

میشود آسان تر است و بر عکس تشخیص افسار چندان سهل نیست زیرا شخص غیر تاجر داشتن صورت حساب مرتب و دفاتر منظم ملزم نیست و در صورت داشتن دفتر نیز بقیه کردن تمام تعهدات خود در آن مکلف نمیباشد علاوه اجرای مقررات مربوطه بتوقف تجار که مستلزم هزینه هنگفت میباشد از تقلبات اشخاص غیر تاجر نمیتواند جلوگیری نماید زیرا با نبودن دفاتر مرتب هرگاه مدعی افسار قسمتی از اموال خود را مخفی نموده باشد طریقی برای کشف تقلب موجود نیست لایحه آقای کول در پارلمان پیشرفتی حاصل نکرد مخالفین او طرق متعدده برای تصفیه امور معسرین پیشنهاد کرده اند یکی از طرق مذکوره که بنظر نگارنده مناسب تر میباشد ضمن مقاله دیگر بنظر خوانندگان خواهد رسید.

وحدت

زیاد و مشکلات نیز بقدری است که غالباً طلبکاران برای اینکه بدادگشتری مراجعه نکنند بسهم جزئی که با طریق اصلاح عاید میشود قناعت نموده دعوی را بین خودشان خانمه میدهند. شخص ورشکست که با صدور حکم توقف از مداخله به اموال خود ممنوع میشود در عین حال مورد حمایت قانون هم واقع نمیکرد زیرا با صدور حکم کلیه دعاوی دیگر که بطرفیت او اقامه شده بدون تعقیب میماند هرگاه همین مقررات را بغیر تاجر نیز سرایت داده و بجای تطبیق ماده ۱۲۴۲ قانون مدنی در حق معسرین بخواهیم این طبقه از حمایت قانونی که برای تجار مقررات استفاده نمایند البته جریان طول کشیده و تأخیر و تعویق موجب تضییع وقت و صدمه مالی طلبکاران خواهد بود اشکال دیگر اینکه تشخیص توقف تجار در نتیجه اعتراض نامه عدم تادیه که علیه ایشان تنظیم

دنباله شماره ۲۷ سال سوم

## شرایط تشکیل عقد نکاح

مقایسه بین فقه اسلامی و حقوق ایران و حقوق فرانسه

### اگر اه

بنا بر این میتوان گفت: «اگر اه حال کسی را گویند که در اثر تهدیداتی ناچار میشود بامری رضایت دهد» به عبارت ساده تر همانطوریکه پرفوراسمن مینویسد. «هر وقتی که رضایت بامری در اثر تألم روحی داده شود اگر اه وجود خواهد داشت».

برای اینکه عقدی صحیحاً واقع شود لازم است که امضاء آن از روی اگر اه نباشد. البته چنین شرطی برای ازدواج

[۱] ماده ۲۰۷ قانون مدنی ایران - «ملزم شدن شخص بانشاء معامله بحکم مقامات صالحه قانونی اگر اه محسوب نمیشود».

### تعریف اگر اه

از نظر لغوی اگر اه یعنی «بناخواست و ستم بر کاری داشتن» - از نظر حقوقی برای اگر اه میتوان معانی مختلفی ذکر نمود.

بعقیده آقای عدل «اگر اه عبارت از عملیاتی است که بر علیه یک نفر اعمال میشود تا رضای او که نمیدخواهد طوعاً بدهد جبراً گرفته شود. ظاهراً مقنن ایران اگر اه را در معنای «عملیات تهدید آمیز» استعمال نکرده بلکه آنرا مترادف با «ملزم شدن در اثر تهدید» دانسته است [ماده

[۱] ۰ [۲۰۷]

میکنند که در صدد رفع آن برآئیم و چون احتیاجات زائیده اراده ما نبوده و در اثر ساختمان طبیعی یا سازمان اجتماعی هر محیطی ایجاد میگردند لذا میتوان آنها را از جمله عوامل خارجی بدانیم که دائماً ما را تحت فشار قرار میدهند. مثلاً تشنگی و گرسنگی ما را متوجه میسازند که تهدید بمرک شده ایم لذا در صدد رفع عطش یا سد جوع میافزیم - لباس چه برای حفظ از سرما و چه برای حضور در فلان مهمانی از لوازم زندگی محسوب است. این قبیل احتیاجات هر آن ما را تحت فشار و مورد تهدید قرار داده آزادی عمل را از ما سلب مینمایند و رفع همین نیاز مندیهاست که انعقاد عقود و اقدامات حقوقی را ایجاب میکند.

