

موضوع عقد و موضوع تعهد (ات قراردادی)؛ وحدت یا دوگانگی^{۱، ۲}

چکیده

توصیف صحیح مفاهیم و عناوین در علم حقوق از اهمیت بسزایی برخوردار است چراکه؛ در دستیابی به الگوریتم (روش حل مساله به صورت گام به گام) و آموزش نقش بی بدیلی را ایفا می کند. یکی از مسائل مورد مناقشه که تاکنون حل نشده و سوال اصلی نگاره پیش رو را تشکیل می دهد، آن است که علیرغم تغایر مفهومی «عقد» و «تعهد»، موضوع این دو نیز متغایر است یا خیر؟ به عبارت دیگر، بین موضوع این دو چه نسبتی از نسب اربعه، صادق است؟ در بین نویسندگان حقوقی اختلاف نظر است. برخی قایل به وحدت و برخی قایل به دوگانگی بین موضوع عقد و تعهدات قراردادی هستند. به نظر می رسد هیچ کدام از این دو نظر به اطلاقتشان نمی تواند صحیح باشد و هر کدام قسمتی از واقعیت را بیان می کنند. در این نوشتار که با گردآوری داده ها از منابع کتابخانه ای و با استفاده از روش تحلیلی-توصیفی نسبت به کشف حکم و تحلیل آن اقدام شده، این نتیجه در دسترس قرار می گیرد که باید بین این دو مفهوم در حالت مصدری و اسم مصدری (اسم مفعولی و محضولی) تفاوت قایل شد. در عقود تملیکی موضوع عقد و موضوع تعهد یکی است ولیکن در عقود عهدی موضوع تعهد (در معنای محضولی) با موضوع عقد متفاوت است. موضوع تعهد در عقود عهدی مال یا عمل است درحالی که موضوع عقد در این عقود ذمه و عهده فرد متعهد است. از همین جا روشن می گردد که نسبت بین موضوع عقد و موضوع تعهد در عقود تملیکی، «تساوی» و در عقود عهدی، «تباين» است.

کلید واژه: تعهد، عقد، معامله، قرارداد، موضوع، مورد

^۱ . دکتر روح الله آخوندی، استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران Akhoundi@pnu.ac.ir

^۲ . دکتر مصطفی شاهبازی، دانش آموخته سطح چهار حوزه علمیه خراسان، مشهد، ایران Shahbazimostafa@gmail.com

مقدمه

یافتن ساختار منسجم و منطقی در هر علمی بالاخص رشته ای همچون حقوق که با مفاهیم اعتباری سروکار دارد، از اهمیت ویژه ای برخوردار است. یافتن ارتباط بین مفاهیم و پیدا کردن نسبت مفاهیم با یکدیگر نه تنها در امر آموزش بسیار موثر است، بلکه در ارایه الگوریتم صحیحی در آن رشته از علم، نقش بسیار با اهمیتی ایفا می کند. همچنین در اتخاذ تصمیمات حقوقی صحیح و غیرقابل خدشه، جایگاه غیرقابل انکاری دارند. یکی از موضوعات مورد مناقشه که اهمیت نظری دارد، بحث مساله تحقیق پیش روست. این بحث به این اعتبار که علاوه بر علم حقوق در علوم دیگر مانند اقتصاد و حسابداری و مدیریت مالی نیز منشا اثر است از اهمیت مضاعفی برخوردار است (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۵).

در ابتدا باید تقریر درستی از محل نزاع داشت. بدین منظور دو امر را باید تبیین نمود. نخست آن که؛ به طور کلی رابطه بین عقد و تعهد، عموم و خصوص مطلق است. چراکه هر عقدی، تعهد است اما هر تعهدی، عقد نیست. به عبارت دیگر، عقد یکی از مصادیق تعهد است در حالی که ممکن است تعهدی به وجود آید در حالی که عقدی در میان نباشد همچون الزامات خارج از قرارداد یا سایر الزامات قانونی. آن چه که این پژوهش درصدد تبیین آن برآمده، تبیین نسبت بین موضوع عقد و موضوع تعهدات قراردادی است و به سایر تعهدات یا تعهد در موضوع عام کاری ندارد. به عبارت دیگر در هر عقدی، تعهد یا تعهداتی وجود دارد که وجود آن ها از آن عقد ناشی می شود. این پژوهش درصدد پاسخ به این سوال است که نسبت بین موضوع عقد با موضوع تعهدات قراردادی چیست؟ این دو اصطلاح، در قانون مدنی و سایر قوانین چندین بار بکار رفته است که برخی از نویسندگان به علت عدم درک صحیحی از این مفاهیم، این دو مفهوم را بایکدیگر خلط کرده اند (رضا نوری، ۱۳۷۵: ۷).
امر دیگری که باید متذکر شد آن است که بین «موضوع» و «مورد»^۱ تفاوت است. «علیرغم تفاوت «موضوع» با «مورد»، این تحقیق، بین این دو تفاوتی قایل نیست و با اغماض «مورد» را همان «موضوع» و بالعکس، می داند.

^۱. محل ورود یا حلول موضوع معامله.

^۲. غالباً فقهای امامیه (حتی فقهای معاصر) در «کتاب الاجاره» به مناسبت تبیین «مورد اجاره» به توصیف «مورد» می پردازند. در هر قرارداد یا معامله ای، هم موضوع و هم مورد وجود دارد. موضوع (یا همان مایه) عقد، می تواند ایجاد تعهد یا سقوط آن و یا تملیک باشد این امور به مال یا عملی تعلق می گیرد که همان «مورد معامله» است. به بیان دیگر، موضوع عقد، چیزی است که عقد بخاطر آن و برای آن وضع شده است؛ مثلاً موضوع عقد بیع، «تملیک عین» و موضوع عقد اجاره، «تملیک منفعت» است این در حالی است که مورد معامله، مال یا عملی است که موضوع عقد بدان تعلق می گیرد. از این رو به مورد معامله می توان «متعلق موضوع عقد» نیز اطلاق کرد (محقق داماد، و دیگران، ۱۳۹۳: ۳۷۷، ۲). فقها از «مورد

درخصوص پیشینه پژوهش باید گفت هرچند در خصوص موضوع تعهد یا موضوع معامله پژوهش‌ها و آثار زیادی نگارش یافته است، لیکن جهت و رویکرد این آثار و تحقیق‌ها با رویکرد و جهت پژوهش حاضر به‌طور کامل متفاوت و متمایز است و از این جهت نوشتار پیش‌رو دارای نوآوری بوده و بی‌سابقه است. به‌عنوان مثال در مقاله «تأملی بر مفهوم تعهد و التزام در فقه امامیه و حقوق ایران» اثر نصراله جعفری که در شماره ۳ (پیاپی ۲۵) مجله مطالعات حقوقی چاپ شده، چنان‌که از عنوان آن پیداست تنها مفهوم شناسی دو واژه تعهد و التزام و تمایز میان آن‌ها مورد بحث قرار گرفته است. در رساله دکتری «مطالعه تطبیقی ماهیت دین و تعهد و کارکرد آن در نظام‌های حقوقی رومی، رومنی، کامن‌لا و اسلام» اثر نویسنده مذکور، مولف پس از ارائه تعاریفی از این دو مفهوم و نسبت‌سنجی میان این مفاهیم، به کارکردهای آن‌ها در نظام‌های مذکور پرداخته است بدون آن‌که به تفاوت میان موضوع تعهد و موضوع عقد پرداخته باشد. به همین شکل می‌توان به پژوهش‌هایی مانند «دوگانگی علت و موضوع و آثار آن از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و فرانسه»، اثر مهدی شهابی و نفیسه جعفری (مجله پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره ۲، پیاپی ۴)؛ و «تعیین مورد معامله» اثر دکتر عیسی امینی (مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل (پیش شماره ۱)؛ و «تحلیل ماهیت عقد عهدی با بازخوانی مفهوم تعهد در حقوق ایران» نوشته حامد خویباری و سیدمحمد صادق طباطبایی (مطالعات فقه اسلامی و مبانى حقوق، شماره ۴۳ - شماره پیاپی ۴۳) و نیز «کالبد شکافی مفهوم تعهد» اثر احمد دیلمی (دانشنامه‌های حقوقی پاییز ۱۳۹۸ شماره ۴) و .. اشاره نمود که هرچند بی‌ارتباط به موضوع ما نیستند، اما واقعاً با مساله اصلی پژوهش حاضر بیگانه هستند.

