

مبانی فقهی و حقوقی ماده ۷۶۸ قانون مدنی

تاریخ دریافت: ۸۲/۵/۹

تاریخ تأیید: ۸۲/۸/۲۰

محمد عیسی نفرشی ۱

نعمت الله

الف ۲

چکیده

ماده ۷۶۸ قانون مدنی به سبب گستره وسیع و کارایی بسیار زیادش در معاملات مدنی و تجاری، از معدود موادی است که در روابط اقتصادی امروز می‌تواند کاربرد فراوان داشته باشد. ولی به دلیل عدم آشنایی عموم مردم و عدم تبیین و شرح زوایای مختلف آن توسط دانشیان حقوق، کمتر به کار گرفته شده است. حال آنکه مقرر مزبور از نظر فقهی و حقوقی دارای مبانی متقن و محکمی از جمله بنای عقلاء بر مفاد ماده به ویژه تعهد به نفع شخص ثالث است و برای پاسخ‌گویی به نیازهای اقتصادی امروز، از بسیاری راه‌حلهای ارائه شده، مناسب‌تر و مصون از اشکال است. موضوعاتی از قبیل تعهد به پرداخت وجه معینی در قبال عوض صلح، تعهد به نفع ثالث، عملیات بانکی (اعطای وام با اخذ سود، پرداخت سود به سپرده‌های ثابت)، و بیمه، پاره‌ای از مصادیق این ماده می‌تواند باشد. با بررسی پیشینه تاریخی ماده مذکور در فقه و حقوق و تحکیم مبانی آن، موضوعات فوق، حجت شرعی و قانونی می‌یابند و در آن صورت، هر یک از آنها می‌تواند راه‌گشای بسیاری از موانع و مشکلات موجود جامعه باشد.

۱- استاد یار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس

۲- عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه مفید

واژگان کلیدی: عقد صلح، صلح تأمین، تعهد به پرداخت نفقه، بیمه، تعهد به نفع ثالث، عملیات بانکی

مقدمه

نیازهای فردی و اجتماعی بشر برای تأمین زندگی مطلوب در سایه امنیت، عدالت و رفاه، وی را وامی‌دارد تا در راستای تحقق زندگی مورد نظر خود، نهایت تلاش خویش را بنماید. بر آگاهیهای علمی و تحقیقاتی خود بیفزاید و از ساخته‌های هموعانش بهره گیرد و سرانجام رفتارهای خود را ضابطه‌مند سازد. از این رهیافت است که نهادهای حقوقی شکل می‌گیرند؛ به این معنا که قواعد حقوقی، ابزاری است برای تأمین آسودگی بشر در راستای نیل به زندگی سالم، آرام و مطمئن، به دور از نگرانیها و تشویش خاطرها.

توسعه دانش بشری و سرعت شتابناک پیش‌بینی ناپذیر آن، رشد و پیشرفت لحظه به لحظه فن‌آوری، اختراعات و ابداعات روزافزون، دسترسی فوری و آسان به اطلاعات علمی، ارتباطات پیچیده و نامأنوس ملتها، دولتها، فرهنگها و تمدنها، حمل و نقل آسان کالا و مسافر، تشکیل سازمانها و اتحادیه‌های جهانی و سرانجام جمعیت رو به تزاید انسانی در جامعه جهانی، عواملی هستند که بر گستره نیازهای انسان می‌افزایند و نوع آنها را مدام تغییر می‌دهند. در این رهگذر، نیازهای جدید گاهی سبب تغییر و دگرگونی نهادهای حقوقی تأسیس یافته می‌شود و گاهی هم موجب تکوین قواعد جدیدتری می‌گردد. با وجود این، بشر هنوز در خواب غفلت است و تاکنون به آرامش مورد نظر دست نیافته است؛ اما در هر زمان، خود را با این سودا تسکین می‌دهد که در مسیر رسیدن به مدینه فاضله گام برمی‌دارد و تا حدودی به آن نزدیک شده است.

بی شک، بیشترین تلاش نوع بشر که شاید بتوان گفت بیش از نیمی از عمر او را دربرمی‌گیرد _ اگر نگوییم همه آن را _ در راه تحصیل مال و کسب درآمد است. دست-کم این امر از مهم‌ترین ابزارهای رسیدن به زندگی مطلوب و آسایش خاطر به حساب می‌آید؛ از این رو عمده روابط اجتماعی بشر را روابط مالی و اقتصادی تشکیل می‌دهد. در هر گونه رابطه اجتماعی وی، می‌توان رنگ و لعاب این‌گونه روابط و تکاپو در این جهت را به نوعی مشاهده نمود؛ حتی در روابط خانوادگی که در قاموس هر ملتی از شخصی‌ترین رابطه‌هاست.

در گذشته، برخی انسانها به سبب عوارضی چون پیری و از کار افتادگی، بیماری و

معلولیت و یا سفاهت و صغر سن، توانایی ادارهٔ اموال خود را نداشتند و آن را به دیگری وا می‌نهادند تا از این رهگذر امرار معاش کنند؛ ولی بعدها قواعدی وضع شد که حتی افراد توانمند و قادر به ادارهٔ دارایی خود نیز بتوانند برای دستیابی به منافع بیشتر و زندگی راحت‌تر، اموال خود را در قالب آن قواعد و نهادهای جدید در اختیار افرادی که شرم اقتصادی بالاتری دارند قرار دهند. به دلیل تغییر و یا افزایش نیازها، خرد انسانی به مقتضای مقتضیات زمان و مکان و برای برآوردن نیازها، قواعد را تغییر می‌دهد و یا قواعدی جدید وضع می‌کند. از جمله آنها، وضع ماده ۷۶۸ قانون مدنی است که مقرر می‌دارد: «در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می‌گیرد متعهد شود که نفقهٔ معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معینی تأدیه کند، این تعهد ممکن است به نفع طرف مصالحه یا نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود.»

در این مقاله برآنیم تا پس از بیان ضرورت مطالعهٔ مادهٔ مذکور و قلمرو آن، به تحلیل علل وضع و مبانی فقهی و حقوقی این ماده پردازیم.

۱ - ضرورت مطالعهٔ ماده ۷۶۸ قانون مدنی

شرایط ویژه و احکام خاص عقودی چون قرض، مضاربه، مزارعه، مساقات، شرکت و ... محدودیتها و محذورات ناشی از آنها و عدم کارایی این عقود در شرایط جدید اقتصادی و تجاری وقت، سبب شد تا عقل جمعی جامعه و قوای قانون‌گذاری به این سمت و سو سوق داده شوند و راههایی دیگر برای تحصیل درآمد و منافع بیشتر و در عین حال، آسان و مطمئن پیش‌بینی نمایند. البته آموزه‌های دینی و احکام الهی شریعت مقدس اسلام در ایجاد نهادهای حقوقی در ایران اسلامی، نقش اصلی را ایفا می‌کنند؛ از این رو خردمندان (فقها و حقوق‌دانان) وقت ایران با الهام از نهاد حقوقی صلح مقرر در شرع، قاعدهٔ مذکور در ماده ۷۶۸ ق.م. را وضع کردند تا بسیاری از نیازها رفع شود و شبههٔ غیرشرعی بودن برخی از اعمال تجاری رایج، از ذهنها زدوده شود. البته در صورتی که آن اعمال اقتصادی و یا تجاری، با شرایط مذکور در شرع انجام شود.

قاعدهٔ مندرج در مادهٔ ۷۶۸ ق.م با تعابیر متفاوتی در نوشته‌های حقوق‌دانان طرح شده است؛ به نحوی که هریک از ایشان، بسته به منظر ویژه مطالعاتی خود، شرح و تفسیری از آن ارائه کرده‌اند که در محل مناسب اشاره خواهیم کرد. اما در تفسیر ماده

مشارالذکر، توجه به این نکته مهم است که مقررۀ مزبور در نتیجۀ وجود زمینه‌های استفاده از تأسیسات حقوقی خاص، مانند انواع بیمه‌ها و یا گرفتن بهره‌ پول و اخذ تنزیل آن که در کشورهای مغرب زمین، همچون فرانسه رایج بوده است، به حقوق ایران راه یافته است.

مادۀ ۷۶۸ ق.م کسانی را که توانایی ادارهٔ اموال خود را بر اساس نظام اقتصادی روز ندارند و یا کسانی را که به دنبال سود مناسب و مطمئن هستند و یا کسانی را که به دنبال ایمنی خاطر در زمان پیری و یا تأمین معاش روزانۀ افراد تحت تکفل بعد از مرگ می باشند، راهنمایی و هدایت می‌کند به اینکه آنان می‌توانند تمام یا قسمتی از اموال خود را در اختیار شخص یا مؤسسۀ مورد اطمینان بنهند تا شخص یا مؤسسۀ مزبور مبلغ معینی در هر سال یا هر ماه به او یا هر شخصی که او معرفی نماید، بپردازد (شهیدی، ۱۳۷۸: ص ۹۳).

