مبادی

حقوق وجایب افغانستان

An Introduction to the

Law of Obligations of Afghanistan

پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان (ALEP)
دانشکده حقوق دانشگاه استانفورد

Afghanistan Legal Education Project (ALEP)
at Stanford Law School
alep.stanford.edu
afghanistanlegaleducation@gmail.com

Stanford Law School
Crown Quadrangle
559 Nathan Abbott Way
Stanford, CA 94305-8610
www.law.stanford.edu

ALEP Authors

Sam Jacobson
Chris Jones
Arash Aramesh
Ian Aucoin
Joy Basu
Peter DeMarco
Eric Hamilton
Tarana Riddick

ALEP Editors

Trevor Kempner
Andrew Lawrence
Ryan Nelson

AUAF Contributing Faculty Editors

Nafay Choudhury
Rohullah Azizi
Naqib Ahmad Khpulwak

Civil Code Translation Assistance

Mohammad Fahim Barmaki
Elite Legal Services, Ltd.

ALEP Faculty Advisor

Erik Jensen

AUAF Chair of the Department of Law

Hadley Rose, 2012-13

Stanford Law School Rule of Law Program Executive Director

Megan Karsh

فهرست موضوعات

قراردادها ۱

فصل اول: مقدمه ۱

فصل دوم: نظریه اراده – استقلالیت اراده ۱۳

فصل سوم: ایجاب وقبول ۱۹

فصل چهارم: اهلیت ٤۲

فصل پنجم: موضوع، سبب، و شرایط قرارداد ٥۰

فصل ششم: آثار قرارداد ٦٦

فصل هفتم: حسن نیت ۸٤

فصل هشتم: تفسیر ۹۱

فصل نهم: عیوب و عدم امکان پذیری ۱۰۰

فصل دهم: تلافی عدم ایفای وجیبه ۱۲٤

مسئولیت مدنی ۱٥۲

فصل اول: مفاهیم مقدماتی ۱٥۲

فصل دوم: مسئولیت از اعمال شخصی افراد ۱۷۰

فصل سوم: مسئولیت در قبال اعمال دیگران، مسئولیت از حیوانات و اشیا ۱۹٤

فصل چهارم: ضرر رابطهٔ ـ ضرر مالی و متضررین فرعی ۲۰٦

فصل پنجم: تقصیر به ارتباط هنجار های مشخص اجتماعی ۲۱۳

فصل ششم: جبران خسارت ۲۱۸

فصل هفتم: دفاعیه های مسئولیت مدنی (عوامل رافع مسئولیت مدنی) ۲۲۹

فصل هشتم: سببیت ۲۳۷

اصطلاحات حقوقی ۲٥۷

پیشگفتار و تقریظ

پروژۀ تعلیمات حقوقی افغانستان (ALEP) دانشکده حقوق ستانفورد درخزان سال ۲۰۰۷ به مثابۀ یک برنامۀ دانشجویی غرض کمک به دانشگاه های افغانستان برای آموزش نسل بعدی حقوقدانان آغاز گردید. ماموریت و اهداف پروژۀ تعلیمات حقوقی افغانستان تحقیق، نوشتن و انتشار کتاب های درسی حقوقی با کیفیت بالا و متن اصلی، و تهیۀ یک برنامه درسی با کیفیت بالا در دانشگاه امریکایی افغانستان (AUAF) میباشد . چشم انداز گسترده تر پروژۀ تعلیمات حقوقی افغانستان تلاش برای کمک در آموزش رهبران نسل بعدی است که بازسازی و بازتوانی افغانستان را به پیش ببرند. نصاب پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان توسط محصلین دانشکده حقوق پوهنتون ستانفورد، تحت رهنمایی و رهبری مسئول دانشکده و مسئول پروژه در همکاری مستقیم با پوهنتون آمریکایی در افغانستان و دیگر پوهنتون های افغانستان تدوین یافته است.

مبادی حقوق وجایب مدنی افغانستان کتاب درسی ششم پروژۀ تعلیمات حقوقی افغانستان است. پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان قبل از این پنج کتاب مهم دیگری را در عرصه حقوق افغانستان نشر کرده که به صورت مشخص سیستم حقوقی افغانستان بعد از سال ۲۰۰۴ را مورد بررسی قرار میدهد. کتب به نشرشده عبارتند از: مبادی حقوق افغانستان (چاپ سوم)، مبادی حقوق تجارت افغانستان (چاپ دوم)، مبادی حقوق جزاء افغانستان (چاپ دوم)، مبادی حقوق اساسی افغانستان و حقوق بین الملل از منظر حقوق افغانستان؛ و دو کتاب دیگر در مسئولیت حرفه یی و حقوق مالکیت در آینده نزدیک به چاپ خواهد رسید. اکثر کتب نشر شده پروژه تعلیمات حقوقی به لسان های ملی دری و پشتو ترجمه شده اند که در ویب سایت alep.stanford.edu به صورت ریگان در دسترس می باشد. هم چنان پروژه تعلیمات حقوقی دو قانون مهم و ضروری افغانستان، قانون مدنی و قانون تجارت را به لسان انگلیسی حقوقی ترجمه نموده است که این قوانین در ویب سایت پروژه تعلیمات حقوقی نیز در دسترس است.

تیم پروژۀ تعلیمات حقوقی افغانستان می خواهد از افراد و مؤ سساتی که این پروژه را همکاری نموده است قدردانی نماید. پروژۀ تعلیمات حقوقی افغانستان حمایت پویا و سخاوتمندانه دفتر بین المللی مواد مخدر و تنفیذ قانون(INL) در وزارت امور خارجه امریکا را احراز نموده است. رئیس فعلی دانشکده حقوق استانفورد الیزابت مگیل و رئیس اسبق این دانشکده لری کرامر و دیبورا زوموالت مشاور عمومی دانشگاه استانفورد و عضو هیئت امنا دانشگاه امریکایی افغانستان، ازجمله ذوات موثر در ایجاد پروژه تعلیمات حقوق افغانستان در سال های اولیه بوده و این پروژه را به صورت مداوم کمک نموده اند. مشارکت پروژۀ تعلیمات حقوقی افغانستان در شش سال گذشته با دانشگاه امریکای عمیق تر شده است که پایه گذران این مشارکت شامل: داکتر شریف فایز(بنیانگذار)، داکتر مایکل سمیت رئیس و داکتر دوون دیکل(ناظم دانشکده.) اند.

درمیان تمام کتب نشر شده پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان، کتاب *حقوق وجایب* به اساس همکاری وسیع تدوین گردیده است. که از کارکرد خوب و ماهرانه شرکت خدمات حقوقی ایلیت و محمد فهیم برمکی که بعد از ترجمه معتبر و مطمین قانون مدنی به لسان انگلیسی بود که این محصول خوب بدست آمد. وگرنه نوشتن چنین کتاب خوب و مفید ممکن نبود. و همچنان رهنمایی های سودمند و مفید محترم نافع چوهدری و محترم روح الله عزیزی، اساتید رسمی پوهنتون آمریکای، که در راستایی غنامند سازی محتوا، ترتیب و تنظیم کتاب و در اجرای این پروژه بسیار مفید و ارزشمند بوده است. در ضمن محترم نقیب احمد خپلواک نیز در تدوین چندین فصل سهم بارزی را انجام دادند. تعداد از محصلین پوهنتون آمریکایی پیشنهادات و

بینش های سودمند نیز داشتند. و برای یک گروپ کوچک دیگر از محصلین توسط اساتید هریک محترم عزیزی و محترم نافع این کتاب تدریس و مورد مطالعه ایشان قرار گرفت.

در آخر من میخواهم از آنعده محصلین که در غنامندی این نسخه کمک نموده اند سپاسگزاری نمایم. در حالیکه همه محصلین بالاتر از توان خود تلاش نمودند تا این کتاب را تهیه نمایند و شایان ذکر است که نویسندگان این کتاب با پژوهش ها و تحقیقات ارزشمند و پرچالش خویش توانستند چندین فصل این کتاب را بنویسند. از سم جکوبوسن، کریس جونس، پت د مارکو، ایان اوکون، ایرک هیملتون، جای باسو، ترانه ریدیک و آرش آرامش نیز سپاسگزاری می نمایم. هم چنان از اندریو لورینس، تریور کامنر و راین نیلسون سپاسگزاری نمایم که با تلاش های خستگی ناپذیر خویش توانستند این کتاب را به نشر برسانند. قابل یاد آوری است که نباید از تلاش های فراوان محترمه میگن کرش مسئول عمومی پروژه تعلیمات فراموش کرد که ایشان آغاز الی تکمیل این کتاب سعی و تلاش زیادی نمودند که قابل ستایش و قدردانی است.

پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان به ادامه همکاریهای خویش مصمم است؛ طوریکه توانست با همکاری و هماهنگی این کتاب را بنویسد. بناء نظریات و پیشنهادات خود را در مورد این کتاب به آدرس alep.stanford.edu با ما شریک سازید.

ایرک جینسن، مشاور استادان پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان
پالو آلتو، کالیفرنیا، نومبر سال ۲۰۱۴

قراردادها

فصل اول: مقدمه

۱. حقوق وجایب چیست؟

در نظام حقوقی رومن ژرمنیک حقوق وجایب بخشی از رشته حقوق خصوصی بشمار میرود. وجایب زمانی ایجاد میگردند که قراردادها شکل بگیرند، یا زمانیکه یک شخص علیه شخص دیگر مرتکب تقصیرات مدنی گردد. مفهوم وجیبه در زمان های مختلف متغییر بوده است، اما امروز اصطلاح تخصصی 'وجیبه' بطور گسترده برای روابط دو جانبه که از طرف یک جانب منحیث حق شخصی برای مطالبه و از طرف جانب دیگر منحیث یک وظیفه برای اجرای یک عمل بکار برده میشود."[۱] به جانب که باید کاری را انجام دهد **مدیون** و به جانب که از طرف دیگر خواهان انجام کاری باشد **داین** گفته میشود.[۲] در مواردیکه ضرر جسمی به کسی واقع میشود، متضرر حق اخذ "جبران" در برابر آن ضرر را دارد.[۳]

چنانچه شاید از قبل در مورد این موضوع آگاهی داشته باشید، موضوع حقوق وجایب را مسئولیت قراردادی و نیز مسئولیت که از ضرر رساندن به شخص یا ملکیت شخصی دیگر وارد میشود تشکیل میدهد. وجایب همانند تصامیم در قضایای مدنی قابل اجراء می باشند.[۴] باید به یاد داشته باشیم که این ها قضایای جنایی نیستند که در آن دولت منحیث یک جانب قضیه باشد. در اینجا قضایای که دربرگیرندۀ وجایب اند، جانبین خصوصی بمنظور جبران ضرر ناشی از اعمال مدنی بر علیه یک دیگر اقامه دعوای می نمایند (ویا در بعض موارد خواهان اجرای عملکرد مشخص از مسئولیت قراردادی می باشند). ازاینرو، دو وجیبه اساسی وجود دارد: قراردادی و ماورای قراردادی. اساساً حقوق وجایب به چهار بخش فرعی تقسیم میشود که در این کتاب با جزئیات مورد بحث قرار خواهد گرفت: حقوق قرارداد، حقوق شبه- قرارداد (ایقاع)، فعل مضر و فعل شبه- مضر.

۲. سیر تاریخی و منابع وجایب حقوق مدنی

برای فهمیدن جایگاه حقوق وجایب در افغانستان، مهم است تا اساسات تاریخچۀ وجایب را مطالعه کنیم. قانون مدنی سال ۱۹۷۷ جمهوری افغانستان یک ساختار عمومی دارد که از جهات مختلف منشاء آن به ساختار قانون رومی برمیگردد. علاوه بر این، اگر کسی در جهان هر قانون مدنی را مطالعه کند که متعلق به یک کشور با نظام رومن ژرمنیک مانند: فرانسه، آلمان، جاپان یا مکسیکو باشد، عموماً یک ساختار و تناسب بسیار مشابه را در خواهد یافت. این بخش کتاب تاریخچۀ وجایب در حقوق رومن ژرمنیک را با در نظرداشت نظام حقوقی کشورهای مانند: روم، فرانسه و مصر را پوشش قرار میدهد، به همین گونه منابع دیگر وجایب را مانند اسلام، عرف و سیستم های بدیل مانند نظام حقوقی کامن لا را مورد بحث قرار خواهد داد.

۲،۱. حقوق شخصی در حقوق روم

[1] The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Zimmermann, Reinhard, P.1
[2] The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Zimmermann, Reinhard, P.1
[3] The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Zimmermann, Reinhard, P.3
[4] The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Zimmermann, Reinhard, P.7

اولین قانون نظام حقوق رومن ژرمنیک در سدهٔ ششم قبل از میلاد در روم تدوین شده است.[5] حقوق مدنی در روش های متعدد با قانون ژوستنین که در زبان لاتینی (*Corpus Juris Civilis*) گفته میشود، اساسات مشترک دارد و سه بخش اول کتاب ژوستنین که عبارت بود از مقررات (*Institutes*): "بر اشخاص"، "بر اشیاء"، و "بر وجایب".[6] طوریکه ما خواهیم دید، (*Institutes*) و (*Corpus Juris Civilis*) کمک کرده اند تا ساختار اساسی قانون مدنی فرانسه، قانون مدنی مصر و سر انجام قانون مدنی افغانستان شکل بگیرند. در واقع، السنهوری نویسندهٔ قانون مدنی مصری در سال ۱۹٤۸ قانون روم را بطور مفصل مطالعه کرده بود.

ژوستنین امپراتور روم بود که در قسطنطنیه زندگی میکرد که فعلاً این شهر بنام استانبول در ترکیهٔ امروزی واقع است. او این قانون حقوق مدنی را برای ساده سازی قانون و ازمیان برداشتن نوشته های که موسوم به **Jurisconsults**، یا توضیحات طولانی قانون که ما آنرا تفسیر یا شرح میگوییم تدوین کرد.

اصول قوانین ژوستنین

pr،۳،۱۳
وجیبه بخشی از قانون است که به موجب آن ما ناگزیر هستیم در وقت ضرورت مطابق قوانین دولت خود باید چیزی را تنظیم نمائیم.

قواعد اولیه حقوق روم را قواعد مربوط به مالکیت تشکیل میداد که روابط بین اشخاص و اشیاء را مورد بحث قرار میداد. بعداً حقوق وجایب بوجود آمد که روابط بین مردم را با یکدیگر مورد بحث قرار میدهد. رابطه **مدیون** و **داین** – چنانچه در حقوق وجایب منحیث **متعهد** و **متعهدله** نامیده می شوند – توسط یک **وینکولوم** (که در قاموس روم به معنی حلقه است)، یا یک معاهده حقوقی و یا ارتباط بین مردم محدود میشد.[7] همچنان میتوان به جانب متعهد مدیون و به متعهدله داین خطاب کرد. این اصطلاحات عموماً زمانی استفاده میشوند که استرداد پول بخشی از وجیبه باشد. مدیون شخصیست که ادای دین یا تکلیف به ذمه او باشد و داین شخصیست که از مدیون مطالبه دین یا تکلیف را داشته باشد. سر انجام این مفاهیم به نظریهٔ مدرن قرارداد منتهی شده اند. اندیشهٔ وینکولوم برای تعویض انتقال با پرداخت پول بوده است که همچنان بنام جبران پول معروف است. اما در روم، اگر مدیون نمی توانست به داین پرداخت نماید، مدیون می توانست مجازات را به جای پرداخت پول بپذیرد.

سوالات برای مباحثه

۱. چی فکر میکنید چرا نظام قراردادها شکل گرفته اند؟ چرا ما صرف به عمل متقابل اجتماعی و روابط خود بسنده نمی کینم؟

۲,۲.طبقه بندی چهار گانهٔ وجایب درحقوق روم [8]

[5] JOHN HENRY MERRYMAN & ROGELIO PEREZ-PERDOMO; THE CIVIL LAW TRADITION (3rd edition, 2007) Stanford university press, Stanford, CA, p.2.
[6] Some scholars date the origins of the civil law to the Twelve Tablets in Rome, in 499 B.C.
[7] D. J. Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligations, Oxford University Press, Oxford, 1999, p.6
[8] D. J. Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligations, Oxford University Press, Oxford, 1999, p.6-10

"اجازه بدهید حالا به وجایب بپردازیم. وجایب به دو طبقهٔ اصلی تقسیم بندی شده اند: هر وجیبه یا از قرارداد و یا از فعل مضر نشات میکند." – مقررات غایوس، سال ۱۶۱ میلادی حقوق وجایب اساساً شامل قراردادها و فعل مضر است اما توسط ژوستنین به شبه قرارداد (ایقاع) و شبه فعل مضر انکشاف یافته است.

۲,۲,۱. قراردادها: قراردادهای غیرقابل اجرأ (nuda pacta) و قراردادهای قابل اجرأ

مبادی ژوستنین قراردادها را به چهار دسته تقسیم کرده است. چیزی که این چهار دسته را یکجا کرده است عبارت است از نظریهٔ **رضایت** یا توافق. اما این گفته حقوق دان رومی اولپین معروف است، "*nuda pacta obligationem non parit*" یا اینکه "هیچ وجیبهٔ از یک قرارداد بی محتوا بوجود نمی آید." یک تفاهم ساده الزاماً یک قرارداد نخواهد بود که وجایب را به طرفین متوجه سازد. هر تفاهم که خارج ازاین چهار دسته واقع شود، توافق غیر قابل اجراء بشمار خواهد رفت. در قاموس رومی، (*it was a nuda pact*)، به مفهوم یک توافق غیر قابل اجرا بود که در مقابل توافقات قابل اجراء که شامل یکی از کتگوری های حقوق قرارداد روم میشد بکار برده میشد.

مفهوم امروزی وجیبهٔ قراردادی مشابه است. یک قرارداد وقت تشکیل خواهد شد که دو یا بیشتر از دو طرف بطور داوطلب یک توافق را برای ایجاد وجایب حقوقی بین خود شان شکل دهند و شخص را که توافق را نقض کند مجازات کنند.[9]

۲,۲,۲. افعال مضر: Lex Aquilia و culpa

همانطوریکه ژوستنین در مبادی خود (*Institutes*) قراردادها را به چهار طبقه تقسیم بندی کرده بود، وی چهار نوع افعال مضر را نیز مشخص ساخته بود: سرقت، راهزنی، سبب شدن یک ضرر ناحق و "روش خشونت آمیز". سرقت و راهزنی بخشی از حقوق جزایی هستند اما ببار آوردن ضرر ناحق و "روش خشونت آمیز" منحیث افعال مضر امروزی گروه بندی شده اند. نظریهٔ ایجاد ضرر ناحق [10] بر اساس (*Lex Aquilia*) بود که در سدهٔ سوم قبل از میلاد نوشته شده است که برای جبران خسارت تخریب ملکیت ترتیب شده است. این قانون در اوایل بطور کم مورد استفاده بود که تنها وابسته به اجرا بالای تخریب ملکیت اصلی بود و تنها زمانیکه تخریب بطور مستقیم توسط مدیون متهم صورت گرفته باشد. اما قابلیت اجرای آن بزودی بسیار گسترده شد. زمانیکه ژوستنین در مورد تخلفات قانون تالیف کرد، این قانون بالای موارد فعل مضر غیرمستقیم نیز تطبیق می گردید (وضعیت های که در آن مدیون قصداً نیت وارد کردن ضرر به داین را نداشته اما ضرر از اثر عملکرد وی واقع گردیده باشد) و به اشکال ضرر مالی که از ضرر به ملکیت فزیکی پا فراتر گذاشته شد.

فعل مضر با نظریهٔ مقصر دانستن (culpa) مرتبط بود. آنطوریکه ما امروز به صورت دقیق از مفهوم تخلف برادشت داریم این نظریه هیچگاه به صورت مشخص تعریف نشده بود. نظریه مقصر دانستن (*Culpa*) در واقع نظریهٔ رومی بود که افعال مضر را در یک وضعیت مشخص تعیین مینمود. این اندیشه در بر گیرنده آنچه که ما از آن به عنوان غلفت برداشت داریم میشد، اما شامل اشکال دیگر اعمال تقصیرآمیز نیز میشد.

نوع چهارم فعل مضر، (*iniuria*) یا "رفتار خشونت آمیز" عبارت بود از هر چیزیکه به طور عامدانه حیثیت یک متضرر را مورد تهاجم قرار میداد که بعداً این شخص متضرر در مقام داین قرار میگرفت. بدان معنا که این نظریه یک محدوده وسیع از رفتارهای اخلاقی را احتوا می نمود – انواع مختلف تهاجم لفظی و تهاجم سلوکی- . این تخلف برای شخص که سبب تقصیر شده بود باعث ایجاد یک وجیبه میگردید.

[9] Contracts: Cases and Doctrine, Fourth Edition. Barnett, Randy.
[10] Justinian, *Institutes*, 4.3.

امروزه حقوق مسئولیت مدنی با ضررهای قابل اقدام سروکار دارد. می توان حمله، ضرب و جرح و ورود غیر مجاز به ملک غیر را در این ردیف فهرست نمود. مختصراً، حقوق مسئولیت مدنی به اشخاص حقوق خصوصی اجازه میدهد که در صدد جبران خسارهٔ بر آیند که ازاثر فعل مضر آنها متضرر گردیده اند. بعضی از اصول مشخص وجود دارد که در فهمیدن قواعد افعال مضر ضروری است. بطور مثال؛ مفاهیم مانند تقصیر، ضرر، سبب و قابلیت پیش بینی جز اصول کلیدی اند که در فصل های بعدی مورد بحث قرار خواهند گرفت.[11]

به گفته بعضی دانشمندان حقوق مسئولیت مدنی میتواند یک مفهوم گستردهٔ داشته باشد. بعض اوقات حقوق مسئولیت مدنی با حقوق جزا تداخل دارد، که در حقوق جزا دولت خواهان مجازات متهم میشود به جای شخص متضرر درحقوق مسئولیت مدنی. چیزی که حقوق مسئولیت مدنی را از حقوق جزا متمایز میسازد این است که مسئولیت مدنی مربوط به حقوق خصوصی است که توسط شهروندان خصوصی عنوان میشود نه توسط دولت. این ها اعمال اند که توسط طرفین خصوصی برای دریافت خسارت روی کار گرفته میشوند. ولی، امکان دارد که یک قضیه واحد همزمان هم جنبه جزایی ان مورد پیگیری قرارگیرد و هم جنبه حقوقی ان مورد رسیدگی قرار گیرد.

سوالات برای مباحثه

۱. شما چی فکر می کنید چرا قانون بین اعمال جزایی و اعمال که توسط مسئولیت مدنی یا شبه مسئولیت مدنی ببار می آیند، فرق قایل است؟
۲. به چند مثال مسئولیت مدنی فکر کنید. و در هر یکی از آن وضعیت ها، چرا شخص یک مسئولیت مدنی را در برابر شخص دیگر عهده دارد میشود که بعدا مکلف به تکمیل وجیبه خود به جانب متضرر میگردد؟

۲,۲,۳. قراردادهای تلویحی (ایقاعات): quasi ex contractuteneri ("طوریکه در سابق قرارداد وجود داشته")

قراردادهای تلویحی منحیث وجیبه های الزام آور گسترش یافته بودند که شباهت به توافقات قراردادی داشتند، اما در این نوع قرار دادها توافق حقیقی بین طرفین وجود نداشت. هیچ توافق آرأ و هیچ تقصیر وجود نداشت پس این وجایب از قراردادها و تخلفات بطور جداگانه بوجود آمدند.

هرچند حقوقدانان رومی اندیشهٔ ایفای ناروا را رسمی نساختند، اما ایفای ناروا از طریقه های مختلف پیوند بین وضعیت های مختلف است که به وجایب شبه مسئولیت مدنی سوق داده شود. ایفای ناروا زمانی رخ میدهد که یک شخص از یک وضعیت بهره و سود میبرد که در مورد آن قانون حکم کند این شخص سزاوار سود متصرفه نیست. بطور مثال، پول پرداخته شده بطور اشتباهی را میتوان با استفاده از روش که آنرا (condictio indebiti) گویند دوباره پس گرفت. و مصارف که توسط یک شخص پرداخته شده باشد که در امور شخص دیگر برای نفع کلی آن شخص باشد را نیز میتواند بازپس گرفت. در حقوق معاصر، قرارداد ایقاع یک وجیبه است که توسط محاکم ایجاد شده است تا سعی شود به مشکلات عدالت و مساوات بین طرفین پرداخته شود. بطور مثال، قرارداد ایقاع زمانی استفاده می شود که باید یک قرارداد اصلی موجود میبود که وجود ندارد. بخاطر پرداختن به شکایت طرفین ذیدخل، محکمه آنچه بنا میکند که ما آنرا قرارداد ایقاع می نامیم.

۲,۲,٤. شبه مسئولیت مدنی

[11] Law of Obligations. Samuel, Geoffrey. Edward Elgar Publishing. P.19

شبه تقصیر در حقوق روم منحیث نظریه **مسئولیت غیرمستقیم** یا مسئولیت برای اعمال غیرعمدی که سبب ضرر شوند یا سبب ضرر به اثر تصادف شوند، انکشاف یافته اند. مسئولیت غیرمستقیم میتواند برای ضرر باشد که توسط اشخاص صورت گرفته باشد مبنی بر اینکه شخص در قبال اشخاص دیگر مسئولیت دارد (مانند اطفال یا مهمان ها در رستورانت یا هوتل شخص دیگر) و یا در قبال اشیأ یا حیوان که تحت حراست او است (مانند حیوانات اهلی، مالداری یا تانک های ذخیره ای نفت). در شبه تقصیر، اثبات تقصیر، یا (*Culpa*) ضروری نبود طوریکه در نظریه تقصیر ضرور بود. بطور مثال؛ در نظریه شبه تقصیر، غاصب یک خانه بدون اثبات تقصیر برای اشیایی که از خانه به بیرون در راه عمومی انداخته شده باشند یا افتیده باشند، مسئول پنداشته میشد. و نگهبانان هوتل برای ملکیت مهمان های شان اگر ملکیت آنها در داخل هوتل مفقود یا به سرقت برده میشد، مسئول بودند. این دسته وجایب حتی شامل مسئولیت برای قاضی میشد تا به مسئولیت یک طرف بپردازد که پیگرد قانونی وی بطور اشتباهی قبل از قضاوت ارائه شود، لغو شده باشد. بخاطر تنوع اعمال که تحت شبه تقصیر واقع میشوند، برای پیدا کردن اصل دائمی کاری آسان نیست.[۱۲] چون طبقه بندی های تقصیر و نیمه تقصیر هیچگاه بطور کلی در قانون رومی جدا نشده بودند، بعداً حقوق رومن ژرمنیک اصطلاحات مختلف را مورد استفاده قرار داد، طوریکه ما در بخش حقوق مدنی فرانسه خواهیم دید.

۲,۳.قانون مدنی فرانسه

بعد از انقلاب فرانسه ناپلیون رهبر امپراتوری فرانسه در صدد این شد تا قانون عرفی محلی و سلطتنی را با یک قانون حقوقی منطقی واحد برای تمام فرانسه تبدیل کند. نتیجه این کار قانون مدنی فرانسه بود که بنام قانون ناپلیون در سال ۱۸۰۴ نیز شناخته میشود. برعلاوه از استعداد او به صفت یک رهبر نظامی، قبل از مرگش ناپلیون گفت، "موفقیت اصلی من از چهل جنگ که من در تمام آنها برنده شدم نخواهد بود. این ها بخاطر واترلوو از میان خواهند رفت. موفقیت واقعی من در تدوین قانون مدنی من نهفته است که هیچگاه فراموش نخواهد شد. این قانون مدنی من است که بطور جاویدان باقی خواهد ماند."

بجای تنها جمع و تدوین قوانین کنونی فرانسه، قانون نو از (*Corpus Juris Civilis*as) ژوستنین منحیث یک الگو استفاده میکرد. در حالیکه قانون رومی به بخش های مردم، اشیا و احکام تقسیم بندی شده است، قانون مدنی فرانسه به بخش های مردم، ملکیت و بدست آوردن ملکیت تقسیم شده است.

قانون ژوستنین انواع توافقات لازم را فهرست کرده بود، که در قانون مدنی فرانسه با نظریه عمومی قرارداد یعنی: " *Les conventions legalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits,*" یا " توافقات که بشکل قانونی ساخته شده اند، بین آنهای که این توافقات را موافقت نموده اند از قوت قانون برخوردارند"، را توسعه داد.[۱۳] "قرارداد عبارت از یک توافق است که یک یا بیشتر از یک شخص را در برابر شخص دیگر یا چندین شخص دیگر متعهد و ملزم میسازد تا چیزی بدهد، عملی را انجام دهد یا از عملی امتناع ورزد."[۱۴]

برعلاوه بر اینکه قانون مدنی فرانسه قراردادها را در خور بحث گرفته، این قانون مفاهیم مختلف از ایقاع و وجایب غیر قراردادی را نیز ایجاد نموده است.

قانون مدنی فرانسه

[12] Geoffrey Samuel, Law of Obligations, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, p.21.
[13] French Civil Code, Art. 1134.
[14] French Civil Code, Art. 1101.

مادۀ ۱۳۷۱
قراردادهای تلویحی (ایقاع) اعمال صرفا داوطلبانه طرفی اند که از اثر آن یک تعهد به سوی شخص سومی متوجه میگردد، و بعض اوقات یک تعهد دو جانبه بین طرفین است.

مادۀ ۱۳۸۲
فعل هر شخص به هر نحو منجر به خسارت دیگری شود شخصی را که از تقصیر او خسارت ایجاد گردیده متعهد به جبران می نماید

مادۀ ۱۳۸۳
هر کس مسئول خسارتی است که نه تنها با فعل خویش، بلکه حتی با مسامحه و یا بی احتیاطی وارد نموده است.

در حالیکه تقصیر و شبه تقصیر در حقوق روم بطور عموم بر اساس اینکه آیا وجیبه در قبال مسئولیت مستقیم یا غیرمستقیم است تفکیک میشد، قانون مدنی فرانسه بین هر دو بر اساس **قصد** – آیا اینکه شخص مصمم به انجام یک عمل با راهبرد تعیین شده بود – یا با **غفلت** – یا اینکه شخص در بکار گیری احتیاط لازم موفق نبوده در صورتیکه شخصی عادی دیگری در همچو شرایط میتوانست این احتیاط لازم را به کار ببرد.[۱۵]

قانون مدنی فرانسه از اصطلاحات رومی استفاده میکند، که به مفهوم رومی این اصطلاحات معانی متفاوت را ارائه میکنند. طور مثال؛ در حقوق روم، اگر یک کارمند سبب خسارت شود، کارفرما قانوناً **مقصر** است یا قانوناً بر اساس نظریه مسئولیت غیر مستقیم مسئول است. زیرا کارفرما برای اعمال کارمندان خود مسئول است. اما درقانون مدنی فرانسه عین کارفرما بر اساس نظریه غفلت در نظارت مسئول خواهد بود، چون وی احتیاط لازم را درحصول اطمینان مبنی بر عملکرد درست کارمند بکار نبرده است.

۲,٤.قانون مدنی مصر

با استفاده از قانون مدنی فرانسه منحیث یک الگو،[۱٦]عبد الرزاق السنهوری حقوقدان و سیاستمدار مصری به کمک ایدوارد لامبرت، استاد حقوق در دانشگاه لِیل فرانسه قانون مدنی مصر را در سال ۱۹۴۸ تدوین کرد.[۱۷] سنهوری توانست قانون فرانسه را پیروی کند اما در جایکه نیاز بود از حقوق اسلام نیز استفاده کرد. بخاطریکه حقوق مدنی یک نظام انحنا ناپذیر نیست که نیاز به تصریح اصولی مشخص داشته باشد. برعکس، حقوق مدنی یک عرف است که آنرا میتوان مطابق به نیازمندی های مشخص یک کشور وفق داد.

قانون مدنی مصر

ماده ۱
در صورت عدم موجودیت قانون نافذ، قاضی باید مطابق به عرف تصمیم بگیرد و در صورت عدم مودجودیت عرف مطابق به اصول حقوق اسلام تصمیم بگیرد. در صورت عدم موجودیت این اصول، قاضی به حقوق طبیعی و قواعد

[15] Geoffrey Samuel, Law of Obligations, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, p.22.
[16] The French Civil Code was translated into Arabic by Youssef Wahba between 1881 and 1883.
[17] Nabil Saleh, Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes, Arab Law Quarterly, Vol. 8, No. 2 (1993), pp. 161-167

انصاف مراجعه نماید.

در سال ۱۹۴۲ در یک مجلس بحث در مورد پیش نویس قانون مدنی مصر سنهوری چنین اظهار نمود:
"در مادۀ (۱) قانون از قاضی انتظار میرود تا خالیگاه و شگاف که در قانون وجود دارد را با توسل به اصول حقوق اسلام پر کند. موارد که قاضی با چنین خلا ها در قانون مواجه شود زیاد است، از اینرو قاضی باید با درنظر داشت اصول حقوق اسلام چنین دعاوی را حل نماید. قانون مدنی یک موفقیت بزرگ برای حقوق اسلام است، خصوصاً اگر ما بیاد داشته باشیم که تمام ماده های آن را میتوان طوری تفسیر نمود که اصول حقوق اسلام را پیش نمایند. پس با وجود خلا ها در قانون مدنی قاضی ما تنها دو گزینه دارد: قاضی میتواند ماده های ترتیب شدۀ که با حقوق اسلام در تضاد نباشد را تطبیق دهد یا از اصول حقوق اسلام استفاده کند. در پهلوی این همه، مسوده قانون مفاهیم حقوق اسلام در ترکیب خود طوری گنجانیده که هردو هم اصول کلی و هم قواعد هنجاری حقوق اسلام را قانونگذاری نموده است."[۱۸]

چندین کشور دیگر قوانین مدنی خود را به مثل حقوق مدنی مصری سنهوری طراحی کرده اند. کشورهای مانند عراق، لیبیا، کویت، اردون و امارات متحده عربی شامل آن اند. در عراق و کویت شخصاً سنهوری کمک کرده است تا قوانین مدنی تدوین گردند. در سوریه، قانون مدنی جدید سال ۱۹۴۹جایگزین مجلة الاحکام شد، مجلة الاحکام قانون مدنی سلطنت عثمانی ها بود که تا آن زمان قابل استناد بود. در تدوین قانون مدنی ۱۹۵۱ عراق سنهوری با ادغام اصول قانون مدنی مصر با اصول از مجلة الاحکام این قانون را تدوین نمود. سنهوری در قانون مدنی عراق بیشتر اصول شریعت را مدغم ساخت نسبت به قانون مدنی مصر یا قانون مدنی سوریه، زیرا قانون مدنی عراق اکثریت مواد مجلة الاحکام عثمانی را حفظ کرده است.[۱۹]

۲,٤,۱. قراردادهای مدنی و قراردادهای تجارتی در کویت، قطر و افغانستان

در کویت سنهوری یک رویکرد متفاوت را درپیش گرفت. بجای ایجاد یک قانون مدنی جدید، وی قانون تجارتی سال ۱۹۶۱ کویت را بشمول یک بخش – کتاب دوم – در حقوق وجایب را ترتیب داد. برای مدت دو دهه کویت با یک نظام دو رگه پیش میرفت که در آن کتاب دوم موضوعات حقوق وجایب تجارتی را رهبری میکرد و موضوعات حقوق مدنی را مجلة الاحکام رهبری میکرد. در سال ۱۹۸۱ کویت یک قانون مدنی را تصویب کرد که قانون تجارتی خود را تکمیل سازد، عیناً مانند افغانستان. قطر نیز در قانون مدنی و تجارتی سال ۱۹۷۱ کتاب دوم قانون تجارتی کویتی را در بخش وجایب اقتباس کرد.

زمانیکه سخن از حقوق قراردادها به میان می آید، این نکته مهم است که تفاوت قرارداد حقوق مدنی و حقوق تجارتی را بدانیم. در پهنای وسیع نظام حقوق رومن ژرمنیک، یک جدایی بین حقوق مدنی روم که قبلا در این فصل بحث شد و حقوق تجارتی که بطور جداگانه توسعه یافت است وجود دارد. قراردادهای مدنی و تجارتی منحیث دو بخش جداگانه توسعه یافته اند که حقوق قراردادهای مدنی در بستر نظام حقوق مدنی روم گسترش یافته و حقوق قرارداد های تجارتی در بستر شهرهای ایتالیایی در قرون وسطی توسعه یافته اند، که این شهرها به مراکز تجارت در بحیره مدیترانه مبدل شده بودند. در حالیکه حقوق مدنی روم توسط دانشمندان توسعه یافت، قانون تجارتی توسط تجار منحیث یک ضرورت عملی توسعه یافت. حقوق تجارتی تجربی توسط کشورهای نظام حقوق رومن ژرمنیک در سراسر جهان و بعض کشورهای حقوق کامن لا نیز اقتباس گردید. در سده های هجدهم و نزدهم تدوین آن در چهارچوب قوانین اختصاصی تجارتی آغاز گردید.[۲۰] تاریخچۀ متفاوت این دو رشته حقوق رومن ژرمنیک – حقوق مدنی روم و حقوق تجارتی روم – بطور گسترده در نظم کنونی از

[18] *Preparatory works*, vol. I, 20, and *al-Wasit*
[19] *see* Law as a Social Force in Islamic Culture and History, *Bulletin of the School of Oriental and Asian Studies*, 20 (1957), 32.
[20] JOHN HENRY MERRYMAN & ROGELIO PEREZ-PERDOMO; THE CIVIL LAW TRADITION (3rd edition, 2007) Stanford university press, Stanford, CA, p.13-14

قراردادهای مدنی و تجارتی اثر گذار است. این مطلب واضح می سازد که چرا افغانستان دو قانون مختلف حاکم بر قراردادها را داشته باشد: یک قانون مدنی و یک قانون تجارتی.

چگونه تشخیص میدهیم قانون تجارتی یا قانون مدنی بر یک قرارداد مشخص تطبیق شود؟ قانون مدنی بطور عموم منحیث یک حالت اصلی تطبیق میشود. قانون تجارتی مشخصاً به محدودهٔ معاملات تجارتی محدود است، طوریکه در مواد ۱۴- ۲۳ قانون تجارت تعریف شده اند. طور مثال؛ مواد ۱۸ و ۱۹ قانون تجارت فهرست از معاملات را تهیه میکند که منحیث معاملات تجارتی محسوب میگردند. چنین معاملات شامل توافقات اند که برای حمل و نقل کالا و مردم، معاملات بانکی و تقسیم آب، گاز، برق و ارتباطات تیلفونی بکار برده میشوند.

این موضوع مهم است که بدانیم چگونه تداخل میان قانون مدنی و قانون تجارتی عمل می نماید. در قراردادهای تجارتی، قواعد عمومی قانون مدنی قابل اجرا می باشد، اما قواعد مشخص قانون تجارتی همچنان قابل اجرا اند. از همینرو قانون تجارتی موضوعات مانند ایجاب، قبول و دیگر اصول که از قبل توسط قانون مدنی قید گردیده است را مورد مطالعه قرار نمی دهد.

۲,۵.منابع دیگر وجایب

۲,۵,۱. قانون اسلامی

اسلام دین رسمی جمهوری اسلامی افغانستان است،[۲۱] در حالیکه سایر ادیان سماوی قابل احترام اند و پیروان آنها در اجرای مناسک دینی شان اجازه دارند،[۲۲] هیچ قانون در مغایرت با احکام و معتقدات اسلام تصویب نخواهد شد.[۲۳] مذهب حنفی سنی بخش از اهل تسنن توسط قانون اساسی افغانستان منحیث مذهب فقهی رسمی شناخته شده است.[۲۴] اکثر مسلمان ها شامل در یکی از این دو فرقه هستند: اسلام سنی و اسلام شیعه. اهل تسنن به چهار مذهب تقسیم شده است: مذهب حنفی (که در افغانستان مذهب اکثریت است)، مذهب شافعی، مذهب مالکی و مذهب حنبلی.[۲۵]

قبل از اینکه اولین قانون اساسی افغانستان در ۱۹۲۳ تدوین یابد، منبع اساسی قانون در افغانستان شریعت بود: قوانین سماوی اسلام که اساساً از قرآن کریم، احادیث، اجماع یا توافق آرا، قیاس یا استدلال و سنت بود.[۲۶] عرف و رواج محلی قبیلوی همچنان نقش مهم را اجرا میکردند، در حالیکه بعض تصمیمات توسط شوراهای محلی گرفته میشدند و جرگه های ولایتی منحیث منابع قوانین پنداشته میشدند.[۲۷]

قرآن و احادیث بر اهمیت ایفای وجایب قراردادی تاکید میکنند. چنانچه در این آیه قرآن تبین شده است "ای کسانیکه ایمان آورده اید! تعهد های تان را ایفا نمائید."[۲۸] دو اصل بنیادین حقوق اسلام که حقوق قراردادها را زیر چتر قرار میدهند عبارت اند از **ربا** و **غرر**.[۲۹] معمولاً کلمه ربا به مفهوم **سود خوری** است، اما در مفهوم گسترده تر آن ربأ شامل **ایفای ناروا** نیز گردد. سودخوری عبارت است ازقرض دادن پول است که مدیون را ملزم به پرداخت پول بیشتر از آنچه که اصل دین است

[21] Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan, Cha.1, Art.2
[22] Ibid
[23] Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan, Cha.1, Art.3
[24] Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan, Cha.7, Art.15
[25] Farq bayna al-firaq, Moslem Schisms and Sects, Ibn Tahrir Baghdadiah.
[26] Afghanistan, A Country Law Study, Gholam Vafai, 1988, p.10
[27] Ibid
[28] Holy Quran (Sura V:1).
[29] *See, e.g.*, Noor Mohammed, "Principles of Islamic Contract Law," *Journal of Law and Religion*, Vol. 6, No. 1 (1998), pgs. 115-130.

می نماید، ایفای ناروا حالتی است که شخص تصادفاً به مصرف شخص دیگر غنی میگردد، بدون اینکه توسل به کدام عمل خطا ورزیده باشد. از سوی دیگر غرر عبارت از شکل ممنوعه قرارداد است که در آن جزئیات مبیعه معلوم نباشد. هرچند قرآن کریم این اصول مهم را تصریح نموده و بر اهمیت وفا به عهد و توفقات تاکید میکند،[۳۰] اما یک روش جامع قرارداد را ارائه نمیکند و چنانچه ملاحظه خواهید فرمود احکام مشخص در مورد قرارداد بین کشورها فرق میکند.

مجلة الاحکام یا قواعد فقه حنفی تا قبل از تدوین قانون مدنی سال ۱۹۷۷ در افغانستان نافذ بود. لذا قانون مدنی از زوایای مختلف از مجلة الاحکام پیروی نموده است، بشمول فروش (بیع)، گرو (رهن)، ضمانت (کفاله)، کرایه (اجاره) و تحفه (هبه).

۲,۵,۲. عرف و عادات

در مواردیکه قوانین وجود نداشته باشد و شریعت نیز ساکت باشد، قانون مدنی افغانستان به محاکم صلاحیت صدور احکام براساس عرف عمومی را میدهد، تا جاییکه این عرف و عادات قانون را نقض نکند و مغایر اصول عدالت نباشند.[۳۱]

عرف وعادات را به دو روش میتوان مورد شناسایی قرارداد. اول عرف وعاداتی است که تعلق به جوامع مشخص دارد، مانند؛ عرف پشتونوالی پشتون ها، و سایر انواع قواعد عرف وعادات محلی سراسر کشور. دوم عرف ممکن است یک اجرای عمل پذیرفته شده در یک قشر معین جامعه باشد. مثلاً تصورکنید در یک فابریکه تولید کمپیوتر در کابل عرفی وجود دارد مبنی بر اینکه هرگاه شما یک کامپیوتر را خریداری می کنید، الزاماً یک ماشین چاپگر را نیز با آن خریداری نمائید. در همچو مورد، باید بگوئیم هنجار مرسوم این است که چاپگرها باید با کامپیوترها یکجا باشند. مواد ۷۲۰ تا ۷۲۴ قانون مدنی در مورد عرف بحث میکنند و با جزئیات در این کتاب بعداً بحث خواهند شد.

۲,۵,۳. کامن لا

هرچند سیستم حقوقی افغانستان از نظام حقوقی رومن ژرمنیک پیروی میکند، اما مهم است اندکی در مورد اینکه کشورهای دارای نظام حقوقی کامن لا در مورد وجایب چی گونه می اندیشند بدانیم. نظام حقوقی کامن لا عینا مانند نظام حقوقی رومن ژرمنیک حقوق و منافع مشخص را به رسمیت شناخته و خود را ملزم به حراست از آنها می داند. اما در نظام حقوقی کامن لا به جای تسمیه آنها به وجایب، این حقوق و منافع را به عنوان حقوق قراردادها و حقوق تورت (مسئولیت مدنی)مورد بحث میباشند.

در حالیکه تمام تعهدات الزام آور نمی باشند، حقوق قرارداد با آن تعهداتی سروکار دارد که در زمرۀ قراردادها به شمار میروند.[۳۲] اما اعمال دیگر وجود دارند که انتظار میرود در زمره قرارداد ها باشند مانند وکالت نادرست.[۳۳] دانستن نتیجه در حقوق قرارداد مهم است، زیرا نتایج عقد تعیین میکند که آیا جبران خساره، اجرای کار مشخص، تلافی یا دیگر انواع خسارت مناسب با ضرر است یا خیر.

یک اندیشۀ کلیدی در شکل گیری قراردادها در نظام کامن لا نظریه **عوضین** است. عوضین عقدیست که شخصی چیزی را واگذار شده یا پرداختن آنرا در مقابل تعهد دیگرتعهد کند. بطور مثال، علی خواهان تعمیر یک دیوار در خانه اش است. او از

[30] Holy Quran (Suras V:1; IV:33; XVI:91).
[31] Afghan Civil Code, Cha.1, Art.2
[32]Contracts: Cases and Materials, Seventh Edition, E. Allan Fransworth…P.1
[33] Ibid

عمر میخواهد تا دیوار را اعمار نماید. پرداختن مقدار پول توسط علی به عمر در بدل کار وی قرارداد عوضین گفته میشود. نظریهٔ عوضین تاکید بر این دارد که عوضین شی دارای ارزش باشد. [۳۴]

امروزه نظریهٔ عوضین از آنچه که درگذشته تعبیر میشد متفاوت است. در نگاه امروزی،"پیشکش کردن عوضین مناسب بیانگر جدیت روابط طرفین است."[۳۵] زمانیکه طرفین برای یک تعهد خطر مالی یا مسئولیت را متقبل میشوند، نمایانگر این است که طرفین در اجرای آن متعهد اند. بطور مثال، اگر علی از عمر میخواهد تا یک دیوار در خانه اش اعمار کند اما به عمر هیچ عوض را متعهد نمی شود، در این حالت عمر بدون مشوق برای تعمیر دیوار باقی خواهد ماند.

در نظام حقوقی کامن لا برای مسئولیت مدنی کلمه torts بکار رفته است. در قواعد مسئولیت مدنی ما اصطلاحات مانند غفلت و مسئولیت محض را برای تعین نمودن اینکه چه وقت و چگونه یک طرف در قبال اعمال خودش مسئولیت دارد، استفاده میکنیم. در موارد غفلت، صلاحیت ادعای جبران خساره زمانی به مدعی داده میشود که مدعی علیه با عدم احتیاط کافی عمل کرده باشد.[۳۶] بدین معنی که مدعی علیه وظیفه داشت در چهار چوب روش معین رفتار کند، و یا یک سطح لازم احتیاط را بکار گیرد، اما در اجرای آن قصور ورزیده. در حالات مسئولیت محض، مدعی علیه مسئول هر آن ضرری خواهد بود که توسط عمل وی به مدعی وارد گردیده باشد.

۳. قانون مدنی

درک قانون مدنی افغانستان، مخصوصاً بخش مربوط به حقوق وجایب یک امر دشوار است. در تفسیر قانون مدنی افغانستان اغلب اوقات مفید خواهد بود که به نظریه های وجایب در قانون مدنی فرانسه و قانون مدنی سال ۱۹۴۸ مصر، که فوقاً در همین فصل مورد بحث قرار گرفته اند، مراجعه گردد. اندیشیدن در مورد اینکه قوانین مذکور چگونه عمل میکردند – و توقع میرفت که عمل نمایند – میتواند در چگونگی درک قانون مدنی افغانستان کمک می نماید، مخصوصاً به لحاظ اینکه قانون مدنی فرانسه بالای قانون مدنی سال ۱۹۴۸مصر تاثیر گذار بوده و قانون مدنی مصر بطور گسترده بالای قانون مدنی فعلی تاثیر گذار بوده است.

قانون مدنی افغانستان در سال ۱۹۷۷ در زمان جمهوری داود خان تدوین شد که از لحاظ زمانی بین رژیم شاهی محمد ظاهر شاه و حاکمیت رژیم کمونیست ها واقع بود، که فعلا هم قانون نافذ است. موافقت نامهٔ بن تبیین نمود که تمام قوانین نافذ خواهند بود مگر اینکه توسط کدام الزامیت حقوقی بین المللی جداگانه نفی شده باشند. قانون اساسی افغانستان تصریح داشته است تمام قوانین که قبل از سال ۲۰۰۴ تصویب گردیده اند نافذ میباشد، مگر اینکه توسط قوانین دیگر **الغأ** یا **تعدیل** شده باشند. الغأ قانون به معنی ابطال قانون توسط عمل قانونگذاری و تعدیل قانون به معنی تبدیل قانون به قانون جدید است.

قانون مدنی اساساً مشکلات حقوق خصوصی بشمول حقوق فامیل، احوال شخصیه، حقوق مالکیت و حقوق وجایب را احتوا میکند. این قانون منحیث قانون مقرر(قانون که مردم آنرا در مواردی تطبیق میکنند که هیچ قانون دیگر در آن مورد بصورت مستقیم قابل تطبیق نباشد) استفاده میشود، هرچند قوانین ممکن تصویب شوند که قواعد مشخص تر را پیشنهاد کنند.

قانون مدنی افغانستان عناصر قوانین مدنی کشورهای دیگر، نظریات دانشمندان و فقه حنفی و قواعد عرفی افغانستان را در بر دارد. اما قانون مدنی افغانستان این ها را نسبت به حقوق مدنی مصر بطور متفاوت اولویت بندی نموده است. در حالیکه قانون مدنی مصر مراجعه به عرف را قبل از مراجعه به حقوق اسلام را در قضایای که در قانون هیچ حکمی وجود ندارد دستور میدهد، اما قانون مدنی به پیروان خود دستور میدهد که به فقه حنفی قبل از عرف مراجعه نمایند.

---

[34] Ibid

[35] The Common Law of Obligations, Cooke, P.J; Oughton, D.W. P.80

[36] Cases and Materials on Torts, Epstein, R, P.101

قانون مدنی

ماده ۱

(۱) در مواردی که حکم قانون وجود داشته باشد، اجتهاد جواز ندارد. احکام این قانون باعتبار لفظ و فحوای آن، قابل تطبیق می باشد.

(۲) در مواردیکه حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق باساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می نماید. که عدالت را به بهترین وجهه ممکن آن تامین نماید.

ماده ۲

در مواریکه حکمی در قانون و یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر مینماید، مشروط بر اینکه عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد.

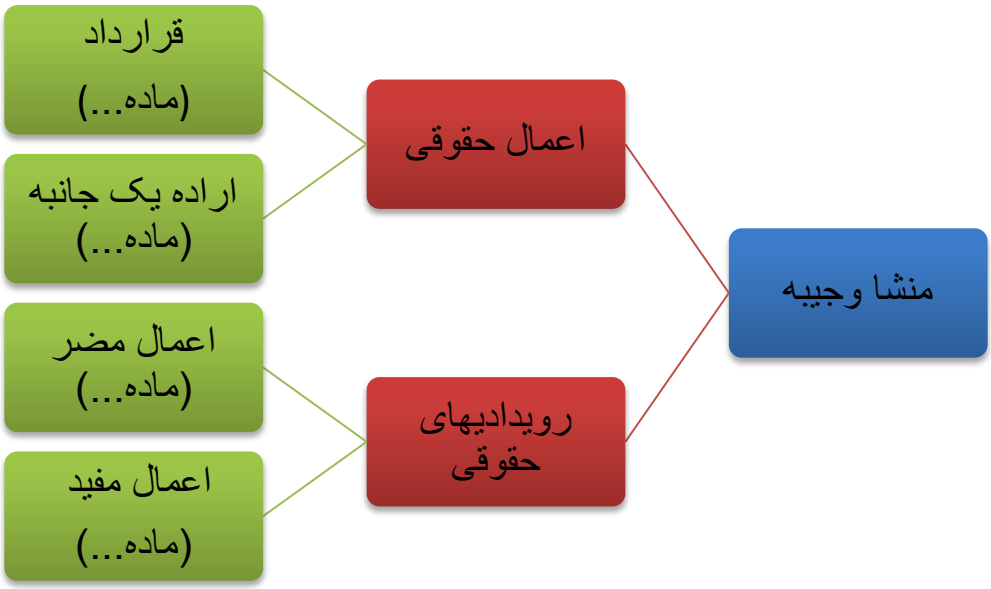
۳،۱.وجایب در قانون مدنی[۳۷]

قانون مدنی زمینهٔ کلی بحث وجایب را طراحی نموده که بعد از آن بطور مشخص حقوق قراردادها و فعل مضر یا آنچه که در حقوق مدنی منحیث مسئولیت مدنی شناخته میشود را مورد بحث قرار داده است. بدون شک تعامل قانون در خصوص موضوعات فوق با ماهیت مدنی صورت گرفته است. بطور مثال، بخش حقوق قراردادها که شامل موضوعات فاعل (یا آنچه که در بعضی از قلمرو های حقوق رومن ژرمنیک به آن منحیث "مفعول") و سبب میشوند، که اینها از جمله مصداق های حقوق رومن ژرمنیک اند. دکترین حقوق کامن لا مانند عوضین در قانون مدنی وجود ندارند و قانون مدنی بطور واضح برای قراردادهای یک جانبه (آنعده قراردادهای که نیاز به عوضین هر دو جانب ندارند) اجازه میدهد.

قانون مدنی در ابتدأ قراردادهای غیر مسمی را مورد پوشش قرار میدهد، یعنی قراردادهای که فاقد نام معیین هستند. در قدم بعدی این قانون قراردادهای مسمی را توضیح میدهد، که عبارت از قراردادهای اند که اسم مشخص دارند مانند بیع، قراردادهای انتفاعی، قراردادهای کار و انواع دیگر قراردادها.

مواد ۴۹۲ الی ۸۱۲ منشأ وجایب را توضیح میدهند. دو گروه عمده نخست اعمال حقوقی و رویدادهای حقوقی اند. اعمال حقوقی بیشتر به قراردادها و ارادهٔ یک جانبه تقسیم میشوند. رویدادهای حقوقی به اعمال مضر و اعمال مفید تقسیم میشوند.

[37] *See, e.g.*, ANDREW BURROWS, UNDERSTANDING THE LAW OF OBLIGATIONS (1998); GEOFFREY SAMUEL, LAW OF OBLIGATIONS (2010); GEOFFREY SAMUEL & JAC RINKES, LAW OF OBLIGATIONS AND LEGAL REMEDIES (1996); Gerhard Bowering, editor, "Rights," pg. 477, The Princeton Encyclopedia of Islamic Political Thought, 2013, Princeton University Press, Princeton, NJ; Hisham M. Ramadan, pg. 103-104, Understanding Islamic Law: From Classical to Contemporary, Rowman Altamira, 2006.



قانون مدنی طوری تقسیم بندی شده است که دسته بندی های معمول حقوق مدنی خصوصی را منعکس می سازد. وجایب در قانون مدنی افغانستان، به طور عمده به چهار طبقه بندی تقسیم شده است چنانچه در سایر سیستم های حقوق مدنی وجود دارد: قرارداد، شبه قرارداد، مسئولیت مدنی (که مترادف فعل مضر و وجایب فرا – قراردادی میباشد) و شبه مسئولیت مدنی.

فصل دوم: نظریه اراده – استقلالیت اراده

۱. نظریه اراده

نظریه اراده یکی از ابتدایی ترین اساساتی است که قراردادهای حاکم بر روابط حقوق خصوصی از آن استنباط می گردد، ولی یقینا یگانه مبنی پنداشته نمی شود.[۳۸] **اراده** ملکیت فکر است، و از آن به میل و توانایی شخص جهت انجام کاری تعریف شده است. نظریه اراده عنوان میکند که متن قانون مانند قراردادها، برای حفاظت استقلالیت اراده طرح گردیده است، استقلالیتی که مفهوم آن چگونگی خود ارادیت و استقلال اخلاقی می باشد. بنابراین استقلالیت اراده عبارت از کیفیت داشتن کنترول فردی بالای موارد اخلاقی و تمایلات عقلی می باشد. تیوری اراده بیانگر این حقیقت است که تعهدات قرار دادی به اساس وعده ها می باشد (بخاطریکه اراده طرفین را انعکاس می دهد)، مگر بخاطریکه تیوری اراده به طور خلاصه و بیانگر نظریات عمومی می باشد، در بسا اوقات اوضاع و احوال گوناگون رخ می دهد که به طور قطع زمینه برای تطبیق قرارداد مهیا نمی باشد.

تیوری اراده خیلی اوقات توام با اصل عمومی دیگری مطرح می گردد که از آن به **،آزادی قرار داد،** تعبیر می گردد، یعنی طرفین هر دو به طور آزادانه می توانند که داخل قرارداد شوند بدون اینکه کدام محدودیت و مداخله ای از کدام جهتی صورت بگیرد. آزادی قرارداد به طرفین اجازه می دهد تا تصمیم بگیرند که آیا می خواهند که توافقی در زمینه بکنند و یا خیر، با چی شخصی قرار داد ببندند، و شرایط قرارداد چگونه باشد. این آزادی ها یکی از بنیانهای laissez faire (در فرانسوی به معنی عدم مداخله دولت در امور اقتصادی و مردم را به حال خود شان گذاشتن است تا هر چه می خواهند بکنند) است. فلسفه اساسی در عقب این تیوری همانا موضوع سرمایه داری، بازار آزاد می باشد. این نظریه ها قسماً در قانون مدنی نیز انعکاس یافته است.

قانون مدنی

ماده ۵۰۹
اظهار اراده توسط گفتار، نوشتار، و یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می گیرد. همچنان اظهار اراده به داد و ستدیکه برحقیقت یک عقد صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته می تواند.

ماده ۵۱۰
اظهار اراده طور ضمنی صورت گرفته میتواند، مگر اینکه صریح بودن آنرا قانون و یا عاقدین شرط گذاشته باشد.

ماده ۵۱۱
وقتی بر اظهار اراده آثار مرتب می گردد که طرف مقابل به آن علم حاصل نماید. وصول اظهار اراده به طرف مقابل قرینه حصول علم به آن پنداشته می شود. مگر اینکه دلیلی برخلاف آن در زمینه وجود داشته باشد.

ماده ۵۱۲
اظهار اراده در حالت بی هوشی و یا اختلال عقلی ایکه موجب فقدان قوۀ ممیزه گردد، گرچه این اختلال موقت هم باشد، باطل پنداشته می شود.

[38] Duncan Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy*, 100 COLUM. L. REV. 94.

ماده ۵۱۳

اراده ایکه خلاف ما فی الضمیر شخص اظهار شده باشد، باطل پنداشته نمی شود، مگر اینکه طرف مقابل به مخالفت ارادهٔ اظهار شده یا نیت شخص علم داشته باشد.

ماده ۵۰۹ بیان میدارد که اراده به طرق مختلف اظهار شده می تواند. ماده ۵۱۰ اظهار میدارد که اراه می تواند به شکل ضمنی بیان گردد (از طریق علامات و یا اشاراتی که هدف اراده را می رساند) مگر اینکه قرار دادی معین اظهار اراده را به طور واضح شرط نموده باشد. ماده ۵۱۲ بیان می نماید که هنگامی یکی از طرفین حین اظهار اراده در حالت بی هوشی قرار داشته باشد و یا شخص دچار اختلال عقلی باشد، در این صورت اظهار اراده قابل قبول نمی باشد.

شاید از همه مهمتر ماده ۵۱۳ باشد که بیان می دارد؛ اظهار اراده که برخلاف آنچه در ضمیر شخص است باشد، باطل دانسته نمی شود، مگر اینکه جانب مقابل از چنین نیت علم داشته باشد. ماده ۵۱۳ به ممیزهٔ مهمی تماس میگیرد که عبارت از تمیز بین قصد و انگیزه درونی و بیرونی در قراردادها است. **قصد بیرونی** حالت است که برای شخص معمولی قابل درک و تشخیص باشد. مبنی بر اینکه آیا شخص نیت خود را طوری اظهار نموده است که یک شخص معمولی معتقد گردد که نیت او وارد شدن به قرارداد است؟ طوریکه در مواد ۵۰۹ و ۵۱۰ بیان تصریح شده شکل گیری قرار داد همواره مستلزم نیت بیرونی می باشد.

منظور از **نیت درونی** آنست که یک فرد مشخص درحین اظهار اراده عملاً به چی می اندیشید، قطع نظر از چطوری یا چگونگی گفتار شخص. آیا واقعاً شخص می خواست که نسبت به قرار داد متعهد باشد؟ همان گونه که به همه واضح و هویداست، تشخیص، ارزیابی و درک اراده باطنی برای دیگران کاریست دشوار (به شمول محکمه). شاید بعضی اوقات اراده باطنی شخص نسبت به متعهد بودن وی به قرار داد وجود نداشته باشد و صرف بخاطر جلوگیری از قرارداد باشد، اگر طرف مقابل این موضوع را درک کند (یا باید از موضوع آگاه باشد). اگر قضیه از این قرار باشد، طرف مقابل شاید استدلال نماید که اراده ظاهری نیز در زمینه وجود ندارد.

در مذهب شافعی و حنفی صرف به قصد ظاهری اعتبار داده می شود، این در حالیست که مذهب حنبلی و مالکی قصد و انگیزه باطنی را نیز مدار اعتبار می دانند.[۳۹] نمونه و یا مثالی که همیشه در این مورد گفته می شود، فروش انگور که از آن خمر یا شراب ساخته می شود است. در مذهب شافعی و حنفی فروش انگور کاری جایز و روا می باشد ولو اینکه انگیزه و هدف آنها غیر مشروع می باشد. در مذهب حنبلی و مالکی این معامله نا جایز و نا رواست بخاطریکه قصد و اراده باطنی نیز مدار اعتبار شمرده می شود. بنظر میرسد که در این رابطه قانون مدنی بیشتر به مذهب حنبلی و مالکی نزدیکی و تمایل دارد.

سوالات برای مباحثه

فرهاد بولانی میفروشد و فهیم موافقت به خرید بولانی می کند. در صورتیکه اراده باطنی فرهاد از فروش بولانی با آنچه که اراده بیرونی وی در حصه قرارداد فروش به فهیم متفاوت باشد، در قرار داد چی چیز در نظر گرفته شود؟ طبق ماده ۵۱۲ قانون مدنی آیا نیت فرهاد نسبت به برداشت ظاهری و معقول فهیم در مورد تفسیر شرایط قرار داد مهم تر است؟ تیوری یا نظریه اراده این مساله را شاید به نفع فرهاد حل و فصل نماید. آیا مطابق به قانون مدنی طریقه و یا راهی دیگر برای استدلال وجود دارد تا اینکه فهیم با تمسک به آن در قضیه مذکور با در نظر داشت تفسیر از اراده باطنی مرتبط به قرار داد، برنده حساب شود؟ آیا در همچو سیستم مرتبط به حقوق قرارداد ها نیاز است که رضایت طرفین را با استفاده از محتویات

[39] Oussama Arabi, "Intention and Method in Sanhuri's Fiqh: Cause as Ulterior Motive," *Journal of Islamic Law and Society*.

ظاهری قرار داد جهت حل و فصل اختلافات بدست آورد، حتی اگر قصد باطنی مخالف آنچه که قصد ظاهری حکم می کند، باشد؟ [40]

تاکید نظریه اراده بیشتر مبتنی بر فرد گرایی قرارداد ها است برخلاف نظریه جمع گرایی قرارداد، بدلیل اینکه نظریه فرد گرایی به اشخاص اجازه میدهد که مکلفیت های خود را در قبال همدیگر در تعهدات تعریف نمایند. نظریه های جمع گرا به این نظر است که طرفین قرارداد کننده در قبال همدیگر وظیفه دارند که با حسن نیت رفتار نموده و طوری عمل نمایند که منفعت طرف مقابل را در نظر بگیرند. برمبنای نظریه جمع گرایی اشخاص اختیار تام در پیشکش کردن منفعت خود بالا تر از حد مجاز ندارند قانون مدنی دراین زمینه کوشش نموده تا راه میانه ای را انتخاب نماید و با ایجاد ترکیبی از تیوری اراده فردگرایی و جمع گرایی حدودی را برای هریک قایل شود. [41]

۱,۱. عدم پذیرش نظریه اراده

در میان دانشمندان اعترافاتی مبنی بر رد نظریه اراده بنابر دلایل سه گانه ذیل وجود دارد. نخست اینکه، در قانون مدنی، احکامی وجود دارد که تاکید بیشر بالای اراده ظاهری نسبت به اراده باطنی می کند (ماده ۵۱۳). به هر حال بسیاری استدلال می کنند که این به طور مستقیم در برابر نظریه اراده سنتی قرار می گیرد. دوم، قرار داد های اذعان ، که بعداً درین کتاب بحث خواهد شد، بسیار رفتار های فرد گرایانه و انتخاب فردی را محدود ساخته است. در قرارداد های اذعان یک طرف قدرت چانه زنی بیشتر با نوشتن قرارداد در تبارز منفعت خود دارد، بخاطریکه طرف دومی همیشه در یک موقعیت ضعیف قرار داشته و معمولاً قرارداد را ناگزیر قبول کند، طرف دومی توانایی تمثیل اراده ای خود را به شکل آزادانه و به درستی ندارد. سوم، تمام جوامع محدودیت های خود را در قرار دادها دارند. گاهی اوقات محدودیت ها به خاطر سیاست های عمومی می باشد. به طور نمونه، در کشور های که حد اقل مزد را دارند، حتی اگر کارگر و کارفرما در زمینه توافق هم داشته باشند، این غیر قانونی است که کارگر را پائین تر از مزد که مستحق می شود، داده شود.

حقوق اسلام محدودیت های مشخصی را در راستای آزادی قرار داد وضع می کند. برخی قرار داد ها که از نظر اراده شخصی و یا نقطه نظر انتخاب قابل قبول پنداشته می شونداما در حقوق اسلام منع قرار داده شده اند. بطور مثال، اسلام معامله **ربا** را حرام قرار داده است، چیزی که به عنوان **سود خواری** مشهور است، یا قرض دادن پول با فایده ای زیاد، ربا به طور گسترده به جریان بدست آوردن پول بشکل نا عادلانه اطلاق می گردد. شریعت اسلامی هم چنان اجبار، فریبکاری و **غرر**، یک نوعی ممنوعه از قرار داد که جزئیات در مورد اشیاء قابل فروش معلوم نیست، منع قرار داده است. در نتیجه موجودیت شک و تردید در معامله باعث عدم جواز آن شده است. نقص موجود در قرارداد های که مطابق به معیار های اسلامی عیار نمی باشد، باید واضح گردد، و نباید به عنوان مفهوم تغییر نا پذیر از اندیشه آزادی قرارداد ها سوء تعبییر و سوء استفاده نمود.

مقایسه با نظام حقوقی کامن لا

همان گونه که آزادی قرارداد توسط فقه و شریعت اسلامی در قانون مدنی افغانستان تعدیل گردید، آزادی قرارداد توسط دکتورین عوضین در سیستم حقوقی کامن لا شکل معتدل تری را به خود گرفته است. به گونه ایکه هر طرف قرارداد در قبال یک دیگر بعضی مسئولیت های را متعهد می شوند. گنجانیدن بعضی اصول غیر الزامی قرارداد مانند اعتماد، سود، و

[40] See Randy E. Barnett, A Consent Theory of Contract, Columbia Law Review, March 1986, p. 269-321

[41] Anthony T. Kronman, Review of "A New Champion for the Will Theory
Contract as Promise: A theory of Contractual Obligation" by Charles Fried, Yale Law Journal, Vol. 91 No. 2 (Dec. 1981), p. 404-423; see also Charles Fried, Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1981.

رسیدگی در داخل شکلیات قرار داد مشکل می باشد، به همین خاطر همیشه و در عمل اراده طرفین را نمی تواند بیان نماید. این اصول غیر الزامی همیشه همراه با تیوری اراده موجود می باشد، اگر ما قبول بکنیم تیوری اراده به شکل انحصاری عمل نمی کند، اما ندرتاً در قانون قرارداد از موقع برتر برخوردار می باشد.

مذاهب فقهی توافق های قراردادی را به درجه های مختلف تقسیم می کند. مذهب حنبلی به طور نمونه، اگر اراده یکی از طرفین به اثر اجبار متاثر گردد، به تبع آن قرارداد باطل پنداشته می شود. در افغانستان موضوع با اندکی تفاوت وجود دارد، بخاطری که این کشور به طور گسترده پیروی از مذهب حنفی می نماید. دانشمندان و علمای مذهب حنفی می گویند؛ وقتی اراده یکی از طرفین در اثر اجبار و یا اکراه متاثر گردد، قرار داد **باطل** پنداشته می شود. ولی به این معنی نیست که به گونه ای فوری ملغی شود، آنچنانکه در مذهب جنبلی وجود دارد، بلکه باید از طرف کسی که اراده اش بالاثر اجبار متاثر گردیده است، ملغی اعلان گردد.[۴۲]

بخاطر اجتناب از ربا، تامین عدالت و اجتناب از **جهالت**، فقهای قرن های آغازین اسلام حدود و ثغور را بر قرارداد ها ترسیم نمودند، هنجار های حاکم بر چهارچوب قراردادها را ساختند ،آزادی قرارداد را محصور نمودند، زمینهٔ امتناع از قرارداد را تبیین نمودند و ابطال قرارداد را حین متاثر شدن رضایت از رهگذر اجبار و از لحاظ ساختاری نیز مجاز دانستند.[۴۳] اعمال این نوع قیودات از جانب فقها به شیوه های مختلف در تضاد با استقلالیت اراده است. گرچه در بعضی حالات آنچه از اصول شرعی استنباط میگردد اینست که در صورت داشتن علم به نیت عاقدین در قرار داد میتوان بعضی از تیوری های اراده با ممنوعیت های که از جانب فقه ایجاد گردیده است وفق داد. یکی از راه های پرداختن به این موضوع این است که گفته شود قیودات شرعی قراردادها بعضی از عناصر نظریه اراده را در بطن اصول اسلامی قرارداد آمیخته است به طور مثال، اگر ارزش های مندرج در قرارداد نسبت به یکی از طرف های قرارداد مبهم باشد، در ین صورت نمی توان گفت که استقلالیت اراده تمثیل شده است.[۴۴]

زمانیکه شما قانون مدنی را شرح می نمائید،به این نکته توجه کنید که اصول شرعی انصاف و مساوات تا کدام حد گسترش میابد.

۲. شروط شگل گیری قرارداد

ما خواهیم دید که قرارداد ها ابزار های متنوع ومختلف حقوقی هستند؛ آنها می توانند موضوعات مختلف را عنوان کرده و به اشکال و چهارچوب های گوناگون شکل بگیرند. اما اگر قرار باشد که یک قرار داد از نظر حقوقی یک وجیبهٔ الزام آور را ایجاد نماید، باید حاوی یک سلسله شرایط را برآورده سازد. ماده ۵۰۲ قانون مدنی شروط قرارداد را قید نموده است.

قانون مدنی

ماده ۵۰۲

(۱) شرط انعقاد عقد عبارت است از وجود عاقدین، الفاظ مخصوص عقد و موضوعی که عقد بر آن وارد می گردد.
(۲) شرط صحت عقد عبارت است از اهلیت عاقدین، قابلیت معقود علیه برای حکم عقد، مفیدیت و عدم مخالفت آن با نظام آداب عامه.

[42] Abdul Karim Aldohni, *The Legal and Regulatory Aspects of Islamic Banking: A Comparative Look at the United Kingdom and Malaysia*, Routledge, New York, 2011, p.87-89.
[43] Nayla Comair-Obeid, The Law of Business Contracts in the Arab Middle East, Kluwer Law International, 1996, p.206.
[44] Lawrence Rosen, p. 145, The Justice of Islam, Oxford University Press, 2000.

ماده ۵۰۲ (۱) سه شرط را برای انعقاد یک قرارداد ذکر نموده است: (۱) رضایت طرفین، (۲) ایجاب و قبول، و (۳) موضوع قرارداد. صرف اینکه دو طرف یک قرارداد عقد نموده بمعنی این نیست که این قرارداد الزام آور است. بخاطر اینکه یک قرارداد قابل انفاذ باشد، لازم است تا قرارداد **صحیح** باشد. قراردادهای **باطل**، قابل اجرا نمی باشد. ماده ۵۰۲ (۲) سه شرط دیگر را برای صحت قرارداد تشخیص داده است که لازم است یک قرارداد صحیح دارای این سه شرط باشد برعلاوه شروط که در ماده ۵۰۲ (۱) ذکر گردیده است، شروط صحت قرار داد عبارتند از (۱) اهلیت عاقدین، (۲) قابلیت معقود علیه، (۳) مفیدیت و عدم مخالفت آن با نظام آداب عامه. شروط انعقاد قرارداد و شروط صحت قرارداد در فصول بعدی به شکل مفصل بیان می گردد.

ماده ۵۰۲ شباهت با احکام قانون مدنی فرانسه دارد.

قانون مدنی فرانسه

ماده ۱۱۰۸

جهت صحت یک قرارداد، چهار شرط مهم و ضروری پنداشته می شود:

رضایت طرف قرارداد که خود را متعهد بپندارد،

اهلیت طرف قرارداد،

معین بودن موضوع قرارداد، که محتوی آن را تشکیل میدهد،

الزامی بودن با ذکر دلایل قانونی.

یاداشت نماید که ماده ۵۰۲ حد اقل شروط را جهت عقد یک قرار داد بیان می نماید. در بعض قرارداد ها، قانون مدنی و یا طرفین خود شان شروط اضافی برای ایجاد یک قرارداد الزام آور قانونی ایجاد می نمایند.

۲,۱. اراده انفرادی

در حالیکه این کتاب درسی بالای قرارداد ها تمرکز دارد، وجایب قراردادی به ذات خود تنها وجیبه حقوقی بشمار نمی رود. **اراده یک جانبه** وجیبه غیر قراردادی است که توسط ایجاب کننده ایجاد گردیده و ضرورت به قبول ندارد.[45] ایجاب در ذات خود عاری از رضایت قبول کننده است که برای ایجاب کننده وجیبه ایجاد می نماید. از اراده یک جانبه تحت عنوان تعهد یک جانبه نیز ذکر گردیده است مواد ۷۵۱ الی ۷۵۷ قانون مدنی اراده یکجانبه مورد بحث قرار داده است.

قانون مدنی

ماده ۷۵۱

اراده انفرادی تابع تمام احکام مربوط به عقد می باشد، مگر در احوالی که وجود توافق اراده دو طرف برای ایجاد تعهد، حتمی پنداشته شود.

ماده ۷۵۳

اراده انفرادی احیاناً سبب ایجاد تعهد یا وعده گردیده و احیاناً موجب کسب یا اسقاط ملکیت و یا اجازه برای تصرف و احیاناً استعمال یکی از خیارات می گردد.

[45] Pablo Lerner, *Promises of Rewards in a Comparative Perspective*, Annual Survey of Int'l & Comparative Law vol. 10 issue 1, Art. 4 2004, 53, 58-9.

ماده ۷۵۶
شخصی که در برابر انجام عمل معین به اعطای جایزه وعده کرده باشد، مکلف است جایزه وعده شده را به شخصی که آن را انجام داده است اعطا، نماید، گرچه عمل بدون در نظرداشت وعده انجام شده باشد.

ماده ۷۵۷
هرگاه وعده دهنده ، مدتی را برای انجام عمل تعیین نکرده باشد، می تواند قبل از آن که شخص عمل معینه را ا نجام داده باشد، از وعده اش رجوع نماید. مطالبه جایزه وعده داده شده، بعد از سه ماه از تاریخ اعلان رجوع از وعده قابل سمع نمی باشد.

ماده ۷۵۱ بیان می دارد که تمام احکام قابل تطبیق در قرارداد ها، در قرارداد های یک جانبه نیز قابل تطبیق اند، مگر در احوالی که توافق اراده طرفین برای ایجاد تعهد، حتمی پنداشته شود. به اساس ماده ۷۵۳، اراده یک جانبه منحیث ایجاد کننده تعهدات مدنی، انتقال دارائی، تفویض صلاحیت از طرف یک شخص برای شخص دیگری جهت انجام کار های معین و جهت انجام خیارات نیز بکار میرود.

دو نمونه از اراده یک جانبه وصیت (مثل وصیت نامه) و هبه است. **وصیت** یا **وصیت نامه** عبارتست از بیان حقوقی که خواست شخص را در رابطه وضعیت دارائی او بعد از مرگش بیان میدارد.[۴۶] معمولاً وصیت نامه ها بشکل کتبی می باشد. انجام وصیت بالای موصی یا شخصی که وصیت را ترتیب می دهد، لازمی می باشد. حتی اگر بعد از مرگ وصیت کننده، از جمله وارثین هم کسی باقی نمانده باشد، وصیت مذکور عملی می شود.

نمونه دیگر از اراده یکجانبه، عبارت از **دادن جایزه** است، در این صورت جایزه دهنده به اطلاع عموم می رساند که او جایزۀ را در عوض کاری مشخص اعطا خواهد نمود.[۴۷] در افغانستان جایزه گیرنده یا شخصی که کاری را انجام میدهد، مستحق همان پاداش شناخته می شود، اگر چه شخص پاداش گیرنده از موضوع آگاهی نداشته باشد. (ماده ۷۵۶). جایزه دهنده تاریخی را برای انقضای جایزه نیز می تواند تعیین نماید. اگر برای جایزه اعلان شده تاریخ انقضا تعیین ننماید، و جایزه دهنده از آن رجوع نماید، جایزه گیرنده حق دارد در مدت سه ماه ادعای مستحق بودن جایزه را نماید. اگر مدت معین سپری گردد، در آن صورت جایزه گیرنده حق رجوع به جایزه دهنده را ندارد. قانون این مسئله را واضح نساخته است که آیا جایزه گیرنده در صورت مطلع بودن از رجوع جایزه دهنده حین انجام کار می تواند ادعای مستحق بودن جایزه را نماید.(ماده ۷۵۷)

تصور نمایید که امان الله اعلانات را در جاده ها منتشر ساخته و در آن وعده نمود که هر کس تیلفون همراه اش را که از جیبش حین بازگشت از مکتب مفقود نموده، دریافت نماید مبلغ ۵۰۰۰ افغانی برایش جایزه میدهد. بعد از چند هفته امان الله نا امید گردیده اعلاناتی را که در دیوار های جاده نصب نموده بود، دور می کند. بعد از ۲ ماه رفیق امان الله ، روح الله تیلفون امان الله را برایش میدهد بدون اینکه اعلانات را هم دیده باشد. امان الله باید به روح الله ۵۰۰۰ افغانی جایزه بدهد.

[46] Black's Law Dictionary.
[47] Lerner, *supra* note 17, at 53, 61-65.

فصل سوم: ایجاب وقبول

طرح موضوع

یک عقد زمانی بگونه قانونی منعقد میگردد که درآن ازیک طرف ایجاب وازطرف دیگر قبول صورت گیرد، تا اینکه اراده هریک از طرفهای ذیدخل به طرف دیگر وهمچنان به اشخاصی که این عقد را نافذ میکنند باید صریح و واضح باشند. دراین فصل دورکن اساسی عقد را که عبارت ازایجاب و قبول است به بررسی میگیریم. سپس روی اشکال مختلف هر یک ازاین دورکن بحث نموده و شرایط لازم برای اعتبار هر یک از آنها مبنی برانعقاد یک عقد را بیان خواهیم نمود. ابتدا بحث را با اصول اساسی ایجاب وقبول آغاز میکنیم و بعد از آن موارد استثنائی و همچنان حالات خاص مبنی بر ترکیب این دو را بحیث یک عقد ادامه میدهیم.

قانون مدنی

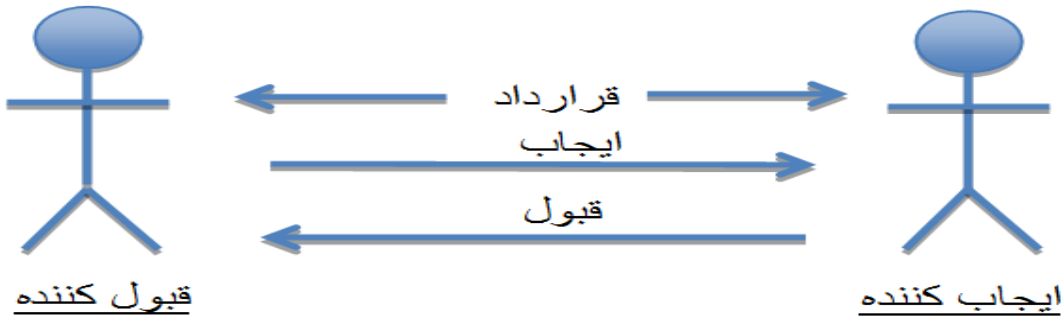
ماده ۵۰۶

عقد به ایجاب وقبول طرفین منعقد مي گردد. ایجاب وقبول عبارت است از الفاظیکه در عرف برای انشاء عقد استعمال می گردد.

ماده ۵۰۶ قانون مدنی صراحت دارد که ایجاب و قبول ارکان لازم برای انعقاد هرعقد صحیح میباشد. ایجاب و قبول دو عملی است که دو یا بیشتر از دو طرف را در یک عقد لازم الاجراء باهم جمع میسازد. در حالیکه نظر به عرف و شرایط موجود ایجاب و قبول ممکن به شیوه های معتبر گوناگون بکار برده شود، هرنوع رفتار یا عملی که مفهوم آن را افاده کند ایجاب و قبول گفته میشود. طوری که در فصل بعدی بیان خواهیم کرد، مطابق به قوانین افغانستان برای انشای یک عقد نافذ علاوه بر ایجاب و قبول ارکان دیگری بشمول اهلیت کامل عاقدین، موضوع وسبب عقد نیزضروری است. مجلة الاحکام نیز عقد را تعریف نموده بیان میدارد که عقد عبارت است از تعهد جانبین غرض اجرای یک عمل معین. این تعریف نیز ایجاب وقبول را شامل است. [۴۸]

به تصویر کشیدن قرارداد

همزمان با مروراین فصل این تصویربنیادی را بخاطرداشته باشید:



[48] "The Ottoman Courts Manual (Hanafi)." *AL-MAJALLA*. International Islamic University of Malaysia, 16 Nov. 2005. Web. 10 Feb. 2013. <http://www.iium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_majalleintro.html>.

مسلماً عقود پیچیده ترخواهد شد، ولی اگرهمواره ارکان اساسی فوق را درنظربگیرید، فهمیدن آن بسیار ساده وآسان خواهد بود.

۱. ایجاب:

ایجاب عبارت است از اظهار ارادهٔ یک شخص مبنی بر انشای عقد. ایجاب به طرف دوم فرصت میدهد که از موضوع آگاهی حاصل نموده و درصورتیکه با شرایط آن موافقه نماید، عقد پیشنهاد شده بین هردوطرف نافذ میگردد. ایجاب ازجانب یک طرف به طرف دیگر پیشنهاد میگردد در صورتیکه پیشنهاد را طرف مقابل قبول نماید، در این صورت برای طرفین **وجیبه** ایجاد می نماید. وجیبه عبارت از مسؤلیت یا مکلفیت حقوقی است که یک طرف به انجام آن به نفع طرف دیگر متعهد میگردد. ایجاب نشان میدهد که شخص میخواهد دربدل یک شی معین کاری را انجام دهد (مانند پرداخت پول) یا از انجام کاری که مستحق آن است امتناع ورزد. ایجاب نخستین گام برای انشای یک عقد بشمارمیرود. جنبهٔ عمده دریک ایجاب قصد یا تصمیم شخص مبنی براجرای پیشنهاد خویش میباشد. این موضوع با آنچه که درفصل گذشته تحت عنوان تیوری اراده به بحث گرفته شد ربط دارد. بناً ایجاب نخستین اظهار رسمی ارادهٔ یکی ازطرفین است. مجلة الاحکام با بیان بیع مال ایجاب را تعریف نموده بیان میدارد، که ایجاب عبارت از اولین اظهاراتی است که غرض **انتقال** حق ملکیت صورت میگیرد. انتقال حق ملکیت به معنی تغییردرمالکیت است.

ما همه روزه مشاهده می نماییم که ایجاب صورت میگیرد. اظهارات ذیل را ملاحظه نمایید که هریک از آنها یک ایجاب معتبراست:

- *عاطفه به برشنا میگوید: "من این کتاب را دربدل پنجصد افغانی به شما میفروشم".*
- *عاطفه به برشنا میگوید: "من به شما ده هزار دالرامریکایی می پردازم اگرشما درقسمت رودخانه که از نزدیک خانه من جاری میشود بند آب نسازید".*
- *عاطفه لوحهٔ را نصب میکند: "هر کسی که ساعت من را پیدا کند برایش پنجصد افغانی جایزه میدهم".*

دست دادن بعنوان یک نشانه توافق

درفرهنگ غربی معمولاً دست دادن نشانه بسیطاست که مبیین توافق بین دوشخص میباشد (عرفاً دست دادن مبیین این بود که هیچ یک ازطرفین با خود اسلحه حمل نمی کند وهردوشخص روی یک عمل متقابل بگونه صلح آمیزتوافق نموده اند). دست دادن را میتوان بصفت ابرازموافقت یا قبول یک ایجاب بگونه سنتی یا اجتماعی پنداشت.

ایجاب کننده شخصیست که ایجاب را برای انعقاد یک عقد مطرح میسازد (مثلا عاطفه درمثال های فوق). **قبول کننده** جانبی است که ایجاب به وی صورت میگردد (مثلا برشنا درمثال های فوق). برای انعقاد یک عقد موجودیت ایجاب کننده وقبولکننده ضروری است و الا نقش هریکی ازآنها بدون موجودیت دیگر ایفا نمی گردد. امکان دارد که همزمان چندین قبول کننده وجود داشته باشد، اما بمنظور معتبربودن ایجاب ایجاب کننده باید قادربه تشخیص این باشد که ایجاب متوجه چه کسی صورت گرفته است. بطورمثال، جایزهٔ را که عاطفه اعلان نموده است یک ایجاب است، ولی متوجه کسی است که ساعت را پیدا نموده به وی بازگرداند؛ بناً اگر کسی اعلان را مشاهده نموده ساعت را پیدا میکند و به وی بازمی گرداند، عاطفه مکلف است که پنجصد افغانی به آن شخص بپردازد. ایجاب کننده دریک قرارداد همیشه یک وجیبه را برعهده میداشته باشد.

زمانی که یک شخص پیشنهاد (ایجاب) میکند، درواقع به طرف دیگر **صلاحیت قبول** را می بخشد؛ اگر شخص دوم به این **پیشنهاد** همانگونه که توسط شخص اول بیان شده است توافق نماید، ایجاب و قبول معتبر دانسته میشود و اولین مرحله یک عقد شکل میگیرد. در این صورت اگر سایر شرایط عقد چون اهلیت عاقدین، موضوع و سبب عقد نیز درست باشد، درنتیجه عقد صحیح شکل میگیرد. صلاحیت قبول به شخصی که ایجاب متوجه وی است این توانایی را میدهد که پیشنهاد را با عین شرایطی که بیان گردیده است تأیید نموده و قرارداد منعقد سازد. از آنجاییکه یک قرارداد ذاتا دارای رکن میباشد، پس ایجاب اولین رکن آنرا تشکیل میدهد. بناً شخص ایجاب کننده مسؤلیت دارد تا پیشنهاد خویش را با دقت کامل ارایه نماید، زیرا ایجاب متضمن برشرایط وتوقعاتی میباشد که طبق آن قرارداد بگونه عملی تنظیم میگردد و بعد از قبول توسط طرف دیگر ایجاب کننده نمیتواند در آن تغییراتی وارد نماید.

درمورد قیاس دست دادن باید گفت که زمانی که یک شخص دست خودرا به دیگری پیش میکند، به این معنی است وی میخواهد ایجاب نماید. وقتیکه دست به طرف دیگری پیش میگردد از لحاظ اجتماعی مفهوم خاصی را در پی دارد. در این صورت اگر شخص دوم این صحنه را مشاهده میکند و به این نکته باورمند میشودکه ایجاب کننده پیشنهاد را ایجاب می نماید، وی میتواند با گرفتن دست شخص اول دست دادن را تکمیل نماید. درچنین حالت صلاحیت قبول به قبول کننده این صلاحیت را میدهد که با تکمیل دست دادن به شخص اول به مفهوم اجتماعی موافقت نماید.

درصورت ارزیابی اینکه آیا یک عمل خاص میتواند ایجاب باشد یا خیر قصد واراده هردو ایجاب کننده وقبول کننده باید مد نظرگرفته شود. ایجاب کننده این پروسه را آغازمیکند، ولی پاسخ ایجاب شونده درک وی را مبنی براین معامله متقابل انعکاس میدهد. ایجاب کننده مسلط برایجاب خویش میباشد. به این معنی که وی میتواند شرایطی را تعیین کند که مناسب میداند. ایجاب شونده مکلف نیست که به آن شرایط موافقت نماید که دران صورت هیچ نوع قرارداد نیزشکل نمی گیرد.

ازآنجاییکه ایجاب شرایط قرارداد را تصریح میکند، ایجاب کننده میتواند در ایجاد آن انعطاف پذیر باشد تا نیازمندیهای خود را درآن انعکاس دهد. ایجاب کننده این صلاحیت را دارد که شرایط ابتدایی قرارداد را تعیین نماید. به همین دلیل درصورت وجود ابهام در یکی از شرایط قرارداد محاکم ممکن متمایل به تفسیرآن علیه ایجاب کننده یا بنفع موقف قبول کننده باشند.

فلسفه این تمایل درچیست؟ شاید دلیل اش این باشد که اگربخش متنازع فیه برای ایجاب کننده مهم می بود، حتما حین تعیین شرایط آنرا بگونه واضح بیان میکرد. این هم یک نوع هشدار به ایجاب کننده گان است که در تشکیل ایجاب خویش باید الفاظ صریح ودقیق استفاده نمایند تا باعث ایجاد سوء تفاهم برای قبول کننده گان احتمالی نگردند. دراصول فقه در قراردادها تاکید بیشتر برقصد ومعنی صورت میگیرد تا الفاظ وعبارات.[۴۹] چگونه منظور یک طرف را تعبیر کنیم؟ این چگونه میتواند روش یک محکمه را مبنی برقضاوت آن بریک ایجاب شکل دهد؟

قانون مدنی

ماده ۵۱۴

هرشخص به سبب ایجاب خود ملزم قرار مي گيرد، مگر اينكه بعدم الزام خود تصريح نموده يا از قرائن ظاهري و يا طبيعت معامله چنان معلوم گردد، كه در ايجاب قصد الزام وجود نداشته باشد.

[49] "The Ottoman Courts Manual (Hanafi)." *AL-MAJALLA*. International Islamic University of Malaysia, 16 Nov. 2005. Web. 10 Feb. 2013. <http://www.iium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_majalleintro.html>.

ایجاب الزام آورر پنداشته میشود.[50] هرگاه شخصی غرض عقد یک قرارداد ایجاب صادر نماید مطابق شرایط تصریح شده به اجرای آن ملزم قرار میگیرد، مگر اینکه (أ) پیش ازقبولی آن توسط طرف دوم ازان منصرف شود یا آنرا لغو نماید، یا (ب) پیش از پیش بعدم الزام خود تصریح نموده باشد، یا (ج) قراین دلالت بر لغو آن کند. درمورد دوم بیشتراوقات واضح نمی باشد که آیا یک ایجاب صادرشده است یا خیر. اصطلاح ایجاب ذاتا این مفهوم را ارایه میکند که شخصی که آنرا صادر میکند قصد دارد تا به شرایط وپیشنهاداتی که صادرنموده است ملزم باشد، اما یک عملی که بدون چنین قصد صورت میگیرد ممکن، برعکس ایجاب، فقط اظهار تمایل را در مورد انعقاد قرارداد نشان دهد. بعد ترموضوع تمایل به انعقاد قرارداد را بیشترمورد بحث قرارخواهیم داد. بصورت عموم چنانچه دود برآتش سوزی دلالت میکند، همچنان صدور یک ایجاب قصد ملزم بودن شخص را نشان میدهد. دریک منازعهٔ مربوط به قرارداد محکمه ممکن درقدم اول به تشخیص این موضوع بپردازد که آیا پیشنهادی که صورت گرفته است بشکل ایجاب بوده یا خیر، و در صورتیکه ایجاب باشد، الزام آور بوده یا خیر. اگر پیشنهاد ابتدایی یک ایجاب معتبر نبوده باشد، هیچ گاهی یک قرارداد الزام آور شکل نمی گیرد. طوریکه در مثال های ارایه شده دراین کتاب وهمچنان در تجارب شخصی تان خواهید دید که نیت یک شخص مبنی بر ملزم قراردادن وی همیشه بگونه واضح ومستقیم نمی باشد. محکمه بمنظوراینکه تصمیم بگیرید که آیا یکی ازطرفین هدف ملزم قراردادن خویش را مبنی بر انعقاد عقد داشته یا خیر باید اوضاع وحالات عمل متقابل طرفین را تحلیل و تجزیه نماید. چه عواملی ممکن وجود داشته باشد که شما را مبنی بر نافذ بودن یک قرارداد ترغیب کند؟ آیا نظربه اینکه موضوع مطرح شده بین طرفین تجارتی بوده یا شخصی، کدام تأثیری درنتیجه گیری دارد یا خیر؟

قانون مدنی

ماده ۵۱۶

(۱) هرگاه براي قبول، ميعاد تعيين شده باشد، ايجاب كننده نمي تواند تا ختم ميعاد معينه از ايجاب خود منصرف گردد.
(۲) در صورت عدم تصريح ميعاد، قبول احياناً از قرائن ظاهري و يا طبيعت معامله تشخيص شده مي تواند.

ماده ۵۱۷

عاقدين بعد از ايحاب تا ختم مجلس عقد بقبول يا رد آن اختيار دارند. اگر ايجاب كننده بعد از صدور ايجاب و قبل از قبول طرف مقابل از ايجاب رجوع نموده ويا چنان گفتار يا عملي از يكي از عاقدين صادر شود كه دلالت بر انصراف از قبول نمايد چنين ايجاب باطل بوده وقبول بعد از آن نيز از اعتبار ساقط مي گردد.

ماده ۵۱۶ میعادی را تعیین میکند که تاختم آن ایجاب باز بوده و قبول کننده میتواند آنرا قبول نماید. فسخ عبارت از الغا یا انصراف از ایجاب بوده که ازسوی ایجاب کننده مبنی برعدم ملزم بودن اش صورت میگیرد. اگربرای قبول یک ایجاب میعاد مشخص تعیین گردد، اینگونه ایجاب نمی تواند تا ختم میعاد معینه فسخ گردد. درصورتیکه برای قبولی ایجاب هیچ نوع میعاد زمانی تعیین نشده باشد، محکمه وطرفین عقد میتوانند باتفسیرشرایط واحوال معامله متقابل مدت زمان معقول را مبنی برصلاحیت قبول برای ایجاب شونده تعیین نمایند.

سوالات برای مباحثه

درنظام کامن لا ایجاب ها در ذات خود کمتر الزامی بوده و میتواند پیش از قبولی مورد تغییر و تبدیل قرارگیرد یا از ان انصراف صورت گیرد. پس ماهیت ایجاب در نظام رومن ژرمنیک که بیشتر الزام آوراست چگونه زمینه بر آورده شدن

[50] Pejovic, Caslav. "Civil Law and Common Law: Two Different Paths to the Same Goal." *Victoria University of Wellington Law Review* 32.3 (2001): 817-41. Web. 10 Feb. 2013 (citing sect. 145 of the German Civil Code, article 1328 of the Italian Civil Code, article 3 of the Swiss Code of Obligations, article 521 of the Japanese Civil Code).

اهداف قرارداد را مساعد میسازد؟ دراین باره فکر نمایید که اختلاف بین نظام کامن لا ونظام رومن ژرمنیک چه تأثیری بر یک شخصی که میخواهد ایجاب صادر نماید وارد خواهد نمود.

بیشترین ایجاب ها در نهایت منقضی و یا از اعتبار ساقط میگردد. زمانیکه میعاد یک ایجاب به پایان رسید، ایجاب مذکور دیگر اثری درپی ندارد و هیچ نوع صلاحیت قبول نیز وجود ندارد. این ایجاب نمی تواند دوباره برحال گردد و یا مجددا صادر گردد، مگراینکه ایجاب کننده عین ایجاب را دوباره صادر نماید. در بسیاری کشورها قبول کننده میتواند در بدل اطمینان و تعهدی که به ایجاب کننده ارایه میکند میعاد ایجاب را برای مدت طولانی تر (بعض اوقات بطور نا محدود) باز نگهدارد. این درواقع یک قراردادی است که یک قرارداد دیگر را بدون زیان رساندن به شرایط و ضوابط آن که در حال حاضر تصریح شده است به تعویق می اندازد. این نوع قرارداد درحقوق بین الملل قرارداد اختیاری گفته میشود، زیرا قبول کننده برای اینکه مبنی برتوافق به این قرارداد دریک زمان بعد تراختیار یا انتخاب داشته باشد معاوضه می پردازد.

سوالات برای مباحثه

۱. چرا فرض میکنیم که میعاد ایجاب ختم میشود؟

۲. در کدام حالت میخواهید ایجاب خویش را برای قبول باز نگهدارید؟

قانون مدنی

ماده ۵۱۸
هر گاه ایجاب قبل از قبول طور مکرر صادر شود به آخرین ایجاب اعتبار داده میشود.

اگر پیش از قبول ایجاب قبلی ایجاب جدید صادر گردد، فقط شرایط آخرین ایجاب معتبر دانسته میشود. البته حین تحلیل آخرین ایجاب میتوان محتویات ایجاب قبلی را نیز درنظرگرفت، ولی شرایط ایجاب قبلی ازاعتبار ساقط میگردد و قبول آن نیز اعتبار ندارد. زیرا الفاظ تغییرنموده است، بناً قصد کنونی ایجاب کننده مبنی بر ملزم بودن اش را انعکاس نمیدهد. مثلا، اگرعاطفه در آغاز به برشنا یک رأس بز را دربدل ۵۰۰۰ افغانی پیشنهاد میکند و بعدتر نرخ را به ٦۰۰۰ افغانی وسپس به ۷۰۰۰ افغانی تغییرمیدهد، چنین می پنداریم که وی میخواهد تنها درصورتی ملزم به این قرارداد باشد که برشنا بلند ترین نرخ یعنی ۷۰۰۰ افغانی را قبول کند. پس این تغییر نشان میدهد که عاطفه با بلند بردن نرخ کدام اشتباهی را مرتکب نشده است بلکه آنرا قصدا انجام داده است. علاوه براین میتوانیم فرض کنیم که الآن ارزش بز بلند رفته (شاید بدلیل اینکه خریدارهای دیگری میخواهند با قیمت بالاتر بخرند، یا اینکه تعداد بزها در جاهای دیگر محدود است).

در فقه اسلامی اگر موضوع عقد بیع عینا وجود داشته باشد، توضیحات ایجاب کننده در رابطه به موضوع عقد برای فروش از اهمیت زیادی برخوردار نیست.[۵۱] درصورتیکه موضوع عقد برای مشاهده قبول کننده حاضرنباشد، قرارداد احتمالی مبتنی برجزئیاتی است که در ایجاب تصریح شده است. بطورمثال اگرمن برای شما پیشنهاد میکنم که بایسکل خود را که به رنگ سرخ است به شما میفروشم ولی درواقع بایسکل به رنگ آبی است، اگربایسکل درپیش روی شما قرارداشته باشد وشما میتوانید مشاهده کنید که بایسکل به رنگ آبی است نه سرخ، دراین صورت ایجاب معتبر است. اما اگر بایسکل در پیش روی شما نباشد که عملاً مشاهده کنید و من آنرا نادرست به رنگ سرخ توضیح دادم، ایجاب قابل اعتبارنیست.[۵۲]

[51] "The Ottoman Courts Manual (Hanafi)." *AL-MAJALLA*. International Islamic University of Malaysia, 16 Nov. 2005. Web. 10 Feb. 2013. http://www.iium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_majalleintro.html.
[52] اینکه نکته در فصل موضوع قرارداد ها بیشتر مورد کاوش قرار خواهد گرفت.

قانون مدنی

ماده ۵۰۹
اظهار اراده توسط گفتار، نوشته و یا اشاراتیکه عرفاً متداول باشد، صورت مي گیرد. همچنان اظهار اراده به داد وستدیکه برحقیقت یک عقد صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته مي تواند.

ماده ۵۱۰
اظهار اراده طور ضمنی صورت گرفته می تواند، مگر اینکه صریح بودن آنرا قانون ویا عاقدین شرط گذاشته باشند.

ماده ۵۱۳
اراده ایکه خلاف مافی الضمیر شخص اظهار شده باشد، باطل پنداشته نمی شود، مگر اینکه طرف مقابل به مخالفت اراده اظهار شده یا نیت شخص علم داشته باشد.

بخاطربیاورید که درفصل گذشته بحث نمودیم یک طرف قرارداد میتواند به اشکال مختلف ارادۀ خود را اظهارنماید: مثلا، شفاهی، نوشتاری، اشاره، عمل. ایجاب دراصل ابلاغ اراده ازسوی شخص ایجاب کننده میباشد. ایجاب هدف ایجاب کننده را مبنی برملزم بودن وی به شرایط تصریح شده، هم برای شخص موردنظر وهم برای سایراشخاصی که ازاین ایجاب متاثرمیگردند، بیان میکند.

یادداشت مقایسوی: نظام های بین المللی

تعریفی که ازایجاب درافغانستان صورت میگیرد چه شباهت ها وتفاوت های با این مفهوم درسایرکشورها دارد؟ چه عواملی میتواند درچگونگی تعریف و تفسیر ایجاب تاثیرداشته باشد؟ تعریفات بین المللی ایجاب معتبر را که در ذیل ارایه گردیده است با تعریفی که درقوانین افغانستان فراهم شده است مقایسه نمایید:

ماده ۲,۱,۲ UNIDRIOT:[۵۳]
یک پیشنهاد مبنی برعقد قرارداد زمانی یک ایجاب را تشکیل میدهد که این پیشنهاد بقدرکافی مشخص بوده وهدف ملزم بودن ایجاب کننده را درصورت قبول نشان دهد. [۵۴]

ماده ۲۰۱-۲۰۲ قانون قراردادهای اروپا:
یک پیشنهاد زمانی ایجاب پنداشته میشود که (الف) هدف این پیشنهاد انعقاد یک قرارداد در صورت قبول آن ازسوی شخص دوم باشد، و (ب) بقدرکافی حاوی شرایط معین غرض تشکیل یک قرارداد باشد.
یک ایجاب میتواند متوجه یک یا بیشتر از یک شخص معین یا تمام مردم باشد. [۵۵]

۱,۱. ایجاب یا تمایل محض به انعقاد قرارداد

[53] UNIDROIT is The International Institute for the Unification of Private Law. It is an independent intergovernmental organization that works to coordinate laws across international borders– particularly commercial laws.
[54] Levasseur, Alain A. *Comparative Law of Contracts: Cases and Materials*. Durham, NC: Carolina Academic, 2008. 70-77. Print.
[55] *id*.

مفهوم اساسی یک ایجاب ممکن راست وساده باشد، ولی اعمالی مشابه بسیار پیچیدۀ و گوناگون نیزوجود دارند که احتمال میرود شرایط بودن یا نبودن ایجاب را پوره نکنند. یک تفاوت عمدۀ ایکه بین ایجاب وعلاقمندی به انعقاد قراردارد وجود دارد این است که علاقمندی به انعقاد قرارداد یک تقاضای ساده تربوده و فاقد قصد الزام آور میباشد. اظهار تمایل یا علاقمندی میتواند اولین گام برای جلب توجه ایجاب شونده گان احتمالی باشد، ولی این عمل در ذات خود نسبت به آنچه که برای تشکیل یک قرارداد ضروری است کمتر رسمی میباشد. اظهار تمایل به سایر طرفهای این موضوع را میرساند که شخصی میخواهد یا علاقمند است یک معامله را انجام دهد، ولی هنوز متعهد به شرایط خاصی در این رابطه نیست. تفاوت بیان شده بین ایجاب و اظهار تمایل به انعقاد قرارداد همیشه واضح نمیباشد، بناً غرض تفکیک درست بین این دومفهوم شما باید به ارکان و هدف ایجاب مراجعه نمایید. آیا میتوانید مثالی را ارایه کنید که اظهارعلاقمندی برای انعقاد قرارداد باشد ولی نه یک ایجاب صریح؟

آیا اعلانات تجارتی میتواند ایجاب باشد؟

آیا میتوان یک اعلان تجارتی را یک ایجاب معتبر دانست؟ قراردادهای بین المللی فروش اجناس طبق کنوانسیون سازمان ملل "(الف) هرنوع پیشنهاد، بغیر از پیشنهادی که متوجه یک یا بیشتر از یک فرد مشخص باشد، فقط یک دعوت برای صدور ایجاب میباشد، مگراینکه شخص پیشنهاد کننده مغایرآنرا بگونه صریح بیان کند". [۵۶]

درهردونظام کامن لاء و رومن ژرمنیک لیلام کالا در بازار یا تخفیفات درپشت ویترین های مغازه ازلحاظ تیوریکی ایجاب الزام آور پنداشته نمی شوند، زیرا این نوع پیشنهادات متوجه قبول کنندۀ مشخص نیست، اما درهردونظام بعضا استثناءاتی نیزوجود دارد. درکشورهای فرانسه، بلجیم و لاگزمبورگ نرخ های که برروی کالا دریک مغازه نشان داده میشود بطورسنتی ایجاب پنداشته میشود، ولی درکشورهای انگلستان وآلمان نمایش نرخ ها برروی کالا بمعنی اظهار تمایل برای صدور ایجاب است نه ایجاب.[۵۷]

اینکه یک اعلان تجارتی میتواند یک ایجاب را تشکیل دهد یا خیر، بستگی به چندین عامل ازجمله موارد آتی دارد: اعلان تاچه حد بگونه مشخص بیان شده است، تخفیف اعلان شده متوجه چه کسی است، و اینکه طبیعت معاوضه چگونه است. دریک قضیه ای در ایالات متحده امریکا در دهه ۱۹۵۰ میلادی بنام قضیه جانسن برعلیه شرکت کیپیتل سیتی فورد محکمه فیصله نمود که یک اعلان تجارتی مشخص میتواند ایجاب را تشکیل دهد.[۵۸] دراین قضیه یک موتر فروشی درروزنامه اعلان داده بود که آنعده کسانی که پیش ازیک تاریخ معین ازاین نمایندگی موتر خریداری نموده باشند میتوانند موتر خویش را با مودل سال بعدی وقتیکه مودل سال بعدی نزد آنها برسد تبدیل نمایند. این شرکت بعد تر ادعا کرد که اعلان آنها فقط یک دعوت برای چانه زنی درمورد فروش مودل جدید بوده است، ولی محکمه تصمیم گرفت که جزئیات محدودیت های نوشته شده دراعلان تجارتی نشان میدهد که این شرکت به تمام آن الفاظی که دراعلان بیان نموده است ملزم میباشد.

قضیه کارلیل برعلیه شرکت کاربولیک سموک بال که درسال ۱۸۹۳ درکشورانگلستان صورت گرفته بود یک قضیه کلاسیک در نظام کامن لاء میباشد. این قضیه طوری است که یک شرکت اعلان نمود هرکسی که با استفاده ازتولیدات این شرکت مصاب به بیماری زکام گردد مستحق ۱۰۰ پوند ازسوی این شرکت خواهد بود. یک مشتری بعد ازخریداری تولیدات آن برعلیه آن شرکت اقامه دعوی نمود که بعد از استفاده تولیدات این شرکت هنوزهم مبتلا به بیماری زکام گردیده است. محکمه تحتانی فیصله براین نمود که اعلان تجارتی شرکت مذکور یک ایجاب صحیح را تشکیل میدهد. این ایجاب مشخص بود، زیرا این پیشنهاد تنها متوجه آنعده کسانی بود که تولیدات آن شرکت را خریداری نموده بودند. علاوه بران، خریداری

[56] United Nations Convention in Contracts for the International Sale of Goods, Article 14 (2).
[57] *Principles of European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2000. 159-70. Print.
[58] ایالت لوزینا امریکا از نظام حقوقی رومن ژرمنیک پیروی میکند که تحت تاثیر حقوق کامن لا است.

تولیدات شرکت و استفاده درست آن بذات خود باعث ایجاد صلاحیت قبول برای مخاطبین اعلان میگردد. همچنان مصرف کننده گان پول خود را به شرکت براساس همین ایجاب داده است وشرکت از ان نفع برده است. همچنان شرکت مذکور ادعا نمود که ۱۰۰ پوند را از وجوهی تعهد نموده است که دریک بانک به این منظوراختصاص داده شده است، این ادعای شرکت نیزهدف آن مبنی برملزم بودن اش را نشان میدهد.

۲. قبول

قبول عبارت از ابرازموافقت ایجاب شونده با شرایط مشخص دریک حالت خاصی که مقتضی ایجاب میباشد، است. بگونه ساده میتوان گفت که قبول یعنی توافق به پیشنهاد شخص دیگر. اگر در غرب دست دادن به کسی شبیه یک ایجاب باشد، پس دست گرفتن ازطرف جانب مقابل نیز مشابه قبول است. دریک بخش مجلة الاحکام درموضوع بیع گفته شده است که قبول عبارت ازاظهاراتی است که ازسوی شخص دومی به منظور وقوع عقد بیع صورت میگیرد؛ قبول قرارداد را تکمیل میکند.[۵۹]

ایجاب تنها به شخصی که بهراجع میشود(قبول کننده) میتواند قبول گردد. بمنظورانعقاد یک قرارداد صحیح ایجاب کننده از زمان صدور ایجاب باید قصد ایجاد صلاحیت قبول را به شخصی که آنرا قبول میکند داشته باشد و همچنان مطابق شرایط آن اجراآت نماید. طوریکه قبلا بحث نمودیم که یک ایجاب میتواند متوجه چندین شخص باشد، ولی با آنهم باید درمورد معیاری که ایجاب شونده مشروع را مشخص می سازد صراحت کامل داشته باشیم. زیرا از لحاظ منطقی یک شخص تنها آن ایجاب را میتواند قبول کند که درواقع به وی راجع شده باشد. با این همه، آیا برای کسی که دست خود را بطرف یک شخص معین دراز میکند و کسی دیگر بیاید دست وی را بگیرد عجیب بنظرنمی رسد؟

قانون مدنی

ماده ۵۱۹

شخصیکه ایجاب متوجه وی گردیده است می تواند آنرا رد نماید. اگر ایجاب به اثر مطالبه خود او صادر شده باشد، نمیتواند آنرا رد نماید مگر اینکه دلایل معقولی به رد آن داشته باشد.

در صورتیکه شخص میتواند ایجاب راجع شده را قبول کند، او همچنان میتواند ایجاب رد نماید. در غیر آن پیشنهاد ابتدایی بجای اینکه ایجاب باشد یک امرمحسوب میشود که به طرف مقابل صلاحیت توافق یا عدم توافق را نمیدهد، و در نتیجه هیچ نوع گنجایش برای ایجاد قرارداد نیز و جود ندارد. در صورتیکه شخصی که ایجاب متوجه وی است آنرا رد نماید، هیچ نوع قرار دادی بین ایجاب کننده وقبول کننده بوجود نمیاید.

البته بخش آخری ماده ۵۱۹ خیلی پیچیده است. چرا شخصی که ایجاب به اثرمطالبه او صادر شده باشد نمی تواند آنرا رد نماید؟ راجع به ارزش قرارداد ها در یک جامعه عملا فکر کنید. از لحاظ تخنیکی مطالبه برای ایجاب بذات خود یک ایجاب را برای انعقاد قرارداد تشکیل میدهد. اگر این مطالبه شرایط مشخصی را پیشنهاد نکند، حداقل بمثابه اظهار تمایل برای انعقاد یک قرارداد است.

قضیه فرضی: یک ایجاب برای صدوریک ایجاب

[59] "The Ottoman Courts Manual (Hanafi)." *AL-MAJALLA*. International Islamic University of Malaysia, 16 Nov. 2005. Web. 10 Feb. 2013. <http://www.iium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_majalleintro.html>.

مثال آتی را مورد ملاحظه قراردهید:[60] پویا از بدریه که شرکت تایر سازی دارد یک سیت تایرمیخواهد؛ پویا درباره بدریه قبلا معلومات کسب نموده است ولی هیچگاهی با اومعامله نکرده است. در مطالبه پویا هیچ نوع نرخ نیز ذکر نشده بود. بدریه که بگونه معمول مصروف تایر فروشی میباشد تعداد تایرهای که پویا – مشتری- خواسته بود برایش میفرستد. سپس پویا ازاین تایرها استفاده میکند یا آنرا بعنوان بخش ازکاروبار خود دوباره بفروش میرساند. بدریه بل تایرهای را که به پویا روان کرده بود برایش میفرستد تا پول آن را بپردازد، ولی پویا به آن بل توافق نمیکند زیرا بگفته او چون ازبدریه بسیارزیاد تایرخریداری میکند بناً توقع تخفیف را در قیمت تایرها داشت.

مطالبه اصلی که پویا از بدریه نموده بود میتواند بمثابه یک ایجاب پنداشته شود. از آنجاییکه یک قیمت معیاری برای تایرها موجود بود بناً پویا (مشتری) باید درتقاضای ابتدایی خود شرایط مختلف را صراحتا بیان می نمود. بدریه (فروشنده) دراین فرضیه خود که تقاضای پویا یک ایجاب را تشکیل میدهد منطقی بود، آنرا قبول کرد و بخشی که مربوط وی بود تکمیل نمود. حتی اگر تقاضای اصلی که پویا نموده بود محض یک علاقمندی یا تمایل پنداشته شود، بازهم فرستادن اجناس (تایرها) از سوی بدریه یک ایجاب است که پویا با نگهداشتن تایرها نزد خویش آنرا قبول نمود. اگر پویا به نرخی که بدریه بطورعلنی اعلان نموده بود توافق نمی کرد، باید فوراً تایرها را مسترد می کرد، درحالی که چنین نکرد.

طوریکه درماده ۵۰۹ راجع به اشکال مختلف ایجاب صحبت نمودیم، قبول نیزمیتواند به اشکال گوناگون صورت گیرد. عموما یک قبول صحیح به شکل کتبی، شفاهی یا اشارات عرفی میباشد. درفقه اسلامی یک قبول توسط اشاره نیز میتواند تا حد یک قبول نوشتاری الزام آور باشد؛ اگرمعامله ای که توسط اشارات صورت گرفته درعرف عام پذیرفته شده باشد، یک قرارداد کامل پنداشته میشود.[61] به اشارات مثبت، توضیحی و قبول کتبی اکثرا ترجیح داده میشود، زیرا این نوع قبول قصد طرفین را واضح ترمی سازد. درحالیکه درشکل قبول نمودن انعطاف پذیری وجود دارد، ولی بخاطرداشته باشید که دربرخی نظام های حقوقی کتبی بودن یک سلسه شرایط مشخص لازمی میباشد. چرا کتبی بودن مهم خواهد بود؟ درچه نوع قرارداد ها به قبول نمودن صریح به شکل کتبی ضرورت خواهید داشت؟ درفصل گذشته بعضی شکلیات مبنی برترتیب یک قرارداد را مطابق ماده ۵۰۲ بطور خلاصه ذکر نمودیم. در ذیل بعضی شکلیات دیگر را مشخصا درارتباط به ایجاب وقبول تحت پوشش قرار خواهیم داد.

قبول همچنان میتواند با استفاده از عملی صورت گیرد که بگونه آشکار برموجودیت یک ایجاب دلالت کند. این وضعیت چه زمانی صورت خواهد گرفت؟ فرض کنید که شخصی بنام فیلا به شخصی دیگر بنام نگار میگوید که کمپیوتر لپ تاپ خود را در بدل هفت هزار افغانی به وی میفروشد؛ نگارهیچ چیزی نمی گوید ولی بلا فاصله هفت هزارافغانی را به فیلا میدهد. آیا دراین وضعیت کدام قرارداد مبنی برفروش این لپ تاپ منعقد شده است یا خیر؟ بلی، هرچند نگار نگفته است که "من قبول دارم" ولی عمل او صراحتاً دلالت بر قبول وی میکند. به یاد داشته باشید که رفتارهایی که دلالت برقبول میکند میتواند وسیع باشد، ولی ایجاب شونده همیشه باید برای قبول نمودن طوری عمل کند که عمل وی نشان دهد وی شرایط مشخص ایجاب را پذیرفته است وبر نافذ بودن قرارداد باور دارد.

ازهمین رو یک همچو روش برای ایجاب شونده مبنی بر قبول نمودن ایجاب نیز وجود دارد که وجایب قراردادی خویش را آغازنماید. این یک نمونه قبول ضمنی است که ایفای قرارداد گفته میشود، به این معنی که ایجاب شونده میتواند ایجاب را با ایفای بخش قراردادی خویش قبول کند. مثلا، فرض کنید که فاطمه به مجیب میگوید که او میخواهد غرفه خویش را که در

[60] Transaction based upon a case between two businesses in "SWITZERLAND: Cantonal Court of the Canton of Valais, 27 April 2007 (Oven Case)." *CISG CASE PRESENTATION*. Pace Law School Institute of International Commercial Law, 22 Oct. 2010. Web. 10 Feb. 2013. http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070427s1.html (simplified).

[61] "The Ottoman Courts Manual (Hanafi)." *AL-MAJALLA*. International Islamic University of Malaysia, 16 Nov. 2005. Web. 10 Feb. 2013. <http://www.iium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_majalleintro.html>.

بازار اخیرهفته است به وی دربدل هشت هزارافغانی ماهانه به اجاره بدهد؛ درصبح روز جمعه بعدی مجیب در این غرفه وسایل خود را میگذارد. آیا مجیب ایجاب فاطمه را قبول نموده است؟ بلی - زیرا مجیب طوری رفتارنموده است که گویا قراردادی وجود دارد، بناً میتوانیم برداشت نماییم که او شرایط ایجاب را درک کرده و آنرا قبول نموده است. همچنان در مواردی که موضوع ایجاب محدود به زمان معین باشد، ایفای آن میتواند برای قبول آن کافی باشد. اگر یک ایجاب کننده دعوت به قبول ایجاب از طریق ایفای آن می نماید وطبیعت معامله طوری است که با آغاز آن تکمیل میشود، دراین حالت هرگاه ایجاب شونده آغاز به ایفای وجایب قراردادی نماید، قرارداد را قبول نموده است. درمورد شناسایی عناصر مختلف این نوع قرارداد محتاط باشید: شرایط ایجاب باید این نکته را واضح سازد که ایجاب میتواند با ایفای آن قبول گردد، و ایفای آن قسمی باشد که آغاز آن دلالت بر تکمیل کند. آیا میتوانید ایفای قراردادی را فکر نمایید که نظیر این معیارباشد؟ راجع به مثال های عادی روزمره فکرکنید (مثلا، یک کیک پز مواد لازمهٔ یک شیرینی مخصوص را برای شخصی که آنرا تقاضا نموده است مخلوط میکند)، یا داد و ستدهای پیچیده تر تجارتی را مشاهده نمایید (مثلا، ترک وظیفه کنونی یک شخص یا بازجویی یک تاسیس جدید گرانبها). وقتیکه ایجاب کننده مطلع شد که قبول کننده آغاز به ایفای وجایب قراردادی خویش نموده است، به این معناستکه ایجاب شونده ایجاب را قبول نموده است.

قبول میتواند ضمنی صورت گیرد، مگراینکه ایجاب کننده شرط گذاشته باشد که ایجاب برای اینکه نافذ باشد باید صراحتاً قبول گردد. آیا این نکته با آنچه که قبلا درباره ایجاب و قراردادها صحبت نمودیم سازگاری دارد؟ اگرهموا ره فقط توافق ایجاب شونده برای تبدیل نمودن یک ایجاب به یک قرارداد کافی میبود، چه مشکلاتی رخ میداد؟ آیا فقط اجرای یک عمل برای انتقال قصد طرف قرارداد کافی میبود؟

قانون مدنی

ماده ۵۲۵
هیچ قولی به سکوت کننده نسبت داده نمی شود. سکوت در موردیکه محتاج به بیان است قبول پنداشته میشود.

ماده ۵۲۶
سکوت وقتی قبول پنداشته میشود که بین عاقدین تعامل سابقه وجود داشته وایجاب نیز به اساس این تعامل صورت گرفته باشد ویا ایجاب به منفعت خالص طرف مقابل باشد.

قانون مدنی درماده ۵۲۵ صراحت دارد که سکوت هیچ نوع مفهوم اظهارات مثبت را ارایه نمی کند. اصل برهمین است، اما ماده ۵۲۶ بیان دارد که دربرخی موارد تنها سکوت میتواند برای قبول کافی باشد. صراحت این ماده یک اصل دیگر را بگونه وسیع انعکاس میدهد، وآن اینکه یک عمل میتواند قبول پنداشته شود ولوکه همان عمل عبارت از سکوت نمودن باشد. در حالیکه برای قبول نمودن معمولا اظهارات مثبت لازمی است، اما مواردی وجود دارد که درآن تنها سکوت نیز قصد مشخص طرف مقابل را برای انعقاد قرارداد افاده میکند. عموماً دو حالت وجود دارد که در آن سکوت بگونه آسان تر بصفت قبول تعبیر میگردد. اول اینکه بین عاقدین تعامل سابقه وجود داشته باشد، درآن صورت منطقی بنظرمیرسد اگر پنداشته شود که هریک ازطرفین با شرایط و رفتارهای یکدیگر از قبل آشنای دارند. در چنین حالت فرض بر این است که اگر ایجاب شونده به کدام شرایط مشخصی که درقرارداد های گذشته بین شان بوده مخالف باشد پیش ازانعقاد قرارداد جدید آنرا صراحتا بیان خواهد نمود، زیرا بدون شک وی درمورد شرایطی که به ضررش باشد آگاهی داشته است. وقتیکه روابط مداوم با طرف دیگرداشته باشیم یا دریک حالتی قرارداشته باشیم که یک قرارداد بین ما بگونه مکرر دریک زمان معین تمدید میگردد، برای قبول نمودن ایجاب نیازی به اظهارات شفاهی طرف مقابل نخواهیم داشت. حالت دومی که سکوت میتواند قبول را تشکیل دهد این است که ایجاب به منفعت طرف مقابل باشد. اگر طرف مقابل از این ایجاب بدون اینکه چیزی را از دست دهد نفع میبرد، میتوانیم به آسانی سکوت وی را قبول فرض کنیم، مگراینکه صراحتا مخالفت خود را بیان نماید.

علاوه براین، اگر در قرارداد کدام مورد متنازع فیه میبود، ازهمان آغاز در انعقاد قرارداد مشکلات بوجود می آمد زیرا درآن صورت ایجاب شونده بخاطر منفعت خود از وجود قرارداد انکار میکرد. البته همواره دراین حالات عمومی استثنائات نیز وجود دارد. آیا میتوانید سایرمواردی را بخاطر بیاورید که دران محاکم سکوت را بمثابه قبول بپذیرد؟

آیا سکوت طرف مقابل قبول پنداشته شود؟

در قوانین افغانستان محاکم بیشترمتمایل به این است که اگربین عاقدین تعامل سابق وجود داشته باشد سکوت میتواند قبول پنداشته شود. به نظر میرسد این موضوع کهاین گرایش بین المللی داشته باشد، ولی محاکم نباید همواره سکوت را بمثابه قبول بین دو شرکت باهم آشنا برسمیت بشناسد.

درسال ۲۰۰۷ محکمه استیناف هالند به یک قضیه ایکه بین فروشنده ومشتری یک شرکت بزرگ ماشین آلات صورت گرفته بود رسیدگی نمود.[٦٢] طرفین قضیه بگونه منظم با یکدیگردرمود موضوعات تجارتی قرارداد منعقد میکردند. فروشنده همراه با ماشین مورد بحث یک یاد داشت را اضافه نمود که دران گفته شده بود: تازمانی که خریدارتمام پول این ماشین را نپردازد (پرداخت طور اقساط صورت میگرفت) ماشین ملکیت فروشنده خواهد بود. این به این معنی بود که خریدار تازمانی که تمام پول را پرداخت نکند نمی تواند ماشین را دوباره بفروشد یا از ان بحیث تضمین مالی برای قرض های خود استفاده کند. اما پیش از پرداخت تمام پول مشتری این ماشین را به یک شرکت دیگر به اجاره داده است. فروشنده برعلیه مشتری اقامه دعوی نموده استدلال کرد که مشتری ملکیت وی را بطورغیرقانونی برای کسب منفعت استفاده نموده است.

آیا مشتری با قبول نمودن ماشین وسکوت کردن درمورد یاد داشت این ایجاب را بطوردست قبول نموده است یا خیر؟ محکمه حکم صادرنمود که شرط مشخصی که فروشنده گذاشته است دربین شرکت های تجارتی معمول نیست، بناءا این شرط ازطریق سکوت قبول نشده است. اگر فروشنده می خواست که این شرط الزامی باشد، باید آنرا در ایجاب اصلی صراحتا بیان می نمود – برای الزامی شدن یاد داشت بصفت بخش ازقرارداد خیلی دیرشده بود.

یک مثال معروف: عمل بصفت قبول

زمانی که ملکیت کسی را به کرایه میگیریم معمولا شرایط زیادی در قرارداد گنجانیده میشود. بناً اگرشخصی به ملکیت شخص دیگر جا بجا میشود و به زندگی خود درآن ادامه میدهد، فرض ما این است که وی تمام شرایط ایجاب را پذیرفته است. محض عمل زندگی نمودن درآن خانه یا ملکیت برای افاده این مفهوم کفایت میکند که یک قرارداد وجود دارد. همچنان، یک کرایه نشین به این عقیده خواهد بود که تا زمانی که مالک خانه از وی کرایه دریافت میکند یک قراردادی بین آنها وجود دارد. اگر یک کرایه نشین دریک خانه زندگی میکند وکرایه می پردازد، و مالک خانه نیز بدون کدام اعتراض پول کرایه را می پذیرد، ما میتوانیم به آسانی فرض کنیم که بین طرفین یک قراردادی منعقد شده است.

درقضیه آرمز برعلیه رودریگز[٦٣] دادگاه عالی ایالت لویزیانا – یکی ازایالات امریکا - فیصله نمود که مالک خانه با دریافت چک پول کرایه ازکرایه نشین که توسط کرایه نشین بعنوان پول کرایه نیزنوشته شده بود کرایه پیشنهادی کرایه نشین را قبول نموده است، وبا این رفتارخود ضمنا نشان داده است که قرارداد بین آنها هنوز به اعتبارخود باقی است.[٦٤] هرچند مالک خانه ادعا داشت که کرایه نشین قرارداد را نقض نموده است، ولی این عمل وی که بگونه مکررچک پول را دریافت میکرد این مفهوم را افاده نکرد که قرارداد بتعلیق درامده باشد. به همین دلیل او نمی توانست بدون اطلاعیه قبلی مبنی برفسخ قرارداد

[62] "Netherlands 29 May 2007 [Appellate Court] (Machine Case)." *CISG CASE PRESENTATION*. Pace Law School Institute of International Commercial Law, 22 Oct. 2010. Web. 10 Feb. 2013. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070529n1.html>.
[63] Arms v. Rodriguez, 232 La. 951, 953, 95 So. 2d 616 (1957).
[64] بیاد بیاورید ایالت لویزینا تنها ایالت است که از نظام رومن ژرمنیک پیروی میکند تحت تاثیر حقوق کامن لا است

کرایه نشین را ازخانه خارج کند.

درحالیکه ایجاب ها عموما الزام آور می باشد، اگر برای یک زمان معین صادرشده باشد غیرقابل فسخ است (یعنی تاختم زمان تعیین شده ایجاب کننده نمی تواند آنرا فسخ کند یا ازان منصرف شود). شما بعنوان یک ایجاب شونده چه زمانی میتوانید پرداخت نمایید تا در زمان بعد تر قادربه قبول شرایط ایجاب باشید؟

یادداشت مقایسوی: نظام های بین المللی

درباره اینکه چه چیزی طبق قوانین افغانستان یک قبول را تشکیل میدهد تجدید نظر نمایید. قبول چه زمانی صحیح میباشد؟ چگونه تحت نفوذ فرهنگ و تاریخ قرار خواهد گرفت؟ مواد ۵۰۹، ۵۱۰، ۵۱۹ و ۵۲۶ قانون مدنی را با احکام بین المللی ذیل مربوط به قبول مقایسه نمایید:

ماده ۲. ۱. ۶ UNIDROIT(انستیوت بین المللی توحید حقوق خصوصی):

(۱) قبول عبارت ازاظهارات (یا سایر رفتاری) است که توسط ایجاب شونده صورت گرفته وموافقت وی را نشان دهد.

(۲) اما اگرطرفین در نتیجه روشها یا عرف که در بین خود مروج ساخته اند طبیعت ایجاب را طوری ساختند که قبول کننده میتواند توافق خود را با انجام یک عمل بدون ارایه اطلاعیه به ایجاب کننده ابرازنماید، دران صورت قبول زمانی نافذ پنداشته میشود که آن عمل انجام یابد. [۶۵]

ماده ۲: ۲۰۴ قانون اصول قرارداد های اروپا:

(۱) هرنوع اظهارات یا رفتار قبول کننده که دلالت بر توافق وی بر ایجاب نماید قبول پنداشته میشود.

(۲) سکوت یا عدم اجرای هیچ نوع فعالیت بذات خود قبول را تشکیل نمیدهد. [۶۶]

۲,۱.تیوری پذیرش

قبول کردن ایجاب یک عقد لازمی را تشکیل میدهد، ولی یک عقد دقیقا چه زمانی اثرات حقوقی را بوجود می آورد؟ انعقاد قرارداد میتواند وابسته به بیشتراز زمانی باشد که طی آن ایجاب وقبول صورت میگیرد. همچنان میتواند بستگی به این داشته باشد که چه زمانی خبر فسخ یا قبول ازسوی یکی ازطرفین به طرف دیگر ابلاغ میگردد وآن خبربه طرف دیگر چه وقت میرسد، بخصوص درحالاتیکه ایجاب کننده وقبول کننده دریک موقعیت مستقر نباشند و ارتباطات بین شان همزمان صورت نگیرد. با درنظر داشت تعداد روز افزون قراردادهای بین المللی وطبیعت جهانی معاملات، موضوع زمان برای ایجاب و قبول به یک موضوع عام وپیچیده مبدل گردیده است. همینکه روی بخش بعدی بحث خواهیم کرد، عناصر مختلف قرارداد را که در این بخش به بحث گرفتیم بیاد داشته باشید.

قانون مدنی

ماده ۵۱۱

وقتي بر اظهار اراده آثار مرتب می گردد که طرف مقابل به آن علم حاصل نماید. وصول اظهار اراده بطرف مقابل قرینه

---

[65] Levasseur, Alain A. *Comparative Law of Contracts: Cases and Materials*. Durham, NC: Carolina Academic, 2008. 70-77. Print.

[66] *id*.

یاداشت: اصول حقوق قرارداد های اتحادیه اروپا منحیث الگو توسط دانشمندان کمیسیون حقوق قراردادهای اروپایی بمنظور هر بهتر همخوانی قراردادها به سطح نظام حقوق ملی نوشته شده است.

حصول علم به آن پنداشته میشود، مگر اینکه دلیلی برخلاف آن وجود داشته باشد.

