**چكيده**

**مادة 768 قانون مدني به سبب گسترة وسيع و كارايي بسيار زيادش در معاملات مدني و تجاري, از معدود موادي است كه در روابط اقتصادي امروز مي­تواند كاربرد فراوان داشته باشد, ولي به دليل عدم آشنايي عموم مردم و عدم تبيين و شرح زواياي مختلف آن توسط دانشيان حقوق, كمتر به كار گرفته شده است. حال آنكه مقررة مزبور از نظر فقهي و حقوقي داراي مباني متقن و محكمي از جمله بناي عقلاء بر مفاد ماده به ويژه تعهد به نفع شخص ثالث است و براي پاسخ­گويي به نيازهاي اقتصادي امروز, از بسياري راه­حلهاي ارائه شده, مناسب­تر و مصون از اشكال است. موضوعاتي از قبيل تعهد به پرداخت وجه معيني در قبال عوض صلح, تعهد به نفع ثالث, عمليات بانكي ( اعطاي وام با اخذ سود, پرداخت سود به سپرده هاي ثابت), و بيمه, پاره­اي از مصاديق اين ماده مي­تواند باشد. با بررسي پيشينة تاريخي مادة مذكور در فقه و حقوق و تحكيم مباني آن , موضوعات فوق, حجت شرعي و قانوني مي يابند و در آن صورت, هر يك از آنها مي تواند راه­گشاي بسياري از موانع و مشكلات موجود جامعه باشد.**

**واژگان كليدي: عقد صلح, صلح تأميني, تعهد به پرداخت نفقه, بيمه , تعهد به نفع ثالث , عمليات بانكي**

**مقدمه**

**نيازهاي فردي و اجتماعي بشر براي تأمين زندگي مطلوب در سايه امنيت، عدالت و رفاه, وي را وا‎ مي‎دارد تا در راستاي تحقق زندگي مورد نظر خود, نهايت تلاش خويش را بنمايد. بر آگاهيهاي علمي و تحقيقاتي خود بيفزايد و از ساخته‎هاي همنوعانش بهره گيرد و سرانجام رفتارهاي خود را ضابطه‎مند سازد. از اين رهيافت است كه نهادهاي حقوقي شكل مي‎گيرند؛ به اين معنا كه قواعد حقوقي، ابزاري است براي تأمين آسودگي بشر در راستاي نيل به زندگي سالم، آرام و مطمئن، به دور از نگرانيها و تشويش‎ خاطرها.**

**توسعة دانش بشري و سرعت شتابناك پيش­بيني ناپذير آن، رشد و پيشرفت­ لحظه به لحظة فن­آوري، اختراعات و ابداعات روزافزون، دسترسي فوري و آسان به اطلاعات علمي، ارتباطات پيچيده و نامأنوس ملتها، دولتها، فرهنگها و تمدنها، حمل و نقل آسان كالا و مسافر، تشكيل سازمانها و اتحاديه‎هاي جهاني و سرانجام جمعيت رو به تزايد انساني در جامعة جهاني، عواملي هستند كه بر گسترة نيازهاي انسان مي‎افزايند و نوع آنها را مدام تغيير مي­دهند. در اين رهگذر, نيازهاي جديد گاهي سبب تغيير و دگرگوني نهادهاي حقوقي تأسيس يافته مي­شود و گاهي هم موجب تكوين قواعد جديدتري مي‎گردد. با وجود اين, بشر هنوز در خواب غفلت است و تاكنون به آرامش مورد نظر دست نيافته است؛ اما در هر زمان, خود را با اين سودا تسكين مي­دهد كه در مسير رسيدن به مدينة فاضله گام برمي‎دارد و تا حدودي به‌ آن نزديك شده است.**

**بي شك, بيشترين تلاش نوع بشر كه شايد بتوان گفت بيش از نيمي از عمر او را دربرمي‎گيرد \_ اگر نگوييم همة آن را \_ در راه تحصيل مال و كسب درآمد است. دست­كم اين امر از مهم­ترين ابزارهاي رسيدن به زندگي مطلوب و آسايش خاطر به حساب مي‎آيد؛ از اين رو عمدة روابط اجتماعي بشر را روابط مالي و اقتصادي تشكيل مي­دهد. در هر گونه رابطة اجتماعي وي، مي‎توان رنگ و لعاب اين­گونه روابط و تكاپو در اين جهت را به نوعي مشاهده نمود؛ حتي در روابط خانوادگي كه در قاموس هر ملتي از شخصي‎ترين رابطه‎هاست.**

**در گذشته, برخي انسانها به سبب عوارضي چون پيري و از كار افتادگي، بيماري و معلوليت و يا سفاهت و صغر سن، توانايي ادارة اموال خود را نداشتند و آن را به ديگري وا مي­نهادند تا از اين رهگذر امرار معاش كنند؛ ولي بعدها قواعدي وضع شد كه حتي افراد توانمند و قادر به ادارة دارايي خود نيز بتوانند براي دست­يابي به منافع بيشتر و زندگي راحت­تر، اموال خود را در قالب آن قواعد و نهادهاي جديد در اختيار ديگران (افرادي كه شمّ اقتصادي بالاتري دارند) قرار دهند. به دليل تغيير و يا افزايش نيازها، خرد انساني به مقتضاي مقتضيات زمان و مكان و براي برآوردن نيازها، قواعد را تغيير مي‎دهد و يا قواعدي جديد وضع مي­كند. از جمله آنها، وضع ماده 768 قانون مدني است كه مقرر مي­دارد: «در عقد صلح ممكن است احد طرفين در عوض مال الصلحي كه مي­گيرد متعهد شود كه نفقة معيني همه ساله يا همه ماهه تا مدت معيني تأديه كند, اين تعهد ممكن است به نفع طرف مصالحه يا نفع شخص يا اشخاص ثالث واقع شود.»**

**در اين مقاله برآنيم تا پس از بيان ضرورت مطالعة مادة مذكور و قلمرو آن, به تحليل علل وضع و مباني فقهي و حقوقي اين ماده بپردازيم.**

**1 ـ ضرورت مطالعة ماده 768 قانون مدني**

**شرايط ويژه و احكام خاص عقودي چون قرض، مضاربه، مزارعه، مساقات، شركت و … محدوديتها و محذورات ناشي از آنها و عدم كارآيي اين عقود در شرايط جديد اقتصادي و تجاري وقت، سبب شد تا عقل جمعي جامعه و قواي قانون­گذاري به اين سمت و سو سوق داده شوند و راههايي ديگر براي تحصيل درآمد و منافع بيشتر و در عين حال, آسان و مطمئن پيش­بيني نمايند. البته آموزه­هاي ديني و احكام الهي شريعت مقدس اسلام در ايجاد نهادهاي حقوقي در ايران اسلامي، نقش اصلي را ايفا مي­كنند؛ از اين رو خردمندان (فقها و حقوق­دانان) وقت ايران با الهام از نهاد حقوقي صلح مقرر در شرع، قاعدة مذكور در ماده 768 ق.م را وضع كردند تا بسياري از نيازها رفع شود و شبهة غيرشرعي بودن برخي از اعمال تجاري رايج، از ذهنها زدوده شود. البته در صورتي كه آن اعمال اقتصادي و يا تجاري, با شرايط مذكور در شرع انجام شود.**

**قاعدة مندرج در مادة 768 ق.م با تعابير متفاوتي در نوشته‎هاي حقوق­دانان طرح شده است؛ به نحوي كه هريك از ايشان، بسته به منظر ويژه مطالعاتي خود, شرح و تفسيري از آن ارايه كرده­اند كه در محل مناسب اشاره خواهيم كرد. اما در تفسير مادة مشارالذكر، توجه به اين نكته مهم است كه مقررة مزبور در نتيجة وجود زمينه‎هاي استفاده از تأسيسات حقوقي خاص, مانند انواع بيمه­ها و يا گرفتن بهرة پول و اخذ تنزيل آنها كه در كشورهاي مغرب زمين, همچون فرانسه رايج بوده است, به حقوق ايران راه يافته است.**

**مادة 768 ق.م كساني را كه توانايي ادارة اموال خود را بر اساس نظام اقتصادي روز ندارند و يا كساني را كه به دنبال سود مناسب و مطمئن هستند و يا كساني را كه به دنبال ايمني خاطر در زمان پيري و يا تأمين معاش روزانة افراد تحت تكفّل بعد از مرگ مي باشند، راهنمايي و هدايت مي‎كند به اينكه آنان مي‎توانند تمام يا قسمتي از اموال خود را در اختيار شخص يا مؤسسة مورد اطمينان بنهند تا شخص يا مؤسسة مذبور مبلغ معينّي در هر سال يا هر ماه به او يا هر شخصي كه او معرّفي نمايد، بپردازد (شهيدي, 1378: ص93).**