متأسفانه در حال حاضر از این نهاد حقوقی، به علت عدم آشنایی عموم مردم، به صورت استثنایی و نادر استفاده می‌شود؛ اما در کشورهای دیگر کاربرد فراوان دارد. مشکلات پیچیده و فراوانی که از نظر فقهی و حقوقی در بنا و مبنای انواع مختلف عقود بیمه‌ای و... وجود داشت، فقها و حقوق‌دانان را به ابداع مقررات و شیوه‌های خاصی واداشته است که شاید با نگاه دقیق به مقررۀ این ماده و احیای آن، خیلی از مشکلات بسیار سریع‌تر و آسان‌تر حل شود. به نظر می‌رسد با احیای ماده ۷۶۸ ق.م و ارائه شرح و تفسیری نو از آن، بسیاری از شبهات مطرح در روابط اقتصادی و تجاری امروز از منظر فقه و حقوق حل گردد.

۲- قلمرو ماده ۷۶۸ قانون مدنی

مادۀ ۷۶۸ ق.م مقرر می‌دارد: «در عقد صلح ممکن است احد طرفین در عوض مال الصلحی که می‌گیرد متعهد شود که نفقۀ معینی همه ساله یا همه ماهه تا مدت معینی تأدیه کند، این تعهد ممکن است به نفع طرف مصالحه یا نفع شخص یا اشخاص ثالث واقع شود.»

نخستین موضوعی که از عبارت صدر ماده هویدا می‌گردد، موضوع صحت انعقاد عقد صلح در مقام معاملات است که از ماده ۷۵۲ ق.م نیز قابل استنباط بود. قانون‌گذار بار دیگر با از بین بردن مادهٔ اختلاف بین فقه شیعی و فقه اهل سنت در مورد لزوم سبق

خصوصیت و نزاع در صحت انعقاد عقد صلح و به پیروی از فقه امامیه (الحسینی العاملی: ج ۵؛ ص ۴۷۱ - ۴۵۹ و الموسوی الخمینی، ۱۳۷۸: ج ۲؛ ص ۶۷) به طور قطعی و مسلم، صلح در مقام معامله، جهت نقل و انتقال اموال، اعیان، منافع و غیره را صحیح اعلام نموده است. ۱. از عبارات ماده مورد بحث به خوبی برمی آید حتی لازم نیست انعقاد عقد صلح برای جلوگیری از تنازع احتمالی در آینده باشد. به نظر برخی از فقهای عظام، گستره عقد صلح از این هم وسیع تر است و حتی لازم نیست مورد صلح، مال باشد. (علامه حلی، ۱۴۱۸: ج ۲ صص ۱۷۹ - ۱۷۲) به نظر می رسد مصالحه یعنی تسالم و صلح یعنی سلم و توافق (ابن اثیر، ۱۹۷۹: ج ۲ صص ۳۹۴ و المنجد: ص ۴۳۲). در صلح، تنها لازم است که طرفین بر امری تراضی و توافق نمایند؛ منتهی آن امر نباید غیرمشروع و حرام باشد (ماده ۷۵۴ ق.م). روایات زیادی ۲ دال بر این معناست. پذیرش این معنا درباره عقد صلح در مجموعه قواعد و مقررات حقوقی ما با این مشکل مواجه است که با وجود چنین عقدی، از ذکر ماده ۱۰ ق.م بی نیاز می شویم و یا با وجود ماده ۱۰ ق.م، از داشتن این نهاد حقوقی بی نیاز می باشیم که در جای خود پاسخ آن داده شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ج ۳ ص ۲۳۵۸). در هر صورت با وجود ماده ۷۶۸ ق.م، بسیاری از قراردادهای و معاوضات، از قبیل: تبدیل تعهد و انتقال طلب و دین نیز می تواند در قالب عقد صلح شکل گیرد. بنابراین می توان تعهدات معوض را از جمله موضوعات این ماده به شمار آورد.

موضوعی که شاید مقرر مزبور برای آن وضع شده است و به صراحت بیان گشته است: «تعهد به پرداخت نفقه معین در قبال عوض صلح» است. حقوق دانان از این موضوع به تعهد نفقه (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶: ج ۱؛ ص ۱۰۳۰)، تأسیس عایدی و در آمد (عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ص ۳۵۹)، قرارداد مستمری مادام العمری و یا صلح تأمین (شهیدی، ۱۳۷۸:

۱- حضرت امام خمینی (ره) در مسأله ۱۶ کتاب صلح تحریر الوسیله تصریح کرده اند: «صلح بین دو شریک به این

نحو صحیح است که یکی حصه خود را از سرمایه بگیرد و سود و ضرر شرکت به عهده دیگری باشد.»

۲- از جمله روایت حلبی از امام صادق (ع) است: «عن الحلبي عن ابي عبدالله (ع) في الرجل يعطي اقفرة من حنطة

معلومة يطحنون بالدارهم (يطحنها بدارهم) فلما فرغ الطحان من طحنه نقده الدارهم و قفیزاً منه و هو شيء قد

اصطلحوا عليه فيما بينهم، قال: لا بأس به و ان لم يكن ساعره ذلك» در این روایت نزاعی، نه محققاً و نه محتملاً،

بین دو نفر نبود؛ حتی هم مشتبه نبود. بنابراین صلح مطلقاً جایز است؛ چه در مواقع دعوا و نزاع و چه غیر آن.

ص ۹۵) تعبیر نموده‌اند و در ادبیات حقوقی عرب‌زبانها به تکوین الدخل او المعاش و یا نفقة المعاش (کورنر، ۱۹۹۸ م. ج ۱؛ صص ۷۶۸، ۱۷۳۰، ۱۲۹۹، ۱۳۰۰) . . . تعبیر شده است. ۱.

تعهد به نفع ثالث از دیگر موضوعاتی است که در ماده مذکور به آن اشاره شده است و می‌توان درباره آن به بحث و گفتگو پرداخت. بیمه و انواع آن از قبیل: بیمه‌های عمر و بیمه‌های حمل و نقل مسافر از جمله عقود هستند که با به کارگیری قاعده مندرج در این ماده، دلیل و حجت قانونی و شرعی برای صحت می‌یابند و از محذورات مطرح پیش از وضع قوانین خاص رها می‌شوند. همچنین عقد مقاطعه‌کاری (پیمانکاری) هم می‌تواند در قالب همین مقرر شکل گیرد و موقوفات و برخی وصیت‌های صرف اموال در امور خیریه و عام‌المنفعه هم از مصادیق این موضوع به حساب می‌آید.

انجام برخی از عملیات بانکی، چون اعطای تسهیلات وام با پرداخت سود به سپرده‌های مشتریان بانک که عمدتاً با مشکل ربا مواجه بود، از طریق عقد صلح و در قالب این ماده ممکن می‌شود و می‌توان گفت دیگر به تأسیس شیوه برگزیده در قانون عملیات بانکی بدون ربا نیاز نیست؛ چرا که در عمل، این قانون هم بیشتر به صورت صوری تحقق پیدا می‌کند و دست‌کم مشتریان از ماهیت عقد ایجاد شده بین خود و بانک بی‌خبرند. بنابراین بررسی انجام عملیات بانکی در قالب ماده ۷۶۸ ق.م از دیگر موضوعات حائز اهمیت است که می‌توان در باره آن بحث نمود.

موضوعات فوق، پاره‌ای از موضوعاتی است که با عنایت به ماده ۷۶۸ ق.م می‌توان در امور مدنی به کار گرفت. البته کارایی و کاربرد ماده مذکور، فراتر از عقود مدنی است و به نظر می‌رسد در پاره‌ای از امور تجاری نیز، ماده مزبور مفید ثمر باشد.

موضوع اوراق قرضه (Debtures - effet) (استقراض دولتی)، اخذ تنزیل و بهره

۱. در فرهنگ معجم المصطلحات القانونية عبارت «Constitution de rente (ou de pension)» به تکوین الدخل او المعاش ترجمه شده است و در تفسیر آن آمده است: «عمل یخصص بموجه مالک منتج (عقار، رأس المال) من اجل دخل او معاش یمکن ان یتحقق إما مباشرة عن طریق الایضاء او الهبه لصالح شخص ثالث منع عليه و اما باتفاقية بلامقابل یشرط فیها المالك ان یؤدی شخص (مدین بالدخل) لصالحه او لصالح شخص ثالث (دائن بالدخل) مبالغ متفقاً علیها لقاء تملیکه المال المکون.

"Esecompte and interest" – "To borrow on interest, to loun on interest") و بیمه‌های جاری، مثل بیمه حمل و نقل کالا از جمله موضوعاتی است که برخی از حقوق‌دانان، شکل‌گیری قاعده مزبور را به سبب آنها می‌دانند (عبده بروجردی: همان و عدل، ۱۳۷۳: ص ۳۸۱ و ۳۸۲). بعضی از موضوعات دیگر نیز، هم مثل بیع موقت (Timesharing) گفته شده است مشمول ماده مذکور است و یا دست‌کم شایسته بررسی است که در قلمرو این ماده می‌گنجد یا نه؟

بحث تفصیلی و نقد و بررسی اقوال و تحلیل مطالب هر یک از موضوعاتی که می‌تواند در قلمرو این ماده قرار گیرد، از موضوع بحث این مقاله خارج است؛ از این رو سعی می‌شود به فراخور حوصله مقاله، به آن موضوعات اشاراتی بکنیم و درباره برخی از آنها اندکی تفصیلی‌تر بحث نماییم.

