

## بازخوانی حق حبس

### (اعتبارسنجی کارایی حق حبس با توجه به قلمرو عملیاتی آن)\*

- مصطفی شاهبازی<sup>۱</sup>
- عباس قاسمی حامد<sup>۲</sup>
- محسن جهانگیری<sup>۳</sup>
- رضا حق پناه<sup>۴</sup>

#### چکیده

قانون مدنی ایران با توجه به فقه، برای جلوگیری از نقض تعهدات قراردادی ضمانت اجراهایی را پیش‌بینی کرده است. این ضمانت اجراها به دو دسته قانونی و قراردادی تقسیم می‌شوند. دکترین حقوق مدنی ایران حق حبس را به عنوان یکی از ضمانت اجراهای قانونی جهت جلوگیری از نقض تعهدات قراردادی شناسایی کرده است. سؤال اصلی این تحقیق این است که حق حبس به عنوان

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۵/۱۸.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول)  
(shahbazimostafa@gmail.com).

۲. استاد دانشگاه شهید بهشتی (dr.gh.hamed@gmail.com).

۳. دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (m.jahangiri2008@gmail.com).

۴. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (rhaghhp@yahoo.com).

ضمانت اجرای قانونی نقض تعهدات قراردادی آیا توانسته رسالت خود را در عمل ایفا کند؟ با ارائه شاخصه‌های اصلی ضمانت اجرای مطلوب و با مطالعه دامنه اجرایی نهاد «حق حبس»، این نتیجه قابل دسترسی است که حق حبس نه تنها برخی از شاخصه‌های اصلی یک ضمانت اجرای مطلوب قراردادی را ندارد، بلکه قلمرو آن به برخی از عقود محدود شده است و در برخی دیگر از عقود به عنوان یک حق یک طرفی تعریف شده است. یافته‌ها نشان می‌دهد حق حبس از قواعد عمومی قراردادها نبوده و نهادی استثنایی و ناکارآمد به عنوان ضمانت اجرای تعهدات قراردادی تلقی می‌گردد. در این تحقیق مسئله مطروحه از طریق جامعه‌شناسی حقوق، مورد تحلیل و استنتاج قرار گرفته است.

**واژگان کلیدی:** حق حبس، ضمانت اجرای قانونی، تسلیم ثمن و مثن، شاخصه‌های ضمانت اجرای مطلوب قراردادی، نقض احتمالی قرارداد، قبض.

### مقدمه

به عنوان مقدمه باید یادآور شد که هر قانونی برآیند مجموعه‌ای از مؤلفه‌های متعدد اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، سیاسی و... است که پس از وضع و اجرا می‌تواند بازخوردی هم‌راستا و یک‌جهت یا متفاوت با مؤلفه‌های ساختاری خود برقرار کند و این امر بسته به کیفیت قانون‌گذاری و مدنظر قراردادن مؤلفه‌های مذکور است. در همین راستا «جامعه‌شناسان آثار قواعد حقوقی در اجتماع را مورد مطالعه قرار می‌دهند. حاصل این مطالعات قطعاً می‌تواند راهنمای مفیدی برای قانون‌گذار باشد. قانون‌گذار برای اینکه قاعده مناسبی را به منظور ایجاد نظم مطلوب در روابط اجتماعی وضع نماید، باید از یافته‌های جامعه‌شناسان استفاده کند. ارتباط جامعه‌شناسی و حقوق، دائمی است؛ یعنی حتی پس از کشف قاعده حقوقی و بیان آن به صورت قانون، در مرحله اجرا وقایعی به وجود می‌آید که در جای خود باید توسط جامعه‌شناسان مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد و نتایج آن مجدداً در اختیار مقامات حقوقی قرار گیرد» (حیاتی، ۱۳۸۶: ۶۳).

از سویی «قواعد حقوقی اگر بدون توجه به ضرورت‌های اقتصادی تدوین شود، جامعه را با مشکلات فراوانی مواجه خواهد نمود. بسیاری از اعتصابات، اغتشاشات و

بی‌نظمی‌های اجتماعی معلول عدم رعایت همین امر است» (همان: ۶۴).

به همین خاطر، «واضع ضمانت اجرا باید واقعیات جامعه را در نظر بگیرد و نگاهی مجرد و رادیکال نداشته باشد. واضع باید در بطن جامعه باشد و ضمانت اجرایی وضع کند که نه آرمانی بلکه کاربردی، کارآمد و عملیاتی باشد» (موسوی و ملایی، ۱۳۹۳: ۱۳۳). با توجه به نکات مذکور در سطور پیشین به بررسی اجمالی مهم‌ترین شاخصه‌های ضمانت اجرای مطلوب و کارآمد قراردادی می‌پردازیم. ملاک‌های متعددی در ایجاد یک ضمانت اجرای مطلوب بالاخص در حوزه تعهدات قراردادها نقش دارند که از آن جمله می‌توان به امور ذیل اشاره کرد.

«پویایی» ضمانت اجرا یکی از اوصاف مهم ضمانت اجرا محسوب می‌شود. «پویایی به این معناست که ضمانت اجرای وضع شده برای مدت زمان طولانی و در مکان‌های متعدد، کاربردی و عملیاتی باشد و بعد از گذشتن مدتی اندک، مستهلک و بی‌کاربرد نشود. علت این امر روشن است. تجربیات علم جامعه‌شناسی حقوقی، حاوی این نکته است که افراد یک جامعه به‌کندی به رفتار یا قاعده‌ای منطبق می‌شوند. اگر قرار باشد بعد از مدتی کوتاه، ضمانت اجرا کارایی خود را از دست دهد، ناگزیر مجدداً باید مدت زمان نسبتاً طولانی سپری شود تا افراد با قاعده جدید منطبق شوند» (همان: ۱۴۳-۱۴۴).

یکی دیگر از شاخصه‌های مهم ضمانت اجرای مطلوب بالاخص در حوزه قراردادها، شاخصه «نیازسنجی واقعی جامعه» است. «ضمانت اجراهای بیرونی که به شکل قانون درآمده و روی کاغذ نقش بسته است، انعکاسی از تفکرات درونی و منویات ذهنی قانون‌گذار یا متعاقدين است. تردیدی در این نیست که افراد بر اساس تفکرات قبلی خود حرکت می‌کنند و اعمال خارجی و ملموس افراد، نمایانگر نیات درونی و اندیشه‌های آنهاست. ضمانت اجرا باید برابند «نیازسنجی واقعی ضروریات جامعه» باشد» (همان: ۱۳۳). در همین راستا حق حبس بالاخص در نهاد خانواده، نتایجی را در پی دارد که در تقابل با این نهاد است.

یکی دیگر از مؤلفه‌های بسیار مهم ضمانت اجرا که دارای اهمیت خاص و متمایزی است، ویژگی «خودکار» بودن ضمانت اجراست. مفهوم «ضمانت اجرای واقعی»

زمانی عینیت پیدا کرده و جایگاه واقعی خود را به دست می‌آورد که برای قرارداد، مکانیسمی از ضمانت اجرا تعریف شده باشد که قرارداد را به صورت خودکار به منصفه اجرا گذارد و نیازی به عملیاتی خارج از قرارداد نداشته باشد. حق حبس اگر چه در وهله اول به نظر می‌رسد دارای این خصیصه هست، اما با بررسی‌های نه چندان عمیق روشن می‌شود که فاقد این ویژگی است؛ چرا که این ضمانت اجرا، قرارداد را در همان ابتدا به بن بست اجرایی می‌کشاند و برای برون رفت از آن یا باید دست به گریبان سایر ضمانت اجراها از جمله اجبار، فسخ و... شده و یا به سایر طرق مذکور در کتب فقهی (طوسی، ۱۳۸۸: ۱۴۸/۲؛ جیلانی قمی، ۱۳۷۱: ۱۱۰/۲) از جمله قرعه و... تمسک کرد. علی‌رغم همه این نکات، «ضمانت اجرا افزون بر اینکه باید «اجرایی و انجام‌شدنی» باشد، ضروری است «غرض و فایده عقلایی» نیز داشته و «مشروع» هم باشد» (موسوی و ملایی، ۱۳۹۳: ۱۴۳).

یکی دیگر از شاخصه‌های ضمانت اجرای مطلوب قراردادی، بازدارندگی آن است. اثر بازدارندگی ضمانت اجرای یک قانون را می‌توان نیرو و توانایی آن ضمانت اجرا در منصرف کردن اشخاص بالقوه خاطی از نقض قانون مربوطه دانست که از یک سو به میزان کمی و کیفی ضمانت اجرا، و از سوی دیگر به میزان کشف تخلف بستگی دارد. بر این اساس، هر چه تصور متخلف بالقوه مبنی بر اینکه در صورت نقض قانون مورد تعقیب قرار خواهد گرفت و به میزانی مجازات خواهد شد که هیچ سودی از ارتکاب تخلف برای وی باقی نمی‌ماند، قوی‌تر باشد، اثر بازدارندگی ضمانت اجرا بیشتر خواهد بود (غفاری فارسانی، ۱۳۹۳: ۲۱۸).

در پایان باید متذکر شد که کارآمدی و تأثیرگذاری هر قاعده و نهاد حقوقی را باید با توجه به هدف آن سنجید (عبداللهی و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۴۹).

## ۱. مفهوم و اوصاف حق حبس

### ۱-۱. مفهوم حق حبس

حبس در لغت به معنای بازداشتن و منع آمده است (عمید، ۱۳۶۳: ۵۱۵) و در اصطلاح

حقوقی به حق امتناع متقابلی که هر یک از طرفین قرارداد در مقابل طرف دیگر دارد، اطلاق می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۱/۳) در عقود معوض، هر یک از طرفین بعد از انعقاد عقد، حق دارد مالی را که به طرف منتقل کرده به او تسلیم نکند تا طرف دیگر هم متقابلاً حاضر به تسلیم شود؛ به طوری که در آن واحد تسلیم و تسلیم به عمل آید و این عمل تسلیم و تسلیم را فقها تقابض گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۳۲۱). به موجب این حق، هر یک از دو طرف معاوضه می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به تسلیم عوض قراردادی (اجرای تعهد دیگری) کند. این اختیار را که بدون فسخ قرارداد، اجرای تعهد را به حال تعلیق درمی‌آورد در اصطلاح حق حبس می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۸۷/۴). بنابراین دارنده حق حبس می‌تواند به استناد این حق، از اجرای فوری تعهدات خود شانه خالی کند.