ماده ۵۲۳

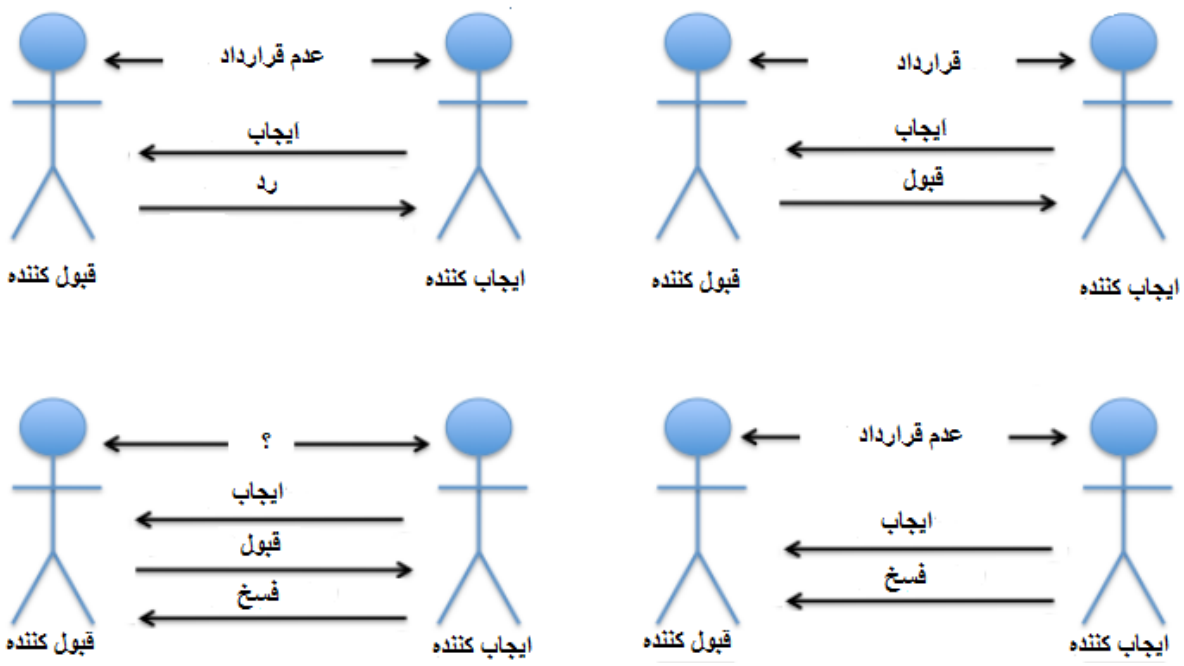
عقد بین طرفین غایب در زمان و مکانی کامل پنداشته میشود که ایجاب کننده از قبول طرف مقابل علم حاصل کرده باشد. مشروط براینکه طرفین یا احکام قانون، مخالف آنرا تصریح نکرده باشد.
قبول بمجرد وصول به ایجاب کننده چنان فرض میشود که به آن علم حاصل شده است.

ماده ۵۲۴

عقد بوسیله تیلفون یا و سایل مماثل آن از حیث زمان مانند عقد بین طرفین حاضر و از حیث مکان مانند عقد بین طرفین غایب پنداشته می شود.

ایجاب و قبول زمانی رسماً الزام آور پنداشته میشوند که ازطرف جانب مقابل پذیرفته شده باشد. بازهم زمان از اهمیت ویژه ای برخوردار است. صلاحیت ایجاب شونده برای قبول یک ایجاب و آگاهی وی ازفسخ یا عدم فسخ ایجاب بستگی به این دارد که وی چه زمانی ایجاب را دریافت نموده است. همچنان انصراف ایجاب کننده ازایجاب بستگی به این دارد که ایجاب به قبول کننده وصول نموده است یا خیر واینکه ایجاب شونده آنرا قبول نموده است یا خیر.

بیایید به بحث اصلی خویش برگردیم تا تسلسل اجراآت گونا گونی را که ممکن هریک ازطرفین اتخاذ نماید پیگیری نماییم و اینکه آیا این اجراآت برموجودیت قرارداد دلالت میکند یا خیر:



درصورتیکه وصول ارتباطات بین عاقدین چندین روز را دربر بگیرد، پس چگونه تشخیص نماییم که چه زمانی ایجاب یا قبول به طرف مقابل وصول نموده است؟ اگر درعین روزی که ایجاب شونده اطلاعیه قبول ایجاب با شرایط اصلی آن را به ایجاب کننده میفرستد ایجاب کننده نیز یک اطلاعیه مبنی بر انصراف از ایجاب را ارسال میکند ولی هیچ یک از طرفین تا چندین روز اطلاعیه جانب مقابل را دریافت نمی کند، دراین صورت چه خواهد شد؟

در افغانستان و برخی کشورهایی دیگر که دارای نظام حقوقی رومن ژرمنیک استند از تیوری پذیرش پیروی میگردد. به این معنی که یک عمل درانعقاد قرارداد زمانی الزامی پنداشته میشود که جانب مقابل از آن مطلع گردد و ازارادۀ طرف دیگر آگاه باشد. ایجاب زمانی اعتباردارد که قبول کننده آنرا دریافت نماید، همچنان هرنوع فسخ ایجاب زمانی معتبر پنداشته میشود که به اطلاع جانب مقابل رسانیده شود. به همین ترتیب قبول زمانی معتبراست که به ایجاب کننده وصول کند. وقتیکه یکی ازطرفین خبری را ازجانب مقابل دریافت میکند، فرض ما بر این است که وی ازتمام محتویات وعواقب آن آگاهی حاصل نموده است (حتی اگرآنرا مطالعه هم نکرده باشد). یک قرارداد بتاریخی تکمیل میگردد که در آن ایجاب کننده قبول طرف دیگر را دریافت نماید.

بیایید به مثال خود که درفصل گذشته درمورد پیدا نمودن دفترحقوقی ارایه کرده بودیم برگردیم. درارتباط به سناریوی فکر کنید که شما یک ساختمان را پیدا نمودید ومیخواهید آنرا به کرایه بگیرید. شخصی که اکنون ازان ساختمان استفاده میکند بتاریخ ۱ جنوری طی یک نامه به شما پیشنهاد میکند، ودرپیشنهاد خود می نویسد که مشتری های دیگری نیز وجود دارند که علاقمند به کرایه گرفتن این ساختمان استند ولی او به کسی خواهد داد که ازهمه اولترمراجعه نموده باشد. شما نامه این شخص را بتاریخ ۵ جنوری دریافت نمودید. در پیشنهاد وی شرایطی وجود دارد که شما میخواهید آنرا قبول نمایید، ولی برای باقی نگهداشتن آن شرایط هیچ تضمینی دردست نیست. بتاریخ ۶ جنوری شما ایجاب را قبول نموده و ازطریق پست به ایجاب کننده نامه ای ارسال نمودید. بتاریخ ۷ جنوری کسی دیگر شخصا برای دیدن دفترمیرود وبلا فاصله شرایط پیشنهاد شده را قبول میکند. شام همان روز مالک کنونی ساختمان به شما یک یادداشت میفرستد که دران بگونه مؤدبانه ایجاب اصلی خود را فسخ میکند و به شما اطلاع میدهد که ساختمان قابل دسترس نیست. شما اطلاعیه وی مبنی برفسخ ایجاب را بتاریخ ۱۱ جنوری دریافت می نمایید. نامه شما مبنی بر قبول ایجاب بتاریخ ۱۲ جنوری به وی مواصلت می ورزد. آیا بین شما کدام قرارداد الزام آور وجود دارد؟ آیا میتوانید آن شخص را برای اینکه دفترشما را به شخصی دیگر داده است به محکمه بکشانید؟

ذیلا خلاصه آنچه که بین طرفین تبادله شده است لست میگردد:

- ۱ جنوری: مالک ساختمان ایجاب خود را میفرستد
- ۵ جنوری: شما ایجاب را دریافت میکنید
- ۶ جنوری: شما ایجاب را قبول میکنید
- ۷ جنوری: ایجاب فسخ میگردد
- ۱۱ جنوری: شما اطلاعیه فسخ ایجاب را دریافت میکنید
- ۱۲ جنوری: مالک ساختمان قبول شما را دریافت میکند

از لحاظ تخنیکی پیش از اینکه ایجاب قبول گردد از ان انصراف صورت گرفته است. زیرا اطلاعیه فسخ مالک ساختمان را شما بتاریخ ۱۱ جنوری دریافت نمودید که در آن زمان ایجاب موقوف شد. بناً هیچ قراردادی بین شما و مالک خانه منعقد نشده است، زیرا که او قبول شما را بتاریخ ۱۲ جنوری دریافت کرد درحالیکه فسخ ایجاب پیش از دریافت قبول نافذ شده بود. اگر بنظرتان این کار درست نمی بود، در نزد قاضی چه استدلال میداشتید؟

قضیه فرضی: لغو یک اجاره

تیوری پذیرش هم بر ترتیب یک قرارداد تطبیق میگردد و هم بر نقض آن. حقایقی را در نظر بگیرید که مشابه یک عقد اجاره درآلمان باشد:[۶۷] عقد اجاره مبنی بر اجاره یک انبار طوری بود که در صورتیکه کرایه نشین نخواهد به عقد ادامه دهد

[67] Levasseur, Alain A. *Comparative Law of Contracts: Cases and Materials*. Durham, NC: Carolina Academic, 2008. 70-77. Print.

باید یک سال پیش اطلاعیه لغو آنرا ارایه کند. شخصی که انبار را به کرایه گرفته بود بتاریخ ۲۹ جون ۱۹۹۵ یک اطلاعیه به صاحب انبار فرستاد و دران گفته بود که او عقد اجاره را سر از تاریخ ۳۰ جون ۱۹۹۶ لغو میکند. نامه کرایه نشین در همان روز به خانه مالک رسید، ولی مالک و خانواده او دور از خانه در تعطیلی بسر میبردند. کرایه نشین کرایه ماه جولای ۱۹۹۶ را نپرداخت که در نتیجه مالک انبار بر علیه کراین نشین اقامه دعوی نمود.

یافته های محکمه این بود که کرایه نشین بگونه صحیح قرارداد را فسخ نموده بود و بعد ازجولای ۱۹۹۶ مکلف به پرداخت کرایه نبود. و لو که طرف دیگر در خانه حاضر نبود ولی اطلاعیه به خانه او فرستاده شده بود، بناً طوری پنداشته میشود که بعد از اینکه یادداشت به محوطه ایکه زیرتصرف اوست رسیده است گویا به خود او رسیده است، زیرا اگر او در خانه می بود میتوانست اطلاعیه را بخواند. توقع فرستنده مبنی بر اینکه اطلاعیه وی به آدرس مورد نظر رسیده است معقول بود، و نباید توقع غایب بودن مالک را میداشت. بناً برای اینکه مالک خانه اطلاعیه را دریافت نکرده است کرایه نشین مقصر نیست، زیرا طبق تیوری پذیرش مالک انبار اطلاعیه را رسما دریافت نموده است.

تعداد زیادی قرارداد ها ازطریق انترنت پیشنهاد، مذاکره و تایید می گردد. تیوری پذیرش چگونه بر ارتباطات الکترونیکی تطبیق گردد؟ محکمه چگونه باید تصمیم بگیرد که چه زمانی ایمیل یک طرف عقد داخل ساحه تحت تصرف طرف دیگر شده است؟ آیا زمانی باید باشد که ایمیل به سرور اطلاعاتی طرف دیگرمیرسد؟ یا زمانی باشد که معلومات به صندوق ورودی (inbox) طرف دیگر داون لود شود؟ یا زمانی باشد که ایمیل بالفعل باز گردد؟ وسایل الکترونیکی میتواند باعث کاهش در مصرف دادوستد ها گردد و دسترسی اشخاصی را که میخواهند قرارداد انعقاد نمایند وسیع بسازد، ولی درعین حال نظام های حقوقی نیز باید با تغییراتی که از طریق پیشرفت در تکنالوژی بوجود آمده است سازگار باشد. همینکه روی مفاهیم قرارداد ها در این کتاب بحث خواهیم نمود این چالش را بخاطر داشته باشید.

یادداشت مقایسوی: بدیل های تیوری پذیرش

برای کشورهایی که از تیوری پذیرش پیروی نمی کنند چه بدیل های برای تشکیل قرارداد وجود دارد؟ در کنار اینکه یک قرارداد با دریافت قبول از سوی طرف دوم الزامی میگردد، درچه موارد دیگر بنظرتان یک قرارداد الزام آورمیگردد؟

حداقل سه طریق دیگر وجود دارد که میتوان تشخیص داد که یک قرارداد تشکیل میگردد:[۶۸]
الف) تیوری اظهار: زمانیکه ایجاب شونده تصمیم میگیرد تا ایجاب را قبول نماید
ب) تیوری اعزام/انتقال: وقتیکه ایجاب شونده قبول خویش را ارسال میکند
ج) تیوری معلوماتی/آگاهی: زمانیکه ایجاب کننده به قبول ایجاب شونده آگاهی حاصل میکند

دربسیاری ازنظام های کامن لا زمانیکه ایجاب شونده اطلاعیه قبول خویش را ارسال میکند (مورد ب درفوق) قرارداد الزامی میگردد. درانگلستان به این مورد قاعده پُستی گفته میشود – یعنی قبول از لحظه ایکه به ایجاب کننده ارسال میگردد اعتبار دارد؛ این یک استثناء برتیوری پذیرش می باشد. درایالات متحده امریکا نیزهمین سیستم استفاده میگردد، ولی درآنجا قاعده صندوق پُستی گفته میشود – یعنی قبول از لحظهٔ اعتبار دارد که نامه قبولی در صندوق پستی انداخته میشود. در واقع این قاعده به این معنی است که از زمانی که قبول از سوی ایجاب شونده پُست گردد نافذ پنداشته میشود، حتی اگراطلاعیه فسخ ارسال شده باشد ولی دریافت نگردیده باشد (برعکس مثال فوق که درباره مالک خانه ارایه نمودیم).

کنوانسیون سازمان ملل متحد درمورد قراردادهای بین المللی فروش کالا (CISG) سعی میکند تا یک تعادل را حفظ نماید: قبول زمانی قابل اجرا است که به ایجاب کننده مواصلت ورزد، ولی هرگاه ایجاب شونده بعد ازاینکه قبول را ارسال میکند

[68] Nafay's translated book and http://blogs.warwick.ac.uk/swidereka/entry/the_postal_rule/ -- need MLA CITES

اطلاعیه فسخ را دریافت نماید، ایجاب فسخ نخواهد شد.[69]

علاوه برافغانستان و سایرکشورهای دارای سیستم رومن ژرمنیک (ازقبیل آلمان،[70] هالند[71]) درکنوانسیون های UNIDROIT (انستیوت بین المللی توحید حقوق خصوصی) و CISG نیز گرایش به استفاده ازتیوری پذیرش وجود دارد. مزیت ها و چالش های هر یک آنها برای انعقاد قرارداد و برای قضاوت در صورت بروز اختلاف بین طرفین کدام ها اند؟

۲،۲. ایجاب متقابل

قانون مدنی

ماده ۵۲۰
هرگاه قبول زیادت، تقید ویا تعدیلی را درایجاب وارد نماید، چنین قبول رد ایجاب پنداشته شده وبحیث ایجاب جدید شناخته می شود.

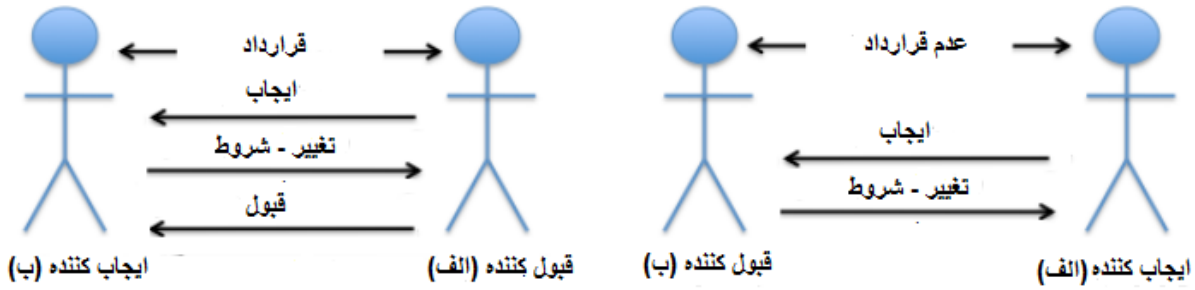
ماده ۵۲۱
مطابقت بین ایجاب وقبول وقتی حاصل میشود که موافقه طرفین بمرجع مسائل اساسی عقد بعمل آمده باشد. موافقه بر بعضی ازین مسایل برای الزام طرفین کافی نمی باشد.

ماده ۵۲۲
(۱) هر گاه طرفین بر جمیع مسایل اساسی عقد موافقه نموده و تفصیل مسایل را به آینده موکول نمایند، چنین عقد تمام پنداشته میشود، مگر اینکه اتمام عقد به موافقه بر تفصیل مسایل مشروط گردیده باشد.
(۲) اگر طرفین در مورد مسایلی که قبلا موافقه بر آن حاصل نگردیده اختلاف داشته و اقامه دعوی نمایند محکمه در چنین حالت با در نظر داشت طبیعت معامله مطابق به احکام قانون، عرف وعدالت حکم می نماید.

اگریک قبول شرایط ایجاب را تغییردهد، چنین قبول رد ایجاب اصلی پنداشته میشود. شرایط تعدیل شده اکنون بحیث ایجاب جدید شناخته میشود، که به اصطلاح "ایجاب متقابل" معروف است. درچنین حالت قبول کننده نخستین به ایجاب کننده تبدیل میگردد.

بیاد داشته باشید که ایجاب کننده جدید (طرفی که شرایط ایجاب اولی را تغییرداده است) برایجاب خود تسلط دارد، وطرف دیگر(ایجاب کننده اولی) نیاز به قبول شرایط جدید ندارد. درصورت ایجاب متقابل ایجاب اولی ازاعتبارساقط میگردد، مگراینکه یکی ازطرفین مجددا آنرا پیشنهاد کند وطرف دیگرقبول کند. این نوع بحث و مذاکره و تغییرات درشرایط ایجاب میتواند چندین بار واقع شود؛ میتواند درهمان لحظه صورت گیرد یا طی زمان طولانی؛ میتواند درتعاملات شفاهی صورت گیرد یا دراسناد کتبی. بیاد داشته باشید که در تحلیل وتجزیه این نوع قراردادهای پیچیده ترهمیشه هر ایجاب متقابل را بصفت یک ایجاب علیحده پندارید که احتمالا شرایط جدید را وضع میکند؛ اگراین تسلسل را حفظ نمایید که چه کسی در کدام مرحله ایجاب صادرمی نماید، تصمیم گیری در مورد قرارداد موجود ساده ترخواهد بود. پس بیایید ملاحظه نماییم که این نکته چگونه تصویراساسی ما مبنی برانعقاد قرارداد را تغییرمیدهد:

[69] United Nations Convention in Contracts for the International Sale of Goods, Articles 16 and 18.
[70] See Article 130 of the German Civil Code.
[71] See Article 3:37 of the Dutch Civil Code.



در بسیاری از قراردادهای پیچیده و مغلق شرایط زیادی وجود دارد که طرفین میتوانند روی آن توافق نکنند. بیشتر از اینکه فقط درمورد مبادله کالا و خدمات و پرداخت قیمت قرارداد صورت گیرد قراردادهای پیچیده ترسایر عوامل ازقبیل میتودهای قبول، میعاد پرداخت، و محکمه یا محاکمی که به اختلافات ناشی از شرایط قرارداد رسیدگی میکند، را نیز تحت پوشش قرار میدهد. این عوامل ممکن کوچک یا بی اهمیت بنظر برسند، ولی اختلاف ناشی از آنها میتواند بر اعتبار قرارداد تاثیر وارد کند. طبق قوانین افغانستان به منظور تصمیم براین که آیا قرارداد بگونه درست منعقد گردیده است یا خیر ارزیابی میکنیم که آیا شرط متنازع فیه ازمسایل اساسی و لازمی قرارداد پنداشته میشود یاخیر. قرارداد تنها درصورتی بر طرفین الزام آور پنداشته میشود که توافق طرفین برتمام مسایل اساسی آن حاصل شده باشد.

سوالات برای مباحثه

۱. چگونه طبق ماده ۵۲۱ مسایل اساسی یک قرارداد را تعریف می نمایید؟

۲. آیا تغییری در شرایط ایجاب ازسوی قبول کننده میتواند یک ایجاب متقابل جدید را تشکیل دهد؟ متناوبا، آیا بهتر خواهد بود تا مورد اختلافی بصفت یک قبول عمومی پنداشته شود (وموافقه برتفصیل مسائیل درآینده موکول گردد)؟ تا چه حد الفاظ استفاده شده درقبول باید دقیق بوده و با ایجاب مطابقت داشته باشد؟

۳. درصورتیکه یکی ازطرفین همواره قادربه این ادعا باشد که یک تفاوت کوچک درشرایط قرارداد را باطل ساخته است، آیا این ادعا برانگیزه ما مبنی بر پالیسی عمومی برای انعقاد قرارداد تاثیری خواهد داشت؟

۴. درصورتیکه یک دعوی با استناد به ماده ۵۲۲ اقامه گردد، قاضی چه عواملی را باید درنظربگیرد؟

درحالیکه مفهوم یک قرارداد در ارتباط به مسایل اساسی ازلحاظ تیوری واضح وساده بنظر میرسد، ولی درعمل تفکیک بین مسایل اساسی و غیراساسی خیلی بعید است که واضح باشد. زیرا عاقدین برای انعقاد قرارداد معمولا دلایل متفاوت دارند. بناً آنچه را که یک طرف مسائیل اساسی می پندارد ممکن طرف دیگر آنرا بی اهمیت تصورکند، و همچنان برعکس آن. طرفین میتوانند با توافق برمسایل اساسی و موکول نمودن شرایط اضافی به آینده یک عقد اساسی را منعقد نمایند. چنین عقد تمام پنداشته شده وآنعده مسایلی که روی آن توافق صورت گرفته است الزامی میباشد، مگراینکه یکی ازطرفین درابتدأ شرط گذاشته باشد که مانند سایرمسایل این مسایل نیز پیش از اینکه قرارداد معتبر پنداشته شود باید تایید گردد. اینگونه انعطاف پذیری چه وقت و چرا مفید خواهد بود؟

قضیه فرضی: شرایط تعدیل شده بصفت ایجاب متقابل

دربیشترین معاملات تجارتی خریدار به یک فروشنده ایکه معروف به تولید کالای مشخص است ایجاب می فرستد که یک مقدار معین یک کالای معین را با یک قیمت مشخص خریداری میکند. نظربه رابطه بین فروشنده و خریدار، فروشنده میتواند این ایجاب را، با اعاده نسخه امضاء شده قرارداد یا صرف با ارسال کالای تقاضا شده همراه با رسید پرداخت، قبول نماید.

درسال ۱۹۹۵ میلادی محکمه استیناف آلمان فیصله نمود که فرستادن مقدار متفاوت از آنچه که تقاضا شده بود در واقع رد ایجاب اولی بوده و یک ایجاب متقابل را با شرایط جدید تشکیل میدهد. یک کمپنی ایتالوی از یک کارخانهٔ کفش سازی آلمانی ۳۲۴۰ جوره کفش تقاضا نمود. کارخانهٔ کفش سازی آلمانی ۲۷۰۰ جوره کفش فرستاد. کمپنی ایتالوی بعد ازاینکه این کفش ها را بفروش رساند برعلیه کارخانهٔ آلمانی بخاطر تعداد باقی مانده کفش های تقاضا شده اقامه دعوی نمود. محکمه تصمیم گرفت که ارسال مقدار متفاوت از آنچه که تقاضا شده بود شرایط ایجاب را تغییر داده است، بناً آنچه را که فروشنده تحویل داده است باید بصفت رد ایجاب مشتری و صدور یک ایجاب متقابل تعبیر گردد. چونکه کمپنی ایتالوی با دریافت ۲۷۰۰ جوره کفش این ایجاب جدید را قبول نموده است، بناً قرارداد فقط برای خرید و فروش همین ۲۷۰۰ جوره کفش منعقد گردیده است. در نتیجه فروشنده مکلف نبود تا تقاضای فراهم نمودن کفش های بیشتر را تکمیل نماید. [۷۲]

[72] "Germany 23 May 1995 Appellate Court Frankfurt (Shoes Case)." *CISG CASE PRESENTATION*. Pace Law School Institute of International Commercial Law, 22 Oct. 2010. Web. 10 Feb. 2013. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950523g1.html>.
NOTE: Germany and Italy are both civil law systems.

۳. تشریفات ایجاب و قبول

چنانچه قبلا بحث گردید، مطابق ماده ۵۰۲ شرایط حداقل برای انعقاد عقد عبارت است از توافق طرفین که از طریق ایجاب و قبول ابراز میگردد، اهلیت عاقدین، قابلیت معقود علیه برای حکم عقد، و هدف قانونی برای عقد. در برخی موارد قانون مدنی یا طرفین عقد خودشان بعضی شرایط اضافی را وضع میکند که بمنظور انعقاد یک عقد صحیح آن شرایط نیز باید بر آورده شود. شرایط مرتبط به شکل ظاهری یک عقد را ت**شریفات** نامیده میشوند. مثال های تشریفاتی یک قرارداد عبارت اند از کتبی بودن قرارداد و تعیین نمودن اشخاصی ثالث که در قرارداد طرف نیستندبصفت شاهد انعقاد قرارداد. چنانچه که در مواد آتی تصریح شده است، قانون مدنی افغانستان رهنمود های سخت را برای تشریفات قرارداد وضع ننموده است.

قانون مدنی

ماده ۵۰۶ (۲)
ایجاب و قبول عبارت است از الفاظیکه در عرف برای انشاء عقد استعمال می گردد.

ماده ۵۰۷
ایجاب و قبول به صیغه ماضی بوده و بصیغه مضارع یا امر نیز جایز می باشد، مشروط بر اینکه زمان حال از ان اراده باشد.

ماده ۵۰۸
عقد به صیغه استقبال وقتی منعقد می گردد که عاقدین قصد انشاء عقد را با این صیغه نموده باشند.

ماده ۵۰۹
اظهار اراده توسط گفتار، نوشته و یا اشاراتیکه عرفاً متداول باشد، صورت می گیرد. همچنان اظهار اراده به داد وستدیکه بر حقیقت یک عقد صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته می تواند.

مواد ۵۰۶، ۵۰۷ و ۵۰۸ در ارتباط به اشکال صدور ایجاب و قبول بحث میکند. ماده ۵۰۶ برآنچه که قانون ترجیح میدهد صراحت دارد، وآن اینکه عاقدین باید الفاظ "ایجاب" و "قبول" را برای انشای عقد استفاده نمایند. مواد ۵۰۷ و ۵۰۸ قواعد دستوری برای صدور ایجاب و قبول را تعیین میکند. ولی ماده ۵۰۹ مفهوم وسیع تردارد. مطابق این ماده عاقدین میتوانند برای انشای یک عقد صحیح روش های گوناگون را بکار برند. ازطریق گفتار، نوشته، عمل، وحتی سکوت میتوان وجایب حقوقی را ایجاد نمود. قانون مدنی در بسیاری حالات برای تشریفات قرارداد شرایط سخت وضع نمی کند. تا زمانیکه اراده عاقدین به یکدیگر واضح باشد قانون از ناحیه شیوه اظهار اراده کدام نگرانی ندارد.

مثال آتی را ملاحظه نمایید: مسعود به پسرکاکای خود عبدل میگوید که "من دربدل موتر شما به شما ۱۰۰۰۰۰ افغانی میدهم". عبدل درجواب میگوید، درست است، این یک قیمت مناسب است. مسعود پول گفته شده را به عبدل می پردازد و موتر را با خود می برد. در اخیر همان هفته مسعود تصمیم میگیرد که وی به موتر نیاز ندارد و می خواهد پول خود را از عبدل واپس بگیرد. او به عبدل میگوید که از آنجاییکه عقد بین آنها کتبی نبوده بناً بین آنها کدام عقد رسمی منعقد نشده است، پس باید عبدل موترخود را پس بگیرد و پول مسعود را باز گرداند. آیا این تقاضای مسعود درست است یاخیر؟ حالا فکر کنید که بعد از اینکه مسعود ایجاب خود را صادر میکند عبدل هیچ چیزی نمی گوید بلکه فقط سر خود را به نشانه توافق تکان میدهد و به مسعود دست میدهد. آیا این حقایق نتیجه معامله را تغییر میدهد؟

در هر دو قضیه مسعود و عبدل یک قرارداد الزامی را منعقد نموده اند، و مسعود نمی تواند پول خود را واپس بگیرد. مطابق ماده ۵۰۹ یک قرارداد میتواند از طریق گفتار و عمل نیزمنعقد گردد؛ لازم نیست که عقد همیشه کتبی باشد.

قانون مدنی

ماده ۱۱۸۰

ملکیت عین موهوبه وقتی ثابت می شود که عین مذکور کاملا قبض گردد. در صورتیکه موهوبه عقار باشد، تحریر عقد در ورق رسمی جهت انعقاد هبه حتمی میباشد.

ماده ۱۱۸۰ قراردادی را بیان میکند که قانون برای انشای آن علاوه برشرایط حداقل مندرج ماده ۵۰۲ بعضی شکلیات دیگری را نیز وضع نموده است. ماده ۱۱۸۰ اشاره دارد که هبه ملکیت غیرمنقول (عقار) بدون عقد کتبی اعتبار ندارد.

عاقدین نیز میتوانند اجرای بعض شکلیاتی را شرط نمایند که قانون آنرا شرط نگذاشته است. ولی چرا عاقدین بخواهند که انشای یک عقد الزامی را دشوارتر بسازند؟ تشریفات قرارداد میتواند حد اقل سه هدف داشته باشد: بعنوان مدرک، احتیاطی، و بیان.[۷۳]

نخست، در صورتیکه راجع به ایجاد قرارداد اختلاف بوجود بیاید، تشریفات قرارداد میتوانند مدرکی برای وجود عقد وشرایط آن باشند. کتبی بودن عقد یا حضور شواهد در زمان انشای عقد میتواند درحل وفصل منازعات ناشی از آن ممد واقع شود، زیرا درصورت نبود این شکلیات نتیجه منازعات تنها وابسته به اظهارات خود عاقدین خواهد بود. جهت وضاحت بیشتر به مثال قبلی رجوع میکنیم؛ اگرعبدل ازاعاده پول مسعود انکار ورزد، احتمالا مسعود علیه وی اقامه دعوی نموده ادعا خواهد کرد که درعقد شفاهی که بین آنها صورت گرفته است یک شرط وجود داشت که بر اساس آن مسعود میتواند در ظرف یک زمان معین موتر را واپس کند و پول خود را بگیرد. دراین حالت اگرعبدل بتواند یک عقد کتبی را به محکمه ارایه کند یا شواهد را فراهم سازد که ادعای مسعود را نادرست ثابت کند، احتمالا مسعود ر در ادعای خود برنده نخواهد شد.

دوم، شکلیات باعث میشود تا عاقدین پیش از متعهد شدن به وجایب حقوقی احتیاط لازم را بکاربرند. با بکارگیری یک سلسله تشریفات و شکلیات در طی مراحل انشای عقد، عاقدین وادار میگردند تا وعده های خود را جدی بگیرند. البته تشریفات به پول و زمان نیز نیاز دارد. شکلیات بمثابه ضربات تکان دهنده عمل میکند که عاقدین را مجبور میسازد تا در انشای عقد عجله نکنند و پیش از انعقاد آن حکمتی را که به دنبال آن هستند خوب درک نمایند. اگر عبدل در مثال فوق مسعودرا وادار می ساخت تا در یک ورق رسمی نام خود را نوشته و امضا میکرد یا عقد خود را درحضور بزرگان محل نهایی می ساختند، ممکن مسعود پیش از اینکه عقد را منعقد می ساخت درک میکرد که وی در حقیقت به موتر نیاز ندارد و درنتیجه هردوطرف در وقت و پول خود صرفه جویی میکردند.

سوم، تشریفات قرارداد به عاقدین کمک میکند تا اراده خود را به طریقهٔ ابراز نمایند که برای دیگران – به ویژه برای محکمه - به آسانی قابل فهم باشد. تشریفات قرارداد به عاقدین کمک میکند تا با الفاظ قانون گفتار نمایند. بطورمثال، عبدل میخواهد که قاضی در برابرعقد وی با مسعود بعنوان یک معامله تجارتی الزام آور برخورد نماید، نه یک همکاری و نه یک عضو خانواده. تحریری بودن عقد کمک میکند تا طبیعت حقوقی آن برهمگان واضح باشد.

۳,۱.تشریفات قرارداد و مدارک

[73] Adapted from Lon Fuller, *Consideration and Form* 41 Columbia Law Review 799 (1941).

طوریکه قبلا ذکرگردید یک کارکرد عمدۀ تشریفات قرارداد این است که برای اثبات یک ادعا درمحکمه کمک میکند. مواد ۹۹۱ الی ۱۰۳۰ قانون مدنی و مواد ۲۷۲ الی ۳۵۷ اصول محاکمات مدنی استفاده از اسناد، شواهد، و اعترافات در محکمه را تنظیم میکند. دراین بخش مرور جامع براین قواعد صورت نخواهد گرفت، البته سعی میگردد تا فرق بین اسناد رسمی و عرفی مندرج قانون مدنی بگونه خلاصه مورد بحث قرارگیرد. در قرآن پاک و مجلة الاحکام نیز قواعدی مربوط به شکلیات عقد و مدارک ذکر شده است.

قانون مدنی

ماده ۹۹۱

سند رسمی ورقی است که موظف عمومی یا کار کنان خدمات عامه به اساس احکام قانون در حدود صلاحیت اختصاص خویش آنچه را بحضور شان گذارش می یابد یا از اشخاص ذیعلاقه کسب میکند، در آن درج و ثبت نموده باشند. در صورتیکه ورق مذکور صفت سند رسمی را کسب ننموده، مگر اشخاص ذیعلاقه به آن امضاء، مهر یا نشان انگشت نموده باشند، حثیثیت سند عرفی را دارد.

اصول محاکمات مدنی

ماده ۲۸۷

فرامین، اسناد رسمی، فیصله ها و قرارهای قطعی محکمه درصورتیکه عاری از جعل و تزویر بوده و دارای ثبت محفوظ به اداره دولتی یا دیوان قضا باشد اسناد مثبته شناخته شده دلیل اثبات و الزام است.

ماده ۲۸۹

اسناد عرفی که بین طرفین تحریروبه امضاء مهرویا شصت شان رسیده باشد درصورتیکه جانبین مهروامضاء وشصت شانرا تصدیق کنند مانند اسناد رسمی قابل اعتبارمیباشد.

ماده ۹۹۱ قانون مدنی اسناد رسمی و اسناد عرفی را تعریف میکند. چه چیزی این دو نوع سند را از هم تفکیک میکند؟ مطابق ماده ۹۹۱ سند رسمی سندی است که یک موظف عامه آنرا طبق روش معمول تصدیق و ثبت نموده است. سند عرفی سندی است که اشخاصی که موظف عامه نیستند به آن امضاء، مهر یا نشان انگشت نموده باشند.

مواد ۲۸۷ و ۲۸۹ اصول محاکمات مدنی محاکم را درمورد اینکه اسناد را در ارتباط به محتویات آن بصفت دلیل اثبات شناسایی کنند یا خیر راهنمایی میکند. ماده ۲۸۷ اشاره به این دارد که قضات باید اسناد رسمی را بصفت اسناد مثبته برای معلومات مندرج این اسناد شناسایی نمایند. ازسوی دیگراسناد عرفی درصورتی میتواند الزامی باشد که توسط جانبین بصفت سند معتبر پذیرفته شود.

در شریعت اسلامی سه نوع دلیل در رابطه به عقود مجاز قرارداده شده است: اسناد، شهود، و اقراراختیاری. شریعت اسلامی طرفین را تشویق میکند تا حد الامکان قرارداد های خویش را بصورت تحریری منعقد سازند. خداوند درقرآن پاک درآیه ۲۸۲ سوره دوم چنین می فرماید:

> "ای مومنان اگرمعامله کنید با یکدیگر به قرض دادن تا میعاد مقرر پس بنویسید آنرا وباید که بنویسد میان شما نویسنده با انصاف؛ وسر بازنزند نویسنده از آنکه نویسد چنانچه آموخته است اورا خدا (ج) (ازطریق قرآن و پیامبر(ص)) پس باید که وی بنویسد".

درعین آیه گفته شده است که طرفین باید برای معاملات تجارتی خویش شواهد بگیرند: "اگر باشد آن معامله خرید و فروش که دست به دست انجام یابد، پس نیست برشما گناه درآنکه نه نویسید آنرا ولی باید گواه گیرید هرگاه که خرید و فروخت کنید با یکدیگر".

ماده ۱۷۳۶ مجلةالاحکام صراحت دارد که "سندی که عاری از جعل و تزویر باشد" اسناد مثبته بوده و برای اثبات محتویات آن نیاز به مدارک دیگر نیست. هرگاه تحریر عقد ممکن نباشد، طرفین میتوانند درصورت بروز اختلاف به شواهد اتکاء نمایند.[۷۴] سر انجام، یک طرف عقد ممکن وجایب خویش را بپذیرد – یک عملی که در عربی به آن اقرار گفته میشود. این آخرین شکل مدارک (اقرار) نسبت به اسناد کتبی و شواهد ضعیف تر است.[۷۵]

دورنمای مقایسوی: فرانسه

تنظیم کننده اسناد رسمی (notary)، شخصی است که معمولاً مانند یک حقوقدان آموزش ندیده است، ولی اجازه اجرای برخی تشریفات حقوقی را دارد. چنین اشخاص یک نقش عمدۀ را در نظام حقوقی قاره اروپا ایفا میکند.[۷۶] مثلا، ماده ۱۳۴۱ قانون مدنی فرانسه صراحت دارد که عقود غیرتجارتی که ارزش بالاترازیک مبلغ معین را داشته باشد باید بقید تحریر درآورده شده و ازسوی دفتراسناد رسمی (notary) امضاء گردد. این ماده یک نمونۀ از قوانین ضد فریبکاری است، قوانینی که برای انعقاد برخی انواع عقود شکلیات اضافی را الزامی قرارداده است.

ماده ۱۳۴۱ برای طرفهای قرارداد حمایت حقوقی فراهم میکند: در صورتیکه قرارداد تحریری بوده وتوسط سر دفتراسناد رسمی (notary) امضاء گردد، با احتمال زیاد طرفین قرارداد تنها وجایبی را متعهد میگردند که قصد دارند. اما، ماده ۱۳۴۱ تنها بر قرارداد های غیرتجارتی – یعنی قراردادهایی که بین تاجر ومصرف کننده منعقد میگردد – تطبیق میگردد. برقرارداد های تجارتی – یعنی قرارداد هایی که بین دو تاجرمنعقد میگردد– تطبیق نمی گردد. بنظرشما چرا قانونگذ اران فرانسه این را انتخاب نمودند که این قاعده تنها برقرارداد های غیرتجارتی تطبیق گردد؟ تاجران بگونه منظم قرارداد ها را منعقد می سازند، لذا میانگین اشخاص تجارت پیشه نسبت به میانگین اشخاص عادی با قواعد حاکم برای تنظیم قراردادها بیشترآشنایی دارند. بناً احتمال کم وجود دارد که درمعامله با تاجران از آنها سوء استفاده صورت گیرد. از سوی دیگر مصرف کننده گان بندرت از قراردادها استفاده میکنند، بهمین دلیل با قواعد حاکم بر قراردادها آشنایی کمتری دارند و ازهمین رو احتمال زیاد وجود دارد که درمعامله با آنها ازآنها سوء استفاده صورت گیرد – مخصوصا زمانیکه آنها با اشخاص تجارت پیشه معامله میکنند. بناً ماده ۱۳۴۱ شکلیات قرارداد را بمثابه یک سپر غرض حمایت مصرف کننده گان استفاده نموده است.

سوالات برای مباحثه

۱. طبق ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی هبه ملکیت غیرمنقول باید ازطریق قرارداد تحریری صورت گیرد. بنظرشما قانون مدنی تحریری بودن چه نوع قرارداد های دیگر را لازمی قراردهد؟

۲. ماده ۱۳۴۱ قانون مدنی فرانسه غرض حمایت از مصرف کننده گان متکی بر اشخاصی است که باقوانین آشنایی دارند ولی بصورت تام آموزش های حقوقی ندیده اند (notary). آیا میتوانید نمونه های ازاشخاص غیرحقوقدان که نقش مشابهی را درنظام حقوقی افغانستان ایفا نماید ارایه کنید؟

[74] Id.; Majalla Article 1685.
[75] Id. at 548.
[76] See Economist, Notaries: Breaking the Seal, Aug 11 2012, http://www.economist.com/node/21560242.

نتیجه گیری

مرورکلی: دراین فصل مفاهیم اساسی ایجاب وقبول را مورد بحث قرار دادیم. ایجاب عبارت از اظهار اراده شخصی مبنی برانعقاد یک عقد است. قبول عبارت ازعملی است که توافق طرف مقابل را مبنی برشرایط مشخصی که ازطریق ایجاب پیشنهاده گردیده است به طرف اول انتقال میدهد. تغیروتبدیل درشرایط ایجاب نخستین، یک ایجاب مجدد را تشکیل میدهد. عقد زمانی ایجاد میگردد که جانبین ازطریق ایجاب وقبول نیت خود را مبنی برملزم بودن بر شرایط پیشنهاد شده به یکدیگر انتقال دهد. ایجاب و قبول زمانی قابل اجرا می باشد که به طرف مقابل مواصلت ورزد. عقدی که درنتیجه بوجود می آید وجایب یا مکلفیت های حقوقی الزام آور را بین طرفین ایجاد میکند.

طوریکه مشاهده میکنید که ایجاب و قبول ارکان مهم برای تشکیل یک عقد بشمارمیرود، ولی این ارکان همیشه ساده نمی باشد. حتی حین تحلیل وتجزیه معاملات پیچیده ومغلق نیز باید به این مفاهیم مراجعه نمایید و بعضی سوالات توضیحی را از خود پرسان کنید. ایجاب کننده در این مرحله چه کسی است؟ شرایط ایجاب وی چیست؟ ایجاب شونده کیست؟ آیا ایجاب شونده شرایط ایجاب را همان طوریکه پشنهادشده است قبول نموده است؟

در فصل بعدی جزئیات ومسایل تخنیکی انشای یک عقد را با تفصیل بیشتر مورد تحلیل وتجزیه قرارخواهیم داد. درمورد این اصول تمرکزبیشترخواهیم نمود تا طی مراحل لازم را برای اینکه ایجاب و قبول اثرات حقوقی داشته باشد خوبتر درک نماییم. همچنان راجع به اینکه چه کسی میتواند قرارداد را انعقاد نماید و اینکه چه محدودیت های برنافذ بودن قرارداد بنا بر طرفین آن وجود دارد بحث خواهیم نمود. انواع مختلف قراداد ها و طبیعت وجایب منسوب به هریک از آنها را نیز ملاحظه خواهیم نمود.

فصل چهارم: اهلیت

طرح موضوع

هرشخص قرارداد لازم الاجرأ را منعقد کرده نمی تواند. قانون مدنی **اهلیت** یا حق تعدادی از اشخاص را در ایجاد رابطهٔ حقوقی محدود می سازد. بطور مثال؛ قانون مدنی توانایی اشخاص صغیر و مجنون را در قسمت عقد قرار داد صحیح مقید می سازد. این اشخاص هنوز هم قرار را داد را منعقد ساخته می توانند. ولی قانون مدنی الزامیت قانونی قرارداد های همچو اشخاص را که فاقد اهلیت هستند تا حدی محدود می سازد.

اهلیت به مفهوم توانایی و آزادی شخص در پذیرش مسئولیت یا هم انعقاد قرارداد نیز بکار می رود. تعدادی اشخاص ممکن که نتایج انعقاد قرارداد را درک و پیش بینی کرده نتوانند. اشخاص فاقد ارزش های اخلاقی ممکن از قرارداد بخاطر سؤاستفاده از اشخاص صغیر، مجنون و سایر اعضای آسیب پذیر جامعه استفاده کنند. غیر منصفانه است که تعهدات قراردادی را علیه اشخاصی که در زمان ایجاد قرارد توانایی انتخاب تعهد را نداشته اجرأ نمود. یک طریقهٔ را که قانون بخاطر حمایت از این شهروندان آسیب پذیر به کار میبرد عبارت از منع انفاذ قرارداد های منعقدهٔ آنها است که در دیگر حالات لازم الاجرأ محسوب خواهد شد. قانون مدنی از طریق لازمی دانستن اهلیت به عنوان یک عنصر قرارداد این هدف را بدست می آورد.

قانون مدنی

ماده ۵۰۲
(۲) شرط صحت عقد عبارت است از اهلیت عاقدین، قابلیت معقود علیه برای حکم عقد، مفدیت وعدم مخالفت آن با نظام و آداب عامه.

ماده ۵۴۲
هرشخص اهلیت عقد را دارد، مگر اینکه اهلیت او توسط قانون سلب یا محدود شده باشد.

فقرهٔ ۲ مادهٔ ۵۰۲ قانون مدنی بیان می دارد که اهلیت اشخاص شرط لازم برای صحت قرارداد است. همانطوریکه در فصل قبلی بیان شد، توافق یا رضایت جانبین در قرارداد اساس قرارداد را تشکیل می دهد. اگر شخص توانایی لازم برای درک و انتخاب آزادانهٔ تعهدات را نداشته باشد، در آنصورت قانون مدنی شخص را ذیصلاح برای ایجاد وجیبه برای خود نمی داند. مادهٔ ۵۴۲ قانون مدنی مفروض قانونی مدنی که همه اشخاص در اکثر حالات واجد اهلیت کامل است را بیان می دارد. مادهٔ ۵۴۲ قانون مدنی را با مادهٔ ۹۴۷ مجلة الاحکام مقایسه کنید که حکم می کند: "شخص رشید کسی است که توانایی کنترول مال خود را داشته و مال خود را بدون جهت ضایع نمی سازد."

برعلاوه از اهلیت کامل، قانون مدنی دو نوع دیگر اهلیت را نیز بیان می دارد: **ناقص الاهلیت و فاقد الاهلیت**. اشخاصیکه کاملاً اهلیت نداشته باشند توانایی ایجاد وجیبه را ندارند. اطفال صغیر زیر ۷ سال و اشخاصیکه توسط محکمه به عنوان مجنون ثبت گردیده باشند فاقد الاهلیت اند. قانون مدنی به این گروه به عنوان اشخاص غیر ممیز اشاره می دارد. اشخاص ناقص الاهلیت تنها در حالات خاص وجیبهٔ را متعهد شده می توانند. این گروه عبارت از اشخاص زیر سن ۱۸ سال و بالاتر از ۷ سال بوده و هم اشخاصی اند که در محکمه به عنوان سفیه (اشخاصیکه پول را مسئولانه نگهداری نمی توانند) ثبت شده باشند. این گروه از اشخاص را بنام اشخاص **ممیز** می نامند.

نوع اهلیت	کامل الاهلیت	ناقص الاهلیت	فاقد الاهلیت
صغیر ممیز/غیر ممیز	وجود ندارد	صغیر ممیز	صغیر غیر ممیز
گروهٔ دیگر اشخاص	اشخاص سالم	اطفال بین ۷ الی ۱۸ سال، و اشخاصیکه به عنوان سفیه ثبت باشند	اشخاص صغیربالاتر از سن ۷، اشخاصیکه به عنوان مجنون ثبت باشند.

این احکام که در زیر بیان گردیده از احکام قانون مربوط به فریب، اکراه، و غفلت که در فصل ۸ ذکر شده فرق دارد. احکام مربوط به اکراه، فریب، و غفلت معمولاً اشخاصی را مورد حمایت قرار میدهد که اهلیت کامل دارند و بنا به وضعیت خاص اهلیت خود را بکار برده نمی توانند. بطور مثال شخصی که به اثر تهدید به اعمال خشونت ملزم به انعقاد قرارداد گردد، ارادهٔ خود را آزادانه بکار نبرده است. همینطور شخصی که در اثر ارائهٔ فریبکارانه (مثل دروغ و حیله) قراردادی را می بندد نمی تواند به دلیل ندانستن حقیقت صاحب اهلیت کامل پنداشته شود. نکتهٔ مهمی که باید به یاد داشت اینست که صحت قرارداد ممکن یا در اثر خصوصیات جانبین (سن، وضعیت روانی، و غیره) متاثر شود و یا هم ممکن که از آنچه که در زمان انعقاد قرارداد (فریب، اکراه، اشتباه) رخ میدهد متاثر گردد.

در زیر ما قواعد مربوط به اشخاص صغیر، مجنون، سفیه، و مبتلا به غفلت را توضیح میدهیم.

۱. اشخاص صغیر

اشخاص صغیر وضعیت خاصی را در حقوق برخوردار هستند. نداشتن تجربه و آگاهی ممکن سبب شود که طفل کاملاً نتایج عمل خود را درک کند و در نتیجه احتمال دارد که مورد سؤاستفاده قرار گیرد. قانون مدنی اجازه نمی دهد که اشخاص صغیر با عین شرایط و مقررات مانند اشخاص رشید و بالغ قرارداد را منعقد سازند.

قانون مدنی

ماده ۳۹
سن رشد هیجده سال مکمل شمسی می باشد. شخص رشید در حالت صحت عقل در اجرای معاملات، دارای اهلیت حقوقی کامل شناخته می شود.

ماده ٤٠
شخصی که از نگاه صغر سن، معتوه بودن یا جنون، غیر ممیز باشد، نمی تواند معاملات حقوقی را انجام دهد. شخصیکه به سن هفت سالگی نرسیده باشد غیر مُمیز محسوب می گردد.

ماده ٥٤٣
تصرف صغیر غیر مُمیز باطل پنداشته میشود، اگرچه ولی وی اجازه داده باشد.

قانون مدنی اشخاص بالای سن ۱۸ سال را بالغ دانسته و هیچ محدودیت سنی را برای آنها در مورد بستن قرارداد باقی نمی گذارد (مادهٔ ۳۹). اشخاص زیر سن ۱۸ سال را صغیر شمرده شده و قانون مدنی توانایی انعقاد قرارداد توسط آنها را محدود می سازد. قانون مدنی سپس اشخاص صغیر را به دو گروهٔ متمایز می سازد: صغیر مُمیز و صغیر غیر مُمیز. اشخاص غیر مُمیز کسانی اند که سن آنها از ۷ سال کمتر باشد (مادهٔ ٤٠). اشخاص مُمیز کسانی اند که سن آنها بین ۱۸ و ۷ سال قرار داشته باشد (مادهٔ ٤١). احکام مختلف در مورد این دو گروه تطبیق می گردد.

قانون مدنی اشخاص غیر مُمیز را از انعقاد هر نوع عقد صحیح در تحت هر نوع شرایط ممنوع می سازد (مواد ٤٠ و ٥٤٣ قانون مدنی). اشخاص زیر سن ۷ سال ممکن که در فعالیت های داد وستد سهم بگیرند ولی معاملات آنها درمحکمه مدار اعتبار نیست. در همچو حالات قرارداد صحیح منعقد نشده و در نتیجه وجایب حقوقی را ایجاد نمی گردد، بدلیل اینکه شرط اهلیت کامل جانبین لحاظ نگردیده است. بطور مثال؛ اگر محسن ٦ ساله در یک شیرینی پزی کیک را برای روز سالگرۀ تولد خویش فرمایش دهد ولی هیچگاهی برای گرفتن کیک مراجعه نکند، شیرینی پز از محکمه خواسته نمی تواند که محسن یا والدین او ملزم به پرداخت پول بابت این کیک شود. بدلیل اینکه محسن هیچگاه اهلیت لازم برای انعقاد همچو قرارداد را نداشت.

قانون مدنی

ماده ٤١
شخص مُمیزیکه به سن رشد نرسیده یا اینکه به سن رشد رسیده اما سفیه یا مبتلا به غفلت کاری باشد، ناقص اهلیت پنداشته میشود.

ماده ٥٤٤
(١) تصرف صغیر مُمیز که کاملاً به منفعت وی باشد، جواز دارد، اگرچه ولی وی اجازه نداده باشد. در صورتیکه تصرف مذکور کاملاً بضرر وی باشد، باطل پنداشته میشود گرچه ولی وی اجازه داده باشد.
(٢) تصرف متضمن نفع وضرر باجازه ولی در حدود صلاحیت وی یا اجازه شخص ناقص اهلیت بعد از رسیدن به سن رشد موقوف میباشد.

ماده ٦٣٧
(١) عقد موقوف غیر نافذ، فاقد اثر حقوقی بوده، ثبوت ملکیت از آن افاده نمی گردد. مگر با اجازه شخصیکه برموضوع عقد وتصرف در آن صاحب صلاحیت بوده و اجازۀ وی دارای جمله شرایط صحت باشد.
(٢) عقد اشخاص ذیل موقوف پنداشته میشود:...
١١. صغیر مُمیز
١٢. معتوه مُمیز
١٣. سفیه
١٤. مبتلا به غفلت.

حکم اهلیت اشخاص صغیر که بالاتر از ۷ سال و زیر سن ۱۸ سال قرار دارند نسبتاً پیچیده تر است. طبق مادۀ 544(1) قانون مدنی اگر قرارداد کاملاً به نفع شخص صغیر مُمیز باشد در آنصورت قرارداد صحیح است. در اینصورت موافقت ولی طفل نیز لازم نیست. هدیۀ پول یا هبۀ مال به شخص صغیر کاملاً به نفع او است. ولی اگر قرارداد کاملاً به ضرر صغیر باشد، در آنصورت قرارداد باطل است ولو اگر ولی شخص نیز آنرا تائید کند. هدیۀ پول از طرف صغیر یا هبۀ مال متعلق به صغیر به دیگری بصورت بلا عوض کاملاً به ضرر صغیر خواهد بود.

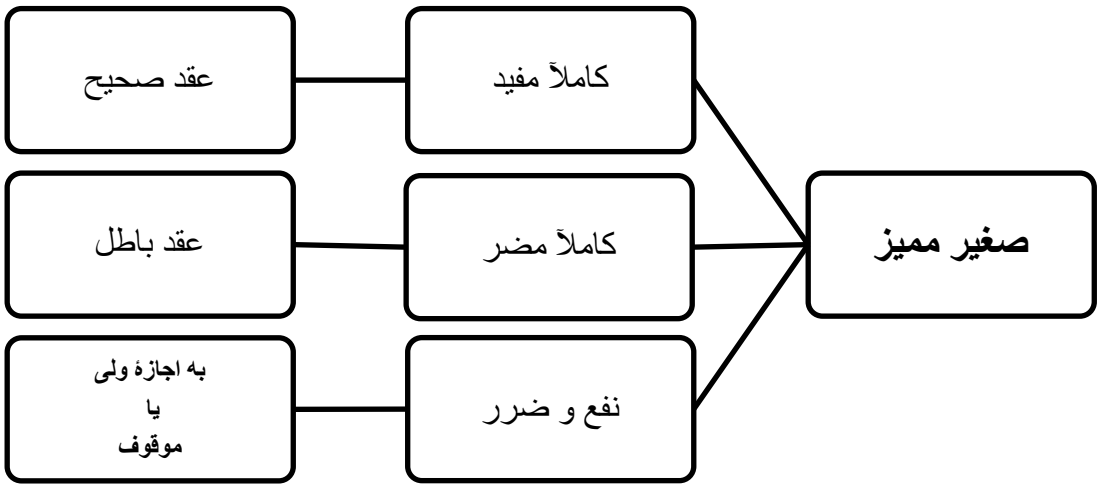
قرارداد های دیگری مثل فروش اموال صغیر یا خرید اموال توسط صغیر هم در برگیرندۀ نفع و هم ضرر است. وقتیکه قرارداد هم نفع و هم ضرر داشته باشد، در آنصورت احتمال دو گزینه است. اگر ولی صغیر این قرارداد را تائید کند، قرارداد صحیح می گردد. در غیر آن قرارداد **موقوف** خواهد بود. قرارداد موقوف فاقد اثر قانونی بوده تا اینکه "شخصیکه صلاحیت لازم را داشته باشد" که در این مثال صغیر اجازه میدهد تا قرارداد عملی شود (٦٣٧(١)). صغیر می تواند که از

تائید قرار داد صرفنظر کرده یا آن را صریحاً قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال یا در مدت معقول بعد از رسیدن به سن ۱۸ سال رد کند. راه حل بدیل آن خواهد بود که صغیر بعد از رسیدن به سن ۱۸ سال وجایب قرارداد را متعهد شده و قرارداد را تائید یا تصدیق کند. بعضی قرارداد ها که در آنها اشخاص مجنون، سفیه یا مبتلا به غفلت که وضعیت آنها ثبت قرار محکمه شده باشد، دخیل باشند نیز موقوف خواهد بود. این موارد در بخش بعدی این فصل تشریح می گردد.

بلال یک ماه قبل از اینکه به سن ۱۸سالگی برسد یک تلویزیون می خرد. یک هفته بعد از این که ۱۸ ساله می شود تصمیم میگیرد که این تلویزیون را مسترد کرده و پول خود را بگیرد. آیا او این کار را کرده می تواند؟ بلی. قرارداد بلال با فروشندۀ تلویزیون موقوف است. او صلاحیت دارد که قرارداد را بعد از رسیدن به سن قانونی بلوغ رد کند.

شخص صغیر نیاز ندارد که بخاطر رد یا تائید قرارداد به محکمه مراجعه نماید. اگر جانب قرارداد که بالغ است با رد شدن قرارداد موافق نیست می تواند به محکمه مراجعه و ثابت سازد که شخص در زمان انعقاد قرارداد صغیر نبوده و یا هم ولی شخص قرارداد را تائید کرده بود. قانون مدنی مدت زمانی را که قرارداد شخص صغیر در حالت موقوف می ماند مشخص نساخته است. آیا فکر می کنید که محکمه مواد ٥٤٤ و ۶۳۷ (۱) را طوری تفسیر کند که محدودیت زمانی را در مورد قرارداد موقوف تعیین کند؟

قرارداد توسط اشخاص صغیر



۲. مجانین یا اشخاص با اختلال دماغی

در بعضی قضایا جنون سبب می گردد تا شخص طبعیت تعهد قانونی را درک کرده نتواند. جنون عبارت از مریضی یا معلولیت دماغی است که کارکرد فکری، احساسی، و روانی شخص را مختل می سازد. قانون مدنی اصطلاحات جنون و معتوه را برای بیان این حالت بکار می برد.

قانون مدنی

ماده ٤٠

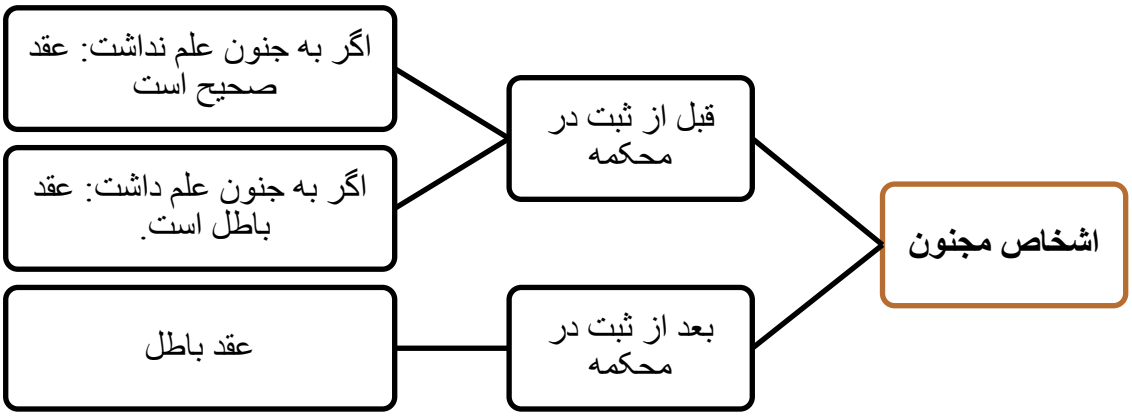
شخصی که از نگاه ... معتوه بودن یا جنون، غیر ممیز باشد، نمی تواند معاملات حقوقی را انجام دهد...

ماده ٥٤٥

(١) تصرف مجنون ومعتوه بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته میشود.
(٢) تصرف قبل از ثبت قرار مبنی برحجر باطل پنداشته نمی شود، مگر اینکه حالت جنون ومعتوه بودن حین عقد شایع بوده یا طرف مقابل به آن علم داشته باشد.

صرف به دلیل اینکه شخص از جنون رنج می برد به معنی این نیست که شخص بصورت آنی اهلیت خود را ازدست می دهد. نخست باید که جنون شخص توسط قرار قاضی بر طبق مادۀ ٥٤٥ قانون مدنی ثبت شده باشد. بعد از این که جنون شخص ثبت شد، شخص مجنون نمی تواند که قرار داد را به تنهایی خود منعقد سازد. آیا به باور شما مادۀ ۵۴۵ (۱) در مطابقت با مادۀ ۶۳۷ (۲) (۱۲) قرار دارد؟

قرارداد با مجنون قبل از ثبت توسط محکمه صحیح است مگر اینکه حالت جنون شخص شایع بوده و جانب مقابل قرارداد در زمان قرارداد از این حالت آگاه بوده باشد (ماده۴۵۴(۲)). به نظر شما چرا قانون احکام متفاوت را در مورد اینکه آیا شخصی از حالت جنون شخص مطلع بوده بیان داشته است؟ اگر شخص از حالت جنون شخص دیگری خبر باشد و آن شخص ثبت محکمه نشده باشد، قرارداد اگر چه به نفع مجنون هم باشد باطل است.



۳. اشخاص سفیه و مبتلا به غفلت کاری

قانون مدنی

ماده ٤١

شخص مُمیزیکه ... به سن رشد رسیده اما سفیه یا مبتلا به غفلت کاری باشد، ناقص اهلیت پنداشته میشود.

ماده ٥٤٦

(١) تصرف سفیه یاشخص مبتلا به غفلت بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر، تابع احکام تصرفات صغیر مُمیز می باشد.
(٢) تصرف قبل از ثبت قرار مبنی برحجر صحیح بوده قابل ابطال پنداشته نمی شود مگر اینکه در نتیجه استثمار یا توطئه صورت گرفته باشد.

قواعد مربوط به سفیه بودن شخص و مبتلا به غفلت بودن شبیه قواعد مربوط به جنون شخص است. شخص سفیه در قبال پول غیر مسئول است. همینطور شخص مبتلا به غفلت هرچند که از جنون رنج نمی برد ولی امور مالی و شخصی خود را

بدون کمک دیگری پیش برده نمی تواند.[۷۷] شخص سفیه یا متبلا به غفلت مانند اشخاص کامل الاهلیت قرارداد را منعقد کرده می توانند. یگانه استثنأ آنست که شخص سفیه یا مبتلا به غفلت از "اثر استثمار یا توطئه" داخل عقد شود (ماده۵۴۶(۲)). شخصی مورد استثمار قرار میگیرد که این شخص بصورت غیر منصفانه بخاطر نفع دیگری مورد بهره برداری قرار گیرد. در آنصورت شخص سفیه یا مبتلا به غفلت گزینهٔ ابطال قرارداد را دارند.

قاضی می تواند شخص را به عنوان سفیه یا شخص مبتلا به غفلت ثبت نماید. زمانیکه وضعیت همچو اشخاص ثبت محکمه شود، آنها ناقص اهلیت دانسته می شوند. قرارداد این اشخاص دارای عین حکم است که قرارداد اشخاص مُمیز است. همچو قرارداد ها زمانی نافذ و صحیح است که کاملاً به نفع سفیه یا شخص مبتلا به غفلت بوده، قرارداد باطل است اگر کاملاً به ضرر آنها بوده باشد، و موقوف به تائید ولی آنها یا نمایندهٔ معرفی شده از طرف محکمه است اگر قرارداد شامل نفع و ضرر بصورت همزمان باشد.

٤. نقش محکمه

قضات نقش بسیار فعال در مورد تطبیق احکام مربوط به اهلیت دارند. در قدم اول قضات می توانند اشخاص را به عنوان مجنون، سفیه، یا مبتلا به غفلت در هر زمانی بشمول جریان دعوی ثبت نمایند. بطور مثال اگر دعوی علیه شخصی بخاطر نقض قرارداد صورت گیرد، این شخص می تواند ادعا کند که قرارداد باطل بوده زیرا که او سفیه بوده و شخص مدعی او را مورد استثمار قرارداده است. قانون مدنی تعریف مشخصی از جنون، سفیه، و مبتلا به غفلت ارائه نکرده است.[۷۸] چگونه یک قاضی تصمیم خواهد گرفت که آیا شخصی در یکی از این گروه ها قرار گیرد یا خیر؟ آیا فکر می کنید که قضات تخصص لازم برای این نوع تصمیم گیری را دارند؟ آیا احتمال سؤاستفاده در تصمیم گیری قضات در این مورد برای شما تشویش بر انگیز است؟

قانون مدنی

ماده ٤٢
شخص ناقص اهلیت و فاقد آن تابع احکام وصایت، ولایت و قوامت مطابق به شرایط و قواعد پیش بینی شده این قانون می باشد.

ماده ٥٤٩
هرگاه برای شخصی مساعد قضائی تعیین گردیده باشد، بعد از ثبت قرار مبنی برتعیین مساعد، هر نوع تصرف وی بدون اشتراک مساعد قضائی قابل بطلان می باشد.

قانون مدنی همچنان به قضات اجازه می دهد که برای اشخاص ناقص الاهلیت نمایندهٔ قانونی منحیث ولی، وصی قضایی، و نایب یاد میگردد را تعین نماید. تعین همچو شخص به اشخاص صغیر، مجنون، سفیه، و مبتلا به غفلت اجازه می دهد که به اجازهٔ نمایندهٔ قانونی یاد شده وجیبهٔ را متقبل گردند.

٥. مجازات حیله

[۷۷] در انگلیسی اصطلاح معادل مبتلا به غفلت (imbecile) معمولاً برای اشخاص بی ادب و ساده لوح اطلاق می گردد.

[۷۸] مجلة الاحکام تعریف مفاهیم مربط را در بر دارد. مادهٔ ٩٤٤ دو گروه از مجانین را می شناسد: مجانین دایمی و مجانین ادواری یا مقطعی. مادهٔ ٩٤٥ اشخاص سفیه را گروه مشابه تعریف قانون مدنی میداند و آن اینکه این گروه اشخاص اند "که ذهن آنها معلول است که قابل تحلیل بسیار کمی را دارد، گفته های آنها بی مفهوم است، و اعمال آنها ناقص است". مادهٔ ٩٤٦ بیان می دارد که "سفیه کسی است که با مصرف بی پروایانه دارایی را حیف و میل کرده و بدون جهت اموال خود را از بین می برد. اشخاص که در کار های خود ساده لوحانه رفتار کرده و ذهن ناقص دارند نیز اشخاص ساده لوح پنداشته می شوند".

قانون مدنی

ماده ۵۵۰

شخص ناقص اهلیت میتواند بطلان عقد را مطالبه نماید. در صورتیکه برای اخفای نقص اهلیت خود حیله بکار برده باشد، این امر مانع الزام وی به جبران خساره نمی گردد.

قانون مدنی اشخاص آسیب پذیر را از انسان های استفاده جو که ممکن از همچو اشخاص آسیب پذیر استفادۀ سو کند محافظت می کند. قانون مدنی به اشخاص ناقص الاهلیت صلاحیت قابل ملاحظۀ می دهد که قرارداد های موقوف را که شامل نفع و ضرر است بپزیرند یا رد کنند. در مادۀ ۵۵۰ قانون مدنی محدودیت بسیار مهمی را در مورد فعالیت های اشخاص ناقص الاهلیت وضع می کند. شخص که قرارداد را از طریق "پنهانکاری محیلانه" منعقد کرده باشد نقص اهلیت وی میتواند که قرارداد را باطل کند. اما به هر صورتش شخص مذکور باید تاوان حیلۀ کاری خود را بپردازد. و باید جانب دیگر قرارداد را جبران خساره کند.[۷۹]

نجیب که ۱۵ سال عمر دارد سوار تکسی می شود و از راننده می خواهد که او را به تیاتر سینما ببرد. راننده گوشزد یک حقوقدان در مورد مقررات اهلیت اشخاص صغیر را به یاد می آورد و از نجیب می پرسد که او چند سال عمر دارد. نجیب جواب میدهد که او ۱۸ ساله است. رانندۀ تکسی نجیب را به مقصدش می رساند ولی زمانیکه به آنجا می رسند نجیب میگوید که او پولی ندارد تا به رانندۀ تکسی بدهد. آیا رانندۀ تکسی راه حل حقوقی دارد؟ آیا فرق می کند که نجیب واقعآ چند ساله است؟

نجیب منحیث شخص مُمیز حق خود را در جهت ابطال قرارداد بکار برده است. ولی رانندۀ تکسی می تواند از نجیب جبران خساره را مطالبه کند زیرا نجیب بخاطر پنهان ساختن سن خود مبنی بر اینکه طفل است دروغ گفته است. اگر راننده سوالی نپرسیده بود و نجیب هم دروغی نگفته بود در آنصورت بسیار احتمال دارد که محکمه به این نتیجه می رسید که نجیب با حیله وضعیت خود را پنهان کرده است. در آنصورت رانندۀ تکسی مستحق هیچ گونه جبران خسارۀ قانونی نمیشد.

اهلیت در مجلة الاحکام

احکام مربوط به اهلیت در مجلة الاحکام که در مواد ۹٤۱ الی ۱۰۰۲ بحث شده بسیار مشابه احکام قانون مدنی در این مورد است. محاکم ممکن به این احکام بخاطر تفسیر قانون مدنی مراجعه کند. ولی تفاوت های میان این دو است. در اینجا ما این تفاوت ها را برجسته می سازیم.

همانند احکام قانون مدنی، مجلة الاحکام نیز اشخاص صغیر را به دوگروه تقسیم می کند: آنانیکه قوۀ رشد و درک ناقص دارند و آنانیکه قدرت درک کامل دارند که به ترتیب در حکم اشخاص مُمیز و غیر مُمیز بشمار می آیند (مجلة الاحکام ۹٤۳، ۹٦٦). به عوض تقسیم این گروه بر مبنای سن، مجلة الاحکام اشخاص یاد شده را بر اساس قدرت درک آنها در طبیعت معاملات تجاری و قدرت تشخیص صواب از ناصواب تقسیم بندی کرده است (مجلة الاحکام، مواد ۹٤۳، ۹۸۲ الی ۹۸۹). مواد قانون مدنی در مورد اهلیت اشخاص صغیر را مرور کنید. مزایا و نواقص روش مجلة الاحکام در مورد اهلیت به مقایسۀ روش قانون مدنی چی ها است؟ آیا هر کدام از این دو روش با نقش اقتصادی که اشخاص صغیر در اقتصاد افغانستان باز می کند مناسبت دارد؟

[۷۹] قانون مدنی اندازۀ ضرر را مشخص نمی سازد. مادۀ ۱٤۲ قانون مدنی مصر حکم می کند که شخصیکه به دلیل اهلیت ناقص قرارداد را باطل می سازد باید "نفعی را که از انقعاد قرارداد به دست آورده نیز مسترد کند."

مجلة الاحکام همچنان حکم می کند که طرزالعمل ثبت شخص شامل سلب اهلیت شخص گردد. بر عکس قانون مدنی اشخاص مجنون بصورت مفروض فاقد اهلیت هستند و نیاز به ثبت ندارند (مجلة الاحکام مادۀ ۹۵۷). اشخاص سفیه ممکن که ثبت شوند که در آنصورت محکمه به عنوان ولی آنها عمل خواهد کرد (مجلة الاحکام مادۀ ۹۵۸ و ۹۹۰). مجلة الاحکام همچنان محدود ساختن اهلیت شخص مدیون از طریق ثبت در محکمه را اجازه میدهد (مجلة الاحکام، مواد ۹۵۹، ۹۹۸ الی ۱۰۰۲). این کار توسط داین مدیون در صورتی صورت می گیرد که داین خوف داشته باشد که مدیون دارایی خود را بخاطر فرار از جبران خساره حیف و میل خواهد کرد.

نتیجه گیری

احکام قانون مدنی در مورد اهلیت از یک طرف اشخاص آسیب پذیر را محافظت نموده واز جانب دیگر حقوق آنها را محدود می سازد. این قواعد اشخاص یاد شده را از شر انسان های استفاده جو و هم از قضاوت نادرست خودشان حفاظت می کند. این قواعد حد اقل در بعضی حالات از پذیرش مسئولیت به دوش اشخاص بدون اهلیت کامل در قرارداد های که ممکن به نفع آنها نباشد ابأ می ورزد. ولی از طرف دیگر این قواعد حقوق اشخاص یاد شده را در قسمت سهم گیری در روابط اساسی اقتصادی و حقوقی محدود می سازد. یک تاجر کمتر علاقمند خواهد بود که قرارداد تجاری را همرای شخصی ببندد که وی در قرارداد ملزم و متعهد شده نمی تواند. آیا فکر میکنید که قانون مدنی تعادل لازم میان محافظت این اشخاص آسیب پذیر جامعه و هم محدود ساختن حقوق آنها در قبول مسئولیت و شرکت در حیات اقتصادی جامعه (و حق آنانیکه میخواهند با همچو اشخاص داخل مراودات گردد) را تامین کرده است؟

خلاصۀ احکام مربوط به اهلیت

طرفین قرارداد	وضعیت اهلیت شخص	مواد مرتبط قانون
اشخاص صغیر غیر مُمیز (زیر سن ۷ سال)	فاقد الاهلیت	٤٠، ٥٤٣
اشخاص صغیر مُمیز (بین ۷ و ۱۸ سال)	اشخاص ناقص الاهلیت اند مگر اینکه آنها با "حیله" نداشتن اهلیت کامل خود را "پنهان" کرده باشند.	۴۱، ۵۴۴، ۶۳۷ (۲) (۱۱)
اشخاص مجنون	قبل از ثبت قرار: اهلیت کامل دارند مگر که جنون آنها شایع باشد بعد از ثبت قرار: فاقد الاهلیت	۴۰، ۵۴۵، ۶۳۷، (۲) (۱۲)
اشخاص سفیه و مبتلا به غفلت کاری	قبل از ثبت: اهلیت کامل دارند مگر که جانب مقابل استثمار و توطئه بکار برده باشد. بعد از ثبت قرار: ناقص الاهلیت مگر اینکه آنها با "حیله" نداشتن اهلیت کامل خود را "پنهان" کرده باشند.	۴۱، ۵۴۶، ۶۳۷(۲) (۱۳) (۱۴)

فصل پنجم: موضوع، سبب، و شرایط قرارداد

طرح موضوع

تا به این قسمت کتاب شما در مورد منشأ و مفهوم حقوقی اصطلاح "وجیبه" در نظام حقوقی رومن ژرمنیک و همچنان بصورت مشخص اساسات آنرا در حقوق موضوعه آموختید. زمانیکه در مورد این مفهوم صحبت شد، ما به تفصیل جریان و اجزای انعقاد قرارد و همینطور بخش های مختلف فرعی قرارداد را تشریح کردیم. در این فصل ما بحث خود را در مورد اجزای داخلی قرارداد به شمول موضوع، سبب، و شرایط مشخص قرارداد ادامه می دهیم. هرچند قسمت اعظم این فصل به بیان و توضیح مفاهیم با استفاده از قانون مدنی افغانستان و اندوخته های علمی از سایر کشور های رومن ژرمنیک می پردازد، ولی هر مفهوم توسط یک سری مثال ها که کاربرد مفاهیم را نشان می دهد همرایی خواهد شد. این مثال ها نشان خواهد داد که چگونه این مفاهیم در معاملات مختلف با ارزش است. مثال زیر را در نظر بگیرید.

تمرکز برای مطالعه

همزمان با اینکه این فصل را مورد مطالعه قرار میدهید، در مورد نقش موضوع و انگیزه در تعریف حدود قرارداد دقت کنید. تصور کنید که شما میخواهید مالک چیزی شوید و فکر کنید چه شرایطی را در قرارداد بیع وارد سازید، تا مطمئن شوید که شما چیزی را که بدست می آورید، همان چیزی است که شما میخواستید.

عبدل در خانهٔ خود یک باغچهٔ سبزیجات دارد. او خوش دارد که در این باغچه کار کند و در مواقع بیکاری از کلکین خانه به بیرون طرف این باغچه ببیند. متاسفانه شب هنگام حیوانات داخل باغچهٔ او شده و سبزیجات را میخورد، عبدل در معرض خطر از دست رفتن تمام سبزیجات خود قرار میگیرد. عبدل می خواهد که دور باغ خود احاطهٔ کند تا گیاهان کاشته شده را محافظت کند، ولی او وسایل و مهارت لازم برای این کار را ندارد. یکی از همسایه ها برایش می گوید که شخصی بنام حمید احاطهٔ با کیفیت عالی دور چندین منزل در آن منطقه تعمیر کرده است. عبدل پول زیادی ندارد ولی او سبزیجات مختلف از جمله پیاز، پالک، بادنجان رومی، و بادنجان سیاه را کاشته و به مرحلهٔ حاصل دهی رسانیده است. حمید بادنجان رومی و پالک را دوست دارد و لذا با عبدل توافق می کند که او در مقابل ساخت احاطه برای باغچه جهت محافظت آن هر هفته برای مدت سه ماه سه کیلو سبزیجات از این باغچه بگیرد. عبدل بخاطر شرکت در یک عروسی باید شهر را برای چند روزی ترک کند و حمید وعده می دهد که احاطه تا زمانیکه عبدل به خانه بر میگردد تکمیل می شود. آن دو مشترکاً بصورت فوری یک قرارداد را نوشته می کنند.

زمانیکه عبدل از عروسی بر میگردد، احاطه تکمیل شده ولی در حقیقت احاطه به هیچ وجه به گونهٔ نیست که او توقع داشت. احاطه یک و نیم متر ارتفاع دارد و از خشت های گلی ساخته شده است. بر علاوه هیچ در ورودی ساخته نشده است. عبدل دیگر قادر نیست که از کلکین خانهٔ خود باغچه خود را ببیند و برای ورود به آنجا باید از زینه استفاده کند. او از اینکار بسیار ناراحت است، زمانیکه مهلت پرداخت حق الزحمهٔ حمید می رسد، عبدل به او پیاز و بادنجان های بسیار بد کیفیت را میدهد. واضح است که حمید نا امید شده و بعد از چند هفته دریافت سبزیجات فاسد شده در مقابل سخت کوشی خود، هر دو مرد خشمگین می شوند. حمید از عبدالله در محکمهٔ محل شکایت می کند و ادعا دارد که به او آنچه که برایش وعده شده داده نمی شود. نتیجهٔ این دعوی چی خواهد بود؟

سوالات برای مباحثه

۱. سه استدلال خوب که حمید در پیشگاهٔ محکمه کرده می تواند کدام ها خواهد بود؟

۲. پاسخ های عبدل چه خواهد بود؟

۱. موضوع قرارداد

همانطوریکه مفاهیم این فصل را می آموزید در مورد مثال حمید و عبدل فکر کنید. وقتیکه شما در مورد هر یک فکر می کنید، تصور کنید که در مثال مذکور هر مفهوم چه مصداقی دارد. مفهوم **موضوع** قرارداد نسبتاً مفهوم ساده است ولی برای وجود قرارداد عنصر لازمی است.

قانون مدنی

ماده ۵۷۹

برای هرنوع وجیبه ناشی از عقد، وجود موضوعیکه عقد به آن نسبت داده شده وقابلیت حکم عقد را داشته باشد، حتمی پنداشته میشود. موضوع عقد را عین، دین، منفعت یا سایر حقوق مالی تشکیل داده میتواند. همچنان اجراء یا امتناع یک عمل موضوع عقد قرار گرفته می تواند.

به عبارت واضح تر، برای اینکه قرارداد وجیبهٔ لازم التنفیذ را ایجاد کند باید چیزی دارای ارزش از هر دوطرف قرارداد مبادله گردد. این چیز با ارزش عبارت از **موضوع** قرارداد است. ارزش تبادله شده می تواند شی ملموس باشد مانند خانه و موتر یا اینکه خالص دین باشد، زمانیکه شخصی به دیگری پول قرضه میدهد یا زمانیکه یک شخص حق گرفتن دین را به دیگری واگذار می کند. موضوع قرارداد حتی می تواند که وعده به انجام عمل باشد، مثل ساختن احاطه برای جلوگیری از فرار حیوانات. موضوع قرارداد ممکن که تعهد به اجتناب از انجام عملی باشد، مثل اینکه شخصی از دیگری تعهد می گیرد که وی احاطهٔ را به دور ملکیت خود اعمار نکند تا شخص اولی از ملکیت او عبور و مرور کرده بتواند.

مادهٔ ۵۸۰ الی ۵۹۰ قانون مدنی شرایط اضافی در مورد اینکه چه چیزی موضوع قرارداد شده می تواند و چه چیزی موضوع قرارداد نمی شود را بیان می کند. این مواد همچنان بیان می دارند که چه کاری صورت بگیرد اگر موضوع قرارداد ناممکن، غیر واضح بوده یا مخالف اخلاق جامعه باشد. این فصل از توضیح ماده وار این مواد قانون مدنی اجتناب کرده، ولی این شرایط در مورد موضوع قرارداد ارزش بحث اضافی را دارد.

موضوع غیر ممکن عبارت از موضوعی است که هیچگاهی تحقق نپذیرد، خواه به دلیل اینکه این موضوع عملاً محال است یا شاید تکنالوژی لازم برای انجام موضوع قرارداد وجود ندارد و یا هم شامل قرار داد نمی باشد. بطور مثال؛ کسی نمی تواند که به دیگری تعهد فروش درختی را کند که برگ های طلایی تولید می کند، زیرا که چنین درختی وجود ندارد. لذا برای شخص تعهد کننده برآورده کردن آن محال محض است. در این مثال قرارداد باطل بوده و تنفیذ شده نمی تواند. ولی اگر قرارداد برای چیزی باشد که معمولاً ممکن است، ولی تنها برای شخص متعهد ناممکن است، این نوع قرارداد صحیح و نافذ است. شخصیکه وجیبهٔ خود را برآورده ساخته نمی تواند، ملزم به جبران خسارهٔ جانب مقابل است. شخصی که پولی را از دیگری قرض می گیرد ولی قادر به باز پرداخت آن نیست هنوز هم بر اساس قرارداد صحیح ملزم بوده و باید به داین یک نوع از جبران خساره را بپردازد. هرچند که برای شخص مدیون انجام وجیبه در این زمان بخصوص ناممکن می نماید، ولی او متعهد به قراردادی است که منعقد ساخته و به لحاظ تخنیکی به این قرارداد متعهد باقی می ماند.

موضوع قرارداد زمانی **مبهم** است که کلیات موضوع یا خدمت واضح بوده ولی تغییرات زیاد در مورد شکل نهایی موضوع وجود داشته باشد. این موضوع سبب می شود که قرارداد نیاز به تفسیر داشته باشد، و ممکن است که سبب اختلاف و دعوی بین دو طرف قرارداد شود. دوباره به مثال عبدل و حمید در مورد ساخت حایل برای باغچهٔ عبدل در مقابل دریافت سبزیجات توجه کنید. اگر توضیح بیشتری ارائه نشود، این قرارداد نیز مبهم بوده و بسیار ممکن که سبب اختلاف شود. هیچ توافقی در مورد موقعیت حایل، طول آن، ارتفاع، موادیکه حایل باید از آن ساخته شود و بسیار جزئیات ممکن دیگر صورت نگرفته است. ممکن است که تمام این جزئیات لازم نباشد، ولی مهم است که موضوع قرارداد واضح بوده و معین و یا قابلیت تعیین توسط طرفین قرارداد از طریق دسترسی به معلومات را داشته باشد. اگر قرارداد ایجاب کند که احاطه باید کاملاً فراگیر بوده و از بیرون رفتن حیوانات جلوگیری کند، این توافق به احتمال زیاد کافی است اگر اهداف و خواست های مالک احاطه را به طرف سازندهٔ احاطه به درستی برساند.

ممنوعیت اینکه موضوع قرارداد نباید **مخالف نظام و آداب عمومی** باشد نیز در خور دقت است. در اینجا دو مفهوم متفاوت ذکر شده است. اول ممنوعیت مبنی بر اینکه موضوع قرارداد نباید مخالف "نظام عمومی" باشد. درعمل این بدان معنی است که موضوع قرارداد یا موضوع پیشنهاد شده مخالف قوانین و مقررات نافذه باشد. البته لزوماً موضوع قرارداد تنها مخالف قانون مدنی نه بلکه نباید مخالف قوانین جزایی، میراث، و یا هر ساحهٔ دیگری قانونی باشد. این بدان معناست که شخصی قرارداد لازم الاجرأ را بخاطر انجام عمل غیر قانونی منعقد ساخته نمی تواند. بطور مثال؛ قرارداد در مورد شرط بستن بالای نتیجهٔ یک مسابقهٔ فوتبال قرارداد صحیح نیست.

ممنوعیت اینکه موضوع نباید مخالف "آداب عمومی" باشد کمتر به این خوبی تعریف شده است. این موضوع اصل کلی است که ایجاد وجایب در مخالفت با ارزش های که جامعه آنها را مهم می داند را ممنوع قرار میدهد. این ممنوعیت ها شامل قمار باز و سایر منکرات می شود و همینطور در برگیرندهٔ ربأ است که در آن نرخ سود آنقدر بالا است که این عمل به عنوان نفع غیر عادلانه شناخته میشود.

در مورد موجودیت **موضوع قرارداد در آینده** یا موضوعاتی که در حال حاضر وجود نداشته ولی احتمال زیاد می رود که در آینده یا در زمان نامعین بعداً بوجود بیاید مشکلات عمدهٔ قانونی وجود دارد. بطور مثال یک دهقان وعده می دهد که بخشی از محصولات دور بعد خود را به یک دوکاندار بفروشد. مادهٔ ٦٥٣ قانون مدنی قراردادهای پیش فروش یا پیش پرداخت را بیان می کند که اینها شامل قرارداد های است با موضوعاتی که در آینده تحقق می یابد. در این مثال موضوع قرارداد هنوز هم قابل تعیین است و قرارداد صحیح است. هرگاه اختلاف نظری در قرارداد سبب دعوی شود، قانون مدنی مشخص می سازد که چه اشخاصی صلاحیت تعیین موضوع قرارداد را داشته و یا اینکه قرارداد باطل می گردد. هرچند که به نظر می رسد قانون مدنی قسماً قرارداد های آینده را نظر به منبع یاد شده اجازه می دهد، بسیاری حقوقدانان معتقد اند که حقوق اسلام این نوع قرارداد ها را منع می کند. بر اساس تفاسیر اکثریت از حقوق اسلام، موضوع قرارداد باید در زمان انعقاد قرارداد وجود داشته باشد و تسلیم دهی موضوع قرارداد باید یقینی باشد نه صرف متکی بر یک احتمال. علت این ممنوعیت در آن است که اجازه دادن به انعقاد قرارداد های که تحقق موضوع آنها در آینده یقینی نباشد منجر به تخمین نتیجهٔ قرارداد بر وقایعی می شود که آنرا مشابه به قمار بازی می سازد. فقهای حنفی این ممنوعیت را به گونهٔ تفسیر کرده اند که قرارداد با موضوع آتی صحیح ولی غیر لازم است تا اینکه ایجاب کننده موضوع را در تملک خود یاد و صلاحیت انتقال آنرا بیابد.[٨٠]

٢. سبب قرارداد

[80] Mirza Vejzagic, Future Contracts: Islamic Contract Law Perspective

حالا شما می دانید که موضوع قرارداد عبارت از عمل، مال، یا تعهد به انتقال چیزی بر اساس قرارداد است. **سبب** قرارداد عبارت از مقصدی است که توقع می رود عمل، مال، یا تعهد یاد شده آنرا برای شخص برآورده سازد.

تفاوتی میان سبب در ارتباط به ایجاد قرارداد و سبب در ارتباط به ایجاد وجیبه وجود دارد. علت مشخصی که شخص میخواهد قرارداد را منعقد سازد، بنام **سبب درونی** (**subjective cause**) نامیده می شود. وقتیکه شخصی میخواهد موتری بخرد، سبب درونی یا اصلی شخص ممکن این باشد که وی اموال را بخاطر تجارت خود توسط موتر انتقال دهد. ایجاد وجیبه به سبب درونی در ارتباط به وجیبه وابسته نیست. یگانه چیزیکه برای ایجاد وجیبه مهم است عبارت از **سبب بیرونی** (**objective cause**) است. در نگرش کلی سبب بیرونی عبارت از علتی است که اشخاص بخاطر آن قرارداد بیع، اجاره، کار و سایر اشکال قرارداد ها را منعقد می سازند.

قانون مدنی

ماده ۵۹۱

سبب عبارت از مقصد اصلي ايست كه عقد وسيله مشروع رسيدن به آن قرار گرفته باشد.

مشاهده می کنید که چگونه هر قرارداد می تواند که چندین سبب درونی داشته باشد. شخصی که تعمیری را به اجاره می گیرد ممکن چندین دلیل را برای اینکار در نظر داشته باشد. ولی هر قرارداد معمولاً صرف یک هدف بیرونی میداشته باشد. در این مثال سبب بیرونی قرارداد و پرداخت پول تنفیذ حقی در قرارداد خط اجاره بخاطر استفادهٔ تعمیر است.

برای تاکید بیشتر در قرارداد مبادله موضوع قرارداد اشیای مادی خواهد بود، ولی سبب قرارداد انتقال حقوق مرتبط به اشیا است.

بر اساس حکم قانون مدنی قرارداد باید سببی داشته باشد و الی قرارداد مذکور باطل خواهد بود. معمولا سبب بیرونی قرارداد فرض می شود که وجود دارد و فرض بر این است که سبب اصلی برونی قرارد آنچه است که در نگاه اول به قرارداد به نظر می رسد. در عمل سبب بیرونی عقد عنصر اساسی برای ایجاد وجیبه است ولی اغلباً سبب درونی وجیبه را شکل می دهد و نیز این سبب مبنای اختلافات را تشکیل می دهد. این موضوع چگونگی تعیین صحت قرارداد توسط طرفین را در حالت اختلاف میان آنها متاثر می کند. مثلا فرض کنید که یک شخص قرارداد می کند که موتری را به دیگری بفروشد. سبب بیرونی این قرارداد مبادلات تجارتی بوده و تا زمانیکه شخص در مقابل موتر ارزش اقتصادی را دریافت می کند دلیلی نیست که سبب این قرارداد را مورد سوال قرار داد. ولی اگر تعهد کننده هیچ شی با ارزشی را در مقابل سپردن موتر به دیگری دریافت نکند، در آنصورت سبب بیرونی تجارتی در این قرارداد وجود ندارد. ممکن که موتر هبه شده باشد که باز هم سبب قانونی بیرونی دارد، ولی ممکن که قرارداد به اثر اکراه منعقد شده و یا سبب دیگری در آن وجود داشته که مخالف نظام عامه باشد. اگر سبب بیرونی قانونی مبنی بر مبادله و یا هم سبب بلاعوض نباشد در آنصورت هیچ وجیبهٔ در اثر همچو قرارداد شکل نخواهد گرفت.

به عنوان مثال یک شخص موتری را از دیگری در مقابل پول نقد میخرد، توقع دارد که موتر درست باشد و قصد دارد که این موتر را برای مقاصد حمل و نقل بکار ببرد. موضوع قرارداد موتر است، و سبب بیرونی قرارداد انتقال حقوق مالکیت موتر بوده، ولی سبب درونی یا اصلی قرارداد موثریت موتر بخاطر استفادهٔ حمل و نقل می باشد. مبادلهٔ موتر با پول سبب بیرونی قرارداد بوده که وجیبه را شکل می دهد، ولی سبب درونی یا اصلی قرارداد که عبارت از استفاده از آن به مقصد حمل ونقل است ایجابات لازم برای تحقق وجیبه را شکل میدهد. اگر موتر خراب بوده و به مقصد حمل و نقل کار آمد نباشد، در آنصورت وجیبه تحقق نیافته است. جانب انتقال دهنده ملزم به جبران خسارهٔ جانب دریافت کننده است که منافع مورد نظر

را دریافت نکرده است. البته اگر دو جانب قرارداد در زمان اجرای قرارداد از عیب و خرابی موتر آگاه بودند، در آنصورت سبب درونی در عقد نمی تواند که دریافت موتر و استفادهٔ آنی از آن به مقصد حمل و نقل شده نمی تواند. در اینصورت باید سبب دیگری صریحاً بیان گردیده باشد و یا هم فرض گردد. ممکن سبب در همچو قرارداد ترمیم موتر، استفاده از پرزه جات آن، و یا هم فروش قطعات موتر بوده است.

اگر عیبی در موضوع قرارداد وجود داشته که بصورت بالقوه از تحقق سبب درونی یکطرف قرارداد جلوگیری می کند و هر دو طرف از همچو عیب آگاه باشند، در آنصورت سبب درونی در قرارداد باید چیزی دیگری باشد. مثل ابهام در موضوع قرارداد، اختلاف نظر در مورد سبب درونی قرارداد نیز منبع اساسی اختلافات و دعاوی است، اکثراً در حالاتی بروز می کند که یک طرف قضیه معلومات بیشتر در مورد موضوع قرارداد نسبت به طرف دیگری داشته باشد. بعضی از وسایل جهت جلوگیری از همچو دعاوی در بخش بعدی تحت عنوان خیارات قراردادی بعداً بحث می گردد.

بالاخره همانند بررسی موضوع قرارداد، باید دیده شود که سبب قرارداد مخالف "نظام و آداب عمومی" است یا خیر.

۳. شروط، موانع، و قرارداد های موکول به آینده

شرایط بیانگر جزئیات در مورد حدود انفاذ قرارداد است. این شرایط معمولاً مشخص می سازد که قرارداد چه زمانی، چگونه، و یا در چه حالاتی باید نافذ گردد. معمولا شرایط در یک قرارداد بصورت جملات و یا پاراگراف های شماره گذاری شده که بنام **مواد** یاد می شود در مورد وضعیت های خاص قراردادی استفاده می شود. شرایط خوب سنجیده شده می تواند که موضوع و سبب قرارداد را واضح ساخته و در نتیجه کمک می کند که هر دو طرف قرارداد چیزی را که توقع دارند دریافت کنند. شرایطی که بصورت ضعیف بیان شده منجر به اختلافات و دعاوی شده و یا حتی سبب ابطال قرارداد می شود. اصولاً به هر اندازه که قرارداد در تعریف عناصر لازمی و شرایط آن واضح باشد به همان اندازه احتمال کمتر اختلاف و دعوی میان طرفین می شود. به نفع هر دوطرف قرارداد است که مطمئن شوند تا هر دوطرف بصورت کامل قرارداد و وجایب ایجاد شده توسط آنرا درک کنند. این بخش فصل حاضر انواع مختلف شرایط قراردادی را تشریح ساخته و بخش ها بعدی به مشکلات می پردازد که از شرایط عدم بیان واضح شرایط نشأت می کند.

قانون مدنی

ماده ۵۹۵

۱. شرط عبارت است از تعهد به آینده در امر متعلق به زمان آینده که بصیغهٔ خاص صورت مي گيرد.
۲. تعليق، عبارت است از مرتب گردانيدن امر متعلق به آينده بر متحقق شدن امر ديگري در زمان آينده، توسط يكي از ادوات شرط.

ماده ۶۰۲

عقد موكول به آينده، عبارت است از عقديست که نفاذ آن بزمان آينده نسبب داده شده باشد. چنين عقد في الحال انعقاد يافته وحكم آن الي زمان معينه به تعويق انداخته مي شود.

توضیح کلی این مواد در زیر بیان شده است.

۱. **قرارداد مشروط به شرط:** مادهٔ ۵۹۵(۱) قرارداد های را بیان می کند که شرطی در مورد آینده دارد. این موضوع معمولاً در مورد قرارداد های صدق می کند که ایجاب چندین مرحله را کند. یک مرحله مثل پرداخت پول ممکن در

زمان حال صورت گیرد و مرحله دیگر باید در زمان آینده صورت گیرد. بطور مثال؛ یک قرارداد ممکن در مورد خرید تلویزیون از شخصی ایجاب کند که در صورت خراب شدن، فروشنده ملزم به ترمیم تلویزیون در آینده خواهد بود.

۲. **قرارداد های معلق:** مادۀ ۵۹۵ (۲) در مورد قرارداد های معلق الی زمان تحقق یک امر در آینده می باشد. الی تحقق امر آتی این قرارداد ها معلق دانسته می شوند. یک نمونۀ این قرارداد آنست که شخصی بپذیرد که اگر او موتر جدیدی در سال آینده خرید، در آنصورت موافق است که موتر خود را به پسر کاکای خود بفروشد.
۳. **عقد موکول به آینده**: مادۀ ٦٠٢ قانون مدنی قرارداد های را توضیح می کند که موکول به آینده است. بطور مثال این نوع عقد ممکن شامل قرارداد فروش خانه به شخص دیگری باشد ولی موافقه گردد که آثار عقد (یعنی انتقال مالکیت و نقل و مکان) الی هفتۀ آینده صورت نگیرد.

قرارداد های معلق (مادۀ ۵۹۲(۲))بصورت خاص قرارداد های مغلق است. مثال پائین نشان می دهد که چنین قراردادی چگونه عمل میکند.

احمد موافقت می کند که موتر خود را به مبلغ ۱۰۰۰ دالر در صورتیکه او سال آینده کشور را ترک کند به ولید بفروشد. احمد می گوید که او تصمیم دارد در ظرف ۳۰ روز به خارج از کشور سفر کند و در همین زمان ولید می تواند پول را به احمد پرداخته و موتر را از او بگیرد. ولی در روز بیستم احمد موتر را به فرشته به مبلغ ۱۵۰۰ دالر می فروشد. اگر احمد کشور را در روز سی ام ترک کند، امر که قرارداد به آن تعلیق شده بود تحقق یافته است و قرارداد میان احمد و ولید از تاریخ که احمد و ولید موافقت کردند نافذ خواهد بود. معنی این حرف آنست که ولید می تواند علیه احمد اقامۀ دعوی کند بخاطریکه باید موتر به ولید داده می شد زیراکه احمد واقعاً در همان مدت کشور را ترک کرد.

چه دلیلی وجود چنین قاعدۀ را توجیه می کند؟ احمد از طریق بستن قرارداد با ولید امکان بلاتکلیفی در مورد موتر خود را در صورت ترک کشور مرفوع ساخته است. چون احمد هنوز هم کاملاً مطمئن نیست که آیا او کشور را ترک میکند یا اینکه شاید تاریخ سفر او تخمینی است، او شاید بخواهد که این "امکان" فروش موتر خود را به نرخ ارزانتر بفروشد. به همین دلیل او موتر را به ولید صرف به مبلغ ۱۰۰۰ دالر فروخت. لذا احمد نباید قبل از ترک کشور موتر را به خریدار دیگر یعنی فرشته بفروشد زیرا که این عمل سؤنیت در مقابل ولید محسوب می شود. از طریق فروش موتر به فرشته و دریافت مبلغ ۵۰۰ دالر اضافی احمد به ولید خیانت کرده است. قانون همچو اعمال را مورد تشویق قرار نمی دهد. بلکه قانون کمک می کند تا طرفین با هم با حسن نیت رفتار کنند. ولی اگر دو طرف قرارداد از قبل قبول کنند که اثر قرارداد صرف زمانی شروع می شود که حالت تعلیق مرفوع شود تا اینکه اثر به تاریخ اولی توافق برگشت کند، در آنصورت احمد مسئول نخواهد بود.

بحث بالا در مورد قرارداد های معلق بود. ولی این فصل اکثراً **قرارداد های مشروط به شرط** را مورد بحث قرار میدهد. این نوع شرایط به احتمال زیاد مهمترین نوع از سه نوع قرار داد بالا است. **شرایط کلی** قرارداد اوضاعی را بیان می کند که قرارداد بر اساس آن تفسیر، تعدیل، و یا فسخ شده می تواند. این شرایط همچنان ممکن که تحقق امری قبل از انفاذ قرارداد را لازمی سازد و یا هم اجرای امری الی انفاذ قرارداد را منع کند. از طریق الزام انجام امری یا منع از انجام امری شرایط در قرارداد ها مانع ایجاد وجیبه الی تحقق همچو شرایط می گردد.[۸۱] بصورت کلی شرایط کلی زمان و اوضاعی راکه وجیبه تحقق یافته و هم اوضاع و زمان انفاذ همچو وجایب را مشخص می سازد.

[81] Afghan Civil Code Articles 596-599

شرط تعلیق (condition precedent) شرطی است که بعد از تحقق امری بوجود می آید. بطور مثال اگر شما پنکه ی را بخرید و شرط بگذارید که فروشنده ملزم به تعمیر پنکه در صورت خراب شدن آن است، این شرط صرف زمانی ایجاد می گردد که طبق توافق پنکه خراب شود.

شرط فاسخ (condition subsequent) تقریباً بر عکس شرط تعلیق است. این نوعی از شرط است که عنصر بخصوص از قرارداد را فسخ می کند. بطور مثال جانب (الف) قرارداد موافقه می کند که او تنها تا زمانی از جانب (ب) تیل می خرد که نرخ تیل الی مبلغ معین فی لیتر برسد. زمانیکه نرخ تیل از این مبلغ تجاوز کند، جانب اولی قرارداد دیگر ملزم به خرید تیل از این شخص نیست.

شرط همزمان (condition concurrent) زمانی مطرح است که دو وجیبه بصورت همزمان اتفاق افتاده و به یک دیگر وابسته باشند. بطور مثال عبدل موافقه می کند که او با فهیم دو روز در ماه در روز های شنبه فوتبال بازی کند. ولی او اصرار دارد که فهیم باید متقابلا تعهد کند زمانیکه آنها فوتبال می کنند، فهیم برای او هر چاشت غذا بپزد. لذا هر زمانیکه عبدل با فهیم دو روز فوتبال بازی می کند، فهیم باید برای او آشپزی کند.

۳,۱.لازمهٔ صحت شرط

در ارتباط به انفاد شرط ممکن سه حالت وجود داشته باشد. شرط ممکن صحیح باشد که به معنی آنست که شرط کاملاً در قرارداد لازم الاجرأ است. شرط ممکن که فاسد باشد و معنی آن اینست که شرط یادشده در وضعیت فعلی لازم الاجرأ نیست، ولی قابل تصحیح است. و یا هم شرط باطل خواهد بود که در نتیجه هم غیر نافذ و هم غیر قابل تصحیح است. وضعیت شرط بالای وضعیت قرارداد تاثیر گذاراست (که این موضوع در بخش مربوط به قرارداد های غیر نافذ مطالعه می شود).

۳,۲.شرایط فاسد

قانون مدنی

ماده ٦٠٧
شرط مناسب باعقد يا شرطيكه عقد مقتضي آن بوده يا حكم عقد را موكد گرداند، همچنان شرطيكه موافق با تعامل جاريه بوده و يا منافي اقتضاي عقد نباشد، صحيح پنداشته ميشود.

ماده ٦٠٨
شرطيكه در آن نفع عاقدين نباشد، ملغي بوده وعقد مقرن به آن صحيح پنداشته ميشود.

ماده ٦٠٩
عقديكه ركن ياشرطي از شرايط موجود نباشد، باطل پنداشته مي شود.

ماده ٦١٠
شرط غير مناسب باعقد يا شرطيكه عقد مقتضي آن نبوده يا حكم عقد را موكد نگرداند، همچنان شرطيكه موافق با تعامل جاريه نبوده و يا در آن فريب بكار رفته باشد، شرط فاسد پنداشته ميشود.

گاهی اوقات ممکن شرطی در یک قرارداد اضافه گردد که در محدودهٔ همان قرارداد شاید مفهومی نداشته باشد. بطور مثال؛ اگر یک جانب قرارداد موافقت کند که خانهٔ جانب دیگر را بخرد، مفهومی ندارد که شرطی در قرارداد اضافه شود مبنی بر

اینکه "من پول خانه را زمانی به شما تادیه می کنم که شما سه بار گرداگرد کابل را با موتر طی کنید". این شرط کدام ارتباطی منطقی با موضوع یا سبب قرارداد نداشته و لذا به احتمال زیاد این شرط نادیده گرفته خواهد شد. وقتیکه ما از شرطی به اینگونه صرفنظر می کنیم، ما آن شرط را **شرط فاسد** می نامیم. حتی در صورتیکه یک یا چند شرط قرارداد فاسد باشد، قرارداد هنوز هم نافذ وصحیح باقی می ماند. در این مثال جانب اولی قرارداد هنوز هم از جانب مقابل خانه را خریداری کرده می تواند، ولی جانب دومی ملزم به رانندگی در اطراف کابل برای سه دفعه نمی گردد. در یک مفهوم کلی شرط فاسد ممکن که قابل نقد بوده و یا هم نباشد، ولی همیشه شرطیکه نسبت به قرارداد نامناسب باشد شرط فاسد است (مادۀ ٦١٠). شرط فاسد اثر حقوقی نداشته و باعث ایجاد وجیبه نمی گردد. شرط فاسد ممکن که صحت کل قرارداد را نیز متاثر سازد. این بحث در بخش مربوط به قرارداد های غیر نافذ بحث می شود.

۳,۳.خیارات

در بسیاری نظام های حقوقی قراردادی، ایجاب کننده معمولاً مالک ایجاب دانسته شده وتا قبل از اینکه طرف مقابل آنرا رسماً قبول کند، می تواند که ایجاب را تغییر دهد و یا از آن صرفنظر کند .[۸۲] در یک قرارداد مشروط به خیار، ایجاب کننده شرطی را ایجاد می کند که حق تغییر یا رجوع از ایجاب را برای مدت معینی از دست می دهد. ایجاب شونده اغلبا در مقابل پولی می پذیرد که ایجاب را در آن مدت بپذیرد یا خیر. در افغانستان خیارات معمولاً در قرارداد ها به دلیلی اضافه می شود که به یک طرف قرارداد فرصت فسخ قراردادی را که جدیداً منعقد شده می دهد.

دلایل بسیار مهم اقتصادی برای ایجاد این خیارات وجود دارد. این خیارات بخاطر تغییر در ایجاد وجایب بکار می رود. خیارات معمولاً خطرهای اقتصادی را از دوش دارندۀ خیار به دوش کسیکه خیار را می پذیرد انتقال می دهد. بطور مثال؛ اگر یک میوه فروش نتواند که میوه های فاسد شدۀ را که دریافت می کند دوباره مسترد کند، او مجبور خواهد شد که وقت زیادی برای جمع آوری میوه های سالم سپری کند. مصارف اضافی اینکار و هم بلاتکلیفی که ایجاد می شود ممکن سبب شود که او کار و بار خود را ببندد. در این مثال انتقال ریسک از خریدار به فروشنده مصارف معاملات را کاهش داده و داد و ستد اقتصادی را افزایش می دهد. خریدار (میوه فروش در مثال بالا) ممکن به دلیلی درخواست خرید نماید که او از کیفیت میوه مطمئن است و فروشندۀ میوه نیز به احتمال زیاد در کیفیت میوۀ ارسالی دقت خواهد کرد، زیرا او خطر مسترد شدن مال را به دوش دارد درصورتیکه مال ارسالی وی برابر با معیار های لازم نباشد.

زمانیکه یک طرف قرارداد خیاری دارد، این خیار الی اتمام آن محدودیت بسیار عمدۀ را در مورد موضوع قرارداد به جا میگذارد. هیچ عملی بخاطر ناممکن ساختن اجرای خیار صورت پذیرفته نمی تواند. بطور مثال اگر شخصی تعمیری را می فروشد و خیاری را در قرار داد اضافه می کند که اختیار فسخ قرارداد به مدت شش ماه را به او واگذار کند، در اینصورت خریدار آزادی اجاره، فروش، تخریب، و یا تغیر ماهوی تعمیر الی اتمام مدت شش ماه نمی داشته باشد.

اشکال زیر انواع خیاراتی است که در قانون مدنی از آنها ذکر شده است.

۳,۳,۱. خیار فسخ

جز اینکه در قرارداد بصورت صریح ذکر شده باشد که "تمام فروشات قطعی است" یا توافق شبیه آن وجود داشته باشد، اکثر قرارداد ها فسخ پذیر است (مادۀ ٦٥٣ قانون مدنی). خیار فسخ حقی است برای هر جانب قرارداد که قرارداد را فسخ نموده یا از ایجاب برای شکل دهی قرارداد صرف نظر کند. اگر اطراف قرارداد تصمیم بگیرند که خیار فسخ را در قرارداد درج کنند، آنها می توانند موافقه کنند که زمان شروع وختم این خیار چه وقت خواهد بود (مادۀ ٦٥٢). اکثر اوقات به مجرد

[82] For comparison see Article 1933 of the Louisiana Civil Code. Acts 1984, No. 331, §1, eff. Jan. 1, 1985

انعقاد قرارداد در ختم مرحلهٔ چانه زنی (زمانیکه قرارداد عملاً شروع شده و آثار آن تولید می گردد) و یا هم در زمان مبادلهٔ موضوع قرارداد این خیار شروع می شود. به استثنأ چند مورد، خیار فسخ نمی تواند بیش از سه روز باشد. اطراف قرارداد می توانند به دلیل عدم اطمینان از اینکه موضوع قرارداد نیازهای آنها را مرفوع می سازد و یا هم درمواردی که بنابر سایر دلایل به خیار فسخ قرارداد ارزش زیادی قایل باشند، خیار فسخ را در قرارداد درج نمایند.

خیار فسخ ممکن که به یک یا هر دو طرف قرارداد واگذار شود (مادهٔ ٦٥٤) ولی بکار بردن این خیار توسط یکی از این دو واضحاً که از دیگری مقدم می باشد به دلیل اینکه با بکار بردن خیار توسط یک طرف دیگر قرارداد وجود نمی داشته باشد. ولی اگر خیار بدون اینکه هیچ طرف آنرا بکار ببرد منقضی شود، قرارداد معمولاً لازم شده و وجایب شکل می گیرد.

قانون مدنی

ماده ٦٥٢

١. عاقدين در جميع عقود مي توانند، حين عقد يا بعد از آن حداكثر براي سه روز، خيار فسخ يا بقاي عقد را شرط بگذارد.
٢. مدت خيار شرط در مورد وقف، كفاله وحواله گيرنده دين استثناء بيش از سه روز جواز دارد. اگر شرط حين عقد گذاشته شده باشد، مدت خيار از وقت عقد و در صورتيكه بعد از عقد گذاشته شده باشد، از زمان موجود شدن شرط، آغاز ميگردد.

ماده ٦٥٣

خيار شرط در عقد لازمي ايكه احتمال فسخ را داشته باشد، صحيح بوده و در عقد نكاح، طلاق، صرف، سلم، اقرار، وكالت، هبه و وصيت، صحيح پنداشته نمي شود.

ماده ٦٥٤

اعطاي خيار شرط براي هر دو يا يكي از طرفين عقد يا غير آنها جواز دارد.

سوالات برای مباحثه

مواد بالا را مرور کنید. چرا در حالاتیکه مدت خیار طولانی تر است خوب خواهد بود که چنین باشد؟ یکتعداد قرارداد ها اصلاً خیار فسخ ندارد، چرا این موضوع در مورد همچو قرارداد ها خوب خواهد بود؟

برعلاوه از حق فسخ برای طرفین قرارداد، قانون مدنی افغانستان سه نوع میکانیزم دیگر برای محافظت از خریدار را ایجاد کرده است. این محدودیت ها معمولاً بسیار خوب است زیرا با انتقال خطر از خریدار به فروشنده، تعداد زیادی را تشویق به خرید کرده و در نتیجه سطح کلی مبادلات اقتصادی را افزایش خواهد داد.

٣,٣,٢. خیار تعیین برای آزمایش

خیار تعیین زمانی بکار می رود که قرارداد چند موضوع ممکن داشته ولی در نهایت صرف یکی از آن موضوعات باید انتقال یابد. بطور مثال اگر شخصی تیلفون را برای کار و بار خود نیاز داشته باشد، ولی مطمئن نباشد که چه نوع تیلفون را نیاز دارد، او شاید سه نوع مختلف تیلفون را در خواست کند و بعد از آزمایش آنها دو تا را مسترد و همان یکی که نیازمندی های تجاری او را به وجه احسن برآورده می سازد نگهدارد. خیار تعیین باید که بصورت عمدی و مشخص در قرارداد گنجانیده شود تا اینکه ایجاد گردد. معمولاً زمانیکه خریدار خیار تعیین را در یک قرارداد می گنجاند، این موضوع قیمت قرارداد را افزایش می دهد زیرا که ایجاب کننده باید ریسک اضافی را به عهده بگیرد.

قانون مدنی

ماده ٦٦٢

١. قرار دادن يكي از اشياء معين بحيث موضوع عقد، مجاز بوده وطرفين عقد مي توانند از خيار تعيين استفاده نمايند.
٢. اگر خيار تعيين بصورت مطلق ذكر گرديده باشد، متصرف اليه صاحب خيار پنداشته ميشود. مگر اينكه قانون طور ديگري حكم نموده ويا موافقه طرفين بخلاف آن صورت گرفته باشد.

ماده ٦٦٣

اشيائيكه بحيث موضوع خيار تعيين قرار مي گيرد، بيش از سه شي بوده نمي تواند.

ماده ٦٦٤

مدت خيار تعيين از سه روز تجاوز نميكند، آغاز مدت از وقت موافقه اعتبار دارد.

٣,٣,٣. خیار عیب

خیار عیب بصورت خودکار مشمول هر آن قراردادی است که قرارداد مذکور بر اساس مادۀ ٦٥٣ فسخ پذیر می باشد. این خیار محافظتی را برای دریافت کنندۀ موضوع قرارداد در حالتیکه موضوع قرارداد طبق توقع شخص عمل نکند را فراهم می سازد. اگر موضوع قرارداد معیوب باشد و نیازمندیهای خریدار و سبب درونی اورا در زمان ایجاد وجیبه برآورده ساخته نتواند، خریدار میتواند در حالت زیر قرارداد را فسخ کند: الف) خریدار در زمان قرارداد نمی دانست که موضوع قرارداد معیوب است، و ب) توقع خریدار در مورد کارکرد موضوع قرارداد در قیمت قرارداد انعکاس یافته است. این خیار زمانی ساقط می گردد که موضوع قرارداد از بین برود، یا دریافت کننده از خیار به اختیار خود صرفنظر کند، و یا دریافت کننده قبل از آگاهی از عیب موضوع قرارداد را استفاده کند.

قانون مدنی

ماده ٦٨٢

حق فسخ عقد بخيار عيب، بدون شرط قبلي ثابت مي گردد.

ماده ٦٨٣

خيار عيب در عقودي ثابت ميگردد كه احتمال فسخ را داشته باشد.

ماده ٦٨٤

عيب، وقتي موجب خيار شده مي تواند كه قبل از عقد موجود بوده و در قيمت مبيعه موثر باشد، همچنان متصرف اليه، به آن علم نداشته ومتصرف برائت عيب را شرط نگذاشته باشد.

ماده ٦٨٨

خيار عيب به هلاک شدن موضوع خيار، زيادت يا نقصان آن، اسقاط خيار از طرف صاحب خيار يا رضايت او به عيب، بعد از علم به آن و يا تصرف او در شي قبل از علم به عيب ساقط مي گردد.

۳,۳,٤. خیار رویت

این خیار اخیری که در قانون مدنی افغانستان بیان گردیده دریافت کنندۀ موضوع قرارداد را در موارد محافظت می کند که وی شی ای را دریافت کند که از آنچه برایش تعریف شده بود بصورت اساسی متفاوت باشد. نیاز نیست که خیار رویت در قرارداد بصورت رسمی تدوین گردد (مادۀ ٦٧٦). هر قرارداد شامل خیارت رویت بوده و به خریدار امکان فسخ قرارداد را در حالاتی می دهد که: (الف) خریدار موضوع قرارداد را هیچگاهی قبل از خرید ندیده باشد، (ب) موضوع قرارداد از آنچه که توضیح شده بود به گونۀ فرق دارد که این تفاوت تحقق سبب درونی خریدار را ناممکن می سازد، و (ج) توقع خریدار در قسمت سبب درونی در رابطه به موضوع قرارداد در قیمت آن انعکاس یافته باشد. خیار رویت بصورت خودکار در قرارداد های اجاره، قرارداد های مبادلوی، و یا تقسیم اعیان غیر مثلي وجود دارد. این خیار احتمال بلاتکلیفی یا غرر در قرارداد را کم ساخته و درنتیجه امکان ایجاد قرارداد و افزایش فعالیت های اقتصادی را فراهم می سازد. این خیار همچنان از فریب و سایر معاملات با سؤ نیت جلوگیری می کند بخاطریکه این نوع خیار به خریدار امکان میدهد که قرارداد های را که موضوع آن از آنچه بیان شده متفاوت بوده و مطابق توقع خریدار نیست فسخ نماید.

قانون مدنی

ماده ٦٧٦
حق فسخ عقد به خيار رويت، در موارد آتي بدون شرط قبلي ثابت مي گردد:
١ـ خريدن اعيانيكه تعيين آن لازم بوده و از جمله ديون ثابت در ذمه نباشد.
٢ـ اجاره اعيان.
٣ـ تقسيم اعيان غير مثلي.
٤ـ صلح برمالیکه ذاتاً عين باشد.

ماده ٦٧٧
خيار رويت در عقوديكه احتمال فسخ را ندارد، ثابت نمي گردد.

ماده ٦٧٨
براي اثبات خيار رويت، معقود عليه بايد قابل تعيين بوده ومتصرف اليه آنرا حين عقد، نديده باشد.

٤. قرارداد های غیر نافذ

بحث های اول این فصل در مورد انعقاد قرارداد را دوباره به یاد بیاورید. مادۀ ۵۰۲(۲) شرایط صحت قرارداد ها را بیان می کند. در بعضی حالات یک قرارداد ممکن که بصورت درست منعقد شود ولی عناصر لازمی صحت را نداشته باشد. بعضی قرارداد ها بنا به نقص در موضوع قرارداد، سبب یا شرایط آن ممکن آنطوریکه در اول در نظر گرفته شده بوده تنفیذ شده نتواند. قرارداد غیر نافذ قراردادی است که اثر حقوقی ندارد. تعدادی از انواع قرارداد های غیر نافذ درزیر تشریح گردیده است.

٤,١.قرارداد باطل

یک قرارداد زمانی باطل است که اصلاً و وصفاً بنا به علل بنیادین مشکل دارد. مادۀ ۵۰۲(۲) را به یاد بیاورید که در مورد لزوم اهلیت، موضوع، سبب و مطابقت آنها با نظام عامه در قرارداد های صحیح صراحت داشت. هرگاه یکی از این عناصر وجود نداشته باشد، قرارداد باطل است. اگر موضوع یا سبب قرارداد ناممکن بوده یا مخالف نظام عامه باشد و یا

وجود نداشته باشد و یا هم در حدی مبهم باشد که تعیین آن ناممکن باشد، همچو قرارداد باطل است. همینطور اگر یک یا هر دو طرف قرارداد اهلیت نداشته باشند باز هم قرارداد باطل خواهد بود. قرارداد باطل از سایر اشکال قرارداد های غیر نافذ که در زیر بیان شده متفاوت است زیرا قرارداد باطل اصلاً در عالم حقوق به منصهٔ وجود نمی رسد. مادهٔ ٦١٤ بیان می دارد که قرارداد باطل اصلاً وجود نمی داشته باشد. این بدان معنی نیست که تبادلهٔ مورد توافق در قرارداد ناممکن یا غیر قانونی است، این صرف بدان معنی است که توافق مورد نظر در محکمه قابل انفاذ نیست. سایر اشکال قرارداد های غیر نافذ اعتبار وجودی پیدا کرده، ولی اثر حقوقی تولید نمی کند در حالیکه قرارداد باطل اثر حقوقی تولید نمی کند به دلیل اینکه هیچ قراردادی وجود ندارد. زمانیکه قرارداد باطل تنفیذ شده باشد، به مجرد آگاهی از بطلان قرارداد تمام تلاش ها باید بخاطر اعادهٔ اطراف قرارداد به حالت قبل از قرارداد بکار برود (مادهٔ ۶۱۵). اشیای تبادله شده باید که مسترد شود.

قانون مدنی

ماده ٦١٣
عقد باطل آنست که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد.

ماده ٦١٥
هرگاه عقد باطل نافذ گردیده باشد، رد بدلین واعاده حالت اصلي حتمي میباشد، در صورتیکه رد بدلین متعذر باشد، محکمه بضمان عادلانه حکم مي نماید.

ماده ٦١٨
هرگاه در عقد باطل ارکان صحیح دیگري موجود گردد، عقد مذکور باعتبار عقد دوم صحیح پنداشته میشود. مشروط بر اینکه عاقدین آنرا اراده نموده باشند.

٤,٢.قرارداد فاسد

قانون مدنی

ماده ٦٢٠
عقد فاسد آنست که اصلاً مشروع و وصفاً غیر مشروع باشد، بنحویکه اصلاً صحیح بوده در رکن و موضوع آن خللي وجود نداشته باشد. مگر باعتبار بعضي اوصاف خارجي فاسد باشد.

ماده ٦٢٢
در عقود معاوضوي، تعلیق واقتران عقد، بشرط فاسد جواز نداشته در اثر چنین شرط عقد فاسد پنداشته میشود.

ماده ٦٢٣
در صورت اقتران عقود غیر معاوضه وي بشرط فاسد، عقد صحیح بوده، شرط ملغي مي باشد. تعلیق عقد به شرط فاسد موجب بطلان آن مي گردد.

ماده ٦٢٦
هریک از طرفین عقد یا ورثه شان مي توانند، عقد فاسد را فسخ نماید، مگر اینکه سبب فساد از بین رفته باشد.

قرارداد فاسد قراردادی است که بصورت مناسب منعقد شده ولی به دلیل نقصی در ساختار یا شرایط قرارداد در حالت فعلی آن غیر نافذ می باشد و مادامیکه چنین است از تنفیذ آن خودداری می شود. بطور مثال؛ اگر اسد بخواهد که یک موتر بخرد و حاتم فروش موتر خود را به او پیشنهاد می کند، این موضوع بصورت قانونی امکان ایجاد قرارداد را به این منظور مهیا می سازد. ولی اگر حاتم قرارداد را به گونه ی بنویسد که واضح نباشد منظور او از فروش کدام موتر است، به کی موتر فروخته شده، و یا اینکه خریدار چه مبلغی را می پردازد، این قرارداد فاسد خواهد بود. اطراف قرارداد حق فسخ قرارداد فاسد را داشته، ولی سبب فساد قرارداد می تواند که مرفوع یا تصحییح شود که در آنصورت قرارداد صحیح خواهد شد.

٤,٢,١. قرارداد باطل در مقایسه به قرارداد فاسد

بعضی محصلان تفاوت میان این دو نوع قرارداد را مشکل می یابند. جدول زیر بعضی از این تفاوت ها را واضح می سازد.

قرارداد باطل در مقایسه با قرارداد فاسد	
قرارداد باطل	**قرارداد فاسد**
قراردادی اصلاً وجود ندارد	قرارداد وجود دارد ولی آثار قانونی تولید نمی کند
این قرارداد قابل ترمیم نیست. هیچ یک از طرفین نقص قرارداد را نادیده گرفته و به ادامهٔ قرارداد پرداخته نمی تواند.	یکی یا هر دو طرف قرارداد می توانند که قرارداد را فسخ و یا اصلاح کنند.
نقص قراردادی مشکلی علیه منافع و نظم عمومی است	نقص قراردادی مشکلی علیه منافع شخصی اشخاص است.
مدت مرور زمان در این حالت وجود نداشته یا مرور زمان بسیار طولانی است	مدت مرور زمان در این نوع قرارداد کوتاه است

سوالات برای مباحثه

در مثال قبلی تصور کنید که حاتم اصولاً مالک موتر نیست. موتر متعلق به شخص دیگری است که حاتم او را می شناسد ولی در هر حال حاتم موتر را به اسد می فروشد. اگر مالک موتر از فروش موتر توسط حاتم بعد از انتقال آن به اسد آگاهی یابد، چه اتفاقی می افتد.
چه اتفاقی می افتد که قبل از آگاهی مالک موتر از این قرارداد اسد در این موتر تصادم کرده و موتر را خراب نموده باشد؟

٤,٣. قرارداد موقوف

در **قرارداد موقوف** موضوع قرارداد و متن قرارداد پذیرفتنی است، ولی شخصیکه موضوع را به دیگری ایجاب می کند صلاحیت قانونی اینکار را ندارد. قرارداد های که موضوع آنها در آینده متحقق می شود و نیز قرارداد اشخاص صغیر موقوف دانسته می شود.

در مثال فروش موتر توسط حاتم به اسد که قبلا ذکرشد، تصور کنید که موتر متعلق به کاکای حاتم یعنی رجب الله می باشد. رجب الله ماه ها کوشیده تا موتر را بفروشد ولی تا ایندم موفق به یافتن خریدار نشده است. در زمانیکه اسد پیشنهاد خرید موتر را داد، رجب الله خارج از شهر بود ولی حاتم نمی خواست که کاکایش این فرصت را از دست بدهد، ولذا با اسد گفتگو کرده و قرارداد فروش موتر را منعقد ساخت. تا زمانیکه رجب الله برگردد و رضایت خود را در مورد قرارداد بیان دارد،

این قرارداد موقوف خواهد بود. ولی اگر رجب الله از رضایت با این قرارداد امتناع کند، در آنصورت قرارداد باطل خواهد شد.

مشکل که به موقوف بودن این قرارداد می انجامد این است که حاتم صلاحیت لازم برای انتقال موضوع قرارداد را ندارد. زمانیکه شخص ذیصلاح که مالک موتر است و آن شخص رجب الله می باشد با قرارداد موافقت کند، وجیبهٔ لازم الاجرا ایجاد میگردد. ولی چون هیچ وجیبهٔ تا اینحال ایجاد نشده، هر یک از اسد و حاتم می توانند که قرارداد را بدون کدام ضمان قانونی در هرزمانی قبل از موافقت رجب الله فسخ نمایند.

قانون مدنی

ماده ٦٣٧
(١) عقد موقوف غير نافذ، فاقد اثر حقوقي بوده، ثبوت ملكيت از آن افاده نمي گردد. مگر با اجازه شخصيكه برموضوع عقد وتصرف در آن صاحب صلاحيت بوده و اجازه وي داراي جمله شرايط صحت باشد.

٤,٤. عقد نافذ غیر لازم

قانون مدنی

ماده ٦٥٠
هرگاه عقد طبيعتاً موجب الزام يكي يا طرفين عقد نگردد و يا در آن خيار فسخ براي يكي از طرفين عقد موجود باشد، عقد نافذ غير لازم پنداشته ميشود.

هرآن قرارداد نافذ که وجایب قراردادی را به شکل رسمی ایجاد نکرده باشد، **قرارداد نافذ غیر لازم** پنداشته می شود. بعضی قرارداد های مشارکت تجاری ممکن که از نوع قرارداد نافذ غیر لازم باشد. بطور مثال دو نفر با هم شریک می شوند هر کدام می تواند که قرارداد را با اطلاع به جانب مقابل فسخ کند. قرارداد های که خیارات فسخ، تعیین، عیب، یا رویت را داشته باشد الی زمانیکه همچو خیارات منقضی می گردد از جمله قرارداد های نافذ غیر لازم به حساب می رود.

نتیجه گیری

در این مرحله از این فصل شما عناصر کلیدی داخلی وجایب قراردادی را مشاهده کردید. بخش زیر دو مثال در زمینه است که درک شما را از این عناصر امتحان کرده و به شما کمک می کند که آنها را در آینده به نفع خود بکار ببرید.

قضیه اول

پرویز در همین نزدیکی ها آگاهی حاصل کرد که معدن بزرگ فلزات و منرال ها در نزدیکی معدن زرکشان در ولایت غزنی کشف شده است. او مسئول شرکت بزرگ استخراج معدن است و میخواهد که حق استخراج این معدن را بدست بیاورد. او می خواهد که پروژهٔ معدن کاری را که صد ها فرصت شغلی ایجاد کرده و نفع هنگفتی برای شرکتش خواهد داشت را در این محل ایجاد کند.

این عملیات بسیار پیچیده است و قدم های زیادی برای عملی ساختن آن باید برداشته شود. فرض کنید که پرویز اجازهٔ معدنکاری را از دولت بدست آورده است، ولی او هنوز هم باید منابع مالی لازم برای خرید زمین و وسایل، استخدام نیروی انسانی، ایجاد سرک ها و سایر زیر بنا ها را در محل معدن، و خریدار برای محصولات معدنی را پیدا کند. بسیار امکان دارد که فعالیت های اقتصادی سبب رشد زرکشان نیز خواهد شد. تقاضا برای خانه، خرید، رستورانت ها و سایر خدمات به احتمال زیاد افزایش خواهد یافت. اگر این پروژه موفق شود بسیار احتمال دارد سرمایهٔ هنگفتی را برای باشندگان محل فراهم کند.

او میکوشد که منابع لازم مالی برای این پروژهٔ جدید را فراهم سازد. او در اطراف کابل سفر می کند و از رهبران عمدهٔ تجاری میخواهد که در این عملیات سرمایه گذاری کند. وقتیکه او احساس می کند که تعهد کافی لفظی برای تمویل منابع را بدست آورده، او قرارداد های را برای خرید ابزار مورد نیاز برای معدنکاری و دیزاین زیربنا ها منعقد می سازد. او شروع به اعلان کاریابی برای اشخاص متخصص و مدیریت پروژه می کند ولی از استخدام اشخاص غیر ماهر در این مرحله ابأ می کند.

١. پرویز تا این مرحله چه وجایب را متعهد شده یا ایجاد کرده و چه وجایبی را از این بعد باید ایجاد کند؟

٢. به نظر شما پرویز با کدام مشکلات در جریان عملی ساختن این پروژه مواجه خواهد شد؟

٣. اگر شما می بودید، چه کاری را بصورت متفاوت انجام می دادید؟

٤. چگونه او به بهترین شکل خود، پروژه و کارمندان خود را از دعاوی که در آینده در مورد شرایط قرارداد ها ممکن بروز کنند محافظت کرده می تواند؟

قضیهٔ دومی

رحیم می خواهد که کار رستورانت خود را با گشایش رستورانت جدید در شهر مجاور توسعه بدهد. او در مورد موقعیت رستورانت تصمیم گرفته ولی هنوز قدمی فراتر نه گذاشته است. او ضرورت دارد که پول قرضه گرفته و رستورانت فعلی خود را به رهن بگذارد تا تعمیر جدید را به اجاره بگیرد، و همچنان او نیاز به استخدام کارمندان جدید و تهیه کنندگان جدید بخاطر پیشبرد این رستورانت دارد.

رحیم خود مدیر موفق یک رستوارنت است که این سبب می شود تا او وقت زیاد برای تنظیم جزئیات مربوط به گشایش رستورانت جدید نگذارد. او شخصی بنام احسان را استخدام می کند که او را در اینکا ر کمک کند و هم در قسمت مدیریت رستورانت بعد از گشایش آن سهم بگیرد. در شهریکه رحیم می خواهد رستورانت را بگشاید، احسان از قبل مدیر رستورانت های دیگری بوده است. برای بسیاری کار های روزمره احسان موفق می شود که تهیه کنندگانی را پیدا کند که حاضر هستند مواد مورد نیاز را به رستورانت مستقیماً تسلیم کنند. ولی قصابی را که احسان پیدا می کند اصرار دارد که احسان باید یا خودش یا یکی از کارمندانش برای گرفتن گوشت تازه هر صبح به قصابی آمده و پول را در همان روز بعد از دریافت گوشت تادیه کند. احسان برادرزادهٔ خود را برای اینکار استخدام می کند. مشکلات جدی تر زمانی رخ میدهد که احسان شروع به استخدام کارمندان برای رستورانت می کند. رحیم از احسان نخواسته که او معاون مدیر را برای این رستورانت استخدام کند، ولی احسان در هر صورت چنین کاری می کند. احسان همینطور یک دریور را برای گرفتن گوشت استخدام می کند و کارمندان دیگری را برای پاک کاری و خدمت مشتریان استخدام می کند. ولی او در قسمت استخدام سرآشپز مشکل دارد. رحیم به احسان لست مشخص از مهارت های که سرآشپز باید در رستورانت او داشته باشد را میدهد. احسان

هفته ها را برای مصاحبه با اشخاص علاقمند به این سمت سپری می کند تا اینکه شخص مناسب را پیدا کند. بالاخره احسان تمام وظایف محوله برای گشایش رستورانت را که رحیم به او واگذار کرده بود انجام میدهد. در این مرحله مشکل در رابطه میان احسان و رحیم ظاهر می گردد.

