

نظریه تبعیت در اعمال حقوقی

رضوان توکلی

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد سبزوار

چکیده

در این مقاله سعی شده است تا مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی مشخص گردد. در تلاش برای تحقق این هدف، مصادیق متعددی مورد شناسایی قرار گرفته است. درجه تبعیت هر یک از نهادهای حقوقی مورد بررسی از نهاد حقوقی پایه و اصلی، متفاوت از نهادهای دیگر است. کامل‌ترین مصداق تبعیت در حقوق خصوصی را بایستی در عقود تبعی یافت. تنها در این عقود است که هر سه مقطع ایجاد، اثرگذاری و انحلال نهاد حقوقی تابع از نهاد حقوقی متبوع پیروی می‌نماید. در عقود تبعی، حدود تبعیت از این نیز فراتر رفته و در مقاطع اثرگذاری و انحلال، تعهد پایه نیز به نحوی تابع عقد تبعی می‌گردد. برخی نهادهای حقوقی نیز وجود دارند که شاید از مصادیق تابعیت در حقوق خصوصی به نظر برسند، مانند شروط ضمن عقد و یا اعمال حقوقی چون تبدیل تعهد. تابعیتی که در عقود تبعی ملاحظه می‌گردد، در هیچ یک از این نهادهای حقوقی قابل ملاحظه نیست. شرط ضمن عقد، فرع بر عقد اصلی است و نه تابع آن، زیرا در تابعیت، علاوه بر این که وجود امر تابع، وابسته به وجود متبوع است، موضوع آن نیز با موضوع امر متبوع یکی است، به نحوی که اجرای نهاد حقوقی متبوع باعث انحلال نهاد حقوقی تابع می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: تعهد، تبعیت، تعهد تبعی، عقد تبعی.

مقدمه

تبعیت یکی از مفاهیم محوری حقوقی خصوصی است. در همین راستا تبعیت، مصادیق بسیاری نیز در حقوق خصوصی دارد. هدف از طرح مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی تمیز این مصادیق، از عقد تبعی است. بررسی حق، مال، حکم و تعهد تبعی، تفاوت این مفاهیم با عقد تبعی را به خوبی آشکار خواهد نمود. تنها در عقد تبعی است که رابطه تبعیت به صورت تمام عیار و در مراحل سه‌گانه انعقاد، آثار و انحلال عقد، رعایت می‌گردد؛ اما در سایر مصادیق تبعیت در حقوق خصوصی، تبعیت تنها در ایجاد نهاد تبعی و گاه در مرحله انحلال نهاد تبعی رعایت می‌گردد. اما تبعیت کامل را تنها می‌توان در عقود تبعی یافت. تنها در رابطه تعهد پایه و عقد تبعی است که تبعیت از یک سو، در سه مقطع انعقاد، اجرا و انحلال عقد تبعی وجود داشته و از سوی دیگر این تبعیت دو جانبه است. به این معنی که آثار و انحلال هر یک از تعهد پایه و عقد تبعی، وابسته به یکدیگر است. به عبارتی مفهوم تبعیت در حوزه اعمال حقوقی عبارت است از رابطه میان دو تعهد به نحوی که اصولاً وجود تعهد تبعی منوط به وجود عقد یا تعهد دیگری است که اصطلاحاً تعهد پایه نامیده می‌شود.

آشکار است که مفهوم تبعیت، نقشی محوری در فقه و حقوق داشته و هرگونه تحقیقی در این زمینه بدون شناخت مفهوم، معیار و آثار تبعیت، تحقیقی ناتمام خواهد بود. چرا که تبعیت یکی از مفاهیم محوری حقوق خصوصی است و درک مفهوم آن برای شناخت بسیاری از عقود و روابط حقوقی ضروری می‌نماید.

تبعیت

تبعیت حقوقی به طور خلاصه عبارت است از «حالتی که طی آن، کسی تحت اداره و نظارت مستقیم و یا غیرمستقیم دیگری کار کند».^۱ در قرارداد کار وضعیت «تبعیت حقوقی» یک طرف نسبت به طرف دیگر، بارزترین مشخصه رابطه کارگری و کارفرمایی است که این امر با بررسی کیفیت اختیار و تکلیف و تعهد هر یک از دو طرف قابل احراز است. منظور از تبعیت حقوقی در حقوق کار این است که کارگر به تقاضای کارفرما و به دستور او مبادرت به انجام کار تحت شرایط تعیین شده در قرارداد کار می‌نماید و در انجام کار تابع دستور کارفرما است؛ یعنی به دستور کارفرما شروع به کار می‌نماید و کارفرما روی اجرای کار نظارت دارد و نتایج حاصله را بررسی می‌کند، این شکل از تبعیت در کارگاه‌های کوچک که کارگر با کارفرما ارتباط مستقیم دارد مشاهده می‌شود؛ ولی در کارگاه‌های بزرگ مفهوم تبعیت بدین ترتیب است که کارگر در چارچوب سازمان اداری کارگاه وظیفه‌ای را بر عهده می‌گیرد و پست سازمانی را اشغال می‌کند و با استفاده از امکانات محل کارگاه، وسایل و ابزار کار و غیره در ساعات مقرر طبق شرح وظیفه یا پست سازمانی کارهایی را که بر عهده اوست انجام می‌دهد و تابع نظام اداری کارگاه می‌باشد. در این صورت چه بسا وی از استقلال زیادی در انجام کار (به ویژه در کارهای فکری و تخصصی) برخوردار باشد؛ ولی همین که تابع سازمان کارگاه است؛ کارگر محسوب می‌شود.^۲ برای تشخیص موارد اشتباه شدنی باید به ملاک اصلی قرارداد کار-یعنی وجود یا عدم رابطه تبعیت حقوقی-توسل جست.

مستندات قاعده تبعیت عقد از قصد

تبعیت عقد از قصد یکی از مسائل بدیهی است که نیاز به استدلال ندارد. زیرا ماهیت عقد یک امر قصدی است و بدون آن قابل تحقق نیست. به عبارت دیگر قصد جزء ماهیت عقد است و قوام عقد وابسته به قصد است. کما اینکه سیره تمام عقلاء عالم نیز بر این است که نبود قصد را ملازم با عدم تحقق ماهیت حقوقی عقد می‌دانند و با آن مانند امر عدمی برخورد می‌کنند.^۳

^۱ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت‌ها و صلح، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۶۷، ص ۶ و ۷

^۲ همان

^۳ همان

۱- تحقق عقد و موضوع آن محتاج قصد است نه احکام عقد

همانطوریکه در مفاد قاعده توضیح داده شد، تحقق عقد و موضوع آن و تمام شرائط و خصوصیات آن تابع قصد است. بنابراین نوع عقد، طرفین آن، ثمن و مثن، و شروط عقد و شرائط آن تابع قصد است. ولی وقتی موضوع عقد تحقق پیدا کرد، احکام آن بر آن مترتب می‌شود گرچه مورد قصد واقع نشود.

مثلاً وقتی عقد بیع با شرائط و خصوصیات مقصود محقق شد، احکام شرعی مربوط به آن مانند لزوم نقل و انتقال، ضمان قبل از قبض، ضمان آرش در مبیع معیوب، خیابار عیب و خیابار حیوان و خیابار مجلس بر آن مترتب می‌شود ولو متعاقدين آن را قصد نکنند بلکه به آن جاهل باشند.^۴

۲- تبعیت عقد از قصد در مقام ثبوت

همانطوری که گفته شد تقوّم عقد به قصد است و بدون قصد قابل تحقق نیست. و این تقوّم در مقام ثبوت است نه در مقام اثبات. بنابراین اگر یکی از طرفین عقد چنین ادعا کند که مقصودش خلاف ظاهر کلام بوده است، قبول نمی‌شود. چون تنها راه وصول به مقاصد، ظواهر الفاظ است.^۵

تعهد

کلمه تعهد در مواد مختلفی از قانون مدنی آمده است. تعهد معنای مصدری و اسم مفعولی دارد. در ماده ۱۸۳ و ۲۲۱ قانون مدنی به معنای مصدری است؛ که عبارت است از: عهده گرفتن برای انجام یا ترک عملی در برابر دیگری.^۶

در ماده ۲۲۲ و ۲۲۶ قانون مدنی به معنای اسم مفعولی است که به معنای؛ تکلیف و وظیفه‌ای که قانوناً بر عهده شخص متعهد ثابت است، آمده است. تعهد اختصاص به اشخاص حقیقی ندارد، ممکن است در تعهد یک یا هر دو طرف شخصیت حقوقی باشند. به علاوه ممکن است چند نفر متعهد یا متعهد له باشند. خواه مسؤولیت تضامنی (مسؤولیت تضامنی به معنای التزام جمعی به ایفای یک دین) باشد و یا تعهد یک شخص در برابر چند نفر باشد.^۷