دکترین حقوق مدنی ایران (احمدی، ۱۳۷۵: ۳۲۳؛ نوین، ۱۳۸۴: ۱۵۵؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۲۱۴؛ عابدیان، ۱۳۹۳) حق حبس را به عنوان یکی از ضمانت اجراهای قانونی جهت جلوگیری از نقض تعهدات قراردادی شناسایی کرده است. حق حبس ناظر به «زمان مشترک» تسلیم است نه خود تسلیم در برابر تسلیم. پس اسقاط حق حبس، به معنای اسقاط تسلیم در برابر تسلیم نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۵-۱۲۶).

## ۲-۱. اوصاف حق حبس

حق حبس، حق مالی و تبعی است. به عبارت دیگر، هر گاه حقی که حابس بر عهده مالک دارد منقضی شود، به تبع آن حق حبس نیز زائل می‌گردد. بنابراین با تسلیم مبیع از سوی بایع و با تأدیه ثمن از سوی مشتری و یا با تحقق یکی دیگر از اسباب سقوط تعهدات مثل تهاتر، مالکیت ما فی الذمه و یا ابراء دین، حق حبس متبایعین نیز ساقط می‌شود. از این جهت حق حبس همچون حق رهن است (صفا، ۱۳۸۸: ۸۴). این حق منفی است. در حق حبس، توقف صورت می‌گیرد یعنی توقف در عملی کردن تسلیم، آن توقف هم... از مقوله نفی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۴۲). قابل ارث، اسقاط و انتقال به دیگری است. البته این ویژگی جزء قواعد آمره نیست. بنابراین فروشنده می‌تواند آن را در ضمن عقد بیع ساقط کند و یا طرفین می‌توانند با تراضی آن را زائل سازند. دکتر سنهوری در این زمینه می‌نویسد:

«حق حبس یک حق برای رعایت مصلحت بایع و مشتری است نه یک حکم قانونی و شرعی و یا به تعبیری یک نظام عام» (سنه‌وری، ۱۹۵۲: ۷۹۱/۴).

یکی دیگر از ویژگی‌های حق حبس، غیر قابل تجزیه بودن آن است. در صورتی که قائل به عدم تجزیه حق حبس به طور مطلق باشیم، اگر یکی از دو طرف قرارداد فوت کند و دین او به ورثه‌اش برسد، اجرای تعهد یکی از وارثان حق حبس را به همان میزان از بین نمی‌برد؛ هم به استناد ماده ۲۷۷ قانون مدنی (چرا که به منزله اجبار به قبول بخشی از طلب است) (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۹۹/۴) و هم به استناد اینکه حق حبس، قابل تجزیه نیست. اما به نظر می‌رسد این عدم تجزیه مطلق نیست و حداقل در جایی که مبیع متساوی‌الاجزاء می‌باشد و قابلیت تجزیه را دارد، مشتری هر مقدار از ثمن را پرداخت کند می‌تواند مطالبه مبیع را بنماید و برعکس. این امر بلااشکال در اجاره اعمال جاری است. از فقیهان امامیه، صاحب‌جوهر تجزیه حق حبس را محتمل دانسته و در فقه عامه نیز برخی آن را اختیار کرده‌اند؛ امری که در رویه قضایی و یا قانون برخی از کشورهای اروپایی پذیرفته شده است (عیسائی تفرشی و همکاران، ۱۳۸۷: ۱۰۱-۱۰۲). ماده ۵۳۳ قانون تجارت ایران در این خصوص می‌تواند مستند خوبی باشد.

یکی دیگر از اوصاف حق حبس، دینی بودن آن است. البته در دینی و یا عینی بودن حق حبس در میان فقها و حقوق‌دانان اختلاف است. عده‌ای که می‌گویند حق مذکور حق دینی است، چنین استدلال می‌کنند:

۱. «متعلق حق مزبور حبس یا امتناع است، نه عین مورد معامله؛ درست مانند حق خیار که به عقد تعلق می‌گیرد نه به عین» (موسوی خمینی، ۱۴۱۱: ۵/۵۷۳).
۲. «از التزام بر تسلیم تنها جواز حبس به وجود می‌آید، نه پیدایش حقی در عین مبیع» (حسینی روحانی، ۱۳۷۶: ۶/۵۱۰).

«برخی از حقوق‌دانان از جمله حقوق‌دانان اروپایی، حق حبس را به آن لحاظ که حق تعقیب به کسی نمی‌دهد، حق دینی شمرده‌اند» (آراد، ۱۳۴۱: ۶۹).

در ادامه، ابتدا به گستره و دامنه حق حبس پرداخته می‌شود و سپس به لحاظ اهمیت آثار و پیامدهای حق مزبور در عقد نکاح، این مسئله مستقلاً مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

## ۲. حدود و دامنه حق حبس

با اینکه تأثیر قبض و تسلیم در مرحله تحقق عقد و ایجاد تعهد چندان مهم نیست و نمی‌توان قبض و تسلیم را رکن عقد تلقی کرد و عقد بدون قبض واقع می‌شود، چه به دلالت مواد ۱۹۱ و ۳۳۹ قانون مدنی، عقد مولود دو قصد انشاست و اصولاً قبض و تسلیم در مرحله تکوین عقد مؤثر نیست (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۹۱)، با وجود این، برخی از فقها (طباطبایی، ۱۴۰۴: ۵۳۳/۱؛ مراغی، ۱۴۱۸: ۲۶/۲؛ نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۳۳۹/۱؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۲۳۸/۲۷؛ بروجردی، ۱۴۲۲: ۱۶۰/۳۰)، لزوم تسلیم و تسلیم عوضین را یک حیثیت مهم عقود معاوضی (مالی و غیر مالی) می‌دانند که حق حبس در تمام عقود معاوضی، تضمین‌کننده این حیثیت است و آن را به عنوان یک قاعده عمومی در عقود معاوضی می‌دانند که در همه موارد اعمال می‌شود، مگر مواردی که شرح آن را استثنا کرده باشد. دلیل این امر آن است که اگر نگوییم لزوم تسلیم همزمان و پایاپای یا آمادگی تسلیم، جزء ماهیت عقد است، لااقل این امر قطعاً مورد توجه و اراده ضمنی متعاقدین در هر عقد معاوضی است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۳۳۹/۱). برخی از فقها پا را فراتر گذاشته، غرض اصلی از معاوضات را تسلیم و تسلیم می‌دانند تا جایی که التزام به تسلیم را حاکم بر قاعده سلطنت بر اموال و قاعده حرمت تصرف در مال غیر دانسته‌اند (همان: ۳۴۷/۳).

در نصوص قانونی ایران، حق حبس در موارد معدودی مانند بیع (ماده ۳۷۷ قانون مدنی)، نکاح (ماده ۱۰۸۵)، حق العمل کاری (ماده ۳۷۱ قانون تجارت) بیان شده است. این امر استثنایی بودن حق حبس را تداعی می‌کند؛ بویژه که قانون‌گذار در قانون مدنی که از قوانین اساسی در زمینه تعهدات هست هیچ‌گونه نامی از این نهاد نبرده است. با وجود این، لسان این مواد اشاره به علت وجودی حق حبس دارد که همانا وادار کردن طرف مقابل به ایفای تعهدات خود است. این فلسفه وجودی حق حبس می‌تواند در تمام عقود معاوضی مطرح باشد (العلّة تعمّم وتخصّص) و این می‌تواند به معنای اصل و قاعده بودن حق حبس در تمام عقود معاوضی به مثابه یک نظریه عمومی باشد تا بدان‌جا که حق حبس اگر بر مبنای تقابل و تساوی دو تعهد در معاوضات استوار شده باشد، می‌تواند در تمام معاهدات اعم از قراردادی و قهری (قانونی) اعمال گردد. اما آیا

واقعاً نظر فقها در مجموع و قوانین موضوعه فعلی چنین امری را تأیید می‌کند؟ به نظر می‌رسد با امعان نظر در انظار فقها و قوانین موجود، نظر مخالف که استثنایی بودن حق حبس را حکایت دارد، قابل اثبات است؛ چرا که:

اولاً: معوض بودن مورد عقد و تساوی دو مورد نسبت به عقد و عدم ترجیح یکی از آن دو نسبت به دیگری نمی‌تواند مبنای وجود حق حبس باشد؛ زیرا مفهوم معاوضه در عقد چیزی جز انتقال حقوقی و اعتباری هر یک از دو مورد به عوض مورد دیگر نیست و لزوم تسلیم همزمان دو مورد عقد، نه ماهیت عقد است و نه الزاماً مورد اراده طرفین عقد. آنچه در ذهن طرفین عقد است بیشتر از تملیک مال خود در برابر عوض آن نیست و آنها تسلیم متقارن را در ذهن ندارند.<sup>۱</sup> اگر عقد موجب انتقال مالکیت عین معین یا منفعت یا حق مربوط به عین معین به طرف دیگر باشد، در اثر قرارداد، مورد عقد به اراده طرفین به طرف ذیحق منتقل می‌گردد و این انتقال اثری است که قانون برای عقد شناخته است و نتیجه این انتقال، استحقاق منتقل‌الیه نسبت به تصرف مورد انتقالی است که بدون قید به او تعلق پیدا کرده است. حبس ملک دیگری و خودداری از قرارداد آن در اختیار مالک، هرچند در جهت گروکشی باشد، و موکول کردن تسلیم آن به تسلیم مورد طرف دیگر، مجوز قانونی لازم دارد و بدون آن قابل توجیه نیست. معوض بودن مورد عقد و تساوی دو مورد نسبت به عقد و عدم ترجیح یکی از آن دو نسبت به دیگری نمی‌تواند مبنای وجودی حق حبس باشد؛ زیرا مفهوم معاوضه در عقد معوض و اثر عقد، چیزی جز انتقال حقوقی و اعتباری هر یک از دو مورد، به عوض انتقال حقوقی مورد دیگر نیست و لزوم تسلیم همزمان دو مورد عقد، نه ماهیت عقد است و نه الزاماً مورد اراده طرفین عقد. مدلول عقد چیزی بیش از این نیست که مالکیت مال یا حق متعلق به هر یک از دو طرف در عوض انتقال مالکیت مال یا حق طرف دیگر به او انتقال یافته و هر یک می‌تواند طرف دیگر را ملزم به تسلیم مالی کند که این طرف به عنوان عوض مال طرف دیگر، مورد عقد قرار داده است؛ نه اینکه

۱. همان طور که برخی از نویسندگان به درستی اذعان کرده‌اند، انتقال مالکیت هدف اصلی بیع در همه نظام‌های حقوقی است و این بستگی به نوع مبیع هم دارد. اگر مبیع، منقول و عین معین باشد، التزام به انتقال مالکیت به مجرد عقد اجرا می‌شود (رسوق، ۱۳۹۰: ۳ و ۱۶).