۳ – علل وضع ماده ۷۶۸ ق.م

برای ارائه تفسیری صحیح از ماده قانونی یا قاعده‌ای حقوقی، فهم مقصود واضع قاعده از منطق و مفهوم کلام او، مهم‌ترین نکته و ضروری‌ترین امر است و این مهم میسر نمی‌شود، مگر با مطالعه فضای حقوقی حاکم بر زمان تصویب، مشروح مذاکرات تصویب‌کنندگان، نیازهای مردم آن زمان و کتب شارحین قانون مدنی. بنابراین نخست، پیشینه تصویب ماده مذکور را بررسی می‌کنیم و سپس به تحلیل علل وضع ماده می‌پردازیم.

۳-۱ – پیشینه تصویب ماده ۷۶۸ ق.م

مجلس شورای ملی در تاریخ هیجدهم اردیبهشت ماه سال ۱۳۰۷ هجری قمری، لایحه وزارت عدلیه در مورد کل مواد جلد اول قانون مدنی را که به صورت ماده واحده و با دو فوریت به مجلس تقدیم شده بود، به صورت قانونی با نام قانون اجازه اجرای لایحه قانون مدنی از تاریخ ۲۰ / ۲ / ۱۳۰۷ تا موقع اعلام رأی قطعی کمیسیون پارلمانی عدلیه تصویب نمود (مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی دوره ششم تقنین ج ۱، ص ۱۱۷، قانون ۵۹۵). با این وصف، تمامی مواد جلد اول قانون مدنی، یعنی ۹۵۵ ماده با یک رأی تصویب و به اجرا گذاشته شده است. بعد از آن تاریخ، هیچ یک از مواد جلد اول قانون مدنی به استثنای ماده ۲ که در تاریخ ۲۹ / ۸ / ۱۳۴۸ اصلاح شد، مستقلاً نه در مجلس شورای ملی و نه

در کمیسیونهای آن، مورد بازنگری و اصلاح واقع نشد. بنابراین نمی‌توان به پیشینه خاصی در مورد ماده ۷۶۸ ق.م دست یافت؛ ولی با مطالعه نحوه تهیه و تدوین مواد جلد اول قانون مدنی، مسیر نیل به مقصود تا حدودی گشوده می‌شود. خوش‌بختانه کتب مفیدی در شرح قانون مدنی از برخی حقوق‌دانان، که از اعضای کمیسیون تدوین لایحه قانون مدنی بوده‌اند؛ در دسترس است و برای دستیابی به علل وضع این ماده، به ناچار به بررسی سخنان بعضی از حقوق‌دانان مزبور اکتفا می‌کنیم.

۳-۱-۱ - علل وضع ماده ۷۶۸ ق.م از نظر برخی از اعضای کمیسیون تهیه و تدوین لایحه قانون مدنی (جلد اول)

قانون مدنی از زمان تصویب تاکنون، بارها مورد حک و اصلاح واقع شده است. شرحهای زیادی از سوی حقوق‌دانان برای آن نوشته شده است. مراجعه به انظار اندیشمندان عصر تصویب، محقق را یاری می‌دهد که بر اساس فضای حقوقی آن زمان، معنای صحیح‌تری از قاعده برداشت نماید و درک واقع‌تری از آن داشته باشد. بنابراین اگر حقوق‌دانی که شارح قانونی است، خود در هنگام تهیه، تدوین و تصویب آن حضور فعال و اساسی داشته است، شرح او از آن قانون، اقرب به صواب است کتاب حقوق مدنی استاد مصطفی عدل از اولین کتبی است که درباره قانون مدنی ایران نگاشته شده است؛ با این ویژگی که نویسنده آن، حقوق‌دانی است توانا که در مجموعه تهیه کنندگان و تصویب کنندگان این قانون حاضر بوده است. بنابراین می‌توان با قاطعیت پذیرفت که گفتار او درباره علت وضع ماده‌ای از مواد قانون مدنی از سایر تحلیلها و تفسیرها به واقع نزدیک‌تر است. استاد مصطفی عدل درباره علت وضع تدوین ماده ۷۶۸ ق.م چنین ابراز داشته است: «... بدیهی است که مقصود از تنظیم ماده مزبور، ذکر امر بدیهی نبوده، بلکه مقصود آن بوده است که حکمی هم راجع به یک نوع معامله‌ای که امروز در اغلب از استقرضهای دولتی متداول و ممکن است در ایران نیز مورد پیدا کند، معین شده باشد. معامله مزبور عبارت است از آنچه که به فرانسه «Constitution de rente» می‌گویند که ترجمه تحت‌اللفظی آن، تأسیس عایدی می‌باشد و ما با اقتباس از ماده ۷۶۸ ق.م به تأسیس نفقه ترجمه می‌نماییم. در بعضی از ممالک اروپا که در زمان قدیم، اخذ تنزیل ممنوع بود، صاحبان سرمایه پول خود را به مقترض تملیک می‌کردند به شرط اینکه در مدت معینی همه ساله یا همه ماهه مبلغی تأدیه کند و آنچه را که مقترض همه ماهه یا همه ساله بایستی بدهد، طوری حساب می‌کردند که مساوی باشد با اصل سرمایه به

انضمام تنزیلی که به آن تعلق می‌گیرد. به عبارت دیگر، حیلۀ شرعی و یا راه قانونی درست می‌کردند برای اینکه اخذ تنزیل مشروع باشد؛ چنان‌که در ایران هم برای اخذ تنزیل، به حیل و طرق مختلف تشبث می‌شود. امروزه دیگر در ممالک خارجه برای تأسیس این قسم عادی [عایدی] موجبی نمی‌باشد و به همین جهت کم اتفاق می‌افتد که بین اشخاص عایدی [عادی] این قسم معامله واقع گردد؛ لیکن چون دولت عموماً برای احتراز از مطالبۀ مقرضین، اغلب استقراضهای خود را با شرط عدم التزام به تأدیه اصل وجه استقراض می‌نمایند و مقرض فقط حق اخذ تنزیل پول خود را دارد، لذا عنوان معامله هنوز قانوناً فسخ [نسخ] نشده است. توضیح آنکه اکثر استقراضهای راجع به دول عالم که میزان آن شاید در هر دفعه استقراض، بالغ به چندین صد میلیون و یا چندین میلیارد می‌باشد، به این طریق به عمل می‌آید که دولت یک مقدار اسناد قرضه چاپ و منتشر می‌نماید. خریداران اسناد مزبور، مقرضین هستند، ولی حق ندارند از دولت که مقرض است، مطالبۀ اصل طلب خود را بکنند و هرکس که بخواهد به اصل پول خود برسد، اسناد خود را در بورسهای تجاری به نرخ روز می‌فروشد. این نوع استقراض، همان «Constitution de rente» یا تأسیس نفقه می‌باشد که به موجب ماده ۷۶۸ ق.م. به نحو صلح پیش‌بینی شده است.» (صص ۳۸۳ و ۳۸۱)

استاد دکتر محمد عبده بروجردی از دیگر اساتید برجستۀ حقوقی است که شرح وی نیز بر قانون مدنی از کتب قدیمی و نزدیک به تاریخ تصویب ماده ۷۶۸ قانون مدنی است. وی نیز در ترکیب کمیسیون تهیه و تدوین قانون مدنی (جلد دوم و سوم) بوده است. او در این باره می‌گوید:

«غرض از وضع و تدوین این ماده، فتح بابی برای مشروع نمودن اخذ تنزیل بوده؛ به این صورت که شخص سرمایۀ خود را از طریق صلح به دیگری واگذار می‌کند، مبنی بر اینکه طرف مقابل هر ماهه یا هر ساله تا مدت معینی مبلغی به او بپردازد و حساب را طوری می‌کند که مبلغی را که آخر مدت دریافت خواهد کرد، با اصل پول و تنزیلی که به او تعلق گرفته، تکافو کند و از این طریق که در فرانسه از آن تعبیر می‌شود «Constitution de rente» یعنی تأسیس عایدی، شخص می‌تواند وقتی که به لیاقت و شایستگی بازماندگان خود اطمینان نداشته باشد، نفقه آنها را تا مدتی بعد از فوت خود تأمین نماید.» (ص ۳۵۹)