اعمال حقوقی

اصطلاح «اعمال حقوقی» در مواد ۹۶۲ و ۱۲۱۳ ق.م.آ آمده است و، چنان که گفته شد، مقصود وقایعی است که به اراده اشخاص به وجود می‌آید و آثار حقوقی آن تابع همان اراده است. پس، در تعریف آن می‌توان گفت، کار ارادی است که اثر حقوقی آن با آنچه فاعل می‌خواهد منطبق است، یا به بیان بهتر، «اعلام اراده‌ای است که به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص انجام می‌شود و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می‌کند». این اعلام اراده را «انشاء» به معنی ایجاد می‌گویند و برای بیان ارادی و عمدی آن «قصد انشاء» نیز گفته می‌شود.^۸

اقسام عمل حقوقی: عقد و ایقاع

چنان که گفته شد، اعمال حقوقی به دو گروه ممتاز «عقود» و «ایقاعات» تقسیم می‌شود:

۱. عقد یا قرارداد، عمل حقوقی است که به توافق صورت می‌پذیرد: نماینده‌ی دو نفع متضاد روبروی هم قرار می‌گیرند و راه مشترکی را برای دستیابی به هدف خاص خود جستجو می‌کنند. توافق بر سر همین راه مشترک است که با دو انشاء منوط به هم بروز می‌کند و اثر معهود دلخواه را به بار می‌آورد: برای مثال، خرید و فروش (بیع) عقد است. زیرا، اگر حسن بخواهد

^۴ مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، جلد ۲، صفحه ۳۴۲.

^۵ گرجی، ابوالقاسم، تحقیقات اسلامی، شماره ۲۱، صفحه ۶۰.

^۶ همان

^۷ همان

^۸ دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد ایقاع، دکتر کاتوزیان، ص ۲۳.

مزرعه‌ی خود را به حسین بفروشد، باید تملیک مزرعه را با بهای معین انشاء کند. حسین نیز به نوبه‌ی خود بایستی خرید مزرعه را با همان بهاء ارائه نماید تا مبادله صورت پذیرد. هیچ یک از این دو انشاء مستقل نیست؛ منوط و متکی به هم است. حسین مزرعه را می‌دهد، بدین شرط که حسن هم بهای آن را بپردازد؛ حسن نیز پول می‌دهد تا مزرعه را بگیرد. به همین جهت، باید پذیرفت که دو انشاء یک مجموعه‌ی تجزیه ناپذیر است. مفاد همین مجموعه را «قصد مشترک» می‌نامند و مبنای تفسیر عقد می‌سازد.^۹

راه شناسایی نوع عقد

عنوانی را که دو طرف به هنگام تراضی برای توصیف پیمان خود انتخاب می‌کنند، در شناسایی نوع عقد اثر قاطع ندارد. دادرس باید مقصود آنان و نوع دیونی را که به عهده گرفته‌اند با صورت‌های موجود در قانون تطبیق کند و تشخیص دهد که چنین صورتی در میان عقود معین وجود دارد یا نه؟ برای مثال، اگر کسی در مقابل طلبکاری بگوید: تعهد می‌کنم که دین مدیون ترا بپردازم، تنها به خاطر این که لفظ «ضامنم» را به کار نبرده است، نمی‌توان ادعا کرد که تراضی آن دو مشمول مقررات عقد ضمان نیست، مگر این که مقصود متعهد این باشد که دین در ذمه‌ی مدیون اصلی باقی بماند و او ملتزم شود که آن را بپردازد.^{۱۰}

قدرت اجبار کننده و لزوم عقد

عقدی که شرایط اساسی صحت آن جمع باشد، در رابطه‌ی بین دو طرف در حکم قانون است؛ یعنی، نه تنها هیچ یک از آن دو حق بر هم زدن عقد را ندارد (اصالة اللزوم)، هر طرف ملزم است که مفاد پیمان را اجرا کند و آنچه را که به عهده گرفته است انجام دهد؛ چنان که ماده‌ی ۲۱۹ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم الاتباع است.»^{۱۱}

قاعده نسبی بودن قراردادها

قاعده نسبی بودن قرارداد یکی از نتایج اصلی حاکمیت اراده است. زیرا، اگر قبول کنیم که آثار عقد نتیجه‌ی توافقی است که دو طرف در این باب کرده‌اند، طبیعی است که آن آثار نیز باید دامنگیر کسانی شود که در ساختمان اصلی عقد دخالت داشته‌اند.^{۱۲}

تعهد به نفع شخص ثالث

برای ایجاد این تعهد، باید دو شخص برای خود قراردادی ببندند و یکی از آن‌ها در برابر دیگری ملتزم به دادن مال یا انجام دادن کاری به سود شخص ثالث بشود. به موجب ماده ۱۹۶ قانون مدنی، «تعهد به نفع ثالث» وقتی ایجاد می‌شود که طرفین قرارداد اصلی در آن باره توافق کرده باشند؛ برای مثال، در عقد هبه بر متبهب شرط می‌شود که او همه ساله مبلغ معینی به فرزندان واهب بپردازد، یا در قرارداد بیمه توافق می‌کنند که بیمه‌گر در برابر اقساط بیمه مبلغ معینی پس از فوت بیمه گذار به برادر یا دوست او بدهد.^{۱۳}

از ظاهر ماده ۱۹۶ چنین بر می‌آید، که شرط صحت تعهد به نفع ثالث این است که، دو طرف معامله‌ی خاصی را انجام دهند و ضمن آن تعهد مورد نظر را به طور تبعی شرط کنند. ولی، این استنباط به نظر درست نمی‌رسد، زیرا مطابق ماده‌ی ۱۰ قانون

^۹ همان

^{۱۰} همان

^{۱۱} دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد ایقاع، دکتر کاتوزیان، ص ۱۶۰.

^{۱۲} همان، ص ۱۷۲.

^{۱۳} همان

مدنی، تراضی اشخاص برای ایجاد هر دین مشروعی کفایت می‌کند، و لازم نیست که دو طرف عقد معینی را انشاء کنند و تعهد به نفع ثالث را به صورت شرط ضمن آن در آورند.^{۱۴}

معنی شرط

واژه‌ی «شرط» معانی گوناگون دارد. ولی در حقوق مدنی وقتی سخن از شرط به میان می‌آید، مقصود یکی از این دو معنی است:

۱. امری که ساختمان اصلی یا تأثیر یکی از اعمال یا وقایع حقوقی وابسته به آن است. برای مثال، در ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی، که شرایط اساسی صحت معامله را بیان می‌کند، یا ماده‌ی ۴۷ که می‌گوید: «در حبس اعم از عمری و غیره قبض شرط صحت است.» واژه‌ی شرط به همین معنی است (همچنین، رک. مواد ۶۰ و ۳۶۴ و ۳۷۴ و ۶۹۰ و ۶۹۴ و ۷۷۲). ۲. توافقی است که، بر حسب طبیعت خاص خود یا مفاد تراضی دو طرف، از توابع عقد دیگری قرار گرفته است: مانند شرط صفت یا خیار شرط که همیشه از لوازم عقد اصلی است، و وکالت که ممکن است به اراده‌ی دو طرف تابع عقد بیع یا نکاح شود.^{۱۵}

رابطه التزام اصلی و تبعی

تعهد ناشی از شرط در شمار التزام‌های اصلی عقد قرار نمی‌گیرد. پس، در عقود معوض، همبستگی که بین تعهدهای اصلی وجود دارد، بین تعهد تبعی (شرط) و اصلی ایجاد نمی‌شود: اگر ملتزم به شرط از انجام دادن آن خودداری کند، مشروط له حق ندارد به این بهانه از وفای به عهد خویش سر باز زند، یا اگر شرط به سببی باطل باشد، بطلان آن به طور معمول تعهدهای اصلی را از بین نمی‌برد.^{۱۶}

همچنین، شرط عوض طبیعت عقود مجانی را دگرگون نمی‌سازد، و آن را تابع قواعد عقود معوض نمی‌کند: چنانکه اگر در هبه شرط شود که متبهد مالی را به واهب بدهد، این شرط عقد رایگان را تبدیل به معوض نمی‌کند و رابطه‌ی بین موضوع شرط و بخشش همانند رابطه‌ی بین عوض و معوض نیست. از نظر تحلیلی باید گفت، در این حالت، عقد ترکیبی از دو هبه است که ضمن یک تراضی انجام شده است.

اسباب انحلال

انحلال قرارداد را، به اعتبار سهمی که اراده‌ی دو طرف در آن دارد، به سه گروه می‌توان تقسیم کرد:

۱. انحلال به تراضی، بدین گونه که همان اراده‌ها که سبب ایجاد عقد را فراهم آورده‌اند درباره‌ی انحلال به توافق رسند؛ از تعهدها بگذرند و دو عوض را به جای نخستین بازگردانند. انحلال به تراضی را در اصطلاح حقوق ما «اقاله» و گاه «تفاسخ» (ماده ۲۸۳)^{۱۷} می‌نامند و ماده‌ی ۲۶۴ ق.م. آن را در زمره‌ی اسباب «سقوط تعهدات» آورده است.