پس فشار و تهدیداتی که از موجبات اکراه بشمار میآیند بازندگانی روز مره ما توأم و از لوازم آن میباشد چیزی که هست بعضی از این فشارها مشروع و برخی نامشروع تلقی شده اند - اکراه موقعی مشروع است که مخالفت و تنهایی با زندگی اجتماعی امروز نداشته و مانع جریان صحیح نظام همگانی نگردد: هرگاه مدیونی در اثر فشار مأمورین اجراء خانه خود را میفروشد تا قرضش را اداء کند مکره محسوب نیست زیرا زندگی اجتماعی ما اینطور اقتضا میکند که دیون اداء گردند و الا معاملات غیر ممکن خواهد بود ولی اگر مردی زنی را تهدید کرده و او را وادار بامضاء عقد نکاح نماید این تهدید نامشروع است چه مقصود از زناشوئی زندگی زن و مرد است یا رضا و رغبت تا بتوانند با تشریک مساعی یکدیگر خانواده را اداره و تربیت اولاد را تأمین نمایند بهمین مناسبت است که اگر در مورد مزبور اکراه را موجب بطلان عقد نکاح ندانیم نظام جامعه مختل خواهد شد.

### درجات سه گانه اکراه

اکراهی که در اثر تهدیدات و فشارهای نامشروع ایجاد میشود یا موجب معلولیت رضا است یا اینکه رافع قصد و رضا می باشد - ولی اکراهی که نتیجه فشار مشروعی است از نظر حقوقی تأثیری در قصد و رضا نخواهد داشت - مقنن برای اینکه آزادی متعاقبین را حتی المقدور تأمین

بیشتر از سایر عقود لازم است چه که عقد نکاح منشاء آثار مهمی است و باید که روابط زناشوئی در کمال آزادی و از روی رضا و رغبت برقرار شود تا ثبات و دوام آن تأمین و در هر سر بعداً با اشکالات اخلاقی مواجه نگردند.

بدیهی است که در زندگی اجتماعی همیشه اکراه وجود دارد و هیچوقت تصمیمات و اقدامات با آزادی کامل اتخاذ و انجام نمیگردند: اداب و رسوم، تقلیدات، احتیاجات، معاشرت های اجتماعی و غیره ما را وادار با اقدامات حقوقی و غیر حقوقی میکنند.

هرگاه موضوع مورد بحث را از نظر دیگری تحت مذاقه قرار دهیم میتوانیم چنین استدلال کنیم: مکره خود را در مقابل دو امر مشاهده میکند یکی تحمل رنج و دیگری امضاء عقد - و البته پس از مقایسه معایب و محاسن هر دو مکره آن امری را انتخاب خواهد کرد که کمترین ضرر را برای او بیاکسانش در برداشته باشد این قبیل مقایسه ها هر روز در زندگی عادی پیش آمدن نموده و پایه تصمیمات ما قرار میگیرد. بهمین جهت نمیتوان آنها را اکراه تلقی کرده موجب بطلان اقدامات حقوقی دانست و الا هیچ عقده صحیحاً منعقد نخواهد شد. تنها موردی که اکراه بمعنای حقیقی میتواند وجود پیدا کند وقتی است که چند نفر انگشت شخص بی سوادی را اجبر آجوهری کرده و پای سندی را با اعلامت انگشت او امضاء نمایند. البته معلوم است که چنین پیش آمدی بندرت اتفاق خواهد افتاد.

### اکراه مشروع و اکراه نامشروع

استدلالات نامبرده بالا فقط ثمره بحثی دارند ولی اگر موارد اکراه را از نظر عملی مورد مذاقه قرار دهیم حقیقت امر طور دیگری در نظر ما جلوه خواهد کرد - درست است که اکراه همیشه وجود دارد ولی عادة بعضی از موارد اکراه مشروع و بعضی دیگر نامشروع تلقی میشوند - حال باید ملاک تشخیص این دو نوع اکراه را پیدا کنیم.