۳-۱-۲ - علل وضع ماده ۷۶۸ ق. م از منظر سایر حقوق دانان

برخی دیگر از حقوق دانان معتقدند که با مطالعه تطبیقی قانون مدنی ایران و قانون مدنی فرانسه درمی یابیم که قاعده مندرج در ماده ۷۶۸ ق. م از مواد ۱۹۶۸ تا ۱۹۸۳ قانون مدنی فرانسه با انجام تغییراتی مناسب با نظام حقوقی ایران و فقه امامیه اقتباس شده است. قرارداد صلح مذکور در ماده فوق، صلح تأمینی است و معادل آن در فرانسه قرارداد «Contrat de rente viagère» یا «قرارداد مستمری مادام العمری» نام دارد. در قانون مدنی فرانسه، از قرارداد مزبور تعریفی به عمل نیامده است؛ اما در تألیفات حقوقی نویسندگان فرانسوی، مباحث نسبتاً گسترده‌ای درباره این قرارداد وجود دارد؛ از جمله آنکه قرارداد مشارالذکر را چنین تعریف کرده اند: «رانت ویژه، قراردادی است که طبق آن، یک شخص (متعهد پرداخت) تعهد می کند مبلغی را که مستمری نامیده می شود، در فواصل معینی به دیگری بپردازد و این پرداخت در طول زندگی بستانکار (متعهدله پرداخت) به عمل می آید.» (شهیدی: ص ۹۵)

بر اساس ماده ۱۹۶۸ ق. م فرانسه قرارداد فوق می تواند به صورت معوض یا غیرمعوض واقع شود؛ به این معنا که در قرارداد رانت ویژه غیرمعوض، شخص به پرداخت مستمری (نقشه) به طرف دیگر، به صورت رایگان متعهد می شود.^۱

۳-۲ - بررسی و نقد نظریات ارائه شده درباره علل وضع ماده ۷۶۸ ق. م

از مجموع نظریات حقوق دانانی که درباره علل وضع ماده ۷۶۸ ق. م سخن گفته اند، می توان دو علت را استنباط نمود: نخست، به کارگیری شیوه‌ای است که بتوان از آن طریق، از شبهه ربا تخلص پیدا کرد و امور پولی رایج در زمان تصویب و مورد نیاز جامعه، به روش مرسوم غرب، در ایران نیز وجهه قانونی و شرعی پیدا نماید؛ کسری بودجه دولت و بدهیهای آن از طریق صدور اوراق قرضه تأمین شود و متمولین برای کمک به مستمندان رغبت نمایند. به بیان دیگر، علت وضع ماده ۷۶۸ ق. م این است که راه حيله برای فرار از ربا و ممنوعیت از این امور گشوده شود. بدیهی است اگر ما تنها از این منظر به مسأله نگاه کنیم، هرچند مسأله قانونی شده باشد و گرفتن بهره در قالب

۱_ "La rente viagère peut être constituée a titre conérenx moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilére appréciable ou pour un immeuble."

عقد صلح صورت گیرد، باز چنانچه گفته شده است، از نظر شرعی اخذ بهره جایز نیست؛ یا دست کم مورد اختلاف بین فقهاست. (بخش فرهنگی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱: از ص ۳۳۱ به بعد) اما به نظر می‌رسد که قانون‌گذار ما صرف نظر از این داعی، ماده مورد بحث را وضع نموده باشد و این امر، تنها انگیزه‌ای برای جستجو در مورد این قاعده در متون فقهی می‌باشد.

علت دوم این است که عقد صلح مندرج در ماده ۷۶۸ ق.م و اساساً عقد صلح دارای ویژگی‌هایی است که می‌تواند پاسخ‌گوی این نیاز باشد. قاعده مندرج در ماده، قبل از اینکه مقرر قانونی گردد، در عرف اهل شرع رایج بوده و مردم در این باره، سؤالات زیادی از مراجع تقلید خود می‌پرسیدند و فقها هیچ یک بر ربوی بودن چنین عقد صلحی اشاره نکرده‌اند و آن را صحیح اعلام کرده‌اند (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ج ۳ و طباطبایی یزدی، ۱۳۷۱).

در این گونه عقد صلح، مصالح، مال‌الصلح را تملیک طرف صلح می‌کند؛ نه اینکه به او قرض دهد و به طور جدّ چنین قصدی دارد و این قصد حقیقتاً از او متمشی است و در برابر آن و عوض مال صلح، ماهیانه یا سالانه پول را دریافت می‌دارد که وجه دریافتی می‌تواند با احتساب اصل پول و سود متعلق به آن باشد که در این صورت، نه ربای قرضی محقق می‌شود، و نه ربای معاوضی. بنابراین قانون‌گذار بر اساس فتاوی فقها، ماده ۷۶۸ ق.م را وضع نموده است و با تطبیق بحث‌های بانکی و استقراض‌های دولتی بر این ماده، شبهات شرعی آنها را می‌توان دفع نمود.

حال به تبیین مبانی فقهی و حقوقی ماده ۷۶۸ ق.م می‌پردازیم و لیکن لازم است که موارد کاربرد آن را در روابط مدنی و تجاری امروز جامعه بررسی کنیم که در فرصتی دیگر ارائه خواهیم نمود.

۴- مبانی و مستندات فقهی و حقوقی ماده ۷۶۸ ق.م

بررسی تمام مبانی و مستندات فقهی و حقوقی موضوعاتی که در قلمرو ماده ۷۶۸ ق.م می‌گنجد، به‌رغم ضرورت و لزوم آن، فراتر از گنجایش یک مقاله است و باید در جایی دیگر به آن پرداخت؛ لیکن موضوع عقد صلح تعهد به پرداخت نفقه که از منطوق و فحوای ماده بر می‌آید، دارای ویژگی‌هایی است که کلید گشوده شدن بسیاری از موانع و مشکلات در امور اقتصادی و تجاری امروز جامعه می‌باشد. بنابراین سعی ما بر آن است

تا تمام اقوال و مستندات را در محدوده مورد ماده که وضع قاعده مندرج در آن را سبب شده است، طرح کنیم؛ یعنی اقوال فقها و حقوق دانان و مبانی و مستندات آنان را در مورد قرارداد صلح تعهد به پرداخت نفقه ذکر و بررسی می‌نماییم تا از این راه، توجه صاحب نظران را به عنایت بیشتر به مقررۀ مزبور جلب کنیم.

۴-۱ - اقوال فقها و مبانی فقهی عقد صلح موضوع ماده ۷۶۸ ق.م

نوع صلح مندرج در ماده ۷۶۸ ق.م نمونه‌ای از صلح عهدی یا صلح التزامی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ص ۲۰۶) که در عبارات فقها به کار رفته است. صلح عهدی یا التزامی یا مبنی بر تسامح است، یا مبنی بر تسامح نیست. به نظر می‌رسد صلح مذکور در ماده فوق، از نوع صلح عهدی مبنی بر تسامح باشد و صرف علم اجمالی به مقدار نفقه در صحت صلح کفایت کند و عبارت نفقه معین به آن معنا نیست که اگر مقدار نفقه تعییناً و تفصیلاً مشخص نباشد، عقد صلح باطل است؛ به دلیل اینکه فقها می‌گویند: «نفقه از حیث مقدار، عرفاً معلوم است.»

ذکر برخی از عبارات فقها به جهت تشخیص مبانی فقهی مسأله، مفید است:
در کتاب الفقه آمده است:

«لوصالح الانسان عن كل امواله عند موته لزید فی قبال ان یقوم زید بعد موته بنفقة عیاله مثلاً مدة عشر سنوات صح الصلح.» (الشیرازی، ۱۴۰۵ هجری قمری: ۲۴۳)

همان‌گونه که از ظاهر عبارت فوق هویدا است، موضوع این فرع فقهی، شبیه موضوع ماده ۷۶۸ ق.م است؛ به این معنا که در قبال صلح اموال به شخصی، به پرداخت نفقه عیال مصالح به مدت ده سال تعهد شده است. از نظر صاحب کتاب فوق، چنین عقد صلحی صحیح است، با اینکه مقدار نفقه معین نشده است و طرفین عقد، تعهد به نفع شخص ثالث را پذیرفته‌اند.

برخی دیگر از فقها در پاسخ این سؤال که اگر زیدی اموال و متملکات خود را مصالحه به اولاد خود به مال المصالحه بنماید و در ضمن عقد صلح شرط کند که مصالح لهم مادامی که مصالح زنده است نفقه و لباس او و عیال واجب‌النفقه‌اش را بدهد و... آیا این شرط مجهول (پرداخت نفقه در ایام غیرمعین) سبب فساد عقد صلح می‌شود؟ و...، فرموده‌اند: «چون نفقه عرفاً از حیث مقدار معلوم است و همین مقدار معلوم بودن نفقه جهت عقد، کافی است، بنابراین این شرط خدش‌های به عقد صلح مذکور وارد

نمی‌سازد. ۱» (حاج سید محمد باقر، ۱۲۴۸، ص ۱۵۱)

برخی دیگر از فقهای عظام در پاسخ به سؤالی نظیر سؤال پیش، چنین عقد صلحی را صحیح می‌دانند و جهل به مقدار نفقه را مضرّ به صحت عقد صلح واقع شده نمی‌دانند. متن سؤال و جواب به شرح ذیل است.

