

مقدمه

بررسی قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱ و ۱۳۶۲ *

مقدمه:

قانون اصلاح موادی از قانون مدنی را تصویب نموده که متن آن پس از تأیید شورای نگهبان جهت اجراء توسط مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۶۱/۱۲/۲ به دولت ابلاغ گردید.

روند تطبیق مقررات و قوانین موضوعه با موازین شریعت اسلامی پس از تصویب اصول ۴ و ۷۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^۱ بنحو وسیعتری در سال ۱۳۶۱ مورد توجه مراجع قانونگذاری ایران قرار گرفت.^۲ وزارت دادگستری در خرداد همانسال اعلام نمود که چندین لایحه برای اصلاح قوانین مختلف من جمله اصلاح قانون مدنی پس از تصویب هیأت وزیران به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده است.^۳ مجلس نیز در جلسه ۳۳۴ خود در تاریخ ۶۱/۴/۲۰ تصمیم گرفت که طبق اصل ۸۵ قانون اساسی تهیه قانون اصلاح قانون مدنی را به کمیسیون امور قضائی تفویض نماید تا پس از تصویب آن برای مدت پنج سال بصورت آزمایشی به مرحله اجراء درآید. کمیسیون امور قضائی نیز پس از بررسیهای مختلف در تاریخ ۶۱/۱۰/۸ با اصلاحاتی در عنوان و متن و قبول اصلاح پیشنهادی شورای نگهبان

این قانون مجموعاً ۴۸ ماده از مواد قانون مدنی را که قبلاً در ۱۳۰۷/۲/۱۸ (جلداول) و ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ (جلد دوم و سوم) حاوی ۱۳۳۵ ماده بتصویب مراجع قانونگذاری وقت رسیده بود، حذف و یا تغییر و اصلاح نمود که در این مقاله در سه فصل مختلف مورد مطالعه قرار خواهد گرفت، زیرا اصلاحات و تغییرات وارده بر قانون مدنی در اکثر موارد جهت تطبیق مواد آن با احکام اسلامی بتصویب رسیده (فصل اول)؛ در پاره‌ای مواضع، هماهنگی قانون مدنی با سایر مقررات موضوعه ای که در سالهای اخیر به تصویب رسیده است مورد نظر بوده (فصل دوم) و بالاخره، در بعضی موارد اصلاح لغوی و عبارتی قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته است (فصل سوم).

فصل اول

اصلاح جهت تطبیق قانون مدنی با احکام اسلامی

ولی در پاره‌ای از موارد تنها اقدام به حذف مواد سابق نموده، و بدینوسیله حکمی را که در قانون مدنی برخلاف موازین اسلامی تلقی می‌شده لغو نموده است، بدون اینکه متنی برجای آن نهاده باشد (بخش دوم).

عمده‌ترین بخش از مقررات اصلاحی قانون مدنی برای هماهنگ نمودن مواد آن با موازین شریعت اسلامی به تصویب رسیده است. قانونگذار به دو نحو به این امر اقدام نموده است. در پاره‌ای از موارد پس از نسخ موادی که معارض با موازین شرعی می‌شناخته، مقررات جدیدی را جایگزین آنها نموده است (بخش نخست)،

* زیر نویس‌های این مقاله با شماره مسلسل در پایان مقاله و یکجا آورده شده است.

بخش نخست

اصلاح قانون مدنی بوسیله جایگزینی مواد جدید

و رعایت آن از نظر تعمیر و نگهداری برای نسلهای آینده میباشد، حاکم یا نماینده وی سمت تولیت دارد.

مقصود از حاکم در این متن روشن است: در نظام

اسلامی، دولت اسلامی همان حاکم در بیان فقها است، ولی در حکومتهای جور، حاکم شرع است که حافظ احکام و ارزشهای اسلامی میباشد^۸ بنابراین دولت اسلامی وظائف و تکالیف حاکم شرع را بر عهده دارد. و دوگانگی و تقابل بین حاکم شرع و حاکم عرف وجود نخواهد داشت^۹ و لذا اداره اوقاف عامه بعهده دولت اسلامی میباشد یعنی بعبارت روشنتر بعهده سازمان دولتی است که در نظام اداری جمهوری اسلامی ایران نظارت بر اوقاف در عهده اوست.

در قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۲/۱۰/۳۶۳، مجلس شورای اسلامی^{۱۰} تصریح شده که یکی از اموری که بعهده این سازمان واگذار میگردد «۱- اداره امور موقوفات عام که فاقد متولی بوده و یا مجهول التولیه است و موقوفات خاصه در صورتیکه مصلحت وقف و بطون لاحق و یا رفع اختلاف موقوف علیهم متوقف بردخالت ولی فقیه باشد» این قانون ظاهراً از نظریه نخست تبعیت نموده است.

ب. در نظر دوم، اداره اوقاف عامه در صورتیکه متولی معینی نداشته باشد بر عهده ولی فقیه بمفهوم خاص کلمه که در اصول ۵ و ۷، قانون اساسی تعریف شده است میباشد و متن جدید ماده ۸۱ قانون مدنی ظاهراً از این نظریه تبعیت نموده است. بعلاوه در مقررات موضوعه اینکه اخیراً تنظیم شده این نظریه بیشتر تأیید گردیده است. زیرا بموجب ماده ۲ آئیننامه قانون ابطال اسناد فروش رقبات آب و اراضی موقوفه «ادارات اوقاف (در مورد موقوفات بدون متولی) . . . مکلفند با توجه به سوابق . . . موقوفاتی را که بفروش رسیده . . . در کمیسیونی مرکب از افراد صاحب نظر که انتخاب و زیر نظر نماینده ولی فقیه در سازمان اوقاف تشکیل میشود بررسی و بترتیب زیر اقدام شود . . .»^{۱۱} در این ماده اخذ تصمیم در مورد موقوفات بدون متولی بعهده نماینده ولی فقیه واگذار شده است^{۱۲} همان نظری که در اصلاح قانون مدنی انتخاب شده است.

قانون جدید مجموعاً ۱۸ ماده و یا تبصره از قانون مدنی را اصلاح و تغییر داده است و بدینوسیله احکام شریعت اسلامی را جایگزین مواد قبلی کرده است. ذیلاً یک به یک این مواد اصلاحی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱- اصلاح ماده ۸۱: چگونگی اداره اوقاف عامه مجهول التولیه.

طبق ماده ۸۱ اصلاحی قانون مدنی: «در اوقاف عامه که متولی معین نداشته باشد، اداره موقوفه طبق نظر ولی فقیه خواهد بود». ماده ۸۱ سابق دو حکم جداگانه برای موقوفات عامه و موقوفات خاصه که فاقد متولی معین باشند مندر داشته بود^{۱۳} ولی متن جدید فقط قسمت نخست ماده سابق را اصلاح نموده و هیچگونه اشاره‌ای به اوقاف خاصه ننموده و بعلاوه سایر مواد قانون مدنی نیز در این مورد حکمی بیان ننموده است، و معلوم نیست چنانچه موقوفه خاص متولی معین نداشته باشد با توجه به نسخ ماده سابق و حذف قسمت اخیر ماده ۸۱ ق.م.م، موقوف علیهم به استناد چه قانونی تولیت موقوفه را بر عهده خواهند داشت^{۱۴}.

با مقایسه ماده ۸۱ اصلاحی ق.م.م با سایر مقررات و قوانینی که اخیراً به تصویب رسیده است ملاحظه میشود که دو نظر ظاهراً متفاوت در مورد اداره موقوفات بدون متولی وجود دارد:

الف - در نظریه نخست، اداره اوقاف عامه بدون متولی بعهده حکومت اسلامی گذاشته میشود و وی معمولاً مقام مسئولی را برای این کار تعیین مینماید که عهده دار اداره اوقاف خواهد بود. بموجب تحریر الوسیله «لولم یعین الواقف متولياً اصلاً ففی الاوقاف العامة یکون الحاکم او المنصوب من قبله متولياً علی الاقوی و کذا فی الخاصة فیما یرجع الی مصلحة الوقف و مراعاة البطون من تعمیر و حفظ الاصول و اجارته للبطون اللاحقة . . .»^{۱۵} یعنی چنانچه واقف اسلام متولی تعیین نکرد، باشد، در اوقاف عامه حاکم یا نماینده انتخابی از طرف وی - بنا بقول اقوی - متولی خواهد بود و همچنین در اوقاف خاصه در آنچه که مربوط به مصلحت موقوفه

۲- اصلاح مواد ۱۶۲ الی ۱۶۴ ق. م. م. : احکام جدید در مورد اشیاء پیدا شده .

اول - ماده ۱۶۲ اصلاحی ق. م. میگوید : « هر کس مالی پیدا کند که قیمت آن کمتر از یک درهم (نیم منقال و یک پنجم منقال شرعی نقره) باشد میتواند آنرا تملک کند . بدین ترتیب ضابطه قیمت برای تملک پیدا کننده یک شیئی، بجای « ده شاهی » که در متن قبلی مواد ۱۶۲ و ۱۶۳ بکار رفته شده بود، « یک درهم (نیم منقال و یک پنجم منقال شرعی نقره) » تعیین شده است، که از نظر تعبیر با متون فقهی مطابقت دارد . هر چند اصلاح متن سابق اجتناب ناپذیر بود ، زیرا « ده شاهی » نقره که در زمان تنظیم قانون مدنی (جلد اول در ۱۳۰۷) پول رایج ایران بوده است دیگر وجود ندارد ، ولی جایگزین آن (یعنی درهم) نیز چیزی از ابهام قانون نکاسته است ، زیرا نه درهم برای عامه مردم شناخته شده است ، و نه تعریف آن بوسیله منقال شرعی مشکلی را حل میکند .^{۱۳} فقهاء در این زمینه برای تعریف درهم ، به اوزان و مقادیر رایج در هر زمان و مکان اشاره مینمایند ، چنانکه در تحریرالوسیله تصریح شده است که ضابطه در این مورد نیم ریال سابق ایران (یعنی همان ده شاهی که از قانون مدنی حذف شده) و یا ربع رویه رایج در هند در سالهای قبل از استقلال (که در کشورهای عربی و اسلامی رایج بوده است) میباشد .^{۱۴}

بنابراین بهتر بود معادل درهم در پرائنزه واحد گرم تعیین میگردد (درهم حدود ۲/۵ گرم نقره میباشد) و بدین حد اقل به حسب وزنهاى رایج در صنف زرگر و نقره کار این امر مشخص میگردد چنانکه در قانون دیات، درهم معادل ۱۲/۶ نخود نقره تعریف شده است .^{۱۵} و نیز در قانون حدود و قصاص همین گونه تعریف در مورد ربع دینار بکار رفته است .^{۱۶}

دوم - طبق ماده ۱۶۴ اصلاحی ق. م. « تعریف اشیاء پیدا شده عبارتست از نشر و اعلان بر حسب مقررات شرعی بنحوی که بتوان گفت که عادتاً به اطلاع اهالی محل رسیده است . در متن سابق تصریح شده بود : « تعریف اشیاء پیدا شده عبارتست از نشر و اعلان بر حسب مقتضیات وقت و محل بنحوی که عادتاً به اطلاع اهالی محل برسد . »

وجه اشتراک دو متن در اینست که نشر و اعلان اشیاء پیدا شده باید بنحوی باشد که عادتاً به اطلاع اهالی محل برسد . معذک تفاوت این دو متن در اینست که در متن قبلی ، غیر از مقتضیات وقت و محل ملاک دیگری برای چگونگی اعلان مشخص نشده بوده عبارت دیگر فقط به حسب عرف و عادت نحوه اعلان تعیین میگردد ، در حالیکه بموجب متن اصلاحی ماده ۱۶۴ اعلان بایستی بر حسب مقررات شرعی انجام شود . سوالی که در اینجا مطرح میشود و در قانون به ابهام برگذار شده اینست که چه چیزهایی مقررات شرعی اعلان میباشد و هدف قانونگذار از این اصطلاح دقیقاً چه بوده است . در کتب فقهای امامیه گفته شده است که اعلان و آگاهی امری است عرفی و قابل تقدیر و پیش بینی به مقدار و اندازه معینی نمی باشد^{۱۷} بعضی از فقهاء گفته اند که طبق قول مشهور در هفته اول باید اعلان شیئی گم شده همه روزه تکرار گردد ، و در هفته های بعد فقط یک روز در هفته ، و در ماههای بعد تا یکسال فقط یک دفعه در ماه اعلان و نشر کافی است . (مجموعاً ۲۱ دفعه آگاهی) اما در تحریرالوسیله گفته شده است که این نظر صرفاً بیان حداقل عرفی تعریف و اعلان و نشر در طول یکسال میباشد .^{۱۸} در هر صورت در ماده ۱۶۴ اصلاحی ق. م. این ابهام بچشم میخورد^{۱۹} و بدین اعتبار ناخص بنظر میرسد .

۳- اصلاح ماده ۴۱۷ ق. م. م. : تعریف غبن

طبق ماده ۴۱۷ اصلاحی ق. م. « غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد » و حال آنکه بموجب متن سابق « اگر غبن بمقدار خمس قیمت یا بیشتر باشد فاحش است و در کمتر از مقدار مزبور در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد . » در فقه امامیه برخلاف سایر فرق اسلامی ، ضابطه تفاوت فاحش بین ثمن معامله و ارزش واقعی مبیع که موجب خیار غبن میگردد ، تشخیص عرف است . ولی طبق ماده ۱۶۵ المجلة الاحکام العدلیه (قانون مدنی دولت عثمانی که طبق آراء فقهای حنفی تدوین نموده بود) غبن فاحش که موجب خیار فسخ دربیع میگردد در اموال غیر منقول خمس قیمت ، در حیوانات یکدهم و در اموال منقول یک بیستم و در سکه نقره (درهم) یک چهارم یا بیشتر تعیین گردیده است .^{۲۰} در مذهب مالکی نظر

قاتل و نیز اقسام آن (قتل خطائی ، قتل شبه عمد) ۲۷ . در قانون ذکر نشده است و بدین لحاظ این شبهه ممکن است ایجاد شود که قتل شبه عمد از نظر مدنی سبب محرومیت قاتل از ارث بردن میگردد. فقهای اسلام برای رفع اینگونه شبهات موضع صریحی اتخاذ نموده‌اند و اکثراً قتل شبه‌عمد را در اینمورد در ردیف قتل خطائی شمرده و آنرا از موانع ارث نمیدانند ۲۸ . نویسندگان متن سابق ماده ۸۸۱ ق.م. با ذکر قتل غیرعمدی بعنوان استثنای بر موانع ارث این ابهام را از بین برده بودند ۲۹ ، ولی در متن اصلاحی مشخص نیست که قتل غیر عمدی (مثلاً قتل شبه عمد) چه حکمی دارد و آیا از موانع ارث محسوب میشود یا خیر ؟

۵- اصلاح ماده ۱۰۴۱ ق.م. : شرط سن برای نکاح.

بموجب ماده ۱۰۴۱ اصلاحی « نکاح قبل از بلوغ ممنوع است . تبصره : عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است بشرط رعایت مصلحت مولی علیه » . در ماده سابق ۱۰۴۱ قید شده بود « نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن بسن ۱۸ سال تمام ممنوع است . در مواردیکه مصالحی اقتضاء کند با پیشنهاد مدعی‌العموم و تصویب محکمه ممکن است استثناء «معافیت از شرط سن اعطاء شود ، ولی در هر حال این معافیت نمیتواند باناثی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و بذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند » ۳۰ . هرچند امروزه با حذف ماده سابق درباره قابلیت صحی برای ازدواج، دیگر شرط سن در اینمورد مانند سایر عقود و قراردادهای علی‌القاعده بلوغ شرعی است که در ماده ۱۲۱۰ ق.م. (بشماره ۸ مراجعه شود) بیان شده است، ولی نحوه بیان قانون جدید این نیست که الزاماً هر گونه نظر و ایرادی در باره عدم صلاحیت افراد واجد سن بلوغ شرعی برای ازدواج را ممنوع تلقی کند . عبارت دیگر ممنوعیت مندرج در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی فقط ناظر است به ازدواج قبل از بلوغ، این متن هرگز صحت ازدواج دختران و پسران را پس از بلوغ شرعی مورد حکم و نظر قرار نداده است . و همچنانکه در مورد ماده ۱۲۱۰ اصلاحی گفته خواهد شد قانونگذار در پاره‌ای موارد برای اهلیت استیفاء افراد نه تنها شرط بلوغ سنی را ضروری دانسته بلکه احراز رشد را نیز لازم تلقی کرده

دیگری اتخاذ شده و ضابطه برای تشخیص غبن ، تفاوت یک سوم بین ثمن معامله با قیمت واقعی کالا معین شده است ۳۱ .

اما فقهای امامیه تشخیص و ضابطه غبن را بعهده عرف واگذار مینمایند ۳۲ . عبارت دیگر مجامع و خبرگان صنفی و عرف و مقررات هر پیشه و حرفه مقدار سود عادلانه در مبادله کالاها و خدمات را معین مینمایند و به همان ترتیب مشخص میشود که چه میزان تفاوت بین نرخ خرید کالا و قیمت روز آن بایستی غبن برای مشتری یا بایع محسوب گردد . فلذا مقررات و رسوم و قواعد تجاری و صنعتی و مالی کمک زیادی در این زمینه به دادرسان خواهد نمود ۳۳ .

۴- اصلاح ماده ۸۸۱ ق.م. : مواردیکه قتل

مانع ارث نمیگردد.

ماده ۸۸۱ اصلاحی ق.م. موارد استثنائی که قتل- مورت مانع از ارث بردن قاتل نمیگردد را معین مینماید : « در صورتیکه قتل عمدی مورت به حکم قانون یا برای دفاع باشد مفاد ماده فوق مجری نخواهد بود » ۳۴ . بدین ترتیب آنچه در متن جدید قانون مدنی استثنای بر ممنوعیت از ارث بردن قاتل عمد است دومورد میباشد: قتل به حکم قانون ، و قتل برای دفاع (از نفس و عرض و مال) . اما در متن سابق ماده ۸۸۱ سه مورد بعنوان استثنا معرفی شده بود : غیرعمدی بودن قتل ، قتل به حکم قانون ، و بالاخره قتل برای دفاع . بموجب متن منسوخ : « در صورتیکه قتل مورت ، غیرعمدی یا به حکم قانون یا برای دفاع باشد مفاد ماده فوق مجری نخواهد بود » .

بنابراین بنا بنظر تهیه کنندگان قانون جدید ، موارد استثنائی که در فقه اسلامی ، قتل مانع ارث بردن قاتل شناخته نشده ناظر به قتل عمدی است ۳۵ و نیازی نیست که قتل غیرعمدی نیز در ردیف آنها ذکر شود زیرا متنی دیگر (ماده ۸۸۰ ق.م.) صریحاً عمدی بودن قتل را برای مانع شدن از ارث ذکر نموده است ۳۶ و لهذا قتل غیرعمدی در عداد موانع موارد استثنائی که قتل مانع ارث نمیشود .

معدلک با اندکی توجه معلوم میشود که علیرغم اینکه در ماده ۸۸۰ ق.م. عمدی بودن قتل قید شده است ولی حکم قتل غیرعمدی و اثرات آن در ارث بردن

تشخیص کفو بودن زوجین و رفع اختلاف بین دختریکه مایل به ازدواج است و پدری که دلائلی بر مخالفت با ازدواج او دارد چه کسی میباید؟ اکثر نویسندگان سردفتر ازدواج را^{۲۴} و برخی دیگر دادگاه محل اقامت پدر را^{۲۵} برای تشخیص موجه بودن علت مخالفت پدر صالح میدانستند. با تصویب ماده اصلاحی این ابهام از بین رفت.

چنانچه عقد نکاح بدون موافقت ولی دختر واقع شود، ازدواج باطل محسوب میشود. معذک چنانچه در ازدواج نخستین نزدیکی بوقوع به پیوندد، ازدواج مجدد زوجین صحیح و نیازی به اجازه ولی دختر نیست. بهمین لحاظ هیأت عمومی دیوانعالی کشور در رأی وحدت رویه ردیف ۶۲/۶۲ اعلام نموده است: «با توجه به نظر اکثر فقهاء..... عقد دوم از نظر این دیات صحیح و ولایت پدر نسبت بچنین عقدی ساقط است و مشروعیت دخول قبل از عقد، شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیرمشروع) سبب سقوط ولایت پدر میباشد. بنابراین رأی شعبه نهم مدنی خاص موضوع دادنامه شماره ۲۷۹/۹ - ۵۹/۱۱/۲۸ دایر بر صحت عقد دوم طبق موازین شرعی و قانونی صادر شده و صحیح است»^{۲۶}

۷- اصلاح ماده ۱۱۳۰ ق. م. م. : اجبار شوهر به طلاق دادن.

طبق ماده ۱۱۳۰ اصلاحی ق. م. م. «در مورد زیر زن میتواند به حاکم شرع مراجعه و تناضای طلاق نماید: در صورتیکه برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است میتواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده میشود»^{۲۷}.

قانون مدنی در این ماده قبلاً سه مورد ذیل را مشخص نموده بود که در آنموارد زن میتواند برای طلاق به حاکم^{۲۸} رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق مینمود: عدم ایفاء حقوق واجبه زن، سوء معاشرت شوهر زندگانی مشترک را غیرقابل تحمل نماید، امراض ساریه صعب العلاج موجب مخاطره برای زن گردد^{۲۹}. هرچند این سه مورد غالباً موجب عسر و حرج میگرددند^{۳۰} ولی ضابطه اصلی در قانون بیان نشده بود^{۳۱}. ضمناً چنانچه دادگاه شوهر را اجبار به طلاق

است. در مورد نکاح هر چند حکم خاصی وجود ندارد ولی به هر صورت امکان این هست که پسر و دختری در عین بلوغ، توانائی فکری و جسمی ازدواج را نداشته باشند و برای پیشگیری از ضرر لازم باشد برای مدتی این ازدواجها بتأخیر افتد^{۳۲}. تشخیص مقامات ثبتی و قضائی در این مورد از اهمیت خاصی برخوردار است.

در مورد تبصره ماده ۱۰۴۱ اصلاحی، هر چند که در این متن سعی شده است از کتب فقهی اقتباس شود ولی بنظر نمیرسد که چنین مصلحتهایی امروزه برای ازدواجهای دوران کودکی وجود داشته باشد. با توجه بنحوه روابط اجتماعی در دنیای امروز و استقلال روابط خانوادگی از وابستگیهای عشیره ای و قبیله ای چنان مصالحی را اکنون بسیار به ندرت میتوان یافت تا اختصاص تبصره ای در قانون مدنی برای آن ضروری باشد. بعلاوه شرایط اجرای تبصره ۱۰۴۱ اصلاحی را معمولاً به سختی میتوان جستجو کرد. در هر صورت اگر مصالحی که برای نکاح صغیر پیش بینی شده است وجود نداشته باشد، عقد نکاح فضولی بوده و صحت آن متوقف بر اجازه طرفین میباشد^{۳۳}.

۹- اصلاح ماده ۱۰۴۳ ق. م. م. : اجازه ولی در نکاح دختر.

طبق ماده ۱۰۴۳ اصلاحی: «نکاح دختریکه هنوز شوهر نکرده اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند دختر میتواند با معرفی کامل مردی که میخواهد به او شوهر کند و شرائط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده به دادگاه مدنی خاص مراجعه و به توسط دادگاه مزبور مراتب به پدر و جد پدری اطلاع داده شود و بعد از ۱۵ روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجه از طرف ولی، دادگاه مزبور میتواند اجازه نکاح را صادر نماید.»

در متن جدید علاوه بر اینکه اشاره به سن بیش از ۱۸ سالگی دختر حذف شده (و بجای آن سن بلوغ طبق ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ملاک قرار داده شده) تغییر مهم دیگری که در این حکم قانون مدنی وارد شده است مربوط به اعلام صلاحیت دادگاه مدنی خاص در تشخیص کفو بودن زوجین آینده است^{۳۴} در متن قبلی این ابهام وجود داشت که مقام صالح برای

۱۸ سالگی تمام نرسیده بود از نظر قانون در حکم غیر رشید بود، مگر اینکه به سن ۱۵ سالگی تمام رسیده و طبق ماده ۱۲۰۹ سابق رشدخود رانیز در دادگاه ثابت می نمود که در اینصورت از تحت قیمومت خارج می شد. به هر صورت سن هیجده سالگی بعنوان آماره رشد آنها در امرای تغییر پذیر در هر دو جهت (امکان ثبوت رشد قبل از هیجده سالگی طبق ماده ۱۲۰۹-۱ و امکان ثبوت عدم رشد یعنی سفید پس از هیجده سالگی طبق ماده ۱۲۱۰) پذیرفته شده بود.

ب - در ماده اصلاحی ۱۲۱۰ ق.م ضابطه برای اهلیت، بلوغ شرعی تعیین شده است. نکاتی که از این ماده استنتاج می شود بشرح زیر است:

اولا - اهلیت استیفاء با آغاز شانزدهمین سال قمری در پسر و آغاز دهمین سال قمری در دختر شروع می گردد. زیرا بمحض بلوغ سنی، اصل بر اینست که دوره حجر به پایان رسیده و کسیکه مدنی محجور بودن است باید عدم رشد یا جنون را ثابت نماید.

ثانیاً - از مقایسه صدر ماده ۱۲۱۰ و تبصره ۲ ذیل آن استفاده می شود که قانونگذار دو نوع اهلیت استیفاء^{۴۶} پیش بینی نموده است:

اول - اهلیت استیفاء عام برای انجام معاملات و اعمال قضائی - مستفاد از صدر ماده ۱۲۱۰ ق.م. اینست که بمحض رسیدن به سن بلوغ شرعی، شخص دارای اهلیت قانونی گردیده و دوره محجوریت وی پایان می یابد.

دوم - اهلیت استیفاء خاص برای استرداد اموال صغیر - بموجب تبصره ۲ ذیل ماده فوق الذکر، تنها زمانی میتوان اموال صغیری را که بالغ شده است به او داد که رشد او ثابت شده باشد^{۴۷}.

بدین ترتیب نوجوانی که به سن بلوغ رسیده چنانچه اموالی نزد اولیای خاص یا قیم یا اشخاص ثالث داشته باشد، برای استرداد آنها باید رشد خود را ثابت نموده تا بعداً بتواند اموال خود را بتصرف در آورد^{۴۸}.

ج - پایان حجر صغار در فقه اسلام - بنظر اکثر فقها این امر به ثبوت دو شرط محقق می شود: اول - بلوغ، که به یکی از امور سه گانه (رسیدن به سن بلوغ شرعی، احتلام، انبثات یعنی روئیدن موهای روی عورت) ثابت می شود.

دوم - رشد، که عبارت است از قدرت و استعداد شخص در انواع تصرفات عاقلانه در اموال خود^{۴۹}.

مینمود و وی تمکین نمی نمود، شارحین قانون مدنی معتقد بودند که دادگاه میتواند شوهر را برای الزام بدادن طلاق زندانی نماید^{۴۲}.

بموجب قواعد کلی در فقه اسلامی، زمانی که بقای زوجیت موجب عسر و حرج زن می گردد حاکم شرع برای رفع ضرر بعنوان حکم ثانوی^{۴۳} زوج را وادار می نماید که مبادرت به دادن طلاق نماید، چنانچه وی تمکین ننماید، حاکم بعنوان ولی ممتنع (الحاکم ولی الممتنع) دستور می دهد که به نیابت او تشریفات انجام طلاق رسماً به مرحله اجراء نهاده شود.

۸- اصلاح ماده ۱۲۱۰ ق.م. : تعیین سن بلوغ وضابطه برای اهلیت اشخاص.

بموجب ماده اصلاحی ۱۲۱۰ ق.م. «هیچکس را نمیتوان بعد از رسیدن به سن بلوغ بعنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.

تبصره ۱- سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام و در دختر نه سال تمام قمری است.

تبصره ۲- اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی میتوان به او داد که رشد او ثابت شده باشد»^{۴۴}.

این ماده را در سه قسمت مورد بررسی قرار میدهم. نخست بیان سن رشد در قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ (الف)، سپس تفسیر ماده اصلاحی ۱۲۱۰ (ب)، و بالاخره مطالعه پایان حجر صغار در فقه امامیه (ج) مورد توجه قرار خواهد گرفت.

الف: در قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ بموجب ماده ۱۲۱۰ «هیچ کس را نمیتوان بعد از رسیدن به هیجده سال تمام ب. عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد». قانون مدنی از ابتدا هیچگونه تعریفی از صغیر و غیر بالغ بدست نداده بود و حتی در جلد اول آن مصوب ۱۳۰۷ (مواد ۲۱۱ و ۲۱۲) با اینکه بلوغ را از شرایط اهلیت معامله دانسته، معذک در جلد سوم مصوب ۱۳۱۴ (مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰) از آن عدول نموده و بجای آن سن رشد را که ۱۸ سال تمام (شمسی) باشد بیان نموده و ذکر کرد که از سن بلوغ مطرح نموده است^{۴۵}. بدین ترتیب شخصی را که به این سن رسیده بود قانون رشید تلقی میکرد، و بالعکس کسیکه به سن

در فقه امامیه بکار برده میشود، وسیعتر است از آنچه قانون مدنی بعبارت معروف به فساد اخلاق بیان می‌نماید (بند ۲ ماده ۱۳۱۳)^{۶۶} لذا با آوردن قید خاص (فقدان عدالت شرعی) نیازی به ابقای قید عام (معروف به فساد اخلاق) بنظر نمیرسد^{۶۷}.