۲. انحلال ارادی، که به تصمیم یکی از دو طرف انجام می‌شود. این عمل حقوقی، بر خلاف اقاله که در شمار قراردادهای می‌آید، ایقاع است و نیاز به تراضی ندارد. انحلال ارادی بدین معنی را «فسخ» می‌نامند (ماده‌ی ۴۴۹ ق.م.) و اختیاری را که طرف عقد لازم در فسخ آن دارد «خیار» می‌گویند.

۳. انحلال قهری، که خود به خود انجام می‌پذیرد و اراده‌ی دو طرف یا یکی از آن‌ها در وقوع فسخ دخالت ندارد: مانند انحلال بیع در نتیجه‌ی تلف مبیع پیش از تسلیم آن به خریدار (ماده‌ی ۳۸۷ ق.م.)^{۱۸} و انحلال اجاره در اثر تلف عین مستأجره (ماده‌ی ۴۸۳ ق.م.)^{۱۹}.

^{۱۴} دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد ایقاع، دکتر کاتوزیان، ص ۱۷۹.

^{۱۵} دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد ایقاع، دکتر کاتوزیان، صفحه ۲۸۲.

^{۱۶} دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد ایقاع، دکتر کاتوزیان، صفحه ۲۸۳.

^{۱۷} ماده ۲۸۳ قانون مدنی: بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند.

انحلال قهری را در اصطلاح «انفساخ» می‌نامند، در برابر فسخ که با انجام عمل حقوقی صورت می‌پذیرد؛ چنان که در ماده‌ی ۹۵۴ می‌خوانیم: «کلیه‌ی عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفته در مواردی که رشد معتبر است»^{۲۰}.

حقوق عینی

در این زمینه اراده‌ی شخص می‌تواند سبب تملک شود، چنان که زمینی موات را آباد یا معدنی را استخراج کند (حیازت مباح) یا حیوان گمشده‌ای را پناه دهد (حیوان ضاله). گاه نیز اراده‌ی تنها باعث سقوط حق عینی می‌شود: مانند اعراض که سبب سقوط حق مالکیت است و اسقاط حق انتفاع و ارتفاق. تملک به شفعه را نیز باید بر این صورت افزود. زیرا، شریک ملک می‌توند سهمی را که شریک دیگر فروخته است از خریدار بگیرد و بهایی که پرداخته است به او بدهد^{۲۱}.

حقوق دینی

در نظریه‌های جدید حقوقی ایقاع نیز در زمره اسباب ایجاد تعهد پذیرفته شده است. منتها، خواهیم دید که کارایی این سبب چهره‌ی استثنایی دارد و محدود به مواردی است که حق ایجاد تعهد برای شخص شناخته شده باشد. هم اکنون بسیاری از نظریه پردازان راه حل نهایی پاره‌ای از نهادهای حقوقی، مانند اثر شرط به سود ثالث و التزام ناشی از ایجاب و پذیره نویسی سهام شرکت‌ها را، در شناسایی ایقاع به عنوان منبع تعهد می‌بینند^{۲۲}.

حقوق خانوادگی

طلاق مهم‌ترین نمونه‌ی ایقاع مؤثر در رابطه‌ی خانوادگی است. ولی، ایقاع‌های دیگری نیز وجود دارد که سهم و اهمیت آن‌ها را نباید فراموش کرد: مانند فسخ نکاح، رجوع شوهر، بذل مدت در نکاح منقطع و فرزند خواندگی^{۲۳}.

تملك مباحت

مباح مالی است بی مالک خاص که اشخاص می‌توانند، با رعایت نظامات خاص، آن را حیازت و تملک یا از آن استفاده کنند: مانند زمین‌های موات (ماده ۲۷ ق.م.)، آب‌های مباح (ماده ۱۴۸ به قعد ق.م.) و اشیاء پیدا شده (لقطه). ماده‌ی ۱۴۷ ق.م. امکان تملک این گونه اموال را به حیازت اعلام می‌کند. در این ماده می‌خوانیم: «هر کس مال مباحی را با رعایت قوانین مربوطه‌ی به آن حیازت کند مالک آن می‌شود»^{۲۴}.

اعراض

در قانون «اعراض» تعریف نشده است و احکامی از شیوه‌ی اجرای این حق دیده نمی‌شود. ولی، از مفاد ماده ۱۷۸ ق.م. به اجمال می‌توان فهمید که اعراض سبب قطع رابطه‌ی مالکیت بین شخص و مال می‌شود (فک ملک) و آن را در زمره‌ی اموال

^{۱۸} ماده ۳۸۷ قانون مدنی: اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تصمیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.

^{۱۹} ماده ۴۸۳ قانون مدنی: اگر در مدت اجاره عین مستأجره به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود و در صورت تلف بعضی آن مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره را نماید.

^{۲۰} دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد ایقاع، دکتر کاتوزیان، صفحه ۳۱۰

^{۲۱} دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد ایقاع، دکتر کاتوزیان، صفحه ۴۳۷

^{۲۲} همان

^{۲۳} دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد ایقاع، دکتر کاتوزیان، ص ۴۳۸.

^{۲۴} همان، ص ۴۴۴.

مباح می‌آورد. در این ماده می‌خوانیم: «مالی که در دریا غرق شده و مالک از آن اعراض کرده است مال کسی است که آن را بیرون بیاورد».^{۲۵}

آزادی در اسقاط حق

در زمینه‌ی اسقاط طلب به وسیله‌ی ایقاع، قانون مدنی به همه‌ی گفتگوهای پیش از آن پایان بخشیده است. ماده‌ی ۲۸۹ در فصل «سقوط تعهدات» اعلام می‌کند: «ابراء عبارت از این است که دائن به اختیار از حق خود صرف نظر نماید». بنابراین، ابراء در حقوق ما به اراده‌ی طلبکار واقع می‌شود و همانند اعراض در حقوق عینی است. قانونگذار نگران منتی که به اجبار بر دوش مدیون قرار می‌گیرد نیست و بر این چهره‌ی عمل حقوقی تکیه دارد که ابراء اسقاط است و هر صاحب حق می‌تواند به آن دست زند. در نتیجه، ابراء ایقاع معین است که در قانون نام و احکام ویژه دارد و با شناخت مبنای آن باید گفت: در حقوق ما، اصل آزادی اسقاط حق و طلب است.^{۲۶}

تبعیت

تبعیت، اصطلاحی فقهی به معنای تبعیت چیزی از حکم یا عنوان شرعی چیز دیگر. تبعیت در لغت به معنای پیروی کردن و تابع بودن است.^{۲۷} و در منابع فقهی، بویژه فقه امامی، به اصطلاحی خاص تبدیل شده است. در برخی علوم دیگر مانند اصول فقه و حقوق و علوم سیاسی نیز در معانی خاصی به کار رفته است.

کاربرد واژه تبعیت در متون فقهی، بویژه منابع متأخر امامی، رواج بسیار دارد و در ابواب گوناگون فقه از جمله طهارت و نماز و جهاد و بیع به کار می‌رود. هرچند این واژه یا کلمات مشابه آن در شماری از منابع نسبتاً متقدم فقهی کم و بیش کاربرد داشته.^{۲۸}

عقود تبعی

عقد تبعی عقدی است که موضوع آن تعهدی مستقل است که از قبل ایجاد شده. با این وصف، عقد تبعی، تابع تعهدی دیگری است که در این نوشته از آن به عنوان تعهد پایه یاد می‌شود.^{۲۹}

این رابطه تبعیت، در مقطع انعقاد قرارداد یک جانبه است؛ به این معنی که در این مقطع، تنها انعقاد عقد تبعی، وابسته به وجود تعهد پایه است؛ اما در مقاطع بعدی حیات عقد تبعی (اجراء و انحلال)، رابطه میان تعهد پایه و این عقد، رابطه‌ای دو سویه است؛ به این معنا که هم اجرای عقد تبعی در اجرای تعهد پایه تأثیر دارد و هم اجرای تعهد پایه در اجرای عقد تبعی مؤثر است. انحلال هر یک از عقد تبعی و تعهد پایه نیز به همین نحو در انحلال نهاد حقوقی مقابل مؤثر است. تنها در عقود تبعی است که شاهد چنین رابطه تبعی هستیم. در سایر انواع تبعیت در حقوق خصوصی، از یک سو تابعیت، صرفاً در مقطع انعقاد و انحلال، میان نهاد حقوقی اصلی و فرعی وجود دارد و از سوی دیگر این رابطه تبعیت یک سویه بوده و تنها نهاد حقوقی فرعی، تابع نهاد حقوقی اصلی است.^{۳۰}