سؤال: «هر گاه قیّم صغیر یا شخصی که ادعای طلبی می‌نموده از جانب صغیر مصالحه نموده بمال المصالحه مبلغ چهار تومان و کفالت مؤنّه مدت پنجسال صغیر مذکور را به شرط آنکه صغیر مذکور در مدت مذکور، در دکان آن شخص شاگردی نماید و مبلغ چهار تومان را بازیافت نموده و مدت پنجسال که تعهد کفالت نمود، صغیر مذکور اطاعت و وفا به شرطی که شاگردی می‌باشد ننموده و از دکان آن شخص بیرون رفته، حال که کبیر شده، مطالبه وجه اخراجات ایام کفالت را می‌نماید.»

۱- حاج سید محمد باقر، رساله سوال و جواب، چاپ سنگی، بی‌نا، ۱۲۴۸ هـ. ق. به دلیل قدمت اثر و عدم دسترسی به آن، اصل سؤال و جواب که حاوی نکات مفیدی است ذکر می‌شود:

«س: زید اموال و مملکات خود را مصالح نمود به اولاد ذکور خود بمال المصالحه مبلغ یک عدد ریال و موازی یک من بوزن شاه گندم و نیم من جو و در ضمن عقد مصالحه شرط کرده است که مصالح لهم مادام حیات خود از عهده نفقه و کسوه او و عیال واجب‌النّفقه او برآیند و کذلک از عهده صادرات و عوارضات دیوانی او نیز برآیند. آیا این جهالت که در ایام انفاق و مقدار انفاق است باعث فساد مصالحه می‌شود یا نه؟ چون با وجود مصالح مباشر دیوان به مصالح لهم رجوع نمی‌نمودند.

ج: آنچه از سؤال ظاهر می‌شود اینست که اشکال در صحت مصالحه مزبور از سه راه شده: یکی آنکه مقدار نفقه مشروط در ضمن عقد معین نشده است. جواب آن اینست ظاهر اینست که این مضرّ نبوده باشد به علت آنکه مقدار نفقه اگر چه معین نیست در ضمن عقد مصالحه، لکن عادت معین آنست و لهذا در نصوص متکثره، که در آنها حکم شده است بوجوب نفقه بر واجب‌النّفقه، در هیچ یک از آنها بیان قدر نفقه کل واجب‌النّفقه نشده است و فقهاء قدس ... ارواحهم حکم فرموده‌اند مناط در قدر نفقه بذل قدر کفایت است و معلوم است آن مختلف می‌شود بحسب اشخاص کما لایخفی و بنابراین است که هرگاه در ضمن عقد منقطع که موجب نفقه متمتع بها نیست، شرط نماید نفقه او را، حکم به فساد عقد نمی‌شود اگرچه تعیین قدر نفقه نشده باشد یا آنکه اهتمام در صیغ نکاح علاوه بر اهتمام در سایر عقود است و الملخص مامر، پس چگونه عدم تعیین قدر نفقه در ضمن عقد مصالحه که دایره او اوسع از سایر عقود است، موجب فساد تواند شد و ثانی آنکه ایام نفقه مشروط در ضمن عقد مصالحه غیر معین است و این محل اشکال است بجهت جهالت شرط موجب جهالت احد عوضین است و تعیین عوضین در عقود از لوازم است و ممکن است جواب از این که امثال این جهالت ظاهر این است که در مصالحه مضرّ نبوده باشد، خصوصاً در صورت عدم تمکن از تعیین، چنانچه در ما نحن فیه است.

جواب: «تحقیق در مسأله، موقوفست به بیان چند مقدمه ... اگر صورت واقعه به آن نحو بوده است که مصالح عنه حق طلب صغیر است، با عمل مدت پنج سال او در دکان بمصالح به چهار تومان و مقدار نفقه پنجسال صغیر، پس ظاهر صحت مصالحه است هرچند تعیین و تقدیر کسوه و نفقه نشده باشد. چون اظهار در نظر حقیر اینست که جهالت وجه مصالحه به این مقدار از جهالت مضر نباشد...» (میرزای قمی، ۱۳۷۶: ج ۳ ص ۱۴۲ _ ۱۳۹)

اینها نمونه‌هایی از فتاوی فقهای عظام درباره نوع عقد صلحی است که در مواد ۷۶۸ تا ۷۷۰ قانون مدنی ذکر شده است و به خوبی برمی‌آید که چنین عقدی صحیح و مشروع است و از جهت نامعین بودن میزان مال المصالحه، آن را مصون از ایراد می‌دانند. اما از جهت مبانی یادآوری می‌شود:

از جمله شرایط اساسی صحت عقد، معلوم بودن عوضین در هنگام عقد است و با وجود اینکه از منظر بسیاری از فقها، معیار اخلال به عوضین، ایجاد غرر حاصل از آن می‌باشد، فقها در جایی هم که جهل موجب غرر نشود، آن را مبطل عقد می‌دانند؛ اما در عقود مبتنی بر مسامحه، مثل محل بحث و عقد صلح، آن را مضر نمی‌دانند.

مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی(ره) در پاسخ این سؤال که اگر جهل در معامله موجب غرر نباشد، آیا مبطل عقد است یا نه؟ فرموده‌اند: «در بیع باطل است چون باید وزن هر یک [از عوضین] معلوم باشد؛ اما در صلح، اگرچه بعید نیست صحت، لکن احتیاط ترک نشود.» (۱۳۷۶: ص ۱۴۵)

به نظر می‌رسد معیار اخلال جهل و ایجاد غرر در مورد عقود باشد که بر اساس دقت و تکافوی عوضین در برابر هم باشد؛ به این معنا که طرفین عقد هیچ غبنی و یا کاهش ارزشی نسبت به مال خود را نمی‌پذیرند. از این رو اگر صلحی هم مبنی بر مذاقه و مغاینه واقع گردد و شرط مجهول در آن شود، این عقد صلح از جهت جهل و ایجاد غرر صحیح نخواهد بود.

مرحوم سید محمدکاظم طباطبایی یزدی(ره) در پاسخ سؤالات دیگری که درباره مصادیق خاصی از عقد صلح شده بود، نظریه فوق را به تفصیل تبیین نموده‌اند: «صلحی که در مقام مسامحه باشد و مبنی بر مذاقه و مغاینه نباشد، جهالت در آن مغتفر است و همچنین است اگر مبنی بر مغاینه باشد، لکن تحصیل علم به عوضین یا احدهما غیرممکن یا معسور باشد و اما اگر مبنی بر مذاقه و مغاینه باشد و تعیین عوضین به

سهولت ممکن باشد، پس اگرچه اقوی در آن نیز اغتفار جهالت است، لکن این در جایی است که واقع معینی داشته باشد و غرر عرفی لازم نیاید و الاّ صحت آن مشکل است، گرچه جهالت در شرط باشد؛ چون برگشت آن به جهالت عوض و موجب غرر در معامله است. بلی در جایی که شرط تابع حساب شود عرفاً شاید جهالت در آن ضرر نداشته باشد.» (همان؛ ص ۲۲۸)

بنابراین مهم‌ترین اشکالی که ممکن است بر صحت عقود مصادیق این ماده، از جمله بیمه به جهت مبنایی وارد شود، ایراد غرر است که در مورد واقع بیع، مورد نهی پیامبر گرامی اسلام (ص) است (الحر العاملی، ج ۱۲؛ ص ۳۳۰). و غرری بودن معامله یا به دلیل این است که دستیابی به مورد معامله، مورد وثوق و اطمینان نیست و یا به دلیل احتمال خطری است که ناشی از عدم اطمینان به تحقق مورد معامله است و یا به اعتبار مجهول بودن یکی از عوضین است. از این رو فقها می‌گویند مبیع باید در هنگام عقد موجود باشد و بایع قدرت بر تسلیم آن داشته باشد و طرفین نسبت به جنس و وصف و مقدار عوضین علم داشته باشند. این سه شرط از جمله شرایط اساسی صحت عقد است که تمام فقها بر آن تصریح دارند. اما این بدان معنا نیست که در هر جا یکی از شرایط نباشد، لزوماً معامله غرری است.

بنابراین اگر در عرف و عادت، معامله غرری و سفهی باشد، آن معامله باطل خواهد بود وگرنه عقد و قرارداد صحیح است؛ برای مثال، غرری که ناشی از جهل به عوضین است در صورتی موجب بطلان عقد است که در قیمت مؤثر باشد و تفاوت قیمت، عرفاً تسامح‌پذیر نباشد؛ ولی اگر غرر عرفاً مسامحه‌پذیر باشد، موجب بطلان عقد نیست. یا موردی که به حسب ظاهر، غرری است، ولی به لحاظ مصلحت خاص یا هدفی که مشتری از خرید آن کالا دارد، ممکن است عرفاً غرری نباشد؛ مثل اینکه فردی عبد فراری را بخرد و چون کفاره‌ای بر عهده اوست، او را می‌خرد تا آزادش کند. این معامله نیز غرری نیست؛ چون عرفاً این هدف عقلایی است و دارای مصلحتی برای خریدار است همین‌طور است در مورد مجهول بودن عوضین. غرر امری عرفی است و بر حسب موارد آن، نظر عرف فرق می‌کند. پس تسامح یا عدم تسامح عرفی، ملاک غرر و عدم غرر خواهد بود ۱ (النجفی؛ بی تا، ج ۲۲ ص ۴۰۸).