هریک از دو طرف مالی را که در اثر قرارداد به طرف دیگر تعلق یافته است، تا دریافت مال مورد استحقاق خود نگه دارد. بنابراین هر یک از دو طرف حق دارد آنچه که در اثر عقد به او انتقال یافته است از طرف دیگر مطالبه کند، اگرچه این مطالبه همزمان با درخواست طرف دیگر باشد. روشن است که مطالبه هر یک از دو طرف همزمان با مطالبه طرف دیگر، با حبس مورد عقد متعلق به دیگری تفاوت دارد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۶۱/۳).

قدر متیقن از اراده مشترک طرفین همین امر بود که بیان شد. اینکه طرفین ارتکازاً به تسلیم مقارن نظر دارند، ادعایی که باید اثبات شود و دلیلی بر این مدعی یافت نمی‌شود. ثانیاً: در صورتی که مورد قرارداد، عین کلی یا عمل باشد، با تشکیل عقد، ذمه هر یک از دو طرف در برابر طرف دیگر اشتغال پیدا کرده است. (در این موارد) هر یک از دو طرف در صورت درخواست طرف دیگر باید تعهد خود را انجام دهد و قاعداً نمی‌تواند اجرای تعهد خود را موقوف به اجرای تعهد طرف دیگر کند؛ مثلاً اگر مورد قرارداد احداث ساختمانی در برابر دستمزد معلوم باشد، این دو مورد نمی‌تواند در زمان واحد تسلیم و تسلیم شود و ناگزیر باید یکی از دو مورد پیش از مورد دیگر تسلیم گردد. این وضعیت با منشأ تحلیلی حق حبس که لزوم مبادله مادی همزمان دو مورد قرارداد براساس مفهوم معاوضه باشد، سازگار نیست. به هر حال به لحاظ زمانی، تقارن زمانی اجرای دو تعهد منتفی است که همین عدم تقارن سبب می‌شود که یکی از دو طرف پیش از طرف دیگر، بار مالی ناشی از تعهد خود را تحمل کند.

ثالثاً: از خصوصیات یک قاعده حقوقی جامعیت و مانعیت و انسجام آن است. با مطالعه ادله حق حبس و قلمرو اجرایی آن می‌توان ادعا کرد که این نهاد ضمانتی جامعیت و مانعیت مذکور را که یکی دیگر از خصیصه‌های ذاتی ضمانت اجرای مطلوب در حوزه قراردادهاست، فاقد است؛ چرا که مصادیق فراوانی وجود دارد که دامنه این حق را بسیار محدود می‌کند (چون برخی از این مخصصات انواعی هستند)، لذا تخصیص اکثر پیش می‌آید؛ امری که از قانون‌گذار خردمند قبیح است. این مخصصات نشان‌دهنده این است که حق حبس نه تنها نمی‌تواند به عنوان یک قاعده عمومی در باب تعهدات قراردادی مطرح شود، بلکه غرض ضمانتی که قائلین به این حق برای آن تصور کرده بودند، هم محقق نمی‌شود و در نهایت حق حبس جنبه

استثنایی پیدا می‌کند و وقتی که جنبه استثنایی پیدا کرد، اولاً: قابل تسری به همه عقود نیست و باید به قدر متیقن اکتفا کرد، ثانیاً: در موارد مشکوک، از پذیرش حق حبس خودداری کنیم و فرد مشکوک را تحت اصل تسلیط و اصل حرمت حبس مال دیگری قرار دهیم (صفایی و امامی، ۱۳۸۵: ۱۵۷-۱۵۹). آن مصادیق (مخصّصات) عبارت‌اند از:

۱. طبق نظر قائلین به حق حبس، این حق نسبت به منافع منفصل جریان ندارد. حبس منافع هر یک از عوضین در قلمرو حق حبس قرار نمی‌گیرد؛ زیرا به موجب عقد، عوضین در برابر هم قرار گرفته‌اند، نه منافع و نمائات. علاوه بر این، در صورت شک نسبت به شمول حق حبس نسبت به منافع و ثمرات، اصل عدم جاری است (کیائی، ۱۳۷۶: ۲۲۱).

۲. وجود حق حبس در عقود معاوضی، در خصوص عوضین مستلزم این امر است که هر گاه در عقد، شرطی به نفع احد از متبایعین مثلاً بایع درج شود، بایع تواند به لحاظ عدم انجام مفاد شرط از سوی مشروط‌علیه (مشری)، از تسلیم مبیع خودداری کند، چون شرط تعهدی تبعی است و جزء احد از عوضین نمی‌باشد، مگر اینکه خود شرط معوض باشد. وقتی حق حبس برای ایفای تعهد تبعی (شرط ضمن عقد) به وجود نیاید، به طریق اولی در قبال تعهدی که سبب دیگری داشته، به وجود نخواهد آمد، هر چند این تعهدات ناشی از بیع‌های سابق باشد. همچنین هر گاه بایع به نحوی از انحاء مستحق دریافت غرامت از مشتری گردد، هر چند منشأ آن بیع منعقد میان طرفین باشد، نمی‌تواند برای دریافت غرامات، مبیع را حبس نماید؛ زیرا تقابلی بین مبیع و غرامات وجود ندارد (همان: ۲۲۲-۲۲۳).

۳. برخی فقها مثل شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۷۷/۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۱: ۳۸۸/۵) و حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۲۱/۴) معتقدند که حق حبس نسبت به بدل ثابت نیست.

بر این اساس، چنانچه مبیع پیش از قبض، توسط بایع یا شخص ثالثی تلف شود و بپذیریم که بیع منفسخ نمی‌شود و تلف‌کننده باید بدل آن اعم از مثل یا قیمت را بپردازد، در این جا این سؤال مطرح می‌شود که آیا بایع نسبت به بدل مبیع هم حق حبس دارد؟ در پاسخ به این پرسش برخی از فقیهان (همچون صاحب‌جوهر) می‌گویند که چنانچه مبیع را بایع تلف کند، احکام مبیع بر بدل آن اعم از اینکه مثل باشد یا قیمت، جریان پیدا نمی‌کند؛ یعنی نمی‌توان آن را در برابر تسلیم ثمن حبس نمود (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۵۸/۲۳).

شیخ انصاری و برخی دیگر از فقها (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۶۲۰) در پاسخ به سؤال



این بدان معناست که حق حبس در عقود تدریجی الحصول به وجود نمی‌آید. با نفی تقابض، در حقیقت حق حبس منتفی می‌شود؛ چرا که گذشت که حق حبس ناظر به موازنه در زمان مشترک تسلیم عوضین یا همان تقابض است.

۵. به نظر می‌رسد هیچ یک از طرفین نمی‌تواند دیگری را از استیفای منافع ملک خود منع کند؛ زیرا قدر متیقن از تخصیص قاعده تسلیط، تنها امتناع از تسلیم است؛ به شرط آن که انتفاع مشتری با وجود مبیع در دست بایع امکان‌پذیر باشد؛ همان طور که برخی از نویسندگان متذکر شده‌اند:

- «منافع مال محبوس از آن مالک آن است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۷؛ کیانی، ۱۳۷۶: ۲۲۱-۲۲۲).

- «... بایع در مدت - حق حبس - نمی‌تواند در مبیع نماز بخواند؛ مگر به اذن مشتری» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۵).

۶. حق حبس در عقد قرض و هبه معوض جاری نیست. در عقد قرض که شباهت به عقود معوض دارد، چون دو مال با هم مبادله نمی‌شود و وام‌گیرنده مثل آنچه را گرفته است بر عهده می‌گیرد، حق حبس مفهوم ندارد؛ زیرا تعهد مدیون، بدل مالی است که به وام گرفته و مصرف کرده است و در واقع یک مال است که دست به دست می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۸۹/۴؛ احمدی، ۱۳۷۵: ۲۳۸). در هبه معوض هرچند شباهت به عقود معوض رساننده و به تعبیری مرکب از دو هبه است، اما چون شرط عوض در مقابل مال موهوب قرار نمی‌گیرد، حق حبس در آن راه ندارد.

۷. حق حبس در تعهداتی که به صورت شرط صفت (وصف) هستند، اصلاً راه ندارد؛ چرا که این گونه تعهدات به صرف انعقاد، یا موجودند که دیگر حق حبس به خاطر عملی شدن و حصول غرض که همان نتیجه یا صفت مورد نظر است، بی‌معناست، و یا اصلاً در خارج موجود نشدند که اصلاً تعهدی به وجود نیامده است. در شرط فعل هم می‌توان گفت تنها در شرط فعل مثبت حق حبس به وجود می‌آید. از سویی شرط نتیجه باعث تحقق امر اعتباری می‌شود که حق حبس در این حوزه بی‌اثر است.

۸. می‌توان گفت تنها قلمرو عملیاتی و اجرایی که می‌توان برای حق حبس شناسایی کرد، معاملات با عوض قراردادی سنگین است؛ وگرنه در معاملات روزمره مردم



شده است. بند ۳ ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین الملل ۱۹۸۰ مقرر می‌دارد:

«طرفی که اجرای تعهد را خواه قبل از ارسال کالا یا بعد از آن تعلیق می‌نماید، موظف است فوراً اخطار مبنی بر تعلیق را به طرف دیگر بدهد و چنانچه طرف دیگر تضمین کافی در ایفای تعهداتش بدهد، مکلف است که به اجرای تعهدات خود ادامه دهد».

به موجب این بند هر کدام از طرفین که اجرای تعهد را تعلیق می‌نمایند، باید سریعاً طرف دیگر را از تعلیق مطلع سازند. چنانچه طرف دیگر تضمین کافی بدهد متعهد حق تعلیق اجرای تعهد خود را ندارد. برای اینکه تضمین کافی باشد باید طوری باشد که به طرف تعلیق کننده اطمینان معقولی بدهد که یا طرف دیگر واقعاً تعهد خود را اجرا خواهد کرد و یا اینکه تمام ضررهای طرف را که از پیش بردن اجرای تعهداتش ایجاد شده است، جبران خواهد کرد (اصغری آقمشهدی و فخری، ۱۳۸۴: ۸۷/۱).

