

بررسی حقوقی و فقهی ماده ۲۶۵ قانون مدنی^۱

حمید ابهری*

ساناز رحیمی**

چکیده

ماده ۲۶۵ قانون مدنی مقرر داشته است: «هر کس مالی به دیگری می‌دهد ظاهراً در عدم تبرع است؛ بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مدیون آن چیز باشد می‌تواند استرداد کند». در تفسیر این ماده بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی این ماده را ظاهر در مدیونیت دهنده مال می‌دانند و بعضی دیگر معتقد به عدم مدیونیت دهنده مال بوده و اثبات استحقاق دریافت را بعهدده گیرنده مال می‌دانند. در فقه امامیه نیز در صورت اختلاف بین دهنده مال و گیرنده آن، در مورد تقدم قول دهنده یا گیرنده، بحث و اختلاف وجود دارد. در این تحقیق تلاش می‌شود تا با ذکر نظرات مختلف حقوقی و فقهی و نقد و بررسی آنها، نظری که بیشتر با نظام حقوقی ایران منطبق است انتخاب شود. خواهیم دید که تحویل مال به دیگری اماره مدیونیت است در حالی که در کلام فقها، در صورت بروز اختلاف بین دهنده مال و گیرنده آن، قول دهنده مال مقدم است.

کلید واژه‌ها: دین، مدیون، حقوقی، فقهی، تبرع.

۱- تاریخ وصول: ۹۲/۹/۳ تاریخ پذیرش: ۹۳/۵/۲۵

* دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه مازندران h.abhari@umz.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه مازندران

۱- بیان مسأله

ماده ۲۶۵ قانون مدنی، اولین ماده مربوط به وفاء به عهد می‌باشد که بین حکم مندرج در صدر و ذیل آن، به نحوی تعارض وجود دارد. صدر ماده بیان می‌کند: «هر کس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است...». بر این اساس، دادن مال به دیگری، ظهور در دین دهنده دارد و اثبات عدم مدیونیت با او است. ذیل ماده مقرر می‌دارد: «بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می‌تواند استرداد کند». بر این مبنا، گیرنده مال باید مقروض بودن دهنده مال را ثابت نماید. سؤالی که مطرح می‌شود این است که در صورت اختلاف بین دهنده و گیرنده مال در مبنای دادن آن، بار اثبات به عهده کدامیک از آنها است؟ در فقه امامیه، در صورت بروز اختلاف بین دهنده و گیرنده، قول کدامیک مقدم است؟

در این تحقیق ضمن بررسی موضوع در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه، خواهیم دید که بر اساس مقررات قانون مدنی، بار اثبات عدم مدیونیت بعهد دهنده مال است در حالی که در فقه امامیه، قول دهنده مال، مقدم بر قول گیرنده است. علت این تعارض این است که در تدوین ماده ۲۶۵ ق.م. از مقررات قانون مدنی فرانسه، الهام گرفته شده، از این رو، موضع حقوق این کشور نیز اجمالاً تبیین می‌شود و نهایتاً راهکار اصلاح ماده ۲۶۵ قانون مدنی ارائه می‌شود.

۲- بررسی حقوقی ماده ۲۶۵ قانون مدنی

بین حقوقدانان ایران در تفسیر ماده ۲۶۵، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از آنها، اثبات دادن مال به دیگری را کافی دانسته و گیرنده را موظف به اقامه دلیل در خصوص اشتغال ذمه پرداخت‌کننده می‌دانند و بعضی دیگر، پرداخت یا دادن چیزی به دیگری را اماره وجود دین دانسته و دهنده را موظف به اقامه دلیل در خصوص برائت ذمه خود می‌دانند. در این مبحث، به تحلیل و بررسی نظرات مختلف پرداخته می‌شود.

۳- عدم ظهور حکم ماده ۲۶۵ قانون مدنی در مدیونیت

نظر برخی از حقوقدانان در تفسیر این ماده این است که برای استرداد مال، کافی است که مدعی، مالکیت سابق خود بر مال در اختیار دیگری را ثابت نماید، زیرا: اولاً؛ از عبارت ماده ۲۶۵ بیش از این استفاده نمی‌شود که ظاهر از تسلیم مال این است که به طور تبرع نبوده، اما این امر دلالت نمی‌کند که

دادن مال، ظاهر در قصد و نیت ادای دین و یا اماره بر مدیونیت دهنده به گیرنده است. بنابراین، مسأله استرداد مال تسلیم شده، تابع قواعد و اصول کلی حقوقی است، این اصل حقوقی، همان اصل عدم مدیونیت یا اصل برائت می‌باشد. ثانیاً؛ با کمی دقت در قسمت دوم ماده که به صورت نتیجه قسمت اول تنظیم گردیده است، صحت آنچه در تفسیر ماده ذکر شده، تأیید می‌شود زیرا در قسمت دوم نتیجه‌ای که از قسمت اول گرفته می‌شود این است که اگر شخصی که مدیون نیست مالی به دیگران بدهد، می‌تواند آن را استرداد کند (شهیدی، ۱۳۸۵، ۲۳).

۴- دلایل و مستندات نظریه

این دسته از حقوقدانان استدلال خود را بر پایه دلایل زیر استوار نموده‌اند:

۴-۱- عدم امکان اثبات امر عدمی

مدیون نبودن به طور مطلق، یک امر عدمی است و عدم مطلق، قابل اثبات نیست. از طرف دیگر، برای امر عدمی مزبور معمولاً نمی‌توان ملازم وجودی پیدا کرد که با اثبات آن، امر عدمی به طور غیرمستقیم ثابت شود مانند آنکه گیرنده مال به مدیون نبودن دهنده مال خود اقرار کند (شهیدی، ۱۳۸۵، ۲۲). به عنوان مثال، اگر دهنده مال ثابت کند مال را به عنوان امانت، قرض و یا عاریه داده است، ثابت می‌شود که مال تسلیم شده به گیرنده را مدیون نبوده است.

با دقت در قسمت اخیر ماده ۲۶۵ نیز معلوم می‌شود که منظور قانونگذار، اثبات عدم ملازم با وجود امور دیگر است و نه عدم مطلق، چه آنکه مقرر داشته است: «... بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می‌تواند استرداد کند.

اگر قانونگذار به جای عبارت (بدون اینکه مقروض آن چیز باشد)، از عبارت (بدون اینکه مقروض آن کس باشد) استفاده می‌کرد عدم مزبور، عدم مطلق بوده و اثبات آن امکان پذیر نبود» (اصغری آقمشهدی، ۱۳۶۸، ۱۳۳). از طرفی، با دقت در ماده ۲۰۳ قانون مدنی نیز می‌توان امکان اثبات امر عدمی را پذیرفت. به موجب ماده مزبور «اگر کسی خود را اشتهاً مدیون می‌داند آن دین را تأدیه کند حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید.» بدیهی است که دهنده مال به دیگری برای استرداد آن باید

ثابت کند که مدیون مال داده شده نبوده و آن را به اشتباه تسلیم نموده است مثلاً ثابت نماید تسلیم مال مبتنی بر بیع فاسد بوده و در واقع مدیون آنچه پرداخته، نبوده است.

۴-۲- اصل برائت (برائت ذمه دهنده)

اصل بر این است که هیچ کس بدهکار دیگری نیست، ضمن اینکه اگر مالی هم به دیگری می‌دهد اصل بر عدم تبرع است. یکی از حقوقدانان بدون آنکه استدلال خاصی در این خصوص ارائه نماید با تکیه بر اصل برائت، همین نتیجه را از ماده ۲۶۵ قانون مدنی می‌گیرد. ایشان می‌نویسد: «در صورتی که دهنده مال در دادگاه دعوی استرداد آن چه را پرداخته است بنماید دادگاه حکم به رد آن به دهنده خواهد داد مگر آنکه خواننده دعوی نماید که وجه مزبور در مقابل دینی بوده که قبلاً خواهان به او داشته است و آن را اثبات کند» (امامی، ۱۳۷۸، ۱۱۴). ایشان در خصوص موردی که شخصی از طریق حواله، مبلغی را به دیگری پرداخت نماید اظهار می‌دارند، محیل نمی‌تواند استرداد آن را بخواهد مگر آنکه ثابت نماید که مدیون به محتال نبوده است (امامی، ۱۳۷۸، ۳۱۴).