معامله» به «معهودٌ علیه» تعبیر می‌کنند و در عقود معاوضی تعبیر عوضین را به کار می‌برند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱). در خصوص موضوع معامله طرفین قصد انشایی ندارند، بلکه قصد استعمالی دارند بدین معنا که طرفین از قالب‌های پیش ساخته‌ی قانونگذار، فقط استفاده می‌کنند. برخلاف مورد معامله که طرفین قصد انشایی دارند بدین معنی که طرفین در هنگام ایجاد عقد نسبت به آن تصمیم‌گیری می‌کنند. با توجه به این مطالب روشن می‌گردد که «موضوع» جنبه نوعی داشته و در همه افراد آن عقد یک امر است برخلاف «مورد» که جنبه شخصی داشته و در هر فردی از آن عقد متفاوت است. در نظام حقوقی ایران مورد معامله از جهات مختلفی همچون وضعیت منطقی، ماهیت و خصوصیات نوعی و شخصی مورد تقسیم‌بندی قرار گرفته است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۸۰-۲۷۹). از حیث منطقی که در آن صرفاً منطق شکلی و ریاضی حاکم است، مورد معامله به عین معین، در حکم معین و کلی فی‌الذمه تقسیم شده است. اقسام مورد معامله محدود به این صور سه‌گانه هستند به گونه‌ای که مورد معامله‌ای غیر از این صور قابل تصور نیست و در هر معامله، فقط یکی از این موارد می‌تواند، مورد معامله قرار بگیرد. قانون مدنی ایران در بند ۳ ماده ۱۹۰، «معین بودن موضوع را که مورد معامله باشد»، از شرایط اساسی صحت معامله دانسته است. درباره نحوه نگارش این ماده باید گفت: گویا قانون‌گذار ایرانی برای احتراز از تعبیر فرانسوی «موضوع تعهد»، از واژه «مورد» استفاده کرده تا عنوان جامعی برای همه معاملات عهدی و غیرعهدی باشد حال آن‌که در ادامه در موارد بسیاری از جمله مواد ۲۷۵، ۲۷۷ تا ۲۷۹ تا و ۶۳۷ به اصطلاح خود پایبند نمانده است (عالی پناه و ماجدی، ۱۳۹۸: ۲۴۵).

پژوهش حاضر از یک مقدمه و سه مبحث تشکیل شده است. در مبحث اول و دوم به تعریف عقد و تعهد قراردادی و موضوع آن ها پرداخته شده و در مبحث سوم، بعد از ارائه تعریف دقیقی از موضوع عقد و تعهد، به نسبت سنجی بین موضوع این دو و رایه نظریه منتخب در این خصوص پرداخته شده است.

۱. عقد و موضوع آن

عقد یک مفهوم اجتماعی است و هنگامی واقع می شود که دو شخص درباره موضوع خاصی با هم تراضی کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱، ش ۲۸۳). این مفهوم اعتباری با این که عینیت و واقعیت ندارد، ولی دارای گونه ای هستی و وجود است که سایه خود را بر همه شئون اجتماعی و حتی بر امور واقعی گسترده است (شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۳-۳۲).

۱-۱. عقد

در ابتدا به نظر می رسد، تبیین مفهوم «عقد» و تمایز آن با مفاهیم مشابه همچون «قرارداد» و «معامله»، ضروری است. تعاریف قوانین خارجی [در خصوص عقد] هیچ مبنای علمی ندارد (ماده ۱۴۵ ق.م. آلمان و ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه). به همین جهت چون به برات رسیدند نتوانستند داوری کنند که آیا برات عقد است یا ایقاع (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۴۹۵) فقها، مفهوم عرفی عقد را انشا و ایجاد دانسته اند.^۱ چرا که؛ نص شرعی در تعریف عقد، وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۴۹۵). در متون فقهی عقد عبارتند از: «انشای ماهیتی که دارای آثار حقوقی است»؛

۱. «و هو فی اصطلاح الفقهاء عبارة عن إنشاءین متلازمین ابتدائی و مطاوعی معقود أحدهما بالآخر فی وعاء الاعتبار»؛ (مشکینی، ۳۷۷).

لذا انتقال مالکیت یا پیدایش تعهد، از آثار عقد است نه ماهیت آن.^۱ برخی از حقوقدانان عقد را به «توافق دو یا چند اراده به منظور ایجاد آثار حقوقی» تعریف کرده اند (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ۲۴). این تعریف دچار خدشه است. زیرا در تحلیل مفهوم عقد، «قصد انشا»، عنصر اصلی و اساسی عقد است. لذا عنوان «تراضی یا توافق» نمی تواند بیان کننده تمام واقعیت و ماهیت عقد باشد. چراکه؛ مادامی که تراضی و توافق با «قصد انشا» همراه نباشد، عقدی محقق نخواهد شد. «قصد انشا» بمنزله روح عقد است که بدان حیات می بخشد.

از همین جا تفاوت عقد و قرارداد در فقه مشخص می شود.^۲ چراکه؛ عقد علاوه بر این که همیشه با قصد انشا همراه است علی الاصول برای ایجاد تعهد واقع می شود. اما هر قراردادی دارای جنبه الزام آور نیست و ایجاد تعهد نمی کند بلکه موضوع برخی از قراردادها ایجاد، اسقاط و تغییر حق یا تکلیف است. بنابراین رابطه عقد و قرارداد در این معنا، «عموم و خصوص مطلق» است. چراکه؛ هر عقدی، قرارداد هست ولی هر قراردادی، عقد نیست، هر چند که برخی از نویسندگان معتقدند که بین «قرارداد» و «عقد» تفاوت معناداری وجود ندارد و این دو در یک معنا به کار می روند (شیروی، ۱۳۹۶: ۱۰).

ناگفته نماند که قرارداد دارای یک معنای انحصاری نیز می باشد که در این معنا با عقد (ایجاد یک ماهیت حقوقی) مترادف است. اما در همین معنا نیز، بین مصادیق این دو (عقد و قرارداد) تفاوت وجود دارد. چراکه؛ «عقد» به «عقود معینی» همچون بیع، اجاره و وکالت گفته می شود، در حالی که «قرارداد» به «عقود غیر معین» اطلاق می گردد. اما با وجود همه این مطالب باید خاطر نشان ساخت که، فقها، مفهوم عرفی عقد را مدنظر داشته و آن را «انشا و ایجاد» می دانند و بعید است که حقوقدانان معنی متعارف عقد را چیزی جز این بدانند، زیرا منظور آنان از عقد در اصطلاح حقوقی عبارتند از: «توافق بر ایجاد یا انتقال تعهد یا تغییر و پایان دادن آن است» (سپهری، ج ۱، ۱۳۷). پس آن چه که در این میان اهمیت دارد وجود توافق بر ایجاد نوعی اثر حقوقی است که با مفروض بودن آن فرقی بین عقد و قرارداد وجود نخواهد داشت (عمید زنجانی، ۹). از لحاظ حقوقی نیز می توان اذعان داشت، ماده ۱۸۳ ق.م. ایران که مقتبس از ماده ۱۱۰۱ ق.م. فرانسه^۳ است، عقد را چنین تعریف کرده: عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در

۱. «فالعقد ليس التزاما ولا ربطا ولا ارتباطاً... بل الذي ينشأ به هو التملك أو المبادلة و لازمة عقلا و شرعاً هو التعهد و الالتزام»؛ (نجفی، ۱۳۵۹ هـ، ج ۱، قسم ۱، ص ۱۱۸).

۲. ناگفته نماند در حقوق کامن لو، «قرارداد» به توافقی اطلاق می شود که از لحاظ حقوقی الزام آور باشد (شیروی، ۱۳۸۲، ۲۳).

۳. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نماید و مورد قبول آن‌ها باشد. در این تعریف واژه «امر» شامل امور ایجابی (تملیک) و سلبی (اقاله) می‌باشد. دکتر لنگرودی معتقد است: ق. م. ف. اهداف عقد را منحصر در سه چیز ساخته در حال که ق. م. ما از کلمه امر استفاده کرده است (لنگرودی، ۱۳۷۹، ۱۵۶).

معامله^۱ مصدر باب مفاعله از ریشه «عمل» است که اثر پذیری و طرفینی بودن عمل (مطاوعه)^۲ از جمله خصوصیات این باب است. معامله در سه معنای عام، خاص و اخص به کار رفته است. در معنای عام معامله در مقابل عبادت به کار می‌رود و به هر فعلی که نیازمند نیت و قصد قربت نباشد، اطلاق می‌شود. در فقه معروف و مرسوم است که بخش عبادات مقدم بر معاملات بحث می‌گردد. در معنای خاص معامله به اعمال حقوقی (عقد و ایقاع) اطلاق می‌شود. در معنای اخص معامله شامل عقود مالی معوض می‌گردد و لذا نکاح را دربر نمی‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۶۶۴، ش ۵۲۹۵).