۹. در بیع سلم، حق حبس نیست، همان گونه که در بیع نسیه نیز فقها (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۱۱/۱۰) قائل اند که اساساً حق حبس به وجود نمی‌آید؛ چرا که گذشت حق حبس ناظر به موازنه در زمان مشترک تسلیم عوضین است، در حالی که در این نوع از بیع‌ها (سلم و نسیه)، اساساً زمان مشترک تسلیم عوضین وجود ندارد؛ مثلاً در بیع سلم، ثمن باید فی المجلس به قبض داده شود وگرنه بیع باطل است. اما مبیع در همان زمان تسلیم نمی‌شود بلکه مؤجل است؛ یعنی در رأس اجل تسلیم می‌شود. دخالت اجل، معادله تسلیم در برابر تسلیم را از حیث زمان تسلیم به هم زده است، پس موازنه در تسلیم به هم خورده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲۸). سلیم رستم‌باز در شرح *المجله* در خصوص بیع نسیه در ماده ۲۸۳ چنین می‌نویسد:

«در بیع نسیه بایع حق حبس مبیع را ندارد، بلکه بر اوست که مبیع را به مشتری تسلیم نماید تا اینکه ثمن را در زمان حلول اجل قبض نماید» (رستم‌باز، ۱۹۸۶: ۲۶۷/۱).

۱۰. حق حبس نمی‌تواند مانع تصرفات حقوقی طرفین باشد. (با حفظ حقوق حابس) یعنی در همان حالتی که بایع از حق حبس خود استفاده می‌کند و مبیع را در تصرف خود دارد، مشتری می‌تواند مبیعی را که با عقد مالک شده است، به دیگری بفروشد یا اجاره دهد یا موضوع و متعلق هر عقد جایز و لازم قرار دهد و از ملکیت خود اخراج کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۷؛ کیائی، ۱۳۷۶: ۲۱۹-۲۲۰). همین حق برای بایع در

جایی که ثمن شخصی هست، نیز متصور است.

۱۱. بنا بر نظر قائلین به حق حبس، حق مذکور در عقود معوض وجود می‌آید؛ زیرا در نتیجه پیوند ارادی دو عوض متقابل است. پس در عقود غیر معوض حق حبس به وجود نمی‌آید حتی اگر در آن شرط عوض کنیم؛ زیرا شرط عوض عقد غیر معوض را به عقد معوض تبدیل نمی‌کند. در برخی عقود شبه معوض نیز حق حبس جاری نمی‌شود؛ مثلاً در عقد قرض چون دو مال با هم مبادله نمی‌شود (ثمن و مثنی وجود ندارد) و وام‌گیرنده مثل آنچه را گرفته به عهده می‌گیرد، حق حبس مفهومی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۹۹/۴). به همین دلیل حق حبس در عقود رایگان و تبرعی جریان ندارد. ولو اینکه به صورت معوض منعقد شده باشند (معصومیان، ۱۳۷۶: ۹۵؛ ساعی، ۱۳۸۲: ش ۸۹/۸۲).

۱۲. در معاملاتی که در قالب اسناد رسمی منعقد می‌شوند، طرفین اجرای تعهدات یکدیگر را می‌توانند از طریق صدور اجراییه از اداره ثبت و یا دادگاه مطالبه کنند و از این طریق، راه مطمئن و مناسبی برای وصول به عوضین برای طرفین به وجود می‌آید و از این راه خطر نرسیدن به عوضین و اجرا نشدن تعهدات موضوعاً منتفی است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۲۱۹؛ موسوی و ملایی، ۱۳۹۳: ۱۴۲). به عبارت دیگر، نیازی به استفاده از حق حبس در این گونه از معاملات احساس نمی‌شود. این امر بدین معناست که متعهدله در هر مورد که سند لازم‌الاجرا اعم از سند رسمی یا سند عادی لازم‌الاجرا (چک) در اختیار داشته باشد، می‌تواند بدون رجوع به دادگاه به طور مستقیم از طریق اجرای ثبت متعهد را به اجرای تعهد الزام نماید (قاسم‌زاده، ۱۳۸۳: ۲۱۹). برخی از حقوق‌دانان به درستی تصریح کرده‌اند در مواردی که تعهد دارای سند لازم‌الاجراست و موضوع آن مشخص بوده و نیازی به تشخیص موضوعی نداشته باشد، برای اجبار به عین تعهد قراردادی نیازی نیست در دادگاه اقامه دعوی شود، بلکه می‌توان از طریق اجرای ثبت اقدام کرد (احمدی، ۱۳۷۵: ۲۵۱).

۱۳. در شرح ماده ۲۸۱/مجله بیان گردیده است که موارد سقوط حق حبس مبیع توسط بایع موارد ذیل می‌باشند:

الف) در جایی که بایع، مبیع را به عنوان ودیعه در اختیار مشتری قرار دهد و یا اینکه آن را به وی عاریه دهد.

ب) در خرید خانه توسط شخصی که در آن ساکن می‌باشد نیز حق حبس مبیع

ساقط می‌شود.

همچنین ماده ۲۸۲/المجله مقرر نموده است که در صورت حواله نمودن ثمن توسط بایع به فرد دیگری و قبول مشتری، حق حبس مبیع توسط بایع از بین خواهد رفت.

۱۴. گرچه که اصطلاح «تحابس»، اصطلاح صحیح‌تری برای حق حبس هست -چرا که در مقابل آن تقابض یا تمانع (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۲) قرار می‌گیرد- ولی حق حبس در برخی از موارد به صورت یک‌طرفه است. جعاله، اجاره و نکاح از این قبیل است. یک‌طرفه بودن حق حبس در این عقود می‌تواند اماره‌ای قوی بر استثنایی بودن حق مذکور باشد. در ادامه به بررسی نحوه جریان حق حبس در این سه عقد می‌پردازیم.

۱۴-۱. حق حبس در جعاله: جعاله عقدی معاوضی است. یک طرف (جاعل) تعهد می‌کند اجرت را ادا کند به عوض عمل و کاری که عامل برای وی انجام می‌دهد (ره‌پیک، ۱۳۸۷: ۱۳۵). در خصوص جعاله، قانون مدنی در ماده ۵۶۷ می‌گوید: «عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد». طبق مفاد این ماده که از فقه گرفته شده، عامل مکلف شده ابتدا متعلق جعاله را تسلیم کند تا بتواند اجرت را مطالبه کند. این تکلیف قانونی، مهم‌ترین عنصر حق حبس را که همان موازنه در زمان تسلیم است، از بین برده است. در فقه، اصل استحقاق عامل منوط به تسلیم و رد کردن موضوع عقد جعاله به جاعل شده است؛ بدین معنا که تا زمانی که عامل موضوع را به مالک تحویل و تسلیم نکرده باشد، اصلاً مستحق چیزی از جعل نیست حتی اگر آن را انجام داده باشد (کیدری، ۱۴۱۶: ۳۳۰؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۴۲/۴؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۱۴/۲) و این بدان خاطر است که در جعاله، ارائه نتیجه مهم است نه تعهد به انجام کاری یا حتی تعهد به ارائه نتیجه (ره‌پیک، ۱۳۸۷: ۱۳۲). در حقوق تجارت، دلالتی و حق‌العمل کاری نیز از همین قبیل است.

۱۴-۲. حق حبس در اجاره: در عقد اجاره، فقها به صراحت می‌گویند که به محض انعقاد صیغه عقد، اجرت ملک موجر می‌شود ولی تسلیم آن واجب نیست مگر بعد از تسلیم عین مستأجره یا بعد از به جا آوردن عمل (جیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۱۵۶/۲). در اجاره اعیان و اعمال در فقه (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۳۳۳/۴) گفته شده است: با تسلیم عین مستأجره، تسلیم اجرت به موجر هم واجب می‌شود و اگر موضوع اجاره، عمل باشد،





ظاهری ذمه مشتری همچنان مشغول باقی مانده و در نتیجه حق حبس بایع از بین نمی‌رود. اما به جهت عدم تصریح به این حکم در قانون تجارت باید به قانون مدنی رجوع شود و مطابق قانون مدنی ایران، اصل بر نقل ذمه مربوطه است (رسوق، ۱۳۹۰: ۴۵۹).

با توجه به این محدودیت‌ها به نظر می‌رسد که شناسایی حق حبس به عنوان یک نهاد ضمانتی برای تعهدات قراردادی و دادن جایگاهی در زمره قواعد عمومی قراردادها، با محدودیت‌های عملی و فقهی - حقوقی مواجه است. به نظر می‌رسد به همین جهت بوده است که نویسندگان قانون مدنی، حق حبس را به عنوان یک حکم خاص در ماده ۳۷۷ و برخی از مقررات محدود دیگر، مورد تصریح قرار داده و از ذکر آن به عنوان یک قاعده کلی قراردادها در باب اول قسمت دوم از کتاب دوم قانون مدنی، مربوط به عقد و تعهدات به طور کلی و فصل سوم این باب که دربردارنده مقررات مربوط به اثر معاملات است، خودداری کرده‌اند. حکم به ثبوت حق حبس در غیر مواردی که قانون تصریح کرده باشد، صحیح به نظر نمی‌رسد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۵۷/۳ و ۱۶۴). برخی از حقوق‌دانان به استثنایی بودن این حق تصریح کرده و اذعان داشته‌اند از تسری دادن آن به موارد مشکوک باید خودداری کرد (صفایی و امامی، ۱۳۸۵: ۱۵۷-۱۵۹).

### ۳. بررسی حق حبس در نکاح

در این خصوص فقها بر دو<sup>۱</sup> نظر عمده‌اند:

۱. گروهی بر این عقیده‌اند که در نکاح حق حبسی وجود ندارد. مرحوم نجفی می‌گوید صاحب *حداثق* به تبعیت از *نهایة المرام* برای هیچ یک از زوج و زوجه حق حبس قائل نیست و بر هر یک از زوجین است که به تکلیف خود عمل نماید؛ اعم از اینکه طرف مقابل وظیفه‌اش را انجام بدهد یا نه (نجفی، ۱۹۸۱: ۴۱/۳۱).
- مرحوم مامقانی در *منهاج المتقین* ثبوت حق حبس در عقد نکاح را منتفی دانسته است. فقهای دیگری نیز مانند مرحوم شیخ انصاری در «النکاح» در اصل وجود حق حبس برای زوجه تشکیک نموده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵-۲۶۷).