درست قبل از اینکه رستورانت جدید رحیم گشایش یابد، احسان به او شکایت می کند که باید برایش پول بیشتر بخاطر مدیریت این رستورانت پرداخته شود. آنها به توافق نمی رسند و رابطهٔ تجاری آنها ختم می شود. احسان تصمیم به گشودن رستورانت خودش می گیرد و ترجیح میدهد که با رحیم رقابت نکند. او با قناعت دادن آشپز رحیم برای کار در رستورانت خودش، به تخریب رحیم می پردازد. رحیم قادر به یافتن آشپز مناسب نمی شود و مجبور به استخدام آشپز کم تجربه تر میشود. بعدتر، در اولین روز گشایش رستورانت رحیم احسان به برادر زاده اش زنگ می زند که بعد از ترک قصابی گوشت را که باید به رحیم تسلیم داده میشد به رستوارنت او بیاورد. قصاب هنوز هم پول گوشت را دریافت می کند ولی رحیم گوشت لازم برای رستورانت خود را بدست نمی آورد.

رحیم از اینکا ر خشمگین است و به شما بخاطر مشاوره مراجعه می کند.

۱. چه نوع وجایبی در این قضیه نقش دارد؟

۲. چه نوع شرایط و خیارات در این مثال وجود دارد؟

۳. اگر شما از ابتدا دخیل می بودید، آیا هیچ کدام از این قرارداد ها را طور دیگری می ساختید که به رحیم حمایت بیشتری داده میشد؟

در این فصل شما با مباحث موضوع و سبب قرارداد و هم اشکال شرایط در قرارداد ها و مسایل عدیده ای که در مورد تنفیذ قرارداد رخ میدهد آشنا شدید. در این دم شما باید به این مفاهیم تسلط داشته باشید. وقتیکه قراردادی را مطالعه می کنید باید بتوانید که این عناصر را تشخیص و توضیح دهید و هم مشخص سازید که ایا قرارداد وجیبهٔ لازم الاجرأ را ایجاد کرده است یا خیر.

فصل ششم: آثار قرارداد

طرح موضوع

بخش های قبلی کتاب در رابطه به عناصر لازم برای انعقاد قرارداد تمرکز داشت. این بخش کتاب بالای آثار قرارداد صحیح تمرکز دارد. همانطوریکه این فصل را مطالعه می کنید، سوالات زیر را در ذهن داشته باشید.

سوالات برای مباحثه

۱. زمانیکه با انعقاد قرارداد موافقه می کنید، چه اتفاقی می افتد؟

۲. اگر شما فکر میکردید که قراردادی را بخاطر خرید یک شی یا بدست آوردن خدمتی منعقد کنید، شما در مورد این قرارداد چه چیزی را میخواستید که بفهمید؟

زمانیکه قراردادی منعقد می شود، چه وجایبی برای اطراف قرارداد ایجاد می کند؟ این فصل در رابطه به آثار قرارداد برای اطراف قرارداد بحث می کند. **آثار قرارداد** عبارت از وجایب و حقوق قانونی است که در نتیجهٔ قرارداد صحیح بوجود می آید. زمانیکه اطراف قرارداد حاضر به انعقاد قرارداد می گردند، آنها معمولاً به شرایط قرارداد پابند بوده و در صورتیکه یک جانب وجیبهٔ خود را **انجام** ندهد جانب دیگری می تواند برای حل مشکل از قانون استمداد جوید. انجام قرارداد به مفهوم ساده به معنی تکمیل کردن آن تعهداتی است که شما در قرارداد آنها را پذیرفته اید.

چرا قرارداد از اشکال دیگر موافقات میان دو شخص فرق دارد؟ اگر شما موافقت کنید که فردا به خانهٔ دوست خود بروید، آیا در اینجا شما قراردادی را منعقد نموده اید؟ همانطوریکه در فصل قبل ذکر شده تعهد شما برای رفتن به خانهٔ دوست شما قرارداد قانونی نیست زیراکه این توافق شرایط لازم قانونی برای ایجاد یک قرارداد را در بر ندارد. لذا [به لحاظ حقوقی] هیچ چیزی اتفاق نمی افتد اگر شما به دوست تان وعده کنید که او را در ساعت مشخص ملاقات خواهید کرد، ولی از رفتن به این ملاقات خودداری کنید. دوست شما ممکن که نا امید شود، ولی شما کدام وجیبهٔ قانونی را نقض نکرده اید. برعکس اگر یک آواز خوان مشهور موافقت کرده و قرارداد نوشته شدهٔ صحیح را امضا کند مبنی بر این که او در روز مشخص در یک ورزشگاه در مقابل مبلغ مشخص هنرنمایی کند، ولی از این نمایش صرفنظر کند او در حقیقت یک وجیبهٔ *قانونی* را نقض کرده است. لذا شرکتی که این نمایش را میزبانی می کرد می تواند از این آواز خوان بخاطر عدم حضورش جبران خسارهٔ قانونی را مطالبه کند.

همانطوریکه شما در قسمت های قبلی این کتاب آموختید، یک قرارداد شرایط مشخص (مثل ایجاب، قبول، موضوع، سبب، و اهلیت) را لازم دارد تا منحیث قرارداد صحیح شناخته شود. چرا اطراف قرارداد باید این همه تلاش به خرچ دهند تا قرارداد رسمی را به عوض یک توافق غیر رسمی تهیه کنند؟ علت اصلی در آنست که حقوق قرارداد ها تعهدات را تطبیق می کند. یک قرارداد بر خلاف یک موافقت بخاطر رفتن به منزل یک دوست قانوناً لازم الاجرا است، بدان معنی که محکمه جبران خساره (که ممکن **اعادهٔ حالت اصلی** باشد و یا **جبران خسارهٔ پولی** که در بحث بعدی کتاب توضیح میگردد) را به جانبیکه وجیبهٔ خود را ادا نکند متوجه میسازد. از آنجائیکه قرارداد ها قانوناً لازم الاجرا اند، این سبب می شود که اطراف قرارداد قبل از بستن قرارداد باید بسیار مطمئن شوند که آنها واقعاً می خواهند تا قرارداد را منعقد سازند. اطراف قضیه در یک قرارداد باید چه چیزی را بگنجانند؟ مادهٔ ٦٩٠ را در زمینه مطالعه کنید.

قانون مدنی

ماده ٦٩٠ (خلف عام)
عقد صحیح که با انعقاد آن آثاری از قبیل احکام وحقوق مرتب میگردد، عقدیست که ذاتاً و وصفاً مشروع بوده، صیغه آن در مورد شی ایکه قابلیت حکم آنرا داشته و از شخص صاحب اهلیت صادر گردیده باشد، همچنان اوصاف آن صحیح وعاري از خلل بوده ومقرون به شرط فاسد کننده عقد نباشد.

قسمیکه ملاحظه فرمودید مادۀ ٦٩٠ قانون مدنی بیان می دارد که یک قرارداد زمانی صحیح است و حقوق و وجایب را ایجاد می کند که سه شرط را در بر داشته باشد: (١) قرارداد ذاتاً و وصفاً مشروع بوده باشد، (٢) ایجاب و قبول آن در مورد شی ایکه قابلیت حکم آنرا داشته و از شخص صاحب اهلیت صادر گردیده باشد، (٣) اوصاف قرارداد صحیح وعاري از عیوب بوده قرارداد شرط فاسد کنندۀ عقد را نداشته باشد.

اجرای قرارداد حقوق و وجایبی را برای هر دوطرف قرارداد ایجاد می کند. بطور مثال اگر قدیر یک اثر هنری را از تهمینه خریداری کند، این قرارداد حقوق و وجایب را برای هر دو طرف ایجاد می کند. قدیر ملزم است تا مبلغ موافقه شده را بپردازد و تهمینه ملزم است که به قدیر اثر هنری و مالکیت آنرا بدهد. آثار قرارداد به هر دو طرف قرارداد تطبیق می گردد[٨٣]، و این آثار متوجه شخص دیگری نمیشود، زیرا سایر اشخاص در قرارداد دخیل نیستند. بحث اصلی در حقوق قرارداد ها اصل آزادی قرارداد ها است. معمولاًآاشخاص مختار هستند تا موافقه کنند که با دیگری قراردادی را منعقد سازند و یا خیر. قرارداد ها آثاری را متوجه اطراف قرارداد می سازد (و آنصوریکه در زیر شرح شده این آثار متوجه خلف اطراف قرارداد نیز می گردد) و همینطور بعضاً اشخاص ثالثی که خود در قرارداد طرف نیستند. در این فصل ما بالای اخلاف اطراف قرارداد بحث نموده و در فصل بعدی قرارداد اشخاص ثالث را به بحث می گیریم.

١. اخلاف

بحث خلف در قرارداد ها یک بحث بسیار مهم است. **خلفیت** به معنی تصاحب حقوق و اموال از طریق ارث تعریف شده است. هرچند که ممکن ساده باشد تا متروکه را میان مورثین تقسیم کرد، ولی قضایای مشکلی زمانی رونما می شود که بحث تقسیم دیون و انتقال یک قسمت مشخص مال به دیگری مطرح باشد. لذا قانون مدنی قواعد و اصول دارد که نحوۀ انتقال وجایب و امتیازات به اخلاف شخص را تنظیم می کند.[٨٤]

قانون مدنی

ماده ٦٩١ (خلف عام)
اثر عقد برعاقدین وخلف عام آنها با رعایت عدم اخلال قواعد میراث راجع میشود، مگر اینکه از عقد، طبیعت معامله یا نص قانون عدم رجعت آن بخلف عام دانسته شود.

ماده ٦٩٢ (خلف خاص)
هرگاه وجایب و حقوق شخصی ناشی از عقد، به مالی راجع باشد که بعداً بخلف خاص انتقال نماید، حقوق و وجایب مذکور، نیز حین انتقال مال، انتقال مینماید، مشروط بر اینکه مستلزم مال بوده خلف حین انتقال مال به آن علم داشته باشد.

[83] 1977 Civil Code, Article 691, Clause 2, Law No. 353 (5 January 1977).
[84] For a useful comparative analysis of succession law, see George A. Pelletier, Jr. and Michael Roy Sonnenreich, "A Comparative Analysis of Civil Law Succession," *Villanova Law Review* 11 (1966): 323-56.

در حقوق وجایب تفاوت مهمی میان خلف عام و خلف خاص وجود دارد. خلف عام (که گاهی بنام جانشین عام یاد می شود) کسی است که تمام متروکه را به شمول حقوق و وجایب آن از طریق ارث صاحب می شود.[۸۵] مثال معمول آن حالتی است که پدر یک شخص وفات کند. خلف عام یا اعضای فامیل شخص متوفی اموال او را بدست آورده، قروض پدر متوفی را می پردازند، مصارف تکفین را متحمل شده، و بخش باقی مانده را بین خود تقسیم می کنند. در قانون مدنی مادۀ ٦٩١ که در فوق ذکر شد موضوع خلف عام را در قرارداد ها تنظیم می کند. این ماده بیان می دارد که آثار قرارداد متوجه خلف عام قرارداد کننده شده مگر اینکه این اشخاص بصورت صریح از قرارداد حذف شده باشند.

برخلاف، خلف خاص کسی است که بخش مشخص متروکه یا اشیای معین میراث را دریافت می کند. تفاوت اصلی میان خلف عام و خاص در اینست که حقوق و وجایب قراردادی به خلف خاص منتقل نمی شود مگر اینکه خلف مذکور از این موضوع آگاه باشد. این اصل در مادۀ٦٩٢ قانون مدنی که فوقاً ذکر شد توضیح شده است. بطور مثال تصور کنید که آصف به باسمه قرض میدهد تا او موتری را بخرد و خلف خاص باسمه که قاسم نام دارد در مورد این قرض آگاهی دارد. مدت ها بعد باسمه موتر را به خلف خاص یعنی قاسم میدهد. بخاطریکه قاسم از موضوع قرض خبر داشت، هرچند که قاسم خلف خاص است، آصف هنوز هم حق دارد که پول را از او دریافت کند.

۲. تعدیل

زمانیکه اطراف قرارداد خود را به قرارداد متعهد سازند، تمام وجایب قرارداد نافذ پنداشته میشود. قانون اکثر اوقات و نه همیشه در صدد آنست که قرارداد ها باید اجرا گردد. موضوع مهم که در قرارداد ها ممکن ظاهر گردد مسئلۀ **تعدیل** قرارداد است. تعدیل به مفهوم آوردن تغییر در شرایط قرارداد است. چه عملی باید انجام یابد زمانیکه یک یا دو طرف قرارداد بخواهند که در شرایط قرارداد تغییری را وارد کنند؟ مادۀ ٦٩٦ را درزمینه مطالعه کنید.

قانون مدنی

ماده ٦٩٦

(۱) عقد بعد از انفاذ لازم پنداشته شده، رجوع از عقد وتعدیل آن بدون رضایت طرفین یا حکم قانون، جواز ندارد.
(۲) در صورت ظهور حوادث استثنائی یا آفات طبیعی و یا واقعه که پیش بینی آن ناممکن بوده و مدیون بعلت آن مواجه بچنان مشکلی گردد که وی را بخساره فاحش تهدید نماید، گرچه ایفای تعهد مبنی برعقد مستحیل نباشد، محکمه می تواند پس از ارزیابی مصالح طرفین تعهد، مدیون را بحد عادلانه تنزیل دهد. هرگونه موافقه برخلاف این حکم باطل پنداشته میشود.

بر طبق مادۀ ٦٩٦، رجوع از قرارداد بدون رضایت طرفین مجاز نیست. این بدان معنی است که تعدیل قرارداد بدون موافقت هر دوطرف قرارداد در مورد تعدیل مجاز نمی باشد. این مقررات کمک میکند که قرار داد ها لازم الاجرا باقی بماند. در غیر آن اطراف قرار داد ممکن زمانی که قرار داد به نفع شان باشد داخل قرار داد شده و وقتی که قرار داد به ضرر شان باشد از قرار داد خارج شوند. به طور مثال تصور کنید که شرکت هوایی آریانا با عرضه کنندۀ تیل طیاره قراردادی را منعقد میکند که به مدت یک سال این شرکت از عرضه کنندۀ مذکور تیل را به مبلغ ۵۰۰۰ افغانی در هر بیرل خریداری کند. اگر قیمت تیل به اندازۀ قابل ملاحظه سقوط کند، شرکت هوایی خواهد کوشید تا قرارداد را با این فروشنده خاتمه بخشیده، تیل را به مبلغ ارزان تر از بازار خریداری کند. حقوق قرار داد ها به همین دلیل وجود دارد تا اطمینان حاصل شود که قرار داد ها لازم الاجرا است و شرکت مذکور وجایب خود را انجام خواهد داد.

[85] *Ibid.*, 325 (defining universal succession as "succession by an individual to the entirety of the estate, which includes all the rights and duties of the decedent").

همانطوریکه در فصل های بعد کتاب توضیح میگردد، مادۀ ۶۹۶ یک استثنا را قایل است. این ماده بیان میدارد که در صورت حالت اضطراری وجیبه مدیون میتواند به اندازۀ عادلانه کاهش یابد. یکی از مشخصات بخصوص سیستم رومن ژرمنیک عبارت از وجود تقصیر در حالت نقض قرار داد میباشد.[۸۶] اگر قرار داد بنا به دلایل خارج از توانایی شخص اجرا نگردد، شخص مذکور در زمینه بخاطر عدم انجام تعهد قانونی قرار دادی خویش مسئول نمیباشد. بطور مثال اگر فروشندۀ تیل تمام دارایی خود را در اثر آتش سوزی یا سیلاب از دست بدهد، ممکن وجایب این شرکت تا حدی کاهش یافته یا ،کاملاً این وجایب از بین برود در صورتیکه محکمه تشخیص بدهد. هر چند در این مورد تقصیر وجود ندارد ولی باید به یاد داشت که این استثناء کاهش یا از بین بردن وجایب قراردی معمولا در موارد بسیار خاص و استثنایی تطبیق میگردد.[۸۷]

۳. قرارداد های معاوضوی و قرارداد های اذعان

بسیاری قرارداد ها شامل تعهدات آینده میان اشخاص مبنی بر تبادلۀ پول با کالا یا خدمات است. این نوع قرارداد ها عموماً میان اشخاص مورد چانه زنی قرار گرفته و نتایج مورد نظر را برای هر دو شخص در پی دارد. این بخش دو نوع قراردادها و احکام مربوط به هر یک را مطالعه می کند: قرارداد های معاوضوی و قرارداد های اذعان. **قرارداد معاوضوی** قراردادیست که دو شخص موافقت می کنند تا اشیای ملموس را با هم تبادله کنند، مانند موافقت برای تبادلۀ پیاز با برنج به عوض قراردادیکه در آن پول مطرح باشد.[۸۸] مواد ۶۹۳ الی ۶۹۵ را مطالعه نمایید.

قانون مدنی

ماده ٦٩٣
هرگاه عقد معاوضه ایکه براعیان واقع گردیده دارای تمام شرایط صحت باشد، مقتضی ثبوت ملکیت هریک از عاقدین در بدل ملک آنها والزام هریک به تسلیمی ملکش بطرف دیگر می باشد.

ماده ٦٩٤
هرگاه عقد معاوضه ایکه برمنافع اعیان واقع گردیده، داراي تمام شرایط صحت ونفاذ باشد، متصرف عین، به تسلیم آن براي نفع گیرنده ونفع گیرنده به تسلیم بدل منفعت به متصرف عین، مکلف میگردد.

ماده ٦٩٥
تثبیت دین برذمه یا الزام شخص باجرای عمل و یا توثیق دین، علاوه برانتقال ملکیت وترتیب منفعت نیز از آثار عقد، پنداشته میشود.

ماده ۶۹۳ قانون مدنی بیان میدارد که هر آن شی که در عقود معاوضوی تبادله شده مقتضی ثبوت ملکیت توسط طرفین بوده و ایجاب انتقال مواد تبادله شده به جانب مقابل را می کند. هر چند که تمام قرار داد ها ایجاب ثبوت ملکیت را میکند، ولی در قرار داد های انتقال اشیای کم ارزش مانند غذا تنها تصرف کافی است، بخاطر یکه در این قضایا تصرف معادل مالکیت شمرده میشود. اموال با ارزش تر مثل زمین و موتر معمولاً ایجاب داشتن سند مالکیت (عبارت از سند وضع شده توسط دولت که تملک شخص را نشان بدهد) را مینماید. اصل تملک یا مالکیت در حقوق اسلام نیز مطرح بحث است. در حقیقت

[86] The civil law can be contrasted with the common law, which does not have a fault requirement. *See* Caslav Pejovic, "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal," *Victoria University of Wellington Law Review* 32 (2001): 824-26.
[87] For a useful comparative look at contract nonperformance, *see* Harold J. Berman, "Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade," *Columbia Law Review* 63 (1963): 1413-39.
[88] For example, a treatise on American law defines an exchange contract as "mutual transfer of property for property other than money." 33 C.J.S. Exchange of Property § 1 (2012).

حق مالکیت در سیستم حقوقی اسلام نسبت به سیستم حقوقی معاصر به مراتب قطعی تر است، به دلیل اینکه مفکورۀ اسقاط حق یک بحث در سیستم حقوقی خارجی است.[۸۹]

مادۀ ٦٩٤ قانون مدنی وجایب قرارداد های معاوضوی را به منافع اعیان که از خود عین متفاوت است توسعه می دهد. بطور مثال تصور کنید که سلطانه مالک یک قطعه زمین در بدخشان میباشد، وی قراردادی را با یک شرکت مهم معدن کاری منعقد میسازد. این قرار داد بیان میدارد که در مقابل پرداخت یک هزار پیمانه گندم به سلطانه، شرکت معدن کاری می تواند وسایل و تجهیزات خود را از طریق زمین های او عبور دهد. بر اساس ماده ۶۹۴ قانون مدنی سلطانه مکلف است که برای شرکت معدن کاری اجازه عبور وسایل از طریق زمین خود را داده و شرکت در مقابل مکلف بر پرداخت مقدار گندم میباشد.

برعلاوه از عین و منافع آن، یک قرارداد ممکن که وجایبی را بر اساس دین یا خدمت ایجاد کند. بطور مثال؛ یک شخص ممکن که موبایل قدیمی خود را همرای ۵۰۰۰ افغانی با یک موبایل جدید تبدیل کند. وجیبۀ دین یا الزام به پرداخت ۵۰۰۰ افغانی وجیبۀ است که توسط قرارداد مطابق مادۀ ۶۹۵ قانون مدنی ایجاد شده است. این شخص ملزم است که هم موبایل قدیمی و هم پول را بپردازد تا وجیبۀ خود را انجام داده باشد نه اینکه صرف یکی از این دو را.

قانون مدنی همچنان **قرارداد های اذعان** را تنظیم می کند. قرارداد اذعان نوعی از قرارداد است که در آن اشخاص به شرایط از قبل مشخص شده توسط جانب دیگر قرارداد موافقت می کنند. وقتیکه مردم در مورد قرارداد فکر می کنند، اغلب اوقات تصور چانه زنی میان دو شخص در ذهن آنها متبادر می گردد. در حقیقت بسیاری قرارداد ها این مرحلۀ چانه زنی میان دو طرف را ندارد. قرارداد بیمه مثال خوب از این نوع قرارداد ها است. شخصیکه بیمه را خریداری می کند بالای قیمت و شرایط پالیسی بیمه یک شرکت چانه زنی نمی تواند. در عوض این اشخاص باید که در مورد قیمت و شرایط شرکت بیمه که پیشکش شده موافقت کنند. این قرارداد را بخاطری قرارداد اذعان می گویند که یک شخص باید به آن "اذعان" نموده بدون اینکه در مورد تعریف شرایط قرارداد چانه زنی کرده بتواند. [۹۰]

قرارداد های اذعان چه مشکلی دارد؟ در هر حال آیا یک شخص همیشه نمی تواند تصمیم بگیرد که داخل قرارداد نشود؟ نگرانی در مورد قرارداد های اذعان اینست که این قراردادها در بسیاری صنایع معمول در جامعه مروج بوده و برای اشخاص، اگر ناممکن نیست، مشکل است که از بستن همچو قرارداد ها چشم پوشی کنند. در مورد قرارداد تیلفون همراه یا موبایل فکر کنید. وقتی شخصی قرارداد دریافت خدمات تیلفون را می کند، این قرارداد اکثراً شرایطی دارد مبنی بر اینکه مشتری نمی تواند شرکت را در صورت معیوب شدن دستگاه تیلفون مسئول بداند، حالات دعوی علیه شرکت بسیار محدود می شود، و مجازات نقض قرارداد توسط مشتری بسیار سنگین می شود. مشکل در اینجا است که مردم به تیلفون همراه نیاز دارند و تفاوت میان قرارداد های شرکت های مختلف مخابراتی زیاد قابل ملاحظه نیست. لذا مردم مجبور به پذیرش شرایط سنگین این قرارداد ها می شوند هرچند آنها چانس چانه زنی در مورد شرایط قرارداد را نداشته اند.

بخاطریکه عقود اذعان بسیار معمول است و در بسیاری سکتور ها اتفاق می افتد، قانون مدنی به محاکم صلاحیت تنظیم منصفانه بودن شرایط آنرا داده است. فقرۀ اول مادۀ ٦٩٨ به محاکم اجازه می دهد که به برائت ذمۀ طرف مقابل "طوریکه عدالت مقتضی آنست حکم نماید."[۹۱] این اصل در حالتیکه قرارداد اذعان از طرف ادارۀ دولتی صورت گرفته باشد صدق نمی کند[۹۲] مثل حالتیکه ادارۀ دولتی امتیازات خاصی را به اشخاص یا شرکت ها در قرارداد های دولتی قایل گردد. فقرۀ دوم

[89] Saba Habachy, "Property, Right, and Contract in Muslim Law," *Columbia Law Review* 62 (1962): 456.
[90] For a useful comparative analysis of adhesion contracts, see Arthur Lenhoff, "Contracts of Adhesion and the Freedom of Contract: A Comparative Study in the Light of American and Foreign Law," *Tulane Law Review* 36 (1961-62): 481-94.
[91] The Civil Code, Article 698, Clause 1.
[92] *Ibid*.

مادۀ ٦٩٨ قانون مدنی این صلاحیت دولتی را حمایت کرده و به ادارۀ دولتی اجازه داده است که شرایط قرارداد های اذعان به شمول نرخ در عقود اذعان موسسات خصوصی را منظور و مراقبت کند.[٩٣] از طریق دادن صلاحیت نظارت مبنی بر منصفانه بودن قرارداد های اذعان به محکمه، این مواد به اشخاص عادی طریقۀ را وضع می کند تا مطمئن گردند که مراجع وضع کنندۀ قرارداد های اذعان که غالباً شرکت های سهامی اندنتوانند از آنها با مزیت بهره برداری کنند.

بکار بستن قرارداد های اذعان

١. چرا عقود اذعان از سایر قراردادها متفاوت است؟

٢. نمونه های عقود اذعان در زندگی روزمره کدام ها است؟

٣. چگونه محکمه باید تشخیص دهد که عقد اذعان عادلانه است یا خیر؟ اگر قرارداد عادلانه نباشد، محکمه باید چکار کند؟

٤. چرا باید با قرارداد های اذعان دولتی نسبت به قراردادهای معیاری اذعان برخورد متفاوت صورت بگیرد؟

٤. اثر قرارداد نسبت به اشخاص ثالث

قسمت قبلی در مورد اثر قرارداد نسبت اطراف قرارداد (یا خلف آنها) که به قرارداد موافقت کرده اند تمرکز داشت. این بخش به نقش اشخاص ثالث در قرارداد، یعنی اشخاصیکه بیرون از چانه زنی قرارداد بوده اند، خواهد پرداخت.[٩٤] اکثراً تنها دو جانب قرارداد که قرارداد را منعقد ساخته وجیبۀ قانونی براساس قرارداد دارند. اشخاص که طرف قرارداد نبوده و بنام **اشخاص ثالث** یاد می شوند معمولاً هیچ نفع قانونی در قرارداد ندارند. وقتیکه داود و فرح موافقت می کنند که زمینی را در مقابل مبلغ پولی تبادله کنند، مثلا همسایۀ آنها ذینفع قانونی این قرارداد به حساب نمی روند. اما حالات دیگری است که قرارداد حقوق یا وجایبی برای شخص ثالث ایجاد می کند هرچند که این اشخاص طرف اصلی قرارداد نیز نیستند.

بطور مثال عبدل ممکن قراردادی را با بهرام منعقد سازد که موافقت کند تا پولی را به بهرام در صورتیکه او اموال مشخصی را به کامله انتقال دهد بپردازد. اگر کامله اموال را دریافت نکند، چه کسی برای نقض قرارداد می تواند اقامۀ دعوی کند؟ قانون افغانستان و همینطور قوانین بسیار کشور های پیرو حقوق رومن ژرمنیک اجازه می دهند که هم عبدل و هم کامله علیه بهرام برای نقض قرارداد توسط او اقامۀ دعوی کنند.[٩٥] هرچند که کامله مخصوصاً طرف قرارداد نبوده بخاطریکه ایجاب و قبول توسط عبدل و بهرام صورت گرفته، ولی در هرحال قصد آن بوده که کامله در این قرارداد ذینفع باشد. اجازه اقامۀ دعوا را به کامله دادن به منظور حصول اطمینان از این است که او در صورت نقض قرارداد چارۀ قانونی داشته باشد و آن توانایی اقامۀ دعوی در محکمه است. چرا قانون به اشخاص ثالث اجازۀ اقامۀ دعوی را داده است؟ بحث بعدی داخل این جدول زیر را در مورد، ملاحظه نمایید.

توجیهات برای ایجاد حق برای شخص ثالث

[93] The Civil Code, Article 698, Clause 2.
[94] For a useful article describing Egyptian third person law, see Salah-Eldin Abdel-Wahab and John H. Brinsley, "The Stipulation for a Third Person in Egyptian Law," *The American Journal of Comparative Law* 10 (1961): 76-86.
[95] The Civil Code, Article 699. For a strong theoretical defense of a third party beneficiaries' right to sue and a comparative analysis of the topic, see Gabriela Shalev, "Third Party Beneficiary: A Comparative Analysis," *Israel Law Review* 11 (1976): 315-38.

در اول قایل شدن حق، امتیاز و هم وجیبه برای شخص ثالث در حقوق قرارداد ها عجیب به نظر می رسد. چرا باید دو شخص که قرارداد را منعقد ساخته بتوانند که شخص دیگری را ملزم به انجام امری سازند؟ حد اقل سه دلیل عمده در زمینه است.[۹۶]

۱. **قصد** اطراف قرارداد: در اساس حقوق قرارداد ها در صدد تطبیق قصد اطراف قرارداد به مجرد انعقاد قرارداد می باشد. اگر قصد اطراف قرارداد مبنی بر دخیل ساختن شخص دیگر در آثار قرارداد باشد، حقوق باید این امر را اجازه دهد.
۲. **بازدهی**: اجازه دادن اطراف قرارداد برای دخیل ساختن شخص دیگر در قرارداد باعث افزایش بازدهی اقتصادی می گردد. بطور مثال گاهی حکومت های ملی برای جوانان قرضه های را فراهم می سازد که آنها در دانشگاه ها شرکت کرده بتوانند. چون دولت ها غالباً علاقه یا وسایل مورد نیاز مدیریت قرضه ها را ندارد، لذا قرضه ها را به اشخاص ثالث واگذار می کند.
۳. **منافع اجتماعی**: اشکال مختلف قرارداد ها است که اشخاص ثالث را دخیل ساخته و این قرارداد ها به لحاظ اجتماعی مهم اند. قرارداد های بیمهٔ حیات مثال خوب در زمینه است. برای جامعه مهم است که راهکاری وجود داشته باشد تا مورثین شخص بعد از وفات وی بتوانند مبلغ پولی را بدست بیاورند.

٤,١.تعهد به ایفای وجیبه توسط شخص ثالث

قراردادیکه شامل سه نفر به عوض دو نفر باشد مسایل عدیدهٔ را ایجاد می کند که قانون مدنی باید به آنها بپردازد. در یک قرارداد معمول که در قسمت های قبلی این کتاب تشریح شده، معمولا دو طرف ایجاب کننده و ایجاب شونده وجود دارد. در قرارداد شخص ثالث ایجاب شونده اصولاً شخص سومی را متعهد به اجرای وجیبه می سازد. در این بخش ما دو مفهوم مرتبط به قرارداد اشخاص ثالث را مطالعه می کنیم: تعهد به ایفای وجیبه توسط شخص ثالث و شرط به نفع شخص ثالث.

ما ابتدا با تعهد به ایفای وجیبه توسط شخص ثالث آغاز می کنیم. در یک قرارداد معیاری میان دوشخص، هر دو جانب معمولا از شرایط قرارداد آگاه بوده (هرچند که ممکن بعداً در مورد اختلاف نظر پیدا کنند) بخاطریکه هر دوطرف در مرحلهٔ چانه زنی قرارداد دخیل بوده اند. وقتیکه ایجاب شونده یک وجیبه را به شخص ثالث واگذار میکند، شخص ثالث ممکن که از وجیبه آگاه نبوده و آنرا درک نتواند. قانون با این مسئله باید چگونه برخورد کند. برای شروع این بحث مادهٔ ۷۰۱ را مطالعه کنید.

قانون مدنی

ماده ۷۰۱
(۱) هرگاه شخص به تعهد شخص ثالث وعده بدهد، شخص ثالث به سبب آن ملزم شناخته نمی شود، در صورت رد وعده از طرف شخص ثالث، وعده دهنده به تعویض مکلف می گردد. اگر وعده دهنده باجرای وجیبه مذکور بدون رسانیدن ضرر بداین بپردازد، به تعویض وعده مکلف نمي گردد.
(۲) در صورتیکه شخص ثالث وعده را تائید نماید، از حین صدور تائید به آن ملزم شناخته میشود. مگر اینکه نسبت تائید به روز وعده، طور صریح یا ضمنی، معلوم گردد.

[96] See generally The Asia Foundation, *Free Market Contract Law, Phnom Penh, Kingdom of Cambodia* (Phnom Penh: Phnom Penh Printing Shop, 1997), 799-800.

مادۀ ۷۰۱ قانون مدنی مشخصاً شرطی را بیان می دارد که شخص ثالث باید وجیهۀ که توسط ایجاب شونده ایجاد گردیده را بپذیرد. بصورت مشخص فقرۀ ۱ مادۀ ۷۰۱ قانون مدنی بیان می دارد که شخص ثالث که تعهد ایجاب شونده را رد می کند ملزم به ایفای وجیبه نمی گردد. رضایت شخص ثالث شرط است در غیر آن اشخاص بر خلاف میل شان برای ایفای وجایب قراردادی مجبور خواهند شد. همانطوریکه یک مدیون در قراردادهای مروج دوجانبه ملزم به پذیرش وجیبه است، شخص ثالث هم باید یا بصورت صریح یا ضمنی وجیبۀ قراردادی را بپذیرد. شخص ثالث بایست که اهلیت لازم قانونی را داشته تا باشد که ایجاب شونده نتواند اشخاص فاقد اهلیت برای ایجاد قرارداد را ملزم سازد. همانطوریکه در فصل مربوط به ایجاد قرارداد آموختید، برای بعضی قراردادها شرایط اضافی ممکن نیاز باشد مثل شرایط اضافی برای قرارداد هبه. بر اساس فقرۀ ۲ مادۀ ۷۰۱ اگر شخص ثالث وجیبه را پذیرفت، قانون مدنی حکم می کند که شخص از حین صدور تائید به ایفای وجیبه ملزم شناخته میشود. مهم است که به یاد داشت که در صورت رد وجیبه توسط شخص ثالث، ایجاب شونده ملزم به ایفای وجیبه بوده و یا باید جبران خساره را برای عدم ایفا بپردازد.

اصل نسبي بودن قراردادها در حقوق کامن لا

برعکس کشور های دارای حقوق رومن ژرمنیک که معمولاً به اشخاص ثالث اجازه میدهد تا جهت اجرای قرارداد حق دعوی را داشته باشند، بعضی کشور های دارای حقوق کامن لا مثل کانادا[۹۷] اصلی در نظام حقوق خود دارند که بنام اصل نسبی بودن قرارداد ها (privity) است اصل مذکور حکم میکند که تنها اطراف قرارداد می توانند جبران خساره قانونی را مطالبه کنند. لذا در مثال بالا کامله حق اقامۀ دعوی را از بابت دریافت نکردن کالا ندارد زیرا تنها عبدل و بهرام "نسبت به هم" در ارتباط بودند. به لحاظ تخنیکی کامله شخص سومی در قرارداد بوده و در انعقاد قرارداد نقشی فعال نداشته است. از همینرو گفته می شود که او نسبتی به قرارداد ندارد. هرچند این اصل در حقوق کامن لا وجود دارد ولی لزوماً توسط تمام کشور های پذیرفته نشده و یا ترجیح داده نشده است. بعضی ها استدلال می کنند که این اصل نا منسجم بوده و بسیاری کشور های پیرو کامن لا این اصل را ترک گفته و یا استثنائات در زمینه نسبت به خود اصل توسعه داده اند.[۹۸] بطور مثال بریتانیا قانونی را در سال ۱۹۹۹ وضع کردکه زمینۀ "برای پذیرش رژیم کاملاً جدید برای اشخاص ثالث جهت انفاذ قرارد بصورت مستقیم" فراهم ساخت.[۹۹]

٤,٢.شرط به نفع شخص ثالث

مادۀ ۷۰۱ قانون مدنی که در بخش قبلی ذکر شد اساس قرارداد در مورد اشخاص ثالث را تشکیل می دهد. این ماده حکم می کند که ایجاب شونده موافقت شخص ثالث را بدست آورده و زمانیکه چنین شود شخص ثالث مکلف به اجرای قرارداد خواهد بود. بر علاوه از این مفهوم، قانون مدنی رهنمایی بیشتری در مورد محدودیت ها در مورد دخیل ساختن شخص ثالث را در بر دارد. مواد ۷۰۲ الی ۷۰۴ را مطالعه کنید.

قانون مدنی

ماده ۷۰۲

[97] John D. McCamus, "Loosening the Privity Fetters: Should Common Law Canada Recognize Contracts for the Benefit of Third Parties?," *The Canadian Law Business Journal* 35 (2001): 173-215.
[98] *Ibid.*, 176.
[99] Yeo Tiong Min, "When Do Third Party Rights Arise Under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 (UK)?" *Singapore Academy of Law Journal* 13 (2001): 34-53.

(۱) شخص می تواند عقدی را مبنی برتعهداتیکه در آن مصلحت شخص ثالث را شرط گذاشته است، باسم خود انجام دهد. مشروط بر اینکه در اجرا این تعهد، منفعت مادی یا معنو شخص او موجود باشد. شخص ثالث به سبب این شرط حق مباشر را باجرا شرط مذکور کسب می نماید، مگر اینکه بخلاف آن موافقه صورت گرفته باشد.
(۲) متعهد می تواند در برابر استفاده از حق مباشر توسط شخص ثالث، بچنان دفعی بپردازد که برعقد وارد می گردد. همچنان شرط گذار می تواند اجرای مصلحتی را که به نفع شخص ثالث شرط گذاشته است، مطالبه نماید، مگر اینکه از عقد خلاف آن معلوم گردد.

ماده ۷۰۳
(۱) شرط گذار می تواند پیش از آنکه شخص ثالث موافقه اش را در مورد استفاده از شرط باطلاع متعهد یا شرط گذار رسانیده باشد، شرطی را که گذاشته است نقض نماید، مگر اینکه مقتضای عقد به خلاف آن باشد. دائنین یا ورثه شرط گذار ازین حق استفاده کرده نمی توانند.
(۲) گذاشتن شرط، برائت ذمه متعهد را در برابر شرط گذار افاده نمی کند، مگر اینکه طور صریح یا ضمني بخلاف آن موافقه صورت گرفته باشد. شرط گذار می تواند شخص ثالث را تغییر داده و یاخود را بجاي آن قرار دهد.

مادۀ ۷۰۲ قانون مدنی اولین محدویت را در مورد شرط به نفع شخص ثالث مشخص می سازد. این ماده بیان می دارد که برای متعهد ساختن شخص ثالث، این شخص باید از قرارداد بصورت مادی یا معنوی منتفع شود.[۱۰۰] این شرایط کوششی است برای اینکه ایجاب شونده توانایی نا محدود به ایجاد حق یا وجیبۀ برای شخص ثالث نداشته باشد، زیرا که چنین امری باعث ایجاد قرارداد غیر صحیح می شود. اگر شخص ثالث از قرارداد منتفع شده نتواند، در آنصورت شخص ممکن قراردادی را منعقد سازد که به دلایل سؤ نیت وجیبه را برای شخص ثالث ایجاد کند. بطور مثال شخص ممکن که یک حریف تجاری را مانند شخص ثالث متعهد به اجرای یک عمل تبرعانه و یک جانبه سازد. اگر ایجاب شونده از متعهد ساختن شخص ثالث در قرارداد متضرر نشود، هیچ چیزی مانع او برای اینکار نخواهد شد.

زمانیکه شخص ثالث شرط قرارداد را اجرا نماید، مادۀ ۷۰۲ قانون مدنی حکم می کند که شخص ثالث جایگاه **اصیل** را بخود می گیرد. مانند اصیل شخص ثالث می تواند که مستقیماً علیه ایجاب کنندۀ اصلی اقامۀ دعوی کند. بطور مثال تصور کنید که وزارت خارجۀ افغانستان با دانشگاۀ امریکایی افغانستان قراردادی را منعقد می سازد که در اثر آن وزارت مذکور برای آموزش چهار صنف لسان چینایی به یکی از کارمندانش بنام هادی به دانشگاه امریکای پول پرداخت نماید. در اینجا اصولاً دو نوع روابط حقوقی مجزا وجود دارد. رابطۀ اول میان وزارت خارجه که حق الزحمه را می پردازد و دانشگاه امریکایی افغانستان که صنف های درسی را ارائه میکند وجود دارد. رابطۀ حقوقی دیگری بین وزارت خارجه که پول تدریس را می پردازد و هادی که در صنف شرکت می کند وجود دارد. اگر دانشگاه امریکایی از ادامۀ تدریس به دلیل عدم پرداخت پول توسط وزارت امتناع کند، هادی می تواند مستقیماً علیه وزارت اقامۀ دعوی کند هرچندیکه او خود طرف قرارداد اصلی نبوده است.

موضوع محتمل دیگر در رابطه به قرارداد شخص ثالث در حالت تعدیل قرارداد که قبلاً توضیح شد مطرح شده می تواند. چه اتفاقی می افتد اگر وزارت خارجه و دانشگاه امریکایی افغانستان که اطراف قرارداد اولی است بخواهد که قرارداد را تعدیل کرده و به عوض لسان چینایی لسان فرانسوی به هادی تدریس شود، ولی هادی با این تغیر موافق نباشد؟ مادۀ ۷۰۳ قانون مدنی پاسخ نسبتاً پیچیدۀ را به این سوال ارائه می کند. فقره اول مادۀ ۷۰۳ قانون مدنی حکم می کند که شرط گذار مي تواند قبل از موافقه شخص ثالث در مورد استفاده از شرط، شرطي را که گذاشته است نقض یا آنرا تعدیل نماید. البته به نظر می رسد که این ماده حکم میکند در حالتیکه شخص ثالث در مورد استفاده از شرط موافقت کرده باشد، اینکار ساده نیست.

[100] The Civil Code, Article 702.

فقرهٔ ۲ مادهٔ ۷۰۳ حکم می کند که ایجاب شونده (که بنام شرط گذار هم یاد می شود) مي تواند شخص ثالث را تغییر داده و یاخود را بجای وی قرار دهد.این امر به ایجاب شونده انعطاف پذیری زیادی در تغییر شخص ثالث فراهم میسازد.

در حالیکه ایجاب شونده باید از قرارداد نفع ببرد، محدودیت بسیار قوی در مورد اینکه شخص ثالث کی می تواند باشد وجود ندارد. مادهٔ ۷۰٤ قانون مدنی حکم می کند که نفع گیرنده می تواند شخص مستقل یاجهت مستقل باشد.[۱۰۱] این ماده ادامه میدهد که مجاز است اگر این شخص یا جهت مستقل حین عقد ذاتاً معین نباشد، ولی به شرطی بحیث شخص ثالث قرار گرفته می تواند که هنگام ظهور آثار عقد، تعیین شده بتواند.[۱۰۲] بطور مثال تصور کنید که غلام پدرکلان مکی است. آنها قراردادی را بین هم منعقد می سازند که غلام یک کمپیوتر لپتاپ به اولین طفل مکی که به سن ۱۲ سالگی برسد بخرد. این قرارداد مجاز است هرچندیکه شخص ثالث نفع برنده یا طفل که هنوز پیدا نشده در زمان این قرارداد قابل تعیین نیست.

سوالات برای مباحثه

۱. چرا باید اشخاص ثالث بابت انفاذ قرارداد حق دعوی را داشته باشند؟

۲. اینکار چه مشکلاتی را ایجاد خواهد کرد؟

۳. قانون با این موضوع چگونه برخورد می کند؟

٥. اثر قرارداد نسبت به اشخاص ثالث در قرارداد های صریح و ضمنی

وقتیکه قرارداد به عوض دو طرف در برگیرندهٔ سه جانب باشد، این موضوع ممکن سبب سؤتفاهمات و حتی فریب شود، زیرا هر جانب تعبیر خاص خود از قرارداد را خواهد داشت. لذا در زمینهٔ تنظیم بعضی مسایل مبهم در قرارداد های که سبب تاثیر به اشخاص ثالث می شود قانون مدنی احکامی دارد. فقرهٔ اول مادهٔ ٦۹۹ بیان می دارد که اگر اطراف قرارداد بصورت مواضعه یا جبری ویا مزاح عقدی را انجام داده باشند، دائنین متعاقدین وخلف خاص آنها، می توانند در صورتیکه دارای حسن نیت باشند، بعقد ظاهر تمسک نمایند.[۱۰۳] قرارداد ظاهری قراردادی است که میان اطراف قرارداد نوشته شده و سایر اشخاص باور دارند که قراردادی در زمینه وجود دارد. بطور مثال؛ تصور کنید که شرکت ساختمانی و شرکت عرضه کننده قرارداد طویل المدت برای عرضهٔ فولاد با کیفیت به شرکت ساختمانی برای تعمیرات آن شرکت منعقد کرده است. وقتیکه هر دو شرکت خواست تا قرارداد را تجدید کند، آنها نوشتند که قرارد بخاطر "ادامهٔ عرضهٔ عین محصولات با کیفیت" می باشد. اگر شرکت عرضه کنندهٔ فولاد محصولات قابل ملاحظه بی کیفیت را عرضه کند و استفادهٔ آن در تعمیرات سبب سقوط چند تعمیر شود، داینین شرکت ساختمانی می توانند به استناد قرارداد ظاهری میان این دو شرکت و به دلیل کلمهٔ "با کیفیت" در قرارداد تجدید شده که معنی کیفیت عالی را میدهد علیه شرکت عرضه کنندهٔ فولاد اقامهٔ دعوی کند.

قانون مدنی احکام بیشتری دارد که دعاوی در قرارداد صریح و ضمنی را تنظیم می کند. **قرارداد ضمنی** قراردادی است میان دو شخص که ممکن مدون نبوده ولی بیانگر توافق آن دو شخص باشد. فقرهٔ ۲ مادهٔ ٦۹۹ حکم می کند که اگر کلمات در چنین عقد (عقد ظاهر) معارض قرارداد غیر ظاهر باشد، به قرارداد ظاهر ترجیح داده میشود.[۱۰٤] این ماده در مورد خلف عام صدق می کند که درمورد قرارداد غیر ظاهر آگاهی نداشته ولی تنها بر اساس قرارداد که نوشته شده عمل کرده می تواند. عین حکم در حالتی است که شخص ثالث دخیل باشد. فقرهٔ ۲ مادهٔ ۷۰۰ حکم می کند که اگر اطراف قرارداد، قرارداد

[101] The Civil Code, Article 704.
[102] The Civil Code, Article 704.
[103] The Civil Code, Article 699, Clause 1.
[104] The Civil Code, Article 699, Clause 2.

حقیقی را توسط قرارداد ظاهری مخفی نمایند، اشخاص ثالث مثل داینین و خلف عام می توانند از قرارداد حقیقی در صورتیکه حسن نیت داشته باشند متابعت کنند. این ماده کمک می کند که مانع اطراف قرارداد شود تا آنها محیلانه به شخص سومی قراردادی متفاوت از آنچه که باید قرارداد اصلی باشد را نشان دهند.

ولی وقتیکه قرارداد شامل اخلاف عام باشد، نتیجه متفاوت است. فقرۀ ۱ مادۀ ۷۰۰حکم می کند که بین اطراف قرارداد وخلف عام آنها که به گمان غالب معلومات لازم در مورد قرارداد را دارد، قرارداد غیر ظاهر نافذ پنداشته می شود.[۱۰۵]

سوالات برای مرور این بخش

۱. شرایط قرارداد صحیح در مطابقت به مادۀ ٦۹۰ قانون مدنی چیست؟

۲. آیا اجرای یک قرارداد موضوع اختیاری است؟

۳. تفاوت میان خلف عام و خلف خاص در چیست؟

٦. عدم امکان اجرای تعهد و قوۀ قاهره

٦,۱.طرح مسئله

طریقۀ دیگری که قرارداد ممکن باطل شود زمانیست که اجرای تعهدات قراردادی بنا به سبب خارج از ارادۀ شخص طرف قرارداد ناممکن گردد. وقایع که اکثراً با این شرایط وفق می کند بصورت کلی بنام "قوۀ قاهره" یاد می گردد. قوۀ قاهره معمولاً حوادث طبیعی مثل طوفان، سیلاب را شامل می شود ولی وقایع دیگری نیز در بعضی حالات استثنائی حیثیت قوۀ قاهره می تواند داشته باشد.[۱۰٦]

قانون مدنی

ماده ۹٦۰

هرگاه مديون ثابت نمايد، كه وفا به تعهد به سببيكه خارج از ارادۀ او بود ناممكن شده، تعهد ساقط مي گردد.

در این ماده قانون مدنی به اصلی در نظام حقوقی رومن ژرمن که بنام ناممکن شدن ایفای قرارداد یاد می شود اشاره دارد و آن حالتی است که اشخاص را از ایفای وجایب شان معذور میدارد در صورتیکه عامل بیرون ایفای وجیبه را ناممکن ساخته باشد. هرچند که کشور های پیرو نظام حقوقی رومن ژرمنیک در نقاط مختلف روش های متفاوت تنظیم قوۀ قهریه را دارند، ولی در کل اجماع در مورد آزمون سه مرحله ی در این زمینه در این کشور ها وجود دارد. یک واقعه باید هر سه عنصر این آزمون را داشته باشد تا برطبق مادۀ ۹۶۰ عذر عدم ایفای قرارداد محسوب شود. این سه عنصر عبارتند از اینکه واقعه باید خارجی باشد، غیر قابل پیش بینی بوده، و واقعه ایفای وجیبه قراردادی را ناممکن ساخته باشد.[۱۰۷] محاکم حالات واقعه را از دید بیرونی نگاه کرده و زمانیکه ادعای شخص در مورد عدم امکان ایفای وجیبه وارد باشد، محاکم این اعمال را در

[105] The Civil Code, Article 700, Clause 1.

[۱۰٦] عدم امکان ایفای وجیبه و قوۀ قهریه با مفهوم فورس ماژور در بسیاری کشور های حقوق رومن ژرمن قابل مقایسه است.

[۱۰۷] این آزمون در بسیاری کشور ها منجمله مصر، فرانسه، سوریه، و امارات متحدۀ عربی مروج است.

Marel Katsivela, "Contract: Force Majuere Concept or Force Majeure Clauses?" *Uniform Law Review* 12 (2007): 103,106; Adnan Amkhan, "Force Majeure and Impossibility of Performance in Arab Contract Law," *Arab Law Quarterly* 6, no. 3 (1991): 303.

مقایسه با اشخاص متعارف بررسی نموده و ملاحظه خواهد کرد که همچو اشخاص در وضعیت مشابه چه خواهند کرد. محاکم رفتار شخص را به صورت درونی یا سوبجکتیف تحلیل نخواهند کرد.

٦,٢.شرایط مادهٔ ٩٦٠ قانون مدنی

٦,٢,١ . شرایط بیرونی

واقعه باید بیرونی و خارج از ادارهٔ مدیون یا متعهدله باشد، و معنی آن اینست که واقعه خارج از کنترول مدیون باشد. بسیاری حالات بالقوهٔ دارایی این نوع ماهیت قابل تصور است مانند طوفان یا سیلات آنی و شدید . بصورت واضح این وقایع خارج از کنترول مدیون بوده زیرا طوفان حادثه ی نیست که اشخاص آنرا ایجاد کنند. همینطور مریضی معمولاً به عنوان حادثه ی خارجی مطرح است مگر اینکه شخص با بی پروایی عمل کرده و در اثر آن مریض شده باشد.

حوادث طبیعی تنها حوادثی نیستند که به عنوان عوامل بیرونی مجاب کننده شرط بالاباشند. بطور مثال؛ تصادم ترافیکی که توسط مدیون ایجاد نشده باشد ممکن که عامل بیرونی به حساب رود. تصور کنید که یک شخص بخاطر تسلیمی کالای توافق شده به جانب مقابل در حین رانندگی است. در زمان رانندگی در حالیکه شخص کاملاً محتاطانه عمل میکند با موتراو تصادم صورت میگیرد و تمام محموله آسیب می بیند. هرچند این واقعه حادثه ی "طبیعی" نیست، ولی این واقعه شرط بیرونی بودن حادثه را تصدیق می کند زیراکه واقعه خارج از کنترول مدیون بوده است.

هرچند که مدعی معمولآ استدلال کرده می تواند که عمل اشخاص دیگر مثلا؛ در مورد تصادم ترافیکی شرط خارجی بودن واقعه را تکمیل می کند، ولی تعدادی از وقایع خارج از این دسته بندی قراردارند. بطور مثال عمل کارمند یک کارفرما واقعهٔ داخلی نسبت به مدیون به حساب می رود.[١٠٨] اگر کارمند یک شخص کالای تعهد شده به دیگری را از بین ببرد، مدیون نمی تواند به استناد آن از ادای وجیبهٔ قراردادی به دلیل ناممکن شدن ایفای وجیبه اباً ورزد، زیرا تصور بر آنست که عمل کارمند شخص در کنترول شخص می باشد.

بخاطر تکمیل بررسی ما در مورد بیرونی بودن عامل حادثه، بیایید مثال حادثهٔ سیلاب را در نظر بگیریم. سیلاب حادثهٔ طبیعی خارج از کنترول شخص می باشد. ولی به منظور مقاصد حقوقی این عمل می تواند عنصر خارجی بودن قوهٔ قهریه را نداشته باشد. در درون شرط خارجی بودن حادثه شرط دیگری است و آن اینکه مدیون بایست تمام احتیاط لازم را که یک شخص محتاط در شرایط مشابه بخاطر جلوگیری از ضرر رعایت می کند، رعایت کرده باشد.

در مورد قضیهٔ سیلاب و اینکه آیا محکمه عنصر بیرونی بودن را در آن می پذیرد یا خیر، منوط به شرایط و اوضاع حادثه است. تصور کنید که حسن در منطقهٔ زندگی می کند که سیلاب هیچگاهی یا بصورت نادر اتفاق افتاده و زمانیکه سیلاب جاری می شود ضرر اندک را وارد ساخته یا هیچ ضرری به اموال وارد نمی سازد. حسن هیچ احتیاط را بخاطر حفاظت اموال از سیلاب رعایت نکرده است. اگر سیلاب جاری شود و اموالی که او به دیگری تعهد کرده را نابود کند، احتمال دارد که حسن شرط خارجی بودن حادثه را پوره کرده باشد، زیرا هر آدم معمولی دیگر در عین وضعیت همانند حسن تدابیر پیشگیرانهٔ برای سیلاب را اتخاذ نمی کرد. ولی اگر حسن در محلی زندگی کند که آب خیزی و سیلاب معمول بوده ولی او هنوز هم تدابیر پیشگیرانه را اتخاذ نکرده و یا هم تدابیر کمتری را اتخاذ کرده باشد که یک شخص عادی در وضعیت مشابه اتخاذ میکرد، در آنصورت محکمه حکم خواهد کرد که عمل حسن شرط بیرونی بودن حادثه را پوره نکرده است.

[108] Katsivela, "Contract: Force Majuere Concept or Force Majeure Clauses?" 104.

در تعیین این موضوع میزان یا درجه عمل نیز مطرح است. شاید حسن در منطقهٔ زندگی کند که سیلاب خیزی معمول است. شاید او بعضی تدابیر پیشگیرانه را اتخاذ کرده باشد، ولی سیلاب در هرحال باعث نابودی اموالی که او به دیگری متعهد شده بود میشود. در صورتیکه سیلاب در حد معمول برای همان محل بوده باشد، محکمه خواهد دریافت که اقدام حسن برای جلوگیری از ضرر بخاطر برآورده ساختن شرط بیرونی بودن حادثه کافی نبوده است. ولی اگر سیلاب به مراتب شدیدتر از سطح سیلاب های معمول برای این منطقه باشد که هر آن تدبیری از وقوع ضرر پیشگیری نمی توانست، اقدام حسن شرط بیرونی بودن حادثه را بر آورده می سازد.

سوالات برای مباحثه

عیسی مالک مغازهٔ وسایل برقی است. او تمام اموال مغازه را در عقب تعمیر نگاه می دارد. سقف این محل تعمیر دچار ریزش آب شده، ولی عیسی درمحلی زندگی می کند که بارش باران در چند ماه محدود در سال اتفاق می افتد. در جریان این ماه ها او پردهٔ روی سقف تعمیر گذاشته تا از اموال حفاظت کند. امسال بصورت غیر قابل پیش بینی باران در ماه های مختلف شروع به باریدن می کند و اموال عیسی تخریب می شود. آیا این حادثه شرط بیرونی بودن حادثهٔ مخرب را برآورده می سازد؟

۲,۲,۶. شرط غیر قابل پیش بینی بودن حادثه

شرط دوم برای موجودیت قوهٔ قهریه غیر قابل پیش بینی بودن حادثه است. یک حادثه زمانی غیر قابل پیش بینی است که قابل پیش گویی نباشد. غیر قابل پیش بینی بودن یک حادثه براساس معیار قطعی قضاوت نمی گردد. یک شخص تقریبا وقوع هر عمل را صرفنظر ازاینکه در چه حد محتمل است پیش بینی کرده می تواند، لذا به لحاظ تخنیکی وقوع هر عمل قابل پیش بینی است. بلکه غیر قابل پیش بینی بودن عمل بر اساس *غیر عادی بودن* عمل در همان زمینه است. همانطوریکه ما عنصر خارجی بودن حادثه را بررسی می کنیم، غیر قابل پیش بینی بودن از طریق نگاه به اوضاع و احوال حادثهٔ مورد نظر تعیین می شود. لذا وقایع که بسیار نادر است که در یک محل واقع گردد این شرط را برآورده می سازد هرچند که این وقایع درمفهوم وسیع تر غیر قابل پیش بینی نباشد.

بررسی شرط غیر قابل پیشبینی بودن اکثراً با شرط فرعی خارجی بودن که در بالا ذکر شد درهم آمیخته می باشد. تفاوت در اینست که در مورد شرط غیر قابل پیشبینی بودن حادثه ما به تدابیر پیشگیرانه که اتخاذ شده یا نشده توجه نمی کنیم. تمرکز اصلی ما اینست که آیا شخص می توانست بصورت مناسب وقوع حادثه را پیش گویی کند یا خیر.

بیاید به مثال سیلاب که در بالا ذکر شده دوباره مراجعه کنیم. اگر حسن در منطقهٔ زیست دارد که در آنجا هیچ سیلاب نمی شود و سیلاب جاری شده اموال مورد نظر را از بین می برد، در این مورد حسن شرط غیر قابل پیش بینی بودن حادثه را برآورده ساخته است. در حالیکه جاری شدن سیلاب در هر آن نقطهٔ از زمین قابل تصور است، ولی این حادثه برای محلیکه حسن در آنجا زیست دارد یک حادثهٔ غیر عادی بوده، لذا عنصر غیر قابل پیش بینی بودن برآورده شده است. برعکس اگر حسن در منطقه ی زندگی دارد که سیلاب به وفور جاری می شود، جریان سیلاب به احتمال زیاد عنصر غیر قابل پیش بینی بودن را بر آورده نساخته مگر اینکه این سیلاب از سیلاب های معمول در منطقه به مراتب شدیدتر بوده باشد.

مشکل در تعیین موضوع غیر قابل پیش بینی بودن زمانی است که حادثه در وسط این دو طرف طیفی که در بالا ذکر شد قرار داشته باشد. شاید حسن در محلی زندگی کند که سیلاب در آنجا متداول باشد. آیا این حادثه عنصر غیر قابل پیش بینی بودن حادث را برآورده می سازد؟

سوالات برای مباحثه

در کدام مرحله شما حکم می کنید که وقوع سیلاب برای حسن غیر قابل پیش بینی می شود؟ زمانیکه در محل زیست او هر سال ۱۰۰ بار سیلاب خیزی شود؟ در مورد ۵۰ بار سیلاب خیزی در سال چطور؟ ۱۰ بار؟ یا ۲ بار سیلاب خیزی در سال؟

بخش دیگری از شرط غیر قابل پیش بینی بودن حادثه زمان بررسی آن است. همانطوریکه شما قبلاً آموختید، بسیاری از مشکلات وجایب قراردادی از طریق بررسی اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد قرارداد حل و فصل میشوند. این موضوع در مورد عنصر غیر قابل پیش بینی بودن قرارداد ها هم صدق می کند. محکمه خواهد پرسید که آیا حادثه در زمان انعقاد قرارداد برای اطراف قرارداد قابل پیش بینی بوده است یا خیر.

تصور کنید که احمد با مصطفی چند ماه پیش از فصل کشت قراردادی را منعقد ساخته که وی از مصطفی ۲۰ پیمانه گندم زمانیکه گندم آماده شد خریداری کند. مصطفی در محلی به زراعت می پردازد که کیفیت محصولات برای ده ها سال بسیار بالا بوده است. متاسفانه امسال این منطقه به نوعی مرض گیاهی آلوده می شود که محصولات گندم را تخریب می کند. دهاقین در محل از احتمال وقوع این مرض چند هفته قبل از کاشت آگاه بودند.

هرچند این واقعه معلوم می شود که غیر قابل پیش بینی نبوده (زیرا دهاقین اطلاع قبلی از شیوع مرض در آن فصل داشتند)، ولی یک محکمه ممکن که دریابد عنصر غیر قابل پیش بینی بودن در این مورد بر آورده شده زیرا محکمه اوضاع زمان انعقاد قرارداد را معیار بررسی قرار میدهد. در آن زمان چند ماه قبل از فصل کاشت، محصولات بد برای فصل غیر قابل پیش بینی بود، زیرا که این محل برای سال ها محصولات بسیار عالی داشته است. هرچند که معلوم شد که مصطفی قادر به تسلیمی گندم قبل از فصل کاشت نبوده است، این حادثه بعد از انعقاد قرارداد اتفاق افتاده است.[۱۰۹]

بالاخره به مقصد ناممکن بودن ایفای وجیبه، تغیرات اقتصادی معمولاً خارج از شرط غیر قابل پیش بینی بودن حوادث قرار دارد.[۱۱۰] تصور کنید که به عوض نابودشدن محصولات گندم مصطفی در اثر شیوع مرض، محصولات او یگانه محصول در منطقه است که از یک سیلاب آنی در محل محفوظ مانده است. حالا ارزش محصولات گندم او به مراتب بیشتر از قیمتی است که در زمان انعقاد قرارداد با احمد توافق شده بود، ولی مصطفی ادعا کرده نمی تواند که ارزش جدید محصولات او در زمان انعقاد قرارداد غیر قابل پیش بینی بوده، لذا باید او (مصطفی) از ایفای این وجیبهٔ قراردادی معذوردانسته شود.

سوالات برای مباحثه

سید در ماه دسامبر عمر را استخدام می کند که در ماه جنوری در محفلی که سید آنرا برگزار میکند پیانو بنوازد. چند روز قبل از روز برگزاری محفل، عمر مصاب به مریضی ریزش می شود که در آن روز ها در محل شیوع یافته است از اینرو قادر به انجام این نمایش نمی شود. آیا این حادثه نوعی از حادثهٔ غیر قابل پیش بینی است؟ چه معلومات اضافی دیگر کمک می کند تا تشخیص داد که این عمل غیر قابل پیش بینی بوده یا خیر؟

۲,۲,۳ . شرط ناممکن بودن حادثه

[۱۰۹] توجه داشته باشید که مصطفی درمورد ثبوت شرط خارجی بودن حادثه موفق نخواهد شد. او از قبل در مورد شیوع مرض اطلاع داشته و اگر محکمه تشخیص دهد که او تدابیر پیشگیرانهٔ را برای جلوگیری از وقوع ضرر اتخاذ کرده می توانست، او از اثبات شرط بیرونی بودن ناکام خواهد شد.

[110] Michael P. Thereoux and April D. Grosse. "Force Majeure in Canadian Law," *Alberta Law Review* 49, no. 1 (2011): 412

شرط اخیر که در کشور های حقوقی رومن ژرمن مروج است اینکه حادثۀ مورد نظر باید ایفای وجیبه توسط مدیون را ناممکن ساخته باشد. اگر هدف مدیون آن باشد که قرارداد بصورت کامل فسخ گردد، در آنصورت ناممکن بودن مطابق معیار های مقید قضاوت خواهد شد. ناممکن بودن صرف به معنی مشکل بودن یا غیر عملی بودن نیست. مادۀ دیگری در قانون مدنی تغییر وجیبه را در حالتی اجازه میدهد که ایفای وجیبه مشکل یا غیر عملی گردد و این ماده بعداً توضیح میگردد. مانند سایر شرایط حادثۀ قهریه، شرط ناممکن بودن براساس کلیت موضوعات و حالات قضیۀ مورد نظر بررسی می شود. همچنان ناممکن بودن ایفای وجیبه باید بعد از انعقاد قرارداد رونما شده باشد. [۱۱۱]

ناممکن بودن حادثه در بحث قوۀ قهریه به معنی آنست که شخص قادر به ایفای وجیبه به روشی که در قرارداد شرط گذاشته شده یا نظر به حالت قضیه به سایر روش ها نباشد. اینکه سایر وسایل ادعای مدیون مبنی بر دخالت قوۀ قهریه را نفی می کند یا خیر دوبار منوط به اینست که آیا منبع مال یا روش تسلیمی دهی آن جز حتمی قرارداد بوده است یا خیر. بطور مثال اگر ممکن باشد که مدیون کالای با عین کیفیت را از سایر منابع تسلیم دهد در این حالت ایفای وجیبه ناممکن محسوب نمی شود مشروط بر اینکه منبع مشخص جز لاینفک قرارداد نباشد.

تصور کنید که رشاد وجیبۀ قراردادی دارد که بر مبنی آن ۱۰ پایه کمپیوتر را به زهرا تسلیم کند. آنها در مورد قسمتی مشخصات کمپیوتر موافقت می کنند، ولی در مورد نام تجاری محصول موافقت نکرده اند. رشاد انباری در خارج از شهر دارد که اکثر مال التجارۀ خود را در آنجا نگهداری می کند و برای زهرا ۱۰ پایه کمپیوتر ساخت شرکت دل (Dell) را کنار می گزارد. او انبار دیگری به فاصلۀ چندین کلیومتر از محل تجارت خود دارد که قسمت کمی از محصولات خود را در آنجا نگهداری می کند. مشکل است که به انبار دومی دسترسی داشت و لذا رشاد اموال آنجا را به دوستان و اعضای خانوادۀ خود میدهد. همچنان محصولاتی که در آنجا است هرچند که شبه محصولاتی است که اودر داخل شهر نگهداری می کند ولی او مجبور به پرداخت پول بیشتر برای بدست آوردن آنها خواهد بود. رشاد ۱۰ پایه کمپیوتر را که زهرا درخواست کرده در منزل انبار دومی خود دارد، ولی آنها ساخت شرکت سونی (Sony) می باشد.

یک طوفان که عناصر لازم شروط غیر قابل پیش بینی و خارجی بودن قوۀ قهریه را صدق می کند، سبب می شود که اموال رشاد که در داخل شهر نگهداری می شد نابود گردد. رشاد می خواهد ادعا کند که قوۀ قهریه سبب ناممکن شدن تسلیم دهی کمپیوتر ها به زهرا شده است. آیا رشاد در این استدلال موفق خواهد شد؟

احتمال زیاد می رود که رشاد در این استدلال ناکام بماند. هرچند برای رشاد مشکل است که کمپیوتر ها را به زهرا تسلیم کند، و او عین نفع اقتصادی را بدست نخواهد آورد، زیرا او مجبور به تسلیم دهی اموالی به زهرا می شود که برای آوردن آنها مصارف بیشتر را باید متحمل شود، ولی این وقایع ایفای وجیبه را ناممکن نمی سازد. رشاد به کالای که درمورد آن قرارداد منعقد شده دسترسی دارد. برعلاوه هرچندیکه کمپیوتر های که در انبار داخل شهر بود ساخت شرکت دل بوده و کمپیوتر های باقی مانده ساخت شرکت سونی است، قرارداد در مورد نام تجاری محصول صراحت نداشته، لذا این تفاوت غیر قابل ملاحظه می باشد (و یا اهمیت ناچیز دارد).

به یاد بیاورید که صرف داشتن ابزار های متفاوت برای ارائه عین کالا از منبع دیگری همیشه ناممکن بودن ایفای وجیبه را نفی نمی کند. اگر قرارداد در مورد منبع کالا یا خدمت مشخص بوده و درصورت حادثۀ که تسلیم دهی عین کالا یا خدمت ناممکن گردد، قرارداد باطل می گردد.

اگر قرارداد بین رشاد و زهرا مشخصاً در مورد ۱۰ پایه کمپیوتر (دل) با عین مشخصات کمپیوتر های ساخت شرکت سونی درانبار دومی رشاد باشد، و رشاد به منبع دیگری برای فراهم ساختن کمپیوتر های ساخت شرکت (دل) دسترسی نداشته

[۱۱۱] اگر ایفای وجیبه قبل از انعقاد قرارداد ناممکن باشد، در آنصورت وجیبۀ در همان مرحلۀ اولی شکل نمی گیرد.

باشد، در آنصورت او در ادعای خود پیروز خواهد شد. دلیل آن در اینست که نام تجارتی یا شرکت سازندۀ کمپیوتر در قرارداد مشخص شده و حالا با کمپیوتر های ساخت شرکت سونی معاوضه شده نمی تواند.

سوالات برای مباحثه

بیایید مثال دیگری در نظر بگیریم. تصور کنید که محمد وجیبۀ قرارداد در قبال سید دارد تا اینکه برای وی ۲۰ بشکه شیر مهیا سازد. دلیل اینکه سید از محمد شیر خریداری می کند اینست که زمین های که محمد گاو های خود را در آنجا می چراند برای گاو ها شیرده به عنوان مناسب ترین نوع چراگاه شهرت دارد. متاسفانه آتش سوزی در مزرعۀ محمد سبب می شود که حیوانات او بمیرد. معمولا در همچو حالتی محمد از ایفای وجیبه بنا به وجود قوۀ قهریه معاف دانسته می شود. ولی برادرمحمد نیز حیوانات شیرده دارد که در عین چراگاه به چرا مصروف بوده و او به محمد پیشنهاد می کند که برای ایفای وجیبۀ خود از محصولات لبنی متعلق به او استفاده کند. ولی محمد هنوز هم میخواهد که قرارداد خود را با سید خاتمه ببخشد. آیا او موفق به اینکار خواهد شد؟ استدلال های که کمک میکند محمد از ایفای وجایب قراردادی خود معاف شود کدام ها خواهد بود؟ استدلال های که تسلیم دهی ۲۰ بشکه شیر به سید با استفاده از محصولات برادر محمد را لازمی میداند کدام ها خواهد بود؟

بالاخره ناممکن بودن ایفای وجیبه باید دایمی باشد. اگر عدم امکان ایفای وجیبه صرف موقتی باشد، در آنصورت قرارداد الی رفع حالت ناممکن بودن به حالت تعلیق می آید. این اصل در همه حالات صدق می کند مگر اینکه زمان عنصر اساسی در ایفای وجیبۀ قراردادی باشد.[۱۱۲] برای اینکه زمان عنصر اساسی محسوب شود باید محدودیت زمان بخش اساسی قرارداد بوده و یا فهم اطراف قرارداد چنین باشد و نه محض علاقۀ یک جانب قرارداد.

تصور کنید که عبدل با فاطمه قراردادی را منعقد ساخته تا فاطمه برای او یک مجسمه بسازد. در زمان ساخت این مجسمه، فاطمه متوجه می شود که موادی که او برای ساخت مجسمه ضرورت دارد برای چند ماه قابل دسترس نیست. در اینحالت ایفای وجیبه بصورت دایمی ناممکن نیست. فاطمه زمانی وجیبۀ خود را ایفا کرده می تواند که مواد مذکور دوباره قابل دسترس شود. ولی اگر عبدل مجسمه را برای چهلمین سالروز تولد خانمش که دو ماه بعد است میخواست و این موضوع را در قرارد اد گنجانیده و فاطمه نیز از مقصد عبدل آگاه باشد، در آنصورت زمان یک بخش مهم قرارداد یاد شده بوده و ایفای وجیبه ناممکن می باشد. محدودیت زمانی باید توسط هر دوطرف درک شده و ترجیحاً در متن قرارداد درج گردیده باشد. اگر عبدل موضوع محدودیت زمانی را به فاطمه گوشزد ننموده باشد، در آنصورت ایفای وجیبه ناممکن نبوده زیرا که مواد برای ساخت مجسمه در آیندۀ نزدیک قابل دسترس می باشد.

٦,٣. استثنائات

در حالیکه حالت امکان ناپذیری یک معیارصریح است زمانیکه هدف ابطال قرارداد باشد، قانون مدنی معیار خفیف تر را برای حالاتیکه قوۀ قهریه سبب مشکل فاحش برای مدیون شده ولی سبب ناممکن شدن ایفای وجیبه نگردد، در نظر دارد.

قانون مدنی

ماده ٦٩٦

(۲) در صورت ظهور حوادث استثنائی یا آفات طبیعی و یا واقعه که پیش بینی آن ناممکن بوده و مدیون بعلت آن مواجه بچنان مشکلی گردد که وی را بخساره فاحش تهدید نماید، گرچه ایفای تعهد مبنی برعقد مستحیل نباشد، محکمه می تواند پس از ارزیابی مصالح طرفین تعهد، مدیون را بحد عادلانه تنزیل دهد. هرگونه موافقه برخلاف این حکم باطل پنداشته میشود.

[112] Amkhan, "Force Majeure and Impossibility of Performance in Arab Contract Law," 306-07

هرچند چنین واقعهٔ هنوزباید شرایط بیرونی بودن و غیر قابل پیش بینی بودن را برآورده سازد، محکمه معیار ناممکن بودن را زمانیکه قوهٔ قهریه شدیداً مشکلی را برای جانبی که ملزم به ایفای وجیبه است به وجود آورده باشد، در نظر می گیرد. توجه داشته باشید اینکه چه چیزی "خسارت فاحش" است به تصمیم محکمه محول شد که شدیداً بر اساس وقایع قضیه اتخاذ خواهد شد. یک محکمه ممکن که "خسارت فاحش" را به ازدست دادن مبلغ قابل ملاحظه پول در صورت وادار ساختن مدیون به ایفای وجیبه تفسیر کند در حالیکه محکمهٔ دیگر ممکن که "خسارت فاحش" را طوری تعبیر کند که الزام به ایفای وجیبه نابودی مالی را برای شخص به بار آورد.

همچنان عبارت "مبلغ عادلانه" را در نظر بگیرید. این بدان معناست که محکمه وضعیت مربوطه را بررسی نموده و بعداً ممکن وجیبهٔ مدیون را درحدی که مناسب حالش باشد، تقلیل دهد. هرچند که این ماده به محکمه صلاحیت مشخص ابطال قرارداد را نمی دهد، ولی ممکن است که با در نظر داشت حالات قضیه محکمه تشخیص دهد که حادثهٔ خارج از کنترول شخص سبب شده که "مبلغ عادلانه" به صفر تقرب کند یا هیچ وجیبهٔ برای ایفا باقی نمانده باشد.

یک نکتهٔ مهم در این ماده قسمت اخیر آن است که بیان می دارد هر توافق در قرارداد مبنی بر نادیده گرفتن این اصل مندرج مادهٔ ٦٩٦ قانون مدنی باطل است.

سوالات برای مباحثه

بطور مثال تصور کنید که حکیم جدیداً دوکانی را بخاطر فروش محصولات چرمی افتتاح می کند. او می تواند که محصولات با کیفیت خوب را در دوکان فراهم سازد، زیرا خوشبخت است که یک دوست او محصولات چرمی را به او به تخفیف بسیار بالا میفروشد. ولی متاسفانه دوکان وی هنوز تجارت پر درآمد نیست. قدیر یک جمپر چرمی را از دوکان حکیم فرمایش میدهد و تغیراتی در جمپر میخواهد که اینکار را نیز حکیم در دوکان خود انجام میدهد. بعد از ختم تغیرات در جمپر بعضی کالا های حکیم به شمول جمپر خریداری شده توسط قدیر توسط حادثهٔ که قوهٔ قهریه دانسته می شود نابود می گردند. حکیم می تواند که به حیث جاگزینی برای جمپر قدیر از دوستش یک جمپر مطالبه کند ولی دوست حکیم برای اینکار به او تخفیفی قایل نخواهد شد. حکیم استدلال می کند که پرداخت مبلغ کامل پول برای فراهم ساختن جمپر جدید برای قدیر سبب خواهد شد که تجارت او بسته شود. آیا فکر می کنید که محکمه میزان وجیبهٔ قراردادی وی را در این مورد تغیر دهد؟

٦,٤.توافق مبنی بر نفی حالت ناممکن شدن ایفای وجیبه

بالاخره قانون مدنی به اطراف قرارداد اجازه میدهد که مسئولیت را در مورد وقایع که ایفای وجیبه را ناممکن سازد به عهدهٔ طرف دیگری بگذارد مشروط بر اینکه آنها در این مورد در زمان انعقاد قرارداد موافقه نمایند.

قانون مدنی

ماده ۸۳۰

(۱) موافقت طرفین مبنی بر متحمل شدن متعهد از مسئولیت حوادث غیر مترقبه واسباب مجبره جواز دارد.

متعهد شخصی است که کالا یا خدمتی را دریافت می کند. اگر در زمان انعقاد قرارداد هر دوطرف قرارداد موافقت نمایند که در صورت وقوع حادثهٔ قوهٔ قهریه متعهد هنوز هم ملزم به ایفای وجیبه است، در آنصورت متعهد هنوز به ایفای وجیبه ملزم می شود. این مادهٔ قانون در زمان انعقاد قرارداد در مورد یک محصول که خطر بالا دارد بسیار مفید است. اگر بطور مثال سید از رسول بخواهد که او برایش توت بکارد ولی زمینیکه رسول برای کاشت توت بکار می برد بسیار مناسب نیست. البته

اگر دلیلی که زمین مذکور را برای پرورانیدن توت نامساعد میسازد این باشد که در آنجا گاهی اوقات حوادث طبیعی رخ میدهند که شروط بیرونی بودن و غیر قابل پیشبینی بودن را برآورده میسازند، رسول میتواند از منعقد ساختن چنین قراردادی صرفنظر کند. اما اگر سید موافقه نماید که حتی درصورتی که کدام حادثهٔ طبیعی باعث از بین رفتن محصولات مذکور شود باز هم پول رسول را خواهد پرداخت، در آنصورت رسول ممکن همچو قراردادی را منعقد سازد.

مادهٔ ۸۳۰ (۱) از این نظر جالب است که به نظر می رسد با مادهٔ ٦٩٦ قانون مدنی در تعارض است که این ماده بیان میدارد اشخاص خارج از دایرهٔ محکمه نمی توانند به تعیین قوهٔ قهریه موافقت کنند. چطور این دو ماده باهم تلفیق یافته میتوانند؟ از مثال ما در مورد حسن و قضیهٔ سیلاب به یاد بیاورید که تشخیص اینکه چه چیزی قوهٔ قهریه است یا نیست بهتر از طریق طیفی از درجات مختلف قابل تحلیل است تا در نظرداشت دو گروه متمایز از حالات ممکن. آنچه که مادهٔ ۸۳۰ (۱) بیان می دارد اینست که یک طرف قرارداد ممکن مسئولیت قوهٔ قهریه را به دوش بگیرد و معنی آن اینست که احتمال استدلال بر اساس قوهٔ قهریه به اندازهٔ قابل ملاحظه تضعیف شده زیرا شخص خود مسئولیت قوهٔ قهریه را به دوش دارد. ولی مادهٔ ٦٩٦ آخرین دفاعیه را در حالتی به اطراف قرارداد مهیا می سازد که واقعهٔ اضطراری فراتر از آنچه باشد که اطراف قرارداد به عنوان قوهٔ قهریه میدانستند. لذا علی الرغم پذیرش مسئولیت در حالت وقوع قوهٔ قهریه، مادهٔ ٦٩٦ به محکمه اجازه میدهد که تصمیم نهایی را در مورد آنچه که میان اطراف قرارداد عادلانه است با در نظر داشت اوضاع واقعهٔ اضطراری اتخاذ کند.

سوالات برای مباحثه

مادهٔ۸۳۰ (۱) قانون مدنی به " حوادث غیر مترقبه واسباب مجبره" اشاره دارد، در حالیکه مادهٔ ٦٩٦ به "حوادث استثنائی یا آفات طبیعی" اشاره دارد. آیا فکر می کنید که این تفاوت قابل ملاحظه است؟ به چه طریقی؟ چرا نویسندگان قانون مدنی این دو عبارات متفاوت را بکار برده است؟

فصل هفتم: حسن نیت

طرح موضوع

معمولاً اطراف قرار داد در جریان گفتگو بخاطر ایجاد قرار داد نیازمندی های خود را در نظر میگیرند. آنها در مورد موضوعاتی مثل مبلغ قرار داد ،زمان، قیمت و جبران خسارت در صورت نقض قرار داد با هم صحبت میکنند. این فصل محدودیتی را در ارتباط به مرحلۀ مذاکره قرار داد ها که عبارت از قاعده **حسن نیت** است را به شرح میگیرد. همان طور که توضیح خواهیم داد، قاعدۀ حسن نیت مفهوم بسیار مغلق است و به موضوعات و مفاهیم ارتباط میگیرد که شخص نباید در زمان ایجاد قرار داد و هم انجام قرارداد نسبت به دیگری غیر صادق و غیر منصفانه باشد. چنانچه این فصل را مطالعه میکنید، سوالات زیررا در نظر داشته باشید.

سوالات برای مطالعه

۱. چه چیزی در ذهن شما متبادر میگردد زمانیکه اصطلاح "حسن نیت" را میشنوید؟

۲. آیا باید بخاطر خارج شدن از مرحله گفتگوی قرار داد مویداتی وجود داشته باشد؟

۳. یک طرف قرار داد باید چه مقدار معلومات را به جانب دیگری در جریان مرحله مذاکره شریک سازد؟

٤. شما چگونه تشخیص میدهید که یک جانب قرار داد، مکلفیت های قرار دادی خود را بصورت منصفانه ایفا نموده است؟

بسیاری اصول حقوقی در حقوق قرارداد ها مشخص است. به طور مثال قواعد مربوط به ایجاب و قبول تقریباً بسیار واضح میسازد که چه چیزی قرار داد به حساب میرود. ولی قاعدۀ حسن نیت در حقوق قرار داد ها بسیار مبهم است. این قاعده مفهومی است که به مقصد باز داشتن یک شخص از سؤ استفاده از جانب دیگری قرار داد بکار می رود. مطابق دیدگاۀ یک صاحب نظر، "حسن نیت عبارت از داشتن مفکورۀ صادقانه است و در عبارات و مفاهیم مختلف معنای متفاوت را میداشته باشد از آنجمله معنی این قاعده نظر به نظام حقوقی (بطور مثال کامن لا و رومن ژرمنیک یا نظام مختلط)؛ یا نوعیت قرارداد (به طور مثال قرار داد تجارتی یا مصرفی)؛ یا هم نوعیت موضوع قرار داد (بطور مثال قرار داد بیمه، کار، بیع، خدمات مالی و امثال آن) فرق می کند."[۱۱۳] تعریف های مختلف از حسن نیت وجود دارد.[۱۱٤] در نهایت یک دانشمند برجستۀ حقوق مقایسوی بیان می کند که "درست است که اصطلاح حسن نیت معنی مشخص ندارد... ولی این قاعده به قضات و حکم ها وسیلۀ صلاحیتی به خاطر جستجوی مورد عدالت و انصاف را فراهم میسازد بدون این که به آنها بگوید چگونه این کار ها را انجام بدهند."[۱۱٥] یک حقوقدان دیگر اضافه میکند که حسن نیت "نقش پر کنندۀ خلا ها را بازی میکند خواه این خلا ها در اثر نبود مقررات یا در صورت موجودیت قواعد بسیار مغلق و پیچیده به میان آمده باشد."[۱۱٦]

---

[113] Roger Brownsword et al., "Good Faith in Contract," in Good Faith *in Contract: Concept and Context, ed. Roger Brownsword et al.* (Boston: Dartmouth Publishing Company, 1999), 3.

[114] For a survey of some of the definitions of good faith, see William Tetley, "Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering," *Journal of Maritime Law and Commerce* 35 (2004): 561-616.

[115] Friedrich K. Juenger, "Listening to Law Professions Talk About Good Faith: Some Afterthoughts," *Tulane Law Review* 69 (1995): 1254.

[116] Dr. Tariq Hassan, "The Principle of Good Faith in the Formation of Contracts," *Suffolk Transnational Law Journal* 5 (1980-81): 49.

نگاه مقایسوی به قاعدهٔ حسن نیت

۱. اصول مربوط به انستیوت بین المللی توحید حقوق خصوصی (**UNIDROIT Principles**) اصل کلی را در مورد حسن نیت بیان می دارد اینکه"(۱) هر جانب قرارداد باید با حسن نیت و رفتار منصفانه در تجارت بین المللی عمل کند. (۲) اطراف قرارداد این اصل را محدود یا ملغی ساخته نمی توانند."[۱۱۷]
۲. ولی **فرانسه** "نسبتا در قسمت پذیرش قاعدهٔ حسن نیت در مفهوم موسع آن بی اعتنا بوده است" در حالیکه حسن نیت در **جرمنی** "وسیلهٔ بسیار قوی در اختیار محاکم است بخاطر حفاظت از توقعات منصفانهٔ که از اثر عدم انجام عمل ایجاد میگردد."[۱۱۸]
۳. **قانون متحد الشکل تجارتی** که مراودات تجارتی را در امریکا تنظیم می کند حسن نیت را به مشابه "صداقت در عمل و رعایت معیار های تجارتی منصفانه در معاملات تجارتی" تعریف کرده است."

از آن جایکه حسن نیت مفهوم مغلق است و تعریف کردنش مشکل، لذا حقوق دانان به مفهومی متضاد آن که عبارت از سو نیت است مراجعه میکنند. اگر شخصی تشخیص بدهد که چه چیزی سؤنیت محسوب میشود، به گمان غالب عدم انجام دادن آن اعمال باید حسن نیت محسوب شود. یک شرح بسیار علمی در قسمت حسن نیت، سو نیت را به گونهٔ تعریف میکند که نبود روحیهٔ صداقت در قسمت مذاکره، عدم صداقت، عدم انجام کامل قرار داد، سؤ استفاده از قدرت در تعیین شرایط، و عدم همکاری با جانب مقابل در اجرای قرار داد عبارت از سؤ نیت میباشد."[۱۱۹] هر چند که این شرح خود قانون به حساب نمی رود، اما در هر حال دیدگاهٔ بسیار مفید را در قسمت انواع اعمال که با سؤ نیت مرتبط است را مشخص میسازد.

قانون مدنی

ماده ٦٩٧
عقد بر آنچه که شامل آن بوده و حسن نیت مقتضي آن باشد، نافذ میگردد. همچنان عقد علاوه از اینکه طرفین را به آنچه در عقد وارد گردیده ملزم میسازد، شامل تمام آنچه طبیعت وجیبه مطابق باحکم قانون، عرف و عدالت مقتضي آن باشد، نیز مي باشد.

مفهوم حسن نیت را بصورت صریح و ضمنی متوان در تمام بخش های قانون مدنی سراغ کرد. ماده ۶۹۸ قانون مدنی بنیاد حسن نیت و لازمه های آنرا در حقوق افغانستان میگذارد. این ماده به صورت صریح بیان میدارد که قرار داد های که با شرط حسن نیت همراه نباشد، تطبیق شده نمیتواند.[۱۲۰] بر علاوه مادهٔ ۹ قانون مدنی بیان میدارد که یک شخص زمانی مسئول است که منافع وی به مقایسهٔ ضرر که به دیگران وارد میکند نا چیز باشد. لذا اگر شخص از حق خود به گونه استفاده کند که برای وی منافع بسیار کم در مقابل ضرر بسیار زیادی را به جانب دیگر وارد سازد، قرارداد ممکن که قابل تطبیق باشد.[۱۲۱] هر چند مشکل است حسن نیت را بصورت دقیق تعریف کرد، ولی مهم است به یاد داشت که حسن نیت برخلاف سایر احکام حقوق قرار داد ها یک حکم الزامی است. اطراف قرار داد نمیتوانند موافقه کنند که حسن نیت در قرارداد وجود نداشته باشد. به عبارت دیگر، وجود این قاعده در تمام قرارداد ها الزامی است.

مفهوم حسن نیت همچنان در حقوق قرار داد های نظام حقوقی اسلام وجود دارد. یک صاحب نظر در این زمینه توضیح میدهد که با وجودیکه در حقوق اسلام اصطلاح حسن نیت به کار نرفته است، ولی مفهوم حسن نیت به صورت وسیع در

[117] *Ibid.*
[118] U.C.C. § 2-103(1)(b) (1977).
[119] *Ibid.*, cmt. D.
[120] The Civil Code, Article 697.
[121] The Civil Code, Article 9.

حقوق اسلام کاربرد دارد. حسن نیت در حقوق اسلام شامل مکلفیت رفتاری نوع دوستانه میباشد. این امر طبیعی است بخاطر که در حقوق اسلام خط واضح فاصل میان حقوق، اخلاق، و دین وجود ندارد. این قاعده در حقوق اسلام به منافع اجتماعی توجه دارد تا منافع انفرادی جوانب قرارداد."[۱۲۲] بطور مثال در سورهٔ نهم قسمت آیت هفتم قرآنکریم بیان گردیده که " تا با شما [بر سر عهد] پایدارند با آنان پایدار باشید زیرا خدا پرهیزگاران را دوست می‌دارد" و منابع عمده حاکی از آنست که این آیت قاعدهٔ حسن نیت در اسلام را بیان می کند.[۱۲۳] فصل مربوط به مروادات تجارت در قرآنکریم همچنان شدیداً حیله و نیرنگ را در معاملات تجارت ممنوع قرار میدهد.[۱۲٤]

این فصل حسن نیت را در دو مفهوم توضیح می کند: حسن نیت در جریان بستن قرارداد (که هنوز قرارداد بصورت رسمی منعقد نشده باشد) و حسن نیت در مرحلهٔ بعد از انعقاد قرارداد.

۱. حسن نیت در مرحله انعقاد قرار داد ها

حقوق قراردادها آزادی اطراف قرار داد را تضمین می کند تا آنها تصمیم بگیرند اینکه قرار داد را منعقد بسازند یا خیر. اما چنین آزادی کاملاً بدون قید و شرط نیست. همانطور که یک صاحب نظر حقوق مینویسد، "رعایت قیدگیرانهٔ اصل آزادی قرارداد ها ممکن سبب شود که شخص اصول بازی را تغییر دهد."[۱۲۵] به لحاظ تاریخی حقوق قرار داد ها معمولاً از دو نقطه نظر دیده شده است.[۱۲٦] یا اینکه قراردادی از طریق ایجاب و قبول صحیح منعقد شده و یا اینکه چنین قرار دادی منعقد نشده است. اما در دنیای امروزی این موضوع فوق العاده پیچیده است. مرحلهٔ انعقاد قرارداد ها معمولاً بین شرکت ها و نهاد های بزرگ و پیچیده ممکن بسیار مغلق و وقت گیر باشد. بطور مثال تصور کنید که شرکت های مایکروسافت و گوگل علاقه دارد که با هم مدغم شود. این تصمیم زمان و تلاش زیادی را برای هر دو شرکت بخاطر تشخیص مفیدیت چنین ادغام در بر خواهد داشت. اگر بعد از چند روز تحقیق در مورد شرکت مقابل، شرکت گوگل تصمیم بگیرد که این مرحلهٔ مذاکره را ختم کند آیا باید گوگل مجازت شود؟ چطور اگر این مرحله مذاکره برای ماه ها طول کشیده باشد؟ نظر تان چیست اگر شرکت ها تقریباً یک روز از انعقاد قرار داد فاصله داشته باشد، آیا هنوز هم باید محدودیتی برای منصرف شدن از انعقاد قرارداد وجود داشته باشد؟ مفهوم حسن نیت در اینجا بخاطر رعایت تعادل بین اصل آزادی قرارداد و جلو گیری از اعمالی است (که ممکن توسط یکی انجام یافته و بسیار گزاف و وقت گیر بوده باشد) در حالیکه جانب دیگری قرار داد توقع انعقاد قرار داد را داشته باشد.

نظریه حسن نیت مخصوصاً در چهار چوب حقوق وجایب ریشه در حقوق وجایب آلمان ها دارد. نظریه حاکمیت اراده (culpa in contrahendo) بیان میدارد که شخص بخاطر ضرری که در اثر تقصیر او در جریان مرحله انعقاد قرار داد وارد کرده مسئول میباشد.[۱۲۷] توجیه این قایده چنین بوده است که در حالیکه اطراف قرار داد آزادی تعیین جانب مقابل قرارداد را دارند، به یک جانب قرار داد نباید اجازه داده شود که به صورت فوری در حالیکه جانب مقابل توقع انعقاد قرار داد و آثار آن را داشته باشد از قرار داد عقب نشینی نماید. هر چند بسیار عجیب به نظر میرسد که یکی از اطراف قرار داد

[122] Hossam A. El-Saghir, "The Interpretation of the CISG in the Arab World" Pace Law School Institute of International Commercial Law (2008), accessed February 11, 2013, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/el-saghir.html#c
[123] Saba Habachy, "Property, Right, and Contract in Muslim Law," *Columbia Law Review* 62 (1962): 465.
[124] Fatima Akaddaf, "Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) to Arab Islamic Countries: Is the CISG Compatible with Islamic Law Principles?," *Pace International Law Review* 13 (2001): 31, accessed February 13, 2013, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/akaddaf.html.
[125] Nili Cohen, "Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate," in *Good Faith and Fault in Contract Law*, eds. Jack Beatson and Daniel Friedman (New York: Oxford University Press, 1995), 27.
[126] For useful theoretical background, see E. Allan Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations," *Columbia Law Review* 87 (1987): 217-94.
[127] Dr. Tariq Hassan, "The Principle of Good Faith in the Formation of Contracts," *Suffolk Transnational Law Journal* 5 (1980-81): 3-7. While common law jurisdictions generally do not recognize *culpa in contrahendo*, the doctrine of promissory estoppel performs a very similar role. Mohamed Yehia Mattar, "Promissory Estoppel: Common Law Wine in Civil Law Bottles," *Tulane Civil Law Forum* 4 (1988): 71-150.

را به این تعهد مواخذه کرد. یک توجیه این است که اطراف قرار داد از طریق مذاکره داخل یک رابطهٔ از اعتماد و صداقت بخاطر ایجاد قرار داد میگردند.[۱۲۸]

حقوق مقایسوی: حسن نیت در مرحله انعقاد قرار داد

۱. در ایتالیا قانون مدنی حکمی را در بردارد که مرحله انعقاد قرار داد ها را مانند مرحله انجام قرار داد ها باید با حسن نیت توأم باشد.

۲. انستیوت بین المللی توحید حقوق خصوصی یک حاشیه در مورد قوانین تجارتی نوشته که در آن ماده ۲/۱/۱۵ بیان میدارد: (۱) هر طرف براي مذاکره آزاد است و مسؤول ناکامی در دستیابی به توافق نیست. (۲) با این وجود، طرفی که انجام یا قطع مذاکره را با سوء نیت همراه میسازد، مسؤول زیانهایی است که موجب شده است بر طرف دیگر وارد شود. (۳) به ویژه این امر براي یک طرف سوء نیت محسوب میشود که با قصد عدم دستیابی به توافق با طرف دیگر، وارد مذاکره شود یا آن را ادامه دهد.[۱۲۹]

همیشه واضح نیست که تعادل میان آزادی نبستن قرار داد و اصل حسن نیت در انعقاد قرار داد ها را تشخیص داد. یک مثال بسیار جالب در این زمینه مسئولیت افشا سازی در انعقاد قرار داد ها است. زمانیکه شما در مرحله انعقاد قرارداد هستید چه مقداری از معلومات را باید افشا سازید؟ خط فاصل میان مذاکره زیرکانه و سؤ نیت در چی است؟ اگر شما موتری را میفروشید، آیا مجبور هستید که مشکلی را که انجن موتر شما دارد به جانب مقابل افشا سازید؟ آیا مجبور هستید یک زنگ زده گی را در قسمت داخلی موتر خود افشا سازید؟ یک معیار که از حقوقی فرانسه استخراج شده این است که طرف قرارداد باید معلومات "مرتبط" به شرایطی را که قرارداد بر اساس آن منعقد میشود را به جانب مقابل افشا نماید. مثال زیر را در نظر بگیرد.

سوالات برای مباحثه

۱. **مثال نقاشی**: فهیم یک نقاشی دارد و میخواهد آنرا بفروشد. او فکر میکند که احتمالاًا این نقاشی توسط کمالدین بهزاد ساخته شده است. به این لحاظ او یک متخصص که در زمینهٔ شناخت آثار هنری از قرن ۱۶ هنر افغانستان تخصص دارد را استخدام میکند. وی مشخص میسازند که احتمال بسیار خوبی وجود دارد که این اثر توسط بهزاد نقاشی شده باشد. لذا نقاشی به عنوان اثر مستند و حقیقی بهزاد به مزایده گذاشته شده که رسول این نقاشی را به ۵۰۰ میلیون افغانی خریداری میکند. بلاخره یک تعدادی از باستان شناسان به معلوماتی دست میابند که ثابت میسازد بهزاد احتمالاً نمی توانسته که چنین تصویر را نقاشی کرده باشد. حالا قیمت نقاشی به ۲۵۰۰۰ افغانی تنقیص کرده است. رسول علیه فهیم اقامه دعوا نموده و مدعی است که او با صداقت و درستی مشخصات نقاشی را بیان نداشته و نگفته بود که متخصص مربوطه با یقین کامل می توانست بگوید که این نقاشی توسط بهزاد صورت گرفته است. آیا رسول در این دعوا برنده خواهد شد؟ احتمال دارد که وی برنده شود. حقایق این قضیه از یک قضیهٔ بسیار مشهور فرانسوی اقتباس شده است. در حالی که در حقوق فرانسه وجیبهٔ افشا گری بسیار وسیع است، اما تفاوت میان خریدن یک اثر هنری که صد در صد توسط بهزاد ساخته شده و اثری که احتمالاً توسط بهزاد کشیده شده باشد وجود دارد. این که این اثر به احتمال ممکن

[128] Dr. Tariq Hassan, "The Principle of Good Faith in the Formation of Contracts," *Suffolk Transnational Law Journal* 5 (1980-81): 5.
[129] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010) Article 2.1.15, accessed February 11, 2013, http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf.

توسط بهزاد نقاشی نشده باشد سبب میشود که در رسول متقاعد شود تا از خریدن آن صرفنظر کند یا حد اقل در قسمت قیمت آن تجدید نظر کند.[۱۳۰]

۲. **مثال اخذ قرضه:** رجب الله به دفتر بانک درمحل خود می رود تا در رابطه به اخذ قرضهٔ بانکی برای کار خود صحبت کند. دفتر مرکزی بانک که در شهر دیگری قراردارد به نمایندهٔ محلی بانک اجازه مذاکره را در این زمینه می دهد. بعد از چند ماه به نظر می رسد که رجب الله و بانک محلی به توافقی در زمینهٔ قرضه دهی دست می یابند. بانک محلی نسخهٔ نهایی قرارداد را تهیه و آنرا به رجب الله برای امضا می فرستد. ولی در آخرین دقایق بانک محلی به رجب الله اطلاع می دهد که بانک مرکزی هم باید قرضه و قرارداد را تائید کند که بانک مرکزی از انجام اینکار ابا می ورزد.

آیا باید بانک بخاطر نقض حسن نیت در قرارداد مسئول دانسته شود؟ به احتمال زیاد بلی. یک محکمه در سویس حکم کرد که در حالتیکه هر دوطرف قرارداد بدون ارائهٔ دلیلی مذاکره را ترک نمایند، هر جانب قرارداد مکلفیتی دارد که "جانب مقابل را مطلع سازد که تا چه حدی یا کدام شرایطی تصمیم وی مبنی به انعقاد قرارداد را مبتنی به شرایط خاص متاثر خواهد ساخت."۱۳۱

پاسخ به قضیهٔ فرضی

۱. احتمالاً بلی. حقایق این قضیه از یک قضیهٔ عینی در فرانسه اقتباس شده است. در حالیکه مسئولیت افشا ساختن در حقوق فرانسه بسیار وسیع است، ولی در هر صورت تفاوت زیاد میان خریدن نقاشی که به یقین توسط بهزاد تهیه شده و یا اینکه صرف احتمال تهیهٔ آن توسط بهزاد می رود وجود دارد. این که این اثر به احتمال ممکن توسط بهزاد نقاشی نشده باشد سبب میشود که در رسول متقاعد شود تا از خریدن آن صرفنظر کند یا حد اقل در قسمت قیمت آن تجدید نظر کند.[۱۳۲]

۲. به احتمال بسیار زیاد بلی. یک محکمه در سویس حکم کرد که در حالتیکه هر دوطرف قرارداد بدون ارائهٔ دلیلی مذاکره را ترک نمایند، هر جانب قرارداد مکلفیتی دارد که "جانب مقابل را مطلع سازد که تا چه حدی یا کدام شرایطی تصمیم وی مبنی به انعقاد قرارداد را مبتنی به شرایط خاص متاثر خواهد ساخت."۱۳۳

۲. حسن نیت بعد از وجود قرارداد

همانطوریکه در بخش قبلی بیان شد، قسمتی از دکترین حسن نیت ارتباط میان اطراف قرارداد را قبل از وجود قرارداد به بحث می گیرد. این دکترین بعد از اینکه قرارداد شکل می گیرد نیز کاربرد دارد. در ارتباط به حسن نیت در قبال انجام

[130] For the facts of the French case and a description of French disclosure law, see Muriel Fabre-Magnan, "Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis," in *Good Faith and Contract Law*, eds. Jack Beatson and Daniel Friedman (New York: Oxford University Press, 1995), 99-122.

[131] The facts are drawn loosely from the case Escophon AG v. Bank in Langenthal, Bundesgericht, Switz., 105 BGE II 75, 80, 128 J.T. I 66, 70 (1979), which is discussed in E. Allan Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations," *Columbia Law Review* 87 (1987): 235.

[132] For the facts of the French case and a description of French disclosure law, see Muriel Fabre-Magnan, "Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis," in *Good Faith and Contract Law*, eds. Jack Beatson and Daniel Friedman (New York: Oxford University Press, 1995), 99-122.

[133] The facts are drawn loosely from the case Escophon AG v. Bank in Langenthal, Bundesgericht, Switz., 105 BGE II 75, 80, 128 J.T. I 66, 70 (1979), which is discussed in E. Allan Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations," *Columbia Law Review* 87 (1987): 235.

قرارداد می توان از دو زاویه نگاه کرد. [۱۳۴] یک نوع نگرش درونی یا **subjective** است. این نوع نگرش به وضعیت ذهنی جانب قرارداد توجه دارد. آیا طرف قصد داشته که نفع غیر منصفانه را از قرارداد بدست بیاورد مثلاً از طریق انقعاد قرارداد ولی در حالیکه قصد عدم انجام آنرا داشته بود؟ نگرش دومی نگرش بیرونی یا **objective** است. در این طرز نگرش، آنچه که مهم است طرز فکر جانب قرارداد نه بلکه شرایط عینی قرارداد است. بطور مثال اگر لطیف موافقت کند که حیوانی را به پیمان به قیمت سه برابر بیشتر از قیمت بازار بفروشد، این عمل ممکن که حسن نیت به مفهوم بیرونی آنرا نقض کرده باشد بخاطریکه قیمت فروش به تناسب زیاد از قیمت بازار تفاوت داشته و نمایانگر قصد لطیف مبنی به انتفاع غیر منصفانه از پیمان می باشد ولی این موضوع صرف به ارتباط تفاوت قیمت مطرح است (و نه قصد لطیف). تفاوت فاحش در قیمت که بنام غبن هم یاد می شود در فصل بعدی توضیح گردیده است. در افغانستان هر دو شیوهٔ درونی و بیرونی محاسبهٔ حسن نیت در قبال سنجش رفتار افراد مطرح است.

قوانین افغانستان مقرراتی را در بر دارند که محاکم را در تطبیق انصاف در قرارداد ها کمک می کند. از نقطه نظر درونی، قانون مدنی موادی دارد که اشخاص را در قبال فریب و اکراه محافظت می کند. بطور مثال مادهٔ ۵۰۵ قانون مدنی حکم می کند که قرارداد ها باید درعدم وجود اکراه منعقد شود.[۱۳۵] **اکراه** به عنوان تهدید برای وادار ساختن شخص به انجام امری خلاف میل یا قضاوت وی تعریف میگردد.[۱۳۶] به همین منوال مادهٔ ۵۷۰ فریب را که امری ممنوع است طوری تعریف می کند که استفاده از وسایل خدعه آمیز به منظور اقناع شخص به انعقاد قرارداد می باشد طوریکه در عدم استفاده خدعه شخص قرارداد را منعقد نمی ساخت.[۱۳۷] این عمل ایجاب قصد فریفتن شخص مقابل را می کند. فریب و اکراه به تفصیل بیشتر در فصل بعدی تشریح گردیده است.

قسمت های دیگر قانون مدنی به نظر می رسد که نگرش بیرونی را در نظر داشته باشد. نگرش بیرونی حسن نیت به شرایط قرارداد نگاه داشته تا دریابد که شرایط غیر منصفانه است یا خیر و نه به حالت ذهنی اطراف قرارداد. مادهٔ ۵۷۱ قانون مدنی بطور مثال حکم می کند که قیمت زمانی فاحش شمرده می شود که تفاوت میان ارزش واقعی یک کال با قیمت فروخته شده مال در زمان انعقاد قرارداد به ۱۵ در صد یا بیشتر برسد.[۱۳۸] درسطح وسیع تر، فقرهٔ دوم مادهٔ ۵۰۲ قانون مدنی بیان می دارد که شرط صحت قرارداد بر موافقت قرارداد با آداب و نظام عامه وابسته است.[۱۳۹] همینطور مادهٔ ۵۹۰ حکم می کند که وجیبهٔ که مخالف نظام و آداب عامه باشد باطل است.[۱۴۰] بالاخره مادهٔ ۶۰۸ قانون مدنی بیان می دارد که شرطیکه از آن اطراف قرارداد منتفع نشوند باطل است.[۱۴۱] هر یک از این احکام محاکم را قادر می سازد شرایط ماهوی یک قرارداد را به دقت مطالعه کرده بدون اینکه حالت ذهنی اطراف قرارداد را در نظر داشته باشد.

مشکل حسن نیت در قضیهٔ پرداخت قرضه به حسن[۱۴۲]

یک بانک درافغانستان به حَسن قرضه عندالمطالبه میدهد و یکی از شرایط قرضه اینست که حسن باید بانک را در جریان هر آن معاملهٔ قراردهد که پول آن از این قرضه تادیه می گردد. حسن به بانک احوال میدهد که او مصمم است تا از این پول قرضه موتری را در تاریخ دوم ماه می به ساعت ٤ بعد از ظهر خریداری کرده و سپس موتر را چند روز بعد دوباره

[134] See generally E. Allan Farnsworth, "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code," *The University of Chicago Law Review* 30 (1962): 666-79. Although Professor Farnsworth's article is in the context of the United States' Uniform Commercial Code, it provides a useful history and theoretical framing of the debate between the objective and subjective interpretation of good faith.
[135] The Civil Code, Article 505.
[136] Black's Law Dictionary (9th ed. 2009).
[137] The Civil Code, Article 570.
[138] The Civil Code, Article 571.
[139] The Civil Code, Article 502, Clause 2.
[140] The Civil Code, Article 590.
[141] The Civil Code, Article 608.
[142] This example is adapted from the Canadian case of Houle v. National Bank of Canada (1990), SCC, Civil, L'Heureux-Dubé J.

بفروشد. ولی بانک به حَسن به روز دوم ماه می حوالی ساعت ۱۲ ظهر احوال میدهد که بانک مصمم است که قرضه را دوباره مطالبه کند که آنها اینکار را در ساعت ۳ بعد از ظهر همان روز انجام میدهند. حسن نمی تواند معاملهٔ را که در نظر داشت انجام بدهد.

هرچند که بانک براساس شرایط قرارداد اجازه دارد که قرضه را هرزمانی که بخواهد مطالبه کند، آیا بانک در این مثال مکلفیت حسن نیت را نقض کرده است؟

پاسخ به قضیهٔ حسن نیت

بلی. بانک به احتمال زیاد مکلفیت حسن نیت را نقض کرده است. در این مثال منفعتی را که بانک از مسترد ساختن قرضه به دست می آورد نسبت به ضرری که این کار به حسن وارد می سازد بسیار ناچیز است. لذا مادهٔ ۹ و ٦٩٧ در جهت تخفیف ضرر وارده به حسن در صورت استرداد قرضه توسط بانک عمل می کند.

۳. جبران خساره در صورت نقض حسن نیت

اگر محکمه دریابد که یک جانب قرارداد با حسن نیت عمل نکرده، جبران خساره به جانب مقابل باید چه چیزی باشد؟ همانطوریکه در بخش مربوط به جبران خساره توضیح میگردد، دو نوع جبران خساره وجود دارد: جبران خسارت اتکایی (**reliance damages**) و جبران خسارت متوقعه (**expectation damages**). جبران خسارت اتکایی عبارت از آنچه است که جانب قرارداد در جریان مذاکرهٔ قرارداد سرمایه گذاری کرده ولی خسارت متوقعه منفعتی است که جانب قرارداد در صورت اجرای قرارداد توسط هر دو جانب بدست می آورد. تصور کنید که یک شرکت تولیدی قراردادی را منعقد می سازد که از آن قرارداد توقع ۵۰۰ میلیون افغانی نفع را دارد. بخاطر انعقاد و اجرایی ساختن قرارداد، شرکت مذکور مبلغ ۲۵ میلیون افغانی را صرف پرداخت به حقوقدانان، مشاورین و غیره ساخته است. اگر مسئلهٔ نقض قرارداد مطرح گردد، خسارت اتکایی شرکت 25 میلیون افغانی است و آن مبلغی است که شخص در قرارداد سرمایه گذاری کرده است در حالیکه جبران خسارت متوقعه شرکت ۵۰۰ میلیون افغانی خواهد بود.

در بحث مربوط به حسن نیت، محکمه به جبران خسارت اتکایی که مصارفی است که جانب دیگر در مذاکرهٔ قرارداد متحمل شده حکم خواهد کرد ولی نه به منافع که قرارداد ممکن در پی می داشت. محاکم تنها به خسارت اتکایی حکم میکند زیرا اگر اطراف قرارداد با حسن نیت عمل می کردند، احتمال می رفت که توافق اصلا صورت هم نمی گرفت.[۱۴۳] لذا غیر منصفانه است که با جانب دیگر قرارداد نفع کامل قرارداد را تادیه کرد.

[143] Friedrich Kessler and Edith Fine, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative," *Harvard Law Review* 77 (1964): 418.

فصل هشتم: تفسیر

طرح موضوع

این چند فصل اخیر بالای وجایبی تمرکز میکنند که بالاثر قرارداد برای طرفین ایجاد میشوند. در این فصل خواهید خواند که زمانیکه در اثر نقض قرارداد یا بروز منازعه میان طرفین قضیه جهت حل و فصل به محکمه احاله گردد، چی واقع میشود. به خاطر باید داشت که اکثر منازعات مربوط قرارداد ها هیچگاهی به محکمه نمیرسند؛ زیرا طرفین قرارداد وجایب برخاسته از قرارداد را بنحوی احسن به انجام میرسانند ویا هم بدیل دیگری را برای حل منازعه در می یابند. مع الوصف، فصل حاضر بالای چگونگی حل و فصل دعاوی قراردادها توسط محاکم بحث میکند. برای اینکه مشکلاتی را که حین تفسیر قرارداد بمیان می آیند خوبتر درک نموده باشید، تمرین ذیل را در مورد قرارداد ها انجام دهید.

تمرین انعقاد قرارداد

در صنف با همصنفی دیگر تان یکجا شوید. در این تمرین بپندارید که یک جانب کارمند ادارهٔ مکتب است و جانب دیگر معلم است. در این تمرین بالای قرارداد استخدام مذاکره و مفاهمه کنید و مسودهٔ آنرا تهیه نمائید.

در حین مفاهمه موارد ذیل را به خاطر داشته باشید:

۱. شما خواهان کدام شرایط هستید که باید در قرارداد گنجانیده شوند؟

۲. آیا مواردی وجود دارند که نمی خواهید در قرارداد شامل گردند؟

قرارداد خود را با گروه دیگر تبادله کنید. قرارداد گروه دیگر را بخوانید و به سؤالات ذیل پاسخ بدهید:

۱. آیا در این قرارداد کلمات یا احکام مبهم وجود دارند؟ به نظر شما محکمه کلمه یا حکم مذکور را چگونه تفسیر خواهد کرد؟

۲. آیا موضوعی وجود دارد که گروه مذکور آنرا فراموش کرده باشد تا در قرارداد بگنجاند؟ هرگاه بالای موضوع قرارداد منازعه بوجود آید، به نظر شما محکمه آنرا چگونه حل و فصل خواهد کرد؟

قرارداد در واقع توافق میان جانبین مبنی بر به عهده گرفتن یک سلسله وجایب خاص است. اما قراردادها در همهٔ موارد کامل نمیباشند. یک دلیل عمدهٔ بروز منازعات در قراردادها همانا اختلاف بر سر معنای الفاظ است. اساساً اختلافات به دو کتگوری بزرگ تقسیم میشوند: اختلاف در تفسیر کلمات بکار رفته در قرارداد و اختلاف در این باب که هرگاه قرارداد در قبال یک مورد مشخص صراحت نداشته باشد، مورد مذکور چگونه تفسیر خواهد گردید. فصل حاضر هردو مورد را مورد بحث قرار میدهد.

۱. مشکلات در تفسیر: معلوم نمودن معانی الفاظ در قرارداد

بخشی از منازعات قراردادها را آندسته از منازعات تشکیل میدهند که در پیوند با معانی الفاظ بکار رفته در قرارداد بروز میکنند. در یک قضیهٔ که در این باب بسیار مشهور است[۱۴۴] طرفین قرارداد بالای معنای کلمهٔ "مرغ" در یک قرارداد عرضهٔ گوشت اختلاف نمودند. جانب اولی قرارداد فکر میکرد که جهت تنفیذ قرارداد گوشت هر نوع مرغ را فرستاده میتواند ولي جانب دیگر اصرار داشت که مقصود اش از کلمهٔ "مرغ" گوشت چوچه مرغ است.

چنانچه در فصول قبلی یادآور شدیم، هدف طرفین قرارداد از منعقد ساختن قرارداد این است که یک موافقهٔ تعریف شده و قابل تنفیذ را بوجود بیاورند. زمانیکه یک جانب قرارداد ناراضی میشود، میتواند جهت حل و فصل منازعه به محکمه مراجعه کند.[۱۴۵] زمانیکه قاضی با انواع مختلف تفاسیر یک قرارداد روبرو گردد، کدام تفسیر را باید مرجح بشمارد؟ قانون مدنی حاوی ماده هاییست که قضات را در تفسیر قراردادها یاری میرسانند، چنانچه یک مبصر میگوید: "حقوق مدنی بر مبنای قوانینی استوار اند که حاوی قواعد و مفاهم از نقطه نظر منطقی باهم مرتبط هستند، چنانچه از عمومیات آغاز نموده و آهسته آهسته بطرف اصول خاص حرکت میکنند. وکیل حقوق مدنی معمولاً یک هنجار حقوقی را که در قانون صراحت داشته باشد مبدای کار خود قرار داده و از طریق استنباط و استنتاج خود را به در قبال قضیه به نتیجه میرساند."[۱۴۶] برای فهمیدن اینکه محاکم قراردادها را چگونه تفسیر میکنند، ماده های ۷۹۵ و ۷۰۶ را بخوانید.

قانون مدنی

مادهٔ ۷۰۵
اصل در عقد، رضای متعاقدین و نتیجهٔ آنچه که بواسطه عقد بالای خود لازم ساخته اند، میباشد.

مادهٔ ۷۰۶
در عقود با رعایت ارادهٔ ظاهر متعاقدین، به مقاصد و معانی اعتبار داده میشود، نه به الفاظ و حرف.

زمانیکه یک قاضی مطابق به قانون مدنی در رابطه با تفاسیر معارض الفاظ ذکر شده در قرارداد فیصله میکند، باید به **نیت** هردو جانب توجه کند. این موضوع در ختم همین فصل با تفصیل بیشتر تذکر یافته است. مادهٔ ۷۰۵ قانون مدنی بالای مقصود هردو جانب قرارداد تاکید میکند. لازم است قاضی برای خود مبرهن سازد که در زمان انعقاد قرارداد مقصود هردو جانب قرارداد چی بود هرچند فعلاً مهبم یا نا معقول جلوه میکند. بگونهٔ مثال، چنین بپندارید که نبیل و صدف یک قرارداد را منعقد میسازند که به اساس آن نبیل باید هر ماه از صدف یک درجن انار "به قیمت منصفانهٔ بازار" خریداری کند. قرارداد برای مدت نه ماه منعقد گردیده است و در هشت ماه نخست قرارداد نبیل یک درجن انار را به قیمت ۶۰۰ افغانی بدون کدام مشکل خریداری میکند. اما یک روز صدف به نبیل میگوید که به سبب خشکسالی قیمت انار در بازار بلند رفته است و حال قیمت یک درجن انار ۵۰۰۰ افغانی است. نبیل از پرداخت پول خودداری میکند و دعوی به محکمه راجع میشود. آیا نبیل مکلف است تا ۵۰۰۰ افغانی را پرداخت نماید؟ شما "قیمت منصفانهٔ بازار" را چگونه تفسیر میکنید؟ به نظر شما در زمان انعقاد قرارداد آیا نبیل می پذیرفت که "قیمت منصفانهٔ بازار" را بپردازد ولو این قیمت ۵۰۰۰ افغانی فی درجن باشد؟

مادهٔ ۷۰۶ قانون مدنی به یک اصل مشابه اشاره میکند. این ماده بیان میدارد که به مقصود و معنی جانبین قرارداد اعتبار داده میشود نه به الفاظ و حروف. هرگاه یک کارفرما و یک کارمند قراردادی را منعقد سازند که بر بنیاد آن کارمند در بدل ۵۰۰ افغانی فی ساعت کار میکند اما در متن قرارداد فی ساعت ۵۰ افغانی اجرت ذکر شده باشد، کارفرما نمی تواند برای

---

[144] Frigaliment Importing Co. v. B.N.S. International Sales Corp., 190 F. Supp. 116 (S.D.N.Y. 1960).

[۱۴۵] این مفکوره در مادهٔ ۷۱۸ قانون مدنی ذکر شده است که بیان میدارد که حکم با پیدا شدن علت پیدا و با از میان رفتن آن از میان میرود.

[146] Caslav Pejovic. "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal," *Victoria University of Wellington Law Review* 32 (2001): 820. *Ibid.* برعکس، در حقوق کامن لا حقوقدان "کار را از قضیهٔ اصلی آغاز میکند و آنرا با قضایای حقوقی مشابه قبلاً مدار حکم محکمه قرار گرفته اند مقایسه میکند و با شیوهٔ قیاس از رویهٔ قضایی قاعدهٔ حقوقی الزامی وضع میشود."

اثبات این مطلب که باید برای کارمند فی ساعت ۵۰ افغانی داده شود، بالای متن قرارداد استدلال کند. هرگاه نیت هردو جانب قرارداد ۵۰۰ افغانی فی ساعت باشد، یک غلطی املایی در قرارداد مانع اجرای وجیبهٔ کارفرما شده نمی تواند. همچنان مادهٔ ۷۰۷ قانون مدنی صراحت دارد که در قرارداد های شفاهی معنای حقیقی بر معنای مجازی اعتبار دارد مگر اینکه معنای اصلی متعذر باشد.[۱۴۷] فرض کنید شخصی قرارداد خرید یک موتر به یک قیمت معین را منعقد میسازد. در این مورد یک جانب قرارداد نمی تواند به جانب دیگر بعوض موتر یک کمپیوتر بدهد و بعد استدلال کند که "موتر" در حقیقت "کمپیوتر" معنا میدهد." اگر این کار مجاز می بود برای هردو جانب قرارداد بسیار آسان میشد تا هر زمانی که از قرارداد خوش نمی بودند میگفتند که "در حقیقت مقصود ما چیز دیگری بود".

در مادل ۷۰۸ قانون مدنی نیز موضوع مشابه تذکر یافته است که در مورد تمام قرارداد ها صدق میکند، خواه تحریری باشند یا شفاهی یا بنحو دیگری. این ماده بیان میدارد که دلالت در مقابل صراحت فاقد اعتبار است. به عبارت دیگر، در مقابل دلالت به صراحت اعتبار داده میشود. هرگاه متعاقدین قراردادی را برای ۱۰۰۰ افغانی منعقد سازند و یک جانب بگوید که قرارداد برای ۵۰۰ افغانی منعقد شده است، این حرف وی حایز اعتبار نیست زیرا قیمت در قرارداد تسجیل گردیده است. قانون مدنی در مورد صفت قرارداد در محکمه حاوی احکام مشابه است. مادهٔ ۷۱۴ صراحت دارد که صفت در حاضر لغو است و در غایب اعتبار دارد.[۱۴۸] هرگاه دوجانب بالای اصل بودن یک ساعت اختلاف داشته باشند، اگر خود ساعت موجود باشد بر صفت اصل بودن یا نبودن خود مقدم است. هرگاه این ساعت موجود نباشد محکمه جهت حل دعوی به صفت مال مراجعه میکند.

اگر در یک قرارداد به حل یک مشکل اشاره شده باشد اما جانبین بر معنای آن اختلاف داشته باشند چی واقع میشود؟ قرارداد فرضی حفر معدن را در ذیل مطالعه کنید.

مثال مفروض قرارداد حفر معدن[۱۴۹]

فرض کنید که مالک زمین ملکیت خود را به یک شرکت معدنکاری به اجاره میدهد تا شرکت مذکور در آن معدن را حفر کند. مدت قرارداد ۲۵ سال است. مطابق به قرارداد شرکت معدنکاری در مقابل هر تن موادی که از معدن استخراج میکند یک مبلغ ثابت پول را به مالک زمین میپردازد که این قیمت تابع یک شاخص است که در قرارداد تنظیم گردیده است. قرارداد مذکور در حصهٔ تمدید دارای یک ماده به شرح ذیل است:

"این قرارداد به تاریخ بیست و پنجمین سالگرد امضای آن از اعتبار ساقط میشود. شرکت معدنکاری حق دارد تا قرارداد را - به عین شرایط - تمدید کند اگر ارادهٔ خود در این قبال را یک سال قبل از تاریخ انقضای قرارداد به جانب مقابل ابلاغ نماید."

شرکت معدنکاری در میعاد موعود به مالک زمین خبر میدهد که ارادهٔ تمدید قرارداد "به عین شرایط" را دارد که عین قیمت نیز در آن شامل است. مالک زمین بر این تمدید اعتراض میکند و درخواست میکند که شرایط مالی قرارداد بازنگری شوند.

اگر شما شرکت معدنکاری میبودید قوی ترین استدلال تان چی میبود؟ اگر مالک زمین می بودید چطور؟

[147] The Civil Code, Article 707.
[148] The Civil Code, Article 714.
[149] Giuditta Cordero Moss, "Lectures on Comparative Law of Contracts," accessed February 11, 2013, http://folk.uio.no/giudittm/PCL_Vol15_3%5B1%5D.pdf.

قانون مدنی در همچو موارد هردو جانب قرارداد را تشویق میکند که در زمان تحریر قرارداد از دقت کار گیرند تا از ابهامات نظیر مثال فوق جلوگیری صورت گیرد. مادۀ ۷۱۱ مشعر است که اعمال کلام بهتر از اهمال آن است. زمانیکه کلام در قرارداد شامل باشد، محاکم عموماً سعی میکنند تا قرارداد را طوری تفسیر کنند که بر همان کلامی که در قرارداد ذکر گردیده عمل صورت گیرد نه اینکه کلام از قرارداد خارج ساخته شود. مثلاً اگر حکومت افغانستان قرارداد خریداری ۵۰۰ آیفون به رنگ سفید را منعقد سازد، محکمه به گمان غالب حکم خواهد کرد که آیفون ها رنگ سفید داشته باشند نه رنگ دیگری. اگر رنگ آیفون برای طرفین اهمیت نمیداشت چرا آنرا در قرارداد ذکر میکردند؟ به همین دلیل محاکم سعی میورزند تا تمام الفاظ قرارداد را مراعات کنند.

در ختم این بخش ذیلاً چوکات "قانون قرارداد ها و مؤثریت اقتصادی" را مطالعه کنید. آیا شما با قاضی پوسنر موافق هستید؟ چرا موافق هستید یا چرا نیستید؟

خوانش پیشرفته: قانون قراردادها و مؤثریت اقتصادی[۱۵۰]

قانون قراردادها چرا وجود دارد؟ اگر طرفین قرارداد برای حل و فصل منازعات برخاسته از قرارداد به قانون مراجعه کرده نمی توانستند چی واقع میشد؟ قاضی ریچارد پوسنر، یک مبصر مشهور قراردادها در امریکا، تشریح میکند که چرا قانون قراردادها برای تامین موثریت اقتصادی مهم است:

نظامی که در آن قراردادها قابل تنفیذ نمی بودند یک نظام موثر بوده نمی توانست. علاوه بر مصارف نهادهای قرضه دهنده و هدر رفتن تضمین ها (بخصوص بدین لحاظ که برای پس دادن تضمین کسی مجبور ساخته شده نمیتوانست) محافظت خودی نیز اکثراً ناکام میگردید. علاوه بر اینکه کسی که میخواست قرارداد خود را نقض کند این موضوع را در نظر میگرفت که با این کارش امکان اینکه در آینده کسی با او قرارداد کند کاهش خواهد یافت، اما ممکن مفاد نقض قرارداد از این مفاد بزرگتر میبود. ممکن وی بسیار کهن سال باشد؛ (یک نکتۀ ذیربط) ممکن یک قرارداد خاص تمام قراردادهایی را که وی در آینده توقع شان را داشت از دست وی بیرون نکند؛ ویا امکان دارد او مجبور به انعقاد قراردادها نباشد و بتواند با پول نقد کاروبار نماید.

هدف اصلی قانون قرارداد (چنانچه از روز هوبیس پذیرفته شده است) این است که کسی را نگذارد که در برابر جانب مقابل مطلب آشنایی کند، تا باشد اجرای فعالیت های اقتصادی به وقت و زمان آن تشویق گردند و (نکتۀ ذیربط) و ضرورت برای اقدامات پر هزینه برای محافظت خودی را منتفی سازد. اما این همیشه روشن نیست که یک جانب قرارداد ممکن چی زمانی مطلب آشنایی کند. فرض کنید احمد برای نقاشی تصویر خود (به ارادۀ خود) محمود را استخدام میکند. محمود تصویری را نقاشی میکند که کارشناسان نقاشی صورت آنرا تحسین میکنند ولی نه به اندازه یی که خود شان آنرا به قیمتی که قرارداد شده خریداری کنند. احمد تصویر را رد میکند و از ارائۀ دلیل آن هم خودداری میکند. اگر احمد تصویر را با حسن نیت رد نکرده باشد، در حصۀ رد قرارداد مقصر خواهد بود. اجراآت با حسن نیت- که در این مورد بخصوص به معنای صرفنظر از بهره برداری از آسیب پذیری بمیان آمده از خصوصیت تسلسلی تنفیذ قرارداد میباشد – یک شرط تلویحی تمام قراردادها را تشکیل میدهد. هیچ کس سرنوشت خود را به دست کس دیگری نمیدهد. بناءً معقول خواهد بود طوری فکر کنیم که هرگاه متعاقدین راجع به احتما نیت سؤ فکر میکردند آنرا به صراحت رد میکردند....

بناً مطلب آشنایی مشکلی است که حقوق قرارداد ها باید با آن مجادله کند. و دیگر آن محدود ساختن دوراندیشی بیش از حد است. به هر اندازه که تنفیذ قرارد زمان گیر شود – و به خاطر داشته باشید که "تنفیذ" قرارداد دربر گیرندۀ همۀ آن خدماتی

[150] Richard Posner. *Economic Analysis of Law*. (New York: Aspen Publishers, 7th ed. 2007), 94-96.

می باشد که در معامله پیش بینی شده اند – به همان اندازه برای طرفین مشکل خواهد بود که تمام احتمالاتی که ممکن بالای تنفیذ قرارداد اثر داشته باشند، را پیشبینی کنند....

پر ساختن خلاها از طریق قضاوت یک شیوهٔ خاصتاً اقتصادی برای رسیده گی به آنعده احتمالاتیست که، حتی اگر از این لحاظ که هردو جانب از تحقق آن آگاهی کامل دارند، قابل پیشبینی باشند، اما تحقق آن به اندازهٔ ناممکن باشد که برای رسیدن به آن هزینهٔ بکار بردن دقت در قرارداد از مفاد آن بیشتر باشد البته زمانی که منافع مذکور با درنظر داشت احتمال (اندک) وقوع حادثهٔ مورد بحث سنجیده شوند.

۲. مشکلات در تفسیر: معلوم نمودن معنای سکوت قراردادی

مشکل بزرگ دیگری که در تفسیر قراردادها بمیان می آید این است که قرارداد، بصورت عمدی یا غیر عمدی، در مورد یک موضوع صراحت نداشته باشد. قراردادها اکثراً کامل نمی باشند زیرا به صرفه و امکان پذیر نیست که در قراردادها تمام احتمالات ممکنه که ممکن در جریان تنفیذ قرارداد واقع شوند، پیشبینی گردند. هرچند قانون روی بکار گیری شرایط مشخص تاکید دارد اما طرفین اکثراً این کار را انجام داده نمی توانند ویا هم خود شان انجام نمی دهند. زمانیکه معلوم نباشد که طرفین بالای چی موافقه کرده اند محکمه قرارداد را چگونه تفسیر خواهد کرد؟ در این بخش روی بعضی از راهکار های مهمی بحث میشود که محکمه برای تفسیر قراردادهایی بکار میبرد که حوادثی را که بعداً رخ میدهند پیشبینی نکرده باشند.

۲,۱.قواعد اساسی

یکی از وسایل مهمی که محاکم برای پر ساختن خلاهای قراردادها بکار میبرند قواعد اساسی اند. قاعدهٔ اساسی یک اصل حقوقی است که آنعده از خلاهای قرارداد را پر میکند که به سبب نبود یک ماده یا حکم در قرارداد بوجود آمده باشند. این حکم یک اصل حقوقی یا مثال عام است که خلایی را که از طرفین باقی مانده است پر میکند. یک مثال خوب آن ضمانت است. تصور کنید شما یک آیفون خریداری میکنید. این آیفون یکی دو ماه بعد خراب میشود در حالیکه در سند خریداری چیزی گفته نشده که آیا این آیفون ضمانت دارد یا خیر. اگر شما در این مورد دعوی اقامه کنید آیا محکمه حکم به موجودیت ضمانت خواهد کرد؟ شما استدلال خواهید کرد که تولیدات، بخصوص محصولات برقی گران قیمت مانند آیفون، باید برای محافظت خریدار نوعی ضمانت داشته باشند. شرکت اپل برعکس استدلال خواهد نمود که در سند فروش هیچ تذکر ای ضمانت وجود ندارد بناءً ضمانتی وجود ندارد. علی الرغم اینکه در سند فروش از تضمین چیزی گفته نشده است محکمه به آسانی گفته میتواند که برای یک مدت معقول، مثلاً برای یک سال، ضمانت وجود دارد زیرا زمانی که یک خریدار جنس گران قیمتی مانند آیفون را میخرد طبیعتاً این اندازه توقع را دارد. در این مثال محکمه یک قاعدهٔ اساسی را تطبیق میکند که محصولات (حد اقل آیفون ها) باید تا اندازهٔ ضمانت داشته باشند صرفنظر از اینکه آیا در سند فروش از آن تذکر رفته است یا خیر.

به مثال دیگر توجه کنید. تصور کنید که وزارت دفاع افغانستان یک هواپیمای جدید را از یک قراردادی خریداری میکند. زمانیکه هواپیمای مذکور مواصلت میورزد وزارت دفاع خشمگین میشود که چرا بیشتر خصوصیات هواپیما به گونهٔ نیستند که این وزارت میخواست. در پاسخ قراردادی اذعان میدارد که تمام شرایط قرارداد را، که چندان مشخص نبودند، مراعات کرده است. قراردادها تمام مشکلات احتمالی را که ممکن بروز کنند پیشبینی کرده نمی توانند، مثلاً نوعیت پیچ هایی که در هواپیما بکار رفته اند. ورنه قرارداد هزاران صفحه خواهد بود و ارزش نوشتن را نخواهد داشت. اینجا محکمه گفته میتواند که اجزای هواپیما مانند پیچ ها باید از یک کیفیت معقول برخوردار باشند. این حکم در عدم موجودیت مادهٔ مربوطه در قرارداد یک جانشین خوب آن بوده می تواند. اگر به محکمه ثابت شود که هواپیما با این معیار های معقول برابر نبوده است قضیه را به نفع وزارت دفاع افغانستان فیصله خواهد نمود.