با عنایت به مطالب پیش‌گفته، روشن می‌شود که بین غرر و جهل، نسبتی وجود دارد و جهلی که موجب غرر می‌گردد، سبب بطلان معاملات معاوضی است؛ البته به این معنا که غرر عرفی محقق می‌شود. بنابراین در هر موردی که جهالت باشد، ممکن است معامله غرری باشد یا نباشد و معاملات غرری مجهول از نظر تمام فقها باطل است. ولی اگر مورد معامله مجهول باشد و از نظر عرفی مسامحه شود و یا دست‌کم از نظر متعاقدين، عقد مبنی بر مذاقه و مغابنه نباشد، عقد صحیح خواهد بود و آن جهل، خللی به صحت معامله وارد نمی‌سازد.

در مورد مصادیق ماده ۷۶۸ ق.م. مثل عقد بیمه، که گفته شده است بیمه عقدی غرری است، به این معنا که در عقد بیمه، جهل به عوضین وجود می‌آید، می‌توان پاسخ داد که اولاً عوضین در عقد بیمه طبق قرارداد و مفاد بیمه‌نامه معلوم است؛ چون تعداد اقساط، مبلغ هر قسط و مقدار مبلغ بیمه برای پرداخت خسارت در حین انعقاد قرارداد بیمه در بیمه‌نامه تعیین شده است. بنابراین هیچ جهل یا ابهامی وجود ندارد؛ چون اثر عقد بیمه برای بیمه‌گذار و بیمه‌گر معلوم است. آنچه مربوط به بیمه‌گذار است، پرداخت اقساط و مبلغ بیمه است که می‌باید بپردازد و در قبال آن، تأمین و تضمینی است که به دست می‌آورد. این تضمین هم بر حصول حادثه مترتب نیست؛ بلکه به مجرد عقد حاصل می‌شود؛ بدان معنا که بیمه‌گذار با انعقاد عقد بیمه، نسبت به تأمین خسارتهای احتمالی اطمینان حاصل می‌کند و در نزد او هیچ تفاوتی ندارد که حادثه مورد بیمه اتفاق بیفتد یا نیفتد. این اشکال از آنجا ناشی می‌شود که عقد بیمه را نوعی مبادله مال به مال می‌پندارند و حال آنکه چنین نیست. اگر بیمه مبادله دو مال بود، جهل و غرر معنا داشت؛ اما در بیمه، معاوضه حقیقی بین مال و غیر مال است. همان‌طور که در ماده ۷۶۸ ق.م. آمده است، در قبال عوض صلح، تعهد به پرداخت نفقه قرار گرفته است. در عقد بیمه هم عوضین عبارتند از:

- ۱ - قسط یا مبلغ بیمه‌ای که بیمه‌گذار بر اساس قرارداد و تعهد می‌پردازد؛
- ۲ - تأمینی که بیمه‌گر در قبال بیمه‌گذار تضمین می‌کند. یعنی بیمه‌گر به‌عنوان عوض، تعهد می‌کند و جبران خسارات احتمالی را بر عهده گیرد. بنابراین تعهد بیمه‌گر

پول نیست تا گفته شود مجهول است؛ چون احتمال اتفاق حادثه معلوم نیست. اما از سوی بیمه‌گر هم احتمال غرر منتفی است؛ چون اصولاً شرکت‌های بیمه، متولی این امرند و معمولاً به صورت جمعی و با تعداد فراوانی بیمه‌گذار کار می‌کنند و بر حسب احتمالات، خطر را می‌پذیرند. این نظام بیمه‌ای غالباً درمورد بیمه‌گر، احتمال غرر را منتفی می‌سازد.

ثانیاً اگر اصرار بر آن باشد که در عقد بیمه، جهل به عوضین وجود دارد، پاسخ آن را قبلاً دادیم که هر جهلی به صحت عقد خلل وارد نمی‌سازد؛ بلکه جهلی موجب خدشه در صحت عقد می‌شود که سبب ابهام عقد شود. اما در جایی که علم اجمالی نسبت به مورد عقد وجود دارد، به‌ویژه در عقود مسامحه‌ای، جهل مضر نیست و علم اجمالی کافی است. این مطلب از نظر فقهی مسلم است (میرزای قمی، همان). حتی اگر غرر در معنای خطر و زیان مقصود باشد، عقد بیمه از عقود غرری خارج است؛ چون بیمه نه‌تنها خطری نیست، بلکه به جهت دفع خطر پدید آمده است.

از مباحث دیگری که در مورد ماده ۷۶۸ ق.م. مطرح شده است، بحث «تعهد به نفع شخص ثالث» (obligation (promise) to third party "La stipulation pour autrui) است. در اکثر نظام‌های حقوقی، اصل «نسبی بودن قراردادها» و یا اصل «شخصی بودن قراردادها» (Privity of Contracts) حاکم بر هر قراردادی است. (محقق داماد، ۱۳۷۳: ص ۵). اگرچه در کنار این اصل، اصل «قابلیت استناد قرارداد» نیز وجود دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ج ۳ ص ۳۶۲)، اصل نسبی بودن، هنوز هم از حیات حقوقی مستحکمی بهره‌مند است.

اصل نسبی بودن قراردادها به این معناست: رابطه‌ای که بر اساس قرارداد، بین اشخاص ایجاد می‌شود، تنها نسبت به کسانی که با هم توافق می‌کنند مؤثر است و تنها آنان می‌توانند درباره آن عقد در دادگاه اقامه دعوی نمایند. نفع و زیان عقد نسبت به طرفین عقد است. به تدریج، با توسعه روابط اقتصادی و تجاری و ایجاد نیازهای جدید، مکاتب حقوقی مختلف مجبور شدند تا استثنائاتی بر این اصل وارد سازند. از جمله این استثنائات، «تعهد به نفع ثالث» است.

پیدایش صنعت بیمه و نیاز مبرم جامعه به آن، بویژه در مورد بیمه‌هایی چون بیمه عمر، به‌رغم اصرار زیاد مکاتب حقوقی مختلف بر اصل نسبی بودن قراردادها، سبب قبول «تعهد به نفع ثالث» شد و اصل تعهد به سود ثالث در نظام‌های حقوقی به عنوان استثنا

بر آن اصل پذیرفته شد و مبانی مختلفی برای توجیه صحت تعهد به نفع ثالث ارائه شد (ر.ک: محقق داماد، ص ۱۲ - ۷ و جمالی زاده، ۱۳۸۰: صص ۳۷۸ و ۳۸۶).

درباره تعهد به نفع ثالث به صورت شرط ضمن عقد، چه به صورت شرط فعل و چه به صورت شرط نتیجه، قول صحیح در نظر بسیاری از فقها این است که عموم قاعده «المومنون عند شروطهم» آن را دربرگیرد (طباطبایی: ص ۱۶۴)؛ اما این بحث در محدوده ماده ۷۶۸ ق.م.نیست. آنچه در ماده ۷۶۸ ق.م.آمده است، تعهد به نفع ثالث به صورت ابتدایی و قراردادن اثر مستقیم عقد برای ثالث است.

درباره این مطلب که آیا اثر عقد را می توان مستقیماً برای شخص ثالثی قرار داد، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. ریشه اختلاف در این نکته نهفته است که آیا آن اثر، مقتضای ذات عقد است یا مقتضای اطلاق آن. در صورتی که مقتضای ذات عقد باشد، عقد باطل خواهد بود؛ ولی قرار دادن اثری که مقتضای اطلاق عقد است برای غیر طرفین قرارداد، سبب بطلان آن نمی شود. به عنوان مثال: آیا می توان اثر بیع را که تملک مشتری نسبت به مبیع است، برای شخص دیگری که در قرارداد نقشی ندارد قرارداد؟ و به عبارت دیگر، تملیک مبیع به مشتری و ثمن به بایع مقتضای ذات عقد بیع است و یا مقتضای اطلاق آن.

برخی از فقها می گویند شرط تعهد به نفع ثالث در قراردادی به طور مستقیم، منافات با مقتضای ذات عقد دارد؛ چون به حکم عقل در معاملات، هر یک از عوضین باید در ملک کسی داخل شود که عوض دیگر از ملک او خارج شده است. بنابراین اگر بنا شود که ثمن در ملک شخصی غیر از طرف قرارداد وارد شود، این شرط موجب بطلان معامله است؛ زیرا خلاف مقتضای ذات عقد است و شرط خلاف مقتضای ذات عقد، هم باطل است و هم مبطل (الموسوی الخویی، ۱۳۷۷: ج ۳ صص ۲۲۰ - ۲۱۵).