بدیهی است که اقدامات روزمره انسان یا برای جلب نفع است و یا برای دفع ضرر بعبارت دیگر احتیاج ما را وادار

کند هر تهدیدی را اعم از اینکه صادر از طرف همسر آتی باشد یا از طرف شخص ثالث موجب بطلان یا فسخ عقد میدانند (ماده ۲۰۳ قانون مدنی ایران)

ماده ۱۸۰ قانون مدنی فرانسه میگوید: «هرگاه عقد نکاحی در حال اکراه واقع شود مکروه حق فسخ خواهد داشت» این ماده بویچوجه از تعریف اکراه و قواعد مربوطه بان گفتگو نمیکند برای این امر لازم است بقواعد عمومی مندرجه در مواد ۱۱۱-۱۱۵ مراجعه نماییم.

ولی مقنن ایران اکتفا بقواعد عمومی مربوط بقعود ننموده بلکه در فصل مربوط بنکاح ماده مخصوصی ذکر کرده که بموجب آن «رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هر گاه مکروه بعد از زوال کرده عقد را اجازه کند نافذ است مگر اینکه اکراه بدرجه بوده که عاقد فاقد قصد باشد» از ماده مزبوره چنین استنباط میشود که قانون مدنی ایران دو نوع اکراه را پیش بینی کرده یکی آنکه رافع قصد است و دیگری آنکه فقط موجب معلولیت رضا میگردد. برای تعیین موارد دیگر اکراه باید مراجعه بمواد کرد که راجع باین موضوع در باب عقود مذکور است [مواد ۲۰۲-۲۰۹ قانون مدنی ایران] بطوریکه از مطالعه مواد نامبرده استفاده میشود نوع دیگری از اکراه وجود دارد که ابدانائیری در رضا نکرده ظلمی بصحت عقد وارد نمیآورد - بنابراین میتوان گفت که اکراه را سه درجه میباشد:

- ۱- اکراه رافع قصد و رضا
- ۲- اکراه موجب معلولیت رضا
- ۳- اکراه بلا اثر

اینک هر يك از مراتب سه گانه اکراه را ذیلا مورد بحث و گفتگو قرار میدهیم:

### I- اکراه رافع قصد و رضا

اکراهی که رافع قصد و رضا باشد در عمل خیلی کم دیده میشود پرفسور کاییتان مثال موردی را میزند که چند نفر دست شخصی را گرفته اجباراً او را رادار کنند که ذیل سند را

امضاء نماید و بعضی از مؤلفین فرانسوی این نوع اکراه را «مخرب اراده» نام نهاده اند.

بنظر نگارنده عبارت «مخرب اراده» صحیح نمی باشد زیرا از دو حال خارج نیست: یا اینکه مقصود از اراده [ولتته] قوه متفکره است یا قصد و رضا - اگر غرض قوه متفکره باشد اکراه مخرب آن باید بچنون منتهی گردد و حال اینکه مسلم است گرفتن دست بکفر و اجبار او با امضاء چنین تائیری نخواهد داشت - اگر مقصود از اراده قصد و رضا باشد در اینحال یا اینکه امضاء کننده واقعاً راضی و قاصد بوده یا نبوده - در صورت اول امضاء گاشف از رضا بوده و نمیتواند مخرب اراده باشد و در صورت ثانی چون فرض عدم وجود قصد و رضا است البته امضاء اجباری موجب تعزیب آن نخواهد گردید - بهمین جهت عوض عبارت «اکراه مخرب اراده» بهتر است گفته شود «اکراه رافع قصد و رضا»

ایراد دیگری نیز بر مثال پرفسور کاییتان وارد است بنظر نگارنده غیر ممکن است که بتوان با گرفتن دست کسی اجباراً او را وادار با امضاء نمود چه امضاء صحیح و واقعی محتاج باینست که شخص آزاد باشد تا انگشتانش حرکت طبیعی نموده امضاء مخصوص بخود را رسم نمایند و حال اینکه در صورت گرفتن دست در واقع امضائی وجود نداشته بلکه خطوطی است که اجبار کننده ترسیم نموده

از اینروست که اگر چنین امضائی بمکروه نسبت داده شود مشارالیه محتاج نمیشد که بگوید در حال اِثراء امضاء شده بلکه ادعای جعل و تزویر از او مسموع خواهد بود بهترین مثال برای اکراه رافع قصد و رضا اینست که بیسوادی از انگشت زدن پای سندی که تنظیم و برایش قرائت شده امتناع بورزد - شخصی بزور دست او را گرفته انگشتش را مرکب کرده و پای سند میگذارد بدیهی است که در این صورت علامت انگشت فاقد آثار حقوقی بوده و هیچگونه ارزشی بسند مزبور نخواهد داد.