دوم آنکه بموجب بند جدید ناظر به شرط عدالت در شاهد، تنها کافی نیست که کسی «رمضان فقدان عدالت (فسق) قرار نگرفته باشد تا بتواند ادای شهادت نماید، بلکه تنها کسانی میتوانند شهادت دهند که عدالت شرعی آنها بر دادگاه محرز شده باشد. پس اماره قانونی حسن ظاهر یا «ظاهر مأمون» که در پاره‌ای از روایات بدان اشاره شده است و کافی برای قبول شهادت دانسته شده است^{۶۸}، نمیتواند بخودی خود از نظر مقررات جدید قانون مدنی برای دادگاه کافی باشد. عدالت باید به سببی از اسباب (شهادت دو عادل، شیاع و یا علم شخصی قاضی) بر دادگاه ثابت گردد.

تبصره جدید که در ذیل ماده ۱۳۱۳ افزوده شده است مؤید همین نظر است: «عدالت شاهد باید با یکی از طرق شرعی برای دادگاه احراز شود». این نظر علاوه بر آنکه از نظر موازین اسلامی محکم نیست^{۶۹} تیمات سوئی نیز از نظر عملی بوحود خواهد آورد^{۷۰}.

صرفنظر از بحث پیرامون بندهای مختلف ماده ۱۳۱۳، لازم است در باره ضرورت ابقای این ماده بطور کلی توجه شود. بنظر میرسد که پس از تنظیم شرایط و اوصاف شاهد (در قانون جدید اصلاح قانون مدنی بصورت ماده ۱۳۱۳ مکرر آورده شده است؛ ذیلا مراجعه شود به شماره ۱۰)، ضرورتی به ذکر موانع شهادت آنها به صورتی که در ماده ۱۳۱۳ مذکور است دیده نمیشود. اگر در بعضی کتب فقهاء موانع و موارد رد شاهد (موارد تهمت) از شرایط و اوصاف شاهد تفکیک شده و بین شرط و مانع تفاوت قائل شده‌اند^{۷۱} باید دانست که آنان موانع شهادت را فقط ناظر به مواردی میدانند که بر رغم اینکه شاهد اوصاف شرعی ادای شهادت را داراست، بعلت وجود نفع شخصی و یا سایر علل، در یک مورد خاص شهادتش از درجه اعتبار ساقط میباشد. به این جهت در اصلاح جدید قانون مدنی مقررات مندرج در ماده ۱۳۱۳ و ۱۳۱۳ مکرر تکرار گردیده است (شرح آن ذیلا آورده میشود)^{۷۲}

گروه دوم از فقهاء، بلوغ (شرط اول) را شرط اساسی برای امکان تصرفات مالی صغیر میدانند^{۷۰} و گروه سوم، رشد (شرط دوم) را که تشخیص آن با قاضی است ملاک نهایت دوره حجر صغیر میدانند^{۷۱}.

ماده اصلاحی ۱۲۱۰ ق.م. ظاهراً جمع بین فتاوی دو گروه نخست از فقهاء (پاورقی ۴۹ و ۵۰) را مورد توجه قرار داده است. بدین ترتیب که قاعده کلی را فتاوی گروه دوم قرار داده (۵۰) و در مورد خاص استرداد اسوال صغیر فتاوی گروه اول (۴۹) را انتخاب نموده است.

۹- تغییر ماده ۱۳۱۳ ق.م. درباره موانع شهادت.

در متن جدید ماده ۱۳۱۳ ق.م. تغییراتی بشرح زیر ملاحظه میشود؛ از طرفی حذف دو بند نخستین این ماده راجع به اشخاصی که شهادت آنها پذیرفته نمیشود: «۱- محکومین به مجازات جنائی ۲- محکومین به امر جنحه که محکمه در حکم خود آنها را از حق شهادت دادن در محاکم محروم کرده باشد.» و از طرف دیگر در انتهای همان ماده یک بند جدید افزوده شده است: «۵- کسانی که عدالت شرعی آنها محرز نباشد»

در مورد حذف بندهای ۱ و ۲ بنظر میآید که دو دلیل این اصلاح ضروری بود، است: نخست آنکه تقسیم جرائم به جنایت و جنحه و خلاف که در قوانین سابق کیفری مرسوم بوده^{۷۲} با جایگزینی آنها با مقررات جدید حدود و قصاص و تعزیرات سنتفی میگردد، بعلاوه قانونگذار فعلی در همه جا از بکارگیری این دو اصطلاح جنایت و جنحه احتراز سینماید^{۷۳}. دیگر آنکه برطبق موازین اسلامی توبه فاسق هرگاه توأم با استمرار بر طریق صلاح باشد موجب ثبوت عدالت و لذا قبولی شهادت وی میگردد^{۷۴} هر چند که مدت محرومیت از شهادت دادن برای محکومین به سجازات جنائی و جنحه‌ای (۱۰ سال و ۳ سال)^{۷۵} فرانگشته باشد.

اما در مورد افزودن بند ۵: «کسانی که عدالت شرعی آنها محرز نباشد» لازم به یادآوری است که شرط عدالت برای شاهد مورد اجماع فقهای اسلام است. در مورد ترکیب شرایط مندرج در ماده ۱۳۱۳ نکات زیر قابل توجه میباشد:

نخست آنکه چون شرایط عدالت شرعی بمعنایی که

اینکه متن اولی در باره موانع شهادت و متن دومی در باره شرائط شهادت است) با اندکی دقت مشهود میگردد. با ترکیب و مقایسه این دو متن ملاحظه میشود که مانعیت و شرطیت منحصر به همانهایی نیست که در هر یک از این دو ماده ذکر شده است. زیرا علاوه بر ه گروه از افرادی که در ماده ۱۳۱۳ اصلی تصریح شده است که شهادتشان پذیرفته نیست گروههای دیگری نیز هستند که از ادای شهادت محرومند: آنها عبارتند از اولاد ناشی از زنا و نیز غیر مؤمنین چون، آنان فاقد شرط طهارت مولد و ایمان^{۶۵} میباشند.

از طرف دیگر علاوه بر پنج شرط که در ماده ۱۳۱۳ مکرر بعنوان اوصاف شاهد ذکر شده است، اوصاف دیگری نیز هست که بعنوان شرائط شاهد شناخته میشود: شرط ششم، شرط عدم منفعت شخصی در دعوی میباشد^{۶۶}. و شرط هفتم، اشتیاق به وثوق^{۶۷} و حسن عمل است^{۶۸}. شرط هشتم، داشتن زندگانی شرافتمندانه^{۶۹} را میتوان ذکر نمود.

ثانیاً - تعارض ماده جدید ۱۳۱۳ مکرر با سایر مواد قانون مدنی با اندکی دقت مشهود است. مثلاً در این ماده عقل (بطور مطلق) از شرایط شاهد شناخته شده است، در حالیکه در ماده قبل آن (بند ۴ ماده ۱۳۱۳ ق. م.) تنها « شهادت دیوانه در حال دیوانگی » مردود تلقی شده است. عبارت دیگر اگر مجنون ادواری در حال افاقه شهادت دهد طبق ماده ۱۳۱۳ اصلی ق. م. شهادتش سماع است ولی وفق اطلاق ماده جدید ۱۳۱۳ مکرر شهادت وی بی ارزش میباشد. همچنین است در مورد شرط دیگر شهادت: تفاوت بین « عدالت » (ماده ۱۳۱۳ مکرر) و « عدالت شرعی » (بند ۵ ماده ۱۳۱۳ و تبصره ۱۳۱۳ مکرر) که معلوم نیست این تفاوت بیان در اینجا چه علتی می تواند داشته باشد.

۱۱- اصلاح ماده ۱۳۲۸ ق. م. : لزوم سوگند مدعی در صورت نکول قسم.

ماده جدید ۱۳۲۸ ق. م. متضمن جمله ای گردیده که ذیلاً بطور مشخص ذکر میشود: « کسیکه قسم متوجه او شده است در صورتیکه نتواند بطلان دعوی طرف را اثبات کند یا بایده قسم یاد نماید یا قسم را بر طرف دیگر

۱- افزودن ماده ۱۳۱۳ مکرر و تبصره آن: شرایط شهادت.

متن جدیدی که به قانون مدنی در اصلاحیه اخیر بعنوان ماده ۱۳۱۳ مکرر افزوده شده است، بشرح زیر میباشد: « در شاهد بلوغ، عقل، عدالت، ایمان و طهارت مولد شرط است. تبصره - عدالت شاهد باید با یکی از طرق شرعی برای دادگاه احراز شود ».

این ماده تکرار مقرراتی است که در سایر مواد قانون مدنی خصوصاً ماده قبلی در باره موانع شهادت ذکر شده است (الف). در عین حال مندرجات آن در بعضی موارد متعارض و یا مبهم میباشد (ب).

الف - تکراری بودن مندرجات ماده ۱۳۱۳ مکرر از جهات مختلف قابل ملاحظه است:

در مورد اولین شرط از اوصاف شاهد (یعنی بلوغ) ماده ۱۳۱۴ ق. م. (که بدون تغییر ابقاء شده است) این شرط را توضیح داده است: « شهادت اطفائی را که به سن ۱۵ سال تمام نرسیده، اند فقط ممکن است برای مزید اطلاع استماع نمود مگر در مواردی که قانون شهادت این قبیل اطفال را معتبر شناخته باشد »^{۷۰} (و نیز به ماده ۱۲۴ ق. آ. د. م. مراجعه شود).

در مورد دومین شرط از اوصاف شاهد (یعنی عقل) قبلاً ماده ۱۳۱۳ تحت عنوان موانع شهادت تصریح نموده است که « » - شهادت دیوانه در حال دیوانگی پذیرفته نیست.

سومین شرط یعنی عدالت شاهد نیز در ماده قبل (ماده ۱۳۱۳) راجع به موانع شهادت در بند ۵ آن تصریح شده است: « کسانی که عدالت شرعی آنها محرز نباشد » محروم از ادای شهادت میباشند. (فوقاً بحث شد در در شماره ۹). اما در باره چهارمین شرط شاهد (یعنی ایمان) که مقصود اسلام یعنی خاص کلمه است، اصلاح قانون مدنی با اضافه نمودن کلمه « شرعی » به « عدالت » (تبصره ذیل ماده ۱۳۱۳ مکرر) قبلاً آنرا تخصیص به اهل اسلام نموده بود. البته شهادت ذمی بر ذمی مسموع است و در بعضی موارد خاص، شهادت ذمی در مورد مسلم نیز پذیرفته شده است^{۷۱}.

ب - تعارض و ابهام ماده ۱۳۱۳ مکرر - اولاً اختلاف بین ماده ۱۳۱۳ اصلی و ۱۳۱۳ مکرر (با توجه به

دفع فساد وجود ندارد مانند مجاز بودن نیابت در فروش اموال کسیکه از ادای دیونش ماطله میکند که این نیابت هم برای دفع فساد است. زیرا این تشبیه وقتی صحیح است که امتناع مدعی علیه از ادای سوگند موجب بقای نزاع بین طرفین باشد، در حالیکه چنین نیست و حاکم بر مبنای قضاوت به نکول، مدعی علیه را محکوم و دعوی را فیصله میدهد. زیرا معنی «البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر» اینست: بینه که در اخبار و موازین شرعی بعنوان مشخص کننده حق شناخته شده است بر عهده مدعی است نسبت به آنچه که حق او را ثابت می کند. و قسم که در فقه اسلامی بعنوان یکی از ادله اثبات دعوی شناخته شده است بر عهده مدعی علیه میباشد. بنابراین با انجام این سوگند، نفی ادعای مدعی حاصل میشود و بالعکس با عدم انجام آن، حق وی ثابت میگردد^{۷۲}.

دلیل دوم این گروه استند به روایت صحیح محمد بن مسلم از حضرت صادق (ع) درباره چگونگی سوگند اشخاص لال هرگاه خواننده دعوی واقع میشوند کمرشده، بدین صورت که حضرت امیرالمؤمنین (ع) آن شخص را وادار میکرد که آب مخصوصی را بنوشد و اگر از نوشیدن آن امتناع مینمود حکم به حقانیت خواهان صادر میفرمود^{۷۴}. ولی این دلیل که ظاهراً مخصوص اشخاص لال میباشد ارتباطی با قاعده کلی ندارد. بعلاوه ممکن است منظور روایت عدم سقوط دین مدیون باشد.

دلیل سوم این گروه روایتی است که عبدالرحمن بن ابی عبدالله از حضرت موسی بن جعفر (ع) نقل کرده در مورد نحوه قسم خوردن مدعی علیه که فرموده است: «وان لم یحلف لعلیه» یعنی اگر سوگند نخورد حکم بر علیه وی صادر میشود. (وسائل - ک. القضاء باب ۴ - حدیث ۱).

ب - قضاوت بر مبنای قسم خواهان.

پاره ای دیگر از فقها معتقدند که در صورت نکول خواننده از قسم، مدعی میبایست سوگند یاد کند^{۷۵} تا حقانیت ادعایش ثابت شود و اگر امتناع نمود، محکوم به بیحقی میگردد^{۷۶}. مستند این گروه دو روایت است. نخست از عبید بن زاره^{۷۷} و سپس روایت هشام بن سالم از حضرت صادق (ع): «قال ترد الیمین علی المدعی» یعنی سوگند به خواهان رد میشود^{۷۸}. ماده جدید ۱۳۲۸ ق.م. از این نظر تبعیت نموده است.

رد کند و اگر نه قسم یاد کند و نه آنرا به طرف دیگر رد نماید با سوگند مدعی به حکم حاکم، مدعی علیه نسبت به ادعائی که تقاضای قسم برای آن شده است محکوم میگردد.

بنا بر این طبق اصلاح جدید قانون مدنی، در حالتی که خواننده دعوی، قسم را نکول کند (یعنی نه خود قسم یاد کند و نه به خواهان آنرا رد کند) ننها وقتی به نفع خواهان رأی صادر میشود که رئیس دادگاه حکم کند که خواهان مبادرت به ادای سوگند نماید و وی هم بر حقانیت مدعای خویش قسم یاد کند. این فتوائی است که اکثر متأخرین بدان معتقد هستند^{۷۹} (ب) و حال آنکه طبق متن سابق ماده ۱۳۲۸ ق.م. به صرف نکول سوگند، مدعی علیه در دعوی محکوم میگردد چنانکه پاره ای از مستقمن فقهاء بر این عقیده بوده اند (الف).

الف - قضاوت بر مبنای نکول خواننده: این نظر که

در ماده سابق ۱۳۲۸ ق.م. از آن تبعیت شده بود در فقه امامیه نیز گروهی از مجتهدان از آن دفاع نموده اند^{۷۱} آنان معتقدند چنانچه خواننده دعوی که قسم متوجه او شد، است آنرا نکول کند، یعنی سوگند ادا نکند و آنرا نیز به خواهان رد نکند حاکم به او متذکر میشود چنانچه قسم یاد نکند و آنرا نیز به خواهان رد نکند نا کل محسوب میشود. و پس از تکرار این تذکر تا سه بار، چنانچه خواننده به سکوت اصرار ورزید آنگاه در دعوی محکوم میشود^{۷۲}.

دلیل نخست این گروه روایت مشهور است از پیامبر (ص): «البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر» یعنی بینه بر عهده مدعی است و سوگند بر عهده آن کس است که انکار دعوی میکند. بنظر طرفداران این نظریه متبادر از این روایت اینست که هر یک از این دو طریق (بینه و قسم) اختصاص بطرفی دارد که شارع مقدس آنرا تعیین نموده است و چنانچه بخواهیم یک طرف را مدعی مشارکت به هر دو طریق دهیم بایستی دلیل خاصی از شرع انور ارائه نمائیم. اگر گفته شود از این روایت قضاوت بر مبنای نکول مدعی علیه نیز بدست نمی آید، پاسخ میدهند که روایت فوق الذکر مطلق است و اصل عدم تقیید آنست مگر آنکه دلیل خاصی وجود داشته باشد و نمیتوان سوگند مدعی را به عنوان نیابت از طرف مدعی علیه تلقی نمود به این دلیل که وی امتناع نموده و راهی دیگر برای

در اینصورت مدعی میتواند حکم به دعوی خود را که مورد انکار مدعی علیه است منوط به قسم او نماید.

در متن اصلی ماده ۱۳۳۵ در گذشته شش نوع دعوی از ادای سوگند استثناء شده بودند: دعوی که بطرفیت اشخاص حقوقی مطرح شده باشد، دعوی راجع به ضرر و زیان ناشی از جرم، دعوی تصرف عدوانی، دعوی مزاحمت، دعوی راجعه به اصل امتیازاتی که از طرف دولت داده میشود و بالاخره دعوی راجع به علائم صنعتی و اختراع و امثال آنها^{۸۴}.

از نظر فقهای اسلامی سوگند از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و پس از بینه وسیله ایست برای اثبات دعوی^{۸۵}. سوگند در کلیه دعوی مالی و غیرمالی قابل اتیان است بجز دعوی مربوط به حدود و قصاص که سوگند در آنها پذیرفته نیست^{۸۶}.

اتیان سوگند بردو قسم است: قسم اول، سوگندی است که از طرف مدعی ادا میشود و قاضی آنرا به ضمیمه بینه برای اثبات مدعا می‌پذیرد^{۸۷}. بدین لحاظ نمیتوان ادعا کرد که بینه اختصاص به مدعی دارد و سوگند هم اختصاص به خواننده، چنانکه به حدیث مشهور نبوی (ص) ظاهراً استناد شده زیرا مراد از ارتباط بینه به مدعی و قسم به مدعی علیه در مواقع عادی و معمولی بوده که هر یک از آن دو (بینه و یمین) ممکن الحصول میباشد، اما در مواقع استثنائی اتیان سوگند از طرف مدعی با شرائطی پذیرفته شده است^{۸۸}.

قسم دوم، سوگند مدعی علیه است که از خواننده خواسته میشود تا برای رد ادعای خواهان سوگند یاد کند^{۸۹}.

متن جدید ماده ۱۳۳۵ ق.م. برای توسل به قسم در دعوی، سه گونه شرط قرار داده است.

شرط اول: اینکه چون قسم یک دلیل فرعی محسوب میشود تنها در صورت عدم دسترسی به ادله اصلی اثبات دعوی (که عبارت هستند از سند کتبی، اقرار، شهادت، امارات) می‌توان بدان متوسل شد. زیرا بموجب ماده جدید ۱۳۳۵ «توسل به قسم وقتی ممکن است که دلائل مذکور در کتابهای اول تا چهارم جلد سوم این قانون برای اثبات مدعا موجود نباشد...».

شرط دوم: اینکه انجام قسم باید به تقاضای مدعی انجام شود، چون متن جدید قانون مدنی این حق را برای

پارهای از فقهای متأخر معتقدند که در هنگام سکوت خواننده از ادای سوگند اگر این سکوت برای لجاجت باشد حاکم باو امر میکند که پاسخ دهد (یا سوگند ادا کند و یا آنرا به مدعی رد کند). و اگر اصرار بر سکوت نمود قاضی سه بار به او متذکر میشود که اگر پاسخ ندهد او را ناکل و ممتنع تلقی می‌نماید، و آنگاه سوگند را بعهده خواهان می‌گذارد. چنانچه وی سوگند یاد کرد حکم برفعش صادر خواهد شد^{۹۰}.

۱۲- ماده جدید ۱۳۲۸ مکرر: تغلیظ قسم

ماده ۱۳۲۸ مکرر که به قانون مدنی افزوده شده است تصریح میکند: «دادگاه میتواند نظر به اهمیت موضوع دعوی و شخصیت طرفین و اوضاع و احوال مؤثر مقرر دارد که قسم با انجام تشریفات خاص مذهبی یاد شود یا آنرا بنحو دیگری تغلیظ نماید».

تبصره: چنانچه کسی که قسم به او متوجه شده تشریفات خاص یا تغلیظ را قبول نکند و قسم بخورد ناکل محسوب نمیشود.

بنظر فقهای اسلام تغلیظ در قسم و دستور به رعایت تشریفات خاص در ادای سوگند، برای قاضی مستحب شناخته شده است^{۹۱}. بدین اعتبار تنظیم ماده فوق‌الذکر موجه میباشد. در عین حال لازم به یادآوری است که قانون مدنی هیچگاه آداب و چگونگی سوگند را در حضور قاضی معین و مشخص ننموده است^{۹۲} و قانوناً مشخص نیست سوگند به چه صورت و به چه چیزی باید ادا شود. بنابراین شاید ذکر نحوه ادای سوگند در دادگاه ضروری تر از بیان تغلیظ قسم بوده است. خصوصاً اینکه بسیاری از فقهاء با احتیاط از تغلیظ یاد می‌نمایند و حتی برخی آنرا نهی مینمایند^{۹۳} و یا شرایطی (مثلاً حداقل ارزش خواسته نبایستی کمتر از ربع دینار طلا باشد)^{۹۴} برای آن ذکر می‌نمایند که در ماده جدید ۱۳۲۸ مکرر بدان‌ها اشاره‌ای نشده است.

۱۳- اصلاح ماده ۱۳۳۵ ق.م.م: موارد ادای سوگند.

آخرین ماده قانون مدنی یعنی ماده ۱۳۳۵ بنحو زیر اصلاح یافته است: «توسل به قسم وقتی ممکن است که دلائل مذکور در کتابهای اول تا چهارم جلد سوم این قانون برای اثبات مدعا موجود نباشد».

انجام میشود و از خواهان ادای سوگند پذیرفته نخواهد بود (مستفاد از قسمت آخر ماده ۱۳۳۵ ق. م. و.) و حال آنکه دلیلی مشاهده نمیشود که این سه شرط در فقه اسلامی پذیرفته شده باشد .

قاضی نشناخته تا به یکی از متداعیین تکلیف سوگند نماید . زیرا بموجب قسمت اخیر ماده ۱۳۳۵ : « مدعی میتواند حکم به دعوی خود را که مورد انکار مدعی علیه است منوط به قسم او نماید » . شرط سوم : اجرای سوگند فقط به توسط مدعی علیه

بخش دوم

اصلاح قانون مدنی بوسیله حذف مواد معارض با فقه اسلامی

قانون ساختن بخشی از اموال بدهکار از وثیقه عمومی دیون وی میگردد قانون مدنی در ماده ۲۱۸ سابق به طلبکار اجازه میدهد که معامله ای را که به قصد فرار از دین منعقد شده رد یا تنفیذ نماید . در حقیقت چنین معامله ای ، جهت آن ناشروع بوده است و از این رو قانون مدنی این مسأله را در بحث جهت معامله ذکر کرده بود ^{۹۱} . در اینجا این سؤال مطرح میشود که چرا قانونگذار « جهت فرار از دین » را از سایر جهات ناشروع جدا کرده است و بجای بطلان ، بعنوان ضمانت اجرای قراردادیکه دارای جهت ناشروع میباشد (ماده ۲۱۷ ق. م. و.) ، انگیزه « فرار از دین » را فقط موجب عدم نفوذ معامله تلقی کرده است ^{۹۲} . شاید بتوان دو مبنای زیر را برای ماده ۲۱۸ مشخص نمود : نخست مبنای حکم ماده ۲۱۸ سابق ق. م. و. را جلوگیری از تصرف زیان آور بدهکاران بدانیم که غرض آنها از معامله از بین بردن وثیقه عمومی طلب دیگران است (همانند تصرف راهن در عین مرهونه بدون اجازه مرتهن) که در اینصورت قابل تنفیذ بودن معامله به قصد فرار از دین قابل توجیه خواهد بود . مبنای دیگر اینست که « قصد ضرر به بستانکار » هر چندیک جهت ناشروع معامله است ولی تنها مربوط به طلبکاران خواهد بود ، و قانون آنرا لطمه به نظام جامعه نخواهد دانست . و لذا چنانچه آنها از حق خود صرف نظر کنند ، دلیلی برای بطلان معامله وجود نخواهد داشت . بر مبنای تحلیل اول ، تنها ورود ضرر به بستانکاران کافی است تا معامله غیر نافذ تلقی شود و بالعکس بر مبنای دوم بایستی قصد اضرار به طلبکاران و فرار از تأدیه دین مسلم گردد ، تا دادگاه بتواند بدرخواست آنان معامله را بلااعتبار اعلام نماید ^{۹۳} .

قانون اصلاح سوادی از قانون مدنی جهت اخذ موازین شریعت اسلامی و از بین بردن ضوابط حقوقی که با اسلام مطابقت ندارد ، پاره ای از مواد قانون مدنی را حذف نموده است . مقررات اینگونه مواد که بعضاً مقتبس از حقوق اروپائی بوده است ، مخالف فقه اسلامی شناخته شده و لهذا این مواد رسماً نسخ گردیده اند . تعداد موادی که به این علت حذف شده اند بالغ بر ۱۲ میباشد که ذیلا مورد بررسی قرار میگیرند :

۱۴- حذف ماده ۲۱۸ ق. م. و. : معامله به قصد فرار از دین .

ماده سابق ۲۱۸ ق. م. و. مقرر نموده بود : « هرگاه معلوم شود که معامله به قصد فرار از دین واقع شده آن معامله نافذ نیست » . قبل از بررسی علل حذف ماده فوق و تجزیه و تحلیل حقوقی این متن (الف) و مطالعه در انطباق یا عدم انطباق ماده مذکور با فقه اسلامی (ب) ، لازم است یادآوری گردد که علاوه بر ماده ۲۱۸ ق. م. و. ماده دیگری در قانون مدنی نیز انعقاد قرار داد به قصد فرار از دین را غیر نافذ می داند (ماده ۶۵ ق. م. و.) ولی عیناً ابقاء شده است . بموجب این ماده : « صحت وقفی که بعلت اضرار دیان واقف واقع شده باشد منوط به اجازه دیان است » . هماهنگی بین قسمت های مختلف قانون مدنی ایجاب میکرد که اگر ماده ۲۱۸ بایستی حذف میشد ، ماده ۶۵ نیز حذف میگردد ^{۹۴} .

الف - بررسی ماده ۲۱۸ ق. م. و. - هر چند معاملات هر شخص نسبت به اموال خود اصولاً صحیح و نافذ است ، معذک شخص ممکن است در معامله ای که آنرا واقع میسازد قصد فرار از پرداخت بدهیهای خود و زیان رساندن به بستانکاران را داشته باشد . چون تحقق این انگیزه به حقوق بستانکاران لطمه وارد می آورد و موجب

ب - ماده ۲۱۸ ق. م. و. فقه اسلامی .

در باره انطباق یا عدم انطباق ماده ۲۱۸ ق. م. و. با

این آراء نشان میدهد که دعوی عدم نفوذ معامله‌ای که به قصد فرار از دین و اضرار طلبکاران واقع شده، باشد از نظر موازین شرعی قابل استماع می‌باشد.^{۱۰۲}

۱۵- حذف ماده ۶۵۳ ق.م.و.ج : وکالت در برداشت اقساط قرض ربوی.

بموجب ماده ۶۵۳ سابق : «مقتضی می‌تواند بوجه ملزومی بمقرض وکالت دهد در مدتی که قرض بر ذمه او باقی است مقدار معینی از دارائی مدیون را در هر ماه یا در هر سال مجاناً به خود منتقل نماید.»

بنظر نویسندگان حقوقی و شارحین قانون مدنی، در این ماده قانونگذار حیل‌هایی اندیشیده بوده و رباخواران را به آن راهنمایی کرده، بدین نحو که قرض‌گیرنده بوجه ملزومی بمقرض طلبکار وکالت دهد تا زمانی که قرض بعهده او باقی است مقدار معینی - که همان اقساط بهره دین باشد - از اموال مقترض را هر ماه مجاناً به خود تملیک نماید.^{۱۰۳} بدین ترتیب ضمن عقد خارج لازمی، بدهکار وکالت بلاعزل به طلبکار میدهد که مبلغ یا مبالغ معینی از مال او را بخود انتقال دهد که جهت وداعی آن فی الواقع پرداخت بهره‌ایست که مقترض بتدریج به طلبکار می‌پردازد.^{۱۰۴} ولی بعداً در رژیم سابق قوانین مختلفی بطور صریح، پرداخت سودپول را تحت عنوان خسارت تأخیر تأدیه تجویز نموده بود.^{۱۰۵} و نتیجتاً دیگر نیازی به توسل به حیل قانونی وجود نداشت و بدینجهت ماده ۶۵۳ ق.م.و.ج. حتی در نظام حقوقی آن زمان علت وجودی خود را از دست داده بود.

