفی، با آنکه در مواردی ناشی از کاستی ها در قوانین بوده، بیشتر ناشی از اعمال شخصیتی قاضی است از قبیل تعصب و غرض ورزی بیرونی، تعصب و غرض ورزی درونی و عدم رعایت قواعد حقوقی که برای رعایت اصل بی طرفی دارای ضمانت اجرایی است مانند اجتناب از رسیدگی به قضایای که گمان جانبداری قاضی مطرح باشد و دادستد، هدایا، درخواست ها و سایر تعاملاتی که موجب تمایل قاضی به یک طرف دعوا گردد.

قوانین ایران و افغانستان، میکانیزم هایی را به منظور رشد و تقویت مهارت های قضایی وضع نموده اند، با این وجود مهارت های قضایی با کاستی های قانون گذاری و آسیب های شخصیتی قضات از قبیل عدم تسلط کافی بر منابع قضایی، عدم مهارت و جرئت کافی برای تصمیم گیری، ضعف برقراری ارتباط سالم با اصحاب دعوی و عدم اعتدال وضعیت روحی و جسمی قاضی، مواجه

است که باید جهت کاهش آن در حوزه قانون گذاری و عملی اقداماتی انجام شود. مهارت‌های مدیریتی نیز از شاخص‌های تعیین کننده در حوزه اخلاق حرفه‌ای قضات است که قضات باید درین راستا اقلأً به مهارت در مدیریت دادگاه، مدیریت، مدیریت میزکار، مدیریت زمان، مدیریت رفتار با وکلا و مدیریت امور خود، مجهز باشند. مهارت‌های قضایی در دستگاه قضایی ایران و افغانستان نیز با کاستی‌های قانونگذاری و آسیب‌های ناشی از ضعف آموزشی و عملی مواجه بوده نیاز به توجه و گام‌های عملی بیشتر دارد.

## فهرست منابع

قرآن کریم

الف: کتب

- ۱) ادیبی مهر، محمد (۱۳۸۹)، سلوک دادرسی در فرهنگ و تمدن اسلامی، چاپ اول، تهران، پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی.
- ۲) آخوندی، محمود (۱۳۸۹)، آیین دادرسی کیفری، تهران: سازمان چاپ و انتشارات، چاپ دوازدهم، جلد چهارم.
- ۳) ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۶ق) لسان العرب، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۴) افشار نیا، طیب؛ مبین، حجت (۱۳۸۹)، اطاله دادرسی و توسعه قضایی، انتشارات خرسندی.
- ۵) آشتیانی، میرزا محمد حسن (۱۳۶۳)، کتاب القضاء، چاپ اول، دارالهجره، قم، ایران.
- ۶) پروین، خیر الله (۱۳۹۵)، حقوق بشر از نظر تا عمل، چاپ اول، میزان.
- ۷) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۲)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ ششم.
- ۸) حلی، جعفر (۱۳۸۹)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ اول، مطبعه الادب ج ۴.
- ۹) دانش، سرور (۱۳۹۴)، حقیق اساسی افغانستان، کابل، انتشارات دانشگاه ابن سینا، چاپ سوم.

۱۰) رستمی ولی، آقایی طوق و همکاران (۱۳۸۸)، دادرسی عادلانه در مراجع اختصاصی اداری، دانشکده حقوق دانشگاه تهران چاپ اول.

۱۱) طباطبایی، مؤتمنی، منچهر (۱۳۸۲)، آزادی های عمومی و حقوق بشر، تهران: دانشگاه تهران، چاپ سوم.

۱۲) قاضی، سید ابوالفضل (۱۳۹۵)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، چاپ چهاردهم.

۱۳) قریشی بنایی، سیدعلی اکبر، (۱۳۸۷)، قاموس قرآن، تهران، دار الکتب الاسلامیه

### ب: مقالات

۱) امیر کبیری، علیرضا؛ داروئیان؛ سهیلا، (۱۳۹۳)، برداشتهای اخلاق حرفه‌ای مدیران در کسب و

کارهای کوچک و متوسط، مجله اخلاق در علوم و فناوری، سال ششم، ۲ و ۸۳: ۲-۹۳

۲) تبرایی، رامین، (۱۳۸۴) تعصب (بررسی روانشناختی یک رفتار، مجله حدیث زندگی / خرداد و تیر ۸۴ شماره ۲۳

۳) حسین آینه، نگینی (۱۴۰۰) نسبت صلاحیت‌های مالی و اداری رییس قوه قضائیه باریس جمهور در قانون اساسی، دانش حقوق عمومی سال دهم، بهار ۱۴۰۰ شماره ۳۱.

۴) خندان، وحید، عامری‌نیا و همکاران (۱۳۹۷)، استقلال قضایی در حقوق ایران و انگلیس، حقوق تطبیقی ایران، شماره ۴۱.

۵) فاطمه، دسترنج (۱۳۹۵)، آسیب شناسی اخلاقی از دیدگاه نهج البلاغه، فصلنامه پژوهش‌های نهج البلاغه، شماره ۳ پاییز ۸۹.

۶) قلایی، میثم (۱۳۹۷)، تأثیر پرونده شخصیت بر تصمیم‌گیری قضایی، پژوهش‌های نوین علوم انسانی، خرداد ۹۷ ش ۴.

۷) نادر میرزاده کوهشاهی و غیره (۱۳۹۹)، تحلیل انتقادی عمل کرد نظام حقوقی ایران در زمینه مفهوم استقلال قضایی، فصلنامه علمی حقوق بشر اسلامی، دوره نهم، شماره پاییز و زمستان ۱۳۹۹.

۸) نوری نشاط، سعید و دیگران (۱۳۸۸) حقوق بشر در دستگاه قضایی، تهران: سازمان دفاع از قربانیان خشونت، چاپ یکم،

۹) ناصری دولت‌آبادی مهدی و صبوری، مصطفی (۱۳۹۶) چگونه یک قاضی خوب باشیم؛ نصیحتی برای قضات تازه کار، مجله قضاوت، ۹۲-۱۶۳-۱۹۴.

## ج: قوانین و مقررات

- ۱) آیین‌نامه تعیین گروه‌های شغلی و ضوابط مربوط به ارتقای گروه و تغییر مقام قضاوت، ۱۳۹۳
- ۲) دستورالعمل ترفیع دارندگان پایه قضایی ۱۳۹۸
- ۳) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸، اصلاحی ۱۳۶۸.
- ۴) قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با اصلاحات ۱۳۹۴
- ۵) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.
- ۶) قانون نظارت بر رفتار قضات ۱۳۹۰
- ۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان ۱۳۸۲
- ۸) قانون تشکیل و صلاحیت قوه قضائیه جمهوری اسلامی افغانستان شماره (۱۱۰۹) مورخ ۹۲.
- ۹) قانون معاشات مأمورین عالی رتبه دولتی افغانستان مصوب ۱۳۹۲
۱۰. قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان مصوب شماره ۱۳۴۱ مورخ ۱۳۶۸
۱۱. مقررہ حقوق و امتیازات کادر قضایی افغانستان مصوب ۷۶۲ مورخ ۱۳۸۹ / ۷ / ۲۷
۱۲. مقررہ رسیدگی به تخلفات قضایی مصوب شماره ( ۲۲۰ ) مورخ ۲۱ ر ۳۱ مورخ ۱۳۸۷.
۱۳. مقررہ سلوک قضایی برای قضات افغانستان مصوب شماره (۲۲۹) مورخ ۱۳۸۶ / ۳ / ۲۹.

## معامله با خود در نظام حقوقی ایران و افغانستان

عصمت الله "همدمی"<sup>۱</sup>

### چکیده

معامله باخود، یکی از مسایل مهم در مناسبات حقوقی است که واسطه در آن نقش اساسی دارد. در اصطلاح، به رابطه حقوقی اطلاق می‌گردد که ناظر بر روابط مالی اشخاص بوده و در اثر صدور دو اراده از یک شخص، توأماً با دو عنوان و با نقش دوگانه (ایجاب کننده و قبول کننده) به طوری که اصالتاً از طرف خود و نیابتاً از طرف اصیل ایجاد شده و منشاء اثر حقوقی قرار می‌گیرد. تئوری نمایندگی، موجبات پذیرش آن را در نظام حقوقی کشور های مختلف فراهم ساخته است. چنانچه در قانون مدنی ایران و قانون مدنی و قانون نمایندگی تجارتي افغانستان نیز انعکاس یافته است. در حقوق ایران، نویسندگان، تاحدودی به آن پرداخته اند اما حقوق افغانستان از این حیث در خلاء معرفتی قرار دارد. پرسشی که مطرح است این که، معامله با خود در حقوق ایران و افغانستان چیست؟ پاسخ نگارنده مبتنی بر مفهوم معامله با خود در مفهوم اخص آن است. هدف مقاله، تبیین مفهوم و ماهیت معامله با خود و کمک به پویایی راهکارهای قانونی، در حقوق افغانستان است. در تدوین و گردآوری محتویات؛ روش کتابخانه‌ای و در پردازش و تحلیل داده ها روش توصیفی با رویکرد تطبیقی ملاک قرار گرفته است.

---

<sup>۱</sup> . دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی جامعه المصطفی العالمیه ص - نمایندگی گلستان



یافته ها، حاکی از اشتراک دو نظام حقوقی، در ماهیت عقدی معامله باخود و عدم لزوم ابراز اراده در تحقق آن است. البته در حقوق ایران، راهکارهای قانونی، بر پایه‌ای اصل جواز معامله باخود طرح شده و در فرض اطلاق اختیار، در خصوص تشخیص راه حل، از صراحت، انسجام و جامعیت لازم برخوردار نیست. در مقابل راهکار های حقوقی افغانستان، مبتنی بر اصل ممنوعیت معامله با خود مقرر شده و در مقام تردید، از شفافیت، انسجام و کارایی بیشترِ برخوردار هست. نظریه مشهور فقها و اساتید برجسته‌ای حقوق ایران نیز، همسو با موقف حقوق افغانستان است.

**واژگان کلیدی:** معامله باخود، اختیار، واسطه، وحدت، تعدد، اراده.

## مقدمه

معامله با خود، یکی از مسائل مهم و مورد توجه در قواعد عمومی ناظر بر قراردادها و روابط معاملاتی است که نماینده در آفرینش آن ها نقش اساسی دارد. منظور از آن رفع محدودیت اختیارات نماینده و توسعه گستره کارایی بیشتر قصد و اراده در تصرفات حقوقی است. قرارداد یا معامله اساساً چارچوب قانونی متعارف برای تضمین منافع طرفین هست که در فرض تعدد واقعی منبع صدور قصد، تأمین منافع طرفین مفروض است. اما، در فرض معامله شخص باخود یا وحدت منبع صدور اراده ایجاب و قبول، تضاد منافع و در مواردی ترجیح منافع اصیل مطرح است. از طرفی هم دنیای معاملات مقتضی سرعت چرخش سرمایه و رفع نیازهای آنی شخصی و تجاری اشخاص هست که نمایندگان نیز به عنوان مصرف کننده یا تاجر بخشی از افراد جامعه تلقی می شوند، چنانچه این مهم در مواردی که کالای مورد معامله انحصاری است بیشتر اتفاق خواهد افتاد. چالش فوق، مقتضی راهکارها و تدابیر قانونی است که در عین تضمین منافع به سرعت و امنیت و اعتبار در دنیایی معاملات کمک نماید. از آنجا که معاملات در عرف قبل از اسلام جریان داشته لذا بحث از معامله با خود و مسائل پیرامون آن از صدر اسلام تا به امروز در میان فقها و حقوق دانان مطرح بوده، ولی تاهنوز بصورت تطبیقی در حقوق ایران و افغانستان مطرح نشده و هیچ پژوهش تطبیقی در این مورد صورت نگرفته است. بنابراین با توجه به اهمیت و جایگاه ویژهی معامله با خود در هردو نظام حقوقی (ایران و افغانستان) در این نوشتار به مباحثی چون (مفهوم شناسی، امکان معامله با خود در نظام حقوقی ایران و افغانستان، لزوم ابراز و اظهار اراده در معامله با خود در سیستم حقوقی ایران و افغانستان) پرداخته خواهد شد. این پژوهش از جهت شیوه نگارش به صورت تطبیقی به رشته تحریر در آمده و به تحلیل و توصیف داده‌ها در هردو نظام حقوقی پیرامون معامله پرداخته و در اخیر به وجوه اشتراک و افتراق هردو نظام حقوقی پیرامون معامله با خود اشارات قابل ملاحظه‌ی صورت گرفته است.

مسئله معامله با خود، در حقوق ایران و افغانستان، به رغم اشتراکات این دو نظام حقوقی با تفاوت های انعکاس یافته است، پرسش اساسی که مطرح است که مسئله معامله با خود در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و افغانستان چیست؟

## ۱. مفهوم شناسی

### ۱-۱. واکاوی اصطلاح معامله با خود

#### ۱-۱-۱. معامله با خود در مفهوم عام

در ادبیات حقوق ایران، اندیشمندان، مصطلحات مترادف و هم معنای دیگری نیز برای اصطلاح معامله باخود به کار برده اند، نظیر: «انشای عقد به وسیله شخص واحد (شهیدی، ۱۳۹۸: ص ۱۳۸)، «عمل حقوقی خود» و «عقد با خود» (قائم مقامی، ۱۳۷۸: ص ۱۳۱). اما آنچه در نص قانون به آن توجه شده؛ «معامله باخود» است ماده ۱۲۴۰ ق.م.ایران. البته معادل آن در نصوص قانونی افغانستان، «عقد برای خود» است (ماده ۵۴۱ ق.م.افغانستان). در مصطلحات حقوقی کشورهای عربی از جمله مصر "التعاقد الشخص مع نفسه" تعبیر شده است (سنهوری، ۱۹۹۸م: ج ۱، ص ۲۲۷).

در بدو امر آنچه از اصطلاح معامله با خود و مصطلحات مشابه آن، به ذهن متباد می شود، ایجاد یک رابطه حقوقی خود با خود است، که در قلمرو حقوق، معنای مراد نیست، زیرا چنین عملی نه تنها معامله با خود نمی باشد، بلکه اصولاً عمل چنین شخصی یک عمل حقوقی محسوب نگردیده و در نتیجه کدام اثر حقوقی بر آن مترتب نمی گردد، زیرا تغییری در مالکیت ایجاد نمی شود و منفعتی را نمی توان برای چنین معامله ای تصور کرد.

آنچه از نص ماده ۱۹۸ ق.م. دانسته می شود اینکه، یک شخص به وکالت از دو طرف، معامله ای را به دو اعتبار با خود انجام دهد. لذا منظور از معامله با خود، در اصطلاح حقوقی این است که شخص به تنهای ولی به دو اعتبار در انعقاد یک عقد دخالت نماید. چنانچه برخی از پژوهشگران، در مقام تبیین مفهوم اصطلاح معامله با خود تعریف ذیل را برگزیده اند: قرارداد یا معامله با خود، وضعیت حقوقی است که به هنگامی ایجاد می شود که یک شخص به دو عنوان توأماً و با نقش دوگانه اقدام به انجام یک عمل حقوقی بنماید (حاتمی، ورزنده، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی ۱۳۹۹: صص ۶۱-۷۶).

به نظر می رسد تعاریف مزبور ناظر به تبیین اصطلاح معامله با خود در مفهوم اعم هست که شامل عقود مالی و غیر مالی هر دو می شود، ولی نسبت به تعریف معامله با خود در مفهوم مورد نظر این پژوهش ساکت است. مزیت این دو تعریف آنست که با قید «دو عنوان توأماً و با نقش دوگانه» ایقاع از تعریف

مزبور خارج می‌شود، زیرا منظور از عمل حقوقی صرفاً عقود هست نه ایقاع. همچنان می‌توان از آن در اصل وحدت منبع صدور قصد استناد نمود، اما در تبیین مفهوم مورد نظر این پژوهش، رساء نیست.

### ۱-۱-۲. معامله باخود در مفهوم اخص

معامله در معنای اخص، فقط به عقود و قراردادهای مالی اطلاق می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۸: ج ۱، ص ۶۱). لذا معاملات غیرمالی نظیر نکاح و وقف را شامل نمی‌گردد، زیرا آثارمالی این دسته از عقود جنبه فرعی دارد. اصطلاح "باخود" نقطه مقابل با غیر بکار رفته و قید احترازی است، لذا سایر معاملاتی که توسط اراده طرفین واقعی ایجاد می‌شوند مورد بحث نخواهد بود. همچنان در فرضی که یک شخص به نمایندگی از دو طرف عقدی را ایجاد می‌نماید شامل بحث نیست بلکه منظور نگارنده مفهوم معامله با خود در معنای اخص است، البته با این فرض که شخصی که با خود معامله می‌نماید، شخصاً یک طرف واقعی معامله باشد. مثلاً نماینده تجاری که مذاکرات مقدماتی، بازاریابی، انعقاد و یا ایجاد معاملات و خدمات بازرگانی دیگری را بر عهده دارد، بخواهد همان کالا یا خدمات را بجای دیگری برای خود معامله یا عرضه نماید. در این رابطه نماینده به عنوان مصرف کننده و یا تاجر، خدمات و یا کالای مورد نیاز خویش را از طرف خود اصالتاً در جایگاه مشتری و به اعتبار سمت نمایندگی از طرف اصیل اقدام به انعقاد قرارداد یا ارائه خدمات نماید. لذا نماینده از یک طرف به عنوان نماینده اصیل فروشنده و عرضه کننده خدمات (موجب) و از طرف دیگر به عنوان مشتری، بهره گیرنده خدمات (قابل)، نقش ایفاء می‌کند. در این جا از لحاظ ظاهری چنین شخصی با خود معامله نموده و یک اراده در آفرینش ماهیت حقوقی نقش داشته است اما از لحاظ حقوقی این شخص به دو اعتبار و عنوان متفاوت در انعقاد عقد دخالت داشته است.

بنا براین می‌توان قرارداد یا معامله با خود را در مفهوم اخص چنین تعریف نمود: معامله باخود، رابطه حقوقی است که ناظر بر روابط مالی بوده و در اثر صدور دو اراده از یک شخص، توأمأ با دو عنوان و با نقش دوگانه ایجاد شده و منشاء اثر حقوقی قرار می‌گیرد.

ثمره تفکیک معنای اخص از معنای اعم در این است، خطر مطرح در مفهوم نخست ناشی از احتمال تبانی با یک طرف و ترجیح منفعت یک طرف بر دیگری است اما در معنای اخص احتمال سوء استفاده و احتمال ترجیح منفعت خود بر منافع اصیل است.

## ۱-۲. ماهیت حقوقی معامله با خود

از آنجاکه، ایجاد، انعقاد و تشکیل هر عقد، معامله و قراردادی بستگی به سازش، همکاری و نقش آفرینی حد اقل دو اراده ضرورت دارد، بگونه ای که هریک از دو اراده، نماینده یک نفع خاص می‌باشد. مسلماً لازمه تعدد طرف قرارداد، تعدد واقعی و عینی اراده آفریننده ماهیت حقوقی است. از این حیث، در مواردی که یک شخص به نمایندگی از دو طرف عقد یا به نیابت از یک طرف و به اصالت از طرف خود قراردادی را منعقد می‌کند، این پرسش مطرح می‌گردد که ماهیت حقوقی اقدام شخص واحد چیست، عقد است یا ایقاع؟ اگر ماهیت حقوقی چنین عملی عقد باشد، چگونه ممکن است در آفرینش آن یک اراده نقش ایفا کند، چون از یک فرد جز یک اراده صادر نمی‌شود.

در خصوص پاسخ به ماهیت حقوقی معامله با خود نظریاتی متفاوتی از طرف حقوقدانان ارائه شده است که ذیلاً به آنها پرداخته می‌شود.

۱- **نظریه تحول مفهومی عقد:** این نظریه مبتنی بر مفهوم اجتماعی و مادی عقد است، از نقطه نظر این دیدگاه، قرارداد از مفهوم پیشین خود، همان که شخص به عنوان مدیون وثیقه انجام تعهد تصور می‌گردید و برای وجود خارجی یک دین وجود حد اقل دو نفر حتمی دانسته می‌شد، فاصله گرفته و به رابطه بین دو دارای مبدل شد، لذا، عنصر سازنده قرارداد وجود دو دارایی و نفع مستقل است، باآنکه یک شخص متصدی پشتیبانی از آنها باشد. مبالغه در برجسته سازی و صف مالی قرارداد و فقدان وجه تمایز عقد با سایر اعمال حقوقی در نظم بخشی رابطه بین دو دارایی، ایراداتی اند که نسبت به این نظریه مطرح شده است. چنانچه چشم پوشی از آن موجب خلط با اعمال حقوقی دیگر نظیر ایقاع می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۲، ص ۹۱ به نقل از گوژه رساله دکتری، ۱۹۰۳م، ص ۶۲-۷۳ و آرنو (Arno)، نقل از ریپر و بولانز، ج ۲، ص ۲۳۴).

۲- **نظریه ایقاعی که در آثار، شبیه عقد است:** در این دیدگاه توافق دو اراده توأم با نفع مستقل، رکن بنیادین عقد قلمداد شده، ولی تحقق آن را در «معامله باخود» به لحاظ عملی غیر ممکن تلقی شده است، چون در واقع یک اراده است که تصمیم اتخاذ می‌نماید، ولی اراده مذکور به علت دارا بودن صلاحیت نمایندگی از دو طرف یا یکی از آنها، منشاء همه آثار عقد است (کاتوزیان، همان، به نقل از روملن، باراسی و مازونی (نقل از دموگ)، تعهدات بطور کلی، ج ۱، ش ۴۲).

۳- **نظریه تعدد اعتباری:** مدعای این دیدگاه این است که در «معامله با خود» نیز دو اراده متصور است، ولی به دو عنوان و دو اعتبار متفاوت در تشکیل عقد نقش ایفا می‌نماید، از آنجا که نماینده دارای اراده مستقل است نه صرف ابزار بیان و نقل اراده، لذا به موجب اقتضای هر عنوان می‌تواند منشاء صدور دو اراده مستقل قرار گیرد (کاتوزیان، همان).

در حقوق ایران، ماده ۱۹۸ ق.م یک نوع معامله شخص با خود یعنی معامله به وکالت از طرفین عقد را صراحتاً پذیرفته است. در این خصوص ماده مزبور چنین صراحت دارد: «ممکن است طرفین یا یکی از آنها به وکالت از غیر اقدام نماید و نیز ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به عمل آورد». حقوقدانان نیز با اتکا به نص ماده مذکور، معتقدند که چون رابطه قراردادی و معاملی یک امر اعتباری و رابطه سببیت اراده نسبت به ماهیت حقوقی نیز یک رابطه اعتباری و غیر واقعی و عینی است، لذا حرکت اراده یک شخص در جایگاه دو طرف قرار گرفته، می تواند سبب تراضی و تشکیل عقد در عالم حقوق شود، هر چند که منبع صدور آن یکی باشد. لذا صدور اراده از یک شخص به نحوی که نمایندگی از دو نفع متضاد نماید در حکم دو اراده محسوب شده و فرایند دخالت یک شخص به جای دو نفر یعنی به نمایندگی از طرفین آن را از ماهیت قراردادی بیرون نمی نماید (امامی، ۱۳۶۲ش، ج ۱، ص ۲۶۲؛ لنگرودی، ۱۳۵۷ش، ج ۱، ص ۵۳۱؛ شهیدی، ۱۳۹۸ش، ج ۱، ص ۱۱۳۸؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۸۲). مشهور فقهای امامیه نیز معتقد به ماهیت عقدی معامله با خود هستند (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۲۱؛ طباطبائی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۴۹).

در حقوق افغانستان، در قانون مدنی، قانون نمایندگی تجارتنی و فقه حنفی (ماده ۱۴۹۷ مجله الاحکام)، هر چند با محدودیت های مورد پذیرش بوده است ولی این محدودیت ها نمی تواند آن را از ماهیت عقدی آن بیرون نماید از طرفی هیچ ابراز نظر مبنی بر تردید در ماهیت عقدی آن به نظر نرسید.

به نظر می رسد در سیستم حقوقی دو کشور، اساساً هیچ تردیدی نسبت به ماهیت عقدی «معامله با خود» مطرح نیست. بنابراین یک شخص به تنهای می تواند یک یا چند ایجاب و قبول را با هم محقق سازد. همچنان، اعلان ایجاب و قبول یا به عبارت بهتر اعتبار کردن دو قصد انشاء موجب و قابل توسط شخص به تنهای به نمایندگی، نیز خالی از ایراد خواهد بود. البته باید گفت که نماینده از جانب خود صلاحیت ندارد، تا در اموال دیگری تصرف نماید؛ بلکه منشاء آن، اختیاری است که به موجب قرارداد به وی تفویض شده است.

### **امکان معامله با خود در سیستم حقوق ایران و افغانستان**

در خصوص مسئله معامله با خود در مفهوم اخص، این پرسش مطرح می شود که، آیا یک شخص می تواند به نمایندگی از دیگری با - خود معامله کند؟ ممکن است یک شخص کالایی را که خود مکلف به فروش آن است، برای خودش خریداری نماید و یا بالعکس در قرارداد کالایی که باید برای اصیل بخرد در

مقام فروشنده باشد. با توجه به خطرات احتمالی این نوع معامله در عین برخورداری آن از برخی جاذبه ها، پاسخ به این مسئله نیازمند بررسی قواعد و راهکارهای حقوقی ناظر به ایجاد و اعتبار رابطه حقوقی مذکور در سیستم حقوقی دو کشور هست، که ذیلاً به آن پرداخته می‌شود.

## ۲-۱. امکان معامله با خود در حقوق ایران

در سیستم حقوقی ایران، امکان معامله با خود در محور چند فرض مورد توجه واقع شده است:

### ۲/۱/۱ فرض تصریح به اختیار نماینده در انجام معامله با خود یا منع از آن (اختیار مقید)

در مناسبات قراردادی، این فرض ناظر به حالتی است که اصیل به نماینده صراحتاً اختیار داده است که خود شخصاً می‌تواند طرف معامله قرارگیرد و یا وی را از انجام معامله با خود صراحتاً منع نموده باشد، نظیر اینکه شخصی به نماینده خود بگوید: تو می‌توانی این کالا را به هرکسی بفروشی حتی به شخص خودت، یا می‌توانی این کالا را به هرکسی بفروشی جز شخص خودت.

در این فرض اساتید حقوق معتقدند که برابر ماده ۱۹۸ق.م. در صورتی که به وکیل اذن صریح داده شود، هیچگونه تردیدی در صحت، اعتبار و نفوذ نماینده یا وکیل باقی نمی‌ماند، و اگر چنانچه صراحتاً منع شده باشد، در بطلان معامله نیز هیچ تردید نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۲، ص ۹۶).

ایرادی که در خصوص استناد به ماده ۱۹۸ وجود دارد اینکه، ماده مزبور، ناظر به حالتی است که یک شخص به نیابت از دو طرف، اقدام به انجام معامله نماید که خطر عدم تعادل میان منافع و مصالح طرفین مطرح است، نماینده در مظان آن قرارداد دارد که در تبانی بایک طرف مصالح یکی را بر دیگری ترجیح دهد، چون بنا هست هرکس وکیل خود را حافظ منافع خود می‌داند.

### ۲-۱-۲ فرض تردید در اختیار نماینده نسبت به انجام معامله با خود یا منع از آن (اختیار عام یا

#### مطلق)

چنانچه در فرضی که اختیار داده شده مطلق باشد، آیا انجام معامله با خود نماینده ممکن است؟ به عبارتی، آیا معامله نماینده با خود می‌تواند مشمول عموم و اطلاق اذن و اختیار اصیل قرارگیرد؟ مانند اینکه: شخص "الف" به شخص "ب" اختیار هر نوع تصرف حقوقی را در تمام امور مالی خود یا ملک و کالای معینی خود، اعطا نماید یا به او بگوید که این ملک و یا کالا را می‌توانی به هرکسی بفروشی یا به اجاره بدهی، در اینجا سوال که مطرح است این که انجام معامله با خود مشمول حکم عام «هرنوع تصرف» و نماینده شخصاً، مشمول حکم اطلاق «به هرکسی» قرار گیرد یا خیر؟

قانون مدنی در این مورد حکم صریحی ندارد، لذا در خصوص امکان معامله با خود، حقوقدانان دیدگاه‌ها و راهکارهای متفاوتی ارائه داشته‌اند، در اینجا نگارنده، در محور سه نظریه، ذیلاً به آنها می‌پردازد:

## ۱-۲-۱-۲. نظریه عدم شمول "معامله باخود" در مصادیق اختیار

چنانچه برخی از حقوقدانان، با استناد به وحدت ملاک از ماده ۱۰۷۲ق.م که راجع به عقد نکاح چنین صراحت دارد: «در صورتی که وکالت به طور اطلاق داده شود وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند، مگر اینکه این اذن صریحاً به او داده شده باشد»، ممنوعیت معامله باخود را به سایر روابط حقوقی که واسطه در ایجاد آن نقش دارد تسری بخشیده و قائل به ممنوعیت معامله نماینده باخود در فرض اطلاق اختیار هستند. البته با تأکید بر اینکه استناد به ماده مزبور، بستگی به این دارد که در مقام تفسیر، اراده موکل، جنبه عمومی دارد یا مختص به وکالت در نکاح است. مشهور فقهای امامیه نیز با استناد به اینکه اطلاق اختیار وکیل در عرف دلالت به مورد اختیار معامله با خود ندارد بناءً ظاهر اراده موکل، ناظر بر حق معامله با دیگران است. چون تصرف در مال غیر خلاف اصل و منوط به اذن است، در مقام تردید، لزوماً وکیل از مباشرت در عقد منع شود، زیرا در این صورت هم وکیل از مظان اتهام بدور می‌ماند و هم از حقوق موکل در مقابل خود خواهی وکیل صیانت می‌شود. افزون بر این برخی روایات وکیل را به طور مطلق و یا در جای که در مظان تهمت قرار می‌گیرد از معامله با خود منع می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۲، ص ۹۷).