۱. نظر دیگری نیز وجود دارد که برای زوج و زوجه هر دو، حق حبس قائل است.

مرحوم خوانساری در *جامع المدارک* می‌فرماید:

«ازدواج دائم مثل عقد معاوضی نیست؛ چرا که نکاح دائم بدون ذکر مهر صحیح است. همچنین در صورت ذکر مهر در آن، مهر عوض آن محسوب نمی‌شود. علاوه بر آن لازمه این ادعا [در صورتی که برای زن حق حبس قائل نشویم، بر وی عسر و حرج و ضرر و ظلم لازم می‌آید] آن است که زن حتی بعد از دخول نیز حق امتناع خواهد داشت، اما کسی ملتزم به این سخن نشده است» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴/۴۲۴).

و در ادامه، همین نظر را از صاحب *حدائق و نهاية المرام* نقل می‌کند (همان: ۴/۴۲۵). برخی از فقهای معاصر نیز قائل اند که در عقد نکاح حق حبس نیست. از جمله مؤلف *فقه الصادق و آیه‌الله مکارم شیرازی*. حضرت آیه‌الله روحانی منکر اجماع بر حق حبس است و نظر به عدم حق حبس در عقد نکاح دارند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۵۴/۲۲). حضرت آیه‌الله مکارم شیرازی نیز می‌نویسند:

«اصل حق حبس [در نکاح] دلیل روشنی ندارد و مقایسه ازدواج با خرید و فروش و مهر و بضع با ثمن و مثنی، مقایسه‌ای صوری است، وگرنه به طور قطع، ازدواج ماهیت بیع ندارد» (میردادی، ۱۳۸۸: ۹).

آیه‌الله اراکی می‌فرماید استاد ما هم به تبعیت از صاحب *حدائق*، منکر حق حبس بودند و روایات را حمل بر کراهت نزدیکی با زوجه می‌کردند و اینکه مرد قبل از دخول چیزی به زن بدهد، مستحب است و این روایات ربطی به حق حبس زوجه ندارد (۱۴۱۹: ۵۴۴-۵۴۵).

۲. گروه دیگر قائل اند که حق حبس فقط برای زوجه در عقد نکاح وجود دارد. *جامع المقاصد* برای زوجه قبل از گرفتن مهریه حق منع قائل شده و در اینکه در ایام منع، زوجه مستحق نفقه باشد، تردید کرده است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۱۳/۲۰ و ۴/۴۱۲: نجفی، ۱۹۸۱: ۲۳/۱۶۴).

صدر این نظر با ظاهر ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی<sup>۱</sup> مطابقت دارد. حتی دیوان عالی کشور در نظریه ۷/۲۹۸۹ در سال ۸۲ چنین اظهار نظر کرده است:

۱. ماده ۱۰۸۵: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند؛ مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».

«حق حبس بر اساس ماده ۱۰۸۵ ق.م. مخصوص زوجه است و برای زوج چنین حقی پیش‌بینی نشده است. لذا زوج حق حبس مهریه را در صورت عدم تمکین زوجه بدون مانع مشروع ندارد».

اما در خصوص ذیل نظریه صاحب جامع المقاصد باید گفت قانون مدنی به صراحت در ماده ۱۰۸۵ زن را در ایام حبس، مستحق نفقه می‌داند.

اکثر فقهای امامیه در پیش‌بینی حق حبس برای زوجه تا آنجا پیش رفته‌اند که در فرض اعسار زوج، به زوجه اجازه داده‌اند که از تمکین امتناع نماید (موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۴۱۴/۱؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۴۲/۳۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۱۴/۳).

برخی از حقوق‌دانان نیز با استناد به اطلاق ماده ۱۰۸۵ ق.م. از همین نظر تبعیت نموده و در فرض اعسار شوهر، برای زوجه قائل به حق حبس شده‌اند (امامی، ۱۳۷۷: ۴۶۰/۴). از فقهای معاصر، آیات عظام سیستانی، صافی گلپایگانی، فاضل لنکرانی و موسوی اردبیلی بر این اعتقادند که حق حبس زن تا پایان پرداخت کامل مهر برقرار است (میردادشی، ۱۳۸۸: ۲۲). حقوق‌دانان ایرانی بر خلاف برخی از حقوق‌دانان فرانسوی (سنهوری، ۱۹۵۲: ۴۰۳/۴)، اعطاء مهلت قضایی را نیز مسقط حق حبس ندانسته‌اند.

برخی از فقهای عظام هم فراتر از این، تصریح به حق امتناع زوجه حتی بعد از مباشرت اول نموده‌اند. شیخ طوسی در مبسوط (طوسی، ۱۳۸۸: ۳۱۳/۴)، ابن براج در جواهر الفقه و علامه حلی در تلخیص المرام از این جمله‌اند (شیرازی، ۱۴۱۹: ۷۰۳۷/۲۲).

حال اگر نظر اول (عدم وجود حق حبس در عقد نکاح) را برگزینیم، حکم مسئله روشن است. اما اگر نظر فقهای اخیر (در عقد نکاح فقط زوجه حق حبس دارد) را انتخاب کنیم، به معضلات اجتماعی عدیده‌ای دچار می‌شویم که ذیلاً توضیح داده خواهد شد. به نظر می‌رسد حتی اگر قائل به حق حبس در تعهدات و قراردادهای باشیم، پذیرفتن چنین حقی در خانواده مغایر با مقاصد<sup>۱</sup> قانون‌گذار در حوزه حقوق خانواده است؛ چرا که قانون‌گذار قبل از شناسایی هر حقی برای زوجین، آنها را به تشدید مبانی خانواده و حسن معاشرت مکلف کرده است و از سویی نهاد خانواده آن‌قدر برای قانون‌گذار

۱. علی‌رغم نظر برخی از نویسندگان که گفته‌اند مواد ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ قانون مدنی صرفاً یک قاعده اخلاقی است، به نظر نگارنده، قانون‌گذار در این ماده و مواد مشابه، مقاصد خود را تبیین کرده است.

مهم بوده است که در اصل دهم قانون اساسی خود چنین یادآور شده است:  
 «همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوطه باید به منظور آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی باشد».

این در حالی است که رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸<sup>۱</sup> (شهری و همکاران، ۱۳۸۸: ۱۳۸۸/۱) با وجود اعسار زوج، برای زن تا دریافت کامل مهر، حق حبس قائل شده است. از سویی مرد می‌تواند به استناد بند ۳ ماده ۱۶<sup>۲</sup> و بند ۳ ماده ۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵<sup>۳</sup> و قواعد ثانویه عسر و حرج و لاضرر، ازدواج مجدد داشته باشد. زن نیز می‌تواند به استناد بند ۱۰ ماده ۸<sup>۴</sup> قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و بند ۱۲ عقدنامه،<sup>۵</sup> ازدواج مجدد مرد را جهت صدور گواهی عدم امکان سازش و نهایتاً

۱. رأی وحدت رویه شماره ۱۳۸۷/۵/۲۲-۷۰۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «به موجب ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند؛ مشروط بر اینکه مهر او حال باشد. ضمناً در صورت احراز عسرت زوج، وی می‌تواند که مهر را به نحو اقساط پرداخت کند. با توجه به حکم قانونی ماده مذکور که مطلق مهر مورد نظر بوده و با عنایت به میزان مهر که با توافق طرفین تعیین گردیده، صدور حکم تقسیط که صرفاً ناشی از عسر و حرج زوج در پرداخت یک جای مهر بوده، مسقط حق حبس زوجه نیست و حق او را مخدوش و حاکمیت اراده وی را متزلزل نمی‌سازد، مگر به رضای مشارالیه؛ زیرا اولاً حق حبس و حرج دو مقوله جداگانه است که یکی در دیگری مؤثر نیست. ثانیاً موضوع مهر در ماده مزبور دلالت صریح به دریافت کل مهر داشته و اخذ قسط یا اقساطی از آن، دلیل بر دریافت مهر به معنای آنچه مورد نظر زوجه در هنگام عقد نکاح بوده، نیست. بنا به مراتب رأی شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان که موافق با این نظر است، منطبق با قانون تشخیص می‌شود. این رأی بر طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور لازم‌الاتباع می‌باشد».

۲. ماده ۱۶: مرد نمی‌تواند با داشتن زن، همسر دوم اختیار کند؛ مگر در موارد زیر: ... ۳- عدم تمکین زن از شوهر.

۳. ماده ۸: در موارد زیر زن یا شوهر حسب مورد می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد: ... ۳- عدم تمکین زن از شوهر.

۴. ماده ۸: در موارد زیر زن یا شوهر حسب مورد می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نماید و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم امکان سازش صادر خواهد کرد: ... ۱۰- هر گاه زوج همسر دیگری اختیار کند یا تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت نماید. ۵. بند ۱۲: «زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید».

طلاق درخواست کند. این نحوه قانون‌گذاری، نقض غرض قانون‌گذار را در پی دارد. اصولاً قائل شدن به حق حبس در نهاد حقوقی خانواده، نتایجی مغایر با ذیل اصل دهم قانون اساسی در پی دارد؛ آن‌جا که مقرر می‌شود:

«از آنجا که خانواده واحدی بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوطه باید به منظور آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی... باشد».

این در حالی است که زوجه می‌تواند در بدو عقد و قبل از ورود به زندگی مشترک، علاوه بر مهریه خود، نفقه هم مطالبه کند (به استناد ماده ۱۰۸۵ ق.م. و رأی وحدت رویه شماره ۶۳۳ مورخ ۱۳۷۸/۲/۱۴) و تمکین خاص (بنا بر نظری، حتی تمکین عام) هم نداشته باشد.

این در حالی است که برخی از فقها اذعان نموده‌اند که نصی در مسئله وارد نشده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۱: ۴۱۳/۱؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۱۴۶/۲۳) و همان‌گونه که گذشت، برخی حتی روایات مربوطه را بی‌ارتباط با مسئله مورد بحث می‌دانستند و در نهایت این روایات را حمل بر کراهت نزدیکی با زن قبل پرداخت هدیه‌ای به وی و مندوب بودن این پرداخت می‌دانستند و برخی دیگر قائل‌اند که حق حبس حداقل در نکاح دلیل روشنی ندارد.