اما پس از استقرار نظام جدید حقوقی، و اجرای کامل موازین فقه اسلامی، حذف ربا از قوانین و مقررات موضوعه مورد توجه قانونگذار قرار گرفت (الف). در مرحله دوم در اینجا بررسی دلائل شرعی حذف ماده ۶۵۳ ق.م.و.ج. ضروری می‌باشد (ب). و آنگاه این مسأله را مطرح می‌نمائیم که توسل به حیل‌های شرعی برای فرار از ربا جائز است یا خیر؟ (ج).

الف - حذف ربا از قوانین موضوعه.

ربا طبق تعریف قانونگذار به دو نوع ربای قرضی و ربای معاملی تقسیم می‌شود.^{۱۰۶} و در شریعت اسلامی و قانون ممنوع و حرام اعلام شده است. در قوانین جدید این ممنوعیت نه تنها در روابط قراردادی بین اشخاص

موازین فقه اسلامی، شارحین قانون مدنی نظرات گوناگونی ابراز نموده‌اند: پاره‌ای آنرا مطابق موازین فقه امامیه میدانند^{۱۰۷}، برخی آنرا یک مفهوم حقوقی جدید میدانند که در فقه امامیه پذیرفته نشده است^{۱۰۸} و دیگران نیز در اینمورد به سکوت برگذار نموده‌اند.^{۱۰۹} آنچه باید اذعان نمود اینست که قابل ابطال بودن معامله‌ایکه به قصد اضرار طلبکاران و به قصد فرار از دین انجام شده، باشد تحت عنوان مشخصی در کتب فقهی مورد بررسی قرار نگرفته است. ولی فقدان طرح این مسأله در کتب فقهی الزاماً دلیل بر تعارض آن با احکام اسلامی نمی‌باشد^{۱۱۰}. در عین حال پاره‌ای از فقها یا صراحت تمام معامله به قصد فرار از دین را قابل ابطال میدانند.

استاد محمدجواد مغینه در کتاب «الفقه علی المذاهب الخمسه» پس از اعلام این نکته که مفلس حق هرگونه تصرفی را در اموال خود دارد هر چند که دیونش فراتر از دارائی او گردد و این تازمانی است که قاضی حکم حجر او را صادر نموده، است، اضافه میکند: اگر مفلس در کلیه اموال خود قبل از حکم تحجیر تصرفاتی بنماید آن تصرفات نافذ است و نه بستانکاران و نه دیگران، او را نمیتوانند از این کار ممنوع بدارند بشرط اینکه این تصرفات به انگیزه فرار از وفای دین، و به غایت تضییع و اضرار حقوق بستانکاران نبوده باشد. به ویژه اینکه امید تحصیل مالی بحسب عادت و ظاهر حال برای مدیون وجود نداشته باشد^{۱۱۱-۱۱۲}. مرحوم سید محمد کاظم طباطبائی یزدی تصریح نموده که صلح برای فرار از دین صحیح نیست، زیرا: نخست آنکه مقررات راجع به صحت و نفوذ عقد صلح، منصرف از این گونه عقود است، دوم آنکه قاعده لاضرر، این قسم صلح را رد می‌کند زیرا صلح کننده به بستانکاران خود از این راه زیان می‌رساند؛ و سوم آنکه جهت این عقد صلح، فاسد است، بنابراین، صلح هم باطل است.^{۱۱۳} فقیه دیگری در مورد مدیون شدن یک شخص و ثبوت تکلیف ادای دین اعلام نموده است: چنانچه مدیون تمام اموال خود را به صلح بلاعوض «بدیگری بجهت فرار از دین و محروم ساختن طلبکار و تضییع حق او» منتقل نموده باشد این گونه معاملات به اعتبار فساد غایت معامله مانند «بیع العنب لیعمل خمراً» محکوم به فساد است.^{۱۱۴}

در عین حال در پاره‌ای از مقررات موضوعه که اخیراً به اجراء گذاشته شده برای نخلص از ربا راههایی اندیشیده شده است. در چهارصد و هفتاد و نهمین جلسه شورای پول و اعتبار مفاد ماده‌ای به تصویب رسیده است که تحت عنوان «خسارت تأخیر تأدیه» در قرارداد های سیستم بانکی با مشتریان خود گنجانیده میشود.^{۱۱۸} این ماده نیز مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته است.^{۱۱۹} در مورد وام مسکن، محاسبه نرخ بهره در قالب دو قرارداد متوالی خرید و فروش مسکن منظور میگردد.^{۱۲۰} و در بعضی دیگر از نهالیتهای بانکی بطور صریح به نرخ سود اشاره شده است.^{۱۲۱} بهر صورت حذف ماده ۶۳۵ ق.م. قابل بحث میباشد.

۱۶- حذف ماده ۷۰۶ ق.م. ضمان حال نسبت به دین مؤجل

ماده ۷۰۶ منحلوف مقرر داشته بود: «هرگاه دین مدت داشته ولی ضمان حال باشد بعد از ضمان مضمون له حق مطالبه از ضامن دارد». حذف این متن و ابقای ماده ۷۰۳ ق.م. که میگوید: «در ضمان حال مضمون له حق مطالبه طلب خود را دارد اگر چه دین مؤجل باشد» ممکن است دو فرض برای این اصلاح تصور گردد:

۱- فرض اول: حذف ماده ۷۰۶ و ابقای ماده ۷۰۳ فوق‌الذکر ممکن است مفید این معنی باشد که قانونگذار در نظر داشته است ماده ۷۰۶ تکراری را حذف نماید تا از تکرار زائد در مواد قانون مدنی جلوگیری شده باشد.

زیرا بنظر بسیاری از نویسندگان، ماده ۷۰۶ تکرار همان حکمی است که قبلاً در ماده ۷۰۳ ق.م. گفته شده است.^{۱۲۲} اگر علت حذف ماده ۷۰۶ چنین بوده است بنظر قابل قبول نخواهد بود، زیرا: اولاً - ضرورت حذف ماده تکراری آنقدر قوی نبوده تا نحوه شماره‌گذاری قانون مدنی بهم بخورد و ابهامی نیز بر اصلاح قانون مدنی ایجاد شود. چون عملاً حذف ماده ۷۰۶ در بادی امر این توهم را بوجود می‌آورد که حکم مندرج در آن منسوخ گردیده است و ابقای ماده ۷۰۳ سهوی بوده مگر قرائن دیگری این توهم را از بین ببرد.

ثانیاً: حتی در قانون اصلاح موادی از قانون مدنی تا این اندازه هم‌آهنگی نیز رعایت نشده است (فی‌المثل

در مورد خسارت تأخیر تأدیه اسناد رسمی و اجرای احکام قضائی اعمال میشود^{۱۱۷}، بلکه در روابط بین اشخاص و مؤسسات پولی و بانکی دولتی^{۱۱۸} و نیز در روابط بین مؤسسات مذکور با یکدیگر^{۱۱۹} و همچنین بین اشخاص و سازمانهای دولتی^{۱۲۰} تسری دارد و محاکم دادگستری نیز به نوبه خود از محکومیت به خسارت تأخیر تأدیه امتناع می‌ورزند.^{۱۲۱} لازم به یادآوری است که این کوشش برای حذف ربا، در نظام حقوقی پاره‌ای از کشورهای اسلامی اخیراً بچشم میخورد.^{۱۲۲}

ب- مستند حذف ماده ۶۵۳

حذف ماده ۶۵۳ ق.م. مستند است به حکمی که در کتب فقها بدان تصریح شده است. بموجب آن هرگونه شرط یا قرار، بنحوصریح یا ضمنی، که بمقرض مؤظف گردد زائد بر آنچه در یافت نموده است به مقرض مسترد دارد ربا و حرام است.^{۱۲۳} روایات متعددی از معصومین (ع) چنین شرطی را باطل اعلام نموده است.^{۱۲۴}

اشکال اساسی که در مورد ماده ۶۵۳ ق.م. وجود دارد اینست که قانون مدنی ذکری از شرط بطور صریح مطرح نمی‌نماید تا بطلان آن مسلم باشد، بلکه با توسل به اعطای و کالت به مقرض بستانکار، بطور غیر مستقیم این حق را برای او شناخته است که مبالغی زائد بر اصل بدهی بتواند از دارائی مدیون بخود تملیک نماید. آیا چنین طریقه‌ای بعنوان یک حیلۀ شرعی میتواند موجب صحت و سلامت قرارداد گردد؟

ج- توسل به حیلۀ شرعی برای فرار از ربا

بسیاری از متقدمین از فقها تخلص از ربا را با توسل به حیلۀهای شرعی جائز میدانند^{۱۲۵} مثلاً اگر کسی چیزی را که قرض گرفته، بهمان اندازه مسترد دارد ولی به ضمیمه آن بعنوان هبه پولی یا شیئی را اضافه بپردازد در اینصورت ربا تلقی نمیگردد.^{۱۲۶} متأخرین از فقهاء توسل بطرقی که بطور متتلبنانه برای پنهان نمودن ربائی که واقعاً در معامله وجود دارد باطل و بلا اثر دانسته جلوه دادن ربا را به صورتهای مجاز و حیلۀ و تقلب نسبت به احکام را بلا اعتبار میدانند، و فقط در جائی که واقعاً بین عوض و معوض تساوی وجود ندارد توسل به ضمیمه را برای احتراز از معامله ربا جائز می‌دانند.^{۱۲۷}

حذف ماده ۲۱۸ در مورد معامله بقصد فرار از دین که قبلاً مطالعه شد انجام گردیده ولی ماده ۶۵ درباره وقف بقصد فرار از دین باقی مانده است .

ثالثاً : اگر بنا باشد متن مشابه ماده ۷۰۳ حذف شود تنها ماده ۷۰۶ تکراری نیست بلکه مواد ۷۰۴ و ۷۱۵ و ذیل ماده ۶۹۰ نیز همان مطلب را به بیان دیگر ذکر نموده‌اند ۱۲۲ و محذوف هم نشده‌اند . طبق ماده ۷۱۵ « هرگاه دین مدت داشته باشد و ضامن قبل از موعد آن را بدهد مادام که دین حال نشده است نمیتواند از مدیون مطالبه کند » ۱۲۴ .

۲- فرض دوم اینست که اصلاح کنندگان قانون مدنی میخواسته‌اند حکم مندرج در ماده ۷۰۶ را نسخ نمایند و به مضمون آن که دارای طلب مؤجل است اجازه رجوع به ضامن را ندهند هر چند که ضمان حال باشد . این نظریه نه تنها معارض مواد ۷۰۳ و ۷۱۵ قانون مدنی است که فوقاً اشاره شد بلکه با فتاوی مشهور فقهاء نیز تعارض دارد : ۱۲۵ . صولاً با قبول اصل قتل ذمه بذمه تبعیت عقد ضمان نسبت به دین اصلی بتحو کامل باقی نمیماند و لهذا اگر در موارد خاصی از قبیل نامشروع بودن دین اصلی ، تبعی بودن ضمان اثر خود را بروز میدهد و دین ضامن باطل تلقی میشود این ترتیب در سایر جزئیات ملحوظ نبوده و حال بودن ضمان نسبت بدین مؤجل موجب عدم صحت ضمان نمیشود . تا جائیکه اگر در عقد ضمان اجل تصریح نشده باشد یعنی بنحو مطلق واقع شده باشد طبق ماده ۷۰۴ ضمان محمول به حال خواهد بود مگر اینکه به قرائن معلوم شود که مؤجل بوده است . علیهذا این فرض دوم نسبت به فلسفه حذف ماده ۷۰۶ نیز موجه نخواهد بود .

۱۷- حذف ماده ۱۰۳۶ ق.م.و : خسارات ناشی از برهم زدن نامزدی

بموجب ماده ۱۰۳۶ سابق ق.م.و « اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی بهم بزند ، در حالیکه طرف مقابل یا ابوبین او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند ، طرفی که وصلت را بهم زده است باید از عهده خسارات وارده برآید ، و خسارات مزبور فقط به مخارج متعارفه خواهد بود . »
حکم این ماده یعنی الزام به جبران خسارات ناشی

از برهم زدن نامزدی موجب گفتگوهائی در اقوال حقوقدانان گردیده است . بررسی مطابقت یا عدم مطابقت این حکم با موازین شرعی ضرورت مطالعه نظرات مختلف را ایجاب مینماید . مقدمه « بعضی از فتاوی فقهاء در باره جبران این نوع خسارات آورده میشود . این فتاوی عموماً حذف ماده ۱۰۳۶ ق.م.و را موجه نشان میدهد (الف) . آنگاه مطالعه مبنای حقوقی ماده ۱۰۳۶ و بررسی نظرانی که در این زمینه وجود دارد شاید ما را در حل مشکل یاری رساند (ب) .

الف - در فتاوی مرحوم میرزا ابوالقاسم قمی گیلانی استدلال شده است که نامزد حق رجوع نسبت به مخارج انجام شده قبل از برهم خوردن نامزدی را ندارد زیرا در زمان نامزدی این هزینه‌ها با رضایت صاحبش انجام شده است و عدم رضایت بعدی اثری در آن نخواهد داشت ۱۲۶ . در پاسخ به سؤال دیگری در این مورد اعلام نموده است : « هر چند در بادی نظر چنین مینماید که چون این شخص (شوهر آینده) مال را مجاناً نمیدهد و غرضش اینست که آنها (خانواده زن) در امر دادن دختر مستمر و ثابت قدم باشند و اگر داند « که در آخر امر نخواهند داد هرگز راضی نمیشود باینکه « مال او را بمصرف برسانند پس باید در صورت رد ، « غرامت بکشد ، اما تحقیق آنست که مادامی که « ایشان (خانواده دختر) بر رضای خود باقی اند تصرف « جایز است . و این تسلطی است غیر را بر مال خود ، ، « و غرامت متوجه نمیشود » ۱۲۷

ب - نویسندگان ، مبنای حقوقی ماده سابق ۱۰۳۶ ق.م.و را مرتبط به چند نظریه دانسته‌اند . در این مورد برای توجیه الزام به جبران خسارات نامزدی سه نظریه بیان شده است : نظریه مسئولیت ناشی از قرارداد ، نظریه مسئولیت مدنی ناشی از تسبیب و اتلاف ، و نظریه سوء استفاده از حق ۱۲۸ . این نظریه‌ها چون بیشتر مستند به حقوق غربی است و با فقه اسلامی ارتباطی ندارد از بحث این مقاله خارج میباشند .

برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند مبنای مسئولیت نامزدی که قرار ازدواج را برهم زده ، و الزام وی به جبران خسارت ، قاعده « غرور » میباشد . بنظر این نویسندگان ، « اساس ماده ۱۰۳۶ ق.م.و نظریه ایست که در فقه بنام « غرور در اتلاف » خوانده شده است ، یعنی بعلت وعده از دواج ، طرف مقابل مغرور شده است و مخارجی کرده است و مال خود را برسر اینکار تلف کرده

است. غرور در اطلاق در ماده ۳۲۵ ق.م.مورد بحث واقع شده است. بهر حال ماده ۱۰۳۶ نظر به ماده ۹۲ ق.م.مورد سویس داشته است که آن نیز بر مبنای غرور در اطلاق قرار گرفته است و از جهت تطبیقی با ماده ۳۲۵ ق.م.مورد مشترک دارد»^{۱۲۱}

اشکالی که بر این نظریه وارد است اینست که طبق قاعده غرور، مغرور کننده باید در زمان وقوع خسارت عالم و مطلع بوده باشد^{۱۳۰}.

بنظر میرسد شاید مبنائی را که بتوان برای ماده ۱۰۳۶ ق.م.مورد از نظر شرعی و قانونی توجیه نمود اینست که اگر در عرف رایج در زمان نامزدی بطور قطعی و مسلم پذیرفته شده باشد^{۱۳۱} (یا در ضمن مذاکرات نامزدی صریحاً شرط شود) که طرفیکه مخارجی برای تمهید مقدمات ازدواج متحمل شده و تصرف دیگران را اباحه نموده میتواند در صورت برهم خوردن نامزدی مطالبه هزینه های انجام شده را بنماید، دعوی جبران خسارات از وی مسموع خواهد بود. زیرا در واقع اباحه تصرف در این موارد مشروط به این بوده است که سرانجام نامزدی به وصلت تبدیل گردد، و چون این شرط محقق نگردیده است وی مجاز خواهد بود که هزینه های مربوطه را استرداد نماید^{۱۳۲}. بدین لحاظ در صورت وجود چنین عرف مسلمی، با وجود حذف ماده ۱۰۳۶ ق.م.مورد دعوی جبران خسارات مسموع خواهد بود.

۱۸- حذف ماده ۱۰۳۹ ق.م.م.مورد : مرور زمان در دعاوی مربوط به نامزدی.

حذف ماده ۱۰۳۹ ق.م.م.مورد نخستین موضع گیری در جهت از بین بردن قاعده مرور زمان در نظام جدید حقوقی ایران است. ماده مذکور مقرر میداشت که: «مدت مرور زمان دعاوی ناشی از بهم خوردن وصلت منظور دو سال است و از تاریخ بهم خوردن آن محسوب میشود». پس از انقلاب اسلامی، قانونگذار به تناسبیهائی قاعده مرور زمان را بطور ضمنی تأیید نموده بود^{۱۳۳}.

و حتی در لایحه راجع به تجارت که پس از تصویب هیأت وزیران مورخ ۹/۳/۶۱ به مجلس تقدیم شد^{۱۳۴} برای دعاوی راجع به برات و فته طلب و چک، مرور زمان پنج ساله پیش بینی شده بود (ماده ۵۳۱). ولی حذف ماده ۱۰۳۹ ق.م.مورد چنانکه فوقاً گفته شد نشان داد که قانونگذار، مرور زمان را مخالف موازین اسلامی میدانند.

شورای نگهبان بعداً بطور صریح این نظر را تأیید نمود و در نظریه مورخ ۲۷/۱۱/۱۳۶۱^{۱۳۵} در پاسخ به شورای عالی قضائی^{۱۳۶} اعلام نمود:

«عطف به نامه شماره ۶۵۵/۵ مورخ ۲۷/۱۰/۶۱ اشعار میدارد: مواد ۷۳۱ بعد قانون آئین دادرسی مدنی در مورد مرور زمان در جلسه شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت و به نظر اکثریت فقهای شورا مواد مزبور که مقرر میدارد پس از گذشتن مدتی (ده سال - بیست سال - سه سال - یکسال و غیره) دعوی در دادگاه شنیده نمیشود، مخالف با موازین شرع تشخیص داده شد.»

هر چند از نظر حقوقی لازم الاجراء بردن نظر شورای نگهبان برای محاکم قابل بحث است و بسیاری از حقوقیین، تصویب قانونی را در این زمینه ضروری میدانند^{۱۳۷} ولی در عین حال تردیدی باقی نمی ماند که در نظر مراجع قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران، مرور زمان با موازین فقه اسلامی مطابقت ندارد.

پاره ای از محققین نیز مسلم میدانند که مرور زمان با قواعد اسلامی منافات دارد «و وجود قانون مذکور مخالف روح مکتب مزبور و معارض قواعد و اصول استنادی مدعیان میباشد و از جهت شرعی بهیچوجه قابل تجویز نیست»^{۱۳۸}

ولی در مذاهب اربعه بویژه در فقه حنفی تمایل زیادی به مرور زمان نشان داده میشود. برای توجیه شرعی آن دو دلیل ذکر مینمایند: نخست قاعده استحسان است بدین تقریب که مصلحت عمومی ایجاب مینماید برای دفع منازعات پس از گذشت مدتی دعاوی قابل استماع نباشد. و دلیل دیگر فرمان سلطان است برای حفظ نظم اجتماعی که مرور زمان را میتواند بر قضات تحمیل نماید^{۱۳۹}. فقهای حنفی مرور زمان را در دعاوی مدنی و نیز حدود و قصاص قابل اجراء میدانند، و مدت آنرا به تناسب پانزده سال وسی و سه سال و حتی در دعوی نفقه اقرب، بمدت یک ماه اعلام مینمایند^{۱۴۰}. پاره ای دیگر از فقهای عامه مبنای مرور زمان را اعراض صاحب حق از مطالبه حق خویش میدانند^{۱۴۱} و از مرور زمان دو ساله و ده ساله سخن گفته اند^{۱۴۲}. گفته شده است که فقه امامیه این نظرها را رد نموده زیرا اگر چنین اختلافی وجود داشت سید مرتضی علم الهدی در کتاب انتصار بدان تصریح مینمود

۲- حذف ماده ۱۲۰۹ : تعریف غیررشدید.

بموجب ماده ۱۲۰۹ سابق ق.م. « هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیررشدید است، معذک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومت خارج میشود. » حذف این ماده در هیچ یک از دو متن قانونی اصلاح موادی از قانون مدنی (مورخ ۶۱/۱۱/۱۹ و ۶۱/۱۲/۲ که در ابتدای این مقاله بدانها اشاره شد) پیش‌بینی نشده بود^{۱۴۳} و برای نخستین بار در اعلامیه کمیسیون امور قضائی گفته شد که درج ماده ۱۲۰۹ در مجموعه‌های چاپ شده اشتباه است^{۱۴۶}. طبیعی است با اصلاح ماده ۱۲۱۰ ق.م. و تعیین سن پانزده سالگی تمام در پسر و نه سالگی تمام در دختر بعنوان سن بلوغ - و اینکه هیچکس را نمی‌توان پس از بلوغ بعنوان عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشدش ثابت شده باشد - دیگر ماده ۱۲۰۹ اعتباری نخواهد داشت. (شرح این مطالب در شماره ۸ در مورد اصلاح ماده ۱۲۱۰ قبلاً بیان شد) .

۳- حذف مواد ۱۳۰۶ ، ۱۳۱۰ ، ۱۳۱۱ : حدود اعتبار شهادت

حذف سه ماده فوق‌الذکر از قانون مدنی که شهادت را فقط برای دعوائی که موضوع آن معادل یا کمتر از ۵۰۰ ریال باشد معتبر میدانسته است، تغییر اساسی در نحوه دادرسی در محاکم ایران ایجاد خواهد نمود. ماده ۱۳۰۶ سابق مقرر میداشت « جز در مواردی که قانون استثناء کرده است هیچیک از عقود و ایقاعات و تعهدات را که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از ۵۰۰ ریال باشد نمیتوان فقط بوسیله شهادت شفاهی یا کتبی اثبات کرده و بی حکم مانع از این نیست که محاکم برای مزید اطلاع و کشف حقیقت به اظهارات شهود رسیدگی کنند. »^{۱۴۷}

پس از مطالعه سوابق تاریخی قاعده فوق (الف) تفاوت بین شهادت و گواهی مورد بحث قرار خواهد گرفت (ب) ، و در نهایت حذف مواد ۱۳۰۶ به بعد را مورد بررسی قرار خواهیم داد (ج) .

الف - سوابق تاریخی - برای نخستین بار در ایران بموجب قانون راجع به طرز استماع شهادت شهود مصوب ۱۴ تیرماه ۱۳۰۷ ، اعتبار شهادت در محاکم عرفی مورد تردید

ولی شاید این استدلال صحیح نباشد زیرا هر گونه اختلاف نظر در فتاوی مذاهب عامه و خاصه الزاماً در کتاب مذکور آورده نشده است .

در تاریخ ایران، مرور زمان سی ساله نه تنها بدلائل مذهبی بلکه بجهت ضرورت‌های اجتماعی و اسنیت روابط حقوقی و اقتصادی از قرن‌ها قبل رایج بوده است^{۱۴۳} و مرحوم سیدحسن مدرس در مجلس شورای ملی در جلسه مورخ ۱۸ شعبان ۱۳۴۶ قمری (۱۳۰۶/۱۱/۲) هنگام بحث از لایحه ثبت املاک که در آن مرور زمان چهل ساله پیش‌بینی شده بود (ماده ۳) به اظهارات نماینده دیگری که مرور زمان را خلاف شرع میدانست اعتراض نموده و مرور زمان را مورد تأیید قرار داده بود.^{۱۴۴} به هر صورت چنانچه در آینده اشخاصی از فقدان قاعده مرور زمان سوءاستفاده نمایند و محاکم را سرجمع رسیدگی به دعاوی گذشته دیر و قدیمی قرار دهند راهی جز تمسک به عنوان ثانویه برای اجرای قاعده مرور زمان وجود نخواهد داشت .

۱۹- حذف ماده ۱۰۴۲ : اجازه ولی برای نکاح دختر بعد از ۱۵ سالگی .

طبق ماده محذوف : « بعد از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام نیز اناث نمی‌توانند مادام که به ۱۸ سال تمام نرسیده‌اند بدون اجازه ولی خود شوهر کنند » حذف این ماده در رابطه با شناسائی اهلیت حقوقی برای صغاری که به سن بلوغ شرعی رسیده‌اند میباشد (رجوع فرمائید به اصلاح ماده ۱۰۴۱ ق.م. شماره ۵) . ماده ۱۰۴۲ سابق با این هدف در قانون مدنی گنجانیده شده بود که تصریح شود اجازه ولی دختر صغیر برای نکاح تا زمان رشد (یعنی ۸ سالگی) ضروری میباشد خواه برای بار اول است که شوهر میکند یا برای دفعه‌های بعد باشد^{۱۴۴} . و از این لحاظ تفاوتی بین کسانی که کمتر از ۱۸ سال دارند (هر چند موفق به اخذ حکم معافیت از شرط سن از دادگاه طبق ماده سابق ۱۰۴۱ ق.م. شوند) وجود ندارد ، و در هر صورت اجازه ولی برای انجام نکاح ضروری میباشد . با اصلاح ماده ۱۰۴۱ ق.م. (که برای ازدواج ملاک سن را بلوغ شرعی قرار داده است) و ماده ۱۰۴۳ (که برای زواج دختر بالغی که هنوز شوهر نکرده اجازه ولی را ضروری میداند - به شماره ۶ مراجعه شود) دیگر ضرورتی به ابقای ماده ۱۰۴۲ وجود نداشت .

سوم - شهادت علی‌الاصول بعنوان دلیل قطعی تلقی میشود و حال آنکه گواهی مانند شیاع یک دلیل ظنی بوده و در موارد خاص و کم اهمیت پذیرفته میشود^{۱۵۴}.

اکثر فقهای اسلامی برای شهادت موضوعیت قائل هستند یعنی صرف شهادت دو شاهد را دلیل مثبت دعوی میدانند^{۱۵۵} مگر اینکه با تحقق غیر واقعی بودن و کذب بینة ، ارزش خود را از دست بدهد^{۱۵۶} در حالیکه برای گواهی در حقوق عرفی طریقت قائل هستند و بهر صورت « تشخیص درجه ارزش و تأثیر گواهی بنظر دادگاه است. » (ماده ۲۴ ق.آ.م.)

ج - بررسی حذف مواد ۱۳۰۶ به بعد ق.م. - با توجه به اینکه این مواد با فقه اسلامی هماهنگی نداشته است حذف آنها موجه می‌نماید ، خصوصاً اینکه با گذشت زمان و سقوط تدریجی ارزش ریال ، مبلغ حداکثر تعیین شده (۵۰۰ ریال) در سال ۱۳۰۸ یعنی ۵۰ سال قبل^{۱۵۷} امروزه هدف اصلی خود را از دست داده است ؛ در زمان تدوین این قاعده هدف این بوده است که دعاوی که خواسته آنها زیاد است قابل اثبات بشهادت شهود نباشد ، اما امروزه در کلبه دعاوی مالی عملاً دلیل شهادت قابل استماع نمیباشد .

معذک قانون مدنی در شرایط فعلی ناقص است ، زیرا اولاً - مقررات تفصیلی شهادت ، و حدود اعتبار آن و تعداد لازم برای شهادت در قانون ذکر نشده است .

ثانیاً - در مقررات فعلی ضمانت اجرای کیفری شهادت کذب (زور) تعیین نشده است در حالیکه لازمه تضمین صحت شهادت ، وضع مقررات صریحتری در این زمینه است^{۱۵۸}.

۲۲ - حذف مواد ۱۳۰۷ و ۱۳۰۸ و ابقای ۱۳۰۹

ق.م. : اثبات سقوط دین ناشی از سند رسمی و یا معتبر ، به شهادت ممکن می‌باشد .

