

ایجاب ملزم در فقه امامیه، حقوق افغانستان و اصول قراردادهای اروپا

غیاث الدین قیاسی سررکی

استادیار جامعه المصطفی (ص) العالمیه

sqiasi52@gmail.com

غلام سخی علیزاده

دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی

چکیده

ایجاب ملزم یکی از مباحث مهم و اساسی در حوزه قراردادهای است. پژوهش حاضر با رویکرد تطبیقی در مقام پاسخ این سؤال است در صورتی که ایجاب از سوی موجب برای مدتی اعتبار گردد، آیا موجب در این مدت معین می‌تواند از ایجاب خود رجوع نماید یا خیر؟ تحقیق حاضر که به شیوه کتابخانه‌ای و تحلیلی انجام یافته مبین این امر است که طبق نظریه مشهور فقیهان امامیه، پاسخ سؤال فوق، مثبت است؛ یعنی موجب تا زمان وصول قبول به این ایجاب، حق رجوع برایش ثابت است؛ اما در حقوق افغانستان «ایجاب ملزم» به‌طور مطلق پذیرفته و مقرر نموده است که موجب حق رجوع از ایجاب خود را نخواهد داشت، مگر اینکه به‌طور صریح و یا ضمنی یاد آوری نموده باشد. در این میان در اصول قراردادهای اروپا «ایجاب ملزم» به صورت تعدیل یافته پیش‌بینی شده است. بنابر این، با وجود تفاوت‌ها در این مورد، به نظر می‌رسد نظریه پیش‌بینی شده در اصول اروپا، امروزه بیشتر با پشتوانه منطق حقوقی و عقلانی همراه است؛ زیرا، پیچیده شدن قراردادهای از یک سو و فراملی و جهانی شدن قراردادهای از سوی دیگر، پذیرش چنین نظریه‌ای را اقتضا می‌نماید و در نتیجه موجب نباید از ایجاب خود عدول نماید، مگر در موارد خاص و معین.

واژگان کلیدی: ایجاب ملزم، فقه امامیه، حقوق افغانستان، اصول قراردادهای اروپا، تطبیقی.

مقدمه

یکی از نتایج انقلاب صنعتی، ایجاد تحول عمیق و شگرف در حوزه قراردادهای است. این امر سبب شد قراردادهای ساده (حضوری) را مبدل به قراردادهای پیچیده‌ای شوند. این تحول نیز ناشی از نیازهای بشر و رشد قدرت اقتصادی کشورها و فراملی شدن قراردادهای است. بنابر این، نیاز بشر از یک سو و استمرار تجارت‌های بین‌المللی جهت رفع آن نیازها از سوی دیگر، مستلزم پایدار بودن متعاملین جهت تحقق آثار مترتب بر آن را اقتضا می‌نماید. این امر سبب ایجاد پدیده «ایجاب ملزم» و ورود آن در قراردادهای یک سده اخیر شد. لازمه ورود «ایجاب ملزم» در قراردادهای، اقتضای پایداری موجب تا زمان پذیرش انشای وی از جانب مقابل بود، هر چند مدت انتظار طولانی باشد. بدین روی، پیامد قبولی «ایجاب ملزم» ایجاد تعهد یک طرفه برای ایجاب‌دهنده بود. اما نظام‌های حقوقی در مورد پذیرش و عدم پذیرش «ایجاب ملزم» طریق و احدى را نپیمودند؛ برخی از فقیهان و حقوقدانان با ورود این پدیده در قراردادهای مخالف بودند و در نتیجه وارد ادبیات حقوقی و قانونی‌شان نشدند (فقه امامیه)، برخی دیگر آن را به‌طور مطلق پذیرفتند (حقوق افغانستان) و در نتیجه توسط قانونگذار، وارد قانون شد و برخی نیز آن را با تعدیل پذیرفته‌اند (اصول قراردادهای اروپا). بدین رهیافت، نگاه متفاوت به «ایجاب ملزم» از سوی نظام‌های حقوقی، سبب شد که دکترین حقوقی نظریات مختلفی را پیرامون آن بیان نماید.

با این بیان، پژوهش حاضر سعی نموده است جایگاه ایجاب ملزم را در قراردادهای دکترین حقوقی به صورت تطبیقی و در سه نظام حقوقی (فقه امامیه، حقوق افغانستان و اصول قراردادهای اروپا) مورد کاوش و پژوهش قرار دهد. نخست به مفهوم ایجاب ملزم و سپس جایگاه آن در سه نظام حقوقی و دکترین حقوقی مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱. مفهوم ایجاب و ایجاب ملزم^۱

۱. Firm offer.

در تعریف ایجاب گفته شده است: ایجاب عبارت از پیشنهادی است که یکی از طرفین جهت انشاء و ایجاد رابطه الزامی، صادر می‌کند و قبول موافقت با این ایجاب است (شلبی، ۱۹۸۳ م: ۴۱۸). در مجله الاحکام العدلیه گفته ایجاب همان کلام نخستین است که یکی از طرفین جهت انشای عمل حقوقی صادر می‌کند و قبول کلام ثانی است که جهت انشای عمل حقوقی اظهار گردیده و عقد با آن کامل می‌شود (مجله الاحکام العدلیه، ماده ۱۰۱ و ۱۰۲). در قانون مدنی افغانستان قانون‌گذار ایجاب را تعریف نکرده و لی در قانون قراردادهای تجارتی و فروش اموال چنین تعریف نموده است: «ایجاب، اظهار اراده یکی از طرفین عقد به صورت شفاهی یا تحریری به طرف یا طرف‌های دیگر بوده و به صیغه ماضی، حال یا امر از طریق وسایل مروجه بیان...». در اصول قراردادهای اروپا در فقره ۱ ماده ۲۰۱-۲ چنین تعریف نموده است: «یک پیشنهاد در صورتی ایجاب تلقی می‌شود که:

الف) قصد شده باشد که چنان چه طرف دیگر آن را قبول کند، منتج به یک قرارداد شود و،

ب) حاوی شرایط کافی معین جهت تشکیل قرارداد باشد».^۱

بنابر این، ایجاب اولین انشایی است که اثر حقوقی را به وجود اقتضایی پدید می‌آورد و قبول وجود اقتضایی مذکور را به وجود نهایی تبدیل می‌کند. تعاریف فوق در خصوص ایجاب ساده بود نه ایجاب ملزم، از این‌رو، چنین ایجابی پیش از قبول الزام‌آور نیست و ایجاب‌کننده می‌تواند از عدول نماید و بدون اینکه برایش تعهدی ایجاد نماید. اما با این حال، برخی از نظام‌های حقوقی در مواردی ایجاب را الزام‌آور می‌دانند (ایجاب ملزم). مثلاً ایجاب ملزم در اصطلاح انگلیسی «Firm offer» به این مفهوم است که ایجاب بدون پیوستن قبول به آن منشأ تعهد شود. به عبارت دیگر ایجاب ملزم در حقیقت همان تعهد یک طرفه می‌باشد که یکی از متعاقدين به نفع

۱. (1) A proposal amounts to an offer if (a) it is intended to result in a contract if the other party accepts it, and (b) it contains sufficiently definite terms to form a contract.

جانب مقابل یا شخص ثالث خود را متعهد به انجام فعل یا ترک فعل ملزم می‌نماید. چنین ایجابی به صورت‌های ذیل واقع می‌شود:

۱. هرگاه موجب ایجاب خود را انشا نماید و برای پیوستن قبول به آن، مدتی را تعیین کرده باشد. در این حالت، موجب نمی‌تواند قبل از مدت معینه ایجاب خود را بی‌اعتبار سازد.

۲. گاهی از قرائن و اوضاع فهم می‌شود که ایجاب‌کننده برای پیوستن قبول به ایجابش مدتی را لحاظ نموده است (قنواتی، ۱۳۸۳: ۲۶۸). پرسش که در این جا مطرح می‌گردد این است که آیا اراده موجب قابلیت و استعداد این را دارد که به تنهایی وی را متعهد سازد تا از ایجاب خویش عدول نکنند؟ به بیان دیگر آیا اراده موجب قابلیت این را دارد که به تنهایی منشأ اثر حقوقی شود؟ پاسخ به این سؤال بایستی در فقه امامیه، حقوق افغانستان و اصول قراردادهای اروپا تفحص و تحقیق نمود.