در پاسخ به این عقیده گفته شده است که این نتیجه، نه تنها به معنی انکار وجود ماده ۲۶۵ ق.م. است که با گفته ایشان در مورد دلالت صدور حواله بر دین محیل معارض است، چرا باید کسی که با واسطه و از راه صدور حواله، مالی را به دیگری می‌دهد می‌تواند آن را پس بگیرد ولی آن کس که به طور مستقیم، مالی را که به دیگری داده است نتواند پس بگیرد، آیا این دوگانگی زیننده یک نظام حقوقی نبوده و معقول نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۱۷۷).

۵- ارتباط بین ماده ۲۶۵ قانون مدنی ایران و ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه

برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که این ماده از بند اول ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه اقتباس گردیده و با تغییر نسبتاً ظریفی قسمتی از عبارت آن، رساتر شده است.^۱ معنایی که در مجموع به دست می‌آید این است که «هر پرداخت وجود دینی را لازم دارد، چیزی که بدون وجود مدیونیت پرداخت شود قابل استرداد است». کلمه «suppose» در زبان فرانسه، دارای معانی متعدد است که دو معنی از بین آنها بارزتر از معانی دیگر بوده و با عبارات ماده مناسب‌تر به نظر می‌رسد، یکی معنای مفروض داشتن (انگاشتن)

1-Tout payment suppose unedette: ce qui aetepaye sans etradu,estsubjesta repetition

و دیگری لازم داشتن. اگر معنای اول به کلمه «suppose» نسبت داده شود، مفاد ماده مزبور چنین می‌شود: «در هر پرداخت وجود دینی مفروض است...» و به این ترتیب مفاد ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه، تأسیس اماره مدیونیت دهنده مال به گیرنده آن خواهد بود که حتی در این صورت نیز نمی‌توان ماده ۲۶۵ قانون مدنی ایران را، هرچند از ماده ۱۲۳۵ ق. م. فرانسه اقتباس شده است، حمل بر تأسیس چنین اماره‌ای نمود، چه آنکه نویسندگان قانون مدنی ایران با ظرافت خاصی این قسمت را، از عبارت ماده ۱۲۳۵ ق. م. فرانسه را هنگام اقتباس تغییر داده و به جای عبارت «در هر پرداخت وجود دینی مفروض است...» یا «هرپرداخت وجود دینی را لازم دارد»، عبارت «هرکس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است...» را در ماده ۲۶۵ ق. م. ایران آورده‌اند که این عبارت، تفسیری را که با دادن معنای اول به کلمه «suppose» از ماده ۱۲۳۵ ق. م. فرانسه می‌توان به عمل آورد، نخواهد داشت. از قسمت دوم این ماده که بیان می‌دارد چیزی که بدون وجود مدیونیت، پرداخته شده قابل استرداد است، می‌توان استنباط کرد که منظور از جمله اول، این بوده است که هر پرداخت، وجود دینی را لازم دارد. جمله مناسب در این فرض این است که دهنده آن شیء نمی‌تواند آن را استرداد کند مگر اینکه خلاف فرض، یعنی عدم مدیونیت خود را اثبات کند. در نتیجه، آنچه از ماده ۱۲۳۵ ق. م. فرانسه به دست می‌آید بیش از این نیست که «هر پرداخت، دینی را لازم دارد و چیزی که بدون وجود دین پرداخت شده است قابل استرداد خواهد بود».

اما اینکه برای استرداد آنچه پرداخت شده است دهنده مال باید بر عدم مدیونیت خود دلیل بیاورد، و یا گیرنده آن برای امتناع خود از پس دادن مال مزبور باید طلب خود را اثبات کند، معنایی است که در ماده ۱۲۳۵ ق. م. فرانسه مسکوت مانده و ناگزیر برای پاسخ آن باید به قواعد و اصول حقوقی مراجعه کرد (شهیدی، ۱۳۸۵، ۶۸-۶۶).

۶- ظهور حکم ماده ۲۶۵ قانون مدنی در مدیونیت

بعضی دیگر از حقوقدانان معتقدند که هرچند در روابط اجتماعی، انتقال وجه به جای اموال، امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است، ولی انسان‌ها بدون دلیل و عنوان، اموال خود را به دیگران نمی‌دهند بلکه روابط عقلی حاکم بر جوامع بشری، ایجاب می‌کند که اشخاص اموال خود را با توجیه عقلی و تحت عناوین حقوقی و معقول به دیگران واگذار نمایند، وانگهی وجود اموال در حاکمیت هر شخص نشانه آن است که این اموال به او تعلق دارند و خارج ساختن آنها از قلمرو حاکمیت هر شخص متصرف مستلزم اثبات بی‌حقی

دارنده است. دلایل و مبانی این نظریه با ظاهر ماده ۲۶۵ قانون مدنی و مقررات سایر قوانین و با اصول و قواعد و نظام حقوقی و رویه قضایی کشور ما سازگاری بیشتری دارد. در تأیید این عقیده، دلایل و مستندات محکمی وجود دارد و در عین حال، ایراداتی نیز به آن وارد شده که به بررسی آنها می‌پردازیم. موقعیت و ظهور ماده ۲۶۵ قانون مدنی، کیفیت اقتباس ماده ۲۶۵ قانون مدنی، استقراء حکم در سایر مواد قانونی، رویه قضایی، عرف و سیره عقلاء، قاعده تصرف یا اماره ید و سازگاری این تفسیر با قاعده عمومی مربوط به اثبات دعوی، دلائل و مستندات این نظریه هستند (اسلامی‌پناه، ۱۳۷۸، ۱۱۸).

۷- موقعیت و ظهور ماده ۲۶۵ قانون مدنی

دلالت ظهوری، یکی از اقسام دلالت‌های معتبر در تعیین احکام حقوقی است و تردیدی در اعتبار دلالت ظاهر در تفسیر مقررات قانونی و تشخیص مفاهیم و معانی عبارات قانونی و قرار دادها وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ۳۲). به همین جهت همواره در تفسیر قانون به ظهور عبارت آن استناد می‌شود و در موارد متعدد قانونی، نظیر ماده ۳، ۱۰۹، ۲۶۵، قانون مدنی برای ظهور، حجیت و اعتبار شناخته شده است.

قرار گرفتن ماده ۲۶۵ قانون مدنی در زیر عنوان «وفای به عهد» نشانه این است که قانونگذار از وفای به عهد و فروع آن بحث می‌کند (شهیدی، ۱۳۸۲، ۲۰۲). بنابراین وقتی که قسمت دوم این ماده مقرر می‌دارد: «... اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می‌تواند استرداد کند.» عرفاً چنین مستفاد می‌شود که پرداخت و تسلیم، ظهور در مقروض بودن پرداخت کننده و تسلیم کننده دارد. پس این ماده حاوی اماره ای است که به موجب آن، هرگاه کسی چیزی به کسی می‌دهد این واقعه مادی، ظهور در بخشیدن آن مال ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۲۴۵). بنابراین، قانونگذار در صدر ماده ۲۶۵، یک اماره قانونی را فرض دانسته است. بدین معنا که دادن چیزی، اعم از عین معین یا مال کلی، یا وجه نقد، دلیل بر دین پرداخت کننده است. مبنای هر اماره قانونی، ظاهری است که به احتمال فراوان رخ می‌دهد. در واقع، قانونگذار حکم غالب و ظاهر را با وضع قاعده ای گسترش می‌دهد چندان که همه مصداق‌های مشابه را

۱- ظاهر به چیزی گفته می‌شود که پدیدآور گمان باشد و این گمان به هریک از طرق زیر حاصل می‌شود: الف - کاری که مسلمان می‌کند (در زندگی قضایی) عنوان تخلف از مقررات دینی را ندارد یعنی سایر مسلمانان آن کار را باید درست و وفق مقررات تلقی کنند. ب - اصل صحت و مطالعات مسلمانان بلکه همه مردم که بر اساس غلبه نهاده شده است. ج - غلبه ظن به خاطر اوضاع و احوال و قرائن.