بموجب ماده ۱۳۰۷ سابق ق.م. « در مورد عقود و ایقاعات و تعهدات مذکوره در ماده فوق کسی هم که مدعی است به تعهد خود عمل کرده یا بنحوی از انحاء قانونی بری شده است نمیتواند ادعای خود را فقط بوسیله شهادت ثابت کند . » و طبق ماده ۱۳۰۸ سابق « دعوی سقوط از قبیل پرداخت دین ، اقاله ، فسخ ، ابراء و امثال آنها در مقابل سند رسمی یا منتهی

قرار گرفت و اعلام شد که محاکم « عدلیه باستانی محاکم شرع نمی‌توانند در دعاوی حقوقی و تجارتي که در نزد آنها مطرح میشود باستناد شهادت شهود حکم دهند ولی این ترتیب مانع از استماع اظهارات مطلعین نمیباشد »^{۱۵۸} . قانون شهادت و امارات مصوب ۱۳۰۸/۴/۳۰ این حکم را نسخ و بجای آن اعتبار نسبی شهادت را پذیرفت . بموجب ماده ۱ این قانون : « هیچیک از تعهدات را مگر در مواردی که قانون مستثنی کرده نمیتوان فقط بوسیله شهادت شفاهی یا استشهادنامه اثبات کرد . » در ماده ۳ آن قانون موارد استثنائی بیان شده بود ، من جمله نسبت به عقود و ایقاعاتی که موضوع آن معادل پنجاه تومان یا کمتر باشد شهادت پذیرفته شده و قابل استناد بوده است^{۱۵۹} . قانون مدنی در جلد سوم مصوب ۸ آبانماه ۱۳۱۴ همین حکم را در ماده ۱۳۰۶ به بیان دیگر تکرار نمود^{۱۶۰} . در گذشته نیز چه بسا بعلت تساهلی که در محاکم در باب عدم توجه به احراز شرائط شهادت انجام میشده سعی در محدود نمودن اعتبار شهادت مینموده‌اند و قاضی را به احراز واقع و امیداشتند . خواجه رشیدالدین فضل‌الله ، متن فرمان غازان را به محاکم آن عصر چنین نقل میکند : « اول ، تأکید احتیاط در باب استماع شهادت که مدار اکثر قضایا بر آن است ، چه معلوم گشته است که قضات در آن باب تساهل میورزند و در تحقیق آن نمی‌کوشند و بی‌آنکه سکونی یا اطمینانی از شهادت در باطن ایشان راه یابد یا غلبه ظن به درستی و راستی آن حاصل گردد ، بر آن حکم میکنند و بدان متمسک میشوند که قاضی عاجز دوگواه باشد ! »^{۱۶۱}

ب - در حقوق عرفی و همچنین در حقوق اروپائی شهادت بمعنی اصطلاحی که در فقه اسلام برای آن اعتبار قائل هستند وجود ندارد . آنچه که هست بعنوان گواهی باید تلقی گردد . اصولاً تفاوت شهادت (در فقه اسلامی) و گواهی (در حقوق عرفی) را میتوان در سه نکته زیر دانست :

اول - در مورد شهادت ، عدالت شاهد شرط صحت آنست در حالیکه برای گواهی چنین شرطی مطالبه نمیشود (مراجعه شود به شماره ۹ ذیل اصلاح ماده ۱۳۱۳) .

دوم - در شهادت ، شارع مقدس تعداد معینی از شهود را بعنوان بینة تعیین مینماید^{۱۶۲} در حالیکه در گواهی قید عدد وجود ندارد^{۱۶۳} .

که اعتبار آن در معنکه محرز شده، ولو آنکه موضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد به شهادت قابل اثبات نیست.

بدین ترتیب با حذف مواد فوق، قانونگذار اعلام مینماید که دعوی انجام تعهد و نیز دعوی سقوط دین، مربوط به قراردادی که بموجب سند رسمی یا سند معتبر در دادگاه احراز شده باشد، به شهادت ممکن است. این موضع با اعتبار و ارزشی که قانونگذار برای شهادت بعنوان یکی از ادله اثبات دعوی قائل شده است (رک. به شماره ۱۸) هماهنگ میباشد، و از طرف دیگر مطابق با موازین فقهی نیز میباشد^{۱۵۹}. باید افزود که حتی رویه قضائی در گذشته با تمسک به عمومات سعی مینمود در اینگونه موارد برای شهادت اثر قانونی قائل گردد و تفسیر محدودتری را از مواد ۱۳۰.۷ و ۱۳۰.۸ ق.م. پذیرد.^{۱۶۰}

اما با ابقای ماده ۱۳۰.۹، قانونگذار ظاهراً در نظر داشته است که در بین اینکه شهادت را یکی از ادله معمولی اثبات دعوی بداند، حدی را برای اعتبار و ارزش آن قائل شود و آن اینکه نمیتوان خلاف مفاد یا مندرجات اسناد رسمی یا سندی که اعتبار آن در دادگاه محرز شده است را به شهادت ثابت نمود. زیرا طبق ماده ۱۳۰.۹ ق.م. «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات^{۱۶۱} آن باشد به شهادت اثبات نمیگردد.» در بادی امر منطقی مینماید که حذف ماده ۱۳۰.۸ ق.م. تلازمی با حذف ماده ۱۳۰.۹ ق.م. ندارد و ممکن است تصور شود که این دو متن دو قاعده مختلف را بیان می نمایند: متن اول راجع به ثبات سقوط دینی است که ناشی از سند رسمی یا معتبر باشد و قانون اصلاحی شهادت را برای اثبات سقوط این نوع دیون مسموع میداند، و متن دوم خدشه ناپذیری اسناد رسمی و معتبر را در مقابل شهادت اعلام میدارد، که محتوایش متفاوت از متن اولی است. در عین حال با اندکی توجه معلوم میشود که مبنای هر دو ماده یکی است: شهادت مانند سایر ادله اثبات دعوی نیست و جزء دلایل درجه دو (مانند امارات) محسوب میگردد. بعلاوه تفسیر و اجرای این دو ماده معمولاً به نتایج و موارد مشترک و مشابهی میرسد^{۱۶۲} که حذف یکی و ابقای دیگری را منطقی نمی نمایاند:

اولاً - اگر دعوی سقوط دین مربوط به سند رسمی، با شهادت قابل اثبات باشد، هیچ دلیلی نیست که شهادت همانند سایر ادله اثبات دعوی نتواند خلاف اماره قانونی اعتبار سند رسمی و یا معتبر را در دادگاه ثابت کند. زیرا قسمت اخیر ماده ۱۲۹۲ ق.م. اجازه میدهد که در مقابل اسناد رسمی یا اسنادی که اعتبار اسناد رسمی را دارد «ثابت (نمود) که اسناد مزبور بجهتی از جهات قانونی از اعتبار افتاده است». شارحین قانون مدنی در این مورد مینویسند: «ممکن است از توجه بمفاد ماده ۱۲۹۲ ق.م. توهم آن رود که فقط برای اثبات خلاف اعلامیات مأمور رسمی از مندرجات سند، باید دعوی جعلیت نمود و یا ادعا کرد که سند بجهتی از جهات مانند اقامه و فسخ از اعتبار افتاده است و دعوی اشتباه مسموع نمیشد و حال آنکه فرض اشتباه مأمور ممکن است، ولی با کمترین توجهی این توهم رفع میشود، زیرا اعتبار اعلامیات مأمور رسمی از مندرجات سند فقط از لحاظ فرض صحیحی میباشد که قانون برای عملیات مأمورین رسمی قائل شده است و این اماره قانونی تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده معتبر است و بوسیله هر دلیلی که قانون صراحتاً منع ننموده باشد میتوان خلاف آن را ثابت کرد و فقط قانون، شهادت و اماره قضائی را در مقابل سند رسمی معتبر ندانسته است و آنچه از ماده ۱۲۹۲ ق.م. استنباط میشود آنست که دعوی انکار و تردید که ادعائی بدون دلیل است پذیرفته نمیشود و هر گاه کسی که سند بر علیه اوست آنرا خلاف واقع میداند میتواند آنرا اثبات نماید.»^{۱۶۳} بنابراین اگر شهادت را قانونگذار مانند سایر ادله بداند دلیلی نیست که ماده ۱۳۰.۹ باقی بماند و شهادت از عداد طرقی که بتوان اثبات خلاف واقع بودن محتویات یا مندرجات سند رسمی یا سند معتبر را نمود، خارج باشد.

ثانیاً - رویه قضائی گذشته - با تفسیر موسعی که از ماده ۱۳۰.۹ ق.م. بدست داده است - نه تنها شهادت را در مقابل اعلامیات مأمور (دولتی در سند رسمی) پذیرفته بلکه حتی تشکیک در اعلامیات فرد را که در سند رسمی مندرج باشد^{۱۶۴} بوسیله شهادت شهود پذیرفته است. مثلاً رأی شعبه ششم دیوان کشور بشماره ۱۳۹۳ مورخ ۱۳۲۷/۹/۴ مقرر میداشت: «دادگاه نمیتواند به شهادت عده ای مبنی بر استماع اظهار متوفی به داشتن فرزندی غیر از اشخاص مذکور در وصیت نامه رسمی استناد کند، زیرا مطابق ماده ۱۳۰.۹

قانون مدنی ترتیب اثر دادن به این نوع شهادت جائز نیست»^{۱۶۰} ابقای ماده ۳۰۹ و اینگونه تفسیرها که از آن میشود معارض است با جهتی که قانونگذار در اصلاح قانون مدنی و اعتبار کامل دلیل شهادت برگزیده است. یکی از اساتید حقوق می‌نویسد: «اصولاً اعتبار اعلامیات مأمور رسمی از لحاظ اعتماد بر عملیات مأمورین رسمی میباشد که قانون فرض صحت آنرا نموده است و بدین جهت جز بوسیله دعوی جعلیت نمیتوان خلاف آنرا اثبات نمود. ولی اعتبار اعلامیات افراد از نظر اعتباری است که اقرار آنها دارای اعتبار است و نوشتن آن امور بوسیله مأمور رسمی واقعیت آنرا تغییر نمیدهد، بنابراین مسئولیت صحت اعلامیات افراد بعهده خود آنانست و

مأمور رسمی هیچگونه وظیفه تحقیق در صحت و سقم آن و همچنین مسئولیتی در عدم مطابقت آن با واقع ندارد. سردفتر اسناد رسمی اظهارات متعاملین را چنانچه برخلاف قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد در سند می‌نویسد و در دفتر ثبت مینماید. اینست که هر گاه کسی مدعی شود آنچه از طرف متعاملین اظهار شده و در سند قید گردیده است به جهتی از جهات برخلاف حقیقت میباشد، میتواند آنرا بدون آنکه دعوی جعلیت کند اثبات نماید.»^{۱۶۱} و برای اثبات این امر هیچ تفاوتی بین دلیل شهادت با سایر ادله اثبات دعوی وجود ندارد و بدین لحاظ ابقای ماده ۳۰۹ هماهنگ با حذف مواد ۳۰۶ به بعد نمی‌باشد.

فصل دوم

اصلاح بمنظور هماهنگی قانون مدنی با سایر قوانین موضوعه

قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۶۱/۱۲/۲ در پاره‌ای از موارد بمنظور هماهنگ نمودن قانون مدنی با سایر قوانینی که در سنوات اخیر خصوصاً پس از انقلاب اساسی و تدوین قانون اساسی به تصویب رسیده مواد قانون مدنی را تغییر داده است که ذیلا مورد بررسی قرار خواهد گرفت^{۱۶۲}:

۲۳- اصلاح ماده ۱ ق. م. م. : امضای رئیس جمهور و نشر قانون

طبق ماده ۱ اصلاحی ق. م. «مصوبات مجلس شورای اسلامی به رئیس جمهور ابلاغ و رئیس جمهور باید ظرف ۵ روز آن را امضاء و به دولت ابلاغ نموده و دولت موظف است ظرف مدت ۸ ساعت آنرا منتشر نماید. تبصره: در صورت استنکاف رئیس جمهور از امضاء یا ابلاغ به دولت در مهلت مقرر، دولت موظف است مصوبه یا نتیجه همه پرسی را پس از انقضای مدت مذکور ظرف ۸ ساعت منتشر نماید.»

برخلاف قانون اساسی سابق که رئیس کشور ملزم به امضای مصوبات مجلس نمی‌بود، و بدین لحاظ ماده ۱ سابق ق. م. این امر را به سکوت برگزار نموده بود^{۱۶۳}، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۲۳، امضای مصوبات مجلس شورای اسلامی را بعنوان

قانون برای ریاست جمهوری اجباری میداند، و وی نمی‌تواند از صدور دستور اجرای آن خودداری کند^{۱۶۴}. البته این اجبار در موردی است که قانون با رعایت ضوابط مندرج در قانون اساسی به تصویب رسیده باشد و بتوان نام قانون بر آن نهاد^{۱۶۵}. در ماده جدید به تفصیل وظیفه هر یک از مقامات قوه مجریه در امضاء و نشر قانون و چگونگی مقابله با تخلف از آن، پیش‌بینی شده است.

۲۴- حذف ماده ۹۸۱ ق. م. م. : ممنوعیت اخراج از تابعیت اکتسابی ایران.

ماده ۹۸۱ سابق و تبصره ذیل آن حاوی دو حکم قانونی بود که بموجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی حذف گردیده‌اند. حکم اول این بود که شخصی که به تابعیت ایرانی پذیرفته میشود چنانچه بعداً معلوم شود فراری از خدمت نظام بوده و یا محکوم به جنحه مهم یا جنایت عمومی بوده است، هیأت وزراء دستور خروج او را از تابعیت ایران صادر خواهد نمود^{۱۶۶}. بموجب حکم دوم که در تبصره ذیل ماده ۹۸۱ سابق مندرج بود اشخاصی که به تابعیت ایرانی پذیرفته میشوند و در مملکت خارجه سکونت دارند چنانچه مرتکب عملیاتی برضد امنیت داخلی و

خارجی ایران شوند و با اساس حکومت ایران مخالفت نمایند و یا چنانچه خدمت نظام وظیفه عمومی ایران را انجام ندهند با اجازه هیئت وزیران تابعیت ایرانی آنها سلب میشود ۱۷۲.

حذف دو قاعده فوق ظاهراً برای اجرای اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی انجام شده است. این اصل مقرر میدارد: « اتباع خارجه میتوانند در حدود قوانین به تابعیت ایران درآیند و سلب تابعیت اینگونه اشخاص در صورتی ممکن است که دولت دیگری تابعیت آنها را بپذیرد یا خود آنها درخواست کنند. » تهیه کنندگان اصلاح قانون مدنی شاید اندیشیده‌اند که با حذف دو قاعده مذکور، اصل ۴ قانون اساسی را به مرحله اجراء نهاده‌اند. و حال آنکه ضرورتاً تعارضی بین اصل ۴ (الف) و ابقای ماده ۹۸۱ ق.م. (ب) وجود ندارد.

الف - اصل ۴ قانون اساسی. این اصل با این انگیزه در مجلس خبرگان اول به تصویب رسید تا از ایجاد حالت فقدان تابعیت (آپاترید) جلوگیری شود. مؤلفین حقوق بین‌الملل خصوصی برای احتراز از فقدان تابعیت برای افراد راه حل‌های مناسبی اندیشیده و معمولاً دو قاعده زیر را توصیه مینمایند:

نخست آنکه هر فرد به محض تولد باید تابعیت دولت معینی را واجد باشد. و دوم آنکه هیچکس نباید مادام که تابعیت دولت دیگری را بدست نیاورده تابعیت قبلی خود را از دست بدهد ۱۷۳. برای وصول به هدف اخیر پیشنهاد مینمایند که کلیه دول در قوانین داخلی خود تسریح نمایند که تا زمانی که تابعیت خارجی کسی سلب نشده است تابعیت داخلی افراد باقی میماند. بدین لحاظ در آلمان غربی بر طبق قانون اساسی، هیچ سلب تابعیتی نباید موجب فقدان تابعیت (آپاترید) افراد گردد ۱۷۴. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول ۱ و ۴۲ همین هدف را مورد نظر داشته است ۱۷۵. صولاً سلب تابعیت کسانی که به تابعیت ایرانی پذیرفته میشوند طبق قسمت اخیر اصل ۴۲ « در صورتی ممکن است که دولت دیگری تابعیت آنها را بپذیرد یا خود آنها درخواست کنند. » ۱۷۶ بنابراین حداقل در این دو مورد سلب تابعیت ایرانی بیگانگانیکه به تبعیت ایرانی پذیرفته شده‌اند مجاز است: نخست وقتی که سلب تابعیت ایران از فرد موجب فقدان

تابعیت (آپاترید) برای وی نگردد یعنی دولت دیگری تابعیت او را بپذیرد. و دیگر هنگامی است که آن فرد خود تبعات حالت آپاترید را بپذیرا شود.

بدین لحاظ میتوان دو قاعده مندرج در ماده ۹۸۱ سابق ق.م. و تبصره آنرا در حالت نخست اجراء نمود، یعنی با کسب اطمینان از اینکه بیگانه ای که تابعیت ایرانی را کسب نموده میتواند به تابعیت قبلی خود بازگردد (و یا اینکه تابعیت قبلی خود را هنوز از دست نداده است) میتوان بعنوان مجازات، تابعیت ایرانی وی را سلب نمود. حتی میتوان در حالت دوم یعنی به تقاضای ذینفع طبق تبصره ماده ۹۸۱ سابق تابعیت ایرانی او سلب گردد و آن در صورتی است که بیگانه ای که تبعه ایران شده به جرائم امنیتی یا فرار از خدمت نظام وظیفه عمومی تحت تعقیب قرار گرفته و جهت تخفیف در مجازات خود ۱۷۷. پیشنهاد سلب تابعیت ایرانی بنماید و مقامات دولت ایران این پیشنهاد را بپذیرند بدین معنی که پس از تخفیف مجازات و رهائی، تابعیت ایرانی متهم را باز پس بگیرند. در اینجا ضروری است ماده ۹۸۱ سابق مورد بررسی قرار گیرد.

ب - ماده ۹۸۱ سابق ق.م. و تبصره آن، چنانکه فوقاً گفته شد حاوی دو حکم میباشد: حکم اصلی - که در تبصره مذکور بیان شده است - بدین ترتیب میباشد که در صورت تحقق دو شرط، بیگانه ای که به تابعیت ایرانی پذیرفته شده است تبعیت ایرانی از او سلب میشود: شرط نخست آنکه وی در خارج از ایران سکونت داشته باشد. شرط دوم اینست که او مرتکب جرائم امنیتی علیه ایران و یا ترک خدمت نظام وظیفه عمومی ایران گردد.

حکم دوم - که در ماده ۹۸۱ سابق ذکر شده بود - نه بمعنی واقعی سلب تابعیت ایرانی ۱۷۸ بلکه بیشتر بصورت کشف تقلبی بودن کسب تابعیت ایران متجلی میگردد. چون در ماده مذکور قید شده بود که شخصی که به تابعیت ایرانی پذیرفته میشود چنانچه بعداً معلوم شود فراری از خدمت نظام وظیفه بوده و یا محکوم به جتعه مهم یا جنایت عمومی میباشد هیأت وزراء دستور خروج او را از تابعیت ایران صادر خواهد کرد. نظر به اینکه ماده ۹۷۹ ق.م. شرایط درخواست کسب تابعیت ایرانی را، علاوه برداشتن هجده سال تمام و سکونت پنجسال در ایران، احراز دو شرط دیگر بشرح زیر میداند:

۳- فراری از خدمت نظامی نباشند. - در هیچ مملکتی به جنحه مهم یا جنایت غیرسیاسی محکوم نشده باشند .

لهذا چنانچه فردی موفق شود با اعلام کذب و یا با ارائه مدارک مجعول دال بر معافیت از خدمت نظام و یا عدم سوء پیشینه کفیری ، تابعیت ایرانی را بدست آورد و بعداً در مدت پنج سال یا در مهلت مرور زمان جرائم « معلوم شود شخصی که به تبعیت ایران قبول شده فراری از خدمت نظام بوده » و یا « محکوم به جنحه مهم یا جنایت عمومی است » طبیعی است که تابعیت وی را دولت ایران نیز سلب خواهد نمود. زیرا اعطای تابعیت با توسل بوسائل متقلبانه انجام شده و آن شخص واجد شرایط مربوط در قانون نبوده است.^{۱۷۹} لهذا علیرغم حذف ماده ۹۸۱ ق.م. بنظر میرسد چنانچه شرایط مندرج در این ماده محقق گردد متامات ایرانی باید تابعیت ایرانی را که به یک بیگانه اعطاء کرده اند مسترد دارند و سند تابعیت صادره را ابطال نمایند .

اما در مورد حکم اصلی مندرج در تبصره سابق ماده ۹۸۱ که مربوط به باز پس گیری تابعیت ایرانی میباشد نه تنها این تبصره ممکن است با اصل ۴۲ قانون اساسی قابل جمع باشد (چنانکه فوقاً بیان شد) بلکه حکم مندرج در آن تبصره غیر عادلانه و غیرمعمول نمیشد و مخالفتی با حقوق بین الملل ندارد . غیرعادلانه نمیشد زیرا کشوری که تابعیت خود را به یک بیگانه اعطاء میکند چنانچه آن شخص برخلاف بیعت انجام شده نقض عهد کند و مبادرت به خیانت و بیوفائی نسبت به آن کشور نماید توقعی جز بازپس گرفتن اعتمادی که به وی سپذول شده است و تابعیتی که به وی اعطاء شده است نباید داشته باشد .^{۱۸۰} غیرمعمول نمیشد زیرا در اکثر کشورها سلب تابعیت با شرایطی مشابه پذیرفته شده است . در فرانسه طبق ماده ۹۸ که تابعیت مصوب ۱۹۷۳ کسانیکه به تابعیت فرانسوی پذیرفته شده اند در چهارمورد تابعیت آنها مسترد^{۱۸۱} میشود . در بعضی دیگر از کشورها بعلمت اینکه ترک خاک مملکت در زمان جنگ قابل مجازات میباشد به دولت حق میدهد تابعیت فراریان را سلب نماید^{۱۸۲} و قس علیهذا .^{۱۸۳} بالاخره تبصره سابق ماده ۹۸۱ مخالف حقوق بین الملل نمی باشد زیرا اعلامیه جهانی حقوق بشر (ماده ۱۵) اعلام میکند : « هیچ کس را نمیتوان خودسرانه از .

تابعیت خود معروم نمود . » اصولاً در مورد اجرای تبصره سابق ماده ۹۸۱ ق.م. ضروری میباشد که مقدماً تحقق شرایط مندرج در آن تبصره به ثبوت برسد تا سلب تابعیت ممکن باشد ، و در صورتیکه وزارت امور خارجه و یا وزارت کشور گزارش غیرموجه بدخند هیأت وزیران و یا دیوان عدالت اداری در صورت نکایت شاکی ، سند خروج از تابعیت را بلا اعتبار اعلام مینماید .^{۱۸۴}

۲۵- اصلاح تبصره ماده ۹۸۷ ق.م. : تحصیل تابعیت خارجی برای زنهای ایرانی و حدود مالکیت اموال غیر منقول .

تبصره ۲ ماده ۹۸۷ ق.م. به نحو ذیل اصلاح شده است : « زنهای ایرانی که بر اثر ازدواج تابعیت خارجی را تحصیل میکنند حق داشتن اموال غیر منقول را در صورتیکه موجب سلطه اقتصادی خارجی گردند ندارند . » در متن قبلی تبصره ۲ قیدی که برای حق مالکیت زنهای ایرانی که بر اثر ازدواج تابعیت خارجی بدست میآورند وجود داشت این بود که آنها « حق داشتن اموال غیر منقول جز آنچه که در موقع ازدواج دارا بوده ندارند این حق هم به وراثت خارجی آنها منتقل نمیشود . مندرجات ماده ۹۸۸ در قسمت خروج از ایران مشمول زنان مزبور نخواهد بود . »

اصلاح قانون مدنی این قید را جانشین آن نمود : در صورتیکه مالکیت اموال غیر منقول موجب سلطه اقتصادی خارجی گردد زنهای ایرانی که تابعیت خارجی را تحصیل میکنند این چنین حقی را از دست خواهند داد . این قید ظاهراً از بند ۸ اصل ۴۳ قانون اساسی اقتباس شده است که از جمله ضوابط زیربنائی اقتصاد کشور را « جلوگیری از سلطه اقتصادی بیگانه بر اقتصاد کشور » اعلام نموده است . دو نکته در مورد این اصلاح لازم است گفته شود : نخست آنکه در دنیای امروز به لحاظ توسعه و گسترش مالکیتهای بزرگ صنعتی و نیز مؤسسات بزرگ مالی ، مالکیت اموال غیر منقول در مقایسه با آنها نمیتواند چندان اثرات مهم اقتصادی ، اجتماعی ، سیاسی داشته باشد . مالکیتهایی که موجب سلطه اقتصادی بیگانه بر کشور میگردند ، در اختیار داشتن قدرتهای بزرگ صنعتی ، تولیدی و مالی کشور است که بهسورت سهام (یعنی اموال منقول ، ماده ۲ ق.م.)^{۱۸۵} در تملک افراد مختلف

صالح برای نصب قیم اعلام شده است (در ماده ۱۲۲۵ ق.م. کماکان محکمه شرع نوشته شده که باید اصلاح شود) . بعلاوه در ماده جدید ۱۲۲۳ ق.م. نیز رسیدگی به تقاضای دادستان و صدور حکم حجر مجنون یا سفیه در صلاحیت دادگاه مدنی خاص شناخته شده است ۱۸۸ که این صلاحیت قبلاً در لایحه قانونی فوق‌الذکر پیش‌بینی نشده بود ۱۸۹ .

لازم به یادآوری است که در گذشته قانون مدنی (۱۳۱۴) در ماده ۱۲۲۳ بین صدور حکم حجر و حکم تعیین قیم فرق قائل شده بود : در مورد اول صلاحیت محکمه ابتدائی (بدایت) را پذیرفته بود و برای تعیین قیم ، محکمه شرع را صالح دانسته بود . اما در ماده جدید ۱۲۲۳ ق.م. مقرر شده است که برای اثبات جنون و سفاهت یک فرد ، دادستان باید دلائل مربوطه را به دادگاه مدنی خاص ارسال نماید و پس از صدور حکم حجر ، تقاضای تعیین قیم از همان دادگاه بعمل خواهد آورد (هرچند در انتهای ماده جدید ۱۲۲۳ بنحو نارسائی گفته شده است : « . . . در دادگاه مدنی خاص اقامه دعوی نماید و پس از صدور حکم عدم رشد برای نصب قیم به دادگاه رجوع نماید » این تکرار کلمه « دادگاه » بعلت اقتباس از جمله بندی سابق ماده ۱۲۲۳ میباشد که در دعوی اولی « محکمه بدایت » صالح و در دومی « محکمه شرع » ذکر شده بوده است) .

۲۸- تبدیل اصطلاحات قضائی

در ماده ۹۹۱ ق.م. بجای « نظامنامه » که در قانون اساسی سابق (اصل ۸۹) بکار رفته شده بود ، « آئیننامه » جایگزین آن شده است ۱۹۰ (اصل ۱۲۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) ولی « هیئت وزراء » در همان ماده متأسفانه بدون تغییر باقی مانده است ۱۹۱ .

من جمله زندهای ایرانی که بر اثر ازدواج تابعیت خارجی تحصیل نموده‌اند قرار میگیرند و در آنصورت قانون جدید نمیتواند محدودیتی برای چنین افرادی ایجاد نماید چون دارائی آنها در ایران اموال غیرمنقول نمیشد . نکته دوم اینست که در تبصره اصلاحی معلوم نیست چه مقام اداری یا قضائی صالح برای تشخیص سلطه اقتصادی خارجی بعلت مالکیت اموال غیرمنقول میباشد .

۲۶- اصلاح مواد ۲۶ ، ۹۸۰ ، ۹۸۲ : بعلت تغییر

رژیم سلطنتی

حذف کلمه « سلطنتی » در ماده ۲۶ ق.م. پس از عبارت « ابنیه » و نیز در مواد ۹۸۰ و ۹۹۱ جایگزینی عبارت « تابعیت دولت جمهوری اسلامی » بجای « تابعیت دولت شاهنشاهی » (دیوار) و نیز در ماده ۹۸۲ افزوده شدن عبارت « حق رسیدن به مقام ریاست جمهوری » و نیز تبدیل « عضویت مجالس مقتنه (مجلس مؤسسان و مجلس شوراها ی ملی و مجلس سنا) » به « عضویت در مجلس شورای اسلامی » و بالاخره جایگزینی « عضویت شوراها ی استان و شهرستان و شهر » بجای « عضویت انجمنهای ایالتی و ولایتی و بلدی » ۱۸۶ نتیجه تغییر رژیم سلطنتی و استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران میباشد .

۲۷- اصلاح مواد ۱۲۲۲ ، ۱۲۲۳ ، ۱۲۲۷

۱۲۲۸ و ۱۲۴۳ : صلاحیت دادگاه مدنی خاص .

طبق لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۵۸/۷/۸ (مجموعه قوانین ۱۳۵۸ ص ۳۷۲) یکی از موارد صلاحیت این دادگاهها « نصب قیم و ناظر و ضم امین و عزل آنها » میباشد (ماده ۳ بند ۴) . بدین لحاظ در اصلاح قانون مدنی در مواد فوق‌الذکر بجای ذکر محاکم شرع ۱۸۷ دادگاه مدنی خاص

فصل سوم

اصلاح لغوی و عبارتی بعضی از مواد قانون مدنی

۲۹- در قانون جدید مجموعاً ۴ ماده از مواد قانون مدنی صرفاً مورد اصلاحات لغوی و عبارتی واقع شده است : از این قبیل است اصلاح ماده ۳۴۷ که بجای « ولو خود بایع » جمله « ولو طرف معامله » جایگزین

آن شده تا شامل بایع و مشتری هر دو گردد ۱۹۲ . در ماده ۶۵۵ بجای شمشیر بازی ، « شمشیرزنی » بکار برده شده است همچنین در ماده ۷۴۷ کلمه (خود) افزوده شده است : « هرگاه کفیل مکفول خود را . . .