۱.۱. ایجاب ملزم در فقه امامیه

در فقه اسلامی ایجاب ملزم همان تعهد یک جانبه و یا شرط ابتدایی است. هر چند در فقه اسلامی به جای تعهد یک جانبه و ایجاب ملزم، در طول قرون متوالی از اصطلاح «شرط ابتدایی» اما با واژه‌ها و اصطلاحات مختلف استعمال نموده و در واقع همه این واژه‌ها دارای مفهوم واحدی هستند؛ همانند «وعد» یا «وعده». هر چند برخی قائل به تفاوت «وعد و وعده» یا واژه «شرط» هستند (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق: ج ۱، ص ۵۳). اصطلاحات و عبارات دیگری نیز مبین مفهوم شرط ابتدایی یا تعهد یک‌طرفه در فقه است: مثل «الزام مستقل» (مراغی، ج ۲، ص ۲۷۴)، «شرط استقلالی» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق: ج ۱، ص ۵۳)، «الزام ابتدایی» (انصاری، ج ۶، ص ۱۱) و «التزام ابتدایی» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۳، ص ۲۸۵). با وجود این، با تتبع و دقت بیشتر در آثار فقیهان در طول قرون درمی‌یابیم که برخی فقیهان میان شرط ابتدایی و تعهد یک‌طرفه رابطه عام خاص قائل شده است و شرط ابتدایی را نسبت به تعهد یک‌طرفه عام دانسته و گفته‌اند: شرط ابتدایی هم شامل تعهد یک‌جانبه (دارایی، ۱۳۹۳: ۱۱۴) و هم شامل عقود نامعین می‌شوند (شهیدی، ۱۳۹۱: ۳۵۷؛ محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۷ و ۱۷۰). برخی

دیگر از فقیهان چنین تفاوتی قائل نشده و شرط ابتدایی را مترادف با تعهدات یکطرفه دانسته است. دیدگاه اکثر فقیهان امامیه نیز مؤید دیدگاه دوم است (دارایی، ۱۳۹۳: ۱۱۴) و میان این دو اصطلاح تفاوتی قائل نشده است. در این جستار نیز نگارندگان به تبعیت از اکثر فقهای امامیه، ایجاب ملزم را به مفهوم شرط ابتدایی و تعهد یکجانبه لحاظ نموده است.

در فقه اسلامی در خصوص لازم الوفاء بودن ایجاب ملزم یا همان تعهد یکطرفه و عدم لازم الوفاء بودن آن نظریات گوناگونی از سوی فقیهان ارائه شده است. مشهور فقیهان امامیه قائل به جواز رجوع از ایجاب است (عاملی، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۷: ۱۰۰، نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ج ۲۹: ۱۴۷). پس مستفاد از تئوری مشهور فقیهان، عقد عبارت است از: مجموع ایجاب و قبول بوده و قبل از قبول اساساً عقدی پدید نیامده تا لزوم بر آن مترتب گردد. شیخ انصاری در تأیید این کلام چنین مقرر داشته است: «اصل این است که اگر موجب پیش از قبول از ایجاب خود رجوع کند، ایجاب منتفی می‌شود» (انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق، ج ۳، ۱۷۸). زیرا تا زمانی که رضایت و انشای جانب مقابل به ایجاب موجب ملحق نگردد، هیچ‌گونه اثر حقوقی پدید نخواهد آمد و به همین دلیل ایجاب‌کننده قبل از وصول قبول، حق رجوع از ایجاب برایش ثابت است. در این مورد میان فقه امامیه، حنفی و شافعی تفاوتی وجود ندارد و وحدت نظر حاکم است، مبنی بر اینکه: موجب با صدور ایجاب خود تعهد مطلق را ایجاد نکرده بلکه تعهدشان معلق و مشروط به قبول ایجاب توسط ایجاب‌شونده است. بدین اساس تا وقتی که شرط محقق نشده تعهدی هم پدید نخواهد آمد. در چنین حالتی، ایجاب موجب پیشنهاد محض است که هر زمان اراده کرد می‌تواند از آن صرف نظر نماید و آن را از بین ببرد (کاسانی، ۱۳۹۴ ه.ق، ج ۵: ۱۳۴۶؛ بیضاوی، ۱۹۸۲ م: ۴۷۵) و اراده موجب قدرت ایجاد و خلق اثر حقوقی را ندارد.

در مقابل برخی دیگری از فقیهان قائل به لزوم ایجاب‌اند و ایجاب ملزم را به مثابه تعهد یکطرفه و دارای آثار حقوقی دانسته است (دارایی، ۱۳۹۳: ۱۱۸). نگارنده نیز با این دیدگاه موافق است؛ برای اینکه ایجاب ملزم یا همان تعهد یکطرفه ذاتاً لازم است،

هر چند ایجاب ملزم مستقلاً تعهد یکطرفه به حساب نمی‌آید ولی قابلیت و استعداد آن را دارد که با اندراج شرط ضمنی آن را الزام‌آور ساخت. تعبیر نگارنده مراد از «ذاتاً لازم» در موضع و موقعیت پس از رسیدن ایجاب و قبل از قبول است. اما در جای دیگر مثل رجوع موجب از ایجاب قبل از وصول آن به ایجاب‌شونده، رجوع هیچ اشکالی نداشته و فاقد اثر حقوقی خواهد بود.

در این میان، از میان مذاهب خمس، صرفاً فقیهان مالکی ابتدائاً نظریه ایجاب ملزم را پیش‌بینی نموده است و معتقدند که ایجاب‌کننده نمی‌تواند از ایجابش رجوع کند، مگر اینکه جانب مقابل از آن اعراض نماید (محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۰). روند انعقاد معاملات و قراردادهای مهم و بزرگ حاکی از این است که این عقود و قراردادهای، یک سریان ممتد و به‌هم پیوسته‌اند که پس از چندین نشست، گفتگوها و مذاکره در نهایت منجر به ایجاب و قبول می‌شود. از این‌رو برای تعیین مفاد یک قرارداد، اگر ایجاب و قبول را پایه و مبدأ قرارداد شده، دور از انصاف و واقعیت است. همانگونه که یکی از اساتید حقوق براین باور است که: «بریدن ایجاب و قبول از زمینه و بستری که در آن روییده و بالیده، گسستن یک موجود زمانی از پیشینه تاریخی آن است؛ زیرا بدیهی است که متعاملین هنگام ایجاد قرارداد، همه قرارها و توافق‌های خود را در قالب ایجاب و قبول نمی‌گنجانند، تمام خواسته‌های خود را به کتابت در نمی‌آورند. بنابر این، تفسیر واقع‌بینانه از قرارداد منوط به ملاحظه همزمان قرارداد و تاریخچه آن است. البته همه آن چه در مذاکرات مقدماتی می‌آید به قید و شرط بدل نمی‌گردد، ولی طبیعی است که طرفین بعضی از شروط و قیود را در مرحله گفتگوهای مقدماتی بیان کنند و دیگر خود را از تکرار آن در قرارداد بی‌نیاز ببینند» (محقق داماد، ۱۳۸۵، ج ۲: ۵۷-۵۸). بدین رهیافت، نگاهی به مذاکرات مقدماتی و اراده متعاملین نشان می‌دهد که نبایستی از کنار شروط مقدماتی بر عقد بی‌اعتنا گذشت؛ البته مشروط بر اینکه متعاقدين هنگام عقد عنایت به آن داشته باشند و قرارداد را بر آن مبتنی سازند (همان: ۵۸).

با تتبع در مواد قانون مدنی افغانستان، به نظر می‌رسد که قانونگذار ایجاب ملزم را پذیرفته نه ایجاب ساده را و بنابر این، موجب به ایجاب خویش متعهد و ملتزم است و نمی‌تواند از ایجاب خود رجوع نماید؛ البته مشروط بر اینکه حق رجوع از ایجاب را برای خودش خواه به صورت صریح یا ضمنی، حفظ نکرده باشد؛ و الا می‌تواند از ایجاب خود رجوع نماید و در فرض ورود زیان به ایجاب‌شونده ملزم به جبران خسارت وارده نخواهد بود. قانونگذار در ماده ۵۱۴ قانون مدنی^۱ اشاره به ایجاب ملزم دارد و بیان می‌دارد: «هر شخص به ایجاب خود ملزم قرار می‌گیرد، مگر اینکه بعدم الزام خود تصریح نموده یا از قرائن ظاهری و یا طبیعت معامله چنان معلوم گردد، که در ایجاب قصد الزام وجود نداشته باشد». مضاف بر این ماده ماده ۵۱۵ و ۵۱۶ قانون مدنی دال بر پذیرش ایجاب ملزم است. پس اصل عدم رجوع از ایجاب است مگر اینکه ایجاب‌کننده از ابتدا به عدم پابندی به ایجاب خود تصریح نموده باشد. همان طوری که در ماده ۵۱۶ قانون مدنی مقرر شده است: «هرگاه برای قبول، میعاد تعیین شده باشد، ایجاب‌کننده نمی‌تواند تا ختم میعاد معینه از ایجاب خود منصرف گردد». فقره بعدی دال بر این است که اگر ایجاب‌کننده برای قبول مدتی را به صراحت تعیین نکرده باشد، بلکه از طبیعت و قرائن معامله به گونه‌ای قابل استنباط باشد که ایجاب مهلتی برای قبول لحاظ نموده است، در چنین حالتی نیز ایجاب‌کننده نمی‌تواند از ایجاب خود رجوع نماید: «در صورت عدم تصریح میعاد، قبول احیاناً از قرائن ظاهری و یا طبیعت معامله شده می‌تواند». بنابر این، از این مواد قانونی نظریه ایجاب ملزم فهم و استنباط می‌شود. طبیعی است پذیرش ایجاب ملزم آثاری را برای گوینده ایجاب پدید می‌آورد و آن این است که در فرض تحقق نقض پیش قراردادی که در رابطه به حفظ ایجاب منعقد شده بود، برای گوینده آن، مسئولیت مدنی ناشی از تخلف عهدی بوده و جنبه قراردادی دارد و جانب مقابل ملزم به اثبات تقصیر موجب نیست. همین که از سوی موجب نقض گردد، برای تحقق مسئولیت کافی است؛ زیرا، قرارداد ناشی از توافق دو اراده است و موجب هنگام قبول ایجابش توسط ایجاب‌شونده بایستی به انعقاد آن راضی باشد و رجوع از ایجاب، توافق اراده‌ها را نقض و غیر ممکن