از لحاظ حقوقی و در ادبیات حقوق دانان، میان عقد و معامله و قرارداد تفاوتی وجود ندارد. قانون مدنی در ماده ۱۸۳ در تعریف عقد گفته است: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». از جمله ایرادات این تعریف می‌توان به چند مورد اشاره کرد:

نخست، این تعریف عقود تملیکی را در بر نمی‌گیرد و فقط منحصر به عقود عهدی است.

دوم، این تعریف عقود معوض را در بر نمی‌گیرد و منحصر به عقود غیر معوض است.

سوم، این تعریف میان دو مفهوم عقد و تعهد خلط کرده است، چرا که؛ عقد را معادل تعهدی دانسته است که یک یا چند نفر در برابر دیگران برعهده گرفته‌اند و مورد قبول آن‌ها قرار گرفته است (شهیدی، ۱۳۷۷: ص ۳۶ به بعد و کاتوزیان ۱۳۷۶، الف، ج ۱: ص ۱۵ به بعد). برای رفع این ایرادها اساتید تعریفی متفاوت از عقد یا معامله ارائه داده‌اند. برخی اساتید در تعریف عقد گفته‌اند: «توافق دو یا چند اراده است که به‌مظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود» (کاتوزیان ۱۳۷۶، الف، ج ۱: ۲۱، ش ۱۰). برخی دیگر نیز «همکاری متقابل دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی» (شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۹، ش ۱۰) را تعریف عقد دانسته‌اند.

^۱. Contrat/ Contract

^۲. فعل مطاوعه بیانگر پذیرش اثر فعل از فاعل دیگر است. بنابراین افعالی که دارای معنای مطاوعه هستند، ناظر به آثار افعال اند. البته ناگفته نماند که یک مطاوعه حقیقی داریم و یک مطاوعه انشایی. مطاوعه یک عنوان ذات الاضافه و یک حقیقت ذات الاضافه است و نیاز به طرف دارد.

عقد در هر یک از این تعاریف در معنای اسم مصدری (انجام دادن) به کار رفته است چراکه؛ در هر یک از این سه تعریف، «تعهد بر امری»، «توافق دو یا چند اراده» و «همکاری متقابل اراده»، صحبت از یک فعل و عمل شده است. تعریف اسم مفعولی (محصولی) عقد را می توان بر اساس هر یک از این سه تعریف چنین بیان داشت:

الف: «تعهدی که در پی ملتزم شدن یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر ایجاد می گردد».

ب: «آثار حقوقی که در پی توافق دو یا چند اراده ایجاد می گردد».

ج: «ماهیت حقوقی که با همکاری متقابل دو یا چند شخص ایجاد می گردد».

هر چند، در بین نویسندگان اختلاف نظر وجود دارد که آیا واژگان «قرارداد»، «معامله» و «عقد» مترادف بوده و یا هریک بار معنایی متفاوتی دارد، به گونه ای که برخی از حقوق دانان معتقدند که «معامله» ناظر به عقود مالی (معوض یا غیرمعوض) است اما «عقد» عام است و شامل عقد غیرمالی نیز می شود (لنگرودی، مجموعه محشی، ص ۱۵۵)؛ اما لازم به ذکر است که صرف نظر از این اختلافات، واژگان «قرارداد»، «معامله» و «عقد» از نظر ما در این خصوص یکی هستند، لذا تفاوتی میان «موضوع قرارداد» با «موضوع معامله» و یا «موضوع عقد» وجود ندارد و همه در مقابل «موضوع تعهد» قرار دارند.

۲-۱. موضوع عقد

اکنون با روشن شدن مفهوم «عقد و معامله» از دو دیدگاه اسم مصدری و اسم مفعولی، باید دید موضوع عقد یا همان معامله چیست و آیا اساساً چنان که برخی معتقدند با موضوع تعهد متفاوت است؟ برخی حقوق دانان فرانسوی با پاک کردن صورت مسأله اساساً منکر وجود موضوعی برای معامله شده اند: (Ripert et Boulanger 1957, T. 2: 99) امری که نمی تواند منطقی و مقبول باشد، چراکه چگونه می توان یک امر ارادی را بدون موضوع تصور کرد؟ برخی دیگر نیز گفته اند موضوع (ماوضع له) معامله، همان ایجاد تعهد است^۲، (Carbonnier 2000, T. 4: 117, N. 54) که به نظر می رسد ایجاد تعهد اثر معامله است و نه آن که موضوع آن باشد. اما عده ای دیگر موضوع معامله را چنین تعریف کرده اند «مجموعه عملیات و تحولات حقوقی که برای وقوع آن ها تراضی صورت می پذیرد»

۱. کولن و کاپیتان و لاموراندر، ج ۲، ش ۶۸۷، ژاک گستن، رساله حقوق مدنی، تعهدات، قرارداد، ش ۵۱۰ به بعد؛ به نقل از کاتوزیان ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۵۴.

۲. پلینول و ریپر، ج ۶ به وسیله اسمن، ش ۲۱۸، پاورقی ۱، ژوسران، ج ۲، ش ۱۱۲؛ مارتی و رینو، ج ۲، ش ۱۴۶؛ به نقل از کاتوزیان ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۵۴.

(Mazeaud 1985, T. 2: 229, N. 231).^۱ به نظر ایشان موضوع معامله یک عمل حقوقی مانند بیع، معاوضه

و... و نظایر آنها است.^۲

در این معنا موضوع معامله چیزی نیست مگر ماهیت و آثار حقوقی که محل همکاری دو یا چند اراده است. در تعبیر دقیق‌تر باید آثار حقوقی را هم خارج از موضوع معامله دانست و فقط ماهیت حقوقی مقصود را که محل و موضوع همکاری دو یا چند اراده است موضوع معامله دانست. بنابراین موضوع معامله و عقد بیع را باید همان تملیک مبیع در برابر ثمن دانست و این ماهیت حقوقی است که موضوع معامله را تشکیل می‌دهد (کاتوزیان ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۵۵، ش ۳۸۰).

چنان که می‌دانیم موضوع معامله انواع خاصی دارد. موضوع معامله از جهتی به عین معین و کلی و یا کلی در معین تقسیم می‌شود. موضوع معامله از این حیث که کار یا تعهد یا عمل حقوقی (Ghestin 1971: 90 - 92, N. 79) (80 & باشد با آن‌جا که موضوع معامله از حقوق (ر. ک به کاتوزیان ۱۳۷۱، ج ۲: ۴۳۹) محسوب می‌گردد، متفاوت است.

لازم به ذکر است که موضوع معامله در این معنا نباید با مقتضای ذات عقد یکی دانست. اگرچه این دو تا حدی به یکدیگر نزدیک هستند اما یکی نیستند. مقتضای ذات عقد در واقع اثر و هدف اصلی هر عقدی است. به عنوان مثال در عقد بیع انتقال مبیع و ثمن هدف اصلی و مقتضای ذات عقد است، در حالی که تملیک عین به عوض معلوم موضوع عقد است. شاید در عقد نکاح این تفاوت بهتر به چشم بیاید. مقتضای ذات عقد نکاح حلیت مقاربت است (جعفری لنگرودی ۱۳۸۷: ۶۷۷، ش ۵۴۰۵)، اما موضوع و محل عقد نکاح ذمه طرفین است که متعلق آن تکلیف و حق ناشی از حلیت مقاربت است.

۳-۱. خود موضوع معامله

ماده ۲۰۰ قانون مدنی اعلام می‌دارد: «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد». در صدر ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه نیز آمده است: «اشتباه هنگامی موجب بطلان قرارداد می‌باشد که

^۱. بودان و لربور پی ژونیر، ج ۸، به وسیله لاگارد، ش ۱۶۲ به بعد و الکس ویل، حقوق مدنی، تعهدات، ش ۲۲۴ و ۲۳۹؛ به نقل از کاتوزیان ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۵۵.

^۲. L'objet du contrat est l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser; Mazeaud 1985, T. 2: 229, N. 231.