« حقوق شانسری » در ماده ۹۹۱ که به « مخارج دفتری »
مبدل شده و یا « پارکه » در ماده ۱۲۲۲ که به
« دادسرا » تغییر پیدا کرده است .

۳۱ - نتیجه گیری کلی .

قانون اصلاح مواد از قانون مدنی مصوب
۶۱/۱۰/۸ کمیسیون امور قضائی ، هر چند به عنوان
قانون آزمایشی به مدت پنج سال به اجراء گذارده شده
ولی از قوانین مهمی است که در نظام قضائی جدید
هدفش پیاده نمودن کامل موازین فقه اسلامی در
زمینه حقوق خصوصی میباشد . در عین حال با
تصویب اخیر لایحه « حدود و شیوه فعالیت بخش
خصوصی » پاره‌ای از مواد قانون مدنی نسخ و یا اصلاح
خواهد شد .^{۱۹۰}

اصلاح قانون مدنی در مقایسه با فرصت و نیروی
کمی که در اختیار بوده است شدید مفید بوده ، ولی
این اصلاح نه جامع است و نه کامل و بی‌نقصه .
جامع نیست زیرا چه بسا مواردی که هنوز هم قانون مدنی
معارض با آراء فقهای امامیه است . از آن جمله است
ماده ۴۴۴ ق.م. که در مساقات عامل را از زمان
تقسیم ثمر، مالک سهم خود میداند^{۱۹۱} و حال آنکه
فقهای امامیه این نظر را رد کرده‌اند^{۱۹۲} . و همچنین
در فقه امامیه عامل میتواند بدون رعایت مالک درختان،
مساقات را به دیگری واگذار نماید^{۱۹۳} در حالیکه ماده
۴۴۵ ق.م. آنرا منع نموده است^{۱۹۴} . در کتب فقهای
شیعه ، صرع از موارد مشترک فسخ نکاح تلقی شده^{۱۹۵}
ولی قانون مدنی آنرا ذکر نکرده است . در کتب فقهی
در باب نکاح از خیار تدلیس بحث بعمل می‌آورند^{۱۹۶} ،
در صورتیکه قانون مدنی به سکوت برگزار نموده است^{۱۹۷}
اصلاح قانون مدنی کامل نیست زیرا علاوه بر بی‌توجهی
نسبت به تحولات زمان ، ناهماهنگی در آن بچشم
می‌خورد : ماده ۲۱۸ حذف تنده ولی ماده ۶۵
ابقاء گردیده (قبلا شماره ۱۴ بحث شد) ، همچنین در
مورد حذف ماده ۹۸۱ (شماره ۲۴) و . . . امید
که مطالعات عمیقتری برای تدوین و اصلاح قوانین
بعمل آید .

**

*

حاضر کند » در حالیکه در متن سابق « مکفول
را » ذکر شده بوده است . این عبارت اخیر هم واضح و
بدون شبهه بود و هم در کتب فقهی مشابه آن وجود
داشت^{۱۹۸} از طرف دیگر در همان ماده ۷۴۷ در متن
سابق گفته شده بود : « مکفول له از تسلیم او امتناع
نماید . . . » که در متن جدید اصلاح شده به این
ترتیب : « . . . و مکفول له از قبول او امتناع نماید . »
که این تصحیح بجا و مناسب میباشد چون تسلیم عملی
است که از کفیل سر میزند و قبول و یا تسلیم از
مکفول له ناشی میشود^{۱۹۹} .

همچنین در ماده ۹۹۱ ق.م. بجای « حقوق
شانسری » عبارت « مخارج دفتری » جایگزین شده
و نیز بجای « تقاضای ورود و خروج از تابعیت » ،
عبارت « تقاضای تابعیت یا ترک تابعیت » جانشین آن
شده است . در ماده ۱۱۲۲ بند ۲ درباره عیوب مرد
که قبلا بغلط صفت بکار رفته و کلمه « خصی » ذکر
شده بود بجای آن مصدر کلمه یعنی « خصاء » که
صحیح میباشد آورده شده است .

۳ - تبدیل کلمات عربی و فرانسه به فارسی

قانون جدید نیز قانون مدنی را از جهت جایگزینی
کلمات فارسی که در فرهنگستان سابق ایران از خرداد
۱۳۱۴ تا اسفند ۱۳۱۹ بجای واژه‌های عربی انتخاب و
بتدریج در زبان اداری و دادگستری ایران رایج و
متداول گردیده است ، اصلاح نمود .

کلمه « مدعی العموم » در مواد ۱۲۲۲ و ۱۲۲۵ و
۱۲۳۶ و ۱۲۵۴ به دادستان تبدیل گردیده است
(مع ذلک این نوع اصلاح در مواد ۱۲۲۴ و ۱۲۳۷ و
دوبار ، ۲۴۱ دوبار ، ۱۲۴۲ دوبار ، فراموش شده است)
و نیز اصطلاح « مدعی العموم بدایت » در مواد
۱۲۱۹ ، ۱۲۳۶ و ۱۲۵۱ به « دادستان » مبدل شده
است . « وزارت عدلیه » در ماده ۱۲۲۸ به وزارت
دادگستری تغییر یافته است (در ماده ۱۲۲۴ این
اصلاح فراموش شده) .

بالاخره در پاره‌ای موارد اصطلاحاتی بزبانهای
اروپائی (فرانسه) در قانون مدنی بکار برده شده بود
که به واژه‌های فارسی مبدل گردیده است از قبیل

حواشی

۱ - اصل و قانون اساسی مقرر میدارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس سوازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.» و اصل ۷۲ اعلام میدارد: «مجلس شورای ملی نمیتواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در دراصل ۹۶ آمده بر عهده شورای نگهبان است.»

۲ - طی نامه شماره ۶۷۸۲ - ۱۳۶۱۰۹۲۹ - شورای نگهبان به شورای عالی قضائی اعلام نموده که بنظر اکثریت فقهای شورادروردی که قانونی بموجب فتاویٰ مندرج در تحریرالوسیله امام خمینی مغایر با شرع است عمل به آن قانون جایز نیست.

۳ - در مصاحبه آقای رئیس دیوانعالی کشور (کیهان مورخ ۱۰/۱۳۱۰) اعلام شده بود که مجموعه تلویح تنظیمی حاوی ۲۴۸۲ ماده در هفت بخش بشرح زیر به هیئت دولت و سپس به مجلس تقدیم شده است: ۱ - لایحه آئین دادرسی مدنی

۲ - لایحه آئین دادرسی کیفری، ۳ - لایحه قانون مجازات اسلامی، ۴ - اصلاحیه ۵: ماده از قانون مدنی، ۵ - لایحه قانون ثبت، ۶ - لایحه قانون سردفتران، ۷ - لایحه اصلاح قانون تجارت. ۴ - لازم به یادآوری است که کمیسیون اسرار قضائی بدوا

سواد قانون مدنی را در ۵ مورد اصلاح نموده بود که این قانون بشماره ۳۵۹۶/ق مورخ ۱۹/۱۱/۶۱ مجلس شورای اسلامی به دولت ابلاغ گردیده بود (متن آنرا که در مجموعه قوانین و مصوبات - نشریه نخست وزیری، اداره کل تنقیح و تدوین قوانین، فروردین ۱۳۶۲، صفحه ۱۶۶ ببیند عکسبرداری و منتشر شده است ملاحظه فرمائید). ولی متعاقباً متن دیگری تهیه شد که تغییراتی در آن وارد گردیده (خصوصاً در مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ که بعداً مطالعه خواهیم کرد) و بشماره ۳۷۳۲/ق در تاریخ ۲۳/۱۱/۶۱ به نخست وزیری ارسال گردید. (همان مجموعه صفحات ۱۷۱ ببیند). این متن بعداً در روزنامه رسمی شماره ۱۱۰۸۴ در تاریخ ۲۱/۱۱/۶۱ چاپ و منتشر گردیده و بصورت لازم الاجراء درآمده است.

۵ - طبق ماده ۸۱ سابق «در اوقاف عامه اگر واقف متولی معین نکرده باشد اداره کردن امور موقوفه بر طبق ماده ۶ قانون ۲۸ شعبان ۱۳۲۸ خواهد بود ولی در اوقاف خاصه اگر متولی مخصوص نباشد تصدی با خود موقوف علیهم است.» لازم به یادآوری است که سابقاً قانون مزبور نسخ و قانون اوقاف مصوب ۳ دیماه ۱۳۱۳ جایگزین آن گردیده بوده است. بموجب ماده ۱ قانون اخیر اداره موقوفاتی که متولی ندارد با مجهول التولیه است با وزارت معارف و اوقاف است (رکک - دکتراساسی: حقوق مدنی - جلد اول ص ۸۴).

۹۳ / بررسی قانون...

۶ - در فقه اساسیه اداره امور جاری و اصلاحات موقوفه ای که فاقد متولی باشد بعهده موقوف علیهم میباشد (تحریرالوسیله ج ۲ صفحه ۸۴ آخر مساله ۸۷) ولی اسرار اساسی که مربوط به بقای موقوفه باشد بعهده حاکم خواهد بود.

۷ - تحریرالوسیله امام خمینی چاپ نجف اشرف - جلد دوم صفحه ۸۴ مساله ۸۷

۸ - میرزای قمی در جامع الشتات (ص ۲۰۰ طبع اول ۱۲۷۲ هـ) اخذ مالیات را در حکومت جور بعهده قائم مقام امام و در حکومت اسلامی بعهده امام یا قائم مقام او میداند.

۹ - برای تعریف «حاکم عرف» در اصطلاح فقها به دائرة المعارف قضائی - اسلامی تألیف آقای دکتر جعفری لنگرودی ج ۱ ص ۵۲۸ به بعد مراجعه شود.

۱۰ - قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مندرج در روزنامه رسمی مورخ ۲۳/۱۰/۶۳

۱۱ - آئین نامه قانون ابطال اسناد فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۶۳۰۹۷ هیئت وزیران، مندرج در روزنامه رسمی مورخ ۳/۱۰/۶۳

۱۲ - نامه امام امت مورخ ۲۵/۱۰/۶۳ برای اجازه به نماینده شان در سازمان اوقاف نسبت به «تصدی اسوری که مربوط به ولی فقیه است» (کیهان ۲۶/۳/۶۳) نظریه دوم را تأیید میکند.

۱۳ - در توضیح المسائل (مساله ۱۸۹۶) بیست مثال شرعی معادل پانزده مثال معمولی تعیین شده است.

۱۴ - تحریرالوسیله جلد ۲ صفحه ۲۲۵ مساله ۷: الدرهم و هوالفضة المسکوکة البرانجة فی المعاملة و هو ان اختلاف عیاره بحسب الازمنة والامکنه الا ان المراد هنا ما کان علی وزن اثنی عشره حمصه و نصف حمصه و عشرها، و بعبارة اخرى نصف مثقال و ربع عشر المثقال بالمثقال الصیرفی الذی یساوی اربع و عشرین حمصه معتدلة، فالدرهم یقارب نصف ریال عجمی و کذا ربع رویة انگلیزیه»

۱۵ - طبق ماده ۳ قانون دیات مصوب ۲۴/۱۱/۶۱: «دیه قتل مرد مسلمان یکی از اسور ششگانه ذیل است: ۶ - ده هزار درهم مسکوک سالم و غیر مغشوش که هر درهم به وزن ۱۲۰۶ نخود نقره میباشد.»

۱۶ - بموجب ماده ۲۱۴ قانون حدود و قصاص مصوب ۲۳/۱۱/۶۱: «حد سرقت در صورتی موجب حد میشود که مال مسروقه دارای خصوصیات زیر باشد: ۲۰۰۰۰ - حداقل ۵۰ نخود طلای مسکوک باشد که بصورت پول بان معامله میشود یا ارزش آن به این مقدار برسد.»

۱۷ - صاحب جواهر الکلام (کتاب اللقطه - الثالث فی الاحکام - الاولى) تصریح میکنند که «یجب التعریف سنة....» و المدار علی صدق ذلك عرفاً كما غیره مع ائمه علیهم السلام و بعد از نقل اقوال مختلف در چگونگی اعلان درمات یکسال نتیجه سی گیرد «اولی

من ذالك ايكال الاسرالى العرف و لعله لذاترك المصنف التعرض لذلك كله».

۱۸- تحریر الوسیله ج ۲ صفحه ۲۷۲ ساله ۱۸: «یتحقق التعریف سنة» بان یكون فی مدة سنة متوالیه او غیر متوالیه مشغولاً بالتعریف ، بحيث لم یعد فی العرف متسامحاً متساهلاً فی الفحص عن مالکة ، بل عدوه فاحصاً عنه فی هذا المدة ، ولا یتقدر ذلك بمقدار معین ، بل هو امر عرفی ، وقد نسب الی المشهور تحدیده بان یعرف فی الاسبوع الاول فی کل يوم مرة ثم فی بقية الشهر فی کل اسبوع مرة ، و بعد ذلك فی کل شهر مرة والظاهر ان المراد بیان اقل ما یصدق علیه تعریف سنة عرفاً « و اشکال وارد نموده اند بر اینکه یکبار آگهی در ماه دوم تادوا زدهم کافی نیست و از این لحاظ حد اقلی که لازم دانسته شده عبارت است از هر هفته یکبار آگهی در تمام یکسال ، بجز هفته اول که همه روزه اعلان ضروریست (یعنی مجموعاً ۷ دفعه آگهی).

۱۹- ممکن است مقصود از «سقرات شرعی» در ماده ۱۶۴ این باشد که اگر تعریف به نیابت انجام میشود نایب باید واجد عدالت باشد (الروضة البهیة فی الشرح للمعة الدمشقیة ج ۷ صفحه ۹۷). ولی این امر اختصاص به باب لقطه ندارد .

۲۰- تحریر المجله تألیف مرحوم حاج شیخ محمد حسین کاشف الغطاء ج ۱ ص ۹۸ ط نجف الشرف .

۲۱- نظریة العقد فی الفقه الجعفری : هاشم معروف الحسینی- بیروت ص ۳۸۳

۲۲- الروضة البهیة: شهید ثانی ج ۳ ص ۴۶۴- تحریر الوسیله ج ۱ آخر صفحه ۵۲۲ : «ویشترط فیہ ان یكون التفاوت بما لا یتسامح فیہ فی مثل هذه المعاملة و تشخیص ذلك موکول الی العرف و تختلف المعاملات فی ذلك... ولا ضابط لذلك بل هو موکول الی العرف .

۲۳- تحریر المجله ج ۱ ص ۹۹

۲۴- طبق ماده ۸۸۰ ق . م . «قتل از موانع ارث است . بنا براین کسی که مورث خود را عمداً بکشد از ارث او ممنوع میشود»

۲۵- شارحین قانون مدنی هم معتقدند که عمدی بودن قتل از شرایط مانع شدن از ارث است (عدل : حقوق مدنی ش ۹۰۱ ص ۵۵۶ : از مجموع دوساده فوق معلوم میشود که - اولاً برای اینکه قتل بتواند مانع ارث گردد باید عمدی باشد» و نیز امامی : حقوق مدنی ج ۳ ص ۱۷۶ بعد)

۲۶- تحریر الوسیله ج ۲ ص ۳۶۷ ساله ۱ : «لا یرث القاتل من المقتول لو كان القتل عمداً وظلماً ...» - جامع الشتات میرزای نفی ص ۶۱۷ : «واینکه گفته است که از باب قتل به حق است که مانع ارث نیست ضعیف است به جهت اینکه این سخن در قتل عمد است نه مطلق قتل . و پیش گفتیم که مساله عدم منع از میراث از قتل بحق اجماعی است . و در خصوص شبهه عمد

خلاف کرده اند ، چنانکه دانستی . پس معلوم شد که این قسم قتل داخل عنوان این مساله نیست .

۲۷- قتل خطائی و قتل خطاء شبهه عمد در قوانین موضوعه تعریف شده است (رکک . قانون دیات، ماده ۲ بند الف و ب . مصوب ۶۱/۹/۲۴) .

۲۸- تحریر الوسیله : ج ۲ ص ۳۶۷ : «ویرث منه ان قتله بحق كما اذا كان قصاصاً او حدا او دفاعاً عن نفسه از عرضه او مالکة و کذا اذا كان خطاءً...» کما اذا رسی الی طائر فا خطاء واصاب قریبه فانه یرثه و اما شبهه العمد نفی کونه کالعمد المحض مانعاً عن الارث او کالخطاء المحض قولان ، اتواهما ثانیها . ولی د . جامع الشتات ص ۶۱۶ قول دیگر را ترجیح داده است :

«و اما هرگاه قتل شبهه عمد باشد مثل اینکه کسی فرزند خود را بزند از برای تأدیب به مقدار متعارف و او از آن ضرب بمیرد پس در آن دو قول است : این جنید و علامه در قواعد آنرا ملحق به عمد کردند و سلا و علامه در تحریر به خطاء

واظهر قول اول است . بجهت عموماتی که دلالت دارد بر منع قاتل و حکمت در منع از میراث . هر چند در اینجا نیست . ولیکن حکمت نباید سطرده باشد چنانکه در غسل جمعه که حکمت یعنی باعث بر شروع شدن آن دفع بوی ناخوش اعراب بادیه بود ولیکن خطاب به عنوان عموم وارد شد به غسل جمعه و به آن عموم عمل میکنند هر چند بوی ناخوشی نباشد . همچنین در اینجا عموم مانع بودن قاتل شامل است و خطا هم براو صادق نیست که از آن راه تخصیص نیاید فضل بن شاذان و ابن ابی عقیل گفته اند که هرگاه پدر پسر خود را از برای تأدیب بزند بدون اسراف و تعدی و بمیرد ، میراث از او میرسد چون به حقی واقع شده و بمنزله قتل امام است بجهت حد ، و امام را قاتل نمیگویند و باز گفته اند که صبی و سجنون هرگاه بکشند آنها میراث میبرند و دیه بر عاقله ایشان است . و صدوق و کلینی این سخنان را از فضل نقل کرده اند و سائت شده اند .

۲۹- دکتر جعفری لنگرودی : ارث ج ۱ ص ۸۴ ش ۱۰۶ «در قانون مدنی ایران قتل خطائی و شبهه عمد ، مشمول عنوان غیر عمد در ماده ۸۸۱ [سابق] ق . م . بود . و مانع ارث نخواهد بود»

۳۰- ماده ۴۱ . ۱ . ق . م . بنظر پاره ای از نویسندگان قبلاً بوسیله ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ نسخ گردیده بود . در قانون اخیر الذکر سن ازدواج برای دختر ۱۸ سال تمام و برای پسر ۲۰ سال تمام پیش بینی شده بود ولی معافیت از شرط سن برای دختران آنهم بشرطی که کمتر از ۱۵ سال نباشد در مواردیکه مصالحی اقتضاء کند اجازه داده شده بود (دکتر جعفری لنگرودی : حقوق خانواده ، ص ۱۷ بعد ش ۲۰ بعد - دکتر صفائی : مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی ، ۱۳۵۵ ص ۵۵ بعد)

۳۱- در این زمینه گفته شده است که کسی که مفهوم ازدواج و حقوق و تکالیف ناشی از آن را درک نمیکند ، نمی تواند اراده درست و کامل حقوقی داشته باشد . بنابراین بجهت آنکه از نکاح دختران و پسران خردسال که رشد جسمی و

روحي كافي براي زناشوي ندارند جلوكيري شود جز در سوارديكه مصالح جسمي ، رواني ياسالي يا شرافتي انتضاء چنين ازدواج زود رس را بدهد .

۳۲ - تحرير الوسيله ج ۲ ص ۲۵۵ مساله ۴ : يشرط في صحة تزويج الابو العبد و نفوذه عدم المنسدة و الا يكون العقد فضولياً كالا جنبى يتوقف صحته على اجازة الصغير بعد البلوغ بل الاحوط مراعاة المصلحة .

۳۳ - تحرير الوسيله ج ۲ ص ۲۵۴ مساله ۲ : ليس للاب والجد للاب ولاية على البالغ الرشيد ، ولا على البالغة الرشيدة اذا كانت ثيبه ، واما اذا كانت بكرآ ففيه اقوال : استقلالها و عدم الولاية لهما عليها لاستقلالها ولا منضمماً ، واستقلالها و عدم الولاية لهما كذلك ، والتشريك بمعنى اعتبار اذن الولي و اذنها معاً ، والتفصيل بين الدوام والانتطاع اما باستقلالها في الاول دون الثاني او العكس . والاحوط الاستئذان منهما ، نعم لا اشكال في سقوط اعتبار اذنها ان منعها من التزويج بمن هو كفولها شرعاً و عرفاً مع ميلها ، وكذا اذا كان غائبين بحيث لا يمكن الاستئذان منهما مع حاجتها الى التزويج .

۳۴ - دكتور اساسي ج ۴ ص ۲۸۶ - دكتور جعفري لنگرودي : حقوق خانواده، ص ۲۷ ، ث ۳۴ .

۳۵ - دكتور ناصر كاتوزيان : حقوق مدني ، خانواده ص ۷۰ ش ۴۵
۳۶ - رای هیئت عمومی سوره ۱۳۶۳۱۲۹ (سندرج در روزنامه رسمي ۱۳۳۲۴) قبل در اين مورد شعبه اول دادگاه مدني خاص تهران (دادنامه ۹۴۶-۶۱۳۶۲۷) در دادخواستي بخواسته فسخ و ابطال عقد نكاح دوم كه بدون اجازة رلي دختر واقع شده، نظر داده بوده است كه :

«طلاق زوجين با بدن سهواً و بفاصله كمي رجوع واقع و اين خود نشانه صوري بودن طلاق مي باشد و از طريقي طلاق واقع از نظر شرعي صحيح نيست زيرا طلاق فقط بشرحي كه گذشت صوري داده شده است يعنى در واقع ثبت طلاق بوده و چون مريم و جاويد قصد طلاق و اجراء صينه مسلماناً نداشتند بنا بر اين شرعاً طلاقى واقع نشده است تا ازدواج بعدى مريم و جاويد سورد بررسى قرار گيرد و در حقيقت ازدواج دومي وجود نداشته بلكه در معنا همان ازدواج اوليه بوده كه حكم ابطال آن داده شده است اگر اذن پدر در ازدواج دختر مؤثر نبوده پس منظور از فتاوى آيات عظام و قانون شرع و عرف برچه اساس بوده و اگر روى اساس شرع و عرف عقدى باطل شود و بصرف يك طلاق صوري و عقد بعدى بر همان مبناي طلاق صوري و بدون اذن پدر واقع گردد پس حكم اوليه ابطال عقد چه ضمانت اجرائي دارد ؟»

در مقابل بنظر شعبه نهم دادگاه مدني خاص : «ازدواج آقاي عباس يا خانم سهنداز كه پس از ابطال عقد مجدداً صورت گرفته از نظر اين دادگاه بلااشكال است اگرچه شرط بوده ولي در مورد عقد دختر با كره است و سورد پرونده در اين ازدواج بيهوده و بلااشكال است اگرچه پدر ناراضى است .
دادستان محترم كل كشور در تائيد نظر اخير در هيئت عمومي

اظهار نظر کرده بودند كه : « مضافاً بر اينكه مسئله ولايت پدر در ازدواج با كره سورد اختلاف بين فقهاست تا جائي كه در عروة الوثقى (مساله ۱ از فصل اولياء عقد) پنج قول نقل مينمايد و امام است هم در تحرير الوسيله (مسئله ۲ همان فصل) چهار قول نقل ميكند و باز با احتياط در مسئله ميگذرد . و با اين وضع چگونه ميتوان حكم به بطلان نكاح دوم داد تا جائي كه دختر بتواند بغير ازدواج نمايد با بودن (شوهر قبلى ؟) و مراجعه به مسئله ۲ از فصل اولياء عقد عروه ، قضيه روشن و آشكار ميگردد چون امام و غير واحدی از محشين عروه ، الحاق را بعيد دانسته و امام در ذيل جمله سيد (ولا يبعد الاحاق) ميفرمايد (بل لا يبعد عدسه لان لا يترك الاحتياط فيه و فيه تانيه) و جمله بعيد فتوى است و احتياط مستحب . از همه گذشته دليل سيد تبا در غير سزوجه است از با كره كه ضعف آن آشكار است و مورد حكم وحدت رويه از زنا يا شبهه خارج نمي باشد»

۳۷ - در لايحه اصلاحيه قانون مدني مصوب ۶۱۳۳۹۹ هيئت وزيران پيش بيني شده بود كه ماده سابق ۱۱۳۰ تحت عنوان حكم ثانوي و با تائيد مجلس براي مدتي كه ضروري تشخيص ميدهد باقي خواهد ماند .

۳۸ - منظور از «حاكم» در ماده سابق ۱۱۳۰ ق م مانند بسياري از مواد قانون مدني ، «دادگاه صالح» و در بعضي موارد «سازمان دولتي صالح» بوده است (دكتور كاتوزيان : دوره مقدساتي حقوق مدني ج ۱ ص ۱۵۶-۱۵۸) . در ماده ۱۱۳۰ اصلاحى مقصود از حاكم شرع و يا محكمه قاعده ، دادگاه مدني خاص مي باشد (بند ۱ ماده ۳ لايحه قانوني دادگاه مدني خاص) و چنانچه در اقاى ستگاه خواننده دادگاه سزبور تشكيل نشده باشد ، دادگاه عمومي دادگستري همان محل صالح براي رسيدگي است (پاسخ شوراي عالي قضائي سوره ۶۲۷۷۱۶ سندرج در «پاسخ و سؤالات از كميسيون استفتانات و مشاورين حقوقى شوراي عالي قضائي» ج ۱ ص ۳-۱۳۶۲ ناشر دادگستري) .

۳۹ - قانون حمايت خانواده مصوب ۱۳۵۳ در سورد ذيل حكم ماده ۱۱۳۰ سابق ق م . را نيز تغيير داده بود : الف - عدم انجام حقوق و اجبه زن (بند ۲ ماده ۸) ب - سوه رفتار بنحويكه غير قابل تحمل باشد (بند ۴ ماده ۸) ، ج - ابتلاء به امراض صعب العلاج براي هريك از زوجين (ر ك . دكتور جعفري لنگرودي : حقوق خانواده ص ۲۲۷ ش ۲۶۱)

۴۰ - شوراي عالي قضائي در تاريخ ۶۲/۸/۱۹ نظر داده است : «اعتقاد شوهر بتنهائي مجوز طلاق زن بدون رضايت زوج نيست و عسر و حرج زوجه و اجبار زوج به طلاق در ماده ۱۱۳۰ ق م . اصلاحى ديماه ۱۳۶۱ پيش بيني شده است» (پاسخ و سؤالات ج ۱ ص ۴)

۴۱ - جامع الشتات ص ۴۸۵ : «شكي نيست در اينكه چنانكه زوج را حقوق چند بر زوجه هست كه در تخلف از آنها زوجه ناسزه است ، همچنين زوجه را بر زوج حقوق چند هست كه در تخلف آن زوج ناسزه ميشود . حقوق زوجه بر زوج اينست كه نفقه و

طرح‌حلی قدیم این نظر را مورد اتفاق کلیه فقها و مستند به کتاب و سنت دانسته است .

۵۰ - تحریر الوسیله ج ۲ صفحه ۱۲ مساله ۱ : «الصغیر و هو الذی لم یبلغ حد البلوغ محجور علیه شرعاً» معذک در مساله ۴ به لزوم رشد اشاره شده است ، ولی گفته شده است که بلوغ باید همراه رشد وعدم سفاهت باشد . اما مؤلف جامع الشتات (کتاب الحجر ص ۱۹۹) در پاسخ به این سؤال که هرگاه بلوغ صبی ثابت شود و رشدی ثابت نباشد تصرفاتش چگونه است؟ گفته است: «در صورتی که عدم رشدش ثابت باشد تصرفاتش باطل است و ظاهر اینست که در صورت تشکیک در حصول رشد و عدم رشد هم در حکم غیر رشید است»

۵۱ - ملاحظه شود الفقه علی المذاهب الخمسه ص ۲۹ بعد .