می‌سازد، هر چند مسئولیت مدنی برایش پدید آورند. علاوه بر آن، قرارداد ضمنی، آزادی و اختیار موجب را از بین می‌برد. در این صورت رجوع از ایجاب نیز بی‌اثر بوده و قبول مخاطب ایجاب، عقد را کامل می‌سازد. بدین رهیافت، عقد نتیجه تراضی دو اراده است نه حکم دادگاه-محکمه- و نایستی آن را وسیله جبران خسارت دانست.

۱.۳. ایجاب ملزم در اصول قراردادهای اروپا

در اصول قراردادهای اروپا به خلاف حقوق افغانستان ایجاب ملزم به صورت تعدیل یافته پیش‌بینی شده؛ زیرا آنچه از بند ۱ و ۲ ماده ۲۰۲-۲ اصول قابل فهم و استنباط است، این است که اصل بر قابل رجوع بودن ایجاب قرارداد است؛ مگر در مواردی خاص که عبارتند از:

اولاً رجوع از ایجاب مؤثر باشد. مؤثریت آنگهی است که پیش از شروع به اجرای قرارداد، به قبول‌کننده برسد.

ثانیاً رجوع می‌بایست قبل از ارسال قبول توسط مخاطب ایجاب به وی برسد. ثالثاً ایجاب از مواردی نباشد که تحت بند ۳ ماده ۲۰۲-۲ قرار می‌گیرند (Lando and Beale, 2003, 169). گاهی مخاطب ایجاب با اعمال خود قبولی ایجاب را می‌گوید و در نتیجه قبولی عملی محقق می‌شود. این نوع به صورت ذیل محقق می‌شود:

یک) قبول توسط رفتار: در مواردی که قبول به وسیله رفتار انجام گیرد، رجوع از این ایجاب وقتی تأثیرگذار است که پیش از علم‌گوینده ایجاب از آن رفتار به مخاطب ایجاب برسد؛ به جهت اینکه زمان عقد، وقتی است که گوینده ایجاب از رفتار مخاطب ایجاب اطلاع حاصل نماید.

دو) قبول عملی: این نوع قبولی خود به دو صورت ذیل محقق می‌شود:

صورت اول در جای است که بین طرفین هیچ‌گونه رویه و تعامل تجارتي وجود نداشته باشد؛ رجوع در صورتی مؤثر است که اخطار قبول مخاطب ایجاب به موجب نرسیده باشد و در غیر این صورت فاقد مؤثر خواهد بود.

صورت دوم در جایی است که میان دو طرف رویه و تعامل و یا عرف تجاری حاکم است. در این فرض چنان چه مخاطب ایجاب قبول خود را به وسیله اعمال اجرایی بدون اینکه به گوینده ایجاب اطلاع دهد، انجام دهد، حق رجوع موجب از ایجاب خویش ساقط می‌شود؛ مگر اینکه عدول موجب از ایجاب، پیش از شروع به عمل به مخاطب ایجاب برسد. چند نکته در ماده ۲۰۵-۲ قابل تحلیل و بررسی است: نکته اول: بر اساس بند یک، پایان اقتدار موجب جهت عدول از ایجابش را زمان ارسال قبول توسط ایجاب شونده تعیین کرده است؛ پرسشی که مطرح می‌گردد این است بر چه معیار و اصولی، قبول زودتر از ایجاب یا دیگر موارد و سیله قصد مؤثر واقع گردد؛ زیرا، ایجاب شونده با ارسال قبول، موجب را بر مبنای بند یک ماده ۲۰۲-۱۲ متعهد می‌سازد؛ درحالی که ایجاب شونده هنوز فرصت کافی دارد تا با اقدامی از قبول خود عدول نماید. به نظر می‌رسد بر مبنای این ماده برای ایجاب شونده احتمال سوء نیت وجود دارد، مگر اینکه بر اساس ماده ۳۰۱-۲ با حاکمیت اصل حسن نیت و معامله منصفانه بر روابط طرفین در حین انعقاد قرارداد، حکم کرد.

نکته دوم: بند یک ماده ۲۰۱-۲ میان پس گرفتن ایجاب و رجوع از آن تفاوت قائل شده است. پس گرفتن ایجاب زمانی تأثیرگذار است، که قبل یا هم‌زمان به مؤثر واقع شدن ایجاب باشد، درحالی که رجوع از ایجاب، باید بعد از مؤثر واقع شدن ایجاب و قبول انجام گیرد.

نکته سوم: در صورتی که ایجاب عام باشد و بر مبنای بند دو ماده ۲۰۲-۲ قابل رجوع باشد، در این فرض بر اساس همان وسیله که ساخته شده می‌توان از آن رجوع نمود؛ مثلاً اگر ایجاب به وسیله آگهی در روزنامه یا سایر طرق دیگر انجام شده باشد،

۱. بند ۱ ماده ۲۰۵-۲: «اگر قبول توسط مخاطب ایجاب ارسال شده باشد، عقد زمانی منعقد می‌شود که قبول به

رجوع از آن می‌بایست همانند آن وسایل صورت گیرد و پیش از ارسال قبول، به ایجاب‌شونده برسد (همان).

همان‌طور که گفته شد در اصول اروپا، اصل بر قابل رجوع بودن ایجاب است. اما مواردی دیگری هستند که به مثابه استثناء در بند سه ماده ۲۰۲-۲ اشاره شده است که در این موارد موجب از ایجاب خویش حق رجوع را ندارد، هر چند قبل از ارسال قبول باشد و آن عبارتند از:

یک) «ایجاب حاکی از «غیر قابل رجوع بودن» باشد؛ یا

دو) زمان معینی برای قبول ایجاب تعیین شده باشد؛ یا

سه) برای مخاطب ایجاب متعارف باشد که به ایجاب به عنوان یک ایجاب غیرقابل رجوع اعتماد نماید و مخاطب ایجاب با اعتماد بر آن به ایجاب عمل کرده باشد». فقره الف بند دو ماده فوق چنین بیان می‌کند که گاهی ممکن است که غیرقابل رجوع بودن ایجاب را به وسیله اعلامیه یا اصطلاحات قرارداد یا حتی رفتار موجب درخصوص الزام‌آور بودن ایجاب، استنباط کرد؛ الزامیت نیز چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی، برای طرف مقابل باید فهم شود. در فقره دوم بیان می‌کند که گوینده ایجاب مدتی را به‌طور ثابت برای قبولی تعیین نماید؛ که این بیان نیز بایستی صریح در کلامش باشد. مثلاً موجب می‌گوید: ایجاب من تا یک هفته قابل اعتبار است. چنان چه ایجاب‌شونده، قبولی خود را در این یک هفته ارسال ننماید، عمر ایجاب منقضی می‌شود؛ زیرا مدار اعتبار یک شیء به اعتبار امر معتبر است و مدت که پایان یافت، به خودی خود شیء اعتبارشده از بین می‌رود. فقره سه بند دو ماده بالا مبین این امر است که ایجابی که از گوینده آن صادر گردیده برای مخاطب آن متعارف، معقول و غیر قابل رجوع باشد؛ یا مخاطب ایجاب با اعتماد بر ایجاب صادر شده و بر مبنای حسن نیت که داشته، عملی را انجام داده باشد. اعتماد مخاطب بر ایجاب گوینده، بایستی آن بخش از افعال یا رفتاری را از قبیل تدارک برای تولید و یا اجاره نمودن اسباب و لوازمی یا به عهده گرفتن مصارفی باشد که در رابطه به ایجاب است؛ یا اعمال و رفتاری که در امور تجاری متعارف است یا در گفتگوهای مقدماتی مورد تأیید واقع

شده یا گوینده ایجاب چنین افعال یا رفتاری را از جانب مقابل پیش‌بینی می‌کرده و قابل تشخیص باشد (Viscasillas, 2001, 371-398).