برخی دیگر از فقها این نظر را پذیرفته اند که ورود هر یک از عوضین در ملک مالک دیگر طرف قرارداد، مقتضای عقد بیع نیست؛ بلکه اثر اطلاق معامله است و با شرط خلاف می توان آن را تغییر داد (الایروانی الغروی، ۱۴۲۱ هجری قمری: ج ۲ ص ۲۳۷).

به نظر می رسد قرارداد دو نفر به نفع شخص ثالث ابتدائاً براساس مقتضای عمومات ادله، هیچ اشکالی در صحت آن وجود نداشته باشد و اگر دلیل عمده ادله صحت عقود را بنای عقلاً بدانیم و شارع در این باره، احکام عقلایی را امضا نموده باشد، با توجه به افزایش روزافزون این عقود، همچنین بیمه عمر و یا بیمه شخص ثالث در جوامع و

پسندیده بودن آنها نزد عقلا، باید بپذیریم که تعهد به نفع ثالث، ابتدائاً نه ضمن عقد دیگر، از نظر فقهی صحیح است (ر.ک. گرجی، ۱۳۷۸: ج ۱ ص ۲۶).

۴-۲- مبانی حقوقی ماده ۷۶۸ ق.م

اصل نسبی بودن قراردادهای در قالب موادی از قانون مدنی در اکثر نظامهای حقوقی تجلی نموده است. قانون مدنی ایران نیز به موجب ماده ۲۳۱، این اصل را پذیرفته است؛ اما در ذیل این ماده، مفاد ماده ۱۹۶ ق.م، بر این اصل استثناء شده است. قانونی بودن تعهد به نفع شخص ثالث از ماده ۱۹۶ ق.م به خوبی هویدا است. بنابراین تعهد به نفع ثالث از طریق شرط ضمن عقد میسر است. اما بر اساس ماده مورد بحث، در هر عقد صلحی، یکی از دو طرف می‌تواند در عوض تعهد طرف دیگر، بر انجام امری به سود ثالثی تعهد کند. سؤالی که مطرح است این است که مبنای جعل قاعده مندرج در ماده ۱۹۶ ق.م و ماده ۷۶۸ ق.م چیست؟ آیا یک استثناست یا قاعده‌ای عمومی و فراگیر؟

برخی از حقوق‌دانان در پاره‌ای از عبارات خود، حکم ماده ۱۹۶ ق.م را استثناء می‌دانند و معتقدند «از مفاد ماده ۲۳۱ ق.م به خوبی برمی‌آید که ماده ۱۹۶ ق.م حاوی حکمی استثنایی و خلاف قاعده است؛ بنابراین متن ماده را باید تفسیر محدود کرد» (کاتوزیان، همان: ص ۳۴۷) لیکن در عبارت دیگری بیان داشته‌اند: «ماده ۱۹۶ ق.م از قواعد عمومی قراردادهاست؛ بنابراین نمی‌توان ادعا کرد که امکان تعهد به سود ثالث، ویژه صلح و هبه و دیگر حقوق رایگان است» (همان، ص ۳۷۲). البته ایشان ماده ۱۹۶ ق.م را ناظر بر موردی می‌دانند که تعهد به نفع ثالث جنبه تبعی و فرعی دارد؛ یعنی شرط به سود ثالث، ضمن معامله اصلی است که بین طرفین واقع شده است. ولی در پاره‌ای از عقود، مثل بیمه و صلح، تعهد به سود ثالث به عنوان عوض اصلی است و در نهایت می‌پذیرند که تعهد به نفع ثالث، چه به صورت شرط ضمن عقد و چه به صورت تعهد اصلی، از جمله قواعد عمومی قراردادهای است (همان، ص ۳۷۳).

اصل بر این است که هیچ کس بر دیگری ولایت ندارد و انسانها تنها از طریق قرارداد می‌توانند قانون حاکم بر روابط حقوقی خود را وضع نمایند و به عهد و پیمان خود احترام گذارند. بنابراین اخلاق و استقلال انسان، مانع از این است که او ناچار به پذیرش احسان دیگران باشد. اما باید در نظر گرفت که گاهی مصلحت اجتماعی ایجاب

می‌کند در پاره‌ای از موارد، تعهدات به نفع اشخاص ثالث غیر طرف قرارداد، نافذ باشد؛ به عنوان مثال، در عقد بیمه، ضروری است که طرفین عقد بیمه به سود شخص ثالث حقی ایجاد نمایند و این حق در شمار دارایی بیمه‌گذار نیاید. به جهت جمع بین مصلحت عمومی و مصلحت فردی، چاره این شد که نهاد «تعهد به نفع ثالث» در مجموع قواعد حقوقی جای گرفت. اگر ممکن است در ضمن قرارداد میان دو تن چنین تعهدی ایجاد شود، چرا نتوان مستقیماً چنین تعهدی را ایجاد نمود؟ بر این اساس، ماده ۷۶۸ ق.م. وضع شد و تثبیت شد که از طریق عقد صلح، تعهد به نفع ثالث به عنوان عوض مال المصالحه قرار گیرد. در عقد صلح معوض، موضوع ماده مورد بحث، یکی از عوضین مال الصلح است و عوض دیگر تعهد به پرداخت نفقه از سوی متصالح است، نه مبلغ نفقه.

فرایند پذیرش نهاد «تعهد به نفع ثالث» نشان می‌دهد که همه نظامهای حقوقی، آن را پذیرفته‌اند؛ لیکن بعضی از آن نظامها، از اصل شخصی بودن یا نسبی بودن قراردادها دست برداشته‌اند و برخی آن را حفظ نموده‌اند و تعهد به نفع ثالث را به عنوان استثناء پذیرفته‌اند. ۱. (کاتوزیان، همان؛ صص ۴۰۵ - ۳۶۸)

برخی از حقوق‌دانان، نهاد «تعهد به نفع ثالث» را امری عقلایی می‌دانند و آن را مورد تقاضای متعارف جوامع معرفی نموده‌اند و بنای عقلا را بر عمل به آن تبیین می‌کنند (شهیدی، ۱۳۸۲، ج ۳؛ ص ۲۹۷). در حقوق ایران هم در ماده ۷۶۸ ق.م. این نهاد پذیرفته شده است و در نظامهای حقوقی نیز موقعیت خاص دارد. درباره مبنای این نهاد و تسری آثار عقد به ثالث گفته شده است که آثار قرارداد در این‌گونه تعهدات بر اساس اراده طرفین به شخص ثالث تسری می‌یابد. مگر نه این است که طرفین قرارداد بر اساس خواسته خودشان، زمینه حقوقی اثر و تعهدی را به سود شخص ثالث فراهم می‌آورند؟ به این معنا که در پرتو اراده آنان، برای شخص ثالث موقعیت حقوقی ایجاد می‌شود تا با پذیرش آن، منافی را که مورد نظر طرفین قرارداد بوده است، برای خود جلب نماید (ر.ک. کاتوزیان، ص ۳۰۷).

از نظر حقوقی، حتی اگر بپذیریم، مورد ماده ۷۶۸ ق.م. استثناست و تسری‌پذیر به

۱- در این رابطه چهار نظریه وجود دارد: ۱- نظریه پیشنهاد؛ ۲- نظریه اداره مالی غیر؛ ۳- نظریه اعلام یک طرفه (ایقاع)؛ ۴- نظریه جعل حق. که در فقه، مرحوم شیخ انصاری (ره) این نظریه را دارند.

هر عقدی که تعهد به سود ثالث دارد، نیست و تنها در مورد عقد صلحی است که در برابر مال الصلح، تعهد به پرداخت نفقه ماهانه یا سالانه به نفع شخص ثالث وجود دارد، قوانین خاصی وجود دارد که حکم مشابهی در برخی از عقود، مقرر نموده است؛ مثل بیمه عمر. قرارداد بیمه عمر، قراردادی است که مطابق آن، بیمه‌گذار می‌پذیرد در زمان حیات خود هر ماه مبلغی به شرکت بیمه بپردازد و در عوض، بیمه‌گر (شرکت بیمه) تعهد می‌کند که بعد از مرگ بیمه‌گذار در مدت معینی مبلغ مشخصی به اشخاص معرفی شده در قرارداد بپردازد.

نتیجه کلام این شد که تعهد به نفع ثالث، نهادی حقوقی مخالف با قاعده و یا اصل نسبی بودن قراردادهاست. این قاعده اگرچه آثار قرارداد را به طرفین قرارداد محدود می‌داند و قاعده اولی و اصلی است، لیکن با نیازهای زندگی اجتماعی امروز انسان سازگار نیست. بسیاری از نهادهای سودمند و ضروری، نظیر بیمه عمر از پذیرش قاعده ثانوی «تسری آثار قرارداد به سود شخص ثالث» نشأت می‌گیرند که با حفظ مطلق اصل نسبی بودن قراردادهای، مشکلات حل‌نشده بسیاری گریبان‌گیر روابط حقوقی می‌شود (همان، ص ۳۱۹).

