

لا إله إلا الله

١٤٠٥ هـ



دانشگاه قم
دانشکده حقوق

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

عنوان:

«ممنوع بودن مورد معامله»

استاد راهنما:

دکتر سید حسن وحدتی شبیری

استاد مشاور:

حجت الاسلام والمسلمین محسن قدیر

نگارنده:

سید حمیدرضا باقرمنش

تأیید شده
۱۳۸۶

۱۵۱۵۷۸

کتابخانه
دانشگاه قم
تاسیس ۱۳۸۶

۱۳۸۶ / ۱۰ / ۱۲

تقدیم به

بهترین پدر دنیا جناب آقای سید مسعود باقرمنش که در پیشرفت فرهنگ و ادب

این حقیر از هیچ کوششی دریغ ننموده است.

تقدیر و تشکر

ضمن تشکر و قدردانی صمیمانه از زحمات تمامی اساتیدی که مرا در مقطع کارشناسی و کارشناسی ارشد مورد الطاف خویش قرار داده اند. شایسته است از تلاش‌های بی‌شائبه‌ی اساتید ارجمند: جناب آقای دکتر سید حسن وحدتی شیرازی، آقای دکتر محسن قدیر، آقای دکتر ابراهیم عبدی‌پور و اساتید محترم گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم در راستای تدوین و نگارش پایان‌نامه مزبور کمال تشکر و سپاس به عمل آید.

چکیده

مورد معامله بعنوان رکنی از ارکان یک قرارداد، گاه با ممنوعیت شرعی و یا قانونی مواجه می‌شود و آن زمانی است که شارع مقدس و یا قانونگذار داد و ستد آنها را ممنوع می‌نماید. حال این سؤال مطرح می‌شود که این منع شرعی و یا قانونی چه تاثیری بر وضعیت عقد و روابط طرفین خواهد داشت؟ بی تردید بررسی مبنای اصل لزوم مشروع بودن مورد معامله ما را در ارائه پاسخی صحیح به سؤال مزبور رهنمون می‌سازد. نظم عمومی، اخلاق حسنه، سیره عقلاء، دلیل عقل، عرف، روایات و قوانین مختلف، هر یک می‌تواند مبنای اصل فوق قرار گیرد. لذا با عنایت به مبنای اصل موصوف و هدف اساسی شارع و یا قانونگذار از ممنوعیتهای وارده بر اشیا و اعمال بعنوان مورد معامله که حفظ نظم عمومی و سلامت جسمی و روانی افراد و امنیت جامعه می‌باشد، می‌توان حکم بر بطلان معامله اشیا و اعمال ممنوعه صادر نمود. در خصوص روابط طرفین لزوم بازگرداندن مال به ملک را می‌توان از اصول کلی استنباط نمود اما با توجه به جنبه جزایی برخی از این معاملات، گاه قانونگذار خود نسبت به مورد معامله در قوانین مربوط تصمیماتی را اتخاذ نموده است.

واژگان کلیدی: معامله، مورد معامله، منع شرعی و قانونی، مشروع بودن مورد معامله

چکیده.....	
مقدمه.....	۱
الف - بیان مسئله؛.....	۱
ب - اهمیت تحقیق؛.....	۲
ج - سؤالات تحقیق:.....	۲
د- فرضیه های تحقیق؛.....	۳
هـ - پیشینه تحقیق:.....	۳
و - روش تحقیق.....	۴
فصل اول: کلیات.....	۵
مبحث نخست: تعاریف.....	۶
گفتار نخست: تعریف معامله و مورد معامله.....	۶
بند اول: تعریف معامله.....	۶
الف) در لغت.....	۶
ب) در فقه.....	۶
ج- در حقوق.....	۷
بند دوم - تعریف مورد معامله.....	۷
الف) در لغت.....	۸
ب) در فقه و حقوق.....	۸
ج) برزسی نظریه تفکیک موضوع عقد از موضوع تعهد.....	۱۰
گفتار دوم- تعریف ممنوع بودن مورد معامله.....	۱۴
بند اول، در فقه و حقوق.....	۱۴