نکته ای که در این دیدگاه مهم می‌نماید اینکه، ممنوعیت وکیل از معامله با خود، به عنوان قاعده و اصل قرار داده و جواز آن، استثناءً مربوط به اذن موکل قلمداد شده است. لذا در فرض اطلاق اختیار نماینده، معامله با خود اساساً منتفی است، مگر اینکه در این زمینه اذن صریح از طرف اصیل مبنی بر اختیار احراز شود. البته در مقام احراز و تفسیر، افزون به تصریح موکل به اختیار وکیل در انجام معامله باخود، اختیار ضمنی موکل، قرائین و اوضاع و احوالی که وجود یا عدم آن را می‌رساند به عبارتی تردید را برطرف می‌نماید، کافی تلقی شده است (۱۳۹۱: ج ۲، ص ۹۹).

## ۲-۱-۲-۲. نظریه شمول، معامله باخود در مصادیق اختیار

برخی معامله با خود را مشمول اطلاق اختیار وکیل دانسته و آن را ابتدا به ساکن از مصادیق اختیار مطلق وکیل می‌پندارند، این گروه، معتقد به جواز معامله نماینده با خود در صورت اطلاق اختیار بوده و منع معامله با خود را مربوط به اراده صریح موکل مبنی بر قیدی که منع وکیل را از معامله باخودش افاده نماید، دانسته‌اند. در تأیید این مدعا به ماده ۱۹۸ق.م استناد شده است. چون قانونگذار، در جایگاه بیان قواعد عمومی، امکان چنین معامله‌ای را مطلقاً پذیرفته است. چنانچه برخی از فقهای امامیه نیز معتقد به جواز معامله باخود در فرض فقدان قید منع در اذن موکل هستند و روایات منع را حمل بر کراهیت نموده



اند(کاتوزیان، ۱۳۹۱: همان، به نقل از سید محمد جواد آملی، مفتاح الکراره، ج ۷، ص ۵۷۰ و ۵۷۱)

همچنان، در تقویت این نظر، به رأی شماره ۹/۱۰۸-۶۳/۲/۲۹، دیوان کشور(شعبه ۹) نیز استناد شده است، وجه استدلال اینکه، در قواعد کلی ناظر بر وکالت(مواد ۶۵۶ تا ۶۶۵) معامله وکیل با خود از اختیارات وکیل، استثناء نشده است و پیش بینی آن در ماده ۱۰۷۲ق.م به صورت استثناء مؤید اعتبار معامله وکیل با موکل بوده، اعلام می نماید، هرگاه موکل به وکیل اختیار دهد که با هر کسی می خواهد معامله کند، خود وکیل نیز می تواند از مصداق های این عبارت کلی قرار گیرد».

اما، حقوقدانان، از جمله دکتر کاتوزیان، نظریه نخست را به دلیل هماهنگی آن با نظر مشهور فقهای امامیه و سازگاری آن به مصالح اجتماعی ترجیح داده اند. راهکار پیشنهادی آنها این است که در مقام تردید، راه حل، بسته به تعبیر اراده طرفین در عقد وکالت و ظهور عباراتی هست که آنها بکار برده اند. قانونگذار در مقام وضع قانون تکمیلی و تفسیری آنها در فرض ضرورت و دادرسی در جایگاه اجرای توافق، می تواند مفاد تراضی دو طرف را در چنین حالت مشخص نموده و دلالت های عرفی و لفظی را مرعی بدارند. افزون بر این، ایرادات مدلی را نیز بر مستندات نظریه دوم وارد نموده جهت اطلاع بیش تر به (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۲ ص ۹۸) مراجعه شود.

## ۲-۱-۲-۳. نظریه اعتبار شخصیت

این نظریه، ناظر به فرضی است که شخصیت وکیل یا طرف معامله برای اصیل معتبر و ارزشمند باشد، چنانچه اگر این مزیت شخصیتی نباشد، او حاضر به معامله نبوده و وکیل را هم به وکالت بر نمی گزیند.

برخی از حقوقدانان، در مقام تردید در وجود یا عدم اختیار انجام معامله با خود، راهکار حقوقی دیگر را برای تشخیص ممنوعیت و جواز معامله با خود، ارائه نموده اند و آن اینکه، اگر در مواردی که امکان سوء استفاده از طرف نماینده نمی رود؛ شخصیت طرف معامله به لحاظ اقتصادی و اخلاقی در معامله نقش نداشته و امانت داری وکیل در سرنوشت معامله بی اثر باشد: نظیر خرید و فروش کالای که در بازار بهای معین دارد و به صورت نقد مورد داد و ستد قرار می گیرد، بی اهمیتی نقش وکیل و بی اعتنای موکل به شخصیت طرف معامله، قرینه ای بر اذن و اختیار عام است، لذا، معامله وکیل با خود می تواند از مصادیق آن قلمداد شود. مستند این نظریه ملاک است که از مفهوم مخالف ماده ۳۷۳ ق.ت مورد استنباط قرار گرفته است. اما در صورتی که عکس آن مطرح باشد، یعنی در صورتی که، شخصیت طرف معامله مهم تلقی شود و نقش وکیل در تأمین منافع موکل موثر باشد، چون در این حالت، در واقع وکیل طرف مقابل اصیل قرار می گیرد، لذا نمی توان اختیار وکیل را متعارف تلقی نمود. طرفداران این نظریه با توجه به فقدان رضای موکل، اصل را عدم صلاحیت و اختیار قرارداده لذا، جز در مواردی که اراده موکل بیان شود یا قرینه قطعی

برآن وجود داشته باشد، اصل عدم اختیار معامله با خودحاکم است. چنانچه قانونگذار در ماده ۱۰۷۲ ق.م، وکیل را از تزویج موکل با خود، اساساً به دلیل اهمیت شخصیت اخلاقی و مالی طرف قرارداد، منع نموده و جواز آن را منحصر به اذن موکل دانسته است، زیرا وکیل نقش موثر در گزینش شخصیت مورد نظر موکل دارد.

در این نظریه راهکار ارائه شده، همانند دو نظریه که قبلاً مطرح گردید، در پی جستجو و استناد مستقیم به اصل قاعده و ظابطه کلی که از مواد قانونی بطور استبراء استنباط شده باشد، نیست، بلکه، مقدمتاً برای دست یابی به اصل که در مقام تردید کارای داشته باشد و بتواند، منع یا جواز معامله باخود را افاده نماید، نیازمند آن است که دادرس به اوضاع و احوال شخصی و اجتماعی توجه نماید و بسته به مورد مهم بودن شخصیت طرف و وکیل یا مهم نبودن آنها برای اصیل، تصمیم جداگانه اتخاذ نماید.

بنا بر این برخی حقوقدانان باوردارند، در مواردی که وکالت به صورت مطلق اعطا شود، نباید بیم خارج شدن وکیل از حدود امانت را در این گونه معاملات نادیده گرفت و حمایت از حقوق موکل و لزوم تعبیر اراده او براین مبنا ایجاب می کند که معامله با خود، محدود به موردی باشد که او آن را به صراحت مجاز شمارد، یا شخصیت و ابتکار وکیل مؤثر در عقد نباشد؛ برای مثال، اگر وکیل مامور خرید کالا یا اوراق تجارتي و سهامی شود که در بازار قیمت معین دارد و امکان هیچ سوء استفاده ای برای او نمی رود، می توان این قرینه را دلیل بر اذن موکل بر شمرد. همچنان اظهار می دارد که ممنوعیت معامله با خود مربوط به فرضی است که شخصیت وکیل در عقد مؤثر است (قاعده) و مجاز دانستن معامله با خود، مربوط به حالت و اوضاعی است که شخصیت وکیل اثری ندارد، وی این رویکرد را با روح و ملاک قوانین سازگار می داند (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۸۳).

## ۲-۲. امکان معامله باخود در حقوق افغانستان

### ۲-۲-۱. در قانون عام

در خصوص امکان معامله با خود، ماده ۵۴۱ ق.م راجع به نیابت چنین صراحت دارد: «نائب نمی تواند عقدی را برای خود یا به نام اصیل انجام دهد، مگر اینکه اصیل قبلاً به او اجازه داده یا بعداً آن را تأیید نماید». از ظاهر ماده فوق چنین استنباط می گردد که قانونگذار افغانستان معامله باخود را که عقود مالی مصداق بارز آن محسوب می شود، اساساً مشمول اختیارات نایب ندانسته، لذا امکان معامله با خود را مربوط به اذن منوب عنه دانسته است. نکته ای مهم دیگری که در ماده مذکور، ملاحظه می شود اینکه قانونگذار، اذن منوب عنه را به اذن قبل و بعد دسته بندی نموده و هرکدام را در اعتبار و نفوذ عقد مؤثر دانسته است. به این معنا که اگر برای نایب اختیارات انجام عقد برای خود، از قبل صراحتاً داده شده باشد و یا

نظر به حالات، اقدامات او مورد تأیید منوب عنه قرار گیرد، صحیح و معتبر تلقی می‌شود.

همچنان ماده ۱۵۸۳ ق.م.اف. چنین صراحت دارد: «وکیل به خرید شی معین نمی‌تواند شی مورد نظر را در غیاب مؤکل برای خود خریداری نماید. مگر اینکه آن را به ثمن بیشتر از ثمن معینه یا به جنس دیگر خریداری نموده باشد». ماده ۱۵۸۴ ق.م.اف. نیز چنین بیان می‌دارد: «وکیل به خرید نمی‌تواند مال خود را به مؤکل خود بفروشد». همچنان ماده ۱۵۹۰ ق.م.اف. تصریح می‌نماید: «وکیل نمی‌تواند شی را که به فروش آن مامور است برای خود خریداری کند گرچه مؤکل به آن تصریح نموده باشد».

ماده ۱۵۸۸ ق.م.اف. افزون بر منع وکیل از معامله باخودش وی را داد و ستد با اشخاص که شهادت آنها به نفع وی مسموع نیست منع نموده است، البته جز در صورتی که ثمن از قیمت آن بیشتر باشد.

## ۲-۲. در قانون خاص

چنانچه بند ۱ ماده ۱۷ ق.ن.ت. چنین صراحت دارد: نماینده خرید نمی‌تواند، مالی را که به خرید آن برای صاحب معامله توظیف گردیده، برای خود خریداری کند. بند ۲ ماده مزبور نیز چنین مقرر می‌دارد: «نماینده خرید، نمی‌تواند مال خود را به صاحب معامله به فروش رساند.» بند ۳ ماده ۱۷ افزون بر معامله نماینده با خود، معامله با برخی از اقارب دیگر را نیز ممنوع دانسته است: «نماینده فروش نمی‌تواند مالی را که به فروش آن توظیف است، برای خود خریداری یا آنرا به (والدین، اجداد، اولاد و همسر) خود یا به شخص یا شرکت که خود در مفاد آن سهام و یا به شخصیکه در ارزش واقعی مال تخفیفی را قایل گردد، به فروش برساند، مگر اینکه قیمت فروش بالاتر از قیمت منصفانه باشد. در این صورت نماینده می‌تواند، مال متذکره را به قیمت عادلانه و با رضایت صاحب معامله، بعد از افشای رابطه خویش به خریدار مورد نظر، به فروش برساند.»

به نظر می‌رسد، از آنجا که قانونگذار افغانستان در فرض اطلاق و یا عام بودن اختیار نایب، ممنوعیت انجام عقد با خود را به عنوان قاعده عام، پذیرفته است، دیگر جای بحث از ضابطه کلی و ملاک قراردادن اعتبار و عدم اعتبار شخصیت برای احراز جواز یا منع معامله باخود آنگونه که در سیستم حقوق ایران مطرح است، وجود ندارد.

چنانچه در برخی از پژوهش‌ها، اذعان شده است که در حقوق ایران، اصل، جواز معامله نماینده باخود، در حقوق افغانستان، اصل، ممنوعیت معامله باخود، مورد پذیرش واقع شده است. قانونگذار افغانستان به رغم ممانعت نایب، وکیل بطور عام و نماینده تجاری بطور اخص، از معامله باخود، آنها را از معامله با برخی اشخاص حقیقی که نسبت قرابت با او دارند، شهادت آنها به نفع نماینده مسموع نباشد، اشخاص حقوقی که نماینده سهم دار آن است، دیگرانی که در مظان تهدید منافع اصیل قرار دارند، نیز منع نموده

است. (همدمی، ۱۳۹۹: ص ۱۲۶).

به هر حال، چنانچه نماینده بر خلاف این ممنوعیت اقدام نماید و با خودش قرارداد منعقد کند، این قرارداد باطل قلمداد می‌شود، لکن بطلان آن نسبی (غیر نافذ) است و به دلیل رعایت منافع اصیل است. لذا اگر اصیل عقد را اجازه دهد بطلان منتفی خواهد شد (سماواتی، ۱۳۹۴: ص ۱۷۷)

## ۱- لزوم و یا عدم لزوم ابراز قصد و اراده در انجام معامله با خود

قرارداد یا عقد اساساً با قصد انشایی تحقق می‌یابد که توأم با ابراز آن باشد، لذا در فرض وحدت واقعی منبع صدور اراده و تعدد اعتباری آن، که منتج به انعقاد عقد به وسیله شخص واحد می‌گردد، پرسشی که به ذهن می‌رسد این هست که آیا ابراز اراده شخص واحد که در جایگاه هریک از طرفین رابطه حقوقی انجام می‌شود، مستلزم ابراز آن در عالم واقع هست یا خیر؟

در حقوق ایران، برخی اساتید حقوق، با استناد به مفاد ماده ۱۹۱ ق.م. اذعان نموده اند که مورد لزوم ابراز قصد، نسبت به دو مورد وحدت و تعدد قاصد، در موقعیت دو طرف عقد مطلق و شامل مورد وحدت شخص منشیء عقد نیز دانسته، هرچند که معتقد به ناسازگاری این پندار با منطق عقل هست. (امامی، ۱۳۵۱: ج ۱: ص ۲۶۳).

در مقابل، برخی دیگر از حقوقدانان، بر پایه‌ای مفاد ماده ۱۹۱ و تحلیل که از ماهیت و ارکان عقد دارند، به این نظر هستند که ابراز اراده انشایی در موردی که انشاء کننده عقد شخص واحد باشد، برای تشکیل عقد لازم نیست و دخالتی در مرحله ثبوتی ندارد. زیرا انشاء کننده واحد عقد در درون خود به حرکت اراده خویش در جهت ایجاب و قبول آگاه می‌باشد. البته آنچه از ماده ۱۹۱ استنباط می‌گردد، ابراز اراده موضوعیت ندارد، بلکه از حیث کاشفیت آن از اراده طرف عقد یا تحقق دلالت ابزار ابراز، بر وجود قصد و حکایت از اراده طرف معامله، برای طرف دیگر لازم تلقی شده است در حالی که این امر در مورد انشاء عقد بوسیله شخص واحد منتفی است. زیرا انشاء کننده واحد عقد در درون خود به حرکت اراده خویش در جهت ایجاب و قبول آگاه می‌باشد و ابراز اراده در خارج نمی‌تواند برای دلالت بر اراده خود او داشته باشد. لذا ماده ۱۹۱ ناظر به مواردی هست که تعدد واقعی طرفین متصور است و شمول مورد وحدت انشاء کننده معامله که استثناء و نادر است، اصولاً قابل پذیرش نیست. (شهیدی، ۱۳۹۸: ج ۱، ص ۱۴۳).

در سیستم حقوقی افغانستان، قانونگذار، در بند ۱ ماده ۵۰۲ ق.م.انعقاد قرارداد را مربوط به وجود سه شرط دانسته است: (۱) رضایت طرفین، (۲) ایجاب و قبول، و (۳) موضوع قرارداد. همچنان در بند ۲ ماده مزبور لزوم مربوط به احراز شرایط صحت قرارداد عنوان نموده است که عبارتند از: (۱) اهلیت متعاقدين، (۲) قابلیت معقود علیه و (۳) مفیدیت و عدم مخالفت آن با نظام و آداب عامه (Alep، ۲۰۱۲م، ص ۱۶).

همچنان در ماده ۵۰۹ ق.م. طرق قانونی ابراز اراده، نظیر: گفتار، نوشتار، اشاره، داد و ستد که دلالت صریح بر انعقاد عقد نماید، تصریح شده داشته است، ماده ۵۱۰ ق.م. نیز از امکان اظهار اراده به صورت ضمنی سخن گفته، و طی ماده ۵۱۱ ترتب آثار اظهار اراده منوط به علم طرف قرارداد، دانسته شده است که و صول اظهار، قرینه احراز علم به آن قلمداد شده است.

آنچه از مدلول ماده ۵۰۱ ق.م. و محتوای ماده ۵۱۱ ق.م. می توان استنباط نمود اینکه: منظور از اظهار اراده بازتاب قصد یک طرف به طرف دیگر و احراز آگاهی و علم او از ماهیت قصد طرف دیگر هست، اما در فرض وحدت انشأ کننده قرارداد، مطلوب ما، با تحرک اراده باطنی شخص حاصل می گردد و در عالم واقع نیاز به اظهار آن دیده نمی شود. لذا، اظهار اراده در این فرض به دلیل فقدان مقتضی از اساس منتفی هست و لزوم اظهار آن محصور بر فرض تعدد واقعی طرفین معامله است.

## نقاط اشتراک و تمایز معامله با خود در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و افغانستان.

### الف- نقاط اشتراک

- ۱- ماهیت حقوقی معامله با خود، در سیستم حقوقی ایران و افغانستان عقد است و هیچ جای تردیدی در این خصوص وجود ندارد.
- ۲- قواعد و راهکارهای حقوقی ناظر بر امکان تحقق و اثر بخشی عقد یا رابطه حقوقی معامله با خود، در فرض تصریح به اختیار و صلاحیت انجام معامله با خود یا امتناع از آن در دو نظام حقوقی یکسان به نظر می رسد.
- ۳- همسوی نظریه مشهور فقهای امامیه و دیدگاه راجح حقوقدانان ایران با موقف حقوق افغانستان، مبنی بر منع معامله با خود در فرض اطلاق.

### ب- نقاط تمایز

- ۱- به لحاظ تعبیر از این ماهیت حقوقی، در ادبیات حقوقی ایران، از آن به معامله با خود و در ترمینولوژی حقوق افغانستان، عقد برای خود، تعبیر شده است.

۲- نوعیت و مصداق فرض معامله باخود، ایران تمرکز بر فرض نمایندگی یک شخص از دو طرف و تسری قواعد و راهکارهای ناظر بر آن به فرض که نماینده اصالتاً از طرف خود و نیابتاً از طرف دیگری عقد را منعقد نماید. افغانستان تمرکز بر فرض که نماینده به نیابت از یک طرف و اصالتاً از طرف خود قراردادی را منعقد نماید.

۳- اصل ناظر بر معامله با خود، در سیستم حقوقی ایران، جواز معامله با خود، اما در حقوق افغانستان، اصل ممنوعیت معامله با خود قلمداد شده است.

## نتیجه گیری

آنچه می توان از مباحث مطرح شده در این تحقیق نتیجه گرفت اینکه، تاسیس حقوق معامله با خود محصول کارایی اراده در خلق و آفرینش ماهیت حقوقی است که با توجه به ماهیت و خصوصیات ویژه حاکم بر آن، نسبت به سایر عقود و قراردادها، متمایز است. خطرات و جاذبه های آن مبنای تفاوت دیدگاه ها در ماهیت آن پنداشته شده و موجبات رویکرد متفاوت نظامهای حقوقی را نسبت به آن فراهم ساخته است.

چنانچه تمرکز بر شناسایی مفهوم و ماهیت، سنجش امکان معامله باخود و لزوم ابراز اراده برای تحقق و اعتبار آن، در دو نظام حقوقی می رساند که، اذعان به ماهیت عقدی معامله باخود و منتفی دانستن ابراز اراده در آن از نقاط برجسته اشتراک دو نظام حقوقی به شمار می روند. اما، تعبیر متفاوت از این اصطلاح حقوقی، ایران معامله باخود و افغانستان عقد برای خود، تشخیص و تعیین مصداق اصل کلی ناظر بر این رابطه حقوقی و استثنای آن، ایران اصل کلی را جواز معامله با خود دانسته و افغانستان اصل ممنوعیت معامله با خود را ملاک قرار داده شده است و همچنان ارائه راهکار های قانونی در خصوص ایجاد، اعتبار و تحقق آن، از نکات بارز تمایز این مسئله در دو نظام حقوقی به چشم می خورد.

نگارنده معتقد است، منع و جواز معامله در هیچ یکی از دو نظام حقوقی ایران و افغانستان قطعی نیست. چنانچه در نظامی حقوقی ایران که اصل، جواز معامله قلمداد شده، بسته به مورد تصریح بر منع، مهم بودن شخصیت نماینده، منع آن نیز مطرح بوده است در مقابل، در نظام حقوقی افغانستان، اصل ممنوعیت معامله با خود مورد پذیرش واقع شده است ولی جواز آن استثناء در موارد چون اذن اصیل، ملاک نبودن شخصیت طرف و نماینده و انتفاء احتمال سوء استفاده، مورد پذیرش واقع شده است.

## فهرست منابع

الف: کتب، مقالات و پایان نامه

- ۱- امامی، حسن، (۱۳۶۲) حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ هفتم.
- ۲- امیر قائم مقامی، عبدالمجید، (۱۳۷۸) اعمال حقوقی (تشکیل عقد)، تهران، میزان، چاپ اول.
- ۳- پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان، (Alep)، (۲۰۱۴م) آشنایی با مبادی حقوق و جایب افغانستان، دانشکده حقوق ستانفورد، کلفورنیا، چاپ اول.
- ۴- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۲۰۱۴م) دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، گنج دانش، چاپ دوم.
- ۵- حاتمی، صدیقه و ورزنده، عبدالله باقر، (۱۳۹۹)، باز پژوهی ماهیت و مشروعیت فقهی - حقوقی "معامله با خود، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، دوره ۱۳، شماره ۳، صص ۶۱-۷۶.
- ۶- ژوبل، محمد عثمان، (۱۳۸۴ش). مجموعه قواعد و مسائل فقهی مجله الاحکام، ج ۴، کابل، پروژه عدلی و قضای، چاپ دوم.
- ۷- سماواتی، حشمت الله، (۱۳۹۴) قراردادهای تجارتي، تهران، جنگل: جاویدانه، چاپ اول.
- ۸- سنهوری، عبد الرزاق، (۱۹۹۸م) نظریه العقد، منشورات الحلبيه الحقوقیه بیروت - لبنان.
- ۹- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۸هـ) تشکیل قراردادهای و تعهدات، ج ۱، تهران، مجد، چاپ ۱۴.
۱۰. طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم، (۱۴۱۴ق.هـ) تکمله العروه الوثقی، قم، کتابفروشی داودی، چاپ اول.
۱۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، (۱۴۲۰ق) تحریر الاحکام شرعیه علی مذهب امامیه، قم، موسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۸) دوره مقدماتی عقود معین، ج ۲، تهران، گنج دانش، چاپ ۳۲.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۱) قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، تهران، انتشار، چاپ دوم.
۱۴. همدی، عصمت الله، (۱۳۹۹ ه ش) نمایندگی تجاری در نظام حقوقی ایران و افغانستان، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه بین المللی المصطفی - نمایندگی گلستان.

## ب- قوانین

۱۵. قانون تجارت جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۱۱
۱۶. قانون قراردادهای تجارتي، و فروش اموال، جریده رسمی وزارت عدلیه، شماره مسلسل (۹۴۹)، ۱۳۸۷.
۱۷. قانون مدنی، جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۰۷
۱۸. قانون مدنی جمهوری اسلامی افغانستان، جریده رسمی شماره ۳۵۳، ۱۳۵۵/۱۰/۱۵
۱۹. قانون نمایندگی تجارتي افغانستان، شماره مسلسل جریده رسمی ۱۱۴۰، ۱۳۹۳/۴/۳۰

## بررسی تطبیقی خیار شرط در نظام حقوقی ایران و افغانستان

سمیع الله "مبارز"<sup>۱</sup>

### چکیده

خیار شرط به عنوان یکی از مهم‌ترین خیارها و جلوه‌ای بارز از اصل مترقی حاکمیت اراده در عقود و قراردادهای بشمار می‌رود. خیار شرط صلاحیت فسخ قرارداد است که برای یکی از متعاقدين یا هردوی آنها یا شخص سوم در ضمن عقد اصلی شرط می‌شود یا بعد از عقد روی آن توافق صورت می‌گیرد. این مقاله با استفاده از روش تحلیلی-توصیفی با رویکرد تطبیقی به تحلیل و توصیف داده‌ها پیرامون خیار شرط در نظام حقوقی (ایران و افغانستان) پرداخته و در گردآوری اطلاعات از روش کتابخانه‌ای استفاده به عمل آمده است. یافته‌های این پژوهش بیان‌گر این امر است که؛ در جریان و تعمیم خیار شرط و در تعیین مدت خیار در (عقود لازم، غیر لازم و ایقاعات) حقوق ایران نسبت به حقوق افغانستان بیشتر متکی به اصل مترقی حاکمیت اراده بوده و تنها عقد نکاح بصورت اتفاقی در هردو نظام حقوقی از این قاعده مستثنی قرار گرفته است. همچنین انتقال ملکیت بدلیل در معاوضات مالی که در آن خیار شرط برای طرفین اعطاء شده باشد در حقوق ایران پذیرفته شده ولی حقوق افغانستان با استناد به دیدگاه أبوحنیفه آنرا نپذیرفته است. و در ضمن انتقال حق خیار شرط برای ورثه در صورت وفات یکی از طرفین صاحب خیار در حقوق ایران پذیرفته شده ولی در حقوق افغانستان با استناد به دیدگاه احناف خیار شرط را در زمره حقوق مالی نپذیرفته و قابل انتقال به ورثه نمی‌داند و بعد از وفات صاحب خیار عقد لازم می‌گردد. و در اخیر به وجوه اشتراک و افتراق، محاسن و معایب هردو نظام حقوقی اشاره گردیده است.

**واژه‌گان کلیدی:** خیار شرط، آثار خیار شرط، حاکمیت اراده، لزوم عقد، فسخ عقد، حقوق ایران، حقوق افغانستان.

<sup>۱</sup> دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی جامعه المصطفی العالمیه - واحد گرگان.



## مقدمه

خيار شرط يکي از مباحث بسيار مطرح در بحث قواعد عمومي قراردادها بوده که بر اساس تراضي و توافق طرفين عقد در ضمن عقد يا بعد از آن شکل مي‌گيرد و بيشتر به اصل پيشرفته حاکميت اراده تکیه دارد. خيار شرط از جمله خيارات مشترک است که در تمام عقود لازم مي‌تواند جريان يابد. جز در موارد که در قانون استثناء قرار گرفته است. وجود خيار شرط عقد را از حالت لزوم بيرون کشيده و ثبات عقد را متزلزل مي‌سازد. بنا بر اين ماهيت خيار شرط از ساير خيارها متمايز است زيرا خيار شرط از حيث قلت و کثرت، معين و محدود به حدی نیست و اين طرفين عقد هستند که قلت و کثرت آن را مشخص مي‌کنند. راجع به قلمرو خيار شرط و دايره شمول آن در ميان حقوق دانان و فقها اختلافات زيادي وجود دارد حتی در عقود لازم که جريان خيار شرط راحت تر پذيرفته شده اختلاف وجود دارد. اين اختلاف در عقود جايز بسيار عميق تر و شديدتر است چرا که عقد جايز بدون خيار نيز قابل انحلال است. همچنين در مورد ايقاعات عمدتا ديده گاه بر عدم جريان خيار است با اين استدلال که ايقاع عملي يک طرفه است و خيار شرط بايد متکی به اراده طرفين باشد. استثنای وارده بر برخی از عقود لازم در حقوق ايران و حقوق افغانستان جز عقد (نکاح)، چندان منطقی و مستدل به نظر نمی‌رسد و همچنين جعل خيار در عقود جايز فوايدي دارد که در حقوق افغانستان مغفول واقع شده است و ايقاعات نيز با اينکه بر اساس اراده يک طرفه شکل مي‌گيرد ولی هميشه ميان دو نفر مؤثر مي‌باشد از اين رو متکی به دو نفر است. نقص که در حقوق افغانستان وجود دارد اين است که در برخی از ايقاعات جريان خيار شرط را جايز ندانسته است. بنا بر اين مي‌توان با تکیه بر دلايل قطعی و مسلم دايره مصاديق قابل انحلال با خيار شرط را به وسعت تمام معاملات دانست مگر مواردی مثل نکاح که با دليل قطعی مي‌توان گفت که خيار شرط در مورد آن قابل جريان نیست.

مسأله پرچالش ديگر در هردو نظام حقوقی تعيين مدت زمان در خيار شرط است که حقوق ايران بر مبنای ديده گاه فقهای اماميه زمان زيادی را برای آن در نظر گرفته است که اين ديده گاه قابل تأمل است و سازگار با انضباط حقوقی نمی‌باشد. برعکس حقوق افغانستان بر مبنای ديده گاه ابوحنيفه زمان خیلی کمی حداکثر الی سه روز را برای خيار شرط در نظر گرفته که اتخاذ اين موضع با اهميت و جايگاه بسياری از معاملات سازگاری ندارد. موضوع مطرح ديگر در هر دو نظام حقوقی، بحث انتقال ملکيت بدلين در قراردادهای مالی و انتقال خيار شرط بعد از وفات صاحب خيار شرط به ورثه او است، که در حقوق ايران در عقود معاوضی مالی ملکيت بدلين در جريان مدت خيار به طرفين عقد منتقل می‌شود و بعد از وفات صاحب خيار ورثه وی از حق خيار استفاده کرده مي‌توانند در حالیکه در حقوق افغانستان با اين دو مورد نيز مخالفت شده است.