**متأسفانه در حال حاضر از اين نهاد حقوقي, به علت عدم آشنايي عموم مردم، به صورت استثنايي و نادر استفاده مي‎شود؛ اما در كشورهاي ديگر كاربرد فراوان دارد. مشكلات پيچيده و فراواني كه از نظر فقهي و حقوقي در بنا و مبناي انواع مختلف عقود بيمه­اي و... وجود داشت, فقها و حقوق­دانان را به ابداع مقررات و شيوه‎هاي خاصي وا داشته است كه شايد با نگاه دقيق به مقررة اين ماده و احياي آن, خيلي از مشكلات بسيار سريع­تر و آسان­تر حل شود. به نظر مي‎رسد با احياي ماده 768 ق.م و ارائه شرح و تفسيري نو از آن، بسياري از شبهات مطرح در روابط اقتصادي و تجاري امروز از منظر فقه و حقوق حل گردد.**

**2 ـ قلمرو مادة 768 قانون مدني**

**مادة 768ق.م مقرر مي­دارد: «در عقد صلح ممكن است احد طرفين در عوض مال الصلحي كه مي‎گيرد متعهد شود كه نفقة معينّي همه ساله يا همه ماهه تا مدت معينّي تأديه كند، اين تعهد ممكن است به نفع طرف مصالحه يا نفع شخص يا اشخاص ثالث واقع شود.»**

**نخستين موضوعي كه از عبارت صدر ماده هويدا مي‎گردد، موضوع صحّت انعقاد عقد صلح در مقام معاملات است كه از ماده 752 ق.م نيز قابل استنباط بود. قانون­گذار بار ديگر با از بين بردن ماد­ة اختلاف بين فقه شيعي و فقه اهل سنت در مورد لزوم سبق خصومت و نزاع در صحت انعقاد عقد صلح و به پيروي از فقه اماميه (الحسيني العاملي: ج5؛ ص 471 \_ 459 و الموسوي الخميني, 1378: ج2؛ ص67) به­طور قطعي و مسلم، صلح در مقام معامله, جهت نقل و انتقال اموال، اعيان، منافع و غيره را صحيح اعلام نموده است.[3] از عبارات مادة مورد بحث به خوبي برمي‎آيد حتّي لازم نيست انعقاد عقد صلح براي جلوگيري از تنازع احتمالي در آينده باشد. به نظر برخي از فقهاي عظام، گسترة عقد صلح از اين هم وسيع‎تر است و حتّي لازم نيست مورد صلح، مال باشد. (علامه حلي, 1418: ج2 صص179 – 172) به­نظر مي­رسد مصالحه يعني تسالم و صلح يعني سلم و توافق (ابن اثير, 1979: ج2 ص394 و المنجد: ص432). در صلح, تنها لازم است كه طرفين بر امري تراضي و توافق نمايند؛ منتهي آن امر نبايد غيرمشروع و حرام باشد (ماده 754 ق.م). روايات زيادي[4] داّل بر اين معناست. پذيرش اين معنا دربارة عقد صلح در مجموعة قواعد و مقررات حقوقي ما با اين مشكل مواجه است كه با وجود چنين عقدي, از ذكر ماده 10 ق.م بي نياز مي‎شويم و يا با وجود ماده 10 ق.م, از داشتن اين نهاد حقوقي بي­نياز مي‎باشيم كه در جاي خود پاسخ آن داده شده است. (جعفري لنگرودي, 1378: 3ج ص 2358). در هر صورت با وجود ماده 768 ق.م, بسياري از قراردادها و معاوضات, از قبيل: تبديل تعهد و انتقال طلب و دين نيز مي­تواند در قالب عقد صلح شكل گيرد. بنابراين مي‎توان تعهدات معوّض را از جمله موضوعات اين ماده به شمار آورد.**

**موضوعي كه شايد مقررة مزبور براي آن وضع شده است و به صراحت بيان گشته است: «تعهد به پرداخت نفقة معيّن در قبال عوض صلح» است. حقوق­دانان از اين موضوع به تعهد نفقه (جعفري لنگرودي, 1356 : ج1؛ ص1030), تأسيس عايدي و در آمد (عبده بروجردي,1380: ص359), قرارداد مستمري مادام­العمري و يا صلح تأميني (شهيدي, 1378: ص95) تعبير نموده‎اند و در ادبيات حقوقي عرب­زبانها به تكوين الدخل او المعاش و يا نفقة المعاش (كورنر, 1998 م. ج1؛ صص768, 1730, 1299, 1300) . . .، تعبير شده است.[5]**

**تعهد به نفع ثالث از ديگر موضوعاتي است كه در مادة مذكور به آن اشاره شده است و مي‎توان دربارة آن به بحث و گفتگو پرداخت. بيمه و انواع آن از قبيل: بيمه‎هاي عمر و بيمه‎هاي حمل و نقل مسافر از جمله عقودي هستند كه با به كارگيري قاعده مندرج در اين ماده، دليل و حجت قانوني وشرعي براي صحّت مي‎يابند و از محذورات مطرح پيش از وضع قوانين خاص رها مي‎شوند. همچنين عقد مقاطعه‎كاري (پيمانكاري) هم مي‎تواند در قالب همين مقرره شكل گيرد و موقوفات و برخي وصيت‎هاي صرف اموال در امور خيريّه و عام­المنفعه هم از مصاديق اين موضوع به حساب مي‎آيد.**

**انجام برخي از عمليات بانكي, چون اعطاي تسهيلات وام با پرداخت سود به سپرده‎هاي مشتريان بانك كه عمدتاً با مشكل ربا مواجه بود، از طريق عقد صلح و در قالب اين ماده ممكن مي­شود و مي­توان گفت ديگر به تأسيس شيوة برگزيده در قانون عمليات بانكي بدون ربا نياز نيست؛ چرا كه در عمل, اين قانون هم بيشتر به صورت صوري تحقق پيدا مي‎كند و دست­كم مشتريها از ماهيت عقد ايجاد شده بين خود و بانك بي‎خبرند. بنابراين بررسي انجام عمليات بانكي در قالب ماده 768 ق.م از ديگر موضوعات حائز اهميّت است كه مي‎توان در بارة آن بحث نمود.**

**موضوعات فوق, پاره­اي از موضوعاتي است كه با عنايت به ماده 768 ق.م مي­توان در امور مدني به كار گرفت. البته كارايي و كاربرد مادة مذكور, فراتر از عقود مدني است و به نظر مي‎رسد در پاره­اي از امور تجاري نيز مادة مزبور مفيد ثمر باشد.**

**موضوع اوراق قرضه (Debentures – effet.)(استقراض دولتي)، اخذ تنزيل و بهره**

**("To borrow on interest, to loun on interest" – "Esecompte and interest") و بيمه‎هاي جاري، مثل بيمه حمل و نقل كالا از جمله موضوعاتي است كه برخي از حقوق­دانان، شكل‎گيري قاعده مزبور را به سبب آنها مي‎دانند (عبده بروجردي: همان و عدل, 1373: ص381 و382). بعضي از موضوعات ديگر نيز, هم مثل بيع موقت (Timesharing)گفته شده است مشمول مادة مذكور است و يا دست­كم شايسته بررسي است كه در قلمرو اين ماده مي‎گنجد يا نه؟**

**بحث تفصيلي و نقد و بررسي اقوال و تحليل مطالب هر يك از موضوعاتي كه مي­تواند در قلمرو اين ماده قرار گيرد, از موضوع بحث اين مقاله خارج است؛ از اين رو سعي مي­شود به فراخور حوصلة مقاله, به آن موضوعات اشاراتي بكنيم و دربارة برخي از آنها اندكي تفصيلي‎تر بحث نماييم.**

**3 ـ علل وضع مادة 768 ق.م**

**براي ارائة تفسيري صحيح از مادة قانوني يا قاعده‎اي حقوقي، فهم مقصود واضع قاعده از منطوق و مفهوم كلام او، مهم­ترين نكته و ضروري‎ترين امر است و اين مهم ميّسر نمي‎شود, مگر با مطالعة فضاي حقوقي حاكم بر زمان تصويب، مشروح مذاكرات تصويب كنندگان، نيازهاي مردم آن زمان و كتب شارحين قانون مدني. بنابراين نخست, پيشينه تصويب ماده مذكور را بررسي مي­كنيم و سپس به تحليل علل وضع ماده مي­پردازيم.**

**1 ـ پيشينة تصويب ماده 768 ق.م**

**مجلس شوراي ملي در تاريخ هيجدهم ارديبهشت ماه سال 1307 هجري قمري، لايحه وزارت عدليه درمورد كل مواد جلد اوّل قانون مدني را كه به صورت ماده واحده و با دو فوريت به مجلس تقديم شده بود، به صورت قانوني با نام قانون اجازه اجراي لايحه قانون مدني از تاريخ 20 / 2 / 1307 تا موقع اعلام رأي قطعي كميسيون پارلماني عدليه تصويب نمود (مشروح مذاكرات مجلس شوراي ملي دورة ششم تقنين ج1, ص 117, قانون 595). با اين وصف, تمامي مواد جلد اوّل قانون مدني, يعني 955 ماده با يك رأي تصويب و به اجرا گذاشته شده است. بعد از آن تاريخ،‌ هيچ يك از مواد جلد اوّل قانون مدني به استثناي ماده 2 كه در تاريخ 29 / 8 / 1348 اصلاح شد, مستقلاً, نه در مجلس شوراي ملي و نه در كمسيسونهاي آن, مورد بازنگري و اصلاح واقع نشد. بنابراين نمي‌توان به پيشينة خاصي در مورد ماده 768 ق.م دست يافت؛ ولي با مطالعة نحوة تهيه و تدوين مواد جلد اوّل قانون مدني, مسير نيل به مقصود تا حدودي گشوده مي‌شود. خوش­بختانه كتب مفيدي در شرح قانون مدني از برخي حقوق­دانان, كه از اعضاي كميسيون تدوين لايحة قانون مدني بوده‌اند؛ در دسترس است و براي دست‌يابي به علل وضع اين ماده, به ناچار به بررسي سخنان بعضي از حقوق­دانان مزبور اكتفا مي‌كنيم.**