۲. مبانی ایجاب ملزم

همان‌طور که اشاره شد، ایجاب ملزم در حقیقت یکی از مستحدثات انقلاب صنعتی است (جعفری فشارکی و ریاحی، ۱۳۹۶: ۱) که منجر به تغییر و دگرگونی زیستی جوامع بشری شدند؛ با وقوع انقلاب مذکور روابط قراردادی و تجاری نسبت به گذشته پیچیده‌تر و فنی‌تر گردید و دیگر مثل زمان قبل از انقلاب، معاملات تجاری با حضور معامله‌کنندگان و مذاکرات شفاهی انجام نمی‌شدند. این امر سبب پدید آمدن تئوری ایجاب ملزم شد. در حقوق رم هیچ اثری از ایجاب ملزم وجود نداشت؛ بنابراین اولین مدرک قانونی برای ایجاب ملزم در کد ۱۷۹۴ پروس و در کد ۱۸۱۱ اتریش مشاهده می‌شود. این پدیده نو حاکی از این بود که موجب نمی‌تواند قبل از مدتی که قانون تعیین نموده از ایجاب خود عدول نماید. این پدیده نوظهور در قانون مدنی ۱۸۹۶ آلمان ماده ۳ و ماده ۶۰ قانون مدنی فرانسه نیز پیش‌بینی شد (السنهوری، ۱۹۹۸: ج ۱، ص ۲۴۳).^۱ با توجه به فایده عملی و ضرورت آن در نهاد قراردادها، به تدریج گرایش به سمت راه‌یابی نظریه ایجاب ملزم در نظام‌های حقوقی اکثر کشورهای جهان شد و در نتیجه قانونگذاران کشورها با تا توجه ضرورت آن در قراردادها «ایجاب ملزم» را در قوانین خود درج نمودند (قنواتی، ۱۳۸۶: ۱۶۰). بدین اساس، آغاز ایجاب الزام زمانی است که ایجاب به مخاطب موجب برسد؛ اما قبل از رسیدن آن به قابل، حتی بر قبولی نظریه ایجاب ملزم، گوینده ایجاب حق عدول برایش محفوظ است (قنواتی، ۱۳۸۳: ۲۶۹) و از این جهت هیچ ایرادی وارد نخواهد بود. اینکه ایجاب‌کننده تا چه زمانی حق عدول از ایجاب خود را ندارد؟ در پاسخ بایستی چند صورت را تصور کرد:

۱. مقرر شد: «هر کس به دیگری ایجابی برای انعقاد قرارداد ارائه دهد به وسیله آن ایجاب ملزم است، مگر اینکه نفی چنین ایجابی را شرط کرده باشد» (قنواتی، ۱۳۸۶، ۱۶۰؛ بر گرفته از نظریه العقد السنهوری، ج ۲، ص ۲۴۷).

۱. هرگاه موجب برای ایجاب شونده مهلتی را معین کرده باشد، از تاریخ وصول ایجاب تا پایان آن مدت تعیین شده، ایجاب لازم است. به مثابه مثال اگر موجب در نامه خود به ایجاب شونده بنویسد که در مدت یک ماه از حین وصول نامه تا پایان یک ماه حق عدول برای موجب وجود ندارد. در چنین حالتی اگر ایجاب شونده قبول خود را در این مدت معینه نگوید، ایجاب منقضی شده و قبول بعد از آن فاقد اثر حقوقی خواهد بود.

۲. هرگاه ایجاب کننده، مهلتی متعارفی را برای قبول لحاظ ننماید، در این صورت مدت متعارف و معقول برای ابراز قبول لحاظ گردیده و قبول برای اینکه اثر حقوقی پیدا نماید، بایستی در این مهلت متعارف اظهار شود و تعیین کننده مهلت متعارف، عرف قراردادی و تجاری است. اما بعضی از حقوقدانان فرانسوی معتقدند که تا زمانی که ایجاب کننده از ایجاب خود عدول نکرده ایجاب معتبر است (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۱: ۳۰۷) برای تشخیص و محاسبه مهلت متعارف می توان امور را ذیل را لحاظ کرد:

الف- مدت وصول ایجاب به قبول کننده و مدت وصول قبول به ایجاب کننده.

ب- مدت لازم جهت مطالعه قبول کننده در مفاد و محتوای ایجاب.

ج- وسیله و ابزار ارسال ایجاب و قبول همانند هواپیما، ماشین، کشتی، قطار و غیره.

گاهی ممکن است مدت معین در نامه ایجاب، مدت کلی بدون ذکر منتهی باشد، یعنی آخرین روز وصول قبول به موجب را معین ننماید و صرف بنویسد: ظرف ۱ ماه اظهار قبول ایجاب نمائید؛ در چنین حالتی آغاز این یک ماه، روزی است که ایجاب به قبول کننده برسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۳۰-۱۳۱). حال اگر موجب پیش از رسیدن ایجاب به قبول کننده یا در حین وصول ایجاب به ایجاب شونده از ایجاب خود عدول نماید، در چنین حالتی قبول کننده نمی تواند قبول خود را اظهار نماید، برای اینکه موجب از ایجاب خود عدول کرده و موجود اعتباری که خلق کرده از بین برده و از این رو، مجالی برای اظهار قبول نمی باشد (همان: ۱۳۱). هرگاه نامه حاوی قبول به جهتی از جهات دیرتر از موعد معین برسد، در چنین حالتی بایستی به زمان وقوع عقد

در عقود مکاتبه‌ای مراجعه نمود. در عقود مکاتبه‌ای در این راستا چهار نظریه وجود دارد، نظریه اعلان، ارسال، اطلاع و وصول. پذیرش هریکی از نظریه‌های چهارگانه دارای آثار حقوقی خاص خودش می‌باشند. مثلاً اگر زمان وقوع عقد، تئوری ارسال نامه یا اعلان قبول باشد؛ رجوع موجب فاقد اثر است ولی هرگاه زمان وقوع عقد تاریخ اطلاع گوینده ایجاب از قبول یا وصول نامه حاوی قبول به موجب باشد، در چنین حالتی، مسئولیت تأخیر بر عهده ایجاب‌شونده است و موجب می‌تواند از ایجاب خود رجوع و عدول کند (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۱: ۳۰۷ بعد). پرسشی که در این جا مطرح می‌شود این است که هرگاه موجب مدتی را برای قبول ایجاب‌کننده معین نکند و مهلت متعارف برای اظهار قبول ایجاب لحاظ شود، آیا بعد از انقضای مهلت متعارف، صرفاً حق عدول برای ایجاب‌کننده پدید می‌آید یا اینکه ایجاب به‌طور کلی ساقط گردیده و از اعتبار می‌افتد؟ بعضی از حقوقدانان فرانسوی معتقدند تا زمانی که موجب از ایجاب خود رجوع نکرده، ایجاب به حالت خود معتبر باقی می‌ماند (قنواتی، ۱۳۸۳: ۲۷۰). نظر دیگر این است که به محض پایان یافتن مدت متعارف، ایجاب خودی خود منحل و منقضی می‌گردد. قانون فرانسه و مصر نظریه اول را پذیرفته و قانون تعهدات سوئیس در ماده ۳ و قانون مدنی المان در ماده ۱۴۵ نظریه دوم را پذیرفته است و نیز در حقوق انگلیس گفته شده اگر موجب برای قبول‌کننده مهلتی معین نموده باشد، حق عدول دارد و چنان چه مهلتی تعیین نکرده باشد، به طریق اولی حق رجوع برای موجب محفوظ است (السنهوری، ۱۹۹۸م، ج ۱: ۲۴۳). حقوق افغانستان نظریه اول (م ۵۱۶ ق.م) و در اصول قراردادهای اروپا آن چه از روح مواد قانونی فهم می‌شود، نظریه دوم را پیش‌بینی نموده است.