^{۲۵} همان

^{۲۶} دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد ایقاع، دکتر کاتوزیان، ۴۴۶

^{۲۷} (فراهیدی؛ ابن منظور؛ فیومی؛ فیروزآبادی، ذیل «تبع»)

^{۲۸} محقق حلی، ج ۱، ص ۲۸۹؛

^{۲۹} محمد حسن صادقی مقدم، رضا شکوهی زاده، مقاله، نظریه تبعیت در اعمال حقوقی، تاریخ دریافت ۹۰/۹/۱۶، تاریخ تصویب ۹۰/۱۲/۱۰

^{۳۰} همان

تعهد

در تعریف تعهد مرسوم است که می‌گویند: «رابطه حقوقی است که به موجب آن شخصی می‌تواند از دیگری انجام دادن امری را بخواهد»^{۳۱}. این رابطه، به اعتبار حق متعهدله، طلب، و به لحاظ التزام متعهد، «دین» نامیده می‌شود. ولی، برای پرهیز از این پندار که تعهد بستگی کامل به شخصیت اطراف آن دارد، و نیز بدین منظور که تعریف بتواند تعهد جاعل و امضا کننده سند در وجه حامل را در بر گیرد، بعضی پیشنهاد کرده‌اند: «تعهد وضع حقوقی است که به موجب آن شخصی عهده دار انجام دادن کاری می‌شود.» اصطلاح تعهد به طور معمول در موردی به کار می‌رود که مدیون، بنا به اراده خود، عهده دار انجام یا خودداری از کاری می‌شود. دیونی را که به حکم قانون بر او تحمیل شده است الزام می‌نامند؛ چنان که در قانون مدنی نیز این گونه، امور زیر عنوان: «الزامات خارج از قرارداد» مورد مطالعه واقع شده است (مواد ۳۰۱ به بعد).

تعهد تبعی

تعهدی را تبعی می‌نامیم که به تبعی تعهدی دیگر ایجاد شده باشد^{۳۲}. تعریف تعهد تبعی به تعهدی که به تبع عقدی دیگر حاصل شده باشد، باعث می‌شود تمامی تعهدات قراردادی، تعهد تبعی محسوب گردد^{۳۳}. در همین راستا، تعهد تبعی را برخی به تعهد تبعی شرطی و عقدی تقسیم نموده‌اند. مطابق این تعریف، تعهد تبعی شرطی، عبارت است از تعهد ناشی از توافقی که در شمار توابع عقد دیگری درآید^{۳۴}. با این حال، به نظر می‌رسد که در خصوص تعهدات ناشی از شروط ضمن عقد، با فرعیت مواجه می‌باشیم و نه تبعیت.

مال تبعی

منظور از مال تبعی، مالی است که عنوان مستقل نداشته و برخی ویژگی‌ها یا آثار آن به تبع مالی دیگر تعیین می‌گردد. اموال تبعی در حقوق خصوصی به وفور یافت می‌گردند^{۳۵}.

رابطه تبعی

تبعیت کارگر از کارفرما است که تمیز قرارداد کار را از دیگر انواع قراردادهای معوض که موضوع آن خدمات انسانی است، امکان پذیر می‌نماید. با توسل به این معیار، صنف کارگران از صنف کارگران مستقل یا پیمانکاران تمیز داده می‌شوند^{۳۶}.

تعریف عقد ضمان

در ماده ۶۸۴ ق.م. که از فقه امامیه اقتباس شده است، در تعریف عقد ضمان مقرر شده است: «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. متعهد را ضامن، طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می‌گویند.»

^{۳۱} قانون تعهدات سویس، ترجمه‌ی جواد واحدی، تهران، ۱۳۷۸ ش.

^{۳۲} محمد حسن صادقی مقدم، رضا شکوهی زاده، مقاله، نظریه تبعیت در اعمال حقوقی، تاریخ دریافت ۹۰/۹/۱۶، تاریخ تصویب ۹۰/۱۲/۱۰

^{۳۳} احمدی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۱

^{۳۴} محمد حسن صادقی مقدم، رضا شکوهی زاده، مقاله، نظریه تبعیت در اعمال حقوقی، تاریخ دریافت ۹۰/۹/۱۶، تاریخ تصویب ۹۰/۱۲/۱۰

^{۳۵} کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، نظریه‌ی عمومی تعهدات، تهران، ۱۳۸۲ ش.

^{۳۶} گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، تهران، ۱۳۶۵ ش.

عقد

یکی از خصوصیات ضمان، عقد بودن آن است چون برای انعقاد آن حداقل دو اراده لازم است. ولی باید دید طرفین عقد چه کسانی می باشند و یا به عبارت دیگر، عقد را چه کسانی امضاء می کنند چون در عقد ضمان سه شخص دخالت دارد: نخست: طلبکار یا مضمون له که خواهان انعقاد عقد ضمان است.

توثیقی

عقد ضمان، عقدی توثیقی است، چون جهت تأمین و اطمینان از رابطه‌ی حقوقی که قبلاً وجود داشته است، منعقد می شود.

تبعی

عقود نسبت به داشتن و نداشتن موضوع مستقل به دو نوع مستقل و وابسته یا تبعی تقسیم می شود. عقد ضمان چون موضوع مستقلی به آن تعلق نمی گیرد بلکه، رابطه‌ی حقوق و یا دینی، که بین طلبکار و بدهکار قبلاً محقق شده را مورد حمایت قرار می دهد، عز عقود تبعی محسوب می شود. به همین جهت در ماده ۷۱۳ ق.م. مقرر شده است: «اگر ضامن به مضمون له کمتر از دین داده باشد، زیاده بر آنچه داده نمی تواند از مدیون مطالبه کند اگر چه دین را صلح به کمتر کرده باشد.»

اثر عقد ضمان بین ضامن و مضمون له

به صرف انعقاد عقد ضمان، دین از ذمه مدیون به ذمه ضامن منتقل می شود. در نتیجه، ذمه مدیون اصلی از پرداخت دین بری، و ذمه ضامن به آن مشغول می شود. به عبارت دیگر، با انعقاد عقد ضمان رابطه طلبکاری و بدهکاری بین مدیون و مضمون له منتفی و بین ضامن و مضمون له برقرار می شود. انتقال مضمون به از مدیون به ذمه ضامن در فقه امامیه از ضروریات محسوب شده است.^{۳۷} به همین جهت در ماده ۶۹۸ ق.م. مقرر شده است: «بعد از این که ضمان به طور صحیح واقع شد، ذمه مضمون عنه بریء و ذمه ضامن به مضمون له مشغول می شود.»

تعریف کفالت

بر خلاف سایر عقود توثیقی که تسلیم مالی یا پرداخت دینی را تأمین می کنند، کفالت حضور شخص در مکان و زمان معینی را تأمین می کند. در نتیجه، موضوع کفالت حضور شخص در زمان و مکان مشخص به تقاضای متعهد له می باشد. به همین جهت در ماده ۷۳۴ ق.م. مقرر شده است: «کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می کند. متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول له می گویند.»

روش پژوهش

این طرح از نوع تحلیلی و توصیفی است و به روش کتابخانه‌ای ارائه خواهد شد. روش‌های کتابخانه‌ای در تمام تحقیقات علمی مورد استفاده قرار می گیرد، ولی در بعضی از آنها در بخشی از فرآیند تحقیق از این روش استفاده می شود و در بعضی از آنها موضوع تحقیق از حیث روش ماهیتاً کتابخانه‌ای است و از آغاز تا انتها متکی به یافته‌های تحقیقات کتابخانه‌ای است. ابزار گردآوری اطلاعات فیش برداری و مطالعات کتابخانه‌ای است که در آن چک لیستی از مطالب کتب فقهی و حقوقی تهیه خواهد شد.

اهداف پژوهش**– اهداف علمی**

۱. بررسی مصادیق تبعیت و رفع ابهامات موجود در مورد آن در حقوق خصوصی
۲. بررسی مفهوم تعهد و کاربردهای آن در حقوق خصوصی

^{۳۷} شیخ ابوجعفر محمد بن حسن بن علی طوسی، پیشین، ص ۳۱۴ / شهید الثانی، پیشین، ص ۱۸۲ / سید علی طباطبایی، پیشین، ص ۵۷۹.

۳. شناخت عقود تبعی و نقش آن در حقوق خصوصی.

— اهداف کاربردی

نتایج این پژوهش می‌تواند مورد استفاده محققان، پژوهشگران، دانشجویان و حقوقدانان قرار گیرد. و همچنین با ارائه پیشنهاداتی در باب تبعیت برای رفع خلأهای موجود در قانون در جهت ارتقای قانون‌گذاری و شناخت و کمک در جهت پیشرفت و شناخت بهتر تعهد و عقود تبعی می‌باشد.