در قانون مدنی چند ماده وجود دارد که قواعد اساسی در مورد تفسیر قراردادها را وضع میکنند. مادۀ ۷۱۰ صراحت دارد که هرگاه مانع و مقتضی معارض هم واقع شوند، به مانع ترجیح داده میشود.[۱۵۱] بطور مثال در یک منازعه بر سر انعقاد یا عدم انعقاد قرارداد میان طرفین نظر آن جانبی که نمیخواهد قرارداد را منعقد سازد (مانع) بر اقتضادی تکمیل ساختن پروژه ارجحیت دارد. این ماده در کاهش ضرر کمک میکند و ضرر عدم انعقاد قرارداد به آسانی کم شده میتواند چنانچه در بخش آینده تشریح خواهد گردید. در مادۀ ۷۱۲ تذکر رفته که ذکر بعضی از انچه که قابل تجزیه نیست، مانند ذکر کل آن است. مثلاً اگر شما یک جاکت بخرید و بعد شکایت کنید که یک آستین آن پاره است، مادۀ ۷۱۲ واضح میسازد که شما در مورد کل جاکت صحبت میکنید نه صرف در مورد آستین آن. راهی وجود ندارد که آستین جاکت بدون تمام جاکت برگردانده شود. مادۀ ۷۲۷ هم به موضوع مشابه اشاره میکند چنانچه بیان میدارد که شخصی که مالک شی گردد مالک آنچه از ضروریات آن باشد نیز میگردد. اگر شما یک تلیفون همراه بخرید چارجر آن هم همراه آن خواهد بود تا تیلفون را در درازمدت بکار برده بتوانید. بالاخره مادۀ ۷۱۷ بیان میدارد که شک به نفع مدیون تفسیر میشود.[۱۵۲]

مادۀ ۷۱۹ قانون مدنی قاعدۀ **قیاس** را وضع میکند. قیاس نوع خاصی از استدلال است که در قرارداد ها استفاده شده میتواند. استقراء به پروسۀ رفتن از جز بطرف کل را گویند. بگونۀ مثال، اگر شما میدانید که (۱) نقیب یک بازیکن باسکتبال است و (۲) تمام بازیکنان باسکتبال قد بلند هستند، پس نتیجه میگیرد که نقیب قد بلند دارد. مادۀ ۷۱۹ قانون مدنی حکم میکند که اگر نشان داده بتوانید که قسمت اول قیاس غلط است جانب مقابل طوری استنباط کرده نمی تواند که گویا قسمت دوم آن صحیح است.[۱۵۳] بناًً اگر شما ثابت ساخته بتوانید که تمام بازیکنان باسکتبال قد بلند ندارند، جانب مقابل طوری استنتاج نموده نمیتواند که قد نقیب بلند است. درحالیکه قیاس یک روشی از روش ها است که دانشمندان و قانونگذاران را قادر به قیاس نمودن میسازد، فساد عامه یا دینی را بار نمی آورد.

هرگاه طرفین قاعدۀ اساسی وضع شده از طرف محکمه را نپسندند، آیا باز هم به رعایت آن مکلف اند؟ نه. قاعدۀ اساسی مرعی الاجرا است مگر اینکه در قرارداد چیزی مشخص تر از آن تذکر یافته باشد. بناءً در مثال هواپیما طرفین میتوانستند هرقدر میخواستند در مورد مشخصات هواپیما مشخصات ذکر کنند. قواعد اساسی صرف احکام متمم اند که در مواردی میان طرفین منازعه را حل و فصل میکنند که طرفین ذکر مشخصات را فراموش کرده باشند ویا آنرا مفید ندانسته باشند.

۲,۲. عرف

زمانیکه یک محکمه میخواهد قاعدۀ اساسی وضع کند، به کدام نوع معلومات ضرورت دارد؟ طرفین غالباً مخالفت خواهند کرد. - شرکت اپل ممکن بخواهد که در این قاعده گفته شود که هیچگونه ضمانتی داده نمیشود و شما ممکن بخواهید که ضمانت مادام العمر کسب کنید. - پس محکمه باید چگونه در میان این منافع معارض توازن برقرار کند؟

عرف یک منبع مهم تفسیر قراردادها و وضع قواعد اساسی است. در یک قاموس حقوق عرف چنین تعریف شده است: "عرف عبارت از سنت و عاداتیست که بصورت عام و از زمانه های گذشته بدون کدام تغییر پذیرفته شده باشد و به همین لحاظ قوت قانون را داشته باشد."[۱۵۴] برای آشنا شدن با این موضوع ذیلاً تمرین عرف را اجرا کنید.

تمرین عرف

ماده های ذیل را بخوانید: ماده های ۲، ۷۲۰ و ۷۲۱ قانون مدنی، ماده های ۶۲۰ و ۶۲۳ قانون تجارت و مادۀ ۴۹۸ اصول محاکمات مدنی.

[151] The Civil Code, Article 710.
[152] The Civil Code, Article 717.
[153] The Civil Code, Article 719.
[154] Black's Law Dictionary (9th ed. 2009).

۱. در حوزۀ شما کدام عرف ها وجود دارند که به نظر شما در تفسیر قرارداد اهمیت خواهند داشت؟

۲. چرا نمونه های مذکور به حیث عرف اهمیت دارند؟

۳. چرا باید عرف در تفسیر قرارداد نقش مهم داشته باشد؟

در تفسیر قرارداد ها معمولاً دو نوع عرف دخیل میباشد. یک نوع آن **عرف محلی** است که به رسم و رواج های محلی اطلاق میگردد. بطور مثال در بعضی از ولایات افغانستان "سیر" به حیث واحد وزن استفاده میشود. در قندهار یک "سیر" از یک کیلو کمتر است اما در ولایت غزنی هفت کیلوگرام است. هر شهر، قریه یا ولایت ممکن عرف خاص خود را داشته باشد که باشنده گان محل از آن پیروی میکنند. نوع دیگر عرف عبارت از **عرف صنعتی** است. عرف صنعتی به رسم و سنت هایی اطلاق میگردد که در یک صنعت خاص مورد استعمال دارند. فرض کنید یک رستورانت با یک قراردادی قرارداد میکند تا بصورت منظم گوشت دارای یک کیفیت معین را برایش تدارک ببیند. قرارداد راجع به چگونگی کیفیت گوشت وضاحت ندارد. زمانیکه گوشت میرسد کیفیت آن نسبت به توقع رستورانت پایین تر است. اگر رستورانت علیه قراردادی دعوی اقامه کند، برای معلوم نمودن اینکه باید چگونه گوشت برایش داده میشد کیفیت گوشتی در نظر گرفته میشود که بصورت عام در این صنعت استفاده میشود. ضروری نیست که عرف صنعتی مشخصاً در مورد یک تجارت خاص باشد. عرف هایی وجود دارند که از تجارت گرفته تا معارف و صحت امور مربوطه را تنظیم میکنند. مهم این است که عرف از جانب صنایع به وجود می آید.

بعضی از ماده های مهم قانون مدنی پیرامون عرف در چوکات ذیل نقل شده اند.

قانون مدنی

مادۀ ۷۲۰
آنچه در عرف معروف باشد، مانند آن است که شرط گذاشته شده باشد.

مادۀ ۷۲۱
عادت عام باشد یا خاص، مدار حکم قرار داده میشود.

مادۀ ۷۲۲
عادت وقتی اعتبار دارد که عمومیت یا اغلبیت داشته باشد. اعتبار به اغلبیت شایع داده میشود، نه اغلبیت نادر.

مادۀ ۷۲۳
آنچه عادتاً ممتنع باشد، مانند آنست که حقیقتاً ممتنع باشد.

مادۀ ۷۲۴
حقیقت بدلالت عادت، ترک می شود.

عرف در تفسیر قرارداد کمک میکند زیرا مدرک خوبی دال بر قصد هردو جانب است. مادۀ ۷۲۰ قانون مدنی بیان میدارد که آنچه در عرف معروف باشد مانند آنست که شرط گذاشته شده باشد. این ماده اعتبار زیادی را به عرف میبخشد زیرا

عرف را با شرط معادل میداند و آنرا برای صحت قرارداد ضروری می شمارد. مادۀ ۷۲۴ قانون مدنی از این هم فراتر میرود که حقیقت توسط دلالت عادت ترک میشود. معنایش این است که بطور مثال تاجرانی که از زمان زیادی بدینسو باهم معامله کرده اند میتوانند بدون تحریر با همدیگر قرارداد کنند. بناءً اگر افعال یکی از طرفین یکی از عرف های خوب شناخته شدۀ گذشته را نقض کند، سایر اجزای موافقه هم از باعث نقض عرف اعتبار خود را از دست میدهند.

مشکلی که در مورد عرف بوجود می آید تعیین حدود و ثغور عرف است. برای اینکه یک عرف در قرارداد بکار برده شده بتواند باید چقدر پیرو داشته باشد؟ مادۀ ۷۲۱ قانون مدنی صراحت دارد که عادت خواه عام باشد یا خاص مدار حکم بوده میتواند. مادۀ ۷۲۳ قانون مدنی علاوه میکند که آنچه از روی عادت ممنوع باشد در حقیقت هم ممنوع است. مثلاً اگر نوشیدن الکهول قانوناً منع نباشد اما اکثریت مردم کشور آنرا ممنوع بدانند، در اینصورت قانوناً منع پنداشته میشوند. مادۀ ۷۲۲ قانون مدنی دایرۀ مجاب کنندۀ عرف را روشن میسازد و بیان میدارد که عادت زمانی مجاب کننده است که مردم زیادی آنرا داشته باشند نه تعداد کم مردم. عرفی که مردم زیادی از آن پیروی میکنند به مقایسۀ عرفی که تعداد اندک مردم از آن پیروی میکنند اغلبیت شایع دارد. مثلاً امکان دارد یک عرف در هرات بسیار عام باشد اما در قندهار آنقدر عام نباشد. بناً در صورت بروز اختلاف بر سر قرارداد در هرات نسبت به قندهار به این عرف اهمیت بیشتر داده میشود. همچنان امکان دارد یک عرف در افغانستان نسبت به ایران و پاکستان بیشتر اغلبیت داشته باشد. در کل عرف یک پدیدۀ انعطاف پذیر است.

۲,۳.تنفیذ، تابع و متبوع

علاوه بر عرف وسیلۀ دیگر تفسیر قرارداد **تنفیذ** است. زمانیکه شخصی قراردادی را تنفیذ میکند در حقیقت اقداماتی را انجام میدهد که در عرف ذکر شده اند. فرض کنید یک قراردادی با یک رستورانت قرارداد میکند به یک قیمت معین هر روز بالایش گوشت خواهد فروخت اما از قبول نمودن این قرارداد به رستورانت سند رسمی ارائه نمیکند. اگر قراردادی به فرستادن گوشت شروع کند حتی اگر سند رسمی مبنی بر قبول نمودن این قرارداد را نفرستاده باشد، در حقیقت قرارداد را تنفیذ نموده است. آیا این یک قرارداد صحیح است؟ بصورت عام میتوان آنرا قرارداد نامید زیرا قراردادی تصمیم گرفت تا قرارداد را تنفیذ کند. مادۀ ۷۰۹ قانون مدنی این نظریه را تایید میکند و اذعان میدارد که دلیل شی قایم مقام آن میگردد۱۵۵. قراردادی با تنفیذ قرارداد ثابت میسازد که با شرایط قرارداد موافقه دارد. اگر نمیخواست قرارداد تنفیذ شود چرا به فرستادن گوشت می پرداخت؟ در مادۀ ۷۱۵ قانون مدنی یک مفکورۀ مشابه بیان شده است. این ماده صراحت دارد که سوال تصدیق شده در ضمن جواب مخاطب، اعاده شده پنداشته میشود.۱۵٦

به همین سان قانون مدنی در مورد روابط میان تابع و متبوع هم ماده هایی دارد که در قسمت قبلی مورد بحث قرار گرفتند. متبوع شخص مسؤول است و تابع شخصی است که به نماینده گی از متبوع کار میکند. مثال های خوبی از روابط میان تابع و متبوع عبارتند از رای دهنده گان و سیاستمداران (رای دهنده گان متبوع است زیرا به سیاستمداران رای میدهند تا به نماینده گی از آنها کار کنند)، و شرکا و شرکت (شریکان هیاتی را تعیین میکنند تا به نماینده گی از شرکا کار کند). مادۀ ۷۲٦ قانون مدنی واضح میسازد که تابع، پیرو حکم متبوع بوده، حکم جداگانه بر آن مرتب نمی گردد.[۱۵۷] مادۀ ۵۲۵ قانون مدنی نیز نظر مشابه را ارائه میکند. این ماده صراحت دارد که فرع حکم اصل را دارد.[۱۵۸] به همین ترتیب مادۀ ۷۲۸ قانون مدنی صراحت دارد که با سقوط اصل فرع ساقط میشود.[۱۵۹]

فرضیۀ تبادله داکتر[۱٦۰]

[155] The Civil Code, Article 709.
[156] The Civil Code, Article 715.
[157] The Civil Code, Article 726.
[158] The Civil Code, Article 725.
[159] The Civil Code, Article 728.
[160] This example is largely drawn from Giuditta Cordero Moss, "Lectures on Comparative Law of Contracts," accessed February 11, 2013, http://folk.uio.no/giudittm/PCL_Vol15_3%5B1%5D.pdf.

دو داکتر به اسم های الهام و عمر هستند. الهام در کابل کار میکند و عمر در قندهار. هردو میخواهند کوچ کنند تا به فامیل خود نزدیک تر شوند بناً تصمیم میگیرند که شهر های خود را تبدیل کنند. الهام و عمر با یکدیگر موافقه میکنند که دفاتر شهر های خود را با یکدیگر تبادله کنند و رشته های خود را به یکدیگر انتقال دهند. چند ماه بعد الهام تصمیم میگیرد که دوباره به شهر اصلی خود باز گردد و یک رشتۀ جدید را آغاز کند که در رقابت مستقیم با معاینه خانۀ قبلی وی که حال به عمر واگذار شده است، قرار میگیرد. عمر میخواهد از این رقابت جلوگیر کند زیرا امکان دارد اکثر مراجعین جدید وی وسوسه شوند تا بعوض رفتن به معاینه خانۀ قبلی الهام که حالا در اختیار عمر است، دوباره به داکتر قبلی خود مراجعه کنند. در قرارداد راجع به محدود ساختن رقابت میان این دو معاینه خانه و بازگشتن یکی از این داکتر ها به شهر اصلی خود و شروع کردن رقابت با جانب مقابل چیزی گفته نشده است. عمر بالای الهام دعوی اقامه کرده و استدلال میکند که در قرارداد بصورت ضمنی این موافقه وجود دارد که الهام در عین شهر با معاینه خانۀ قبلی خود حق رقابت را ندارد. آیا عمر در محکمه برنده خواهد بود؟

فصل نهم: عیوب و عدم امکان پذیری

طرح موضوع

چنانچه آموختیم قرارداد در مفهوم اصطلاحی آن نیازمند این است که هر دو طرف از شرایط قرارداد که روی آنها توافق نموده اند، رضایت داشته باشند. بدون رضایت هر دو طرف ممکن محکمه تشخیص دهد که قرارداد مشروع اساساً وجود نداشته است، بدین مفهوم یا اینکه قرارداد الزام آور نیست و یا هم ضرر متوجه یکی از طرفین است.

این فصل عیوب مربوط به رضا در قراردادها را مورد بحث قرار خواهد داد. مسلماً صرف موجودیت قرارداد خودبخود به معنی این نیست که طرفین به آن رضایت دارند. عیب در رضا زمانی بمیان میآید که در بعضی از جنبه های شکل گیری یا اجرای قرارداد مشکلی وجود داشته باشد و آن مشکل یک عنصر اساسی را متاثر ساخته باشد که همان عنصر موجب توافق طرفین به انعقاد قرارداد گردیده بود. در صورت اثبات عیب در رضا، بالای قرارداد آثار حقوقی وارد میگردد. امکان دارد قرارداد را باطل یا لغو نماید، و یا ممکن موجب فسخ قرارداد گردد و یا احتمالاً سبب خواهد که قاضی وجایب قراردادی را جرح و تعدیل کند. قانون مدنی به سه دسته عیوب اشاره نموده است: اکراه، غلطی و فریب. هر یک این ها را به تفصیل مورد بحث قرار خواهیم داد، نخست از اکراه آغاز می نماییم.

۱. اکراه

۱,۱.تعریف اکراه

اکراه نوعی از عیب است که در صورت ثبوت توأمیت آن در انعقاد قرارداد مشروعیت قرارداد را از بین میبرد.

قانون مدنی

مادۀ ۵۵۱
اکراه عبارت است از مجبور گردانیدن شخص، بدون حق، به اجرای عملی که به آن رضایت ندارد خواه اکراه مادی یا معنوی باشد.

مادۀ ۵۵۸
هرگاه وقوع یکی از انواع اکراه در ابرام عقد ثابت گردد عقد صحیح نمی باشد.

ما کلمۀ "فعل" را به معنای عمل انعقاد قرارداد بکارخواهیم برد. پس به عبارت دیگر، موجودیت اکراه زمانی در یک قرارداد تثبیت میگردد که یک طرف به نحوی از اثر تهدید طرف مقابل به انقعاد توافق نماید که در حالت عادی به همچو قرارداد موافقت نداشته باشد.

دو عنصر کلیدی در تعریف اکراه وجود دارند. نخست اینکه بطور عموم از تعریف اکراه میتوان چنین برداشت نمود که تهدید الزاما از جانب طرف مقابل قرارداد باشد نه از جانب شخص سوم.[۱۶۱] درحالیکه ممکن است که اشخاص غیر از طرف مقابل یک شخص را تهدید کرده باشند تا به قرارداد وارد شود؛ اما، از لحاظ حقوقی اکراه صرف زمانی مرتبط است

[161] Jacques du Plessis, "Fraud, Duress, and Unjustified Enrichment: A Civil Law Perspective," in *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, eds. David Johnston and Reinhard Zimmermann (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), 199. عموماً در کشور های دارای سیستم حقوقی رومن ژرمنیک قاعده طوریست که اکراه باید از طرف جانب مقابل واقع شده باشد. اما قانون مدنی افغانستان صدور اکراه از جانب شخص ثالث را مستثنی نمیکند بناءً احتمال آن وجود دارد.

که تهدید از طرف مقابل باشد. در مورد شخص سومی اکراه صرف درحالاتی بالای قرارداد تاثیر حقوقی دارد که زمینهٔ اعمال اکراه توسط شخص سومی ازجانب طرف مقابل فراهم شده باشد، بدین معنی که شخص بر اثر تهدید شخص سوم به قرارداد وارد شده باشد، علاوه بر این حالت، حالتی دیگر این است که طرف سوم نماینده و یا مادون طرف مقابل باشد و طرف مقابل در مورد عمل اکراه وی آگاهی داشته باشد، در آنصورت اکراه طرف سوم از لحاظ حقوقی مرتبط خواهد بود. بناً بغیر از مواردی ذکر شده، سایر تهدیدات خارجی قرارداد را متاثر نمیسازند.

دوم اینکه تهدید *سبب* توافق طرف تهدید شده به انعقاد قرارداد شده باشد. به یاد داشته باشید که تهدید در قرارداد زمانی در خور اهمیت است که یک طرف قرارداد بخاطر تهدید طرف مقابل قرار داد را عقد نموده باشد، طوریکه اگر تهدید وجود نمی داشت طرف تهدید شده به قرارداد وارد نمیشد.

تصور کنید که حلیم میخواهد یک عراده موتر جدید خریداری نماید. او پیش از پیش تصمیم گرفته است که از ابراهیم که یک موتر فروش است، موتر خریداری کند. کار و بار ابراهیم در این اواخر بسیار رونق نداشته است؛ لذا ابراهیم ضرورت دارد به اینکه حلیم موتر را از وی خریداری نماید. بعد ازاینکه حلیم به موتر فروشی ابراهیم میرود مطمئن میشود که میخواهد از ابراهیم یک عراده موتر خریداری کند. حلیم فکر میکند که اگر به ابراهیم طوری وانمود سازد که گویا در خریداری موتر متردد است، ابراهیم احتمالاً به وی نرخ ارزانتر را پیشنهاد خواهد کرد. ازجانب دیگر ابراهیم خوف از این دارد که ممکن نتواند معامله فروش را انجام دهد. بناً ابراهیم تلاش می کند تا حلیم را مجبور سازد که موتر را از وی خریداری نماید، لذا او را تهدید می کند، در صورتیکه حلیم موتر را از ابراهیم خریداری ننماید، افشأ خواهد ساخت که برادر حلیم اجناس تقلبی را به فروش میرساند. سپس با پیشنهاد یک قیمت مناسب موتر را به حلیم به فروش می رساند و حلیم هم معامله را قبول می کند. اما، بعداً حلیم بخاطر تهدید و اکراه قرارداد را نپذیرفته پا از قرارداد بیرون می کشد. هرچند عمل ابراهیم یک عمل اکراهی بود ولی اگر ثابت شود که حلیم در واقع قصد خریداری موتر را از ابراهیم به قیمت نزدیک به آنچه ابراهیم برایش پیشنهاد نموده را داشت، ممکن است حلیم دعوا را ببازد. اگر ما عمل اکراهی را از این معامله دور کنیم ما با قراردادی باقی خواهیم ماند که در هرصورت حلیم می پذیرفت. پس عمل اکراهی چیزی*نبود* که سبب شده باشد تا حلیم قرار داد را بپذیرد.

تعریف نمودن اینکه کدام موارد شامل تهدید میشود پرچالش ترین جنبه اکراه است. حوزه های قضایی در نقاط مختلف جهان این مشکل را به روش های مختلف بررسی میکنند. بطور مثال؛ در حقوق اسلام، و همچنان در آلمان و هالند عمل تهدید کننده باید غیر قانونی باشد تا شامل اکراه شود.[۱۶۲] برعکس، در قانون فرانسه سعی و تلاش برای دریافت منافع غیرعادلانه از طرف تهدید کننده اکراه دانسته میشود، خواه فعل قانونی باشد یا خیر.[۱۶۳] علاوه براین در قانون آفریقای جنوبی شرط این است که فعل غیر مشروع ویا از لحاظ اخلاقی نادرست باشد.[۱۶۴] قانون مدنی صریحاً بیان نمی که عمل تهدید باید غیرقانونی باشد تا عمل اکراه محسوب شود. اما ماده ۵۵۱ شامل عبارت "بدون حق" می باشد. عبارت "بدون حق" بیان میدارد که عمل تهدید باید غیرقانونی باشد ولی اعمالی را که اصلا قانونی اند اما مخالف عرف، رسوم تجارتی و نظم عامه اند را از این قاعده مستثنی نمیسازد.

اکراه از نظر کامن لا

در اکثر کشورهای کامن لا دکترین تقریباً مشخص- دکترین دوریس (اجبار)- برای طرف مکره اجازه می دهند تا قرار داد را فسخ نماید. در ایالات متحده امریکا عموماً آزمونی که برای معلوم نمودن اکراه بکار میرود ، متشکل از دو بخش است:

[162] Abd El-Wahab Ahmed El-Hassan, "The Doctrine of Duress (Ikrah) in Shari'a, Sudan and English Law," *Arab Law Quarterly* 1, no. 2 (1986): 232; Graham Glover, "The Test for Duress in the South African Law of Contract," *South African Law Journal* 123, no. 1 (2006): 111.

[163] Codice Civile, "Article 1438" in Hein Kötz, *European Contract Law*, trans. Tony Weir (Oxford: Clarendon, 1997), 211.

[164] Glover, 106.

نخست، اینکه عمل تهدید باید "ناشایسته" باشد بدین معنی که عمل تهدید غیرقانونی باشد، در مخالفت با حسن نیت باشد و یا طرف قوی بطور نادرست از طرف ضعیف مفاد غیر منصفانه بدست بیآورد. ثانیاً، اینکه تهدید برای طرف مورد اکراه گزینه بدیل مناسب دیگر را در اختیار قرار ندهد، جز اینکه قرارداد را بپذیرد. اگر هر دو عنصر در قضیه موجود باشند طرف مورد اکراه میتواند قرارداد را باطل اعلان کند.[۱۶۵]

طور مثال؛ تصور کنید احمد و رحیم در یک روستای دور افتاده زندگی میکنند. احمد میخواهد اسپ رحیم را خریداری کند اما رحیم نمی خواهد آنرا بفروشد. احمد به رحیم میگوید اگر او حاضر به فروش اسپ نشود احمد نام خانم رحیم را به تمام روستا افشاء خواهد ساخت. در حالیکه احمد هیچ عمل تهدید کننده انجام نداده است که غیرقانونی محسوب گردد، اما امکان دارد که رحیم برندۀ دعوی اکراه شود چون عمل تهدید کننده در مخالفت با آداب عمومی و هنجارهای جامعه است، لذا رحیم ممکن است فکر کرده باشد که دیگر راه ندارد مگر اینکه اسپ خود را بفروشد.

طیف گستردۀ از تهدیدات وجود دارند که اکراه تلقی میشوند. در بعضی از موارد ثبوت موجودیت اکراه خیلی آسان خواهد بود. طور مثال؛ اگر یک طرف تهدید به کشتن والدین طرف دیگرکند در صورتیکه با وی وارد قرارداد نشود، اینجاست که طرف تهدید شده با تمثیل اراده حقیقی رضایت به عقد قرارداد نداشته است، لذا قرارداد مذکور باطل خواهد بود. اما بسا تهدیدات جزئی دیگر نیز وجود دارند که شخص میتواند آنها را ایجاد نماید، ممکن تهدیدات مذکور با در نظر داشت وضعیت های مشخص موجب شکل گیری اکراه گردد و یا بالعکس نگردد.

قانون مدنی با تقسیم کردن اکراه به دوبخش، رهنمایی بیشتر را برای کمک کردن در مورد اینکه چه وقت از لحاظ حقوقی اکراه موجه شمرده شود در اختیار قرارداده است.

قانون مدنی

مادۀ ۵۵۲
اکراه دو نوع است: تام و ناقص

مادۀ ۵۵۳
اکراه تام عبارت است از تهدید به خطر فاحش جسمی یا مالی، تهدید به خطر غیر فاحش اکراه ناقص گفته میشود.

مادۀ ۵۵۴
اکراه تام رضا را از بین برده اختیار را فاسد می گرداند. اکراه ناقص رضا را از بین برده اختیار را فاسد نمی گرداند.

در صورتیکه اکراه تام یا ناقص در شکل گیری قرارداد دخیل باشد قرارداد مذکور صحیح محسوب نمیگردد. هرچند، دانستن فرق بین اکراه تام و ناقص در فهم کلی اکراه کمک خواهد کرد. اکراه تام را میتوان اینگونه اذعان کرد که تهدید آنچنان جدی بوده است که شخص تهدید شونده "راه دیگری" جز وارد شدن به قرارداد نداشته است. این قاعده برای قضایای که عمل تهدید تقریبا غیر قابل تصور است صدق نمی کند. اکراه ناقص را میتوان اینگونه اذعان کرد که تهدید هرچند جدی است ولی بازهم به شخص تهدید شونده اختیار وارد شدن به قرارداد داده میشود. این قاعده برای قضایای است که تهدید شونده توان تحمل عمل تهدید کننده را داشته باشد.

[165] Restatement (Second) of Contracts, Sections 175-76.

هنگام ثبوت موجودیت اکراه در انعقاد قرارداد، به صورت عموم ثابت سازی اکراه تام نظر به اینکه موجودیت آن فاحش است آسانتر میباشد. ثبوت اکراه ناقص مشکل تر خواهد بود چون طرف تهدید شده باید ثابت سازد که "خطر جزئی" به اندازه جدی بوده که طرف را وادار به وارد شدن در قرارداد کرده است. همیشه فرصتی وجود دارد که قاضی تعین کند که تهدید آنقدر جدی نبوده است که عمل اکراه تلقی شود و توانایی شخص برای ابراز رضایت از بین نرفته است. ثابت سازی اکراه ناقص بیشتر متکی به جنبه های تحلیلی وضعیت ها می باشد، مانند عقیده داشتن در تهدید طرفین ذیدخل تا ثابت سازد اینکه اکراه تام بوده است.

بطور مثال، تصور کنید طارق کلچه فروش است. مریم بعض اوقات از طارق برای محافل خوشی کیک و کلچه خریداری میکند؛ اما، از سایر کلچه پزی ها نیز کیک و کلچه خریدار میکند. برای یکی از محفل های بزرگ مریم قصد دارد غیر از طارق از کسی دیگر شرینی بخرد. طارق به مریم میگوید اگر او شرینی را از دکانش نخرد به صاحب تالار برگزاری محفل تماس خواهد گرفت و محفل را لغو خواهد ساخت. مریم میداند که طارق نه در مورد موقعیت محفل میداند و نه صاحب تالار برگزاری محفل را میشناسد اما مریم شرینی های طارق را خوش دارد پس بجای خریداری از محل دیگر از طارق خریداری میکند. بعداً مریم دعوا میکند که اکراه صورت گرفته است و کوشش میکند تا قرارداد را لغو کند. مریم احتمال دارد در چنین دعوا ناکام شود. وی میتوانست بین هر دو گزینه، یک گزینه درست را انتخاب کند زیرا عمل تهدید کننده بسیار جدی نیست.

هرچند، بیاد داشته باشید که تفاوت بین اکراه تام و ناقص هیچ ربط حقوقی باهم ندارند. به جز از ماده های فوق الذکر، قانون در هیچ مادۀ دیگری این تفاوت را مشخص نمیکند و تنها در مورد اکراه به یک شیوه بحث میکند که شامل هر دو شکل آن میشود. اگر هریکی از این دونوع در انعقاد قرارداد نقش داشته باشند، قرارداد فاقد اعتبار خواهد شد.

هرچند اکراه تا حد زیادی یک موضوع تحلیلی و ذهنی است، قانون مدنی بیان مینماید که کدام انواع تهدید ها تقریباً همیشه اکراه شمرده می شود:

قانون مدنی

مادۀ ۵۵۵

تهدید به رسانیدن ضرر به والدین، همسر یا محارم شخص و یا تهدید به خطری که منافی حیثیت باشد، اکراه پنداشته شده. محکمه میتواند با در نظرداشت حالات و کوایف تهدید را ارزیابی نماید.

فقرۀ دوم این ماده ما را به قدم بعدی در ارزیابی نمودن اکراه می رساند که عبارت است از ارزیابی نمودن تهدید با در نظر داشت وضعیت. تهدید کردن خانواده یا حیثیت شخص نوعی از تهدیدی است که اکراه شمرده می شود. اما، زمانیکه سیاق موضوع در نظر گرفته شود هر عمل تهدید به خانواده یا حیثیت عمل اکراه نیست. برای تعیین نمودن اینکه یک عمل تهدید کننده اکراه محسوب میشود یا خیر نیاز به ارزیابی اوضاع و احوال وضعیت مذکور است. بطور مثال؛ در صورتیکه یک شخص به شخص دیگر تهدید کند که به والدینش ضرر خواهد رساند اما رساندن این ضرر برایش مقدور نباشد، در آنصورت تهدیدی که کرده اکراه پنداشته نمیشود. هرچند این تهدید مشخصاً در مادۀ ۵۵۵ منحیث عمل اکراه درج شده باشد.

علاوه برین، ممکن تهدیدی که برای یک شخص به اندازۀ جدی باشد که او را وادار به وارد شدن در یک قرارداد بسازد ممکن است هیچ اثری بالای رضایت شخص دیگری نداشته باشد. بناءً در زمان رسیدگی به دعوای اکراه، محکمه باید قضیه را با در نظر داشت حالات انتزاعی و عینی مورد بررسی قرار بدهد.

قانون مدنی

مادهٔ ۵۵۶

اکراه نظر به اشخاص، سن، حالت اجتماعی، اوصاف و اندازه تأثیر آن، من حیث شدت و خفت نوع تهدید، فرق می کند.

مادهٔ ۵۵۷

اکراهیکه رضا را از بین می برد، وقتی اعتبار دارد که شخص تهدید کننده، به اجرای عمل تهدید قادر بوده و شخص تهدید شده وقوع اکراه را در صورت عدم اجرای موضوع تهدید به گمان غالب حتمی پندارد.

یک تهدید تنها زمانی اکراه پنداشته خواهد شد که مشخصات و حالات معلوم اشخاص ذیدخل واضاع و احوال وضعیت مبنی بر محتمل الوقع بودن تهدید در نظر گرفته شود. از جانب دیگر طرف تهدید شده باید *باور داشته باشد* اگر قرارداد را رد کندعملی که به آن تهدید شده است، به وقوع خواهد پیوست.

قبل ازینکه ما این دو عنصر را ارزیابی کنیم بیاد داشته باشید که معیار قضاوت به لحاظ زمان، این است که تهدید در *هنگام انعقاد قرارداد* تا چه اندازه مطرحد بود نه در زمان قضاوت.

ارزیابی تهدید به لحاظ بیرونی نیازمند است که محکمه تشخیص دهد آیا تهدید کننده قادر به انجام عمل تهدید بوده است یا خیر؟ اجازه دهید به مثال که احمد کشاورز است و رحیم صاحب زمین، برگردیم، هرچند این بار فرض کنید بجای اجاره گرفتن زمین از رحیم، احمد زمین زمیندار دیگر بنام مصطفی را به اجاره میگیرد. در این قضیه تهدید رحیم برای تجدید نکردن قرارداد اجاره زمین کنونی که نزدش است (که احمد از مصطفی به اجاره گرفته است) اگر احمد برای اجاره گرفتن قطعه زمین رحیم قبول نکند قابل اعتبار نخواهد بود. چونکه رحیم هیچ نوع قوت وزور ندارد تا احمد را وادار سازد که زمین وی را دوباره به اجاره بگیرد، زیرا احمد زمین مصطفی را اجاره میکند. تا زمانیکه احمد ثابت بسازد که رحیم قوت دارد تا مصطفی را وادار سازد که زمین را به احمد به اجاره ندهد این تهدید مؤثق شمرده نمیشود.

سؤالات برای مباحثه

در کدام یک از موارد ذیل تهدید مؤثق است؟

۱. مالک تهدید میکند که بالای برادر یوسف حملهٔ فزیکی خواهد کرد، در صورتیکه یوسف لاری اش را به مالک به فروش نرساند. در حالیکه مالک موی سفید و از ناحیهٔ پاها فلج است.

۲. مالک تهدید میکند که بالای برادر یوسف حملهٔ فزیکی خواهد کرد، در صورتیکه یوسف لاری اش را به مالک به فروش نرساند. مالک در زمان تهدید از اثر شکستگی پایش در ویلچییر بود، اما در حال حاضر صحتمند است.

۳. مالک تهدید میکند که بالای برادر یوسف حملهٔ فزیکی خواهد کرد، در صورتیکه یوسف لاری را به مالک به فروش نرساند. مالک در زمان عقد قرارداد صحتمند بود، اما در حال حاضر بطور دائم فلج می باشد.

سنجش بُعد ذهنی تهدید در زمان انعقاد قرارداد، بستگی به باور شخص تهدید شده دارد. هنگام ادعای اکره مدعی باید دو موضوع را ثابت سازد: اینکه او باور داشت که تهدید مؤثق بود، و اینکه باورمند شده بود که موافقه نمودن با قرارداد یگانه

راه خنثی ساختن تهدید بود. بررسی هردو موضوع معمولاً یکسان است. اگر شخص بالای مؤثقیت تهدید باورمند نمی بود، لازم نبود در این مورد تشویش داشته باشد که چگونه آنرا خنثی سازد.

فرض کنید بصیر یک نقاش است و او هم چنان نقاشی را تدریس می کند و طرف دیگر مینا استاد مکتب است. این درحالیست که درآمد بصیر بیشتر از تدریس هر درس نقاشی است نسبت به فروش هر نقاشی. اکثریت پول بصیر از درس های نقاشی او است. بیشتر شاگردهای بصیر از مکتبی می آیند که مینا در آنجا درس میدهد. او فکر میکند چون مینا در مکتبی که درس میدهد یک شخصیت قابل احترام است ازینرو شاگردهای مکتب به درس های نقاشی پیش او می آیند. در واقع تنها دو تن از شاگردهای بصیر بخاطر توصیهٔ مینا نزد بصیر آمده اند. بقیه شاگردان بصیر از راه های مختلف در مورد بصیر شنیده اند. این تنها یک تصادف است که اکثر شاگردان بصیر از مکتبی می آیند که مینا در آن استاد است. مینا از بصیر میخواهد تا برایش یک تصویر رسم کند. مینا از بصیر میخواهد اگر او راضی به نقاشی تصویر وی نشود او از توصیه نمودن بصیر منحیث استاد برای شاگردهای که درس های نقاشی را دوست دارند، خودداری خواهد کرد. در این قضیه، تهدید مینا عمل اکراه محسوب خواهد شد چون بصیر فکر میکند توصیه نمودن مینا سبب این شده است که شاگردان مکتب نزد او بیآیند.

طرفی که ادعای اکراه داشته است باید نشان دهد که آنها فکر میکردند تنها راه نجات از تهدید ورود به قرارداد بوده است. اگر راهی دیگری هم وجود میداشت که شخص بتواند آنرا انتخاب کند، در اینصورت شخص مدعی اکراه بر حق شناخته نخواهد شد. بطور مثال، اگر تهدید یک عمل غیرقانونی باشد، ممکن قاضی در این حالت بپرسد، چرا بجای اینکه پولیس را در جریان قرار دهد، قرارداد را پذیرفته است. اگر طرف مورد تهدید نتواند ثابت کند که چرا آنها فکر میکردند پولیس نمیتواند کمکی انجام دهد، درینصورت ادعای آنها ناکام خواهد شد.

۱,۲.تاثیرات اکراه پس از رفع تهدید

در آخر، قانون مدنی واضح میسازد که پس از رفع تهدید با قضیهٔ اکراه چگونه برخورد میشود. طوریکه قبلاً گفته شد، اگر اکراه عمل بوده است که درتشکیل قرارداد نقش داشته است، درینصورت قرارداد باطل پنداشته خواهد شد. اما اگر محکمه تشخیص دهد که تهدید در زمان عقد قرارداد معتبر بوده، ولی بعد از آن خنثی شده باشد، قرارداد ممکن است معتبر شناخته شود.

قانون مدنی

مادهٔ ۵۵۹
هرگاه اکراه در مورد عقدی از عقود قابل فسخ صورت گرفته باشد، تهدید شده میتواند، بعد از رفع آن، عقد را فسخ نماید. این حق با مرگ تهدید کننده یا طرفین عقد از بین نرفته، ورثه متوفی قایم مقام او شناخته میشود.

مادهٔ ۵۶۰
عقد شخص تهدید شده، به صورت فاسد منعقد میگردد. هرگاه بعد از رفع تهدید شخص تهدید شده طور صریح یا ضمنی به آن اجازه دهد، عقد صحیح میگردد.

مادهٔ ۵۵۹ بار دیگر تاکید می ورزد که اکراه آنگاهی آثار حقوقی ایجاد میکند که در زمان انعقاد قرارداد صورت گرفته باشد نه بعد از وارد شدن به قرارداد. بیاد داشته باشید که در همچو شرایط، قرارداد خود بخود فسخ شده شمرده نمی شود؛ بلکه، اگر اکراه در زمان عقد قرارداد موجود بوده باشد، درینصورت قرارداد میتواند توسط شخص تهدید شده یا ورثهٔ وی در هر مرحلهٔ زمانی بدون در نظر داشت اینکه آیا تهدید ادامه دارد یا خیر، فسخ شود. مادهٔ ۵۶۰ بیان میدارد که طرف تهدید شده

حق تایید آن قرارداد ها را نیز دارد که آنها را بخاطر اکراه پذیرفته باشد، هرچند پیش از اینکه چنین تاییدی بوقوع بپیوندند اول باید تهدید رفع گردد.

سوال برای مباحثه

سعید یک شخص مالدار است. محمد از سعید میخواهد تا به وی هرسال حیوانات اهلی را به نرخ بسیار پایان از آنچه واقعاً ارزش دارند، بفروشد. برای راضی ساختن سعید، محمد وی را تهدید می کند و میگوید که اگر سعید به چنین معامله رضایت نشان ندهد، از برادرش رحیم میخواهد تا فرزند سعید را به قتل برساند. رحیم به ظالم بودن و خشن بودن شهرت دارد و فرمانبردار محمد نیز است. پس سعید به این قرارداد رضایت نشان میدهد. اما بعد از ۵ سال، رحیم فوت میکند اما محمد باز هم بر تداوم قرارداد فروش حیوانات ادامه میدهد. اگر دو سال دیگرهم بگذرد و سعید برای فروش حیوانات به محمد با نرخ ارزان ادامه دهد، آیا سعید میتواند این قرارداد را فسخ کند؟

قانون مدنی

مادۀ ۵۶۱

نفاذ عقود شخص تهدید شده به اجازه وی بعد از رفع تهدید موقوف نبوده، قبض مبیعه، ملکیت فاسد را افاده می نماید. در چنین حالت هر نوع تصرف غیر قابل نقض صحیح بوده، شخص تهدید شده در مطالبه قیمت روز تسلیم یا قیمت تصرف مخیر می باشد.

این ماده در مورد قراردادهای غیر قابل فسخ بحث میکند. در بعضی موارد ملکیت انتقال یافته در یک قرارداد توسط خریدار قبل از هر گونه اقدام حقوقی مورد استفاده قرار خواهد گرفت. بطور مثال، فرض کنید عبدل به زینب مقدار کانکریت را می فروشد اما زینب عبدل را مورد اکراه قرار میدهد تا برایش کمتر از نرخ بازار، کانکریت تهیه کند. عبدل میخواهد که در برابر قرارداد ایستادگی کند ولی زینب قبلا کانکریت را استفاده نموده است تا خانۀ خود را بسازد. بناء عبدل نمیتواند کانکریت خود را دوباره بگیرد. اما یک راه حل برای تلافی وجود دارد. در صورتیکه مال استهلاک یا هلاک شده باشد، و قرارداد از اثر اکراه شکل گرفته باشد، طرف مورد اکراه میتواند نرخ ملکیت را به قیمت روز تسلیم دهی یا به قیمت روز تصرف مطالبه نماید. در قضیۀ ذکر شده، عبدل قادر به دریافت پول از زینب می شود چون دریافت دوبارۀ ملکیت ناممکن است.

۲. غلطی

در این قسمت بحث بر میگردیم به نقص قرارداد از اثر غلطی. انواع مختلف غلطی ها وجود دارند که میتوانند در قرارداد واقع شوند. بطور مثال، ممکن قراردادی حاوی غلطی در مورد جنس ویا هم صفت موضوع قرارداد باشد. یا ممکن یک قرارداد سهواً یکی از طرفین را به غلط معرفی کرده باشد یا اینکه ممکن یک شرط وارد قرارداد شده باشد که در اصل باید از قرارداد نهایی حذف میشد. بلاخره، غلطی هاغلطی ها امکان دارد یک جانبه یا دوجانبه باشند. اما، به یاد باید داشت مهمترین جنبه غلطی این است که غلطی هاباید بدون قصد صورت گرفته باشند.

ممکن قضات متکی به نوعیت غلطی تصمیم بگیرند که قرارداد هنوزهم معتبر است مگر غلطی باید اصلاح شود، یا اینکه تصمیم بگیرند که قرار داد نافذ است و یا اینکه تشخیص دهند که قرار داد فسخ شود.

۲,۱.جنس موضوع

کاوش خود را در مورد غلطی با ارزیابی نمودن غلطی ها در رابطه به جنس و صفت موضوع قرارداد که در مادۀ ٥٦٢ قانون مدنی ذکر شده است آغاز خواهیم کرد. قبل ازینکه آغاز کنیم، باید بدانیم که اصطلاح "جنس" در موضوع قرارداد چی مفهوم را افاده میکند. همانند بسیاری از جنبه های حقوق قرارداد، توضیح قواعد مشخص مبنی بر اینکه چی چیزی موضوع جنس را تشکیل میدهد امر دشوار است.

جنس در بر گیرنده هردو میشود، عناصر لازمی معقود بها و عناصر مهم دیگریکه بر اساس درک عموم معقود بها را از دیگر اشیا تفکیک می کند.[١٦٦] به عبارت دیگر، برای تعیین جنس معقود بها، یک شخص باید در قاموس اصطلاحات ببیند کند که جنس معقود بها چگونه تعریف شده است و هم چنان در نظر بگیرد که فرهنگ و جامعه ی که قرارداد در آن منعقد گردیده است، معقود بها را چگونه تعریف میکنند.

یک موترسایکل را در نظر بگیرید. بعضی عناصر لازمی در یک موترسایکل عبارت اند از دو چرخ و یک انجن موتوردار. در صورتیکه هریکی ازین عناصر موجود نباشند درینصورت شخص موترسایکلی را در اختیار نخواهد داشت. اما بعضی عناصر دیگر است که به نظر عموم و عرف عام ماهیت یک موتر سایکل را کامل می سازد. مانند: چوکی موتر سایکل که در آن دو نفر می نشینند. اگر شما یک موترسایکلی را ببینید که چوکی دراز داشته باشد و در آن سه نفر آزادانه نشسته بتوانند و یا موترسایکل دارای چوکی بایسکل باشد، درین صورت شما متوجه این عنصر غیر معمولی موتر سایکل خواهید شد. درحالیکه این تغییر برای اینکه شی مذکور را از موترسایکل بودن ساقط بسازد کافی نیست، اما در هر صورتش تغییر در جنس موترسایکل محسوب میشود، زیرا در مخالفت با آنچه که درک عموم از موترسایکل است قراردارد.

طرفین قرارداد همچنان صلاحیت آنرا دارند تا جنس موضوع قرارداد خود را تعریف کنند. هنگامیکه در محکمه اقامه دعوا می کنند، غلطی هایکه در جنس موضوع قرارداد ناچیز پنداشته می شوند می توانند مهم جلوه داده شوند، در صورتیکه کیفیت برای طرفین قرار داد اهمیت زیاد داشته باشد.[١٦٧] فرض کنیم در مثال فوق اگر موترسایکل را در نظر بگیریم و بطور واقع بینانه در آن ببینیم، اینکه در موترسایکل چگونه تایر ها بکار رفته اند چیزی نیست که ماهیت موترسایکل را بسازد. اما اگر یکی از طرفین یا هردو دعوا کنند که تایرها یا موادیکه در آن استفاده می شود در این قرارداد بسیار مهم بودند، ممکن محکمه حکم نماید که در همین قضیۀ بخصوص تایر ها بالای جنس موضوع قرارداد اثرگذار هستند.

٢,٢. غلطی در موضوع قرارداد

مسئله ارزشی بودن موضوع قرارداد را بیاد بیاورید اینکه شی قابل مبادله بین طرفین جنس دارای ارزش باشد. حالا اجازه دهید که تاثیراتیکه غلطی بر قرارداد وارد می نماید را ارزیابی کنیم، این مسئله را با این طرح آغاز می نمایم که جنس مقصود در با آنچه که در موضوع قرارداد نوشته شده است متفاوت باشد.

قانون مدنی

مادۀ ٥٦٢ (١)
هر گاه در موضوع عقد غلطی صورت گرفته معقود علیه مسمی و مشار الیه باشد، احکام آتی رعایت می گردد:
(١) در صورت اختلاف جنس، عقد به مسمی تعلق گرفته و نسبت عدم وجود مسمی عقد باطل شناخته می شود.

[166] Saúl Litvinoff, "'Error' in the Civil Law," in *Essays on the Civil Law of Obligations*, ed. Joseph Dainow (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1970), 239.
[167] *Id.*

بیائید بند اول مادۀ ۵۶۲ قانون مدنی را توضیح دهیم. این بند برای ما واضح می سازد هنگامیکه یک قرارداد حاوی غلطی باشد فی الفور قرار داد را فسخ نمی کند. بلکه به ما رهنمای می کند، هنگامیکه تفاوت میان *جنس* موضوع قرار داد و آنچه طرفین آنرا از جنس موضوع قرار داد برداشت دارد وجود داشته باشد، درین صورت آنچه که در متن قرار داد درج است از لحاظ حقوق مدار اعتبار می باشد. قرارداد فقط زمانی فسخ شده محسوب می گردد که آنچه در قرارداد به حیث صفت موضوع درج شده باشد در واقعیت امر وجود نداشته باشد، در غیر آن قرارداد آنچنانی که تحریر گردیده است معتبر پنداشته میشود.

هرچند، بدین معنا نیست که درک غلطی یک شخص در مورد یک بخش مهم قرار داد که مربوط به عنصر مهم قرار داد است باعث ادامه قرار داد شود. در چنین حالات - درک غلطی- اگر یکی از طرفین در قرار داد متضرر می شود، ممکن است این غلطی قرار داد را باطل سازد. ما روی این موضوعات بحث خواهیم کرد اما ابتدا بخش دوم مادۀ ۵۶۲ را تشریح میکنیم.

سوال برای مباحثه

سعید یک کشاورز است که انواع مختلف تولیدات را در مزرعه خود پرورش داده و آنها را در مارکیت می فروشد. نمونه تمام تولیداتش را که در دسترس است در دکانش واقع در مارکیت برای فروش به نمایش میگذارد. خدیجه به دکان سعید میرود و خریداری ۱۰ پیمانه گندم از سعید در مدت یک هفته را قرارداد میکند. یک هفته بعد سعید و خدیجه دوباره ملاقات میکنند هرچند بجای تحویل دادن ۱۰ پیمانه گندم او ۱۰ پیمانه برنج دارد. خدیجه از خریداری برنج انکار میکند و هر دو قضیه را به محکمه می برند. آیا قرارداد باطل خواهد شد؟ اگر نخیر آیا خدیجه برنج را خریداری خواهد کرد یا سعید باید گندم تهیه کند؟

قانون مدنی

مادۀ ۵۶۲ (۲)
هر گاه در موضوع عقد غلطی صورت گرفته معقود علیه مسمی و مشار الیه باشد، احکام آتی رعایت می گردد:
[...]
(۲) در صورت اتحاد جنس و اختلاف وصف، عقد به مشارالیه تعلق گرفته و نسبت موجود بودن مشار الیه منعقد میگردد. در این حالت عقد کننده، نسبت عدم موجودیت وصف در فسخ و ابرام عقد مخیر می باشد.

بند ۲ مادۀ ۵۶۲ به کم اهمیت بودن تاثیر غلطی های می پردازد که در موضوع قرارداد نسبت جنس موضوع کمتر تاثیر گذار هستند. چنانچه قبلاً تذکرداده شد جنس یک شی عبارت از اوصافی است که ماهیت آن را تشکیل میدهند؛ آنها در واقع ممیزه های اند که یک شی را از اشیا دیگر متفاوت می سازد. غلطی های عنوان شده در بند ۲ مادۀ ۵۶۲ موارد نیستند که درجه یا کیفیت یک شی را متاثر بسازند، بلکه بند ۲ مادۀ ۵۶۲ اوصافی را بیان میکند که جنبه ظاهر یک شی را متاثر می سازند نه جنس آنرا.

دوباره در مورد موتر سایکل فکر کنید. شخص میتواند موتر سایکل را به رنگ های مختلف خریداری کند اما کسی نمیتواند استدلال کند که یک موتر سایکل سرخ و آبی رنگ از لحاظ ماهیت شان دو جنس مختلف اند، تا جائیکه غیر از رنگ همه چیز یکسان باشد. رنگ موتر سایکل چیزی نیست که هستی موتر سایکل را تشکیل دهد. هرچند در صورتیکه موتر سایکل مورد نظر یک چرخ داشته باشد درینصورت میتوان استدلال کرد که یک عنصر مهم تعریف کنندۀ جنس شی موجود نیست، زیرا موتر سایکل بدون چرخ کار نمیکند.

از دیدگاه اهداف قرارداد محور، تفاوت وصفی جنس مثل تفاوت رنگ میان شی مطلوب و شی آنچنانی که در متن *قرارداد توضیح شده است*، قرارداد را بر مبنی بند ۲ مادۀ ۵۶۲ متاثر خواهد نمود. قانون مدنی با غلطی های وصفی جنس قسماً طوری تعامل میکند که با غلطی در ارتباط به جنس موضوع قرارداد برخورد میکند. تا جاییکه تفاوت در اوصاف جنس بین موضوع قرارداد و موضوع قرارداد آنچنانی که در قرارداد ذکر شده وجود داشته باشد محکمه قرارداد را در پرتو آنچه که موضوع در متن قرارداد قید گردیده است تطبیق خواهد کرد، ولو این که در متن اشتباهاً نوشته شده است.

تصور کنید که فیصل موترسایکل با رنگ های مختلف را عرضه میکند اما اکثریت مشتری های او موترسایکل های سفید خریداری می نمایند. رسول میخواهد یک موترسایکل سرخ خریداری نماید و برای خریداری یکی از موتر سایکل های فیصل قرارداد منعقد میکند. از اینکه بیشتر موترسایکل های که بفروش میرسند سفید رنگ است، فیصل بطور تصادفی قرارداد را با بیان اینکه رسول موتر سایکل سفید خریداری خواهد کرد در متن قرارداد موتر سایکل سفید نوشته میکند رسول متوجه متن نمیشود و قرارداد را امضا میکند. زمانیکه موتر سایکل تحویل داده میشود رسول متوجه میشود که موترسایکل سفید است و خواستار بطلان قرارداد میشود. هرچند اگر او قضیه را به محکمه ببرد قرارداد برای موتر سایکل رنگ سفید تطبیق خواهد شد نه سرخ. موضوع طوریکه در قرارداد گفته شده بود موترسایکل سفید بوده است. برعلاوه، فیصل از قصد ذهنی رسول برای خریداری یک موترسایکل سرخ خبر نداشت.

رسول طالع برتر خواهد داشت اگر موتر سایکل توضیح داده شده در قرارداد اصلاً در میان موترسایکل های فیصل وجود نداشته باشد. تصور کنید فیصل که تا همین اواخر موترسایکل های با رنگ های مختلف را عرضه میکرد، به تازگی شروع به فروش موترسایکل های کرده است که شعله آتش بر بدنۀ شان ترسیم است. رسول هنوز هم میخواهد موتر سایکل سرخ بخرد و قرارداد را با فیصل امضا میکند تا یکی از موتر سایکل های فیصل را بخرد. قرارداد بیان میدارد که رسول از فیصل یک عراده موترسایکل سرخ خریداری می نماید. زمانیکه موتر سایکل تحویل داده میشود رسول ازینکه موتر رسامی شعله آتش در بدنه موتر سایکلش وجود دارد خوش نیست و میخواهد قرارداد را فسخ کند. چون هیچ کدام از موتر سایکل های سرخ فیصل بدون رسامی شعله آتش در بدنه شان نیستند، در این صورت رسول بین این دو گزینه اختیار دارد که قرارداد را فسخ نماید و یا موتر سایکل با رسامی شعله آتش را قبول نماید.

بسا اوقات مشکل خواهد بود که تشخیص داده شود مبنی بر اینکه آیا غلطی در جنس شی است و یا در صفت آن. برای چنین غلطی ها که بطور مناسب در هر دو ممیزه قابلیت تطابق را دارند، قاضی تصمیم خواهد گرفت که غلطی در جنس است و یا در صفت. علاوتاً، بیاد داشته باشید که طرفین قرارداد قادر به این هستند تا غلطی در صفت و غلطی در جنس را تشخیص دهند درصورتیکه معتقد به این باشند که غلطی مورد بحث در قرارداد آنها حایز اهمیت است.

۲,۳. غلطی های اساسی

در بعضی حالات، یکی از طرفین یا بیشتر از یکی آنها حق فسخ قرارداد حاوی غلطی را دارند. هرچند این اتفاق تنها زمانی رخ میدهد که غلطی اساسی باشد. غلطی های اساسی عبارت از آنعده غلطی های اند که تاثیر قابل ملاحظه و جدی را بالای شرایط قرارداد داشته باشند. غلطی های که جنس موضوع قرارداد را متاثر بسازند غلطی های اساسی اند. آنها عناصر مهم شی را متاثر می سازند و از لحاظ تعریف طبیعتاً جدی می باشند. قانون مدنی بصورت خاص دو نوع غلطی که غلطی اساسی پنداشته میشوند را تصریح میدارد. اما نخست بیائید غلطی های که اساسی نیستند را توضیح دهیم.

قانون مدنی

مادۀ ۵۶۷

غلطی حسابی یا مادی در صحت عقد تأثیر نداشته و تصحیح آن حتمی می باشد.

در اینجا اصطلاح "حسابی" منظور غلطی های است که در زمانی نوشتن یا پرداختن هزینه یک جنس یا خدمات تحقق میپذیرند. غلطی مذکور به *ارزش* موضوع قرارداد که مطمح نظر طرفین است مرتبط نیست. بیایید دریابیم که چه اتفاق خواهد افتاد زمانیکه یک غلطی حسابی در قرار داد درج باشد. اگر عبدل توافق میکند که بعد از سپری شدن سال تعلیمی کامپیوتراش را به سمیرا در بدل قیمت ۳۰۰۰۰ افغانی واگذار خواهد شد و در قرارداد اشتباهاً ۳۰۰۰۰۰ افغانی نوشته میشود، سمیرا ملزم نیست که کامپیوتر را در بدل قیمت ۳۰۰۰۰۰ افغانی خریداری کند. هرچند قرارداد هنوز هم قابل تطبیق است، اما در قیمت درست آن که ۳۰۰۰۰ افغانی میشود قابل اجرا خواهد بود.

اگر مثلاً عبدل کامپیوتر را به قیمت ۳۰۰۰۰۰ افغانی پیشکش کرده باشد حتی اگر کامپیوتر ارزش ۳۰۰۰۰ افغانی را داشته باشد و سمیرا آنرا قبول کرده باشد، وی قادر به تغییر در قیمت کامپیوتر و همچنان فسخ قرارداد نخواهد شد. چنین غلطی از ارزش خواهد بود نه از حساب.

همچنان مادۀ ۵۶۷ بیان میدارد زمانی که در یک قرارداد غلطی "مادی" وجود داشته باشد، غلطی باید تصحیح شود و قرارداد قابل فسخ نیست. در اینجا، منظور از"غلطی مادی" تباین با "غلطی اساسی" است.[۱۶۸] غلطی مادی نسبت به غلطی *ماهوی* کمتر جدی هستند. قانون مدنی در مورد اینکه تا کدام حد یک غلطی مادی جدی باشد که منحیث یک غلطی اساسی پنداشته شود مبهم است، اما مادۀ ۵۶۷ پیشنهاد میکند که غلطی های حسابی مانند غلطی های مادی اند نه اساسی.

حالا به دو نوعی دیگر از غلطی ها که در قانون مدنی بطور مشخص منحیث غلطی *اساسی* تبیین یافته اند، برمیگردیم.

قانون مدنی

مادۀ ۵۶۴

هرگاه غلطی به اندازه فاحش باشد که عقد کننده در صورت وقوف بر آن از ابرام امتناع ورزد چنین غلطی اساسی پنداشته میشود.

بخاطر مشخص نمودن اینکه آیا یک غلطی اساسی است یا خیر محکمه جنبه های انتزاعی دعوای قرارداد کننده گان را بررسی خواهد کرد. فرق نمیکند اینکه "شخص عادی در همچو شرایط" در مورد غلطی مورد بحث چی دیدگاهی دارد. یگانه مولفۀ مرتبط در اینجا دیدگاه قرارداد کنندۀ است که دعوا را تحریک کرده است. قرارداد کننده باید محکمه را از دو نکته متقاعد سازد. نخست آنها باید به محکمه ثابت بسازند در صورتیکه از غلطی آگاهی قبلی میداشتند وارد همچو قرارداد نمی شدند. دوم آنها باید ثابت سازند که غلطی به اندازۀ جدی است که اگر اگاهی قبلی وجود میداشت وارد قرار داد نمیشدند.

در اکثر قضایا، هر دو نکته متعلق به یک فکتور خواهند بود. هرچند بعضی شرایط ممکن است بروز کند که یک قرارداد کننده ممکن است دعوا کند که آنها به این قرارداد وارد نمیشدند اگر در مورد این غلطی میدانستند اما غلطی بذات خود شاید آنقدر جدی نباشد. هرچند ارزیابی مادۀ ۵۶۴ انتزاعی است و تنها نقطه مورد نظر دیدگاه قرارداد کننده مربوط است، اما نیاز است که قرارداد کننده محکمه را متقاعد سازد که اصلاً به قرارداد وارد نمیشد، زیرا بر مبنی برداشت او غلطی مذکور فاحش است.

[۱۶۸] در قانون مدنی افغانستان برای آن اصطلاح "مادی" بکار رفته است

سئوال برای مباحثه

تصور کنید که ادریس قرارداد یک ساله را برای اجارۀ زمین احمد با وی امضأ میکند. یکی از شرایط قرارداد ادریس را ملزم به پرورش گل های لاله که احمد در حال حاضر در بخشی از زمین کشت کرده است، میکند. زمانیکه آنها بالای شرایط قرارداد مذاکره میکردند، ادریس یاد آور شده بود که نظر او این بود که بخش مذکور از قرارداد برداشته شود. هرچند ادریس وعده کرده بود که گل های لاله را حفاظت میکند با بیان اینکه پرورش آنها مستلزم کدام تلاش اضافی ازجانب او نخواهد بود، وی از احمد خواست تا آن شرط را از قرارداد دور کند چون وی ترجیح میداد که از لحاظ حقوقی الزامیت نگهداری گل های لاله را نداشته باشد. حسب تصادف این بند در نسخۀ نهایی قرارداد باقی می ماند. حالا ادریس تقاضا دارد که قرارداد را فسخ کند و ادعا میکند که به قرارداد وارد نمیشد اگر وی میدانست که این شرط در قرارداد شامل است. اگر شما قاضی باشید، آیا این غلطی را فاحش می شمردید؟

تا اینجای بحث، ما غلطی ها مربوط به اشیایی فزیکی و غلطی های شرایط قرارداد را طبقه بندی کردیم. اما این غلطی تنها عوامل تاثیر گذار در اعتبار یک قرارداد نیستند. در بعضی حالات، غلطی ها در مورد طرفین نیز بالای قرارداد اثرات حقوقی دارند.

قانون مدنی

مادۀ ۵۶۵

هرگاه غلطی در شخص یا در وصف از اوصاف عقد کننده واقع شده باشد به نحوی که شخصیت یا وصف عقد کننده سبب عمدۀ انعقاد عقد بوده باشد، چنین غلطی اساسی پنداشته میشود.

نخست، توجه کنید که غلطی در مورد هویت یا اوصاف شخص صرف در صورتی مهم است که شخصیت یا صفت شخص سبب عمدۀ انعقاد قرارداد باشد. امکان دارد که غلطی در مورد اشخاص در قرارداد وجود داشته باشد، اما در صورتیکه هویت شخص یا اوصاف او در شکل گیری قرارداد مذکور فاقد اهمیت یا دارای اهمیت اندک باشد هیچ تاثیر حقوقی بر قرارداد نخواهند داشت.

بطور مثال، تصور کنید دوست بصیره یک کتاب را به وی توصیه کرده که بصیره تصمیم خرید کتاب مذکور میگیرد. دوست وی میگوید که دختر خاله اش، جمیله در فروشگاه کتاب کار میکند و بهتر خواهد بود اگر بصیره کتاب را از دختر خاله اش بخرد.[۱۶۹] بصیره بطور تصادف کتاب را از جای دیگر میخرد که در آن فروشگاه کتاب یک خانم بنام جمیله کار میکند. زمانیکه بصیره متوجه میشود که اشتباه کرده است میخواهد قرارداد را با فروشگاه که کتاب را از آن خریداری کرده است فسخ کند تا بتواند از آن فروشگاه دیگری خریداری نماید. وی ادعا میکند که مادۀ ۵۶۵ به وی حق این کار را میدهد. به هر حال احتمال دارد بصیره در ادعای خود نا موفق باشد. با اینکه این قضیۀ غلطی در شناسایی هویت شخص است، اما هویت خانم فروشنده امر مادی در منعقد کردن قرارداد نبوده است. قصد اولیه بصیره این بود که میخواست این کتاب را بدون درنظر داشت هویت شخص فروشنده، خریداری کند. ممکن بصیره استدلال کند که هویت جمیله سبب اصلی منعقد کردن قرارداد بوده است، اما این احتمال بسیار ضعیف است که قاضی آنرا حقیقت تشخیص دهد. گرچه وی میخواست با خریداری کتاب از دختر خاله دوستش به او کمک کند، اما خریداری کتاب از دختر خاله ای دوستش انگیزه اصلی بصیره

[۱۶۹] به خاطر داشته باشید که جمیله در این مثال از بابت فروش پولی بدست نمی آورد. او صرف کارمند کتابخانه است و معاش اش بستگی به تعداد کتب فروخته شده ندارد.

برای خرید کتاب نبوده است. از جانب دیگر وقتی یک شخص کتاب خریداری میکند معمولاً فروشنده کتاب برایش مهم نیست.

به هر حال غلطی در مورد هویت یکی از طرفین معمولاً از جمله غلطی های اساسی خواهد بود، مخصوصاً زمانیکه قرارداد بین دو شخص باشد. بطور مثال، اگر اقتضای یک قرارداد ذکر نام طرفین باشد و هویت یکی از طرفین غلط درج شده باشد، درینصورت غلطی باید اساسی پنداشته شود. درغیر آن هیچ عنصری طرفین قرارداد را ملزم به ایفای قرارداد نخواهد کرد.
بخش دوم ماده مذکور برای ما بیان میدارد اگر غلطی در مورد یکی از اوصاف طرفین غلطی مادی باشد ممکن سبب شود تا یک قرارداد فاقد الزامیت بار آید. در اینجا اوصاف به مفهوم خصوصیات یک شخص است. طور مثال؛ تصور کنید که نصیر علاقمند است تا نواختن پیانو را بیاموزد. او رحیم را برای آموزش پیانو استخدام میکند زیرا او شنیده است که رحیم در پیانو نواختن دست بالا دارد و یک استاد برجستهٔ پیانو است. نصیر میخواهد از بهترین فرد بیاموزد. هرچند در درس اول خود متوجه میشود که رحیم نمیداند چگونه پیانو بنوازد. بجای آن رحیم گیتار نواز خوب و استاد برجستهٔ گیتار است. این یک غلطی اساسی در مورد اوصاف یکی از قرارداد پنداشته خواهد شد، زیرا برای نصیر آموختن پیانو بطور کامل متکی به توانایی تدریس رحیم است. از آنجاییکه اوصاف رحیم در قسمت توانایی هایش در رابطه به آموزش پیانو بطور نادرست افاده گردیده است، بناً غلطی اساسی محسوب میگردد.

سؤال برای مباحثه

چه اتفاق رخ خواهد داد در صورتیکه قضیهٔ بالا اینگونه باشد که رحیم بتواند پیانو بنوازد اما نتواند درس بدهد؟ نصیر بازهم رحیم را استخدام خواهد کرد زیرا او میخواست از کسی که بهترین پیانو نواز و استاد باشد بیاموزد. آیا این یک غلطی در مورد اوصاف رحیم تلقی خواهد شد که سبب اصلی در منعقد کردن قرارداد خواهد بود؟ چرا بله و چرا نخیر؟

۲,٤.تاثیرات غلطی های اساسی

از اینکه حالا میدانیم چه نوع غلطی اساسی پنداشته میشوند، بیائید بررسی کنیم که زمانیکه یک غلطی اساسی در یک قرارداد موجود باشد چه اتفاق خواهد افتاد. وجود یک غلطی اساسی این امکان را به طرفی که از غلطی متضرر گردیده فراهم میسازد تا قرارداد را فسخ کند. هرچند، یک غلطی اساسی بطور اتومات به طرف که در معرض غلطی بوده است حق فسخ را تضمین نمی کند. بخاطر فسخ نمودن، اوضاع و احوال غلطی باید با یکی از این سه ممیزه در مطابقت باشد.

قانون مدنی

مادهٔ ۵۶۳
شخصی که در غلطی اساسی واقع گردیده، به شرطی می تواند فسخ عقد را مطالبه نماید که طرف مقابل وی نیز در عین غلطی واقع شده یا از غلطی واقف بوده و یا اینکه به سهولت می توانست به آن واقف گردد.

دو گروهی از غلطی پدیدار میشوند: دو جانبه و یک جانبه. غلطی دو جانبه عبارت از آن غلطی های اند که هر دو طرف قرارداد در غلط بودن همنظر باشند که این غلطی ها در بخش اول مادهٔ ۵۶۳ تصریح شده اند. در صورت دوجانبه بودن غلطی هر یک از طرفین توانایی فسخ قرارداد را دارند. بیاد داشته باشید در صورتیکه غلطی دوجانبه باشد باید هر دو جانب از عین غلطی متاثر شده باشند. یک مثال؛ عین غلطی این خواهد بود که اگر ظهور به لطیف یک قطعه زمین را میفروشد و هر دو فکر میکنند که زمین برای کشت برنج مناسب است. مساعد بودن زمین برای تولید برنج سبب خریداری از جانب لطیف است و ظهور زمین خود را بخاطر میفروشد که میخواهد گندم کشت کند. اگر آنها بعداً بدانند که زمین مورد نظر برای

کشت برنج مناسب نیست اما برای کشت گندم بهترین جای است، هر دو طرف میتوانند قرارداد را فسخ کنند چون آنها در معرض وقوع عین غلطی قرار گرفته اند.

موارد دوم و سوم در مادۀ ۵۶۳ به غلطی های یک جانبه مربوط میشود که عبارت از آن است که تنها یک طرف در معرض وقوع آن قرار گرفته است. زمانیکه تنها یک طرف در معرض وقوع یک غلطی قرار باشد، طرف مذکور حق فسخ قرارداد را خواهد داشت در صورتیکه طرف مقابل از قبل میدانسته و یا الزاماً در مورد باید آگاهی میداشت. اگر طرف مقابل با حسن نیت از غلطی بی خبر بوده باشد، درینصورت طرف که در معرض وقوع غلطی قرار گرفته است نمیتواند قرارداد را بر مبنی آن فسخ کند. عموماً اگر غلطی اساسی یا اهمیتی که جانب مربوطه به آن میدهد برای طرف مقابل آشکار بوده ویا باید آشکار بوده باشد، درینصورت طرفی که در معرض وقوع غلطی قرارگرفته است میتواند قرارداد را فسخ کند.[۱۷۰]

بازهم مشکل خواهد بود که قواعد مشخص را مبنی بر اینکه در کدام حالت طرف مقابل برای غلطی یک جانبه مسئول خواهد بود وضع کرد. اگر طرف مقابل از غلطی باخبر بوده باشد اما فکر نمیکرد که این غلطی اساسی بوده است درینصورت طرف در معرض وقوع غلطی قادر به فسخ قرارداد نمی باشد. این حالت بصورت ویژه زمانی صدق خواهد کرد که غلطی در پرتو مادۀ ۵۶۴ اساسی تشخیص داده شود، حالتی که در آن قرارداد کننده ادعا کند در صورت آگاهی از آن وارد قرارداد نمی شد. اگر جانب مقابل قادر به درک اهمیتی که جانب متضرر شده از غلطی به آن قایل است نبوده باشد، درینصورت طرف قادر به فسخ قرارداد نخواهد بود.

هرچند، بعضی حالات وجود دارند که یک طرف در موقعیت بهتر می باشد تا معلومات در مورد شرایط قرارداد را بهتر بداند. در اثر غلطی های که در چنین حالات پدیدار میشوند، عموماً به طرف متضرر اجازه فسخ قرارداد داده خواهد شد. بطور مثال؛ فرض کنید که محمد یک قطعه زمین را به صدیق میفروشد. در قرارداد قید گردیده است که در قطعه زمین مذکور یک حوض وجود دارد اما این غلط است. در واقع حوض مربوط به همسایۀ محمد میشود. با در نظر داشت اینکه حوض یک بخش مهم عنصر قرارداد باشد صدیق قادر به فسخ قرارداد خواهد بود، چون محمد منحیث صاحب زمین یا از غلطی خبر داشت یا میتوانست به آسانی در مورد آن واقف شود.[۱۷۱]

برعکس اگر صدیق فکر میکرد که حوض بخشی از نمره زمین بوده اما قرارداد حوض را شامل نکرده باشد و نه صدیق به محمد گفته باشد که فکر میکرد حوض شامل نمره است درینصورت صدیق قادر به فسخ قرارداد نخواهد بود. در حالیکه امکان دارد این یک غلطی عمده باشد، این موردی است کاملاً غلطی از صدیق است. چون هیچ کسی وی را تشویق نکرده بود تا فکر کند حوض شامل زمین است؛ وی خودش فکر میکرد که شامل زمین باشد. علاوه براین محمد هیچ نیازی نداشت بداند که صدیق فکر میکند حوض شامل زمین است. یک غلطی مانند این قرارداد را فسخ نخواهد ساخت.

۲,۵. غلطی در قانونی

آخرین نوع غلطی که ما به آن خواهیم پرداخت غلطی در قانون است. غلطی مذکور زمانی پدیدار میشود که یک عنصر مهم قرارداد بر امری بنا یافته باشد که امر مذکور ممنوعیت قانونی داشته باشد. در همچو حالت هر یک از طرفین میتوانند قرارداد را فسخ کنند.

---

[170] Kötz, 188.

[۱۷۱] به خاطر داشته باشید که اگر محمد میدانست که در زمین حوض آب وجود ندارد اما ترجیح میداد که سکوت اختیار کند، صادق میتواند استدلال کند که محمد فریبکاری کرده است. راجع به فریبکاری در بخش بعدی به تفصیل صحبت خواهد شد.

قانون مدنی

مادۀ ۵۶۶

عقد به سبب غلطی در قانون وقتی قابل فسخ پنداشته می شود که شرایط غلطی در وقایع مربوط به عقد متحقق گردد، مگر اینکه قانون مخالف آن تصریح کرده باشد.

این نوع غلطی در قالب یک مثال بهتر تشریح خواهد شد. فرض کنید که رشیده مالک دوکان کیک و کلچه فروشی است، او میخواهد زمینی را که دوکان وی در آن بنا یافته است بفروشد. احمد برای خریداری ملکیت وی حاضر میشود اما او علاقمند اعمار تعمیر رهایشی در آن زمین است. هر دو رشیده و احمد میدانند که احمد زمین را برای اعمار خانه خریداری میکند و باور هر دوی شان اینست که زمین را میتوان برای اعمار خانه استفاده کرد بجای محل تجارتی. لذا اگر واضح گردد که قوانین شهرداری اعمار خانه را در قطعه زمین مذکور ممنوع قرار داده است، درینصورت قرارداد قابل فسخ خواهد بود.
تقریباً در تمام حالاتیکه شرایط قرارداد ممنوعیت قانونی دارد، قرارداد مذکور توسط هر یک از طرفین قابل فسخ خواهد بود. تنها حالتی که در آن چنین قراردادها قابل فسخ نیستند، حالتی است که حکمی دیگر از قانون مدنی در مورد آن صراحت داشته باشد.

۲,۶.خلاصه

چنانچه حالا میدانید، غلطی یک بخش عمدۀ عیوب قرارداد است که برای آن شخص باید ثابت سازد که اوضاع و احوال اش با معیار های متعددی مطابقت دارد. اول شخص باید ثابت سازد که غلطی وجود دارد. در مرحله بعدی باید نشان دهد که این غلطی مذکور اساسی است. اگر غلطی اساسی باشد، باید ثابت سازد که دوجانبه است یا یک جانبه، اگر دوجانبه باشد هر یک از طرفین قادر به فسخ قرارداد هستند. اگر یک جانبه باشد، درینصورت طرف متضرر باید ثابت سازد که طرف دیگر از غلطی آگاه بوده است یا ایجاب می نمود که از غلطی آگاهی میداشت. اگر آنها بتوانند این امر را با در نظر داشت اقدامات گفته شده انجام دهند، میتوانند قرارداد را فسخ سازند.

۳. فریب کاری

۳,۱.کلیات

فریب از بعضی جهات با اکراه و غلطی ارتباط نزدیک دارد. طوریکه ما میدانیم اکراه زمانی بروز می کند که یک فرد مجبور ساخته شود تا به یک قرارداد وارد شود که در غیر آنصورت وارد قرارداد نمیشد و غلطی عبارت از خطاهایی اند که به سبب بکار بردن وسایل حیله آمیز (دروغ یا فریب عمدی) بوجود نمی آیند. فریب کاری زمان اتفاق می افتاد که یکی از طرفین با حیله و نیرنگ عامدانه طرف دیگر را به پذیرش قرارداد بکشاند. زمانیکه فریب ثابت شود طرف فریب خورده قادر به ابطال قرارداد میباشد.

قانون مدنی

مادۀ ۵۷۰

فریب عبارت از بکار بردن وسایل حیله آمیز قولی یا فعلی ایست که طرف مقابل عقد را به راضی شدن انعقاد عقد بکشاند، به نحوی که این وسایل اگر بکار برده نمی شد، رضایت وی در عقد به میان نمی آمد.

چند مفهوم از تعریف مذکور پدیدار میشوند. نخست، فریب محدود به بکار گیری وسایل حیله آمیز قولی نیست. بلکه شامل بکار گیری تمام انواع وسایل حلیه آمیز میشود که یک طرف قصداً بمنظور کشاندن طرف دیگر به انعقاد قرارداد از آن استفاده مینماید که در غیر آن صورت قرارداد مذکور تحقق نپذیرد. طور مثال؛ یک قرارداد فروش زمین را در نظر بگیرید. طرفین قرارداد کننده اندازهٔ زمین برای فروش را مورد بحث قرار میدهند اما هیچگاه حدود اربعه زمین را مورد بحث قرار نمیدهند. در عوض صاحب زمین نقشهٔ را به خریدار میدهد که مرزهای ملکیت را نشان میدهد. اگر صاحب زمین مدرک را جعلی ساخته باشد که حدود اربعه آن نادرست باشد درینصورت او یک عمل فریب کارانه را مرتکب شده است.

مفهوم کلیدی دوم این است که عمل فریب مستلزم نیت قصدی در جانب فریب دهنده است که بمنظور اغوا کردن از آن استفاده کرده باشد. در صورتیکه ثابت شود طرف متهم به انجام فریب بطور عمدی کدام قول یا عملی انجام نداده است، درینصورت قضیه غلطی خواهد بجای اینکه یک قضیه فریب باشد. به عبارت دیگر اگر طرف متهم فکر کند که اظهاراتش درست است درینصورت مقصر فریب شمرده نمی شود. اظهارات باید آشکارا نادرست باشند. سومین مفهوم کلیدی این است که عمل فریبکارانه عنصر اصلی در کشاندن طرف فریب خورده به انعقاد قرارداد باشد که در غیر آن صورت طرف قرارداد را نمیپذیرفت. سوال که باید پرسیده شود این است که اگر ما عمل فریبکارانه را نفی کنیم، آیا طرف فریب خورده هنوز هم مایل به پذیرش قرارداد است؟ اگر جواب "بله" باشد درینصورت فریبکاری سبب عقد قرارداد نشده است و طرف که دعوای فریب را اقامه کرده باشد می بازد.

فرض کنید بصیر اسباب خانه را قصد دارد از مصطفی خریداری کند. مصطفی از بصیر میخواهد تا اسباب خانه را شخصاً ببیند اما برای اینکه بصیر زودتر اقدام کند، مصطفی برایش اظهار میدارد که یکی از دوستان دورهٔ متوسطه مکتب وی نیز در چند روز آینده برای دیدن اسباب خانه خواهد آمد. بصیر کوشش می نماید تا در روز معین که مصطفی گفته بود دوستش نیز می آید آنجا برود، حالانکه چند روز قبل از آن است که وی در اوایل برنامه ریزی کرده بود. زمانیکه او آنجا میرود معلوم میشود که مصطفی به وی دروغ گفته بود اما بازهم بصیر بعضی اسباب خانه را از مصطفی خریداری میکند. در این قضیه، عمل فریبکاری (دروغ گفتن در مورد حضور دوست بصیر) او را وادار به خریداری نکرد (او پیش از روز پلان شده آنجا رفت)، اما عمل دورغ حیثیت یک عمل اساسی رابرای انعقاد قرارداد نداشت چون دروغ گفتن بصیر را وادار به خریداری نکرده بود. ازینرو، گرچه اعمال مصطفی فریبکارانه محسوب میشود، اما احتمال نمی رود که گفته شود او مرتکب عمل فریب شده است.

در حالیکه تعریف فریب به صورت گسترده واضح است اما مشکل اصلی در تعین نمودن اینست که چی زمانی یک قول یا عمل خارج از محدوده عرف رسمی بشمار میرود که باعث بروز فریب میشود.

سؤال برای مباحثه

در بازار، تجار با همدیگر برای کسب مشتریان رقابت میکنند وبخاطر وادار ساختن مردم برای خرید محصولات شان، از محصولات خود تعریف و تمجید میکنند. اگر یک بازرگان یک لوحه را در پهلوی محصولات خود نصب نموده که میگوید انارهای وی بهترین انارهای بازار هستند، آیا شما این را فریبکاری تلقی میکنید؟ چگونه خواهد بود اگر کسی آن انارها را بخاطر آن لوحه خریداری کند؟ چرا بله و چرا نخیر؟

عموماً ادعاهای تجار مبنی بر اینکه تولیدات آنها بهترین کیفیت را دارند فریب تلقی نمی شوند. قانون در مورد اینکه یک فرد در مورد تولیدات نظر خود را ابراز نماید کدام محدودیتی وضع نکرده است. ادعای تاجر دلیل مشخصی را مبنی بر اینکه چرا انارها "بهترین" انار اند ارائه نکرده است، ادعا های این چنینی بسیار معمول است و برای یک فرد مشکل خواهد بود

که ثابت سازد وی محض با در نظر داشت لوحهٔ متذکره تشویق به خریداری انار شده است. اظهار نظر باعث به بوجود آمدن فریب نمیشود زیرا آنها ذاتاً ادعای واقعیت بودن مقصود را نمیکنند. [۱۷۲]

از سوی دیگر، بعضی اقوال یا اعمال بطور آشکار فریبکاری اند. تصور کنید؛ شخصی یک عراده موتر را به شخص دیگر می فروشد. مشتری قبل از خرید برای تفتیش موتر مذکور می آید، فروشنده برایش یک موتر کاملاً جدید را نشان میدهد. خریدار مطمئن میشود و موتر را میخرد، فروشنده آنرا یک روز بعد تحویل میدهد. زمانیکه موتر تحویل داده می شود، خریدار یک موتر استفاده شده را با بعضی بخش های که نیاز به ترمیم دارند دریافت میکند. این قضیه با تعریف فریب که در مادهٔ ۵۷۰ بیان شده است مستقیماً در مطابقت است. در ماده مذکور چنین تصریح شده است: فروشنده خریدار را به راضی شدن انعقاد عقد بکشاند به نحویکه این وسایل اگر بکار برده نمیشد، رضایت وی در عقد بمیان نمی آمد.

به هر حال، قضایای بسیار وجود دارند که در نقطهٔ وسطی این دو مثال واقع میشوند.. هدف اساسی در تجارت اینست که بهترین تبلیغ ممکن به نفع محصولات انجام شود تا بدین طریق قناعت مشتریان را برای خرید آن طوری جلب نماید که محصولات مذکور را بجای تولیدات رقیبان خریداری نمایند. حالانکه تبلیغ نادرست در مورد محصولات مجاز نیست، اما مشکل خواهد بود که بصورت قطعی تفکیک نمود که چی زمانی قول یا عمل اضافه روی از حدی خواهد بود که محصولات را به بهترین وجهه تبلیغ می نماید و در نهایت یک عمل یا قولی فریب کارانه محسوب شود. بناً درست خواهد اگر یک قطعه زمین زراعتی مناسب "پرثمر و سرسبز" توصیف شود، اما این نادرست است که یک قطعه زمین بائر را که برای زراعت مناسب نیست با عین مواصفات تبلیغ نمود.

حوزه های قضائی حقوق رومن ژرمنیک در سراسر جهان به یک معیار ثابت نرسیده اند که قضات با استفاده از آن معیار قضایای را تشخیص دهند که چی زمانی قضایای بین البینی به سطح فریبکاری میرسند. اساساً اینکه یک دعوا در حالات بین البینی به کدام جهت برگردان میشود، منوط به رای قاضی است که به قضیه رسیدگی میکند.

۳,۲.سکوت بمعنی فریب (تدلیس)

مشکل دیگر که باید بررسی شود این است که چه وقت خاموشی منجر به فریبکاری میشود. قانون مدنی در مورد چنین صراحت دارد:

قانون مدنی

مادهٔ ۵۷۳

فریب سلبی، به محض کتمان حقیقت بوجود می اید. این فریب تدلیس پنداشته میشود.

قانون مدنی تصریح میدارد که در یک موضوعی که پنهان کردن حقیقت با سکوت بدست میآید، امکان دارد که فریبکاری ببار آرد. مگر قانون مدنی در مورد اینکه چه چیزی بیان "حقیقت" را تعیین میکند و در کدام درجه سکوت به مفهوم "پنهان سازی" محسوب می شود صراحت ندارد، برای رهنمایی در زمینه ما میتوانیم سایر حوزه های قضائی حقوق رومن ژرمنیک را جستجو کنیم. در دو دهه گذشته روش این بوده است که در اکثریت حوزه های قضائی حقوق رومن ژرمنیک خاموشی را در بعض حالات مشخص معادل فریبکاری دانسته اند. چنین شرایط بعنوان یک *وجیبه برای افشا کردن* معلومات در مورد محصولات برای شخصی که در نظر دارد محصول مذکور را خریداری نماید شکل گرفته اند. اگر دانستن حقایق مشخص در مورد یک محصول بالای تصمیم فردی برای خریداری محصول تاثیر گذار باشد، درینصورت اکثر کشورها

[172] Kötz, 187.

فروشنده را ملزم به ارائهٔ معلومات در مورد تولیدات شان به خریداران میکنند. بطور مثال؛ در قراردادهای تجارتی، حقوق فرانسه مستلزم اینست که قبل از شکل گیری قرارداد "عرضه تمام جنس های فنی یا عرضه خدمات باید مشتری را در شرایطی قرار دهد که او قادر به دانستن مشخصات مهم تولیدات یا خدمات باشد."[۱۷۳] توجهکنید که چگونه مکلفیت توضیح دادن معلومات تداخل میان فریب و مکلفیت عمل کردن توأم با حسن نیت را که بالای طرفین قرارداد وضع شده اند، روشن میسازد.

فراهم نمودن سایر قواعد مشخص در مورد اینکه کدام حقایق باید افشا شوند ناممکن است لذا این صلاحیت را به قضات واگذار شده اند تا با در نظر داشت اضاع و احوال قضیه آنرا تعیین نمایند. هرچند در حوزه های قضائی حقوق رومن ژرمنیک رهنمود عمومی دیگر این است که فروشنده باید تمام معلوماتی را به خریدار بدهد که خریدار نتواند آنرا به آسانی درک کند، درحالیکه فروشنده خودش بداند و یا با تقبل هزینه اندک میتواند از آن مطلع گردد. بطور مثال؛ شما میخواهید موتر خود را به فروش برسانید و میدانید که هر گاه سرعت موتر شما از ۸۰ کیلومتر در ساعت بگذرد، سیستم تهویه موتر متوقف میشود. عدم توضیح این حقیقت به خریدارهای بالقوه نه تنها مغایرحسن نیت که در فصل گذشته گفته شد خواهد بود بلکه منحیث یک عمل فریبکارانه نیز تلقی خواهد شد، چون سیستم تهویه در موتر یک امر خیلی ضروری پنداشته میشود، در حالیکه به احتمال زیاد خریدار خودش به زودی قادر به کشف این عیب نخواهد بود.

به همینطور، اگر یک طرف قرارداد چیزی را ادعا نماید که جانب مقابل بر کاذب بودن آن باور داشته باشد و این ادعای وی عنصر اصلی در ایجاد انگیزه برای بستن قرارداد را ایفا مینموده است، درینصورت احتمالاً محکمه حکم خواهد نمود که طرف مقابل مکلف به اصلاح کذب بوده است. فرض کنید شما یک انگشتر عتیقه را خریداری میکنید به این فکر که انگشتر مذکور متعلق به شاه افغانستان در قرن هژدهم است. شما به فروشنده اظهار میدارید که بسیار هیجان زده هستید از اینکه انگشتر شاه را بدست کنید. در صورتیکه فروشنده میداند که انگشتر هیچ وقت ملکیت شاه نبوده با آنکه انگشتر خیلی زیبا است، فروشنده مکلف است تا قبل از اینکه به شما انگشتر را بفروشد شما را در این مورد آگاه سازد.

برعلاوه ، اگر یک طرف قولی را اظهار میدارد که حقیقت داشته باشد اما صحت قول تا زمان انعقاد قرارداد باقی نمی ماند، مکلف است واضح سازد که این موضوع دیگر حقیقت ندارد.

سوال ها برای مباحثه

آیا شما اعمال زیر را منحیث اعمال فریبکاری تشخیص خواهید داد یا خیر؟ چرا بله و چرا نخیر؟

۱. شخصی کامپیوتر خود را به شخص دیگر فروخت اما به وی نگفت که کامپیوتر خود بخود در هر ساعت دوباره روشن میشود.

۲. یک شخص به شخص دیگر خانه خود را فروخت اما برایش نگفت که از ظرفشویی آشپزخانه بطور مداوم آب می چکد.

۳. یک شخص زمین زراعتی بزرگ را به فروش میرساند. تقریباً ۵ درصد زمین برای کشت مناسب نیست. فروشنده این حقیقت را از قبل نمی دانسته است.

[173] Law No. 92-60, Art. 2 (18 January 1992) in Muriel Fabre-Magnan "Duties of Disclosure and French Contract Law," in *Good Faith and Fault in Contract Law*, eds. Jack Beatson and Daniel Friendmann (Oxford: Oxford University Press, 2001) 101.

در آخر، بیاد داشته باشید که بررسی اعمال فریبکارانه در پرتو قراردادها، متضمن نظریهٔ حسن نیت و معامله منصفانه است. بالخصوص چنانچه دیدیم که تشخیص فریب مشکل است اما این مفاهیم در تشخیص موجودیت فریب کمک میکنند. بررسی نمودن قرارداد از این نظر که آیا قرارداد با حسن نیت انعقاد شده، ابزار دیگری است که میتوان در تعیین اینکه آیا عمل فریبکاری است یا خیر مورد استفاده قرار گیرد.

۳,۳.فریبکاری شخص ثالث

بعض اوقات ممکن است شخص بخاطر حیله شخصی که طرف قرارداد نیست وارد قرارداد شود. هرچند، به استثنای بعضی حالات محدود، اعمال فریبکارانه اشخاصی که در یک قرارداد طرف نیستند منحیث فریبکاری پنداشته نمیشوند.

قانون مدنی

مادهٔ ۵۷۴

در صورت وقوع فریب از طرف شخص ثالث در عقد، فریب خورده وقتی میتواند فسخ آنرا مطالبه نماید که آگاهی طرف مقابل را به فریب شخص ثالث هنگام عقد یا قادر بودن او را به کسب چنین آگاهی، ثابت نماید.

اعمال فریبکارانهٔ شخص ثالث تنها زمانی از لحاظ حقوقی مرتبط فریبکاری میشود که طرف مدعی فریبکاری بتواند ثابت سازد که طرف دیگر از چنین اعمال طرف سوم آگاهی داشت یا لزوماً باید خبر میداشت. ثبوت این امر زمانی آسان خواهد بود که ثابت شود که طرف سوم نماینده، کارمند یا به نحوی دیگری تحت ادارهٔ طرف مقابل باشد.

فرض کنید لیلی میخواهد یک ساعت را خریداری کند. خواست او این است که ساعت در برابر آب مقاوم باشد چون هر زمانی که او برای آب بازی میرود نمی خواهد که همیشه ساعت را از دستش بکشد. وی به ساعت فروشی میرود که مربوط محمد میشود. او مخصوصاً به فروشنده که رشاد است میگوید که میخواهد یک ساعت مقاوم در برابر آب بگیرد. رشاد میگوید او میداند و مودل های جدید ساعت را برایش نشان میدهد و ادعا میکند که در برابر آب مقاوم هستند. رشاد لیلی را برای خریداری گران ترین ساعت دکان راضی میکند. یک ماه بعد ساعت خراب میشود و لیلی در مییابد که ساعت در برابر آب مقاوم نبوده است. آیا لیلا میتواند قرارداد عقد شده با محمد صاحب دکان را فسخ کند؟ آیا پاسخ تغییر خواهد یافت اگر محمد مشهور به دروغ گویی باشد؟ چی اتفاق خواهد افتاد در صورتیکه او قبلاً به جرم دروغ گویی به مشتریان مجازات شده باشد؟

۳,٤.مکلفیت جانب فریب خورده

طرف فریب خورده وظیفه ندارد تا بطور مستقل حقیقت گفته های که به او بیان شده را مورد تحقیق قرار دهد.[۱۷٤] در حالیکه برای طرف خوب خواهد بود تا صحت و سقم اقوال یا افعال را برای خود معلوم نماید، اما عدم اجرای این کار باعث نمیشود تا آنها در دعوی فریب ناکام شوند.

۳,۵.غبن (کلاهبرداری)

یکی از عیوب بالقوه دیگری رضا غبن است. غبن یک نوع از فریبکاری است که خوشبختانه نسبت به فریبکاری تعریف مشخص تر دارد. غبن زمان رخ میدهد که فروشنده خریدار را برای پرداخت ارزش بیشتر از ارزش واقعی مال راضی کند

[174] Kötz, 198.

یا زمانیکه خریدار فروشنده را برای فروش مال شان کمتر از ارزش واقعی آن راضی بسازد. غبن تنها زمان بالای قرارداد تاثیر گذار است که فاحش باشد.

قانون مدنی

مادۀ ۵۷۱

(۱) هرگاه به سبب فریب یک طرف عقد، غبن فاحش متوجه طرف مقابل گردد، فریب خورده می تواند فسخ عقد را مطالبه نماید.
(۲) غبن وقتی فاحش گفته می شود که تفاوت بین قیمت حقیقی مال در هنگام عقد و قیمتی که مال بفروش رسیده به (۱۵) فی صد یا بیشتر از آن بالغ گردد.

مادۀ ۵۷۵
(۱) غبن فاحش، موجب فسخ میگردد.
(۲) اگر شخصی که در مورد او غبن صورت گرفته، هنگام عقد بر غبن واقف بوده و به آن رضایت نشان داده باشد، نمی تواند عقد را فسخ نماید، مگر اینکه رضایت وی ناشی از معلومات دورغ، کتمان حقیقت و یا به فریب طرف مقابل راجع باشد.

مادۀ ۵۷۱ و دو بند مادۀ ۵۷۵ سه قید مهم را برای غبن گذاشته اند که در صورت تحقق شان به فعل غبن گفته میشود.

قید نخست از بند دوم مادۀ ۵۷۵ و نیز از دلالت ضمنی کلمۀ "خدعه" در بند اول مادۀ ۵۷۱ استنباط میشود. عمل غبن *باید* نتیجۀ نیرنگ یا فریبکاری طرفی باشد که سود سود ناشی از قیمت بلند یا قیمت پائین را حاصل کرده باشد. یا به عبارت دیگر، در عمل غبن فریب بکار رفته باشد. قانون مدنی برای طرفین قرارداد اجازه میدهد که هر قیمتی را که خواسته باشند تعیین نمایند، دلایل متعدد وجود دارند که برای اینکه چرا افراد به قیمت بسیار بالا یا پایین از ارزش واقعی تولیدات توافق مینمایند. بطور مثال؛ دو طرف قرارداد باهم دوست هستند و فروشنده زیر ۲۰ درصد ارزش اصلی را میپذیرد چون میداند که دوستش همینقدر توان پرداخت دارد. یا فرض کرده میتوانیم یک فرد که پول بیشتر نسبت به ارزش واقعی مال را می پردازد کسی است که منحیث یک فرد، به آن محصول ارزش بیشتر قایل است هرچند میداند که "خیلی زیاد" می پردازد.

برعلاوه، بعضی طرفین قراردادهای دراز- مدت برای یک قیمت متوازن را میپذیرند با وجود اینکه میدانند ممکن قیمت ها بالا یا پایین بروند، زیرا شاید این شیوه آسانتر از شیوۀ باشد که بالای قیمت جنس تکراراً چانه زنی صورت گیرد. برای شکل گیری غبن، طرفی که ادعای متضرر شدن را دارد لازم است تا ثابت سازد که طرف مقابل وی را فریب داده و وادار ساخته بود تا باور کند که قیمت مناسب را برای فروش یا خرید تولیدات یا خدمات بر اساس بند اول مادۀ ۵۷۱ پرداخته است. یا در پرتو احکام بند دوم مادۀ ۵۷۵ ثابت سازد وی آگاهی داشته که قیمت نادرست را پرداخته است اما طرف دیگر گفته ها یا اعمال فریبکارانه را انجام داده است که سبب شده طرف فریب خورده به قیمت نادرست رضایت نشان دهد.

دوم، تفاوت بین قیمت پرداخته شده و ارزش منصفانه مال باید فاحش باشد. ازینرو اگر کسی فکر کند که آنها بیشتر پرداخته اند اما نه آنقدر زیاد، آنها گزینۀ فسخ قرارداد را نخواهند داشت چون این مقدار پرداخته شده به حد فاحش نرسیده است. غبن زمانی واقع میشود که تفاوت میان قیمت منصفانه و قیمت پرداخته شده مال ۱۵ درصد یا بیشتر از آنباشد. این شرط برای جانبی که میخواهد غبن را ثابت سازد یک ساحۀ عمل یک مشکل را ایجاد میکند که عبارت از معلوم نمودن قیمت منصفانۀ مال در بازار است. اصطلاح ارزش منصفانۀ مال، علی الرغم اینکه در حلقات اکادمیک بسیار معمول است، اما معلوم نمودن آن در عمل یک کار مشکل میباشد.

سوم، زمانیکه بررسی میشود که آیا غبن به درجهٔ فاحش بودن رسیده است یا خیر، باید به ارزش منصفانهٔ مال یا خدمات در *زمان عقد قرارداد* مراجعه شود زیرا قیمت ها در بازار دایماً در حال نوسان میباشند. ازینرو، ممکن ارزش مال یا خدمات در آن زمان که یک قضیه به محکمه آورده میشود ممکن اندکی نسبت به ارزش عین مال یا خدمات در زمان عقد قرارداد تفاوت داشته باشد.

اگر این سه عنصر تحقق یابند، درخواست طرف فریب خورده برای فسخ قرارداد پذیرفته خواهد شد.

سؤال برای مباحثه

عمر یک کامپیوتر میخواهد بخرد و به فروشگاه میرود که حلیمه صاحبش است. عمر تحقیق کرده است و میداند که نوع کامپیوتر که او میخواهد چقدر قیمت دارد. او یک کامپیوتر شرکت DELL را انتخاب میکند اما میبیند که حلیمه نسبت به قیمت منصفانهٔ این نوع کمپیوتر ها ۲۰ درصد بلند تر قیمت وضع کرده است. عمر از حلیمه می پرسد چرا وی قیمت تر میفروشد حلیمه در پاسخ میگوید که او تنها فرشنده ای است که DELL های اصلی را عرضه میکند. هر کسی دیگر کامپیوترهای تقلبی را آورده به قیمت ارزان بفروش می رسانند و در عین زمان سود هم میبرند اما او باید قیمت تر بفروشد چون کامپیوترهای او اصلی اند. عمر باور میکند و به قیمت رضایت میدهد. بعداً او متوجه میشود که حلیمه دروغ گفته است و فرشگاه های دیگر DELL های اصلی را وارد می سازند. آیا عمر قادر به فسخ قرارداد خواهد بود؟ اگر وی می تواند قرارداد را فسخ کند، کدام ماده را باید بکار گیرد؟

سؤال برای مباحثه

بیاد بیاورید زمانی که در مورد غلطی بحث میگردیم، **مادهٔ ۵۶۷** مبین این بود در صورتیکه غلطی در مورد قیمت اموال یا خدمات باشد، تنها گزینه این بود که قیمت اصلاح گردد؛ قرارداد با قیمت اصلاح شده الزام آور خواهد بود. هرچند، **مادهٔ ۵۷۱** بیان میدارد که اگر قیمت بر اساس اعمال غبن غلط شده باشد، طرف متضرر از غبن میتواند قرارداد را فسخ کند. آیا این دو مواد با هم دیگر در تضاد اند؟

۳,۵,۱. سایر استثنأت غبن

در یک مورد بخصوص، قانون مدنی مانع اقامه دعوی اشخاصی میشود که تصور میکنند علیه آنها غبن صورت گرفته است. این همان موردیست که قیمت مورد توافق طرفین نتیجه مزایده علنی بوده باشد.

قانون مدنی

مادهٔ ۵۷۶

در عقودیکه که از طریق مزایده علنی صورت می گیرد، اعتراض مبنی بر وجود غبن جواز ندارد.

منطقاً چنین استثنا ریشه در هدف عمومی عمل مزایده دارد و اصول ارزش منصفانه بالایش قابل تطبیق نیست. برعکس، مزایده ها بر مبنای بر بنیاد همان نرخ عینی استوار اند که مزایده کننده بر مال میگذارند. بدین سبب باطل ساختن چنین معامله بخاطریکه قیمت مال در آن ۱۵ درصد بالا یا پایین از ارزش منصفانهٔ اموال یا خدمات باشد، مغایر اهداف مزایده علنی است.

۳,۵,۲. غبن و مال دولت

قبلاً دو بند مادهٔ ۵۷۵ را مورد ارزیابی قرار داده ایم، بند سوم ماده مذکور در مورد غبن و مال دولت صراحت دارد.

قانون مدنی

مادهٔ ۵۷۵
(۳)غبن فاحش در مورد اموال دولت، وقف و مال شخص محجور بهر نحویکه صورت گرفته باشد، موجب فسخ عقد می گرد.

بند ۳ مادهٔ ۵۷۵، شرایط غبن در مورد اموال دولتی و مال محجور را تصریح مینماید، در صورتیکه مغبون علیه با بکار گیری حیله به قیمت قرارداد درمورد اموالی توافق مینماید که متعلق به دولت یا شخص محجور است در این صورت قابل فسخ میباشد. در این نوع قضایا قاضی باید صرف مشخص سازد که آیا قیمت ذکر شده در قرارداد نسبت به نرخ منصفانهٔ بازار ۱۵ درصد بالا یا پایین است یا خیر. اگر قضیه اینگونه باشد، درینصورت قرارداد باید فسخ گردد، بدون درنظر داشت اینکه شرایط طرفین را قانع به پذیرش قیمت کرده باشد.

۳,٦.فسخ قرارداد در آینده

عموماً، اگر محکمه تشخیص دهد که در شکل گیری قرارداد فریب نقش اساسی داشته است، طرف فریب خورده صلاحیت فسخ قرارداد را دارد. اما شرایطی وجود دارند که ایجاب تفصیل بیشتر را میکنند.

قانون مدنی

مادهٔ ۵۷۷
هرگاه از احتیاج یا عدم تجربه و یا ضعف ادراک یکی از عاقدین سوء استفاده به عمل آمده و به اثر آن غبن فاحش در عقد موجود گردد، شخص فریب خورده می تواند در خلال مدت یکسال از تاریخ انعقاد عقد، بطلان عقد یا تنقیص وجایب خود را به اندازه معقول مطالبه نماید.

مادهٔ ۵۷۷ اشخاصی را مورد محافظت قرار میدهد که به اثر ضعف ادراک توسط طرف مقابل مورد سواستفاده قرار بگیرند، در همچو حالت به طرف که ضعف ادراک دارد اجازه میدهد تا قرارداد را فسخ کند یا وجایب قراردادی وی را خفیف تر میسازد. برای اینکه شخص از حکم مادهٔ ۵۷۷ مستفید گردد لازم است موضوع را در ظرف مدت یک سال مطرح نماید.

برای استفاده از این ماده، شخص باید ثابت سازد که غبن فاحش، که حداقل ۱۵ درصد نسبت به قیمت منصفانهٔ جنس تفاوت دارد، اتفاق افتاده است و این بدلیل اتفاق افتاده است که طرف مقابل از ضعف ادراک یا کمی تجربهٔ وی سؤ استفاده نموده است. این قاعده نظریهٔ عدم توازن اقتدار طرفین را منعکس میسازد که قبلاً تذکر داده شده بود. نا برابری اقتدار طرفین قرارداد کننده زمینهٔ بطلان قرارداد را فراهم میسازد. لذا قانون مدنی اشخاصی را مورد حمایت قرار میدهد که احساس میکنند توسط شخص با تجربه مورد سؤ استفاده قرار گرفته اند، اما شخصی که انتظار میرود اگاهی داشته باشد، در صورت که مورد غبن قرار گرفته باشد از این ماده استفاده نمیتواند.

طور مثال؛ تصور کنید احمد یک موتر دارد که ۲۰۰۰۰ افغانی ارزش دارد اما میخواهد از آن سود بیشتر ببرد و آنرا به ۵۰۰۰۰ افغانی بفروشد. اشرف می پذیرد که موتر احمد را به قیمت ۵۰۰۰۰ بخرد اما یک هفته بعد متوجه میشود که بیشتر از ارزش موتر مذکور پول پرداخته است. ۵ ماه بعد، اشرف میخواهد به محکمه مراجعه نموده و قرارداد را فسخ کند. در صورتیکه اشرف شخص ۳۵ ساله ثروتمند است که در بدو امر متوجه نشده بود که برای موتر پول بیشتر پرداخته است. احتمالاً برایش مشکل خواهد بود که محکمه را قانع به فسخ قرارداد سازد. زیرا چندین ماه میشود که او از مشکل قیمت آگاهی داشت ولی باز هم از این موتر استفاده میکرد. هرچند اگر اشرف ۱۷ ساله میبود که در تجارت داد و گرفت بی تجربه می بود، مادۀ ۵۷۷ به وی اجازه میداد تا دعوی خود را در مدت یک سال از عقد قرارداد به محکمه اقامه نماید.

درحالیکه قانون مدنی صراحتاً مدت زمانی را مشخص نمی کند که تا چه زمانی دعوی فریب اشخاصیکه مادۀ ۵۷۷ از آنها حمایت نمی کنند به محکمه اقامه شده می تواند، اما میتوان نتیجه گیری کرد که اگر کسانی که تحت محافظت مادۀ ۵۷۷ قرار دارند یک سال وقت داشته باشند، برای دیگران این مدت کوتاه تر خواهد بود.

سؤال برای مباحثه

در کدام یک از سناریو های زیرشخص میتواند مادۀ ۵۷۷ را استفاده نماید؟

احمد علاقمند است که اولین کامپیوتر خود را خریداری نماید. او به مغازه وسایل الکترونیکی مستعمل رفته و از فروشنده خواهش میکند که وی را در قسمت انتخاب نوع کمپیوتر مورد ضرورتش کمک نماید. مغازه مذکور کمپیوتری را به ارزش ۲۰ درصد قیمت تراز نرخ بازار به وی میفروشد؛ احمد بعد از یک ونیم سال متوجه این حقیقت میشود.

رحیم تعدادی از نقاشی های را که از مدتی بدینسو در خانه شان بوده به فروش میرساند. او به خاطر تعیین نرخ نقاشی های مذکور به نگارستان هنرها رفته و میخواهد که نقاشی های مذکور توسط شخص خبره نرخ گذاری شود. نگارستان مذکور نرخ نقاشی ها را ۱۵٪ کمتر از نرخ بازار تعیین میکند. سپس رحیم نقاشی مذکور را به شخصی میفروشد که وی از قیمت نقاشی ها توسط کارمند مسلکی نگارستان آگاهی حاصل نموده است. رحیم به ارزش اصلی نقاشی های مذکور ۶ ماه بعد پی میبرد.

قانون مدنی

مادۀ ۵۷۸
هرگاه برای رفع غبن، پرداخت آنچه را قاضی تعیین نموده، کافی پنداشته شود، طرف مقابل می تواند در عقود معاوضه از دعوی فسخ انصراف نماید.

بعضی اوقات در قراردادها جنس یا عرضه خدمات در مقابل پول تبادله نمیشود. در عوض جنس در مقابل جنس یا عرضه خدمات در مقابل عرضه خدمات تبادله میشوند. لذا محاکم بمنظور تشخیص غبن در قیمت قراردادها، روشی را بکار میگیرند که در قراردادهای پول در مقابل جنس از آن استفاده می میشود. البته باز هم فاحش بودن غبن شرط است، که در این مورد از طریق معلوم نمودن نرخ منصفانۀ اموال یا خدمات هردود جانب سنجیده میشود.

در قراردادهایکه پول در بدل جنس یا عرضه خدمات معامله میشوند درصورت موجودیت غبن فاحش قاضی الزاماً قرارداد را فسخ مینماید، برعکس در قراردادهای که جنس در مقابل جنس یا عرضه خدمات در مقابل عرضه خدمات تبادله میشوند

ممکن قاضی به طرف متضرر از غبن گزینهٔ دریافت مقدار پولی را پیشنهاد کند که تفاوت ارزش بین اجناس تبادله شده را جبران کند، مشروط بر آنکه شخص از دعوی خود که آنرا در مطابقت با ماده ۵۷۱ اقامه کرده است، منصرف شود.[۱۷۵]

[175] This chapter relied on the following sources: Amkhan, Adnan. "Force Majeure and Impossibility of Performance in Arab Contract Law," *Arab Law Quarterly* 6, no. 3 (1991): 297-308; Barry, Nicholas. *The French Law of Contract*. Oxford: Clarendon, 1992; Du Plessis, Jacques. "Fraud, Duress, and Unjustified Enrichment: A Civil Law Perspective." In *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, edited by David Johnston and Reinhard Zimmermann, 194-226. Cambridge: Cambridge University Press, 2002; El-Hassan, Abd El-Wahab Ahmed. "The Doctrine of Duress (Ikrah) in Shari'a, Sudan and English Law," *Arab Law Quarterly* 1, no. 2 (1986): 231-236; Fabre-Magnan, Muriel. "Duties of Disclosure and French Contract Law." In *Good Faith and Fault in Contract Law*, edited by Jack Beatson and Daniel Friendmann, 99-122. Oxford: Oxford University Press, 2001; Glover, Graham. "The Test for Durress in South African Law of Contract." *South African Law Journal* 123, no. 1 (2006): 98-125; Katsivela, Marel. "Contract: Force Majuere Concept or Force Majeure Clauses?" *Uniform Law Review* 12, 2007: 101-120; Kötz, Hein. *European Contract Law*. Translated by Tony Weir. Oxford: Clarendon, 1997; Litvinoff, Saúl. "'Error' in the Civil Law." In *Essays on the Civil Law of Obligations*, edited by Joseph Dainow, 222-269. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969; Rayner, Sue. "A Note on Force Majeure in Islamic Law," *Arab Law Quarterly* 6, no. 1 (1991): 86-89; Sabbath, E. "Effects of Mistake in Contracts, A Study in Comparative Law." *International and Comparative Law Quarterly* 13, no. 3 (1964) 798-829; Thereoux, Michael P. and April D. Grosse. "Force Majeure in Canadian Law," *Alberta Law Review* 49, no. 1 (2011): 397-425; Valcke, Catherine. "Convergence and Divergence of the English, French, and German Conceptions of Contract," *European Review of Private Law* 16, no. 1: 29-62.

فصل دهم: تلافی عدم ایفای وجیبه

طرح موضوع

فرض کنید موکل شما با یک کشاورز قرارداد خریداری ۱۰۰۰ پیمانه جواری در مدت مدت شش ماه را منعقد کرده بود. حالا موکل شما به شما میگوید که کشاورز از تنفیذ قرارداد خودداری میکند. او به شما میگوید که بدون جواری حیوانات او تلف خواهند شد. موکل شما چه باید انجام دهد؟ یا مثلاً شما از کشاورز نمایندگی میکنید و کشاورز به شما میگوید نمی خواهد پایبند قرارداد باشد چون ارزش جواری از زمان عقد قرارداد بطور قابل ملاحظه افزایش یافته است. کشاورز به شما میگوید بجای آن میخواهد جواری را به خریدار دیگر به فروش برساند که قیمت دوچند را پیشنهاد کرده است. کشاورز چه باید انجام دهد؟

این فصل در مورد این موضوع بحث میکند که هرگاه یکی از طرفین نخواهد آنچه را تعهد کرده است انجام دهد، چه رخ میدهد. جانب متضرر چه کاری را انجام داده میتواند تا آنچه که او با مدیون موافقت کرده بود را بدست آورد و برای مصارفی که توسط داین صورت گرفته است حالانکه مصارف مذکور از سبب قصور مدیون بوجود آمده اند، چه کسی مسئول است؟ آیا داین هنوز هم مجبور است مکلفیت خود را اداء کند؟

سه نوع **جبران** در قانون مدنی وجود دارند که این پرسش ها را پاسخ میدهند. اصطلاح جبران در این مورد از سوی محکمه به احقاق یک حق قانونی اطلاق میگردد. . جبران های بحث شده در قانون مدنی بطور واضح و یکجا تحت یک مبحث مشخص نیامده اند بلکه در بخش های مختلف قانون بصورت پراگنده ذکر شده اند. هرچند سه اصل را میتوانیم از جبران های مورد بحث در قانون مدنی را استنباط کنیم. اول، ایفای عین وجیبه (تنفیذ عینی) عبارت از راه اساسی برای قراردادهای تنفیذ ناشده است. دوم، قانون مدنی غرامت پولی را زمانیکه ایفای وجیبه مشخص امکان پذیر نباشد، درنظر میگیرد. و سوم، عدم ایفای وجیبه توسط مدیون میتواند برای داین حق فسخ قرارداد را بدهد.

حقوق قرارداد های افغانستان بر دعاوی تمرکز دارد، که عبارت از حق درخواست از جانب مقابل مبنی بر اجرا یا عدم اجرای یک فعل مشخص است.

اگر شما به موجب قرارداد حق مشخصی بالای یک فرد دیگر داشته باشید، میتوانید از آن شخص بخواهید تا مطابق آن حق عمل کند – نه صرف اینکه جبران خساره بپردازد. اگر شخص مقابل نمی پذیرد، شما میتوانید آن شخص را مورد پیگرد قانونی قرار دهید تا آنچه که تعهد سپرده است را اجراء کند.

۱. تنفیذ عینی

به اساس قانون مدنی قراردادها با این توقع منعقد میشوند که داین طوریکه تعهد کرده آنرا اجراء خواهد کرد و اگر اجراء نکند، به تنفیذ عینی مجبور خواهد گردید. ازینرو، ایفای عین وجیبه جبران اولی برای عدم ایفای وجیبه است. یک مدیون مکلفیت قانونی دارد تا مسئولیت های قراردادی خود را ایفاء کند که میتواند بطور داوطلبانه انجام داده شود ویا هم از طریق **ایفای وجیبه توسط جایگزین** تنفیذ صورت گیرد. در ایفای وجیبه توسط جایگزین، مدیون خودش وجیبه را ادا نمی کند اما هزینهٔ ایفای وجیبه توسط شخص دیگر را می پردازد.. برخلاف غرامت، ایفای عین وجیبه برای هر تخلف از قرارداد درنظر گرفته نمی شود. بخش های مشخصی از قانون مدنی همراه با ماهیت وجیبه یکجا تعیین میکنند که آیا یک محکمه میتواند حکم ایفای عین وجیبه (تنفیذ عینی) را صادر کند یا خیر.

۱,۱.عناصر تنفیذ عینی

قانون مدنی برای تنفیذ عینی در قراردادها دو شرط را ذکر کرده است: اول تنفیذ عینی باید امکان پذیر باشد. دوم داین باید مدیون را از طریق اقامهٔ دعوی ویا در بعضی موارد بطور غیررسمی در حالت اضطراری آگهی دهد. اکثر قوانین مدنی کشورهای عربی یک شرط سومی را نیز اضافه میکنند: ایفای عین وجیبه نباید برای مدیون بیش از حدسنگین باشد.[۱۷۶] قانون مدنی این حکم در مورد مدیون را در متن خود بطور واضح بیان نمی کند اما این اصل قانون مدنی بخوبی تثبیت شده و بر قضات در افغانستان نیز تاثیر گذار است. مادهٔ ۸۱۵، قانون مدنی عبارت "مگر اینکه از تعویض مالی به طرف مقابل ضرر کلی عاید گردد" را داراست که راهی را برای معافیت مدیون از تنفیذ عینی میگشاید. تفسیر این عبارت مشکل است. ولی تفسیر سطحی این عبارت چنین معنی میدهد که اگر یک مدیون به ورشکستگی مالی مواجه شود درینصورت به جبران خساره مالی مکلف نمیگردد.

هرچند، نتیجهٔ حقوقی در این موارد برای داین هیچ نوع اساس قانونی را بنا نمی نهد. و همچنان تا ایندم در هیچ دکترین و تیوری های حقوقی در مورد این بخش مشخص مادهٔ مذکور وضاحت داده نشده است.

قانون مدنی

مادهٔ ۸۱۵

متعهد به ایفای عین آنچه تعهد نموده مکلف می باشد، درصورت عدم امکان تنفیذ عینی، مکلف گردانیدن متعهد به تعویض مالی جواز دارد. مگر اینکه از تعویض مالی بطرف مقابل ضرر کلی عاید گردد.

۱,۱,۱. تنفیذ عینی باید ممکن باشد

مادهٔ ۸۱۵ قانون مدنی، که مادهٔ نخست و مهم در فصل تنفیذ عینی است شرط میگذارد که تنفیذ عینی باید ممکن باشد.. محکمه خواهد پرسید آیا تنفیذ از لحاظ فزیکی بعد از عدم اجرای آن ممکن است یا خیر. اگر چنین باشد، تخلف قرارداد منحیث به تعویق افتادن تنفیذ قرارداد محسوب خواهد شد و محکمه حکم تنفیذ عینی را صادر خواهد کرد. اگر تنفیذ عینی ممکن نباشد، مدیون باید وجایب خود را از طریق جبران خسارت وارده که ذیلاً روی آن بحث خواهد شد، اداء خواهد کرد.

تنفیذ عینی ممکن بنابر عوامل بیرونی امکان پذیر نباشد که در آن صورت مدیون نیاز به اجرای آن کار مشخص نخواهد داشت مگراینکه او در عامل بیرونی دخیل بوده باشد. بطور مثال، اگر یک طرف برای رنگمالی خانه قرارداد می بندد و خانه قبل از آنکه تاریخ آغاز کار فرا رسد آتش میگیرد، ایفای عین وجیبه ممکن نخواهد بود و مکلفیت از طریق تبادلهٔ مالی حل خواهد شد.

همچنان ممکن است تنفیذ عینی به سبب ماهیت وجیبه امکان پذیر نباشد، مانند بعضی از رویداد های مشخص. بطور مثال، اگر احمد، عبدل را برای گفتگو با شرکای خود در مورد راهبردهای تجارتی استخدام میکند و قرارداد بیان دارد که گفتگو به تاریخ اول ماه جون ۱ در مجلس سالانهٔکارمندان صورت خواهد گرفت، اگر عبدل به تاریخ اول ماه جون به جلسه حاضر نگردد اتنفیذ عینی ناممکن خواهد بود. اما از آنجائیکه قانون مدنی ایفای وجیبه را بالای دیگر انواع تلافی ها ترجیح میدهد، اگر قرارداد خواهان تنفیذ عینی باشد، محاکم امکان ناپذیری را نخواهند پذیرفت.[۱۷۷] فرض کنید شرایط قرارداد بین احمد و عبدل میگویند که تنها عبدل در مجلس کارمندان صحبت خواهد کرد و اینکه طرفین بطور خصوصی بعد از امضای

[176] Adnan Amkhan, "Specific Performance in Arab Contract Law," *Arab Law Quarterly* 9 (1994): 324, 330.
[177] Ibid., 329.

قرارداد پذیرفته اند که عبدل به تاریخ اول ماه جون صحبت خواهد کرد. محکمه حکم خواهد کرد که تنفیذ عینی قرارداد مذکور ممکن است. احمد بعوض اینکه صرف بالای غرامت تاکید داشته باشد میتواند روز دیگری را برای سخنرانی عبدل تعیین کند. این حکم مناسب است. اگر عبدل برای بار دوم هم نتواند حاضر شود، محکمه عموماً حکم صادر میکند که تنفیذ عینی ممکن نمی باشد. اما قانون به داین اجازه نمیدهد که از طریق وارد نمودن فشار اقتصادی مدیون را به ادای دین مجبور سازد.که این موضوع در بخش های آتی این فصل مورد بحث قرار گرفته است.

در بعض موارد، تنفیذ عینی ممکن بخاطر عدم رضایت برای همکاری از جانب مدیون امکان پذیر نباشد. عموماً امکان عدم امکان پذیری تنفیذ عینی را میتوانیم از طریق ایفای وجیبه توسط فرد جایگزین منتفی سازیم، چنانچه مادۀ ۸۲۰ صراحت دارد که محکمه میتواند داین را اجازه دهد تا با یک فرد ثالث جهت ایفای وجیبه قرارداد کند و مصارف مربوطه بالای مدیون حساب میشوند. بخاطر باید داشت که قانون هیچ جانبی را مکلف نمیسازد تا قبل از واجد شرایط شدن برای پرداخت خساره سعی بر ایفای وجیبه از طریق شخص جایگزین را نماید. حتی اگر ایفای وجیبه توسط جایگزین امکان داشته باشد، داین مجبور نیست آنرا تعقیب کند. زیرا ایفای وجیبه توسط جایگزین صرف یک گزینۀ میسر برای داین است.

در واقع، ایفای وجیبه توسط شخص جایگزین ممکن است برای بعض قراردادها مناسب نباشد. اگر همکاری شخصی مدیون برای ایفای وجیبه ضروری باشد و مدیون از همکاری انکار ورزد، ایفای عین وجیبه امکان پذیر نخواهد بود مگراینکه داین ایفای وجیبه توسط شخص دیگر رامطابق حکم مادۀ ۸۱۹ قبول کند. بطور مثال اگر شما با نغمه برای اجرای کنسرت قرارداد کنید، همکاری او ضروری است و محکمه از شما نخواهد خواست تا با قبول نمودن آوازخوان دیگر قناعت کنید.

قانون مدنی استثنای خاصی را درمورد مرجح بودن تنفیذ عینی قایل میشود بخاطریکه ایفای وجیبه توسط جایگزین برای شما یک جایگزینی ناکافی خواهد بود. تنها نغمه میتواند یک کانسرت نغمه را اجرا کند و شما ممکن است در مورد کسی دیگر که آهنگ های نغمه را بخواند، علاقمندی نداشته باشید. داین برای پذیرش ایفای وجیبه توسط شخص جایگزین مجبور نیست که پیشنهاد مدیون را بپذیرد (بطور مثال، نغمه به شما میگوید او کسی دیگر را یافته است که وجیبۀ او را اجرا کند) و قانون مدنی داین را به پذیرفتن ایفای وجیبه توسط جایگزین بجای دریافت غرامت مجبور نمی سازد.

قانون مدنی

مادۀ ۸۱۹
هرگاه طبیعت وجیبه یا موافقه طرفین مستوجب اجرای یک عمل توسط شخص متعهد بوده باشد، دائن می تواند اجرای عمل مذکور را توسط غیر متعهد، قبول نه نماید.

مادۀ ۸۲۰
(۱) هرگاه متعهد عملی را که تعهد نموده تنفیذ نه نماید، درحالیکه اجرای عمل مذکور توسط شخص وی ضروری پنداشته نه شود، طرف مقابل می تواند اجازه اجرای عمل مذکور را در صورت امکان، به حساب متعهد از محکمه حاصل نماید.
(۲) در حالت عاجل طرف مقابل می تواند بدون مطالبه اجازه از محکمه، بعد از اطلاع به متعهد، تعهد را به حساب وی تنفیذ نماید.

مادۀ ۸۲۱
هرگاه شخص اجرای عملی را تعهد کرده باشد در برابر مطالبه طرف مقابل باجرای آنچه تعهد نموده مکلف می باشد در غیر ان حکم محکمه در صورتیکه طبیعت معامله مقتضی آن باشد، قایم مقام تنفیذ از طرف متعهد قرار می گیرد.

اگر همکاری مدیون جهت اجرای وجیبه ضروری *نباشد* درینصورت تنفیذ عینی ممکن خواهد بود و مدیون باید اجازهٔ اتخاذ ترتیبات زیر مادهٔ ۸۲۰ را برای ایفای وجیبه توسط جایگزین بگیرد. شخص متضرر میتواند مکلفیت را خودش انجام دهد یا وجیبه را به شخص دیگر واگذار کند. محکمه از مدیون خواهد خواست تا این مصارف را بپردازد. این شامل اعمال مانند اعمار تعمیر یا ترمیم توسط مستاجر دیگر میشود. روحیهٔ قانون مدنی در این مورد طوریست که داین ارزش نمی دهد که چه کسی مکلفیت را انجام میدهد – تنها این مهم است که مکلفیت اجرا شود.

مادهٔ ۸۱۹ این حق را برایی داین تثبیت نمیکند که که ایفای وجیبه توسط جایگزین مدیون را هر زمانی که خواسته باشد، رد کند. محکمه تشخیص خواهد کرد که آیا "ماهیت وجیبه" ایجاب میکند که از مدیون بخواهد تا مکلفیت را شخصاً انجام دهد. مادهٔ ۸۲۱ واضح می سازد که زمانی که مدیون خودش انتخاب میکند که وجیبه را اجرا نکند۵ محکمه قبل ازینکه اجازهٔ جبران خسارت مالی را بدهد، به داین اجازه میدهد که تقاضای تنفیذ عینی را نماید. و روشن میسازد که اجراآت از جانب شخص جایگزین در واقع بدیلی است برای تنفیذ عینی که با همکاری مدیون انجام یافته میتواند.

مهم است تا یک بار دیگر تاکید گردد که یک طرف نمی تواند طرف دیگر را مجبور سازد تا بعوض تنفیذ عینی گزینهٔ جبران خسارت را بپذیرید. به استثنای اینکه همکاری شخصی مدیون مهم باشد. اگر داین پیشنهاد غرامت را کند اما مدیون ترجیح دهد تا تنفیذ عینی را انتخاب کند یا اگر مدیون برای پرداخت غرامت پیشنهاد کند اما داین تنفیذ عینی را ترجیح دهد، مادهٔ ۸۱۵ محکمه را از حکم در موردپرداخت غرامت بازمیدارد. حتی اگر مدیون پرداخت غرامت بیشتر از ارزش تنفیذ عینی را پیشنهاد کند، مادهٔ ۸۱۵ یک مانع خواهد بود بخاطریکه تنفیذ عینی ممکن است. بدون شک اگر هر دو طرف پرداخت غرامت را ترجیح میدهند، طرفین میتوانند دعوی را به اساس احکام ماده های مصالحه در کتاب ۲، عنوان ۱، فصل ۵ حل وفصل کنند.

چگونه ایفای وجیبه توسط شخص جایگزین از پرداخت غرامت متفاوت است؟ از لحاظ حقوقی، اینکه محکمه حکم کند که مصارف ادای وجیبه را مدیون متقبل شود با حکم پرداخت غرامت تفاوت دارد. بحث احراآت توسط شخص جایگزین در فصل دوم آمده است، جدا از احکام پرداخت غرامت که در فصل چهارم تذکر یافته است. هرچند، در عمل، ایفای وجیبه توسط شخص جایگزین با پرداخت غرامت تفاوت اندکی دارد بخاطریکه داین هنوز هم باید دین را از مدیون تحصیل کند و داین با خطر افلاس مدیون مواجه میباشد. هرچند، برخلاف بحث غرامت، داین نیاز به نشان دادن تاوان واقعی ندارد.

۱،۱،۲. داین باید به مدیون اطلاع دهد

در تمام موارد تنفیذ عینی، مدیون باید توسط داین در جریان قرار داده شود. اطلاع میتواند به اساس مادهٔ ۸۲۱ از طریق ملاقات با مدیون در خارج از محکمه و به توافق رسیدن روی تنفیذ عینی صورت گیرد. پرونده های محکمه در مادهٔ ۸۲۰، بند ۱ قبل از حکم محکمه مبنی بر ایفای وجیبه توسط جایگزین، منحیث آگهی محسوب است. حتی اگر ایفای وجیبه توسط جایگزین در موارد اضطراری مجاز باشد، مادهٔ ۸۲۰، بند ۲ از داین میخواهد تا مدیون را قبل از عقد قرارداد برای ایفای وجیبه توسط جایگزین در جریان قرار دهد.

۱،۱،۳. ایفای وجیبه نباید طاقت فرسا باشد

در اکثر کشورهای عربی، محکمه هیچگاه ایفای عین وجیبهٔ که سبب ضرر بی حد یا صدمه هنگفت به مدیون وارد شود را صادر نمی کند. متن قانون مدنی این را یک امر ضروری در تنفیذغ عینی نمی داند ولی قاضی ها در افغانستان ممکن است از این اصل قانون مدنی معقول متاثر شوند. و این اصل همچنان در جای دیگر در قانون مدنی به قرینه و زمینهٔ دیگر وجود دارد، مانند مادهٔ ۶۹۶ که ما در فصل ۱۰ آنرا بحث کردیم. اساساً، زمانیکه امتناع از تنفیذ عینی داین را هم با ضرر مواجه میسازد، محکمه این خساره را میان داین و مدیون تقسیم میکند و حکمی را صادر خواهد کرد که داین بر آن راضی باشد

مگر اینکه مدیون با یک خسارهٔ نامتناسب روبرو گردد. اینکه ایفای وجیبه بطور بی جا طاقت فرسا است یا خیر پرسشی برای محکمه است پس این قانون به مدیون اجازه نمی دهد تا پرداخت صدمات را انتخاب کند زمانیکه مدیون صدمات به ایفای عین وجیبه را می پذیرد.[۱۷۸]

پرسش را مورد بحث قرار دهید

۱. آیا تفکیک نمودن میان قراردادهایکه اشتراک مدیون در آنها ضروری باشد و آنهایی که اشتراک مدیون در انها غیر ضروری باشد، کار درست است؟ چرا به داین اجازه ندهیم تا او فیصله کند که اشتراک مدیون ضروری است یا خیر؟ آیا میتوانید به قراردادهای غیر لازمی فکر کنید که داین ممکن نخواهد برای او ایفای وجیبه توسط جایگزین صورت گیرد؟ آیا شما این احتمال را با موکل خود در مرحلهٔ تدوین قرارداد مطرح خواهید کرد؟

۲. اینکه نظام حقوقی رومن ژرمنیک به تنفیذ عینی بیشتر ترجیح میدهد میان افغانستان و کشور های کامن مانند امریکا و بریتانیا، جائیکه جبران خساره راه اساسی جبران دانسته میشود، یک تفاوت مهم است. اولیور ویندیل هولمز که در قرن نوزدهم قاضی القضات امریکا بود، میگوید: "در کامن لا وجیبهٔ عمل نمودن مطابق به مفاد قرارداد صرف به معنای این پیشگویی است که در صورت عدم ایفای وجیبه جبران خساره خواهد پرداخت – و دیگر هیچ."[۱۷۹] مزایا و نقصان رویکرد مادهٔ ۸۱۵ و قاضی هولمز چه ها اند؟ آیا این نامناسب خواهد بود اگر قرارداد را تنها یک مکلفیت برای پرداخت و عدم مکلفیت برای اجرا بگوییم؟

۳. کارل لیلویلن، یک دانشمند مشهور آمریکایی در امور قراردادها در قرن بیستم گفته بود: "یک قرارداد معادل ایفای وجیبه نیست؛ حقوق برای تولیدات یک جایگزین ضعیف اند."[۱۸۰] او ازین چه منظور دارد؟ به کدام نوع قراردادها ایفای عین وجبیه یک "جایگزین ضعیف" خواهد بود؟ قانون مدنی به این چگونه پاسخ میدهد؟

۱,۲.تنفیذ عینی وجایب قراردادی مشخص

بخش گذشته ایفای روی تنفیذ عینی بحث کرد که در آن مکلفیت مدیون است تا کاری را انجام دهد. اما زمانیکه وجیبهٔ مدیون انتقال ملکیت، رعایت یک معیار مشخص رفتاری ویا اجتناب از انجام کاری باشد، تنفیذ عینی طوردیگری تفسیر میشود. اما بسیاری از مفکوره های فصل گذشته در این فصل هم صدق میکنند. مهمتر اینکه، وجایب برای انتقال مالکیت سبب انتقال فوری حقوق مالکیت میشوند که مدیون را تنها با مکلفیت برای تحویل ملکیت می گذارند.