مربوط به خود موضوع معامله باشد.^۱ در حقوق ما عبارت «Substance même» به «خود موضوع» ترجمه شده است. باید دید چه فرقی میان موضوع معامله و خود موضوع معامله وجود دارد؟ موضوع معامله فقط مخصوص اشیاء مادی نیست بلکه اعم از حقوق معنوی مانند حق اختراع و... و حقوق دیگر مانند حق انتفاع و... می باشد. از این رو هر گونه سخن در باب خود موضوع معامله و تفاسیر مختلف مربوط به آن باید با توجه به این نکته دنبال گردد. این که در دکترین حقوقی ما و نیز فرانسه اغلب تنها به اشیاء مادی توجه شده است و صحبت از اوصاف اصلی و فرعی آن-ها به میان آمده است، در واقع نوعی درک ناقص از موضوع معامله را می رساند، درکی که سهواً یا عمداً در تلاش است مباحث مربوط به اشتباه در موضوع معامله را به طور کلی و اشتباه در خود موضوع معامله را به طور خاص به سمت اشیاء مادی هدایت کند بدون آن که به موضوعاتی همچون کار و حقوق، اعم از معنوی و غیره، توجه کافی را مبذول نماید. تنها توجیه ممکن در خصوص این روند و نگرش، می تواند این باشد که اشیاء مادی به لحاظ کمی در موضوع قرار گرفتن معاملات، حجم بیشتری را به خود اختصاص داده اند و در معاملات روزمره مردم از اهمیت و شیوع بیشتری برخوردار هستند.

برخی از اساتید (صفایی ۱۳۷۵، الف: ۳۰۴ و موسوی ۱۳۸۱: ۲۵۴) تصوّر کرده اند سوبستانس معادل «خود» در فارسی است و از کلمه «ذات» به جای «خود» در آن خصوص صحبت کرده اند، غافل از آن که معادل واژه «خود» کلمه «Même» در فرانسه است. سوبستانس «Substance» در زبان فرانسه با انگلیسی معادل «ماهیت»، «مفهوم»، «مفاد»، «جوهر»، «اصل»، «ماده»، «جسم»، «محتوا»، «ذات» و «مال» در زبان فارسی می باشد. بنابراین «Substance meme» را شاید بتوان به «خود ماهیت»، «خود جوهر»، «خود ماده»، «خود جسم» و «خود ذات» ترجمه کرد. از این رو باید در ترجمه ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی فرانسه موضوع معامله را به هر یک از این عبارات اضافه کرد و بگوییم: «خود ماهیت موضوع معامله»، «خود ماده موضوع معامله» و یا «خود ذات موضوع معامله». در هر حال اختلاف نظرهای زیادی در حقوق ایران و فرانسه در خصوص معنای «خود موضوع معامله» وجود دارد و یکی از جدی ترین مباحث مطرح در زمینه اشتباه در موضوع معامله بحث «خود موضوع معامله» است. در این که آیا مراد از «خود موضوع معامله» عبارت است از جنس فیزیکی موضوع قرارداد و یا هویت فیزیکی آن و یا اوصاف آن و یا احیاناً امر دیگری، اختلاف نظر وجود دارد. در این خصوص دو رویکرد عمده وجود دارد:

¹. Art. 1110: «L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet».

رویکرد مادی محض (La théorie objective pure)

رویکرد شخصی محض (La théorie subjective pure).

این دو مکتب اگرچه بعدها تعدیل می‌شود اما مانع ایجاد مکتب سومی به نام مکتب مختلط نمی‌گردد. هر یک از مکاتب مادی و شخصی در روزگار خود از جذابیت بالایی برخوردار بوده ولیکن به‌رغم داشتن مزایای مربوط به خود دارای معایبی نیز بوده‌اند. چنان‌که می‌دانیم «خود موضوع معامله» یا «سوبستانس» در دکترین‌های حقوق خارجی به‌خصوص حقوق فرانسه، بحث‌های متعددی را به دنبال داشته است. شاید بتوان به‌جرات مدعی شد درخصوص مسئله اشتباه، سوبستانس یا خود موضوع معامله مهم‌ترین و اساسی‌ترین بحثی است که از گذشته‌های دور تا کنون در کانون بحث‌های مهم حقوقی به‌خصوص در حقوق فرانسه بوده و می‌باشد. مطرح شدن نظریه‌های نوعی و شخصی در زمان‌های مختلف و ظهور نظریه مختلط درخصوص مفهوم «سوبستانس» در واپسین مراحل حکایت از تغییر نگرش‌ها به خود موضوع معامله به تبع تغییر نگرش به اراده دارد. در واقع طرز تلقی بشر و حقوق‌دانان به مسئله «اراده» منجر به نظریه‌های نوعی، شخصی و مختلط شده است.

۲. تعهد و موضوع آن

در هر معامله‌ای تعهد یا تعهداتی وجود دارد که وجود آن‌ها از آن معامله ناشی می‌شود، لذا باید میان معامله و تعهد فرق نهاد هم‌چنان که باید میان موضوع این دو قائل به تفاوت شد. البته در قانون مدنی هر از گاهی میان این دو مفهوم خلط شده است. به‌عنوان مثال، واژه «تعهد» در ماده ۵۶۵ ق.م. که می‌گوید: «جعل تعهدی است جایز...» به معنای عقد و معامله است. شاید در توجیه این اختلاط بتوان گفت تعهد اساساً دارای دو معنا است:

۱- تعهد به معنای عام که معادل عقد و معامله است؛ ۲- تعهد به معنای خاص که مرادف با دین و التزام ناشی از معامله است.

۱-۲. تعهد^۱

تعهد در لغت فارسی به معنای عهده دار شدن کاری، به عهده گرفتن، عهده کردن، عهد و پیمان بستن (عمید، ۱۳۸۹، ۴۳۷) تیمار داشتن و تازه کردن پیمان (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۲) آمده است و در لغت عربی، مصدر باب تفعّل از ریشه‌ی «عهد» به معنای تازه کردن پیمان،^۲ شرط یا عهده‌ی را پذیرفتن و التزام است. در فقه و حقوق، رابطه‌ای است قانونی یا

1. Obligation

۲. مولف قاموس فقهی، تعهد را به معنای «التحفظ بالشیء»، و تجدید العهد به «می‌داند» (سعدی، ۱۴۰۸ ه.ق، ۲۶۴).

شخصی میان دو شخص که به موجب آن ذمه‌ی یکی به سود دیگری مشغول می‌شود (انصاری، ۱۳۸۸؛ ۷۱۱). تعهدات جمع تعهد و به معنی به عهده گرفتن و یا التزام است. نتیجه‌ی پیدایش تعهد، التزام است که عبارت است از اجبار قانونی بر انجام مورد تعهد (شهیدی، ۱۴، ۱۳۹۱). بخش تعهدات در حقوق اروپا عنوان مستقلی یافته است که از حقوق رم که اثر اصلی عقد را پیدایش تعهد اعلام کرده اقتباس گردیده و در قانون مدنی ایران پس از تطبیق با موازین فقهی وارد شده است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۰). فقها تعریف قابل ملاحظه‌ای از تعهد نکرده‌اند؛ هرچند که آن را می‌شناخته و عقیده داشته‌اند نیاز به تعریف ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۶۰).

در فقه لغات تکفل و مراقبت، شرط، واجب در همین زمینه به کار رفته است اما واژه معروف التزام است که با تعهد ماخوذ از حقوق فرانسه فرق فاحش دارد زیرا در حقوق فرانسه، رکن تعهد، ماخوذ بودن متعهد است به تعهد خود و حال آن که این ماخوذ بودن، رکن التزام در فقه نیست. نفس توکیل، التزام موکل است به اعطا اختیار به وکیل که اثر آن، قانونی بودن تصرفات وکیل در موکل فیه است و حال آن که موکل، ماخوذ به آن التزام نیست. نویسندگان قانون مدنی که باب تعهدت را از حقوق فرانسه گرفته است اصلاً توجهی به فرق التزام اسلامی و تعهد رومی نداشته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۲۱۴-۲۱۳) واژه اصلی متداول در فقه برای افاده معنی تعهد (به طور عام) همین کلمه التزام است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ج ۱، ۳۶۱).

تعهد که در حقوق عرفی ایران در برابر لغت خارجی «Obligation» نهاده شده است، به پیروی از آن لغت، دو معنی دارد:

معنی عام: در این معنی تعهد عبارت است از هرچه که قانون یا اخلاق به انسان دستور می‌دهد؛ هرچند که در برابر فرد یا افراد معین نباشد. فقهای امامیه نیز کلمه‌ی عهد را که مترادف با تعهد است، در همین معنی عام به کار برده‌اند و آن را شامل عقود و ایقاعات و تکالیف دینی نیز دانسته‌اند (۷۵۷).