از آنجا که معاملات در عرف قبل از اسلام جریان داشته لذا بحث از خیار شرط در معاملات، عقود و ایقاعات و مسائل پیرامون آن از صدر اسلام تا به امروز در میان فقها و حقوق دانان مطرح بوده، ولی تاکنون بصورت تطبیقی در حقوق ایران و افغانستان مطرح نشده و هیچ پژوهش تطبیقی در این مورد صورت نگرفته است. بنابراین با توجه به اهمیت و جایگاه ویژه خیار شرط در هردو نظام حقوقی (ایران و افغانستان) در این نوشتار به مباحثی چون (تعریف و ماهیت خیار شرط، قلمرو، ویژه‌گی‌ها، تعیین مدت، آثار، اسقاط و سقوط خیار شرط) پرداخته خواهد شد. این پژوهش از جهت شیوه نگارش به صورت تطبیقی به رشته تحریر در آمده و به تحلیل و توصیف داده‌ها در هردو نظام حقوقی پیرامون خیار شرط پرداخته و در اخیر به وجوه اشتراک و افتراق هردو نظام حقوقی پیرامون خیار شرط اشارات قابل ملاحظه‌ی صورت گرفته است. مسئله مهم در این پژوهش این است که آیا جریان خیار شرط در عقود لازم قابل فسخ در حقوق ایران و افغانستان پذیرفته شده است یاخیر؟

## ۱- مفهوم شناسی خیار شرط

عنوان خیار شرط که از دو واژه مستقل فقهی - حقوقی ترکیب یافته است ابتدا این سوال را در ذهن خلق می کند که این عنوان در ظرف کدام یک از دو واژه مذکور قابلیت گنجایش را دارد؟ خیار است یا شرط است؟ به عنوان خیار حق فسخ را برای متعاقدين ایجاد می کند یا اینکه به عنوان شرط چیزی را بر طرفین عقد لازم می گرداند و طرفین ملتزم به آن خواهند بود؟ در ماده ۴۰۱ قانون مدنی ایران و ماده ۶۵۲ قانون مدنی افغانستان هردو ترکیب بکار رفته است. می توان گفت که عنوان (خیار شرط) ترکیبی است که معنی واقعی آن، حق حاصل ناشی از شرط خیار در عقد است. خیار شرط بر خلاف اختیارات دیگر بر اساس تراضی و توافق مستقیم اراده طرفین عقد بوجود می آید و می توان گفت که خیار شرط جلوه‌ی بارز اصل حاکمیت اراده در عقود یا قراردادها می باشد. در واقع طرفین عقد با ایجاد حق خیار در عقد، اختیار فسخ قرارداد را بدست می آورند که نتیجه و حاصل شرط می باشد و شرط، وجود تبعی و اختیاری دارد که ضمن عقد اصلی در نظر گرفته یا پیشبینی می شود. تفاوت اساسی خیار شرط با اختیارات دیگر در این است که از آن بعضاً به شرط خیار نیز تعبیر می شود و بستگی به اراده متعاقدين دارد و حقیقت است که در زمان معین برای طرفین یا شخص ثالث بوجود می آید.

### ۱-۱- تعریف شرط

واژه‌ای شرط در منابع مختلف فقهی و حقوقی از زوایای مختلفی مورد تعریف قرار گرفته است. شرط، واژه‌ای عربی بوده و جمع آن (شروط) و (أشراط) است که در علوم مختلف معانی متفاوتی دارد که به شرح

آن می‌پردازیم: ۱. در ادبیات و علم نحو، واژه‌ای شرط در معنای گزاره‌ای که پس از ادات شرط می‌آید. مانند:

اگر آن ترک شیرازی بدست آرد دل ما را

به خال هندویش بخشم سمرقند و بخارا

را

گزاره‌ای که پس از واژه (اگر) آمده است، شرط نامیده می‌شود و آنچه پس از شرط می‌آید را جزای شرط می‌نامند. اهل منطق به شرط، مقدم و به جزای شرط، تالی می‌گویند (محقق داماد، ۱۳۹۸، ج ۲، ص ۳۶). در علم اصول، عبارت از آنچه که از عدم آن، عدم چیزی دیگر لازم می‌آید، اعم از آنکه از وجود آن وجود دیگری لازم آید یا خیر- را شرط آن چیز می‌نامند (انصاری، ۱۴۲۰ ج ۶، ص ۱۱) صاحب لسان العرب نیز شرط را به معنای آنچه که موجب الزام و التزام در بیع و همانند آن می‌شود دانسته و می‌نویسد: **الشرط معروف... والشرط: الزام الشی و التزامه فی البیع و نحوه** (ابن منظور، ۱۳۶۳، ج ۷، ص ۲۹) در عرف عامه، واژه شرط در معنای رسم و شیوه نیز استعمال شده است. چنان که واژه‌ای شرط در بیت زیر که منسوب به حافظ است به همین معنی بکار رفته است (محقق داماد، همان، ص ۳۷):

در محفلی که خورشید اندر شمار ذره است

خود را بزرگ دیدن شرط ادب نباشد

در روایات کلمه شرط در معنای خیار نیز آمده است، مثل (الشرط فی الحیوان ثلاثه) یعنی ایام شرط (خیار) در معامله حیوان سه روز است (حر عاملی، بی‌تا). در اصطلاحات شرعی واژه‌ای شرط گاهی به معنای مطلق (عهد) آمده است. مانند (شرط الناس) که به معنای (عهد الناس) و یا (شرط الله) که به مفهوم (عهد الله) است و عهد الله نیز به معنی احکام الله، اعم از احکام تکلیفی و وضعی است (همان، ص ۳۷) در منابع فقهی اهل سنت شرط عبارت از آن است که وجود شی بر وجود آن متوقف باشد و خارج از حقیقت شی باشد مانند: وضو شرط برای صحت نماز است ولی وجود خارجی دارد و همچنان حضور شاهدین در عقد ازدواج شرط است ولی وجود خارجی دارد (الزحیلی، ۱۴۲۴، ج ۱، ص ۵۲) شهید اول از علمای اهل تشیع در مقام تعریف عرفی شرط می‌نویسد: (شرط از نظر عرف عبارت است از چیزی که اثر گذاری هر چیز اثر گذار بستگی به آن دارد، نه وجود اثر گذار. (شهید اول، ۱۳۶۰، ج ۱۶، ص ۶۴) در حقوق ایران واژه‌ای شرط به معنای امری محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را کلاً یا بعضاً متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نماید یا به معنای وصفی که یکی از طرفین عقد، وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف، محتمل الوقوع در آینده باشد (ماده ۲۲۲

و ۲۳۵ق.م) (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹، ص ۳۹۴) در حقوق افغانستان در ماده ۵۹۵ ق.م از شرط چنین تعریف به عمل آمده است: شرط عبارت از تعهد به آینده در امر متعلق به زمان آینده که به صیغهء خاص صورت می‌گیرد. (رسولی، ۱۳۹۸، ص ۱۵۵)

## ۲-۱- تعریف خیار:

در قانون مدنی ایران و افغانستان از خیار تعریفی به عمل نیامده است زیرا ماهیت آن تا اندازه‌ای بدیهی است ولی در فقه تعریف خیار عبارت از تسلط بر ازاله اثر حاصل از عقد گفته شده است که تعریف متذکره از مفهوم عرفی خیار گرفته شده، بنابر این تسلط قانونی شخص در اضمحلال عقد را خیار گویند (جعفری لنگرودی، همان، ص ۲۷۴). در مورد تعریف فقهی خیار فقها بدو دسته تقسیم شده اند؛ متقدمین خیار را به دو معنای تثبیت و ابقای عقد و یا زایل کردن آن دانسته اند و فقهای متأخر خیار را به اختیار فسخ عقد تعریف نموده اند (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۷، ص ۹). در فقه اهل سنت خیار عبارت از اینکه صاحب خیار میان امضاء و فسخ عقد اختیار داشته باشد اگر چه خیار، خیار شرط، خیار عیب یا خیار رؤیت باشد. بنابر این خیار شرط در اصطلاح حقوقی، اختیاری است که به موجب قانون برای فسخ قرارداد به یکی از طرفین یا هردو یا شخص ثالثی داده شده است. در حقوق افغانستان از خیار شرط چنین تعریف به عمل آمده است؛ خیار شرط صلاحیت فسخ قرارداد است که برای یکی از متعاقدین یا هردوی آنها یا شخص سوم در ضمن عقد اصلی شرط می‌شود یا بعد از عقد روی آن توافق صورت می‌گیرد (رسولی، همان، ۱۸۸). قانون مدنی ایران خیارها را به ۱۰ قسم تقسیم نموده و برخی از حقوق دانان موارد دیگری مانند خیار تعذر تسلیم-خیار تفلیس- خیار کذب و خیار امهال را نیز از جمله خیارها دانسته اند. قانون مدنی ایران سه مورد از خیارهای ده گانه را ویژه بیع دانسته و مابقی را خیارهای مشترک در عقود تلقی نموده است. خیار شرط در حقوق ایران از جمله اختیارات مشترک بوده چنان که ماده ۴۵۶ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: (تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است) (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۵، ص ۱۳۴). در قانون مدنی افغانستان تنها از چهار نوع خیار تذکر به عمل آمده است که عبارت اند از: خیار شرط، تعیین، رؤیت و عیب می باشد (مواد ۶۵۲، ۶۶۲، ۶۷۶ و ۶۸۲). در حقوق افغانستان شبیه حقوق ایران در ماده ۶۵۲ ق.م خیار شرط را در زمره اختیارات مشترک در عقود تلقی نموده است (عاقدین در جمیع عقود می‌توانند، حین عقد یا بعد از آن... خیار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند) (رسولی، همان، ص ۱۸۸). در حالیکه در منابع فقهی اهل تشیع تعداد اختیارات به ۱۴ قسم (کاتوزیان، همان، ص ۱۳۵). و در منابع فقهی اهل سنت به ۱۷ قسم (الزحیلی، همان، ص ۲۸۸). می

۱ - خیار مجلس، خیار حیوان و خیار تاخیر ثمن.

رسد. ولی این اختلاف ماهوی و واقعی نیست؛ بلکه اختلاف در تدوین، گردآوری و تالیف است (کاتوزیان، همان).

## ۲- ماهیت خیار شرط

برخی حقوق‌دانان خیار شرط را از مصادیق شروط صحیح ضمن عقد و از نوع شرط نتیجه می‌دانند. بنابر این به محض اشتراط این شرط، حق فسخ از زمان انعقاد عقد تا مدت مقرر در شرط به وجود می‌آید و اعمال حق ناشی از این شرط، فسخ قرارداد یا معامله را رقم خواهد زد. ماده ۳۹۹ قانون مدنی ایران درباره خیار شرط چنین مقرر داشته که ممکن است در مدت معینی برای بایع یا مشتری یا هردو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله شرط شود. همچنان در ماده ۶۵۴ قانون مدنی افغانستان راجع به خیار شرط چنین مشعر گردیده که؛ اعطای خیار شرط برای هردو یا یکی از طرفین عقد یا غیر آنها جواز دارد. در تفسیر و تحلیل مواد قانونی هر دو کشور می‌توان گفت که وضع خیار از طریق یک عمل حقوقی که همان تلاقی و تراضی اراده طرفین است تحقق می‌یابد و نتیجه آن وجود حق خیار برای دارنده آن است و ذی‌حق می‌تواند هر آن که اراده نماید از حق خیار برای فسخ معامله استفاده نماید. لذا باید میان شرط و نتیجه حاصل از آن تفکیک قائل شد. تفاوت عملی و آثاری تفکیک این دو معنا در آن است که خیار شرط به عنوان یک شرط نتیجه قابل اسقاط نیست، اما اعمال حق حاصل از این شرط قابل اعراض و اسقاط است. بدیهی است اعمال حق ناشی از شرط خیار که همانا فسخ یک‌سویه عقد است می‌بایست با اعلام و ابراز اراده ایقاعی ذی‌حق انجام شود که مستلزم قصد انشاء و نیازمند اظهار قصد و ابلاغ به طرف مقابل است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۱۴۲ و ۱۴۳).

## ۳- ویژگی خیار شرط

خیار شرط در برابر سایر اختیارات این ویژگی را دارد که ساخته تراضی دو طرف عقد است. خیار عیب و غبن را نیز به بنای توافق یا شرط ضمنی نسبت می‌دهند. ولی، بر فرض که این نظر پذیرفته شود، باید گفت فرض قانون‌گذار مبنای وضع حکم شده است و لزومی ندارد که خیار در واقع نیز موضوع تراضی قرار گیرد. حکومت اراده واقعی بر خیار شرط سبب شده است که، بر خلاف سایر اختیارات به شخص ثالث نیز تعلق گیرد، در حالیکه سایر اختیارات مختص دو طرف است و بیگانه تنها به نیابت یا قائم مقامی صاحب حق می‌تواند در آن دخالت کند. بیگانه ای که در عقد حق خیار پیدا کرده، در واقع معتمد و داور آنان است و سمت و اختیار خود را از تراضی می‌گیرد نه از اراده خاص یکی از دو طرف و نباید او را در حکم نماینده پنداشت (کاتوزیان، همان، ص ۱۳۶).

## ۴- قلمرو خیار شرط

اصل اولیه این است که خیار شرط در تمامی عقود جاری است مگر مواردی که دلیل بر عدم جواز جریان آن وجود داشته باشد. پشتوانه این نظریه می تواند اصل آزادی اراده باشد. به این بیان که همان طور که طرفین عقد در اصل انعقاد قرارداد آزادی کامل دارند و می توانند به هر نحوی که خواسته باشند اراده خود را اعمال نمایند در ضمن می توانند در فروعات و توابع قرارداد نیز اراده خود را به هر نحوی که خواستند، اعمال کنند. از ظاهر ماده ۳۹۹ قانون مدنی ایران چنین برداشت می شود که خیار شرط ویژه عقد بیع است ولی با توجه به حکم ماده عام ماده ۴۵۶ ق.م.ا که می گوید: (تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است). در منابع فقهی خیار شرط را در هر معاوضه لازم قابل تحقق می دانند (انصاری، ۱۴۲۰، ص ۲۳۲ و ۲۳۳). در فقه دلایل متعددی برای اثبات این اصل اقامه شده است که مهمترین آن حدیث شریف (المؤمنون عند شروطهم) (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۳۷۲). و (والمسلمون علی شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً) است که در منابع اهل سنت و شیعه موجود بوده و دلیل بر جواز شرط تمام قراردادها و عقود، جز آنچه استثناء شده است، می باشد. قانون مدنی افغانستان نیز خیار شرط را در زمره شروط مشترک می شمارد و در تمام عقود آن را مرعی الاجرا می داند ماده ۶۵۲ در مورد چنین صراحت دارد؛ (عاقدين در جمیع عقود می توانند، حین عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خیار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند). این قید در تمام خیارها وجود دارد که باید با طبیعت عقد سازگار باشد و مقتضای ذات آن را برهم نزنند. به طور معمول، لزوم قرارداد از اوصاف ذاتی آن نیست و دو طرف می توانند در آن شرط خیار کنند. ولی، بعضی از قراردادها را باید از این قاعده استثنا کرد و پایبندی و التزام دو طرف را جزء سرنوشت عقد آورد؛ در حقوق ایران قراردادهای ذیل استثناء قرار گرفته اند:

۱. عقد نکاح بی گمان در زمره این گروه است که نه اقاله در آن مؤثر است و نه تراضی دو طرف می تواند اختیاری بیش از آنچه در قانون آمده است برای فسخ عقد به وجود آورد. جامعه نسبت به گسیختن این پیوند حساس است و در طول تاریخ بر موانع این اقدام افزوده است. از مفاد ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی ایران نیز به خوبی بر می آید که قانون گذار موارد انحلال عقد را در انحصار خود گرفته است و به زن و شوهر اجازه نمی دهد چیزی بر آن بیفزایند (کاتوزیان، همان، ص ۱۴۱). ماده ۱۰۶۹ ق.م.ا درباره امکان شرط خیار در عقد به صراحت اعلام می کند: (شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...) و ممکن است بعضی از آن چنین استفاده کنند که عقد نکاح نیز باطل می شود (طباطبایی، ۱۳۱۷، ج ۲، ص ۶۶).

۲. وقف نیز نهادی است دائمی که با شرط در آن تناسب ندارد. قانون مدنی راجع بطلان خیار شرط حکم ویژه ای ندارد. پس یا باید پذیرفت که حبس با شرط خیار وقف نیست، هرچند که این نام را بر آن نهاده

<sup>۱</sup> رواه أبو داوود و ابن ماجه و الترمذی عن عمرو بن عوف.

باشند؛ یا باید گفت شرط خیار با مقتضای عقد مخالف است و آن را باطل می‌کند، بعضی از استادان نظر اخیر را تایید کرده اند، ولی نخستین احتمال قوی‌تر به نظر می‌رسد، زیرا آنچه واقف خواسته است در قانون ماهیت مشروع دارد (کاتوزیان، همان، ص ۱۴۲).

چنانچه ابن ادریس از فقهای شیعه راجع به شرط خیار در وقف در کتاب مبسوط چنین نگاشته است: اگر واقف شرط خیار کند وقف بنا بر قول صحیح از اقوال فقهای ما باطل است. وی نیز شرط خیار در وقف را باطل می‌داند (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۵۶).

از طرف دیگر در ماده ۶۱ ق.م به عقد لازم بودن وقف تصریح شده است بناء از آنجا که قانون مدنی خیار شرط را در زمره خیارهای مشترک قرار داده است و منعی نیز بر جریان آن در وقف ذکر نکرده است باید حکم به عمومیت و در نتیجه جریان خیار در وقف از دید قانون مدنی داد.

۳. ضمان نیز از عقود است که خیار شرط در آن نمی‌آید. ماده ۷۰۱ ق.م. در این باره اعلام می‌کند: (ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون له نمی‌توانند آن را فسخ کنند، مگر در صورت اعسار ضامن به طوری که در ماده ۶۹۰ مقرر است یا در صورت حق فسخ نسبت به دین مضمون له و یا در صورت تخلف از مقررات عقد).

گذشته از این موارد، در هر فرض که ثابت شود لزوم عقد از احکام مربوط به نظم عمومی است، بناء شرط خیار در عقد تاثیر ندارد. ولی ارتباط لزوم عقد با نظم عمومی باید احراز شود و در مقام تردید در وجود این مانع، باید عقد را مشمول قاعده ۴۵۶ ق.م دانست. ارتباط با نظم عمومی ممکن است از حکم قانونگذار به دست آید یا از طبیعت عقد و نفعی که جامعه در استواری آن دارد.<sup>۱</sup>

در منابع حقوقی افغانستان راجع به قلمرو خیار شرط در عقود و قراردادهای اشارات قابل ملاحظه ای شده است از آنجا که در قانون مدنی افغانستان خیار شرط را از جمله خیارهای مشترک می‌داند ولی این امر سبب تعمیم و جریان شرط خیار در تمام عقود و قراردادهای نمی‌شود بلکه استثنائی نیز از این قاعده وجود دارد. قانون مدنی افغانستان خیار شرط را در قراردادهای صحیح می‌شمارد که نخست، قرارداد به طور طبیعی، لازم باشد، ثانیاً اینکه قرارداد قابلیت فسخ را داشته باشد. بناء ماده ۶۵۳ قانون مدنی افغانستان عقود و قراردادهای ذیل را از تعمیم خیار شرط بر آنها مستثناء می‌سازد: (خیار شرط در عقود لازمی که احتمال فسخ را داشته باشد، صحیح بوده و در عقد نکاح، طلاق، صرف، سلم، اقرار، وکالت، هبه، و وصیت، صحیح پنداشته نمی‌شود). بنابر این، در عقود جایز طبیعی مانند: عقد وکالت، ودیعه، قرض و عاریه، خیار شرط

<sup>۱</sup> شیخ طوسی در مبسوط (ج ۲، ص ۷۹) در صرف (بیع پول به پول) نیز خیار شرط را وارد نمی‌داند زیرا به عقیده وی در بیع صرف قبض شرط صحت است.

صحیح نیست. همچنین، خیار شرط در عقود لازمی که قابلیت فسخ را ندارد صحیح نیست؛ مانند: عقد ازدواج، صرف و سلم. (رسولی، همان، ۱۸۹).

بنابر این به نظر می‌رسد که در حقوق افغانستان دایره جریان خیار شرط در قراردادها، نسبت به حقوق ایران تنگ‌تر و ضیق‌هست و در عقود و قراردادهای نظیر: نکاح، طلاق، صرف، سلم، اقرار، وکالت، هبه، و وصیت تعمیم نمی‌یابد. در قانون مدنی ایران تنها عقد نکاح و عقد ضمان بطور صریح استثناء قرار گرفته و در مورد وقف ماده صریحی وجود ندارد که قید استثناء را بر آن وارد نماید با وجود که تعدادی از فقها جریان شرط خیار را در وقف جایز نمی‌دانند ولی این مخالفت روحیه سهم‌گیری افراد در پیشرفت اقتصادی را ضعیف ساخته و مانع رشد اقتصادی جامعه می‌شود.

## ۵- تعیین مدت در خیار شرط

شرط خیار ضمن برخورداری از عناصری که برای صحت و تشکیل دیگر عقود و شروط، لازم است، شرایط ویژه‌ای نیز دارد که مهم‌ترین آن ضرورت تعیین مدت برای فسخ معامله و قرارداد است. تعیین زمان در خیار شرط حایز اهمیت است و عدم تعیین مدت در خیار شرط سبب ایجاد منازعه در بین طرفین عقد یا قرارداد می‌گردد. در میان فقها و حقوقدانان در تعیین مدت، در خیار شرط اختلاف وجود دارد؛ گروهی معتقد هستند که تعیین مدت بر اساس اراده طرفین عقد تا هر زمان که خواسته باشند حتی (دائمی)، امکان دارد و در تائید نظر خود می‌گویند، در موردی که دو طرف می‌دانند که خیار فسخ برای همیشه وجود دارد دیگر ابهام و غرری باقی نمی‌ماند تا به استناد آن بتوان حکم به بطلان عقد کرد (طباطبایی، ۱۳۱۷، ص ۴۸). بعضی دیگر، بطلان شرط و عقد را بر این مبنا تقویت می‌کنند که مفاد شرط وصف التزام به عقد را که جوهر و مقتضای آن است از بین می‌برد و آن را به پیمانی جایز تبدیل می‌کند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۴۰). بنا هرگاه مدت شرط خیار مجهول باشد، قول مشهور بطلان عقد و شرط است و دلیل آن نیز وقوع غرر در معامله است. ماده ۴۰۱ ق.م مؤید این مدعا است: (اگر برای خیار شرط مدت معین نشده باشد، هم شرط و هم بیع باطل است). در صورتی که شرط خیار مدت داشته باشد شرط و عقد صحیح است. هر چند مدت طولانی باشد، قول مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی این نظر را پذیرفته است. آخر ماده ۴۰۰ ق.م مؤید این دیدگاه است که: (اگر ابتدای مدت خیار ذکر نشده باشد ابتدا آن از تاریخ عقد محسوب است، و الا تابع مدت تعیین شده در قرارداد متعاملین است). اما در صورتی که انقضای مدت خیار معلوم و ابتدای آن مجهول باشد، مبدأ مدت خیار همان تاریخ وقوع عقد تلقی شده است. قانون مدنی با تکیه بر این فرض قانونی، راه اجتهاد را برای حقوق‌دانان باز گذاشته است؛ چنان‌که برخی از حقوق‌دانان با تفسیر و توسعه این حکم، معتقدند اگر در شرط خیار، مدت ذکر نشود ابتدای آن تاریخ عقد و انتهای آن متعارف در عقود است و لوازم عرفی و قانونی در تعیین مدت شرط تاثیر دارد. در مورد شرط مادام‌العمر نظرات برخی چنین



است: دکتر امامی می گوید: شرط مادام العمر بایع، به واسطه معلوم نبودن تاریخ انتها (زمان فوت بایع) از شروط مجهول است ولی نکته قابل توجه اینکه شرط همیشه (خیار دائمی) را پذیرفته و می گوید: (به نظر می رسد مدت مزبور معین است و آن در تمامی مدت اوقات می باشد که ابتدای آن زمان عقد است) (امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۸۹).

در نزد دکتر لنگرودی خیار مادام العمر، خیار عارض بر عقود لازم است. غالباً مصالح مردم اقتضاء می کند خیار کوتاه مدت باشد تا عقد از تزلزل مصئون گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ص ۲۲). ایشان با طرح عقد صلح که عموماً مبتنی بر مسامحه است به نکته ای اشاره فرمودند که قابل تامل است. (...مع ذلک در عقد صلح، گاه خیار مادام العمر با مصالح عاقد سازگار است) که به نظر می توان این نظریه را در عقد بیعی که در مقام صلح است نیز حاکم دانست.

با توجه به اهمیت مسأله مدت خیار، و همچنین از آنجا که در فقه امامیه در مورد مدت خیار شرط تنوع دیدگاه وجود ندارد، جهت تطبیق و استخراج نظرات منطقی تر، اقوال فقهای اهل سنت و حقوق فرانسه و مصر را نیز اجمالاً بررسی می کنیم و در اخیر دیدگاه حقوق مدنی افغانستان را برای تکمیل بحث بیان می داریم: فقهای اهل سنت در تعیین مدت خیار شرط به سه دسته تقسیم شده اند:

### ۳- حد تفصیل ها

### ۲- حد اقل ها

### ۱- حد اکثرها

۱- **حد اکثرها:** صاحبین (امام ابویوسف و امام محمد) و حنابله: به این باور هستند که تعیین مدت خیار بسته گی به اراده طرفین قرارداد دارد و طرفین قرارداد می توانند با اراده خویش تا هر مدتی را که خواسته باشند، برای خیار شرط تعیین کنند. و مبنای دلیل شان روایتی است که از ابن عمر روایت شده: (أجاز الخیار إلی شهرین) به عبارت دیگر مدت خیار ملحق به عقد است پس وابسته به اراده طرفین عقد است و طرفین می توانند مدت خیار را با اراده خویش تعیین کنند (الزحیلی، همان، ص ۳۰۵). این دیدگاه با دیدگاه مشهور فقهای امامیه یکسان است زیرا نظر مشهور فقهای امامیه آن است که این خیار بسته به اراده متبایعین است و حداقل و حداکثری ندارد، زیرا مغایرتی با عموم ادله صحت شرط ندارد. مگر اینکه طولانی شدن مدت، موجب جهل به یکی از عوضین گردد. نظیر خیار شرط برای مدت عمر، بنابراین بطلان چنین شرطی به علت طولانی بودن مدت نیست بلکه به علت مجهول بودن آن است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۲، ۳۸۹).

۲- **حد اقل ها:** أبوحنیفه، زفر و شافعی به این باور اند که: خیار شرط در مدت معلوم که بیشتر از سه روز نباشد جواز دارد. زیرا اصل امتناع خیار در قرارداد است و مانع از انتقال ملکیت و لزوم آن می شود ولی به علت موجودیت روایات مبنی بر جواز خیار، خلاف این اصل عمل می شود روایت که به آن استدلال می

کنند، حدیثی است که از طریق انس روایت شده: (أن رجلاً اشتری من رجل بعيراً، و اشترط علیه الخيار أربعة أيام، فأبطل رسول الله البيع، و قال: الخيار ثلاثة أيام). و غالباً ضرورت مردم در جریان سه روز رفع می‌شود، اگر بیشتر از سه روز دوام کند چنین عقدی در نزد ابی حنیفه و زفر فاسد می‌گردد. و در صورت که به سه روز توافق کنند چنین عقدی صحیح می‌شود ولی در نزد زفر عقد فاسد دوباره به حالت صحت‌اش بر نمی‌گردد. عقدی که در آن بیشتر از سه روز خیار شرط، شده باشد در نزد شافعی چنین عقدی باطل است به علت وجود غرر در قرارداد و در کمتر از سه روز جواز دارد (الزحیلی، همان، ص ۳۰۴).

**۳- حد تفصیل‌ها:** فقهای مالکیه تعیین مدت خیار را به اندازه که در قرارداد نیاز باشد جایز دانسته اند، و تعیین مدت بر اساس اختلاف موضوع (مبیع) در قرارداد از همدیگر تفاوت دارند. بناء در میوه‌جات، سبزیجات و سایر اشیای که بیشتر از یک روز قابل نگهداری نمی‌باشند، مدت خیار شرط بیشتر از یک روز جواز ندارد. در اشیای مثل؛ لباس و حیوانات و سایر اشیای که قابل نگهداری می‌باشند مدت خیار سه روز است. و در عقارات که تعیین مدت سه روز کافی به نظر نمی‌رسد، تعیین مدت بیشتر از سه روز جایز است، مثل: زمین و خانه. و دلیل شان این است که؛ هدف از خیار، معاینه و آزمایش مبیع یا موضوع عقد است پس بنا بر این برای آزمایش و معاینه مبیع یک زمان مناسب تعیین گردد که با اختلاف مبیع، تعیین مدت خیار نیز متفاوت می‌باشد و نصوص که راجع به تحدید مدت خیار وارد شده جنبهء تنبیهی دارد (ابن رشد، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۱۶۹).

در قانون قدیم فرانسه، مدت خیار در بحث بیع شرط و معاملات با حق استرداد آمده بود. دو مدت حق استرداد سی سال پیش بینی شده بود اما قانون‌گذار مایل بود که معامله از حالت شک و ناپایداری رها شود. به همین علت در ماده ۱۶۶۰ ق.م فرانسه نهایت مدت حق استرداد، پنج سال پیش بینی شد (سنهوری، ۱۹۷۰، ج ۴، ص ۱۵۸). و اگر طرفین حق فسخ را شرط کنند، بدون اینکه مدت آن را تعیین کنند، بر پنج سال حمل می‌شود (Art1660). در قانون مدنی فرانسه، این قانون جنبه ای امری دارد و قاضی نمی‌تواند حکم به افزایش آن بدهد (Art1660).

در قانون قدیم مصر در ماده ۳۴۱ ق.م همانند قانون مدنی فرانسه نهایت مدت حق استرداد پنج سال پیش بینی شده بود و مدت نیز به ماه قمری احتساب می‌شد و روز بیع و استرداد جزو مدت مذکور محسوب نمی‌شد (همان).