- ۱۴..... الف) در فقه.....
- ۱۵..... ب) در حقوق.....
- ۱۸..... بند دوم- تفاوت ممنوع بودن مورد معامله با نامشروع بودن جهت معامله.....
- ۲۰..... مبحث دوم: تقسیم‌ها.....
- ۲۰..... گفتار نخست- اقسام معامله و نهی از معامله.....
- ۲۰..... بند اول. اقسام معامله.....
- ۲۰..... الف) در فقه.....
- ۲۱..... ب) در حقوق.....
- ۲۵..... بند دوم- اقسام نهی از معامله.....
- ۲۵..... الف) بررسی برخی از تقسیم‌بندی‌های فقها.....
- ۲۸..... ب) تقسیم بندی برگزیده.....
- ۲۹..... گفتار دوم- اقسام مورد معامله.....
- ۳۰..... بند اول. مال و عمل (مثبت و منفی).....
- ۳۰..... الف) مال.....
- ۳۲..... ب) عمل (مثبت یا منفی).....
- ۳۲..... بند دوم. ایجاد یا سقوط تعهد و شخص.....
- ۳۲..... الف) ایجاد یا سقوط تعهد.....
- ۳۲..... ب) شخص.....
- ۳۳..... فصل دوم: مبانی اضل «لزوم مشروع بودن مورد معامله».....
- ۳۴..... مبحث نخست - مبانی تحلیلی.....
- ۳۴..... گفتار نخست، نظم عمومی و اخلاق حسنه.....
- ۳۴..... بند اول. مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه.....

- ۳۴..... الف) حقوق داخلی
- ۳۶..... ب) حقوق خارجی
- ۳۸..... بند دوم. تحلیل نظم عمومی و اخلاق حسنه بعنوان مبنا اصل
- ۳۹..... گفتار دوم - سیره عقلا، دلیل عقلی و عرف
- ۳۹..... بند اول. سیر عقلاء و دلیل عقلی
- ۳۹..... الف) مفهوم
- ۴۲..... ب) تحلیل سیره عقلا و دلیل عقل بعنوان مبنا اصل
- ۴۳..... بند دوم. عرف
- ۴۳..... الف) مفهوم
- ۴۳..... ب) تحلیل عرف بعنوان مبنا اصل
- ۴۴..... مبحث دوم - مبنای تعبدی
- ۴۴..... گفتار نخست - مبنای روایی
- ۴۴..... بنداول - روایت تحف العقول؛
- ۴۹..... بنددوم - حدیثی از امام رضا^(ع)
- ۵۰..... بند سوم - روایتی از امام صادق^(ع)
- ۵۰..... بند چهارم - حدیث مشهور نبوی
- ۵۱..... گفتار دوم - مبنای قانونی
- ۵۲..... بنداول - قانون مدنی
- ۵۳..... بنددوم - قوانین خاص
- ۶۰..... بند سوم - قوانین کشورهای خارجی
- ۶۲..... بند چهارم - کنوانسیونها و قراردادهای بین المللی
- ۶۵..... فصل سوم: تاثیر ممنوع بودن مورد معامله بر وضعیت عقد و روابط طرفین

۶۶.....	مبحث نخست: تاثیر ممنوع بودن مورد معامله بر وضعیت عقد.....
۶۶.....	گفتار نخست- دیدگاه فقه.....
۶۶.....	بنداول- روایات استنادی در مورد دلالت نهی بر فساد معامله.....
۷۰.....	بند دوم- بررسی نظرات برخی از اصولیون و علمای معاصر در مورد دلالت نهی بر فساد معامله.....
۸۲.....	گفتار دوم - دیدگاه حقوق داخلی بیگانه.....
۸۳.....	الف) بررسی نظریات و تطبیق آن با برخی از ممنوعیتهای قانونی.....
۹۲.....	ب) نسی بودن ممنوع بودن مورد معامله و تاثیر علم وجهل متعاملین نسبت به عدم مشروعیت مورد معامله.....
۹۵.....	مبحث دوم- تاثیر ممنوع بودن مورد معامله بر روابط طرفین.....
۹۵.....	گفتار نخست- تعیین وضعیت مورد معامله به لحاظ حقوقی.....
۹۶.....	بنداول- بررسی مواد ۳۶۵ و ۳۶۶ قانون مدنی.....
۹۹.....	بنددوم- بررسی قاعده مایضمن و عکس آن (ما لا یضمن...)
۱۰۲.....	بندسوم- حقوق خارجی.....
۱۰۵.....	گفتار دوم - تعیین وضعیت مورد معامله به لحاظ کیفری.....
۱۰۶.....	بنداول- استرداد اشیاء.....
۱۰۷.....	بنددوم- معدوم کردن اشیاء.....
۱۰۸.....	بندسوم- ضبط اشیاء.....
۱۱۱.....	نتیجه گیری:.....
.....	ضمائم:.....
.....	فهرست منابع.....