تعریف عقد نکاح

پیمان زناشویی یا نکاح بی گمان عقد است؛ منتها، چهره‌ی اجتماعی آن چندان غلبه دارد که از حیث آثار باید آن را از سایر قراردادهای ممتاز ساخت: موضوع آن تشکیل خانواده و التزام به عشق و وفاداری و همبستگی است و اثر آن همچون نهادی حقوقی و پیش ساخته که دو طرف به تراضی در آن قرار می‌گیرند. قیاس این اتحاد مقدس با معامله‌ی دوما، از جمله تعبیر برخورداری از جسم زن در برابر مهر، از یادگاری‌های دوران برده‌داری است که باید از ذهن زدود و به یاد داشت که انسان موضوع معامله و داد و ستد قرار نمی‌گیرد.^{۳۸}

حقوق و تکالیف مشترک زوجین

هنگامی که عقد به طور صحیح واقع شد، مطابق ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی، حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر برقرار می‌شود. نکاح نیز مانند هر عقدی، حقوق و تکالیف خاصی را برای طرفین عقد به وجود می‌آورد که تحت عنوان آثار عقد قابل بررسی است. مطابق قوانین موجود، با وقوع عقد نکاح دو اثر قابل تحقق است. یکی اثر مالی نکاح که مطابق آن مرد در مقابل زن تکالیفی پیدا می‌کند و ملزم است هزینه‌هایی را به نفع زوجه متحمل شود که تحت عنوان مهریه و نفقه آن را به زن می‌پردازد. دوم اثر غیرمالی است که طرفین را ملزم می‌کند در مقابل یکدیگر اموری را به عهده بگیرند و قانونگذار از آن تحت عنوان حسن معاشرت (ماده ۱۰۱۳)، معاضدت در تشییع مبنای خانواده (ماده ۱۱۰۴) و تمکین زوجه (ماده ۱۱۰۸) سخن گفته است.

حقوق اختصاصی مرد

بند اول: ریاست مرد بر خانواده

ریاست شوهر همان «قوام» بودن شوهر است که در قرآن به آن اشاره شده است.^{۳۹} قوامه در لغت به معنای قیام و اشراف در امر یا مال و ولایت امر آمده و به معنای حمایت و سرپرستی نیز معنا شده و نیز گفته اند که «قوامه» در لغت به معنای محافظت کردن و رعایت مصالح فرد است و قوام کسی که قیام کننده و عهده دار مصالح تدبیر و تادیب می‌باشد.^{۴۰}

بند دوم: تمکین زوجه

از آنجا که مهم ترین هدف ازدواج، ارضاء نیازهای جنسی از طریق مشروع می‌باشد زن و شوهر در این زمینه حقوق و مسئولیت های اساسی دارند. زوجین با مشاهده نیازهای جنسی همسر خود، ولو تمایل چندانی نداشته باشند، می‌بایست نیاز همسر را برآورده سازند (مگر آنکه مانع عقلی یا شرعی در این زمینه وجود داشته باشد) و این مطابق عهده‌ی است که با انعقاد قرارداد ازدواج هر دو پذیرفته اند. پر واضح است که در این زمینه بدلیل تفاوت های جسمانی و روانی زنان با مردان، زن ها وظیفه سنگین تری برعهده دارند و تم یکن خاص بر زنان الزامی است.

^{۳۸} برای مطالعه‌ی بیشتر در این زمینه، رک. خانواده، ج ۱، قرائت و تمرین (۱).

^{۳۹} الرجال قوامون علی النساء سوره نساء، آیه ۳۴.

^{۴۰} مقدادی، محمد مهدی، ریاست خانواده، پاییز ۱۳۸۵، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ص. ۳۹

بند سوم: ولایت بر فرزندان

کودکی، موجب محجوریت طفل است. محجوریت یعنی ممنوعیت از تصرفات حقوقی و صغیر تا وقتی رشد او ثابت نشود حق اداره امور مالی خود را ندارد. ولایت بر کودک به اتفاق مذاهب اسلامی برعهده پدر و جد پدری است.^{۴۱}

اثر عقد کفالت

بیشتر صاحب نظران معتقدند: اثر ذاتی عقد کفالت تعهد کفیل به احضار مکفول در زمان و مکان خاص است، به همین جهت استفاده از هر وسیله مشروع جهت قرارداد دادن مکفول در اختیار مکفول له را بر کفیل لازم دانسته‌اند.^{۴۲} ماده ۷۴۰ ق.م. نیز ظاهر در تعهد به احضار می‌باشد، چون مقرر شده است: «کفیل باید مکفول را در زمانی و مکانی که تعهد کرده است حاضر نماید والا باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت می‌شود برآید.» با وجود این، بر خلاف مبنای قانون مدنی که در صورت امتناع متعهد از اجبار استفاده می‌شود، در کفالت در صورت عدم حضور مکفول، کفیل وادار به انجام تعهد نمی‌شود و فقط خسارت ناشی از عدم حضور مکفول را باید جبران کند و در صورت امتناع از جبران، اجبار به پرداخت خسارت وارده می‌شود.^{۴۳}

منفعت با عوامل سقوط تعهد کفیل

در ماده ۷۴۶ ق.م. مقرر شده است: «در موارد ذیل کفیل بری می‌شود:

- ۱- در صورت حاضر کردن مکفول به نحوی که متعهد شده است.
 - ۲- در صورتی که مکفول در موقع مقرر شخصاً حاضر شود.
 - ۳- در صورتی که ذمه مکفول به نحوی از انحاء از حقی که مکفول له بر او دارد بری می‌شود.
 - ۴- در صورتی که مکفول له کفیل را بری نماید.
 - ۵- در صورتی که حق مکفول له به نحوی از انحاء به دیگری منتقل شود.
 - ۶- در صورت فوت مکفول.
- عقد کفالت از عقود توثیقی است و اصولاً عقود توثیقی عقدی تبعی و وابسته می‌باشد، با انتفاء حق موضوع وثیقه، دلیلی برای بقای تعهد به توثیق وجود ندارد.^{۴۴}
- یکی دیگر از موجبات سقوط تعهد کفیل، انتقال حق موضوع کفالت به شخص دیگر می‌باشد. مراد از انتقال، انتقال معاملی و ارادی می‌باشد.^{۴۵}
- در ماده ۷۴۸ ق.م. مقرر شده است: «فوت مکفول له موجب برائت کفیل نمی‌شود.» بنابراین، اگر مکفول له حق موضوع کفالت را به دیگری انتقال دهد، تعهد کفیل ساقط می‌شود.^{۴۶}

^{۴۱} - مهریزی، مهدی، شخصیت و حقوق زن در اسلام، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۲، تهران، چاپ اول، ص. ۳۶۸

^{۴۲} سید علی طباطبایی، پیشین، ص ۶۰۰ / سید روح‌ا. موسوی خمینی، پیشین، ج ۲، ص ۳۶ / ناصر کاتوزیان، پیشین / ص ۴۶۲

^{۴۳} همان

^{۴۴} عقود معین ۲، عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم، دکتر علی رضا باریکلو، ص ۱۸۳.

^{۴۵} همان

^{۴۶} همان، ص ۱۸۴.

عامل دیگری که در بند ۶ ماده ۷۴۶ موجب سقوط تعهد کفیل محسوب شده است، موت مکفول می‌باشد، زیرا با موت او انجام تعهد غیر مقدور می‌شود و تعهدات غیر مقدور یا غیر قابل انجام باطل است. بنابراین، در صورت موت مکفول تعهد کفیل به استناد غیر قابل انجام بودن ساقط می‌شود.^{۴۷}

حق رجوع کفیل به مکفول

در صورتی که یکی از عوامل موجب سقوط تعهدات، که در ماده ۷۴۶ ق.م.شده است، محقق شود، تعهد ساقط و کفیل حق رجوع به مکفول نخواهد داشت مگر اینکه او تعهد بر انجام امری یا تسلیم مالی به کفیل کرده باشد.^{۴۸}

در صورتی که کفیل با اذن مکفول کفالت کرده باشد و یا خسارت وارده را با اجازه مکفول جبران کرده باشد، بر مبنای اذن مکفول حق رجوع به او را خواهد داشت، زیرا اذن در کفالت و یا اجازه پرداخت خسارت از طرف مکفول، ظاهر در این است که خسارت پرداختی را جبران خواهد کرد.^{۴۹} به همین جهت در ماده ۷۵۱ ق.م. مقرر شده است: «هر گاه کفالت به اذن مکفول بوده و کفیل با عدم تمکن از احضار، حقی را که به عهده او است ادا نماید و یا به اذن او ادای حق کند می‌تواند به مکفول رجوع کرده آنچه را که داده اخذ کند و اگر هیچ یک به اذن مکفول نباشد، حق رجوع نخواهد داشت.»