قانون مدنی افغانستان ظاهراً از رأی احناف و شافعی پیروی کرده و در تعیین مدت خیار دایره زمان را خیلی محدود کرده است، در ماده ۶۵۲ ق.م افغانستان راجع به تعیین مدت در خیار شرط چنین تصریح گردیده است: (عاقدين در جميع عقود می‌توانند، حين عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خیار فسخ

یا بقای عقد را شرط بگذارند). تعیین مدت سه روز در عقود بر می‌گردد به مبنای احناف در تعیین مدت خیار، که به احادیث وارده در باب تعیین مدت خیار تمسک جسته‌اند. ولی در بند دوم این ماده در مورد وقف، کفاله و حواله گیرنده دین، استثناء قائل شده و تعیین مدت بیشتر از سه روز را جایز دانسته: (مدت خیار شرط در مورد وقف، کفاله و حواله گیرنده دین استثناءً بیش از سه روز جواز دارد). که در بند دوم ظاهراً نظر به تفاوت در نوعیت معامله، به دیدگاه مالکیه عمل کرده است. که این تفاوت در قانون مدنی ایران و فقه امامیه دیده نمی‌شود، زیرا در فقه امامیه و قانون مدنی ایران بیشتر به اصل حاکمیت اراده و تبعیت از خواست و اراده متعاقدين اهمیت قائل شده‌اند و دیدگاه شان با دیدگاه صاحبین و حنابله نزدیکی دارد.

اما به نظر نگارنده در شرایط کنونی در این زمینه قول مالکیه خالی از فایده و قوت نیست و نکاتی مهمی در این دیدگاه نهفته است که می‌تواند به استحکام در معاملات و پایداری نظم عمومی کمک کند. به سخن دیگر، هر چند قول امامیه همگام با اصل حاکمیت اراده است اما قول مالکیه همگام با نظم عمومی است. و بدیهی است در صورت تقابل حاکمیت اراده با نظم عمومی، نظم عمومی مقدم است، زیرا حاکمیت اراده مربوط به حق فرد است ولی نظم عمومی مربوط به حقوق جمع یا اجتماع است.

## ۶- آثار خیار شرط

شرط خیار در عقد لازم، نه تنها از التزام به آن می‌کاهد و به صاحب خیار (مشروط‌له) حق فسخ می‌دهد، در آثار عقد نیز مؤثر است:

۱. گروهی از فقیهان تحقق تملیک را منوط به پایان گرفتن مدت خیار و عدم استفاده از آن می‌دانند. پیشرو این نظر در فقه امامیه شیخ طوسی است و از آن نتیجه می‌گیرد که تلف مبیع در زمان خیار از کیسه فروشنده است، هر چند که تسلیم شده باشد (طوسی، همان، ص ۸۴). این نظر در میان متأخران مهجور ماند و با اقبالی روبرو نشد. قانون مدنی ایران در رد این نظر اعلام کرده که؛ (در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می‌شود با قید خیار... و نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است). درباره انتقال ضمان معاوضی نیز ماده ۴۵۳ ق.م.آ. را به خیار مختص مشتری محدود می‌سازد. دیدگاه شیخ طوسی با دیدگاه ابوحنیفه یکسان است زیرا امام ابوحنیفه در مورد، چنین نظر دارد: عقد بیع بر اساس خیار شرط در حال منعقد نمی‌شود یعنی ملکیت مبیع از بایع به صاحب خیار منتقل نمی‌شود. بلکه موقوف به سقوط خیار است؛ چه از طریق اجازه بیع یا فسخ آن باشد. اگر بیع را اجازه دهد چنین عقدی گویا از ابتدای زمان آن منعقد شده تلقی می‌شود و اگر فسخ کند عدم انعقاد آن استصحاباً به حالت اولی‌اش استمرار می‌یابد (الزحیلی، همان، ص ۳۱۵). قانون مدنی افغانستان از همین دیدگاه پیروی کرده و در ماده ۶۵۵ چنین اعلام می‌دارد: (هرگاه در معاوضه مالی، برای طرفین عقد خیار شرط اعطاء شده باشد، بدلین عقد از

ملکیت هیچ یک آنها خارج نمی‌گردد). همچنین در بند دوم همین ماده چنین مشعر است: (مال صاحب اختیار از ملکیت وی خارج نگردیده و مال طرف دیگر نیز به ملکیت صاحب اختیار داخل نمی‌گردد). عین این مطلب را ماده ۱۷۸ قانون مدنی اردن مقرر کرده است: ( اذا شرط الخيار لكل من العاقدین فی عقود المعاوضات المالیة فلا یخرج البدلان عن ملکهما فان جعل لاحدهما فلا یخرج ماله عن ملکه و لا یدخل مال الاخر فی ملکه). اگر اختیار شرط برای یکی از متعاقدین ایجاد شده باشد، وضعیت انتقال ثمن و مثن به این ترتیب است:

**الف:** اگر حق اختیار تنها برای فروشنده باشد، مبیع تا پایان مدت اختیار از ملک بایع خارج نمی‌شود؛ اما ثمن گرچه از ملک مشتری خارج می‌شود؛ ولی در ملک بایع داخل نمی‌شود، مگر اینکه صاحب اختیار، عقد را اجازه کند، که در این صورت، عوض و معوض از ملک صاحبان اول خارج و در ملک طرف مقابل وارد می‌شود (رسولی، پیشین، ص ۱۹۰).

**ب:** اگر حق اختیار فقط برای خریدار ایجاد شده باشد، ثمن تا پایان مدت اختیار از ملک مشتری خارج نمی‌شود و مبیع گرچه از ملک بایع خارج شده؛ ولی تا پایان مدت اختیار در ملک مشتری نیز داخل نمی‌شود، مگر این که مشتری عقد را اجازه کند که در این صورت، انتقال ملکیت عوضین پیش از پایان مدت اختیار، انجام می‌شود (همان).

۲. با این که اصل انتقال مالکیت را قانون مدنی می‌پذیرد، از نفوذ نظر شیخ مصئون نمی‌ماند: آنچه خریدار شرطی به دست می‌آورد مالکیتی است ناقص و از حق تصرف منافی با اعمال اختیار محروم می‌ماند. ماده ۴۶۰ ق.م. ایران در این باره می‌گوید: (در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی اختیار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره، بنماید). باید افزود که قانون ثبت اسناد و املاک، نظامی را برگزیده است که از جهت اثر اختیار در تملیک تندتر از نظر شیخ و پیروان او است. در مواد ۳۳ و ۳۴ این قانون مقررات پیچیده‌ای وجود دارد که از مجموع آنها به خوبی بر می‌آید که تملیک ناشی از معامله با حق استرداد موقت و ناقص و و ناپایدار است و مفهومی شبیه رهن دارد، و در صورتی که فروشنده نخواهد، هیچ‌گاه به تملیک قطعی و کامل منتهی نمی‌شود (کاتوزیان، همان، ۱۴۹).

در قانون مدنی افغانستان مانند قانون مدنی مصر و کشور های عربی از بیع شرط تحت عنوان (بیع وفا) بحث صورت گرفته و مقرراتی را در حد ۱۹ ماده مشخص نموده است که؛ انتقال مالکیت در بیع وفا، مالکیت ناقص است و مشتری حق تصرف تام را ندارد. ماده ۱۱۳۸ ق.م در زمینه چنین صراحت دارد: ( در بیع وفا مشتری می‌تواند از منافع مبیعه کلا یا قسماً استفاده نماید، مشتری نمی‌تواند مبیعه را در بیع وفا به شخص دیگری بفروشد و یا ملکیت رقبه آن را به سببی از اسباب به شخص دیگری انتقال دهد). این دیدگاه در میان فقهای اهل سنت بیشتر به فقهای حنابله منتسب است که در بیع اختیار ملکیت مبیع، به

مشتری منتقل می‌شود؛ چه خیار برای مشتری باشد یا برای بایع، یا اینکه برای طرفین عقد باشد (الزحیلی، پیشین، ص ۳۱۸).

از بررسی مواد قانونی و فقهی در نظام حقوقی ایران و افغانستان چنین برداشت می‌شود که؛ مالکیت در بیع شرط (بیع وفا)، مالکیت ناقص بوده و مشتری نمی‌تواند تصرف تام و مالکانه در مبیع مورد معامله نماید، مگر این‌که فروشنده یا بایع در زمان عهد شده ثمن را باز نگرداند و عقد را فسخ نکند، بیع قطعی می‌شود و مبیع در دارایی خریدار استقرار می‌یابد.

## ۷- إسقاط خیار شرط

دارنده حق خیار شرط می‌تواند این حق را اجراء، اهمال و یا اسقاط نماید زیرا حق فسخ حق مالی و قابل اجراء، انتقال یا اسقاط است (عدل، ۱۳۰۸، ص ۱۹۰).

در حقیقت اسقاط خیار شرط اجازه عقد خیاری است، اسقاط خیار یک عمل حقوقی است (امامی، همان، ص ۵۳۸). و همچون اعراض و ابراء که فقط به یک اراده نیاز دارد از ایقاعات است. چنانچه در ماده ۴۴۹ قانون مدنی ایران چنین تذکر به عمل آمده است؛ (فسخ عمل حقوقی است و در زمره ایقاعات است که با یک اراده انجام می‌شود و نیاز به قصد انشاء دارد و صریحاً به هر لفظ یا بطور ضمنی به هر فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود). لذا قبول طرف متقابل در آن شرط نیست، خواه آن را بپذیرد یا رد کند تاثیری در ابقای حق خیار نخواهد داشت از همین رو به محض انشاء از سوی صاحب خیار، حق منتفی و عقد از جانب او لازم می‌شود.

## ۸- اشکال مختلف إسقاط خیار شرط

عقدی که در آن خیار باشد، عقد غیر لازم است، و در صورت اسقاط خیار چنین عقدی بعد از ثبوت آن لازم می‌گردد. اسقاط خیار شرط نیز همانند؛ اجرای آن دارای صور و اشکال مختلف است. و به دو شکل (صریحاً و دلالتاً) اسقاط می‌گردد:

۸-۱- صریحاً: دارنده حق خیار در حقیقت صاحب یک حق مالی است و این اختیار را دارد که از حق خود صریحاً صرف نظر کند یا آنرا اسقاط نماید، و یا اینکه به معامله اجازه دهد و یا به آن رضایت نشان دهد (الزحیلی، همان، ۳۰۶). در اسقاط صریح حق گفتگویی وجود ندارد (کاتوزیان، همان، ص ۱۱۹). بناء ابطال خیار و اجازه بیع، بسته‌گی به آگاهی و عدم آگاهی مشتری ندارد. زیرا خیار به هدف بر هم زدن قرارداد وضع گردیده است و در صورت که خیار ساقط شود عقد به حالت اصلی و ابتدایی آن بر می‌گردد که عبارت از لزوم و نفاذ عقد است. چنانچه در ماده ۴۵۰ ق.م ایران چنین تذکر به عمل آمده: (تصرفاتی که

نوعاً کاشف از رضای به معامله باشد امضای فعلی (ضمنی) است، مثل آنکه مشتری که خیار دارد با علم به خیار، مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد).

اما عقدی که فسخ آن مشروط به خیار گردیده باشد، زمانی فسخ می‌گردد که صاحب خیار قولاً یا فعلاً آن را در مدت معینه فسخ کند در این صورت آگاهی طرف مقابل به فسخ عقد، در مدت معینه شرط می‌باشد. قانون مدنی افغانستان در این مورد در ماده ۶۵۶ ق.م.چنین صراحت دارد: (عقدی که فسخ آن مشروط به خیار گردیده باشد، هنگامی فسخ می‌گردد که صاحب خیار قولاً یا فعلاً آنرا در مدت معینه فسخ نماید. در فسخ قولی، علم طرف مقابل به فسخ عقد، در مدت معینه، شرط می‌باشد). ولی در صورتی که اجازه قولی و فعلی صاحب خیار در مدت معینه، لزوم عقد را افاده نماید، عقدی را که فسخ آن مشروط به خیار گردیده لازم می‌گرداند گرچه طرف دیگر عقد به آن آگاهی نداشته باشد. راجع به این موضوع در ماده ۶۵۷ قانون مدنی افغانستان چنین تذکر به عمل آمده است: (اجازه قولی یا فعلی صاحب خیار شرط در مدت معینه که رضایت او را به لزوم عقد افاده نماید، عقدی را که فسخ آن مشروط به خیار گردیده، تمام و لازم می‌گرداند، گرچه طرف دیگر به آن علم نداشته باشد).

۲-۸- دلالتاً: هرگاه دارنده حق خیار، در مبیع؛ تصرف کند یا آنرا به فروش برساند یا به اجاره و رهن دهد و یا هم هبه کند و یا هم، چنان عملی را انجام دهد که دلالت به اجازه بیع و اثبات ملکیت در مبیع کند در چنین موارد خیار ساقط و بیع لازم می‌گردد (الزحیلی، همان، ۳۰۷). چنانچه در ماده ۴۵۰ ق.م.ایران چنین تذکر به عمل آمده: (تصرفاتی که نوعاً کاشف از رضای به معامله باشد امضای فعلی (ضمنی) است، مثل آنکه مشتری که خیار دارد با علم به خیار، مبیع را بفروشد یا رهن بگذارد). و هم‌چنان تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد فسخ ضمنی شمرده می‌شود، ماده ۴۵۱ ق.م.ایران در این مورد صراحت دارد: (تصرفاتی که نوعاً کاشف از به هم زدن معامله باشد، فسخ فعلی (ضمنی) است. ماده ۶۵۶ و ۶۵۷ ق.م. افغانستان نیز ناظر بر همین امر است. نکته مهمی که باید در نظر داشت، ارتباط دلالت افعال با اوضاع و احوالی است که در آن رخ می‌دهد. برای دلالت اقدامی بر اجازه معامله و سقوط خیار قاعده نمی‌توان وضع کرد، جز این که در دید عرف باید آنچه رخ می‌دهد نشانه انصراف از خیار باشد. گاه داوری عرف چندان قوی است که تردیدی باقی نمی‌گذارد (مانند دلالت فروش مال به اسقاط خیار غبن در صورت علم به آن) و گاه به گونه‌ای است که به دشواری می‌توان به یقین رسید و ناچار باید به اوضاع و احوال روی آورد مانند؛ (دلالت اجازه کوتاه مدت و تأخیر در استفاده از خیار به مدتی طولانی) (کاتوزیان، همان، ص ۱۲۰ و ۱۲۱).

## ۹. سقوط خیار شرط

علاوه بر اینکه ممکن است خیار شرط مهمل مانده و بعضاً اسقاط شود؛ مواردی وجود دارد که خیار شرط به خودی خود و به واسطه تأثیر عواملی غیر ارادی و خارج از اراده صاحب خیار ساقط می‌شود. در این موارد خیار شرط با انقضای مدت آن و یا هم در اثنای جریان آن بدون اینکه صاحب‌اش اراده اسقاط آن را نماید، اعتبار خود را از دست می‌دهد. مانند: (پایان مدت خیار، مرگ صاحب خیار، هلاک مبیع در مدت خیار و معیوب شدن مبیع)، به همین جهت این موارد را تحت عنوان سقوط خیار شرط به بررسی می‌گیریم:

۹-۱- **انقضای مدت خیار:** خیار شرط با پایان یافتن مدت آن بدون بر هم زدن عقد، ساقط می‌شود، پس بنابراین عقد بلا خیار باقی می‌ماند و لازم می‌گردد (ابن قدامه، بی تا، ج ۳، ص ۵۹۱). فقهای شافعیه و حنابله نیز به این باور اند که با انقضای مدت خیار شرط، عقد لازم می‌شود. اما امام مالک انقضای مدت خیار را سبب لزوم عقد نمی‌داند بلکه لزوم عقد را وابسته به اختیار و اجازه صاحب خیار می‌داند زیرا مدت خیار شرط حق صاحب خیار است نه واجب بر او، بناء حکم بنفسه لازم نمی‌گردد (الزحیلی، همان، ۳۰۸ و ۳۰۹). قانون مدنی افغانستان نیز به قول احناف عمل کرده و انقضای مدت خیار شرط را سبب لزوم عقد یا قرارداد می‌داند و در ماده ۶۵۹ چنین بیان می‌دارد: (هرگاه مدت خیار در عقد مشروط به خیار بدون فسخ و اجازه صاحب خیار منقضی گردد، عقد لازم و تمام پنداشته می‌شود).

قانون مدنی ایران راجع به این موضوع سکوت اختیار کرده و چیزی بیان نکرده است.

۹-۲- **فوت صاحب خیار:** بدیهی است که سقوط خیار شرط موجب لازم شدن عقد گردیده و خاصیت انحلال آن را از بین می‌برد. در صورتی که صاحب خیار قبل از انقضای مدت خیار، بدون فسخ یا اجازه بمیرد، خیار ساقط می‌شود چه این خیار برای بایع باشد یا مشتری، یا برای طرفین عقد باشد. و عقد لازم می‌گردد (الزحیلی، همان). فقهاء اهل سنت در مورد سقوط خیار شرط بعد از وفات صاحب خیار اجماع دارند ولی در مورد به ارث بردن خیار شرط و انتقال آن به ورثه صاحب خیار با هم اختلاف دارند. در نزد فقهاء حنفی خیار شرط به ارث برده نمی‌شود، زیرا آن را از حقوق مالی نمی‌دانند. در این خصوص تفاوتی میان خیار هر یک از متعاملین و شخص ثالث وجود ندارد و هر یک که بمیرد بدلیل اعتقاد به عدم توارث خیار، حق فسخ ساقط و عقد لازم می‌گردد (سرخسی، بی تا، ج ۱۳، ص ۴۲ و ۴۳). اما مرگ یک طرف به خیار طرف دیگر تأثیر ندارد. قانون مدنی افغانستان در بند ۱ ماده ۶۶۰ به قول احناف عمل نموده و در این مورد چنین صراحت دارد: (هرگاه صاحب خیار در خلال مدت خیار، قبل از فسخ یا اجازه عقد، وفات نماید، عقد لازم گردیده و ورثه از حق خیار استفاده کرده نمی‌تواند مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد). در بند ۲ همین ماده راجع به سرنوشت عقدی که در آن برای طرفین عقد خیار شرط موجود باشد و یکی از طرفین در خلال مدت خیار فوت نماید؛ چنین صراحت دارد: (اگر خیار شرط به طرفین

عقد اعطا شده و یکی از طرفین وفات نماید، عقد در مورد متوفی لازم گردیده و خیار طرف دیگر الی ختم مدت خیار باقی می ماند). که بند ۲ ماده ۶۶۰ ق.م افغانستان برگرفته شده از دیدگاه فقهاء حنبلی بوده و معادل آن ماده ۱۸۳ ق.م اردن است که بیان می دارد: (يسقط الخيار بموت صاحبه في خلال مدته و يلزم العقد بالنسبة الی ورثته و يبقى الاخر علی خياره إن كان الخيار له حتی نهایی مدته)(رسولی، همان، ص ۱۹۱).

فقهاء مالکی و شافعی به این نظر هستند در صورت که صاحب خیار در مدت خیار فوت کند، حق خیار به ورثه وی منتقل می شود و همان گونه که صاحب خیار در زندگی اش می توانست خیار را ساقط یا عقد را اجازه دهد، ورثه وی نیز چنین صلاحیت را دارد. زیرا خیار از حقوق مالی بوده و ورثه می تواند آن را به ارث ببرد(الزحیلی، همان، ۳۱۰).

فقهاء امامیه مانند: فقهاء مالکی و شافعی، حق خیار را از جمله حقوق مالی شمرده و آن را قابل توارث می دانند و عموماً فقهاء امامیه قائل به ارث خیار شرط شده اند(انصاری، همان، ص ۲۹۰). از نقطه نظر فقه شیعی تنها در صورتی که مباشرت خیار برای صاحب آن شرط شده باشد فوت صاحب خیار موجب سقوط خیار خواهد شد(خمینی، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۴۵۰). بنابراین در مورد خیار طرفین عقد هرگاه مباشرت ایشان در استفاده از حق خیار و اعمال آن شرط شده باشد فوت ذوالخیار موجب سقوط خیار شرط شده و عقد لازم خواهد شد. و اگر چنین شرط نشود ورثه متوفی حق او را به ارث خواهند برد. آن گاه ورثه به قائم مقامی صاحب خیار حق اعمال یا اسقاط آن را خواهد داشت. قانون مدنی ایران در ماده ۴۴۵ چنین صراحت دارد: (هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل به وراثت می شود). اما خیار شخص ثالث به جهت آن که خود در عقد سمتی ندارد و این حق از سوی متعاقدین برای شخص وی جعل شده به فوت او ساقط می گردد و قابل توارث نیست(کاتوزیان، همان، ص ۱۰۱). در این مورد ماده ۴۴۷ ق.م ایران چنین صراحت دارد: (هرگاه شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد، منتقل به وراثت نخواهد شد).

در فقه حنفی عوامل دیگری نظیر (جنون، إغماء، خواب، سکر، رده، و الحاق به دارالحرب ذوالخیار و بلوغ صغیر) موجب سقوط خیار شرط می گردد. زیرا معتقد اند که عوامل یاد شده یا در حکم موت صاحب خیار شمرده می شود و یا هم موجب حجر صاحب خیار از اعمال حق خود گردیده و اگر این حجر تا انقضای مدت خیار ادامه یابد در حقیقت به علت عدم امکان اجرای خیار حق مزبور ساقط می شود(الزحیلی، همان، ص ۳۱۰ و ۳۱۱).

در فقه امامیه جنون موجب سقوط خیار شرط نیست بلکه در صورت عارض شدن جنون، ولی مجنون قائم مقامی وی می شود. و می تواند در صورت صلاح دید با رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه حق خیارش را



اعمال کند( محقق حلی، ۱۴۱۵، ص ۹۸). چنانچه عذر بر طرف گردد و جنون افاقه کند تصرفات ولی که موافق با غبطه و مصلحت مولی علیه باشد نقض نمی‌شود و به قوت خود باقی خواهد بود.

### ۳-۹- هلاک مبیع: احتمال دارد تلف مورد معامله یا مبیع به دو صورت پیش آید:

۱. اینکه صاحب خیار خود مبیع را تلف کند که در این صورت چون تلف از جمله تصرفات مالکانه است موجب اسقاط خیار شرط و لزوم عقد می‌شود. دیگر اینکه مبیع در مدت خیار به اثر آفت سماوی یا عاملی خارج از اراده صاحب خیار و بر حسب تصادف تلف گردد. منظور ما نیز در بحث سقوط خیار همین مورد است زیرا هلاک مبیع بر اساس فعل صاحب خیار در مدت خیار، اسقاط خیار شمرده می‌شود نه سقوط خیار.

تلف مورد معامله در فقه حنفی از موجبات سقوط خیار است. در این خصوص گفته می‌شود اگر مشتری مبیع را تسلیم گیرد و صاحب خیار باشد و در زمان خیارش مبیع در دست او تلف شود خیارش ساقط و بیع لازم می‌شود. و همچنان اگر در دست مشتری مانعی از رد مبیع حادث شود خیار او ساقط می‌شود. زیرا فایده خیار تمکن از رد و اجازه است و وقتی این احتمال از بین رفت نفعی در بقای خیار نیست خواه حادث به فعل بایع باشد یا مشتری و یا هم آفت سماوی(الزحیلی، همان ۳۱۲). البته واضح است که تلف در صورتی می‌تواند در عقد بیع مسقط خیار شود که قبض و اقباض صورت گرفته باشد وگرنه چنانچه تلف پیش از قبض حادث شود قاعده تلف مبیع قبل از قبض جاری و عقد منفسخ می‌شود.

در فقه امامیه اصولاً تلف مبیع موجب سقوط خیار شرط نیست و در صورت تلف بدل جانشین عین شده باشد خیار بجای خود باقی می‌ماند با این حال فقهاء میان دو فرض و دو نوع خیار شرط قائل به تفصیل شده‌اند: در یک نوع از خیار منظور اصلی و مقصود طرفین از شرط خیار تسلط بر انحلال نفس عقد است و عوض و معوض تبادل شده در درجه دوم اهمیت می‌باشد. چنانکه مفس پایبندی یا عدم پایبندی به عقد از نظر از نظر متعاقدين مهمتر از سایر جوانب امر است و حتی اگر عین مورد معامله نیز تلف شود طرف مقابل حاضر به قبول کردن بدل آن از مثل یا قیمت می‌باشد(خمینی، همان ۴۴۹).

در نوع دوم تکیه گاه شرط و مطمئن نظر متعاقدين عین مورد معامله است، یعنی اینکه مشروط له در نظر دارد با فسخ عقد همان چیزی را که به طرف دیگر انتقال داده بود مسترد کند و به هیچ وجه حاضر به پذیرفتن چیز دیگری بجای آن اعم از مثل یا قیمت نیست.

علی الاصول باید در نوع اول با تلف مورد معامله بدل جانشین آن شده و حق فسخ بقوت خود باقی بماند. این همان فرضی است که عامه فقهاء در نظر گرفته و به عدم سقوط حق خیار در صورت تلف مورد معامله (مبیع) را داده‌اند.

در نوع دوم که مفاد شرط مبنی بر استرداد عین مشخصی که مورد معامله واقع شده می‌باشد. با تلف عین چون استرداد خود مثل یا قیمت (بدل) مقبول نبوده و موضوع شرط هم قرار نگرفته و امکان استرداد خود مورد معامله نیز به جهت تلف متفی است چاره‌ای جز قائل شدن به سقوط حق خیار نمی‌ماند، این است که فقهای تمیز دهنده میان دو نوع شرط در نوع ثانوی آن فتوا به سقوط خیار داده اند (الغطاء، ۱۳۶۰، ج ۲، ص ۱۲۰).

تلف مبیع از اثر حوادث خارج از اراده صاحب خیار تحت قاعده ضمان قرار می‌گیرد و در نظام حقوقی هر دو کشور (ایران و افغانستان) از جمله مباحثی به شمار می‌رود که تحت عنوان مسولیت مدنی خارج از قرارداد مطالعه می‌گردد.

۴-۹- معیوب شدن مبیع: اگر در جریان مدت خیار مبیع یا مورد معامله در دست یکی از طرفین عقد باشد و به اثر آفت سماوی معیوب گردد، آیا موجب سقوط خیار می‌شود؟

در این مورد اقوال و حالات مختلفی وجود دارد:

۱. اگر در زمان خیار بایع موجب عیبی که سبب نقصان در عین مبیع گردد، خیارش باطل می‌گردد، خواه مبیع در دست بایع باشد یا در دست مشتری، و خواه به آفت سماوی معیوب گردد و یا به فعل بایع، بیع فسخ می‌گردد، چون ضمانتی برای مشتری نیست (سمرقندی، بی تا، ج ۱، ص ۷۴).

۲. اگر بفعل مشتری معیوب گردد، خیار بایع ساقط نمی‌گردد؛ چون ممکن است بایع اجازه بیع دهد، و در اینجا آنچه که معیوب شده و آنچه که سالم باقی مانده است، در ضمان مشتری است.

۳. اگر به فعل اجنبی معیوب گردد، خیار بایع ساقط نمی‌گردد و در ضمان اجنبی است و او باید قیمت معیوب را بپردازد، چون ملک غیر را تلف کرده است (ابن عابدین، بی تا، ج ۴، ص ۴۹).

۴. اگر عیب موجب نقصان مبیع نگردد چه به فعل بایع باشد و چه به فعل مشتری و چه به فعل اجنبی خیار بایع ساقط نمی‌گردد (سمرقندی، همان، ص ۷۴).

چنانچه در زمان خیار مشتری، عیب از طرف مشتری یا از طریق آفت سماوی یا به فعل اجنبی و یا به فعل خود حاصل شود، خیار مشتری ساقط می‌گردد، چون از رد آن عاجز می‌باشد (سرخسی، همان، ج ۷، ص ۴۴).

ولی صاحب فقه علی المذاهب الاسلامیه به طور تفصیل بیان داشته است:

اگر عیب بر مبیع وارد گردد و امکان زوال آن باشد مثل بیماری و مانند آن؛ و در جریان مدت خیار، عیب از بین برود، مشتری بر خیارش باقی است و اگر در مدت خیار، عیب زوال نیابد عقد لازم می‌گردد. و اگر

زوال آن ممکن نباشد و خیار برای مشتری باشد؛ او ملزم به پرداختن ثمن مبیع است نه قیمت آن، و هیچ فرقی نیست بین اینکه عیب حاصل از آفت سماوی باشد یا به فعل مشتری باشد و یا هم به فعل اجنبی باشد.

## ۱۰- وجوه اشتراک و افتراق خیار شرط در نظام حقوقی ایران و افغانستان

### ۱۰-۱- وجوه اشتراک

مطالعه تطبیقی در هر دو نظام حقوقی راجع به خیار شرط، ذهن هر پژوهشگر در حوزه مسائل حقوق خصوصی را متوجه وجوه اشتراک ذیل می‌کند:

۱. خیار شرط بر خلاف اختیارات دیگر بر اساس تراضی و توافق مستقیم اراده طرفین عقد بوجود می‌آید و می‌توان گفت که خیار شرط جلوه‌ی بارز اصل حاکمیت اراده در عقود یا قراردادهای می‌باشد.

۲. در واقع طرفین عقد با ایجاد حق خیار در عقد، اختیار فسخ قرارداد را بدست می‌آورند که نتیجه و حاصل شرط می‌باشد و شرط، وجود تبعی و اختیاری دارد که ضمن عقد اصلی در نظر گرفته یا پیشینی می‌شود.

۳. تفاوت اساسی خیار شرط با اختیارات دیگر در این است که از آن بعضاً به شرط خیار نیز تعبیر می‌شود و بستگی به اراده متعاقدین دارد و حقی است که در زمان معین برای طرفین یا شخص ثالث بوجود می‌آید.

۴. در حقوق ایران واژه‌ای شرط به معنای امری محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده، حدوث اثر حقوقی عقد یا ایقاع را کلاً یا بعضاً متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نماید یا به معنای وصفی که یکی از طرفین عقد، وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد بدون اینکه آن وصف، محتمل الوقوع در آینده باشد (ماده ۲۲۲ و ۲۳۵ ق.م). و در حقوق افغانستان در ماده ۵۹۵ ق.م نیز از شرط چنین تعریف به عمل آمده است: شرط عبارت از تعهد به آینده در امر متعلق به زمان آینده که به صیغه خاص صورت می‌گیرد.

۵. در قانون مدنی ایران و افغانستان از خیار تعریفی به عمل نیامده است زیرا ماهیت آن تا اندازه‌ای بدیهی است.

۶. خیار شرط در حقوق ایران از جمله اختیارات مشترک بوده چنان که ماده ۴۵۶ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: (تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است). در حقوق افغانستان شبیه حقوق ایران در ماده ۶۵۲ قانون مدنی خیار

شرط را در زمره اختیارات مشترک در عقود تلقی نموده است (عاقدين در جميع عقود می توانند، حين عقد یا بعد از آن... خيار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند).