الف - بیان مسئله؛

صحت و نفوذ هر قراردادی منوط به این است که ارکان آن قرارداد شرایطی را که شارع مقدس و یا قانونگذار، برای آنها پیش بینی نموده، دارا باشند.

مورد معامله بعنوان رکنی از ارکان یک قرارداد طبق ماده ۲۱۴ قانون مدنی ایران: مال یا عملی است که هر یک از متعاملین تعهد به تسلیم یا ایفای آن می کنند.

شارع مقدس در آیات و روایات مختلف خرید و فروش بعضی از اشیاء و انجام برخی از اعمال را نهی نموده است. مانند: شراب، اعضاء بدن انسان، قمار ... قانونگذاران نیز در قوانین گوناگون داد و ستد و انجام یا عدم انجام برخی از اعمال را ممنوع کرده اند.

ممنوع نبودن مورد معامله و به بیان دیگر لزوم مشروعیت مورد معامله بعنوان یک اصل، در ماده ۲۱۵ قانون مدنی بدین عبارت آمده است: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد.»

نواهی و ممنوعیت‌های وارده بر مورد معامله توسط شارع و یا قانونگذار به اقتضای سعادت، آسایش، رفاه، امنیت و مصلحت عموم افراد جامعه می باشد.

اما در اکثر موارد شارع و یا قانونگذار با عبارتی همچون: نهی شده است، منع شده، ممنوع است، باید، نباید و ... ممنوعیت‌های وارده بر اشیاء و اعمال را بعنوان مورد معامله بیان نموده اند، بدون آنکه حکم معاملات مزبور را معین نمایند.

یعنی در صورت وقوع قرارداد بر مورد معامله ممنوعه یا نهی شده، حکم معامله به لحاظ صحت و فساد آن معلوم نمی باشد و بعبارت دیگر اینکه نهی شرعی و یا منع قانونی

وارده بر خرید و فروش برخی اشیاء و یا انجام یا عدم انجام بعضی از اعمال بعنوان مورد معامله اثر وضعی دارد و یا اینکه حکمی تکلیفی است، مشخص نمی باشد.

ب - اهمیت تحقیق؛

بررسی لزوم مشروع بودن مورد معامله و ممنوع نبودن آن به حکم شارع و یا قانونگذار به این دلیل است که مشخص نمودن اثر ممنوعیت‌های وارده بر مورد معامله به لحاظ صحت یا فساد عقود مترتب بر آنها، تأثیر بسزایی در اجتماع و روابط بین اشخاص خواهد گذاشت. بدین معنا که برخی اشیاء و انجام بعضی از اعمال اثرات سوء زیانباری بر سلامت و بهداشت و نظم عمومی جامعه دارد. بهمین خاطر داد و ستد آنها مورد نهی و منع شرعی و یا قانونی قرار گرفته است. لذا در صورت معامله آنها و پذیرش اثر تکلیفی نواهی و صحت معاملات مزبور، سلامت و امنیت و نظم عمومی جامعه مورد تهدید جدی قرار خواهد گرفت.