۵۲ - قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ ماده ۷۷

۵۳ - شورای نگهبان در بررسی قانون اعاده به خدمت کارکنان بازخرید شده نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران (بنا بر گزارش سخبر کمیسیون امور دفاعی مجلس شورای اسلامی در جلسه مورخ ۲۳/۱/۶۳ اظهار نظر نموده است که: «بدلیل نبودن اصطلاح جنحه و جنایت در قوانین قضائی فعلی، این اصطلاح از مصوبه مجلس برداشته شود» (کیهان مورخ ۳/۱/۶۳)

۵۴ - تحریر الوسیله ج ۲ صفحه ۴۵ مساله ۹ : «المشهور بالفسق ان تاب شهادته لا تقبل حتی یتوب منه الاستمرار علی الصلاح و حصول الملكة الرادعة ... فیزان قبول الشهادة هو العدالة المحرزة بنظهور الصلاح فان تاب وظهر منه الصلاح یحکم بعدالته و تقبل شهادته»

۵۵ - دکتر امامی - حقوق مدنی ج ۶ ص ۱۹۵

۵۶ - دکتر امامی - حقوق مدنی - جلد ۶ صفحه ۱۹۶

۵۷ - در مورد شرط ذکر بودن شاهد: هر چند پاره‌ای از نویسندگان مرد بودن شاهد را در اسلام ضروری می‌انند مگر استثناء شهادت زنها پذیرفته شود (دکتر جعفری لنگرودی دائرة المعارف علوم اسلامی - قضائی ج ۲ ص ۸۱۰ - ۸۱۱ ش ۴۲ و منابع مذکور) ولی این امر مورد اتفاق فقهای امامیه نیست (نگاه کنید به تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۴۵ بعد) مگر در امور مدنی که تصریح به شهادت مرد شده باشد مانند طلاق (تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۴۷ مساله ۲ و ۳ و ۴) اصلاح قانون مدنی نیز شرط ذکر بودن را قید نموده است.

۵۸ - صحیح حریز از معصوم (ع) : اذا كانوا اربعة من المسلمين ليس يبرنون بشهادة الزور اجيزت شهادتهم جميعاً ، واقیم الحد علی الذی شهدوا علیه . اما علیهم ان یشهدوا بما أبصروا و علموا . و علی الوالی ان یجیز شهادتهم الا بان یکنوا معروفین بالفسق « (مستند الشیعة ملاحم نراقی ج ۲ ص ۶۴۹)

۵۹ - درباره اعتبار عدالت تازمانی که جرح شاهد مطرح نشده ، رجوع کنید به مختلف الشیعه علامه حلی - کتاب القضاء ،

کسوه او را موافق شریعت مقدسه بدهد و با او بدون وجه شرعی کج خلقی نکند و او را اذیت نکند . پس هرگاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجه و مطالبه زوجه بر بقای بر تحمل نشوز زوج ، حاکم الزام میکند زوج را بروفای حقوق یا بر طلاق دادن زوجه . و هرگاه برای حاکم علم حاصل شود باینکه زوج سلوک به معروف نمیکند و وفای به حقوق زوجه نمیکند او را اجبار میکند بر طلاق ، و این اجبار منافی صحت طلاق نیست»

۴۲ - امامی : حقوق مدنی ج ۵ ص ۳۴

۴۳ - برای بررسی دفع ضرر بعنوان حکم ثانوی رجوع شود به رساله فی قاعده لاضرر از مرحوم شیخ موسی خوانساری درج ۲ کتاب سنیه الطالب ص ۲۰۶ بعد .

۴۴ - تبصره ۲ در نخستین اصلاحیه قانون مدنی مورخ ۱۳۱۹/۱۱/۲۳ (رک : پاورقی ۳) وجود نداشته است .

۴۵ - دکتر مید حسن امامی : حقوق مدنی ج ۵ ص ۲۵۰

۴۵۴ دکتر شایگان : حقوق مدنی ، ش ۴۵۲ ص ۲۲۳ بعد .

۴۶ - مراجعه شود به جزوه پلی کیلی درس حقوق مدنی ۱ تألیف نویسنده این سطور ، سال تحصیلی ۶۲ - ۶۳ دانشکده حقوق ، دانشگاه تهران ، ص ۵ بعد .

۴۷ - شورای عالی قضائی در پاسخ مورخ ۱۳۱۸/۱۲/۲۳ بهمین نحو نظر داده است : «...برابر ماده ۱۲۱۰ ق . م . اصل بر رشد دختر و پسر پس از رسیدن به سن بلوغ است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود . با وجود این با توجه به تبصره ۲ ماده مذکور اسوال دختر و پسر که به سن بلوغ رسیده‌اند نمیتوان بتصرف آنها دادسگر اینکه رشدشان ثابت شده باشد . بنابراین دختر و پسر پس از رسیدن به سن بلوغ اهلیت برای هر عمل حقوقی را دارند جز اینکه بدون اثبات رشد نمیتوانند اسوالشان را از تصرف کسی که از طرف آنها قانوناً متصرف است تحویل بگیرند و یا اسین اسوالشان مجاز نیست قبل از ثبوت رشد اسوال را بتصرف آنها بدهد .» (پاسخ و سوالات از کمیسیون استفتائات ج ۱ ص ۱۹ و نیز پاسخ مورخ ۶۳/۲/۸ مذکور درج ۲ ص ۳۹)

۴۸ - شورای عالی قضائی در تاریخ ۶۳/۷/۲۶ در پاسخ به سؤال راجع به جمع بین ماده ۱۲۱۰ ق . م . اصلاحی و تبصره ۲ ماده مذکور همین نظر را تایید نموده است : «ماده ۱۲۱۰ اصلاحی ناظر به حکم به حجر است در اسوال وی و تبصره ۲ منضم به ماده ناظر است به اداء مال صغیر که در اختیار دیگری است که با حراز رشد پس از بلوغ بوی ادا میشود والا در اختیار وی باقی خواهد ماند .» (پاسخ و سوالات از کمیسیون استفتائات، ج ۱ ص ۱۷ - ۱۳۶۲ از انتشارات دادگستری جمهوری اسلامی ایران)

۴۹ - الروضة البهیة فی الشرح للعبة الدمشقیة ج ۴ ص ۱۰۱ ط . جدید نجف اشرف) : «و مستحجر الصغیر حتی یبلغ ویرشد بان یصاح ماله» . مختصر النافع تألیف محقق حلی : ص ۱۴۰ : «لا یزول حجر الصغیر الا بوصفین : الاول - البلوغ... الثاني - الرشد و هو ان یکون مصلحاً لماله»

جواهر الکلام - کتاب الحجر - الوصف الثاني ج ۴ ص ۳۱۷

ص ۱۷۶ ط سنگی قدیم . و جامع الشتات میرزای قمی : کتاب القضاء والشهادات ص ۹۷۵ .

۶- آقای دکتر جعفری لنگرودی : دائرة المعارف فوق‌الذکر ج ۲ ص ۸۰۴ شماره ۳۱ : (حقیقت اینست که اگر از این اسامی که ظاهر دست برداریم اثبات عدالت بسیار دشوار خواهد شد بطوری که ازین به (بعنوان یک دلیل اثبات دعوی) باید به کلی چشم پوشید و با حذف بینة از این دادرسی اسلامی تقریباً هشتاد درصد کارها تعطیل میشود .

۶۱- دکتر جعفری لنگرودی - همان کتاب ج ۲ صفحه ۸۱۴ شماره ۴۸ .

۶۲- ضمناً سوانح شهادت در قانون ثبت اسناد و املاک صوب ۱۳۱۰ چنین ذکر شده است : « شهادت اشخاص ذیل پذیرفته نخواهد شد : ۱- غیر رشید و محجور ۲- کور یا گنگ ۳- اشخاص ذینفع در معامله ۴- خدمت مسئول دفتر ۵- خدمت اصحاب معامله » (ماده ۵۹) .

۶۳- هر چند که قاضی نگذار مواردی را که شهادت اطفال در آنها معتبر است معین نموده و نویسندگان توضیحی نداده‌اند . (رک . دکتر اساسی ج ۶ صفحه ۱۹۵ بعد . دکتر جعفری لنگرودی : دائرة المعارف حقوقی - ج ۵ کلمه گواهی شماره ۵۱ صفحه ۱۹۴) ولی ظاهراً منظور از ماده ۱۳۱۴ ق . م . این بوده است که در فقه اسلامی استثناء در بعضی موارد، شهادت اطفال پذیرفته میشود ، مانند شهادت در قتل که نخستین شهادت اطفالی که ناظر بر حادثه بوده‌اند پذیرفته میشود (تحریر الوسیله جلد ۲ صفحه ۴۴۱ - معذک ماده ۳۳ قانون حدود و قصاص مصوب ۶/۶/۳۱ اعلام میدارد قتل عمد با شهادت دوسرد عادل ثابت میشود)

۶۴- رجوع شود به روایاتی که در کتاب آقای دکتر جعفری لنگرودی : دائرة المعارف قضائی ج ۲ ص ۸۱۱ ش ۴۳ نقل شده است و نیز تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۴۲ .

۶۵- ماده ۱۳۱۳ مکرر ق . م .

۶۶- رک . بند ۳ ایامه ۱۳۱۳ ق . م - تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۴۳ ششمین صفت برای شهود را عدم وقوع در سلطان اتهام برای ذینفع بودن در شهادت دانسته‌اند . معذک که چون این شرط در هر مورد خاص در نظر گرفته میشود لهذا از موارد تهمت محسوب میشود (دکتر جعفری لنگرودی همانجا ج ۲ ص ۸۱۴ شماره ۴۸) .

۶۷- ماده ۵۸ قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ : «شهود باید موثق باشند»

۶۸- بند ۲ ماده ۱۳۱۳ ق . م . شهادت اشخاص معروف به فساد اخلاق را نپذیرفته است .

۶۹- بند ۱ ماده ۱۳۱۳ شهادت اشخاص ولگرد و کسانی که تکدی را شغل خود قرار دهند را نپذیرفته است .

۷۰- جامع عباسی ، تالیف شیخ بهائی صفحه ۳۶۰ : «و در اینصورت که قسم متوجه مدعی علیه باشد اگر از قسم خوردن

امتناع نماید آیا به مجرد امتناع حاکم را میرسد که حکم کند به آن حق جهت مدعی ؟ یا آنکه مدعی هرگاه قسم بخورد جهت او حکم کند ؟ مجتهدین را در این نیز خلاف است . اقرب آنست که مدعی باید که قسم بخورد نگاه برای او حکم کند . تحریر الوسیله ج ۲ صفحه ۴۱۹ مسأله ۷ .

۷۱- صاحب جواهر الکلام در کتاب القضاء بیان محقق حلی (رض) را بنحو زیر تفسیر کرده است : « (وان نکل المنکر بمعنی انه لم یحلف ولم یرد ، قال الحاکم : ان حلفت) اورددت (والا جعلتک فاکلا ویکرر ذلک استظها را لا فرضاً) علی ما ذکره الاصحاب کما فی الکفایه سویاً الی أنه لم یکن اجماع ، فیه نظر و هو کذلک ، بل من وجوه خصوصاً بعد ذکرهم نحو ذلک فی نکول المدعی و خصوصاً بعد ان لم یکن النکول عنواناً کما عثرنا علیه من النصوص و خصوصاً بعد تحقیقه بالامتناع الاول منه من غیر حاجه الی جعل الحاکم و علی کل حال (فان أصر قیل) والقائل الصدوقان والشیخان والدیلمی والحلبی و غیر هم (یقضی علیه) بمجرد (النکول).... [وهو الاظهر] بل قال (وهو المروی) لقوله (ص) : البینه علی المدعی والیمن علی من أنکر ، والتفضیل قاطع للشركة والرد انما جاء من قیل الراد لا باصل الشرع فهو مخصوص بما اذا اختاره للنصوص لا مطلقاً و صحیح این مسلم....»

۷۲- تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۲۵ م ۱ که در پاورقی شماره ۷۹ عیناً نقل خواهد شد .

۷۳- جامع الشتات میرزای قمی ، صفحه ۶۸۷ ط . اول : «وما یتال آن دلیل ان ان حکمة برد ذلک نیابة عن المدعی علیه حیث یأبی عن الحلف ویوقف الامر علی حالة الفساد لاجل دفع الفساد کما ینوب عن المماطل فی بیع ماله لاجل اداء الدین . فیه ان ذلک یتم ان بقی النزاع بحاله و اثر امتعصاه المنکر فی ذلک وهو ممنوع لان مقتضى الروایة أن البینه والیمن رافعتان للدعوی مثبتان للحق.....»

۷۴- وسائل - ک . القضاء باب ۳۳ حدیث ۱ - النهایه شیخ طوسی صفحه ۳۵۵ طبع جدید نجف اشرف .

۷۵- قانون مجازات اسلامی (تعمیرات) مصوب ۶۲/۵/۱۸ ماده ۱۰۷ کیفر قسم دروغ در دعوی حقوقی را معین نموده است .

۷۶- صاحب جواهر در کتاب القضاء میگوید «... (وقیل) والقائل الشیخ والکاتب و القاضی وابنا حمزة وادریس وفاضل والشهیدان علی ما حکى عن بعضهم (یرد الیمن علی المدعی فان حلف ثبت حقه وان امتنع سقط) حقه بل فی المسالک نسبت الی سائر المتأخرین و فی الریاض الی کثیر من القدماء ، بل عن الخلاف والغنیة الاجماع علیه .»

۷۷- وسائل الشیعه - ک . القضاء - باب ۷ - ج ۲ - در عین حال گفته شده است که در این روایت ، خواننده است که قسم را به خواهان رد میکند و نه قاضی دادگاه : جامع الشتات ص ۶۸۸ : «فان الظاهر ان فاعل یردهو المدعی علیه لمناسبتة بضمیر یرتلف المقارن له لا القاضی کما فهموه»

۷۸- وسائل - ک . القضاء - باب ۷ - ج ۲ - جامع الشتات ص ۶۸۸

۷۹- تحریر الوسیله - ج ۲ صفحه ۴۲۵ مساله ۱ : «ان سکت المدعی علیه بعد طلب الجواب عنه فان ... كان السکوت لا یعذر بل سکت تعنتا ولجأاً امره الحاکم بالجواب باللطف والرفق ثم بالغلظة والشدة ، فان اصر علیه فالاحوط ان یقول الحاکم له اجب والاجمل تک ناکلا والاولی التکرار ثلاثاً ، فان اصر رد الحاکم الیمن علی المدعی فان سلف ثبت حقه »

۸۰- تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۲۸ م ۷ : «والمعروف ان التغلیظ مستحب للحاکم وله وجه »

۸۱- رجوع کنید به حقوق مدنی : دکتر امامی ج ۶ ص ۲۲۶ و نیز ماده ۴۶۹ ق. آ. د. ا. د. ر. س. مدنی. احکام قسم در فقه اسلامی را در تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۲۷ ببعد ملاحظه فرمائید.

۸۲- جامع الشتات میرزای قمی ص ۶۹۲ (ط ۱۲۷۲ هـ)

۸۳- تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۲۸ م ۸ : «لا یجب علی الحائف قبول التغلیظ ، و لا یجوز اجباره علیه ولو امتنع عنه لم یکن ناکلا ، بل لا یبعد ان یكون الارجح له ترک التغلیظ وان استحب للحاکم التغلیظ احتیاطاً علی اموال الناس ، و یستحب التغلیظ فی جمیع الحقوق الا الاموال فانه لا یغلظ فیها بمادون نصاب القطع .»

۸۴- حتی در قانون مدنی فرانسه تقاضای سوگند از طرف متداعیین در کلیه دعاوی پذیرفته میشود (ماده ۱۳۵۸ میگوید:

Le serment décisore peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit .

بعلاوه در بعضی موارد قاضی میتواند یکی از متداعیین را ملزم به ادای سوگند نماید : مواد ۱۳۶۶ ق. م. فرانسه به بعد تفصیلاً درباره **Le serment déféré d'office** مقرراتی وضع نموده است .

۸۵- حدیث نبوی مشهور : «البینة علی المدعی والیمن علی من انکر» و همچنین : «انما اقضی علیکم بالبینات والایمان» .

۸۶- تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۲۹ م ۱۳ : «ثبت الیمن فی الدعاوی المالیة و غیرها کالتکاح والطلاق والقتل ولا تثبت فی الحدود فانها لا تثبت الا بالاقرار او البینة...»

۸۷- وسائل - ک . القضاء بـ ... اب ۱۴ -

جامع الشتات میرزای قمی (کتاب القضاء ص ۶۹۴) : «لاخلاف بین اصحابنا فی جواز الحکم بالشاهد والیمن فی الجملة وهو مذهب اکثر العامة واخبارنا مستفیضة واستدلوا علی ذلك بما رواه ابن عباس (رض) ان النبی (ص) قال استشرت جبرئیل (ع) فی القضاء بالیمن مع الشاهد ، فاشار علی بذلك فی الاموال وقال لا تعد و ذلك وحسنة عبدالرحمن بن الحجاج وهي صحیحة فی التهذیب قال : دخل الحکم بن عتیبة و سلمة بن کهیل علی ابی جعفر (ع) فاستلاه عن شاهد و یمن فقال : قضی به رسول الله (ص) و قضی به علی (ع) عندکم بالکوفة... وعن حماد بن عثمان قال سمعت ابا عبد الله (ع) یقول : کان علی (ع) یجیز فی الدین شهادة رجل و یمن المدعی»

تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۲۴ - جواهر الکلام (کتاب القضاء - البحث الثالث فی الیمن مع الشاهد) .

۸۸- جامع الشتات (همانجا) : « فالمراد بالبینة والیمن فی قوله (ع) . «البینة علی المدعی والیمن علی من انکر» ، البینة والیمن السمکتین حصولهما فی مادة یعنی اذا امکن اقامة البینة والحلف فی واقعة لکل من المتداعیین ، فالبینة و وظیفه المدعی و الیمن وظیفه المنکر . لانه لا تمکن لا تجوز اقامة البینة للمنکر ولا ینفع له فی شیء و لا یمن و لا یجوز احلف للمدعی ولا ینفذه فی شیء اصلاً حتی یقال ان التفصیل قاطع للندرکه و فهم هذا ینحتاج الی لطف قریحة! » .

۸۹- جواهر الکلام - کتاب القضاء : (البحث الثاني فی یمن المنکر والمدعی) «لا اشکال ولا خلاف فی کون الاصل فی (الیمن) ان (توجه علی المنکر تعویلاً علی الخبر) ...»

۹۰- ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب تیرماه ۱۳۵۱ نیز مقرر می‌دارد: « در سررد دیون و تمهیدات مالی موضوع اسناد لازم الاجراء و کلیه محکومیت های مالی حقوقی و جزائی ، هر کس به قصد فرار از تادیبه دین یا محکوم به ، مال خود را به ضرر دیان به وراثت «غیر خود انتقال دهد به نحوی که بقیه اسوالش برای پرداخت بدهی او کافی نباشد در صورت وجود مال در ملکیت انتقال گیرنده از عین مال ... بابت دین استیفاء خواهد شد ... » همچنین ماده ۴۲۴ قانون تجارت ۱۳۱۰ نیز ملاحظه شود .

۹۱- در حقوق فرانسه ماده ۱۱۶۷ ق. م. (مربوط بدعوی نسخ قرارداد بعلت اضرار دیان که بعنوان **action paulienne** خوانده میشود) در فصل مربوط به اثر قراردادها نسبت به اشخاص ثالث قرار دارد ، در حالیکه ماده ۲۱۸ ق. م. ایران این مساله را در مبحث جهت معامله مطرح کرده است . طبق ماده ۱۱۶۷ ق. م. فرانسه : « آنان (بستانکاران) نیز میتوانند به نام خود اعمالی را که بدهکار به قصد اضرار به حقوق آنان انجام داده است مورد شکایت قرار دهند . » (شرح این ماده در کتاب حقوق مدنی آثار بوئی ط ۷ - ۱۹۷۲ صفحه ۵۳۳ شماره ۱۴۱ - مازو ، ج ۲ ، ش ۹۸۰ ببعد - ویل - تمهیدات ش ؛ ۸۴ ببعد ملاحظه شود) . قانون مدنی عراق - سورخ ۱۹۵۱ در ماده ۲۶۳ تحت عنوان « دعوی عدم نفاذ تصرف المدین فی حق الدائن » تصریح میکند : « یجوز لکل دائن اصبح حقه مستحق الاداء و صدر من مدینه تصرف ضار به أن یطلب عدم نفاذ هذا التصرف فی حقه اذا کان التصرف قد اقص من حقوق المدین او زاد فی التزاماته و ترتب علیه اعسار المدین او الزیادة فی اعساره و ذلك متى توافرت الشروط المنصوص علیها فی المدة التالية » .

۹۲- از شرایط تحقق معامله به قصد فرار از دین این است که دین مسلم ، منجز و حال باشد . پس اگر دین مورد اختلاف باشد یا تحقق آن معلق به امری باشد که هنوز پدید نیامده است یا موجد باشد و زمان ایفاء آن هنوز نرسیده باشد ، بستانکار نمیتواند اقامه دعوی عدم نفوذ کند . مع ذلك

رویه قضائی ایران معلوم و مسلم بودن بین - یون به شخص ثالث را در نظر دادگاه ضروری میدانند و درباره سایر شرایط سخنی نرفته است (رک. رأی هیأت عمومی دیوان کشور شماره ۲۹۴ مورخ ۱۳۳۷/۱۰/۲۵ ، آرشیو کیهان : مجموعه رویه قضائی از سال ۱۳۲۸ تا ۱۳۴۲ ج ۲ شماره ۱۳۴ مکرر ش (۲۲۶) .

۹۳ - درباره ای از موارد قانونگذار اعلام میدارد که داعی نامشروع و یا انگیز، تقلب نسبت به قانون اگر در دادگاه ثابت شود موجب بلااعتباری عقد میگردد : ماده ۱۲ قانون نحوه اجرای اصل ۹۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۶۳/۵/۱۷ - روزنامه رسمی ۶۳/۷/۲) تصریح میکنند « در مورد عبه ، صلح و تعهد به نفع شخص ثالث و نظائر آن اگر ثابت شود که غرض واهب ، مصالح ، متعهد و غیر آنها، دادن رشوه یا تبانی جهت حیف و میل ثروتهای عمومی و دولتی و یا تقلب نسبت به قانون بوده است اسوال ناشی از اعمال فوق نامشروع محسوب میگردد .»

۹۴ - حائری شاه باغ : شرح قانون مدنی .. جلد دوم ص ۷۵ : « بعضی از فقهاء برای بطلان معامله به قصد فرار از دین تمسک جستند بهمان جهتی که در بطلان معامله بجهت غیر مشروع استفاده کرد، بودند . ولی هر گاه آن جهت هم کافی نباشد بر بطلان ، این سخن از معامله که فروشنده برای اینکه خود را مفلس کند دارائی خود را از دست دهد اجماع فقهای امامیه بهترین دلیل و کافی برای بطلان آنست .» در مورد ماده ۶۵ ق.م. همان کتاب جلد ۱ ص ۵۳ ملاحظه شود . - دکتر جعفری لنگرودی : دائرة المعارف علوم اسلامی - قضائی ، ج ۱ ص ۵۷۲ به بعد .

۹۵ - دکتر سید حسین صفائی : مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی - تهران ۱۳۵۵ ص ۱۸۵ - مقایسه شود با دکتر جعفری لنگرودی : تاریخ حقوق ایران صفحه ۲۸۳ ش ۵۰۰۲ .

۹۶ - دکتر سید حسن امامی : حقوق مدنی ج ۱ ص ۷۵ و ۲۲۷ - ۲۲۸ - دکتر کاتوزیان : دوره مقدماتی حقوق مدنی ، ج ۱ ش ۳۱۹ و حقوق مدنی : مشارکتها ، صلح ، عطا یا ۱۳۶۳ ش ۲۹۸ ص ۵۴۷ - محمد پروجردی عیده : حقوق مدنی ص ۱۴۱ - دکتر سید حسین صفائی : دوره مقدماتی حقوق مدنی ج ۲ تهران ۱۳۵۱ - صفحه ۱۵۴ به بعد .

۹۷ - شیخ طوسی در کتاب النهایه (ط نجف صفحه ۳۵۴ شماره ۲۳) روایتی از معصوم ع نقل میکنند که تدبیر (آزادی عبد پس از موت سولا) چنانچه موجب ضرر نسبت به پرداخت دین گردد معتبر نخواهد بود : « و روی ابوبصیر قال سألت ابا عبد الله علیه السلام عن رجل دبر غلامه و علیه دین ضاراً من الدین ، قال : لا تدبیره و ان كان دبره فی صحة منه و سلامة فلا سیل لادیان علیه » : ولی علامه حلی (رض) در مختلف الشیعه (کتاب القضاء - ط رحلی ص ۱۴۶) نظر پاره ای از فقها را نقل میکنند که تدبیر را مستحب دانسته اند و حتی برای بستن کاران نشناخته اند البته ممکن است این فتوی ناظر

به مواردی باشد که مدیون قصد اضرار به طلبکاران را نداشته است : « مساله - نقل ابن ادریس ... قال من دبر عبداً لا مال له غیره و علیه دین فدیبره فی صحته و مات ، فلا سیل للدیان علیه ، فان كان دبره فی مرضه بیع العبد فی الدین فان لم یحفظ الدین بمن العبد استسعی فی قضاء دین موالیه و هو مراد اتممه . و الوجه تقدیم الدین مالم یکن التدبیر عن نذرفی صحة و سلامة » .

۹۸ - محمد جواد مغنیه : الفقه علی المذاهب الخمسه ط ۱۹۸۲ بیروت صفحه ۶۴۵ : « و اتفقوا علی أن المفلس لا یمنع من التصرف فی امواله بالغة دیونه ما بلغت الابد ان یحجر العاکم علیه ، فلو تصرف بجمیع امواله قبل التحجیر نفذت تصرفاته و لیس للغرماء و لالای کان منعه من ذلك ، علی شریطة أن لا یكون التصرف بدافع الفرار من وفاء الدیون ، و لغایة توضیح الحقوق علی اهلها ، بخاصة اذا لم یرج تجدید مال له بحسب المعتاد و ظاهر الحال » .

۹۹ - استاد هاشم معروف الحسنی در کتاب نظریة العقد فی الفقه الجعفری ، بیروت منشورات مکتبه هاشم (بدون تاریخ) صفحه ۸۵ مینویسد در فقه اهل سنت بستن کاران مجازند مدیون را از هر گونه تصرفی که برای وثیقه عمومی دیون زیان آور باشد ممنوع بدانند : « و مجمل القول ان الدائنین ان لم یطلبوا من العاکم تفلیس الغریم لهم ان یمنعوه من جمیع التصرفات الموجبة لنقص امواله ، الا ما جرت العادة علیه كالصدقات القلیلة و نحوها من النفقات التي لا بد منها ، و ان طلبوا تفلیسه من العاکم لا یحجر علیه الا بالشروط السابقة ، وان لم یرفعوا امرهم الی العاکم و طلبوا الغریم فتهرب منهم ، فلهم منعه من التبرعات و جمیع التصرفات العالیة سواء أوجبت نقص امواله ام لا »

۱۰۰ - سید محمد کاظم طباطبائی در کتاب سؤال و جواب صفحه ۲۲۹ و ۱۷۷ چاپخانه حیدریه نجف ، ۱۳۴۰ ه ، به نقل از کتاب دایرة المعارف علوم اسلامی - قضائی دکتر جعفری لنگرودی ج ۱ ص ۵۷۲ و ۵۷۳ .

۱۰۱ - ملا محمد باقر یارفروشی (اشرفی) : شعائر الاسلام ط سنگی ۱۳۱۲ ه صفحه ۴۱۷ به نقل از دکتر جعفری لنگرودی - عمانجا

۱۰۲ - لایحه راجع به تجارت که در تاریخ ۹/۳/۶۱ به تصویب هیأت وزیران رسیده و به مجلس شورای اسلامی تقدیم گردیده (۶۱/۶/۱۳ - شماره ترتیب چاپ ۱۰۷۴) معامله به قصد فرار از دین را طبق موازین شرعی قابل نسخ میداند : « ماده ۶۱۵ - تصرفات و معاملات ورشکسته که قبل از تاریخ حکم ورشکستگی (انجام) شد صحیح است مگر آنکه بر دادگاه ثابت شود که معامله یا تصرفی به هر عنوان که بوده برای فرار از اداء دین واقع شده است که در این صورت غرماء میتوانند معاملات مزبور را نسخ نمایند و دادستان هم باید نسخ آنها را انفاذ نماید .»

۱۰۳ - حقوق مدنی دکتر امامی ج ۲ ص ۲۰۲ و ۲۰۳ : محمد پروجردی عیده : حقوق مدنی صفحه ۳۵۹ : « و ممنوعیت

آن (شرط زیاده) وقتی است که شرط مربوط به عقد قرض باشد اما بطریق مذکور فوق یا در ضمن عقد قرارداد دیگری منعی نخواهد داشت .