ویژگی‌های رهن

عقد رهن به عنوان یکی از عقود معین توثیقی دارای ویژگی‌هایی است که آن را از سایر عقود متمایز می‌کند. این خصوصیات مورد بررسی قرار می‌گیرد.^{۵۰}

عقد یکی از خصوصیات رهن، این است که عقد می‌باشد، چون نیاز به ایجاد و قبول طرفین دارد و به صرف قصد انشاء و اراده یک طرف محقق نمی‌شود. به همین دلیل در ماده ۷۷۱ ق.م. به عنوان عقدی از عقود تعریف شده است. طرفین عقد اصولاً مدیون و طلبکار می‌باشد که مدیون مال عینی را در گرو طلبکار قرار می‌دهد.^{۵۱}

آثار عقد رهن

عقد رهن از عقود عهدی یک جانبه است که در اثر آن تعهداتی برای راهن و حقوقی برای مرتهن ایجاد می‌شود که هر کدام جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

بند اول: حق الرهانه

هر چند رایج این است که اثر ذاتی عقد رهن حق فروش عین مرهونه برای مرتهن می‌باشد، ولی لازم به توجه است که طبق ماده ۲۷۴ ق.م. فقط مالک و نماینده ی قانونی و یا قراردادی او حق فروش مال را ندارند، در حالی که مرتهن، مالک عین مرهونه و یا نماینده او نمی‌باشد و حق فروش عین مرهونه را نخواهد داشت.^{۵۲}

بنابراین اثر ذاتی عقد رهن، حق تقدم مرتهن بر سایر طلبکاران راهن نسبت به قیمت عین مرهونه در استیفاء طلب می‌باشد که از آن به حق الرهانه یا حق گرو تعبیر می‌شود. حق الرهانه عبارت از حقی است که دارند آن حق تقدم و رجحان در استیفاء طلب از قیمت مال مرهونه بر سایر طلبکاران مالک دارد. به همین جهت در ماده ۷۸۰ ق.م. مقرر شده است: «برای استیفاء طلب خود از قیمت رهن، مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت.» در نتیجه، با انعقاد رهن، برای مرتهن نسبت به

^{۴۷} همان

^{۴۸} عقود معین ۲، عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم، دکتر علی رضا باریکلو، ص ۱۸۴.

^{۴۹} همان

^{۵۰} همان

^{۵۱} همان، ص ۱۸۶.

^{۵۲} همان، ص ۲۰۵.

عین مرهونه حق تقدم محقق می‌شود و تا زمانی که دین پرداخت نشود، حق باقی است و پرداخت طلب موجب سقوط حق و فک عین از گرو می‌شود.^{۵۳}

بند دوم: نحوه تعلق حق الرهانه به عین

یکی از موضوعات قابل بررسی نحوه تعلق حق مرتهن به عین مرهونه است، زیرا در مورد نحوه تعلق حق مرتهن به عین سه فرض قابل تصور است و باید دید که در قانون مدنی کدام پذیرفته شده است: نخست این که تمام و کل عین مال در قبال کل دین از جهت تمامیت آن، در گرو و رهن قرار گرفته باشد. در این صورت، با پرداخت قسمتی از دین، به همان نسبت عین از رهن فک می‌شود، زیرا تمام عین در قبال تمام دین در رهن قرار گرفته است و به هر اندازه که از دین کاسته شود، به همان اندازه نیز از رهن بودن عین کاسته می‌شود.^{۵۴}

دوم فرضی است که هر قسمتی از مال در قبال هر قسمتی از دین در رهن قرار گرفته باشد، مثلاً اگر دین صد تومان و عین هزار تومان قیمت داشته باشد، هر ده تومان از عین، در قبال یک تومان از دین در رهن قرار گرفته باشد. در این صورت، با پرداخت هر تومانی از دین، ده تومان از عین از رهن فک می‌شود، چون اقتضای تقابل و معاوضه جزء به جزء در این است که با انتفاء هر جزء اصلی، جزء فرعی نیز منتفی شود.^{۵۵}

در این فرض چون وجود هر جزء طلب اصل و باقی ماندن هر جزء از عین در گرو فرع می‌باشد، با انتفاء طلب، وجهی برای در گرو ماندن جزء، یعنی عین، به اقتضای تقابل جزء به جزء باقی نمی‌ماند.^{۵۶}

فرض سوم این است که تمام عین در قبال هر جزئی از طلب در گرو قرار گرفته باشد. در این فرض تا زمانی که قسمتی از طلب باقی است، تمام عین در گرو باقی خواهد ماند و پرداخت آخرین قسمت از آن، موجب فک تمام عین می‌شود.^{۵۷}

در ماده ۷۸۳ ق.م. توثیق مطلق، حمل بر این نوع شده و مقرر شده است: «اگر راهن مقرداری از دین را ادا کند، حق ندارد مقرداری از رهن را مطالبه نماید و مرتهن می‌تواند تمام آنرا تا تأدیه کامل دین نگاه دارد مگر اینکه بین راهن و مرتهن ترتیب دیگری مقرر شده باشد.»

بند سوم: امانی بودن تصرف مرتهن

عقد رهن از عقود تملیکی نیست، بلکه از عقود توثیقی است و عین مرهونه در دارایی راهن متعلق حق الرهانه مرتهن قرار می‌گیرد.^{۵۸}

با توجه به این که مالک مال را جهت توثیق دین به مرتهن تسلیم کرده است، تصرف و قبض مرتهن مشمول قاعده علی الید یا ضامن نمی‌شود و ید او نسبت به آن امانی است. به همین جهت در ماده ۷۸۹ ق.م. مقرر شده است: «رهن در ید مرتهن امانت محسوب است و بنابراین، مرتهن مسئول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود مگر در صورت تقصیر.»

در ماده ۷۹۰ ق.م. مقرر شده است: «بعد از برائت ذمه مدیون، رهن در ید مرتهن امانت است لیکن اگر با وجود مطالبه، آن را رد ننماید ضامن آن خواهد بود اگر چه تقصیر نکرده باشد.»

^{۵۳} همان

^{۵۴} سید علی طباطبایی، پیشین، ص ۵۱۲

^{۵۵} شهید الثانی، پیشین، ص ۵۲

^{۵۶} عقود معین ۲، عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم، دکتر علی رضا باریکلو، ص ۱۸۸.

^{۵۷} علامه، پیشین، ص ۱۲۶

^{۵۸} عقود معین ۲، عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم، دکتر علی رضا باریکلو، ص ۲۰۵.

شرایط صحت وکالت

بند اول: اهلیت طرفین

در صورتی که مورد وکالت، انجام تصرفات مادی یا استیفاء حقوقی مالی موکل باشد، هر دو طرف باید رشید باشند و در صورت فقدان رشد یکی از طرفین قرارداد نافذ نیست. در صورتی که مورد وکالت امور غیر مالی باشد، باید حداقل طرفین در وضعیت تمیز باشند والا قرارداد باطل است. به همین جهت در ماده ۶۶۲ ق.م. مقرر شده است: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به جا آورد و وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد.»

بند دوم: وجود حق

یکی دیگر از شرایط صحت وکالت وجود حق مورد وکالت در زمان انعقاد عقد اعلام شده است.

بند سوم: قابل وکالت بودن حق

یکی دیگر از شرایط صحت وکالت، قابلیت وکالت داشتن حق یا امری است که طرفین آن را مورد عقد قرار داده‌اند. اصولاً حق یا کاری قابل وکالت است که اولاً معاشرت دارنده در استیفاء آن شرط نشده باشد^{۵۹}.

ثانیاً حق قابلیت داشته باشد که با اجرای دیگری، منافع یا آثار اجرایی آن به دارنده حق تعلق گیرد.

«سوگند، شهادت، اقرار، لعان و ایلاء قابل توکیل نیست» وجه غیر قابل نیابت بودن موارد مذکور، این است که در آن مباشرت و قطع اصیل موضوعیت دارد و در نتیجه قابل وکالت نیست^{۶۰}.

بند چهارم: معلوم بودن مورد وکالت

یکی دیگر از شرایط صحت وکالت، این است که مورد و موضوعی که در نتیجه وکالت، وکیل مجاز در تصرف یا اجرا آن می‌شود، کاملاً معلوم باشد و اگر کسی بخواهد به عنوان وکیل در امور دیگری دخالت کند، باید مورد دخالت به تفصیل معلوم و مشخص باشد^{۶۱}.

بند پنجم: تعهدات وکیل

در نتیجه عقد وکالت، اختیار تصرف در امور موکل ایجاد می‌شود، ولی این اختیارات مطلق نیست، بلکه مشروط به تعهدات و التزاماتی است که وکیل باید در حین اجرای مورد وکالت یا بعد از آن، آن را رعایت کند^{۶۲}.