در مواردی که مکروه فاقد قصد و رضا میباشد نمیتواند

۲- طبق ماده ۲۰۴ قانون مدنی ایران: «تهدید طرف معامله در نفس یا جان یا آبروی اقوام نزدیک او از قبیل زوج و زوجه و آباء و اولاد موجب اکراه است - در مورد این ماده تشخیص درجهٔ نزدیکی برای مؤثر بودن اکراه بسته بنظر عرف است»

نظیر همین دستور در ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی فرانسه دیده میشود که میگوید: «اکراه موجب فسخ عقد است چه تهدید نسبت بشخص متعاقد اعمال شده باشد و چه نسبت به زوج یا زوجه، اولاد یا اجداد متعاقد» بطوریکه می بینیم قانون مدنی ایران اقوام نزدیک را منحصر بزوج و زوجه و اجداد و اولاد دانسته است.

### III - اکراه بلا اثر

اکراه را بلا اثر نامند موقعی که رضا را بحدی معلول نکند که موجب فسخ یا عدم نفوذ عقد گردد - مواردی که اکراه بلا اثر است متعدد میباشد بعضی از آن موارد صریحاً در قانون مدنی پیش بینی شده و بقیه را می توان از روح مواد استخراج نمود:

- ۱- هرگاه شرایط مندرج در مواد ۲۰۲ و ۲۰۴ قانون مدنی ایران موجود نباشد اکراه بلا اثر خواهد بود اینطور است در مواردی که تهدید عادة قابل تحمل باشد و یا اینکه تهدید در امری غیر از نفس یا مال یا آبرو باشد
- ۲- هرگاه شخصی که تهدید شده است بداند که تهدید کننده نمیتواند تهدید خود را بموقع اجرا گذارد و یا خود شخص مزبور قادر باشد بر اینکه بدون مشقت اکراه را از خود دفع کند و معامله را واقع سازد آن شخص مکرمه محسوب نمیشود (ماده ۲۰۵ قانون مدنی ایران) این حکم را میتوان در مورد ازدواج نیز جاری کرد
- ۳- اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام بمعامله کند مکرمه محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود (ماده ۲۰۶ قانون مدنی ایران) همینطور است در مورد عقد نکاح.
- ۴- ملزم شدن شخص بانشاء معامله بحکم مقامات

بانتفید بعدی خود برای عقد باطلی ارض حقوقی ایجاد نماید البته ممکن است با ایجاب و قبول تازه مبادرت و عقدی کاملاً نظیر عقد باطل سابق منعقد ساخته ذیل سند را هم امضاء کند در این صورت عقد جدید از تاریخ انعقاد منشاء آثار بوده و هیچ وجه اثر قهرائی نخواهد داشت.

### II - اکراه موجب معلولیت رضا

اکراهی که رضا را معلول میکند ولی نه بحدی که رافع قصد و رضا باشد ممکن است از دو نوع تهدید نتیجه شود.

مواد ۲۰۲ و ۲۰۴ قانون مدنی ایران که اشاره بدو مورد اکراه مینمایند مقتبس از قانون مدنی فرانسه میباشد.

۱- ماده ۲۰۲ قانون مدنی ایران میگوید: «اکراه با عملی حاصل میشود که مؤثر در شخص یا شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند بنحویکه عادة قابل تحمل نباشد.

در مورد اعمال اکراه آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد و زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود»

از این ماده نتیجه میگیریم که اکراه در صورتی رضارا معلول میکند که هم مؤثر در اشخاص ذیشمور باشد و هم عادة تحمل ناپذیر باشد در صورت احراز این دو شرط اگر موضوع تهدید جان یا مال یا آبروی یکی از متعاقدین باشد میتوان رضای او را معلول دانست و الا اکراه بلا اثر خواهد بود.