با توجه به این بیان، این پرسش در ذهن تداعی می‌نماید که آیا وفاء به ایجاب ملزم، لازم است و سبب ایجاد تعهد می‌شود یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال سه نظریه و تئوری از سوی حقوقدانان ارائه گردیده است:

۲.۱. نظریه تعهد یکطرفی^۱ (ایقاع لازم) و نقد آن

۱. Systeme de L engagement unilatera.

بر مبنای این تئوری، شخص می‌تواند بدون دخالت دیگران خود را ملتزم و متعهد به امری نماید. برای اینکه مبنای تعهد هر یکی از متعاملین اراده خود او ست. چنانچه گوینده ایجاب خود متعهد به مفاد قرارداد نشود، طرف دیگر نمی‌تواند برای وی ایجاب تعهد نماید. بدین رهیافت، با صدور ایجاب بر مبنای تئوری ایجاب ملزم، دو تعهد مجزا از هم‌دیگر برای گوینده آن ایجاب می‌شود.

الف- تعهد به مدلول عقدی که معلق و وابسته به اراده جانب دیگر است.

ب- تعهد به حفظ ایجابی که فوری ظهور پیدا نموده و آن را لازم می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱: ۳۰۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶، ج ۲: ۳۶). به عبارت دیگر، ایجاب ایقاع لازم است و لزوم آن ناشی از قصد خود گوینده ایجاب است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۲۳). بدین‌سان، نتیجه پذیرش چنین دیدگاه منجر به عدم تفاوت بین نقض تعهد قبل از قبول و بعد از آن خواهد شد. زیرا، گفته شده ایجاب موجب تنها به خود او ارتباط دارد، درحالی‌که رجوع موجب از ایجاب بعد از قبول ایجاب مجاز نیست و پیش از آن نیز نباید جایز باشد؛ زیرا ایجاب‌کننده تعهد و التزامی داده که رجوع از آن، سبب نقض این التزام می‌شود (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۲). در این میان، فقهای مالکی معتقدند که هر شخص در عالم حقوق و اعتبار، به آن چه در لسان جاری نموده است، ملتزم می‌دانند و ایجاب‌کننده را بر همین مبنای ایجابی که صادر کرده ملتزم دانسته است (همان) و بالاتر از آن، آنان معتقدند که ایجاب‌کننده با ایجاب خود در واقع برای ایجاب‌شونده حق تملک ایجاد کرده و جانب مقابل بایستی بتواند از این حق استفاده کرده و آن را اجرا نماید. همین امر مانع تأثیر عدول از ایجاب، پیش از قبول آن است (حطاب، ۱۴۱۶ه، ج ۴: ۲۴۱).

نقد این نظریه

بر این نظریه از سوی حقوق‌دانان غربی ایرادی وارد شده و آن اینکه در جامعه‌ی بشری در مقابل هر تعهدی، حقی وجود دارد. طبق این اصول، هر شخص می‌تواند برای خود تعهدی ایجاد نماید، اما از آنجا که تعهد مذکور با ایجاد حق دیگران تلازم دارد، از این‌رو بدون رضای صاحب آن امکان ندارد. این امر موجب می‌شود که شخص

نتواند تنها با اراده خود ایجاد دین نماید. در این صورت، نیروی الزام آور عقد ناشی بر این اساس قابل توجیه است که تعهد ناشی از عقد طرفینی است و نتیجه آن این است که ساخته مشترک تنها توسط یکی از آنها منحل نمی شود. بلکه در جایی که امری محصول اراده واحد باشد، تنها همان اراده بر آن حکومت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۰۹).

اما ایرادی که از جانب فقیهان اسلامی بر این نظریه وارد شده است، این است که طبق مبانی فقهی، دلیل بر لزوم و وجوب وفای مطلق به تعهدات وجود ندارد؛ زیرا، آنان معتقدند که عقد ترکیب از دو عنصر ایجاب و قبول است و نقض تعهد غیرمعتبر است. ولی تعهدات ناشی از عدم عقد، نقض آن مانع شرعی ندارد و عدول موجب از ایجاب ناشی از عقد نیست تا سبب نقض تعهد گردد، تعهد وانگه پدید می آید که عقد تشکیل شده باشد.

ممکن است کسی به آیه «أوفوا بالعقود» و «أحل الله البيع» و روایت «المؤمنون عند شروطهم» و مانند آن استناد کند و نقض تعهد را در هر صورت اعم از اینکه ناشی از عقد یا غیر آن باشد، جایز نداند. پاسخی که می توان به رد ایراد مذکور گفت این است که ادله مذکور عقود صحیح و تعهدات غیر عقدی را شامل نمی شود؛ زیرا، رجوع موجب از ایجاب، قبل از قبول ایجاب، نوعی تعهد ابتدایی تلقی شده و بر اساس فقه امامیه تعهد ابتدایی فاقد اعتبار است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹: ج ۲، ص ۳۲-۳۳).

اما بر اساس حقوق افغانستان و با توجه به اینکه ایجاب ملزم در قانون مدنی به رسمیت شناخته شده و از این جهت نظریه فوق به نحوی در قانون مدنی مورد پذیرش واقع شده است، مگر اینکه موجب در ابتدا به عدم پابندی به تعهد خود تصریح کند یا از قرائن و طبیعت معامله فهمیده شود (ماده ۵۱۴ ق.م). اصول قراردادهای اروپا ایجاب ملزم را به صورت تعدیل یافته پذیرفته است و از این جهت، نظریه تعهد یکطرفه در این اصول جایگاهی ندارد. به نظر می رسد اگر موجب پابندی خود را به ایجاب خود اعلان نماید در این حالت، هیچ ایرادی نخواهد داشت.

۲.۲. نظریه پیش‌قراردادی^۱

بر مبنای این نظریه امکان عدول از ایجابی که مهلتی برای الحاق قبول به آن از سوی ایجاب‌کننده تعیین شده است، وجود ندارد. این نظریه که توسط دمولمب مطرح شد چنین تحلیل می‌کند که ایجاب‌کننده مهلت معقولی برای مخاطب خود معین می‌کند که الحاق قبول به ایجاب بایستی در مدت مذکور با شد. اینکه ایجاب شونده، ایجاب را فوراً قبول یا رد نمی‌کند، حاکی از این است که ایجاب‌شونده مهلت تعیین شده را برای بقای ایجاب جهت تدبیر و تفکر در رابطه با شرایط و ارکان قرارداد به‌طور ضمنی قبول نموده است. بدین سان، بقا و حفظ ایجاب از طریق یک توافق ضمنی میان دو طرف قابل توجیه است نه از طریق تعهد یک‌طرفه (قنواتی، ۱۳۸۶: ۱۷۱).

بر این نظریه نیز از سوی دکترین حقوقی ایرادهای وارد شده است که مهم‌ترین آنها عبارتند از:

الف) دور از واقعیت است که ما بپذیریم که یک توافق پیش از تشکیل عقد بر بقای ایجاب و قابلیت انضمام قبول به ایجاب در مهلت مقرر واقع شده است.

ب) سکوت مخاطب ایجاب را نمی‌توان دلیل بر توافق ضمنی او نسبت به رد یا قبول فوری ایجاب دانست؛ زیرا سکوت دلالت بر پذیرش ایجاب نمی‌کند؛ بنابراین اصل عدم وقوع قبول و عدم حصول توافق ضمنی است.

ج): سکوت زمانی دلالت بر رضا می‌نماید، که همراه با قرائن باشد، که از این قرائن، نیت و اراده درونی جانب مقابل را جهت رضای معاملی کشف کرد. ولی در این جا هیچ‌گونه قرینه که کاشف از اراده حقیقی وی باشد وجود ندارد (کاویار و دیگران، ۱۳۹۶: ۴۸). با این بیان بی اعتباری این نظریه به اثبات می‌رسد.

فقیهان امامیه نیز بر این نظریه انتقادات و ایرادهایی را مطرح ساخته که مبین عدم اعتبار آن در فقه امامیه بوده است: اولاً سکوت ایجاب شونده، دلالت بر توافق ضمنی

۱. *systeme du lavant contract.*

وی بر استمرار ایجاب نمی‌کند و اصل عدم وقوع قبول و عدم توافق ضمنی جاری می‌گردد.

ثانیاً تعهدات ناشی از چنین توافقی محل شک و تردید بوده و بعید است ادله وجوب وفا آن را شامل گردد. بر فرض که بگویم ادله وجوب وفا، چنین تعهداتی را در بر می‌گیرد این سؤال در ذهن خلق می‌شود، که متعلق توافق ضمنی چیست؟ بدیهی است که متعلق توافق، عدم عدول از ایجاب و نتیجه آن، لزوم و وجوب عدم رجوع از آن است، در هر صورت باید گفت چنان چه موجب از ایجاب خود عدول و بعد از آن، ایجاب شونده قبول نماید، مسلم است که عقدی منعقد نخواهد شد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹: ج ۲، ص ۳۳-۳۴). با تتبع در قوانین افغانستان و اصول اروپایی به نظر می‌رسد، قانونگذار این دو نظام حقوقی نظریه پیش قراردادی را نپذیرفته و جایگاهی در این دو سیستم حقوقی نیز ندارد.