در معنی خاص، تعهد رابطه‌ی حقوقی است که نتیجه‌ی آن انتقال مال (اعم از پول یا کالا) یا انجام دادن فعل یا ترک فعل معین یا اسقاط یک اثر حقوقی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۵۹). منشأ تعهد ممکن است عقد باشد یا ایقاع یا واقعه‌ی حقوقی. هر عقدی تعهد است، ولی هر تعهدی عقد نیست. تعهد یکی از عناصر عمومی عقود است و عقد بدون تعهد نداریم (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۶۰).

۱. تعهد در فصل سقوط تعهدات (مواد ۲۶۴ به بعد) در معنی عام به کار رفته است. تعهد در این معنی مترادف «Obligation» در حقوق فرانسه است.

در ترمینولوژی حقوق ذیل واژه تعهد چند معنا ذکر شده است:

الف- «رابطه حقوقی که به موجب آن شخص یا اشخاص معین نظر به اقتضاء عقد یا شبه عقد یا جرم یا شبه جرم و یا به حکم قانون، ملزم به دادن چیزی یا مکلف به فعل یا ترک عمل معینی به نفع شخص یا اشخاص معین می‌شوند». در این تعبیر نه تنها تعهد به یک رابطه حقوقی تعریف شده است، بلکه منشاء تعهد را اعم از اعمال حقوقی بیان کرده است و لذا از این دو جهت این تعریف مورد ایراد است.

ب- «حق ذمی را نسبت به کسی که آن حق علیه او است تعهد گویند». این تعریف معنای محصولی و اسم مفعولی تعهد را بیان می‌دارد و مانند تعریف «الف» و نیز «ج» عام است.

ج- «عمل بر ذمه گرفتن حقی به نفع غیر» (جعفری لنگرودی ۱۳۸۷: ۱۶۶، ش ۱۳۲۶). این تعریف معنای مصدری تعهد را بیان می‌دارد. حق در این تعریف و تعریف «ب» اعم است از به عهده گرفتن انجام یا ترک عمل، چه در برابر عوض باشد و چه نباشد.

به طور کلی تعهد از دو دیدگاه اسم مصدری و اسم مفعولی دو تعریف دارد. در دیدگاه اسم مصدری، نفس «متعهد شدن»، «ملزم شدن» و «به عهده گرفتن» مهم است. در حالی که در دیدگاه اسم مفعولی برخلاف اعمال فوق نتیجه این اعمال یعنی «وظیفه»، «التزام» و «تعهد» مدنظر است. در یکی متعهد شدن مبنای تعریف است و در دیگری خود تعهد به عنوان اثر و محصول متعهد شدن اساس تعریف است (شهیدی ۱۳۷۷: ۴۲، ش ۱۵). برخی برای تعهدات دو نوع مبنا بر شمرده اند:

- ۱) نوعی که از حقوق فرانسه گرفته شده است: مواد ۲۱۹-۲۲۱ ف ۲۲۶ تا ۲۳۱، ۲۶۴، ۲۹۲، ۲۹۳، ۳۰۱-۳۰۶ قانون مدنی، ترجمه حقوق تعهدات، از قانون مدنی فرانسه است که امروزه کلیات تعهدات ما را تشکیل می‌دهند.
- ۲) نوعی که از حقوق اسلام گرفته شده است؛ مثل عقد ضمان، حواله، کفالت و جعالة (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۶۷).

۱-۲. ارکان تعهد

الف- موضوع: موضوع یا مورد تعهد ممکن است انتقال مال، انجام کار و یا خودداری از انجام کاری باشد. چون انتقال مال هم امری محسوب می‌شود می‌توان گفت موضوع تعهد همیشه انجام امر یا خودداری از انجام امری است (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۲). موضوع تعهد می‌تواند تسلیم مال (عین معین، کلی در معین یا کلی فی الذمه)، پرداخت پول و یا انجام دادن کار (فعل یا ترک فعل) باشد (عاقلی نژاد، ۱۳۹۵: ۲۵۰).

ب- طرف تعهد: تعهد دارای دو طرف است یک طرف متعهد، مدیون یا بدهکار و طرف دیگر متعهدله، دائن یا بستانکار.

ج- رابطه حقوقی: رابطه حقوقی بین طرفین است که به موجب آن متعهدله می‌تواند انجام امر و یا خودداری از انجام امری را از متعهد مطالبه کند (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۴).

۲-۲. موضوع تعهد

منظور از موضوع تعهد، آن چیزی است که باید در مقام تعهد ایفاء کرد. موضوع تعهد ممکن است تسلیم کالا یا انجام عمل یا ترک عمل یا پرداخت پول باشد (رودیجانی، ۱۳۸۷: ۷۵). شرایط عمومی که باید درخصوص مورد معامله وجود داشته باشند، باید در مورد موضوع تعهد هم وجود داشته باشند (رودیجانی، ۱۳۸۷: ۷۶). تعهد غالباً دارای جنبه مالی است و حتی برخی مانند مصطفی عدل (حقوق مدنی، چ ۷، ص ۱۰۸) آن را منحصر به امور مالی دانسته‌اند.

لیکن در حقیقت تعهد، اختصاص به امور مالی ندارد (صفایی، ۱۳۸۴: ۱۳). در قراردادها ما شاهد چند عنوان هستیم: نخست توافق دو اراده که بسته به نوع قرارداد، اثر این توافق فرق دارد. به عنوان مثال در عقد بیع اثر توافق، انتقال مالکیت ثمن و مثنی است و در عقد اجاره تملیک عین به عوض معلوم اثر توافق است.

دوم تعهد یا تعهدات یک یا دو طرف قرارداد است. در قرارداد بیع، تعهد فروشنده به تسلیم بیع و تعهد خریدار به تسلیم ثمن تعهدات اصلی قراردادی است.

سوم متعلق تعهد یا مورد تعهد است. به عنوان مثال متعلق تعهد به تسلیم بیع، خود بیع است، هم چنان که متعلق تعهد به تسلیم ثمن، خود ثمن است. بنابراین موضوع تعهد با متعلق موضوع یا همان مورد تعهد فرق دارد. در بیع موضوع تعهد تسلیم و انتقال است. موضوع تعهد به فعل یا ترک فعل انسان متعهد برمی گردد. این موضوع می‌تواند انتقال، اسقاط یا هر فعل و یا ترک فعلی باشد که بتواند موضوع تعهد قرار بگیرد. متعلق موضوع تعهد می‌تواند یک شیء خارجی یا کار قابل سنجش و یا مال دارای ارزش و یا حق خاصی باشد. آنچه در این قسمت مهم است توجه به اختلاف موضوع تعهد و متعلق موضوع تعهد یا همان مورد تعهد است (آخوندی، ۱۳۹۰، ۱۴۲).

۳. رابطه موضوع عقد و موضوع تعهد

۱. در مبحث سوم از شرایط اساسی صحت معامله (مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶) قانون مدنی از شرایط و احکامی سخن می‌گوید که در واقع مربوط به «مورد تعهد» است (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۵۴، ش ۳۸۰).

تفکیک میان موضوع معامله و موضوع تعهد چندان مورد وفاق همه حقوق دانان نیست. برخی از اساتید در توجیه تعارضات موجود در حقوق فرانسه در خصوص تعیین موضوع عقد بیان داشته اند: «مال یا عمل را می توان مورد معامله دانست و نسبت به مفاد ماده ۲۱۴ ق. م. همانند ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسه از این حیث که مال یا عمل را مورد معامله معرفی کرده است، ایرادی نمی توان داشت و جدا کردن موضوع عقد از موضوع تعهد امری تصنعی و نادرست به نظر می رسد» (شهیدی، ۱۳۷۷: ۲۹۷، ش ۲۳۳؛ بهرامی احمدی ۱۳۸۱: ۹۶ به بعد). لیکن برخی دیگر از اساتید با این بیان که «... اگر عقد، به تراضی مبنای تعهد گفته شود و از اسباب آن به شمار آید، بی گمان بایستی موضوع آن دو نیز جدای از هم باشد»^۱ (کاتوزیان ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۵۴، ش ۳۸۰ و نیز جعفری لنگرودی ۱۳۸۶، ج ۵: ۳۵۶۳، ش ۱۳۶۴۴ و جعفری لنگرودی ۲۵۳۷، ج ۱: ۹۱۱)، از تفکیک میان این دو حمایت کرده اند. بی شک منشاء این اختلاف ها را چه در حقوق ما و چه در حقوق فرانسه باید در متن قانون جستجو کرد. حسب ماده ۲۱۴ قانون مدنی ایران «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می کنند» و نیز حسب ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی فرانسه (که مأخذ ماده ۲۱۴ است) «موضوع هر معامله ای چیزی است که یک طرف متعهد به دادن آن یا انجام یا عدم انجام آن می شود»^۲. هر دو ماده در تعریف مورد معامله تکیه بر تعهد کرده اند. به نظر ما نقص ماده ۲۱۴ تنها در تعریف مورد معامله نیست بلکه این ماده از این جهت که فقط به عقود عهدی اشاره کرده است و به عقود تملیکی مانند بیع اشاره ای نداشته است نیز فاقد وجهت کافی است. وانگهی این ماده به موضوع عقود غیرمالی مانند نکاح نیز توجهی نداشته است. این تعریف هم چنین سقوط حق یا تعهد را (در قراردادهایی مثل تبدیل تعهد) مورد غفلت قرار داده است و البته اگر به جای واژه «عمل» در این ماده از واژه «ایفا» استفاده می شد هم فعل و هم ترک فعل را در برمی داشت (جعفری لنگرودی ۱۳۷۹: ۱۷۷). در واقع موضوع تعهد عبارت است از ایفای تعهد^۳ و متعلق آن عبارت است از مال یا عملی که ایفای تعهد بدون آن امکان ندارد. مازو