۱۰۴ - مصطفی عدل : حقوق مدنی ش ۷۰۵ ص ۴۰۹ : « راست است که این ماده بطور مطلق نوشته شده و به هیچ وجه مقصود مذکور فوق را حاکی نیست ولی اگر درست دقت شود معلوم خواهد شد که برای همین مقصود بوده است . چه هر کس میتواند بپهر کس دیگر وکالتی که موضوع آن امر مشروعی باشد بدهد بنابراین اگر مقصود خاصی نبود ذکر این ماده در فصل راجع به قرض موضوعی نمیداشت و بایستی در فصل راجع به وکالت ذکر شده باشد . مضافاً اینکه جمله « در هر ماه یا در هر سال مجاناً به خود منتقل نماید » کاملاً حکایت میکند که مقصود از آن ماده همان اراده طریقی است برای تحصیل زین از سرمایه ای که قرض داده میشود ، و نه انشاء حکمی راجع به امکان وکالت . »

۱۰۵ - ریح قانونی نخستین بار در ماده الحاقیه به قانون اجازه تأسیس مؤسسه رهنی از محل وجوه تقاعد مصوب ۱۳۰۵/۸/۱۰ پیش بینی گردید (میزان آن ۱۲٪ بود) . بعداً تعرفه وزارت دادگستری راجع به خسارات تأخیر تادیه مورخ ۱۳۰۷/۱۰/۱۳ (مجموعه قوانین ۱۳۰۷ صفحه ۱۴۷) (میزان آن ۱۸٪) ، قانون تسریع محاکمات ۱۳۰۹ (ماده ۳۶ - میزان ۱۵٪) ، قانون ثبت اسناد و املاک ۱۳۱۰ (ماده ۳۵ میزان ۱۵٪) قانون اصلاحی ۱۳۱۲/۱۲/۱۵ (میزان ۱۲٪) و بالاخره قانون آئین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ (مواد ۷۱۹ و ۷۲۵ ، میزان ۱۲٪) آنرا تأیید نمودند .

۱۰۶ - ماده ۱ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی (مصوب ۶۳/۵/۱۷ روزنامه رسمی ۶۳/۷/۲) ربا را بر دو نوع تقسیم و تعریف نموده است :

« الف - ربای قرضی و آن بهره ایست که طبق شرط یا بنا و زوال مقرض از مقرض دریافت نماید .

« ب - ربای معاملی و آن « زیاده » ای است که یکی از طرفین معامله زائد بر عوض یا معوض از طرف دیگر دریافت کند بشرطی که عوضین مکیل یا سوزون و عرفاً یا شرعاً از جنس واحد باشند . »

۱۰۷ - نظریه شورای نگهبان مندرج در روزنامه رسمی ۱۱۳۱۶ - ۶۲/۱۰/۱۱ (مجموعه قوانین سال ۶۲ صفحه ۴۳۶) : « عطف بنامه شماره ۱/۲۶۹۴۱ مورخ ۶۲/۵/۳۱ موضوع در جلسه رسمی فقهاء شورای نگهبان مطرح و بررسی شد . دریافت خسارت تأخیر تادیه موضوع مواد ۷۱۲ و ۷۱۹ قانون آئین دادرسی مدنی به نظر اکثریت فقهاء مغایر با موازین شرعی شناخته شد . »

۱۰۸ - ماده ۲ بند ۹ از قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مصوب ۸ شهریور ۱۳۶۲ (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۲ صفحه ۳۳۵) تصریح میکند که « اعطای وام و اعتبار بدون ربا (بهره) طبق قانون و مقررات » انجام خواهد شد .

۱۰۹ - ماده ۲۱ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) اعلام میکند : « بانک مرکزی با هر یک از بانکها و نیز بانکها با یکدیگر مجاز به انجام عملیات بانکی ربوی نمیشد . »

۱۱۰ - ماده واحده قانون منع دریافت خسارات و جرائم و بهره مندرج در قانون تأمین اجتماعی مصوب ۶۱/۴/۱۳ (مجموعه قوانین ۱۳۶۱ ص ۲۲) اعلام نموده است . « تا تصویب قانون جدید از تاریخ اجرای این ماده واحده خسارات تأخیر تادیه و لیست و بهره تقسیط ماده بدهی و زیان دیرکرد مندرج در قانون تأمین اجتماعی کلاً حذف میگردد . »

۱۱۱ - شعبه ۳۳ دادگاه عمومی تهران دادنامه ۹۵۹ مورخ ۶۲/۱۱/۲۳ کلاسه ۲۹۰/۶۲ (مندرج در روزنامه رسمی ۶۲/۱۲/۱۴) شعبه ۱۴ دادگاه عمومی تهران کلاسه ۱۹/۶۱ دادنامه ۸۸۱ مورخ ۶۱/۱۰/۲۰ (روزنامه رسمی ۶۲/۱۲/۹) - شعبه ۱۷ کلاسه ۱۷/۶۱ - ۴۹۲ دادنامه ۹۴۳ مورخ ۶۲/۱۲/۱۳ روزنامه رسمی ۱۳/۲/۱۸ و غیرها .

معذک برخی از آراء اخیر محاکم دادگستری حکم به خسارت تأخیر تادیه صادر نموده اند : شعبه ۳۶ دادگاه صلح تهران : دادنامه ۲۴۸۰ کلاسه ۸۲۶/۵۹ (مندرج در روزنامه رسمی ۱۱۴۰۳ - ۶۲/۱۲/۳) - شعبه ۱۱ دادگاه عمومی تهران :

دادنامه ۲۹۷ کلاسه ۱۶۸۷/۵۸ (مندرج در روزنامه رسمی ۱۱۳۶۶ - ۶۲/۱۲/۱۰) شعبه ۷۰ محاکم عمومی (صلح) تهران دادنامه ۸۶۳ - ۶۲/۱۱/۹ کلاسه ۷۰/۶۱ - ۲۹۱ (روزنامه رسمی ۶۳/۲/۱۷) و چندین رأی دیگر .

۱۱۲ - به مقاله دکتر نجات الله صدیقی استاد اقتصاد در مجله Afkar طبع لندن (بزبان انگلیسی) ژوئیه ۱۹۸ صفحه ۳۳ مراجعه شود .

۱۱۳ - تحریر الوسیله ج ۱ صفحه ۶۵۳ کتاب القرض مساله ۹ : « لایجوز شرط الزیادة بأن یقرض - لاعلی ان یودی المقترض ازید مما اقترضه سواء اشترطه صریحاً او ضمراً بحیث وقع القرض سبباً علیه ، و هذا هو الربا القرضی الحرم الذی ورد التشدید علیه ، ولا فرق فی الزیادة بین ان تکین عینیه کعشرة دراهم باثنی عشر او عملاً کخیاطة ثوب له ، او منفعة او انتفاعاً کالاتفاق بالعین المرهونة عنده او صفا . . . »

۱۱۴ - وسایل الشیعه ، کتاب التجارة - ابواب الدین و القرض ، باب ۱۹ - حدیث ۹ الی ۱۱ - جواهر الکلام در انتهای کتاب التجارة - المقصد الخامس فی القرض صفحه ۲۳۱ ج ۴ ط ۱۲۷۲ ق : « (لو شرط النفع حرم) الشرط فیہ بلا خلاف . . . قال علی بن جعفر فی المروی عن قرب الامام سئل اخی موسی (ع) عن رجل اعطی رجلاً مائة درهم علی ان یعطیه خصمة دراهم او اقل او اکثر . فقال علیه السلام : هذا الربا المحض . و قال خالد بن الحجاج سئل عن رجل کانت لی علیه مائة درهم عدداً فقضاها مائة و زناً ، قال : لا بأس ما لم یشرط . قال و قال جاء الربا من قبل الشرط انما یفسده الشرط . و منه یعلم ان المراد بالباس فی مفهوم غیره : المنع ، کموتن اسحق

بن عمار قلت لابی ابراهیم (ع) الرجل يكون له عند الرجل المال قرضاً فيطول مكته عند الرجل لا يدخل على صاحبه منه منفعة فيذيله الرجل كراهة ان ياخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة يحل ذلك له ؟ قال : لا باس اذا لم يكونا شرطاه و حسن الحلبي سئلت ابا عبدالله (ع) عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدداً ثم يعطي سوداً و زناً و تدعرت انها اقبل بما اخذ و تطيب نفسه ان يجعله فضلياً ؟ فقال : لا باس اذا لم يكن فيه شرط ولو وهبها كملا كان اصلح .

۱۱۵ - جامع الشتات ميرزا ابوالقاسم گیلانی تمی ط اول ص ۱۲۸ : « سؤال - بیان فرمائید که مرد شعبانی یک من ابریشم نقادی نکرده میدهد بنقاد و دو قروش هم میدهد مثلاً و یک من نقادی کرده بگیرد بدون اینکه این دو ابریشم بیع کرده شود بنهج شرعی . معاوضه این نهج کردن چه حال دارد ؟ » جواب - این معامله باست و صورتی ندارد و تخلص از آن به یکی از حیل ربویه ممکن است . و از جمله حیل آن در اینجا همین است که ابریشم نقادی نکرده را بفروشد به آن به مبلغ معینی و آن مبلغ در ذمه مشتری قرار گیرد و یک من ابریشم نقادی کرده بخرد به قیمتی بالاتر . . . و عمده در اینجا تصحیح نیست که سیانه خود و خدا مقصود فرار از حرام باشد به حلال ، و واقع ساختن بیع به قصد اینکه بیع است نه ربا . نه اینکه محض تعیین لفظ باشد . »

محقق حلی در مختصر النافع ط مصر ۱۳۷۶ « صفحه ۱۲۸ : « و قد يتخلص من الربا ان يجعل مع الناقص متاع من غير جنسه مثل درهم ومدین تمر بمدین ، او بیع احد هما سلعته لصاحبه و یشتري الاخری بذلک لمن . »

شیخ طوسی در النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی ط نجف صفحه ۳۸۱ : « و كذلك لا باس ان يجعل بدل الدينار شيئاً من اثياب اوجزاء من المتاع او غير ذلك ليتخلص به من الربا » همچنین منهج الصالحين حاج سيد ابوالقاسم خرنوی : کتاب المعاملات - البحث في الربا .

۱۱۶ - جواهر الکلام در شرح شرایع الاسلام محقق حلی - کتاب البيع - المسألة السادسة جلد ۴ ط ۱۲۷۲ صفحه ۱۵۵ : « (وقد يتخلص من الربا) ايضاً (بان بيع احد المتبايعين) سلعته (من صاحبه بجنس غير جنسها) ثم يشتري من (الاخر سلعته بالثمن) الذي باع به ساعته . . . (او اقرض) سلعته صاحبه ثم (اقرضه هو و تبادلها و كذلك يتبايعا) متساوياً (و وهبه الزيادة) . . . (كل ذلك من غير شرط) . همچنین در کتاب الطلاق این روایت را نقل نموده است : « . . . قلت له (ع) اشتري الف درهم و دينار بالف درهم ، فقال : لا باس بذلک . ان ابي (ع) كان اجري على اهل المدينة معي و كان يقول هذا فيقولون له : انما هذا الدرار لرجاء رجل بدینار لم يعط الف درهم ولو جاء بالف درهم لم يعط الف دينار . و كان يقول (ع) لهم نعم الشيء الفرار من الحرام الى الحلال . »

۱۱۷ - تحرير الوسیله ج ۱ - ص ۵۳۸ مساله ۷ « ذكروا

للتخلص من الربا وجوهاً مذكورة في الكتب وقد جددت النظر في المسألة فوجدت ان التخلص من الربا غير جائز بوجه من الوجوه ، و الجائز هو التخلص من المعاملة مع التفاضل كبيع من الحنطة المساوي في القيمة لعنين من الشعير او الحنطة الرديئة ، فلواريد التخلص من مبيعة المعاملين بالتفاضل يضم الي الناقص شيئاً فراراً من الحرام الى الحلال ، وليس هذا تخلصاً من الربا حقيقة ، و اما التخلص منه بغير جائز بوجه من وجوه الحيل ، توضيح المسائل امام خميني مساله ۲۲۸۵ : « اگر کسی بخواهد پولی قرض کند و ربا بدهد یا قرض بدهد و ربا بگیرد و یکی از راههاییکه در بعض رساله های عملیه ذکر شده بخواهد از ربا فرار کند جائز نیست ، و زیاده ای که میگیرد بر او حلال نمیشود . پس ربای قرضی به وجهی از وجوه حلال نیست . »

۱۱۸ - آقای رئیس کل بانک مرکزی در نامه شماره ۵/۴۰۹۵ - مورخ ۹۱/۱۱/۲۸ (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۲ - ص ۴۱۸) ماده مربوط به « خسارت تأخیر تأدیه » را که در قراردادها قید میشود بدین شرح بیان نموده است : « در صورت عدم تسویه کامل (اصل) بدهی ناشی از قرارداد تا سررسید مقرر ، بعلت تأخیر در تأدیه بدهی ناشی از این قرارداد از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل (اصل) بدهی ، مبلغی به ذمه اسضاء کننده این قرارداد تعلق خواهد گرفت . از اینرو وام و یا اعتبار گیرنده ، با اسضاء این قرارداد ، ملزم و متعهد میشود تا زمان تسویه کامل (اصل) بدهی ناشی از این قرارداد ، علاوه بر بدهی تأدیه نشده مبلغی معادل ۱۲٪ مانده بدهی برای هر سال نسبت به بدهی بر حسب قرارداد به بانک پرداخت نماید . بهمین منظور وام و یا اعتبار گیرنده ، ضمن اسضاء این قرارداد ، بطور غیر قابل برگشت به بانک اختیاری که از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل (اصل) بدهی ، معادل مبلغ مورد قرارداد از حسابهای وام و یا اعتبار گیرنده برداشت و یا به همان میزان از سایر دارائیهای آن تملک نماید . اخذ مبلغ مقرر موضوع این ماده مانع تعقیب عملیات اجرائی برای وصول مطالبات بانک نخواهد شد . »

کلمه « اصل » در این ماده به دستور شورای نگهبان افزوده شده که ظاهراً برای احتراز از محاسبه ربح مرکب میباشد .

۱۱۹ - نظریه شورای نگهبان شماره ۷۷۴۲ مورخ ۹۱/۱۲/۱۱ (مجموعه قوانین ۱۳۶۲ ص ۴۱۹) .

۱۲۰ - آئین نامه فروش اقساطی مسکن مصوب جلسه ۴۶۶ شورای پول و اعتبار مورخ ۹۱/۸/۱۹ در ماده ۱ تصریح مینماید : « بانکها میتوانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم در امر مسکن ، واحدهای مسکونی را بنا به درخواست و تعهد کتبی متقاضی مبنی بر خرید مسکن مورد درخواست خریداری نموده و بلافاصله بصورت اقساطی به متقاضی بفروش برسانند (مجموعه قوانین و مقررات بازرگانی و تجاری - انتشارات گنج دانش ۱۳۶۳ صفحه ۸۷۴ بعد) .

۱۲۱ - آئین نامه مشارکت مدنی مصوب جلسه ۴۶۵ شورای

پول و اعتبار مورخ ۶۱/۸/۳ در ماده ۸ میگوید: « حداقل نرخ سود (بازده) پیش بینی شده در مورد معامله و یا معاملات موضوع شرکتهای مدنی که طبق این مقررات تشکیل میشوند ده درصد در سال تعیین میگردد ». آئیننامه قرض الحسنه مصوب جلسه ۴۶۸ شورای پول و اعتبار مورخ ۶۱/۸/۱۶ در ماده ۷ پیش بینی کرده است: « هزینه های لازم برای پرداخت قرض الحسنه در هر مورد براساس دستورالعمل شورای پول و اعتبار توسط بانک محاسبه و از متقاضی دریافت خواهد شد ».

۱۲۲ - دکتر امامی: حقوق مدنی ج ۲ ص ۲۷۲ - مصطفی عدل شماره ۷۵۳ صفحه ۴۴۶ میگوید: « بدیهی است که با بودن ماده ۷۰۳ برای انشاء ماده ۷۰۶ موردی باقی نمی ماند ».

۱۲۳ - دکتر جعفری لنگرودی: عقد ضمان - انتشارات کتابهای جیبی - شماره ۳۳۹ صفحه ۲۹۹.

۱۲۴ - لایحه اولیه اصلاح قانون مدنی که در ۶۳/۳/۹ به تصویب هیأت وزیران رسیده حذف ماده ۷۰۶ را بعلت تکراری بودن با مفاد ماده ۷۰۳ ذکر کرده بوده است.

۱۲۵ - تحریر الوسیله ج ۲ صفحه ۲۷ ساله ۶۶: « یجوز ضمان الدین الحال حالا و موجلا ، و کذا ضمان الموجل موجلا و حالا ، و کذا یجوز ضمان الموجل بازید او انقص من اجله »

۱۲۶ - جامع الشتات ط اول ۱۲۷۷ صفحه ۳۹۲: « سؤال - هرگاه مخطوبه اجابت و قبول خطبه نماید و قرار به تزویج دهد و سابق بر اجراء صیغه نکاح مخاطب را اخراجات متعارفه متفرعه بر اجابت خطبه مثال ضیانت و عیدی و غیر اینها روی داده ، مبلغی خرج کند که تسمیه آن در حین عقد و دخول آن در صداق متعارف نبوده باشد و بعد از آن از اجابت رجوع کرده راضی به تزویج نشود . آیا والحاله هذه مخاطب مذکور را میرسد که آنچه خرج کرده باشد از مخضوبه مذکوره مطالبه نماید یا نه ؟ جواب - بلی هرگاه چیزی از آن اشیاء موجود باشد میتواند رجوع کند و آنچه تلف شده باشد رجوع نمیتواند کرد به جهت آنکه خود ایشانرا مسلط کرده بر اتلاف مال خود و مفروض اینست که ایشان هم در حال رضا مندی بمصرف رسانیده اند و دلیلی بر ضمان و غرامت نیست والله العالم ».

۱۲۷ - جامع الشتات سیزای قمی - کتاب النکاح - ص ۴۰۲ . مولف چنین اداسه میدهد: « و همین معنی که ایشان در آن وقت راضی اند که سسترنند بر اراده خود کافی است ، بجهت اباحه تصرف . و گاه است که در این وقت مطلقاً در متخیله اولیاء (دختر) خطور نمی کند که او (پسر) را رد کنند . و این حال را هم آن شخص مخاطب (پسر) از ایشان فهمیده و اباحه تصرف بجهت ایشان به این حال کرده (است) . و اباحه از جمله انشائاتی است که تعلیق مطلق بر نعیمدارد . بلی بعضی تعلیقات ، مثل اینکه بگوید: که اگر در قلب تو این باشد که دختر را بمن ندهی مباح نیست ، و اگر در قلب تو این باشد که بدهی مباح است خوب است . اما اگر بگوید که

الحال مباح کردم بتو که تصرف کنی بشرط اینکه در نفس الاسر عایقی رو ندهد ، یا بدائی به جهت تو حاصل نشود ، پس در این صورت اباحه حالیه معنی ندارد و انشاء صورت نمی پذیرد ، کمالاً یخفی . بلی اگر بگوید: که اینرا الحال به تو اباحه می کنم و شرط میکنم با تو که اگر بدائی رو دهد (و) از جانب تو ندامتی بهمرسد ، عوض آن را بمن رد کنی خوب است . اما لزوم آن در ضمن عقد هدیه و اباحه معلوم نیست . و علی ای تقدیر اگر فرض ضمان تواند شد در صورت چنین شرط است و گرنه ، دلیلی بر غرامت مطلقاً نیست . و این نظیر آنست که کسی با کسی دوست باشد و به رسم هدیه و اباحه و غیر آن مال خود را از دوست خود مضایقه نکند ، در کمال طیب نفس مال خود را به او روا دارد ، و آن دوست نیز مال بسیار از این دوست به این نهج به تلف آورد . بعد از آن اتفاق افتد که دشمنی شدید بینهما حاصل شود . الحال اگر از راه عداوت بگوید: که از مال آنچه که خورده ای به تو حلال نمیکم ، یا آنکه خواهد دعوی غرامت بکند ، هر دو این سخنها عاطل و باطل است و شک نیست که اگر در حین دوستی تصور میکرد که این شخص به این نحو دشمن او خواهد شد در آن وقت به او مال خود را روا نمی داشت . پس اگر بگوئی: که اجابت اولیاء سبب اتلاف مال مخاطب شده و غرامت بر تسمیب مترتب میشود ، گوئیم: که با وجود آنکه در این سبب عداوتی نیست و آنچه مسلم است در تأثیر به سبب صورت عدوان است که سبب مخاطب اقرب است که خود بایشان داده ، و اگر بگوئی: که اولیاء مباشر اتلاف نموده اند پس باید غرامت بکشند ، گوئیم: غرامتی بر سر مرخص فیه مترتب نیست . اگر گوئی: که رخصت بشرط بقای بر رضا است نه مطلقاً . گوئیم: رخصت در حال رضا است نه بشرط بقای بر رضا و دوام آن ، چنانکه گذشت . »

۱۲۸ - دکتر ناصر کاتوزیان ، حقوق مدنی: خانواده ص ۴۵ بعد و ش ۲۲ ص ۳۵ بعد - رجوع کنید به: امامی: حقوق مدنی ج ۴ ص ۲۷۲ - ۲۷۳

۱۲۹ - دکتر جعفری لنگرودی: حقوق خانواده ش ۱۱ ص ۱۰ . قریب بان: شهید مرتضی مطهری: نظام حقوق زن در اسلام ص ۱۹ ، محقق داماد: قواعد فقه (بخش مدنی) ، ۱۳۶۳ ص ۱۸۳ . ۱۳۰ - آخوند ملا کاظم خراسانی: حاشیه بر مکاسب ، ص ۴۵ ، سید محسن حکیم: نهج الفقاهه ج ۱ ص ۲۶۹ - ۲۷۳ ؛ میرزا علی قلی طباطبائی: الدرر الحائریه ص ۲۶ ؛ ولی برای نظر مخالف: سید محمد کاظم طباطبائی یزدی ، حاشیه بر مکاسب ج ۱ ص ۱۷۹ ، سید محسن بجنوردی: القواعد الفقهیه ، ج ۱ ص ۲۳۷ .

۱۳۱ - قضاء به عرف و عادت را معمولاً به مواردی میگویند که مستند رأی قاضی صرفاً عرف و عادت مسلم باشد (جواهر الکلام ج ۶ ص ۴۱۴ ؛ معین الحکام ص ۱۳۸ به نقل از دایرة المعارف اسلامی - قضائی سابق الذکر ج ۲ ص ۹۹۱) ۱۳۲ - مقایسه شود به توضیحات مرحوم میرزای قمی که

فوقاً در پاورقی شماره ۱۲۷ نقل شده است .

۱۳۳ - از این قبیل است مصوبه شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران مورخ ۲۳/۴/۵۹ راجع به مهلت‌های مرور زمان مطالبه کسر و اضافه دیانتی ... (مجموعه قوانین ۱۳۵۹ صفحه ۳۷۷) - قانون راجع به ترانزیت کانالاً مصوب ۱۷/۳/۶۰ مجلس شورای اسلامی، در مورد مرور زمان در مورد سود بازرگانی و حقوق گمرکی. شورایی قضائی در سهرماه ۱۳۶۲ پاسخ داده است که این حقوق از ابتداء رحسب قانون حق معمول برای دولت و محدود بحدود خاصی ز جمله زمان گردیده که با موازین شرعی مخالفتی ندارد (پاسخ و سئوالات از کمیسیون استفتائات ج ۱ - ۱۳۶۲ ص ۱۱) . (قانون راجع به رفع محدودیت زمانی ترانزیت کانالاً مصوب ۱۵/۱۰/۶۲ روزنامه رسمی ۲۴/۱۱/۶۲ آنرا اصلاح نموده است)

۱۳۴ - رک به پاورقی شماره ۱۰۲ .

۱۳۵ - نظریه شورای نگهبان شماره ۷۲۵۷ مورخ ۲۷/۱۱/۱۳۶۱ مندرج در روزنامه رسمی ۳/۶/۶۳

۱۳۶ - استئوال شورایی قضائی درباره دینوع مرور زمان که در قانون آئین دادرسی مدنی و «در ماده ۱۲ قانون آئین کیفری» مندرج است بوده ولی پاسخ شورای نگهبان تنها به ذکر مواد قانون آئین دادرسی مدنی اکتفا نموده و اشاره‌ای به مرور زمان در دعاوی کیفری ننموده است . بعلاوه معلوم نیست چرا نظریه شورای نگهبان پس از حدود ۱/۵ سال تأخیر رسماً اعلام شده است .

۱۳۷ - فی المثل شورای نگهبان در نظریه مورخ ۹/۵/۶۳ بشماره ۱۴۸۸ اعلام نموده است مجازات متعاقبین و عاقد در عقد ازدواج غیررسمی و در ازدواج مجدد (مذکور در قانون ازدواج و قانون حمایت خانواده) شرعی نمیباشد (روزنامه رسمی ۶/۶/۶۳) ولی حجت الاسلام مهدوی کرمانی رئیس دادگاههای مدنی خاص گفته‌اند: این نظریه بصورت قانون به محاکم ابلاغ نشده و فعلاً لازم الاتباع نیست (مصاحبه با کیهان ۶/۱۰/۶۳ ص ۲۲) و دادگاه صلح مستقل پایه در پرونده ۶۱/۶۱-۶۱۸ شخص مجهول‌المکانی ر به اتهام «جاری نمودن صیغه ازدواج عادی بین ... و ... تحت پیگرد قرارداد و اخطاریه آنرا در روزنامه کیهان (مورخ ۸/۱۲/۶۳ ص ۵) طبق مقررات آئین دادرسی کیفری منتشر نموده است .

۱۳۸ - دکتر محسن شفاثی : اسلام و قانون مرور زمان - تهران ۱۳۴۵ ص ۲۱۴ - در فقه امامیه مضمی زمان یا تقادم زمان (مرور زمان) در مورد بعضی از دعاوی مدنی و کیفری مطرح شده است چنانکه گفته شده است هر گاه شش ماه از تاریخ وقوع زنا بگذرد شهادت مجرمه قابل استماع نخواهد بود . معذک به این روایت عمل نشد، زیرا روایات دیگر روشن مینمایند که مقصود سوردی بوده که مجرم توبه کرده است (جواهر الکلام ج ۶ - قیم ص ۴۷۸ نگاه کنی : دکتر جعفری لنگرودی : دایرة المعارف علوم اسلامی - قضائی ج ۱ ص ۴۸۱) .

۱۳۹ - شرح المجله تألیف رستم باز - بیروت ۱۸۸۹ - باب

۲ کتاب ۱۴ : دکتر محسن شفاثی کتاب سابق ص ۱۵۹ بعد : دکتر متین دفتری - آئین دادرسی مدنی ج ۱ ص ۱۹ . ۱۴۰ - رد المختار : ابن عابدین ط ۱۳۸۶ ه قاهره - ج ۵ ص ۳۹۰ - ۴۱۹ - ۴۲۰ - ۴۲۱ : اعلام الموقعین : ابن قیم جوزیه حنبلی ط قاهره - ج ۳ ص ۴۳۲ - ۴۵۲ و ۴۹۰ . ۱۴۱ - لسان الحکام تألیف محمد بن ابی الفضل الحنفی ط ۱۳۹۳ ص ۲۲۹ . ۱۴۲ - الفروق تألیف القرافی المالکی ط ۱۳۴۴ ج ۴ ص ۷۴ .

۱۴۳ - خواجه رشید الدین فضل الله همدانی در جامع التواریخ (ص ۱۰۱۴) فرمان غازان را چنین ذکر میکند : « هر دعوی که از سی سال باز با وجود تمکن مدعی و ارتفاع موانع متعرض آن نشده باشند ، اگر بعد از انقضاه آن مدت ، دعوی کنند اصلاً نشنوند . چه فساد چنان دعاوی ، ظاهر است و شنیدن آن مستهجن و سلاطین سلجوقی پیش از این با آن معنی افتاده‌اند و به مدد اجتهاد ائمه وقت ، منع سماع آن کرده ، بعد از آن ائمه و قضات و علماء اسلام در این معنی به استقلال مکتوبات نوشته و آن حکم را موکد گردانیده‌اند . » تعهدنامه دیگری بهمین مضمون توسط قاضی فخرالدین هراتی تهیه شده است که در کتاب آقای دکتر جعفری لنگرودی (دایرة المعارف مذکور ج ۱ ص ۱۰۱۴ و ۱۰۱۵ کلمه کهنه قباله) نقل شده و قضات سیاسیستی بر اجرای آن سوگند یاد کنند (و نیز ملاحظه شود تاریخ حقوق ایران : دکتر جعفری لنگرودی ص ۱۱۸) .

۱۴۴ - متن سخنان سیدحسن مدرس در جلد چهارم کتاب تاریخ بیست ساله ایران تألیف حسین مکی - تهران ۱۳۶۱ - صفحات ۴۶-۴۷ الی ۴۴۷ آورده شده است .

۱۴۴/۱ - دکتر امامی : حقوق مدنی - ج ۴ ص ۲۸۴ دکتر ناصر کاتوزیان : حقوق مدنی - خانواده ، از انتشارات دانشگاه تهران - ۱۳۵۷ ص ۶۹ ش ۴۴ - دکتر جعفری لنگرودی حقوق خانواده ش ۲۶ ص ۲۲ .