**2 ـ علل وضع مادة 768 ق.م از نظر برخي از اعضاي كميسيون تهيه و تدوين لايحة قانون مدني (جلد اوّل)**

**قانون مدني از زمان تصويب تاكنون، بارها مورد حك و اصلاح واقع شده است. شرحهاي زيادي از سوي حقوق­دانان براي آن نوشته شده است. مراجعه به انظار انديشمندان عصر تصويب، محقق را ياري مي­دهد كه بر اساس فضاي حقوقي آن زمان، معناي صحيح‎تري از قاعده برداشت نمايد و درك واقع‎تري از آن داشته باشد. بنابراين اگر حقوق­داني كه شارح قانوني است، خود در هنگام تهيه، تدوين و تصويب آن حضور فعال و اساسي داشته است، شرح او از آن قانون، اقرب به صواب است كتاب حقوق مدني استاد مصطفي عدل از اولين كتبي است كه دربارة قانون مدني ايران نگاشته شده است؛ با اين ويژگي كه نويسندة آن، حقوق­داني است توانا كه در مجموعة تهيه‌ كنندگان و تصويب كنندگان اين قانون حاضر بوده­ است. بنابراين مي‌توان با قاطعيت پذيرفت كه گفتار او دربارة علت وضع ماده‎اي از مواد قانون مدني از ساير تحليلها و تفسيرها به واقع نزديك‎تر است. استاد مصطفي عدل دربارة علت وضع تدوين مادة 768 ق.م چنين ابراز داشته‎ است: «... بديهي است كه مقصود از تنظيم مادة مزبور, ذكر امر بديهي نبوده, بلكه مقصود آن بوده است‎ كه ‎حكمي هم راجع به يك نوع معامله‎اي كه امروز در اغلب از استقراضهاي دولتي متداول و ممكن ‎است در ايران نيز مورد پيدا كند، معين شده باشد. معاملة مزبور عبارت است از آنچه كه به فرانسه «Constitution de rente» مي‎گويند كه‎ ترجمة تحت­‎الفظي آن, تأسيس عايدي مي‎باشد و ما با اقتباس از ماده 768 ق.م به تأسيس نفقه ترجمه مي‎نماييم. در بعضي از ممالك اروپا كه در زمان قديم, اخذ تنزيل ممنوع بود, صاحبان سرمايه پول خود را به مقترض تمليك مي‎كردند به شرط اينكه در مدت معينّي همه ساله يا همه ماهه مبلغي تأديه كند و آنچه را كه مقترض همه ماهه يا همه ساله بايستي بدهد, طوري حساب مي‎كردند كه مساوي باشد با اصل سرمايه به انضمام تنزيلي كه به آن تعلق مي‎گيرد. به عبارت ديگر, حيلة شرعي و يا راه قانوني درست مي‎كردند براي اينكه اخذ تنزيل مشروع باشد؛ چنان‎كه در ايران هم براي اخذ تنزيل, به حيل و طرق مختلف تشبث مي‎شود. امروزه ديگر در ممالك خارجه براي تأسيس اين قسم عادي ]عايدي[ موجبي نمي‎باشد و به همين جهت كم اتفاق مي‎افتد كه بين اشخاص عايدي ]عادي[ اين قسم معامله واقع گردد؛ ليكن چون دولت عموماً براي احتراز از مطالبة مقرضين، اغلب استقراضهاي خود را با شرط عدم التزام به تأديه اصل وجه استقراض مي­نمايند و مقرض فقط حق اخذ تنزيل پول خود را دارد، لذا عنوان معامله هنوز قانوناً فسخ ]نسخ[ نشده است. توضيح آنكه اكثر استقراضهاي راجع به دول عالم كه ميزان آن شايد در هر دفعه استقراض, بالغ به چندين صد ميليون ويا چندين ميليارد مي‎باشد, به اين طريق به عمل مي‎آيد كه دولت يك مقدار اسناد قرضه چاپ و منتشر مي‎نمايد. خريداران اسناد مزبور, مقرضين هستند, ولي حق ندارند از دولت‎ كه مقترض است, مطالبة اصل طلب خود را بكنند و هركس كه بخواهد به اصل پول خود برسد, اسناد خود را در بورسهاي تجاري به نرخ روز مي‎فروشد. اين نوع استقراض, همان «Constitution de rente» يا تأسيس نفقه مي‎باشد كه به موجب ماده 768ق.م به نحو صلح پيش­بيني ­شده است.» (صص383 و 381)**

**استاد دكتر محمد عبده بروجردي از ديگر اساتيد برجستة حقوقي است كه شرح وي نيز بر قانون مدني از كتب قديمي و نزديك به تاريخ تصويب مادة 768 قانون مدني است. وي نيز در تركيب كميسيون تهيه و تدوين قانون مدني (جلد دوم و سوم) بوده‌ است. او در اين‎باره مي­گويد:**

**«غرض از وضع و تدوين اين ماده, فتح بابي براي مشروع نمودن اخذ تنزيل بوده؛ به اين صورت كه شخص سرماية خود را از طريق صلح به ديگري واگذار مي‎كند, مبني بر اينكه طرف مقابل هر ماهه يا هر ساله تا مدت معيني مبلغي به او بپردازد و حساب را طوري مي‎كند كه مبلغي را كه آخر مدت دريافت خواهد كرد, با اصل پول و تنزيلي كه به او تعلق گرفته, تكافو كند و از اين طريق كه در فرانسه از آن تعبير مي­شود «Constitution de rente» يعني تأسيس عايدي، شخص مي‎تواند وقتي كه به لياقت و شايستگي بازماندگان خود اطمينان نداشته باشد, نفقة آنها را تا مدتي بعد از فوت خود تأمين نمايد.» (ص359)**

**3 ـ علل وضع ماده 768 ق. م از منظر ساير حقوق­دانان**

**برخي ديگر از حقوق­دانان معتقدند كه با مطالعة تطبيقي قانون مدني ايران و قانون مدني فرانسه درمي‎يابيم كه قاعدة مندرج در ماده 768 ق.م از مواد 1968 تا 1983 قانون مدني فرانسه با انجام تغييراتي مناسب با نظام حقوقي ايران و فقه اماميه اقتباس شده است. قرارداد صلح مذكور در مادة فوق, صلح تأميني است و معادل آن‎ در فرانسه قرارداد «Contrat de rente viagére» يا «قرارداد مستمري مادام العمري» نام دارد. در قانون مدني فرانسه, از قرارداد مزبور تعريفي به عمل نيامده است؛ اما در تأليفات حقوقي نويسندگان فرانسوي, مباحث نسبتاً گسترده‎اي درباره اين قرارداد وجود دارد؛ از جمله آنكه قرارداد مشارالذكر را چنين تعريف كرده اند: «رانت ويژر، قراردادي است كه طبق آن, يك شخص (متعهد پرداخت) تعهد مي‎كند مبلغي را كه مستمري ناميده مي‎شود, در فواصل معينّي به ديگري بپردازد و اين پرداخت در طول زندگي بستانكار (متعهدله پرداخت) به عمل مي‎آيد.» (شهيدي: ص95)**

**بر اساس ماده 1968 ق.م فرانسه قرارداد فوق مي­تواند به صورت معوّض يا غيرمعوّض واقع شود؛ به اين معنا كه در قرارداد رانت ويژر غير­معوّض, شخص به پرداخت مستمري (نفقه) به طرف ديگر، به صورت رايگان متعهد مي‎شود.[6]**

**4 ـ بررسي و نقد علل نظريات ارائه شده دربارة علل وضع مادة 768 ق.م**

**از مجموع نظريات حقوق­داناني ‎كه دربار­ة علل وضع ماده 768 ق.م سخن گفته‎اند، مي‎توان دو علت را استنباط نمود: نخست, به كارگيري شيوه­اي است كه بتوان از آن طريق, از شبهة ربا تخلص پيدا كرد و امور پولي رايج در زمان تصويب و مورد نياز جامعه, به روش مرسوم غرب، در ايران نيز وجهة قانوني و شرعي پيدا نمايد؛ كسري بودجه دولت و بدهيهاي آن از طريق صدور اوراق قرضه تأمين شود و متموّلين براي كمك به مستمندان رغبت نمايند. به بيان ديگر، علت وضع ماده 768 ق.م اين است كه راه حيله براي فرار از ربا و ممنوعيت از اين امور گشوده شود. بديهي است اگر ما تنها از اين منظر به مسأله نگاه كنيم, هرچند مسأله قانوني شده باشد و گرفتن بهره در قالب عقد صلح صورت گيرد، باز چنانچه گفته شده است, از نظر شرعي اخذ بهره جايز نيست؛ يا دست­كم مورد اختلاف بين فقهاست. (بخش فرهنگي جامعه مدرسين حوزه علميه قم, 1381: از ص 331 به بعد) اما به نظر مي­رسد كه قانون­گذار ما صرف نظر از اين داعي، ماده مورد بحث را وضع نموده باشد و اين امر، تنها انگيزه­اي براي جستجو در مورد اين قاعده در متون فقهي مي­باشد.**