پوشانند. به بیان دیگر، رویداد غالب را کاشف از واقع می‌انگارد(نوبین، ۱۳۸۴، ۳۷۹).
 بر این مبنا، در مقام اختلاف میان پرداخت‌کننده وجه یا دهنده مال و گیرنده، آنکه ادعا دارد تسلیم مال، تبرعی است باید به عنوان مدعی، دلیل بیاورد و طرفی که آن را «وفای به عهد» یا «اقراض» می‌داند نیازی به اثبات ادعای خویش ندارد(کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۹). بعضی از مؤلفان به استناد «اصل براءت»، گیرنده را مدعی شمرده‌اند، زیرا سخن او درباره وجود دین، مخالف با اصل است و باید اثبات شود(امامی، ۱۳۷۸، ۱۳۴). این گفته در صورتی درست است که ماده ۲۶۵ حاوی هیچ اماره ای در وجود دین نباشد و تنها احتمال «تبرعی بودن» را نفی کند ولی موقعیت این ماده در مبحث وفای به عهد، و قرینه بخش دوم به ویژه که وجود رابطه حقوقی «قرض»، «ودیعه» و «وکالت» نیز مخالف با اصل عدم است و نیاز به اثبات دارد، طرز تنظیم قسمت اخیر ماده ۲۶۵ و همچنین موقعیت مکانی این ماده زیر عنوان وفای به عهد، ظهور پرداخت و تسلیم در وجود دین را افاده می‌کند^۱(اسلامی‌پناه، ۱۳۷۸، ۱۱۹).

۸- کیفیت اقتباس ماده ۲۶۵ قانون مدنی

در ماده ۲۶۴ قانون مدنی ایران، اسباب سقوط تعهد، همان اسباب مذکور در ماده ۱۲۳۴ قانون مدنی فرانسه است، جز آنکه قانونگذار فرانسه، «پرداخت» را یکی از موجبات سقوط تعهد اعلام کرده، ولی قانونگذار ما به جای آن، «وفای به عهد» را آورده که مفهومی رساتر از «پرداخت» دارد. نارسایی مفهوم «پرداخت» و به کارگیری آن به جای «وفای به عهد» در حقوق فرانسه باعث شده تا حقوقدانان این کشور برای «پرداخت» دو معنا قائل شده و اعلام کنند که معنای عام پرداخت، ایفای تعهد و معنای خاص آن، که همان معنای رایج و متداول آن نیز به شمار می‌آید، پرداخت مبلغی پول است(مازو، ۱۹۸۷، ۱۷۷).
 ماده ۲۶۵ قانون مدنی ایران با توجه به عبارت و سیاق کلام، با کمی تغییر ترجمه‌ای از ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه است. عبارت قسمت اول ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه نیز مبهم است. زیرا در این عبارت، واژه «suppose» به کار رفته است. گفتیم که این کلمه در زبان فرانسه دارای معانی متعدداست که دو معنی از بین آنها بارزتر از معانی دیگر بوده و با عبارت ماده بالا مناسب تر به نظر می‌رسد، یکی معنای مفروض داشتن (انگاشتن) و دیگری لازم داشتن. اگر معنای اول به کلمه «suppose» نسبت داده

۱- وجود تعهد یکی از عناصر لازم برای تحقق وفای به عهد است، پس در صورتی که شخص مالی به دیگری تسلیم کند بدون آنکه در این مورد تعهدی وجود داشته باشد می‌تواند آن را استرداد کند

شود مفاد ماده مزبور چنین می‌شود: «در هر پرداخت، وجود دینی مفروض است» و به این ترتیب مفاد ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه، تأسیس اماره مدیونیت دهنده مال به گیرنده آن خواهد بود. اگر معنای دوم، لازم داشتن به کلمه «suppose» نسبت داده شود، می‌توان استنباط کرد که منظور از جمله اول این بوده است که هر پرداخت وجود دینی را لازم دارد. در بند یک ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه که می‌گوید: «مفروض هر پرداخت دینی است، آنچه بدون وجود دین پرداخت شده قابل استرداد است» معنای «suppose» برخلاف آنچه بعضی از اساتید (شهیدی، ۱۳۸۵، ۲۲). احتمال داده‌اند، همان «مفروض بودن» است نه «لازم داشتن» تا بتوان معنای آن را با ماده ۲۶۵ قانون مدنی مقایسه کرد. تدوین کنندگان قانون مدنی ایران به جای جمله اول ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه یعنی «هر پرداخت مبتنی بر فرض وجود دینی است...»، جمله، «هرکس مالی به دیگری بدهد، ظاهر در عدم تبرع است...» را که مصداقی از اصل فقهی عدم است، به کار برده و بقیه ماده مذکور را به عبارت رساتری ضمن ماده ۲۶۵ ترجمه کرده‌اند. در نتیجه ماده اخیر بدین صورت درآمده است: «هرکس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است، بنابراین اگر چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد، می‌تواند استرداد کند».

از این رو، بین جمله اول ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه یعنی «هرپرداخت مبتنی بر فرض وجود دینی است...» و جمله اول ماده ۲۶۵ قانون مدنی یعنی «هرکس مالی به دیگری بدهد ظاهر در عدم تبرع است...» دو اختلاف به نظر می‌رسد:

اولاً، اینکه ظاهراً جمله اول ماده ۱۲۳۵، نسبت به جمله اول ماده ۲۶۵، حکم قاعده خاص به قاعده عام را دارد. چه اگر ظاهر در دادن مال، عدم تبرع دهنده آن فرض شود، ممکن است مال داده شده بابت دین به معنای اخص و نظیر مالی که به قرض داده شده، یا عوض معامله و یا عوض در هبه معوض، یا دین به معنای اعم، مانند مال موهوبه در هبه باشد. مع هذا این اختلاف صوری است، زیرا منظور از لفظ «مفروض» در ماده ۲۶۵، همان متعهد بوده تعهد به اعتبار طلبکار، حق دینی است و منظور از لفظ دین در ماده ۱۲۳۵ مفهوم اعم آن و نقطه مقابل طلب است و این دو، وجهی از تعهد را نشان می‌دهد (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ۳۹).

ثانیاً، برابر جمله اول ماده ۲۶۵ اماره ای به نفع دهنده مال، و برعکس به موجب جمله اول ماده ۱۲۳۵ اماره ای به نفع دریافت کننده مال وجود دارد. در نتیجه بر اساس ماده ۲۶۵، به صرف اثبات تسلیم مال، حق استرداد مالک مسلم می‌شود، چنانچه دریافت کننده بخواهد اماره مذکور را واژگون کرده، حق استرداد

ناشی از آن را زایل کند با اوست که ثابت نماید مال دریافت شده به رایگان به او داده شده و یا از بابت دینی (تعهدی) بوده است و حال آنکه برطبق ماده ۱۲۳۵ اثبات حق استرداد علاوه بر اثبات تسلیم مال از ناحیه دهنده است و مستلزم این است که نامبرده ثابت کند نه دینی (تعهدی) به دریافت کننده داشته و نه مال به تعهد تبرع و رایگان تسلیم شده است (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ۲۹۳). از آنجا که این نتیجه به اثبات مطلق منجر می شود و چنین اثباتی ممکن نیست (امامی، ۱۳۸۷، ۳۱۴). بنابراین، تنها تغییری که در ترجمه این ماده داده شده است، خارج ساختن «پرداخت» از قلمرو عنوان تبرع و بخشش است، بقیه ماده به حالت خود باقی گذاشته شده و عیناً ترجمه و نقل شده است. بنابراین، ترجمه و نقل عین قسمت دوم ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی فرانسه در ذیل ماده ۲۶۵ قانون مدنی در صورتی درست است که قسمت اول ماده نیز، معنای قسمت اول ماده ۱۲۳۵ قانون مدنی را بدهد، یعنی معنای مدیون بودن در آن باشد. وانگهی قسمت دوم ماده ۲۶۵ قانون مدنی که با کلمه «بنابراین»، آغاز شده متفرع به قسمت اول ماده است که به صورت استثناء بیان شده و اصل در استثناء، اتصال و سنخیت مستثنی یا مستثنی منه است. استثناء در خارج کردن «مقروض نبودن» از بخش اول ماده، در صورتی صحیح است که در جمله اول معنای «مقروض بودن» اخذ شده باشد (اسلامی پناه، ۱۳۷۸، ۱۱۹).