### نتیجه‌گیری

با توجه به اصول نانوشته «سرعت» و «حسن نیت» که بر معاملات امروزه سیطره‌ای انکارناپذیر دارند و با توجه به این مهم که این اصول در صورتی رعایت می‌شوند که بر تعهدات قراردادی ضمانت اجراهای «کارآمد و مطلوب» حاکم باشد، می‌توان گفت «تضمین کارآمد و مطلوب» بدین معناست که رسیدن و اجرایی شدن خواست قراردادی طرفین را به صورت «خودکار» تأمین کند، حق حبس که فقط از بدتر شدن وضعیت قراردادی طرفین پیشگیری کرده و از ورود خسارات بعدی جلوگیری می‌کند، نمی‌تواند به عنوان ضمانت اجرا مناسب باشد. از همین رو تضمین به معنای پیشگیری و دفع (موانع در اجرایی کردن تعهدات) است ولی آنچه که حق حبس به ارمغان می‌آورد، معالجه و رفع (ضرر بیشتر) است (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۴۷/۲۳). از سویی آنچه به عنوان

ضمانت اجرا شناسایی می‌شود، باید کافی، مؤثر، پویا و فعال باشد نه منفعل و ناکارآمد، ایستا و منفی (در ابتدا خصوصیات حق حبس را برشمردیم که یکی از آن خصوصیات، منفی بودن این حق بود). با توجه به آنچه گذشت، می‌توان دستاوردهای ذیل را ارائه کرد:

۱. حق حبس، حقی مالی، تبعی، قابل ارث، دینی، منفی و قابل اسقاط و انتقال به دیگری و غیر قابل تجزیه است.

۲. حق حبس در برخی از موارد به صورت یک‌طرفه است. جعاله، اجاره، نکاح و حق‌العمل کاری از این قبیل است و این می‌تواند اماره‌ای قوی از استثنایی بودن حق مذکور باشد.

۳. بر اساس مطالعه نظر قائلین به این حق، آن‌چنان دامنه و قلمرو این حق تخصیص خورده است که نمی‌تواند به عنوان قاعده‌ای از قواعد عمومی قراردادها شناسایی شود؛ چرا که اکثر مشخصات مذکور، مشخصات نوعی هستند.

۴. بر خلاف تصور اولیه، حق حبس دارای مخالفینی است و این چنین نیست که مسئله اجماعی باشد. این نهاد دلیل روشنی از کتاب و سنت ندارد، بلکه اصطیاد فقها از قواعد باب معاوضات است.

۵. نتایج عملی این حق در نهاد خانواده، پیامدهایی را بر خلاف اهداف قانون‌گذار در قانون اساسی و قانون مدنی در پی دارد. این حق بنیان خانواده را متزلزل می‌کند و آن را به سوی نابودی سوق می‌دهد.

۶. برخی از فقها اذعان نموده‌اند که در مسئله (حق حبس در حقوق خانواده) نصی وارد نشده است و برخی حتی روایات مربوطه را بی‌ارتباط با مسئله مورد بحث می‌دانستند و در نهایت این روایات را حمل بر کراهت نزدیکی با زن قبل پرداخت هدیه‌ای به وی و مندوب بودن این پرداخت می‌دانستند و برخی دیگر قائل‌اند که حق حبس حداقل در نکاح دلیل روشنی ندارد.

با توجه به این مطالب، به نظر می‌رسد حق حبس، نهادی استثنایی است که فقط می‌توان در موارد مصرحه توسط قانون‌گذار از آن استفاده کرد و قابل تسری به موارد مشکوک نیست و از بُعد ضمانت اجرایی بودن این نهاد برای تعهدات قراردادی، کارایی لازم و جامعیت مناسب با اوصاف ضمانت اجرای مطلوب قراردادی را ندارد.

## کتاب‌شناسی

۱. احمدی، حسین علی، *اجرای تعهد قراردادی*، تهران، برهمند، ۱۳۷۵ ش.
۲. اراکی، محمدعلی، *النکاح*، قم، نورنگار، ۱۴۱۹ ق.
۳. اصغری آقمشهدی، فخرالدین و نوری فخری، «حق حبس در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰) و حقوق ایران»، *نامه حقوقی*، ج ۱، شماره ۲، سال ۱۳۸۴ ش.
۴. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ شانزدهم، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۷ ش.
۵. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمدامین، *المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. همو، *النکاح*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. آزاد، علی، *مهر، تاریخچه، ماهیت و احکام آن*، تهران، چاپ مصطفوی، ۱۳۴۱ ش.
۸. باقری، احمد و سیدمحمد طباطبایی، «حق حبس»، *مجله مطالعات اسلامی*، شماره ۶۷، بهار ۱۳۸۴ ش.
۹. بروجردی، شیخ مرتضی، *المستند فی شرح العروة الوثقی (تقریرات ابحاث آیة‌الله خویی)*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۱۱. همو، *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت تئوری موازنه*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۱۲. جیلانی قمی (میرزای قمی)، میرزا ابوالقاسم بن حسین، *جامع الشتات*، تصحیح مرتضی رضوی، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
۱۳. حسینی روحانی قمی، سیدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۴. همو، *منهاج الفقاهه*، چاپ چهارم، قم، علمی، ۱۳۷۶ ش.
۱۵. حیاتی، عباس، *مقدمه علم حقوق*، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۱۶. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۷. رستم‌باز، سلیم، *شرح معجزة الاحکام*، چاپ سوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۶ م
۱۸. رسوق، محسن، *تسلیم مبیع و ثمن و آثار آن در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰) و مقایسه آن با فقه و حقوق ایران و سوریه*، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۰ ش.
۱۹. ره‌پیک، حسن، *حقوق مدنی عقود معین (۱)*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۷ ش.
۲۰. ساعی، سیدمحمدهادی، «حق حبس؛ بررسی کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص قراردادهای بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران»، *نشریه معرفت*، شماره ۸۲، ۱۳۸۲ ش.
۲۱. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح قانون المدنی الجدید*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۵۲ م.
۲۲. شبیری زنجان، سیدموسی، *کتاب نکاح*، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۲۳. شهری، غلامرضا و همکاران، *مجموعه تفسیح‌شده قوانین و مقررات حقوقی*، چاپ دوم، تهران، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۸ ش.
۲۴. شهیدی، مهدی، *آثار قراردادهای و تعهدات*، تهران، مجد، ۱۳۸۲ ش.
۲۵. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، *هدایة الطالب الی اسرار المکاسب*، چاپ تبریز، ۱۳۷۵ ق.
۲۶. شیروی، عبدالحسین، *حقوق تجارت بین‌الملل*، ویراست دوم، چاپ هفتم، تهران، سمت، ۱۳۹۳ ش.





۵۱. موسوی، سیدصادق و مهدی ملایی، «روش‌شناسی اسلامی - ایرانی ضمانت اجرای مطلوب قرارداد در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (با نگاهی به بیانات مقام معظم رهبری)»، *فصلنامه علمی - پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال هفتم، شماره ۲۱، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۵۲. میردآداشی، سیدمهدی، «حق حبس زوجه با تکیه بر فقه امامیه»، *حقوق اسلامی*، سال ششم، شماره ۲۱، تابستان ۱۳۸۸ ش.
۵۳. نجفی، محمدحسن، *جوهر الکلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۵۴. نجفی خوانساری، شیخ موسی، *منیة الطالب*، تقریرات میرزا حسن آشتیانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۵۵. نوین، پرویز، *حقوق مدنی ۳ در عقود و تعهدات*، تهران، تدریس، ۱۳۸۴ ش.

Archive of SID

## موجز المقالات

### الطبيعة القانونية لاندماج الشركات التجارية دراسة مقارنة في الفقه الإمامية والقانون الإيراني والمصري

- سيّد عليّ رضويّ (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- سيّد محمّد رضويّ (أستاذ مساعد بجامعة بيرجند)
- محمّد رضا باسبان (أستاذ مشارك بجامعة العلامة الطباطبائيّ)

اندماج الشركات التجاريّة هي عمليّة تنتج اتّحاد الشركة أو الشركات، مع شركة موجودة أخرى أو تشكيل شركة جديدة من اتّحاد شركتين أو شركات وانقضاء المبرتر للشركة التجاريّة المندمجة من دون التصفية. الاندماج كظاهرة حديثة في القانون الإيرانيّ يؤدّي إلى تجميع رأس المال، زيادة في القوّة الاقتصاديّة والقوّة الإنتاجيّة لشركات التجاريّة. هناك خلاف بين فقهاء القانون حول الطبيعة القانونيّة لاتّفاق الاندماج. رغم أنّ بعض الكتّاب القانونيين يعتبرون الاندماج، مشروعاً تمهيدياً وغير ملزمة، إنّ الاندماج له طبيعة تعاقدية بناء على الرأى السائد بين خبراء القانون التجاريّ. مع ذلك، لا يوجد نهج واحد في توصيف طبيعة عقد الاندماج بين فقهاء القانون واعتبره البعض عقداً تمهيدياً، ووصفه آخرون بأنّه عقد معلق. على الرغم من محاولات تكييف الاندماج مع أحد

العقود المعيّنة، هناك بعض الشكوك حول نوع العقد الذي يتطابق معه الاندماج ووصفوها ببيع، حوالة، عقد مركّب من البيع وتجديد الالتزام والصلح كما يعتبر البعض أنّها عقد من العقود الخاصّة بموجب المادّة ۱۰ من القانون المدني. في هذا المقال الوصفى التحليلي، أثناء مراجعة هذه الآراء، استنتجنا استنادًا إلى المبادئ القانونيّة والقضائيّة، رغم أنّ اندماج الشركات له طبيعة تعاقدية، إلاّ أنّه لا يمكن مطابقتها مع أيّ عقد من العقود المعيّنة، وهي عقد خاصّ بموجب المادّة ۱۰ من القانون المدنيّ وبما أنّ شمول آثاره إلى أطراف ثالثة هو أيضًا بموجب القانون، فلا يوجد أيّ تضارب بينها وبين مبدأ نسبية العقود.

المفردات الرئيسة: اندماج الشركات، العقد المعين، العقد الخاصّ، طبيعة الاندماج.