۷. برخی حقوق دانان خيار شرط را از مصادیق شروط صحيح ضمن عقد و از نوع شرط نتیجه می دانند. بنا بر این به محض اشتراط این شرط، حق فسخ از زمان انعقاد عقد تا مدت مقرر در شرط به وجود می آید و اعمال حق ناشی از این شرط، فسخ قرارداد یا معامله را رقم خواهد زد. ماده ۳۹۹ قانون مدنی ایران درباره خيار شرط چنین مقرر داشته که ممکن است در مدت معینی برای بايع یا مشتری یا هردو یا شخص خارجی اختيار فسخ معامله شرط شود. همچنان در ماده ۶۵۴ قانون مدنی افغانستان راجع به خيار شرط چنین مشعر گردیده که؛ اعطای خيار شرط برای هردو یا یکی از طرفین عقد یا غیر آنها جواز دارد. در تفسیر و تحلیل مواد قانونی هر دو کشور می توان گفت که وضع خيار از طریق یک عمل حقوقی که همان تلاقی و تراضی اراده طرفین است تحقق می یابد و نتیجه آن وجود حق خيار برای دارنده آن است و ذی حق می تواند هر آن که اراده نماید از حق خيار برای فسخ معامله استفاده نماید.

۸. از ظاهر ماده ۳۹۹ قانون مدنی ایران چنین برداشت می شود که خيار شرط ویژه عقد بیع است ولی با توجه به حکم ماده عام ماده ۴۵۶ ق.م.ا که می گوید: (تمام انواع خيار در جميع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خيار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است). قانون مدنی افغانستان نیز خيار شرط را در زمره شروط مشترک می شمارد و در تمام عقود آن را مرعی الاجرا می داند ماده ۶۵۲ در مورد چنین صراحت دارد؛ (عاقدين در جميع عقود می توانند، حين عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خيار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند). ولی این قید در تمام اختیارات وجود دارد که باید با طبیعت عقد سازگار باشد و مقتضای ذات آن را برهم نزند.

۹. تعیین مدت در خيار شرط در هردو نظام حقوقی لازمی بوده و در صورت عدم تعیین مدت، عقد و شرط هر دو باطل می گردد. ماده ۴۰۱ ق.م.ا ایران مؤید این مدعاست: (اگر برای خيار شرط مدت معین نشده باشد، هم شرط و هم بیع باطل است). در ماده ۶۵۲ ق.م. افغانستان نیز راجع به تعیین مدت در خيار شرط چنین تصریح گردیده است: (عاقدين در جميع عقود می توانند، حين عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خيار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند).

۱۰. با این که اصل انتقال مالکیت را قانون مدنی می پذیرد، ولی آنچه خریدار شرطی به دست می آورد مالکیتی است ناقص و از حق تصرف منافی با اعمال خيار محروم می ماند. ماده ۴۶۰ ق.م. در این باره می گوید: (در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبيع تصرفی که منافی خيار باشد، از قبیل نقل و انتقال و غیره، بنماید). در قانون مدنی افغانستان مانند قانون مدنی مصر و کشورهای عربی از بیع شرط تحت عنوان (بیع وفا) بحث صورت گرفته که؛ انتقال مالکیت در بیع وفا، مالکیت ناقص است و مشتری حق تصرف تام را

ندارد. ماده ۱۱۳۸ ق.م در زمینه چنین صراحت دارد: ( در بیع وفا مشتری می تواند از منافع مبیعه کلا یا قسما استفاده نماید، مشتری نمی تواند مبیعه را در بیع وفا به شخص دیگری بفروشد و یا ملکیت رقبه آن را به سببی از اسباب به شخص دیگری انتقال دهد).

۱۱. اسقاط خیار چه صریحا باشد و چه دلالتا(ضمناً) در هردو نظام حقوقی پذیرفته شده است مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م ایران و مواد ۶۵۶ و ۶۵۷ ق.م افغانستان ناظر بر این امر است.

۱۲. خیار شرط با پایان یافتن مدت آن بدون بر هم زدن عقد، ساقط می شود، پس بنابراین عقد بلا خیار باقی می ماند و لازم می گردد. قانون مدنی افغانستان نیز انقضای مدت خیار شرط را سبب لزوم عقد یا قرارداد می داند و در ماده ۶۵۹ چنین بیان می دارد: (هرگاه مدت خیار در عقد مشروط به خیار بدون فسخ و اجازه صاحب خیار منقضی گردد، عقد لازم و تمام پنداشته می شود). قانون مدنی ایران راجع به این موضوع سکوت اختیار کرده و چیزی بیان نکرده است. ولی در کل چنین می توان برداشت کرد که ممکن حقوق ایران هم چنین موضع را اختیار نموده باشد.

۱۳. تلف مبیع از اثر حوادث خارج از اراده صاحب خیار در هردو نظام حقوقی تحت قاعده ضمان قرار می گیرد و در نظام حقوقی هر دو کشور (ایران و افغانستان) از جمله مباحثی به شمار می رود که تحت عنوان مسولیت مدنی خارج از قرارداد مطالعه می گردد.

## ۲-۱۰- وجوه افتراق

وجوه اشتراکات موجود راجع به خیار شرط در هردو نظام حقوقی به این معنی نیست که افتراقاتی در این مورد در هردو نظام حقوقی موجود نباشد بلکه بیشتر این افتراقات بر می گردد به مبانی فقهی موجود، که زیربنای هردو نظام حقوقی را تشکیل می دهد. به موارد ذیل به عنوان وجوه افتراق در هردو نظام حقوقی می توان اشاره کرد:

۱. قانون مدنی ایران خیارات را به ۱۰ قسم تقسیم نموده است. قانون مدنی ایران سه مورد از خیارهای ده گانه را ویژه بیع دانسته و مابقی را خیارهای مشترک در عقود تلقی نموده است. چنان که ماده ۴۵۶ قانون مدنی ایران مقرر می دارد: (تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تاخیر ثمن که مخصوص بیع است). در قانون مدنی افغانستان تنها از چهار نوع خیار تذکر به عمل آمده است که عبارت اند از: خیار شرط، تعیین، رؤیت و عیب می باشد (مواد ۶۵۲، ۶۶۲، ۶۷۶ و ۶۸۲).

۲. در حقوق افغانستان دایره جریان خیار شرط در قراردادهای، نسبت به حقوق ایران تنگتر و ضیق هست و در عقود و قراردادهای نظیر: نکاح، طلاق، صرف، سلم، اقرار، وکالت، هبه، و وصیت تعمیم نمی یابد. در

قانون مدنی ایران تنها عقد نکاح و عقد ضمان بطور صریح استثناء قرار گرفته و در مورد وقف ماده صریحی وجود ندارد که قید استثناء را بر آن وارد نماید با وجود که تعدادی از فقها جریان شرط خیار را در وقف جایز نمی دانند ولی این مخالفت روحیه سهم گیری افراد در پیشرفت اقتصادی را ضعیف ساخته و مانع رشد اقتصادی جامعه می شود.

۳. در تعیین مدت خیار شرط، قانون مدنی افغانستان ظاهراً از رأی احناف و شافعی پیروی کرده و در تعیین مدت خیار دایره زمان را خیلی محدود کرده است، در ماده ۶۵۲ ق.م افغانستان راجع به تعیین مدت در خیار شرط چنین تصریح گردیده است: (عاقدين در جميع عقود می توانند، حين عقد یا بعد از آن حد اکثر برای سه روز، خیار فسخ یا بقای عقد را شرط بگذارند). تعیین مدت سه روز در عقود بر می گردد به مبنای احناف در تعیین مدت خیار، که به احادیث وارد در باب تعیین مدت خیار تمسک بسته اند. ولی در بند دوم این ماده در مورد وقف، کفاله و حواله گیرنده دین، استثناء قائل شده و تعیین مدت بیشتر از سه روز را جایز دانسته: (مدت خیار شرط در مورد وقف، کفاله و حواله گیرنده دین استثناء بیش از سه روز جواز دارد). که در بند دوم ظاهراً نظر به تفاوت در نوعیت معامله، به دیدگاه مالکيه عمل کرده است. که این تفاوت در قانون مدنی ایران و فقه امامیه دیده نمی شود، زیرا در فقه امامیه و قانون مدنی ایران بیشتر به اصل حاکمیت اراده و تبعیت از خواست و اراده متعاقدين اهمیت قائل شده اند و دیدگاه شان با دیدگاه صاحبین و حنابله نزدیکی دارد.

۴. در معاوضات مالی که برای طرفین عقد خیار شرط اعطاء شده باشد، انتقال ملکیت بدلین در نظام حقوقی افغانستان پذیرفته نشده است. و در ماده ۶۵۵ چنین اعلام می دارد: (هرگاه در معاوضه مالی، برای طرفین عقد خیار شرط اعطاء شده باشد، بدلین عقد از ملکیت هیچ یک آنها خارج نمی گردد). همچنین در بند دوم همین ماده چنین مشعر است: (مال صاحب خیار از ملکیت وی خارج نگردیده و مال طرف دیگر نیز به ملکیت صاحب خیار داخل نمی گردد). اما قانون مدنی ایران در رد این نظر اعلام کرده که: (در بیع شرط به مجرد عقد، مبیع ملک مشتری می شود با قید خیار... و نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است).

۵. قانون مدنی افغانستان در بند ۱ ماده ۶۶۰ به قول احناف عمل نموده و در این مورد چنین صراحت دارد: (هرگاه صاحب خیار در خلال مدت خیار، قبل از فسخ یا اجازه عقد، وفات نماید، عقد لازم گردیده و ورثه از حق خیار استفاده کرده نمی تواند مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد). در بند ۲ همین ماده راجع به سرنوشت عقدی که در آن برای طرفین عقد خیار شرط موجود باشد و یکی از طرفین در خلال مدت خیار فوت نماید؛ چنین صراحت دارد: ( اگر خیار شرط به طرفین عقد اعطا شده و یکی از طرفین وفات نماید، عقد در مورد متوفی لازم گردیده و خیار طرف دیگر الی ختم مدت خیار باقی می ماند). ولی

حقوق ایران در مخالفت این دیدگاه قرار دارد و در ماده ۴۴۵ چنین صراحت دارد: (هر یک از خيارات بعد از فوت منتقل به وراث می شود). اما خيار شخص ثالث به جهت آن که خود در عقد سمتی ندارد و این حق از سوی متعاقدين برای شخص وی جعل شده به فوت او ساقط می گردد و قابل توارث نیست. در این مورد ماده ۴۴۷ ق.م ایران چنین صراحت دارد: ( هرگاه شرط خيار برای شخصی غير از متعاملين شده باشد، منتقل به وارث نخواهد شد).

۶. در فقه حنفی عوامل دیگری نظیر (جنون، إغماء، خواب، سکر، رده، و الحاق به دارالحرب ذوالخيار و بلوغ صغیر) موجب سقوط خيار شرط می گردد. در فقه امامیه جنون موجب سقوط خيار شرط نیست.

۷. تلف مورد معامله در فقه حنفی از موجبات سقوط خيار است. در فقه امامیه اصولاً تلف مبيع موجب سقوط خيار شرط نیست و در صورت تلف بدل جانشین عین شده باشد خيار بجای خود باقی می ماند.

## نتیجه گیری

از مطالعه تطبیقی خيار شرط در حقوق ایران و افغانستان به نتایج ملموسی می رسیم که در بحث قواعد عمومی قراردادها حایز اهمیت تلقی می شود؛ خيار شرط در هردو نظام حقوقی از جمله خيارات مشترک به شمار می رود و تجلی بارز از اصل حاکمیت اراده است که بر اساس توافق و تراضی طرفین عقد إنشاء می شود. بیشترین تفاوت در خصوص خيار شرط در هردو نظام حقوقی بسته گی به مبانی فقهی موجود در هردو نظام حقوقی دارد. این تفاوت ها بیشتر در مواردی چون (تقسیم بندی خيارات، قلمرو جریان خيار شرط در عقود، در تعیین مدت خيار شرط، انتقال ملکیت بدلین در معاوضات مالی در طول مدت خيار شرط و انتقال خيار شرط بعد از وفات صاحب خيار به ورثه اش) تبارز می یابد. در نظام حقوقی ایران تعداد خيارات به ۱۰ قسم است در حالیکه در نظام حقوقی افغانستان ۴ قسم است. در حقوق ایران خيار شرط در تمام عقود جریان می یابد، جز در سه مورد (نکاح، وقف، ضمان) اما در حقوق افغانستان جریان خيار شرط محدود تر است و در اعمال حقوقی چون (نکاح، طلاق، صرف، سلم، اقرار، وکالت، هبه، و وصیت) جریان نمی یابد. تعیین مدت در خيار شرط الزامی است و در صورت عدم تعیین مدت، عقد و شرط هردو باطل است، در حقوق ایران مدت زمان مشخصی برای خيار شرط در نظر گرفته نشده و تعیین آن بسته گی به اراده طرفین دارد. اما در حقوق افغانستان حد اکثر مدت در خيار شرط سه روز بوده و تنها در مواردی چون (وقف، کفاله و حواله گیرنده دین) مدت خيار شرط را بیشتر از سه روز می توان تعیین نمود. در حقوق ایران در طول مدت خيار شرط در معاوضات مالی ملکیت بدلین به طرفین عقد انتقال می کند ولی در حقوق افغانستان ملکیت بدلین انتقال نمی کند. در حقوق ایران بعد فوت یکی از طرفین عقد که صاحب خيار باشد، حق خيار شرط به ورثه انتقال می کند اما در حقوق افغانستان حق خيار شرط به ورثه انتقال نمی کند زیرا از حقوق مالی بشمار نمی آید. نظام حقوقی ایران نسبت به نظام حقوقی افغانستان در موارد

فوق مطابق نیازهای عصر تقریباً موضع بهتر و موسعی اتخاذ نموده و بیشتر تا آن جایی که در مخالفت با نظم عمومی نباشد، تمایل به اصل مترقی حاکمیت اراده دارد.

به نظر می‌رسد بحث خیار شرط در عقود و قراردادها یکی از مباحث اساسی و پایه به‌شمار می‌رود و تنها در یک مقاله نمی‌توان به نتایج ملموس فراگیر دست یافت بناء ضرورت ایجاب می‌کند که؛ در خصوص خیار شرط و جریان آن در ایقاعات نیز تحقیقات تطبیقی صورت گیرد. و برای دست یابی به نظام حقوقی مدرن و جامع و پاسخ‌گو به نیازهای زمان، نسبت به هر زمان دیگر نیاز به تحقیقات تطبیقی میان حقوق کشورهای اسلامی و حقوق کشورهای غربی احساس می‌شود.

### فهرست منابع

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن احمد، ۱۴۱۰ه.ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن رشد الحفید، محمد بن احمد، ۱۴۱۵ه.ق، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، دمشق، دارالفکر.
۳. ابن عابدین، بی‌تا، رد المحتار علی الدر المختار، حاشیه ابن عابدین، بیروت، لبنان، دارالکتب العلمیه.
۴. ابن قدامه، عبدالله بن احمد محمد، بی‌تا، المغنی، بیروت، لبنان، موسسه التاریخ العربی.
۵. ابن منظور، محمد بن مکرم، ۱۳۶۳ه.ش، لسان العرب، قم، نشر ادب الحوزه.
۶. امامی، سید حسن، ۱۳۷۱ه.ش، حقوق مدنی، چاپ ۱۱، تهران، کتاب فروشی اسلامیه.
۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۲۰ه.ق، مکاسب، چاپ اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۹۹، ترمینولوژی حقوق، انتشارات، چاپ ۳۳، تهران، گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۱ه.ش، تئوری موازنه در حقوق، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۱۰. حرعاملی، محمد بن حسن، بی‌تا، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۱۱. خمینی، روح الله، ۱۴۰۳ه.ق، تحریر الوسیله، تهران، مکتبه الاعتماد.
۱۲. رسولی، عبدالحسین، ۱۳۹۸ه.ش، قواعد عمومی قراردادها، کابل، انتشارات فرهنگ.
۱۳. روحانی، محمد صادق، ۱۴۱۲، فقه الصادق(ع)، چاپ اول، قم، دارالکتب-مدرسه امام صادق علیه السلام.
۱۴. زحیلی، وهبه، ۱۴۲۴ه.ق، فقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر.
۱۵. سرخسی، شمس الدین، بی‌تا، المبسوط، بیروت، لبنان، دارالمعرفه.
۱۶. سمرقندی، علاء الدین، بی‌تا، تحفه الفقهاء، بیروت، لبنان، دارالکتب العلمیه.



۱۷. سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۷۰م، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، چاپ اول، بیروت، دارالإحیاء التراث العربی.
۱۸. شهید اول، محمد بن مکی، ۱۳۶۰ه.ش، القواعد و الفوائد، نجف، مکتبه المفید.
۱۹. طباطبایی، سید محمد کاظم، ۱۳۱۷ه.ش، حاشیه بر مکاسب، چاپ سنگی، تهران، بی.نا.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۱۵ه.ش، المبسوط، نجف، مکتبه المرتضویه.
۳۱. طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۶۵ه.ش، تهذیب الاحکام، چاپ ۱۴، نجف، دارالکتب الاسلامیه.
۳۲. عدل، میرزا سید مصطفی، ۱۳۰۸ه.ش، حقوق مدنی، قم، مطبعه شفق.
۳۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ه.ق، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۴. الغطاء، محمد حسین کاشف، ۱۳۶۰ه.ق، تحریر المجله، نجف، مکتبه المرتضویه.
۳۵. قاسم زاده، سیدمرتضی، ۱۳۸۸ه.ش، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ ۱۳، تهران، نشر دادگستر.
۳۶. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۸ه.ش، قواعد عمومی قراردادها، چاپ ۲، تهران، انتشارات گنج دانش.
۳۷. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین بن حسن حلی، ۱۴۱۵ه.ق، شرائع اسلام، چاپ اول، بیروت، موسسه معارف اسلامی.
۳۸. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۹۸ه.ش، قواعد فقه، چاپ ۱۷، تهران، انتشارات سمت.
۳۹. نائینی، میرزا، ۱۳۷۳ه.ش، منیة الطالب فی حاشیه مکاسب، مقرر موسی بن محمد خوانساری، چاپ اول، تهران، المکتبه المحمدیه.

## بررسی ویژگی های زمان صدور اسناد تجاری در حقوق ایران و افغانستان

نقیب الله " وقاد"<sup>۱</sup>

### چکیده:

در جهان فعلی بسیاری از مؤسسات مالی و اعتباری بانکی و غیر بانکی هستند که اقدام به صدور اسناد تجاری می نمایند، و در عمل کاملاً هوید است که این اوراق میان مردم رد و بدل می گردند، بنابراین، لازم است که ویژگی های این اسناد مشخص گردد. زیرا؛ اسناد تجاری دارای ویژگی های منحصر به فرد می باشند. سوالی که مطرح گردیده اینک، ویژگی های زمان صدور اسناد تجاری در نظام حقوق ایران و افغانستان چیست؟ هدف این پژوهش تبیین ویژگی های زمان صدور اسناد تجاری در حقوق ایران و افغانستان است. محتویات این پژوهش، با استفاده از روش کتابخانه‌ای از طریق مراجعه به منابع مکتوب، جمع آوری شده و با روش توصیفی، تطبیقی و تحلیل داده ها، مورد بررسی قرار داده شده است، یافته های این پژوهش با محوریت نظام حقوقی ایران و افغانستان، حاکی از آن است که مطالب ارائه شده در مورد موضوع فوق در هر دو نظام حقوقی انعکاس یافته و هر دو نظام ویژگی های اسناد تجاری را به زمان صدور و پس از آن تقسیم نموده، رعایت این ویژگی ها را الزامی دانسته، عدم رعایت آنها را در برخی موارد موجب خروج سند از دایره اسناد تجاری محسوب نموده اند.

**واژگان کلیدی:** سند، اسناد تجاری، صدور، تنجیزی، وصف شکلی.

---

<sup>۱</sup> . دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی جامعه المصطفی العالمیه- واحد گرگان

## مقدمه

باگذشت هر روز نسبت به هر زمان دیگر جامعه انسانی پله های صعود را در عرصه تجارت با سرعت طی می کند، جهت انجام تجارت بشر شهرها کشورها و حتی گاهی قاره ها را می پیماید، و پول که یکی از ضروریات مبرم در معاملات تجارته است انتقال و داد و ستد آن هم از لحاظ امنیتی و هم از لحاظ تخریب آن مناسب نبوده؛ از سوی دیگر، تاجران با به جریان انداختن سرمایه خود نیاز به امنیت خاطر و حمایت حقوقی همگام با دو اصل سرعت و سهولت دارد، امری که با استفاده از روش های معمول در نظام حقوق مدنی قابل تأمین نیست. از این رو، دانشمندان و اهل خرد جوامع انسانی قد علم بر جهت رفع این معضل نمودند، تا اینکه اسناد تجارته را جهت رفع معضلات مذکور و سهولت برای همه افراد جوامع بخصوص تجار ایجاد نموده و ویژگی های را جهت کاستن معضلات وضع نموده اند.

اسناد که جمع سند است در لغت چیزی است که بدان اعتماد کنند و یا نوشته ای است که در مقام دعوی یا دفاع برای اثبات چیزی قابل تمسک و استفاده باشد و در اصطلاح حقوق تجارت اسناد تجارته، اسنادی هستند که برای پرداخت وجه در رأس موعد نزدیک یا در مدت معین محدود و کوتاه بکار می روند، و این اسناد می توانند متعدد باشند. ولی آنچه مورد بحث ماست آن اسنادی است که برای پرداخت و به عنوان وسیله پرداخت در امور تجارته مورد استفاده قرار می گیرند و عبارت انداز برات، سفته، چک و در سایر کشورها هم به عنوان اسنادی تجارته شناخته شده اند. و شایان ذکر است که اسناد تجارته به معنای عام که شامل بارنامه، قبض انبار و... و به معنای خاص که شامل برات، سفته و چک می باشند تقسیم شده اند.

اسناد تجاری دارای ویژگی ها هستند، که این ویژگی ها به زمان صدور و پس از آن برمی گردند، ویژگی های هنگام صدور عبارت اند از معلوم بودن ارزش سند، وصف شکلی و وصف تنجیزی، باعنایت به پیچیدگی های روابط امروزی از جمله تجارت که ناظر به بعد مادی زندگی می باشد جایگاه، اهمیت و کاربرد بالای را یافته اند.

ضرورت مبرم تشریح اسناد تجاری در زندگی مردم پیدا است، ولی آنچه در حال حاضر هویدا است این که سطح آگاهی مردم و مراجع مرتبط نسبت به اسناد ضعیف و مردم در هنگام داد و ستد آنها دچار اختلافات و منازعات زیادی هستند، زیرا ویژگی های زمان صدور اسناد تجاری را اکثراً در نظر نمی گیرند، و این امر از یک طرف باعث تراکم کاری دادگاه ها و از سوی دیگر منجر به اتلاف وقت و هزینه های هنگفت مالی طرفین دعوی می شود تا به اکنون در این زمینه تحقیق و پژوهش خاصی که ابعاد مختلف ویژگی های اسناد تجاری را روشن کند در حقوق افغانستان صورت نگرفته است و مردم با آن آشنای کامل ندارند و زوایای مختلف اسناد مزبور در حاله ای از ابهام قرار گرفته است و مشخص نیست که ویژگی های زمان صدور

اسناد تجاری چیست؟ آیا نادیده گرفتن این ویژگی ها در زمان صدور عواقب مخرب را در پی خواهد داشت و یا خیر؟

این پژوهش، باروش توصیفی و تحلیلی با رویکرد تطبیقی در صدد پاسخ گویی به مسأله فوق و مشابه آن بر آمده، هر چند این مسأله در دانشهای مختلف مانند، فقه، اقتصاد، و بانکداری مطرح شده است، اما محدوده این تحقیق، در محدوده فقه و حقوق است، با استناد به قوانین و مقررات حاکم در حقوق ایران و افغانستان و آرای حقوق دانان و فقها به بررسی تطبیقی ویژگی های زمان صدور اسناد تجاری و جوه اشتراک و افتراق در دو نظام حقوقی پرداخته می شود.

## مفهوم شناسی

### ۱. مفهوم سند (Document)

سند کلمه عربی است و جمع آن، اسناد، سندات و اسانید است. (أنیس و غیره، ۱۳۹۲، ص ۴۵۴) این کلمه در اصل عربی بوده و از عربی به فارسی راه پیدا کرده است، بنابراین این کلمه را در زبان عربی و فارسی بررسی می نماییم.

سند، در زبان عربی در همه موارد، به شکل اسناد یا سندات بر وزن افعال و فعلات جمع بندی می شود، مگر زمانیکه در اصطلاح علوم القرآن و حدیث به کار رود در این صورت، به شکل اسانید بر وزن افعال جمع بندی می شود. در این صورت، سلسله مراتب یک حدیث را سند گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ص ۳۶۴). این کلمه در لغت و زبان عربی به حرکات فتحه فاء الفعل و عین الفعل و تنوین لام الفعل اسم بوده و به معنای: تکیه، پستی، پشتیان، سهام بی نام و سند بدهی آمده است (شریفی، ۱۳۹۵، ص ۲۸).

در فارسی «سند که جمع آن اسناد و سندات است - چیزی است که به آن اعتماد کنند و یا نوشته ای است که وام یا طلب کسی را معین کند، یا مطلبی را ثابت نماید» (عمید، ۱۳۷۵، صص ۶۲۴-۶۲۳).

در زبان فارسی سند، همیشه به شکل اسناد و بروزن افعال جمع بندی می شود، برای مثال همیشه جمع سند در قانون مدنی و ثبت اسناد و املاک به " اسناد " می باشد. جمع سند در حقوق تجارت نیز به اسناد نظیر اسناد تجاری یا اسناد بازرگانی تعبیر می شود.

طبق ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد». چک، برات و سفته نیز چون به صورت کتبی هستند و در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد و استفاده می باشند سند محسوب می شوند (شریفی، همان، ص ۲۸).

و برخی گفته اند سند در لغت اعتبار نامه و یا به آنچه اعتماد کرده شود گفته می شود و در اصطلاح حقوقی به حیث وسیله اثبات عمل، قرارداد و یا تعهد به کار می رود (ستانکزی و ناصح، ۱۳۹۶، ص ۱۰۵).

سند در لغت چیزی که بدان اعتماد کنند. و از لحاظ حقوقی « نوشته ای که در اثبات اعمال حقوقی به کار می رود در صورتی سند است که به وسیله شخص یا اشخاصی که در ایجاد آنها اثر دارند تنظیم شود» (صقری، ۱۳۸۸، ج ۱ و ۲، ص ۱۳).

## ۲. اقسام سند

قانون مدنی ایران در ماده ۱۲۸۶، اسناد را به دو نوع رسمی و عادی تقسیم کرده، و قانون مدنی افغانستان در فقره ۱ ماده ۹۹۱ سند رسمی را ذکر کرده و در فقره دوم آن سند عرفی (عادی) را بیان کرده است. تمام اسناد یا جز اسناد رسمی محسوب می شوند و یا ز عادی و جهت تفکیک این دو از همدیگر به بیان مفهوم و شاخصه های آنها می پردازیم.

### ۲-۱ رسمی؛

قانون مدنی در ماده ۱۲۸۷ سند رسمی را چنین بیان نموده « اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آنها بر طبق مقررات قانون تنظیم شده باشد رسمی است» مطابق این ماده قانون سندی رسمی سندی است که سه شاخصه داشته باشد: ۱- در اداره ثبت اسناد و املاک تنظیم شده باشد. ۲- سند توسط مأمور رسمی تنظیم شده باشد. ۳- مأمور رسمی در تنظیم سند، تشریفات قانونی را رعایت نموده باشد.

با در نظر داشت سه شرط و شاخصه فوق سند رسمی را می توان چنین تعریف نمود: « سند رسمی عبارت از سندی که توسط مأموران رسمی و بادر نظر داشت تشریفات قانونی ترتیب و تنظیم شده باشد، با آن سند رسمی گفته می شود (امامی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۶۷).

قانون مدنی افغانستان در ماده ۹۹۱ در فقره یکم و دوم اسناد را به دو گونه، رسمی و سند عرفی (عادی) تقسیم نموده و هر یک را تعریف نموده است.

سند رسمی: ورقی است که مؤلف عمومی یا کارمند خدمات عامه به اساس احکام قانون در حدود صلاحیت خویش آنچه را به حضور شان گزارش می یابد یا اشخاص ذی علاقی کسب می کند، در آن درج و ثبت کرده، صادر می کند (ستانکزی و ناصح، همان، ص ۱۰۵)

### ۲-۲. سند عرفی (عادی)

درخصوص اسناد عادی در قانون تعریف ارائه نشده است، اما با توجه به ماده ۱۲۸۹ ق.م که در باره چنین صراحت دارد: «غیر از اسناد مذکور در ماده ۱۲۸۷ ق.م سایر اسناد عادی هستند می توان گفت که هر نوشته ای که در مقام دعوا یا دفاع قابل استماع باشد و به وسیله هیچ یک از مقامات مذکور در ماده ۱۲۸۷ ق.م ترتیب و تنظیم نشده باشد سند عادی اطلاق می شود» (مهدی پور، کرم الهی، ۱۳۸۹، ص ۱۴۱).

قسمی که در فوق بیان شد، قانون مدنی افغانستان اسناد را به رسمی و عادی تقسیم نمود، در خصوص تعریف سند عادی چنین بیان می دارد.

سند عرفی (عادی): « هرگاه در چنین سند، اشخاص ذیعلاقه بعد از تحریر معاملات مورد نظر امضا، مهر و نشان انگشت کرده باشند، حیثیت سند عرفی را دارد» (ستانکزی و ناصح، همان، ص ۱۰۵).

از آنچه در خصوص سند عادی بیان شد چنین نتیجه گرفته می شود که: سند عادی سندی است در مقام دعوا یا دفاع قابل استماع است اما نزد هیچ یکی از مقامات رسمی تنظیم نشده و تشریف سند رسمی را ندارد.