۹- استقراء حکم در سایر مواد قانونی

از استقراء در برخی مواد قانونی، اماره مدیونیت، قابل استنباط است. در ذیل، به برخی از این مواد اشاره می شود.

۹-۱- ماده ۳۲۰ قانون تجارت

ماده ۳۲۰ ق.ت مقرر می دارد: «دارنده هر سند در وجه حامل، مالک و برای مطالبه وجه آن محق محسوب می شود مگر در صورت ثبوت خلاف آن ...». براساس این ماده، قانونگذار مالکیت سند در وجه حامل را برای دارنده آن مفروض دانسته است.

بنابراین همین که سند در وجه حامل به دارنده آن تسلیم شود، تحویل دهنده در صورتی حق استرداد آن را دارد که عدم مدیونیت خود را اثبات کند. بنابراین سند در وجه حامل مانند اسناد تجاری دیگر، به خودی خود نماینده طلب است و دارنده ای که آن را در دست دارد، نیاز به اثبات وجود طلب به طریق دیگر

ندارد و هرگاه شخص دیگری مدعی مالکیت سند باشد، باید خلاف آن را به اثبات برساند (اسکینی، ۱۳۷۹، ۱۷۵).

در قانون تجارت مقررات خاصی برای اسناد وجه حامل پیش بینی نشده است و فقط مواد ۳۲۰ و ۳۲۱ دو نکته را در مورد این اسناد مقرر می‌کنند: اول اینکه، «دارنده هرسند در وجه حامل مالک و برای مطالبه وجه آن محق محسوب می‌شود، مگر در صورت ثبوت خلاف...» (ماده ۳۲۰). به این ترتیب قانون تجارت، اماره قانونی مالکیت را که قبلاً در ماده ۳۵ قانون مدنی با عبارت: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر خلاف آن ثابت شود» بیان گردیده، شامل سند در وجه حامل نمود و دارنده آن را مالک آن شناخته است (حسنی، ۱۳۸۵، ۵۶۶). به این ترتیب طبق قانون تجارت، اسناد در وجه حامل مال منقول محسوب می‌شوند و تصرف، دلیل مالکیت آنها است (ستوده تهرانی، ۱۳۷۸، ۱۶۷).

دوم اینکه، «مدیون سند در وجه حامل مکلف به تأدیه نیست، مگر در مقابل اخذ سند» (ماده ۳۲۱). بنابراین، سند در وجه حامل، جز در مورد دو ماده اخیر، تابع مقررات عام است و بسته به شکلی که دارد، تابع مقررات ویژه خواهد بود (بهرامی، ۱۳۸۱، ۲۱۳).

۹-۲- ماده ۷۲۴ قانون مدنی

ماده ۷۲۴ ق.م مقرر می‌دارد: «حواله عقدی است که به موجب آن، طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد...»^۱. ماده ۷۲۶ این قانون مقرر می‌دارد: «اگر در مورد صدور حواله، محیل، مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود»، هنگامی که شخصی وجهی را از طریق حواله به دیگری پرداخته و مدیون بودن محیل به محتال مورد تردید باشد، حقوقدانان چنین پرداختی را نشانه مدیونیت محیل به محتال می‌دانند (امامی، ۱۳۷۸، ۳۱۴).

بنابراین پرداخت وجه از طریق حواله، ظهور در مدیون محیل به محتال داشته و اثبات خلاف این اماره «ظهور» برعهده محیل است. به همین جهت است که شعبه اول دیوان عالی کشور در رأی ۱۰۴۵-۱۳۲۵/۶/۲۵ مقرر داشته است: «مطابق ماده ۷۲۴ قانون مدنی، محیل مدیون محتال است مگر خلاف آن اثبات شود» (متین، ۱۳۸۷، ۱۱۸).

۱- مشهور فقها اینگونه عقیده دارند که باید ذمه محیل، مشغول به محتال باشد و دین ذمه محیل مستقر باشد، پس دستور این ماده مطابق نظر مشهور فقها تنظیم شده است.

۹-۳- ماده ۳۰۲ قانون مدنی

ماده ۳۰۲ ق.ت مقرر می دارد: « اگر کسی اشتبهاً خود را مدیون می دانست آن دین را تأدیه کند حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید.» رابطه ماده ۲۶۵ و ۳۰۲ قانون مدنی، رابطه عموم و خصوص مطلق است. یعنی پرداخت موضوع ماده ۲۶۵ ممکن است به کلی فاقد عنوان باشد یا اینکه عنوان در قصد مشترک اولیه، ایفاء دین مشخص شده باشد و سپس پرداخت کننده مدعی اشتباه شده و اساساً دین را منتفی بداند. در حالی که پرداخت موضوع ماده ۳۰۲ ق.م. منحصر به فرضی است که عنوان ادای دین را هردو پذیرفته‌اند، ولی پرداخت کننده پرداخت را مبتنی بر اشتباه بداند. برای جمع این دو ماده بهتر است بگوییم که ماده ۳۰۲ قانون مدنی، ضمن تأکید بر حکم ماده ۲۶۵ ق. م شیوه‌ای برای اثبات خلاف مدیونیت از سوی پرداخت کننده است. بدیهی است که مدعی اشتباه باید آن را اثبات کند و تا زمانی که این اشتباه به اثبات نرسد، مقنن پرداخت را نشانه ادای دین و ایفاء تعهد می داند. با تأمل در مصداق‌های ذکر شده که در آنها مقنن پرداخت را نشانه ایفاء تعهد دانسته است. این پرسش به ذهن می‌آید که آیا این مصداقها همه استثناء هستند و مبتنی بر دلیل خاص است یا موارد اجرای اصلی است که قانونگذار آن را در ماده ۲۶۵ قانون مدنی آورده است؟ غالب حقوقدانان بر این عقیده اند که در حقوق، «پرداخت» اماره مدیونیت است. تعابیر برخی از نویسندگان در انتخاب این نظریه چنین است که در حقوق، «پرداخت» اماره وجود دین است. «پس اگر کسی مالی به دیگری بدهد ظن غالب بر این است که قصد تبرع نداشته و با دادن آن مال قرض خود را به طرف مقابل ادا می کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۷۷؛ عدل، ۱۳۷۲، ۱۵۲). ظاهر در این است که هر پرداخت به عنوان وفاء دین است و هرگاه قرائنی باشد که دلالت کند بر اینکه وفاء، ادای مافی‌الذمه نبوده، گیرنده عهده‌دار آن چیزی است که گرفته است.