### تأثير الإفلاس في معاملات المعاوضة في القانون الإيراني

- عليرضا فصیحی زادة (أستاذ مساعد بجامعة أصفهان)
- أميد حفيظي (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة أصفهان)
- محمود جلالی (أستاذ مشارك بجامعة أصفهان)
- مرتضى طيبي (أستاذ مساعد بجامعة أصفهان)

لم تتفق كلمة القانونيين فيما يتعلق بتأثير إفلاس أحد المتعاقدين في مصير العقد. فمنهم من عدّ ذلك من عوامل انفساخ العقد. وهذا الرأي يستند إلى اختلال التوازن المنشود في جميع عقود المعاوضة التي توافر القدرة على تسليم أحد العوضين. إلاّ أنّ أغلب الكتاب بيّنوا الأحكام المندرجة في المادّة رقم ۳۸۰ للقانون المدنيّ، واختيار البائع في استرجاع المبيع من المشتري أو حقّه في حبس البضاعة عند إفلاس المشتري، بيّنوها على أساس اختيار البائع في فسخ المعاملة، معبرين عنه بخيار التفليس. ليست هذه النظرية مدعومة ببعض الآراء الفقهيّة، وإنّما يعبر عنها بأنها إحدى القواعد العامّة في المعاملات، لكنّها أوّلًا لا ينصّ القانون المدنيّ إليها بصراحة، والأغلب في تعابير فقهاء الشيعة أنّهم يعبرون عنها بـ«حقّ الاسترجاع» وليس «خيار التفليس». ثانيًا إنّ هذه النظرية لا تنسجم مع بعض القواعد المماثلة لهذا الموضوع في قانون التجارة. ثالثًا في إطار التحليلات القانونيّة المدنيّة البحتة يمكن جمع مبادئ هذه النظرية بشكل أمثل مع الحفاظ على لزوم العقد وفي الوقت نفسه مع اعتبار البائع «دائنًا مقدّمًا على سائر

المفردات الرئيسة: خيار التفليس، حقّ التقدّم، نظريّة التوازن، الفسخ، الإفلاس .

## الاعتبارات العقلانيّة في تحليل أساس الشخصية القانونيّة

□ قاسم نخعي بور (أستاذ مساعد بجامعة بيرجند)

□ محمّد عليّ سعيديّ (أستاذ مساعد بالجامعة الرضويّة للعلوم الإسلاميّة)

اعتبار الشخصية القانونيّة للأشخاص الاعتباريّة أو المعنويّة حظى بقبول واسع في أوساط العقلاء وكثير من الفقهاء المعاصرين، وإنّما الخلاف والنقاش يتركز على أساس قبول هذه الشخصية وهي التي نعتبرها للقضايا غير الواقعيّة. فقد طُرحت آراء متعدّدة في هذا المجال أشهرها رأيان وهما: نظريّة الشخصية الحقيقيّة والأخرى نظريّة الشخصية الافتراضيّة للشخص الاعتباريّ، وبالطبع ينحاز القانونيون إلى أحدهما. كما وُجّهت انتقادات كبيرة إلى كلتا النظريّتين، لذلك نحن في هذا المقال بصدد إثبات كون الشخصية الاعتباريّة شخصيّة متّفقًا عليها، وهذا ما يستفاد من كلام الفقهاء. وعلى وفق هذا الرأي إنّنا نضفي طابعًا قانونيًا على موضوعات غير إنسانيّة، انطلاقًا من الاتفاق الذي أبرم بين الأشخاص الطبيعيّين، وهو اعتبار عقلائيّ.

المفردات الرئيسة: أساس الشخصية الاعتباريّة (المعنويّة)، نظريّة الواقع والافتراض، الاتفاق، الاعتبار العقلائيّ.

## المبادئ الفقهيّة - القانونيّة للخيار الناجم عن تفكيك التزامات العقد،

### ووظائفه

□ أحمد مرتاضيّ (أستاذ مساعد بجامعة تبريز)

□ مهديّ صفرخانيّ (ماجستير في الفقه والقانون الإسلاميّ)

أحد المباحث المدروسة في الكتب الفقهيّة والقانونيّة، هو الخيار الناجم عن تفكيك العقد، فقد تناوله القانونيّ المدنيّ الإيرانيّ ضمن الموادّ التالية: ٤٤١، و٤٤٢، و٤٤٣. والمهمّ في هذا المضمّن هو دراسة المبادئ الفقهيّة والقانونيّة التي تُثبِت هذا الخيار. ويمكن القول باختصار أنّ خيار تبعض الصفقة في الحالات التي يبطل فيها عقد البيع

على سبيل المثال بالنسبة إلى بعض المبيع لجهة؛ ففي هذه الحالة يمكن للمشتري فسخ البيع، أو أن يكون راضياً بالبيع ويسترد ثمن الجزء الباطل في البيع. وبالطبع ينبغي الالتفات إلى أن هذا الخيار لا يخص البيع، بل يجري في جميع عقود المعاوضة. وفي خيار تبعض الصفقة شرطان أساسيان: أحدهما بطلان بعض من المبيع، والآخر هو جهل المشتري بالبطلان المذكور أثناء الصفقة. هذا وقد طرحت مبادئ فقهية - قانونية متعدّدة لخيار تبعض الصفقة؛ لكن يمكن في مقام التحقّق والإثبات، الاستناد إلى «نظرية عدالة المعاوضة» و«نظرية الخطر» باعتبارهما مبدئين قانونيين لخيار تبعض الصفقة، وفقهياً يمكن الاستناد إلى «مصادق كون تبعض الصفقة عيباً»، و«مصادق إهمال الشرط القائل بكون تبعض الصفقة ضمنياً»، و«قاعدة نفي الغرر»، و«قاعدة لا ضرر».

المفردات الرئيسة: المبادئ، الخيار، تبعض الصفقة، الانحلال، تفكيك العقد، الفقه الإمامي، القانوني.

### نظرية كون طبيعة التنفيذ واقعا قانونيا في الفقه والقانون الإيراني

□ سيد أبو القاسم نقيبى (أستاذ مشارك بجامعة الشهيد مطهرى)  
 □ إلهام مغزى نجف آبادى (طالبة دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة طهران)

العقد غير النافذ من العقود غير الصحيحة، ويُعدّ ناقصاً من المنظور القانوني، وإذا نُفِّدَ في وقت لاحق، عاد صحيحاً ومعتراً به، وتترتب عليه جميع الآثار الشرعية والقانونية اللازمة. ثمة خلاف يدور بين الفقهاء والقانونيين حول وصف وتحليل الطبيعة القانونية للتنفيذ. فبعض يعدّه واقعا قانونياً بينما البعض الآخر يراه فعلاً قانونياً. تركّز هذا البحث على تعزيز النظرية القائلة بكون طبيعة التنفيذ واقعا قانونياً؛ لأنّ طبيعة العقد يتمّ إنشاؤه في العقود غير النافذة، والحلقة المفقودة هي رضا المالك، فإذا حصل هذا الشرط (رضا المالك)، حصل المشروط أيضاً؛ بل من المستحيل عقلاً إنشائية (كون التنفيذ فعلاً قانونياً) التنفيذ؛ لأنّ الرضا كيفية نفسانية ومن الأمور الحقيقية والواقعية وليس اعتبارياً؛ في حين أنّ الإنشاء يرتبط بالأمور الاعتبارية. ينبغي التنبّه إلى أنّ مجرد الرضا الباطني لا يفى بالغرض في حصول التنفيذ؛ بل يجب في منظور العقلاء إظهار الرضا لتنفيذ العقد.

المفردات الرئيسة: التنفيذ، الرضا الباطني، الواقع القانوني، الفعل القانوني، الإنشاء.

## الشرط الفاسخ في عقد الوقف، دراسة تحليلية فقهية وقانونية

٣٣٣

- سيّد مهديّ قريشي (أستاذ مساعد بجامعة أورمية)
- محمّد حسن جوادى (أستاذ مساعد بجامعة أورمية)
- حامد رحمانى (طالب دكتوراه فى الفقه والقانون الإسلامى بجامعة أورمية)

لم يُبدِ الفقه رأياً خاصاً فيما يتعلّق بصحة الوقف المشروط بالشرط الفاسخ أو بطلانه؛ إلا أنّ الفقهاء تطرّقوا إلى نوع من الوقف يشترط فيه الواقف إعادة المال الموقوف إليه فى حال الحاجة إلى المال، وأدلوّ بأراء متباينة تراوح بين الصحة، والبطلان، والصحو تحت عنوان الحبس. ولما كان استجلاء الرأى الصحيح يترك تأثيراً مباشراً فى «إمكان إدراج الشرط الفاسخ فى عقد الوقف»، فسُلّطت هذه الدراسة الضوء على الآراء الفقهية، سعياً لإثبات الرأى القائل بـ«صحة الوقف المشروط بإعادة المال الموقوف إلى الواقف عند الحاجة» ومن خلال دراسة قانونية فى دلالة الشرط الفاسخ، اعتبرته منطبقاً على الشرط المذكور فى عقد الوقف، ولذلك خلصت إلى إمكان إدراج الشرط الفاسخ فى عقد الوقف، وأنّ شرط «إعادة الموقوف إلى الواقف عند الحاجة»، مظهر من مظاهره البارزة. المفردات الرئيسية: الشرط الفاسخ، عقد الوقف، إعادة الموقوف، شرط الرجوع.

### تحليل كفيّة انعقاد الحوالة

#### (دراسة نقدية فى المادّة رقم ٧٢٥ من القانون المدنى)

- محسن مهديان (طالب دكتوراه فى القانون الخاص بجامعة طهران)
- أحمد باقرى (أستاذ بجامعة طهران)

عقد الحوالة من العقود العهديّة التى ينتقل فيها الدين من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه. على الرغم من عقد الضمان، فلا خلاف فى أثر عقد الحوالة بين الفقهاء حيث يعدّون الحوالة نقل الذمّة، لكن هناك خلافات كثيرة فى أركان هذا العقد وكفيّة انعقادها. فمن الفقهاء من عدّ الحوالة مكوّنة من إيجاب واحد وقبولين، ومنهم من ميّز بين انعقاد الحوالة للبرىء ومشغول الذمّة. وهناك آخرون يرون رضا الأطراف الثلاثة مؤثّراً فى انعقاد الحوالة دون تحديد القابل. وتأثّر المشرّع أيضاً باختلافات الفقهاء، فقد عدّ رضا المحتال وقبول المحال عليه باعتبار الطرف الآخر فى العقد، مؤثّراً فى انعقاد

الحوالة، وذلك في المادة رقم ٧٢٥ حيث عدّ بما لا يقبل الجدل والمراء طرف الإيجاب بأنّه هو المحيل. وعلى أساس نتائج هذه الدراسة، إنّ المحيل والمحتال من الأركان التي بها يتمّ العقد، والحوالة بجميع أقسامها تتحقّق بإيجاب المحيل وقبول المحتال. بيد أنّه يشترط رضا المحال عليه في الإحالة إلى البريء ومشغول الذمّة إذا افترضنا الحوالة بغير جنس الحقّ الذي للمحيل. وذلك يعنى أنّه لا دخل له في انعقاد الحوالة وتحققها، لكن نفوذ العقد ولزومه يتوقّفان على رضاه، ويمكن أن يعبر عن رضاه تزامناً مع العقد أو قبله أو بعده. وفي هذين الفرضين، تتحقّق الحوالة بإيجاب المحيل وقبول المحتال، وتتمّ برضا المحال عليه. وعليه فإنّ عقد الحوالة ليس متركّباً من إيجاب واحد وقبولين أو إيجاب واحد ورضا اثنين أو ثلاثة، بل إنّ مثل العقد الفضوليّ الذي يُعدّ من انعقاده حتّى استقراره، حصيلة إيجاب واحد، قبول واحد ورضا واحد.