حکم این ماده بی نهایت شبیه بحکم ماده ۱۱۱۲ قانون مدنی فرانسه است که میگوید: «اکراه با عملی حاصل میشود که مؤثر در شخص باشد شعوری بوده و او را نسبت بجان یا مالش تهدید کند مشروط بر اینکه آن خطر فعلیت داشته و قابل اعتناء باشد در این مورد سن زن و مرد بودن و وضعیت اجتماعی شخص باید در نظر گرفته شود» با این فرق که قانون مدنی ایران تهدید نسبت بآبروی شخص را نیز از موارد اعمال اکراه آمیز دانسته و قانون مدنی فرانسه ذکری از آبرو نکرده اما فعلیت خطر را نیز در نظر میگیرد.

صالحه قانونی اکراه محسوب نمی‌شود [ ماده ۲۰۷ قانون مدنی ] چون قرارداد نامزدی الزام‌آور نیست حکم این‌ماده در مورد عقد نکاح جاری نخواهد شد .

۵- مجرد خوف از کسی بدون آنکه از طرف آنکس تهدیدی شده باشد اکراه محسوب نمی‌شود [ ماده ۲۰۸ ] مثلاً اگر دختری برای اینکه پدرش رنجیده خاطر نشود پیشنهاد ازدواج با نامزدی را از او بپذیرد عقد نکاح را با وی منعقد سازد مکره محسوب می‌گردد .

### نتیجه

از مقایسه موارد اکراه در قانون مدنی ایران و فرانسه چنین نتیجه می‌شود که در اغلب از احکام شباهت زیادی بین آن دو موجود و حتی بعضی از مواد قانون مدنی ایران مقتبس از قانون مدنی فرانسه میباشد تنها اختلاف قابل ملاحظه آنست که در نوع ضمانت اجرائی مشاهده می‌گردد.

ماده ۲۰۹ قانون مدنی ایران می‌گوید: «امضاء

معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است .»

ماده ۱۰۷۰ همین حکم را در مورد نکاح پیش‌بینی کرده: «رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره

بعد از زوال کره عقد را اجازه کند نافذ است .»

از مطالعه در این مواد چنین نتیجه می‌گیریم که عقد مکره نفوذی ندارد ولی همینکه تنفیذ شد منشاء آثار خواهد بود ولی ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی فرانسه اکراه را موجب فسخ میدانند یعنی عقد مکره نافذ است و من حیث الوجود منشاء آثار میباشد منتهی مکره حق دارد ابطال آنرا از دادگاه بخواند .

بطور خلاصه در قانون ایران عقد من حیث الوجود نافذ و منشاء آثار است اما در قانون فرانسه نفوذ عقد محتاج به تنفیذ میباشد در اولی مکره محق در ابطال عقد است و در دیگری ذبح محق در تنفیذ . در اینصورت عقد اولی باطل و عقد دومی صحیح می‌گردد راجع به مقایسه تفصیلی بین این دو ضمانت اجرائی بعداً گفتگو خواهد شد .

دکتر دادوند

## فلسفه پیدایش دیوان کشور و درجه اقتدار آن

درآمده است - ولی ماقبل از آنی که در بحث و گفتگوی خودمان وارد شویم. لازم است فلسفه پیدایش دیوان کشور را بدانیم .

اگر چه برای این مؤسسه بزرگ علماء و دانشمندان حقوق يك ادله و براهین محکمی اقامه و در دسترس عموم گذارده اند ولی ما تمام آنها را در این دو قسمت زیر بیان مینمائیم:

اول - حفظ و حراست سلطنت و اقتدار حکومت مرکزی -

دوم - غلبه دادن قوانین جاریه دادرسی و قضائی

بر عادات محلی است

۱ - ما در ذیل بیانات خودمان در اطراف دیوان

کشور تذکر دادیم که: تنها وظیفه دیوان نامبرده قائم است بر حفظ اساس مصالح و منافع عمومی و این يك سخن تازه نیست. چه در ایام باستان نیز برای حراست مصلحت و فوائد عامه يك سلسله تشکیلاتی (ولی بنامهای دیگر) وجود داشته است.

یکی از تاسیساتی که بنام حفظ حقوق عامه در کشور مصر تا مدت زمانی بانجام وظیفه اشتغال داشت. در شهر قاهره يك داد گاهی بود بنام (مجلس الملك) که پیش از تشکیل دیوان کشور بوجود آمده و همین مؤسسه است که پس از يك اسله تظلماتی به صورت دیوان کشور امروز