^۱. در داوری بین این دو نظریه، علی الظاهر نظریه اخیر قوی تر باشد. چرا که اگر عقد را به منزله علت و تعهد را به منزله معلول در نظر بگیریم، موضوع این دو نمی تواند یکی باشد. مولف تحریر المجله چنین می نگارد: «فاللتزام حکم من احکام العقد لا نفس العقد ولا جزء منه ولا لازم له بل عرض من عوارضه المفارقة» (نجفی، ۱۳۵۹ هـ، ج ۱، قسم ۱، ص ۱۱۹).

^۲. Art.1126- «Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou que une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire».

^۳. البته این ایراد نیز بر ماده ۱۱۲۶ ق م فرانسه نیز وارد است.

^۴. «L'objet de l'obligation est la prestation promise»; Mazeaud, Leçons de droit civil, 1985, T. 2: 229, N. 232.

معتقد است اگر در ماده ۱۱۲۶ قانون‌گذار واژگان «هر تعهدی» (Tout obligation) و «ایفاء» (Prestation) را به جای واژگان «هر قرارداد» (Tout contrat) و «چیز» (Chose) انشاء می‌کرد، در تعریف خود موفق می‌بود (Mozeaud, T.2, 1985: n. 232, 229).

برخی از اساتید معتقدند که مراد از مورد معامله در ماده ۲۱۴ در واقع مورد تعهد است (کاتوزیان ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۵۶)، درحالی که برخی دیگر گفته‌اند مراد از «مورد معامله» در ماده ۲۱۴ «متعلق موضوع تعهد» است (درودیان جزوه حقوق مدنی ۱۵۴، ج ۳). به نظر می‌رسد نظر اخیر ترجیح دارد چراکه؛ مورد یا موضوع تعهد یک امر معنوی است که تعهد مستقیماً به آن وابسته است و این امر معنوی که می‌تواند چهار چیز باشد (انتقال، فعل، ترک و اسقاط) (جعفری لنگرودی ۲۵۳۷، ج ۱: ۹۱۱) با متعلق آن که امری مادی و فیزیکی است متفاوت است.

متعلق موضوع تعهد از چندین جهت قابل تقسیم است. از جهت ماهیت می‌توان آن را به مال، عمل (انجام یا ترک) تحقق یا سقوط تعهد و نیز شخص تقسیم کرد. خود مال متعلق موضوع تعهد می‌تواند عین، منفعت و یا حق (حق مربوط به عین و حق وابسته به یک امر معنوی) باشد. موضوع تعهد از جهت کلی و جزئی بودن به عین معین، کلی در معین و کلی فی‌الذمه تقسیم می‌شود. موضوع تعهد از جهت دیگری به مثلی و قیمی قابل تقسیم است. این تقسیم مخصوص آنجایی است که متعلق موضوع تعهد از جهت ماهیت مال عینی باشد (شهیدی ۱۳۷۷: ۲۹۸ به بعد، ش ۲۳۵ به بعد). این تقسیمات به این موارد ختم نمی‌شود بلکه از جهات مختلف دیگری نیز می‌توان متعلق موضوع تعهد را تقسیم‌بندی کرد (کاتوزیان ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۵۷، ش ۳۸۱ به بعد). شایع‌ترین موضوع تعهد کالا (Goods) می‌باشد. در حقوق انگلستان کالا چنین تعریف شده است «همه اموال منقول شخصی بجز حق متنازع‌فیه و پول» (Atiyah & others 2001: 66). این که آیا اموال غیرمادی مانند سهام شرکت‌ها، یا اموال معنوی مانند حق تألیف، حق اختراع و علامت تجاری جزو اموال به حساب می‌آیند یا نه؟ اختلاف وجود دارد - (Atiyah & others 2001: 66 - Subject - Matter of The Contract; 74)، اما در هر حال تمام این موارد می‌توانند موضوع معامله، به - معنایی که خواهیم گفت، قرار بگیرند. به نظر می‌رسد در یک معنای عام هر چیزی که بتواند عوض قرار بگیرد می - تواند موضوع تعهد نیز قرار بگیرد.^۱ در حقوق انگلیس تفکیک میان موضوع تعهد و موضوع معامله به چشم نمی - خورد و ایشان محل وقوع آثار قرارداد را همان عوض می‌دانند.

¹. In Currie v. Misa Lush J. stated: A valuable consideration, in the sense of the law, may consist in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered, or undertaken by the other; Anson 1998: 88.

چنان که گفتیم برخی از اساتید اختلاف میان موضوع عقد و تعهد را نادرست و تصنعی می‌دانند و معتقدند که موضوع عقد یا معامله چنان که ماده ۲۱۴ می‌گوید مال یا عمل است. به نظر ایشان موضوع عقد بسته به معنای مصدری و محصولی عقد متفاوت است. در معنای مصدری موضوع عقد عبارت است از ماهیت حقوق خاصی که مورد انشا قرار گرفته است. اما در معنای محصولی چون عقد عبارت از «ماهیت انشا شده»، لذا موضوع این ماهیت انشاء شده مال یا عملی (و در برخی عقود شخص) است که محل و جایگاه تحقق اثر عقد می‌باشد و لذا موضوع عقد در معنای محصولی مال و عمل است و نه ماهیت انشاء شده آن عقد. ایشان در ادامه می‌گویند اگر جایگاه استقرار اثر را موضوع آن بنامیم، در این صورت، می‌توان مال یا عمل را موضوع اثر عقد یعنی موضوع تعهد یا تملیک نیز شناخت. لذا موضوع عقد یا تعهد می‌تواند مال یا عمل باشد و جدا کردن این دو، امری تصنعی و نادرست است. ایشان سپس با ذکر نظر مازو حقوق‌دان نامی فرانسه آن را مورد انتقاد قرار می‌دهند.

به نظر مازو موضوع تعهد با موضوع عقد متفاوت است. موضوع تعهد عبارت از تأدیه و ایفاء است ولیکن موضوع عقد همان عمل حقوقی است که طرفین اجرای آن را می‌خواهند. به اعتقاد این استاد نظر مازو مورد انتقاد است «معنی عقد و تعهد در این نظر و نظرات مشابه در دو وضعیت لغوی متفاوت با هم مقایسه شده است؛ عقد در معنی مصدری و تعهد در معنی اسم مفعولی...». در حالی که این نویسنده زمانی که موضوع عقد را مشخص می‌سازد، عقد در معنای مصدری را لحاظ می‌کند ولی هنگامی که موضوع تعهد را معرفی می‌کند، منظور او تعهد در معنی محصولی است. زیرا موضوع تعهد در معنی مصدری وظیفه قانونی است (نه تأدیه) و اثر آن باید ایجاد این وظیفه باشد... اگر بخواهیم عقد و تعهد را در معنی محصولی با هم مقایسه کنیم، باید تعهد را اثر عقد بدانیم نه (طبق گفته برخی از نویسندگان) موضوع عقد» (شهیدی ۱۳۷۷: ۲ - ۳۳۱، ش ۲۶۴).

با تجزیه و تحلیل بیانات این استاد باید گفت ادعای ایشان اتحاد موضوع عقد و تعهد است که مبانی و دلایل متعددی را در خصوص این ادعا بیان داشتند، که اهم آن‌ها عبارت است از:

۱- موضوع عبارت است از جایگاه و محل استقرار اثر، و اثر عقد عهدی پیدایش تعهد به تسلیم یا ایفا است و اثر عقد تملیکی انتقال مالکیت است.