ج - سؤالات تحقیق:

حال با عنایت به اهمیت موضوع سؤالات ذیل متبادر به ذهن می‌گردد:

- در ماده ۲۱۵ قانون مدنی مشروع بودن منفعت مورد معامله به صورت یک اصل یا یک قاعده حقوقی، شرط درستی قرارداد دانسته شده است، آیا مستند و مبنای اصل مزبور تعبدی است یا مبنای عقلایی دارد؟

- آیا نهی قانونگذار از خود قرارداد یا مورد معامله موجب بطلان عقد است؟
- بر فرض بطلان عقد بر اثر نهی قانونگذار، اثر بطلان بر روابط طرفین چگونه است؟
- آیا نامشروع بودن کاری نسبت به اشخاص یک امر مطلق است یا نسبی؟
- آیا منظور از غیر قانونی و نامشروع بودن عمل (مورد قرارداد) نامطلوب بودن خود فعل صرف نظر از اطلاع یا عدم اطلاع طرفین قرارداد نسبت به نامشروع بودن آن از جنبه

موضوعی است، یا این که منظور قابل سرزنش بودن فاعل فعل مزبور است؟ به عبارت دیگر آیا اطلاع طرفین قرارداد یا یکی از ایشان بر این که فعل مورد عقد از مصادیق فعل غیر قانونی است برای باطل بودن عقد مزبور لازم است یا خیر؟

د- فرضیه های تحقیق؛

حال فرضیه هایی که در خصوص سؤالات فوق مطرح می شود عبارت است از:

- اصل لزوم مشروع بودن معامله، صرفاً پیروی از حکم قانون نبوده، بلکه مبنای عقلانی نیز دارد.

- عدم مشروعیت مورد معامله موجب بطلان عقد می شود.

- مشروع بودن منفعت مورد معامله نیز امری نسبی است و ممکن است منفعت شیء نسبت به شخصی مشروع و نسبت به دیگری نا مشروع باشد.

- عدم مشروعیت وضعیتی است که قانون به خود عمل بدون در نظر گرفتن علم و جهل مرتکب آن، نسبت می دهد. با منتفی شدن مجازات عامل به علت فقدان سؤ نیت در اثر اشتباه موضوعی، وضعیت عمل ارتكابی از غیر قانونی به قانونی تبدیل نمی شود.

ه- پیشنهاد تحقیق:

در فقه اسلامی در باب معاملات، فقها در بیان شرایط مورد معامله (معقود علیه) در بحث لزوم مالیت داشتن مورد معامله به اختصار به لزوم مشروعیت منفعت مورد معامله پرداخته اند و معمولاً در قوانین کشورهای رومی - ژرمنی در تشریح ارکان عقد و شرایط صحت آن به تعریف مورد معامله و شروط آن از جمله عدم ممنوعیت قانونی اشاره شده است.

حقوقدانان داخلی نیز در کتب مربوط به قواعد عمومی قراردادها تقریباً به طور مفصل در بیان اصل لزوم مشروع بودن مورد معامله و عدم ممنوع بودن مورد معامله به لحاظ حکم شرعی و یا قانونی، سخن به میان آورده اند.

و- روش تحقیق

مطالب و مطالعات حاصله از این تحقیق در سه فصل بیان شده است. در فصل نخست، به بیان موضوع، تعاریف و تقسیم های مربوطه پرداخته ایم. در فصل دوم مبانی تحلیلی و تعبدی اصل لزوم مشروع بودن مورد معامله مورد بررسی قرار گرفته، و در آخر فصل سوم به تاثیر ممنوع بودن مورد معامله بر وضعیت عقد و روابط طرفین اختصاراً صیاقته است.

فصل اول: کلیات

درک و فهم کامل هر موضوعی مستلزم بررسی و شناخت صحیح آن موضوع و جایگاه آن در مباحث نظری است. همچنین ارائه نظریه در مورد بحث منوط به تشریح و تبیین موضوع بحث می‌باشد. لذا در این فصل به تعاریف و تقسیم‌بندی‌های حول موضوع ممنوع بودن مورد معامله خواهیم پرداخت. در مبحث نخست با تعریف معامله، مورد معامله و ممنوع بودن مورد معامله آشنا می‌شویم و در مبحث دوم به اقسام معامله و نهی از معامله و اقسام مورد معامله می‌پردازیم.