**علت دوم اين است كه عقد صلح مندرج در ماده 768 ق.م و اساساً عقد صلح داراي ويژگيهايي است كه مي­تواند پاسخ­گوي اين نياز باشد. قاعدة مندرج در ماده، قبل از اينكه مقررة قانوني گردد، در عرف اهل شرع رايج بوده و مردم در اين­باره، سؤالات زيادي از مراجع تقليد خود مي‎پرسيدند و فقها هيچ يك بر ربوي بودن چنين عقد صلحي اشاره نكرده‎اند و آن را صحيح اعلام كرده­اند (ميرزاي قمي, 1371 : ج3 و طباطبايي يزدي, 1371).**

**در اين‎گونه عقد صلح، مصالح، مال‎الصلح را تمليك طرف صلح مي‎كند؛ نه اينكه به او قرض دهد و به طور جدّ چنين قصدي دارد و اين قصد حقيقتاً از او متمشي است و در برابر آن و عوض مال صلح, ماهيانه يا سالانه پول را دريافت مي­دارد كه وجه دريافتي مي‎تواند با احتساب اصل پول و سود متعلق به آن باشد كه در اين صورت, نه رباي قرضي محقق مي­شود, رباي معاوضي. بنابراين قانون­گذار بر اساس فتاواي فقها, مادة 768 ق.م را وضع نموده است و با تطبيق بحثهاي بانكي و استقراضهاي دولتي بر اين ماده، شبهات شرعي آنها را مي­توان دفع نمود.**

**حال به تبيين مباني فقهي و حقوقي ماده 768ق.م مي­پردازيم و ليكن لازم است كه موارد كاربرد آن را در روابط مدني و تجاري امروز جامعه بررسي كنيم كه در فرصتي ديگر ارائه خواهيم نمود.**

**4 ـ مباني و مستندات فقهي و حقوقي مادة 768 ق.م**

**بررسي تمام مباني و مستندات فقهي و حقوقي موضوعاتي كه در قلمرو ماده 768 ق.م مي­گنجد, به­رغم ضرورت و لزوم آن, فراتر از گنجايش يك مقاله است و بايد در جايي ديگر به آن پرداخت؛ ليكن موضوع عقد صلح تعهد به پرداخت نفقه كه از منطوق و فحواي ماده بر مي­آيد, داراي ويژگيهايي است كه كليد گشوده شدن بسياري از موانع و مشكلات در امور اقتصادي و تجاري امروز جامعه مي­باشد. بنابراين سعي ما بر آن است تا تمام اقوال و مستندات را در محدودة مورد ماده كه وضع قاعده مندرج در آن را سبب شده است, طرح ‎كنيم؛ يعني اقوال فقها و حقوق­دانان و مباني و مستندات آنان را در مورد قرارداد صلح تعهد به پرداخت نفقه ذكر و بررسي مي­نماييم تا از اين راه, توجه صاحب­نظران را به عنايت بيشتر به مقررة مزبور جلب كنيم.**

**1 ـ اقوال فقها و مباني فقهي عقد صلح موضوع ماده 768 ق.م**

**نوع صلح مندرج در ماده 768 ق.م نمونه‎اي از صلح عهدي يا صلح التزامي است (جعفري لنگرودي,1370: ص206) كه در عبارات فقها به كار رفته است. صلح عهدي يا التزامي يا مبني بر تسامح است, يا مبني بر تسامح نيست. به نظر مي‎رسد صلح مذكور در مادة فوق, از نوع صلح عهدي مبني بر تسامح باشد و صرف علم اجمالي به مقدار نفقه در صحت صلح كفايت كند و عبارت نفقة معين به آن معنا نيست كه اگر مقدار نفقه تعييناً و تفصيلاً مشخص نباشد, عقد صلح باطل است؛ به دليل اينكه فقها مي‎گويند: «نفقه از حيث مقدار، عرفاً معلوم است.»**

**ذكر برخي از عبارات فقها به جهت تشخيص مباني فقهي مسأله، مفيد است:**

**در كتاب الفقه آمده است:**

**«لوصالح الانسان عن كل امواله عند موته لزيد في قبال ان يقوم زيد بعد موته بنفقة عياله مثلاً مدة عشر سنوات صح الصلح.» (الشيرازي, 1405 هجري قمري: 243)**

**همان­گونه كه از ظاهر عبارت فوق هويداست، موضوع اين فرع فقهي، شبيه موضوع مادة 768 ق.م است؛ به اين معنا كه در قبال صلح اموال به شخصي، به پرداخت نفقة عيال مصالح به مدت ده سال تعهد شده است. از نظر صاحب كتاب فوق، چنين عقد صلحي صحيح است، با اينكه مقدار نفقه معيّن نشده است و طرفين عقد, تعهد به نفع شخص ثالث را پذيرفته‎اند.**

**برخي ديگر از فقها در پاسخ اين سؤال كه اگر زيدي اموال و متملكات خود را مصالحه به اولاد خود به مال المصالحه بنمايد و در ضمن عقد صلح شرط كند كه مصالح لهم مادامي كه مصالح زنده است نفقه و لباس او و عيال واجب­النفقه‎اش را بدهد و… آيا اين شرط مجهول (پرداخت نفقه در ايام غيرمعيّن) سبب فساد عقد صلح مي‎شود؟ و…، فرموده‎اند: «چون نفقه عرفاً از حيث مقدار معلوم است و همين مقدار معلوم بودن نفقه جهت عقد, كافي است, بنابراين اين شرط خدشه‎اي به عقد صلح مذكور وارد نمي‎سازد.»[7] (حاج سيد محمد باقر, 1248, ص 151)**

**برخي ديگر از فقهاي عظام در پاسخ به سؤالي نظير سؤال پيش، چنين عقد صلحي را صحيح مي‎دانند و جهل به مقدار نفقه را مضّر به صحت عقد صلح واقع شده نمي‎دانند. متن سؤال وجواب به شرح ذيل ­است.**

**سؤال: «هر گاه قيّم صغير يا شخصي كه ادعاي طلبي مي‎نموده از جانب صغير مصالحه نموده بمال المصالحه مبلغ چهار تومان و كفالة مؤنة مدت پنجسال صغير مذكور را به شرط آنكه صغير مذكور در مدت مذكور، در دكان آن شخص شاگردي نمايد و مبلغ چهار تومان را بازيافت نموده و مدت پنجسال كه تعهد كفالت نمود, صغير مذكور اطاعت و وفا به شرطي كه شاگردي مي­باشد ننموده و از دكان آن شخص بيرون رفته, حال كه كبير شده, مطالبة وجه اخراجات ايام كفالت را مي‎نمايد.»**

**جواب: «تحقيق در مسأله, موقوفست به بيان چند مقدمه ... اگر صورت واقعه به آن نحو بوده است كه مصالح عند حق طلب صغير است, با عمل مدت پنج سال او در دكان بمصالح به چهار تومان و مقدار نفقه پنجسال صغير، پس ظاهر صحت مصالحه است هرچند تعيين و تقدير كسوه و نفقه نشده باشد. چون اظهر در نظر حقير اينست كه جهالت وجه مصالحه به اين مقدار از جهالت مضّر نباشد…» (ميرزاي قمي, 1376 : ج3 ص 142 \_ 139)**

**اينها نمونه­هايي از فتاواي فقهاي عظام دربارة نوع عقد صلحي است كه در مواد 768 تا 770 قانون مدني ذكر شده است و به خوبي برمي‎آيد كه چنين عقدي صحيح و مشروع است و از جهت نامعين بودن ميزان مال­المصالحه, آن را مصون از ايراد مي‎دانند.**

**اما از جهت مباني يادآوري مي‎شود:**

**از جمله شرايط اساسي صحت عقد، معلوم بودن عوضين در هنگام عقد است و با وجود اينكه از منظر بسياري از فقها, معيار اخلال به عوضين، ايجاد غرر حاصل از آن مي باشد، فقها در جايي هم كه جهل موجب غرر نشود، آن را مبطل عقد مي‎دانند؛ اما در عقود مبتني بر مسامحه, مثل محل بحث و عقد صلح, آن را مضّر نمي‎دانند.**

**مرحوم سيدمحمد‎كاظم طباطبايي يزدي(ره) در پاسخ اين سؤال كه اگر جهل در معامله موجب غرر نباشد، آيا مبطل عقد است يا نه؟ فرموده‎اند: «در بيع باطل است چون بايد وزن هر يك ]از عوضين[ معلوم باشد؛ اما در صلح, اگرچه بعيد نيست صحت، لكن احتياط ترك نشود.»(1376: ص145)**