### ۳. اسناد تجاری

#### ۳-۱ تبیین مفهوم اسناد تجاری

باب سوم قانون تجارت افغانستان و باب چهارم قانون تجارت ایران به مهمترین اسناد تجاری (سفته، چک و برات) اختصاص یافته است، و در نظام های مختلف حقوقی در خصوص تعداد این اسناد اختلاف نظر وجود دارد. و قانون گذار ایران از جهت اینکه اسناد تجاری متفاوتی و صف تجاری پیدا کرده اند، قصداً از بکار بردن عنوان اسناد تجاری خوداری ورزیده و باب چهارم قانون تجارت را به اسناد تجاری مهم (برات، سفته و چک) اختصاص داده است. و قانون گذار فرانسه نیز اسناد تجاری در حقوق فرانسه تحت عنوان (Commerce les effets de) و در حقوق انگلستان به نام (Negotiable instruments) صورت می گیرد و در حقوق کشورهای عربی اکثراً تحت عنوان «الاوراق التجاریه» و گاهی «الاسناد التجاریه» مورد بحث قرار می گیرند. و در تألیفات دانشمندان حقوق، بعضاً به جای عبارت « اسناد تجاری» یا « اسناد جانشین پول» «اسناد مالی» نیز استفاده شده است و همچنان «اوراق تجاری» یا « اسناد بازرگانی» و « اسناد ومدارک تجاری» تعبیر های هستند که دانشمندان حقوق به جای اسناد تجاری مورد استفاده قرار داده اند.

از مواد ۳۰۵ و ۳۰۷ و تبصره ماده ۲۴۴ قانون تجارت ایران اصطلاح اسناد و اوراق براتی یا عبارت اسناد تجاری قابل استخراج است (شریفی، همان، صص ۳۰، ۲۹). و در قانون تجارت افغانستان عبارت اسناد تجاری استفاده شده است.

حقوق دانان در خصوص اسناد تجاری تعاریف گوناگون ارائه نموده اند، اما این تعاریف ها نسبت به شاخصه جامعیت و مانعیت با اشکالات و نقدهای روبروهستند و قانون گذار تعریف از اسناد ارائه نکرده و این عامل اختلاف حقوق دانان در خصوص تعریف اسناد تجاری است. روی این ملحوظ ارائه تعریف جامع و مانع در خصوص اسناد تجاری دشوار است.

« منظور از اسناد بازرگانی، برات، چک و سایر اسناد تجاری قابل نقل و انتقالی است که در مراودات بازرگانی داخلی و بین الملل مهمترین نقش را ایفای کنند و اغلب جایگزین پول می شوند. البته ضمانت نامه بانکی، اعتبار نامه، قبض انبار، بارنامه نیز در زمره اسناد بازرگانی تلقی می گردند، ولی سایر اسناد بازرگانی، مانند: بار نامه و قبض انبار نماینده عین کالا به شمار می آیند، نه نماینده وجه نقد و اعتبار؛ و بعضی این اسناد نیز به صرف ظهر نویسی قابل نقل و انتقال نیستند» (نصیری، ۱۳۸۱، ص ۱۹۸).

حقوق دانان افغانستان نیز دامنه اسناد تجاری را گسترده می دانند و این اسناد را به برات سفته و چک منحصر نه می نمایند، بلکه بدین نظر اند که دنیایی تجارت مملو از اسناد است که تحت عناوین مختلف نظیر قبض انبار، سند در جه حامل، اوراق بهادار، اوراق قرضه، اوراق سهام با نام و اسناد اعتباری. ویژگی های مشترک برات سفته و چک سبب شده است این اسناد به اسناد براتی تعبیر نمود (ستانکزی و ناصح، همان، ص ۱۰۳، ۱۰۴).

با در نظر داشت مطالب فوق اسناد تجاری را به دو بخش تقسیم می نمایم.

### ۱-۱-۳ اسناد تجاری به معنای عام

اسناد تجاری در معنای عام عبارت از هر سندی است که در مبادلات تجاری، یعنی مبادلات ناشی از اعمال تجاری به کار می رود؛ مانند برات، سفته، قبض انبار، اعتبارات اسنادی، چک، اوراق سهام، اوراق قرضه، ضمانت نامه بانکی، سیاهه تجارته، بارنامه و... (توکلی، ۱۳۹۶، ص ۲۲۵)

دانشمندان فعال در عرصه نظام حقوقی افغانستان در تبیین مفهوم اسناد تجاری به معنای عام چنین بیان داشته اند.

« منظور از اسناد تجاری به معنای عام، هر سندی است که در مبادلات تجاری مورد استفاده قرار گیرد نظیر قبض انبار، سند در جه حامل، اوراق بهادار، اوراق قرضه، اوراق سهام با نام و اسناد اعتباری و...» (محمودی، ۱۳۹۶، ص ۹۴).

### ۲-۱-۳ اسناد تجاری به معنای خاص (اسناد براتی)

منظور از اسناد تجاری جانشین پول است که معرف حق دینی حال یا با وعده کوتاه مدت هستند سه سند چک، سفته و برات از مصادیق بارز اسناد تجاری به معنای خاص است که به دلیل کاربرد بسیار آنها در معاملات تجاری و نقش گسترده ای که در افزایش سرعت مبادلات تجاری دارند واجد نظام حقوقی خاصی هستند (توکلی، همان، ص ۲۲۵).

حقوق دانان افغانستان در مفهوم اسناد تجاری به معنای خاص چنین ابراز نظری نمایند.

« منظور از اسناد تجاری به معنای خاص (اسناد براتی) اسنادی هستند که ارزش آنها به پول جاری، در خودشان ذکر شده است و نماینده یک تعهد نقدی اند و در مدت کوتاهی قابل پرداخت هستند» (محمودی، پیشین، ص ۹۴).

و نیز دانشمندان حقوق در خصوص اسناد تجاری به معنای خاص (اسناد براتی) چنین بیان نموده اند.

سند تجاری به معنای خاص: سند تجاری سند قابل معامله است که معرف طلب به نفع دارنده ی آن با سر رسید کوتاه مدت که معمولاً بین تجار به کار می رود.

در این تعریف چند قید جهت تعریف اسناد تجاری به معنای خاص ذکر شده است.

**سند قابل معامله:** اسناد تجاری قابل انتقال هستند، و دارندگان این نوع اسناد می توانند با اجرای معامله ای اسناد مذکور را به اشخاص دیگر منتقل نمایند. چک، سفته، برات قابل انتقال اند ولی اما فاکتور و گواهی مبدا قابل انتقال نمی باشند.

**معرف طلب به نفع دارنده آن:** اسناد تجاری در معنای خاص، همواره معرف وجه نقد هستند، و دارنده این اسناد طلبکار محسوب می شود و این اسناد معرف وجه نقد هستند.

**سر رسید کوتاه مدت:** معمولاً سر رسید اسناد تجاری به معنای خاص یک سال تا دو سال می باشد و بیشتر از این معمول نمی باشد.

**معمولاً بین تجار به کار می روند:** معمولاً اسناد تجاری بین تجار کاربرد دارند، اما این قید بدین معنا نیست که غیر تجار از این اسناد استفاده کرده نمی توانند، بلکه تجار و غیر تجار می توانند به صدور اسناد مذکور اقدام نمایند.

#### ۴. مفهوم صدور

در مورد معنا و مفهوم صدور کمتر صحبت به میان آمده و ممکن به گونه ای گذرا از آن عبور شده، حال آنکه حیات سند تجاری و به دنبال آن تعهدات و حقوقی که از آن ناشی می شود با صدور شروع می شود.



بنابراین ارزش تعریف مبرهن می گردد. اما تعریف صدور وابسته به ماهیت آن می باشد، بدین مفهوم که آیا صدور یک واقعه حقوقی است و یا عمل حقوقی یک جانبه و یا درنهایت یک عقد است؟ صدور اسناد در قبال تحویل کالا یا وجه و یا انجام کاری می باشد که این مبنایی ابتدایی و پایه صدور اسناد می باشند. و از جانب دیگر صدور به تنهای عمل مستقل دیگری است. بنابراین در صدور اسناد دو عمل حقوقی وجود دارد که یکی پایه ای و دیگری اسنادی می باشد. ممکن است رابطه پایه ای و اصلی جانبین ناشی از عقدی، ایقاع و یا ضمان قهری بوده باشد. مثلاً یک شخص از دیگری از جهت خسارت وارده به ماشین یا فروش آن طلبکار باشد. اولی قهری و دومی قرار دادی است.

در خصوص مفهوم صدور برخی صدور را در برات عقدی لازم ناظر به چگونه گی تنظیم و تحویل سند قلمداد نموده اند. بیان نموده اند که تحریر سند باعث تعهد برای امضاکننده می باشد با شرط اینکه به محال علیه واگذار شده باشد. اما بعضی از حقوق دانان بر این باور اند که معاملات برواتی که بند ۸ ماده ۲ قانون تجارت ذکر شده بدون در نظر داشت اینکه بین تجار و یا غیر تجار باشد از جمله اعمال تجاری محسوب می شود و نیاز به رضایت دارد. بر اساس آنچه در فوق بیان گردید و نظریه ارجح این است که صدور عقد است، بنابراین صدور سند تجاری عبارت از عملی حقوقی است که صادر کننده اقدام به انعکاس اراده خود روی سند به حیات بخشی توأم با تسلیم آن به دارنده در مواردی که به نفع غیر صادر می گردد، می نماید (مرتضوی، ۱۳۹۴، ص ۵۱-۵۰).

## بررسی ویژگی های زمان صدور اسناد تجاری در حقوق ایران و افغانستان.

### ۱. معلوم بودن ارزش سند

نخستین ویژگی ای که در زمان صدور اسناد تجاری باید در نظر گرفته شود معلوم بودن ارزش سند می باشد. اسناد از جهتی به دو دسته تقسیم می شوند غیر مالی و مالی. اسناد غیر مالی فاقد ارزش مسقیم مالی می باشند، مانند شناس نامه گواهینامه که ارزش آنها در سند قابل انعکاس نیست.

اسناد مالی دارای ارزش مادی هستند مانند سند مالکیت ، اسناد مالی به دو گونه قابل تقسیم می باشند: اسنادی که ارزش آن باملاحظه سند معلوم نمی شود و اسنادی که ملاحظه آن ارزش سند را هویدا می نماید. اسناد تجاری منجمله اسناد هستند، که ملاحظه آن، مبلغ مندرج در آن را معلوم می سازد و محاکم در رسیدگی به قضایایی مربوط در تعیین ارزش سند به سند متکی می شوند. بانک هادر پذیرش سند به عنوان وثیقه ضرورتی به ارجاع به کارشناس در تعیین ارزش آن و تطبیق بامیزان وام ندارند. به تعبیر دیگر « اسناد براتی» ( چک، سفته و برات) نقش نذیر پول را دارند، با این تفاوت که باعث سقوط تعهدات بدهکار نخواهند شد ( افتخاری، ۱۳۸۰، ص ۳۸).

درخصوص این شاخصه باید گفت که، از مضمون قانون افغانستان این فهمیده می شود که اسناد را به مالی و غیر مالی تقسیم می نماید، اسناد تجاری را از زمره اسنادی می داند که ارزش مادی دارند، و از قبیل اسنادی تلقی می نماید که ملاحظه آن ارزش سند را آشکار می سازد. در بند ۲ ماده ۴۷۱ قانون تجارت افغانستان معین بودن مبلغ را یکی از شرایط اساسی تلقی نموده است، و مفهوم عکس آن این است که اگر سندی که با ملاحظه آن، مبلغ معین در آن درج نشده باشد از ماهیت اسناد براتی برخوردار نخواهد شد.

## ۲. وصف شکلی

از جمله اصول پذیرفته شده همانا اصل رضایی بودن عقود است، در وقوع عقد نیازی به تشریفات خاصی احساس نمی شود. در اعمال حقوقی شکل سند از اهمیت چندانی برخوردار نیست، اما آنچه حایز اهمیت اساسی است، ماهیت عقد و اصل رضایی بودن آنها می باشد. ولی در اسناد تجاری دقیقاً خلاف این اصل مورد پذیرش واقع شده است. شکل ظاهر سند از ارکان اساسی به شمار می رود؛ تا این حد که عدم رعایت شکل، باعث خروج سند از شمول مقررات خاص اسناد تجاری می گردد.

دانشمندان عرصه علم حقوق منجمله جناب دکتر بهرامی در خصوص وصف تجریدی در اسناد تجاری ابراز می نماید: « در اسناد تجاری شکل و فرم سند دارای اعتبار و اهمیت به سزایی است. قانون گذار برای صحت و اعتبار اسناد تجاری از نظر شکلی شرایطی را پیش بینی کرده است، اگر سند تجاری فاقد یک یا چند شرط از شرایط کلید بوده باشد، دارنده همچون سند از حق استناد به اصل عدم توجه به ایرادات برخوردار نخواهد شد. با در نظر داشت مطالب فوق عدم رعایت شرایط شکلی و ماهوی در تنظیم سند تجاری ممکن است گاهی باعث خروج سند مذکور از دسته اسناد تجاری شود» (تقریرات درس حقوق تجارت کاربردی، کارآموزی قضایی، ص ۷۶).

رویه قضایی جمهوری اسلامی ایران ویژگی فوق را مورد تأکید قرار داده است، بر حسب ماده ۳۱۰ قانون تجارت صدور نوشته از تاجر به عنوان چک، هنگامی چک شمرده می شود و احکام و آثار قانون چک بر آن مقرر می شود که صادر کننده در موقع صدور آن ورقه، نزد محال علیه، وجه و اعتباری - داشته و مطابق مقررات ترتیب شده باشد والا نوشته از اسناد عادی غیر تجاری به شمار رفته و در حکم حواله عادی تشخیص مس شود و نمی توان چنین ورقه این را چک رسمی پنداشت تا احکام برات بر حسب ماده ۲۴۹ ق-ت بر آن جاری شود ( رأی تمیزی شماره ۱۳۷۶/۶/۱۳-۱۴۹۰ شعبه یک دیوان عالی کشور).

قانون تجارت جمهوری اسلامی ایران به گونه ای صریح در مورد برات؛ در ماده ۲۲۳ بیان می دارد، برات علاوه بر امضاء یا مهر برات دهنده باید حاوی قید کلمه (برات) در روی ورقه، تاریخ تحریر، اسم شخصی که باید برات را پرداخت می کند، مبلغ، تاریخ تأدیه، مکان تأدیه، اسم شخصی که برات در وجه یا حواله

کرد او پرداخت می گردد با تصریح براینکه نسخه چندم است. مطابق ماده ۲۲۵ این قانون تاریخ تحریر و مبلغ برات باید با تمام حروف نوشته شود و در صورتی که برات شرایط شکلی نوشته شده در ماده ۲۲۳ را نداشته باشد، بادر نظر داشت ماده ۲۲۶ این قانون، سند مذکور در ماتحت مقررات راجع به بروات تجارته نخواهد بود.

در خصوص سفته مواد ۳۰۷ و ۳۰۸ ق- ت بیان می دارد که سفته افزون بر امضاء در بردارنده شرایط ذیل باشد.

الف- تاریخ صدور

ب- مبلغی که باید تأدیه شود

ج- نام گیرنده وجه

د- تاریخ پرداخت

درباره چک، از مواد ۳۱۰ تا ۳۱۳ ق - ت به خوبی دانسته می شود که چک هنگامی تجاری و در تحت مقررات خاص اسناد تجاری است که افزون بر امضای صادرکننده در بردارنده تاریخ صدور و مبلغ معین و مفید معنای واگذاری و جوه نزد محال علیه به خود و یا دیگری باشد. بادر نظر داشت مطالب فوق هرگاه چک به قصد دیگری غیر از انتقال وجه، بابت تضمین یا امانت یا به صورت وعده دار، مشروط و سفید امضاء صادر شود چک تجارته به شمار نمی آید.

ماده ۲۲۳ ق - ت شرایط چندگانه ای را پیش بینی می کند که عدم رعایت آنها منجر به بی اعتباری سند می شود. دلیل تشریفاتی بودن و رعایت نمودن فرم و شکل خاص در سند مزایایی است که برای آن در نظر گرفته شده تادر زمان انجام معامله متعهد بدانند که با کدام نوع و چه نوعی از سند مواجه است.، نگاشتن واژه چک بر روی برگه مربوطه متعهد را نسبت به حقوق و تکالیف آن آگاه می سازد و نبود آن ممکن است چک را به حواله تبدیل کند.

مواد ۷۰۶ لایحه تجارت در خصوص برات، ۷۸۴ در خصوص سفته و ۷۸۹ در خصوص چک لحاظ نمودن شرایط مقرر در این لایحه در خصوص هریک از اسناد مذکور لازم و عدم لحاظ نمودن آنها را باعث خروج سند از مقررات مرتبط به سند به حساب می آورند (مرتضوی، همان، ص ۸-۹).

به گونه ای که قبلا گفته شد رضایت یکی از اصول مسلم و پذیرفته شده است و قانون افغانستان این اصل را مهم تلقی نموده، و از جا نبت دیگر شکل اسناد تجارته را مهم برشمرده و رعایت شرایط شکلی اسناد

تجارتی را از ارکان مهم و اساسی آنها قلمداد نموده است، به گونه ای که سندی شرایط شکلی آن لحاظ نشده باشد را از زمره اسناد تجاری محسوب نه نموده و خارج از قلمروی مقررات اسناد تجاری می داند.

قانون تجارت افغانستان در خصوص برات در ماده ۴۷۱ چنین مقرر می دارد: برات باید محتویات ذیل را در خود داشته باشد.

الف - کلمه برات در متن برات بهر زبانی که برات تحریر شده باشد.

ب - امر تأدیه مبلغ معین بلا قید و شرط.

ج - اسم مخاطب (تأدیه کننده).

د - موعد تأدیه.

ه - محل تأدیه.

ز - اسم شخصیکه در وجه او یا حواله کردش باید تأدیه شود.

ح - محل و تاریخ تحریر.

ط - امضاء صادر کننده برات.

قانون تجارت جمهوری اسلامی افغانستان به گونه ای هویدا در مورد برات؛ در ماده ۴۷۱ بیان می دارد، برات افزون بر امضاء یا مهر صدرکنند برات باید حاوی قید کلمه (برات) در روی ورقه، تاریخ تحریر، اسم شخصی که باید برات را پرداخت می کند، مبلغ، تاریخ تأدیه، مکان تأدیه، اسم شخصی که برات در وجه یا حواله کرد او پرداخت می گردد. مطابق ماده ۴۷۶ این قانون مبلغ برات باید با حروف و ارقام نوشته شود و در صورتی که برات شرایط شکلی نوشته شده در ماده ۴۷۱ را نداشته باشد، بادر نظر داشت ماده ۴۷۲ این قانون، سند مذکور در ماتحت مقررات راجع به بروات تجاری نخواهد بود.

قانون تجارت افغانستان به گونه واضح در مورد حجت (سفته)؛ در ماده ۵۴۵ شرایط ذیل را لازمی دانسته است.

الف - تحریر کلمه (حجت) بر روی سند به هر زبانی که حجت نوشته شده باشد.

ب - تأدیه بلا شرط مبلغ معین.

ج - موعد تأدیه.

د - محل تأدیه.

ه - اسم شخصیکه تأدیه مبلغ در وجه ویا به امر او می شود.

ز - محل و تاریخ تحریر حجت.

ح - امضاء صادر کننده حجت.

از مواد فوق قانون تجارت افغانستان هویدا می شود که حجت (سفته)؛ افزون بر امضاء یا مهر صا درکنند حجت باید حاوی قید کلمه (حجت) در روی ورقه، تاریخ تحریر، مبلغ، تاریخ تأدیه، مکان تأدیه، اسم شخصی که حجت در وجه یا حواله کرد او پرداخت می گردد. در صورتی که حجت شرایط شکلی نوشته شده در ماده ۵۴۵ را نداشته باشد، بادر نظر داشت ماده ۵۴۶ این قانون، سند مذکور در ماتحت حجت تجاری نخواهد بود. اما بر خی استثنا آتی نیز دارد.

قانون تجارت افغانستان در خصوص چک نیز شرایط ذیل را اساسی تلقی نموده است.

الف - ذکر کلمه چک در متن سند.

ب - امر بلا قید و شرط تأدیه مبلغ.

ج - اسم شخصیکه تأدیه می کند.

د - ذکر محل تأدیه.

ه - قید محل و تاریخ صدور چک.

ز - امضاء شخصیکه چک را صادر می کند.

ماده فوق در خصوص شاخصه شکلی چک مبین این است، چک باید از لحاظ شکلی دارای امضای صادر کننده مبلغ معین امر به تأدیه بلا قید و شرط مبلغ در سر رسید ویا عند المطالبه در محلی که قبلاً در هنگام صدور چک تعیین شده و همچنان تاریخ صدور در ورقه چک ذکر شود و دیگر موارد که در ماده فوق بیان شد.

### ۳. وصف تنجیزی

تنجیز در لغت به معنای روا کردن، رو گرداندن، آزاد کردن از قید و وا بستگی است. تنجیز در مقابل تعلیق است. تعلیق بر دونوع می باشد ۱- تعلیق در انشاء: یعنی بلا تکلیف بودن انشاء به طوری که قصد انشاء کامل نباشد و کمال آن محتاج به پیدایش عامل دیگری منوط باشد. و این گونه از تعلیق محال است. بنابراین تعلیق در انشاء یعنی وابسته کردن تشکیل و ایجاد یک رابطه حقوقی به امر دیگری ۲- تعلیق در- منشأ:

وابسته کردن آثار مترتب بر یک رابطه حقوقی به امر دیگری. بنابراین تنجیز آنست که هیچ گونه تعلیقی در آن نباشد ( وصف تجریدی و تنجیزی چک، انجمن حقوق سراب).

اما در خصوص تعریف وصف تنجیزی در اسناد تجاری باید بیان داشت که، برحسب ماده ۱۸۴ قانون مدنی ایران، عقد ممکن است مشروط و یا معلق باشد، اما شرط و قید با طبیعت اسناد تجاری و تسریع و تسهیل این اسناد سازگاری ندارد. این وضعیت اسناد تجاری را وصف تنجیزی می گویند ماده ۲۳۳ قانون تجارت ایران در خصوص وصف تنجیزی بیان می دارد: اگر قبولی مشروط به شرط نوشته شد برات نکول محسوب می شود. بنابراین می توان وصف تنجیزی در اسناد تجاری را این گونه تعریف نمود: وصف تنجیزی عبارت است از بدون قید و شرط بودن تعهدات پرداخت در اسناد تجاری.

در خصوص وصف تنجیزی در اسناد تجاری در قانون تجارت افغانستان در بند ۲ ماده ۵۴۹ که خصوص چک می باشد بیان شده است: «امر بلا قید و شرط تأدیه مبلغ» یعنی اینکه در خصوص پرداخت وجه ذکر شده در چک بدون قید و شرط باشد. همچنان همین موضوع در خصوص حجت و برات نیز قابل تطبیق می باشد.

## نتیجه گیری

مسلماً تحقق حیات سند تجاری و تعهداتی که از اسناد تجاری سرچشمه می گیرد، مرهون آغاز صدور سند تجاری می باشد. اسناد تجاری دارای یک سری ویژگی ها هستند که به زمان صدور و بعد از صدور بر میگردند، جهت اینکه سند تجاری حیات پیدا کند و به گونه یک سند تجاری وارد عرصه داد و ستد تجاری شود لازم است که این ویژگی ها در نظر گرفته شوند. تا از پیامدهای ناگوار عدم رعایت آن ویژگی ها در آیند جلوگیری شود، از کلیه مطالب در این پژوهش بیان شده به نتایج زیر دست می یابیم.

الف- اسناد تجاری دارای یک سلسله ویژگی ها هستند که در حقوق ایران و افغانستان به دو دسته تقسیم شده اند، که برخی آنها به زمان صدور و برخی دیگر به پس از صدور سند تجاری تعلق دارند، اما آنچه حایز اهمیت است رعایت و در نظر داشت این ویژگی ها در زمان صدور اسناد تجاری می باشد.

ب- ویژگی های زمان صدور اسناد تجاری عبارت از آن سلسله ویژگی های اند در زمان صدور سند باید رعایت شوند، در صوتیکه اطراف سند در زمان صدور این ویژگی ها را نادیده گیرند و به آنها التفات نه نمایند عواقب ناگواری را در پی خواهد داشت، حتی اینکه عدم رعایت برخی از این ویژگی ها منجر به خروج سند از دایره اسناد تجاری می شود.

ج- قانون گذار ایران و افغانستان به گونه ای دقیق، بودن ویژگی ها را در زمان صدور سند تجاری لازم دانسته و اطراف سند را مکلف بر رعایت آنها نموده است، جهت اینکه از پیامد های نامیمون آن و ایجاد خلل در روند کاری اسناد تجاری جلوگیری نماید.

## فهرست منابع

### الف. کتب

۱. آنیس، ابراهیم، وغیره، ۱۳۹۲، معجم وسيط، ترجمه بندر ریگی، محمد، تهران، نشر اسلامی، چاپ سوم.
۲. افتخاری، جواد، ۱۳۸۰، حقوق تجارت، ج ۳، انتشارات کیا، چاپ اول.
۳. امامی، سید حسین، ۱۳۷۸، حقوق مدنی، ج ۴، تهران، کتاب فروشی اسلامیه، چاپ بیستم.
۴. توکلی، مهدی، ۱۳۹۶، مختصر حقوق تجارت وقوانین مرتبط، تهران، نشریه مکتوب اخر، چاپ نهم.
۵. جعفری، لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۹۳، وسيط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ پنجم.
۶. ستانکزی، نصرالله و ناصح، ولی محمد، ۱۳۹۶، حقوق تجارت، کابل، انتشارات سعید، چاپ ششم.
۷. شریفی، علیرضا، ۱۳۹۵، اصول وقواعد حاکم بر اسناد تجاری، تهران، انتشارات دادگستر، چاپ اول.
۸. صقري، دکتر محمد، ۱۳۸۸، حقوق بازرگانی (اسناد)، ج ۱ و ۲، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۹. عمید، حسن، ۱۳۷۵، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ ششم.
۱۰. محمودی، میر احمدفایز، ۱۳۹۶، حقوق تجارت، کابل، انتشارات حامد رسالت، چاپ دوم.
۱۱. مهدی پور، محمد اکرم و کرم الهی، حدیث، ۱۳۸۹، حقوق تجارت وبازرگانی، تهران، انتشارات مجد، چاپ سوم.
۱۲. مرتضوی، دکتر عبد الحمید، ۱۳۹۴، قواعد عمومی اسناد تجاری (بانگاه به لایحه قانون تجارت سال ۱۳۹۱)، تهران، انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ دوم.
۱۳. نصیری، مرتضی، ۱۳۸۱، حقوق تجارت بین المللی در نظام حقوقی ایران، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ اول.

## ب. قوانین

۱. قانون تجارت ایران، ۱۳۱۱

۲. لایحه تجارت، مصوب کمیسیون قضایی مجلس ایران، ۱۳۹۳.

۳. قانون تجارت افغانستان، ۱۳۴۳

۴. قانون اسناد قابل معامله، ۱۳۸۷.



## ظرفیت شناسی حقوق اساسی تطبیقی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی

نذیراحمد "فروتان"<sup>۱</sup>

### چکیده

حقوق اساسی تطبیقی به عنوان بخشی از دانش حقوق به بررسی مقایسه‌ای حقوق اساسی کشورها پرداخته و نکات قوت و ضعف حقوق اساسی کشورها را در مقایسه با سایر کشورها فراهم می‌آورد؛ به دلیل نقش حقوق اساسی در تعیین نوع رژیم، شکل حکومت، حقوق و آزادی‌های مردم و دیگر مسایل مهم و اساسی در یک کشور، حقوق اساسی تطبیقی اهمیت خاصی برخوردار است. اسلام به عنوان یک دین دارای شریعت قابل به ارتباط وثیق میان دین و حکومت است و با توجه به این‌که امروزه کشورهای اسلامی اساسات حکومت خود را از طریق وضع قانون اساسی تعیین می‌نمایند، لازم است تا تمدن نوین اسلامی نیز نمونه‌ی کاملی از قانون اساسی را در اختیار کشورهای اسلامی قرار دهد و این مهم تحقق نمی‌یابد مگر از طریق مطالعه‌ی تطبیقی حقوق اساسی کشورهای اسلامی - و حتی در صورت لزوم کشورهای غیر اسلامی - و مقایسه‌ی قوانین اساسی این کشورها با یکدیگر، بنابراین لازم است تا نقش حقوق اساسی تطبیقی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی مورد بررسی قرار گرفته و ظرفیت‌های حقوق اساسی تطبیقی در امر تحقق قانون اساسی متناسب با تمدن نوین اسلامی مورد بررسی قرار گیرد. این پژوهش به دنبال تبیین ظرفیت و نقش حقوق اساسی تطبیقی در احیای تمدن اسلامی در زمینه‌ی تهیه قانون اساسی پیشرفته و متناسب با مبانی تمدن نوین اسلامی است.

یافته‌های تحقیق حاکی از این است که حقوق اساسی تطبیقی دارای ویژگی منحصر به فرد بوده و در آن از روش مقایسه‌ای برای پردازش داده استفاده شده و برای دستیابی به نتیجه‌ی مطلوب لازم است تا مبانی اسلامی از قبیل کرامت انسانی، اصل برابری سیاسی و . . . مورد توجه قرار گرفته و با رویکردی به تحلیل

<sup>۱</sup> . دانشپژوه مقطع کارشناسی حقوق و معارف اسلامی جامعه‌المصطفی(ص) العالمیه - واحد گرگان - nazirahmadfrotan42@gmail.com

و بررسی حقوق اساسی کشورهای اسلامی پرداخته شود تا در نتیجه قانون اساسی که متناسب با مبانی اسلامی و در عین حال مملو از نکات قوت و تهی از نکات ضعف حاصل گردد. در این تحقیق با رویکرد توصیفی و تحلیلی و با روش کتابخانه‌ای، در حوزه‌ی فرهنگ فارسی زبانان به گردآوری مطالب پرداخته شده است.