[178] Amkhan, "Specific Performance," 330.
[179] Oliver Wendell Holmes, Jr., "The Path of the Law," Harv. L. Rev. 10 (1897): 459.
[180] Karl N. Llewellyn, "What Price Contract?—An Essay In Perspective," Yale L. J. 10(1931): 724.

قانون مدنی

مادۀ ۸۲۳
هرگاه در تعهد یا امتناع از عمل متعهد تخلف ورزد، طرف مقابل می تواند ازاله آنچه را به خلاف از تعهد اجراء گردیده و در صورت لزوم با جبران خساره از متعهد مطالبه نماید.

۱,۲,۱. وجیبۀ حصول نتیجه

۱,۲,۱,۱. وجایب انتقال مالکیت

وجیبۀ انتقال ملکیت، که نوعی از وجیبۀ حصول نتیجه است، از وجیبه ی که شخص مکلف به انجام کاری میباشد، تفاوت دارد. قانون مدنی یک قرارداد فروش ملکیت را به دو بخش تقسیم میکند: وجیبۀ انتقال حق مالکیت و وجیبۀ انتقال خود ملکیت. مکلفیت قبلی خود-اجرایی است و در زمان که هر یک قرارداد عقد شده باشد یا اگر ملکیتی نامشخص باشد، و یکباریکه ملکیت اندازگیری شده باشد، تکمیل میشود. حق ملکیت توسط شرایط قرارداد انتقال نمی یابد بلکه توسط عملکرد قانون انتقال می یابد. یکباریکه مکلفیت انتقال قرارداد به مالکیت تکمیل شود، مکلفیت مابقی برای تحویل تنها مکلفیت باقی مانده می باشد.

نکتۀ مهم این است که، اگر وجیبه شامل تعهد برای انتقال عقار معلوم الحال باشد طرفین قرارداد باید از قوانین محلی ثبت ملکیت ها طوریکه در مادۀ ۸۱۶ خاطر نشان گردیده است، پیروی کنند البتهقبل ازآنکه حق مدیون برای مالکیت توسط قانون انتقال یابد و بین طرف قرارداد کننده و شخص ثالث قابل اجرا باشد. اگر هریکی از طرفین قرارداد انتقال مالکیت را اجرا نکند، طرف متضرر میتواند به محکمه درخواست مبنی بر تثبیت اعتبار قرارداد را بدهد تا محکمه مدیون را برای ثبت نمودن قرارداد بدون همکاری داین مجاز بسازد. قرارداد بین طرفین تا اینکه ثبت نشود قابل اجرا نخواهد بود. طرف که مرتکب نقض قرارداد شود باید جبران خساره را بپردازد اما او را برای تکمیل نمودن تعهدش مجبور نمی سازد.[۱۸۱]

قانون مدنی

مادۀ ۸۱۶
تعهد به انتقال ملکیت یا هر نوع حق عینی دیگر با رعایت قواعد متعلق به ثبت اسناد، موجب انتقال فوری این حق می گردد. مشروط بر اینکه موضوع وجیبه داتا شی معین بده و شخص متعهد مالک آن باشد.

مالکیت تا زمانیکه موضوع قرارداد مشخص نباشد انتقال نخواهد یافت. قرارداد زمانی مشخص میشود که فروشنده تولیدات خریداری شده را برای تحویل دادن در یک طرف جدا میگذارد. اگر فروشنده قبل از مشخص کردن ملکیت یا تولیدات مرتکب تقصیر شود، مادۀ ۸۱۷ به داین اجازه میدهد تا عین شی را از فروشندۀ دیگر خریداری کند و مصارف که به داین وارد میشوند یا ضرری که بخاطر تعویق بوجود می آید، بالای مدیون حساب شود.

مثال پاراگراف اول این فصل را بیاد بیاورید. مالکیت جواری که توسط قرارداد کشاورز برای فروش ۱۰۰۰ پیمانه جواری انتقال نیافت تا وقتیکه کشاورز ۱۰۰۰ پیمانه جواری را برای تحویل جدا ساخت. اگر حاصل زمین های کشاورز کمتر از مقدار متوقعه باشد و کشاورز فرمایش را اجرا کرده نتواند، خریدار میتواند ۱۰۰۰ پیمانه جواری را از جای دیگر خریداری کند و محکمه کشاورز را برای پرداخت مصارف و خسارات وارده ناشی از تعویق مکلف خواهد ساخت. هرچند، اگر

[181] Ibid., 334.

کشاورز جواری را قبلاً آماده ساخته باشد ولی تصمیم میگیرد تا به کسی دیگر مخالف تعهد خود بفروشد، خریدار اولی میتواند ادعا کند مالکیت آن قبل ازینکه کشاورز جواری را به شخص دیگری بفروشد، به وی انتقال یافته بود.

قانون مدنی

مادۀ ۸۱۷

هرگاه شخص به انتقال حق عینی که نوعیت آن تعیین گردیده تعهد نماید. برای انتقال این حق، موضوع تعهد باید مشخص گردد. در غیر آن دائن می تواند به اجازه محکمه موضوع تعهد را از عین نوع بدست آرد. همچنان دائن می تواند قیمت موضوع وجیبه را با جبران خساره در هردو حالت مطالبه نماید.

طوریکه در بالا گفته شد، قانون مدنی با وجیبۀ انتقال ملکیت منحیث یک وجیبۀ جداگانه برخورد میکند که بطور جدا ناشدنی با وجیبه برای انتقال مالکیت حق ملکیت باهم گره خورده اند. فروشنده مکلف است تا ملکیت را تا زمان تحویل دادن محفوظ نگه دارد و موقف اصلی قانون در اینچنین موارد این است که فروشنده در قبال انتقال آن مسئولیت دارد. نیازمندی مادۀ ۸۱۸ برای نگهداری یک تعهد برای استفاده از معیار نگهداری است که زیر حکم مادۀ ۸۲۲ قرار دارد. ازینرو خریدار خطر از دست دادن هنگام زمان "محافظت" توسط فروشنده را متقبل می شود.

قانون مدنی

مادۀ ۸۱۸

تعهد به انتقال حق عینی، متضمن تعهد به تسلیمی و حفاظت موضوع تعهد، الی زمان تسلیمی آن می باشد.

سؤال برای مباحثه: ولنتاین ویستلر

اواخر قرن نزدهم یک معضله بین یک نقاش مشهور جهان و یک اشراف زادۀ انگلیسی در بروز کرد. قضیه در آخر توسط محکمه فرانسوی در سال ۱۸۹۷ حل شد.[۱۸۲] قضیه زمانی آغاز شدن که آقای ویلیام ایدن نقاشی همسر خود را به قیمت بین ۱۰۰ تا ۱۵۰ گینی سفارش داد. جیمز مک‌نیل ویستلر، یک نقاش مشهور جهانی برتانیایی که در پاریس زندگی میکرد، عهده دار این نقاشی شد که یک تحفۀ روز عشاق به همسر آقای ویلیام بود. آقای ویلیام نزد ویستلر در روز عشاق رفته نقاشی را قبول کرد و یک چک بانکی ۱۰۰ گینی را که در پاکت بسته بود با یک یادداشت که بطور شوخی نوشته بود که تحفۀ روز "عشاق" وی به ویستلر است را به وی تسلیم نمود. ویستلر که به ماجراجویی خود مشهور بود حس صدمه عزت نفس خود کرد و از تحویل دهی نقاشی انکار ورزید. آقای ویلیام دعوی مبنی بر مالکیت نقاشی، ۱۰۰ گینی و ۱۰۰۰۰ فرانک غرامت را اقامه کرد. در پاسخ ویستلر بالای سر خانم ایدن چهرۀ یک زن دیگر را نقاشی کرد و صورت او را به صورت زن دیگری مبدل ساخت.

بیایید فکر کنیم این قضیه به اساس قانون افغانستان چگونه بررسی میشود. وکیل مدافع آقای ویلیام استدلال کرد که با

[182] "Whistler's Paris Suit Ended," *New York Times*, December 18, 1897. "ختم دعوی ویسلر در پاریس" نیویارک تایمز، ۱۸ دسامبر ۱۸۹۷. این قضیه بقدری مشهور شد که ویسلر در مورد آن یک کتاب چاپ نمود که در آن نامه هایی که به ادیتر فرستاده شده بودند، رونوشت استدلال های شفاهی و خلاصۀ حکم محکمۀ استیناف فرانسه را جا داده بود. James McNeill Whistler, *Eden Versus Whistler: The Baronet & The Butterfly* (New York: R.H. Russell, 1899). اما شهرت اصلی ویسلر به سبب یک دعوی دیگر است که به اتهام افترا علیه یک منتقد هنری به اسم جان راسکین زمانی اقامه نمود که James Abbott McNeill Whistler, *The Gentle Art of Making Enemies* (New York: R.H. Russell, 1890). جان راسکین بالای یک نقاشی او نقد کرده بود. ویسلر در یک کتاب جداگانه تفصیلات آن دعوی را از نظر خودش به چاپ رسانید.

قرارداد باید منحیث فروش ملکیت برخورد شود طوریکه در نقل قول پایان یاد آوری شده است. طبق حکم مادۀ ۸۱۶ قانون مدنی، چنین معاملۀ فروش منتج به انتقال حق ملکیت بطور عاجل در زمان تکمیل شدن توسط ویستلر می شود. ماده های که در ارتباط به انتقال ملکیت اند را قبل از خوانش دیگر موارد مطالعه نمایید.

از آن جاییکه مدعی در هنگام بررسی عکس، بطور رسمی آنرا منحیث ملکیت خود شناخت و آنرا نه تنها از رویت چهره بلکه با تمام کوایف، میز و چوکی، اشیای آویزان شده در اطراف و حتی لباس که توسط خانم ایدن پوشیده و نشسته است و بیشتر از آن با دیدن آن همه وی عرض میکند که تنها تبدیلی در ویژگی ها وجود دارند و یک گل در طرف راست اضافه شده است. از آن جاییکه این عکس بدون تردید عکسی است که وی فرمایش داده بود و برای آن پول پرداخته بوده پس این ملکیت آقای ویلیام ایدن است.[۱۸۳]

وکیل مدافع ویستلر در پاسخ به مادۀ ۸۱۶ دو استدلال را پیشکش نمود. اول اینکه مادۀ ۸۱۶ در این مورد کارا نیست چون نقاشی دیگر متعلق به خانم ایدن نیست طوریکه آقای ویلیام فرمایش داده بود. دوم اینکه قرارداد نامشخص بود – ویستلر هنوز رسامی را تکمیل نکرده بود.

حالا در واقع قرارداد چه بوده است؟ قرارداد چنین نبوده است که آقای ویسلر هر تصویری را که خواست نقاشی کند بلکه باید تصویر خانم ایدن را نقاشی کند. چونکه تصویر خانم ایدن دیگر وجود ندارد، هیچ سببی وجود ندارد که تصویر دیگری به آقای ویلیام ایدن تسلیم داده شود. هنوز یک سبب [دیگر] نیز وجود دارد، آقای محترم، چرا این تصویر تسلیم داده نشود. ما برای یک لحظه حقوق احتمالی شخص سوم به تصویر را کنار میگذاریم. عکس که فعلاً موجود است تکمیل نشده است. این تنها یک چهارچوب اولیه، یک طراحی است؛ شما نمی توانید یک رسام را برای تسلیم نمودن کار ناتکمیل شده مکلف بسازید و ساختار نامکمل قلب و ذهنش را برای چرخش در جهان اجازه دهید.[۱۸٤]

وکیل مدافع آقای ویلیام پاسخ داد که تصویر قبل ازینکه ویستلر روی چهرۀ خانم ایدن رسامی کند تکمیل شده بود ازینرو منتج به انتقال ملکیت قبل ازینکه ویستلر کارهای رسامی دیگر را آغاز کند صورت گرفته بود:

من به دوست دانشمندم که میگوید نمی توانیم عکس را به آقای ویلیام ایدن بدهیم چون این نامکمل و ناتکمیل است باید پاسخ بدهم. اما آقای محترم، ما نباید بپرسیم که تصویر چه است. آنچه که ما باید بپرسیم این است که آیا عکس در زمان مشخص تکمیل شده بود؟ مشخصاً ما از خود آقای ویستلر میدانیم که عکس تکمیل شده بود. عکس تا به اندازۀ تکمیل شده بود که نقاش آن مطمئن بود و آنرا منحیث "شاهکار" به مصاحبه کنندگان تعریف کرده بود.[۱۸۵]

دولت فرانسه در قضیه مداخله کرد و استدلال خود را با یک نظریۀ سوم پیشنهاد کرد که ویستلر برای اجرای کاری قرارداد کرد. آنها استدلال کردند که ایفای عین وجیبه زیر مادۀ ۸۱۵ ناممکن است چون همکاری ویستلر امر ضروری است:

نقاش را هنوز نخواسته اند تا کدام سبب برای انکار از تکمیل قرارداد خود بگوید. او حق قانونی دارد اگر از اجرای تعهد خود انکار کند و فرصت پرداخت خسارۀ وارده را میتواند انتخاب کند. این حق مطلق است و آقای ویستلر بسادگی این حق

[183] Whistler, *Eden Versus Whistler*, 19.
[184] Ibid., 27.
[185] Ibid., 55

خود را زمانی انتخاب کرده بوده که از تسلیم نمودن عکس انکار کرد.... آقای ویستلر از تسلیم نمودن عکس انکار کرد هرچند پیامد های عمل خود را میداند."[۱۸۶]

کدام وکیل مدافع بهترین استدلال را دارد؟ موضع گیری کدام وکیل مدافع برابر با پالیسی های ایفای عین وجیبه درست است؟

چرا آقای ویلیام حکم محکمه را برای ایفای وجیبه توسط جایگزین نگرفت؟ آقای ویستلر تصویر را در سالونی در پاریس نمایش داد، در یکی از بزرگترین نمایش نقاشی سالانه در دنیای غرب در آن زمان که قبل از پرداخت ۱۰۰ گینی توسط آقای ویلیام واقع شده بود. آیا این تحلیل شما را متاثر می سازد؟ وکیل مدافع ویستلر از به نمایش درآمدن این تصویر دفاع کرد.

آقای ویستلر را هنوز صاحب عکس فرض میکنیم، هرچند در یک زمان مشخص این تصویر تکمیل شده تلقی شده بود. او عکس را با خود نگهداشت و به مشتری خود تسلیم نکرد هرچند عکس را به نمایش نیز گذاشته بود. نمایش در واقع یک نمایش آزمایشی بوده، یک نوع شرح مجدد، چون بیشتر عکس های که توسط ویستلر ساخته شده بودند در بیشتر مواقع کارهای ناتکمیل، کارهای نا امضا شده و حتی نامکمل بوده اند.[۱۸۷]

چرا آقای ویلیام میخواستصاحب تصویری باشدکه به خانم دیگری تعلق داشت؟ در بحث غرامت، وکیل مدافع ویستلر آقای ویلیام را به گرانفروشی متهم ساخت و گفت که قصد دارد تصویر را جهت دریافت منافع مادی بفروشد. آیا وکیل مدافع آقای ویلیام این موضوع را باید مطرح میکرد؟ اگر درست باشد، آیا این قضیهٔ آقای ویلیام را قویتر می سازد که تصویر باید ملکیت او محسوب شود؟

محکمه ابتدائیه به نفع آقای ویلیام فیصله اما محکمه استیناف صدور حکم کرد که این قرارداد نقاشی یک مشخصهٔ ویژه داشت و ملکیت نقاشی مربوط نقاش بود تا اینکه او تسلیم مشتری کرد و مشتری آنرا تایید کرد. از آنجاییکه تصویر مذکور دارای بعض نشانه های خانم ایدن بود، ویستلر نمی تواند آنرا بطور شخصی یا در محضر عام استفاده کند.[۱۸۸] نقاش ها از تصمیم منحیث حمایت از حق یک نقاش استقبال کردند و آنرا توجیه این حق دانستند که نقاش حق دارد بگوید که چه وقت کار وی تکمیل شده است.[۱۸۹]

۱,۲,۲. وجیبهٔ رعایت معیارهای رفتاری مشخص (وسایل)

در این نوع وجیبه یکی از طرفین تعهد میکند که نتیجه را بدست نمی آورد اما معیار های مشخص رفتاری را رعایت میکند. به عبارت دیگر این یک وجیبهٔ وسایل است. در این نوع وجیبه، بطور مثال، مدیون باید از یک چیز محافظت کند، ملکیت را اداره کند یا بطور محتاطانه در اجرای یک وظیفهٔ تحویل شده عمل کند. به اساس مادهٔ ۸۲۲ قانون مدنی، اگر مدیون به اندازهٔ احتیاط را بخرچ دهد که عادتاً باید صورت میگرفت – به عبارت دیگر همان اندازه احتیاط که در قبال ملکیت شخصی خودش میکرد – وجیبهٔ خود را ادا نموده است. این اهمیت جدی ندارد که هدف قرارداد بدست آورده میشود یا نه.

---

[186] Ibid., 73-74.
[187] Ibid., 32.
[188] Ibid., 77.
[189] "Whistler's Paris Suit Ended," *New York Times*, December 18, 1897.

مادۀ ۸۲۲ سه استثنا را برای ارزیابی مدیون توسط رعایت معیار "عادی" در نظر میگیرد. اول، قانون ممکن است یک معیار متفاوت را تقاضا داشته باشد. بطور مثال، مادۀ ۱۶۳۸، بند ۱ که در مورد وجایب برای حفاظت بحث میکند، معیار شخص عادی را بکار میگیرد: "محافظت کننده مکلف به محافظت و سرپرستی ملکیت خواهد بود که زیر محافظت خودش است و مهم است که او مراقبت در این مورد را تا حد شخص عادی اجرا کند." معیار شخص عادی واقع بینانه است در حالیکه معیار شخص همیشگی بطور خیالی بالای برخورد شخصی گذشتۀ مدیون است. دوم، طرفین با در نظرداشت شرایط قرارداد مدیون را میتوانند به یک معیار متفاوت مکلف کنند. سوم، اگر مدیون مرتکب تقلب یا خطای بزرگ شود، مادۀ ۸۲۲ از مدیون می خواهد تا مسئولانه رفتار کند. هر توافق که مدیون را از مسئولیت داشتن بخاطر مرتکب شدن تقلب یا خطای بزرگ رها سازد قابل اجرا نمی باشد.

قانون مدنی

مادۀ ۸۲۲

هرگاه در تعهد به اجرای عمل از متعهد نگهبانی یا اداره شی و یا بکار بردن احتیاط در تنفیذ تعهد مطلوب باشد وقتی تعهد اجراء شده پنداشته می شود که در تنفیذ آن احتیاطی را که شخص عادتا بکار می برد رعایت نماید. گرچه مطلوب متحقق نگردد، مگر اینکه قانون با موافقه طرفین طور دیگری تصریح کرده باشد. در تمام احوال اگر متعهد مرتکب تقلب یا خطای بزرگ گردد مسئول شناخته می شود.

این ماده بیشتر امور قراردادهای خدمات را تنظیم میکند. قراردادهای شما با موکلین حقوقی تان زیر این ماده قرار میگیرند چنانچه قراردهای یک پزشک برای معالجه مریض هایش تحت چتر این ماده قرار میگیرند. اگر مدعی علیه مقصر از شما درخواست کند تا شما از وی نمایندگی کنید، مادۀ ۸۲۲ شما را مکلف میسازد تا در مورد وی از همان معیار های رفتاری متابعت کنید که در مورد سایر مؤکلین تان میکنید. این معیار از یک وکیل مدافع تا وکیل مدافع دیگر فرق میکند. این معیار یک وکیل مدافع متوسط نیست. در واقع، تقریبا نصف وکلا این معیار را نقض میکنند. مادۀ ۸۲۲ همچنان شما را مسئول نمی داند اگر، باوجود آخرین تلاش شما در دفاع مؤکل تان، وی بالاخره محکوم شود. به همین صورت، داکتران را نمی توانیم مسئول بگوییم اگر معالجه مریض هایشان ناکام شود.

پس چگونه شما میتوانید تفکیک کنید که آیا قرارداد از جمله قرارداد های ابزارگرا است یا از جمله قرارداد های نتیجه گرا؟ نوع وجیبه نیاز نیست بطور صریح ذکر شود. یک قرارداد نیاز به استفادۀ کلمات مانند "وسایل" یا "نتایج" برای تشخیص نوعیتش ندارد. بلکه نوع قرارداد به رویت ماهیت معامله شناخته میشود. در واقع، ممکن است قضایای مختلف وجود داشته باشند و همین ها قضایایی هستند که ازاثر انها مشکلات در قرارداد بروز می یابند. تفاوت میان وسایل و نتایج را در بخش های بعدی همین فصل به تفصیل خواهیم خواند. فعلاً کافیست بدانیم که قرارداد نیاز به ذکر کلمات مشخص "وسایل" یا "نتایج" ندارد.

سؤال برای مباحثه

چرا فکر میکنید طرفین با استفاده از قرارداد میتوانند معیار های رفتاری تمام افعال، به استثنای تقلب و خطای بزرگ را تعدیل نمایند؟

۱,۲,۳. وجیبه عدم اجرای فعل

اگر مدیون وجیبهٔ مبنی بر عدم اجرای یک فعل را نقض کند، داین میتواند طبق مادهٔ ۸۲۳ قانون مدنی نتایج آنچه را که از اثر ارتکاب فعل مزبور بوجود آمده اند، با هزینهٔ مدیون ساقط سازد. بطور مثال، اگر یک جانب قرارداد یک ساختمان را بسازد که از حدود طرح اصلی تخطی کرده باشد، مادهٔ ۸۲۳ به سایر جناح های اعمار ساختمان اجازه میدهد تا تخریب ساختمان مذکور و اعمار آن مطابق به پلان را درخواست نمایند. سایر مثال های تعهد مبنی بر عدم اجرای یک فعل عبارتند از رقابت نکردن با یک فروشندهٔ دیگر در یک منطقهٔ بخصوص و قراردادهای حقوق انحصاری مانند تعهد یک هنرمند یا ممثل مبنی بر اینکه صرف در صحنهٔ جانب مقابل قرارداد هنرنمایی خواهد نمود.[۱۹۰]

۱،۳. وادار کردن به تنفیذ عینی از طریق مجازات

محکمه نظر به لزومدید خود میتواند مجازات را برای وادار نمودن مدیون برای اجرای کاری تجویز نماید. هرچند، اگر همکاری مدیون برای ایفای عین وجیبه نیاز باشد، بند ۱ مادهٔ ۸۲۳ قانون مدنی برای وادار ساختن مدیون به تنفیذ عینی، مجازات مالی را مجاز می سازد. محکمه میتواند مجازات را طوریکه مناسب باشند زیر صلاحیت مادهٔ ۸۲۴، بند ۲ افزایش دهد. این مجازات محدود به وجایب قراردادی نیستند و میتوانند برای خاتمه دادن مطمئن دردسر استفاده شوند.[۱۹۱]

قانون مدنی

مادهٔ ۸۲۴

(۱) هرگاه تنفیذ عینی بدون اجرای وجیبه از طرف شخص متعهد غیر ممکن یا غیر مناسب باشد طرف مقابل می تواند حکم محکمه را مبنی بر الزامیت متعهد بر تنفیذ در صورت امتناع با غرامت تهدیدی مطالبه نماید.

(۲) اگر محکمه اندازه غرامت را برای اکراه متعهدیکه از تنفیذ وجیبه امتناع ورزیده غیر کافی بداند، می تواند اندازه غرامت را حسب لزوم زیاد نماید.

تصمیم های مجازات تحلیلی و مشخص اند. اینکه محکمه به آنها رو بیاورد و اگر چنین باشد، چه مقدار برای وادار ساختن مدیون برای اجرا وجیبه مناسب است، محکمه تصمیم خواهد گرفت. این مجازات برای مدت زمان مشخص قابل تطبیق خواهند بود. اگر زمان بدون اجرای وجیبه بگذرد، مجازات میتواند تجدید شود و تا زمانیکه تعویق در اجرای وجیبه ادامه بیابد آنها نیز جمع خواهند شد. غرامت به داین پرداخته میشود اما محکمه ضرر وارده بر داین را درنظر نخواهد گرفت. اگر مدیون هیچ تمایل برای اجرای وجیبه نشان ندهد، محکمه هیچ گزینهٔ نخواهد داشت مگراینکه حکم پرداخت خسارات وارده را صادر کند. مطابق به مادهٔ ۸۲۵، محاکم عدم توفیق مدیون در اجرای وجیبه را منحیث نشانهٔ نیت سؤ تلقی خواهند کرد که در ارزیابی نهایی غرامت مطمح نظرخواهد بود.

قانون مدنی

مادهٔ ۸۲۵

هرگاه متعهد بعد از تهدید به غرامت تعهدش را عیناً تنفیذ ننماید و یا به امتناع از تنفیذ اصرار ورزد، محکمه با رعایت ضرر عایده بطرف مقابل و تعنت متعهد مقدار جبران خساره را تعیین می نماید.

[190] Amkham, "Specific Performance," 337.

[191] Nicholas, *French Law of Contract*, 222.

مجازات دو شکل دارند: اول، محکمه میتواند یک مبلغ را در آغاز تعیین کند که موقتی است و نمی تواند قابل اجرا باشد تا اینکه محکمه مجازات را در آخر تسویه میکند. محکمه در آخر میتواند مقدار را تغییر دهد. یا دوم، اندازۀ کلی که باید پرداخته شود قابل بازبینی نخواهد بود که در آن صورت مقدار نهایی از طریق محاسبۀ حسابی تعیین خواهد شد.

مجازات را باید از جبران خسارت تفکیک نمود. مجازات مشخصاً به معنی راه های مجبره ای است که یک طرف را بجای اخذ صدمات وارده از دیگر طرف مجبور به اجرای وجیبه بطور مشخص نماید. قبل از دهۀ ۱۹۷۰، مجازات در قانون مدنی صریحاً نوشته نشده بودند. محاکم در یک زمان مجازات را منحیث نوعی از مجازات پیشکش کرده بودند اما آن غرامت به خود شخص بود چون مجازات تاثیر خود را از دست میداد اگر جای غرامت را بگیرد. محاکم برای جدا سازی آن از غرامت سعی کردند هرچند بدون هیچ گونه متن قانونی جدا از بخش های غرامت، هیچ صلاحیت برای صدور آن مجازات نداشتند که مانند غرامت نبودند. ازینرو به تحریر درآوردن بخش مجازات در مادۀ ۸۲۴ و ۸۲۵ بسیار امر ضروری بود.[۱۹۲]

سؤال برای مباحثه: آیا عدم اجرای وجیبه جرم است؟

احکام مجازات در قوانین مدنی نظام های حقوقی رومن ژرمنیک در اوایل سدۀ نزدهم بمنظور اعمال فشاراقتصادی بر مدیونین وضع شدند تا از این طریق مانع مدیونینی گردند که به داینین خساره وارد میکردند. ولی به هر حال غرامت پرداختن به داین نوعی مفاد مجانی برای داین تلقی میگردد. آیا مواردی در مخیلۀ تان خطور میکند که مفکورۀ پرداخت غرامت به داین در نزد داین طمع مکافات ناحق را بوجود آورد؟ آیا بهتر نخواهد بود اگر غرامت ها به دولت پرداخته شوند؟ آیا این باعث خواهد گردید که عدم تنفیذ جرم پنداشته شود؟ ؟ آیا ماده های ۸۲۴ و ۸۲۵ از قبل عدم ایفای وجیبه را منحیث جرم می شناسند؟ آیا عدم ایفای وجیبه باید جدا از جبران خسارات وارده محکوم به مجازات نیز شود؟

۱,٤. آثار ماده های مبنی بر غرامت ها

آنعده از بندهای قرارداد که مقدار غرامت ناشی از عدم ایفای وجیبه را تصریح میکنند مانع حق درخواست تنفیذ عینی توسط داین نمیشوند. فلسفۀ بندهای مربوط به مجازات این است که طرفین قرارداد از قبل روی ممقدار تعویض با هم به توافق برسند. هرگاه در اثر نقض قرارداد به کسی آسیب رسیده باشد ویا ضرری عاید شده باشد، علاوه بر تنفیذ عینی جبران خساره نیز تجویز میگردد. در اینصورت طرفین باید الفاظن صریح و غیر مبهم را در قرارداد بکار ببرند تا دانسته شود که تنفیذ عینی در قرارداد مذکور طریقۀ اساسی و اولیۀ جبران خسارت تلقی نمیگردد.[۱۹۳]

سوال برای مباحثه: برف روب های قدرت الله

فرض کنید در فیض آباد ماه قوس است و معنی اش این است که زمستان می آید و قدرت الله برای کاروبار پاک کاری برف برای این دوره آماده گی میگیرد. قدرت الله پنج برف روب جدید فرمایش داده است که در تاریخ ۲۰ قوس تحویل داده میشوند و قدرت الله پنج برف روب قدیمی خود را به شهرداری فیض آباد به فروش رسانید و به تاریخ ۱۰ قوس آنها را به شهرداری تحویل داد. قرارداد حکم میکند که قدرت الله باید تیغه های سه برف روب را تبدیل کند. قدرت الله روابط خوب با شهرداری دارد چون او برای پاک سازی کوچه های پانزده محلۀ شهر قرارداد دارد. در قرارداد مسجل گردیده است که قدرت الله باید برف داخل شهر را تا قبل از چاشت پاک کند.

[192] Ibid., 222.

[193] Adnan Amkhan, "Specific Performance in Arab Contract Law," *Arab Law Quarterly* 9 (1994): 324, 338.

قدرت الله به تاریخ ۸ قوس به ریس فواید عامه شهرداری برای توضیح دادن اینکه که بدسترس قرار گرفتن تیغه های جدید به سبب وضعیت جوی نامساعد در نزدیکی شرکت تولیدی آن، به تعویق افتاده است، تماس میگیرد. او روز بعدی با دیگر خبرهای ناخوآشیند دوباره تماس میگیرد. پیش بینی کنندگان میگویند که عین اندازه برف که حمل و نقل تیغه ها را به فیض آباد به تعویق انداخته است، روز بعدی در فیض آباد خواهد بارید. او مشکل جدید را توضیح میدهد که با کمبود پنج برف روب برای ده روز روبروست و از شهرداری درخواست میکند تا به او اجازه دهد تا از برف روب های خود برای طوفان قریب الوقوع استفاده کند. بعد از درخواست های مکرر، شهرداری موافقه میکند که قدرت الله دو ماشین از جمله ماشین هایی را که به تبدیل نمودن تیغ ضرورت دارند استفاده کند. قدرت الله میداند که سه برف روب که او باید پس بدهد در نیمهٔ شب به ملکیت شهرداری درمی آیند لذا آنها را خارج از دروازهٔ خود متوقف می سازد تا زمانیکه آنها صبح وقت برای بردن برف روب ها می آیند، قابل دسترس باشند.

قدرت الله فردا صبح با دو خبرهای ناخوش آیند بیدار میشود. شهر از برف پر است – بیشتر از آنچه پیش بینی شده بود – و سه برف روب را که بیرون از خانه ایستاده کرده بود کسی آنها را خراب کرده است. قدرت الله فکر میکند که با این حد برف زیاد دیگر راهی ندارد پس او کلید های چهار دانه از پنج برف روب را به کارمندان خود برای اجرای قراردادهای خود میدهد. شهر تنها با یک برف روب باقی می ماند.

شما وکیل مدافع رئیس فواید عامهٔ شهر هستید. شهرداری چه کار را باید انجام دهد تا خلای دو برف روب دیگر که باید میداشت پر سازد؟ چه کسی برای صدمهٔ که بر برف روب ها آمده است مقصر است (بالفرض شخص خرابکار هیچگاهی به چنگ قانون نمی افتد)؟ آیا این مهم است که زیان وارده قبل از نصف شب بوده یا بعد از نصف شب؟ مشکل دیگر اینکه قدرت تماس گرفته گفته است که وی قادر نخواهد بود تا ساعت ۸:۰۰ شام برف شهر را بروبد. آیا شما حرفی برای رئیس فواید عامه دارید؟ چی حرفی؟

بدون درنظر داشت توصیهٔ که شما به رئیس میکنید، فرض کنید که رئیس صبح بعدی تصمیم میگیرد تا یک برف روب جدید خریداری کند زیرا قدرت الله در مهیا سازی هر سه برف روب ناکام شده است. صرفنظر از فسخ قرارداد منحیث راه حل، آیا شهرداری پس از رفع این مخمصه باید بازهم تمام پنج برف روب را از قدرت الله بپذیرد؟

۲. جبران خسارات

حالا که ما بحث خود در مورد تنفیذ عینی را تکمیل کرده ایم، بحث بعدی ما جبران خسارات وارده است. بحث جبران خساره یا تعویض بطور طبیعی از بحث ما در مورد تنفیذ عینی منشا میگیرد. جبران خساره یا تعویض زمانی مرعی الاجرا می باشند که تنفیذ عینی ناممکن باشد. و در صورت تاخیر، جبران خساره میتواند متمم تنفیذ عینی باشد.

در زمینهٔ قانون مدنی که ما بحث کردیم، مسئولیت به انواع مسئولیت به مسئولیت قراردادی و مسئولیت مدنی تقسیم شده است (کتاب ۱، بخش ۲، فصل ۳ قانون مدنی) که از آنجمله مسئولیت مدنی در فصل های گذشته مورد بحث قرار داده شد. این را باید بیاد داشته باشیم که قانون مدنی و تمام قانون های مدنی اعراب یک بخش جداگانه، مانند تنفیذ عینی را برای مسئولیت قراردادی اختصاص نمیدهند.[۱۹٤] بلکه، احکام مربوط به مسئولیت قراردادی در سرتاسر قانون مدنی نمایان است و میتواند نظر به وجایب یا وجیبهٔ مشخص فرق کند. به سبب ارجحیت تنفیذ عینی، مسئولیت بمعنای جبران خسارهٔ مالی تفسیر میگردد. این بخش به شما اصول عمومی مسئولیت قراردادی و طبقه بندی های وجایب را معرفی خواهد کرد.

[194] Adnan Amkhan, "The Concept of Fault in the Arab Law of Contract," *Arab Law Quarterly* 9 (1994): 171, 174.

مسئولیت مدنی و مسئولیت قراردادی هردو نیاز به سه عنصر دارند: تقصیر، سببیت و جبران خساره (تعویض) وارده. ما هر یکی ازین سه عنصر را در سرتاسر این بخش مورد بحث قرار میدهیم.

۲,۱.تقصیر

اصطلاح تقصیر قراردادی به ناکامی مدیون در اجرای وجیبهٔ قراردادی اش اطلاق میگردد. یک قرارداد معتبر باید بطور عینی تنفیذ شود. عمل نکردن مطابق به احکام قرارداد قبل از نقض آن و عدم تنفیذ قرارداد عبارت از تقصیر است.

تقصیر یک مفهوم عینی است. سبب مدیون برای تخلف قرارداد هیچ فرقی ایجاد نمی کند. جدا از اینکه نقض توسط مدیون بصورت قصدی، غیر قصدی ویا در اثر اهمال صورت گرفته باشد، عدم اجراآت همانا تقصیر را افاده میکند. حدود عدم تنفیذ و اینکه آیا تنفیذ قسمی صورت گرفته است یا خیر بالای تقصیر قراردادی کدم تاثیری ندارد. علاوه بر آن، تقصیر در صورتی هم ثابت میگردد که عدم تنفیذ به سبب عوامل بیرونی باشد که مدیون بالای شان کنترول نداشت.[۱۹۵]

ازینرو، عدم ایفای یک وجیبهٔ قراردادی و تقصیر قراردادی مترادف هم اند. تقصیر به سبب عدم اجراآت بوجود نمی آید بلکه عدم تنفیذ خود عبارت از تقصیر است.

۲,۱,۱. طبقه بندی تخلفات (نقض وجیبه)

در نظام های حقوقی رومن ژرمنیک، وجود یا عدم وجود تقصیر متعلق به طبقه بندی قرارداد است که در کدام سطح از اهمیت قرار دارد. جبران های موجود در برابر سطوح متعدد جدیت اندازه گیری خواهند شد. بصورت عموم، شدت وجیبه با مشکل بودن تنفیذ تناسب معکوس دارد. این وجایب را میتوانیم به وجایبی که نیاز به حصول یک نتیجهٔ مشخص دارند، وجایبی که نیاز به رعایت معیار رفتاری مشخص (وسایل) دارند و وجایب تضمین ، طبقه بندی نماییم.

۲,۱,۱,۱. وجایب حصول نتیجه

وجایب حصول نتیجه مکلفیت حصول نتیجهٔ تعهد شده را ایجاد میکنند. در وجایب رعایت معیار رفتاری مشخص، جانبی که به سبب تخلف ادعای تعویض را مینماید باید تقصیر جانب مقابل را ثابت سازد. هرچند در صورت وجایب حصول نتیجه، کافیست ثابت گردد که تعهد اجرا نشده است.[۱۹۶]

بطور مثال، یک فروشندهٔ محصولات مکلفیت انتقال محصولات فروخته شده به خریدار را دارد. وجیبهٔ فروش تا زمانیکه محصولات تحویل داده نشده باشند تکمیل نیست. یک مدیون نمی تواند از مسئولیت جبران خساره با مطرح نمودن این ادعا که وی معیار رفتاری یک شخص عادی را رعایت نموده است، فرار کند.[۱۹۷]

۲,۱,۱,۲. وجایبی که نیاز به رعایت معیار های مشخص رفتاری دارند.

این وجایب یک مکلفیت را برای اجرا نمودن یک عمل بدون تضمین نمودن یک نتیجه می قبولاند. عموماً مدیون مکلف است تا یک اندازه دقت مناسب که یک شخص عادی بکار میگیرد را درنظر گیرد. ازینرو، وجیبه حتی در صورت عدم حصول نتیجه نیز اجرا شده پنداشته میشود.

---

[195] Ibid., 175.
[196] Pejovic, "Civil Law and Common Law Two Different Paths to the Same Goal."
[197] Amkhan, "Concept of Fault in the Arab Law of Contract," 177.

معیار دقت در رفتار که یک شخص عادی بکار میگیرد میتواند در قضایا مبنی به شرایط تغییر کند، پس محاکم معیار شخص عادی را مورد به مورد بکار میگیرند.[۱۹۸] شما بحث مان در مورد مادۀ ۸۲۲ را از فصل گذشته بیاد خواهید داشت که بحث میکند چگونه کسی معیار رفتاری مشخص را براورده ساخته میتواند درصورتی که معیارهایی را بکار میبرد که در شرایط خاص بر حسب عادت بکار میبرد. مثال عام دیگر قرارداد بین داکتر و مریض است. داکتر مکلف است تا اقدامات مناسب را برای معالجۀ مریض خود بکار گیرد اما او مسئول نخواهد بود اگر با وجود بکار گیری اقدامات مناسب مریض مداوا نشود.[۱۹۹] بطور مثال از قانون مدنی، مادۀ ۱۶۳۸، بند ۱ را در نظر بگیرید که در مورد وجایب محافظتی است که یک طرف سوم است ملکیت را تا زمانیکه معضلۀ آن حل میشود، محافظت نموده و سرپرستی میکند.

قانون مدنی

مادۀ ۱۶۳۸

(۱) نگهبان به حفاظت و اداره اموال تحت نگهبانی مکلف بوده و لازم است در زمینه به اندازه شخص عادی توجه نماید.

حتی اگر ملکیت در زمانیکه تحت محافظت محافظت کننده است، از بین برود نگهدارنده برای صدمات وارده مسئولیت نخواهد داشت در صورت که او نگهداری مناسب در محافظت ملکیت را بکار گرفته باشد. متضرر باید اول تقصیر را ثابت بسازد (عدم ایفای وجیبۀ قرارداد) و بعد ثابت سازد که مدیون از ملکیت طوریکه یک شخص عادی محافظت میکند، محافظت نکرده است.[۲۰۰]

بعضی اوقات معیار دقت در رفتار معیار شخص معقول نمیباشد بخاطریکه معیار دقت توسط قانون تعدیل گردیده میباشد ویا هم طرفین بالای یک معیار مشخص به توافق رسیده میباشند. بعضی از وجایب باید تنها با درنظر گیری معیار دقت در رفتار انجام یابند که مدیون برای اجرای وجیبۀ خود مثلیکه برای خودش انجام میداد، استفاده کند. محاکم این معیار را به چشم معیاری می بینند که نسبت به معیار شخص معقول به مساعی کمتری نیاز دارد.[۲۰۱]

قانون مدنی

مادۀ ۱۵۶۴

هرگاه وکالت بدون اجرت باشد، وکیل مکلف است در تنفیذ وکالت چنان توجه نماید که در امور شخصی خود می نماید و به هیچ وجه به توجه بیشتر از توجه شخص عادی، مکلف نمی باشد.

مادۀ ۱۵۶۴ امور مربوط به معیار دقت در رفتار یک وکیل مدافع که برای عرضۀ وکالت رایگان موافقه نموده است، را تنظیم میکند که باید وکالت حقوقی را بدون طمع به پرداخت حق الزحمه اجرا کند. قانون مدنی صریحاً واضح می سازد که وکیل مدافع رایگان به بذل توجه بیشتر نسبت به توجه یک فرد عادی مکلف نیست.

198 Amkhan, "Concept of Fault in the Arab Law of Contract," 177-78.

199 Pejovic, "Civil Law and Common Law: Two Different Paths to the Same Goal."

200 6 La. Civ. L. Treatise, Law Of Obligations § 5.3 (2d ed.).

201 Amkhan, "Concept of Fault in the Arab Law of Contract," 178.

طرفین میتوانند حداقلِ معیار دقت در رفتار را در قرارداد تعدیل نمایند. هرچند، هر احکامی که برای محدود سازی مسئولیت جبران خساره وارده از سبب تقلب یا خطای بزرگ باشد نامعتبر پنداشته خواهند شد. برعلاوه، طرفین میتوانند موافقه کنند که در صورتی که علت عدم تنفیذ یک واقعهٔ غیر مترقبه ویا قوهٔ قاهره باشد، جبران خساره بدوش مدعی میباشد.

قانون مدنی

مادهٔ ۸۳۰

(۱) موافقت طرفین مبنی بر متحمل شدن متعهد از مسوولیت حوادث غیر مترقبه واسباب مجبره جواز دارد.

(۲) همچنان موافقت طرفین بر رفع هرنوع مسوولیت متعهد که ناشی از عدم اجرای تعهد تعاقدی وی باشد، جواز دارد مسوولیت ناشی از تقلب و خطای بزرگ شخص متعهد بر اثر موافقه طرفین مرفوع شده نمیتواند. متعهد میتواند رفع مسوولیت خود را از تقلب وخطای کلی اشخاصیکه در تنفیذ تعهد استخدام نموده است، شرط گذارد.

(۳) هر نوع موافقت طرفین، مبنی بر رفع مسوولیت ناشی از عمل غیر مجاز، باطل میباشد.

۲،۱،۱،۳. مقایسهٔ وجایب حصول نتیجه و وجایب برای بکار گیری معیار رفتاری

وجایب وسایل و وجایب حصول نتیجه از دو جهت به ساده گی قابل درک اند. نخست اینکه هر قرارداد میتواند هردو نوع وجیبه را بوجود آورد.[۲۰۲] داکتر از نقطه نظر نتیجهٔ تداوی اش تابع وجیبهٔ حصول نتیجه است اما وی ممکن است ازنقطه نظر وسایلی که بکار میبرد تابع وجیبهٔ وسایل نیز باشد. بطور مثال، محمود به داکتر عزیز بخاطر بازوی شکسته اش مراجعه میکند و داکتر عزیز بازوی محمود را در قالب می گذارد. زمانیکه محمود صبح فردا بیدار میشود میبیند که قالب خودش شکسته است و استخوان شکستهٔ محمود بدتر شده است. اگر بدتر شدن زخم بخاطر غفلت داکتر عزیز در ساختن قالب بوده باشد، محمود میتواند دعوی مبتنی بر وجیبهٔ وسایل را اقامه نماید . اگر داکتر عزیز بطور درست کارش را انجام داده باشد و بگوید که مواد که در ایجاد قالب بکار رفته است مشکل داشته، او باید این را ثابت سازد طبق مادهٔ ۷۸۳ قانون مدنی مسئولیت متوجه تولید کنندهٔ این مواد است. این وجیبهٔ حصول نتیجه خواهد بود.

دوم، بعضاً معلوم نمودن نوعیت وجیبه هم مشکل میباشد. خصوصیت وجیبه متعلق به ماهیت قرارداد است. بیشتر اوقات، ماهیت توسط وظیفهٔ مدیون تشخیص میشود. اگر ایفای وجیبهٔ تعهد شده، انجام شده پنداشته شود، این وجیبهٔ نتیجه خواهد بود. بطور مثال، اگر شما یک تکت برای سفر با ریل را خریداری کردید، شما در مورد رسیدن به مقصد تان شک ندارید. این وجیبه حصول نتیجه است. هرچند، اگر شما زیر تداوی جراحی باشید، باید بپذیرید که در ارتباط به نتیجه تضمین چندانی وجود ندارد. برعلاوه، اشتراک فعال داین در یک وجیبه عدم تضمین را افزایش میدهد. بطور مثال، اگر شما در مسابقهٔ اسب دوانی شرکت میکنید، مالک جای مسابقه تنها مکلفیت وسایل در ارتباط به زخم دیدگی توسط یک اسب را دارد که ممکن است از مسیر مسابقه منحرف شود.[۲۰۳]

۲،۱،۱،٤. وجیبهٔ تضمین

وجیبهٔ تضمین تنها وجیبه در قانون مدنی است که به ارتباط آن یک حکم واقعاً جدی وجود دارد. در تمام موارد، مدیون بطور جدی مسئول پنداشته میشودکه بدون درنظرداشت اشتباه یا وجود یک سبب بیرونی می باشد. در یک قرارداد اجاره یا کرایه، اجاره دهنده هر دو مالکیت عاجل و عدم وجود تخلف های که تعهدات را بی فایده بسازند، را تضمین میکند. در یک قرارداد کرایه، فروشنده به خریدار در برابر تخلیه و عیوب نهفته تضمین میدهد.

[202] Nicholas, *French Law of Contract*, 54.
[203] Ibid., 55.

مادۀ ۱۳۴۷ را درنظر بگیرید:

قانون مدنی

مادۀ ۱۳۴۷
اجاره دهنده بعد از قبض اجرت معینه ایکه تعجیل آن شرط گذاشته شده، مکلف است عینی را که به اجاره داده میشود با سایر ملحقات آن به اجاره گیرنده مطابق به موافقه قبلی به نحویکه قابلیت حصول منفعت از آن مطابق طبیعت عین مورد اجاره ممکن باشد، تسلیم دهد.

از جانب دیگر، مادۀ ۱۳۵۱ بالای عدم ارتکاب خطا، که ویژه گی وجیبۀ تضمین است، تاکید دارد.

قانون مدنی

مادۀ ۱۳۵۱
اجاره دهنده به اصلاح و ترمیم نواقص عایده بر عین اجاره داده شده که باعث اخلال منفعت مقصوده از آن گردد، مکلف میباشد.

۲،۱،۱،۵. مکلفیت اثبات

در هر دو وجیبۀ نتیجه و وجیبۀ مهیا سازی معیار دقت در رفتار، مکلفیت اثبات اینکه مدیون مکلفیت خود را اجرا نکرده است، طبق معمول بالای داین می باشد. هرچند، تفاوت جدی این است که از آنجاییکه عدم توجه در وجیبۀ که اقتضای معیار های دقت در رفتار را میکند، یک عنصر مهم عدم اجراآت پنداشته میشود، مکلفیت ثبوت تقصیر بدوش داین است. اما در وجیبۀ نتیجه، داین باید تنها نشان دهد که نتیجۀ بدست نیامده است و پس از آن مسئولیت *مدیون* است تا نشان دهد که ضرر از یک سبب بیرونی بروز یافته و عمدی نبوده است.

سوال برای مباحثه

آیا موارد زیر وجایب وسایل، وجایب حصول نتیجه یا وجایب تضمین اند؟

۱. وجیبۀ یک فروشنده برای انتقال مالکیت یک شی فروخته شده به خریدار.

۲. وجیبۀ فروشنده برای نگهداری محصولات خریداری شده تا زمانیکه محصولات به خریدار تحویل میشوند.

۳. وجیبۀ کارفرما برای پرداخت دستمزد کار حکم داده شده.

۴. وجیبۀ یک معمار برای تعمیر یک ساختمان مطابق به مشخصات توصیه شده.

۵. وجیبۀ موسسۀ خدمات امنیتی برای نظارت.

جواب سوال ها برای مباحثه

۱. وجیبهٔ حصول نتیجه. انتقال هدف ایفای وجیبهٔ قرارداد است.

۲. وجیبهٔ وسایل. فروشنده تمامیت محصولات را تضمین نمیکند اما تنها میتواند مطابق به حالات برای نگهداری مال کوشش کند. از یک عمده فروش لبنیات انتظار میرود تا شیر خریداری شده را سرد نگهدارد اما ضروری نیست از او خواسته شود تا جنراتور را روشن بسازد اگر برق ها نباشند و سبب شود شیر خراب شود.

۳. وجیبهٔ تضمین. کارفرما برای اجرای معاش ها مسئولیت جدی دارد.

۴. وجیبهٔ حصول نتیجه. هدف قرارداد اعمار ساختمان مطابق به مشخصات است.

۵. وجیبهٔ وسایل. موسسهٔ خدمات امنیتی تضمین این کار را نمی کند که هیچ دزدی صورت نخواهد گرفت. موسسه تلاش ممکن خود برای تامین امنیت و نظارت از متعلقات را انجام میدهد.

۲,۲.سببیت

جانب بری الذمه تا زمانی به ضمان مکلف نمیگردد که حد اقل ثابت گردد که علت نقض قرارداد تقصیر وی بوده است. مادهٔ ۷۳۰ یک مثال این اصل است:

قانون مدنی

مادهٔ ۷۳۰
هرگاه متعهد نتواند وجیبه را در مورد عقد عینا ایفاء نماید یا اجرای وجیبه را از مدت معینه بتأخیر اندازد، محکمه می تواند علیه او حکم ضمان را صادر نماید. مگر اینکه ثابت گردد که عدم امکان وفاء یا تآخیر در اجراء وجیبه ناشی از سببی بوده که وی در آن دخیل نبوده است.

در مادهٔ ۷۳۰ تمرکز بالای ارتباط متعهد با محال بودن تنفیذ عقد به این معنی است که ملتزم در قبال خساراتی که در اثر تقصیر یا بگونهٔ عمدی عاید شده اند مسئولیت دارد، اما نه در قبال خساراتی که کاملاً تصادفی بوده ویا ناشی از قوهٔ قاهره بوده باشد.[۲۰۴] این وابستگی توسط مستقیم بودن و قابلیت پیش بینی شدن تعریف میشود. مستقیم بودن پیوند یک سبب بین تقصیر مدیون برای عدم ایفای وجیبه و خسارهٔ وارده است. مدیون برای چنین صدمهٔ مستقیم که قابل پیش بینی بوده باشد اگر مستقیم بودن آن کمتر از فریب یا تقلب باشد، مسئول پنداشته میشود. اگر این عمل عمدی باشد، مدیون نه تنها در قبال خسارات قابل پیش بینی بلکه در قبال تمام خسارات وارده مسئول خواهد بود.[۲۰۵]

مثال ۱

[204] Caslav Pejovic, "Civil Law and Common Law: Two Different Paths to the Same Goal," *Victoria University of Wellington Law Review* 32 (2001): 817, 825.
[205] Nicholas, *French Law of Contract*, 228-29.

تلاش برای تشخیص دادن "مستقیم بودن" میتواند نتایج مبهم بهمراه داشته باشد. یک فرضیهٔ مشهور از قاضی فرانسوی روبرت جوسف پوتیر این موضوع را روشن میسازد.

یک مرد گاوی را به یک کشاورز می فروشد اما تنها آن مرد میداند که گاو مریضی مکروبی دارد. حیوانات دیگر کشاورز مریض میشوند و میمیرند. بدون هیچ حیوان، کشاورز قادر به زرع زمین خود نمی باشد که سبب مشکلات در پرداخت قرضه هایش میشود. داین های کشاورز ملکیت او را در اختیار گرفته آنرا می فروشند. آیا خسارات وارده بر کشاورز مستقیم اند و با عمل فروش گاو بالای وی ارتباط مستقیم و قابل پیش بینی داشته است؟

از دست دادن گاو و حیوانات دیگر کشاورز مستقیماً با فریبکاری فروشنده ربط دارد. هرچند، صدمهٔ که کشاورز از داین های خود متحمل می شود که ملکیت او را می فروشند خیلی دور است چون هیچ ربط با فریب فروشنده ندارند. پوتیر در مورد خسارهٔ که از عدم توانمندی برای زرع فصل ها ناشی میشود متردد است. این بطور قطعی ضروری نیست چون کشاورز میتوانست با خریداری یا استخدام حیوانات دیگر از زیان وارده جلوگیری کند اما هنوز هم او متضرر گردیده و باید یک مقدار جبران آن خسارات برایش پرداخته شود.[۲۰۶] تئوری پوتیر مستقیم بودن را "ضروری" می پندارد اما هیچ یک تئوری های مذکور تا اینجا در نظام های دارای نظام حقوقی رومن ژرمنیک عمومیت کسب ننموده اند. .

مقایسه با کامن لا

اتکای افغانستان در موضوع عامل بودن در مقایسهٔ مطلق به عملکرد در کشورهای کامن لا واقع میشود که صدمات وارده بدون در نظر گرفتن اشتباه با تنها چند استثناآت مانند عدم امکان پذیری صادر میشوند. مجموعهٔ (دوم) قراردادها در مادهٔ 346 بیان میدارد، "جانب متضرردر صورت هر نوع نقض قرارداد توسط جانب ملتزم، مستحق دریافت جبران خساره است مگراینکه دعوای غرامت پس گرفته یا لغو گردیده باشند."

۲,۳.جبران خساره

متن قانون مدنی کمتر در مورد ارزیابی خسارات بحث میکند. این حالت برای قاضی در سنجیدن تمام خساره اختیارات بیشتر میدهد. مادهٔ ۷۳۴ حداقل بعض رهنمودها را مهیا می سازد. مادهٔ ۷۳۴ دو نوع خسارات را که به داین متوجه اند را بحث میکند: سود متوقعه و سود وابسته به قرارداد. **سود وابسته به قرارداد** آن است که یک جانب آنرا برای تنفیذ قرارداد مصرف کرده است. **سود متوقعه** آنست که طرف توقع داشت تا از انفاذ قرارداد حاصل نماید. داین هر دو را میتواند مطالبه کند.

بعد ازآنکه نوع خساره مشخص شود، جریان ادعای آن خسارات مرحلهٔ مهم دیگر است. مادهٔ ۸۲۷ آگهی دادن به مدیون را قبل ازینکه داین بتواند برای جبران خساره ادعا کند، لازم میداند. مادهٔ ۸۲۸ و ۸۲۹ قواعد اطلاع دهی را شرح میدهند.

قانون مدنی

مادهٔ ۸۲۶
تنفیذ از طریق جبران خساره مطابق به احکام قانون صورت میگیرد.

[206] Ibid., 229.

مادۀ ۸۲۷
استحقاق جبران خساره قبل از ابلاغ به متعهد متخفف شده نمی تواند مگر اینکه قانون طور دیگری حکم کرده باشد.

مادۀ ۸۲۸
ابلاغ متعهد از طریق اخطار کتبی یا آنچه مقام اخطار شده بتواند صورت می گیرد موافقه طرفین مبنی بر اینکه صرف رسیدن موعد ایفای تعهد بدون اجراءات دیگر ابلاغ پنداشته شود نیز قایم مقام اخطار شده می تواند.

مادۀ ۸۲۹
در احوال آتی ابلاغ به متعهد ضرور نمی باشد:
(۱) در حالیکه تنفیذ عینی تعهد بفعل شخص متعهد غیر ممکن گردیده باشد.
(۲) در حالیکه موضوع تعهد جبران خساره ناشی از عمل غیر مجاز باشد.
(۳) درحالیکه موضوع تعهد رد چیزی باشد که سرقت گردیده و متعهد بآن علم داشته باشدو یا آن را بغیر حق با وجود داشتن علم به آن تسلیم شده باشد.
(۴) در حالیکه متعهد امتناع خود را کتبا اظهار نموده باشد.

ضرر ها عموماً مالی می باشند اما حالا در نظام حقوقی رومن ژرمنیک معمول گردیده است که بعضی ضررها غیر مالی شناخته شوند و برای جبران آن پول پرداخته شود. بطور مثال، محاکم در موارد ذیل به پرداخت غرامت حکم کرده اند: صدمۀ عاطفی از سبب مفقود شدن یک عکس فامیلی ، صدمه به شهرت یک هنرمند زمانیکه اندازۀ حروف نام هنرمند در تئاتر خوردتر از آنچه تفاهم شده بود به نمایش درآمدید؛ و حتی اندوه که از مردن یک اسب به مالک آن عاید شده است.[۲۰۷]

قانون مدنی

مادۀ ۱۴۱۱
دهقانی عقدیست به زرع زمین بین مالک و دهقان طوریکه حاصل زمین بین آنها به حصص تقسیم میگردد که هنگام عقد بر آن موافقه به عمل آمده است.

مادۀ ۱۴۱۶
(۱) دهقان مکلف است در زراعت و نگهداری کشت به قدری توجه نماید که در مورد مال خود دارد. دهقان از تلف شدن زمین در خلال انتفاع مسئول است، مگر اینکه ثابت نماید که درنگهداشت و صیانت آن به اندازه شخص عادی صرف مساعی نموده است.
(۲) دهقان به تعویض مواشی تلف شده و آلاتیکه استهلاک شدن آن ناشی از قصور وی نباشد، مکلف نمی باشد.

مادۀ ۱۴۱۷
دهقان نمی تواند زمین را بدون اجازه مالک آن به شخص دیگری به اجاره داده یا از اجاره آن برای دیگری تنازل نماید. در صورت تخلف از این امر مالک میتواند عقد را فسخ یا از دهقان مطالبه تعویض نماید.

مادۀ ۱۴۲۷

[207] Nicholas, *French Law of Contract*, 227.

هرگاه حاصلات باثر حوادث غیر مترقبه، تماماً یا قسماً از بین برود هردو طرف بصورت مساویانه متحمل خساره گردیده یکی بر دیگری رجوع کرده نمیتواند

نظریه های جبران خساره

در هر دو، افغانستان و کشورهای کامن لا، هدف کلی پرداخت غرامت این است که ضرری که داین از عدم ایفای وجیبه متقبل شده است، جبران شود. هرچند، نظام های مذکور برای معین سازی اینکه "ضرر" چیست اخلاف نظر دارند. تفکیک تقصیر طوری که در قانون مدنی افغانستان در سایر کشورهای دارای نظام حقوقی رومن ژرمنیک مروج است بازتاب دهندۀ استنباطات متفاوت از قرارداد ها است جائیکه قراردادها حاوی یک عنصر اخلاقی و فلسفی میباشند. از نقطه نظر مفهوم قرارداد در نظام رومن ژرمنیک میتوان یک جانب قرارداد را مجبور به ایفای وجیبه در قبال تنفیذ قرارداد نمود ویا هم میتواند تنفیذ عینی را عملی نسازد. مسئولیت زمانی متوجه مدیون میشود که از آنچه در قرارداد متعهد گردیده در عمل عدول نماید.

تقصیر در کشورهای کامن لا عین نقش را در ندارد. کامن لا بیشتر دارای روحیۀ اقتصادی و واقع گرایانه است. در این نظام مسئولیت ناشی از قرارداد یک پدیدۀ عینی تلقی میگردد و برای معلوم نمودن عدم تنفیذ قرارداد ضرورت به وجود تقصیر نیست. از نظر کامن لا تنفیذ عینی قرارداد یک شرط مطلق است. هیچ دفاعیۀ برای نبود تقصیر وجود ندارد. هرچند، تقصیر در حین سنجش ضمان در نظر گرفته میشود. برخلاف تعهد سپردن به همدیگر طوری که در کشور های دارای نظام حقوقی رومن ژرمنیک مروج است، قراردادهای کامن لا بمعنای بعهده گرفتن خطر ها است بدون آنکه برای تنفیذ قرارداد کدام الزامیت اخلاقی وجود داشته باشد. هر قرارداد به هر جانب اختیار میدهد که یا تنفیذ عینی را صورت دهد ویا هم بعوض تنفیذ جبران خسارت نماید.[۲۰۸]

هرچند، تئوری های اساسی کامن لا و نظام حقوقی رومن ژرمنیک باهم بسیار متفاوت اند، تفاوت عملی از خاطر نرمش هر دو سیستم ها کاهش یافته اند. روحیۀ مطلقیت در قرارداد های کامن لا با شامل شدن مفاهیم شرایط ضمنی، فرضیۀ اتکا و در بعضی موارد با شامل شدن شبه مسئولیت در پیوند با نقض عمدی قرارداد اندکی کاهش یافته است. همچنان در سیستم حقوقی رومن ژرمنیک شرط اثبات تقصیر به واسطۀ مسئولیت مشدد، وجایب تضمین و انتقال مکلفیت و وجایب حصول نتیجه نرمش اختیار کرده است.[۲۰۹]

سؤال برای مباحثه: تکرار قضیۀ ویستلر

قصۀ ویستلر و تصویر خانم ایدن را از بخش گذشته بیاد بیاورید.

وکیل مدافع ویستلر استدلال ذیل را کرد: "این وظیفه من است تا به شما بگویم که آقای ویلیام کیست، چون این یک رابطۀ مستقیم با موضوع غرامت دارد که شما در مورد آن تصمیم میگیرید. آقای ویلیام ایدن یک تاجر آماتور است. من به شما ثابت خواهم ساخت که او تصویر همسر خود را برای فامیل یا به هر شیوه‌ی برای تحویل دادن به اطفال خود فرمایش نداده است. فرمایشات او برای تصویر همسر و فرزندانش گمان پردازیست. او آنها را برای فروش میخواهد و خواهان سود از آنهاست!"[۲۱۰]

[208] "A contract is a promise or set of promises for the breach of which the law gives a remedy." Restatement (Second) of Contracts § 1 (1981).
[209] 1 Transnational Business Transactions § 4:46
[210] McNeill Whistler, *Eden Versus Whistler: The Baronet & The Butterfly* (New York: R.H. Russell, 1899), 38-39.

چرا ویستلر از محکمه میخواهد تا با آقای ویلیام منحیث یک معامله کنندهٔ نقاشی برخورد کند بجای اینکه منحیث یک فرمایش دهندهٔ تصویر همسرش برخورد شود؟

۳. فسخ قرار داد

فسخ حق یک جانب است مبنی بر خاتمه دادن به قرارداد و عدم ایفای وجایب باقیمانده. تا ایندم ما در مورد جبران ضرر عاید شده به داین در مواردی که مدیون وجایب خود را ایفا نکند بحث کردیم که عبارت از تنفیذ عینی و جبران خسارت بودند. این بخش تاثیرعدم ایفای وجیبه بالای وجیبهٔ *داین* را مورد بحث قرار میدهد. آیا اگر مدیون در ایفای وجیبهٔ خود ناکام شود، داین وجیبهٔ خود را اجرا کند؟ بعضی اوقات داین ترجیح میدهد اجراآت خودش دوباره اعاده گردند ویا هم به فسخ قرارداد نسبت به تنفیذ عینی ویا جبران خساره ترجیح داده میشود.[۲۱۱]

۳,۱.حقوق اسلام

حقوق اسلام فسخ قرارداد را به حیث آثار ممکنهٔ نقض قرارداد نمی شناسد. تنفیذ عینی و جبران خساره در صورت عدم تنفیذ عینی تنها راه هایی هستند که شریعت اسلام به آنها جواز میدهد.[۲۱۲] محکمهٔ فدرالی امارات متحده عربی این اصل را تعریف کرده است: "اصل بنیادی قانون اسلامی بر این نظر است که قراردادها باید بطور عینی نافذ شوند؛ و محکمه باید احکام آنها را تنفیذ کند. قانون اسلامی به فسخ قرارداد بخاطر نقضز قرارداد را اجازه نمی دهد. جانب متضرر هیچ گزینهٔ ندارد مگر اینکه درخواست ایفای عین وجیبه کند."[۲۱۳]

هرچند فسخ قرارداد بخاطر نقضآن در حقوق اسلام جای ندارد، این استدلال شده است که میتواند بکار گرفته شود درصورتیکه اصول عدالت و انصاف را تامین نماید.[۲۱٤] قانون مدنی فسخ قرارداد را به دو شیوه اجازه میدهد. اول یکی یا هر دو طرف باید لغو قرارداد را توسط یکی از وسایل متعدد (ماده های ۷۳۹ تا ۷۴۶) تقاضا نمایند. دوم، طرفین میتوانند بطور دوجانبه برای فسخ قرارداد تفاهم کند (ماده های ۷۴۷ تا ۷۵۰).

۳,۲.اصول فسخ قرارداد در قانون مدنی

اگر یکی از طرفین تعهد خود را می شکند، طرف متضرر میتواند قرارداد را فسخ کند. فسخ قرارداد در مادهٔ ۷۳۹ قانون مدنی تذکر یافته است. برای فسخ قرارداد به اساس قانون مدنی قرارداد باید دوجانبه باشد، باید نقض صورت گرفته باشد، طرفی که خواهان فسخ است باید مقصر نباشد و طرف متضرر باید قادر به بازگشت به**حالت اولی** باشد که منظور از برگشت طرفین به حالیت اولیه حالتی است که آنها قبل از ایفای وجایب داشتند.

قانون مدنی

مادهٔ ۷۳۹

هرگاه یکی از عاقدین در عقودیکه الزام را به طرفین عقد متوجه می سازد وجیبه را ایفاء ننماید، طرف مقابل می تواند فسخ

[211] Adnan Amkhan, "Termination for Breach in Arab Contract Law," *Arab Law Quarterly* 10 (1995): 17.
[212] Chibli Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 283.
[213] Amkhan, "Termination for Breach in Arab Contract Law," 18 n.8.
[214] Ibid., 18.

عقد را در صورت لزوم با جبران خساره از طرف دیگر مطالبه نماید.

فسخ جبران تنفیذ عینی است. طرف متضرر گزینهٔ انتخاب خاتمه بخشیدن را بجای ایفای عین وجیبه دارد.[۲۱۵]

۳,۲,۱. قرارداد باید دوجانبه باشد

فسخ تنها برای **قراردادهای دوجانبه** قابل تطبیق است که عبارت از قراردادهای اند که وجایب دو جانبه و موکول به یکدیگر مانند قراردادهای فروش، شراکت، اجاره یا استخدام داشته باشند.

داین نمیتواند فسخ قرارداد را برای تخلف از **قراردادهای یک جانبه** مطرح کند که در آن وجایب تنها بالای یک طرف موکول شده باشند مانند وجایب برای تحایف.[۲۱۶] در قراردادهای یک جانبه، جانب متضرر هیچ چیزی را از درخواست فسخ قرارداد به دلیل عدم اجراآتوسط مدیون دریافت نخواهد کرد. بجای آن، اصرار بر ایفای وجیبهٔ قرارداد یک جانبه به مفاد جانب متضرر واقع میشود.[۲۱۷]

۳,۲,۲. نقض باید واقع شده باشد

برای مطالبهٔ فسخ قرارداد، لازم است یکی از طرفین از ایفای وجیبهٔ خود عدول نموده باشد. در اصل، سطح عدم ایفای وجیبه هیچ تاثیری بالای حق طرف متضرر برای درخواست فسخ قرارداد نداشته باشد. تاخیر اندک، اجراآت اندکی کمتر یا اجراآت قسمی با عدم اجراآت کامل کدام تفاوتی ندارند و هردو به عین اندازه نقض قرارداد محسوب میگردند.[۲۱۸]

نیازمندی های آگهی جریان محکمه ای ممکن است توانایی داین را برای رسیدن به خاتمه بخشیدن قرارداد در لحظهٔ اول عدم ایفای وجیبه به تعویق بیاندازد. هرچند در متن قانون مدنی واضح نوشته نشده است، این یک اصل عمومی قانون قرارداد در قانون مدنی کشورهای عربی است که مورد نقض باید قبل از فسخ قرارداد به سمع مدیون رسانیده شود. بطور نمونه، طرف متضرر بطور رسمی طرف دیگر را در مورد ناکامی وی در امر ایفای وجیبه آگهی خواهد داد. بدون ابلاغ به داین، طوری پنداشته میشود که داین از اجراآت مدیون راضی است و هیچ صدمهٔ ندیده است. اقامهٔ دعوی علیه مدیون نیز یک شکل از ابلاغ است. اگر مدیون خودش اظهار داشته باشد که مایل به تنفیذ قرارداد نیست ویا دیگر خواهان دوام آن نمیباشد، دراینصورت ارائهٔ ابلاغیهٔ رسمی ضروری نیست.[۲۱۹]

۳,۲,۳. تنفیذ و آماده گی برای تنفیذ

از جمله دو پیش شرط مهم برای فسخ قرارداد که در متن مادهٔ ۷۳۹ صریحاً تذکر نیافته اند یکی این است که صرف آن جانب قرارداد میتواند اقدام به فسخ قرارداد کند که خودش ناقض قرارداد نباشد و دوم اینکه حالت اولی که طرفین قبل از قرارداد داشتند قابل اعاده باشد. دادگاه عالی مصر قاعدهٔ را که بر بنیاد آن متضرر خاطی واجد شرایط فسخ قرارداد نمیباشد را چنین تشریح میکند:

> برای صدور حکم جهت فسخ قرارداد کافی نیست که قرارداد حاوی وجایب دوجانبه باشد، و عدم تنفیذ به یک جانب نسبت داده شود؛ بلکه این هم مهم است که جانبی که خواستار فسخ است برای انجام

[215] Ibid., 23.
[216] Ibid., 21.
[217] Ibid.
[218] Ibid.
[219] Ibid., 21-22.

وجایب خودش آماده باشد. بناءً اگر مدعی خود ناقض قرارداد باشد، بدلیل اینکه جانب مقابل قرارداد را تنفیذ نکرده است نباید حق فسخ قرارداد را داشته باشد. [۲۲۰]

فلسفهٔ برگشت طرفین به حالت اولی در این امر نهفته است که متضرر نباید از نفع مادی غیر عادلانه برخوردار گردد. بطور مثال، اگر فروشنده تنها بخشی از محصولات را تحویل داد که او به خریدار فروخته بود، خریدار نمی تواند قرارداد را فسخ کند مگراینکه او بتواند محصولاتی که از قبل تحویل گرفته است را برگرداند. [۲۲۱]

۳،۳. اختیار محکمه در پیوند با فسخ قرار داد

به استثنای مواردی که در قرارداد ماده ی وجود داشته باشد که فسخ قرارداد به علت عدم تنفیذ آنرا مجاز بگرداند، متضرر مکلف است تا حکم محکمه مبنی بر فسخ قرارداد را بدست آورد. محاکم در خصوص فیصله پیرامون درخواست فسخ قرارداد از صلاحیت قابل ملاحظه ی برخوردار اند.

طبق مادهٔ ۷۴۰ قانون مدنی، محکمه میتواند بعوض فسخ قرارداد به مدیون یک ضرب الاجل را برای اجرای وجیبه اش تعیین نماید. یک **ضرب الاجل** از لحاظ حقوقی مدت معین تعویق در ایفای یک وجیبه است. [۲۲۲] اینکه این مهلت باید داده شود یا خیر تصمیم آن در حیطهٔ صلاحیت محکمه است که با توجه به حالات هر قضیه در هر مورد بصورت جداگانه حکم صادر میکند. اگر مدیون تمایل به آغاز مجدد ایفای وجیبه نشان دهد یا اگر بخش ایفا ناشده نسبت به متباقی وجیبه بسیار جزئی باشد، محکمه میتواند برایش مهلت بدهد. قاضی میتواند یک ضرب الاجل را تعیین کند حتی اگر مدیون درخواست آنرا نداشته باشد. هرچند، اگر زمان اضافی خطر جدی را برای داین بار بیاورد یا اگر مبرهن گردد که مدیون عمل مدیون توأم با سؤ نیت بوده است، به گمان اغلب قاضی برایش مهلت نخواهد داد. [۲۲۳]

قانون مدنی

مادهٔ ۷۴۰

در حالت ابلاغ فسخ، محکمه می تواند مدیون را غرض اجرای وجیبه مهلت بدهد.

اگر مدیون وجیبه خود را قبل ازینکه ضرب الاجل انقضا یابد اجرا نکند، قرارداد بدون نیاز به کاری، بطور فوری خاتمه خواهد یافت. داین نیازی به رفتن به محکمه ندارد و حق جبران خسارت وی به سبب تعویق در ایفای وجیبه از وی گرفته نمیشود. [۲۲٤]

به اساس مادهٔ ۷۴۱، یک قاضی میتواند درخواست داین برای خاتمه بخشیدن به قرارداد را رد کند البته اگر نظر محکمه چنین باشد که عدم ایفای وجیبه به اندازهٔ کافی تخلف جدی نیست که ایجاب فسخ قرارداد را بنماید. همانند تصمیم اهدای یک ضرب الاجل، این معیار انعطاف پذیر بوده و تابع لزومدید قضایی است. بطور مثال، عدم ایفای وجیبه ممکن تنها یک بخش جزئی قرارداد را متاثر بسازد، ممکن ضرری را متوجه موضوع قرارداد نسازد، ویا هم ممکن است التزام تنفیذ ناشده

[220] Ibid., 22. لازم به تذکر است که در قانون مدنی مصر همانند قانون مدنی افغانستان این دو شرط با صراحت تذکر نیافته اند بلکه در قانون مدنی مصر شرایط مذکور از طریق قضا و دکترین ایجاد گردیده بودند.

[221] Ibid.

[222] *Merriam-Webster Online*, s.v. "Moratorium," accessed April 23, 2014, http://www.merriam-webster.com/dictionary/moratorium.

[223] Amkhan, "Termination for Breach in Arab Contract Law," 23-24.

[224] Ibid.

اهمیت ناچیز داشته باشد در حدی که عدم تنفیذ آن باعث برهم خوردن توازن قرارداد نگردد. اگر عدم تنفیذ التزام باعث برهم خوردن تعادل قرارداد نشده باشد ممکن محکمه به فسخ قرارداد حکم نکند و بعوض آن حکم جبران خساره را صادر سازد که احتمالاً با حکم تنفیذ عینی همراه خواهد بود. علاوتاً، بطور عموم پذیرفته شده است که مدیون میتواند با از سرگیری تنفیذ التزامی که به تعویق افتاده است قبل از آنکه محکمه بر اساس درخواست داین حکم فسخ قرارداد را صادر نماید، از صدور همچو حکم جلوگیری کند، مگر آنکه رد فسخ منجر به عاید شدن ضرر قابل ملاحظه به داین گردد.[۲۲۵]

قانون مدنی

مادۀ ۷۴۱

هرگاه آنچه را مدیون ایفاء نه نموده، نسبت به تعهد ناچیز باشد، محکمه می تواند مطالبه فسخ را رد نماید.

۳,٤.فسخ قرار داد به اساس توافق قبلی

مطابق به حکم مادۀ ۷۴۲ قانون مدنی، طرفین میتوانند با رسیدن به توافق مبنی بر اینکه در کدام موارد قرارداد را فسخ میتوانند، صلاحیت فسخ یا عدم فسخ قرارداد را از محکمه بگیردالبته در این صورت هنوز هم داین مکلف به رعایت قواعد صدور ابلاغ به جانب مقابل میباشد که فوقاً توضیح داده شد مگراینکه طرفین بطور گفتاری تفاهم نمایند که ابلاغیه قبلیی برای فسخ قرارداد نیاز نخواهد بود.

قانون مدنی

مادۀ ۷۴۲

موافقه طرفین عقد مبین بر فسخ آن بدون حکم محکمه، در صورت عدم ایفاء وجایب ناشی از عقد جواز دارد. این موافقه سبب معافیت از ابلاغ فسخ نمی گردد، مگر اینکه در مورد معافیت از ابلاغ موافقه تحریری طرفین بعمل آمده باشد.

مادۀ ۷۴۲ اختیار وسیعی را که محکمه در خصوص صدور حکم برای فسخ قرارداد دارد، محدود میسازد. موجودیت همچو مواد صریح برای هردو جانب اطمینان میدهد که در صورت عدم ایفای وجایب قرارداد پیامد های آن از چه قرار خواهند بود. زمانیکه یک شرط صریح تحقق بیابد، محکمه برای تنفیذ التزامات وقت اضافی داده نمیتواند و نیز از فسخ اجتناب ورزیده نمیتواند. به همین ترتیب زمانیکه یک شرط صریح متحقق گردد، مدیون با از سرگیری تنفیذ وجایب مانع فسخ شده نمیتواند. نقش محکمه صرف همینقدر است تا اعلام نماید که شرط صریح فسخ قرارداد متحقق گردیده است.[۲۲۶]

۳,٤,۱. صراحت احکام فسخ قرار داد

طرفین باید طبق حکم مادۀ ۷۴۲ شرایط فسخ قرارداد را در صورت نقض بطور واضح بیان نموده باشند. این احکام داین را از حق درخواست تنفیذ عینی بجای فسخ محروم نخواهد ساخت. صرف داین میتواند تقاضای مادۀ فسخ قرارداد را مطرح سازد و از آن نفع ببرد. مدیون نمیتواند به دلیل عدم تنفیذ التزام خود خواهان فسخ گردد.[۲۲۷]

[225] Ibid., 25.
[226] Ibid., 26.
[227] Ibid., 27.

در پهلوی وضع شرایط برای فسخ، طرفین میتوانند طرزالعمل لازم برای استفاده از حق فسخ را تنظیم کنند این سه مثال را درنظر بگیرید.[۲۲۸]

مثال ۱

اگر هریکی از طرفین در اجرای وجیبهٔ قراردادی خود ناکام شوند، قرارداد فسخ میشود.

مثال ۱ اساساً آنچه که قبلاً در مادهٔ ۷۳۹ گفته شده بود را تایید میکند. داین باید طرزالعمل های عادی مبنی بر ارائهٔ ابلاغیه به مدیون و نافذ ساختن فسخ قضایی از طریق مراجعه به محکمه را تعقیب نماید: این فقره در عمل از همیت چندانی برخوردار نیست.

هرچند در مثال اول صیغهٔ امریه بکار رفته است، داین میتواند از طریق عدم ارائهٔ ابلاغیه به مدیون ویا عدم درخواست حکم از محکمه از فسخ قرارداد جلوگیری نماید.

مثال ۲

اگر هریکی از طرفین در اجرای وجیبهٔ قراردادی خود ناکام شوند قرارداد بدون حکم محکمه فسخ میگردد.

مثال ۲ داین را از مسئولیت رفتن به محکمه به منظور گرفتن حکم محکمه بخاطر فسخ قرارداد رها می سازد اما هنوز هم داین مکلف است نقضی را که مدیون مرتکب شده است به وی ابلاغ نماید. قرارداد بمجرد ارائهٔ ابلاغیه فسخ میشود. اهمیت عملی مثال ۲ این است که طرفین میتوانند از رفتن به محکمه جلوگیری کنند البته اگر هردو جانب تقصیر مدیون را قبول نموده باشند و در صورت بروز اختلاف مسئولیت اقامهٔ دعوی در محکمه از داین به مدیون انتقال یافته باشد. مدیون میتواند تصمیم داین مبنی بر فسخ قرارداد را به چالش بکشد طوریکه ادعای مبنی بر عدم تنفیذ التزام مدیون را رد کند ویا استدلال کند که تقصیر عدم تنفیذ التزام مدیون بدوش داین است.[۲۲۹]

مثال ۳

اگر هریکی از طرفین در اجرای وجیبهٔ قراردادی خود ناکام شوند، قرارداد میتواند بدون حکم محکمه و بدون ابلاغ خاتمه یابد.

مثال ۳ داین را از همه شکلیاتی که عادتاً باید برای فسخ قرارداد اجرا شوند رهایی میبخشد. در اینصورت، داین بمنظور فسخ قرارداد نیاز به ارائهٔ ابلاغیهٔ رسمی ویا کسب حکم محکمه ندارد. همانند مثال دوم، در مثال سوم نیز مدیون حق دارد تا تصمیم داین مبنی بر فسخ قرارداد را به چالش بکشد.

سؤال ها برای مباحثه

۱. در این مورد فکر کنید که مقتضیات شکلی ارائهٔ ابلاغیهٔ رسمی و دریافت حکم محکمه در خصوص انواع مختلف

[228] Ibid.
[229] Ibid., 27.

قرارداد ها چگونه تطبیق شده میتوانند؟ در کدام نوع قرارداد ها شما به مؤکل خود مشوره خواهید داد که یکی یا هردوی شکلیات مذکور را حذف کند؟

۲. طوریکه بحث شد، در حقوق سنتی اسلام اختیار فسخ قرارداد وجود نداشت. چرا شما فکر میکنید این چنین است؟ اگر اختیار فسخ وجود نمیداشت، چه مشکلاتی در عقد قرارداد ها بار می آمد؟

۳,۵. انحلال قرارداد از طریق اقاله

مورد آخری که روی آن بحث میکنیم انحلال قرارداد از طریق اقاله (رضائیت دوجانبه) است، که به اساس قانون مدنی راه دوم برای فسخ قرارداد است. معنای اقاله این است که هر دو جانب قرارداد موافقه میکنند تا یک قرارداد مشروع را فسخ کنند. چنانچه رضائیت طرفین در عقد یک قرارداد شرط است، به همین سان در فسخ قرارداد مشروع نیز رضایت طرفین لازمی پنداشته میشود. به عبارت دیگر، یک جانب قرارداد نمیتواند طوری قرارداد را فسخ کند که از جبران خسارهٔ جانب مقابل در امان بماند مگر اینکه موافقهٔ جانب مقابل را جلب نموده باشد. مادهٔ ۷۴۷ را درنظر بگیرید:

قانون مدنی

مادهٔ ۷۴۷

طرفین می توانند عقد را بعد از انعقاد آن برضایت خود اقاله نمایند. اقاله موجب انحلال عقد می گردد.

قراردادهای که تابع فسخ از طریق رضایت دوجانبه اند محدود به آنهایی نیستند که بطور رسمی بر روی کاغذ نوشته شده اند. در واقع، مادهٔ ۷۴۸ بیشتر واضح میسازد که قرارداد هایی که بر مبنای تعاطی ویا معاوضه مال عقد شده باشند نیز حیثیت ایجاب و قبول را دارند. زمانیکه قرارداد به شیوهٔ تعاطی منعقد گردد، از طریق اقاله منحل شده میتواند.

قانون مدنی

مادهٔ ۷۴۸

تعاطی، قایم مقام ایجاب قبول بوده، اقاله با آن صحیح پنداشته می شود.

یک نقطهٔ مهم نهایی این است که به منظور انحلال قرارداد از طریق اقاله، موضوع قرارداد باید وجود داشته باشد. بطور مثال، اگر طرفین دیگر نمی توانند وجایب قراردادی خود را به سبب عدم امکان یا اسباب دیگر ایفا نمایند، قرارداد **باطل** پنداشته میشود، به این معنی که از لحاظ قانونی مرعی الاجرا نمیباشد. اما اگر طرفین حد اقل قادر به تنفیذ یک بخش کوچکی از قرارداد هم باشند، بخش متباقی آن بصورت قانونی از طریق اقاله منحل شده میتواند. اصول مذکور در مادهٔ ۷۴۹ تبیین یافته اند.

مادهٔ ۷۴۹ این اصول را جمع آوری میکند.

قانون مدنی

مادهٔ ۷۴۹

ثبات و وجود موضوع عقد هنگام اقاله حتمی می باشد. اگر موضوع عقد قبل از اقاله هلاک شود، اقاله باطل می گردد، در صورتیکه قسمتی از موضوع عقد هلاک گردد، اقاله در مورد باقی مانده صحیح پنداشته می شود.

مسئولیت مدنی

فصل اول: مفاهیم مقدماتی

طرح موضوع

حقوق وجایب در نظام حقوقی مدنی ما یک بخشی از حقوق خصوصی است.[۲۳۰] این رشتهٔ حقوقی معمولا روابط میان اشخاص را تنظیم میکند.[۲۳۱] یک شخص میتواند علیه شخصی دیگری در محکمه اقامه دعوا نماید در صورتیکه معتقد گردد که مسبب ضرر(طور مثال، ضرر مالی یا جسمی) وارده شده طرف جانب مقابل است. البته این در حالیست که طرفین راجع به جزئیات واقعه و تقصیر طرفین اختلاف نظر دارند. هرچند معنی دقیق وجیبه به مرور زمان تکامل یافته، ولی معنی حقوقی وجیبه امروز به رابطهٔ دوجانبهٔ اطلاق میگردد که در آن یکطرف حق درخواست شی را و جانب دیگر مکلفیت پرداخت شی مذکور را دارد.[۲۳۲] این درخواست میتواند در ارتباط به مبلغ مشخص پول، یا شی دیگری، خدمت و یاهم انجام عملی باشد. جانب که حق درخواست وجیبه را دارد بنام **داین** و جانب دیگری که مکلفیت انجام وجیبه را دارد بنام **مدیون** نامیده میشود.[۲۳۳]

دو نوع عمدهٔ وجیبه وجود دارد که عبارت اند از: وجیبه قراردادی (عقدی) وجیبهٔ که توسط ارتکاب اعمال (مسئولیت مدنی) ایجاد میگردد. از همین جهت حقوق وجایب به چهار بخش فرعی تقسیم میگردد: حقوق قرارداد ها، ایقاعات یا ارادهٔ یکطرفه، ایفای ناروا، و مسئولیت مدنی. در این کتاب ما بخش مسئولیت های غیر قراردادی را مطالعه میکنیم که این بخش ها، حقوق مسئولیت مدنی را تشکیل میدهند.[۲۳٤]

۱. توضیح مسئولیت مدنی

هرچند مسئولیت مدنی مضمونی مشکل به نظر میرسد، ولی به احتمال زیاد شما با مفاهیم آن از قبل آشنا هستید به دلیل اینکه نمونه های آن در حیات روزمرهٔ ما همواره رخ میدهد.

تصور کنید که یک روز شما بطرف کار در موتر خود روان هستید و در حدود صد متر دورتر روبروی شما توپ بازی یک طفل به سرک پرتاب میگردد. لاله رانندهٔ موتریکه از جانب مقابل میاید به سرعت برک میگیرد زیرا او میترسد که طفل فوراً بخاطر گرفتن توپ به سرک بدود. رامین که در عقب موتر لاله رانندگی میکند مصروف صحبت در گوشی تیلفون خود هست و متوجهٔ این واقعه نمیشود. در نتیجه موتر رامین در عقب موتر لاله تصادم میکند. فردین در عقب موتر رامین رانندگی میکند و زمانیکه این حادثه را میبیند، فورا به جهتی که شما در حال حرکت هستید تغییر مسیر میدهد. شما میکوشید که موتر را توقف دهید ولی برک موتر شما به درستی کار نمیکند. بخاطر اجتناب از تصادم موتر تان، شما از جاده خارج میشوید ولی موتر تان با یک دوکان تصادم میکند. خوشبختانه دوکاندار در داخل دوکان نیست. ولی اموال داخل دوکان تماماً در اثر تصادم خراب میشوند.

---

[۲۳۰] حقوق خصوصی بخشی از حقوق در نظام حقوقی ما است که روابط میان اشخاص و گروه ها را تنظیم میکند. در حقوق خصوصی دولت در دعوی نقشی نداشته یا حداقل نقشش منحیث نقش قوهٔ حاکم (یا نمایندهٔ مردم) نمی باشد حداقل نقشش منحیث نقش قوهٔ حاکم (یا نمایندهٔ مردم) نمی باشد.

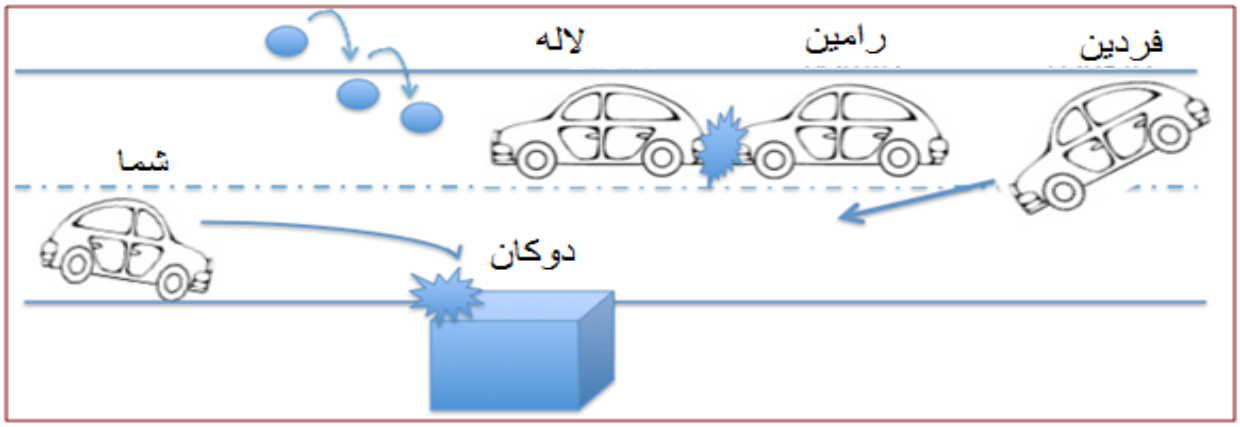
[۲۳۱] . حقوق وجایب برخاسته از حقوق ملکیت ها است که روابط میان اشخاص و اشیا را تنظیم می نمود. (D. J. Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligations, Oxford University Press, Oxford, 1999).

[232] The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Zimmermann, Reinhard, P.1

[233] The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Zimmermann, Reinhard, P.1

[234] The law of contract and quasi-contract is discussed in the Contracts chapters, which complements this volume.

وقتیکه تصادم ختم میشود وصدای آرن موتر های آرام میگیرد، شما به اطراف تان و نتایج حادثه نگاه میکنید. حد اقل موترهای لاله، رامین و موتر خودتان آسیب دیده است. شاید کسی در جریان تصادم زخمی هم شده باشد. دوکان نیز سرنگون شده و صاحب آن برای چند روز قادر به بازگشایی کار خود نخواهد بود. ارتباط چندین واقعه سبب خسارات هنگفتی گردیده، مگر واقعاً چه کسی مسئول این همه ویرانی ها است؟ بخش مسئولیت مدنی حقوق وجایب به این سوال که چه کسی مسئول خسارات وارده که از اعمال اشخاص نشأت میکند میباشد. این رشته ازچگونگی جبران خساره بر اشخاص متضرر نیز بحث میکند. در این فصل ما این مثال تصادم چند موتر و هم مثال های دیگری را بخاطر وضاحت مفاهیم عمدهٔ مسئولیت مدنی بکار خواهیم برد.



مقررات مسئولیت مدنی وجایبی را شناسایی میکند که از اعمال اشخاص منشأ می گیرد. شما حالا با مفهوم **وجایب قراردادی** آشنا هستید و آن عبارت از مکلفیت های است که اشخاص به رضایت خود به دوش می گیرند. مسئولیت مدنی موجب ایجاد مسئولیت های غیر قراردادی می گردد که این مسئولیت ها بنا به حکم قانون بالای اشخاص راجع میگردد. این موضوع به ارادهٔ جمعی بر میگردد که مطابق آن بعضی اعمال نتایج نا مطلوب و غیر منصفانهٔ را ایجاد میکند و لذا اشخاص متضرر از همچو اعمال باید جبران خساره دریافت کنند. اشخاصیکه اعمال آنها موجب ایجاد ضرر به شخص یا اشخاص دیگر گردد، وظیفه دارند تا عمل خود را مرتفع و ضرر را جبران کنند. اعمالیکه موجب مسئولیت مدنی میشود ممکن که عمدی یا غیر عمدی باشد. در هر دوصورت ما شخص عامل را مسبب ضرر دانسته و بنابرین وی را مسئول جبران خساره ناشی از نتایج اعمال نا مطلوبش میدانیم.

مسئولیت مدنی یک بخش قدیمی مقررات حقوق است. امپراطوری روم سیستم منظم از نظام مسئولیت مدنی داشته که مسئولیت ها را به کتگوری های مشخص اعمال تقسیم و ارتباط میدادند. اعمال مذکور در بر گیرنده سرقت، راهزنی توأم با خشونت و جبر، حمله بر اشخاص و حملهٔ اشخاص بر اموال می شد.[۲۳۵] در ابتدا حقوق مسئولیت مدنی **اعمال عمدی** را شامل می شد. بخشی به عنوان شبه جرم (Quasi-delicts) بعدا انکشاف یافت که **اعمال غیر عمدی** مثل مسئولیت اشخاص در قبال اضراریکه بصورت غیر مستقیم وارد شده را نیز شامل می شد. بطور مثال اعمال غیر ارادی ممکن توسط اطفال خوردسن یک شخص و یا هم اشیای یک شخص وارد گردد. امروز بخش مسئولیت مدنی و بخش شبه جرم دیگر این دو بخش مجزا را به آن شکل تحت پوشش قرار نمی دهد، بلکه حدود وثغور هریک از اینها نظر به حوزه قضایی کشور ها فرق میکند. آنچه که برای فعلا مهم است اینست که بدانید امروز مقررات مسئولیت مدنی شامل اشکال وسیع از ضرر میشود که خواه بصورت مستقیم یا غیر مستقیم به انتخاب شخص وارد گردد.[۲۳۶] ما حدود این مفهوم در حقوق افغانستان را در فصل های بعدی بیشتر مورد کاوش قرار میدهیم.

[235] Ferrari, Franco. "Comparative Remarks on Liability for One's Own Acts." *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 15 (1993): 813-46. Pages 813-14.

[۲۳۶] در سیستم کامن لا مسئولیت مدنی بنام حقوق شبه جرم یا Tort Law یاد میکنند (که مسئولیت شبه جرمی از عمل مشخص یا فعالیت شبه جرم نشأت میکند).

نفوذ مجلة الاحکام

مجلّة الاحکام تفسیر از یک بخش حقوق اسلام است. این مجموعه در زمان امپراطوری عثمانی براساس فقه حنفی تدوین گردیده است. مجلة الاحکام قواعد متعددیی را در زمینه های اعمال عبادی و دنیوی اشخاص تشریح میکند.[۲۳۷] مجلة الاحکام و قانون ژوستنین مجموعاً حقوق و جایب عصر نوین را شکل داده اند.

مجلة الاحکام اصول متعددی را مشخص میکند که مستقیما با مسئولیت مدنی مرتبط است . مثلا یکی از اصول حقوق اسلام که در مجلة الاحکام بیان گردیده حکم میکند که "شخصی که عملی را هرچند بصورت غیر عمدی انجام دهد مسئول جبران ضرر حاصله از آن است".[۲۳۸] علاوتاً مجلة الاحکام تصریح میدارد؛ شخص میتواند از مال خود به گونهٔ که میل دارد استفاده نماید ولی مالک در استفاده از ملکیت خود محدود به ضرر نرساندن به دیگران میباشد.[۲۳۹]

مجلة الاحکام به انواع مسئولیت های که از مالکیت اشیا منشأ می گیرد مرتبط است ولی در مورد اضرار غیر مادی مثل ضرر به اعتبار یک شخص صراحت ندارد. ما در این کتاب به مجلة الاحکام تا آنجائیکه به حقوق مسئولیت مدنی افغانستان مرتبط است مراجعه خواهیم کرد.

سوالات برای مباحثه

۱. چرا فکر می کنید که جامعهٔ ما به قانونی در زمینهٔ مسئولیت مدنی نیاز دارد؟

۲. در صورت عدم موجودیت یک روش منظم برای جبران عادلانه خسارات وارده چه اتفاق رخ میداد؟

۳. چی اتفاق می افتید اگر شخص متضرر راه چارهٔ قانونی برای جبران خسارت نمی داشت؟

٤. چی اتفاق می افتید اگر شخص به انتقام که خود لازم میدانست مبادرت میورزید؟ حدود نظام مسئولیت مدنی تا کجاست؟

۲. توضیح حدود و ثغور مسئولیت مدنی

۲,۱. مقایسهٔ مسئولیت مدنی و مسئولیت جزایی

تفاوت میان اعمالی که منجر به ایجاد ضرر بر اجتماع و اعمالی که منجر به ایجاد ضرر بر شخص میگردد، در اثر گذشت قرنها شکل گرفته است. خساراتی که بر جامعه وارد می گردد از "جرایم بدون مجنی علیه" الی اعمالی مضریکه بدون هدف قراردادن یک شخص خاص صورت گرفته و عدهٔ زیادی را متضرر میسازد، متفاوت است. مثلا در مورد شخصی فکر کنید که سواستفاده از مواد مخدر میکند یا هم مالیه را نمی پردازد. بدون شک قانونی نقض گردیده و اثرات منفی ایجاد گردیده، ولی چه کسی بصورت مشخص متضرر این واقعات است؟ این اعمال معمولا در محاکم جزایی جاییکه سارنوال منحیث مدعی العموم یا نمایندهٔ دولت از جوانب متضرر شده در قضیه نمایندگی میکند، مورد رسیده گی قرار می گیرند. در

[237] "The Ottoman Courts Manual (Hanafi)." *AL-MAJALLA*. International Islamic University of Malaysia, 16 Nov. 2005. Web. 15 Feb. 2013. <http://www.iium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_majalleintro.html>.
[238] "The Ottoman Courts Manual (Hanafi)." *AL-MAJALLA*. International Islamic University of Malaysia, 16 Nov. 2005. Web. 10 Feb. 2013. <http://www.iium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_majalleintro.html>. Article 92.
[239] The Moslem law of Civil Delict as Illustrated by the Mejelle. P. 64.

حقوق اسلام نیز این اعمال مجرمانه علیه جامعه نقض حق الله محسوب شده که اساسا بنا به دلایل اخلاقی غیر مجاز میباشد.[۲۴۰] هدف حقوق الله تامین منافع عمومی بوده و از لحاظ نظری دولت وظیفهٔ تطبیق آنرا دارد.

در جانب دیگر این طیف اعمالی قرار دارد که مستقیما اشخاص را متضرر میسازد ولو اگر در کل ضرری متوجه جامعه نیز نگردد. این نوع را در حقوق اسلام بنام حقوق شخص یا حق العبد مینامند. **حقوق العبد** اساساً منافع اشخاص را حراست میکند ولی به دلیل ایجاد نظم اجتماعی از طرف جامعه نیز حمایت میگردد.[۲۴۱] بطور مثال اسپ شخصی ممکن که در مزرعهٔ همسایه بچرد. ما باور داریم که داشتن اسپ اساسا عمل نادرست نیست ولی درک می کنیم که مالک مزرعه از این واقعه متضرر شده است. این نمونهٔ از حادثهٔ است که منحیث مسئولیت در حقوق مدنی مطرح شده میتواند.

در عین حال ممکن اعمال وجود داشته باشد که موجب مسئولیت مدنی و جزایی بصورت همزمان گردد. بطور مثال در مورد سرقت، سارق جامعه را با زیر سوال بردن حقوق مالکیت متضرر ساخته و درنتیجه مردم فکر می کنند که جان یا مال آنها در خطر قرار دارد. در عین زمان سارق شخص معیینی را که مال او را سرقت کرده نیز متضرر ساخته و لذا مسئولیت دارد که صاحب مال را جبران نماید. به همین گونه ضرب و جرح بصورت همزمان مسئولیت مدنی و جزایی را سبب میگردد. ما باور داریم که اجتماع از عمل حملهٔ فزیکی یک شخص بالای دیگری متضرر میشود و در عین حال شخص مجروح یا مضروب (و حتی شاید اشخاص وابسته به او) نیز واضحاً متضرر میگردد. هردو نوع ضرر باید مورد پیگیری قرار گیرند.

۲,۲. مقایسهٔ مسئولیت مدنی و مسئولیت قراردادی

به همین ترتیب تفاوت ها و مشابهت های میان مسئولیت مدنی و مسئولیت ناشی از قرارداد ها نیز وجود دارد. همانطوریکه قبلا ذکر گردید مسئولیت قراردادی در افغانستان زمانی شکل میگیرد که چهار عنصر یک قرارداد وجود داشته باشند. این عناصر عبارتند از صیغه (یا ایجاب و قبول صحیح)، اهلیت، محل عقد، و سبب عقد. عمل ایجاب و قبول باید به اختیار شخص صورت گرفته باشد. در این حالت اگر شخصی مسئولیت خود را ادا نکند، جانب مقابل میتواند شخص مذکور را ملزم به اجرای مسئولیت های او و یا جبران خساره در صورت عدم امکان تحقق مسئولیت های یاد شده شود. علاوتآ، اهلیت دو جانب قرارداد که با رضایت خود عقدی را منعقد میسازند نیزعنصر اساسی وجایب حاصله محسوب میشود. برعکس در مسئولیت مدنی مسئولیت اختیاری نیست- جوانب قرارداد ماهیت رابطه حقوقی شان را که منتج به ایجاد مسئولیت می گردد را از قبل ایجاد نمی کنند.

هرچند محکمه هنوز هم اهلیت عامل عمل را قبل از ارجاع مسئولیت به وی مورد بررسی قرار میدهد، ولی این ارزیابی در ارتباط به عمل مستقل شخص است نه بررسی وجود موافقت میان دو طرف. برای اینکه مسئولیت مدنی شکل بگیرد لازم نیست که دو طرف مسئولیت مدنی حتی یکی دیگر را بشناسند. مسئولیت میان دو شخص یک مسئولیت اختیاری نیست بلکه قانون این نوع مسئولیت را حکم میکند. بطور مثال یک کیمیادان که چند نوع ادویه طبی را با هم مخلوط میکند در قبال مریضانیکه ادویه را استفاده میکنند الزامیت دارد مبنی بر اینکه نه تنها ترکیبات ادویه موادی هستند که تشریح شده بلکه باید از کیفیت لازم نیز برخوردار باشد. شخص مذکور حتی ممکن که با مشتریانی که از اثر استفاده از دوا مریض شوند هیچگاهی در تماس مستقیم نباشد.

البته الزامی نیست که وجیبه انحصارا دارای ماهیت قراردادی یا غیر قراردادی باشد. بعضی اعمال ممکن در عین حال قراردادی و مسئولیت مدنی محسوب شود. بطور مثال اگر شخصی به شما یک عراده موتر را میفروشد که روز بعد کاملاً خراب میشود، در اینحال فروشندهٔ موتر بر مبنای قرارداد مسئول خواهد بود (به دلیل تحویل ندادن موتر فعال که شما توقع داشتید و در مورد آن موافقت کردید) و یا هم مسئولیت مدنی خواهد داشت (به دلیل فروش موتر خراب با حیله و فریب). با

[240] Abdel-Wahab, Salah-Eldin. "Meaning and Structure of Law in Islam." *Vanderbilt Law Review* 16 (1963): 115-30. Page 127. *HeinOnline*. Web. 20 July 2013.
[241] *Id*.

در نظرداشت واقعیات قضیه و قواعد حاکم قضایی، شخص خریدار موتر ممکن بتواند تحت هر یکی از این عنوانها (قرارداد یا مسئولیت مدنی) اقامهٔ دعوی کند.

پس چه چیزی وجایب را که تحت قواعد مسئولیت مدنی پدیدار میشوند از سایر اشکال مسئولیت متفاوت میسازد؟ برعکس آنچه که در حقوق جزا است، ما لزوماً عمل که موجب ایجاد مسئولیت مدنی میشود را اساسا شنیع نمی دانیم. حد اقل این موضوع هدف اصلی و مهم ما محسوب نمی شود. هرچند عمل ممکن از نوع اعمالی باشد که جامعه آنرا می پذیرد، ولی مسئولیت هنوز هم ایجاد می گردد در صورتیکه آثار عمل قابل نکوهش باشد. برای اینکه شخصی مسئول قلمداد شود مقررات مربوط به مسئولیت مدنی حقوق افراد مبنی به متضرر نشدن از عملکرد دیگران را معیار قرار میدهد.

برای اینکه حق کسی را احترام نماییم، ما بایست اول به صراحت یا بصورت ضمنی حق شخصی افراد را (یا حقوق العباد) را بپذیریم. بطور مثال؛ در مثال اولی ما در مورد تصادم چند موتر- لاله، رامین و شما همه حق مالکیت یا تصرف مالکانه بالای موتر خود دارید. در صورتیکه عملکرد یک شخصی موجب کاهش ارزش ملکیت شما شود، شما حق دارید که از منفعت خود دفاع کنید. به همین منوال مالک دوکان حق انتفاع و مالکیت از دوکان، اموال داخل دوکان و همینطور عواید که از آن بدست می آمد را دارد. اگر در اثر این تصادم منافع او برای بدست آوردن نفع از دوکانش متضرر شده است، در اینحالت او حق دارد که برای این منافع اقامهٔ دعوی کند. حق شخصی باید توسط صاحب حق نافذ گردد (شخص ثالث؛ مثل تماشاچی نمی تواند بر علیه رامین بخاطر تصادم موترش با موتر لاله اقامه دعوای نماید). مگر امکان دارد که چندین نفر از یک عمل در آن واحد متضرر گردند. مثلا؛ تصور کنید که سمن سرنشین در موتر لاله است و در نتیجهٔ این تصادم بازویش می شکند. سمن نیز حق داشتن مصئونیت جسمی را دارد. و یا اگر متاسفانه لاله در اثر جراحات حاصله از تصادم وفات کند، وجیبهٔ که در قبال لاله وجود دارد به اطفال او راجع شود و یا هم اطفال لاله وجیبهٔ جدیدی در قبال حقوق خود ازحیث مادر بودن لاله (مثلا در مورد دارائی های او) پیدا نمایند. بعد از اینکه تشخیص دادیم حق فردی متاثر شده، ما علت ضرر را بررسی می کنیم. اگر مسبب ضرر شخص دیگری باشد، آن شخص براساس مقررات مسئولیت مدنی وجیبه خواهد داشت.

قضیهٔ فرضی: ایجاد حائل غیر ضروری در ملکیت

به خاطر داشته باشید که یک شخص ممکن با وجود اِعمال حق مثبته نیز موجب ایجاد وجیبهٔگردد. تصور کنید که نیک و بیلتون همسایه هستند. خانهٔ آنها در درهٔ بسیار زیبا موقعیت دارد و خانهٔ نیک در سطح پائین تر از خانهٔ بیلتون قرار دارد. این دو بین هم اختلاف پیدا میکنند و در نتیجه نیک تصمیم میگیرد که یک دودکش بلند، کلان و غیر ضروری را بالای خانهٔ خود بسازد تا مانع ساحه دید خانهٔ بیلتون گردد. آیا بیلتون میتواند علیه این اقدام همسایهٔ خود اقامه دعوا کند؟

بسیاری محاکم قضایای مشابه را ارزیابی کرده که در آنها اکثرا یک همسایه با ایجاد دودکش، یا موانع و یا هم با نصب نقاشی های زشت باعث عصبانیت همسایهٔ خود شود. چون دراین نوع اعمال اقدامات شخص در ملکیت خودش است و لذا ممکن استدلال شود که شخص از حق مالکیت خود استفاده میکند. سال ها قبل حتی در سال ۱۸۵۵ یک محکمهٔ در فرانسه فردی را که باعث ایجاد موانع شده بود (مثل عمل نیک در مثال بالا) وی را در قبال همسایه اش بر طبق قواعد مسئولیت مدنی مسئول دانست. محکمه تصمیم گرفت که دودکش تعمیر شده هیچ هدف دیگری جز مزاحمت برای همسایه نداشته و به مالک آن دستور داد که آنرا ویران کند.[۲۴۲]

[242] Catala, Pierre, and John A. Weir. "Delict and Torts: A Study in Parallel." *Tulane Law Review* 38 (1964): 233.

به همین گونه در مجلة الاحکام محدودیت های نسبت به استفاده از مال شخص وجود داشته و با تاکید براینکه شخص نباید از استفادۀ مالکانه از دارائی های خود ممنوع شود ولی "اگر شخص مذکور با اینکار باعث ایجاد ضرر بزرگ به شخص دیگری شود، در آنصورت شخص اولی از عملش بازداشته میشود..."[۲۴۳]

۳. قواعد مسئولیت مدنی

در این کتاب ما قوانین افغانستان را در رابطه به مسئولیت مدنی به دقت مورد تحلیل و ارزیابی قرار می دهیم. مقررات مربوط به استعمال حق از اهمیت ویژه بر خودار اند،زیرا این مقررات بیان میدارند که چه اعمالی مسئولیت را متوجه شخص میسازد ولو اگر شخص فکر کند که اعمالش در محدوده حقوقش قرار دارد.

قانون مدنی سال ۱۹۷۷ جمهوری افغانستان

ماده ٤
شخصیکه به اکتساب حق قبل از موعدش مبادرت ورزد، بحرمان از آن محکوم می گردد.

ماده ٥
حالت اضطرار، موجب ابطال حق غیر نمی گردد.

ماده ٦
ضرر توسط عمل بالمثل، از بین برده نمی شود.

ماده ۷
دفع مفاسد بر جلب منافع مقدم می باشد.

ماده ۸
جواز قانونی ضمان را نفی می کند، شخصی که از حق خود در حدود قانون استفاده میکند، مسئول خسارات ناشی از آن نمی باشد.

ماده ۹
(۱) شخصیکه از حق خود تجاوز نماید، ضمان بر او لازم می گردد.
(۲) تجاوز از حق در موارد آتی بوجود می آید:
۱ – اعمال مخالف عرف و عادت.
۲ – داشتن قصد تعرض بر حق غیر.
۳ – جزئی بودن مصلحت شخص نسبت بضرریکه بغیر وارد میسازد.
٤ – غیر مجاز بودن مصلحت.

با مطالعۀ این مواد قانون مدنی آیا توجه دارید که چگونه قوانین ما سعی دارند تا میان منافع فردی و منافع کلان اجتماعی تعادل را ایجاد کنند؟ مادۀ ۴ قانون مدنی بیان میدارد که ممکن بعضی حقوق صرف برای بعضی اشخاص معیین که

[243] "The Ottoman Courts Manual (Hanafi)." *AL-MAJALLA*. International Islamic University of Malaysia, 16 Nov. 2005. Web. 10 Feb. 2014. <http://www.iium.edu.my/deed/lawbase/al_majalle/al_majalleintro.html>.

شایستگی لازم قانونی را دارند در نظر گرفته شده باشد (مثل داشتن حداقل سن برای سگرت کشیدن) یا اشخاصیکه محروم نشده اند (مثل اینکه مرتکب جرم بسیار جدی نشده باشند). مادۀ ٥ حقوق شخصی افراد را حتی در اوضاع نا بسامان نیز حفظ میکند. مثلا در صورت وقوع زلزله یا سایر حوادث طبیعی هنوز هم کسی حق ندارد که بدون اجازه داخل منزل شخص دیگری شده و وسایل اورا مورد استفاده قراردهد. به همین شکل مادۀ ٦ از گرفتن انتقام غیرمجاز ممانعت میکند. مثلاً اگر شخصی به ملکیت ما خسارت وارد نمود، معقول و مفید نیست که ما هم متقابلاً به ملکیت او خسارت وارد نمایم. مادۀ ٧ صراحت دارد که از یک عملی که سبب ضرر میشود مطلقاً باید خودداری گردد ولو اگر این عمل فوایدی نیز داشته باشد. بطور مثال اگر شخصی دوست دارد که سگرت بکشد یا موسیقی را به صدای بلند بشنود، حق شخص برای اینکار ها در اثر ضرر به سایر اشخاص محدود شده میتواند. بر عکس مادۀ ٨ بیان میدارد که اگر قانون عملی را مجاز دانسته باشد، انجام دهندۀ عمل در نتیجۀ مسئول نخواهد بود. بطور مثال اگر شخصی جواز قانونی برای داشتن فابریکۀ تولید در منطقۀ مشخص را داشته باشد، در اینصورت شخص مذکور در قبال پائین آمدن ارزش قیمت ها در آن منطقه مسئول نخواهد بود. بالاخره مادۀ ٩ به استفاده از حق شخصی میپردازد مخصوصاً زمانیکه اعمال این حقوق مخالف عرف بوده، یا عمداً حق دیگری را متضرر سازد، یا ضرر آن بیشتر از نفع آن باشد، یا منتج به نتیجۀ نامطلوب گردد. ما درجریان بحث های بعدی به این موضوعات دوباره مراجعه خواهیم کرد. برای فعلاً این قواعد را بصورت کلی و اینکه چگونه نظم عمومی را در افغانستان شکل میدهند نگاه کنید.

نقش ارزش های فرهنگی

منحیث محصلین حقوق شما میدانید که قوانین بدون در نظر داشت سایر ابعاد جامعه نه تدوین گردیده و نه هم تطبیق می گردد. فرهنگ و نظام حقوقی ما همدیگر را شکل میدهند. این اصل مخصوصا در مورد مسئولیت مدنی صادق است، بحثی که ما اشخاص را برای عملکردشان مسئول میدانیم. ما همین طور مدیونین را در قبال معیار های رفتار محتاطانه مسئول میدانیم، که این خود نشان میدهد چگونه ما منحیث یک جامعه از مردم توقع داریم تا رفتار کنند.

در سطح بین المللی کشور های دارای نظام حقوقی رومن ژرمنیک ممکن قواعد منسجمی را در مورد قالب قوانین خود داشته باشند ولی ممکن با در نظر داشت مسایل فرهنگی تطبیق این قواعد از کشوری تاکشوری دیگری فرق کند. بطور مثال قانون اساسی افغانستان اسلام را "دین رسمی دولت" دانسته و بیان میدارد که "هیچ قانونی مغایر احکام دین مقدس اسلام بوده نمی تواند"[٢٤٤] این احکام نظام حقوقی، حقوق وجایب را در افغانستان از آنچه که در سایر کشور های غیر اسلامی رومن ژرمنیک وجود دارد متفاوت میسازد.

علاوتآ قانون مدنی افغانستان نقشی را که عرف در روابط اجتماعی بازی میکند می پذیرد. عرف ها در افغانستان از یک محل تا محل دیگری فرق میکند. بطور مثال اگر شما مادۀ 9 قانون مدنی را ببینید، مشاهده خواهید نمود که عمل مغایر عرف و عادات تجاوز از حدود حق یک شخص محسوب میشود. در قسمت حقوق وجایب که مربوط عقود است، قانون مدنی بیان میدارد که یک عملی باید بصورت گسترده تطبیق گردد تا عرف به حساب آید.[٢٤٥] لذا مشکل است که حدود عرف را تعریف کرد ولی قانون عاداتی را که وجود آن ثابت شود به رسمیت میشناسد.

٤. اهداف مسئولیت مدنی

در صورتیکه مسئولیت مدنی به جانب متضرر اشکالی ناقصی از **جبران خساره** را فراهم میکند. البته جبران خساره با پول به تنهایی بدون رفع برگرداندن به حالت اولی کافی نیست. در بعضی حالات مخصوصا در زمان ضرر به تمامیت اشیا

[244] Constitution of Afghanistan, Articles 2-3.
[245] Refer to articles 720-725 of the Civil Code.

جبران خساره از طریق پرداخت پول روش مناسب است. اما در حالات دیگری مثل ضرر به تمامیت جسمی اشخاص پول ممکن زیاد وسیلهٔ موثر جبران نباشد.

نظر به اینکه عمل مضر قصدی یا غیر قصدی بوده، یک نقش دیگری حقوق وجایب توبیخ خاطی است. جریمه نوعی از توبیخ است که هر شخصی میخواهد از آن اجتناب ورزد مگر اینکه یک شخص سرمایهٔ بی حد و حساب داشته باشد. اگر اینطور باشد، آیا لازم است که مسئولیت ثروتمندان سنگین تر ازدیگران باشد؟ آیا توقع میرود که مجازات سنگین تر سبب جلوگیری از ارتکاب اعمال مضر میگردد؟ بر اساس این نظر، رشتهٔ حقوق وجایب نقش **بازدارنده** را نیز بازی میکند. شاید مردم بیشتر مواظب رفتار خود باشند اگر بفهمند که آنها مسئولیت مالی در قبال اعمال خود دارند. بطور مثال پرویز مالک خانهٔ است و نمیخواهد که راهروِ مملو از برف خود را در یک صبح سرد پاک کند. او به یاد می آورد، در صورتیکه شخصی در این راهرو بلغزد و زخمی شود، او شاید مجبور شود که بهای مجروحیت او رابپردازد. از همینرو او تصمیم می گیرد که بیرون برود و راهرو را از برف پاک کند. همینطور اگر رویا بداند در صورتیکه اسپش سیب های همسایه اش تابش را بخورد، او مسئول پرداخت تاوان خواهد بود، او شاید اقدام لازم برای ممانعت اسپش از نزدیک شدن به باغ تابش گردد.

سوالات برای مباحثه

۱. آیا تیوری بازدارندگی(ممانعت) در مسئولیت مدنی صرف در قبال اعمال قصدی قابل تطبیق است؟

چی میشود اگر جریمه به تنهایی برای بازداشتن یک شخص کافی نباشد؟ آیا وضعیتی را تجسم کرده میتوانید که جبران خساره یا جریمهٔ ارزش ارتکاب یک عمل مضر را داشته باشد؟ مثلا در مثال اسپ رویا، تصور کنید که او غذای صحی دیگری را برای اسپش پیدا نمی تواند یا اینکه برای احاطه کردن محل نگهداری اسپ به پول زیاد نیاز است. ممکن در آن وضعیت ها ارزانتر این باشد که رویا بگذارد تا اسپش در باغ تابش بچرد و در نهایت او مبلغی برای سیب های صرف شده را بپردازد. در موارد خاصی، مسئولیت مدنی بازدهی اقتصادی را تسهیل میسازد. مسئولیت مدنی از طریق واضح ساختن نتایج و مصارف بعضی اعمال کمک میکند که صرف آنعده اشخاصیکه از عهدهٔ جبران خسارت بعضی اعمالشان بر میآیند به همچو اعمال مبادرت ورزند. اگر کسی هنوز هم مصارف را دانسته و اقدام میکند، تصور اینست که ممکن او از انجام عمل نسبت به وجیبهٔ حاصله سود میبرد. اگر وجیبهٔ به درستی قیمت گذاری شده باشد، در آنصورت از لحاظ نظری عمل صرف در صورتیکه نفع بیشتر از وجیبه داشته باشد انجام خواهد یافت. شاید در بخش قرارداد ها شما مثال های را بحث کرده باشید که در آنها نقض قرارداد از ادامهٔ قرارداد با صرفه تر تمام شود.

سوالات برای مباحثه

۱. آیا شما با این ادعا موافق هستید که مسئولیت مدنی سبب میشود تا اعمالی که به لحاظ اقتصادی با صرفه تر است انجام یابد؟

۲. چقدر ممکن است که دولت به دقت قیمت واقعی اعمال مضر را تعیین کند؟

برای یک لحظه در مورد نتایج وجایب مدنی دقت کنید. اثر این مقررات در شرایطی که فاعل عمل شخص بسیار ثروتمند و متضرر شخص بسیار نادار باشد؛ چه خواهد بود؟ آیا مقررات مسئولیت مدنی در شرایطی موثر خواهد بود که ثروتمندانیکه از عهدهٔ جبران خساره بر می آیند به راحتی حقوق دیگران را نقض و سپس آنرا جبران کنند؟ چه خواهد شد که اگر مرتکب یک عمل شرکت بسیار بزرگی باشد که تصمیم بگیرد جبران خساره را قبول کند ولی زباله های سمی خود را در آب دریایی

که نزدیک یک دهکده است رها کند؟ در این حالات لازم است که نوعی از جریمه جزائی را برای اعمالی که از قیمت ضرر فراتر میرود وضع کرد، تا اصولا همچو اعمال منع شود. از جهت دیگر چه خواهد شد اگر فاعل عمل شخص بسیار فقیر باشد و از عهدهٔ جبران خسارت برآمده نتواند؟ آیا قواعد مسئولیت مدنی در این حالت موثر است؟ در همچو حالات آیا ما اصلا براینکه عملی عمدی یا تقصیری بود باید توجه قایل شویم؟

سوالات برای مباحثه

۱. کدام یک از اهداف مسئولیت مدنی را شما بیشتر مجاب کننده دریافتید: جبران خساره، توبیخ، باز داشتن، یا نظریهٔ صرفه جویی اقتصادی؟ آیا اهدافی دیگری رابرای این نوع مقررات حقوقی تصور کرده میتوانید؟
۲. آیا این اهداف مجزا از همدیگر اند یا اینکه چند هدف مختلف در عین وجیبهٔ واحد قابل تطبیق است؟
۳. آیا ضرری باید جدی تر به حساب آید صرف بخاطریکه مرتکب آن عمداً سبب ضرر گردیده است؟ و یا اینکه جانب متضرر همیشه و بدون در نظر داشت قصد مرتکب عمل، همواره باید یکسان جبیره شود؟

در این کتاب ما جزئیات مسئولیت مدنی را به بحث میگیریم. همانطوریکه تمرین ها را مطالعه میکنید، به این فکر کنید که این بخش حقوق با دیگر بخش های حقوقی که شما مطالعه کرده اید مثل نه تنها حقوق جزا و وجایب قراردادی، بلکه موضوعاتی مثل حقوق عینی، حقوق فامیل، یا حقوق اساسی ارتباط دارد. چه نقشی را حقوق وجایب و مسئولیت مدنی در حاکمیت قانون بازی میکند. ما وقایع و روابط پیچیدهٔ را تحلیل می کنیم که نشان میدهد چه کسی مسئولیت را به دوش خواهد داشت. هرچند این بخش حقوق ممکن ساده نباشد، هر وجیبهٔ که از مسئولیت مدنی ناشی میشود در ردیف همان قواعد اساسی شامل میشود که مسئولیت مدنی به آن می پردازد:

منحیث یک موضوع مقدماتی، باید عمل مضر سبب ایجاد مسئولیت مدنی گردد. بدون ضرر قابل محاسبه هیچ مبنای برای دعوی مسئولیت مدنی وجود نخواهد داشت. ارزیابی ضرر شامل تعیین مشخص اینکه چه چیزی آسیب دیده می گردد. ارزیابی سببیت تحلیل چگونگی ایجاد ضرر را در بر میگیرد. تعیین مسئولیت شامل پرداختن به اینکه چه کسی باید مسئولیت را به عهده بگیرد میشود. شخصیکه مدعی تقبل ضرر است باید همهٔ این عناصر را ثابت سازد. ما ابتدا هریک این عناصر را در سطح سادهٔ آن به معرفی میگیریم و سپس در فصل های بعد عمیقاً به هریک آنها می پردازیم. ما ابتدا به سؤال در مورد مسئولیت و اینکه مدیون قرار ادعای داین واقعاً مسئولیتی در قبال او دارد یا خیر؟ را توضیح میدهیم.

۵. مسئولیت

همانطوریکه مختصراً توضیح گردید، وجایب مدنی به صورت ذاتی نیازمند مقصر نیست و نه هم نیازمند داوری که عمل یک شخص راخلاف اصول اخلاقی تشخیص دهد. ولی یک وجیبهٔ نیازمند اثبات مسئولیت یا نیازمند نسبت دادن وجیبه با تقصیر است. حد اقل قانون حکم میکند که شخص باید و شاید طور دیگری رفتار میکرد. چگونه ما تقصیر را مجزا از

عمدیت تعریف می کنیم؟ یک نظریهٔ متداول اینست که عملکرد سؤال برانگیز را با عملکرد یک شخص متعارف مقایسه کرد که وی در عین شرایط انجام میداد. شخص متعارف یا مناسب لزوماً شخص متوسط نیست مگر شخصی است که طوری عمل میکند که جامعه از او توقع دارد. در تیوری، اگر شخصی به گونهٔ عمل کند که یک شخص محتاط، باهوش و عاقل در عین موقف عمل خواهد کرد، در اینحال شخص مذکور مسئول ضرری نمی باشد که از عمل او ممکن وارد گردد.

سوالات برای مباحثه

۱. آیا شرایطی وجود دارد که ما از شخصی توقع رفتار با معیار بالاتر از آنچه که از خودمان یا شخص عادی دیگری توقع داریم را داشته باشیم؟

۲. آیا شرایطی وجود دارد که ما شخص مشخصی را مطابق معیار پائین تر قضاوت کنیم؟

قضیه تمثیلی: یک شخص مسلکی

معیار شخص مناسب نظر به عوامل مختلف مثل شرایط قضیه، عرف محلی، و سطح دانش شخص ممکن تغییر کند. به احتمال زیاد ما اشخاصی را که برای نتایج ناگوار اعمال شان در صورتیکه آنها سطح بالای از آموزش یا مهارت های خاص داشته باشند را بیشتر از دیگران مسئول بدانیم. بطور مثال یک طبیب که در عملیات عادی مرتکب اشتباه میشود میتواند مسئول ضرر شناخته شود، هرچند که یک شخص عادی ممکن حتی عملکرد ضعیف تری در همچو عملیات داشته باشد. از جانبی یک طبیب ممکن در صورت رعایت تشریفات لازم که در رشتهٔ آنها مروج است برای ضرر مسئول نباشد هرچندیکه طبیب دیگری در جای دیگری از کشور میدانست که با شیوهٔ دیگری می توان نتیجهٔ بهتری بدست آورد.

شاید بسیار واضح باشد که مسئولیت مدنی صرف اشخاص را مسئول عملکرد هایشان میداند. ولی یک شخص گاهی مسئول عملکرد اشخاص دیگر نیز شده میتواند. برعلاوه حالاتی وجود دارد که یک شخص ممکن مسئول نتایج ایجاد شده توسط اشیا و حیوانات نیز باشد. ما هر یکی از این نظام ها یا اشکال از مسئولیت را قبل از توضیح مفصل آنها در بخش های بعدی در این قسمت بصورت مختصر به معرفی می گیریم.

۵,۱.مسئولیت از عملکرد شخصی

۵,۱,۱. عمل

در ارزیابی مسئولیت که متوجه شخصی بر اثر عملکرد او میگردد دو عنصرمهم وجود دارد. و آن دوعبارت اند از عمل و قصد میباشد. عمل فعالیتی است که موجب ایجاد ضرر میگردد. قصد ارزیابی وضعیت ذهنی شخص در انجام دادن عمل است. همین جنبهٔ قصد است که ما آنرا تقصیر می نامیم (مگر اینکه قانون صریحا مسئولیت مطلق را حکم کند که ما در مورد آن بعداً توضیح خواهیم داد). عمل عنصری است که محکمه تحقق آنرا در بیرون مورد ارزیابی قرار میدهد، یعنی وقایعی که نشان بدهد عمل انجام یافته یا خیر. مگر قصد یک وضعیت درونی است از همین سبب ما عمل فاعل را با عملکرد یک شخص مناسب در وضعیت مشابه مقایسه می کنیم. همانطوریکه بعداً در این کتاب توضیح میگردد، مسئولیت مدنی بر اعمال مضر تطبیق میگردد که انجام دهندهٔ آن باید به نتایج عملکرد خویش پی میبرد و یا هم بصورت قطع او نتایج عملش را میدانست.

به عنوان یک مثال ساده، حالتی را تصور کنید که شخصی پاهایش را با سرعت حرکت میدهد. آیا هدف شخص تکان دادن پاهایش است؟ آیا شخص بر حرکت اعضایش کنترول دارد؟ اگر جواب مثبت باشد، عمل شخص می توند که "لگد زدن" محسوب شده و شخص مسئول نتایج آن شناخته شود. چه میشود اگر نوید پاهایش را به اطرافش تکان میدهد و سهراب را که در پهلویش در حرکت است نمی بیند. آیا نوید سهراب را با لگد زد؟ اگر سهراب در اثر این لگد آسیب ببیند، آیا نوید مسئولیت دارد تا سهراب را جبیره کند؟ بدون شک اگر نوید سهراب را دیده باشد و با وجود آن تصمیم بگیرد که او را با لگد بزند، ما قبول داریم که او باید مسئول ضرر وارده باشد. اما آیا فرق است بین اینکه نوید قصداً پا هایش را تکان داده و اینکه او قصدا پاهایش را برای زدن به سهراب حرکت داده باشد؟ آیا او باید میدانست که در حرکت دادن پاها خطر ضرر رساندن به دیگری وجود دارد؟ بر علاوه حکم چیست اگر نوید و سهراب هر دو در حال استراحت بوده باشند و نوید بدون قصد در خواب سهراب را با لگد بزند؟ آیا او برای لگد زدن در همچو وضعیت مسئول دانسته شود؟ چه میشود اگر نوید هنوز طفل است و درکی از توانایی فزیکی خود ندارد؟ از طرف دیگر وضعیتی را تصور کنید که قصد با عمل مطابقت نداشته باشد. تصور کنید که نوید میخواهد سهراب را همرای لگد بزند. مگر سهراب سریعاً قبل از اینکه لگد نوید به او تصادم کند خودش را کنار میکشد. آیا در این حالت هم نوید او را همرای لگد زده است؟ آیا فرق است بین اینکه سهراب عمل نوید را دیده وعکس العمل نشان داده و یا اینکه سهراب بخاطر کدام هدف دیگری خودش را کنار کشیده باشد؟

به عنوان مثال دیگری، عملی را تصور کنید که نیت در آن بصورت اشتباه اتخاذ شده باشد. تصور کنید که در یک بعد از ظهر جنت تکالیف صنفی خود را در کتابخانه انجام میدهد. اوبا عجله وسایل خود را جمع میکند ولی اشتباهاً کمپیوتر بینا را با خود بر میدارد. او متوجه اینکار تا زمانیکه شام به خانه بر میگردد نمیشود و در عین حال بینا موضوع سرقت کمپیوترش را گزارش میدهد. آیا جنت کمپیوتر بینا را دزدی کرده است؟ چی میشود اگر بینا قبلا در نتیجه کاری مربوط به وظیفه اش را به موقع انجام داده نتوانسته و یا هم یک کمپیوتر جدید را خریده باشد؟ درست است که جنت قصداً کمپیوتر را برداشته ولی او قصد گرفتن کمپیوتر بینا را نداشته است. آیا جنت در این واقعه مسئولیت مدنی برای جبران بینا دارد یا خیر؟

همینطور تصور یک عمل قصدی را کنید که توسط شخص دیگری ضرر آن ایجاد گردد. بطور مثال خالد موترش را در مقابل یک دوکان برای لحظهٔ توقف میدهد و داخل دوکان برای خرید میرود. رامش موتر را همرای کلید در داخل آن میبیند و تصمیم به سرقت آن میگیرد. بخاطر فرار رامش موتر را با بی توجهی و سرعت میراند و در نتیجه با شخصی در پیاده رو تصادم میکند. آیا خالد در قبال ضرر وارده توسط سارق باید مسئول باشد؟ آیا یک شخص متحاط کلید را در داخل موترش رها میکند؟ این مثال را زمانیکه در مورد مسئولیت از عمل شخص دیگر و اصل سببیت صحبت می کنیم دوباره مرور خواهیم کرد.

۵,۱,۲. امتناع از اجرای عمل (تفریط)

همانطوریکه شما میبیند، به اشخاص مسئولیت مدنی بخاطر اجرای یک عمل متوجه شده میتواند. مگر آیا باید اشخاص را بخاطر عدم اجرای یک عمل نیز مسئول بدانیم؟ عمل و قصد در مورد ارجاع مسئولیت به شخصی بنا بر امتناع از اجرای عملی که باید میکرد، نیز وارد است.
بعضی از انواع این واقعات بسیار واضح است مثل اینکه شخصی در انجام مسئولیتی که از او توقع میرود ناکام می ماند. رانندهٔ که موترش را دور میزند ولی اشارهٔ دور زدن را روشن نمیکند میتواند مسئول نتیجهٔ این امتناع از عمل گردد. این مثال در مورد وضعیتی است که نظم ترافیک در یک محل برقرار بوده و رانندگان دیگر توقع دارند که هر کسی هنگام دورزدن باید از اشارهٔ مربوط استفاده کند.