۱۴۵ - در اولین متن اصلاح قانون مدنی که به شماره ۳۵۹۶/ق در تاریخ ۱۹/۱۱/۶۱ از مجلس شورای اسلامی به دولت ابلاغ گردیده بود (قبلاً در پاورقی شماره ۴ بیان شد) ماده ۱۳۰۹ بدینگونه اصلاح شده بود : « ماده ۱۳۰۹ - هر کس که دارای ۱۵ سال تمام نباشد در حکم غیررشید است . مگر اینکه بدحد بلوغ رسیده و رشد او در محکمه ثابت شود . در این متن تبیین از فتوائی شده بود که ثبوت رشد را قبل از سن بلوغ (یعنی ۱۵ سالگی تمام) برای صغیر نیز ممکن میدانند . (رک - تحریر الوسیله ج ۲ ص ۱۷ مساله ۱۱ : « لو احتمال حصول الرشد للصبی قبل بلوغه یجب اختباره قبله لیسلم الیه . ماله بمجرد بلوغه لوأنس منه الرشد والافتنی کل زمان احتمال فیه ذلک عند البلوغ او بعده . » در متن دوم اصلاح قانون مدنی مورخ ۲/۱۲/۶۱ که بعداً لازم الاجراء گردید هیچگونه اشاره‌ای به ماده ۱۳۰۹ نشده است .

۱۴۶ - نامه شماره ۴۱۶ لک - ق - ۶۲/۵/۳۱ (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۲ ص ۴۴۵) : « پیرونامه شماره ۶۲/۵/۲۵ - (ظاهراً مقصود بازگشت بنا به باشد) به اطلاع میرساند که ماده (۱۲۰۹) قانون مدنی در مصوبه کمیسیون امور قضائی حذف گردیده است و درج آن در مجموعه های چاپ شده اشتباه است . »

۱۴۷ - ماده ۱۳۱۰ سابق : « اگر موضوع دعوی عقد یا ایقاع یا تعهدی بیش از پانصد ریال باشد نمیتوان آنرا فقط بوسیله شهود اثبات کرد اگرچه مدعی دعوی خود را به پانصد ریال تقلیل داده و با از سازاد آن صرف نظر کند » (مشابه این ماده در قانون شهادت و امارات مصوب ۱۳۰۸/۳/۲۵ آورده شده بود که خود ظاهراً متخذ از ماده ۱۳۴۳ قانون مدنی فرانسه میباشد : « کسیکه موضوع دعوی او بیش از ۵۰ فرانک باشد، شهادت برای اثبات دعوی او قابل استماع نیست هر چند خواهان بعداً خواسته خود را تقلیل دهد. » - ماده ۱۳۱۱ سابق : « قیمت پانصد ریال در زمان عقد یا ایقاع و یا تعهد منط است نه موقع مطالبه . ولی نسبت به آنچه قبل از اجرای این قانون واقع شده منط قیمت روز مطالبه است . » در زمینه اثر کاهش ارزش پول بر تعهدات ، رجوع شود به :

S. H. Enayat : Inflation et théorie de la responsabilité civile Thèse. D. Et. Paris, 1980

۱۴۸ - مجموعه قوانین ۱۳۰۷ صفحه ۲

۱۴۹ - مجموعه قوانین ۱۳۰۸ صفحه ۳۲

۱۵۰ - در حقوق فرانسه محدودیتهائی بر قاعده مندرج در ماده ۱۳۴۱ ق.م. فرانسه که فوقاً ذکر شد ایجاد شده است. نخست در روابط تجاری، گواهی برای دعاوی مربوط به مبلغ بیش از ۵۰ فرانک پذیرفته شده است (ق.ت. فرانسه ماده ۱۰۹ - رأی دیوان کشور فرانسه ، شعبه مدنی ۱۹ ژانویه ۱۸۷۴ دالوز ۷۴ - ۱ - ۱۴۱ - شعبه عرائض ۲۹ ژوئن ۱۸۹۳ دالوز ۹۴ - ۱ - ۴۰۷). دوم آنکه اگر سند دلیلی کتبی موجود باشد که سدرجات ظاهری سند را بی اعتبار نشان میدهد استناد به گواهی گواهان سسموع خواهد بود (رأی دیوان کشور فرانسه شعبه مدنی ۳ ژانویه ۱۹۳۳ دالوز هفتگی ۱۹۳۳ ص ۸۳) و بالاخره منع استناد به گواهی بر رغم یک سند کتبی شامل مواردی نمیگردد که گواهی جهت تفسیر سند کتبی بکار گرفته میشود (رأی دیوان کشور فرانسه . شعبه عرائض ۳۱ مارس ۱۸۸۶ - دالوز ۸۷ - ۱ - ۸ - شعبه مدنی یکم ۳ مارس ۱۹۶۹ دالوز ۱۹۶۹ ص ۴۷۷ - رأی ۹ مه ۱۹۷۳ دالوز ۱۹۷۳ ص ۱۲۶).

۱۵۱ - جامع التواریخ رشیدی - صفحه ۱۰۱۵

۱۵۲ - مراجعه شود به جامع عباسی تألیف شیخ بهائی ص ۳۷۱ ؛ تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۴۶ مساله ۱ ؛ قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱ برای قتل عمد ، شهادت دو مرد عادل و برای قتل شبه عمد یا تحطائی شهادت دو مرد عادل و یا

یک مرد عادل و دو زن عادل و یا یک مرد عادل و قسم مدعی را ضروری میداند (ماده ۳۳ بندهای الف - ب و نیز مواد ۳۴ ، ۳۵ و ۳۶ در مورد زنا با شهادت چهار مرد عادل یا سه مرد عادل با دو زن عادل ثابت میشود (ماده ۹۱) ؛ در مواردی که زنا موجب حد جلد باشد شهادت دو مرد عادل یا چهار زن عادل نیز ثابت میشود (ماده ۹۲) جرائم سرقت ، قوادی ، قذف ، شرب خمر با شهادت دو مرد عادل ثابت میشود (مواد ۲۱۶ ، ۲۱۷ ، ۱۸۶ ، ۱۲۸) و لواط با شهادت چهار مرد عادل ثابت میشود (ماده ۱۴۸) .

۱۵۳ - در عمل دادگاهها تعدد گواهان را شرط اعتبار آن قرارداد کرده بودند و کمترین گواهی دونفر قناعت میکردند ولی حکم ۱۵۹۴ - ۱۳۱۳/۱۱/۳۰ دادگاه انتظامی آنرا تخلف ندانسته (رک : دانشنامه حقوقی دکتر جعفری لنگرودی ج ۵ ص ۱۸۱) .

۱۵۴ - ملاحظه شود : دایرة المعارف قضائی - اسلامی دکتر جعفری لنگرودی ج ۲ ص ۸۴۹ به بعد و دانشنامه حقوقی همان مؤلف ج ۵ ص ۱۷۹ بعد .

۱۵۵ - ملاحظه شود عوائد الایام فاضل نراقی - ط سنگی ، ص ۲۷۳ - تحریر الوسیله ج ۲ ص ۴۸ - الاول .

۱۵۶ - محقق حلی در شرایع - (کتاب القضاء - مسائل : الاولى) : لو شهد للمدعی ان الذیة ملکه من ذممة فدل منها علی اقل من ذلك قطعاً او اکثر سقطت الذیة لتحقق کذبها .

۱۵۷ - مراجعه شود به آمار مندرج در انتهای ج ۴ کتاب تاریخ بیست ساله ایران تألیف حسین سکی - تهران ۱۳۶۱ در ۱۳۰۸ پهلوی طلا معادل ۱۰ ریال و لیره معادل ۶۵ ریال بوده است (همان کتاب - ص ۵۱۷ بعد)

۱۵۸ - در تاریخ قضائی ایران همانطور که برای شهادت اعتبار بیشتری قائل بوده اند به همان اندازه هم مجازاتهای شدیدتری برای شهادت کذب وضع و اجراء مینموده اند . (ملاحظه شود سیاحتنامه شوالیه شاردن در دوره صفویه ط فرانسه ۱۷۲۳ روان ، ج ۶ فصل ۱۷ درباره محاکم کینری ایران)

۱۵۹ - در کتب فقهی معمولاً : در باب عدم حجیت سند کتبی و قرطاس یا قبالة نکات متعددی مندرج است (سیرزای قمی در جامع الشتات در صفحه ۳۱۴ اثبات وصیت را به شیاع پذیرفته و به حرف « وقف نامه طویل - عریضی مذهبی منتجی » کافی ندانسته . در ص ۱۴۱ مینویسد : « مجرد کاغذ و خط حجت شرعیه نمیشود » و در ص ۶۷۶ نیز اعلام میدارد « مجرد قبالة حجت شرعیه نیست » همچنین در ص ۷۰۱ میگوید « محض کاغذ و تسک حجت شرعیه نیست » و برخی از شارحین حتی معتقدند که در فقه ، اصل عدم اعتبار سند عادی است (آقای دکتر جعفری لنگرودی : دایرة المعارف علوم اسلامی قضائی ج ۲ ص ۷۶۱ ش ۸) . در عین حال با بررسی مواردی که به نوشته کتبی استناد شده و فتاوی فوق الذکر که در آن موارد مدار شده ، بنظر میرسد مقصود صرف نوشته و قبالة هائی بوده که

از پانصد ریال کمتر باشد قابل استناد نیست. « (رای دادگاه انتظامی قضات شماره ۲۷۷۳ مورخ ۱۳۱۸/۴/۳۱)

۱۶۶ - حقوق مدنی دکتر سید حسن امامی ج ۶ ص ۷۶
۱۶۷ - در لایحه اصلاح بعضی از مواد قانون مدنی مصوب ۹/۳/۶۱ هیأت وزیران ماده ۱۶۱ ق. م. (در قسمت اول آن که مالکیت صاحب زمین را بر معدن آن پذیرفته است) . معارض با اصل ۴۵ قانون اساسی دانسته بود ولی در کمیسیون مجلس این نظر پذیرفته نشد.

۱۶۸ - ماده ۱ سابق ق. م. «توانین باید در ظرف سه روز از تاریخ توشیح بصفحه بلوگانه منتشر شود.»

۱۶۹ - در این زمینه ماده واحده قانون تعیین مهلت قانونی جهت اجرای اصل ۱۲۳ قانون اساسی مصوب ۱۳۶۰/۳/۱۷ (مجموعه قوانین ۱۳۶۰ ص ۱۰) که ماده ۱ جدید اصلاحی ق. م. از آن الهام گرفته است، مقرر می‌دارد: «چنانچه رئیس جمهور مصوبات مجلس شورای اسلامی و یا نتیجه همه‌پرسی را پس از ابلاغ به وی اسضاء نکند مصوبه و نتیجه همه‌پرسی پس از پنج روز از تاریخ ابلاغ به رئیس جمهور لازم‌الاجراء است. تبصره ۱: رئیس مجلس موظف است مصوبه و تاریخ ابلاغ آن به رئیس جمهور را همزمان به رئیس دولت اطلاع دهد. تبصره ۲: در طرحها و لوایحی که با قید فوریت به تصویب رسیده است پس از ۴۸ ساعت از تاریخ ابلاغ به رئیس جمهور چنانچه وی اسضاء نکرد لازم‌الاجراء است.»

۱۷۰ - رک. دکتر کاتوزیان: مقدمه عمومی علم حقوق ط ۲ - ۱۳۶۳ ص ۴۶

۱۷۱ - ماده ۹۸۱ سابق ق. م. «اگر در ظرف مدت پنج سال از تاریخ صدور سند تابعیت معلوم شود شخصی که به تبعیت ایران قبول شده فراری از خدمت نظام بوده و همچنین هر گاه قبل از انقضای مدتی که مطابق قوانین ایران نسبت به جرم یا مجازات، سرورزمان حاصل میشود معلوم گردد شخصی که به تبعیت قبول شده محکوم به جرحه مهم یا جنایت عمومی است هیأت وزراء حکم خروج او را از تابعیت ایران صادر خواهد کرد.»

۱۷۲ - تبصره سابق ذیل ماده ۹۸۱ ق. م. «اتباع خارجه که به تابعیت ایران قبول میشوند در صورتی که در ممالک خارجه متوقف باشند و مرتکب عملیات ذیل شوند علاوه بر اجرای مجازاتهای مقرر با اجازه هیئت وزراء تابعیت ایران از آنها سلب خواهد شد:

الف - کسانی که مرتکب عملیاتی برخاسته از داخلی و خارجی مملکت ایران بشوند و مخالفت و ضدیت با اساس حکومت ملی و آزادی بنمایند.

ب - کسانی که خدمت نظام وظیفه را بطوریکه قانون ایران مقرر می‌دارد ایفاء نمایند.»

۱۷۳ - رک: نی بویه: دوره حقوق بین الملل خصوصی جلد اول. شماره ۱۱۱

سورد انکار و تردید طرف مقابل قرار گرفته یا اسکان احراز اصالت آن در نزد قاضی میسر نبوده است وگرنه بعید بنماید که اگر شرایط سندرج در بند ۲ ماده ۱۲۹۱ ق. م. جمع شود - یعنی «هر گاه در محکمه ثابت شود که سند مزبور را طرفی که آنرا تکذیب یا تردید کرده فی الواقع اسضاء یا سهر کرده است» و اعتبار سند محرز گردد بمنزله اقرار به محتوای آن تلقی نشود (مع ذلک رجوع کنید به دایرة المعارف مذکور ج ۲ ص ۷۵۹ ش ۴)

۱۶۰ - مثلاً رأی شعبه یک دیوان کشور بشماره ۴۳۱ مورخ ۱۳۱۸/۳/۱ مقرر داشته: «خلع ید مستاجر از عین مستاجره پس از انقضای مدت اجاره از قبیل عمل به تعهد نبوده و قابل اثبات به شهادت شهود میباشد و مشمول ماده ۱۳۰۷ ق. م. نیست.» حکم تمیزی ۷۵۹۵ - ۱۶۳۱ مورخ ۱۳۱۰/۱۲/۲۷: «نوشتجاتی را که حاکی از وقوع عقد و سایر کیفیات معامله باشد ... این قبیل از نوشتجات که ... دارای سجل وقوعی و یا اعترافی مؤقن محلی است و بترتیب سابق تنظیم گردیده از اسناد عادی محسوب است و عنوان شهادت بر آن صادق نیست تا نتوان وقوع عندها ایتامی را به آن اثبات نمود.»

۱۶۱ - تفاوت «محتویات» با «سندرجات» در این است که «محتویات» مربوط است به امور مادی سند، ولی «سندرجات» سند اسور معنوی است (کتاب دکتر امامی ج ۶ ص ۷۱ و ۷۲ ملاحظه شود).

۱۶۲ - قانون مدنی در مورد ماده سابق ۱۳۰۸ تصریح نموده بود «ولو آنکه سرضوع سند کمتر از پانصد ریال باشد» و دکتر امامی (ج ۶ ص ۱۹۲) این قید را نیز به ماده ۱۳۰۹ نیز تسری داده است.

۱۶۳ - حقوق مدنی دکتر امامی ج ۶ ص ۷۴ - طبق تبصره ذیل ماده ۷ قانون ثبت اسناد و املاک: «هر گاه کسی که بموجب سند رسمی اقرار به اخذ وجه یا مالی کرده یا تادیه وجه یا تسلیم مالی را تعهد نموده مدعی شود که اقرار یا تعهد او در مقابل سند رسمی یا عادی یا حواله یا برات یا چک یافته طلبی بوده است آن طرف معامله به او داده و آن تعهد انجام نشده و یا حواله یا برات یا چک یافته طلب پرداخت نگردیده است این دعوی قابل رسیدگی خواهد بود.»

۱۶۴ - در باره تفکیک اعلامیات ماسور رسمی و اعلامیات فرد در سند رسمی رجوع شود به حقوق مدنی امامی ج ۶ ص ۷۳ و رساله دکتر کاتوزیان: وصیت ص ۱۵۳ ش ۱۴۶.

۱۶۵ - بهین نحو در مورد سند عادی نیز اجرای ماده ۱۳۰۸ مورد توجه قرار می‌گرفته است: «خواننده مدعی رد وجه سند عادی مورد استناد خواهان گردید و شهودی بر طبق دفاع خود آورد دادگاه خواهان را به امتداد شهادت مزبور محکوم نمود، تخلف است زیرا اگر چه مستند دعوی سند عادی بود ولی اعتبار آن به جهت عدم اعتراض خواننده به صحت آن و ادعای رد وجه محرز بوده و شهادت شهود طبق ماده ۱۳۰۸ ولو اینکه خواسته

۱۷۴ - رک . حقوق بین الملل خصوصی تألیف هانری باتیفول ج ۱ ش ۱۴۵ پاورقی ۸۱/۳

۱۷۵ - رجوع شود به پلی کپی حقوق بین الملل خصوصی^۱ دکتر محمد سلجوتی - انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه ملی (بهشتی) - سالتحصیلی ۵۸ - ۵۹ ص ۲۱

۱۷۶ - ملاحظه کنید : صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران - ط مجلس - جلسه ۲۹ مورخ ۵۸/۷/۲ صفحه ۵۹۸ - ۵۹۹ که پس از رأی گیری کلمه (فقط) را قبل از (در صورتی) از متن پیشنهادی حذف نمودند .

۱۷۷ - قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۶۳/۷/۲۹ (روزنامه رسمی ۶۳/۸/۲۲) در ماده ۴۹ به بعد مجازات جرائم مربوطه را معین نموده است .

۱۷۸ - بهمین دلیل آنچه که بعضی از نویسندگان بشرح زیر گفته اند کاملاً منطقی است : اشخاصی که تابعیت ایرانی را کسب و در ایران اقامت گزیده باشند و مرتکب عملیات مندرج در بند الف (از تبصره ذیل) ماده ۹۸۱ ق.م. شوند بدون اینکه از تابعیت ایران اخراج گردند فقط به مجازاتهای قانونی محکوم میشوند و از این نظر تفاوتی بین آنان و اشخاصی که تابعیت ایرانی ، تابعیت اصلی آنها میباشد وجود ندارد (دشت آراء : پلی کپی حقوق بین الملل خصوصی - دانشگاه شهید بهشتی (ملی) دانشکده حقوق - قسمت ۱ سال تحصیلی ۵۷-۵۸ ص ۷۱۹) .

۱۷۹ - رک ، جواد عامری : حقوق بین الملل خصوصی (ط ۱۳۶۲) ص ۶۲

۱۸۰ - باتیفول در کتاب حقوق بین الملل خصوصی ج ۱ ش ۱۴۵ ص ۱۶۶ (ط ۶ - ۱۹۷۴ پاریس) مشروعیت اتخاذ این ضوابط را مورد تأکید قرار داده و این حق را برای دولتها نسبت به سلب تابعیت خود قائل شده است :

Dans l'état actuel du droit international public il rest guère évitable qu'un Etat refuse de sacrifier ce qu'il considère en cette matière comme indispensable à son ordre interne pour la raison que l'ordre international répugne à l'apatridie... S'il est concevable que d'autres sanctions soient pratiquées dans l'avenir, l'ordre international, qui n'en offre pas actuellement, reconnaît la liberté des Etats à ce sujet en affirmant leur compétence pour la détermination de leurs nationaux .

۱۸۱ - سلب تابعیت فرانسوی در موارد ذیل بعمل میآید : کسانی که محکوم بارتکاب جنحه یا جنایتی علیه امنیت کشور گردند ، کسانی که به علت فرار از خدمت وظیفه محکوم شوند ، کسانی که در فرانسه یا در خارج با ارتکاب جرمی که طبق

قانون فرانسه جنایت محسوب میشود محکوم به حداقل پنج سال حبس بشوند ، و بالاخره کسانی که به نفع یک دولت خارجی اعدالی معارض یا ملیت فرانسوی انجام و به منافع فرانسه لطمه وارد آورند .

۱۸۲ - رک : رأی دیوان فدرال آمریکا مورخ ۱۸ فوریه ۱۹۶۳ در پرونده کندی ریندوزامارتی نر 372, U.S. 144 - ۱۸۳ - در طرح پیشنهادی قانون تابعیت ایران که در ۱۳۵۶ از طرف اداره تابعیت وزارت امور خارجه انتشار یافت ماده ۱۳ بنحو ذیل تدوین شده بود :

ماده ۱۳ - موارد سلب تابعیت کتسابی : دولت ایران میتواند تا پنج سال از تاریخ صدور سند تابعیت ، در هر یک از موارد زیر تابعیت اکتسابی را سلب نماید . الف - هرگاه معلوم شود اسنادی که بموجب آنها تابعیت ایران اعطا گردیده بی اساس یا معیوب بوده است . ب - شخص خدمت زیر پرچم را بدون عذر موجه انجام ندهد . پ - معلوم شود که شخص پس از کسب تابعیت ایران تابعیت کشور دیگر را حفظ کرده
تد شخص مرتکب عملیاتی برضد امنیت داخلی و یا خارجی ایران شود « این ماده از ترکیب و تعمیم مقررات مندرج در ماده ۹۸۱ ق.م. طرح ریزی شده بوده است .

۱۸۴ - در نظریه آقای دکتر عبدالحسین علی آبادی دادستان سابق کل کشور راجع به موضوع مطروحه در هیات عمومی دیوان کشور مورخ ۱۳۴۸/۷/۲۴ رأی ۱۲۱ گفته شده است که در مورد تبصره ماده ۹۸۱ ق.م. « با اینکه محاکم عمومی حکم مجازات را معلوم میکنند معذک سلب تابعیت را (قانون) بعهده هیأت وزیران گذارده است . «

۱۸۵ - مع ذلک متأسفانه در ماده ۹۸۹ ق.م. تغییر این جمله فراموش شده است .

۱۸۶ - مقایسه شود : دکتر کاتوزیان - دوره مقدماتی حقوق مدنی ج ۱ ص ۱۳۸

۱۸۷ - در گذشته نیز محاکم شرع صلاحیت برای نصب قیم نداشته اند ، زیرا با تصویب قانون امور حسبی ۱۳۱۹ (طبق مواد ۴۸ و ۴۹) دادگاه شهرستان محل اقامت شخص مجبور در این زمینه صالح شناخته شده بود و لهذا گفته میشد که قانون امور حسبی بطور ضمنی قانون مدنی را در سواد فوق الذکر نسخ کرده بود (دکتر امامی : حقوق مدنی ج ۵ ص ۲۷۴ - دکتر جعفری لنگرودی : دانشنامه حقوقی ج ۵ - ۱۳۵۸ ذیل قیومت ص ۱۱۱ ش ۵) مراجعه شود به جزوه پلی کپی حقوق مدنی ۱ درس نویسنده این سطور در دانشکده حقوق دانشگاه تهران سالتحصیلی ۶۲ - ۶۳ ص ۱۷ بعد

۱۸۸ - به پلی کپی حقوق مدنی ۱ ص ۲۲ مراجعه شود . صلاحیت دادگاه مدنی خاص در دعاوی راجع به اصل وقتیت بطور عام تفسیر شده است . رأی وحدت رویه هیات عمومی ۱۱/۶۱ مورخ ۶۱/۱۱/۹ مجموعه قوانین ۱۳۶۱ - ص ۱۹ به بعد .

(مواد ۴۲ بعد) ، مساقات (مواد ۶۱ بعد) شرکت (مواد ۸۵ بعد) مقرراتی متفاوت با قانون مدنی وضع نموده است .

۱۹۶ - دکتر امامی : حقوق مدنی ج ۲ صفحه ۹۴ ، دکتر کاتوزیان : حقوق مدنی مشارکتها ، صلح ، عطایا ، ۱۳۶۳ ص ۲۳۱ بعدش ۱۳۶

۱۹۷ - تحریر الوسیله ج ۱ ص ۶۴۵ م ۱۱ - جواهر الکلام کتاب المساقه ج ۴ ص ۴۰۹ (ط ۱۲۷۲ . ۵) یا ج ۲۷ ص ۳۷۲ (ط بیروت) .

۱۹۸ - تحریر الوسیله ج ۱ ص ۶۴۴ مساله ۸ ، امامی ج ۲ ص ۹۶ ، کاتوزیان : همان کتاب ش ۱۲۷ - بعلاوه ماده ۵۴۴ در ارجاع حکم به ماده ۵۴۱ راه صحیح نیبوده است .

۲۰۰ - تحریر الوسیله ج ۲ ص ۲۹۲ ، ۲۰۱ - تحریر الوسیله ج ۲ ص ۲۹۵ مساله ۱۱ - مسالک الافهام ج ۱ کتاب النکاح ص ۶۳ معذک نگاه کنید به کتاب حقوق خانواده دکتر جعفری لنگرودی صفحه ۲۱۹ بعدش ۲۵۵

۲۰۲ - رجوع کنید به حقوق مدنی دکتر امامی ج ۴ ص ۴۷۰ - ۴۷۱ - شایگان حقوق مدنی ش ۷۴۳ ص ۳۴۴ - دکتر کاتوزیان : حقوق مدنی - خانواده - انتشارات دانشگاه ص ۲۵۶ بعدش ۱۶۲ بعد .

۱۸۹ - بدین ترتیب ماده ۱۲۲۳ اصلاحی ن.م. ناسخ مواد ۴۸ و ۴۹ (قسمت اخیر آن) قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ میباشد .

۱۹۰ - ولی در ماده ۱۲۲۴ « نظامنامه » بدون تغییر ابقا شده و حال آنکه میبایستی به « آئیننامه » و یا « بخشنامه » تبدیل مییافت (اصل ۱۳۱ قانون اساسی) .

۱۹۱ - قانون اساسی جدید همه جا (اصول ۱۲۶ ، ۱۳۴ ، ۱۳۷ ، ۱۳۸ و غیره) از « هیأت وزیران » نام میبرد .

۱۹۲ - طبق ماده ۳۴۷ اصلاحی : « شخص کور میتواند خرید و فروش نماید مشروط بر اینکه شخصاً « بطریقی غیر از معاینه یا بوسیله کس دیگر ولو طرف معامله جهل خود را مرتفع نماید » . مقایسه شود : تحریر الوسیله ج ۱ ص ۵۱۵

۱۹۳ - تحریر الوسیله ج ۲ صفحه ۳۷ مساله ۱۰ : تبراً ذمه الکفیل باحضار المكفول ... و نگفته است : تبراً ذمه الکفیل باحضار مكفوله ... مع ذلك در جامع عباسی آخر ص ۲۲۵ آمده است : « ویتسليم کردن آن شخصی که ضامن بدن او شده کفیل بری الذمه میشود . »

۱۹۴ - به کتاب دکتر امامی ج ۲ ص ۳۰۷ رجوع شود . ۱۹۵ - لایحه حدود و شیوه فعالیت بخش خصوصی که در تاریخ ۲۵/۱۰/۶۳ در شور اول بتصویب مجلس رسید در پارادای از موارد خصوصاً در مورد حریم (مواد ۱۶ بعد) مزارعه

فهرست شرح مواد قانون مدنی

(شماره‌های داخل پرانتز مربوط به باورقی‌ها است)

شماره مقاله	ماده	شماره مقاله	ماده	شماره مقاله	ماده
۳۰	۱۲۵۱	۲۴	۹۸۱	۲۳	۱
۳۰/۸	۱۲۵۴	۲۶	۹۸۲	۲۶	۲۶
۲۲	۱۲۹۲	۱۷	۹۸۷	۳۱/۱۶/۱۴	۶۵
۲۱	۱۳۰۶	۲۶	۹۸۹	۱	۸۱
۲۲	۱۳۰۷	۲۰/۲۹/۲۸/۲۶	۹۹۱	۲	۱۶۲
۲۲	۱۳۰۸	۱۸	۱۰۳۶	۲	۱۶۳
۲۲	۱۳۰۹	۱۹/۶/۵	۱۰۳۹	۲	۱۶۴
۲۱	۱۳۱۰	۱۹	۱۰۴۱	۸	۲۱۱
(۱۳۴)	۱۳۱۱	۵	۱۰۴۲	۸	۲۱۲
۹	۱۳۱۳	۱۹/۶	۱۰۴۳	۱۴	۲۱۷
۱۰/۹	مکرر ۱۳۱۳	۲۹	۱۱۲۲	۳۱/۱۶/۱۳	۲۱۸
۱۰	۱۳۱۴	۷	۱۱۳۰	۱۷	۳۲۵
۱۱	۱۳۲۸	۲۰/۸/۴(۴)	۱۲۰۹	۶۲/۷۶(۱۶۷)	۳۴۷
۱۲	مکرر ۱۳۲۸	۲۰/۸/۴(۴)	۱۲۱۰	۳	۴۱۳
۱۳	۱۳۳۵	۳۰	۱۲۱۹	۳۱	۵۳۴
		۳۰/۲۷	۱۲۲۲	۳۱	۵۳۵
		۲۷	۱۲۲۳	۱۵	۶۵۳
		۳۰/۴(۱۶۵)	۱۲۲۴	۲۹	۶۵۵
		۳۰/۲۷	۱۲۲۵	۱۶	۶۶۲
		۲۷	۱۲۲۷	۱۶	۷۰۳
		۳۰/۲۷	۱۲۲۸	۱۶	۷۰۴
		۳۰	۱۲۳۶	۱۶	۷۰۶
		۳۰	۱۲۳۷	۱۶	۷۱۵
		۳۰	۱۲۴۱	۲۹	۷۴۷
		۳۰	۱۲۴۲	۴	۸۸۱
		۲۷	۱۲۴۳	۲۶	۹۸۰