مبحث نخست: تعاریف

گفتار نخست: تعریف معامله و مورد معامله

بند اول: تعریف معامله

الف) در لغت

معامله از باب مفاعله و از ریشه مجرد عمل و به معنای عمل کردن متقابل^۱ و با هم عمل کردن و کار کردن، داد و ستد کردن، بازرگانی کردن و بده^۲ و بستان آمده بنحوی که به تنهایی نمی‌توان آن را انجام داد و اگر هم یک نفر آن کار را انجام دهد به اعتبار اشخاص متعدد است.^۲

ب) در فقه

معامله در فقه به معنی اعم عبارتست از هر عملی که محتاج به قصد قربت نباشد. مانند: صدقه (م ۸۰۷ قانون مدنی) که معامله نیست چون در صحت صدقه قصد قربت داشتن، شرط لازم و ضروری است و نیز جزء سیاسیات یا احکام جزایی مثل حدود و قصاص و دیات نباشد. چون فقها فقه را به طور کلی به سه قسمت، عبادات، سیاسیات و معاملات تقسیم می‌کنند و غیر از عبادات و سیاسیات، جزء معاملات است.

معامله در معنی خاص شامل عقود (مالی مانند: بیع و غیر مالی مانند نکاح) و ایقاعات است. در معنی اخص شامل عقود مالی معوض است و شامل نکاح و وقف نمی‌شود. زیرا هر

۱- حسن عمید، فرهنگ عمید (تهران: امیر کبیر، [بی‌تا])، ص ۱۱۳۵.

۲- علی اکبر دهمخدا، لغت نامه (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۷) ج ۴۰، ص ۶۷۴.

چند این گونه از عقود نیز آثار مالی دارد، ولی جنبه اصلی این عقود حیثیت معنوی و اجتماعی آنهاست و آثار مالی و مادی آن فرعی است.

ج- در حقوق

معامله در حقوق به دو معنا بکار می‌رود: الف) بمعنی عقود معین و غیر معین است. [ماده ۴۶ و ۴۷ ثبت]. ب) بمعنی عقود و ایقاعات است (ماده ۲۲۳ ق. م). حمل معامله بر معنی دوم در غیر قانون مدنی (که از اصطلاحات فقهی پیروی می‌کند) دشوار است و در خصوص هر مورد باید قرائن و اوضاع و احوال و اصول کلی را در نظر گرفت. بعنوان مثال صدق معامله بر افراز مال مشاع مشکل است.^۱

ضمناً هر چند که این ماده در فصلی آمده است که اکثر احکام قراردادهای مالی را مقرر می‌دارد ولی، اظهار نظر به اینکه معامله در این ماده به معنی عقود مالی است، قابل دفاع نمی‌باشد. زیرا اگر اصل صحت معامله است، چه فرقی بین عقود مالی و غیر مالی است. معامله در ماده ۷۵۸ ق. م که مقرر می‌دارد: «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می‌دهد...» در معنای اعم بکار رفته است و عقود و ایقاعات را شامل می‌شود.^۲

بند دوم - تعریف مورد معامله

برای اینکه بتوانیم تعریف درستی از مورد معامله ارائه کنیم، باید آنرا از عناوین مشابه

تمییز دهیم.

^۱- محمد جعفر جعفری لنگرودی، *ترمینولوژی حقوق*، (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۰)، ص ۶۶۴، ش ۵۲۹۵.
^۲- مهدی شهیدی، *جزوه حقوق مدنی* ۶ (تهران: دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۸۱-۱۳۸۰)، ص ۹۸.

الف) در لغت

مورد در لغت به معنی محل ورود و جای فرود آمدن و راه و طریقه آمده است.^۱ و موضوع در لغت به معنی گذارده شده، نهاده و چیزی که درباره آن گفتگو کنند، مطلب و هر چیزی که در علمی، از آن و اعراض ذاتی آن بحث کنند.^۲ و نیز شیء مادی قابل لمس و نیازی مادی و فایده اقتصادی آمده است.^۳

ب) در فقه و حقوق

در حقوق مصر بجای واژه‌های مورد و موضوع از واژه «محل»^۴ استفاده می‌کنند. در اصطلاح موضوع عبارت است از: جایگاه حدوث وضعیت خاصی در عالم مادی یا غیر مادی.^۵