مثال های دیگری میتواند که بسیار مغلق باشند. آیا مردم مسئولیت دارند که اموال خود را در سطح معیار خاصی نگهدارند؟ چی میشود اگر مالک خانه راهرو خانه را جاروب نکند و یا هم برف را پاک نکرده و در نتیجه شخصی که از راهرو استفاده میکند بلغزد و مجروح گردد؟ آیا مالک خانه باید به دلیل دور نکردن خطر مسئول شناخته شود؟ همینطور آیا

اشخاص مسئولیت دارند تا دیگران را از خطری خود از آن واقف اند آگاه سازد؟ بطور مثال تصور کنید که حیوانی در اثر بیماری ساری در حال مرگ است ولی اشخاصیکه از این بیماری خبر دارند قصاب را از موضوع آگاه نمی سازند. اگر قصاب یا مشتریان او از اثر استفاده از گوشت این حیوان مریض شوند، آیا اشخاص آگاه از مریضی حیوان در قبال مریضی استفاده کننده گان مسئولیت مدنی دارد؟ در سال ۱۹۳۵ یک محکمه استیناف در فرانسه قضیه مشابه را رسیدگی نموده و حکم صادر کرد؛اشخاصیکه از موضوع با خبر بوده و سکوت کردند در مقابل اشخاصیکه مصاب به بیماری شده مسئول میباشند.[۲٤٦]

علاوتآ آیا مردم مسئولیت دارند که دیگران را در صورت نیاز کمک کنند؟ تصور کنید که شخصی در دریا میافتد و شنا هم بلد نیست. آیا اشخاص دیگر در دو طرف دریا مکلف به کمک به این شخص مغروق هستند؟ اگر آنها مکلف نباشند، آیا آنها مسئول ضرر وارده می باشند؟ هرچند قواعد مسئولیت مدنی اشخاص را بخاطر عدم اجرای اعمال توسط خودشان مسئول میداند، بسیاری کشور ها قوانینی را وضع کرده اند که ایجاب میکند شخصی مواجه با خطر را در حدی کمک کند که خطر جدی متوجه شخص نجات دهنده نشود.

سؤالات برای مباحثه

۱. باز هم مادۀ ۹ قانون مدنی را در نظر بگیرد که حکم میکند "تجاوز از حق در مواردی بوجود می آید [در حالتیکه] مصلحت شخص نسبت بضرریکه بغیر وارد میسازد [جزئی باشد]"، آیا این ماده حکم میکند که اشخاص باید دیگران را که با خطری مواجه اند در حدی کمک کنند که خطری متوجه خودشان نشود؟

۲. آیا باید قوانین اشخاص را ملزم سازد تا به دیگران بصورت فعال کمک کند؟ منافع و نواقص همچو قانونی چی ها خواهد بود؟

۵,۱,۳. دفاعیه ها

بعضا اتفاق می افتد که شخص با وجود ارتکاب عمل و داشتن قصد ارتکاب باز هم رفتارش مناسب بوده باشد. تصور کنید که سکینه یک شب طرف خانۀ خود روان است و دوستش عزیز فکر میکند که جالب خواهد بود اگر او خودش را در گوشۀ پنهان ساخته و سکینه را در تاریکی شب بترساند. اگر سکینه در واکنش آنی دوستش را بزند باز هم او را مسئول نمی شناسیم. بعضی از دفاعیه ها در مسئولیت مدنی شبیه دفاعیه های حقوق جزا است. بطور مثال اگر یک نفر سارقی را که در خانه اش بخاطر سرقت داخل شده مجروح سازد بسیار احتمال دارد که مسئولیت جبران خساره از او توقع نرود.

یک دفاع دیگر اینست که مرتکب عمل سبب ضرر گردیده باشد ولی اگر او اینکار را نمیکرد ضرر جدی تری ایجاد میگردید. بیاید مثال بالا در مورد شخصی که در حال غرق شدن است را در نظر بگیریم. تصور کنید که آزاد بخاطر نجات شخص مذکور داخل آب دریا میشود. در جریان عملیۀ نجات آزاد ممکن در حین تلاش برای آوردن شخص بسوی ساحل وی را بیهوش ساخته و یا حتی استخوان بدنش را بشکند. با وجودیکه آزاد مرتکب این عمل شده، باز هم ما او را مسئول نمی دانیم به دلیل اینکه شخص متضرر در غیر اینحالت ممکن غرق میگردید. تحت این شرایط آزاد مثل یک شخص محتاط عمل کرده و حتی رفتار به مراتب نجیبانه که از او توقع میرفت را از خود نشان داده است.

همچنان ممکن وارد ساختن ضرر کوچک به شخصی برای جلوگیری از ضرر بزرگتر یک دفاع در مسئولیت مدنی شخص محسوب شود. در مثال اولی در این فصل در مورد تصادم چند متر شما بخاطر جلوگیری از تصادم با فردین که سد راه شما

[246] Catala, Pierre, and John A. Weir. "Delict and Torts: A Study in Parallel." Tulane Law Review 37 (1963): 619.

شده بود موتر خود را از جاده منحرف ساخته و به دوکان تصادم دادید. ممکن یکی یا هردوی شما در نتیجه مجروح شده باشید. در حالیکه هدف شما منحرف ساختن موتر بوده، ضرری که وارد ساختید مانع وقوع ضرر بزرگتر گردیده است.

در صورتیکه شخص برای نجات خود در حالتیکه مرتکب و متضرر تقصیر نداشته باشند، به گونهٔ عمل کند که مجبور باشد، این مجبوریت میتواند دفاع مناسبی به حساب بیاید. تصور کنید که کاپتان یک کشتی در طوفان شدید گرفتار شود. او تصمیم میگیرد که در یک بندر بدون اجازهٔ مالک آن پناه بجوید. ممکن کشتی به لنگرگاه صدمه وارد کند یا صاحب لنگر احساس کند که حق مالکیت او توسط کاپتان کشتی پامال شده است. ولی محکمه ممکن که عمل کاپتان کشتی را معقول بداند. کاپتان کشتی یا شرکت مالک کشتی ملزم به جبران خساره خواهد شد ولی مسئولیت آنها در این حالات بسیار محدود خواهد بود.

ما دفاعیه های دیگری را درفصل ۷ مطالعه خواهیم کرد.

۵,۲. مسئولیت از اعمال دیگران

یک شخص همچنان ممکن بخاطر اعمال دیگران مسئول شناخته شود. این نوع مسئولیت معمولآ زمانی وارد است که شخص بالای عملکرد دیگران نوعی از نظارت و صلاحیت را داشته باشد. در اینحالات ما عمل شخص را به شخصی که در رأس است ارجاع میدهیم. یک منطق اینکار در اینست که مقام ذیصلاح با منع نشدن عمل مرتکب ترک فعل (تفریط) گردیده است. منطق دیگری این اصل در اینست که عمل یاد شده نوعی تصمیم گیری غیر مستقیم مقام ذیصلاح است. به نظر شما دلایل دیگری که بر مبنای آنها شخص بخاطر عملکرد دیگران مسئول شناخته شود چی ها خواهد بود؟

عمل یک طفل را تصور کنید. اگر طفلی مرتکب عمل مضر گردد، آیا ما باید طفل را مسئول بدانیم یا والدین او را؟ از نقطه نظر عملی آیا تفاوتی میان این دو است؟ یا حتی اینکه بگوئیم که هیچ یکی از دو نفر مسئول نیست (و شخص متضرر خود باید ضرر را جبران کند) بخاطریکه طفل نمیتواند که مسئول باشد و همچنان از عهدهٔ پول بسیاری کمی ممکن برآید؟ در کدام سن باید مسئولیت مدنی به شخص راجع گردد؟

همینطور عملکرد یک کارمند را در نظر بگیرید. اگر کارمند در جریان کار ضرری را سبب گردد، کی باید مسئول باشد؟ تصور کنید که فرحناز شرکت لبنیات داشته و کارمندانی را استخدام میکند که برای مشتریان او هر صبح شیر ببرد. یکی از رانندگان شرکت فرحناز موتر حامل بسته های شیر را به درب ورودی یک از مشتریان کوبیده و راه ورودی را ویران میکند. آیا فرحناز یا راننده مسئول پرداخت جبران خساره برای ترمیم این ضرر خواهند بود؟ یا فکر کنید که کامله شرکت ساختمانی را برای ساختن اتاق جدیدی در خانهٔ خود استخدام میکند. در جریان کار یکی از کارکنان فراموش میکند که دستگاه جوش کاری را خاموش سازد و در نتیجهٔ این عمل حریق رخ میدهد. چه کسی باید پول جبران خسارات وارده در خانهٔ کامله را بپردازد؟ آیا پاسخ شما نظر به وقایع قضیه فرق خواهد کرد یا اینکه همیشه نظرتان اینست که در هر حالت کارمند یا کارفرما باید مسئول باشد؟ مسئولیتی که بصورت آنی یا مفروض به شخص ثالث (مثل کارفرما) در اثر اعمال یک شخص دیگری (مثل کارگر) انتقال میابد را بنام مسئولیت نیابتی مینامند.[۲۴۷]

همانطوریکه در مورد اینکه چه کسی در این حالات باید مسئول شناخته شود بحث می کنید، دو باره به هدف موثریت اقتصادی در حقوق مسئولیت مدنی فکر کنید. چه جانبی بهتر از عهدهٔ جبران خسارت بر می آید؟ چه جانبی بهتر میتواند از

[۲۴۷] در کشور های کامن لا تیوری مسئولیت نیابتی **respondeat superior** کارفرمایان را برای اعمال مضر کارمندان آنها در صورتیکه همچو اعمال در محدودهٔ وظیفه انجام یافته باشد مسئول میداند.

وقوع ضرر جلوگیری کند؟ عامل بیمه در این تحلیل چگونه خواهد بود؟ آیا فکر میکنید بهتر خواهد بود که کارفرمایان باید بیمه مسئولیت مدنی بخاطر عملکرد کارگران خود داشته باشند؟

سؤالات برای مباحثه

۱. چگونه ارجاع مسئولیت برای اعمال دیگران در هدف قواعد مسئولیت مدنی منحیث ابزاری برای تسهیل کارایی اقتصادی جا میگیرد؟

۲. در این مثال ها یا موارد دیگری که شما بحث میکنید، کدام طرف بهتر از عهدهٔ جبران خساره بیرون شده میتواند؟

۳. کدام جانب بهتر میتواند که از وقوع ضرر جلوگیری کند؟

٤. بیمه در این روش تحلیلی چه نقشی را بازی کرده میتواند؟

٥. آیا فکر میکنید بهتر خواهد بود که کارفرمایان باید بیمه مسئولیت مدنی بخاطر عملکرد کارگران خود داشته باشند؟

۵,۳.مسئولیت از اشیا و حیوانات

وقتیکه ما عملکرد شخص را ارزیابی میکنیم، ما نوعیت عمل مضر را یا قصد درونی شخص را بخاطر تشخیص اینکه آیا شخص در قبال عمل مضر مسئول است یا خیر را تحلیل می کنیم. ولی وقتیکه ما مسئولیت شخص را نسبت به عمل دیگران ارزیابی می کنیم، در اینحال ما نوع رابطه میان این دو را تحلیل کرده تا اینکه مشخص شود چه کسی مقصر بود است. وقتیکه حیوان یا اشیا موجب ضرر گردد، در این حالات قصد یا تقصیر وجود نخواهد داشت. در این حالات قانون مدنی قاعدهٔ را که بنام تقصیر مفروض و یا هم مسئولیت مطلق است در نظر میگیرد. **تقصیر مفروض** به معنی اینست که تقصیر شخص توسط قانون فرض گردیده ولی شخص مذکور حق مخالفت و اثبات عکس را دارد که اینکار با نشان دادن اینکه وی اقدامات لازم برای جلوگیری یا محدود ساختن را اتخاذ کرده است صورت میگیرد. **مسئولیت مطلق** به معنی آنست که شخص معیین صرفنظر از قصد یا عمل و یا آگاهی خودش از سبب ضرر مسئول ضرر دانسته شود.

سؤالات برای مباحثه

۱. چرا ما گاهی تقصیر مفروض که قابلیت اثبات عکس را دارد را و گاهی هم مسئولیت مدنی مطلق را برای بعضی اعمال میخواهیم؟

۲. آیا فکر می کنید که مسئولیت مدنی مطلق مفهوم عادلانه است؟ در کدام حالات فکر می کنید که مسئولیت مدنی مطلق باید تطبیق گردد؟

۳. از نقطه نظر منافع عمومی، چگونه ممکن است که مسئولیت مدنی مطلق مفید باشد؟

یک علت مسئولیت مدنی مطلق اینست که اشخاص را ملزم رعایت دقت بیشتر از تامین امنیت اشیا و فعالیت ها نماییم. شاید مواردی باشد که خطر به دیگران معلوم نباشد و یا هم یک شخص که مسئولیت مطلق به او راجع می گردد توانایی نظارت خطر را داشته باشد. بطور مثال بعضی کشور ها شرکت های مشخص را بصورت مطلق مسئول اضراری میدانند که در

نتیجهٔ محصولاتیکه آنها تولید یا به فروش میرسانند بر اشخاص وارد می گردد. اگر یک مشتری ماشینی را میخرد، او احتمالا فورا گفته نمی تواند که در داخل ماشین بخشی از آن خراب خواهد بود. تصور کنید که بانور موتر سایکلی را میخرد و به مجرد استفادهٔ آن وسیله به دلیل مشکل داخلی سیستم سیم دوانی آتش میگیرد. او ممکن که دقیقآ نفهمد که کدام قسمت ماشین مشکل داشته یا چگونه مشکل ایجاد شده، ولی او میتواند که سازندهٔ موترسایکل یا هم فروشنده را مسئول بداند. اگر قانون اجازهٔ اقامهٔ دعوی علیه فروشنده را به او بدهد، در آنصورت فروشنده میتواند علیه شرکت سازنده یا سازندهٔ بخش مشخص که ناقص است، اقامهٔ دعوی کند.

همینطور ما میخواهیم که افراد مطلقآ مسئول باشند به دلیل اینکه این روش مناسب برای تامین امنیت است. مثال سیستم های مختلف حمل و نقل عمومی را در نظر بگیرید که در آنها مردم اندک خطر را میپذیرند ولی ارزش نهایی آن عموماً مثبت است. اگر شرکتی قرارداد ساخت خط آهن را دریافت میکند، ما توقع داریم که شرکت مذکور معیار های بیشتری را برای تامین امنیت رعایت کنند. اگر ریل جرقه های به اطراف پرتاب میکند و در نتیجه مزرعهٔ یا خانه ای در مسیر آن آتش میگیرد، جانب متضرر میتواند که شرکت سازنده را مسئول بشناسد.

علت دیگری مسئولیت مطلق در اینست که جانب اولی خطری را هر چند سبب نگردیده باشد ولی زمینه خطر را ایجاد میکند. از همینرو مسئولیت مطلق اکثراً بالای فعالیت های خطرناک غیر عادی تطبیق می گردد. بطور مثال کمپنی های که وسایل منفلقه مثل دینامت را برای اعمار تونل ها بکار میبرند در قبال خطرات ایجاد شده مسئولیت مطلق دارند. اگر انفجاری سبب ضرر غیر قابل پیشبینی یا غیر قابل توقع گردد، شرکت مسئولیت در قبال این اضرار وارد شده دارد. منطق اینکار در اینست که شرکت یاد شده باید نهایت دقت را بخاطر تامین امنیت در حالاتیکه موجد خطری می باشد رعایت نماید. به همین ترتیب مسئولیت مطلق ممکن به اشخاصی که حیوانات خطرناک را نگهداری میکنند نیز تطبیق گردد. اگر شخص بخواهد یک مار زهری را در محل رهایشی نگهداری کند، شخص مذکور در صورتیکه مار به شخصی حمله کند مسئول خواهد بود ولو اگر او مار را در محل حفاظت شدهٔ نگهداری کند و یا اینکه در زمان حملهٔ مار خود حضور نداشته باشد.

٤,٥. عمل مدعی

در نظام های مسئولیت مدنی که قبلا ذکر شد فرض بر این است که عامل بیرونی مسئول ضرر است. این تحلیل عامل عمدهٔ را نادیده میگیرد که عبارت از شخص متضرر است. اگر متضرر خود خطری متقبل میشود یا عمل خطرناکی را انجام میدهد، تا چه حدی باید مسئولیت متوجه او شود هرچندیکه ضرر ممکن توسط شخص دیگری وارد گردیده باشد؟ اگر شخصی که متضرر تصادم ترافیکی شده خود کمربند ایمنی را بسته نکرده باشد و در نتیجهٔ جراحات وارده بر او بسیار وخیم تر شده باشد، آیا راننده که ضرر را وارد کرده مسئول تمام ضرر باید باشد؟ همینطور تصور کنید که جانب متضرر در قبال ضرر مخصوصا آسیب پذیر است. اگر عزیر شخص نحیف بوده و توسط سمیر مصدوم میشود. آیا سمیر باید مسئول باشد در صورتیکه عزیر بیشتر از یک آدم متوسط آسیب دیده باشد؟ یا تصور کنید که عزیر پرندگانی بسیار حساسی را در خانهٔ خود نگهداری میکند و آنها در اثر دهلیکه سمیر در همسایگی عزیر به صدای بلند مینوازد شدیدآ آسیب می بینند. آیا سمیر مسئول ضرر وارده به پرندگان خواهد بود؟

همانطوریکه ما در فصل های بعد در مورد نظام های مسئولیت مدنی توضیح میدهیم، متوجه باشید که هر قضیه را از دید هر دو طرف تحلیل و ارزیابی کنید. در نظر بگیرید که چه ضرری به متضرر وارد شده و چه حقوقی پا مال گردیده است. در پهلوی سنجش قصد و عمل شخص، همچنان راه های دفاع قانونی از وی را منحیث موکل خویش در نظر داشته باشید.

٦. سببیت

سببیت عبارت از ارتباط میان ضرر ادعا شده و عمل است. سببیت مفهوم پیچیدۀ حقوقی است که در صدد اثبات چگونگی یک اثر حقوقی می باشد. گاهی سبب یک عمل واضح به نظر میرسد ولی بدون تحلیل عوامل مرتبط و محدودیت های ذیدخل، نتیجۀ مسئولیت غیر منصفانه برای هریک از طرفین خواهد بود. از نقطه نظر عملی، وقتیکه شخصی ضرر را وارد میکند قابل درک است که وی میل دارد تا شخص دیگری را ملامت کند. مسئولیت شما منحیث حقوقدان اینست که اطمینان حاصل کنید که جانب متضرر جبران لازم را بدست آورده و هم به شخص دیگری که مسئول نیست با ارجاع مسئولیت ضرر دیگری وارد نگردد.

گاهی اوقات ارتباط میان اسباب بسیار مستقیم و واضح است. در مثال تصادم چند موتر که قبلاً ذکر شد، رامین به دلیل صحبت در گوشی تیلفون خود توجۀ کافی در حین رانندگی به ترافیک جاده نداشت. موتر رامین به موتر لاله تصادم کرده و در نتیجه ضرری را سبب گردید. در بعضی وقایع دیگر ارتباط میان اسباب بسیار غیر مستقیم و پیچیده میباشد. در عین مثال آیا ضرر وارده به دوکاندار توسط شما وارد گردیده زیرا که موتر شما با دوکان وی تصادم کرد؟ یا سبب فردین است به دلیل اینکه او مسیر خود را بسوی شما منحرف ساخت؟ یا مسبب رامین است که در تلفون در حین رانندگی صحبت میکرد؟ و یا هم مسبب لاله است بخاطریکه او خواست موترش را به عجلۀ تمام توقف دهد؟ یا که والدین طفل بخاطریکه به او اجازه دادند که در نزدیک سرک توپ بازی کند؟ بخاطریکه رامین در تلفون صحبت میکرد لذا او در هر حالت و صرفنظر از توقف آنی لاله سبب تصادم میشد. آیا او مسئول هر آن ضرری باید باشد که بعد از تصادم او سبب گردیده است؟

تیوری های مختلف سببیت وجود دارد که ما آنها را در مسئولیت مدنی بکار برده میتوانیم. ما میتوانیم مسئولیت را صرف محدود به عمل مضر که قبل از واقعه اتفاق افتاده نسبت بدهیم یا که میتوانیم که سلسلۀ از اسباب و وقایع را در آن ذیدخل بدانیم.

یک نکتۀ که باید ارزیابی شود اینست که آیا عمل بخاطر ایجاد ضرر لازم بوده و یا حتی کافی بوده است. در مثال خالد که کلید را در موترش فراموش میکند، عمل خالد برای ایجاد ضرر نهایی لازمی بوده ولی این عمل برای ایجاد ضرر کافی نبوده چرا که عمل ارادی سارق باعث تصادم به رهگذر شد. در همچو مثالی محکمه خالد را مسئول نمیداند زیراکه یک عامل مستقل دیگر (سارق) در سلسلۀ وقایع مداخله کرده است. یک موضوع مهم دیگری در تحلیل سببیت اینست که آیا ضرر قابل پیشبینی یا تصور بود یا خیر. اگر سلسلۀ از وقایع به گونۀ اتفاق بیفتد که مرتکب اولی به هیچ وجه امکان نداشت که احتمال ضرر را پیش بینی کند، در اینحال سببیت به اندازۀ لازم قوی نیست تا مرتکب مذکور را مسئول ثابت سازد. اگر عملی برای تحقق ضرر لازمی بوده و ضرر نیز قابل پیش بینی باشد، سببیت واضحاً وجود دارد. ولی اگر عمل برای تحقق ضرر ضروری نبوده و یا ضرر قابل پیش بینی نباشد، در اینحال تحلیل سببیت بسیار مشکل خواهد شد.

ما نظریۀ سببیت را در فصل هشتم به تفصیل ارزیابی خواهیم کرد.

۷. ضرر

ضرر به لحاظ نظری نقطۀ آغاز ایجاد وجیبه در مسئولیت مدنی است.[۲۴۸] ما کسی را بدون ضرر مسئول نمی دانیم. در ساحۀ مسئولیت مدنی اصطلاح ضرر به هرخساره قابل اندازه گیری گفته میشود که برای متضررخواهان جبران خساره باشد. وقتیکه شخصی یا شیء متضرر شود، ما سبب را ارزیابی می کنیم و تشخیص میدهیم که چه کسی مسئول است. توجه داشته باشید که این موضوع متفاوت از آنچه است که در حقوق جزا وجود دارد، زیرا که در حقوق جزا ممکن شخص بدون اینکه عملش نتایج ناگوار را ایجاد کند مجازات گردد. چه نوع آسیب های منتج به مسئولیت مدنی می گردد؟

[۲۴۸] هرچند در محکمه ضرر ممکن آخرین بخش یک قضیه خواهد بود که مورد ارزیابی و سنجش قرار میگیرد.

برای اینکه آسیبی توسط قواعد مسئولیت مدنی به عنوان ضرر شناخته شود، این آسیب باید حق شناخته شدهٔ یک شخص یا جناح را نقض کرده یا از بین ببرد. در حقوق اسلام این موضوع مشابهٔ آنچه است که بنام حقوق العباد نامیده میشود. بعضی از این حقوق در مواد اولیهٔ قانون مدنی آنطوریکه در بالا تذکر رفت، توضیح گردیده است. حقوق اساسی که در اینجا مورد نظر است به بخش های حقوق تمامیت جسمی و امنیتی (نفس)، حق اعتبار و حیثیت (حرمت)، حق داشتن مالکیت بالای اموال (حق مالکیت)، حقوقیکه منشأ در قانون مدنی یا قرارداد ها دارد (تصرفات)، حقوق فامیلی (مثل زوجیت، ولایت، وراثت و نفقه). در بعضی کشور ها مثل جرمنی قوانین حقوقی را مشخص میسازد که اگر مستقیماً متاثر شوند سبب ایجاد مسئولیت در جانب مسئول میگردد. در کشور های دیگری مثل فرانسه قوانین بدون قیوادات، ضرر های را که موجب مسئولیت میشود مشخص ساخته مگر اجازه میدهد تا شخصی جانب مقابل را بخاطر جبران خسارت به نسبت نقض حقوقی که با حقوق مندرج در قوانین بصورت منطقی مرتبط است، مورد پیگرد قراردهد. همانطورکه قانون مدنی را به بحث میگیریم، ارزیابی کنید که آیا قانون ضرری مرتبط به مسئولیت مدنی را بصورت مقید یا موسع تعریف نموده است.

وقتیکه در مورد ضرر فکر میکنیم، اولین موضوع که در ذهن ما خطور میکند ضرر جسمی است. هر کسی حق بنیادینی درمورد مصئونیت فزیکی دارد. اگر کسی آسیب جسمی به ما وارد کند، بدون شک ما متضرر شده ایم. گاهی اوقات پول برای تداوی جراحات مثل مصارف شفاخانه و زمانی از دست داده شدهٔ کار کافی است. در حالات دیگری حتی مبلغ هنگفت پول نیز ضرر وارده را جبران کرده نمیتواند مثل قطع شدن عضوی بدن یا معلولیت شخص و یا هم قتل شخص.

دستهٔ دیگری از اضرار زیان های است که بر ملکیت شخص وارد می گردد. در این موارد ضرر مالی واضحا مطرح است. اگر شخصی سنگی را بسوی پنجرهٔ شما پرتاب میکند یا بایسکل شما را سرقت میکند، ضرر شما به اندازهٔ مبلغ لازم برای جاگزین ساختن آن اشیا میباشد. ضرر به ملکیت نیز میتواند پیچیده و غیر مستقیم باشد. دهقانی را تصور کنید که یگانه منبع در آمد وی از مزرعه اش میباشد. اگر شخصی آب دریا را که دهقان از آن برای آبیاری استفاده میکند تغیر مسیر داده یا آنرا آلوده سازد، کیفیت یا کمیت محصول ممکن که از این عمل متاثر شود. و یا مثال شخصی را در نظر بگیرید که رستورانتی در محیط سرباز دارد. حالا اگر شخص دیگری در نزدیکی این محل مثلا فابریکهٔ تولیدی پر سروصدا یا فعالیتی که تعفن تولید میکند را افتتاح کند، مالک رستورانت شاهد کاهش ارزش این ملکیت خود خواهد بود. بر علاوه ضرر وارده بر ملکیت باعث ایجاد ضرر در سایر حقوق شخص میگردد. ما این فصل را با مثالی در مورد تصادم موتر شما با دوکان یک شخص آغاز کردیم. این تصادم نه تنها باعث خساره بخاطر ترمیم دوکان خواهد شد، بلکه منبع درآمد دوکاندار نیز برای مدتی به حالت تعلیق در خواهد آمد. چه میشود اگر شخص مذکور نتواند که پول کرایهٔ خانهٔ خود را در اثر این واقعه پرداخته نتواند؟ توجه داشته باشید که مال لزوما همیشه شیء ملموس نیست. تصور کنید که اسماً دانشمندی است که در مورد تداوی یک بیماری جدید تحقیق میکند، ولی سعد یادداشت های او را پیدا کرده و زیر نام خود در یک ژورنال علمی به نشر می رساند. آیا اسماً در اثر این عمل متضرر شده است؟ همینطور تصور کنید که اسما ادویهٔ را کشف کرده که در کاهش بیماری موثر است. شرکت وی بازاریابی دوا را انجام داده و آنرا بفروش می رساند. ولی سعد که مالک شرکت رقیب شرکت اسماً میباشد، فارمول کشف شده را تشخیص داده و عین ادویه را تولید و به فروش میرساند. چه ضرری متوجه اسماً یا شرکت او شده است؟ چه حقی نقض گردیده بود؟ نظر به قوانین یک کشور، اعمال سعد ممکن نقض حقوق مالکیت معنوی به حساب آید.

اضرار دیگری نیز است که ملموس نبوده و یا به لحاظ فزیکی قابل دید نباشد. بطور مثال اگر یک روزنامهٔ مطلبی را در مورد یک سیاستمدار محلی به نشر رسانیده که صحت نداشته باشد، آیا در این حالت این شخص متضرر گردیده است؟ چه میشود اگر این سیاستمدار که امکان برنده شدن در انتخابات را داشت در اثر نشر این مقاله غلط در انتخابات ناکام می ماند؟ ولو اگر او در انتخابات برنده شود، آیا هنوز هم او از اثر نشر این مطلب متضرر شده است؟ چه حقی در این مثال نقض گردیده است؟ و یا تصور کنید که یک نشریهٔ تصویر خصوصی یک شخص نامدار را چاپ و منتشر سازد. هرچند ممکن این شخص عملاً از این عمل متضرر نشده ولی وی در این حال ضرری از نوع دیگری را متقبل گردیده است. این نوع

ضرر تحت عنوان ضرر معنوی تقسیم بندی شده میتواند. در مثال اولی شخصیت سیاسی یاد شده حق اعتباری و حیثیتی داشته و همینطور صاحب حقوق دیگری است که از این حق بصورت غیر مستقیم نشأت میکند. عمل نشر مطالب فضیح ولی نادرست را **افترا** می نامند.[۲۴۹] در مثال دومی شخص نامدار حق محرمیت داشته که تامین کنندۀ امنیت و کرامت او است. نظر به اینکه چه نوع تصویری نشر شده، این شخص میتواند که جانب مقابل را بخاطر نقض محرمیت خود مورد پیگرد قراردهد.

اضرار معنوی ممکن بیشتر یک مفهوم مجرد باشد ولی این اضرار واقعی هستند. در مثال های اضرار جسمی که قبلا ذکر شد، متضرر ممکن که درد بکشد و یا تجربۀ سایر انواع مشکلات احساسی را تجربه کند. درمثال اولی ما در مورد تصادم چند موتر، تصورکنید که سمن سرنشین موتر لاله است. بازوی سمن بسیار آسیب جدی میبیند و داکتر معالج او تصمیم به قطع این عضوش میگیرد. این عمل طبعا بسیار زجرآور خواهد بود و سمن اندوه فراوانی را از اثر قطع بازویش تجربه خواهد کرد. آیا کسی میتواند سمن را بابت این ضرر جبران کند؟ آیا باید که جبران همچو ضرری صورت بگیرد؟ دوباره در نظر بگیرید که لاله در اثر این تصادم ترافیکی جان میبازد. اولاد او میتواند بابت ضرر مالی که از این حادثه ایجاد گردیده اقامۀ دعوی کند. ولی در مورد ضرر معنوی این مرگ غیر مترقبه و زودهنگام چطور؟ همسر او همتای زندگی خود را از دست داده، آیا این موضوع نیز مسئولیت مدنی برای مسبب عمل ایجاد میکند؟ از میان دوستان و اقارب که از مرگ لاله متاثر شده اند، چه کسی میتواند بابت این ضرر اقامۀ دعوی کند؟

سوالات برای مباحثه

۱. در نظرداشت چه انواع دیگری از ضرر به نظر شما در ساحۀ مسئولیت مدنی ضروری یا مناسب است؟

۲. در مورد اضرار غیر ملموس، چگونه محکمه باید جبران خساره را سنجش نماید؟

[۲۴۹] در بعضی کشور ها افترا ممکن در پهلوی یا به عوض مسئولیت مدنی یک عمل جرمی شمرده شود.

فصل دوم: مسئولیت از اعمال شخصی افراد

طرح موضوع

همانطوریکه قبلاً تذکر رفت مسئولیت مدنی از حقوق جزا و حقوق قرارداد ها تفاوت دارد. در حقوق قرارداد ها دو جانب قرارداد با رضایت هم به توافق میرسند. قرارداد منعقده صرف در مورد دو جانب نافذ و موثر بوده و تنها در برگیرندۀ موضوع قرارداد می باشد (مثل پرداخت پول و دریافت تیلفون موبایل). برعکس، مسئولیت مدنی وجیبۀ است که یک شخص نسبت به تمام اشخاص دیگر مبنی بر عدم ایجاد ضرر به عهده دارد.

قواعد مسئولیت مدنی از حقوق جزا چه تفاوتی دارد؟ روی همرفته، حقوق جزا نیز متشکل از قواعدیست که هدف آنها اجتناب از اعمال است که سبب ضرر میگردد. سه تفاوت عمدۀ که بین مسئولیت مدنی و حقوق جزا است عبارتند از؛ اطراف قضیه، نیازمند بودن اتهام جزایی به قصد جرمی و نوع مجازات. در دعاوی مدنی دوجانب قضیه معمولا اشخاص خصوصی (که در نقطۀ مقابل دولت قراردارند) بوده، مسئولیت مدنی نیازمند قصد معیین نیست (یعنی اینکه شما با وجودیکه قصد ضرر را نداشته باشید به علت تقصیر در عملکرد خویش نیز مسئول شناخته میشوید)، و مویدۀ مسئولیت مدنی عمدتآ جبران خسارۀ مالی (و گاهی هم استرداد عین مال) است. بر عکس در موضوعات جزایی دولت علیه شخص به دلیل نقض قوانین جزایی اقامۀ دعوی میکند، مجازات عمل نیز معمولا حبس یا سلب آزادی است که در نقطۀ مقابل جبران خسارۀ پولی قرار دارد. به مثال ذیل توجه نمایید:

مقایسه حقوق جزا و حقوق مدنی: مقررات جاده

رحیم در جاده های شهر کابل رانندگی میکند. او برای شرکت در یک ملاقات روان است که بالایش ناوقتشده و از همینرو با عجله رانندگی میکند که به وقت تعیین شده به مقصد برسد. وقتیکه با سرعت از یک نبش کوچه دور میزند متوجه میشود که موتر های روبرویش متوقف اند. او در حالیکه سرعتش از سرعت مجاز به مراتب بالاتر است، با موتر مالک در جلوش تصادم میکند. موتر مالک صدمۀ جدی دیده و خود مالک هم جراحت بر میدارد.

آیا رحیم مقررات مسئولیت مدنی یا مقررات جزائی را نقض کرده است؟

پاسخ به احتمال زیاد اینست که هر دو نوع مقررات نقض گردیده است.

همانطوریکه بعدا توضیح میدهیم، در این قضیه بصورت واضح دعوی مسئولیت مدنی علیه رحیم بخاطر ضرریکه او به مالک وارد ساخته وارد است. بسیار فرق نمی کند که آیا رحیم قصد تصادم با موتر مالک را داشته یا خیر. رحیم مکلفیت مدنی در قسمت ضرر نرساندن به مالک و اموال او را داشته ولو اگر اینکه او قصد همچو ضرر را نیز نداشته باشد. اگر او مسئولیت مدنی خود را نقض کند، جزای این عمل که معمولا **جبران خساره** نامیده میشود از نوع جزای مالی است. لذا محکمه باید تشخیص دهد که چه مقدار پول برای جبران منصفانۀ مالک در قبال ضرر مالی و جسمی به او کافی خواهد بود.

ممکن که مسئولیت جزایی بر علیه رحیم در این عمل او وجود داشته باشد. یک قضیۀ مدنی از قضیۀ جزایی در سه حالات فرق دارد: طرفین قضیه، قصد مسئولیت، و مجازات. بر عکس موضوعات مدنی که میان اشخاص خصوصی است، قضایای جزایی تنها توسط حکومت اقامه میگردد. نقض مقررات جزایی به عنوان عملی جرمی علیه دولت به حساب رفته و از همینرو نیز حکومت وظیفۀ اقامۀ دعوی در همچو قضایا را به عهده میگیرد. ولی نقض مقررات مدنی از طرف دیگر به عنوان متضرر ساختن یک شخص خصوصی به حساب رفته و نه عملی علیه تمام جامعه. تفاوت دوم میان این دو در نوع

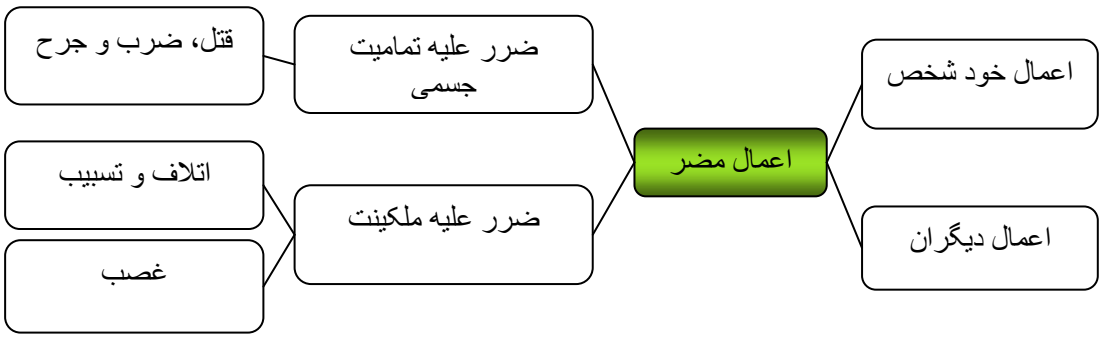
اتهام و قصد است. بر اساس مقررات جزایی رحیم ممکن تحت عنوان جرم ضرب و جرح مسئول شناخته شود. این نوع اتهام معمولا میزان از اراده را در جانب رحیم اقتضأ میکند. رحیم باید قصد ضرر رساندن به مالک را داشته یا عمل او به اندازۀ با بی توجهی صورت گرفته که این اتهام را توجیه کند. بالاخره مجازات این دو از هم فرق دارد. نقض مقررات مدنی منتج به جبران خساره میشود و آن اینکه جانب مسئول باید که یک مبلغ پول را به جانب متضرر بپردازد. نقض مقررات جزایی امکان دارد که باعث جریمۀ نقدی، یا تعلیق جواز رانندگی، و یا حتی حبس و زندانی شدن شخص گردد.

در این فصل ما مسئولیت مدنی یک شخص را مورد کاوش قرار میدهیم. مخصوصاً این فصل بالای مفاهیم اساسی مسئولیت مدنی یعنی مسئولیت شخص در قبال اعمال و رفتار شخصی وی تمرکز دارد. در فصل های بعدی ما عناوین دیگری را به بحث میگیریم، مثل مسئولیت شخص بخاطر ضرر وارده توسط حیوان شخص، یا ضرر توسط شخصی که با شخص اول ارتباط خاص داشته باشد، مثل رابطه والدین و فرزندان؛ و اما برای فعلا نیاز نیست که در مورد آن نگران باشیم. ما صرف باید در مورد اعمالی که یک شخص از ارتکاب آنها ممنوع است تمرکز نماییم.

۱. دسته بندی اعمال مضر

مطالعۀ اعمال مضر یک امر پیچیده است. مهم است که هم عامل (اینکه چه کسی ضرر را وارد کرده) و نوع ضرر را در نظر داشته باشیم. ضرر ممکن که توسط عمل خود شخص یا اعمال اشخاص دیگر ایجاد گردیده باشد. انواع مختلف اعمال مضر توسط عملکرد شخصی یا اعمال اشخاص دیگری ایجاد گردیده میتواند. انواع مهم این اعمال مضر عبارتند از عمل مضر علیه تمامیت جسمی شخص (مثل ضرب و جرح) و ضرر علیه ملکیت. دسته بندی فوق الذکر ضرر در شکل زیر خلاصه شده است.

تقسیم بندی اعمال مضر



در این فصل ما اعمال شخصی را که موجب ضرر میشود و آنطوریکه در قسمت فوقانی این شکل نشان داده شده به مطالعه میگیریم. برای شروع بحث نخست مواد ۷۷۶ و ۷۷۷ قانون مدنی را در زیر مطالعه نمایید.

قانون مدنی

ماده ۷۷۶

هرگاه به اثر خطا و یا تقصیر ضرری به غیر عاید گردد مرتکب به جبران خساره مکلف می باشد.

ماده ۷۷۷

هرنوع تعدي ايكه ازآن ضروري بغيرازاضرارمندرج مواد فوق به شخص ديگري عايد گردد، مرتكب بجبران خساره مكلف مي باشد.

احتمالاً شما متوجه شده باشید، **تقصیر** مفهوم بسیار وسیع دارد. تقصیر به معنی عمل قصدی یا اهمال از رعایت معیار های رفتاری است که چنین اهمال یا قصدی موجب ضرر به دیگری شود. مفهوم تقصیر با مفهوم **مسئولیت** مرتبط است. مسئولیت به معنی الزام قانونی یا پاسخگو بودن در قبال یک موضوع است. تقصیر و مسئولیت هر دو با هم ارتباط دارند. همانطوریکه در فصل قبلی ذکر شد، تعیین مسئولیت لازمهٔ پاسخ دادن به این سوال است که چه کسی مقصر بوده است.

مواد ۷۷٦ و ۷۷۷ اصول مرتبط به تقصیر و مسئولیت در قبال عملکرد شخصی را تنظیم میکند. مادهٔ ۷۷٦ بیان میدارد که یک شخص باید ضرری را که به دیگری وارد میسازد جبران کند.[۲۵۰] محدودیتی در قبال نوع ضرر در اینجا مطرح نیست. این اصل در مورد اضراریکه حتی در اثر اشتباه یا خطا اتفاق میافتد، نیز تطبیق میگردد.[۲۵۱] همینطور مادهٔ ۷۷۷ در مورد "هر" آن تعدی تطبیق میگردد که موجب ضرر میشود (که اینجا بعضی استثنائاتی است که ما در بخش های دیگر کتاب به آنها خواهیم پرداخت).

تصور کنید که نبیل ملکیت وسیع همرای تعداد زیادی حیوانات دارد. یک روز قبل از سفر کردن، او دروازهٔ محل نگهداری حیوانات را می بندد (یا تصور میکند که او اینکار را انجام داده است). متاسفانه یکی از حیوانات او از محل فرار کرده و با خوردن و پایمال کردن محصولات مزرعهٔ یکی از همسایه ها رااز بین میبرد. آیا نبیل قاصر است و در مقابل ضرر وارده توسط حیوان او مسئول شناخته شود؟ مطابق مواد ۷۷٦ و ۷۷۷ نبیل به احتمال زیاد مسئول این ضرر خواهد بود. هرچند که نبیل درب اصطبل را بسته بود، بازهم حیوان در هر حال از آنجا بیرون شده است.

وجیبهٔ مدنی در قسمت دفع ضرر در مفهوم وسیع آن مرتبط به اصل بسیار مهم در حقوق اسلام یعنی قاعدهٔ "لا ضرر" می باشد. حضرت محمد (ص) در یک حدیثی فرمودند که "لا ضرر و ضرار فی الاسلام" یعنی "در اسلام جایگاهی برای زیان رساندن به کسی نیست. و نیز اجازه نمی دهد کسی در صدد آزار و زیان دیگری باشد ".[۲۵۲] حقوق از طریق وضع مسئولیت مالی در قبال ضرر به دیگران انگیزهٔ ضرر و انتقام گرفتن را از بین می برد. البته در حقوق کامن لا قاعدهٔ تقصیر یک مقدار متفاوت است. متن زیر مفهوم قصور را در حقوق کامن لا توضیح میدهد که معمولا برای تشخیص تقصیر بکار میرود.

مفهوم قصور در حقوق کامن لا

در نظام حقوقی رومن ژرمنیک هر شخص معمولا مسئول اعمال مضر خود میباشد. اگر شخصی مال همسایهٔ خود را متضرر ساخت، او در قبال این عمل مسئول است. در حقوق کامن لا مفهوم **تقصیر** یا اینکه آیا شخص مسئول عمل خود

[250] F. M. Goad, "The Moslem Law of Civil Delict as Illustrated by the Mejelle," *Journal of Comparative Legislation and International Law* 21 (1939): 65 ("If one person by his act directly causes material damage to another person's property, the doer is primarily responsible. No question of . . .'negligence' strictly arises.").
[251] For a piece analyzing the role of strict liability in Islamic law, see Abdul Basir Bin Mohamad, "Strict Liability in the Islamic Law of Tort," *Islamic Studies* 39:3 (2000): 445-462. The piece argues that "Muslim jurists agree unanimously that a person is not liable for what is lost or destroyed unless there has been negligence (tafit) or transgression (ta'addi) on his part." *Ibid.* at 452.
[252] Marie-Noelle Bachllier et. al, *Series of law of obligation: Volume 2: Unilateral will, legal events* (Paris: International Institute for Comparative Studies, 2013), 65.

است یا خیر تا حدودی بهتر تعریف گردیده است. نظام حقوقی کامن لا بیشتر بالای مفهوم **غفلت** تاکید دارد. مفهوم غفلت مرتبط به اعمالی است که یک "شخص متعارف" در وضعیت مشابه اتخاذ مینمود. اگر یک شخص عملی را به گونهٔ انجام داده باشد که یک شخص متعارف در وضعیت مشابه عین کار را میکرد، در اینحال شخص مسئول نیست. ولی اگر شخص عملی را انجام داده باشد که یک شخص متعارف در شرایط مشابه انجام نمیدهد، در اینحال شخص اولی مسئول میباشد.

مفهوم تقصیر در حقوق کامن لا در قضیهٔ آمونتری در مقابل جینر (Hammontree v. Jenner[۲۵۳]) به خوبی تشریح شده است. در این قضیه شخصی در حین رانندگی بود که دفعتآ دچار حملهٔ صرع (میرگی) شد. او در این حال با موتر دیگری تصادم کرد و ضرر فاحشی به جانب مقابل وارد ساخت. این راننده سابقهٔ بیماری صرع را داشت ولی او تمام رهنمود های لازم مثل استفادهٔ منظم دوا و بازدید از دکتر معالج خود را انجام میداد.

آیا این شخص مسئول حادثه باشد؟

محکمهٔ در آمریکا که کشوری دارای نظام حقوقی کامن لا است حکم کرد که مدعی علیه این قضیه مسئول نبوده بخاطریکه وی تمام اقدامات پیشگیرانه مثل دیدن داکتر معالج و استفادهٔ منظم دوا را انجام داده تا امکان وقوع حملهٔ صرع را در جریان رانندگی به حداقل برساند.

برعکس در نظام حقوقی رومن ژرمنیک بسیار احتمال میرود که راننده مقصر و مسئول شناخته شود بخاطریکه در این نظام تقصیر یک موضوع بسیار واضح بصورت بلی یا خیر است و آن اینکه آیا شخص تصادم کرده است یا خیر؟ در نظام حقوق رومن ژرمنیک همانطوریکه یک مفسر توضییح میکند، انجام دهندهٔ عمل "نه به این دلیل که او باید از وقوع ضرر جلوگیری میکرد مقصر است بلکه او به دلیل ایجاد ضرر توسط عملی است که قانون آنرا اجازه نداده باشد".[۲۵۴] این توضیح بازتاب کنندهٔ مفاد مواد 776 و 777 قانون مدنی است.

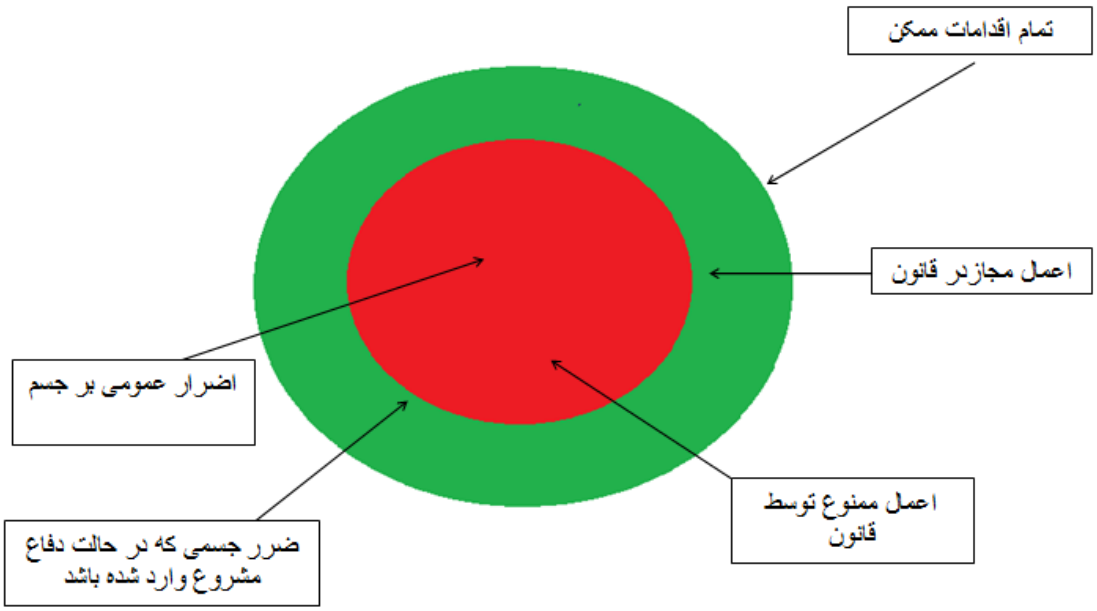
۱،۱.انجام عملی (تعدی) و عدم انجام عمل (تفریط)

براینکه مشخص ساخت که آیا شخصی عملی را مرتکب شده یا خیر، بهتر است که در مورد نوع عمل فکرد کرد. آیا این عمل را قانون مجاز میداند، آیا این عمل را قانون ممنوع میداند، آیا عدم انجام این عمل را قانون مجاز میداند، و آیا عدم انجام این عمل را قانون ممنوع میداند؟ این احتمالات در شکلِ در صفحهٔ بعدی به تصویر کشیده شده است.

بسیاری از انواع مسئولیت مدنی شامل انجام عملی توسط شخص مقصر است. عمل در بر گیرنده هر نوع حرکت است از رانندگی موتر الی استفاده اعمال قوهٔ قاهره بهمنظور افروختن آتش که موجب ضرر شود. هرچند هر اقدامی عمل محسوب شده میتواند ولی سؤال اصلی اینست که آیا عمل قانوناً ممنوع بوده است؟ این موضوع در شکل زیر خلاصه شده است. قواعد مسئولیت مدنی اعمالی را که در حلقهٔ سرخ رنگ واقع شده، ممنوع کرده ولی اعمالی که در حلقهٔ سبز رنگ قرار دارند مجاز میداند. مشکل اصلی تشخیص اینست که در داخل کدام حلقه یک عمل مشخص قرارد میگیرد.

عمل شخص

[253] 20 Cal. App. 3d 528 (1971).
[254] F. M. Goad, "The Moslem Law of Civil Delict as Illustrated by the Mejelle," *Journal of Comparative Legislation and International Law* 21 (1939): 67 ("If one person by his act directly causes material damage to another person's property, the doer is primarily responsible. No question of . . . 'negligence' strictly arises.").



قانون بین **تعدی** و **تفریط** فرق مهمی قایل میگردد. تعدی معمولا به عمل انجام یافتهٔ اطلاق میگردد که موجب ضرر گردد. تفریط برعکس به عدم انجام عملی اطلاق میگردد که موجب ضرر گردد. هرچند تفاوت میان این دو اکثراً مبهم است، ولی به مثال زیر دقت کنید این تفاوت را توضیح میدهد. تصور کنید که شما مبلایل موتر خویش را تبدیل میکنید. یک مقداری از مبلایل در پیاده رو میریزد و شخصی که از آنجا عبور میکند در نتیجه لغزیده و پایش صدمه می بیند. عمل شما تعدی است بخاطریکه شما مبلایل را در پیاده رو ریختید بدون آنکه آنرا از آن محل پاک کنید. ولی اگر شما مشاهده کردید که مبلایل موتر در پیاده رو توسط شخص دیگری ریخته شده و شما با وجود مشاهدهٔ آن شخصی را از محل میگذرد متوجه نساخته و در نتیجه شخص مذکور بلغزد، در اینحال شما مرتکب تفریط شده اید، زیرا عدم انجام به عملی از جانب شما موجب ضرر به دیگری شده است. با در نظر داشت این دو بخش دو تفاوت مهمی است که باید رعایت کرد: آیا عمل توسط قانون مجاز بوده یا ممنوع و آیا عدم انجام عمل توسط قانون مجاز بود یا ممنوع. این فصل هر دستهٔ از اعمال را به نوبت تشریح میکند.

۱،۱،۱. عمل مجاز در مقابل عمل ممنوع

بطور کلی یک وجیبهٔ مدنی وجود دارد که نباید مرتکب تعدی شد، زیرا این امر ضرر مستقیم را به اشخاص موجب میگردد. [۲۵۵]این دسته از اعمال مربوط دستهٔ سوم اعمال شده و در داخل حلقهٔ سرخ رنگ شکل بالا قرار میگیرد. از طرف دیگری اعمالی است که مربوط اعمال اجرا شدهٔ است که انجام انها قانوناً مجاز است. این اعمال در بخش اول قرار گرفته و در ساحهٔ بیرون سبز رنگ در شکل بالا قرار میگیرند. معمولا دو نوع از اعمال وجود دارد که ارتکاب آنها قانوناً مجاز است. اولی اعمالی که اصلا غیر قانونی نیست. قدم زدن در پیاده رو یا گوش دادن به موسیقی و صحبت کردن در تیلفون اعمالی است که غیر قانونی نمی باشند. این اعمال در مادهٔ ۸ قانون مدنی انعکاس یافته که این ماده بیان میدارد "جواز قانوني ضمان را نفي مي كند ، شخصي كه از حق خود در حدود قانون استفاده ميكند، مسئول خسارات ناشي از آن نمي باشد." مجلة

[255] For this paragraph, see generally Franco Ferrari, “Comparative Remarks on Liability for One's Own Acts,” *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 15 (1993): 813.

الاحکام نیز این قاعده را متضمن بوده و مثالی را در زمینه ارائه میکند.[۲۵۶] مجلة الاحکام بیان میدارد که اگر "حیوانی مربوط به شخص اولی در چاهی که شخص دومی در ملکیت خود که وی در آن ملکیت مالکیت تام داشته سقوط کرده و از بین برود"، جبران خسارهٔ درخواست شده نمی تواند.[۲۵۷] اینکه شخصی چاهی را در ملک خویش حفر کند کاملا قانونی بوده و این شخص نباید برای اینکار مسئول درقبال اضراری باشد که در اثر سقوط حیوانات شخص دیگری در این چاه عاید میگردد. برعکس اگر شخص چاهی را در راه عام حفر کند و حیوانی در آن چاه افتیده و تلف شود، در اینحال شخص اولی (حفر کنندهٔ چاه) مسئول است.[۲۵۸]

مثالی را که در یک قضیهٔ نسبتآ جدید اتفاق افتاده را در نظر بگیرید. در اواسط سال ۱۹۹۰، دو شرکت نفتی بنام های بریداس Bridas و یونیکال Unocal همرای دولت افغانستان (و ترکمنستان) در قسمت حق ساخت خط لولهٔ نفتی در حال مذاکره بودند. شرکت بریداس به برهان الدین ربانی رهبر یکی از جریانات عمده در افغانستان مبلغ 56471400 افغانی برای این حق ساخت لولهٔ گاز در ساحهٔ خاک افغانستان پرداخت. وقتیکه قرارداد تکمیل گردید، گروهٔ دیگری آقای ربانی را از کابل به سمت شمال شرق افغانستان بیرون راند. شرکت یونیکال تلاش های مکرر را بخاطر امضای توافق خط لولهٔ گاز با این جریان دومی به خرچ داد.

بالاخره شرکت بریداس علیه شرکت یونیکال در ایالات متحدهٔ امریکا اقامهٔ دعی کرد و ادعا داشت که شرکت یونیکال براساس دو دکترین کامن لا تحت عناوین توطئهٔ مدنی و مداخلهٔ مضرانه مسئول است و اساس آنرا عدم قابلیت انفاذ قراردادی است که یونیکال در هر کشوری انجام داده بود. محکمه با در نظرداشت قوانین حاکمهٔ افغانستان در مورد این دعوی[۲۵۹] می بایست تصمیم بگیرد که آیا تصامیم یونیکال به ارتباط مداخله در قرارداد بریداس نقض قوانین افغانستان است یا خیر. با توجه به آنچه که ما در مورد حقوق افغانستان مخصوصا مادهٔ 8 قانون مدنی آموختیم، آیا یونیکال به مقصد امضای قرارداد لولهٔ گاز و علیه قرارداد که شرکت بریداس با آقای ربانی امضا کرده بود، قوانین افغانستان رانقض کرده است؟

محکمهٔ امریکا با مدعی علیه یعنی شرکت یونیکال موافقت کرد که قوانین افغانستان این دو مفهوم توطئهٔ مدنی و مداخلهٔ مضرانه را به رسمیت نشناخته، لذا مدعی علیه قوانین افغانستان را نقض نکرده بود. محکمه به معلومات و شهادت یکعدهٔ متخصصین که شهادت دادن که قوانین افغانستان این نوع مبانی ادعا را به رسمیت نمی شناسد، استناد کرد. بصورت مشخص محکمه حکم کرد که:

> پروفیسور ایدج شهادت داد که بر اساس مادهٔ ۹۱ مجلة الاحکام "ضرر" بر اساس شریعت اسلام زمانیکه در اثر عمل مجاز قانونی ایجاد گردد، این ضرر قابل جبران نمی باشد. او بیان داشت که "عقد قرارداد یک عمل مجاز قانونی است و اگر حتی این عمل باعث ایجاد ضرر به شخص دیگری گردد، این عمل سبب ایجاد مسئولیت نمی گردد." لذا بر اساس نظر پروفیسور ایدج چونکه اقدام یونیکال به منظور عقد قرارداد با دولت افغانستان یک عمل قانونی بوده، لذا شرکت بریداس مبنای برای اقامهٔ دعوی علیه شرکت یونیکال براساس اصول شریعت نداشته حتی اگر این قرارداد یونیکال تاثیری مداخله یی بر قرارداد قبلی شرکت بریداس با دولت افغانستان نیز میداشت[۲۶۰].

---

[256] Al-Majalla Al Ahkam Al Adaliyyah (The Ottoman Courts Manual (Hanafi)) Article 91 (1877) [hereinafter Mejelle]. Article 91 states "An act allowed by law cannot be made the subject of a claim to compensation."

[257] Mejelle Article 91.

[258] Mejelle Article 90.

[۲۵۹] هرچند این دعوی در ایالات متحده اقامه شد، و لی محکمهٔ ایالات متحده بنا به قاعدهٔ "قانون منتخب طرفین" قانون افغانستان را ذیصلاح دانست. موضوع "قانون منتخب" بحثی فراتر از موضوعات این مضمون است.

[260] Bridas Corp. v. Unocal Corp., 16 S.W.3d 893, 904 (Tex. App. 2000).

برعلاوه اعمالیکه واضحاً غیر قانونی اند، دستهٔ دیگری از اعمالی وجود دارد که معمولً غیر قانونی بوده و در حالات خاص قانونی اند. بطور مثال همانطوریکه بعداً توضیح خواهیم داد، اشخاص مسئولیت دارند تا به دیگران خسارهٔ جسمی وارد نسازند، ولی استثنائاتی هم وجود دارد. تصور کنید که صدیق بالای ترکی حمله ور میشود. آیا ترکی بالای صدیق منحیث دفاع از خود حمله کرده میتواند هرچند این کار او ممکن آسیب جسمی به صدیق وارد کند؟ اکثراً آ پاسخ این سوال مثبت است. اگر شخصی ضرر به دیگری ازطریق دفاع مشروع وارد میکند این عمل معمولاً غیر قانونی نبوده زیرا قانون دفاع مشروع را به رسمیت میشناسد.[۲۶۱] هرچند این ضرر جسمی معمواًا غیر مجاز بوده و در حلقهٔ سرخ رنگ که در بالا ذگر شد قرار دارد، با توجه به اینکه عمل یاد شده بصورت دفاع مشروع انجام یافته لذا این عمل در ساحهٔ سبز رنگ شکل بالا قرار میگیرد. هر دو مثال در شکل بالا مجسم شده است.

۱،۱،۲. تفریط مجاز درمقابل غیر مجاز

تشخیص اینکه آیا یک شخص عمل غیر قانونی را انجام داده معمولا کار سادهٔ است. تفریط یا عدم انجام عمل معمولاً کار مشکل تری است. شبیه آنچه که در تصویر بالا در مورد انجام عمل یا تعدی بیان شد، اشکال مجاز و ممنوع تفریط وجود دارد. معمولاً تصور برانیست که انجام اعمال سبب مسئولیت میشود، این تصور در قبال تفریط بر عکس است. معمولاً تصمیم بر عدم ارتکاب عملی مسئولیت مدنی را ایجاد نمیکند. این موضوع در مادهٔ ۸ قانون مدنی آنطوریکه در بالا ذکر شده توضیح گردیده است. این موضوع در یک قاعدهٔ در مجلة الاحکام نیز انعکاس یافته که بیان میدارد "برائت از مسئولیت حالت اصلی است". [۲۶۲] ایجاد مسئولیت مدنی بصورت وسیع برای اشخاص که عملی را انجام بدهند و در نتیجه عدم انجام عملی مسئول باشند موجب خواهد شد که آزادی و اختیار تصمیم گیری برای عملکرد شخصی آنها نقض گردد. به این مثال توجه کنید. فرض کنید که قواعد مسئولیت مدنی حکم کند که هرکس مکلف است تا شخصی در موقعیت خطر را از خطر نجات دهد. براتعلی طفل خورد است در حوضی که تعدادی زیادی حضور دارند میأفتد. اگر هر کسی در این مورد برای نجات براتعلی مسئولیت داشته باشد، مشکلات عدیدهٔ خلق خواهد شد. در صورتیکه هر کسی باید براتعلی را نجات بدهد، این مکلفیت ممکن بینظمی و سردرگمی را ایجاد کند. علاوتآ این موضوع اشخاصی را که نمی توانند یا نمی خواهند براتعلی را نجات بدهند ممکن مجبور به تصمیم گیری خلاف میل خودشان کند. در عالم واقع، چنین مکلفیتی وجود ندارد. هرچند ممکن مکلفیت قانونی برای نجات براتعلی وجود نداشته باشد، ولی ممکن توقع اجتماعی به انجام چنین عملی باشد، زیرا مردم نمی خواهند تا طفلی غرق گردد و بسیاری به کمک او خواهند شتافت.

به هر حال حالاتی وجود دارد که یک شخص مسئولیت دارد تا اقدام عمل اختیار نماید. بصورت کلی مسئولیت مدنی برای انجام عملی زمانی وجود خواهد داشت که عدم انجام عمل مسئولیت یک شخص در قبال دیگران را نقض خواهد کرد. به عبارت دیگر این نوع از الزامات زمانی مطرح است که مفاد مادهٔ ۸ در مورد "جواز قانونی ضمان را نفی میکند" دیگر دفاع مناسب نبوده زیرا که شخص قانوناً ملزم به انجام عملی می باشد. مادهٔ ۹ قانون مدنی در فصل قبلی بیان گردید. مخصوصاً مورد سوم فقرهٔ دوم مادهٔ ۹ بیان میدارد که "تجاوز از حق" زمانی واقع میشود که "مصلحت شخص نسبت بضرریکه بغیر وارد میسازد" جزئی باشد. محاکم اینکه ضرر حاصله از نفع یک عمل کرده بیشتر است را چطور محاسبه میکند؟

هرچند بخش سوم فقرهٔ دوم مادهٔ ۹ قانون مدنی بسیار کلی است، ولی چند مثال را برای وضاحت آن در نظر بگیرید. یکی از حالاتیکه تفریط موجب مئسولیت مدنی میگردد **اهمال در اخطار** است. در صورت اهمال از خطر فعالیت های خود در بعضی حالات مسئولیت مدنی بوجود آمده میتواند. **مسئولیت تولید** (**Products liability**) مثال خوبی از مواردی است که

[261] F. M. Goad, "The Moslem Law of Civil Delict as Illustrated by the Mejelle," *Journal of Comparative Legislation and International Law* 21 (1939): 68. As you might imagine, the doctrine of self-defense—covered in detail in a criminal law class—has limits. If someone lightly pushes you, you cannot shoot the person.
[262] Mejelle Article 8.

محکمه ممکن عدم انجام یک عمل را ممنوع کند. مسئولیت تولید به حالتی اطلاق میگردد که تولید کننده یا فروشنده مسئولیت مدنی در قبال ضرر وارده بر خریدار، مصرف کننده، یا شخص دیگری را در اثر استفاده از کالای ناقص به عهده دارد.[۲۶۳] مثلا بسیاری کشور ها شرکت های تولید کنندۀ سگرت را ملزم میداند که در بسته های سگرت تولید شده اخطاریۀ را درج کند مبنی بر اینکه استعمال سگرت تاثیر ناگوار بالای صحت میداشته باشد. همرای یک همصنفی خود در صنف این فعالیت را انجام دهید. یکی از شما دو نفر از مردم در قبال تاثیرات منفی صحی سگرت نمایندگی کنید و دیگری نمایندۀ شرکت های تولید کنندۀ سگرت شوید. لست از دلایلی را تهیه کنید که چرا همچو اخطاریه در بسته های سگرت گنجانیده شود.

بعضی از بهترین دلایلی که هر گروه به آن در زمان مباحثه استلال میکردن چه بود؟ کسانیکه طرفدار اضافه شدن این اخطاریه در بسته های سگرت می باشند ادعا خواهند کرد سگرت مشکلات صحی جدی را سبب خواهد شد (مثل سرطان و حتی مرگ) و برای شرکت سازندۀ سگرت کار مشکلی نیست یک اخطاریه را روی بستۀ سگرت اضافه کند. این اخطاریه ها گزینه های بسیار خفیف نظر به مقررات سخت در مورد مواد که سگرت از آنها تهیه میشود، اینکه در کجا فروخته شده میتواند و چه کسی آنها را خریده میتواند. طرفدار شرکت های تولید کنندۀ سگرت ممکن بر عکس استدلال کنند که سگرت برای شما مضر نیست و اضافه کردن همچو اخطاریه ها مشکل ساز بوده ولی هیچ نقشی دربازداشتن مردم بازی نخواهد کرد و در عوض قدم های دیگری مثل کمپاین عمومی راه انداخته شده میتواند تا اینکه به شرکت های تولیدی در مورد چگونگی فروش تولیدات آنها دستور داده شود، کدام طرف دلایل قوی تر دارد؟

بسیاری کشور ها شرکت های تولید کنندۀ سگرت را ملزم به درج همچو اخطاریه ها در بسته های سگرت شان مینماید. اگر شرکتی تصمیم بگیرد که از این الزامیت سرپیچی کند، این امر تفریط محسوب شده و در نتیجه نقض وجیبۀ مدنی آنها است. براساس بخش سوم فقرۀ دوم مادۀ 9 قانون مدنی این الزامیت بصورت واضح قابل حمایت است. این اخطاریه میتواند در پیشگیری از مشکلات جدی صحی جلوگیری کرده ولی نفع شرکت ها از عدم رعایت آن بسیار ناچیز است. اضافه کردن این اخطاریه ها ایجاب مصرف اندک را میکند ولی این مصارف به مقایسۀ تاثیرات صحی سگرت بسیار ناچیز خواهد بود.

مثال دیگری که تفریط ممکن نقض وجیبۀ مدنی شخص شمرده شود مورد مکلفیت نجات شخص دیگری است. تصور کنید که فقیر طفل خوردسالی است. در جریان قدم زدن همرای خانوادۀ خود در یک منطقۀ کوهستانی بیرون از کابل او ناپدید میگردد. او تنها مانده و در اثر سقوط از ارتفاعی پایش شکسته و خطر مرگ را احساس میکند. آیا کسی مسئولیت قانونی برای نجات او را دارد؟ مثال فصل قبلی در مورد اینکه هر کسی در یک حوض لزوما مکلفیت شخص غریق را ندارد زیرا چنین مکلفیتی ممکن آزادی تمام اشخاص را در صورت عدم اقدام به عمل متاثر خواهد ساخت. مادۀ ۹ (۲) (۳) توصیه میکند که این آزادی عدم اقدام به عمل مطلق نیست. با وجودیکه هر شخصی که در کابل زندگی میکند برای نجات فقیرمسئول نیست، ولی درمورد اشخاصی که در این منطقۀ کوهستانی که فقیر گیر افتاده وضع چگونه باید باشد؟ استفاده از مادۀ۹ (۲) (۳) در مورد آزمایش تعادل در بین نفع و ضرر، نفع هر بخش به چه اندازۀ وزین است؟ حتی در این وضعیت ممکن نتوان مکلفیت مدنی را وارد دانست زیرا که نه همه اشخاص در آن محله از حادثۀ اتفاق افتاده برای فقیر آگاه خواهند بود و اینکه او در کجا دقیقا قرار دارد و چطور نجات یافته میتواند، و آیا اشخاص مورد نظر اشخاص کهنسال هستند؟ ولی چه میشود اگر یکی از بهترین سربازان اردوی افغانستان مستقیما در محل که فقیر افتاده در حرکت است، او را می بیند، و این شخص تمام وسایل لازم برای نجاب فقیر را دارد؟ در این مورد مادۀ ۹ (۲) (۳) ممکن که وجیبۀ را برای این سرباز برای نجات فقیر ایجاد کند، بخاطریکه اقدام به این عمل برای این سرباز ساده بوده و نفع عایده از آن برای فقیر فوق العاده خواهد بود.

۱،۱،۳. جمع بندی تمام بحث

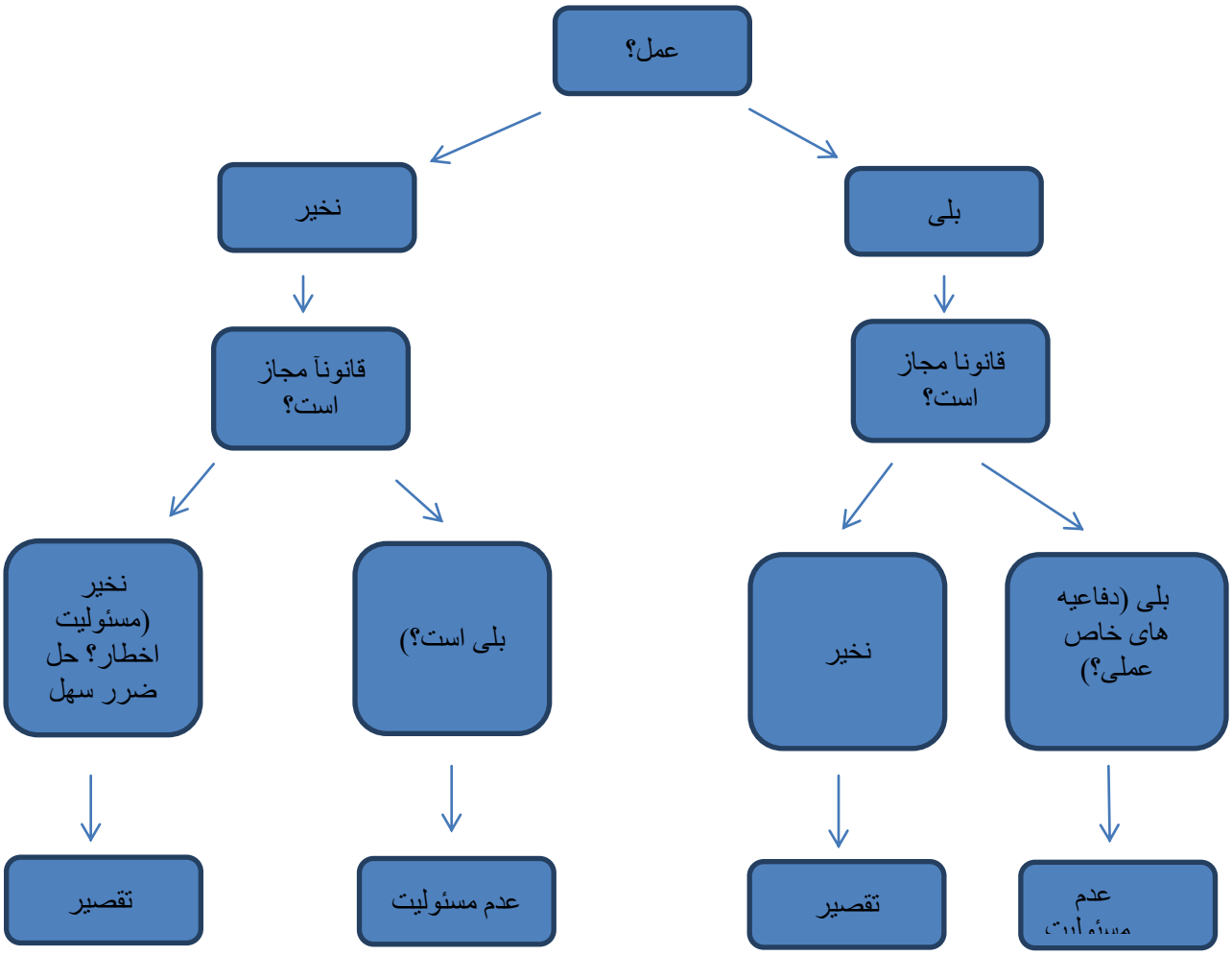
[263] For a look at products liability law in Egypt, see Howard L. Stovall, "Product Liability Law in Egypt—An Overview of Some Civil and Commercial Code Rules," *Law Office of Howard L. Stovall*.

برای تشخیص اینکه آیا شخصی مسئولیت مدنی دارد یاخیر باید در مورد چهار نوع عمل مختلف فکر کرد: اعمال که در قانون مجاز اند، اعمالی که در قانون ممنوع اند، اعمالی که در قانون عدم انجام آنها مجاز اند، و اعمالی که مطابق قانون عدم انجام آنها ممنوع اند. هر نوعی از این اعمال در جدول پائین با ذکر مثالی تمثیل گردیده است.

	عمل (تعدی)	**امتناع از اجرای عمل (تفریط)**
اعمال مجاز در قانون	**گروه اول** **(شنیدن موسیقی، دفاع مشروع)**	**گروه دوم** **(تمام اشخاص در حوض مکلف به نجات براتعلی نیستند)**
اعمال ممنوع در قانون	**گروه سوم** **(حمله بر یک شخص، مگر اینکه دفاع مشروع باشد)**	**گروه چهارم** **(آگهی های اخطاریه در سگرت، سرباز افغان که فریق را در کوه دیده بود)**

بر علاوۀ این چارت، نمودار پائین نیز در تشخیص اینکه یک عمل موجب ایجاد مسئولیت مدنی میگردد یاخیر، کمک خواهد کرد. وقتیکه این نمودار را مطالعه کردید، تمرین زیر در مورد موجودیت یا عدم موجودیت مسئولیت را تکمیل کنید.

نمودار توضیح تقصیر



تمرین: آیا مسئویت در این مثال ها وجود دارد یاخیر؟

در هریکی از این مثال ها آیا شخص مورد نظر وجیبهٔ قانونی را نقض کرده است یا خیر؟

۱. بهرام در جادهٔ رانندگی میکند و با بز پریسا تصادم کرده و در نتیجهٔ این حیوان میمیرد.

۲. فقیر در محل مزدحمی است و متوجه میشود که لطیف دچار حملهٔ قلبی میشود. او به همه اطمینان می دهد که او روش ارائهٔ کمک اولیه را در این مورد دارد. ولی او دفعتا اعتماد به نفس خود را از دست داده و میترسد که وضعیت را خراب تر کند، لذا محل را ترک میکند. در نتیجه لطیف آسیب شدید مغزی میبیند.

۳. صبرینا صفهٔ سرپوشیدهٔ را در ملکیت خود برای نشستن در هوای آزاد میسازد. حمید که نوجوان کنجکاو است میخواهد این محل را بدون اجازهٔ صبرینا از نزدیک ببیند. وقتیکه در در این تفریحگاه بالا میشود تصادفآ تعادل خود را از دست داده و سقوط میکند که در نتیجه بازوی او میشکند.

٤. ترکی ادیب را اختطاف میکند. ترکی از مدت ها بدینسوجاوید را خوش ندارد. سابقه رقابت و همچشمی شان برمیگردد به دوران طفولیت شان. از همینرو بخاطر انتقام از جاوید، ترکی به ادیب را میگوید که یا خانهٔ جاوید را به آتش بکشد یا او ادیب را خواهد کشت. واضحاً در این شرایط ادیب خانهٔ جاوید را به آتش میکشد. جاوید علیه ادیب بخاطر اتلاف خانهٔ خود اقامهٔ دعوی میکند.

پاسخ های پیشنهادی به تمرینِ آیا مسئویت در این مثال های وجود دارد یاخیر؟

۱. این موضوع وجیبهٔ مدنی بهرام مبنی بر عدم ضرر رساندن را نقض میکند. این مثال عملی است که قانون آنرا ممنوع قرار داده است.

۲. این مثال احتمالآ وجیبهٔ مدنی فقیر را نقض میکند. هرچند که یک شخص معمولاً مکلفیتی در قسمت کمک به شخص متضرر دیگری ندارد، ولی اطمینانی که فقیر به اطرافیانش در مورد توانایی او برای کمک به مجروح داده ممکن مسئولیت را خلق کند چه بسا ممکن که بسیاری دیگری این کمک را میتوانست ولی با شنیدن گفته های فقیراطمینان حاصل کرده و محل را ترک کرده باشند.

۳. این مثال به احتمال زیاد وجیبهٔ برای صبرینا خلق نمیکند. صبرینا مرتکبی عملی نشده که موجب ضرر به دیگری شده باشد و او به احتمال زیاد مکلفیتی در قسمت اخطار دادن به دیگران از کدام خطری نداشته است. موجودیت یک محل نشیمن مرتفع و ارتفاع آن خو دلیل واضح حتی برای یک نوجوان است که محتاط باشد.

٤. ادیب به احتمال زیاد مسئولیت مدنی ندارد. هرچند که آتش زدن به ملکیت دیگری معمولا مجاز نیست ولی دلیل اساسی ادیب این خواهد بود که او تحت اکراه مجبور به انجام اینکار شده است.

۲. اتلاف مال

برعلاوه از ممنوعیت بسیار کلی از ایجاد ضرر آنطوریکه در مواد ۷٦۷ و ۷۷۷ گذشت، قانون مدنی در بر دارنده تعدادی از مواد مشخصیکه چهار مبحث مشخص دیگر نیز تحت پوشش قرار میدهد که عبارتند از اتلاف مال، غصب، فعل مضر بر نفس، و ضرر معنوی.

تلف کردن مال یکی از متداول ترین نوع نقض وجایب مدنی اشخاص است. این نوع تلف کردن در حقوق اسلام بنام **اتلاف** نامیده میشود. قواعد کلی تلف مال در زیر بیان گردیده است.

قانون مدنی

ماده ۷۵۸
شخصیکه مال غیر را تلف نماید، بضمان ضرر ناشي از آن مکلف میباشد.

ماده ۷۵۹
شخصیکه مال غیر را خواه در تصرف خودش باشد یا امین او، قصداً و یا بدون قصد تلف نماید، بضمان ضرر ناشي از عمل خود مکلف شناخته میشود.

ماده ۷٦۱
در صورت اتلاف کلي، ضمان مال طور کامل و در صورت اتلاف جزئي، ضمان نقصانیکه بر قیمت مال عاید گردیده است، بر ذمه تلف کننده لازم مي گردد.

در مورد مقررات کلی نفی ضرر، مواد قانون درمورد منع اتلاف ماد غیر بسیار وسیع اند. مادۀ ۷۵۸ شرایطی را مشخص نساخته بلکه به سادگی بیان میدارد که اتلاف مال باید جبیره شود. مادۀ ۹۵۹ را دوباره بخوانید و این دو فرضیۀ زیر را پاسخ دهید:

تمرین: اتلاف مال

۱. پامیر در یکی از جاده های شهر کابل مشغول رانندگی است. باوجودیکه او در سمت درست جاده رانندگی میکند ولی یک کراچی که بار زیادی را حمل میکند در در نزدیک مسیر پامیر درحرکت است. وقتیکه پامیر از کنار این کراچی میگذرد بدون اینکه متوجه شود موتراو با قسمتی از محموله تماس پیدا کرده موجب شکست آن شده و در نتیجه محتویات داخل آن در وسط جاده میریزد. این محموله کاملا خراب میگردد.آیا باید پامیر مسئول ضرر بر محموله باشد؟

۲. رمضان مرد ثروتمندی است. او یکی از تعمیرات خود را برای استفادۀ دانشگاۀ امریکایی افغانستان وقف میکند. یک روز یکعده سارقین ضرر جدی به این تعمیر وارد میسازد. اگر رمضان علیه این اشخاص سارق اقامۀ دعوی کند، آیا آنها قانوناً مسئول ضرر به این ملکیت خواهند بود؟

پاسخ های پیشنهادی به تمرین اتلاف دارایی

۱. پامیر به احتمال زیاد مسئول خواهد بود. هرچند که او در مسیر خود رانندگی میکرد، ولی مادۀ ۷۵۹ قانون مدنی واضح است که شخص مسئول ضرر بر مال دیگری است ولو اگر این ضرر غیر عمدی بوده باشد.

۲. بلی. سارقین مسئولیت قانونی در قبال ضرر بر این ملکیت دارند. مادۀ ۷۵۹ حکم میکند که یک شخص مسئول جبران خساره در قسمت اتلاف مال دیگری است ولو اگر مال در تصرف امین او باشد که عین موضوع در قضیۀ حاضر وجود دارد.

مادۀ ۷٦۱ نیز مهم است. این ماده نیز ضرر مالی را در بر میگیرد. اصولا این ماده بیان میدارد که جبران ضرر باید متناسب با ضرر وارده باشد. اگر شما یک چهارم ملکیت شخصی را تخریب میسازید، در اینحال شما مسئول پرداخت پول یک چهارم ملکیت آنها می باشید. ولی اگر شما تمام دارائی شخصی را از بین می برید، در اینحال مسئول پرداخت مبلغ معادل تمام دارائی از بین رفته خواهید بود. هرچند این اصل ساده است ولی گاهی می تواند پیچیده شود. مثلاً تصور کنید که تلفون آیفوی هادی از دست ذبیح افتیده، شیشۀ آن می شکند. هادی قادر به دیدن چیزی در روی صفحۀ تلفون خود نمی باشد. شرکت تولید کنندۀ آن یعنی اپل می گوید که راۀ سادۀ برای تبدیل کردن تنها صفحۀ آیفون وجود ندارد. با در نظر داشت اینکه ذبیح تنها صفحۀ موبایل را خراب ساخته، آیا باید ذبیح تنها مبلغ پول معادل ارزش صفحۀ موبایل را به هادی بدهد یا اینکه مبلغ معادل تمام موبایل را؟

مقررات قانون مدنی سه نوع متمایز از حالات اتلاف مال تنظیم میکند: مسئولیت غیر مستقیم، مسئولیت مشترک، و مسئولیت اشخاص صغیر.

۲,۱.مسئولیت غیر مستقیم:

اکثریت قضایای اتلاف مال بسیار واضح است و آن اینکه یک شخص به شکل واضح دارائی شخص دیگر را تلف میکند. بطور مثال تصور کنید که یک شخص در ملک خود آتش افروخته و این آتش به ملک همسایۀ او سرایت کرده و موجب ویرانی خانۀ وی گردد. شخصی که آتش را افروخته بصورت مستقیم مسئول تخریب ملک همسایۀ خود است. بعضی اوقات دیگر مسئولیت اتلاف مال به ساده گی قابل تشخیص نیست. بطور مثال اگر شما درب ورودی خانۀ همسایۀ خود را باز کرده و سگ همسایه به سرک بیرون شود که در نتیجه با یک موتر تصادم کند، آیا شما باید مسئول باشید؟ مادۀ ۷٦۰ و ۷٦٤ را مطالعه کنید.

قانون مدنی

ماده ۷٦۰
طوریکه ایجاد سبب اتلاف موجب ضمان میگردد، قصور در تهیه وسایل ممکنه رعایت احتیاط، نیز ضمان ضرر را لازم می گرداند.

ماده ۷٦٤
متسبب ضرر وقتی مکلف به تادیه ضمان پنداشته میشود که فعل او منجر به وقوع ضرر شده باشد.

قانون مدنی دو نوع از اتلاف مال را در بر میگیرد: **اتلاف مستقیم (یا اتلاف مباشرت)** و **اتلاف غیر مستقیم (یا اتلاف بسبب)**. اتلاف با اجرای عمل یا امتناع از اجرای عمل صورت گرفته میتواند. اتلاف مستقیم در بخش قبلی به بحث گرفته شد. اگر شما سوار بر موتر خویش با قسمتی از خانۀ شخص تصادم کنید، شما مسئول ضرر وارده هستید. ضرر غیر مستقیم البته پیچیده گی بیشتری دارد. همانطوریکه مادۀ ۸۸۸ مجلة الاحکام بیان میدارد: "اتلاف غیر مستقیم (یا تسبیب) عبارت

است از سبب گردیدن برای ویرانی یک شی."[۲۶۴] این ماده مثال های خوبی در زمینه برای وضاحت و فرق گذاشتن میان اتلاف مستقیم و غیر مستقیم ارائه می کند:

۱. طناب یک چراغ که آویزان است قطع میشود. در نتیجه چراغ به زمین افتیده و می شکند. شخصیکه رشته را قطع کرده علت مستقیم برای تلف این رشته بوده و علت غیر مستقیم برای تلف چراغ محسوب می شود.

۲. شخصی بشکۀ را از وسط به دو قسمت پاره میکند، و در نتیجه روغنیکه در بین بشکه بوده بیرون ریخته و از بین میرود. این شخص علت مستقیم برای تلف بشکه و علت غیر مستقیم برای تلف روغن می باشد.

مفهوم اتلاف مستقیم و غیر مستقیم در مواد ۷٦۰ و ۷٦۴ قانون مدنی درج است. مادۀ ۷٦۰ قانون مدنی "ایجاد سبب اتلاف" که موجب ضرر شود را منع می کند. گاهی اوقات حد فاصل میان اتلاف غیر مستقیم که موجب مسئولیت میشود و عمل قانونی شخص (که مسئولیت را بار نمی آورد) ممکن بسیار مشکل و غیر قابل تشخیص گردد. بطور مثال تصور کنید که احسان موتر خود را میراند و آرن موتر را برای مدت طولانی به صدا در میآورد. صدای آرن موتر حیوانات نادیه را که در کنار جاده هستند وحشت زده می سازد. حیوانات هر طرف پراگنده شده و نادیه چند رأس حیوان را پیدا کرده نمی تواند. آیا باید احسان مسئول حیوانات ناپدید شده باشد؟ بهترین استدلال برای هر یکی از این دو جانب چه خواهد بود؟ آیا فرق میکند که علت فشردن آرن توسط احسان را در نظر بگیریم؟ چه میشود اگر او آرن را بخاطری به صدا در آورده که موتر دیگری نزدیک بود با اوتصادم کند؟ چه میشود اگر او آرن را صرف بخاطر آزار دادن حیوانات و لحظۀ خندیدن به فرار آنها فشرده باشد؟

تمرین پائین را تکمیل نموده و فهم خود در مورد این دو مفهوم را آزمایش کنید.

تمرین: اتلاف غیر مستقیم

برای هریک از اعمال زیر آیا عمل انجام شده مثالی از اتلاف غیر مستقیم است یا عملیست که مسئولیت به بار نخواهد آورد؟

۱. در جریان کشتی فهیم رسول را محکم میگیرد. وقتیکه فهیم اینکار را میکند، موبایل آیفون فهیم از جیبش به زمین افتیده و می شکند.

۲. بدون علتی جواد آب که به زمین ملیحه روان است را قطع می کند. زمین و حاصلات آن خشکیده و از بین می رود.

۳. محمود یک شکارچی است که به قصد شکار فیر میکند ولی حیوان کمال رمیده و ناپدید میشود.

٤. عبدالله درب اصطبل بصیر را باز میگذارد. حیوانی از درون اصطبل به بیرون فرار کرده و ناپدید میشود.

٥. فرهاد به قصد ترساندن حیوانات راحله توسط تفنگش فیر میکند.

٦. اقبال درب قفسی را که متعلق به الینا است باز کرده و در نتیجه پرندۀ الینا به بیرون پرواز میکند.

پاسخ های پیشنهادی به تمرین اتلاف غیر مستقیم

[264] Mejelle Article 888.

هر سوالی در این تمرین بر اساس مثالی در مجلة الاحکام تهیه گردیده است. نام ها و نوع مال در این سوالات تا حدی تغییر داده شده است ولی مفهوم اصلی حفظ گردیده است. پاسخ به این سوالات:

١. اتلاف غیر مستقیم. این سوال بر اساس مثالی در مادۀ ٩٢٢ مجلة الاحکام در مورد اتلاف غیر مستقیم تهیه شده است.

٢. اتلاف غیر مستقیم. این سوال بر اساس مثالی در مادۀ ٩٢٢ مجلة الاحکام در مورد اتلاف غیر مستقیم تهیه شده است.

٣. مسئولیت مدنی وجود ندارد. مادۀ ٩٢٣ مجلة الاحکام واضح میسازد که در این مورد مسئولیت مدنی وجود ندارد.

٤. اتلاف غیر مستقیم. این سوال بر اساس مثالی در مادۀ ٩٢٢ مجلة الاحکام در مورد اتلاف غیر مستقیم تهیه شده است.

٥. اتلاف غیر مستقیم. مادۀ ٩٢٣ مجلة الاحکام بیان میدارد که بر عکس مثال شماره ٣، این مورد نمونۀ از اتلاف غیر مستقیم است.

٦. اتلاف غیر مستقیم. این یکی از مثال های است که در مادۀ ٩٢٢ مجلة الاحکام در مورد اتلاف غیر مستقیم بیان شده است.

برعلاوۀ اتلاف غیر مستقیم، مادۀ ٧٦٠ قانون مدنی همچنان حکم می کند که " قصوردرتهیه وسایل ممکنه رعایت احتیاط" می تواند مسبب تقصیر باشد. بطور مثال اگر یک شرکت تصمیم به ساخت محلی برای تهیۀ مواد کیمیاوی زهری بگیرد، شرکت باید اخطاریۀ را در محل نصب کند که نشان دهد مواد زهری کیمیاوی در آن محل وجود داشته و اشخاص باید محتاط باشند. اگر شخصی به محل آمده و از این مواد متضرر گردد، شرکت در قبال این ضرر مسئول خواهد بود زیرا شرکت در اعلام اخطار از موجودیت خطر در ورود به این محل قاصر بوده است.

٢,٢. علل متعدد

قانون مدنی

ماده ٧٦٣

در صورت اجتماع مباشر و متسبب، هر يكي از آنها كه متعدي يا متعمد باشد، ضامن شناخته ميشود. در صورت اشتراک هر دو مشترکاً به تادیه ضمان مکلف پنداشته میشوند.

هرچند اغلباً در اتلاف مال صرف دو طرف دخیل می باشند، ولی مثال های زیادی وجود دارد که در آنها بیش از دو نفر دخیل اند. مثلاً یکعدۀ از اطفال تصمیم به تخریب مُلک یک شخص نمایند و یا یکعده اشخاص مجرم یک خانه را در جریان سرقت آن به آتش بکشند. ماده ٧٦٣ قانون مدنی را به دقت بخوانید. نکاتی مهمی در مورد مادۀ ٧٦٣ وجود دارد که باید در نظر داشت. نکتۀ اول اینکه این ماده بسیار کلی و جامع است. اگر اجتماعی از دو یا زیاده اشخاص وجود داشته باشد، هریکی مسئول شمرده شده میتواند مشروط به اینکه متعدی یا متعمد بوده باشند. لذا اگر شخصی در گروهی دخیل بوده ولی در عمل اولی مضر سهم نداشته باشد، این شخص هنوز هم بنا به دلیل شراکت در عمل مضر مسئول خواهد بود. اگر آرش دستگیر را پول بدهد تا موتری را آسیب برساند، در اینحال هردوی آنها مسئول خواهند بود بخاطریکه آرش مسبب جرم را و دستگیر عامل آن می باشد.

شرایط مشکل تر نیز ممکن وجود داشته باشد. تصور کنید که محمود به ملالی بخاطر آموزش رقص پول می پردازد. در جریان آموزش تصادفا پای ملالی به یک گلدان قیمتی میخورد و آنرا می شکند. آیا هردوی اینها (ملالی و محمود) در قبال این ضرر مشترکا مقصر اند؟ بحث قبلی در مورد رابطه میان مواد ۸ و ۹ (۲) (۳) را به یاد بیاورید. آیا هردوی اینها باید مسئول باشند؟ بهترین استدلال برای هر دو طرف چه خواهد بود؟

ماده ۷۶۳ مفهوم **مسئولیت مشترک** را معرفی میکند. مسئولیت مشترک دکترین حقوقی است که تمام اشخاص مسئول برای ضرر مکلف به جبران ضرر مالی اند که به متضرر وارد گردیده است. بیائید یک مثال را در نظر بگیریم. تصور کنید که الیاس و نادیه هر کدام مصروف رانندگی هستند. موتر آنها ابتدأ با هم تصادم کرده و سپس هر دو موتر به موتر پرویز تصادم میکند. پرویز متقبل ۳،۰۰۰،۰۰۰ افغانی به دلیل جراحات شدید و مصارف تداوی میگردد. آیا باید الیاس و نادیه مسئول پرداخت این مصارف گردند؟ بر اساس اصل مسئولیت مشترک، هردوی آنها مسئول اند. آیا باید پرویز این مبلغ ۳،۰۰۰،۰۰۰ افغانی را از هرکدام طرفین بدست بیاورد؟ قانون دریافت این مبلغ را از هر یک آنها منع میکند (یعنی مجموعآ ۶،۰۰۰،۰۰۰) بخاطریکه پرویز مبلغ ۳،۰۰۰،۰۰۰ افغانی اضافه تر از آنچه که مستحق است دریافت میکند. در عوض قانون مسئولیت را میان دو طرف مقصر تقسیم میکند. شاید تقسیم منصفانه به گونهٔ باشد که هر طرف مسئول پرداخت مبلغ ۱،۵۰۰،۰۰۰ افغانی به پرویز گردند.

برای مرور مسئلهٔ عاملین متعدد قضیهٔ "روز بدی برای رشید" را تکمیل کنید.

تمرین: روز بدی برای رشید[۲۶۵]

بصیر، دینا و رشید دوستان قدیمی هستند که از شکار لذت میبرند. یک روز آخر هفته بیرون از شهر برای پرتاب و شلیک میروند. بعد از اینکه در محلی مستقر میشوند، هریکی برای شکار پرندگان به سمتی می روند. این گروه پرندگانی را در صد متری خود میبیند. پرندگان نزدیک یک خانه بودند و احتمال آن میرفت که در بیرون خانه شخصی مصروف کار باشد. ولی در هر صورت رشید بسیار مشتاق بود که هر چه زودتر شلیک کند و به کار گروهی خود اعتماد داشت. او به دیگران گفت "بیاید این کار را کنیم. هیچ مشکلی ایجاد نخواهد شد." هر سه آنها بسوی پرندگان نشانه گرفتند و شلیک کردند. متاسفانه یکی از مرمی ها به سحر که در آنجا کار میکرد تصادم کرده و موجب قتل او شد. تحقیق نشان داد که بصیر یا دینا باید مسبب قتل باشند زیرا نوع مرمی که رشید استفاده میکرد متفاوت از مرمی استفاده شده توسط دو نفر دیگر بود.

آیا بصیر و دینا مسئول قتل سحر هستند؟

اگر ما نفهمیم که بصیر یا دینا موجب قتل سحر شده است، آیا آنها هنوز هم مسئول شناخته شده می توانند؟ آیا رشید نیز مسئول شناخته شده میتواند؟

بر اساس مادهٔ ۷۶۳ بصیر و دینا میتوانند مشترکآ مسئول قتل سحر شناخته شناخته شوند. هر دوی آنها عامل بوده و به اثر تشویق رشید عملا به شلیک مبادرت ورزیده بودند.

مسئلهٔ که آیا مرمی از تفنگ دینا یا بصیر خارج شده احتمالا بسیار مهم نخواهد بود. هنوز هم هردوی آنها عامل بوده و لذا هر دو مشترکاً مسئول اند.

[265] These facts are adapted from Orser v. George 252 Cal. App. 2d 660 (1967).

احتمالاً رشید نیز همرای بصیر و دینا مسئول شناخته شود. تشویق او که گفت "بیائید این کار را کنیم" شاید او را در موقعیت مسبب قرار دهد. هرچند مرمی تفنگ او موجب قتل سحر نشد، ولی تشویق او نقش مهمی را در متقاعد ساختن گروه به این اقدام خطرناک بازی کرده است.

۲,۳. اتلاف توسط شخص صغیر

بلاخره قانون مدنی حکمی را در مادۀ ۷۶۲ در مورد اتلاف توسط صغیر شامل میشود. این ماده حکم میکند که صغیر خواه ممیز یا غیر ممیز باشد، " ضمان مال تلف شده از مال متعلق بخود وی لازم می گردد." این ماده واضح میسازد که اشخاص صغیر از مسئولیت در قبال اتلاف مال دیگران مستثنأ نیستند. ولی این ماده مشخص می سازد که اشخاص صغیر مستحق مهلتی الی دارا شدن جهت جبران خساره بوده میتوانند. این ماده بیان میدارد که " ولی وصی وقیم بضمان مال تلف شده مکلف پنداشته نمیشود، مگردرصورتیکه محکمه آنهارا بضمان مال مکلف سازد، درین صورت حق رجوع آنها برتلف کنند محفوظ می باشد." البته این بدان معنی است که در صورتیکه ضغیری باعث اتلاف مالی گردده، معمولاً اولیا و نمایندۀ صغیر مسئول جبران خساره نبوده ولی به محکمه اجازه میدهد که البته طوری دیگری در مورد تصمیم بگیرد. مسئولیت در قبال کردار اشخاص دیگر بحثی است که در فصل بعدی به آن پرداخته می شود.

۳. غصب

غصب نوع دیگری اعمالی است که در قانون مدنی به صراحت منع شده است. غصب به اخذ مال دیگری به جبر اطلاق میگردد. بطور مثال؛ اگر فاتح حیوان جمال را گرفته و آنرا استفاده کند این نمونۀ از غصب است. اصطلاع غصب ریشه در حقوق اسلام دارد. غصب سه عنصر دارد: (۱) عمل کنترول بر عمل (۲) مال باید متعلق به شخص دیگری باشد، (۳) و رضایت مالک در استفاده این مال توسط دیگری وجود نداشته باشد.[۲۶۶] حتی اگر این تملک بصورت اشتباه صورت گیرد باز هم غصب تحقق می یابد. هنوز هم باید شخص جانب متضرر را جبران کند. مادۀ ۵ قانون مدنی تا حدی در این موضوع پیش میرود که حکم میکند حتی وضعیت اضطرار نیز مانع جبران خساره نمی گردد.

قانون مدنی

ماده ۷٦٥
(۱) غاصب برد آنچه غصب نموده مکلف می باشد.
(۲) اگر ضرری بائر غصب عاید گردد، مرتکب برعلاوه رد عین مال مغصوبه در محل غصب، به جبران خساره نیزمکلف می باشد.

ماده ۷٦٦
درصورتیکه مال مغصوبه از طرف غاصب استهلاک گردد و یا کل یا بعضی آن نزد وی هلاک شود و یا به سبب تعدی یا بدون تعدی وی تلف گردد، بضمان مال مغصوبه مکلف دانسته میشود.

ماده ۷٦۷
هر گاه مال مغصوبه نزد غاصب تغییر نماید، مغصوبه منهُ می تواند، عین مال مغصوبه را با جبران خساره عایده یا ضمان آنرا از غاصب مطالبه نماید.

[266] Mejelle Article 881.

ماده ۷۶۸

زواید مال مغصوبه متعلق بمالک آن بوده، درصورتیکه زواید هلاک گردد یا ازطرف غاصب استهلاک شود، غاصب بضمان آن مکلف می باشد.

مواد ۷٦٥ و ۷٦٦ قانون مدنی احکام اساسی در مورد ممنوعیت غصب را بیان میکند. مادۀ ۷۶۵(۲) حکم میکند که غاصب هر آنچه را که غصب کرده به مالک مسترد کند. غاصب شخصی است که مال متعلق به دیگری را غصب میکند. مادۀ ۷۶۵(۲) همچنان حکم می کند که غاصب همچنان مسئول جبران ضرری است که به صاحب مال وارد میگردد. اگر به عنوان مثال طاهر اسپ مربوط به لیمه را که برای زراعت او بسیار حیاتی است غصب نموده باشد، در اینحال ممکن که طاهر مسئول جبران منافع از دست رفتۀ لیمه در اثر غصب نیز خواهد بود. علت آن در اینست که بر اثر این غصب لیمه قادر به پیشبرد کار های خود نشده و نفع متوقعه را از دست داده است. مادۀ ۷۶۶ مفهوم ابتدائی ضرر که شامل ضرر در اثر کاهش ارزش کالای مغصوبه است را توضیح میدهد. اگر طاهر موتر یاثر را غصب یا دزدی نماید، و آنرا کیلومتر ها براند، ماشین آنرا خراب کند، در اینحال طاهر در قبال کاهش ارزش موتر و همینطور اضرار مالی که یاثر در اثر از دست دادن موتر خود متقبل شده مسئول می باشد.

قانون مدنی همچنان احکامی دارد که با سه نوع مشخص غصب ارتباط دارد. نوع اول از این سه حالت **تغییر** مال مغصوبه است. تغییر وقتی اتفاق می افتد که یک شخص مالی را غصب نموده و آنرا تغییر میدهد. اگر مال مغصوبه تغییر نماید، جبران آن باید به چه شکلی باشد؟ مادۀ ۷٦۷ را دوباره بخوانید. برای درک مفهوم تغیر مال مغصوبه، مجلة الاحکام مثال دو نوع از تغیر را که شامل **تغیر مثبت** و **تغییر دایمی** است ارائه میکند. در مادۀ ۸۹۸ مجلة الاحکام حکم میکند که اگر شخصی مالی را غصب نماید و به آن مال بیفزاید، مالک مال میتواند یا مبلغ معادل ارزش مال را بخواهد و یا هم مال را با تغییر افزوده شده بگیرد و مازاد ارزش برمال را به غاصب مسترد کند.[۲٦۷] برای وضاحت این مطلب مجلة الاحکام مثالی را ارائه میکند. اگر شخصی رخت کسی را غصب کند و آنرا رنگ نماید (که در اثر آن ارزش مال بالا برود)، مالک رخت میتواند یکی از این دو کار را کند (الف) مبلغ معادل ارزش رخت در حالت اولی آنرا از غاصب بگیرد یا، (ب) قیمت رنگی را که به رخت اضافه شده را به غاصب بپردازد. هریکی از این دو گزینه با اصل کلی در مورد غصب مطابقت دارد. این اصل حکم میکند که عبارت مالک مال باید برای ارزش مال غصب شده جبران گردد. بخاطریکه مالک مال برای ارزش رنگ اضافه شده به رخت پول نپرداخته، لذا او نباید این نفع اضافی را بدون پرداخت بدل آنه به غاصب مستحق گردد.

نوع دیگری ازتغییر که در مجلة الاحکام بیان گردیده است **تغییر دایمی** و فسخ ناپذیر است. تغییر دایمی وقتی اتفاق می افتد که مال به گونۀ بنیادین تغییر یافته و به حالت اولی آن برگردانده نمی شود. در مثال لباس یا رخت، مال تغییر یافته هنوز هم مشابه اولی است، صرف حالا رنگ آن تغییر یافته است. تغییر دایمی برعکس مال را به اندازۀ تغییر میدهد که به صفت حالت اولی آن قابل تعریف نیست. مجلة الاحکام دو مثال مفیدی را در زمینه ارائه میکند[۲٦۸]:

۱. شخص اولی گندم شخص دیگری را غصب نموده و آنرا آرد کند. غاصب مکلف به جبران خساره به گندم شخص بوده و آرد به خود او تعلق میگردد.

۲. شخص اولی گندم شخص دیگری را غصب نموده و آنرا در مزرعۀ خود می پاشد. او مسئول جبران خساره به گندم شخص بوده ولی حاصلات زمین به خودش تعلق میگیرد.

[267] Mejelle Article 898.
[268] Mejelle Article 899.

همانطوریکه در این مثال ها می بینید، غاصب مال مغصوبه را آنچنان تغییر داده که ناممکن است تا مال را بتوان به حالت اولی آن برگرداند. مثلا ممکن است که مالک گندم آنرا برای هدفی غیر از آرد کردن بکار میبرد. برگرداندن آرد به مالک مشکل او را حل نمی کند. لذا غاصب مکلف به پرداخت ارزش معادل گندم است نه دادن آرد به عوض گندم.

مورد دوم از حالات غصب که در قانون مدنی و مجلة الاحکام درج گردیده عبارت از افزایش یا کاهش در مال مغصوبه است. ارزش اموال اکثراً در حال تغییر می باشد. تقاضا برای اموال در بازار در حال تغییر می باشد، و گاهی حتی مال ارزش استفاده را از دست میدهد، و یا خود مال باعث تولید ارزش اضافی میگردد (مثل مرغ که شروع به تخم دادن کند). قاعدۀ اصلی در زمینه بسیار واضح است و آن اینکه هر آن افزایش یا کاهش در ارزش مال به مالک تعلق میگیرد مگر اینکه این تغییرات توسط غاصب ایجاد گردیده باشد. این قاعده در مادۀ ۷٦۸ قانون مدنی که در بالا درج است بیان گردیده است. و مجلة الاحکام هم مثل همیش مثال های خوبی در زمینه ارائه میکند.

مثال اول در مورد افزایش ارزش مغصوبه در زمانیست که مال در اختیار غاصب باشد. دراینحالت "هر آن افزایش که در مال مغصوبه ایجاد میگردد به مالک مال تعلق میگیرد."[۲٦۹] بطور مثال اگر شخصی حیوان شیرده را غصب کند، هر آن شیر گرفته شده از حیوان از زواید مال مغصوبه بوده و باید به مالک داده شود. همینطور مجلة الاحکام بیان میدارد که "عسل زنبور های عسل که در باغ شخصی کندو ساخته اند به مالک باغ تعلق دارد. اگر شخص دیگری آنرا برداشته و مصرف کند، او مسئول جبران خسارت است."[۲۷۰]

مثال دیگری در مورد افزایش در ارزش خود مال است. سئوال اساسی در اینجا اینست که آیا این افزایش در نتیجۀ عمل غاصب بوده یا خیر؟ براساس مادۀ ۹۰۰ مجلة الاحکام که بیان میدارد "اگر قیمت و ارزش شی بعد از غصب کاهش یافته، مالک نمی تواند از قبول مال استنکاف نماید." بطور مثال؛ تصور کنید که احسان رأس۱۰۰ کوسفند نبیل را غصب میکند. در زمان غصب آنها، قیمت هر گوسفند ۴،۰۰۰ افغانی بود. بعد از غصب قیمت هر گوسفند به ۳،۵۰۰ افغانی کاهش می یابد بخاطریکه عرضه در بازار زیاد شده و قیمت های پائین آمده است. اگر احسان بخواهد که گوسفند ها را به نبیل مسترد کند، نبیل نمی تواند که این استرداد را نپذیرفته و ۴،۰۰۰ افغانی بابت هر گوسفند از احسان مطالبه کند. احسان مسئول کاهش در نرخ ها در بازار نبوده و از همینرو مسئول جبران خسارت بابت این کاهش نیز نیست. ولی اگر نبیل نشان دهد که او خریداری داشت که تمام گوسفندانش را به قیمت ۴،۰۰۰ فی گوسفند میخرید، در اینحال او احتمالاً مستحق جبران این ضرر بر اساس حکم مادۀ ۷۶۸ شده میتواند.

اما مادۀ ۹۰۰ مجلة الاحکام بیان میدارد که غاصب در صورتیکه مسئول پائین آمدن ارزش مغصوبه گردد باید ضرر حاصله را جبران کند. بطور مثال اگر "شخص اولی حیوان شخص دیگری را غصب نموده و حیوان مذکور را در حالیکه نحیف شده به مالک آن مسترد کند، شخص اولی مسئول جبران به میزان کاهش در ارزش حیوان می باشد."[۲۷۱] در نتیجه اگر احسان حیوان نبیل را در آفتاب سوزان مورد بهره برداری قرارداده و سبب بیماری حیوان شده باشد، در اینحال احسان مسئول کاهش ارزش حیوان میباشد.

حالت اخیر غصب در مورد عقار است. مادۀ ۷۶۹ را مطالعه کنید:

قانون مدنی

ماده ۷٦۹

[269] Mejelle Article 903.
[270] Mejelle Article 904.
[271] Mejelle Article 901(1).

(۱) هرگاه مال مغصوبه عقار باشد، غاصب برد آن به مالک یا اجرت مثل آن مکلف مي باشد.
(۲) درصورتیکه غاصب در عقار بنا آباد نموده باشد و یا اشجار غرس کرده باشد، مالک مي تواند اشجار و بنا را قلع نماید، و یا قیمت آنها را در صورت موافقه غاصب مقلوعاً بپردازد.
(۳) در صورت تلف شدن عقار یا وارد شدن نقض بر قیمت آن، گر چه غاصب متعدي نباشد، بضمان مکلف مي گردد.

مادۀ ۷۶۹(۱) حکم کلی در مورد غصب عقار را بیان میدارد: عقار مغصوبه یا باید به مالک آن مسترد یا قیمت آن به مالک پرداخت گردد. مادۀ ۹۰۵ مجلة الاحکام به این قاعده اضافه میکند که غاصب مسئول کاهش در قیمت عقار (که بنام مال غیر منقول هم یاد میشود) بوده باشد، غاصب باید این کاهش در ارزش مال را جبیره کند.[۲۷۲] قانون مدنی نیز حالات مشخص در مورد غصب عقار را بیان میکند. فقره های ۱ و ۲ مادۀ ۷٦۹ را مطالعه کنید. فقرۀ اول مادۀ ۷٦۹ در مورد افزایش در عقار است. بطور مثال اگر شخصی عقار مربوط به دیگری را غصب نموده و در آنا بنا آباد نماید مثل اعمار یک انبار، صاحب عقار می تواند یا که این انبار را ویران کند و یا هم مبلغ مناسب را به موافقه غاصب به وی پرداخته و مالک آن شود.[۲۷۳] فقرۀ دوم مادۀ ۷۶۹ نوعی از مسئولیت غیر مستقیم در مورد اتلاف عقار را به غاصب ایجاد میکند. این ماده حکم میکند که غاصب حتی اگر متعدی هم نباشد مسئول است.[۲۷٤] تمرین زیر در مورد عقار را تکمیل نموده تا با این مفاهیم بیشتر آشنا شوید.

تمرین: غصب عقار

برای هر یک از مثال های زیر محاسبه کنید که چه مقدار جبران خساره را مالک از غاصب مستحق میگردد.

۱. جمیل مالک خانۀ است ولی خودش جایی بیرون از شهر برای سپری کردن رختصی رفته است. وقتیکه جمیل بدور از خانۀ خود است، نبیل در خانۀ او زندگی میکند. نبیل با بی توجهی رفتار کرده و تصادفآ چند ظرف با ارزش سفالی را در جریان مدت زندگی در خانۀ او میشکند. آیا نبیل مکلف به جبران ضرر وارده به جمیل میباشد؟

۲. مکی قطعه زمین بسیار وسیع دارد. عمر یک تعمیر بسیار مقبول در گوشۀ این زمین اعمار میکند. مکی از این تعمیر خوشش نیامده و آنرا ویران میسازد. آیا مکی مکلف است تا عمر را بخاطر ویران ساختن این تعمیر جبران خساره نماید؟

۳. فرهاد زمین بسیار زیاد دارد. او برای تجارت در یک کشور آسیایی افغانستان را برای یک سال ترک میکند. وقتیکه او بیرون است، لایق شاه گیاهان زیادی را در زمین او میکارد. لایق شاه محصولات را حاصل برداری کرده و در بازار می فروشد. اما در اثر این زرع که شیوه های نامناسب حاصل برداری در آن بکار رفته و زمین را برای سال های غیر قابل استفاده میسازد، زمین فرهاد ارزش خود را از دست داده است. آیا لایق شاه مکلف می باشد تا پول جبران خساره را به فرهاد بپردازد؟

پاسخ های پیشنهادی به تمرین غصب عقار

۱. بلی، نبیل مسئول جبران جمیل بخاطر ضرر وارده در اموال او می باشد. این مثال شبیۀ توضیح فقرۀ اول مادۀ ۹۰۵ مجلة الاحکام است. این ماده مثال زیر را ارائه میکند: "اگر شخصی خانۀ شخص دیگری را غصب کند بخشی از آنرا

[272] Mejelle Article 905.
[273] Mejelle Article 906 also addresses this idea.
[274] Article 769(3). This idea is also expressed in Mejelle Article 901.

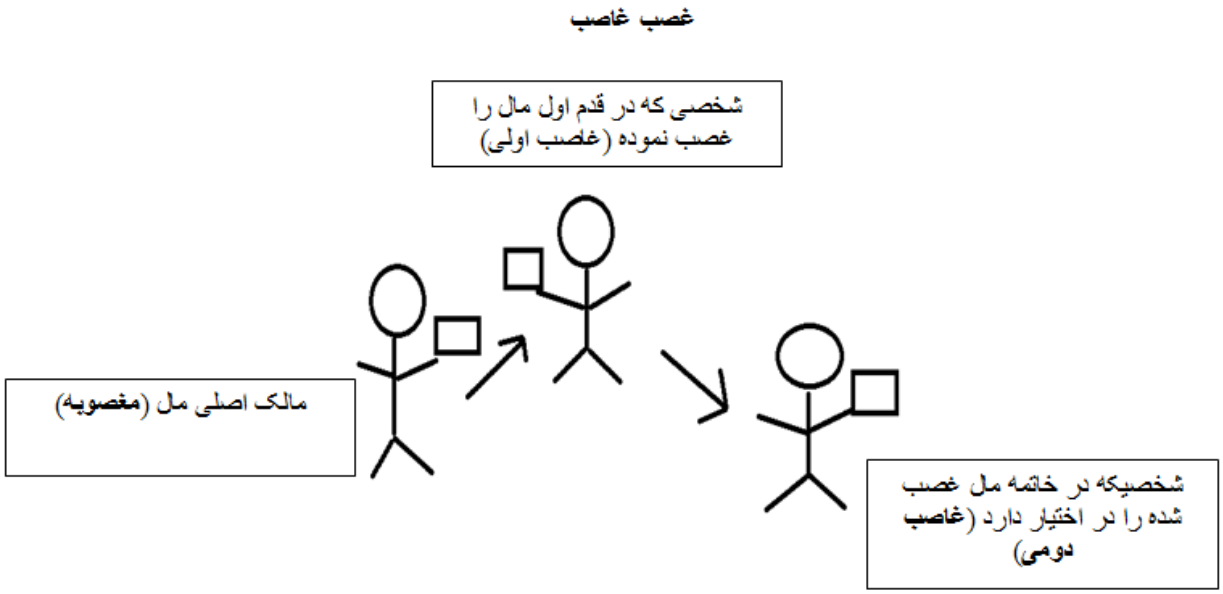
تخریب سازد، و در اثر استعمال آنرا تخریب سازد، و اگر ارزش مال کاهش بیابد، شخص غاصب مسئول جبران خسارۀ برای مبلغ کاهش یافته می باشد."

۲. نخیر، مکی مسئول پرداخت این مبلغ برای مصارف تعمیر نمی باشد. فقرۀ ۲ مادۀ ۷۶۹ بیان میدارد که مالک یک ملکیت غصب شده می تواند که بنا اعمار شده را تخریب یا مبلغ منصفانه را برای غاصب بپردازد.

۳. بلی، لیاقت شاه مسئول جبران خسارت بابت کاهش در ارزش زمین میباشد. این مثال شبیۀ توضیح مادۀ ۹۰۷ مجلة الاحکام است. این ماده بیان میدارد که "اگر شخصی عقار مربوط به شخص دیگری را غصب نموده و در آن زمین بکارد، و مالک زمین را دوباره واپس بگیرد، شخص غاصب مسئول هر آن کاهش در ارزش زمین است که در اثر این کشت و کار عاید شده باشد."[۲۷۵]

۳,۱. غصب اندر غصب

در قسمت اخیر، ما به غصب یا اخذ مال دیگری به اکراه و بدون رضایت مالک پرداختیم. قانون مدنی بحث دیگری دارد که ما در این کتاب آنرا غصب اندر غصب (یا غصب شخص سومی) می نامیم. موارد معمولی غصب شامل یک نفر غاصب میشود که مال مغصوبه را از یک نفر مالک اصلی آن غصب میکند. مورد غصب شخص سومی زمان اتفاق میافتد که یک شخص سوم مالی را که قبلا غصب شده از غاصب غصب میکند. این نمودار زیر موضوع را معرفی میکند.



با در نظر داشت این مفاهیم، بیائید که قانون مدنی را ببینیم که چگونه این موضوع را توضیح داده است.

قانون مدنی

[275] Mejelle Article 907.

ماده ۷۷۰

حکم، غصب غاصب، مانند حکم غاصب می باشد، درصورتیکه مال مغصوب نزد وی تلف گردیده یا آنرا اتلاف نماید، هر دو غاصب در برابر مغصوب منهُ مکلف بضمان میباشد.

ماده ۷۷۱

هرگاه غاصب دوم مال مغصوب را به غاصب اول رد نماید، تنها خود وی بری الزمه گردیده و درصورت رد مال به مغصوب منهُ، هردوغاصب برالذمه شناخته میشوند.

ماده۷۷۲

هرگاه غاصب مال مغصوبه را معاوضه یا تبرع نماید که درنتیجه آن تمام یاقسمتي از مال مذکور تلف گردد، غاصب و متصرف الیه هر دو مسؤول شناخته شده، مغصوب منه مي تواند از هر يكي كه خواسته باشد، ضمان مال را مطالبه نماید.

قبل از اینکه در مورد احکام غاصب دومی توضیح بدهیم، بیایید اول یک مثال را در نظر بگیریم. تصور کنید که هارون به تازگی یک موبایل آیفون خریده است و در مورد هیجان دارد. بشیر که حسادت دارد این موبایل را از هارون دزدی میکند. بشیر دقت لازم در حفظ موبایل را به خرچ نداده و در نتیجه کامله آنرا از بشیر میگیرد.

در بسیاری حالات حکم غاصب دومی در حکم نمونهٔ های عادی غصب است. مادهٔ ۷۷۰ قانون مدنی[۲۷۶] بیان میدارد که شخص سومی که مال مغصوبه را از غاصب اولی غصب کرده تحت عین احکام غصب در مورد غاصب اولی قرار دارد. همانطوریکه از بحث قبلی به یاد دارید، غاصب وجیبهٔ استرداد مال مغصوبه را داشته و هر آن ضرر وارده را نیز باید جبران کند. در اینجا کامله وجیبه دارد که موبایل آیفون را مسترد کند.

چون در این قضیهٔ دو شخص مسئول در قبال مال مغصوبه وجود دارد، از همینرو بعضی قواعد مخصوص به غاصب غاصب نیز وجود دارد. غصب مال مغصوبه توسط غاصب جدید مسئولیت مشترک از نوع آنچه که قبلا در این فصل توضیح شد را برای اشخاص ایجاد میکند. مادهٔ ۷۷۰ قانون مدنی حکم میکند که "هر دوغاصب مسئول" جبران خساره خواهند بود. همنیطور مادهٔ ۷۷۲ قانون مدنی بیان میدارد که اگر "تمام مال تلف شده باشد"، مالک میتواند از غاصب اولی (بشیر) و یا غاصب دومی (کامله) جبران خسارت را مطالبه کند. در مثال ما هر یک از دو نفر غاصب یعنی بشیر و کامله مسئول جبران خسارت برای جبران قیمت آیفون می باشند.

آیا این حکم منصفانه است؟ اگر فعلاً کامله موبایل را در اختیار دارد، پس چرا بشیر باید مسئول باشد؟ برای این حکم چند توجیه وجود دارد. اول اینکه بشیر هم در قضیه تقصیر دارد. بشیر اولین کسی است که موبایل را از هارون گرفته و لذا بشیر باید مسئول جبران خساره در قسمت ضرر وارده به هارون را داشته باشد. این حکم همچنان ممکن که بشیر را تشویق کند تا موبایل را پیدا کرده و به هارون مسترد کند. اگر کامله موبایل را در اختیار داشته باشد، هرچند بشیر از این موضوع نفعی نمی برد ولی بشیر کماکان مسئول جبران خساره به هارون است.

موضوع مهم آخری که در مورد غصب اندر غصب در قانون مدنی بحث گردیده موضوع ارتباط میان بشیر و کامله است. مادهٔ ۷۷۱ قانون مدنی[۲۷۷] بیان میدارد که اگر کامله آیفون را به بشیر مسترد کند، کامله از مسئولیت مبرا شده و مسئولیت به عهدهٔ بشیر باقی می ماند که عامل اصلی گرفتن این مال از مالک آن است. اگر کامله موبایل را به مالک آن یعنی هارون مستقیماً بپردازد، در اینحال هم بشیر و هم کامله از مسئولیت بری میگردند.

[276] Article 910 of the Mejelle is similar to Article 770.
[277] Article 911 of the Mejelle maps closely onto Article 771.

٤. اعمال مضر بر نفس و ضرر معنوی

قانون مدنی

ماده ٧٧٤
شخصیکه مرتکب فعل مضراز قبیل قتل، جرح، ضرب ویا دیگرانواع اذیت برنفس گردد، به جبران خساره وارده مکلف میباشد.

ماده ٧٧٥
شخصیکه به سبب جرح یا هرعمل مضر دیگر موجب قتل یا و فات شخص گردد، در برابر اشخاصیکه نفقه آنها بدوش متوفي بوده و به اثر قتل یا و فات از آن محروم شده اند، بتأدیه ضمان مکلف مي باشد.

ماده ٧٧٨
١ـ جبران خساره شامل سنجش ضرر معنوي نیزمي باشد.
٢ـ اگربه سبب وفات شخصیکه مورد تعدي واقع گردیده، ضرمعنوي به زوج واقارب وي عاید گردد، محکمه مي تواند براي زوج واقارب تادرجه دوم بجبران خساره حکم نماید.
٣ـ جبران خساره ناشي ازضرر معنوي، بغیر انتقال نمي کند، مگراینکه مقدار آن باساس موافقه طرفین و یا حکم قطعي محکمه تعیین شده باشد.

قانون مدنی همچنان مشتمل بر موادی است که **ضرر جسمی** را منع میکند. همانطوریکه در بخش مقدمه ذکر شد، هم حقوق جزا و هم حقوق مدنی ممنوعیت های در مورد ضرر جسمی وضع کرده اند. مسئولیت مدنی در قبال ضرر جسمی در مادۀ ٧٧٤ قانون مدنی ذکر شده است. این ماده بیان میدارد که اگر شخصی سبب ضرر جسمی به شخص دیگری گردد، این شخص مسئول جبران خساره به متضرر می باشد.

مادۀ ٧٧٥ قانون مدنی موضوع به جبران خسارتی می پردازد در صورتیکه ضرر جسمی منتج به مرگ شخص شود. اگر ضرر جسمی باعث مرگ گردد، در اینحالت شخص "مسئول دربرابراشخاصیکه نفقه آنها بدوش متوفی بوده وبه اثرقتل یاوفات ازآن محروم شده اند، بتأدیه ضمان مکلف می باشد." به عبارت دیگر، شخص مسئول مرگ شخص دیگری مکلف است به پرداخت **نفقه** به خانوادۀ متوفی که شخص متوفی مسئولیت تکفل آنها را به عهده داشته باشد. نفقه عبارت از پرداخت مبلغی به مقصد حفظ یا حراست از دریافت کنندگان مشخصی بر اساس حکم محکمه می باشد. لذا اگر غلام عمر را به قتل برساند، غلام الزامیت قانونی دارد مبنی بر پرداخت مبلغی به آنعده اشخاصیکه عمر در قبال آنها مسئولیت انفاق را به دوش داشته بود. این اشخاص شامل زوجات، اطفال، و شاید هم بعضی اقربا را شامل شود.

بر علاوه از ضرر جسمی فزیکی، قانون مدنی **ضرر معنوی** را نیز منع قرار میدهد. فقرۀ اول مادۀ ٧٧٨ قانون مدنی بیان میدارد که جبران خساره برای ضرر معنوی نیز باید پرداخت گردد. وقتیک اصطلاح ضرر معنوی را میشنوید، آنرا چگونه تعریف میکنید؟ بعضی مثال های این نوع ضرر کدام خواهد بود؟ ضرر معنوی دو نوع متمایز ضرر را در بر میگیرد: ضرر غیر جسمی و ضرر حیثیتی؟ **ضرر غیر جسمی** شامل آسیب های است که به سادگی قابل مشاهده و اندازه گیری نیست. سه نوع معمول ضرر غیر جسمی شامل درد، آلام روحی و شوک روحی است. همانطوریکه دیده میشود اصطلاح "ضرر غیر جسمی" اصطلاح کاملاً دقیق نیست زیرا درد مخصوصا به گونۀ جسمی است. ولی در هر حال درد، زجر و شوک عصبی شمال گروه دیگری از اضرار است بخاطریکه محاسبه ضرر و جبران آن مشکل است.

بیایید مثالی را در نظر بگیریم؛ تصور کنید که رسول و بهاره زندگی مشترک زناشوهری دارند. آنها بطرف فروشگاه یک روز در موتر خود روان هستند که فردین با سرعت زیاد در حال رانندگی بوده و با موتر آنها تصادم میکند. رسول جراحات زیادی برداشته به شمول اینکه دست و پایش در این حادثه می شکند. موتر خانوادگی او نیز کاملاً خراب میشود. مهمتر از همه بهاره نیز در این حادثه جان میدهد. در جریان بستری شدن رسول در شفاخانه او درد شدید را متقبل میشود. واضح است که دست و پای درد میکند ولی تمام اعضای بدنش درد دارد. حتی بلند شدن و رفتن به تشناب برای او دردآورد است. ولی شدیدتر از آن دردی است که رسول برای از دست دادن خانم خود میکشد. او خانمش را بسیار دوست داشت. رسول از این بعد هیچگاه جرئت نمی کند که نزدیک موتری شود زیرا همیشه این خاطره درد آور در ذهنیش زنده میشود.

ضرریکه فردین مسئول پرداخت به رسول می باشد شامل انواع مختلف اضرار است. ضرری که به موتر وارد گردیده واضح است زیر فردین باید مصارف ترمیم موتر را پرداخته و هم مصارف تداوی دست و پای رسول را باید بپردازد. ولی اضرار دیگری نیز است که محاسبهٔ آنها بسیار مشکل است. درد و رنج را که رسول در شفاخانه متحمل شده در تحت فقرهٔ اول مادهٔ ۷۷۹ قرار میگیرد که در بالا ذکرشد. هرچند موضوع جبران خساره به تفصیل بیشتر در ختم کتاب بحث خواهد شد، ولی برای فعلا مهم است که توجه داشت که جبران خسارهٔ وارد ه به رسول در اثر این تصادم شامل درد و آلام روحی که او تجربه کرده نیز خواهد شد. مخصوصا فقرهٔ دوم مادهٔ ۷۷۸ بیان میدارد که اگر "ضررمعنوی" به همسر یا اقربا در اثر مرگ عاید گردد، " محکمه می تواند برای زوج واقارب تادرجه دوم بجبران خساره حکم نماید." درمثال بالا رسول واضحاً که رسول مستحق جبران خسارهٔ معنوی وارده دراثر تصادم موتر میگردد. حقوق اسلام نیز برای اشخاص متضرر که شوک روحی می بینند را مستحق جبران خساره دانسته مشروط بر اینکه این شوک روحی در اثر حادثهٔ اتفاق افتاده که بسیار فاصلهٔ با نتیجهٔ حاصله (شوک روحی) نداشته باشد.[۲۷۸] در این مثال رسول به احتمال زیاد مشکلی در اثبات شوک روحی و ارتباط سببی آن با تصادم نخواهد داشت.

برعلاوهٔ ضرر غیر جسمی، نوع دیگر از ضرر معنوی که در مادهٔ ۷۷۸ منع شده **ضرر حیثیتی** است. ضرر حیثیتی عبارت از لطمه وارد کردن بی اساس به اعتبار شخص دیگری است. این ضرر ممکن که بصورت قولی باشد (مثل علیه کسی صحبت بد کردن) یا به شکل نوشته باشد (مثل نوشتن یک مقاله در روزنامه). با وجودیکه کشور های دارای سیستم کامن لا به ادعا های ضرر حیثیتی نسبتاً بدبین هستند، ولی بسیاری کشور های دارای حقوق رومن ژرمن "پذیرش صمیمانه" از ادعا های ضرر علیه حیثیت یا سایر احساسات و سایر اشکال ضرر غیر مالی به عمل می آورند.[۲۷۹] حقوق البته جبران برای هر نوع ضرر علیه حیثیت شخص را وارد ندانسته، ولی در قضیهٔ مقررات قذف در پاکستان نمونهٔ خوبی است که چگونه حقوق اضرار حیثیتی را منع قرار میدهد.

مثال عملی: مقررات قانونی پاکستان درمورد ممنوعیت قذف[۲۸۰]

در حقوق اسلام قذف اتهام نادرست به ارتکاب فعل ناروای زنا است. قسمتی ازمقررات قانونی پاکستان در قسمت ممنوعیت قذف در زیر خلاصه شده است. قذف مثال خوبی از ضرر حیثیتی است. بخاطریکه مجامعت غیر قانونی جرم بسیار بزرگ است، مقررات مشخصی در زمینهٔ اتهامات بی بنیاد در مورد ارتکاب این عمل وجود دارد. اگر ممنوعیتی در مورد اتهامات بی اساس زنا وجود نمی داشت، تعدادی ممکن بنا به انگیزه های نادرست مثل انتقام یا حسادت به انجام این اتهامات بیشتر

[278] For an overview of nervous shock in Islamic Law, see Abdul Basir bin Mohamad, "Nervous Shock: Is it Available in The Islamic Law of Tort?" The Journal of Rotterdam Islamic and Social Sciences 1 (2010): 1-26.
[279] P.F. Hanford, "Moral Damage in Germany," *International and Comparative Law Quarterly* 27 (1978): 851.
[280] The Offence of Qazf (Enforcement Of Hadd) Ordinance, The Government of Pakistan, February 9, 1979, *available at*: http://www.pakistani.org/pakistan/legislation/zia_po_1979/ord8_1979.html.

رو می آوردند. وقتیکه این خلاصه را میخوانید، به استثنائات آن توجه کنید. چراین استثنائات جواز دارد؟ آیا شما با موجودیت آنها موافق هستید؟

۳. قذف

هرکسی با استفاده از واژه ها به شکل گفتار یا نوشتار یا به استفاده از اشارات و نمایشات قابل روئیت اتهام زنا را به قصد ضرر رساندن دیگری وارد ساخته یا نشر میکند، و میداند که این اتهامات سبب ضرر بر حیثیت شخص شده یا مبتنی بردلایل باید میدانست که سبب همچو ضرر شده میتواند، یا احساسات شخص جریحه دار خواهد شد، این شخص به جز از استثنائات مندرج در اینجا مرتکب قذف گردیده است.

....

استثنأ اول (اتهاماتیکه منافع ملی اقتضای ارائه یا نشر آنرا دارد): در صورتیکه منافع عمومی اقتضا کند یا اینکه اتهام زنا بر یک شخص صحت داشته باشد؛ این اتهام یا نشریات قذف شمرده نمی شود. اینکه اتهامی بر اساس لزوم دید منافع عمومی است یا خیر بر مبنای حقایق قضیه سنجیده میشود.

استثنأ دومی (اتهامی با حسن نیت که به شخص ذیصلاح ترجیح شده باشد): در مثال های که از این بعد تذکر رفته، اتهام زنا علیه هر شخصی که اتهام زنندۀ بالای وی صلاحیت قانونی در قبال موضوع اتهام داشته و هر گاه این اتهام بالای شخص مذکو با حسن نیت صورت گیرد، این اتهامات قذف محسوب نمی شود.

فصل سوم: مسئولیت در قبال اعمال دیگران، مسئولیت از حیوانات و اشیا

طرح موضوع

تا این قسمت کتاب شما با قواعد مسئولیت مدنی در قبال اشخاصیکه ضرر را وارد ساخته، آشنایی پیدا کردید. علاوتآ قواعد مسئولیت مدنی مسئولیت را متوجهٔ اشخاصی نیز می سازد که خود مستقیمآ ضرر را وارد نکرده، ولی این اشخاص با افراد یا اشیایکه سبب ضرر شده اندارتباط محکم حقوقی دارند. نمونه های همچو اشخاص عبارتند از والدین که مسئولیت اولاد خود را داشته یا چوپانیکه مسئولیت رمهٔ حیوانات را دارد. روابط متفاوت و شیوه های که مسئولیت به شخص دیگر راجع میگردد، موضوع اساسی این فصل است. ما قبل از پرداختن به این نوع روابط، ابتدأ عناصر مسئولیت که در این نوع روابط مطرح است را مورد ارزیابی قرار میدهیم.