**به­نظر مي‎رسد معيار اخلال جهل و ايجاد غرر در مورد عقودي باشد كه بر اساس دقت و تكافوي عوضين در برابر هم باشد؛ به اين معنا كه طرفين عقد هيچ غبني و يا كاهش ارزشي نسبت به مال خود را نمي‎پذيرند. از اين­رو اگر صلحي هم مبني بر مداقّه و مغابنه واقع گردد و شرط مجهول در آن شود، اين عقد صلح از جهت جهل و ايجاد غرر صحيح نخواهد بود.**

**مرحوم سيد محمدكاظم طباطبايي يزدي(ره) در پاسخ سؤالات ديگري كه دربارة مصاديق خاصي از عقد صلح شده بود، نظريه فوق را به تفصيل تبيين نموده‎اند: «صلحي كه در مقام مسامحه باشد و مبني بر مداقّه و مغابنه نباشد، جهالت در آن مغتفر است و همچنين است اگر مبني بر مغابنه باشد، لكن تحصيل علم به عوضين يا احدهما غيرممكن يا معسور باشد و اما اگر مبني بر مداقّه و مغابنه باشد و تعيين عوضين به سهولت ممكن باشد، پس اگرچه اقوي در آن نيز اغتفار جهالت است، لكن اين در جايي است كه واقع معيّني داشته باشد و غرر عرفي لازم نيايد و الاّ صحت آن مشكل است، گرچه جهالت در شرط باشد؛ چون برگشت آن به جهالت عوض و موجب غرر در معامله است. بلي در جايي كه شرط تابع حساب شود عرفاَ شايد جهالت در آن ضرر نداشته باشد.» (همان؛ ص228)**

**بنابراين مهم­ترين اشكالي كه ممكن است بر صحت عقود مصاديق اين ماده, از جمله بيمه به جهت مبنايي وارد شود، ايراد غرر است كه در مورد واقع بيع, مورد نهي پيامبر گرامي اسلام(ص) است (الحر العاملي, ج12؛ ص330). و غرري بودن معامله يا به دليل اين است كه دست‎يابي به مورد معامله، مورد وثوق و اطمينان نيست و يا به دليل احتمال خطري است كه ناشي از عدم اطمينان به تحقق مورد معامله است و يا به اعتبار مجهول بودن يكي از عوضين است. از اين رو فقها مي‎گويند مبيع بايد در هنگام عقد موجود باشد و بايع قدرت بر تسليم آن داشته باشد و طرفين نسبت به جنس و وصف و مقدار عوضين علم داشته باشند. اين سه شرط از جمله شرايط اساسي صحت عقد است كه تمام فقها بر آن تصريح دارند. اما اين بدان معنا نيست كه در هر جا يكي از شرايط نباشد، لزوماّ معامله غرري است.**

**بنابراين اگر در عرف و عادت, معامله غرري و سفهي باشد، آن معامله باطل خواهد بود وگرنه عقد و قرارداد صحيح است؛ براي مثال, غرري ‎كه ناشي از جهل به عوضين است در صورتي موجب بطلان عقد است كه در قيمت مؤثر باشد و تفاوت قيمت, عرفاً تسامح­پذير نباشد؛ ولي اگر غرر عرفاً مسامحه­پذير باشد، موجب بطلان عقد نيست. يا موردي كه به حسب ظاهر, غرري است, ولي به لحاظ مصلحت خاص يا هدفي كه مشتري از خريد آن كالا دارد، ممكن است عرفاً غرري نباشد؛ مثل اينكه فردي عبد فراري را بخرد و چون كفاره‎اي بر عهدة اوست، او را مي‎خرد تا آزادش كند. اين معامله نيز غرري نيست؛ چون عرفاً اين هدف عقلايي است و داراي مصلحتي براي خريدار است همين­طور است در مورد مجهول بودن عوضين. غرر امري عرفي است و بر حسب موارد آن, نظر عرف فرق مي‎كند. پس تسامح يا عدم تسامح عرفي, ملاك غرر و عدم غرر خواهد بود[8] (النجفي؛ بي­تا, ج22 ص408).**

**با عنايت به مطالب پيش­گفته، روشن مي‎شود كه بين غرر و جهل, نسبتي وجود دارد و جهلي كه موجب غرر مي‎گردد، سبب‎ بطلان معاملات معاوضي است؛ البته به اين معنا كه غرر عرفي محقق ‎مي‎شود. بنابراين در هر موردي كه جهالت باشد، ممكن است معامله غرري باشد يا نباشد و معاملات غرري مجهول از نظر تمام فقها باطل است. ولي اگر مورد معامله مجهول باشد و از نظر عرفي مسامحه شود و يا دست­كم از نظر متعاقدين, عقد مبني بر مداقّه و مغابنه نباشد, عقد صحيح خواهد بود و آن جهل، خللي به صحت معامله وارد نمي‎سازد.**

**در مورد مصاديق ماده 768 ق.م. مثل عقد بيمه، كه گفته شده است بيمه عقدي غرري است، به اين معنا كه در عقد بيمه, جهل به عوضين وجود مي‎آيد، مي‎توان پاسخ داد كه اوّلاً عوضين در عقد بيمه طبق قرارداد و مفاد بيمه‎نامه معلوم است؛ چون تعداد اقساط، مبلغ هر قسط و مقدار مبلغ بيمه براي پرداخت خسارت در حين انعقاد قرارداد بيمه در بيمه­نامه تعيين شده است. بنابراين هيچ جهل يا ابهامي وجود ندارد؛ چون اثر عقد بيمه براي بيمه‎گذار و بيمه‎گر معلوم است. آنچه مربوط به بيمه­گذار است، پرداخت اقساط و مبلغ بيمه است كه مي­بايد بپردازد و در قبال آن، تأمين و تضميني است كه به دست مي‎آورد. اين تضمين هم بر حصول حادثه مترتب نيست؛ بلكه به مجرد عقد حاصل مي‎شود؛ بدان معنا كه بيمه­گذار با انعقاد عقد بيمه, نسبت به تأمين خسارتهاي احتمالي اطمينان حاصل مي‎كند و در نزد او هيچ تفاوتي ندارد كه حادثه مورد بيمه اتفاق بيفتد يا نيفتد. اين اشكال از آنجا ناشي مي‎شود كه عقد بيمه را نوعي مبادلة مال به مال مي پندارند و حال آنكه چنين نيست. اگر بيمه مبادله دو مال بود, جهل و غرر معنا داشت؛ اما در بيمه, معاوضة حقيقي بين مال و غير مال است. همان­طور كه در ماده 768 ق.م آمده است, در قبال عوض صلح، تعهد به پرداخت نفقه قرار گرفته است. در عقد بيمه‎ هم عوضين ‎عبارتند از:**

**1 ـ قسط يا مبلغ بيمه‎اي كه بيمه‎گذار بر اساس قرارداد و تعهد مي‎پردازد؛**

**2 ـ تأميني كه بيمه‎گر درقبال بيمه‎گذار تضمين‎ مي‎كند. يعني‎ بيمه‎گر به‎عنوان عوض، ‎تعهد مي‎كند و جبران ‎خسارات احتمالي را بر عهده ‎گيرد. بنابراين تعهد بيمه‎گر پول نيست تا گفته شود مجهول است؛ چون احتمال اتفاق حادثه معلوم نيست. امّا از سوي بيمه‎گر هم احتمال غرر منتفي است؛ چون اصولاً شركتهاي بيمه, متولّي اين امرند و معمولاً به صورت جمعي و با تعداد فراواني بيمه‎گذار كار مي‎كنند و بر حسب احتمالات، خطر را مي‎پذيرند. اين نظام ‎بيمه‎اي ‎غالباً درمورد بيمه‎گر، احتمال غرر را منتفي‎ مي‎سازد.**

**ثانياً اگر اصرار بر آن باشد كه در عقد بيمه, جهل به عوضين وجود دارد، پاسخ آن را قبلاً داديم كه هر جهلي به صحت عقد خلل وارد نمي‎سازد؛ بلكه جهلي موجب خدشه در صحت عقد مي‎شود كه سبب ابهام عقد شود. اما در جايي كه علم اجمالي نسبت به مورد عقد وجود دارد، به­ويژه در عقود مسامحه‎اي، جهل مضّر نيست و علم اجمالي كافي است. اين مطلب از نظر فقهي مسلم است (ميرزاي قمي, همان). حتي اگر غرر در معناي خطر و زيان مقصود باشد، عقد بيمه از عقود غرري خارج است؛ چون بيمه نه­تنها خطري نيست، بلكه به جهت دفع خطر پديد آمده است.**

**از مباحث ديگري كه در مورد ماده 768 ق.م مطرح شده است, بحث «تعهد به نفع شخص ثالث» (La stipulation pour autrut" "obligation (promise) to third party) است. در اكثر نظامهاي حقوقي, اصل «نسبي بودن قراردادها» و يا اصل «شخصي بودن قراردادها Privity of Contracts)) حاكم بر هر قراردادي است. (محقق داماد, 1373 : ص5). اگرچه در كنار اين اصل، اصل «قابليت استناد قرارداد» نيز وجود دارد (كاتوزيان, 1376 : ج3 ص362), اصل نسبي بودن, هنوز هم از حيات حقوقي مستحكمي بهره‎مند است.**