باید متذکر شد، حقوقدانان فرانسوی قائل به تفکیک مورد معامله یا مورد عقد از مورد تعهد هستند و لازمه بررسی این تفکیک شناخت کامل مفهوم مورد معامله می‌باشد. در کتب فقهی از مورد معامله تعبیر به معقود^۶ علیه می‌شود.^۱ منظور از عبارت «معقود^۶ علیه» هر چیزی است که تحصیل یا استیفای آن به وسیله عقد انجام می‌شود. حقوقدانان ما نیز تعاریفی از مورد معامله ارائه نموده‌اند؛

^۱ - محمد معین، فرهنگ فارسی (تهران: امیر کبیر، ۱۳۶۳)، ج ۴، ص ۴۴۲۹.

^۲ - علی اکبر دهخدا، همان، ج ۴۱، ص ۹۶.

^۳ - چیرا کورنو، معجم المصطلحات القانونیه، ترجمه منصور قاضی (تهران، مجد، [بی تا])، ج ۲، ص ۱۶۶۹.

^۴ - عبدالرزاق السنهوری، الوسیط، ج ۱: مصادر الالتزام (قاهره: دارالنهضة العربیه، [بی تا])، ص ۳۷۵.

^۵ - مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات (تهران: مجد، ۱۳۸۰)، ص ۲۷۶.

^۶ - شهید اول، الفوائد و الفرائد (نجف: مطبعة الآداب، [بی تا])، ج ۲، ص ۲۷۲؛ محقق ثانی، جامع المقاصد (قم: آل البیت، [بی تا])، ج ۴، ص ۸۹-۹۰.

«مورد معامله ممکن است مال باشد یا عمل و در صورت عمل بودن ممکن است آن

عمل مثبت باشد یا منفی^۱»

«مورد معامله ممکن است مالی باشد که متعهد به تسلیم آن تعهد بنماید، ممکن است

مورد معامله عملی باشد که متعهد تعهد ایفاء آنرا بنماید^۲».

ماده ۲۱۴ قانون مدنی بیان می‌دارد: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از

متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند.»

با اندکی دقت در تعاریف پیشین و ماده ۲۱۴ قانون مدنی ملاحظه می‌شود که همگی در

مقام بیان مصادیق مورد معامله می‌باشند و به تعریف ماهوی مورد معامله اشاره‌ایی نشده است.

مقصود از تعریف «مورد معامله» کشف ارتباط آن با عقد است. ماده ۲۱۴ قانون مدنی همانگونه

که عده‌ایی از حقوقدانان بیان نموده‌اند^۳، در بیان کامل مصادیق مورد معامله نیست، زیرا

موضوع عقد غیر مالی و موضوع عقد تملیکی را شامل نمی‌شود. همچنین شامل حق یا تعهدی

که ساقط می‌شود، مانند: قرارداد تبدیل تعهد نمی‌شود.

در تعریف صحیح از مصادیق مورد معامله گفته شده است: «مورد معامله مالی است که

تملیک یا حقی از آن منتقل و یا انتفاع از آن مأذون و یا عملی است که به انجام یا ترک آن

تعهد می‌شود و یا تعهدی است که اسقاط یا انشاء می‌شود و یا شخصی است که اثر عقد در او

تحقق می‌یابد^۴».

^۱ - مصطفی عدل، حقوق مدنی، (تهران: امیرکبیر، ۱۳۳۱ش)، ص ۱۲۸.

^۲ - سید حسن امامی، حقوق مدنی (تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۴۰) ج ۱، ص ۲۰۸.

^۳ - مهدی، شهیدی، ص ۲۷۷.

^۴ - همانجا.

در حقوق انگلیس موضوع یا مورد عقد تحت عنوان عوض یا پاداش تعهد (Consideration) تعریف شده است: «عوض هر چیز با ارزشی است که بطور معمول در هر معامله‌ای باید داده شود که یا مقدار زبانی است برای متعهدله یا مقدار سودی برای متعهد^۱». از این تعریف برداشت می‌شود، هر مورد به لحاظ عوض بودن آن نسبت به مورد دیگر، موضوع عقد است.

قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۱۲۶ مورد معامله را اینگونه تعریف می‌کند:

«موضوع هر عقد چیزی است که یک طرف، تعهد به دادن یا انجام یا عدم انجام آن می‌کند.»^۲

ج) بررسی نظریه تفکیک موضوع عقد از موضوع تعهد

برخی از حقوقدانان فرانسوی موضوع عقد را از موضوع تعهد جدا می‌دانند و معتقدند موضوع عقد عبارت است از: ایجاد تعهد بر ذمه یکی از دو طرف در برابر طرف دیگر، یا هر یک از دو طرف در برابر طرف دیگر است نه مال یا عمل، در حالی که موضوع تعهد عبارت از تادیه مال یا عمل به وسیله یک طرف یا هر یک از دو طرف به طرف دیگر^۳.

به بیان دیگر موضوع عقد، عبارت از یک عمل حقوقی است که طرفین در جهت تحقق بخشیدن آن هستند و مورد تعهد عبارت است از ایفای تعهد.

¹ . GH. Trete I , law of contract , p. 68 , sweet & Max well , 2003 .

² Art1126 : Tout contract a pourobject une chose qu une parties oblige donner , ou qu une parties oblige a faire ou a pas fair .

³ Mazeaud, Dr.civ, T. 2 , N 231 .

در حقوق کشورمان نیز بعضی از حقوقدانان به تبعیت از حقوقدانان فرانسوی مورد عقد را از مورد تعهد تفکیک می‌کنند و می‌گویند: موضوع عقد مجموعه عملیات و تحولات حقوقی است که برای وقوع آنها تراضی صورت می‌گیرد.^۱

طبق این نظریه در عقد، گذشته از ایجاد تعهد یا تملیک، ارتباط و تقابل تعهدها نیز تامین می‌گردد. به عبارتی مورد عقد عبارتست از مجموع تعهدها آنگاه که بصورت مجموعه‌ای هماهنگ و تجزیه‌ناپذیر مورد توافق قرار می‌گیرد و در اثر هر عقد یا معامله‌ای تعهدات گوناگون مثل انتقال مال یا انجام کار برای طرفین پیش می‌آید.^۲

طبقی نظر این گروه، موضوع تعهد، موضوع عقد نیست، بلکه اثر آن است و در لسان حقوقی گاه بجای آنکه گفته شود موضوع تعهد ناشی از عقد یا معامله به گفتن موضوع عقد یا معامله بسنده می‌شود.^۳

یکی از طرفداران نظریه تفکیک در کشور ما می‌گوید: «موضوع تعهدات یا افعال است یا تروک و آن تعهدات بی واسطه به آن افعال یا تروک بستگی دارند. فعل مانند: نقل مالکیت در عقوبت از جانب متعاقدين و ساختن راه در تعهد مقاطعه کار راه و ترک مانند: خالی کردن محل چک که تعهد صادر کننده چک است.»^۴ و در جای دیگر با عبارت دیگری می‌گوید: «موضوع تعهد امری معنوی است که تعهد مستقیماً و بدون واسطه به آن بستگی دارد. بر این اساس موضوع تعهد چهار چیز می‌تواند باشد: انتقال، فعل، ترک و اسقاط»^۵ ولی «موضوع عقد

۱- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (تهران: انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱)، ج ۲، ص ۱۵۵؛ حسنعلی درودیان، جزوه مدنی ۳ (تهران: دانشگاه تهران، [بی‌تا])، ص ۱۵۳.

۲- ناصر کاتوزیان، مقدماتی حقوق مدنی (تهران: دانشکده علوم اداری و مدیریت بازرگانی دانشگاه تهران، ۱۳۴۴) ج ۱، ص ۱۵۵.
۳- حسنعلی، درودیان ۱۵۳.

۴- محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸)، ج ۵، ص ۳۵۶۲.

۵- محمد جعفر جعفری لنگرودی، دائره المعارف حقوق مدنی و بازرگانی ()، ج ۱، ص ۹۱۱.