۹-۴- سازگاری تفسیر «ظهور پرداخت در مدیونیت» با قاعده عمومی مربوط به

اثبات دعوی

بار اثبات و اقامه دلیل، بر عهده مدعی است. برای تمایز مدعی از مدعی علیه، معیارهای متعدد و ضوابط گوناگونی ارائه شده است، یکی از ضوابط پیشنهادی برای تمایز آن در «مطابقت یا مخالفت اصل یا ظاهر است». به تعبیر دیگر، مدعی کسی است که ادعای او خلاف اصل یا ظاهر باشد و برعکس، منکر کسی است که حرف او با اصل یا ظاهر مطابق باشد. وقتی کسی مالی را در تصرف دارد وضع موجود

مطابق اصل وقاعده بوده و خواهان استرداد که با اقامه دعوی درصدد به هم زدن وضع موجود به نفع خود می‌باشد، باید برای اثبات ادعای خود دلیل اقامه کند زیرا اختیار در دادن مال، با اختیار در بازپس گرفتن آن مال ملازمه ندارد. بنابراین گذاشتن باراثبات ارائه دلیل برعهده مدعی علیه، خلاف قواعد و اصول دادرسی است و هیچ عقل سلیمی آن را نمی‌پذیرد. در غیر این صورت، انتقال دهندگان کالا فرصت می‌یابند هرروز به بهانه‌های واقعی و با رویای چنگ انداختن مجدد به اموال انتقال یافته، انتقال گیرندگان کالاها را صرفاً به این بهانه که اصل عدم بخشش و تبرع است به محاکم بکشانند(اسلامی‌پناه، ۱۳۷۸، ۱۲۷).

۱۰- قاعده تصرف یا اماره ید

ید عبارت از سلطه و اقتدار شخص بر شی به گونه‌ای است که عرفاً آن شی در اختیار و استیلائی او باشد(محقق داماد، ۱۳۸۴، ۲۷). « اماره ید» موضوع ماده ۳۵ قانون مدنی به این معنا است که اگر کسی سلطه فیزیکی برمال یا حقی بر مال داشت، فرض می‌شود که مالک آن حق یا شیء است. بنابراین، کسی که قول او مخالف با این ظاهر است باید برای صحت ادعای خود دلیل بیاورد. البته قانونگذار در این ماده، تصرف به عنوان مالکیت را دلیل مالکیت دانسته است. لذا تصرف صرف که به ادعای مالکیت و یا به عنوان مالکیت صورت نمی‌پذیرد، دلیل مالکیت تلقی نخواهد شد. باید خاطر نشان کرد که قانون مدنی در ماده ۳۵ از باب مسامحه در تعبیر، به جای واژه «اماره» از کلمه «دلیل» استفاده نموده است (دیانی، ۱۳۷۶، ۲۵۶).

اماره، یک نوع پیش فرض قانونگذار و یا پیش فرض قضایی است. قانون مدنی در ماده ۱۳۲۱ در تعریف اماره، آن را اوضاع و احوالی دانسته که به حکم قانون یا در نظر قاضی، دلیل بر امری شناخته می‌شود. بنابراین اگر این پیش فرض به حکم قانونگذار باشد به آن اماره قانونی و اگر ناشی از اوضاع و احوال می‌باشد که به نظر قاضی دلیل برامر دیگری است، اماره قضایی نامیده می‌شود. بدیهی است این فرض قانونگذار تا جایی اعتبار دارد که دلیل قاطع برخلاف آن موجود نباشد. دلیل حجیت و اعتبارامارات نیز خاصیت کشف از واقع آنهاست، اماره از جهت دلالت بیشتری که برواقع دارد دلیل برتر شناخته شده است و در صلاحیت و استحکام حکم صادره بر مبنای اماره نیز تأثیر دارد(اسلامی‌پناه، ۱۳۷۸، ۱۲۸). بنابراین اماره بر مسبب (مالکیت)، اماره بر سبب «ناقل قانونی» هم هست. چون دلیل بر لازم، دلیل بر ملزوم هم هست، به همین جهت است که قانونگذار پس از ذکر مدلول مطابق قاعده تصرف یعنی مالکیت در ماده ۳۵ قانون

مدنی، بلافاصله مدلول التزامی آن را که از لوازم عقلی آن است یعنی انتقال به ناقل قانونی و سبب مملک را در ماده ۳۶۰ بیان کرده است (دیانی، ۱۳۷۶، ۲۵۶).

ماده ۳۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود». ماده ۳۶ قانون مدنی می‌گوید: «تصرفی که ثابت شود ناشی از سبب مملک یا ناقل قانونی نبوده، معتبر نخواهد بود». به موجب این قاعده، هرگاه شخصی مالی را به عنوان مالک در تصرف داشته باشد و شخص دیگری نیز مدعی مالکیت آن باشد، متصرف از اقامه دلیل بر استحقاق خود بی‌نیاز است. به عبارت دیگر تصرف، اماره و نشانه دو امر مهم یعنی حاکمیت متصرف و انتقال به ناقل قانونی است. بنابراین، دهنده مال باید ثابت کند که مال را بابت دین خود تأدیه نکرده است و تحت عناوین دیگری از قبیل ودیعه، قرض، یا عاریه به گیرنده سپرده تا بدین وسیله اماره تصرف و آثار آن را مخدوش و بی‌تأثیر سازد.

برخی از نویسندگان عقیده دارند که با نفی عنوان تبرع و بخشش در صدر ماده ۲۶۵ قانون مدنی، مدعی به طور مطلق مجاز است مال تسلیم شده یا وجه پرداخت شده را پس بگیرد و صرف اثبات تسلیم مال از سوی مدعی به گیرنده، برای استرداد آن کافی است و دادگاه به صرف ادعای خواهان باید حکم به رد مال بدهد (امامی، ۱۳۷۸، ۳۱۴). براساس این عقیده، گیرنده مال مدعی محسوب است و باید مدیون نبودن خود یا مدیون بودن مدعی را اثبات کند و گرنه باید مال را به او برگرداند. به نظر این نویسندگان، اگر پرداخت اماره بر وجود دین باشد، با دوایراد اساسی روبرو می‌باشد:

۱۰-۱- عدم امکان اثبات امر عدمی

اگر دادن مال را اماره مدیونیت دهنده آن تلقی کنیم ناگزیر باید آن را یک اماره ساقط نشدنی بدانیم و اظهار نظر به اینکه، دهنده مال می‌تواند با اثبات خلاف مدلول این اماره، مال را استرداد کند صحیح نخواهد بود چه خلاف اماره مزبور احراز نمی‌شود، مگر اینکه مدیون نبودن دهنده مال به گیرنده ثابت شود، و این امر عادتاً غیر ممکن است. خواننده نمی‌تواند از خواهان بخواهد که ثابت نماید دینی قبلاً وجود نداشته، زیرا مدیون نبودن به طور مطلق یک امر عدمی است و عدم مطلق قابل اثبات نیست (شهیدی، ۱۳۸۵، ۵).

برخی حقوقدانان در عین حال که در خصوص ماده ۲۶۵ ق م، اثبات عدم مدیونیت را اثبات عدم مطلق و محال می‌دانند، در مورد حواله بیان می‌دارند: «در صورتی که کسی به وسیله حواله مالی به دیگری بدهد

و او آن را دریافت دارد، محیل نمی‌تواند استرداد آن را بخواهد مگر آنکه ثابت نماید که به محتال مدیون نبوده است. ظاهر در حواله مدیون بودن محیل به محتال است مگر آنکه به وسیله دلیل ثابت نماید که پول را به محتال قرض داده است» (شهیدی، ۱۳۸۵، ۳۱۵).

چگونه قابل پذیرش است که در حواله، محیل بتواند با اثبات وجود قرض، عدم مدیون بودن خود را به محتال ثابت نماید ولی در خصوص ماده ۲۶۵ دهنده مال نتواند با اثبات وجود قرض یا عاریه، عدم مدیونیت خود را به گیرنده ثابت نماید. در پاسخ به این ایراد باید گفت: اولاً، اثبات عدم مدیونیت مدعی، غیرممکن نیست و مانند بسیاری از امور عدمی با اثبات یک امر وجودی، میسر است. چنانچه می‌توان اثبات کرد که وجه برای خرید چیزی داده شده است نه در مقام انجام تعهد و اثبات به همین مقدار به مقصود کفایت می‌کند (ناصری، ۱۳۴۴، ۲۵۸).