به دلیل اینکه بسیاری از مواد قانون مدنی ما برگرفته از فقه غنی شیعه است، مبانی فقهی پیش‌گفته درباره موضوعات مندرج در ماده ۷۶۸ ق.م. را می‌توان مبانی حقوقی مسأله هم دانست؛ به‌عنوان مثال، در مورد ادعای جهل به عوضین در تعهد به پرداخت نفقه، گفتیم که این جهل مضر نیست و مغتفر است و یا اینکه اصلاً در این موارد جهلی نیست. دلیل قانونی بر این مطلب در اینجا، ذیل ماده ۲۱۶ ق.م. و ماده ۷۶۱ ق.م. است که در این موارد، علم اجمالی به مقدار نفقه را کافی می‌داند و یا بر اساس ماده ۲۲۵ ق.م. متعارف بودن امری در عرف و عادت، به نحوی که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن معنا باشد، را به منزله ذکر در عقد می‌داند، در این صورت اصلاً جهلی وجود ندارد. روشن شد که ماده ۷۶۸ ق.م. از مبانی محکمی در فقه و حقوق بهره‌مند است. با وجود این، از این ماده کمتر استفاده می‌شود و حال آنکه می‌تواند کاربرد فراوانی داشته باشد که در فرصتی دیگر، موارد کاربرد آن را به صاحبان اندیشه در عرصه فقه و حقوق عرضه خواهیم داشت.

نتیجه‌گیری

ماده ۷۶۸ قانون مدنی از معدود موادی است که به لحاظ قلمرو وسیع آن از جهت شمول معاملات مدنی و تجاری، می‌تواند کارایی بسیاری در مجموعه قواعد حقوقی ما داشته باشد. اما از آن غفلت شده، کمتر به کار گرفته می‌شود. با تبیین نحوه پیدایی این قاعده در مجموعه قانون مدنی و علل وضع آن و ضمن ارائه مبانی فقهی و حقوقی متصور، اتقان و استحکام مبانی مقرر مزبور را به تصویر کشانیدیم و سعی بر آن داشتیم تا روزنه‌ای به روی دانشیان عرصه فقه و حقوق جهت کاوش بیشتر گشوده گردد. به هر تقدیر از گفته‌های ارائه شده، نتایج ذیل مقصود بوده است:

۱- پاسخ‌گویی به نیازهای اجتماعی بشر به‌ویژه نیازهای اقتصادی، اصلاح، تغییر و وضع قواعد جدیدی را بر اساس مقتضیات زمان و مکان می‌طلبد و وضع ماده ۷۶۸ ق.م در راستای این امر عقلایی صورت گرفته است.

۲- از ماده ۷۶۸ ق. م می‌توان برای موضوعاتی چون صحت عقد صلح در مقام معاملات و معاوضات، تعهد به پرداخت نفقه معین در قبال عوض صلح، تعهد به نفع ثالث، عملیات بانکی (اعطای وام با اخذ سود و پرداخت سود به سپرده‌های ثابت)، اوراق قرضه، اخذ تنزیل و بهره، بیمه، مورد استناد واقع شود. گرچه به نظر می‌رسد شمول ماده مورد بحث از این موضوعات هم وسیع‌تر است و اموری از قبیل وقف، وصیت در امور خیریه و بیع زمانی و برخی نهادهای غربی از قبیل مصالحه عمری با حق انتقال به فرزند را نیز در بر می‌گیرد.

۳- از نظر فقهی و حقوقی، احکام مستنبط از ماده ۷۶۸ ق.م در جهات تعهد به پرداخت نفقه در قبال مال الصلح و تعهد به نفع ثالث، مبانی محکمی است و هیچ‌کس و اشکالی بر آن مبانی وارد نشده است و وارد نیست و عموم فقها و حقوق‌دانان این مبانی را پذیرفته‌اند. تعهد به پرداخت نفقه در عوض مال الصلح، از جمله عقود است که در متون فقهی مطرح بوده است و فقها آن را صحیح می‌دانند و تمام شبهات طرح شده درباره آن را، زدوده‌اند؛ از قبیل: غرری شدن این معامله از جهت جهل به مقدار نفقه که پاسخ داده‌اند یا در این موارد اصلاً جهلی وجود ندارد؛ چون نفقه عرفاً معلوم است و یا اگر جهل تصور شود، جهل مضر نیست؛

تعهد به نفع شخص ثالث، یا به صورت یک قاعده از قواعد عمومی قراردادها و یا به صورت استثنا بر اصل نسبی بودن قراردادها از سوی فقیهان و حقوق‌دانان پذیرفته شده است و بنای عقلا را برای آن دلیل آورده‌اند.

منابع

- ۱_ ابن اثیر، مجدالدین المبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث و الاثر*، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الثانية، ۱۹۷۹ م. المجلد الثاني.
- ۲_ الايرواني الغروي، الحاج ميرزا علي، *حاشية كتاب المكاسب*، تحقيق: باقر الفخار الاصفهاني، بی جا، دارذوی القربی، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ هـ.ق. الجزء الثاني، (البيع)
- ۳_ بخش فرهنگي جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، *ریا*، قم، بوستان دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱ ش، بخش چهارم.
- ۴_ الحر العاملي، محمد بن الحسن، *وسائل الشیعه*، بیروت، لبنان، دار احیاء التراث العربی، بی تا، ج سیزدهم و دوازدهم.
- ۵_ الحسيني العاملي، سيد محمد جواد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا، جلد پنجم.
- ۶_ الشيرازي، السيد محمد، *الفقه، (الكتاب الصلح و السبق و الرمايه و الكفالة)* قم، مؤلف، المطبعة لسيد الشهداء، ۱۴۰۵ ق.
- ۷_ *المنجد في اللغة و الاعلام*، دار المشرق، بیروت، الطبعة الحادية و العشرون، ماده الصلح.
- ۸_ الموسوی الخمينی، الامام سيد روح الله، *تحرير الوسيلة*، نجف اشرف، مطبعة الاداب، ۱۳۸۷ ق، الجزء الثاني.
- ۹_ الموسوی الخويي، السيد ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، مقرر: الشيخ محمد علی التوحيدى، قم، مكتبة الداوری، الطبعة الاولى، ۱۳۷۷ ش، ج سوم.
- ۱۰_ النجفی، الشيخ محمد حسن، *جواهر الكلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، الطبعة السابعة ، بی تا، ج بیست و دوم و بیست و ششم.
- ۱۱_ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، اول ۱۳۷۸ ش. ج سوم.
- ۱۲_ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران، مؤلف، مشعل آزادی، ۱۳۵۶ ش، ج اول.
- ۱۳_ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق مدنی رهن و صلح*، تهران، گنج دانش، اول، ۱۳۷۰ ش.
- ۱۴_ جمالیزاده، احمد، *بررسی فقهی عقد بیمه*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، اول ۱۳۸۰ ش.
- ۱۵_ حاج سيد محمد باقر، *رساله سؤال و جواب*، چ سنگی، بی جا، بی تا، بی تا.
- ۱۶_ شهیدی، مهدی، *مجموعه مقالات*، مقاله هفتم: «صلح مال در برابر تعهد به پرداخت مستمری» تهران،

نشر حقوقدان، دوم، ۱۳۷۸

- ۱۷_ شهیدی، مهدی، **حقوق مدنی: آثار قرارداده و تعهدات**، تهران مجمع علمی و فرهنگی مجد، اول، ۱۳۸۲، ج سوم.
- ۱۸_ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، **سؤال و جواب**، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، اول، ۱۳۷۱ ش.
- ۱۹_ عبده بروجردی، محمد، **حقوق مدنی**، قزوین، انتشارات طه، اول، ۱۳۸۰ ش.
- ۲۰_ عدل، مصطفی، **حقوق مدنی**، به کوشش محمدرضا بندرچی، قزوین، انتشارات بحر العلوم، اول ۱۳۷۳ ش.
- ۲۱_ علامه حلی، ابو منصور الحسن بن یوسف بن المطهر، **قواعد**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الاولى، ۱۴۱۸ ق. ج دوم.
- ۲۲_ کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)**، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، دوم، ۱۳۷۶ ش، ج اول.
- ۲۳_ کاتوزیان، ناصر، **الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)**، تهران، انتشارات دانشگاه، تهران، دوم، ۱۳۷۸ ش. ج اول.
- ۲۴_ کورنو، جیرار، **المصطلحات القانونیه**، بیروت، مجد/المؤسسه الجامعیه للدراسات و النشر و التوزیع، ۱۹۹۸ م. ج اول.
- ۲۵_ گرجی، ابوالقاسم، **مقالات حقوقی**، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۸ ش، ج اول.
- ۲۶_ محقق داماد، سید مصطفی، مقاله: «**تعهد به نفع شخص ثالث از نظر شیخ انصاری**»، مجموعه مقالات کنگره شیخ انصاری، اول ۱۳۷۳ ش.
- ۲۷_ **مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی**، دوره ششم تقنین، ج اول.
- ۲۸_ میرزای قمی، ابوالقاسم، **جامع الشتات**، تهران، انتشارات کیهان، اول، ۱۳۷۱ ش. ج سوم.
- ۲۹_ **قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران**

30_ Code civile Francais.