**واژگان کلیدی:** حقوق اساسی تطبیقی، تمدن نوین اسلامی، اصول و مبانی نظری، ویژگی‌ها.

## مقدمه

حقوق تطبیقی یکی از شاخه‌های مهم علم حقوق بوده که به بررسی مقایسه‌ای میان نظام‌های حقوقی مختلف پرداخته و نکات قوت و ضعف نظام‌های هدف را مشخص می‌نماید، با توجه به این که حقوق اساسی نیز بخشی از دانش حقوق است که امکان مقایسه‌ی تطبیقی آن در جهت نیل به قانون اساسی مترقی وجود دارد و با در نظر داشت این که احیای تمدن نوین اسلامی مستلزم ارایه‌ی قانون اساسی پیشرفته و کامل است؛ زیرا دین اسلام مبنای تمدن اسلامی است و اسلام میان حکومت و دین قایل به رابطه‌ی وثیقی بوده و دین بدون حکومت را مطلوب نمی‌داند، بنابراین لازم است تا نقش حقوق اساسی تطبیقی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی تشخیص گردیده و ظرفیت‌های حقوق اساسی تطبیقی در زمینه‌ی احیای تمدن نوین اسلامی شناسایی گردد.

هدف این تحقیق ظرفیت شناسی حقوق اساسی تطبیقی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی در راستای تحقق قانون اساسی اسلامی متناسب با تمدن نوین اسلامی و تبیین مولفه‌های مرتبط با تمدن نوین اسلامی در زمینه است.

در منابع مربوط به تاریخ اسلام مانند: تاریخ طبری "الکامل" تاریخ ابن خلدون " و غیره به طور پراکنده در باره دستاوردهای تمدن اسلامی بحث شده است. در کتاب‌های پژوهشی مانند "تاریخ فرهنگ و تمدن اسلامی" تألیف جان احمدی "تاریخ فرهنگ اسلامی" تألیف ولایتی و غیره مطالب فراوانی نوشته شده است. در برخی از کتب مذکور درباره بیداری اسلامی در ایران از دیدگاه شخصیت‌های سیاسی و مذهبی صحبت شده است، ولی براساس مطالعات نظام مند تاکنون مقاله، پایان نامه و کتابی در باره ظرفیت شناسی حقوق اساسی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی تألیف نشده است از این رو در این تحقیق حاضر این موضوع را مورد توجه قرار گرفته است.

این تحقیق در قالب دو بخش به نحوی که در بخش اول تحت عنوان کلیات، در گفتار اول به تبیین مفاهیم اصلی تحقیق پرداخته شده، در گفتار دوم به تاریخچه‌ی بحث اشاره شده است و در گفتار سوم ویژگی‌های حقوق اساسی تطبیقی مورد بررسی قرار گرفته است؛ در بخش دوم و اصلی تحقیق به چهار بحث پرداخته شده است، به نحوی که در گفتار اول اصول و مبانی نظری حقوق اساسی تطبیقی، در گفتار دوم فایده‌ی حقوق اساسی تطبیقی، در گفتار سوم روش حقوق اساسی تطبیقی و در گفتار چهارم چگونگی بهره‌مندی از حقوق اساسی تطبیقی تبیین گشته است.

## مفهوم شناسی

مفاهیم اساسی که درین موضوع مورد بررسی قرار می‌گردد عبارت از:

### الف) حق

حق: توانی وسلطه است یا همان مجموعه امتیازات، آزادی می‌باشد. (دانش پژوه، ۱۳۹۲، ص ۶۱).

حق: به معنای ثبوت و وجود ثابت و پایدار، خواه به معنای ضد باطل و ظلم و ظلال خواه به معنای حقیقت محض و مطلق یا به معنای اجرای عدالت می‌باشد. (عزیزی، جوادی، ۱۳۸۷، ص ۲۸)

در لغت: حق عبارت از مجموعه امتیازات که شخص در جامعه معین دارد. (همان)

در اصطلاح: حقوق در اصطلاح عبارت است از مجموعه قواعدی که تنظیم کننده و حاکم بر روابط اشخاص در جامعه معین می‌باشد. (دانش پژوه، ۱۳۹۲، ص ۳۴)

بنا بر تعریفی که در بالا مطرح شود میتوان تعریفی جامع و کامل نتیجه گرفت:

حق: توانی انسان برای استیفای حق

### ب) اساس

در لغت: به معنای پایه؛ تأداب، شالوده. (عمید، ۱۳۹۲، واژه اساس)

در اصطلاح: یکی از شاخه های مهمی است که اختصاص به بروابط سیاسی بین فرمانروایان و فرمانبران می‌پردازد. (خسرو، ۱۳۹۲، ص ۷)

اساسی: حقوق اساسی ریشه از حقوق عامه است که در آن سازمان عمومی دولت، رژیم سیاسی، ساختار حکومت ها مورد مطالعه قرار می‌گیرد. (ADMIN، ۱۳۹۵، تعریف اساسی)

موضوعات که در بالا مطرح شود می‌توان چنین نتیجه گرفت که اساس:

یعنی همان تأداب شی یا همان اصل شی که مورد توجه همه قرار می‌گیرید.

## ج) حقوق تطبیقی

حقوق تطبیقی به عنوان بخشی از دانش حقوق به بررسی مقایسه‌ای حقوق اساسی کشورها پرداخته و نکات قوت و ضعف حقوق اساسی کشورها را در مقایسه با سایر کشورها فراهم می‌آورد. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۲۱)

تعریف تطبیقی: مطالعات تطبیقی به بیان ساده، عملی برای مقایسه دو یا چند چیز با هدف کشف چیزی در باره یک یا همه چیزهایی است که با هم مقایسه می‌شود. (رفیعی، همان، ص ۲۳)

تعریف‌های که در بالا بیان شود می‌توان به یک نتیجه کلی رسید وقتی که سخن از تطبیق می‌شود به این معنای است که بین دو یا چند نظام یا مکتب مقایسه صورت گرفته باشد و در نتیجه به مقایسه آن دو رسیده باشند به این می‌گویند:

تطبیق یا همان سنجشی که روش تحقیق در علوم اجتماعی است که هدف آن مقایسه فرهنگها در کشورها و مناطق مختلف می‌باشد.

## تمدن

در لغت: به معنای شهرنشینی آمده است که تنها به معنای اجتماعی انسانی در یک منطقه باخانه‌ها و خیابان. (عمید، ۱۳۹۲، واژه تمدن)

تمدن را به طور کلی آن می‌توان چنین تعریف کرد: نظم اجتماعی که با وجود آن خلاقیت فرهنگی امکان پذیر می‌شود و جریان پیدا می‌کند (علل انحطاط تمدن‌ها از دیدگاه قرآن، ص ۲۵)

تمدن، نظامی است اجتماعی که به آفرینش فرهنگی را تسریع می‌کند و نظامی است که عرف و اخلاق و قانون نگاه دارنده ی آن است و نظامی است اقتصادی که با مداومت تولید و مبادله برقرار می‌ماند. (دورانت، ۱۳۸۳، ص ۳۲)

بنابر مطالب بالا می‌توان تمدن را چنین مورد بررسی قرار داد

تمدن اسلامی بانگرس توحیدی، تمدنی است ایدئولوژیک با مجموعه‌ای از ساخته‌ها و اندوخته‌های معنوی و مادی جامعه اسلامی که انسان را به سوی کمال معنوی و مادی سوق می‌دهد.

## تاریخچه شکل گیری (حقوق اساسی، حقوق تطبیقی، تمدن نوین اسلامی)

در این مبحث، تاریخچه شکل گیری حقوق اساسی، حقوق تطبیقی و تمدن نوین اسلامی بررسی می شود.

### الف) تاریخچه شکل گیری حقوق اساسی

شاید نتوان نقطه ابتدایی دقیقی برای آغاز دوره حقوق اساسی مشخص نمود. چرا که از زمان پیدایش جامعه و شکل گیری روابط اجتماعی، پدیده قدرت و فرمانروایی وجود داشته و همواره تقابلی بین قدرت و آزادی مطرح بوده است. لذا تنظیم رابطه قدرت و آزادی در طول تاریخ متأثر از نظام فکری حاکم بر جامعه و اندیشه و سلاطین حاکمان بوده است. اما به طور مشخص و عینی تر، آغاز دوره حقوق اساسی به قرن هجدهم و دوران روشنفکری و اندیشه نظام دمکراتیک و کنترل قدرت برمی گردد.

رشته حقوق اساسی نخستین بار در جمهوری های ایتالیایی فرارا، پاپویا و بولونیا در حدود سال ۱۷۹۸ مطرح شد. سپس در سال ۱۸۳۴ مورخ و رجل سیاسی مشهور فرانسوی، فرانسوا گیزو، در دانشکده حقوق پاریس صفت "اساسی" را در ادامه واژه "حقوق" مطرح کرده بود. رسماً در سال ۱۸۳۵ آن را در آکادمی فرانسه به تأیید رساند و از آن به بعد این اصطلاح به عنوان یک اصطلاح "فنی-حقوقی" معمولی شد. (فلامکی، ۱۳۸۰ ص ۷۹)

### تاریخچه شکل گیری حقوق تطبیقی

حقوق تطبیقی و مقایسه ی نظام های حقوقی با توجه به تنوع جغرافیایی آنها، به اندازه ی علم حقوق، سابقه ی تاریخی و قدامت دارد. در اینجا تاریخچه ی این حقوق را در چهار مقطع تاریخی مورد بررسی قرار می گیرد:

#### ۱. دوره قدیم

در دوره ی قدیم قانونگذاران پیش از تدوین و وضع قوانین از مقررات موجود در ممالک؛ به ویژه کشورهای همسایه خود کسب اطلاع و تجربه می کرده اند: بدین گونه سلاطین و حکام یا قانونگذاران کشورها، افراد و یا گروه های مخصوص را به کشورها و سرزمین های دیگر روانه می نمودند تا ضمن آشنایی با مقررات حقوقی آن ها، اگر برای حل مسائل حقوقی و اجتماعی خود راه حل های بهتری می یافتند برای به ارمغان بیاورد تا مورد استفاده حقوقی آنها واقع گردد. (رنه، ۱۳۷۸، ص ۳)

## ۲. یونان قدیم

مطالعه ی ۱۵۳ قانون اساسی حاکم بر شهرهای یونانی و بربر. مبنای کتابی است که ارسطو در باره سیاست نوشته است. سالون. مقنن آتنی نیز برای ایجاد قوانین آتن. ده سال به اطراف واکناف آتن سفر کرده و از آداب و رسوم حقوقی سایر ملل برای ایجاد قوانین آتن استفاده نموده است. لیکورگ مقنن اسپارتی نیز پیش از تدوین قوانین اسپارت سال ها به ممالک و سرزمین های اطراف سفر کرده و در تنظیم قوانین اسپارت از تجربیات و آداب و رسوم آنها بهره برده است. (رنه، ۱۳۷۸، ص ۳)

## ۳. روم قدیم

دسم ویرها، قضات واضع قانون الواح دوازده گانه روم، این قانون را پس از بررسی قوانین شهرهای یونان بزرگ در سال ۴۵۰ پیش از میلاد تهیه، تنظیم و تقویم مجمع ملی، روم کردند که به تصویب رسید. البته امروزه مطالعات تطبیقی در دوره قدیم اثری در دست ما نیست اما وجود این مطالعات در آن قرن ها مورد اتفاق اکثر دانشمندان حقوق تطبیقی است. لازم به یاد آوری است که الواح دوازده گانه ی روم اینک موجود نیست، اما حقوقدانان لاتینی قسمت هایی از آنها را در نوشته های خود آورده اند و آن الواح را از منابع اصلی حقوق عمومی و خصوصی روم می دانند. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۲۹)

## ۴. قرون وسطی

در این بند تاریخچه حقوق تطبیقی در قرون وسطی، در اروپا و کشورهای اسلامی مورد بررسی اجمالی قرار می گیرد. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۲۹)

### الف) اروپا

در قرون وسطی اکثری مطالعات تطبیقی در مورد مقایسه حقوق روم با حقوق کلیسایی در ایتالیا یا مقایسه حقوق کلیسایی با "کامن لو" در انگلیستان بوده است. پس از آن، مقایسه عرف ها بنیان کار کسانی شد که در صدد به دست آوردن یک حقوق مشترک عرفی در فرانسه و تهیه حقوق خصوصی در آلمان، برآمدند. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۲۹)

### ب) کشورهای اسلامی

مطالعات تطبیقی مسائل حقوقی در کشورهای اسلامی از قرن های نخستین ظهور اسلام در بین فقیهان صدر اسلام صورت گرفته است. برای نمونه، شیخ محمد بن الحسن الطوسی معروف به شیخ طوسی در کتاب

به نام "مسائل الخلاف" حقوق را با مکاتب حقوقی (حنفی، مالکی، شافعی، حنبلی) مورد مقایسه قرار داده است. همچنین، علامه حلی در کتابی با عنوان "مختلف الشیعه" مسائل حقوقی فقه امامیه را از نظر فقیهان شیعه با مذاهب اربعه عامه مورد تطبیق قرار داده است. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۲۹)

## تاریخچه شکل گیری تمدن نوین اسلامی

تمدن نوین اسلامی از شکل گیری حکومت اسلامی تا آغاز حکومت صفویان (اول تا نهم ه.ق) را شامل می شود. در این مرحله که نه قرن به طول انجامید شاهد فراز و فرود تمدن اسلامی هستیم. به طوری که سلسله ها و حکومت های امویان، عباسیان، مغولان و عثمانیان هر کدام نقش مهمی در تحول اجتماعی و سیاسی و غیره داشتند. در این ادوار تا قرن هفتم هجری مرکز تمرکز و تحولات سیاسی و اجتماعی جایگاه خلافت و خلیفه بود و بعد از سقوط بغداد و خلافت عباسی توسط مغولان، دیدگاه اهل سنت و اهل تشیع نسبت به مشروعیت بخشی خلیفه تغییر نمود. (انترنیت)

## ویژگی های (حقوق اساسی، حقوق تطبیقی، تمدن نوین اسلامی)

حقوق اساسی دارای ویژگی های متعددی است که همه به طور کامل به شرح ذیل مورد بررسی قرار می گیرید.

الف) ویژگی های حقوق اساسی

- ۱- جامعه سیاسی از فرمانروایان و فرمانبرداران تشکیل شده است و حقوق اساسی علمی است که اختصاصاً به روابط سیاسی بین این دو گروه می پردازد.
- ۲- جامعه سیاسی پیشرفته ترین جوامع است که مشخصه آن وجود قدرت ناب سیاسی است.
- ۳- قدرت در جامعه یا مستقیماً توسط فرمانروایان (زور شمشیر) یا از طریق سازمانها یا نهاد های اجتماعی از طریق قانون و مقررات اعمال می شود.
- ۴- جامعه سیر قدرت است و عواملی چون نظم عمومی، مصلحت و سود عامه قدرت را از حالت شخصی خارج و به نهاد سیاسی می سپارد.
- ۵- قدرت یعنی در اختیار داشتن وسایل و ابزاری که به وسیله آنها بتوان در جامعه تأثیر گذاشت.
- ۶- جامعه سیاسی و قدرت مفهوم توأمان هستند.
- ۷- شریعت تشکیل جامعه سیاسی:



الف: احساس تعلق به اعضاء.

ب: ایجاد یکپارچگی و استقلال در برابر دنیای خارج.

ج: جود قدرت سیاسی.

د: وجود نهاد ها و سازمانهای اجتماعی .

ه: وجود نظم هنجاری حقوقی .

۸- جامعه سیاسی سه خصوصیت مهم دارد:

الف: فراگیری و کلی است.

ب: خصلت الزامی دارد.

ج: قدرت در جامعه سیاسی قاهرانه عمل می کند.

نکته: اقتدار گرایی ویژگی قدرت سیاسی است.

نکته: جامعه سیاسی خاستگاه و مقرّ قدرت سیاسی است.

۹- قدرت سیاسی نوع ویژه ای از قدرت است که نهادبندی شده و از خلال دستگاههای و سازمانها

تجلی می یابد.

۱۰- قدرت تا زمانی که از زور استفاده می کند موقتی و ناپایدار است اما زمانی که از طریق نهادهای

جامعه حقانیت یا پذیرش اجتماعی به دست آورد آن موقع وضعیت موقت آن تبدیل به استقرار نهایی می

شود.

۱۱- حقوق و قدرت روابطی با یکدیگر دارند.

الف: حقوق، قدرت را حقانی می کند به این معنا که قدرت گاهی قانونی است لیکن حقانی نیست. قدرت

حقانی یعنی انیکه با هنجارهای جامعه هم خوانی داشته باشد و این از طریق حقوق امکان پذیر است.

ب: حقوق ابزاری در اختیار قدرت است یعنی قدرت در وصول به خواسته های خود از حقوق استفاده می

کند.

ج: حقوق وسیله ای است برای حمایت علیه قدرت است یعنی خود حقوق قواعد، محدودیت زایی را برای قدرت ایجاد می کند مثل اعلان محدودیت برای دوره باز داشت.

د: حقوق قدرت را نهادینه و سازمان بندی می کند که این از طریق وضع قوانین اساسی و عادی است که مهم ترین آنها قانون اساسی است.

۱۲- حقوق اساسی از زمره حقوق عمومی و داخلی است.

۱۳- طبق نظریه موضوعی، موضوع اصلی حقوق اساسی اول جامعه سپس فرد است. و طبق نظریه اندامی، حقوق اساسی روابط میان فرمانروایان و فرمانبرداران را بازرسی می کند.

۱۴- طبق نظریه مادی حقوق اساسی سود عامه بر سود خاص تسلط دارد.

۱۵- طبق نظریه شکلی حقوق اساسی بیشتر قواعدش آمره است و طبق نظریه سلسله مراتب، حقوق اساسی چون جزیی از حقوق عمومی است پس نسبت به حقوق خصوصی از اولویت بیشتری برخوردار است و طبق نظریه پویایی حقوق اساسی ایستا نیست بلکه پویا و متحرک است.

نکته: موضوع حقوق اساسی ترکیبی است از همه نظریات فوق به عبارت دیگر موضوع حقوق اساسی عبارت از بررسی پدیده های نهادینه شده سیاسی با شیوه های حقوقی. پس موضوع حقوق اساسی عبارت است از دولت، رژیم سیاسی، ساختار حکومتی، روابط قوا، انتخابات و همچنین حقوق فردی و آزادیهای عمومی. (انترنیت، ویژگی های حقوق اساسی، ۱۳۹۸)

#### (ب) ویژگی حقوق تطبیقی

پیش از آنکه به بیان ویژگی های حقوق تطبیقی پردازیم لازم است به تمایز موجود میان دو اصطلاح "رویکرد تطبیقی" و "روش تطبیقی" توجه و اشاره شود که هدف مقاله حاضر توجه به روشهای تطبیق است. رویکرد تطبیقی که مبتنی بر مقایسه برای فهم مشابهت ها و تفاوت هایست، یکی از قدیمی ترین شیوه های تفکر در اندیشه اجتماعی است.

برای مثال ارسطو به مقایسه دولت شهرهای گوناگون یونان و هرودوت به مقایسه جهان یونانی و غیر یونانی پرداخته است. براین اساس، این رویکرد مورد توجه بنیانگذاران علم جامعه شناسی قرار داشت، به گونه ای که میل دورکیم آن را نه یک شیوه فکری بلکه برابر با خود جامعه شناسی تلقی می کرده است. به بیان دیگر علوم اجتماعی در بردارنده چیزی جز مقایسه واقعیات اجتماعی نیست. به زعم اسملسر حتی توصیف نیز

متضمن مقایسه است. (اسم‌س ۲۰۰۳) وقتی که ما به توصیف ویژگی‌های ظاهری یک فرد می‌پردازیم و او را کوتاه یا بلند، زشت یا زیبا، آرام یا پرخاشگر می‌نامیم، این صفات در خلا شکل نمی‌گیرند، بلکه این فرد با دیگر افرادی که می‌شناسیم، مقایسه می‌شود. از میان همه نظام‌های اجتماعی، نظام‌های تربیتی یکی از قدیمی‌ترین نهادهایی است که اغلب انیشتمنان اجتماعی آن را مورد مقایسه قرار داده‌اند. لذا بعضی از متخصصان آموزش و پرورش تطبیقی معتقدند این علم را می‌توان یکی از شاخه‌های علوم اجتماعی تلقی کرد، چرا که در پی کشف شباهت‌ها و تفاوت‌های تربیتی در سطح کلان (جامعه و نهاد‌های اجتماعی وابسته به آن همچون خانواده و مدرسه) است. لذا رویکرد تطبیقی اشاره به شیوه شناخت دارد و باید آن را از روش‌های تطبیق که هدف آنها کاربست روشها و فنون مختلف تحقیق برای کسب معرفت است، متمایز دانست.

۱- معمولاً پژوهش تطبیقی را تحقیق می‌دانیم که از داده‌های قابل مقایسه حداقل دو جامعه استفاده کند. این تعریف مبتنی بر درک واقعیت است که داده‌های آموزش و پرورش تطبیقی میان جامعه‌ای هستند. این جامعه می‌تواند دو کشور مجزا یا دو استان یا شهر در داخل یک کشور واحد باشند.

۲- پژوهش‌های تطبیقی از بعد یافته‌های تحقیق، به طور کلی تفسیری و تبیینی هستند. این پژوهش‌ها معمولاً برای توضیح علل یا تفاوت، شباهت یا تفاوت میان جامعه، تفسیرهای تاریخی، اجتماعی یا فرهنگی یا اقتصادی ارائه می‌دهند. همچنین بر اساس این تفاسیر و استفاده از تئوریها، تفاوت و تشابه میان دو جامعه را تحلیل و تبیین می‌کنند.

۳- هر پژوهش تطبیقی باید در بدو امر، سطوح تطبیق یا مشاهده خود را تعیین کند. رایج‌ترین واحدهای تطبیق، تطبیق مکانی و زمانی هستند. سطوح مکانی تطبیق عبارت از سطح مناطق جهانی /قاره‌ها کشورها، ولایات، مدارس، صنف‌ها، و افراد است، در حالی که تطبیق زمانی شامل گذشته حال و آینده می‌شود. البته سطوح دیگری نیز همچون نژاد، سن، مذهب، و جنسیت برای تطبیق وجود دارد. در بسیاری از پژوهش‌های تطبیقی آموزش و پرورش در ایران، محققان سطح تحلیل را به خوبی مشخص و دلایل خود را برای انتخاب آن سطح بیان نمی‌کنند.

۴- بررسی شباهت‌ها و تفاوت‌ها نباید فقط در سطح کلان (مانند مقایسه نظام آموزشی در کشور ایران و افغانستان) صورت پذیرد، بلکه پژوهش باید در بردارنده بررسی پاره‌ای از ویژگی‌های هر نظام (مانند مقایسه آموزش شهروندی و جامعه مدنی در برنامه درسی دوره متوسط اول در ایران و افغانستان) باشد.

با توجه به ویژگیهای بالای می توان گفت پژوهش‌های که در سطح تطبیق مکانی آنها سطوح فردی، کلاسی، ناحیه ای یا استانی است. معمولاً می توانند از روشهای مرسوم تحقیق یاروشهای تحقیق متغیر محور همچون روشهای توصیفی، آزمایشی، میدانی استفاده کنند، ولی پژوهشهای تطبیقی که سطح مکانی آنها کشور، منطقه جغرافیایی گسترده (مانند خاورمیانه) و بین المللی قاره ای یا ترکیبی است (مانند بررسی جو سازمانی مدارس متوسطه و رابطه آن با رضایت شغلی دبیران در دو استان سمنان ایران و مازندران هند) به طور کلی از روشهای تطبیقی مورد محور بهره می برند. (آرمانی، ۱۳۹۵ ص ۷۳)

## ویژگیهای تمدن نوین اسلامی

تمدن اسلامی داری ویژگی های بیشماری است که در موارد ذیل به برخی از آن ها اشاره خواهیم کرد.

### الف) دین محوری

واضح است که تمدن نوین اسلامی براساس یک شناخته عمیق و پیاده سازی درست آموزه دین اسلام استوار است، چرا که اصولاً این تمدن بنای رشد خود را بر محور دین قرار خواهد داد.

طبیعتاً برای آنکه تمدن نوین اسلامی بتواند قدرت مادی و معنوی خود را در کنار هم داشته باشد، باید به مقوله دین یک نگاه جامع و البته پالایش شده از انحرافات رخوت آور نگاه کند. ابتدای این تمدن بر اسلام ناب محمد(ص) و بدور از قرائت های های خرافه گونه مخرب است.

چنین برداشتی از دین همانطور که در صدر اسلام توانست جامعه جاهلی را به سمت ایجاد یک تمدن بزرگ جهانی سوق دهد، بی تردید در عصر پیشرفت های بشری نیز توان تأثیر گذاری خود را دارد.

آنچه مسلم است همانطور که عنوان تمدن اسلامی نیز می آید، شاخص های مهم و اصلی تمدن نوین اسلامی، نشان دادن چهره دین در جریان زندگی اجتماعی از خود است. (عامری، ۱۳۹۶، ص ۱۰)

### ب) پیاده سازی قوانین الهی

نشانه های چهره دین در یک جامعه تمدن، معطوف به قوانین آن است. تا زمانی که قوانین الهی در جامعه پیاده نشود، نمی توان به آن صورت واقعی واژه دین محوری اطلاق کرد، لذا ضمن آنکه یکی از راه های احیای تمدن نوین اسلامی پیاده سازی قوانین الهی در جامعه است، از سوی دیگر باید گفت که بدون پیاده سازی قوانین الهی در زندگی فردی و اجتماعی، نه تنها این مهم به وقوع نخواهد پیوست، بلکه اصولاً نمی توان به آن تمدن اسلامی اطلاق کرد.

بنابراین یکی از راه های اصلی ایجاد تمدن نوین اسلامی تلاش برای پیاده سازی قوانین الهی در جامعه اسلامی است.

این روند قدرت نفوذ معنوی و نرم تمدن نوین اسلامی را در بین ملت های افزایش داده و در واقع باید گفت که نمود تبدیل شدن به یک قدرت همسو با منافع امت اسلامی می باشد.