۲- موضوع عقد بسته به معنای مصدری و معنای محصولی عقد متفاوت است. موضوع عقد در معنای مصدری ماهیت انشاء شده است و در معنای محصولی مال یا عمل است.

۳- با مقایسه عقد و تعهد در معنای محصولی آن‌ها، تعهد اثر عقد است و نه موضوع آن.

۴- چون برخی از محققان عقد را در معنای مصدری و تعهد را در معنای محصولی در نظر می‌گیرند لذا به اشتباه معتقد به اختلاف موضوع عقد و تعهد شده‌اند.

به نظر می‌رسد در این اختلاف باید به تفاوت عقود تملیکی (مانند بیع) و عقود عهدی توجه داشته باشیم و الا نه اعتقاد به تفاوت موضوع عقد و تعهد کاملاً صحیح است و نه اعتقاد به اتحاد این دو می‌تواند تمامی جوانب امر را تبیین کند. اگر این دو مقدمه را بپذیریم که:

الف: موضوع عبارت است از جایگاه و محل استقرار اثر و اثر عقد عهدی ایجاد تعهد به ایفا است در حالی که اثر عقد تملیکی انتقال مالکیت است.

ب: موضوع و اثر در عین متفاوت بودن با یکدیگر بسته به معنای مصدری و اسم مفعولی عقد و تعهد در هر یک از این دو می‌تواند متفاوت باشد.

باید گفت اثر تعهد در معنای مصدری (متعهد شدن و به عهده گرفتن)، ایجاد و پیدایش تعهد است. محل و جایگاه استقرار این اثر ذمه و عهده فرد متعهد است و البته متعلق این تعهد بر ذمه، مال یا عمل است. اثر تعهد در معنای محصولی (وظیفه و التزام قانونی) عبارت است از تأدیه، تسلیم، نوشتن، ساختن و هر فعل و ترک فعل مورد التزام و تعهد. برخلاف موضوع و محل تعهد در معنای مصدری، موضوع و محل تعهد در معنای محصولی ذمه نیست بلکه خود مال یا عمل می‌باشد. به دیگر سخن چون اثر تعهد (محصولی) تأدیه و تسلیم و نوشتن و ساختن و مانند آن است و این‌ها افعال فیزیکی هستند، محل و جایگاه استقرار آن‌ها هم نمی‌تواند ذمه باشد بلکه باید چیزی از جنس خود آن‌ها باشد، امری مادی و فیزیکی که این افعال بر آن‌ها واقع گردد.

به نظر ما سر این که برخی از اساتید (جعفری لنگرودی، درودیان و موسوی) از موضوع تعهد به متعلق موضوع تعهد یاد کرده‌اند این اختلاف در موضوع تعهد در دو معنای مصدری و محصولی است. ایشان تنها به برخی از واقعیت وقوف یافته‌اند در حالی که تمام حقیقت این نیست. در واقع مال یا عمل در معنای مصدری تعهد، متعلق موضوع تعهد هستند و در معنای محصولی تعهد، خود موضوع تعهد هستند و نه متعلق موضوع تعهد.

اما اثر عقد در معنای مصدری (توافق و همکاری متقابل اراده‌ها) ایجاد و پیدایش ماهیت حقوقی انشاء شده خاص هر عقد است. محل و موضوع استقرار این ماهیت حقوقی نیز تعهدات احیاناً مختلف و متفاوت است.^۱ عقد در معنای محصولی، که عبارت است از ماهیت حقوقی خاص انشاء شده، دارای اثر متفاوتی با معنای مصدری خود است. اثر

^۱. در عقود دو تعهدی، تعهدات دوجانبه موضوع ماهیت عقد است و در عقود یک‌تعهدی تنها یک تعهد موضوع ماهیت عقد می‌باشد.

عقد در معنای محصولی عبارت است از ایجاد و پیدایش تعهد(ها) یک‌جانبه یا متقابل است. به دیگر سخن، اثر ماهیت حقوقی ایجاد شده، به‌وجود آوردن تعهدات مختلف است، تعهداتی که موضوع و محل استقرار آن‌ها بسته به نوع عقد کاملاً متفاوت است. در عقود تملیکی مانند عقد بیع، موضوع عقد عین یا حق عینی وابسته است، چراکه محل و موضوع «تعهد به تسلیم و تملیک» که اثر عقد است این عین یا حق عینی وابسته است. درحالی که در عقود عهدی مانند مضاربه، جعاله و ... محل و جایگاه و موضوع تحقق آثار (تعهدات مختلف) مال یا عمل فیزیکی نیست، بلکه ذمه و عهده طرف است و البته متعلق این تعهد بر ذمه، مال یا عمل می‌تواند باشد.

علت این که در حقوق ایران و نیز فرانسه در خصوص موضوع عقد و تعهد اختلاف نظرهای زیادی وجود دارد غفلت از تفاوت میان موضوع عقد تملیکی و موضوع عقد عهدی است. با این تبیین دیگر نباید به‌طور مطلق گفت موضوع تعهد با موضوع عقد متفاوت است (کاتوزیان ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۵۵، ش ۳۸۰) و یا اختلاف میان آن‌ها تصنعی و نادرست است (شهیدی ۱۳۷۷: ۲۹۷، ش ۲۳۳)، بلکه باید گفت در عقود تملیکی موضوع عقد و موضوع تعهد یکی است ولیکن در عقود عهدی موضوع تعهد (در معنای محصولی) با موضوع عقد متفاوت است. موضوع تعهد در عقود عهدی مال یا عمل است درحالی که موضوع عقد در این عقود ذمه و عهده فرد متعهد است و البته مال یا عمل، متعلق تعهد بر ذمه و عهده فرد متعهد می‌باشد. از همین جا روشن می‌گردد که نسبت بین موضوع عقد و موضوع تعهد در عقود تملیکی، «تساوی» و در عقود عهدی، «تباین» است.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

اختلاف بین عقد و تعهد را نویسندگان قانون مدنی از فرانسویان و تاریخ فقه به میراث برده‌اند. آثار این اختلاط، نه تنها در مفهوم و تعریف عقد و تعهد، در موضوع و جهت آن‌ها نیز دیده می‌شود. هرچند که نسبت بین تعهد و عقد، عموم و خصوص مطلق است اما موضوع این پژوهش، یافتن نسبت بین عقد و تعهدات قراردادی است. در این خصوص بین صاحب نظران و نویسندگان حقوقی وفاقی دیده نمی‌شود. برخی قایل هستند که تفکیک بین موضوع عقد و تعهد قراردادی تصنعی است و برخی با توجه به پژوهش‌های حقوقدانان فرانسوی همچون مازو و با این بیان که عقد سبب پیدایش تعهد است و این که موضوع تعهد عبارت از تأدیه و ایفاء است ولیکن موضوع عقد همان عمل حقوقی است که طرفین اجرای آن را می‌خواهند، لذا ضرورتاً باید موضوع این دو متفاوت باشد، قایل به تفاوت بین موضوع عقد و تعهدات قراردادی شده و این تفاوت را، نه تصنعی بلکه حقیقی می‌دانند.

گروه نخست به درستی معتقدند که برای یافتن حقیقت باید عقد را در معنای مصدری و اسم مصدری (محصولی) مورد توجه قرار داد، همان امری که مورد غفلت گروه دوم قرار گرفته است. به نظر ایشان موضوع عقد بسته به معنای مصدری و محصولی عقد متفاوت است. در معنای مصدری موضوع عقد عبارت است از ماهیت حقوق خاصی که مورد انشا قرار گرفته است. اما در معنای محصولی چون عقد عبارت از «ماهیت انشا شده». ایشان در ادامه می گویند گروه دوم، معنی عقد و تعهد در دو وضعیت لغوی متفاوت با هم مقایسه کرده اند؛ عقد در معنی مصدری و تعهد در معنی اسم مفعولی. در حالی که اینان زمانی که موضوع عقد را مشخص می سازد، عقد در معنای مصدری را لحاظ می کنند ولی هنگامی که موضوع تعهد را معرفی می کنند، منظورشان تعهد در معنی محصولی است.

علیرغم این نقد دقیق، به نظر می رسد در این اختلاف باید به تفاوت عقود تملیکی و عقود عهدی نیز توجه داشته باشیم امری که هر دو گروه نسبت به آن غفلت ورزیده اند و الا نه اعتقاد به تفاوت موضوع عقد و تعهد کاملاً صحیح است و نه اعتقاد به اتحاد این دو می تواند تمامی جوانب امر را تبیین کند.