بند ششم: رعایت حدود وکالت

تعهد دیگر وکیل، این است که باید در حدود اختیاراتی که به او واگذار شده، عمل کند و از آن تجاوز نکند^{۶۳}. وکیل در حدی می‌تواند در امور موکل دخالت کند که به او اختیار داده شده و مازاد بر آن را نمی‌تواند دخالت کند. در ماده ۶۶۷ مقرر شده است: «وکیل باید ... از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عادت داخل اختیار او است، تجاوز نکند.»

^{۵۹} شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، ص ۳۷۷ / سید احمد خوانساری، جامع المدارک، ج ۳، چاپ دوم، قم، مکتبه الصدوق، ۱۳۶۴، ص ۴۸۳ / شهید الثانی، پیشین، ج ۵، ص ۲۰۵.

^{۶۰} عقود معین ۲، عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم، دکتر علی رضا باریکلو، ص ۲۲۱.

^{۶۱} همان، ص ۲۲۱.

^{۶۲} همان، ص ۲۲۶.

^{۶۳} سید علی طباطبایی، پیشین، ۲۵۹ / سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، پیشین، ص ۲۲۴

معامله با خود وکیل

معامله با خود، به معامله‌ای اطلاق می‌شود که شخص واحد از طرف خود به اصالت و از جانب طرف دیگر عقد به وکالت، ایجاب و قبول قرارداد را صادر کند. اگر مورد وکالت، انعقاد عقدی از عقود باشد، باید دید آیا وکیل می‌تواند آن را برای خود معامله کند؟ بعضی معتقدند: وکیل اختیار انجام معامله با خود را ندارد.^{۶۴} وکیل از این جهت که برای موکل قرارداد منعقد می‌کند باید غبطه او را رعایت کند. از این جهت که خود طرف معامله و اصیل است، باید مصالح خود را نیز رعایت کند که این تعهدات در معامله واحد توسط شخص واحد قابل انجام نیست. از لحاظ قانونی نیز برای اثبات ممنوعیت معامله با خود به مواد ۱۲۴۰ ق.م. در مورد ممنوعیت معامله با خود قیّم و ۱۰۷۲ ق.م. استناد شده که در آن مقرر شده است: «در صورتی که وکالت به طور اطلاق داده شود وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند مگر این که این اذن صریحاً به او داد شده باشد.»

وکالت در نکاح

وکالت عقدی است که براساس آن انجام کاری به شخص دیگری واگذار می‌شود. انعقاد عقد نکاح هم، جزء اموری است که مطابق ماده ۱۰۷۱ قانون مدنی قابل وکالت می‌باشد. وکالت در نکاح به دو صورت قابل تحقق است؛ صورت اول آن است که فقط جاری کردن صیغه عقد به وکالت واگذار می‌شود که در این حالت، طرفین مقدمات نکاح از قبیل خواستگاری و تعیین شرایط نکاح و نوع آن را خود انجام داده و سپس در مراسم عقد برای جاری کردن صیغه عقد با شرایط از پیش تعیین شده، به عاقد (سردفتر ازدواج) وکالت می‌دهند. این حالت، شایع‌ترین صورت وکالت در نکاح است.^{۶۵}

امکان توکیل طلاق

بررسی فقهی

در فقه امامیه دو نظر اصلی در خصوص امکان اعطای وکالت به زوجه در طلاق موجود است.

۱- جواز توکیل طلاق به زن

نظریه مشهور در فقه این است که مرد می‌تواند انجام طلاق را به وکالت به زوجه واگذار نماید و برای این ادعا دلایل ذیل ذکر شده است:

اول: طلاق از جمله اعمالی است که مباشرت در آن شرط نمی‌باشد و امکان نیابت در آن موجود است و عمومات جواز توکیل در افعال قابل نیابت شامل طلاق نیز می‌شود. به اضافه این که اصاله الصحه نیز موید جواز است مگر اینکه دلیل بر خلاف آن باشد.

دوم: زن موجودی کامل است و همانطور که می‌تواند سایر اعمال حقوقی را انجام دهد، امکان انجام وکالت را نیز دارد؛ زیرا برای انجام امر وکالت تفاوتی بین زن و مرد وجود ندارد.^{۶۶}

۲- عدم جواز توکیل طلاق به زن

شیخ طوسی به دلایل ذیل معتقد به این نظر گردیده است:

اول: در طلاق، زن قابل است و محل طلاق قرار می‌گیرد و چنین کسی نمی‌تواند فاعل نیز باشد.

دوم: ظاهر قول پیامبر (ص) در «الطلاق بید من أخذ بالساق» اقتضا می‌کند که توکیل در طلاق مطلقاً صحیح نباشد. اما وکالت غیر زوجه به دلیلی بیرون از این نص از آن خارج شده پس وکالت زن بر اصل منع باقی است.^{۶۷}

^{۶۴} محمود کاشانی، پیشین، ص ۵۴

^{۶۵} جلالی، سید مهدی، کتاب حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، ویرایش زهرا احمدی، انتشارات تهران، ج ۱ ص ۴۱.

^{۶۶} الحلی، محمد حسن، ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۹۳؛ شهید ثانی، همان منبع، همان صفحه.

اقسام توکیل در طلاق

(۱) توکیل مستقل

توکیل مستقل آن است که زوج با انعقاد عقد وکالت و بدون وابستگی به عقد دیگر، زوجه را در امر طلاق وکیل خود سازد. چنین وکالتی با توجه به این که اصولاً وکالت عقدی جایز است، از طرف هر کدام از زوجین قابل فسخ است و خصوصاً زوج می تواند قبل از انجام مورد وکالت آن را فسخ نماید. اما طرفین می توانند در ضمن عقد لازمی، قرارداد وکالت را غیرقابل فسخ نمایند.^{۶۸}

(۲) توکیل به صورت شرط ضمن عقد

این نوع وکالت، مستقل و غیر وابسته نیست، بلکه زوج در ضمن عقدی که معمولاً عقد نکاح است، امر طلاق را به صورت شرط به زوجه وکالت می دهد و قانون مدنی در ماده ۱۱۱۹ آن را پذیرفته است. مطابق این ماده «طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند؛ مثل این که شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد».^{۶۹}

نتیجه گیری

اعمال حقوقی یکی از منشأهای ایجاد تعهد بوده و فرد در آن با اراده خود، خودش را متعهد می کند تا کاری را انجام دهد. عمل حقوقی با توجه به اینکه یک یا دو اراده در آن دخیل باشد به دو نوع تقسیم می شود:

۱- عمل حقوقی ای که با یک اراده صورت می گیرد که به آن ایقاع می گویند؛ مانند طلاق

۲- عمل حقوقی ای که با دو یا چند اراده شکل می گیرد که به آن قرارداد می گویند؛ مانند بستن انواع قرارداد

در خصوص فرق قرارداد و ایقاعات، می توان به موارد زیر اشاره کرد:

در عقد، به اراده دو نفر نیاز است، اما در ایقاع، تنها با اراده یک نفر، عمل حقوقی واقع می شود.

هیچ قراردادی، بدون ایجاب و قبول شکل نمی گیرد. بنابراین، در انعقاد قراردادها نیاز به وجود توافق طرفین است تا قرارداد شکل بگیرد. اما در شکل گیری ایقاع، نیاز به توافق نیست و صرف اراده یک نفر کفایت می کند.

قرارداد، چون با توافق صورت می گیرد، نیازی به اعلام اراده ندارد؛ اما ایقاع، اگرچه یک عمل منفرد است اما برای اینکه اثر داشته باشد باید اعلام شود.

یکی از مهم ترین عقود، در روابط میان افراد، عقد ازدواج است که میان زن و مرد منعقد می شود و آنها را به زوجیت یکدیگر درمی آورد. هدف انعقاد این عقد، ایجاد زندگی مشترک و تشکیل خانواده است. عقدنکاح را در نظام حقوقی ایران، می توان شامل دو نوع عقد ازدواج دائم و موقت می باشد.

عقد ازدواج نیز مانند سایر عقود، آثاری دارد. به مجرد وقوع عقد نکاح، حقوق و تکالیفی بر عهده زوجین برقرار می شود که این حقوق و تکالیف، مجموعه ای از آثار مالی و آثار غیر مالی را به همراه دارد.

^{۶۷} - شیخ طوسی، المبسوط، ج ۵، ص ۳۰؛ امام خمینی در تحریر الوسیله پس از بیان جواز توکیل زوجه در طلاق، احتیاط در عدم توکیل را شایسته می داند: «... وكذا له ان يوكل زوجته فيه بنفسها او بالتوكيل، لكن لا ينبغي ترك الاحتياط بعدم توكيلها.»