در واقع باید گفت که نمود عینی تمدن اسلامی در پیاده سازی قوانین الهی متبلور چهره جهانی امت اسلامی را برجسته تر خواهد کرد. (عامری، ۱۳۹۶، ص ۱۰)

### ج خرد گرایی و پرهیز از افراد گری

ملت ها هیچگاه برای طی کردن مسیر پیشرفت و تعالی از گذرگاه افراط عبور نکرده اند، بلکه باید گفت که لازمه اصلی برای پیشرفت یک تمدن و نوسازی بنای آن متناسب با نیاز های زمان و مکان جدید، خرد گرایی و سازو کارهای قانونی است. ریشه تفریق در بین امت اسلامی، دوری از ورش های عقلایی و افتادن در دام افراط و تفریط است که دشمنان جهان اسلام نیز به روش های مختلف سعی در هدایت امت اسلامی به سمت افراطی گری دارند. و پرهیز از افراطی گری سبب می شود که در وهله اول امت اسلامی با سرعت و دقت منافع واقعی خود را تشخیص دهند و با حفظ اعتدال و عقلانیت راه های وحدت و ریل گذاری برای حرکت تمدن نوین اسلامی را فراهم سازد. (عامری، ۱۳۹۶، ص ۱۰)

### آ دانش بنیاد و علم محور

با جرأت می توان فاصله بین کشورهای پیشرفته و توسعه نیافته را در رویکرد آنها به حوزه های علمی و بهره گیری از دانش در حوزه های مختلف جستجو کرد. (عامری، ۱۳۹۶، ص ۱۰)

مهاجرت دانش از درون تمدن اسلامی به سوی غرب از قرون سوم تا چهارم اسلامی باعث شد جهان غرب به سمت پیشرفت در حوزه های اقیصادی، نظامی و . . حرکت میکند و در مقابل جهان اسلام در یک دوره کم توجهی و بدون ایجاد ارتباط بین بدنه عمومی جامعه و مراکز علمی، مسیر رشد و توسعه را گم کرده و در نهایت راه های پیشرفت را درنگاه به غرب و تقلید ناقص از آنها جستجو کند که در این مسیر نیز راه به جای نبرده است. امروز یکی از راه های اصلی احیای تمدن نوین اسلامی، اتکا به دانش دانشمندان جهان

اسلام و حرکت در مسیرکشف راه های میانبر برای ارتقای علم در درون جوامع اسلامی است. بنابراین جامعه متمدن اسلامی ناگذیر است از مسیر دانش بومی شده، راه به سوی پیشبرد اهداف خود بگشاید و چهره خود را با دانش درون زامتحول سازد. (عامری، ۱۳۹۶، ص ۱۰)

بی گمان احیای تمدن نوین اسلامی در گرو تلاش های علمی نخبگان و دانشمندان مسلمان است و این مسیری است که مسلمانان پیشتر با الهام از آموزه های اسلامی، پیموده اند و در سال های اخیر جوانان فهیم، و فریخته مسلمان، با اعتماد به نفس تمام و در پرتو حمایت های نظامی اسلامی در راه توسعه دانش و پیشرفت های شگرف علمی گذاشته اند و این امر نوید شکل گیری و استحکام تمدن نوین اسلامی را در آینده بسیار نزدیک می دهد. در ادامه این مطلب، ویژگی های دیگری از تمدن اسلامی را برشماری کرده و به اختصار درباره آنها توضیح مختصری ارائه خواهد شد و در نهایت در بخش پایانی بحث به کارکردهای تمدن اسلامی خواهیم پرداخت. (عامری، ۱۳۹۶، ص ۱۰)

## ه) کرامت انسانی

پیشرفت یک جامعه به واسطه همت و حرکت و نگاه آینده نگرانه افراد آن جامعه اتفاق می افتد، بنابراین اگر افراد یک جامعه از کرامت و عزت نفس شایسته برخوردار باشند، می توانند منشأ حرکت و اثر شوند و گرنه از یک جامعه سرخورده نمی توان انتظار احیای یک تمدن بزرگ را داشت

در نتیجه باید گفت که هم احیای تمدن بزرگ اسلامی نیازمند توجه به کرامت انسانی است و هم براساس آموزه های مبنایی اسلامی، حفظ کرامت انسان ها یکی از ارزش های مهم آموزه های دینی شمرده می شود. پس یکی از ویژگی های مهم تمدن نوین اسلامی توجه به کرامت انسانی در همه ابعاد آن است. (عامری، ۱۳۹۶، ص ۱۰)

## **ظرفیت شناسی حقوق اساسی تطبیقی در شکل گیری تمدن نوین اسلامی**

در ظرفیت نشانی حقوق اساسی تطبیقی این مطالب مورد بررسی قرار گرفته است

- اصول و منانی نظری حقوق اساسی تطبیقی در شکل گیری تمدن نوین اسلامی
- فایده حقوق اساسی تطبیقی در شکل گیری تمدن نوین اسلامی

- روش حقوق اساسی تطبیقی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی
- چگونگی بهره‌مندی از حقوق تطبیقی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی

## الف) اصول و مبانی نظری حقوق اساسی تطبیقی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی

اکثر تأسیسات و نهادی امروزی بشری در یک فرایند طولانی مدت شکل گرفته و به تناسب افکار و ایده‌های مختلف بشر دچار تغییرات و تحولات زیادی شده است و تا زمانی که بشر مسلح به فکر، اندیشه، تأمل و ابتکار است، این تغییرات و دگرگونی‌ها ادامه خواهد داشت. لذا در پس همه نهادها و تأسیسات اجتماعی و فردی بشری نظرات، تئوری‌ها و نگرش‌های متعددی مطرح و پایه‌ریزی شده است که دستاورد این نگرش‌ها و نظرات، اعتقادی ارزش‌ها نهادهای فردی و اجتماعی امروز بشری است. بی‌شک حقوق اساسی و زمامداری نیز به عنوان یک نهاد و ابتکار اجتماعی بشر؛ محصول چنین فرایندی است. به بیان دیگر، به دنبال و در نتیجه نظریه‌پردازی‌ها و تئوری‌سازی‌ها در خصوص انسان، اجتماع، سرنوشت و ماهیت بشر و جامعه، پا به عرصه وجود نهاده است. لذا ضروری است تا برای فهم و درک این تأسیسات اجتماعی و فلسفه وجودی آن به نظریه‌ها و اندیشه‌هایی که منشأ ایجاد آن شده‌اند، واقف و آگاه شویم، چرا که ما نیازمند قانع کردن عقل، منطق و بینش خود در زندگی هستیم و پذیرش یک امری نیز با استدلال و توجیحات عقلانی و بینش خود در زندگی هستیم و بشری بدست می‌آید. در این فصل تلاش می‌شود تا به نظریات و تئوری‌هایی که به نحوی، مؤثر در شکل‌گیری پدیده حقوق اساسی بوده‌اند. اشاره شود. (خسروی، ۱۳۹۲، ص ۲۲)

### ۱. کرامت انسانی

ارتباط بسیار نزدیکی میان کرامت انسانی و حقوق بشر وجود دارد که این مسئله مورد تأکید اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ واقع شده است. ماده یک عنوان می‌دارد: تمام افراد بشر آزاد زاده می‌شوند و از لحاظ حیثیت و کرامت و حقوق با همه برابرند. همگی دارای عقل و وجدان هستند و باید با یکدیگر با روحیه ای برادرانه رفتارکنند. حق‌های بشر امروزه مبتنی بر کرامت انسانی و یا ناشی از کرامت انسانی است. لذا انسان‌ها به آن دلیل صاحب حق می‌شوند که دارای کرامت ذاتی می‌باشند. چنین خصیصه انسانی در دو کنوانسیون مشهور حقوق مدنی و سیاسی (ماده ۱۰) حقوق اقتصادی و اجتماعی (ماده ۱۳) نیز مورد اشاره

واقع شده است: این حق ها انسانی از کرامت ذاتی بشری نشأت می گیرند، و همچنین باز در خود اعلامیه در مواد ۲۲-۲۳ اشاره به داشتن حقوق اقتصادی و اجتماعی برای حفظ حیثیت و کرامت و رشد آزادانه شخصیت انسانی، کرامت او و ارزش انسانی شدند. بنابراین وقتی در حقوق اساسی صحبت از حق رأی یا حق مشارکت سیاسی به عنوان حق های سیاسی می شود، در حقیقت منبعث از اصل کرامت ذاتی انسانی است. لذا ضروری است تا معنای و مفهوم این اصل مورد بررسی قرار گیرد. (خسروی، ۱۳۹۲، ص ۲۳)

#### - رویکرد درون دینی

در نظر قرآن کریم هر آنچه باعث تکریم و علو جایگاه انسان کامل در قوس نزولی وجود است، موهبتی می باشد. یعنی همه فضل خداوندی است و اراده و اختیار در ایجاد آن نقشی ندارد، بلکه به طریقه انعام و افاضل از جانب خداوند سبحان به او اعطا شده است. از دیدگاه قرآن، کرامت انسانی به عنوان یک اصل آفرینش در نظر گرفته شده و کرامت انسانی "و لقد کرمنا بنی آدم" می باشد و با بررسی برخی آیات قرآن می توان به جلوه های روشن از مفهوم کرامت ذاتی انسان، خصایص و جایگاه والای وی در میان سایر موجودات اشاره نمود:

- ۱- جانشن خداوند ۲- خودشناسی ۳- شعور و خود آگاهی ۴- قدرت یادگیری ۵- متفکر بودن، ۶-
- فرستادن پیامبران از میان انسان ها ۷- مسجود ملائکه واقع شدن انسان ۸- خلقت زمین برای انسان ۹-
- انسان متخار است ۱۰- برابری ذاتی. (خسروی، ۱۳۹۲، ۲۳)

#### - رویکرد بیرون دینی

این نگرش خود می تواند "یک توجیهی برای حق های بشری باشد. یعنی اینکه انسان صاحب حق است، از آن جهت دارای حرمت و کرامت است

در این مفهوم کرامت دلالت دارد بر نوعی ارزش ذاتی که به طور برابر متعلق به همه انسان ها می باشد و این ارزش لازمه وجودی ماهیت انسانی است و در حقیقت در ذات بشر وجود دارد و به طور دائمی غیر قابل تغییر می باشد. براساس چنین مفهومی، نوعی تکلیف بر دیگران ایجاد می شود که به نحو شایسته ای با یکدیگر رفتارکنند. براساس این مفهوم، کرامت انسانی یک مفهومی است که شروط اخلاقی دقیق و سختی را بیان می دارد. لذا در نظر کانت، به عنوان "ارزش" تفسیر می شود. در مجموع مفهوم کرامت انسانی اشاره



به چه چیزی خارج از خود انسانی ندارد و وصفی است که در پیوند با ماهیت وجودی انسان دارد.  
(خسروی، ۱۳۹۲، ص ۲۴)

#### اصل برابری سیاسی

اصل برابری سیاسی این است که "افراد با یکدیگر به منزله افرادی برابر رابطه داشته باشند و بنابراین دولت نیز با همه آنها چنین رابطه ای داشته باشد. اصل برابری نشأت گرفته از نگرش والای به حرمت داشتن و کرامت ذاتی وی است که در بردارنده هیچ گونه تمایزی ارزشی بین انسانها نیست، لذا اعمال هرگونه تبعیض یا وسیله قرارداد انسان هیچ دلیل مشروعی ندارد. از این حیث برابری حاوی این پیام است که "تمام مردم دارای حقوق و تکالیف یکسان هستند" اصل برابری سیاسی امروزه از عناصر اساسی نظام دموکراتیک و یکی از آرمان های اساسی بشری شده است که عدم توجه و غفلت از آن، خودکامگی و استبداد در نظام سیاسی را به همراه خواهد داشت. این به همراه "اصل نظارت همگانی از جمله اصول پایه ای بنیادین یک نظام دموکراتیک محسوب می شود. (معین، ۱۳۸۴، ص ۵۵۶).

برابری سیاسی مستلزم این است که هر شهروندی از یک شانس برابر در اجرای حق های سیاسی خود با اثر گذاری کار آمد در شکل گیری و اداره نظام سیاسی برخوردار باشد. به منظور نائل شدن به این مهم، برابر نمودن حق رأی و همگانی کردن مشارکت، امری واجب محسوب می شود. به عبارتی، ارزش و اعتبار برابر برای هر شهروند در اعمال حق مشارکت سیاسی در نظر گرفته شود تا حدی که همه شهروندان به یکسان توانایی اعمال تأثیر گذاری بر شکل گیری نظام سیاسی و تصمیمات حکومتی را داشته باشند. لذا نظام های مردمی و دموکراتیک بیش از سایر نظام های سیاسی می توانند رعایت کننده چنین مفهومی از برابری سیاسی باشند، چرا که نظام دموکراتیک "نظامی است که هر فرد اختیار یکسان در تأثیر گذاری بر تصمیم گیری را تا حد اکثر ممکن اعطا می کند".

براین اساس، یکی از اصول بنیادین و ارزشی نظام دموکراتیک و انتخابات آزاد و منصفانه، برابر انگاشتن ترجیحات و منافع همه شهروند است که می توان آن را در قالب جملات "یک شخص یک رأی، برابر نزد قانون، حق های برابر آزادی بیان" خلاصه نمود. (خسروی، ۱۳۹۲، ص ۲۵)

در این دو مورد که در بالا بیان گردد انسان ها از جایگا بسیار بالای برخوردار است، این یک اصل اساسی برای انسان است که در عرصه سیاسی، اقتصادی، اجتماعی از جایگاه بالای برخوردار است و همچنین در

قرآن کریم برای انسان مقام خیلی بالایی بیان کرده است. در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی نقش خیلی خوب دارد.

## **فایده حقوق اساسی تطبیقی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی**

این موضوع از دو منظر اهمیت دارد:

### **۱. از لحاظ تئوریک**

به این ترتیب که مطالعات حقوق اساسی تطبیقی به اغنای ادبیات این حوزه کمک می‌کند و منجر به افزایش آگاهی حقوقدانان عمومی از سیستم‌های مختلف حقوق اساسی می‌باشد. (مشهدی، ۱۳۹۸، ص ۸)

### **۲. از لحاظ عملی**

به این ترتیب که از سنجش نظام‌های حقوق اساسی تطبیقی به تجربیات کشورهای دیگری می‌بریم.

ممکن است تجربه‌های تلخی را سپری کرده باشند که باعث می‌شود دیگر آنها را تکرار نکنیم و کاستی‌ها و نقاط قوت نظام خود و سایر کشورها را نیز خواهیم دانست. و در نهایت مطالعات چراغ راه مجریان خواهد بود تا بتوان در مواقع لزوم آن‌ها را استفاده کنند. مثلاً در مواقع اصلاح یا بازنگری‌های قانون اساسی مشروطه استفاده کردیم یا در بازنگری قانون اساسی، به تجربیات قانون اساسی ۱۰ سال گذشته نظری داشتیم (مشهدی، ۱۳۹۸، ص ۸).

با توجه با فائده حقوق اساسی تطبیقی که بیان کردید. میتواند زمینه خوبی برای پیشرفتی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی باشد. بناً در عرصه‌های مختلف متواند آگاهی کامل در باره نظام‌های کشورهای داشته و از آنها در زمینه پیشرفت خود استفاده نمایند، از این جهت است که در توسعه تمدن نوین اسلامی افزایش می‌دهد.

## **روش حقوق اساسی تطبیقی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی**

در این گفتار روش‌های بنیادی، سیستمی، فنی، توصیفی و عملی به اختصار توضیح داده می‌شود.

## ۱. روش بنیادی

گاهی مطالعه‌ی دو نظام موضوع حقوق اساسی تطبیقی قرار می‌گیرد؛ برای مثال: نظام کامن لو با نظام رومی ژرمنی، موضوع مطالعه حقوق اساسی تطبیقی قرار می‌گیرد. این گونه مطالعات تطبیقی، مشکل‌تر و پیچیده‌تر از سایر روش‌های دیگر است، زیرا در این روش، نیاز به شناسایی کامل و جامع مؤلفه‌های نظام‌های حقوقی شامل "مبانی" منابع "چگونگی اجرای حقوق" و ارزش‌های موجود "نظام‌های حقوقی مورد مطالعه" است. برای نمونه: مبانی دو نظام رومی ژرمنی و کامن لو متفاوت است. در نظام حقوقی رومی ژرمنی، قواعد حقوقی، قواعد رفتاری و در ارتباط نزدیک با عدالت و اخلاق تلقی می‌شود و حال آن‌که در نظام حقوقی کامن لو، منظور از قواعد حقوقی، ارئه‌ی راه حل دعوا است نه بیان قاعده کلی رفتاری برای آینده. همچنین، منابع حقوقی این دو نظام می‌تواند متفاوت باشد. در نظام حقوقی رومی-ژرمنی، قانون، اولین و اساسی‌ترین منبع حقوق است، اما در نظام حقوقی کامن لو، آرای قضایی نقش اول را به عنوان حقوق دارد این نوع مطالعه‌ی حقوق اساسی تطبیقی یک روش بنیادی است. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۵۱)

## ۲. روش سیستمی

روش دیگر، مطالعه‌ای دو یا چند سیستم حقوقی در یک نظام است، مانند: مطالعه‌ی سیستم‌های حقوقی آمریکا و انگلیس در نظام کامن لو. زیرا اغلب سیستم‌های موجود در یک نظام نیز با یکدیگر تفاوت‌های فاحشی دارند، برای نمونه: انگلیس یک کشور سلطنتی و رژیم سیاسی آن از نوع پارلمان است و حال این که ایالات متحده، جمهوری و دارای یک رژیم ریاستی است. همچنین مفهوم انصاف در آمریکا چنان گسترشی یافته که برای حقوق دانان انگلیسی تعجب آور است. افزون بر این، نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی به وسیله‌ی دادگاه‌ها ایالات متحده پذیرفته شده است. در حالی که این نهاد در انگلستان مورد قبول نیست. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۵۱)

## ۳. روش فنی

گاهی موضوع مطالعه‌ی حقوق اساسی تطبیقی، یک نهاد حقوقی است که در سیستم‌های مختلف حقوقی مورد مقایسه قرار می‌گیرد. برای مثال: طلاق، ارث، وصیت یا فرزند خواندگی در چند سیستم حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این روش، باید مکانیسم نهاد مورد مقایسه و جایگاه آن در سیستم‌های حقوقی

مورد مطالعه مشخص شود. به همین دلیل، می توان از این روش به عنوان یک روش فنی نام برد. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۵۲)

#### ۴. روش توصیفی

گاهی ممکن است مقایسه یک "قاعده حقوقی" در دو یا چند سیستم حقوقی موضوع مطالعه حقوق اساسی تطبیقی واقع گردد. مانند: سن پذیرش فرزندخواندگی از سوی زوجین یا چگونگی صدور سهام منتشره از سوی شرکت ها در سیستم های حقوقی فرانسه و انگلستان. این روش، در حقیقت، یک روش توصیفی است که جنبه نظری دارد. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۵۲)

#### ۵. روش عملی

گاهی ممکن است موضوع حقوق اساسی تطبیقی، مطالعه و تطبیق در خصوص یک مسأله یا قضیه ی عملی در سیستم های حقوقی دو یا چند کشور مختلف باشد، مانند: این که آیا ضامن اسناد تجاری در هر حال مسئول پرداخت وجه سند است؟

در این روش، راه حل های عملی و کاربردی توجه مورد توجه قرار می گیرند. به همین دلیل، می توان این روش را یک روش عملی نامید.

بنابر روش های که در حقوق اساسی تطبیقی بیان میگردد، این روش های در شکل گیری تمدن نوین اسلامی نقش بسزای دارد. وقتی که حقوق اساسی تطبیقی کشورهای اسلامی را با کشور های غیر اسلامی مقایسه نمایم باید از این روش های استفاده گردد. یا به کشور های اسلامی مقایسه گردد. خیلی از مشکلات بر طرف می گردد بناً حقوق اساسی تطبیقی در شکل گیری تمدن نوین اسلامی شکل می گیرد (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۵۳).

### **د) چگونگی بهره مندی از حقوق تطبیقی در شکل گیری تمدن نوین اسلامی**

همان طور که پیش از این بیان شد، عمده ارزش و فایده حقوق تطبیقی در اصلاح و تکمیل قوانین داخلی است. یعنی استفاده از تجربیاتی است که دیگر قانونگذاران با صرف وقت و هزینه گران به دست آورده اند تا وسیله در رفع مشکلات و نقایص حقوق کشور خود و تکمیل قوانین داخلی استفاده نمایند. این بهره به دو

روش ممکن است: یا آن که قانونگذار و مقنن کشوری، فکری را که قبلاً در یک یا چند کشور خارجی پذیرفته شده است قبول می کند؛ مانند: فکر جرم شناختن عمل ترک انفاق را فرانسویان از کشورهای دیگر گرفته و قانون آن را تصویب کردند. این فکر در ماده ۲۱۴ قانون سابق جزای ایران نیز منعکس شده بود، یا آن که مقررات مربوط به موضوع خاص که در یک یا چند کشور خارجی وجود دارد را اقتباس کرده و در حقوق داخلی خود وارد می کند. برای نمونه: مقررات وقاعد راجع به نامزدی که در مواد ۱۰۳۵- تا ۱۰۴۰ قانون مدنی ایران آمده به نظر می رسد از قانون مدنی سوییس (مواد ۹۰- تا ۹۵) و قانون مدنی آلمان (۱۲۹۷- تا ۱۳۰۲) الهام گرفته شده است به این روش استفاده؛ پیوند جزئی، گویند. در مقابل این پیوند، پیوند کلی یا تقنینی، است. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۷۴)

### پیوند جزئی

استفاده از افکار حقوقی که در خارج وجود دارد و همچنین بهره مندی اقتباس از تجربیاتی را که سایر کشورها در زمینه قانونگذاری کسب کرده اند در جهت اصلاح و تکمیل حقوق داخلی، "پیوند جزئی" گویند. پیوند جزئی در طول تاریخ در کشورهای دیگر نیز وجود داشته. چنان که پیش تر اشاره شد تهیه قوانین اسپارت، روم، آتن و همچنین، مجموعه‌ی قوانین ناپلئون با مطالعه تطبیقی از طریق استفاده از تجربیات حقوق کشورهای دیگر صورت گرفته است. پیوند جزئی در برخی موارد ناموفق بوده و از طرف جامعه طرد شده و در مواردی موفق بوده است. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۷۵)

### - پیوند های جزئی موفق در فرانسه

ماده ی ۱۶۷۴ قانون مدنی فرانسه به فروشنده مال غیر منقول حق می دهد تا در صورتی که بیش از هفت دوازدهم قیمت مال مزبور، مغبون شده باشد بتوان با استفاده از خیار فسخ نماید. برای این که میزان دقیق غبن، تعیین گردد، ارزیابی مال غیر منقول به هنگام معامله ضروری است، به طوری که ملاحظه می شود، ۱۶۷۴ مذکور خیار غبن را فقط برای اموال غیر منقول پذیرفته و توجهی به اموال منقول که فرسوده آن مغبون شده باشد نداشته است. قانونگذار فرانسه با استفاده از قانون بلژیک (۱۹۹۶) برای کشاورزان در مورد خرید وسایل مربوط به کشاورزی و بذر، خیار غبن را در سال (۱۹۰۷) پذیرفته اما میزان غبن یک چهارم ارزش مال پیش بینی شده است. این پیوند در فرانسه مورد استفاده قرار گرفته و موفق بوده است. اقتباس فرانسویان از آلمان ها در زمینه‌ی شرکت با مسئولیت محدود، همچنین، فکر جرم شناختن عمل ترک انفاق که فرانسویان از کشورهای دیگر اخذ کرده اند را می توان از دیگر موارد پیوند های جزئی موفق محسوب نمود. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۷۶)

## - پیوند های جزئی ناموفق در فرانسه

در این مورد می توان به حجر زنان شوهردار در فرانسه اشاره نموده. در فرانسه تا سال ۱۹۳۶ زنان شوهردار محجور محسوب می شدند و اختیار کلیه دارایی زن در دست شوهرش بود. قانونگذار فرانسه در سال ۱۹۰۷ به پیروی از حقوق کشور های اسکاندیناوی، آلمان و سوییس به زن شوهردار اختیار داد تا در اموالی که در نتیجه ی کار شخصی خود به دست آورده، بدون اجازه شوهر تصرف نماید. اما این قوانین از آن جایی که با سایر مقررات حقوقی فرانسه سازگار نبود؛ یعنی، در اثر وجود اصول اقتدار شوهری و محجوریت زن شوهردار و اشتراک اموال زن و شوهر در حقوق فرانسه، در عمل نتیجه نداد. به همین جهت، قانون یاد شده مفید واقع نشد و اجرانگردید، اگرچه پس از آن، به موجب قوانین ۱۹۶۵-۱۹۳۸ حجر زن شوهردار از بین رفته و اهلیت کامل به دست آورد. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۷۶)

## - پیوند جزئی موفق در ایران

این پیوند در مسأله ثبت املاک و صدور اسناد مالکیت و همچنین، الزامی بودن ثبت وقایع اربعه (ولادت، فوت، ازدواج و طلاق و سایر مقررات راجع به آمار و ثبت احوال، با استفاده از حقوق خارجی مورد قبول واقع شده است. همچنین، مقررات راجع به شرکت های سهامی عام و خاص، با پیروی از حقوق خارجی (قانون ۱۹۶۶ فرانسه) وارد حقوق تجارت ایران گردیده است. از این نوع شرکت در ایران استقبال فراوانی شده است. لازم به یاد آوری است که فعالیت های مهم اقتصادی و تجاری کشور در قالب تأسیس این نوع شرکت انجام می شود؛ فعالیت هایی مانند: معادن، آهن، نفت و پتروشیمی، بیمه، بانک و صنعت فولاد.

به علاوه، فکر جرم شناختن عمل ترک انفاق، تقلب نسبت به قانون، سوء نیت مسلم و قواعد مربوط به فورس ماژور در قانون مدنی ایران (مواد ۲۲۹ و ۲۲۷ قانون مدنی) را می توان از موارد پیوند جزئی موفق در ایران نام برد. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۷۷)

## - پیوند جزئی ناموفق در ایران

این پیوند ها در اثر ناسازگاری با محیط اجتماعی و اقتصادی ایران در مقطعی از زمان در عمل دارای نتیجه مثبتی نبود. از جمله می توان مواد قانون مربوط به ارائه ای گواهی صحت زوجین در هنگام عقد و قانون و آیین نامه های تعدیل مال الاجاره را که از سال ۱۳۱۷ به وجود آمد، نام برد. امروزه پیوند جزئی در کشور های مختلف رایج است. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۷۷)

## پیوند کلی

پیوند کلی یا تقنینی، عبارت از ورود کلی حقوق یک کشور به کشور دیگر است این نوع پیوند همیشه تحت تأثیر مستقیم و آشکار یا در اثر فشار غیر مستقیم نظرات سیاسی صورت می گیرد. امروزه، چنین پیوندی مطرود و در عمل بنا بر مدارک و شواهد تاریخی مورد پذیرش کشورها قرار نگرفته است. عمده ترین پیوند های تقنینی که در حقوق تطبیقی مورد بحث واقع شده اند عبارتند از: پیوند ناپلئونی، پیوند مستعمراتی، پیوند خاوری و پیوند متصرفی. که هر کدام به اختصار توضیح داده می شود. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۷۷)

### ۱. پیوند ناپلئونی

ناپلئون از یک سو برای عملی ساختن اتحاد اروپا و از سوی دیگر به منظور حفظ و تحکیم سلسله ای که در اروپا ایجاد کرده بود. اهمیت فوق العاده ای به قانون مدنی فرانسه می داد. این قانون با پرچم فرانسه و سربازان فرانسوی وارد سرزمین های مورد تهاجم می شد. با این روش قانون ناپلئون در قسمت های زیادی از آلمان، ایتالیا و همچنین هلند و بلژیک و قسمتی از لهستان وارد شد. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۷۸)

### ۲. پیوند مستعمراتی

اروپاییانی که به مستعمراتی، مهاجرت می کردند به این دلیل این که حقوق محلی را برای تأمین منافع خود کافی نمی دانستند در مستعمره نیز تحت حکومت حقوق کشور استعمارگر زنگی می کردند؛ یعنی، حقوق کشور اصلی را با خود به مستعمرات می بردند. برای نمونه: حقوق فرانسه در باره تمام فرانسویان و سایر اروپاییان مقیم آن جا اجرا می گردید، ولی هرگز پیوند قانون فرانسه با حقوق بومیان آن جا صورت نگرفت. همچنین، استقلال ایالات متحده آمریکا و دشمنی شدیدی که در آن جا پس از جنگ های استقلال (-۱۷۸۳) نسبت به انگلستان وجود داشت مانع نفوذ حقوق انگلیس در آمریکا نگردید. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۷۸)

### ۳. پیوند خاوری

در این پیوند خاوری، حقوق یک کشور برای اداره ای روابط حقوقی کشور دیگر به آن جا وارد می گردد. تمایز این پیوند با پیوند مستعمراتی در اختلاف شاخصی است که باید از آن اطاعت کنند. در پیوند مهاجرین حقوق کشور خود را به ناحیه ای که مردم آن را فاقد تمدن می دانستند می بردند، اما در پیوند خاوری حقوق یک کشور برای حکومت در کشور دیگر به آن جا فرستاده می شود. به عنوان نمونه می توان ترکیه؛ مصر، و چین را نام برد. برای مثال: پیوند ترک شامل تعدادی از قوانین ممالک اروپایی می باشد، ترک ها قانون مدنی و قانون تعهدات خود را از قانون تعهدات سوییس اتخاذ کرده اند. مقررات بازرگانی ترکیه

ترجمه‌ای قانون بارزگانی فرانسه و قانون کیفری این کشور ترجمه‌ای ترکی قانون کیفری ایتالیا است. همچنین، از نظر حقوقی مصر تحت تأثیر شدید حقوق فرانسه قرار گرفته و می‌توان آن را جزء دسته کشور های حقوق نوشته دانست. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۷۹)

#### ۴. پیوند متصرفی

این پیوند عبارت از اجرای قانون کشور فاتح در ناحیه‌ای تصرف شده است. کشور متصرف برای تثبیت وضع جدید، جدیت خواهد کرد حقوق قسمت تصرف شده را با حقوق کشور خود هماهنگ سازد. برای نمونه: نیس و ساوا، در اثر قرار داد تورین، در سال ۱۸۶۰ از آلمان به فرانسه ملحق شدند و شش ماه پس از این الحاق کلیه قوانین و مقررات فرانسه در نواحی مزبور قابل اجرا گردید.

با در نظر گرفتن بهرمندی از حقوق اساسی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی می‌تواند به این روش‌های که از یک کشور به کشور دیگری انتقال می‌کند اشاره کرد. وقتی که قانونی را از یک کشور دیگری اتخاذ می‌کنید و به کشور خود آن را مورد استفاده قرار می‌دهید. بعضاً این قوانینی را که از کشوری دیگری می‌گیرید مخالف قوانین کشور خودت است باید آن را قبول کرد، یا دنبال راه حل دیگری باشید. تا بتوانید قانون خوبتر یافت. تا از آن بهره‌برود. (رفیعی، ۱۳۹۷، ص ۷۹)



## نتیجه گیری

نتایج این پژوهش به صورت موردی قرار ذیل است:

حقوق اساسی تطبیقی عبارت است از حقوق اساسی تطبیقی به عنوان بخشی از دانش حقوق به بررسی مقایسه‌ای حقوق اساسی کشورها پرداخته و نکات قوت و ضعف حقوق اساسی کشورها را در مقایسه با سایر کشورها فراهم می‌آورد.

حقوق اساسی تطبیقی با روش مقایسه‌ای به پردازش داده‌ها پرداخته و با تعیین نکات قوت و ضعف نظام-های هدف، بهترین و موثرترین اصول را که مملو از نکات قوت و تهی از نکات ضعف باشد مشخص می‌نماید.

دین اسلام در امر قانون اساسی و تعیین اصول کلی حکومت‌داری دارای اصول و مبانی‌ای از قبیل، رعایت کرامت انسانی، اصل برابری سیاسی و . . . است که می‌تواند به عنوان مبنای در شکل‌گیری قانون اساسی منتسب به تمدن نوین اسلامی موثر باشد.

حقوق اساسی تطبیقی از نگاه نظری و عملی در شکل‌گیری تمدن نوین اسلامی در ابعاد سیاسی موثر بوده و می‌تواند نقش موثری را در زمینه ایفا نماید.

پیشنهاد می‌شود تا با رفع موانع سیاسی و . . . در تحقق قانون اساسی مناسب با تمدن نوین اسلامی گام‌های موثر و عملی برداشته شود و از طریق مقایسه‌ی قوانین اساسی کشورهای اسلامی، قانون اساسی واحدی که دربرگیرنده ی تمدن نوین اسلامی باشد ایجاد و در اختیار جوامع و کشورهای اسلامی قرار گیرد.

## ۱. منابع:

۱. افشار، حسن، (۱۳۵۵) کلیات حقوق تطبیقی، تهران: دانشگاه تهران.
۲. آرانی، عباس معدن دار (۱۳۹۵) مطالعات حقوق تطبیقی، لرستان: دانشگاه لرستان.
۳. بیتام، دیوید (۱۳۸۳)، دمکراسی و حقوق بشر، تهران: طرح نو.
۴. خسروی، حسن، (حقوق اساسی) (۱۳۹۲)، تهران: دانشگاه پیام نور.
۵. دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۲) مقدمه علم حقوق: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۶. رنه، داوید (۱۳۷۰) نظام های بزرگ حقوقی معاصر: مرکز نشر دانشگاهی.
۷. رفیعی، محمد تقی (۱۳۸۹) حقوق تطبیقی، تهران: دانشگاه تهران.
۸. عامری، داود (۱۳۹۶) تمدن نوین اسلامی و یژگی های و کارکردها، انتشار ۱۸ آذر.
۹. عمید، حسن (۱۳۶۲) فرهنگ فارسی عمید، تهران: انتشارات امیر کبیر.
۱۰. فلامکی، فرخ انگیز (۱۳۸۰) کلیات حقوق اساسی، تهران: مرکز نشر و تحقیقات قلم آشنا.
۱۱. مشهدی، علی، (۱۳۹۸) حقوق اساسی تطبیقی، تهران: موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوق شهر دانش.