اگر این دو مقدمه را بپذیریم که:

الف: موضوع عبارت است از جایگاه و محل استقرار اثر و اثر عقد عهدی ایجاد تعهد به ایفا است در حالی که اثر عقد تملیکی انتقال مالکیت است.

ب: موضوع و اثر در عین متفاوت بودن با یکدیگر بسته به معنای مصدری و اسم مفعولی عقد و تعهد در هر یک از این دو می تواند متفاوت باشد.

باید گفت اثر تعهد در معنای مصدری (متعهد شدن و به عهده گرفتن)، ایجاد و پیدایش تعهد است. محل و جایگاه استقرار این اثر ذمه و عهده فرد متعهد است. اثر تعهد در معنای محصولی (وظیفه و التزام قانونی) عبارت است از تأدیه، تسلیم، نوشتن، ساختن و هر فعل و ترک فعل مورد التزام و تعهد. برخلاف موضوع و محل تعهد در معنای مصدری، موضوع و محل تعهد در معنای محصولی ذمه نیست بلکه خود مال یا عمل می باشد.

اما اثر عقد در معنای مصدری (توافق و همکاری متقابل اراده ها) ایجاد و پیدایش ماهیت حقوقی انشاء شده خاص هر عقد است. محل و موضوع استقرار این ماهیت حقوقی نیز تعهدات احیاناً مختلف و متفاوت است. عقد در معنای محصولی، که عبارت است از ماهیت حقوقی خاص انشاء شده، دارای اثر متفاوتی با معنای مصدری خود است. اثر عقد در معنای محصولی عبارت است از ایجاد و پیدایش تعهد (ها) یک جانبه یا متقابل است. به دیگر سخن، اثر ماهیت حقوقی ایجاد شده، به وجود آوردن تعهدات مختلف است، تعهداتی که موضوع و محل استقرار آن ها بسته به

نوع عقد کاملاً متفاوت است. در عقود تملیکی مانند عقد بیع، موضوع عقد عین یا حق عینی وابسته است، چراکه محل و موضوع «تعهد به تسلیم و تملیک» که اثر عقد است این عین یا حق عینی وابسته است. در حالی که در عقود عهدی مانند مضاربه، جعاله و ... محل و جایگاه و موضوع تحقق آثار (تعهدات مختلف) مال یا عمل فیزیکی نیست، بلکه ذمه و عهده طرف است و البته متعلق این تعهد بر ذمه، مال یا عمل می تواند باشد. با این تبیین دیگر نباید به طور مطلق گفت موضوع تعهد با موضوع عقد متفاوت است و یا اختلاف میان آن ها تصنعی و نادرست است، بلکه باید گفت در عقود تملیکی موضوع عقد و موضوع تعهد یکی است ولیکن در عقود عهدی موضوع تعهد (در معنای محصولی) با موضوع عقد متفاوت است. موضوع تعهد در عقود عهدی مال یا عمل است در حالی که موضوع عقد در این عقود ذمه و عهده فرد متعهد است و البته مال یا عمل، متعلق تعهد بر ذمه و عهده فرد متعهد می باشد. از همین جا روشن می گردد که نسبت بین موضوع عقد و موضوع تعهد در عقود تملیکی، «تساوی» و در عقود عهدی، «تباين» است.

فهرست منابع

۱. احمد سنهوری، عبدالرزاق، الوسيط مصادر الالتزام، ج ۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۲. احمدی و استانی، عبدالغنی، (۱۳۴۱)، نظم عمومی در حقوق خصوصی، تهران، روزنامه رسمی.
۳. انصاری، مسعود، (۱۳۸۸)، دانشنامه حقوق خصوصی، ج اول، چ سوم، تهران، جنگل، جاودانه.
۴. بهرامی احمدی، حمید، (۱۳۸۱)، کلیات حقوق و قراردادها؛ حقوق مدنی (۳). تهران، نشر میزان.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۶. -----، (۱۳۸۶)، دائره المعارف عمومی حقوق الفارق، ج ۱، چ اول، تهران، گنج دانش.
۷. -----، (۱۳۸۶)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱ و ۵، چ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۸. -----، (۱۳۸۷)، ترمینولوژی حقوق، ج ۱ و ۵، چ نوزدهم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۹. -----، (۱۳۸۸)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، چ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۱۰. -----، (۱۳۸۹)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، تهران، ناشر گنج دانش.
۱۱. ----- (۲۵۳۷)، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، چ نخست، ج ۱، بنیاد استاد.
۱۲. درودیان، حسنعلی، (بی تا)، جزوه درسی حقوق مدنی ۳، بی نا.
۱۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲)، مفردات الفاظ القرآن، بیروت، دار القلم.
۱۴. رودیجانی، محمدمجتبی، (۱۳۸۷)، مسؤولیت قراردادی (ضمانت اجرای مفاد قرارداد)، چ اول، شیراز، کوشامهر.

۱۵. زنجانی، عمید، (بی تا)، حقوق تعهدات و قراردادهای بین المللی در فقه و حقوق اسلامی، مجله حقوقی، شماره چهاردهم و پانزدهم، صفحات ۴۲-۵.
۱۶. سعدی، ابوجیب، (۱۴۰۸)، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا در یک جلد، چ دوم، دمشق - سوریه، دارالفکر.
۱۷. شهیدی، مهدی، (۱۳۷۷)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ج ۱، چ اول، تهران، نشر حقوقدان.
۱۸. -----، (۱۳۸۲)، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران، مجد.
۱۹. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۵)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چ پنجم، تهران، مجد.
۲۰. -----، (۱۳۸۸)، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چ ۷، تهران، انتشارات مجد.
۲۱. -----، (۱۳۹۱)، آثار قراردادهای و تعهدات، چ هفدهم، تهران، مجد.
۲۲. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۲)، توافق های مقدماتی در حقوق کامن لو با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا، مجله حقوق خصوصی، شماره ۳، صفحات ۲۸-۵.
۲۳. -----، (۱۳۹۶)، حقوق قراردادهای، چ دوم، تهران، انتشارات سمت.
۲۴. صفایی، سیدحسین، (۱۳۷۵)، الف، اشتهای در خود موضوع معامله در حقوق ایران و فرانسه، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان.
۲۵. -----؛ عادل، مرتضی؛ کاظمی، محمود و میرزا نژاد، اکبر، (۱۳۸۴)، حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۶. عاقلی نژاد، محمد امین، (۱۳۹۵)، قواعد عمومی تعهدات قراردادی، تهران، مجد.
۲۷. عالی پناه، علیرضا؛ ماجدی، عباس؛ (۱۳۹۸)، تردید در مورد معامله، آموزه های فقه مدنی، شماره ۱۹، صفحات ۲۶۹-۲۴۱.
۲۸. عمید، حسن، (۱۳۸۹)، فرهنگ فارسی عمید، تهران، سکه.
۲۹. کاتوزیان ناصر، (۱۳۷۱)، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، چ سوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۰. -----، (۱۳۶۴)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، چاپ اول، تهران.
۳۱. -----، (۱۳۷۶)، الف، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۱، چ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۳۲. -----، (۱۳۹۱)، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۲، چ دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۳. محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران، (۱۳۹۳)، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، ج ۲، چاپ سوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳.
۳۴. -----، عبدی پور، ابراهیم عبدی، قناتی، جلیل، وحدتی شبیری، سیدحسین، (۱۳۸۹)، حقوق قراردادهای در فقه امامیه، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری انتشارات سمت.
۳۵. مشکینی، میرزا علی، (۳۷۷)، مصطلحات الفقه، در یک جلد.
۳۶. موسوی، سیدمحمدصادق، (۱۳۸۲)، مبانی نظری جہل و اشتباه و آثار آن بر اعمال حقوقی، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
۳۷. نجفی (کاشف الغطاء)، محمدحسین بن علی بن محمد رضا، (۱۳۵۹ ق)، تحریرالمجله، ۵ جلد، ج ۱، نجف اشرف، المکتبه المرتضویه.
38. Atiyah, P. S & Adams, John & Macqueen, Hector (2001) The Sale of Goods. Dorest: Dorest Ppress, Droshester, 10th edietion.
39. Carbonnier, Jean (Janvier 2000) Droit civil; les obligations. Paris: presses universitaires de France, 22e édition, T. 4.
40. Mazeaud, Henri, Leon, Jean et Francois (1985) Leçons de droit civil; obligations. Paris: Edition montchrestien, 4e et 5e édition, T. 2.
41. Ripert, Georges et Boulanger, Jean (1957) Traité de droit civil. Librairie generale de droit et de jurisprudence, T. 2.