۲،۳. مسئولیت مدنی^۱ (خطای تقصیری)

بر مبنای این نظریه گوینده ایجاب، قبل از وصول قبول نمی‌تواند از ایجاب خود عدول نماید. چنانچه موجب از ایجاب خود عدول و مخاطب ایجاب ناشی از عدول موجب از ایجابش متضرر شود، بایستی خسارت ناشی از عدول ایجاب را موجب متحمل شود. قابل ذکر است که مسئولیت مذکور ناشی از نوع عقدی نیست؛ زیرا، قراردادی میان دو طرف شکل نگرفته تا مسئولیت را ناشی از عقد دانست و مسئولیت مذکور بر مبنای قواعد عمومی مسئولیت مدنی از نوع مسئولیت مبتنی بر تقصیر خواهد بود (السنهوری، بی تا: ۲۴۴-۲۴۵)؛ زیرا عدالت اقتضا دارد که مخاطب ایجاب به نتیجه مورد نظر خود برسد و محکمه (دادگاه) در مقام رفع و توجیه زیان می‌تواند عقد را واقع شده اعلان کند. اما، آن چه موجب را ملزم به مفاد آن می‌نماید، خطای مربوط به عدول از ایجاب است نه خود آن (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ج ۱، ص ۳۱۵).

۱. Systeme du Delit civil.

بر این نظریه نیز ایرادی مطرح گردیده که موجب حق عدول از ایجاب خود را نداشته و چنانچه عدول از ایجاب صورت گیرد، عدول موجب از ایجاب بی اثر خواهد بود؛ زیرا، بعد از وصول قبول به ایجاب عقد محقق می شود؛ حتی اگر قائل شویم موجب حق عدول از ایجاب خود دارد، چرا می باید برای اعمال حق خویش به دیگری خسارت بدهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۱۲۷). علاوه بر آن، مسئولیت مدنی به دلیل عدول از ایجاب، مستلزم دور است؛ برای اینکه تحقق مسئولیت مدنی ایجاب کننده، فرع بر لازم بودن ایجاب است و اگر لازم بودن ایجاب هم فرع بر مسئولیت مدنی او باشد، دور لازم می آید (کاویار و دیگران، ۱۳۹۶: ۵۰؛ السنهوری، بی تا: ۲۴۵).^۱ با وجود این، آنچه بیان شد، باید گفت که یکی از ارکان مسئولیت مدنی ورود زیان به دیگری می باشد و عدول از ایجاب همیشه با زیان همراه نبوده، مگر اینکه قائل شویم که مسئولیت عدول کننده ایجاب از نوع ضمان نوعی و بدون تقصیر می باشد که این خلاف اصل است و نیاز به تصریح دارد؛ درحالی که چنین تصریحی وجود ندارد. حال، به این پرسش بایستی پاسخ داد که کدام یکی از نظریه های فوق در سه نظام حقوقی مورد بحث مورد قبول واقع شده است؟

۲.۴. نظریه پذیرفته شده در فقه امامیه، حقوق افغانستان و اصول قراردادهای

اروپا

یک) فقه امامیه

از میان نظریه های فوق، نظریه مسئولیت مدنی را می توان در فقه امامیه با قاعده لاضرر و قاعده غرور تبیین و تحلیل کرد؛ مفاد قاعده لاضرر و لاضرر فی الاسلام این است که هیچ حکم ضرری در اسلام وجود ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۶). هر حکم که از جانب شارع صادر می شود چنان چه مستلزم زیان باشد یا از ناحیه اجرای آن زبانی به دیگران وارد گردد، بر اساس قاعده مزبور، حکم رفع می شود (همان: ۳۶). برای تجزیه و تحلیل مبنای مسئولیت مدنی در فقه، بایستی این سؤال را مطرح

۱. «...العدول عن الإيجاب خطأ، فهو لا يكون خطأ إلا إذا كان الموجب ملتزم بعدم العدول، ونحن نقول: إن العدول عن الإيجاب، لأن العدول خطأ وهذا هو الدور» (السنهوری، بی تا: ۲۴۵).

کرد که آیا قاعده لاضرر صرف احکام وجودی را در بر می‌گیرد، یا مشمول احکام عدمی نیز می‌شود؟ چنان چه در اثر عدم یک امر وجودی خسارتی پدید آید، آیا قاعده فوق حاکم خواهد بود یا خیر؟ اکثر فقیهان امامیه معتقدند که قاعده لاضرر اثبات ضمان نمی‌کند؛ به جهت اینکه مفاد قاعده برداشتن حکم است نه اثبات حکم. برخی از فقیهان در این مورد چنین استدلال نموده است که: قاعده لاضرر همواره به شکل معارضه و نیز مخالف عمومات دیگر وارد عمل می‌شود و بر آن‌ها فائق می‌آید. از این رو، می‌باید همیشه حکم ثابتی به نحو عموم وجود داشته باشد و بعضی مصادیق آن ضرری باشد تا قاعده لاضرر بر آن حاکم باشد (نائینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۲۱) با این حال، بعضی از فقیهان از جمله صاحب ریاض، برای اثبات ضمان در مواردی به قاعده نفی ضرر تمسک کرده‌اند. چنانچه گوینده ایجاب، مدتی را به صراحت یا ضمناً جهت حفظ ایجاب اعلام دارد و مشتری با اتکا بر کلام وی، اقداماتی برای قبول ایجاب کند و اقدامات با هزینه نیز همراه باشد و موجب در زمان عن قریب قبول از ایجاب خود رجوع نماید و به مخاطب ایجاب زیان وارد شود؛ بر مبنای تئوری فقیهان که قائل به مفاد قاعده لاضرر را اثباتی تفسیر می‌کنند، موجب مسئول جبران زیان وارد پنداشته می‌شود. اما آنانی که مفاد قاعده فوق را سلبی تفسیر می‌نمایند، قاعده مبین اثبات مسئولیت مدنی نیست و موجب مسئول زیان وارده بر ایجاب شونده نخواهد بود. بر مبنای نظریه نخست، احراز کننده رابطه میان زیان وارده به فعل مخاطب و فعل زیان بار، عرف است و عرف او را در قبال زیان وارده مسئول معرفی می‌نماید. اما چنانچه موجب با استناد به حق عدول از ایجاب، خود را بری از مسئولیت بدانند و حاضر به پرداخت خسارت وارده نشود، در این صورت چنین استنادی مانع قبول مسئولیت مدنی وی نخواهد شد؛ زیرا، گاهی ممکن است شخص ذی حق باشد، اما از آن جای که دیگری به واسطه فعل او زیان دیده است، بر اساس قاعده لاضرر، مسئولیت مدنی حکم فاعل زیان بر او بار شود. هم چنین ممکن است با استناد به قاعده غرور کسی که با عدول از ایجاب خود، سبب ورود زیان به دیگری شده است، وی را مسئول دانست. مفاد قاعده غرور این است که هرگاه از فردی عملی صادر

گردد که سبب فریب دیگری شود و در اثر آن زیان و ضرر متوجه وی شود، فرد نخست به سبب قاعده غرور ضامن است و بایستی از عهده خسارات آن بر آید (محقق داماد، ۱۳۸۵: ج ۱، ص ۱۷۱) اما در خصوص اینکه آیا قاعده غرور در جایی که موجب با رجوع از ایجاب خود سبب ورود ضرر به وی شود، جاری می شود یا خیر؟ قبل از پاسخ به این سؤال بایستی گفت که قاعده غروری در مواردی جاری می شود که غار عالم به زیان و مغرور جاهل به آن باشد؛ در چنین مواردی میان فقیهان در خصوص ضمان غار هیچ اختلافی وجود ندارد. اما در دو مورد ذیل قاعده غرور قطعاً جاری نمی شود:

- الف- در جای که شخص غار و مغرور عالم به ورود زیان باشد.
- ب- در موردی که شخص غار جاهل ولی مغرور عالم به ورود زیان است (فشارکی، ریاحی، ۱۳۹۶: ۱۱۸). در مواردی که شخص غار و مغرور باهم جاهل به ورود زیان باشد در این مورد اختلاف نظر وجود دارد. برخی غرور را با توجه به اینکه مفهوم آن تدلیس و خدعه است، غار را فاقد مسئول می دانند؛ برای اینکه خدعه و تدلیس در مواردی وجود دارند که شخص عالم به زیان باشد (طباطبایی، بی تا، ج ۱: ۲۶۹ و ۲۷۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ه.ق: ۴۵) برخی دیگر معتقدند که شخص غار در چنین حالت نیز ضامن است، هر چند جاهل به ورود ضرر باشد و عنوان غار بر او صدق می کند. به خصوص اگر مدرک قاعده مذکور را این روایت نبوی بدانیم که «المغرور یرجع الی من غره»، در این صورت فرقی بین غار جاهل و عالم نیست و حکم قاعده بر هر دو بار می شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۴۴۱) اما در مقام بحث و رجوع موجب از ایجاب و عالم بودن دو طرف به چنین حقی، و از سوی دیگر ایجاب شونده عالم به این امر باشد که ایجاب کننده ایجاب با وجود ملتزم شدن، می تواند از ایجاب خود عدول و رجوع نماید و اعمال چنین حقی منع قانونی ندارد، باید گفت: در چنین حالتی استناد و تمسک به قاعده غرور ممکن است خالی از اشکال نباشد.