۱. مشخصات کلی: عناصر مسئولیت مطلق و مسئولیت نیابتی

براساس قواعد مسئولیت مدنی در مجموع باید پنج عنصر کلی برای ایجاد مسئولیت وجود داشته باشد. خلاصه و مفهوم سادهٔ این عناصر به ترتیب زیر است:

- تحقق ضرر
- شخصیکه مسئول دانسته میشود، قبل از وقوع ضرر به اعمالی مبادرت ورزیده
- نادرست بودن عمل انجام شده
- رابطه سببیت بین عمل و ضرر
- و در نهایت مقصر بودن شخصیکه به عمل مضر مبادرت ورزیده و مسئول بودن او در قبال ضرر

در هر مرحلهٔ از این تسلسل اگر یکی از پنج عنصر وجود نداشته یا ثابت نگردد، مسئولیت ثابت شده نمی تواند. قاعدهٔ کلی حقوقی حکم میکند؛ صرف شخصی که سبب ضرر گردیده ملزم به جبران خساره می باشد.

قانون مدنی

ماده ۷۷۶
هرگاه به اثر خطا و یا تقصیر ضرری به غیر عاید گردد مرتکب به جبران خساره مکلف می باشد.

این فصل وضعیت های را مورد بحث قرار میدهدکه هرچند عمل مضر یا تقصیر فعل شخص موجود نبوده ولی هنوز هم شخص مسئول شناخته میشود.

قانون حکم می کند که اشیا، حیوانات و بعضی اشخاص بنا به طبیعت شان فاقد اهلیت لازم حقوقی برای مسئول بودن در قبال رفتار شان هستند. ولی در هر حال ممکن از اثر تماس با این اشیا، حیوانات یا گروهی از اشخاص ضرر ایجاد گردد. بسیاری جوامع به شمول جامعهٔ افغانی از قدیم تصمیم گرفتند که منصفانه نیست تا شخص یا اشخاصی که متضرر شده باید ضرر را بدون جبران متقبل شوند. لذا این جوامع راه های را برای انتقال مسئولیت حاصله از ضرر به شکل منصفانه به دیگران در نظر گرفتند. این انتقال مسئولیت هر چند همیشه ممکن نیست ولی در بعضی حالات اشخاصی اند کا با این گروهٔ اشخاص، اشیا یا حیوانات که سبب ضرر شده روابط خاصی دارند. این روابط خاص که در زیر بحث شده اشخاص نامبرده را مسئول ضرر وارده توسط اشیا، حیوانات و اشخاص ضرر رسان میسازد. منطق این امر قرار ذیل است:

- ضرر تحقق یافته
- متضرر با شخص، حیوان یا اشیا قبل از وقوع ضرر در تماس بوده
- این تماس باعث ضرر شده
- قانون شخص یا حیوان را مسئول اعمال شان نمی داند
- اشخاص دیگری بموجب قانون مسئول رفتار این گروه از اشخاص و حیوانات هستند
- در نهایت شخص دیگر مسئول ضرر وارده از انجام فعل غیر می باشند

البته این منطق برداشت ساده انگارانهٔ از جنبه های روابط مطرح و موضوعاتی است که در هرمرحلهٔ این فصل به تفصیل توضیح میشود. ولی باید توجه داشت که این سلسله از آنچه که درمسئولیت مستقیم در بالا ذکر شد تفاوت قابل ملاحظه دارد، و آن اینکه مسئولیت مورد بحث در این فصل دو عنصر مهم از مفاهیم حقوقی مسئولیت مطلق و مسئولیت نیابتی را دارد. **مسئولیت مطلق (Strict Liability)** مفهوم کلی بوده و بیانگر موجودیت مسئولیت مدنی است که حتی در حالت عدم وجود تقصیر ثابت شده میتواند. بطور مثال حکومت تصمیم میگیرد که رانندگی بالای سرعت مجاز خطرناک می باشد. اگر حکومت تصمیم به توبیخ کسانی بگیرد که از سرعت مجاز بالاتر رانندگی می کنند، ولو اگر این کار را عمداً هم نکرده باشند، دراینحال حکومت مسئولیت مطلق را برای این نوع تخلفات وضع خواهد کرد. **مسئولیت نیابتی (Secondary Liability)** اصطلاح کلی است که بیانگر حالتی می باشد که یک شخص مسئولیت اعمال اشخاص دیگر را به عهده دارد (مثل پدر مسئول رفتار فرزند خود می باشد). این فصل مسئولیتی که به عهدهٔ اشخاص سومی است با در نظرداشت و هم بدون در نظرداشت تقصیر را مورد بحث قرار میدهد. بصورت خلاصه این فصل موارد مسئولیت مطلق و مسئولیت نیابتی را مورد مطالعه قرار میدهد.

۲. تفاوت در اهداف مسئولیت مدنی در قضایای مسئولیت مطلق و مسئولیت نیابتی

حقوق مسئولیت مدنی کارکرد های مختلف اجتماعی دارد: (۱) این قواعد با انتقال بار ضرر از متضرر به شخص مسئول ضرر زمینهٔ جبران خساره را از برای جانب متضرر فراهم میسازد. (۲) این قواعد منافع قانونی را حمایت و از طریق دادن اطمینان به اشخاص که آنها مجبور به تحمل ضرر که نتیجهٔ تقصیر دیگران باشد نبوده، زمینهٔ رشد سرمایه گزاری را فراهم می سازد. (۳) این قواعد نظم و انسجام را از طریق ارائهٔ نظام یکسان و عادلانهٔ زمینه حل منازعات فراهم می سازد. (٤) این قواعد از طریق وضع مقررات رفتاری مربوط به چگونگی رفتار افراد با سایر اعضای جامعه، ارزش های اجتماعی را تقویت می کند. و (٥) این مقررات اشخاص را از رفتار های که بصورت بالقوه خطرناک است باز میدارد و این ازطریق اطلاع دادن مسئولیت شخصی مبنی بر اینکه توقع میرود در صورت ضرر که آنها آنرا سبب گردد، آنها مسئول خواهند بود.

در مورد مسئولیت نیابتی یعنی قضایای که یک شخص خود عمل مضر را انجام نداده ولی با آنهم مسئول خواهد بود، همهٔ این کارکرد ها صدق نمی کند.

در بعضی قضایا، رابطه میان عامل جرم و شخص دیگری باعث میگردد تا شخص دومی به عوض عامل عمل مضر مسئول شناخته شود. بصور مثال در مورد اطفال جامعه توقع ندارد که یک طفل کاملاً عواقب اعمال خود را درک کنند. والدین باید تدابیر پیشگیرانهٔ را جهت اطمینان از اینکه اطفال آنها مرتکب عمل مضر نمی گردد را باید روی دست بگیرند. اگر ضرری دراینحالت وارد میگردد، رابطه میان طفل و والدین او سبب میشود که والدین طفل مسئول شناخته شوند.

۳. ضرر عایده توسط اشخاص دیگر

۳,۱.ضرر توسط صغیر یا مجنون

روابط مشخصی باعث میگردد که مسئولیت نیابتی یا مسئولیت نیابتی مطلق برای اعمال اشخاص دیگر به شخصی راجع گردد. اولین این نوع رابطه ارتباط پدر- فرزندی است.

۳,۱,۱. نظریهٔ مسئولیت

قانون مدنی

ماده ۷۹۰
پدر و پدرکلان بالترتیب به جبران خساره ضرریکه صغیرعاید نموده، مکلف می باشد. مگر در صورتیکه ثابت نماید، مراقبت لازم را در زمینه انجام داده یا اینکه ضرر با وجود مراقبت لازم حتماً واقع می گردد.

ماده ۷۹۱
۱- شخصیکه بحکم قانون یا موافقه، مکلفیت نظارت شخص را داشته باشد، از اعمال مضرة، شخص تحت نظارت خود، مانند صغیر و مجنون، مسئولیت پنداشته میشود.

اطفال در سن طفولیت در حال آموختن ارزش های اجتماعی، اخلاقیات، و توقعات رفتاری اجتماع می باشند. بنا بر هیمن دلیل جامعه همیشه اطفال را بصورت کامل مسئول رفتار های شان نمی داند. همانطوریکه والدین مسئول صحت و محافظت اطفال خود هستند، به همین گونه تقصیر والدین در قسمت اضراری که آنها وارد می سازد نیز مفروض است. بطور مثال اگر طفلی سنگی را پرتاب کند و شیشهٔ را بشکند، در اینحال فرض بر این است که پدر طفل در این میان قاصر بوده است. اگر پدر توانایی پرداخت جبران خسارهٔ ضرر عایده توسط طفل خود را نداشته باشد، در اینحالت متضرر حق مراجعه به پدرکلان طفل برای درخواست جبران خساره را دارد.

اگر شخصی یا نهادی مسئولیت مراقبت طفل را بر اساس یک قرارداد داشته باشد (مثلا در مورد مراکز نگهداری اطفال یا یتیم خانه ها) در اینحال همچو اشخاص یا نهاد ها درست مثل والدین حقیقی طفل در قبال ضرر وارده توسط طفل مسئولیت نیابتی دارد. همینطور یک شخص براساس حکم قانون یا قرارد ممکن مسئول برای عملکرد اشخاص مجنون شناخته شود چه این اشخاص برای اعمال شان مسئول شده نمی توانند. این شخص نیز همانند مسئولیت والدین طفل با عین شرایط مسئولیت نیابتی را در قبال اعمال شخص مجنون دارد.

۳,۱,۲. دفاعیه ها علیه این نوع ادعا ها

هرچند این موارد نمونه های از مسئولیت نیابتی است، ولی اینها کاملاً مسئولیت مطلق نیابتی نیستند، زیرا که مسئولیت در حالات زیر به شخص راجع نمی گردد: (۱) اگر پدر ثابت سازد که وی "مراقبت لازم را به خرچ داده است" یا (۲) پدر توجه کافی مبذول نداشته ولی حتی با وجود توجه کافی پدر این ضرر در هر حال واقع شدنی بوده است. این استثنائات میتواند به شکل دو دفاعیهٔ ممکن در قبال مسئولیت های راجع شده به شخص مورد استناد قرار گیرد. هردو نوع دفاعیه بر تقصیر یا عدم انجام عمل استوار است، مبنی بر اینکه یک پدر عاقل در عین شرایط برای اجتناب از ضرر قابل پیش بینی به دیگران میتوانست اتخاذ کند. برای ارائهٔ دفاع تحت استثناء اولی پدر طفل باید ثابت کند که او تقصیر نداشته است. برای ارئهٔ

دفاعیه تحت استثناء دومی پدر طفل باید نشان دهد که ضرر در هر حال ولو اگر او تقصیر داشته باشد یا خیر اتفاق می افتاد. اگر پدر این دفاعیه ها را ارائه کند طفل هنوز هم آنطوریکه در مادۀ ۷۶۲ تذکر رفته مسئول باقی می ماند.

قانون مدنی

ماده ۷۶۲
هرگاه صغیرممیز یا غیرممیز و یا شخصیکه تابع حکم صغیرغیرممیز پنداشته شود، مال غیر را تلف نماید، ضمان مال تلف شده از مال متعلق بخود وی لازم می گردد. درصورت نداشتن مال تازمان دارا شدن وی مهلت داده میشود. ولی وصی و قیم بضمان مال تلف شده مکلف پنداشته نمیشود، مگردرصورتیکه محکمه آنها را بضمان مال مکلف سازد، درین صورت حق رجوع آنها برتلف کنند محفوظ می باشد.

در این مرحله ما مواد 790 و 762 را رها کرده و به شرایط مندرج مادۀ 791 مراجعه میکنیم.

اگر شخصی یا نهادی بر اساس یک قرارداد مسئولیت نگهداشت طفلی را بطور مثال در پرورشگاه یا مکاتب اطفال داشته باشد، در اینحال این شخص یا نهاد مسئولیت نیابتی خواهد داشت. بسیار واضح نیست که در اینحالت شخص یا نهاد مذکور تحت عین شرایط مانند پدر طفل مسئول خواهد بود یا اینکه آنها مسئولیت مطلق خواهند داشت زیرا که برعکس مادۀ ۷۹۲، مادۀ ۷۹۱ هیچ استثناء را منحیث دفاعیۀ در نظر نمی گیرد. به همین منوال یک شخص بنابه حکم قانون یا قرارداد مسئول اعمال شخص مجنونی میگردد که خود متقبل مسئولیت شده نمی تواند. این شخص نیز مانند والدین طفل مسئولیت نیابتی در قبال مجنون را بر عهده خواهد داشت.

تمرین: در حال قدم زدن بسوی منزل

طفل ۸ سالۀ همرای پدرش از سوی مکتب بطرف خانه روان هستند. طفل چند قدم جلوتر از پدرش راه میرود و در حین قدم زدن سنگ ها جلو پایش را با لگد می زند. وقتیکه آنها از بالای یک پل عبور میکنند، این طفل قطعۀ آهنی نسبتا بزرگی را با لگد میزند که این جسم پائین پرتاب شده و به شیشۀ یک موتر تصادم میکند. در نتیجه شیشۀ موتر شکسته و این موتر با موتر دیگری درجلوش تصادم میکند.

۱. آیا پدر طفل در این حالت مقصر است؟

۲. اگر اومقصر باشد، آیا او مسئول تصادم موتر نیز خواهد بود؟

۳. آیا فرقی می کند اگر طفل ۱۷ ساله می بود (یعنی سن وی به اندازۀ می بود که او نتایج اعمال خود را خوب درک میکرد)؟

٤. آیا فرقی میکند اگر این طفل قبل از پرتاب قطعۀ آهن از پل هیچگاه سنگی را با لگد نزده بود و رفتار خوبی داشت؟

پاسخ های پیشنهادی به تمرین در حال قدم زدن بسوی منزل

۱. پدر طفل به احتمال زیاد مقصر است. او طفل خودش را در حال لگد زدن و پرتاب کردن اشیا دید و میتوانست عواقب و ضرر احتمالی همچو اعمال را بسنجد. او میتوانست طفل خود را راهنمایی کند تا از اینکار دست کشیده و در نتیجه از وقوع ضرر جلوگیری میتوانست.

۲. چون پدر طفل مسئول اعمال طفل خود است، لذا پدر در قسمت اضرار حاصله در جریان حادثۀ ترافیکی نیز مسئول است مگر اینکه ثابت سازد که او احتیاط لازم یا تدابیر پیشگیرانه را انجام داده بود.

۳. فرقی نمیکند که آیا طفل نتایج اعمال خود را میدانست یا خیر. در هر حالتی پدر طفل مقصر می باشد. ولی در صورتیکه طفل کلانتر می بود، مقدار مواظبتی که پدر طفل باید نشان میداد کمتر شده و در این صورت احتمالاً خود طفل مسئول شمرده میشد تا پدر او.

٤. این ممکن است هرچند زیاد محتمل به نظر نمی رسد، ولی این حقایق منحیث سند برای اثبات عدم تقصیر پدر طفل استفاده شده می تواند. اطفال گاهگاهی اشیا را بدون در نظر داشت اخطاری با لگد میزنند. اگر محکمه تصمیم بگیرد که این واقعیت ثابت کنندۀ عدم تقصیر پدر است، در اینحالت پدر طفل از مسئولیت بری خواهد شد.

۳,۲.ضرر توسط کارمندان

نوع دیگر از رابطۀ که باعث ایجاد مسئولیت نیابتی میگردد، رابطۀ کارفرما و کارمند میباشد.

۳,۲,۱. نظریۀ تقصیر

قانون مدنی

ماده ۷۹۰
پدر و پدرکلان بالترتیب به جبران خساره ضرریکه صغیرعاید نموده، مکلف می باشد. مگر در صورتیکه ثابت نماید، مراقبت لازم را در زمینه انجام داده یا اینکه ضرر با وجود مراقبت لازم حتماً واقع می گردد.

ماده ۷۹۱
۲ـ استخدام کننده از ضرریکه از طرف شخص تحت استخدام وی به سبب عمل غیرمجاز حین اجرای وظیفه و یا به سبب آن واقع میگردد، مسئول پنداشته میشود. مگر اینکه قانون و یا موافقه طور دیگری تصریح نماید.

مسئولیت تحت این نوع رابطه براساس یک بخش فرعی مسئولیت مدنی مطلق که بنام **مسئولیت نیابتی کارفرما (vicarious liability)** یاد میگردد. این نوع مسئولیت بار مسئولیت مدنی را به دوش اشخاص اصیل در قبال عملکرد نمایندۀ آنها واگذارمیکند. نایب یا نماینده (Agent) شخصی است که بنا به صلاحیت اعطا شده به او به نمایندگی شخص دیگری عمل میکند. دو هدف عمدۀ در این نوع مسئولیت نیابتی وجود دارد: (۱) اطمینان از اینکه هرگاه شخصی دیگری را برای انجام امری هدایت میکند و این امر ضرری را بار می آورد، شخص اولی باید مسئولیت ضرر را نیز متقبل گردد. و (۲) به شخص متضرر امکان بیشتر جبران خسارۀ معادل آنچه که او ضرر دیده داده شود.

نظریۀ که در عقب هدف اولی است حکم میکند که بدون هدایت کارفرما عملیکه منتج به ایجاد ضرر گردید، صورت پذیرفته نمی توانست. لذا کارفرما باید مسئولیت را در مورد عمل متحمل شده و در جریان جبران خساره سهیم گردد. هدف دومی به

مقصد جبران خسارهٔ فوری جانب متضرر طرح گردیده و در عین حال مقصد از آن تقسیم ضرر به گونهٔ است که هیچ کسی بار مسئولیت را بیش از حد متقبل نگردد. جامعه می پذیرد که کارفرمایان نسبت به کارگران توانمندی بیشتر از نظر مالی داشته و میتوانند ضرر متقبل شده را از مجاری متخلف امور تجاری خود تقسیم کنند. این توانمندی به کارفرمایان امکان جلوگیری از ضرر فاحش مالی را داده در حالیکه کارمندان ممکن از عهدهٔ اینکار برآمده نتواند. بطور مثال اگر پیشخدمتی در یک رستوارنت مشتری را توسط یک ظرف داغ بسوزاند و شخص متضرر تصمیم به اقامهٔ دعوی برای جبران مصارف تداوی نماید، در اینحال مالک رستورانت به احتمال زیاد توانمندی مالی بیشتری برای جبران خساره را دارد.

۳,۲,۲. دفاعیه ها علیه این نوع اتهامات

دفاعیهٔ اصلی در مقابل این نوع مسئولیت نیابتی آنست که ثابت گردد شخصیکه به عمل مضر مبادرت ورزیده در زمان وقوع عمل به نمایندگی از اصیل یا کارفرما اقدام به این عمل نکرده است. اشخاصی منحیث نماینده یا نایب شناخته می شوند که: (۱) آنها توسط کارفرما در مورد عملی که منتج به ضرر گردیده هدایت شده باشند، (۲) عمل مضر به نفع کارفرما بوده است، یا (۳) خطر وقوع ضرر در زمان ایجاد رابطهٔ اصیل و نایب قابل پیش بینی بوده است. اگر جانب متضرر یکی از این سه مورد را ثابت سازد، در آنصورت کارفرما مسئول ضرر وارده توسط کارمند می باشد.

دو بخش نخست دفاعیه نشان میدهد که این رابطه از نوع تقصیر مفروض بوده و نه مسئولیت مطلق. هرگاه هریکی از این دو شرایط صدق بکند، در آنصورت کارفرما مسئول خواهد بود. وجود یا عدم وجود عامل سوم به قصور شخص وابسته است. مسئولیت کارفرما بر اساس اقدامیکه برای محدود ساختن خطر بکار بسته و هم اینکه آیا خطر قابل پیش بینی بوده سنجیده میشود. اگر کارفرما خطر را پیش بینی میتوانست و اقداماتی را که یک شخص معمول و محتاط برای جلوگیری از ضرر اتخاذ میکرد روی دست گرفته باشد، در اینحالت کارفرما از مسئولیت بری شده می تواند. در غیر این حالات، کارفرما در قبال اعمال کارمند خویش مسئول است.

دو نکته باریک لازم به تذکر است. اول تفاوت میان نمایندهٔ که کاری را بر اساس قرارداد برای پروژهٔ خاصی یا مدت زمان معینی به عهده گرفته و کارمندیکه برای مدت نا مشخص استخدام گردیده باشد. در این حالت صرف کارمند می تواند مسئولیت نیابتی را به کارفرما ایجاد کند. دوم اگر کارفرما کارمند را به امر غیر قانونی دستور میدهد، کارفرما تنها در صورتی در این حال مسئول است که کارمند غیر قانونی بودن عمل را نداند. اگر کارمند از غیر قانونی بودن عمل آگاه باشد، در اینحالت هم کارمند و هم کارفرما مسئول خواهند بود.

تمرین: محافظ امنیتی

پرویز محافظ امنیتی قسمت بیرونی یک فابریکهٔ محلی است. اویک ساعت رخصتی روزانه بخاطر نان چاشت دارد. در جریان این وقفه به عوض صرف نان در طعام خانهٔ شرکت، پرویز معمولا با موتر خود در رستورانتی در نزدیکی ها می رود تا نان را آنجا صرف کند. یک روز بعد از برگشت از رستورانت او با موتری در نزدیک توقفگاه موتر ها و قبل از ورود به ساحهٔ مربوط به شرکت تصادم میکند.

۱. آیا پرویز منحیث نمایندهٔ کارفرما در زمان تصادم عمل میکرد؟

۲. اگربلی، آیا باید کارفرما مسئول ضرر وارده از اثر تصادم باشد؟

۳. آیا فرقی میکند که اگر لوحهٔ با اعلان اینکه "محافظین باید نان چاشت را در طعام خانه صرف کنند" وجود میداشت؟

۴. آیا فرقی میکند که اگر پرویز یک ساعت و بیست دقیقه را برای صرف نان چاشت به عوض یک ساعت وقت سپری کرده باشد؟

۵. آیا فرقی میکند که اگر رانندۀ موتر دومی با بی پروائی رانندگی میکرده است؟

پاسخ های پیشنهادی به تمرین محافظ امنیتی

۱. این موضوع یقینی نیست، ولی استدلال بسیار قوی صورت گرفته میتواند که پرویز بخاطر منافع کارفرما به این عمل مبادرت ورزیده است. از طریق استفاده از این وقفه و صرف طعام، پرویز محافظ موثرتری بوده تا اینکه اینکار را انجام نمی داد و در نتیجه از اثر گرسنگی وظیفۀ خود را به درستی انجام داده نمی توانست.

۲. اگر محکمه با استدلال مطرح شده در پاسخ بالا موافق باشد، در اینصورت کارفرما مسئول ضرر خواهد بود. ولی در اینحالت کارفرما بعداً می تواند از پرویز بابت مبلغ پرداخت شده برای خسارت اقدام کند که این موضوع در بحث زیر تحت "جبران خساره از عوامل اصلی) مورد مطالعه قرار میگیرد.

۳. اگر پرویز با بیرون رفتن بخاطر صرف غذا خلاف رهنمود های کارفرما عمل کرده باشد در اینصورت کارفرما استدلال بسیار قوی خواهد داشت که او منحیث نمایندۀ کارفرما عمل نکرده و باید شخصاً مسئول خسارات وارده باشد.

٤. دوباره با توجه به اینکه پرویز صرف یک ساعت وقت داشته و او بیشتر از آنرا در بیرون مصرف کرده خود دلیل میشود که کارفرما از مسئولیت نیابتی فرار کند. ولی این استدلال به اندازۀ آنچه که در پاسخ شماره سوم مشاهده کردید قوی نمی باشد. ممکن علل بیرونی در ناوقت آمدن او موثر بوده باشد: ممکن موتر او دچار مشکل تخنیکی شده یا ازدحام زیاد بوده و یا رستورانت وقت زیادی را برای تصفیۀ حساب گرفته باشد. محکمه ممکن هریک از این عوامل را در تشخیص اینکه پرویز در جریان کار بوده قناعت بخش بداند.

۵. در صورتیکه رانندۀ دومی مقصر بوده ممکن است که مسئولیت پرویز و کارفرمای او کاهش یافته و یا حتی مسئولیت این دو بنا به ارجاع تمام مسئولیت به رانندۀ دومی کاملاً از بین برود.

۳,۲,۳. جبران خسارت از عوامل اصلی ضرر

توجه داشته باشید که هرگاه شخصی مسئولیت نیابتی برای جبران ضرر وارده از عمل دیگری را داشته باشد، این شخص میتواند به محکمه بخاطر دریافت جبران خساره از عامل اصلی قضیه بخاطر فعل مضر او مراجعه کند.

قانون مدنی

ماده ۷۹۲
مسئول از عمل غیر، میتواند جبران خساره ای را که پرداخته است، از عامل مطالبه نماید.

در عمل بسیار غیر محتمل است که شخصی جبران خسارهٔ را که بخاطر عمل مضر طفل یا شخص مجنون پرداخته دوباره بدست بیاورد. ولی این مادهٔ قانون در قسمت کارفرمای که مکلف به پردخت جبران خساره بخاطر فعل مضر کارمند گردیده به احتمال زیاد تطبیق میگردد.

٤. ضرر توسط حیوان و اشیا

حیوانات تنها به گونهٔ که برای آنها طبیعی است عمل میکنند. مسئولیت به حیوانات راجع شده نمی تواند. وقتیکه رفتار آنها باعث ایجاد ضرر به شخصی یا مال اشخاص گردد، در اینحالات مالک حیوان مسئول ضرر است. همینطور اگر اشیای متعلق به یک شخص سبب ضرر گردد، در اینحال نیز مالک مسئول است. استثنائاتی در مورد این قاعده وجود دارد که در زیر به آنها پرداخته می شود.

٤,١.ضرر توسط حیوان

همانطوریکه در بالا اشاره شد، مالکیت رابطهٔ اصلی است که باعث ایجاد مسئولیت در قسمت ضرر توسط حیوانات میگردد.

٤,١,١. نظریهٔ مسئولیت

قانون مدنی

ماده ۷۹۳
حادثه جنائی که از حیوان بوقوع میرسد، مسئولیت بارنمی آرد. مالک وقتی مسئول جبران خساره عایده از حیوان می گردد که عدم اتخاذ احتیاط لازم از طرف وی، برای جلوگیری از وقوع حادثه ثابت گردد.

ماده ٧٩٤
هرگاه مالک، حیوان را درحال رساندن ضرر به مال غیر دیده و آنرا جلوگیری ننماید و یا ازعیب حیوان آگاه بوده و آنرا محافظت نکرده باشد، مسئول پنداشته میشود.

آنچه که در مورد این مواد قانونی جالب است، اینست که فرض تقصیر در این حالات وجود ندارد. بلکه مالک بری الذمه شناخته می شود مگر اینکه جانب متضرر ثابت سازد که تدابیر لازم پیشگیرانه بخاطر جلوگیری از ضرر توسط مالک اتخاذ نشده بود. یک طریقهٔ که می توان ثابت کرد که همچو تدابیر پیشگیرانه اتخاذ نشده در مادهٔ ٧٩٤ در مورد مالک یا محافظ حیوان است که حیوان را در حال ضرر رساندن دیده ولی از آن جلوگیر نکرده است. دو دلیل بخاطر وضع مسئولیت نیابتی به مالک حیوان وجود دارد. اول فرض بر این است که مالک حیوان طبیعت حیوان را دانسته و تشویق می گردد تا خطرات احتمالی که توسط حیوان بنا به طبعیت آن عاید خواهد گردید را محدود سازد. و دوم اینکه مالک از حیوان منتفع می شود و لذا باید خطرات حیوان را نیز به عهده بگیرد.

٤,١,٢. دفاعیه ها علیه این نوع اتهامات

دو مواد که در بالا ذکر شد در قسمت آثار با هم مشترک اند، و لی عین آثار را ندارند. این دو با هم تضمین میکند که مالک حیوان باید مسئول ضرر توسط حیوان باشد: (١) در صورتیکه مالک بداند که حیوان ضرری را عاید می سازد ولی در

قسمت جلوگیری از آن اقدامی نمی کند، و (۲) وقتیکه مالک در قسمت اتخاذ تدابیر برای محدود کردن ضرر قابل پیش بینی مقصر باشد.

بصورت خلاصه اگر مالک نداند که ضرر واقع میشد و در قسمت جلوگیری از آن قاصر نبوده باشد، در این حالات مالک مسئول ضرر نخواهد بود. معمولا در این حالات نیاز به مداخلهٔ شخص دیگری است که عمل او قسماً یا کلاً باعث ضرر توسط حیوان گردیده است. بطور مثال اگر حیوانی محکم در تیر چوبی بسته شده و شخص دیگری آنرا بدون اجازهٔ مالک رها کند، مالک مسئول ضرر توسط حیوان نخواهد بود. مسئولیت ضرریکه در اثر رها کردن حیوان از بند سبب میگردد متوجه شخص رها کننده شده نه مالک حیوان (مادهٔ ۷۹۵ قانون مدنی).

قانون مدنی

ماده ۷۹۵ هرگاه شخصی حیوانی را در ملک غیر داخل نماید بضمان عایده مکلف می باشد.

تمرین: فرار یک سگ

فریاد سگ بسیار بزرگی دارد و آنرا در حویلی خود نگهمیدارد. یک روز وقتیکه فریاد طرف وظیفه روان میشود فراموش میکند که در خانه را ببندد. این سگ داخل حویلی همسایه شده و گیاهان روی حویلی را صدمه میزند.

۱. آیا فریاد مسئول ضرر وارده به بته های روی حویلی همسایه می باشد؟

۲. اگر فریاد در حویلی خانهٔ خود را بسته ولی بعدا طفل همسایه داخل حویلی شده و با سگ بازی میکند. تصادفاً سگ بیرون میرود و این ضرر را وارد می سازد. در اینحالت کی مسئول است؟

۳. اگر فریاد طفل یاد شده در سوال شماره ۲ را گفته که او هرزمان داخل خانه شده و با سگ او بازی کرده می تواند، در اینحالت کی مسئول خواهد بود؟

پاسخ های پیشنهادی به تمرین فرار یک سگ

۱. در این مثال ساده فریاد بصورت واضح مسئول است. او حیوانی داشته که سبب ضرر گردیده و قصور شخص او مسبب ضرر بوده است.

۲. در این حالات قصور طفل باعث داخل شدن حیوان به حویلی همسایه گردیده و پدر طفل در قبال این عمل طفل مسئول خواهد بود.

۳. این قضیه یک مقدار مغلق است. مثل سوال شماره دوم طفل در اینحالت مقصر است. ولی فریاد به ساده گی می توانست پیش بینی کند که یک طفل ممکن که بسیار محتاط نبوده و احتمال فرار سگ از منزل متصور بوده است. پس تقصیر طفل و فریاد هر دو در ایجاد ضرر موثر بوده است. ممکن است که هم فریاد و هم پدر طفل مسئولیت جبران خساره را مشترکاً به عهده بگیرند.

۴,۲.ضرر توسط اشیا

دو گروهٔ عمدهٔ از اشخاص اند که روابط با اشیا داشته و این روابط ممکن مسئولیت جبران ضرر توسط اشیا را متوجه آنها سازد. گروه اول و بسیار واضح مالک شی است. گروه دوم متصرف یا محافظ اشیا است.

٤,٢,١. نظریهٔ مسئولیت

قانون مدنی

ماده۷۹۶

(۱) محافظ عمارت گرچه مالک آن نباشد، از ضرر ناشی از انهدام با آنکه انهدام جزئی باشد، مسئول پنداشته میشود، مگر اینکه ثابت گردد که انهدام به سبب اهمال در صیانت نبوده یا به اثرکهنه بودن عمارت یا عیب آن صورت گرفته است.
(۲) اگرشخصی از ناحیه عمارت شخص دیگری مواجه بخطرباشد، می تواند اتخاذ تدابیرلازم راجهت دفع خطرازمالک آن مطالبه نماید، درصورت عدم اقدام مالک، اومی تواند بعد از حصول اجازه محکمه، بحساب مالک باتخاذ چنین تدابیر اقدام نماید.

ماده ۷۹۷

شخصیکه آلات تخنیکی یا دیگراشیای را دراختیار داشته باشد که جلوگیری ازتولید ضررآنها مستلزم توجه خاص باشد، درصورت وقوع ضرر از اشیاء وآلات مذکور، مسئول شناخته می شود. مگراینکه ثابت نماید درجلو گیری از وقوع ضرر احتیاط کافی را بکار برده است. احکام خاصیکه درزمینه بعداً وضع گردد نیز رعایت میگردد.

مالک مال ممکن همیشه مال را در کنترول مستقیم خود نداشته باشد. یک خانه ممکن توسط شخص دیگری اجاره شده باشد ویا وسایل ماشینی و دیگر اشیای تخنیکی ممکن به کرایه داده شده باشد. قانون در این حالات می کوشد که شخصی با بیشترین امکان و فرصت جلوگیری از جبران متضرر که توسط این اشیا متضرر شده را مسئول ضرر بداند. اگر تعمیری بنا به کهنه بودن لین برق آتش بگیرد، مستاجر تعمیر مسئول نبوده زیرا مالک تعمیر کنترول بالای ساختار کلی تعمیر را دارد. ولی اگر مستاجر اجاق را روشن رها کرده و بکار برود و در نتیجه تعمیر آتش بگیرد در اینحالت مستاجر مسئول ضرر است. بصورت خلاصه مادهٔ 796 مسئولیت را بالای محافظ عمارت میگذارد و نه مالک آن.

این فصل چندین نوع مسئولیت مدنی را در بر میگیرد و لی مسئولیت که در آن تعمیر دخیل باشد نوعی خاصی از مسئولیت است. اگر شخصی مشکلاتی را در تعمیر مشاهده کرده که سبب ضرر شده می تواند، این شخص می تواند از محکمه درخواست نماید که در صورتیکه مالک اینکار را نکند شخصا مشکل و خطر را رفع کند. دو عنصر برای این دلیل قانونی جهت اقامهٔ دعوی وجود دارد: (1) نسبت به هر آن عامل دیگری که موجب ضرر شده می تواند تعمیر شی ثابت و غیر منقول است، و (2) به همین علت امکان پیش بینی ضرر احتمالی از قبل ممکن بوده و نظام رسمی عدلی بدون نقض حقوق مالکیت مالک می تواند از وقوع ضرر جلوگیری کند.

٤,٢,٢. دفاعیه ها علیه این نوع اتهامات

مانند موارد دیگر از مسئولیت که در این فصل ذکر شد، اساس مسئولیت عبارت از تقصیر در جانبی است که بیشترین کنترول را بالای شی که ضرر وارد ساخته را داشته باشد. شخصیکه میخواهد از مسئولیت بری گردد باید ثابت سازد که او مقصر نبوده و یا هم در هر صورت اگر شخص مقصر میبود یا خیر، ضرر واقع شدنی بوده است. دوباره به مثال مستاجری که اجاق را روشن رها کرده و به کار رفت مراجعه میکنیم. اگر در اینحالت تعمیر بر اثر کهنه بودن سیستم لین دوانی برق

آتش گرفته باشد، مستاجر مسئول نبوده و ملزم به جبران خساره نمی شود. بخاطریکه در اینحالت ضرر صرف نظر ازاینکه او مقصر بوده یا خیر واقع میشد و تقصیر او (در مورد روشن رها کردن اجاق) به این ضرر نا مرتبط بوده است.

تمرین: مستاجر و موجر

حاتم در منزل دو یک آپارتمان سه طبقه زندگی میکند. یک روز هنگامیکه او مصروف تماشای تلویزیون است متوجه میشود که آب از سقف خانه بالای مبل چرمی او می ریزد.

۱. اگر ریزش آب از اثر شکستگی نل آب در دیوار صورت گرفته باشد، در اینحال مسئول کیست؟

۲. آیا مسئولیت به شخص دیگری متوجه می شود اگر این ریزش آب از اثر باز نگهداشتن شیر آب صورت گرفته باشد؟
۳. اگر حاتم متوجه ریزش آب شود ولی اقدامی در زمینه نکند، در اینحال چه کسی مسئول ضرر است؟

پاسخ های پیشنهادی به تمریمن موجر و مستاجر

۱. اگر ریزش آب در اثر شکستگی نل آب یا مشکل مواظبت تعمیر صورت گرفته باشد در اینحالات مالک تعمیر مسئول خواهد بود.

۲. در این حالت به نظر می رسد که مستاجر منزل سوم با بی توجهی شیردهن آب را باز نگهداشته است. لذا این مستاجر در مقابل موجر برای ضرر در تعمیر مسئول بوده و هم در مقابل حاتم در برابر ضرر به اموال او مسئول است.

۳. در این قضیه مستاجز منزل سوم در صورت مقصر بودن در مقابل ضرر به اموال حاتم قبل از آگاهی حاتم مسئول است. از لحاظ نظری بعد از اینکه حاتم متوجه ریزش آب شده و فرصت جلوگیری از آنرا داشته ولی اینکار را نکرده، حاتم باید مسئول ضرر باشد. این بدان معنی است که ضرر وارده بعد از متوجه شدن قابل پرداخت نبوده و حاتم در مقابل موجر و منزل پائینی در قبال هر آن ضرر احتمالی مسئول خواهد بود. در عمل اما بسیار مشکل است تا ثابت کرد که حاتم متوجه ریزش آب شده و تصمیم گرفته که آنرا توقف ندهد مگر اینکه خود حاتم این موضوع را بپذیرد.

۵. متغیر های اضافی در تعیین مسئولیت

قانون مدنی دو موضوع دیگری را در مورد مسئولیت از حیوانات و اشیا نیز ارائه میکند که عبارتند از زمان و مبلغ. این دو ماده در زیر به کمک هم موثریت قواعد مسئولت مدنی را جهت اطمینان از مطابقت این قواعد با ارزش های اجتماعی افزایش میدهد.

قانون مدنی

ماده ۷۹۸
دعوی جبران خساره ناشی ازهرنوع فعل مضربعد از مرور سه سال، ازتاریخ علم متضرر بوقوع ضرر و شخصیکه ضرر راعاید نموده، همچنان درتمام احوال بعد مرور (۱۵) سال از تاریخ وقوع فعل مضر شنیده نمی شود.

ماده ۷۹۹

هرگاه شخص، گرچه غیرممیز باشد، مفادی رابدون سبب مشروع بضرر شخص دیگری کسب نماید، درحدود آنچه کسب نموده به تادیه جبران خساره، برای متضرر مکلف می باشد.

مادۀ اولی محدودیت عملی زمانی است که در حدود آن یک شخص تلاش برای درخواست جبران خساره در مقابل ضرر متقبل شده را میتواند مطرح سازد. این حکم اشخاص و سیستم محاکماتی را از دعاوی در قبال اضراریکه در گذشتۀ دور اتفاق افتاده محافظت می کند. اگر شخصی اجازه داشته باشد که برای مدت نا محدود منتظر مانده بتواند که دعوی جبران خساره را مطرح سازد، در اینصورت هیچ چیزی مانع آن شده نمی تواند که شخصی یک دعوی ضرر جزئی را از سال های قبل اقامه کند. این موضوع سبب ترس مالکان خواهد گردید که مبادا شخصی سال های بعد در مورد موضوعی که آنها نمی فهمند علیه آنها اقامۀ دعوی کند. این یک مانع عمده در امر مالکیت بوده و تاثیرات منفی بالای فعالیت های اقتصادی خواهد داشت. راه حل ساده همین است که زمان اقامۀ دعوی محدود شود.

مادۀ دومی بازتاب دهندۀ مخالفت شدید اجتماعی و اقتصادی با پدیدۀ دارا شدن بدون سبب است. **دارا شدن بدون سبب یا دارا شدن غیر عادلانه** زمانی مطرح است که یک شخص در اثر ضرر یا تاوان شخص دیگری مستقیماً منتفع شود. جامعه این امر را نا پسند دانسته و وجیبۀ به دوش شخصیکه بدون سبب دارا شده می نهد تا جانب متضرر را جبیره کند. از لحاظ اقتصادی نیز دارا شدن بدون سبب مشکل ساز است زیرا که مستفید شدن از عمل شخص دیگری انگیزۀ جلوگیری از ضرر را از بین خواهد کرد. این باعث می شود تا مردم بیشتر بی احتیاط شده و سبب ضرر زیادتر گردند. لذا اگر نفعی در اثر عمل مضر بدست بیاید، شخصیکه از عمل متضرر شده می تواند نفعی را که از عمل سبب گردیده نیز تقاضا کند.

جمع بندی

در این فصل شما روابطی را که سبب ایجاد مسئولیت نیابتی میگردد و معیار مسئول دانستن اشخاص بر اساس این روابط را مطالعه کردید. وقتیکه این روابط را مطالعه میکنید نخست نوع رابطۀ مورد نظر را درک کنید و سپس حقایق را که سبب ضرر شده در نظر بگیرید. در همه حالات اشخاص سومی یا عناصر دیگری که قضیه دخالت داشته و مسئولیت را ممکن به شخص دیگری راجع سازد را در نظر داشته باشید. دانستن مسئولیت بر اساس حقوق مسئولیت مدنی وابسته به درک درست از ین حقایق و روابط است.

فصل چهارم: ضرر رابطهٔ - ضرر مالی و متضررین فرعی

طرح موضوع

این فصل دو انگارهٔ مسئولیت نسبتی را مورد بحث قرار میدهد، به مقایسهٔ اشکال دیگر ضرر که در این کتاب بحث شد، این نوع مسئولیت نسبتا کمتر مستقیم میباشد. هر دو نظریهٔ مسئولیت شامل جبران خساره به اشخاصی است که بصورت مستقیم متضرر نگردیده اند. مفکوره اولی به صورت محض نظریه ضرر مالی است. بر اساس این نظریه یک شخص میتواند برای اضراریکه که طبیعتآ فزیکی نبوده ولی شامل ضرر اقتصادی یا مالی به متضرر میگردد، مسئول شناخته شود. مفکورهٔ دومی در مورد متضرر فرعی است. بر اساس این نظریه یک شخص ممکن که در مقابل خویشاوندان متضرر به عوض خود متضرر اصلی مسئول شناخته شوند.

۱. ضرر مالی

حالتی را فرض کنید که مصطفی تعمیری را درکابل در یک قطعه زمین خود اعمار میکند. ولی او با بی احتیاطی زمین را حفر می کند. او به کاری که در حال انجام است دقت ندارد. او به سرعت به حفر کردن مصروف است ولی همسایهٔ او برایش می گوید که پایپ های گاز شهرداری ممکن از محلی عبور کرده باشد که او آنجا را حفر می کند. در جریان حفر زمین او پایپ گاز را قطع میکند که انرژی یک فابریکه در همان نزدیکی ها را تامین میکند. در نتیجه در مدتی که برای تعمیر پایپ گاز ضرورت است این فابریکه تعطیل می شود. هیچ ماشینی در فابریکه متضرر نشده و هیچ شخصی در آنجا نیز صدمه ندیده است. تمام ضرر از نوع خسارت مالی است که به فابریکه وارد شده است. به عبارت دیگر این ضرر غیر فزیکی است. فابریکه نفعی را که بصورت معمول در قبال فروش محصولات خود در طول هفته حاصل میکرد از دست داده است. در عوض ماشین ها از فعالیت افتاده است. این فصل مسئولیت مصطفی را در همچو موارد مورد بررسی قرار میدهد.

قانون مدنی مسئولیت را بر مبنای ضرر بر اشیا و اشخاص ایجاد می کند. پس ضرر غیر فزیکی در کدام یکی از این دو بخش قرار میگیرد؟ آیا این فابریکه که مجبور به تعطیل برای یک هفته شده بود، می تواند پولی را برای جبران این خسارت از شخصیکه با بی پروایی پایپ گاز را قطع کرده دریافت کند؟ به یاد داشته باشید که مواد ۷۵۸ و ۷٦۰ قانون مدنی صرف به حالات اتلاف مال شخص ارتباط دارد و مواد دیگر به ضرر جسمی اشخاص تعلق می گیرد. مگر مادهٔ ۷۷٦ بسیار مناسب و مرتبط با این نوع ضرر است زیرا این ماده بصورت عام از "ضرر" صحبت می کند.

قانون مدنی

مادهٔ ۷۷٦
هرگاه به اثر خطا و یا تقصیر ضرری به غیر عاید گردد مرتکب به جبران خساره مکلف می باشد.

مادهٔ ۷۷٦ حکم بسیار کلی درقانون در مورد هر آن نوع ضرر است. ولی در عین حال در مورد اینکه مادهٔ ۷۷٦ چه نوع ضرر را در بر میگیرد یک حکم مبهم است. امکان اینکه این مادهٔ "ضرر مالی" را شامل شود صرف یک تفسیر ممکن بر اساس تحلیل مقایسوی موضوع با قواعد مشابه در سیستم حقوقی فرانسه است. به عنوان یک وکیل، هر گاه که قانون در موردی مبهم باشد، مطالعهٔ مقایسوی می تواند شما را کمک کند تا استدلال کنید که قانون به نفع موکل شما است.

مواد مشابه در قانون مدنی فرانسه ضرر را با عبارات بسیار کلی مورد بحث قرار میدهد. قانون مدنی فرانسه به صورت عموم اکثراً برای صدها سال دست نخورده باقی مانده بالاخص دو مادۀ معروف این قانون که اساس مسولیت مدنی را در فرانسه تشکیل میدهد. این مواد به شرح زیر اند:

قانون مدنی فرانسه

مادۀ ۱۳۸۲

هر عمل شخصي كه موجب ضرر ديگري گردد آن شخص بخاطر « تقصيري »كه مرتكب شده است مجبور بجبران خسارت وارده ميباشد.

مادۀ ۱۳۸۳

هر فرد مسئول ضرری است که نه تنها بر اثر ارتکاب فعل بلکه به علت سهل انگاري و بي احتياطي خود آنرا ايجاد نموده است.

مادۀ ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه با مفهوم وسیع نوشته شده است. این ماده در کل وجیبۀ عدم ضرر رساندن را ایجاد میکند.[۲۸۱] چون قانون مدنی فرانسه ضرر را تعریف نمی کند، لذا سلسله مراتب و تقسیم بندی انواع منافع مورد حمایت قانون و انواع ضرر در این سیستم وجود ندارد. قانون مدنی فرانسه مسئولیت کلی بر مبنای تقصیر را ایجاد می کند که این مسئولیت توسط محاکم براساس هر قضیه انکشاف یافته است.[۲۸۲] تمام حقوق و منافع بصورت مساوی مورد حمایت قرار داشته و آنها بر اساس اینکه فزیکی یا غیر فزیکی هستند رتبه بندی نشده اند. لذا حتی ضرر خالص مالی هم مورد حمایت و جبران قرار گرفته می تواند در صورتیکه جانب متضرر نشان دهد که شرایط تقصیر یا اهمال در مورد قضیه صدق می کند.

آیا شما فکر می کنید که مادۀ ٧٦٦ قانون مدنی افغانستان نیز ضرر مالی را به همان شکل که در مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی فرانسه مورد حمایت قرار گرفته، حمایت می کند؟

قضیۀ پایپ لاین و کیبل

مثال ما د رمورد قطع پایپ گاز بر اساس یک قضیۀ واقعی بنا شده است. در سال ۱۹۷۰ یک محکمۀ استیناف در فرانسه در مورد قضیۀ تصمیم گرفت که در آن یک موتر بولدوزر پایپ لاین گاز میتان را که انرژی مورد نیاز یک فابریکه را تامین می کرد، قطع کرد. تولیدات فابریکه از این عمل اخلال شده و ضرری از آن ناحیۀ متوجه فابریکه گردید. محکمه حکم کرد که ادعای مدعی بر اساس مادۀ ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه بنیاد قانونی دارد. محکمه دریافت که ضرر مالی "نتیجۀ مستقیم" قطع پایپ لاین گاز بوده است. در فرانسه این مجموعۀ قضایا بنام "قضایای کیبل" مشهور است.

در یک قضیۀ مشابه تعدادی کارگران کیبل برق را قطع کردند و در نتیجۀ آن فعالیت فابریکۀ (Electricité de France) توقف یافت. بخاطریکه برق فابریکه توقف یافت، محکمۀ ابتدائیه ای در فرانسه حکم کرد که جبران خسارۀ معادل معاش کارگران بیکار شده در نتیجۀ عدم فعالیت فابریکه و به تعداد روز های بیکار آنها پرداخت گردد. در مرحلۀ استینافی محکمه موافقت کرد که ضرر "نتیجۀ مستقیم" عمل مدعی بوده است.

[281] Julio Alberto Diaz, Thesis, “Non Physical Damage: A comparative Perspective,” University of Canterbury.
[282] J.M. Barendrecht, ‘Pure economic loss in the Netherlands’ in E H Hondius (Ed) Reports to the Fifteenth International Congress of comparative Law (1998)116.

در قضیهٔ سوم و مخصوصاً مرتبط با این بحث محکمهٔ ابتدائیه ی برای شهر مارسلز جهت از دست دادن **عواید** که شهرداری این شهر برای مقاصد عام المنفعه جمع آوری میکرد، حکم به جبران خساره کرد. در این واقعه یک رانندهٔ بی احتیاط موجب تصادم در جاده شده، باعث راکد ماندن بس های شهری شده و سبب ضرر در عواید گردید و در نتیجه محکمه حکم به جبران این ضرر کرد. البته محکمهٔ استیناف این حکم را تائید کرد و نوشت که ضرر به مارسلز نه ضرر غیر مستقیم بود و نه فرضی بوده است.[۲۸۳]

همانطوریکه مشاهده می کنید، حقوق فرانسه در مجموع امکان جبران خساره به ضرر مالی را باز نگهمیدارد ولی قضات لازم میدانند که ضرر باید نتیجهٔ "مستقیم" عمل مدعی علیه باشد. به عبارت دیگر مدعی باید نشان بدهد که **مجاورت** میان عمل و ضرر وجود داشته است. مجاورت به معنی نزدیک بودن اشیا است. در این قضیه مجاورت باید با هم نزدیک بودن علت و نتیجه باشد نه فاصلهٔ فزیکی میان آنها. به هر اندازهٔ که سبب ضرر از ضرر مالی دور باشد به همان تناسب امکان کمتر میرود که محکمه به مسئولیت شخص حکم کند. بطور مثال در مورد قضیهٔ مصطفی ما میتوانیم که تصور کنیم که عمل مصطفی حتی بیشتر از آنچه که در شروع فصل بیان شد از نتیجهٔ عمل فاصلهٔ بیشتر دارد. چه میشود اگر مصطفی موتر لاری خود را در محلیکه لوحهٔ "منع توقف" وجود دارد پارک کرده و وزن موتر باعث شکستن پایپ گاز که در زیر زمین است شده باشد. در این قضیه محکمه بسیار کم امکان دارد که به مسئولیت مصطفی در قبال ضرر مالی حکم کند بخاطریکه عمل مصطفی از خسارت منافع به فابریکه بسیار بدور بوده است.

وقتیکه محکمهٔ ابتدائیهٔ در فرانسه حکم به جبران ضرر مالی می کند، محاکم استیناف حکم محکمهٔ اولی را درمورد پرداخت جبران خساره به ضرر مالی یا ضرر به متضرر فرعی که بعداً در این فصل در مورد آن صحبت میکنیم به ندرت رد می کند. بعضی محاکم حتی برای کارفرمایان که در اثر مجروح شدن یا کشته شدن یک کارمند شان توسط شخص دیگری یک روز کاری را از دست می دهند، جبران خساره را حکم می کنند. اشخاصیکه با بدبینی حکم محاکم فرانسه را مشاهده می کنند می نویسند که تعریف "مستقیم بودن" در عمل بی معنی است "زیرا که قضات جبران ضرر را به اعمال مستقیم و غیر مستقیم بر طبق میل خود گاهی حکم و گاهی هم به آن حکم نمی کنند."[۲۸٤]

کشور آلمان و همینطور کشورهای دارای سیستم کامن لا به مقایسهٔ فرانسه در مورد امکان جبران خسارات به ضرر خالص مالی بسیار باز نیستند. در سیستم کامن لا به احتمال زیاد جبران خساره به هیچ یک از قضایای کیبل داده نخواهد شد.

مسئولیت ممکن از قرارداد نشأت بگیرد هرچندیکه منبع همچو مسئولیتی عمل مضر نباشد. ولی باید توجه داشت که حتی در نظام های که اخذ جبران خساره بخاطر ضرر خالص مالی بسیار مشکل باشد، امکان دارد که از طریق قرارداد این مشکل حل شود. بطور مثال اگر شما فکر میکنید که جبران خسارهٔ مالی با طرفی که شما در حال مذاکره هستید یک مسئله خواهد بود، شما می توانید موادی را در قرارداد با او موافقه کنید که جبران خساره در حالت ضرر مالی را تنظیم کند. محاکم هرچند که در عدم قرارداد حکم به چنین جبران خسارتی صادر نکنند، در صورت موجودیت قرارداد آنرا محترم می شمارند.

۱،۱. استدلال مبتنی بر پالیسی بر له و علیه جبران خسارت ضرر مالی خالص

استدلال اصلی بر علیه جبران خسارهٔ متضرر خسارت مالی به استدلال ممانعت کننده (**floodgates argument**) مشهور است. اصطلاح دریچه سد آب (**floodgate**) به معنی مانعی است که جریان آب را تنظیم و کنترول می کند. معمولاً استدلال

[283] National Reporters and Editors Commentary, "The Case Studies," in Mauro Bussani and Vernon Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press (eds.) (2003), p. 420.

[284] Herbots, in Furmston, *The Law of Tort: Policies and Trends in Liability for Damage to Property and Economic Loss* (ed.) (1986), p. 145.

انسداد آب به این معنی است که وقتی شما مانع جریان سیلاب را حتی به مقدار کم هم باز کنید و مقدار کمی آب را بگذارید که از سد عبور کند، دیگر غیر ممکن می گردد که مانع ورود آب بیشتر از طریق مانع شوید و در نتیجه مقدار بیشتر از هر آنچه که شما توقع داشتید اتفاق می افتد. در این قضیه استدلال دریچه سد آب چنین است که هرگاه شما امکان جبران خساره به ضرر خالص مالی را مجاز بدانید، در آنصورت دعاوی بسیار زیاد جبران خساره مطرح خواهد شد. حتی وجایب ناچیز مثل تصادم سطحی و یا قطع پایپ گاز به دعاوی خارج از کنترول در مورد جبران خساره خواهد انجامید. یک پایپ لاین گاز ممکن که به چندین شرکت تولیدی وابسته باشد و این پایپ ممکن که به تمام صنایع و مناطق اطراف مرتبط باشد. آیا در اینحالات ما واقعاً میخواهیم که یک شخص را برای تمام خسارات مالی به همه سبب شده مسئول بدانیم؟

کشور های مثل فرانسه می کوشند که این موضوع "دریچه سد آب" را از طریق انکشاف آزمون های "مستقیم بودن" و "سببیت" محدود ساخته که این آزمونها ها مقدار جبران خساره و شرایط حکم به جبران خساره را مشخص می سازد. به نظر می رسد که این روش در عمل موفق بوده، زیرا محاکم فرانسه شاهد بحرانی از دعاوی جبران خساره در قضایای مسئولیت مدنی در این خصوص نبوده است.[۲۸۵]

مشکل دیگر در مورد جبران خسارۀ متضررین ضرر خالص مالی بسیار نظری است، به گونۀ که این مسئله بر اهمیت نسبی منافع عمومی از زوایای مختلف تمرکز دارد. استدلال این است، هرگاه قاضی به جبران خسارت خالص مالی حکم کند، در این صورت به اعضای جامعه مشکل خواهد که انواع مختلف رفتار ها را تشخیص دهد و درمطابقت به آنها پلان گذاری نماید. بطور مثال مردیکه زمین را حفر میکند و از قبل نمی فهمد که آیا او پایپ گاز را قطع خواهد کرد و یا خیر. او بصورت واضح باید که مسئول تخریب پایپ شناخته شود که این یکنوع اتلاف مال است، ولی هیچ راهی نیست که شخص از قبل بداند که این پایپ به خانۀ یا فابریکۀ منتقل شده است. ممکن که او به مبلغ صد افغانی مسئول شناخته شود و یا هم ممکن به مبلغ یک میلیون افغانی مسئول شناخته شود. بخاطریکه ضرر مالی موضوع مربوط به قدرت انتفاع متضرر است، لذا برای مدعی علیه بسیار مشکل است که تشخیص دهد چه درصدی از خطر در فعالیت های روزمرۀ او وجود دارد. بخاطر اینکه شما از قبل اعمال خود را پلانگذاری کنید، باید در تمام رفتار ها شما حدود و نتایج قانونی عمل خود و خطر موجود در آن را تا حد ممکن به وضاحت بدانید. اگر تشخیص مسئولیت مشکل باشد یا حتی مسئولیت نا متناهی باشد، در اینصورت شخص درک درستی از آنچه که وی در مقابل آن مسئول خواهد بود را نخواهد داشت.[۲۸۶] از نقطه نظر پالیسی، مشکل است که منافع مدعی را بخاطر جبران خسارۀ کامل و منافع عمومی را بخاطر امکان تشخیص و پلانگذاری از قبل را با هم سنجید.

۲. متضرر فرعی

متضرر فرعی شخصی است که خود قربانی اولی ضرر نبوده ولی بصورت غیر مستقیم یا در درجۀ دوم متضرر شده است. مفاهیم ضرر مالی و متضرر فرعی با هم پیوند نزدیک دارند. بخاطریکه متضرر فرعی به احتمال زیاد ضرر روانی، یا معنوی، یا هم ضرر مالی را متقبل می شود تا ضرر فزیکی و جسمی. مثال قضیه ظاهر را در نظر بگیرید، شخصیکه پدر است و در یک حادثۀ ترافیکی جان میدهد. او نان آور اصلی در خانوادۀ خود می باشد. هرچند که ضرر فزیکی تنها متوجۀ خود او می باشد، ولی خانوادۀ او یعنی خانم و اولاد هایش نیز از این حادثه متاثر می شوند. واضح است که آنها ضرر روانی را از اثر این حادثه متقبل شده ولی آنها ضرر خالص مالی را نیز متقبل گردیده اند بخاطریکه آنها عوایدی را که قبلاً پدر خانواده به خانه می آورد از دست داده اند. شما می بینید که معمولا وقتی ضرر مالی مطرح باشد، این ضرر را معمولا متضرر درجه دوم متقبل می گردد. برعکس آن نیز درست است: نوع ضرریکه متضرر فرعی متقبل می گردد معمولاً ضرر مالی است.

[285] Daniel Jutras, 'Civil law and pure economic loss: what are we missing?' (1986-1987) Canadian Business Law Journal, 308.
[286] Margus Kingisepp, "Scope of Claim for Consequential Damage in Delict Law," University of Tartu

سوالات برای مباحثه

در مثال پایپ لاین گاز و قضایای کیبل که قبلا بحث شد آیا مالک فابریکه متضرر فرعی است؟ در مورد کارمندان فابریکه چطور؟ در مورد مالک پایپ لاین و کیبل های برق چطور؟

قانون مدنی افغانستان و قانون مدنی مصر بصورت واضح و اما به شکل دیگری مسئولیت را در مقابل متضرر فرعی ایجاد میکند. این دو را با هم مقایسه کنید:

قانون مدنی

ماده ۷۷۵
شخصیکه به سبب جرح یا هرعمل مضر دیگر موجب قتل یا وفات شخص گردد، در برابر اشخاصیکه نفقه آنها بدوش متوفی بوده و به اثر قتل یا وفات از آن محروم شده اند، بتأدیه ضمان مکلف می باشد.

ماده ۷۷۷
هر نوع تعدی ایکه از آن ضرری بغیر از اضرار مندرج مواد فوق به شخص دیگری عاید گردد، مرتکب بجبران خساره مکلف می باشد.

ماده ۷۷۸
(۱) جبران خساره شامل سنجش ضرر معنوی نیز می باشد.
(۲) اگر به سبب وفات شخصیکه مورد تعدی واقع گردیده، ضرر معنوی به زوج و اقارب وی عاید گردد، محکمه می تواند برای زوج و اقارب تا درجه دوم بجبران خساره حکم نماید.
۳ـ جبران خساره ناشی از ضرر معنوی، بغیر انتقال نمی کند، مگر اینکه مقدار آن باساس موافقه طرفین و یا حکم قطعی محکمه تعیین شده باشد.

قانون مدنی مصر

ماده ۱۶۳
ارتکاب هر گونه تقصیر که موجب وارد شدن خسارت به دیگری شود، مرتکب را ملزم به جبران می سازد.

با مقایسهٔ این دو قانون میتوان مشاهده کرد که قانون مدنی افغانستان مسئولیت را در قبال متضرر درجه دو در قضایای خاص ایجاد می کند در حالیکه قانون مدنی مصر مسئولیت را در قبال متضررین درجه دو بصورت کل مطرح می سازد.

توجه داشته باشید که مخصوصآ در مورد قضایای که ما قبلا مطرح ساختیم یعنی شخصی موجب مرگ پدر خانواده که مسئولیت سرپرستی خانواده را دارد میگردد، مادهٔ ۷۷۵ قانون مدنی مسئولیت مدنی را ایجاد میکند. مادهٔ ۷۷۸ ضرر معنوی برای خانواده را بر علاوهٔ ضرر خالص مالی قابل جبران می داند و مادهٔ ۷۷۷ مسئولیت کلی در قبال ضرر به شخص دیگری را مطرح می سازد. این مواد با وجودیکه مسئولیت را در قبال متضرر درجه دو مطرح می سازند ولی هنوز هم نیاز به تفسیر همه جانبه دارند. بطور مثال چه نوع از ضرب و جرح مسئولیت مدنی را بر اساس مادهٔ ۷۷۷ ایجاد میکند؟ در مادهٔ ۷۷۸، چه نوع از اضرار ضرر معنوی است؟ آیا اختلال در خواب به علت کابوس های که شخص در خواب می

بیند نوعی از ضرر معنوی است؟ چه چیز دیگری ممکن که ضرر معنوی تفسیر گردد؟ همینطور مادۀ ۷۷۸ تنها به اعضای خانواده الی درجۀ دوم مطرح میگردد. چه کسی از دریافت جبران خسارت محروم می گردد؟

مهم است که توجه داشت که مواد مشخصی در قانون مدنی برای ضرر به اشخاص وجود دارد. ولی حکم مشخصی در مورد جبران خسارت به متضرر درجه دو در مورد اتلاف مال وجود ندارد. البته همانند قضایای پایپ لاین و کیبل امکان دارد که متضرر درجه دو از اثر اتلاف مال به استناد مواد دیگری خواهان جبران خساره گردد.

سوالات برای مباحثه

احمد سربازی در اردوی ملی افغانستان بود. او در یک عملیات نظامی علیۀ یک دشمن دولت افغانستان کشته شد. او ازدواج کرده و اولاد داشت. آیا مادۀ ۷۷۵ قانون مدنی در این مورد تطبیق می گردد؟

۲،۱. استدلال مبتنی بر پالیسی بر له و علیه جبران خسارت متضرر درجه دو

مفکورۀ جبران خسارت متضرر درجه دو نوعی از پذیرش این امر است که متضرر عضو جامعه است.[۲۸۷] شخصیکه متضرر شده تنها متضرر فعل مضر نیست. این شخص در عین حال پدر، شوهر و عضو اجتماع خود است. انسان ها به تنهایی زندگی نمی کنند. آنها از طریق روابط با دیگران ارتباط دارند. وقتیکه شخصی متضرر میگردد، این ضرر می تواند تاثیرات روانی و اقتصادی بالای تعداد زیاد اشخاص دیگر بگذارد.

البته یک نگرانی از عدم کنترول این سلسله وجود دارد. بعضی ها تشویش دارند که هرگاه جبران خسارت به متضرر درجه دو داده شود، مسئولیت شخص ممکن نا محدود شود زیرا تقریباً هر کسی ادعا کرده می تواند که او از ضرر شخص متضرر متاثر شده است. پدری را تصور کنید که متضرر شده است. خانم و اولاد های این شخص طبق مواد ۷۷۵ و ۷۷۸ قانون مدنی مستوجب جبران خسارۀ برای تحمل ضرر مالی و روانی و معنوی میگردد. مگر در مورد برادر شخص متضرر که شاهد مجروح شدن برادر خود بوده و تقاضا جبران ضرر معنوی می کند وضع به چه منوال است؟ در مورد دوکانداری که ادعا دارد که شخص متضرر در مسیر راه بطرف دوکان او جهت خرید بود چطور؟ آیا دوکاندار نیز برای ضرر مالی جبران می گردد؟ آیا مادۀ ۷۷۷ محدودیتی در مورد مسئولیت وضع می کند؟

در صورت موجودیت تعداد کثیری از متضررین درجه دوم، بعضی کشور ها شیوۀ را که بنام "کنترول سببیت" یا "توقف سببیت" نامیده می شود بکار می برند. هرچند اگر قوانین در مورد صراحتاً حکم نکند، آنها ضرورت موجودیت یک آزمون "سببیت مجاور" برای محدود ساختن جبران خساره را تشخیص میدهند زیرا در غیر اینحالت جبران ضرر به متضرر درجه دوم از کنترول خارج میگردد. بطور مثال کشور های آسترالیا، فنلند، و سویدن این روش را بکار می برند.[۲۸۸] آیا مواد ۷۷۵، ۷۷۷، و ۷۷۸ قانون مدنی قضایای را مشخص می سازد که در آنها متضرر درجه دوم درخواست جبران خسارت کرده می تواند؟

در بعضی کشور های دیگر قضات غالباً **شیوۀ صلاحیتی** را بکار می برند و فکر می کنند که آیا در حالاتیکه جبران ضرر بسیار بالا است یا اینکه تعداد کثیری از متضرر درجه دو وجود دارد، **"احتمال عدم تعادل"** وجود دارد یا خیر. صلاحیت در

[287] Nathalie Des Rosiers, President, Law Commission of Canada, Families, "Communities and Peoples: Redress and Healing for Secondary Victims of Institutional Abuse," Public Speakers Forum, Internation's Justice Federation.
[288] *See* The Case Studies, in PURE ECONOMIC LOSS IN EUROPE 171, 206-07 (Mauro Bussani & Vernon Valentine Palmer eds., 2003).

اینجا به معنی توان تصمیم گیری بر اساس قضاوت شخصی است. عدم تعادل به معنی نبود تناسب یا عدم ارتباط مناسب میان اندازۀ اشیا است.

این شیوه های محدود ساختن مسئولیت (و نه کاملاً ممنوع ساختن آن) متشکل از یک طیفی با دو جناح است: در یک جناح "قاعدۀ محروم سازی" است که در کشور های کامن لا مروج است و این روش جبران خساره به متضرر درجه دوم را منع می کند. درجناح دیگر اجازه به جبران خساره بصورت نا محدود و به همه متضررین درجه دوم داده می شود.

فصل پنجم: تقصیر به ارتباط هنجار های مشخص اجتماعی

طرح موضوع

قبلاً دانستیم که هنجار های اجتماعی تا کدام اندازه میتوانند حایز اهمیت باشند. در فصل های قبلی، ملاحظه نمودید که محاکم افغانستان چگونه با قضایای که قرارداد توسط اشخاص صغیر غیر ممیز و اشخاص مجنون منعقد شده، برخورد می کنند. به دلیل اینکه یک معیار جهانی واحد برای تشخیص جنون مبنی بر اینکه یک شخص تا کدام اندازه اختلال دماغ داشته باشد که محکمه وی را فاقد اهلیت تشخیص دهد وجود ندارد، لذا هنجار های اجتماعی دراین مورد بسیار با ارزش اند. محاکم در این موارد غالباً از طریق ارجاع به هنجار های که دربستر اجتماع شکل گرفته یا با در نظر داشت درک اجتماع از بعضی مسایل تصمیم میگیرند.

۱. هنجار های اجتماعی به مثابه یک راهکارِ از تفسیر قوانین

قانون مدنی

مادۀ ۹

(۱) شخصیکه از حق خود تجاوز نماید، ضمان بر او لازم می گردد.
(۲) تجاوز از حق در موارد آتی بوجود می آید :
۱- اعمال مخالف عرف و عادت.
۲- داشتن قصد تعرض بر حق غیر.
۳- جزئی بودن مصلحت شخص نسبت بضرریکه بغیر وارد میسازد.
۴- غیر مجاز بودن مصلحت.

مادۀ ۹ قانون مدنی نمایانگر اهمیت شایانی است که عرف در حقوق اسلام دارد. به همین گونه مجلة الاحکام بیان می دارد که:

۳۶. عادت مرجع حکم است، یعنی عادت خواه عمومی باشد یا خصوصی برای اثبات حکم شرعی مرجع حکم قرار می گیرد.
۳۸. ممنوع عادت مانند ممنوع حقیقی می باشد.
۳۹. تغییر حکم به تبدیل زمان قابل انکار نیست.
۴۰. حقیقت به دلالت عادت ترک می شود.
۴۱. عادت را وقتی اعتبار داده می شود که همیشگی و غالب باشد.
۴۲. غالب مشهور اعتبار دارد، نه نادر.
۴۳. مروج به عرف مانند مشروط به شرط است.

عادت فراهم کننده قرائن است. اگر یک اجتماع هنجارِ را رعایت کند، آیا توقع می رود که همه باید این هنجار را رعایت کرده ویا خطر تقصیر را فرض کنند؟ یکی از اساسی ترین روش ها که هنجار های اجتماعی بخش مسئولیت مدنی (و تمام بخش های حقوقی) را تحت نفوذ قرار میدهد، روش نفوذ قضات در تفسیر قوانین است. بعضی کلمات و عبارات درقانون مبهم است زیرا برای قانونگذار ناممکن است که با صراحت مقصود خود از تمام معانی را نوشته کند. لذا قضات باید تصمیم

بگیرند که بعضی کلمات مبهم چه مفهومی را افاده می کند. معمولاً روشی که این عمل انجام می شود با مراجعه به معنی کلمه در اجتماع محلی است. بطور مثال از لحاظ تاریخی جوامع اسلامی معیارها را توسعه داده اند که در محلات عامه همیشه نیاز به "درک عامه از مصئونیت بدون تقصیر"[۲۸۹] می باشد. این بدان معنی است که هرگاه شخصی در محل عام شی خطرناکی را نگهداری کند و این شی سبب ضرر به دیگری شود، در اینحال وجود ضرر به خودی خود نشانهٔ خوبی از موجودیت تقصیر است. این معیار مردم را تشویق میکند که در هنگام داشتن اشیای خطرناک در محل عام احتیاط بیشتر را در نظر بگیرند. بطورمثال اگر فرهاد در جادهٔ روان است وهمرایش بوتل بزرگ گاز پروپان(propane) است طوریکه این گاز آتش گرفته و سبب وارد شدن ضرر به دیگری شود، محکمه ممکن دریابد که فرهاد احتیاط کافی بخرچ نداده ونسبت به قضیهٔ مشابه که فرهاد بستهٔ جوس سیب را حمل میکرد وتصادفاً این بسته بالای رهگذری ریخته و سبب لغزیدن و مجروح شدن وی گردیده است، مقصر بود است.

در مورد قضیهٔ دیگری که فرهاد در بازار است و بزی را به ریسمان بسته ولی بز رها شده و شخصی را با شاخ هایش مجروح نموده، در این مورد حکم چگونه خواهد بود؟ آیا فرهاد مقصر است؟ اگر محکمه واضح سازد که اشخاصی مثل فرهاد مسئول ضرر وارده توسط حیوان خطر ناک آنهاست که در محل عام بر دیگری وارد میگردد، اشخاصی مثل فرهاد در آینده کوشش خواهند کرد تا ریسمان محکم تری را برای بستن حیوان خود استفاده کرده و در نتیجه اضراری از این نوع کاهش خواهد یافت. از نقطه نظر عرفی این دلیلی است که گاهی باید قواعدی داشت تا مردم را به رفتار معیین تشویق کند. شما این موضوع را در مادهٔ ۷۹۷ در قسمت بعدی این فصل مشاهده خواهید کرد.

سوالات برای مباحثه

کدام یکی از واژه ها، عبارات و جملات در مواد زیر از قانون مدنی ممکن در جوامع مختلف، قرا و قصبات، و ولایات یا حتی کشور ها معنی متفاوت خواهند داشت؟

ماده ۷۹۳

حادثه جنائی ایکه از حیوان بوقوع میرسد، مسئولیت بار نمی آرد. مالک وقتی مسئول جبران خساره عایده از حیوان می گردد که عدم اتخاذ احتیاط لازم از طرف وی، برای جلوگیری از وقوع حادثه ثابت گردد.

ماده ۷۹۶

1- محافظ عمارت گرچه مالک آن نباشد، از ضرر ناشی از انهدام با آنکه انهدام جزئی باشد، مسئول پنداشته میشود مگر اینکه ثابت گردد که انهدام به سبب اهمال درصیانت نبوده یا به اثرکهنه بودن عمارت یا عیب آن صورت گرفته است.

ماده ۸۰۷

هر گاه شخص مال شخص دیگر را بدون اجازه استعمال نماید به تادیه منافع آن مکلف می گردد مگر اینکه مال مذکور منقول بوده و استعمال کننده دارای حسن نیت باشد.

مفهوم "احتیاط لازم" در مادهٔ ۷۹۳، "اهمال در صیانت" در مادهٔ ۷۹٦، و "حسن نیت" در مادهٔ ۸۰۷ احتمالا در حوزه های قضایی مختلف فرق کند. حوزهٔ قضایی ساحه یا منطقهٔ است که در آن یک نظام قضایی خاص حاکمیت دارد.

289 Khafif Ali, *Al Daman Fi Al Fiqh Al Islami* (Arabic), *Liability in Islamic Jurisprudence*, Al Mtba'ah Al Faniyah Al Hadithah, Cairo, Egypt, 1971, page 39.

اکثر اوقات یک قاضی به هنجار های اجتماعی توجه میکند تا دریابد که آیا عملی عادی بوده و اینکه یک مشاهد عادی چگونه یک حادثه را درک می کند. ولی یک مشاهد عادی به موضوعات به گونهٔ متفاوت در جوامع متفاوت نگاه میکند. از همینروست که معنی بعضی کلمات باید نظر به موقعیت های مختلف تفاوت کند. "احتیاط لازم" ممکن در یک محل یک معنی را افاده کند و در محل دیگری معنی دیگری داشته باشد. معقول به نظر نمیرسد اگر گفته شود که این مفهوم در تمام مکان ها دارای معیار واحدی باشد. یک اصطلاح واحد نظر به سیاق موضوع مفهوم متفاوت را ارائه می دهد و ساده ترین راه برای قاضی این است که در مورد هر وضعیت در همچو موارد با در نظرداشت و ارزیابی هنجار های اجتماعی به موضوع رسیدگی کند.

گاهی اوقات سوال اینجاست که آیا قانون "محدودهٔ" را برای مسئولیت ایجاد می کند یا معیار حداقلی احتیاط برای جلوگیری از تقصیر کافیست؟ در همچو قضایا قاضی نیازمند رجوع به معیار بلندتری است نه به معیار ضعیف، و لو اینکه در جوامعی هنجار ها با معیارهای ضعیف تر وجود داشته باشند.

مثل اینکه یک جامعه ممکن اجتماعی به سطح افغانستان باشد، اجتماع ممکن که در سطح ولایت، قریه و یا حتی گروه خاصی از افراد در سطح یک قریه باشد. در یک قریهٔ کوچک زراعتی، هنجار اجتماعی ممکن ایجاب کند که صرف یک نگهبان از طرف شب با چراغ دستی اش برای ساعت ها در اطراف قریه و اکثراً در بازار قریه در گردش باشد. اگر مالی از دوکانی دزدیده شود، قاضی قبل از تصمیم در مورد مقصر بودن نگهبان ممکن که به هنجار های اجتماعی در مورد رفتار نگهبان شب در آن قریه نگاه کند. در قریهٔ بزرگتر یا حتی یک شهر این هنجار ممکن متفاوت باشد از همین جهت امکان دارد معیار "اهمال در صیانت" متفاوت بوده باشد. درک قاضی در مورد "اهمال در صیانت" معمولاً بازتاب دهندهٔ درک اجتماع از این مفهوم است. در قضایای نادر ممکن که قاضی فکر کند که هنجار های اجتماعی و تطبیق آن بالای یک قضیهٔ بخصوص درست نبوده و لذا به همین دلیل باید این هنجار ها رعایت نشود. بطور مثال هرچند که نگهبان شب معمولا به گونهٔ که در بالا ذکر شد عمل می کند، ولی رفتار نگهبان شب حتی در قریه های کوچک نیز باید بر اساس معیار بالاتر سنجیده شود. در اینحالت قاضی ممکن که این نگهبان را مقصر یابد.

همینطور قانونگذار ممکن که تفسیر یک مفهوم را با وضع قانون تغییر دهد. مقنن ممکن که در مورد قضیهٔ خاص تصریح بدارد که قضات باید تقصیر را به معنی مشخصی در نظر بگیرند هرچند که ممکن هنجار های اجتماعی در مورد اینکه رفتار نگهبان چگونه باشد معمولا متفاوت باشد. اگر مقنن قانون را وضع کند که بر مبنای حکم قانون در صورتیکه نگهبان در جریان وظیفه در محلی بی حرکت بنشیند، این عمل او اهمال بوده در اینصورت اگر مالی از محل دزدیده شود و ثابت گردد که نگهبان به عوض حرکت در محلی مستقر شده، ایا این عمل او بصورت آنی به معنی تقصیر است؟ یکبار دیگر مورد عناصر مختلفی که برای اثبات مسئولیت لازم است فکر کنید.

۲. هنجار های اجتماعی در مورد مسئولیت در وظایف تخنیکی

در مورد بعضی قضایا وقتی قضات و سایر مقامات حقوقی در مورد هنجار های اجتماعی فکر میکنند، این یک عملکرد غیر رسمی است و گاهی اوقات به صورت ناخودآگاه انجام می یابد. در بعضی مواردی این نگرش بسیار رسمی بوده، مثلا وقتیکه اجتماع به مفهوم سنتی آن اجتماع یک قریه یا شهر نباشد بلکه اجتماع گروهی از اشخاص مسلکی بخاطر انجام اعمال مشابه باشد. ممکن یک گروه از طبیبان که همه آنها روش معمول طبی را انجام میدهند موافقت کنند که یک روش درست برای انجام این عمل وجود دارد، لذا اگر طبیبی به گونهٔ دیگری رفتار می کند، او نادرست و غیر مسئولانه عمل کرده است.

ماده ۷۹۷

شخصیکه آلات تخنیکی یا دیگر اشیای را در اختیار داشته باشد که جلوگیری ازتولید ضرر آنها مستلزم توجه خاص باشد، درصورت وقوع ضرر ازاشیاء وآلات مذکور، مسئول شناخته می شود. مگراینکه ثابت نماید درجلو گیری از وقوع ضرر احتیاط کافی را بکار برده است. احکام خاصیکه در زمینه بعداً وضع گردد نیز رعایت میگردد.

منظور از "آلات تخنیکی" و یا "احتیاط کافی" درمادۀ ۷۹۷ چه است؟ ما می دانیم که منظور از آن باید از "احتیاط لازم" که در مادۀ ۷۹۳ بیان شده و "اهمال در صیانت" که در مادۀ ۷۹۶ ذکر شده متفاوت تر باشد. این تفاوت به اعتبار هنجار های همان جامعۀ است که آن قواعد بالایشان قابل تطبیق است. ما میتوانیم طبیبان را منحیث اجتماعی که با هنجار های مشخص رفتار میکنند در نظر بگیریم. اگر در مورد قضیۀ هنجارهای اجتماعی به حد کافی مشخص نباشد، در آنصورت ما اجتماع کوچک تری را در درون این اجتماع داکتران در نظر گرفته می توانیم. بطور مثال تمام داکتران ممکن بفهمند که چگونه حرارت بدن شخصی را که تب دارد اندازه گیری کنند. ولی ما توقع نداریم یک داکترِ که در بخش معده تخصص دارد باید نحوۀ عملیات پیچیدۀ قلب یا شش را بفهمد. همینطور تراکتور ممکن در بعضی جوامع "آلۀ تخنیکی" محسوب شود ولی در جوامع که همه به زراعت مصروف اند و هر شخص یک تراکتور دارد و توقع میرود که نحوۀ استفادۀ آنرا بداند، این تراکتور آلۀ تخنیکی محسوب نخواهد شد.

این مفکوره ها از لحاظ تاریخی در جوامع اسلامی از طریق تجربۀ متضرر شدن بیماران انکشاف یافت. شخصی که عملیات ختنۀ اطفال را انجام میداد در صورتیکه عضو طفل را بیشتر از حد لازم قطع میکرد مسئول شمرده میشد.[۲۹۰] این موضوع بر اساس حکمی از جانب عمر(رض) خلیفۀ دوم بنا شده بود. حضرت عمر(رض) چنین شخصی را بر اساس اشتباۀ طبی اش مسئول می شناخت. این اصل به دکترینی در حقوق تبدیل شد که هرگاه شخصی بدون جواز یا کفایت لازم به طبابت می پردازد صرفنظر از اینکه تقصیر وی ثابت گردد یا نه، مسئول هر نوع ضرر خواهد بود. فرض بر این است که در این حالت تقصیر وجود داشته است. ولی یک داکتر با داشتن جواز زمانی مسئول از تقصیر خود است که جانب متضرر ثابت سازد که معیار مواظبت لازم رعایت نشده یا اشتباه واضح در عملکرد داکتر وجود داشته است.[۲۹۱]

در حقوق اسلام در شرایط که دخالت ابزار معیین در یک قضیه مطرح بحث بوده باشد، معیار های دیگری نیز برای ایجاد مسئولیت توسعه داده شده است.جنانچه در مادۀ ۷۹۷ قانون مدنی نیز تصریح شده. بطور مثال زمانیکه آلات خطرناک دریک مورد دخیل میبود، معیار رفتار شخص بالا می رفت. ممکن اشیای خطرناک مثلاً حیوانی غیر اهلی یا یک اسلحه می بود. اگر ضرری توسط حیوان غیر اهلی یا اسلحه وارد میشد، موجودیت ضرر نشانۀ برای اثبات تقصیر در جانبیکه ضرر را وارد کرده پنداشته می شد. در مثال بالا شخص مسئول کسی بود که اشیای خطرناک را در اختیار داشت.[۲۹۲] در این حالت شخص متضرر ملزم به اثبات تقصیر نیست، زیرا در همچو حالات تقصیر مفروض پنداشته میشود. این یک نمونۀ ابتدائی بلند بودن معیارها تشخیص است که در قوانین توسعه داده است چنانچه در مادۀ ۷۹۷ قانون مدنی نیزشکل گرفته است.

هنجار های اجتماعی به عنوان نوعی از عامل بازدارنده عمل میکند. اکثر اوقات این هنجارها ممکن به شکل مقررات دولتی تدوین گردد. بطور مثال حسبه ادارۀ بود در صدر اسلام که معیار های حفاظتی برای تمام صنایع و فعالیت های تجاری را

---

290 Zarqa Mustafa, *Al Fi'l Al Darr Wa Al Daman* (Arabic), *Harmful Action and Liability*, Dar al Qalam Publishers, Damascus, Syria, 1988, page 45.

291 *Id.*

292 Faidullah, Mohamed Fouzi, *Nazariyat Al Daman Fi Al Fiqh Al Islami* (Arabic), *Liability Theory in Islamic Jurisprudence*, Dar al Turath Publishers, Kuwait, 1983, page 186-87.

در سال های ٦٣٧ در زمان خلافت حضرت عمر(رض) ایجاد کرده بود.[٢٩٣] آنعده اشخاصیکه از این معیار ها و مقررات حفاظتی عدول میکردند و مخصوصآ این عدول سبب ضرر می شد با جریمه نقدی مواجه میشدند. این نوع از ممانعت که بر اساس ایجاد وجیبه استوار بود، سبب شکل گیری معیار های شد که هنجار های مشخص را برای چگونگی ایجاد وجیبه شکل داد.

٣. جبران خسارۀ که توسط هنجار های اجتماعی تعیین میگردد

جبران خساره نیز اکثر اوقات توسط هنجار های اجتماعی تعیین میگردد. در حقوق اسلام جبران خساره برای اضراریکه ما در مورد آنها بحث کردیم شامل ضمان یا جبران خسارۀ مالی، و دیت یا پول برای خسارت بدنی، مصارف تداوی، و مصارف از دست دادن عواید را شامل میشد. در حقوق اسلام میان ضرر که منجر به مرگ شود، ضرر کلی، و ضرر جزئی تفاوت های است. دیت در صورت مرگ یا نقص کلی عضو در فقه اسلامی مشخص شده ولی جبران خساره برای ضرر و جراحت جزئی توسط قاضی منحیث فیصدی از دیت یا نقص کلی اعضا در نظرگرفته می شود.

٣,١.اتحادیه های مسلکی و جبران خسارت: چرا بیمه انگیزه ها را تغییر میدهد

تکافل نوعی از نظام بیمه است که جبران خسارت در مقابل ضرر را تضمین می کند. در صورتیکه دیت برای فوت شخص یا هم جراحات کلی لازم گردد، مسئولیت جبران بالای اعضای خانواده یا اجتماع وارد کنندۀ ضرر که در جبران موافقت کرده اند تقسیم می گردد. به عوض اینکه وارد کنندۀ ضرر به متضرر تمام مبلغ جبران خساره را بپردازد، این مبلغ بالای تعداد زیادی از اعضا تقسیم میگردد. در این نظام بیمه، اجتماع با رضایت خود موافقت کرده اند که استثنائی را در اصل اسلامی که "هیچ شخص مسئول عمل یا باور دیگران نیست" ایجاد کنند.[٢٩٤] تکافل بر اساس نظام قبیله ای العقیله بنا یافته که در آن جوامع مسئولیت ضرری که در اجتماع واقع می شود را تقسیم می کند. تکافل از این قبیلۀ العقیله به اتحادیه ها و انجمن های مسلکی امروزی توسعه یافته است. بطور مثال داکتران که همه مواجه به نوع یکسان مسئولیت هستند می توانند در این نظام پرداخت گروهی شرکت کنند. اینکار به عنوان نوعی از کارکرد اجتماعی امری معقول است. اگر تمام داکتران قلب بر اساس معیار واحد مسئولیتی مورد قضاوت قرار بگیرند، در اینحالت معقول است که آنها نظام از بیمۀ مشترک را ایجاد کنند.

مثلا مورد قبیلۀ العقیله، تمام قریه یا قبیله در پرداخت جبران خساره به متضرر کمک خواهد کرد. بر اساس نظام کفاره، وارد کنندۀ ضرر باید غیر از جبران شخص متضرر به اشخاص دیگر نیز بپردازد.[٢٩٥] در مورد ضرر که منتج به مرگ شود از لحاظ تاریخی وارد کنندۀ ضرر باید معادل ارزش جبران خساره را به اشخاص فقیر و بی بضاعت کمک کند. کفاره در این شکل باید از طرف شخص مسئول مرگ پرداخت شود. ولی در مورد دیت، مسئولیت به دوش کسانی است که وظیفۀ سرپرستی شخص را داشته اند. یک دلیل برای مسئولیت سرپرست شخص اینست که وی از ضرریکه منتج به مرگ شد جلوگیری کرده می توانست. دیه و العقیله جوامع را تشویق می کند که در قبال جلوگیری ضرر توسط اعضای شان بیشتر محتاط باشند.

[293] Monzer Kahf, *Economics of Liability: An Islamic View*, unpublished, Islamic Research and Training Institute.
[294] 6:164, Qur'an.
[295] 4:92, Qur'an.

فصل ششم: جبران خسارت

طرح موضوع

تا این قسمت شما دانستید که هرگاه قراردادی نقض می گردد یا که عمل مضری صورت می پذیرد، معمولاً شخص مسئول به نحوی مکلفیت تلافی خساره را به جانب دیگر دارد. در فعل مضر متداولترین نوع ضمان همان **جبران ضرر** وارده است که این جبران معمولاً به معنی پرداخت مبلغ پول در مقابل ضرر است.[۲۹۶] هرچند در ابتدأ موضوع بسیار واضح به نظر می رسد، اینکه هرگاه شخصی دیگری را متضرر نماید، باید جانب متضرر را جبران خساره کند. ولی جبران خساره دارای جوانب مختلف می باشد. مفهوم کلی پرداخت جبران خساره به جانب متضرر توسط مسئول ساده است. ولی سئوال اینجاست که جانب مسئول چه مقدار باید بپردازد؟ برای چه نوع ضرر، شخص زیان دیده مستحق جبران خساره می گردد؟ اگر بیشتر از یک شخص ضرر را وارد سازد در اینصورت حکم آن چیست؟ این ها بعضی موضوعاتی اند که این فصل به آنها می پردازد.

۱. جبران خساره

۱,۱.نظر اجمالی

جبران خساره متداولترین نوع تلافی در برابر اعمال مضر است، اعمال مضر در قانون مدنی افغانستان در مواد مربوط به احکام کلی (مواد ۷۷٦ الی ۷۸۹) تحت بخش فعل مضر به ترتیب از شدیدترین الی خفیف ترین نوع آن توضیح گردیده است. به مفهوم حقوق افغانستان اصول کلی تلافی را میتوان به این شکل بیان کرد: زمانیکه یک فردضرری را به دیگری وارد می سازد، مرتکب فعل ملزم به پرداخت جبران خساره به متضرر است. هرچند این نظریه بصورت دقیق و مستقیم در قانون مدنی ذکر نشده، ولی از احکام عمومی در مورد جبران خسارت و مواد دیگر قانون مدنی می توان به این نتیجه رسید. بطور مثال مواد ۷۷٤ و ۷۷٥ قانون مدنی اقتضأ می کند که قاتلین، یا اشخاصیکه ضرب و جرح را سبب گردیده یا شخصی را آسیب بدنی رسانیده باشند، باید که شخص متضرر را جبیره کنند. و در مورد قضیهٔ قتل، اشخاص مسئول مکلف اند تا مسئولیت متوفیٰ را در قبال ورثه او نیز جبران نمایند. لذا دیده می شود که قانون مدنی جبران خسارهٔ پولی را برای تعدادی از جرایم بسیار جدی در نظر گرفته است. و در جانب دیگر مادهٔ ۷۷٦ مربوط بخش احکام عمومی قانون مدنی است که بصورت بسیار کلی و موسع نوشته شده است.

قانون مدنی

ماده ۷۷٤
شخصیکه مرتکب فعل مضر از قبیل قتل، جرح، ضرب ویا دیگر انواع اذیت بر نفس گردد، به جبران خساره وارده مکلف میباشد.

ماده ۷۷٥
شخصیکه به سبب جرح یا هرعمل مضر دیگر موجب قتل یا وفات شخص گردد، دربرابراشخاصیکه نفقه آنها بدوش متوفی بوده وبه اثرقتل یا وفات از آن محروم شده اند، بتأدیه ضمان مکلف می باشد.

[۲۹۶] جبران خساره ممکن به معنی مجموعهٔ از وسایل جبرانی باشد که شخص مسئول عمل مضر به عهده دارد، و یا این مفهوم به معنی جبران خسارهٔ پولی باشد. مگر اینکه طوری دیگری مشخص شود، این اصطلاح در فصل حاضر به معنی جبران خسارهٔ پولی است.

ماده ۷۷٦

هرگاه به اثر خطا و یا تقصیر ضرری به غیر عاید گردد مرتکب به جبران خساره مکلف می باشد.

در اینجا در قانون مدنی ما پائین ترین معیار برای جبران خساره را شاهد هستیم. در اینجا اصطلاح بسیار کلی "ضرر" وجود دارد که ما آموختیم این اصطلاح تعداد وسیع اعمال مضر بشمول ضرر های جزئی مالی را در بر میگیرد. برعلاوه مادۀ ۷۷٦ حکم می کند که جبران خسارت حتی در صورتیکه ضرر بصورت تصادفی وارد شده باشد نیز لازم میگردد. با مشاهدۀ همزمان مواد ۷۷٤ و ۷۷٦ می توان گفت که جبران خساره یکنوع از ضمان برای تمام انواع افعال مضر است.

برعلاوه افراد در قبال شخص متضرر در حدود مبلغ معادل ضرری که آنها وارد ساخته مسئول برای جبران خسارۀ متضرر می باشند. بعداً می بینیم که سنجش ارزش معادل ضررهمیشه آسان نیست، ولی هر آن مبلغی را که محکمه برای جبران ضرر لازم بداند شخص مسئول مکلف به پرداخت آن خواهد بود. توجه داشته باشید که یک شخص صرف مسئول پرداخت جبران خساره به متضرر برای ضرر مستقیم که این شخص وارد کرده مسئول خواهد بود نه برای ضرر غیر مستقیم.

قانون مدنی

مادۀ ۷۷۹

محکمه جبران خساره را به تناسب ضرر عایده تعیین می نماید، مشروط بر اینکه ضرر مذکور مستقیماً از فعل مضر نشأت کرده باشد.

تفاوت میان ضرر مستقیم و غیر مستقیم از طریق یک مثال بصورت بهتر قابل درک است.[۲۹۷] تصور کنید که بصیر کارگر ساختمانی است که سقف خانۀ در مجاورت خانۀ که حمیده به اجاره گرفته را ترمیم می کند. در جریان کار بالای بام این خانه، بصیر بعضی مواد ساختمانی را بالای سقف خانۀ حمیده ریخته و سبب ضرر به خانه و مال حمیده میگردد. در جریان ترمیم این ضرر، حمیده مجبور می گردد که در جای دیگری برای مدتی زندگی کند. لذا حمیده به خانۀ جدیدی که اجاره بهای آن بیشتر است نقل مکان می کند. مشروط بر اینکه حمیده با حسن نیت عمل کرده و مصارف را منصفانه متحمل شده باشد، بصیر برای اتلاف مال حمیده، مصارف انتقال او به خانۀ جدید، و تفاوت کرایۀ خانۀ جدید از آنچه که او در خانۀ اولی خود می پرداخت را باید جبران نماید. این موضوع شامل ضرر مستقیم است که حمیده از عمل بصیر متضرر شده است.

حالا تصور کنید که در منزل جدیدی که حمیده نقل مکان کرده حشرات زیادی وجود دارد. بصیر مسئول ضرری نیست که حمیده ممکن از این حشرات در منزل جدیدش تجربه کرده باشد. هرچند که حمیده بنا به تقصیر بصیر مجبور به کوچ کشی به این خانۀ جدید شده ولی بصیر مسئول شرایط خانۀ که حمیده به آنجا نقل مکان نموده، نمی باشد. مسئولیت شرایط خانۀ جدید یا به دوش حمیده است و یا هم به دوش مالک آن خانه. تنها مسئولیتی که بصیر در قبال حشرات خانۀ حمیده دارد از نوع غیر مستقیم است و اشخاص در قبال اضراریکه بصورت غیر مستقیم از اعمال آنها نشآت می کند مکلف به جبران خساره نمی باشند.

سوالات برای مباحثه

فرضیه های زیر را بر اساس ضرر مستقیم یا غیر مستقیم تقسیم کنید. پاسخ خود را بر مبنای آن توجیه نمائید.

[۲۹۷] تفاوت میان ضرر مستقیم و غیر مستقیم در فصل مربوط به سببیت به تفصیل بیان گردیده است.

۱. مالک و نبیل دچار سانحهٔ ترافیکی می گردند و به نظر می رسد که مالک در این قضیه مقصر است. در جریان این حادثه پای نبیل به شکل وخیمی پاره شده، ولی این ضرر در حدی نیست که زندگی او را در آینده با خطر مواجه سازد. متاسفانه این زخم عفونی شده و نبیل دیگر از پایش استفاده کرده نمی تواند.

۲. طاهره در ملکیت خود آتش می افروزد. آتش به سرعت از کنترول او خارج شده و به اموال صدیق سرایت می کند و به انبار صدیق خسارت وارد می کند. روز بعد صدیق به انبار می رود تا خسارت را محاسبه کند. وقتیکه او در جریان قدم زدن است پایش به تیر بزرگ چوبی خورده که در اثر آتش سوزی به زمین افتاده بود. بند پای صدیق در نتیجه می شکند.

۳. زید در جریان عبور از بالای پل سنگ ها را با لگد می زند. یکی از سنگ ها از پل پائین غلتیده و در پائین بربالای یک موتر می افتد. این سنگ سپس از موتر یاد شده بسوی عمر پرتاب می شود و او را بصورت جدی زخمی می سازد.

۱,۲. غیر مرتبط بودن قصد

موضوع دیگری که در مورد جبران خساره باید در نظر داشت این است که قصد در آن مهم نیست. مادهٔ ۷۷٦ که در بالا ذکر شد بیان میدارد که ضرر ولو اگر به خطا یا غلطی هم اتفاق افتاده باشد هنوز هم باید توسط شخص مسئول جبران خساره گردد. آنچه که مهم است، اینکه ضرر باید جبران گردد. ولی قبل از اینکه متضرر توسط شخصی جبران گردد، این شخص باید مسئول شناخته شود. زمانیکه شخص مسئول شناخته شد، در آنصورت قصد یا عدم قصد ضرر رساندن بالای جبران خسارهٔ که شخص مکلف است یا تمام مبلغ جبران خساره که او مکلف به آن است تاثیر ندارد.

آنچه را که در مورد اتلاف مال توسط حیوان آموختید را به یاد بیاورید. به یاد آورید که شخصی که حیوان خود را برای چریدن در مزرعهٔ دیگری بدون اجازهٔ مالک آن مزرعه رها می کند، مرتکب عمل مضر شده و مکلف به جبران خسارهٔ است که حیوان سبب گردیده است. حالا تصور کنید که کاکای جمیله بنام نصیر به جمیله اجازه میدهد که او بز خود را در زمین هایش بچراند. جمیله بز را به ساحهٔ که فکر میکند زمین های کاکایش است می آورد، ولی بعداً معلوم می شود که زمین به همسایهٔ کاکای جمیله یعنی عبدل تعلق داشته است. هرچند جمیله فکر میکند که او کار اشتباهی کرده باشد، هنوز هم او مسئول جبران خساره به عبدل بابت هر آن ضرری است که حیوان متعلق به او به زمین عبدل وارد کرده است. هنگامیکه جمیله به اشتباه حیوان را در زمین عبدل به چرا برده و تصور کرده که زمین متعلق به کاکای او است، قانون مدنی بر ضرر تمرکز دارد، نه بالای اینکه قصد جمیله چه بوده است. هرچند که عمل جمیله تصادفی و غیر قصدی بوده است، عبدل در هرصورت متضرر شده باید خسارت به او جبران گردد. و از آنجائیکه جمیله این ضرر را وارد ساخته، لذا او مکلف به جبران ضرر است.

سوالات برای مباحثه

عیسی بدور زمین خود مانع ایجاد کرده است. او میخواهد که مانع سمت شمالی را تعویض کند، بخاطریکه چوب های آن فرسوده شده است. عیسی رحیم را برای تخریب این مانع استخدام می کند. رحیم به اشتباه مانع سمت دیگری را تخریب می کند. در کدام یک از حالات زیر رحیم مکلف به جبران خساره به عیسی بخاطر تخریب مانع سالم به عوض تخریب مانع فرسوده خواهد گردید؟

۱. رحیم مانع جنوبی را تخریب کرده و نه مانع شمالی را.
۲. رحیم مانع سمت جنوبی را تخریب کرده نه مانع سمت شمالی را زیرا که او در تشخیص سمت شمال و جنوب اشتباه کرده است.
۳. رحیم مانع سمت شمال و مانع سمت غرب زمین عیسی را تخریب کرده است.

۱,۳.ضرر توسط چندین شخص

گاهی اوقات چندین شخص ضرر را وارد میسازند. اگر چنین اتفاقی بیافتد، قانون مدنی تمام اشخاص دخیل در ضرر را مسئول جبران خساره به متضرر می داند. ولی از نقطه نظر عملی، مشکل است که سهم هر یک را مشخص و مسئولیت را میان آنها تقسیم کرد. تصور کنید که مثلاً، سه شخص مصروف آتش بازی در نزدیک دوکان محمد هستند. یکی از وسایل آتش بازی جرقهٔ تولید کرده که سبب آتش گرفتن دوکان شده، ولی هیچ یک نمی دانند که کدام یک این وسیله را که باعث حریق شده پرتاب کرده است. در اینحال تقریباً ناممکن است که تشخیص داد که تا چه حد هر یک مسئول ضرر به اموال محمد خواهد بود. احکام قانون مدنی در مورد تقسیم جبران خساره میان همچو اشخاص رهنمایی می کند.

قانون مدنی

ماده ۷۸۹
هرگاه مسئولین فعل مضر، متعدد باشند، در جبران خساره مسئولیت مساوی دارند. مگر اینکه قاضی حصه هرکدام را در جبران خساره تعیین نماید.

تمام اشخاصی که مسئول شناخته می شوند سهم مساوی برای جبران خساره به جانب متضرر دارد، مگر اینکه محکمه طور دیگری حکم کند. لذا در قضیهٔ حریق دوکان متعلق به محمد تمامی سه شخص که وسایل آتش بازی را پرتاب می کردند، سهم مساوی در پرداخت جبران خساره دارند.

ولی سهم جبران خساره در تمام قضایا لزوماً یکسان نیست. محکمه ممکن حکم کند که هر شخص مسئول مبلغ متفاوتی را جهت جبران خساره پرداخت نماید. درمثال بالا در مورد آتش بازی تصور کنید که هر سه شخص وسایل آتش بازی را در دست دارند، ولی مطمئن نیستند که آیا باید آنها را پرتاب کنند یا خیر. آنها می دانند در محلیکه قراردارند آتش بازی عمل خطرناک است. ولی همدیگر را قناعت می دهند که مشکلی ایجاد نخواهد شد. یکی از این اشخاص اول وسیلهٔ آتش بازی را به هوا پرتاب می کند. این وسیله جرقه های تولید کرده و در نتیجه دوکان محمد آتش می گیرد. در این مثال محکمه میداند چه کسی وسیلهٔ آتش بازی را پرتاب کرده، ولی ممکن محکمه اشخاص دیگر را نیز بخاطریکه آنها شخص مسئول را تشویق به این عمل کرده نیز مسئول شناسد. ممکن محکمه شخصی را که وسیله را پرتاب کرده مسئول ۸۰ درصد جبران خساره شناسد و دو شخص دیگر را هریک مسئول پرداخت ۱۰ در صد از جبران خساره بشناسد.

۱,٤.ضرر معنوی

جبران خساره تنها محدود به جبران ضرر فزیکی که شخص وارد می کند نمی باشد.

قانون مدنی

ماده ۷۷۸

(۱) جبران خساره شامل سنجش ضرر معنوی نیز می باشد.

قانون مدنی تشخیص داده است که ضرر ممکن گاهی به معنویات و احساسات شخص وارد گردد، لذا جبران خساره برای همچو ضرر ها را در نظر گرفته است. ضرر معنوی ممکن از اثر ضرر فزیکی که به شخص یا مال او وارد گردیده ایجاد گردد. در این حالات جبران خساره برای ضرر معنوی بر علاوه از جبران خسارۀ لازم میگردد که برای ضرر فزیکی شخص پرداخت میگردد. با وجودیکه ضرر معنوی غالباً با ضرر فزیکی یکجا اتفاق می افتد، ولی قانون مدنی امکان جبران خسارۀ ضرر معنوی بدون وجود ضرر فزیکی را باز نگهداشته است.

قانون مدنی جزئیات اینکه چه زمانی شخص برای ضرر معنوی جبران می شود و چه چیزی بصورت مشخص ضرر معنوی است را بحث نکرده است. برای درک بهتر ضرر معنوی میتوان به روش کشور های دیگر در این مورد نگاه کرد. در مفهوم بسیار کلی ضرر معنوی ضرر غیر فزیکی است که شخص یا اشخاصی بالای شخصی وارد می سازند. اصطلاحاتی که معمولآ توسط محاکم برای بیان ضرر معنوی بکار می رود عبارتند از "رنج احساسی"، "اندوه روانی" و "درد و الم". بسیاری کشور های دارای حقوق نوشته رنج احساسی و درد روانی که از عمل مضر ایجاد میگردد را قابل جبران دانسته و بعضی از این کشور ها به ضرر معنوی اصطلاح "ضرر اخلاقی" را بکار می برند. در یک قضیۀ در امارات متحدۀ عربی ۲۰ درصد از مبلغ جبران خساره در یک تصادم ترافیکی به متضرر برای رنج روانی و افسرده گی او داده شد.[۲۹۸] در این قضیه متضرر نا بینا و معیوب گردید. شما تصور کرده می توانید که ضرر روانی حاصله از این تصادم بسیار وخیم بود. امارات متحده مثل سایر کشورها معتقد است که جهت جبران خسارۀ واقعی برای همچو حادثات محاکم باید ضرر های غیر فزیکی را نیز در نظر بگیرد.[۲۹۹] لذا وقتیکه ضرر جدی جسمی وارد گردد، محاکم در تعیین جبران خساره جانب ضرر های روحی و معنوی را نیز در نظر می گیرند.

ولی ضرر معنوی لزومآ به اندازۀ ضرر فزیکی نباید جدی باشد تا شخصی بتواند برای آن جبران خساره را مطالبه کند. در فرانسه به گونۀ مثال ضرر اخلاقی شامل رنج احساسی است که شخص از ناحیۀ محروم شدن از لذایذ عادی زندگی متحمل میگردد و این مفهوم بصورت موسع تفسیر میگردد.[۳۰۰] بطور مثال، در یک قضیه ۳۰ در صد جبران خساره به شخصی که از ناحیۀ از دست دادن اسپ خود و اندوۀ که او متقبل شده بود پرداخت گردید.[۳۰۱]

بر علاوه ضرر معنوی ممکن بدون ضرر فزیکی وارد گردد. بطور مثال در فرانسه به گونۀ تاریخی یک از زوجین بابت ضرر احساسی که از ناحیۀ روابط نامشروع زوج دیگر متحمل شده بود مستحق جبران خساره گردید.[۳۰۲] در همچو قضیه ای ضرر فزیکی به شخص متضرر وارد نگردیده ولی صرف ضرر معنوی از اثر عمل مضر رابطۀ نامشروع ایجاد گردیده است.

واضح نیست که چه اندازه از ضرر یا اندوۀ روانی بسیار جزئی تر از آن است که توسط محکمه جبران گردد. این روش تحلیل به احتمال زیاد بر اساس قضیۀ مشخص تعیین خواهد شد. در حالیکه در فرانسه به احتمال زیاد شخصی برای ضرر معنوی از بابت از دست دادن اسپ محبوب و مخصوص مسابقۀ خود مستوجب جبران خساره شناخته شود، بسیار غیر

---

[۲۹۸] ۴۰ درصد از جبران خساره بخاطر آسیب فزیکی که این شخص متحمل شده بود تخصیص داشت، و ۴۰ درصد متباقی مصارف تداوی بعدی او و معاش که او به علت این آسیب دیگر قادر به کسب آن نبود تخصیص یافت. Abdul Luqman. "Insurance and Drinking Drivers in the UAE," *Arab Law Quarterly* 15, no. 4 (2000): 370-72.

[۲۹۹] توجه داشته باشید که [قانون مدنی] امارات متحدۀ عربی حکم مشخصی در رابطه به جبران خسارت ندارد.

[300] Claude Micallef-Grimaud. "Article 1045 of the Maltese Civil Code: Is Compensation for Moral Damage Compatible Therewith?" *Journal of Civil Law Studies* 4 (2011): 486.

[301] The other 70 percent of the compensation represented the market value of the horse. Pierre Catala and John Anthony Weir. "Delict and Torts: A Study in Parallel," *Tulane Law Review* 38, (1964): 681 note 86.

[302] *Id.*

معمول است که شخصی بابت مرگ یک از چندین گوسفند که شخص با آن رابطهٔ خاص عاطفی نداشته مستوجب جبران خسارهٔ معنوی گردد. البته که این شخص مستحق جبران خساره معادل ارزش گوسفند شناخته شده، ولی این شخص بالاتر از قیمت بازار آن گوسفند چیزی دریافت کرده نخواهد توانست.

سوالات برای مباحثه

امیر تصویر رسامی خود و خواهرش مریم را دارد که در دیوار خانه اش نصب است. یک روز یوسف چای را بالای این تصویر ریخته و آنرا از بین می برد. امیر میخواهد از یوسف جبران خساره برای ضرر معنوی که او بخاطر تخریب این رسامی متحمل شده را دریافت کند.

۱. این رسامی بسیار قیمت بود و امیر دوسال پول برای ساختن آن صرفه جویی کرده بود.

۲. این رسامی تحفهٔ بود از مریم خواهر امیر که حالا در کانادا است و امیر به ندرت قادر به دیدن او است.

۳. مریم خواهر امیر وفات کرده و این رسامی یگانه تصویر امیر و خواهرش بود که امیر نزد خود دارد.

ضرر فزیکی ضرور نیست که به خود شخص وارد آید. ممکن است که این ضرر به مال یا اقارب نزدیک شخص وارد شود. گاهی اوقات ضرر فزیکی به یک شخص موجب ایجاد ضرر معنوی به شخص دیگر شده میتواند. اگر این دو شخص با هم ارتباطی داشته باشند، شخصیکه ضرر معنوی را متحمل شده می تواند مستحق جبران خساره در بعضی حالات شناخته شود.

قانون مدنی

ماده ۷۷۸
۲ـ اگر به سبب وفات شخصیکه مورد تعدی واقع گردیده، ضرمعنوی به زوج واقارب وی عاید گردد، محکمه می تواند برای زوج واقارب تادرجه دوم بجبران خساره حکم نماید.

قانون مدنی شرایط خاص را تعریف می کند که بر مبنای آن اشخاص می توانند جبران خسارت را در ازای ضرر معنوی بدون تحمل ضرر فزیکی دریافت کنند. معیار برای اینکه شخصی تقاضای ضرر معنوی بر اثر ضرر فزیکی که به یکی از اقارب وی وارد گردیده را نماید بسیار بالا است. شخصیکه بر اساس مادهٔ ۷۷۸(۲) قانون مدنی جبران خسارت را مطالبه می کند باید شرایط سه گانه زیر را ثابت سازد. اول اینکه قریبیکه ضرر فزیکی متوجه او بوده است فوت کرده است. دوم اینکهمرگ نتیجه مستقیم ضرری باشد که مستقیم شخص جبران کننده مسئول آن است. سوم اینکه شخصی که جبران ضرر معنوی را تقاضا دارد از اثر مرگ قریب مذکور ضرر معنوی را تجربه کرده باشد. تمام این سه شرط باید صدق کند تا اینکه شخصی جبران ضرر معنوی را بر اساس حکم این ماده مستحق گردد. بطور مثال زوجه می تواند بخاطر ناراحتی روانی که او به اثر مرگ شوهر خود خود متحمل شده مستحق جبران ضرر معنوی شود، مشروط بر اینکه مرگ شوهر او مستقیماً از اثر یک عمل مضر صورت گرفته باشد.

برعلاوه اشخاصی که جبران خساره را مستحق می گردند محدود به اقربای درجه دو متوفی می گردند. لذا شخصی می تواند به علت مرگ والدین و یا جد و جده مستحق جبران ضرر معنوی شوند، ولی این شخص به علت مرگ جد و جدهٔ والدین مستحق شناخته نمی شوند.

سوالات برای مباحثه

در کدام یکی از حالات زیر شخص به علت ضرر فزیکی به اقارب وی مستحق جبران ضرر معنوی می گردد؟ چرا؟

۱. موتری با رشید تصادم کرده و سبب مرگ او می گردد. دختر رشید دچار افسردگی شدید می گردد.

۱. موتری با رشید تصادم کرده و او را معلول می سازد. دختر او دچار افسردگی شدید می گردد.

۲. موتری با رشید تصادم کرده و او را معلول می سازد. او شش ماه بعد از اثر حملهٔ قلبی جان می بازد. ختر او دچار افسردگی شدید می گردد.

۳. موتری با رشید تصادم کرده و سبب مرگ او می گردد. دختر رشید دچار افسردگی شدید می گردد و پسر دختر او که وضعیت مادر خود را می بیند نیز دچار افسردگی پیشرفته می گردد.

در حالیکه یک شخص بخاطر ضرر فزیکی به یکی از اقارب او مستحق جبران ضرر معنوی شناخته می شود، این موضوع در مورد ضرر معنوی صدق نمی کند. شخصیکه متحمل ضرر معنوی شده یگانه کسی است که مستحق جبران ضرر معنوی شناخته شده می تواند. این وضعیت از ضرر فزیکی که در آن بجز از شخص متضرر شخصی دیگر نیز مستحق جبران خساره شده می تواند فرق دارد.

قانون مدنی

ماده ۷۷۸
(۳) جبران خساره ناشی از ضرر معنوی، بغیر انتقال نمی کند، مگر اینکه مقدار آن به اساس موافقه طرفین و یا حکم قطعی محکمه تعیین شده باشد.

در حالیکه اصل بر آن است که تنها شخصیکه ضرر معنوی را تجربه کرده مستحق جبران آن ضرر شناخته می شود، قانون مدنی به طرفین و محکمه اجازه می دهد که از خلاف این محدودیت عمل کنند. اگر طرفین موافقت کنند که جبران خسارهٔ معنوی به شخصی غیر از شخص متضرر انتقال یابد، در اینصورت لازم نیست که آنها در مورد مبلغ مشخص جبران خساره موافقت نمایند. آنها می توانند موافقت نمایند که هر آن مبلغی از جبران خسارت برای ضرر معنوی را که محکمه حکم کند به شخص دیگری منتقل گردد. بطور مثال تصور کنید که احمد موافقت می کند که عملیات جراحی خطرناک را بالای خود عملی کند و این عمل ممکن آثار منفی بالای مغز و دماغ او داشته باشد. احمد و جانبیکه عملیات را انجام میدهد ممکن موافقت کنند که احمد این عمل را می پذیرد ولی اگر او متقبل ضرر معنوی شود در اینصورت مبلغی جبران خساره را که او مستحق شناخته خواهد شد به شخص دیگری که عضو خانواده اش نیست منتقل گردد.

۱,۵.مبلغ جبران خسارت

تا به حال شما باید متوجه دغدغهٔ اصلی در قانون مدنی شده باشید که این دغدغه همان جبران خسارت کامل شخص متضرر در قبال ضرر غیر عادلانه می باشد. این موضوع از انواع مختلف ضرر های که شخص در قبال آنها مستحق جبران خساره است معلوم می گردد. قانون مدنی نه تنها ضرر فزیکی بر جسم یا مال شخص را قابل جبران می داند، بلکه اجازهٔ جبران

خساره به ضرر های غیر فزیکی که شخص یا عضو نزدیک خانوادۀ او متحمل میگردد را نیز می دهد. حالا ما موضوع جبران خسارۀ دقیق را با نگاه به مبلغ که شخص به عنوان جبران خساره دریافت نموده می تواند را مورد مطالعه قرار میدهیم.

در بعضی حالات محکمه ممکن تشخیص دهد که شخصی مستحق جبران خساره در قبال ضرر وارد شده می باشد، ولی ممکن مبلغ مشخص آنرا تعین کرده نتواند. قانون مدنی حکم خاصی برای این حالات دارد.

قانون مدنی

ماده ۷۸۰
هرگاه امکانات تعیین دقیق مقدار جبران خساره نزد محکمه میسرنباشد، میتواند حق مطالبه تجدید نظررا درمورد تعیین مقدارجبران خساره، درخلال مدت معقول برای متضررحفظ نماید.

لذا اگر محکمه میزان معین ضرر را تشخیص داده نتواند، می تواند به متضرر حق دهد تا به محکمه جهت تجدید نظر در قضیه و تصمیم محکمه مراجعه کرده و ممکن که افزایش در مبلغ جبران خسارت را مطالبه کند. چندین دلیل وجود دارد که چرا محکمه ممکن قادر به تشخیص دقیق مبلغ جبران خساره در زمان حکم به مسئولیت شخص نباشد. تصور کنید که موتر های عبدل و رشید با هم تصادف نموده و پای رشید در نتیجه می شکند. رشید مجبور می شود که پایش را عمل جراحی کند تا زخم به درستی التیام یابد. ولی وقتیکه محکمه در مورد شخص مقصر تصمیم می گیرد ممکن که داکتران با اطمینان گفته نتوانند که که آیا رشید به عمل جراحی نیاز دارد یا خیر. اگر محکمه تشخیص دهد که مسئولیت به دوش عبدل است، محکمه ممکن مبلغی را به رشید به عنوان جبران خساره قایل شده و از موضوع عمل آگاهی نداشته باشد. لذا محکمه می تواند حق مراجعه مجدد به محکمه و تجدید نظر در جبران خساره را به رشید قایل گردد. اگر معلوم شود که او به عمل جراحی نیاز دارد، رشید می تواند به محکمه مراجعه کرده و درخواست مبلغی اضافی از عبدل را بابت عمل جراحی مطالبه کند.

همچنان توجه داشته باشید که جانب متضرر مطالبۀ تجدید نظر را صرف در محدودۀ زمانی مناسب کرده می تواند. مطالبۀ تجدید نظر در جبران خساره برای اتلاف یک شی مثل کمپیوتر بعد از پنج سال از واقعۀ اتلاف بصورت واضح بعد از ختم این مدت مناسب است. ولی درخواست تجدید نظر در ظرف چند روز بعد از اتلاف کمپیوتر ممکن که در داخل این محدودۀ زمانی باشد. موضوع مشکل این است که شخصی جبران خساره را در مدتی که نه بسیار نزدیک و نه بسیار دور از حادثۀ مضر است تقاضا نماید. قانون مدنی بصورت مشخص زمان مناسب را تعریف نکرده و این موضوع به محکمه ارتباط دارد تا با استفاده از هنجار های اجتماعی که ما آنرا در فصل قبل مطالعه کردیم این زمان را مشخص سازد. زمان مشخص نظر به کوایف قضیه و علت اینکه محکمه قادر به تشخیص جبران خساره نمی باشد فرق می کند.

بطور مثال شخصی ممکن سبب سرازیر شدن سیلاب به زمین دیگری شده ولی تشخیص میزان واقعی ضرر الی خشک شدن کامل زمین ممکن نباشد. اگر خشکیده شدن زمین ماه ها طول بکشد، در اینصورت زمان مناسب برای متضرر جهت تقاضای تجدید نظر این موضوع را نیز شامل خواهد شد. ولی اگر ضرر عبارت از اتلاف کمپیوتر شخص دیگر باشد، در اینصورت زمان مناسب برای تجدید نظر بسیار کوتاه خواهد بود. در این قضیه محکمه ممکن در تشخیص اینکه مسئول باید کمپیوتر جدید یا مبلغ ترمیم کمپیوتر را به متضرر بدهد دچار مشکل شود. تشخیص اینکه آیا کمپیوتر ترمیم شده می تواند یا خیر نظر به قضیۀ سیلاب زودتر صورت می گیرد و لذا زمان مناسب برای تجدید نظر توسط مالک کمپیوتر نیز کوتاه تر است.

سوالات برای مباحثه

در هریک از این حالات توضیح دهید که آیا شخص متضرر به درستی مطالبهٔ تجدید نظر را بر اساس مادهٔ ۷۸۰ کرده می تواند:

۱. موتر های عبدل و رشید با هم تصادم می کند و محکمه تشخیص می دهد که مقصر عبدل بوده است. مستری رشید تشخیص میدهد که ضرر به موتر رشید به مبلغ ۱۰۰ افغانی وارد گردیده است. محکمه به رشید این مبلغ را به عنوان جبران خساره همرای حق تجدید نظر حکم می کند. دو هفته بعدتر مستری به رشید اطلاع میدهد که ترمیم موتر ۲۰۰ افغانی هزینه دارد. رشید فوراً از محکمه درخواست تجدید نظر در مبلغ جبران خساره را می کند.

۲. دو هفته بعدتر مستری به رشید اطلاع میدهد که ترمیم موتر ۲۰۰ افغانی هزینه دارد. رشید شش ماه بعد از محکمه درخواست تجدید نظر در مبلغ جبران خساره را می کند.

۳. یکسال بعد از تصادم، سلنسر موتر رشید پائین می افتد. مستری مربوط به او برایش می گوید که علت این موضوع ممکن تصادم یکسال قبل او با عبدل بوده است. رشید فوراً از محکمه درخواست تجدید نظر در مبلغ جبران خساره را می کند.

برعلاوه تنها متضرر حق درخواست تجدید نظر مبلغ جبران خسارت را دارد. اگر شخص مسئول معتقد باشد که محکمه حکم به مبلغی بیشتری برای جبران خساره کرده است، این شخص حق درخواست کاهش در این مبلغ را ندارد. ولو اگر شخص مسئول موضوع مبلغ بیشتر را ثابت کرده بتواند، او ملزم به تادیهٔ مبلغی است که محکمه به آن حکم کرده است [و این حکم به درجهٔ قطعیت رسیده باشد]. یک راه ممکن برای شخص مسئول که حکم به تادیهٔ مبلغی بیشتر علیهٔ او صادر شده باشد وجود دارد تا این مبلغ کاهش دهد.

۱,٦.روش جبران خساره

دو نوع مختلف جبران خساره وجود دارد: جبران خسارهٔ مالی و اعادهٔ حالت اولی. معمولاً جبران خساره به معنی جبران خسارهٔ مالی است، که عبارت از ارزش پولی ضرری است که شخص متضرر متحمل گردیده است. ولی محکمه همچنان ممکن حکم به برگرداندن مال به عنوان نوعی از جبران خساره یا برگرداندن بر علاوهٔ جبران خساره مالی در صورت لزوم حکم کند. تشخیص اینکه شخص مسئول به چه روشی متضرر را جبران کند موضوعی در حیطهٔ صلاحیت محکمه است.

قانون مدنی

ماده ۷۸۱

طریقه جبران خساره بارعایت احوال ازطرف محکمه تعیین می گردد، جبران خساره بصورت اقساط یاعواید مرتب پرداخته شده می تواند، که دراین صورت مکلف ساختن مدیون بدادن تأمینات جوازدارد.

همانطوریکه مشاهده می کنید محکمه صلاحیت نهایی دارد که آیا جبران خساره باید به شکل پولی باشد، یا هم اعادهٔ حالت اولی و یا هردو. بر علاوه اگر جبران ضرر پولی باشد محکمه می تواند حکم کند که جبران خساره باید چگونه پرداخت گردد. محکمه می تواند از میان چندین گزینه نحوهٔ پرداخت را مشخص کند که این گزینه ها شامل پرداخت **کامل** که در آن تمام مبلغ به یکباره گی پرداخت میگردد یا پرداخت **اقساط** که در آن بخش هایی از مبلغ به مرور زمان الی تادیهٔ کامل پرداخت می گردد، می باشند.

چندین دلیل وجود دارد که چرا ممکن محکمه حکم به پرداخت به اقساط را نماید. بطور مثال اگر شخصی مسئول پرداخت ۱۰۰۰ افغانی باشد ولی این مبلغ را نداشته باشد، این مشخص ممکن وادار شود که در هر ماه ۱۰۰ افغانی الی تادیهٔ مبلغ مجموعی ۱۰۰۰ افغانی به متضرر بپردازد. و یا اینکه اگر شخصی قادر به پرداخت ۵۰۰ افغانی بصورت فوری باشد ولی مبلغ باقی ماندهٔ ۵۰۰ افغانی را الی سه ماهٔ دیگر پرداخت نتواند، در اینصورت به او اجازه داده خواهد شد که مبلغ را در دو قسط بپردازد. برعلاوه اقساط ضرور نیست که به عین مبلغ باشد. اگر محکمه لازم بداند ممکن که شخصیکه به ۱۰۰۰ افغانی جبران خساره محکوم شده ملزم گردد تا ۵۰۰ افغانی را فوراً بعد از محکومیت پرداخته، ۳۰۰ افغانی را شش ماه بعدتر و ۲۰۰ افغانی را سه ماه بعد از تادیهٔ دومی بپردازد.

برعلاوه اگر گزینهٔ پرداخت به اقساط توسط محکمه انتخاب گردد، محکمه می تواند شخص را ملزم به دادن **تامین** برای مبلغ محکوم به نماید تا اطمینان حاصل گردد که او این اقساط را به موقع آن میدهد. تامین چیزی شبیهٔ ارائهٔ تضمین است. بطور مثال اگر شخصی ملزم به پرداخت ۱۰۰۰ افغانی شود و قرار باشد که این مبلغ را به اقساط ۱۰۰ افغانی در طول چند ماه بپردازد، محکمه و شخص متضرر ممکن این تشویش را داشته باشند که شخص مسئول قبل از پرداخت تمام اقساط از پرداخت به موقع خودداری کند. در اینصورت ممکن محکمه از شخص مسئول تامین بخواهد. شخص مسئول ممکن که مالی را که ارزش آن ۱۰۰۰ افغانی باشد به عنوان تامین جهت پرداخت تمام اقساط پیشنهاد کند. و یا هم شخص مسئول ممکن شخص دیکری را پیدا کنید که ضامن او گردد.

بالاخره توجه داشته باشید که جبران خساره نباید خود شکل ضرر به جانب مسئول را به خود بگیرد.

قانون مدنی

ماده ۷۸۸
رساندن ضرر و مقابله ضرر با ضرر جواز ندارد، همچنان ضرر با مثل آن رفع نمی گردد.

زمانیکه شخصی متحمل ضرر میگردد، او حق ندارد که ضرر مشابه را به جانب مسئول وارد کند. اگر شخص ضرری را به جانب مقابل وارد کند، در اینصورت او خود مسئول در مقابل ضرر وارده است. بر علاوه محکمه نمی تواند حکم کند که جبران خساره شکل ایراد ضرر متقابل را به شخص مسئول داشته باشد.

۱,۷.مرور زمان

بالاخره قانون مدنی مدت زمان را که شخص متضرر در جریان آن به محکمه جهت اقامهٔ دعوی مراجعه کرده می تواند را محدود ساخته است.

قانون مدنی

ماده ۷۹۸
دعوی جبران خساره ناشی ازهرنوع فعل مضر بعد مرورسه سال، ازتاریخ علم متضرر بوقوع ضرر و شخصیکه ضرر راعاید نموده، همچنان درتمام احوال بعد مرور (۱۵) سال از تاریخ وقوع فعل مضر شنیده نمی شود.

برای اقامهٔ دعوی دو نوع مختلف محدویت زمانی وجود دارد. محدودیت اولی ۳ سال است که این مدت از تاریخیکه هردو جانب یعنی متضرر و مسئول از وقوع ضرر اطلاع حاصل کرده باشند قابل محاسبه است. توجه داشته باشید که مادهٔ ۷۹۸ قانون مدنی علم بوقوع ضرر را معیار دانسته است نه اینکه چه کسی مسئول است. بطور مثال تصور کنید که عمر و صدیق در تصادم ترافیکی دخیل می شوند. هر دو از وقوع تصادم مطلع شده ولی هیچ یک هویت جانب مقابل را نمی داند. عمر سه سال و یک ماه بعد در می یابد که صدیق کسی بوده که با او تصادم کرده است. در اینصورت عمرخارج از حدود مرور زمان می باشد. دلیل آن اینست که هم عمر و هم صدیق از وقوع تصادم در زمانیکه تصادم واقع شد مطلع شده و مدت مرور زمان سه سال از تاریخ تصادم شروع شده بود.

گاهی اوقات درک اینکه ضرر واقع شده فوراً به یکی یا هردوطرف واضح نمی باشد. بطور مثال ممکن شخصی فرد دیگری را بخاطر نصب نل آب در خانهٔ خود استخدام کند. اگر این نلدوان کارش را به شکل نادرست انجام دهد، این عمل سبب گسترش نم و رطوبت در منزل شده و تا چندین سال ممکن قابل تشخیص نباشد. یا اینکه شخصی ممکن که در مورد ضرر بداند ولی در اطلاع دادن به جانب مقابل با مشکل مواجه شود. در حالاتیکه هیچ یک از دو طرف در مورد ضرر آگاهی نداشته یا صرف یکطرف آگاهی داشته باشد، در اینصورت آنها ۱۵ سال از تاریخ وقوع ضرر مرور زمان برای اقامهٔ دعوی را دارند. زمانیکه مدت زمان ۱۵ سال ختم گردد، دعوی اقامه شده نمی تواند.

سوالات برای مباحثه

یکروز در سال ۲۰۰۰ گاو متعلق به احمد احاطهٔ منزل مینه را تخریب میسازد. مینه برای اقامهٔ دعوی علیه احمد در محکمه صبر می کند. در کدام یکی از حالات زیر مینه در داخل مرور زمان قرار دارد؟ پاسخ تان را تشریح نمایید.

۱. هم احمد و هم مینه متوجه میشوند که گاو متعلق به احمد احاطه را میشکند. در سال ۲۰۰۴ مینه می کوشد که علیه احمد در محکمه از این ناحیه دعوی کند.

۲. تنها احمد متوجه می شود که گاو احاطه را تخریب میکند، ولی مینه بعداً در می یابد که گاو متعلق به احمد اینکار را کرده است. در سال ۲۰۰۴ مینه می کوشد علیه احمد در محکمه از این ناحیه شکایت کند.

۳. تنها مینه متوجه می شود که گاو احاطه او را تخریب میکند. احمد از منطقه کوچ می کند ولی در سال ۲۰۱۴ دوباره به این محل نقل مکان میکند. درست زمانیکه دوباره به این محل نقل مکان میکند متوجه می شود که گاو او این ضرر را وارد ساخته است. در سال ۲۰۱۶ مینه از نقل مکان مجدد احمد باخبر شده و میکوشد علیه احمد در محکمه از این ناحیه شکایت کند.

فصل هفتم: دفاعیه های مسئولیت مدنی (عوامل رافع مسئولیت مدنی)

طرح موضوع

دفاعیه ها در مقابل مسئولیت مدنی به شخص اجازه میدهد که از قبول مسئولیت در مقابل ضرر مستقیمی که به شخص دیگر یا مال شخص دیگر وارد ساخته ابأ ورزد. معمولاً مسئول ضرر به جانب دیگر شخصی است که ضرر را وارد کرده است. ولی اگر یکی از این دفاعیه ها در قضیهٔ که شخص مستقیماً ضرر را به دیگری وارد ساخته وجود داشته باشد، شخص می تواند اصلاً مسئول جبران خساره شناخته نشود یا مسئولیت او کاهش یابد. چهار نوع از دفاعیه ها در این بخش عبارتند از: ۱) عدم اهلیت، ۲) عدم اختیار ۳) دفاع مشروع، و ٤) تقصیر مشترک. عدم اهلیت و عدم اختیار دفاعیه های کامل است که هرگاه محکمه تشخیص دهد که شخص در زمان اجرای عمل اهلیت یا اختیار نداشت، او را کاملاً از مسئولیت برئی خواهد کرد. دفاع مشروع و تقصیر مشترک می تواند نظر به کوایف قضیه دفاعیهٔ های کامل یا جزئی پنداشته شوند. این بدان معنی است که اگر محکمه دریابد که شخصی به دفاع مشروع مبادرت ورزیده یا تقصیر مشترک وجود داشته است، شخصیکه ضرر را وارد ساخته ممکن که بصورت کامل مسئول نبوده ولی هنوز هم امکان دارد که مسئولیت جزئی متوجه او باشد.

۱. عدم اهلیت

یک دفاع ممکن در مقابل ادعای مسئولیت اینست که شخصیکه سبب ضرر گردیده اهلیت لازم برای مسئول شناخته شدن در قبال عمل خود را نداشته باشد. این موضوع قبلا در مورد اینکه چگونه ممکن یک شخص در قبال عمل دیگری مسئول شناخته شود بحث شد. به یاد بیاورید که طبق مواد ۷۹۰ و ۷۹۱ قانون مدنی صغار و آنهایکه توانایی ذهنی کامل ندارند مثل مجانین در قبال اعمال خود مسئول نبوده، زیرا اشخاص مذکور اهلیت قانونی ندارند. در عوض مسئولیت عمل آنها به والدین یا اولیای آنها راجع میگردد.

البته به یاد بیاورید که عدم اهلیت همیشه مسئولیت نیابتی را به بار نیاورده و صغیر ممکن که مسئول جبران خساره شناخته شود و آن در صورتیست والدین یا اولیا او نشان بدهند که آنها نظارت لازم را به عمل آورده ولی با آنهم عمل مضر اتفاق افتاده است. اگر موضوع چنین باشد، مادهٔ ۷۶۲ شخص صغیر را مسئول جبران خساره می شناسد.

در مورد اینکه در نهایت چه کسی مسئول جبران خساره است، در تمام حالات که عمل مضر اتفاق افتاده خسارت به شخص متضرر جبران شدنی است. سوال اینجاست که آیا صغیر دفاعی برای ارجاع مسئولیت به والدین یا اولیا خود دارد یا خیر.