**اصل نسبي بودن قراردادها به اين معناست: رابطه‎اي كه بر اساس قرارداد، بين اشخاص ايجاد مي‎شود، تنها نسبت به كساني كه با هم توافق مي‎كنند مؤثر است و تنها آنان مي‎توانند دربارة آن عقد در دادگاه اقامه دعوي نمايند. نفع و زيان عقد نسبت به طرفين عقد است. به تدريج, با توسعة روابط اقتصادي و تجاري و ايجاد نيازهاي جديد، مكاتب حقوقي مختلف مجبور شدند تا استثنائاتي بر اين اصل وارد سازند. از جمله اين استثنائات, «تعهد به نفع ثالث» است.**

**پيدايش صنعت بيمه و نياز مبرم جامعه به آن، بويژه در مورد بيمه‎هايي چون بيمة عمر، به­رغم اصرار زياد مكاتب حقوقي مختلف بر اصل نسبي بودن قراردادها، سبب قبول «تعهد به نفع ثالث» شد و اصل تعهد به سود ثالث در نظامهاي حقوقي به عنوان استثنا بر آن اصل پذيرفته شد و مباني مختلفي براي توجيه صحت تعهد به نفع ثالث ارايه شد (ر.ك: محقق داماد, ص 12 ­\_ 7 و جمالي زاده, 1380 : صص378 و386).**

**دربارة تعهد به نفع ثالث به صورت شرط ضمن عقد، چه به صورت شرط فعل و چه به صورت شرط نتيجه، قول صحيح در نظر بسياري از فقها اين است كه عموم قاعده «المومنون عند شروطهم» آن را دربرگيرد (طباطبايي: ص164)؛ امّا اين بحث در محدوده ماده 768 ق.م نيست. آنچه در ماده 768 ق.م آمده است، تعهد به نفع ثالث به صورت ابتدايي و قراردادن اثر مستقيم عقد براي ثالث است.**

**دربارة اين مطلب كه آيا اثر عقد را مي توان مستقيماً براي شخص ثالثي قرار داد، بين فقها اختلاف­نظر وجود دارد. ريشة اختلاف در اين نكته نهفته است كه آيا آن اثر، مقتضاي ذات عقد است يا متقضاي اطلاق آن. در صورتي كه مقتضاي ذات عقد باشد, عقد باطل خواهد بود؛ ولي قرار دادن اثري كه مقتضاي اطلاق عقد است براي غير طرفين قرارداد، سبب بطلان آن نمي‎شود. به عنوان مثال: آيا مي‎توان اثر بيع را كه تملّك مشتري نسبت به مبيع است، براي شخص ديگري كه در قرارداد نقشي ندارد قرارداد؟ و به عبارت ديگر, تمليك مبيع به مشتري و ثمن به بايع مقتضاي ذات عقد بيع است و يا مقتضاي اطلاق آن.**

**برخي از فقها مي‎گويند شرط تعهد به نفع ثالث در قراردادي به طور مستقيم، منافات با مقتضاي ذات عقد دارد؛ چون به حكم عقل در معاملات، هر يك از عوضين بايد در ملك كسي داخل شود كه عوض ديگر از ملك او خارج شده است. بنابراين اگر بنا شود كه ثمن در ملك شخصي غير از طرف قرارداد وارد شود، اين شرط موجب بطلان معامله است؛ زيرا خلاف مقتضاي ذات عقد است و شرط خلاف مقتضاي ذات عقد، هم باطل است و هم مبطل (الموسوي الخويي, 1377 : ج3 صص220 \_ 215).**

**برخي ديگر از فقها اين نظر را پذيرفته‎اند كه ورود هر يك از عوضين در ملك مالك ديگر طرف قرارداد، مقتضاي عقد بيع نيست؛ بلكه اثر اطلاق معامله است و با شرط خلاف مي‎توان آن را تغيير داد (الايرواني الغروي, 1421 هجري قمري : ج2 ص237).**

**به نظر مي‎رسد قرارداد دو نفر به نفع شخص ثالث ابتدائاً براساس مقتضاي عمومات ادّله, هيچ اشكالي در صحّت آن وجود نداشته باشد و اگر دليل عمده ادّله صحت عقود را بناي عقلا بدانيم و شارع در اين‎باره، احكام عقلايي را امضا نموده باشد, با توجه به افزايش روزافزون اين عقود، همچنين بيمة عمر و يا بيمة شخص ثالث در جوامع و پسنديده بودن آنها ترد عقلا، بايد بپذيريم كه تعهد به نفع ثالث, ابتدائاً نه ضمن عقد ديگر, از نظر فقهي صحيح است (ر.ك. گرجي, 1378 : ج1ص26).**

**2 ـ مباني حقوقي مادة 768 ق.م**

**اصل نسبي بودن قراردادها در قالب موادي از قانون مدني در اكثر نظامهاي حقوقي تجلّي نموده است. قانون مدني ايران نيز به موجب مادة 231, اين اصل را پذيرفته است؛ امّا در ذيل اين ماده، مفاد مادة 196ق.م، بر اين اصل استثنا شده است. قانوني بودن تعهد به نفع شخص ثالث از مادة 196 ق.م به خوبي هويداست. بنابراين تعهد به نفع ثالث از طريق شرط ضمن عقد ميّسر است. اما بر اساس ماده مورد بحث, در هر عقد صلحي، يكي از دو طرف مي‎تواند در عوض تعهد طرف ديگر، بر انجام امري به سود ثالثي تعهد كند. سؤالي كه مطرح است اين است كه مبناي جعل قاعدة مندرج در مادة 196 ق.م و مادة 768 ق.م چيست؟ آيا يك استثناست يا قاعده­اي عمومي و فراگير؟**

**برخي از حقوق­دانان در پاره­اي از عبارات خود, حكم مادة 196ق.م را استثنا مي‎دانند و معتقدند «از مفاد مادة 231 ق.م به­خوبي برمي‎آيد كه مادة 196 ق.م حاوي حكمي استثنايي و خلاف قاعده است؛ بنابراين متن ماده را بايد تفسير محدود كرد» (كاتوزيان, همان: ص347) ليكن در عبارت ديگري بيان داشته­اند: «مادة 196ق.م از قواعد عمومي قراردادهاست؛ بنابراين نمي‎توان ادّعا كرد كه امكان تعهد به سود ثالث, ويژة صلح و هبه و ديگر حقوق رايگان است» (همان, ص372). البته ايشان مادة 196 ق.م را ناظر بر موردي مي‎دانند كه تعهد به نفع ثالث جنبة تبعي و فرعي دارد؛ يعني شرط به سود ثالث، ضمن معاملة اصلي است كه بين طرفين واقع شده است. ولي در پاره‎اي از عقود, مثل بيمه و صلح، تعهد به سود ثالث به عنوان عوض اصلي است و در نهايت مي‎پذيرند كه تعهد به ‎نفع ثالث, چه به صورت شرط ضمن عقد و چه به صورت تعهد اصلي, از جمله قواعد عمومي قراردادها‎ است (همان, ص373).**

**اصل بر اين است كه هيچ كس بر ديگري ولايت ندارد و انسانها تنها از طريق قرارداد مي‎توانند قانون حاكم بر روابط حقوقي خود را وضع نمايند و به عهد و پيمان خود احترام گذارند. بنابراين اخلاق و استقلال انسان، مانع از اين است كه او ناچار به پذيرش احسان ديگران باشد. اما بايد در نظر گرفت كه گاهي مصلحت اجتماعي ايجاب مي­كند در پاره‎اي از موارد, تعهدات به نفع اشخاص ثالث غير طرف قرارداد، نافذ باشد؛ به عنوان مثال, در عقد بيمه، ضروري است كه طرفين عقد بيمه به سود شخص ثالث حقي ايجاد نمايند و اين حق در شمار دارايي بيمه‎گذار نيايد. به جهت جمع بين مصلحت عمومي و مصلحت فردي, چاره اين شد كه نهاد «تعهد به نفع ثالث» ‌در مجموع قواعد حقوقي جاي گرفت. اگر ممكن است در ضمن قرارداد ميان دو تن چنين تعهدي ايجاد شود، چرا نتوان مستقيماً چنين تعهدي را ايجاد نمود؟ بر اين اساس, مادة 768 ق.م وضع شد و تثبيت شد كه از طريق عقد صلح، تعهد به نفع ثالث به عنوان عوض مال المصالحه قرار گيرد. در عقد صلح معوّض, موضوع مادة مورد بحث, يكي از عوضين مال الصلح است و عوض ديگر تعهد به پرداخت نفقه از سوي متصالح است، نه مبلغ نفقه.**