ثانیاً، نباید تصور کرد که اثبات امر عدمی، امکان‌پذیر نیست. موارد متعددی در قانون وجود دارد که اثبات امر عدمی بر عهده مدعی نهاده شده است. به عنوان مثال، طبق ماده ۹۵ قانون مدنی، اثبات «عدم استحقاق» بر عهده مدعی نهاده شده است.

ماده ۶۱۴ قانون مدنی نیز اثبات تفریط برعهده مدعی است. ماده ۹۵۲ قانون مدنی تفریط را ترک عمل خوانده است و مدعی تفریط باید عدم انجام عمل را ثابت کند. ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هیچ کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد مجبور نمود مگر آن که عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد». در این ماده اثبات عدم رشد، که یک امر عدمی است، برعهده مدعی گذاشته شده است. از این استقراء مختصر به خوبی بر می‌آید که اثبات امر عدمی نیز امکان‌پذیر است و بعدعقلی و عرفی یا عادی ندارد (اسلامی‌پناه، ۱۳۸۷، ۲۵۱).

۱۰-۲- اصل برائت

ماده ۱۹۷ قانون آئین دادرسی مدنی می‌گوید: «اصل بر برائت است بنابراین کسی که مدعی حق یا دینی بردیگری باشد باید آن را اثبات کند در غیر این صورت با سوگند خوانده حکم برائت صادر خواهد شد». به موجب این ماده، گیرنده مال که مدعی است پرداخت کننده به او دینی داشته و این پرداخت بابت دین او صورت گرفته، باید وجود دین را ثابت کند (شهیدی، ۱۳۸۵، ۶). بر این نظریه از دو جهت می‌توان پاسخ داد:

اول اینکه اصل براءت به نفع مدعی علیه قابل استناد است نه به نفع مدعی، دیوانعالی کشور نیز در رأی اصراری شماره ۱۹۹۵ مورخ ۴۱/۷/۳ (ضمیمه روزنامه رسمی، ۱۳۶۹، ۱۴۵) اعلام داشته است: «مراد از اصل براءت در دعوی مطروحه و هردعوی دیگر، براءت مدعی علیه است و مدعی باید دعوی خود را اثبات نماید. دادگاه در حکم فرجام خواسته معکوساً استدلال نموده و مدعی را بری شمرده در صورتی که علیه مدعی از طرف فرجام خواه دعوی طرح نشده بود» (نقل از اصغری آقمشهدی و اتقائی، ۱۳۸۶، ۱۳۵).

بنابراین دهنده مال که در مقام استرداد آن برآمده و ادعای استحقاق خود و عدم استحقاق گیرنده را دارد نمی تواند برای اثبات ادعای خود به اصل براءت متوسل شود زیرا هیچ کس مال خود را بدون عنوان و جهت در نزد دیگران نمی گذارد و برای استرداد مال مدعی باید آن عنوان را ثابت نماید و دوم اینکه، به مقتضای گفته مشهور «الاصل دلیل حیث لا دلیل» تمسک به اصل براءت زمانی درست است که هیچ راهی به واقع وجود نداشته باشد. اکنون که اماره تصرف کشف از واقع نموده و تردید را از میان می برد، جایی برای اجرای اصل براءت باقی نمی ماند.

۱۱- بررسی فقهی ماده ۲۶۵ قانون مدنی

نباید پنداشت که فقه از حقوق جداست و به مباحث عمده و پیچیده حقوقی، راهی ندارد. عبادات، نه همه فقه، بلکه بخشی از آن را تشکیل می دهد و می توان گفت که آنچه حقوق اسلام را ممتاز می کند و بر دیگر مکاتب حقوقی برتری می بخشد، همین ویژگی است. یعنی فقه، علاوه بر اینکه موضوعات حقوقی را در بر می گیرد، برای تنظیم روابط انسان با خالق یکتا هم، احکام و قوانین ویژه ای را تشریح نموده است به گونه ای که پیروان این مکتب حقوقی بانبروی کارساز معنوی خود که از رهگذر انجام اعمال عبادی به دست آورده اند، حتی در زمانی که سیطره قانون و سایه قدرت و قهر آن را بر سرخود احساس نمی کنند، مصمم تر و قاطع تر پایبند به قانون هستند و به آن گردن می نهند.

۱-۱۱- بررسی فقهی دادن مال به طور مستقیم

اساساً در فقه امامیه، در صورت بروز اختلاف بین دهنده مال و دریافت کننده، همه جا گفته دهنده مال مقدم است. مستند این تقدم، روایت صحیحی است در مورد پرسش شخصی از امام ابالحسن (ع)، درباره اختلاف بین کسی که هزار درهم به دیگری داده و نزد او تلف شده است. دهنده مال مدعی قرض

بودن و دریافت‌کننده مدعی ودیعه بودن آن بوده است. امام (ع) در پاسخ می‌فرماید: دادن مال بر دریافت‌کننده لازم است مگر اینکه او بر ودیعه بودن آن دلیل اقامه کند (عاملی، ۱۴۰۳، ۲۳۳).

سید مصطفی محقق داماد در کتاب قواعد فقه بخش جزایی، در صفحه ۴۵ تحت عنوان مستندات فقهی قاعده درء می‌نویسد: «... احادیثی که در منابع حدیثی وجود دارند یا مستند هستند یا مرسل، احادیث مستند آنهایی هستند که نام کلیه ناقلان حدیث که در سند واقع شده‌اند ذکر شده باشد و احادیث مرسل آنهایی را می‌گویند که تمام راویان و ناقلان حدیث که در زنجیره سند حدیث واقع شده‌اند یا اصلاً ذکر نشده باشند که آن را «مرسل به حذف واسطه» می‌گویند و یا اگر هم ذکر شده اند به صورت مبهم باشند، که این را «مرسل به ابهام در واسطه» می‌گویند.

از نظر فن حدیث، روایت مستند هم به چهار قسم کلی تقسیم است که قسم اول آن خبر صحیح می‌باشد که عبارت است از آنکه، کلیه ناقلان حدیث، که در زنجیره سند قرار گرفته‌اند، ذکر می‌شوند و همه آنان امامی مذهب و عادلند...». به هر حال، با توجه به صحیحه فوق، بین فقها اختلاف نظری نیست که در صورت اختلاف در قرض یا ودیعه بودن مال، باید قول مالک را پذیرفت و اثبات خلاف آن بر عهده مدعی ودیعه بودن مال است. اختلاف بین دهنده مال و دریافت‌کننده در مورد قرض یا ودیعه، در واقع اختلاف در مورد ضمان یا عدم ضمان مال است، بدین معنا که اگر پذیرفته شود مالی که داده شده «قرض» بوده، تلف آن بر عهده مقترض است و اگر «ودیعه» به شمار آید، مستودع ضامن نیست، مگر در صورت تعدی و تفریط. دلیل تقدم قول صاحب مال در فقه عبارت است از: عدم تبرع، عدم اباحه و حرمت مال مسلمان، و این نه تنها در فرض اختلاف آن دو در قرض یا ودیعه، بلکه در قرض یا هبه، عاریه یا اجاره، و عاریه یا غصب نیز مورد استناد قرار گرفته است (عاملی، ۱۳۷۲، ۱۳۳). پس به همین علت می‌توان گفت که هر جا که در جهت و علت دادن مال اختلاف پیش آید، با استناد به وحدت ملاک، گفته دهنده مال مقدم است. این تقدم در فقه شافعی در اختلاف طرفین به صورت یک قاعده بیان شده است: «وقتی که دهنده و گیرنده در جهت گرفتن و دلیل آن، اختلاف داشته باشند ادعای دهنده، مقدم است» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰، ۲۳۳).

پرسشی که مطرح می‌شود این است که مقدم بودن گفته دهنده مال به لحاظ صحت عقد است یا بطلان آن و مجانی نبودن؟ وقتی دهنده مال، مدعی است آنچه را داده قرض بوده و دریافت‌کننده مدعی هبه بودن آن است، تقدم قول دهنده مال به دلیل ابصر بودن او به نیت خود، این تصور را ایجاد می‌کند که عقد به نحو صحیح واقع شده و چون قصد دهنده مال، دادن آن به عنوان قرض بوده، باید قول او را مقدم

شمرد. بعضی از فقها این استدلال را پذیرفته، و توضیح داده اند که با توجه به قاعده «العقود تابعه للقصود»، اگر قصد دهنده مال، تملیک در مقابل عوض باشد، آنچه واقع شده، قرض و در غیر این صورت هبه خواهد بود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰، ۲۵۱).

به نظر می رسد قبول اراده دهنده مال به منزله نادیده گرفتن قصد مشترک طرفین عقد است، اگر تراضی و توافق آن دو در مورد عقدی که واقع شده احراز نشود چگونه می توان به صحت عقد نظر داد. در حالی که می دانیم منظور از قصد در قاعده «العقود تابعه للقصود»، اراده مشترک طرفین عقد است و نه قصد یکی از آن دو تا بتوان با احراز قصد او، نوع عقدی را که واقع شده تعیین کرد.

صاحب عناوین در این مورد می نویسد: «آنچه که از دلایل وفاء به عقد به ذهن می آید این است که طرفین عقد باید مجموعه ایجاب و قبول را قصد کنند علاوه بر اینکه خود عقد مرکب از ایجاب و قبول است به این جهت باید مجموعه ایجاب و قبول را قصد نماید تا گفته شود که عقد را اراده و قصد نموده است»^۲ (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۵۲).

پس می توان گفت، بصیر بودن دهنده مال به نیت خود، دلیل بر تقدم قول او نیست، مگر با وجود قرینه (کرکی، ۱۴۱۱، ۲۹).

به عبارت دیگر، با توجه به اختلاف طرفین در قصد، گفته دهنده مال را در صورتی می توان مقدم شمرد که قرینه ای دلالت کند که گفته دهنده مال، اراده مشترک دو طرف عقد است. ولی اگر قرینه وجود نداشته باشد که قول دهنده مال، اراده مشترک آن دو است، با توجه به اختلاف طرفین در قصد مشترک و مشخص نبودن آن، وقوع عقد مسلم نیست و در نتیجه اجرای اصل احترام مال مسلمان، عدم تبرع و وجوب رد مال دریافتی اقتضاء می کند که کسی که مالی را به دیگری داده بتواند آن را استرداد کند.

«أبصر بودن دهنده مال به نیت خود» نیز فقط در چنین فرضی می تواند مصداق پیدا کند. در واقع، الزام دریافت کننده به برگرداندن مال، با توجه به قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه» مصداق پیدا می کند که ارتباطی به عقد ندارد، بلکه از الزامات خارج از قرارداد است.

۱- لو وقع النزاع بينهما فقال المعطى كان قرضاً و تمليكا بعوضه الواقعي، و قال الاخذ كان هبه و تمليكا بلا عوض. و لم يكن في البين قرينه داله على احدهما فالظاهر أن القول قول المعطى. لان هذا يرجع الى نيه المعطى و قصده، لان الاعطاء بعد الفراغ عن كونه تمليكا امامن جهه قوله «ملكت هذا» بدون ذكر العوض أو ذكر مجاناً، فلاشك في أنه ظاهر في التمليك، فهذا انشاء عقد التمليك و العقود تابعه للقصود، فان قصد بعوضه القاعدي فيكون قرضاً و ان قصد التمليك مجاناً فهى هبه، و حيث لا يعلم الا من قبله فاخباره عما في ضميره نافذ
 ۲- فان المتبادر من ادله عقود انما هو ما كان المتماقدين القاصدين في مجمع الايجاب و القبول...مضافاً الى العقد هو مركب من الايجاب و القبول، فلا بد من كونهما قاصدين في المجموع حتى يكون العقد منهما مع القصد

۱۱-۲- سابقه فقهی دادن مال در حواله

اشتغال ذمه محیل به محتال را در عقد حواله، اکثر فقها پذیرفته‌اند و قانون مدنی در ماده ۷۲۴ به تبعیت از نظر مشهور می‌گوید: «حواله عقدی است که به موجب آن، طلب شخصی از ذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی منتقل می‌گردد...» و در ماده ۷۲۶ تاکید می‌کند: «اگر در مورد حواله محیل، مدیون محتال نباشد احکام حواله در آن جاری نخواهد بود». بدین ترتیب، در مدیون بودن محیل، و وجود اماره به نفع محتال بحثی باقی نمی‌ماند. با وجود این، در بین فقها آنچه در این باره بیشتر مورد بحث قرار گرفته، اختلاف بین محال علیه و محیل است، اگر محال علیه پس از قبول حواله و پرداخت وجه آن، با مراجعه به محیل آنچه را که داده مطالبه کند و محیل مدعی مدیون بودن او شود، اثبات ادعا بر عهده کیست؟ محال علیه یا محیل؟

در فقه امامیه در مورد صحت حواله بر محال علیه غیر مدیون و بری الذمه، بین فقها ظاهراً اختلافی نیست. اگر محیل مدعی شود که محال علیه مدیون او بوده و محال علیه انکار کند، گفته محال علیه مقدم است و می‌تواند به محیل رجوع و آنچه را پرداخته مطالبه کند، زیرا اصل بر برائت است و رضای او به عقد حواله، اعم از آن است که ذمه او مشغول بوده باشد یا نه. در ماده ۷۲۷ قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه امامیه آمده است: «برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه، مدیون محیل باشد...».

اگر مدیون بودن محال علیه شرط و یا رکن عقد باشد، می‌توان گفت در صورت مدیون نبودن او، عقد باطل است. ولی پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا محال علیه در فرض بطلان عقد، حق رجوع به محیل را دارد یا نه؟

شهید ثانی می‌گوید: «حتی اگر اشتغال ذمه محال علیه را در حواله شرط صحت بدانیم، بطلان عقد، مانع از رجوع محال علیه به محیل نیست، زیرا آنچه آن دو درباره آن اختلاف دارند عقد است. در این وضعیت، اصل برائت با اصل صحت عقد تعارض پیدا کرده، هر دو ساقط می‌شوند و آنچه باقی می‌ماند دینی است که محال علیه پرداخته، و آن، با اذن محیل بوده است» (شهید ثانی، ۱۳۸۲، ۴۵). با توجه به قابل اثبات نبودن موضوع اختلاف، آنچه باقی می‌ماند و طرفین در مورد آن اتفاق نظر دارند، پرداخت دین است به اذن محیل، که مقتضای آن رجوع است مگر آنکه گفته شود محال علیه با قبول حواله و دادن وجه آن، به طور ضمنی اعتراف به صحت حواله و اشتغال ذمه خود کرده و چون صحت عقد، اصل برائت و اقتضای رجوع به اذن را قطع می‌کند، پس قول محیل مقدم است، همچنین است اگر گفته شود محال علیه

اعتراف به وقوع حواله نکرده، بلکه حواله با اذن قبلی یا بعدی او بوده است زیرا، اصل صحت بر اصل برائت مقدم است.

صاحب جواهر در این مورد می‌گوید: «اصل صحت در رابطه با محال علیه جاری نمی‌شود، زیرا رضای او از ارکان عقد نیست» (نجفی، ۱۴۱۲، ۳۴۸). درست است که در اختلاف بین محیل و محتال، اصل صحت، مقتضی آن است که قول مدعی صحت پذیرفته شود، ولی در اختلاف بین محیل و محال علیه، چون صحت عقد موکول به رضای محال علیه نیست، اصل برائت با اصل صحت تعارضی پیدا نمی‌کند. عقد حواله با قبول محتال به نحو صحیح واقع شده و چون صحت چنین عقدی، مقتضی اشتغال ذمه کسی نیست که خارج از عقد قرار دارد، اصل برائت از معارضه با اصل صحت مصون مانده، محال علیه می‌تواند با استناد به آن، آنچه را داده مطالبه کند، بدون آنکه برای این مطالبه نیازی به استناد به اذن ضمن عقد باشد. درواقع، حواله بر محال علیه بری‌الذمه، مثل ضمان عقدی است که در آن، ضامن استحقاق رجوع به مضمون به را ندارد، مگر پس از پرداخت وجه‌الضمان.