۲. عدم اختیار کامل

گاهی اوقات اشخاص مجبور به کاری خلاف میل شان می گردند. اگر در چنین حالتی ضرری به شخص دیگری وارد گردد، انجام دهندهٔ عمل مضر مسئول نخواهد بود. در عوض شخصیکه عامل را وادار به انجام عمل کرده است مسئول خواهد بود. قانون مدنی دو حالت را به رسمیت می شناسد که در آن حالات اشخاص مسئول اعمال خود نمی باشند، زیرا ایشان تحت صلاحیت شخص دیگری عمل کرده اند.

قانون مدنی

ماده ۷۸۷

(۱) فعل بفاعل آن نسبت داده میشود نه به آمر، مگر اینکه فاعل مجبور گردیده باشد. در تصرفات فعلی تنها اکراه تام، مجبوریت معتبر پنداشته میشود.

(۲) موظف عام از فعلی که غیر را متضرر ساخته وقتی غیر مسئول پنداشته میشود که آنرا باساس امر آمری که اطاعت امر وی واجب بوده و یا بموجب آن اعتقاد داشته باشد، اجراء نماید. همچنان اعتقاد خود را، در مورد مشروعیت فعل مذکور مستند به اسباب معقول ورعایت احتیاط متقتضی درآن، ثابت نماید.

یگانه حالتی که اشخاص عادی مسئول عمل مضر خود نمی باشند حالتی است که آنها عمل را به اثر اکراه انجام داده باشند. بحث اکراه رااز بخش قرارداد ها بخاطر بیاورید. اکراه در قسمت افعال مضر نیز به عین شکل تعریف میگردد. شما میتوانید اکراه تام را به گونهٔ در نظر بگیرید که تهدید به حدی جدی بوده که شخص مورد تهدید چارهٔ جز انجام آنچه که تهدید کننده میخواسته نداشته باشد. تهدید باید آنقدر جدی باشد که حتی فکر کردن به خلاف آنچه که امر کننده خواسته متصور نباشد. این نوع اکراه خلاف اکراه ناقص است که در آن تصور مخالفت با تهدید کننده ناممکن نمی باشد.
زمانیکه شخصی به دیگری ضرر وارد میکند و این عمل را بخاطر اکراه انجام میدهد، شخص مذکور در قبال ضرر مسئول نمی باشد. علت این امر در آنست که تهدید شونده هیچ گزینهٔ بجز از انجام عمل نداشته و بخاطریکه تصمیم تحقق عمل مضر توسط شخص دیگری گرفته شده است. غیر منصفانه است که عامل را در این حالت مسئول بدانیم زیرا که او شخصی نیست که تصمیم ارتکاب عمل را گرفته باشد.

سوالات برای مباحثه

۱. امیر ۱۸سال دارد. روزی او و پدرش بطرف منزل دوستشان که در فراز تپهٔ بلندی خانه دارد سواردر موتر روان می شوند. موتری را که آنها رانندگی می کنند کهنه است و برک های موتر درست کار نمی کند. پدر امیر برایش می گوید که به عوض پائین تپه که جاده هموار است، موتر را در بالای تپه پارک کند. امیر تشویش دارد که موتر از بلندی عقب بلغزد ولی نمی خواهد که نا فرمانی پدر خود را کند. بعد از اینکه آنها موتر را پارک می کنند، موتر به عقب می لغزد و با موتر دیگری تصادم کرده و موجب ضرر به موتر دومی می شود. آیا امیر مسئول است یا اینکه او تحت اکراه اینکار را انجام داده است؟

۲. محمد برای وحید به عنوان ِگلکار وظیفه اجرا می کند. محمد در کار کردن دقیق شهرت دارد، ولی او به آهستگی کار میکند. روزی وحید از نحوهٔ کار محمد کم حوصله شده و برایش می گوید که یا کار فعلی خود را الی فردا تمام کند یا که از وظیفه اخراج خواهد شد. اگر محمد طبق روال عادی کار کند این کار را الی سه روز تکمیل کرده نمی تواند. از همینرو محمد بخاطر تکمیل کارعجله میکند. متاسفانه او در قسمتی از کار ساخت و ساز مرتکب اشتباه شده و این باعث ضرر هنگفت مالی به مشتری می گردد. آیا محمد مسئول ضرر است یا که او تحت اکراه قرار گرفته بود؟

سوالات برای مباحثه

۱. آیا فکر می کنید که منصفانه است تا تنها اکراه کامل رافع مسئولیت مدنی باشد؟ چرا اکراه ناقص کافی نیست؟ آیا باید چنین باشد؟

۲. مادۀ ۷۷۲ را به یاد بیاورید که حکم می کند شخصی که به دیگری ضرر را به خطا یا تقصیر وارد سازد نیز مسئول است. آیا شما موافق هستید که شخصیکه به خطا یا غلطی ضرر را وارد سازد مسئول پنداشته شود ولی این شخص در قسمت ضرر به اثر اکراه مسئول نباشد؟

حالت دیگری که شخص مسئول شناخته نمی شود زمانی است که شخص ضرر را منحیث موظف عام تحت امر آمر خود انجام دهد. ولی موظفین عام باید دو شرط را صدق کنند تا اینکه از عمل خود مسئول شناخته نشوند. اول این موظفین باید ثابت سازند که آنها ملزم بوده یا تصور می کردند که ملزم به رعایت اوامر آمر خود بوده اند. برعلاوه موظف عمومی باید ثابت سازد که بصورت قانونی عمل کرده است. به عبارت دیگر، آنها باید ثابت سازند که عملکرد شان در مطابقت به تعبیر قانونی از اوامر آمر بوده است.

تصور کنید که فیصل در وزارت انکشاف دهات وظیفه دارد و کار ساخت و ساز جاده ها را در چند ولایت اداره می کند. آمر فیصل که عبدالله نام دارد به او هدایت دقیق میدهد که جاده از کدام مسیر باید بگذرد. فیصل مطابق این هدایات عمل کرده ولی معلوم می شود که فیصل مسیری را انتخاب کرده که از وسط ملکیت شخصی می گذرد و ضرر هنگفت را متوجه او ساخته است. بخاطریکه فیصل مؤظف عمومی است و از اوامر آمر خود پیروی می کرده است، لذا او مسئول ضرری نیست که در این مورد عاید گردیده است.

ولی توجه داشته باشید که شخص متضرر هنوز هم دعوی جبران خساره را نموده می تواند. متضرر دعوی را علیه مسبب قضیه کرده می تواند نه علیه عامل قضیه. عامل در این قضیه از مسئولیت برئی است بخاطریکه او تحت اکراه بوده و یا هم بخاطریکه فاعل مؤظف عامه است که بر اساس اوامر آمر خود عمل کرده است. در عوض مسئولیت با مسبب است.

سوالات برای مباحثه

حالا عین مثال فیصل و عبدالله را در نظر بگیرید، با این تفاوت که عبدالله تنها به فیصل گفته که جادۀ بسازد تا دو شهر با هم وصل شود. اگر فیصل جاده را در بالای ملکیت شخصی بسازد آیا هنوز هم او مسئول است؟ برای هر دو مورد اعم از مسئولیت وعدم مسئولیت فیصل استدلال نمائید.

۳. دفاع مشروع

دفاع مشروع یک نوع دفاع علیه اتهام مسئولیت است. وقتیکه اشخاص ضرر را به دلیل تلاش جهت دفاع از خود انجام می دهند، آنها در قبال ضرریکه وارد ساخته اند مسئول نمی باشند.

قانون مدنی

ماده ۷۸٤

(۲) شخصیکه در حالت دفاع مشروع از نفس یا مال خود و یا نفس یا مال شخص دیگری مرتکب ضرر گردد، مسئول پنداشته نمی شود. مشروط براینکه در دفاع از قدر ضرورت تجاوز نکرده باشد. در غیر آن به جبران خساره عادلانه ملزم میگردد.

ماده ۷۸۵

ضرر شدید با ایراد ضرر خفیف دفع می گردد. شخصیکه جهت حمایت نفس خود بیشتر از ضرریکه به او رسیده بغیر ضرر برساند، به جبران خساره ایکه محکمه آنرا عادلانه پندارد، محکوم میگردد.

اشخاص اجازه دارند که به دفاع مشروع در حد لازم و مناسب توسل جویند. شخصیکه به جان یا مال دیگری ضرر می رساند، این عمل به متضرر حق توسل به عمل متقابل به گونهٔ غیر لازم و شدیدتر را نمی دهد. یک شخص می تواند به میزانیکه برای محافظت از ضرر و جلو گیری ازخطر بیشتر لازم باشد اقدام کند. بطور مثال؛ اگر کسی به فروشگاه شما می آید و شروع به تخریب اموال شما می کند، شما بالمقابل با قطع تایر موتر وی پاسخ عمل اورا میدهید، عمل شما دفاع مشروع مناسب دانسته نمیشود و شما مسئول هر آن ضرری هستید که به شخص وارد ساخته اید. هرچند ممکن کسی ادعا کند که قطع تایر موتر او بخاطر جلوگیری از فرار شخص بوده، ولی هنوز هم این عمل به عنوان دفاع مشروع نیست تا زمانیکه، عمل مذکور نخستین واکنش شما بخاطر جلوگیری از تخریب اموال تان بوده باشد. راه حل های زیاد دیگری برای حفاظت اموال شما وجود داشته که شما به آنها توسل کرده می توانستید. بلاخره محکمه تصمیم خواهد گرفت که عمل یک شخص به عنوان دفاع مشروع مناسب بوده یا خیر.

همچنان متوجهٔ تفاوت میان دفاع مشروع و ضرر بخاطر انتقام گرفتن که در مادهٔ ۷۸۸ بیان شده باید بود. هرچند در دفاع مشروع شخص متضرر بخاطر محافظت مال یا جان خود یا مال و یا جان شخص دیگری واکنش نشان میدهد، اما این عمل از انتقام گیری فرق دارد. دو تفاوت عمده میان این دو عبارت از زمان و ضرورت است. وقتیکه شخصی به دفاع مشروع متوسل می شود، او همیشه به عمل واکنشی در زمان واحد بر علیه عمل شخص مضر مبادرت می ورزد. برعلاوه این اقدام واکنشی شخص برای جلوگیری از ضرر بیشتر بر مال و جان وی و یا مال و جان شخص دیگری لازم است. در عوض وقتیکه شخص متضرر به عنوان جبران خساره اقدام می کند، معمولاً مدت زمانی میان عمل مضر و عمل متعاقب عمل مضر وجود خواهد داشت. در حالیکه امکان دارد عمل دومی بخاطر جلوگیری از ضرر بیشتر باشد، ممکن شخص عامل بخاطر آسیب رساندن به شخصیکه در قدم اول ضرر را وارد ساخته اقدام کرده باشد. تصور کنید که کسی کمپیوتر شما را در دست دارد و نزدیک است که آنرا به زمین بکوبد. اگر شما دوباره این کمپیوتر را از او بگیرید و این عمل سبب شود که شخص به زمین افتیده و استخوان قسمت از بدنش بشکند، شما در اینحال مسئول نیستید، بخاطریکه شما از مال خود دفاع می کردید. ولی اگر شما شخصی را دیدید که کمپیوتر شما را به زمین زد و شما بطرف شخص رفته و او را به زمین پرتاب میکندکه سبب شکستن استخوان او میشود، شما در اینحال مسئول هستید، زیراکه عمل شما برای دفاع از مال تان صورت نگرفته بود.

سوالات برای مباحثه

رسول دوکان شیشه فروشی دارد. روزی سلیم به دوکان او آمده و با یک چوبدست شروع به شکستن شیشه ها می کند. درکدام یکی از حالات زیر اقدام رسول دفاع مشروع است؟

۱. رسول می تواند که چوبدست را از سلیم گرفته و آنرا بشکند.
۲. رسول قادر است که سلیم را بعد از خروج ازدوکان تعقیب کند. ناوقت در آن شب او مخفیانه داخل خانهٔ سلیم شده و چوبدست را دزدی نموده و آنرا می شکند.
۳. لطیف که دوست رسول است سلیم را بعد از خروج از دوکان تعقیب کند. دو هفته بعد رسول مخفیانه داخل خانهٔ سلیم شده و چوبدست را دزدی نموده و آنرا می شکند.

٤. تقصیر مشترک و نظریهٔ پذیرش خطر

برعلاوه در صورتیکه عمل یا امتناع از عمل شخص متضرر در تحقق ضرر موثر بوده باشد، شخصیکه ضرر را وارد ساخته ممکن مسئول شناخته نشود و یا مسئولیت او کاهش بیابد. این حالت را معمولاً در کشور های رومن ژرمنیک تقصیر مشترک می نامند. قانون مدنی افغانستان تقصیر مشترک را به گونهٔ ذیل بیان می دارد.

قانون مدنی

ماده ۷۸۲

هرگاه متضرر نسبت خطای خود در ایجاد و یا تزئید ضررعایده اشتراک داشته باشد، محکمه میتواند مقدار جبران خساره را تقلیل داده یا اصلا به آن حکم ننماید.

بدین معنی، در صورتیکه متضرر محتاطانه تر عمل میکرد احتمال میرفت که ضرر اجتناب پذیر شده یا اینکه کاهش می یافت، در این صورت شخصیکه ضرر را وارد ساخته یا از مسئولیت مبرا خواهد شد یا که مسئولیت او کم خواهد شد. بخاطر درک بهتر این موضوع تصور کنید که مسئولیت شبیه یک کیک است که محکمه به یک یا دو طرف قضیه می دهد. وقتیکه شخصی متضرر شده ولی به گونهٔ عمل نکرده که ایجاد و یا احتمال وقوع ضرر را افزایش بدهد، در اینصورت این "کیک مسئولیت" به شخصیکه ضرر را وارد ساخته داده میشود. ولی اگر متضرر اقدامی نموده باشد که احتمال متضرر شدن او را افزایش داده، محکمه این کیک را بین هر دو جناح تقسیم میکند. اگر عمل متضرر به میزان بسیار کم احتمال تحقق ضرر را بالا برده، در اینصورت محکمه به او حصهٔ کمتری از این کیک را میدهد. همانطوریکه نقش متضرر در وقوع ضرر افزایش می یابد، سهم او از مسئولیت نیز افزایش می یابد. گاهی اوقات محکمه به این شخص تمام مسئولیت را راجع خواهد ساخت. بعد از تخصیص مسئولیت، جبران خساره منوط به میزان از مسئولیتِ است که به هر طرف داده شده است. بطور مثال اگر ضرر به مبلغ ۱۰۰۰ افغانی تشخیص شود و شخص متضرر به میزان ۲۰ در صد مسئول شناخته شود، جانب دیگر قضیه مسئول پرداخت ۸۰۰ افغانی می باشد که این همان ۸۰ درصد از مبلغ ضرر مالی است.

در تشخیص اینکه آیا متضرر خود در ایجاد ضرر نقش بازی کرده، محکمه اعمال شخص متضرر را مقایسه کرده و عوامل احاطه کننده اوضاع و احوال قضیه، مانند رفتار های قابل پیش بینی ، هنجار های اجتماعی، و سایر عوامل را در نظر می گیرد. اگر متضرر با بی مبالاتی از آنچه که در وضعیت مشابه توقع میرفت عمل کرده باشد، در اینصورت تصور می رود که او در وقوع ضرر سهیم بوده است. ارزیابی تقصیر مشترک تا حد زیادی بستگی به هر قضیه داشته و عوامل مثل عرف و هنجار های اجتماعی را نیز در نظر می گیرد. ولی قاعدهٔ کلی همان است که اگر متضرر عمل غیر قانونی را انجام داده که در وقوع ضرر موثر بوده، در اینصورت بخشی از مسئولیت ضرر به متضرر نیز واگذار می گردد.

اگر بطور مثال حکیم در سمت خلاف سیر جاده رانندگی می کند و با موتر نادر تصادم می کند، معمولاً حکیم بخاطر ضرریکه سبب گردیده مسئول شناخته می شود. ولی اگر حکیم با موتر نادر تصادم کرده بخاطریکه نادر از چراغ سرخ عبور کرده باشد، در اینحال محکمه ممکن که نادر را قسماًا مسئول خسارت وارد شده به موتر و اموال او خواهد دانست. پیش بینی درخصوص این قضیه که محکمه چگونه مسئولیت را بین این دو تقسیم می کند، مشکل خواهد بود.

سوال برای مباحثه

در مثال بالا شما چه میزان از مسئولیت را به حکیم راجع می سازید؟ چه میزان را به نادر راجع خواهید ساخت؟ پاسخ خود را توضیح دهید.

در مثال قبلی واضح است که هردو شخص به گونهٔ مقصر بوده اند. حکیم در سمت مخالف جاده مصروف رانندگی بود که با نادر تصادم کرد ولی نادر هم با عبور از چراغ سرخ ترافیک قانون را نقض کرده است. ولی مواردی هم به کثرت اتفاق می افتد که در آنها عمل متضرر بصورت بسیار واضح در ایجاد ضرر نقش نداشته است. تصور کنید که صدیق احاطهٔ در اطراف ملکیت خود دارد که شامل یک در ورودی و خروجی است. معمولاً او این درب را قفل نگه میدارد ولی یک روز فراموش می کند که آنرا قفل کند. آنروز ظاهر در نزدیکی محوطه همرای گاو های خود می آید. چونکه صدیق درب را قفل نکرده بود، درب کاملا باز می شود. ظاهر میگذارد که گاو های او در ملک صدیق بچرد که این عمل سبب خسارت به اموال صدیق می گردد. در این قضیه محکمه عمل صدیق را در وقوع ضرر موثر نمی داند. عوامل بسیاری باید در این قضیه در نظر گرفته شود و بسیاری مسایل باید واضح شود که چه عملی در این محله عادی شمرده می شود. بطور مثال؛ آیا در این محله اگر کسی درب ملکیت خود را باز بگذارد معنی آن اینست که هر کسی داخل ملکیت شده می تواند؟ اگر پاسخ بلی باشد، در اینصورت صدیق در وقوع ضرر نقش بازی کرده است زیرا که او درب را باز رها کرده است. ولی اگر وجود احاطه به دور ملکیت شخص نشانگر این است که هیچ کسی بدون اجازهٔ صاحب ملک به آن داخل شده نمی تواند، ولو اگر درب باز باشد، در اینصورت صدیق به احتمال زیاد در وقوع ضرر نقش بازی نکرده است.

بر علاوه، اگر عمل متضرر در تزئید ضرر نقش داشته باشد، در اینصورت مسئولیت عامل ضرر کاهش خواهد یافت. این موضوع به عنوان مکلفیت کاهش ضرر نیز یاد میگردد. تصور کنید که عیسی خانهٔ با تعداد زیادی اتاق ها را از ابراهیم به اجاره می گیرد و مسئولیت ابراهیم است که هر آن مشکلی که در تعمیر رخ میدهد را حل کند. یک روز شیشهٔ یکی از کلکین های این منزل می شکند. عیسی به ابراهیم از موضوع اطلاع میدهد، ولی ابراهیم فوراً اقدام به حل مشکل نمی کند. یک ماه بعد در جریان یک طوفان شدید آب از این کلکین داخل خانه شده و اموال زیاد متعلق به عیسی را تخریب می کند. هرچند که مسئولیت ابراهیم بود تا مواظبت تعمیر را نماید، ولی او به احتمال زیاد کاملاً مسئول ضرر به عیسی نخواهد بود. این منزل چندین اتاق داشته و عیسی می توانست اموال خود را به اتاق دیگری که شیشهٔ پنجرهٔ آن سالم بود انتقال بدهد. ولی او نخواسته که اینکار را کند. بناً عیسی ضرر به خود را کاهش نداده است.

٤,١. پذیرش خطر

طریقهٔ دیگری که می توان تشخیص داد که آیا خود شخص در ضرر خود نقش داشته یا نه، حالت "پذیرش خطر" در جریان عملکرد متضرر است. پذیرش خطر به معنی آنست که شخص با آگاهی از خطریکه انجام یک عمل به بار می آورد اقدام به انجام عمل یاده شده نموده باشد. اگر متضرر خطر عمل خود را پذیرفته باشد، در اینحالت مسئولیت ضرر از دوش عامل ضرر کلاً یا قسماً برداشته می شود. پذیرش خطر معمولاً در ضرر هایکه در فعالیت های ورزشی اتفاق می افتد کاملاً واضح است. اگر عبدل پایش را بالای پای لطیف در جریان مسابقهٔ فوتبال بگذارد و پای لطیف بشکند، عبدل مسئول جراحت لطیف نیست. علت این امر در آنست که لطیف زمانیکه قبول کرد تا در این مسابقه شرکت کند، خطر زخمی شدن را پذیرفته است. فوتبال ورزش فزیکی است که بازیکنان در جریان آن ممکن آسیب ببینند. ولی اگر از طریق خطا به گونهٔ که از بازی عادی در یک مسابقه به مراتب خشن تر باشد عبدل پای لطیف را بشکند، در این حالت عبدل مسئول خواهد بود.

پذیرش خطر محدود به ضرر در بازی های ورزشی نیست. این نظریه در حالات مختلف که مال یا جان شخص در فعالیتیکه آنها میدانند خطرناک است آسیب ببیند نیز قابل تطبیق است. تصور کنید که نایله از ادریس میخواهد اگر او از ماشین لباس شویی وی استفاده کند. ادریس اجازهٔ اینکار را برایش میدهد ولی برای وی گوشزد می کند که در ماشین روسری را نشوید، زیرا که ماشین آنرا پاره خواهد کرد. نایله این اخطار ادریس را نادیده گرفته و روسری های خود را در ماشین می شوید که در نتیجه همهٔ آنها تخریب می شود. ادریس در این حالت مسئول ضرر به روسری های نایله نیست، هرچند که ضرر توسط ماشین متعلق به ادریس وارد شده است بخاطریکه نایله از امکان خراب شدن روسری هایش در ماشین خبر داشت، ولی با این وجود به شستن آنها اقدام کرد.

سوالات برای مباحثه

۱. ملیحه ملکیتی دارد که شامل یک دریاچه می گردد. روزی بکتاش از درخت بلندی به این دریاچه خیز زد. دریاچه کم عمق است و در نتیجه پای بکتاش در سنگی در درون آب خورده و می شکند. آیا فکر می کنید که پریدن از درخت به آب همیشه خطرناک است، لذا بکتاش در این عمل خطر را پذیرفته است؟ چرا بلی یا چرا نخیر؟

۲. با تصور اینکه پریدن از درخت به درون آب همیشه خطرناک نیست، در کدام یک از حالات زیر بکتاش خطر را پذیرفته است؟ چرا بلی یا چرا نخیر ؟

الف. ملیحه به بکتاش می گوید که پریدن از درخت به درون آب خطرناک است بخاطریکه آب دریاچه کم عمق است. بکتاش قبلاً پسر ملیحه را دیده که عین کار را کرده و لذا به گفته های ملیحه باور نمی کند.

ب. آب دریاچه عمیق معلوم می شود و لذا بکتاش فکر میکند که مصئون خواهد بود.

ج. آب دریاچه به اندازۀ کم عمق است که سنگ ها در اطراف دریاچه نمایان است. بکتاش فکر می کند که او به اندازۀ کافی دورتر پریده می تواند که از سنگ ها منحرف شود.

۵. سبب خارجی

تا به حالا دفاعیه های که بحث شد تقصیر مدعی علیه را پذیرفته ولی بنا به نقش سایر عوامل در ایجاد ضرر این دفاعیه ها به کاهش، تعویق یا حذف مسئولیت تاکید دارد. بطور مثال بر اساس مادۀ ۷۸۲ هرگاه که شخص متضرر ضرر به خود را تزئید نماید، شخصیکه ضرر را وارد ساخته ملزم به جبران خسارت همۀ ضرر نبوده و یا هم اصلا ملزم به جبران خسارت نیست. مثل سایر دفاعیه ها، مادۀ ۷۸۲ استدلال نمی کند که شخص مسئول ضرر را وارد نساخته، بلکه استدلال این است که شخص مسئول مسئولیت کلی ندارد. برعکس آخرین دفاعیه مسئولیت مدنی مدعی آنست که شخصیکه متهم به ایراد ضرر است اصلاً سبب ایجاد ضرر وارده نبوده است.

قانون مدنی

ماده ۷۸۳

هرگاه شخصی ثابت نماید که ضرر عایده ناشی از سبب خارجی بدون مداخله وی یا از حادثه غیر مترقبه یا ناشی از اسباب مجبره بوده و یا به سبب خطای شخص متضرر یا از غیر نشأت کرده است، بضمان مکلف نمی گردد. مگراینکه قانون یا موافقه طرفین بخلاف آن حکم نماید.

اگر شخصی ثابت سازد که شخص دیگری یا شی دیگری اصولاً سبب ضرر شده است، در اینصورت این شخص مسئول جبران خساره به متضرر نمی باشد. تصور کنید که مثلاً عالیه و امیر همسایه هستند. عالیه در اطراف ملک خود احاطه دارد. این احاطه محکم و در وضعیت خوب است. روزی طوفان شدید سبب میشود که احاطه از جا کنده شود و در نتیجه اموال امیر خسارت ببیند. بخاطریکه طوفان به عنوان قوۀ قاهره شناخته می شود و هم اینکه احاطه قوی و مستحکم بوده، عالیه می تواند مادۀ ۷۸۳ را به عنوان دفاعیه در مقابل مسئولیت بکار ببرد.

توجه داشته باشید که اشخاص صلاحیت دارند که در مورد قضیهٔ که با شرایط مادهٔ ۷۸۳ صدق میکند طوری موافقت نمایند که در آن حالت یک شخص مسئول شناخته شود. بطور مثال؛ اگر امیر با اعمار احاطه موافقت نمی کرد ولی هر دو جناح موافقت نمایند که عالیه می تواند احاطه را بسازد مشروط براینکه قبول کند که در صورتیکه این احاطه ضرری به ملک امیر برساند، در آنصورت عالیه مسئول خواهد بود. در اینحالت عالیه نخواهد توانست که مادهٔ ۷۸۳ را به عنوان دفاعیه بکار ببرد. هرچند هنوز هم طوفان عامل ضرر بالوسیلهٔ احاطه بوده است، ولی هر دو جناح موافقت نموده اند که هر نوع ضرر توسط این احاطه مسئولیت عالیه را در پی دارد.

فصل هشتم: سببیت

طرح موضوع

ایوب از نانوایی قدریه یک قرص نان می خرد. هرچند ایوب معمولاً از نانوایی قدریه نان نمی خرد، ولی نانوایی همیشگی او در آنروز بسته بود. او آنشب قسمتی از نان را خورد وفردا صبح که از خواب بیدار شد، درد شدید در معده اش احساس کرد. ایوب به شفاخانه رفت ولی داکتر به یک معاینهٔ سطحی برایش توصیه نمود که خانه برود و استراحت کند. درد معدهٔ ایوب هر لحظه وخیم تر میشود. روز بعد او دوباره به شفاخانه میرود و نزد داکتر دیگری مراجعه میکند. داکتر جدید مشکل را فوراً تشخیص میدهد. این داکتر فوراً ایوب را تحت عمل جراحی قرار داد و از معدهٔ او توتهٔ کوچک شیشه را بیرون آورد. ایوب یک ماه را در شفاخانه تحت مداوا قرار گرفت. در جریان این مدت او بار ها شنید که داکتران می گفتند، اگر شیشه در بار نخست از معدهٔ ایوب بیرون آورده میشد، نیاز به این همه مداوای طولانی نبود.

چه چیزی باعث ضرر به ایوب شده است؟ توتهٔ شیشه سبب اولی این ضرر بوده است. ولی ما علاقمند هستیم بدانیم آیا کسی به لحاظ قانونی مسئول ضرر به ایوب است، لذا باید پرسید که چه چیزی باعث شد که ایوب توتهٔ شیشه را ببلعد. ایوب فکر می کند که شیشه در میان نانیکه او از نانوایی قدریه خریده وجود داشته فلهذا ایوب این نانوایی را مسئول ضرر می داند. ولی آیا ایوب این ادعا را ثابت کرده می تواند؟ ولو اگر او این ادعا را ثابت کرده بتواند، آیا قدریه باید مسئول شناخته شود؟ شاید ایوب میباییست در موقع خوردن نان بیشتر احتیاط میکرد. شاید ایجاب میکرد که داکتر اولی که ایوب را معاینه کرد او را بدون معاینهٔ دقیق دوباره به خانه نمی فرستاد.

سوالات برای مباحثه

بخاطر تصمیم در مورد اینکه چه چیزی سبب ضرر به ایوب شده باید چه معیاری را بکار ببریم؟ اگر شما وکیل ایوب می بودید، کدام معلومات دیگر را میخواستید قبل از اقامهٔ دعوی بدانید؟

قانون مدنی در مورد سببیت چه حکم دارد؟

- مدعی علیه در صورتیکه سبب ضرر نشده باشد مسئول نخواهد بود.
- مدعی علیه باید مستقیماً سبب ضرر شده باشد.
- مدعی علیه مسئول ضرر نیست در صورتیکه سبب خارجی باعث ضرر شده باشد.

ارکان سببیت کدام ها اند؟

- عمل مدعی علیه باید هم سبب عملی و هم سبب قانونی ضرر به مدعی باشد.

سبب عملی چیست؟

- سبب عملی اسبابی است که به (but for) یا سبب لازم مشهور است.
- در بعضی حالات عوامل اساسی که به ضرر منتج میگردد عبارت از سبب عملی است.

سبب قانونی کدام است؟

- این نوع سببیت محدودیتی است که بر اساس اخلاق و پالیسی استوار است.
- سه نظریهٔ سبب قانونی وجود دارد: نظریهٔ معادلت اسباب، نظریهٔ سببیت کافی، و نظریهٔ قابلیت پیش بینی معقولانه.
- عمل مدعی علیه سبب قانونی شمرده نمی شود در صورتیکه عامل بیرونی زنجیرهٔ اسباب را از هم بگسلد.

اشخاص مدعی علیه تنها مسئول ضرری اند که خود سبب گردیده اند. این فصل اصول اساسی سببیت را تشریح می کند که شما آنرا بخاطر تحلیل قضایای مثل قضیهٔ ایوب بکار برده می توانید. در اکثر قضایای واقعی واضح است که آیا مدعی علیه سبب ضرر شده است یا خیر. اما بعضی قضایای دیگر سوالات مشکل در مورد سببیت را مطرح می سازد. شما درک خواهید کرد که پاسخ به این نوع سوالات مشکل از طریق نگرش قضات در مورد اصول اخلاق، پالیسی، و درک عمومی از طریق تطبیق قواعد مشخص حقوقی صورت می گیرد.

در آغاز این فصل به توضیح سه مادهٔ می پردازد که در قانون مدنی در مورد سببیت در بخش فعل مضر ذکر شده است. سپس ما دو رکن سببیت را توضیح میدهیم که عبارتند از سببیت فعلی و سببیت قانونی. سببیت فعلی شامل طیف وسیع از عوامل و حوادث است که برای تحقق ضرر به مدعی لازم می باشد. سببیت قانونی بخش مشخص تری است که مسئولیت مدعی علیه را به اعمالی محدود می سازد که رابطهٔ نزدیک با ضرر بر مدعی دارد.

۱. سببیت در قانون مدنی افغانستان

مثل قوانین مدنی در سایر نقاط دنیا، قانون مدنی افغانستان نیز اصول کلی را بجای رهنمود های مشخص به حقوقدانان، قضات، و طرفین دعوی فراهم میکند، تا آنها حکم قانون در مورد عمل یا امتناع از عمل سبب ضرر شده را بیابند. سه مواد قانون ساحات کلیدی نگرش قانون مدنی به موضوع سببیت را واضح می سازد.

قانون مدنی

ماده ۷۷۷
هرنوع تعدی ایکه از آن ضروری بغیر از اضرار مندرج مواد فوق به شخص دیگری عاید گردد، مرتکب بجبران خساره مکلف می باشد.

ماده ۷۷۹
محکمه جبران خساره را به تناسب ضرر عایده تعیین می نماید، مشروط بر اینکه ضرر مذکور مستقیماً از فعل مضر نشأت کرده باشد.

ماده ۷۸۳
هرگاه شخصی ثابت نماید که ضرر عایده ناشی از سبب خارجی بدون مداخله وی یا از حادثه غیر مترقبه یا ناشی از اسباب مجبره بوده و با به سبب خطای شخص متضرر یا از غیر نشأت کرده است، بضمان مکلف نمی گردد. مگر اینکه قانون یا موافقه طرفین بخلاف آن حکم نماید.

نخست مطابق مادۀ ۷۷۷ قانون مدنی هر شخص مسئول ضرری است که خود سبب گردیده است.[۳۰۳] اگر عمل مضر شخص سبب ضرر نبوده، در آنصورت قانون او را ملزم به جبران خسارۀ متضرر نمی داند. سببیت در قانون مدنی بر اساس مسئولیت شخص استوار است. این روش از بعضی مسایل غیر حقوقی متفاوت است. ممکن که رای دهندگان تمام یک حزب سیاسی را برای عمل یکی از رهبران آنها مسئول بدانند. یک خانواده ممکن تمام اعضای خانوادۀ دیگر را بخاطر عمل نادرست یک عضو آن ملامت کند. همانطوریکه بعداً می بینیم، قانون مدنی اجازه میدهد که چندین شخص بخاطر عین ضرر مسئول شناخته شوند، ولی این امر در صورتی مجاز است که هر شخص در ایجاد ضرر سهیم بوده باشد.

در مادۀ ۷۷۹ قانون مدنی حکم میدارد که برای اینکه شخص در قبال اعمال مضر خود مسئول شناخته شود، ضرر باید مستقیماً از عمل او نشأت کرده باشد. اضرار غیر مستقیم مسئولیت ایجاد نمی کند. قانون مدنی ضرر "مستقیم" را تعریف نکرده است.

مادۀ ۷۸۳ بیان می دارد که در صورتیکه "سبب خارجی" عامل ضرر باشد، شخص مسئول نمی باشد. مادۀ ۷۸۳ به ما بیان میدارد که سبب خارجی رشتۀ سببیت مابین عمل مدعی علیه و ضرر بر مدعی را قطع نموده و مدعی علیه را از مسئولیت تبرئه می کند.

این مواد سه اصل عمده را ایجاد می کند: (۱) اشخاص تنها مسئول ضرر های اند که خود وارد کرده اند، و تنها در حالاتیکه (۲) ضرر مستقیم بوده و (۳) بدون سبب خارجی باشد. ولی این مواد سوالات بسیار مهمی را هم بدون جواب می گذارد. منظور از ضرر رساندن چی است؟ تفاوت میان سببیت مستقیم و غیر مستقیم در چیست؟ چه واقعۀ سبب خارجی شمرده می شود؟ چگونه ما این اصول را بالای حقایق یک قضیۀ مشخص تطبیق کرده می توانیم؟ بخش باقی ماندۀ این فصل این سوالات را به جزئیات آن ارزیابی می کند. این بخش اصول و نظریات دیگر را که ما را در تحلیل این سوالات در مورد سببیت در مسئولیت مدنی کمک می کند، مورد شناسایی قرار میدهد.

سوالات برای مباحثه

۱. چرا فکر می کنید که قانون مدنی روش خود را در مورد سببیت منحصراً بر اساس مسئولیت اشخاص بنا نهاده است؟ این روش با شیوه های که در حل منازعات بصورت غیر رسمی بکار می رود چه شباهت ها و تفاوت های دارد؟

۲. با استفاده از مواد ۷۷۷، ۷۷۹ و ۷۸۳ قانون مدنی، بکوشید سبب یا اسباب قانونی ضرر به ایوب را تشخیص بدهید. سوالات تان را یادداشت کنید، و ببینید که بخش های زیر جوابی به سوالات شما ارائه میکند یا خیر.

۲. سببیت عملی و سببیت قانونی: روش دو مرحله ای

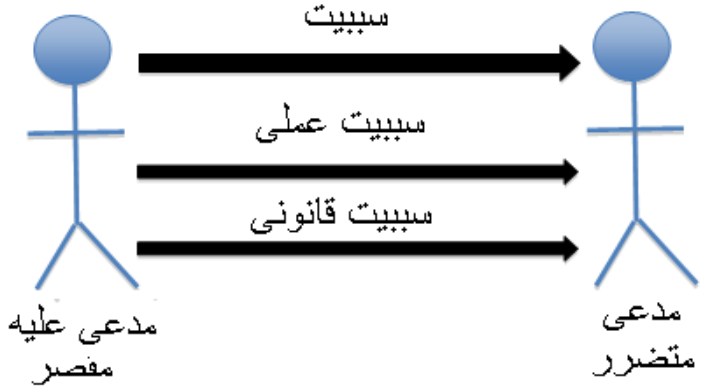
می توان گفت که قانون مدنی موضوع سببیت را به دو مرحله تقسیم کرده است. اول بر اساس مادۀ ۷۷۷ قانون مدنی محاکم تشخیص خواهد داد اگر عمل یا امتناع از عمل مدعی علیه سبب ضرر شده است. اگر چنین نباشد، در آنصورت مدعی علیه مسئول نیست. اگر پاسخ مثبت باشد، در آنصورت طبق مادۀ ۷۷۹ محاکم تصمیم می گیرد اگر عمل یا امتناع از عمل مدعی سبب مستقیم ضرر بوده است. مطابق مادۀ ۷۸۳ مدعی علیه بصورت مستقیم سبب ضرر به حساب نمی رود اگر سبب خارجی مسئول ضرر بوده باشد.

[۳۰۳] مواد ۷۵۸ و ۷۷۵ عبارت بندی مشابه در رابطه به مسئولیت شخص در قبال اتلاف مال و هم قتل شخص دارد.

محاکم دیگر در کشور های با نظام حقوقی رومن ژرمن و کامن لا نیز روش مشابه دو مرحله ی را در مورد سببیت بکار می برند هرچندیکه آنها اصطلاحات متفاوت را برای این موضوع بکار می برند. در مرحله ی اول محاکم مشخص می سازند که آیا عمل مدعی علیه سبب عملی ضرر به مدعی بوده است یا خیر. عمل یا امتناع از عملی **سبب عملی** ضرر به حساب می رود که همچو عمل یا امتناع از عمل شرط لازم یا عامل اساسی در وقوع ضرر بوده باشد. اگر عمل مدعی علیه سبب عملی ضرر نباشد، در آنصورت مدعی علیه مسئول نیست. اگر عمل مدعی علیه سبب عملی ضرر باشد، در آنصورت محاکم به بررسی مرحله ی بعدی که سببیت قانونی است می پردازد. عمل یا امتناع از عملی زمانی **سبب قانونی** ضرر به حساب می رود که به اندازۀ کافی ارتباط محکم با وقوع ضرر داشته باشد. برای اینکه مسئولیت ایجاد گردد، وجود سببیت عملی و قانونی هر دو لازم است.

در زیر ما با در نظرداشت قانون مدنی، مثال های از سایر کشور ها، و حقوق اسلام موضوع دو مرحله ی سببیت را به تفصیل به بحث می گیریم.

نمودار سببیت



۲،۱.سببیت عملی

مادۀ ۷۷۷ قانون مدنی محاکم را ملزم می کند که اشخاصی را مسئول ضرر های بشناسد که آنها سبب گردیده اند، ولی قانون مدنی اصطلاح "سبب" را تعریف نکرده است. تعریف قاموس لغات نیز زیاد کمک کننده نیست: سبب عبارت از "شخص، شی، واقعه، یا شرطی است که اثری تولید می کند."[۳۰٤] یک چیز سبب چیز دیگری شده نمی تواند مگر اینکه از دومی به لحاظ زمانی مقدم باشد. اگر چیزی بعد از چیز دیگری واقع شود، در آنصورت عامل یاد شده سبب مورد دومی نمی تواند باشد. ولی هر آنچه که از چیزی دیگری به لحاظ زمانی مقدم باشد سبب نیست. این دو حادثه باید با هم مرتبط باشد. سبب عملی مفهومی است که محاکم را قادر می سازد تا تشخیص دهد که آیا حادثۀ قبلی سبب حادثۀ بعدی بوده است یا خیر.

آنطوریکه در بالا ذکر شد، عمل مدعی علیه سبب عملی ضرر مدعی در صورتی است که عمل یاد شده شرط لازمی یا عامل اساسی در وقوع ضرر به حساب برود. سبب عملی را گاهی علت واقعی یا در لاتین conditio sine qua non (یعنی علت لازمی) نیز می نامند. همانطوریکه در بحث بعدی ملاحظه خواهیم کرد، یک ضرر همیشه چندین سبب عملی دارد. در بسیار مواقع محاکم معیار علت لازم (but for test) را برای تشخیص سبب عملی بکار می برد که نشان می دهد،

[304] *Webster's 3rd New International Dictionary* (Merriam-Webster, 1993).

بـدون عمل متهم نتیجه غیر قانونی رخ نمی داد. در بعضی حالات استثنائی محاکم معیار عامل اساسی (substantial factor test) را نیز بکار خواهد برد.

۲،۱،۱. معیار علت لازم (The but-for test)

اگر مدعی متضرر نمی شد مگر به علت فعل ایجابی یا سلبی مدعی علیه، در آنصورت عمل مدعی علیه سبب عملی ضرر است. این معیار علت لازم حقوقدانان و قضات را وا میدارد که سوال فرضی یا "چه میشد اگر" اگر را بپرسند. این سوال به این گونه است: بر مدعی چه میشد اگر مدعی علیه به عوض عمل غیر مناسب رفتار مناسب می داشت؟ اگر در آنصورت مدعی متضرر نمی شد، مدعی علیه سبب عملی ضرر بوده است.[۳۰۵]

علت لازمی ضرر به ایوب چه بوده است؟ واضح است که ایوب مریض نمی شد اگر او توتهٔ شیشه را نمی خورد. ولی هر ضرر بیشتر از یک علت لازمی دارد. اگر بپذیریم که توتهٔ شیشه در نان قدریه بوده است، در آنصورت عمل خرید نان توسط ایوب نیز یک علت لازمی است. و ایوب نان را از قدریه نمی خرید اگر دوکانیکه او هر روز از آن نان میخرید باز می بود. شاید هم نانوای همیشگی ایوب دوکان را بسته نمی کرد اگر او به یک عروسی دعوت نمی بود. تمام این اسباب علل لازمی یا سبب عملی ضرر به ایوب بوده است. این اسباب ممکن **زنجیره ی از اسباب** را یا وقایع به هم پیوسته را شکل میدهد که از شروع تا ختم زمان با هم امتداد یافته است.

سبب عملی مفهوم بسیار وسیع دارد ولی این سبب هر آن واقعه و حتی عمل مقصرانهٔ که قبل از ضرر به مدعی واقع شده را در بر نمی گیرد. عمل مقصرانه نیز باید سبب لازمی برای ضرر باشد. تصور کنید که مالک یک معدن مس بر اساس حکم قانون ملزم به رعایت شرایط ایمنی کار به کارمندان و دادن عینک های محافظوی به آن در زمان کار در معدن است. یک روز معدن یا تونل در درون معدن بصورت غیر مترقبه فرو لغزیده و سبب مرگ بسیاری کارگران از جمله آنهای که عینک محافظوی نداشتند گردید. هر چند که مالک معدن در قسمت ندادن عینک ها مقصر بوده ولی این تقصیر سبب عملی مرگ کارگران نیست. حتی اگر به کارگران عینک هم داده میشد، معدن باز هم سقوط کرده و کارگران در آن می مردند. ولی از جهت دیگر اگر یک کارگر در معدن سنگ ها را با چکش می زند و عینک محافظتی نداشته که در نتیجه به اثر پرتاب توتهٔ سنگ به چشمش نابینا میشود، دراینحال تقصیرمالک معدن سبب عملی ضرر به کارگر به حساب میرود. علت در آنست در این مورد عینک محافظوی مانع ضرر به کارگر شده می توانست.

قضیهٔ زیر از افریقای جنوبی را در نظر بگیرید.[۳۰۶] وقتیکه پولیس یک مظنون را توقیف کرد، اطفال او به وسط جاده ها پا به فرار نهادند. پولیس به دنبال آنها نرفت. روز بعد جسد دو طفل که در اثر هوای سرد و باران جان باخته بودند یافت شد. محکمه به این نتیجه رسید که حتی اگر پولیس جستجو و تحقیق لازم را هم برای پیدا کردن اطفال فراری انجام میداد، آنها موفق به پیدا کردن این اطفال نمی شدند. لذا تقصیر پولیس مبنی بر جستجو سبب فعلی مرگ این اطفال نبوده است.

تطبیق آزمون سبب لازم همیشه ایجاب میکند تا در مورد اینکه چه چیزی اتفاق می افتاد، اگر مدعی علیه به گونهٔ دیگری عمل می کرد، بصورت دقیق حدس زده شود. در بسیاری از قضایا واضح است که آیا عاملی سبب لازم حادثهٔ است یا خیر. ولی بعضی اوقات واضح نیست که اگر مدعی علیه طور دیگری رفتار میکرد چه اتفاقی ممکن می افتاد. بطور مثال در مورد قضیهٔ ایوب ما دلیلی نداریم که ثابت سازیم که توتهٔ شیشه ی را که ایوب بلعیده در نان قدریه بوده است. در قضایای از این نوع وکلای مدافع برای هر دو طرف قضیه براساس اسناد، منطق و تجربه به گونهٔ استدلال می کنند، تا قضات را قناعت بدهند که پیشنهاد آنها در مورد تطبیق سبب عملی درست است.

---

[305] Max Loubser and Rob Midgley, editors, *The Law of Delict in South Africa* (Capetown: Oxford University Press, 2009), 68.
[306] *S v. Van As*, 4 SA 591 (1967) in Loubser and Midgley, *Law of Delict*, 69.

سوالات برای مباحثه

۱. آیا عمل داکتر اولی که ایوب را دوباره به خانه فرستاد سبب لازم ضرر به ایوب بوده است؟ اگر شما براساس حقایقی که بیان شد تصمیم گرفته نمی توانید، به کدام معلومات و حقایق بیشتر نیاز دارید تا معیار سبب لازم را در این مورد تطبیق کنید؟

۲. اگر در مورد مثال افریقای جنوبی شما وکیل مدافع ادارۀ پولیس می بودید، چه اسنادی را شما جمع آوری می کردید، تا نشان دهید که رفتار پولیس سبب لازم مرگ آن دو طفل نبود؟

پاسخ های پیشنهادی به سوالات برای مباحثه

۱. برای اینکه تصمیم گرفت، که آیا عمل داکتر اولی سبب لازمی ضرر به ایوب بوده یا خیر، ما نیاز داریم تا بفهمیم که آیا ضرر به ایوب در صورتیکه داکتر فوراً دست به مداوا می شد کمتر می بود.

۲. منحیث وکیل ادارۀ پولیس هدف شما باید این باشد، که نشان دهید ولو اگر پولیس به جستجو و بررسی می پرداخت، باز هم آنها اطفال یاد شده را پیدا کرده نمی توانستند. شما می توانید مشخص سازید که پولیس روش معیاری برای جستجوی اطفال ناپدید شده داشته است. بعداً شما می توانستید که نشان دهید، ولو اگر پولیس این روش را رعایت می کرد، آنها هنوز هم موفق به پیدا کردن این اطفال نمی شدند. بطور مثال؛ ممکن که طرزالعمل ادارۀ پولیس برای جستجوی اطفال ایجاب می کرد، که پولیس الی فاصله ی سه کیلو متری محلی را که آخرین بار اطفال در آنجا دیده شده بود را جستجو میکرد. اگر این اطفال در فاصلۀ پنج کیلو متری از محلی که پولیس آخرین بار آنها را دیده بوده فوت کرده باشند، در آنصورت حتی جستجوی دقیق هم ممکن در پیدا کردن آنها موثر نمی بود.

۲،۱،۲. معیار عامل اساسی

تشخیص اینکه مدعی علیه سبب لازمی ضرر به مدعی شده غالب اوقات ساده است: رفتار مناسب مدعی علیه را به عوض رفتار نامناسب او در نظر بگیرید و مشخص سازید که آیا هنوز هم مدعی متضرر می شد یا خیر. اما در بعضی قضایا رفتار نا مناسب مدعی علیه نقش مهمی در ضرر مدعی داشته ولی این رفتار سبب لازمی ضرر به حساب نمی رود. بعضی محاکم در کشور های رومن ژرمن ممکن حکم کنند که هرچند رفتار مدعی علیه سبب لازمی ضرر نبود ولی هنوز سبب عملی است در صورتیکه رفتار **عامل اساسی** در ضرر مدعی بوده باشد.[۳۰۷] ما دو نوع قضایای را که در آنها ممکن محاکم بالای آزمون عامل اساسی استناد کند مورد بحث قرار میدهیم: تعدد اسباب موثر و سببیت بدیل. درهریک از این قضایا ما باید بپرسیم که آیا معیار عامل اساسی با مفاد مادۀ ۷۷۷ قانون مدنی در مورد اینکه مدعی علیه صرف در قبال اضراریکه خود وارد کرده مسئول است، مطابقت دارد یا خیر.

هم در بحث تعدد سببیت موثر و هم در بحث سببیت بدیل بیش از یک شخص در ضرر مدعی نقش بازی می کند. مادۀ ۷۸۹ قانون مدنی تصریح نموده، مبنی اینکه امکان داردچندین شخص سبب ضرر واحد گردند. مادۀ ۷۸۹ به قضات صلاحیت قابل ملاحظۀ مبنی بر تصمیم گیری در مورد میزان جبران خساره را میدهد، اینکه هریک از اشخاص مسئول چه میزانی از خساره را به متضررجبران نمایند.

[307] F.H. Lawson and B.S. Markensinis, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law, Vol. I* (Cambridge: Cambridge University Press,1982),110-11.

قانون مدنی

ماده ۷۸۹
هرگاه مسئولین فعل مضر، متعدد باشند، درجبران خساره مسئولیت مساوی دارند. مگراینکه قاضی حصه هرکدام را درجبران خساره تعیین نماید.

ضرر مدعی زمانی **اسباب متعدد موثر** میداشته باشد که بیش از یک مدعی علیه مقصر بوده و بیش از یک فعل از اعمال مضر سبب ضرر به مدعی شده، ولو اگر اینکه سایر رفتار های مقصرانه هم اتفاق نمی افتاد. اگر دو موترسایکل سوار در آن واحد از یک اسپ سوار پیشی بگیرند و سبب شوند که اسپ سوارکار خود را به زمین بزند، هیچ یک از این دو موترسایکل سوار سبب لازم ضرر به اسپ سوار نبوده اند. اگر تقصیر یک موتر سایکل سوار را حذف کنید، تقصیر آن دیگری پا برجاست و اسپ هنوز هم سوارکار را به زمین می زد. هردو موترسایکل سوار با بی پروایی عمل کرده و لذا غیر منصفانه است که به آنها اجازه داد، تا از جبران خساره صرف به دلیل اینکه هیچ کدام سبب لازم ضرر نبوده فرار کنند. در صورت دخالت چندین سبب موثر محاکم ممکن که معیار عامل اساسی را بکار ببرند، تا اینکه تقصیر مدعی علیه سبب لازمی ضرر تشخیص گردد.[۳۰۸] امکان دارد که یک قاضی افغان نیز عین روش استدلال را بکار برده و حکم کند که هر دو موتر سایکل سوار براساس مادۀ ۷۷۷ سبب ضرر شده و براساس مادۀ ۷۸۹ مسئول ضرر هستند. سپس قاضی صلاحیت دارد، که براساس مادۀ ۷۸۹ حکم کند که آیا هر دو مدعی علیه بصورت یکسان به جبران خساره بپردازند، یا اینکه مسئولیت یکی آنها بیشتر از دیگری باشد.

ضرر مدعی زمانی **سببیت بدیل** میداشته باشد که صرف یکی از چندین مدعی علیه سبب ضرر شده، ولی مدعی مشخص ساخته نتواند، که چه کسی سبب ضرر شده است. تصور کنید که سه فرد به شکار می پردازند. در آن واحد دو شکارچی به سمت شکارچی سومی فیر میکنند. شکارچی سومی توسط یک مرمی مجروح می گردد. در حقیقت صرف یک شکارچی سبب مجروحیت شخص سومی شده است. صرف یک نفر سبب لازمی ضرر است، ولی ناممکن است که مشخص ساخت کدام یکی، بخاطریکه هر دو شکارچی مقصر اند، محاکم ممکن که به معیار عامل اساسی توجه نموده و حکم نماید که هر دو عمل سبب عملی ضرر بوده است.[۳۰۹]

واضح نیست؛ که آیا مواد ۷۷۷ و ۷۸۹ به قاضی افغان اجازه می دهد که هر دو مدعی علیه را بر اساس نظریۀ سببیت بدیل مسئول بداند یا نه. در مثال بالا، صرف یکی از شکارچیان واقعاً سبب ضرر شده است. شکارچی دومی هم با پروایی رفتار کرده ولی سبب ضرر نشده است. شاید محکمه اصطلاح "سبب" را در پرتو مادۀ ۷۷۷ و اصطلاح "مسئول" را در پرتو مادۀ ۷۸۹ را به شکل موسع آن تفسیر کرده مسئولیت آنها حکم کند، بجای اینکه آنها را برئی الذمه داند. این نتیجه با اهداف مسئولیت مدنی سازگار است: متضرر را جبران خسارۀ خواهد کرد، رفتار های بی دقت را سرزنش خواهد کرد، و جلوگیری از وقوع ضرر های مشابه در جریان شکار در آینده خواهد شد.

ادویۀ جعلی و نظریۀ سببیت بدیل

اصطلاح "ادویۀ جعلی" شامل انواع مختلف ادویه جات ناقص و با برچسب اشتباه بشمول ادویه های با ترکیب نا موثر، یا ترکیب نادرست از مقادیر مواد، و ترکیب غلط مواد، بسته بندی جعلی، و یا با میزان زیاد مواد آلوده کننده اطلاق می گردد.

[308] Lawson and Markensinis, *Tortious Liability*, 110.
[309] These facts are adapted from an American case: *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80 (1948), *available a*t http://scocal.stanford.edu/opinion/summers-v-tice-26161.

[۳۱۰] ادویهٔ جعلی یک معضله جهانی است، ولی این مشکل مخصوصاً در کشور های در حال انکشاف بسیار شایع است.[۳۱۱] بطور مثال در سال ۲۰۱۲ بیش از ۱۰۰ مریض در شفاخانهٔ در پاکستان به اثر دریافت مواد آلوده کننده در ادویه جات قلبی جان باختند.[۳۱۲]

یک روز زمانیکه شما حقوقدان شده اید، شخصی که به اثر ادویهٔ ملوث متضرر شده از شما خواستار کمک می شود. این شخص نام دوا را به شما گفته می تواند ولی نام شرکت سازندهٔ دوا را نمی داند. شما در زمینه تحقیق می کنید و متوجه می شوید، که چندین شرکت تولیدی در افغانستان عین ادویه را که به میزان یکسان مضر است تولید میکند. شما متوجه می شوید که با مشکل سببیت بدیل مواجه هستید: شما می فهمید که *چه چیزی* سبب ضرر به موکل شما شده، ولی بصورت دقیق گفته نمی توانید که *چه کسی* سبب ضرر شده است. هر شرکت تولیدی مشاجره خواهد کرد ولو اینکه دوای او ناقص باشد، شما ثابت کرده نمی توانید که موکل شما توسط دوای او متضرر شده و نه دوای شرکت دیگری. شما این مشکل را چگونه حل می کنید؟

یک قضیه امریکایی روش مشابه را برای حل این مسئله پیشکش میکند.[۳۱۳] در قضیه مذکور محکمه به مدعی اجازه داد که علیه تمام شرکت های اقامه دعوی کند که عین ادویه را در ساحهٔ جغرافیایی که مدعی زیست دارد تولید میکنند. محکمه "سهم بازار" هر تولید کننده را یا درصد مجموع مبلغی که از بابت این ادویه در آن منطقهٔ جغرافیایی فروخته شده بود را تشخیص داد. هر تولید کننده ملزم شد تا همان درصد از جبران خساره را به مدعی بپردازد، که تولید کننده در بازار سهم دارد. اگر شرکتی ۱۰ در صد از این ادویهٔ مضر را در آن منطقه به فروش رسانیده بود، این شرکت ملزم شد که ۱۰ در صد جبران ضرر به مدعی را بپردازد.

مفیدیت و مضریت این شیوه در چی است؟

سوالات برای مباحثه

آیا فکر می کنید که مواد ۷۷۷ و ۷۸۹ قانون مدنی قضات را ملزم می سازد تا اشخاص مدعی علیه را در قضایای اسباب متعدد موثر و سببیت بدیل مسئول بداند؟ چرا بلی و چرا نخیر؟

اگر محاکم تنها معیار سبب لازم را تطبیق می کرد در آنصورت قضایای از نوع اسباب متعدد موثر و سببیت بدیل باعث ایجاد مسئولیت نمی شد. معیار عامل اساسی وسیع تر از معیار سبب لازم است و تضمین می کند که در این قضایای خاص مدعی بدون جبران خساره باقی نمی ماند. در بسیار قضایا اما معیار سبب لازم شامل رفتار های اشخاص مسئول می گردد، که در اینجا نیاز به بحث آن مشاهده نمی شود.

---

[310] World Health Organization, "General information on counterfeit medicines," accessed July 30, 2013. http://www.who.int/medicines/services/counterfeit/overview/en/.

[311] World Health Organization, "Growing threat from counterfeit medicines," *WHO Bulletin* 88. 4 (April 2010), accessed July 30, 2013, http://www.who.int/bulletin/volumes/88/4/10-020410/en/.

[312] Agence France Press, "Pakistan shuts drugs factory after deaths," Feb. 2, 2012, accessed July 30, 2013, http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5gLrCXZnv60cU-C2OKeG6FZKDu2bQ?docId=CNG.c3ec565502bf571e4d37efad1f9dcf96.21. For more on counterfeit medications in Pakistan, see Farhan Sharif and Khurrum Anis, "Stopping Fake Drugs From Pakistan is Too Late for Victims," *Bloomberg Business Week*, May 17, 2012, accessed July 30, 2013, http://www.businessweek.com/news/2012-05-17/stopping-fake-drugs-from-pakistan-is-too-late-for-victims.

[313] *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (1980), *available at* http://scocal.stanford.edu/opinion/sindell-v-abbott-laboratories-28157.

در حقیقت معیار سبب لازم معمولاً چندین سبب ممکن را شامل می شود. بعضی ها شاید استدلال کنند که اگر تقصیر یک شخص شرط لازم برای ضرر به دیگری باشد، در آنصورت این تقصیر برای ایجاد مسئولیت برای شخص مقصر باید کافی باشد. برای اینکه این مشکل را به تصویر بکشیم، بیایید به مثال ایوب دوباره مراجعه کنیم ولی حقایق آن قضیه را کمی تغیر دهیم. وقتیکه ایوب به خاطر کمک به شفاخانه مراجعه کرد، داکتر اولی در تشخیص مشکل او قصور کرد، او را دوباره به خانه فرستاد. وقتیکه ناوقت آن شب بطرف خانه می رفت در راه سارقین اشیای او را دزدیدند. قصور داکتر سبب لازم برای این سرقت نیز است. اگر داکتر ایوب را مرخص نمی کرد، او آنشب را در شفاخانه سپری می کرد.

ولی رابطه میان قصور داکتر و ضرر به ایوب بسیار بعید است، که داکتر را مسئول جبران خسارت به ایوب بدانیم. وضع مسئولیت در این قضیه غیر منصفانه است. این کار داکتران را در قسمت تداوی دقیق مریضان نیز تشویق خاصی نخواهد کرد زیرا که داکتران تشخیص داده نمی توانند که چه ضرر متوجه مریض خواهد بود زمانیکه مریض شفاخانه را ترک می کند. حقوق میان سبب فعلی که باعث مسئولیت می شود و سبب فعلی که باعث مسئولیت نمی شود باید فرق بگذارد. بخش بعدی در مورد سبب قانونی به توضیح این موضوع می پردازد که محاکم چگونه میان این دو فرق می گزارد.

خلاصهٔ بحث در مورد سببیت عملی

۱. آزمون سببیت لازم را تطبیق کنید:
الف. در ذهن خود رفتار مضر مدعی علیه را حذف کنید.
ب. مشخص سازید که آیا مدعی هنوز هم متضرر می شد.
ج. اگر ضرر واقع نمی شد، پس مدعی علیه سبب عملی ضرر است.
د. اگر مدعی هنوز هم متضرر می شد، به مرحلهٔ دوم پیش بروید.

۲. آزمون عامل اساسی را تطبیق کنید:
الف. آیا فعلی ایجابی یا سلبی مدعی علیه عامل اساسی ضرر به مدعی بوده است؟

۲,۲.سببیت قانونی

۲,۲,۱. تفسیر مادهٔ ۷۷۹ قانون مدنی

بر اساس مفاد مادهٔ ۷۷۷ رفتار های مقصرانه خود "سبب" ضرر بدون ایجاد مسئولیت به مدعی علیه شده می تواند. علت این امر در آنست که بر اساس مادهٔ ۷۷۹ مدعی علیه تنها در صورتی مسئول است که ضرر به مدعی " اینکه ضرر مذکور مستقیماً از فعل مضر نشأت کرده باشد". قانون مدنی تعریفی از سببیت مستقیم ارائه نمی کند. محاکم این اقتضای قانون را چگونه باید تفسیر کنند؟

قانون مدنی افغانستان از قانون مدنی مصر و فرانسه تاثیر پذیرفته است. ولی هیچ یک از آن دو قانون در مورد سبب مستقیم و غیر مستقیم حکمی ندارد. آن قوانین تنها به ذکر اصطلاح سببیت اکتفا کرده است.[۳۱٤]

[۳۱٤] رجوع کنید به مادهٔ ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه: " فعل هر شخص به هر نحو منجر به خسارت دیگری شود، شخصی را که از تقصیر او خسارت ایجاد شده مکلف به جبران می سازد."، قانون مدنی مصر مادهٔ ۱٦۳: "هر شخصیکه مرتکب خطای شود که سبب ضرر به شخص دیگری شود مسئول جبران ضرر وارده خواهد بود". همچنان رجوع شود به قانون مدنی عراق مادهٔ ۱۸٦(۱): " شخصیکه با تعامد یا تعدی بصورت مستقیم یا غیر مستقیم ضرری به دیگری وارد ساخته یا ارزش مالی مال شخص دیگری را کاهش داده مکلف به جبران خساره می باشد." قانون مدنی فرانسه اما در مادهٔ ۱۱۵ خسارات قراردادی را به خساراتی که "فوری و نتیجهٔ مستقیم" نقض قرارداد محدود می سازد. محاکم فرانسه این ماده را درمورد فعل مضر نیز تطبیق کرده است.
Raymond Young, editor, English, French & German Comparative Law (New York: Routledge-Cavendish, 2007), 454.

حالانکه حقوق اسلام میان سببیت مستقیم و غیر مستقیم فرق قایل شده است.

مجلة الاحکام

مادۀ ۹۲
مباشر (فاعل یک کار) ضامن است گرچه قصد آن را نداشته باشد.

مادۀ ۹۳
متسبب جز در حالت قصد تاواندار نمی شود.

مادۀ ۸۸۷
اتلاف مستقیم شامل تلف شی توسط یک شخص است. شخصیکه مال را تلف می کند بنام مباشر یاد میگردد.

مادۀ ۸۸۸
تسبیب (اتلاف غیر مستقیم) شامل سبب تلف یک شی است. به عبارت دیگر، انجام دادن عملی است که در جریان عادی حوادث سبب تلف مال شود. شخصیکه اینکار را انجام میدهد متسبب نامیده میشود.

مواد ۹۲ و ۸۸۷ سببیت مستقیم را تشریح می کند. در عربی اصطلاح مباشرت را برای سببیت مستقیم بکار می برند، شخصی که بصورت مستقیم ضرر وارد می سازد مباشرنامیده میشود.[۳۱۵] ضرر زمانی مستقیم وارد می شود که ضرر در اثر تماس فزیکی میان مباشر و متضرر یا اموال متضرر صورت بگیرد. در آن حالات مباشر صرف نظر از قصد ضرر مسئول شناخته می شود. شخصیکه بلغزد و بالای اموال شخص دیگر بیفتد و آنرا تلف کند، مسئول ضرر است زیرا این نوع ضرر، ضرر مستقیم است.[۳۱۶]

مواد ۹۳ و ۸۸۸ ضرر غیر مستقیم را تشریح می کند. در عربی اصطلاح سبب غیر مستقیم را تسبیب گویند و شخصیکه بصورت غیر مستقیم سبب ضرر گردد را متسبب می نامند.[۳۱۷] طبق مادۀ ۸۸۸ ضرر غیر مستقیم زمانی وارد میشود که متسبب شرایطی را ایجاد کند که "در سلسلۀ عادی وقایع"به ضرر متضرر بانجامد. برای اینکه مسئولیت از تسبیب ایجاد گردد، عدول یا آنچه که در عربی تعدی نامیده می شود باید صورت گرفته باشد. تعدی زمانی وجود دارد که مدعی علیه قصد ضرر را داشته باشد (مادۀ ۹۳). ولی تعدی زمانی هم صورت می پذیرد، که یک شخص از حدود حقوق خود تجاوز کرده و حقوق دیگران را نقض کند.[۳۱۸] شخصیکه طناب متصل به یک چراغ را قطع کند و سبب سقوط چراغ گردد، ضرر مستقیم را نسبت به طناب و ضرر غیر مستقیم را نسبت به چراغ وارد ساخته است. مسئولیت شخص در قبال چراغ منوط بر اینست که شخص در قطع ریسمان موجه بوده است یا خیر.[۳۱۹]

اگر عبدو حفرۀ را حفر کند و اسپ رمضان در آنجا بیفتد، ضرر به رمضان غیر مستقیم است. ولی اگر عبدو این حفره را در زمین خود حفر کند در آنصورت وی مرتکب تجاوز در حق قانونی رمضان نشده، فلهذا مسئول نیست. ولی اگر عبدو

[315] Abdul Basir bin Mohamed; *Strict Liability in the Islamic Law of Tort*, 39 Islamic Studies 445, 455-56 (2000).
[316] Mejelle Article 913.
[317] bin Mohamad, *Strict Liability*, 455-56.
[318] *Id*. at 457.
[۳۱۹] مادۀ ۸۸۸(۱) مجلة الاحکام. مثال های دیگر سببیت غیر مستقیم عبارت است از اینکه شخصی در زمانیکه باد می وزد آتشی در ملک خود بیفروزد و این سبب آتش گرفتن مزرعۀ شخص مجاور شود (منبع: bin Mohamad, Strict Liability, 458) و هم اینکه شخصی درب اصطبل همسایه را باز کرده و در نتیجه حیوانات از آن بیرون فرار کند (مادۀ ۹۲۲ مجلة الاحکام).

حفره را در راه عام حفر کند، در آنصورت او در حدود حقوق قانونی خود منحیث مالک مال عمل نکرده، و در حقوق رمضان نسبت به داشتن مصئونیت در جاده تجاوز کرده است. عبدو مسئول است.[۳۲۰]

آیا امکان دارد زمانیکه مادۀ ۷۸۹ قانون مدنی به ضرری اشاره میکند که "بصورت مستقیم" از فعل مدعی علیه ناشی شده باشد، مدلول آن در واقع مباشرت باشد؟ این تفسیر روش بسیار محدود را نسبت به سببیت بنیان می نهد. تنها ارتباط فزیکی میان مدعی علیه و متضرر یا اموال متعلق به او سبب ایجاد مسئولیت شده می تواند. این روش اشخاصی را که تقصیر آنها از طرف ضرر متضرر مرفوع شده باشد را مسئول نمی داند. اگر این درست باشد، روش قانون مدنی در مورد سببیت از روش مجلة الاحکام و سایر منابع اسلامی متفاوت است. دلیل این امر اینست که مادۀ ۷۸۹ قانون مدنی امکان جبران خساره را برای ضرر مستقیم (مباشرت) ممکن می داند نه ضرر غیر مستقیم (تسبیب) را. ولی قواعد متأخر حقوق اسلام، جبران خساره در ضرر غیر مستقیم را در صورتیکه مدعی علیه در حقوق دیگری تجاوز کرده باشد را ممکن می داند. این تفسیر از مادۀ ۷۸۹ قانون مدنی همچنان از روش که در قوانین مدنی مصر و فرانسه در مورد سببیت است فرق می کند. همانطوریکه ذکر شد، این قوانین میان ضرر مستقیم و غیر مستقیم تفاوتی نمی گذارد.

مواد دیگر در قانون مدنی نشان می دهد، که مقنن در صدد وضع چنان قواعد محدود کننده در مورد سببیت نبوده است. مادۀ ۷۷۹ در قانون مدنی در بخش افعال مضر قرار دارد. سه مادۀ دیگر در همین بخش یعنی مواد ۷۵۸، ۷۵۹، و ۷۷۵ شرایطی را توضیح میدهد، که در آن مسئولیت از اثر ضرر به مدعی علیه ایجاد میگردد. این مواد از سببیت بدون ذکر سببیت مستقیم نام می برد.

همچنان مادۀ ۷٦۰ قانون مدنی را نیز قسماً بیان می دارد که "ایجاد سبب اتلاف [مال غیر] موجب ضمان میگردد." مثل مادۀ ۸۸۸ مجلة الاحکام چنین به نظر می رسد که این ماده اجازه میدهد مسئولیت از ضرر غیر مستقیم به اموال شخص ایجاد گردد.

تفسیر نمودن ماده ۷۷۹ در جهت محدود ساختن مسئولیت به مباشرت نتایج غیر عادلانه و غیر موثری را ایجاد خواهد کرد. بسیاری از ضرر ها بدون تماس فزیکی میان جانب مقصر و مال یا جان جانب متضرر به وقوع می پیوندد. این روش بسیاری متضررین را بدون جبران خسارت رها کرده و بسیار اشکال از رفتار های غیر قانونی و غیر موثر به لحاظ اقتصادی بدون ممانعت می ماند.

روش بدیل به گونه ای است که ارجاع مادۀ ۷۷۹ به سببیت مستقیم را محدود به سببیت عملی ساخت که منتج به ایجاد مسئولیت قانونی میگردد. این راهبرد به قضات صلاحیت خواهد داد تا تصمیم بگیرند، زمانیکه رابطه میان سبب و ضرر بسیار بعید باشد، مدعی علیه ملزم به جبران خساره خواهد بود. این روش با متن قانون مدنی، دکترین حقوق اسلام، و اقدامات عملی در سایر کشور های دارای حقوق رومن ژرمن همخوانی خواهد داشت. اما سوال باقی می ماند: ضرر "مستقیم" دقیقاً به چه معناست؟ چگونه باید که محاکم مادۀ ۷۷۹ را در مورد یک قضیۀ مشخص تطبیق کند؟

سوالات برای مباحثه

۱. محاکم افغانستان شرط وجود سببیت مستقیم که در مادۀ ۷۷۹ ذکر شده را باید چگونه تعریف کند؟

۲. هنگام تفسیر مادۀ ۷۷۹ قانون مدنی، آیا الزاماً محاکم به دیگر مواد قانون مدنی، حقوق اسلام، و یا قوانین مدنی سایر کشور ها توجه داشته باشد؟

[320] Mejelle Article 924.

۲,۲,۲. نظریه های سببیت قانونی

در نظام های حقوقی رومن ژرمن، **سببیت قانونی** که بنام **سببیت قریب** (**proximate cause**) نیز یاد میشود دومین مرحله در تشخیص سببیت است. در حالیکه معیار سببیت عملی رابطهٔ سببیت میان عمل و ضرر را بررسی می کند، سببیت قانونی می پرسد، که ایا رابطهٔ سببیت به اندازهٔ کافی قوی است که ارجاع مسئولیت را توجیه کند. مفهوم زنجیرهٔ اسباب یا وقایع به هم پیوسته که بصورت نا منتها در امتداد زمان ادامه دارند را به یاد بیاورید. نظریهٔ سببیت قانونی مشخص می سازد، که یک واقعه تا چه حد در زنجیرهٔ اسباب به فاصلهٔ دور تر است، یا اینکه از ضرر این واقعه چه اندازه بعید است تا اعمال مسئولیت را توجیه کند. برای مراجعه به مثال قبلی، ما به سببیت قانونی نیاز داریم تا توضیح دهیم، که چرا قدریه در قبال شیشهٔ موجود در نان (اگر چنین بوده باشد) مسئول است، اما داکتر اولی در قبال اینکه اموال ایوب به سرقت رفته مسئول نیست.

در مورد اینکه قضات بتوانند بصورت دقیق تصمیم بگیرند که چه چیزی سبب قانونی است و چه چیزی نیست، دستورالعمل یا قاعدهٔ مشخص وجود ندارد. در عوض قضات باید بالای نظم عمومی، اخلاق، و درک عمومی اتکأ نمایند. وکلای مدافع در صورتیکه قضات را در موارد زیر قناعت بدهند، بسیار ممکن است که دعوی سببیت را ببرند: (۱) اینکه نتیجهٔ را که وکیل از محکمه می خواهد برای هر دو طرف منصفانه است، (۲) اینکه نتیجهٔ متوقعه به تمام اجتماع مفید است، (۳)اینکه تصمیم در مورد قضایای مشابه در آینده براساس اصول مشابه که در حل این قضیه بکار رفته اتخاذ خواهد شد.[۳۲۱]

ابهام در مورد سببیت قانونی شما را منحیث یک دانشجو خسته خواهد کرد، ولی این موضوع همچنان به قضات زمینهٔ انعطاف پذیری را فراهم میسازد تا منصفانه ترین تصمیم را انتخاب کنند. همانطوریکه یک قاضی امریکایی این موضوع را بیان می کند: "آنچه منظور ما ...از اصطلاح (سبب) قریب است، آنست که بخاطر تسهیلات، مصلحت اندیشی عامه، درک سختگیرانه از عدالت، قانون عمداً از تعقیب بعضی از وقایع فراتر از حد مشخص را رها می کند. این منطق نیست. این سیاست عملی است."[۳۲۲]

هرچند محاکم بالای قواعد سختگیرانه برای تصمیم گیری در مورد سببیت قانونی اتکا نمی کند، ولی از نظریه های مختلف برای سازماندهی بهتر افکار خود در زمینه استفاده می کنند. بخاطریکه موضوع سببیت قانونی اکثراً با پالیسی و قواعد اخلاقی مرتبط است، قضات آن نظریهٔ از سببیت را انتخاب می کنند که به نظر آنها درست آید. این بدان معنی است که عین محکمه ممکن بالای نظریه های مختلف در قضایای مختلف اتکا کند.[۳۲۳] ما سه نظریه را در اینجا بحث می کنیم: معادلت، کفایت، و امکان پیش بینی بصورت مناسب آن. ما اساساً بالای قضایای از کشور های اروپایی و امریکای شمالی جهت تشریح این نظریه ها اتکا می کنیم، ولی آنطوریکه داشمند مصری *شفیق* شحاطة گزارش میدهد، بسیاری کشور های عربی بشمول مصر از این نظریه ها در تصمیم گیری های خود استفاده می کند.[۳۲٤] هرچند که قانون مدنی به این نظریه ها اشارهٔ نمی کند، قوانین مدنی کشور های که این نظریه ها را استفاده می کند نیز اشارهٔ به این نظریه ها ندارد. برای هر یک از این نظریه ها ما امکان تناقض با شرایط قانون مدنی در قسمت سببیت را به بررسی می گیریم.

۲,۲,۲,۱. معادلت

[321] Loubser and Midgley, *Law of Delict*, 86-88.
[322] *Palsgraf v. Long Island Rail Road Company*, 248 NY 339 (1928) (Justice Andrews dissenting), *available at* http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/palsgraf_lirr.htm.
[323] Pierre Catala and John Antony Weir, *Delicts and Tort: A Study in Parallel (Part IV)*, 39 Tulane Law Review 701, 741 (1964-65).
[324] Chafik Chehata, *La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques des pays du Proche-Orient*, 19 Revue internationale de droit compare, 883, 903 (1967).

نظریهٔ معادلت بیان می دارد که تمام اسبات با هم از نظر قانونی برابر است. به عبارت دیگر نظریهٔ معادلت تمام اسباب عملی را اسباب قانونی میداند. نظر به هر سه نوع از نظریه های سببیت را که در اوایل فصل ذکر کردیم، نظریهٔ معادلت وسیع ترین آنها است. ازهمینرو این نظریه بسیار احتمال دارد که با شرط مادهٔ ۷۷۹ قانونی مدنی در مورد لزوم سببیت مستقیم در تناقض باشد. قضات ممکن که بالای این نظریه زمانی اتکأ کنند که ارتباط میان ضرر و تقصیر واضح و مستقیم بوده، لذا نیازی به تحلیل بیشتر نداشته باشد. ولی هیچ نظام حقوقی به تنهایی بالای نظریهٔ معادلت اتکأ کرده نمی تواند. ما قبلاً در مورد مشکلات ناشی از مفهوم بیش از حد جامع سببیت عملی به عنوان یگانه عامل در تشخیص اینکه آیا تقصیر مسئولیت را ایجاد می کند یا نه صحبت کردیم.

۲,۲,۲,۲. کفایت

نظریهٔ کفافیت سببیت تنها زمانی مدعی علیه را مسئول می داند که عمل او سبب کافی برای ایراد ضرر به مدعی باشد. یک عمل زمانی سبب کافی پنداشته میشوددر صورتیکه در شرایط عادی این سبب "خطر ضرریکه واقع می شود را تغییر یا افزایش بدهد."[۳۲۵] تغییر در خطر باید که بر اساس تجربه و نه دانش تخصصی قبل پیش بینی بوده باشد.[۳۲۶] معنی این حرف در اینست که "یک حادثه یا وضعیت زمانی سبب نتایج می شود که معمولاً مطابق طبیعت اشیا واقع شده باشد." به شباهت میان نظریهٔ کفایت و مادهٔ ۸۸۸ مجلة الاحکام توجه نماید. این مادهٔ مجلة الاحکام اتلاف غیر مستقیم مال را به عنوان "عمل که سبب تلف مال دیگری در سلسلهٔ عادی وقایع" تعریف می کند. بسیاری کشور های دارای حقوق رومن ژرمن از این نظریه استفاده می کنند.[۳۲۷] دو قضیه در جرمنی استفاده از این روش را به تصویر می کشند.

یک افسر پولیس که بعداً مدعی علیه قرار گرفت، به طرف یک مظنون فراری فیر کرد ولی مرمی تصادفآ به یک رهگذر اصابت کرد. این شخص زخمی را به شفاخانه ی انتقال دادند که بسیاری مریضان برای تداوی یک بیماری انفلونزای کشنده مورد مداوا قرار داشتند. این مرد مصاب به بیماری شد و جان باخت. پولیس استدلال کرد که مرمی او سبب مرگ شخص نشده بلکه انفلونزا شخص را از پا در آورد. محکمهٔ در جرمنی حکم کرد که مرمی افسر پولیس سبب کافی برای مرگ شخص بوده است. مرمی که به شخص اصابت کرد خطر مرگ شخص را افزایش داد زیرا (۱) به لحاظ فزیکی شخص را نحیف ساخت و (۲) و سبب شد که او در مجاورت و تماس با اشخاص مصاب به مریضی مذکور قرار گیرد.[۳۲۸]

در یک قضیهٔ دیگر، مدعی علیه به بی پروایی شخصی را با موتر زده و سبب قطع پای شخص گردید. هشت سال بعد در جریان جنگ جهانی دوم این شخص متضرر همرای خانواده ی خود در محلی قدم میزد که بمباردمان هوایی شروع شد. اعضای خانواده ی او به محل امنی فرار کردند ولی خود شخص اینکار را نتوانست و کشته شد. محکمه دریافت که تقصیر رانندهٔ مسئول سبب کافی برای مرگ شخص نبوده است. پرتاب بمب ها بصورت بی هدف در همان حدیکه اشخاص در حال فرار را می تواند بکشد، در همان حد تهدید مرگ به شخص راکد نیز است. لذا ضرر تصادم اولی خطر مرگ این شخص را افزایش نداده بود.[۳۲۹]

---

[325] Lawson and Markensinis, *Tortious Liability*, 121.
[326] Young, *Comparative Law*, 452.
[327] Lawson and Markensinis, *Tortious Liability*, 121-123.
[328] BGH NJW, 1991 (VI ZR 2/91), *available at* http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=764.
[329] BGH NJW, 1952 (III ZR 100/51), *available at* http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=773.

همانطوریکه در بالا ملاحظه نمودید، نظریهٔ سببیت کافی شباهت های با توضیح مجلة الاحکام در مورد اتلاف غیر مستقیم مال دارد. محکمهٔ درافغانستان احتمالاً تشخیص دهد که اگر رفتار مقصرانه موجب ضرر در جریان عادی وقایع گردد، در آنصورت ضرر بر اساس مفاد مادهٔ ۷۷۹ قانون مدنی مستقیم بوده است.

تمرین: تقصیریکه سبب افزایش خطر از قبل موجود می گردد

چه میشود اگر تقصیر مدعی علیه خطری را که در نهایت منتج به ضرر مدعی گردد ایجاد نکرده ولی در عوض خطر از قبل موجود را افزایش دهد؟

داکتری فراموش می کند که آزمایش دوره یی یک بیمار را به موقع انجام دهد، و تداوی و صحت یابی بیمار را به تعویق می اندازد. اگر تداوی به موقع انجام می یافت، بیمار ۵۰ در صد چانس زنده ماندن را داشت. حالا او ۳۰ در صد چانس زنده ماندن را دارد. بیمار هنوز هم زنده خواهد ماند. ولی حتی اگر داکتر در مورد تقصیر هم نمی کرد، بیمار هنوز هم باخطر مرگ مواجه بود.

۱. آیا تقصیر داکتر سبب ضرر به بیمار شده است؟ چرا بلی یا چرا نخیر؟

۲. اگر پاسخ مثبت باشد، محکمه چگونه باید که خسارت را محاسبه کند؟ آیا محکمه باید قبل از دانستن اینکه بیمار از اثر بیماری خواهد مرد یا نه، به جبران خساره را حکم کند؟

پاسخ های پیشنهادی به تمرین تقصیریکه سبب افزایش خطر از قبل موجود می گردد

۱. بیمار ممکن که استدلال کند که داکتر در اثر افزایش خطر مرگ او سبب ضرر به او شده است. داکتر ممکن استدلال کند که صرف افزایش احتمال خطر وقوع یک ضرر به معنی ضرر نیست. مطابق استدلال داکتر، ضرر مربوط در این مورد مرگ بیمار است. اگر بیمار بمیرد، در اینحال بیماری سبب مرگ او شده نه داکتر. اگر شما با استدلال بیمار موافق باشید که افزایش خطر مرگ نوعی از ضرر است که توسط قانون به رسمیت شناخته شده، در آنصورت سوالی باقی نمی ماند که تقصیر داکتر سبب مستقیم این ضرر بوده است.

۲. بیمار ممکن استدلال کند که باید از کل مبلغ در صورتیکه تقصیر داکتر یگانه عامل مرگ او می بود حد اقل به او ۲۰ در صد جبران خساره به او پرداخت گردد. دلیل این امر در آنست که داکتر چانس زنده ماندن او را به اندازهٔ ۲۰ در صد کاهش داده است. داکتر ممکن که استدلال کند حد اکثر بیمار زمانی جبران خسارت دریافت کند که عملاً بمیرد. در غیر آن بیمار از تقصیر داکتر کدام ضرر واقعی را متحمل نشده است.

۲,۲,۲,۳. قابلیت پیش بینی معقولانه

قابلیت پیش بینی معقولانه زمانی عمل مدعی علیه را منحیث سبب ضرر به مدعی میداند که مدعی علیه می توانست پیش بینی یا تخمین بزند که عمل او سبب ضرر خواهد شد.[۳۳۰] محاکم در نظام های کامن لا در ایالات متحده و انگلستان اکثراً این روش را استفاده می کند. در عمل این نظریه شبیه نظریه سببیب کافی است. زیاد احتمال می رود که اگر نظریهٔ پیش بینی معقولانه در قضیهٔ بالا در مورد مصاب شدن متضرر به انفلونزا و مرگ متضرر دیگر در بمباردمان بکار برود، عین نتیجه را بدست بیاورد که نظریهٔ سببیت کافی بدست داد.

[330] Lawson and Markensinis, *Tortious Liability*, 120-121.

نظریهٔ سببیت کافی و پیش بینی معقولانه هر دو بالای هنجار ها و ارزش های اجتماعی اتکأ داشته و تلاش دارد که نظم عمومی را تقویت کند. این نظریه های اصلی را رعایت می کند که یک شخص تنها مسئول ضرری شناخته شود که ضرر قابل اجتناب می بود. مردم نمی توانند که برای ضرر های که قابل پیش بینی نیست اقدام پیشگیرانه اتخاذ کنند. مسئول دانستن اشخاص به ضرر های غیر قابل پیش بینی شاید غیر منصفانه بوده و آنها را از شرکت در فعالیت های که ارزش های اقتصادی را مهیا می سازد باز خواهد داشت. در مورد نظریهٔ که محکمه شاید تطبیق کند، سوالات آنها در مورد سببیت قانونی ممکن که انعطاف پذیر و براساس حقایق هر قضیه استوار بوده و توسط معیار های اخلاق و پالیسی هدایت خواهد شد.[۳۳۱]

۲,۲,۳. موضوعات مغلق در بحث سببیت قانونی

هرچند که این موارد بسیار نادر است ولی بعضی قضایا سوالات بسیار مغلق را در مورد سببیت مطرح می سازد. این بخش سوالات در مورد نوع، شک، و حدود ضرر و همچنان موضوع سبب خارجی را شامل می گردد.

۲,۲,۳,۱. قابلیت پیش بینی نوع، روش و حدود ضرر

ماده ی ۸۸۸ مجلة الاحکام سببیت غیر مستقیم که سبب مسئولیت می شود را تعریف کرده و آنرا حادثه ی که سبب ضرر چیزی "در جریان عادی حوادث" می شود، دانسته است. همینطور مادهٔ ۷٦۰ قانون مدنی امکان مسئولیت را زمانی متصور می داند که شخص شرایط که سبب ضرر به دیگری شود را مهیا سازد. با تصور اینکه این قواعد روش محاکم در مورد سببیت قانونی را نشان می دهد، در حالاتیکه رفتار های شخص نتایج غیر قابل پیش بینی را داشته باشد، قضات چگونه این قواعد را در عمل پیاده خواهند ساخت؟

یک حالت که نتیجهٔ غیر متوقعه در رابطه به سببیت قانونی ممکن اتفاق بیفتد زمانی است که ما توقع یک نوع ضرر از رفتار مقصرانه ی شخص داریم، ولی در عوض شکل دیگری از ضرر رخ میدهد. قضیه ای در سال ۱۹۲۱ در انگلستان (*In re Polemis*) حکمی را بنیان نهاد که مسئولیت از هر نوع ضرریکه بصورت مستقیم از تقصیر منشأ بگیرد ایجاد شده می تواند.[۳۳۲] این قضیه در مورد دریانوردی بود که یک تخته ی چوبی را در محل نگهداری محموله ها پرتاب کرد. این تخته کسی را زخمی نساخت، ولی باعث تولید جرقه شد که روغنیات موجود در آن محل را مشتعل ساخت. انفجار متعاقب آن کشتی را سرنگون کرد. هرچند که هیچ کسی پیش بینی کرده نمی توانست که پرتاب تخته می توانست سبب همچو ضرری شود، با آن هم کارفرمای کارگر مسئول ضرر شناخته شد زیرا که انفجار نتیجه ی مستقیم پرتاب تخته ی یاد شده بود.

محاکم در تطبیق نظریه ی سببیت کافی و قابلیت پیش بینی معقولانه اکثراً روش را که در قضیه ای *In re Polemis* بنیان نهاده شده بود ترک کرده اند.[۳۳۳] در قضیه ی دیگری در انگلستان که بنام *Wagon Mound* مشهور است، خدمه یک کشتی در لنگرگاهٔ لنگر انداخته که ریزش تیل از کشتی باعث آلودگی آب های مجاور گردید. هیچ کسی فکر نمی کرد که این تیل خطر آتش سوزی را ایجاد کرده، ولی به اثر یک جرقهٔ غیر قابل پیش بینی این آتش سوزی اتفاق افتاد و ضررهنگفت را

---

[۳۳۱] آنطوریکه محکمه در این قضیه بیان کرده است، "سوال اینکه چه وقت و براساس کدام معیار رابطهٔ سببیت باعث ایجاد مسئولیت شده هیچگاهی با قواعد مشخص جواب داده نمی شود بلکه تصمیم در مورد قضایای شک بر انگیز دراین رابطه تنها توسط قاضی طبق صلاحیت و لزوم دید وی صورت گرفته می تواند، و تنها در صورتی اینکار می شود که دکترین سببیت کافی را منحیث روشی برای محدود ساختن مسئولیت به یاد داشت...در آنصورت خطر برنامه ریزی این فارمول رفع شده و نتیجهٔ درست بدست خواهد آمد."

BGH NJW, 1952 (III ZR 100/51), available at
http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=773

[332] *In Re Polemis and Furness, Wiley & Company*, 3 K.B. 560 (1921).

[333] Lawson and Markensinis, *Tortious Liability*, 119-120.

سبب شد. محکمه دریافت که ضرر آتش سوزی هرچند اثر مستقیم تقصیر مسئولین کشتی بوده، ولی قابل پیش بینی نبود و لذا مالک کشتی مسئول نبود.[۳۳٤]

چه میشود اگر ضرر قابل پیش بینی بصورت غیر قابل پیش بینی اتفاق بیفتد؟ در یک قضیهٔ در امریکا (قضیهٔ *Novelty Company v. Daniels*) کارفرما در یک اتاق که توسط آتش گرم میشد به کارگر هدایت داد که از تیل برای شستن ماشین لباس شویی استفاده کند. ما پیش بینی کرده می توانیم که در اینحال امکان انفجار وجود دارد. و این انفجار اتفاق افتاد اما زمانیکه یک موش که در تیل افتیده بود بسوی آتش فرار کرد، آتش گرفت و دوباره بسوی ماشین دوید. محکمه حکم کرد که ضرر به اندازهٔ کافی قابل پیش بینی بود با وجودیکه نحوهٔ وقوع آتش سوزی به گونهٔ که اتفاق افتاد غیر قابل پیش بینی بود.[۳۳۵]

حالت دیگر وضعیتی است که متضرر از ضرر قابل پیش بینی آسیب می بیند ولی حدود این ضرر به مراتب بیشتر از آنچه که پیش بینی شده بود است، زیرا که متضرر مخصوصا در مقابل این نوع ضرر آسیب پذیر بوده است. این نوع متضررین را گاهی بنام "متضرر پوست تخم مرغی" یا (eggshell plaintiffs) می نامند بخاطریکه آنها به لحاظ جسمی و روحی مثل پوست تخم مرغ شکننده می باشند. قاعدهٔ پذیرفته شده در حقوق کشور های اروپایی و امریکای شمالی اینست که مدعی مسئول تمام ضرر به چنین اشخاص بوده هرچند که عمق ضرر قابل پیش بینی نبوده است. بطور مثال محمد رانندهٔ بس است که در جریان رانندگی به خواب می رود و سبب حادثهٔ ترافیکی می گردد. اکثر سرنشینان بس جراحات سطحی دارند ولی عبدل که از مشکل قلبی خاص رنج می برد دچار حملهٔ قلبی شده و می میرد. بر اساس دکترین "متضرر پوست تخم مرغی" محمد مسئول جبران خسارت به خانوادهٔ عبدل بخاطر مرگ او است.[۳۳٦]

سوالات برای مباحثه

۱. آیا فکر می کنید که تصمیم در قضایای *Polemis*، قضیهٔ *Wagon Mound* و هم *United Novelty Company* مطابق مادهٔ ۸۸۸ مجلة الاحکام یا مادهٔ ۷٦۰ قانون مدنی است؟ آیا تصمیم در مورد این قضایا با مادهٔ ۷۷۹ قانون مدنی مطابقت دارد؟

۲. آیا محاکم باید از اشخاصیکه نسبت به دیگران در مقابل ضرر آسیب پذیر اند توقع بیشتر در قسمت احتیاط برای جلوگیری از ضرر را نسبت به اشخاص غیر آسیب پذیر داشته باشد؟

۳. آیا فکر می کنید که این اشخاص آسیب پذیر در کشور های که قاعدهٔ متضررین تخم مرغی را تطبیق می کند نسبت به عین اشخاص در کشور های که این قاعده را تطبیق نمی کند طور دیگری رفتار می کنند؟ در مورد اشخاص یا شرکت های که با همچو اشخاص آسیب پذیر در تماس اند وضع به چه گونه خواهد بود؟

۲,۲,۳,۲. اسباب خارجی

در جریان زنجیره ی از اسباب که به ضرر مدعی می انجامد، عمل مدعی علیه صرف یک واقعه را تشکیل میدهد. مدعی باید ثابت کند که نقش مدعی علیه در ضرر او بسیار بعید نبوده تا باشد که رفتار مدعی علیه سببیت قانونی ضرر شمرده

[334] *Overseas Tankship (UK) Ltd v Morts Dock and Engineering Company Limited* ("Wagon Mound (No. 1)") (1961) UKPC 1, *available at* http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1961/1.html.
[335] *United Novelty Company v. Daniels*, 42 So.2d 395 (Miss. 1949), *available at* http://www2.newpaltz.edu/~zuckerpr/cases/united.htm.
[336] Lawson and Markensinis, *Tortious Liability*, 112-15.

شود. مدعی علیه ممکن ادعا کند که وقایع دیگری در ایجاد ضرر به مدعی نقش بارزتری داشته است. در این استدلال مدعی علیه شاید بالای مواد ۷۸۲ و ۷۸۳ قانون مدنی اتکأ کند.

قانون مدنی

ماده۷۸۲
هرگاه متضرر نسبت خطای خود در ایجاد ویا تزئید ضررعایده اشتراک داشته باشد، محکمه میتواند مقدار جبران خساره را تقلیل داده یا اصلاً به آن حکم ننماید.

ماده ۷۸۳
هرگاه شخصی ثابت نماید که ضررعایده ناشی از سبب خارجی بدون مداخله وی یا ازحادثه غیرمترقبه یا ناشی از اسباب مجبره بوده و یا به سبب خطای شخص متضرر یا از غیرنشأت کرده است، بضمان مکلف نمی گردد. مگراینکه قانون یا موافقه طرفین بخلاف آن حکم نماید.

در حالاتیکه متضرر اقدام لازم برای تنقیص ضرر از اثر تقصیر دیگری را انجام نداده باشد، مادۀ ۷۸۲ اجازه میدهد که قضات میزان جبران خسارت را تغیر بدهد. این مادۀ قانون مکلفیت را ایجاد می کند تا جبران خسارت کاهش یافته یا محدود گردد. بطور مثال یک کارمند در صورتیکه به اثر تقصیر کارفرما معیوب گردد، وی مستحق معاش از دست داده، یا مبلغی که در صورت صحتمند بودن کسب می کرد میگردد. ولی اگر کارمند مذکور قادر بکار باشد، وی مکلف است که مبلغ جبران خساره را کاهش دهد. اگر او از کار کردن در صورتیکه قادر به آن باشد ابا ورزد، مادۀ ۷۸۲ به قاضی اجازه میدهد که جبران خساره را کاهش بدهد.

مادۀ ۷۸۳ چهار **اسباب خارجی** یا وقایع را که بعد از تقصیر مدعی علیه رخ داده و سلسله مراتب وقایع را به گونۀ جدی تغییر داده که مدعی علیه دیگر مسبب ضرر شناخته شده نمی تواند، را شناسایی می کند. این چهار اسباب خارجی عبارتند از قوۀ قاهره، اکراه، تقصیر مدعی، و تقصیر شخص ثالث. بر عکس مادۀ ۷۸۲، مادۀ ۷۸۳ حکم می کند که اسباب خارجی به عوض کاهش مسئولیت کاملاً مسئولیت مدعی علیه را از بین می برد. اسباب خارجی به نام های اسباب مداخله کننده (**intervening causes**) و یا اسباب جانشین (**superseding causes**) هم یاد می شود. این نوع اسباب "سلسلۀ سببی " میان تقصیر مدعی علیه و ضرر مدعی را قطع کرده و مسئولیت مدعی علیه را کاملاً از بین می برد.

در زیر ما سه نوع وقایع در مورد تقصیر مدعی علیه و اینکه این تقصیر سبب قانونی است یا خیر را تشریح می کنیم. آنها عبارتند از قوۀ قاهره، تقصیر شخص مدعی یا متضرر، و عمل شخص ثالث. همزمان با اینکه شما هر نوع از این اسباب خارجی را مطالعه می کنید، باندیشیدکه چگونه دکترین سببیت مستقیم در قانون مدنی روش محاکم در تبیین سبب خارجی را متاثر می سازد. **قوۀ قاهره** حادثۀ غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب است که در ایجاد ضرر به مدعی کمک میکند. قوۀ قاهره بنام فورس ماژور (**force majeure**) هم نامیده می شود. حوادث طبیعی مثل زمین لرزه و سیلاب نمونه های اصلی قوۀ قاهره است. یک حادثه ضرور نیست که کاملاً غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب باشد. اگر چنین باشد، هیچ حادثۀ شاید که قوۀ قاهره دانسته نشود. در عوض این حادثه باید غیر عادی بوده و بصورت مناسب قابل پیشگیری و پیش بینی نباشد.[۳۳۷] مفهوم قوۀ قاهره عین نقش را درحقوق قرارداد ها بازی میکند و لذا خوب است که شما فصل دهم بخش قرار داد ها را نیز مرور کنید.

[337] Pierre Catalla and John Anthony Weir, *Delict and Torts: A Study in Parallel*, 39 Tulane Law Review 701 (1964-1965), 776-778.

نورزی برای ساخت یک انبار جان را استخدام می کند ولی جان بدون اجازۀ نورزی مواد بی کیفیت و غیر معیاری ساختمانی را بکار می برد. وقتیکه برف های زمستان شروع به باریدن می کند، سقف این انبار پائین می افتد. جان نمی تواند که برف زمستان را به عنوان قوۀ قاهره ادعا کند زیرا که این برف قابل پیش بینی بود. حالا تصور کنید که به عوض برفباری و زمستان عادی، برف در آنسال آنقدر شدید و زیاد بود که هیچ کسی در تمام همان محل چنین زمستان شدید را به یاد ندارد. سقف منزل نورزی ویران شده ولی ساختمان های دیگری نیز در محل صدمه دیده است. در اینحالت جان دلیل قوی تر خواهد داشت، که ضرر به نورزی به قوۀ قاهره منسوب شده می تواند. آیا فکر می کنید که این استدلال قناعت بخش است؟ آیا جان بصورت مستقیم سبب ضرر به نورزی شده است؟

به همین گونه مادۀ ۷۸۳ تقصیر مدعی را نیز یک نوع سبب خارجی میداند. تقصیر متضرر ممکن که در وقوع ضرر کمک کرده باشد. یک دانشمند حقوق مثالی از متون قدیمی حقوق اسلام ذکر میکند، به گونۀ که اگر شخصی آب را در راه عام بریزد وی مسئول ضرر شخصیکه می لغزد در صورتی نیست که شخص متضرر هیچ تلاشی برای جلو گیری از لغزیدن نکند.[۳۳۸]

به این مثال توجه نمایید. مصطفی در جریان عبور از جادۀ مزدحم در تیلفون صحبت می کند. یکبار متوجه می شود که موتری با سرعت به طرف او روان است. او وقت کافی برای کنار رفتن از مسیر موتر را دارد ولی هراسان شده و در عوض در جای خود میخکوب میگردد. موتر با او تصادم می کند. آیا خطای مصطفی باید مسئولیت راننده را بر اساس مادۀ ۷۸۳ کاهش داده یا از بین ببرد؟ مصطفی شاید استدلال کند که رانندگان بی پروا باید متوجه باشند که افراد در صورتیکه هراسان شوند ممکن که کار های غیر معقول را انجام دهند. او ممکن استدلال کند که سبب در جا ایستاده شدن او راننده بوده است. راننده ممکن که مخالفت کرده و بگوید که اگر مصطفی به عوض صحبت در گوشی تیلفون توجه بیشتر در زمان عبور از جاده میداشت، او موتر را از قبل میدید.

بعد از اینکه مصطفی تصادم کرد احساس درد شدید در ناحیه سر داشت، ولی به عوض رفتن به داکتر به یک ملاقات کاری رفت. بعد از ملاقات او بیهوش شد و سپس جان باخت. زمانیکه خانوادۀ مصطفی علیه راننده اقامۀ دعوی می کند، راننده استدلال می کند که خطای مصطفی در قسمت جستجوی مداوای فوری غیر مناسب بوده و این خود سبب خارجی مرگ او بوده است. پذیرش استدلال خانوادۀ مصطفی بسیار بستگی به این دارد، که آیا محکمه فکر میکند که مصطفی دلیل قوی برای نیاز به مداوا داشته و هم اینکه آیا تداوی فوری جان او را نجات داده می توانست. به عوض اینکه عمل مصطفی مبنی بر عدم مداوا را سبب خارجی بداند، محکمه ممکن که این عمل را اهمال در کاهش ضرر آنطوریکه در مادۀ ۷۸۲ ذکر شده بشناسد. در این قضیه راننده هنوز هم مسئول ضرر های است که مصطفی حتی در صورت مداوای فوری متقبل می شد.

رفتار شخص ثالث نیز می تواند که مسئولیت مدعی علیه در قبال ضرر به مدعی را از بین ببرد. نسبت به تقصیر یا عمل قانونی شخص ثالث، اعمال قصدی توسط شخص ثالث بسیار ممکن است که زنجیرۀ اسباب را قطع کند. بسیار احتمال دارد که محاکم عمل شخص ثالثی را به عنوان سبب خارجی بپذیرد در صورتیکه مدعی علیه ضرر عمل شخص سومی را پیش بینی کرده نمی توانست.[۳۳۹]

مثال قبلی که از مجلة الاحکام اقتباس شده بود را در نظر بگیرید، که در آن عبدو حفرۀ را در راه عام حفر کرده و اسپ متعلق رمضان در آن افتید. به احتمال زیاد تقصیر عبدو سبب ایجاد مسئولیت نمی گردد اگر شخص ثالث قصداً اسپ رمضان را بطرف حفره برده و آنرا در درون حفره انداخته باشد. این شخص سوم سبب خارجی محسوب می شود.

[338] Chehata, *La théorie de la responsabilité civile*, 892.
[339] Catalla and Weir, *Delict and Torts*, 737-738.

تصور کنید که افسر پولیس موتری را مشاهده می کند که با بی پروایی رانده می شود. او موتر را در سمت یک جادۀ مزدحم که مردم در حال قدم زدن است وادار به توقف می کند و بطرف پنجرۀ راننده که مینه نام دارد بخاطر پرسیدن چند سوال می رود. در اینحالت یک موتر دیگر بطرف محلیکه مینه توقف کرده حرکت کرده با موتر مینه تصادم کرده و سبب مجروحیت او میشود. مینه علیه افسر پولیس شکایت می کند و ادعا دارد، که پولیس نباید او را در محلیکه مصئون نبوده توقف می داد. پولیس پاسخ می دهد، که او رانندگی بی باکانۀ رانندۀ دومی را نه پیش بینی و نه هم جلوگیری می توانست. برای اینکه در مورد این قضیه تصمیم بگیرید شما به کدام حقایق و معلومات دیگر نیاز دارید؟ موقعیت دقیق موتر مینه و وضعیت ترافیک شاید عوامل مهم برای بررسی بیشتر باشد. آیا تفاوتی می کند اگر رانندۀ که مینه را مجروح ساخته عمداً موترش را تصادم داده باشد؟

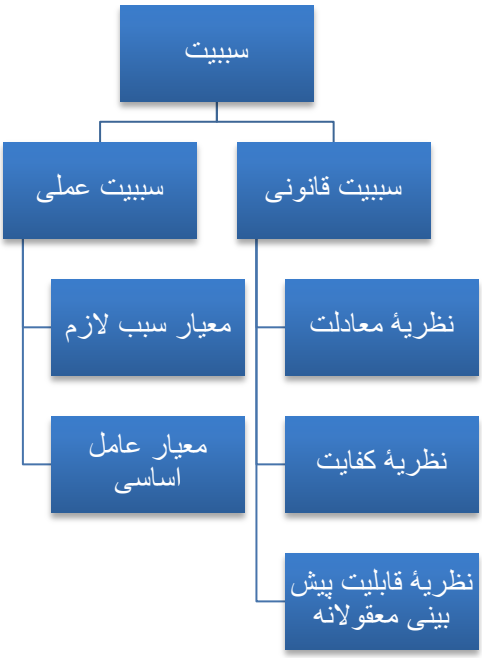
سوالات برای مباحثه

آیا مادۀ ۷۸۳ ایجاب می کند در صورتیکه قاضی تشخیص دهد که حادثۀ طبیعی، یا تقصیر شخص ثالث یا خطای مدعی سبب موثر ولی نه یگانه سبب ضرر به مدعی باشد، وی باید مسئولیت مدعی علیه را نفی کند؟ آیا قاضی می تواند تصمیمی بگیرد که در عوض مدعی علیه را مسئول دانسته ولی مسئولیت جبران خساره او را کاهش دهد؟ کدام از این دو قاعدۀ بهتر خواهد بود؟

جمع بندی

قانون مدنی ایجاب می کند که مدعی علیه زمانی مسئول جبران خساره می باشد که عمل مضر وی بصورت مستقیم سبب ضرر به مدعی شده باشد. چندین شخص ممکن که مسئولیت جبران خسارۀ ضرر را که آنها سبب گردیده بین هم شریک سازند. اسبابی خارج از کنترول مدعی علیه مثل قوۀ قاهره، خطای مدعی، عمل شخص ثالث ممکن که مسئولیت مدعی علیه را کاهش یا کاملاً نفی کند.

در بسیاری قضایا، تطبیق شرط سببیت بر طبق ایجاب قانون مدنی کار ساده ی است. رفتار تقصیر آمیز شخص سبب لازمی ضرر به دیگری بوده و رابطه میان رفتار مدعی علیه و ضرر به مدعی نسبتآ مستقیم است. این فصل به تفصیل حالات مختلفی پرداخت که در آن حالات تطبیق احکام قانون مدنی در مورد سببیت چالش های را ایجاد می کند. نظریه های سببیت عملی و سببیت قانونی فارمول های دست و پاگیر را برای حل مسایل سببیت طرح نمی کند. در عوض این نظریه ها چهارچوب های نظری را برای قضات و حقوقدانان فراهم می سازد که آنها با استفاده از آن در مورد فکر و در این مسایل (و استدلال) می کنند. در بسیاری قضایای بغرنج تصمیم در مورد نتیجۀ قضیه بستگی به باور قاضی در مورد بهترین راه تحقق عدالت و نظم عمومی دارد.


سببیت
سببیت عملی
سببیت قانونی
معیار سبب لازم
معیار عامل اساسی
نظریهٔ معادلت
نظریهٔ کفایت
نظریهٔ قابلیت پیش بینی معقولانه

اصطلاحات حقوقی

قبول: ابراز موافقت با شرایط مشخص یک ایجاب

حادثهٔ طبیعی: که بنام قوه قهریه یا فورس ماژور هم یاد میشود، عبارت از حادثهٔ غیر قابل پیشبینی و غیر قابل اجتناب است که در ایجاد ضرر بر مدعی موثر باشد.

نظریه سببیت موثر: روشی در تبیین سببیت است و مسئولیت را صرف زمانی متوجه مدعی علیه میسازد که عمل او در شرایط عادی تغیر بیابد یا خطر ضرر را که عملا اتفاق افتاده تزئید نماید.

عقد اذعان: عبارت از قرارداد معیاری است که توسط یک طرف عقد تهیه شده و توسط جانب ضعیف قرارداد که معمولا مصرف کننده میباشد باید امضا گردد، و جانب دومی امکان بسیار کمی در تغییر مفاد قرارداد دارد.

وکیل: شخصی که به نفع و نیابت شخص دیگری و به رضایت او عمل میکند.

نفقه: پرداخت های نقدی که به حکم محکمه برای حمایت مالی از مستفید شوندهٔ خاص لازم میگردد.

سببیت بدیل: نوعی از سببیت است که صرف یکی از چندین مدعی علیه مقصر، مسبب اصلی ضرر به مدعی شده ولی مدعی مشخص نتواند که چه کسی ضرر را وارد کرده است.

عقد ظاهری: نوعی قرارداد که بصورت مدون وجود داشته ولی مبیین رضایت واقعی طرفین نه بلکه به هدف فریب شخص دیگری تهیه شده باشد.

تقسیم: قسمت کردن و شریک ساختن مطابق یک طرح، مخصوصا توزیع و قسمت کردن به حصه های متناسب.

تعهد: به عهده گرفتن، ملزم شدن

اصل آزادی اراده: ظرفیت داشتن کنترول شخصی بالای رفتار، امور اخلاقی و ذهنی شخص

سؤ نیت: داشتن قصد یا انگیزهٔ غیر صادقانه در هنگام عقد یا اجرای قرارداد

بیع معاوضوی: تبادل اشیا با همدیگر

عقد دوجانبه: قراردادهایکه وجایب دو جانبه و مرتبط با هم داشته باشند مثل قرارداد بیع، شراکت، کار، و اجاره.

ضرر جسمی: متضرر ساختن فزیکی یک شخص

مکلفیت اثبات: الزامیت یک جانب مبنی بر اثبات یا رد یک موضوع مورد اختلاف

اهلیت: ظرفیت انعقاد یک قرارداد لازم الاجرأ.

ارتباط اسباب: مجموعه واقعاتی که با هم ارتباط بسیار طولانی درونی دارند.

سببیت عملی: سببیت دیده شود.

سبب عقد: علتیکه طرفین قرارداد از انعقاد آن میخواهند بدست بیاورند.

اکراه: نوعی از عیوب رضایت است که اگر در انعقاد عقد موثر بوده باشد سبب ابطال عقد میگردد.

جمع گرایی: نظریه جمع گرایی به طرفین قرارداد منحیث اشخاصی که مسئولیت خاص و مکلفیت رعایت حسن نیت را در قبال هم دارند نگاه کرده و **[**تاکید میدارد**]** که طرفین باید با توجه به منافع جانب مقابل عمل کنند.

جبران خساره: شکلی از پرداخت بصورت نقدی یا طوری دیگر.

پیشنیاز (Conditio sine qua non): اصطلاح لاتین است به معنی "شرطیکه بدون آن ممکن نیست"، به سبب مراجعه شود.

عوضین: در نظام حقوقی کامن لا عبارت از دکترینی است که حکم میکند تا هریکی از طرفین قرارداد باید ایجابی مبنی بر تبادلۀ یک شی با ارزش به دیگری نماید.

مشروط: امری که وقوع و وجود آن مشروط به تحقق شرایط دیگری باشد.

عقد: عبارت از توافق یا تعهدی که قانوناً لازم الاجرأ می باشد.

تقصیر قراردادی: قصور مدیون در ایفای وجیبۀ قراردادی خود.

وجایب قراردادی: مکلفیت قانونی است که با رضایت توسط طرفین قرارداد قبول میگردد.

داین: شخصی که مدیون از او دین دارد.

داین: جانبی که حق درخواست مبلغ پول یا شی دیگری یا خدمت و عملی را دارد.

مقصر: شخصی که بخاطر عمل نادرست قانونا ملامت دانسته شود.

عرف: رسومی است که بنا بر تطبیق وسیع و مداوم حیثیت و قدرت قانون را کسب کرده باشد.

غرامت: طلب پول و یا حکم به تادیه پول برای شخص به عنوان تلافی ضرر یا خسارت.

مدیون: جانب که مسئولیت ایفای وجیبه را دارد.

قواعد تکمیلی: اصول قانونی که حیثیت جلوگیری از خلای ناشی از سکوت در عقد را داشته و در عدم موجودیت توافق یا حکم صریح نافذ بوده ولی طرفین بر خلاف آن توافق کرده میتوانند.

مدعی علیه: جانبی که در یک دعوی حقوقی متهم به خلاف رفتاری گردیده باشد.

باز داشتن: **[**نظریه در جزاشناسی که حکم میکند**]** جزا هایکه به منظور جلوگیری از اعمال مضر وضع گردیده است.

نظریه سببیت مستقیم: شیوهٔ در سببیت حقوقی است که مدعی علیه را صرف برای اضراریکه مستقیما از اعمال وی نشأت کرده باشد مسئول میداند.

اتلاف: وقیتکه شخص تلف کنندهٔ مال، خود مرتکب عمل اتلاف گردد.

ارتباط مستقیم: عبارت از ارتباط سببی بین تقصیر مدیون بنا بر عدم ایفا و ضرر وارده.

انحلال: اعلان اینکه قرارداد فسخ پذیر منحل است.

صغیر ممیز: طفلیکه بین هفت و هژده سال عمر دارد.

اختیار: صلاحیتی که شخص بنا بر قضاوت خود باید تصمیم بگیرد.

انتقال حق ملکیت: عبارت است از تغیر در مالکیت

نا متناسب: عدم مناسبت یا نبود ارتباط مناسب در اندازه میان اشیا

اکراه: به وضعیتی اطلاق میگردد که شخص عملی را با خشونت، تهدید یا اشکال دیگر فشار بالای شخص دیگری انجام بدهد.

آثار عقد: حقوق و وجایب قانونی که در نتیجهٔ انعقاد عقد صحیح ایجاد میگردد.

نظریه توازن: یک نظریه در سببیت است که سبب ظاهری را معادل سبب قانونی میداند.

عقد معاوضه: زمانیکه دو طرف عقد توافق کنند تا مال را با مال به عوض مال با پول رد و بدل کنند.

ولی قانونی: عبارت از نمایندهٔ تعیین شده از جانب محکمه برای طفل فاقد اهلیت یا ناقص الاهلیت.

جبران نفع متوقعه: عبارت از جبران ضرر برای خساراتیکه شخص از معاملهٔ که نقض گردیده توقع داشت **[**در صورتیکه این معامله نقض نمیگردید**]**.

نفع متوقعه: عبارت از مفاد است که جانب قرارداد توقع دارد تا از بستن عقد بدست بیارد.

انقضأ: اتمام یا ختم دورهٔ صحت عقد.

علت خارجی: همچنان به نام های علیت بیرون یا علت دخالت کننده یاد میشود، عبارت از واقعهٔ که بعد از عمل مدعی علیه واقع شده و بگونهٔ نتیجهٔ واقعات را تغیر میدهد که عمل مدعی علیه دیگر علت اصلی ضرر به مدعی محسوب شده نتواند.

سبب واقعی: که بنام سبب عملی نیز یاد میگردد رکن اول سببیت است و آن عبارت از واقعهٔ است که شرط حتمی یا عامل عمدهٔ در تحقق ضرر میباشد.

تقصیر در اخطار: در بعضی شرایط یک شخص مکلف میباشد تا دیگران را از امکان خطر که آنها در ان مسئولیت یا کنترول دارد هشدار بدهد.

تقصیر: عبارت از قصور عمدی یا غیر عمدی است در جهت رعایت معیار رفتاری که این قصور باعث ایجاد ضرر برای شخص دیگری شود.

دریچهٔ سد: مجرای که جریان آب را کنترل و تنظیم میکند.

شکلیات: طرزالعملی که باید برای بدست آوردن نتایج مشخص قانونی رعایت گردد.

فریب: جعل آگاهانهٔ واقعیت یا اخفای حقایق اساسی که باعث شود تا شخصی مطابق منظور شخص فریبکار رفتار کند.
اصل آزادی عقود: عبارت **از** اصلی است که بر مبنای آن قرارداد ها بدون مداخله و محدودیت های دولتی عقد شده میتواند.

ناممکن شدن مقصد: یک واقعهٔ غیر قابل پیش بینی که مقصد اصلی یک جانب عقد از انعقاد قرارداد را از بین میبرد، در حالیکه که هر دو جانب از آن مقصد اصلی در زمان بستن عقد آگاه بودند.

موضوع آتی: موضوع عقد است که در زمان انعقاد عقد موجود نبوده ولی بعدا بوجود میاید.

قائم مقام عام: شخصی که تمام ارث یا وجیبه را همرای حقوق و مکلفیت های آن از طریق ارث دریافت میکند.

غرر: به مفهوم بلا تکلیفی است و مربوط نوعی خاصی از عقد غیر مجاز است که جزئیات مربوط به موضوع عقد معلوم نیست.

غصب: مفهومی در حقوق اسلام به معنی اخذ مال شخصی به زور و بدون رضایت صاحب آن.

حسن نیت: یک لغتنامهٔ حقوقی این اصطلاح را به گونه تعریف میکند که "حسن نیت وضعیت ذهنی است که شامل (۱) صداقت در هدف (۲) وفا داری در ارتباط به تعهد یا وجیبه (۳) رعایت معیار های مناسب تجاری و انصاف در معاملات و فعالیت های تجارتی مشخص (٤) نبود قصد فریب یا انتفاع غیر آگاهانه". همانطوریکه در مبحث کتاب ذکر شد، تعریف مفهوم حسن نیت مشکل است.

ضمانت: شی ای که برای تضمین سپرده شده باشد.

عقد ضمنی: قراردادی که بین دو شخص بصورت غیر مدون تهیه شده مگر توافق واقعی آنها را نشان میدهد.

حبس: مترادف محبوس بودن

اهلیت ناقص: وضعیت حقوقی است که شرایط را که یک شخص برای خود وجیبهٔ خلق کرده میتواند را محدود میسازد.

سببیت در افزایش خطری از قبل موجود: یک نوع سببیت است که عمل یا اهمال شخص باعث افزایش در امکان وقوع ضرری است که مدعی قبلا در معرض زیان آن واقع بود.

تسبیب: وقتیکه شخصی مسبب ضرر یک شی باشد.

مسئولیت غیر مستقیم: وجیبهٔ که شخص از بابت اضراریکه خود شخص ایجاد نکرده ولی توسط اشخاص یا اشیای دیگری سبب شده و شخص مذکور مسئول عملکرد آنها میباشد.

استقرا: عمل یا پروسهٔ استدلال از جزئیات یک موضوع مشخص به کلیات

عرف خاص: سنن و عاداتی که در یک صنعت بخصوص رعایت میگردد.

حق عینی: حق مربوط به عین (اموال)

قسط: یک قسمتی از دین در حالتی که پرداخت تمام دین به قسمت های مجزا در مدت های زمانی جدا تقسیم شده باشد.

ضرر معنوی: ضرری که به ذهن شخص (مثل جریحه دار شدن احساسات) یا اعتبار شخص وارد میگردد.

قصد: محصول ذهنی که متعاقب آن یک عمل، مخصوصا عمل غیر مجاز، انجام میابد.

اراده: عزم شخص مبنی بر انجام عملی به گونهٔ مشخص

اعمال عمدی: به فعالیت های ارادی بشمول سرقت، راهزنی (بصورت قاهرانه و یا با خشونت)، حمله بر اشخاص، و حمله توسط شخص بالای اموال شخص دیگر اطلاق میگردد.

سبب مرتبط: به سبب خارجی مراجعه شود.

عقد غیر صحیح: قراردادی که منعقد گردیده است ولی قانونا لازم و قابل اجرا نمی باشد.

اتلاف: مفهومیست در حقوق اسلام به معنی تلف کردن مال

جهالت: بیخبری

مسئولیت مشترک: اشخاصیکه متفقاً مسئولیت دارند تا ضرر وارده را جبران کنند.

شرح قانون (Jurisconsult): در حقوق روم این اصطلاح به آنچه که ما تشریح یا حاشیه نویسی قانون میدانیم بکار میرفت.

حوزهٔ صلاحیت: ساحهٔ که در آن یک محکمهٔ بخصوص صلاحیت قضایی دارد.

عدم اهلیت: وضعیت حقوقی است که مانع میشود تا شخص برای خودش وجیبهٔ حقوقی ایجاد نماید.

سبب قانونی یا سبب نزدیک: رکن دوم سببیت است و عبارت از حادثهٔ که بر اساس اصول اخلاق و نظم عمومی ارتباط محکمی با ایجاد ضرر داشته باشد.

بنیاد قانونی: توانایی آغاز دعوی در پیشگاه محکمه در ارتباط به ضرر وارده

مستاجر: شخصیکه به او اجاره داده شود.

موجر: شخصی که به دیگری اجاره میدهد.

مسئولیت: مکلفیت یا وجیبه قانونی برای پاسخگویی در مورد موضوع مشخص

عرف خاص: رسم معمول که به یک گروه خاص منسوب است.

مبلغ مشخص: عبارت از مقدار پولیست که به عنوان کل مبلغ پرداخت میگردد.

انجام عمل خطا: ارتکاب فعل مضر به گونهٔ که سبب ضرر به دیگری شود.

تخفیف: سبک کردن

تغیر: عبارت از تعویض یا تبدیل یک شی است.

تغیر مثبت: عبارت از ازدیاد در ارزش مال است.

تغیرفاحش: عبارت از تغیر اساسی مال است که مال یاد شده به حالت اصلی ان دو باره تبدیل نشود.

ضرب الاجل: مویدهٔ قانونی است به نسبت عدم ایفای وجیبه. اینکه ضرب الاجل باید اتخاذ گردد یا نه سوالیست که محکمه در مطابقت به هر قضیهٔ بخصوص در مورد آن تصمیم میگیرد.

اسباب متعدد موثر: نوعی از سببیت است که در آن بیش از یک مدعی علیه مقصر بوده و بیش از یک تقصیر باعث ضرر به مدعی شده بتواند ولو اگر اعمال تقصیری دیگر انجام نیافته باشد.

تقصیر: قصور در رعایت دقت لازم که یک شخص محتاط در وضعیت مشابه به خرج خواهد داد.

اهمال: قصور در انجام اعمالی برای محافظت دیگری از ضرر میباشد.

ضرر غیر فزیکی: ضرر به فکر یا اعتبار شخص
بیرونی: در مورد یا مرتبط به یک پدیدهٔ خارجی است که در نقطهٔ مقابل با مفهوم نظریات، احساسات و تصمیم شخص قرار دارد.

مقصد ظاهری عقد: عبارت از هدف کلی است که طرفین عقد برای تحقق آن عقد مشخص را منعقد میسازند. این مقصد ارتباط اصلی دو جانبه میان طرفین را نشان میدهد. بطور مثال در عقد بیع یک جانب در صدد بدست آوردن شی موضوع عقد میباشد و جانب دیگر مصمم به استرداد آن به جانب اولی در مقابل منفعت میباشد.

ارادهٔ ظاهری: آنچه که یک فرد عادی از اظهارات یک شخص درک میکند.

وجیبه: مسئولیت یا مکلفیت حقوقی

تعهد به نتیجه: تعهد به نتیجه عبارت از تعهد به تحقق نتیجهٔ وعده شده است.

وجیبهٔ که ایجاب رعایت معیار خاص رفتاری را میکند: این نوع وجایب ایجاب رفتار مطابق معیار خاص دقت را در انجام اعمال بخصوص مینماید، ولی نتیجهٔ مشخص عمل را تضمین نمیکند.

مسئولیت ضمانت: عبارت یگانه مورد مسئولیت مطلق قانونی است که در همه شرایط مدیون بصورت مطلق مسئول میباشد تا صرف نظر از تقصیر یا سبب خارجی مسئول میباشد.

داین: شخصی که دیگری برای او دین یا وجیبه را به عهده دارد.

مدیون: شخصی که دین یا وجیبه را نسبت به دیگری به عهده دارد.

ایجاب: اظهار ارادهٔ یک شخص مبنی بر انعقای عقد

ایجاب شونده: جانبی که ایجاب یک قرارداد متوجه او میگردد

ایجاب کننده: جانبی که ایجاب را برای انعقاد یک عقد مطرح میسازد

وعدهٔ جایزه: نمونهٔ از ایقاع است که در آن وعده کننده به عامهٔ مردم اطلاع میدهد که او جایزهٔ را در مقابل انجام دادن عمل بخصوص به فاعل عمل میدهد.

خیار: عبارت از وعدهٔ است که به یک جانب قرارداد صلاحیت میدهد تا بصورت یکجانبه عقد را در شرایط خاص فسخ نماید.

قائم مقام خاص: شخصیکه سهم مشخص از ارث و نه تمام آنرا به میراث میبرد.

ایفا نمودن: عبارت از انجام اعمالی که بر اساس عقد لازمی است.

ایفا: اکمال موفقانه وجایب قراردادی

مدعی: جانبی که دعوی قانونی را شروع میکند.

صلاحیت قبول: توانایی اکمال یک قرارداد صحیح

تقصیر مفروض: حالتی که تقصیر مدیون مفروض پنداشته میشود ولی شخص مذکور میتواند با نشان دادن اینکه او قدم های لازم برای جلوگیری از ضرر را برداشته این فرض را نادرست ثابت سازد.

اصیل: شخص اولی که مسئول یک رابطهٔ حقوقی یا اجرای قرارداد میباشد.

وکالت رایگان: عبارت از وکالت قانونی بدون توقع دریافت حق الزحمه از موکل.

مسئولیت محصولات: عبارت از مسئولیت سازندهٔ یک محصول بخاطر ضرر یا خساراتی که مشتری، استفاده کننده، یا هم شخص دیگری در اثر ناقص بودن محصول متقبل میشود.

ممانعت ناشی از تعهد (Promissory estoppels): دکترینی است **[**در حقوق کامن لا**]** مبنی بر اینکه اگر شخص موقف خود را با انجام عملی یا امتناع از انجام عملی در رابطه به یک تعهد یک جانبه تغیر بدهد، آن شخص هنوز هم عقد را نافذ ساخته میتواند هر چند عناصر اصلی یک قرارداد هم وجود نداشته باشد.

پیشنهاد: طرح برای ترتیبات مشخص و یا طرح عملکرد برای پیشرفت یا بیان موضوعی برای ملاحظه

سبب مجاور: به سبب حقوقی مراجعه شود.

مجاورت: نزدیکی میان اشیا

قذف: اتهام بی اساس مبنی بر انجام فعل زنا

تائید کردن: عبارت از تصدیق کردن عملی است که قبلا انجام یافته ولی یا در مطابقت به تشریفات قانونی صورت نگرفته تا وجیبهٔ قانونی ایجاد نکرده و یا هم توسط شخص ثالث صورت گرفته که در زمان انجام عمل صلاحیت انجام را بر اساس نیابت قانونی نداشته باشد.

عقار: اموال غیر منقول مثل زمین

معیار رفتاری شخص متعارف: عبارت از میزان مواظبت است که یک شخص متعارف معمولی در وضعیت مشابه به کار ببرد.

نظریه پذیرش: آثاری که متوجه شخص مقابل میگردد.

جبران خسارت انجام شده: جبران خسارتیکه برای ضرری که مدعی بنا به اعتماد بالای قرارداد متقبل شده باشد. این نوع جبران خساره مدعی را در وضعیت مالی که وی قبل از قرارداد قرارداشت بر میگرداند.

نفع متکی بر قرارداد: عبارت از آنچه که یک طرف قرارداد در انفاذ قرارداد به مصرف رسانده است.

جبران: راه حل یا وسیلۀ قانونی است برای جبران حق تلف شده یا جلوگیری از تخطی.

تجدید: عبارت از آغاز کردن چیزی سر از نو

الغاء قانونی: لغو کردن توسط اقدام قانونگذاری.

اعمال خلاف نظم عمومی: عبارت از رفتار، انگیزه و یا اشیایی است که در مخالفت با قوانین و مقررات دولتی است.

اعمال خلاف آداب عمومی: رفتار، انگیزه و یا اشیایی که خلاف نورم های اخلاقی جامعه میباشد.

ضرر حیثیتی: عبارت از خدشه دار ساختن آبرو و اعتباریست که یک شخص نزد سایر اشخاص دارد.

ابطال: باطل ساختن، لغو کردن

عاید: درآمد های که توسط یک نهاد مثل شهرداری برای نفع عمومی جمع میگردد.

فسخ: الغا، رجوع کردن

ربا: مفهوم مرتبط با سود است ولی در عین حال مفهوم وسیع هرنوع انتفاع غیر مجاز را در بر میگیرد.

مسئولیت از عمل شخص دیگر: عبارت از ضمان از اعمال شخص دیگر میباشد.

ضرر حیثیتی: عمل اشاعۀ معلومات شرم آور و نادرست نسبت به یک شخص

ایفای عین وجیبه: حالتی است که محکمه به طرفین عقد حکم میکند تا در مطابقت با شرایط عقد عمل بکند مثل انتقال عقار [تعهد شده] به شخص دیگر. ایفای عین وجیبه معمولا زمانی مناسب است که جبران پولی ضرر به دلیل عدم ایفای وجیبه راه حل کافی نباشد.

معیار دقت در رفتار: میزان مواظبتی که مدیون در ایفای وجیبه باید به خرج بدهد.

اعادۀ حالت اولی (Status quo ante): برگرداندن طرفین به حالتی که آنها قبل از ایفای وجیبه قرار داشتند.

مسئولیت مدنی مطلق: مسئولیتی که حتی بدون نیاز به تقصیر نیز ثابت میگردد.

علاقمندی به انعقاد عقد: عبارت از اظهار تمایل نسبت به انعقاد قرارداد

درونی (سوبجکتیف): آنچه که بر اساس دیدگاۀ شخصی، احساسات و قصد شخص و نه علایم بیرونی استوار باشد.

مقصد اصلی (علت سوبجکتیف): علت مشخص که یک جانب یا شخص دیگری عقد را منعقد میسازد. این مقصد ایجاب اهداف باالمثل میان طرفین قرارداد را نمیکند.

علت اصلی: آنچه که یک شخص معیین در مورد اظهاراتی که صورت گرفته فکر میکند.

موضوع عقد: عبارت از شی یا وعده است که در مورد آن عقد منعقد گردیده است.

آزمایش عامل عمده: یک شکل وسیع از سببیت عملی است که شامل تمام وقایع میشود که علت اصلی در ایجاد ضرر به مدعی باشد.

ارث: عبارت از تصاحب حقوق یا ملکیت از طریق میراث.

جاگزین: قرارگرفتن یک موضوع جدید به عوض موضوع سابقه.

سبب جاگزین: به سبب خارجی مراجعه شود.

ایفای وجیبه بصورت جاگزین: حالتی که مدیون شخصآ وجیبه را ایفا ننموده، ولی بپرداخت اجرت ایفای وجیبه توسط شخص دیگری مسئول شناخته شود.

عقد معلق: قراردادیست که در زمان حال نافذ نبوده ولی یکی از طرفین قرارداد آنرا در آینده تعدیل یا رد نموده میتواند.

فسخ عقد: حق یک جانب قرارداد مبنی بر ختم قرارداد و ابطال وجایب آتی انجام نیافته

وصی: عبارت از شخصی است که وصیت مینماید.

شخص ثالث: عبارت از شخصی است که نقش مستقیم در یک معامله نداشته ولی آثار معامله متوجه او میگردد.

صغیر غیر ممیز: طفلیکه پائین تر از سن هفت سالگی قرار دارد.

عقد اذعان: عبارت از قراردادیست که وجیبه را صرف متوجۀ یک جانب قرارداد ساخته مثل وجایب در هبه.

ارادۀ انفرادی (ایقاع): مسئولیت غیر عقدی است که صرف توسط ایجاب ایجاد گردیده و نیاز به قبول ندارد.

عمل غیرارادی: عبارت از مسئولیت های که به اشخاص از بابت اضرار غیر مستقیم وارد میگردد.

ایفای ناروا: وقتیکه شخصی بصورت قصدی و یا هم تصادفی از ضرر شخص دیگر منتفع میشود.

غصب: عبارت از تصرف ملکیت شخصی بدون اجازۀ او

غصب توسط شخص ثالث: عبارت از غصب یک ملکیت توسط دو شخصیت مجزا

سود: عبارت از قرضه دادن پول در مقابل منفعت پولی بالاتر.

عقد صحیح: عبارت از قراردادی است که بصورت قانونی نافذ میباشد.

مسئولیت ناشی از عمل شخص دیگر: مسئولیتی که بصورت فوری و یا فرضی به شخص دیگری (مثل کارفرما) در ارتباط به عمل یک شخص (مثل کارگر) راجع میگردد.

فسخ پذیر: عقدیکه بصورت آنی باطل نبوده ولی باید توسط اقدامیکه یکی از طرفین عقد انجام میدهد باطل گردد.

عقد باطل: قراردادی که قانونا غیر قابل انفاذ است.

اراده: محصول ذهنی است مبنی برا اظهار تصمیم یک شخص در ارتباط به انجام یا عدم انجام امری

زنا: مجامعت جنسی غیر قانونی

محل نظارت: ساحۀ است که شخص دسترسی واضح برآن داشته باشد.