**فرايند پذيرش نهاد «تعهد به نفع ثالث» نشان مي‎دهد كه همة نظامهاي حقوقي, آن را پذيرفته‎اند؛ ليكن بعضي از آن نظامها، از اصل شخصي بودن يا نسبي بودن قراردادها دست برداشته‎اند و برخي آن را حفظ نموده‎اند و تعهد به نفع ثالث را به عنوان استثناء پذيرفته‎اند.[9] (كاتوزيان, همان؛ صص405 \_ 368)**

**برخي از حقوق­دانان، نهاد «تعهد به نفع ثالث»‌ را امري عقلايي مي‎دانند و آن را مورد تقاضاي متعارف جوامع معرفي نموده­اند و بناي عقلا را بر عمل به آن تبيين مي‎‏كنند (شهيدي, 1382, ج3 ؛ ص297). در حقوق ايران هم در مادة 768 ق.م, اين نهاد پذيرفته شده است و در نظامهاي حقوقي نيز موقعيت خاص دارد. دربارة مبناي اين نهاد و تسرّي آثار عقد به ثالث گفته شده است كه آثار قرارداد در اين­گونه تعهدات بر اساس اراده طرفين به شخص ثالث تسري مي‎يابد. مگر نه اين است كه طرفين قرارداد بر اساس خواستة خودشان، زمينة حقوقي اثر و تعهدي را به سود شخص ثالث فراهم مي‎آورند؟ به اين معنا كه در پرتو ارادة آنان، براي شخص ثالث موقعيت حقوقي ايجاد مي‎شود تا با پذيرش آن، منافعي را كه مورد نظر طرفين قرارداد بوده است، براي خود جلب نمايد (ر.ك. كاتوزيان, ص 307).**

**از نظر حقوقي، حتي اگر بپذيريم، مورد مادة 768 ق.م استثناست و تسرّي­پذير به هر عقدي كه تعهد به سود ثالث دارد، نيست و تنها در مورد عقد صلحي است كه در برابر مال الصلح، تعهد به پرداخت نفقة ماهانه يا سالانه به نفع شخص ثالث وجود دارد، قوانين خاصي وجود دارد كه حكم مشابهي در برخي از عقود، مقرر نموده است؛ مثل بيمة عمر. قرارداد بيمه عمر، قراردادي است كه مطابق آن, بيمه‎گذار مي‎پذيرد در زمان حيات خود هر ماه مبلغي به شركت بيمه بپردازد و در عوض، بيمه‎گر (شركت بيمه) تعهد مي‎كند كه بعد از مرگ بيمه‎گذار در مدت معيني مبلغ مشخصي به اشخاص معرّفي شده در قرارداد بپردازد.**

**نتيجة كلام اين شد كه تعهد به نفع ثالث، نهادي حقوقي مخالف با قاعده و يا اصل نسبي بودن قراردادهاست. اين قاعده اگرچه آثار قرارداد را به طرفين قرارداد محدود مي‎داند و قاعدة اوّلي و اصلي است، ليكن با نيازهاي زندگي اجتماعي امروز انسان سازگار نيست. بسياري از نهادهاي سودمند و ضروري, نظير بيمة عمر از پذيرش قاعده ثانوي «تسرّي آثار قرارداد به سود شخص ثالث» نشأت مي‎گيرند كه با حفظ مطلق اصل نسبي‎بودن قراردادها، مشكلات حل­نشدني بسياري گريبان­گير روابط حقوقي‎مي‎شود (همان, ص 319).**

**به دليل اينكه بسياري از مواد قانون مدني ما برگرفته از فقه غني شيعه است, مباني فقهي پيش­گفته درباره موضوعات مندرج در مادة 768 ق.م را مي توان مباني حقوقي مسأله هم دانست؛ به­عنوان مثال, در مورد ادعاي جهل به عوضين در تعهد به پرداخت نفقه, گفتيم كه اين جهل مضر نيست و مغتفر است و يا اينكه اصلاً در اين موارد جهلي نيست . دليل قانوني بر اين مطلب در اينجا, ذيل مادة 216 ق.م و مادة 761 ق.م است كه در اين موارد, علم اجمالي به مقدار نفقه را كافي مي­داند و يا بر اساس مادة 225 ق.م متعارف بودن امري در عرف و عادت, به نحوي كه عقد بدون تصريح هم منصرف به آن معنا باشد, را به منزلة ذكر در عقد مي­داند, در اين صورت اصلاً جهلي وجود ندارد.**

**روشن شد كه مادة 768 ق.م از مباني محكمي در فقه و حقوق بهره­مند است. با وجود اين, از اين ماده كمتر استفاده مي شود و حال آنكه مي تواند كاربرد فراواني داشته باشد كه در فرصتي ديگر, موارد كاربرد آن را به صاحبان انديشه در عرصه فقه وحقوق عرضه خواهيم داشت.**

**نتيجه­گيري**

**مادة 768 قانون مدني از معدود موادي است كه به لحاظ قلمرو وسيع آن از جهت شمول معاملات مدني و تجاري, مي­تواند كارايي بسياري در مجموعة قواعد حقوقي ما داشته باشد. اما از آن غفلت شده, كمتر به كار گرفته مي­شود. با تبيين نحوة پيدايي اين قاعده در مجموعة قانون مدني و علل وضع آن و ضمن ارائة مباني فقهي وحقوقي متصور, اتقان و استحكام مباني مقررة مزبور را به تصوير كشانديم و سعي بر آن داشتيم تا روزنه­اي به روي دانشيان عرصة فقه و حقوق جهت كاوش بيشتر گشوده گردد. به هر تقدير از گفته­هاي ارائه شده, نتايج ذيل مقصود بوده است:**

**1\_ پاسخ­گويي به نيازهاي اجتماعي بشر به­ويژه نيازهاي اقتصادي, اصلاح, تغيير و وضع قواعد جديدي را بر اساس مقتضيات زمان و مكان مي­طلبد و وضع مادة 768ق.م در راستاي اين امر عقلايي صورت گرفته است.**

**2\_ از مادة 768 ق. م مي توان براي موضوعاتي چون صحت عقد صلح در مقام معاملات و معاوضات, تعهد به پرداخت نفقه معين در قبال عوض صلح, تعهد به نفع ثالث, عمليات بانكي ( اعطاي وام با اخذ سود و پرداخت سود به سپرده­هاي ثابت), اوراق قرضه, اخذ تنزيل و بهره, بيمه, مورد استناد واقع شود. گرچه به نظر مي­رسد شمول ماده مورد بحث از اين موضوعات هم وسيع­تر است و اموري از قبيل وقف, وصيت در امور خيريه و بيع زماني و برخي نهادهاي غربي مثل تراستها از قبيل مصالحه عمري با حق انتقال به فرزند و بيع زماني را نيز در بر مي­گيرد.**

**3\_ از نظر فقهي و حقوقي, احكام مستنبط از مادة 768 ق.م در جهات تعهد به پرداخت نفقه در قبال مال الصلح و تعهد به نفع ثالث, مباني محكمي است و هيچ خدشه و اشكالي بر آن مباني وارد نشده است و وارد نيست و عموم فقها و حقوق­دانان اين مباني را پذيرفته­اند. تعهد به پرداخت نفقه در عوض مال­الصلح, از جمله عقودي است كه در متون فقهي مطرح بوده است و فقها آن را صحيح مي دانند و تمام شبهات طرح شده دربارة آن را, زدوده­اند؛ از قبيل: غرري شدن اين معامله از جهت جهل به مقدار نفقه كه پاسخ داده­اند يا در اين موارد اصلاً جهلي وجود ندارد؛ چون نفقه عرفاً معلوم است و يا اگر جهل تصور شود, جهل مضر نيست.؛**

**تعهد به نفع شخص ثالث, يا به صورت يك قاعده از قواعد عمومي قراردادها و يا به صورت استثنا بر اصل نسبي بودن قراردادها از سوي فقيهان و حقوق­دانان پذيرفته شده است و بناي عقلا را براي آن دليل آورده­اند.**

**منابع**

**1\_ ابن اثير، مجدالدين المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث و الاثر، دارالفكر للطباعه و النشر و التوزيع، الطبعة الثانيه، 1979 م. المجلد الثاني.**

**2\_ الايرواني الغروي، الحاج ميرزا علي، حاشية كتاب المكاسب، تحقيق: باقر الفخار الاصفهاني، بي جا، دارذوي القربي، الطبعة الاولي، 1421 هـ .ق. الجزء الثاني، (البيع)**

**3\_ بخش فرهنگي جامعه مدرسين حوزة علميه قم, ربا, قم, بوستان دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم, 1381 ش, بخش چهارم.**

**4\_ الحر العاملي، محمد بن الحسن, وسائل الشيعه، بيروت، لبنان، دار احياء التراث العربي، بي تا، ج سيزدهم و دوازدهم.**

**5\_ الحسيني العاملي، سيد محمد جواد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامه، بيروت، دار احياء التراث العربي، بي تا، جلد پنجم.**