ممکن است کسی از باب قاعده تسبیب ضرر ناشی از عدول موجب، وی را مسئول بدانند، سؤال این است که آیا از باب قاعده تسبیب می‌توان موجب را به زیان ناشی از رجوع ایجاب ضامن تلقی کرد یا خیر؟ باید اذعان کرد آنچه در قاعده تسبیب ملاک و مناط اعتبار است انتساب ضرر به عامل زیان است و بایستی احراز گردد که ضرر وارده به چه کسی متسبب دانست. اما در مقام بحث در مواردی زیان وارده به مخاطب ایجاب ملزم، آنچه مورد تأیید عرف است این می‌باشد که عمل مخاطب ایجاب رابطه انتساب ضرر به عدول‌کننده را قطع می‌کند؛ زیرا وی می‌داند که قانون هیچ حکمی را برای رجوع موجب از ایجاب خویش لحاظ نکرده است. همان طوری یکی از حقوق‌دانان معتقدند که هرگاه شخص عالم به این امر باشد که عملی که دیگران انجام می‌دهد، سبب ورود ضرر به وی خواهد شد، در چنین حالتی عامل زیان، مسئول ضرر وارده نخواهد بود و عامل زیان با استناد به «قاعده اقدام» خود را بری از مسئولیت خواهد دانست و بدین سان، صاحب مال با اقدام خود سبب از بین رفتن حرمت مالش گردیده و در نتیجه قاعده اقدام مانع اجرای قاعده ضمان خواهد شد (محقق داماد، ۱۳۸۶: ج ۱، ص ۲۲۱).

بنابراین در مقام بحث به قاعده غرور و قاعده تسبیب نمی‌توان استناد کرد. اما در خصوص قاعده لاضرر برخی گفته‌اند: اگر از این قاعده اثباتی تفسیر ارائه گردد، در صورت رجوع موجب از ایجاب و ورود زیان ناشی از آن، می‌توان موجب را مسئول دانست ولی در مقام تفسیر سلبی موجب را نمی‌توان ناشی از رجوع ایجاب مسئول زیان وارده دانست. اما آنچه در خصوص مسئولیت دانستن موجب در قبال ضرر به وجود آمده ناشی از رجوع وی از ایجاب به نظر می‌رسد این است که در چنین مواردی بایستی عرف را ملاک و معیار قرارداد؛ هرگاه عرف ضرر وارده را به ایجاب‌کننده انتساب نماید، موجب محکوم به زیان خواهد شد و چنانچه عرف زیان وارده را به وی نسبت ننماید، در چنین حالتی موجب بری از مسئولیت خواهد بود.

همان‌طور که قبلاً اشاره شد، در حقوق افغانستان مضاف بر نظریه تعهد یکطرفه، نظریه مسئولیت مدنی نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. نظریه مسئولیت مدنی را می‌توان طبق قاعده لاضرر تبیین کرد. بر اساس قاعده لاضرر، هیچ‌کسی نبایستی موجب ضرر و زیان به دیگری شود. درحالی‌که با عدول از ایجاب، شخص دیگری متضرر گردیده است. آیا جانب مقابل می‌تواند در دادگاه از موجب مطالبه جبران خسارت نماید و از سوی دیگر آیا موجب می‌تواند با تمسک به اعمال حق، خود را بری از زیان وارده نماید یا خیر؟ در قانون مدنی افغانستان مواد صریحی راجع به این امر وجود ندارد، اما به‌طور کلی آن چه از مجموع مواد قانون مدنی افغانستان، راجع به مبانی مسئولیت قابل استنباط است، نظریه استناد عرفی است. چنان‌که عرف میان وجود ضرر وارده و موجب احراز سببیت نماید، موجب، محکوم به جبران خسارت وارده خواهد شد و در صورت عدم اثبات رابطه سببیت، نمی‌توان وی را الزام به جبران خسارت کرد. نظریات مطرح در حوزه مسئولیت مدنی از قبیل نظریه تقصیر، خطر و نظریه مختلط را نمی‌توان در این جا اعمال نمود؛ هر چند نظریه تقصیر در برخی از مواد قانون مدنی (مواد ۷۹۳، ۷۹۴ و ۷۹۵، تحت عنوان مسئولیت ناشی از حیوان و اشیاء) آمده است؛ اما از آن‌جا که قانون مدنی افغانستان بر اساس فقه و شریعت اسلامی تدوین یافته و به همین جهت در صورت فقدان حکم قانونی، بر اساس ماده ۲ همین قانون و ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی، قاضی مکلف است به اصول کلی فقه و شریعت مراجعه نماید.

آنچه از مواد راجع به تقصیر در قانون آمده، حاکی از وسیله احراز رابطه سببیت بین عمل زیان‌بار و عامل زیان است (قاسمی، ۱۳۹۲: ۱۱۶). نظریه خطر را نیز نمی‌توان پذیرفت. وقتی نظریه تقصیر و خطر مورد قبول واقع نگردد، نظریه مختلط که حاصل دو نظریه فوق است به طریق اولی مورد قبول قرار نمی‌گیرند؛ زیرا در قانون مدنی راجع به نظریات مذکور مواد قانونی وجود ندارد و قانون‌گذار چنین نظریه‌هایی را شناسایی ننموده است. بنابراین دلیل بر رسمیت آن وجود ندارد.

اما قسمت دوم سؤال که موجب با استناد به آن اعمال حق نماید و خود را سبب زیان وارده نداند حکم چیست؟ درست است که موجب حق خود را اعمال کرده و لی قانون‌گذار اجازه سوء استفاده از حق را نداده است و عدول موجب از ایجاب در حقیقت نوعی سوء استفاده از حق به حساب می‌آید. در مواد متعدد قانون مدنی راجع به سوء استفاده از حق اشاره شده است. ماده ۸ قانون مدنی بیان می‌دارد: «جواز قانونی ضمان را نفی می‌کند، شخصی که از حق خود در حدود قانون استفاده می‌کند، مسئول خسارات ناشی از آن نمی‌باشد».^۱ قانونگذار در ماده ۹ مصادیق سوء استفاده از حق را بیان می‌دارد: «۱. شخصی که از حق خود تجاوز نماید، ضمان بر او لازم می‌گردد. ۲. تجاوز از حق در موارد آتی به وجود می‌آید:

الف- اعمال مخالف عرف و عادت (فرع اول، بند ۲ ماده ۹ و ماده ۱۹۱۴ قانون مدنی، مواردش را بیان کرده است).

ب- قصد اضرار به غیر (مواد ۲۲۶، ۱۹۰۸، ۱۵۴۵ و ۱۵۴۶ ق.م.ا).

ج- بیشتر بودن ضرر نسبت به منفعت (مواد فرع ۳ بند ۲ ماده ۹، ۲۳۶۶ و ۲۳۴۰ ق.م.ا).

د- مشروع بودن منافع مورد نظر (فرع ۴ بند ۲ ماده ۹ ق.م.ا).

سه) نظریه مسئولیت مدنی در اصول قراردادهای اروپا.^۲

با تتبع در مواد اصول قراردادهای اروپا می‌توان اذعان نمود که ماده به‌خصوص راجع به نظریات سه گانه فوق، در این اصول وجود ندارد. اما از میان نظریات سه گانه فوق، نظریه مسئولیت مدنی را می‌توان با اصولی همانند اصل حسن نیت و رفتار منصفانه - که از اصول حاکم بر کلیه مقررات و مواد اصول قراردادهای اروپا است - مورد تحلیل حقوقی قرارداد؛ چنانچه کسی بر خلاف حسن نیت و معامله منصفانه،

۱. عین این مطلب را ماده ۶ قانون مدنی عراق، ماده ۴ قانون مدنی مصر، و ماده ۵ قانون مدنی سوریه مقرر کرده است. ماده ۶ ق.م.ع: «الجواز الشرعی ینافی الضمان، فمن استعمل حقه جایزاً لم یضمن ما ینشأ عن ذلک من الضرر». ماده ۴ ق.م.م: «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لایکون مسئولاً عما ینشأ ذلک من ضرر». ماده ۵ ق.م.س: «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لایکون مسئولاً عما ینشأ عن ذلک من ضرر».