^{۶۸} جلالی، سید مهدی، کتاب حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، ویرایش زهرا احمدی، انتشارات تهران، ج ۱ ص ۲۱۰.

^{۶۹} همان، ص ۲۱۱.

آثار مالی: مهم‌ترین اثر مالی عقد نکاح، لزوم پرداخت مهریه و نفقه زن است. به موجب وقوع عقد نکاح، مرد موظف به پرداخت نفقه به زن می‌شود. نفقه، شامل مسکن، پوشاک و مواردی از این قبیل، در حدود شرایط زندگی زن است. بنابراین، میزان نفقه، در مورد تمامی خانم‌ها یکسان نیست. تعیین مهریه در عقد ازدواج موقت، الزامی است، اما در عقد ازدواج دائم، ضروری نمی‌باشد و در صورت وقوع نزدیکی باید، مهر المثل پرداخت شود.

آثار غیر مالی: به لحاظ غیر مالی نیز زن و مرد، موظف به رعایت تکالیفی هستند. از جمله حسن معاشرت، معاونت در حفظ مبانی خانواده و تربیت فرزندان. همچنین، زن در مقابل دریافت نفقه، موظف به تمکین عام و خاص از همسر خود می‌باشد. تمکین خاص، به معنای ایجاد رابطه زناشویی، در حدود متعارف و تمکین عام، به معنای پذیرش ریاست شوهر است. مثلاً، زن باید در مسکن تعیین شده شوهر اقامت کند.

مهریه‌ای صادق، تعهد مالی است که زوج به هنگام وقوع عقد ازدواج ملزم به پرداخت آن می‌گردد. همچنین مکلف است بعد از وقوع عقد نکاح هر لحظه که زن مطالبه کند آن را بپردازد. با وجود اینکه در عقد دائم تعیین مهر جزء شرایط صحت عقد نیست و بدون صادق هم عقد نکاح دائم صحیح می‌باشد. در عقد منقطع، تعیین صادق جزو اجزای اصلی عقد موقت بوده و بدون تعیین آن عقد موقت باطل می‌باشد.

منابع و مأخذ

قرآن کریم

- ۱- ابن منظور، محمدابن کلام، لسان العرب، ناشر دار صادر، بیروت، سال نشر ۱۴۱۴ ه ق.
- ۲- امامی، سیدحسن. حقوق مدنی. ج ۱ چاپ هشتم. تهران کتابفروشی اسلامیة ۱۳۶۸.
- ۳- حقوق مدنی ج ۴ انتشارات اسلامیة. سال ۱۳۶۶.
- ۴- احمد ابن یعقوب کلینی. اصول کافی، انتشارات دارالثقلین، سال ۱۳۹۳.
- ۵- احمدیه. مریم موازنه حقوق و اخلاق در خانواده. روابط عمومی شورای فرهنگی و اجتماعی زنان. زمستان ۱۳۸۲.
- ۶- آیت اللهی، زهرا، شرح مختصر حقوق و مسئولیت های زنان در نظام جمهوری اسلامی ایران، ناشر شورای فرهنگی اجتماعی زنان، سال چاپ ۱۳۹۲.
- ۷- بدای، فاطمه، اخلاق و حقوق خانواده، انتشارات اصفهان، حدیث راه عشق، ۱۳۸۸.
- ۸- حکمت نیا. محمود. فلسفه حقوق خانواده. انتشارات فرهنگی اجتماعی زنان. بهار ۱۳۸۶.
- ۹- خوانساری. سید احمد. جامع المدارک. ج ۳. چاپ دوم. قم مکتبه الصدوق. ۱۳۶۴.
- ۱۰- جلالی، سید مهدی، کتاب حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، انتشارات تهران، خرسندی، ۱۳۸۹.
- ۱۱- جعفری لنگرودی. محمدجعفر. دوره مقدماتی حقوق مدنی. حقوق تعهدات. تهران ۱۳۷۲.
- ۱۲- حقوق تعهدات، ج ۱، گنج دانش، سال نشر ۱۴۰۰.
- ۱۳- مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ناشر گنج دانش، سال چاپ ۱۳۸۸.
- ۱۴- حقوق خانواده، ناشر گنج دانش، سال چاپ ۱۳۸۶.
- ۱۵- رفیعی، احمد، حقوق کار، ناشر فکرسازان، سال چاپ ۱۳۹۵.
- ۱۶- سنهوری، عبدالرزاق، احمد، الوسیط، فی شرح قانون مدنی، ج ۳، ناشر دار احیا التراث العربی، بیروت ۱۹۸۵.
- ۱۷- نظریه العقد ۱، ناشر خرسندی، سال چاپ ۱۳۹۰.
- ۱۸- سید بحرانی. هاشم. مدینه المعاجز انتشارات ارمغان یوسف، سال چاپ ۱۳۹۸.
- ۱۹- شهید ثانی، مسالک الافهام، انتشارات موسسه معارف اسلامی، ۱۳۷۱.
- ۲۰- شهیدی. مهدی. سقوط تعهدات. چاپ دوم. تهران. انتشارات دانشگاه شهید بهشتی. ۱۳۷۰.
- ۲۱- شیخ انصاری، المکاسب، موسسه نشر اسلامی، سال نشر، ۱۳۸۲.
- ۲۲- شیخ صدوق. من لایحضر الفقیه، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، سال نشر ۱۴۱۲ قمری.

- ۲۳- شیخ طوسی. المبسوط، فی فقه الامامیه، ناشر مکتب مرتضویه الاحیاء آثار جعفری، تاریخ انتشار ۱۳۸۷.
- ۲۴- صفائی، سید حسین، حقوق مدنی، ج ۱، ناشر میزان، سال نشر ۱۴۰۰.
- ۲۵- طاهری. حبیب الله. حقوق مدنی ۵، ناشر دفتر انتشارات اسلامی، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، تاریخ نشر ۱۳۹۲.
- ۲۶- قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، ج ۱، ناشر میزان، تاریخ نشر ۱۳۸۵.
- ۲۷- قنواتی، جلیل محقق داماد، وحدتی شبیری، حقوق قراردادها در فقه امامیه، انتشارات سازمان سمت، سال نشر ۱۳۹۸.
- ۲۸- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، ناشر طاها، سال چاپ ۱۳۸۵.
- ۲۹- علامه حلی. تذکره الفقها. کتاب الحجر، موسسه آل البيت قم، سال نشر ۱۳۷۲.
- ۳۰- علامه مجلسی، محمد بن باقر. بحار الانوار، انتشارات اسلامی، سال چاپ ۱۳۸۶.
- ۳۱- کاتوزیان. ناصر. حقوق خانواده. شرکت های سهامی. ناشر گنج دانش، سال چاپ ۱۴۰۰.
- ۳۲- مشارکت ها و صلح، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۶۷.
- ۳۳- قواعد عمومی قراردادها. ناشر گنج دانش، سال انتشار ۱۴۰۰.
- ۳۴- حقوق مدنی خانواده. نکاح و طلاق، روابط زن و شوهر، ج ۱، ناشران شرکت سهامی انتشار، بهمن برنا، سال چاپ ۱۳۸۲.
- ۳۵- حقوق مدنی. نظریه عمومی تعهدات. تهران ۱۳۸۴، ناشر میزان، سال چاپ ۱۳۹۱.
- ۳۶- حقوق مدنی. (ایقاع) نظریه عمومی ایقاع معین، ناشر میزان، سال چاپ ۱۳۸۷.
- ۳۷- گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، ناشر: موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، سال چاپ ۱۳۸۶.
- ۳۸- تحقیقات اسلامی، ناشر سمت، سال انتشار ۱۳۷۰.
- ۳۹- محقق داماد. سیدمصطفی. بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، ناشر: مرکز نشر علوم اسلامی، سال چاپ ۱۳۷۹.
- ۴۰- مراغی، عبدالفتاح بن علی حسینی، عناوین الاصول، ج ۲، ناشر موسسه نشر اسلامی، زیر نظر جامعه مدرسین قم، ۱۳۸۸.
- ۴۱- مقدادی. محمد. ریاست خانواده. پاییز ۱۳۸۵. روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان.
- ۴۲- مکارم شیرازی، القواعد الفقیه، ج ۲، قم انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی طالب، ۱۳۷۰.
- ۴۳- مهریزی. شخصیت حقوق زن در اسلام. انتشارات علمی فرهنگی. ۱۳۸۲. تهران چاپ اول.
- ۴۴- نجفی، موسی خوانساری، نائینی، محمد حسین، منیه الطالب، فی شرح المکاسب، ناشر: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، تاریخ نشر ۱۳۷۶.
- ۴۵- نراقی، مولا مهدی، جامع السعادات، ج ۱، نشر: قائم آل علی، چاپ پنجم، سال ۱۳۹۵.