**6\_ الشيرازي, السيد محمد، الفقه، (الكتاب الصلح و السبق و الرمايه و الكفالة) قم، مؤلف، المطبعه لسيد الشهداء، 1405 ق.**

**7\_ المنجد في اللغة و الاعلام، دار المشرق، بيروت، الطبعة الحادية و العشرون، ماده الصلح.**

**8\_ الموسوي الخميني، الامام سيد روح الله، تحرير الوسيله، نجف اشرف، مطبعة الاداب، 1387 ق، الجزء الثاني.**

**9\_ الموسوي الخويي، السيد ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، مقرر: الشيخ محمد علي التوحيدي، قم، مكتبه الداوري، الطبعة الاولي، 1377 ش، ج سوم.**

**10\_ النجفي، الشيخ محمد حسن، جواهر الكلام، بيروت، دار احياء التراث العربي، الطبعة السابعه ، بي تا، ج بيست و دوم و بيست و ششم.**

**11\_ جعفري لنگرودي، محمد جعفر، مبسوط در ترمينولوژي حقوق، تهران، كتابخانه گنج دانش، اول 1378 ش. ج سوم.**

**12\_ جعفري لنگرودي، محمد جعفر، دائرة المعارف حقوق مدني و تجارت، تهران، مؤلف، مشعل آزادي، 1356 ش، ج اول.**

**13\_ جعفري لنگرودي، محمد جعفر، حقوق مدني رهن و صلح، تهران، گنج دانش، اول، 1370 ش.**

**14\_ جماليزاده، احمد، بررسي فقهي عقد بيمه، قم، انتشارات دفتر تبليغات حوزه علميه قم، اول 1380 ش.**

**15\_ حاج سيد محمد باقر، رساله سؤال و جواب، چ سنگي، بي جا، بي نا، بي تا.**

**16\_ شهيدي، مهدي، مجموعه مقالات، مقاله هفتم: «صلح مال در برابر تعهد به پرداخت مستمري» تهران، نشر حقوقدان، دوم، 1378.**

**17\_ شهيدي، مهدي، حقوق مدني (آثار قرارداده و تعهدات)، تهران مجمع علمي و فرهنگي مجد، اول، 1382، ج سوم.**

**18\_ طباطبايي يزدي، سيد محمد كاظم، سؤال و جواب، تهران، مركز نشر علوم اسلامي، اول، 1371 ش.**

**19\_ عبده بروجردي، محمد، حقوقي مدني، قزوين، انتشارات طه، اول، 1380 ش.**

**20\_ عدل، مصطفي، حقوق مدني, به كشوش محمدرضا بندرچي، قزوين، انتشارات بحر العلوم، اول 1373 ش.**

**21\_ علامه حلي، ابو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر، قواعد، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، الاولي، 1418 ق. ج دوم.**

**22\_ كاتوزيان، ناصر، حقوق مدني (قواعد عمومي قراردادها)، تهران، شركت انتشار با همكاري بهمن برنا، دوم، 1376 ش، ج اول.**

**23\_ كاتوزيان، ناصر، الزامهاي خارج از قرارداد (ضمان قهري)، تهران، انتشارات دانشگاه، تهران، دوم، 1378 ش. ج اول.**

**24\_ كورنو، جيرار، المصطلحات القانونيه، بيروت، مجد/ المؤسسه الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع، 1998م . ج اول.**

**25\_ گرجي، ابوالقاسم، مقالات حقوقي، تهران، مؤسسه انتشارات و چ دانشگاه تهران، 1378 ش، ج اول.**

**26\_ محقق داماد، سيد مصطفي، مقاله: «تعهد به نفع شخص ثالث از نظر شيخ انصاري»، مجموعه مقالات كنگره شيخ انصاري، اول 1373 ش.**

**27\_ مشروح مذاكرات مجلس شوراي ملي، دوره ششم تقنين, ج اوّل.**

**28\_ ميرزاي قمي، ابوالقاسم، جامع الشتات، تهران، انشتارت كيهان، اول، 1371 ش. ج سوم.**

**29\_ قانون مدني جمهوري اسلامي ايران**

**30\_ Code civile Francais.**

**پي نوشت:**

**1- استاد يار گروه حقوق دانشگاه تربيت مدرس**

**2- عضو هيأت علمي گروه حقوق دانشگاه مفيد**

**3\_ حضرت امام خميني(ره) در مسأله 16 كتاب صلح تحرير الوسيله تصريح كرده­اند: «صلح بين دو شريك به اين نحو صحيح است كه يكي حصه خود را از سرمايه بگيرد و سود و ضرر شركت به عهده ديگري باشد.»**

**4\_ از جمله روايت حلبي از امام صادق(ع) است: «عن الحلبي عن ابي عبدالله(ع) في الرجل يعطي اقفزة من حنطة معلومة يطحنون بالدارهم (يطحنها بدارهم) فلما فرغ الطحان من طحنه نقده الدارهم و قفيزاً منه و هو شيء قد اصطلحوا عليه فيما بينهم, قال: لاباس به و ان لم يكن ساعره ذلك» در اين روايت نزاعي, نه محققاً و نه محتملاً, بين دو نفر نبود; حقّي هم مشتبه نبود. بنابراين صلح مطلقاً جايز است; چه در مواقع دعوا و نزاع و چه غير آن.**

**5. در فرهنگ معجم المصطلحات القانونية عبارت «Constitution de rente (ou de pension)» به تكوين الدخل او المعاش ترجمه شده است و در تفسير آن آمده است: «عمل يخصص بموجبه مالك منتج (عقار, رأس المال) من اجل دخل او معاش يمكن ان يتحقق اِمّا مباشرة عن طريق الايصاء او الهبه لصالح شخص ثالث منعم عليه و امّا باتفاقية بلامقابل يشترط فيها المالك ان يؤدي شخص (مدين بالدخل) لصحالحه او لصالح شخص ثالث (دائن بالدخل) مبالغ متفقاً عليها لقاء تمليكه المال المكّون.**

**6\_ "La rente viagére peut étre constituée a titre conérenx moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilére appréciable ou pour un immeuble."**

**7\_ حاج سيد محمد باقر، رساله سوال و جواب, چاپ سنگي، بي‎نا، 1248 هـ .ق. به دليل قدمت اثر و عدم دسترسي به آن، اصل سؤال و جواب كه حاوي نكات مفيدي است ذكر مي‎شود:**

**«س: زيد اموال و متملكات خود را مصالح نمود به اولاد ذكور خود بمال المصالحه مبلغ يك عدد ريال و موازي يك من بوزن شاه گندم و نيم من جو و در ضمن عقد مصالحه شرط كرده است كه مصالح لهم مادام حيات خود از عهده نفقه و كسوة او و عيال واجب­النفقة او برآيند و كذلك از عهدة صادريات و عوارضات ديواني او نيز برآيند. آيا اين جهالت كه در ايام انفاق و مقدار انفاق است باعث فساد مصالحه مي شود يا نه؟ چون با وجود مصالح مباشر ديوان به مصالح لهم رجوع نمي‎نمودند.**

**ج: آنچه از سؤال ظاهر مي شود اينست كه اشكال در صحت مصالحه مزبور از سه راه شده: يكي آنكه مقدار نفقه مشروط در ضمن عقد معين نشده است. جواب آن اينست ظاهر اينست كه اين مضّر نبوده باشد به علت آنكه مقدار نفقه اگر چه معيّن نيست در ضمن عقد مصالحه، لكن عادت معين آنست و لهذا در نصوص متكثر، كه در آنها حكم شده است بوجوب نفقه بر واجب­النفقه، در هيچ يك از آنها بيان قدر نفقه كل واجب­النفقه نشده است و فقهاء قدس ا… ارواحهم حكم فرموده­اند مناط در قدر نفقه بذل قدر كفايت است و معلوم است آن مختلف مي­شود بحسب اشخاص كما لايخفي و بنابراين است كه هرگاه در ضمن عقد منقطع كه موجب نفقه متمتع بها نيست, شرط نمايد نفقة او را, حكم به فساد عقد نمي‎شود اگر­چه تعيين قدر نفقه نشده باشد يا آنكه اهتمام در صيغ نكاح علاوه بر اهتمام در ساير عقود است و الملخص مامر، پس چگونه عدم تعيين قدر نفقه در ضمن عقد مصالحه كه دايرة او اوسع از ساير عقود است, موجب فساد تواند شد و ثاني آنكه ايام نفقه مشروط در ضمن عقد مصالحه غير معين است و اين محل اشكال است بجهة جهالت شرط موجب جهالت احد عوضين است و تعيين عوضين در عقود از لوازم است و ممكن است جواب از اين كه امثال اين جهالت ظاهر اين است كه در مصالحه مضّر نبوده باشد, خصوصاً در صورت عدم تمكن از تعيين، چنانچه در ما نحن فيه است.**

**8\_ «ان الغرر المنفي هو الاختلاف الذي لايتسامح به عرفاً و عادةً و ان قلّ و ان المتسامح به ليس بغرر او غرر مغتفر»**

**9\_ در اين رابطه چهار نظريه وجود دارد: 1 \_ نظرية پيشنهاد ; 2 \_ نظرية ادارة مالي غير; 3 \_ نظرية اعلام يك طرفه (ايقاع); 4\_ نظرية جعل حق. كه در فقه, مرحوم شيخ انصاري(ره) اين نظريه را دارند.**