المفردات الرئيسية: الحوالة، الحوالة للبريء، الإيجاب والقبول، انتقال الدين، الرضا.

### نقد على نظرية الماهية المعاوضيّة لنفقة الزوجة

- مرتضى حاجي بور (أستاذ مشارك بجامعة الشهيد مدنيّ آذربيجان)
- أصغر زيرك باروقّي (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد مدنيّ آذربيجان)

على الرغم من أنّ النفقة تُعدّ من الحقوق القانونيّة المعترف بها للزوجة، إلّا أنّها ستُحرّم منها في حال نشوزها بحيث تفقد استحقاقها لاستلام النفقة. الأمر الذي أفضى إلى غلبة الرأي الفقهيّ المشهور القاضي بكون النفقة عوضاً عن التمكين. سعت هذه الدراسة إلى تقييم هذا الموقف الفقهيّ المشهور بالمنهج الوصفيّ - التحليليّ مع الأخذ بعين الاعتبار المواقف الفقهيّة والقانونيّة وكذلك الآراء القضائيّة ومخرجات استشارات الدائرة الحقوقية للسلطة القضائيّة في إيران الإسلاميّة. والدراسة تقوم على الفرض القائل بأنّ النكاح عقد غير ماليّ، وعليه فيمكن القول بأنّه أولاً: النفقة ليست عوضاً عن تمكين الزوجة في ضوء فقدان الشرائط والأحكام المعاوضيّة في النفقة، وعلى وجه الخصوص فقدان حقّ الحبس للزوجة بشأن استحقاقاتها من النفقة، وغياب حقّ الفسخ عند إعسار الزوج و...، وثانياً: حرمان الزوجة الناشرة بسقوط نفقتها، يُعدّ ضماناً للتّنصّل من واجباتها تجاه زوجها.



المفردات الرئيسية: النفقة، النشوز، التمكين، حقّ الحبس والفقهاء.

٣٣٥

## دراسة في قاعدتي التسليط ولا ضرر في حيازة ثكنات الجيش للعقارات المجاورة

- جمال نيك كار (ماجستير في القانون الخاص)
  - محمود إمامي نميني (أستاذ مساعد بجامعة العلامة المحدث النوري)
- ممارسة حقّ الملكية في القانون الإيراني تخضع لقواعد وشروط وضّحتها المادة رقم ١٣٢ للقانون المدني. فعلى أساس هذه المادة إذا أفضت ممارسة حقّ الملكية إلى إلحاق ضرر بالآخر، يجب ممارستها في «الحدود المألوفة» ولـ «سدّ الحاجة أو دفع الضرر»، تفادياً لأيّ مسؤوليّة لصاحب الحقّ. واليوم تثير مجاورة ثكنات الجيش للعقارات ووقوعها في أحضان المدن قضية يُعبّر عنها باعتيادية أو عدم اعتيادية حيازة الأراضي من جانب ثكنات الجيش ومسؤوليتها. ومن جهة أخرى سببت المادة ١١ من قانون المسؤولية المدنية حصانة ثكنات الجيش وقواعده إزاء حيازتها الضارة لأنها لا تحمّل الجهات الحكومية أيّ مسؤوليّة. هدفت هذه المقالة إلى دراسة تصرفات قواعد الجيش في ضوء قيود المادة ١٣٢ وكيفية حماية المشرّعين عن المتضرّرين بتصرفات الجيش. خلصت الدراسة إلى أنّ حيازة الجيش للمناطق السكنية أمر غير متداول مع الأخذ في الحسبان المادة ١٣٢ وعند مجاورة ثكنات الجيش لتلك المناطق، ويجب على قواعد الجيش وثكناته أن تتحمّل مسؤولياتها عن حيازتها.
- المفردات الرئيسية: ثكنات الجيش وقواعده، الحيازة الضارة، عدم الاعتيادية، المسؤولية المدنية، ممارسة السيادة.

### الشكّ في موضوع الصفقة

- علي رضا عالي بناه (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد بهشتي)
  - عباس ماجدي (طالب ماجستير في القانون الخاص بجامعة الإمام الصادق عليه السلام)
- يعترينا «الشكّ في موضوع الصفقة» عادة حينما يتعلّق الإنشاء المؤكّد لطرفي الصفقة ببعض المردّد من شيئين أو أكثر. فقد منع مشهور فقهاء الإمامية وأيضاً بعض القانونيين

الشكّ في موضوع الصفقة واعتبروه قاذحاً في صحّة الصفقة بناء على جملة أدلّة، ومنها: الإجماع، والاستناد إلى بعض الروايات، استحالة الشخص الشاكّ المتردّد، الإبهام، الغرر، عدم قابليّة هذه الصفقات للتنفيذ، السفهية، القياس بصلح المرّدّد وكون الإنشاء مخدوشاً. والقانون المدنيّ الإيرانيّ أيضاً، بتأثر من القول المشهور، عدّ «تعيّن موضوع الصفقة» لصحّتها شرطاً أساسياً. هذا المقال، أثبت صحّة الصفقة التي موضوعها مشكّك من خلال نقد أدلّة منع الشكّ في موضوع الصفقة، والاستناد إلى أدلّة أخرى كالإطلاقات والعمومات، والروايات المأثورة في باب النكاح، ووصيّة المرّدّد ونذره، كما أنّ الباحث توصل إلى إمكان تسرّي حكم الصحّة إذا كانت المجموعة، مكوّنة من أفراد بأسعار مختلفة، وانتهى الباحث إلى اقتراح آليتين لتحديد موضوع الصفقة، وهما: الاشتراط والقرعة.

المفردات الرئيسة: الشكّ، موضوع الصفقة، الكلّي في المعين، الفرد المتردّد، الغرر، القرعة.

## اعادة دراسة في قاعدة حقّ الحبس

### (تقييم مدى فاعليّة حقّ الحبس مع أخذ إطاره التنفيذيّ بنظر الاعتبار)

- مصطفى شاهبازيّ (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلاميّة)
- عباس قاسميّ حامد (أستاذ بجامعة الشهيد بهشتيّ)
- محسن جهانگيريّ (أستاذ مشارك بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلاميّة)
- رضا حق پناه (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلاميّة)

لقد تمّ التنبّي لكفالات تنفيذيّة في القانون المدنيّ الإيرانيّ المقتبس من الفقه وذلك للحيلولة دون خرق القرارات المعقودة. وتنقسم هذه الكفالات إلى قسمين: القانونيّة والمعقودة بين الجانبين، فقد عدّ حقّ الحبس من الكفالات التنفيذيّة من منظار القانون المدنيّ الإيرانيّ للوقاية من نقض الكفالات المعقودة. فالسؤال الأساس أمام هذه الدراسة هو أنّه هل كان استخدام حقّ الحبس من قبل ذويه ناجحاً في الحيلولة دون خرق القرارات أم لا؟ يمكن الردّ على هذا السؤال بعد ذكر الميزات الأصليّة للكفالات التنفيذيّة المرمومة إلى جانب دراسة النطاق التنفيذيّ لحقّ الحبس ونتيجة الأمرين هي

أولاً أنّ حقّ الحبس فاقد لعدد من الضمانات التنفيذية المعقودة، وثانياً أنّ نطاقه لم يشمل إلا بعض العقود فحسب، وثالثاً أنّه صار في بعض العقود حقاً لطرف واحد من الطرفين لا لكليهما. فحصيلته الدراسة هذه أنّ حقّ الحبس ليس من القواعد العامة ولا يليق بأن يُعتبر من الضمانات التنفيذية المعقودة. ومن الجدير بالذكر أنّه تمّ تحليل المسألة وتحقيقها في هذه الدراسة عبر علم الاجتماع القانوني.

**المفردات الرئيسية:** حقّ الحبس، الكفالات التنفيذية القانونية، تسليم الثمن والتمن، ميزات الضمانات التنفيذية المعقودة المرموقة، إمكانية خرق القرار، القبض.

### المبادئ الفقهية للمسؤولية المدنية؛ نظرة تقويمية

- حسين هوشمند فيروز آبادي
- أستاذ مساعد بجامعة آية الله بروجردي

هناك مبدءان فقهيان في أساس المسؤولية المدنية: الاستناد العرفي للتلف إلى الضار، واحترام المتضرر. السؤال الذي ينقدح هو: أيّ المبدئين الفقهيين يمكنه تبرير الضمان الذي هو حكم وضعي وتبني عليه المسؤولية المدنية؟ رفض الكاتب في هذا المقال الرأي القائل بوضعية ضمان العاقلة، معتبراً إياه مبطلاً لنظرية الاستناد العرفي، وبالتالي أكد إلزامية ضمان العاقلة، وعزا رفض نظرية الاستناد العرفي بوصفه مبدأ فقهيًا، إلى عدم تحديد الضوابط والمعايير الثبوتية والخلط بين مبدأ المسؤولية المدنية وأحد أركانها (علاقة السببية). وبالتالي أيد الباحث في ضوء الأدلة النقلية المرتبطة بالاحترام، استخراج الحكم الوضعي للضمان من بعض الآيات القرآنية كمنع أكل المال بالباطل، وبعض الروايات مثل: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه»، وأثبت حدود نظرية الاحترام في الخسائر البدنية، والمالية والمعنوية بالنسبة إلى المسلم وغير المسلم، وتبني «الاحترام» مبدأ فقهيًا للمسؤولية المدنية.

**المفردات الرئيسية:** الاستناد العرفي، الضمان، الاحترام، الحكم الوضعي، الحكم الإلزامي، العاقلة، مبدأ المسؤولية المدنية.