ماده ۲۲۷ ق.م.ا اعلام می‌دارد: «برای صحت حواله لازم نیست که محال علیه مدیون به محیل باشد. دراین صورت محال علیه پس از قبولی، در حکم ضامن است». با وجود این، قانون مدنی درباره تقدم قول یکی از آن دو حکمی ندارد. به همین علت، پرسشی که در این باره مطرح می‌شود این است که آیا محال علیه می‌تواند آنچنان که در فقه گفته شده، با استناد به اصل برائت به محیل مراجعه و آنچه را که پرداخته مطالبه کند یا نه؟

برخی از حقوقدانان دراین باره دو احتمال را مطرح کرده اند: با استناد به ظهور ماده ۲۶۵ ق.م. در مورد مدیون بودن دهنده مال، گفته محیل مقدم شمرده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۴۲). این در حالی است که در ماده ۲۶۵ ق.م. «دادن مال» به معنای «وفای به عهد» نیست و این ماده ظهوری بر مدیون بودن دهنده مال ندارد. احتمال دیگر در این باره آن است که اگر حواله توسط بازرگانان صادر شود، اصل برائت محال علیه است، ولی اگر توسط غیر بازرگانان صادر شود، اصل، مدیون بودن او است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۴۲). اگر بپذیریم در حواله، اصل، برائت محال علیه است، تفاوتی وجود ندارد بین موردی که صدور آن بین بازرگانان باشد یا غیر بازرگانان و ادعای خلاف آن نیاز به اثبات دارد.

۱۲- نتیجه‌گیری

هر پرداخت، مستلزم وجود دینی است و حکم ماده ۲۶۵ قانون مدنی، مفید اماره مدیونیت به نفع

گیرنده است. قسمت دوم ماده ۲۶۵، مقرر می‌دارد: «... بنابراین اگر کسی چیزی به دیگری بدهد بدون اینکه مقروض آن چیز باشد می‌تواند استرداد کند». بنابراین مدعی به کمک ادله اثبات دعوی یعنی اقرار، سند، شهادت، اماره یا سوگند، می‌تواند ضمن اثبات مدیون نبودن خود، عقد قرض، ودیعه، عاریه و امثال آن را ثابت و مال را از متصرف پس بگیرد. بر اساس این نظریه، دهنده مال، مدعی محسوب شده و بار اثبات بر عهده او است و گیرنده مال موظف به اثبات چیزی نیست، شخصی که درصدد استرداد مال تسلیم شده یا وجه پرداخت شده به دیگری است، باید استحقاق خود را برای استرداد آن اثبات کند.

در فقه امامیه، اکثر فقها در صورت اختلاف بین دهنده و گیرنده مال، قول دهنده را مقدم می‌دانند. ظهور ماده ۲۶۵ ق.م. به نفع گیرنده مال است و باید قول او را مقدم شناخت. این ماده، مبتنی بر قانون مدنی فرانسه است. پیشنهاد می‌شود که این ماده به شرح زیر اصلاح گردد: در دادن هر مال یا پرداخت وجه، وجود تعهد یا دین قبلی، مفروض است. بنابراین اگر کسی به دیگری چیزی بدهد، نمی‌تواند آن را استرداد کند مگر اینکه اثبات کند متعهد و مدیون آن چیز نبوده است.»

فهرست منابع

- ۱- اسلامی‌پناه، علی، (۱۳۸۷)، تسلیم مال یا پرداخت وجه، نشانه مدیونیت است، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۵.
- ۲- اصغری آقشه‌دی، فخرالدین و اتقائی، کریم، (۱۳۸۶)، شرح و تفسیر ماده ۲۶۵ قانون مدنی فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی تهران، شماره ۴۶.
- ۳- اسکینی، ربیع، (۱۳۷۹)، حقوق تجارت اسناد تجاری، سمت، تهران، چاپ پنجم.
- ۴- امامی، سید حسن، (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، جلد اول، اسلامیه، تهران، چاپ بیستم.
- ۵- امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید، (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات، جلد اول، دادگستر، تهران، چاپ اول.
- ۶- بهرامی، بهرام، (۱۳۸۱)، حقوق تجارت کاربردی، نگاه بینه، تهران، چاپ سوم.
- ۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۶)، دانشنامه حقوقی، جلد اول، امیرکبیر، تهران.
- ۸- حسینی، حسن، (۱۳۸۵)، حقوق تجارت، میزان، تهران، چاپ پنجم.
- ۹- حسینی مراغی، سید میرفتاح، (۱۴۱۷)، العناوین، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۱۰- حلی، نجم‌الدین ابوالقاسم (محقق حلی)، (۱۴۱۲)، النهایه و نکتهها (دوره سه جلدی)، قم، مؤسسه نشر اسلامی.

- ۱۱- دیانی، عبدالرسول، (۱۳۷۶)، ادله اثبات دعوا در امور کیفری و مدنی، تدریس، تهران، چاپ اول.
- ۱۲- ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۷۸)، حقوق تجارت، جلد سوم، دادگستر، چاپ سوم.
- ۱۳- شهید ثانی، (۱۳۸۲)، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیة، ترجمه حمید مسجدرایی، پیام نو آور، قم، چاپ اول.
- ۱۴- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، تشکیل قراردادها و تعهدات، مجد، تهران، چاپ دوم.
- ۱۵- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۵)، سقوط تعهدات، مجد، تهران، چاپ سوم.
- ۱۶- عاملی، شمس‌الدین محمد (شهید اول)، (۱۳۷۲)، القواعد و الفوائد، ترجمه سید مهدی صانعی، مشهد، نشر دانشگاه فردوسی.
- ۱۷- عاملی، محمدبن حسن (شیخ حر عاملی)، (۱۴۰۳)، وسائل‌الشیعه، تهران، مکتبه الاسلامیه.
- ۱۸- عدل، مصطفی، (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، بحرالعلوم، قزوین، چاپ اول.
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی الزام‌های خارج از قرارداد و ضمان قهری، جلد دوم، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی عقود معین، جلد سوم، گنج دانش، تهران، چاپ سوم.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ چهارم.
- ۲۲- کرکی، علی بن حسین (محقق کرکی)، (۱۴۱۱)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، بیروت، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث.
- ۲۳- متین، احمد، (۱۳۸۷)، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی شامل نظریات دیوان عالی کشور، از سال ۱۳۳۰ تا ۱۳۱۱ هجری شمسی، آثار اندیشه، تهران.
- ۲۴- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۴)، قواعد فقه، بخش مدنی، مرکز نشر اسلامی، چاپ دوازدهم.
- ۲۵- موسوی بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۰)، القواعد الفقهیه (جلدهای اول و هفتم از دوره هفت جلدی)، اسماعیلیان، قم.
- ۲۶- ناصری، فرج‌الله، (۱۳۴۴)، امارات در حقوق مدنی ایران، چاپ رنگین، تهران.
- ۲۷- نجفی، محمد حسن، (۱۴۱۲)، جواهر الکلام فی شرح الشرایع الاسلام، جلد ۹، مؤسسه المرتضی‌العالمیه.
- ۲۸- نوین، پرویز، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی (۳)، تدریس، تهران، چاپ اول.

29- Mazeaud. (1978). (Henri leon et jeam): par chabas.F," **Lecons dedroit civil Obligation**". Theoriecenerale, 6e ed ,paris, montchrestien.