بدون هیچ قصد واقعی وارد مذاکرات شود و به جانب مقابل پیشنهاد ایجاب دهد و طرف مقابل با حسن نیت اقدامات اولیه را جهت قبولی ایجاب انجام دهد، ولی موجب در این حین از ایجاب خود عدول نماید و در نتیجه ایجاب شونده متضرر شود، در این صورت موجب محکوم به جبران خسارات وارده خواهد بود. بند دو ماده ۱۰۲-۲ و بند دو و سه ماده ۳۰۱-۱ بر این توضیح دلالت دارد. بنابر این، می توان مبنای مسئولیت مدنی در اصول قراردادهای اروپا را حسن نیت و رفتار منصفانه دانست.

اصول حقوق مسئولیت قهری اروپا مبنای مسئولیت مدنی را نظریه انتساب متعارف قراردادده است؛ خواه زیان وارده مبتنی بر تقصیر باشد و یا غیر آن. اما آن چه مهم است انتساب ضرر وارده به عامل زیان می باشد که برگشت به نظریه استناد عرفی می نماید. بند ۱ ماده ۱۰۱-۱ در این مورد چنین مقرر می دارد: «۱. شخصی که خسارت وارده به دیگری از نظر قانونی به او منتسب است، مسئول جبران آن خسارت است...».

نتیجه

نتایج پژوهش حاکی از این است که «ایجاب ملزم» با وجود اینکه در خلال صد سال اخیر مطرح شده، به دلیل اهمیت و ضرورت آن در قراردادها، امروزه در اکثر قوانین حقوقی کشورهای جهان راه پیدا کرده و آن را شناسایی نموده و قانونگذاران و دکترین حقوقی به وجود داشتن ایجاب ملزم در قراردادها مثابه یک ضرورت اساسی و بنیادین و نیز سبب استحکام معاملات و نظام معاملاتی تلقی نموده است.

با این حال، با وجود ترتب آثار حقوقی و فوائد عملی بر شناسایی «ایجاب ملزم» در قراردادها، مشهور فقیهان امامیه قائل به عدم پذیرش ایجاب ملزم شده و حق رجوع را - با وجود قید مدت اعتبار ایجاب از سوی موجب و الحاق قبول در این مدت - برای موجب محفوظ دانسته است. دلیل عدم قبولی ایجاب ملزم، عدم التزام و تعهد برای موجب، ناشی از فقدان ایجاد اثر حقوقی ناشی از یک اراده دانسته است. اما برخی دیگری از فقیهان معاصر قائل به شناسایی ایجاب ملزم شده است. در پژوهش حاضر نیز همین نظریه پذیرفته شده است.

در حقوق افغانستان «ایجاب ملزم» از سوی قانونگذار به طور مطلق پذیرفته شده، مگر اینکه موجب به طور صریح یا ضمنی حق رجوع را برای خود حفظ کرده باشد. اما اصول قراردادهای اروپا به عنوان یک سند نوین در حوزه قراردادها ایجاب ملزم را به صورت تعدیل یافته پیش‌بینی نموده است. از آنجایی که از زمان تدوین اصول اروپا نزدیک به دودهه است می‌گذرد، شناسایی ایجاب ملزم به صورت تعدیل یافته بر اساس ضرورت‌های عینی حاکم بر قراردادها بوده است. از این رو، به نظر می‌رسد امروزه، این نظریه بیشتر با ضرورت‌ها و واقعیت‌های موجود و نیز پیچیده شدن و فراملی شدن قراردادها، سازگاری و تناسب بیشتری دارند. بدین رهیافت، می‌توان نظریه فقیهان معاصر امامیه و نظریه پذیرفته شده در اصول را باهم وفق داد و نظریه ایجاب ملزم به صورت تعدیل یافته را در قراردادها پذیرفت. اما در خصوص مبانی تئوری ایجاب ملزم در سه نظام حقوقی نظریه مسئولیت مدنی را پذیرفت؛ زیرا این نظریه بیشتر با مبانی قانونگذاری در فقه امامیه، حقوق افغانستان و اصول اروپا سازگاری دارد.

منابع

۱. اسعدی، سید حسن، (۱۳۸۲)، پژوهش‌های بنیادی در مورد مواد مخدر، تهران: اسعدی.
۲. _____ و سیده نگار اسعدی، (۱۳۸۹)، پیشگیری از سوء مصرف مواد مخدر و روان گردان، مشهد: آستان قدس رضوی.
۳. افشار، اسدالله، (۱۳۹۵)، واکاوی، تحلیل و تبیین جامعه شناختی مواد مخدر و اعتیاد در ایران مواد مخدر، اعتیاد، جامعه انسانی (با نگاهی به تاریخچه، ریشه‌ها، بسترهای فرهنگی، سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، حقوقی، فقهی و امنیتی)، تهران: سفیر اردهال.
۴. باصری، علی اکبر، (۱۳۸۶)، سیاست جنایی (داخلی و بین‌المللی) مواد مخدر، تهران: خرسندی.
۵. چین، ویون و یوون داندوران، (۱۳۹۴)، کتابچه مقدماتی پیشگیری از تکرار جرم و بازاجتماعی کردن بزه‌کاران (دفتر مقابله با مواد مخدر و جرم سازمان ملل متحد)، ترجمه حسین غلامی و حمیدرضا نیکوکار، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی.
۶. خسروی، محمدرضا و محمد اسدی مقدم، (۱۳۷۹)، «نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه در خصوص جرایم مواد مخدر»، تهران: روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.
۷. دانش، تاج‌زمان، (۱۳۷۹)، معتاد کیست؟ مواد مخدر چیست؟، تهران: سازمان انتشارات کیهان.
۸. ذبیحی، حسین، (۱۳۹۵)، شرح جامع قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۶۷ با اصلاحات و الحاقات بعدی در نظم حقوقی جدید، ج ۱، تهران: قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات.
۹. _____، (۱۳۹۲)، شرح و بررسی قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاقات بعدی آن با تکیه بر آراء و نظریه‌های مشورتی، ج ۳، تهران: قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات.
۱۰. رایجیان اصلی، مهرداد، (۱۳۹۰)، بزه‌دیده شناسی (تحولات بزه‌دیده شناسی و علوم جنایی)، ج ۱، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های شهر دانش.

۱۱. رحمدل، منصور، (۱۳۸۹)، «حقوق بشر و معتادان»، فصلنامه علمی و پژوهشی رفاه اجتماعی، سال سوم، شماره ۱۳.
۱۲. ریچارد، همرسلی، (۱۳۹۰)، مواد و جرم، ترجمه محمد نریمانی، تهران: دانشگاه پیام نور، دفتر تحقیقات و آموزش ستاد مبارزه با مواد مخدر.
۱۳. زراعت، عباس، (۱۳۹۲)، حقوق کیفری مواد مخدر، تهران: ققنوس.
۱۴. سلیمی، فرشته، (۱۳۸۹)، قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر در رویه قضایی، تهران: جاودانه.
۱۵. عظیمیان بجستانی، محمد و محمود مینویی و محمود ایمانیان و دیگران، (۱۳۸۳)، سیر تحولات قانونگذاری در زمینه مواد مخدر، روانگردانها و اعتیاد، تهران: مرکز پژوهش، مطالعات و آموزش ستاد مبارزه با مواد مخدر.
۱۶. قیاسی، جلال‌الدین، (۱۳۸۵)، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۷. کار، مهرانگیز، (۱۳۷۵)، بچه‌های اعتیاد، تهران: روشنفکران و مطالعات زنان تهران، چاپ دوم.
۱۸. کی‌نیا، محمد مهدی، (۱۳۷۳)، عوامل اجتماعی طلاق، قم: چاپ قدس.
۱۹. لازرژ، کریستین، (۱۳۷۵)، سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: یلدا.
۲۰. میرآشتیانی، الهام، (۱۳۸۴)، جامعه‌شناسی اعتیاد در ایران امروز، تهران: مهاجر.
۲۱. میلان لویی، امیر، (۱۳۹۴)، «امکان‌سنجی حذف برخی از عناوین مجرمانه از قانون مبارزه با مواد مخدر با نگاهی تطبیقی (برخی از کشورهای اروپایی)»، فصلنامه قضات، شماره ۸۲.

قوانین

۲۲. قانون مجازات اسلامی.
۲۳. قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن مصوب ۱۳۶۷/۸/۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام.