

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عقود معین

(بیع، سلم، صرافی، بیع وفا (گروی)، بیع ملک غیر، بیع نایب برای خودش، بیع حق متنازع فیه، بیع متروکه، بیع مریض مبتلاء به مرض الموت، مقایضه، هبه، عقود شرکت: شرکت مفاوضه، شرکت عنان، شرکت وجوه (اعتبار)، شرکت اعمال (کار / ابدان)، شرکت اموال، شرکت مضاربت، قرض، صلح، اجاره، اجاره زمین زراعتی، دهقانی (مزارعه)، باغبانی (مساقات)، اجاره موقوفه، عاریت، معاوضه، استصناع، تعهدات مرافق عامه (قرارداد امتیاز امر عمومی)، عقد کار، وکالت، ایداع، نگهداری، قمار بازی، بیمه، کفالت، حواله، هن حیازی (تأمینی) و رهن رسمی)

(ویرایش چهارم)

۱۴۰۴

تألیف:

نظام الدین عبدالله

(محصل دکتری حقوق خصوصی و استیانت پروفیسور حقوق Assistant Professor of Law)





مشخصات کتاب

- عنوان: عقود معین
- نویسنده: نظام الدین عبدالله (دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و اسپتانت پروفیسور حقوق)
- برگ آرای: مولف
- ناشر: انتشارات سعید
- چاپ و صحافی: چاپخانه سعید
- شمارهگان: ۱۰۰۰ نسخه
- نوبت و سال چاپ: چهارم، بهار ۱۴۰۴ هـ.ش
- بها: ۴۵۰ افغانی
- شابک: ۹۷۸-۹۹۳۶-۳۲-۰۳۲-۵

حق چاپ، تکثیر، ترجمه، نشر و کاپی محفوظ و مخصوص انتشارات و نویسنده است

آدرس: ابتدای جاده‌ی آسمایی، آسمایی پلازا، منزل دوم، کابل افغانستان

تلفن: ۰۲۰۲۱۰۶۴۲۸

موبایل: ۰۷۸۸۱۰۰۱۵۷ / ۰۷۰۷۵۷۵۹۳۵ / ۰۷۰۵۸۱۴۶۴۲

ایمیل: Sayeedbook@gmail.com

فهرست مطالب

مقدمه:	۱
فصل اول: عقود تملیکی	۳
مبحث اول) بیع	۳
گفتار اول) تعریف و خصوصیات	۴
گفتار دوم) ارکان و شروط ارکان بیع	۵
الف) ایجاب و قبول	۵
۱) ایجاب و قبول و طریقه های آن	۵
۲) شرایط	۶
۳) میطالات	۸
ب) بایع و مشتری	۹
ج) موضوع (مبیع) و شرایط آن	۹
د) ثمن و شروط آن	۱۴
گفتار سوم) اشتراط در عقد بیع	۱۴
الف) اشتراط بیع به تجربه	۱۴
ب) اشتراط ذایقه (بیع به شرط مذاق / چشیدن ذایقه مبیع)	۱۶
ج) فرق بین بیع مشروط به تجربه و مشروط به چشیدن ذایقه مبیع	۱۷
گفتار چهارم) تقسیمات بیوع با رعایت شرایط بیع	۱۷
الف) بیع صحیح	۱۷
ب) بیع باطل	۱۸
ج) بیع فاسد	۲۱
گفتار پنجم) خیاراتی که بیع را غیر لازم می گرداند	۲۲
الف) خیار شرط	۲۲
ب) خیار تعیین	۲۴
ج) خیار رؤیت	۲۵
د) خیار نایبنا	۲۸
هـ) خیار عیب	۲۹
و) خیار وصف مرغوب	۳۰
ز) خیار نقد	۳۲
ح) خیار مجلس	۳۳
گفتار ششم) آثار بیع صحیح	۳۳
الف) حقوق و تکالیف بایع	۳۴
۱) تکالیف بایع	۳۴
۲) حقوق بایع	۵۵

۵۸	ب) حقوق و تکالیف مشتری.....
۵۸	۱) تکالیف مشتری.....
۶۴	۲) حقوق مشتری.....
۶۶	۳) اثر عقد بیع نسبت به اشخاص ثالث.....
۶۶	گفتار هفتم) انتهای عقد بیع.....
۶۶	الف) اجرای موضوع.....
۶۶	ب) فسخ عقد بیع.....
۶۷	ج) اقاله.....
۶۸	گفتار نهم) تقسیمات بیوع به اعتبار مبيع و ثمن.....
۶۸	الف) سلم.....
۶۹	۱) تعریف.....
۶۹	۲) حکمت مشروعیت.....
۶۹	۳) ارکان و شروط ارکان.....
۷۲	۴) اثر.....
۷۲	ب) صرف (صرافی).....
۷۲	۱) تعریف.....
۷۳	۲) شرایط.....
۷۳	۳) حکم.....
۷۳	ج) بیع وفاء (گروی).....
۷۳	۱) تعریف.....
۷۴	۲) حکم.....
۷۴	۳) فرق بیع وفاء با رهن.....
۷۴	۴) شروط.....
۷۶	۵) آثار.....
۸۱	د) بیع ملک غیر.....
۸۲	هـ) بیع نایب برای خودش.....
۸۴	و) بیع حق متنازع فيه.....
۸۶	ز) بیع متروکه.....
۸۸	ح) بیع مریض مبتلاء به مرض الموت.....
۸۹	ط) مقایضه.....
۸۹	۱) تعریف.....
۹۰	۲) فرق مقایضه با عقد بیع.....
۹۰	۳) شروط.....
۹۱	۴) آثار.....
۹۲	مبحث دوم) هبه.....
۹۲	گفتار نخست) تعریف و تفاوت هبه با برخی تصرفات حقوقی دیگر.....
۹۲	الف) تعریف.....
۹۳	ب) تفاوت هبه معوضه با برخی تصرفات دیگر.....
۹۴	گفتار دوم) ارکان و شروط ارکان هبه.....
۹۴	الف) ارکان.....
۹۴	ب) شرایط ارکان.....

۹۴	 ۱) شروط صیغه
۹۴	 ۲) شرایط عاقدین
۹۶	 ۳) شرایط موهوبه
۹۷	 ج) طُرُق ایجاب و قبول
۹۸	 گفتار سوم) اشتراط (شرط گذاشتن) در عقد هبه
۹۸	 گفتار چهارم) آثار هبه
۹۸	 الف) حقوق و تکالیف موهوب له
۱۰۱	 ب) التزامات واهب
۱۰۳	 گفتار پنجم) رجوع از هبه
۱۰۳	 الف) تعریف
۱۰۳	 ب) شرایط و انواع رجوع
۱۰۵	 د) موانع رجوع از هبه
۱۰۸	 هـ) آثار رجوع از هبه
۱۰۸	 مبحث سوم) عقود شرکت
۱۰۹	 گفتار اول) عقد شرکت (احکام عمومی)
۱۰۹	 الف) تعریف شرکت
۱۰۹	 ب) ایجاد شرکت مدنی
۱۱۰	 ج) انعقاد عقد شرکت و شرط آن
۱۱۱	 د) ارکان عقد شرکت
۱۱۴	 هـ) کیفیت تعیین حصه هر شریک در فایده و خساره
۱۱۶	 و) اداره شرکت
۱۱۸	 ز) آثار شرکت نسبت به شرکاء
۱۲۳	 ط) انحلال و تصفیه شرکت
۱۲۳	 ۱) اسباب انحلال شرکت
۱۲۶	 ۲) تصفیه شرکت
۱۳۰	 گفتار دوم) شرکت های مختلفه مدنی
۱۳۰	 الف) شرکت مفاوضه
۱۳۰	 ۱) تعریف
۱۳۱	 ۲) شرایط خصوصی
۱۳۱	 ۳) آثار
۱۳۱	 ب) شرکت عنان
۱۳۱	 ۱) تعریف
۱۳۲	 ۲) احکام
۱۳۲	 ج) شرکت وجوه (اعتبار)
۱۳۲	 ۱) تعریف
۱۳۲	 ۲) اثر
۱۳۳	 د) شرکت اعمال (کار / ابدان)
۱۳۳	 ۱) تعریف
۱۳۳	 ۲) احکام
۱۳۵	 هـ) شرکت اموال
۱۳۵	 و) شرکت مضاربت

۱۳۵.....	(۱) تعریف.....
۱۳۶.....	(۲) فلسفه.....
۱۳۶.....	(۳) ارکان.....
۱۳۷.....	(۴) انواع.....
۱۳۷.....	(۵) شرایط خصوصی.....
۱۳۹.....	(۶) آثار.....
۱۴۴.....	(۷) انتهاء.....
۱۴۶.....	مبحث چهارم) قرض.....
۱۴۶.....	گفتار اول) تعریف.....
۱۴۷.....	گفتار دوم) ارکان.....
۱۴۷.....	گفتار سوم) شرایط ارکان.....
۱۴۸.....	گفتار چهارم) آثار.....
۱۵۳.....	مبحث پنجم) صلح.....
۱۵۳.....	گفتار اول) تعریف، خصوصیات و ارکان.....
۱۵۳.....	الف) تعریف.....
۱۵۴.....	ب) ارکان.....
۱۵۴.....	گفتار دوم) شرایط ارکان.....
۱۵۴.....	الف) شرایط صیغه.....
۱۵۴.....	ب) شرایط متصالح.....
۱۵۷.....	ج) شرایط مصالح عنه (موضوع صلح).....
۱۵۸.....	د) شرایط متصالح علیه (بدل صلح).....
۱۶۱.....	گفتار سوم) آثار.....
۱۶۶.....	گفتار چهارم) مبطلات و اثبات.....
۱۶۹.....	فصل دوم: عقود انتفاع.....
۱۶۹.....	مبحث نخست) اجاره.....
۱۶۹.....	گفتار اول) تعریف و خصایص.....
۱۶۹.....	الف) تعریف و خصایص.....
۱۷۰.....	ب) ارکان.....
۱۷۱.....	گفتار دوم) شروط.....
۱۷۱.....	الف) شروط انعقاد.....
۱۷۱.....	(۱) شروط عمومی.....
۱۷۴.....	(۲) شروط خصوصی.....
۱۸۳.....	گفتار سوم) آثار اجاره.....
۱۸۳.....	الف) آثار عقد اجاره نسبت به مؤجر.....
۱۹۲.....	ب) آثار عقد اجاره نسبت به مستأجر.....
۱۹۹.....	گفتار چهارم) تنازل از اجاره و اجاره باطنی.....
۲۰۰.....	الف) تعریف تنازل از اجاره.....
۲۰۰.....	ب) تعریف اجاره باطنی و فرق آن با تنازل از اجاره.....
۲۰۰.....	ج) جواز تنازل از اجاره و اجاره باطنی.....
۲۰۱.....	د) آثار تنازل از اجاره و اجاره باطنی.....
۲۰۴.....	گفتار پنجم) انتهاء.....

فهرست مطالب / ج

۲۰۴.....	الف) انتهای مدت.....
۲۰۵.....	ب) فروش عین مستأجره.....
۲۰۷.....	ج) حالات غیرمنتظره و حدوث عذر.....
۲۱۱.....	گفتار ششم) انواع اجاره در فقه و ق. م.....
۲۱۱.....	الف) اجاره زمین زراعتی به صورت عام.....
۲۱۲.....	۱) اجاره زمین.....
۲۱۲.....	۲) شروط اجاره زمین.....
۲۱۳.....	۳) آثار عقد اجاره زمین نسبت به مؤجر و مستأجر.....
۲۱۶.....	ب) دهقانی (مزارعه).....
۲۱۶.....	۱) تعریف دهقانی یا مزارعه و فرق آن با عقد اجاره.....
۲۱۶.....	۲) ارکان.....
۲۱۷.....	۳) شرایط صحت.....
۲۲۰.....	۴) آثار.....
۲۲۴.....	۵) انتها.....
۲۲۶.....	ج) باغبانی (مساقات).....
۲۲۶.....	۱) تعریف.....
۲۲۷.....	۲) ارکان.....
۲۲۷.....	۳) شرایط ارکان.....
۲۲۹.....	۴) آثار.....
۲۳۱.....	۵) انتها.....
۲۳۳.....	د) اجاره موقوفه.....
۲۳۴.....	۱) چه کسی صلاحیت اجاره وقف را دارد؟.....
۲۳۵.....	۲) چه کسی می تواند موقوفه را به اجاره بگیرد؟.....
۲۳۵.....	۳) شرط مربوط به مدت اجاره موقوفه.....
۲۳۷.....	۴) شرط مربوط به اجرت موقوفه.....
۲۳۸.....	۵) آثار اجاره موقوفه.....
۲۳۹.....	مبحث دوم) عاریت.....
۲۴۰.....	گفتار اول) تعریف، ارکان و انعقاد.....
۲۴۰.....	الف) تعریف.....
۲۴۱.....	ب) ارکان.....
۲۴۱.....	ج) انعقاد.....
۲۴۲.....	گفتار سوم) شرایط ارکان.....
۲۴۲.....	الف) اول شروط معیر.....
۲۴۲.....	ب) شروط مستعیر.....
۲۴۲.....	ج) شرط صیغه عقد.....
۲۴۲.....	د) شرط عین مستعاره.....
۲۴۳.....	گفتار چهارم) آثار.....
۲۴۳.....	الف) آثار عاریت نسبت به معیر.....
۲۴۴.....	ب) آثار عقد عاریت نسبت به مستعیر.....
۲۴۴.....	۱) تکالیف عاریت گیرنده.....
۲۴۸.....	۲) حقوق عاریت گیرنده.....

۲۵۰.....	گفتار پنجم) انتها
۲۵۳.....	فصل سوم: عقود کار
۲۵۳.....	مبحث اول: مقاوله
۲۵۳.....	گفتار نخست) تعریف و ارکان
۲۵۳.....	الف) تعریف
۲۵۳.....	ب) ارکان
۲۵۳.....	گفتار دوم) انعقاد و شرایط طرفین
۲۵۳.....	الف) انعقاد
۲۵۳.....	ب) شرایط طرفین و موضوع
۲۵۴.....	گفتار سوم) آثار
۲۵۴.....	الف) آثار مقاوله نسبت به مقاول
۲۵۸.....	ب) آثار مقاوله نسبت به صاحب کار
۲۶۱.....	ج) آثار مقاوله نسبت به متعهد ثانی (مقاول مقاول / مقاول دومی)
۲۶۲.....	گفتار چهارم) انتها
۲۶۴.....	مبحث دوم) استصناع
۲۶۴.....	گفتار اول) تعریف و ارکان
۲۶۴.....	گفتار دوم) انعقاد
۲۶۵.....	گفتار سوم) شرایط
۲۶۵.....	گفتار چهارم) آثار
۲۷۱.....	مبحث سوم) تعهدات مرافق عامه (قرارداد امتیاز امر عمومی)
۲۷۱.....	گفتار اول) تعریف
۲۷۱.....	گفتار دوم) انعقاد و آثار
۲۷۳.....	مبحث چهارم) عقد کار
۲۷۳.....	گفتار اول) تعریف
۲۷۴.....	گفتار دوم) تابعین و طرفین قرارداد کار
۲۷۴.....	گفتار سوم) مدت و شکل عقد کار
۲۷۵.....	گفتار چهارم) احکام
۲۷۹.....	گفتار پنجم) انتها
۲۸۵.....	مبحث پنجم) وکالت
۲۸۵.....	گفتار اول) تعریف
۲۸۷.....	گفتار دوم) ارکان
۲۸۸.....	گفتار سوم) انعقاد وکالت و شرط انعقاد
۲۸۹.....	گفتار چهارم) شرایط ارکان
۲۹۴.....	گفتار پنجم) موانع وکالت
۲۹۴.....	گفتار ششم) انواع
۳۱۱.....	گفتار هفتم) آثار وکالت به صورت عام
۳۱۹.....	گفتار هشتم) انتها
۳۲۳.....	مبحث ششم) ایداع
۳۲۳.....	گفتار اول) تعریف ایداع و فرق آن با ودیعه، عاریت و قرض
۳۲۴.....	گفتار دوم) ارکان
۳۲۴.....	گفتار سوم) انعقاد

۳۲۵.....	گفتار چهارم) شرایط ارکان.....
۳۲۵.....	گفتار ششم) احکام.....
۳۳۶.....	گفتار هفتم) انتها.....
۳۳۶.....	مبحث هفتم) نگیهانی.....
۳۳۶.....	گفتار اول) تعریف.....
۳۳۷.....	گفتار دوم) ارکان.....
۳۳۷.....	گفتار سوم) انواع.....
۳۳۸.....	گفتار چهارم) آثار.....
۳۴۰.....	گفتار پنجم) انتها.....
۳۴۳.....	فصل چهارم: عقود احتمالی.....
۳۴۳.....	مبحث اول) قمار بازی.....
۳۴۳.....	مبحث دوم) بیمه.....
۳۴۳.....	گفتار اول) تعریف، پیشینه و اهمیت.....
۳۴۳.....	الف) تعریف.....
۳۴۴.....	ب) پیشینه.....
۳۴۵.....	ج) اهمیت.....
۳۴۵.....	گفتار دوم) ارکان بیمه و شرایط هر رکن.....
۳۴۵.....	الف) شرکت بیمه (بیمه کننده).....
۳۴۶.....	ب) بیمه شونده.....
۳۴۶.....	ج) موضوع بیمه.....
۳۴۷.....	د) حق البیمه.....
۳۴۷.....	هـ) جبران خسارت.....
۳۴۷.....	و) بیمه نامه.....
۳۴۸.....	ز) حادثه.....
۳۴۸.....	گفتار سوم) انعقاد و آثار.....
۳۴۸.....	الف) آثار عقد بیمه نسبت به شرکت بیمه (بیمه کننده).....
۳۴۹.....	ب) آثار عقد بیمه نسبت به بیمه شونده.....
۳۵۰.....	گفتار چهارم) برخی انواع بیمه در ق. م.....
۳۵۰.....	الف) بیمه حیات.....
۳۵۰.....	۱) تعریف.....
۳۵۰.....	۲) ارکان و شرایط ارکان.....
۳۵۱.....	۳) آثار.....
۳۵۴.....	ب) بیمه ضد حریق.....
۳۵۴.....	۱) تعریف، ارکان و شرایط.....
۳۵۴.....	۲) آثار.....
۳۵۶.....	گفتار پنجم) انتهاء.....
۳۵۹.....	فصل پنجم: عقود توثیق.....
۳۵۹.....	مبحث نخست) کفالت.....
۳۵۹.....	گفتار اول) تعریف، ارکان و انعقاد.....
۳۵۹.....	الف) تعریف و انواع (کفالت به مال، نفس و دین).....
۳۶۰.....	ب) ارکان.....

۳۶۱.....	ج) انعقاد.....
۳۶۲.....	گفتار دوم) انواع.....
۳۶۲.....	الف) به اعتبار نفس و مال.....
۳۶۳.....	ب) به اعتبار اطلاق و عدم اطلاق.....
۳۶۳.....	ج) به اعتبار زمان.....
۳۶۳.....	گفتار سوم) شرایط.....
۳۶۳.....	الف) شرایط کفیل (ضامن).....
۳۶۶.....	ب) شروط اصیل (مدیون).....
۳۶۶.....	ج) شرایط مکفول له (داین).....
۳۶۶.....	د) شرایط مکفول به.....
۳۷۰.....	هـ) صحیح بودن عقد اصیل.....
۳۷۰.....	و) معلوم بودن موضوع کفالت در کفالت بر دین، عین و نفس.....
۳۷۱.....	گفتار چهارم) آثار.....
۳۷۱.....	الف) آثار کفالت نسبت به کفیل و داین در کفالت به مال.....
۳۷۹.....	ب) آثار کفالت نسبت به داین و کفیل در کفالت به نفس.....
۳۸۱.....	ج) آثار کفالت نسبت به کفیل و مدیون.....
۳۸۳.....	گفتار پنجم) انتها.....
۳۸۳.....	الف) انقضای کفالت به مال.....
۳۸۵.....	ب) به استحقاق برده شدن مبیع.....
۳۸۵.....	ج) انقضای کفالت به نفس.....
۳۸۶.....	مبحث دوم) حواله.....
۳۸۶.....	گفتار اول) تعریف.....
۳۸۷.....	گفتار دوم) انواع حواله.....
۳۸۷.....	الف) حواله دین.....
۳۸۷.....	۱) تعریف.....
۳۸۷.....	۲) ارکان.....
۳۸۸.....	۳) انواع حواله دین.....
۳۸۹.....	۴) شرایط حواله دین.....
۳۹۲.....	۵) آثار حواله دین.....
۳۹۷.....	۶) بطلان حواله دین.....
۴۰۱.....	۷) برائت الذمه محال علیه.....
۴۰۲.....	ب) حواله حق.....
۴۰۲.....	۱) تعریف.....
۴۰۲.....	۲) تفاوت حواله حق و حواله دین.....
۴۰۲.....	۳) ارکان و انعقاد.....
۴۰۳.....	۴) محل.....
۴۰۳.....	۵) شرایط.....
۴۰۴.....	۶) آثار.....
۴۰۸.....	مبحث سوم) رهن.....
۴۰۹.....	گفتار اول) رهن حیازی (تأمینی).....
۴۰۹.....	الف) تعریف.....

.....	ب) ارکان و شروط		٤١٠
.....	١) ارکان		٤١٠
.....	٢) شرایط ارکان		٤١٠
.....	ج) آثار عقد رهن (حیازی)		٤١٥
.....	١) آثار رهن در روابط راهن و مرتهن		٤١٥
.....	٢) آثار رهن نسبت به اشخاص ثالث		٤٢٨
.....	د) برخی انواع رهن (حیازی)		٤٣٠
.....	١) رهن عقار		٤٣٠
.....	٢) رهن منقول		٤٣٢
.....	٣) رهن دین		٤٣٥
.....	٤) رهن عین مستأجره و معاره		٤٣٩
.....	٥) رهن فضولی		٤٤٣
.....	هـ) انتهای عقد رهن (حیازی)		٤٤٣
.....	١) اسباب تبعی		٤٤٣
.....	٢) اسباب مستقل		٤٤٤
.....	گفتار دوم) رهن رسمی		٤٤٦
.....	الف) تعریف و خصوصیات		٤٤٧
.....	ب) شروط انشاء		٤٤٧
.....	ج) آثار رهن رسمی		٤٥٢
.....	د) استعمال حق تقدم و حق تتبع		٤٦١
.....	١) حق تقدم		٤٦١
.....	٢) حق تتبع (تعقیب)		٤٦٣
.....	هـ) انتهای رهن رسمی		٤٧٤
.....	و) وجوه افتراق و اشتراک رهن حیازی و رهن رسمی		٤٧٦
.....	فهرست اهم منابع		٤٧٧

مقدمه:

عقود معین، عقودی اند که شرع و قانون برای آنها اسمی خاصی نهاده و ارکان، شرایط و احکام هر يك را بیان نموده است و بنابراین طرفین عقد مکلف اند این شرایط و ارکان را رعایت نمایند در غیر آن عقد آنها گاهی باطل و گاهی نیز فاسد خواهد بود. در مورد انواع این عقود در فقه، مصطفی احمد الزرقاء در کتاب المدخل الفقهي العام، جلد اول، صفحات ۳۵۷ و ۳۷۸ می نویسد: عقود معین بیست پنج است که عبارت اند از: (۱) بیع؛ (۲) اجاره؛ (۳) کفالت؛ (۴) حواله؛ (۵) رهن؛ (۶) بیع وفاء؛ (۷) ایداع؛ (۸) اعاره؛ (۹) هبه؛ (۱۰) قسمت؛ (۱۱) شرکت؛ (۱۲) مضاربت؛ (۱۳) مزارعه؛ (۱۴) مساقات؛ (۱۵) وکالت؛ (۱۶) صلح؛ (۱۷) تحکیم؛ (۱۸) مخارج؛ (۱۹) قرض؛ (۲۰) عمری؛ (۲۱) موالات؛ (۲۲) اقاله؛ (۲۳) ازدواج؛ (۲۴) وصیت؛ و (۲۵) ایصاء (وصایت) است.

اما، این عقود طبق ق. م به صورت عموم ۳۶ نوع اند که شامل بیع، سلم، صرف، بیع وفا (گروی)، بیع ملک غیر، بیع نایب برای خودش، بیع حق متنازع فیه، بیع متروکه، بیع مریض مبتلاء به مرض الموت، مقایضه، هبه، عقود شرکت: شرکت مفوضه، شرکت عنان، شرکت وجوه (اعتبار)، شرکت اعمال (کار / ابدان)، شرکت اموال، شرکت مضاربت، قرض، صلح، اجاره، اجاره زمین زراعتی، دهقانی (مزارعه)، باغبانی (مساقات)، اجاره موقوفه، عاریت، مقاوله، استصناع، تعهدات مرافق عامه (قرارداد امتیاز امر عمومی)، عقد کار، وکالت، ایداع، نگهداری، قمار بازی، بیمه، کفالت، حواله، هن حیازی (تأمینی) و رهن رسمی می شود.

با وجودی این که عقود دارای احکام خاص اند، اما احکام عمومی عقود هم در مواردی که حکم خاص در این عقود وجود نداشته باشد، بر این عقود قابل تطبیق اند. از همین جهت، ماده ۱۰۳۵ فقره دوم ق. م در این باره حکم می نماید که: «(۲) در عقود معینه ارکان خاص هر عقد علاوه بر ارکان عام که در مبحث اول قسمت اول عقود ذکر شده رعایت می گردد». علاوه بر این، شق دوم ماده ۵۰۴ ق. م. ا در این باره مقرر می دارد که «[...] قواعد خصوصی هر عقد توسط احکام مربوط به آن تنظیم می گردد».

طبق نص این ماده قانونگذار مدنی در جلد دوم ق. م قواعد عمومی قراردادها تنظیم نموده است و در جلد سوم قواعد خاص عقود معین را. تفصیل قواعد عمومی قراردادها در جلد حقوق و جابج این دور از شرح ق. م گذشت. در این جلد قواعد خاص عقود معین را مورد مطالعه قرار می دهیم. همچنین، تطبیق کنندگان ق. م می توانند در سکوت قواعد خاص در عقود معین، قواعد عمومی قراردادها را بر عقد معین تطبیق نمایند. به حیث مثال، قواعد مربوط به ارکان، شروط ارکان، آثار و انتهای آنها. به عنوان نمونه، در مبحث صلح، ق. م در خصوص انتهای صلح ساکت است. تطبیق کنندگان ق. م می توانند قواعد عمومی انتهای قراردادها را بر عقد صلح تطبیق دهند.

با توجه به اهمیت قواعد خاص عقود معین، این کتاب در روشنایی جلد سوم، مواد ۱۰۳۵ الی ۱۸۹۹ ق. م تألیف گردیده است که هدف از تألیف آن شرح این مواد ق. م و فراهم نمودن فهم حقوقی برای علاقمندان می باشد. طبق ق. م عقود معین به عقود تملیکی، عقود انتفاع، عقود کار، عقود احتمالی و عقود توثیق تقسیم شده است. بنابراین، مطالب مربوط به این کتاب را در پنجم فصل: فصل اول: عقود تملیکی، فصل دوم: عقود انتفاع، فصل سوم: عقود کار، فصل چهارم: عقود احتمالی و فصل پنجم عقود توثیق به ترتیب مورد بحث قرار می دهیم:

با احترام

نظام الدین عبدالله، حمل ۱۴۰۴، کابل افغانستان

فصل اول: عقود تملیکی

طبق ق. م عقود تملیک تعریف آن در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت عبارت اند از: بیع، هبه، شرکت، قرض و صلح:

مبحث اول) بیع و مشروعیت

بیع یکی از عقود معین تملیکی معوض است که آن را ام العقود می نامند و در قرآن کریم از آن یاد شده است. بنابراین، اگر قانون در مورد احکام سایر عقود ساکت و یا یا مجمل باشد، به احکام مربوط به بیع مراجعه صورت می گیرد. روی همین دلیل، تفصیلی که در فقه راجع به بیع وجود دارد، راجع به سایر عقود معین وجود ندارد.^۱ حتی در دنیای مدرن تجارتی قرارداد بیع عملاً یکی از عقود مهم است.^۲ از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که بیع یکی از مهم ترین انواع عقود [معین] است و همه کتاب های فقهی با مبحث بیع شروع می شود، زیرا بیع تهداب و یا سنگ بنای سایر عقود قرار می گیرد.^۳ به نظر می رسد در فقه سنتی اهمیت بیع به اندازه قواعد عمومی عقود در حقوق کامن لا و رومن ژرمنیک بوده است. اما، امروزه با ایجاد قواعد عمومی عقود توسط فقهای معاصر با الهام از حقوق کامن لام و رومن ژرمنیک به نظر می رسد که بیع اهمیت گذشته خویش را از دست داده است.

با توجه به اهمیت عقد بیع، ق. م نیز احکام معین را در مورد عقد بیع وضع نموده است. جلد سوم، باب اول، فصل اول، مواد ۱۰۳۵ الی ۱۱۷۵ احکام بیع را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از فقه حنفیه به ویژه مجله الاحکام و ق. م. ج. م اقتباس نموده اند.

مشروعیت بیع بر مبنای قرآن، سنت و اجماع علماء ثابت است.^۴ خداوند ﷻ در قرآن کریم می فرماید:

﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّا الْبَائِعُونَ مِثْلَ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ - [البقرة: ۲۷۵]

«کسانی که ربا می خورند، (از گور) بر نمی خیزند مگر مانند برخاستن کسی که شیطان بر اثر تماس، آشفته سرش کرده است. این بدان سبب است که آنان گفتند: (داد و ستد صرفاً مانند ریاست) و حال آنکه خدا داد و ستد را حلال، و ربا را حرام گردانیده است. پس، هر کس، اندرزی از جانب پروردگارش بدو رسید، و (از رباخواری) باز ایستاد، آنچه گذشته، از آن اوست، و کارش به خدا واگذار می شود، و کسانی که (به رباخواری) باز گردند، آنان اهل آتشند و در آن ماندگار خواهند بود.».

همچنین، خداوند ﷻ می فرماید:

﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ - [البقرة: ۲۸۲]

«و دو شاهد از مردانتان را به شهادت طلبید هنگامی که خرید و فروش کردید.».

و نیز می فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ - [النساء: ۲۹]

«ای کسانی که ایمان آورده اید اموال همدیگر را به ناروا نخورید، مگر آنکه داد و ستدی با تراضی یکدیگر از شما [انجام گرفته] باشد و خودتان را مکشید، زیرا خدا همواره با شما مهربان است.».

پیامبر ﷺ نیز در این مورد فرماید:

۱. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۳۰۴؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۳۴۵۸.

2. Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law, Translated Into English by Miceal Jewll, fifth edit, (____), p 173.

3. Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The Philosophy of Islamic Law of Transctions, first edit, Malaysia: Center for Reasch and Training, p 150.

۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۳۰۶ و ۳۳۰۷؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران: انتشارات محمدی سقر، ص ۱۸۹.

«انما البيع عن تراض.»^۵

«خرید و فروش از روی تراضی و توافق صورت می پذیرد.»

و فرموده است:

«أفضل الكسب عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور.»^۶

«نیکوترین کسب، عمل انسان است به دست خودش و هر معامله ای که از حرام و غش و خیانت خالی باشد.»

فقهاء نیز در مورد جواز بیع اجماع نموده اند.^۷

گفتار اول) تعریف و خصوصیات

بیع در لغت به معنی مقابله شی به شی و از اسمای اضداد است که هم در معنی خرید و هم در معنی فروش به کار می رود.^۸ بنابراین، بیع به معنی خرید، فروش و خرید و فروش است.^۹ به نظر می رسد نویسندگان ق. م میان بیع و مقایضه تفکیک قایل شده و بیع را در ماده ۱۰۳۵ فقره اول ق. م چنین تعریف نموده اند: «(۱) عقد بیع عبارت است از تملیک مال از طرف بایع به مشتری در مقابل مالی که ثمن مبیعه باشد.» طبق این تعریف، بیع تملیک مال توسط بایع به مشتری در برابر پول است که به آن ثمن می گویند.

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند، احمد موتر را که مال است در برابر مال دیگر که پول یا ثمن نامیده می شود، تملیک می نماید. بنابراین، بیع عبارت از تملیک مال در برابر پول است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف بیع است. در اصطلاح فقهی فقهای حنفیه در تعریف بیع می گویند: «بیع به مبادله مال به مال به طور خاص یا مبادله چیزی مرغوب فیه با مانند آن به وجهی مفید و مخصوص به ایجاب و یا تعاطی بیع گویند.»^{۱۰} ماده ۱۰۵ مجله الاحکام در تعریف بیع می گویند: «بیع مبادله مال به مال است [...]». طبق این تعاریف، بیع عبارت از مبادله مال به مال است. تقصی که در این تعاریف به نظر می رسد عدم تفکیک بیع با مقایضه است. زیرا، مقایضه مبادله مال به مال است (ماده ۱۲۲ مجله الاحکام) که تقصیل آن در مبحث انواع بیوع خواهد آمد. بیع دارای خصایص ذیل است:

(۱) تملیکی بودن: بیع از جمله عقود تملیکی است. لذا، بایع در برابر ثمن مبیع را به مشتری تملیک می نماید.

(۲) معوض بودن: تعریف بیع با وجود اختلافات ناچیزی که در باره آن وجود دارد معاوضی بودن بیع را افاده می کند. بنابراین، براساس عقد بیع عین مال با مال دیگر (عوض) که معمولاً پول است مبادله می شود. این وصف بیع را از عقود رایگان مانند هبه ممتاز می سازد. وجود عوض مقتضای ذات بیع است. بنابراین اگر تملیک مال در برابر عوض نباشد عنوان بیع بر آن صادق نیست.

(۳) عین بودن مبیع: عین مالی است که وجود مادی و محسوس دارد و به طور مستقل موضوع داد و ستد قرار می گیرد. این وصف عقد بیع را از تملیک منافع که موضوع «اجاره» است متفاوت می سازد.^{۱۱} در حقوق جرمنی بیع عبارت است از تبدیل حق و یا شی با پول.^{۱۲} فرقی که بیع با هبه و اجاره دارد این است که هرگاه به موجب قرارداد، عین شی در برابر عوض انتقال نماید، چنین

^۵. رواه البزار و صححه الحاكم عن رفاع بن رافع، و ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير عن رافع بن خديج و عزاه لأحمد، و ذكره السيوطي في الجامع الصغير عن رافع.
^۶. حديث حسن رواه ابن ماجه عن ابي سعيد الخدري.

^۷. Muhammad Subhi bin Hasan (2008). Fiqh According to Qur'an and Sunnah, translated into English by: Sameh Strauch, 1st edi Riyadh: Dar-us- salam, pp 273 and 274.

^۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۳۰۴؛ محمد جعفر جعفري لنگرودي (۱۳۸۸). الفارق، جلد (۲)، چاپ دوم، تهران: كتابخانه گنج دانش، ص ۳۹؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۵۷۱؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۱۸۸.

^۹. محمد جعفر جعفري لنگرودي (۱۳۸۱). مبسوط در ترمينولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ كتابخانه گنج دانش، واژه ۳۴۵۸.

^{۱۰}. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۳۰۴ و ۳۳۰۵؛ مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۵۷۱.

^{۱۱}. ناصر كاتوزيان (۱۳۸۴). حقوق مدني: معاملات معوض - عقود تملیکی، بيع، معاوضه، اجاره و قرض، چاپ نهم، تهران: شركت سهامی انتشار، صص ۲۹-۴۴.

^{۱۲}. Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law. Translated Into English by: Miceal Jewll, 5th edi, (____), p 173.

قراردادی بیع است. هرگاه به موجب قرارداد عین شی بدون عوض انتقال نماید، چنین قراردادی هبه است. هرگاه به موجب قرارداد منفعت شی در برابر عوض انتقال نماید، چنین قراردادی اجاره است.^{۱۳}

گفتار دوم) ارکان و شروط ارکان بیع

در فقه به نظر حنفیه رکن بیع، که تعریف رکن در جلد اول حقوق و جابج گذشت، عبارت از صیغه است. اما، به نظر غیر حنفیه ارکان بیع عبارت اند از: بایع، مشتری، مبیعه و صیغه.^{۱۴} به نظر می رسد ثمن نیز یکی از ارکان عقد بیع است، زیرا در صورت فقدان آن عقد بیع به وجود نمی یابد.

الف) ایجاب و قبول

بر اساس ماده ۱۰۳۷ ق. م: «بیع به ایجاب و قبولی که معنی تملیک و تملک را افاده نماید با تعیین مبیعه و ثمن منعقد می گردد.» طبق نص این ماده بیع مانند سایر عقود با ایجاب و قبول منعقد می گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید موتر شما را سه لک افغانی خریدم و محمود بگوید فروختم، سخن احمد ایجاب و سخن محمود قبول است و با این دو کلام عقد منعقد می گردد. در عقد بیع ایجاب و قبول باید معنی تملیک و تملک را افاده نماید. تملیک به معنی انتقال دادن ملکیت مال است و تملک به معنی تحت ملکیت در آوردن ملکیت مال. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید موترم را به شما سه لک افغانی فروختم و محمود بگوید خریدم، کلام احمد انتقال دادن ملکیت موتر را افاده می کند و کلام محمود در ملکیت در آوردن موتر را افاده می کند. همچنین، در عقد بیع، باید مبیعه و ثمن تعیین گردند. در صورت عدم تعیین، بایع نمی تواند مبیعه را به مشتری تملیک نماید و مشتری نمی تواند مقدار ثمن را به بایع تملیک نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، موتر مبیعه و سه لک افغانی ثمن است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی الفاظی است که توسط آن عقد بیع منعقد می گردد. همچنین، ماده ۱۶۷ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «بیع به ایجاب و قبول منعقد می گردد.»

۱) ایجاب و قبول و طریقه های آن

ایجاب و قبول که تعریف آن در جلد اول این کتاب گذشت، در بیع به طریقه های ذیل می تواند صورت بگیرد:

۱) **گفتار:** طبق فقه در ایجاب و قبول بیع لفظ خاصی شرط نیست. زیرا، الفاظی که برای بیع به کار می ورد بر حسب عرف و عادات فرق می نماید. ماده ۱۶۷ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «ایجاب و قبول در بیع عبارت از دو لفظی است که غرض انشای بیع مطابق عرف مردم شهر استعمال می گردند.»

۲) **نوشته:** همانگونه که عقد بیع به تلفظ ایجاب و قبول منعقد می شود، به وسیله کتابت نیز منعقد می گردد به شرط آنکه طرفین یا یک طرف معامله گنگ باشد و نتواند سخن بگوید. بنابراین، هرگاه بایع و مشتری در یک مجلس باشند و عذری از سخن گفتن در میان نباشد، عقد بیع به وسیله کتابت صحیح نیست.^{۱۵} ماده ۱۷۳ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «بیع همانطوری که به ایجاب و قبول شفاهی صورت می گیرد، به نوشتن نیز انجام می یابد.»

۳) **ارسال نامه:** فقهاء ایجاب و قبول را از طریق ارسال نامه مشروط بر مستبینه و مرسوم بودن نامه صحیح می دانند. پس، در صورتی شخصی نامه ای به دیگری بفرستد و در آن نوشته نماید: «موتر خویش را در برابر این مقدار پول به شما به فروش رساندم» و این نامه به جانب مقابل برسد و جانب مقابل در مجلس قرائت نامه بگوید: «قبول نمودم» عقد بیع منعقد می گردد. اما، در صورتی که مجلس را ترک نماید، و یا از وی چیزی صادر شود که دلالت بر اعراض وی از ایجاب نماید، قبول وی غیر معتبر است.

۲) **ارسال رسول:** ارسال رسول نیز مانند ارسال نامه است و مجلس وصول رسول مجلس عقد تلقی می گردد. پس، لازم است مرسل الیه ایجاب را در آن بپذیرد. در صورتی مرسل الیه از مجلس ایجاب قبل از قبول بر خیزد، ایجاب منتهی می گردد و دیگر بر قبول اعتبار داده نمی شود.^{۱۶}

13. Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The Philosophy of Islamic Law of Transactions, first edit, Malaysia: Center for Reasch and Training, p 116.

۱۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۳۰۷؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۰.

۱۵. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۹۱.

۱۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۳۳۰؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۹۱ و ۱۹۲.

۵) اشاره معروفه: بیع شخص گنگ به وسیله اشاره معروف منعقد می گردد. زیرا، اشاره او بیان کننده رضای اوست. همچنین، در صورت نوشتن، شخص گنگ می تواند معامله را از طریق نوشته انجام دهد.^{۱۷} ماده ۱۷۲ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «بیع شخص گنگ به اشاره معروفه منعقد می گردد.».

۶) تعاطی: بیع ممکن است علاوه بر گفتار و نوشته، از طریق فعل نیز منعقد گردد که در فقه «معاطات»، «تعاطی» و یا «مراوضه» نامیده می شود و آن عبارت است از: انعقاد بیع از طریق مبادله فعلی که دلالت بر تراضی طرفین بدون تلفظ ایجاب و قبول نماید، مانند اینکه: مشتری میباید را اخذ، و ثمن را به بایع پرداخت نماید، و یا بایع میباید را به مشتری تسلیم و ثمن را بدون اینکه با وی تکلم نماید، و یا اشاره میان آنها صورت پذیرد، اخذ نماید خواه میباید دارای قیمت گزاف و یا اندک باشد.^{۱۸}

ماده ۱۷۵ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «چون مقصد اصلی ایجاب و قبول رضایت طرفین می باشد. پس، بیع به مبادله فعلی که به رضایت دلالت می نماید نیز منعقد می گردد و این را بیع تعاطی می گویند. مثال آن این است که مشتری به خباز مبلغی بدهد و در مقابل خباز بدون تلفظ ایجاب و قبول یک مقدار نان را به مشتری تأدیه کند، یا اینکه مشتری یک اندازه پول را برای بایع اعطاء نماید و در مقابل متاع را بردارد، در حالی که بایع خاموش باشد. همچنین، اگر یک شخص نزد بایع گندم بیاید و برایش مبلغ ۵ دینار بدهد و بگوید: یک سیر گندم را به چند دینار می فروشد؟ و بایع در مقابل بگوید: به یک دینار و در مقابل مشتری سکوت نماید و بعداً گندم را از وی مطالبه نماید و در مقابل بایع برایش بگوید که: فردا گندم را برای شما می دهم، در این صورت نیز بیع منعقد می گردد گرچه در بین شان ایجاب و قبول صورت نپذیرفته است. در این صورت، اگر فردا قیمت گندم از یک دینار به یک و نیم دینار بلند برود، بایع مجبور گردانیده می شود تا گندم را فی سیر یک دینار به قیمت روز قبل به مشتری بدهد و همچنین بالعکس اگر نرخ گندم فردا تنزل یابد، مشتری مجبور است تا آن را به نرخ دیروز قبول کند. همچنین، اگر مشتری برای قصاب بگوید: به پنج قرش از این قسمت گوسفند گوشت بده و قصاب گوشت را بریده و بعد از وزن برایش بدهد، این بیع منعقد بوده و مشتری حق ندارد تا از قبول و اخذ آن امتناع ورزد.».

۲) شرایط

طبق فقه و ق. م برای اینکه ایجاب و قبول به صورت صحیح صادر گردد، رعایت شرایط ذیل ضروری است:

۱) عدم آینده بودن ایجاب و قبول: فقهاء در باره صحت انعقاد بیع با فعل ماضی اتفاق نظر دارند. زیرا، این صیغه از هر لفظ دیگری با صراحت بیشتری بر مراد دلالت می کند، مانند: فروختم، خریدم. ماده ۱۶۹ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «ایجاب و قبول به صیغه ماضی صورت می گیرد، مثل فروختم و خریدم و هر کدام این دو لفظ که اول ذکر شود ایجاب و دومی قبول است. اگر بایع بگوید: فروختم و متعاقباً مشتری بگوید: خریدم و یا اگر مشتری بگوید که خریدم و بعداً بایع بگوید: فروختم، بیع منعقد می گردد. پس، لفظ فروختم در صورت اول ایجاب و لفظ خریدم قبول است و در صورت دوم بالعکس، یعنی: خریدم ایجاب و فروختم قبول دانسته می شود. همچنین، بیع به وسیله آن دو لفظی که انشاء تملیک و یا تملک خبر دهد، منعقد می گردد، مانند این قول بایع که بگوید: اعطاء نمودم، مالک گردانیدم و این قول مشتری که بگوید: گرفتم یا در ملکیت خود در آوردم و یا راضی شدم و امثال آن.».

همچنین، فقهاء اتفاق نظر دارند بر صحت انعقاد عقد به صیغه مضارع (حال) مشروط بر اینکه نیت حال از آن معلوم باشد و یا قرینه ای دال بر انشای عقد در زمان حال وجود داشته باشد، زیرا صیغه مضارع در لغت برای دلالت برای حال و آینده است و تنها به آینده اختصاص ندارد. روی همین دلیل است که تعیین اراده حال را در آن شرط می دانند. ماده ۱۷۰ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «بیع به صیغه مضارع نیز انعقاد می یابد مشروط بر اینکه از صیغه مذکور اراده حال شده باشد، مانند: می فروشم و می خرم و اگر از صیغه مذکور آینده مراد باشد، بیع منعقد نمی گردد.».

از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که: همه فقهاء در باره عدم انعقاد عقد به صیغه مستقبل (آینده) اتفاق نظر دارند، زیرا ایجاب و قبول به صیغه آینده وعده به عقد است نه عقد، مانند این که: مشتری بگوید: خواهم خرید. ماده ۱۷۱ مجله الاحکام در

۱۷. همان، سید سابق، فقه السنه، جلد (۴)، ص ۱۹۲.

۱۸. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۲۹-۳۳۲؛ _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۲.

این مورد تصریح می نماید که: «صیغه استقبال به معنی وعده مجرد است، مثل: خواهم فروخت، و خواهم خرید و بیع منعقد نمی گردد.» اما، فقهاء در انعقاد عقد به صیغه امر اختلاف نظر دارند: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: به جز عقد ازدواج عقود دیگر به صیغه امر منعقد شده نمی توانند. بنابراین، اگر مردی به زنی بگوید: مرا به نکاح خود بگیر و مرد بگوید: گرفتم، عقد منعقد می شود. ماده ۱۷۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «همچنین، بیع به صیغه امر منعقد نمی گردد، مثل: بخر و بفروش، مگر اینکه صیغه امر به طریق اقتضاء بر حال دلالت کند که در این صورت بیع منعقد می گردد. پس، اگر مشتری بگوید: این چیز را برایم به این مبلغ بفروش و در مقابل بایع بگوید: آن را فروختم، بیع منعقد نمی گردد. اما، برعکس اگر بایع برای مشتری بگوید که: این مال را به این قدر مبلغ بخر و مشتری در مقابل بگوید: گرفتم یا قبول نمودم و یا اینکه مشتری اولاً بگوید: که این مال شما را در برابر این مبلغ خریدم و در مقابل بایع بگوید که: آن را بگیر یا از شما شد یا خداوند برای شما مبارک سازد و امثال این کلمات، بیع منعقد می گردد. زیرا، کلمه بگیر یا برای شما مبارک باشد، اقتضاء افاده می نماید که من آن را فروختم پس شما آن را بگیرید.» برعکس، جمهور فقهاء بر این نظر اند که: هر عقدی با صیغه امر منعقد می شود.^{۱۹}

۲) مطابقت قبول با ایجاب: فقهاء به اتفاق آراء بر این نظراند که: برای انعقاد بیع قبول باید با ایجاب موافق باشد. به عنوان مثال، بایع به مشتری بگوید: این خانه خود را مبلغ پنج میلیون افغانی به شما فروختم و خریدار بگوید: آن را سه میلیون خریدم، عقد منعقد نمی گردد، زیرا قبول با ایجاب موافق نیست.^{۲۰} ماده ۱۷۷ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «وقتی یکی از عاقدین بیع چیزی را ایجاب نماید، برای صحت عقد، صدور قبول از طرف عاقد دیگر به وجهی که قبول مطابق ایجاب باشد، ضروری است. بنابراین، جانب مقابل حق تبعیض ثمن و مثنی و تقریب آنها را ندارد.

به عنوان مثال، اگر بایع برای مشتری بگوید: این تکه خود را برای شما به مبلغ یک صد قرش فروختم، در صورتی که مشتری مبیعه را به وجه مشروح قبول کند، تمام تکه متذکره در مقابل صد قرش از وی می گردد و مشتری این حق را ندارد تا تمام تکه متذکره و یا نصف آن را به پنجاه قرش قبول کند. همچنین، اگر بایع به مشتری بگوید: این دو اسپ خود را برای شما به مبلغ سه هزار قرش فروختم، و مشتری خرید هر دو اسپ را به مبلغ مذکور قبول نماید، او این حق را ندارد تا یکی از آن دو اسپ را به مبلغ یک هزار و پنج صد قرش بگیرد.»

۳) اتصال قبول با ایجاب: جهت تحقق بیع شرط است که ایجاب و قبول در صورتی که دو طرف عقد در مجلس واحد حضور داشته باشند، صورت پذیرد. اتصال ایجاب و قبول زمانی متحقق می شود که هر یک از طرفین عقد کلام جانب مقابل را استماع نموده و بفهمد و از آنها آنچه بیانگر انصراف آنان از انعقاد عقد باشد، صادر نگردد اعم از اینکه از جانب ایجاب کننده باشد و یا از قبول کننده. ماده ۱۸۳ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر از جانب یکی از عاقدین بعد از ایجاب و قبل از قبول، فعل یا قولی صدور گردد که دلالت بر اعراض نماید، در این صورت ایجاب باطل می گردد و قبولی که بعد از واقع می شود، اعتبار ندارد. به عنوان مثال، اگر یکی از متبایعین بگوید: خریدم و یا فروختم و جانب مقابل قبل از صدور قبول به یک امر دیگری و یا سخن بی موردی که اصلاً به عقد مرتبط نباشد، مشغول گردد، در این صورت ایجاب باطل گشته و بر قبولی که بعد از آن صادر می گردد، اعتبار و ترتیب اثر داده نمی شود گرچه قبول مذکور قبل از انجام مجلس واقع شود.» از آنچه گفته شد، به این نتیجه می رسیم که: جهت تحقق اتصال ایجاب و قبول اتحاد مجلس و عدم رجوع موجب از ایجاب شرط است:

۱- اتحاد مجلس: منظور از مجلس بیع در فقه عبارت از مکانی است که متعاقدين در آنجا مشغول تعاقد است. ماده ۱۸۱ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «مجلس بیع عبارت از اجتماعي است که به غرض عقد بیع صورت گرفته باشد.» مجلس عقد از وقت صدور ایجاب آغاز گردیده و تا زمانی که متعاقدين مصروف تعاقد هستند، ادامه می یابد. اما، اگر متعاقدين غائب باشند، مجلس عقد زمان اطلاع حاصل کردن طرف مقابل از ایجاب است.

۱۹. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۳۵-۲۹۳۷؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۱۱.
۲۰. ____ (۱۴۰۴ ق)، الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۱۱ و ۲۱۲؛ وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۴۳ و ۲۹۴۴؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م)، المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۳۲۱ و ۳۲۲.

برای تحقق اتصال قبول با ایجاب شرط است که مجلس عقد بیع واحد باشد. بنابراین، جائز نیست که ایجاب در مجلسی و قبول در مجلس دیگر صورت پذیرد. زیرا، ایجاب جزء عقد پنداشته نمی شود، مگر اینکه قبول به آن ملحق شود. پس، در صورتی که بائع به مشتری بگوید: خانه خود را در برابر این مقدار پول به شما فروختم و سپس به محل یا خانه دیگری برود مجلس عقد منتهی می گردد. در چنین حالتی، اگر مشتری ایجاب را قبول نماید، عقد منعقد نمی گردد و انعقاد عقد به ایجاب جدید ضرورت دارد. مجلس عقد از زمان ایجاب شروع و با اتفاق طرفین مبنی بر انعقاد عقد، افتراق و جدا شدن طرفین از همدیگر و یا اعراض یکی از آنها از انعقاد عقد مجلس منتهی می شود. مجلس عقد در انعقاد عقد به غائب از زمان قرائت نامه به غائب شروع می شود. در صورتی که غائب عقد را قبول نماید، و در صورت عدم قبول مجلس منتهی می گردد.^{۲۱}

۲- عدم رجوع موجب از ایجاب: در صورت رجوع از ایجاب، ایجاب باطل گردیده و بعد از آن بر قبول اثری مرتب نمی گردد. ماده ۱۸۲ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «اگر یکی از متبایعین بعد از صدور ایجاب و قبل از صدور قبول از بیع رجوع نماید، ایجاب باطل می شود. پس، اگر طرف مقابل عقد، بعد از رجوع در مجلس بیع اظهار قبول نماید، به این قبول، بیع منعقد نمی گردد. طور مثال، اگر بائع بگوید: این متاع را برای شما در برابر این مقدار مبلغ فروختم و قبل از اینکه مشتری بگوید: قبول نمودم، بائع از قول خویش رجوع نماید و بعد از رجوع وی، مشتری به قبول بیع مذکور، بپردازد، بیع منعقد نمی گردد.» اما، در موردی که ایجاب کننده چندین ایجاب را قبل از قبول جانب مقابل پیشنهاد نماید، به ایجابی که آخر پیشنهاد شده است اعتبار داده می شود، مانند اینکه: فروشنده بار اول قیمت مبیع را یک هزار افغانی و بار دوم هفت صد افغانی تعیین نماید. در چنین حالات، به ایجاب آخر اعتبار داده می شود. ماده ۱۸۵ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «تکرار ایجاب قبل از صدور قبول، ایجاب اول را باطل می سازد و ایجاب ثانی را معتبر می گرداند. پس، اگر بائع بگوید: برای شما این چیز را به صد قرش فروختم و قبل از قبول مشتری، بائع از ایجاب خویش رجوع نماید، و بگوید که آن را برای شما یک صد و بیست قرش فروختم و در مقابل مشتری قبول نماید، ایجاب اول در باره بیع لغو بوده و بیع بنا به یک صد و بیست منعقد می گردد.» اما اینکه فوریت قبول برای انعقاد بیع شرط است یا خیر فقهای حنفیه بر این نظر اند که: فوریت در قبول شرط نیست و همین قدر کافی است که ایجاب و قبول در یک مجلس صورت پذیرد. زیرا، جانب مقابل به مدت زمانی برای اندیشیدن ضرورت دارد. بنابراین، اگر فوریت در قبول شرط باشد، امکان تأمل و اندیشیدن از جانب مقابل سلب می شود.

ماده ۱۸۲ مجله الاحکام نیز این نظر را اختیار نموده و در این مورد تصریح می نماید که: «متبایعین بعد از صدور ایجاب تا اخیر مجلس حق خیار دارند. به طور مثال، اگر یکی از متبایعین در مجلس عقد ایجاب را لازم گردانید و اظهار نمود که این مال خود را برای شما فروختم، جانب مقابل علی الفور و متعاقب آن نگویید که خریدم و یا فروختم، بلکه به صورت متراخی و متأخر قبل از انتهای مجلس به کلمات متذکره اظهار قبول نماید، بیع منعقد می گردد گرچه این مدت به طول انجامیده باشد.»^{۲۲}

(۲) شنید ایجاب و قبول: شرط دیگر ایجاب و قبول این است که هر یک از عاقدین کلام جانب مقابل را بشنود. زیرا، در صورت عدم سمع، عقد بیع منعقد نمی گردد.^{۲۳}

(۳) مبطلات

ایجاب و قبول در عقد بیع در موارد آتی باطل می گردند:

(۱) رجوع موجب از ایجاب قبل از قبول؛

(۲) رد ایجاب که می تواند صریح باشد، مانند اینکه جانب مقابل به موجب بگوید: قبول ندارم، یا ضمنی، مانند اینکه: از مجلس بر خیزد و یا مصروف کاری دیگری شود از قبیل: خوردن، شنیدن سخن گفتن با شخص دیگر و امثال اینها.

۲۱. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۲۹۴۵؛ ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۲؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر، ص ۳۲۱ و ۳۲۲؛ داد محمد نذير (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، كابل: مطبعة نعماني، ص ۲۲۷ و ۲۲۸.

۲۲. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۲۹۴۶ و ۲۹۴۷؛ ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۶ و ۲۱۷.

۲۳. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۳۵۱.

۳) بقای مبیع: طبق فقه یکی از موارد اسقاط ایجاب هلاک محل عقد قبل از قبول جانب مقابل است، مانند مردن حیوان مبیع. همچنین، تغییر محل عقد به نحوی که به شی دیگر تبدیل شود نیز موجب اسقاط ایجاب می گردد، مانند: تغییر عصاره انگور به شراب و امثال اینها.

۵) زائل شدن اهلیت موجب قبل از قبول از طریق موت، جنون، اغماء و امثال اینها. زیرا، انعقاد عقد ملازمه با وجود اهلیت متعاقبین دارد. پس، در صورتی که عاقدین فاقد اهلیت گردند، عقد به سبب احتمال رجوع از ایجاب، عدم فهم قبول و عدم صدور قبول به صورت صحیح منعقد نمی گردد.^{۲۴}

ب) باع و مشتری

طبق ماده ۱۶۰ مجله الاحکام: «بايع شخصی است که چیزی را به فروش می رساند». و طبق ماده ۱۶۱ مجله الاحکام: «مشتری شخصی است که چیزی را می خرد». در عقد بیع عاقدین باید عاقل باشند. بنابراین، بیع مجنون و صبی غیرعاقل منعقد نمی گردد. اما، فقهای حنفیه بالغ بودن عاقدین را شرط نمی دانند. پس، تصرفات صبی ممیز عاقل به نحوی که تفصیل آن در جلد قواعد عمومی عقود گذشت صحیح است.^{۲۵} ماده ۳۶۱ مجله الاحکام در مورد این شرط می گوید: «در انعقاد بیع شرط است که رکن بیع از اهل آن یعنی عاقل و ممیز صادر شود و اضافه بیع به محلی شود که قابلیت حکم را داشته باشد.»

ج) موضوع (بیع) و شرایط آن

طبق ماده ۱۵۰ مجله الاحکام: «محل بیع مبیعه است». مبیع مثنی نیز نامیده می شود و آن عبارت از آنچه است که فروخته می شود. مبیع اسم مفعول از ریشه «باع» به معنای فروخته شده و مثنی است.^{۲۶} در اصطلاح فقهی ماده ۱۵۱ مجله الاحکام در تعریف مبیع می گوید: «مبیع عبارت از چیزی است که به فروش می رسد و آن عینی است که در بیع تعیین می شود و مقصد اصلی بیع دانسته می شود. زیرا، انتفاع از آن گرفته می شود و اثمان وسیله مبادله است». به صورت عموم فقهاء برای مبیع شرایط ذیل را معین نموده اند:

۱) موجودیت: براساس ماده ۱۰۵۵ ق. م: «بیع معدوم باطل است. فروختن میوه درختان قبل از ظهور و از زرع قبل از روئیدن جواز ندارد». معدوم اسم مفعول از ریشه عدم گرفته شده است که در لغت به معنی نیست و نابود است. طبق نص این ماده در مبیع شرط است که معدوم نباشد. مفهوم مخالف نص این ماده این است که موضوع بیع باید موجود باشد. در صورت معدومیت و عدم موجودیت باع نمی تواند شی موضوع بیع را به مشتری تسلیم نماید.

علاوه براین، در صورت معدومیت موضوع بیع، یکی از ارکان عقد بیع متحقق نمی گردد و عقد باطل می گردد. قانونگذار مدنی در نص این ماده فروختن میوه را قبل از ظهور میوه و فروختن زرع را قبل از روئیدن به عنوان مثال آورده است. بنابراین، اگر احمد مالک باغ باشد و میوه باغ را بدون این که ظاهر شود، به محمود بفروشد، عقد باطل است. همچنین، اگر احمد دهقان باشد و سبزیجات کشت نماید و قبل از روئیدن سبزیجات، آنها را به محمود به فروش رساند، بیع به دلیل عدم موجودیت موضوع، باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط موضوع عقد بیع است. نص این ماده از مجله الاحکام و فقه حنفی گرفته شده است. طبق ماده ۲۰۵ مجله الاحکام: «بیع معدوم باطل است. بنابراین، بیع سر درختی ای که اصلاً بروز نکرده باشد، باطل است.»

طبق فقه جهت صحت بیع شرط است که مبیع هنگام عقد بیع موجود باشد. بنابراین، عقد بر شی معدوم مانند: فروش محصول زراعت قبل از کشت آن، یا فروش حمل در شکم حیوان به سبب ولادت آن به طور مرده، جواز ندارد. ماده ۱۹۷ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «لازم است که مبیع موجود باشد». با وجود این، فقهاء با این اطلاق این شرط را نپذیرفته اند. فقهای حنفیه به طور مطلق این شرط را پذیرفته اند و تصرف در معدوم را باطل دانسته اند. با وصف این، پذیرش این شرط به

۲۴. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۲۹۵۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۵۱۳ و ۵۱۴؛ داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۲۲۸ و ۲۲۹.

۲۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۳۱۷.

۲۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۱؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۲۲۸ و ۲۲۹.

اعتقاد آنها اصل بوده و از استثناء گریزی نداشته اند و با وجود و عدم وجود محل عقد بیع در هنگام انشای عقد در مواردی چون: سلم، اجاره، مساقات و استصناع آن را پذیرفته اند.^{۲۷}

۲) طبق ماده ۱۰۵۶ ق. م: «بیع آنچه که یکی بعد دیگر ظاهر می گردد، در صورتی که اکثر آن ظاهر شده باشد، با باقیمانده که ظاهر نگردیده به عقد واحد جواز دارد.» به حیث مثال، اگر احمد باغ داشته باشد و قسمتی از میوه های باغ ظاهر گردیده باشد، احمد می تواند میوه های ظاهر و میوه هایی را که قرار است ظاهر شود، به محمود به فروش رساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز فروش آنچه که قسمتی آن ظاهر شده است و به تبع آن قسمت های دیگر آن قرار است ظاهر شود، است. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، براساس فقه در صورتی که بعضی میوه ها یا محصول زراعتی، آشکار شد و برخی دیگرش هنوز نرسیده باشد، می توان همه را چه رسیده و چه نرسیده، سرجمع در یک عقد بیع به فروش رسانید. زیرا، نرسیده تابع رسیده است.

همچنین، اگر این گونه معاملات جایز نباشد، یا نزاع و کشمکش پیش می آید و یا اموال معلق می ماند. زیرا، این گونه عقود بیشتر در مزارع بزرگ به وقوع می پیوندند و مشتری نمی تواند همه محصول آن مزارع بزرگ را جمع آوری کند، مگر اینکه مدتی طول بکشد.^{۲۸} ماده ۲۰۷ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «در صورتی که افراد مبیع متلاحق باشند؛ یعنی همه آنها همزمان با ظهور نیپوسته، بلکه به صورت متعاقب ظهور نمایند، به تبع قسمت ظهور یافته، فروش متباقی آن به داخل یک عقد جایز است، مانند: میوه ها، گلها، برگ ها و سبزیجات در صورتی که یک قسمت آن ظهور یافته و قسمت دیگری عنقریب ظهور نماید.»

۳) طبق ماده ۱۰۵۷ ق. م: «(۱) بیع طبقه بالا قبل از اعمار طبقه پایین عمارت جواز ندارد؛ و (۲) مقاولات فروش طبقات و منازل عماراتی که بر اساس نقشه های طرح شده شهری مطابق به مقررات ساختمانی دولت صورت می گیرد قبل از اعمار آن جواز دارد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- بیع طبقه بالا قبل از اعمار طبقه پایین عمارت جواز ندارد. عمارت عبارت از بناء، ساختمان و تعمیر است. به حیث مثال، اگر احمد ده بسوه زمین داشته باشد و بخواهد در آن عمارت پنج طبقه ای به شکل آپارتمان احداث نماید، نمی تواند طبقه پنجم را برای محمود به فروش رساند، مگر اینکه طبقه چهارم را تکمیل کرده باشد. دلیل این شرط، معدومیت موضوع عقد است. زیرا، چنانچه گفته شد، در عقد بیع شرط است که مبیعه موجود باشد.

۲- فقره ۲ نص ماده ۱۰۵۷ ق. م استثنای فقره ۱ است. طبق فقره ۲ مقاولات فروش طبقات منازل عمارات که مالک آنها را براساس نقشه های منظور شده شهری احداث می نماید جواز دارد. مثال های عملی تطبیق نص این ماده فروش آپارتمان ها در مکروربان ها قبل از ایجاد منزل توسط دولت، فروش آپارتمان ها قبل از ایجاد در شهرک آریا، فروش آپارتمان در شهرک خواجه رواش و نظیر اینها است. زیرا، در این شهرک ها، دولت یا بخش خصوصی قبل از این که آپارتمان ایجاد شود، آنها را می فروشند. در فروش این آپارتمان ها شرط است که نقشه ها توسط مراجع مربوط منظور گردیده باشد و مالک شهرک، جواز احداث شهرک را از مراجع مربوط اخذ نموده باشند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط موضوع بیع که عبارت از موجودیت موضوع بیع و استثنای آن است می باشد.

۴) طبق ماده ۱۰۵۸ ق. م: «هرگاه طبقه بالا در ملکیت صاحب طبقه اول باشد فروختن آن در صورتی که آباد باشد جواز دارد. مشتری در سقف طبقه اول حق قرار داشته، در صورت انهدام طبقه بالا می تواند آن را مجدداً مانند سابق بنا نماید.» طبق نص این ماده هرگاه طبقه بالا ملکیت مالک طبقه پایین باشد، مالک طبقه پایین می تواند طبقه بالا را مشروط بر این که آباد باشد، به فروش رساند. به حیث مثال، اگر احمد تعمیر دو منزله داشته باشد و هر دو منزل متعلق به ملکیت احمد باشد، احمد می تواند در منزل اول خود زندگی نماید و منزل دوم را به محمود به فروش رساند. در این صورت، محمود می تواند بر سقف طبقه اول زندگی نماید. همچنین، در صورت انهدام، محمود می تواند مجدداً طبقه دوم را اعمار نماید. انهدام از ریشه «هدم» گرفته شده است که در

۲۷. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۲۶ و ۲۲۷.
۲۸. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۴؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۳۲۰.

لغت به معنی نابودن کردن، اضمحلال، ویران کردن، زوال، نابودی، خراب کردن و تخریب است.^{۳۹} در اصطلاح حقوقی انهدام عبارت از تخریب کردن بناء، ساختمان، عمارت و نظیر اینها است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی جواز دادن به فروش طبقه های بالای ملکیت است.

۵) طبق ماده ۱۰۳۸ ق. م: «مبیعه باید موجود، مال دارای قیمت و مقدور التسلیم بوده نزد مشتری طوری معلوم باشد که جهالت فاحش را نفی کند.» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط مبیعه است. طبق نص این ماده در مبیعه باید شرایط ذیل متحقق گردد:

۱- موجودیت: طبق نص ماده ۱۰۳۸ ق. م شرط است که مبیعه موجود باشد. در صورت عدم موجودیت چنانچه بحث آن در بالا گذشت، عقد باطل است. زیرا، از یکطرف یکی از ارکان عقد بیع که مبیعه است متحقق نمی گردد و از طرف دیگر باع نمی تواند شی محل عقد بیع را به مشتری تسلیم نماید.

۲- دارای قیمت بودن: دارای قیمت بودن متراف با مال متقوم است. بنابراین، در عقد بیع شرط است که مبیعه متقوم باشد. این شرط در فقه هم وجود دارد. ماده ۱۹۹ مجله الاحکام می گوید: «لازم است که مبیع مال متقوم باشد.» بنابراین، «بیع مال غیر متقوم باطل است» (ماده ۲۱۱ مجله الاحکام). متقوم از ریشه «قوم» گرفته شده است که در لغت به معنی مالی است که دارای قیمت باشد.^{۴۰} همچنین، متقوم به معنی مال ارزیابی شونده، قابل ارزیابی و ارزش پذیر است.^{۴۱} اما، در فقه مال متقوم به این معنی، یعنی: مالی که دارای قیمت باشد، استعمال نمی شود. طبق فقه متقوم عبارت است از: هر آنچه است که انتفاع از آن شرعاً در حالت اختیار مباح باشد.^{۴۲} به عبارت دیگر: متقوم: «هر آنچه محرز به فعل باشد و شریعت انتفاع آن را مباح تلقی نماید مانند: عقارات، منقولات، مطعومات و امثال اینها».^{۴۳} از تعریف فوق به خوبی استنباط می گردد که مال متقوم دارای دو عنصر می باشد اول اینکه بالفعل قابل احراز باشد و ثانیاً انتفاع از آن شرعاً ممکن باشد. پس، ماهی در آب، پرنده در هوا، معادن در بطن زمین و غیره قبل از احراز شرعاً و عرفاً غیر متقوم و بعد از احراز شرعاً و عرفاً متقوم تلقی می گردد.^{۴۴} به حیث مثال، اگر احمد ماهی در آب، پرنده در هوا، معدن در زیرزمین، شراب، خنزیر و نظیر اینها را به محمود به فروش رساند، بیع باطل است.

۳- مقدور التسلیم بودن: طبق نص ماده ۱۰۳۸ ق. م شرط است که مبیعه قابل تسلیم توسط باع به مشتری باشد. ماده ۱۹۸ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «لازم است مبیع مقدور التسلیم باشد.» در صورت عدم قادر بودن باع بر تسلیم بیع به جانب مقابل، عقد باطل است، مانند: فروش، اجاره، هبه پرنده در هوا، ماهی در آب و شکار بعد از فرار و مالی مغصوبی که در ید غاصب باشد به سبب عدم قادر بودن عاقد بر تسلیم.^{۴۵} ماده ۲۰۹ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «بیع آنچه که غیرمقدور التسلیم باشد، باطل است، مانند: بیع کشتی ای که غرق گردیده و اخراج آن از بحر غیر ممکن باشد و یا حیوان فراری که گرفتن و تسلیم دادن آن در قدرت شخص نباشد.»

۴- معلوم بودن: طبق نص ماده ۱۰۳۸ ق. م شرط است که مبیعه به گونه ای معلوم باشد که مانع جهالت فاحش شود. جهالت در لغت به معنی نادانی، ناآگاهی، بی اطلاعی و ندانستن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به ناآگاهی یکی از متعاقدين نسبت به موضوع عقد جهالت گویند. جهالت دو نوع است: جهالت فاحش که معمولاً موجب بطلان عقد می شود و جهالت غیرفاحش که موجب بطلان عقد نمی شود.^{۴۶} مقصود از معلوم بودن این است که مبیع مبهم نباشد و خریدار یا فروشنده هر دو بدانند که چه چیزی محل عقد بیع قرار می گیرد. فقهاء معین و معروف بودن مبیع را به نحوی که مانع بروز منازعه بین طرفین گردد به سبب احادیثی که در سنت پیامبره مبنی بر نهی از بیع غرر و بیع مجهول آمده است، لازم می دانند. ماده ۲۰۰ مجله

29. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 30/12/2017).

۳۰. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق.). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۵۲.

۳۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۹۴.

۳۲. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۴؛ و مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م.). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۲۳.

۳۳. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۷۹.

۳۴. مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م.). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۲۵ و ۱۲۶.

۳۵. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۵؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۳۲۲.

۳۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۹۴.

الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «لازم است که مبیع نزد مشتری معلوم باشد». برای تعیین مبیع سه طریق ذیل وجود دارد:

۱- از طریق بیان نوع، وصف و مقدار مبیع: اشیاء دارای نوع، وصف و مقدار اند که توسط آنها معین می شوند. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد کامپیوتر از محمود خریداری نماید باید جنس، وصف و تعداد آن را معین کند.

۲- دیدن: مبیعه می تواند از طریق دین در وقت عقد و یا قبل از آن متحقق شود. به حیث مثال، اگر احمد چند قطعه زمین داشته باشد و یکی از آنها را به محمود به فروش رساند و زمین معین نباشد، احمد می تواند از طریق نشان دادن زمین، مبیعه را به محمود معین نماید.

۳- اشاره: طبق ماده ۱۰۴۱ ق. م: «هرگاه مبیعه در مجلس عقد موجود باشد اشاره به آن بدون ذکر اوصاف، کافی پنداشته می شود». این ماده ترجمه ماده ۲۰۲ مجله الاحکام است که حکم می نماید که: «در صورتی که مبیع حاضر مجلس عقد باشد، اشاره به عین آن کفایت می کند. به عنوان مثال، اگر بایع برای مشتری بگوید: این حیوان را برای شما فروختم و مشتری در حالی که حیوان را مشاهده کرده است، بگوید که: آن را خریدم بیع صحیح می گردد».

۶- طبق ماده ۱۰۵۲ ق. م: «آنچه که فروش آن منفرداً جواز داشته باشد، استثنای آن از اصل مبیعه جواز دارد». طبق نص این ماده آنچه فروش آن به صورت جداگانه و انفرادی جواز داشته باشد، استثنا کردن آن از اصل مبیع و فروش آن به صورت جداگانه جواز دارد. به حیث مثال، موتور اصل و پرزه جات موتور فرع است. همچنین، کامپیوتر اصل و پرزه جات کامپیوتر فرع است. گاهی امکان دارد فرع با اصل یکجا به فروش رسد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود گاو را به فروش رساند و گاو گوساله شیرخوار داشته باشد، محمود مالک گوساله شیرخوار نیز می گردد. زیرا، فروش گوساله شیرخوار به صورت جداگانه جواز ندارد. زیرا، در صورت جدا کردن گوساله شیرخوار از گاو، گوساله شیرخوار هلاک می شود.

همچنین، اگر احمد به محمود قفل را به فروش رساند، احمد مکلف است کلید های قفل را هم به محمود بدهد. همچنین، اگر احمد به محمود خانه را به فروش رساند، محمود به تبع خانه مالک حق ارتفاق خانه هم می گردد. در این مثال ها، گاو اصل، گوساله شیرخوار فرع، قفل اصل و کلید ها فروع و خانه اصل و حق ارتفاق فرع است. اما، در صورتی که فروش فروع بدون اصل جواز داشته باشد، بایع می تواند فروع را از اصل جدا کرده و به صورت جداگانه به فروش رساند. به حیث مثال، احمد می تواند پرزه جات کامپیوتر، بطری موبایل، پرزه جات موتور، پرزه بایسکل، پرزه تلویزیون و نظیر اینها را به محمود به صورت جداگانه به فروش رساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز فروش فروع شی به صورت جداگانه است.

۷- بیان اوصاف مبیعه در صورت معلوم نبودن: طبق ماده ۱۰۲۰ ق. م: «هرگاه مبیعه نزد مشتری معلوم نباشد باید به خصوصیات و اوصاف ممیزه آن علم داشته باشد». طبق نص این ماده در صورتی که مبیعه نزد مشتری معلوم باشد، به خصوصیات آن آگاهی حاصل نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود بخواهد به فروش رساند، اما محمود هنوز خانه را ندیده باشد و خانه معلوم و معین نباشد، احمد باید اوصاف خانه را به محمود بیان نماید. به حیث مثال، احمد به محمود بیان نماید که خانه او دو منزله، از خشت پخته، در خیر خانه، نزدیک لیسه مریم، دارای سه بسوه، نمره راست و ... است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط مبیعه در صورت معلوم نبودن آن است.

ماده ۲۰۱ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «مبیع به بیان احوال و صفاتی که آن را از غیر تمیز دهد، معلوم می گردد. به طور مثال، اگر بایع برای مشتری یک مقدار گندم حورانیه و یا زمین را با بیان حدودات آن به فروش رساند، در این صورت، مبیع معلوم گشته، بیع صحیح می گردد».

۷- پاک و طاهر بودن مبیع: فقهای حنفیه بر این نظر اند که بیع اشیای نجس مانند: موی خوک، پوست حیوان مرده به سبب انتفاع آن جواز دارد، مگر آنچه که بیع آن نهی شده مانند: شراب، خوک و حیوان مرده، چنانچه بیع حیوانات متوحشه و حیواناتی منتجس که انتفاع از آن به غیر از طریق خوردن ممکن است جواز دارد.^{۳۷}

۳۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلتہ، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۳۰۱۹-۳۰۲۹؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۲۲۱-۲۲۷؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴)، انتشارات محمّدی سقر، صص ۱۹۳-۱۹۵.

(۸) مملوک بودن: طبق فقه فروش و یا هبه آنچه مملوک نیست، باطل است. زیرا، اشیاء غیرمملوک از جمله مباحات تلقی می گردند مانند: ماهی در آب، پرنده در هوا، کلاه، آجام (گیاه و درختان خودرو)، حیواناتی که در خشکه زندگی می نمایند و اشیای که برای منافع و مصالح عامه تخصیص داده شده اند مانند: راه های عامه، انهار عامه و نظیر اینها. زیرا، اشیای مزبور مملوک شخص تلقی نگردیده و قابلیت تملك را نیز حایز نمی باشند.^{۳۸}

(۹) مالیت داشتن: در عقود معاوضی مانند بیع مورد معامله باید حقیقتاً یا اعتباراً مالیت داشته باشد. اطلاق مال به مبیع وقتی صحیح است که منفعت عقلایی داشته باشد. بنابراین فروش یک حبه گندم غالباً چون منفعت عقلایی ندارد و «عرف» هم آن را مال نمی شناسد صحیح نیست هرچند «ملك» است و تصرف در آن بدون رضایت مالک روا نیست.^{۳۹} ماده ۲۱۰ مجلة الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «بیع و شراء آنچه که بین مردم مال تلقی نمی گردد باطل است. به طور مثال، اگر شخصی حیوان مرده و یا انسان آزاد را به فروش رساند و در برابر این دو مال را بخرد، چنین بیع و شراء باطل است.»

(۱۰) طبق ماده ۱۰۵۹ ق. م: «فروختن حصه مشاع معلوم از عقار، قبل از افراز جواز دارد، مگر این که از آن ضرری به بایع یا شریک عاید باشد». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء قابل استنباط به نظر می رسد. اصل این است که فروختن حصه مشاع معلوم از عقار قبل از افراز جواز دارد. حصه در لغت به معنی سهم است. در اصطلاح حقوق مدنی، حصه عبارت است سهمیه معین از مشاع است. مشاع اسم مفعول از ریشه «شیع» گرفته شده است که در لغت به معنی مشترک و منتشر میان دو کس است. در اصطلاح حقوقی به سهم بخش ناشده و یا حصه متشره در هر جزء از یک چیز و یا سهم مقدر غیر معین افراز ناشده، مشاع گویند.^{۴۰} به هر چیزی که از اصل و اساس ثابت برخوردار باشد، عقار می گویند، ماده ۱۲۹ مجلة الاحکام در تعریف عقار می گوید که: «عقار آن است که نقل آن از یک محل به محل دیگر اصلاً ممکن نباشد مانند خانه و اراضی». افراز از ریشه فرز گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن چیزی، تقسیم کردن مال مشاع، جدا کردن سهم هر کس است و در اصطلاح حقوقی و فقهی به تقسیم مال مشاع به نسبت سهم هر یک از شرکاء افراز گویند.^{۴۱}

به حیث مثال، اگر احمد و محمود مالک سی جریب زمین باشند و زمین هنوز میان احمد و محمود تقسیم نشده باشد، احمد می تواند پانزده جریب زمین خویش را به حمید به فروش رساند. زیرا، حصه احمد معلوم است. استثنای این اصل این است که به بایع یا شریک ضرر وارد شود. بنابراین، در صورت ورود ضرر به خود بایع یا شریک بایع، فروش حصه مال مشترک عقار جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد و محمود مالک سی جریب باشند و هنوز زمین میان احمد و محمود تقسیم نشده باشد و احمد بخواهد پانزده جریب زمین را به فروش برساند و محمود به دلیل شخصیت حمید اعتراض نماید و نخواهد تا حمید شریک او شود، این بیع جواز ندارد. زیرا، به محمود ضرر معنوی وارد می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده جواز فروش حصه مال مشترک عقار قبل از تقسیم آن و استثنای آن است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۹۵)

در ماده (۱۰۵۹) لفظ ضرر بایع زاید است زیرا خودش قانع می باشد.

توضیح: قسمی که ماده (۱۰۵۹) ملاحظه می شود در متن پشتو غلطی طباعتی آمده متن دری آن درست است زیرا با متن عربی موافق می باشد و ماده متذکره به مثال ذیل توضیح شده می تواند. مثال: شخصی يك حصه مشاع را از رقبه زمینی که تعمیری بالای آن وجود دارد به فروش می رساند. در هنگام افراز تعمیر در قسمت مبیعه واقع می گردد. چون بایع به تسلیمی مبیعه مکلف می باشد باید تعمیر تخریب گردد. این عقد درست نیست زیرا تخریب به ضرر بایع است.^{۴۲}

۳۸. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، صص ۱۴ و ۱۵؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۳۲۱.
۳۹. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۵)، ص ۳۳۵۲.
۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۶۹.
۴۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۷۷.
۴۲. ____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۳۵.

۱۰) علم تام داشتن مشتری: طبق ماده ۱۰۳۹ ق. م: «هرگاه در عقد چنین ذکر شده باشد که مشتری به مبیعه علم تام دارد حق او در ابطال بیع نسبت عدم علم ساقط می گردد، مگر اینکه فریب بایع را ثابت سازد.» به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه تبیی وجود دارد و کلمه «عدم» بعد از علم نسبت زاید است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. طبق نص این ماده اگر در عقد تصریح شده باشد که مشتری نسبت به مبیعه علم کامل دارد، حق ابطال بیع را به دلیل داشتن علم و آگاهی نسبت به مبیعه ندارد. ابطال از ریشه «بطل» گرفته شده است که در لغت به معنی باطل کردن است. در اصطلاح حقوقی ابطال باطل کردن عقدی است که به صورت خودکار باطل نیست. این اصل است. استثنای این اصل این است که بایع در مبیعه فریب را به کار برده باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید، احمد نمی تواند به دلیل داشتن علم و آگاهی نسبت به موتر عقد را باطل نماید. اما، در صورتی که محمود او را فریب داده باشد، به حیث مثال، موتر بریده بوده باشد و محمود آن را به احمد نگفته باشد، احمد می تواند عقد را باطل نماید. بریدگی موتر و کتمان آن از سوی محمود فریب کتمان حقیقت در این مثال است.

د) ثمن و شروط آن

چون عقد بیع، عقد معوض است. بنابراین، بایع باید در برابر آنچه می فروشد پولی دریافت نماید. پولی که بایع در یافت می نماید در ادبیات حقوقی و فقهی ثمن نامیده می شود که جمع آن اثمان است. ثمن در لغت به معنی بها و قیمت است.^{۴۳} ماده ۱۰۶۲ ق. م در تعریف ثمن می گوید: «ثمن، عبارت از بدل مبیعه است گرچه از قیمت مبیعه کمتر یا بیشتر باشد [...]». به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود ده لک افغانی به فروش رساند، موتر مبیعه (مضمن)، ثمن ده لک افغانی، احمد بایع و محمود مشتری است. این تعریف از فقه گرفته شده است. زیرا، ماده ۱۵۲ مجله الاحکام در تعریف ثمن می گوید: «ثمن آن است که در بدل مبیع واقع گردد و به ذمه شخص تعلق گیرد.» طبق ق. م ثمن باید دارای شرایط ذیل باشد:

۱) **معین و معلوم بودن ثمن:** طبق ماده ۱۰۶۲ ق. م: «[...] لازم است ثمن معین و معلوم بوده علم تام به آن حاصل باشد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در ثمن سه شرط ذیل وجود دارد:

۱- معین بودن: طبق نص ماده ۱۰۶۲ ق. م شرط است که ثمن معین باشد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود موتر خویش را به فروش رساند، شرط است که ثمن معین باشد.

۲- معلوم بودن ثمن: طبق نص ماده ۱۰۶۲ ق. م شرط است که ثمن معلوم باشد. ماده ۲۳۸ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «لازم است که پول در هنگام بیع معلوم باشد.» به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند، شرط است که مقدار و وصف پول معلوم باشد.

۳) **علم تام داشتن بایع به ثمن:** طبق نص ماده ۱۰۶۲ ق. م شرط است که بایع به ثمن علم تام داشته باشد. طبق ماده ۲۳۹ مجله الاحکام: «در صورت حاضر بودن ثمن، علم به دیدن و یا اشاره ای که به سوی آن به عمل می آید، حاصل می گردد و اگر غایب باشد، به بیان وصف و مقدار آن مشخص می گردد.»

گفتار سوم) اشتراط در عقد بیع

تعریف شرط و انواع آن و آزادی اشتراط در عقود در جلد اول این کتاب گذشت. آنچه ذکر آن در این جلد ضروری است این است که طبق ق. م طرفین در عقد بیع نیز می توانند شرط بگذارند. ق. م با پیروی از قانون مدنی مصر دو نوع اشتراط را پیش بینی نموده است: اشتراط بیع به تجربه و اشتراط مذاق (بیع مذاق / چشیدن ذائقه مبیع):

الف) اشتراط بیع به تجربه

نوع اول شرط بیع به شرط تجربه است:

۱) **تعریف:** بیع مشروط به تجربه عبارت از بیعی است که تحقق کامل آن منوط به شرط آزمودن مبیع است. بنابراین، چنین بیعی زمانی لازم می شود که شرط تجربه متحقق شود.^{۴۴}

۲) **انواع:** بیع مشروط به تجربه به دو نوع است: صریح و ضمنی: بیع مشروط به تجربه صریح آن است که متعاقبین به صورت صریح شرط تجربه را پیش بینی نموده باشند. اما، بیع مشروط به تجربه ضمنی آن است که شرط تجربه در آن از طبیعت

۴۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۷۴.

۴۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۵۸۳.

مبیع و یا ظروف حاصل گردد، مانند خرید و فروش های که عادتاً و معمولاً شرط تجربه در آن لحاظ می گردد، مانند: آلات میخانیکی زراعتی، صنعتی، موتر، لباس ها، آلات مکاتبه، ماشین فوتوکاپی، رادیو، تلویزیون و امثال اینها. بنابراین، چنین بیعی معمولاً در باره آن دسته از اموال صورت می گیرد که جز با استعمال آنها نسبت به صحیح بودن آنها یقین و اطمینان حاصل نمی شود.^{۴۵}

(۳) قواعد و اثر تجربه: طبق ماده ۱۰۶۰ ق.م: «(۱) در بیع مشروط به تجربه مشتری می تواند مبیعه را قبول یا رد نماید. در آن صورت بایع مکلف است امکان تجربه را به مشتری فراهم نماید. اگر مشتری مبیعه را رد نماید باید عدم قبولی خود را در خلال مدت معینه اعلان کند. در حال عدم تعیین مدت، بایع مدت معقول را تعیین می نماید. سکوت مشتری با وجود قدرت تجربه در خلال مدت مذکور قبول تلقی می شود؛ (۲) بیع مشروط به تجربه بیع معلق به شرط واقف بوده و آن عبارت از قبول مبیعه است، مگر اینکه از اتفاق یا احوال چنین معلوم شود که بیع معلق به شرط فاسخ است.» از نص این ماده احکام ذیل قابل استنباط است:

۱- بیع مشروط به تجربه مبیع نسبت به مشتری بیع غیر لازم است. بنابراین، مشتری بعد از تجربه مبیع اختیار دارد تا بیع را نافذ و یا فسخ نماید. برخی مثال های نص این ماده قرار ذیل است:

- اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند، محمود می تواند بعد از راندن موتر و آزمودن آن موتر را قبول یا رد نماید.

- اگر احمد تلویزیون، کامپیوتر و موبایل و نظیر اینها را به محمود به فروش رساند، محمود می تواند بعد از آزمودن تلویزیون، کامپیوتر، موبایل آنها را قبول یا رد نماید.

- اگر احمد برای محمود لباس به فروش رساند، محمود می تواند بعد از آزمایش لباس، آن را قبول یا رد نماید.

۲- بایع مکلف است زمینه تجربه را به مشتری فراهم نماید. برخی مثال های فراهم کردن تجربه قرار ذیل است:

- اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند، احمد باید اجازه ده تا محمود موتر براند و آزمایش نماید.

- اگر احمد تلویزیون، کامپیوتر، موبایل و نظیر اینها را به محمود به فروش رساند، مکلف است به محمود اجازه دهد تا تلویزیون، کامپیوتر، موبایل را مورد آزمایش قرار دهد و مطمئن شود که وسایل مذکور فعال اند.

۳- اگر مشتری مبیعه را رد نماید، باید رد و عدم قبولی را در موعد معین به بایع اعلام نماید. موعد یا در قرارداد معین می شود یا مطابق عرف. پس از سپری شدن این مدت، محمود مکلف است عدم قبولی خویش را به احمد اعلام نماید.

۴- در صورت عدم تعیین مدت، بایع مدت معقول را تعیین می نماید. معقول به معنی پسندیده عقل و آنچه با عقل درک و فهم شود است. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند، احمد می تواند مدت معقولی را با توجه به این که تجربه به چقدر وقت نیاز دارد، تعیین می نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر را به محمود به فروش رساند می تواند یک روز را برای تجربه به محمود معین نماید. اگر احمد کامپیوتر را به محمود به فروش رساند می تواند سی دقیقه وقت برای محمود معین نماید.

۵- سکوت مشتری با وجود داشتن قدرت قبول یا رد قبول تلقی می شود. سکوت از ریشه «سکت» گرفته شده است که در لغت به معنی خاموشی و خاموش شدن است.^{۴۶} سکوت در اصطلاح عبارت از ترک کلام با وجود سخن گفتن است.^{۴۷} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند، اما محمود باوجود این که رانندگی بداند سکوت اختیار نماید و موتر را تجربه نکند، سکوت محمود قبول تلقی می شود.

۶- بیع مشروط به تجربه بیع معلق به شرط واقف است. شرط واقف نسبتاً در حقوق مدنی افغانستان ناشناخته است. شرط واقف عبارت از شرطی است که وجود تعهد موقوف بر وقوع آن است.^{۴۸}

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اگر در بیع مشروط به تجربه، شرط متحقق شود، تعهد به وجود می آید. اگر شرط متحقق نشود، تعهد به وجود نمی آید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و فروش موتر مشروط به تجربه و سالم بودن موتر باشد و محمود موتر را آزمایش نماید و در نتیجه آزمایش دریابد که موتر سالم است و موتر مورد پسند

۴۵. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۳۰ و ۱۳۱.

۴۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۸۶.

۴۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۸۶.

۴۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۷.

محمود واقع شود، عقد به وجود می آید. زیرا، شرط واقف متحقق می گردد. شرط واقف در این مثال سالم بودن موتر و مورد پسند واقع شدن موتر است.

۷- بند اخیر ماده ۱۰۶۰ ق. م می گوید: «مگر اینکه از اتفاق یا احوال چنین معلوم شود که بیع معلق به شرط فاسخ است». استثنای نص بند اول، فقره ۲ ماده ۱۰۶۰ ق. م است. طبق نص این ماده در دو حالت بیع مشروط به تجربه معلق به شرط فاسخ است:

- در صورتی که از توافق طرفین معلوم شود که بیع معلق به شرط فاسخ است. شرط فاسخ نسبتاً در حقوق مدنی افغانستان ناشناخته مانده است. شرط فاسخ برخلاف شرط واقف است. شرط فاسخ عبارت از شرطی است که زوال تعهد موقوف بر وقوع آن است.^{۴۹}

- در صورتی که از اوضاع و احوال استنباط گردد که بیع معلق به شرط فاسخ است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، موتر سالم نباشد و مورد پسند محمود قرار نگیرد، محمود می تواند عقد را فسخ نماید. سالم نبودن موتر در این مثال شرط فاسخ است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد و اثر بیع به تجربه است.

ب) اشتراط ذایقه (بیع به شرط مذاق / چشیدن ذایقه مبیع)

بیع به شرط مذاق عبارت از بیعی است که رد و قبول مبیع منوط به چشیدن مبیع است.^{۵۰} بنابراین، در بیع مشروط به چشیدن ذایقه مبیع تمام نمی شود، مگر اینکه مشتری ذایقه مبیع را بچشد. بیع مشروط به تجربه به دو نوع است: صریح و ضمنی. بیع مشروط به چشیدن ذایقه مبیع صریح آن است که متعاقدين به صورت صریح شرط تجربه را پیش بینی کنند. در این صورت این شرط برای بایع و مشتری الزام آور است. اما، بیع مشروط به تجربه ضمنی چشیدن ذایقه مبیع آن است که شرط تجربه در آن از طبیعت مبیع و یا ظروف حاصل گردد، مانند، اشیایی که طبیعت آنها جز با چشش حس نمی شود، مانند: سرکه و سایر خوردنی ها و نوشیدنی ها که ممکن است بر مذاق افراد مختلف باشد. بنابراین، اگر چنین شرطی در عقد بیع تصریح گردیده باشد، بایع باید زمینه چشیدن طعم و مزه مبیع را برای مشتری فراهم کند.^{۵۱}

طبق ماده ۱۰۶۱ ق. م: «در بیع مشروط به دانستن ذایقه، مشتری می تواند مبیعه را قبول یا رد کند. اعلان قبول مبیعه، در خلال مدتی که به اتفاق یا عرف تعیین شود، صورت می گیرد. بیع از تاریخ اعلان قبولی نافذ شمرده می شود». از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- در بیع مشروط به چشیدن ذایقه مشتری می تواند مبیعه را قبول یا رد نماید. برخی مثال هایی بیع مشروط به چشیدن ذایقه قرار ذیل است:

- اگر احمد پنیر فروش باشد و به محمود پنیر بفروشد، محمود می تواند در صورتی از احمد پنیر بخرد که مزه پنیر را بچشد. در صورت چشیدن مزه پنیر، محمود می تواند پنیر را قبول یا رد نماید.

- اگر احمد تربوز فروش باشد و به محمود تربوز بفروشد، محمود می تواند در صورتی از احمد تربوز بخرد که رنگ تربوز را ببیند و مزه آن را بچشد. در صورت چشیدن مزه تربوز، محمود می تواند تربوز را قبول یا رد نماید.

- زمان و مکان چشیدن طعم بستگی به اراده طرفین و عرف دارد. اگر توافق صریح و یا ضمنی متعاقدين در این زمینه وجود نداشته باشد، این امر تابع عرف است. اگر در عرف نیز این امر معروف نباشد، پیش از تسلیم مبیع توسط بایع به مشتری این شرط باید عملی شود.^{۵۲} به حیث مثال، اگر احمد به محمود پنیر بفروشد، محمود می تواند در خلال مدتی که احمد و محمود در خصوص آن توافق می نمایند قبول یا عدم قبول خویش را به احمد اعلام نماید. همچنین، محمود می تواند نظر به عرف و عادات رد یا قبول خویش را به محمود اعلام نماید.

- بیع از تاریخ اعلان قبول نافذ می گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود پنیر بفروشد و محمود مزه پنیر را بچشد و به احمد بگوید که یک کیلو پنیر بدهید، عقد بیع نافذ می گردد.

۴۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۷.

۵۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۵۸۴.

۵۱. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۳۹.

۵۲. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۳)، ص ۱۳۹.

ج) فرق بین بیع مشروط به تجربه و مشروط به چشیدن ذائقه بیع

تفاوت بیع به شرط تجربه و بیع به شرط مذاق در آن است که در بیع به شرط تجربه مبیع نقش اصلی را در لازم گردانیدن بیع ایفاء می نماید. اما، در بیع به شرط چشیدن مزه مبیع عامل اصلی چشایی خریدار است و پس از آن خریدار در قبول و رد مبیع اختیار و آزادی کامل دارد و حسب ذوق خویش یا آن را می پذیرد و یا رد می کند و بنابراین ذوق شخصی وی نقش مؤثر در آن دارد. همچنین، برخلاف بیع به شرط تجربه که در آن سکوت خریدار بیانگر رضای اوست و قبول تلقی می گردد، در بیع به شرط مذاق چنین نیست و سکوت او کفایت نمی کند، بلکه قبول مبیع در بیع به شرط مذاق باید اعلام شود. همچنین، بیع به شرط تجربه بعد از تسلیم مبیع توسط بایع به مشتری صورت می پذیرد. اما، بیع به شرط مذاق قبل از تسلیم مبیع صورت می پذیرد.^{۵۳}

گفتار چهارم) تقسیمات بیوع با رعایت شرایط بیع

در باره تقسیمات بیع با در نظر داشت تحقق ارکان و شرایط آن در فقه دو نظریه وجود دارد: نظر جمهور فقهاء و نظر فقهای حنفیه: جمهور فقهاء بر این نظر اند که: بیع با رعایت ارکان و شرایط آن به دو نوع: بیع صحیح و غیر صحیح یا باطل تقسیم می شود. بیع صحیح عبارت از بیعی است که همه ارکان و شرایط آن متحقق گردیده باشد، مانند: بیع مال متقوم به ثمن معلوم نقد و یا نسبه تا اجل معلوم.^{۵۴}

عقد غیر صحیح، عقدی است که خللی در ارکان اصلی و یا یکی از شرایط مقرر شرعی و قانونی آن وجود داشته باشد.^{۵۵} جمهور فقهاء میان باطل و فاسد تفکیک قایل نمی شوند. بنابراین، به نظر جمهور فقهاء بیع باطل و فاسد یکی است.^{۵۶} فقهای حنفیه بیع را به سه نوع تقسیم می نمایند: بیع صحیح، بیع باطل و بیع فاسد.^{۵۷}

الف) بیع صحیح

بیع صحیح، بیعی است که اصلاً و وصفاً صحیح باشد به نحوی که همه ارکان و عناصر اساسی و اصلی (صیغه، عاقدین و محل آن) به پایه تکمیل رسیده و شرایط خصوصی و عمومی آن نیز رعایت شده باشد، مانند: بیع مال متقوم به ثمن معلوم نقد و یا نسبه تا اجل معلوم.^{۵۸} ماده ۱۰۸ مجله الاحکام در تعریف بیع صحیح می گوید: «بیع صحیح، بیع جایز را گویند و آن عبارت از بیعی است که از حیث ذات و وصف مشروع باشد.» بیع صحیح طبعاً منجر به ایجاد اثر حقوقی مقتضی می گردد و به محض ثبوت، آثار عقد صحیح بر آن مترتب می گردد. به عنوان مثال، هرگاه عقد بیع به صورت صحیح منعقد گردد به مجرد انعقاد مشروط بر اینکه فاقد خیار باشد، ملکیت مبیع برای مشتری و استحقاق ثمن برای بایع محقق می گردد.^{۵۹} ماده ۳۶۹ مجله الاحکام در مورد اثر مرتب بر بیع صحیح می گوید: «حکم بیع منعقد، افاده ملکیت را می نماید یعنی مشتری مالک مبیعه و بایع مالک ثمن می گردد.» به نظر فقهای حنفیه بیع صحیح به بیع نافذ و موقوف منقسم می گردد.

۱) **بیع نافذ:** بیع نافذ عبارت از بیعی است که خالی از حق غیر که نفاذ آن متوقف بر اراده و اجازه غیر باشد است. ماده ۱۱۳ مجله الاحکام در تعریف بیع نافذ می گوید: «بیع نافذ بیعی است که به حق غیر تعلق نداشته باشد [...]». اثری که بر عقد نافذ مرتب می گردد این است که به محض انعقاد آثار عقد بر آن مترتب می گردد و نفاذ آن موقوف به اجازه شخص دیگری نیست. ماده ۳۷۲ مجله الاحکام در مورد اثر بیع نافذ می گوید: «بیع نافذ فی الحال افاده حکم می نماید.» بیع نافذ بر دو نوع: بیع لازم و بیع غیر لازم

۵۳. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۳)، صص ۱۴۲ و ۱۴۳.

۵۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۸۶؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۴ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ص ۲۳۵. ۵۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۸۹؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۸.

۵۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۳۹۴.

۵۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، صص ۳۳۹۴.

۵۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۰۸۶؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۴ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ص ۲۳۵.

۵۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۳۹۵ و ۳۳۹۶؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، صص ۲۳۵ و ۲۳۶.

تقسیم می شود: بند دوم ماده ۱۱۳ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «بیع نافذ بیعی است که به حق غیر تعلق نداشته باشد و به لازم و غیر لازم تقسیم می شود.»^{۶۰}

۱- بیع لازم: بیع لازم، بیعی است که هیچ يك از طرفین صلاحیت فسخ آن را بدون رضای جانب مقابل نداشته باشد. ماده ۱۱۲ مجله الاحکام در تعریف بیع لازم می گوید: «بیع لازم بیع نافذی است که از خیارات عاری باشد.» در مورد اثر بیع لازم ماده ۳۷۵ مجله الاحکام می گوید: «اگر بیع نافذ و لازم باشد برای هر یک از متبایعین حق رجوع وجود ندارد.»

۲- بیع غیر لازم: بیع غیر لازم که فقهاء از آن به بیع جایز نیز تعبیر کرده اند، بیعی است که طرفین و یا یکی از آنها بدون جلب نظر طرف دیگر حق فسخ آن را دارد.^{۶۱} ماده ۱۱۵ مجله الاحکام در تعریف بیع غیر لازم می گوید: «بیع غیر لازم عبارت از بیع نافذی است که در آن برای یکی از طرفین خیارات موجود باشد.» ماده ۳۷۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر بیع غیر لازم باشد، حق فسخ برای کسی باقی است که دارای خیار است.»

(۲) بیع موقوف: بیع موقوف بیعی است که از شخصی دارای اهلیت معامله و بدون برخورد از ولایت انجام، صادر شود، مانند: عقد فضولی و عقد صغیر ممیز در اموری که احتمال سود و زیان در آن متصور باشد. ماده ۱۱۱ مجله الاحکام در تعریف بیع موقوف می گوید: «بیع موقوف عبارت از بیعی است که متعلق به حق غیر باشد، مانند: بیع فضولی.» همچنین، ماده ۳۶۷ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «در بیعی که حق غیر به آن تعلق داشته باشد، مانند: بیع فضولی و بیع مرهون انعقاد بیع موقوف به اجازه غیر است.» حکمی که بر عقد موقوف مرتب می گردد این است که: عقد موقوف صحیح است، ولی نفاذ آن متوقف بر اجازه غیر است.^{۶۲} بنابراین، در صورتی که شخصی اثر عقد متوجه او می شود، اجازه دهد، عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل می گردد.^{۶۳} ماده ۳۷۷ مجله الاحکام در مورد بیع موقوف می گوید: «بیع موقوف عندالاجازه افاده حکم می نماید.»

ب) بیع باطل

بیع غیر صحیح به اعتقاد جمهور فقهاء به غیر از حنفیه همان بیع باطل است؛ بدین معنی که: فقهای غیر حنفیه هیچ نوع تفکیک میان بیع فاسد و باطل قایل نمی شوند. ولی، فقهای حنفیه بیع غیر صحیح را به بیع باطل و فاسد تقسیم می نمایند. به نظر فقهای حنفیه بیع باطل، عقدی است که در یکی از ارکان، یا محل آن خللی وجود داشته باشد.^{۶۴}

همچنین، فقهای حنفیه بر این عقیده اند که بیع ای باطل است که اصلاً و وصفاً نامشروع باشد،^{۶۵} مانند اینکه یکی از عاقدین فاقد اهلیت باشد، مانند: مجنون و طفل غیر ممیز، یا ممیزی که عقد موجب ضرر وی گردد، یا صیغه عقد غیر صحیح باشد، یا محل عقد غیر قابل حکم باشد، مانند: بیع آنچه که مال تلقی نمی گردد، یا مال متقوم نباشد مانند: شراب، خنزیر، ماهی در آب، یا خرید و فروش اموال عامه مانند: قسمتی از سرک، شفاخانه، مسجد، خرید و فروشی که ثمن غیر از مال مانند گوشت مرده تعیین شده باشد و نظیر اینها که همه عقد باطل تلقی می گردند. ماده ۳۶۲ مجله الاحکام در تعریف بیع باطل می گوید: «بیعی که در رکن آن خلل وجود داشته باشد، مثل: بیع مجنون باطل است.»

بیع باطل اصلاً منعقد نگردیده هرچند شکلیات ظاهری آن رعایت گردد. بنابراین، عقد باطل موجب ایجاد اثر نمی گردد. ماده ۳۷۰ مجله الاحکام در مورد اثر بیع باطل می گوید: «بیع باطل اصلاً افاده حکم نمی کند. پس، اگر مشتری مبیعه را در بیع باطل به

۶۰. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۹؛ و هبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۹۳؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۳۶.

۶۱. هبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۹۳ و ۳۰۹۴. ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۲۸.

۶۲. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۷؛ و هبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۹۳؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۳۶.

۶۳. هبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۹۳؛ و مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۷؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۳۶.

۶۴. هبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۳۹۶؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۰۶.

۶۵. هبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۰۸۹.

اجازة بايع قبض کرده باشد، مبيع نزد وی امانت بوده و در صورتی که بدون تعدی هلاک گردد، ضمان ندارد.^{۶۶} طبق فقه بیوع ذیل باطل تلقی می گردد:

۱) بیع غیرمقدور التسليم: فقهای مذاهب چهارگانه اتفاق نظر دارند بر بطلان بیع غیرمقدور التسليم. بنابراین، در صورت عدم قادر بودن بايع بر تسليم مبيع به جانب مقابل، عقد باطل است، مانند: فروش پرندۀ در هوا، ماهی در آب و شکار بعد از فرار و مالی مغصوبی که در يد غاصب باشد.^{۶۷} ماده ۲۰۹ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «بیع آنچه که غیرمقدور التسليم باشد، باطل است، مانند: بیع کشتی ای که غرق گردیده و اخراج آن از بحر غیرممکن باشد و یا حیوان فراری که گرفتن و تسليم دادن آن در قدرت شخص نباشد.»

۲) بیع غرر: غرر در لغت به معنی خطر، در معرض هلاکت افتادن و هلاکت است. زبانشناسان می گویند که: غرر در اصل به معنای هر آن چیزی است که ظاهر نیکو و باطن مکروه و ناخوشایند داشته باشد. از همین رو، به متاع دنیا غرور گفته اند و غرور به این معنا است که شخص خویش و یا مال خویش را در معرض نابودی قرار دهد. در فقه به امری که حصول آن معلوم نباشد و طرف نداند که آیا محقق خواهد شد یا خیر «غرر» گویند. بنابراین، بیع غرر عبارت از بیعی است که در آن جهالتی نسبت به ثمن یا ثمن یا اجل و حتی قدرت تسليم وجود داشته باشد.^{۶۸} به عبارت دیگر، بیع غرر عبارت از بیعی است که در آن ابهام وجود داشته باشد، یا احتمال ضرر و زیان و مخاطره ای یا قماری باشد که شرع از آن نهی نموده است.^{۶۹} برخی مثال های بیع غرر قرار ذیل اند:

- **بیع الحصات:** بیعی رایج در دوره ای جاهلیت و در بازار های دومت الجندل و شحر مروج بود. بیع الحصات سه نوع بود: نخست: در فروش اراضی نخست، بها را معین می کردند و سپس، مبنای مساحت آن را به انداختن سنگ معلوم می کردند و می گفتند: هرجا که سنگ انداخته شده، به زمین افتاد، آنجا انتهای زمین فروخته شده باشد. دوم: چند مبيع نزد بايع می بود، توافق می کردند که مشتری سنگریزه ای به سوی آنها پرتاب کند، به هر کدام که سنگریزه برخورد، همان مبيع باشد. سوم: پس از توافق مقدماتی، توافق می کردند که برای اظهار قصد انشاء، یکی از طرفین سنگی به سوی مبيع پرتاب کند. چون این نوع بیع منتهی به ضرر و خدعه و فریب می شد، شرع آن را نهی نمود.

- **بیع ضربت الغواص:** در دوره ای جاهلیت گاهی با غواصان عقد می بستند که: این بار که به دریا فرو می روی، هرچیزی را که بیرون آوردی، به این مبلغ از تو می خریم و طرفین عقد را، ملزم به اجرای مفاد عقد می کردند. مشتری بهای معینه را می پرداخت، هرچند غواص چیزی به دست نمی آورد. در مقابل، غواص نیز که فروشنده بود، هر چیزی را که به دست می آورد، باید آن را به خریدار می داد، هرچند ارزش آن چند برابر بهای معینه می بود. از این نوع بیع نیز نهی شد.

- **بیع انتاج (بیع ملاقیح و مضامین):** در دوری ای جاهلیت، عقد بیع را بر آنچه که از حیوان به دست می آمد، می بستند، مانند بچه ای که در شکم حیوان بود. از این نوع بیع نیز نهی شد.

- **بیع ملامسه:** بیع ملامسه نیز در دوره ای جاهلیت نوع بیع بود که بعد از بیع، به قصد لازم گردانیدن بیع، خریدار دست خود را روی مبيع می گذاشت تا عقد بیع لازم گردد. از این نوع بیع نیز شرع نهی نمود.

- **بیع منابذه:** منابذه به معنی انداختن اشیاء است. در دوره ای جاهلیت هر گاه پس از وقوع بیع، بايع کالا را به نزد خریدار می انداخت، این عمل بايع، علامت لزوم عقد بیع بود و شرع از آن نهی نمود. در این پنج نوع بیع ذات مبيع و مقدار مبيع مجهول است.

- **بیع مزابنه:** مزابنه به معنای همدیگر را راندن است. همچنین، بیع خرماي روی درخت (رطب) به مقدار معین از خرماي چیده شده است. در فقه، به فروش مجهولی به مجهولی دیگر، فروش معلومی به مجهولی از جنس آن و نیز به بیعی که مثنی آن

۶۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۱۳۷۸؛ و وهبة الزحیلی (___)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۸۹.

۶۷. (___) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۵؛ وهبة الزحیلی (___)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۴۰۱-۳۴۰۳.

۶۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۲۵؛ وهبة الزحیلی (___)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۴۰۸ و ۳۴۰۹؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۳۵۰۳.

۶۹. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۱۴.

خرمای موجود بر نخل و ثمن آن نیز از همان خرما باشد، بیع مزاینه گویند (فروش خرمای تر، به خرمای پیمانه شده خشک). فقهاء به این عقیده اند که چنین بیعی به دلیل غرر باطل است. البته بگانه مصداق آن خرما نیست، بلکه مصداق دیگری از قبیل: کشمش و انگور را نیز می توان برای آن ذکر کرد.

- بیع مخاضره: بیع مخاضره فروختن میوه خام پیش از پخته شدن است.

- بیع محاقله: بیع گندم در سنبل آن است که از آن در شرع نهی شده است. زیرا، مقدار آن مجهول است. دلیل عدم صحت بیع غرر حدیث پیامبر ﷺ است که از بیع حصات و بیع غرر نهی نموده است. زیرا، از ابن مسعود رضی الله عنه روایت شده است که پیامبر ﷺ گفت:

«لا تشترُوا السمک فی الماء فانه غرر.».

«ماهی را در آب نخرید. زیرا، در آن غرر وجود دارد.».^{۷۰}

(۳) بیع نجس و متنجس: در باره فروش نجس و متنجس در فقه نظریات مختلف وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: بیع خمر، خنزیر، حیوان خودمرده و خون منعقد نمی گردد. زیرا، اینها اصلاً مال نیستند. اما بیع آنچه که نجس است و دارای منفعت است جایز است. بنابراین، بیع سرگین و زباله های نجس را که به حیث کود برای تقویه درخت ها، باغها و بوستانها و کشت استعمال می شود و نیز برای سوخت استفاده می شود، حلال است. همچنین، به نظر فقهای حنفیه بیع هر نجسی که به غیر از خوردن و آشامیدن مورد بهره برداری قرار بگیرد، حلال است. مانند روغن نجس که برای جلا دادن به کار می رود. ضابطه در این مورد به نظر فقهای حنفیه این است که: هر چیزی که نجس است و دارای منفعت است، بیع آن شرعاً حلال است. زیرا، آعیان بخاطر انتفاع گرفتن انسان ها از آنها آفریده شده اند به دلیل این قول خداوند جل جلاله که می فرماید:

﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ - [البقره: ۲۹]

«او است آن کسی که آنچه در زمین است همه را برای شما آفرید.».

فقهای مالکیه بر این نظر اند که بیع خمر، خنزیر، حیوان خودمرده و خون جایز نیست به دلیل حدیث جابر رضی الله عنه که گفت: از پیامبر ﷺ شنیدم که می گفت:

«إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْعَ الْحَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخَنزِيرِ وَالْإِصْنَامِ، فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَيْتَ شَحُومَ الْمَيْتَةِ، فَإِنَّهُ يَطْلَى بِهَا النَّفْسُ، وَ تَدَهَّنُ بِهَا الْجُلُودُ، وَ يَسْتَصْبَحُ بِهَا النَّاسُ؟ فَقَالَ: لَا، هُوَ حَرَامٌ، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: قَاتِلِ اللَّهَ الْيَهُودَ إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شَحُومَهَا جَمْلَوهُ - أَذَابُوهُ - ثُمَّ بَاعُوهُ فَأَكَلُوا ثَمَنَهُ.».^{۷۱}

«به راستی خداوند جل جلاله فروختن شراب، مردار، خوک و بتها را حرام گردانیده است. گفته شد: ای رسول خدا صلی الله علیه و آله نظررتان در باره پی مردار چه است که به آنها کشتی ها را اندوده می کنند و پوست ها را به آنها چرب می کنند و مردم خود را به آن می آریند و جلاء می دهند؟ گفت: بیع آن حرام است نه انتفاع. خداوند یهود را بکشد، چون خداوند پی مردار را حرام کرد، آن را آب کردند و گداختند و سپس آن را فروختند و بهای آن را خوردند.».

همچنین، بیع سگ اعم از اینکه شکاری باشد و یا برای حراست، منعقد نمی گردد. زیرا، پیامبر ﷺ از آن نهی نموده است. در حدیث شریف آمده است که:

«نهی النبی عن ثمن الکلب، و مهر البغی، و حلوان الکاهن.».^{۷۲}

«پیامبر ﷺ از ثمن سگ، مهر زن فاحشه و حلوان کاهن منع نموده است.».

همچنین، بیع متنجسی که تطهیر آن ناممکن است، مانند: زیتون، عسل و روغنی که در آن نجاست افتاده باشد، منعقد نمی گردد. اما، متنجسی که تطهیر آن ممکن است، مانند: جامه بیع آن جواز دارد. همچنین، بیع آنچه که نجاست آن اصلی است،

۷۰. در باره بیع حصاة، مضامین و ملاقیج، ملامسه، منایده، مزاینه، محاقله و ... ر. ک: سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۲۱۵ و ۲۱۶؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۴۱۱-۳۴۱۴؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۲۷؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مسعود در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، صص ۹۳۲-۹۴۰.

۷۱. رواه أصحاب الكتب الستة و أحمد و الموطأ عن جابر بن عبد الله رضی الله عنه.
۷۲. رواه أصحاب الكتب الستة و أحمد عن أبي مسعود الأنصاري عقبه بن عمرو رضی الله عنه.

مانند: استخوان و پوست حیوان مرده صحیح نیست. اما، بیع سرگین گاو، شتر به سبب ضرورت صحیح است. فقهای حنابله و شافعیه نیز بر این نظر اند که: بیع خنزیر، حیوان خود مرده، خون و شراب و آنچه شبیه اینها باشد، به دلیل حدیث جابر رضی الله عنه جواز ندارد. همچنین، بیع سگ هرچند تعلیمی باشد به سبب نهی وارده در حدیث جواز ندارد. همچنین، بیع آنچه که در آن انتفاع وجود ندارد، مانند: حشرات، حیوانات درنده که برای شکار صالح نباشند، مانند: شیر، گرگ، و طبوری که گوشت آنها خورده نمی شود و نیز شکار نمی گردند، مانند: غراب و امثال آن صحیح نیست. همچنین، بیع متنجسی که تطهیر آن از نجاست ممکن نباشد، مانند: سرکه و غیره صحیح نیست. اما، بیع متنجسی که تطهیر آن از نجاست ممکن باشد، مانند: جامه صحیح است.^{۷۳}

(۵) بیع عربون: بیع عربون آن است که خریدار چیزی بخرد و قسمتی از بهای آن را به فروشنده بدهد که: اگر آن معامله تمام شد و تنفیذ گردید، آن مبلغ از بهای کل آن چیز کسر گردد و اگر معامله صورت نگرفت و تنفیذ نشد، فروشنده آن مبلغ را که گرفته است برای خویشتن به عنوان هبه نگه دارد.^{۷۴}

در باره صحیح و باطل بودن بیع العربون در فقه دو نظریه وجود دارد: جمهور فقهاء بر این نظر اند که: بیع العربون صحیح نیست. زیرا، ابن ماجه روایت کرده است که پیامبر صلی الله علیه و آله از بیع العربون نهی کرده است. اما، امام احمد حنبل رحمته الله این حدیث ابن ماجه را ضعیف دانسته و بیع عربون را جایز دانسته است. زیرا، او از نافع بن عبدالحارث روایت کرده است که او از صفوان بن امیه خانه ای برای حضرت عمر رضی الله عنه به مبلغ چهار هزار درهم خرید تا آن را زندان سازد و اگر حضرت عمر رضی الله عنه راضی شد، عقد بیع قابل اجراء باشد و اگر حضرت عمر رضی الله عنه راضی نشد، چهار صد درهم از آن صفوان باشد.^{۷۵}

ج) بیع فاسد

به نظر احناف بیع فاسد، بیعی است که اصل آن مشروع و وصف آن نامشروع باشد به نحوی که متعاقدين واجد اهلیت حقوقی باشند، صیغه بیع نیز به صورت صحیح اجراء گردیده باشد، در معقود علیه نیز خللی وجود نداشته باشد، ولی، عقد بیع دارای وصفی باشد که شرع از آن نهی نموده باشد، مانند: بیع مجهول به جهالت فاحش که موجب بروز نزاع بین متعاقدين گردد، مانند اینکه: شخصی چندین خانه، یا موتر داشته باشد و یکی آنها را بدون تعیین به دیگری به فروش رساند. ماده ۱۰۶ مجله الاحکام در این باره تصریح می نماید که: «بیع فاسد بیعی است که به اعتبار اصل خود مشروع بوده، ولی به اعتبار وصف مشروع نباشد؛ به این معنی که از ناحیه ذات خود صحیح بوده، ولی به اعتبار بعضی اوصاف خارجی فاسد.» همچنین، ماده ۳۶۲ مجله الاحکام در باره بیع فاسد می گوید: «وقتی شروط انعقاد موجود گردد و به اعتبار بعضی اوصاف خارجی مشروع نباشد، مانند جهالت و خلل در ثمن بیع فاسد می گردد.»^{۷۶} در خصوص اثر بیع فاسد فقهای حنفیه بر این نظر اند که عقد فاسد، برخلاف بیع باطل که اصلاً منعقد نمی گردد، منعقد می گردد و در اثر آن ثبوت ملك به اذن صریح و یا ضمنی مالك آن برای مشتری ثابت می گردد.^{۷۷} روی همین دلیل، مجله الاحکام بیع منعقد را به بیع صحیح، فاسد، نافذ و موقوف تقسیم می نماید (ماده ۱۰۶). در باره اثر بیع فاسد، ماده ۳۶۶ مجله الاحکام حکم می نماید که: «بیع فاسد در حین قبض نافذ می گردد یعنی تصرف مشتری را در مبیعه جایز می گرداند.» همچنین، ماده ۳۷۱ مجله الاحکام در مورد حکم بیع فاسد می گوید: «بیع فاسد در حین قبض مفید حکم است یعنی اگر مشتری مبیعه را به اجازه باع قبض کند، مالک آن می گردد. در صورتی که مبیع در بیع فاسد به نزد مشتری هلاک گردد، ضمان لازم می شود یعنی اگر مبیعه از مثلیات بود مثل و اگر از اشیایی قیمی باشد، قیمت روز قبض بر مشتری لازم می گردد.»

۷۳. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۳۴۳۱-۳۴۳۴؛ و سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران، انتشارات محمدي سقر، صص ۱۹۳-۱۹۵.

۷۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۳۴۳۴ و ۳۴۳۵؛ و سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران: انتشارات محمدي سقر، صص ۲۳۲ و ۲۳۴؛ و محمد جعفر، جعفري لنگرودي (۱۳۸۱). مبسوط در ترمينولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ كتابخانه گنج دانش، واژه ۳۴۷۰.

۷۵. For further details and void and unlawful sales please see: Muhammad Subhi bin Hasan Hallaq, Fiqh according to Qur'an and Sunnah, translated into English by: Sameh Strauch, pp. 213- 229.

۷۶. علي محي الدين القره داغي (۱۴۰۳ ق). المقدمة في المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۰۶؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر، ص ۵۷۴؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۴۴۰.

۷۷. مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۱۳۸۰؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۳۹۶.

گفتار پنجم) خیاراتی که ببع را غیر لازم می گرداند

طبق مجله الاحکام خیارات که تعریف آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت، در عقد ببع به هفت نوع تقسیم می شود که عبارت اند از: خیار شرط، خیار وصف، خیار نقد، خیار تعیین، خیار رویت، خیار عیب و خیار غبن و تغیر. این خیارات را نویسندگان ق. م در مبحث ببع تنظیم نکرده اند به استثنای خیار نابینا. دلیل عدم تنظیم این خیارات در مبحث ببع، تنظیم این خیارات در بخش قواعد عمومی عقود است. بنابراین، این خیارات را در روشنایی مجله الاحکام و خیار نابینا را در روشنایی مجله الاحکام و ق. م مورد مطالعه قرار می دهیم:

الف) خیار شرط

۱) **مشروعیت:** در مورد مشروعیت خیار شرط که تعریف آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت، از ابن عمر رضی الله عنهما روایت شده است که پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«كُلُّ بَيْعٍ لَا بَيْعَ بَيْنَهَا حَتَّى يَتَفَرَّقَا إِلَّا بَيْعُ الْخِيَارِ.»

«در بین خریدار و فروشنده هیچ بیعی نیست تا اینکه از هم جدا می شوند، مگر ببع الخیار.»

یعنی تا از هم جدا نشوند و ببع بین آنان به صورت لازم در نمی آید مگر اینکه یکی از آنها یا هر دو شرط کنند که تا مدت معینی حق خیار داشته باشند که بر مبنای آن رفتار شود.^{۷۸} ماده ۳۰۰ مجله الاحکام می گوید: «برای هر یک از باع و مشتری و یا یکی از آنها جایز است که به فسخ ببع و یا اجازه به آن تا مدت معلوم خیار بگذارند.»

۲) **اثر:** خیار شرط دارای دو نوع اثر است: اثری که فقهاء در باره آن وحدت نظر دارند و اثری که فقهاء در باره آن اختلاف نظر دارند:

۱- **اثری که در مورد آن میان فقهاء وحدت نظر وجود دارد:** اثری که فقهاء در باره آن وحدت نظر دارند، عدم لازم بودن عقد ببع نسبت به کسی که دارای خیار است، می باشد. بنابراین، شخص دارای خیار شرط می تواند در مدت خیار شرط که تفصیل آن گذشت، عقد ببع را فسخ و یا نفاذ آن را اجازه دهد که هر يك ذیلاً مورد مطالعه قرار می گیرد:

- **فسخ ببع و شروط آن:** طبق ماده ۳۰۱ مجله الاحکام: «هر شخصی که دارای خیار شرط است، می تواند در مدت معینه عقد ببع را فسخ نماید.» فسخ عقد ببع ممکن است از طریق گفتار و عمل صورت پذیرد. ماده ۳۰۲ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «فسخ ببع و اجازه آن در مدت معینه همانطور که به قول صورت می گیرد، به فعل نیز انجام می یابد.» فسخ قولی این است که شخص صاحب خیار بگوید: عقد ببع را فسخ نمودم. ماده ۳۰۳ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «[...] فسخ قولی عبارت از هر گفتاری است که دلالت به عدم رضایت نماید، مانند اینکه شخص صاحب خیار بگوید: فسخ کردم و یا ترک نمودم.» فسخ فعلی آن است که شخص صاحب خیار مبادرت به اجرای عملی ورزد که بیانگر فسخ عقد ببع باشد. به عنوان مثال، در مبيع از طریق ببع، اجاره، رهن، عاریت تصرف نماید اعم از اینکه تصرف از طرف باع باشد یا مشتری.^{۷۹} ماده ۳۰۲ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «[...] فسخ فعلی عبارت از هر فعلی است که دلالت به عدم رضاء نماید. به عنوان مثال، مشتری در حالی که دارای خیار باشد، در مبيع تصرف مالکانه به عمل آورد، مانند اینکه: مشتری مبيع را بفروشد، به رهن و اجاره دهد که این اعمال عبارت از اجازه فعلی بوده و ببع به آن لازم می گردد.» در فسخ قولی، علم طرف مقابل به فسخ عقد، در مدت معینه، شرط می باشد. باوجوداین، صحت فسخ در چنین حالات منوط بر تحقق شرایط زیرین است:

اینکه فسخ در مدت خیار صورت پذیرد: زیرا عقد بیعی که در آن خیار شرط وجود دارد، با انقضای مدت خیار، لازم می گردد. پس، فسخ صاحب خیار در صورت منقضی شدن مدت خیار شرط ممکن نیست؛^{۸۰} و

آگاهی طرف مقابل بر فسخ در مواردی که فسخ قولی باشد: به نظر امام ابوحنیفه / جهت صحت فسخ قولی شرط است که طرف مقابل عقد ببع از فسخ عقد به سبب عدم رسیدن ضرر به وی آگاهی داشته باشد. زیرا، در صورت سکوت مشتری و

^{۷۸} . سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران: انتشارات محمّدی سقر، صص ۲۴۳ و ۲۴۴.

^{۷۹} . همان، وهبة الزحيلي، جلد (۴)، ص ۳۱۱۲؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۲.

^{۸۰} . وهبة الزحيلي (—). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۲.

اعتماد بایع مبنی بر سکوت مشتری و عدم فسخ عقد و تصرف مشتری در مبیع و سکوت بایع و فسخ عقد، این عمل موجب تضرر هر يك از آنها می گردد.^{۸۱} ولی، در فسخ فعلی، علم و آگاهی طرف مقابل شرط صحت فسخ تلقی نمی گردد.^{۸۲}

- نفاذ بیع: اجازه بر نفاذ عقد نیز مانند فسخ آن ممکن است از طریق گفتار و عمل صورت پذیرد. ماده ۳۰۲ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «فسخ بیع و اجازه آن در مدت معینه همانطور که به قول صورت می گیرد، به فعل نیز انجام می یابد.» فسخ قولی این است که شخص صاحبِ اختیار بگوید: نفاذ عقد را اجازه دادم. ماده ۳۰۳ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «اجازه قولی عبارت از گفتاریست که دلالت بر رضا و لزوم بیع نماید، مانند اینکه بگوید: اجازه دادم و راضی شدم [...]». اجازه فعلی عبارت از مبادرت ورزیدن مشتری است به اجرای عملی که بیانگر اجازه وی باشد. ماده ۳۰۳ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «اجازه فعلی عبارت از فعلی است که دلالت بر رضاء نماید [...]». با وجود این، برخلاف فسخ عقد، در نفاذ عقد آگاهی طرف مقابل شرط نیست.^{۸۳}

۲- اثری که فقهاء در باره آن اختلاف نظر دارند: اثری که فقهاء در باره آن اختلاف نظر دارند، ترتیب اثر بر عقد است و در این باره نظریات مختلف ارایه کرده اند:^{۸۴} ولی، فقهای حنفیه بر این نظر اند که خیار مانع مرتب شدن اثر بر عقد می گردد. بنابراین، به نظر فقهای مزبور سه حالت را باید از هم تفکیک نمود:

- صاحبِ خیار شرط بودن طرفین: در موردی که طرفین عقد دارای خیار شرط باشند، امام ابوحنیفه / بر این عقیده است که در مدت خیار مبیع از ملکیت بایع و ثمن از ملکیت مشتری خارج نمی گردد. زیرا، در چنین حالات هر دو دارای خیار اند.^{۸۵} پس، در صورتی که یکی از بایع و یا مشتری بیع را در مدت خیار شرط فسخ نماید، عقد بیع فسخ می گردد. اما، در صورتی که یکی از آنها نفاذ بیع را اجازه دهد، خیار شرط برای جانب مقابل محفوظ است. ماده ۳۰۷ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه خیار توسط بایع و مشتری برای هر دو شرط شده باشد، هر یک از آنها که بیع را در اثنای مدت فسخ نماید، عقد بیع فسخ می گردد و هر یک از آنها که نفاذ عقد بیع را اجازه دهد، خیار شرط وی ساقط و برای جانب مقابل الی انتهای مدت حق خیار باقی می ماند.»

- صاحبِ خیار بودن بایع: در موردی که بایع دارای خیار شرط و مشتری فاقد خیار باشد، ملکیت مبیع از ملك وی به مشتری انتقال نمی نماید، هرچند ثمن از ملك مشتری خارج گردد. زیرا، در چنین حالات، عقد بیع نسبت به مشتری لازم نیست.^{۸۶} ماده ۳۰۸ مجله الاحکام در این مورد و اثر مرتب آن حکم می نماید که: «هرگاه شرط خیار صرف از بایع باشد، مبیع از ملکیت وی خارج نمی گردد، بلکه از جمله اموال او محسوب می شود. پس، اگر مبیع بعد از قبض در دست مشتری تلف گردد، ثمن مسمی لازم نمی گردد، بلکه بر مشتری لازم است قیمت آن را مطابق به ارزش روز به بایع بپردازد.»

- صاحبِ خیار بودن مشتری: در صورتی صرف مشتری دارای خیار باشد، ملکیت مبیع از ید بایع خارج گردیده و تحت ملکیت مشتری داخل گردیده و ملکیت مشتری محسوب می گردد. بنابراین، در صورتی که مبیع بعد از قبض و قبل از پرداخت ثمن توسط مشتری هلاک گردد، مشتری مکلف به پرداخت ثمن مسمی است. ماده ۳۰۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر خیار شرط تنها برای مشتری شرط شده باشد، مبیعه از ملکیت بایع خارج می گردد و ملک مشتری محسوب می گردد. پس، اگر مبیعه بعد از قبض در دست مشتری هلاک شود، بر وی لازم است تا ثمن مسمی را به بایع پرداخت نماید.»

(۳) انتها: خیار شرط در موارد ذیل منتهی می گردد:

۱- فسخ یا امضای عقد در مدت معینه اعم از این که قولی باشد و یا فعلی؛

۸۱. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، صص ۳۱۱۲ و ۳۱۱۳.

۸۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۱۳.

۸۳. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۱۳.

۸۴. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، صص ۳۱۱۳ و ۳۱۱۴.

۸۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۱۳.

۸۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۱۳.

۲- پایان یافتن مدت خیار بدون امضاء و فسخ عقد. زیرا، در صورت پایان یافتن مدت خیار شرط، عقد لازم پنداشته می شود.^{۸۷} ماده ۳۰۵ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه مدت خیار بگذرد و از جانب کسی که حق خیار را دارا است عقد بیع فسخ و یا نافذ نگردد، بیع لازم و تمام می شود.»؛

۳- هلاک و یا معیوب شدن مبیع در ید صاحب خیار: در صورتی که صاحب خیار بایع باشد، خیار شرط ساقط گردیده و عقد باطل پنداشته می شود. ولی، در صورتی که مشتری صاحب خیار باشد، خیار ساقط و عقد لازم می گردد. پس، بر مشتری لازم است ثمن را پرداخت نماید. در چنین موارد باید دو حالت از هم تفکیک کرد:

حالت اول - نابود شدن مبیع قبل از قبض: در صورت نابود و هلاک شدن مبیع پیش از قبض بیع باطل و خیار ساقط می شود؛ حالت دوم - هلاک مبیع بعد از قبض: در صورت نابود شدن مبیع بعد از قبض هرگاه بایع صاحب خیار باشد، خیار ساقط و عقد باطل می گردد. ولی، در صورتی که مشتری صاحب خیار باشد، عقد تمام و پرداخت ثمن به بایع لازم می گردد اعم از اینکه هلاک و معیوب شدن در اثر فعل مشتری، بایع و یا آفات سماوی باشد؛

۲- زیادت معقود علیه در صورتی که در ید مشتری و، وی دارای خیار شرط باشد: در صورتی که در معقود علیه زیادتی صورت بگیرد اعم از اینکه زیادت متصله مانند: شیر حیوان، احداث بناء بر زمین و پشم حیوان و یا منفصله مانند: متولد شدن چوپه از حیوان و نظیر اینها باشد موجب انتهای خیار شرط می گردد؛ و

۵- مرگ مشروط له: در باره مرگ مشروط له و انتهای خیار فقهای حنفیه بر این نظر اند که در صورت مرگ مشروط له خیار شرط منتهی می گردد. زیرا، خیار شرط مانند خیار رؤیت قابل توارث نیست به این دلیل که به نظر فقهای مزبور خیار شرط حق شخصی است و انتقال حق شخصی از يك شخص به شخص دیگر متصور نیست. ماده ۳۰۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «خیار شرط به ارث برده نمی شود. پس، اگر خیار از بایع باشد و او در مدت خیار فوت نماید، مبیعه ملک مشتری محسوب می شود و هرگاه خیار از مشتری باشد و او وفات نماید، ورثه اش بدون خیار مالک مبیعه می گردد.»^{۸۸}

ب) خیار تعیین

۱) تعریف و مشروعیت: ماده ۳۱۶ مجله الاحکام در تعریف خیار تعیین می گوید: «هرگاه بایع ثمن دو چیز یا چیزهای از اموال قیمی هر کدام را جدا جدا بیان کرد و مشتری هر کدام را که را بخواهد به ثمنی که بیان شده بگیرد و همچنین بایع هر کدام را که بخواهد اعطاء نماید، چنین بیع صحیح بوده و به آن خیار تعیین گفته می شود.»

به عنوان مثال، هرگاه بایع برای مشتری بگوید: این گوسفند را به پنج هزار افغانی و آن دیگری را به شش هزار افغانی و سومی را به هشت هزار افغانی برای تو فروختم به شرطی که هر یک را که می خواهی بخری به قیمت مسمی در مدت سه روز اختیار داری و مشتری آن را قبول کند، خیار تعیین برای مشتری ثابت می گردد. مثال دیگر، اگر بایع به مشتری بگوید: یکی از این سه گوسفند را برای تو به پنج هزار افغانی فروختم هر کدام را که خواسته باشی، و مشتری نیز قبول نماید، بیع منعقد می گردد. مثال دیگر، اگر مشتری به بایع بگوید: یکی از این سه گوسفند را مبلغ شش هزار افغانی خریدم به شرطی که تو مخیر هستی هر کدام را آن را برایم در مدت سه روز بدهی و بایع قبول نماید، بیع صحیح و برای بایع خیار تعیین ثابت می گردد.^{۸۹}

۲) شروط: فقهای حنفیه که قایل به خیار تعیین اند برای صحت آن سه شرط را معین نموده اند که قرار شرح ذیل اند:

۱- اختیار گزینش نباید از سه مورد بیشتر باشد. بنابراین، در صورتی که مورد گزینش از سه مورد بیشتر باشد، خیار صحیح نیست. در دفاع از این شرط، فقهای حنفیه استدلال می نمایند که معیار تشریع خیار تعیین، مصلحت مشتری در انتخاب بهترین است و اشیاء معمولاً بر سه درجه: مرغوب، متوسط و خراب تقسیم می شوند.^{۹۰}

۸۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۱۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۳.

۸۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۳.

۸۹. ماری نوتل بشلیه و دیگران (۱۳۸۸). حقوق وجایب: احکام عقد در حقوق مدنی افغانستان چاپ اول، کابل: چاپ انستیتوت بین المللی مطالعات مقایسوی فرانسه، ص ۱۰۰.

۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۹۲۴ و ۹۲۵؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۸.

۲- اینکه اشیاء دارای قیمت و وصف متفاوت باشند و ثمن هر کدام معین باشد. زیرا، در صورتی که اشیاء دارای قیمت و وصف واحد باشند، خیار تعیین معنی نخواهد داشت. در نتیجه مال باید قیمتی باشد نه مثلی؛ و

۳- اینکه مدت خیار معلوم باشد. زیرا، نا معلوم بودن مدت خیار بر عقد نیز اثر می گذارد. ماده ۳۱۷ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «در خیار تعیین، تعیین مدت لازم است.» این مدت به نظر فقهای حنفیه سه روز است. پس، در موردی که خیار تعیین از سه روز بیشتر شود، عقد باطل می گردد.^{۹۱}

(۳) آثار: خیار تعیین مؤجد آثار حقوقی ذیل است:

۱- ذکر، خیار تعیین بدون ذکر خیار شرط، عقد را از لزوم نمی اندازد. در نتیجه، در چنین موارد، عاقد تنها حق تعیین مورد را خواهد داشت. ولی، در صورتی که خیار شرط ذکر شود، مشتری حق فسخ را نیز خواهد داشت.^{۹۲}

۲- حق خیار تعیین برای مشتری ثابت می گردد، و در صورت فوت مشتری این حق به ورثه او انتقال می نماید.^{۹۳}

(۲) انتها: خیار تعیین ممکن است با پذیرش قولی، فعلی و تلف شدن یکی از انواع مبیع در دست مشتری منتهی گردد. مانند اینکه مشتری بگوید: این شی را قبول نمودم! و یا در یکی از اشیاء به نحوی تصرف نماید که دلالت بر قبول وی نماید، و یا یکی از اشیاء توسط وی بعد از قبض هلاک گردد.^{۹۴}

ج) خیار رؤیت

(۱) مشروعیت: طبق ماده ۱۰۴۴ ق. م: «شخصی که نادیده، مالی را خریداری نماید هنگام دیدن به او خیار داده می شود، گرچه قبلاً به آن شفاهاً رضایت نشان داده باشد. بایع در آنچه قبل از رویت فروخته حق خیار ندارد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- شخصی که مال را خریداری نماید و آن را ندیده باشد، هنگام دیدن خیار دارد. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را خریدار نماید و خانه را ندیده باشد، هنگام دیدن دارای خیار رویت است هرچند در خصوص آن قبلاً به صورت شفاهی رضایت نشان داده باشد.

۲- براساس نص بند دوم ماده ۱۰۴۴ ق. م: «بایع در آنچه قبل از رویت فروخته حق خیار ندارد» زیرا بایع معمولاً مال خود را می فروشد و می داند که دارای کدام اموال است. در هر حال، طبق نص این ماده بایع دارای خیار رویت نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مشروعیت خیار رویت است. همچنین، هدف قانونگذار مدنی اعطای حق خیار رویت با مشتری و نه به بایع است.

(۳) تعریف: به موجب فقه، خیار رؤیت عبارت از خیاری است که به موجب آن مشتری با دیدن معقود علیه در صورتی که در زمان عقد و یا پیش از آن، آن را ندیده باشد، حق اجازه یا فسخ عقد را دارد.^{۹۵} ماده ۳۲۰ مجلة الاحکام در تعریف خیار رویت می گوید: «شخصی که چیزی را بدون دیدن خریداری نماید، دارای خیار است تا مبیعه را مشاهده نماید و بعد از دیدن مبیع در فسخ بیع یا قبول آن اختیار دارد و این اختیار، خیار رویت گویند.»

(۲) مفهوم رؤیت: در مورد مفهوم خیار رؤیت ماده ۳۲۳ مجلة الاحکام می گوید: «مراد از رویت در بحث خیار رویت عبارت از وقوف به حال و محلی است که مقصود اصلی مبیعه از آن شناخته می شود. به طور مثال، کرباس و کالایی که ظاهر و باطن آن مساوی باشد، رؤیت ظاهری آن کافی دانسته می شود. اما، در لباس منقوش و مدرب رؤیت نقش و دروب آن لازم است. در گوسفندی که برای تناسل و توالد خریداری شده رؤیت پستان آن لازم می باشد و در گوسفندی که به منظور استحصال گوشت

۹۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۹۲۴ و ۹۲۵؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۸.
 ۹۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۹۲۵ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۸.
 ۹۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۹۲۵ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۸.
 ۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۹۲۵ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۹.
 ۹۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۱۲۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۹.

خریداری می گردد باید قسمت پشت و کمر آن دیده شود و در مأكولات و مشروبات چشیدن طعم و مزه آن لازم است. بنابراین، اگر مشتری این اموال را به نحوی که بیان شد شناخت و سپس آن ها را خرید، برایش حق خیار رویت وجود ندارد.».

(۳) احکام: طبق ق. م خیار رویت تابع قواعد ذیل است:

۱- طبق ماده ۱۰۵۳ ق. م که ترجمه ماده ۳۳۳ مجله الاحکام است: «رویت وکیل در خرید یا قبض و رضایت او مانند رویت و رضای خریدار اصلی می باشد.» به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را خریداری نماید و وکیل احمد موتر را ببیند مانند این است که خود احمد موتر را دیده است. همچنین، اگر وکیل احمد موتر محمود را بعد از خریدن قبض نماید، مانند این است که خود احمد موتر را قبض نموده است. همچنین، رضایت وکیل احمد مانند رضایت احمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از بروز اختلاف میان طرفین عقد در خصوص وکیل است. اما، رویت رسول خیار مشتری را ساقط نمی سازد. زیرا، رسول کسی است که برای اخذ و ارسال مبیع فرستاده می شود (ماده ۳۳۲ مجله الاحکام).

۲- طبق ماده ۱۰۴۲ ق. م: «خرید و فروش آنچه که متعاقدين در حین عقد ندیده باشند جایز است به شرطی که جنس و وصف آن ذکر گردیده و یا به طرف مبیعه و یا مکان آن اشاره شده باشد. در این صورت، با وجود صحت عقد بیع تام نبوده الزامی را بر مشتری بار نمی آورد.»، طبق نص این ماده خرید و فروش آنچه که طرفین عقد در وقت انعقاد عقد ندیده اند جایز است. به حیث مثال، اگر احمد شرکت مواد ساختمانی داشته باشد و مواد ساختمانی را قبل از این که به کابل وارد شود، به محمود به فروش رساند بدون این که احمد و محمود آن را دیده باشند، این عقد جواز دارد. در چنین حالتی شرط است که احمد جنس و وصف مبیعه را به محمود ذکر نماید. به حیث مثال، احمد به محمود بگوید مواد کلکین پی وی سی سفید است. همچنین، اگر مواد ساختمانی احمد به کابل وارد شده باشد و احمد محمود را به انبار مواد ساختمانی ببرد و به کلکین های پی وی سی اشاره نماید یا مکان انبار را به محمود نشان دهد، این عقد جواز دارد. باوجود صحت عقد، در چنین حالتی هرچند عقد صحیح است اما بر مشتری الزام آور نیست. بنابراین، محمود می تواند عقد را پس از دیدن مبیعه تأیید یا فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز خیار رویت و پیش بینی شرایط و اثر آن است.

۲- طبق ماده ۱۰۴۳ ق. م: «برای لزوم بیع دیدن مبیعه از طرف مشتری حین عقد شرط می باشد، مگر اینکه قبلاً مبیعه را دیده و حین عقد یقین داشته باشد که مبیعه عین همان چیز است.»، طبق نص این ماده برای این که عقد بر مشتری لازم گردد شرط است که مبیعه را در وقت عقد دیده باشد یا این که مبیعه را قبلاً دیده باشد و یقین داشته باشد که مبیعه همان چیزی است که قبلاً دیده است. به حیث مثال، اگر احمد از محمود الماری برای منزل خویش خریداری نماید، برای این که عقد نسبت به احمد لازم گردد شرط است که احمد الماری را در وقت انعقاد عقد دیده باشد یا این که الماری را قبلاً دیده باشد و در وقت انعقاد عقد یقین داشته باشد که الماری همان است که قبلاً دیده بود. در صورت عدم دیدن الماری در وقت بستن عقد یا قبل از آن، عقد نسبت به احمد لازم نیست و احمد در صورت دیدن الماری بعد از بستن عقد دارای خیار رویت است و می تواند عقد را فسخ یا تأیید نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده پیش بینی شرط و اثر رویت است.

۳- طبق ماده ۱۰۴۵ ق. م: «متعاقدين می توانند مدتی را که به انتهای آن خیار رویت ساقط می گردد تعیین نمایند، مشروط براینکه در اثنای مدت مذکور از مشتری آنچه صراحتاً یا دلالتاً خیار را باطل نماید صادر نشده یا مبیعه معیوب نگردیده باشد.»، طبق نص این ماده متعاقدين که مصادیق آن طبق نص این ماده باع و مشتری است مدتی را تعیین نمایند که با ختم آن خیار رویت ساقط گردد. به حیث مثال، اگر احمد الماری آشپز خانه برای آشپزخانه خویش از محمود خریداری نماید و الماری را ندیده باشد و احمد و محمود توافق نمایند که محمود برای دیدن الماری یک هفته وقت دارد، با انقضای یک هفته خیار رویت محمود ساقط می گردد. در چنین حالتی شرط است که در جریان هفته محمود به صورت صریح یا ضمنی عملی را انجام نداده باشد که بیانگر سقوط خیار رویت او باشد یا الماری در نزد احمد بشکند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط خیار رویت است.

۴- طبق ماده ۱۰۴۷ ق. م: «هرگاه اشیای متعدد و متفاوت به یک عقد فروخته شود، برای لزوم بیع رویت هر واحد آن حتمی شمرده می شود.»، به حیث مثال، اگر احمد از محمود مواد ساختمانی از قبیل دروازه، کلکین، الماری، خشت، ریگ، شیشه، سمنت و نظیر اینها خریداری نماید و مواد ساختمانی را ندیده باشد، عقد نسبت به احمد الزام آور نیست مگر این که هر یک از مواد را

ببیند. در صورت دیدن، عقد بر احمد الزام آور می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط و اثر خیار رویت است.

۵- طبق ماده ۱۰۴۸ ق. م: «کسی که اجناس متفاوت را به عقد واحد خریداری نماید، طوری که بعضی آن را دیده و بعضی دیگری را ندیده باشد، می تواند عقد را فسخ نماید یا تمام اجناس را قبول یا رد نماید، خواه اجناس دیده شده مطابق موافقه باشد یا مغایر آن». طبق نص این ماده کسی که اجناس متفاوت را به عقد واحد خریداری نماید، طوری که بعضی آن را دیده و بعضی دیگری را ندیده باشد، می تواند عقد را فسخ نماید یا تمام اجناس را قبول یا رد نماید، خواه اجناس دیده شده مطابق موافقه باشد یا مغایر آن. اجناس جمع جنس است. جنس در لغت به معنی کالا و متاع است.^{۹۶} به حیث مثال، اگر احمد از محمود مواد ساختمانی از قبیل دروازه، کلکین، الماری، خشت، ریگ، شیشه، سمنت، چوب و نظیر اینها خریداری نماید و برخی از مواد ساختمانی را دیده و برخی را ندیده باشد، احمد دارای خیار رویت است و می تواند عقد را فسخ یا تأیید نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط و اثر خیار رویت است.

۵- طبق ماده ۱۰۴۹ ق. م: «اشیایی که به مقتضای نمونه فروخته می شود دیدن نمونه آن کافی است. در صورتی که مبیعه مخالف نمونه ثابت شود مشتری اختیار دارد که آن را به ثمن مسمی قبول نماید و یا به فسخ بیع رد کند». طبق نص این ماده اشیایی که به مقتضای نمونه فروخته می شود دیدن نمونه آن کافی است. در صورتی که مبیعه مخالف نمونه ثابت شود مشتری اختیار دارد که آن را به ثمن مسمی قبول نماید و یا به فسخ بیع رد کند. ثمن مسمی مرکب از ثمن و مسمی است. تعریف ثمن گذشت. مسمی اسم مفعول از ریشه «سمو» گرفته شده است که در لغت به معنی نامیده شده، خوانده شده، معلوم و معین است. در فقه به هر امری که از پیش مقرر و معلوم شده باشد «مسمی» می گویند^{۹۷} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی ثمن مسمی عبارت از ثمنی است که طرفین در وقت بستن عقد در موارد آن توافق نموده اند. به حیث مثال، اگر احمد از شهرک آریا ده باب آپارتمان دو اتاقه خریداری نماید و یک نمونه آن را ببیند، دیدن یک نمونه کافی است. در صورتی که باب آپارتمان دیگر مخالف نمونه باشد، احمد میان تأیید عقد و فسخ عقد اختیار دارد. همچنین، اگر احمد صد پایه کامپیوتر دل برای مؤسسه ای که در آن کار می نماید خریداری نماید و یک نمونه ای آن را ببیند، برای الزام عقد، دیدن یک نمونه کافی است. در صورتی که سایر کامپیوترها مطابق نمونه باشد، عقد لازم و در صورتی که کامپیوترها مخالف نمونه باشد، احمد میان فسخ و تأیید عقد با ثمن مسمی اختیار دارد. همچنین، اگر احمد صد جمبر از محمود خریداری نماید و یک نمونه ای آن را ببیند، برای الزام عقد، دیدن یک نمونه کافی است. در صورتی که سایر جمبرها مطابق نمونه باشد، عقد لازم و در صورتی که جمبرها مخالف نمونه باشد، احمد میان فسخ و تأیید عقد با ثمن مسمی اختیار دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط و اثر خیار رویت است. همچنین، به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تسری و تطبیق این قاعده ای عام بر تمام اشیایی است که براساس نمونه فروخته می شوند.

۴) اسقاط خیار رویت: طبق ماده ۱۰۵۰ ق. م: «هرگاه مشتری در مبیعه قبل از رویت آن چنان تصرفی نماید که فسخ را غیرممکن و یا حق غیر به آن تعلق بگیرد، طوری که آن را به بیع مطلق بدون شرط خیار به فروشد یا گرو نماید یا به اجاره دهد یا در دستش هلاک شود یا هلاک نماید یا معیوب شود، حق او در رد مبیعه به خیار رویت ساقط شده بیع لازم می شود». طبق نص این ماده خیار رویت در حالات ذیل ساقط می شود:

۱- هرگاه مشتری در مبیعه قبل از رویت آن چنان تصرفی نماید که فسخ را غیرممکن نماید، حق او در رد مبیعه به سبب خیار رویت ساقط و بیع لازم می شود. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را قبل از دیدن خریداری نماید و آن را به جمشید هبه و موتر نزد جمشید حریق گردد، احمد نمی تواند عقد را به سبب خیار رویت ساقط نماید زیرا تصرف احمد در مبیعه به گونه ای است که فسخ عقد را غیرممکن گردانیده است.

۲- هرگاه مشتری در مبیعه ای که حق غیر تعلق بگیرد، طوری که آن مشتری مبیعه را به بیع مطلق بدون شرط خیار به فروشد یا گرو نماید یا به اجاره دهد، حق خیار مشتری ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد خانه

محمود را خریداری نماید و سپس آن را به جمشید به بیع مطلق به فروش رساند یا گرو دهد یا به اجاره بدهد، احمد نمی تواند عقد را فسخ نماید. زیرا، در این حالات، حق غیر یعنی جمشید بر مبیعه تعلق گرفته است. بیع مطلق، چنانچه در نص این ماده به آن اشاره شده است، بیعی است که مقید به قید و شرط نیست.

۳- در صورتی که مبیعه نزد مشتری هلاک شود، مشتری نمی تواند عقد را به سبب خیار رویت فسخ نماید. به حیث مثال، اگر احمد از محمود یک رأس گاو خریداری نماید و گاو را نماینده احمد تسلیم شود و گاو نزد احمد بدون این که احمد آن را ببیند، هلاک شود، احمد نمی تواند عقد را به سبب خیار رویت فسخ نماید.

۴- در صورتی که مشتری مبیعه را هلاک نماید، مشتری نمی تواند عقد را به سبب خیار رویت فسخ نماید. به حیث مثال، اگر احمد از محمود یک رأس گاو خریداری نماید و گاو را توسط نماینده خویش بدون این که آن را ببیند ذبح نماید، احمد نمی تواند عقد را به سبب خیار رویت فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالات سقوط خیار رویت است.

(د) خیار نایبنا

طبق فقه و ق. م خرید و فروش نایبنا صحیح. اما، برای وی خیار داده می شود:

(۱) صحیح بودن بیع نایبنا: طبق فقه و ق. م خرید و فروش نایبنا صحیح است. ماده ۳۲۹ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «بیع نایبنا و شراء وی صحیح است [...]».

(۲) خیار رویت نایبنا: جهت عدم تضرر نایبنا فقه و با پیروی از فقه ق. م به او خیار رویت داده است. ماده ۳۲۹ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «بیع نایبنا و شراء وی صحیح است، مگر در حالی که آن را بدون دانستن وصف خریداری کرده باشد، دارای خیار حق خیار است. به طور مثال، اگر حویلی را خریداری نمود و وصف آن را نمی دانست وی صاحب اختیار است و هر وقتی که به وصف علم حاصل نمود، در اخذ و رد مبیعه مخیر است.».

(۳) اسباب سقوط خیار رویت نایبنا: طبق ماده ۱۰۴۶ ق. م: «اگر نایبنا خرید و فروش نماید صحیح می باشد. خیار او بعد از رد یا لمس یا چشیدن یا بوییدن شی یا توصیف آن برایش ساقط می شود. خیار نایبنا در صورت توکیل به خرید و قبض به رویت وکیل او ساقط می گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- بیع شخص نایبنا صحیح است. به نظر می رسد دلیل این قاعده این است که عدم بینایی بر اهلیت نایبنا تأثیر ندارد. به حیث مثال، اگر احمد کور باشد و لباس را از محمود خریداری، این خرید و فروش صحیح است.

۲- طبق نص این ماده برای شخص نایبنا خیار داده می شود. خیار نایبنا در حالات ذیل خاتمه پیدا می کند:

- ماده ۱۰۴۶ ق. م که می گوید خیار شخص نایبنا بعد از رد ساقط می شود مبهم است. زیرا، در صورت رد ایجاب، ایجاب خاتمه پیدا می کند و عقد اصلاً منعقد نمی گردد. خیار معمولاً بعد از انعقاد عقد برای طرفین یا یکی از طرفین داده می شود.

- خیار شخص نایبنا بعد از رد یا لمس ساقط می شود. به حیث مثال، اگر احمد کور باشد و از محمود ساعت را خریداری نماید، با لمس کردن ساعت خیار احمد ساقط می شود.

- خیار شخص نایبنا بعد از چشیدن ساقط می شود. به حیث مثال، اگر احمد کور باشد و از محمود پنیر خریداری نماید، احمد دارای خیار است. در صورت چشیدن مزه پنیر خیار احمد ساقط می شود.

- خیار شخص نایبنا بعد از بوییدن معقود علیه ساقط می شود. به حیث مثال، اگر احمد کور باشد و از محمود شیر خریداری نماید، احمد دارای خیار است. در صورت بوییدن مزه شیر خیار احمد ساقط می شود.

در این خصوص ماده ۳۳۱ مجله الاحکام می گوید: «خیار رویت نایبنا در اشیائی که به لمس و بوی ذایقه معلوم می گردد، ساقط می شود، یعنی وقتی به این اشیاء لمس کند و بوی آن را استشمام نماید، یا مزه آن را بچشد و سپس آن را خریدار نماید، بیع وی صحیح و لازم است.».

- خیار شخص نایبنا بعد از شنیدن توصیف وصف معقود علیه ساقط می شود. به حیث مثال، اگر احمد کور باشد و از محمود خانه را خریداری نماید، عقد احمد صحیح است اما احمد دارای خیار است. در صورتی که بایع یا شخص سوم اوصاف خانه را برای احمد توصیف نماید، خیار احمد ساقط می شود. در خصوص این حالت ماده ۳۳۰ مجله الاحکام می گوید: «هرگاه برای نایبنا وصف مبیعه توصیف شود، و به مبیعه آشنایی حاصل نماید و سپس آن را خریداری نماید، برای وی خیاری نیست.».

۳- طبق بند اخیر ماده ۱۰۴۶ ق. م خیار نابینا در صورت توکیل به خرید و قبض به رؤیت وکیل او ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد کور باشد و توسط وکیل خویش حمید خانه محمود را خریداری نماید و حمید خانه محمود را ببیند و قبض نماید، خیار احمد ساقط می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز بیع شخص نابینا و اسباب سقوط خیار شخص نابینا است.

ه) خیار عیب

(۱) تعریف: در ق. م تعریفی برای خیار عیب ارایه نشده است. باوجود این، به موجب فقه خیار عیب، عبارت از خیاری است که به موجب پیدا شدن عیبی در یکی از مبیع و ثمن برای ذینفع در صورت ناآگاهی از آن حاصل می شود.^{۹۸} در تعریف عیب ماده ۳۳۸ مجله الاحکام می گوید: «عیب آن است که در نزد تجار و اهل خبره نقصانی در ثمن مبیعه بار آورد.».

(۲) انواع عیب: طبق فقه عیب در مبیع دو نوع است: عیب قدیم و عیب حادث: طبق ماده ۳۳۸ مجله الاحکام: «عیب قدیم آن است که در مبیعه زمانی موجود گردد که نزد بایع باشد.» عیب حادث آن است که بعد از قبض نزد مشتری حادث گردد (مستنبط از ماده ۳۲۵ مجله الاحکام).

(۳) حکم: طبق فقه اصل در بیع مطلق عاری بودن مبیع از عیوب است. ماده ۳۳۶ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «بیع مطلق مقتضی سلامت مبیع از عیوب می باشد یعنی فروش مال بدون برائت از عیوب و بدون ذکر اینکه معیوب یا سالم است مقتضی این است که مبیعه سالم بوده و خالی از عیب باشد.» با توجه به این اصل، پنهان کردن عیب مبیع به هنگام فروش حرام است. بنابراین، کسی که کالایی معیوبی دارد، بر وی حرام است تا آن را بفروشد، مگر اینکه عیب آن را برای مشتری بیان نماید.^{۹۹} پیامبر ﷺ این باره فرموده است:

«المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً و فيه عيب، إلا بينه له.»^{۱۰۰}

«مسلمان برادر مسلمان است. برای هیچ مسلمانی روا نیست که چیزی معیوب به برادرش بفروشد، مگر اینکه آن را آشکارا به او گفته باشد.»

۲) شروط ثبوت خیار عیب: فقهای برای ثبوت خیار عیب يك سلسله شروط مقرر نموده اند که قرار ذیل اند:

۱- اینکه عیب قبل از عقد و یا قبل از قبض در مبیع وجود داشته باشد: پس، در صورتی که عیب بعد از تسلیم نزد مشتری بر مبیع وارد گردد، خیار عیب ثابت نمی گردد. زیرا، پیدایش عیب در آن پس از تسلیم شدن در حکم معیوب شدن مال مملوک است و زیان آن متوجه مالک می گردد.^{۱۰۱} ماده ۳۲۰ مجله الاحکام حکم می نماید که: «هرگاه در مبیعه بعد از عقد و قبل از قبض عیبی حادث گردد و مبیعه در ید بایع قرار داشته باشد، این عیب در حکم عیب قدیم بوده و موجب رد دانسته می شود.»

۲- ناآگاهی مشتری: خیار عیب در صورتی ثابت می گردد که مشتری از وجود آن حین عقد و قبض آگاهی نداشته باشد. زیرا، عدم رضای مشتری و سایر اسباب پیدایش خیار عیب در صورتی تحقق می یابند که مشتری از وجود عیب مطلع نباشد. علت این امر این است که در صورت آگاه بودن مشتری چنین پنداشته می شود که مشتری به آن به صورت ضمنی رضایت نشان داده است.^{۱۰۲} ماده ۳۲۳ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «هرگاه شخص مالی را با وجود علم به جمیع عیوب آن خریداری نماید، دعوی عیب از وی قابل سمع نیست. به عنوان مثال، هرگاه حیوانی را با جمیع عیوب آن خرید و گفت: اگر پایش شکسته و خورده شده باشد یا معیوب باشد، قبول کردم، بعداً صلاحیت دعوی را نسبت به عیب قدیم ندارد.»

۹۸. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۱۱۶؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۹۳۳.

۹۹. سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۲۴۴.
۱۰۰. رواه ابن ماجه عن عقبه بن عامر رضي الله عنه.

۱۰۱. مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۹۳۴؛ و وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۱۱۷.

۱۰۲. مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۹۳۴؛ و وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۱۱۷.

۳- شرط دیگر خیار عیب، عدم براءت از عیب کردن مبیع توسط مالک است. بنابراین، هرگاه مالک شرط کند که با وجود هرگونه عیبی در مبیع، هیچ مسؤولیتی ندارد، خیار عیب ثابت نخواهد گردید.^{۱۰۳} ماده ۳۲۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: هرگاه بایع مالی را به این نحو فروخت که تا تمام عیوبی که در آن وجود دارد، مبری باشد، برای مشتری خیار عیب باقی نمی ماند.»؛

و

۲- اینکه عیب پیش از فسخ از بین نرود، بنابراین، هرگاه عیب پیش از عقد از بین برود، در حکم مبیع سالم خواهد بود.^{۱۰۴}
۵- ذکر عیب توسط بایع: در این مورد ماده ۳۲۱ مجله الاحکام حکم می نماید که: «هرگاه بایع هنگام عقد بیع تذکر داد که در مبیعه چنین و چنان عیب وجود دارد و مشتری باوجود علم به عیب، آن را قبول کرد، برای مشتری به سبب این عیب خیار وجود ندارد.»؛

(۵) زمان عیب: در باره زمان پیدایش عیب فقهاء از دو نقطه نظر بحث نموده اند: زمان پیدایش خیار و زمان اعمال خیار:
۱- زمان پیدایش عیب باید پیش و یا بعد از عقد و قبل از قبض صورت پذیرفته باشد. بنابراین، هرگاه عیب بعد از قبض در مبیعه پیدا شود، عیب در مال مملوک تلقی گردیده و به بایع ربطی ندارد. باوجوداین، اینکه فاصله زمانی پس از عقد و قبل از عقد چه مقدار باشد، میان فقهاء اختلاف وجود دارد: برخی آن را حتی اگر طولانی هم شود بدون اشکال می دانند. ولی، برخی دیگری را عقیده بر این است که تعیین این وقت وابسته به عرف و عادات است؛ و

۲- زمان اعمال خیار عیب: در این باره فقهای حنفیه معتقد به تراخی اند و می گویند که هیچ اشکالی در اعمال این خیار با تراخی وجود ندارد. در نتیجه، ذینفع به محض آگاهی از عیب در مبیع یا ثمن، مکلف به اعمال فوری این حق نیست.
بر علاوه، هرگاه ذینفع از عیب آگاهی حاصل نماید و رد مبیع را به تأخیر اندازد، حق او از بین نمی رود، مگر اینکه قرآینی دال بر رضای پذیرش عقد از طرف او علی الرغم آگاهی او از عیب به میان آید، به نحوی که در آن تصرف مالکانه نماید. مبنای این نظر آن است که می گویند خیار عیب نیز مانند هر خیار دیگری حق است و حقوق وقتی ثابت شود، جز با انقضای وقت یا إسقاط از بین نمی رود. بنابراین، اشخاص پس از آگاهی از عیب می توانند هرگاه بخواهند بدون آنکه زبانی متوجه طرف دیگر کنند، حق خویش را اعمال نمایند.^{۱۰۵}

(۶) إسقاط خیار عیب: فقهاء در موارد زیر خیار عیب را ساقط و هر يك از موارد را مانع رد معقود علیه می دانند:
۱- پذیرفتن عیب بعد از آگاهی: که این پذیرش ممکن است از طریق گفتار صریح طرف عقد مانند اینکه بگوید: عیب را پذیرفتم و یا نفاذ عقد را اجازه دادم، یا به عمل به صورت ضمنی مانند تصرف نمودن مشتری بر مبیع به نحوی که دال بر رضای وی باشد صورت پذیرد. به عنوان مثال، آن را بفروشد، هبه نماید، به رهن دهد و یا به اجاره دهد. ماده ۳۲۲ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «بعد از آنکه مشتری به عیب مبیعه مطلع شد و در آن تصرفات مالکانه به عمل آورد، خیار وی ساقط می گردد. به طور مثال، اگر مشتری مبیعه را بعد از اینکه به عیب قدیم آن اطلاع حاصل کرد، در معرض فروش قرار داد، قرار دادن مبیعه در معرض فروش رضاء به عیب بوده و بعد از آن را رد کرده نمی تواند.»؛

۲- إسقاط: چنانکه دارنده خیار عیب بگوید حق خود را ساقط نمودم. زیرا، خیار عیب حق او تلقی گردیده و او می تواند از آن تنازل نماید؛

۳- از بین رفتن معقود علیه و یا معیوب شدن آن در نزد صاحب خیار به صورت تام؛ و

۲- زیادت معقود علیه توسط صاحب خیار عیب.^{۱۰۶}

و) خیار وصف مرغوب

۱۰۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۴؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۷.
۱۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۴؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۷.
۱۰۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۵؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۱۸.
۱۰۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۶؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۲۱ و ۳۱۲۱.

(۱) تعریف: خیار وصف که از آن «خیار فوات وصف» نیز تعبیر می شود، عبارت از خیاری است که در اثر نبودن وصفی مرغوب در فروش چیزی غایب از مجلس برای مشتری حاصل می شود که این وصف ممکن است به شرط و یا به عرف معلوم باشد، چنانکه کسی گاوی را به وصف شیرده بودن به دیگری به فروش رساند و پس از اتمام عقد معلوم شود که چنین وصفی در مبیع وجود ندارد که در چنین حالتی مشتری حق فسخ عقد بیع را دارد.^{۱۰۷}

(۲) شروط: عمولاً فقهاء شرایط ذیل را جهت تحقق خیار وصف شرط می دانند:

۱- اینکه وصف مشروط مباح بوده و خلاف شرع نباشد؛

۲- اینکه وصف در عرف و عادات وصف مرغوب دانسته شود؛ و

۳- وصف مشروط وصفی چنان ناشناخته نباشد که مورد معامله با آن نامعلوم و موجب فساد عقد بیع شود.^{۱۰۸}

(۳) آثار: خیار وصف موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱- اختیار مشتری در فسخ و نفاذ عقد بیع: طبق ماده ۱۰۵۱ ق. م: «هرگاه مالی به اساس وصف مطلوب فروخته شود و مبیعه از وصف مذکور عاری باشد مشتری می تواند آن را به ثمن مسمی، قبول و یا به فسخ بیع رد نماید». طبق نص این ماده هرگاه مالی به اساس وصف مطلوب فروخته شود و مبیعه از وصف مذکور عاری باشد مشتری می تواند آن را به ثمن مسمی، قبول و یا به فسخ بیع رد نماید. عاری در لغت به معنی بدون و فاقد است.^{۱۰۹} تعریف ثمن مسمی گذشت. به حیث مثال، اگر احمد از محمود یک عدد ساعت را خریداری نماید و محمود بگوید ساعت رادوی اصلی است، اما سپس واضح گردد که ساعت رادوی اصلی نیست بلکه کاپی است، احمد می تواند به دلیل فقدان وصف ساعت را با ثمن مسمی قبول یا عقد را فسخ نماید. همچنین، اگر احمد یک رأس گاو خویش را به محمود به فروش رساند و احمد بگوید گاو شیرده است، اما سپس روشن شود که گاو شیرده نیست، محمود میان فسخ عقد و قبول عقد با ثمن مسمی اختیار دارد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم خیار وصف مرغوب است. نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. ماده ۳۱۰ مجله الاحکام در این خصوص می گوید: «هرگاه بایع مالی را با وصف مرغوب فروخت و ظاهر گردید که مبیعه خالی از وصف مذکور است، مشتری مخیر است و می تواند عقد بیع را فسخ نماید و یا نفاذ عقد را اجازه دهد. به طور مثال، اگر شخصی گاو شیری را فروخت و بعداً ظاهر شد که غیر شیری است، در این صورت مشتری مخیر است. همچنین، شخصی انگشتری را به نام اینکه یاقوت سرخ است فروخت و سپس ظاهر گردید که اصفر است، در این صورت مشتری دارای خیار است.»

۲- طبق ماده ۱۰۵۲ ق. م: «شخصی که به اساس انتفای وصف حق خیار داشته و در مبیعه تصرف مالکانه نماید حق او در رد مبیعه ساقط می شود و اگر در مبیعه چیزی حادث شود که مانع رد آن گردد مبیعه در حال موجودیت وصف و بدون آن قیمت شده، مشتری تفاوت هر دو قیمت را از بایع مطالبه کرده می تواند. در صورتی که مشتری قبل از اختیار وفات نماید، حق مطالبه فسخ به ورثه او انتقال می نماید». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: شخصی که به اساس انتفای وصف حق خیار داشته و در مبیعه تصرف مالکانه نماید حق او در رد مبیعه ساقط می شود. نص این ماده از فقه گرفته شده است. به موجب فقه در صورتی که مشتری در مبیع فاقد خیار وصف، تصرف مالکانه نماید، خیار او ساقط می گردد.^{۱۱۰} ماده ۳۱۲ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «مشتری ای که دارای خیار وصف است در صورتی که در مبیعه تصرف مالکانه به عمل آورد، خیار وی باطل می گردد». به حیث مثال، اگر احمد از محمود یک عدد ساعت را خریداری نماید و محمود بگوید ساعت رادوی اصلی است، اما سپس واضح گردد که ساعت رادوی اصلی نیست بلکه کاپی است، اما احمد ساعت را به جمشید هبه نموده باشد، احمد نمی تواند به دلیل تصرف در مبیعه عقد را فسخ نماید.

دوم این که: اگر در مبیعه چیزی حادث شود که مانع رد آن گردد مبیعه در حال موجودیت وصف و بدون آن قیمت شده، مشتری تفاوت هر دو قیمت را از بایع مطالبه کرده می تواند. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را به این شرط که قطع شده نباشد خریداری نماید و سپس ثابت شود که موتر قطع شده یا بریده است اما احمد با موتر تصادم نماید و

۱۰۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۹۴۲ و ۹۴۳.

۱۰۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۹۴۳.

109. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 4/1/2018).

۱۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۴۳.

تصادم مانع رد موثر به محمود گردد، در این صورت، موثر در حالت بریده شده و در حالت غیربریده شده قیمت گذاری می شود و احمد می تواند تفاوت قیمت را از محمود مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر قیمت موثر کورولای ۲۰۰۶ بریده شده شش هزار دالر امریکایی باشد و قیمت موثر کورولای غیربریده شده یا سالم ده هزار دالر امریکایی باشد، احمد می تواند چهار هزار دالر را از محمود مطالبه نماید.

سوم این که: خیار وصف مرغوب به ارث برده می شود. بنابراین، اگر کسی در مبیعی خیار وصف مرغوب داشته باشد و بمیرد، خیار وصف مرغوب به ورثه او منتقل می شود. به حیث مثال، اگر احمد از محمود یک عدد ساعت را خریداری نماید و محمود بگوید ساعت رادوی اصلی است، اما سپس واضح گردد که ساعت رادوی اصلی نیست بلکه کاپی است، اما قبل از رد مبیعه احمد وفات نماید، ورثه احمد می توانند عقد را تأیید یا فسخ نمایند. ماده ۳۱۱ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «خیار وصف به ارث برده می شود. به عنوان مثال، اگر مشتری ای که دارای خیار است، وفات نماید و مبیعه خالی از وصف ظاهر گردد، برای وارث او حق فسخ وجود دارد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۰۵۲ ق. م پیش بینی حالات رد مبیعه به دلیل انتفای وصف است.

ز) خیار نقد

(۱) تعریف: خیار نقد عبارت از خیاری است که وقتی حاصل می شود که طرفین عقد ضمن عقد بیع نسبه مدت زمانی را برای پرداخت ثمن مقرر کنند و بگویند که اگر در این مدت مشتری ثمن را پرداخت نکرد بیع میان آنها فاسد گردد. ماده ۳۱۳ مجله الاحکام در تعریف خیار نقد می گوید: «اگر فیما بین بایع و مشتری به خیار بیع صورت گرفت که هرگاه مشتری در فلان وقت ثمن را اداء نکند بیع در میان نباشد، در این صورت بیع صحیح است و آن را خیار نقد می گویند.» این خیار را صرف فقهای حنفیه پذیرفته اند. ولی، برخی دیگر از فقهاء به طور کلی این نوع خیار را نپذیرفته اند و برخی دیگر نیز آن را نوعی خیار شرط تلقی می نمایند.

(۲) مدت: فقهای حنفیه مدت زمان مقرر برای خیار نقد را سه روز معین نموده اند و معتقدند که میان خیار نقد و خیار شرط تفاوت های وجود دارد: از آن جمله اصل در خیار شرط لزوم است، چنانکه هرگاه مدت مقرر در خیار شرط بگذرد و فسخ عقد صورت نپذیرد، عقد لازم می گردد.

بر عکس، در خیار نقد اصل عدم لزوم است، چنانکه هرگاه در مدت معین ثمن پرداخت نشود، عقد فاسد می گردد. ماده ۳۱۴ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «در صورتی که مشتری ثمن مبیع را در مدت معینه اداء نکند، بیع که در آن خیار نقد باشد، فاسد است.»

(۳) اسقاط: فقهاء حنفیه برای خیار نقد يك سلسله اسباب مقرر نموده اند که به موجب آنها خیار نقد ساقط می گردد که عبارت اند از:

۱- هرگاه مشتری طی مدت خیار در مبیع تصرف مالکانه نماید، خیار نقد ساقط گردیده، بیع لازم و مشتری مکلف به پرداخت ثمن آن می گردد؛ و

۲- هرگاه مشتری و حتی شخص ثالث مبیع را در مدت خیار تلف یا معیوب کند، خیار پس از قبض ساقط می گردد. زیرا، مشتری در این صورت نمی تواند آن را باز گرداند. ولی، در این باره که بدون تقصیر مشتری مبیع تلف یا معیوب شود، فقهاء دو نظر ارایه کرده اند: گروهی می گویند: چون تلف پس از قبض صورت پذیرفته است، مشتری مسؤول تلقی می گردد و در نتیجه عقد لازم می شود. ولی، گروهی دیگر معتقدند که خیار سابق همچنان باقی و مشتری ضامن میزان خسارت تلقی می گردد.

(۴) آثار: احکام زیر بر خیار نقد مترتب می گردد:

(۱) مشتری مخیر به خیار نقد، اگر در مدت خیار بمیرد، بیع باطل می گردد. زیرا، وی متعهد به پرداخت ثمن به صورت نقد گردیده است. ماده ۳۱۵ مجله احکام در این مورد تصریح می نماید که: «هرگاه مشتری ای که دارای خیار نقد است، در اثنای مدت خیار وفات نماید، بیع باطل می شود.» و

(۲) اگر بایع در مدت خیار بمیرد، خیار نقد به نظر حنفیه به ورثه وی منتقل نمی گردد. زیرا، خیار نقد حق شخصی است.^{۱۱۲}

۱۱۱. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلتہ، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۳۱۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۴۲.

ح) خیار مجلس

(۱) تعریف: خیار مجلس عبارت از خیاری است که به موجب آن متعاقدين تا وقتی که مجلس را ترك نگفته اند و به طور فزیکي از همدیگر جدا نشده اند، حق فسخ معامله را دارند.^{۱۱۳} عقد دارای خیار مجلس تا هنگام حضور طرفین عقد در مجلس عقد، وصف لزوم را نمی پذیرد. در ضمن، خیار مجلس صرف در عقود لازم مانند عقود مالی معاوضی از قبیل: بیع، اجاره و امثال اینها قابل تطبیق است.^{۱۱۴}

اما، خیار مجلس در عقود غیرمعووض (یک تعهدی) مانند هبه، و عقودی که مستلزم کسب اجباری ملکیت و عقودی که به موجب آنها صلاحیت به دیگری تفویض می شود قابل تطبیق نیست. بنابراین، خیار مجلس بر عقودی مانند: وکالت، شفعه، حواله، نکاح، خلع، هبه، مساقات، شرکت، رهن، قرض و امثال اینها قابل تطبیق نیست.^{۱۱۵}

فقهاء مبنای خیار مجلس را شرعی و نقلی می دانند. چنانچه از سول خدا ﷺ نقل می کنند که فرموده است:

«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا.»

«طرفین معامله مادام که متفرق نشده باشند اختیار فسخ معامله را دارند.»

باوجود این فقهای اهل سنت در باره خیار مجلس به دو دسته منقسم شده اند: فقهای حنفیه و مالکیه با استناد به اطلاق برخی از آیات از قبیل: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ] - [المائدة / ۱] «ای کسانی که ایمان آورده اید به پیمان های خویش وفا کنید.»

خیار مجلس را به طور کلی نپذیرفته اند و حدیث مذکور را نیز توجیه می نمایند و مراد از بیعان را کسانی دانسته اند که قصد انجام بیع را دارند نه کسانی که عقد را انجام داده و منعقد ساخته اند و در عین حال تفرق را به تفرق قولی نه فعلی معنا کرده اند. دشواری این تأویل از لفظ و معنای عبارات آن به روشنی معلوم است. زیرا، رد و قبول پیش از انعقاد عقد امری بدیهی و بی نیاز از تأکید و بیان است. ولی، فقهای شافعی و حنبلی این خیار را پذیرفته اند.^{۱۱۶}

فقهای شافعی و حنبلی به حدیث فوق الذکر استناد می نمایند. این فقهاء استدلال می نمایند که عقد الزام آور، جبری و تعهدآور نیست تا زمانی طرفین عقد در مجلس واحد حضور دارند. لذا، هر یک از طرفین اختیار دارند که عقد را تأیید و یا فسخ نمایند. اما، زمانی که طرفین فزیکاً از همدیگر جدا شدند و از خیار مجلس انصراف ورزند، عقد نهایی شده و توافق شده تلقی می شود.^{۱۱۷}

(۲) سقوط: خیار مجلس در موارد آتی ساقط می گردد:

۱- تفرق: یعنی جدا شدن متعاقدين از همدیگر و ترك مجلس. بنابراین، در صورتی که طرفین فزیکاً و به اختیار خود از همدیگر جدا شوند خیار مجلس منتهی می شود؛^{۱۱۸}

۲- تصرف: اگر بایع در ثمن و مشتری در مبیع تصرف نماید، این امر به نظر بسیاری از فقهاء موجب سقوط خیار مجلس می گردد؛ و

۳- شرط یکی از طرفین: اگر طرفین در عقد نیز شرط کرده باشند که خیار مجلس ساقط شود، خیار ساقط می گردد.^{۱۱۹}

گفتار ششم) آثار بیع صحیح

بیع صحیح چون عقد لازم نسبت به طرفین است. بنابراین، موجب ایجاد آثار معین متقابل هم نسبت به بایع و هم نسبت به مشتری می گردد:^{۱۲۰}

۱۱۲. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۳۱۳۱ و ۳۱۳۲؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۹۴۲.

113. Kharofa, Alaeddin (2009). Transctions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur, ASN, p 92.

۱۱۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۳۱۰۴؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۹۴۰.

115. Kharofa, Alaeddin (2009). Transctions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur, ASN, pp 96 and 97.

۱۱۶. جهت معلومات مزيد در اين باره ر.ك: وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۳۱۰۵-۳۱۰۶؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۹۴۱.

117. Alaeddin Kharofa (2009). Transctions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur: ASN, pp. 93-97.

118. Ibid, p 97.

۱۱۹. مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۴۹۱.

الف) حقوق و تکالیف بایع

طبق ق. م و فقه عقد بیع موجب ایجاد یک سلسله حقوق و تکالیف معین برای بایع می گردد:

۱) تکالیف بایع

طبق ق. م و فقه به موجب عقد بیع بایع بدون ضرورت به توافق خاص مکلف به چهار نوع التزام می گردد: نقل ملکیت مبیع به مشتری، تسلیم مبیع به مشتری، ضمان تعرض و استحقاق و ضمان عیوب پنهان و فوت وصف مرغوب مبیع:

اول) انتقال حق ملکیت مبیع

اولین تکلیف بایع انتقال حق ملکیت مبیع به مشتری است:

۱) مفهوم نقل حق ملکیت: در عقد بیع، محل عقد بیع ممکن است حق ملکیت و سایر حقوق عینی دیگر که از حق ملکیت ناشی می شود، مانند: حق انتفاع، حق ارتفاق و حق حکر باشد. همچنین، مبیع ممکن است حق معنوی مانند: حق تألیف، حق ملکیت معنوی و ملکیت صنعتی باشد. در همه موارد، عقد بیع موجب انتقال این حقوق با مقومات و خصایص آن از بایع به مشتری طبق قواعد و اجرائی که قانون پیش بینی کرده است، می گردد. بنابراین، اثر مرتب بر فروش خانه، انتقال ملکیت خانه از بایع به مشتری و اثر مرتب بر بیع حق مؤلف انتقال حق تألیف از مؤلف به مشتری (ناشر) است.^{۱۲۱}

۲) تکلیف بایع جهت اجرای اعمال ایجابی و سلبی به منظور نقل حق ملکیت: براساس ماده ۱۰۷۵ ق. م: «بایع به اجرای اعمالی که برای انتقال ملکیت مبیعه ضروری پنداشته شود و همچنین به اجتناب از اعمالی که انتقال ملکیت مبیعه را ناممکن گرداند مکلف می باشد». از نص این دو حکم قابل استنباط است:

۱- بایع مکلف است جهت انتقال ملکیت مبیع به مشتری یک سلسله اعمال ایجابی مانند: رفتن به محکمه، ادای شهادت و تصدیق امضاء، بیان حدود عقار و امثال اینها (که در انتقال عقار در افغانستان معمول است) و افراز مبیع در منقول هنگامی که مبیع معین بالنوع باشد. زیرا، در چنین حالات ملکیت از بایع به مشتری منتقل نمی شود را انجام دهد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود خانه خویش را به فروش رساند، باید جهت ادای شهادت به محکمه برود. همچنین، اگر احمد چندین عراده موتر داشته باشد و یکی از آنها را به محمود به فروش رساند، باید موتری را که فروخته از سایر موترهای خویش جدا نماید.

۲- بایع مکلف است یک سلسله اعمال سلبی مانند: عدم تصرف در مبیع، عدم منع مشتری جهت تصرف در مبیع و امثال اینها را انجام دهد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند، نباید مانع تصرف محمود در موتر شود. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که بایع مکلف است جهت انتقال ملکیت مبیع به مشتری دو نوع اعمال را انجام دهد: انجام اعمال ایجابی مانند: رفتن به محکمه، ادای شهادت و تصدیق امضاء، بیان حدود عقار و امثال اینها (که در انتقال عقار در افغانستان معمول است) و افراز مبیع در منقول هنگامی که مبیع معین بالنوع باشد. زیرا، در چنین حالات ملکیت از بایع به مشتری منتقل نمی شود، و اعمال سلبی مانند: عدم تصرف در مبیع، عدم منع مشتری جهت تصرف در مبیع و امثال اینها.^{۱۲۲} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف بایع در خصوص نقل و انتقال ملکیت است.

۳) شروط: طبق ماده ۱۰۷۱ ق. م: «هرگاه مبیعه شی معین بالذات بوده و یا به صورت تخمینی به فروش رسیده باشد، ملکیت مبیعه خود به خود به مشتری انتقال می یابد و در صورتی که تنها نوع مبیعه معلوم باشد، ملکیت آن بدون افراز بایع انتقال کرده نمی تواند». از نص این ماده سه قاعده قابل استنباط است:

۱- در صورتی که مبیعه شی معین بالذات باشد، ملکیت مبیعه خود به خود (به صورت خود کار) به مشتری منتقل می شود. به حیث مثال، اگر مبیعه موتر، لباس، کامپیوتر و نظیر اینها که ذاتاً معین باشند، محل عقد قرار بگیرند، ملکیت آنها از بایع به مشتری به صورت خود کار منتقل می شود و ضرورت به افراز یا جدا کردن از سایر کالاها را ندارند. زیرا، در ذات خویش معین اند. به عنوان نمونه، اگر احمد یک رأس گوسفند داشته باشد و آن را به محمود به فروش رساند، گوسفند معین بالذات است.

۱۲۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۴۰۴.

۱۲۱. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۳)، صص ۴۱۳ - ۴۱۷.

۱۲۲. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۳)، ص ۴۰۴.

۲- در صورتی که مبیعه به صورت تخمین به فروش رسیده باشد، ملکیت مبیعه خود به خود (به صورت خود کار) به مشتری منتقل می شود. تخمین در لغت به معنی اندازه و مقدار چیزی را از روی حدس و گمان تعیین کردن است.^{۱۲۳} به حیث مثال، اگر احمد خربوزه فروش باشد و به محمود بگوید یک هزار افغانی بدهید و بیست خربوزه بگیری بدون این که قیمت خربوزه ها را محمود بداند، در این خرید و فروش تخمین وجود دارد. در این صورت، ملکیت بیست خربوزه به محمود به صورت خود کار منتقل می شود.

۳- در صورتی نوع مبیعه معلوم باشد، ملکیت آن بدون افراز توسط بایع از بایع به مشتری منتقل نمی شود. نوع در لغت به جنس، صنف، دسته، ماهیت و کیفیت بنیادی و قسم است. به عنوان مثال، گاو، گوسفند، بز و اسب همه از نوع حیوان و مولی، گندنه، گسنیژ، تراتیژک و نظیر اینها از نوع سبزیجات اند.^{۱۲۴} افراز از ریشه فرز گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن چیزی.^{۱۲۵} به عنوان مثال، هرگاه احمد بیست عراده موتر بنز مودل ۲۰۰۵ داشته باشد و یک عراده آن را به محمود به فروش رساند، جهت انتقال ملکیت یک عراده موتر لازم است تا آن را معین بالذات و یا به عبارت دیگر: از سایر موتر ها جدا یا افراز نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط نقل و انتقال ملکیت مبیعه از بایع به مشتری است.

۳) طبق ماده ۱۰۷۴ ق.م: «(۱) بایع می تواند در بیعی که به ثمن مؤجل صورت گرفته انتقال ملکیت مبیعه را به مشتری تا حین پرداخت تمام ثمن شرط گذارد، گرچه تسلیمی مبیع صورت گرفته باشد؛ (۲) اگر ثمن مبیعه به اقساط پرداخته شود، متعاقبین می توانند چنان موافقه نمایند که بایع یک جزء آن را در صورت عدم پرداخت تمام اقساط به حیث تعویض در مقابل فسخ بیع، نزد خود بازداشت نماید. باوجود آن، محکمه می تواند با در نظر گرفتن شرایط و احوال، تعویضات مورد موافقه را مطابق به حکم ماده (۷۳۱) این قانون تنقیض نماید؛ (۳) اگر تمام اقساط پرداخته شود ملکیت مبیعه از تاریخ انعقاد بیع به مشتری انتقال می یابد؛ و (۲) احکام فقرات فوق گرچه عقد بیع را متعاقبین به نام اجاره مسمی نمایند نیز تطبیق می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- بایع می تواند در بیع ای که پرداخت ثمن در آن به بایع مؤجل است، شرط گذارد که انتقال ملکیت به مشتری را موقوف به استیفاء کامل ثمن کند، حتی اگر مبیع را به طور کمال تسلیم خریدار نموده باشد. مؤجل از ریشه أَجَلَ گرفته شده است که به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می رود.^{۱۲۶} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و ثمن فروش مؤجل باشد، به حیث مثال، احمد موتر را در اول حمل سال ۱۳۹۷ هجری شمسی فروخته باشد و توافق کرده باشد که پول را در اول، حمل سال ۱۳۹۸ هجری شمسی می گیرم، احمد می تواند ملکیت موتر را به محمود انتقال ندهد مگر این که محمود پول موتر را به احمد بدهد. پول موتر در این مثال، ثمن مؤجل است.

۲- در صورتی که ثمن مبیعه در چندین قسط توسط مشتری به بایع پرداخته شود، بایع و مشتری می توانند موافقه نمایند که بایع یک جزء آن را در صورت عدم پرداخت تمام اقساط به حیث تعویض در مقابل فسخ بیع، نزد خود حبس نماید. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادیل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است.^{۱۲۷} که جمع آن تعویضات است. در اصطلاح حقوق مدنی، تعویض عبارت است از عوض در عقد بیع. همچنین، تعویض در ق.م در مفهوم جبران خسارت نیز استعمال شده است. این قاعده در بیوعی که مبیعه قابل تجزیه است قابل تطبیق به نظر می رسد. به حیث مثال، هرگاه احمد ده جریب زمین خویش را به پنج قسط در بدل مبلغ ده لک افغانی به محمود به فروش رساند، احمد و محمود می توانند توافق نمایند که احمد پنج جریب زمین را در صورت عدم پرداخت تمام اقساط به حیث تعویض فسخ بیع نزد خود نگه دارد.^{۱۲۸}

123. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۳۱/۸) (آخرین بازدید).

124. Ibid, (Last visit: 4/1/2018).

۱۲۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۷۷.
۱۲۶. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

127. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

۱۲۸. یادگار راجی سمنگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، کتاب دوم، عقود معین (____)، (____)، ص ۲۳.

۳- محکمه می تواند با در نظر گرفتن شرایط و احوال، تعویضات مورد موافقه را مطابق به حکم ماده (۷۳۱) این قانون تنقیص نماید. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۱۲۹} به حیث مثال، در مثال بالا محکمه پنج جریب زمین را به سه جریب کاهش دهد.

۳- در صورت پرداخت تمام اقساط توسط مشتری به بایع، ملکیت مبیعه از تاریخ انعقاد بیع به مشتری انتقال می یابد. به حیث مثال، اگر محمود در مثال بالا تمام اقساط را به احمد پرداخت نماید، از تاریخ انعقاد عقد بیع مالک مبیعه شناخته می شود.

۴- احکام فقره های (۱-۳) ماده ۱۷۰۲ ق. م هرچند متعاقبین عقد بیع را به نام اجاره منعقد نمایند تطبیق می شود. به نظر می رسد علت این امر قاعده نیت و ظاهر است که به موجب آن نیت طرفین عقد در عقد مدار اعتبار است نه الفاظ که تفصیل آن در جلد اول حقوق و جاب این دور از شرح ق. م در مبحث تفسیر عقد گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم بیع به ثمن مؤجل، بیع به اقساط و ضمانت اجرای پرداخت قسط است.

(۲) اثر: طبق ماده ۱۰۷۲ ق. م: «مشتری می تواند به مجرد انتقال ملکیت در مبیعه خواه منقول باشد یا غیرمنقول تصرف نماید، گرچه قبل از قبض باشد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که به مجرد انتقال حق ملکیت مبیع از بایع به مشتری، مشتری می تواند در ملکیت تصرف نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را بخرد، می تواند آن را به فروش رساند، وقف نماید، وصیت نماید، هبه نماید و سایر تصرفات را انجام دهد گرچه قبل از قبض باشد. همچنین، اگر احمد خانه محمود را بخرد می تواند آن را هبه نماید، وصیت نماید و سایر تصرفات را انجام دهد هرچند قبل از قبض باشد. قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است. در اصطلاح فقهی و حقوقی به اخذ و در اختیار گرفتن موضوع متعلق به طرف معامله از سوی شخص متصرف به نحوی که امکان تصرف برای وی فراهم آید، قبض گویند.^{۱۳۰}

(۳) طبق ماده ۱۰۷۳ ق. م: «هرگاه بایع، بعد از قبض ثمن و قبل از تسلیم مبیعه به مشتری، مفلس گردد، مشتری مبیعه را از بایع یا از ورثه او اخذ می نماید، سایر داینین مزاحم مشتری شده نمی توانند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی که بایع بعد از قبض ثمن و قبل از تسلیم مبیعه به مشتری مفلس گردد، مشتری می تواند مبیع را از بایع مفلس و یا ورثه او می تواند بگیرد. مفلس در لغت به معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح فقهی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.^{۱۳۱} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و قبل از تسلیم نمودن موتر به محمود و گرفتن پول موتر از محمود، احمد مفلس شود، محمود می تواند از احمد یا از ورثه احمد مانند پسر، پدر، زوجه، دختر و نظیر اینها موتر را بگیرد.

۲- داینین بایع مزاحم مشتری شده نمی تواند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد مدیون حمید و جمشید باشد و احمد مفلس باشد، حمید و جمشید نمی توانند مزاحم محمود و مانع انتقال ملکیت موتر به محمود شوند. به حیث مثال، داینین بایع مفلس نمی توانند ملکیت را غرض تضمین حصول دین خویش تحت رهن قرار دهند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق مشتری است.

دوم) تسلیم مبیع به مشتری

به مجرد وقوع عقد خریدار مالک مبیع و فروشنده مالک ثمن می شود و در نتیجه فروشنده ملزم به تسلیم مبیع به خریدار می گردد. تسلیم مبیع را نباید با انتقال ملکیت مبیع یکی پنداشت. درست است که در صورتی که بایع مبیع را به مشتری تسلیم نماید، به تبع آن حق ملکیت مبیع نیز از بایع به مشتری منتقل می شود، اما میان انتقال حق ملکیت و تسلیم مبیع تفاوت وجود دارد. در انتقال حق ملکیت، بایع رابطه اختصاصی را که با مال دارد به مشتری انتقال می دهد، در حالی که در تسلیم مبیع، بایع مبیع را جنساً به مشتری تسلیم می دهد. (۱) تعریف: تسلیم از ریشه «سلم» گرفته شده است که در لغت به معنی به قبض دادن، تحویل، سپردن

129. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

۱۳۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۰۲.
۱۳۱. وهبة الزحیلی (—). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷؛ محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۲۳۰ و ۲۳۱.

و دادن چیزی به دیگری است و تسلیم از ریشه «سلم» گرفته شده است که به معنی پذیرفتن و گرفتن است.^{۱۳۲} در خصوص تسلیم تعاریف ذیل وجود دارد:

۱- طبق ماده ۱۰۷۸ ق. م: «تسلیم مبیعه، عبارت است از دور ساختن موانع بین مشتری و مبیعه، طوری که مشتری بدون حایل و مانع به قبض آن قادر باشد.»

۲- در اصطلاح فقهی به در اختیار گذاشتن مبیع توسط بایع به مشتری به نحوی که هیچ مانعی برای تصرف وی وجود نداشته باشد، تسلیم گویند.^{۱۳۳}

۳- فقهای حنفیه تسلیم را عبارت از تخلیه می دانند و بر این نظر اند که: تسلیم عبارت از تخلیه مبیع به نفع مشتری است به نحوی که هیچ گونه مانعی برای تصرف او وجود نداشته باشد.^{۱۳۴}

۴- ماده ۲۶۳ مجله الاحکام در تعریف تسلیم مبیع می گوید: «تسلیم مبیع به تخلیه حاصل می شود و آن عبارت از این است که بایع برای مشتری به قبض مبیع اجازه دهد و مانعی از جانب وی در تسلیم مبیع برای مشتری موجود نباشد.»

(۲) کیفیت: کیفیت تسلیم مبیعه بر حسب مبیعه (ماده ۲۶۵ مجله الاحکام) فرق می نماید که برخی مثال های آن را در ذیل ارایه می نماییم:

۱- طبق ماده ۲۶۷ مجله الاحکام: «هرگاه زمین مشغول به زراعت فروخته شود، بایع به درو و جمع نمودن زرع و تسلیم زمین برای مشتری مجبور ساخته می شود.»

۲- طبق ماده ۲۶۸ مجله الاحکام: «هرگاه درختان در حالی فروخته شود که میوه آن رسیده، بایع به چیدن میوه و جمع آن و تسلیم درختان خالی برای مشتری مجبور ساخته می شود.»

۳- طبق ماده ۲۶۹ مجله الاحکام: «هرگاه میوه بالای درخت فروخته شود، اجازه بایع برای مشتری بخاطر چیدن میوه عبارت از تسلیم است.»

۲- براساس ماده ۲۷۰ مجله الاحکام: «زمینی که دارای دروازه و قفل باشد، مانند حویلی و باغ دارای دیوار اگر مشتری به داخل موجود باشد، و بایع برایش بگوید: این را برایت تسلیم نمودم، این قول بایع عبارت از تسلیم است. اما، اگر مشتری بیرون عمار باشد، اگر چنان قریب باشد که بر بسته نمودن و قفل کردن دروازه قدرت داشته باشد، قول بایع مبنی بر این که مبیعه را به تو تسلیم نمودم، تسلیم گفته می شود.»

۵- مطابق ماده ۲۷۲ مجله الاحکام: «هرگاه بایع سر و گوش حیوان یا ریسمان را که در سر حیوان قرار دارد گرفته و به مشتری تسلیم نماید، عبارت از تسلیم است. همچنین، اگر حیوان در محلی باشد که مشتری به تسلیم شدن آن بدون مشقت قادر باشد و آن را بایع به مشتری نشان بدهد و به گرفتن آن اجازه دهد، این عمل نیز تسلیم است.»

۶- مطابق ماده ۲۷۳ مجله الاحکام: «کیل نمودن اموال کیلی و، وزن نمودن اموال وزنی به امر مشتری و نهادن آن در ظرفی که به این منظور تهیه شده است، تسلیم تلقی می گردد.»

۷- براساس ماده ۲۷۵ مجله الاحکام: «اشیایی که جمعاً فروخته می شود و داخل صندوق یا انبار و یا در محلات مشابه آن به طور قفل شده قرار داشته باشد، دادن کلید آن محل برای مشتری و اجازه به گرفتن آن عبارت از تسلیم است. به عنوان مثال، در فروش انبار گندم یا صندوق کتاب ها به یکبارگی، دادن کلید انبار یا صندوق برای مشتری تسلیم محسوب می شود.»

۸- طبق ماده ۲۷۱ مجله الاحکام: «دادن کلید عقالی که دارای قفل است برای مشتری عبارت از تسلیم است.»

۹- طبق ماده ۱۰۸۰ ق. م: «هرگاه عین مبیعه قبل از بیع در تصرف مشتری باشد، قبض جدید آن ضرورت ندارد. تصرف مشتری خواه قبل از بیع یا بعد از بیع یا بعد از امانت.» طبق نص این ماده مبیعی که در ید مشتری باشد خواه ید مشتری ید امان و خواه ید ضمان باشد، قبض تلقی گردیده و مشتری ضرورت به قبض جدید ندارد. ید در لغت به معنی دست است و در فقه کنایه از تصرف است، چنانکه اگر بگویند: فلانی بر چیزی ید دارد، مراد آن است که بر آن تصرف مالکانه دارد. از همین رو، شخصی که

۱۳۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۶۷۸ و ۶۷۹.

۱۳۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۶۷۸ و ۶۷۹.

۱۳۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۶۷۹.

ملکی را تحت ید دارد ذوی الید نامیده می شود.^{۱۳۵} ید دو نوع است: ید ضمان و ید امان. ید ضمان عبارت از یدی است که متصرف که در عین حال غیر مالک شی است، شی را به قصد تملک به حیات خود آورده باشد، مانند: غاصب و حایز دارای سوء نیت. ید امان عبارت از تحت ید آوردن شی توسط غیر مالک به نمایندگی از مالک است، مانند: معیر، مستأجر و مودع. با توجه به آنچه گفته مثال های نص ماده ۱۰۸۰ ق. م قرار ذیل است:

- اگر احمد زمین محمود را غصب نماید و زمین تحت ید احمد باشد و سپس احمد و محمود توافق نمایند تا محمود زمین را به احمد به فروش رساند، محمود ضرورت به تسلیم زمین به احمد ندارد. در این فرض، محمود می تواند صرف پول را از احمد بگیرد. در این مثال، ید احمد ید ضمان است.

- اگر احمد خانه محمود را به اجاره گرفته باشد و سپس احمد و محمود توافق نمایند تا محمود خانه را به احمد به فروش رساند، محمود ضرورت به تسلیم خانه به احمد ندارد. زیرا، احمد خانه را تحت ید دارد. محمود صرف ضرورت به گرفتن پول دارد. در این مثال، ید احمد ید امان است.

۱۰- طبق ماده ۱۰۷۹ ق. م: «دور ساختن موانع، قبض حکمی شناخته شده و به اختلاف حال و نوع مبیعه مطابق ایجاب عرف تغییر می نماید.» طبق نص این ماده قبض که تعریف آن گذشت دو نوع است. قبض حقیقی که عبارت از قبضی است که مشتری حقیقتاً مبیعه را از بایع قبض می نماید که مثال های آن در بالا گذشت. قبض حکمی که عبارت از قبضی است که توسط قانون به رسمیت شناخته شده است. نص ماده ۱۰۷۹ ق. م ناظر بر قبض حکمی است. طبق نص این ماده دور ساختن موانع قبض حکمی است. موانع جمع مانع است. مانع اسم فاعل از ریشه «منع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازدارنده، حایل میان دو چیز، جلوگیری کننده، و جلوگیری است.^{۱۳۶} در اصطلاح فقهی مانع عبارت هر چیزی است که از تحقق یافتن چیز دیگری جلوگیری کند.^{۱۳۷} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و خانه را به رهن رسمی به جمشید در برابر دین خویش داده باشد، در صورتی که احمد دین جمشید را پرداخت نماید، مانع از فرا راه محمود رفع می شود و رفع مانع قبض حکمی مبیعه توسط محمود تلقی می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی قبض حکمی است.

۳) موضوع: موضوع تسلیم در عقد بیع، مبیع ای است که در عقد بیع، محل عقد قرار گرفته است.

۲) تسلیم مبیع مطابق اوصاف و طبیعت آن: طبق ماده ۱۰۷۶ ق. م: «بایع مکلف است مبیعه را به همان او صاف حین عقد و حالتی که موافق طبیعت مبیعه باشد، به مشتری تسلیم نماید.» طبق نص این ماده بایع مکلف است مبیعه را براساس اوصافی که مبیعه قبل از انعقاد عقد واجد آن بوده است به مشتری تسلیم نماید، مانند: اوصاف مبیع از حیث نوع، حدود مساحت، مدل و امثال اینها. در صورتی که مبیع فاقد اوصاف قبل از عقد باشد، مشتری می تواند آن را قبول ننماید. همچنین، در تسلیم مبیع طبیعت مبیع ملاک است. بنابراین، بایع مکلف است مبیع را مطابق طبیعت آن به مشتری تسلیم نماید. به عنوان مثال، بایع نمی تواند یخ را بعد از اینکه به آب تبدیل شود، به مشتری تسلیم نماید. زیرا، طبیعت یخ اقتضاء دارد که بایع آن را در حالت منجمد بودن به مشتری تسلیم نماید.

همچنین است ماهیت و یا طبیعت میوه جات و سبزیجات، زیرا در صورتی که میوه جات و سبزیجات گندیده و پوسیده شوند، مشتری متضرر می شود. لذا، بایع مکلف است میوه جات و سبزیجات را در حالت تازه بودن به مشتری تسلیم نماید. همین طور است طبیعت ادویه جات. لذا، بایع مکلف است ادویه جات را قبل از انقضای تاریخ آن ها به مشتری تسلیم نماید، زیرا در صورت انقضای تاریخ، ادویه غیرقابل استفاده می گردد و در نتیجه مشتری متضرر می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی و بیان تکلیف بایع است.

۵) مقدار: طبق ق. م بایع مکلف است مبیعه را به همان اندازه که در عقد تعیین گردیده است، به بایع منتقل نماید. در برخی حالات، امکان دارد بایع و مشتری در مبیع تزئید و یا کاهش بیاورند:

۱۳۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، صص ۲۲۶۶ و ۲۲۶۷.

۱۳۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۶۵۸.

۱- نقص مقدار مبیع: طبق ماده ۱۰۸۲ ق. م: «هرگاه مقدار مبیعه در عقد تعیین شده باشد بایع از نقص مبیعه حسب مقتضای عرف مسؤول می باشد، به شرطی که موافقه به غیر آن صورت نگرفته باشد، با آنهم مشتری از جهت نقص در مبیعه طلب فسخ عقد را کرده نمی تواند، مگر این که ثابت نماید نقص به اندازه ای است که اگر مشتری قبلاً به آن علم می داشت بیع را انجام نمی داد». طبق نص این ماده در صورتی که مقدار مبیعه در عقد تعیین شده باشد، مانند: مساحت زمین، وزن گندم، تعداد تخم، خربوزه، تربوز و امثال آن و ثمن آن نیز معین شده باشد، و قبل از تسلیم آن به مشتری توسط بایع در آن کاهشی رخ دهد، در صورت توافق بایع و مشتری در این مورد، چنین توافقی مدار اعتبار است و به آن عمل می شود. در صورتی که طرفین در این باره توافق خاص ننموده باشند، به عرف و عادات عمل می شود.

بنابراین، در صورتی که چنین تنقیضی در عرف قابل اِغماض و چشم پوشی باشد، مشتری نمی تواند به بایع به دلیل کاهش مقدار مبیعه مراجعه نماید. اما، در صورتی که این نقص در عرف قابل تسامح (گذشت) نباشد، مشتری می تواند تعویض کاهش را مطالبه نماید، زیرا بایع مسؤول کاهش مقدار مبیع در برابر مشتری است. اما، در صورتی که کاهش به اندازه ای بزرگ باشد که اگر مشتری حین عقد به آن علم می داشت، عقد را منعقد نمی کرد، می تواند عقد بیع را فسخ نماید. از آنچه گفته شد، واضح می گردد که در صورت تنقیض مقدار مبیع مشتری می تواند مطالبه پرداخت قیمت را متناسب به اندازه ای نقص و در صورت فاحش بودن نقص مطالبه فسخ عقد بیع را نماید.

به حیث مثال، اگر احمد صد سیر برنج را به محمود به فروش رساند، مکلف است صد سیر برنج تسلیم محمود نماید. در صورتی که احمد نود سیر برنج تسلیم محمود نماید، احمد در برابر محمود مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت آن را به محمود پرداخت نماید. جبران خسارت در این فرض، پرداخت ده سیر برنج است. محمود در صورتی می تواند عقد را فسخ نماید که نقض به اندازه ای باشد که اگر محمود در وقت انعقاد اندازه ای آن را می دانست عقد را منعقد نمی کرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده پیش بینی تکلیف بایع مبنی بر تسلیم مبیعه به مشتری به اندازه ای که در عقد در خصوص آن توافق صورت گرفته است، می باشد.

۲- افزایش: طبق ماده ۱۰۸۳ ق. م: «هرگاه مبیعه از آنچه در عقد تصریح شده زاید باشد در حالی که ثمن به مقابل هر واحد تعیین گردیده و مبیعه قابل تبعیض نباشد مشتری به اكمال ثمن مکلف می گردد، مگر اینکه زیادت آن فاحش باشد. در این صورت فسخ عقد را مطالبه کرده می تواند، مشروط بر این که موافقه به خلاف آن به عمل نیامده باشد». از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط است:

۱- در صورتی که مبیعه از آنچه در عقد پیش بینی شده زاید باشد، در حالی که ثمن یعنی پول در مقابل هر واحد مبیعه تعیین گردیده باشد و مبیعه قابل تبعیض نباشد، مشتری مکلف به تکمیل ثمن است. تبعیض در لغت به معنی جزء جزء کردن، جدا کردن برخی از برخی، برخی را قبول و برخی را رد کردن، تقسیم و جدا کردن بعضی از بعضی و رجحان بعضی بر بعضی است.^{۱۳۸} زاید در لغت به معنی اضافه و اضافی است.^{۱۳۹} به حیث مثال، اگر احمد سه بسوه زمین را به محمود دوازده لک افغانی به فروش رساند و قیمت هر بسوه زمین چهار لک افغانی باشد اما زمین سه و نیم بسوه باشد، محمود مکلف است چهار ده لک افغانی به احمد بدهد. زیرا، در این فرضیه، سه و نیم بسوه زمین قابل تبعیض نیست. زیرا، منافع مقصود از آن در صورت تقسیم زمین از بین می رود.

۲- در صورتی که زیادت فاحش باشد، مشتری فسخ عقد را مطالبه کرده می تواند مگر این که موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد. فاحش اسم فاعل از ریشه «فحش» گرفته شده است که در لغت به معنی بسیار، کثیر و زیاده از اندازه است. در فقه وصفی است برای امور زیان آوری که چنان بسیار باشد که از حد بگذرد مانند غبن فاحش.^{۱۴۰} فاحش متضاد یسیر است. فسخ عقد توسط مشتری در صورت زیادت فاحش در مبیعه موجه به نظر نمی رسد. زیرا، در این صورت زیادت فاحش به نفع مشتری است. به حیث

۱۳۸. ____ (۲۰۰۷-۲۰۱۱ م). دایرة المعارف آریانا، جلد (۲)، چاپ اول، کابل: اکادمی علوم افغانستان، ص ۷۱.
139. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۱۴۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۵۰.

مثال، اگر در مثال بالا زمین چهار بسوه باشد، زیادت فاحش است و بایع می تواند در صورتی که مشتری پول زیادت را ندهد، عقد بیع را فسخ نماید.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت زیادت در مبیعه است. طبق ماده ۲۵۲ مجله الاحکام: «بایع می تواند مقدار مبیعه را بعد از عقد زیاد نماید. بنابراین، اگر مشتری این زیادت را در مجلس قبول نماید، حق مطالبه زیادت را دارد و ندامت بایع در زمینه قابل سمع نیست. اما، اگر مشتری در مجلس زیادت را قبول نکند و قبول خود را بعد از آن ابراز نماید، به قبول وی اعتبار داده نمی شود. به طور مثال، اگر شخصی بیست عدد خربوزه را در بدل بیست قرش خرید و بایع بعد از عقد گفت که: پنج خربوزه دیگر را نیز به تو دادم، در صورتی که مشتری همین زیادت را در این مجلس قبول نماید، بیست و پنج دانه خربوزه در بدل بیست قرش لازم می گردد. اما، اگر در همان مجلس قبول نکند، و بعداً اظهار قبول نماید، فروشنده به تأدیه همین زیادت اجبار نمی گردد.»

همچنین، طبق ماده ۲۵۸ مجله الاحکام: «چیزی را که بایع بعد از عقد در مبیعه زیاد نموده است، حصه ای از پول مسمی قرار می گیرد. به طور مثال، اگر بایع هشت عدد خربوزه را به ده قرش به فروش رساند، و بایع بعد از عقد دو عدد خربوزه را زیاد نماید و مجموع خربوزه ها ده عدد شود، و مشتری زیادت را در مجلس عقد قبول نماید، چنین تلقی می گردد که گویی بایع خربوزه ها را به ده قرش فروخته است حتی اگر خربوزه های زیاد شده قبل از قبض تلف شود، از اصل پول خربوزه دو قرش تنزیل می یابد. پس، بایع در این وقت حق ندارد که از مشتری غیر از هشت خربوزه زیاده طلب نماید. همچنین، اگر بایع هزار گز زمین خود را به ده هزار قرش به فروش رساند و بعد از عقد صد گز دیگر را افزود نماید و مشتری در مجلس عقد آن را قبول نماید، و شخص دیگری به سبب شفعه مالک زمین شود، شفیع حق دارد که تمام هزار و صدو گز مبیعه را به ده هزار قرش بگیرد.»

همچنین، طبق ماده ۲۳۶ مجله الاحکام: «زیادتی که در مبیعه بعد از عقد و قبل از قبض حاصل می گردد، از قبیل: سردرختی و امثال آن، ملک مشتری دانسته می شود. به طور مثال، اگر باغی فروخته شود و بعد از عقد و قبل از قبض در آن زیادتی از قبیل ثمر و سبزیجات رونما گردد، زیادت حاصله بعد از عقد به مشتری تعلق می گیرد. همچنین، اگر حیوانی فروخته شود و قبل از قبض ولادت نماید، مولود آن ملک مشتری دانسته می شود.»

۳- نقصان در قیمت مبیعه: طبق ماده ۱۰۸۶ ق. م: «هرگاه در قیمت مبیعه قبل از تسلیم نسبت حدوث عیب نقصان عاید شود، مشتری بین فسخ عقد و بقای آن با تنقیص ثمن مخیر است.»، طبق نص این ماده در صورتی که در قیمت مبیعه به دلیل ظهور یا وارد شدن عیب قبل از تسلیم مبیعه توسط بایع به مشتری نقصان یا کاهش به وجود آید، مشتری دو گزینه دارد: ۱- فسخ عقد؛ و ۲- تنقیص ثمن. ثمن به معنی پول است. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۱۴۱} مخیر اسم مفعول از ریشه «خیر» گرفته شده است که در لغت به معنی مختار و اختیارمند است. در اصطلاح حقوق مدنی، مخیر شخصی است که برای انتخاب از میان دو چیز یا دو امر اختیار گزینش یکی را داشته باشد مانند صاحب دارای خیار که اختیار تأیید و یا فسخ عقد را دارد.^{۱۴۲} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود ده لک افغانی به فروش رساند و قبل از این که موتر را به محمود تسلیم نماید، احمد یا موتر تصادم نماید و در اثر تصادم قیمت موتر هشت لک افغانی شود، محمود اختیار دارد که عقد بیع را فسخ نماید یا موتر را در برابر هشت لک افغانی از احمد بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وارد شدن عیب در مبیعه قبل از تسلیم و اعطای گزینه های مختلف به مشتری است.

۶) مکان تسلیم مبیع در بیع مطلق: طبق ماده ۱۰۸۱ ق. م: «تسلیم مبیعه در بیع مطلق در محلی که مبیعه حین انعقاد عقد موجود باشد صورت گرفته و محل عقد جای تسلیمی شناخته نمی شود، مگر در صورتی که طرفین به تسلیم مبیعه در محل معین موافقه کرده باشند.»، به نظر می رسد بیع مطلق عبارت از بیعی است که معلق به شرط نباشد. از نص این ماده حکم قابل استنباط است:

۱- در بیع مطلق مکان تسلیم مبیع، مکانی است مبیع در آن وجود دارد. به عنوان مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و موتر در کابل باشد، محل تسلیمی مبیعه کابل است.

۲- در صورتی که طرفین در مورد تسلیم و تسلیم مبیع در مکان خاصی توافق نمایند، چنین توافقی مدار اعتبار است و به آن عمل می شود. به عنوان مثال، اگر احمد در کابل باشد و محمود در مزار شریف و محمود موتر احمد را که در کابل است خریداری نماید و احمد توافق نماید که موتر را در مزار شریف تسلیم محمود می نماید این توافق مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش حکم محل تسلیم و تسلیم مبیعه در بیع مطلق است. طبق ماده ۲۸۵ مجله الاحکام: «مطلق عقد مقتضی آن است که مبیع در محلی که حین انعقاد عقد موجود است، تسلیم داده شود. به عنوان مثال، مردی که در اسلامبول قرار داشته باشد و گندمی را که در تکفور طاغی به دیگری به فروش رساند، لازم است تا گندم را در تکفور طاغی به مشتری تسلیم نماید. بنابراین، وی ملزم نیست گندم را در اسلامبول تسلیم نماید.» همچنین، طبق ماده ۲۸۷ مجله الاحکام: «هرگاه بیع به این وجه صورت بگیرد که در فلان محل تسلیم داده شود، تسلیم آن در محل مذکور لازم می گردد.»

۷) مصارف تسلیم: در این باره ق. م سکوت اختیار نموده است. به نظر می رسد بایع و مشتری می توانند در مورد پرداخت مصارف تسلیم توافق نمایند، زیرا چنین توافق ها در عرف رایج است و مخالف نظام و آداب عامه تلقی نمی شود. بنابراین، بایع و مشتری می توانند توافق نمایند که مصارف تسلیم را بایع، مشتری و یا به طور مشترک متحمل شوند. اما، به موجب فقه مصارف تسلیم بر عهده بایع است. ماده ۲۸۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «مصارفی که به تسلیم مبیعه تعلق می گیرد، تنها بر عهده بایع لازم است. به عنوان مثال، اجوره پیمانه کننده برای اشیایی که به پیمانه وزن می شوند و اجوره وزن کننده برای اموالی که وزن می شوند تنها بر بایع لازم می شود.»

۸) تسلیم توابع مبیع: چنانچه در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح قانون مدنی گذشت، مالک اصل مالک فرع پنداشته می شود و فرع در وجود و بقا تابع اصل است. با توجه به این قاعده، پرسش این است که آیا توابع مبیع نیز به تبع مبیع توسط بایع به مشتری منتقل می شود؟ اگر پاسخ این پرسش مثبت باشد، براساس چه معیار ها؟ پاسخ سؤال اول بدون شک مثبت است، زیرا توابع مبیع به تبع مبیع از بایع به مشتری منتقل می شود، زیرا در این مورد قواعد معین مانند: «فرع حکم اصل را دارد» (ماده ۲۷ مجله الاحکام)، «شخصی که مالک شی گردد، مالک آنچه از ضروریات آن باشد نیز می گردد» (ماده ۲۹ مجله الاحکام) وجود دارد. در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که: در مورد انتقال توابع مبیع از بایع به مشتری چهار معیار وجود دارد: عرف، طبیعت شی، قصد متعاملین، اتصال و صیغه عقد. ماده ۱۰۷۷ ق. م در این مورد حکم می نماید که: «تسلیم شامل تمامی ملحقات مبیعه و آنچه که به صفت دایمی جهت استعمال مبیعه تهیه شده باشد، می باشد. این حکم مطابق ایجاب طبیعت شی، عرف و قصد متعاقدين صورت می گیرد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- تسلیم مبیعه شامل تمامی ملحقات مبیعه می شود. ملحقات جمع ملحقه و ملحقه تأنیث ملحق است که در لغت به معنی اضافه شده ها، ضمیمه ها و پیوست ها است.^{۱۴۳} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد که ملحقات چیز هایی است که با اصل شی ضمیمه می شوند، مانند کلید قفل، گوساله شیرخوار گاو و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد قفل را به محمود به فروش رساند، مکلف است کلید قفل را همراه با قفل به محمود تسلیم نماید. اگر احمد گاو را به محمود به فروش رساند، مکلف است گوساله شیرخوار گاو را همراه با گاو به محمود تسلیم نماید.

۲- تسلیم مبیعه شامل آنچه که به صورت دایمی برای استعمال مبیعه تهیه شده است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود خانه خویش را به فروش رساند، احمد مکلف است دروازه، آلماری های خانه و نظیر اینها را که برای استفاده خانه تهیه شده است، به محمود تسلیم نماید.

۳- قواعد شماره ۱ و ۲ مطابق طبیعت شی، عرف و قصد متعاقدين صورت می گیرد:

- **طبیعت شی:** ملحقات مبیعه و آنچه که برای استفاده مبیعه تهیه شده است از بایع به مشتری مطابق طبیعت شی صورت می گیرد. بنابراین، در انتقال ملحقات و آنچه برای استفاده مبیعه تهیه شده است باید به طبیعت شی مراجعه صورت بگیرد.

- **عرف:** ملحقات مبیعه و آنچه که برای استفاده مبیعه تهیه شده است از بایع به مشتری مطابق عرف صورت می گیرد. بنابراین، در انتقال ملحقات و آنچه برای استفاده مبیعه تهیه شده است به عرف مراجعه کرد.

- **قصد متعاملین:** ملحقات مبیعه و آنچه که برای استفاده مبیعه تهیه شده است از بایع به مشتری مطابق قصد طرفین صورت می گیرد. بنابراین، در انتقال ملحقات و آنچه برای استفاده مبیعه تهیه شده است باید به قصد طرفین مراجعه صورت بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم نقل و انتقال ملحقات مبیعه و آنچه برای استفاده مبیعه تهیه شده است و معیار این نقل و انتقال است. به موجب مجله الاحکام در خصوص نقل و انتقال مبیعه و ملحقات آن قواعد ذیل وجود دارد:

۱- **انتقال مشتملات مبیع براساس عرف:** مطابق ماده ۲۳۰ مجله الاحکام: «هر آنچه که نظر به عرف جاری اهالی یک منطقه از جمله مشتملات مبیعه محسوب گردد، بدون ذکر در بیع داخل می شود. به طور مثال، در بیع حویلی مطبخ و تشناب و در بیع باغ زیتون، درختان زیتون بدون ذکر در بیع داخل می گردد. زیرا، مطبخ و تشناب از جمله مشتملات حویلی بوده و همچنین باغ زیتون بالای ساحه ای در زمین اطلاق می گردد که در بین آن درختان زیتون موجود باشد. بنابراین، کلمه باغ زیتون بر زیتونی که خالی از درختان آن باشد، اطلاق نمی گردد.»

۲- **آنچه که در حکم جزء از اجزای مبیع است و طبیعت شی مقتضی آن است:** براساس ماده ۲۳۱ مجله الاحکام: «هر آن چیزی که در حکم جزء از اجزای مبیعه باشد و به منظور خرید و فروش انفکاک را نپذیرد، بدون ذکر در بیع داخل می گردد. به عنوان مثال، اگر قفل فروخته شود، کلید آن بالتبع در بیع داخل می شود و در صورتی که گاو شیری غرض استحصال شیر خریده شود، گوساله شیر خوار آن بدون ذکر در بیع داخل می گردد.»

۳- **اجزای مبیعه که با مبیعه متصل باشند:** وفق ماده ۲۳۲ مجله الاحکام: «اجزاء مبیعه که با مبیع در اتصال قرار داشته باشند، به صورت تبعی بدون ذکر در بیع داخل می گردد. به طور مثال، اگر حویلی ای فروخته شود، در بیع آن، قفل هایی که میخ گردیده باشند و الماری های که نصب شده باشند و طاقچه های میخ شده که مساعد برای گذاشتن فرش باشند و باغی که داخل حدود حویلی باشد و راهی که به راه عام وصل گردد و یا راه داخلی که بسته نگردد و در عرصه درختانی که به منظور دوام و استقرار غرس گردیده اند، داخل می گردند زیرا جمیع اشیای متذکره از مبیعه انفصال نمی پذیرد. بنابراین، بدون ذکر صریح داخل در بیع می گردد.»

۳- **آنچه تبعاً داخل در مبیع گردد بدون توافق طرفین و ذکر داخل در مبیع می گردد:** مطابق ماده ۲۳۳ مجله الاحکام: «آنچه که از مشتملات مبیع و توابع متصله و مستقره و یا در حکم جزء مبیع نباشد و یا فروش آن با مبیع در عرف و عادات جاری نباشد در صورتی که در عقد بیع ذکر نگردد، شامل مبیع نمی گردد. اما، آنچه که فروش آن در عرف و عادات یک منطقه به تبع مبیع صورت بگیرد، در بیع بدون ذکر صورت می گیرد. به عنوان مثال، اشیایی که غیرمستقر بوده و برای این وضع گردیده باشند که در وقت استعمال از جایی به جایی انتقال یابند مثل: صندوق، چوکی، فرنیچر و تخت در بیع حویلی بدون ذکر داخل نمی گردد. همچنین، فارم های لیمو و گل های که به شکل منفصل قرار داشته و درختان کوچکی که به منظور نقل از یک جا به جای دیگر غرس گردیده در بیع باغ ها بدون ذکر داخل نمی گردد همچنانی که زرع در بیع زمین و ثمر در بیع درخت بدون ذکر صریح در هنگام بیع داخل نمی شود. اما، لگام حیوان برای رکوب و مهار شتر و امثال آن از قبیل اشیایی که نظر به عرف و عادت مردم بالتبع به فروش می رسند، در بیع بدون ذکر داخل می گردند.» همچنین، «هر آنچه که بالتبع در بیع داخل گردد، در برابر خود حصه از پول ندارد. به طور مثال، اگر مهار شتر قبل از قبض به سرقت برده شود، در مقابل آن کم نمودن حصه از پول لازم نمی گردد.»

۲- **آنچه که شامل صیغه عقد بیع گردد نیز شامل مبیع می گردد:** طبق ماده ۲۳۵ مجله الاحکام: «اشیایی که الفاظ عمومی آن را در بر می گیرد و هنگام بیع در صیغه عقد علاوه می گردد، در بیع شامل می شود. به عنوان مثال، اگر بایع بگوید: این حویلی خود را با جمیع حقوق آن فروختم، در بیع حویلی، حق مرور، حق شرب و حق مسیل نیز داخل می گردد.»

۹) **تلف و اتلاف مبیع:** تلف و اتلاف مبیعه تابع قواعد ذیل است:

۱- **اتلاف مبیع توسط بایع قبل از تسلیم:** براساس ماده ۲۹۳ مجله الاحکام: «هرگاه مبیع قبل از قبض مشتری، در دست بایع هلاک گردد، از مال بایع بوده و بر مشتری پرداخت چیزی لازم نمی گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که مبیع قبل از تسلیم هلاک گردد، مانند: فوت گوسفند مبیع قبل از تسلیم در اثر فعل بایع، تنفیذ عقد غیرممکن و عقد فسخ می گردد. در چنین حالتی، بایع اثر هلاک مبیع را متحمل می شود. بنابراین، مشتری مکلف نیست، ثمن مبیع را به بایع بدهد.

۲- هلاک مبیع قبل از تسلیم در اثر قوه قاهره: طبق ماده ۱۰۸۵ ق. م: «هرگاه مبیعه قبل از تسلیمی بنابر اسباب خارج اراده بایع تلف شود عقد فسخ و ثمن به مشتری مسترد می گردد، مگر اینکه تلف بعد از ابلاغ به مشتری مبنی بر تسلیمی مبیعه صورت گرفته باشد». طبق نص این ماده در صورتی که مبیع در اسباب خارج از اراده بایع تلف شود، عقد فسخ و ثمن به مشتری رد می گردد. تعریف تلف در جلد اول این کتاب گذشت. به نظر می رسد منظور از سبب خارجی، سببی است که خارج از اراده شخص باشد. مصادیق اسباب خارج از اراده قوه قاهره، مانند سیل، طوفان و نظیر اینها حوادث غیرمترقبه اعتصاب، آتش سوزی و نظیر اینها است.

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و موتر در اثر آتش سوزی قبل از تسلیم نزد بایع از بین برود، عقد میان احمد و محمود فسخ می گردد و احمد اگر پول موتر را از محمود گرفته باشد، باید پول را به محمود رد نماید. همچنین، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و قبل از تسلیم خانه به محمود خانه در اثر سیل یا زلزله از بین برود، عقد میان احمد و محمود فسخ می گردد و احمد اگر پول خانه را از محمود اخذ کرده باشد، باید پول را به محمود مسترد نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که بایع به مشتری ابلاغ تسلیمی مبیعه را کرده باشد اما مشتری مبیعه را تسلیم نشده باشد. ابلاغ از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسانیدن پیام یا نامه به کسی و پیام رسانی و ایصال است.^{۱۴۴}

به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد به محمود گفته باشد، بیا و موتر را تسلیم شو یا تا ملکیت خانه را به تو منتقل کنم اما محمود به گفته های احمد توجه ننموده باشد، عقد فسخ نمی گردد و اثر هلاک مبیعه متوجه محمود می شود؛ به این معنی که: محمود خسارت از بین رفتن مبیعه را باید متحمل شود. زیرا، فرض بر این است که احمد تکلیف خویش را انجام داده است اما محمود مبیعه را تسلیم نشده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد اتلاف مبیعه در اثر سبب خارجی قبل از تسلیم است.

۳- هلاک مبیع توسط مشتری بعد از تسلیم: طبق ماده ۲۹۲ مجلة الاحکام: «هرگاه مبیعه بعد از قبض هلاک گردد، از مال مشتری بوده و بر بایع پرداخت چیزی لازم نمی گردد.»

۴- هلاک مبیع توسط مشتری بدون پرداخت ثمن: طبق ماده ۱۱۱۶ ق. م: «هرگاه مشتری قبل از تأدیة ثمن، بدون اجازه بایع مبیعه را قبض نماید بایع می تواند مبیع را مسترد نماید. در صورت هلاک یا معیوبیت مبیع نزد مشتری قبض مذکور صحیح پنداشته شده به تأدیة ثمن مکلف می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

- هرگاه مشتری بدون اجازه بایع و بدون اینکه ثمن را به بایع پرداخت نماید، مبیع را قبض نماید، بایع صلاحیت دارد مبیع را دو باره از مشتری بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و محمود قبل از این که پول موتر را به احمد بدهد، موتر را قبض نماید، احمد می تواند موتر را از محمود بگیرد.

- در صورتی که مبیع هلاک یا معیوب گردد، قبض مشتری صحیح تلقی گردیده و مشتری مکلف به پرداخت ثمن آن به بایع است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا موتر در نزد محمود تصادم نماید و معیوب گردد یا در اثر آتش سوزی از بین برود، قبض محمود صحیح است و اثر عیب و تلف را محمود باید متحمل شود؛ به این توضیح که محمود نمی تواند جبران خسارت آن را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم قبض مبیعه بدون اجازه بایع توسط مشتری و اثر هلاک و معیوبیت مبیعه است.

۵- هلاک مبیع بعد از قبض توسط مشتری و مردن مشتری در حالت افلاس قبل از پرداخت ثمن: طبق ماده ۲۹۵ مجلة الاحکام: «هرگاه مشتری مبیعه را قبض نماید و قبل از ادای ثمن در حالت افلاس وفات نماید، بایع حق استرداد مبیعه را ندارد، بلکه از جمله همتای سایر غرماء به حساب می رود.»

۶- هلاک مبیع قبل از قبض و بعد از افلاس مشتری و عدم پرداخت ثمن توسط مشتری: طبق ماده ۱۱۱۸ ق. م: «هرگاه مشتری قبل از قبض مبیعه و تأدیة ثمن در حالت افلاس بمیرد، بایع می تواند، مبیعه را تا زمان حصول ثمن نزد خود نگهداشته یا از محکمه، فروش آن را مطالبه کند. در صورت زیادت ثمن از حق بایع، حق بایع، پرداخته شده متباقی به سایر داینین

تعلق می گیرد و در صورت نقصان، با بایع در حصه متباقی مثل سایر داینین معامله می گردد.». از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

- در صورتی که مشتری قبل از قبض مبیعه و تأدیة ثمن در حالت افلاس بمیرد، بایع می تواند، مبیعه الی حصول ثمن نزد خود نگهدارد. افلاس از ریشه «فلس» گرفته شده است که در لغت به معنی ناچیز شدن، نادر شدن، بینوایی، ناداری و پریشانی است. به شخصی که حکم به افلاس او می شود مفلس گویند. در اصطلاح حقوقی افلاس عبارت از وصفی است در شخصی که قرض او بیشتر از دارایی او باشد.^{۱۴۵} به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را صد هزار دالر خریداری نماید و قبل از این که احمد ثمن یا پول را تسلیم محمود نماید، به افلاس محکوم گردد، محمود می تواند خانه را نزد خود نگه دارد.

- هرگاه مشتری قبل از قبض مبیعه و تأدیة ثمن در حالت افلاس بمیرد، بایع می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه فروش مبیعه را نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را صد هزار دالر خریداری نماید و قبل از این که احمد ثمن یا پول را تسلیم محمود نماید، به افلاس محکوم گردد، محمود می تواند از محکمه ذیصلاح تقاضا نماید تا خانه را به فروش رساند. فروش خانه در این مثال توجیه پذیر نیست زیرا بایع پول فروش خانه را گرفته است و فروش خانه به بایع فاقد فایده است.

- در صورت زیادت ثمن از حق بایع، حق بایع، پرداخته شده متباقی به سایر داینین تعلق می گیرد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، خانه محمود یک صد و بیست هزار دالر فروخته شود، احمد می تواند صد هزار دالر خویش را اخذ نماید و بیست هزار دالر باقیمانده به سایر داینین محمود تعلق بگیرد.

- در صورت نقصان، با بایع در حصه متباقی مثل سایر داینین معامله می گردد. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر خانه محمود هشتاد هزار دالر به فروش رساند، احمد مانند سایر داینین محمود تلقی می گردد. این ماده ترجمه ماده ۲۹۶ مجله الاحکام است که می گوید: «هرگاه مشتری قبل از قبض مبیع به حالت افلاس بمیرد، بایع می تواند مبیعه را حبس کند تا ثمن را از ترکه مشتری بگیرد. در این صورت، قاضی مبیعه را فروخته حق بایع را کاملاً می پردازد. اگر مبیعه کمتر از ثمن اصلی فروخته شود، بایع ثمنی را که مبیعه در بدل آن فروخته شده اخذ و در بدل باقی ثمن مانند غرما می باشد و اگر به بیشتر از ثمن اصلی فروخته شود، بایع فقط ثمن اصلی را اخذ می کند و چیزی که زاید می ماند به داینین مشتری متوفی إعطاء می گردد.».

سوم) پرداخت ضمان تعرض و استحقاق

یکی دیگر از تکالیف بایع در برابر مشتری پرداخت ضمان ناشی از تعرض خود بایع و یا اشخاص ثالث است که در عقد بیع دخیل نبوده اند. تعرض شخص ثالث بر مبیع مبنی بر ادعای ملکیت آن را دعوی استحقاق یاد می نمایند.

ضمان تعرض مرکب از دو کلمه است: ضمان که به معنی جبران خسارت و تاوان است و تعرض که از ریشه «عرض» به معنای طلب و مزاحمت کردن است.^{۱۴۶} در اصطلاحی فقهی و حقوقی ضمان تعرض عبارت از ضمانی است که بایع آن را در باره منازعات و اختلافات و ادعاهای احتمالی حقوقی نسبت به مبیع به مشتری می دهد،^{۱۴۷} مانند اینکه: بایع عقار و یا منقول خود را به دیگری به فروش رساند و از عدم تعرض خود نسبت به عدم مزاحمت مشتری مبنی بر انتفاع گرفتن از عین و منفعت مبیع و نیز ادعای های دیگر مبنی بر ملکیت مبیع اطمینان دهد.

پس، تعرض دو نوع است: تعرض بایع بر مبیع بعد از ابرام عقد بیع و تعرض اشخاص ثالث بر مبیع بعد از ابرام عقد بیع که به نام استحقاق یاد می شود. بنابراین، در صورتی که بایع و یا شخص ثالث بعد از عقد در مبیع تعرض نماید و موجب تضرر مشتری گردد، بایع باید جبران خسارت ناشی از این تعرض را بپردازد. با توجه به این تصنیف، اول تعرض بایع بر مبیع بعد از عقد بیع و سپس تعرض اشخاص ثالث بر مبیع بعد از ابرام عقد بیع را ذیلاً مورد تحلیل قرار می دهیم:

اولاً) تعرض بایع و شخص ثالث بر مبیع

طبق ماده ۱۰۸۸ ق. م: «بایع از عدم تعرض بر انتفاع مشتری از مبیعه به صورت کلی و جزئی ضامن شناخته می شود خواه تعرض ناشی از عمل خود بایع باشد یا شخص ثالثی که هنگام عقد بر مبیعه چنین حقی داشته باشد که به آن علیه مشتری احتجاج

۱۴۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۸۴.

۱۴۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۰۴.

۱۴۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۲۹۶.

۱) مفهوم دعوی استحقاق: استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شده است. در اصطلاح حقوقی و فقهی ظهور حق غیر را در مدعی بها استحقاق گویند.^{۱۴۹} به طور مثال، اگر شخصی خانه ای را به دیگری اجاره دهد و یا به فروش رساند و پس از آن معلوم شود که آن خانه مستحق للغير است، در این صورت شخصی که مستحق حق است، می تواند در این باره اقامه دعوی نماید. پس، دعوی استحقاق عبارت از دعوی است که توسط شخص ثالث در باره ملکیت کل یا بعضی مبیع، مانند مالک بودن مبیع، و یا حقی، مانند: حق رهن، حق انتفاع، حق ارتفاق و امثال اینها بر علیه مشتری صورت می گیرد.^{۱۵۰} در صورت اقامه دعوی استحقاق توسط شخص ثالث، بایع مکلف است در اثر درخواست مشتری به نمایندگی و یا به نفع مشتری در دعوی مداخله نموده و به دفع دعوی بپردازد. ماده ۱۰۸۹ ق. م در مورد مسؤولیت بایع حکم می نماید که: «هرگاه مبیعه از طرف غیر به استحقاق برده شود، در صورتی که استحقاق به ملک بایع راجع باشد، بایع ضامن آن شناخته می شود، گرچه ضمانت در عقد شرط گذاشته نشده باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۲- در صورتی که میبایع توسط شخص ثالث به استحقاق برده شود، بایع ضامن پرداخت جبران خسارت به مشتری است. هرچند بایع شرط گذاشته باشد که در صورت به استحقاق برده شدن میبایع ضامن نیست. در صورت پیش بینی چنین شرط، این شرط به دلیل مخالفت با قانون باطل است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد به محمود بگوید در صورتی که جمشید موتر را به استحقاق ببرد، من ضامن نیستم و جبران خسارت را نمی پردازم، باز هم احمد مطابق حکم قانون مسؤول است و باید جبران خسارت را به محمود بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر استحقاق میبایع توسط شخص ثالث است. همچنین، طبق ۱۰۹۰ ق. م: «شرط گذاشتن عدم ضمانت بایع در صورت استحقاق میبایع جواز نداشته، گذاشتن چنین شرط موجب فساد می گردد.»

۱۴۸. عبدالرزاق احمد السنه‌وری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶۱۸-۶۶۰.

۱۴۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۳۸.

۱۵۰. عبدالرزاق احمد السنه‌وری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۶۶۳.

۱۵۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۴۸.

نص این ماده مرتبط به ماده ۱۰۸۹ ق. م است. طبق نص این ماده در صورتی که بایع و مشتری شرط گذارند که در صورت به استحقاق برده شدن مبیعه توسط شخص ثالث، بایع مسؤول نیست، این شرط به دلیل مخالفت با قانون جواز ندارد. طبق قواعد عمومی عقود، این شرط موجب باطل شدن عقد می گردد. اما، طبق نص این ماده شرط عدم ضمان بودن بایع در صورت استحقاق مبیعه موجب فساد (فاسد شدن) عقد بیع می گردد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که شرط عدم ضمان بودن هم در نص ماده ۱۰۸۹ و ۱۰۹۰ ق. م پیش بینی شده است که به دلیل تکرار محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عدم جواز رفع مسؤولیت بایع در صورت استحقاق مبیعه است.

(۲) اثر: طبق ماده ۱۰۹۱ ق. م: «(۱) هرگاه استحقاق تنها به اقرار یا نکول مشتری ثابت شده باشد مطالبه ضمان از بایع جواز دارد؛ و (۲) اگر مشتری در حالت مندرج فقره فوق دارای حسن نیت بوده، بایع را به دعوی استحقاق در وقت مناسب مطلع ساخته به مداخله در دعوی ابلاغ نموده و بایع مداخله نورزیده باشد می تواند ضمان استحقاق را مطالبه کند؛ و (۳) در صورتی که مشتری بایع را به دعوی استحقاق مطلع نساخته و حکم قطعی علیه او صادر شود، حق مراجعه او ساقط می گردد. مشروط بر اینکه بایع ثابت سازد که مداخله او در دعوی به رد دعوی استحقاق منجر می گردید.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- در صورتی که استحقاق در اثر اقرار یا نکول مشتری ثابت گردد، مشتری می تواند از بایع ضمان استحقاق را مطالبه نماید. اقرار در لغت به معنی اعتراف نمودن است.^{۱۵۲} طبق ماده ۱۵۷۲ مجلة الاحکام: «اقرار عبارت از اخبار انسان است از حقی که شخص دیگر بر او دارد. [...]». نکول در لغت خودداری از ادای سوگند است.^{۱۵۳} در اصطلاح حقوقی، معنی اصطلاحی نکول از معنی لغوی آن گرفته شده است. بنابراین، نکول خودداری از سوگند است که توسط مدعی یا قاضی متوجه مدعی علیه شده است. ضمان در لغت به معنی تاوان و جبران خسارت است. که تعریف آن در جلد اول این کتاب گذشت. به حیث مثال، در صورتی که احمد موثر محمود را خریداری نماید و جمشید ادعا نماید که موثر متعلق به من است و مشتری اقرار نماید که موثر از جمشید است یا جمشید در حضور قاضی سوگند را متوجه احمد نماید و به احمد بگوید سوگند یاد نمائید که این موثر از من نیست و احمد از ادای سوگند پرهیز نماید، در همه این حالات اگر قاضی حکم نماید که موثر متعلق به جمشید است، احمد می تواند به محمود مراجعه نماید و جبران خسارت موثر را از محمود بگیرد. جبران خسارت در این مثال، دریافت موثر دیگری مانند موثر به استحقاق برده شده یا پرداخت پولی است که احمد از محمود دریافت کرده است.

۲- اگر مشتری در حالت فوق دارای حسن نیت بوده، بایع را به دعوی استحقاق در وقت مناسب مطلع ساخته به مداخله در دعوی ابلاغ نموده و بایع مداخله نورزیده باشد می تواند ضمان استحقاق را مطالبه کند. حسن نیت یکی از اصول حاکم بر قراردادها است. این اصل دو معنی دارد: نخست این که حسن نیت عبارت است از عدم قصد متعاقدين مبنی بر نیرنگ و فریب همدیگر.^{۱۵۴} دوم این که حسن نیت عبارت است از اجرای مفاد تعهد بدون نیرنگ و فریب. به حیث مثال، در صورتی که احمد موثر محمود را خریداری نماید و جمشید ادعا نماید که موثر متعلق به من است و احمد محمود را اطلاع داده باشد که جمشید در خصوص موثر ادعای مالکیت می نماید و محمود در دفع دعوی نپردازد و احمد به دفع دعوی جمشید بپردازد، اما بازنده (محکوم علیه) شناخته شود، احمد می تواند جبران خسارت را از محمود مطالبه نماید.

۳- در صورتی که مشتری بایع را به دعوی استحقاق مطلع نساخته و حکم قطعی علیه او صادر شود، حق مراجعه او ساقط می گردد مشروط بر اینکه بایع ثابت سازد که مداخله او در دعوی به رد دعوی استحقاق منجر می گردید. به حیث مثال، در صورتی که احمد موثر محمود را خریداری نماید و جمشید ادعا نماید که موثر متعلق به من است و احمد محمود را اطلاع ندهد که جمشید در خصوص موثر ادعای مالکیت می نماید و احمد به دفع دعوی جمشید بپردازد، اما براساس حکم قطعی محکمه ذیصلاح بازنده (محکوم علیه) شناخته شود، احمد نمی تواند جبران خسارت را از محمود مطالبه نماید.

در چنین حالتی شرط است که محمود ثابت نماید که اگر احمد او را راجع به استحقاق موثر اطلاع می داد، مداخله احمد موجب رد دعوی جمشید می شد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مشتری و بایع اثر دعوی

۱۵۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۰۸.

153. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 11/1/2018).

۱۵۴. بابک خسروی نیا (۱۳۹۱). قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، شماره دوم، ص ۹۱.

استحقاق است. از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که طبق ماده ۱۰۹۱ ق. م در صورت دعوی استحقاق توسط شخص ثالث، دو حالت وجود دارد: مداخله بایع جهت دفع دعوی استحقاق و عدم مداخله. عدم مداخله نیز ممکن است در دو حالت تحقق پذیرد: تقاضای مشتری جهت مداخله در دفع دعوی استحقاق و عدم تقاضای مشتری.

بنابراین، در صورت دعوی استحقاق توسط مشتری سه حالت قابل پیش بینی است: مداخله بایع در دعوی استحقاق، عدم مداخله بایع در دعوی استحقاق در صورت تقاضای مشتری و عدم مداخله بایع در دعوی استحقاق در صورت عدم تقاضای مشتری. در صورت اقامه دعوی استحقاق مبیع توسط شخص ثالث، بر مشتری لازم است تا بایع را مبنی بر دفع دعوی استحقاق مطلع نماید تا بایع یا دعوی استحقاق را دفع نماید و محکوم له شناخته شود و مشتری مستحق مبیع شناخته شود و یا محکوم علیه شناخته شده و ضمان استحقاق را به مشتری بپردازد. در اطلاع دادن بایع مبنی بر دفع دعوی استحقاق شکل خاص شرط نیست.

بنابراین، مشتری می تواند بایع را به شکل شفاهی نیز مطلع نماید. در صورت تقاضای مشتری مبنی بر مداخله بایع در دعوی استحقاق، و عدم پذیرش بایع، و خارج ماندن بایع از خصوصیت، سه حالت قابل تصور است: یا مشتری خود به دفع دعوی می پردازد و برنده می شود؛ یا در مورد حق شخص ثالث اقرار و یا با وی در این باره صلح می نماید؛ و یا به دفع دعوی می پردازد و محکوم علیه شناخته می شود. در صورت محکوم له شناخته شدن توسط محکمه ذیصلاح، دعوی استحقاق منتهی گردیده و با انتهای دعوی استحقاق التزام بایع نیز منتهی می گردد. بنابراین، چیزی جز مراجعه مشتری بر بایع مبنی بر پرداخت مصارف ناشی از دفع دعوی باقی نمی ماند که مشتری می تواند این مصارف را از بایع مطالبه نماید. در صورت اقرار مشتری به نفع متعرض، یا نکول او و یا صلح وی با او و ادای مبیع به وی جهت ختم تعرض، التزام بایع ختم گردیده و مکلف است قیمت مبیع و مصارف ناشی از دفع دعوی توسط مشتری را به وی بپردازد. در صورت پرداختن به دفع دعوی و محکوم علیه شناخته شدن، نیز می تواند پرداخت ضمان استحقاق را از بایع مطالبه نماید.^{۱۵۵}

در صورتی که مشتری از بایع تقاضای مداخله در دفع دعوی استحقاق را ننماید و خود به دفع دعوی بپردازد و در نتیجه محکوم علیه شناخته شود، نمی تواند پرداخت ضمان استحقاق را از بایع مطالبه نماید.

۳) ضمان استحقاق: طبق ماده ۱۰۹۶ فقره دوم ق. م: «(۱) بایع از استحقاقی که از فعل او نشأت کند مسؤول شناخته می شود، گرچه موافقه عدم ضمان در زمینه موجود شده باشد. توافق طرفین به خلاف این حکم اعتبار ندارد. (۲) اگر استحقاق ناشی از فعل غیر باشد، بایع تنها به رد ثمن مکلف می شود.» نص این ماده مبهم و مجمل است. به نظر می رسد از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- بایع از استحقاق ناشی از فعل خودش در برابر مشتری مسؤول است. این مسؤولیت به نظر می رسد که مسؤولیت مدنی قراردادی است. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و جمشید در اثر ادعا و حکم محکمه ذیصلاح خانه را به استحقاق ببرد، احمد در برابر محمود مسؤول است و باید جبران خسارت یا ضمان استحقاق را بپردازد. برخی نویسندگان در تعریف ضمان استحقاق در مفهوم خاص می گویند: «ضمان استحقاق الزام به باز گرداندن ثمن و سایر مصارف ناشی از دعوی استحقاق است است که فروشنده به دلیل تعلق مبیع به دیگران، سزاوار گرفتن آن نبوده است.»^{۱۵۶}

۲- توافق بایع و مشتری در خصوص رفع ضمان استحقاق به دلیل مخالفت با قانون باطل است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و احمد و محمود توافق نمایند که اگر جمشید خانه را به استحقاق ببرد، احمد در برابر محمود مسؤولیت مدنی قراردادی نداشته باشد، این توافق به دلیل مخالفت با قانون مدار اعتبار نیست.

۳- عبارت فقره دوم نص این ماده که می گوید: «اگر استحقاق ناشی از فعل غیر باشد، بایع تنها به رد ثمن مکلف می شود» مبهم به نظر می رسد. زیرا، معلوم نیست که منظور قانونگذار مدنی از «فعل غیر» چیست؟! برخی حقوقدانان در این خصوص می نویسند که: «هرگاه موازی دو جریب زمین مدیون در اثر تقاضای داینین از طرف محکمه و هیأت قضایی طور مزایده غرض ادای دین به فروش برسد و بعداً شخصی دعوی استحقاق را بر مبیعه بالایی مشتری نماید و مدعی دعوی خود را با شهود به اثبات برساند و محکمه حکم به اثبات دعوی استحقاق مدعی و حق رجوع ثمن مبیعه بر بایع صادر نماید، در این صورت گرچه دعوی استحقاق

۱۵۵. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶۶۰-۶۷۲.
۱۵۶. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲) دوره عقود معین (۱) حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۲۳.

ناشی از فعل غیر یعنی فروش مبیعه از طرف هیأت قضایی می باشد نه از طرف بایع مدیون، با آن هم مدیون به حیث بایع شناخته شده تنها به رد ثمن مکلف می شوند نه به ضمان مصارف دعوی استحقاق.^{۱۵۷} این مثال توجیه پذیر به نظر نمی رسد. زیرا، به نظر نمی رسد که «غیر» طبق نص این ماده «هیأت قضایی» باشد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۰۹۶ ق. م پیش بینی مسؤولیت مدنی بایع در برابر مشتری به دلیل استحقاق مبیعه است. طبق ق. م ضمان استحقاق ممکن است کلی باشد و بایع مکلف به پرداخت ضمان کلی باشد؛ یا ضمان جزئی باشد و یا مشتری با شخص ثالث در مورد دعوی صلح نموده و بایع مکلف گردد، آنچه را مشتری به عنوان بدل صلح به شخص ثالث پرداخته است،^{۱۵۸} به مشتری بپردازد که هر یک را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- ضمان استحقاق کلی: طبق ماده ۱۰۹۳ ق. م: «(۱) هرگاه مبیعه از نزد مشتری به استحقاق برده شود، در صورتی که بایع هنگام عقد از استحقاق مبیعه علم نداشته باشد، مشتری می تواند رد تمامی ثمن و قیمت حاصلی را که به رد آن برای مستحق مکلف شده، با مصارف نافع و جمیع مصارف دعوی ضمان و دعوی استحقاق، به غیر از آنچه مشتری می توانست از صرف آن به اساس ابلاغ دعوی به بایع خودداری کند، مطالبه نماید، زیادت و نقصان قیمت مبیعه در زمینه تأثیری ندارد؛ و (۲) اگر بایع هنگام عقد به استحقاق مبیعه علم داشته باشد، علاوه بر مطالبات فوق مشتری می تواند مقدار مازاد قیمت مبیعه را از ثمن و مصارف غیر ضروری ای که بر مبیعه انجام داده، با تعویض خساره عاید و نقص حاصلی که از جهت استحقاق مبیعه به او عاید شده، نیز مطالبه کند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- در صورتی که مبیعه از نزد مشتری به استحقاق برده شود و بایع هنگام عقد از استحقاق مبیعه علم نداشته باشد، مشتری می تواند: رد ثمن، قیمت حاصل که به رد آن به مستحق مکلف است، مصارف نافع، مصارف دعوی ضمان و مصارف دعوی استحقاق را از بایع مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به محمود مبلغ پنجاه لک افغانی به فروش رساند و محمود پس از خرید زمین آن را به باغ تبدیل نماید، در آن درخت غرس نماید و درختان میوه بار آورد، اما جمشید ادعای مالکیت زمین را نماید و محمود وکیل مدافع استخدام نماید اما محکمه حکم نماید که زمین از جمشید است و محمود زمین را به جمشید تسلیم نماید. در این صورت، محمود می تواند پنجاه لک افغانی (رد ثمن)، قیمت درختان و میوه درختان (قیمت حاصل)، مصارف ایجاد و احداث باغ (مصارف نافع)، اجوره وکیل مدافع (مصارف دفع دعوی استحقاق هرچند در ق. م مصارف دعوی استحقاق ذکر شده است که محل ایراد است زیرا مشتری در این خصوص مدعی نیست بلکه مدع علیه است) را از بایع مطالبه نماید. عبارت «به غیر از آنچه مشتری می توانست از صرف آن به اساس ابلاغ دعوی به بایع خودداری کند» مبهم است.

- در صورتی که در قیمت مبیعه زیادت و نقصان وارد گردد، این زیادت و نقصان فاقد تأثیر است. زیادت در لغت به معنی فزونی و افزونی و بسیار شدن است. نقصان در لغت به معنی کاهش، کمی و کم شدن است.^{۱۵۹} به حیث مثال، اگر در مثال بالا، قیمت زمین بعد از استحقاق توسط جمشید شصت لک افغانی شود یا چهل لک، محمود نمی تواند از احمد مطالبه شصت لک افغانی را نماید.

- اگر بایع هنگام عقد به استحقاق مبیعه علم داشته باشد، علاوه بر مطالبات فوق (رد ثمن، قیمت حاصل که به رد آن به مستحق مکلف است، مصارف نافع، مصارف دعوی ضمان و مصارف دعوی استحقاق) مشتری می تواند مقدار مازاد قیمت مبیعه را از ثمن و مصارف غیر ضروری ای که بر مبیعه انجام داده، با تعویض خساره عاید و نقص حاصلی که از جهت استحقاق مبیعه به او عاید شده، نیز مطالبه کند. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به محمود مبلغ پنجاه لک افغانی به فروش رساند و راجع به دعوی استحقاق زمین بداند محمود پس از خرید زمین آن را به باغ تبدیل نماید، در آن درخت غرس نماید و درختان میوه بار آورد، اما جمشید ادعای مالکیت زمین را نماید و محمود وکیل مدافع استخدام نماید اما محکمه حکم نماید که زمین از جمشید است و محمود زمین را به جمشید تسلیم نماید. در این صورت، محمود می تواند پنجاه لک افغانی (رد ثمن)، قیمت درختان و میوه

۱۵۷. یادگار راجی سمگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، کتاب دوم، عقود معین (____)، (____)، صص ۳۴ و ۳۵.

۱۵۸. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶۷۲ و ۶۷۳.

159. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 11/1/2018).

درختان (قیمت حاصل)، مصارف ایجاد و احداث باغ (مصارف نافع)، اجوره وکیل مدافع (مصارف دفع دعوی استحقاق) را از بایع مطالبه نماید.

همچنین، محمود می تواند مقدار افزایش قیمت زمین را از احمد مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر قیمت زمین قبل از استحقاق پنجاه لک افغانی باشد و بعد از استحقاق قیمت زمین شصت لک افغانی شود، محمود می تواند ده لک افزایش را از احمد مطالبه نماید. همچنین، محمود می تواند مصارف غیرضروری را که در مبیعه انجام داده است، مانند مصارف تزئینی از احمد مطالبه نماید. همچنین، محمود می تواند تعویض خساره عایده را از احمد مطالبه نماید. عبارت تعویض جبران خسارت عایده کلی است و ارایه مصداق مشخص برای آن مشکل به نظر می رسد. زیرا، همه یا بسیاری از مصادیق در نص این ماده احصا شده است. به نظر می رسد تعویض جبران خسارت عایده خساره و ضرری ماسوای اضرائی است که در نص این ماده احصا شده است. همچنین، محمود می تواند جبران خسارت نقص حاصلات را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی احکام جبران خسارت کلی استحقاق مبیعه است.

- ضمان استحقاق جزئی: طبق ماده ۱۰۹۴ ق. م: «(۱) هرگاه بعضی از مبیعه به استحقاق برده شده یا حقی بر او تعلق گرفته باشد که مشتری هنگام عقد از آن آگاه نباشد، می تواند عقد را فسخ نماید؛ و (۲) اگر مشتری مقدار متباقی مبیعه را قبول نماید، می تواند جبران خساره وارده ناشی از استحقاق را مطالبه کند.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که: در این صورت، استحقاق مبیع، استحقاق کلی نیست، بلکه جزئی است که ممکن است از طریق به استحقاق بردن جزئی از مبیع مشاع متحقق شود؛ یا حقی به مبیع تعلق داشته باشد، مانند: حق اختصاص و حق امتیاز، و یا مثلاً حق ارتفاق مبیع اصلاً موجود نباشد، مشتری میان فسخ عقد و قبول بقیه مبیع و مطالبه جبران خسارت جزئی که به استحقاق برده شده است، اختیار دارد. بنابراین، می تواند عقد را به صورت کلی فسخ نماید و یا جبران خسارت حصه مبیع را که به استحقاق برده شده است از بایع مطالبه نماید.^{۱۶۰}

به حیث مثال، اگر احمد سی جریب زمین را به محمود به فروش رساند و جمشید پانزده جریب زمین را به استحقاق ببرد یا پانزده جریب این زمین به حمید به رهن داده شده باشد، محمود می تواند عقد را فسخ نماید. دوم این که: اگر مبیعه قابل تجزیه باشد و قسمتی از مبیعه به استحقاق برده شود، مشتری می تواند قسمتی را که به استحقاق برده نشده است قبول نماید و جبران خسارت قسمتی را که به استحقاق برده شده مطابق قواعدی که بحث آن در بالا گذشت از بایع مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد سی جریب زمین را به محمود به فروش رساند و جمشید پانزده جریب زمین را به استحقاق ببرد، محمود می تواند پانزده جریب زمین را قبول نماید و جبران خسارت استحقاق پانزده جریب را مطابق قواعدی که تفصیل آن در بالا گذشت، از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد استحقاق جزئی مبیعه است.

- صلح مشتری با شخص ثالث مبنی بر پرداخت قیمت مبیع به استحقاق برده شده: طبق ماده ۱۰۹۲ ق. م:

«هرگاه بعد از اثبات دعوی استحقاق، شخص مستحق و مشتری طوری موافقه نمایند که مبیعه مقابل عوض نزد مشتری باشد این موافقه، خرید از مستحق تلقی گردیده مشتری بر بایع رجوع کرده می تواند.» طبق نص این ماده در صورتی که مشتری با شخص ثالث بعد از به استحقاق برده شدن مبیع توسط شخص ثالث به این ترتیب موافقت نماید که: مبیع از مشتری باشد و مشتری قیمت آن را به شخص ثالث بپردازد، در چنین حالتی، مشتری خریدار مبیع از شخص ثالث و شخص ثالث بایع مبیع تلقی می گردد و مشتری می تواند بر بایع اصلی مراجعه و ثمن مبیع به استحقاق برده شده و جمیع مصارف متعلق به آن را مطالبه نماید. در چنین حالتی، زمانی ذمه بایع بری می گردد که قیمت مبیع و جمیع مصارف متعلق به آن را به مشتری بپردازد.

به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به محمود مبلغ پنجاه لک افغانی به فروش رساند و زمین را جمشید به استحقاق ببرد و بعد از استحقاق جمشید با محمود توافق نمایند که محمود پنجاه لک افغانی به جمشید بدهد و زمین از آن محمود گردد، این توافق بیعی است که میان جمشید و محمود منعقد می شود. در این صورت، محمود می تواند از احمد قیمت مبیعه (پنجاه لک افغانی) و تمام مصارف مربوط به دعوی استحقاق را مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم قواعد مربوط به فروش زمین توسط شخص سوم به مشتری است.

۱۶۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسیط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶۸۵ - ۶۸۹.

- توافق بایع با مشتری مبنی بر تعدیل احکام ضمان تعرض غیر: طبق ماده ۱۰۹۵ فقره اول ق. م: «(۱) متعاقدين می توانند به اساس موافقه خاص ضمان استحقاق را زیاد یا کم سازند و یا آن را ساقط نمایند؛ و (۲) اگر حق ارتفاق واضح بوده و یا بایع آن را به مشتری ظاهر ساخته باشد، شرط عدم ضمان، خود به خود به وجود می آید.» طبق نص این ماده احکام ضمان استحقاق که تفصیل آن گذشت، مربوط به نظام عامه نیست. بنابراین، طرفین می توانند مبنی بر ازدیاد، کاهش و اسقاط آن توافق نمایند، مگر در حق ارتفاق.^{۱۶۱}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۹۷):

بین جزء (۲) و ماده (۱۰۵۹) و جزء (۱) ماده (۱۰۹۶) تباینی وجود دارد با مثال توضیح شود.

توضیح: جزء (۲) ماده (۱۰۹۵) از موضوع ارتفاق و جزء (۱) ماده (۱۰۹۶) از استحقاق عین مبیعه بحث می کند. اینک مثال از هر دو ارایه می شود: مثال جزء (۲) ماده (۱۰۹۵): شخصی حویلی خود را بالای دیگری به فروش می رساند ولی حق ارتفاق شخص ثالث در آن نیز واضح می باشد و یا بایع از حق ارتفاق شخص ثالث برای مشتری متذکر می شود در هر دو صورت موضوع ضمان خود به خود از بین می رود. مثال جزء (۱) ماده (۱۰۹۶): شخصی بالای دیگری در بند حویلی خود را به فروش رسانید بعداً حویلی فروش شده به استحقاق برده شد اگر استحقاق ناشی از فعل خود بایع باشد مثلاً بایع قبلاً حویلی متذکره را بالای کسی به فروش رسانده باشد در این صورت بایع ضامن بوده اگر چه موافقه به عدم ضمان گرفته باشد.^{۱۶۲}

چهارم) ضمان عیوب پنهان مبیع و فوت وصف

تکلیف چهارم بایع در برابر مشتری پرداخت ضمان عیوب پنهان مبیع است. بنابراین، در صورتی که در مبیع عیب پنهانی ظاهر شود و مشتری به آن علم نداشته باشد، و یا مبیع فاقد وصفی باشد که این وصف نزد مشتری دارای اهمیت ویژه باشد، بایع ملزم به پرداخت ضمان عیب پنهانی و فقدان وصف مورد نظر می باشد:

۱) ضمان عیب و فقدان وصف: طبق ماده ۱۰۹۷ ق. م: «هرگاه مبیعه وقت تسلیم، عاری از اوصافی باشد که وجود آن نزد مشتری اهمیت داشته، یا در آن عیبی دیده شود که باعث تنزیل قیمت یا تنزیل منفعت آن حسب غایه مطلوبه عقد یا ظاهر طبیعت شی و یا غرضی که به آن آماده گردیده، شود، بایع ملزم به ضمان می گردد، گرچه بایع به وجود آن علم نداشته باشد.»^{۱۶۳} غایه یا غایه در لغت به معنی پایان، نهایت، مقصد و مقصود است.^{۱۶۴} چنانچه تفصیل آن در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت، شی دارای جنس، وصف و مقدار است. اوصاف جمع وصف است. وصف خصوصیتی است که شی از آن برخوردار است. ضمان طبق ق. مترادف با جبران است که بحث آن در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت. از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط است:

۱- طبق نص این ماده در صورتی که مبیعه وقت تسلیم مبیعه توسط بایع به مشتری عاری از اوصافی باشد که نزد مشتری اهمیت داشته باشد و باعث تنزیل قیمت یا تنزیل منفعت آن مطابق غایه مطلوب عقد، ظاهر طبیعت شی یا هدفی که شی به منظور رسیدن به آن تهیه شده است، بایع ملزم به پرداخت ضمان است هرچند بایع به وجود آن علم نداشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد یک عراده موتر را به محمود به فروش رساند و بگوید که موتر بنز مودل ۲۰۱۸ و رنگ سیاه است و ۲۰۱۸ و سیاه بودن از نظر محمود دارای اهمیت باشد. اما، سپس معلوم شود که موتر فاقد این دو وصف است، به حیث مثال، موتر مدل ۲۰۱۷ و رنگ آن سرمه ای است و مودل موتر و رنگ موتر موجب کاهش قیمت آن در بازار گردد، محمود می تواند جبران خسارت را از احمد مطالبه نماید. ارایه مثال برای جبران خسارت طبق نص ماده ۱۰۹۷ مشکل به نظر می رسد. طبق رویه عملی محمود می تواند عقد را فسخ نماید. در صورت عدم فسخ، محمود می تواند تفاوت قیمت مدل ۲۰۱۷ و ۲۰۱۸ را از احمد مطالبه نماید. در اوصاف موتر غایه عقد (سبب عقد) طبیعت شی و هدفی که شی برای رسیدن به آن تهیه شده است، مدنظر گرفته می شود.

۱۶۱. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۲)، صص ۶۹۶ و ۶۹۷.

۱۶۲. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۳۹.

163. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 11/1/2018).

164. Ibid, (Last visit: 11/1/2018).

به نظر می رسد منظور «غایه مطلوبه عقد» هدف و سبب انعقاد است. به حیث مثال، هدف محمود در انعقاد در مثال بالا تملک موتر تجملی است. منظور از طبیعت شی ماهیت و کیفیت شی است. در مثال بالا، موتر بنز سیاه مدل ۲۰۱۸ در قدم نخست برای زندگی تجملی فراهم شده است. در مثال بالا، فرق نمی کند که احمد وصف را بداند یا نداند. همچنین، اگر احمد اسب را برای محمود به فروش رساند و بگوید که اسب بزکش است اما اسب اصلاً بزکش نباشد، بلکه احمد توسط آن بارکشی می نموده است، بزکش بودن اسب خصوصیتی است که برای محمود مهم است. بنابراین، محمود می تواند جبران خسارت را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد در این مثال محمود می تواند به دلیل فقدان وصف عقد را فسخ یا تفاوت تنزیل قیمت را از احمد مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر قیمت اسب بزکش دو لک افغانی باشد و محمود دو لک افغانی برای احمد پرداخت باشد اما اسب بارکشی باشد و قیمت آن پنجاه هزار افغانی باشد، محمود می تواند در صورت تأیید عقد یک لک و پنجاه هزار افغانی را از احمد مطالبه نماید. غایه عقد در این مثال برای احمد کسب ملکیت پول برای محمود کسب ملکیت اسب بزکش و بزکشی با آن است. طبیعت اسب بزکش برای بزکشی و طبیعت اسب بارکشی برای بارکشی است. هدفی که اسب بزکش برای آن فراهم شده است، بزکشی است و هدفی که اسب بارکشی برای آن فراهم می شود بارکشی است.

۲- هرگاه در میبعه در وقت تسلیم عیبی دیده شود که باعث تنزیل قیمت یا تنزیل منفعت آن حسب غایه مطلوبه عقد یا ظاهر طبیعت شی و یا غرضی که به آن آماده گردیده، شود، بایع ملزم به ضمان می گردد، گرچه بایع به وجود آن علم نداشته باشد. عیب در لغت به معنی نقص، نقیصه، بدی، زشتی و کمبود است که جمع آن عیوب است.^{۱۶۵} در تعریف عیب ماده ۳۳۸ مجله الاحکام می گوید: «عیب آن است که در نزد تجار و اهل خبره نقصانی در ثمن میبعه بار آورد.»

این تعریف بیشتر در مورد کالاها صادق است. اما، به طور عموم، در اصطلاح فقهی عیب عبارت از کاستی، پستی و نقیصه ای است که خلق یا صنع سلیم عادتاً از آن برخوردار نیست.^{۱۶۶} به حیث مثال، اگر احمد موتر را به محمود به فروش رساند و موتر عیب داشته باشد، به حیث مثال، موتر تصادم نموده باشد و قطع شده باشد و قیمت آن در بازار به دلیل تصادم کاهش یافته باشد، می تواند جبران خسارت را از احمد مطالبه نماید. محمود می تواند عقد را فسخ نماید یا تفاوت قیمت را از احمد بگیرد. در مثال بالا، فرق نمی کند که احمد عیب موتر را بداند یا نداند.

۲) طبق ماده ۱۰۹۸ ق. م: «هرگاه مشتری حین عقد بیع به عیوب میبعه علم داشته و یا اینکه اگر مشتری میبعه را مانند شخص عادی تفحص می کرد، به عیوب آن پی می برد، در این صورت بایع از عیوب متذکره ضامن پنداشته نمی شود، مگر اینکه مشتری ثابت نماید که بایع میبعه را خالی از عیب وانمود کرده و یا اینکه قصد اخفای عیب را داشته است.» طبق نص این ماده در صورتی که مشتری حین عقد بیع به عیوب میبعه علم داشته و یا اینکه اگر مشتری میبعه را مانند شخص عادی تفحص می کرد، به عیوب آن پی می برد، در این صورت بایع از عیوب متذکره ضامن پنداشته نمی شود، مگر اینکه مشتری ثابت نماید که بایع میبعه را خالی از عیب وانمود کرده و یا اینکه قصد اخفای عیب را داشته است. اخفا از ریشه «خفی» گرفته شده است که در لغت به معنی پنهان کردن، پنهان کردن و مخفی کردن است.^{۱۶۷} تفحص در لغت به معنی پژوهیدن، واکاوی، واری و جستجو کردن، تحقیق کردن، پیجویی، تجسس و استفسار است.^{۱۶۸}

به حیث مثال، اگر بالا محمود بداند که موتر تصادم کرده است و عقد را منعقد نماید یا اگر محمود مانند یک شخص عادی جستجو می کرد می توانست بداند که موتر تصادم کرده است، احمد مسؤول پرداخت جبران خسارت به محمود نیست. اما، اگر محمود ثابت نماید که احمد به محمود گفته است که موتر عاری از عیب است و یا احمد قصد پنهان کردن قطع بودن موتر را داشته است، محمود می تواند جبران خسارت را از احمد مطالبه نماید. شرط چهارم عیب موجب ضمان این است که مشتری به آن علم نداشته باشد. بنابراین، اگر مشتری در صورت علم داشتن به میبعه، آن را قبول نماید، بایع مسؤول پرداخت ضمان نیست. ماده ۳۲۳ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «هرگاه شخص مالی را با وجود علم به جمیع عیوب آن خریداری نماید، دعوی

۱۶۵. Ibid, (۲۰۱۶/۸/۳۱) (آخرین بازدید).

۱۶۶. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۸۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۱۴.

۱۶۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۳۶.

168. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 19/8/2016).

عیب از وی قابل سمع نیست. به عنوان مثال، هرگاه حیوانی را با جمیع عیوب آن خرید و گفت: اگر پایش شکسته و خورده شده باشد و یا معیوب باشد، قبول کردم، بعداً صلاحیت دعوی را نسبت به عیب قدیم ندارد.». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نصوص مواد ۱۰۹۷ و ۱۰۹۸ ق. م پیش بینی شرایط ضمان فقدان وصف و عیب در مبیع است.

(۳) بیوعی که ضمان عیب در آنها فاقد اعتبار است: طبق ماده ۱۱۰۶ ق. م: «ضمان عیب، در بیعی که به حکم محکمه یا توسط ادارات دولتی طور مزایده صورت گرفته باشد اعتبار ندارد.». طبق نص این ماده ضمان (جبران خساره) عیب در بیوع ذیل اعتبار ندارد:

۱- بیعی که توسط حکم محکمه صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد نتواند دین خویش را به محمود بپردازد و محمود خانه احمد را به رهن رسمی به رهن بگیرد و سپس خانه توسط محکمه به حمید فروخته شود، حمید در این خانه فاقد ضمان عیب است.

۲- بیعی که توسط ادارات دولتی طور مزایده صورت بگیرد در آن ضمان عیب وجود ندارد. مزایده از ریشه «زود» گرفته شده است که در لغت به معنی بر یکدیگر افزودن، افزودگی دوجانبه و حراج است. در اصطلاح حقوق مدنی، مزایده فروش چیزی به گونه ای حراج است به نحوی که هر کس بهایی بیشتر پرداخت کند، مبیعه از آن او باشد.^{۱۶۹}

به حیث مثال، اگر وزارت مالیه موثرهای مستعمل این وزارت را به محمود به فروش رساند، محمود در این بیع فاقد ضمان عیب است. به نظر می رسد علت این که در این نوع بیع خریدار فاقد ضمان عیب است این است که این نوع بیع توسط قضاء و یا اداره دولتی از طریق اعلان صورت می پذیرد و برای مشتری ها فرصت کافی جهت تفحص عیب داده می شود. در نتیجه، این نوع بیوع بعد از اتمام قابل فسخ نیست. پس، بیوعی که توسط قضاء از طریق مزایده به فروش می رسد، مانند: فروش اموال مدیون جهت پرداخت دیونی که بر ذمه مدیون است، بیع اموال قاصرین و محجورین از طریق مزایده قابل فسخ نیست. همچنین است بیوعی که توسط ادارات دولتی صورت می پذیرد.^{۱۷۰}

همچنین، طبق ماده ۱۱۰۵ ق. م: «عیبی که عرفاً قابل اهمیت نباشد، بایع ضامن آن دانسته نمی شود.». طبق نص این ماده عیبی که مطابق عرف قابل اهمیت نباشد، بایع ضامن آن نیست. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود به فروش رساند و قسمتی از رنگ موثر خراشیده شده باشد، احمد ضامن خراشیدگی نیست. زیرا، این عیب در عرف تا اندازه زیادی فاقد اهمیت به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نصوص مواد ۱۱۰۵ و ۱۱۰۶ ق. م پیش بینی بیوعی است که در آن ها جبران خسارت عیب مبیع وجود ندارد است.

(۵) اثر: در مورد اثر مرتب بر ظهور عیب در مبیع نویسندهگان میان حالات مختلف قرار شرح زیر قایل به تفصیل شده اند:

۱- **اثر عیب بعد از تسلیم:** طبق ماده ۱۱۰۷ ق. م: «(۱) دعوی ضمان عیب، بعد از انقضای شش ماه از وقت تسلیم مبیعه، اگر چه بعد از انقضای مدت فوق عیب مبیعه بر مشتری ظاهر نگردیده باشد قابل سمع نیست مشروط بر اینکه بایع مدت طولانی تری را قبول نکرده باشد؛ و (۲) اگر مشتری ثابت نماید که اخفای عیب از غش بایع نشأت کرده، بایع مذکور نمی تواند به انقضای مدت فوق تمسک نماید.». از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

- دعوی ضمان یا جبران خسارت عیب شش ماه بعد از روز تسلیمی مبیعه توسط بایع به مشتری است. این اصل است. استثنای این اصل این است که بایع مدت بیشتر را قبول نموده باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند، در صورت بروز عیب در خانه، به حیث مثال، شکستگی دیوار های خانه، محمود می تواند در مدت شش ماه از تاریخ تسلیم خانه علیه احمد اقامه دعوی نماید. در صورتی که در این مدت محمود علیه احمد اقامه دعوی ننماید، دعوی تحت مرور زمان قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست، مگر اینکه احمد مدت بیشتری، به حیث مثال، یک سال را برای محمود به موجب عقد داده باشد.

- اگر مشتری ثابت نماید که اخفای عیب از غش بایع نشأت کرده، بایع مذکور نمی تواند به انقضای مدت فوق تمسک نماید. تعریف اخفا گذشت. غش در لغت به معنای نیرنگ، حيله، اظهار خلاف نهانی، خیانت کردن و خیانت است. در اصطلاح فقهی

۱۶۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸.
۱۷۰. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۳۲ و ۷۳۳.

معانی متعدد دارد: نخست؛ غش عبارت از اظهار غیر حقیقی حقیقت است. دوم؛ به بیرون رفتن از حسن نیت لازم در معاملات هم غش اطلاق شده است.^{۱۷۱} تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهی و توسل، سند و حجت است.^{۱۷۲} در اصطلاح حقوقی برخی حقوقدانان بر این نظر اند که تمسک عبارت است از سند کتبی برای اثبات واقعه در معاملات و دعاوی.^{۱۷۳} این تعریف در مفهوم محدود برای تمسک ارایه شده است. به نظر می رسد تمسک عبارت است از متوسل شدن به وسایل اثبات دعوی برای اثبات ادعا. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود ثابت نماید که شکستگی در خانه را احمد به دلیل غش از محمود پنهان نموده است، احمد نمی تواند به مرور زمان استناد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مشتری و جلوگیری از غش بایع است.

۲- اثر عیب بعد از هلاک مبیع: طبق ماده ۱۱۰۲ ق. م: «هرگاه مبیعه معیوب، در دست مشتری هلاک گردد، صرف مطالبه تنقیص ثمن را از بایع نموده می تواند.» طبق نص این ماده در صورتی که مبیع معیوب بعد از قبض در دست مشتری هلاک گردد، مشتری نمی تواند مبیع را رد نماید، زیرا، مبیع در اثر هلاک معدوم می گردد و رد معدوم امکان پذیر نیست. اما، در چنین حالتی، مشتری می تواند متناسب به عیب، تنقیص ثمن را مطالبه نماید. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۱۷۴}

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود چهار لک افغانی به فروش رساند و موتر بریده باشد و بعد از تسلیمی موتر، موتر در اثر تصادم حریق شود و از بین برود، محمود نمی تواند موتر را به احمد رد نماید، اما می تواند کاهش مقدار پول را از احمد مطالبه نماید، به حیث مثال، محمود از احمد بخواهد تا یک لک افغانی را به دلیل وجود عیب در موتر به محمود رد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مشتری است.

۳- ظهور عیب جدید با وجود عیب قدیم در مبیع: طبق ماده ۱۱۰۰ ق. م: «(۱) هرگاه در مبیعه عیب قدیم ظاهر گردیده و بعداً نزد مشتری عیب جدید در آن عاید گردد، مشتری نمی تواند آن را با وجود عیب جدید مسترد نماید. اما صرف تنقیص ثمن را از بایع مطالبه کرده می تواند؛ و (۲) اگر عیب جدید از مبیعه زایل گردد، مشتری می تواند نسبت عیب قدیم آن را به بایع رد نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

- طبق ماده ۳۳۸ مجله الاحکام: «عیب قدیم آن است که در مبیعه زمانی موجود گردد که نزد بایع باشد.» عیب حادث آن است که بعد از قبض نزد مشتری حادث گردد (مستنبط از ماده ۳۲۵ مجله الاحکام). در صورتی که در مبیع عیب قدیم وجود داشته باشد؛ یعنی: عیب قبل از تسلیم وجود داشته باشد و بعد از تسلیم به مشتری در آن عیب جدید بنابر اسباب معین ظاهر شود، مشتری نمی تواند آن را دوباره به بایع مسترد نماید، زیرا در چنین حالتی بایع به دلیل ظهور عیب جدید در مبیع متضرر می شود. در چنین حالتی، مشتری می تواند تنقیص ثمن که تعریف آن در بالا گذشت را متناسب به عیب از بایع مطالبه نماید. ماده ۳۲۵ مجله الاحکام پس از بیان این قاعده، در این خصوص چنین مثال می آورد که: «هرگاه نزد مشتری در مبیعه عیب حادث شود و سپس عیب قدیم در آن ظاهر گردد، مشتری نمی تواند مبیع را به سبب عیب قدیم رد نماید، بلکه می تواند از بایع نقصان ثمن را مطالبه نماید. به طور مثال، اگر کسی رخت قماش را خریداری نماید و بعد از آنکه آن را قطع کند به عیب قدیم آن مطلع شود، چون قطع و جدا کردن آن عیب حادث به شمار می رود، مشتری نمی تواند که مبیعه را به سبب عیب قدیم به بایع رد نماید، بلکه به نقصان ثمن به بایع رجوع کرده می تواند.»

این مثال کلاسیک است. مثال جدید نص این ماده این است که اگر احمد موتر خویش را به محمود چهار لک افغانی به فروش رساند و موتر بریده باشد و بعد از تسلیم محمود با موتر تصادم نماید و موجب وارد شدن عیب جدید در موتر گردد، محمود نمی تواند موتر را به احمد مسترد نماید. اما، محمود می تواند از احمد مطالبه تنقیص ثمن به دلیل عیب قدیم نماید. به حیث مثال، محمود از احمد یک لک افغانی به دلیل بریدگی و قطع بودن موتر که عیب قدیم محسوب می گردد، مطالبه نماید.

۱۷۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۲۹.
۱۷۲. (آخرین بازدید ۸/۱۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

۱۷۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۱۴۱۹.
۱۷۴. (آخرین بازدید ۸/۱۹/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

- اگر عیب جدید از مبیعه زایل گردد، مشتری می تواند نسبت عیب قدیم آن را به بایع رد نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، تصادم محمود با موتر موجب ورود عیب جزئی و فاقد اهمیت بر موتر گردد و محمود آن را ترمیم و رفع نماید، محمود می تواند به دلیل وجود عیب قدیم در موتر (قطع و بریدگی) موتر، آن را به احمد رد و مطالبه پرداخت ثمن را نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مشتری است.

۴- اثر ظهور عیب در اشیای متعددی که ضمن یک عقد به فروش رسیده اند: طبق ماده ۱۰۹۹ ق.م: «اشیائی که به عقد واحد فروخته شده باشد و بعداً معیوبیت بعضی آن ظاهر گردد، در صورتی که در انقسام آن ضرری موجود نگردد، مشتری می تواند معیوب را مسترد نموده و از بایع مطالبه ثمن آن را بنماید. مشتری نمی تواند تمام اشیای مذکور را بدون رضای بایع مسترد نماید. اگر در انقسام آن ضرری موجود باشد، مشتری می تواند تمام مبیعه را به کل ثمن قبول و یا رد نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

- هرگاه در اشیای متعددی که ضمن یک عقد به فروش می رسند، عیبی ظاهر گردد و اشیاء بدون واردن شدن ضرر به آنها قابل تقسیم باشد، مشتری می تواند شی غیر معیوب را قبول و شی معیوب را به بایع رد و ثمن آن را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد از محمود یک پایه تلویزیون و یک پایه رادیو بخرد و رادیو معیوب باشد، محمود می تواند تلویزیون را قبول و رادیو را رد و پول آن را از احمد بگیرد.

- اگر در انقسام شی ضرری موجود باشد، مشتری می تواند تمام مبیعه را در مقابل ثمن قبول و یا رد نماید. به حیث مثال، اگر احمد یک پایه تلویزیون را به محمود به فروش رساند و تلویزیون معیوب باشد، محمود می تواند تلویزیون را قبول و یا رد نماید. در این مثال، یک پایه تلویزیون قابل تقسیم نیست. زیرا، در صورت تقسیم، تلویزیون از بین می رود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت به مشتری در تأیید یا فسخ عقد و مورد حمایت قرار دادن مشتری است.

۵- اثر تزئید شی به مبیع معیوب: طبق ماده ۱۱۰۱ ق.م: «تزئید شی، از مال مشتری بر مبیعه، مانع رد آن می گردد مگر مشتری می تواند نسبت عیب مبیعه به تنزیل قیمت آن به بایع مراجعه نماید.» تزئید در لغت به معنی افزون کردن و زیاد کردن است.^{۱۷۵} تنزیل در لغت به معنی فرو فرستادن، پایین آوردن و نازل شدن است.^{۱۷۶} طبق نص این ماده در صورتی مشتری در مبیعه تزئید به وجود آورد، تزئید شی در مبیعه، موجب رد آن از سوی مشتری به بایع می گردد. در این صورت، مشتری می تواند به دلیل عیب، تنزیل قیمت آن را از بایع مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را خریداری نماید و در خانه عیب وجود داشته باشد و احمد در خانه اطاق ایجاد نماید، احمد نمی تواند به دلیل احداث اطاق خانه را به محمود رد نماید. اما، احمد می تواند به دلیل عیب تنزیل قیمت خانه را از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مشتری است.

۶- اثر تصرف مالکانه مشتری در مبیع معیوب: طبق ماده ۱۱۰۳ ق.م: «هرگاه مشتری بعد از اطلاع به عیب قدیم در مبیعه، تصرف مالکانه نماید، خیار عیب او ساقط می گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که مشتری مبیع را قبض نماید و عیب قدیم مبیع به وی ظاهر گردد و در آن تصرف مالکانه نماید، مثلاً آن را به دیگری به فروش رساند، هبه نماید، وقف نماید، به اجاره دهد، خیار عیب وی ساقط گردیده و نمی تواند ضمان عیب را از بایع مطالبه نماید. به

حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را خریداری نماید و در دیوار های خانه شکستگی وجود داشته باشد و احمد بداند که در دیوار شکستگی وجود دارد، اما آن را به حمید به فروش رساند، حق خیار عیب احمد که تعریف آن گذشت، ساقط می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده پیش بینی حکم وجود عیب قدم در مبیعه و اطلاع و تصرف مشتری در آن است. این ماده متأثر از ماده ۳۲۲ مجله الاحکام است که در مورد تصرف در مبیع معیوب حکم می نماید که: «بعد از آن مشتری به عیب مبیع مطلع گردیده و در آن تصرف مالکانه نماید، خیار وی ساقط می گردد. به طور مثال، اگر مشتری مبیعه را بعد از اینکه به عیب قدیم آن

175. Ibid, (۲۰۱۶/۸/۱۹) (آخرین بازدید).

176. Ibid, (۲۰۱۶/۸/۱۹) (آخرین بازدید).

اطلاع حاصل کرد در معرض فروش قرار داد، در معرض فروش قرار دادن مبیع رضاء به عیب بوده و بعد از آن، مشتری آن را رد کرده نمی تواند.».

۷- دادن ضمانت توسط بایع به مشتری: طبق ماده ۱۱۰۳ ق.م: «متعاقدين می توانند به موافقه خاص مقدار ضمانت را تعیین نمایند. در صورتی که بایع عیب مبیعه را عمداً مخفی کرده باشد، تمام شرایطی که ضمانت را ساقط و یا تنزیل دهد باطل شمرده می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

- بایع و مشتری می توانند در صورت وجود عیب در مبیعه مقدار ضمانت را براساس توافق تعیین نمایند. ضمانت در لغت به معنی ضامن شدن، بر عهده گرفتن و کفیل شدن است.^{۱۷۷} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را ده لک افغانی به محمود به فروش رساند و توافق نمایند که در صورت ظهور عیب در موتر، به حیث مثال، جعلی بودن سند موتر، بریدگی بودن موتر و نظیر اینها احمد پنج لک افغانی به عنوان تضمین نزد حمید می گذارد، این تضمین مدار اعتبار است.

- در صورتی که بایع به عیب مبیع علم داشته باشد و عمداً آن را از مشتری پنهان نماید، بایع نمی تواند در صورتی که تضمینی به مشتری داده باشد، این تضمین را از طریق گذاشتن شرط ساقط نماید و یا مقدار تضمین را کاهش دهد، زیرا ساقط کردن تضمین و یا کاهش مقدار آن به ضرر مشتری منتهی می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد بداند که سند موتر جعلی است و احمد شرط گذاشته باشد که احمد عهده دار جعلی بودن سند موتر نیست، این شرط به دلیل مخالفت با قانون بی اعتبار است و بنابراین احمد در برابر محمود به دلیل جعلی بودن سند موتر مسؤول است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مشتری و جلوگیری از اخفای عیب مبیعه از سوی بایع است.

۲) حقوق بایع

طبق ق.م بایع دارای سه حق نسبت به مشتری است که عبارت اند از: حق اخذ ثمن، حق حبس مبیع در صورت عدم پرداخت ثمن توسط مشتری حق فسخ عقد بیع:

۱) تصرف بایع در ثمن قبل از قبض: طبق ماده ۱۰۶۹ ق.م: «بایع می تواند پیش از قبض ثمن، در آن تصرف نموده و یا به قرض دار خود آن را حواله کند، خواه از جمله اشیایی باشد که تعیین شده بتواند یا خیر.» عبارت «خواه از جمله اشیایی باشد که تعیین شده بتواند یا خیر» در نص این ماده مبهم و زاید به نظر می رسد. تعریف ثمن و قبض گذشت. طبق نص این ماده بایع می تواند پیش از گرفتن پول از مشتری در آن تصرف نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود مبالغ بفروشد، احمد می تواند قبل از این که پول را از احمد اخذ نماید، در آن تصرف نماید، به حیث مثال، با آن بوت بخرد، هبه نماید و سایر تصرفات را انجام دهد.

همچنین، طبق نص این ماده بایع می تواند قبل از اخذ پول از مشتری، پول را به مدیون خویش حواله دهد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به فروش رساند و مدیون حمید باشد، احمد می تواند پول را قبل از قبض به حمید حواله دهد. تصرف در پول قبل از قبض و حواله دادن آن از نظر عملی توجیه پذیر به نظر می رسد. زیرا، معمولاً بعد از قبض بایع در پول تصرف می نماید. بنابراین، نص این ماده محل ایراد به نظر نمی رسد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مشتری مبنی بر دادن پول به بایع و بیان اختیارات بایع است. نص ماده ۲۵۲ مجله الاحکام نسبت به ماده ۱۰۶۹ ق.م منطقی تر و توجیه پذیرتر به نظر می رسد. ماده ۲۵۲ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «بایع حق دارد که پول مبیعه را قبض و در آن تصرف نماید. به طور مثال، بایع مالی را که به پول معلوم به دیگری فروخته است، می تواند پول آن را به داین خود حواله دهد.».

۲) حق حبس: طبق ماده ۱۱۱۴ ق.م: «هرگاه تمام یا بعضی ثمن فی الحال قابل تأدیه باشد، بایع می تواند تا زمان حصول آنچه مستحق می گردد، مبیعه را نزد خود نگهدارد، گرچه مشتری در مورد، رهن یا تضمین بدهد مگر اینکه موافقه به خلاف آن صورت گرفته باشد.» طبق نص این ماده در صورتی که ثمن یا پول در زمان حال قابل تأدیه باشد، اما مشتری پول را به بایع ندهد، بایع می تواند مبیعه را نزد خود نگهدارد هرچند مشتری به بایع رهن یا تضمین بدهد. این اصل است. استثنای این اصل توافق طرفین طور دیگری است. تعریف تضمین و رهن در مبحث رهن و کفالت این کتاب خواهد آمد.

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را ده لک افغانی به محمود به فروش رساند و محمود پول را تسلیم احمد ننماید، احمد می تواند موتر را نزد خود نگهدارد. این حق بایع را «حق حبس» می نامند. در چنین حالتی، تفاوت نمی کند که محمود دوکان خویش را به احمد به عنوان رهن و تضمین بدهد یا ندهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن حق حبس بایع و مورد حمایت قرار دادن حق بایع است. به موجب فقه در صورتی که مشتری از تسلیم ثمن به بایع امتناع ورزد، بایع می تواند مبیع را الی پرداخت ثمن توسط مشتری حبس نماید. حق حبس عبارت از حق بایع است تا اینکه جانب مقابل دین خویش را ایفاء نماید، مانند اینکه: بایع مبیع را در بیع به ثمن حال حبس نماید تا اینکه مشتری ثمن را به او پرداخت نماید. طبق فقه بایع حق حبس مبیع تا پرداخت مقدار واجب التعجیل از ثمن را دارد. اما، به دو شرط:

۱- اینکه یکی از ثمن و مضمن عین و دیگری دین یعنی پول نقد مانند: بیع کالا به پول باشد.^{۱۷۸}

۲- اینکه ثمن حال باشد. زیرا، در صورتی که توافق بر ثمن مؤجل شود، در این صورت، بایع حق حبس مبیع را ندارد.^{۱۷۹} ماده ۲۷۸ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «در بیع به مقابل ثمن حال یعنی غیر مؤجل، بایع حق دارد که مبیعه را تا وقتی که مشتری تمام ثمن را اداء نماید، نزد خویش محبوس نماید». همچنین ماده ۲۷۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه اشیای متعدد را به یک صفقه به فروش رساند، بایع می تواند جمیع مبیع را تا زمان قبض تمام ثمن حبس کند، خواه برای هر یک از این اشیاء قیمت علیحده تعیین شده باشد و یا نه.» بنابراین «در بیع نسیه بایع حق حبس مبیع را ندارد، بلکه بر وی لازم است تا مبیع را تسلیم مشتری نماید و ثمن را در وقت حلول ميعاد قبض نماید» (ماده ۲۸۳ مجله الاحکام). حق حبس مبیع توسط بایع در حالات ذیل ساقط می گردد:

- **در صورت تسلیم مبیع قبل از قبض ثمن:** طبق ماده ۱۱۱۵ ق. م: «هرگاه بایع قبل از قبض ثمن مبیعه را تسلیم نماید، حق نگهداشت مبیعه را از دست می دهد. در این صورت استرداد مبیعه را جهت حصول ثمن مطالبه کرده نمی تواند.» طبق نص این ماده در صورتی که بایع مبیع را قبل از قبض ثمن به مشتری تسلیم نماید، حق حبس وی ساقط می گردد. در این صورت، بایع می تواند صرف استرداد مبیعه را از مشتری مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود ده لک افغانی به فروش رساند و احمد قبل از این که پول موتر را از محمود بگیرد، موتر را تسلیم محمود نماید، حق حبس مبیعه را به دلیل تسلیم مبیعه به محمود از دست می دهد. در این صورت، احمد می تواند از محمود موتر را دوباره بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حالات اسقاط حق نگهداشت در عقد بیع است.

- **توافق بایع به تأجیل ثمن مگر اینکه افلاس مشتری متصور باشد:** طبق ماده ۱۱۱۷ ق. م: «هرگاه بایع به تأجیل ثمن مبیعه موافقه نموده باشد، حق نگهداشت مبیعه را نداشته به تسلیم آن به مشتری مکلف ساخته می شود. در این صورت، حق مطالبه ثمن را قبل از فرا رسیدن موعد تأجیل ندارد، مگر این که تنقیص تأمینات تأدیه ثمن از طرف مشتری ظاهر شده یا مشتری در حالت افلاس قرار گیرد که خوف ضیاع ثمن از آن متصور باشد.» طبق نص این ماده در صورتی که بایع به تأجیل ثمن مبیعه موافقه نموده باشد، حق نگهداشت مبیعه را نداشته و مکلف است آن را به مشتری تسلیم نماید. تأجیل از ریشه اَجَلَ گرفته شده است که در لغت به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می رود.^{۱۸۰} به نظر می رسد تأجیل در اصطلاح حقوق مدنی، عبارت از تأخیر در اجرای تعهد است.

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را در تاریخ ۱۳ سنبله سال ۱۳۹۷ هجری شمسی ده لک افغانی به محمود به فروش رساند و احمد با محمود توافق نماید که پول موتر را در تاریخ ۱۳ سنبله سال ۱۳۹۹ هجری شمسی بگیرد، پرداخت پول از سوی محمود به احمد موکول به دو سال آینده شده است. در این صورت، احمد نمی تواند موتر را حبس نماید. در صورت تأجیل ثمن بایع حق مطالبه ثمن را از مشتری قبل از فرا رسیدن موعد ندارد. این اصل است. استثنای این اصل این است که تنقیص تأمینات ثمن از

۱۷۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۲.

۱۷۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۶۹۲.

۱۸۰. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

سوی مشتری ظاهر شود. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۱۸۱} تأمینات جمع تأمین است. تأمین که از ریشه «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.^{۱۸۲} تأمینات طبق ق. م دو نوع است: تأمین شخصی و تأمین عینی. تأمین شخصی عبارت است دادن شخص به عنوان ضامن (کفیل) به داین توسط مدیون. به نظر می رسد تأمین عینی عبارت از دادن عین (مال) به عنوان تضمین به داین توسط مدیون است.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود در برابر تأجیل ثمن سه بسوه زمین خویش را به عنوان تأمین عینی به احمد داده باشد و سپس بخواهد سه بسوه زمین را به یک بسوه کاهش دهد، احمد می تواند به دلیل کاهش و تنقیص تأمین، مطالبه ثمن را قبل از فرا رسیدن ۱۳ سنبله سال ۱۳۹۹ نماید. زیرا، در این صورت، تضمین از بین می رود و حق بایع مورد حمایت قرار نمی گیرد. استثنای دوم این است که مشتری در حالت افلاس قرار گیرد که خوف ضیاع ثمن از آن متصور باشد. تعریف افلاس گذشت. خوف در لغت به معنی ترس است. ضیاع در لغت به معنی از بین رفتن و نابود شدن است.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود به افلاس توسط محکمه ذیصلاح به گونه ای که تفصیل آن در مبحث اول جلد اول حقوق و جاب این دور از شرح ق. م گذشت، محکوم شود، احمد می تواند مطالبه ثمن مؤجل را نماید. زیرا، در این صورت، محمود مفلس شده است و خوف و ترس از بین رفتن حق بایع متصور است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حالات اسقاط حق نگهداشت در عقد بیع است.

نص ماده ۱۱۱۷ ق. م متأثر از مجله الاحکام است که در خصوص تأجیل ثمن معجل به مؤجل می گوید: «هرگاه بایع شی ای را به ثمن حال یعنی به طور معجل به فروش رساند و سپس ثمن را مؤجل گرداند و برای آن موعد تعیین نماید، حق حبس بایع ساقط می گردد. در این وقت، بر بایع لازم است که مبیعه را برای مشتری تسلیم نماید و ثمن را در موقع به سر رسیدن موعد و ميعاد مقرر قبض کند.»

(۳) حق فسخ: علاوه بر حق حبس مبیع، بایع حق فسخ عقد را نیز دارد. فسخ عقد بیع تابع قواعد ذیل است:

۱- طبق ماده ۱۱۱۹ ق. م: «هرگاه مشتری از تأدیه ثمن مبیعه در موعد تأدیه امتناع ورزد یا وجایب دیگری را که به موجب عقد بیع به آن مکلف است اخلال نماید، بایع می تواند تنفیذ یا فسخ بیع را مطالبه نماید.» طبق نص این ماده در صورتی مشتری از تأدیه ثمن امتناع ورزد یا سایر وجایب خویش را که مربوط به عقد بیع است انجام ندهد، بایع می تواند تنفیذ یا فسخ عقد بیع را از مشتری مطالبه نماید. تأدیه از ریشه «ادو» گرفته شده است که در لغت به معنی گذاردن، پرداخت، ادا کردن و رسانیدن است. در اصطلاح حقوقی، تأدیه عبارت از پرداخت حق است توسط متعهد به نفع متعهد له.^{۱۸۳} امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استنکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است. در اصطلاح حقوق مدنی، امتناع عبارت است از عدم اجرای تعهد.^{۱۸۴} اخلال در لغت به معنی خلل رسانیدن، زیان رسانیدن و بی نظمی است.^{۱۸۵} تنفیذ از ریشه نفذ گرفته شده است که در لغت به معنی اجراء کردن و انجام دادن است.^{۱۸۶} تنفیذ تعهد به معنی بجا آوردن التزامی است که مدیون بر عهده دارد، خواه این اقدام ارادی باشد و از سوی مدیون صورت گیرد یا به قهر انجام پذیرد.^{۱۸۷} تعریف فسخ در جلد اول این کتاب گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را خریداری نماید و محمود خانه را به احمد تسلیم نماید، اما احمد پول خرید خانه را به محمود ندهد یا سایر وجایب خویش را که مربوط به عقد بیع می شود انجام ندهد، به حیث مثال، حق الزحمه نقل و انتقال پول از طریق بانک یا حواله، محمود دو گزینه دارد. اول این که محمود می تواند از احمد مطالبه نماید تا پول خرید خانه و سایر تعهدات خویش را در برابر محمود انجام دهد. دوم این که در صورت عدم انجام این تعهدات از سوی احمد، محمود می تواند عقد را فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن بایع و اعطای حق فسخ به بایع در برابر مشتری است.

181. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶).

182. Ibid, (last visit: 11/8/2016).

۱۸۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۰۶.

۱۸۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۴۵.

185. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 24/2/2028).

۱۸۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۴۴.

۱۸۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران: نشر بلد، ص ۳۴۵.

۲- طبق ماده ۱۱۲۰ ق. م: «هرگاه طرفین عقد موافقه نمایند که در صورت عدم پرداخت ثمن در میعاد معین، بیع خود به خود فسخ شده تلقی گردد، محکمه می تواند تا زمانی که ابلاغ فسخ عقد صورت نگرفته باشد، مدت تأجیل را تمدید بخشد. اگر در عقد طوری تصریح شده باشد که فسخ بدون ابلاغ واقع می شود، در این صورت محکمه نمی تواند به مشتری مهلت بدهد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

- هرگاه طرفین عقد موافقه نمایند که در صورت عدم پرداخت ثمن در میعاد معین، بیع خود به خود فسخ شده تلقی گردد، محکمه می تواند تا زمانی که ابلاغ فسخ عقد صورت نگرفته باشد، مدت تأجیل را تمدید بخشد. تعریف ابلاغ و تأجیل گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود به فروش رساند و احمد شرط گذارد که اگر محمود در مدت یک هفته پول موثر را پرداخت نماید، عقد به صورت خودکار فسخ شود، محکمه می تواند تا زمانی که یکی از طرفین فسخ عقد را به طرف دیگر ابلاغ ننماید، مدت پرداخت ثمن را تمدید نماید. اما، در صورتی که در عقد تصریح شده باشد که فسخ به صورت خودکار و بدون ابلاغ فسخ می گردد، محکمه نمی تواند مدت پرداخت ثمن را تمدید نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و محمود توافق نموده باشند که در صورت عدم پرداخت ثمن از سوی محمود به احمد در مدت یک هفته، عقد به صورت خودکار فسخ شود، محکمه نمی تواند مدت یک هفته را تمدید نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حالات فسخ عقد بیع است.

ب) حقوق و تکالیف مشتری

عقد بیع عقد تملیکی معوض است که موجب ایجاد یک سلسله حقوق و تکالیف نسبت به بایع و مشتری می گردد:

۱) تکالیف مشتری

طبق ق. م عقد بیع صحیح موجب ایجاد تکالیف ذیل برای مشتری در برابر بایع می گردد:

۱) **پرداخت ثمن مصارف نقل و انتقال ثمن:** طبق ماده ۱۱۰۸ ق. م: «مشتری به پرداختن ثمن موافقه شده و مصارف پرداخت مطابق به شرایط عقد مکلف می باشد.» از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط است:

۱- مشتری مکلف به پرداخت پول مبیعه مطابق موافقه ای که در عقد بیع صورت گرفته است، می باشد. به حیث مثال، اگر جمیله از محمود یک پایه کامپیوتر خریداری نماید، جمیله مکلف به پرداخت پول کامپیوتر است.

۲- مشتری علاوه بر پرداخت ثمن به بایع، مکلف به پرداخت مصارف نقل و انتقال ثمن است. باوجوداین، در این صورت، بایع و مشتری باید در این باره چنین توافق نموده باشند. با توجه به نص این ماده به نظر می رسد طرفین عقد می توانند در باره پرداخت مصارف ثمن با همدیگر توافق نمایند. به حیث مثال، اگر جمیله خانه احمد را پنجاه لک افغانی خریداری نماید و بخواهد پول را از طریق بانک و یا صرافی به احمد انتقال دهد، اجوره حواله بر عهده جمیله است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی دیگر از تکالیف مشتری که پرداخت ثمن و پرداخت مصارف نقل و انتقال ثمن است، می باشد.

۲) **تسلیم ثمن به صورت معجل در بیع مطلق:** طبق ماده ۱۰۶۶ ق. م: «بیع مطلقى که در آن از تعجیل و یا تأجیل ثمن ذکرى به عمل نیامده باشد، ثمن آن به صورت معجل پرداخته می شود، مگر این که عرف به خلاف آن حکم کند.» تعریف تأجیل در بالا گذشت. تعجیل از ریشه عَجَلَ گرفته شده است که به معنی شتاب کردن، سرعت و ... به کار می رود.^{۱۸۸} به نظر می رسد طبق نص این ماده بیع مطلق بیعی است که در آن نه تعجیل پول مبیعه و نه تأجیل آن شرط شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد یک قوطی شیر را به محمود به فروش رساند و نگوید که محمود پول را فوراً یا در آینده پرداخت نماید، این بیع، بیع مطلق است. طبق نص این ماده بیع مطلقى که در آن از تعجیل و یا تأجیل ثمن ذکرى به عمل نیامده باشد، ثمن آن به صورت معجل پرداخته می شود.

این اصل است. استثنای این اصل این است که عرف طور دیگری حکم نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و تعجیل و تأجیل پرداخت ثمن در عقد ذکر نگردد، محمود مکلف است پول را به صورت معجل پرداخت نماید. به نظر می رسد ثمن معجل عبارت از ثمنی است که به صورت نقدی و عاجل پرداخت می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت ثمن در بیع مطلق و بیان یکی از تکالیف مشتری است.

۱۸۸. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

۳) استحقاق فواید ثمن توسط مشتری: طبق ماده ۱۱۱۲ ق. م: «(۱) بایع مستحق فایده قانونی ثمن مبیعه شناخته نمی شود، مگر اینکه مشتری را قبلاً به تأدیه ثمن اخطار یا مبیعه را به وی تسلیم نموده باشد. به هر حال لازم است که مبیعه قابلیت حاصل دهی یا سایر عواید را داشته باشد، مگر اینکه موافقه یا عرف به خلاف آن باشد؛ (۲) فواید و حاصلات مبیعه با تکالیف آن از هنگام انجام عقد به مشتری تعلق می گیرد، مگر اینکه موافقه یا عرف به خلاف آن باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- بایع مستحق فایده قانونی ثمن مبیعه شناخته نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را سی لک افغانی به محمود به فروش رساند و پول محمود در بانک باشد و بانک به محمود در برابر پول هفت فیصد سود بدهد، احمد مستحق این سود پول در صورتی می شود که خانه را تسلیم محمود نموده باشد یا محمود را به تأدیه پول اخطار داده باشد. در چنین حالتی، شرط است که مبیعه قابل حاصل دهی یا عواید باشد.

به حیث مثال، اگر مبیعه زمین یا خانه باشد، باید قابل کرایه یا اجاره دادن باشند. این اصل است. استثنای این اصل این است که موافقه طرفین یا قانون به خلاف نص این ماده حکم نموده باشد. بنابراین، در صورتی که مشتری شرط گذاشته باشد که بایع مستحق فایده قانونی پول نمی شود و یا قانون گرفتن فایده قانونی را ممنوع قرار داده باشد، حکم این ماده قابل تطبیق نیست. به نظر می رسد نص این ماده با فقه در تناقض قرار دارد و قابل توصیه است تعدیل گردد زیرا گرفتن سود در فقه اسلامی جواز ندارد.

۲- فواید و حاصلات مبیعه با تکالیف آن از هنگام انجام عقد به مشتری تعلق می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد خانه یا باغ خویش را به محمود در تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۷ به فروش رساند، حاصلات باغ و خانه و تکالیف آن مانند پرداخت محصول، پرداخت پول برق، آب و نظیر اینها بر عهده مشتری است. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد با محمود موافقه نموده باشد که محمود از تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۸ مستحق حاصلات باغ گردد و تکالیف آن را به عهده بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حق ها و تکالیف مشتری است.

۲) زمان تسلیم ثمن: طبق ماده ۱۱۱۱ ق. م: «هرگاه بایع در بیع جنس به نقد، جنس را عرضه نماید، مشتری قبل از تسلیم جنس به تأدیه ثمن مبیعه مکلف می باشد. در بیع جنس به جنس یا نقد به نقد تسلیم مبیعه و پرداخت ثمن یکجا صورت می گیرد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- هرگاه بایع در بیع جنس به نقد، جنس را عرضه نماید، مشتری قبل از تسلیم جنس به تأدیه ثمن مبیعه مکلف می باشد. جنس در لغت به معنی کالا و متاع است.^{۱۸۹} فروش جنس به نقد بیع است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود لباس را به فروش رساند، محمود مکلف است قبل از این که لباس را تسلیم شود، پول آن را به احمد پرداخت نماید.

۲- بند دوم نص ماده ۱۱۱۱ که می گوید: «در بیع جنس به جنس یا نقد به نقد تسلیم مبیعه و پرداخت ثمن یکجا صورت می گیرد» محل ایراد به نظر رسد. زیرا، بیع جنس به جنس مقایضه یا معاوضه است. در بیع جنس به جنس ثمن وجود ندارد بلکه یک مال با مال دیگر تعویض می شود. به حیث مثال، اگر احمد موبایل خود را به محمود بدهد و آئید محمود را در عوض بگیرد، این معامله مقایضه است. در این معامله، ثمن وجود ندارد. همچنین، بیع نقد به نقد صرف است. در صرف مبیعه وجود ندارد بلکه دو نوع پول های مختلف با همدیگر معاوضه می شوند. به حیث مثال، اگر احمد صد دالر به محمود بدهد و هفت هزار و چهار صد افغانی از محمود بگیرد، این معامله صرف است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی زمان تسلیم و تسلیم عوضین در عقد بیع، مقایضه و صرف است.

۳) طبق ماده ۱۰۶۴ ق. م: «بیع به ثمن معجل و مؤجل که مدت تأجیل آن معین باشد بدون در نظر گرفتن طول و قصر مدت جواز دارد. همچنین شرط تعیین اقساط در ثمن، که به مواعید معینه تأدیه شود، مجاز می باشد و اگر چنین موافقه به عمل آید که در صورت عدم تأدیه قسط در میعاد معینه آن، به ثمن معجل تبدیل شود نیز جواز دارد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- بیع به ثمن معجل بدون در نظر گرفتن طول و قصر مدت جواز دارد. طول در لغت به معنی دراز شدن، مدت دار شدن، درازا و درازی است.^{۱۹۰} قصر در لغت به معنی کوتاهی و کوتاه بودن است.^{۱۹۱} تعریف ثمن و معجل و ثمن معجل گذشت. به حیث مثال،

اگر احمد موثر خویش را ده لک افغانی به محمود به فروش رساند و شرط گذارد که محمود پول را به صورت عاجل و بدون تأخیر پرداخت نماید، این بیع جواز دارد.

۲- بیع به ثمن مؤجل که مدت تأجیل آن معین باشد بدون در نظر گرفتن طول و قصر مدت جواز دارد. تعریف ثمن مؤجل گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را در تاریخ ۲۰ سنبله سال ۱۳۹۷ ده لک افغانی به محمود به فروش رساند و توافق نمایند که محمود پول را در تاریخ ۲۰ سنبله ۱۳۹۸ یا ۱۳۹۹ پرداخت نماید، این بیع جواز دارد.

۳- شرط تعیین اقساط در ثمن، که به مواعید معینه تأدیه شود، مجاز می باشد. اقساط جمع قسط است. قسط در لغت به معنی حصه، سهم، قسمت و بخش است.^{۱۹۲} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد قسط عبارت از قسمتی از دین است که در فاصله های مساوی با کمیت های مساوی توسط مدیون به داین پرداخت می شود. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را در تاریخ ۲۰ سنبله سال ۱۳۹۷ پانزده لک افغانی به محمود به فروش رساند و توافق نمایند که محمود پول را در سه قسط هر قسط پنج لک افغانی در مدت سه سال پرداخت نماید، این بیع جواز دارد.

۴- در صورتی که طرفین عقد بیع توافق نمایند که در صورت عدم تأدیه قسط در میعاد معینه آن ثمن، به ثمن معجل تبدیل شود بیع جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را در تاریخ ۲۰ سنبله سال ۱۳۹۷ پانزده لک افغانی به محمود به فروش رساند و توافق نمایند که محمود پول را در سه قسط هر قسط پنج لک افغانی در مدت سه سال پرداخت نتواند، و در صورتی که محمود نتواند یک قسط را پرداخت نماید، سه قسط به یک قسط تبدیل شود و ثمن به صورت عاجل پرداخت شود، این بیع جواز دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مشروعیت بخشیدن به بیع به ثمن عاجل و ثمن آجل، بیع به اقساط و تبدیل نمودن تأجیل بیع به اقساط است.

(۴) طبق ماده ۱۱۱۰ ق. م: «هرگاه تأدیه ثمن مبیعه، به یک وقت معین یا به اقساط تعیین شده باشد، پرداخت ثمن به رسیدن موعد مهلت یا مدت هر قسط لازم می شود. تأخیر در تأدیه از موعد یک قسط موجب تعجیل اقساط دیگر نمی شود، مگر اینکه در عقد شرط گذاشته شده باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- طبق نص این ماده در صورتی که تأدیه ثمن مبیعه، در وقت معین یا به قسط های معین تعیین شده باشد، پرداخت ثمن به فرا رسیدن موعد پرداخت یا هر قسط لازم می شود. به حیث مثال، اگر احمد از محمود ده لک افغانی در تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۷ برای مدت یک سال قرض بگیرد، موعد پرداخت قرض در تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۸ فرا می رسد. بنابراین، محمود مکلف است در صورت فرا رسیدن تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۸ دین احمد را پرداخت نماید. همچنین، اگر احمد ده لک افغانی به محمود در تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۷ قرض بدهد و بگوید محمود مکلف است قسط اول را در تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۸ و قسط دوم را در تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۹ پرداخت نماید، محمود مکلف است در صورت فرا رسیدن اول میزان، ۱۳۹۸ و اول میزان ۱۳۹۹ دین احمد را پرداخت نماید.

۲- تأخیر در تأدیه از موعد یک قسط موجب تعجیل اقساط دیگر نمی شود، مگر اینکه در عقد شرط گذاشته شده باشد. تعریف تأخیر و تعجیل گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود در تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۷ قرض بدهد و بگوید محمود مکلف است قسط اول را در تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۸ و قسط دوم را در تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۹ پرداخت نماید، اما، محمود قسط اول را در تاریخ اول میزان، ۱۳۹۸ پرداخت ننماید، عدم پرداخت قسط اول موجب تعجیل سایر اقساط نمی شود مگر این که احمد شرط گذاشته باشد که عدم پرداخت قسط اول در موعد معین موجب تعجیل سایر اقساط می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم بیع به تقسیط است.

(۵) پرداخت مصارف تسلیم مبیع عقار و محصول ثبت و قبالة: طبق ماده ۱۱۲۳ ق. م: «مصارف تسلیمی مبیعه و عقد بیع، محصول ثبت و غیره مصارفی که مبیعه ایجاب نماید به ذمه مشتری می باشد، مگر اینکه موافقه یا عرف به خلاف آن حکم

190. Ibid, (last visit: 9/19/2018).

191. Ibid, (last visit: 9/19/2018).

۱۹۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۳۲.

نماید.». طبق نص این ماده اصل این است که مصارف تسلیمی مبیعه بر عهده مشتری است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود صد سیر چوب سوخت یا بوره اره به فروش رساند، مصارف وزن کردن چوب سوخت یا بوره اره بر عهده احمد است.

همچنین، اصل این است که مصارف محصول ثبت و سایر مصارفی که مبیعه ایجاب می نماید بر عهده مشتری است. محصول از ریشه «حصل» گرفته شده است که در لغت به معنی حاصل شده، به دست آمده، نتیجه و دستاور است.^{۱۹۳} در اصطلاح حقوقی، محصول عبارت از مبلغی است که دولت آن را در برابر خدمات اخذ می نماید، مانند: محصول وثایق که در محاکم اخذ می گردد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و محمود بخواهد قبالة آن را از محکمه بگیرد باید مصارف محصول قبالة که سه فیصد مجموعه قیمت مبیع است را پرداخت نماید. مستثنای این اصل این است که بایع و مشتری می توانند طور دیگر توافق نمایند. به حیث مثال، احمد و محمود می توانند توافق نمایند که مصارف محصول را به صورت مناصف پرداخت نمایند. همچنین، مستثنای دیگر این اصل عرف و عادات است. پس، اگر عرف و عادات حکم نماید که مصارف محصول را باید بایع پرداخت نماید، بایع مکلف به پرداخت مصارف محصول است.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی پیش بینی حکم پرداخت مصارف تسلیمی مبیعه و محصول وثایق است. طبق ماده ۲۹۲ مجله الاحکام: «اجرت تحریر اسناد و حجت ها و وثایق مبیعات به دوش مشتری است. اما، بر بایع لازم است که به عقد بیع اقرار کند و شهود را به محکمه اقامه نماید.».

۶) مکان پرداخت: طبق ماده ۱۱۰۹ ق.م. «(۱) هرگاه مکان پرداخت ثمن در عقد معین شده باشد، پرداخت آن در همان مکان معینه و اگر تعیین نشده باشد در جایی صورت می گیرد که مبیعه در آن تسلیم داده می شود؛ و (۲) اگر بایع در وقت تسلیمی مبیعه مستحق ثمن دانسته نشود، ثمن مذکور در اقامتگاه مشتری حین استحقاق پرداخته می شود، مگر این که موافقه یا عرف خلاف آن باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- پرداخت ثمن در جایی صورت می گیرد که در مورد آن توافق صورت گرفته است. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را ده لک افغانی به محمود به فروش رساند و احمد و محمود توافق نمایند که محمود پول را در منزل احمد در خیرخانه کابل پرداخت، محمود مکلف است پول را در منزل احمد در خیرخانه پرداخت نماید.

۲- در صورت عدم توافق، ثمن در جایی پرداخت می گردد که مبیعه در آنجا به مشتری تسلیم داده می شود. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را که در خیر خانه است ده لک افغانی به محمود در خیرخانه به فروش رساند و احمد و محمود در خصوص مکان پرداخت پول سکوت اختیار نمایند، محمود مکلف است پول را در خیرخانه کابل به احمد پرداخت نماید.

۳- اگر بایع در وقت تسلیمی مبیعه مستحق ثمن دانسته نشود، ثمن مذکور در اقامتگاه مشتری حین استحقاق پرداخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد در کابل موتر خویش را به محمود که اقامتگاه او در جلال آباد است به فروش رساند و عقد بیع فسخ گردد، احمد مکلف است پول محمود را در اقامتگاه او در جلال آباد پرداخت نماید. این اصل است. مستثنای این اصل این است که احمد می تواند پول را در کابل یا جای دیگر به محمود تسلیم نماید. همچنین، مستثنای دیگر این اصل عرف است. پس، اگر در این خصوص عرف خاص وجود داشته باشد، مطابق آن احمد و محمود می توانند عمل نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت محل ثمن است.

۷) پرداخت ثمن مطابق نرخ روز و نوسان در نرخ ثمن: طبق ماده ۱۰۶۳ ق.م می گوید: «(۱) در بیع مطلق تعیین ثمن به پول نقد حتمی است. باوجود آن گاهی به ذکر اساساتی که تعیین ثمن را در آینده ایجاب کند اکتفاء شده می تواند؛ و (۲) اگر به نرخ بازار در تعیین ثمن موافقه به عمل آید حین نوسان در نرخ به زمان و مکانی اعتبار داده می شود که تسلیمی مبیعه به مشتری صورت می گیرد. در صورتی که بازاری در محل تسلیمی وجود نداشته باشد، به نرخ بازار محلی که عرف به عمومیت آن حکم نماید اعتبار داده می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- در بیع مطلق تعیین ثمن به پول نقد حتمی است. بیع مطلق بیعی است که مقید به هیچ قید یا شرطی نباشد. در بیع مطلق تعیین ثمن به پول نقد شرط است. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را بدون کدام قید یا شرط به محمود به فروش رساند، شرط است که ثمن آن را به پول نقد تعیین نمایند، به عنوان مثال، ده لک، یازده لک و نظیر این.

۲- طرفین عقد می توانند به ذکر اساساتی که تعیین ثمن را در آینده ایجاب کند اکتفاء نمایند. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد تعمیر احوال نماید و مواد تشناب را از فروشگاه مواد ساختمانی خریداری نماید و احمد جمشید نلدوان را نزد محمود ببرد و محمود به اعتبار جمشید به احمد مواد ساختمانی قرض بدهد، اما قیمت مواد ساختمانی را یادداشت گرفته و در کتابچه یادداشت خویش برساند، این عقد جواز دارد. همچنین، اگر احمد از شهرک آریا آپارتمان خریداری نماید و مسؤول شهرک برخی اساسات مانند مساحت، تعداد اطاق، وسایل گرمایش و نظیر اینها را به احمد ذکر نماید، این بیع جواز دارد.

۳- در صورتی که به نرخ بازار در تعیین ثمن موافقه به عمل آید حین نوسان در نرخ به زمان و مکانی اعتبار داده می شود که تسلیمی مبیعه به مشتری صورت می گیرد. نوسان در لغت به معنی تغییر است.^{۱۹۴} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را ده هزار دالر به محمود در کوتل خیرخانه به فروش رساند و احمد و محمود توافق نمایند که محمود ده هزار دالر را مطابق نرخ بازار به افغانی پرداخت نماید، در تعیین نرخ زمان و مکان تسلیمی مبیعه اعتبار دارد. به حیث مثال، اگر مبیعه در کوتل خیرخانه باشد و در تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۷ به فروش رسیده باشد و نرخ دالر ۷۰ افغانی در وقت خرید و فروش باشد و سپس نرخ دالر از ۷۰ افغانی به ۸۰ افغانی تغییر نماید، نرخ دالر مطابق نرخ دالر در کوتل خیرخانه و تاریخ اول میزان سال ۱۳۹۷ محاسبه می شود.

۴- در صورتی که بازاری در محل تسلیمی وجود نداشته باشد، به نرخ بازار محلی که عرف به عمومیت آن حکم نماید اعتبار داده می شود. به حیث مثال، اگر بازار صرافی در کوتل خیرخانه وجود نداشته باشد، دالر مطابق نرخ دالر در سرای شهزاده محاسبه می گردد. زیرا، عرف به عمومیت سرای شهزاده حکم می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم نوسان نرخ ثمن است.

۸) کاهش و افزایش مقدار ثمن بعد از عقد: براساس ماده ۱۰۶۷ ق. م: «موافقه به زیادت و کمی ثمن، بعد از عقد جواز داشته و به اصل عقد راجع می گردد. شفیع از کمی ثمن استفاده کرده و از زیادت آن متضرر نمی گردد. اگر بایع از تمام ثمن منصرف شود، شفیع می تواند عقال را به ثمن مثل آن اخذ نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- موافقه به زیادت ثمن بعد از عقد جواز دارد و به اصل عقد بر می گردد. تعریف زیادت گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده تلویزیون را از احمد هجده هزار افغانی خریداری نماید و سپس حمیده و احمد توافق نمایند تا حمیده دو هزار دیگر به احمد بدهد، فرونی در پول خرید تلویزیون توسط احمد و حمیده جواز دارد و به اصل عقد بر می گردد؛ به این توضیح که گویی حمیده تلویزیون را بیست هزار افغانی از احمد خریده است. ماده ۲۵۵ مجلة الاحکام در این خصوص می گوید: «مشتري می تواند بعد از عقد در مقدار ثمن زیادت به عمل آورد. در صورتی که بایع در این مجلس زیادت را قبول نماید، حق مطالبه آن را از مشتری دارد و در این صورت ندامت مشتری در زمینه فایده ای ندارد. اما، اگر بایع در همان مجلس قبول نکرد و بعداً اظهار قبول به عمل آورد، مشتری به دادن دو صد قرشی که زیاد نموده است، اجبار نمی گردد.»

۲- موافقه به کمی ثمن بعد از عقد جواز دارد و به اصل عقد بر می گردد. کمی اسم منسوب به کم است که در لغت به معنی اندک، قلت و نقصان است.^{۱۹۵} به حیث مثال، اگر حمیده تلویزیون را از احمد هجده هزار افغانی خریداری نماید و سپس حمیده و احمد توافق نمایند تا حمیده دو هزار کمتر به احمد بدهد، کاهش و نقصان در پول خرید تلویزیون توسط احمد و حمیده جواز دارد و به اصل عقد بر می گردد؛ به این توضیح که گویی حمیده تلویزیون را شانزده هزار افغانی از احمد خریده است. ماده ۲۵۶ مجلة الاحکام می گوید: «کم نمودن بایع از مقدار ثمن مسمی بعد از عقد بیع، صحیح و معتبر است. به طور مثال، اگر مالی به صد قرش فروخته شود و بایع بعد از عقد بگوید که: بیست قرش از ثمن را برایت کم کردم، بایع در مقابل مال مذکور فقط هشتاد قرش را می گیرد.»

۳- شفیع از کمی ثمن استفاده کرده و از زیادت آن متضرر نمی گردد. شفیع اسم فاعل از ریشه «شفع» گرفته شده است که در لغت به معنی صاحب شفعه است. در اصطلاح حقوق مدنی، شفیع عبارت از همسایه و شریکی است (با توجه به اختلافی که در این

194. Ibid, (Last visit: 31/8/ 2106).

195. Ibid, (Last visit: 31/8/ 2106).

زمینه وجود دارد) که مستحق دریافت ملک فروخته شده از خریدار آن با پرداخت ثمن مورد توافق است در صورتی که عقد انجام شده و ثمن تعیین شده باشد.^{۱۹۶}

به حیث مثال، اگر احمد باشنده ولسوالی پغمان سی جریب زمین خویش را که در ولسوالی پغمان موقعیت دارد شصت لک افغانی به محمود که باشنده ولسوالی شکرده است به فروش رساند، جمشید همسایه احمد می تواند براساس شفعه زمین را اخذ نماید و پول زمین را به احمد پرداخته و جمشید را از عقد بیع خارج نماید. در این مثال، احمد بایع، جمشید مشتری و محمود شفیع است. در این صورت، اگر احمد مقدار ثمن را کم نماید شفیع می تواند از آن استفاده نماید. به حیث مثال، اگر احمد مقدار ثمن را پنجاه لک افغانی تعیین نماید، شفیع مکلف به پرداخت پنجاه هزار افغانی می شود. اما، اگر احمد مقدار ثمن را هفتاد لک افغانی تعیین نماید و در این خصوص با جمشید توافق نماید، شفیع مکلف به پرداخت شصت لک افغانی است.

۴- اگر بایع از تمام ثمن منصرف شود، شفیع می تواند عقال را به ثمن مثل آن اخذ نماید. عبارت «اگر بایع از تمام ثمن منصرف شود» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده این است که اگر بایع به هر دلیلی از گرفتن ثمن از مشتری منصرف شود، شفیع می تواند مبیعه را با ثمن مثل از بایع اخذ نماید. تعریف ثمن گذشت. مثل در لغت به معنی نظیر، مانند و شبیه است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی ثمن مثل عبارت از ثمن مطابق نرخ روز و عرف است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد زمین خویش را مطابق نرخ روز شصت لک افغانی به جمشید به فروش رساند و سایر افراد نیز بخواهند با عین قیمت زمین را از احمد خریداری نمایند، ثمن مثل، شصت لک افغانی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم کم و زیاد شدن مقدار ثمن و مورد حمایت قرار دادن شفیع است.

۸) پرداخت ثمن معجل در بیع دارای خیار شرط: طبق ماده ۱۰۶۵ ق. م: «در حالی که بیع معجل بدون خیار شرط باشد، به مجرد تسلیم مبیعه و در صورت خیار شرط از تاریخ سقوط خیار، موعد تأدیه ثمن فرا می رسد.» از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط است:

۱- در صورتی که بیع معجل بدون خیار شرط باشد، به مجرد تسلیم مبیعه موعد تأدیه ثمن فرا می رسد. بیع معجل مرکب از دو کلمه است: بیع که تعریف آن در ابتدای مبحث گذشت و معجل. معجل از ریشه عَجَلَ گرفته شده است که به معنی شتاب کردن و سرعت به کار می رود.^{۱۹۷} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی بیع معجل عبارت از بیعی است که در آن ثمن بدون تعویق و بلافاصله از بیع از سوی مشتری به بایع باید پرداخت شود. تعریف خیار شرط گذشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به بیع معجل سی لک افغانی به فروش رساند و محمود در این بیع خیار شرط نداشته باشد، محمود مکلف است به مجرد تسلیمی زمین، سی لک افغانی را به احمد پرداخت نماید.

۲- در صورتی که بیع معجل و با خیار شرط باشد، از تاریخ سقوط خیار، موعد تأدیه ثمن فرا می رسد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به بیع معجل سی لک افغانی به فروش رساند و محمود در این بیع خیار شرط را برای مدت یک هفته داشته باشد، محمود مکلف است در صورت سقوط خیار شرط، سی لک افغانی را به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت ثمن در بیع معجل بدون خیار شرط و در بیع معجل با خیار شرط است.

۹) طبق ماده ۱۱۲۱ ق. م: «مشتری مکلف است مبیعه را در محلی که حین عقد بیع در آن وجود داشت تسلیم شود، مگر اینکه موافقه به خلاف آن صورت گرفته باشد. انتقال مبیعه باید بدون معطلی صورت گیرد، مگر اینکه انتقال آن مدتی را ایجاب نموده یا انتقال آن در زمان و مکان معین در عقد تعیین شده باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- مشتری مکلف است مبیعه را در محلی که حین عقد بیع در آن وجود داشت تسلیم شود، مگر اینکه موافقه به خلاف آن صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر را از محمود در یکی از موتر فروشی های کوتل خیرخانه خریداری نماید، احمد مکلف است موتر را در موتر فروشی در کوتل خیرخانه تسلیم شود. اما، اگر احمد و محمود توافق نموده باشند که احمد موتر را در مکروریان اول تسلیم شود، این توافق مدار اعتبار است و محمود مکلف است موتر را در مکروریان اول تسلیم احمد نماید.

۱۹۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۸۹.
۱۹۷. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

۲- انتقال مبیعه باید بدون معطلی صورت گیرد، مگر اینکه انتقال آن مدتی را ایجاب نموده یا انتقال آن در زمان و مکان معین در عقد تعیین شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر را از محمود در یکی از موتر فروشی های کوئل خیرخانه خریداری نماید، محمود مکلف است به صورت عاجل موتر را تسلیم احمد نماید. اما، اگر نقل و انتقال مبیعه ایجاب مدت را نماید یا تسلیم مبیعه در مکان و زمان معین شرط گذاشته شده باشد، بایع مکلف نیست آن را به صورت عاجل تسلیم مشتری نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را در کابل به محمود به فروش رساند و موتر در مزار شریف باشد، نقل و انتقال موتر از کابل ایجاب مدت را می نماید. همچنین، اگر احمد موتر خویش را در کابل به تأریخ اول میزان ۱۳۹۷ به فروش رساند و احمد با محمود توافق نماید که موتر را در ۱۵ میزان در هرات تسلیم محمود می نماید، احمد مکلف نیست موتر را به محمود به صورت عاجل تسلیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی بیان تکلیف و حق بایع و مشتری مبنی بر تسلیم و تسلیم مبیعه به صورت عاجل و استثنائات آن است. ۱۰) طبق ماده ۱۱۲۲ ق. م: «هرگاه صدور مبیعه به مشتری لازم شده باشد، تسلیمی بعد از وصول مبیعه به مشتری انجام می گیرد، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد.» صدور در لغت به معنی فرستادن است. وصول در لغت به معنی رسیدن است.^{۱۹۸} به حیث مثال، اگر احمد مواد ساختمانی از محمود خریداری نماید و احمد مواد ساختمانی را به محمود بفروشد، تسلیمی زمان رسیدن مواد ساختمانی به محمود صورت می گیرد. این اصل است. استثنای این اصل این است که موافقه احمد و محمود طور دیگری صورت گرفته باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تسلیمی مبیعه توسط بایع به مشتری در صورت فرستادن مبیعه توسط بایع به مشتری است.

۱۱) مرور زمان تنقیص و تزید ثمن: طبق ماده ۱۰۸۴ ق. م: «مطالبه تنقیص ثمن از طرف مشتری و مطالبه تزید ثمن از طرف بایع مبنی بر زیادت و نقصان مبیعه بعد از مرور مدت سه ماه از تاریخ تسلیمی بالفعل مبیعه شنیده نمی شود.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- مطالبه تنقیص ثمن از طرف مشتری مبنی بر نقصان مبیعه بعد از مرور مدت سه ماه از تاریخ تسلیمی بالفعل مبیعه شنیده نمی شود. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۱۹۹} تعریف ثمن و زیادت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد نه جریب زمین را به محمود نه لک افغانی به فروش رساند و سپس احمد هشت جریب زمین تسلیم محمود نماید، در مبیعه نقصان صورت گرفته است. در این صورت، محمود می تواند در مدت سه ماه بعد از تسلیمی زمین علیه احمد بخاطر کاهش دادن ثمن مبیعه اقامه دعوی نماید. در صورت انقضای سه ماه دعوی تحت مرور زمان قرار گرفته و توسط محکمه شنیده و رسیدگی نمی شود. ۲- مطالبه تزید ثمن از طرف بایع مبنی بر زیادت مبیعه بعد از مرور مدت سه ماه از تاریخ تسلیمی بالفعل مبیعه شنیده نمی شود. تزید در لغت به معنی افزون کردن و زیاد کردن است.^{۲۰۰} به حیث مثال، اگر احمد نه جریب زمین را به محمود نه لک افغانی به فروش رساند و سپس احمد ده جریب زمین تسلیم محمود نماید، در مبیعه تزید صورت گرفته است. در این صورت، احمد می تواند در مدت سه ماه بعد از تسلیمی زمین علیه محمود بخاطر تزید مبیعه اقامه دعوی نماید. در صورت انقضای سه ماه دعوی تحت مرور زمان قرار گرفته و توسط محکمه شنیده و رسیدگی نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تزید مبیعه و مطالبه ازدیاد ثمن و نقصان مبیعه و مطالبه تنقیص ثمن توسط مشتری است.

۲) حقوق مشتری

طبق ق. م مشتری به موجب عقد بیع در برابر بایع دارای حقوق ذیل است:

۱) گرفتن مبیع: چون عقد بیع، عقد تملیکی معوض است، مشتری در برابر ثمنی که به بایع می پردازد، مستحق دریافت مبیع می گردد. بنابراین، اولین حق مشتری در برابر بایع این است تا بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید.

۲) حق حبس ثمن: طبق ماده ۱۱۱۳ ق. م: «(۱) هرگاه شخصی بالای مشتری به استناد حق سابق از عقد بیع و یا حقی که در خصوص مبیعه به بایع تعلق بگیرد، اعتراض نماید یا خوف استملاک ملکیت مبیعه موجود باشد، مشتری می تواند تا حین قطع تعرض یا زوال خطر در صورتی که شروط عقد مانع آن نباشد، ثمن مبیع را نزد خود نگهدارد. باوجوداین، بایع می تواند به شرط

198. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2106).

199. Ibid, (Last visit: 31/8/ 2106).

200. Ibid, (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۱۹).

تقدیم کفیل، تادیه ثمن میبیه را مطالبه کند؛ و (۲) اگر مشتری عیبی را در میبیه کشف نماید از حکم مندرج فقره فوق استفاده کرده می تواند. از نص این ماده استنباط می گردد که همانطوری که بایع می تواند الی حصول ثمن، میبیه را حبس نماید، مشتری نیز می تواند در چهار حالات ذیل ثمن را حبس نماید:

۱- هرگاه شخصی بالای مشتری به استناد حق سابق از عقد بیع اعتراض نماید، مشتری می تواند ثمن را حبس نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که توافق بر خلاف آن صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و سپس حمید در خصوص خانه ادعای مالکیت و اقامه دعوی نماید، محمود بعد از این که احمد را آگاه نماید، می تواند الی ختم دعوی و روشن شدن تکلیف میبیه ثمن زمین را حبس نماید.

۲- هرگاه حقی که در خصوص میبیه به بایع تعلق بگیرد، مشتری می تواند ثمن میبیه را الی ادای حق توسط بایع حبس نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که توافق بر خلاف آن صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و سپس دولت ادعا نماید که احمد محصول خانه را نپرداخته است، محمود می تواند الی پرداخت محصول خانه، ثمن را نزد خویش حبس نماید.

۳- هرگاه خوف استملاک ملکیت میبیه وجود داشته باشد، مشتری می تواند ثمن را رفع خطر حبس نماید. اصل است. استثنای این اصل این است که توافق بر خلاف آن صورت گرفته باشد. استملاک از ریشه «ملک» به معنای مالک شدن، دارا شدن، اختصاص اموال به خویش، به ملکیت خود در آوردن و خواهان ملک شدن و تصرف است. در اصطلاح فقهی و حقوقی استملاک عبارت از طلب ملک در مقابل عوض عادلانه از مالک آن جبراً جهت ضرورت و مصلحت عامه مانند توسعه سرک، مسجد و امثال اینها می باشد.^{۲۰۱} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و سپس محمود آگاه شود که قرار است دولت خانه را استملاک نماید، محمود می تواند الی روشن شدن تکلیف میبیه ثمن زمین را حبس نماید. در این سه حالت، بایع می تواند به شرط دادن کفیل به مشتری تادیه ثمن میبیه را مطالبه کند. تعریف کفیل در مبحث کفالت خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد در حالات سه گانه فوق، حمید را به عنوان کفیل به محمود بدهد و حمید تعهد نماید که در صورتی که میبیه به استحقاق برده شود یا دولت قبالة ملکیت خانه را به دلیل عدم پرداخت محصول توسط احمد طی ننماید یا خانه احمد استملاک گردد، احمد پول محمود را دوباره می پردازد، احمد می تواند از محمود پرداخت ثمن را مطالبه نماید.

۴- اگر مشتری عیبی را در میبیه کشف نماید می تواند از حق حبس استفاده نماید. تعریف عیب در مبحث ضمان عیوب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را ده لک افغانی خریداری نماید و هنوز پول را تسلیم نکرده باشد و در موتر عیب وجود داشته باشد، به حیث مثال، موتر بریده باشد، احمد می تواند ثمن میبیه را حبس نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۱۱۳ به رسمیت شناختن حق حبس ثمن از سوی مشتری و احصای برخی مصادیق حق حبس ثمن است.

(۳) هلاک میبیه: طبق ماده ۱۰۸۷ ق. م: «(۱) هرگاه چیزی که به قصد خرید بعد از تعیین ثمن قبض گردیده نزد قابض هلاک و یا ضایع شود، قبض کننده مسؤول پنداشته می شود. در صورت عدم تعیین ثمن، حیثیت امانت را داشته از ضیاع و هلاکی که بدون قصد و تقصیر قابض به عمل آید، مسؤولیت به قابض عاید نمی گردد؛ و (۲) اگر قبض به قصد خرید صورت نگرفته بدون قصد قبض کننده هلاک شود امانت شمرده شده مسؤولیتی به قابض عاید نمی گردد، اعم از اینکه ثمن آن تعیین شده باشد یا نه.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- هرگاه چیزی که به قصد خرید بعد از تعیین ثمن قبض گردیده نزد قابض هلاک و یا ضایع شود، قبض کننده مسؤول پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گوسفند یا صد عدد خربوزه را به محمود به فروش رساند و محمود گوسفندها و خربوزه ها را قبض نماید و ثمن تعیین شده باشد و گوسفندها و خربوزه ها در نزد محمود هلاک یا ضایع شود، محمود مسؤول هلاک و ضیاع گوسفندان و خربوزه ها است.

۲۰۱. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۵۷۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۶۶؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه شماره ۱۳۱۷.

۲- در صورت عدم تعیین ثمن، مبیعه حیثیت امانت را داشته از ضیاع و هلاکی که بدون قصد و تقصیر قابض به عمل آید، مسؤولیت به قابض عاید نمی گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گوسفند یا صد عدد خرپوزه را به محمود به فروش رساند و محمود گوسفندها و خرپوزه ها را قبض نماید و ثمن تعیین نشده باشد و گوسفندها و خرپوزه ها در نزد محمود بدون قصد محمود و تقصیر محمود، ضایع یا هلاک شوند، محمود مسؤول هلاک و ضیاع گوسفندان و خرپوزه ها نیست.

۳- اگر قبض به قصد خرید صورت نگرفته بدون قصد قبض کننده هلاک شود امانت شمرده شده مسؤولیتی به قابض عاید نمی گردد، اعم از اینکه ثمن آن تعیین شده باشد یا نه. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گوسفند یا صد عدد خرپوزه را قبض نماید و گوسفندها و خرپوزه ها در نزد محمود بدون قصد محمود و تقصیر محمود، ضایع یا هلاک شوند، محمود مسؤول هلاک و ضیاع گوسفندان و خرپوزه ها نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم هلاک مبیعه در عقد بیع در حالات مختلف است.

۳) اثر عقد بیع نسبت به اشخاص ثالث

طبق ماده ۱۰۷۰ ق. م: «برای این که اثر بیع در حق ثالث به نتیجه منتج گردد، عقد باید مطابق به احکام قانون ثبت گردد.»، نص این ماده مبهم و مجمل به نظر می رسد. محل عقد بیع یا عقار است یا منقول. در صورتی که محل عقد بیع منقول باشد مانند شیر، کینو، تلویزیون، کامپیوتر و نظیر اینها به دلیل اصل سرعت و دفع خرج عقد اصلاً در هیچ مرجع ای ثبت نمی گردد. اما، در صورتی محل عقد عقار باشد، عقد باید مطابق شکلیات و تشریفات که در قوانین مربوطه پیش بینی شده است ثبت گردد. در صورت عدم ثبت، نقل و انتقال ملکیت مدار اعتبار نیست که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. طبق نص این ماده در صورتی که عقد نسبت به اشخاص ثالث باعث ایجاد اثر گردد، باید ثبت شود. نص این ماده فاقد موضوعیت لازم است و ارایه مثال های عملی برای نص این ماده مشکل به نظر می رسد. برخی نویسندگان در این خصوص شفعه را مثال می آورند و ادعا می کنند که حق شفعه برای شخص ثالث بعد از ثبت عقد در محکمه ذیصلاح و ترتیب قبالة قانونی ایجاد می گردد.^{۲۰۲} این نظر محل ایراد به نظر می رسد زیرا چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد حق شفعه می تواند برای شفیع قبل از ثبت عقد در محکمه ذیصلاح ایجاد گردد.

گفتار هفتم) انتهای عقد بیع

اسباب انتهای بیع قرار ذیل است:

الف) اجرای موضوع

در صورتی که عقد بیع به صورت صحیح واقع شود، این عقد چنانچه گفته شد موجب ایجاد یک سلسله آثار معین نسبت به بایع و مشتری می گردد. مهم ترین این آثار تسلیم مبیع توسط بایع به مشتری و تسلیم ثمن توسط مشتری به بایع است. بنابراین، در صورت تسلیم مبیع توسط بایع به مشتری و تسلیم ثمن توسط مشتری به بایع عقد بیع منتهی می گردد. تسلیم و تسلیم مبیع و ثمن را اجرای موضوع عقد نیز می گویند. به حیث مثال، اگر جمیله زیورات خود را به حمیده به فروش رساند و پول آن را تسلیم شود، عقد بیع در اثر اجرای موضوع عقد منتهی می گردد.^{۲۰۳}

ب) فسخ عقد بیع

یکی از طرق انحلال عقد بیع فسخ عقد است. ق. م در این مورد احکام خاص در باب بیوع وضع نکرده و فسخ عقد بیع را تابع قواعد عمومی عقود نموده است. طبق قواعد عمومی عقد بیع در موارد ذیل امکان دارد فسخ شود:

۱) **خیار:** سبب اول فسخ عقد بیع طبق فقه خیار است که تفصیل آن گذشت؛

۳) **استحالة تنفیذ:** در صورتی که اجرای عقد بیع غیر ممکن گردد، عقد بیع فسخ می شود. به عنوان مثال، هرگاه مبیع قبل از قبض توسط بایع تلف شود و یا مشتری نتواند ثمن مبیع را پرداخت نماید، در چنین حالات برای شخص ذینفع حق فسخ عقد ایجاد می گردد؛

۲۰۲. یادگار راجی سمنگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، کتاب دوم، عقود معین (____)، (____)، ص ۲۱.
۲۰۳. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۴۲؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۷۶.

۲) **فساد عقد بیع:** هرگاه عقد بیع به صورت فاسد واقع گردد مانند بیع مجهول فسخ عقد لازم می گردد که ممکن است براساس تراضی طرفین و یا حکم محکمه صورت پذیرد.^{۲۰۴} اثری که بر فسخ عقد بیع مرتب می گردد، انتهای عقد است. بنابراین، در صورتی عقد معوض، و موضوع آن نیز اعیان باشد، مانند: بیع خانه، زمین، موتر و امثال اینها اثر آن که انتقال مبیع از بائع به مشتری است ساقط می گردد. بنابراین، بائع نمی تواند مبیع را به مشتری و مشتری نیز نمی تواند ثمن را به بائع تسلیم نماید. اما، در صورتی که تسلیم و تسلیم صورت گرفته باشد، هر یک از طرفین (بائع و مشتری) مکلف به رد عوضین (مثلاً: ثمن و مبیع) هستند. در صورتی که تسلیم صورت گرفته باشد، مثلاً: بائع مبیع را به مشتری انتقال داده باشد و مشتری مکلف به رد و در صورت عدم امکان رد، مثلاً: هلاک شدن مبیع، مکلف به پرداخت ضمان است.

۵) فسخ عقد توسط بائع و یا مشتری در صورتی که بائع و یا مشتری تعهد خویش را در برابر همدیگر ایفا ننمایند.

ج) اقاله

طبق فقه طرفین می توانند عقد بیع را بعد از انعقاد از طریق اقاله منحل نمایند:

۱) **تعریف:** اقاله از ریشه «قول» به معنای فسخ، از بین بردن توافق، اسقاط، فسخ و رفع است و در اصطلاح عبارت از رفع یا از میان برداشتن بیع است.^{۲۰۵} ماده ۱۶۳ مجله الاحکام در تعریف اقاله می گوید: «اقاله عبارت از رفع عقد بیع و از بین بردن آن است.» مانند اینکه: شخصی صد کیلو گندم را از دیگری خریداری نماید و ثمن آن را نیز به مشتری تسلیم نماید و تفرق از مجلس حاصل شود. سپس، بائع به مشتری و یا مشتری با بائع بگوید: ثمن یا مثنی را که به تو دادم به من پس بده و طرف مقابل موافقت نماید.^{۲۰۶}

۲) **صیغه:** صیغه اقاله عبارت از ایجاب و قبول عاقدین است. فقهاء بر این عقیده اند که اقاله به هر لفظ ممکن که کاشف از اقاله، باشد صورت پذیرد مشروط بر آن که صراحت داشته باشد، مانند اینکه: شخص بگوید: عقد را فسخ یا رفع یا ترك نمودم.^{۲۰۷} ماده ۱۹۱ مجله الاحکام در مورد صیغه اقاله بیع تصریح می نماید که: «اقاله مانند بیع به ایجاب و قبول صورت می گیرد. طور مثال، اگر یکی از متعاقدين بگوید: بیع را اقاله و یا فسخ نمودم و جانب دیگر بگوید: قبول نمودم و یا یکی از آنها بگوید: بیع را برایم اقاله کن و طرف مقابل بگوید که: نمودم، اقاله صحت می یابد و بیع فسخ می گردد.» همچنین، طبق ماده ۱۹۲ مجله الاحکام: «اقاله به تعاطی که قایم مقام ایجاب و قبول می باشد، صحت دارد.» مانند اینکه: مشتری شی را از بائع خریداری نماید و سپس آن را رد و پول خود را اخذ نماید و بائع نیز در این باره هیچ اعتراضی ننماید.

۳) **شرایط:** طبق فقه در اقاله شرایط زیرین باید رعایت گردد:

۱- **رضای طرفین:** زیرا، همانگونه که انعقاد عقد باید بر اساس تراضی طرفین صورت پذیرد، رفع و از بین بردن عقد نیز مستلزم تراضی آنهاست؛

۲- **اتحاد مجلس:** شرط دوم اقاله اتحاد مجلس است. بنابراین، شرط است که اقاله در مجلس واحد صورت پذیرد. ماده ۱۹۳ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اتحاد مجلس در اقاله بیع لازم است یعنی در اقاله نیز ضروری است که قبول در مجلس ایجاب صورت گیرد. اما، در صورتی که یکی از عاقدین بگوید: بیع را اقاله نمودم و قبل از قبول جانب مقابل، مجلس منحل گردد و یا توسط یکی از آنها چنان قول و یا فعلی صادر شود که دلالت بر اعراض از انجام اقاله نماید، در این وقت اگر طرف مقابل اظهار قبول نماید، به قبول وی اعتبار داده نمی شود و چیزی را افاده نمی کند.»

۳- **قابل فسخ بودن عقد:** شرط سوم اقاله این است که عقد قابل فسخ باشد، مانند: بیع. بنابراین، در صورتی که تصرف قابل فسخ نباشد، مانند: نکاح اقاله صحیح نیست؛ و

۲۰۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۱۶۱-۳۱۶۶؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۳۲ و ۱۳۴.

۲۰۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۶؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۲۴.

۲۰۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۶.

۲۰۷. (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۲۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۶.

۲- بقای محل در وقت اقاله: وجود مبیع در هنگام اقاله شرط است. زیرا، مبیع به عنوان محل عقد باید در زمان انعقاد عقد وجود داشته باشد، وگرنه، اقاله صحیح نیست.^{۲۰۸} ماده ۱۹۲ مجلة الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «لازم است که مبیعه هنگام اقاله در نزد مشتری قایم و موجود باشد و اگر مبیعه تلف گردیده باشد، اقاله صحیح نمی گردد.» اما، «اگر برخی از مبیعه تلف شده باشد، اقاله در قسمت متباقی صحیح است. به طور مثال، شخصی زمین ملکیت خویش را با کشت به فروش می رساند و بعد از این که مشتری زراعت آن را درو می کند، طرفین با هم اقاله می نمایند، چنین اقاله در قسمت زمین به قدر پول مسمی صحت دارد.» (ماده ۱۹۵ مجلة الاحکام).

(۲) اثر: مهم ترین اثر اقاله انحلال عقد است؛ بدین معنی که: هرگاه عقد اجراء شده باشد، به حالت پیش از اجراء باز می گردد و اگر اجراء نشده باشد، از اجرای آن جلوگیری به عمل می آید و دیگر قابل اجراء است.^{۲۰۹}

گفتار نهم) تقسیمات بیوع به اعتبار مبیع و ثمن

چنانچه گفته شد، بیع به نظر جمهور فقهاء با در نظرداشت شرایط به دو نوع: بیع صحیح و غیرصحیح تقسیم می شود. اما، به نظر فقهای حنفیه بیع با توجه به رعایت شرایط صحت، به سه نوع تقسیم می نمایند: بیع صحیح، بیع باطل و بیع فاسد. طبق ماده ۱۰۶۸ ق. م: «عقد بیع به صورت مباحه، که عبارت است از فروش به مثل ثمن شراء با ربح معلوم و تولیه که عبارت است از فروش به مثل ثمن اول، و اشتراک که عبارت است از فروش بعضی مبیعه به بعضی ثمن، و وضعیه که عبارت از فروش کمتر از ثمن اول، جواز دارد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مشروعیت بخشیدن برخی انواع بیوع مانند مباحه، تولیه و وضعیه است:

۱) مباحه: مباحه از ریشه «ربح» گرفته شده است که در لغت به معنی به همدیگر سود و بهره رساندن است. در اصطلاح فقهی تعاریف مختلف برای مباحه وجود دارد:

۱- بیع مباحه عبارت از بیعی است که در آن بایع به مشتری اعلام می کند که کالایی را به سرمایه او در برابر سود و بهره ای معلوم به او می فروشد.^{۲۱۰}

۲- مباحه عبارت از بیعی است که با افزایش قیمت بر قیمت اصلی که طرفین در مورد آن موافقت می نمایند صورت می پذیرد.^{۲۱۱}

۳- مباحه عقد فروش کالا است که فروشنده، کالای مورد نیاز مشتری را خریداری نموده و آن را بر مشتری به یک فیصدی مفاد مشخص (قیمت جنس + فیصدی مفاد) به فروش می رساند.

۴- طبق ماده ۱۰۶۸ ق. م مباحه عبارت است از فروش به مثل ثمن شراء با ربح معلوم.

۲) تولیه: تولیه از ریشه «ولی» گرفته شده که در لغت به معنای روی به چیزی کردن، روی به چیزی آوردن، پشت گرداندن، ولایت دادن و چیزی را به قیمت خرید فروختن است. در اصطلاح فقهی به فروش مبیع به ثمن اول بدون هرگونه سودی بیع تولیت گویند.^{۲۱۲}

۳) اشتراک: اشتراک عبارت است از فروش بعضی مبیعه به بعضی ثمن.

۴) وضعیت: به مبادلۀ مبیع به ثمن اول با کاهش چیزی از آن و یا فروش به خسارت معین بیع وضعیه گویند. علاوه بر این ها، برخی انواع دیگر بیوع که در ق. م پیش بینی شده اند قرار ذیل اند:

الف) سلم

۲۰۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۹۶؛ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۳۲۶.

۲۰۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۹.
۲۱۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۵۸۴؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۶۰۰.

211. Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The Philosophy of Islamic Law of Transactions, first edit, Malaysia: Center for Reasch and Training, p 151.

۲۱۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۸۶؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۷۱.

۱) تعریف

سلم که سلف نیز نامیده می شود، در لغت به معنی إعطاء و^{۲۱۳} پیش پرداخت بهاء است.^{۲۱۴} در بیع سلم به خریدار «سلم» یا «ربُّ السِّلْم» به فروشنده «مسلم الیه»، به مبیع فروخته شده، «مسلم فیهِ» و بهای مبیع را «رأس المال» و سرمایه را «سلم» می گویند.^{۲۱۵} ماده ۱۱۲۴ ق. م در تعریف سلم می گوید: «سلم، عبارت است از بیع ثمن أجل به ثمن عاجل». أجل در لغت به معنی آینده، مهلت دار، مدت دار و دیررس است.^{۲۱۶} عبارت «ثمن أجل» به نظر می رسد که در نص این اشتباه نوشته شده است. به نظر می رسد این عبارت «ثمن أجل» است. زیرا، در سلم مشتری پول را به صورت عاجل می پردازد و مثن یعنی میوه باغ یا حاصلات را در آینده تسلیم می شود. به حیث مثال، اگر احمد میوه باغ درختان محمود را زمانی که میوه ها در شگوفه اند دو لک افغانی خریداری نماید و پول را پرداخت نماید، دو لک افغانی ثمن عاجل و میوه باغ مثن أجل است. فقهای حنفیه در تعریف سلم می گویند: سلم عبارت از بیع أجل به عاجل است. به عبارت دیگر: سلم عبارت از بیعی است که در آن ثمن پیش از مثن پرداخت شده و مثن تا مدت معین در ذمه باع می ماند و برای مدتی معینی به تأخیر می افتد.^{۲۱۷} ماده ۱۲۳ مجله الاحکام در تعریف سلم می گوید: «سلم عبارت بیع مؤجل به معجل است». تعریف مؤجل و معجل در بالا گذشت.

۲) حکمت و مصادر مشروعیت

مشروعیت سلم بر مبنای قرآن، سنت و اجماع فقهاء ثابت است. در مورد مشروعیت سلم بر اساس قرآن کریم، ابن عباس رضی الله عنه گفته است: «من شهادت می دهم که سلم تضمینی شده تا مدت معینی را خداوند عز وجل در قرآن کریم حلال کرده و به آن اجازه داده است». سپس، این آیه را تلاوت نمود:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بَدِّينَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاصْتَبُوا﴾ - [البقره: ۲۸۲]

«ای کسانی که ایمان آورده اید، هر گاه به وامی تا سررسیدی معین، با یکدیگر معامله کردید، آن را بنویسید». بخاری و مسلم روایت کرده اند که وقتی که پیامبر صلی الله علیه و آله به مدینه آمد مردم میوه ها را یک سال و یا دو سال سلم و پیش فروش می کردند. پیامبر صلی الله علیه و آله گفت:

«مَنْ أَسْلَفَ فَلْيَسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَ وَزْنٍ مَعْلُومٍ أَلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ». ^{۲۱۸}

«هرکس پیش خرید یا پیش فروش می کند پیمانه و وزن و مدت تحویل را معلوم کند.»

ابن المنذر گفته است: همه علماء ای که ما از آنان بخاطر داریم، اجماع دارند بر اینکه سلم جایز است.^{۲۱۹} حکمت مشروعیت سلم ضرورت و نیاز و در نتیجه رفع حرج از مردم است. زیرا، سلم فروختن چیزی است که در حقیقت فعلاً وجود ندارد. اما، ضرورت و نیاز دو طرف اقتضای آن را می کند. به عنوان مثال، دهقانی که پول ندارد تا جهت کشت و اصلاح زمین خویش آن را الی حاصل دادن زراعت و یا درخت به مصرف برساند و کسی نیز پیدا نشود تا وی را قرض بدهد، ضرورت به نوعی معامله ای دارد تا او را قادر بسازد احتیاجات مالی وی را رفع بسازد. بنابراین، در صورت عدم مشروعیت سلم، مصلحت مردم متحقق نمی گردد و مردم در حرج و مشقت قرار می گیرند.^{۲۲۰}

۳) ارکان و شروط ارکان

۲۱۳. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۹۱.
۲۱۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۹۱.
۲۱۵. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنة، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۵۲.
216. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱۰ / ۵ / ۲۰۱۸).
۲۱۷. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۹۱؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۶۰۳.
۲۱۸. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۹۳؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۶۰۲ و ۳۶۰۴؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنة، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۵۲.
۲۲۰. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۹۴؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنة، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۵۲.

در مورد ارکان سلم مانند همه بیوع در فقه دو نظر وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: سلم دارای یک رکن است. اما، جمهور فقهاء می گویند: سلم دارای سه رکن است که عبارت اند از:

۱- صیغه: که عبارت از ایجاب و قبول است.

۲- عاقدان: که عبارت اند از مسلم و مسلم إليه.

۳- محل: که عبارت است رأس المال و مسلم فیه است.^{۲۲۱}

طبق فقه هر یک از ارکان سلم دارای شرایط معین است که با تحقق این شرایط سلم نیز صحیح می گردد:

۱- **شروط صیغه:** طبق ماده ۳۸۰ مجلة الاحکام: «سلم مانند بیع به ایجاب و قبول منعقد می شود؛ یعنی: اگر مشتری به بایع بگوید: مبلغ یک هزار قرش را در برابر یک صد پیمانہ گندم به تو تسلیم کردم و جانب مقابل قبول نماید، سلم منعقد می می گردد.» فقهاء بر صحت ایجاب و قبول به لفظ «سلم و سلف» و مشتقات اینها اتفاق نظر دارند، مانند این که بایع بگوید: اسلفتک و اسلمتک و عطیتک و نیز به هر لفظی که دلالت بر قبول نماید، مانند: قبول نمودم و راضی شدم. فقهای حنفیه بر این نظر اند که صیغه سلم باید بات و قطعی و فاقد خیار برای یکی از طرفین و یا هر دوی آنها باشد. زیرا، سلم عقدی است که خیار شرط را نمی پذیرد.^{۲۲۲}

۲- **شروط عاقدین:** فقهاء داشتن اهلیت را در عاقد در صورتی که عاقد عقد سلم را اصالتاً منعقد می نماید شرط می دانند. بنابراین، عاقدین عقد سلم باید دارای اهلیت اداء باشند. اما، کسانی که عقد را به نیابت از دیگران منعقد می نمایند، باید بر اصیل ولایت داشته باشند. ولایت یا اختیاری است که عبارت از وکالت می باشد و یا جبری است که عبارت از ولایت و وصایت است. در انعقاد عقد سلم وکیل باید شرایط وکالت و ولی و وصی باشد شرایط ولایت و وصایت را واجد باشند^{۲۲۳} که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت.

۳- **شرایط رأس المال (ثمن):** فقهاء در رأس المال وجود دو شرط ذیل را شرط می دانند:

۱- **معلوم بودن رأس المال:** فقهاء به اتفاق آراء معلوم بودن نوع، مقدار، صفت، جنس، اندازه و تعجیل رأس المال را شرط صحت سلم می دانند.

۲- **تسلیم رأس المال در مجلس عقد:**^{۲۲۴} طبق ماده ۱۱۲۸ ق. م: «برای صحت بقای سلم شرط است که ثمن قبل از مفارقت متعاقدين حین مجلس، قبض گردد.» نص این ماده از فقه گرفته شده است. جمهور فقهای حنفیه تسلیم رأس المال در مجلس عقد به بایع را لازم می دانند. بنابراین، در صورتی که عاقدین از مجلس متفرق شوند، عقد باطل می گردد.^{۲۲۵} به حیث مثال، اگر احمد میوه باغ خویش را به محمود دو لک افغانی به فروش رساند، برای صحت این عقد شرط است که محمود و احمد قبل از این که از مجلس عقد جدا شوند، محمود دو لک افغانی را به احمد تسلیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرط های رأس المال است.

۲- **شرایط مسلم فیه (محل سلم):** طبق ق. م محل سلم تابع شرایط ذیل است:

- طبق ماده ۱۱۲۵ ق. م: «سلم در اشیائی صورت گرفته می تواند که مقدار و وصف آن تثبیت و تعیین شده بتواند.» طبق نص این ماده شرط است که اشیائی که محل سلم قرار می گیرند مقدار و وصف آنها تثبیت و تعیین گردد. به حیث مثال، اگر احمد سیب های باغ خویش را به محمود به فروش رساند، شرط است که مقدار سیب و وصف سیب که سیب سفید، سرخ و نظیر اینها اند معین شده بتواند. به نظر می رسد دلیل تعیین مقدار و وصف بستن باب منازعه میان طرفین عقد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط موضوع سلم است.

۲۲۱. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۹۶؛ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۶۰۴.

۲۲۲. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۱۹۷ و ۱۹۸.

۲۲۳. همان، (____)، جلد (۲۵)، ص ۱۹۹.

۲۲۴. در مورد این شرط ماده ۳۸۷ مجلة الاحکام می گوید: «برای صحت بقای سلم، تسلیم پول در مجلس عقد شرط است. بنابراین، اگر متعاقدان قبل از تسلیم رأس مال سلم از هم متفرق شدند، عقد فسخ می شود.»

۲۲۵. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۱۹۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۵۳ و ۲۵۴.

- طبق ماده ۱۱۲۶ ق. م: «برای صحت سلم شرط است که محل عقد غله و امثال آن بوده و از حین عقد الی وقت تسلیم موجود شده بتواند.» طبق نص این ماده برای صحت عقد سلم شرط است که محل عقد غله نظیر آن باشد. غله عبارت از حاصل زراعت است که از زمین برداشت می شود از قبیل جو و گندم و ارزن و برنج و امثال اینها که غلات و غلال جمع آن است.^{۲۳۶} همچنین، طبق نص این ماده شرط است که غله از زمان بستن عقد الی زمان تسلیمی آن موجود گردد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد ببندد تا جواری های او را خریداری نماید، شرط است که از زمان بستن عقد الی تسلیمی آن توسط محمود به احمد، جواری ها موجود گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط موضوع سلم است.

- طبق ماده ۱۱۲۷ ق. م: «در سلم شرط است که جنس، نوع، وصف، قدر و میعاد تسلیم مبیعه با قیمت ثمن و محل تسلیم مبیعه بیان شده باشد.» طبق نص این ماده در سلم شرط است که موارد ذیل معین و بیان شود:

نخست: جنس موضوع سلم باید معین باشد. تعریف جنس گذشت. به حیث مثال، اگر عقد سلم میان احمد و محمود واقع گردد، شرط است که جنس موضوع سلم بیان شود.

دوم: نوع موضوع سلم باید معین باشد. استعمال نوع در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، نوع و جنس مترادف اند.

سوم: وصف موضوع سلم باید معین باشد. وصف که جمع آن اوصاف است در لغت به معنی خصوصیت یک شی است که از سایر اشیا توسط آن متمایز می گردد. به حیث مثال، اسب ها همه از یک جنس اند، اما سیاه و یا سفید و یا ابلق بودن وصف آن است، یا کامپیوترها همه از یک جنس اند، اما دل، مک و یا سونی بودن وصف آن ها است که موجب تمایز آنها از همدیگر می شود. به حیث مثال، اگر عقد سلم میان احمد و محمود واقع گردد، شرط است که وصف موضوع سلم بیان شود. به عنوان نمونه، اگر احمد سیب های خویش را به محمود به فروش رساند شرط است که وصف سیب ها که جورس، تیرماهی، سفید یا سرخ اند معین باشد.

چهارم: قدر موضوع سلم باید معین باشد. قدر به معنی اندازه و مقدار است. به عنوان نمونه، اگر احمد سیب های باغ خویش را به محمود به فروش رساند شرط است که اندازه و مقدار سیب ها معین باشد.

پنجم: وقت تسلیم موضوع سلم باید معین باشد. به عنوان نمونه، اگر احمد سیب های باغ خویش را به محمود به فروش رساند شرط است که زمان تسلیمی سیب های باغ توسط احمد به محمود معین باشد.

ششم: معین بودن ثمن. به عنوان نمونه، اگر احمد سیب های خویش را به محمود به فروش رساند شرط است که قیمت سیب ها معین باشد.

هفتم: معین بودن محل تسلیم: به عنوان نمونه، اگر احمد سیب های خویش را به محمود به فروش رساند شرط است که محل تسلیمی سیب ها معین باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط موضوع سلم و رفع نزاع میان مسلم و مسلم الیه است.

- طبق ماده ۱۱۲۹ ق. م: «مدت تسلیم به اساس موافقه متعاقدين تعیین می گردد. این مدت باید از یک ماه کمتر نباشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که مدت تسلیم موضوع سلم براساس توافق طرفین صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد جواری های خویش را به محمود به فروش رساند، احمد و محمود می توانند در خصوص زمان تسلیم آن توافق نمایند.

دوم این که این مدت باید از یک ماه کمتر نباشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرط مدت تسلیم موضوع سلم است.

- طبق ماده ۱۱۳۲ ق. م: «مدت سلم به فوت سلم دهنده باطل می گردد نه به فوت سلم گیرنده و مبیعه از ترکه سلم دهنده خریداری می شود.» طبق نص این ماده مدت سلم به فوت سلم دهنده باطل می گردد نه به فوت سلم گیرنده و مبیعه از ترکه سلم دهنده خریداری می شود. به حیث مثال، اگر احمد میوه باغ خویش را به محمود به فروش رساند و احمد تعهد نماید که میوه را در مدت سه ماه تسلیم محمود نماید، اما احمد بعد از گذشت یک ماه وفات نماید، مدت سه ماه باطل می گردد. در این صورت، میوه

باغ جزء ترکه احمد تلقی می گردد و محمود می تواند مبیعه را از ترکه احمد بگیرد. در این مثال، احمد سلم دهنده و محمود سلم گیرنده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات سلم گیرنده در صورت تعیین مدت در سلم است.

(۴) اثر

طبق ق. م سلم تابع آثار ذیل است:

(۱) طبق ماده ۱۱۳۰ ق. م: «حکم سلم، عبارت است از ثبوت ملکیت متعاقدين در بدلين، به مجرد تمام شدن عقد». بدلين به معنی عوض و معوض (عوضين) است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی بدلين چیز های اند که به عوض همدیگر در عقد مبادله می شوند. به عنوان مثال، در عقد سلم پول و میوه یا غله بدلين اند. متعاقدين کسانی اند که عقد را می بندند. به حیث مثال، در عقد سلم، مسلم و مسلم الیه متعاقدين است. از نص این ماده استنباط می گردد که چون سلم نوعی بیع است اثر آن نیز مانند اثر بیع؛ یعنی ثابت شدن ثمن برای مسلم الیه و ثابت شدن ملکیت مسلم فیه برای مسلم است. به حیث مثال، اگر احمد میوه باغ خویش را به محمود دو لک افغانی به فروش رساند، احمد مالک دو لک افغانی می گردد و محمود مالک میوه باغ. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم سلم در ثمن و موضوع سلم نسبت به مسلم و مسلم الیه است.

(۲) طبق ماده ۱۱۳۱ ق. م: «سلم دهنده نمی تواند قبل از قبض در ثمن، و سلم گیرنده نمی تواند قبل از تسلیمی در مبیعه، تصرف نماید». سلم دهنده مسلم و سلم گیرنده مسلم الیه است. طبق نص این ماده مسلم نمی تواند قبض از قبض در ثمن تصرف نماید. تعریف قبض گذشت. به حیث مثال، اگر احمد غله زمین خویش را یک لک افغانی به محمود به فروش رساند، احمد نمی تواند قبل از قبض ثمن در آن تصرف نماید. به حیث مثال، با آن مواد غذایی، لباس و نظیر اینها خریداری نماید. همچنین، مسلم الیه نمی تواند قبل از قبض در موضوع سلم تصرف نماید. به حیث مثال، اگر محمود غله زمین احمد را یک لک افغانی خریداری نماید، نمی تواند قبل از قبض غله در آن تصرف نماید، به حیث مثال، آن را به فروش رساند، هبه نماید و سایر تصرفات را انجام دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تصرف در ثمن و موضوع سلم قبل از قبض توسط مسلم و مسلم الیه است.

(ب) صرف (صرافی)

(۱) تعریف و مصادر مشروعیت

صرف در لغت به معنی فزونی، زیادت، انفاق، پول، نقد، و جه و ثمن است. کسی که به پیشه صرافی مبادرت ورزیده به وی صراف می گویند. ماده ۱۱۳۳ ق. م در این مورد می گوید: «صرف عبارت است از بیع نقد به نقد». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف صرف است. همچنین، ماده ۱۰۳۶ ق. م در این مورد می گوید که: «[...] بیع پول به پول بیع صرف [...] شناخته می شود». مانند اینکه: شخصی صد دالر امریکایی را به پنج هزار افغانی به دیگری به فروش رساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف صرف است. فقهای حنفیه در تعریف صرف می گویند: صرف عبارت از بیع ثمن به ثمن، جنس به جنس و یا جنس به غیر جنس، مانند: بیع پول به پول، زر به زر و نقره به نقره و نقره به زر.^{۲۲۷}

بیع بعضی از ائمان با بعضی که عبارت از صرف است، جایز است مشروط بر اینکه شرایط و ارکان آن متحقق شود. زیرا، آن نوعی از بیع است.^{۲۲۸} خداوند ﷻ در قرآن کریم می فرماید:

﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا﴾ - [البقره: ۲۷۵]

«خدا داد و ستد را حلال، و ربا را حرام گردانیده است.»

در مورد مشروعیت صرف احادیث شریف نیز وارد شده است، چنانچه عباده بن صامت روایت می کند که رسول الله ﷺ فرموده است:

۲۲۷. ____ (۱۴۰۴ ق.) الموسوعة الفقهية، جلد (۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ص ۳۴۸؛ وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۶۶۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۰۹.

۲۲۸. در باره مشروعیت صرف ر. ک: ____ (۱۴۰۴ ق.) الموسوعة الفقهية، جلد (۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ص ۳۴۹؛ وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۶۶۰.

«الذهب بالذهب، و الفضة بالفضة، و البر بالبر، و الشعير بالشعير، و التمر بالتمر، و الملح بالملح، مثلا بمثل سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد».^{۲۲۹}

«طلا به طلا، نقره به نقره، گندم به گندم، جو به جو، خرما به خرما، نمک به نمک، باید مثل هم و به طور مساوی و به صورت دست به دست مبادله شوند، هرگاه این انواع مختلف بودند، آنها را هر طور که خواستید بفروشید به شرطی که دست به دست باشد.»

۲) شرایط

ماده ۱۱۳۲ ق. م در مورد شرایط صرف می گوید: «برای صحت صرف شرط است که بدلین قبل از تفريق متعاقدين قبض گردیده و عقد از خيار شرط و تأجيل خالی باشد.» طبق نص این ماده برای صحت صرف تحقق شرایط ذیل ضروری است:

۱- قبض بدلین توسط طرفین قبل از تفريق. تعريف بدلین و قبض گذشت. به عنوان مثال، در عقد صرف، پول افغانی و دالر بدلین اند. متعاقدين طرفین عقد اند. به عنوان مثال، در عقد صرف مشتری و صراف متعاقدين اند. تفريق از ریشه فرق گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن. جدایی انداختن و از هم گسیختن است.^{۲۳۰} به حیث مثال، اگر احمد هفتاد و پنج هزار افغانی به محمود بدهد و محمود یک هزار دالر به احمد بدهد، برای صحت این عقد شرط است که قبض یک هزار دالر توسط احمد و قبض هفتاد و پنج هزار افغانی توسط محمود قبل از جدا شدن آنها از همدیگر صورت بگیرد.

۲- خالی بودن عقد از خيار شرط: تعريف خيار شرط گذشت. به حیث مثال، اگر احمد هفتاد و پنج هزار افغانی به محمود بدهد و محمود یک هزار دالر به احمد بدهد، برای صحت این عقد شرط است که عقد فاقد خيار شرط باشد، به حیث مثال، اگر احمد بگوید من هفتاد و پنج هزار افغانی را به شرطی به شما می دهم که برای مدت سه روز دارای خيار شرط باشم و بتوانم عقد را فسخ نمایم، این خيار صحیح است.

۳- خالی بودن عقد صرف از خيار تأجيل: خيار تأجيل مرکب از خيار و تأجيل است. تعريف خيار و تأجيل گذشت. به حیث مثال، اگر احمد هفتاد و پنج هزار افغانی به محمود بدهد و محمود یک هزار دالر به احمد بدهد، برای صحت این عقد شرط است که عقد فاقد خيار تأجيل باشد، به حیث مثال، اگر احمد بگوید من هفتاد و پنج هزار افغانی را به شرطی به شما می دهم که یک ماه سپری شود، عقد صرف صحیح نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط صحت صرف است.

۳) حکم

طبق ماده ۱۱۳۵ ق. م: «حکم صرف، عبارت از مالک شدن متعاقدين است در بدلین.» طبق نص این ماده اثری که بر صرف مرتب می شود این است که هر یک از طرفین مالک بدلین می شود. به عنوان مثال، در عقد صرف یک صد دالر امریکایی به افغانی، فروشنده پنج هزار افغانی مالک صد دالر امریکایی و صراف مالک پنج هزار افغانی می شود.

ج) بیع وفاء (گروی)

نوع سوم بیع در ق. م بیع وفاء است که در فقه به نام های بیع شرط، بی الامانه، بیع الناس، بیع المعامله، بیع جایز نیز یاد می شود.^{۲۳۱} طبق عرف این عقد به نام «گروی» نامیده می شود.

۱) تعريف

بیع وفاء مرکب از دو کلمه است: بیع که عبارت از خرید و فروش و مبادله مال به مال است و وفاء که در لغت به معنی ضد غدر است. در اصطلاح حقوقی فقهی تعاریف ذیل برای بیع وفاء وجود دارد:

۱) طبق ماده ۱۱۳۶ ق. م: «بیع وفاء عبارت است از داشتن حق استرداد مبیعه برای بایع و از ثمن برای مشتری.» طبق نص این ماده در بیع وفاء بایع می تواند مبیعه را دوباره اخذ نماید و مشتری ثمن را. به حیث مثال، اگر احمد یک دربند حویلی خویش را به محمود در برابر سی لک افغانی برای مدت یک سال به گرو بدهد، احمد حق دوباره گرفتن حویلی و محمود حق دوباره گرفتن سی لک افغانی را دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعريف بیع وفاء است.

^{۲۲۹}. أخرجه مسلم.

^{۲۳۰}. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۲۰.

^{۲۳۱}. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۶۰؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۳۵۲۸.

(۲) در اصطلاح فقهی و حقوقی بیع وفاء عبارت از بیعی است که به موجب آن شخصی نیازمند به پول نقد، مال غیرمنقولی را به شرط وفای به پرداخت نقد، به پرداخت کننده بفروشد.^{۲۳۲}

(۳) بیع وفاء عبارت از بیعی است که در آن شرط شده باشد که هرگاه بایع ثمن مبیعه را به مشتری بپردازد، مشتری مبیعه را به وی مسترد نماید. چون در بیع وفاء مشتری به شرط وفاء می نماید، این بیع را، بیع وفاء می نامند (ماده ۱۱۸ مجلة الاحکام).^{۲۳۳}

(۲) حکم

فقهاء در باره حکم شرعی بیع وفاء اختلاف نظر دارند: فقهائى متقدم حنفیه بر این نظر اند که: بیع وفاء فاسد است. زیرا، اشتراط بایع مبنی بر اخذ مبیع در صورت رد ثمن به مشتری مخالف مقتضی عقد بیع و حکم آن که عبارت از مالک شدن مشتری مبیع را بر سبیل استقرار و دوام است می باشد و در این شرط برای بایع منفعت وجود دارد که برای جواز آن دلیل معینی وجود ندارد. پس، شرط رد مبیع در صورت رد ثمن به مشتری شرط فاسد است که موجب فساد عقد بیع می گردد. زیرا، مقصد بیع از طریق شرط وفاء متحقق نمی گردد و آنچه متحقق می گردد نوعی سود حرام است که عبارت از اعطای مال تا زمان معین و حصول منفعت مبیع است که ربا تلقی گردد و ربا در تمام حالات حرام است.

اما، بعضی از فقهائى متأخر حنفیه بر این نظر اند که: بیع وفاء جایز است. زیرا، مردم جهت رفع حاجات خویش و جهت اجتناب از ربا آن را انجام می دهند. بنابراین، بیع وفاء صحیح و اشتراط رد مبیع توسط بایع موجب فساد آن نمی گردد هرچند مخالف قواعد است و قواعد تابع تعامل است. مانند: استصناع. ابو شجاع، علی سغدی و قاضی ابو الحسن ماتریدی از فقهائى حنفیه بر این نظر اند که: بیع وفاء رهن است و بیع نیست. بنابراین، تمام احکام رهن در آن تطبیق می گردد و مشتری مبیع را مالک نمی شود و از آن نفع نمی گیرد حتی اگر آن را به اجاره بدهد، اجرت برای وی لازم می گردد و دین با هلاک آن ساقط می گردد. دلیل فقهائى مزبور قاعده ای فقهی: عقود به معانی و مقاصد آن مربوط است نه به الفاظ و حروفی که به آن تلفظ می شود است. ابن عابدین می گوید: در مورد بیع وفاء دو نظر وجود دارد: نظر اول این است که: بیع وفاء صحیح است و بعضی احکام بیع صحیح را افاده می نماید، مانند: حلیت انتفاع از مبیع، مگر مشتری نمی تواند مبیع را بفروشد. نظر دوم این است که بیع وفاء فاسد است تا اندازه ای که هر یک از طرفین می تواند آن را فسخ نمایند.^{۲۳۴} این نظریات در مجلة الاحکام نیز رسوخ کرده است. ماده ۱۱۸ مجلة الاحکام در این زمینه می گوید: «... [این بیع نظر به این که مشتری بالاتر آن انتفاع می گیرد در حکم بیع جایز است و به اعتبار این که هر یک از طرفین عقد می تواند آن را فسخ نماید حکم بیع فاسد را دارد و نظر به این که مشتری بیع وفا صلاحیت فروش مبیعه را بر غیر ندارد در حکم رهن قرار می گیرد].»

(۳) فرق بیع وفاء با رهن

به نظر می رسد وجه اشتراک بیع وفاء با رهن این است که هر دو عقد معین هستند. اما، میان بیع وفاء و رهن فرق های ذیل به نظر می رسد:

(۱) بیع وفاء عقد مستقل است و تابع عقدی دیگری نیست. بر عکس، عقد رهن عقد تبعی و تابع دین است. پس، بیع وفاء عقد مستقل و رهن عقد تبعی است؛

(۲) محل بیع وفاء همیشه عقار است. اما، محل رهن می تواند عقار و منقول باشد؛

(۳) مبنای بیع وفاء نیاز مشتری در انتفاع از مبیعه است. اما، مبنای رهن مجبوریست رهن است. زیرا، رهن مال خویش را جهت تضمین پرداخت دین در صورت عدم قادر بودن بر پرداخت دین به مرتهن به رهن می دهد.

(۴) شروط

طبق فقه و ق. م رعایت شرایط آتی در بیع وفاء ضروری است:

(۱) طبق ماده ۱۱۳۷ ق. م: «حق استرداد بایع و مشتری مشروط و مقید به مدت شده نمی تواند. هر نوع موافقه که به خلاف آن صورت گیرد، باطل شناخته می شود.» طبق نص این ماده حق دوباره اخذ نمودن مبیعه توسط بایع و از ثمن توسط مشتری نباید

۲۳۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۹۷

۲۳۳. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۶۰.

۲۳۴. همان، (____)، جلد (۹)، صص ۲۶۰ و ۲۶۱؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۳۵۲۸.

مقید به قید باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را سی لک افغانی به محمود به گرو دهد، احمد و محمود نباید مدت این گرو را قید نمایند. به حیث مثال، بگویند خانه برای مدت یک سال گرو باشد. طبق عرف مدت گروی معمولاً یک سال است. قید مدت طبق عرف مخالف نص ماده ۱۱۳۷ ق. م به نظر می رسد. فقهاء در این خصوص می گویند: در عقد بیع وفاء باید پیش بینی شود که هرگاه بابع ثمن را به مشتری رد نماید، مشتری نیز میباید به بابع رد نماید.^{۲۳۵} ضمانت اجرای این شرط در نص ماده ۱۱۳۷ ق. م پیش بینی شده است. بنابراین، در صورتی که مدت استرداد میباید و ثمن در بیع وفاء توسط طرفین قید شود، این مدت فاقد اعتبار است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و محمود توافق نمایند که خانه برای مدت یک سال گرو باشد، این توافق به دلیل مخالفت با قانون مدار اعتبار نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط بیع وفاء و پیش بینی ضمانت اجرا برای این شرط است.

۲) طبق ماده ۱۱۵۱ ق. م: «(۱) هرگاه در بیع وفاء رهن حیازی عقاری مضمّن باشد، عقد به اعتبار بیع و رهن هر دو باطل شناخته می شود؛ و (۲) بیع وفا هنگامی رهن حیازی تلقی می شود که در آن رد ثمن با مفاد شرط گذاشته شده یا میباید به هر صورتی که باشد در حیات بابع باقی بماند. اثبات رهن مضمّن به همه طرق اثبات جواز دارد.» نص این ماده بسیار پیچیده است. به نظر می رسد از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- مضمّن اسم مفعول از ریشه «ضمّر» گرفته شده است که در لغت به معنی نهفته، پنهان و ناپیدا است. در اصطلاح حقوق مدنی، مضمّن به وصف و یا خصلتی چیزی گویند که پنهان و ناپیدا است.^{۲۳۶} تعریف و خصوصیات رهن حیازی در مبحث رهن خواهد آمد. طبق نص ماده ۱۱۵۱ فقره ۱ ق. م شرط است که در بیع وفاء رهن حیازی نهفته نباشد. به عبارت دیگر: طرفین عقد نمی توانند در عین زمان بیع وفاء و رهن حیازی را یکجا و تحت عنوان یک عقد منعقد نمایند.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد اما در مکروربان سوم یک باب آپارتمان چهار اتاقه داشته باشد، احمد می تواند آپارتمان خویش را به محمود به رهن حیازی دهد. در صورتی که این عقد در محکمه ثبت شود، به این عقد، رهن رسمی و در صورتی که در محکمه ثبت نشود، رهن حیازی می گویند. در این صورت، محمود می تواند آپارتمان را در بدل دین خویش به تضمین بگیرد. اما، اگر احمد و محمود بعد از بستن این عقد توافق نمایند که این عقد رهن حیازی، در عین حال بیع وفاء تلقی شود، هم عقد بیع وفاء و هم عقد رهن رسمی حیازی به دلیل مخالفت با قانون باطل اند. زیرا، در این صورت، در عقد بیع وفاء رهن حیازی عقاری نهفته است. در خصوص دلایل بطلان عقد بیع وفاء و رهن حیازی برخی حقوقدانان بر این نظر اند که نخست این که بیع وفاء و رهن حیازی دارای احکام و شرایط متفاوت اند و جمع این دو مشکل به نظر می رسد و دوم این که طرفین عقد، رهن حیازی عقاری را مخفی می نمایند و ظاهراً وانمود می نمایند که عقد رهن را منعقد نموده اند.^{۲۳۷}

۲- طبق فقره ۲ ماده ۱۱۵۱ ق. م بیع وفاء در دو حالات ذیل رهن حیازی تلقی می شود:

نخست: رد ثمن با مفاد شرط گذاشته شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد در برابر ده لک افغانی یک باب آپارتمان چهار اتاقه محمود را به بیع وفاء بگیرد و احمد شرط گذارد که محمود اصل ثمن و مفاد آن را به احمد رد نماید، چنین بیع وفاء رهن تلقی می شود. زیرا، گرفتن مفاد ربا تلقی می شود که حرام است.

دوم: میباید در حیات بابع باقی بماند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی یک باب آپارتمان چهار اتاقه محمود را به بیع وفاء بگیرد و احمد آپارتمان را در حیات محمود بگذارد.

۳- اثبات رهن نهفته و پنهان در بیع وفاء توسط تمام وسایل اثبات دعوی مانند اسناد، شاهد، سوگند، اقرار و نظیر اینها می تواند در محکمه ذیصلاح صورت بگیرد.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسشی شماره (۹۸): ماده (۱۱۵۱) قانونی مدنی قابل توضیح پنداشته می شود.

۲۳۵. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۶۱ و ۲۶۲.
 ۲۳۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکری، ص ۱۸۷۳.
 ۲۳۷. یادگار راجی سمنگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، کتاب دوم، عقود معین، (____)، (____)، ص ۵۹.

توضیح: در صورتی که مشتری ببع وفا شرط گذارد که بابع پولش را حين فسخ به مفاد مسترد کند و يا مبيعه به هر صورتی که باشد در حيازت او باقی بماند چون در هر دو صورت عقد مذکور ظاهراً بيع وفا و در واقع متضمن رهن حيازی است. لذا، در هر دو صورت بيع و رهن هر دو باطل می گردد. زیرا در هر دو صورت شرط مذکور مخالف مقتضای عقد بيع و رهن بوده و با ماهيت عقود متذکره سازگاری ندارد.^{۲۳۸}

(۵) آثار

طبق فقہ وق.م ہر بیع وفاء پرخی، آثار بیع وفاء متوجہ مشتری و پرخی، متوجہ بایع مے گردد:

اول) حقوق و تکالیف مشتری

طبقه فقه و ق. م در اثربخشی و فاء مشتری در برابر بایع دارای حقوق و تکالیف ذیل می گردد:

(۱) عدم نقل ملکیت مبیع توسط مشتری: طبق ماده ۱۱۳۸ ق. م: «[...] مشتری نمی تواند مبیعه را در بیع وفاء به شخص دیگری بفروشد و یا ملکیت رقبه آن را به سببی از اسباب به شخص دیگر انتقال دهد.» طبق نص این ماده مشتری نمی تواند مبیعه را به دیگری به فروش رساند. به حیث مثال، اگر احمد آپارتمان محمود را گرو بگیرد، نمی تواند آن را به جمشید به فروش رساند. همچنین، احمد نمی تواند رقبه ملکیت را به سببی از اسباب انتقال ملکیت مانند ارث، وصیت، هبه و نظیر اینها به شخص دیگری انتقال دهد. رقبه به معنی ذات و نفس است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مشتری است. طبق فقه بیع وفاء موجب نمی شود تا مشتری تصرفی که متضمن نقل ملکیت مبیعه باشد، مانند: بیع و هبه به عمل آورد.^{۳۹} ماده ۲۹۷ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «بایع و مشتری هر دو حق ندارند مبیعه را در بیع وفاء به شخص دیگر بفروشند.»

۲) استفاده از منافع مبیع توسط مشتری: طبق ماده ۱۱۳۸ ق. م: «در بیع وفا مشتری می تواند از منافع مبیعه کلاً یا قسماً استفاده نماید [...]». طبق نص این ماده در بیع وفاء مشتری می تواند به صورت کامل یا ناقص از منفعت مبیعه استفاده نماید. به حیث مثال، اگر مبیعه خانه باشد، در آن به صورت کامل بود و باش نماید و یا در نصف آن بود و باش نماید. همچنین، اگر مبیعه زمین زراعتی باشد، مشتری می تواند زمین زراعتی را کلاً یا قسماً کشت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یک، از حق های مشتری است.

۳) رعایت قواعد ملکیت در مبیعه: طبق ماده ۱۱۴۰ ق.م: «(۱) مبیعه در بیع وفا تا هنگام استرداد، ملک مشتری شناخته شده قواعد متعلق به ملکیت در آن رعایت می شود؛ و (۲) مشتری در بیع وفا الی زمان استرداد حق، از طرف بایع از مبیعه استفاده ملکیت نموده می تواند، مگر اینکه عمل وی حاوی غش باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- مبیعه در بیع وفا تا هنگام استرداد ثمن توسط بایع به مشتری، ملک مشتری شناخته شده قواعد متعلق به ملکیت در آن رعایت می شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را بیست لک افغانی گرو بگیرد، الی زمان رد بیست لک افغانی به محمود، خانه ملکیت احمد تلقی می گردد.

۲- مشتری در بیع وفا الی زمان استرداد حق، از طرف بایع از مبیعه استفاده ملکیت نموده می تواند، مگر اینکه عمل وی حاوی غش باشد. تعریف غش گذشت. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را بیست لک افغانی گرو بگیرد، الی زمان رد بیست لک افغانی به محمود، احمد می تواند از خانه استفاده نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد از غش استفاده نماید. استفاده غش در نص این ماده نامناسب به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

(۳) فسخ بیع وفا: طبق ۳۹۷ مجله الاحکام: «همچنین که بایع می تواند ثمن را رد کند و مبیعه را باز گیرد، مشتری نیز می تواند مبیعه را رد کند و ثمن را از بایع اخذ نماید.».

(۲) مطالبهٔ مصارف نافع: طبق مادهٔ ۱۱۴۳ ق.م: «هرگاه مشتری مصارف نافع و ضروری بر مبیعه به عمل آورده و قیمت مبیعه به سبب آن بالا رفته باشد حق مطالبه آن را دارد، مشروط بر اینکه مصارف مذکور به اجازهٔ بايع صورت گرفته و زياده روى در آن نکرده باشد.» طبق نص این ماده در صورتی که بايع مصرف نافع و ضرورى در مبيعه به عمل آورده باشد، مانند ترميم خانه، رنگ

۲۳۸. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۵۳۹ و ۵۴۰.

٢٣٩. (١٤٠٤ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (٩)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ٢٦٢.

مالی خانه، آباد کردن منزل دوم در خانه مبیع، سمت کردن حویلی مبیعه، غرس نمودن نهال در زمین و امثال اینها، مشتری می تواند این مصارف را در صورت استرداد مبیعه به بایع از بایع مطالبه نماید. البته، بایع در صورتی مکلف به پرداخت این مصارف به مشتری است که این مصارف را مشتری بعد از اخذ اذن بایع انجام داده باشد.

(۵) پرداخت جبران خسارت تغییر اساسی: طبق ماده ۱۱۴۹ ق. م: «مشتری از تغییرات اساسی، که در مبیعه به اساس عمل خود او یا به اساس عمل شخص مسؤول دیگری عاید و بایع از آن متضرر گردد، مسؤول شناخته می شود.» طبق نص این ماده مشتری از تغییرات اساسی، که در مبیعه به اساس عمل خود او یا به اساس عمل شخص مسؤول دیگری عاید و بایع از آن متضرر گردد، مسؤول شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را که دارای پنج صد اصله درخت سیب است به محمود به گرو دهد و در اثر تقصیر یا تجاوز محمود یا باغبان محمود، به حیث مثال، عدم آبیاری یا قطع درختان، درختان سیب کاملاً از بین بروند، محمود در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت درختان سیب را بدهد.

(۶) تلف شدن مبیعه: طبق ماده ۱۱۴۷ ق. م: «هرگاه مبیعه در بیع وفاء تلف شود، در صورتی که ارزش مبیعه مساوی دین مطلوبه باشد، دین ساقط و اگر کمتر از آن باشد به اندازه حصه تلف شده ساقط گردیده، مشتری حصه متباقی را از بایع مطالبه می نماید.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- هرگاه مبیعه در بیع وفاء تلف شود، در صورتی که ارزش مبیعه مساوی دین باشد، دین ساقط می شود. به نظر می رسد این اسقاط، مجرای (تهاتر/ مقاصه) است. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را که ارزش آن پنجاه لک افغانی است، پنجاه لک افغانی به گرو بگیرد و خانه در اثر تقصیر احمد از بین برود، دین احمد ساقط می شود. طبق فقه در صورت تلف مبیع و مساوی بودن قیمت آن با ثمن، دین در برابر آن ساقط می گردد.^{۲۴۰} ماده ۳۹۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه قیمت مال مبیعه در بیع وفاء مساوی به دین باشد و مال مذکور در دست مشتری هلاک شود، دین در مقابل آن ساقط می شود.»

۲- اگر قیمت مبیعه کمتر از دین باشد، مشتری می تواند حصه متباقی را از بایع مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا قیمت خانه سی لک افغانی باشد و خانه در اثر تقصیر احمد از بین برود، احمد می تواند بیست لک افغانی متباقی را از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن مبیعه و مورد حمایت قرار دادن حق بایع است.

(۷) طبق ماده ۱۱۴۸ ق. م: «هرگاه مبیعه در بیع وفاء نزد مشتری تلف گردد و ارزش آن بیشتر از مقدار دین باشد، از قیمت آن به اندازه دین ساقط گردیده، مشتری به پرداخت مقدار مازاد مکلف می باشد.» طبق نص این ماده هرگاه مبیعه در بیع وفاء نزد مشتری تلف گردد و ارزش آن بیشتر از مقدار دین باشد، از قیمت آن به اندازه دین ساقط گردیده، مشتری به پرداخت مقدار مازاد مکلف می باشد. مازاد در لغت به معنی فزونی، اضافه، زیادی، بقیه و مابقی است.^{۲۴۱} به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را که ارزش آن پنجاه لک افغانی است، بیست و پنج لک افغانی به گرو بگیرد و خانه در اثر تقصیر احمد از بین برود، بیست و پنج لک افغانی احمد ساقط می گردد. در این صورت، احمد مکلف است بیست و پنج لک دیگر به عنوان جبران خسارت مابقیه ارزش خانه به محمود بدهد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن مبیعه و مورد حمایت قرار دادن حق بایع است. طبق فقه اگر قیمت مبیع از مقدار دین (ثمن) بیشتر باشد، و مبیع هلاک شود، آن مقدار قیمت آن که مساوی با دین است ساقط می گردد.^{۲۴۲} ماده ۲۰۱ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر قیمت مال مبیعه بیع وفاء از مقدار دین زاید باشد و مبیع در دست مشتری هلاک شود، از قیمت آن به اندازه ای که در مقابل دین قرار دارد، ساقط می شود. اگر هلاک مال به تقصیر و تعدی مشتری باشد، مشتری ضامن زیادت مذکور است. اگر بدون تقصیر مشتری باشد، ادای زیادت مذکور بر مشتری لازم نمی گردد.»

۲۴۰. همان، جلد (۹)، صص ۲۶۱ و ۲۶۲.

241. www.vajehyab.com (Last visit: 10/8/2018).

۲۴۲. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۶۱ و ۲۶۲.

۸) طبق ماده ۱۱۴۵ ق. م: «هرگاه مبیعه زمین زراعتی بوده بایع در خلال سال زراعتی رد آن را مطالبه نماید، در حالی که مشتری آن را زرع نموده باشد می تواند زمین مذکور را الی وقت درو نزد خود نگهداشته، آنچه را عرف حکم نماید مقابل مدت بین فسخ عقد و هنگام درو به بایع بپردازد.» طبق نص این ماده هرگاه موضوع عقد بیع و فاء زمین زراعتی باشد و بایع در خلال سال زراعتی رد آن را مطالبه نماید، در حالی که مشتری آن را زرع نموده باشد می تواند زمین مذکور را الی وقت درو نزد خود نگهداشته، آنچه را عرف حکم نماید مقابل مدت بین فسخ عقد و هنگام درو به بایع بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد زمین زراعتی خویش را به محمود به گرو دهد و محمود آن را گندم کشت نماید، اما احمد در جریان سال رد زمین را مطالبه نماید، محمود می تواند زمین را الی فرا رسیدن موعد درو نمودن گندم نزد خود نگهدارد و اجوره زمین را مطابق عرف به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق مشتری است.

دوم) حقوق و تکالیف بایع

طبق فقه و ق. م بیع و فاء موجب ایجاد حقوق و تکالیف ذیل برای بایع در برابر مشتری می گردد:

۱) دریافت مبیعه و زیادت در آن: طبق ماده ۱۱۴۴ ق. م: «هرگاه بایع آنچه را که به رد آن مکلف است به مشتری رد نماید، بر مشتری لازم است مبیعه و زیادتی که در آن از وقت بیع به عمل آمده یا آنچه از تأریخ رد مبالغ مذکور به بعد قبض نموده، به بایع بپردازد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی که بایع ثمن را به مشتری رد نماید، مشتری مکلف است مبیعه و زیادتی که در آن از وقت بیع به عمل آمده یا آنچه از تأریخ رد مبالغ مذکور به بعد قبض نموده، به بایع بپردازد. تعریف زیادت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به گرو داده باشد، در صورتی که احمد پول محمود را دوباره پرداخت نماید، محمود مکلف است باغ و زیادتی که در باغ به وجود آمده است مانند رویدن درختان جدید، احداث دیوار و دروازه در باغ و نظیر اینها را به احمد رد نماید.

۲- در صورتی که بایع ثمن را به مشتری رد نماید، مشتری مکلف است آنچه را از تأریخ رد ثمن به بعد قبض نموده، به بایع بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد باغ سیب خویش را به محمود به گرو داده باشد، در صورتی که احمد پول محمود را در تأریخ اول سنبله پرداخت نماید و محمود در تأریخ دهم میزان سیب های درختان را بچیند، محمود مکلف است باغ و سیب ها را به احمد رد نماید. زیرا، محمود سیب ها را بعد از دریافت ثمن چیده و قبض نموده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم رد ثمن و حق بایع مبنی بر دریافت مبیعه و زیادتی که در مبیعه صورت گرفته است می باشد. به موجب فقه نیز بایع می تواند ثمن را رد و مبیع را دوباره از مشتری بگیرد.^{۲۴۳} ماده ۳۹۷ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «همچنانی که بایع می تواند ثمن را رد کند و مبیعه را باز گیرد، مشتری نیز می تواند مبیعه را رد کند و ثمن را از بایع اخذ نماید.»

۲) طبق ماده ۱۱۴۱ ق. م: «(۱) استرداد مبیعه به ابلاغ رسمی ای صورت می گیرد که از طرف بایع به مشتری صادر می شود؛ (۲) بعد از اتمام ابلاغ عقد بیع فسخ گردیده بایع مبیعه را خالی از تضمیناتی که مشتری به آن وارد نموده مسترد می نماید؛ و (۳) این ابلاغ بر اشخاصی که حقی را به حسن نیت بعد از آن کسب نموده باشند تأثیر وارد نمی کند، مگر اینکه ابلاغ مذکور به ثبت رسیده یا در حاشیه ثبت بیع به آن اشاره شده باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- استرداد مبیعه به ابلاغ رسمی ای صورت می گیرد که از طرف بایع به مشتری صادر می شود. استرداد به معنی بازگرداندن، بازدهی و بازپس گرداندن است.^{۲۴۴} تعریف ابلاغ گذشت. برخی نویسندگان در خصوص ابلاغ رسمی چنین مثال می آورند: «هرگاه مبیعه در بیع و فاء موازی دو جریب زمین باغ انگور باشد و عقد در وثیقه شرعی بیع و فاء درج و طی مراحل گردیده باشد، بایع درخواست رسمی کتبی راجع به فسخ بیع و فاء و استرداد مبیعه را به محکمه ذیصلاح تقدیم و تقاضا می نماید تا مشتری احضار و در مورد فسخ بیع و فاء رسید خط شرعی اجرا گردد. محکمه بعد از حاضر شدن طرفین رسید خط شرعی را از اقرار مشتری به مقرله بودن بایع به شهادت دو نفر شاهد معرفت اجرا و مشتری در مورد فسخ بیع و فاء و اخذ ثمن اقرار نموده و بایع نیز بعد از قبول اقرار

۲۴۳. همان، جلد (۹)، صص ۲۶۱ و ۲۶۲.

۲۴۴. حمید رضا مخدوم (۱۳۸۷). نقش انتریول در استرداد مجرمین و راه های بهینه کردن آن، مجله کلاگاه، دور دوم، شماره ۴۰، صص ۸۸ و ۸۹.

راجع به تسلیم شدن مبیعه در بیع وفاء می نماید. وثیقه بعد از طی مراحل آن به مهر و امضای هیأت قضایی می رسد و تسلیم بایع می گردد.^{۲۴۵}

۲- بعد از تکمیل شدن ابلاغ، عقد بیع فسخ گردیده مشتری مبیعه را خالی از تضمیناتی که مشتری به آن وارد نموده است به بایع مسترد می نماید. تضمینات جمع تضمین است که در لغت به معنی ضمانت کردن و ضامن شدن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به ضمانت کردن دینی و یا تعهدی از سوی کسی غیر از متعهد و یا در مواردی با سپردن مال و یا وجهی از سوی متعهد تضمین گویند.^{۲۴۶} به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به گرو داده باشد، در صورتی که احمد پول محمود را دوباره پرداخت نماید، محمود مکلف است باغ را خالی از تضمینات به احمد رد نماید. به حیث مثال، اگر محمود باغ را در تضمین دین جمشید، به جمشید به رهن داده باشد، محمود باید دین جمشید را پرداخت نماید تا باغ از تضمین جمشید خالی گردد و محمود باغ را به احمد مسترد نماید.

۳- این ابلاغ بر اشخاصی که حقی را به حسن نیت بعد از آن کسب نموده باشند تأثیر وارد نمی کند. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را گرو گرفته باشد و آن را به ویس برای مدت یک سال به کرایه داده باشد و احمد استرداد خانه را به محمود ابلاغ نماید، این ابلاغ نسبت به ویس تأثیر ندارد و بنابراین ویس می تواند در خانه الی تکمیل مدت یک سال زندگی نماید. زیرا، ویس حق سکونت در خانه را براساس عقد کرایه با حسن نیت کسب کرده است. این اصل است. استثنای این اصل این است که ابلاغ مذکور به ثبت رسیده یا در حاشیه ثبت بیع به آن اشاره شده باشد. در این خصوص برخی نویسندگان چنین مثال می آورند: «هرگاه فسخ بیع وفاء به وثیقه شرعی رسید خط اجراء و بعد از طی مراحل به دسترس بایع قرار داده شود. در این صورت، عقد بیع وفاء فسخ گردیده و ثمن به مشتری و مبیعه به بایع مسترد می گردد و خانه به حالت اصلی یعنی خالی از اجاره و نظیر آن به بایع انتقال می نماید.

بنابراین، حق سکونت اجاره گیرنده نیز از بین می رود یا این که هرگاه در وقت بستن عقد در حاشیه ثبت بیع به آن اشاره شده باشد که هر نوع تصرف قبلی مشتری در مبیعه بعد از ابلاغ رسمی و اجرای آن به رسید خط شرعی مدار اعتبار نیست. در این صورت، کسب حق سکونت اجاره گیرنده در مبیعه موضوع بیع وفاء از بین می رود.^{۲۴۷} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان قواعد کیفیت فسخ بیع وفاء مشروط بر این که در محکمه ثبت شده باشد و آثار فسخ بیع وفاء است.

(۳) پرداخت مصارف استرداد: طبق ماده ۱۱۴۲ ق. م: «(۱) هرگاه بایع از حق استرداد استفاده نماید، مکلف است به استثنای مصارفی که برای حفاظت مبیعه به عمل آمده، ثمن مصارف عقد، مصارف استعمال حق استرداد و مصارف ضروری دیگری که از طرف مشتری صورت گرفته بپردازد، مگر اینکه به خلاف آن موافقه به عمل آمده باشد؛ و (۲) مشتری می تواند مدتی را که بایع در آن مبالغ مندرج فقره (۱) این ماده را حقیقتاً عرضه نماید تعیین کند، در حالی که بایع در خلال مدت مذکور به تادیبه این مبالغ نپردازد، فسخ ناشی از استعمال حق استرداد نادیده پنداشته می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- هرگاه بایع از حق استرداد استفاده نماید، مکلف است به استثنای مصارفی که برای حفاظت مبیعه به عمل آمده، ثمن مصارف عقد، مصارف استعمال حق استرداد و مصارف ضروری دیگری که از طرف مشتری صورت گرفته بپردازد، مگر اینکه به خلاف آن موافقه به عمل آمده باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به گرو دهد و احمد بخواهد خانه را دوباره از محمود بگیرد، مکلف است مصارف عقد بیع و مصارف استرداد، به حیث مثال، رسید خط شرعی در محکمه و مصارف ضروری که از طرف مشتری صورت گرفته است، به حیث مثال، اگر مشتری در خانه مبیعه اطاق جدید احداث نموده باشد را پرداخت نماید. اما، بایع مکلف نیست مصارف حفظ مبیعه را به مشتری پرداخت نماید.

۲- مشتری می تواند مدتی را که بایع در آن مصارف مذکور را پرداخت نماید تعیین کند. در صورت عدم پرداخت، بایع نمی تواند عقد را فسخ نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد مصارف ضروری و مصارف عقد بیع وفاء را پرداخت ننماید، محمود می

۲۴۵. یادگار راجی سمنگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، کتاب دوم، عقود معین، (____)، (____)، ص ۵۴.
۲۴۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکری، ص ۶۹۳.
۲۴۷. یادگار راجی سمنگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، کتاب دوم، عقود معین، (____)، (____)، ص ۵۵.

تواند برای احمد یک ماه وقت دهد. اگر احمد در این مدت مصارف مذکور را پرداخت ننماید، نمی تواند عقد بیع و فاء را فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حق فسخ بیع و فاء توسط بایع و آثار آن است.

۴) طبق ماده ۱۱۳۹ ق. م: «بایع وقتی می تواند مبیعه را در بیع و فاء بفروشد که مشتری از وی مطالبه استرداد ثمن نماید و بایع به جزء از طریق فروش مبیعه قادر به استرداد ثمن نباشد.» طبق نص این ماده بایع وقتی می تواند مبیعه را در بیع و فاء بفروشد که مشتری از وی مطالبه استرداد ثمن نماید و بایع به جزء از طریق فروش مبیعه قادر به استرداد ثمن نباشد. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را سی لک افغانی به محمود گرو دهد و محمود از احمد مطالبه پرداخت سی لک افغانی را نماید و احمد هیچ پول نداشته باشد و هیچ چاره ای جز فروختن باغ نداشته باشد، می تواند باغ را به فروش رساند و سی لک افغانی محمود را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فروش مبیعه توسط بایع در بیع و فاء است.

۵) طبق ماده ۱۱۴۶ ق. م: «هرگاه مبیعه در بیع و فاء حصه مشاع بوده و شرکاء از مشتری بیع عین مذکور را جهت عدم امکان تقسیم مطالبه نمایند، مشتری مکلف است به بایع جهت استرداد حق وی اطلاع دهد، در صورتی که بایع از حق استرداد استفاده نکند و جمیع عین مذکور به اساس مزایده به مشتری تعلقی گیرد و بعداً بایع استرداد آنچه را فروخته است اراده نماید، مشتری می تواند او را به استرداد جمیع عین مذکور وادار سازد.»

طبق نص این ماده هرگاه مبیعه در بیع و فاء حصه مشاع باشد و شرکاء از مشتری بیع آن را جهت عدم امکان تقسیم مطالبه نمایند، مشتری مکلف است به بایع جهت استرداد حق وی اطلاع دهد. در صورتی که بایع از حق استرداد استفاده نکند و جمیع عین به اساس مزایده به مشتری فروخته شود و بعداً بایع استرداد آنچه را فروخته است اراده نماید، مشتری می تواند او را به استرداد جمیع عین وادار سازد. مشاع اسم مفعول از ریشه «شبع» گرفته شده است که در لغت به معنی مشترک و منتشر میان دو کس است. در اصطلاح حقوقی به سهم بخش نشده و یا حصه منتشره در هر جزء از یک چیز و یا سهم مقدر غیر معین افزا نشده، مشاع گویند.^{۲۴۸} مزایده از ریشه «زود» گرفته شده است که در لغت به معنی بر یکدیگر افزودن، افزودگی دوجانبه و حراج است. در اصطلاح حقوق مدنی، مزایده فروش چیزی به گونه ای حراج است به نحوی که هر کس بهایی بیشتر پرداخت کند، مبیعه از آن او باشد.^{۲۴۹}

به حیث مثال، اگر یک دربند حویلی سه بسوه ای در خیرخانه میان احمد، محمود و حمید مشترک باشد و احمد سهم خویش را به جمشید گرو دهد، اما محمود و حمید از جمشید مطالبه نمایند که حویلی را به دلیل عدم قابل تقسیم بودن خریداری نمایند، جمشید مکلف است به منظور استرداد حصه احمد به احمد اطلاع دهد. در صورتی که احمد به اطلاع حمید توجه نکند و به دلیل عدم قابل تقسیم بودن خانه ای سه بسوه ای، خانه مطابق قواعدی که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد از طریق مزایده به فروش رسد و جمشید آن را خریداری نماید، اما احمد مطالبه حصه خویش را نماید، جمشید می تواند احمد را مجبور به استرداد خانه ای سه بسوه ای به طور کامل نماید. زیرا، در صورت رد یک بسوه، خانه غالباً قابل استفاده باقی نمی ماند. بخش اخیر این ماده که می گوید: «مشتری می تواند او را به استرداد جمیع عین مذکور وادار سازد» توجیه پذیر به نظر می رسد. زیرا، مشتری در این فرض همه عین را خریداری نموده است و یک سهم آن متعلق به یکی از شرکاء که در عین حال یکی از فروشندگان نیز است می باشد. بنابراین، مشتری مکلف نیست همه عین را به یکی از شرکاء مسترد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن بایع است.

۶) اثر فوت یکی از طرفین: طبق ماده ۱۱۵۰ ق. م: «هرگاه یکی از عاقدین در بیع و فاء فوت نماید ورثه در احکام بیع و فاء قایم مقام او می گردد.» طبق نص این ماده هرگاه یکی از عاقدین در بیع و فاء فوت نماید ورثه در احکام بیع و فاء قایم مقام او می گردد. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را سی لک افغانی به محمود گرو دهد و احمد وفات نماید و دختری به نام جمیله داشته باشد، جمیله جانشین محمود تلقی می گردد. همچنین، اگر محمود وفات نماید و خانمی به نام ذاکره داشته باشد، ذاکره جانشین احمد تلقی می گردد.

۲۴۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۶۹.
۲۴۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۸۸.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات یکی از طرفین بیع وفاء است. به موجب فقه در صورت فوت یکی از طرفین در بیع وفاء، ورثه وی قایم مقام او شناخته می شود. به عنوان مثال، اگر بایع وفات نماید، ورثه وی می تواند عقد بیع وفاء را فسخ، ثمن را به مشتری پرداخت و مبیعه را اخذ نماید. همچنین، ورثه مشتری می تواند بیع وفاء را فسخ، مبیعه را به بایع رد و ثمن را از بایع اخذ نماید. زیرا، در صورت فوت یکی از طرفین ورثه او قایم او شناخته می شود.^{۲۵۰} ماده ۲۰۲ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «اگر یکی از متبایعین بیع وفاء وفات نماید، حق فسخ بیع به وارث او انتقال می یابد».

(د) بیع ملک غیر

نوع چهارم بیع طبق ق. م بیع ملک غیر است. چنانچه تفصیل آن در مبحث اول این کتاب گذشت، بیع ملک غیر بیع موقوف است. طبق ق. م بیع ملک غیر تابع قواعد ذیل است:

۱) طبق ماده ۱۱۵۲ ق. م: «شخصی که ملک غیر را بدون اجازه وی به شخص دیگری بفروشد، بیع منعقد و نفاذ آن به اجازه مالک موقوف می باشد، در صورت اجازه بیع نافذ و در غیر آن مالک می تواند فسخ آن را مطالبه نماید». طبق نص این ماده شخصی که ملک غیر را بدون اجازه وی به شخص دیگری بفروشد، بیع منعقد و نفاذ آن به اجازه مالک موقوف می باشد. در صورت اجازه بیع نافذ و در غیر آن مالک می تواند فسخ آن را مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد موتر یا خانه محمود را بدون این که نایب محمود باشد به جمشید به فروش رساند، عقد منعقد می گردد، اما نفاذ یا جاری شدن آن وابسته به اجازه محمود است. اگر محمود عقد را اجازه دهد، عقد نافذ می گردد. اما، اگر محمود نخواهد عقد را اجازه دهد می تواند آن را فسخ نماید. دلیل این قاعده این است که احمد نایب محمود نیست و احمد در ملک غیر تصرف نموده است و تصرف در ملک غیر بدون اجازه مالک باطل است مگر این که مالک آن را اجازه دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر بیع ملک غیر است. به موجب فقه حکمی که بر عقد موقوف مرتب می گردد این است که: عقد موقوف صحیح است، ولی نفاذ آن متوقف بر اجازه غیر است. بنابراین، در صورتی که شخصی اثر عقد متوجه او می شود، اجازه دهد، عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل می گردد.^{۲۵۱}

۲) طبق ماده ۱۱۵۳ ق. م: «هرگاه مالک بیع را اجازه دهد، بیع در حق مشتری و بایع صحیح می باشد. همچنین، اگر ملکیت مبیعه بعد از عقد به بایع انتقال نماید، عقد در مبیعه صحیح دانسته می شود». طبق نص این ماده هرگاه مالک بیع را اجازه دهد، بیع در حق مشتری و بایع صحیح می باشد. همچنین، اگر ملکیت مبیعه بعد از عقد به بایع انتقال نماید، عقد در مبیعه صحیح دانسته می شود. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را به جمشید به فروش رساند و جمشید عقد را اجازه دهد، عقد نسبت به احمد و محمود صحیح است. همچنین، به موجب عقد موتر محمود به جمشید منتقل شده باشد، عقد نسبت به مبیعه صحیح است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اجازه مالک مال است.

۳) عدم اجازه مالک و فسخ عقد بیع: طبق ماده ۱۱۵۴ ق. م: «هرگاه به فسخ بیع حکم صادر شود و مشتری از عدم ملکیت بایع در مبیعه علم نداشته باشد، می تواند از بایع جبران خساره را مطالبه نماید، گرچه بایع دارای حسن نیت باشد». طبق نص این ماده در صورتی که مالک نفاذ عقد بیع را اجازه ندهد، و عقد بیع پس از انتقال ملکیت مبیعه به مشتری فسخ گردد و مشتری از عدم مالک بودن بایع عمل نداشته باشد و متضرر گردد، می تواند جبران خسارت ناشی از انتقال ملکیت را از بایع مطالبه نماید، هرچند بایع دارای حسن نیت باشد. حسن نیت یکی از اصول حاکم بر قراردادها است. این اصل دو معنی دارد: نخست این که حسن نیت عبارت است از عدم قصد متعاقبین مبنی بر نیرنگ و فریب همدیگر.^{۲۵۲} دوم این که حسن نیت عبارت است از اجرای مفاد تعهد بدون نیرنگ و فریب. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را بدون این که نایب محمود باشد به جمشید بدون این که جمشید در این خصوص علم داشته باشد به فروش رساند و محمود عقد را فسخ نماید و جمشید حق الزحمه رهنمای معاملات، پنج فیصد

۲۵۰. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۶۱ و ۲۶۲.
 ۲۵۱. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۹۳؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م.). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۷؛ ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۳۶.
 ۲۵۲. بابک خسروی نیا (۱۳۹۱). قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، شماره دوم، ص ۹۱.

محصول نقل و انتقال ملکیت و سایر مصارف را پرداخته باشد، می تواند این مصارف را از احمد مطالبه نماید هرچند احمد دارای حسن نیت باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فسخ بیع ملک غیر است.

ه) بیع نایب برای خودش

نوع پنجم بیع طبق ق. م بیع نایب برای خودش است. ق. م در بخش بیع احکام معینی در باره خرید و فروش اموال توسط ولی، وصیت و قیم وضع نموده است. دلیل این که این قواعد را قانونگذار مدنی در ذیل بیع نایب برای خودش آورده است این است که اولیاء، اوصیاء و قیم نایب قهری شخص ناقص اهلیت تلقی می گردند. این قواعد قرار ذیل است:

۱) **بیع اموال طفل توسط ولی برای خود ولی:** طبق ماده ۱۱۵۵ ق. م: «(۱) پدری که بالای اولاد خود ولایت داشته باشد می تواند مال خود را بر اولادش بفروشد و یا مال اولاد خود را به قیمت مثل برای خود بخرد؛ و (۲) پدر کلان حکم پدر را دارد.» طبق نص این ماده پدر می تواند اموال مولی علیه را که بر وی ولایت دارد برای خود بخرد و یا اموال خود را برای مولی علیه به فروش رساند. ولایت از ریشه «ولی» گرفته شده است^{۲۵۳} که در لغت به معنی محبت و کمک است. همچنین ولایت در لغت به معنی سلطه،^{۲۵۴} فرمانروایی، حکومت کردن، دوستی، قرابت و خویشاوندی است.^{۲۵۵} در اصطلاح فقهی ولایت عبارت است از قدرت و تصرف در مورد امور غیر به صورت مباشر بدون اینکه متوقف به اجازه غیر باشد.^{۲۵۶} در خرید اموال مولی علیه شرط است که قیمت مثل باشد. قیمت مثل مرکب از دو کلمه است: قیمت که در لغت به معنی ارزش و بهاء است. مثل در لغت به معنی نظیر، مانند و شبیه است.

به نظر می رسد قیمت مثل قیمتی است که مبیعه در بازار به فروش می رسد. پدر کلان طبق فقره دوم این ماده حکم پدر را دارد. بنابراین، پدر کلان می تواند مال مولی علیه را به قیمت مثل بخرد و یا مال خود را برای مولی علیه به فروش رساند. دلیل این که پدر کلان حکم پدر را دارد این است که پدر و پدر کلان از جمله اولیایی اند که بر اموال طفل ولایت دارند. قانونگذار مدنی حکم خرید و فروش مال پدر را برای طفل بیان نموده است و پدر کلان را تابع عین حکم قرار داده است.

به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و تحت ولایت محمود پدر یا پدر کلانش قرار داشته باشد و احمد یک جریب زمین داشته باشد که از مادرش به ارث گرفته باشد، محمود می تواند زمین احمد را خریداری نماید. همچنین، اگر احمد سی لک افغانی از مادرش به ارث گرفته باشد، می تواند زمین پدرش را خریداری نماید. در این دو مثال، پدر و پدر کلان هم بایع و فروشنده و هم نایب قهری طفل اند. برای این که ولی از ولایتش سوء استفاده ننماید، قانونگذار مدنی فروش اموال ولی به طفل را مقید به قیمت مثل نموده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز بیع میان ولی و مولی علیه است.

۲) **بیع اموال طفل توسط وصی و قیم برای خودش:** طبق ماده ۱۱۵۶ ق. م: «(۱) وصی و قیمی که از طرف محکمه تعیین شده نمی تواند مال خود را بالای قاصر یا محجور علیه فروخته یا مال آنها را برای خود خریداری نماید؛ و (۲) وصی و قیم مذکور می توانند به اجازه قاضی به چنین امر اقدام کنند.» طبق نص این ماده وصی و قیم نمی توانند مال خود را به قاصر و محجور علیه به فروش رسانند. همچنین، وصی و قیم نمی توانند مال قاصر و محجور علیه را خریداری نمایند مگر این که قاضی محکمه ذیصلاح به آنها اجازه دهد.

وصی در لغت به معنی وصیت شده است. در اصطلاح حقوقی، وصی شخصی است که برای حفظ مال و یا فرزندان شخص پس از مرگ او توسط پدر یا پدر کلان یا قاضی تعیین شده باشد.^{۲۵۷} قیم در لغت به معنی مستقیم، متولی، سرپرست، سید و کسی که متولی امر شخص محجور است می باشد.^{۲۵۸} در اصطلاح حقوقی قیم شخصی است که در صورت نبودن ولی و وصی به وسیله محکمه ذیصلاح برای سرپرستی و اداره امور محجور نصب می شود.^{۲۵۹} قاصر اسم فاعل از ریشه قصر گرفته شده است که در

۲۵۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۴۸.

۲۵۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۹۱.

۲۵۵. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹۴.

۲۵۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۹۱.

۲۵۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۱۸۸.

۲۵۸. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۲۵۹.

۲۵۹. همان، سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، ص ۲۵۹.

لغت به معنی ناتوان و عاجز است. در فقه به کسی قاصر گفته می شود که به موجب شرع یا قانون از تصرف درست عاجز باشد که به طور مشخص مصادیق بارز آن شخص دیوانه و صغیری است که هنوز به سن بلوغ نرسیده باشد.^{۲۶۰}

محجور علیه اسم مفعول از ریشه «حجر» گرفته شده است که در لغت به معنی ممنوع و بازداشت شده است. در اصطلاح حقوقی محجور به کسی گویند که به حکم قانون یا قاضی از تصرف در اموال خویش ممنوع شده باشد مانند دیوانه، سفیه، معتوه، صغیر، غافل، ورشکسته و نظیر اینها.^{۲۶۱}

به حیث مثال، اگر احمد طفل ده ساله، دیوانه، معتوه و غافل باشد و نیم جریب زمین را از مادرش به ارث بگیرد و احمد تحت وصایت محمود یا تحت قیمومیت محمود قرار داشته باشد، محمود نمی تواند زمین احمد را برای خود خریداری نماید. همچنین، محمود نمی تواند مال خود را برای احمد به فروش رساند مگر این که محکمه ذیصلاح اجازه دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده وصی و قیم و تحقق مصلحت قاصر و محجور علیه است.

(۳) خرید و فروش مال طفل توسط وصی پدر یا پدر کلان: طبق ماده ۱۱۵۷ ق. م: «وصی ای که از طرف پدر یا پدر کلان تعیین شده باشد، نمی تواند مال خود را بالای قاصر بفروشد و یا مال او را برای خود بخرد، مگر اینکه این امر به نفع قاصر بوده و به اجازه محکمه صورت گرفته باشد.» طبق نص این ماده وصی پدر یا پدر کلان نمی تواند مال خویش را به قاصر به فروش رساند و یا مال قاصر را به خود خریداری نماید مگر این که این امر به نفع قاصر باشد. به حیث مثال، اگر احمد طفل ده ساله، باشد و نیم جریب زمین را از مادرش به ارث بگیرد و پدر و مادر پدر کلان احمد وفات نموده باشند، اما پدر یا پدر کلان احمد جمشید را به عنوان وصی احمد در زمان حیات خویش تعیین نموده باشند و جمشید بعد از وفات پدر و پدر کلان احمد وصایت را بپذیرد، جمشید نمی تواند اموال احمد را خریداری یا مال خویش را برای احمد به فروش رساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده وصی و تحقق مصلحت قاصر است.

(۴) بیع اموال توسط دلال و اهل خبره برای خودشان: طبق ماده ۱۱۵۸ ق. م: «(۱) دلال و اهل خبره که اموال جهت فروش یا تعیین قیمت به آنها سپرده شده، نمی توانند، آن را به اسم خود یا به اسم مستعار برای خود خریداری نمایند؛ (۲) اگر شخصی که مال به او تعلق گرفته، در حال وجود اهلیت لازم، به عقد اجازه نماید، عقد مذکور صحیح دانسته می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- مالی که جهت تعیین قیمت گذاری و یا فروش برای دلال و اهل خبره سپرده شده، دلال و اهل خبره نمی توانند مال را برای خود به نام اصلی و یا نام مستعار خریداری نمایند. دلال در لغت به معنی واسطه و وسیط میان خریدار و فروشنده است.^{۲۶۲} در اصطلاح عرفی به دلال، کمیشن کار می گویند. در اصطلاح حقوقی، ماده ۹۹ اصولنامه تجارت در تعریف دلال می گوید: «اشخاصی که در مقابله اجیر خاص هیچ یک از طرفین نبوده و در عقد مقاولات مروجه تجارتی فقط در مقابل اجرت بین عاقدین وساطت و به این صورت، تسهیل عقد معاملات تجاریه را برای خود پیشه اتخاذ نمایند، دلال نامیده می شوند.» طبق ماده ۴ جزء ۱۰ قانون اصول محاکمات مدنی: «اهل خبره: اشخاص مسلکی است که در رشته های خاص دارای تخصص، معلومات یا تجربه کافی باشند.» همچنین، طبق ماده ۴ جزء ۳۳ قانون اجراءات جزایی: «اهل خبره: شخص مسلکی یا فنی است که در رشته معین دارای تخصص، معلومات و تجربه کافی باشد.» به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به مسؤول رهنمای معاملات برای فروش تسلیم نماید، مسؤول رهنمای معاملات نمی تواند به نام اصلی یا نام مستعار خانه را برای خود خریداری نماید. زیرا، مسؤول رهنمای معاملات نایب احمد تلقی می گردد. اسم مستعار مرکب از دو کلمه است: اسم و مستعار که از ریشه عاریت گرفته شده است که در لغت به معنی عاریتی، به عاریت گرفته شده، جعلی، ساختگی و عوضی است.^{۲۶۳} در اصطلاح حقوقی، اسم مستعار عبارت از اسمی است که شخص آن را به منظور مخفی نمودن هویت اصلی خویش را به کار گیرد. همچنین، در صورتی که احمد خانه کانکریتی سه منزله خویش را به محمود به فروش رساند و احمد و محمود از انجیز ساختمانی تقاضاء نمایند تا قیمت خانه را ارزیابی نماید،

۲۶۰. وهبة الزحیلی (___)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۸۶ و ۶۸۶؛ سید سابق (۱۳۷۱)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۶۱۷.

۲۶۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۳۷.

262. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 14/1/ 2018).

263. Ibid, (Last visit: 3/1/2018).

انجنیر ساختمانی نمی تواند خانه را برای خود خریداری نماید، زیرا انجنیر ساختمانی نایب احمد و محمود در ارزیابی قیمت خانه تلقی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی دلال و اهل خبره و مورد حمایت قرار دادن حقوق طرفین عقد است.

و) بیع حق متنازع فیه

نوع ششم بیع طبق ق. م بیع حق متنازع فیه است. بیع حق متنازع فیه تابع قواعد ذیل است:

۱) طبق ماده ۱۱۵۹ ق. م: «هرگاه شخص از حق متنازع فیه خود به مقابل چیزی به شخص دیگری تنازل نماید، طرف نزاع می تواند حق متنازع فیه را از مشتری (متنازل الیه) مسترد نماید مشروط بر اینکه به مشتری ثمن پرداخته شده وی را با مصارف و ربح قانونی آن از هنگام تادیه بپردازد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. متنازع فیه در لغت به معنی آنچه محل کشمکش و نزاع باشد است.^{۲۶۴} در اصطلاح حقوقی، متنازع فیه حقی است که میان مدعی و مدعی علیه محل نزاع است. تنازل از ریشه «نزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گیری است. در اصطلاح حقوقی تنازل عبارت از تصرفی است که به موجب آن شخصی از حقی که دارد و یا از حقی که بر عهده دیگری دارد عدول می نماید و یا آن را إسقاط می نماید، مانند: تنازل از انتفاع، دین و یا حق ارتفاق.^{۲۶۵}

متنازل الیه یا متنازل له شخصی که به نفع وی تنازل صورت می گیرد.^{۲۶۶} ربح در لغت به معنی فایده، سود و بهره است که جمع آن ارباب است. در اصطلاح حقوق مدنی، به هر آن چیزی که افزون بر سرمایه و یا به موجب زحمت و تلاش به دست آید، ربح گویند.^{۲۶۷} طبق نص این ماده هرگاه شخص از حق متنازع فیه خود به مقابل چیزی به شخص دیگری تنازل نماید، طرف نزاع می تواند حق متنازع فیه را از مشتری مسترد نماید مشروط بر اینکه به مشتری ثمن پرداخته شده وی را با مصارف و ربح قانونی آن از هنگام تادیه بپردازد.

به حیث مثال، اگر حق مالکیت یک دربند حویلی در شهر نو میان احمد و محمود محل نزاع باشد و احمد حویلی را به جمشید در برابر سه لک دالر انتقال دهد، محمود می تواند حق مالکیت حویلی را از جمشید که متنازل الیه است مسترد نماید. در چنین حالتی، شرط است که محمود سه لک دالر، مصارف نقل و انتقال حویلی مانند حق الزحمه رهنمای معاملات که یک فیصد مجموعه قیمت حویلی است، سه فیصد محصول محکمه، یک فیصد محصول ریاست عمومی عواید وزارت مالیه و یک فیصد محصول شهرداری را پرداخت نماید. همچنین، اگر سه لک دالر ربح قانونی داشته باشد، محمود مکلف است ربح قانونی را نیز پرداخت نماید. به نظر می رسد منظور از ربح قانونی در نص این ماده سود است. پرداخت ربح قانونی در نص این ماده به دلیل عدم جواز سود محل ایراد به نظر می رسد.

۲) طبق ماده ۱۱۶۰ ق. م: «حکم ماده فوق در احوال ذیل تطبیق شده نمی تواند:

۱- در حالتی که حق متنازع فیه جزء اموالی باشد که به صورت اتکل به ثمن واحد فروخته شده باشد؛
۲- در حالتی که حق متنازع فیه بین ورثه یا مالکان متعدد به قسم مشاع بوده و یکی از شرکا حصه خود را بر دیگری فروخته باشد.

۳- در حالتی که مدیون حق متنازع فیه را در مقابل دین برای دائن واگذار شده باشد.

۴- در حالتی که حق متنازع فیه راجع به عقار تحت رهن بوده و بالای شخصی که عقار در حیات او است فروخته شده باشد.»
نص این ماده ناظر بر استثنائات ماده ۱۱۵۹ ق. م است. بنابراین، نصوص مواد ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ با همدیگر مرتبط اند. طبق نص ماده ۱۱۶۰ ق. م هرگاه شخص از حق متنازع فیه خود به مقابل چیزی به شخص دیگری تنازل نماید، مدعی نمی تواند در حالات ذیل حق متنازع فیه را از مشتری مسترد نماید:

264. Ibid, (Last visit: 5/1/2018).

۲۶۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۴۲.

۲۶۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۴۲.

۲۶۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۰۹.

۱- در صورتی که حق متنازع فیه جزء اموالی باشد که به صورت اتکل به ثمن واحد فروخته شده باشد. به نظر می رسد اتکل مترادف جزاف است. جزاف در لغت معرب گزاف است. جزاف در لغت به معنی بیع به تخمین و بدون وزن است.^{۳۶۸} به حیث مثال، اگر قالین میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد قالین را با گلیم، فرش، توشک، بالشت، میز و چوکی، کوتبند و نظیر اینها به صورت تخمینی به جمشید کهنه فروش، به ثمن واحد، به حیث مثال، یک لک افغانی فروخته باشد، محمود نمی تواند قالین را از جمشید مسترد نماید.

۲- در صورت که حق متنازع فیه بین ورثه یا مالکان متعدد به قسم مشاع بوده ویکی از شرکا حصه خود را بر دیگری فروخته باشد. تعریف مشاع یا مشترک گذشت. به حیث مثال، اگر یک بسوه زمین در ولسوالی پغمان میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و در عین حال زمین را احمد، جمشید و ویس از پدر خویش به ارث برده باشند و زمین میان احمد، جمشید و ویس مشترک باشد و احمد یک بسوه زمین را به جمشید یا ویس به فروش رساند، محمود نمی تواند زمین را از جمشید یا ویس مسترد نماید.

۳- در حالتی که مدیون حق متنازع فیه را در مقابل دین برای دائن واگذار شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد خانه خویش را که میان او و جمشید محل منازعه است به محمود در برابر دین او واگذار نماید، جمشید نمی تواند خانه را مسترد نماید.

۴- در حالتی که حق متنازع فیه راجع به عقار تحت رهن بوده و بالای شخصی که عقار در حیات او است فروخته شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد خانه خویش را که میان او و جمشید محل منازعه است به محمود به رهن داده باشد و سپس احمد خانه را به محمود که عقار را تحت حیات و تصرف قرار دارد فروخته باشد، جمشید نمی تواند خانه را مسترد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر حالاتی که است در آنها مدعی نمی تواند شی محل منازعه را از شخص سوم مسترد نماید.

۳) بطل بودن بیع حق متنازع فیه برای کارمندان عدلی و قضایی: طبق ماده ۱۱۶۱ ق.م: «قضات، اعضای خازنوالی و قضایای حکومت، وکلای مدافع و مؤظفین محاکم، در حالی که حق متنازع فیه در داخل حوزه صلاحیت محکمه باشد که در آنجا ایفاء وظیفه می نمایند، نمی توانند تمام یا قسمت از آن را به اسم خود یا به اسم مستعار خریداری کنند، در غیر آن بیع باطل شناخته می شود.» طبق نص این ماده کارمندان عدلی و قضایی اعم از قضات، اعضای خازنوالی، اعضای ریاست قضایای دولت و وکلای مدافع بخاطر حفظ بی طرفی آنها نمی توانند حق متنازع فیه را به نام خود یا اسم مستعار خریداری کنند. تعریف اسم مستعار گذشت.

به حیث مثال، اگر موازی پنجاه جریب زمین میان دولت و یکی از اهالی ولسوالی پغمان محل منازعه باشد، قضات محاکم ابتدائیه ولسوالی پغمان، کارمندان ریاست عمومی قضایای دولت، وکلای مدافع و سایر مؤظفین محکمه مشروط بر این که عقار یا حق متنازع فیه در حوزه ای که تحت صلاحیت حوزه ای محکمه قرار می گیرد، ایفاء وظیفه می نمایند نمی توانند تمام یا قسمتی از زمین را به نام خود یا نام مستعار خریداری نمایند. ضمانت اجرای این حکم نیز در این ماده پیش بینی شده است. بنابراین، در صورت فروش، چنین بیع باطل تلقی می گردد و بر آن هیچ اثر مرتب نمی گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حفظ اصل بی طرفی قضات و جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی قضات، کارمندان ریاست عمومی قضایای دولت و وکلای مدافع است.

۴) طبق ماده ۱۱۶۲ ق.م: «وکلائی مدافع در حقوق متنازع فیه که دفاع آن را به عهده دارند، نمی توانند معامله ای را با مؤکل خویش به اسم خود یا به اسم مستعار انجام دهند در غیر آن عقد باطل شناخته می شود.» طبق نص این ماده وکلای مدافع که عهده دار دفاع از حقوق متنازع فیه اند، نمی توانند حقوق متنازع فیه را از مؤکل خویش به نام خود و یا اسم مستعار خریداری نمایند. به حیث مثال، اگر موازی ده جریب زمین میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد جمشید را به عنوان وکیل مدافع خویش استخدام نماید، جمشید نمی تواند زمین را از احمد خریداری نماید. در صورت خریدن، عقد باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی جلوگیری از تبانی وکیل و مؤکل و سوء استفاده از چنین معامله به نفع مؤکل است. ضمانت اجرای این حکم نیز در این ماده پیش بینی شده است. بنابراین، در صورت فروش، چنین بیع باطل تلقی می گردد و بر آن هیچ اثر مرتب نمی گردد.

ز) بیع متروکه

نوع هفتم بیع طبق ق. م بیع متروکه است که قواعد آن را مواد ۱۱۶۳ الی ۱۱۶۶ ق. م تنظیم نموده است. فروش ترکه ممکن است قبل از تقسیم صورت بگیرد و یا بعد از پرداخت مصارف مربوط به تکفین، تدفین، قروض و نفاذ وصیت متوفی و تقسیم ترکه میان وارثین توسط هر وارث. فروش ترکه بعد از پرداخت مصارف مربوط به تکفین، تدفین، قروض میت و نفاذ وصیت میت تابع احکام عمومی بیع است. وارث می تواند حصه معین از متروکه را بعد از پرداخت مصارف تکفین، تدفین، قروض و نفاذ وصیت متوفی به فروش رساند. این عقد نیز مانند سایر عقود با رضایت طرفین صورت می گیرد و برخی آثار آن متوجه بایع وارث و برخی متوجه مشتری می گردد.

اول) تکالیف بایع وارث

طبق ق. م بایع وارث در برابر مشتری دارای تکالیف ذیل می گردد:

۱) انتقال دادن ملکیت حصه معین از ترکه به مشتری: به موجب ماده ۱۱۶۲ ق. م: «فروختن متروکه به حقوق دیگران تأثیری وارد نمی سازد، مگر اینکه مشتری تمام اجراءات لازمی را که برای انتقال تمام حقوق شامل ترکه ضروری است انجام نماید. رعایت احکام قانون راجع به اجراءات انتقال حق، بین متعاقبین حتمی می باشد.» متروکه از «ترک» گرفته شده است که در لغت به معنی هر چیزی است که انسان پشت سر خودش به جای می گذارد که جمع آن ترکات است. فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ترکه عبارت از اموالی است خالی از حق غیر که میت از خود به جا می گذارد.^{۲۶۹} از نص این ماده دو قاعده قابل استنباط است: ۱- در صورتی که متروکه منقول باشد، خریدار قایم مقام خاص بایع می شود و در ترکه با سایر ورثه سهم می گردد و می تواند ترکه را با سایر ورثه تقسیم نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و سی عراده موتر از خود به عنوان ارث به جا گذارد و ورثه او جمیله دخترش و محمود پسرش باشد و این سه عراده موتر بعد از مصارف تجهیز و تکفین احمد، پرداخت دیون و تنفیذ وصیت احمد باقی مانده باشد، احمد می تواند سهم خویش را که بیست عراده موتر می شود قبل از تقسیم به شخص ثالث که وارث نیست، به حیث مثال، جمشید به فروش رساند. در این صورت، جمشید قایم مقام خاص محمود می شود و در ترکه شریک جمیله می گردد. در چنین فرضی، چون متروکه منقول است نقل انتقال آن و ملکیت آن تابع مراحل رسمی و دولتی از طریق محکمه نیست. طرفین می توانند این عقد را در موتر فروشی منعقد نمایند و سند را مبادله نمایند. این انتقال به مجرد اتمام بیع صورت می گیرد و مشتری قایم مقام وارث نسبت به حصه معین از ترکه می گردد.

۲- فروختن متروکه به حقوق دیگران تأثیری وارد نمی سازد، مگر اینکه مشتری تمام اجراءات لازمی را که برای انتقال تمام حقوق شامل ترکه ضروری است انجام نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و سی جریب زمین از خود به عنوان ارث به جا گذارد و ورثه او جمیله دخترش و محمود پسرش باشد و این سی جریب زمین بعد از مصارف تجهیز و تکفین، پرداخت دیون و تنفیذ وصیت احمد باقی مانده باشد، محمود می تواند سهم خویش را که بیست جریب زمین می شود قبل از تقسیم به شخص ثالث که وارث نیست، به حیث مثال، جمشید به فروش رساند. در این صورت، جمشید قایم مقام خاص محمود می شود و در ترکه شریک جمیله می گردد و حق یا سهم جمیله متأثر می گردد. در چنین فرضی، چون متروکه عقار است نقل انتقال ملکیت آن تابع مراحل رسمی عقارات از طریق محکمه است. بنابراین، این انتقال به مجرد اتمام بیع صورت نمی گیرد و مشتری قایم مقام وارث نسبت به حصه معین از ترکه نمی گردد مگر این که مراحل رسمی نقل و انتقال عقار صورت بگیرد. مراحل رسمی نقل و انتقال عقار در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. در صورت طی مراحل، جمشید شریک جمیله در متروکه و قایم مقام خاص محمود تلقی می گردد و می تواند ترکه را تقسیم نمایند.

۲) طبق ماده ۱۱۶۵ ق. م: «هرگاه بایع بعضی از دیون ترکه را به دست آورد یا بعضی از اشیاء متعلق به ترکه را بفروشد به رد آن برای مشتری مکلف می باشد، مگر اینکه عدم رد آن حین بیع شرط گذاشته شده باشد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- هرگاه بایع وارث برخی از دیون ترکه را به دست آورد به رد آن برای مشتری مکلف می باشد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و سی جریب زمین از خود به گذارد و محمود ورثه احمد باشد و احمد زمین را به جمشید به فروش رساند و قبل از فروش زمین

۲۶۹. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۱.

را به ویس به اجاره داده باشد، اما اجوره آن را دریافت نکرده باشد و اجوره زمین را بعد از فروش دریافت نماید، محمود مکلف است اجوره را به جمشید مسترد نماید، زیرا اجوره دین ترکه بوده است که به عهده ویس ثابت شده است.

این اصل است. استثنای این اصل این است که محمود به جمشید گفته باشد، صرف زمین را می فروشد نه دیونی که از ناحیه زمین بر دیگران دارد. نص این ماده به گونه ای که تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد، به قواعد عمومی میراث متناقض به نظر می رسد. زیرا، هیچ اثری متحقق نمی گردد مگر این که تصفیه صورت بگیرد و دیون متوفی از ترکه متوفی پرداخته شود و دیونی را که متوفی بر اشخاص دیگر دارد، توسط تصفیه کننده ترکه اخذ گردد.

۲- هرگاه بایع وارث برخی از اشیاء متعلق به ترکه را بفروشد به رد آن برای مشتری مکلف می باشد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و پنجاه عراده موتر از خود به ارث به جا گذارد و محمود ورثه احمد موتر ها را به جمشید به فروش رساند، اما قبل از آن برخی از پرزه های موتر ها مانند تیر اضافی، جک و نظیر اینها به ویس فروخته باشد، مکلف است عقد را فسخ و این پرزه جات را به جمشید تسلیم نماید. زیرا، نخست این که این پرزه جات فرع موتر ها اند و مالک اصل مالک فرع تلقی می گردند و دوم این که این پرزه جات متعلق به ترکه اند که وارث بایع آن به مشتری می فروشد. این اصل است. استثنای این اصل است که عدم تسلیمی پرزه جات موتر را محمود در عقد شرط گذاشته باشد. همچنین، اگر محمود وارث باغ موروثه را به جمشید به فروش رساند، مکلف است میوه باغ را هم به جمشید تسلیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف بایع وارث است.

(۲) ضمانت ثبوت وارث: طبق ماده ۱۱۶۳ ق. م: «کسی که متروکه را بدون تفصیل مشتملات آن بفروشد، تنها به ثبوت وراثت خود مکلف می باشد، مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد.» طبق نص این ماده در صورتی شخص که متروکه را بدون تفصیل مشتملات آن بفروشد، تنها به ثبوت وراثت خود مکلف می باشد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و سی جریب زمین از خود به عنوان ارث به جا گذارد و ورثه او جمیله دخترش و محمود پسرش باشد و این سی جریب زمین بعد از مصارف تجهیز و تکفین، پرداخت دیون و تنفیذ وصیت احمد باقی مانده باشد، محمود می تواند سهم خویش را که بیست جریب زمین می شود قبل از تقسیم به شخص ثالث که وارث نیست، به حیث مثال، جمشید به فروش رسانند. در این صورت، محمود باید ثابت نماید که ورثه احمد است.

اثبات وراثت می تواند با اثبات فوت احمد و ترتیب حصر وراثت در محکمه وثایق ذیصلاح متحقق گردد. اما، محمود ضامن این است که چه اموالی داخل حصه او می گردد و قیمت این اموال چند است، نمی شود. بنابراین، محمود نمی تواند برای مشتری ضمانت نماید که چه اموالی را مستحق خواهد شد. بنابراین، بایع وارث هیچ امری را در ترکه به اثبات نمی رساند و ضامن نیست، مگر یک امر و آن وارث بودن خویش است. در نتیجه، وارث اولاً ضامن ایجاد ترکه و ثانیاً ضامن اثبات وارث بودن خویش است. این اصل است. استثنای این اصل این است که موافقه به خلاف آن صورت گرفته باشد. به حیث مثال، در مثال بالا محمود بیست جریب زمین را به جمشید به فروش رساند و شرط گذارد که من مسؤول اثبات وراثت نیستم. این شرط مدار اعتبار است. در صورتی که ثابت شود که بایع وارث نیست، چنین بیع موقوف بوده و نفاذ آن منوط بر اعطای اجازه توسط مالک مال است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف بایع وارث است.

دوم) تکلیف مشتری

طبق ماده ۱۱۶۶ ق. م: «مشتری مکلف است دیونی را که بر ترکه بوده و از طرف بایع پرداخته شده باشد به بایع رد نماید و تمامی دیون و حقوق را که بالای ترکه باشد با بایع محاسبه نماید، مشروط بر اینکه موافقه طور دیگری صورت نگرفته باشد.» زمانی که شخص وفات می نماید از خود معمولاً مال به جا می گذارد. زمانی که شخص وفات می نماید، سه حق بر این مال دارد. پرداخت مصارف تجهیز و تکفین، پرداخت دیون و تنفیذ وصیت. مال شخص شامل دیونی که شخص بر دیگران دارد می شود. همچنین، مال شامل دیونی که دیگران بر میت دارند می شود. با توجه به آنچه گفته شد، از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- مشتری مکلف است دیونی را که بر ترکه بوده و از طرف بایع پرداخته شده باشد به بایع رد نماید. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و ده جریب زمین و ده عراده موتر از خود به ارث بگذارد. اما، دو لک افغانی مدیون محمود باشد و ورثه احمد جمشید ده جریب زمین و ده عراده موتر را به حمید به فروش رساند و سپس جمشید دو لک افغانی دین محمود را به محمود پرداخت نماید، حمید مکلف است دو لک افغانی را به جمشید پرداخت نماید. زیرا، دو لک افغانی دین ثابت بر ترکه بوده است و حمید ترکه را از

جمشید خریداری نموده است و بنابراین باید دین آن را به جمشید پرداخت نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که جمشید با حمید طور دیگری توافق نموده باشد.

۲- مشتری مکلف است دیون و حقوق را که بالای ترکه باشد با بایع محاسبه نماید، مشروط بر اینکه موافقه طور دیگری صورت نگرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و ده جریب زمین و ده عراده موتر از خود به ارث بگذارد اما دو لک افغانی مدیون جمشید باشد و سه لک افغانی بر حمید داشته باشد و محمود ورثه احمد ده جریب زمین و ده عراده موتر را به ویس به فروش رساند، ویس مکلف است دیون ترکه بر دیگران و دیون دیگران بر ترکه را با محمود محاسبه نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که محمود با ویس طور دیگر توافق نموده باشد.^{۲۷۰}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۹۹): مواد (۱۱۶۵) و (۱۱۶۶) قانون مدنی با مثال توضیح گردد.

توضیح: ماده (۱۱۶۵) قانون مدنی صراحت کامل دارد زیرا بحث متذکره بیع متروکه را بدون تفصیل مشتملات آن مجاز قبول کرده است. ماده (۱۱۶۵) و (۱۱۶۶) صورت حل محاسبات را که بین بایع و مشتری از چنان عقدی نشأت کند پیش بینی کرده است. مثال ماده (۱۱۶۵): وارث متروکه پدرش را بالای شخصی به فروش رسانید بعداً وارث يك مقدار دین متعلق به متروکه را به دست آورد به رد آن برای مشتری مکلف می باشد مگر اینکه موافقه طور دیگر باشد. مثال ماده (۱۱۶۶): وارث متروکه پدرش را بالای شخصی به فروش رسانید. پس اگر وارث يك مقدار دین متعلق متروکه پدرش رد ادا کرده باشد مشتری به رد آن برای وارث مکلف می باشد.^{۲۷۱}

ح) بیع مریض مبتلاء به مرض الموت

نوع هشتم بیع طبق ق. م بیع مریض در مرض الموت است که احکام آن را مواد ۱۱۶۷ الی ۱۱۶۹ ق. م تنظیم نموده است که در ذیل مورد بحث قرار می گیرد:

۱) طبق ماده ۱۱۶۷ ق. م: «هرگاه شخص هنگام مرض موت چیزی را به وارث یا غیر وارث به ثمن کمتر از قیمت آن در روز وفات، به فروش برساند عقد در صورتی بالای ورثه تطبیق می گردد که مقدار تفاوت قیمت از ثلث قیمت مجموع ترکه متجاوز نباشد، مبیعه شامل مجموع ترکه محسوب می شود.» همچنین، طبق طبق ماده ۱۱۶۸ ق. م: «هرگاه تفاوت قیمت از ثلث کلی ترکه تجاوز نماید، بیع در آنچه که از ثلث زیاد باشد در حق ورثه نافذ نمی گردد، مگر اینکه ورثه آن را قبول یا مشتری مقداری را که دو ثلث ترکه را تکمیل نماید رد کند.»

نصوص این مواد مرتبط اند. طبق نصوص این مواد در صورتی که مریض مصاب به مرض الموت در حالت مرض موت چیزی از ملکیت خویش را به ثمن کمتر از قیمت آن به فروش رساند، اگر مقدار تفاوت قیمت، از ثلث مجموعه ترکه که مبیع نیز جزء ترکه محسوب می گردد، متجاوز نباشد، چون شخص می تواند در حالت صحت ثلث مال خویش را به دیگری وصیت یا تبرع نماید، چنین بیعی صحیح است. اما، اگر تفاوت قیمت از ثلث ترکه تجاوز نماید، نفاذ چنین بیعی منوط بر اجازه ورثه است. بنابراین، در صورتی که ورثه اجازه دهد، عقد بیع نافذ و در صورت عدم اجازه بیع باطل تلقی می گردد.

به حیث مثال، اگر احمد در حالت مرض الموت قرار داشته باشد و مجموعه اموال او شصت لک افغانی باشد و احمد بخواهد موتر خویش را که قیمت آن چهل لک افغانی است بیست لک افغانی به فروش رساند، این بیع نافذ است. زیرا، تفاوت قیمت یک سوم ترکه است. اما، اگر موتر را پانزده لک افغانی به فروش رساند، تفاوت قیمت بیشتر از یک سوم که بیست لک افغانی می شود، است و بنابراین نفاذ بیع منوط بر اعطای اجازه توسط ورثه است. همچنین، این بیع در صورتی که مشتری مقداری را که دو ثلث ترکه را تکمیل نماید رد کند نافذ می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن ورثه است.

۲) طبق ماده ۱۱۶۹ ق. م: «در عقد بیع هنگام مرض موت، احکامی رعایت می شود که در تبرع چنین مریض، قابل رعایت است.» تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.^{۲۷۲} به نظر می رسد تبرع عبارت از عمل حقوقی

۲۷۰. جهت مطالعه بیشتر در مورد بیع متروکه: ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۴۲ - ۲۴۸.

۲۷۱. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۰.

۲۷۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.

است که موجب ایجاد تعهد برای یکی از طرفین می گردد، مانند: هبه، صدقه، وصیت، وقف، عاریت و امثال اینها. نص این ماده بیع مریض مبتلا به مرض الموت را تابع تبرعات شخص در حالت صحت وی دانسته است. نص این ماده مستقل نیست و قانونگذار مدنی نص این ماده را به سایر مواد ق. م که مربوط به تبرع است ارجاع داده است. بنابراین، نص این ماده مرتبط به تمام مواد مربوط به وقف، وصیت، هبه و نظیر اینها است. تفصیل احکام وصیت، وقف و هبه در جلد های مختلف این دور از شرح ق. م مورد بحث قرار گرفته است.

به حیث مثال، اگر احمد در حالت مرض موت قرار داشته باشد و بخواهد مال منقول و غیرمنقول خویش را که قیمت مجموعی آنها شصت لک افغانی می شود به فروش رساند، چنین عقد بیعی تابع قواعد وصیت، هبه، وقف و نظیر اینها است. چنانچه تفصیل قواعد مربوط به هبه، وصیت و وقف در این دور از شرح ق. م مورد بحث قرار گرفته است، شخص صرف می تواند در یک سوم مال خویش، وصیت نماید، یک سوم مال خویش را هبه نماید و یک سوم مال خویش را وقف نماید. بنابراین، احمد می تواند یک سوم مال خویش را که قیمت مجموعی آن بیست لک افغانی می شود، به فروش رساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تابع ساختن احکام بیع شخص مبتلا به مرض الموت به تبرعات و مورد حمایت قرار دادن ورثه است. مواد ۱۱۶۷ و ۱۱۶۸ ق. م شباهت دارد با ماده ۳۹۲ مجلة الاحکام. زیرا، ماده ۳۹۲ مجلة الاحکام در مورد بیع مریض مبتلا به مرض الموت به ثمن اقل و ثمن مثل حکم می نماید که: «هرگاه مریض در مرض موت چیزی را به اجنبی در بدل ثمن مثل، فروخت، بیع صحیح است. اما، اگر مریض در مرض موت چیزی را بدون ثمن مثل فروخت و مبیع را تسلیم نمود، این بیع محایات است و بیع از ثلث مال اعتبار داده می شود. اگر ثلث مال آن را پوره می کرد، بیع مذکور صحیح می باشد و در صورتی که پوره نمی کرد، بر مشتری لازم است آنچه را که ناقص بوده از ثمن مثل اكمال نماید و برای ورثه متوفی إعطاء کند و بیع بعد از اكمال نقصان لازم می شود. در غیر آن ورثه می تواند بیع را فسخ نماید.

به طور مثال، شخصی مالک حویلی است که قیمت آن به یک هزار و پنجصد قرش می رسد و مالک آن را در مرض موت برای شخصی بیگانه و غیر وارث به هزار قرش فروخت و مبیعه را به مشتری تسلیم کرد و بعداً وفات کرد، اگر ثلث مالش پنج صد قرش را پوره کرد، این بیع صحیح و معتبر می باشد و ورثه حق فسخ بیع را ندارد. اگر مریض حویلی خود را به پنجصد قرش فروخت و برای مشتری تسلیم نمود، چون ثلث مال مذکور که پنجصد قرش است با نصف ثمن فروگذاشته شده متوفی به هزار قرش معادل می شود، در این صورت ورثه حق دارند که از مشتری همان حصه ای را که فروگذاشته شده مؤثر آنها است و عبارت از پنجصد قرش می باشد، طلب کنند. پس، اگر پنجصد قرش برای ترکه اداء نمود، ورثه حق فسخ را ندارند و اگر اداء نکرد، برای ورثه حق فسخ و استرداد حویلی وجود دارد.».

۳) طبق ماده ۱۱۷۰ ق. م: «احکام مواد سه گانه فوق به ضرر شخص ثالث صاحب حسن نیت که به مقابل عوض، حق عینی را علیه عین مبیعه کسب نموده باشد، تطبیق نمی شود.» نص این ماده استثنای مواد ۱۱۷۷، ۱۱۷۸ و ۱۱۷۹ ق. م را بیان می نماید. طبق نص این ماده احکامی که در بالا تفصیل آن گذشت بر علیه شخصی که حق عینی مانند حق مالکیت را با حسن نیت کسب نموده است تطبیق نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد با حسن نیت از محمود مبتلا به مرض الموت موتر او را خریداری نماید، احکام سه گانه فوق در خصوص او قابل تطبیق نیست.

ط) مقایضه

نوع نهم بیع طبق ق. م به اعتبار مبیع مقایضه است. مقایضه در گذشته زمانی که پول رایج نبوده است، از اهمیت ویژه برخوردار بود، اما به نظر می رسد با توجه به شایع شدن بیع، مقایضه ارزش خویش را از دست داده است:

۱) تعریف

طبق ماده ۱۱۷۱ ق. م: «مقایضه عبارت است از بیع جنس به جنس.» جنس در لغت به معنی کالا و متاع است.^{۲۷۳} به حیث مثال، اگر احمد مبایل خویش را با آید محمود تبدیل نماید، این عمل مقایضه است. مبایل و آید در این مثال جنس اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف مقایضه است. همچنین طبق ماده ۱۰۳۶ ق. م: «بیع عین به عین مقایضه شناخته

می شود.». عین در لغت به معنی ذات و نفس است،^{۲۷۴} همچنین، عین در لغت به معنی رقبه مال مادی است، زیرا مال مادی مرکب از منفعت و رقبه یا ذات است.^{۲۷۵} همچنین، عین در ق. م در مفهوم مال است. به حیث مثال، اگر احمد قالین خویش را با تلویزیون محمود تبدیل نماید، عمل احمد و محمود مقایضه است. قالین و تلویزیون هر دو در این مثال، عین اند. مقایضه که به نام معاوضه نیز یاد می گردد از ریشه «قیض» گرفته شده است که در لغت به معنی عوض دادن، مبادله کردن، رد و بدل کردن، و مبادله است. در اصطلاح فقهی مقایضه عبارت از بیع کالا به کالا است.^{۲۷۶} ماده ۱۲۲ مجله الاحکام در تعریف مقایضه می گوید: «مقایضه عبارت از بیع عین به عین است؛ یعنی مبادله مال است به مال در حالی که بدلین عقد غیر از نقود باشد.»

(۲) فرق مقایضه با عقد بیع

در عهد باستان همین که کارها تقسیم شد و هر گروه از مردم به تولید کالایی پرداختند، نخستین اندیشه ای که برای مبادله کالاها به وجود آمد این بود که: هر تولید کننده آنچه زیاده تر از اندازه ای احتیاج خود دارد با کالایی که به آن نیاز دارد «مقایضه» یا «معاوضه» کند و به این ترتیب نیازهای عمومی برآورده می شد و کالاها و خدمات مبادله می شد. اما، مبرهن است که پیدا کردن کسی که متقاضی حاصلات تولید کننده باشد و کالای مورد نیاز او را نیز تهیه کند، به آسانی امکان نداشت. پس، ناچار وسیله ای لازم بود که این تعاون اجتماعی را آسان کند؛ وسیله ای که مورد قبول همگان باشد و تولید کننده بتواند حاصلات خود را با آن مبادله کند و با آنچه به دست می آورد، نیاز خود را مرفوع سازد. این وسیله که معیار ارزش ها و واسطه بین تولید کننده و مصرف کننده قرار گرفت «پول» بود. به تدریج، همه این راه ساده تر را برگزیدند و کالایی را که بیش از نیاز شخصی داشتند با پول مبادله کردند و از همین جا مفهوم «بیع» به وجود آمد و «خرید و فروش» به عنوان ساده ترین وسیله توزیع ثروت، متداول گشت.

در نتیجه، در بیشتر کشورها «معاوضه» اختصاص به مبادله کالا به کالا پیدا کرد و «بیع» ویژه مبادله کالا با پول گشت. امتیاز بین مقایضه و بیع نیز به همین ترتیب است. امروز، اگر کسی گندم مزرعه خود را با قطعه فرشی مبادله کند، می گویند: این دو نفر فرش و گندم را معاوضه یا مقایضه کردند و بر چنین معامله ای نام «بیع» یا خرید و فروش را نمی گذارند. اما، اگر شخصی موتر خویش را در برابر گرفتن شش لک افغانی به دیگری انتقال دهد، گفته نمی شود که او موتر خویش را با پول معاوضه کرد. بنابراین، عقد بیع معاوضه تکامل یافته است. به این معنی که به جای مبادله مستقیم دو کالا در بیع، پول نقش واسطه را بازی می کند و به عنوان معیار ارزش ها با کالای عرضه شده مبادله می شود.^{۲۷۷} در مقایضه نیز ارکان، شرایط و احکام عقد بیع به استثنای ثمن قابل رعایت است.^{۲۷۸} از آنچه در باره مفهوم مقایضه و رابطه آن با بیع گفته شد، به خوبی می تواند اوصاف این عقد را به شرح ذیل استنباط کرد:

(۱) مقایضه از عقود معوض است. زیرا، در آن دو موضوع متقابل وجود دارد که باهم مبادله می شوند و هر یک از آن دو عوض دیگری قرار می گیرد؛

(۲) مقایضه از عقود لازم است؛ و

(۳) مقایضه از عقود تملیکی است. زیرا، در اثر مقایضه هر یک از دو طرف مالی را که داشته از دست می دهد و در برابر آن مالک مالی می شود که طرف دیگر به وی می دهد.^{۲۷۹}

(۳) شروط

طبق ق. م در مقایضه رعایت شروط آتی ضروری است:

(۱) اینکه بدلین در عقد مقایضه نقد نباشد. بنابراین، در صورتی که بدلین در عقد مقایضه نقد باشند، بیع مقایضه نیست، بلکه صرف است؛

۲۷۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۵.

۲۷۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۴۱۵.

۲۷۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۴۰ و ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۸)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۳۴۳.

۲۷۷. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره و قرض، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۳۳۷.

۲۷۸. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۳۴۳.

۲۷۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره و قرض، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۳۹ و ۳۴۰.

۲) طبق ماده ۱۱۷۳ فقره اول ق.م: «(۱) هر یک از اجناس متبادل در عقد مقایضه حکم مبیعه را داشته شروط مبیعه در آن اعتبار داده می شود، در حال وقوع منازعه در مورد تسلیم، داد و ستد اجناس مذکور همزمان صورت می گیرد.» قانونگذار مدنی در نص این ماده احکام مربوط به اجناسی که مبادله می شوند را تابع شرایط مبیعه دانسته است که تفصیل آن در مبحث بیع گذشت. متبادل از ریشه «بدل» گرفته شده است که در لغت به معنی تبدیل شونده و عوض شونده است.^{۲۸۰} اجناس جمع جنس است. جنس در لغت به معنی کالا و متاع است.^{۲۸۱} از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- هر یک از اجناسی که مبادله می شوند تابع احکام مبیعه اند. به حیث مثال، اگر احمد قالین خویش را با یخچال محمود مقایضه نماید، شرط است که قالین و یخچال واجد شرایط مبیعه باشند. بنابراین، بدلین در مقایضه باید موجود، متقوم، مملوک عاقدین، مقدور التسلیم و معین و معلوم باشند (ر.ک: شرایط مبیع).

۲- عبارت «در حال وقوع منازعه در مورد تسلیم» مبهم و مجمل به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که در خصوص بروز منازعه در صورت تسلیم اشیایی که مبادله می شوند، احکام بیع قابل تطبیق است.

۳- داد و ستد اجناس در عقد مقایضه باید همزمان صورت بگیرد. به عبارت دیگر: بیع جنس به جنس مقتضی تسلیم هر دو جنس در زمان واحد است. بنابراین، تقایض بدلین باید همزمان صورت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد قالین خویش را با یخچال محمود مقایضه نماید، شرط است در یک زمان احمد قالین را به محمود و محمود یخچال را به احمد تسلیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط اجناس محل عقد مقایضه و تابع ساختن شرایط محل عقد مقایضه به مبیعه و جلوگیری از تکرار احکام مبیعه است.

۴) آثار

طبق ق.م و فقه بر مقایضه احکام ذیل مرتب می گردد:

۱) **مالک عوضین شدن عاقدان:** طبق ماده ۱۱۷۳ فقره دوم ق.م: «(۲) هر یک از متعاقدين در عقد مقایضه نسبت به آنچه تسلیم نموده بایع و نسبت به آنچه اخذ نموده مشتری شمرده می شود.» طبق نص این ماده هر یک از متعاقدين در عقد مقایضه نسبت به آنچه تسلیم نموده بایع و نسبت به آنچه اخذ نموده مشتری شمرده می شود. به حیث مثال، اگر احمد قالین خویش را با یخچال محمود مقایضه نماید، احمد بایع و محمود مشتری تلقی می گردد. هر یک از عوضین در مقایضه ثمن و مثن تلقی می گردند. بنابراین، هر یک در حکم مبیع است. نص این ماده از فقه گرفته شده است. طبق فقه، هر یک از متعاقدين در آنچه داده حکم بایع و در برابر آنچه اخذ نموده حکم مشتری را اکتساب می نماید که تفصیل آن گذشت.^{۲۸۲}

۲) **پرداخت مصارف نقل و انتقال شی محال عقد مقایضه به صورت مناصفه:** طبق ماده ۱۱۷۵ ق.م: «مصارف عقد مقایضه به صورت مناصفه بالای طرفین عقد تحمیل می شود، مگر اینکه موافقه به خلاف آن صورت گرفته باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء قابل استنباط است. اصل و قاعده این است که مصارف نقل و انتقال شی محل عقد مقایضه به صورت مناصفه بالای طرفین عقد تحمیل می شود. مناصفه در لغت به معنی دو قسمت کردن، دو نصف کردن و به صورت مساوی است.^{۲۸۳} به نظر می رسد معنی اصطلاحی مناصفه را می توان از معنی لغوی آن استنباط کرد. بنابراین، مناصفه عبارت از پرداخت مصارف مبیعه یا اشیایی که در حکم مبیعه اند به صورت مساوی توسط طرفین عقد است. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خویش را با سه عراده موتر لکسس محمود مقایضه نماید مصارف نقل و انتقال خانه که تفصیل آن در مبحث عقد بیع و حقوق عینی این دور از شرح ق.م مورد بحث قرار گرفته میان احمد و محمود به صورت مساوی تقسیم می شود. استثنای این اصل این است که در این مورد طرفین عقد مقایضه طوری دیگری موافقه نموده باشند. به حیث مثال، در مثال بالا احمد و محمود توافق نمایند که مصارف را صرف محمود پرداخت نمایند. چون این توافق مخالف آداب عامه، نظم عمومی و قانون نیست (قانون بر این قاعده استثناء قایل است)، این توافق مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت مصارف اشیای محل عقد مقایضه است.

۲۸۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۸۵.
281. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 4/1/2018).

۲۸۲. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ص ۳۴۴.
283. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 4/1/2018).

(۳) پرداخت تفاوت قیمت بدلین: طبق ماده ۱۱۷۲ ق. م: «هرگاه اشیاء متبادل در عقد مقایضه از نظر متعاقدين دارای قیمت های متفاوت باشد تعویض مقدار تفاوت به پول نقد جواز دارد». طبق نص این ماده در صورت تفاوت قیمت بدلین، پرداخت تفاوت قیمت جواز دارد. به عنوان مثال، مالک موتور کورولای ۱۹۹۵ که می خواهد موتور خویش را با کورولای ۲۰۰۹ مقایضه نماید، گرفتن تفاوت قیمت توسط مالک موتور کورولای ۲۰۰۹ جواز دارد. به حیث مثال، اگر قیمت موتور کورولای ۱۹۹۵ پنج هزار دالر باشد و قیمت موتور کورولای ۲۰۰۹ ده هزار دالر باشد، مالک موتور کورولای مُدل ۲۰۰۹ می تواند علاوه بر موتور کورولای مدل ۱۹۹۵ جانب مقابل، پنج هزار دالر از جانب مقابل اخذ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اخذ تفاوت قیمت بدلین است.

(۴) به استحقاق برده شدن و ظهور عیب در یکی از بدلین: طبق ماده ۱۱۷۲ ق. م: «عاقدهی که در عقد مقایضه جنس را تسلیم و بعد از نزدش به استحقاق برده شود یا آن را به اثر عیب رد نماید، می تواند جنس مقابل را استرداد یا قیمت آن را مطابق وقت استحقاق یا هنگام مقایضه خالی از عیب از طرف دیگر عقد، مطالبه نماید. در هر دو حالت اگر موجب قانونی موجود شود شخص مذکور جبران خساره را مطالبه کرده می تواند». از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- عاقدهی که در عقد مقایضه جنس را تسلیم و بعد از نزدش به استحقاق برده شود می تواند جنس مقابل را استرداد یا قیمت آن را مطابق وقت استحقاق یا هنگام مقایضه خالی از عیب از طرف دیگر عقد، مطالبه نماید. تعریف استحقاق در مبحث عقد بیع گذشت. به طور مثال، اگر احمد موتور خویش را با موتور محمود مقایضه نماید و موتور محمود را تسلیم شود، اما جمشید مبنی بر مالکیت موتور محمود اقامه دعوی نماید و موتور را به استحقاق ببرد، احمد می تواند موتور خویش را خالی از عیب از محمود مطالبه نماید یا قیمت آن را از محمود اخذ نماید.

۲- عاقدهی که در عقد مقایضه جنس را تسلیم و بعد آن را به اثر عیب رد نماید، می تواند جنس مقابل را استرداد یا قیمت آن را مطابق وقت استحقاق یا هنگام مقایضه خالی از عیب از طرف دیگر عقد، مطالبه نماید. به طور مثال، اگر احمد موتور خویش را با موتور محمود مقایضه نماید و موتور محمود را تسلیم شود، اما موتور محمود را به دلیل عیب، به حیث نمونه، بریدگی به محمود رد نماید، احمد می تواند موتور خویش را خالی از عیب از محمود مطالبه نماید یا قیمت آن را از محمود اخذ نماید.

۳- در هر دو حالت اگر موجب قانونی موجود شود شخص مذکور جبران خساره را مطالبه کرده می تواند. عبارت موجب قانونی در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. منظور از شخص مذکور، یکی از طرفین عقد مقایضه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که شخص متضرر علاوه بر استرداد عین یا دریافت قیمت، در صورت متضرر شدن می تواند از جانب مقابل مطالب پرداخت جبران خسارت در صورت ورود ضرر گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم استحقاق شی محل مقایضه توسط شخص ثالث و ظهور عیب در یکی از محل های عقد مقایضه است.

مبحث دوم) هبه

هبه یکی از عقود تملیکی غیر معوض است. از نظر اقتصادی هبه دارای اهمیت چندانی نیست زیرا به طور معمول میان اقارب و دوستان صورت می گیرد. جلد دوم، باب اول، فصل دوم، مواد ۱۱۷۶ الی ۱۲۱۵ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از فقه حنفیه به خصوص مجله الاحکام و قانون مدنی جدید مصر اقتباس نموده اند.

گفتار نخست) تعریف و تفاوت هبه با برخی تصرفات حقوقی دیگر

الف) تعریف و مصادر مشروعیت

هبه از ریشه «وهب» گرفته شده است که در لغت به معنای انعام، بخشش، بخشیدن و دادن چیزی برای کسی بدون عوض است. تملیک کننده را واهب، طرف دیگر عقد را متهب (یا موهب له) و مالی را که مورد هبه است، موهوبه می گویند.^{۲۸۴} در اصطلاح حقوقی و فقهی نیز هبه عبارت از عقدی است که به موجب آن يك نفر مالی را مجاناً به شخص دیگری در زمان حیات تملیک

۲۸۴. (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۲۰؛ وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۹۸۰؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۱۴۹۲۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۲۵۶ و ۲۲۵۷.

می‌کند. زیرا، هبه بدون عوض بعد از مرگ وصیت است.^{۲۸۵} ق. م هبه را تملیک مال توسط واهب به موهوب له بدون عوض و گاه با عوض می‌داند. ماده ۱۱۷۶ ق. م در این مورد می‌گوید: «هبه عبارت است از تملیک مال به شخص دیگر بدون عوض، گاهی به مقابل عوض نیز صورت می‌گیرد». به نظر می‌رسد علت این تعریف به اشتراط در عقد هبه و در نتیجه هبه معوض و هبه بدون عوض بر می‌گردد. زیرا، هبه به اعتبار اینکه در برابر عوض و یا بدون عوض صورت پذیرد، دو نوع است: هبه معوضه و هبه غیر معوضه. هبه به اعتبار اشتراط و پرداخت عوض دو نوع است: هبه معوض و هبه غیر معوض:

(۱) هبه معوض: هبه معوض هبه‌ای است که واهب در هنگام عقد به متبهد شرط کند عوض چیزی را که به او می‌دهد او نیز عوض آن را رایگان به واهب بدهد. یا این که متبهد بدون شرط واهب، چیزی در مقابل هبه‌ای که گرفته رایگان به واهب بدهد.

(۲) هبه غیر معوض: هبه‌ای است که واهب در هنگام عقد هبه، شرط پرداخت عوض بر متبهد نکرده باشد و متبهد هم چیزی در عوض هبه به واهب پرداخت نکند. در حقوق جرمنی هبه، عقد دو جانبه است که به موجب آن یکی از طرفین تعهد می‌نماید تا جانب مقابل را بدون عوض غنی و پولدار نماید.^{۲۸۶} ماده ۸۳۳ مجله الاحکام در تعریف فقهی هبه می‌گوید: «هبه عبارت از تملیک مال به شخص دیگر است بدون عوض که به فاعل آن واهب و به مال متذکره موهوب و به شخصی که آن را پذیرفته است موهوب له گفته می‌شود [...]».

مشروعیت هبه بر مبنای قرآن، سنت و اجماع فقهاء ثابت است: خداوند عزوجل می‌فرماید:

﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيًّا﴾ - [النساء: ۲]

«اگر به میل خودشان چیزی از آن را به شما واگذاشتند آن را حلال و گوارا بخورید.»

و نیز فرموده است:

﴿وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ﴾ - [البقرة: ۱۷۷]

«و مال [خود] را با وجود دوست داشتنش به خویشاوندان و یتیمان و بینوایان و در راهماندگان و گدایان می‌دهند.»

پیامبر ﷺ نیز فرموده است:

«تهادوا تحابوا».^{۲۸۷}

«به همدیگر تحفه بدهید تا همدیگر را دوست داشته باشید.»

و نیز فرموده است:

«لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة».^{۲۸۸}

«همسایه هبه همسایه را تحقیر نکند حتی اگر یک شق سم گوسفند باشد.»

فقهاء نیز در مورد مشروعیت استحباب همه انواع هبه اجماع نموده اند.^{۲۸۹}

ب) تفاوت هبه معوضه با برخی تصرفات دیگر

در هبه معوضه عوضی که در آن قرار داده می‌شود در مقابل مال موهوب نیست بلکه عوض در مقابل شرط واهب می‌باشد. در عقود دیگر مثل بیع، عوض در قبال، عین می‌باشد.

(۱) فرق هبه با هدیه: هدیه از ریشه «هدی» گرفته شده است که در لغت به معنی تحفه است و در اصطلاح فقهی چنانچه ماده ۸۳۲ مجله الاحکام می‌گوید: «هدیه عبارت از مالی است که برای تکریم و احترام شخص به او اعطاء یا ارسال می‌گردد.»

۲۸۵. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۲۰؛ وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۹۸۰؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۱۴۹۲۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۲۵۶ و ۲۲۵۷.

____ (____)، p 134. Miceal Jewll, 5th edi (2002). An Introduction to German Law. Translated into English by: Gerhard Robbers 286.

۲۸۷. أخرجه البخاری فی الأدب المفرد.

۲۸۸. أخرجه البخاری و المسلم.

۲۸۹. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۲۱؛ وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۹۸۱ و ۳۹۸۳؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۵۱ و ۵۵۲.

وجه تشابه هدیه با هبه این است که هر دو تملیک بلا عوض مال است توسط واهب در زمان حیاتش. اما، فرقی که بین هبه و هدیه وجود دارد این است که در هبه قبول به نظر اکثر فقهاء لازم و در هدیه قبول کسی که برای وی هدیه داده می شود، لازم نیست.^{۲۹۰}

(۳) فرق هبه با صدقه: صدقه در لغت به معنی عطیه است و در اصطلاح فقهی چنانچه ماده ۸۵۳ مجله الاحکام می گوید: «صدق مالی است که به منظور حصول ثواب هبه می شود.» فرق هبه با صدقه این است که هبه بخاطر تحکیم دوستی و صدقه بخاطر حصول ثواب اعطاء می گردد. همچنین، در هبه قبول موهوب له لازم و در صدقه قبول کسی که صدقه برایش داده می شود، لازم نیست. بنابراین، صدقه، تملیک مال است به فقراء به قصد تقرب به خداوند عز و جل و در صدقه رجوع و اقاله ممکن نیست. در حالی که در هبه لزوماً قصد تقرب نیست و امکان اقاله و رجوع است.^{۲۹۱}

گفتار دوم) ارکان و شروط ارکان هبه

الف) ارکان

جمهور فقهاء بر این نظر اند که: ارکان هبه سه است که عبارت اند از صیغه، عاقدین و موضوع هبه است:

(۱) صیغه: عبارت از لفظی است که توسط آن عقد هبه منعقد می گردد.

(۲) عاقدان: که عبارت از واهب و موهوب له است. واهب: کسی است که مال را به دیگری تملیک می کند و موهوب له کسی است که تملیک را قبول می کند.

(۳) موهوب: مالی که مورد هبه است و بخشش می شود. اما، فقهای حنفیه بر این نظر اند که: هبه دارای یک رکن است که عبارت از صیغه است.^{۲۹۲} طبق قواعد عمومی قراردادها، ارکان هبه عبارت اند از واهب، موهوب له، موهوبه، صیغه و سبب.

ب) شرایط ارکان

برای این که هبه به صورت صحیح صورت پذیرد، لازم است هر یک ارکان هبه دارای شرایط خاص باشند:

(۱) شروط صیغه

طبق فقه و ق. م در صیغه ایجاب و قبول رعایت شرایط آتی ضروری است:

(۱) حال بودن صیغه: طبق فقه در هبه شرط است که صیغه آن حال باشد. بنابراین، در صورتی که صیغه ایجاب و قبول در هبه مضاف به زمان آینده باشد، عقد هبه صحیح نیست. ماده ۸۵۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هبه مضاف صحیح نیست. به عنوان مثال، اگر واهب بگوید: در اول ماه آینده فلان شی را به توهبه کردم، هبه صحیح نیست.»

(۲) عدم تقیید صیغه به زمان معین: طبق ماده ۱۱۸۶ ق. م: «هبه مقید به مدت عمر، جواز داشته به ارث برده نمی شود اما هبه مقید به زمان معین جواز ندارد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هبه مقید به مدت عمر، جواز داشته به ارث برده نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید این موتر را برای شما تا زمانی که زنده هستید هبه نمودم و در صورت وفات موتر به من برگردد، این نوع هبه جواز دارد. اما، ورثه موهوب له نمی تواند مال موهوبه را به اثر ببرد. به حیث مثال، در مثال بالا، ورثه محمود نمی تواند موتر را به ارث ببرد.

۲- هبه مقید به زمان معین جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید خانه ای من برای مدت یک سال به شما هبه باشد، این نوع هبه جواز ندارد. زیرا، مقید به زمان معین یعنی یک سال است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط هبه است.

(۲) شرایط عاقدین

عاقدین در عقد هبه واهب و موهوب له است که شرایط هر یک را مورد مطالعه قرار می دهیم:

(۱) شرایط واهب: وجود شرایط ذیل در واهب شرط است:

۲۹۰. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۲۰؛ و هبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۹۸۰.
۲۹۱. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۲۱؛ و هبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۹۸۰.
۲۹۲. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۲۲؛ و هبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۹۸۲.

۱- واجد اهلیت بودن: فقهاء بر این نظر اند که واهب باید واجد اهلیت تبرع باشد. به این توضیح که: واهب باید عاقل، بالغ، رشید و مالک شی موهوبه باشد. بنابراین، هبه محجور علیه مانند: مجنون، صغیر ممیز و غیر ممیز به اتفاق نظر همه فقهاء صحیح نیست. زیرا، هبه تملیک مال به غیر است که موجب تضرر محجورین می گردد. ماده ۸۵۹ مجلة الاحکام در مورد عاقل و بالغ بودن واهب می گوید: «شرط است که واهب عاقل و بالغ باشد. بنابراین، هبه صغیر، مجنون و معتوه صحیح نیست. اما، هبه به اینها صحیح است.»^{۲۹۳}

۲- هبه مریض مبتلاء به مرض الموت: طبق ماده ۱۱۹۱ ق. م: «هبة شخص در حال مرض موت، حکم وصیت را دارد.» فقهای حنفیه در تعریف مرض الموت می گویند: «مرض الموت عبارت از مرضی است که در اغلب اوقات خوف مرگ مریض در آن متصور باشد و آن حالتی است که اگر مریض از جمله مردها باشد، از انجام کارها و مصالح خویش در خارج از منزل عاجز گردد و در صورتی که مریض از جمله زنان باشد از انجام مصالح خود در داخل منزل عاجز گردد و در همین حالت، قبل از مرور یک سال بمیرد، خواه مریض حالت مریضی را در بستر بگذارد و یا خارج از بستر. اگر مرض او دوام کند و یک سال از آن بگذرد، چنین مریض تا آنکه مرض او شدت پیدا نکند و حالت او تغییر نیابد، حکم انسان سالم را دارد و تصرفاتش مانند تصرفات انسان سالم و عادی به حساب می آید. اگر حالت او تغییر کرد، و مرض او شدت یافت و بعد از این حالت وفات کرد، از زمان تغییر حالت تا ساعت وفات، حالت مرض را به خود می گیرد.» (ماده ۱۵۹۵ مجلة الاحکام).

طبق نص این ماده هبه شخص در حال مرض موت، حکم وصیت را دارد. به حیث مثال، اگر احمد مبتلا به مرض الموت باشد و بخواهد مال خویش را هبه نماید، این هبه تابع احکام وصیت است. تفصیل احکام وصیت در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. بنابراین، شخص مبتلا به مرض الموت می تواند در حالت مرض یک سوم مال خویش را هبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن ورثه واهب مبتلا به مرض الموت و تطبیق احکام وصیت بر هبه است. نص این ماده از فقه گرفته شده است. طبق فقه هبه مریض مبتلاء به مرض الموت در حکم وصیت است. بنابراین، مریض مبتلاء به مرض الموت می تواند، ثلث مال خویش را هبه نماید. بنابراین، هبه مریض مبتلاء به مرض الموت در ثلث مال صحیح و در صورت بیشتر از ثلث مال، نفاذ آن منوط بر اجازه ورثه است.^{۲۹۴}

۳- اهلیت تبرع واهب: طبق ماده ۱۱۷۷ ق. م: «شخصی که اهلیت تبرع را داشته و محجور نباشد، می تواند در حال صحت، جمیع مایملک خود یا قسمتی از آن را برای هر کی که خواسته باشد، هبه نماید.» از نص این ماده شخصی که اهلیت تبرع را داشته و محجور نباشد، می تواند در حال صحت، جمیع مایملک خود یا قسمتی از آن را برای هر کی که خواسته باشد، هبه نماید. اهلیت تبرع مرکب از دو کلمه است اهلیت که تفصیل آن در جلد اول این کتاب گذشت و تبرع. تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.^{۲۹۵} به نظر می رسد تبرع عبارت از عمل حقوقی است که موجب ایجاد تعهد برای یکی از طرفین می گردد، مانند: هبه، صدقه، وصیت، وقف، عاریت و امثال اینها. شخص زمانی واجد اهلیت تبرع است که حداقل عاقل و بالغ باشد. محجور علیه اسم مفعول از ریشه «حجر» گرفته شده است که در لغت به معنی ممنوع و بازداشت شده است. در اصطلاح حقوقی محجور به کسی گویند که به حکم قانون یا قاضی از تصرف در اموال خویش ممنوع شده باشد مانند دیوانه، سفیه، معتوه، صغیر، غافل، ورشکسته و نظیر اینها.^{۲۹۶} به حیث مثال، اگر احمد عاقل، بالغ، غیرغافل و غیرورشکسته و غیرمفلس باشد به شرط این که در حالت صحت باشد، می تواند تمام مال خویش یا برخی از اموال خویش را به هر شخصی که بخواهد هبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط واهب است. ایرادی که بر این ماده وارد می شود این است که این زمینه فراهم است تا واهب از طریق هبه همه ورثه را از مایملک خویش محروم نماید.

۲۹۳. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۲۲ و ۱۲۳؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۹۸۸؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنة، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۵۳.

۲۹۴. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۲۲ و ۱۲۳؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۹۸۸؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنة، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۵۳.

۲۹۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.
۲۹۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۳۷.

۴- **رضایت واهب:** هبه عقد است و یکی از شرایط صحت عقد رضایت عاقدین است. بنابراین، در هبه نیز رضایت واهب شرط است. روی همین دلیل، ماده ۸۶۰ مجله الاحکام در مورد رضایت واهب می گوید: «در هبه رضای واهب لازم است. بنابراین، هبه ای که به جبر و اکراه صورت گرفته باشد، صحیح نیست.»

۲) **شرط موهوب له:** در موهوب له شرط است که وجود حقیقی داشته باشد. اگر اصلاً موجود نباشد یا موجود باشد، اما وجود وی حکمی یا تقدیری باشد، مانند: جنین در شکم مادر، هبه برای وی صحیح نیست. اما، در صورتی که موهوب له در اثنای هبه موجود باشد، شرط است که وی اهلیت تملک آنچه را که به وی هبه می گردد، داشته باشد. اگر موهوب له عاقل و بالغ باشد، می تواند موهوبه را قبض نماید. اما، در صورتی که عاقل و بالغ نباشد، هبه به وی صحیح است و قبض توسط نایب وی صورت می گیرد.^{۲۹۷}

۳) شرایط موهوبه

طبق ق. م شرایط ذیل در موهوبه باید متحقق گردد:

۱) **موجودیت، مملوک بودن و معین بودن موهوبه:** طبق ماده ۱۱۸۳ ق. م: «موجودیت موهوبه هنگام عقد شرط بوده و لازم است معین و در ملک واهب باشد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط موهوبه است. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- شرط است که موهوبه در وقت عقد هبه موجود حقیقی باشد. این شرط از فقه حنفی گرفته شده است. فقهای حنفیه بر این نظر اند که: شرط است که موهوب حین هبه موجود باشد. زیرا، هبه تملیک موهوبه است در حال. بنابراین، هبه آنچه که وقت عقد موجود نباشد، صحیح نیست، مانند: هبه چوچه حیوانی که هنوز زاده نشده است.^{۲۹۸} ماده ۸۵۶ مجله الاحکام در مورد موجود بودن موهوب حین هبه حکم می نماید که: «موجودیت موهوب در وقت هبه شرط است. بنابراین، هبه انگوری که بعداً خواهد رسید و کره ای اسپه که بعداً زاده خواهد شد، صحیح نیست.» علاوه بر ماده ۱۱۸۳ ق. م، ماده ۱۱۸۷ ق. م حکم می نماید: «هبه آنچه در حکم معدوم است جواز نه دارد.» طبق نص این ماده هبه آنچه در حکم معدوم است جواز نه دارد. معدوم از عدم گرفته شده است که در لغت به معنی نیست و نابود و نیست شده است و در مقابل موجود استعمال می شود.^{۲۹۹} در اصطلاح حقوقی معدوم چیزی است که اصلاً وجود ندارد. معدوم دو نوع است. معدوم حقیقی که اصلاً وجود ندارد. معدوم حکمی (غیرحقیقی) که مادناً وجود دارد اما قانون وجود آن را به رسمیت نمی شناسد مانند چوچه حیوان. بنابراین، اگر احمد چوچه حیوان خویش یا میوه ای درخت را که شگوفه ای آن وجود دارد اما میوه هنوز به وجود نیامده است جواز ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط موهوبه است.

۲- شرط است که موهوبه معین باشد. این شرط از فقه گرفته شده است. ماده ۸۵۸ مجله الاحکام در مورد معلوم و معین بودن موهوبه می گوید: «لازم است که موهوب معلوم و معین باشد. بنابراین، اگر شخص چیزی از مال یا یکی از دو اسب را بدون تعیین هبه نمود، هبه صحیح نیست. اگر گفت: از این دو اسب هر کدام را که خواسته باشی از تو باشد، در صورتی که یکی از آن دو در مجلس هبه معین شود، هبه صحیح است. در غیر آن، بعد از مفارقت از مجلس هبه، فایده ای در تعیین آن متصور نیست.»

۳- شرط است که موهوبه معلوم واهب باشد. این شرط از فقه گرفته شده است. طبق فقه موهوبه باید مملوک واهب باشد. بنابراین، هبه مباحات به سبب غیر محرز بودن جواز ندارد. زیرا، هبه تملیک است و تملیک آنچه که مملوک نیست، محال است. همچنین، هبه مال غیر جواز ندارد.^{۳۰۰} ماده ۸۵۷ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «لازم است که موهوب مال واهب باشد. پس، اگر شخص مال دیگری را هبه نمود، این هبه صحت ندارد. اما، در صورتی که صاحب مال بعد از هبه به آن اجازه دهد، هبه صحیح می شود.»

۲۹۷. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۲۵؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیه، ص ۳۹۸۸؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۵۳.
۲۹۸. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۲۶؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیه، ص ۳۹۸۹؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۵۴.
299. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 4/1/2018).

۳۰۰. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۲۶؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیه، ص ۳۹۹۰؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۵۴.

(۲) هبه به ضرر داینین تمام نشود: طبق ماده ۱۱۸۸ ق. م: «هبه به ضرر داینین جواز ندارد». طبق نص این ماده در هبه شرط است که به ضرر داینین واهب مدیون تمام نشود. به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود، جمشید و ویس باشد و در عین حال بخواهد اموال خویش را به حمید هبه نماید، چنین هبه ای به دلیل وارد شدن ضرر به داینین احمد جواز ندارد. زیرا، امکان دارد احمد بخواهد به قصد عدم پرداخت دین و وارد کردن ضرر به داینین خویش اموال خویش را به حمید هبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده مورد حمایت قرار دادن حق داینین مدیون و جلوگیری از سوء استفاده مدیون است.

(۵) عدم مشغول بودن موهوبه: هبه زمین مشغول به زراعت، ساختمان بدون زمین، درختی که در آن میوه متعلق به واهب وجود داشته باشد، صحیح نیست؛^{۳۰۱}

(۶) مفروز بودن موهوبه: طبق ماده ۱۱۸۴ ق. م: «هرگاه موهوب مشاع قابل قسمت باشد هبه آن با وجود قبض، افاده ملکیت را نمی نماید، مگر اینکه واهب آن را تقسیم نموده حصه معین را به موهوب له تسلیم نماید». طبق نص این ماده هرگاه موهوب مشاع قابل قسمت باشد هبه آن با وجود قبض، افاده ملکیت را نمی نماید، مگر اینکه واهب آن را تقسیم نموده حصه معین را به موهوب له تسلیم نماید. مشاع اسم مفعول از ریشه «شیع» گرفته شده است که در لغت به معنی مشترک و منتشر میان دو کس است. در اصطلاح حقوقی به سهم بخش ناشده و یا حصه منتشره در هر جزء از یک چیز و یا سهم مقدر غیر معین افزای ناشده، مشاع گویند.^{۳۰۲} به حیث مثال، اگر احمد و محمود برادر باشند و ده جریب زمین مشترک داشته باشند، احمد نمی تواند پنج جریب زمین سهم خویش را به جمشید هبه نماید. در صورت هبه و قبض پنج جریب زمین، این قبض افاده ملکیت را نمی نماید. اما، در صورتی که احمد و محمود ده جریب زمین را تقسیم نمایند و احمد پس از تقسیم پنج جریب زمین سهم خویش را به جمشید هبه نماید، این هبه پس از قبض افاده ملکیت را در خصوص جمشید می نماید. ده جریب زمین در این مثال مال مشترک قابل قسمت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط موهوبه است. در این خصوص فقهای حنفیه بر این نظر اند که: هبه مشاع قابل تقسیم صحیح نیست، مانند: حوبلی. اما، در صورت تقسیم مشاع، هبه هر سهم آن صحیح است.^{۳۰۳} اما، طبق ماده ۱۱۸۵ ق. م: «در صورتی که موهوبه مشاع غیر قابل قسمت باشد قبض آن افاده ملکیت را می نماید، مشروط بر اینکه مقدار آن معلوم باشد». طبق نص این ماده در صورتی که موهوبه مشاع غیر قابل قسمت باشد قبض آن افاده ملکیت را می نماید، مشروط بر اینکه مقدار آن معلوم باشد. به حیث مثال، اگر احمد و محمود یک بسوه زمین داشته باشند و احمد بخواهد نیم بسوه زمین سهم خویش را به جمشید هبه نماید، این هبه جواز دارد. زیرا نخست این که مقدار آن معلوم است و دوم این که یک بسوه زمین قابل تقسیم نیست. زیرا، در صورت تقسیم منفعت آن از بین می رود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جایز دانستن مال مشترک غیرقابل تقسیم و پیش بینی یکی از شرایط موهوبه است.

ج) طرق ایجاب و قبول

طبق ماده ۸۳۷ مجلة الاحکام: «هبه به ایجاب و قبول منعقد گردیده و به قبض تمام می شود». ایجاب و قبول در عقد هبه می تواند به طریق های ذیل صورت بگیرد:

(۱) گفتار: طبق ماده ۸۳۸ مجلة الاحکام: «ایجاب و قبول در هبه عبارت از لفظی است که در معنی تملیک مال به طور مجانی استعمال شود، مانند: اکرم، وهبت، اهدیت؛ یعنی: انعام کردم، هبه نمودم و هدیه دادم [...]».

(۲) ارسال و قبض: طبق مجلة الاحکام ایجاب ممکن است از طریق ارسال نیز صورت بگیرد، مانند اینکه: واهب موهوبه را به موهوب له ارسال و موهوبه له آن را قبض نماید. ماده ۸۲۰ مجلة الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «ارسال و قبض در هبه و صدقه قایم مقام ایجاب و قبول لفظی، قرار می گیرد».

(۳) معاطات: طبق ماده ۱۱۷۹ ق. م: «هبه به تعاطی منعقد شده می تواند». تعاطی از ریشه «عطو» گرفته شده که در لغت به معنی مناوله، چیزی به کسی دادن، إعطاء کردن و چیزی از همدیگر گرفتن، داد و ستد است. در اصطلاح فقهی تعاطی یا

۳۰۱. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، ص ۱۲۸؛ وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۹۹۳؛ و سید سابق (۱۳۷۱)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۵۴.
۳۰۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۶۹.
۳۰۳. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، ص ۱۲۸؛ وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۹۹۳؛ و سید سابق (۱۳۷۱)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۵۴.

معاطات به معامله عملی متعاقبین بی آنکه ایجاب و قبول را بر زبان بی آورند، گویند^{۳۰۴} به حیث مثال، اگر احمد به محمود یک جلد کتاب یا ساعت یا موبایل بدهد بدون این که چیزی بگوید و محمود قبول نماید، عقد هبه با داد و ستد منعقد می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده به رسمیت شناختن جواز هبه و انعقاد عقد هبه از طریق تعاطی است.

۲) تعبیراتی که تملیک تلقی گردد: طبق ماده ۸۳۸ مجلة الاحکام: «...» تعبیراتی که به مالکیت مال به طور مجانی دلالت نماید، نیز در حکم ایجاب هبه را دارد، مانند اینکه: شوهر گوشواره و زیور را به خانمش اعطاء نماید و بگوید: این را بگیر و بپوش.».

گفتار سوم) اشتراط (شرط گذاشتن) در عقد هبه

طبق فقه واهب می تواند حین هبه شرط نماید تا موهوب له عملی معینی را در برابر هبه انجام دهد و یا عوضی را به واهب و یا اشخاص دیگر پرداخت نماید، مانند اینکه واهب حین هبه شرط نماید که موهوب له، در خانه ای موهوبه همراهی یکی از اقارب واهب سکونت نماید و یا شرط نماید که موهوب له دینی را که داین واهب بر ذمه واهب دارد، در برابر هبه به داین واهب پرداخت نماید. ماده ۸۵۵ مجلة الاحکام در باره اشتراط در عقد هبه می گوید: «هبه به شرط عوض صحیح می شود و شرط اعتبار دارد. به عنوان مثال، اگر شخص به دیگری چیزی را هبه نماید به شرط اینکه عوض آن را دهد یا مقدار دین معلوم وی را اداء کند، هبه لازم می شود به شرطی که موهوب له شرط را رعایت کند. اگر موهوب له شرط را رعایت نکند، واهب می تواند از هبه رجوع نماید. همچنین، اگر شخصی عقار خویش را به دیگری هبه نماید به شرط اینکه موهوب له نفقه واهب را الی وفات وی تأمین نماید، و سپس واهب پشیمان گردد و بخواهد از هبه رجوع و عقار مذکور را مسترد نماید، تا زمانی که موهوب له به تأمین نفقه وی راضی باشد، نمی تواند از آن رجوع نماید.».

گفتار چهارم) آثار هبه

به موجب ق. م برخی آثار هبه متوجه واهب و برخی متوجه موهوب له می گردد:

الف) حقوق و تکالیف موهوب له

طبق ماده ۱۱۸۰ ق. م: «ملکیت عین موهوبه وقتی ثابت می شود که عین مذکور کاملاً قبض گردد. در صورتی که موهوبه عقار باشد، تحریر عقد در ورق رسمی جهت انعقاد هبه حتمی می باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: (۱) اثبات ملکیت عین موهوبه: ملکیت عین موهوبه برای موهوب له وقتی ثابت می گردد که موهوب له موهوبه را به دلیل عقد عینی بودن هبه قبض نماید که تعریف آن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد به محمود یک عدد ساعت هبه نماید، ملکیت ساعت به محمود در صورتی که ثابت می شود که محمود به طور کامل ساعت را بگیرد. قبض ممکن است توسط خود موهوب له و در صورت نداشتن اهلیت تملک توسط نایب او صورت پذیرد:

۱- قبض موهوبه توسط موهوب له و نایب او: طبق ماده ۱۱۷۸ ق. م: «(۱) هبه بدون قبول و قبض موهوب له و یا نایب او تکمیل نمی گردد؛ و (۲) هرگاه هبه از طرف ولی یا وصی موهوب له صورت گرفته باشد، واهب در قبول و قبض هبه نیز نیابت می نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: هبه بدون قبول و قبض موهوب له و یا نایب او تکمیل نمی گردد. نایب در لغت به معنی جانشین، نماینده و قائم مقام است. در اصطلاح حقوقی نایب شخصی است که از شخص دیگر نیابت می کند. به حیث مثال، اگر احمد انگشتر نقره ای خویش را به محمود هبه نماید، این عقد هبه تکمیل نمی گردد مگر این که محمود انگشتر را قبول و قبض ننماید. در صورت قبول و قبض، عقد هبه تکمیل می گردد. همچنین، این عقد با قبول و قبض انگشتر توسط نماینده محمود مانند وکیل محمود تکمیل می گردد.

دوم این که: هرگاه هبه از طرف ولی یا وصی موهوب له صورت گرفته باشد، واهب در قبول و قبض هبه نیز نیابت می نماید. ولی شخصی است که بر صغیر ولایت دارد. وصی شخصی است که از طرف ولی و قاضی برای اداره امور مالی صغیر تعیین گردیده

۳۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸۱ و ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۱۱؛

باشد. به حیث مثال، اگر احمد به پسر صغیر خویش محمود بایسکل هبه نماید، احمد هم نایب و هم واهب است. در این مثال، احمد می تواند به نمایندگی از محمود بایسکل را قبض و قبول نماید.

همچنین، هرگاه احمد وصی محمود باشد و به محمود یک عراده بایسکل هبه نماید، احمد هم واهب و هم نایب محمود است و می تواند به نمایندگی از محمود بایسکل را قبول و قبض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم قبض توسط موهوب له و نایب موهوب له است. همچنین، طبق ماده ۸۵۲ مجلة الاحکام: «هرگاه شخصی چیزی را به طفل هبه نماید، هبه به قبض ولی و یا مربی وی تمام می شود.»

۲) قبض مالی که نزد موهوب له است: طبق ماده ۱۱۸۱ ق. م: «هرگاه مال در حالی هبه شود که به تصرف موهوب له قرار داشته باشد، هبه قبض شده تلقی می شود.» طبق نص این ماده هرگاه مال در حالی هبه شود که به تصرف موهوب له قرار داشته باشد، هبه قبض شده تلقی می شود. به عنوان مثال، اگر موثر احمد نزد محمود باشد و احمد موثر را به محمود هبه نماید، موثر توسط محمود قبض شده تلقی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم قبض مال موهوبه توسط واهب به موهوب له است.

همچنین، طبق ماده ۱۱۸۲ ق. م: «هرگاه دین از طرف داین به مدیون هبه شده یا از آن بدون تردید مدیون ابراء صورت گیرد، عقد هبه تکمیل گردیده دین ساقط می شود. در صورتی که دین به غیر مدیون هبه شده باشد، هبه قبل از قبض موهوبه به اجازه واهب تکمیل شده نمی تواند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه دین از طرف داین به مدیون هبه شده یا از آن بدون تردید مدیون ابراء صورت گیرد، عقد هبه تکمیل گردیده دین ساقط می شود. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد یک لک افغانی را به محمود هبه نماید یا ابراء دهد، عقد هبه تکمیل می گردد و دین احمد ساقط می گردد.

۲- در صورتی که دین به غیر مدیون هبه شده باشد، هبه قبل از قبض موهوبه به اجازه واهب تکمیل شده نمی تواند. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد یک لک افغانی را به جمشید هبه نماید عقد هبه زمانی تکمیل می گردد جمشید به اجازه احمد دین را از محمود قبض نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم قبض مال موهوبه توسط واهب به شخص ثالث است. نص ماده ۱۱۸۲ ق. م با اندکی تغییر متأثر از ماده ۸۲۸ مجلة الاحکام است. این ماده مجلة الاحکام می گوید: «شخصی که دین خویش را که در ذمه شخص دیگری قرار دارد، هبه نماید و به صراحت لفظ اجازه بدهد و بگوید: برو و آن را بگیر، بعد موهوب له برود و آن را بگیرد، هبه تمام می شود.»

۳) شرایط صحت قبض: طبق ماده ۸۲۲ مجلة الاحکام: «اجازه واهب در قبض خواه صراحتاً صورت بگیرد و یا دلالتاً لازم است.» اذن صریح آن است که واهب به موهوب له بگوید: موهوبه را قبض کن. اما، خود ایجاب نیز می تواند اذن غیر صریح را افاده نماید. ماده ۸۲۳ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «ایجاب واهب دلالتاً اجازه به قبض است. اما، اجازه صریح آن است که واهب بگوید: این مال را بگیر، زیرا آن را به تو هبه نمودم، مشروط بر این که مال در مجلس هبه حاضر باشد. اگر مال در مجلس هبه حاضر نباشد، بگوید: فلان مال را به تو هبه نمودم، و آن را بگیر.»

۴) پرداخت عوض توسط موهوب له در هبه: طبق ق. م پرداخت عوض در هبه تابع قواعد ذیل است:

۱- طبق ماده ۱۱۹۷ ق. م: «موهوب له به ایفای آنچه که واهب در عوض موهوبه شرط گذاشته مکلف می باشد، اعم از اینکه ایفای آن برای واهب یا شخص دیگری تعیین شده باشد.» طبق نص این ماده موهوب له به ایفای آنچه که واهب در عوض موهوبه شرط گذاشته مکلف می باشد، اعم از اینکه ایفای آن برای واهب یا شخص دیگری تعیین شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد در وقت هبه شرط ادای عوضی را شرط گذارد، مانند اینکه: خانه ای خود را به محمود (موهوب له)، هبه نماید و شرط نماید که محمود نفقه وی را تأمین نماید، محمود مکلف به تأمین نفقه احمد است. در این مثال عوض به مصلحت واهب؛ یعنی: احمد است. همچنین، مصلحت می تواند به نفع شخص ثالث باشد، مانند اینکه: واهب خانه ای خود را به موهوب له هبه نماید و شرط نماید که یکی از اقاربش با موهوب له در آن سکونت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ادای عوض در هبه توسط موهوب له است. به همین ترتیب، عوض می تواند به نفع عموم باشد، مانند اینکه: واهب مال خویش را به جمعیت خیریه هبه نماید و شرط نماید که جمعیت خیریه در آن شفاخانه و یا مدرسه احداث نماید. در چنین حالات، موهوب له

مكلف به ایفای آنچه شرط گذاشته شده است می باشد. حالت سوم در نص ماده ۱۱۹۷ ق. م پیش بینی نشده است. اما، مطابق قواعد عمومی قابل تطبیق است.

۲- طبق ماده ۱۱۹۸ ق. م: «هرگاه قیمت موهوبه از قیمت عوض شرط شده کمتر باشد، موهوب له تنها به تادیبه آن مقدار عوض که معادل قیمت موهوبه شود، مكلف می باشد.» طبق نص این ماده هرگاه قیمت موهوبه از قیمت عوض شرط شده کمتر باشد، موهوب له تنها به تادیبه آن مقدار عوض که معادل قیمت موهوبه شود، مكلف می باشد. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود هبه نماید و شرط گذارد که دینی را که محمود بر احمد دارد ببخشد و قیمت موثر سه لک افغانی و مقدار دین پنج لک افغانی باشد، محمود مكلف به تادیبه سه لک افغانی به احمد است و احمد مكلف است دو لک افغانی برای محمود پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی پرداخت عوض در عقد هبه توسط موهوب له به واهب است.

۳- طبق ماده ۱۱۹۹ ق. م: «(۱) هرگاه واهب پرداخت دیون خود را به عوض هبه شرط گذارد، موهوب له تنها به تادیبه همان مقدار دیونی مكلف شناخته می شود که در وقت هبه موجود بوده، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد؛ و (۲) اگر به اساس تضمین دین، علیه واهب یا شخص دیگری به موهوبه حقوق عینی تعلق گرفته باشد، موهوب له به تادیبه دین مذکور مكلف می باشد، مگر اینکه طرفین طور دیگری موافقه نموده باشند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- هرگاه واهب پرداخت دیون خود را به عوض هبه شرط گذارد، موهوب له تنها به تادیبه همان مقدار دیونی مكلف شناخته می شود که در وقت هبه موجود بوده است. به حیث مثال، اگر احمد پنج لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و احمد به محمود بگوید من موثر خویش را به شما هبه می نمایم به شرطی که شما پنج لک دینی که بر من دارید را پرداخت نمایید، محمود مكلف است پنج لک افغانی را به احمد پرداخت نماید تفاوت نمی کند که قیمت موثر احمد شش لک افغانی باشد یا هفت لک یا بیشتر. محمود در این مثال، مكلف است پنج لک افغانی را به احمد پرداخت نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد و محمود طور دیگری توافق نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم هبه معوض است.

- اگر به اساس تضمین دین، علیه واهب یا شخص دیگری به موهوبه حقوق عینی تعلق گرفته باشد، موهوب له به تادیبه دین مذکور مكلف می باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود خانه احمد را به رهن یا حق اختصاص گرفته باشد و احمد به جمشید موثر خویش را هبه نماید و به جمشید بگوید خانه من را از رهن و حق اختصاص محمود خلاص نمایید. در صورتی که جمشید هبه احمد را بپذیرد، جمشید مكلف است خانه احمد را از رهن و حق اختصاص محمود خلاص نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد و جمشید طور دیگری توافق نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم هبه معوض است.

(۴) باطل شدن هبه قبل از قبض در اثر فوت واهب و یا موهوب له: طبق ق. م و مجلة الاحکام هبه در حالات ذیل باطل می شود:

۱- طبق ماده ۱۲۰۳ ق. م: «هرگاه واهب عمداً بدون حق از طرف موهوب له به قتل برسد، ورثه او می توانند هبه را باطل سازند.» طبق نص این ماده هرگاه واهب عمداً بدون حق از طرف موهوب له به قتل برسد، ورثه او می توانند هبه را باطل سازند. به حیث مثال، اگر احمد به محمود ده لک افغانی هبه نماید و محمود احمد را عمداً بدون حق به قتل برساند، جمشید و حمیده ورثه احمد می توانند هبه را باطل نمایند. به نظر می رسد نص این ماده با قتل مؤثر توسط وارث و قتل موصی توسط موصی له قیاس شده است. قانونگذار مدنی در نص این ماده از قتل عمد سخن می گوید. ماده ۵۴۶ کد جزا در تعریف قتل عمد می گوید: «قتل عمد عبارت است از بین بردن حیات شخص زنده دیگر با داشتن قصد قتل.» در صورتی که قتل غیر عمد، به حیث مثال، قتل خطا، قتل بالسبب، قتل در اثر دفاع مشروع، قتل در اثر قصاص و نظیر اینها باشد، ورثه واهب نمی توانند هبه را باطل نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از قتل واهب توسط موهوب له و ضمانت اجرای مدنی عدم قتل عمد واهب توسط موهوب له است.

۲- براساس ماده ۱۱۸۹ ق. م: «هبه به مرگ واهب قبل از تسلیم عین برای موهوب له باطل دانسته می شود.» طبق نص این ماده هبه به مرگ واهب قبل از تسلیم عین برای موهوب له باطل دانسته می شود. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود هبه نماید و احمد قبل از تسلیم نمودن موثر به محمود وفات نماید، هبه باطل می شود. بنابراین، ورثه احمد مكلف به تسلیم

موتر به محمود نیستند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات واهب قبل از تسلیمی عین موهوبه، به موهوب له است.

۳- وفقی ماده ۱۱۹۰ ق. م: «هبه به مرگ موهوب له قبل از قبض موهوبه باطل دانسته شده ورثه موهوب له در آن حق ندارد». طبق نص این ماده هبه به مرگ موهوب له قبل از قبض موهوبه باطل دانسته شده ورثه موهوب له در آن حق ندارد. به حیث مثال، اگر احمد کامپیوتر خویش را به محمود هبه نماید و محمود قبل از قبض کامپیوتر وفات نماید، هبه باطل می شود. ورثه محمود نسبت به کامپیوتر حقی ندارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات موهوب له قبل از قبض موهوبه است. نصوص مواد ۱۱۸۹ و ۱۱۹۰ ق. م متأثر از فقه حنفی است. ماده ۸۲۹ مجله الاحکام در این خصوص می گوید: «هرگاه واهب یا موهوب له قبل از قبض وفات نماید، هبه باطل می شود».

(۵) پرداخت مصارف تسلیم موهوبه: طبق ماده ۱۲۰ ق. م: «مصارف هبه به شمول مصارف عقد و محصولات، بر ذمه موهوب له است، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که موهوب له مصارف ناشی از نقل و تسلیم موهوبه را پرداخت می نماید.

به حیث مثال، اگر احمد به محمود موتر، قالین، کتاب، گندم، جواری و نظیر اینها هبه نماید، مصارف نقل و انتقال اموال مذکور بر عهده محمود است. استثنای این اصل این است که واهب و موهوب له طور دیگر توافق نمایند. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد و محمود توافق نمایند که مصارف نقل انتقال موهوبه را احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مصارف نقل و انتقال موهوبه است.

ب) التزامات واهب

طبق ق. م به موجب عقد هبه واهب مکلف به تسلیم موهوبه به موهوب له، پرداخت ضمان استحقاق و پرداخت ضمان عیوب پوشیده است:

(۱) تسلیم موهوبه، به موهوب له: طبق ماده ۱۱۹۲ ق. م: «در صورتی که موهوب له عین موهوبه را تسلیم نشده باشد، واهب به تسلیمی آن مکلفیت داشته، در مورد تسلیمی، تمام احکام متعلق به تسلیمی مبیعه رعایت می شود». طبق نص این ماده در صورتی که موهوبه توسط موهوب له قبض نشده باشد، واهب مکلف به تسلیم آن به موهوب له است. همچنین، طبق نص این ماده احکام مربوط به تسلیمی موهوبه توسط واهب به موهوب له تابع احکام تسلیمی مبیعه توسط بایع به مشتری است. با توجه به این قاعده، واهب مکلف است در صورتی که موهوبه عقال باشد آن را با رعایت احکام انتقال ملکیت عقال به موهوبه له انتقال دهد. بنابراین، واهب مکلف است مانند نقل مبیع به مشتری دو نوع اعمال را انجام دهد: اعمالی ایجابی مانند: رفتن به محکمه، ادای شهادت و تصدیق امضاء، بیان حدود عقال و امثال اینها در صورتی که موهوبه عقال باشد، افزاز موهوبه در منقول هنگامی که موهوبه معین بالنوع باشد. زیرا، در چنین حالات ملکیت از واهب به موهوب له منتقل نمی شود و اعمال سلبی مانند: عدم تصرف در موهوبه.

همچنین، واهب الی انتقال ملکیت موهوبه، به موهوب له مکلف است موهوبه را حفظ نماید. واهب مکلف است موهوبه را به حالتی که در عقد هبه تصریح گردیده با توابع و ملحقات آن به موهوب له تسلیم نماید. در صورتی که موهوبه منقول باشد، واهب مکلف است آن را بدون رعایت احکام نقل ملکیت مربوط به عقال به موهوب له انتقال دهد. محل تسلیمی موهوبه نیز محلی است که موهوبه حین انعقاد عقد هبه در آن وجود داشته است.

باوجوداین، این اصل مطلق نیست و واهب و موهوب له می توانند در باره محل تسلیمی موهوبه در محل دیگر توافق نمایند. مصارف تسلیم نیز بر دوش واهب است، مگر اینکه واهب و موهوب له در این مورد طوری دیگری شرط گذاشته باشند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف واهب و تابع ساختن قواعد نقل و انتقال موهوبه، به مبیعه است.

همچنین، طبق ماده ۱۱۹۶ ق. م: «واهب تنها از فعل عمدی و خطای بزرگ مسؤول پنداشته می شود». طبق نص این ماده واهب تنها از فعل عمدی و خطای بزرگ مسؤول پنداشته می شود. عبارت فعل عمدی در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. خطای بزرگ (سنگین) خطایی است که به طور متعارف کسی مرتکب آن نمی شود، مانند این که: شخص قالین گران قیمت را به

قیمت بسیار نازل بخرد و از علت نزول قیمت آن از بایع نپرسد. ضد این خطا را خطای سبک گویند.^{۳۰۰} بنابراین، به نظر می رسد خطای سبک خطایی است که به طور معمول فرد مرتکب آن می شود. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود هبه نماید و قبل از تسلیم موتر به محمود، موتر را عمداً از بین ببرد یا در نگهداری آن الی تسلیم به موهوب له مرتکب خطای بزرگ گردد، مسؤول پرداخت جبران خسارت عادلانه به موهوب له است. اما، در صورتی که خطاء یسیر باشد، واهب مسؤولیت ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم هلاک و استهلاک موهوبه قبل از تسلیم توسط واهب به موهوب له است.

(۲) ضمان استحقاق و تعرض: طبق ماده ۱۱۹۳ ق. م: «واهب از استحقاق موهوبه مسؤول نمی باشد، مگر اینکه سبب استحقاق را عمداً پوشانده، یا هبه به مقابل عوض صورت گرفته باشد. در حالت اول قاضی مقدار خساره وارده را به موهوب له طور عادلانه تعیین و در حالت دوم واهب به اندازه آنچه از موهوب له حاصل نموده مسؤولیت دارد، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- واهب از استحقاق موهوبه مسؤول نمی باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود هبه نماید و جمشید در خصوص مالکیت موتر در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و موتر را به گونه ای که تفصیل آن در مبحث بیع گذشت، به استحقاق ببرد، احمد در برابر محمود مسؤولیت مدنی قراردادی ندارد و مکلف به پرداخت جبران خسارت استحقاق موهوبه توسط جمشید نیست. این اصل است. این اصل دو استثناء به قرار ذیل دارد: نخست این که: واهب سبب استحقاق را عمداً پوشانده باشد مانند اخفای سندی که بیانگر حق غیر در موهوبه باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا موتر واقعاً از جمشید بوده باشد و احمد به رغم این که می دانسته است، آن را از محمود پنهان کرده است و موتر را به محمود هبه نموده است. در این صورت، احمد در برابر محمود مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت را به محمود پرداخت نماید. دوم این که: در صورتی که هبه در برابر عوض بوده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد موتر را در برابر گرفتن زمین به محمود هبه نموده باشد و جمشید موتر را به استحقاق ببرد، احمد در برابر محمود مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت را به محمود پرداخت نماید.

۲- در حالت اول قاضی مقدار خساره وارده را به موهوب له طور عادلانه تعیین می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال اول جمشید موتر را به استحقاق ببرد و محمود علیه احمد اقامه دعوی جبران خسارت نماید، قاضی می تواند جبران خسارت را طور عادلانه تعیین نماید. به حیث نمونه، قاضی احمد را مکلف نماید تا به محمود موتر دیگری یا قیمت موتر موهوبه را بدهد.

۳- در حالت دوم واهب به اندازه آنچه از موهوب له حاصل نموده مسؤولیت دارد. به حیث مثال، در مثال دوم، احمد مکلف است یا موتر دیگری مثل موتر به استحقاق برده شده به محمود بدهد یا زمین محمود را به او مسترد نماید. قواعد سه گانه بالا در صورتی که قابل تطبیق است که میان واهب و موهوب له طور دیگری توافق صورت نگرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود موتر خویش را هبه نماید و با محمود توافق نماید که در صورت استحقاق موتر توسط شخص سوم، احمد هیچ نوع مسؤولیتی ندارد، این توافق مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم استحقاق موهوبه توسط شخص سوم است.

همچنین، طبق ماده ۱۱۹۲ ق. م: «هرگاه موهوبه به استحقاق برده شود، موهوب له در حقوق و دعاوی قایم مقام واهب قرار می گیرد.» طبق نص این ماده هرگاه موهوبه به استحقاق برده شود، موهوب له در حقوق و دعاوی قایم مقام واهب قرار می گیرد که تعریف آن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود هبه نماید و جمشید در خصوص مالکیت موتر دعوی نماید و محکمه حکم نماید که موتر از آن جمشید باشد و در نتیجه جمشید موتر را به استحقاق ببرد، محمود قایم مقام احمد شناخته می شود. بنابراین، تمام تکالیفی را که احمد بر عهده دارد، محمود نیز متعهد می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر استحقاق موهوبه است.

(۳) ضمان عیب موهوبه: طبق ماده ۱۱۹۵ فقره اول ق. م: «(۱) واهب از عیب موهوبه مسؤول شناخته نمی شود.» (۲) هرگاه واهب عمداً عیب را مخفی ساخته یا از عدم معیوبیت آن تضمین کرده باشد، از ضرر ناشی از عیب مسؤول می باشد. در صورتی که هبه به مقابل عوض باشد مسؤولیت واهب از مقدار عوض هبه تجاوز نمی کند.» طبق نص این ماده واهب از عیب

موهوبه هیچ نوع مسؤولیت ندارد. زیرا، واهب متبرع است و نمی خواهد هم مال خویش را به دیگری مجاناً تملیک نماید و هم مسؤولیت عیب آن در صورتی که بدون عوض باشد بر عهده بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود هبه نماید و موتر بریده باشد، احمد مسؤول بریدگی موتر و در نتیجه پرداخت جبران خسارت آن بر محمود نیست. باوجوداین، در سه حالت واهب مسؤول پرداخت ضمان عیب موهوبه به موهوب له است:

۱- در صورتی که در موهوبه عیبی وجود داشته باشد و واهب باوجود علم به آن عیب، آن را از موهوبه له پنهان نماید. بنابراین، در صورتی که در موهوبه عیب وجود داشته باشد، و واهب به آن علم نداشته باشد، مسؤول پرداخت ضمان به موهوب له نیست. در صورت معیوب بودن موهوبه و علم داشتن واهب به آن نیز شرط است که موهوبه معیوب موجب تضرر موهوب له گردد، مانند اینکه: واهب حیوان مریض را به موهوبه له هبه نماید و این حیوان مصاب به مرض ساری باشد و این مرض به سایر حیوانات موهوب له سرایت کند، یا واهب خانه ای را به موهوبه له، هبه نماید و این خانه در اثر معیوب بودن منهدم و در نتیجه موجب اتلاف اموال موهوبه له گردد؛

۲- در صورتی که هبه در برابر شرط و یا عوض باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود هبه نماید و در برابر شرط گذارد تا محمود قالین خویش را به احمد بدهد، در این صورت احمد از عیب، به حیث مثال، بریدگی موتر در برابر محمود مسؤول است و باید جبران خسارت آن را به محمود بدهد.

۳- در صورتی که واهب عدم معیوب بودن موهوبه را تضمین نموده باشد و بعد از قبض در آن عیب ظاهر گردد. در این سه حالت، واهب مسؤول پرداخت ضمان ناشی از عیب موهوبه به موهوب له است.^{۳۰۶} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عیب در موهوبه است.

گفتار پنجم) رجوع از هبه

طبق ق. م که مقتبس از فقه حنفیه است واهب می تواند در صورت داشتن عذر و عدم موجودیت موانع رجوع از هبه خویش رجوع نماید. رجوع از هبه موجب آثار معین می گردد.

الف) تعریف

رجوع از ریشه رجع گرفته شده است که در لغت به معنی بازگشت، بازگشتن، روی آوردن دوباره، باز آمدن و بازگشت است.^{۳۰۷} به صورت اخذ رجوع از هبه عبارت از بازگشت واهب از هبه است که ممکن است براساس رضایت طرفین صورت پذیرد و یا حکم قاضی. در باره رجوع از هبه بعد از قبض فقهای حنفیه بر این نظر اند که: حکم هبه، ثبوت ملک به صورت غیر لازم است. بنابراین، رجوع و فسخ هبه جواز دارد. بنابراین، رجوع از هبه تا زمانی که واهب عوض آن را دریافت ننموده است، صحیح، اما مکروه است. زیرا، آن نوعی دناست است. پس، رجوع صحیح نیست، مگر از طریق رضایت طرفین و یا اذن قاضی.^{۳۰۸}

ب) شرایط و انواع رجوع

رجوع دو نوع است: رجوع براساس رضایت طرفین و رجوع براساس حکم قاضی:

۱) **رجوع بر اساس رضایت طرفین:** طبق بند اول ماده ۱۲۰۱ ق. م: «واهب می تواند به موافقه موهوب له از هبه رجوع نماید [...]». به حیث مثال، اگر احمد یخچال خویش را به محمود هبه نماید، احمد می تواند به توافق و رضایت محمود از هبه رجوع نماید. نص این ماده از فقه گرفته شده است. به موجب فقه واهب می تواند قبل از قبض بدون رضایت موهوب له از هبه رجوع نماید. ماده ۸۲۲ مجلة الاحکام در این مورد می گوید: «واهب می تواند قبل از قبض بدون رضایت موهوب له از هبه رجوع نماید». اما، بعد از قبض رجوع از هبه منوط بر رضایت موهوب له است که به نام رجوع از هبه به رضایت طرفین نامیده می شود و آن رجوعی است که بر اساس رضایت طرفین صورت می پذیرد. چنین رجوعی به ایجاب و قبول جدید طرفین صورت می پذیرد و در واقع اقاله

۳۰۶. جهت مطالعه بیشتر در مورد التزامات واهب: ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۶۰-۱۶۷.

۳۰۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۳)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۷۵۶۰.

۳۰۸. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، صص ۱۴۷-۱۴۹؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۰۰۴ - ۳۹۹۳ ۴۰۶؛ و سید سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، ج ۴، صص ۵۶۲ و ۵۶۳؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۷۷ و ۱۷۸.

عقد هبه است.^{۳۰۹} بند اول ماده ۸۶۲ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «واهب می تواند از هبه و هدیه بعد از قبض به رضای موهوب له رجوع نماید [...]».

(۲) رجوع بر اساس حکم قاضی: طبق ماده ۱۲۰۱ ق.م: «واهب می تواند به موافقه موهوب له از هبه رجوع نماید، در صورت عدم موافقه موهوب له، واهب از محکمه اجازه رجوع را حاصل می دارد، مشروط بر اینکه مستند به عذر معقول بوده و مانع رجوع موجود نشده باشد». نص این ماده مرتبط به ماده ۱۲۰۲ و مواد مربوط به رجوع از هبه است که تفصیل آنها خواهد آمد. طبق نص این ماده در صورت عدم تراضی موهوب له مبنی بر اقاله هبه، واهب می تواند بعد از قبض موهوبه توسط موهوب له به محکمه ذیصلاح مراجعه و مطالبه رجوع از هبه را نماید. در چنین حالتی قاضی محکمه ذیصلاح می تواند عقد هبه را فسخ و به واهب اجازه رجوع را اعطاء نماید مشروط بر اینکه واهب عذر معقولی بخاطر رجوع داشته باشد و نیز موانع رجوع وجود نداشته باشد. تفصیل موانع رجوع خواهد آمد. در مورد عذر معقول ماده ۱۲۰۲ ق.م تصریح می نماید که: «در حالات آتی رجوع از هبه عذر معقول پنداشته می شود:

- در حالی که موهوب له وجایب خویش را در مقابل واهب طوری اخلال نماید که عملش بی اعتنائی مطلق در برابر او تلقی شود.

- در حالی که واهب از کسب نفقه، طوری که حیثیت اجتماعی او ایجاب می کند، عاجز شود یا به پرداخت نفقه اشخاصی که قانوناً بر او لازم می باشد، قادر نباشد.

- در حالی که واهب بعد از هبه صاحب طفلی شود که الی زمان رجوع حیات داشته یا طفلی که واهب، وقت هبه گمان مرده را علیه او نموده بود، زنده ثابت شود». نص این ماده حصری به نظر می رسد. طبق نص این ماده عذر معقول شامل موارد ذیل می شود:

۱- در حالی که موهوب له وجایب خویش را در مقابل واهب طوری اخلال نماید که عملش بی اعتنائی مطلق در برابر او تلقی شود. به حیث مثال، اگر احمد کامپیوتر خویش را در برابر دینی که بر عهده محمود دارد به او هبه نماید، اما محمود تعهد خویش را ایفاء ننماید، احمد عذر معقول دارد و می تواند از هبه رجوع نماید.

۲- در حالی که واهب از کسب نفقه، طوری که حیثیت اجتماعی او ایجاب می کند، عاجز شود یا به پرداخت نفقه اشخاصی که قانوناً بر او لازم می باشد، قادر نباشد. به حیث مثال، اگر احمد دوکان یا سرای خویش را به محمود هبه نماید و سپس نتواند نفقه خود یا زوجه یا فرزندان یا پدر مادر و سایر اقاربی که نفقه آنها بر عهده احمد لازم است را فراهم نماید، احمد عذر معقول دارد و می تواند از هبه رجوع نماید.

۳- در حالی که واهب بعد از هبه صاحب طفلی شود که الی زمان رجوع حیات داشته یا طفلی که واهب، وقت هبه گمان مرده را علیه او نموده بود، زنده ثابت شود. به حیث مثال، اگر احمد پول نقد خویش را به محمود هبه نماید اما پس از هبه صاحب طفل شود یا احمد گمان نموده باشد که حمل زوجه ای احمد مرده است، اما سپس ثابت شود که حمل زنده است، احمد می تواند از هبه رجوع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۲۰۲ ق.م حصر اعذار رجوع از هبه است. نصوص مواد ۱۲۰۱ و ۱۲۰۲ ق.م با همدیگر مرتبط اند. به نظر می رسد فرقی که میان ماده ۱۲۰۱ ق.م با فقه حنفیه وجود دارد این است که فقه حنفیه به قاضی بدون اینکه عذری معقولی وجود داشته باشد و یا خیر صلاحیت می دهد که در صورت مطالبه واهب و عدم موجودیت موانع عقد هبه را فسخ و به واهب اجازه رجوع را اعطاء نماید.^{۳۱۰} روی همین دلیل، ماده ۸۶۲ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «واهب می تواند از هبه و هدیه بعد از قبض به رضای موهوب له رجوع نماید. اگر موهوب له راضی نشود، واهب به قاضی مراجعه می کند و قاضی باید هبه را فسخ نماید به شرطی که مانعی از موانع رجوع [...] موجود نباشد.».

(۳) ضمانت اجرای شرایط رجوع: طبق ماده ۱۲۱۵ ق.م: «(۱) هرگاه واهب بدون رضایت موهوب له یا حکم محکمه موهوبه را دوباره به دست آورد، از تلف شدن آن به مقابل موهوب له مسؤول شناخته می شود خواه تلف شدن موهوبه ناشی از فعل

۳۰۹. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۰۰۴؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۸۲؛ و (____) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ص ۱۴۹.
۳۱۰. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۰۰۴؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۸۴ و ۱۸۵.

واهب باشد یا از اثر استعمال یا علت خارجی دیگر؛ و (۲) اگر محکمه به رجوع در هبه، حکم صادر نموده و موهوبه بعد از اخطار به تسلیم، در دست موهوب له تلف شود، موهوب له از تلف شدن موهوبه مسؤول می باشد گرچه ناشی از عمل او نباشد.». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه واهب بدون رضایت موهوب له یا حکم محکمه موهوبه را دوباره به دست آورد، از تلف شدن آن به مقابل موهوب له مسؤول شناخته می شود خواه تلف شدن موهوبه ناشی از فعل واهب باشد یا از اثر استعمال یا علت خارجی دیگر. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود هبه نماید و بدون رضایت محمود یا حکم محکمه آن را دوباره از محمود بگیرد و موثر در اثر استعمال مانند رانندگی و تصادم و سبب خارجی مانند زلزله از بین برود، احمد مسؤول پرداخت جبران خسارت موثر به محمود است. همچنین، اگر احمد گاو خویش را به محمود هبه نماید و بدون رضایت محمود و حکم محکمه گاو را دوباره از محمود بگیرد و گاو را ذبح نماید و گوشت آن را با فامیل خویش بخورد، احمد مسؤول پرداخت جبران خسارت گاو به محمود است.

۲- اگر محکمه به رجوع در هبه، حکم صادر نموده و موهوبه بعد از اخطار به تسلیم، در دست موهوب له تلف شود، موهوب له از تلف شدن موهوبه مسؤول می باشد گرچه ناشی از عمل او نباشد. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود هبه نماید و محکمه حکم صادر نماید که محمود موثر را دوباره به احمد رد نماید، اما محمود موثر را به احمد رد ننماید و موثر در اثر استعمال یا سبب خارجی مانند زلزله و زیر آوار شدن از بین برود، محمود مسؤول پرداخت جبران خسارت به احمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای رجوع از هبه است. حکم این ماده از فقه حنفیه گرفته شده است. ماده ۸۶۵ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه واهب بعد از قبض بدو حکم قاضی یا بدون رضایت موهوب له، موهوبه را مسترد نماید، غصب کننده تلقی می گردد. در این صورت، اگر موهوبه را تلف نماید، و یا موهوبه از دست او ضایع شود، ضامن می باشد.».

د) موانع رجوع از هبه

طبق ماده ۱۲۰۲ ق. م: «رجوع از کل یا بعضی هبه گرچه واهب حق خود را ساقط نموده باشد، جواز دارد، مشروط بر اینکه یکی از موانع متذکره مواد آتی موجود نشود». طبق نص این ماده رجوع از کل یا بعضی هبه جواز دارد به شرط این که موانع رجوع متحقق نگردد. به حیث مثال، اگر احمد قالین خویش را به محمود هبه نماید و بگوید من دوباره قالین را نمی گیرم، احمد باز هم می تواند از هبه رجوع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز رجوع از هبه است. همچنین، نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به مواد بعدی است که بحث آن خواهد آمد. موانع رجوع قرار ذیل است:

۱) پرداخت عوض: طبق ماده ۱۲۱۱ ق. م: «هرگاه هبه به مقابل عوض صورت گرفته باشد، حق رجوع در آن ساقط می گردد، مشروط بر اینکه عوض در برابر قسمتی از موهوبه قرار داده نشده باشد. اگر عوض به استحقاق برده شود واهب رجوع کرده می تواند، مشروط بر اینکه به موهوبه، زیادتی که مانع رجوع شود یا مانع دیگری، موجود نگردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه هبه به مقابل عوض صورت گرفته باشد، حق رجوع در آن ساقط می گردد، مشروط بر این که عوض در برابر قسمتی از موهوبه قرار داده نشده باشد. به حیث مثال، اگر احمد کامپیوتر خویش را در مقابل موبایل محمود به محمود هبه نماید و کامپیوتر را دریافت نماید، حق رجوع احمد ساقط می گردد به شرط این که عوض در برابر تمام موهوبه صورت گرفته باشد. ماده ۸۶۸ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر در بدل هبه عوض داده شود، و واهب آن را قبض نماید این امر مانع رجوع است. اگر برای واهب چیزی داده شود که عوض هبه وی بوده و آن را قبض نماید، در این صورت، واهب نمی تواند از هبه رجوع نماید خواه از جانب موهوب له باشد و یا از جانب شخص دیگر.».

۲- اگر عوض به استحقاق برده شود واهب رجوع کرده می تواند، مشروط بر این که به موهوبه، زیادتی که مانع رجوع شود یا مانع دیگری، موجود نگردد. به حیث مثال، اگر احمد کامپیوتر خویش را در مقابل موبایل محمود به محمود هبه نماید و جمشید در خصوص مالکیت موبایل اقامه دعوی نماید و قاضی حکم نماید که موبایل از آن جمشید باشد، احمد می تواند از هبه رجوع نماید زیرا در این مثال عوض هبه (موبایل) توسط جمشید به استحقاق برده شده است. در چنین حالتی، شرط است که در موهوبه زیادتی که مانع رجوع گردد یا سایر موانع رجوع از هبه که تفصیل آن خواهد آمد متحقق نگردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص

این ماده پیش بینی یکی از موانع رجوع از هبه که پرداخت عوض در هبه معوض توسط موهوب له است، می باشد. ماده ۸۶۸ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر در بدل هبه عوض داده شود، و واهب آن را قبض نماید، این امر مانع رجوع است. اگر برای واهب چیزی داده شود که عوض هبه وی بوده و آن را قبض نماید، در این صورت، واهب نمی تواند از هبه رجوع نماید خواه از جانب موهوب له باشد و یا از جانب شخص دیگر.».

۳- طبق ماده ۱۲۱۲ ق.م: «پدر نمی تواند از مال پسر صغیر خود به مقابل هبه ای که به او کرده عوض بگیرد». طبق نص این ماده پدر نمی تواند از مال پسر صغیر خود به مقابل هبه ای که به او کرده عوض بگیرد. صغیر در نص این ماده مطلق استعمال شده است و شامل صغیر ممیز و صغیر ممیز می شود که تعریف هر دو در جلد اول این دور حقوق و جایب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد به محمود پسر ده ساله اش بایسکل هبه نماید، نمی تواند عوض بایسکل را از مال محمود مشروط بر این که محمود به دلیل برخی اسباب مانند ارث گرفتن از مادر و سایر اقارب به غیر از پدر، وقف، وصیت، هبه و نظیر اینها دارای مال باشد، بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم گرفتن عوض از مال صغیر توسط پدر است.

(۲) موجودیت صلۀ رحم: طبق ماده ۱۲۰۹ ق.م: «هرگاه هبه بین اقارب محرم واقع شده باشد، رجوع در آن جواز ندارد.».

طبق نص این ماده هرگاه هبه بین اقارب محرم واقع شده باشد، رجوع در آن جواز ندارد. طبق نص این ماده موجودیت صلۀ رحم در صورتی موجب مانع رجوع از هبه می گردد که اقارب بر واهب محرم باشد. طبق تفسیر موسع نص این ماده، وجود قربات سببی، نسب و رضاعی که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق.م گذشت موجب مانع رجوع از هبه می گردد. به حیث مثال، اگر واهب به اصول مانند پدر و مادر هرچند درجه آنها بالا برود، پسر و دختر هرچند درجه آنها پایین برود، فروع پدر و مادر و طبقه اول فروع اجداد مانند عمه، خاله، کاکا و ماما و زوجۀ اصول، زوجۀ فروع، اصول زوجۀ و فروع زوجۀ، اصول رضاعی، فروع رضاعی، فروع پدر و مادر رضاعی و طبقۀ اول فروع پدر کلان و مادر کلان رضاعی چیزی هبه نماید، نمی تواند از هبه رجوع نماید. زیرا، افراد مذکور از جمله محرمات دایمی ازدواج اند.

همچنین، اگر واهب به برخی محرمات مؤقت مانند خواهر زوجۀ هبه نماید، نمی تواند از آن رجوع نماید. اما، در صورتی واهب به اقارب خویش که از جمله محرمات او نیست مانند پسر کاکا، پسر ماما، پسر خاله، پسر عمه، نواسه خاله و نظیر اینها هبه نماید، می تواند از هبه رجوع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از موانع رجوع از هبه است.

(۳) موجودیت رابطۀ زوجیت: طبق ماده ۱۲۰۸ ق.م: «هرگاه هبه بین زوجین صورت گرفته باشد، رجوع از آن جواز ندارد، گرچه بعد از هبه در بین آنها تفریق واقع شده باشد.».

به زن و مردی که با رعایت احکام شرع و قانون برای زندگی مشترک و روابط زناشویی و ایجاد خانواده با همدیگر ازدواج کرده باشند «زوجان» و یا «زوجین» می گویند.^{۳۱۱} تفریق از ریشۀ فرق گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن، جدایی انداختن و از هم گسیختن است.^{۳۱۲}

طبق نص این ماده هرگاه هبه بین زوجین صورت گرفته باشد، رجوع از آن جواز ندارد، گرچه بعد از هبه در بین آنها تفریق واقع شده باشد. به حیث مثال، اگر حمیدۀ زوجۀ احمد باشد و احمد یک قاب ساعت به حمیدۀ هبه نماید احمد نمی تواند به دلیل رابطۀ زوجیت از هبه رجوع نماید هرچند بعد از هبه به دلیل عدم انفاق، عیب جنسی در احمد، محبوسیت احمد، مفقودیت و غیابت احمد و سایر اسباب تفریق قضایی میان احمد و حمیدۀ تفریق قضایی واقع گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از موانع رجوع از هبه است.

(۴) زیادت متصله: طبق ماده ۱۲۰۵ ق.م: «هرگاه به عین موهوبه زیادتی عاید شود که متصلاً بوده و موجب زیادت قیمت آن گردد، مانع رجوع می گردد. در صورت زوال مانع، حق رجوع عودت می نماید.».

از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه به عین موهوبه زیادتی عاید شود که متصلاً بوده و موجب زیادت قیمت آن گردد، مانع رجوع می گردد. زیادت در لغت به معنی افزونی، افزون شدن، زیاد شدن و بسیار شدن است.^{۳۱۳} زیادت متصل عبارت از زیادتی است که متصل به شی باشد، مانند: چاق شدن حیوان. به حیث مثال، اگر احمد گاو خویش را به محمود هبه نماید و گاو چاق شود و همچنین شیر آن زیاد شود،

۳۱۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامۀ حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۶۲.

۳۱۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۲۰.

چاق شدن و زیاد شدن شیر مانع رجوع از هبه می گردد. بنابراین، احمد در این مثال، نمی تواند از هبه رجوع نماید. ماده ۸۷۰ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «اگر موهوب زمین باشد و موهوب له در آن بنایی احداث نماید یا درختی غرس نماید یا به موهوب له زیادت متصل حاصل شود، چنانچه اگر حیوانی به سبب پرورش موهوب له چاق شد و یا نام آن تبدیل گردد مثل که گندم باشد و آن را در آسیاب آرد نماید، در این صورت، رجوع از هبه صحیح نیست. اما، زیادت منفصله مانع رجوع نمی شود. اگر آسیبی که به شخص دیگری هبه گردد، باردار شود، رجوع از هبه آن صحیح نیست. اما، بعد از ولادت واهب می تواند رجوع به عمل آورد به این صورت که چوپا آن از موهوب له می باشد.»

۲- در صورت زوال مانع، حق رجوع عودت می نماید. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود هبه نماید و در باغ توسط محمود زیادت صورت بگیرد، به حیث مثال، محمود در باغ درخت غرس نماید، اطاق احداث نماید و نظیر اینها، احمد نمی تواند از هبه رجوع نماید. اما، در صورتی که محمود درختان را از ریشه بر کند و اطاق را تخریب نماید، احمد می تواند به دلیل زوال مانع، از هبه رجوع نماید. دلیل این حکم قاعده حقوقی هر حکم بر محور سبب می چرخد است و زمانی که سبب از بین برود، حکم از بین می رود است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از موانع رجوع از هبه است.

۵ خروج موهوبه از ملک موهوب له: طبق ماده ۱۲۰۷ ق. م: «هرگاه موهوب له در موهوبه تصرف نهایی نموده باشد، رجوع واهب جواز ندارد. در صورتی که تصرف مذکور شامل جزء از موهوبه بوده باشد، رجوع در جزء باقی مانده آن جواز دارد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه موهوب له در موهوبه تصرف نهایی نموده باشد، رجوع واهب جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد یک پایه بخاری برقی را به محمود هبه نماید و محمود بخاری را به جمشید به فروش رساند، تصرف محمود بر بخاری نهایی است و احمد نمی تواند از هبه رجوع نماید.

۲- در صورتی که تصرف شامل جزء از موهوبه بوده باشد، رجوع در جزء باقی مانده آن جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد یک پایه بخاری برقی و یک پایه تلویزیون را به محمود هبه نماید و محمود بخاری را به جمشید به فروش رساند و تلویزیون را نگهدارد، احمد می تواند در خصوص تلویزیون از هبه رجوع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از موانع رجوع از هبه است. ماده ۸۷۰ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه موهوب له موهوب را بفروشد و یا از تصرف خود به هبه و تسلیم بیرون کند، به واهب صلاحیت رجوع باقی نمی ماند.»

۶ موت یکی از طرفین: طبق ماده ۱۲۰۶ ق. م: «هرگاه یکی از طرفین عقد هبه، بعد از قبض آن فوت نماید، حق رجوع در آن ساقط می گردد.» طبق نص این ماده هرگاه یکی از طرفین عقد هبه، بعد از قبض آن فوت نماید، حق رجوع در آن ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد یک قاب ساعت به محمود هبه نماید و احمد یا محمود وفات نماید، حق رجوع احمد از هبه ساقط می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از موانع رجوع از هبه است. ماده ۸۷۳ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «وفات هر یک از واهب و موهوب له مانع رجوع است. بنابراین، اگر موهوب له وفات کند، برای واهب حق رجوع باقی نمی ماند. همچنین، اگر واهب وفات نماید، ورثه او حق استرداد موهوبه را ندارد.»

۷ در صورت هلاک و استهلاک موهوبه: طبق ماده ۱۲۱۰ ق. م: «(۱) هرگاه عین موهوبه تلف گردد یا از بین برده شود، حق رجوع در آن ساقط می گردد؛ و (۲) اگر هلاک یا اتلاف شامل یک قسمت از عین مذکور باشد، رجوع در مقدار باقیمانده جواز دارد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه عین موهوبه تلف گردد یا از بین برده شود، حق رجوع در آن ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد گوسفند خویش را به محمود هبه نماید و گوسفند در اثر مریضی تلف شود یا محمود گوسفند را ذبح و گوشت آن را تناول نماید، حق رجوع احمد به دلیل انتقای محل هبه، ساقط می گردد.

۲- اگر هلاک یا اتلاف شامل یک قسمت از عین باشد، رجوع در مقدار باقیمانده جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گوسفند خویش را به محمود هبه نماید و پنج رأس گوسفند در اثر مریضی تلف شود و پنج رأس باقی بماند، حق رجوع احمد به دلیل انتقای محل هبه در پنج رأس گوسفند، ساقط می گردد. اما، احمد می تواند در پنج رأس گوسفند باقیمانده به دلیل بقای محل عقد

هبه رجوع نماید. به نظری رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از موانع رجوع از هبه است. ماده ۸۷۱ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر موهوبه نزد موهوب له استهلاك گردد، محلی برای رجوع باقی نمی ماند.»

۸) در صورتی که هبه به عنوان صدقه صورت گرفته باشد: طبق ماده ۱۲۱۳ ق. م: «هرگاه هبه به صفت صدقه یا به منظور خیر صورت گرفته باشد، رجوع در آن به دلیل این که واهب آن را به خاطر کسب رضای خداوند انجام می دهد، جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد ده هزار افغانی به محمود به قصد صدقه یا خیرات هبه نماید، احمد حق رجوع از هبه را ندارد. برای احراز قصد احمد که ده هزار را به منظور خیرات یا صدقه یا هبه به محمود داده است، باید به احمد مراجعه صورت بگیرد.^{۳۱۴} حکم این ماده از فقه حنفیه گرفته شده است. ماده ۸۷۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «رجوع از صدقه بعد از قبض به هیچ وجه صحیح نمی شود.»

ه) آثار رجوع از هبه

طبق ماده ۱۲۱۴ ق. م: «رجوع در هبه به موافقه طرفین یا حکم محکمه صورت گرفته عقد را باطل می سازد. در این صورت موهوب له به اعاده منافع حاصله از موهوبه، الی زمان موافقه به رجوع یا اقامه دعوی، مکلف می باشد. موهوب له می تواند مصارف ضروری ای را که انجام داده است از واهب مطالبه نماید. اما مصارف نافع را در حالی مطالبه کرده می تواند که از اثر آن زیادت در قیمت موهوبه به عمل آمده باشد.» از نص این قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) رجوع در هبه که به موافقه طرفین یا حکم محکمه صورت گرفته عقد را باطل می سازد. در صورت باطل شدن عقد، عقد دارای هیچ اثری نیست گویی این که عقد هیچگاهی منعقد نشده است.

۲) در صورت باطل شدن عقد، موهوب له مکلف است موهوبه را به واهب مسترد نماید. به حیث مثال، اگر احمد ویدیوگیم خویش را به محمود هبه نموده باشد و از هبه رجوع نماید، عقد باطل می گردد و محمود مکلف است ویدیوگیم احمد را به احمد مسترد نماید.

۳) موهوب له مکلف است منافع حاصله از موهوبه را که بعد از زمان موافقه به رجوع و یا زمان اقامه دعوی توسط واهب به واهب مسترد نماید.^{۳۱۵} به حیث مثال، اگر احمد گاو خویش را به محمود هبه نماید و از هبه رجوع نماید، محمود مکلف است علاوه بر گاو، منافع حاصله از گاو مانند شیر گاو را به احمد رد نماید. همچنین، اگر احمد باغ خویش را به محمود هبه نموده باشد، محمود مکلف است علاوه بر باغ منافع حاصل از باغ مانند میوه باغ را به احمد رد نماید.

۴) موهوب له می تواند مصارف ضروری ای را که انجام داده است از واهب مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد باغ را به محمود هبه نموده باشد و محمود دیوار باغ را ترمیم نموده باشد، می تواند مصارف ترمیم دیوار باغ را از احمد مطالبه نماید. همچنین، اگر احمد خانه خویش را به محمود هبه نموده باشد و محمود مصارف ضروری را در ترمیم و رنگمالی خانه انجام داده باشد، در صورت باطل شدن عقد هبه، محمود می تواند مصارف ضروری ترمیم و رنگمالی خانه را از احمد مطالبه نماید.

۵) موهوب له می تواند مصارف نافع را در حالی از واهب مطالبه کند که از اثر آن زیادت در قیمت موهوبه به عمل آمده باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود هبه نموده باشد و محمود در خانه سه اطاق احداث نموده باشد که موجب افزایش قیمت خانه می گردد، محمود می تواند پراخت قیمت سه اطاق را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رجوع از هبه است.

مبحث سوم) عقود شرکت

نوع سوم عقود طبق ق. م عقود شرکت است. جلد سوم، فصل سوم، مواد ۱۲۱۶ الی ۱۲۸۷ احکام مربوط به شرکت ها را تنظیم نموده است. این احکام از ق. م. ج. م، فقه حنفیه و مجله الاحکام اقتباس گردیده است. بنابراین، مطالب این مبحث را در دو گفتار مورد مطالعه قرار می دهیم: گفتار اول: عقد شرکت و احکام عمومی آن و گفتار دوم شرکت های مختلفه.

۳۱۴. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بيروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۸۹-۱۹۶؛ و هبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۰۰۶-۴۰۱۲.

۳۱۵. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بيروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۰۵-۲۱۰.

گفتار اول عقد شرکت (احکام عمومی) الف) تعریف شرکت و مصادر مشروعیت

شرکت از ریشه «شرک» گرفته شده است که در لغت به معنی شریک شدن، همدست شدن در کاری، مشارکت، آمیزش و اختلاط است. فقهای حنفیه در تعریف عقد شرکت می گویند: شرکت عقد عبارت از عقدی است که بین متشارکین در سرمایه و ربح منعقد می گردد.^{۳۱۶} ماده ۱۳۲۹ مجله الاحکام در تعریف شرکت عقد می گوید: «شرکت عقد عبارت از شرکت میان دو یا زیاده از آن است طوری که سرمایه و ربح میان آنها مشترک باشد.» ماده ۱۲۱۶ ق.م در تعریف عقد شرکت می گوید: «شرکت عبارت از عقدی است که به موجب آن دو یا زیاده از اشخاص تعهد می نمایند، تا در به کار انداختن یک فعالیت مالی به پرداخت مقدار مال یا انجام عمل یا اعتبار طوری سهیم شوند، که مفاد و خساره به اساس موافقه ای که بین آنها صورت گرفته، توزیع شود.» از تعریف این ماده به خوبی واضح می گردد که: نخست این که شرکت عقد معین است، دوم این که در شرکت دو یا بیشتر از دو نفر تعهد می نمایند که تا اجرای یک فعالیت معین حصه معین از پول نقد، اجرای عمل و یا اعتباری را با همدیگر سهیم بسازند و سوم این که شرکاء قصد اشتراک در قبول خساره و کسب فایده را دارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف شرکت است.

مشروعیت عقد شرکت بر مبنای قرآن، سنت و اجماع فقهاء ثابت است: خداوند ﷻ می فرماید: ﴿قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعِيَّتِكَ إِلَىٰ نَعَايِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَ لَقِيلَ مَا هُمْ وَ ظَنَّ دَاوُودُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَ خَرَّ رَاكِعًا وَ أَنَابَ﴾ - [ص: ۲۲] [داوود ﷺ] گفت قطعاً او در مطالبه میش تو [اضافه] بر میش های خودش بر تو ستم کرده و در حقیقت بسیاری از شریکان به همدیگر ستم روا می دارند به استثنای کسانی که ایمان آورده و کارهای شایسته کرده اند و اینها بس اندکند و داوود ﷺ دانست که ما او را آزمایش کرده ایم پس از پروردگارش آمرزش خواست و به رو درافتاد و توبه کرد.» از حضرت ابو هریره رضی الله عنه روایت شده است که در پیامبر ﷺ در یک حدیث قدسی فرموده است که خداوند ﷻ می فرماید:

«أنا ثالثُ الشريكين ما لم يُخُنْ أحدهما صاحبهُ فإن خان أحدهما صاحبه خَرَجْتَ مِنْ بَيْنِهِمْ».^{۳۱۷}
«هرگاه دو نفر شریک شدن و به همدیگر خیانت نکردند من نیز شریک سوم آنها هستم و هرگاه یکی به دیگری خیانت کرد، من از بین آنها بیرون می آیم و دیگر به آنان شریک نیستم.»
در مورد شرکت عقد اجماع علماء نیز وجود دارد.^{۳۱۸}

ب) ایجاد شرکت مدنی

ماد ۱۲۲۱ فقره های اول و دوم ق.م: «(۱) شرکت به مجرد تشکیل، شخصیت حکمی تلقی می شود مشروط بر اینکه، به ثبت و نشر رسیده باشد. شرکت نمی تواند قبل از ثبت و نشر، به اشخاص ثالث تمسک نماید ولی اشخاص ثالث به این شخصیت بدون نشر تمسک کرده می توانند؛ و (۲) شرکت های تجاری تابع احکام قانون تجارت می باشند.» از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

نخست این که: شرکت به مجرد تشکیل، شخصیت حکمی تلقی می شود مشروط بر اینکه، به ثبت و نشر رسیده باشد. قانونگذار مدنی در نص این ماده کلمه «شرکت» را به صورت مطلق استعمال نموده است و طبق تفسیر موسع، شرکت می تواند مدنی یا تجاری باشد. اما، اگر نص فقره ۱ ماده ۱۲۲۱ را در کنار نص فقره ۲ ماده ۱۲۲۱ قرار دهیم که در آن قانونگذار مدنی از شرکت تجاری سخن می گوید و تفسیر منطقی ساختاری نماییم، این نتیجه به دست می آید که منظور قانونگذار مدنی در نص فقره

۳۱۶. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۸۷۸؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۳۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۴۰.

۳۱۷. رواه ابو داود و الحاكم و صحح إسناده.

۳۱۸. (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۳۴ و ۳۵؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۸۷۶؛ سید سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، ج ۴، صص ۵۶۲ و ۵۶۳؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۲۵ و ۴۲۶.

۱ ماده ۱۲۲۱ ق. م شرکت تجاری است. زیرا، شرکت های مدنی معمولاً ثبت و نشر نمی شوند. به حیث مثال، اگر احمد و محمود شرکت تجاری بخواهد ایجاد نماید، شخصیت حکمی شرکت ایجاد نمی شود مگر این که شرکت بر حسب مورد در یکی از مراجع تجارتی مانند وزارت تجارت و صنایع ثبت شود و اساسنامه آن در جریده رسمی وزارت عدلیه به نشر می برسد.

دوم این که شرکت نمی تواند قبل از ثبت و نشر، به اشخاص ثالث تمسک نماید. عبارت «به اشخاص ثالث تمسک نماید» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. تمسک در لغت به معنی چنگ زدن و دست انداختن به چیزی، دست آویز ساختن، متوسل شدن، و سند و حجت است.^{۳۱۹} نص بخش دوم این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که شخصیت حکمی شرکت قبل از ثبت و نشر ایجاد نمی شود و به همین دلیل شرکاء نمی توانند در برابر اشخاص ثالث به شرکت استناد نمایند. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد یک شرکت ایجاد نماید، اما قبل از این که شرکت احمد در مراجع مربوط ثبت و در جریده رسمی نشر شود، احمد به نام شرکت از محمود تعداد زیاد موتر خریداری نماید و سپس جمشید در خصوص مالکیت موترها علیه احمد اقامه دعوی نماید، احمد نمی تواند به دلیل عدم ایجاد شخصیت حکمی شرکت، در برابر جمشید به شرکت استناد و با متوسل شدن به شرکت و به نمایندگی از شرکت به دفع دعوی جمشید بپردازد.

سوم این که اشخاص ثالث به شخصیت شرکت بدون نشر تمسک کرده می توانند. عبارت نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به حیث مثال، در مثال بالا، جمشید می تواند علیه احمد اقامه دعوی نماید.

چهارم این که قانونگذار مدنی تنظیم احکام مربوط به شرکت های تجارتی را به قوانین تجارتی واگذار نموده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی زمان ایجاد شخصیت حکمی شرکت و ارجاع احکام شرکت های تجارتی به قوانین تجارتی است.

ج) انعقاد عقد شرکت و شرط آن

طبق ماده ۱۲۲۲ ق. م: «عقد شرکت باید تحریری باشد در غیر آن اعتبار ندارد. همچنین، تعدیل وارده در عقد تازمانی که شکل عقد تکمیل نشده باشد باطل شمرده می شود. شرکاء نمی توانند بر این بطلان بالای شخص ثالث تمسک نمایند، این بطلان بین شرکاء نیز مدار اعتبار نیست، مگر از تأریخی که شریک مطالبه حکم بطلان را نموده باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) عقد شرکت باید به صورت تحریری (مکتوبه) منعقد گردد. نص این ماده مبهم و گمراه کننده به نظر می رسد. زیرا، روشن نیست که هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شرکت های مدنی است یا شرکت های تجارتی. معمولاً شرکت های مدنی به صورت شفاهی میان طرفین منعقد می شود، مانند شرکت مضاربه، مساقات و نظیر اینها. اما، طبق نص این ماده شرکت باید به صورت تحریری منعقد گردد. انعقاد شرکت به صورت تحریری نیز در نص این ماده مبهم است. زیرا، روشن نیست که ایجاب و قبول تحریری باشد یا شرکت اساسنامه داشته باشد یا سهم و حقوق و تکالیف شرکاء در یک سند تحریر شود. برخی نویسندگان از نص این ماده شرکت های تجارتی را استنباط کرده اند.^{۳۲۰} این نظر از بقیه احکام مندرج ق. م در خصوص احکام عمومی شرکت ها نیز قابل استنباط به نظر می رسد. در واقع، به نظر می رسد قانونگذاران مدنی احکام عمومی شرکت ها را از شرکت های تجارتی به عاریت گرفته و خواسته اند این احکام را بر شرکت های مدنی تطبیق بدهند. سپس، قانونگذاران مدنی برخی شرکت های مدنی مانند مضاربه، شرکت در کار، مفاوضه و عنان را در ق. م پیش بینی نموده اند. با پذیرش این نظر، دو نتیجه را می تواند استنباط کرد. نخست این که شرکت های مدنی باید دارای اساسنامه باشند و دوم این که پیش بینی نص این ماده که مسایل مربوط به مدنی را میان اشخاص حقوق خصوصی تنظیم می نماید محل ایراد به نظر می رسد. ضمانت اجرای این شرط نیز در این ماده پیش بینی شده است که عبارت از فاقد اعتبار بودن شرکت در صورت غیرتحریری بودن شرکت است.

۲) تعدیل وارده در عقد تازمانی که شکل عقد تکمیل نشده باشد باطل شمرده می شود. با توجه به ایرادی که در فوق ذکر گردید، نص این ماده مبهم و محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، چنانچه گفته شد، شرکت های مدنی معمولاً ثبت و نشر نمی شوند. همچنین، شکل عقد در نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده شرکت های تجارتی

۳۱۹. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۲۴۰.

۳۲۰. یادگار راجی سمگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی: کتاب دوم، عقود معین، (____)، (____)، ص ۹۴.

است. با پذیرش این نظر، در صورتی که طرفین یا شرکای شرکت بخواهند عقد را تعدیل نمایند، باید اساسنامه شرکت را تعدیل و پس از تعدیل آن را در مراجع مربوطه ثبت نمایند. در صورت عدم ثبت، تعدیل عقد به حکم قانون باطل است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود شرکت تجاری ایجاد نمایند و اساسنامه شرکت را در مراجع مربوطه ثبت نمایند و سپس اساسنامه را تعدیل نمایند، اما در مراجع مربوطه ثبت ننمایند، این تعدیل باطل است. نص بخش دوم این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که تا زمانی که مراحل ترتیب اساسنامه عقد شرکت تکمیل نشده است، شرکا نمی توانند عقد را تعدیل نمایند. بنابراین، شرکا می توانند بعد از تکمیل شکل عقد شرکت؛ یعنی: ترتیب اساسنامه عقد را تعدیل نمایند. ضمانت اجرای این شرط نیز در ماده ۱۲۲۲ ق. م پیش بینی شده است که عبارت از بطلان تعدیل است. دوم این که شرکا نمی توانند بر این بطلان بر اشخاص ثالث تمسک نمایند. سوم این که شرکا نیز نمی توانند بر این بطلان علیه همدیگر تمسک نمایند مگر از تاریخ مطالبه بطلان.

د) ارکان عقد شرکت

برای انعقاد عقد شرکت موجودیت طرفین واجد اهلیت تا صیغه عقد را جاری نمایند و پرداخت سهم معین ضروری است. بنابراین، عقد شرکت دارای چهار رکن است که عبارت اند از: طرفین، صیغه، موضوع و سرمایه:

۱) طرفین: برای انعقاد عقد شرکت موجود طرفین ضروری است. برای اینکه طرفین بتوانند عقد شرکت را به صورت صحیح منعقد نمایند، ضرور است تا واجد اهلیت انعقاد و صحت عقد باشند. تفصیل شرایط انعقاد و صحت عقد در جلد اول این دور از کتاب حقوق وجایب گذشت.

۲) صیغه: صیغه عبارت از ایجاب و قبول است، مانند اینکه یکی از طرفین عقد شرکت بگوید: تو را در این چیز یا آن چیز شریک نمودم و یا با تو در این چیز شریک شدم و جانب مقابل بگوید: قبول نمودم.

۳) موضوع عقد شرکت: برای انعقاد و صحت عقد شرکت موجودیت موضوعی که غرض آن طرفین عقد شرکت را منعقد می نمایند، ضروری است. در موضوع نیز چنانچه در بخش قواعد عمومی عقود این دور از شرح ق. م تفصیل آن گذشت، شرط است که مخالف نظام و عادات عامه نباشد.

۲) سرمایه: رکن چهارم شرکت موجودیت سرمایه است که طبق ق. م سرمایه ممکن است اعیان منقول و غیر منقول، منافع، حقوق، دین و عمل باشد:

۱- پول نقد بودن حصه: طبق ماده ۱۲۲۵ ق. م: «هرگاه سهم یکی از شرکاء پول نقد بوده و آن را تأدیه نکند از تاریخ استحقاق به پرداخت فایده قانونی آن، بدون اینکه مطالبه قضایی و یا ابلاغ صورت گرفته باشد، مکلف می باشد. جبران خساره وارده ناشی از تأخیر پرداخت سهم نیز بر او تحمیل می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست: هنگامی که حصه یک شریک مبلغ از پول نقد باشد، این شریک به مجرد تمام شدن عقد شرکت ملتزم به پرداخت آن می گردد. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و جمشید یک شرکت تأسیس نمایند و توافق صورت گیرد که هر یک مبلغ پنج لک افغانی پول نقد در شرکت سرمایه گذاری نماید و احمد و محمود هر یک پنج، پنج لک افغانی سرمایه گذاری نمایند، اما جمشید پول را نپردازد، از تاریخ استحقاق مکلف به پرداخت آن می باشد. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۳۲۱} در چنین حالتی، فرق نمی کند که مطالبه قضایی یا ابلاغ پرداخت سهم توسط احمد و محمود صورت بگیرد یا خیر. به نظر می رسد منظور از مطالبه قضایی دعوی یا درخواست از محکمه است. به حیث مثال در مثال بالا، اگر احمد یا محمود از محکمه مبنی بر الزام جمشید جهت پرداخت سهم علیه جمشید اقامه دعوی نمایند، اقامه دعوی احمد و محمود مطالبه قضایی است. تعریف ابلاغ گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد یا محمود به جمشید بگویند پنج لک افغانی را پرداخت نمایند، حرف احمد و محمود ابلاغ است.

دوم: هرگاه سهم یکی از شرکاء پول نقد بوده و آن را تأدیه نکند از تاریخ استحقاق به پرداخت فایده قانونی آن، بدون اینکه مطالبه قضایی و یا ابلاغ صورت گرفته باشد، مکلف می باشد. عبارت فایده قانونی در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از فایده قانونی در نص این ماده سود سهم است. به حیث مثال، در مثال بالا، جمشید نه تنها مکلف به پرداخت پنج

۳۲۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.

لک افغانی به احمد و محمود، بلکه مکلف به پرداخت فایده قانونی پنج لک افغانی نیز است. با پذیرش این برداشت، نص ماده ۱۲۲۵ ق. م به دلیل حرمت سود محل ایراد و قابل تعدیل به نظر می رسد
سوم: جبران خساره وارده ناشی از تأخیر پرداخت سهم نیز بر شریک تحمیل می شود. تعریف و تفصیل پرداخت جبران خسارت ناشی از پرداخت دین در جلد اول کتاب حقوق و جایب این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید پنج لک افغانی را پرداخت ننماید، احمد و محمود می توانند در یک سال سه الی هفت فیصد پنج لک افغانی را از جمشید به دلیل پرداخت تأخیر سهم مطالبه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز پول به عنوان سهم و حقوق و تکالیف شرکا در شرکت است.

۲- تفاوت حصص و عین و منفعت بودن حصص: طبق ماده ۱۲۲۳ ق. م: «تفاوت حصص مجاز است، حصه، ملکیت مال یا مجرد منفعت آن شده می تواند.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:
- تفاوت حصص مجاز است. حصص جمع حصه است. حصه در لغت به معنی سهم است. در اصطلاح حقوقی، در مفهوم محدود حصه عبارت از سهم یک شریک در شرکت است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود بخواهند یک شرکت ایجاد نمایند، احمد و محمود می توانند توافق نمایند که احمد سی فیصد سهم را سرمایه گذاری نماید و محمود هفتاد فیصد سرمایه را.
- حصه، ملکیت مال بوده می تواند. به حیث مثال، اگر احمد با محمود توافق نماید که احمد در شرکت پنجاه لک افغانی سرمایه گذاری نماید و محمود به عوض پول نقد زمین یا خانه ای خویش را به شرکت بدهد، توافق احمد و محمود مدار اعتبار است. در این مثال، حصه محمود ملکیت مال او یعنی خانه ای او است.
- حصه، مجرد منفعت آن می تواند باشد. مجرد معانی مختلف دارد. اما، مجرد در نص ماده ۱۲۲۳ ق. م در مفهوم صرف و تنها است.^{۳۲۲} منفعت در لغت به معنی سود، نفع، حاصل، بهره، فایده و ربح است که ضد ضرر و زیان است.^{۳۲۳} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، نفع عبارت از سود، بهره و فایده است که در اثر کار، تولید، به کار بردن اموال و ... عاید شخص می شود.
به نظر می رسد منفعت در نص ماده ۱۲۲۳ ق. م در مفهوم منفعت مال استعمال شده است. زیرا، مال دو رکن دارد که عبارت اند از رقبه (ذات) و منفعت مال است. به حیث مثال، وجود فیزیکی موتر رقبه موتر و رکوب موتر منفعت آن است. با توجه به آنچه گفته شد، اگر احمد با محمود توافق نماید که احمد در شرکت پنجاه لک افغانی سرمایه گذاری نماید و محمود به عوض پول نقد منفعت زمین یا خانه ای خویش را برای مدت ده سال به شرکت بدهد، توافق احمد و محمود مدار اعتبار است. در این مثال، حصه محمود منفعت مال او یعنی منفعت خانه ای او است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز تفاوت حصص و جواز حصه قرار گرفتن مال و منفعت مال است.

۳- حق ملکیت یا حق منفعت بودن حصه: طبق ماده ۱۲۲۶ ق. م: «هرگاه سهمیه شریک حق ملکیت یا حق منفعت یا سایر حقوق عینی دیگر باشد، راجع به ضمان سهمیه در موارد هلاک یا استحقاق یا ظهور عیب احکام بیع تطبیق می شود.» طبق نص این ماده در صورتی که حصه یک شریک حق ملکیت و یا حق عینی دیگر مانند: حق انتفاع و حق حکر باشد، شریک در تمام این حالات به مجرد تمام شدن عقد ملتزم به نقل ملکیت و یا حق عینی دیگر به شرکت است، همانطوری که بایع ملتزم به نقل مبیع به مشتری است. بنابراین، در صورتی که حصه یک شریک عقال، ملکیت و یا حق عینی دیگر بر عقال باشد، چنین حقی به شرکت نقل نمی شود، مگر از طریق محکمه ذیصلاح و با رعایت احکام نقل ملکیت. اما، در صورتی که حصه منقول باشد، به مجرد اتمام عقد به شرکت منتقل می شود. در صورت هلاک شدن حصه شریک، اثر آن متوجه شریک می شود و بنابراین مکلف است مثل آن را به شرکت منتقل نماید اعم از اینکه عین معین اعم از عقال و منقول باشد.

همانطوری که شریک مسؤول تحمل اثر هلاک حصه است، مسؤول ضمان تعرض و به استحقاق برده شدن حصه معین نیز است. تفصیل هلاک، عیوب مبیع و ضمان تعرض و استحقاق مبیعه در مبحث بیع گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ارجاع احکام بیع بر حصه شریک در شرکت است. بنابراین، تطبیق کننده قانون مدنی در صورتی که سهم یک

322. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/1/2018).

323. Ibid, (Last visit: 5/1/2018).

شریک حق ملکیت یا حق منفعت یا سایر حقوق عینی مانند حق ارتفاق، حق حکر، حق امتیاز و نظیر اینها باشد، حکم بیع را باید تطبیق نمایند.

۴- حق شخصی (دین) بودن حصه: براساس ماده ۱۲۳۰ ق. م: «هرگاه سهمیه دین باشد، تعهد شریک وقتی ایفاء شناخته می شود که دین به موعده معین به شرکت پرداخته شده باشد، در صورت عدم پرداخت آن شریک علاوه بر مسؤولیت از عدم پرداخت سهمیه، به تادیبه جبران خساره از مؤعد تأخیر آن، مکلف می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- در صورتی که حصه شریک دینی باشد که بر ذمه دیگر دارد، سهم زمانی به شرکت منتقل می شود که در زمان معین و مقرر به شرکت منتقل شود. به حیث مثال، اگر احمد و محمود بخواهند شرکت تأسیس نمایند و احمد بر جمشید ده لک افغانی دین داشته باشد و تعهد نماید که ده لک افغانی را از جمشید گرفته و به شرکت منتقل می نماید، تعهد احمد زمانی ایفا می گردد که احمد ده لک را جمشید بگیرد و تسلیم شرکت نماید.

- در صورت عدم انتقال دین به شرکت در موعده معین، شریک مسؤول پرداخت جبران خسارت ناشی از عدم پرداخت (مثلاً به تعویق افتادن فعالیت های شرکت) و مسؤول جبران خسارت ناشی از تأخیر پرداخت دین است. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و جمشید شرکت ایجاد نمایند و احمد بر ویس ده لک افغانی قرض داشته باشد و تعهد نماید که ده لک افغانی را از ویس گرفته و تسلیم شرکت می نماید، اما نتواند آن را مطابق قرارداد تسلیم شرکت ننماید، باید جبران خسارت عدم النفع شرکت و جبران خسارت تأخیر در پرداخت دین که در یک سال مقدار آن از سه الی هفت درصد می شود به شرکا بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز سهم قرار گرفتن دین، تکلیف شریک مبنی بر پرداخت آن و ضمانت اجرای پرداخت آن به شرکت است.

۵- نفوذ یا اعتماد مالی بودن حصه: طبق ماده ۱۲۲۲ ق. م: «حصه شریک به نفوذ یا اعتماد مالی وی منحصر شده نمی تواند.» منحصر در لغت به معنی محدود و محصور است.^{۳۲۴} به نظر می رسد نفوذ در نص این ماده مترادف اعتماد مالی استعمال شده است زیرا قانونگذار مدنی بعد از کلمه نفوذ «یا» را استعمال نموده است که محل ایراد به نظر می رسد. طبق نص این ماده حصه یکی از شرکای شرکت محدود به نفوذ یا اعتماد مالی او نیست. مفهوم موافق یا مثبت این ماده این است که نفوذ یکی از شرکاء می تواند به عنوان سهم در شرکت مورد استفاده قرار بگیرد.

به حیث مثال، اگر احمد مخترع یا کاشف باشد و سرمایه مادی نداشته باشد اما به دلیل اختراع و اکتشاف در میان شرکا نفوذ داشته باشد، نفوذ احمد می تواند در شرکت به عنوان سهم قرار بگیرد. به حیث مثال، اگر شرکای شرکت، محمود، جمشید و ویس باشند و هر کدام مالک سی فیصد سهم در شرکت باشند و بخواهند از احمد مخترع یا کاشف دعوت نمایند تا به دلیل اختراع و اکتشاف و توسعه شرکت آنها، شریک محمود، جمشید و ویس شود، نفوذ احمد می تواند ده فیصد سهم شرکت قرار گیرد. نص این ماده بسیار پیشرفته به نظر می رسد. مفهوم مخالف نص این ماده این است که علاوه بر نفوذ و اعتماد مالی، سهم یک شریک می تواند دین، عمل، پول نقد و عین باشد.

همچنین، طبق نص این ماده اعتماد مالی می تواند به عنوان سهم در شرکت قرار بگیرد. به نظر می رسد مصادیق اعتماد مالی ملکیت فنی، صنعتی و ادبی است، مانند اسم تجاری، علامت تجاری و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد یک تاجر بزرگ و با تجربه باشد و در میان مردم اعتماد مالی داشته باشد و همه مردم به او پول یا مال قرض بدهند، این اعتماد احمد می تواند به عنوان سهم شرکت قرار بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن نفوذ یا اعتماد مالی به عنوان سهم در شرکت است.

۶- انتفاع از مال قرار گرفتن سهم: طبق ماده ۱۲۲۷ ق. م: «هرگاه سهمیه شریک صرف انتفاع از مال باشد، احکام اجاره در آن تطبیق می گردد.» نص این ماده مرتبط به مواد مربوط به احکام اجاره است که تفصیل آن در مبحث احکام اجاره خواهد آمد. بنابراین، نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط است. طبق نص این ماده در صورتی که التزام به انجام عمل قادر نمودن شرکت مبنی بر انتفاع از عین معین باشد، مانند اینکه شخص عین معین از ملکیت خویش را در خدمت شرکت قرار دهد و شرکت مقر خویش را در آن ایجاد نماید، چنین التزامی تابع احکام مربوط به عقد اجاره است. بنابراین، در چنین حالتی، شریک

مالک مکان باقی می ماند و شرکت به مثابه مستأجر (اجاره گیرنده) تلقی می گردد. در چنین حالتی، شریک مسؤول ضمان تعرض، استحقاق و عيوب پنهانی مکان است و اثر هلاک آن را نیز متحمل می شود که تفصیل آن در عقد اجاره خواهد آمد. باوجوداین، شرکت مکلف به پرداخت اجرت به شریک نیست. زیرا، انتفاع از عین حصه شریک است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود و جمشید زمین خویش را بدهد تا محمود و جمشید در آن شرکت را برای مدت معین ایجاد نمایند، سهم احمد انتفاع از زمین او توسط شرکت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز منفعت مال به عنوان سهم شرکت قرار گرفتن و تطبیق احکام اجاره بر این سهم است.

۷- عمل معین بودن سهم: طبق ماده ۱۲۲۸ ق. م: «هرگاه سهم شریک عمل باشد به انجام خدماتی که در عقد تعهد نموده و تقدیم حساب از آن مکلف می باشد.» طبق نص این ماده سهم شریک می تواند انجام خدمات طبق شرایط پیش بینی شده در شرکت و تقدیم حساب به شرکت باشد. به حیث مثال، اگر احمد انجنیر باشد و بخواید با محمود و جمشید در شرکت ساختمانی سهام شود، اما پول نداشته باشد و تعهد نماید تا به شرکت نقشه طراحی نماید یا سایر کار های مربوط به شرکت را انجام دهد و گزارش آن را به شرکت ارائه نماید، انجام عمل توسط احمد می تواند به عنوان سهم شرکت قرار بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز اجرای عمل معین به عنوان سهم شرکت است.

۸- طبق ماده ۱۲۲۹ ق. م: «سهامیه عمل به انجام عمل جبران می گردد. در این صورت شریک تنها از اعمال مربوط در شرکت مسؤول می باشد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۱۲۲۸ ق. م است. طبق نص ماده ۱۲۲۸ ق. م اجرای عمل می تواند به عنوان سهم قرار بگیرد. طبق نص ماده ۱۲۲۹ ق. م. سهامیه عمل به انجام عمل جبران می گردد. مفهوم مخالف نص این ماده این است که سهم عمل نمی تواند به چیزی دیگری جز اجرای عمل تعهد شده جبران شود.

به حیث مثال، اگر احمد انجنیر باشد و بخواید با محمود و جمشید در شرکت ساختمانی سهام شود، اما پول نداشته باشد و تعهد نماید تا به شرکت نقشه طراحی نماید، سهم احمد صرف طراحی نقشه است و احمد نمی تواند طراحی نقشه را با پرداخت پول، جبران یا تعویض نماید. در این صورت، احمد صرف از طراح نقشه های ساختمانی مسؤول است نه سایر امور زیرا سهم او اجرای عمل معین است.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم جواز جبران یا تعویض اجرای عمل با چیز های دیگر است. در این خصوص برخی نویسندگان می نویسند که «حصه شریک اجرای اعمالی است که به شرکت فایده ای عاید می نماید و اجرای این اعمال دارای قیمت مادی است. بر همین اساس، سهم قرار گرفتن آن صحیح است. به عنوان مثال، یکی از شرکاء مهندس است و تعهد می نماید تا اعمالی را برای شرکت انجام دهد.»^{۳۲۵}

ه) کیفیت تعیین حصه هر شریک در فایده و خساره

در عقد شرکت ممکن است کیفیت حصه هر شریک در فایده و خساره تعیین شود و یا طرفین در این مورد سکوت اختیار نمایند. بنابراین، اول کیفیت تعیین فایده و خساره هر یک از شرکاء و سپس سکوت طرفین در این مورد ذیلاً مورد بررسی قرار می گیرد:

۱) تعیین خساره و فایده ای هر یک از شرکاء در عقد شرکت: طبق ماده ۱۲۳۱ ق. م: «شخص فایده را به طریق که در عقد شرط گردیده مستحق می گردد اعم از اینکه در مقابل مال یا عمل باشد.» طبق نص این ماده یک شریک فایده عاید از شرکت را مطابق شرایط پیش بینی شده در عقد شرکت مستحق می شود مانند نصف، ثلث و نظیر اینها. معمولاً و عادتاً در عقد شرکت فایده ناشی از عقد شرکت، توسط شرکا معین می شود. همچنین، از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که فایده می تواند در مقابل مالی باشد که یکی از شرکا آن را در شرکت سرمایه گذاری نموده است و یا در مقابل عمل.

به حیث مثال، در شرکت مضاربت یکی از طرفین معمولاً با پول سرمایه گذاری می نماید و طرف دیگر با عمل و فایده ای که در اثر این شرکت عاید شرکا می شود مطابق شرایط پیش بینی شده در عقد میان آنها تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر در شرکت مضاربت احمد به محمود ده لک افغانی بدهد و محمود با پول احمد کار نماید و توافق نمایند که فایده ای که از شرکت عاید می

۳۲۵. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۴۴-۲۷۶.

شود، میان احمد و محمود به صورت نصف تقسیم شود، احمد مستحق نصف فایده و محمود مستحق نصف دیگر می شود. در این مثال، احمد فایده را در برابر مال خویش که عبارت از ده لک افغانی است مستحق می شود و محمود فایده را در برابر عملی که با پول انجام می دهد مستحق می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم کیفیت تقسیم فایده میان شرکا است.

طبق ماده ۱۲۳۶ فقره اول ق. م: «(۱) هرگاه به عدم سهم گیری یکی از شرکاء در مفاد یا خساره موافقه صورت گیرد، عقد شرکت باطل شناخته می شود.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۱۲۳۱ ق. م است. طبق نص این ماده در صورتی که شرکا در مورد عدم سهم گیری یکی از شرکاء در فایده و خساره ناشی از شرکت توافق نمایند، عقد شرکت باطل است. به عبارت دیگر: در صورتی که شرکا توافق نمایند که یکی از شرکا در مفاد و خسارت شرکت سهیم نباشد، عقد شرکت باطل است.

به حیث مثال، اگر در شرکت مضاربت احمد به محمود ده لک افغانی بدهد و محمود با پول احمد کار نماید و توافق نمایند که احمد نه در فایده و نه در خساره شریک است، عقد شرکت به دلیل مخالفت با قانون باطل است. زیرا، فلسفه شرکت در این مثال منتفی است. همچنین، اگر محمود با احمد توافق نماید که من با پول شما کار می نمایم اما نه در فایده و نه در خسارت شریک شما هستم، عقد شرکت باطل است. زیرا، در این صورت فلسفه شرکت منتفی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای سهم شدن شرکاء در فایده و خسارت است.

(۲) عدم تعیین خساره و فایده ای هر یک از شرکاء در عقد شرکت: طبق ماده ۱۲۳۲ ق. م: «هرگاه در عقد شرکت حصه هر یک از شرکاء در مفاد و خساره معلوم نشده باشد، سهمیه مفاد هر یک از شرکاء به تناسب سهمیه آنها از سرمایه توزیع می گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که حصه معین از مفاد و خساره در عقد تعیین نشده باشد، عقد صحیح است و فایده ای هر شریک به تناسب سهم وی می باشد. به حیث مثال، اگر احمد و محمود شرکت مدنی ایجاد نمایند و اسهام آنها مساوی باشد، اما مقدار مفاد و ضرر را تعیین ننمایند، مفاد و ضرر میان احمد و محمود مساوی است. همچنین، اگر سهم احمد هشتاد فیصد و سهم محمود بیست فیصد باشد و احمد و محمود مقدار مفاد و خساره را تعیین ننمایند، مفاد و خساره احمد هشتاد فیصد و مفاد و خساره محمود بیست فیصد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای عدم تعیین مفاد و خسارت در عقد شرکت است.

طبق ماده ۱۲۳۳ ق. م: «هرگاه در عقد تنها به تعیین سهمیه مفاد شرکاء تصریح به عمل آمده باشد، این تصریح به عین اندازه در تحمل خساره مدار اعتبار شناخته می شود. همچنین، تصریح در عقد به تعیین خساره هر یک از شرکاء به عین شکل، در باره مفاد مدار اعتبار می باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استخراج به نظر می رسد:

نخست این که هرگاه در عقد تنها به تعیین سهمیه مفاد شرکاء تصریح به عمل آمده باشد، این تصریح به عین اندازه در تحمل خساره مدار اعتبار شناخته می شود. بنابراین، اگر شرکا مقدار مفاد را در عقد تعیین کرده باشند، در صورت زیان، زیان متناسب به مفاد خواهد بود. به حیث مثال، اگر احمد و محمود شرکت مدنی ایجاد نمایند و اسهام آنها مساوی باشد و توافق نمایند که مفاد میان احمد و محمود نیز مساوی باشد. اما، در خصوص مقدار ضرر سکوت اختیار نمایند، ضرر نیز متناسب به مفاد است. بنابراین، در این مثال، ضرر میان احمد و محمود نصف است.

دوم این که تصریح در عقد به تعیین خساره هر یک از شرکاء به عین شکل، در باره مفاد مدار اعتبار می باشد. بنابراین، در صورتی که شرکا مقدار خسارت را تعیین کرده باشند، مفاد آنها نیز متناسب به خسارت خواهد بود. به حیث مثال، اگر احمد و محمود شرکت مدنی ایجاد نمایند و اسهام آنها مساوی باشد و توافق نمایند که مقدار ضرر میان آنها مساوی است، اما در خصوص مفاد سکوت اختیار نمایند، مفاد نیز متناسب به ضرر است. بنابراین، در این مثال، مفاد میان احمد و محمود نصف است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم و ضمانت اجرای عدم تعیین مفاد و خساره میان طرفین است.

(۳) شرط زیادت در توزیع مفاد: اصل در شرکت این است که در صورت مساوی بودن سهم هر یک از شرکاء، سهم آنان در مفاد نیز مساوی است. باوجود این، طبق ماده ۱۲۳۲ ق. م: «با وجود مساوات در سرمایه، شرط زیادت در توزیع مفاد مجاز است.» طبق نص این ماده باوجود مساوات در سرمایه، شرط زیادت در توزیع مفاد مجاز است. تعریف زیادت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد و محمود شرکت مدنی ایجاد نمایند و سهم احمد و محمود هر یک پنجاه فیصد باشد اما احمد و محمود توافق

نمایند که مفاد احمد هفتاد فیصد و مفاد محمود سی فیصد باشد، این توافق اعتبار دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز گرفتن مفاد بیشتر توسط یکی از شرکا در صورت مساوی بودن سهم است.

۴) طبق ماده ۱۲۳۵ ق. م: «هرگاه سهمیه شریک به کار و عمل منحصر باشد، سهمیه او در مفاد و خساره تابع استفاده شرکت از عمل او می باشد. در صورتی که شریک علاوه از عمل، پول نقد و یا شی دیگری بپردازد، حصه ای را در مقابل عمل و حصه دیگری را در مقابل آنچه که علاوه از عمل پرداخته است مستحق می گردد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۱۲۲۸ ق. م است که به موجب آن اجرای عمل می تواند سهم قرار بگیرد. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه سهمیه شریک به کار و عمل منحصر باشد، سهمیه او در مفاد و خساره تابع استفاده شرکت از عمل او می باشد. به حیث مثال، اگر احمد انجنیر باشد و بخواهد با محمود و جمشید در شرکت ساختمانی سهیم شود، اما پول نداشته باشد و تعهد نماید تا به شرکت نقشه طراحی نماید یا سایر کار های مربوط به شرکت را انجام دهد و گزارش آن را به شرکت ارایه نماید، انجام عمل توسط احمد می تواند به عنوان سهم شرکت قرار بگیرد. در صورتی که شرکت مفاد یا ضرر نماید، مفاد و ضرر احمد بستگی به این دارد که آیا شرکت از کار احمد استفاده کرده است یا خیر. در صورت استفاده مفاد و ضرر مطابق قواعد پیش بینی شده در قرارداد به احمد اعطا می گردد.

۲- در صورتی که شریک علاوه از عمل، پول نقد و یا شی دیگری بپردازد، حصه ای را در مقابل عمل و حصه دیگری را در مقابل آنچه که علاوه از عمل پرداخته است مستحق می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد مواد ساختمانی، نقشه و نظیر اینها را به پول شخصی خویش خریداری نماید، علاوه بر سهم به دلیل اجرای طراحی نقشه، مستحق سهم به دلیل مصرف پول نیز می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز اجرای عمل معین به عنوان سهم شرکت و کیفیت تعیین مفاد و خساره در صورتی که سهم اجرای عمل باشد است.

۴) طبق ماده ۱۲۳۶ فقره دوم ق. م: «(۲) شریکی که جز انجام عمل، در شرکت سهیمی ندارد، به موافقه شرکاء از تحمل خساره وقتی معاف شده می تواند که به مقابل عمل وی اجرت تعیین نشده باشد.» طبق نص این ماده شریکی که جز انجام عمل در شرکت سهیم ندارد؛ یعنی سهم وی در شرکت اجرای عمل معین است، در صورتی که عمل وی در برابر اجرت نباشد، شرکاء می توانند وی را از پرداخت خسارت معاف نمایند.

به حیث مثال، اگر احمد انجنیر باشد و با محمود و جمشید در شرکت ساختمانی کار نماید، اما شرکت در برابر اجرای کار احمد به او اجرت ندهد، در صورت خسارت شرکت، احمد از پرداخت خسارت معاف می گردد. به عبارت دیگر: در صورتی که احمد برای شرکت به صورت مجانی و تبرعی کار نماید و شرکت خسارت نماید، احمد در خساره شریک شرکت نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اجرای عمل به صورت مجانی به شرکت و خساره نموده شرکت و معاف شدن شخصی که به صورت مجانی به شرکت کار می نماید از سهیم شدن در خساره است.

و) اداره شرکت

طبق ماده ۱۲۳۹ ق. م: «(۱) عقد شرکت متضمن طرز اداره، اسم یا اسماء هیأت مدیره و حدود صلاحیت هر یک از اعضای هیأت مذکور می باشد؛ و (۲) درج مطالب فوق به اساس موافقه بعدی جواز دارد، مشروط بر اینکه شکل قانونی تعدیل در آن رعایت شده باشد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- طرفین عقد شرکت، باید در عقد شرکت طرز اداره کردن شرکت، اسم و یا اسم های هیأت مدیره و حدود صلاحیت هر یک از اعضا را پیش بینی نمایند. هیئت مدیره متشکل از اعضای انتخاب شده یا انتصاب شده است که سیاست گذاری و تصمیم گیری کلان شرکت را بر عهده دارند.^{۳۳۶} به حیث مثال، اگر احمد، محمود و حمیده بخواهند شرکت ایجاد نمایند، باید نحوه اداره شرکت، اسم یا اسمای هیأت مدیره شرکت و حدود صلاحیت هر یک از هیأت مدیره را تعیین نمایند.

۲- در صورتی که شرکا طرز اداره، اسم یا اسمای شرکا و حدود صلاحیت هیأت مدیره را معین نکرده باشند، می توانند بعداً این امور را درج اساسنامه شرکت نمایند مشروط بر این که قواعد حاکم بر شکلیات تعدیل اساسنامه شرکت رعایت گردد. به نظر می رسد

هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی احکام طرز اداره شرکت است. با توجه به آنچه گفته شد و در روشنایی این ماده، احکام مربوط به اداره شرکت را مورد تحلیل قرار می دهیم:

(۱) تعیین مدیر برای اداره شرکت: معمولاً تعیین مدیر و یا کسی که شرکت را اداره نماید در عقد تأسیس شرکت براساس نظر همه شرکاء پیش بینی می شود. گاهی نیز تعیین مدیر شرکت بعد از تأسیس شرکت توسط شرکاء معین می گردد. مدیر شرکت نیز ممکن است یکی از شرکاء، شرکاء و یا شخص یا اشخاص بیگانه و در برابر عوض و بدون عوض باشد.

(۲) تعیین مدیر بر اساس عقد: طبق ماده ۱۲۴۰ ق.م: «(۱) هرگاه یکی از شرکاء به اساس تصریح خاص متن عقد شرکت، به اداره شرکت مؤظف شود، به اداره شرکت و انجام اعمالی که شامل اهداف شرکت باشد ادامه می دهد مشروط بر اینکه اعمال و تصرفات وی عاری از غش باشد. عزل چنین شریک تا زمان بقای شرکت بدون مجوز قانونی و یا تعدیل عقد شرکت جواز ندارد؛ و (۲) هرگاه انتخاب شریک مذکور در هیأت مدیره به اساس موافقه بعدی به عمل آمده باشد، رجوع در آن مثل رجوع در سایر وکالت های عادی جواز دارد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه یکی از شرکاء به اساس تصریح خاص متن عقد شرکت، به اداره شرکت مؤظف شود، به اداره شرکت و انجام اعمالی که شامل اهداف شرکت باشد ادامه می دهد مشروط بر اینکه اعمال و تصرفات وی عاری از غش باشد. تعریف غش گذشت. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و حمیده بخواهند شرکت ایجاد نمایند و شرکت، شرکت طباعتی باشد و احمد و محمود حمیده را به عنوان مدیر تعیین نمایند، حمیده می تواند با مؤلفین عقد ببندد و اعمال لازم را جهت نشر کتب انجام دهد. در صورتی که شرکت، شرکت خرید و فروش عقار باشد، مانند: رهنمای معاملات، مدیر می تواند به اسم شرکت عقار را خرید و فروش نماید. اما، مدیر نمی تواند مبادرت به اجرای اعمالی ورزد که برای تحقق اهداف شرکت لازم نیست. به عنوان مثال، مدیر نمی تواند اموال شرکت را به دیگری هبه نماید، یا از دین شرکت ابراء دهد، مقر شرکت را تغییر دهد و ... مگر به اجازه سایر شرکاء. در اجرای تصرفات مدیر شرط است که اعمال مدیر خالی از غش باشد. به عبارت دیگر: مدیر شرکت در اجرای اعمال شرکت مرتکب خیانت نشود.

۲- در صورتی که تعیین یکی از شرکاء حین تأسیس شرکت به حیث مدیر پیش بینی شده باشد، عزل وی جواز ندارد، مگر اینکه مجوز قانونی از قبیل: خیانت، سوء اداره، عجز از اداره و یا تقصیر در اداره از وی ظاهر گردد، و یا عقد شرکت تعدیل گردد. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد و محمود نمی توانند حمیده را عزل نمایند مگر این که مجوز قانونی وجود داشته باشد، به حیث مثال، حمیده مرتکب خیانت شود، نتواند شرکت را اداره نماید و نظیر اینها. همچنین، در صورت تعدیل عقد شرکت، احمد و محمود می توانند حمیده را عزل نمایند.

۳- در صورتی که یک شریک در هیأت مدیره براساس موافقه بعدی بعد از تأسیس شرکت تعیین گردد، عزل وی و رجوع از تعیین مانند رجوع از وکالت جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد و محمود حمیده را بعد از تأسیس شرکت به عنوان مدیر تعیین نمایند، می توانند حمیده را عزل نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده پیش بینی قواعد مربوط به تعیین مدیر و پیش بینی صلاحیت و شرایط تصرفات مدیر است.

(۳) عدم تعیین مدیر و اداره شرکت توسط شرکاء: طبق ماده ۱۲۴۱ ق.م: «هرگاه اشخاص متعددی بدون تعیین وظیفه و تفکیک صلاحیت به امور اداره شرکت گماشته شوند، هر کدام می توانند به صورت مستقل به امور اداری بپردازند، مگر هر یک از شرکاء گماشته شده، قبل از انجام عمل، حق اعتراض را بر آن دارند. این اعتراض به اساس اکثریت آراء اعضای گماشته شده رد شده می تواند. در صورت تساوی آراء به رأی اکثریت تمامی شرکاء مراجعه می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- در صورتی که شخصی اعم از شرکاء و اجنبی به حیث مدیر تعیین نشود، هر یک از شرکاء می توانند به صورت مستقل به اداره شرکت بپردازند. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و حمیده شرکت ایجاد نمایند و هیچ یک به عنوان مدیر تعیین نشده باشند، هر یک می تواند مستقلاً امور اداری شرکت را پیش ببرند.

۲- هر یک از شرکاء قبل از انجام عمل می تواند در مورد اجرای عمل اعتراض نماید. اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است.^{۳۲۷} به حیث مثال، اگر احمد، محمود و حمیده شرکت نشر کتاب ایجاد نمایند و

احمد بخواهد با جمشید مؤلف قرارداد چاپ کتاب را منعقد نماید، محمود و حمیده می توانند قبل از اجرای عمل احمد را از انعقاد قرارداد منع نمایند.

۳- این اعتراض به اساس اکثریت آراء اعضای گماشته شده رد شده می تواند. در صورت تساوی آراء به رأی اکثریت تمامی شرکاء مراجعه می شود. به حیث مثال، اگر احمد، محمود، حمیده، ویس و قیوم شرکت نشر کتاب ایجاد نمایند و احمد بخواهد با جمشید مؤلف قرارداد چاپ کتاب را منعقد نماید، محمود و حمیده که به اکثریت آراء گماشته شده اند می تواند احمد را از انعقاد قرارداد نشر کتاب منع نمایند. در صورت تساوی آراء میان محمود و حمیده، براساس رأی اکثریت تمام شرکاء، شرکاء می توانند احمد را از انعقاد قرارداد نشر کتاب منع نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم تعیین مدیر برای اداره شرکت و پیش برد اداره شرکت توسط یکی از شرکاء و اعتراض سایر شرکا است.

(۲) حقوق شرکای غیر هیأت مدیره: براساس ماده ۱۲۴۴ ق. م: «شرکاء غیر از هیأت مدیره حق مداخله را در امور اداره نداشته مگر می توانند از دفاتر و اسناد شرکت شخصاً معلومات حاصل نمایند. موافقه ای که مخالف آن باشد باطل پنداشته می شود.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- هر شرکاء غیر از هیأت مدیره حق مداخله را در امور اداره نداشته مگر می توانند از دفاتر و اسناد شرکت شخصاً معلومات حاصل نمایند. به حیث مثال، اگر احمد و محمود عضو شرکت باشند اما عضو هیأت مدیره نباشند، حق مداخله در امور مربوط به اداره شرکت را ندارند. اما، می توانند از دفاتر و اسناد شرکت معلومات حاصل نمایند.

۲- هر نوع موافقه مخالف بند اول نص این ماده باطل است. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و سایر شرکاء موافقه نمایند که در امور مربوط به اداره شرکت که مربوط هیأت مدیره می شود مداخله نمایند، این موافقه باطل است. دلیل بطلان مخالفت موافقه با نص قانون است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حقوق شرکا است.

(۳) تصاویب: طبق ماده ۱۲۴۲ ق. م: «هرگاه در عقد موافقه به عمل آمده باشد که تصاویب به موافقه اکثریت آرای اعضای هیأت مدیره صورت گیرد، مخالفت از آن جواز ندارد، مگر در صورتی که مخالفت به منظور انجام کار عاجلی باشد که به اثر فوت آن خساره بزرگی به شرکت عاید گردد که آن را جبران کرده نتواند.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که هرگاه در عقد موافقه به عمل آمده باشد که تصاویب به موافقه اکثریت آرای اعضای هیأت مدیره صورت گیرد، مخالفت از آن جواز ندارد. دلیل عدم جواز مخالفت تصویب با نص قانون است.

به حیث مثال، اگر در عقد شرکت پیش بینی شده باشد که تصاویب به موافقت اکثریت آرای اعضای هیأت مدیره صورت بگیرد و هیأت مدیره با اقلیت یک موضوع را تصویب نماید، این تصویب مدار اعتبار نیست. استثنای این اصل این است که مخالفت به منظور انجام کار عاجلی باشد که به اثر فوت آن خساره بزرگی به شرکت عاید گردد که آن را جبران کرده نتواند. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و جمشید اعضای هیأت مدیره در یک شرکت طباعتی باشند و جمشید غایب باشد و ضرورت به تصویب گرفتن یک قرارداد بزرگ از دولت به منظور چاپ کتاب های معارف باشد، احمد و محمود می توانند قرارداد را تصویب نمایند زیرا در صورت عدم انعقاد قرارداد ضرر بزرگ به شرکت وارد می شود، مخصوصاً در مواردی که سایر داوطلبان وجود داشته باشند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تصاویب هیأت مدیره است.

(ز) آثار شرکت نسبت به شرکاء

زمانی که شرکت به نحوی که بیان شد، ایجاد شد هر یک از شرکاء در برابر همدیگر تعهداتی پیدا می نمایند. داینین شخصی شرکاء نیز حقوق معین در مال شرکت پیدا می نمایند:

(۱) تعهدات شرکاء: طبق ق. م عقد شرکت نسبت به شرکاء مؤجد تعهدات ذیل است:

۱- امانت تلقی گردیدن مال شرکت نزد هر یک از شرکاء: طبق ماده ۱۲۳۸ ق. م: «شرکاء در مقابل یکدیگر صفت امین را داشته و مال شرکت در نزد شریک حکم امانت را دارد، در صورتی که مال بدون تقصیر یا تجاوز شریک تلف شود، شریک مذکور مسؤول شناخته نمی شود، اما در حال قصور یا تجاوز مسؤول شناخته می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که شرکاء در مقابل یکدیگر صفت امین را دارد. امین از ریشه «امن» گرفته شده است که در لغت به معنی امانتدار و کسی است که به او اطمینان کنند. در اصطلاح حقوق مدنی، امین شخصی است که چیزی را نزد او امانت گذارند.^{۳۲۸} به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در شرکت شریک همدیگر باشند، مال یک شریک نزد هر یک از شرکاء مانند امانت است. دوم این که مال شرکت در نزد هر شریک حکم امانت را دارد. امانت دو نوع است: امانت حقیقی و آن مالی است که امانت دهنده نزد امانت گیرنده می گذارد و امانت حکمی (اعتباری / غیرحقیقی) که عبارت از مالی است که به حکم قانون امانت تلقی می گردد. مال یک شریک نزد شریک دیگر، امانت حکمی تلقی می گردد.

سوم این که در صورتی که مال بدون تقصیر یا تجاوز شریک تلف شود، شریک مذکور مسؤول شناخته نمی شود. تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که جمع آن قصور است و به معنای اهمال و کاستی است.^{۳۲۹} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۳۳۰} تجاوز در لغت به معنی ظلم، از حد گذشتن، تعدی و حد شکنی است.^{۳۳۱} به نظر می در اصطلاح حقوقی تجاوز نقض حق دیگران است. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک شرکت شریک باشند و سهم احمد خانه باشد، در صورتی که خانه بدون تقصیر و تجاوز حمیده و محمود در اثر زلزله یا سیل از بین برود، محمود و حمیده در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی ندارند و مسؤول پرداخت جبران خسارت نیستند.

چهارم این که در صورت، قصور یا تجاوز شریک مسؤول شناخته می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود و حمیده خانه را به آتش بزنند (تجاوز) یا اقدامات لازم را جهت نگهداری و حفظ خانه از باران، برف و نظیر اینها روی دست نگیرند و خانه در اثر ریزش زیاد برف یا باران فروریزد (تقصیر)، محمود و حمیده در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی دارند و باید جبران خسارت را به احمد پرداخت نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق قواعد هلاک و استهلاک مال امانت در اثر تقصیر و عدم تقصیر امانت گیرنده بر مال مشترک در شرکت است.

۲- عدم تضییع شرکت و بذل توجه به امور شرکت مانند امور شخصی: طبق ماده ۱۲۴۵ فقره های ۱-۲ ق. م: «(۱) شریک باید از هر فعالیتی که به ضرر شرکت و یا مخالف اهداف تأسیس شرکت باشد، خودداری نماید؛ و (۲) شریک مکلف است در تدابیر مصالح شرکت طوری بذل توجه نماید که در مصالح شخصی خود مبذول می دارد، مگر اینکه به مقابل اجرت برای امور اداره گماشته شده باشد. در این صورت نمی تواند کمتر از یک شخص عادی توجه به خرج دهد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- هر یک از شریکان مکلف اند از اجرای اعمالی که موجب ضرر رسانیدن به شرکت شود و خلاف هدف تأسیس شرکت باشد خودداری نمایند. به حیث مثال، اگر شرکت طباعتی باشد، شریک نباید کمتر از نرخ بازار به گونه ای که به شرکت ضرر وارد شود کتاب های، به حیث مثال، وزارت معارف، مؤلف و نظیر اینها را طبع و چاپ نماید. همچنین، اگر شرکت طباعتی باشد، نباید به کار های که در اساسنامه پیش بینی نشده است مبادرت ورزد. زیرا، کار های که در اساسنامه شرکت پیش بینی نشده است خلاف هدف تأسیس شرکت است.

- شریک مکلف است در تدابیر مصالح شرکت طوری بذل توجه نماید که در مصالح شخصی خود مبذول می دارد. به حیث مثال، اگر شرکت طباعتی باشد، ناشر باید در چاپ کتاب های مشتریان طوری توجه نماید که گویی کتاب خودش است. - شریک مکلف است در تدابیر مصالح شرکت طوری بذل توجه نماید که در مصالح شخصی خود مبذول می دارد، مگر اینکه به مقابل اجرت برای امور اداره گماشته شده باشد. در این صورت نمی تواند کمتر از یک شخص عادی توجه به خرج دهد. به حیث مثال، اگر شریک علاوه بر شریک بودن، مدیریت شرکت را نیز در برابر اجرت بر عهده داشته باشد، باید در اجرای کار های شرکت طور توجه نماید که یک شخص عادی و متعارف در اجرای کار ها توجه می نماید.

۳۲۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۶۳.

۳۲۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۳۰.

۳۳۰. عبدالحق قاسمی (۱۳۹۲)، مسؤولیت مدنی، چاپ اول، کابل: دانشگاه کابل، ص ۲۴۳.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که، هر شریک در اجرای امور شرکت مکلف است همانطوری که در اجرای کار های شخصی مربوط به خود توجه می نماید، توجه نماید. ملاک اداره و تصرف در امور شرکت، تصرف و اداره امور شخصی است. این امر بدون تردید موجب حفظ حقوق سایر شرکاء می شود. زیرا، شخص عادتاً و غالباً در تصرف در امور شخصی و اداره امور شخصی از افراط و تفریط پرهیز می نماید. شریک دوم در صورتی که در برابر اجرای عمل اجرت اخذ نماید، باید مانند یک شخص معتاد و عادی عمل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف شرکاء در نحوه اداره و مدیریت شرکت است.

۳- تقدیم حساب از مبالغی که بر ذمه شریک است با فواید آن: طبق ماده ۱۲۴۶ فقره ۱ ق. م: «(۱) هرگاه شریک مال یا مبلغی را از شرکت اخذ یا آن را تحت حجز در آورد، به پرداخت مفاد آن از تاریخ اخذ یا حجز، بدون مطالبه قضائی یا اخطار، مکلف می باشد، در صورت ایجاب به تادیبه جبران خساره تکمیلی نیز مکلف می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: هرگاه شریک مال یا مبلغی را از شرکت اخذ یا آن را تحت حجز در آورد، به پرداخت مفاد آن از تاریخ اخذ یا حجز، بدون مطالبه قضائی یا اخطار، مکلف می باشد. مطالبه قضائی به نظر می رسد که در نص این ماده مترادف دعوی است. اخطار در لغت به معنی ابلاغ و اعلام، گوشزد کردن، هشدار دادن و آگاهیدن است.^{۳۳۲} در اصطلاح حقوقی اخطار عبارت از هشدار است که در موارد لازم به افراد از سوی مراجع ذیصلاح جهت عدم اجرای کاری داده می شود.^{۳۳۳} همچنین، ضرورت انجام یا عدم انجام کاری را به کسی یاد آوری کردن اخطار است.^{۳۳۴} حجز در لغت به معنی بازداشت است و در اصطلاح حقوقی سپردن مال به دستگاه قضائی برای رعایت مصلحت عمومی و یا مصلحت شخص برای خارج کردن آن از دست شخص «حجز» می گویند.^{۳۳۵} به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک شرکت شریک باشند و حمیده مال شرکت را به فروش رساند و ثمن آن را قبض نماید، یا مال شرکت را به اجاره بدهد و اجرت آن را قبض نماید، یا دین شرکت را اخذ نماید، لازم است تا این اموال را تحت حجز قرار ندهد و آن را فوراً به شرکت تسلیم نماید. همچنین، در صورتی که حمیده مال شرکت را تحت حجز قرار دهد، از تاریخ تحت حجز قرار دادن مال یا اخذ پول مکلف است مال و مفاد پول را بدون این که احمد و محمود از حمیده مطالبه قضائی نمایند یا حمیده را مبنی بر پرداخت مال یا پول اخطار بدهند، تسلیم نماید. به نظر می رسد حجز در نص این ماده در مفهوم سپردن مال به قضاء نیست، بلکه در مفهوم تحت ید شریک قرار گرفتن مال است.

همچنین، طبق نص این ماده شریک مکلف به رد اصل مال یا پول نیست زیرا قانونگذار مدنی تنها کلمه «مفاد» را استعمال نموده است. همچنین، اگر شریک با پول شرکت کار نماید باید اصل پول یا مال و مفاد آن را به شرکت رد نماید. در صورتی که شریک صرف مال یا پول شرکت را بگیرد و با آن کار ننماید، مال یا پول مفاد به بار نمی آورد مگر این که شرکت پول را به بانک یا فرد دیگر غرض گرفتن سود بدهد. به نظر می رسد به همین دلیل قانونگذار مدنی کلمه «مفاد» را در نص این ماده استعمال نموده است. در ماده ۵۲۲ ق. م. ج. م که ماده ۱۲۴۶ ق. م ترجمه آن است نیز کلمه «بهره» استعمال شده است.^{۳۳۶}

با پذیرش آنچه گفته شد، نص این ماده به دلیل مخالفت با فقه محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، به موجب فقه گرفتن سود جواز ندارد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در صورتی که شریک اموال را به شرکت تسلیم ننماید و تحت حجز، قرار بدهد، از تاریخ حجز مسؤول رد مال و رد فایده آن بدون مطالبه قضائی و اخطار است.

دوم این که: در صورت ایجاب شریک مکلف به تادیبه جبران خساره تکمیلی نیز مکلف می شود. عبارت «خساره تکمیلی» در نص این ماده مبهم و ارایه مثال عملی برای آن مشکل به نظر می رسد. زیرا، این اصطلاح در علم حقوق ناشناخته به نظر می رسد. در ماده ۵۲۲ ق. م. ج. م که نص ماده ۱۲۴۶ ق. م ترجمه آن است این اصطلاح استعمال نشده است. به عوض در نص ماده ۵۲۲

332. Ibid, (۲۰۱۶/۴/۶ بازدید).

۳۳۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۶.

334. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۴/۶ بازدید).

۳۳۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۱۸ و ۸۱۹.

۳۳۶. محمد علی نوری (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش، ص ۱۵۵.

ق. م عبارت «خسارت» استعمال شده است. بنابراین، به نظر می رسد در نص ماده ۵۲۲ ق. م در زمان ترجمه اشتباه صورت گرفته است و مترجمین به عوض کلمه «خسارت»، «خسارت تکمیلی» را استعمال نموده اند که ناشناخته به نظر می رسد.

به نظر می رسد منظور از خسارت در نص این ماده خسارت عدم النفع (کسر عواید) یا خسارت تأخیر پرداخت دین است. به حیث مثال، اگر یک شریک پول شرکت را بگیرد و با آن کار نماید و پول را نپردازد، باید در هر سال سه الی هفت فیصد جبران خسارت تأخیر پرداخت دین به شرکت را پرداخت نماید. همچنین، اگر شرکت بتواند با پول یا مال کار نماید و شریک پول یا مال را قبض یا حجز نماید و شرکت به دلیل نداشتن مال یا سرمایه مقداری نفع یا مفاد را از دست بدهد، شریکان می توانند علیه شریک غرض دریافت جبران خسارت کسر عواید اقامه دعوی نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف شریک مبنی بر رد مال و مفاد به شرکت در صورت قبض پول یا مال شرکت یا تحت حجز قرار دادن آن است.

(۲) حقوق شرکاء: وفق ماده ۱۲۴۶ فقره ۲ ق. م: «(۲) اگر شریک مقداری از مال خویش را به شرکت مساعدت یا برای مصالح شرکت مصارف نافعی را به حسن نیت انجام دهد می تواند فایده مبالغ مذکور را از تاریخ پرداخت به بعد از شرکت اخذ نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که یکی از شرکاء با مال شخصی خویش شرکت را مدد نماید، مانند اینکه از پول شخصی، قرض شرکت را بپردازد، یا مصارف نافعی را به حسن نیت به شرکت انجام دهد، مانند: ترمیم شرکت از پول شخصی، می تواند علاوه بر اصل پول فایده ای قانونی آن را نیز از سایر شرکاء مطالبه نماید. تعریف حسن نیت گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک شرکت شریک باشند و احمد با پول شخصی که جزء سهم شرکت تلقی نمی گردد، شرکت را ترمیم نماید و مبلغ پنج لک افغانی به مصرف برساند می تواند علاوه بر پنج لک افغانی، مفاد آن را نیز از شرکت از تاریخ پرداخت مطالبه نماید. با پذیرش این فرض، این ایراد بر نص این ماده وارد به نظر می رسد که شریک در صورتی مستحق مفاد پول یا مال می شود که شرکاء با آن فعالیت نمایند و پول یا مال به دوران انداخته شود و فایده نماید. در صورتی که شریک پول را به شرکت مساعدت نماید یا برای شرکت مصارف نافع انجام دهد، پول یا مال فایده به بار نمی آورد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حقوق شریک دارای حسن است.

(۳) حقوق داینین شرکت و داینین شخصی شرکاء: داینین شرکت و داینین شخصی شرکا تابع قواعد ذیل است:

۱- وفق ماده ۱۲۴۷ ق. م: «(۱) هرگاه اموال شرکت دیون آن را تکافو نکند شرکاء مکلف اند متناسب به مقدار حصه خویش در خساره شرکت از مال شخصی خود دین را تادیه نمایند، مگر اینکه تناسب دیگری به موافقه شرکاء تثبیت شده باشد. موافقه شرکاء مبنی به عدم مسؤولیت آنها از دیون شرکت اعتبار ندارد؛ و (۲) داینین شرکت می توانند هر یک از شرکاء را به قدر حصه آن در مفاد شرکت مورد مطالبه قرار دهند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- شرکت بعد از ایجاد حیثیت شخصیت معنوی را کسب می نماید. بنابراین، اموال شرکت نیز متعلق به شرکت می گردد نه اموال شخصی شرکاء و در نتیجه این اموال ضمان عام دین داینین شرکت قرار می گیرد و داینین می توانند از اموال شرکت دیون خویش را استیفاء نمایند. در چنین حالات، داینین شخصی شرکاء نیز نمی توانند مزاحم داینین شرکت شوند. زیرا، اموال شرکت، چنانچه گفته شد، متعلق به شرکت است نه به شرکاء. در صورتی که اموال شرکت پرداخت دیون شرکاء را تکافو نکند، داینین شرکت می توانند متناسب به حصص هر یک از شرکاء به اموال شخصی آنها مراجعه نماید.

به عنوان مثال، هرگاه احمد و جمشید در یک شرکت شریک باشند و سهم هر یک پنجاه فیصد باشد و سرمایه شرکت ده لک افغانی باشد، اما محمود دوازده لک افغانی قرض بر شرکت داشته باشد، سرمایه شرکت پرداخت دین محمود را تکافو (بسنده/ کفایت) نمی کند. در این صورت، احمد و جمشید مکلف اند هر یک مبلغ یک، یک لک افغانی از پولی که جزء سهم شرکت نیست، به محمود پرداخت نمایند. این اصل است. استثنای این اصل این است که تناسب دیگری به موافقه شرکاء تثبیت شده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و جمشید توافق نموده باشند که احمد پنج فیصد جبران خسارت اضافی را پرداخت نماید و جمشید پانزده فیصد را، این توافق اعتبار دارد.

۲- موافقه شرکاء مبنی به عدم مسؤولیت آنها از دیون شرکت اعتبار ندارد. زیرا، شرکاء در مفاد و خسارت با هم شریک اند. بنابراین، شرکا به حکم قانون مکلف به ادای دیون شرکت اند و نمی توانند با توافق از این مسؤولیت فرار نمایند. در صورت توافق، این

توافق به دلیل مخالفت با نص قانون باطل است. به حیث مثال، اگر یک شرکت ده لک افغانی از محمود مدیون باشد، شرکا نمی توانند توافق نمایند که دین محمود را پرداخت نمایند.

۳- داینین شرکت می توانند هر یک از شرکا را به قدر حصه آن در مفاد شرکت مورد مطالبه قرار دهند. به حیث مثال، اگر حمیده و محمود هر یک پنجاه فیصد سهم در شرکت داشته باشند و مفاد شرکت نیز میان آنها پنجاه فیصد باشد و ده لک افغانی مدیون احمد باشند، احمد می تواند دین خویش را به صورت مساوی از حمیده و محمود مطالبه نماید. به حیث مثال، از محمود بخواهد تا پنج لک افغانی و از حمیده بخواهد تا پنج لک افغانی دیگر را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف شرکا است.

۴) طبق ماده ۱۲۴۸ ق. م: «(۱) شرکا در مورد آنچه که از دیون شرکت به ذمت آنها لازم گردیده به صفت متضامن تلقی نمی گردند، مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد؛ و (۲) در صورت افلاس یکی از شرکا حصه دین او بالای سایر شرکا، متناسب به مقدار حصه هر یک در خساره، توزیع می گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- شرکا در مورد آنچه که از دیون شرکت به ذمت آنها لازم گردیده به صفت متضامن تلقی نمی گردند. تعریف ذمه در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت. متضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی عهده دار دو جانبه است. در اصطلاح حقوقی به شریکی متضامن گویند که به صورت تضامنی مسؤولیت پرداخت قرض هر یک از شرکای دیگر را تا حد سرمایه شخصی خود داشته باشد.^{۳۳۷}

به حیث مثال، اگر احمد و محمود در یک شرکت شریک باشند و سهم هر کدام پنجاه فیصد باشد و مجموعه سرمایه شرکت ده لک افغانی باشد و حمیده ده لک افغانی دین بر شرکت داشته باشد، احمد و محمود هر یک مبلغ پنج پنج لک مدیون حمیده به دلیل داشتن سهم در شرکت اند. در این صورت، احمد ضامن پرداخت دین محمود و محمود ضامن دین احمد نیست و هر کدام مسؤول پرداخت دین پنج لک خویش اند. نص این ماده ناظر بر تعهد تضامنی میان مدیونین است که تفصیل آن در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت.

این اصل است. استثنای این اصل این است که بر خلاف این میان احمد و محمود موافقه صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و محمود موافقه نموده باشند که احمد دینی را که بر عهده محمود به دلیل شرکت است پرداخت می نماید یا محمود با احمد توافق نموده باشد که دینی را که بر عهده احمد به دلیل شرکت است به داین پرداخت می نماید، میان احمد و محمود تضامن وجود دارد. در این صورت، تعهد احمد و محمود تعهد تضامنی میان مدیونین است و حمیده می تواند از هر یک از احمد و محمود پنج ده لک افغانی را مطالبه نماید.

۲- در صورت افلاس یکی از شرکا حصه دین او بالای سایر شرکا، متناسب به مقدار حصه هر یک در خساره، توزیع می گردد. تعریف افلاس گذشت. به حیث مثال، اگر احمد، محمود، جمشید و ویس در یک شرکت شریک باشند و سهم هر کدام در فایده و خسارت بیست و پنج فیصد باشد و جمشید مفلس گردد، حصه دین او متناسب به سهم احمد، محمود و ویس میان احمد، محمود و ویس در شرکت بر آنها تقسیم می گردد. به حیث مثال، اگر حمیده ده لک افغانی بر شرکت دین داشته باشد، احمد مکلف به دادن دو نیم لک، محمود مکلف به دادن دو نیم لک و ویس مکلف به دادن دو نیم لک افغانی است. در این صورت، دو نیم افغانی دین جمشید میان احمد، محمود و ویس تقسیم می شود و حمیده می تواند علاوه بر هفت و نیم لک افغانی از احمد، محمود و ویس، دو نیم لک افغانی دین جمشید را در صورت افلاس جمشید از احمد، محمود و ویس اخذ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف شرکا در برابر داین و تنظیم تعهد تضامنی شرکا است.

۵) طبق ماده ۱۲۴۹ ق. م: «هرگاه بالای یکی از شرکا دیون شخصی باشد، داینین مذکور نمی توانند در حال بقای شرکت حق خود را از حصه مدیون از سرمایه شرکت مطالبه نمایند، مگر از حصه مفاد مدیون چنین مطالبه را نموده می توانند. در صورت تصفیه شرکت حصه مدیون را از سرمایه نیز در حالی که موعد دین به سر رسیده باشد مطالبه کرده می توانند. با آنهم قبل از تصفیه شرکت داینین حق دارند حجز احتیاطی را بر حصه مدیون خویش از شرکت تقاضا نمایند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۳۳۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۰۰

۱- هرگاه بالای یکی از شرکاء دیون شخصی باشد، داینین مذکور نمی توانند در حال بقای شرکت حق خود را از حصه مدیون از سرمایه شرکت مطالبه نمایند، مگر از حصه مفاد مدیون چنین مطالبه را نموده می توانند. دیون جمع دین است. داینین جمع داین است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و محمود در یک شرکت شریک حمیده باشد و سهم احمد ده لک افغانی و سهم حمیده ده لک افغانی باشد، احمد نمی تواند دینی را که بر محمود دارد و این دین با شرکت محمود و حمیده هیچ ارتباطی ندارند، از شرکت بگیرد. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد می تواند از مفاد سهم محمود در شرکت دین خویش را بگیرد. دلیل این قاعده این است که اموال و دارایی شرکت متعلق به شرکت است نه شرکاء.

۲- داین می تواند در صورت تصفیه شرکت حصه مدیون را از سرمایه در حالی که موعد دین به سر رسیده باشد مطالبه نماید. تعریف تصفیه در مبحث بعد خواهد آمد. به حیث مثال، اگر شرکت محمود و حمیده منحل و سپس به گونه ای که بحث آن در مبحث بعدی خواهد آمد تصفیه شود، احمد می تواند دین خویش را از سهم محمود (ده لک افغانی محمود) بگیرد.

۳- با آنهم قبل از تصفیه شرکت داینین حق دارند چیز احتیاطی را بر حصه مدیون خویش از شرکت تقاضا نمایند. تعریف چیز گذشت. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده در یک شرکت شریک باشند و سهم هر یک ده لک افغانی باشد و حمیده ده لک افغانی مدیون جمشید باشد، جمشید می تواند از محکمه ذیصلاح قبل از تصفیه شرکت، چیز ده لک افغانی حمیده را مطالبه نماید. در اثر تقاضای جمشید، محکمه می تواند ده لک افغانی حمیده را تحت حجز به گونه ای که تفصیل آن در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م در مبحث حجز گذشت، تحت حجز قرار دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط داینین شخصی شرکاء با شرکت و با مدیون شریک است.

ط) انحلال و تصفیه شرکت

طبق ق. م اسبابی معینی وجود دارد که موجب انحلال شرکت می گردد. در صورت انحلال شرکت، اموال آن میان شرکاء بعد از تصفیه تقسیم می شود. بنابراین، اول اسباب انحلال شرکت و سپس تصفیه شرکت را ذیلاً مورد بررسی قرار می دهیم:

۱) اسباب انحلال شرکت

اسباب انحلال شرکت دو نوع است: اسبابی که در صورت تحقق آنها شرکت به حکم قانون منحل می شود و اسبابی که در صورت تحقق آنها شرکت در اثر مطالبه یکی از شرکاء توسط حکم محکمه ذیصلاح منحل می شود:

۱) **اسبابی که در صورت تحقق آنها شرکت به حکم قانون منحل می گردد:** اسبابی که در صورت تحقق آنها شرکت به حکم قانون منحل می گردد به دو نوع است: اسبابی که مربوط به محل و مدت شرکت است و اسبابی که مربوط به مرگ، حجر و افلاس یکی از شرکاء می گردد:

۱- **اسباب مربوط به محل و مدت شرکت:** در صورت انتهای مدت شرکت و از بین رفتن سرمایه شرکت، شرکت منتهی می گردد:

- **انتهای مدت شرکت:** طبق ماده ۱۲۵۰ ق. م: «شرکت در یکی از حالات ذیل منحل می شود: ۱) انقضای میعاد معینه؛ و ۲) انجام عملی که شرکت به منظور آن تأسیس یافته.» طبق نص این ماده شرکت در حالات ذیل منحل می گردد: نخست: در صورت انقضای میعاد معین شرکت. به حیث مثال، اگر یک شرکت مدنی برای مدت پنج سال تأسیس شود، با ختم پنج سال، شرکت به صورت خودکار منحل می گردد.^{۳۳۸}

دوم: در صورت انجام عملی که شرکت به منظور آن تأسیس یافته است. به حیث مثال، اگر یک تعداد از معماران، انجیران و کارگران به توافق هم شرکت عمل (شرکت مدنی) را غرض اعمار یک تعمیر برای یک فرد ایجاد نمایند، پس از اعمار تعمیر و اخذ اجرت، شرکت منحل می گردد.^{۳۳۹} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی برخی حالات انحلال شرکت است. باوجوداین، طبق ماده ۱۲۵۲ ق. م: «(۱) هرگاه مدت معینه شرکت به پایان رسد یا اعمالی که شرکت به منظور پیشبرد آن تأسیس یافته خاتمه یابد، مگر با آن هم شرکاء به آن نوع اعمالی اقدام نمایند که شرکت به منظور آن تأسیس گردیده، عقد به عین شرایط سال به سال امتداد می یابد؛ و (۲) داینین یکی از شرکاء می توانند، علیه امتداد فقره فوق اعتراض نموده آثار مرتبه شرکت را

۳۳۸. یادگار راجی سمنگانی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، (____)، (____)، ص ۱۰۷.
۳۳۹. همان، یادگار راجی سمنگانی، ص ۱۰۷.

در حصه همان شریک متوقف سازند.»، نص این ماده مستقل نیست و مرتبط به ماده های ۱۲۵۰ و ۱۲۴۹ ق. م است. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست: در صورتی که شرکاء در موردی که مدت شرکت ختم شده باشد، اعمالی را که شرکت به منظور اجرای آن تأسیس شده انجام دهند، شرکت با همان شرایط قبلی تمدید شده تلقی می شود و بنابراین شرکاء ضرورت به انعقاد عقد جدید ندارند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، معماران، انجینیران و کارگران به احداث و ساختن ساختمان های مشابه برای اشخاص دیگر ادامه دهند، شرکت مطابق شرایط قبلی میان شرکا تمدید می گردد.

دوم: در حالت فوق، داینین یکی از شرکاء می توانند، علیه امتداد فقره فوق اعتراض نموده آثار مرتبه شرکت را در حصه همان شریک متوقف سازند. تعریف اعتراض گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا شرکت عمل پنجاه لک افغانی مدیون حمید و محمود باشد، حمید و محمود می توانند مطابق ماده ۱۲۴۹ ق. م تفصیل آن گذشت، برای به دست آوردن دین خویش علیه امتداد شرکت اعتراض نمایند.^{۳۴۰} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز امتداد شرکت باوجود ختم مدت و اجرای عمل است.

- از بین رفتن سرمایه شرکت: طبق ماده ۱۲۵۰ ق. م: «شرکت در یکی از حالات ذیل منحل می شود: ۳- تلف شدن کل سرمایه شرکت یا حد اکثر آن طوری که در بقاء آن مفاد متصور نباشد.» طبق نص این ماده در صورت از بین رفتن سرمایه، مانند: پرداخت تمام یا قسمت زیاد سرمایه جهت پرداخت خساره ناشی از شرکت، مشروط بر اینکه شرکاء تعویض سرمایه از بین رفته را نپردازند، شرکت منتهی می گردد. زیرا، در صورت از بین رفتن سرمایه شرکت، شرکاء قادر نخواهند بود تا به فعالیت های شرکت ادامه بدهند. به حیث مثال، اگر احمد و محمود در یک شرکت شریک باشند و شرکت ورشکست گردد و تمام سرمایه را غرض ادای دین به داینین شرکت پرداخت نماید، شرکت منحل می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی برخی حالات انحلال شرکت است.

۲- اسباب مربوط به شرکاء: اسباب مربوط به شرکاء نیز به دو دسته تقسیم می شود: (۱) موت، حجر و افلاس یکی از شرکاء و (۲) خروج یکی از شرکاء از شرکت و اتفاق شرکاء مبنی بر انحلال شرکت که هر یک ذیلاً مطالعه می گردد:

- موت، افلاس، حجر و خروج یکی از شرکاء از شرکت: طبق ماده ۱۲۵۰ ق. م: «شرکت در یکی از حالات ذیل منحل می شود: (۲) مرگ یکی از شرکاء یا وقوع حجر بر او یا ثبت افلاس او.» باوجوداین، طبق ماده ۱۲۵۱ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) موافقه شرکاء مبنی بر اینکه بعد از مرگ یکی از شرکاء شرکت بر ورثه او گرچه قاصر باشند استمرار باید جواز دارد؛ و (۲) همچنین موافقه بر این که در صورت مرگ، وقوع حجر یا ثبت افلاس یا خروج یکی از شرکاء، شرکت بین سایر شرکاء باقی بماند، جواز داشته، در این صورت شریک مذکور و ورثه او حق دیگری جز حصه خود از مال شرکت که به تناسب قیمت روز وقوع حادثه سنجش می شود ندارد. این مقدار نقداً به او پرداخته شده از سایر حقوقی که بعداً به وجود می آید برخوردار شده نمی تواند، مگر به اندازه آنچه که از نتیجه اجراءات قبل از حادثه خروج وی باشد.»، نصوص مواد ۱۲۵۰ و ۱۲۵۱ ق. م با همدیگر مرتبط اند. طبق نصوص این مواد شرکت در حالات ذیل منحل می گردد:

نخست: در صورت موت یکی از شرکاء، شرکت منتهی می شود و ورثه شریک متوفی نمی تواند قایم مقام مورث شود. زیرا، شخصیت شریک در شرکت های مدنی مدار اعتبار است و شرکت بر مبنای شخصیت شرکاء نه ورثه آنها توسط شرکاء ایجاد می شود. باوجوداین، طرفین می توانند در عقد شرکت پیش بینی نمایند که در صورت فوت یکی از شرکاء، ورثه قایم مقام او قرار بگیرد بدون اینکه به اذن محکمه ضرورت باشد. در چنین حالات، ولی و وصی از ورثه قاصر نیابت می نمایند. موت که در لغت به معنی مرگ و در اصطلاح فقهی جدا شدن روح از بدن است.^{۳۴۱} تعریف قاصر گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده، احمد و محمود در یک شرکت شریک باشند و احمد وفات نماید، شرکت به دلیل فوت احمد منحل می گردد. اما، اگر حمیده و محمود توافق نمایند که پسر ده ساله احمد جانشین احمد در شرکت شود، شخصیت حکمی شرکت امتداد می یابد. در این مثال، پسر احمد ناقص اهلیت است و

۳۴۰. همان، یادگار راجی سمگانی، ص ۱۰۹.

۳۴۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴). کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۷ و ۲۹۸۸؛ _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، صص ۵-۷.

ولی یا وصی او به نمایندگی از پسر احمد با حمیده و محمود شرکت را اداره می نماید. اما، اگر احمد در این مثال، کامل اهلیت باشد، می تواند خودش جانشین احمد شود و با توافق حمیده و محمود شرکت را اداره نماید.

دوم: در صورت حجر یکی از شرکاء شرکت منحل می گردد. حجر در لغت به معنی منع است. در اصطلاح حقوقی حجر به معنی عدم اهلیت استیفاء است که در تعریف آن حقوقدانان می گویند که: «حجر عبارت است از منع شخص به حکم قانون از اینکه بتواند امور خود را به طور مستقل و بدون دخالت دیگری اداره کند و شخصاً اعمال حقوقی انجام دهد». و نیز «حجر عدم توانایی قانونی شخص در اعمال و اجرای حق است».^{۳۴۲}

به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک شرکت شریک باشند و احمد به دلیل جنون، عته، سفه و غفلت در اثر تقاضای داینین توسط محکمه ذیصلاح تحت حجر قرار بگیرد، شرکت منحل می گردد. این اصل است. استثنای این اصل این است که حمیده و محمود موافقه نمایند که شرکت منحل نگردد. در این صورت، قیم به نمایندگی از محجور قایم مقام محجور در شرکت تلقی می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد تحت حجر قرار بگیرد و محکمه ذیصلاح جمشید را قیم او تعیین نماید، جمشید جانشین احمد در شرکت قرار می گیرد.

سوم: در صورت افلاس شریک، شرکت منحل می گردد. تعریف افلاس گذشت. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک شرکت شریک باشند و احمد به دلیل سرمایه گذاری در سایر تجارت ها مفلس گردد، شرکت منحل می گردد. این اصل است. استثنای این اصل این است که حمیده و محمود موافقه نمایند که شرکت منحل نگردد.

چهارم: در صورت خروج یکی از شرکا از شرکت، شرکت منحل می گردد. این اصل است. استثنای این اصل این است که شرکا موافقه نمایند که در صورت خروج یکی از شرکاء، شرکت بین سایر شرکاء باقی بماند. در این صورت، شریکی که از شرکت خارج شده است یا ورثه او حق دیگری جز حصه خود از مال شرکت که به تناسب قیمت روز وقوع خروج ندارد. این مقدار نقداً به او پرداخته شده از سایر حقوقی که بعداً به وجود می آید برخوردار شده نمی تواند. مگر به اندازه آنچه که از نتیجه اجراءات قبل از حادثه خروج وی باشد.

به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک شرکت شریک باشند و احمد از شرکت خارج شود، شرکت منحل می گردد. این اصل است. استثنای این اصل این است که حمیده و محمود موافقه نمایند که شرکت منحل نگردد. در این صورت، احمد یا ورثه احمد حق دیگری جزء سهم خویش در شرکت ندارد. سهم احمد نقداً به احمد پرداخته می شود. در صورتی که سهم قبل از خروج احمد از شرکت مفاد داشته باشد، سهم با مفاد آن به احمد پرداخته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالات انحلال شرکت و استثنای آن است.

- خارج شدن یکی از شرکاء از شرکت و موافقه شرکاء مبنی بر انحلال شرکت: طبق ۱۲۵۰ فقره های پنجم و ششم ق. م: «شرکت در یکی از حالات ذیل منحل می شود: ۵) خارج شدن یکی از شرکاء از شرکت در صورتی که مدت فعالیت شرکت نامحدود باشد، اما مشروط بر اینکه شریک اراده خود را مبنی بر خروج سه ماه قبل به اطلاع سایر شرکاء رسانیده باشد، در غیر آن خروج او ناشی از غش و یا در وقت غیر مناسب دانسته می شود، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد؛ و ۶) موافقه شرکاء به انحلال». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که: در صورت موافقه شرکاء شرکت منتهی می گردد. همچنین، از نص این ماده به خوبی واضح می گردد که در صورتی که مدت شرکت معین باشد، هیچ یک از شرکاء نمی تواند از شرکت خارج شود، مگر بعد از اتمام زمان معین. اما، در صورتی که مدت شرکت نامحدود باشد، هر یک از شرکاء می تواند از شرکت خارج شود مشروط به دو شرط: اول اینکه سه ماه قبل از خارج شدن شرکاء را آگاه نماید و دوم اینکه خروج از شرکت ناشی از غش نباشد و نیز در وقت مناسب باشد. تعریف غش گذشت. بنابراین، در صورتی که اطلاع بعد از سه ماه، ناشی از غش و در وقت غیر مناسب باشد، خارج شدن یکی از شرکاء از شرکت جواز ندارد.

به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک شرکت شریک باشند و احمد بخواهد از شرکت خارج شود، باید سه ماه قبل حمیده و محمود را آگاه نماید، خروج احمد در وقت مناسب باشد و خروج ناشی از غش احمد نباشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز خروج یکی از شرکاء از شرکت و شرایط آن به منظور حمایت سایر شرکاء است. همچنین،

۳۴۲. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۱۸۶.

طبق نص این ماده شرکت در صورت توافق شرکاء منحل می شود. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک شرکت شریک باشند و هر سه توافق به انحلال شرکت نمایند، شرکت منحل می شود.

(۲) انحلال شرکت توسط حکم محکمه ذیصلاح: طبق ماده ۱۲۵۰ فقره ۷ ق. م: «شرکت در یکی از حالات ذیل منحل می شود: (۷) حکم محکمه به انحلال». همچنین، طبق ماده ۱۲۵۳ ق. م: «محکمه می تواند به اساس تقاضای یکی از شرکاء نسبت عدم ایفای تعهدات شریک یا هر علت دیگری به ملاحظه معقولیت دلایل ارایه شده به انحلال شرکت حکم صادر نماید. هر نوع موافقه که به خلاف آن صورت گیرد اعتبار ندارد». از نصوص این مواد به خوبی بر می آید که در صورتی که یک شریک انحلال شرکت را به سبب خطای شریک دیگر مانند عدم ایفای تعهد از قبیل: عدم اجرای عملی که به مصلحت شرکت تمام می شود، عدم تسلیم حصه معین از رأس المال، اخلال نمودن نظم شرکت در حال مدیر شرکت بودن مطالبه نماید و قاضی محکمه ذیصلاح عقد شرکت را منحل نماید، چنین انحلالی فسخ قضایی عقد شرکت پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک شرکت شریک باشند و احمد سهم خویش را اداء ننماید و سایر وجایب خویش را اداء ننماید و حمیده تقاضای انحلال شرکت را از محکمه ذیصلاح نماید، شرکت منحل می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انحلال شرکت است.

(۳) اخراج یکی از شرکاء توسط سایر شرکاء: طبق ماده ۱۲۵۲ ق. م: «(۱) هر شریک می تواند اخراج شریکی را که تصرفات وی منجر به انحلال شرکت یا باعث اعتراض بر تمدید آن گردد، از محکمه تقاضا کند، طوری که شرکت بین سایر شرکاء به حال خود باقی بماند؛ و (۲) همچنین در حالی که مدت فعالیت شرکت محدود باشد هر شریک می تواند اخراج خود را متکی بدلائل معقول از محکمه مطالبه کند. در این صورت شرکت منحل می شود، مگر اینکه سایر شرکاء به استمرار آن موافقه نمایند». از نصوص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- هر شریک می تواند اخراج شریکی را که تصرفات وی منجر به انحلال شرکت یا باعث اعتراض بر تمدید آن گردد، از محکمه تقاضا کند، طوری که شرکت بین سایر شرکاء به حال خود باقی بماند. بنابراین، یک شریک یا شرکاء می توانند در صورت موجودیت اسباب معقول مانند: عدم وفاء به تعهدات، صدور غش و خطای بزرگ از یک شریک، اخراج وی را از محکمه مطالبه نمایند. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک شرکت شریک باشند و احمد سهم خویش را اداء ننماید، محمود و حمیده می توانند اخراج او را از شرکت از محکمه ذیصلاح مطالبه نمایند.

۲- در صورتی که مدت فعالیت شرکت محدود باشد هر شریک می تواند اخراج خود را متکی به دلایل معقول از محکمه مطالبه کند. در این صورت شرکت منحل می شود، مگر اینکه سایر شرکاء به استمرار آن موافقه نمایند. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود در یک شرکت شریک باشند و احمد نتواند سهم خویش را اداء نماید می تواند خروج خویش را از محکمه مطالبه نماید. در صورت خروج احمد شرکت منحل می گردد. این اصل است. استثنای این اصل این است محمود و حمیده بخواهند شرکت به حالت قبلی باقی بماند.^{۳۴۳} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انحلال شرکت است.

(۲) تصفیه شرکت

طبق ق. م تصفیه شرکت تابع قواعد ذیل است:

(۱) کیفیت تعیین هیأت تصفیه: طبق ماده ۱۲۵۵ ق. م: «تصفیه و تقسیم اموال شرکت مطابق شرایط پیش بینی شده عقد صورت می گیرد، در صورتی که در عقد از آن تذکر نرفته باشد، احکام مواد ذیل در آن رعایت می شود». تصفیه از ریشه «صفو» گرفته شده است در لغت به معنی صاف کردن، روشن کردن، صاف کردن، پاک کردن و پالایش دادن است. در اصطلاح حقوقی تصفیه شرکت مدنی عبارت از تعیین اخذ دیون شرکت از مدیونین، پرداخت دیون داینین شرکت به داینین و تقسیم بقیه اموال شرکت مدنی میان شرکاء می باشد.^{۳۴۴}

۳۴۳. جهت مطالعه بیشتر در مورد انحلال شرکت ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۳۵۱-۳۸۵.

۳۴۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۹۳.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد قابل تطبیق در صورت تصفیه شرکت است. نص این ماده مستقل نیست، بلکه مرتبط به ماده های است که در ذیل مورد بحث قرار می گیرد. از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد. نخست این که زمانی که شرکت منحل گردید، مرحله تصفیه شروع می شود. غالباً کیفیت تصفیه شرکت در اساسنامه شرکت پیش بینی می شود. در صورت پیش بینی کیفیت تصفیه، احکام مندرج اساسنامه مرعی الاجراء است.

به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود شرکت داشته باشند و شرکت اساسنامه داشته باشد و در صورتی که اساسنامه شرکت قواعد مربوط به تصفیه شرکت پیش بینی شده باشد، قواعد اساسنامه را تصفیه کنندگان شرکت باید تطبیق نمایند. دوم این که در صورت عدم پیش بینی قواعد مربوط به تصفیه در اساسنامه شرکت، قواعد بعدی ق. م که در ذیل مورد بحث قرار خواهد گرفت قابل تطبیق است. بنابراین، تصفیه کنندگان شرکت باید این قواعد را تطبیق نمایند. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود شرکت داشته باشند و شرکت اساسنامه داشته باشد و در اساسنامه شرکت قواعد مربوط به تصفیه شرکت پیش بینی نشده باشد، تصفیه کنندگان شرکت باید قواعد مندرج ق. م را تطبیق نمایند. باوجوداین، شخصیت معنوی شرکت مدنی الی تصفیه باقی است. بنابراین، اول باقی بدن شخصیت معنوی شرکت مدنی الی تصفیه و سپس کیفیت تعیین مدیر تصفیه را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- بقای شخصیت معنوی شرکت الی تصفیه و علت آن: طبق ماده ۱۲۵۶ ق. م: «صلاحیت هیأت مدیره به مجرد انحلال شرکت از بین می رود مگر شخصیت شرکت تا مدت لازم برای تصفیه و انتهای تصفیه ادامه می یابد». طبق نص این ماده هنگامی که شرکت منتهی و وارد مرحله تصفیه شود، سلطه هیأت مدیره به مجرد انقضای شرکت ختم می شود و مدیر تصفیه متولی امور تصفیه شرکت مدنی می گردد. جهت اجرای امور مربوط به تصفیه شرکت مدنی، شخصیت معنوی شرکت مدنی الی تصفیه به حالت قبلی باقی می ماند تا امکان تصفیه برای مدیر تصفیه مساعد شود.

در صورتی که شخصیت معنوی شرکت قبل از تصفیه منتهی شود، اموال شرکت اموال مشاع شرکاء تلقی گردیده و دابین هر یک از شرکاء دیون خویش را از اموال مشاع مطالبه و در نتیجه حقوق دابین شرکت ضایع می گردد. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود شرکت داشته باشند و شرکت منحل گردد، صلاحیت هیأت مدیره شرکت احمد، حمیده و محمود خاتمه پیدا می کند اما شخصیت حکمی شرکت الی ختم پروسه تصفیه به حالت قبلی باقی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ختم صلاحیت هیأت مدیره و جواز بقای شخصیت حکمی شرکت الی ختم پروسه تصفیه است.

۲- کیفیت تعیین هیأت تصفیه: طبق ماده ۱۲۵۷ ق. م: «(۱) تصفیه توسط تمامی شرکاء یا شخص و یا اشخاصی که به اکثریت آراء شرکاء تعیین می گردد صورت می گیرد؛ (۲) اگر شرکاء برای تصفیه شخص یا اشخاص را به اکثریت آراء تعیین نکند به اساس تقاضای یکی از شرکاء از طرف محکمه تعیین شده می تواند؛ (۳) در حال بطلان شرکت، محکمه شخص تصفیه کننده، حدود صلاحیت و طرز تصفیه را بنابر مطالبه اشخاص ذی علاقه تعیین می نماید؛ (۴) تا زمان تعیین تصفیه کننده، هیأت مدیره به نسبت دیگران حکم هیأت تصفیه را دارد». از نصوص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- **تعیین هیأت توسط شرکاء:** غالباً هیأت تصفیه در اساسنامه شرکت مدنی پیش بینی شده باشد، مطابق به اساسنامه عمل می شود. اما، در صورتی که در اساسنامه هیأت مدیره تعیین نشده باشد، فقره اول ماده ۱۲۵۷ ق. م به خود شرکاء صلاحیت می دهد تا هیأت تصفیه را تعیین نمایند. در تعیین هیأت تصفیه شرط است که تا هیأت به اکثریت آراء شرکاء تعیین شود.

- **تعیین هیأت تصفیه توسط محکمه ذیصلاح:** در صورت امتناع شرکاء از تعیین هیأت تصفیه و یا قصد شرکاء مبنی بر تعیین و عدم مؤفق شدن، هر یک از شرکاء می تواند به محکمه ذیصلاح مراجعه و از محکمه ذیصلاح تعیین هیأت تصفیه را مطالبه نماید. در چنین حالات، محکمه ذیصلاح می تواند هیأت تصفیه را از میان شرکاء و یا اشخاص اجنبی تعیین نماید.

- **تعیین هیأت تصفیه توسط محکمه ذیصلاح در شرکت باطل:** در صورتی که شرکت باطل باشد و عملاً به فعالیت آغاز نماید، چنین شرکتی اصلاً منعقد نگردیده و تصفیه آن لازم است. در چنین حالتی، هیأت تصفیه بر مبنای اساسنامه شرکت باطل در صورتی که در اساسنامه پیش بینی شده باشد، تعیین نمی گردد. زیرا، بر عقد باطل اثری حقوقی مرتب نمی گردد. بنابراین،

محکمه ذیصلاح بنابر مطالبه یکی از شرکاء و یا اشخاص ذی علاقه مانند داین شرکت هیأت تصفیه و حدود صلاحیت آن را تعیین می نماید.

- تا زمان تعیین تصفیه کننده، هیأت مدیره به نسبت دیگران حکم هیأت تصفیه را دارد. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و محمود شرکت داشته باشند و شرکت منحل گردد، احمد، حمیده و محمود می توانند هیأت تصفیه را تعیین نمایند. در صورت اجتناب حمیده، محکمه ذیصلاح می تواند در صورت مطالبه احمد و محمود، هیأت تصفیه را تعیین نماید. در صورتی که عقد شرکت به دلیل فقدان شرایط یا ارکان شرکت باطل باشد، محکمه در اثر تقاضای داینین شرکت، شخص نه هیأت تصفیه کننده را تعیین می نماید. در حالات سه گانه بالا، الی تعیین هیأت تصفیه، هیأت مدیره هیأت تصفیه کننده حکمی تلقی می گردد.

چنانچه در بالا گفته شد، صلاحیت هیأت مدیره به مجرد انحلال شرکت مدنی ختم می گردد. تعیین هیأت تصفیه نیز ضرورت به زمان دارد و شخصیت معنوی شرکت مدنی نیز الی تصفیه نیز باقی می ماند. در چنین حالتی، شرکت بدون هیأت مدیره و هیأت تصفیه باقی می ماند. بخاطر جلوگیری از این مشکل ماده ۱۲۵۷ فقره چهارم ق. م هیأت مدیره را در حکم هیأت تصفیه می داند. فقره چهارم ماده مزبور تصریح می نماید که: «تا زمان تعیین تصفیه کننده، هیأت مدیره به نسبت دیگران حکم هیأت تصفیه را دارد.» هیأت مدیره الی تعیین هیأت تصفیه می تواند اعمالی ضروری و عاجل، مانند دفع دعوی علیه شرکت را انجام دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم و ترتیب تعیین هیأت تصفیه پس از انحلال شرکت است.

۳- عزل هیأت تصفیه: در صورتی که هیأت تصفیه مرتکب خطاء و غش شود و یا به تحت حجر قرار داده شود و یا از اجرای امور مربوط به تصفیه ناتوان باشد، همان مرجعی که آن را تعیین نموده است، صلاحیت عزل آن را دارد. بنابراین، اگر هیأت تصفیه توسط شرکاء تعیین شده باشد، شرکاء صلاحیت عزل هیأت تصفیه را دارد و اگر توسط محکمه ذیصلاح در اثر مطالبه شرکاء تعیین شده باشد، محکمه ذیصلاح صلاحیت عزل هیأت تصفیه را دارد. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد، حمیده و محمود صلاحیت عزل هیأت تصفیه را دارند. همچنین، در مثال بالا، محکمه ذیصلاح صلاحیت عزل هیأت تصفیه را دارد.

(۲) اعمال هیأت تصفیه و تقسیم بقیه اموال شرکت میان شرکاء: زمانی که هیأت تصفیه تعیین شود باید به اعمالی مبادرت ورزد که جهت تصفیه شرکت ضروری است. بنابراین، هیأت تصفیه، حقوق شرکت را که بر دیگران است اخذ و دینی را که داینین بر شرکت دارند، پرداخت می نماید و سپس بقیه اموال شرکت را میان شرکاء تقسیم می نماید. بنابراین، اول تصفیه مال شرکت و سپس تقسیم مال شرکت را میان شرکاء مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- تصفیه اموال شرکت: طبق ماده ۱۲۵۸ ق. م: «(۱) تصفیه کننده نمی تواند با اعمال جدیدی در شرکت مبادرت ورزد، مگر اینکه عمل مذکور از ضروریات اكمال اعمال سابقه باشد؛ و (۲) تصفیه کننده می تواند، مال شرکت را عقار باشد یا منقول، به صورت مزایده یا غیر آن به فروش برساند، مگر اینکه صلاحیت او حین تعیین مقید شده باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- زمانی که هیأت تصفیه متولی تصفیه شرکت شود، وظیفه اساسی هیأت تصفیه، تصفیه اموال شرکت است نه اداره آن. بنابراین، هیأت تصفیه از اعمال ابتدایی شروع و دیون شرکت را که بر دیگران است استیفاء می نماید و دیون دیگران را که بر شرکت است، پرداخت می نماید و نیز اموال شرکت را به اندازه ای که تصفیه ایجاب می نماید، به فروش می رساند. باوجوداین، هیأت تصفیه می تواند اداره اعمال محدودی ضروری و عاجل را به عهده بگیرد. بنابراین، در صورتی که عملی از اعمال شرکت شروع شده باشد، اما قبل از انحلال شرکت تمام نشده باشد، هیأت تصفیه می تواند این اعمال را انجام دهد. به عنوان مثال، اگر شرکت مدنی، شرکت طباعتی باشد و عقد طبع کتاب را با شخص حقیقی و یا حُکمی منعقد نموده باشد و قبل از اتمام طبع کتاب، شرکت منحل گردد، هیأت تصفیه می تواند عمل طبع کتاب را به اتمام برساند. اما، هیأت تصفیه نمی تواند عمل جدید مربوط به اداره شرکت را شروع نماید.

- تصفیه کننده می تواند، مال شرکت را عقار باشد یا منقول، به صورت مزایده یا غیر آن به فروش برساند، مگر اینکه صلاحیت او حین تعیین مقید شده باشد. مزایده از ریشه «زود» گرفته شده است که در لغت به معنی بر یکدیگر افزودن، افزودگی دوجانبه و

حراج است. در اصطلاح حقوق مدنی، مزایده فروش چیزی به گونه ای حراج است به نحوی که هر کس بهایی بیشتر پرداخت کند، میبایع از آن او باشد.^{۳۴۵}

به حیث مثال، اگر شرکت احمد و حمیده منحل شود و حمیده و احمد یا محکمه ذیصلاح هیأت تصفیه را تعیین نماید، هیأت تصفیه می تواند مال غیرمنقول مانند زمین، ساختمان و نظیر اینها و منقول مانند میز، موتر، چوکی، یخچال و نظیر اینها را از طریق مزایده یا طور عادی به فروش رساند. این اصل است. استثنای این اصل این است که این صلاحیت به هیأت تصفیه یا شخص تصفیه کننده در زمان تعیین توسط محکمه یا احمد و حمیده داده نشده باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف شخص یا هیأت تصفیه است.

۲- توزیع بقیه اموال شرکت میان شرکاء: طبق ماده ۱۲۵۹ ق.م: «(۱) اموال شرکت بعد از پرداخت دیون معجل و وضع دیون مؤجل و دیون متنازع فیه و بعد از تادیبه مصارف و قروضی که توسط یکی از شرکاء به مصلحت شرکت انجام شده بین تمامی شرکاء تقسیم می شود؛ و (۲) به هر یک از شرکاء مبلغ معادل قیمت سهم او در سرمایه شرکت مطابق عقد تخصیص داده می شود در حالی که قیمت سهم در عقد توضیح نشده باشد، قیمت آن از وقت تسلیمی معادل می گردد، مگر اینکه سهم شریک منحصر به انجام عمل یا تقدیم یک شی جهت منفعت شرکت یا مجرد انتفاع باشد؛ (۳) اگر چیزی از مال باقی بماند متناسب به حصه هر یک در ربح بین شرکاء تقسیم می شود؛ و (۲) در صورتی که مال باقی مانده شرکت بعد از وضع مبالغ فقره اول این ماده حصص شرکاء را تکافو نکند خساره حسب موافقه شرکاء در توزیع خساره سنجش می شود.» از نصوص این مواد قواعد ذیل استنباط می گردد:

- اموال شرکت بعد از پرداخت دیون معجل و وضع دیون مؤجل و دیون متنازع فیه و بعد از تادیبه مصارف و قروضی که توسط یکی از شرکاء به مصلحت شرکت انجام شده بین تمامی شرکاء تقسیم می شود. دیون جمع دین است. دین معجل عبارت از دینی است که پرداخت آن به آینده موکل نشده است و مدیون باید آن را در حال پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده هزار افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را هر لحظه که تقاضا نمایم پرداخت نمایید، این دین معجل است. دین مؤجل عبارت از دینی است که مدیون باید آن را در مدت معین در آینده پرداخت نماید.

به حیث مثال، اگر احمد ده هزار افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را یک سال بعد پرداخت نمایید، این دین مؤجل است. متنازع فیه در لغت به معنی آنچه محل کشمکش و نزاع باشد است.^{۳۴۶} در اصطلاح حقوقی، دین متنازع فیه دینی است که میان مدعی و مدعی علیه محل نزاع است. به حیث مثال، اگر یک شرکت میان احمد، حمیده و محمود مشترک باشد و منحل شود، تصفیه کنندگان باید از اموال شرکت دین های معجلی که جمشید و سایر داینین بر شرکت دارند پرداخت نمایند. سپس، تصفیه کنندگان دین های مؤجل را که شرکت بر ویس و سایر مدیونین شرکت دارد، بگیرد. سپس، تصفیه کنندگان باید دین های را که میان شرکت، قیوم و فاروق محل نزاع است از طریق محکمه و سایر ساز و کار های حل منازعات حل و فصل نمایند. سپس، تصفیه کنندگان مصارف و پول هایی را که یکی از شرکاء به نفع شرکت انجام داده است پرداخت نمایند. به حیث مثال، اگر احمد از پول شخصی خویش به شرکت موتر خریده باشد، تصفیه کنندگان باید پول موتر احمد را پرداخت نمایند. سپس، تصفیه کنندگان بقیه اموال شرکت را میان شرکاء تقسیم نمایند.

- به هر یک از شرکاء مبلغ معادل قیمت سهم او در سرمایه شرکت مطابق عقد تخصیص داده می شود در حالی که قیمت سهم در عقد توضیح نشده باشد، قیمت آن از وقت تسلیمی معادل می گردد. به حیث مثال، اگر یک شرکت میان احمد، محمود و حمیده مشترک باشد و سهم هر یک پنج لک افغانی باشد و مقدار سرمایه پانزده لک افغانی باشد، تصفیه کنندگان باید به هر یک مبلغ پنج لک افغانی بدهند.

عبارت نص این ماده که می گوید «در حالی که قیمت سهم در عقد توضیح نشده باشد، قیمت آن از وقت تسلیمی معادل می گردد» مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که هیأت تصفیه به هر یک از شرکاء مبلغ معادل قیمت سهم او را در سرمایه شرکت مطابق عقد پرداخت می نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که سهم یکی از شرکاء اجرای

۳۴۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۸۸.

عمل، مانند ترسیم نقشه ها و دادن شی معین مانند دادن زمین به شرکت باشد. در این صورت، شریکی که مکلف به اجرای عمل است یا زمین را به شرکت داده است، مستحق دریافت سهم نمی گردد.

- اگر مقداری از مال باقی بماند متناسب به حصه هر یک در ربح بین شرکاء تقسیم می شود. تعریف ربح گذشت. به حیث مثال، اگر شرکت میان احمد و حمیده مشترک باشد و هر دو سهم یا معادل سهم خود را بگیرند و در شرکت مال باقی بماند، تصفیه کنندگان باید متناسب به مفاد احمد و حمیده بقیه مال را میان احمد و حمیده تقسیم نمایند.

- در صورتی که مال باقی مانده شرکت بعد از وضع مبالغ فقره اول این ماده حصص شرکاء را تکافو نکند خساره حسب موافقه شرکاء در توزیع خساره سنجش می شود. به عبارت دیگر: در صورتی که مال باقی مانده شرکت بعد از وضع مبالغ فقره اول این ماده حصص شرکاء را تکافو نکند خساره حسب موافقه شرکاء در توزیع خساره سنجش می شود. به حیث مثال، اگر شرکت میان احمد و حمیده مشترک باشد و شرکت منحل گردد و تصفیه کنندگان دیون معجل شرکت و مصارف یکی از شرکا یا شرکا را که به نفع شرکت از پول شخصی آنها صورت گرفته است پرداخت نماید و بقیه اموال پرداخت حصه های شرکا را تکافو یا پسند نکند؛ یعنی: مقدار سرمایه نسبت به سهم شرکا کمتر باشد، خسارت وارده مطابق سهم شرکاء میان آنها تقسیم می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد تصفیه شرکت است.

(۵) طبق ماده ۱۳۶۰ ق. م: «در مورد تقسیم مال شرکت ها احکام متعلق به تقسیم مال مشاع رعایت می شود». نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به مواد مربوط به تقسیم ملکیت مشاع است که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. طبق نص این ماده شرکت ملک مشاع شرکاء تلقی گردیده و تابع احکام تقسیم ملک مشاع است. به حیث مثال، اگر شرکت میان احمد، محمود و حمیده مشترک باشد و شرکت منحل گردد، در تقسیم اموال شرکت، احکام تقسیم ملکیت مشاع تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد قابل تطبیق است.^{۳۴۷} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تطبیق قواعد عمومی تقسیم بر اموال شرکت پس از انحلال شرکت است.

گفتار دوم) شرکت های مختلفه مدنی

به نظر فقهای حنفی شرکت عقود عبارت از شرکت اموال، شرکت اعمال و شرکت وجوه می باشد که هر یک از شرکتها ی فوق ممکن است شرکت مفوضه و عنان را تشکیل دهد.^{۳۴۸} اما، ق. م شرکت را به پنج نوع شرکت: مفوضه، شرکت عنان، شرکت اعتبار (وجوه)، شرکت در کار (شرکت اعمال) و شرکت مضاربت تقسیم نموده است. ماده ۱۲۱۷ ق. م در مورد شرکت اموال، شرکت اعتبار، مفوضه و عنان می گوید: «شرکت خواه به اعطای مال باشد یا انجام عمل یا اعتبار دو نوع است: شرکت مفوضه و عنان». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف و به رسمیت شناختن دو نوع شرکت که عبارت از شرکت مفوضه و شرکت عنان است می باشد. همچنین، قانونگذار مدنی در قسمت دوم، مواد ۱۲۶۱ الی ۱۲۸۷ احکام معین را در مورد شرکت کار (اعمال) و شرکت مضاربت وضع نموده است:

الف) شرکت مفوضه

(۱) تعریف

مفوضه از ریشه «فوض» گرفته شده است که در لغت به معنای به نر می سخن گفتن، راز گفتن، مشورت کردن، در کاری با همدیگر برابر کردن، کاری با کسی انجام دادن، شریک شدن، مساوات و برابری است. در اصطلاح فقهی مفوضه به عقد شرکتی گویند که شرکاء به شرط برابری در سرمایه، تصرف و دین در عملی شریک باشند، به نحوی که هر یک در خرید و فروش و غیره کفیل دیگری باشد. به این توضیح که مسؤولیت آنها تضامنی باشد.^{۳۴۹} در تعریف شرکت مفوضه ق. م از فقه پیروی نموده است.

^{۳۴۷} جهت مطالعه بیشتر در مورد تصفیه شرکت ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوی (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بيروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۳۸۵-۴۱۶.

^{۳۴۸} وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۸۷۸؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۸). الفارق، جلد (۳)، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۱۳۹ و ۱۴۰.

^{۳۴۹} وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۸۸۴؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۸۰؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۳)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۸۵۵۳.

ماده ۱۲۱۸ ق. م در تعریف شرکت مفوضه می گوید: «شرکت مفوضه آن است که شرکاء در تصرف، سرمایه، مفاد و خساره باهم مساوی باشند».

طبق نص این ماده شرکت مفوضه عبارت از شرکتی است که شریکان، در سرمایه، مفاد، خساره و تصرف مساوی اند. عناصر مهم این تعریف، تساوی در سرمایه، مفاد، خساره و تصرف است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود هر یک ده لک افغانی غرض تجارت شریک شوند و مفاد و خساره احمد و محمود مساوی باشد و هر یک بتوانند به صورت مساویانه در بیست لک افغانی تصرف نمایند، به حیث مثال، عقد و ایقاع انجام دهند، این شرکت احمد و محمود شرکت مفوضه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف شرکت مفوضه است. ماده ۱۳۳۱ مجلة الاحکام در تعریف شرکت مفوضه می گوید: «شرکت عقد به دو قسم است: اگر دو نفر یا زیاده از آن شرکت عقد را براساس مساوات کامل منعقد نمایند و مالی را که از جانب شرکاء در شرکت داخل شده است این صلاحیت را داشته باشد که سرمایه شرکت قرار بگیرد و سهم آنان در سرمایه و ربح مساوی باشد، این گونه شرکت را شرکت مفوضه گویند [...]».

۲) شرایط خصوصی

فقهایی حنفیه که قایل به جواز شرکت مفوضه هستند، برای صحت آن رعایت شرایط آتی را ضروری می دانند:

۱) هر یک از شرکاء اهلیت وکالت و کفالت را داشته باشند؛ یعنی: عاقل، بالغ و رشید باشند. زیرا، تصرفات یکی از شرکاء، شریک دیگر را نیز ملزم می نماید؛

۲) سرمایه آنها همیشه باید از نظر اندازه و قیمت برابر باشد. زیرا، عقد مفوضه بر مبنای مساوات بناء نهاده شده است؛

۳) تمام سرمایه هر یک از شرکاء سرمایه شرکت نیز محسوب شود؛

۴) در ربح شرکاء به صورت مساوی سهم داشته باشند؛

۵) هر تجارتی که شرکاء نمایند مشمول همین عقد باشد؛ و

۶) صیغه عقد مفوضه به لفظ مفوضه صورت پذیرفته باشد.^{۳۵۰}

۳) آثار

بر شرکت مفوضه آثار ذیل مرتب می گردد:

۱) با اقرار هر یک از شرکاء به دین، دین بر عهده تمامی شرکاء ثابت می شود؛

۲) با ملتزم شدن یکی از شرکاء دیگران نیز ملتزم می شوند؛

۳) در صورت وقوع عقد هر یک از شرکاء مستحق دریافت حقوق می شوند.^{۳۵۱}

ب) شرکت عنان

نوع دوم شرکت عقود شرکت عنان است که همه فقهاء در مورد جواز آن اتفاق نظر دارند:

۱) تعریف

عنان در لغت به معنای معارضه کردن، شریک بودن و دو لگان اسب است. در مورد اطلاق این نام بر شرکت عنان اختلاف نظر وجود دارد: برخی گفته اند که: از این جهت که اصل در شرکت تساوی شرکاء در مال و تصرف است و از این جهت که سوارکاران در صورت برابری عنان اسبان شان با همدیگر برابر هستند، به آن تشبیه شده است.

برخی دیگر گفته اند که: وجه تسمیه این شرکت به شرکت عنان این است که عنان هر یک از شرکاء به دست دیگری است که در تصرف باید نظر همدیگر را جلب کنند. در اصطلاح فقهی شرکت عنان عبارت از شرکتی است که دو شخص و یا بیشتر در مال خود باهم شریک می شوند تا با آن تجارت نمایند و فایده ناشی از آن میان شان مشترک باشد. برخلاف شرکت مفوضه، در شرکت

۳۵۰. وهبة الزحلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۸۹۷ و ۳۸۹۸؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۴۲۸ و ۴۲۹.

۳۵۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۸۰

عنان مساوات در مال، تصرف و فایده شرط نیست.^{۳۵۲} ماده ۱۲۱۹ ق. م با اقتباس از فقه در تعریف شرکت عنان می گوید: «شرکت عنان آن است که شرکاء در آن طوری موافقه نمایند که در تصرف، یا سرمایه، مفاد یا خساره باهم متفاوت باشند». طبق این تعریف، شرکت عنان متضاد شرکت مفوضه است.

طبق نص این ماده شرکت مفوضه عبارت از شرکتی است که شریکان، در سرمایه، مفاد، خساره و تصرف مساوی نیستند. عناصر مهم این تعریف، عدم تساوی در سرمایه، مفاد، خساره و تصرف است. به حیث مثال، اگر احمد پنج لک و محمود ده لک افغانی غرض تجارت شریک شوند و مفاد و خساره احمد و محمود مساوی نباشد و صرف محمود صلاحیت تصرف را در سرمایه داشته باشد، به حیث مثال، عقد و ایقاع انجام دهد، این شرکت احمد و محمود شرکت عنان است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف شرکت مفوضه است.

ماده ۱۳۳۱ مجله الاحکام نیز در تعریف شرکت عنان می گوید: «شرکت عقد به دو قسم است: اگر دو نفر یا زیاده از آن شرکت عقد را براساس مساوات کامل منعقد نمایند و مالی را که از جانب شرکاء در شرکت داخل شده است این صلاحیت را داشته باشد که سرمایه شرکت قرار بگیرد و سهم آنان در سرمایه و ربح مساوی باشد، این گونه شرکت را شرکت مفوضه گویند. اما، وقوع چنین شرکتی براساس مساوات کامل به ندرت دیده می شود و اگر شرطی از شروط مساوات کامل مختل گردد، در این صورت شرکت عنان به وجود می آید.»

(۲) احکام

احکام شرکت عنان قرار آتی است:

- (۱) در شرکت عنان شرکاء می توانند شرط کنند که یکی از آنها به کار مورد شراکت بپردازد؛
- (۲) در مورد تقسیم فایده فقههای حنفیه بر این نظر اند که: تفاضل و تناسف در سود جایز است؛
- (۳) تصرف برای هر یک از شرکاء در شرکت عنان جایز است.^{۳۵۳}

(ج) شرکت وجوه (اعتبار)

نوع سوم شرکت عقود طبق ق. م شرکت وجوه است که شرکت اعتبار نیز نامیده می شود:

(۱) تعریف

طبق ماده ۱۲۲۰ ق. م: «شرکت به اعتبار، آن است که در آن دو یا زیاده اشخاص، به اساس اعتبار، به خرید مال به صورت نسبه طوری موافقه نمایند، که مال را فروخته هر یک از حصه معین آن مسؤول بوده در مفاد و خساره سهیم باشند». طبق نص این ماده شرکت اعتبار دارای خصوصیات ذیل است:

نخست این که در شرکت اعتبار مانند سایر شرکت ها باید شرکا دو یا بیشتر از دو تن باشند.
دوم این که شرکا براساس اعتباری که نزد دیگران دارند مالی را به طور نسبه (قرض) از فروشنده خریداری می نمایند.
سوم این که هر یک از شرکا در برابر حصه معین مال در برابر فروشنده مسؤول است.
چهارم این که در صورت فروش مال، مفاد و خساره میان شرکا مساوی است. شرکت وجوه که در فقه به شرکت ذمه نیز تعبیر می شود، عبارت از شرکتی است که دو یا چند شخص آبرومند بدون سرمایه بنابر اعتباری که دارند مشترکاً به نسبه (قرض) چیزهای را بخرند و نقد به فروش رسانند و در فایده آن بنابر توافق از پیش تصریح شده شریک شوند. این شرکت را به این جهت شرکت وجوه می گویند که مبنای آن «وجه / آبروی» کسانی است که چیزی را به قرض می خرند.^{۳۵۴}

(۲) اثر

۳۵۲. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۸۸؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۶۹؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۲۷ و ۴۲۸.

۳۵۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۷۰.

۳۵۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۸۸؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۳)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۸۵۵۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۴۲۹.

طبق ماده ۱۲۳۷ ق.م: «در شرکت اعتبار، مفاد و خساره، به تناسب مالی توزیع می گردد که هر یک از شرکاء آن را به حساب شرکت طور نسبه خریده و ضامن آن شده باشد. در این مورد موافقه طور دیگری صورت گرفته نمی تواند.» طبق نص این در شرکت اعتبار مفاد و خسارت متناسب به مالی است که شرکا آن را طور نسبه خریده و یا ضمان آن شده اند. نسبه که در عربی به آن نسبه می گویند در لغت به معنی تأجیل، تأخیر و درنگ است که در مقابل نقد استعمال می شود. در اصطلاح حقوق مدنی، نسبه عبارت است از پرداخت با تأخیر ثمن معامله.^{۳۵۵}

به حیث مثال، اگر احمد و محمود صد پایه تلویزیون را از جمشید طور قرض به نام شرکت اعتبار خریداری نمایند و ضامن پرداخت پول آن به جمشید شوند، مفاد و خساره احمد و محمود متناسب به قیمت تلویزیون ها است. ضمانت اجرای این حکم نیز در این ماده پیش بینی شده است که عدم جواز است. به عبارت دیگر: در صورتی که شرکا طور دیگری در این زمینه موافقه نمایند، چنین موافقه ای بی اعتبار است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود توافق نمایند که احمد مستحق هشتاد فیصد مفاد و محمود بیست فیصد مفاد شوند، یا احمد بیست فیصد در خساره شریک و محمود هشتاد فیصد در خساره شریک باشند، این توافق به دلیل مخالفت با قانون اعتبار ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر شرکت اعتبار است.

(د) شرکت اعمال (کار / ابدان)

نوع چهارم شرکت عقود، شرکت اعمال است که به نام شرکت کار و شرکت ابدان نیز یاد می شود:

(۱) تعریف

طبق ماده ۱۲۸۱ ق.م: «شرکت در کار آن است که دو شخص یا بیشتر از آن انجام کار یا تعهدی را برای شخص دیگری طوری متقبل شوند که اجرت بین شان به صورت مساویانه یا متفاوت تقسیم شود.» طبق نص این ماده شرکت در کار عبارت از شرکتی است که دو یا بیشتر از دو شخص تعهد نمایند که کاری برای شخص سوم انجام دهند و اجرت میان شان مساوی یا متفاوت باشد.

به حیث مثال، اگر دو تن از خیاطان به نام های احمد و محمود تعهد نمایند که برای یک مؤسسه کالا بدوزند و اجرت دوختن کالا میان ایشان مساوی، به حیث مثال، پنجاه در صد، یا متفاوت، به حیث مثال، هفتاد و سی در صد، باشد، تعهد احمد و محمود شرکت در کار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف شرکت در کار است. طبق فقه شرکت کار عبارت از عقد شرکتی است که دو یا چند شخص توافق می نمایند که عمل یا اعمالی را به طور مشترک بر عهده بگیرند و عواید ناشی از آن را میان خود بنابر توافقات از قبل تعیین شده، تقسیم کنند، مانند شرکت، خیاطان، دلالان، نجاران و غیره.^{۳۵۶}

(۲) احکام

طبق ق.م و فقه بر شرکت اعمال احکام ذیل مرتب می گردد:

(۱) طبق ماده ۱۲۸۲ ق.م: «هر یک از شرکاء در قبول کار، وکیل یکدیگر پنداشته شده صاحب کار می تواند انجام کار را از هر یک از شرکاء مطالبه نماید. هر یک از شرکاء می تواند باقیمانده اجرت را از صاحب کار مطالبه کند و اگر صاحب کار اجرت را به یکی از شرکاء بپردازد، بری الذمه شناخته می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هر یک از شرکاء در قبول کار، وکیل یکدیگر پنداشته شده صاحب کار می تواند انجام کار را از هر یک از شرکاء مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر ویس، جمشید و فاروق که هر سه نجار اند و شرکت کار را ایجاد نموده اند، تعهد نمایند که برای خانه ای احمد کلکین و دروازه بسازند، هر یک از ویس، جمشید و فاروق در قبول قرارداد ساختن کلکین و دروازه وکیل همدیگر تلقی می کردند. در این مثال، احمد می تواند از هر یک از ویس، جمشید و فاروق ساختن کلکین و دروازه را مطالبه نماید.

۳۵۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۵۹.
۳۵۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۸۸۷؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۳۱-۴۳۲.

۲- هر یک از شرکاء می تواند باقیمانده اجرت را از صاحب کار مطالبه کند و اگر صاحب کار اجرت را به یکی از شرکاء بپردازد، بری الذمه شناخته می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، ویس، جمشید و فاروق برای احمد کلکین و دروازه بسازند، هر یک می تواند تمام یا باقیمانده اجرت ساختن کلکین و دروازه را از احمد مطالبه نمایند.

۳- اگر صاحب کار اجرت را به یکی از شرکاء بپردازد، بری الذمه شناخته می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد اجرت ساختن کلکین و دروازه را به ویس پرداخت نماید، نه تنها در برابر ویس بلکه در برابر جمشید و فاروق نیز بری الذمه می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر شرکت کار میان شرکا و داین شرکا است. ماده ۱۳۸۷ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «هر یک از دو شریک در تعهد عمل، وکیل شریک دیگر شناخته می شود. پس، عملی را که یکی از آن دو متعهد می گردد، انجام آن وظیفه متعلق به هر دو شریک است. پس، چنان شرکت در حکم معاوضه در حصه ضمان عمل می گردد. زیرا، عملی را که یکی از دو شریک تعهد می کند، مستأجر طلب انجام آن را از هر کدام که اراده کرده باشد، می نماید و هر کدام از دو شریک مجبور به انجام آن شناخته می شود و هیچ یک نمی تواند بگوید که انجام عمل مذکور را شرکت من متعهد گردیده و من با او اشتراک نمی ورزم.»

۲) طبق ماده ۱۲۸۳ ق. م که ترجمه ماده ۱۳۸۹ مجله الاحکام است: «یکی از شرکاء به تنهایی به انجام کار مکلف نمی گردد. او می تواند کار مورد نظر را به یکی از شرکاء دیگر یا شخص دیگری غیر از شرکاء محول سازد. مگر اینکه صاحب کار انجام کار را توسط شریک معین شرط گذاشته باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استخراج می گردد:

۱- یکی از شرکاء به تنهایی به انجام کار مکلف نمی گردد. بنابراین، شرکا نمی توانند یک شریک را به تنهایی مجبور به انجام کار مورد نظر نمایند، زیرا کار مورد نظر باید توسط همه شرکا به صورت مشترک انجام شود. به حیث مثال، در مثال بالا، صرف ویس مکلف به ساختن کلکین و دروازه برای احمد نیست بلکه جمشید و فاروق در ساختن کلکین و دروازه با ویس باید همکاری نمایند.

۲- اصل این است که یک شریک می تواند کار مورد نظر را به یکی از شرکاء دیگر یا شخص دیگری غیر از شرکاء محول سازد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا ویس با احمد قرارداد ساختن کلکین و دروازه را ببندد، می تواند ساختن کلکین و دروازه را به جمشید و فاروق یا شخص غیر از جمشید و فاروق، به حیث مثال، محمود محول نماید. استثنای این اصل این است که صاحب کار انجام کار را توسط ویس، فاروق و جمشید شرط گذاشته باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد شرط گذارد که با توجه به تخصص ویس، جمشید و فاروق، کلکین و دروازه را ویس، جمشید و فاروق بسازند، ویس، جمشید و فاروق نمی توانند قرارداد ساختن کلکین و دروازه را به شخص دیگر مانند محمود محول نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر شرکت کار میان شرکا و داین شرکا است.

۳) طبق ماده ۱۲۸۴ ق. م: «مقادیر بین شرکاء طوری تقسیم می شود که به آن موافقه به عمل آمده باشد. تساوی و تفاوت در انجام کار و اجرت شرط گذاشته شده می تواند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- مقادیر بین شرکاء طوری تقسیم می شود که به آن موافقه به عمل آمده باشد. به حیث مثال، اگر احمد و محمود توافق نمایند که قبالة قانونی خانه جمشید را طی مراحل نمایند و مقاد (اجرت طی مراحل قبالة خانه) میان آنها به صورت مساوی تقسیم شود، در این صورت احمد و محمود هر یک پس از طی مراحل مستحق نصف اجرت می شوند.

۲- تساوی و تفاوت در انجام کار و اجرت شرط گذاشته شده می تواند. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد و محمود می توانند توافق نمایند که احمد هشتاد فیصد قبالة را طی مراحل نماید و احمد مستحق هشتاد فیصد اجرت و محمود مستحق بیست فیصد شود، این توافق اعتبار دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر شرکت کار میان شرکاء است. طبق ماده ۱۳۹۰ مجله الاحکام: «شرکاء ربح را در میان خویش به طریقی که شرط گذاشته اند تقسیم می نمایند یعنی اگر تقسیم ربح را مساوی شرط گذاشته باشند، آن را مساوی تقسیم می کنند و اگر تقسیم را به شکل متفاوت مشروط قرار داده باشند مانند ثلث و ثلثان به همان تناسب دو حصه و یک حصه تقسیم می گردد.»

۴) براساس ماده ۱۲۸۵ ق. م: «شریک به محض تضمین کار مستحق مقاد شناخته می شود، گرچه عملاً کاری را انجام نداده باشد.» به حیث مثال، اگر احمد و محمود ولدنگار تعهد نمایند تا برای جمشید مشترکاً کتاره دروازه و دیوار بسازند اما احمد مریض شود و محمود کتاره ها را به تنهایی بسازد، هر دو مستحق اجرت می شناخته می شوند. دلیل استحقاق اجرت توسط احمد در این

مثال، تضمین و به عهده گرفتن تعهد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر شرکت کار است. طبق ماده ۱۳۹۲ مجله الاحکام: «دو شریک در ضمان عمل مستحق اجرت شناخته می شوند. پس، اگر یک شریک به تنهایی کار نمود و دیگری کار نکرد. مثلاً، مریض شد و یا به محل دیگری رفت و یا حاضر بود، اما کاری انجام نداد، ربح و اجرت میان هر دو به طریقی که شرط گذاشته شده است، قابل تقسیم است.»

۵) براساس ماده ۱۲۸۶ ق. م: «هرگاه موضوع کار به اثر عمل یکی از شرکاء، تلف یا معیوب شود، صاحب کار می تواند هر یکی از شرکاء را که خواسته باشد، به جبران خساره مجبور نماید. خسار به اندازه تضمین هر یک از شرکاء بین شان تقسیم می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه موضوع کار به اثر عمل یکی از شرکاء، تلف یا معیوب شود، صاحب کار می تواند هر یکی از شرکاء را که خواسته باشد، به جبران خساره مجبور نماید. به حیث مثال، اگر ویس، جمشید و فاروق که هر سه نجار اند و شرکت کار را ایجاد نموده اند، تعهد نمایند که برای خانه ای احمد کلکین و دروازه بسازند و دروازه ها قبل از تسلیمی به احمد در اثر تقصیر ویس، جمشید و فاروق تلف شوند یا معیوب گردند، احمد می تواند جبران خسارت (دروازه های دیگر سالم و عاری از عیب یا پولی را که پرداخته است) از ویس، جمشید و فاروق مطالبه نماید.

۲- خسار به اندازه تضمین هر یک از شرکاء بین شان تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، ویس، جمشید و فاروق به صورت مساوی یا متفاوت ساختن کلکین و دروازه را تعهد نموده باشند، با توجه به سهم خویش در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی دارند و باید جبران خسارت را پرداخت نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تلف و معیوب شدن شی محل کار در اثر عمل شرکا یا یکی از شرکا است.

۶) طبق ماده ۱۲۸۷ ق. م: «عده از شرکاء می توانند در شرکت کار، تهیه محل کار، و عده دیگری تهیه وسایل و انجام کار را به عهده بگیرند.» طبق نص این ماده در شرکت اعمال یکی از شرکاء می تواند محل، دیگری وسایل کار و دیگری عمل را انجام دهد. به حیث مثال، اگر جمشید، ویس و فاروق شرکت کار نجاری را ایجاد نمایند، فاروق می تواند محل کار، ویس می تواند سامان آلات نجاری و جمشید عمل نجاری را انجام دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف شرکا در شرکت در کار است.

ه) شرکت اموال

نوع پنج شرکت های مدنی شرکت اموال است. شرکت اموال عبارت از عقد شرکته است که به موجب آن دو کس در مالی برای خرید و فروش یا هر قصد تجارته دیگر شریک شوند و بنابر توافق حاصله در فایده و زیان آن نیز شریک شوند.^{۳۵۷} در شرکت اموال رعایت دو شرط خصوصی ذیل ضروری است:

۱) سرمایه شرکت عین و حاضر باشد. ماده ۱۳۲۱ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «شرط است که سرمایه عین باشد. پس، دین سرمایه شده نمی تواند یعنی آنچه در ذمه مردم است سرمایه شرکت محسوب شده نمی تواند. مثلاً، وقتی دو نفر در ذمه دیگری دینی داشته باشند، در این صورت جایز نیست که این دین را سرمایه قرار دهند و شرکت را براساس آن ایجاد نمایند. همچنین، اگر سرمایه یکی عین و از دیگری دین باشد نیز شرکت صحت ندارد.» و

۲) سرمایه نقد باشد. ماده ۱۳۳۸ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «وجوه سرمایه از قبیل پول نقد بودن شرط است.»

و) شرکت مضاربت

نوع ششم شرکت های مدنی شرکت مضاربت است که در لغت اهل عراق مضاربه و در لغت اهل حجاز به نام قراض و در فقه معامله نیز یاد می شود:

۱) تعریف و مصادر مشروعیت

۳۵۷. هبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۸۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۴۲.

مضاربت از ریشه «ضرب» گرفته شده است که در لغت به معنای همدیگر را زدن، همدیگر را با شمشیر زدن، شریک شدن و تجارت کردن با مال دیگری و سفر کردن به منظور تجارت است. در اصطلاح فقهی مضاربت عبارت از عقدی است که مالک مالی بخشی از مال خویش را به عامل می دهد تا با آن تجارت کند و مفاد حاصل از آن بر حسب شرایط مقرر در عقد در میان آنها تقسیم شود. صاحب کنز در تعریف مضاربت به صورت مختصر گفته است: مضاربت عبارت از شرکت در سرمایه از ی سوی و در کار از سوی دیگر است.^{۳۵۸} ماده ۱۴۰۴ مجله الاحکام در تعریف مضاربه می گوید: «مضاربه نوعی شرکت است به نحوی که سرمایه از یکطرف و کوشش عمل از طرف دیگر است. صاحب سرمایه را رب المال و عامل را مضارب گویند.»

طبق ماده ۱۲۶۱ ق. م: «مضاربت، شرکتی است بین دو شخص که یکی به پرداخت سرمایه و دیگری که مضارب نامیده می شود، به انجام عملی در آن سهم می گیرد.» طبق نص این ماده مضاربه مانند سایر شرکت های مدنی، شرکت است. در مضاربه طرفین شرکت دو یا بیشتر از دو شخص اند. به موجب این شرکت، یک شریک سرمایه را فراهم می نماید و شریک دیگر که مضارب نامیده می شود، عمل را انجام می دهد. به حیث مثال، اگر احمد سرمایه داشته باشد و وقت نداشته باشد، می تواند پول خویش را به محمود بدهد و محمود با آن کار نماید و مفاد و ضرر میان احمد و محمود طبق شرایط پیش بینی شده در عقد تقسیم گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف مضاربه است.

مشروعیت مضاربت بر مبنای قرآن، سنت، اجماع و قیاس ثابت است. خداوند ﷻ می فرماید:

﴿وَأَخْرُونَ يَصْرُبُونَ فِي الْأَرْضِ يَتَّبِعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ - [المزمل: ۲۰]

«و [عده ای] دیگر در زمین سفر می کنند [و] در پی روزی خدا ﷻ هستند.»

همچنین خداوند ﷻ می فرماید:

﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ - [الجمعه: ۱۰]

«و چون نماز گزارده شد در [روی] زمین پراکنده گردید و فضل خدا ﷻ را جویا شوید و خدا ﷻ را بسیار یاد کنید باشد که شما رستگار گردید.»

این آیات در عموم خویش شامل اطلاق عمل و کار می شود.

ابن ماجه از حضرت صهیب رضی الله عنه روایت کرده است که پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، و المقارضة و خلط البر بالشعير للبيت لا للبيع.»

«درسه چیز برکت است: بیع مؤجل، مقارضة و خلط بر با جو برای خانه نه برای بیع.»

منظور از مقارضة در این حدیث مضاربه است. در باره اجماع علمای امت از صدر اسلام تاکنون در این باره هیچ اختلاف نظری وجود ندارد. قایلان به مشروعیت مضاربه بر مبنای قیاس می گویند که: به حکم نیاز مردم، مضاربه بر مساقات قیاس شده است.^{۳۵۹}

(۲) فلسفه

شرع و ق. م این معامله را بخاطر آسان گیری بر مردم مباح کرده است. زیرا، بعضی از مردم گاهی مالک مال و سرمایه هستند، اما قادر به کار با این سرمایه نیستند. در عین حال، گروهی دیگر از مردم است که سرمایه ندارند، اما قادر به کار و تجارت هستند. پس، شارع و قانونگذار این معامله را مباح و جایز دانسته تا هر دو طرف از این معامله فایده نمایند به ترتیبی که صاحب مال از تجربه شریک خویش و شریک از سرمایه صاحب مال استفاده نماید.^{۳۶۰}

(۳) ارکان

فقه های حنفیه بر این نظر اند که: ارکان عقد مضاربت عبارت از ایجاب و قبول است. ماده ۱۲۰۵ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «رکن مضاربت عبارت از ایجاب و قبول است. مثلاً: اگر صاحب سرمایه برای مضارب بگوید: این سرمایه را طور

۳۵۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، الكويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۳۹۲۳ و ۳۹۲۴؛ مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فكر، صص ۱۸۶۳ و ۱۸۶۴؛ و سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران، انتشارات محمدي سقر، صص ۳۱۲.

۳۵۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، الكويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۳۹۲۵ و ۳۹۲۶؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران، انتشارات محمدي سقر، صص ۳۱۳.

۳۶۰. همان، سيد سابق، جلد (۴)، صص ۳۱۴.

مضاربت بگیر و مجاهدت یا عمل کن به این شرط که ربح میان ما مناصفه یا براساس دو ثلث یا یک ثلث قابل تقسیم باشد و یا قولی را بگوید که معنی مضاربت را افاده نماید. مثلاً: بگوید: این دراهم را بگیر و آن را سرمایه خویش قرار ده و ربح میان ما و شما به این تناسب مشترک باشد و مضارب آن را قبول کند، در این صورت، مضاربت انعقاد می یابد.^{۳۶۱} اما، جمهور فقهاء بر این نظر اند که: ارکان عقد مضاربت سه است که عبارت اند از: عاقدان (مالک و عامل)، معقود علیه (رأس المال، عمل و ربح) و صیغه (ایجاب و قبول) است.^{۳۶۱}

۴) انواع

طبق ماده ۱۲۶۶ ق. م: «مضاربت مطلق و یا مقید می باشد». طبق نص این ماده مضاربه دو نوع است: مطلق و مقید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز مضاربه مطلق و مقید است. طبق ماده ۱۲۶۷ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) مضاربت مطلق آن است که به زمان، مکان و نوع معامله مقید نبوده، تابع و مشتری در آن تعیین نشده باشند؛ و (۲) مضاربت مقید، آنست که به یکی از قیود متذکره فقره فوق، مقید شده باشد». طبق نص این ماده مضاربه مطلق آن است که کسی مالی را بدون هرگونه قیدی به دیگری بدهد و بگوید که با آن کار کند و در مفاد آن شریک باشند. به حیث مثال، اگر احمد پول خویش را به جمشید بدهد و بگوید با آن کار کن و مفاد و ضرر میان ما مساوی باشد، این مضاربه مطلق است و جمشید می تواند با آن هر کار مشروع را انجام دهد. مضاربت مقید آن است که مقید به قید خاصی باشد. به عنوان مثال، صاحب مال مقدار پول به دیگری بدهد و بگوید که با آن پول در فلان شهر کار کن و مفاد ناشی از آن میان ما مشاع باشد و یا شخص به دیگری مقدار پول بدهد و بگوید با فلان شخص خرید و فروش کن.^{۳۶۲} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف مضاربه مطلق و مقید است.

۵) شرایط خصوصی

جهت صحت مضاربت یک سلسله شرایط وجود دارد که برخی مربوط عاقدین، برخی مربوط به سرمایه و برخی نیز مربوط به ربح (فایده) می شود:

۱) **شروط عاقدان:** طبق ماده ۱۲۶۲ ق. م: «داشتن اهلیت توکیل صاحب سرمایه و اهلیت وکالت مضارب در مضاربت شرط است». قانونگذار مدنی در نص این ماده به صورت مستقیم و صریح شرایط صاحب سرمایه و مضارب را پیش بینی نکرده است بلکه در صاحب سرمایه داشتن اهلیت توکیل و در مضارب اهلیت وکالت را شرط می داند. بنابراین، در صاحب سرمایه شرط است که شرایط مؤکل وجود داشته باشد و در مضارب شرط است که شرایط وکیل وجود داشته باشد. دلیل این قاعده این است که طبق نص این ماده مضارب وکیل صاحب سرمایه تلقی می گردد و باید واجد شرایط وکالت باشد و صاحب سرمایه برای این که مضارب را وکیل بگیرد، شرایط و اهلیت توکیل را داشته باشد. نص این ماده ارجاعی است زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده شرایط صاحب مال و مضارب را به شرایط مؤکل و وکیل ارجاع داده است.

تفصیل شرایط مؤکل و وکیل در مبحث وکالت این کتاب خواهد آمد. اما، آنچه ذکر آن در مبحث ضرور است این است که طبق ماده ۱۲۵۷ مجله الاحکام: «شرط است که مؤکل به ایفای مؤکل به قادر باشد. بنابراین، توکیل مجنون و طفل غیر ممیز صحت ندارد. اما، در اموری که ضرر محض برای طفل دارد، توکیل او حتی به اجازه ای ولی اش صحت ندارد، مانند هبه کردن و صدقه دادن. در اموری که منفعت محض برای طفل داشته باشد، توکیل او حتی بدون اذن ولی صحت دارد، مانند: قبول هبه و صدقه. اما، در تصرفات متعلق به خرید و فروش که احتمال نفع و ضرر هر دو در آن وجود دارد، اگر طفل مأذون باشد، توکیل او صحیح است و در غیر آن، توکیل موقوف به اجازه ولی طفل است». از مفاد این ماده استنباط می گردد که صاحب مال در عقد مضاربه باید عاقل و ممیز باشد. به حیث مثال، اگر احمد مجنون یا طفل غیرممیز باشد، نمی تواند پول خویش را به محمود به مضارب بدهد. طبق ماده ۱۲۵۸ مجله الاحکام: «شرط است که وکیل عاقل و ممیز باشد و شرط نیست که بالغ باشد. پس، وکالت طفل ممیز صحت دارد اگرچه مأذون نباشد. اما، حقوق عقد به مؤکل او عاید بوده و به صبی ممیز عاید نمی شود». طبق مفاد نص این ماده در مضارب شرط است که عاقل و ممیز باشد. اما، بلوغ در مضارب شرط نیست. به حیث مثال، اگر احمد پول خویش را به محمود به

۳۶۱. وهبة الزحیلی (___)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۹۲۷ و ۳۹۲۸.

۳۶۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۵)، ص ۳۹۲۸.

مضاربه بدهد، شرط است که محمود عاقل و ممیز باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ۱۲۶۲ ق. م پیش بینی شرایط صاحب مال و مضارب است.

(۲) شرایط سرمایه: طبق ماده ۱۲۶۳ ق. م: «سرمایه باید پول نقد و معلوم بوده، به مضارب تسلیم گردد دینی که بر ذمه شخص است، سرمایه شده نمی تواند.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط سرمایه است. سرمایه در لغت به معنی دارایی و ثروت و آنچه کسی از نقد و جنس دارد، پول، دستمایه و رأس المال است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی سرمایه عبارت است از پول یا کالایی که توسط آن فرد یا شرکا تجارت می نمایند.^{۳۶۳} طبق نص این ماده در سرمایه چهار شرط باید وجود داشته باشد.

۱- سرمایه پول نقد باشد. نقد در لغت به معنی پول و بها و آنچه فی الحال داده شود، خلاف نسیه، مانند: طلا و نقره. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد به محمود سرمایه را غرض مضاربه بدهد، شرط است که سرمایه پول نقد مانند افغانی، دالر و نظیر اینها باشد. طبق ماده ۱۲۱۰ مجله الاحکام: «شرط سرمایه این است که مالی باشد تا برای سرمایه شرکت صالح پنداشته شود [...] پس جایز نیست که عمار و منقول و دین که بر ذمه اشخاص می باشد سرمایه مضارب قرار بگیرد. اما، اگر مالک سرمایه اموالی را به شخص مضارب بدهد و بگوید: مال را قبض کن و آن را بفروش و قیمت آن را سرمایه قرار بده، مضارب صحیح است [...]».

۲- مقدار سرمایه معلوم باشد. زیرا، در صورت معلوم نبودن امکان بروز منازعه میان صاحب مال و مضارب متصور است. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد به محمود سرمایه را غرض مضاربه بدهد، شرط است که مقدار سرمایه معین مانند یک لک افغانی، ده لک افغانی و نظیر اینها باشد. فقهاء به اتفاق نظر به این عقیده هستند که: اگر سرمایه مجهول باشد، عقد مضارب صحیح نیست. زیرا، جهالت سرمایه به جهالت فایده منتهی می شود، در حالی که معلوم بودن فایده شرط صحت مضارب است. بنابراین، سرمایه نیز باید معلوم باشد که مالک چه مقدار پول نقد را در اختیار مضارب قرار داده است. ماده ۱۲۱۱ مجله الاحکام در این مورد این شرط حکم می نماید که: «در مضارب مثل شرکت عقد باید سرمایه معلوم باشد [...]»؛

۳- سرمایه باید عین حاضر بوده و دین نباشد. بنابراین، مضارب با دین و مال غایب صحیح نیست. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد با محمود شرکت مضارب را ایجاد نماید، احمد نمی تواند دینی را که بر عهده یا ذمه جمشید دارد به محمود به مضارب بدهد. ماده ۱۲۱۰ مجله الاحکام در مورد این شرط تصریح می نماید که: «[...] همچنین، اگر بگوید: دینی را که به ذمه فلان شخص دارم و مقدار آن این قدر است قبض کن و با آن مضارب کن و جانب مقابل قبول نماید، در این صورت مضارب صحیح نیست.»؛ و

۲- در مضارب تسلیم مال مضاربه به عامل نیز شرط است تا وی بتواند با آن کار کند.^{۳۶۴} به عنوان مثال، اگر احمد بخواهد با محمود شرکت مضارب را ایجاد نماید، شرط است که پول را تسلیم محمود نماید. ماده ۱۲۱۰ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «تسلیم سرمایه به شخص مضارب شرط است.».

(۳) شرایط ربخ: طبق ماده ۱۲۶۲ ق. م: «اندازه مفاد هر یک از طرفین باید به صورت جزء مشاع تعیین گردد. در صورت عدم تعیین مفاد، طور مناصفه تقسیم می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- اندازه مفاد هر یک از طرفین باید به صورت جزء مشاع تعیین گردد. عبارت جزء مشاع در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. تعریف مشاع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی را به محمود غرض مضاربه بدهد شرط است که اندازه مفاد میان احمد و محمود تعیین شود، به حیث مثال، نصف، هفتاد و سی فیصد، یا شصت و چهل فیصد و نظیر اینها.

۲- در صورت عدم تعیین مفاد، طور مناصفه تقسیم می شود. مناصفه در لغت به معنی دو قسمت کردن، دو نصف کردن و به صورت مساوی است.^{۳۶۵} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی را به محمود غرض مضاربه بدهد شرط است که اندازه مفاد میان احمد و محمود تعیین شود. در صورت عدم تعیین، مفاد میان احمد و محمود به صورت نصف یا مساوی تقسیم می شود. به نظر می

363. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/1/2018).

۳۶۴. در مورد شرایط رأس المال ر. ک: سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۳۱۴ و ۳۱۵؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۹۳۲-۳۹۳۷.

365. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 4/1/2018).

رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط مفاد است. طبق فقه در ربح شرط است که اندازه آن معلوم باشد. زیرا، هدف از انعقاد عقد مضاربت حصول فایده است.

بنابراین، اگر ربح مجهول باشد، جهالت ربح موجب فاسد شدن عقد می شود. اما، اگر شخص مقدار درهم را به دیگری به منظور مضاربه بدهد مبنی بر اینکه هر دو در ربح شریک باشند و مقدار ربح را معین ننمایند، عقد جایز است و ربح میان ایشان به نصف تقسیم می شود. زیرا، شرکت اصولاً مقتضی مساوات است.^{۳۶۶} ماده ۱۲۱۱ مجلة الاحکام در این مورد این شرط حکم می نماید که: «در مضاربت مثل شرکت عقد باید سرمایه معلوم و حصه هر عاقد در ربح جزء شایع مثل نصف و ثلث معین باشد و اگر مطلقاً از شرکت تعبیر شود، مثلاً بگوید: ربح میان ما مشترک باشد، چنین قولی با مساوات تعبیر می شود و ربح بالمناصفه میان صاحب مال و مضارب قابل تقسیم است.»

۶) آثار

طبق فقه و ق. م بر شرکت مضاربت آثار ذیل مرتب می گردد:

۱) عدم ایجاد شخصیت معنوی شرکت: طبق ماده ۱۲۶۵ ق. م: «شرکت مضاربت حایز شخصیت حکمی شده نمی تواند.» طبق نص این ماده شرکت مضاربه شرکت مدنی است و معمولاً میان صاحب مال و مضارب مطابق قانون مدنی به صورت کتبی و (مطابق عرف) به صورت شفاهی صورت می گیرد. بنابراین، این شرکت حایز شخصیت حکمی مانند شرکت های محدودیت مسؤولیت و سایر شرکت ها که در حقوق تجارت معمول اند و دارای شخصیت حکمی اند نمی باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر شرکت مضاربه است.

۲) ید مضارب ید امان است: طبق ماده ۱۲۶۸ ق. م: «مضارب حیثیت امین و سرمایه نزد او حیثیت امانت را دارد. اما در تصرفات سرمایه و کیل صاحب سرمایه پنداشته شده و در مفاد شریک می باشد.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱- مضارب حیثیت امین و سرمایه نزد او حیثیت امانت را دارد. امین از ریشه «امن» گرفته شده است که در لغت به معنی امانتدار و کسی است که به او اطمینان کنند. در اصطلاح حقوق مدنی، امین شخصی است که چیزی را نزد او امانت گذارند.^{۳۶۷} امانت از ریشه «امن» گرفته شده است که در لغت به معنی راستی، استواری در راستی، امین بودن، امینی، درستکاری، اخلاص، ضد خیانت است که جمع آن امانات می باشد. در اصطلاح حقوق مدنی، امانت عبارت از مالی است که نزد دیگری به اذن مالک غرض نگهداری و حفظ گذاشته می شود.^{۳۶۸} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی خویش را به محمود بدهد تا محمود با آن کار نماید و مفاد مطابق شرایط عقد میان آنها تقسیم شود، محمود امین احمد و سرمایه نزد احمد امانت تلقی می گردد.

۲- مضارب در تصرفات در سرمایه وکیل صاحب سرمایه پنداشته می شود. بنابراین، مضارب در تصرف در سرمایه باید منافع و مصالح صاحب مال را مدنظر بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی خویش را به محمود بدهد تا محمود با آن کار نماید و مفاد مطابق شرایط عقد میان آنها تقسیم شود، محمود در تصرف در ده لک افغانی وکیل احمد تلقی می گردد.

۳- مضارب در سرمایه شریک صاحب سرمایه پنداشته می شود. شریک از «شرک» گرفته شده است که در لغت به معنی همدست، مشارک و هم بهره است.^{۳۶۹} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی شریک شخصی است که در مال مشترک با شخص دیگری شریک است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی خویش را به محمود بدهد تا محمود با آن کار نماید و مفاد مطابق شرایط عقد میان آنها تقسیم شود، محمود و احمد در مفاد شریک همدیگر تلقی می گردند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر مضاربه میان صاحب مال و مضارب است.

۳) تصرفات مضارب: طبق فقه و ق. م حکم تصرفات مضارب بر حسب مطلق و مقید بودن مضاربت فرق می نماید:

۱- تصرفات مضارب در مضاربت مطلق: طبق ق. م و فقه حنفی تصرفات مضارب در مضاربت مطلق بر سه نوع است:

۳۶۶. سید سابق (۱۲۷۱)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۳۱۵؛ و وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۹۳۷.

۳۶۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۶۳.

۳۶۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۴۳.

- نوع اول آن است که مضارب عرفاً می تواند آنها را انجام دهد: طبق ماده ۱۲۶۹ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) در مضاربت مطلق، بیع، شرا و توکیل مضارب مجاز است. مضارب می تواند به صورت نقده یا نسیه ای که در تجارت متعارف باشد معامله نماید؛ و (۲) قبول حواله، امانت گذاشتن مال مضاربت، گرو گرفتن یا گرو گذاشتن آن از طرف مضارب همچنین اجازه دادن و انتقال مال مضاربت به منظور معامله به هر جایی که باشد از طرف مضارب جواز دارد. مضارب نمی تواند مالی را به غبن فاحش بخرد، در غیر آن مال خریده شده به حساب مضارب، محاسبه می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- در مضاربت مطلق، بیع، شرا و توکیل مضارب مجاز است. مضارب می تواند به صورت نقده یا نسیه ای که در تجارت متعارف باشد معامله نماید. مضاربت مطلق عبارت از مضاربتی است که مقید به شرط و قید توسط صاحب مال نباشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد تا محمود با آن کار نماید، این مضاربه مطلق است. در مضاربه مطلق بیع و شرا و توکیل مضارب جواز دارد. در مضاربه مطلق مضارب می تواند اعمال ذیل را انجام دهد:

- بیع: تعریف بیع گذشت. بنابراین، بیع به معنی خرید، فروش و خرید و فروش است.^{۳۷۰} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد و مضاربه را مقید ننماید، محمود می تواند با پول هر نوع کالا یا اموال خریداری نماید.

- شرا: شرا نیز مانند بیع از اضرار است و در لغت به معنی خرید، فروش و خرید و فروش است.^{۳۷۱} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد و مضاربه را مقید ننماید، محمود می تواند با پول هر نوع کالا یا اموال خریداری نماید و سپس آن را به فروش رساند. قانونگذار مدنی در نص این ماده تصرفات مضارب را هر چند مضاربه مطلق است مقید به عرف نموده است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده از «در تجارت متعارف» باشد سخن می گوید.

- توکیل: توکیل از ریشه «وکل» گرفته شده است که در لغت به معنی وکیل گماردن و وکیل گرفتن است. در اصطلاح حقوقی، توکیل عبارت است از کسی را از جانب خود وکیل ساختن و کاری را به عهده او گذاشتن است.^{۳۷۲} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد و مضاربه را مقید ننماید، محمود می تواند با پول وکیل بگیرد و توسط وکیل کار ها را انجام دهد، به حیث مثال، خرید و فروش نماید.

- مضارب می تواند به صورت نقده یا نسیه ای که در تجارت متعارف باشد معامله نماید. نقد در لغت به معنی پول و بها و آنچه فی الحال داده شود، خلاف نسیه، مانند: طلا و نقره.^{۳۷۳} ماده ۱۳۰ مجله الاحکام در تعریف اصطلاحی نقود می گوید: «نقود جمع نقد است و آن عبارت از طلا و نقره است.» امروزه، نقد بیشتر بر پولی که فی الحال داده می شود اطلاق می گردد. نسیه که در عربی به آن نسیئه می گویند در لغت به معنی تأجیل، تأخیر و درنگ است که در مقابل نقد استعمال می شود. در اصطلاح حقوق مدنی، نسیه عبارت است از پرداخت با تأخیر ثمن معامله.^{۳۷۴} همچنین، نسیه خرید و فروشی است که پول آن بعداً پرداخت شود.^{۳۷۵} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد و مضاربه را مقید ننماید، محمود می تواند با پول به صورت نقد یا نسیه خرید و فروش نماید.

- قبول حواله، امانت گذاشتن مال مضاربت، گرو گرفتن یا گرو گذاشتن آن از طرف مضارب همچنین اجازه دادن و انتقال مال مضاربت به منظور معامله به هر جایی که باشد از طرف مضارب جواز دارد. مثال های نص این ماده قرار ذیل است:

نخست: اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد و مضاربه را مقید ننماید، محمود می تواند حواله را که جمشید به محمود مبنی بر دادن پول به ویس داده است، قبول نماید و پول را به ویس پرداخت نماید. تعریف حواله در مبحث حواله خواهد آمد.

دوم: اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد و مضاربه را مقید ننماید، محمود می تواند ده لک افغانی را در بانک یا نزد جمشید به امانت بگذارد. تعریف امانت در مبحث امانت خواهد آمد.

۳۷۰. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه ۳۴۵۸.
 371. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/26/ 2019).
 372. Ibid, (Last visit: 5/26/ 2019).
 373. Ibid, (Last visit: 5/26/ 2019).
 ۳۷۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۵۹.
 375. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/26/ 2019).

سوم: اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد و مضاربه را مقید ننماید، محمود می تواند ده لک افغانی به گرو دینی که جمشید بر محمود دارد به جمشید بدهد یا خانه جمشید را گرو بگیرد.

چهارم: اگر احمد به عوض پول موتر یا خانه خویش را به محمود بدهد و مضاربه را مقید ننماید، محمود می تواند خانه و موتر را به جمشید به اجاره بدهد.

- مضارب نمی تواند مالی را به غبن فاحش بخرد، در غیر آن مال خریده شده به حساب مضارب، محاسبه می شود. غبن فاحش، عبارت از غبن آشکار و بدون تردید در خرید یا فروش کالایی است، به نحوی که تحت تقویم مقومین؛ یعنی: قیمت گذاری قیمت گذاران داخل نباشد.^{۳۷۶} به عنوان مثال، شخصی جنسی را به ده هزار افغانی به فروش می رساند، سپس برخی از قیمت گذاران آن را به هشت هزار و برخی دیگر به دوازده هزار افغانی قیمت گذاری می نمایند. در چنین حالت، غبن را غبن فاحش می گویند. این تعریف مبهم به نظر می رسد، زیرا طبق این تعریف ملاک غبن فاحش تقویم مقومین است. لذا، هرگاه قیمت اصلی مبیع و قیمتی که مبیع به فروش رسیده است، تحت قیمت گذاری قیمت گذاران قرار نگیرد، غبن فاحش متحقق است.

با توجه به ملاک غبن فاحش، به نظر می رسد می توان دو تعریف برای غبن فاحش ارائه کرد: نخست این که: غبن فاحش عبارت است از غبنی که در عرف قابل گذشت نباشد. به عنوان مثال، هرگاه قیمتی مبیع ۱۰۰ افغانی باشد و بایع آن را برای مشتری ۱۳۰ افغانی به فروش رساند، معمولاً و غالباً مشتری از ۳۰ افغانی نمی گذرد. در چنین حالتی، به نظر می رسد که غبن تحقق یافته است. اغماض و عدم اغماض مشتری و یا بایع مطابق عرف، بستگی به قیمت مبیع دارد.

لذا، هرگاه قیمت مبیع زیاد باشد، امکان دارد، مقدار پولی را که بایع و یا مشتری از آن اغماض نمایند، متفاوت باشد. به حیث مثال، هرگاه قیمت مبیع (مثلاً موتر) ۳۰۰۰۰۰ افغانی باشد، معمولاً امکان دارد مشتری و یا بایع از ۵۰۰۰ افغانی اغماض نمایند؛ دوم این که: با در نظر داشت ماده ۵۷۱ ق.م غبن فاحش آن است که میان قیمت اصلی مبیع و قیمتی که مبیع به فروش رسیده است بیشتر از پانزده فیصد باشد. این فیصدی مطابق مجله الاحکام در کالاهای تجارتی ۵٪ در حیوان ۱۰٪ و در عقار ۲۰٪ است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضاربت بدهد و مضاربه را مقید ننماید، محمود نمی تواند آرد، برنج، روغن و نظیر اینها با غبن فاحش (بیشتر از ۱۵٪) از نرخ معمولی خریداری نماید. در صورت خریدن، اثر عقد متوجه محمود می شود نه احمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر مضاربه میان صاحب مال و مضارب در مضاربت مطلق است.

نص ماده ۱۲۶۹ ق.م گرفته شده از مجله الاحکام است. ماده ۱۲۱۵ مجله الاحکام تصریح می نماید که: «مضارب مطلقه به مجرد عقد مضاربت در لوازم مضاربت و اشیای متفرع از آن طبق مراتب ذیل مأذون به عمل می گردد: اولاً) به منظور حصول ربح بیع و شراء برایش مجاز است. اما، اگر مالی را به غبن فاحش بخرد، به خودش متعلق است و داخل مضاربت نمی گردد؛ ثانیاً) بیع به نقد و نسیه به دراهم قلیل و کثیر برایش مجاز است. اما، مهلت را تا جایی که عرف و عادات تجار جواز دارد داده می تواند، در غیر آن حق ندارد اموال را تا مدت طولانی که عرف تجار آن را قبول نمی کند به فروش برساند؛ ثالثاً) برایش مجاز است که حواله را به عوض ثمن مالی که فروخته است قبول کند؛ رابعاً) جایز است که شخص دیگری را به بیع و شراء وکیل بگیرد؛ خامساً) مال مضاربت را به رهن بدهد و یا به رهن بگیرد و یا اجاره بدهد و یا برعکس استئجار نماید؛ و سادساً) می تواند به منظور داد و ستد به شهر دیگری برود.».

اما، عملی را که مضارب نمی تواند در مضاربت مطلق انجام دهد خلط مال مضاربت با مال خویش است. ماده ۱۲۱۵ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «مضارب در مضاربت مطلق مأذون نیست به مجرد عقد مضاربت، مال مضاربت را با مالش خلط نماید. همچنین، مال مذکور را به مضاربت داده نمی تواند، اما اگر مضارب در شهری باشد که تجار مال خویش را در مضاربت مطلقه با مال مضاربت خلط می کند، در این صورت مضارب حق خط آن را دارد.».

- نوع دوم آن است که مضارب نمی تواند آن را انجام دهد مگر اینکه صاحب مال به وی این امر را مفوض نموده باشد، مانند اینکه بگوید: آن را مطابق رأی خود انجام بده.

۳۷۶. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۷۲؛ داد محمد نذیر (۱۳۸۸)، اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۶۴.

- نوع سوم آن است که مضارب نمی تواند آن را انجام دهد مگر براساس نص صریح مانند: تبرعات، قرض، فروش اموال به صورت مؤجل و امثال اینها. در مورد نوع دوم و سوم ماده ۱۲۱۶ مجله الاحکام تصریح می نماید که: «اگر صاحب مال در مضاربت مطلقه امور مضاربیت را به نظر مضارب تفویض کند و بگوید: براساس نظر خود رفتار کن، در این صورت مضارب مأذون است تا مال مضاربیت را با مال خود خلط نماید و مال را به دیگری به مضاربیت دهد، اما در این صورت مضارب مأذون نیست مال را هبه نماید یا قرض دهد و یا مال مضاربیت را در دین شامل سازد که دین مذکور اضافه از سرمایه است، بلکه اجرای امر متذکره موقوف و منوط به اذن صریح صاحب مال است.»

ماده ۱۲۷۰ ق. م که مقتبس از ماده ۱۲۱۶ مجله الاحکام است در این مورد تصریح می نماید که: «در مضاربیت مطلق، مضارب نمی تواند مال مضاربیت را با مال خود خلط یا آن را به شخص دیگری به مضاربیت دهد، مگر اینکه قبلاً به او اجازه داده شده باشد، همچنین مضارب نمی تواند بدون اجازه صریح صاحب سرمایه، بیشتر از مقدار سرمایه، قرض بگیرد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: در مضاربیت مطلق، مضارب نمی تواند مال مضاربیت را با مال خود خلط مگر این که صاحب مال قبلاً به او اجازه داده باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضارب به دهد، احمد نمی تواند ده لک افغانی را با پول خود خلط نماید مگر این که احمد به او این اجازه را داده باشد.

دوم این که: در مضاربیت مطلق، مضارب نمی تواند مال مضاربیت را به شخص دیگر به مضاربیت بدهد مگر این که صاحب مال قبلاً به او اجازه داده باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضارب به دهد، احمد نمی تواند ده لک افغانی را به جمشید غرض مضاربیت بدهد مگر این که احمد به او این اجازه را داده باشد.

سوم این که: مضارب نمی تواند بدون اجازه صریح صاحب سرمایه، بیشتر از مقدار سرمایه، قرض بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضارب به دهد، محمود نمی تواند از جمشید پانزده لک افغانی قرض بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه حقوقی صاحب مال و مضارب در مضاربیت مطلق است. اما، طبق ماده ۱۲۷۳ ق. م: «هرگاه مضارب مال مضاربیت را در احوال مجاز با مال خود خلط نماید، مفاد، متناسب به حصص هر یک از سرمایه تقسیم می شود، مفاد مال مضارب به خودش تعلق گرفته، مفاد سرمایه مضاربیت مطابق شرایطی که در عقد به آن موافقه شده، بین صاحب سرمایه و مضارب توزیع می شود.»

طبق نص این ماده هرگاه مضارب مال مضاربیت را در احوال مجاز با مال خود خلط نماید، مفاد، متناسب به حصص هر یک از سرمایه تقسیم می شود، مفاد مال مضارب به خودش تعلق گرفته، مفاد سرمایه مضاربیت مطابق شرایطی که در عقد به آن موافقه شده، بین صاحب سرمایه و مضارب توزیع می شود. خلط در لغت به معنی آمیزش و در هم آمیختن است. در اصطلاح حقوقی، خلط عبارت از آمیختن و یکجا کردن یک چیز با چیز دیگر است.^{۳۷۷}

قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی نکرده است که در کدام حالات خلط مال صاحب مال با مال مضارب مجاز است که محل ایراد به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضارب به دهد و محمود ده لک افغانی احمد را با ده لک افغانی خودش خلط نماید و با سرمایه بیست لک افغانی کار نماید، مفاد مال مضارب مربوط به مضارب است و مفاد مال مضاربیت مطابق شرایط پیش بینی شده در عقد میان احمد و محمود تقسیم می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر مضاربیت در صورت خلط اموال مضاربیت با مال مضارب است.

۲- تصرفات مضارب در مضاربیت مقید: طبق ماده ۱۲۷۱ ق. م: «در مضاربیت مقید، مضارب مکلف است شروطی را که صاحب سرمایه وضع نموده رعایت نماید، در صورت تخلف غاصب پنداشته شده از مال تلف شده، مسؤول و به تادیه مفاد خساره و تعویض مکلف می باشد.» مضاربیت مقید عبارت از مضاربیتی است که مقید و مشروط به شرایط باشد. طبق نص این ماده در مضاربیت مقید مضارب مکلف است قیودی را که از طرف صاحب مال قید و وضع شده است، رعایت نماید.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد و بگوید با این ده لک افغانی صرف در قصابی در خیرخانه یا در گلسازی در هوتل پروان کار نمایید، محمود مکلف است شروط احمد را رعایت نماید. در صورت عدم رعایت شروط، مضارب غاصب

تلقی گردیده و مکلف است در صورت فایده، آن را به صاحب مال پرداخت نماید و در صورت تلف مال مضاربت ضمان آن را به صاحب مال پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود با ده لک افغانی احمد موتر فروشی نماید، غاصب تلقی می گردد و باید جبران خسارت تلف شدن مال، تعویض مال، به حیث مثال، ده لک افغانی، مفادی که از موتر فروشی به دست آورده است و در صورتی که خساره نماید، خساره را نیز متحمل شود و پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن مضاربت مقید، تنظیم رابطه صاحب مال و مضارب در مضاربه مقید و مورد حمایت قرار دادن صاحب مال است.

(۳) تحمل خسارت ناشی از شرکت مضاربت توسط صاحب مال: طبق ماده ۱۲۷۶ ق. م: «خساره را تنها صاحب سرمایه متحمل می شود، مگر اینکه مضارب از اشتراک در آن ضمانت کرده باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که خساره را صرف صاحب سرمایه متحمل می شود. استثنای این اصل این است که مضارب ضمانت نماید که در صورت خساره، مضارب در آن سهیم است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد تا محمود با آن کار نماید، در صورت خساره، خساره مربوط احمد می شود. اما، در صورتی که محمود با احمد توافق نماید و بگوید که در صورت خساره من خساره را با شما به صورت مشترک می پردازم، محمود مکلف است در صورت خساره، نصف خساره را متحمل شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تحمل خسارت توسط صاحب مال و مضارب است.

(۲) شریک بودن مضارب و صاحب مال در ربح مضاربت: طبق ماده ۱۲۷۵ ق. م: «هر یک از مضارب و صاحب سرمایه باید در مفاد شریک باشند، در صورتی که شرط گذاشته شده باشد که تمام مفاد به مضارب تعلق گیرد عقد قرض و اگر شرط گذاشته شده باشد که تمام مفاد به صاحب سرمایه تعلق یابد، مضارب به حیث معامله دار، در مقابل اجرت مثل شناخته می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هر یک از مضارب و صاحب سرمایه باید در مفاد شریک باشند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد تا محمود با آن کار نماید، احمد و محمود در مفاد آن شریک اند.

۲- در صورتی که مضارب شرط گذاشته باشد، که تمام مفاد متعلق به مضارب باشد، چنین عقدی مضاربت نیست، بلکه عقد قرض است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد تا محمود با آن کار نماید، احمد و محمود در مفاد آن شریک اند. اما، اگر محمود شرط گذارد که تمام مفاد متعلق به من باشد، در این صورت، این عقد مضاربه نیست بلکه عقد قرض است.

۳- اگر شرط گذاشته شده باشد که تمام مفاد به صاحب سرمایه تعلق یابد، مضارب به حیث معامله دار، در مقابل اجرت مثل شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد تا محمود با آن کار نماید و احمد شرط گذارد که تمام مفاد متعلق به من باشد، در این صورت، محمود معامله دار احمد تلقی می گردد و مستحق اجرت مثل شناخته می شود.

به نظر می رسد منظور از معامله دار اجیر خاص است. در این صورت، احمد مکلف است یا مطابق عرف یا نظر اهل خبره اجرت کاری که محمود انجام می دهد و مفاد آن متعلق به احمد می شود، به محمود پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر محمود با پول احمد گلسازی نماید، احمد مکلف است اجرت گلساز را مطابق عرف یا نظر اهل خبره به محمود پرداخت نماید. ماده ۲۱۲ مجله الاحکام در مورد اجرت مثل می گوید: «اجرت مثل اجرتی است که اهل خبره بی غرض آن را تعیین نموده باشد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد مفاد در مضاربه میان صاحب مال و مضارب است.

(۵) تلف شدن مقداری از مال مضارب: طبق ماده ۱۲۷۷ ق. م: «هرگاه مقداری از مال مضاربت تلف شود از مفاد حاصله جبران می گردد، در صورتی که مقدار تلف شده متجاوز از مفاد باشد مضارب مسؤول آن نمی باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه مقداری از مال مضاربت تلف شود از مفاد حاصله باید جبران گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود بدهد تا محمود با آن مضاربت نماید، در صورتی که دو لک آن از بین برود، دو لک افغانی از مفاد ده لک افغانی که محمود به آن کار کرده است جبران می شود. به حیث مثال، اگر محمود دو لک افغانی مفاد نماید، این دو لک به عنوان تاوان یا جبران خسارت دو لک افغانی تلف شده پرداخته می شود. این حکم در صورتی قابل تطبیق است که مقدار مفاد مساوی به مال تلف شده باشد.

۲- در صورتی که مقدار تلف شده متجاوز از مفاد باشد مضارب مسؤول آن نمی باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، چهار لک افغانی سرمایه تلف شود، مضارب مسؤول پرداخت جبران خسارت آن نیست. در این صورت، اثر تلف را صاحب مال متحمل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تلف شدن قسمتی از سرمایه در مضارب است. نص ماده ۱۲۷۷ ق. م ترجمه ماده ۱۲۲۹ مجله الاحکام است که حکم می نماید که: «اگر مقداری از مال مضارب تلف شود، نخست از ربح حساب گردیده و به سرمایه سرایت نمی کند و اگر از مقدار ربح تجاوز کند و به سرمایه سرایت نماید، مضارب ضامن پنداشته نمی شود خواه مضارب صحیح باشد و یا نباشد.»

۶) مصارف سفر مضارب: طبق ماده ۱۲۷۸ ق. م: «مصارف انتقال مضارب، از یکجا به جای دیگر به غرض اجرای امور مضاربیت به اندازه مناسب از مال مضاربیت وضع می شود.» طبق نص این ماده مصارف انتقال مضارب، از یکجا به جای دیگر به غرض اجرای امور مضاربیت به اندازه مناسب از مال مضاربیت وضع می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود غرض مضاربیت بدهد و محمود برای خریدن مال از مزار شریف از کابل به مزار سفر نماید، مصارف سفر مضارب از سرمایه مضارب تأمین می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مصارف سفر مضارب است.

۷) طبق ماده ۱۲۷۴ ق. م: «هرگاه مضارب مالی را بیشتر از مقدار سرمایه به اجازه صاحب آن به نسبه بگیرد، بین شان شرکت به اعتبار تلقی می شود.» طبق نص این ماده هرگاه مضارب مالی را بیشتر از مقدار سرمایه به اجازه صاحب آن به نسبه بگیرد، بین شان شرکت به اعتبار تلقی می شود. تعریف نسبه و شرکت اعتبار گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضاربیت بدهد اما محمود پانزده لک افغانی از جمشید به اجازه احمد به نسبه بگیرد، شرکت مضارب به شرکت اعتبار تبدیل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اثر قرض گرفتن بیشتر از سرمایه توسط مضارب است. در این صورت، به الفاظ صاحب مال و مضارب اعتبار داده نمی شود، بلکه شرکت به حکم قانون، شرکت اعتبار تلقی می گردد.

۷) انتهای

طبق ق. م شرکت مضاربیت در صورت تحقق موارد آتی منتهی می گردد:

۱) عزل: طبق ماده ۱۲۸۰ ق. م: «صاحب سرمایه مکلف است در حال اراده عزل مضارب، موضوع را به وی ابلاغ نماید و بعد از آن مضارب نمی تواند در مال مضاربیت تصرف نماید، مگر اینکه منظور از آن مبادله اجناس مضاربیت به پول نقد باشد.» طبق مفاد نص این ماده مضاربیت با عزل مضارب توسط صاحب سرمایه خاتمه پیدا می کند. عزل در لغت به معنی بیکار کردن، برکنار کردن، از کار بازداشتن، اخراج و انفصال است.^{۳۷۸} باوجود این، صاحب سرمایه مکلف است در حال اراده عزل مضارب، موضوع را به وی ابلاغ نماید که تعریف آن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضاربیت بدهد و سپس بخواهد مضاربیت را خاتمه دهد و مضارب را از کار باز دارد، باید موضوع را به مضارب ابلاغ نماید. به حیث مثال، به مضارب بگوید: پول من را بده و دیگر با پول من کار نکن. در صورت عزل، مضارب نباید در سرمایه تصرف نماید.

این اصل است. استثنای این اصل این است که مبادله اجناس مضاربیت به پول نقد باشد. مبادله از ریشه «بدل» گرفته شده است که در لغت به معنی عوض کردن و معاوضه است. در اصطلاح حقوق مدنی، مبادله عبارت است از عوض کردن دو چیز توسط دو کس.^{۳۷۹} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضاربیت بدهد و سپس بخواهد مضاربیت را خاتمه دهد و مضارب را از کار باز دارد، باید موضوع را به مضارب ابلاغ نماید. در این صورت، مضارب نمی تواند در سرمایه تصرف نماید، به حیث مثال، با آن خرید و فروش نماید. اما، در صورتی که مضارب پول را جنس خریده باشد، می تواند آن را فروخته و به پول تبدیل نماید.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد پول را میوه، ترکاری، برنج و نظیر اینها خریده باشد، می تواند میوه، ترکاری و برنج را فروخته و آن را به پول نقد تبدیل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای مضاربیت که عزل است می باشد. نص ماده ۱۲۸۰ ق. م ترجمه ماده ۱۲۲۲ مجله الاحکام که می گوید: «اگر صاحب مال مضارب را عزل نماید، بر مالک مال لازم است تا عزل را بر مضارب اعلام نماید. تصرفات مضارب تا زمان وقوف مضارب بر عزل معتبر است.

378. Ibid (Last visit: 31/8/ 2016).

۳۷۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۸۵.

اما، مجاز نیست که بعد از وقوف مضارب بعد از وقوف بر عزل، در پول نقدی که به اختیار دارد تصرف کند. اما، اگر به اختیار مضارب اموالی غیر از پول نقد موجود باشد، می تواند اموال مذکور را بفروشد و آن را به پول نقد تبدیل نماید.».

۲) ختم مدت، موت یکی از طرفین مضارب، طبق ماده ۱۲۷۹ ق. م: «(۱) مضارب، با ختم مدت متذکره عقد، یا موت یکی از طرفین و یا از بین رفتن اهلیت مضارب خاتمه می یابد؛ و (۲) در صورتی که مضارب قبل از تصفیه مضارب فوت نماید، حقوق صاحب سرمایه از متروکه او تادیه می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- مضارب در صورت ختم میعاد شرکت مضارب ختم می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضارب برای مدت یک سال بدهد، با ختم شدن یک سال، عقد مضارب خاتمه پیدا می کند. دلیل این قاعده این است که طبق قواعد عمومی عقود انقضای مدت در برخی عقود از اسباب انتهای عقد ست.

۲- در صورت موت یکی از طرفین، شرکت مضارب ختم می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضارب بدهد و احمد یا محمود وفات نماید، عقد مضارب ختم می شود.

۳- شرکت مضارب در صورت از بین رفتن اهلیت مضارب ختم می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضارب بدهد و محمود دیوانه گردد، اهلیت خویش را از دست می دهد و عقد مضارب در اثر از دست دادن اهلیت محمود خاتمه پیدا می کند. دلیل ختم مضارب در اثر از دست دادن مضارب این است که مضارب در اثر نقصان اهلیت نمی تواند میان نفع و ضرر تفکیک قابل شود و این امر موجب ورود ضرر به صاحب مال می شود.

۴- در صورتی که مضارب قبل از تصفیه مضارب فوت نماید، حقوق صاحب سرمایه از متروکه او تادیه می شود. تعریف تصفیه در مبحث احکام عمومی شرکت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به منظور مضارب بدهد و محمود وفات نماید مضارب ختم می شود. در چنین حالتی دو حالت متصور است: نخست این که اگر عقد مضارب خاتمه یافته باشد و محمود حساب مضارب را با احمد تصفیه کرده باشد، مشکل احمد و محمود حل است. دوم این که اگر محمود حساب مضارب را با احمد تصفیه نکرده باشد و محمود وفات نماید، ده لک افغانی از ترکه محمود قبل از تنفیذ وصیت و تقسیم ترکه میان ورثه محمود توسط ورثه یا تصفیه کننده باید پرداخت شود. زیرا، ده لک افغانی احمد مانند سایر دین محمود، بر عهده محمود دین تلقی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی برخی مصادیق و اسباب انتهای عقد مضارب است.

۳) طبق ماده ۱۲۷۲ ق. م: «در صورت بطلان مضارب، مفاد به صاحب سرمایه تعلق گرفته مضارب اجر مثل را مستحق می شود، مشروط بر اینکه اجر مثل از اجوره تعیین شده تجاوز نکند. در حالی که مفاد موجود نباشد، مضارب مستحق اجوره شناخته نمی شود.» قانونگذار مدنی در نص این ماده از بطلان مضارب سخن می گوید، اما اسباب بطلان مضارب در ق. م معین نگردیده است که محل ایراد به نظر می رسد. همچنین، قانونگذار مدنی در نص این ماده روشن نساخته است که بطلان توسط چه مرجع یا شخصی در اثر تقاضای کی صورت می گیرد که محل ایراد است. به نظر می رسد این بطلان، بطلانی است که به حکم قانون در نتیجه عدم رعایت شرایط صحت عقد مضارب صورت می گیرد. به نظر می رسد از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- در صورت بطلان مضارب، مفاد به صاحب سرمایه تعلق گرفته مضارب اجر مثل را مستحق می شود، مشروط بر اینکه اجر مثل از اجوره تعیین شده تجاوز نکند. بطلان در لغت به معنی باطل شدن، تباه شدن، از کار افتادن، باطل بودن، بی اعتبار شدن، نابودی و هلاکت است.^{۳۸۰} در اصطلاح حقوق مدنی، بطلان عبارت از بی اعتبار بودن عمل حقوقی است. به حیث مثال، اگر مضارب به دلیل اسباب بطلان که بحث آن در بالا گذشت، خاتمه یابد، مفاد مضارب به صاحب سرمایه تعلق می گردد و مضارب مستحق اجرت مثل شناخته می شود.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود به مضارب بدهد و احمد ناقص اهلیت باشد، مضارب باطل است. در این صورت، اگر محمود با پول احمد کار نماید، مفاد متعلق به احمد می گردد و محمود مستحق اجرت مثل که تعریف آن در بالا گذشت می گردد. بخش دوم نص این ماده که می گوید: «مشروط بر این که اجر مثل از اجوره تعیین شده تجاوز نکند» محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در عقد مضارب برای مضارب اجوره تعیین نمی شود بلکه مضارب مستحق مفاد مطابق شرایط پیش بینی شده در عقد مضارب می گردد. به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه املایی یا تپی وجود دارد و منظور قانونگذار مدنی از «اجوره تعیین شده»،

«مفاد تعیین شده» است. با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می آید که در صورت بطلان عقد مضاربه به دلیل عدم رعایت شرایط صحت، مضارب مستحق مفاد نه به مستحق اجرت مثل شناخته می شود و شرط است که مقدار اجرت مثل از مقدار مفاد که در عقد پیش بینی شده است بیشتر نباشد.

۲- در صورتی که مفاد موجود نباشد، مضارب مستحق اجوره شناخته نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود غرض مضاربه بدهد و احمد یا محمود ناقص اهلیت باشند، عقد مضاربه به حکم قانون باطل است. در این صورت، اگر محمود مفاد نماید، مفاد متعلق به احمد و محمود مستحق اجرت مثل شناخته می شود. اگر مفاد وجود نداشته باشد، محمود مستحق دریافت چیزی نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای شرایط صحت عقد مضاربه است.

مبحث چهارم) قرض

نوع چهارم عقود تملیکی قرض است. اما، قرض عقد تملیکی غیر معوض است. قرض هم در گذشته و هم امروزه یکی از عقود بسیار مهم معین است و نقش مهمی در توسعه تجارت، اقتصاد و معاملات دارد. جلد سوم، فصل سوم مواد ۱۲۸۸ الی ۱۲۹۶ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م ترجمه کرده اند:

گفتار اول) تعریف و مصادر مشروعیت

قرض به معنی بریدن، قطع کردن وام دادن و پاداش دادن است. به شخصی که به دیگری قرض می دهد مقرض، به شخصی که از دیگری قرض می گیرد مقترض و به نفس مالی که به مقترض توسط مقرض داده می شود، قرض می گویند. فقهای حنفیه در تعریف قرض گفته اند: قرض عبارت از عقد مخصوصی است که به موجب آن مال مثلی به قصد باز پس گرفتن به دیگری داده می شود. به عبارت دیگر: قرض عبارت از اعطای مال مثلی به غیر به قصد بازپس گرفتن آن است.^{۳۸۱}

اما، ماده ۱۲۸۸ ق. م در تعریف قرض می گوید: «قرض، عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین ملکیت پول نقد یا عین معلوم را از اعیان مثلی به طرف دیگر انتقال دهد که طرف دیگر مثل آن را در نوع، مقدار و وصف بعد از انتهای موعد معین به قرض دهنده رد نماید.» طبق تعریف اول و دوم، قرض عقدی است که به موجب آن قرض دهنده مال مثلی را به قرض گیرنده می دهد به این شرط که مثل آن را قرض گیرنده در موعد مقرر به قرض دهنده بدهد. طبق این تعریف، محل قرض، مال مثلی است و مال مثلی مالی است که مثل و مانند آن در بازار پیدا شود. به نظر می رسد، قید مال مثلی در این تعریف از این جهت است که در صورتی که مال مثلی به علت استعمال توسط قرض گیرنده هلاک شود، قرض گیرنده بتواند مثل آن را در موعد مقرر به قرض دهنده باز گرداند.

این تعریف غیرجامع به نظر می رسد، زیرا امروزه برخلاف گذشته، محل عقد قرض معمولاً و غالباً پول است نه مال مثلی. تعریف مال مثلی و قیمی در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. در خصوص این که پول مال مثلی است یا قیمی میان فقهاء اختلاف وجود دارد. برخی آن را مثلی، برخی قیمی و اکثریت فقهاء مثلی تلقی می نمایند.^{۳۸۲} طبق تعریف دوم که جامع به نظر می رسد، محل عقد قرض امکان دارد پول و یا مال مثلی باشد که قرض دهنده ملکیت آن را به قرض گیرنده منتقل می کند و قرض گیرنده مکلف است مثل آن از نظر نوع، مقدار و وصف بعد از انتهای مدت عقد قرض، به قرض دهنده بازگرداند. به حیث مثال، اگر احمد صد سیر بوره یا شکر به محمود قرض دهد، مح لعقد قرض مال مثلی و اگر یک صد هزار افغانی بدهد، محل عقد قرض پو است. هدف قانونگذار مدنی در ماده ۱۲۸۸ ق. م تعریف عقد قرض است.

مبنای قرض تعامل انسان ها از روی مهر ورزی جهت رفع نیاز های مؤقت دیگران است. از همین جهت، فقهاء آن را به اجماع جایز و در حق قرض دهنده مستحب دانسته اند.^{۳۸۳} در عین حال، فقهاء به برخی احادیث ذیل پیامبر ﷺ نیز استناد می نمایند:

۳۸۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۷۸۵ و ۳۷۸۶؛ و (____) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۱۱؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۲۶۹؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۵۱۹ و ۱۵۲۰.
۳۸۲. مهدی رهبر و منیره خطیبی (۱۳۹۶). ماهیت پول از منظر فقه اسلامی، دو فصلنامه علمی- پژوهشی فقه مقارن، سال پنجم، شماره ۹، صص ۳۹-۵.
۳۸۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۷۸۶ و ۳۷۸۹؛ و (____) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۱۱۲ و ۱۱۳؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۲۶۹ و ۲۷۰.

(۱) «من نَفَسَ عن مسلم كُربةً من كَرَبِ الدُّنْيَا نَفَسَ الله عنه كُربةً من كُرب يوم القيامة و من يَسِّر على مُعْسِرٍ يَسِّرَ الله عليه في الدنيا والآخرة والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه.»^{۳۸۴}

«هرکس از یک مسلمانی گرفتاری را دفع کند، خداوند عز و جل در روز قیامت یکی از گرفتاری های او را دفع می کند و هرکس بر تنگ دست آسان گیرد، خداوند عز و جل در دنیا و قیامت وی را به گشایش می رساند و به وی فراخی می دهد تا زمانی که بنده در کمک و مساعدت برادر دینی خود باشد، خداوند عز و جل نیز در کمک او است و به وی کمک می کند.»

(۲) «ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقة مرة.»^{۳۸۵}

«هر مسلمانی دو بار به یک مسلمانی قرض بدهد مثل این است که یک بار به وی صدقه داده است.»

(۳) به روایت انس رضی الله عنه پیامبر صلی الله علیه و آله گفت: «رَأَيْتُ لَيْلَةَ أُسْرَى بِي عَلَى بَابِ الْجَنَّةِ مَكْتُوباً: الصَّدَقَةُ بِعَشْرِ أَمْثَالِهَا وَالْقَرْضُ بِثَمَانِيَةِ عَشْرٍ. فَقُلْتُ: يَا جَبْرِيلُ مَا بَالُ الْقَرْضِ أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ؟ قَالَ: لِأَنَّ السَّائِلَ يَسْأَلُ وَ عِنْدَهُ وَالْمُسْتَقْرِضُ لَا يَسْتَقْرِضُ إِلَّا مِنْ حَاجَةٍ.»^{۳۸۶}

«در شبی که مرا به اسراء بردند دیدم که بر دروازه بهشت نوشته شده بود: ثواب و پاداش احسان و صدقه ده برابر است و ثواب پاداش قرض دادن هجده برابر است. گفتم: ای جبرئیل چرا قرض دادن از صدقه دادن ثوابش بیشتر است و برتر است؟ او گفت: چون سائل و گدا وقتی که گدایی می کند چیزی دارد. اما، طالب قرض وقتی که طلب قرض می کند، که چیزی نداشته باشد و از روی نیاز قرض می کند. پس ثواب قرض دهنده بیشتر است.»

گفتار دوم) ارکان

جمهور فقهاء بر این نظر اند که: ارکان قرض سه است که عبارت اند از صیغه (ایجاب و قبول)، عاقدین (مقرض و مقترض) و محل (مال مقرض) است:

(۱) صیغه: عبارت از لفظی است که توسط آن عقد قرض منعقد می گردد

(۲) عاقدان: که عبارت از مقرض و مقترض است است. مقرض: کسی است که مال را به دیگری قرض می دهد و مقترض کسی است که مال به وی قرض داده می شود.

(۳) مال که توسط مقرض به مقرض قرض داده می شود. اما، فقهای حنفیه بر این نظر اند که: قرض دارای یک رکن است که عبارت از صیغه می باشد.^{۳۸۷} اگر قواعد عمومی عقود را بر عقد قرض تطبیق نماییم به نظر می رسد ارکان قرض عبارت اند از قرض دهنده و قرض گیرنده، موضوع، صیغه و سبب.

گفتار سوم) شرایط ارکان

برای صحت عقد قرض رعایت یکسلسله شرایط در هر یک از ارکان عقد ضروری است:

(۱) **شروط عاقدین:** طبق فقه در مقرض و مقترض شرط است که اهلیت تعاقد و تبرع را داشته باشند؛ یعنی عاقل، بالغ، رشید و مختار باشند. زیرا، عقد قرض عقد تبرع است و عقد تبرع صبی، مجنون، سفیه محجور علیه، مُکَرَّه و ولی صبی بدون ضرورت و حاجت صحیح نیست چرا که این ها فاقد اهلیت تبرع هستند.^{۳۸۸}

(۲) **شرط صیغه:** در عقد قرض نیز صیغه با ایجاب و قبول و یا آنچه قایم مقام ایجاب و قبول است مانند معاظات تمام می شود. بنابراین، عقد قرض امکان دارد از طریق لفظ، ارسال نامه، ارسال رسول و اشاره منعقد شود.

(۳) **شرایط مال:** در مالی که به قرض داده می شود، وجود دو شرط ضروری است:

(۱) اینکه مال به نظر فقهای حنفیه مثلی باشد؛ و

^{۳۸۴} . رواه مسلم، أبو داود و ترمذی.

^{۳۸۵} . أخرجه ابن ماجه من حديث عبدالله بن مسعود رضی الله عنه.

^{۳۸۶} . رواه ابن ماجه و البيهقي عن أنس بن مالك و قد روى الطبرانی و البيهقي قريباً من هذا اللفظ عن أبي امامه رضی الله عنه.

^{۳۸۷} . (۱۴۰۴ ق.) الموسوعة الفقهية، جلد (۳۲)، الكويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۱۴.

^{۳۸۸} . وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۳۷۹۱ و ۳۷۹۲؛ (____) (۱۴۰۴ ق.) الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، الكويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۱۱۴ - ۱۲۰.

(۲) اینکه مقدار مالی که به قرض داده می شود به کیل، وزن، عدد و ذرع معلوم باشد تا رد آن توسط مقرض به مقرض ممکن گردد.^{۳۸۹}

(۳) طبق ماده ۱۲۹۵ ق. م: «فایده در قرض جواز ندارد مگر اینکه قانون طور دیگری تصریح نماید». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که گرفتن سود در برابر قرض جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض بدهد و با محمود توافق نماید که محمود به احمد یک لک و ده هزار افغانی بدهد، ده هزار افغانی سود تلقی می گردد. استثنای این اصل این است که قانون طور دیگری تصریح نماید. منظور از قانون در نص این ماده قانون خاص است. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که طبق ق. م که قانون عام است گرفتن سود در برابر قرض جواز ندارد. اما، اگر قانون خاص چنین اجازه بدهد، طبق قانون خاص گرفتن سود در برابر قرض میسر خواهد گردید. در این صورت، میان قانون خاص و عام تعارض ایجاد خواهد شد و طبق قواعد اصولی در صورت تعارض میان عام و خاص، قانون خاص مرجح است. با پذیرش این نظر، به نظر می رسد که طبق قانون خاص، گرفتن سود در برابر قرض می تواند صورت بگیرد. گرفتن سود در برابر قرض به نظر می رسد که مخالف احکام فقه اسلامی است. قابل توصیه است نص این ماده توسط قانونگذار مدنی اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز گرفتن سود در برابر قرض است.

گفتار چهارم) آثار

عقد قرض صحیح موجب ایجاد یکسلسله آثار معین می گردد. برخی این آثار متوجه مقرض و برخی نیز متوجه مقرض می شود:

(۱) **آثار عقد قرض نسبت به مقرض:** طبق ق. م به موجب عقد قرض مقرض مانند بایع متعهد به ایفای سه نوع التزام نسبت به مقرض می گردد: نقل ملکیت شی ای که به قرض داده شده است، ضمان استحقاق و ضمان عیوب پنهان شی ای که به قرض داده شده است:

۱- **نقل ملکیت شی ای که به قرض داده می شود:** اولین اثر مرتب بر عقد قرض نقل ملکیت شی ای محل قرض از مقرض به مقرض است. در مورد نقل ملکیت شی ای که به قرض داده می شود، ق. م حکم صریحی ندارد. اما، این حکم را از ماده ۱۲۸۸ ق. م که در تعریف قرض می گوید: «قرض، عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین ملکیت پول نقد یا عین معلوم را از اعیان مثلی به طرف دیگر انتقال دهد [...]» می توان به خوبی استنباط کرد. از نص این ماده به خوبی معلوم می گردد که در صورتی که محل قرض نقد باشد، که غالباً چنین است، به مجرد اتمام عقد و قبض مقرض مالک نقود می گردد. اما، در صورتی که محل قرض، شی ای مثلی باشد، انتقال آن تابع احکام مبیع است که تفصیل آن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود قرض بدهد، مکلف است ذات و ملکیت ده لک افغانی را به محمود منتقل نماید.

۲- **ضمان استحقاق:** طبق ماده ۱۲۹۱ ق. م: «هرگاه شی به استحقاق برده شود، در آن احکام بیع و الاً احکام عاریت رعایت می شود». نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی است، زیرا قانونگذار مدنی به استحقاق برده شدن شی توسط شخص ثالث در عقد قرض را به احکام بیع و عدم استحقاق شی در عقد قرض را به احکام عاریت ارجاع داده است. همچنین، قانونگذار مدنی در نص این ماده از شی سخن می گوید. شی ضمیر نامعین است و در لغت به معنی چیز است.^{۳۹۰} تعریف استحقاق در مبحث عقد بیع گذشت. همچنین، در مفهوم مصطلح شی مترادف با مال استعمال می شود. به نظر می رسد شی در نص این ماده در مفهوم مال غیر از پول استعمال شده است. زیرا، از نظر عملی و عقلی امکان ندارد شخص ثالث پول را به استحقاق ببرد زیرا، از نظر عملی و عقلی امکان ندارد شخص ثالث پول را به استحقاق ببرد بلکه امکان دارد شی غیر از پول مانند موتر، زمین، خانه، باغ، دوکان، قالین و نظیر اینها را به استحقاق ببرد. با پذیرش این فرض، از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد: نخست این که: هرگاه شی به استحقاق برده شود، در آن احکام بیع رعایت می شود. به حیث مثال، اگر احمد صد سیر برنج را که مصداق شی یا مال است به محمود به قرض بدهد و جمشید ادعای مالکیت صد سیر برنج را نماید و با وسایل اثبات مانند سند،

۳۸۹. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۷۹۱ و ۳۷۹۲؛ ____ (۱۴۰۴ ق)، الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۱۴-۱۲۰.

شاهد و نظیر اینها ملکیت برنج را در محکمه ذیصلاح ثابت نماید و محکمه ذیصلاح حکم نماید که احمد برنج ها را تسلیم جمشید نماید، احمد مکلف است ضمان یا جبران خسارت استحقاق برنج ها را به محمود بدهد. نص این ماده توجیه پذیر به نظر نمی رسد. زیرا، قرض دهنده از یکطرف بدون دریافت عوض برنج ها را به قرض گیرنده می دهد و نسبت به قرض گیرنده احسان می نماید و از طرف دیگر در صورتی که برنج یا شی توسط شخص ثالث به استحقاق برده شود، قرض دهنده مکلف است جبران خسارت آن را به قرض گیرنده پرداخت نماید. جبران خسارت دادن مثل برنج یا قیمت آن توسط قرض دهنده به قرض گیرنده است.^{۳۹۱} نص این ماده از جهات مختلف محل ایراد است. نخست این که امروزه معمولاً و غالباً محل عقد قرض پول است نه شی. دوم این که نص این ماده کاملاً به ضرر قرض دهنده است و قرض گیرنده بدون تحمل هیچ ضرری می تواند جبران خسارت از قرض دهنده بگیرد. سوم این که نص این ماده عادلانه به نظر می رسد. بنابراین، قابل توصیه است نص این ماده تعدیل گردد.

دوم این که: هرگاه شی به استحقاق برده شود، در آن احکام بیع و الا احکام عاریت رعایت می شود. مفهوم مخالف نص این ماده این است که اگر شی به استحقاق برده نشود، در آن احکام عاریت قابل تطبیق است.^{۳۹۲} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به قرض بدهد، در خصوص قرض موتر مشروط بر این که شخص ثالث مانند جمشید در خصوص آن دعوی استحقاق ننماید، احکام عاریت قابل تطبیق است.

تابع ساختن شی به احکام عاریت در صورت عدم استحقاق محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، معمولاً محل عقد عاریت شی استعمالی و محل عقد قرض شی استهلاکی است. بنابراین، در عقد قرض قرض گیرنده شی را استهلاک می نماید و مثل آن را به قرض گیرنده می دهد و در عقد عاریت، عاریت گیرنده صرف از شی استفاده می نماید و پس از انقضای مدت آن را به عاریت دهنده رد می نماید. با توجه به این ایراد، قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز محل عقد قرض قرار گرفتن اشیاء و پیش بینی اثر به استحقاق برده شدن شی توسط شخص ثالث در عقد قرض است. نص ماده ۱۲۹۱ ق. م ترجمه ماده ۵۲۰ ق. م. ج. م. است. طبق ماده ۵۲۰ ق. م. ج. م. «هرگاه شی به استحقاق برده شود، در صورتی که قرض در برابر فایده باشد، در آن احکام بیع و الا احکام عاریت رعایت می شود.» طبق نص این ماده در صورتی که شی ای که به قرض داده می شود از اشیای مثلی غیر از نقود باشد، و شخص ثالثی در مورد آن دعوی استحقاق را اقامه نماید، ماده ۵۲۰ ق. م. ج. م. میان دو حالت تفکیک قابل شده است:

- **در صورتی که قرض در برابر فایده باشد:** در صورتی که شی مثلی به استحقاق برده شود، و قرض در برابر فایده باشد، چنین استحقاقی تابع احکام بیع است. بنابراین، مقتضی باید مقرض را در وقت مناسب آگاه نماید. در صورت آگاه نمودن و عدم التفات مقرض و به استحقاق برده شدن شی ای که به قرض داده شده و یا دفع دعوی استحقاق توسط مقتضی و محکوم علیه شناخته شدن مقتضی، مقتضی می تواند مثل شی را از مقرض و نیز مصارف دعوی ضمان را به نحوی که تفصیل آن در مبحث ضمان استحقاق مبیع گذشت، مطالبه نماید.

- **در صورتی که قرض بدون فایده باشد:** در صورتی که قرض بدون فایده باشد، و شی ای که به قرض داده شده است، توسط شخص ثالث به استحقاق برده شود، چنین استحقاقی تابع احکام عاریت است (ماده ۵۲۰ ق. م. ج. م.). ماده ۶۳۸ ق. م. ج. م. در مورد به استحقاق برده شدن شی ای که به عاریت داده شده است، حکم می نماید که: «عاریت دهنده از استحقاق برده شدن شی عاریت داده شده، ضامن نمی باشد، مگر اینکه سبب استحقاق را عمداً مخفی نموده یا به اساس موافقه خاصی تضمین را قبول نموده باشد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که در صورتی که قرض در برابر فایده نباشد، مقرض ضامن استحقاق شی ای که به قرض داده شده است، نیست، مگر در دو حالت: (۱) در صورتی که مقتضی ضمان را بر مقرض شرط گذاشته باشد؛ و (۲) در صورتی که مقرض سبب استحقاق را می دانسته. اما، آن را از مقتضی پنهان کرده باشد.^{۳۹۳}

چون در نظام حقوقی اسلام گرفتن سود در برابر قرض حرام است و ق. م نیز از نظام حقوق اسلام پیروی نموده و گرفتن سود را جایز نمی داند مگر به موجب قانون خاص که تاکنون چنین قانونی وجود ندارد. نویسندگان ق. م عبارت «در برابر فایده را از ماده

۳۹۱. جهت مطالعه احکام ضمان استحقاق در عقد بیع ر. ک: همین کتاب، مبحث آثار عقد بیع.

۳۹۲. جهت مطالعه احکام عاریت ر. ک: همین کتاب، مبحث آثار عاریت، صص ۲۲۹-۲۳۲.

۳۹۳. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۵)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۵۸-۴۶۰.

۱۲۹۱ ق. م حذف نموده و بقیه حکم مندرج ماده ۱۲۹۱ را از ماده ۵۲۰ ق. م. ج. م اقتباس نموده اند که معنی صحیح را افاده نمی نماید و ایجاب تعدیل را می نماید.

۳- ضمان عیوب پوشیده: طبق ماده ۱۲۹۰ ق. م: «(۱) هرگاه در شی ای که به قرض گرفته شده، عیب خفی ظاهر شود و قرض گیرنده رد آن را اراده ننماید، تنها به رد قیمت شی در حالت عیب مکلف می شود؛ و (۲) در حالی که قرض دهنده، عیب را قصداً اخفاء نموده باشد، قرض گیرنده می تواند اصلاح عیب را مطالبه و یا استبدال آن را به شی سالم تقاضا نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- هرگاه در شی ای که به قرض گرفته شده، عیب خفی ظاهر شود و قرض گیرنده رد آن را اراده ننماید، تنها به رد قیمت شی در حالت عیب مکلف می شود. عیب در لغت به معنی نقص، نقیصه، بدی، زشتی و کمبود است که جمع آن عیوب است.^{۳۹۴} تعریف عیب در مبحث عقد بیع گذشت. خفی در لغت به معنی نهان، پوشیده و پنهان است.^{۳۹۵} تعریف شی در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد اسپ محمود را قرض بگیرد و اسپ مریض باشد و احمد نخواهد اسپ را به محمود رد نماید، می تواند قیمت اسپ را به محمود رد نماید.

- در صورت که قرض دهنده، عیب را قصداً اخفاء نموده باشد، قرض گیرنده می تواند اصلاح عیب را مطالبه و یا استبدال آن را به شی سالم تقاضا نماید. اخفا از ریشه «خفی» گرفته شده است که در لغت به معنی نهان کردن، پنهان کردن و مخفی کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، اخفا عبارت است از پنهان کردن وصف یا چیزی که باید آشکار باشد که می تواند منجر به تدلیس و غش و ... در عقود گردد.^{۳۹۶} استبدال از ریشه «بدل» گرفته شده است که در لغت به معنی بدل کردن، چیزی به جای چیزی گرفتن، مبدل کردن و چیزی را به جای چیزی خواستن است. در اصطلاح حقوق مدنی، استبدال عبارت است از جایگزین کردن چیزی به جای چیزی دیگر در معاملات.^{۳۹۷} به حیث مثال، اگر احمد اسپ محمود را قرض بگیرد و اسپ مریض باشد و محمود از روی قصد مرض اسپ را احمد پنهان کرده باشد، احمد دو گزینه دارد: نخست این که از احمد مطالبه تداوی مرض اسپ را نماید. دوم این که احمد از محمود مطالبه نماید تا اسپ صحتمند به احمد بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمان عیوب پنهان شی محل عقد قرض است. نص ماده ۱۲۹۰ ق. م به دلیل این که امروزه معمولاً محل عقد قرض پول است توجیه پذیر به نظر می نمی رسد. همچنین، نص ماده ۱۲۹۰ ق. م ترجمه ماده ۵۲۱ ق. م. ج. م است. طبق ماده ۵۲۱ فقره های اول و دوم ق. م. ج. م: «(۱) هرگاه در شی ای که به قرض گرفته شده، عیب خفی ظاهر شود و قرض بدون مفاد باشد و قرض گیرنده رد آن را اراده ننماید، تنها به رد قیمت شی در حالت عیب مکلف می شود؛ و (۲) اما، اگر قرض در برابر فایده باشد و یا بدون فایده باشد، و قرض دهنده، عیب را قصداً اخفاء نموده باشد، قرض گیرنده می تواند اصلاح عیب را مطالبه و یا استبدال آن را به شی سالم تقاضا نماید.» طبق نص این ماده باید میان قرض بدون فایده و قرض با فایده تفکیک قایل شد:

- ضمان عیوب پوشیده در قرض با فایده (سود): شروط عیب خفی در مبحث عقد بیع گذشت. بنابراین، در صورت تحقق عیب پوشیده مقتضی می تواند از مقرض تعویض ضرر ناشی از آن را در صورتی که قرض در برابر فایده (سود) باشد، مطالبه نماید. مطالبه تعویض ضرر از دو طریق ممکن است:

اول- از طریق اصلاح عیب در صورتی که اصلاح ممکن باشد، مانند اینکه: شی که به قرض داده شده، غلات همراهی خاک باشد و به اندازه مالوف در آن اضافه شده باشد، مقرض مکلف به تصفیه خاک از غلات و پرداخت تعویض غلات به مقدار غلات می گردد؛

دوم- اما، در صورتی که اصلاح شی ای که به قرض داده شده است، غیر ممکن باشد، مانند: پول که بعداً جعلی بودن آن ظاهر شود، قرض دهنده مکلف است پولی دیگری به عوض آن به قرض گیرنده بدهد.

- ضمان عیوب پوشیده در قرض بدون فایده (سود): در صورتی که قرض بدون سود باشد و در شی ای که به قرض گیرنده داده شده است، عیب پوشیده ظاهر گردد، قرض گیرنده می تواند یکی از دو امر زیر را نیز اختیار نماید:

394. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶).

۳۹۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۶.

۳۹۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۳۶.

۳۹۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۲۲۰.

اول) رد شی ای معین به قرض دهنده که موجب انتهای عقد قرض گردد؛ و دوم) نگهداشتن شی معیب الی انتهای قرض مشروط بر اینکه قیمت شی ای معیب را به قرض دهنده رد نماید. اما، در دو حالت قرض دهنده به اصلاح عیب و یا تبدیل شی معیب با شی سلیم مکلف می گردد: ۱) در صورتی که قرض دهنده عیب شی ای را که به قرض می دهد، می داند، اما عیب را از قرض گیرنده پنهان نماید؛ ۲) در صورتی که قرض دهنده عیب را نداند، اما قرض گیرنده عدم معیوب بودن شی ای را که به قرض می گیرد، شرط گذاشته باشد.^{۳۹۸} در مورد ضمان عیوب پوشیده شی ای که به قرض داده می شود، نویسندگان ق. م نیز از قانون مدنی مصر پیروی نموده اند. با این تفکیک که: چون گرفتن سود در برابر قرض طبق ق. م جواز ندارد (ماده ۱۲۹۵ ق. م) نویسندگان ق. م عبارت «سود یا فایده» را از ماده ۱۲۹۰ حذف نموده اند. با توجه به آنچه گفته شد، نص ماده ۱۲۹۰ ق. م توجیه پذیر و عادلانه به نظر نمی رسد. زیرا، قرض دهنده از یکطرف به قرض گیرنده نیکی می نماید و از طرف دیگر اگر قرض بدون عوض باشد باید قیمت شی معیوب را پرداخت نماید یا شی معیوب را ترمیم و اصلاح نماید یا شی معیوب را باید تبدیل نماید. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۳- عدم مطالبه قرض در صورت محدود بودن زمان آن: طبق ماده ۱۲۸۹ فقره اول ق. م: «(۱) قرض گیرنده شی را بعد از قبض مالک شده، مثل آن به ذمه اش ثابت می گردد نه عین آن، گرچه موجود باشد. قرض دهنده نمی تواند قرض گیرنده را به رد مثل قبل از موعد معین مکلف سازد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

- قرض گیرنده شی را بعد از قبض مالک شده، مثل آن به ذمه اش ثابت می گردد نه عین آن، گرچه موجود باشد. تعریف ذمه در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود قرض بدهد، محمود مالک ده لک افغانی می شود و مثل ده لک افغانی بر ذمه محمود ثابت می گردد نه عین آن.
- قرض دهنده نمی تواند قرض گیرنده را به رد مثل قبل از موعد معین مکلف سازد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود برای مدت شش ماه قرض بدهد، احمد نمی تواند قبل از سپری شدن شش ماه پرداخت ده لک افغانی را از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر دین مؤجل و دین مطلق است.

۲) آثار قرض نسبت به مقتضی: طبق عقد قرض، آثار ذیل متوجه قرض گیرنده می شود:

۱- رد مثل شی ای که به قرض گرفته شده است: طبق ماده ۱۲۹۲ ق. م: «قرض گیرنده به رد مثل شی از لحاظ کمیت و کیفیت و در زمان و مکانی که در آن موافقه صورت گرفته مکلف می باشد. در صورتی که زمان و مکان رد، قبلاً تعیین نشده باشد قرض گیرنده می تواند هر وقتی خواسته باشد در محل عقد آن را مسترد نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد: نخست این که قرض گیرنده مکلف است رد مثل شی ای را که به قرض گرفته است به قرض گیرنده مسترد نماید. در صورتی که شی پول باشد، رد مثل آن ناممکن است. زیرا، پول با تعیین متعین نمی گردد. اما، اگر شی مثلی باشد، قرض گیرنده مکلف است مثل آن را از نظر کمیت، کیفیت در زمان و مکانی که موافقه شده است، به قرض دهنده مسترد نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده سیر برنج وطنی از محمود در ماه حمل سال ۱۳۹۸ در کابل قرض بگیرد و با محمود توافق نماید که ده سیر برنج وطنی را در کابل در ماه جوزا به محمود می دهد، مکلف است ده سیر برنج وطنی را به محمود در ماه جوزا در کابل بدهد. وطنی بودن برنج بیانگر کیفیت برنج و ده سیر بیانگر کمیت برنج است.

دوم این که در صورتی که زمان و مکان رد، قبلاً تعیین نشده باشد قرض گیرنده می تواند هر وقتی خواسته باشد در محل انعقاد عقد آن را مسترد نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده سیر برنج وطنی از محمود در کابل قرض بگیرد، مکلف است ده سیر برنج وطنی را به محمود در کابل بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد قرض است.

۲- طبق ما ۱۲۹۳ ق. م: «هرگاه قرض بر اشیایی پیمانه ای یا وزنی یا مسکوکات یا بانکنوت صورت گرفته باشد، قرض گیرنده به رد مثل آن مکلف می باشد، گرچه نرخ نزول یا صعود کرده باشد.» طبق نص این ماده هرگاه قرض بر اشیایی پیمانه ای یا وزنی یا مسکوکات یا بانکنوت صورت گرفته باشد، قرض گیرنده به رد مثل آن مکلف می باشد، گرچه نرخ نزول یا صعود کرده باشد. اشیایی پیمانه ای یا مکیلات بر اشیای اطلاق می گردد که به پیمانه خرید و فروش گردند، مانند: روغن و برنج و امثال اینها که در گذشته به پیمانه به فروش می رسیدند و بعضی اموالی که امروزه بر اساس لیتر خرید و فروش می شود مانند: تیل و مبلایل و غیره. ماده

۳۹۸. جهت مطالعه بیشتر در این مورد ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۵)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۶۰-۴۶۲.

۱۳۳ مجله الاحکام در تعریف مکیلات می گوید: «کیل و مکیل به اشیای اطلاق می گردد که به پیمانه تعیین گردند.» اموال وزنی اموالی است که بر اساس وزن خرید و فروش می شوند مانند: شکر، برنج و امثال اینها. ماده ۱۳۴ مجله الاحکام در تعریف مال وزنی می گوید: «وزنی و موزون عبارت از چیزی است که وزن شود.» مسکوکات جمع مسکوک است. مسکوک در لغت به معنی سکه شده است. مسکوک در اصطلاح عبارت از پول فلزی و در گذشته نقره بوده است.^{۳۹۹} بانک نوت ظاهراً از ادبیات انگلیسی وارد ادبیات دری شده است. به عبارت دیگر: بانک نوت در زبان دری از ادبیات انگلیسی عاریت گرفته شده است. در اصطلاح، بانک نوت عبارت از پول کاغذی است. صعود در لغت به معنی بالا رفتن، برآمدن، عروج، اوج گیری، تصاعد، و ارتقا است که در مقابل نزول استعمال می شود.^{۴۰۰} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، صعود عبارت است از بالا رفتن نرخ اسعار در بازار. نزول در لغت فرود آمدن، پایین آمدن و کم شدن است.^{۴۰۱} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، نزول پایین آمدن نرخ اسعار در بازار است.

به حیث مثال، اگر احمد پنج هزار افغانی (پول فلزی) یا ده هزار افغانی (بانکنوت) یا صد لیتر تیل یا ده سیر برنج به محمود قرض بدهد، محمود مکلف است مثل آن را به احمد رد نماید. کاهش و افزایش نرخ پول یا شی هیچ تفاوت در رد شی ندارد. بنابراین، اگر قیمت برنج بالا برود یا پایین بی آید، محمود مسؤول صعود و نزول نرخ نیست و صرف مسؤول رد ده سیر برنج است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد قرض است.

۳- ماده ۱۲۹۲ ق. م: «هرگاه مثل شی ای که به قرض گرفته شده، پس از استهلاك آن از طرف قرض گیرنده در بازار نایاب گردد، قرض دهنده می تواند تا پیدا شدن مثل آن در بازار، انتظار بکشد یا قیمت روز قبض را مطالبه نماید.» طبق نص این ماده هرگاه مثل شی ای که به قرض گرفته شده، پس از استهلاك آن از طرف قرض گیرنده در بازار نایاب گردد، قرض دهنده می تواند تا پیدا شدن مثل آن در بازار، انتظار بکشد یا قیمت روز قبض را مطالبه نماید.

استهلاك در لغت به معنی نیست کردن، میراندن و هلاک کردن است.^{۴۰۲} نایاب شدن اموال مثلی در بازار در حالات ذیل ممکن است صورت پذیرد: نخست؛ انقطاع مال مثلی در بازار: زمانی که موجودیت مال مثلی در بازار منقطع گردد مال مثلی، قیمی می گردد؛ دوم؛ اختلاط: در صورتی که دو مال مثلی از دو جنس مختلف مخلوط گردد مانند خلط گندم و جو، خلیط مذکور مال قیمی تلقی می گردد؛ سوم؛ در معرض خطر قرار گرفتن: در صورتی که مال مثلی در معرض خطرمانند حریق و غرق قرار گیرد قیمت خاص پیدا می کند و مبدل به مال قیمی می گردد؛ و چهارم؛ استعمال: هنگامی که مال مثلی استعمال شود قیمت خاص پیدا می کند و مبدل به مال قیمی می گردد.^{۴۰۳}

به حیث مثال، اگر احمد ده سیر روغن شمع به محمود قرض بدهد و محمود روغن را در اثر استفاده استهلاك نماید و بعد از استهلاك روغن شمع در بازار نایاب گردد، احمد دو گزینه دارد: نخست این که انتظار بکشد تا روغن شمع در بازار پیدا شود و دوم این که قیمت روز قبض روغن توسط محمود را از محمود مطالبه نماید. در این فرض، روغن شمع در ابتداء مال مثلی بوده است. زیرا در بازار مثل آن پیدا می شده است. اما، پس از نایاب شدن، روغن شمع به مال قیمی تبدیل شده است. در صورتی که روغن شمع دوباره در بازار پیدا شود، روغن شمع که به مال قیمی تبدیل شده بود، دوباره به مال مثلی تبدیل می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر استهلاك شی مثلی محل عقد قرض است.

۴- طبق ماده ۱۲۸۹ فقره دوم ق. م: «(۲) اگر شی بعد از عقد و قبل از قبض تلف شود، قرض گیرنده ضامن شناخته نمی شود.» طبق نص این ماده اگر شی بعد از عقد و قبل از قبض تلف شود، قرض گیرنده ضامن شناخته نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد منعقد نماید تا ده سیر روغن به محمود قرض بدهد اما قبل از این که احمد روغن را به محمود تسلیم نماید و محمود روغن را قبض نماید، روغن تلف شود، احمد در برابر محمود ضامن نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تلف شدن شی محل عقد قرض قبل از تسلیم و تسلیم است.

399. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 5/12/2019).

400. Ibid, (۲۰۱۶/۸/۳۱ (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۳۱).

401. Ibid, (last visit: 5/12/2019).

۴۰۲. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۸۶.

۴۰۳. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۳۲ و ۱۳۳؛ وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۸۵-۲۸۸۶؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، صص ۴۲ و ۴۳.

۵- طبق ماده ۱۲۹۶ ق. م: «هرگاه محجور علیه چیزی را به قرض گرفته استهلاك نماید، به قدر آنچه از آن استفاده به عمل آورده ضامن پنداشته می شود. در صورتی که مال مذکور خود تلف شود قرض گیرنده ضامن آن شناخته نمی شود و اگر مال به شکل معیوب باقی باشد، قرض دهنده آن را استرداد کرده می تواند.»، از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

- طبق نص این ماده هرگاه محجور علیه چیزی را به قرض گرفته استهلاك نماید، به قدر آنچه از آن استفاده به عمل آورده ضامن پنداشته می شود. محجور علیه اسم مفعول از ریشه «حجر» گرفته شده است که در لغت به معنی ممنوع و بازداشت شده است. در اصطلاح حقوقی محجور به کسی گویند که به حکم قانون یا قاضی از تصرف در اموال خویش ممنوع شده باشد مانند دیوانه، سفیه، معنوه، صغیر، غافل، ورشکسته و نظیر اینها.^{۴۰۴}

استهلاك در لغت به معنی نیست کردن، میراندن و هلاک کردن است.^{۴۰۵} ضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است. در اصطلاح حقوق مدنی، ضامن کسی است که دین در ذمه دیگری به ذمه او منتقل می شود تا اگر شخص دیگر از پرداخت دین خودداری کند، خود متعهد به پرداخت دین باشد.^{۴۰۶} عبارت چیز در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. چیز ضمیر نامعین است و می تواند پول باشد یا مال مثلی. به نظر می رسد منظور از چیز مال مثلی است. به حیث مثال، اگر احمد به دلیل صغر، جنون، سفه و نظیر اینها تحت حجر قرار بگیرد و پنج کیلو برنج از محمود قرض بگیرد و آن را بخورد ضامن پرداخت پنج کیلو برنج به محمود است.

۲- در صورتی که مال خودش تلف شود قرض گیرنده ضامن آن شناخته نمی شود. تلف در لغت به معنای نابود شدن، هلاک شدن و از بین رفتن، نیست شدن و تباه شدن است.^{۴۰۷} به حیث مثال، اگر احمد به دلیل صغر، جنون، سفه و نظیر اینها تحت حجر قرار بگیرد و پنج کیلو برنج از محمود قرض بگیرد، اما برنج در اثر گذشت زمان پوسیده شود، احمد ضامن نیست. زیرا، در پوسیده شدن برنج ها، اراده احمد نقشی نداشته است.

۳- اگر مال به شکل معیوب باقی باشد، قرض دهنده آن را استرداد کرده می تواند. نص این ماده مبهم به نظر می رسد. معیوب در لغت به معنی عیب دار و ناقص است.^{۴۰۸} در اصطلاح حقوقی، معیوب عبارت از شخص یا کالایی است که در آن عیب وجود داشته باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، برنج معیوب شود، احمد ضامن پرداخت جبران خسارت آن نیست و محمود می تواند آن را دوباره از محمود بگیرد.

مبحث پنجم (صلح)

نوع پنجم عقود تملیکی صلح است. صلح از عقود مهم معین است. جلد سوم، فصل پنجم مواد ۱۲۹۷ الی ۱۳۲۱ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م، فقه به خصوص مجلة الاحکام اقتباس و ترجمه کرده اند:

گفتار اول (تعریف، خصوصیات و ارکان)

الف) تعریف و مصادر مشروعیت

صلح به معنای آشتی، سلم، تراضی متنازعین، سازش، پایان دادن به جنگ و قطع نزاع است. هر یک از طرفین نزاع را در عقد صلح «مصالح» یا صلح کننده، چیزی را که موضوع نزاع است «مصالح عنه» و چیزی را که بر سر آن صلح می شود و تعیین می شود و یک طرف برای قطع نزاع و خصومت به دیگری می دهد «مصالح علیه» می گویند (مستنبط از: مواد ۱۵۳۲ الی ۱۵۳۳ مجلة الاحکام). در اصطلاح شرعی صلح عبارت از عقدی است که جهت رفع منازع وضع گردیده است.^{۴۰۹} ماده ۱۵۳۱ مجلة الاحکام در تعریف صلح می گوید: «صلح عقدی است که نزاع را به تراضی رفع می نماید.»، طبق ماده ۱۲۹۷ ق. م: «صلح، عقدی است که نزاع را رفع و خصومت را به اساس رضایت طرفین قطع می نماید.»، هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف صلح است.

۴۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۳۷.

۴۰۵. محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۸۶.

۴۰۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۴۸.

۴۰۷. _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۶.

408. <https://www.vajehyab.com>, (last visit: 8/31/2016).

۴۰۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۳۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۸۸۵-۲۸۸۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران: انتشارات محمدی سقر، صص ۴۴۰ و ۴۴۱.

فقهاء بر این نظر اند که: صلح مندوب است و قاضی اگر طرفین را به صلح اشاره کند، إشکالی ندارد. اما، قاضی نمی تواند آنان را به این کار اجبار نماید و یا بر آن اصرار ورزد و این در صورتی است که بر او به صورت واضح معلوم نباشد که حق با کیست، اما اگر بداند که حق با چه کسی است باید به نفع او حکم کند. مشروعیت صلح بر مبنای قرآن کریم، سنت و اجماع فقهاء ثابت است: خداوند ﷻ می فرماید:

﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَفَاتِلُوا آلِيَّيْنِ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَ مَا صُلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسَطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ - [الحجرات: ۹]

«و اگر دو طایفه از مؤمنان با هم بجنگند میان آن دو را اصلاح دهید و اگر [باز] یکی از آن دو بر دیگری تعدی کرد با آن [طایفه ای] که تعدی می کند بجنگید تا به فرمان خدا باز گردد پس اگر باز گشت میان آنها را دادگرانه سازش دهید و عدالت کنید که خدا دادگران را دوست می دارد.».

همچنین، خداوند ﷻ فرماید:

﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ - [النساء: ۱۲۸]

«اگر زنی از شوهر خویش بیم ناسازگاری یا رویگردانی داشته باشد بر آن دو گناهی نیست که از راه صلح با یکدیگر به آشتی گریند که سازش بهتر است [ولی] بخل [و بی گذشت بودن] در نفوس حضور [و غلبه] دارد و اگر نیکی کنید و پرهیزگاری پیشه نمایید قطعاً خدا ﷻ به آنچه انجام می دهید آگاه است.».

پیامبر ﷺ نیز در مورد صلح فرموده است:

«الصلح جایز بین المسلمین إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون علی شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً.»^{۴۱۰}

«صلح میان مسلمین جایز است، مگر صلحی که حلال را حرام و حرام را حلال نماید. مسلمانان پایبند شروط خویش اند، مگر شرطی که حلال را حرام و حرام را حلال بسازد.».

فقهائ نیز اجماع نموده اند که صلح به سبب قطع نزاع میان متنازعين جایز و مشروع است.^{۴۱۱}

ب) ارکان

در مورد ارکان صلح مانند هر عقد معین دیگر در فقه دو نظریه وجود دارد: جمهور فقهاء بر این نظر اند که: ارکان صلح چهار است که عبارت اند: متصالحین، صیغه، مصالح عنه (مورد اختلاف) و مصالح علیه (بدل صلح) است. اما، فقهای حنفیه بر این نظر اند که: صلح دارای یک رکن است که عبارت از صیغه است.^{۴۱۲} اگر قواعد عمومی عقود را بر عقد صلح تطبیق نماییم به نظر می رسد ارکان عقد صلح عبارت اند از طرفین عقد صلح، صیغه، موضوع، بدل صلح و سبب.

گفتار دوم) شرایط ارکان

برای اینکه صلح به صورت صحیح واقع گردد رعایت یکسلسله شرایط در هر یک از ارکان عقد صلح ضروری است:

الف) شرایط صیغه

صیغه عبارت از ایجاب و قبول است. شرط است که عقد صلح با صیغه ایجاب و قبول متصالحین صورت پذیرد، مانند اینکه یکی از طرفین عقد صلح بگوید: در برابر این و آن با تو صلح نمودم و جانب مقابل نیز بگوید: قبول نمودم و یا راضی شدم.

ب) شرایط متصالح

طبق ماده ۱۵۳۲ مجله الاحکام: «مصالح کسی را گویند که عقد صلح را به وجود می آورد.»، در طرفین صلح رعایت شرایط آتی ضروری است:

^{۴۱۰}. رواه أبو داود، ابن ماجه و الترمذی عن عمرو بن عوف رضی الله عنه.

^{۴۱۱}. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۳؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود

ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۴۴۱ و ۴۴۲.

^{۴۱۲}. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۴.

۱) اینکه طرفین عاقل و بالغ باشند: طبق ماده ۱۳۰۰ ق. م: «عاقد صلح باید واجد اهلیت تصرف در حقوقی باشد که صلح آن را شامل می گردد». عاقد اسم فاعل از ریشه «عقد» گرفته شده است که در لغت به معنی عقد کننده است. در اصطلاح حقوق مدنی، عاقد شخصی است که عقد را برای خویش و یا دیگری می بندد. طبق نص این ماده عاقد صلح باید واجد اهلیت تصرف در حقوقی باشد که صلح آن را شامل می گردد. عبارت اهلیت تصرف در حقوقی که صلح شامل آن می شود مبهم به نظر می رسد. تصرف شامل عقد و ایقاع می شود. حقوق در مفهوم جمع حق در نص این ماده استعمال شده است.

به نظر می رسد شخص زمانی دارای اهلیت تصرف است که عاقل، بالغ و غیرمحمور باشد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد در برابر دادن موتر به محمود با محمود در خصوص منازعه ای که دارند صلح نماید، شرط است که احمد اهلیت تصرف در موتر را داشته باشد. احمد زمانی اهلیت تصرف را دارد که عاقل، بالغ و غیرمحمور علیه به سبب افلاس، سقه و نظیر اینها باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط طرفین صلح است. طبق فقه شرط است که متصالح عاقل باشد. بنابراین، صلح مجنون و صبی لایعقل (صغیر غیر ممیز) به سبب انعدام اهلیت تصرف و به سبب انعدام عقل صحیح نیست.^{۴۱۳}

۲) صلح صغیر مأذون به تجارت: طبق ماده ۱۳۰۱ ق. م: «صغیر مأذون به تجارت، می تواند با مدیون خود در دینی که حکم قضایی بر آن صادر نگردیده و شاهد برای اثبات آن هم وجود نداشته باشد یا در دینی که بالای مدیون مفلس ثابت باشد، صلح نماید. همچنین او می تواند با مدیون راجع به تأجیل دین به داخل میعاد معین صلح کند». صغیر در لغت به معنی خرد، کوچک، کم سن، مقابل کبیر استعمال می گردد و جمع آن صغار است. صغیر به کسی گفته می شود که نابالغ باشد. به عبارت دیگر: وصف صغیر در برابر کبر که صفت شخص بالغ است قرار می گیرد. همچنین، کلمه صغر در برابر بلوغ که صفت شخص بالغ است استعمال می شود. در زبان عامیه و نوشته های غیر حقوقی به صغیر، کودک، خردسال، طفل و بچه می گویند. صغر به کسر صاد و فتح عین به معنای کوچکی، خردی و کم سن و سال بودن است و در اصطلاح فقهی و حقوقی به حالت شخص از زمان زاده شدن تا هنگام بلوغ صغیر و به شخصی که چنین وضعیتی دارد، صغیر می گویند.^{۴۱۴} مأذون اسم مفعول از ریشه «اذن» گرفته شده است که در لغت به معنی اجازه داده شده است. در اصطلاح حقوق مدنی، صغیر مأذون عبارت از صغیری است که توسط محکمه ذیصلاح اجازه تجارت دریافت کرده باشد. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- صغیر مأذون به تجارت، می تواند با مدیون خود در دینی که حکم قضایی بر آن صادر نگردیده و شاهد برای اثبات آن هم وجود نداشته باشد صلح نماید. به حیث مثال، اگر احمد یازده سال باشد و محکمه به او اجازه تجارت داده باشد و احمد بر محمود سه لک افغانی دین داشته باشد، اما هنوز در خصوص این دین حکم محکمه مبنی بر الزامیت محمود صادر نشده باشد و شاهد برای اثبات این دین وجود نداشته باشد، احمد می تواند با محمود در خصوص این دین صلح نماید.

۲- صغیر مأذون به تجارت، می تواند در دینی که بالای مدیون مفلس ثابت باشد، صلح نماید. مدیون مفلس مرکب از دو کلمه است: مدیون و مفلس. مدیون اسم مفعول از ریشه «دین» گرفته شده است که در لغت به معنی قرض دار، دین دار و مقروض است. در اصطلاح حقوقی مدیون بر کسی می گویند که قرضی برای مدتی معین یا نامعین برای او داده شده و او مکلف به پرداخت آن در موعد معین باشد.^{۴۱۵} مفلس در لغت به معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح فقهی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.^{۴۱۶} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود قرض بدهد و سرمایه مجموعی محمود دو لک افغانی باشد، محمود مدیون مفلس است. اگر احمد ده ساله باشد و محکمه به او اجازه تجارت داده باشد، احمد می تواند با محمود که مدیون مفلس احمد است صلح نماید.

۳- صغیر مأذون به تجارت می تواند با مدیون راجع به تأجیل دین به داخل میعاد معین صلح کند. تأجیل از ریشه اَجَل گرفته شده است که در لغت به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می رود.^{۴۱۷} به حیث مثال، اگر احمد

۴۱۳. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۳۴۰.

۴۱۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۱۳.

۴۱۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۷۴.

۴۱۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷؛ محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۲۳۰ و ۲۳۱.

۴۱۷. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمة المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

ده ساله باشد و محکمه به او اجازه تجارت داده باشد و احمد ده لک افغانی به محمود به عنوان دین معجل بدهد، احمد می تواند با محمود مبنی بر پرداخت دین ده سال بعد یا سه سال بعد صلح نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز صلح صغیر مأذون به تجارت است.

طبق ماده ۱۵۳۹ مجله الاحکام: «شرط است که صلح کننده عاقل باشد و بلوغ وی شرط نیست. پس، صلح مجنون، معتوه و صبی غیر متمیز اصلاً صحت ندارد. اما، اگر ضرر واضح در صلح وجود نداشت، در چنین مورد صلح صبی مأذون صحت دارد. مثلاً: یک شخص بالای صبی مأذون دعوی چیزی را اقامه کرد و صبی مأذون به آن اقرار کرد، در این صورت این صبی صلاحیت صلح را به سبب اقرار دارا می باشد و بر او حقی ثابت است که با مدعی در مورد پرداخت حق او به شکل تأجیل و امهال مصالحه نماید. اگر صبی از طلب خود به یک اندازه مشخص صلح نماید در حالی به اثبات تمام حق خود شاهد شهود داشته باشد، در این صورت صلح وی صحت ندارد. اگر در ادعای خود شهود اثبات نداشت، و می فهمید که خصم او ادای حلف می کند و حق او به کلی تلف می شود، پس صلح صبی با خصم به یک مقدار معین صحت دارد. اگر صبی بالای یک شخص دعوی مال نمود و به قیمت آن با وی صلح کرد، این صلح وی جواز دارد و اگر صلح به غبن فاحش می انجامید، در این صورت صحت ندارد.»

۳) اینکه صلح به ضرر ظاهر صغیر تمام نشود: طبق ماده ۱۳۰۲ ق. م: «(۱) ولی و وصی قاصر نمی توانند راجع به دینی که قاصر بالای دیگری دارد و مدیون به آن معترف، یا بنا بر حکم محکمه ثابت، یا برای اثبات آن شاهد موجود باشد، با مدیون صلح نمایند، مگر اینکه دین مذکور در اثر عقد ولی یا وصی به وجود آمده باشد، که درین صورت ولی یا وصی به اندازه دین به مقابل قاصر ضامن شناخته می شود. اگر صلح به مقابل مال دیگری به عمل آمده باشد، در صورتی که قیمت مال معادل دین یا اندکی کمتر از آن باشد جایز می باشد، مگر اینکه در آن غبن فاحش باشد؛ و (۲) اگر ولی یا وصی از عدم اثبات جمیع دین هراس داشته باشد، طوری که شاهد وجود نداشته و مدیون منکر به حلف حاضر شود، به اجازه محکمه به قسمتی از دین صلح کرده می تواند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- ولی و وصی قاصر نمی توانند راجع به دینی که قاصر بالای دیگری دارد و مدیون به آن معترف، یا بنا بر حکم محکمه ثابت، یا برای اثبات آن شاهد موجود باشد، با مدیون صلح نمایند. ولی شخصی است که بر صغیر ولایت دارد مانند پدر و پدر و سایر اولیاء. وصی در لغت به معنی وصیت شده است. در اصطلاح حقوقی، وصی شخصی است که برای حفظ مال و یا فرزندان شخص پس از مرگ او توسط پدر یا پدر کلان یا قاضی تعیین شده باشد.^{۴۱۸} تعریف قاصر گذشت. ضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است. در اصطلاح حقوق مدنی، ضامن کسی است که دین در ذمه دیگری به ذمه او منتقل می شود تا اگر شخص دیگر از پرداخت دین خودداری کند، خود متعهد به پرداخت دین باشد.^{۴۱۹} به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و ده لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و احمد تحت ولایت پدر یا پدر کلانش جمشید و فاروق بالترتیب قرار داشته باشد یا پدر و پدر کلان احمد وفات نموده باشد و قیوم را به عنوان وصی احمد تعیین نموده باشند، جمشید، فاروق و قیوم نمی توانند با محمود در برابر دینی که احمد بر محمود دارد صلح نمایند مشروط بر این که محمود اعتراف نماید که من مدیون احمد هستم یا حکم محکمه در خصوص الزامیت محمود وجود داشته باشد و یا وصی و ولی برای اثبات دین احمد شاهد داشته باشند.

این اصل است. استثنای این اصل این است که فاروق، جمشید یا قیوم عقد را با مدیون منعقد نموده باشند. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله تحت ولایت یا وصایت فاروق یا جمشید قرار داشته باشد و فاروق و جمشید عقد قرض را با محمود منعقد نمایند و ده لک افغانی از پول احمد به محمود قرض بدهند، فاروق و جمشید در برابر احمد ضامن اند و در صورتی که محمود دین احمد را پرداخت ننماید، جمشید و فاروق مکلف اند دین احمد را به او پرداخت نمایند.

۲- اگر صلح به مقابل مال دیگری به عمل آمده باشد، در صورتی که قیمت مال معادل دین یا اندکی کمتر از آن باشد جایز می باشد، مگر اینکه در آن غبن فاحش باشد. تعریف غبن فاحش در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و ده لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و جمشید ولی احمد در برابر دین احمد با گرفتن

۴۱۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۸.

۴۱۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، ص ۱۲۴۸.

موتّر از محمود با محمود صلح نماید، در صورتی که قیمت موتّر ده لک افغانی یا نه لک هشتاد هزار افغانی باشد صلح صحیح است. اما، اگر در موتّر غبن فاحش وجود داشته باشد این صلح جواز ندارد. به حیث مثال، اگر جمشید و محمود قیمت موتّر را بیشتر از پانزده فیصد از قیمت بازار محاسبه نمایند، این صلح جواز ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم صلح ولی و وصی قاصر و مورد حمایت قرار دادن حق و مصلحت قاصر است.

۴) طبق ماده ۱۳۰۳ ق. م: «هرگاه بالایی صغیر ممیز دعوی دین اقامه گردیده و مدعی برای اثبات دعوی خود شاهد داشته باشد، وصی یا ولی می تواند به اجازه محکمه در بدل یک شی با مدعی صلح نموده و باقیمانده را بپردازد. اگر مدعی شاهد نداشته باشد، ولی یا وصی صلح کرده نمی تواند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه بالایی صغیر ممیز دعوی دین اقامه گردیده و مدعی برای اثبات دعوی خود شاهد داشته باشد، وصی یا ولی می تواند به اجازه محکمه در بدل یک شی با مدعی صلح نموده و باقیمانده را بپردازد. طبق ماده ۹۴۳ مجله الاحکام: «صغیر غیر ممیز کسی است که خرید و فروش را نمی فهمد؛ یعنی: نمی داند که فروش موجب سلب مالکیت و خرید سبب به دست آوردن آن است و بین غبن فاحش آشکار، مانند غبن به میزان پنج دهم، و غبن کم فرق نمی گذارد؛ و به کسی که میان اینها فرق بگذارد طفل ممیز گفته می شود.» تعریف ولی و وصی در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و محمود مبلغ ده لک افغانی بر احمد دین داشته باشد و محمود علیه احمد اقامه دعوی دین نماید و برای اثبات دین خویش شاهد داشته باشد، جمشید یا قیوم ولی و وصی احمد می تواند با دادن موتّر احمد به محمود با محمود صلح نمایند. در صورتی که قیمت موتّر هشت لک افغانی باشد، جمشید یا قیوم مکلف اند دو لک افغانی نیز به محمود پرداخت نمایند.

۲- اگر مدعی شاهد نداشته باشد، ولی یا وصی صلح کرده نمی تواند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود برای اثبات دین شاهد نداشته باشد، صلح قیوم یا جمشید با محمود جواز ندارد. دلیل جواز صلح درحالت اول داشتن شاهد توسط مدعی و دلیل عدم جواز صلح در حالت دوم عدم داشتن شاهد توسط مدعی است. زیرا، در صورت اول امکان بردن دعوی توسط مدعی متصور است و در حالت دوم امکان بردن دعوی توسط مدعی به دلیل عدم داشتن شاهد که یکی از وسایل اثبات دعوی است ناممکن است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم صلح وصی و ولی طفل ممیز و مورد حمایت قرار دادن مصلحت و حق طفل ممیز است.

۳) اینکه در صلح مال صغیر مصالح از جمله کسانی باشد که بتواند در مال صغیر تصرف نماید، مانند پدر و پدر کلان و وصی. زیرا، صلح تصرف در مال و مختص به کسی است که صاحب صلاحیت تصرف در مال باشد.^{۴۲۰}

۲) طبق ماده ۱۳۰۲ ق. م: «وکیل به خصومت صلح کرده نمی تواند، اگر شخصی که به خصومت در دعوی وکیل گردیده بدون اجازه مؤکل خود صلح کند، این صلح وی صحیح نمی باشد.» طبق نص این ماده وکیل به خصومت که نمی تواند صلح نماید مگر این که مؤکل به او اجازه دهد. خصومت از ریشه خصم گرفته شده است که در لغت به معنی دشمنی است. در اصطلاح حقوق مدنی، خصومت عبارت است از ادعای که از یکطرف در مورد حقی صورت می گیرد.^{۴۲۱} وکیل به خصومت عبارت از وکیلی است که مؤکل او را برای پیش برد دعوی به وکالت می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد بر ده جریب زمین محمود ادعا داشته باشد و برای اقامه دعوی جمشید را وکیل بگیرد، جمشید نمی تواند با محمود صلح نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد به جمشید اجازه صلح را بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم صلح وکیل به خصومت با مدعی علیه و مورد حمایت قرار دادن حق و مصلحت مؤکل است.

ج) شرایط مصالح عنه (موضوع صلح)

طبق ماده ۱۵۳۲ مجله الاحکام: «مصالح عنه عبارت از مدعی به می باشد.» در مصالح عنه شرط است که:

۱) اینکه صلح در مورد احوال شخصی و نظام عامه نباشد: طبق ماده ۱۳۱۰ ق. م: «صلح در مسایل متعلق به احوال شخصی و نظام عامه جواز ندارد، اما صلح از حقوق مالی که بر احوال شخصی مرتب گردیده یا از ارتکاب جرم نشأت گرفته باشد، جواز دارد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۴۲۰. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۴۱.
۴۲۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۹.

۱- صلح در مسایل متعلق به احوال شخصی جواز ندارد. در خصوص تعریف و مصادیق احوال شخصیه در فقه و حقوق میان علماء اختلاف وجود دارد.^{۴۲۲} اما طبق قانون احوال شخصیه اهل تشیع احوال شخصیه مباحث مربوط به اهلیت، شخصیت، فامیل، میراث، هبه و وصیت را در بر می گیرد. به حیث مثال، شخصی بخواهد در باره بنوت (فرزندی) ابوب (پدری) و امثال اینها صلح نماید و حق پدری و فرزندگی را ساقط نماید و یا احکام مربوط به وصایت، ولایت و یا قیمومیت، حضانت و امثال اینها را تغییر دهد یا ساقط نماید، این صلاح جواز ندارد.

۲- صلح در مسایل متعلق به نظام عامه جواز ندارد. تعریف نظام عامه در جلد حقوق بین الملل خصوصی این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، در صورتی که احمد مرتکب قتل محمود شود، احمد نمی تواند با مدعی العموم (خارنوال) صلح نماید. زیرا، دعوی جزایی حق اجتماع و مربوط به نظام عامه است و صلح در مورد آن جواز ندارد.

۲- صلح از حقوق مالی که بر احوال شخصی مرتب گردیده جواز دارد. به عنوان مثال، اگر حمیده مطلقه باشد، می تواند از باقی مهر خویش و یا نفقه زمان گذشته و یا نفقه عدت با احمد شوهر قبلی خویش در باره آن صلح نماید.

۴- صلح در مورد حقوقی که از جرم ناشی می شود، مانند: پرداخت تعویض (جبران خسارت) جواز دارد. به عنوان مثال، اگر جانی با مجنی علیه در مورد تعویض ناشی از ضرری که به مجنی علیه رسانیده است، صلح نماید، مجنی علیه نمی تواند بعد از صلح، پرداخت تعویض را از جانی مطالبه نماید.^{۴۲۳}

۲) طبق ماده ۱۲۹۸ فقره اول ق. م: «(۱) در عقد صلح، شرط است که حقی که از آن صلح نشأت می کند، حق خود صلح کننده بوده و ثابت و متعلق به محلی باشد که به منظور آن صلح صورت می گیرد و تعویض گرفتن از آن مجاز باشد». طبق نص این ماده در موضوع صلح شرایط ذیل شرط است:

۱- اینکه موضوع صلح متعلق به خود صلح کننده باشد. به عبارت دیگر: موضوع صلح حق العبد باشد نه حق الله. به حیث مثال، اگر احمد سه لک افغانی بر محمود داشته باشد، می تواند با محمود صلح نموده موتر محمود را در برابر سه لک افغانی بگیرد. سه لک افغانی دین احمد بر محمود مصداق و مثال حق العبد است.

۲- این که موضوع صلح ثابت باشد. به حیث مثال، اگر احمد سه لک افغانی بر محمود داشته باشد و این دین با یکی از وسایل اثبات مانند سند، شاهد، اقرار، سوگند و قرینه بر محمود ثابت باشد، احمد می تواند با محمود صلح نموده موتر محمود را در برابر سه لک افغانی بگیرد. سه لک افغانی دین احمد بر محمود مصداق و مثال حق ثابت است.

۳- عبارت «و متعلق به محلی باشد که به منظور آن صلح صورت می گیرد» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد و ایجاب تعدیل را می نماید.

۴- این که تعویض گرفتن در برابر موضوع صلح مجاز باشد. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است.^{۴۲۴} به حیث مثال، اگر احمد سه لک افغانی بر محمود داشته باشد، می تواند در برابر آن مال محمود را بگیرد و با محمود صلح نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط موضوع صلح است. به موجب فقه شرط است:

۱- اینکه مصالح عنه حق الناس باشد تفاوت نمی کند که حق الناس مال، عین، دین و یا حق مانند قصاص باشد. بنابراین، صلح در برابر حق الله صحیح نیست. به عنوان مثال، صلح در برابر حد زنا، سرقت و شرب خمر جواز ندارد. بنابراین، قاضی و مدعی العموم نمی تواند با سارق، زانی و شارب خمر صلح نماید. زیرا، حد حق الله است.

۲- اینکه مصالح عنه حق مصالح باشد. بنابراین، در صورتی که مصالح عنه حق مصالح نباشد، صلح باطل است؛

۳- اینکه مصالح در مورد موضوع صلح حقی ثابتی داشته باشد. بنابراین، در صورتی که مصالح حق ثابتی در مورد مصالح عنه نداشته باشد، صلح جایز نیست.^{۴۲۵}

(د) شرایط متصالح علیه (بدل صلح)

۴۲۲. در مورد تعریف و مصادیق احوال شخصیه نک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید، صص ۱۳۶-۱۳۸.

۴۲۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۵)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۵۵۶-۵۶۰.
424. www.www.study.com (Last visit: 19/8/2016).

۴۲۵. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۳۶۳-۴۳۵۱.

طبق ماده ۱۵۳۱ مجله الاحکام: «مصالح علیه عبارت از بدل صلح است.» طبق ماده ۱۲۹۸ فقره دوم ق. م: «(۲) اخذ بدل در مقابل صلح جواز دارد.» طبق نص این ماده اخذ بدل در مقابل صلح جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در خصوص دین نزاع داشته باشد و محمود بخواهد موثر خویش را به احمد در بدل دین بدهد، دادن موثر در بدل دین جواز دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز گرفتن بدل و دادن بدل در برابر صلح است. در مصالح علیه (بدل صلح) رعایت شروط آتی ضروری است:

(۱) اینکه مصالح علیه مال باشد: بنابراین، صلح بر خمر، خون، صید حرام و امثال اینها صحیح نیست. مال نیز ممکن است عین، دین، منفعت و حق باشد. زیرا، عوض در عقود معاوضات می تواند عین، دین و منفعت باشد. بنابراین، بدل صلح می تواند عین، دین و منفعت باشد. صلح نیز ممکن است با اقرار، انکار و سکوت مدعی علیه باشد که احکام هر یک را ق. م با اقتباس از فقه تنظیم نموده است:

(۲) صلح در برابر منفعت: طبق ماده ۱۳۰۵ ق. م: «هرگاه مدعی به، عین معین بوده و مدعی علیه به آن اقرار نماید، مدعی در بدل منفعت برای مدت معین از آن صلح نماید، این صلح صحیح بوده و حکم اجاره را دارد. با از بین رفتن شی موضوع صلح به داخل مدت معینه صلح باطل می گردد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- هرگاه مدعی به، عین معین بوده و مدعی علیه به آن اقرار نماید، مدعی در بدل منفعت برای مدت معین از آن صلح نماید، این صلح صحیح بوده و حکم اجاره را دارد. به حیث مثال، اگر احمد در خصوص مالکیت خانه محمود اقامه دعوی نماید و محمود اقرار نماید که خانه از احمد است و احمد با محمود در بدل منفعت خانه، به حیث مثال، سکونت در خانه توسط محمود، صلح نماید، صلح صحیح است، اما در حکم اجاره است. مدعی به در نص این ماده خانه، احمد مدعی و محمود مدعی علیه است.

۲- با از بین رفتن شی موضوع صلح به داخل مدت معینه صلح باطل می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا خانه در اثر سیل یا زلزله از بین برود، صلح به دلیل انتفای محل و معدوم شدن یکی از ارکان صلح، باطل می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم صلح در برابر منفعت است. طبق فقه در صورتی که بدل صلح منفعت باشد، مانند اینکه شخصی بر دیگری یک مقدار پول داشته باشد و با آن در برابر منفعت خانه (مانند سکونت در خانه برای مدت معین مثلاً یک ماه و یا زیاده)، رکوب حیوان، کشت زمین برای مدت معین صلح نماید، چنین صلحی صحیح است و چنین صلح در حکم اجاره است. زیرا، اجاره تملیک منفعت در برابر عوض است. بنابراین، چنین عقدی تابع احکام عقد اجاره است. ماده ۱۵۴۹ مجله الاحکام نیز در این مورد تصریح می نماید که: «اگر در دعوی مال صلح با اقرار در بدل منفعت صورت بگیرد، این صلح حکم اجاره را دارد و احکام اجاره بر آن جاری می گردد. طور مثال، اگر کسی با شخصی دیگری از دعوی باغچه طوری صلح نماید که مدتی در حویلی او سکونت و از دعوی خود منصرف شود، این کار به آن می ماند که حویلی را در مقابل باغچه به اجاره گرفته است.»

(۳) صلح در برابر عین: طبق ماده ۱۳۰۶ ق. م: «هرگاه مدعی به، عین معین بوده و مدعی علیه به آن اقرار نماید، صلح از آن به مقابل مال معین صحت داشته و این صلح حکم بیع را دارد.» طبق ماده ۱۵۹ مجله الاحکام: «عین عبارت است از شی معین و مشخص از قبیل: خانه، اسب، چوکی، جوال گندم، جوال دراهم که در حال حضور از جمله اعیان محسوب می گردند.» در صورتی که صلح در برابر عین صورت پذیرد، چنین صلحی جواز دارد و در حکم بیع است. به حیث مثال، اگر احمد در خصوص مالکیت قالین محمود اقامه دعوی نماید و محمود در خصوص مالکیت آن به نفع احمد اقرار نماید و سپس محمود یک مقدار پول را به احمد بدهد و قالین را بگیرد، این صلح جواز دارد. مدعی به در این مثال قالین، احمد مدعی و محمود مدعی علیه است. همچنین، قالین در این مثال، عین است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم صلح در برابر عین است.

در فقه ماده ۱۵۲۸ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «اگر صلح از ناشی از اقرار مدعی علیه بر مال معین، در دعوی مال معین صورت گیرد، حکم بیع را دارد. پس، در آن خیار عیب، رویت و شرط جاری می گردد همانطوری که شفعه در آن جاری می گردد و در صورتی که مصالح علیه و مصالح عنه عقار باشد. اگر همه مصالح عنه یا بعض آن به استحقاق برده شود، کل یا بعضی مقدار از بدل صلح مسترد می گردد. به عنوان مثال، کسی دعوی یک حویلی را علیه شخص دیگری اقامه نماید و باوجودی

که مدعی علیه اقرار نماید که حویلی از مدعی است، اما طرفین چنین مصالحه می نمایند که مدعی علیه آن مقدار درهم را به مدعی بدهد، این حالت به مفهوم آن است که مدعی حویلی را برای مدعی علیه فروخته است و احکام بیع در آن جاری می گردد.»

۴) صلح در برابر مال های که در دست مدعی و مدعی اند: طبق ماده ۱۳۰۷ ق.م: «هرگاه شخص بالای عین دست داشته شخص دیگر، خواه معلوم یا مجهول باشد ادعا نماید و طرف مقابل بالای عین دست داشته مدعی ادعا کند، صلح به مقابل آنچه در دست یکدیگر قرار دارد، صحیح می باشد و این صلح حکم مقایضه را دارد. صحت این نوع صلح موقوف به صحت علم به عوضین نمی باشد.» تعریف عین در بالا گذشت. مجهول اسم مفهوم از ریشه «جهل» گرفته شده است که در لغت به معنی نامعلوم، ناشناخته، نامعلوم و نامشخص است.^{۴۶} به نظر می رسد می توان تعریف اصطلاحی مجهول را از معنی لغوی آن استخراج کرد. به نظر می رسد مجهولی امری است که برای فرد ناشناخته و نامشخص باشد و فرد نسبت به آن جاهل است.

تعریف مقایضه در مبحث مقایضه گذشت. عوضین به معنی عوض و معوض (عوضین) است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی عوضین چیز های اند که به عوض همدیگر در عقد مبادله می شوند. به عنوان مثال، در عقد بیع، مبیع و ثمن و در عقد اجاره عین مستأجره و اجرت بدلین اند. طبق نص این ماده هرگاه شخص بالای عین دست داشته شخص دیگر، خواه معلوم یا مجهول باشد ادعا نماید و طرف مقابل بالای عین دست داشته مدعی ادعا کند، صلح به مقابل آنچه در دست یکدیگر قرار دارد، صحیح می باشد و این صلح حکم مقایضه را دارد.

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و بگوید که قالین محمود از آن من است و محمود در پاسخ بگوید یخچال احمد از آن من است و سپس احمد و محمود صلح نمایند و احمد یخچال را به محمود بدهد و محمود قالین را به احمد بدهد، این صلح جواز دارد و در حکم مقایضه است که تفصیل آن گذشت. ایرادی که در نص این ماده وجود دارد این است که در صورتی که عوضین نامعلوم باشند، طرفین می توانند در خصوص آن ادعا و سپس صلح نمایند. به همین دلیل، فقره ۲ این ماده می گوید که صحت این نوع صلح موقوف به صحت علم به عوضین نمی باشد. به حیث مثال، اگر احمد ادعای مالکیت نسبت به مال محمود نماید و محمود ادعا مالکیت نسبت به مال احمد نماید و هر دو مال نامعین و مجهول باشند و سپس احمد و محمود در خصوص این اموال صلح نمایند، صلح جواز دارد. نص این ماده عملی و توجیه پذیر به نظر نمی رسد. زیرا، در صورت نامعین بودن عوضین، امکان دارد قیمت اموال متفاوت باشد و همچنین طرفین قادر نخواهند بود اموال را مبادله نمایند. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلح در برابر اموالی است که در دسترس مدعی و مدعی قرار دارد.

۵) صلح در برابر قسمتی از مال: طبق ماده ۱۳۰۸ ق.م: «هرگاه مدعی بر قسمتی از مدعی به با مدعی علیه صلح نماید، این نوع صلح اخذ قسمتی از حق او و اسقاط قسمت دیگر آن شمرده می شود.» طبق نص این ماده هرگاه مدعی بر قسمتی از مدعی به با مدعی علیه صلح نماید، این نوع صلح اخذ قسمتی از حق او و اسقاط قسمت دیگر آن شمرده می شود. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که ده جریب زمین محمود متعلق به احمد است و محمود در برابر ده جریب زمین با احمد صلح نماید، در حالی که زمین بیست جریب باشد، این صلح جواز دارد و احمد مستحق ده جریب زمین می شود و حق احمد نسبت به ده جریب زمین باقی ساقط می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز صلح در برابر قسمتی از مدعی بها است. به موجب فقه ماده ۱۵۵۱ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر شخصی دعوی مال معین را مانند باغچه بر علیه شخص دیگری اقامه نماید و به یک قسمت از این باغچه باهم صلح نمایند و او متباقی دعوی خویش را به مدعی علیه ابراء دهد، حکم آن چنین است که مدعی یک قسمت حق خود را گرفته و قسمت متباقی دعوی خود را ساقط نموده باشد.»

۶) اینکه بدل صلح متقوم باشد، مملوک، مقدور التسلیم، معین و معلوم باشد: طبق ماده ۱۲۹۹ فقره های اول و دوم ق.م: «(۱) بدل صلح مال مملوک با ارزش و مقدور التسلیم یا منفعت تعیین شده می تواند؛ و (۲) بدل صلح در صورتی که ایجاب قبض و تسلیم را نماید باید معلوم باشد.» طبق نص این ماده بدل صلح باید دارای شرایط ذیل باشد:

۱- مملوک باشد: مملوک اسم مفعول از «ملک» گرفته شده است که در لغت به معنی مالی است که تحت ملکیت فرد به سبب یکی از اسباب کسب ملکیت در آمده باشد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در خصوص دین نزاع داشته باشد و محمود موتر را به احمد در بدل دین بدهد، شرط است که موتر مال محمود باشد. در صورتی که موتر مال جمشید باشد، صلح صحیح نیست. زیرا، موتر مال مملوک محمود نیست. طبق فقه شرط است اینکه بدل صلح مال مملوک مصالح باشد. بنابراین، شخصی که با مال دیگری صلح نماید، صلح وی صحیح نیست. ماده ۱۵۲۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «شرط است که مصالح علیه مال مصالح بوده و در ملک او قرار داشته باشد. بنابراین، اگر مصالح مال شخص دیگری را به جهت بدل صلح إعطاء نماید، صلح او صحت ندارد.»؛

۲- متقوم باشد: به نظر می رسد با ارزش ترجمه مال متقوم است. طبق فقه «هرآنچه محرز به فعل باشد و شریعت انتفاع آن را مباح تلقی نماید مانند عقارات، منقولات، مطعومات و امثال آن متقوم است».^{۴۲۷} در مصالح علیه شرط است که متقوم باشد. پس، گوشت خوک و خمر توسط مسلمان نمی تواند بدل صلح قرار بگیرد. زیرا، شراب و گوشت خنزیر نزد مسلمین مال نیست. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در خصوص دین نزاع داشته باشد و محمود بخواهد شراب یا معدن در دل زمین را به احمد در بدل دین بدهد، صلح نیست. زیرا، معدن در دل زمین و شراب مال متقوم نیست.

۳- مقدور التسلیم باشد: مقدور التسلیم مالی است که شخص بتواند آن را به جانب مقابل تسلیم نماید. به عبارت دیگر: مقدور التسلیم عبارت از مالی است که یکی از طرفین عقد قادر باشد تا آن را به جانب مقابل تسلیم نماید. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در خصوص دین نزاع داشته باشد و محمود ماهی ها در دل دریا یا معدن در دل زمین یا پرنده ها در هوا را به احمد در بدل دین بدهد، صلح نیست. زیرا، ماهی ها در دریا، معدن در دل زمین و پرنده ها در هوا هنوز مقدور التسلیم نیستند مگر این که محمود آنها را تحت ملکیت خویش در آورد.

۴- در صورتی که بدل صلح منفعت باشد، شرط است که معین باشد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در خصوص دین نزاع داشته باشد و محمود بخواهد منفعت خانه یا زمین یا موتر خویش را به احمد در بدل دین بدهد، شرط است که منفعت خانه، موتر و زمین معین باشد.

۵- بدل صلح در صورتی که ایجاب قبض و تسلیم را نماید باید معلوم باشد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در خصوص دین نزاع داشته باشد و محمود بخواهد موتر خویش را به احمد در بدل دین بدهد، شرط است که موتر معلوم باشد. طبق فقه شرط است این که مصالح علیه معلوم باشد: زیرا، جهالت بدل یا مصالح علیه موجب بروز نزاع و در نتیجه فساد عقد می گردد.^{۴۲۸} ماده ۱۵۲۷ مجله الاحکام در مورد معلوم بودن مصالح علیه حکم می نماید که: «هرگاه مصالح علیه و مصالح عنه احتیاج به قبض و تسلیم داشت، در این صورت، لازم است که مصالح علیه و مصالح عنه هر دو معلوم باشد و اگر احتیاج به قبض و تسلیم نداشت، پس معلوم بودن هر دوی آنها شرط نیست. به عنوان مثال، اگر کسی در مورد حویلی ای که به تصرف دیگری قرار دارد، دعوی نماید و بگوید: مرا در آن حقی می باشد و مدعی علیه در باغچه ای که به تصرف مدعی قرار دارد، ادعای حق به عمل آورد و در نتیجه چنین مصالحه نمایند که هر یک از دعوای خود نسبت به جانب مقابل گذشت نماید، و معلوم نکنند که مدعی بها از چه قرار است، چنین صلح صحت دارد [...]». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۲۹۹ ق. م پیش بینی شرایط بدل صلح است.

گفتار سوم) آثار

طبق فقه و ق. م عقد صلح موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) انقطاع خصومت میان متداعیین: ماده ۱۳۱۲ ق. م: «صلح، منازعات مشمول را قطع می نماید و هیچ یک از طرفین حق رجوع از آن را ندارد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- صلح، منازعات مشمول را قطع می نماید. منازعات جمع منازعه است. منازعه از ریشه «نزع» گرفته شده است که در لغت به معنی ستیز کردن، خصومت کردن، مناقشه کردن، کشاکش کردن و جدال است. در اصطلاح حقوق مدنی، سرسختی نشان دادن

۴۲۷. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۷۹.
۴۲۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، صص ۴۳۴۲ - ۴۳۵۰.

برای احقاق حق خویش با رفتن به نزد قاضی و دفاع کردن از حق خویش منازعه گویند.^{۴۲۹} به حیث مثال، اگر احمد با محمود در خصوص دین نزاع داشته باشد و محمود زمین خویش را به احمد در بدل دین بدهد، صلح منازعه میان احمد و محمود را قطع می نماید.

۲- هیچ یک از طرفین صلح حق رجوع از صلح را پس از واقع شدن آن ندارند. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد و محمود نمی توانند از صلح رجوع نمایند. زیرا، رجوع از صلح موجب اعاده نزاع می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر صلح است.

(۲) تملک بدل صلح توسط مدعی: طبق ماده ۱۳۱۳ ق. م: «هرگاه صلح به صورت مطلوب انجام یابد، دعوی متوقف و بدل صلح در ملک مدعی داخل گردیده مدعی علیه حق استرداد آن را ندارد.» طبق نص این ماده هرگاه صلح انجام یابد، دعوی متوقف و بدل صلح در ملک مدعی داخل گردیده مدعی علیه حق استرداد آن را ندارد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در خصوص دین نزاع داشته باشد و محمود زمین خویش را به احمد در بدل دین بدهد، صلح منازعه میان احمد و محمود را متوقف می نماید. در این صورت، زمین تحت ملکیت احمد می آید و محمود نمی تواند استرداد زمین را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر صلح است. ماده ۱۵۵۶ مجله الاحکام نیز در این مورد تصریح می نماید که: «هرگاه صلح تمام شد، برای هر یک از طرفین حق رجوع باقی نمی ماند. به موجب صلح، مدعی مستحق بدل صلح می گردد و در آینده حق دعوی در این خصوص را ندارد و برای مدعی علیه نیز حق استرداد بدل صلح باقی نمی ماند.» در صورتی که یکی از متصالحین وفات نماید، ورثه حق فسخ صلح را ندارد (ماده ۱۵۵۷ مجله الاحکام).

(۳) ابطال و مستحق للغير شدن موضوع صلح: طبق ماده ۱۳۱۴ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه بدل صلح اشیای مثلی و از جنس مدعی به بوده، قبل از تسلیم به مدعی، کلاً یا قسماً تلف شده یا به استحقاق برده شود، صلح به حال خود باقی مانده، مدعی علیه به مثل آنچه تلف گردیده مکلف می گردد خواه صلح از اقرار مدعی علیه صورت گرفته باشد یا از انکار یا سکوت او؛ و (۲) اگر بدل صلح اشیای غیر مثلی بوده، قبل از تسلیم کلاً یا قسماً تلف یا به استحقاق برده شده باشد، در حالی که صلح از اقرار صورت گرفته باشد، مدعی به تمام یا قسمتی از مدعی به و در حالی که صلح از انکار یا سکوت مدعی علیه صورت گرفته باشد، به مخاصمت رجوع می نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه بدل صلح اشیای مثلی و از جنس مدعی به بوده، قبل از تسلیم به مدعی، کلاً یا قسماً تلف شده یا به استحقاق برده شود، صلح به حال خود باقی مانده، مدعی علیه به مثل آنچه تلف گردیده مکلف می گردد خواه صلح از اقرار مدعی علیه صورت گرفته باشد یا از انکار یا سکوت او. تعریف مال مثلی و جنس گذشت. طبق ماده ۸ ق. ا. م. م: «مدعی بهای شی خواسته شده و شامل حقوقی است که قوانین جمهوری افغانستان آن را پیش بینی و موضوع دعوی قرار گرفته بتواند.» در مفهوم عام مدعی بهای حقی است که موضوع یا محل دعوی است. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که موتر که تحت ید محمود است از احمد است، محمود مدعی علیه و ملکیت موتر مدعی بهای است. مدعی علیه در لغت به معنی کسی است که چیزی را از او طلب کنند.^{۴۳۰} به حیث مثال، اگر حمیده علیه شوهرش به دلیل ضرر در محکمه ذیصلاح شکایت نماید و مطالبه تفریق به به سبب ضرر شود، حمیده مدعی و احمد مدعی علیه است. تعریف استحقاق در مبحث عقد بیع گذشت. مثال های نص این ماده قرار ذیل است:

- اگر احمد مبلغ ده لک افغانی از محمود مدیون باشد و احمد با محمود صلح نماید که در برابر ده لک افغانی محمود موتر صفر کیلو متر کورولای چاپانی را می دهد، اما قبل از این که احمد موتر را به محمود تسلیم نماید، موتر در اثر زلزله زیر آوار شود و از بین برود، صلح به حالت خود باقی است و احمد مکلف است مثل موتر را به محمود بدهد. موتر صفر کیلو متر کورولای چاپانی در این مثال مال مثلی است.

- اگر احمد مبلغ ده لک افغانی از محمود مدیون باشد و احمد با محمود صلح نماید که در برابر ده لک افغانی محمود موتر صفر کیلو متر کورولای چاپانی را می دهد، اما قبل از این که احمد موتر را به محمود تسلیم نماید، جمشید در خصوص ملکیت موتر

۴۲۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۷۳.
۴۳۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۶۹.

اقامه دعوی نماید و در اثر حکم محکمه ذیصلاح موثر را به استحقاق ببرد، صلح به حالت خود باقی است و احمد مکلف مثل موثر را به محمود بدهد.

طبق فقه صلح یا عوض اقرار است یا عوض انکار و یا عوض سکوت: صلح عوض اقرار آن است که شخص بر علیه شخص دیگر ادعای حقی اعم از عین و منفعت نماید و مدعی علیه به این حق اقرار نماید، سپس صلح نمایند بر اینکه مدعی چیزی از مدعی علیه بگیرد. چنین صلحی به اتفاق نظر همه جایز است.

صلح به انکار آن است که شخصی چیزی را یا دینی یا منفعتی را از دیگری ادعاء کند و او نیز منکر ادعای او گردد و سپس در مورد بعضی از مدعی به باهم مصالحه کنند.

صلح با سکوت آن است که شخصی چیزی را از دیگری ادعاء کند و مدعی علیه سکوت کند؛ یعنی نه انکار کند و نه اقرار.^{۴۳۱} ماده ۱۵۳۵ مجله الاحکام در مورد این سه نوع صلح می گوید: «صلح بر سه قسم است: قسم اول: صلح به سبب اقرار: این صلح به اقرار مدعی علیه صورت می گیرد؛ قسم دوم: صلح به سبب انکار: این صلح به انکار مدعی علیه صورت می گیرد؛ قسم سوم: صلح به سکوت: این نوع صلح از سکوت مدعی علیه در برابر ادعای مدعی صورت می گیرد؛ یعنی: نه به دعوی مدعی اقرار می کند و نه انکار.»

۲- اگر بدل صلح اشیای غیر مثلی بوده، قبل از تسلیم کلاً یا قسماً تلف یا به استحقاق برده شده باشد، در حالی که صلح از اقرار صورت گرفته باشد، مدعی به تمام یا قسمتی از مدعی به و در حالی که صلح از انکار یا سکوت مدعی علیه صورت گرفته باشد، به مخاصمت رجوع می نماید. غیر مثلی مال قیمی است. قیمی اسم منسوب به قیم است که جمع قیمت است و در لغت به معنی ارزش و بها است.^{۴۳۲} در اصطلاح فقهی و حقوقی اموال قیمی آن است که مثل آن در بازار پیدا نشود و یا پیدا شود ولی بین قیمت آن تفاوت وجود داشته باشد مانند: افراد حیوان، زمین، خانه، اشجار، قالین، احجار کریمه از قبیل یاقوت و الماس، کتب مخطوطه و مستعمله و غیره.^{۴۳۳} در صورتی که بدل صلح شی قیمی باشد، دو حالت فرعی ذیل متصور است:

- اگر بدل صلح اشیای غیر مثلی بوده، قبل از تسلیم کلاً یا قسماً تلف یا به استحقاق برده شده باشد، در حالی که صلح از اقرار صورت گرفته باشد، مدعی، به تمام یا قسمتی از مدعی رجوع می نماید. به حیث مثال، اگر احمد از محمود پنج لک افغانی مدیون باشد و در برابر دادن موثر فولکس قدیمی خویش با محمود صلح نماید در حالی احمد به دین محمود اقرار کرده باشد و احمد قبل از این که موثر را تسلیم محمود نماید موثر به طور کلی یا جزئی از بین برود یا توسط جمشید به استحقاق برده شود، محمود می تواند به احمد رجوع نماید و از احمد با توجه به این که موثر فولکس قدیمی مثال قیمی است قیمت آن را مطالبه نماید. موثر فولکس قدیمی مصداق مال غیر مثلی در این مثال است.

- اگر بدل صلح اشیای غیر مثلی بوده، قبل از تسلیم کلاً یا قسماً تلف یا به استحقاق برده شده باشد، در حالی که صلح از انکار یا سکوت مدعی علیه صورت گرفته باشد، به مخاصمت رجوع می نماید. مخاصمت از ریشه خصم گرفته شده است که در لغت به معنی دشمنی است. در اصطلاح حقوق مدنی، مخاصمت عبارت است از ادعای که از یکطرف در مورد حقی صورت می گیرد.^{۴۳۴} به حیث مثال، اگر احمد از محمود پنج لک افغانی مدیون باشد و در برابر دادن موثر فولکس قدیمی خویش با محمود صلح نماید در حالی احمد به دین محمود سکوت نموده باشد یا دین را انکار نموده باشد و احمد قبل از این که موثر را تسلیم محمود نماید موثر به طور کلی یا جزئی از بین برود یا توسط جمشید به استحقاق برده شود، محمود می تواند در خصوص موثر با احمد مخاصمت نماید. به عبارت دیگر: محمود می تواند برای به دست آوردن موثر در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اتلاف و به استحقاق بردن بدل صلح است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

۴۳۱. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۳۳۲ - ۴۳۳۴؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۴۴۵ - ۴۴۷.

۴۳۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۵۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۸۶.

۴۳۳. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۸۵؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷ - ۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۳۰ و ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۳۶.

۴۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۹.

پرسش شماره (۱۰۰): بند (۲) ماده (۱۳۱۴) قانون مدنی در ضمن مثال قابل توضیح است.

توضیح: مثال بند (۲) ماده ۱۳۱۴ قانون مدنی: احمد مدعی، محمود مدعی علیه و مدعی بها زمین در نتیجه مصالحه به موتر که قیمی است صورت گرفته و موتر بدل صلح کلا یا قسماً تلف و یا به استحقاق برده شد در این حالت اگر صلح از اقرار باشد مدعی به تمام یا قسمتی از مدعی بها که زمین است رجوع می کند و اگر صلح از سکوت یا انکار صورت گرفته باشد به مخاصمه رجوع می گردد.^{۴۳۵}

(۲) در حکم معاوضه بودن صلح و اقاله آن: طبق ماده ۱۳۱۷ ق. م که ترجمه شق اول ماده ۱۵۵۸ مجله الاحکام است: «هرگاه صلح تابع احکام معاوضه باشد، طرفین از آن اقاله نموده می توانند. در آن صورت مدعی به، به مدعی و بدل صلح به مدعی علیه تعلق می گیرد.» طبق نص این ماده هرگاه صلح تابع احکام معاوضه باشد، طرفین از آن اقاله نموده می توانند. تعریف معاوضه در مبحث عقد معاوضه گذشت. اقاله از ریشه «قول» به معنای فسخ، از بین بردن توافق، اسقاط، فسخ و رفع است.^{۴۳۶} در اصطلاح اقاله فسخ عقد به تراضی طرفین است زمانی که یکی از طرفین نادم گردد و از عقد رجوع نماید.^{۴۳۷} به حیث مثال، اگر احمد با محمود در برابر دادن موتر و گرفتن زمین با محمود صلح نماید، احمد و محمود می توانند آن را مطابق قواعدی که تفصیل آن در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت، اقاله نمایند. در این صورت مدعی به، به مدعی و بدل صلح به مدعی علیه تعلق می گیرد. به حیث مثال، در مثال بالا، موتر به احمد و زمین به محمود تعلق می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اقاله در صورت در حکم معاوضه بودن صلح است.

(۳) طبق ماده ۱۳۱۸ ق. م: «هرگاه صلح متضمن اسقاط بعضی حقوق باشد، اقاله در آن جواز ندارد.» متضمن در لغت به معنی در برگیرنده و شامل است.^{۴۳۸} اسقاط از ریشه «سقط» گرفته شده است که در لغت به معنی افکندن، انداختن و از ارزش انداختن است. در اصطلاحی حقوق مدنی، به از اعتبار انداختن حقی اعم از مالی و غیرمالی اسقاط گویند.^{۴۳۹} به حیث مثال، اگر بر محمود ده لک افغانی دین داشته باشد و با محمود صلح نماید و پنج لک افغانی آن را ساقط نماید، احمد و محمود نمی توانند در خصوص پنج لک افغانی اقاله نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اقاله در خصوص اسقاط حق در صورت صلح است.

(۴) تفسیر عقد صلح: طبق ماده ۱۳۱۶ ق. م: «عبارات صلح باید به صورت محدود تفسیر گردیده، منسوب به موضوع مشمول نزاع باشد.» طبق نص این ماده عباراتی که توسط طرفین در عقد صلح به کار برده می شوند، در صورت نیاز به تفسیر، باید تفسیر محدود و صرف شامل موضوعی که محل نزاع است شود نه تفسیر وسیع. تفسیر محدود که به نام تفسیر مضیق نیز نامیده می شود تفسیری است که در آن از معنای مواد قانونی تجاوز ننموده و حدود اجرای آن را توسعه ندهند. اصولاً تفسیر مضیق در قوانین مربوط به نظم عمومی به کار می رود زیرا این قبیل قوانین با مصالح اساسی جامعه پیوند دارد و بر اساس آن، آزادی های فردی حفظ می گردد. مطابق اصل قانونی بودن جرم و مجازات، تمامی قوانین جزایی باید به طور مضیق و محدود تفسیر گردند و کاملاً طبق همان الفاظ و عباراتی که قانون گذار برای بیان اغراض خود به کار برده است، صورت گیرد. به نظر می رسد با توجه به این که معمولاً صلح نزاع را قطع می نماید، قانونگذار مدنی حکم می نماید که قواعد تفسیر محدود در صورت نیاز عقد صلح به تفسیر، باید بر آن اعمال شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تفسیر عقد صلح است.

(۵) طبق ماده ۱۳۱۹ ق. م: «اعتراض بر صلح به سبب غلطی در فهم قانون جواز ندارد.» نص این ماده مبهم است. زیرا، روشن نیست که اعتراض از طرف کی و در کجا صورت می گیرد. اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی

۴۳۵. ____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۰.
۴۳۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۶. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۲۴.
۴۳۷. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۳۳ و ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۲۴.

438. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 10/3/2017).

۴۳۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۲.

عارض شدن و منع است. در اصطلاح حقوقی اعتراض عبارت است از متعرض شدن به احکام و قرار های قضایی.^{۴۴۰} به شخصی که اعتراض می نماید معترض گویند. ماده ۳۵۸ قانون اصول محاکمات مدنی در تعریف اعتراض می گوید: «شکایت و اعتراض عبارت از حق محکوم علیه غیرقانع از فیصله محکمه تحتانی است که با تقدیم شکایت علیه اجراء قضائی محکمه حاکمه از محکمه بالاتر مطالبه می گردد.» به نظر نمی رسد که این اعتراض در محکمه استیناف به دلیل صدور حکم توسط محکمه ابتدائیه صورت بگیرد. به نظر می رسد این اعتراض توسط یکی از طرفین عقد صلح بر علیه دیگر صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله و ناقص اهلیت باشد و با محمود صلح نماید. سپس، احمد نمی تواند بر صلح اعتراض نماید و بگوید من نمی دانستم که یکی از شرایط طرفین عقد صلح واجد اهلیت بودن است. در این مثال، احمد دچار اشتباه در فهم قانون شده است. زیرا، چنانچه بحث آن گذشت، شرط است که طرفین صلح واجد اهلیت باشند و در این مثال احمد ناقص اهلیت است و حکم قانون را نمی داند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی پیش بینی عدم جواز اعتراض بر عقد صلح در صورت عدم فهم قانون است.

۶) صلح قابل تجزیه نیست. طبق ماده ۱۳۲۱ ق. م: «صلح تجزیه را نمی پذیرد، بطلان جزئی از اجزاء صلح سبب بطلان تمامی آن می گردد، مگر اینکه از متن عقد یا حالات چنین ظاهر شود که متعاقبین به استقلال اجزای عقد از یک دیگر موافقه نموده اند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- صلح تجزیه را نمی پذیرد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای مالکیت خانه، موتر، قالین و سایر اموال خانه را نماید و محمود بخواهد به احمد ده لک افغانی در برابر موتر بدهد و از احمد بخواهد تا از ادعا در مورد خانه، قالین و سایر اموال خانه صرف نظر نماید و با محمود صلح نماید، این صلح جواز ندارد. زیرا، صلح تجزیه را نمی پذیرد. تجزیه پذیری صلح به اعتبار موضوع یا محل عقد صلح است.

۲- بطلان جزئی از اجزاء صلح سبب بطلان تمامی آن می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد بخواهد با محمود در برابر ده پنجاه لک افغانی صلح نماید، اما موتر به دلیل تصادم کاملاً از بین برود، صلح باطل می گردد. زیرا، بطلان یک جزء باعث بطلان سایر اجزاء می گردد. در این مثال، موتر یک جزء صلح و خانه، قالین و سایر اموال سایر اجزای صلح اند.

۳- احکام شماره های ۱ و ۲ اصل اند. استثنای این اصول این است که اول این که از عقد چنین معلوم شود که طرفین عقد صلح به تجزیه اجزای عقد از یک دیگر موافقه نموده اند. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعای مالکیت خانه، موتر، قالین و سایر اموال خانه را نماید و محمود بخواهد با احمد ده لک افغانی در برابر موتر بدهد و از احمد بخواهد تا از ادعا در مورد خانه، قالین و سایر اموال خانه صرف نظر نماید و با محمود صلح نماید، این صلح جواز دارد. زیرا، احمد و محمود توافق نموده اند که صلح به اعتبار موضوع قابل تجزیه باشند. استثنای دوم این که است که از حالاتی ظاهر گردد که به موجب آنها صلح قابل تجزیه باشد. به حیث مثال، اگر احمد در برابر ده لک دینی که بر محمود دارد با محمود صلح نماید که محمود زمین خویش را به احمد بدهد و در عین حال محمود دو باب اطاق در آن احداث نماید، اما محمود معمار نباشد، بدل صلح نظر به حالت محمود قابل تجزیه است. محمود می تواند زمین را تسلیم احمد نماید و از جمشید بخواهد تا دو باب اطاق را برای احمد در زمین اعمار نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی احکام قابل تجزیه و غیرقابل تجزیه بودن محل عقد صلح است.

۷) طبق ماده ۱۳۰۹ ق. م: «هرگاه صلح حاوی هبه، بیع یا عقد دیگری باشد، احکام همان عقدی که در مورد آن موافقه صورت گرفته، از حیث صحت و آثار مرتب بر آن رعایت می شود.» طبق نص این ماده هرگاه صلح حاوی هبه، بیع یا عقد دیگری باشد، احکام همان عقدی که در مورد آن موافقه صورت گرفته، از حیث صحت و آثار مرتب بر آن رعایت می شود. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود ده لک افغانی دین داشته باشد و در برابر آن با محمود صلح نماید مشروط بر این که محمود موتر خویش را به احمد در بدل ده لک افغانی بدهد و در ضمن قالین خویش را نیز به احمد هبه نماید یا به فروش رساند، عقد صلح تابع احکام عقد صلح و عقد بیع یا هبه تابع احکام عقد بیع و هبه که تفصیل هر دو گذشت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم صلحی است که در برگیرنده هبه، بیع و نظیر اینها است.

۸) اثبات صلح: طبق ماده ۱۳۱۱ ق. م: «صلح جز به صورت تحریری یا درج آن در محضر رسمی ثابت شده نمی تواند.» طبق نص این ماده برای این که صلح ثابت شود دو طریق وجود دارد. نخست این که عقد صلح تحریر شود. محضر اسم مکان از

ریشه «حضر» گرفته شده است که در لغت به معنی حضور، جای حضور، پیشگاه و دفتر ثبت اسناد است.^{۴۴۱} جمع محضر محاضر است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، محضر سندی است که در آن محرر مباحث جلسه قضایی جزایی را ثبت و ضبط می نماید. به حیث مثال، اگر احمد در خصوصی دینی که بر محمود دارد به محمود صلح نماید، اثبات این جز با سند و درج آن در محضر نمی تواند ثابت گردد. نص این ماده محل ایراد است زیرا صلح نیز می تواند مانند سایر تصرفات حقوقی با وسایل اثبات مانند شهود، سوگند، قراین و نظیر اینها ثابت شود. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۸) طبق ماده ۱۳۱۵ ق. م: «صلح نسبت به حقوق مشمول دارای اثر کاشف بوده نه مؤجد و این اثر به حقوق موضوع نزاع منحصر می باشد.» حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. طبق نص این ماده صلح از عقود کاشف حق است نه ایجاد کننده آن؛ به این توضیح که: با صلح معلوم می شود که طرفین قبلاً به موجب مصدر دیگری حقی بر همدیگر داشته اند و خود صلح هیچ حقی را نسبت به موضوع صلح ایجاد نمی کند.^{۴۴۲} به عبارت عامتر از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱- صلح نسبت به حق های شامل صلح دارای اثر کاشف است. کاشف در لغت به معین آشکار کننده و کشف کننده است.^{۴۴۳} به حیث مثال، اگر احمد بر محمود ده لک افغانی دین داشته باشد و محمود با دادن موتر با احمد صلح نماید، موضوع صلح دین و موتر است و با صلح آشکار می شود که احمد بر محمود دین داشته است.

۲- صلح نسبت به حق های شامل صلح دارای اثر مؤجد نیست. مؤجد در لغت به معنی ایجاد کننده، آفریننده و به وجود آورنده است.^{۴۴۴} به حیث مثال، اگر احمد بر محمود ده لک افغانی دین داشته باشد و محمود با دادن موتر با احمد صلح نماید، موضوع صلح دین و موتر است و با صلح آشکار می شود که احمد بر محمود دین داشته است و این دین از ابتداء ایجاد نمی شود بلکه قبلاً وجود داشته است.

۳- اثر صلح منحصر به موضوع نزاع است. منحصر در لغت به معنی محدود، محصور، مختص و ویژه است.^{۴۴۵} نزاع در لغت به معنی دعوی، ستیز، مخاصمه، دشمنی و جدال کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، نزاع عبارت است از ادعایی است که برای قضاوت به قاضی ارایه می شود.^{۴۴۶} نص این ماده با ماده ۱۳۱۶ ق. م که به موجب آن صلح باید به گونه محدود تفسیر شود مرتبط است. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود ده لک افغانی دین داشته باشد و محمود با دادن موتر با احمد صلح نماید، موضوع صلح دین و موتر است و با صلح آشکار می شود که احمد بر محمود دین داشته است و این دین از ابتداء ایجاد نمی شود بلکه قبلاً وجود داشته است و باید صلح منحصر نزاع که عبارت از ده لک افغانی است شود و به سایر موضوعات سرایت نکند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر صلح است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسی شماره (۱۰۱): ماده (۱۳۱۵) قانون مدنی قابل توضیح است.

توضیح: ماده ۱۳۱۵ قانون مدنی قسمتی از نتایج حقوقی صلح را پیش بینی می کند. اگر صلح به يك حصه از موضوع نزاع واقع شود صلح نسبت به حقوق شمول بوده چون انتقال صورت نگرفته صلح اثر کاشف دارد نه مؤجد یعنی حق شفع در آن جاری شده نمی تواند و هرگاه صلح به غیر از مدعی بها صورت گیرد مثلاً در دعوی زمین مصالحه به حویلی صورت گیرد این صلح اثر مؤجده دارد یعنی حق شفع در حویلی مصالحه علیها جاری شده می تواند.^{۴۴۷}

گفتار چهارم) مبطلات و اثبات

441. Ibid, (Last visit: 4/1/2018).

۴۴۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۷۶). حقوق مدنی: مشارکت ها، صلح، چاپ چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش، صص ۳۰۰-۳۱۵؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۵۱۷ و ۵۱۸.

443. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 6/10/ 2019).

444. Ibid, (Last visit: 6/10/ 2019).

445. Ibid, (last visit: 6/10/ 2019).

۴۴۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۴۵.

۴۴۷. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۵۱۴ و ۵۴۱.

طبق ماده ۱۳۲۰ ق. م: «صلح در احوال آتی باطل شناخته می شود: ۱) صلح به اقاله، رد بدل صلح، خیار عیب، رویت و به استحقاق بردن یکی از بدلین صلح، باطل می گردد؛ ۲) در حال تثبیت تزویر در اوراقی که صلح بر آن بناء یافته است؛ و ۳) در حالی که قبلاً در مورد نزاعی که صلح شامل آن است، حکم قطعی محکمه صادر گردیده، طرفین یا یکی از ایشان به صدور حکم مذکور علم نداشته باشد.» باطل اسم فاعل از ریشه «بَطَلَ» گرفته شده است که در لغت به معنی تباه و عدم است، چنانکه اگر عرب بگوید: بَطَلَ این به این معنی است که تباه شد. از نظر فقهی و حقوقی به امری باطل گویند که مقصود شرعی و قانونی از آن حاصل نشود.^{۴۴۸} به عبارت دیگر: باطل چیزی است که اثر حقوقی نداشته باشد و از اساس کان لم یکن تلقی شود. طبق نص این ماده صلح در حالات ذیل باطل است:

۱) اقاله: تعریف اقاله در بالا گذشت. طبق نص این ماده صلح در صورت اقاله طرفین باطل می شود. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در برابر دادن موتر و گرفتن زمین با محمود صلح نماید، احمد و محمود می توانند آن را مطابق قواعدی که تفصیل آن در جلد اول کتاب حقوق و جابج این دور از شرح ق. م گذشت، اقاله نمایند. در این صورت صلح باطل می شود.

۲) رد بدل صلح: در لغت به معنای اعاده و رجوع است.^{۴۴۹} همچنین، رد در لغت به معنی پس دادن، باز گردانیدن و باز دادن است.^{۴۵۰} بدل در لغت به معنی عوض است. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در برابر دادن موتر و گرفتن زمین صلح نماید و احمد زمین را رد نماید، صلح باطل می گردد.

۳) خیار عیب: تعریف خیار عیب در جلد اول این کتاب و در مبحث عقد بیع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در برابر دادن موتر و گرفتن زمین صلح نماید و در موتر عیب ظاهر گردد و محمود موتر را به احمد رد نماید، صلح باطل می گردد.

۴) خیار رویت: تعریف خیار عیب در جلد اول این کتاب و در مبحث عقد بیع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در برابر دادن موتر و گرفتن زمین صلح نماید و احمد زمین را ندیده باشد و با دیدن زمین آن را رد نماید، صلح باطل می گردد.

۵) به استحقاق بردن یکی از بدلین صلح. تعریف استحقاق در مبحث بیع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با محمود در برابر دادن موتر و گرفتن زمین صلح نماید و جمشید موتر یا زمین را به استحقاق به گونه ای که تفصیل آن در مبحث عقد بیع گذشت ببرد، صلح باطل می گردد.

۶) در حال تثبیت تزویر در اوراقی که صلح بر آن بناء یافته است. تزویر از ریشه «زور» گرفته شده است که در لغت به معنی آراستن، آرایش کردن، نیکو کردن، فریفتن، مکر در میان آوردن و دروغ گفتن، غدر، حيله و دو رویی کردن است.^{۴۵۱} معنی اصطلاحی تزویر از معنی لغوی آن دور نیست. بنابراین، تعریفی که می توان برای تزویر ارایه کرد این است که: تزویر عبارت تغییر دادن و آراستن سند رسمی است به منظور تضییع غیر. به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که ده لک افغانی بر محمود دین دارد و سند دین را تزویر نماید و سپس با محمود صلح نماید، اما محمود در محکمه ثابت نماید که در سند دین تزویر وجود دارد، صلح باطل می گردد.

۷) در صورتی که قبلاً در مورد نزاعی که صلح شامل آن است، حکم قطعی محکمه صادر گردیده، طرفین یا یکی از ایشان به صدور حکم مذکور علم نداشته باشد. حکم قطعی در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و کُد جزا تعریف شده است. طبق ماده ۴ فقره ۱۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم: «حکم قطعی حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضایی (مراحل قضایی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد. حکم قطعی و نهایی از لحاظ آثار یکی می باشد.» تعریف نزاع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و حکم قطعی محکمه مبنی بر الزامیت احمد وجود داشته باشد، اما محمود از این حکم اطلاع نداشته باشد و با احمد صلح نماید، این صلح باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی احصای برخی اسباب بطلان صلح است.

۴۴۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۲۸.
۴۴۹. صلاح سلطان (____). ارث و وصیت در شریعت و قانون، ص ۱۵۵ (۹ حوت ۱۳۹۸ ش). متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترسی است.
(آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 450.

۴۵۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۷۱؛ و محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۲۸۵.

به موجب فقه صلح در حالات ذیل باطل می گردد:

(۱) اقاله: طرفین مانند هر عقد دیگر می توانند در مورد اقاله عقد صلح توافق نمایند. بنابراین، به موجب اقاله طرفین می توانند عقل صلح را بر هم زنند.

(۲) خیار عیب و رؤیت: عقد صلح در اثر خیار عیب و رؤیت نیز باطل می شود که تفصیل آنها گذشت؛

(۳) مستحق للغير شدن موضوع صلح: در صورتی که موضوع صلح توسط شخص ثالثی به استحقاق برده شود، صلح باطل می گردد؛

(۴) موت یکی از عاقدین: در صورت موت یکی از عاقدین بر صلح بر منافع نیز عقد صلح باطل می گردد.^{۴۵۲}

۴۵۲. وهبة الزحيلي (___). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۳۶۶ و ۴۳۶۷.

فصل دوم: عقود انتفاع

منظور از عقود انتفاع عقودی است که بر منافع اعیان واقع گردیده و هدف آن تملیک منفعت اعیان بر دیگری است. این تملیک نیز گاه ممکن است در برابر عوض باشد، مانند: تملیک منفعت خانه توسط مؤجر به مستأجر در اجاره خانه و گاهی نیز بدون عوض باشد، مانند تملیک منفعت رکوب موتر توسط عاریت دهنده به عاریت گیرنده. این عقود طبق ق. م دو نوع است: عقد اجاره و عقد عاریت. جلد سوم، باب دوم، فصل اول و دوم، مواد ۱۳۲۲ الی ۱۲۸۰ ق. م احکام این عقود را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م، فقه به خصوص مجله الاحکام اقتباس و ترجمه کرده اند:

مبحث نخست) اجاره

نوع اول عقود انتفاع اجاره است. اجاره هم در گذشته و هم امروز یکی از عقود بسیار مهم است. جلد سوم، فصل اول مواد ۱۳۲۲ الی ۱۲۵۵ ق. م احکام عقد اجاره را تنظیم نموده است.

گفتار اول) تعریف و خصایص

الف) تعریف و خصایص

طبق ماده ۱۳۲۲ ق. م: «عقد اجاره، عبارت است از تملیک منفعت مورد نظر از عینی که به اجاره داده می شود توسط اجاره گیرنده برای اجاره دهنده به عوضی که قابلیت بدل را داشته باشد». طبق این ماده عقد اجاره عبارت است از تملیک منفعت مورد نظر از عینی که به اجاره داده می شود توسط اجاره گیرنده برای اجاره دهنده به عوضی که قابلیت بدل را داشته باشد. تملیک انتقال دادن ملکیت است. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را برای یک هفته در عوض شش هزار افغانی به محمود به اجاره بدهد، احمد منفعت موتر را به محمود در برابر عوض تملیک نموده است. موتر در این مثال عین است. رانندگی موتر منفعت است و بدل شش هزار افغانی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف عقد اجاره است.

اجاره از ریشه «اجر» گرفته شده است که در لغت به چیزی را کرایه دادن و نیز بیع منفعت است. به اجاره دهنده مؤجر و آجر می گویند. ماده ۲۰۹ مجله الاحکام در تعریف آجر می گوید که: «آجر کسی است که مال مأجور را به اجاره می دهد که به وی مکاری (به ضم میم) و مؤجر (بکسر جیم) نیز گفته می شود». به اجاره گیرنده مستأجر می گویند. ماده ۲۱۰ مجله الاحکام در تعریف مستأجر می گوید که: «مستأجر به کسر میم کسی است که اجاره کند». چیزی که به اجاره داده می شود و محل عقد اجاره قرار می گیرد، مأجور و عین مستأجره نیز نامیده می شود. ماده ۲۱۱ مجله الاحکام در تعریف مأجور می گوید که: «مأجور عبارت است از چیزی است که به اجاره داده شده است که موجر (فتح میم) و مستأجر (به فتح جیم) نیز گفته می شود». هرگاه موضوع عقد اجاره، اجرای عمل باشد، به آن مستأجر فیه می گویند. مانند اینکه: کسی تکه را به خیاط جهت دوختن جامه بدهد که در این صورت تکه مستأجر فیه نامیده می شود (ماده ۲۱۲ مجله الاحکام). در اجاره انسان کسی که اجاره می شود اجیر نامیده می شود. ماده ۲۱۳ مجله الاحکام در این باره می گوید: «اجیر کسی است که خود را به اجاره بگذارد». عوض و بدلی که در برابر منفعت پرداخت می شود «اجر و اجرت» نامیده می شود. طبق ماده ۲۰۲ مجله الاحکام: «اجرت (کراء) به معنی بدل منفعت و (ایجار) به معنی دادن کراء و (استئجار) به مفهوم اخذ بدل کراء می باشد». فقهای حنفیه در تعریف اجاره گفته اند: عقدی است که بر منافع در برابر عوض واقع می گردد. ماده ۲۰۵ مجله الاحکام در تعریف اجاره می گوید: «اجاره در لغت به معنی اجرت و گاهی به معنی

ایجار نیز استعمال می شود و در اصطلاح فقهاء به معنی بیع منفعت معلوم در مقابل عوض معلوم است.^{۴۵۳} عقد اجاره دارای خصایص ذیل است:

- (۱) عقد اجاره عقد رضایی است و برای انعقاد آن شکل خاصی شرط نیست؛
- (۲) عقد اجاره به نظر همه فقهاء به جز حنفیه لازم است. اما، فقهای حنفیه آن را عقد جایز می دانند؛
- (۳) اجاره از جمله عقود تملیکی معاوضی است؛
- (۲) در عقد اجاره رضایت طرفین بر منفعت عین مستأجره، مدت و اجرت تعلق می گیرد؛
- (۵) میان اجرت و مدت رابطه ای ناگسستگی وجود دارد. به این توضیح که: مدت ملاک انتفاع از عین مستأجره است و اجرت در برابر انتفاع تعیین می شود؛

(۶) عقد اجاره عقدی است که برای طرفین ایجاد تعهد شخصی می کند.^{۴۵۴} اجاره مانند بیع از جمله عقود تملیکی معاوضی است و فرق آن با بیع این است که موضوع بیع عین و از اجاره منفعت می باشد. فرق اجاره با عاریت این است که در اجاره، اجاره دهنده سزاوار اجرت می باشد، ولی در عاریت معیر مستوجب اجرت نمی شود.^{۴۵۵} در حقوق جرمنی اجاره و یا کرایه تملیک منفعت است در برابر عوض. اما، در صورتی که چنین تملیک بدون عوض باشد، قرض است.^{۴۵۶}

ب) ارکان

به عقیده فقهای حنفی ارکان اجاره عبارت از ایجاب و قبول می باشد. ولی، به عقیده جمهور فقهاء ارکان اجاره چهار است که عبارت اند از عاقدان (مؤجر و مستأجر) صیغه (ایجاب و قبول)، اجرت و منفعت.^{۴۵۷} جمهور فقهاء به عوض محل یا موضوع عقد اجاره، منفعت را یکی از ارکان عقد اجاره تلقی می نمایند. در صورتی که موضوع عقد اجاره تملیک منفعت باشد، این نظر درست است، اما در صورتی که موضوع عقد اجاره اجرای عمل باشد، مانند: حفر چاه، رنگ کردن خانه و امثال اینها، رکن قرار گرفتن منفعت محل ایراد به نظر رسد. لذا، به نظر می رسد، ارکان عقد اجاره عبارتند از عاقدان، صیغه، موضوع، اجرت و سبب است. موضوع عقد اجاره نیز امکان دارد منفعت باشد، مانند: به کرایه دادن خانه یا موتر یا اجرای عمل، مانند: حفر چاه و امثال آن. جمهور فقهاء به جز أبابکر الاصم، اسماعیل بن عُلیت، حسن بصری، نهروانی و ابن کسیران بر این نظر اند که اجاره مشروع و جایز است و مشروعیت اجاره به اساس قرآن، سنت و اجماع ثابت است. خداوند عزوجل می فرماید:

﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أَخْوَءَهُنَّ﴾ - [الطلاق: ۶]

«پس اگر اطفال شما را شیر بدهند، اجرت آنها را بدهید.»^{۴۵۸}

همچنین خداوند عزوجل از قول یکی از دختران شعیب (ع) در باره اجاره در قرآن کریم می فرماید:

﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ ۲۶ ﴿قَالَ إِنِّي أَرِيدُ أَنْ أَكْثَلَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَاجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ - [القصص: ۲۶-۲۷]

«یکی از آن دو [دختر] گفت ای پدر او را استخدام کن چرا که بهترین کسی است که استخدام می کنی هم نیرومند [و هم] در خور اعتماد است. شعیب [گفت من می خواهم یکی از این دو دختر خود را] به مشاهده می کنی [به نکاح تو در آورم به این [شرط] که هشت سال برای من کار کنی و اگر ده سال را تمام گردانی اختیار با تو است و نمی خواهم بر تو سخت گیرم و مرا انشاء الله از درستکاران خواهی یافت.»

۴۵۳. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۳۸۰۳-۳۸۰۵؛ مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۶۲؛ و سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۹۲ و ۲۹۳.

۴۵۴. عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۶)، لبنان، بيروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴-۶؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). حقوق مدنی: معاملات معاوضه - عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره و قرض، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۴۸-۳۵۴؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۶۳.

۴۵۵. عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۶)، لبنان، بيروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶-۸. 456. Gerhard Robbers (2002). An Introduction to German Law, Translated into English by Miceal Jewll, fifth edit, (____), p 175.

۴۵۷. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية ص ۳۸۰۳.

۴۵۸. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۱۰)، ص ۷۲۷۷.

در رابطه به اجاره پیامبر ﷺ فرموده است:

«اعطوا الاجر اجره قبل ان يحف عرقه». ^{۵۹}

«مزد اجیر را قبل از آنکه پیشانی‌اش خشک شود بدهید.».

همچنین در رابطه به اجاره پیامبر ﷺ می‌فرماید:

«من استأجر أجيراً فليعلمه أجره». ^{۶۰}

«کسی که اجیری را استخدام می‌نماید باید اجرت وی را معین نماید.».

همچنین، ابوهریره رضی الله عنه می‌گوید: رسول خدا ﷺ فرمود:

«قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أُعْطِيَ بِي ثُمَّ عَدَرَ وَ رَجُلٌ بَاعَ حُرّاً فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَ رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَ لَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ». ^{۶۱}

«خداوند عزوجل فرموده است: سه گروه هستند که در روز قیامت من دشمن آنهایم: کسی که با نام من عهده ببندد و سپس

(عهد شکنی و) عدر کند، و کسی که فرد آزادی را بفروشد؛ و پول آن را بخورد، و کسی که کار گری بگیرد و بالایی او کار کند و

دستمزد او را ندهد.».

در رابطه به جواز اجاره فقهاء در دوران صحاب قبل ظهور ابابکر الاصم و غیره اجماع نمودند. زیرا، همچنانیکه مردم به

اعیان اشیاء ضرورت دارند به منافع آن نیز ضرورت دارند و چنانچه بیع اعیان جواز دارد، اجاره منفعت آن نیز جواز دارد. ^{۶۲}

گفتار دوم) شروط

عقد اجاره دارای چهار شرط است: شروط انعقاد، صحت، نفاذ و لزوم:

الف) شروط انعقاد

برای انعقاد عقد اجاره موجودیت عاقدان (مؤجر و مستأجر)، صیغه و موضوع ضروری است: شروط انعقاد که باید در هر یک از

این سه وجود داشته باشد، به صورت عموم به دو دسته: شروط عمومی و شروط خصوصی منقسم می‌گردد: ^{۶۳}

۱) شروط عمومی

طبق ماده ۱۳۲۲ ق. م: «در عقد اجاره علاوه بر شروط عمومی صحت عقد، تعیین عینی که به اجاره داده می‌شود، ذکر

منفعت آن به نحوی که منجر به منازعه نگردد، بیان مدت انتفاع و تعیین مقدار اجرت، شرط می‌باشد. در غیر آن اجاره فاسد

شناخته می‌شود.» نص این ماده صحت عقد اجاره را منوط بر رعایت شرط عمومی عقد که در ماده ۵۰۲ ق. م پیش بینی شده

است می‌نماید. شرایط عمومی عقود، شرایطی اند که موجودیت آنها در صیغه عقد، طرفین عقد و موضوع عقد لازم و ضروری است.

بنابراین، هرگاه یکی از شرایط مزبور در صیغه، طرفین عقد و موضوع عقد موجود نباشد، عقد باطل می‌گردد. ^{۶۴} شرایط عمومی عقد

اجاره قرار ذیل اند:

۱) شرط مربوط به طرفین: در هر عقد از جمله اجاره شرط است که طرفین واجد اهلیت باشند. بنابراین، کسی که فاقد

اهلیت باشد، مانند: مجنون و صغیر غیر ممیز عقد وی صحیح نیست. ماده ۲۲۲ مجلة الاحکام در مورد اهلیت طرفین عقد اجاره

حکم می‌نماید که: «در انعقاد اجاره اهلیت طرفین یعنی عاقل و ممیز بودن آنها شرط است.».

۲) موضوع و شروط موضوع اجاره: طبق ماده ۱۳۲۳ ق. م: «عقد اجاره بر منافع اعیان منقول، غیر منقول و همچنین بر

عمل مجاز صورت گرفته می‌تواند.» طبق نص این ماده موضوع عقد اجاره می‌تواند قرار ذیل باشد:

^{۵۹} . روی من حدیث أبی هريرة، و من حدیث ابن عمر و من حدیث جابر و من حدیث أنس، فحدیث أبی هريرة رواه أبو یعلی فی مسنده، و حدیث ابن عمر أخرجه ابن ماجه فی سننه، و حدیث جابر رواه الطبرانی فی معجمه الصغير، و حدیث أنس رواه أبو عبد الله الترمذی الحکیم فی کتاب نوادر الأصول: قال ابن حجر: کلها ضعیف.

^{۶۰} . رواه عبد الرزاق فی مصنفه عن أبی هريرة و أبی سعید الخدری، و رواه محمد بن الحسن فی کتاب الآثار، و فیه انقطاع، و وصله البیهقی من طریق أبی حنیفة. ^{۶۱} . رواه مُسْلِمٌ.

^{۶۲} . وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۸۰۱-۳۸۰۳؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۲۹۳ و ۲۹۴.

^{۶۳} . همان، وهبة الزحیلی، جلد (۴)، ص ۳۰۷۷.

^{۶۴} . مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۳۴۰؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۷۷.

نخست این که: عقد اجاره بر منافع اعیان منقول صورت گرفته می شود. منافع جمع منفعت است. منفعت در لغت به معنی سود، فایده، نفع و حاصل و بهره است. منافع شامل منافع عرضیه که از اعیان به دست می یابد و فی نفسه غیر محرز اند، مانند: سکونت خانه، رکوب وسایل حمل و نظیر اینها و نیز شامل منافع مادی ای که از اعیان به دست می یابد، مانند: شیر، پشم، میوه درخت و نظیر اینها می شود. اکثر فقهاء منافع را به معنی فواید معنوی عرضیه استعمال می نمایند و می گویند: منافع عبارت از فواید عرضیه ای است که از اعیان از طریق استعمال به دست می آید، مانند منفعتی که انسان از استفاده از ملک خویش به دست می آورد.^{۴۶۵}

تعریف عین در مبحث صلح گذشت. منقول مالی است که نقل و انتقال آن از یک محل به محل دیگر بدون این که تخریب شود امکان داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به اجاره بدهد تا محمود با موتر تکسی رانی نماید، محل عقد اجاره منفعت عین است. رانندگی از موتر در این مثال منفعت و عین موتر است.

دوم این که: عقد اجاره بر منافع اعیان غیر منقول صورت گرفته می تواند. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را برای سکونت به محمود به اجاره بدهد، محل عقد اجاره منفعت مال عقار است. سکونت محمود در خانه در این مثال محل عقد اجاره و خانه عین است.

سوم این که: عقد اجاره بر عمل مجاز صورت گرفته می تواند. به حیث مثال، اگر احمد جوالی (حمال) باشد و کالا های محمود را از یک محل به محل دیگر انتقال دهد، محل عقد اجاره عمل مجاز است. نقل و انتقال کالا از یک محل به محل دیگر عمل است و چون این کار مطابق قوانین جواز دارد، به آن عمل مجاز می گویند. همچنین، اگر احمد محمود را غرض تدریس مضمون ریاضی برای دخترش حمیده به اجاره بگیرد، محل عقد اجاره عمل مجاز است. تدریس در این مثال عمل و چون قانون به آن اجازه داده است، عمل مجاز است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اموری است که می تواند محل عقد اجاره قرار بگیرند.

در موضوع عقد اجاره رعایت شرایط ذیل ضروری است:

۱- مفیدیت: شرط عمومی دیگر عقد اجاره این است که عقد اجاره مفید باشد. بنابراین، عقدی اجاره ای که شخص با شخص دیگر مبنی بر عدم انجام دادن امری که شرعاً بر وی واجب است در برابر پرداخت عوض، مانند: امتناع از فعل حرام می بندد، باطل است. زیرا، چنین عقدی مفیدیت ندارد. همچنین، انعقاد عقد اجاره میان دو نفر مبنی بر عدم تجارت نمودن جانب مقابل اعتبار ندارد. زیرا، چنین عقدی غیر مفید است.

۲- قابلیت معقود علیه برای ایجاد اثر / حکم: در عقد اجاره شرط است که معقود علیه یا محل عقد قابلیت مرتب شدن حکم را داشته باشد. بنابراین، هرگاه معقود علیه قابلیت حکم را نداشته باشد، مانند اینکه: معقود علیه غیر مشروع باشد مانند اینکه شخص خانه خود را برای قمار بازی به اجاره بدهد یا مستأجر کسی را برای کشتن کسی به اجاره بگیرد. در چنین موارد، عقد اجاره باطل می باشد.

۳- عدم مخالفت عقد اجاره با نظام و آداب عامه: عقد اجاره ای که مخالف نظام عامه، که تفصیل آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت، باشد باطل است. به عنوان مثال، تمام عقود اجاره ای که با قواعد مربوط به تشکیلات دولت و اعمال خدمات عمومی مخالفت دارد باطل است. بنابراین، هیچکس نمی تواند حق انتخاب کردن و انتخاب شدن را از خود سلب کند یا ضمن عقد اجاره ملتزم شود که برای دیگری رأی بدهد. زیرا، شرکت در انتخابات در زمره تکالیف عمومی و آزادی کامل در آن لازمه حکومت ملی است. همچنین، عقد اجاره ای که به موجب آن مأمور دولت در برابر انجام دادن وظیفه خود از مراجعه کنندگان مطالبه پاداشی می کند یا در برابر تحصیل منفعتی بر عهده گیرد که از اجرای درست قوانین و مقررات خودداری کند، باطل است. هیچ يك از مأموران دولت نمی تواند به موجب عقد اجاره منصب خود را به دیگری واگذار کند یا بدون تصویب مقام های صلاحیتدار بخشی از اختیارات خویش را به مأمور دیگر یا شخص خارجی منتقل کند. زیرا، تصدی کارهای که به آنان واگذار شده در زمره تکالیف عمومی است و نباید آن را حق مأمور پنداشت. طبق ماده ۱۳۲۲ ق. م و ماده ۵۰۲ ق. م شرط عمومی دیگر عقد اجاره این

۴۶۵. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۲۶ و ۲۷؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۹.

است که مخالف آداب عامه که تفصیل آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت نباشد. در ذیل برخی عقود اجاره ای را که مخالف آداب عامه تلقی می گردد مطالعه می نماییم:

- عقود اجاره ای که به منظور ایجاد یا حفظ روابط جنسی آزاد بسته می شود با آداب عامه منافات دارد، مانند: اجاره ای زنی که حاضر به برقرار کردن رابطه جنسی با مرد بیگانه شده است، یا اجاره ای اشخاصی که به منظور راضی ساختن او به برقراری روابط نامشروع یا الزام به حفظ آن می شود. همچنین است اجاره ای شخصی که روابط جنسی طرف قرارداد را با دیگری تسهیل یا تأمین کند؛

- عقود اجاره ای که به ایجاد و حفظ فاحشه خانه ها کمک می کند، به دلیل مخالفت با آداب عامه باطل است. همچنین، اجاره مال غیر منقول به منظور ایجاد فاحشه خانه به عنوان فراهم کردن وسایل کار این مؤسسه ها و شرکتی که به قصد ایجاد فاحشه خانه یا معرفی زنان بد فاحشه منعقد می شود.

- اجاره های که مربوط به قمار و شرط زدن نیز به علت مخالفت با آداب عامه، باطل است. بنابراین، اجاره خانه به قصد استفاده برای قمار، باطل است.^{۴۶۶}

۲- معین بودن: در اجاره اجیر لازم است که عملی را که اجیر انجام می دهد معلوم باشد، زیرا مجهولیت عمل مورد اجاره، منتج به بروز منازعه می گردد و بنابراین چنین عقد فاسد پنداشته می شود. به طور مثال، هرگاه شخصی، شخصی دیگری را اجیر بگیرد و برایش نگوید عملی را که انجام می دهد مثلاً خیاطی، چوپانی یا باغبانی است عقد مذکور صحیح نمی باشد. ماده ۲۵۵ مجله الاحکام در این باره حکم می کند که: «در استئجار اهل حرفه منفعت با بیان عمل یعنی تعیین کاری که اجیر انجام می دهد با کیفیت کار آن معلوم می گردد. پس اگر رنگ کردن جامه مطلوب باشد مثلاً ارائه آن به رنگریز با اعلام نازکی آن لازم است». هرگاه مورد اجاره در اجاره انتقال اموال باشد لازم است که مستأجر محلی را که از آن محمول انتقال داده می شود و محل منتقل الیه را نیز تعیین نماید. ماده ۲۵۶ مجله الاحکام در این زمینه تصریح می نماید که: «منفعت در انتقال اشیاء به اشاره و با تعیین محلی که بدانجا انتقال صورت می گیرد، باید معلوم باشد».

بر علاوه، لازم است عملی را که اجیر انجام می دهد جنس، نوع، مقدار و صفت آن بیان شود. مثلاً هرگاه شخص چاه کنی را جهت حفر چاه اجاره بگیرد لازم است حفر چاه، مکان آن، نوع و عرض آن را بیان کند، زیرا عمل مذکور نظر به اوضاع ممکن است متفاوت باشد.^{۴۶۷}

(۳) صیغه: هر عقد از جمله اجاره با ایجاب و قبول منعقد می گردد. ماده ۲۳۳ مجله الاحکام تصریح می نماید که: «اجاره مانند بیع با ایجاب و قبول منعقد می گردد.»

۱- تعریف: ماده ۲۳۲ مجله الاحکام در تعریف ایجاب و قبول در عقد اجاره می گوید: «ایجاب و قبول در اجاره عبارت از کلماتی است که به منظور عقد اجاره استعمال می شود، مانند: اجاره گرفتم، کراء دادم، اجاره را قبول کردم.»

۲- طریق: عقد اجاره از طریق گفتار، نوشته و اشاره معروفه گنگ امکان دارد منعقد شود. ماده ۲۳۷ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «همانگونه که اجاره از طریق شفاهی منعقد می گردد از طریق مکاتبه و اشاره معروفه گنگ نیز انعقاد می یابد.» همچنین، عقد اجاره را نیز می توان از طریق معاطات منعقد نمود. ماده ۲۳۷ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «اجاره به سبب تعاطی مانند سوار شدن در ریل، کشتی های بنادر و دواب کرائی بدون مقاوله نیز منعقد می شود. در صورتی اجرت معین باشد، باید اجرت معین پرداخت شود، در غیر آن اجرت مثل لازم می گردد.» علاوه براین، طبق مجله الاحکام سکوت در عقد اجاره رضایت و قبول محسوب می گردد. ماده ۲۳۸ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «سکوت در اجاره قبول و رضاء محسوب می شود. به طور مثال، اگر شخصی دگانی را در یکماه به پنجاه قرش اجاره گرفت و بعد از آنکه مدت یک ماه سکونت نماید و آجر در اول ماه بیاید و بگوید: اگر به شصت قرش راضی هستی ساکن باش و در غیر آن بیرون شود و مستأجر آن را رد ننماید و بگوید: راضی نیستم و بود و باش خویش ادامه دهد، مانند سابق پنجاه قرش به آجر لازم می گردد و اگر چیزی نگفت و

۴۶۶. عبدالرزاق احمد السنهوی (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۴۶۰-۴۶۵؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵)، قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۱۸۵ و ۱۸۶.

۴۶۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کوئته: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۸۰۲.

از دکان نبرآمد و به بودنش دوام داد، پرداخت شصت قرض به وی لازم می گردد. همچنین، اگر مالک دکان صد قرش و مستأجر هشتاد قرش گوید و مالک کرایه نشین را اجازه دهد و همچنین در آنجا ساکن ماند، به وی هشتاد لازم می شود و اگر طرفین به سخنان شان دوام دهند، و مستأجر به بودنش ادامه بدهد، در این حالت، اجرت مثل لازم می شود.»

۳- شروط: طبق فقه برای اینکه ایجاب و قبول به صورت صحیح صادر گردد، رعایت شرائط ذیل ضروری است:

- **ماضی بودن صیغه:** ماده ۲۳۵ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اجاره مانند بیع به صیغه ماضی منعقد می گردد. اما، به صیغه مستقبل منعقد نمی گردد. به حیث مثال، اگر شخصی بگوید: اجاره خواهم داد و دیگری بگوید: قبول کردم یا یکی بگوید: من اجاره دهنده هستم و دیگری بگوید: اجاره کردم، در هر دو حالت اجاره منعقد نمی شود.»

- **مطابقت بین ایجاب و قبول:** ماده ۲۲۵ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «موافقه ایجاب و قبول [...] در اجاره شرط می باشد چنانچه در بیع است.»

۲) شروط خصوصی

طبق ماده ۱۳۲۲ ق. م: «در عقد اجاره علاوه بر شروط عمومی صحت عقد، تعیین عینی که به اجاره داده می شود، ذکر منفعت آن به نحوی که منجر به منازعه نگردد، بیان مدت انتفاع و تعیین مقدار اجرت، شرط می باشد. در غیر آن اجاره فاسد شناخته می شود.» از نص این به خوبی استنباط می گردد که شرایط خصوصی عقد اجاره عبارت اند از:

(۱) تعیین عین: شرط اول خصوصی عقد اجاره این است که عینی که به اجاره داده می شود، باید معین و معلوم باشد. ماده ۲۲۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «تعیین مأجور لازم است. بنابراین، ایجار یکی از دو دکان بدون تعیین و یا تخییر صحیح نیست.» در صورتی که معقود علیه مجهول باشد عقد اجاره صحیح تلقی نمی گردد، زیرا مجهولیت معقود علیه در عقد اجاره مانع تسلیم و تسلیم عین مستأجره می گردد و مقصود عقد اجاره که تسلیم عین مستأجره توسط مستأجر به مؤجر می باشد حاصل نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد دو عراده موتر داشته باشد و یکی از آنها را به محمود به اجاره بدهد بدون این که آن را تعیین نماید، چنین عقدی فاسد است. تعریف عقد فاسد در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت.

(۲) ذکر منفعت: شرط دوم خصوص اجاره ذکر منفعت آن به نحوی که منجر به منازعه نگردد است. تعریف منازعه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود به اجاره بدهد، باید منفعت آن را ذکر نماید. به عنوان مثال، احمد و محمود باید معین نمایند که محمود اسپ را برای رکوب، بزکشی، باربری و نظیر اینها به اجاره می گیرد. در صورتی که محمود اسپ را به منظور بزکشی به اجاره بگیرد و سپس با آن باربری نماید، این امر موجب بروز منازعه میان احمد و محمود امکان دارد گردد. به موجب فقه منظور از منفعت در عقد اجاره، منفعتی است که از عین مأجور گرفته می شود، مانند: سکونت خانه، رکوب حیوان و موتر و نظیر اینها. در عقد اجاره باید محل منفعت معین و معلوم باشد.^{۴۶۸} ماده ۲۵۱ مجله الاحکام در این زمینه حکم می نماید که: «در اجاره شرط است که منفعت به نحوی معلوم باشد که مانع بروز منازعه گردد.»

(۳) بیان مدت انتفاع: در اجاره شرط است که مدت انتفاع بیان گردد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به کرایه بدهد، شرط است که مدت کرایه را تعیین نماید. در فقه در اجاره زمین، خانه و حیوانات مدت اجاره باید معلوم باشد، زیرا در صورتی که مدت معلوم نباشد عقد منجر به بروز منازعه می گردد. در عقد اجاره مدت اجاره می تواند طویل یا قصیر باشد.^{۴۶۹} با توجه به نص این ماده، بیان مدت در اجاره اشیاء و حیوان را ذیلاً مورد تحلیل و ارزیابی قرار می دهیم:

۱- تعیین مدت در اجاره اشیاء: منظور از اشیاء اجسام غیر ذیرویی می باشد که برای انتفاع به اجاره داده می شود. سنجش مقدار منفعت در اشیاء به وسیله تعیین مدت می باشد، مثلاً در اجاره مزرعه و خانه باید مدت اجاره معین شود و تعیین مدت به وسیله زمان می باشد. بنابراین، نمی توان منفعت مزرعه را به کشت بهاری یا خزانی معین نمود و آن را برای یک کشت یا چند کشت به اجاره واگذار کرد، زیرا مدت کشت به اعتبار تغییراتی که در هوا پیدا می شود در هر سال تفاوت می نماید.^{۴۷۰} ماده ۲۵۲ مجله الاحکام در این زمینه تصریح می نماید که: «در استئجار اراضی بیان این که برای چی به اجاره گرفته شده با تعیین مدت لازم

۴۶۸. همان، وهیة الزحیلی، جلد (۵)، ص ۳۸۰۹.

۴۶۹. همان، وهیة الزحیلی، جلد (۵)، ص ۳۸۰۹.

۴۷۰. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۲)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۶۷.

می باشد. پس، اگر برای زراعت باشد بیان چیزی که در آن زرع می گردد و یا تخییر مستأجر به این که به صورت عام هرچه بخواهد در آن زرع کند لازم است.».

۲- تعیین مدت در اجاره حیوان: در اجاره حیوان ممکن است مقدار منفعت به مدت تعیین شود چنانکه در اجاره اشیاء تعیین می شود. مثلاً: آسیبی را که برای یک روز معین از طلوع آفتاب تا غروب یا از ساعت ۱۲ الی ۶ بعد از ظهر اجاره نمایند، هرگاه تعیین راکب و محمول تعیین نگردیده باشد، مستأجر باید در حدود متعارف مطابق عرف و عادات از آن انتفاع بگیرد.^{۴۷۱} ماده ۲۵۳ مجله الاحکام در این زمینه حکم می نماید که: «هنگام استئجار دابه تعیین منفعت اعم از اینکه برای سوار شدن باشد یا برای بار بردن یا سوار کردن با بیان مسافه و مدت اجاره لازم می باشد.».

(۵) تعیین اجرت: در اجاره تعیین اجرت شرط است. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به اجاره بگیرد تا محمود برای احمد سرمایه، موزائیک یا کاشی نصب و فرش نماید، شرط است که اجرت کاشی کاری، نصب سرمایه یا موزائیک را تعیین نمایند. به موجب فقه به اتفاق علماء در اجاره شرط است که، اجرت معلوم باشد.^{۴۷۲} شرط دیگر اجرت این است که این که اجرت، منفعتی از جنس معقود علیه نباشد: مانند اجاره سکنی در برابر سکنی، اجاره خدمه در مقابل خدمه و رکوب حیوان در مقابل حیوان و از زراعت در مقابل زراعت، زیرا به نظر احناف این عمل ربا تلقی می گردد زیرا در چنین موارد اجرت از جنس واحد می باشد.^{۴۷۳}

ضمانت اجرای این شرایط نیز در بند دوم نص ماده ۱۳۲۲ ق. م پیش بینی شده است. طبق نص این ماده در صورت عدم رعایت شرایط عمومی و خصوصی عقد اجاره عقد اجاره فاسد است. تعریف عقد فاسد در جلد اول کتاب حقوق و جابج این دور از شرح ق. م گذشت. به نظر می رسد نص ماده ۱۳۲۲ ق. م ارجاعی است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده شرایط عمومی عقد اجاره به قواعد عمومی عقد ارجاع داده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۳۲۲ ق. م ارجاع شرایط عمومی عقد اجاره به قواعد عمومی و پیش بینی شرایط خصوصی و ضمانت اجرای شرایط خصوص عقد اجاره است.

(۵) رضایت طرفین عقد: مانند عقد بیع، جهت صحت عقد اجاره رضایت طرفین عقد شرط است.^{۴۷۴} ماده ۲۲۸ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «در صحت اجاره رضایت عاقدین شرط می باشد.»، به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خویش را به محمود به کرایه بدهد، شرط است که احمد و محمود راضی باشند.

(۷) معلوم بودن منفعت به نحوی باشد که مانع بروز نزاع شود: شرط است که در عقد اجاره منفعت به نحوی معلوم و معین باشد که مانع بروز منازعه گردد.

(۸) انتفاع از عین مستأجره با بقاء عین آن ممکن باشد: طبق ماده ۱۳۳۳ ق. م: «اجاره عینی که انتفاع از آن بدون ازبین رفتن عین ممکن نباشد، جواز ندارد.»، طبق نص این ماده جهت صحت عقد اجاره شرط است عینی که به اجاره داده می شود استعمال آن با بقاء عین آن ممکن باشد یعنی عینی که به اجاره داده می شود باید مال استعمالی باشد مانند زمین، خانه دوکان و غیره نه استهلاکی، زیرا انتفاع از اموال استهلاکی عین آن را معدوم می نماید مانند خوردنیها و نوشیدنیها. به حیث مثال، احمد نمی تواند روغن، بوره و نظیر اینها را به محمود به اجاره بدهد.

(۹) استیفاء از عین مستأجره حقیقتاً و شرعاً ممکن باشد: طبق فقره سوم ماده ۱۳۳۳ ق. م: «اجاره چیزی که منفعت گرفتن از آن به صورت حقیقی یا حکمی ناممکن باشد، باطل است.»، طبق نص این ماده در اجاره شرط است که عینی که به اجاره داده می شود قابل استیفاء باشد در غیرآن عقد اجاره باطل خواهد بود مانند اینکه: کسی حیوان گریزی را به اجاره دهد یا شخص گنک را جهت سخنگویی به اجاره گیرد. ماده ۲۵۸ مجله الاحکام در این باره حکم می نماید که: «شرط است که منفعت قابل استیفاء باشد. بنابراین، اجاره حیوان گریزی صحیح نمی باشد.»، همچنین لازم است که استیفاء از عین مستأجره شرعاً ممکن باشد. به طور مثال، هرگاه شخصی ساحری را برای تعلیم سحر اجاره نماید عقد مذکور باطل خواهد بود.^{۴۷۵}

۴۷۱. همان، سید حسن امامی، جلد (۴)، ص ۶۹.

۴۷۲. همان، سید حسن امامی، جلد (۵)، صص ۳۸۲۲-۳۸۲۳.

۴۷۳. همان، سید حسن امامی، جلد (۵)، ص ۳۸۲۷.

۴۷۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۱۴۰۲۶.

۴۷۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۸۱۴؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۹۶.

(۱۰) منفعت مورد اجاره باید شرعاً مشروع و مباح باشد: طبق ماده ۱۳۳۳ بند دوم ق. م: «اجاره بر عمل وقتی جائز است که عمل مجاز بوده و اجیر به انجام آن قانوناً مکلف باشد.»، طبق نص این ماده در عقد اجاره شرط است که مورد اجاره مباح باشد مانند اجاره کتاب برای خواندن و اجاره خانه برای سکنی و غیره. بنابراین، هرگاه منفعت مورد اجاره غیرمشروع باشد مانند اینکه: شخص خانه خود را برای قمار بازی به اجاره بدهد یا مستأجر کسی را برای کشتن کسی به اجاره بگیرد. در چنین موارد، عقد اجاره باطل می باشد^{۴۷۶} زیرا عملی را که اجیر انجام می دهد غیرمجاز می باشد. هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۳۳۳ ق. م پیش بینی شرایط صحت عقد اجاره است.

(۱۱) مؤجر باید مالک منفعتی باشد که آن را به وسیله عقد اجاره واگذار می نماید: طبق ماده ۱۳۳۴ ق. م: «هرگاه عین از طرف شخص مستحق منفعت، به اجاره داده شده باشد، با انتضای حق منفعت در حالی که مالک اجازه ندهد، اجاره خاتمه می یابد مشروط بر اینکه مدت معینه ابلاغ تخلیه و موعد لازم برای انتقال محصول زمین زراعتی رعایت شود.»، طبق نص این ماده هرگاه عین از طرف شخص مستحق منفعت، به اجاره داده شده باشد، با انتضای حق منفعت در حالی که مالک اجازه ندهد، اجاره خاتمه می یابد مشروط بر اینکه مدت معینه ابلاغ تخلیه و موعد لازم برای انتقال محصول زمین زراعتی رعایت شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خود را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد و محمود خانه را به حمید به اجاره داده باشد، با انتضای یک سال عقد محمود با حمید خاتمه پیدا می کند. در این مثال، محمود مالک حق منفعت است. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد به تمدید عقد اجاره اجازه دهد. در صورت عدم اجازه توسط احمد، عقد اجاره میان محمود و حمید خاتمه پیدا می کند. برای این که حمید مورد حمایت قرار بگیرد، قانونگذار مدنی شرط گذاشته است که مدت معینه ابلاغ تخلیه رعایت شود. معمولاً مدت لازم برای ابلاغ تخلیه در قرارداد ذکر می شود. همچنین، اگر در مثال بالا، زمین زراعتی و در آن زراعت مانند گندم، جو، جوی و نظیر اینها وجود داشته باشد، باید مدت لازم برای درو و انتقال این محصولات به حمید داده شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز اجاره منفعت عین مستأجره توسط مستأجر یا اجاره گیرنده است.

(۱۲) اجاره فضولی: طبق ماده ۱۳۲۶ ق. م: «عقد اجاره فضولی، به اجازه مالک موقوف است. در صورتی که مالک قاصر یا محجور بوده و اجرت مطابق اجرت مثل تعیین گردیده باشد، انعقاد اجاره، موقوف به اجازه ولی یا وصی یا قیم می باشد.»، از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- عقد اجاره فضولی، به اجازه مالک موقوف است. فضولی اسم منسوب به فضول است. فضالت در لغت به معنای زیاده کاری، افزودن کاری، کار بی ربط انجام دادن و کار بی معنی کردن است.^{۴۷۷} موقوف در لغت به معنی بازداشته شده، محصور، متوقف شده، بازایستاده شده و توقیف شده است.^{۴۷۸} به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به جمشید به اجاره بدهد، عقد اجاره احمد فضولی است. اگر محمود اجازه بدهد عقد نافذ و اگر اجازه ندهد عقد باطل می گردد.

۲- در صورتی که مالک قاصر یا محجور بوده و اجرت مطابق اجرت مثل تعیین گردیده باشد، انعقاد اجاره، موقوف به اجازه ولی یا وصی یا قیم می باشد. تعریف قاصر و محجور علیه گذشت. قیم شخصی است که بر محجور علیه قیمومیت دارد. وصی شخصی است که بر طفل صغیر وصایت دارد. ولی شخصی است که بر طفل صغیر ولایت دارد. به حیث مثال، اگر حمیده ده ساله یا دیوانه باشد و تحت ولایت محمود پدر یا پدر کلانش یا تحت وصایت حمید یا تحت قیمومیت جمشید قرار داشته باشد و بخواهد خانه ای خویش را به ویس در برابر اجرت مثل به اجاره بدهد، انعقاد عقد اجاره موقوف به اجازه حمید، جمشید و محمود است. منظور از اجرت مثل اجرتی است که نظر به عرف و عادات جاریه یا مطابق نظر اهل خبره پرداخته شود. ماده ۲۱۲ مجلة الاحکام در مورد اجرت مثل می گوید: «اجرت مثل اجرتی است که اهل خبره بی غرض آن را تعیین نموده باشد.»، به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط نفاذ عقد اجاره است.

۴۷۶. وهبة الزحیلی (___)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۸۱۷.
 ۴۷۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۸۰.
 ۴۷۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۲۰۳۰.

۱۳) طبق ماده ۱۳۲۷ ق.م: «اجازه مندرج ماده (۱۳۲۶) این قانون وقتی صحیح شمرده می شود که عاقدین و معقود علیه موجود بوده و بدل اجاره غیر از پول نقد باشد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۱۳۲۶ ق.م است. طبق نص این ماده اجازه مندرج ماده (۱۳۲۶) این قانون وقتی صحیح شمرده می شود که عاقدین و معقود علیه موجود بوده و بدل اجاره غیر از پول نقد باشد. عاقدین طرفین عقد اجاره اند. معقود علیه موضوع اجاره است و بدل اجاره اجرت است. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به جمشید به اجاره بدهد، عقد اجاره احمد فضولی است.

اگر محمود اجازه بدهد عقد نافذ و اگر اجازه ندهد عقد باطل می گردد. در چنین حالتی، اجازه محمود زمانی صحیح است که احمد و جمشید و خانه موجود باشند و بدل اجاره (اجرت) غیر از پول نقد باشد، مانند این که احمد خانه محمود را به جمشید به اجاره بدهد و به جمشید بگوید به عوض پرداخت پول نقد کالاهای تجارتی احمد را از مزار به کابل نقل بده. معمولاً بدل اجاره پول نقد است. اما، قانونگذار مدنی در نص این ماده شرط می گذارد که بدل غیر از پول نقد باشد که محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط صحت نفاذ عقد اجاره است.

۱۴) طبق ماده ۱۳۲۵ ق.م: «شخصی که تنها صلاحیت اداره مال را دارد، نمی تواند مدت اجاره را بیش از سه سال تعیین نماید. اگر مدت اجاره بیش از سه سال تعیین شده باشد، به سه سال تنقیص می یابد مگر اینکه قانون طور دیگری حکم نموده باشد.» نص این ماده مبهم است، زیرا واضح نیست که شخصی که صلاحیت اداره مال را دارد کیست. به نظر می رسد این شخص وکیل مقید صاحب مال، ولی، وصی و قیم است. با پذیرش این نظر، وکیل مقید، ولی، وصی و قیم می توانند مال مؤکل و شخص تحت ولایت، وصایت و قیمومیت را برای مدت سه سال به اجاره بدهد.

به حیث مثال، اگر احمد وکیل مقید محمود یا ولی، وصی و قیم محمود باشد و محمود محجور علیه باشد، احمد می تواند مال محمود را برای سه سال به اجاره بدهد. ضمانت اجرای این شرط عدم نفاذ تصرفات احمد است، زیرا در صورتی که احمد مال را برای مدت بیشتر از سه سال به اجاره بدهد، به نظر می رسد در اثر تقاضای صاحب مال از محکمه و یا عدم اجازه صاحب مال این مدت به سه سال تنقیص می یابد. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان است.^{۴۷۹}

به حیث مثال، در مثال بالا اگر احمد خانه محمود را برای مدت چهار سال به اجاره بدهد، این مدت می تواند توسط محمود یا محکمه ذیصلاح در صورتی که محمود محجور علیه باشد برای مدت سه سال کاهش پیدا نماید. در این صورت، اجاره صرف برای مدت سه سال نافذ است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط نفاذ عقد اجاره است.

۱۵) طبق ماده ۲۲۶ مجله الاحکام: «لازم است که اجاره دهنده در چیزی که به اجاره می دهد متصرف باشد و یا اجاره توسط وکیل، ولی و وصی متصرف صورت پذیرد.»

۱۶) طبق ماده ۱۳۲۹ ق.م: «هرگاه برای هر یکی از اجاره دهنده و اجاره گیرنده خیار شرط شده باشد، عقد اجاره با فسخ هر یک که در داخل میعاد صورت گیرد، فسخ می گردد. هر یک که اجازه دهد حق خیار او ساقط می شود و خیار دیگر تا زمان انقضای مدت به حال خود باقی می ماند.» نص این ماده عام است و ناظر بر همه انواع اختیارات که در فصل اجاره در مورد اختیارات پیش بینی شده است قابل تطبیق است. طبق نص این ماده هرگاه در عقد اجاره توسط طرفین عقد اجاره خیار شرط شده باشد، عقد اجاره در صورت فسخ عقد اجاره توسط اجاره دهنده و یا اجاره گیرنده فسخ می گردد.

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود خیار شرط را شرط گذاشته باشد و به احمد گفته باشد در صورت دیدن خانه عقد را تأیید می نمایم، در صورت دیدن خانه محمود صلاحیت تأیید و فسخ عقد اجاره را دارد. همچنین، هر یک از طرفین که به انفاذ عقد اجاره بدهد، خیار او ساقط می گردد در عین حالی که خیار نسبت به شخصی که به انفاذ عقد اجاره را اجازه نداده است الی ختم مدت باقی می ماند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود عقد اجاره بدهد خیار محمود ساقط می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط نفاذ عقد اجاره است.

۱۷) طبق ماده ۱۳۳۰ ق.م: «مدت خیار از وقت عقد و مدت اجاره از زمان سقوط خیار آغاز می گردد مگر اینکه طور دیگری موافقه به عمل آمده باشد.» از نص این ماده دو اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که مدت خیار از وقت عقد

آغاز می گردد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود در اول حمل سال ۱۳۹۸ به اجاره بدهد و محمود خیار رویت را برای مدت سه روز شرط بگذارد، مدت خیار از اول حمل شروع می شود.

همچنین، طبق نص این ماده اصل این است که مدت اجاره از زمان سقوط خیار آغاز می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود عقد اجاره را در تاریخ سوم حمل سال ۱۳۹۸ تأیید نماید، عقد اجاره از تاریخ ۳ حمل سال ۱۳۹۸ آغاز می گردد. استثنای این اصل ها این است که احمد و محمود طور دیگر توافق نمایند. به حیث مثال، توافق نمایند که مدت خیار از تاریخ دوم حمل آغاز شود و مدت اجاره در صورت تأیید عقد از تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۸ آغاز گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم مدت آغاز خیار در عقد اجاره و آغاز عقد اجاره است.

۱۸) مطابق ماده ۱۳۲۸ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) احکام متعلق به خیار شرط، رویت و عیب در مورد عینی که به اجاره داده می شود، قابل رعایت می باشد؛ و (۲) در مورد بدل اجاره احکام متعلق به خیار تفریق، صفقه عقد، وصف ثمن، غبن، تغیر وصف، خیانت و تعیین، رعایت می گردد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به احکام خیار شرط، عیب و رویت قواعد عمومی عقود است. از نص این ماده قواعد ذیل قابل استنباط است:

۱- احکام خیار شرط که تفصیل آن در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت بر عینی که به اجاره داده می شود قابل تطبیق است. به موجب فقه خیار شرط عبارت از خیاری است که به موجب آن یکی از طرفین معامله یا هر دوی آنان و یا شخص ثالثی حق فسخ یا امضای معامله ای را در مدت معینی داشته باشد.^{۴۸۰} به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به اجاره بگیرد و به محمود بگوید: خانه را به آن شرط از تو به اجاره می گیرم که که تا مدت سه روز حق فسخ معامله را داشته باشم، احمد می تواند در مدت سه روز عقد را فسخ یا تأیید نماید. عین در این مثال، خانه است.

۲- احکام خیار رویت که تفصیل آن در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت بر عینی که به اجاره داده می شود قابل تطبیق است. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به اجاره بگیرد و به محمود خانه را ندیده باشد، در صورت دادن خانه صلاحیت فسخ و تأیید عقد را دارد.

۳- احکام خیار عیب که تفصیل آن در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت بر عینی که به اجاره داده می شود قابل تطبیق است. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را در برابر ده هزار افغانی برای یک ماه به محمود به اجاره بدهد و محمود خیار عیب را شرط بگذارد، محمود می تواند در صورت ظهور عیب در موتر عقد اجاره را تأیید یا فسخ نماید. عین در این مثال، موتر است.

۴- در مورد بدل اجاره قواعد مربوط به خیار تفریق قابل تطبیق است. بدل اجاره چیزی است که اجاره دهنده از اجاره گیرنده می گیرد. به حیث مثال، در مثال بالا ده هزار افغانی بدل اجاره است. تفریق در لغت به معنی جدایی است.^{۴۸۱} در ق. م در خصوص خیار تفریق حکمی وجود ندارد. بنابراین، ایرادی که در نص این ماده وجود دارد این است که به جز این ماده در سایر مواد ق. م و در مواد مربوط به قواعد عمومی عقود، هیچ حکمی در خصوص احکام خیار تفریق وجود ندارد و قانونگذار مدنی در نص این ماده از یکطرف خیار تفریق را تعریف نکرده است و از طرف دیگر خیار تفریق در اجاره را به احکام خیار تفریق ارجاع داده است که به دلیل عدم موجودیت احکام محل ایراد به نظر می رسد و تطبیق کنندگان ق. م را با مشکل مواجه می نماید. اصطلاح خیار تفریق مبهم است و در مورد آن کمتر تعریف وجود دارد. تعاریفی که در خصوص خیار تفریق وجود دارد مبهم اند. به حیث مثال، برخی نویسندگان در این خصوص می نویسند که خیار صفقه را که خیار تبعض (تفریق) صفقه نیز می گویند عبارت است از حق فسخ ناشی از تجزیه و پاره پاره شدن معامله و طرفی که معامله به ضرر او تجزیه شده است خیار فسخ دارد. خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می شود که عقد نسبت به جهتی از جهات باطل باشد. در این صورت، یک طرف حق دارد عقد را فسخ کند یا به نسبت قسمتی که عقد واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که عقد باطل بوده است ثمن را استرداد کند.^{۴۸۲}

۴۸۰. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۰۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۳۱.

۴۸۱. (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

۴۸۲. (آخرین بازدید ۳/۹/۲۰۱۶) [/fa.m.wikipedia.org](https://fa.m.wikipedia.org)

۵- در مورد بدل اجاره قواعد مربوط به صفقه عقد قابل تطبیق است. در ق. م در خصوص صفقه عقد حکمی وجود ندارد. بنابراین، ایرادی که در نص این ماده وجود دارد این است که به جز این ماده در سایر مواد ق. م و در مواد مربوط به قواعد عمومی عقود، هیچ حکمی در خصوص احکام صفقه عقد وجود ندارد و قانونگذار مدنی در نص این ماده از یکطرف صفقه عقد را تعریف نکرده است و از طرف دیگر صفقه عقد در اجاره را به احکام صفقه عقد ارجاع داده است که به دلیل عدم موجودیت احکام محل ایراد به نظر می رسد و تطبیق کنندگان ق. م را با مشکل مواجه می نماید. خیار صفقه مرکب از دو کلمه خیار و صفقه است. تعریف خیار گذشت. صفقه از ریشه «صفق» گرفته شده است که در لغت به معنی دست به هم زدن در هنگام بیع است^{۴۸۳} زیرا معمول است که طرفین معامله زمانی که می خواهند رضایت خود را بر عقد اعلام کنند، به یکدیگر دست می دهند. ارایه مثال عملی در خصوص صفقه عقد در مورد بدل اجاره مشکل به نظر می رسد.

۶- در مورد بدل اجاره قواعد مربوط به خیار وصف ثمن قابل تطبیق است. در ق. م در خصوص وصف ثمن حکمی وجود ندارد. بنابراین، ایرادی که در نص این ماده وجود دارد این است که به جز این ماده در سایر مواد ق. م و در مواد مربوط به قواعد عمومی عقود، هیچ حکمی در خصوص احکام خیار وصف ثمن وجود ندارد و قانونگذار مدنی در نص این ماده از یکطرف خیار وصف ثمن را تعریف نکرده است و از طرف دیگر خیار وصف ثمن در اجاره را به احکام عمومی عقود ارجاع داده است که به دلیل عدم موجودیت احکام محل ایراد به نظر می رسد و تطبیق کنندگان ق. م را با مشکل مواجه می نماید. به نظر می رسد خیار وصف ثمن عبارت از خیاری است که به موجب آن خیار فسخ قرارداد در صورت عدم مطابقت ثمن با وصف پیشین برای طرف عقد ایجاد می شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خود را به محمود به اجاره بدهد و بگوید که اجرت را دالر سال ۲۰۱۷ بدهید در حالی که محمود اجرت را به دالر سال ۲۰۱۴ بدهد احمد خیار وصف دارد و می تواند عقد را تأیید یا فسخ نماید. دالر در این مثال، دارای وصفی که احمد می خواهد نیست.

۷- در مورد بدل اجاره قواعد مربوط به تغیر وصف قابل تطبیق است. در ق. م در خصوص تغیر وصف حکمی وجود ندارد. بنابراین، ایرادی که در نص این ماده وجود دارد این است که به جز این ماده در سایر مواد ق. م و در مواد مربوط به قواعد عمومی عقود، هیچ حکمی در خصوص احکام تغیر وصف ثمن وجود ندارد و قانونگذار مدنی در نص این ماده از یکطرف تغیر وصف را تعریف نکرده است و از طرف دیگر خیار تغیر وصف در اجاره را به احکام عمومی عقود ارجاع داده است که به دلیل عدم موجودیت احکام محل ایراد به نظر می رسد و تطبیق کنندگان ق. م را با مشکل مواجه می نماید. خیار تغیر وصف خیار تخلف از وصف نیز نامیده می شود. خیار تخلف از وصف عبارت از خیاری است که به موجب آن خیار بر هم زدن و فسخ قرارداد در صورت عدم مطابقت مال مورد معامله با وصف پیشین آن برای طرف دیگر ایجاد می شود. به عبارت دیگر: این خیار در جایی ایجاد می شود که فرد کالایی را مشاهده نکرده و اوصاف آن در قرارداد ذکر می شود و یا براساس مشاهده سابق معامله ای را انجام می دهد و بعد از معامله معلوم و مشخص می شود که آن اوصافی که در قرارداد ذکر شده در کالا وجود ندارد و یا وضعیت فعلی کالا آنچه در سابق مشاهده کرده است، نیست.^{۴۸۴} به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خود را به محمود به اجاره بدهد و بگوید که اجرت را دالر سال ۲۰۱۷ بدهید در حالی که محمود را اجرت به دالر سال ۲۰۱۴ بدهد احمد خیار وصف دارد و می تواند عقد را تأیید یا فسخ نماید. دالر در این مثال، دارای وصفی که احمد می خواهد نیست.

۸- در مورد بدل اجاره احکام خیار خیانت قابل تطبیق است. در مورد خیار خیانت در ق. م حکم وجود ندارد. خیار خیانت عبارت از خیاری است که در صورت ثبوت خیانت در عقد حاصل می شود.^{۴۸۵} به نظر می رسد مثال خیار خیانت در مورد اجرت این است که اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و اجرت آن را نزد محمود بگذارد و محمود در خصوص اجرت مرتکب خیانت شود، احمد می تواند عقد را فسخ نماید.

۹ - خیار غبن عبارت از خیاری است که در آن یکی از عاقدین طرف دیگر را به سخن و یا به عمل به چنان غرر افگند که به غبن فاحش او بی انجامد.^{۴۸۶} به نظر می رسد در صورت غبن برای مغبون حق فسخ قرارداد ثابت می شود. به حیث مثال، اگر

۴۸۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۱۹.
484. fa.m.wikipedia.org (۲۰۱۶/۹/۳) (آخرین بازدید).

۴۸۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۲۷.

۴۸۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۹۳۸.

حمیده خانه خویش را به مرضیه به اجاره بدهد و کرایه ماهوار خانه مبلغ ده هزار افغانی باشد اما حمیده خانه را به مرضیه در برابر مبلغ پانزده هزار افغانی به کرایه بدهد، در این عقد غبن فاحش وجود دارد و مرضیه می تواند عقد را به دلیل غبن فاحش فسخ نماید. (۱۹) طبق ماده ۱۳۳۵ ق. م: «اجاره گیرنده حق خیار رویت را در خلال مدت معینه دارا می باشد. اما اجاره دهنده ای که قبل از دیدن عین آن را به اجاره می دهد، این حق را ندارد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

نخست این که اجاره گیرنده حق خیار رویت را در خلال مدت معینه دارا می باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به اجاره بگیرد و آن را ندیده باشد، دارای خیار رویت در مدت معین است. این مدت بستگی به توافق طرفین دارد و در قواعد عمومی عقود زمان آن تعیین نشده است.

دوم این که اجاره دهنده ای که قبل از دیدن عین آن را به اجاره می دهد، این حق را ندارد. به حیث مثال، اگر احمد از دبی موتر وارد نماید و بدون این که موتر ها را ببیند، آنها را به محمود به اجاره بدهد، با دیدن موتر ها، احمد دارای خیار رویت نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای خیار رویت به اجاره گیرنده و عدم اعطای خیار رویت به اجاره دهنده است.

(۲۰) طبق ماده ۱۳۳۶ ق. م: «هرگاه شخص عینی را که قبلاً دیده است به اجاره بگیرد، حق خیار او ساقط می شود، مگر اینکه عین مذکور از حالت سابق تغییر یافته باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. این اصل این است که در صورتی که اجاره گیرنده عین مستأجره را قبلاً دیده باشد و بعد آن را به اجاره بگیرد، حق خیار او ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد زمین های محمود را دیده باشد و آنها را به اجاره بگیرد، حق خیار احمد به دلیل دیدن زمین ها ساقط می گردد. استثنای این اصل این است که عین تغییر نموده باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را دیده باشد و آن را به اجاره بگیرد حق خیار رویت احمد ساقط می گردد. اما، اگر محمود در خانه تغییرات آورده باشد، به عنوان نمونه، دو اتاق در منزل دوم خانه احداث نموده باشد، خانه را رنگ مالی و حویلی را سنگ فرش نموده باشد، احمد دارای خیار رویت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی پیش بینی حکم سقوط خیار رویت اجاره گیرنده است.

(۲۱) طبق ماده ۱۳۳۷ ق. م: «حق خیار رویت اجاره گیرنده در احوال آتی ساقط می گردد: ۱- در حال اقرار اجاره گیرنده در عقد به رویت عین که به اجاره داده می شود؛ ۲- در حال وصف عین در عقد که قایم مقام رویت شده می تواند و اثبات عین به وصف مذکور؛ ۳- در حال صدور چنان قول یا فعل از طرف اجاره گیرنده که خیار را باطل سازد؛ ۲- در حال گذشتن وقت کافی ای که اجاره گیرنده به رویت عین قادر بوده (بدون آنکه آن را دیده باشد)؛ و ۵- در حال وفات اجاره گیرنده.» طبق نص این ماده در یکی از حالات ذیل حق خیار رویت اجاره گیرنده ساقط می شود:

۱- در حال اقرار اجاره گیرنده در عقد به رویت عین که به اجاره داده می شود. به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد و اقرار نماید که من دوکان را دیده ام، حق خیار رویت احمد ساقط می گردد. دوکان در این مثال، عین است.

۲- در حال وصف عین در عقد که قایم مقام رویت شده می تواند و اثبات عین به وصف مذکور. به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد و محمود بگوید دوکان پنجاه متر مربع، دارای کلکین های پی وی سی، میز و الماری چوبی در لیسه مریم در خیرخانه است و سپس برای احمد و محمود ثابت شود که دوکان دارای صفاتی است که احمد برشمرده و توصیف نموده است، حق خیار احمد ساقط می گردد.

۳- در حال صدور چنان قول یا فعل از طرف اجاره گیرنده که خیار را باطل سازد. به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد و احمد بگوید عقد را تأیید نمودم یا در دوکان اموال خویش را برای فروش آورد، خیار احمد ساقط می شود. در مثال اول، خیار احمد با قول ساقط می شود و در مثال دوم خیار احمد با فعل ساقط می شود.

۴- در حال گذشتن وقت کافی ای که اجاره گیرنده به رویت عین قادر باشد بدون آنکه آن را دیده باشد. به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد و محمود برای احمد یک هفته وقت بدهد تا عقد را فسخ یا تأیید نماید، با انقضای یک هفته، خیار رویت احمد ساقط می شود.

۵- در حال وفات اجاره گیرنده، به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد و محمود برای احمد یک هفته وقت بدهد تا عقد را فسخ یا تأیید نماید، اما در جریان هفته احمد وفات نماید، خیار رویت ساقط می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالات اسقاط خیار رویت اجاره گیرنده در عقد اجاره است. حالات پیش بینی شده در نص این ماده استقلالی اند نه انضمامی یا ترکیبی.

۲۲) طبق ماده ۱۳۳۱ ق. م: «اجاره حصه مشاع، برای شریک یا غیر شریک جواز دارد.» طبق نص این ماده اجاره حصه مشاع، برای شریک یا غیر شریک جواز دارد. تعریف مشاع گذشت. شریک از «شرک» گرفته شده است که در لغت به معنی همدست، مُشارک و هم بهره است.^{۴۸۷} به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی شریک شخصی است که در مال مشترک با شخص دیگری شریک است. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده ده جریب زمین به صورت مشترک داشته باشند، احمد می تواند ده جریب زمین مشترک را به جمشید به اجاره بدهد. همچنین، احمد می تواند پنج جریب زمین سهم خویش را به حمیده به اجاره بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز اجاره دادن مال مشاع است.

۲۳) طبق ماده ۱۳۳۲ ق. م: «هرگاه عین، بعد از عقد به مشاع تبدیل شود عقد را فاسد نمی سازد.» طبق نص این ماده هرگاه عین، بعد از عقد به مشاع تبدیل شود عقد را فاسد نمی سازد. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین داشته باشد و زمین خویش را به جمشید به اجاره بدهد و سپس ده جریب زمین را به محمود و فاروق به فروش رساند، محمود و فاروق قایم مقام احمد تلقی می گردند و ده جریب زمین که قبل از عقد مال مفروز و متعلق به احمد بود بعد از فروش به مال مشاع محمود و فاروق تبدیل شد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم فاسد شدن عقد اجاره بعد از تبدیل شدن مال مفروز به مشاع است.

۲۴) طبق ماده ۱۳۳۸ ق. م: «(۱) اجرت، پول نقد، مال، منفعت یا تعهد مجاز تعیین شده می تواند: (۲) غبن فاحش در اجرت مسمی به اجرت مثل آن تعدیل می شود، تعیین اجرت مثل از طریق مراجع ذیصلاح و یا به حکم محکمه صورت می گیرد.» طبق نص این ماده در اجاره اجرت می تواند امور ذیل باشد:

۱- در عقد اجاره پول نقد می تواند اجوره قرار بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود هر ماه در برابر ده هزار افغانی به اجاره بدهد، اجرت پول نقد است.

۲- در عقد اجاره مال می تواند اجرت تعیین شود. ایرادی که در نص این ماده به نظر می رسد این است که طبق نص این ماده پول و مال می تواند اجرت تعیین شود در حالی مال انواع متعدد دارد و پول هم مال است. به حیث مثال، در مثال بالا، ده هزار افغانی مال است. به نظر می رسد طبق نص این مال می تواند سایر اموال به غیر از پول باشد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به اجاره بگیرد تا برای احمد چاه بکند یا خانه ای احمد را رنگ نماید و احمد و محمود توافق نمایند که احمد به عوض پول نقد برای محمود آرد، روغن و سایر اموال را بدهد، تعیین مال به عنوان اجرت هرچند در عمل کمتر واقع می گردد، جواز دارد.

۳- در عقد اجاره منفعت می تواند اجرت تعیین شود. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به اجاره بگیرد تا برای احمد چاه بکند یا خانه ای احمد را رنگ نماید و احمد و محمود توافق نمایند که احمد به عوض پول نقد برای محمود اجازه دهد تا شش ماه در خانه احمد زندگی نماید، تعیین منفعت به عنوان اجرت هرچند در عمل کمتر واقع می گردد، جواز دارد. سکونت در خانه برای مدت شش ماه منفعت است.

۴- در عقد اجاره تعهد مجاز می تواند اجرت تعیین شود. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به اجاره بگیرد تا برای احمد چاه بکند و در مقابل محمود خانه ای احمد را رنگمالی نماید، تعهد محمود می تواند اجرت قرار بگیرد هرچند در عمل کمتر واقع می گردد. طبق نص این ماده شرط است که تعهد مجاز باشد. بنابراین، اگر تعهد مجاز نباشد، نمی تواند اجرت تعیین شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود تعهد نماید تا در برابر کندن چاه برای احمد، احمد جمشید را زخمی یا اختطاف نماید، تعهد احمد تعهد غیرمجاز است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اموری که می تواند اجرت قرار بگیرند است.

۵- غبن فاحش در اجرت مسمی به اجرت مثل آن تعدیل می شود. تعیین اجرت مثل از طریق مراجع ذیصلاح و یا به حکم محکمه صورت می گیرد. تعریف غبن فاحش در جلد اول این کتاب گذشت. اجرت مسمی اجرتی است که طرفین آن را تعیین می

نماینند. اجرت مثل اجرتی است که در صورت عدم تعیین اجاره دهنده باید آن را به اجاره دهنده پرداخت نماید. در صورتی که در اجرت مسمی غبن فاحش صورت بگیرد، اجرت مسمی باید به حکم قانون به اجرت مثل تعدیل گردد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود ماهوار در برابر دوازده هزار افغانی به کرایه بدهد در حالی که کرایه خانه ده هزار افغانی ماهوار باشد، با توجه به معیار غبن فاحش در ماده ۵۷۱ ق. م به نظر می رسد که در اجرت مسمی غبن فاحش وجود دارد زیرا تفاوت میان نرخ کرایه و نرخ که خانه به آن به کرایه داده شده است بیشتر از پانزده فیصد است. در این فرض، اجرت مسمی به اجرت مثل طبق قانون باید تعدیل گردد. این تعدیل را تطبیق کنندگان قانون باید به عمل آورند. بنابراین، در این فرض محمود باید ماهوار مبلغ ده هزار افغانی به احمد پرداخت نماید. اگر احکامی را که در مجله الاحکام و سایر مواد ق. م پیش بینی شده اند کنار هم قرار دهیم این نتیجه به دست می آید که اجرت مثلی اجرتی است که اهل خبره آن را تعیین می نمایند، مطابق نرخ مارکیت تعیین می شود و یا مطابق عرف تعیین می شود. اما، مطابق نص ماده ۱۳۳۸ فقره ۲ ق. م اجرت مثل را مراجع ذیصلاح یا محکمه تعیین می نماید. عبارت مراجع ذیصلاح در نص این ماده مبهم است زیرا روشن نیست که منظور قانونگذار مدنی از مراجع ذیصلاح کدام مراجع است. همچنین، طبق نص این ماده محکمه می تواند مقدار اجرت مثل را تعیین نماید که محل ایراد است زیرا امکان دارد محکمه فاقد تخصص یا وقت باشد تا اجرت مثل را تعیین نماید که عاری از ایراد نیست. به نظر می رسد محکمه می تواند با استفاده از نرخ بازار، عرف و اهل خبره مقدار اجرت مثل را تعیین نماید.

۵) حق ترجیح در اجاره گرفتن عین: طبق ماده ۱۳۶۲ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه چند شخص عین واحدی را به اجاره بگیرند، به شخص ترجیح داده می شود که بدون غش عین را از همه اولتر متصرف شده باشد. در صورتی که یکی از اجاره گیرندگان قبل از تصرف عقار اجاره شده از طرف اجاره گیرنده دیگر، یا قبل از تجدید عقد اجاره، عقد را با حسن نیت به ثبت رسانیده باشد، بر دیگران مقدم شناخته می شود؛ و (۲) اگر سبب ترجیح یکی از اجاره گیرندگان موجود نباشد، می توانند تعویض را مطالبه نمایند.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

۱- هرگاه چند شخص عین واحدی را به اجاره بگیرند، به شخص ترجیح داده می شود که بدون غش عین را از همه اولتر متصرف شده باشد. غش به معنای نیرنگ، حيله، اظهار خلاف نهانی، خیانت کردن و خیانت است. در اصطلاح فقهی معانی متعدد دارد: چنانچه در تعریف آن گفته اند که: غش عبارت از اظهار غیر حقیقی است. همچنین، به بیرون رفتن از حسن نیت لازم در معاملات هم غش اطلاق شده است.^{۴۸۸} متصرف از ریشه «صرف» گرفته شده است که به معنی تصرف کننده، دخالت کننده و انجام دهنده کاری است. در فقه و حقوق متصرف به کسی می گویند که یک عمل حقوقی را انجام دهد.^{۴۸۹} به حیث مثال، اگر احمد و محمود بخواهند موتر جمشید را به اجاره بگیرند و قبلاً احمد موتر را به امانت و عاریت گرفته باشد، احمد در اجاره گرفتن موتر حق اولویت دارد. موتر در این مثال عین و احمد متصرف است و احمد موتر را بدون غش در تصرف دارد. گرفتن موتر از طریق عاریت و امانت از مصادیق عدم غش به نظر می رسند.

۲- در صورتی که یکی از اجاره گیرندگان قبل از تصرف عقار اجاره شده از طرف اجاره گیرنده دیگر عقد را با حسن نیت به ثبت رسانیده باشد، بر دیگران مقدم شناخته می شود. محل ثبت در نص این ماده روشن نیست. زیرا، قانونگذار مدنی واضح نساخته است که اجاره گیرنده عقد را در محکمه ثبت می نماید یا در رهنمای معاملات یا در جای دیگر. حسن نیت یکی از اصول حاکم بر قراردادها است. این اصل دو معنی دارد: نخست این که حسن نیت عبارت است از عدم قصد متعاقبین مبنی بر نیرنگ و فریب همدیگر.^{۴۹۰} دوم این که حسن نیت عبارت است از اجرای مفاد تعهد بدون نیرنگ و فریب. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و قیوم بخواهند خانه جمشید را به اجاره بگیرند و احمد بدون آگاهی از این که محمود و قیوم نیز علاقمند اند خانه جمشید را به اجاره بگیرند، با مسؤول رهنمای معاملات صحبت نماید و بگوید که من می خواهم خانه را به اجاره بگیرد و رهنمای معاملات اقدامات لازم را انجام دهد و خانه را به نام احمد ثبت نماید، احمد بر محمود و قیوم حق اولویت دارد.

۴۸۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۲۹.

۴۸۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، صص ۱۶۹۹ و ۱۷۰۰.

۴۹۰. بابک خسروی نیا (۱۳۹۱)، قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، شماره دوم، ص ۹۱.

۳- در صورتی که یکی از اجاره گیرندگان قبل از تجدید عقد اجاره، عقد را با حسن نیت به ثبت رسانیده باشد، بر دیگران مقدم شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره داده باشد و تأریخ عقد اجاره منقضی شود و جمشید با حسن نیت عقد اجاره را در رهنمای معاملات به ثبت رساند، جمشید نسبت به محمود ارجحیت داده می شود.

۴- اگر سبب ترجیح یکی از اجاره گیرندگان موجود نباشد، می توانند تعویض را مطالبه نمایند. عبارت تعویض در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است.^{۴۹۱} در اصطلاح حقوق مدنی، تعویض عبارت است از عوض در عقد بیع، همچنین، تعویض در ق. م در مفهوم جبران خسارت نیز استعمال شده است. همچنین، در نص این ماده روشن نیست که اجاره گیرنده تعویض را از چه کسی مطالبه می نمایند. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که اگر سبب ترجیح یکی از اجاره گیرندگان بر دیگری وجود نداشته باشد، هر یک از اجاره گیرنده می توانند تبدیل شخصی را که بدون سبب ترجیح بر سایر اجاره گیرندگان ترجیح داده شده است را عوض نمایند. با این وصف، نص این ماده نیز معنی درست را افاده نمی نماید. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و جمشید بخواهند خانه قیوم را به اجاره بگیرند، قیوم حتماً یکی را به دلایل گوناگون مانند شخصیت، اعتبار، پول و نظیر اینها بر دیگران ترجیح می دهد. در این صورت، سایر اشخاصی که ترجیح داده نشده اند، می توانند تعویض را مطالبه نمایند. از آنچه گفته شد، نص فقره اخیر ماده ۱۳۶۲ ق. م محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ترجیح برخی اجاره گیرندگان بر برخی دیگر است.

گفتار سوم) آثار اجاره

در صورتی که عقد اجاره با رعایت تمام شرایط منعقد گردد، منتج به آثار معین می گردد. برخی این آثار متوجه مؤجر و برخی نیز مربوط به مستأجر می شود:

الف) آثار عقد اجاره نسبت به مؤجر

طبق ق. م عقد اجاره نسبت به اجاره دهنده موجب ایجاد قواعد ذیل می گردد:

۱) طبق ماده ۱۳۵۰ ق. م: «در مورد تعهد به تسلیم عینی که به اجاره داده می شود، احکامی رعایت می شود که در مورد تعهد به تسلیم مبیعه، قابل رعایت می باشد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به احکام مربوط به انتقال مبیعه توسط بایع به مشتری است که تفصیل آن در مبحث عقد بیع گذشت. طبق نص این ماده در مورد تعهد به تسلیم عینی که به اجاره داده می شود، احکامی رعایت می شود که در مورد تعهد به تسلیم مبیعه، قابل رعایت می باشد. در اصطلاح فقهی تسلیم به در اختیار طرف مقابل گذاشتن عین مستأجره به نحوی که هیچ مانعی برای تصرف وی وجود نداشته باشد، تسلیم گویند.^{۴۹۲} ماده ۵۸۲ مجله الاحکام به صورت مشخص تر در تعریف تسلیم عین مستأجره توسط مؤجر به مستأجر تصریح می نماید که: «تسلیم مأجور عبارت از آن است که آجر برای مستأجر اجازه دهد و رخصت اعطاء نماید تا از مأجور بلامانع انتفاع بگیرد.» به حیث مثال، اگر احمد موتر یا خانه ای خویش را به محمود به اجاره بدهد، در مورد تسلیم موتر توسط احمد به محمود احکام نقل و انتقال مبیعه از بایع به مشتری قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف اجاره دهنده و تطبیق احکام نقل و انتقال مبیعه توسط بایع به مشتری بر نقل و انتقال عین مستأجره از اجاره دهنده به اجاره گیرنده است.

۲) طبق ماده ۱۳۲۷ ق. م: «اجاره دهنده بعد از قبض اجرت معینه ای که تعجیل آن شرط گذاشته شده، مکلف است عینی را که به اجاره داده می شود با سایر ملحقات آن به اجاره گیرنده مطابق به موافقه قبلی به نحوی که قابلیت حصول منفعت از آن مطابق طبیعت عین مورد اجاره ممکن باشد، تسلیم دهد.» طبق نص این ماده اجاره دهنده بعد از قبض اجرت معینه ای که تعجیل آن شرط گذاشته شده، مکلف است عینی را که به اجاره داده می شود با سایر ملحقات آن به اجاره گیرنده مطابق به موافقه قبلی به نحوی که قابلیت حصول منفعت از آن مطابق طبیعت عین مورد اجاره ممکن باشد، تسلیم دهد. تعجیل از ریشه عَجَلَ گرفته شده است که به معنی شتاب کردن، سرعت و ... به کار می رود.^{۴۹۳} قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن

491. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/1/ 2018).

۴۹۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۶۷۸ و ۶۷۹.

۴۹۳. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

است.^{۴۹۴} ملحقات جمع ملحقه و ملحقه تأیید ملحق است که در لغت به معنی اضافه شده ها، ضمیمه ها و پیوست ها است.^{۴۹۵} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد که ملحقات چیز هایی است که با اصل شی ضمیمه می شوند، مانند کلید قفل، گوساله شیرخوار گاو و نظیر اینها. به حیث مثال، در صورتی که در عقد اجاره پیش بینی شده باشد که عین مستأجره زمین و مساحت آن مثلاً صد جریب است، مستأجر مکلف است آن را به عین صفات به مستأجر تسلیم نماید. همچنین است در صورتی که عین مستأجره خانه، موتر، حیوان و امثال اینها باشد. اما، در صورتی که کیفیت عین مستأجره توسط مؤجر و مستأجر معین نشده باشد، باید عین مستأجره به نحوی به مستأجر تسلیم داده شود که مطابق طبیعت آن از آن انتفاع گرفته شود. به عنوان مثال، در صورتی که عین مستأجره منزل مسکونی باشد، طبیعت آن اقتضاء می نماید که دروازه ها، کلکین ها، کلید ها، سیستم آب و برق آن فعال باشد. به همین ترتیب، در صورتی که عین مستأجره زمین زراعتی باشد، لازم است زمین صالح برای زراعت باشد. مؤجر نه تنها مکلف به تسلیم عین، بلکه مکلف به تسلیم ملحقات عین مستأجره به مستأجر نیز است. به عنوان مثال، در صورتی که عین مستأجره حوبلی باشد، ملحقات آن عبارت از کلید ها و نظیر اینها می گردد و اجاره گیرنده مکلف است ملحقات عین مستأجره را به اجاره گیرنده بدهد. به همین ترتیب، در صورتی که عین مستأجره زمین زراعتی باشد، ملحقات آن شامل آب، راه و امثال اینها می گردد و اجاره دهنده مکلف آنها را به اجاره گیرنده بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف اجاره دهنده است.

(۳) **مکان:** در مورد مکان تسلیم عین مستأجره توسط مؤجر به مستأجر در ق. م کدام حکمی وجود ندارد و تابع احکام مربوط به تسلیم مبیع توسط بایع به مشتری است. بنابراین، محل تسلیم عین مستأجره نیز محلی است که عقد اجاره در آنجا منعقد گردیده است، مگر اینکه مؤجر و مستأجر در این مورد طوری دیگری توافق نمایند. به عنوان مثال، هرگاه عقد اجاره در کابل منعقد گردد، محل تسلیم عین مستأجره کابل است. اما، در صورتی که مؤجر با مستأجر توافق نماید که عین مستأجره را در مکان دیگری به او تسلیم نماید، چنین توافق صحیح است و مطابق آن عمل می شود.

(۴) **مصارف:** مصارف تسلیم عین مستأجره نیز بر عهده مؤجر است، مانند مصارف نقل عین مستأجره از یک محل به محل دیگر و امثال اینها. باوجوداین، این اصل نیز مطلق نیست و مؤجر و مستأجر می توانند در این باره طوری دیگری موافقه نمایند. به حیث مثال، توافق نمایند که مصارف تسلیم عین مستأجره را مستأجر متحمل شود.

(۵) **ضمانت اجرا:** طبق ماده ۱۳۴۸ فقره های اول و دوم ق: «(۱) هرگاه عینی که به اجاره داده می شود، در حالتی تسلیم داده شود که قابلیت انتفاع مورد نظر، از عقد اجاره را نداشته یا حصول انتفاع از آن توأم با نقص بزرگ باشد، اجاره گیرنده می تواند فسخ عقد یا تنقیص اجرت را به اندازه نقص در انتفاع، مطالبه نماید؛ و (۲) اجاره گیرنده در هر دو حالت فوق، می تواند حسب اقتضاء مطالبه تعویض نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- فسخ عقد: هرگاه عینی که به اجاره داده می شود، در حالتی تسلیم داده شود که قابلیت انتفاع مورد نظر، از عقد اجاره را نداشته یا حصول انتفاع از آن توأم با نقص بزرگ باشد، اجاره گیرنده می تواند فسخ عقد را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر تکسی محمود را به منظور تکسی رانی به اجاره بگیرد، اما موتر بسیار زیاد کهنه باشد و احمد نتواند با آن اصلاً کار نماید یا کار نماید اما به دلیل بسیار کهنه بودن پول اندک با آن عاید نماید، احمد می تواند فسخ عقد را از محمود مطالبه نماید. علاوه بر این، در خصوص فسخ عقد ماده ۱۳۲۹ ق. م حکم می نماید: «هرگاه عینی که به اجاره داده می شود، در حالتی قرار داشته باشد که از ناحیه آن صحت اجاره گیرنده یا کسانی که با او یکجا زندگی می کنند و یا صحت مستخدمین یا کارگران او را به خطر بزرگ مواجه سازد، اجاره گیرنده می تواند فسخ عقد را مطالبه کند، گرچه قبلاً از این حق صرف نظر نموده باشد.» طبق نص این ماده هرگاه عین مستأجره در حالتی قرار داشته باشد که از ناحیه آن صحت اجاره گیرنده یا کسانی که با او یکجا زندگی می کنند و یا صحت مستخدمین یا کارگران او را به خطر بزرگ مواجه سازد، مانند اینکه: عین مستأجره خانه، یا دکان باشند و نیز در معرض سقوط قرار داشته باشند، اجاره گیرنده می تواند فسخ عقد را از اجاره دهنده مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را برای مدت

۴۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۰۲.
495. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

یک سال به اجاره بگیرد و دوکان در معرض افتادن قرار داشته باشد، احمد می تواند فسخ عقد را از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن اجاره گیرنده است.

۲- تنقیص اجرت: هرگاه عینی که به اجاره داده می شود، در حالتی تسلیم داده شود که قابلیت انتفاع مورد نظر، از عقد اجاره را نداشته یا حصول انتفاع از آن توأم با نقص بزرگ باشد، اجاره گیرنده می تواند تنقیص اجرت را به اندازه نقص در انتفاع، مطالبه نماید. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۴۹۶} به حیث مثال، اگر احمد موتر تکسی کهنه محمود را به منظور تکسی رانی در بدل پانزده هزار افغانی در یک ماه به اجاره بگیرد اما به دلیل کهنه بودن موتر نتواند با آن خوب کار و کسب درآمد نماید، می تواند تنقیص اجرت را از محمود مطالبه نماید. مثال تنقیص اجرت این است که احمد به محمود بگوید به عوض پانزده هزار افغانی من به شما ده هزار افغانی پرداخت می نمایم.

۳- مطالبه تعویض: اجاره گیرنده در هر دو حالت فوق، می تواند حسب اقتضاء مطالبه تعویض نماید. تعریف تعویض در بالا گذشت. گرفتن تعویض توسط اجاره گیرنده از اجاره دهنده موجه و عملی به نظر نمی رسد. زیرا، دو گزینه تنقیص اجرت و فسخ عقد کافی به نظر می رسد و در صورت تنقیص اجرت و فسخ عقد محلی برای گرفتن تعویض باقی نمی ماند. بنابراین، فقره ۲ ماده ۱۳۴۸ ق. م محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای تکالیف اجاره گیرنده است.

(۷) طبق ماده ۱۳۵۱ ق. م: «اجاره دهنده به اصلاح و ترمیم نواقص عایده بر عین اجاره داده شده که باعث اخلاص منفعت مقصوده از آن گردد، مکلف می باشد». طبق نص این ماده اجاره دهنده به اصلاح و ترمیم نواقص عایده بر عین اجاره داده شده که باعث اخلاص منفعت مقصوده از آن گردد، مکلف می باشد. نواقص جمع نقص است. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را به اجاره بگیرد و سقف یا دیوار خانه در معرض سقوط قرار بگیرد، احمد مکلف به ترمیم دیوار و سقف خانه است. زیرا، سقوط دیوار یا سقف از جمله نواقصی است که باعث می شود اجاره گیرنده نتواند از عین مستأجره منفعت بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف اجاره دهنده است.

(۸) ضمانت اجرای ترمیمات عین مستأجره: طبق ۱۳۵۲ فقره اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه اجاره دهنده از ترمیم و اصلاح مندرج ماده (۱۳۵۱) این قانون امتناع ورزد، اجاره گیرنده می تواند اجاره را فسخ یا شخصاً به اجازه محکمه به ترمیم و اصلاح آن پرداخته بعداً متناسب به اندازه مصارف بر اجاره دهنده رجوع و یا از اندازه اجرت وضع نماید؛ و (۲) اجاره گیرنده می تواند در عین مورد اجاره بدون اجازه محکمه، ترمیمات عاجل و بسیطی را انجام دهد که اجاره دهنده بعد از اخطار در موعد مناسب به انجام آن نپرداخته باشد. اجاره گیرنده مصارف ترمیم را مطابق به اسناد مصرف از اجرت وضع می کند». نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده ۱۳۵۱ ق. م است. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه اجاره دهنده از ترمیم و اصلاح مندرج ماده (۱۳۵۱) این قانون امتناع ورزد، اجاره گیرنده می تواند اجاره را فسخ یا شخصاً به اجازه محکمه به ترمیم و اصلاح آن پرداخته بعداً متناسب به اندازه مصارف بر اجاره دهنده رجوع و یا از اندازه اجرت وضع نماید. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استنکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است. در اصطلاح حقوق مدنی، امتناع عبارت است از عدم اجرای تعهد.^{۴۹۷} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و سقف خانه در معرض فرو ریختن قرار بگیرد، محمود می تواند عقد اجاره را فسخ نماید. همچنین، محمود می تواند بعد از گرفتن اجازه از محکمه مدنی، سقف خانه را ترمیم نماید و مصارف آن را از اجرت یا کرایه خانه وضع نماید.

۲- اجاره گیرنده می تواند در عین مورد اجاره بدون اجازه محکمه، ترمیمات عاجل و بسیطی را انجام دهد که اجاره دهنده بعد از اخطار در موعد مناسب به انجام آن نپرداخته باشد. اجاره گیرنده مصارف ترمیم را مطابق به اسناد مصرف از اجرت وضع می کند. به حیث مثال، اگر احمد آپارتمان خویش را به محمود به اجاره بدهد و الماری های آپارتمان یا دروازه آپارتمان به ترمیم عاجل و ساده ضرورت داشته باشد، محمود باید در موعد مناسب احمد را به منظور ترمیم الماری و دروازه یا دیوار اخطار دهد. اگر احمد به ترمیم

496. Ibid (Last visit: 19/8/2016).

۴۹۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.

الماری، دیوار و دروازه اقدام ننماید، محمود می تواند بدون اجازه محکمه الماری، دیواری و دروازه را ترمیم و مصارف آن را از کرایه آپارتمان وضع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف اجاره دهنده است.

۹) طبق ماده ۱۳۵۵ ق. م: «اجاره گیرنده نمی تواند اجاره دهنده را از اجرای ترمیمات عاجل که برای حفاظت عین ضروری باشد، منع نماید. اگر اجرای چنین اعمال باعث اخلال حصول منفعت گردد، اجاره گیرنده می تواند فسخ اجاره یا تنقیص اجرت را مطالبه نماید و در صورتی که اجاره گیرنده تا ختم اعمال مذکور در عین اجاره داده شده باقی بماند، حق وی در مطالبه تنقیص اجرت و فسخ ساقط می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اجاره گیرنده نمی تواند اجاره دهنده را از اجرای ترمیمات عاجل که برای حفاظت عین ضروری باشد، منع نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و دیوار و سقف خانه در معرض انهدام قرار گیرد و احمد بخواهد آن را ترمیم نماید، محمود نمی تواند احمد را از ترمیم سقف و دیوار منع نماید. زیرا، منع محمود موجب از بین رفتن خانه می گردد.

۲- اگر اجرای چنین اعمال باعث اخلال حصول منفعت گردد، اجاره گیرنده می تواند فسخ اجاره یا تنقیص اجرت را مطالبه نماید. تعریف تنقیص در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، ترمیم سقف خانه و دیوار توسط احمد باعث شود تا محمود نتواند از خانه نفع بگیرد و در آن سکونت نماید، محمود می تواند عقد را فسخ نماید یا تنقیص اجرت را از احمد مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر کرایه خانه ماهوار ده هزار افغانی باشد، محمود به احمد بگوید من الی زمان ختم ترمیمات ماهوار برای شما هفت هزار افغانی می دهم.

۳- در صورتی که اجاره گیرنده تا ختم اعمال مذکور در عین اجاره داده شده باقی بماند، حق وی در مطالبه تنقیص اجرت و فسخ ساقط می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود بخواهد در خانه علی الرغم ترمیم خانه توسط احمد سکونت نماید، حق فسخ و تنقیص اجرت احمد ساقط می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف اجاره دهنده و اجاره گیرنده است.

۱۰) **پرداخت محصول و مالیه عین مستأجره:** طبق ماده ۱۳۵۳ ق. م: «تکالیف محصول و مالیه بر عین ای که به اجاره داده می شود، به دوش اجاره دهنده است. اما قیمت آب، برق و هر آنچه که به استعمال شخص متعلق است، بدوش اجاره گیرنده می باشد مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد.» طبق بند اول نص این ماده تکالیف محصول و مالیه بر عین ای که به اجاره داده می شود، به دوش اجاره دهنده است. به حیث مثال، اگر احمد یک باب آپارتمان را در شهرک آریا خریداری نماید و آن را از شهرک آریا تسلیم شود، اما مالیه آن را به دولت نپرداخته باشد و قبل از پرداخت مالیه، آپارتمان را به محمود به اجاره دهد، پرداخت مالیه آپارتمان از جمله تکالیف احمد است. همچنین، احمد مکلف به دادن محصول آپارتمان به دولت است. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد مکلف به پرداخت محصول صفایی به ناحیه مربوطه است. همچنین، احمد مکلف است ده فیصد مالیه از اجرت یک ساله آپارتمان را به دولت پرداخت نماید. از بند دوم نص ماده ۱۳۵۳ ق. م یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که قیمت آب، برق و هر آنچه که به استعمال شخص متعلق است، بدوش اجاره گیرنده می باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به کرایه بدهد، محمود مکلف است محصول (پول / قیمت) برق، محصول (پول) آب را به دولت پرداخت نماید. استثنای این اصل این است که به خلاف این میان احمد و محمود موافقه صورت گرفته باشد. به حیث مثال، احمد و محمود توافق نمایند که محصول آب را احمد به دولت پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عقد اجاره نسبت به اجاره دهنده و اجاره گیرنده است.

۱۱) **هلاک کلی و جزئی عین مستأجره:** طبق ماده ۱۳۵۴ ق. م: «(۱) هرگاه عین اجاره داده شده در اثناء مدت اجاره کاملاً از بین برود اجاره خود به خود فسخ می شود؛» (۲) در صورتی که جزئی از عین از بین رفته یا عین در حالتی قرار گیرد که قابلیت انتفاع مقصوده، از عقد اجاره را نداشته یا نقص بزرگ بر انتفاع عاید شود و در آن اجاره گیرنده قصوری نداشته باشد، در حالی که اجاره دهنده در موعد مناسبی به اعاده آن به حالت اولی نپردازد، اجاره گیرنده می تواند حسب احوال تنقیص اجرت یا فسخ اجاره را مطالبه نماید، بدون اینکه حق اقدام وی را در ترمیم و اصلاح مطابق حکم مندرج ماده (۱۳۵۲) این قانون اخلال نموده باشد؛ و (۳) در هر دو حالت فوق اگر اجاره دهنده در مورد از بین رفتن یا نقصان عین قصوری نداشته باشد، اجاره گیرنده نمی تواند مطالبه تعویض نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه عین اجاره داده شده در اثناء مدت اجاره کاملاً از بین برود اجاره خود به خود فسخ می شود. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به اجاره بدهد و موتر در اثر حریق، جنگ، باران، سیل، زلزله و امثال اینها هلاک گردد، تنفیذ عینی تعهد ناممکن گردیده و اجاره خود به خود منفسخ می شود.

۲- در مورد هلاک عین مستأجره قبل از تسلیم ق. م در باب اجاره کدام حکمی ندارد. بنابراین، هلاک عین مستأجره قبل از تسلیم تابع قواعد عمومی عقود است. طبق قواعد عمومی عقود در صورتی که عین مستأجره قبل از تسلیم هلاک شود، تنفیذ عینی تعهد غیر ممکن گردیده و عقد اجاره خود به خود منفسخ می گردد. هلاک عین مستأجره ممکن است کلی باشد، مانند از بین رفتن خانه و باغ در اثر سیلاب، زلزله، حریق و یا جزئی، مانند: انهدام دیوار خانه، سقوط سقف خانه، تخریب شدن سیستم آب و برق و امثال اینها. در صورت هلاک عین مستأجره به صورت کلی بعد از قبض در اثنای اجاره، عقد اجاره به علت از بین رفتن محل یا موضوع اجاره و استحالة انتفاع از منافع عین مستأجره عقد اجاره خود به خود منفسخ می گردد. در چنین حالتی اگر هلاک عین مستأجره ناشی از خطای مؤجر نباشد یا به عبارت دیگر ناشی از سبب خارجی خارج از اراده مؤجر باشد، مانند سیل، زلزله، حریق و امثال اینها، مستأجر نمی تواند از مؤجر پرداخت تعویض ناشی از ضرر انفساخ عقد اجاره را مطالبه نماید. در صورتی که هلاک عین مستأجره جزئی باشد، مانند: انهدام دیوار خانه، سقوط سقف خانه، تخریب شدن سیستم آب و برق و امثال اینها و این هلاک ناشی از تقصیر مؤجر نباشد، و مستأجر مؤجر را در زمان مناسب مبنی بر اعاده آن به حالت اولی (اصلاح و ترمیم) اطلاع دهد و مؤجر به اصلاح و ترمیم آن اقدام ننماید، مستأجر می تواند تنقیص اجرت، فسخ عقد اجاره و پرداخت تعویض ناشی از ضرری که متوجه وی گردیده است را از مؤجر مطالبه نماید بدون اینکه صلاحیت وی مبنی بر اجرای ترمیمات بسیط و عاجل ساقط شود.

۳- در دو صورت اخیر (مطالبه تعویض ضرر ناشی از هلاک جزئی) شرط است که هلاک ناشی از قصور مؤجر باشد. بنابراین، در صورتی که هلاک جزئی ناشی از عوامل و اسباب خارجی باشد، مانند قوه قهریه از قبیل سیل، زلزله و نظیر اینها مستأجر نمی تواند از مؤجر مطالبه تعویض ناشی از ضرر را نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد از بین رفتن کلی و جزئی عین مستأجره است.

۱۲) عدم تعرض و عدم تغییر عین مستأجره توسط اجاره دهنده: طبق ماده ۱۳۵۶ ق. م: «اجاره دهنده نمی تواند، در مدت اجاره، به انتفاع اجاره گیرنده از عینی که به اجاره داده شده تعرض نماید، یا در آن تغییری وارد کند که مانع انتفاع از عین یا باعث اخلال حصول منفعتی گردد که اجاره روی آن عقد شده است.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اجاره دهنده نمی تواند، در مدت اجاره، به انتفاع اجاره گیرنده از عینی که به اجاره داده شده تعرض نماید. تعرض از ریشه «عرض» گرفته شده است که به معنای طلب و مزاحمت کردن است.^{۴۹۸} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق اساسی، تعرض عبارت از ایجاد مزاحمت کردن برای دیگران است. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد، احمد نباید به محمود مزاحمت نماید و اجازه ندهد تا محمود در زمین کشت و کار نماید.

۲- اجاره دهنده نمی تواند، در مدت اجاره، در عینی که به اجاره داده شده است تغییری وارد کند که مانع انتفاع از عین مستأجره توسط اجاره گیرنده شود. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد، احمد نمی تواند در طول سال در زمینی که به اجاره داده است، تعمیر احداث نماید. زیرا، احداث تعمیر باعث می شود تا محمود نتواند در زمین کشت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف عدم تعرض اجاره دهنده در عین مستأجره و عدم ایجاد تغییر در عین مستأجره است.

۱۳) عدم تعرض اجاره دهنده، وابستگان اجاره دهنده و شخص ثالث بر عین مستأجره: طبق ماده ۱۳۵۷ ق. م: «اجاره دهنده نه تنها از اعمالی که از طرف وی یا مربوطین او سر می زند، ضامن شناخته می شود، بلکه از هر تعرضی که بنا بر اسباب قانونی اجاره گیرنده دیگر یا شخص دیگری که از او کسب حق نموده بر عینی که به اجاره داده شده به عمل می آید، نیز ضامن شناخته می شود.» از نص ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اجاره دهنده از اعمالی که از طرف وی سر می زند، در برابر اجاره گیرنده ضامن شناخته می شود. تعریف ضامن در مبحث عقد کفالت خواهد آمد. به عنوان مثال، اگر احمد خانه ای خویش را به محمود به اجاره بدهد بعد از عقد اجاره و تسلیم عین

مستأجره به مستأجر، احمد نباید داخل عین مستأجره شود و آن را استعمال نمایند. در صورت داخل شدن در عین مستأجره و استعمال آن احمد در برابر محمود ضامن است.

۲- اجاره دهنده از اعمالی که از طرف مربوطین او سر می زند، در برابر اجاره گیرنده ضامن شناخته می شود. عبارت مربوطین در نص این ماده نازیبا به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از مربوطین وابستگان اجاره دهنده است مانند پسر، پدر و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خویش را به محمود به اجاره بدهد بعد از عقد اجاره و تسلیم عین مستأجره به مستأجر، وابستگان احمد نباید داخل عین مستأجره شوند و آن را استعمال نمایند. در صورت داخل شدن در عین مستأجره و استعمال آن احمد در برابر محمود ضامن است.

۳- اجاره دهنده نه تنها از اعمالی که از طرف وی یا مربوطین او سر می زند، ضامن شناخته می شود، بلکه از هر تعرضی که بنا بر اسباب قانونی اجاره گیرنده دیگر یا شخص دیگری که از او کسب حق نموده بر عینی که به اجاره داده شده به عمل می آید، نیز ضامن شناخته می شود. تعریف تعرض در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خویش را به محمود به اجاره بدهد بعد از عقد اجاره و تسلیم عین مستأجره به مستأجر، جمشید در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که احمد قبلاً خانه را به من به اجاره داده است، احمد در برابر محمود ضامن است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده این ماده پیش بینی حکم عدم تعرض اجاره دهنده، وابستگان اجاره دهنده و تعرض شخص ثالث بر عین مستأجره است.

(۱۴) دعوی استحقاق شخص ثالث بر عین مستأجره: طبق ماده ۱۳۵۸ ق. م: «هرگاه شخص دیگری چنان حق را دعوی نماید که با حقوق اجاره گیرنده متعارض واقع شود، اجاره گیرنده مکلف است اجاره دهنده را به مقابله به دعوی اطلاع دهد. اگر در نتیجه دعوی اجاره گیرنده از انتفاع عین محروم گردد، می تواند اجاره را فسخ و حسب اقتضاء تعویض را نیز مطالبه کند.» طبق نص این ماده در صورتی که شخص ثالث بر عین مستأجره دعوی استحقاق نماید، مستأجر مکلف است مؤجر را به منظور دفع دعوی اطلاع دهد. جهت تحقق دعوی استحقاق شرط است که تعرض توسط غیر صورت پذیرفته باشد، ادعای غیر متعارض با حقوق اجاره گیرنده باشد (مانند: ادعای خریداری عین مستأجره از مؤجر)، وقوع تعرض بالفعل باشد نه احتمالی و در نهایت تعرض در جریان اجاره صورت پذیرد. در صورت تحقق شرایط فوق، مستأجر مکلف است مؤجر را جهت دفع دعوی استحقاق آگاه نماید. زیرا، مؤجر نه تنها از تعرض خویش و وابستگان در عین مستأجره مسؤولیت دارد، بلکه از تعرض اشخاص ثالث نیز در عین مستأجره مسؤول است.

منظور از دعوی استحقاق چنانچه در گفتار بیع گفته شد، عبارت از دعوی است که توسط شخص ثالث در باره ملکیت کل یا بعضی عین مستأجره مانند مالک بودن عین مستأجره توسط اشخاص ثالث صورت پذیرد. در صورت اقامه دعوی استحقاق توسط شخص ثالث، مؤجر مکلف است در اثر درخواست مستأجر در دعوی مداخله نموده و به دفع دعوی بپردازد. در صورت دفع دعوی استحقاق، مؤجر مانند باع یا محکوم له شناخته می شود یا و یا محکوم علیه. در صورت قادر شدن بر دفع دعوی استحقاق مشکل مستأجر مانند مشکل مشتری حل گردیده و مستأجر مالک منفعت عین مستأجره شناخته می شود. اما، در صورت عدم قادر شدن بر دفع و صادر شدن فیصله به نفع شخص ثالث، مستأجر می تواند عقد اجاره را فسخ و پرداخت ناشی از ضرر وارده را از مؤجر مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود در مقابل اجرت سی هزار افغانی برای یک ماه به اجاره بدهد، اما جمشید در خصوص مالکیت موتر در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید، محمود مکلف است احمد را از دعوی جمشید آگاه نماید. در صورتی که محکمه به نفع جمشید حکم نماید و احمد دعوی را بیازد و موتر را جمشید به استحقاق ببرد، محمود می تواند تعویض را از احمد مطالبه نماید. تعویض در این مثال، سی هزار افغانی است که محمود آن را به احمد پرداخته است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم به استحقاق بردن عین مستأجره توسط شخص ثالث و اثر آن است.

(۱۵) ضمان عیوب پوشیده عین مستأجره: طبق ماده ۱۳۶۰ ق. م: «اجاره دهنده از عیوبی که مانع انتفاع از عین که به اجاره داده می شود یا نقص کلی بر انتفاع وارد نماید ضامن شناخته می شود، اجاره دهنده از عیوبی که قبلاً اجاره گیرنده خود هنگام عقد به آن علم داشته یا به آسانی از آن علم آوری نموده می توانست ضامن شناخته نمی شود، مگر اینکه اجاره دهنده عین اجاره شده را خالی از عیب اعلام کرده باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اجاره دهنده از عیوبی که مانع انتفاع از عین که به اجاره داده می شود یا نقص کلی بر انتفاع وارد نماید ضامن شناخته می شود. تعریف ضامن در بالا گذشت. عیوب جمع عیب است. تعریف عیب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به اجاره بدهد و موتر معیوب و خراب باشد و مانع انتفاع محمود از موتر شود، احمد در برابر محمود ضامن است و باید جبران خسارت را پرداخت نماید.

۲- اجاره دهنده از عیوبی که نقص کلی بر انتفاع وارد نماید ضامن شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خویش را به محمود به اجاره بدهد و خانه به دلیل وجود عیب در تهداب آن فرو ریزد و نقص کلی بر انتفاع محمود وارد نماید؛ به این توضیح که: محمود نتواند اصلاً از خانه انتفاع بگیرد، احمد در برابر محمود ضامن است.

۳- اجاره دهنده از عیوبی که قبلاً اجاره گیرنده خود هنگام عقد به آن علم داشته یا به آسانی از آن علم آوری نموده می توانست ضامن شناخته نمی شود، مگر اینکه اجاره دهنده عین اجاره شده را خالی از عیب اعلام کرده باشد. بنابراین، لازم است عیب از نظر مستأجر پنهان باشد. در صورتی که عیب حین تسلیم آن توسط مستأجر، ظاهر باشد و مستأجر به آن اعتراض ننماید، مؤجر ضامن پنداشته نمی شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود می دانست که تهداب خانه معیوب است یا می توانست به آسانی به آن علم پیدا نماید، احمد در برابر محمود ضامن نیست. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد گفته باشد و اعلام کرده باشد که خانه و تهداب خانه فاقد و خالی از عیب است. قانونگذار مدنی در نص این ماده از ضامن سخن می گوید که بسیار کلی است. به نظر می رسد طبق قواعد عمومی، محمود می تواند تنفیذ عینی، فسخ عقد و پرداخت اجرت پیش پرداخت را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عیب مؤثر و پنهان عیب عین مستأجره است.

(۱۶) طبق ماده ۱۳۶۱ ق. م: «هرگاه بر عین اجاره شده چنان عیبی موجود شود که مستوجب ضمان گردد، اجاره گیرنده می تواند فسخ عقد یا تنقیص اجرت را با تعویض در حالی که از آن ضرری به وی عاید شده باشد مطالبه نماید، مگر اینکه اجاره دهنده ثابت سازد که از وجود عیب علم نداشته است.» طبق نص این ماده در صورتی که در عین مستأجره با رعایت شرایطی که گذشت، عیبی ظاهر گردد، مستأجر می تواند فسخ عقد و یا تنقیص اجرت را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. اما، به شرط اینکه مؤجر ثابت نماید که به عیب عین مستأجره علم نداشته است. بنابراین، اگر مؤجر ثابت نماید که به عیب عین مستأجره علم نداشته است، مستأجر نمی تواند عقد را فسخ و یا اجرت عین مستأجره را تنقیص نماید. علاوه بر فسخ عقد و تنقیص اجرت در صورت عدم ثبوت مؤجر عدم آگاهی خویش را نسبت به عیب پنهانی عین مستأجره، مستأجر می تواند تعویض ضرری ناشی از عیب را نیز از مؤجر مطالبه نماید.^{۴۹۹} تعریف تنقیص، تعویض، عیب و فسخ در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد خانه ای خویش را به محمود به اجاره بدهد و دیوارخانه یا خود خانه به دلیل وجود عیب در تهداب آن فرو ریزد و موجب تخریب شدن موتر محمود گردد، محمود دو گزینه دارد: نخست این که عقد را فسخ نماید و جبران خسارت موتر را از احمد بگیرد. دوم این که کاهش مقدار اجرت را از احمد مطالبه نماید و جبران خسارت موتر را از احمد بگیرد. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد با وسایل اثبات مانند سند، شاهدان و نظایر اینها ثابت نماید که از وجود عیب در خانه آگاهی نداشته است. در صورت اثبات، محمود نمی تواند فسخ عقد، تنقیص اجرت و جبران خسارت را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عیب و اثر عیب در عین مستأجره است.

(۱۷) رد مصارف زیادات عین مستأجره به مستأجر: طبق ق. م مؤجر مکلف است مصارف زیادتی را که مستأجر در عین مستأجره به عمل آورده است، به مستأجر بپردازد. باوجوداین، ق. م میان سه نوع مصارف تفکیک قابل شده است: مصارف ضروری، مصارف نافع برای عین مستأجره و مصارف تزیینی:

۱- **مصارف ضروری:** طبق ماده ۱۳۷۰ ق. م: «اصلاحاتی را که اجاره گیرنده به اجازه اجاره دهنده در عین اجاره شده به غرض بهبود و حفاظت آن از خرابی به عمل آورد، مصارف آن را از اجاره دهنده مطالبه کرده می تواند گرچه رجوع شرط نشده باشد.

۴۹۹. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۶)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۰۵-۴۵۶؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره و قرض، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۹۴-۴۰۶.

اگر اصلاح عاید، به تأمین منافع اجاره گیرنده باشد، حق رجوع را ندارد، مگر اینکه رجوع شرط شده باشد.». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- اصلاحاتی را که اجاره گیرنده به اجازه اجاره دهنده در عین اجاره شده به غرض بهبود و حفاظت آن از خرابی به عمل آورد، مصارف آن را از اجاره دهنده مطالبه کرده می تواند گرچه رجوع شرط نشده باشد. به حیث مثال، اگر احمد آپارتمان خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود به اجازه احمد الماری، دروازه ها، قفل ها، سیستم آبرسانی و نظیر اینهای آپارتمان را ترمیم و اصلاح نماید، محمود می تواند مصارف این ترمیمات و اصلاحات را از احمد مطالبه نماید هرچند محمود دریافت مصارف این اصلاحات را شرط نگذاشته باشد.

- اگر اصلاح عاید، به تأمین منافع اجاره گیرنده باشد، حق رجوع را ندارد، مگر اینکه رجوع شرط شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود با موتر تکسی رانی نماید و موتر را به منظور جلب راکبین تزئین و دیکور نماید، محمود نمی تواند مصارف را از احمد مطالبه نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که محمود شرط گذاشته باشد که احمد این مصارف را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پرداخت مصارف ضروری صورت گرفته در عین مستأجره توسط مستأجر است.

۲- مصارف نافع و تزئینی: طبق ماده ۱۳۷۸ فقره اول ق. م. «(۱) هرگاه اجاره گیرنده در عین اجاره شده، به بناء یا غرس اشجار یا سایر امور زینتی دیگری که در بلند بردن قیمت عقار مؤثر باشد مبادرت ورزد، اجاره دهنده مکلف است، در ختم اجاره حد اقل آنچه را به مصرف رسیده یا مقدار تفاوت قیمت را به اجاره گیرنده بپردازد، مگر اینکه به خلاف آن موافقه شده باشد؛ (۲) اگر تزئینات مذکور بدون علم اجاره دهنده یا باوجود اعتراض وی به وجود آمده باشد، اجاره دهنده می تواند ازاله آن را با تعویض ضرری که از ناحیه رفع این تزئینات به عقار عاید شود، از اجاره گیرنده مطالبه نماید.». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه اجاره گیرنده در عین اجاره شده، به بناء یا غرس اشجار یا سایر امور زینتی دیگری که در بلند بردن قیمت عقار مؤثر باشد مبادرت ورزد، اجاره دهنده مکلف است، در ختم اجاره حد اقل آنچه را به مصرف رسیده یا مقدار تفاوت قیمت را به اجاره گیرنده بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد و محمود در خانه درخت غرس نماید، چمن ایجاد نماید، اطاق احداث نماید، تشناب ها را عصری بسازد، حویلی را سمنت و سنگ کاری نماید، سقف های اطاق ها را مسطح چینی نماید و نظیر اینها که موجب ازدیاد قیمت خانه گردد، احمد مکلف است در ختم مدت مصارف محمود را پرداخت نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد با محمود توافق نموده باشد که در صورت اجرای این مصارف احمد مصارف را به محمود پرداخت نمی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت مصارف نافع صورت گرفته در عین مستأجره توسط مستأجر است.

۲- در مطالبه مصارف تزئینی دو شرط وجود دارد: اینکه این مصارف بعد از اطلاع مؤجر صورت پذیرفته باشد و اینکه مؤجر اجرای چنین مصارف را منع ننموده باشد. بنابراین، اگر مستأجر مصارف تزئینی را به اذن مستأجر و بدون اعتراض وی به عمل آورده باشد، می تواند این مصارف را از مؤجر مطالبه نماید. اما، اگر این مصارف بدون اذن و باوجود اعتراض مؤجر صورت پذیرفته باشد، مؤجر مکلف به پرداخت این مصارف نیست و بنابراین می تواند رفع این تزئینات و در صورت وارد شدن ضرر به عین مستأجره، مؤجر می تواند ضرر ناشی از آن را نیز از مستأجر مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود بخواهد سقف خانه مستأجره را مسطح چینی نماید و تشناب های خانه را به طور عصری نل دوانی نماید، شرط است که محمود اجازه احمد را بگیرد و احمد محمود را از اجرای این مصارف منع ننموده باشد. در صورتی که محمود بدون اجازه احمد این مصارف را انجام دهد، احمد می تواند ازاله و از بین بردن این تزئینات را از محمود مطالبه نماید. همچنین، اگر در اثر از بین بردن این تزئینات، به حیث مثال، مسطح چینیایی سقف عین مستأجره، به عین مستأجره ضرر وارد شود، احمد می تواند تعویض ضرر را نیز از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط مؤجر و مستأجر است.

۱۸ غصب عین مستأجره: طبق ماده ۱۳۵۹ فقره های اول و دوم ق. م. «(۱) هرگاه عین که به اجاره داده شده غصب شود، و اجاره گیرنده قادر نباشد تا دست غاصب را رفع نماید، می تواند عقد را فسخ و تعویض را مطالبه نماید؛ و (۲) اگر اجاره

گیرنده در رفع دست غاصب با وجود امکان تقصیر ورزیده و به اجاره دهنده از وقوع غصب اطلاع ندهد، اجرت ساقط نمی گردد، اما می تواند تعویض را از غاصب مطالبه کند.^{۵۰۲} از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه عین که به اجاره داده شده غصب شود، و اجاره گیرنده قادر نباشد تا دست غاصب را رفع نماید، می تواند عقد را فسخ و تعویض را مطالبه نماید. طبق ماده ۸۸۱ مجلة الاحکام: «غصب عبارت است از گرفتن مال کسی و ضبط آن بدون اینکه صاحبش اجازه دهد. گیرنده این مال را غاصب و مال گرفته شده را مغضوب و کسی را که این مال از او گرفته شده است، مغضوب منه می گویند». تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است.^{۵۰۳} به نظر می رسد تعویض در نص این ماده در مفهوم «اجرت» استعمال نشده است بلکه در مفهوم جبران خسارت استعمال شده است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را برای یک سال به محمود به اجاره بدهد و اجرت آن را به صورت پیش پرداخت از محمود اخذ نماید، اما بعد از تکمیل عقد اجاره جمشید زمین را از نزد محمود غصب نماید و محمود نتواند زمین را از جمشید بگیرد، محمود می تواند عقد اجاره را با احمد فسخ نماید و جبران خسارت ناشی از نقل و انتقال زمین و سایر خسارات را که در نتیجه غصب زمین متوجه محمود شده است، دریافت نماید.

۲- اگر اجاره گیرنده در رفع دست غاصب با وجود امکان تقصیر ورزیده و به اجاره دهنده از وقوع غصب اطلاع ندهد، اجرت ساقط نمی گردد، اما می تواند تعویض را از غاصب مطالبه کند. تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که جمع آن قصور است و به معنای اهمال و کاستی است.^{۵۰۴} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۵۰۵} به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود به احمد از وقوع غصب اطلاع ندهد و مرتکب تقصیر شود، محمود مکلف است اجرت اجاره را به احمد بدهد. اما، بخش اخیر این ماده که می گوید: «اما می تواند تعویض را از غاصب مطالبه کند» معنی درست را افاده نماید. زیرا، مطالبه تعویض توسط اجاره گیرنده از غاصب توجیه پذیر به نظر نمی رسد. به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه لفظی وجود دارد و قانونگذار مدنی به عوض «اجاره دهنده» کلمه «غاصب» را استعمال نموده است. با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می آید که در صورت عدم اطلاع اجاره گیرنده به اجاره دهنده از وقوع غصب، اجاره گیرنده مکلف است اجرت را به اجاره دهنده پرداخت نماید، اما می تواند جبران خسارات ناشی از غصب را از اجاره دهنده مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم غصب عین مستأجره توسط شخص ثالث است.

۱۹) طبق ماده ۱۳۶۳ ق. م: «هرگاه بنابر عمل قانونی اداره دولتی، نقص بزرگ در انتفاع از عین اجاره شده وارد شود، اجاره گیرنده می تواند فسخ عقد یا تنقیص اجرت را مطالبه نماید. در صورتی که عمل اداره دولتی، ناشی از اسبابی باشد، که اجاره دهنده در آن مسؤولیت داشته باشد طلب تعویض از طرف اجاره گیرنده، نیز جواز دارد مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه بنابر عمل قانونی اداره دولتی، نقص بزرگ در انتفاع از عین اجاره شده وارد شود، اجاره گیرنده می تواند فسخ عقد یا تنقیص اجرت را مطالبه نماید. در این فرض عقد اجاره میان اجاره دهنده که شخص خصوصی حقوق خصوصی است و اداره دولتی صورت پذیرفته است. نص این ماده توسط قانون تدارکات تخصیص خورد ه است، زیرا انعقاد قرارداد میان اداره دولتی و فرد خصوصی حقوق خصوصی قرارداد اداری است نه مدنی. به نظر می رسد علت پیش بینی این ماده در ق. م عدم تفکیک قایل شدن میان قرارداد اداری و مدنی است که در گذشته در افغانستان قرارداد های اداری نیز مطابق ق. م منعقد می شد و یا حداقل در انعقاد قرارداد های اداری از قواعد حاکم بر عقود که در ق. م پیش بینی شده است استفاده صورت می گرفت. طبق نص این ماده هرگاه اداره دولتی عین مثلاً خانه و یا تعمیر را از اجاره دهنده (فرد خصوصی حقوق خصوصی) به اجاره بگیرد و بنابر عمل قانونی اداره دولتی در اثر انتفاع گرفتن از عین مستأجره بر آن نقص بزرگ وارد شود، اجاره گیرنده؛ یعنی اداره دولتی می تواند عقد اجاره را فسخ نماید و یا تنقیص اجرت را از اجاره دهنده مطالبه نماید. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۵۰۶} عبارت عمل

501. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 19/8/2016).

۵۰۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۰.

۵۰۳. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

504. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 19/8/2016).

قانونی در این ماده روشن نیست. از ظاهر نص این ماده چنین به نظر می‌آید که منظور از عمل قانونی تصرفی است که اداره دولتی بر عین مستأجره اعمال می‌نماید. به حیث مثال، اگر عین مستأجره تعمیر باشد و از آن اداره دولتی استفاده نماید، استفاده اداره دولتی تصرف در بر عین مستأجره است.

۲- بخش دوم این ماده که تصریح می‌نماید: «در صورتی که عمل اداره دولتی، ناشی از اسبابی باشد، که اجاره دهنده در آن مسؤولیت داشته باشد طلب تعویض از طرف اجاره گیرنده، نیز جواز دارد مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد». اگرچه عبارت «در صورتی که عمل اداره دولتی، ناشی از اسبابی باشد، که اجاره دهنده در آن مسؤولیت داشته باشد» مبهم است و مفهوم درست را افاده نمی‌نماید، اما به نظر می‌رسد منظور از این عبارت این است که هرگاه نقص بزرگ ناشی از اسبابی باشد که اجاره دهنده در آن مسؤولیت داشته باشد. در این صورت، اداره دولتی می‌تواند طلب تعویض؛ یعنی: جبران خسارت را از اجاره دهنده مطالبه نماید. این حکم در صورتی قابل تطبیق است که اجاره دهنده و اجاره گیرنده عدم پرداخت جبران خسارت را توسط اجاره دهنده در قرارداد اجاره پیش بینی ننموده باشند. به حیث مثال، اگر احمد دو عراده موتر خویش را به یکی از اداره های دولتی، به حیث مثال، وزارت مخابرات و تکنالوژی معلوماتی به اجاره بدهد و برخی موتر ها خراب باشند و در اثر این خرابی نقص بزرگ در موتر ها وارد شود، چون در این عمل اجاره دهنده مسؤولیت دارد، اداره دولتی می‌تواند تعویض را از اجاره دهنده بگیرد. این اصل است. استثنای این اصل این است که اجاره دهنده شرط گذاشته باشد که در صورت وارد شدن نقص بر عین مستأجره من مسؤولیت ندارم. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اجاره میان اشخاص حقیقی یا حکمی حقوق خصوصی و دولت است.

۱۹) طبق ماده ۱۳۶۴ ق. م: «هرگاه اجاره دهنده به صورت غش سبب ضمان را مخفی نموده باشد، هر نوع موافقه ای که متضمن معافیت یا محدودیت ضمانت اجاره دهنده از تعویض یا عیب باشد، اعتبار ندارد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۱۳۶۳ ق. م است. طبق نص این ماده هرگاه اجاره دهنده به صورت غش سبب ضمان را مخفی نموده باشد، هر نوع موافقه ای که متضمن معافیت یا محدودیت ضمانت اجاره دهنده از تعویض یا عیب باشد، اعتبار ندارد. غش دلالت به معنای نیرنگ، حيله، اظهار خلاف نهانی، خیانت کردن و خیانت است. در اصطلاح فقهی معانی متعدد دارد: چنانچه در تعریف آن گفته اند که: غش عبارت از اظهار غیر حقیقی است. همچنین، به بیرون رفتن از حسن نیت لازم در معاملات هم غش اطلاق شده است.^{۵۰۵} ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و کفیل شدن است. همچنین، ضمان در لغت به معنی تاوان و جبران خسارت است.^{۵۰۶} اگر ماده ۱۳۶۳ و ۱۳۶۴ ق. م را کنار هم قرار دهیم و تفسیر منطقی - ساختاری نماییم این نتیجه به دست می‌آید که اگر اجاره دهنده سوء نیت داشته باشد و مال را به اداره دولتی اجاره بدهد و سبب ضمان را پنهان نماید و در عقد شرط گذارد که در صورت ورود ضرر از عین مستأجره به اداره دولتی اجاره دهنده مسؤولیت مدنی قراردادی ندارد و مسؤول پرداخت جبران خساره یا تعویض یا عیب عین مستأجره نیست، این شرط که باعث معافیت یا محدود شدن ضمانت اجاره دهنده می‌شود فاقد اعتبار است.

دلیل فاقد اعتبار بودن اول مخالف بودن این شرط با قانون است و طبق قواعد عمومی عقود طرفین نمی‌توانند در عقد شرطی بگذارند که خلاف قانون باشد. دوم این که این شرط امکان دارد موجب تأمین منافع فرد و ورود ضرر به منافع عامه گردد و منافع عامه بر منافع فرد ارجحیت دارد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به اداره دولتی به اجاره بدهد و در خانه شکست وجود داشته باشد و احمد آن را از اداره دولتی پنهان نماید و شرط گذارد که در صورت فرو ریختن خانه من مسؤول نیستم، این شرط احمد مدار اعتبار نیست. در این صورت، اداره دولتی می‌تواند تعویض را از احمد بگیرد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از قاعده های عمومی اجاره میان اشخاص حقوق خصوصی و اداره دولتی است. پیش بینی نص این ماده که روابط خصوصی اشخاص حقوقی خصوصی را تنظیم می‌نماید در ق. م محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، محل مناسب این قاعده قوانین اداری است هرچند یکی از طرفین عقد اجاره در این فرض شخص حقوق خصوصی است. بنابراین، قابل توصیه است مواد ۱۳۶۳ و ۱۳۶۴ ق. م حذف گردند.

ب) آثار عقد اجاره نسبت به مستأجر

۵۰۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۲۹.
۵۰۶. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفه مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۹ - ۳۲.

طبق ق. م مستأجر در برابر مؤجر دارای تعهدات ذیل است:

۱) پرداخت اجرت: براساس ماده ۱۳۷۳ فقره اول ق. م: «(۱) اجاره گیرنده مکلف است اجرت معینه را در مواعیدی که به آن موافقه به عمل آمده بپردازد. در صورت عدم موافقه قبلی به عرف محل در مورد زمان پرداخت، اعتبار داده می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- مستأجر مکلف است اجرت عین مستأجره را در مواعیدی که در عقد اجاره پیش بینی شده است، به مؤجر پرداخت نماید. مواعد جمع موعداست. موعدا در لغت به معنی جای وعده و سررسید است.^{۵۰۷} به حیث مثال، اگر احمد آپارتمان خویش در مکروریان را برای محمود برای مدت یک سال هر ماه در برابر پانزده هزار افغانی به شرط این که محمود هر دو ماه اجرت دو ماه کرایه را به احمد بدهد، به اجاره بدهد، محمود مکلف است هر دو ماه بعد مبلغ سی هزار افغانی به احمد به عنوان اجرت بدهد.

۲- در صورت عدم موافقه قبلی به عرف محل در مورد زمان پرداخت، اعتبار داده می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد و محمود در خصوص نحوه پرداخت اجرت موافقه ننمایند، عرف حاکم بر اجاره (کرایه) آپارتمان ها در مکروریان ها تطبیق می گردد. بنابراین، اگر عرف به گونه ای باشد که محمود هر ماه کرایه آپارتمان را باید به احمد پرداخت نماید، محمود مکلف به تطبیق عرف است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف اجاره گیرنده در خصوص پرداخت اجرت و تنظیم کیفیت پرداخت اجرت است.

۲) پرداخت یک قسط قرینه سایر اقساط تلقی می گردد: طبق ماده ۱۳۷۴ ق. م: «پرداخت یک قسط اجرت، قرینه تادیه سایر اقساط قبلی تلقی می شود، تا آنکه دلیلی به خلاف آن ظاهر شود.» طبق نص این ماده پرداخت یک قسط اجرت، قرینه تادیه سایر اقساط قبلی تلقی می شود، تا آنکه دلیلی به خلاف آن ظاهر شود. قسط در لغت به معنی حصه، سهم، قسمت و بخش است.^{۵۰۸} که جمع آن اقساط است. در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد قسط عبارت از قسمتی از دین است که در فاصله های مساوی با کمیت های مساوی توسط مدیون به داین پرداخت می شود. قرینه در لغت به معنی علامتی است که دلالت بر شی مطلوب می نماید.^{۵۰۹} که جمع آن قراین است. همچنین، قرینه در لغت به معنی اماره و نشانه است.^{۵۱۰} به حیث مثال، اگر احمد به دلیل اجاره زمین دوازده لک افغانی مدیون محمود بوده باشد و احمد با محمود تعهد نموده باشد که دین ناشی از اجرت زمین محمود را در شش قسط می پردازد، پرداخت یک قسط قرینه و اماره ای است که بیان می نماید که احمد سایر اقساط دین محمود را پرداخت نموده است. در صورت اثبات پرداخت یک قسط توسط قراین، احمد از ارایه سایر وسایل اثبات حق مانند شاهد، سند، سوگند و نظیر اینها بی نیاز می گردد. پرداخت یک قسط توسط احمد در این مثال، قرینه ای قانونی است. زیرا، در ق. م پیش بینی شده است. این اصل است. استثنای این اصل این است که محمود با سند یا شهود ثابت نماید که احمد اجرت را پرداخته نکرده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن قرینه به عنوان یکی از وسایل اثبات در خصوص پرداخت اجرت توسط مستأجر به مؤجر است.

۳) پرداخت اجرت در اقامتگاه مؤجر: طبق ماده ۱۳۷۳ فقره دوم ق. م: «(۲) پرداخت اجرت در اقامتگاه اجاره گیرنده صورت می گیرد، مگر اینکه عرف یا موافقت طرفین طور دیگری حکم نموده باشد.» از نص این ماده یک اصل و دو استثناء صورت می گیرد. اصل این است که اجرت در اقامتگاه مؤجر توسط مستأجر پرداخت می شود. چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق بین الملل خصوصی این دور از شرح ق. م گذشت، اقامتگاه جایی است که شخص عادتاً در آنجا زندگی می کند. به حیث مثال، اگر احمد مرکب های محمود را در ولسوالی چهارآسیاب به اجاره بگیرد، احمد مکلف است اجرت اجاره مرکب ها را در چهار آسیاب به محمود پرداخت نماید. استثنای اول این اصل این است که عرف طور دیگری باشد. به حیث مثال، اگر عرف به گونه ای باشد که اجاره گیرنده اجرت را در اقامتگاه خود به اجاره دهنده پرداخت نماید، این عرف مدار اعتبار است. استثنای دوم این است که اجاره دهنده و اجاره گیرنده طور دیگری موافقت نموده باشند. به حیث مثال، اگر احمد آپارتمان خویش را در شهرک آریا به محمود به اجاره بدهد و

507. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 19/8/2016).

۵۰۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۳۲.

۵۰۹. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۸)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۲۷.

510. <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (last visit: 9/3/2016).

اقامتگاه محمود در خیرخانه باشد و احمد و محمود توافق نمایند که محمود اجرت را در دوکان احمد در سرای سید حبیب الله بدهد، این توافق مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی محل پرداخت اجرت است.

(۴) تجدید اجرت: طبق ماده ۱۳۳۹ ق. م: «تجدید اجرت مطابق استعمال عینی که به اجاره داده می شود، جواز دارد.» نص این ماده مبهم است. تجدید در لغت به معنی نو کردن و از سر گرفتن امر یا کاری است.^{۵۱۱} به نظر می رسد منظور از تجدید اجرت مطابق استعمال عینی که به اجاره داده می شود، پرداخت اجرت در عقد اجاره ای که به صورت ضمنی تمدید شده است می باشد، زیرا یکی از مواردی که عقد اجاره منتهی می شود، انتهای مدت است. در صورت انتهای مدت و استعمال عین مستأجره توسط مستأجر، عقد اجاره به صورت ضمنی تمدید شده و مستأجر مکلف است اجرت را مطابق قواعد پیش بینی شده در قرارداد به مؤجر بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را برای یک هفته به محمود به اجاره بدهد، با ختم هفته عقد اجاره منتهی می شود. در صورتی که محمود به استفاده از اسپ ادامه بدهد، اجرت تجدید می گردد و محمود مکلف است اجرت را به احمد بدهد. اسپ در این مثال مصداق عین است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز تمدید اجاره به صورت ضمنی است.

(۵) پرداخت اجرت به صورت معجل و مؤجل: طبق ماده ۱۳۲۱ ق. م: «تأجیل و تعجیل اجرت و پرداخت آن به اقساط به داخل اوقات معین، جواز دارد.» تأجیل از ریشه أَجَلَ گرفته شده است که در لغت به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می رود.^{۵۱۲} تعجیل از ریشه عَجَلَ گرفته شده است که به معنی شتاب کردن و سرعت به کار می رود.^{۵۱۳} تعریف اقساط در بالا گذشت. از نص این ماده قاعده استنباط می گردد:

۱- اجاره گیرنده برحسب شرایط پیش بینی شده در قرارداد، می تواند اجرت را به صورت معجل پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را برای مدت یک سال به اجاره (کرایه) بگیرد، احمد می تواند پرداخت اجرت را به صورت معجل به یکبارگی پرداخت نماید.

۲- اجاره گیرنده می تواند اجرت را به صورت مؤجل در موعدی که در عقد اجاره تعیین شده است پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را برای مدت یک سال به اجاره (کرایه) بگیرد، احمد می تواند بعد از هر ماه یا دو ماه پرداخت اجرت را به صورت مؤجل در مواعید معین پرداخت نماید.

۳- اجاره گیرنده می تواند پرداخت اجرت را برحسب شرایط پیش بینی شده در عقد به طور قسط وار پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را برای مدت یک سال به اجاره (کرایه) بگیرد، احمد می تواند اجرت را در دو قسط یک قسط در ابتداء و قسط دوم بعد از شش ماه پرداخت نماید. به عنوان نمونه، اگر مجموعه اجرت کرایه یک سال یک لک و بیست هزار افغانی باشد، شصت هزار آن را در ابتداء و شصت هزار آن را بعد از شش ماه پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز پرداخت اجرت به صورت معجل، مؤجل و اقساط است.

(۶) استفاده از حق نگهداشت: طبق ماده ۱۳۴۲ ق. م: «هرگاه تعجیل پرداخت اجرت شرط شده باشد، اجاره گیرنده مکلف است آن را هنگام عقد بپردازد و اجاره دهنده می تواند از تسلیم عین به اجاره گیرنده، تا زمان دریافت اجرت امتناع ورزد.» تعریف تعجیل در بالا گذشت. طبق نص این ماده هرگاه تعجیل پرداخت اجرت شرط شده باشد، اجاره گیرنده مکلف است آن را هنگام عقد بپردازد و اجاره دهنده می تواند از تسلیم عین به اجاره گیرنده، تا زمان دریافت اجرت امتناع ورزد. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استنکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است.^{۵۱۴} به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را برای مدت یک سال به اجاره (کرایه) بگیرد و محمود شرط گذاشته باشد که احمد اجرت خانه را به صورت معجل پرداخت نماید و احمد از پرداخت اجرت به

511. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 19/8/2016).

۵۱۲. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

۵۱۳. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

۵۱۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.

صورت معجل خودداری نماید، محمود می تواند الی پرداخت اجرت خانه را نزد خود نگه دارد و تسلیم احمد ننماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن حق نگهداشت عین مستأجره توسط مؤجر است.

۷) تسلیم عین مستأجره به مستأجر در صورت تأجیل اجرت: طبق ماده ۱۳۴۳ ق. م: «هرگاه تأجیل اجرت شرط شده باشد، اجاره دهنده مکلف است در حالی که عقد بر منافع اعیان صورت گرفته باشد، عین را به اجاره گیرنده تسلیم دهد. در این صورت اجرت قبل از رسیدن موعد، لازم نمی گردد.» تعریف تأجیل در بالا گذشت. طبق نص این ماده هرگاه تأجیل اجرت شرط شده باشد، اجاره دهنده مکلف است در حالی که عقد بر منافع اعیان صورت گرفته باشد، عین را به اجاره گیرنده تسلیم دهد. در این صورت اجرت قبل از رسیدن موعد، لازم نمی گردد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود شرط گذارد که اجرت آن را در اخیر سال (یک سال بعد) می دهد، احمد مکلف است زمین را به محمود تسلیم نماید. در این صورت، احمد نمی تواند از حق نگهداشت عین مستأجره استفاده نماید. زیرا، محمود مکلف است اجرت را در اخیر سال به احمد پرداخت نماید و تأجیل اجرت نه تعجیل آن شرط شده است. در این مثال، عقد بر منفعت زمین صورت گرفته است. به عبارت دیگر: موضوع عقد اجاره منفعت عین مستأجره است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف اجاره دهنده است.

۸) لازم شدن اجرت: طبق ماده ۱۳۴۰ ق. م: «اجرت به حصول منفعت یا قادر شدن به آن، لازم می گردد.» به نظر می رسد طبق نص این ماده در دو صورت پرداخت اجرت توسط مستأجر به مؤجر لازم می گردد: نخست در صورتی که مستأجر از عین مستأجره منفعت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود از خانه نفع بگیرد، به حیث مثال، در خانه سکونت نماید، اجرت بر محمود لازم می گردد؛ و دوم در صورتی که مستأجر بر انتفاع گرفتن از عین مستأجره قادر گردد. به حیث مثال، مؤجر عین مستأجره را به مستأجر تسلیم نماید. در صورت دوم، تفاوت نمی کند که مستأجر از عین مستأجره انتفاع بگیرد و یا نه. آنچه در چنین حالات مهم است این است که مستأجر توانایی انتفاع گرفتن از عین مستأجره را حاصل نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و احمد خانه را تسلیم محمود نماید، اما محمود به هر دلیلی از خانه نفع نگیرد، به حیث مثال، در خانه سکونت ننماید، اجرت بر محمود لازم می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی و حصر حالات لازم شدن اجرت است.

۹) پرداخت اجرت مثل: طبق ماده ۱۳۴۴ ق. م: «هرگاه اجاره گیرنده بدون آنکه در مورد کمیت و کیفیت اجرت از جانب اجاره دهنده موافقه به عمل آمده باشد، عینی را که به اجاره داده می شود قبض نموده مورد استفاده قرار دهد، اجرت مثل بر وی لازم می گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که اجاره گیرنده و اجاره دهنده در مورد مقدار و کیفیت اجرت توافق ننمایند، اما اجاره گیرنده عین مستأجره را قبض نموده و آن را مورد استفاده قرار دهد، در این صورت، پرداخت اجرت مثل بر اجاره گیرنده لازم می گردد. تعریف اجرت مثل گذشت. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را که دارای چهار اتاق نشیمن در خیرخانه است به محمود به کرایه بدهد و در مورد مقدار اجرت توافق ننمایند، محمود مکلف است اجرت خانه را مطابق نظر اهل خبره، عرف یا نرخ بازار به احمد بدهد. مصداق اهل خبره در این مثال، رهنمای معاملات است. همچنین، محمود می تواند مطابق نرخ بازار یا عرف اجرت را به احمد پرداخت نماید. به حیث مثال، در حال حاضر (۲۰ جوزای ۱۴۰۰) کرایه یک حویلی دارای چهار اتاق در خیرخانه مبلغ پانزده هزار افغانی است. بنابراین، محمود مکلف است پانزده هزار افغانی به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف اجرت گیرنده است.

۱۰) استعمال عین مستأجره مطابق عقد و عرف جاریه: طبق ماده ۱۳۶۶ ق. م: «اجاره گیرنده از عین اجاره شده به نحوی منفعت می برد که به آن موافقه به عمل آمده باشد. در صورت عدم موافقه قبلی عرف جاریه اعتبار دارد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- مستأجر مکلف است از عین مستأجره به نحوی انتفاع بگیرد که در عقد اجاره پیش بینی شده است. بنابراین، اگر در عقد اجاره پیش بینی شده باشد که مستأجر از عین مستأجره به منظور سکونت انتفاع بگیرد، مستأجر نمی تواند از آن به منظور پیش برد فعالیت های تجاری استفاده نماید، یا در آن زراعت نماید. زیرا، این امر تجاوز از حق منفعت تلقی می گردد. همچنین، اگر عین مستأجره اسب بزکشی باشد و مؤجر آن را برای بزکشی به مستأجر به اجاره داده باشد، مستأجر نمی تواند با اسب بزکشی بارکشی نماید. زیرا، این امر خلاف تصریح عقد اجاره است.

۲- در صورتی که طرفین در مورد کیفیت انتفاع از عین مستأجره سکوت اختیار نموده باشند، مستأجر مکلف است طبق عرف جاریه از عین مستأجره انتفاع بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد مرکب خویش را به محمود به اجاره بدهد و در خصوص انتفاع از آن احمد و محمود سکوت نموده باشند، محمود مکلف است از مرکب مطابق عرف انتفاع بگیرد. همچنین، اگر احمد آپارتمان خویش را به محمود به اجاره بدهد و در خصوص انتفاع از آن احمد و محمود سکوت نمایند، محمود مکلف است مطابق عرف از آپارتمان انتفاع بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انتفاع از عین مستأجره توسط مستأجر است. (۱۱) طبق ماده ۱۳۶۵ ق. م: «تجاوز از استحقاق منفعتی که به اساس عقد ثابت گردیده، جواز ندارد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۱۳۶۶ ق. م است. تجاوز در لغت به معنی ظلم، از حد گذشتن، تعدی و حد شکنی است.^{۵۱۰} استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۵۱۱} طبق نص این ماده مستأجر نمی تواند از استحقاق منفعتی که براساس عقد اجاره مستوجب آن شده است تجاوز نماید. به عبارت دیگر: مستأجر مکلف است عین مستأجره را مطابق قواعد پیش بینی شده عقد استعمال نماید. به حیث مثال، اگر عین مستأجره اسپ بزکشی باشد و مؤجر آن را برای بزکشی به مستأجر به اجاره داده باشد، مستأجر نمی تواند با اسپ بزکشی بزرکشی نماید. زیرا، این امر خلاف تصریح عقد اجاره و تجاوز از استحقاق منفعت مطابق عقد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای ماده ۱۳۶۶ ق. م است.

۱۲) عدم ایجاد تغییر در عین مستأجره: طبق ماده ۱۳۶۷ ق. م: «اجاره گیرنده، نمی تواند در عین اجاره شده چنان تغییری را وارد نماید که از آن ضرری عاید شود. در صورت تجاوز از حدود تعهد، اجاره گیرنده به اعاده عین به حالت اولی و تعویض در حال اقتضای آن مکلف شده می تواند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- مستأجر نمی تواند در عین مستأجره چنان تغییری وارد نماید که موجب ایجاد ضرر برای مؤجر گردد. به عنوان مثال، اگر احمد خانه سه منزله خویش را به محمود به اجاره بدهد، محمود نمی تواند یک منزل را در طبقه سوم از بین ببرد و عین مستأجره؛ یعنی: خانه را تغییر دهد. زیرا، تغییر عین مستأجره امکان دارد به ضرر احمد تمام شود.

۲- در صورت تجاوز از حدود تعهد، اجاره گیرنده به اعاده عین به حالت اولی و تعویض در حال اقتضای آن مکلف شده می تواند. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، اگر احمد محمود را از تخریب منزل سوم منع نموده باشد، اما محمود منزل سوم را تخریب نماید، محمود مکلف است منزل سوم را دوباره ایجاد نماید. ایجاد و احداث دوباره منزل سوم موجب می شود تا عین مستأجره به حالت اولی برگردد.

۳- در صورت لزوم، مستأجر مکلف به پرداخت تعویض نیز می گردد. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است.^{۵۱۲} به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، اگر تغییر منزل سوم، موجب کاهش قیمت خانه احمد شود، محمود مکلف است جبران خسارت آن را به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مستأجر است.

۱۳) طبق ماده ۱۳۶۸ ق. م: «نصب آلات آبرسانی، گاز، برق، تلفون، رادیو و امثال آن، در عین اجاره شده از طرف اجاره گیرنده به نحوی که از آن ضرری به عین مذکور عاید نشود، جواز دارد.» طبق نص این ماده نصب آلات آبرسانی، گاز، برق، تلفون، رادیو و امثال آن، در عین اجاره شده از طرف اجاره گیرنده به نحوی که از آن ضرری به عین مذکور عاید نشود، جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره (کرایه) بدهد، محمود می تواند در خانه آلات آبرسانی مانند نل آب، واترپمپ، بمبه دستی، چاه عمیق و نظیر اینها، آلات گاز رسانی مانند لوله گاز، آلات برق مانند لین برق، تلفون، رادیو و نظیر اینها نصب کند. نص این ماده احصایی است. قانونگذار مدنی در نص این ماده برخی وسایل را احصا کرده است و باب قیاس سایر آلات و وسایل را با این آلات و وسایل باز گذاشته است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده از امثال آن سخن می گوید. در نصب آلات و وسایل مذکور شرط است که ضرری به عین مستأجره وارد نشود. مصداق عین مستأجره در این مثال خانه احمد است. به نظر می رسد هدف

515. <https://www.vajehyab.com>, (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶).

۵۱۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.

517. <https://www.vajehyab.com>, (Last visit: 19/8/2016).

قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز نصب آلات برقی، آبی و نظیر اینها در عین مستأجره توسط مستأجر و شرط آن است.

۱۴) حفظ و نگهداری عین مستأجره: طبق ماده ۱۳۷۱ ق.م: «عین اجاره شده نزد اجاره گیرنده امانت شمرده شده به اهتمام آن مکلف و از تلف شدن و نقصانی که ناشی از استعمال عادی نباشد، مسؤول می باشد.» از نص این ماده سه حکم استنباط می گردد:

۱- طبق نص این ماده عین اجاره شده نزد اجاره گیرنده امانت شمرده می شود. تعریف امانت در مبحث ودیعت خواهد آمد. به حیث مثال، اگر حمد اسپ بزکش خویش را به محمود به اجاره بدهد، اسپ نزد محمود حیثیت مال امانت را دارد. اسپ در این مثال، مصداق عین مستأجره است.

۲- مستأجر مکلف به اهتمام عین مستأجره است. اهتمام در لغت به معنی توجه است. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به اجاره بدهد، محمود مکلف است در حفظ و نگهداری موتر اهتمام نماید.

۳- مستأجر از تلف و نقصان ناشی از استعمال غیرعادی عین مستأجره در برابر مؤجر مسؤول است. این مسؤولیت، مسؤولیت مدنی قراردادی است. مفهوم مخالف نص این ماده این است که اگر عین مستأجره در اثر استعمال عادی تلف شود یا نقصانی بر آن وارد شود، مستأجر در برابر مؤجر مسؤول نیست. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود اسپ یا موتر را طور عادی بدون افراط و تفریط مورد استفاده قرار دهد و در اثر استفاده بر اسپ و موتر نقصان وارد شود، محمود در برابر احمد مسؤول نیست. زیرا، بدیهی است که به رغم این که عین مستأجره مال استعمالی است اما مال استعمالی نیز در اثر استفاده مکرر در نهایت از بین می رود و بر آن نقصان وارد می شود. اما، اگر استعمال غیرعادی باشد و در اثر استعمال غیرعادی موتر یا اسپ تلف شود یا نقصان بر آن وارد شود، محمود در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت را پرداخت نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که مستأجر مکلف است از عین مستأجره مانند یک شخص عادی انتفاع بگیرد.

بنابراین، در صورتی که مستأجر از عین مستأجره به صورت غیرمألوف انتفاع بگیرد، مانند: باز گذاشتن نل آب و تخریب خانه، استفاده از دروازه ها، کلکین ها به صورت غیر مألوف و تخریب آنها، اجاره گرفتن موتر به منظور رکوب وانتقال سنگ و خشت با آن، آب ندادن درخت های خانه و باغ و امثال اینها، اجاره گرفتن زمین برای زراعت و تخریب درخت های آن و امثال اینها و در نتیجه ایجاد ضرر به مؤجر، مستأجر در برابر مؤجر مسؤول است و بنابراین مکلف است عین مستأجره را به حالت عادی اعاده نماید و در صورت ضرر جبران خسارت ناشی از عدم استفاده غیر عادی را به مؤجر پرداخت نماید. تفصیل مسؤولیت مدنی قراردادی در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق.م گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مستأجر در برابر مؤجر است.

۱۵) اطلاع دادن به مؤجر: طبق ماده ۱۳۷۲ ق.م: «اجاره گیرنده مکلف است از هر امری که ایجاب مداخله اجاره دهنده را نماید، وی را مطلع سازد.» طبق نص این ماده اجاره گیرنده مکلف است از هر امری که ایجاب مداخله اجاره دهنده را نماید، وی را مطلع سازد. قانونگذار مدنی در نص این ماده ملاک نه مصداق اطلاع را پیش بینی نموده است. طبق نص این ماده ملاک و معیار این است که اجاره گیرنده مکلف است از «هر امری که مداخله اجاره دهنده را نماید» اجاره دهنده را مطلع سازد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره دهد و جمشید در خصوص مالکیت خانه دعوی استحقاق را نماید، محمود مکلف است احمد را مطلع سازد. همچنین، اگر جمشید بخواهد خانه را غصب نماید، محمود مکلف است احمد را مطلع سازد. اگر دیوار خانه یا سقف خانه فرو ریزد، محمود مکلف است احمد را مطلع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مستأجر است.

۱۶) ترمیمات جزئی مطابق عرف: طبق ماده ۱۳۶۹ ق.م: «اجاره گیرنده به ترمیمات جزئی ای که عرف ایجاب نماید، مکلف می باشد مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که اجاره گیرنده به ترمیمات جزئی ای که عرف ایجاب نماید، مکلف می باشد. برای دانستن این ترمیمات باید به عرف مراجعه کرد و دید که مطابق عرف کدام ترمیمات را اجاره گیرنده باید انجام دهد. در انجام ترمیمات دو شرط طبق نص این ماده وجود دارد. نخست این که ترمیمات جزئی باشد نه کلی. دوم این که این ترمیمات در عرف متعارف و معروف باشد. به حیث

مثال، اگر احمد آپارتمان خویش را به محمود به اجاره بدهد، محمود مکلف است ترمیمات جزئی که در عرف معروف است را انجام دهد. استثنای این اصل این است که موافق به خلاف آن صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا محمود با احمد توافق نموده باشد که من هیچ نوع ترمیمات را انجام نمی دهم، این توافق مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مستأجر است.

(۱۷) رد عین مستأجره: طبق ماده ۱۳۷۵ ق. م: «اجاره گیرنده در ختم مدت اجاره به رد عین اجاره شده مکلف می باشد. در صورتی که وی عین مذکور را بدون موجب در تصرف خود نگهدارد، به پرداخت تعویضی که در اندازه آن، قیمت اجاره عین مذکور، رعایت شود و پرداخت جبران خساره، به اجاره دهنده ملزم می گردد. اگر این نگهداشت بنابر اضطرار یا سببی باشد که اجاره گیرنده در آن دخیل نباشد، به پرداخت اجرت مثل به اجاره دهنده مکلف می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- مستأجر ملتزم است بعد از انتهای عقد اجاره عین مستأجره را که براساس عقد اجاره از مؤجر تسلیم شده است، به مؤجر رد نماید. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود برای مدت یک هفته به اجاره دهد، بعد از ختم یک هفته محمود مکلف است اسپ را به احمد رد نماید.

۲- در صورتی که اجاره گیرنده عین مستأجره را بدون موجب در تصرف خود نگهدارد، به پرداخت تعویضی که در اندازه آن، قیمت اجاره عین مستأجره، رعایت شود و پرداخت جبران خساره، به اجاره دهنده ملزم می گردد. عبارت جبران خسارت در نص این ماده مبهم است. پرداخت جبران خسارت در صورتی ممکن است که عین مستأجره از بین برود. در این فرض، عین مستأجره از بین نرفته است. به نظر می رسد منظور از پرداخت جبران خسارت، پرداخت اجرت عین مستأجره است. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را برای مدت یک سال به محمود به اجاره بدهد و محمود بعد از یک سال بدون موجب خانه را تسلیم احمد ننماید، مکلف است جبران خسارت آن را به احمد پرداخت نماید. جبران خسارت در این صورت اجرت است. به حیث مثال، اگر محمود خانه را دو ماه نزد خود بدون موجب نگهدارد، مکلف است اجرت دو ماه را به احمد پرداخت نماید.

۳- اگر این نگهداشت بنابر اضطرار یا سببی باشد که اجاره گیرنده در آن دخیل نباشد، به پرداخت اجرت مثل به اجاره دهنده مکلف می باشد. اضطرار از ریشه «ضرر» گرفته شده است که در لغت به معنی ناچار شدن، ناگزیر شدن، گزیر و گریزی نداشتن، چاره ای نداشتن، بی چاره شدن و بی پناه ماندن است.^{۵۱۸} تعریف اجرت مثل گذشت. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد و یک سال سپری شود اما در اثر حالت اضطرار یا حالتی که اراده احمد در آن دخیل نباشد، مانند این که احمد خانه ای دیگر پیدا ننماید خانه نزد احمد بماند، احمد مکلف است اجرت مثل را به محمود پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مستأجر است.

(۱۸) کیفیت عین مستأجره در وقت رد: طبق ماده ۱۳۷۶ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) اجاره گیرنده به رد عین اجاره شده به نحوی که تسلیم گردیده، مکلف می باشد. به استثنای اتلاف یا نقصانی که اجاره گیرنده در آن دخیل نباشد؛ و (۲) اگر تسلیمی عین اجاره شده بدون شرح اوصاف آن صورت گرفته باشد، چنان پنداشته می شود که عین مذکور در حالت حسن اوصاف تسلیم گردیده، مگر اینکه به خلاف آن دلیلی موجود گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- مستأجر ملزم است عین مستأجره را در حالتی که تسلیم گردیده بود، به مؤجر تسلیم نماید به استثنای اتلاف یا نقصانی که اجاره گیرنده در آن دخیل نباشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را به اجاره بگیرد، مکلف است زمین را در حالتی که تسلیم شده است به محمود رد نماید. اتلاف و نقصان عین مستأجره استثنای بر این اصل است. بنابراین، اگر بر عین مستأجره نقصان وارد شود یا عین مستأجره تلف شود، مستأجر مکلف نیست آن را در حالتی که تسلیم شده است به مؤجر رد نماید. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود موتر یا اسپ خویش را به اجاره بدهد و اسپ مریض گردد یا موتر تصادم نماید، احمد مکلف نیست عین مستأجره به حالتی که تسلیم گردیده است تسلیم نماید. زیرا، در این حالات به گونه ای که بحث آن گذشت مؤجر مکلف به پرداخت جبران خسارت است.

۲- اگر تسلیمی عین اجاره شده بدون شرح اوصاف آن صورت گرفته باشد، چنان پنداشته می شود که عین مذکور در حالت حسن اوصاف تسلیم گردیده، مگر اینکه به خلاف آن دلیلی موجود گردد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به اجاره بدهد و اوصاف موتر را بیان ننماید، فرض این است که موتر واجد حسن اوصاف است. این فرض قابل اثبات عکس است. بنابراین، محمود می تواند ثابت نماید که موتر فاقد حسن اوصاف بوده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مستأجر است.

(۱۹) عدم رد عین مستأجره در ختم اجاره: طبق ماده ۱۳۷۷ ق. م: «عین اجاره شده در ختم مدت اجاره، کمافی السابق به حیث امانت نزد اجاره گیرنده باقی می ماند. اگر اجاره گیرنده باوجود طلب آن را نزد خود نگهدارد، ضامن اتلاف آن دانسته می شود.» نص این ماده مرتبط به ماده ۱۳۷۱ ق. م است. از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- عین اجاره شده در ختم مدت اجاره، کمافی السابق به حیث امانت نزد اجاره گیرنده باقی می ماند. به حیث مثال، اگر احمد مرکب خویش را برای مدت دو هفته به محمود به اجاره بدهد، محمود مکلف است در ختم مدت اجاره مرکب را به احمد رد نماید. در صورت عدم رد، مرکب همانطور که در جریان مدت عقد اجاره نزد محمود امانت بوده است، در ختم مدت نیز نزد محمود امانت تلقی می گردد. تعریف امانت در مبحث ودیعه خواهد آمد.

۲- اگر اجاره گیرنده باوجود طلب آن را نزد خود نگهدارد، ضامن اتلاف آن دانسته می شود. به حیث مثال، اگر احمد مرکب خویش را برای مدت دو هفته به محمود به اجاره بدهد، محمود مکلف است در ختم مدت اجاره مرکب را به احمد رد نماید. در صورت عدم رد، مرکب همانطور که در جریان مدت عقد اجاره نزد محمود امانت بوده است، در ختم مدت نیز نزد محمود امانت تلقی می گردد. در صورتی که احمد رد مرکب را از محمود مطالبه نماید، اما محمود مرکب را تسلیم احمد ننماید، در صورتی که مرکب تلف شود، محمود ضامن اتلاف آن است و باید جبران خسارت را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای رد عین مستأجره در ختم مدت اجاره است.

(۲۰) طبق ماده ۱۳۲۵ ق. م: «اجاره از از تاریخی که در عقد تعیین گردیده، آغاز می یابد. در حال عدم تعیین از تاریخ عقد اعتبار داده می شود.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد: نخست این که اجاره از تاریخی که در عقد تعیین گردیده، آغاز می یابد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خود را به محمود به کرایه بدهد و در عقد کرایه احمد و محمود تحریر نمایند که اجاره از تاریخ ۳ جوزای سال ۱۳۹۸ نافذ است، اجاره از تاریخ ۳ جوزا آغاز می گردد هرچند عقد اجاره را در اول حمل سال ۱۳۹۸ منعقد نموده باشند. دوم این که در حال عدم تعیین از تاریخ عقد اعتبار داده می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و محمود تاریخ آغاز عقد اجاره را در قرارداد معین ننمایند و قرارداد را در اول حمل سال ۱۳۹۸ منعقد نموده باشند، تاریخ اجاره از اول حمل سال ۱۳۹۸ آغاز می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم زمان آغاز عقد اجاره است.

(۲۱) طبق ماده ۱۳۲۶ ق. م: «هرگاه مدت در عقد اجاره تصریح نشده باشد، اجاره برای مدت معینه پرداخت اجرت مطابق به عرف جاریه در عین مورد اجاره، اعتبار داده شده، با ختم این مدت اجاره منتهی می شود مشروط بر اینکه قبل از نصف اخیر مدت معینه پرداخت اجرت، راجع به تخلیه، ابلاغ صورت گرفته باشد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- هرگاه مدت در عقد اجاره تصریح نشده باشد، اجاره برای مدت معینه پرداخت اجرت مطابق به عرف جاریه در عین مورد اجاره، اعتبار داده می شود. تعریف اجرت مثل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به اجاره بدهد اما مدت اجاره موتر را تصریح ننماید، محمود مکلف است برای مدتی که از موتر استفاده می نماید، به احمد اجرت مثل پرداخت نماید.

۲- با ختم این مدت اجاره منتهی می شود مشروط بر اینکه قبل از نصف اخیر مدت معینه پرداخت اجرت، راجع به تخلیه، ابلاغ صورت گرفته باشد. بند دوم این ماده با بند اول متعارض به نظر می رسد. زیرا، در این فرض طبق بند اول نص این ماده مدت در عقد اجاره قید یا تصریح نشده است. اما، قانونگذار در بند دوم نص این ماده از ختم مدت سخن می گوید. قابل توصیه است نص این ماده تعدیل گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم تصریح مدت در عقد اجاره است.

گفتار چهارم) تنازل از اجاره و اجاره باطنی

به موجب عقد اجاره، حقی را که مستأجر نسبت به منفعت عین مستأجره پیدا می نماید، حق شخصی است. بنابراین، مستأجر می تواند از این حق تنازل نماید و یا آن را به اجاره باطنی بدهد:

الف) تعریف تنازل از اجاره

تنازل از ریشه «نزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گیری است. در فقه به کسی که از حق تنازل می نماید «متنازل» و شخصی که به نفع وی تنازل صورت می گیرد «متنازل له» نامیده می شود. در اصطلاح حقوقی و فقهی تنازل به صورت عام عبارت اعراض از حق یا ملک یا مال است. به عبارت دیگر: تنازل عبارت از تصرفی است که به موجب آن شخصی از حق که دارد و یا از حق که بر عهده دیگری دارد عدول می نماید و یا آن را إسقاط می نماید؛ مانند: تنازل از انتفاع، دین و یا حق ارتفاق.^{۵۱۹} اما، تنازل به صورت اخص در عقد اجاره، عبارت از به اجاره داده شدن عین مستأجره توسط مستأجر به مستأجر دیگری که در ق. م به نام متنازل الیه نامیده شده است، می باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود زمین را به جمشید به اجاره بدهد، احمد مؤجر، محمود متنازل و جمشید متنازل له یا متنازل علیه است.

ب) تعریف اجاره باطنی و فرق آن با تنازل از اجاره

در صورتی که مستأجر تمام منفعت عین مستأجره را به دیگری به اجاره دهد، چنین عملی تنازل نامیده می شود. اما، اگر مستأجر قسمتی از منفعت عین مستأجره را به دیگری به اجاره دهد، چنین عملی اجاره باطنی نامیده می شود. پس، فرقی که میان تنازل از اجاره و اجاره باطنی وجود دارد این است که در تنازل مستأجر تمام منفعت عین مستأجره را که به موجب عقد اجاره که مالک آن شده است، به دیگری (متنازل له) به اجاره می دهد. اما، در اجاره باطنی قسمتی از این منفعت را به اجاره می دهد.^{۵۲۰}

ج) جواز تنازل از اجاره و اجاره باطنی

طبق ماده ۱۳۷۹ ق. م: «اجاره گیرنده حق تنازل از اجاره یا اجاره باطنی را در جمیع آنچه به اجاره گرفته یا بعضی آن، دارا می باشد، مگر اینکه به خلاف آن موافقه به عمل آمده باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که مستأجر می تواند عین مستأجره را به دیگری به صورت کلی و یا قسمی اجاره دهد. به عبارت دیگر: اجاره گیرنده می تواند از عین مستأجره تنازل نماید و یا آن را به اجاره باطنی دهد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد، محمود می تواند آن را به جمشید کلاً یا قسماً به اجاره بدهد. در صورتی اجاره کلی عمل احمد تنازل از اجاره است و در صورت اجاره قسمی، به حیث مثال، نصف آن، عمل محمود اجاره باطنی است. استثنای این اصل این است که احمد و محمود طور دیگری موافقه نموده باشند. به حیث مثال، احمد و محمود موافقه نموده باشند که محمود نمی تواند عین مستأجره را به شخص سوم به طور کلی یا قسمی به اجاره بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز تنازل از اجاره و اجاره باطنی است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۰۲): اجازه باطنی در ماده (۱۳۷۹) قانون مدنی توضیح گردد.

توضیح: در صورتی که اجاره گیرنده مال اجاره شده را به شخصی دیگر اجاره دهد این عقد اجاره باطنی است.^{۵۲۱}

همچنین، ماده ۱۳۸۰ ق. م: «منع کردن اجاره گیرنده از اجاره باطنی، مستلزم منع از تنازل اجاره و عکس آن می باشد، مگر اینکه اجاره مخصوص به اجاره عقاری باشد که در آن دستگاه صنعتی یا تجارتی بناء شود و اجاره گیرنده به حکم ضرورت به فروش دستگاه مذکور بپردازد. در این صورت محکمه می تواند باوجود شرط مانع، به بقای اجاره حکم نماید مشروط بر اینکه مشتری تضمین کافی تقدیم داشته و از آن ضرر محقق به اجاره دهنده عاید نباشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که منع کردن اجاره گیرنده از اجاره باطنی، مستلزم منع از تنازل اجاره و عکس آن می باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و احمد به محمود بگوید تا زمین را خودش استفاده نماید و قسمتی از آن را به شخص سوم به طور کلی به اجاره ندهد، منع احمد به طور جزئی، مستلزم منع به طور کلی است.

بنابراین، محمود نمی تواند قسمتی از زمین را به شخص سوم به اجاره بدهد. زیرا، منع از اجاره باطنی مستلزم منع از تنازل است. عکس این امر نیز صادق است به این توضیح که منع از تنازل مستلزم منع از اجاره باطنی است. به حیث مثال، اگر احمد

۵۱۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۴۲.

۵۲۰. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسیط، جلد (۶)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶۶۱-۶۶۲.

۵۲۱. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵)، اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۱.

زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و به محمود بگوید که زمین را شما مورد استفاده قرار دهید و به جمشید به اجاره ندهید، همانطور که محمود نمی تواند زمین را به جمشید به طور کلی به اجاره بدهد، نمی تواند زمین را به طور جزئی به اجاره بدهد. استثنای این اصل این است که مستأجر می تواند در صورتی که عین مستأجره عقار باشد علی الرغم منع مؤجر آن را به اجاره باطنی دهد و یا از آن تنازل نماید. به حیث مثال، آن را کلاً یا قسماً به دیگری به اجاره دهد اما، به چهار شرط:

(۱) اینکه دستگاه صنعتی و یا تجارتی عقار مؤجر باشد و مؤجر مستأجر را از اجاره دادن عین مستأجره به صورت کلی و یا جزئی منع نموده باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود در آن فابریکه ایجاد نماید.

(۲) اینکه ضرورت اجاره دادن عین مستأجره را به صورت کلی و یا جزئی اقتضاء نماید، مانند اینکه: مستأجر از کار کردن عاجز شود یا تقاعد نماید و مجبور به فروش دستگاه شود، یا وفات نماید و ورثه او از اداره دستگاه عاجز باشند و بخواهند آن را به فروش رسانند؛

(۳) اینکه مشتری دستگاه ضمانت کافی، مانند: رهن و کفیل مبنی بر ایفای تعهدات ناشی از عقد اجاره که وی به از مستأجر اولی منتقل شده است بدهد؛ و

(۴) اینکه در اجاره باطنی و یا تنازل مستأجر از عین مستأجره ضرری به مؤجر عاید نشود. در صورت تحقق این چهار شرط، محکمه می تواند حکم نماید که مستأجر می تواند علی الرغم شرط مؤجر مبنی بر عدم تنازل و اجاره باطنی، عین مستأجره را به دیگری به صورت کلی و یا جزئی به اجاره بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم استثنای ماده ۱۳۸۹ ق. م است. زیرا، طبق ماده ۱۳۹۸ ق. م اجاره گیرنده نمی تواند عین مستأجره را به اجاره باطنی دهد یا از آن تنازل نماید، اما طبق ماده ۱۳۸۰ ق. م مستأجر در یک حالت می تواند علی الرغم شرط مؤجر مبنی بر عدم تنازل از اجاره و اجاره باطنی، خلاف شرط مؤجر عمل نماید و عین مستأجره را به اجاره باطنی دهد و یا از آن تنازل نماید. این حالت زمانی متحقق است که عین مستأجره عقار باشد و مستأجر بر آن دستگاه (فابریکه) صنعتی و یا تجارتی احداث نموده باشد.

د) آثار تنازل از اجاره و اجاره باطنی

در این بحث اول اثر تنازل و سپس اثر اجاره باطنی را ذیلاً به صورت مختصر مورد بررسی قرار می دهیم:

(۱) اثر تنازل نسبت به مؤجر، مستأجر اولی و متنازل له: براساس ماده ۱۳۸۱ ق. م: «در حالت تنازل از اجاره، متنازل الیه، در مورد علاقه بین وی و اجاره دهنده از ناحیه حقوق و واجبات ناشی از عقد اجاره، قایم مقام اجاره گیرنده قرار می گیرد، مگر با وجود آن اجاره گیرنده در ایفای واجبات، ضامن متنازل الیه شناخته می شود.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- در صورت تنازل مستأجر از عین مستأجره؛ یعنی در صورت اجاره دادن عین مستأجره به دیگری، متنازل له قایم مقام اجاره گیرنده قرار می گیرد. متنازل له چنانچه گفته شد اجاره گیرنده دوم یا شخصی است که به نفع وی تنازل صورت گرفته است. بنابراین، تمام تعهدات مستأجر؛ یعنی: حقوق و تکالیف مستأجر به وی منتقل می شود. متنازل له می تواند از تمام حقوقی که مستأجر در در برابر مؤجر داشت از قبیل: نقل ملکیت عین مستأجره و توابع آن، تعهد به حفظ عین مستأجره تا زمان تسلیم نمودن آن به مستأجر و هلاک عین مستأجره، ضمان تعرض و استحقاق و ضمان عیوب پنهان عین مستأجره استفاده و تعهدات مستأجر را که عبارت اند از: پرداخت اجرت، استعمال عین مستأجره به نحوی که در عقد تصریح شده است و یا مطابق عرف، عدم ایجاد تغییر در عین مستأجره، حفظ و نگهداری عین مستأجره مانند یک شخص عادی، ترمیمات تأجیریه و رد عین مستأجره به مؤجر در صورت انتهای عقد اجاره در برابر مؤجر را نیز ایفاء نماید که تفصیل این تعهدات گذشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود زمین را به طور کامل به جمشید اجاره بدهد، احمد اجاره دهنده، محمود اجاره گیرنده و در عین حال متنازل و جمشید اجاره گیرنده دوم یعنی متنازل له است. در این صورت، جمشید قایم مقام یا جانشین محمود می گردد.

۲- اجاره گیرنده در ایفای واجبات، ضامن متنازل الیه شناخته می شود. تعریف ضامن در مبحث کفالت خواهد آمد. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا محمود ضامن ایفای تعهدات جمشید در برابر احمد می گردد. بنابراین، اگر جمشید تعهدات خویش را در برابر احمد انجام ندهد، محمود ضامن است و احمد می تواند ایفای این تعهدات را از محمود مطالبه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۳۸۱ ق. م تنظیم تعهدات متنازل له در برابر اجاره دهنده است.

همچنین، طبق ماده ۱۳۸۳ ق. م: «اجاره گیرنده اولی در احوال آتی، در برابر اجاره دهنده بری الذمه شناخته می شود: (۱) در حالت قبولی صریح اجاره دهنده، به تنازل از اجاره یا اجاره باطنی؛ و (۲) در حالت حصول اجرت از متنازل الیه یا از اجاره گیرنده باطنی، بدون اظهار حفظ حقوق وی در برابر اجاره گیرنده اولی.» طبق نص این ماده در حالات ذیل اجاره گیرنده اولی یا متنازل در برابر اجاره گیرنده بری الذمه شناخته می شود:

۱- در حالت قبولی صریح اجاره دهنده، به تنازل از اجاره یا اجاره باطنی. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد، محمود می تواند آن را به جمشید کلاً یا قسماً به اجاره بدهد. در صورتی اجاره کلی عمل احمد تنازل از اجاره است و در صورت اجاره قسمی، به حیث مثال، نصف آن، عمل محمود اجاره باطنی است. در صورتی که احمد به محمود اجازه بدهد، محمود در برابر احمد بری الذمه می گردد و ضامن نیست. بری الذمه مرکب از دو کلمه است. بری که در لغت به معنی تهی، خالی، عاری، بی گناه، پاک و مبرا است.^{۵۲۲} و ذمه که محل اعتباری که در آن التزامات واقع می گردد.^{۵۲۳} بری الذمه در اصطلاح حقوق مدنی شخصی است که ذمه او از مسؤولیت عاری است.

۲- در حالت حصول اجرت از متنازل الیه یا از اجاره گیرنده باطنی، بدون اظهار حفظ حقوق وی در برابر اجاره گیرنده اولی. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا احمد از جمشید اجرت زمین را اخذ نماید، محمود در برابر احمد بری الذمه می گردد و ضامن جمشید نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۳۸۳ ق. م حصر حالاتی است که به موجب آنها متنازل یا اجاره گیرنده اولی در برابر اجاره دهنده بری الذمه می گردد.

(۲) اثر تنازل نسبت به مؤجر، مستأجر اولی و مستأجر باطنی: طبق ماده ۱۳۸۲ ق. م: «اجاره گیرنده باطنی مکلف است تمام التزامات ثابتی را که در برابر اجاره گیرنده اصلی دارد، هنگام اخطار اجاره دهنده مستقیماً به وی ایفاء نماید و نمی تواند در برابر اجاره دهنده به اجرتی که طور پیشکی به اجاره گیرنده اصلی پرداخته، تمسک نماید، مگر اینکه این امر قبل از اخطار مطابق عرف و به موافقتی که تاریخ آن از وقت اجاره باطنی ثابت باشد، صورت گرفته باشد.» از نص این دو اصل و یک استثناء استنباط می گردد.

۱- اجاره گیرنده باطنی مکلف است تمام التزامات ثابتی را که در برابر اجاره گیرنده اصلی دارد، هنگام اخطار اجاره دهنده مستقیماً به وی ایفاء نماید. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود پنجاه جریب آن را به جمشید به اجاره بدهد، جمشید اجاره گیرنده باطنی، محمود اجاره گیرنده اصلی و احمد اجاره دهنده است. در این صورت، جمشید مکلف است تمام تعهدات ناشی از عقد اجاره دوم را که میان جمشید و محمود منعقد گردیده است در صورت اخطار محمود ایفاء نماید. به عنوان نمونه، اجرت را پرداخت نماید و زمین را مطابق شرایط پیش بینی شده در قرارداد مورد استفاده قرار دهد.

۲- بند دوم ماده ۱۳۸۲ ق. م که می گوید: «اجاره گیرنده باطنی نمی تواند در برابر اجاره دهنده به اجرتی که طور پیشکی به اجاره گیرنده اصلی پرداخته، تمسک نماید» مبهم و محل ایراد به نظر می رسد. طبق نص این ماده اجاره دهنده می تواند به اجاره گیرنده دومی مراجعه نماید و اجاره گیرنده دومی نمی تواند در برابر اجاره دهنده اولی به پولی که طور پیش پرداخت به اجاره دهنده دومی دارد تمسک نماید. تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهنده و توسل، سند و حجت است.^{۵۲۴} در اصطلاح حقوقی برخی حقوقدانان بر این نظر اند که تمسک عبارت است از سند کتبی برای اثبات واقعه در معاملات و دعاوی.^{۵۲۵} این تعریف در مفهوم محدود برای تمسک ارایه شده است. به نظر می رسد تمسک عبارت است از متوسل شدن به وسایل اثبات دعوی برای اثبات ادعا. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود پنجاه جریب آن را به جمشید به اجاره بدهد، جمشید اجاره گیرنده باطنی، محمود اجاره گیرنده اصلی و احمد اجاره دهنده است. در این صورت، احمد می تواند ایفای تعهدات ناشی از اجاره را از محمود مطالبه نماید که محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، چنانچه گفته شد و چنانچه بحث آن در پایین خواهد آمد، عقد اجاره باطنی میان مؤجر اولی و مستأجر دومی هیچ نوع تعهدات ایجاد نمی نماید بلکه میان مستأجر اولی و

522. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/1/2016).

۵۲۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ و هبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۸۸-۲۸۹۰.

524. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۸/۱۸/۲۰۱۶).

۵۲۵. محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، ص ۱۴۱۹.

مستأجر دومی تعهد ایجاد می نماید. بنابراین، نص بند دوم ماده ۱۳۸۲ ق. م قابل توصیه است تعدیل گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در بند سوم ماده ۱۳۸۲ ق. م پیش بینی استثنای بند دوم است. به نظر می رسد با توجه به ایرادی که در بند دوم ماده ۱۳۸۲ ق. م وجود دارد، نص بند سوم مفهوم صحیح را افاده نمی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط حقوقی مستأجر اولی با اجاره گیرنده باطنی است.

برخی نویسندگان در این خصوص می نویسند که در اجاره باطنی که به موجب آن مستأجر دومی (متنازل له) قایم مقام مستأجر اولی (متنازل) تلقی می گردد، در اجاره باطنی مستأجر باطنی به سبب عدم اجاره عین مستأجره به صورت کلی قایم مقام مستأجر اولی محسوب نمی گردد، بلکه در اجاره باطنی دو عقد اجاره ایجاد می گردد: عقد اجاره اولی میان مؤجر و مستأجر و عقد اجاره دومی میان مستأجر اولی و مستأجره دومی (مستأجر باطنی). بنابراین، مستأجر اولی می تواند از تمام حقوقی که به موجب عقد اجاره در برابر مؤجر پیدا می نماید، استفاده نماید و تکالیف خویش را در برابر مؤجر انجام دهد. مستأجر باطنی نیز می تواند از تمام حقوقی که بر عقد اجاره مرتب می گردد مستفید و تکالیف خویش را در برابر مستأجر دومی ایفاء نماید. در چنین حالات نیز عقد اجاره موجب ایجاد آثاری که تفصیل آن گذشت نسبت به مستأجر و مستأجر باطنی می گردد، در عین حالی که این آثار میان مؤجر و مستأجر اولی نیز مرعی الاجراء می باشد. بنابراین، مستأجر دومی مکلف است عین مستأجره را به مستأجر و توابع آن را به مستأجر باطنی منتقل، عین مستأجره را الی زمان تسلیم حفظ و نگهداری و نیز ضمان استحقاق و عیوب پوشیده عین مستأجره را به عهده بگیرد. در برابر این تعهدات، مستأجر باطنی نیز مکلف است اجرت عین مستأجره را به مؤجر پرداخت نماید، عین مستأجره را مطابق شرایط عقد و یا مطابق عرف استعمال نماید، در عین مستأجره تغییری ایجاد ننماید، عین مستأجره را مانند یک شخص عادی حفظ نماید، ترمیمات تأجیریه را انجام دهد و نیز عین مستأجره را در ختم اجاره به مستأجر دومی رد نماید.

بنابراین، برخلاف تنازل از اجاره که مؤجر می تواند به متنازل له مراجعه و ایفای تعهدات ناشی از عقد اجاره را از وی مطالبه نماید، در عقد اجاره باطنی مؤجر نمی تواند به مستأجر باطنی مراجعه و ایفای تعهدات ناشی از عقد اجاره را از وی مطالبه نماید. زیرا، مؤجر عین مستأجره را به مستأجر به اجاره داده و مستأجر قسمتی از آن را به مستأجر باطنی به اجاره داده است و مستأجر اولی رابطه وسیط را میان مؤجر و مستأجر باطنی ایفاء می نماید. باوجوداین، طبق ق. م مستأجر صرف در صورت إخطار مؤجر تعهدات ناشی از عقد اجاره را می تواند مطالبه نماید. پس، فرق های دیگری که میان تنازل از اجاره و اجاره باطنی علاوه بر فرقی که در ابتداء این بحث ذکر شد، وجود دارد قرار ذیل است:

۱) در تنازل از اجاره مستأجر دومی (متنازل له) قایم مقام مستأجر اصلی تلقی می گردد. اما، در اجاره باطنی دو عقد اجاره جداگانه ایجاد می شود که اولی میان مؤجر و مستأجر اولی و دومی میان مستأجر اولی و مستأجر باطنی نافذ می باشد؛
۲) در تنازل از اجاره، مستأجر ضامن ایفای تعهدات ناشی از عقد اجاره در برابر مؤجر اولی است. اما، در اجاره باطنی مستأجر اولی چنین مسؤولیتی ندارد؛

۳) در تنازل از اجاره مستأجر مدیون مؤجر نیست مگر ضمانت ایفای تعهدات توسط مستأجر دومی (متنازل له) را می نماید. اما، در اجاره باطنی مستأجر اولی مدیون مؤجر تلقی می گردد و باید تمام تعهدات خویش را ایفاء نماید.^{۵۲۶}

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پیش شماره (۱۰۳): تنازل از اجاره باطنی مندرج در موارد (۱۳۷۹) الی (۱۳۸۴) توضیح شود :

توضیح: در موارد تنازل از اجاره باطنی که از ماده (۱۳۷۹) آغاز و به ماده (۱۳۸۴) خاتمه میابد باید توضیح نمود که در ماده (۱۳۷۹) اجاره گیرنده حق دارد از اجاره برای شخص دیگر بگذرد یا عین اجاره را برای شخص دیگری به اجاره بدهد که از اولی به نام تنازل و از دومی به نام اجاره باطنی یاد شده و اگر موافقه طور دیگری باشد و در قرار داد توضیح شده باشد که مستأجر حق تنازل یا عین ماجوره را به دیگری اجاره ندهد در این حالت مستأجر حق تنازل یا اجاره باطنی را از دست می دهد.

مثال در مورد ماده (۱۳۸۰) قانون مدنی: منع کردن اجاره گیرنده از اجاره باطنی مستلزم منع از تنازل و عکس آن می باشد.

مثال: هرگاه موجر مستأجر را از دادن اجاره به دیگری منع نماید اجاره گیرنده نمی تواند از این عقد به دیگری تنازل نماید. همچنین،

به صورت معکوس اگر موجر مستاجر را از تنازل اجاره منع نمود این منع مستلزم منع اجاره باطنی نیز شناخته میشود یعنی اجاره به دیگری. اما اگر اجاره مخصوص به اجاره عقاری باشد که در آن دستگاه صنعتی یا تجارتی بنا گردد و لو که مستاجر از اجاره باطنی و تنازل ممنوع گردیده باشد میتواند دستگاه را به فروش برساند که در این صورت با وجود شرط مانع به حکم ضرورت محکمه به بقای اجاره به دست مشتری با رعایت فقره اخیر ماده (۱۳۸۰) قانون مدنی حکم می نماید.^{۵۲۷}

گفتار پنجم) انتهاء

اجاره عقد مؤقت است و بنابراین در نتیجه انتهای مدت، خاتمه می یابد. باوجوداین، گاه ممکن است مستاجر با اجازه مؤجر عین مستأجره را نزد خود نگهدارد و عقد اجاره تجدید یابد. همچنین، عقد اجاره در اثر فروش عین مستأجره توسط مؤجر و انتقال ملکیت آن با مشتری و نیز فوت مؤجر و مستاجر منتهی شود:

الف) انتهای مدت

طبق ماده ۱۳۸۴ ق. م: «اجاره به انتهای مدت مصرحه عقد بدون اطلاع تخلیه منتهی می گردد». طبق نص این ماده عقد اجاره با انتهای مدت بدون اطلاع تخلیه منتهی می شود. انتها در لغت به معنی پایان و اختتام است. مصرحه در لغت به معنی تصریح شده است. تخلیه از ریشه «خلو» گرفته شده است که در لغت به معنی تفریق، برکنار ماندن و تهی و خالی گذاشتن است. در حقوق مدنی، از رفع ید از چیزی به طوری که امکان بهره مندی مباح از آن برای دیگری که حق استفاده از آن را دارد از میان برود، تخلیه گویند.^{۵۲۸} به عنوان مثال، اگر شخصی خانه ای خویش را برای مدت شش ماه به دیگری به اجاره (کرایه) دهد، با انتهای این مدت عقد اجاره خود به خود بدون ضرورت به سایر اسباب انقضای عقد اجاره، منتهی می گردد. اما، اگر مدت عقد اجاره منتهی شود، و مستاجر به انتفاع از عین مستأجره ادامه بدهد، ق. م با پیروی از ق. م. ج. م میان دو حالت تفکیک قابل شده است:

۱) سکوت مؤجر با وجود علم بر انتفاع از عین مستأجره: طبق ماده ۱۳۸۵ ق. م: «(۱) هرگاه اجاره گیرنده، بعد از انتهای عقد اجاره، به انتفاع از عین اجاره شده دوام داده و اجاره دهنده با وجود علم بر آن اعتراض ننماید، اجاره برای مدت نامعلومی به همان شروط اولی، تجدید شده تلقی می شود و برآن احکام ماده (۱۳۲۲) این قانون تطبیق می گردد؛ و (۲) در صورت تجدید ضمنی اجاره، تأمینات عینی متعلق به اجاره قبلی، عیناً انتقال نموده، مگر ضمانت شخصی یا عینی بدون رضایت ضامن انتقال نمی یابد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۱۳۲۲ ق. م است که بحث آن گذشت. از نص این ماده سه حکم استنباط می گردد:

۱- طبق نص این ماده هرگاه اجاره گیرنده، بعد از انتهای عقد اجاره، به انتفاع از عین اجاره شده دوام داده و اجاره دهنده با وجود علم بر آن اعتراض ننماید، اجاره برای مدت نامعلومی به همان شروط اولی، تجدید شده تلقی می شود و اجاره گیرنده مکلف به پرداخت اجرت مثل به اجاره دهنده است. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد، بعد از یک سال عقد اجاره منتهی می شود. اگر محمود به سکونت در خانه ادامه دهد و احمد اعتراض ننماید، عقد اجاره به صورت ضمنی تمدید می گردد. در این صورت، محمود مکلف است مطابق ماده ۱۳۲۲ ق. م به احمد اجرت مثل را پرداخت نماید. اما، اگر عبارت «شروط قبلی» را مدنظر بگیریم، محمود مکلف است اجرتی که در جریان سال به احمد می پرداخت، پرداخت نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که هرچند تکلیف پرداخت اجرت در نص ماده ۱۳۸۵ ق. م که اجرت مسمی است روشن است. اما، قانونگذار مدنی نص ماده ۱۳۸۵ ق. م را به ماده ۱۳۸۲ ق. م ارجاع داده است. بنابراین، میان ماده ۱۳۸۵ ق. م و ماده ۱۳۸۲ ق. م تعارض وجود دارد و قابل توصیه است نص ماده ۱۳۸۵ ق. م تعدیل گردد.

۲- در صورت تجدید ضمنی اجاره، تأمینات عینی متعلق به اجاره قبلی، عیناً انتقال می نماید. تأمینات جمع تأمین است. تأمین عینی مرکب از دو کلمه است: تأمین که از ریشه «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.^{۵۲۹} عینی که اسم منسوب به عین است. به نظر می رسد تأمین عینی عبارت از دادن عین (مال) به عنوان تضمین به داین توسط مدیون است. به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد و برای محمود علاوه بر اجرت، پنج لک

۵۲۷. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۵۴۱ و ۵۴۲.

۵۲۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۵۱.

529. <https://www.vajehyab.com>, (last visit: 11/8/2016).

افغانی را به عنوان تأمین عینی داده باشد، در صورت تمدید عقد اجاره به صورت ضمنی، تأمین عینی نیز به حالت قبلی باقی می ماند. زیرا، تأمین عینی تابع اصل عقد است و در صورت تمدید عقد هرچند به صورت ضمنی، تأمین نیز تمدید گردد چون عقد اصل و تأمین فرع است و فرع در وجود و بقاء تابع اصل است.

۳- در صورت تمدید ضمنی عقد اجاره ضمانت شخصی یا عینی بدون رضایت ضامن انتقال نمی یابد. ضمانت شخصی مترادف با تأمین شخصی است. تأمین شخصی مرکب از دو کلمه است: تأمین و شخصی که اسم منسوب به شخص است. به نظر می رسد تأمین شخصی عبارت است دادن شخص به عنوان ضامن (کفیل) به داین توسط مدیون است. به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد و برای محمود علاوه بر اجرت، جمشید را به عنوان ضامن بدهد، در صورت تمدید عقد اجاره به صورت ضمنی، تأمین شخصی تمدید نمی گردد. این اصل است. استثنای این اصل این است که ضامن راضی باشد. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا جمشید بگوید هرچند عقد اجاره برای مدت یک سال بود و به صورت ضمنی تمدید شد، من هنوز ضامن هستم، در این صورت، تأمین شخصی یا ضمانت تمدید می گردد. قانونگذار مدنی در نص این ماده بعد از «ضمانت شخصی» یا «استعمال نموده است و سپس «عینی» را که محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در صورتی که شخص مال را به تضمین بدهد، به آن تأمین عینی و در صورتی شخص را به عنوان ضامن یا کفیل به مدیون بدهد، آن را تأمین شخصی می نامند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن تمدید عقد اجاره به صورت ضمنی است.

(۲) اطلاع مؤجر به مستأجر مبنی بر تخلیه: طبق ماده ۱۳۸۶ ق. م «هرگاه از جانب یکی از طرفین برطرف دیگر اطلاعی مبنی بر تخلیه صادر شده، با آنهم اجاره گیرنده به انتفاع از عین اجاره شده بعد از انتهای اجاره دوام دهد، این امر معنی تجدید اجاره را ندارد، مگر اینکه دلیلی به خلاف آن اقامه شود. اجاره گیرنده در چنین حالت به تخلیه و پرداخت اجرت مثل از مدت انتفاعی که بعد از انتهای اجاره عین اجاره شده به عمل آورده، مکلف می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اصل این است که هرگاه از جانب یکی از طرفین برطرف دیگر اطلاعی مبنی بر تخلیه صادر شده، با آنهم اجاره گیرنده به انتفاع از عین اجاره شده بعد از انتهای اجاره دوام دهد، این امر معنی تجدید اجاره را ندارد. تعریف تخلیه در بالا گذشت. استثنای این اصل این است که دلیل برخلاف این امر اقامه گردد. به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را برای مدت یک سال به کرایه بگیرد، بعد از سپری شدن یک سال عقد کرایه منتهی می شود. اگر احمد به محمود اطلاع دهد تا محمود دوکان را تخلیه نماید، اما محمود باوجود اطلاع به انتفاع از دوکان ادامه دهد، ادامه انتفاع از دوکان توسط محمود به معنی تجدید عقد اجاره نیست مگر محمود دلیلی ارایه نماید که احمد عقد اجاره را برای مدت شش ماه دیگر تمدید کرده است.

۲- اجاره گیرنده در فرض بالا به تخلیه و پرداخت اجرت مثل از مدت انتفاعی که بعد از انتهای اجاره عین اجاره شده به عمل آورده، مکلف می باشد. به حیث مثال، در مثال بالا محمود مکلف است بعد از اطلاع مبنی بر تخلیه، دوکان را تخلیه نماید و برای مدتی زاید از یک سال به احمد اجرت مثل پرداخت نماید. از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که اگر بعد از انتهای مدت عقد اجاره، مؤجر به مستأجر مبنی بر تخلیه عین مستأجره اطلاع دهد و مستأجر باوجود اطلاع مؤجر مبنی بر تخلیه عین مستأجره از عین مستأجره انتفاع بگیرد، در چنین حالتی عقد تجدید شده تلقی نمی گردد، مگر اینکه مستأجر دلیل اقامه نماید که مثبت تجدید عقد اجاره باشد. پس، از اطلاع مؤجر، مستأجر مکلف است عین مستأجره را تخلیه و نیز اجرت مثل را به تناسب مدتی که از عین مستأجره انتفاع گرفته است، بپردازد. در اطلاع تخلیه شکلی خاص شرط نیست و مؤجر می تواند خود و یا توسط وکیل خود آن را به مستأجر یا وکیل وی اطلاع دهد، مانند اینکه بگوید: خانه را تخلیه نمایید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف اجاره گیرنده است.

(ب) فروش عین مستأجره

طبق ق. م فروش عین مستأجره تابع قواعد ذیل است:

(۱) طبق ماده ۱۳۹۱ ق. م: «(۱) شخصی که ملکیت عین اجاره شده به وی انتقال نموده و اجاره در مورد او نافذ شمرده نمی شود، اجاره گیرنده را به تخلیه مکلف ساخته نمی تواند، مگر بعد از اطلاعی که مطابق حکم ماده (۱۳۲۶) این قانون صورت گرفته باشد؛ (۲) هرگاه مالک جدید قبل از انتهای عقد اجاره، اجاره گیرنده را به تخلیه اخطار دهد، به دادن تعویض به اجاره گیرنده مکلف می باشد، مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد. اجاره گیرنده به تخلیه مجبور ساخته نمی شود، مگر بعد

از گرفتن تعویض از اجاره دهنده و یا به نیابت او از شخصی که ملکیت به او انتقال نموده است.». نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۱۳۲۶ ق. م است. حکم ماده ۱۳۲۶ در خصوص اجاره فضولی است نه تخلیه و قابل جمع با ماده ۱۳۹۱ ق. م نیست. بنابراین، این ارجاع محل ایراد به نظر می رسد. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- شخصی که ملکیت عین اجاره شده به وی انتقال نموده و اجاره در مورد او نافذ شمرده نمی شود، اجاره گیرنده را به تخلیه مکلف ساخته نمی تواند، مگر بعد از اطلاعی که مطابق حکم ماده (۱۳۲۶) این قانون صورت گرفته باشد. ارجاع نص این ماده به ماده ۱۳۲۶ ق. م چنانچه در بالا گفته شد، اشتباه به نظر می رسد. به نظر می رسد این ماده، ماده ۱۳۴۶ ق. م است نه ماده ۱۳۲۶ ق. م. همچنین، طبق نص این ماده در صورتی که اجاره دهنده عین مستأجره را به شخص سوم به فروش رساند، اجاره نسبت به شخص سوم (مشتري / خریدار) نافذ نیست. عدم انفاذ عقد اجاره نسبت به مشتري محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در این فرض، مشتري قایم مقام مالک می گردد و عقد میان مشتري و اجاره گیرنده الی ختم مدت عقد اجاره همچنان نافذ باقی بمی ماند. در این صورت، مشتري نمی تواند اجاره گیرنده را مکلف به تخلیه خانه نماید مگر این که به او مطابق قراردادی که میان اجاره گیرنده و اجاره دهنده منعقد گردیده است مبنی بر تخلیه اطلاع دهد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و سپس احمد خانه را به جمشید به فروش رساند، جمشید قایم مقام احمد می گردد و عقد اجاره الی ختم مدت همچنان میان جمشید و محمود ادامه می یابد. جمشید نمی تواند محمود را به صورت ناگهانی به تخلیه مجبور سازد مگر این که مطابق قراردادی که میان احمد و محمود منعقد گردیده است به محمود مبنی بر تخلیه اطلاع دهد.

۲- هرگاه مالک جدید قبل از انتهای عقد اجاره، اجاره گیرنده را به تخلیه اخطار دهد، به دادن تعویض به اجاره گیرنده مکلف می باشد، مگر این که به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد و سپس احمد خانه را به جمشید به فروش رساند، جمشید قایم مقام احمد می گردد و عقد اجاره الی ختم مدت همچنان میان جمشید و محمود ادامه می یابد. در صورتی که جمشید قبل از تکمیل مدت، به محمود مبنی بر تخلیه اخطار دهد، به دادن تعویض به محمود مکلف می گردد. عبارت به دادن تعویض در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد تعویض در نص این ماده پول پیش پرداختی است که محمود آن را به احمد به طور پیشکی یا پیش پرداخت، پرداخته است. در این صورت، اگر جمشید به محمود مبنی بر تخلیه اخطار دهد، مکلف است پول پیش پرداخت محمود را به محمود پرداخت نماید. به نظر می رسد تعویض را نباید در نص این ماده جبران خسارت تفسیر کرد. زیرا، فسخ عقد اجاره در صورتی که در قرارداد پیش بینی شده است جبران خسارت ندارد. این اصل است. استثنای این اصل این است که میان احمد و محمود طور دیگری توافق صورت گرفته باشد. به حیث مثال، در وقت انعقاد عقد اجاره احمد با محمود توافق نموده باشد که در صورتی خانه را به شما به اجاره می دهم که بتوانم آن را به شخص سوم به فروش رسانم و در صورت فروش خانه، شخص سوم صلاحیت دارد تا به شما اجازه سکونت در خانه را بدهد یا در خانه طور دیگر تصرف نماید.

۳- اجاره گیرنده به تخلیه مجبور ساخته نمی شود، مگر بعد از گرفتن تعویض از اجاره دهنده و یا به نیابت او از شخصی که ملکیت به او انتقال نموده است. به نظر می رسد تعویض را نباید در نص این ماده جبران خسارت تفسیر کرد. زیرا، فسخ عقد اجاره در صورتی که در قرارداد پیش بینی شده است جبران خسارت ندارد. به نظر می رسد تعویض در نص این ماده در مفهوم پول پیش پرداخت است. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد و سپس احمد خانه را به جمشید به فروش رساند، جمشید قایم مقام احمد می گردد و عقد اجاره الی ختم مدت همچنان میان جمشید و محمود ادامه می یابد. در صورتی که جمشید قبل از تکمیل مدت، به محمود مبنی بر تخلیه اخطار دهد، محمود به تخلیه خانه مجبور نیست مگر این که پول خویش را از احمد یا به نیابت یا نمایندگی از احمد از جمشید بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فروش عین مستأجره و تنظیم رابطه مستأجر با مشتري است.

(۲) طبق ماده ۱۳۹۰: «(۱) هرگاه ملکیت عین اجاره شده در حالی که قبل از عقد انتقال ملکیت، تاریخ اجاره ثابت نباشد، در مورد شخص مذکور نافذ شمرده نمی شود؛ و (۲) شخصی که مطابق فقره (۱) این ماده ملکیت به وی انتقال نموده با وجود عدم نفاذ عقد در مورد وی، می تواند به عقد مذکور تمسک نماید.» نص این ماده مبهم و مجمل به نظر می رسد. به نظر می رسد از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- اگر تاریخ انشای عقد اجاره ثابت نباشد و مؤجر عین مستأجره را به شخص ثالث به فروش رساند، مشتری قایم مقام مؤجر تلقی می گردد و بنابراین متعهد به تمام تعهدات مؤجر در برابر مستأجر می گردد. مستأجر نیز متعهد به ایفای تمام تعهدات ناشی از عقد اجاره در برابر مشتری (مؤجر جدید) می گردد. البته، این در صورتی است که تاریخ انشای عقد اجاره، مؤخر به عقد بیع باشد؛ یعنی: اول عقد اجاره میان مستأجر و مؤجر منعقد گردیده باشد و سپس مؤجر، عین مستأجره را به مشتری به فروش رساند. بنابراین، اگر تاریخ عقد اجاره ثابت نباشد، این عقد نسبت به مؤجر جدید (مشتری) نافذ پنداشته نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و سپس احمد خانه را به جمشید به فروش رساند، عقد اجاره نسبت به جمشید نافذ نیست. با پذیرش آنچه گفته شد، نص فقره ۱ ماده ۱۳۹۰ ق. م محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در این فرض جمشید قایم مقام احمد می گردد و عقد اجاره الی ختم مدت همچنان میان جمشید و محمود ادامه می یابد.

۲- شخصی که مطابق فقره (۱) این ماده ملکیت به وی انتقال نموده با وجود عدم نفاذ عقد در مورد وی، می تواند به عقد مذکور تمسک نماید. تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهنری و توسل، سند و حجت است.^{۵۳۰} به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، هرچند عقد نسبت به جمشید نافذ نیست اما جمشید می تواند به عقد اجاره تمسک نماید. به حیث مثال، با استناد و تمسک به عقد اجاره، در صورت اجازه دادن به نفاذ عقد اجاره، پرداخت اجرت را از مستأجر مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فروش عین مستأجره و تنظیم رابطه مؤجر با بایع و مستأجر است.

(۳) طبق ماده ۱۳۹۲ ق. م: «هرگاه شخصی که ملکیت عین اجاره شده به وی انتقال نموده، علم اجاره گیرنده را به انتقال ملکیت حین پرداخت اجرت پیشکی به اجاره دهنده ثابت سازد، اجاره گیرنده نمی تواند به پرداخت اجرت مذکور تمسک نماید. در صورت عجز از اثبات، مالک عین اجاره شده می تواند به اجاره دهنده رجوع کند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه شخصی که ملکیت عین اجاره شده به وی انتقال نموده، علم اجاره گیرنده را به انتقال ملکیت حین پرداخت اجرت پیشکی به اجاره دهنده ثابت سازد، اجاره گیرنده نمی تواند به پرداخت اجرت مذکور تمسک نماید. نص این ماده مجمل به نظر می رسد و معنی درست را افاده نمی نماید. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که اگر مؤجر جدید (مشتری) آگاهی اجاره گیرنده را مبنی فروش عین مستأجره و در نتیجه انتقال عین مستأجره به وی را در وقت پرداخت اجرت به صورت پیش پرداخت ثابت سازد، اجاره گیرنده نمی تواند به پیش پرداخت استناد یا تمسک نماید و اجرت عین مستأجره را به تناسب انتفاع (یا به صورت کل) به مؤجر جدید پرداخت نماید. تعریف تمسک در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به اجاره بدهد و سپس احمد خانه را به جمشید به فروش رساند، اگر جمشید ثابت نماید که محمود در وقت انعقاد عقد اجاره و پرداخت اجرت به صورت پیش پرداخت می دانسته است که احمد خانه را خواهد فروخت، محمود نمی تواند از پرداخت اجرت به جمشید امتناع ورزد.

۲- در صورت عجز از اثبات، مالک عین اجاره شده می تواند به اجاره دهنده رجوع کند. عجز در لغت به معنی ناتوانی است.^{۵۳۱} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، عجز عبارت است از عدم توانایی انجام تعهد. اگر مؤجر جدید (مشتری) نتواند علم مستأجر را ثابت نماید، می تواند به مؤجر سابق (بایع) رجوع و اجرت را که به صورت پیش پرداخت مستأجر به او پرداخته است، از وی اخذ نماید. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا جمشید نتواند ثابت نماید که محمود در وقت انعقاد عقد اجاره می دانسته است که احمد خانه را خواهد فروخت، جمشید می تواند به احمد مراجعه نموده و اجرت را که به صورت پیش پرداخت محمود به احمد پرداخته است از احمد اخذ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم رابطه مستأجر به بایع است.

ج) حالات غیرمنتظره و حدوث عذر

طبق ق. م حدوث عذر و حالات غیرمترقبه قرار ذیل است:

(۱) **فسخ عقد در اثر حالات غیرمترقبه:** طبق ماده ۱۳۹۶ ق. م فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هر یک از متعاقبین می توانند فسخ عقد اجاره ای را که مدت آن محدود باشد، قبل از انتهای مدت اجاره مطالبه نمایند. این حکم در صورتی است که وقوع حالات غیر مترقبه تنفیذ عقد را از ابتداء یا در جریان آن غیر قابل امکان بسازد. رعایت مهلت اطلاع مندرج ماده (۱۳۴۶) این

۵۳۰. Ibid (۲۰۱۶ / ۱۸ / ۸). (آخرین بازدید)

۵۳۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۵۷.

قانون از طرف مطالبه کننده فسخ، با پرداخت تعویض عادلانه حتمی می باشد؛ و (۲) در صورتی که اجاره دهنده مطالبه فسخ نموده باشد، اجاره گیرنده را به رد عین اجاره شده، مجبور ساخته نمی تواند، مگر اینکه تعویض لازمه را به اجاره گیرنده پرداخته یا تأمین کافی نزد وی به این منظور گذاشته باشد.». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هر یک از متعاقدين می توانند فسخ عقد اجاره ای را که مدت آن محدود باشد، قبل از انتهای مدت اجاره مطالبه نمایند. فسخ در لغت به معنی نقض، زایل کردن، از بین بردن و از هم جدا کردن است و در اصطلاح فقهی فسخ نقض عقد است.^{۵۳۲} به حیث مثال، اگر احمد مغازه یا فروشگاه خویش را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد، هر یک از احمد و محمود می توانند قبل از تکمیل مدت، فسخ عقد را از جانب مقابل مطالبه نمایند. احمد و محمود در این مثال متعاقدين اند. مطالبه فسخ عقد مشروط بر وقوع حالات غیر مترقبه که تنفیذ عقد را از ابتداء یا در جریان آن غیر قابل امکان بسازد است. حالات غیر مترقبه عبارت از حالاتی است که به صورت نامنتظر واقع می شود مانند فوت یکی از وابستگان طرفین عقد، مفلس شدن یکی از طرفین عقد، آتش سوزی و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، در فروشگاه آتش سوزی واقع شود و محمود در اثر آن سرمایه خویش را از دست بدهد و نتواند به کار و بار ادامه بدهد، می تواند فسخ عقد را از احمد مطالبه نماید. در صورت فسخ، مطالبه کننده فسخ مکلف است جانب مقابل را طبق ماده ۱۳۴۶ ق. م اطلاع دهد. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا محمود مکلف است فسخ عقد را به احمد اطلاع دهد. همچنین، محمود مکلف به پرداخت تعویض عادلانه به احمد است. به حیث مثال، اگر در اثر فسخ عقد به احمد ضرری وارد شود، محمود باید آن را جبران نماید.

۲- در صورتی که اجاره دهنده مطالبه فسخ نموده باشد، اجاره گیرنده را به رد عین اجاره شده، مجبور ساخته نمی تواند، مگر اینکه تعویض لازمه را به اجاره گیرنده پرداخته یا تأمین کافی نزد وی به این منظور گذاشته باشد. تأمین از ریشه «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.^{۵۳۳} تأمین دو نوع است. تأمین شخصی و تأمین عینی. به نظر می رسد تأمین شخصی عبارت است دادن شخص به عنوان ضامن (کفیل) به داین توسط مدیون است. به نظر می رسد تأمین عینی عبارت از دادن عین (مال) به عنوان تضمین به داین توسط مدیون است. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا احمد فسخ عقد اجاره دوکان را قبل از تکمیل مدت یک سال مطالبه نماید، احمد نمی تواند محمود را مجبور به رد دوکان نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد جبران خسارت ناشی از فسخ را که متوجه محمود می شود به محمود پرداخت نماید. در صورتی که محمود بر احمد اعتبار نداشته باشد، احمد مکلف است جمشید را به عنوان ضامن یا موثر خویش را به رهن دین یا پول پیش پرداخت محمود به محمود بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز فسخ عقد اجاره در صورت وقوع حالات مترقبه و شرایط فسخ عقد اجاره است.

(۲) موت مؤجر و یا مستأجر: طبق ماده ۱۳۸۷ ق. م: «اجاره به وفات اجاره دهنده یا اجاره گیرنده خاتمه نمی یابد. با وصف این، ورثه اجاره گیرنده در صورت وفات وی می توانند انتهای عقد اجاره را مبنی بر اثبات اینکه عواید شان به سبب موت مورث تحمل دوام اجاره را نداشته یا اجاره از حدود احتیاج شان خارج گردیده است مطالبه نمایند، مشروط بر اینکه طلب فسخ حد اکثر در ظرف ششماه از تاریخ وفات اجاره گیرنده صورت گرفته و مدت معینه اطلاع راجع به تخلیه نیز رعایت شده باشد.». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- اجاره به وفات اجاره دهنده یا اجاره گیرنده خاتمه نمی یابد. به حیث مثال، اگر احمد دوکان خویش را به محمود به اجاره بدهد، در صورت وفات احمد یا محمود عقد اجاره خاتمه پیدا نمی کند.

۲- ورثه اجاره گیرنده در صورت وفات وی می توانند انتهای عقد اجاره را مبنی بر اثبات اینکه عواید شان به سبب موت مورث تحمل دوام اجاره را نداشته یا اجاره از حدود احتیاج شان خارج گردیده است مطالبه نمایند، مشروط بر اینکه طلب فسخ حد اکثر در ظرف ششماه از تاریخ وفات اجاره گیرنده صورت گرفته و مدت معینه اطلاع راجع به تخلیه نیز رعایت شده باشد. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا ورثه محمود می توانند در صورت وفات محمود ختم اجاره را از احمد مطالبه نمایند. اما، به سه چهار شرط: نخست این که: ورثه باید اثبات نمایند که عواید ایشان به دلیل فوت محمود کاهش یافته و نمی توانند به پرداخت کرایه دوکان ادامه دهند؛

532 . Kharofa, Alaeddin (2009). Transactions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur, ASN, p 55.

533. <https://www.vajehyab.com>, (last visit: 11/8/2016).

دوم این که دیگر به دوکان ضرورت ندارند؛ سوم این که ورثه محمود باید در مدت شش ماه از تاریخ وفات محمود انتهای اجاره دوکان را مطالبه نمایند؛ و چهارم این که مدت معین اطلاع را رعایت نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات اجاره دهنده یا اجاره گیرنده در عقد اجاره است.

(۳) فوت مستأجر: طبق ماده ۱۳۸۸ ق. م: «هرگاه اجاره تنها به سبب اجرای پیشه اجاره گیرنده یا بعضی اعتبارات به خصوص دیگر متعلق به وی، عقد شده باشد، طلب فسخ عقد از طرف اجاره دهنده و ورثه اجاره گیرنده بعد از وفات وی جواز دارد.» طبق نص این ماده اصل این است که عقد اجاره در اثر موت یکی از طرفین (مؤجر و مستأجر) منتهی نمی شود، بلکه تعهدات مؤجر و مستأجر به ورثه آنها منتقل می شود. زیرا، عقد اجاره برخلاف عقد شرکت و وکالت، غالباً به اعتبار شخصیت اجاره گیرنده منعقد نمی شود. در نتیجه، عقد اجاره در اثر موت مؤجر منتهی نمی شود و ورثه مؤجر قایم مقام مؤجر می گردد و اجرت میان آنها به تناسب سهم الارث آنها تقسیم می شود. همچنین، عقد اجاره در اثر موت مستأجر منتهی نمی شود و ورثه وی قایم مقام مستأجر می گردند و در نتیجه هر یک متناسب به سهم خویش اجرت را به مؤجر پرداخت می نمایند. باوجوداین، ورثه می تواند عقد اجاره را که به سبب حرفه مستأجر منعقد شده باشد، فسخ نماید مانند اینکه مستأجر طبیب (داکتر طب)، دواساز (فارمسست) مهندس؛ وکیل مدافع، ساعت ساز، آشپز و امثال اینها باشد و ورثه وی فاقد این اوصاف باشد؛ به این توضیح که: مثلاً طبیب، دواساز، مهندس، وکیل مدافع، ساعت ساز، آشپز و امثال اینها نباشند و ضرورت به عین مستأجر نداشته باشند. به حیث مثال، اگر احمد دواساز باشد و دو اطاق را به منظور پیش برد امور مربوط دواخانه از محمود به کرایه گرفته باشد و احمد وفات نماید و دختر احمد وکیل و پسر احمد انجنیر باشند و نیاز به ادامه شغل پدر خویش نداشته باشند، دختر و پسر احمد می توانند به دلیل فوت احمد فسخ اجاره را از محمود مطالبه نمایند. همچنین، در مثال فرضی بالا، محمود نیز می تواند فسخ اجاره را بعد از وفات احمد از ورثه احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حالات و اسباب فسخ عقد اجاره است.

(۴) افلاس مستأجر: طبق ماده ۱۳۸۹ ق. م: «اعسار یا افلاس اجاره گیرنده موجب تعجیل اجرتی که هنوز میعاد آن به سر نرسیده، نمی شود، مگر با وجود آن در صورت ندادن تأمینات در یک مدت مناسبی که ضمانت ایفای اجرت آینده را نموده بتواند، اجاره دهنده می تواند فسخ اجاره را مطالبه نماید. همچنین، اجاره گیرنده می تواند در صورتی که تنازل از اجاره یا اجاره باطنی به او اجازه داده نشده باشد به شرط تأدیه تعویض عادلانه فسخ عقد را مطالبه کند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اعسار یا به افلاس محکوم شدن مستأجر موجب تعجیل اجرت مؤجل عین مستأجره نمی شود. بنابراین، مؤجر نمی تواند پرداخت اجرت مؤجل عین مستأجره را از مستأجر مطالبه نماید. اعسار از ریشه «عسر» گرفته شده است که در لغت به معنی تنگدست شدن، نیازمندی شدن، بی چیز شدن، درویش شدن، فقیر شدن و به تنگی افتادن است. در اصطلاح حقوقی اعسار عبارت است از وصفی است در متعهد (مدیون) به پرداخت مالی که از پرداخت آن ناتوان است.^{۵۳۴} افلاس از ریشه «فلس» گرفته شده است که در لغت به معنی ناچیز شدن، نادر شدن، بینوایی، ناداری و پریشانی است. به شخصی که حکم به افلاس او می شود مفلس گویند. در اصطلاح حقوقی افلاس عبارت از وصفی است در شخصی که قرض او بیشتر از دارایی او باشد.^{۵۳۵} تعجیل از ریشه عَجَلَ گرفته شده است که به معنی شتاب کردن، سرعت و ... به کار می رود.^{۵۳۶} به حیث مثال، اگر احمد سه باب اطاق محمود را همراه با ملحقات آن مانند تشناب، آشپز خانه و نظیر اینها برای مدت یک سال برای تجارتخانه خویش به اجاره بگیرد و محمود شرط گذاشته باشد که اجرت آن را در اخیر سال بپردازد، اما در جریان سال احمد مفلس شود، محمود نمی تواند پرداخت اجرت را به صورت عاجل از احمد مطالبه نماید.

۲- به عوض تعجیل اجرت، مؤجر می تواند جهت حفظ حق خویش از مستأجر تأمین، مانند: رهن و کفیل مطالبه نماید. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، محمود می تواند از احمد مطالبه نماید تا موثر خویش را در برابر اجرتی که محمود بر احمد دارد به محمود به رهن دهد یا احمد جمشید دوست یا برادر خویش را به عنوان کفیل یا ضامن به محمود بدهد.

۵۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۷۳.

۵۳۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۸۴.

۵۳۶. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

۳- در صورت عدم دادن تأمین توسط مستأجر، مؤجر می تواند فسخ عقد اجاره را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا احمد از دادن رهن مال و ضامن به محمود سرپیچی نماید، محمود می تواند فسخ عقد اجاره را از احمد مطالبه نماید.

۴- در صورتی که مستأجر نتواند از عقد اجاره تنازل نماید و یا عین مستأجره را به اجاره باطنی بدهد؛ یعنی کلاً یا قسمی عین مستأجره را به شخص ثالث به اجاره داده نتواند، می تواند فسخ عقد اجاره را از مؤجر مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا احمد نتواند به صورت کامل یا قسمی اطاق ها را به جمشید به اجاره بدهد، می تواند فسخ عقد را از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم افلاس مستأجر در جریان عقد اجاره است.

۵) حاجت مؤجر به عین مستأجره: طبق ماده ۱۳۹۳ ق. م: «(۱) اجاره دهنده نمی تواند فسخ اجاره را قبل از به سر رسیدن موعد آن مطالبه نماید، گرچه اراده خویش را جهت سکونت یا استعمال شخصی خود اعلام نماید، مگر اینکه به خلاف آن موافقه شده باشد؛ و (۲) اگر به فسخ اجاره از طرف اجاره دهنده مبنی بر احتیاج شخصی وی به عین اجاره شده موافقه صورت گرفته باشد، اجاره دهنده مکلف است احکام ماده (۱۳۴۶) این قانون را در مورد اطلاع اجاره گیرنده رعایت نماید، مگر اینکه موافقه به خلاف آن صورت گرفته باشد». طبق نص این ماده مؤجر نمی تواند عقد اجاره را قبل از فرا رسیدن موعد آن بر مبنای ضرورت شخصی، مانند: سکونت در آن فسخ نماید. زیرا، این امر عذر تلقی نمی گردد. اما، چون فسخ اجاره قبل از فرا رسیدن موعد آن مربوط به نظام عامه نیست. بنابراین، مؤجر و مستأجر می توانند در این مورد موافقه نمایند که مؤجر می تواند هر وقتی که بخواهد عقد اجاره را بر مبنای حاجت شخصی خویش فسخ نماید. در چنین حالت نیز، مؤجر مکلف است احکام ماده ۱۳۴۶ قانون مدنی را در مورد اطلاع مستأجر مبنی بر تخلیه عین مستأجره رعایت نماید.

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد، احمد نمی تواند عقد اجاره را در جریان سال فسخ نماید، به عنوان مثال، به محمود بگوید من به خانه ضرورت دارم و می خواهم در خانه سکونت نمایم. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد و محمود توافق نموده باشند که احمد هر لحظه ای می تواند عقد اجاره را فسخ نماید. در این فرض، احمد می تواند عقد اجاره را قبل از تکمیل سال فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۳۹۳ ق. م پیش بینی حکم یکی از حالات و اسباب فسخ عقد اجاره است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۰۴): بین مواد (۱۳۹۳) و (۱۳۹۶) قانون مدنی تضاد وجود دارد توفیق داده شود.

توضیح: میان ماده (۱۳۹۳) و (۱۳۹۶) قانون مدنی تضاد وجود ندارد چه در ماده (۱۳۹۳) قانون مدنی مطالبه فسخ اجاره از طرف اجاره دهنده منع قرار داده شده ولی در ماده (۱۳۹۶) مطالبه فسخ به علت حالات مجبره و غیر مترقبه جایز شمرده شده است.^{۵۳۷}

۶) تغییر اقامتگاه مؤظفین و مستخدمین: طبق ماده ۱۳۹۷ ق. م: «هرگاه اجاره گیرنده از جمله مؤظفین یا مستخدمین یا اشخاصی باشد که عمل آن تغییر اقامتگاه وی را ایجاب نماید، می تواند با رعایت حکم ماده (۱۳۴۶) این قانون فسخ اجاره مسکن خود را که مدت آن محدود باشد مطالبه نماید». طبق نص این ماده هرگاه اجاره گیرنده از جمله مؤظفین یا مستخدمین یا اشخاصی باشد که عمل آن تغییر اقامتگاه وی را ایجاب نماید، می تواند با رعایت حکم ماده (۱۳۴۶) این قانون فسخ اجاره مسکن خود را که مدت آن محدود باشد مطالبه نماید. مؤظفین کسانی اند که به کاری توظیف شده اند مانند قضات، کارمندان حکومت و نظیر اینها. مستخدمین کسانی اند که برای اجرای کاری استخدام شده اند. اقامتگاه محلی است که شخص عادتاً در آنجا زندگی می نمایند. به حیث مثال، اگر احمد مؤظف یا مستخدم یک اداره در کابل باشد و خانه ای را جهت سکونت خویش در کابل به اجاره (کرایه) بگیرد و سپس به دستور اداره در مزار شریف توظیف شود و اقامتگاه او از کابل به مزار شریف تغییر نماید، احمد می تواند عقد اجاره ای را که مدت آن محدود و معین است فسخ نماید. زیرا، تغییر اقامتگاه مؤظف و مستخدم عذر پنداشته می شود. در فسخ اجاره مؤظف و مستخدم مکلف است تا ميعاد معینی را که در ماده ۱۳۴۶ ق. م پیش بینی شده است رعایت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۳۹۷ ق. م پیش بینی حکم یکی از حالات و اسباب فسخ عقد اجاره است.

۵۳۷. _____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۲.

(۷) عدم توانایی مستأجر جهت انتفاع گرفتن از عین مستأجره: طبق ماده ۱۳۹۵ ق.م: «هرگاه اجاره گیرنده مستقیماً عین اجاره شده را مورد انتفاع قرار نداده یا از آن انتفاع کامل به عمل آورده نتواند، این امر به خطا یا علت دیگری که به شخص وی متعلق است راجع می شود و به رعایت عقد اجاره و تمامی تعهدات ناشی از آن مکلف می باشد، مشروط بر اینکه عین اجاره شده از طرف اجاره دهنده در حالتی تحت تصرف اجاره گیرنده قرار داده شده باشد که قابلیت حصول انتفاع موافقه شده را دارا بوده باشد.» طبق نص این ماده اگر مؤجر عین مستأجره را به نحوی در دسترس مستأجر قرار دهد که مستأجر بتواند از آن انتفاع بگیرد، اما مستأجر نتواند به صورت مستقیم از آن انتفاع بگیرد و یا از آن به صورت ناقص انتفاع بگیرد، این عمل موجب سقوط تعهدات مستأجر در برابر مؤجر نمی گردد. زیرا، مؤجر در این باره تقصیری را مرتکب نشده است به شرط این که عین اجاره شده از طرف اجاره دهنده در حالتی تحت تصرف اجاره گیرنده قرار داده شده باشد که قابلیت حصول انتفاع موافقه شده را دارا بوده باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود در حالی که حصول انتفاع از موتر ممکن است به اجاره بدهد، اما محمود نتواند از موتر انتفاع بگیرد، نمی تواند عقد را فسخ نماید. به حیث مثال، اگر محمود موتر را برای تکسی رانی به اجاره گرفته باشد و نتواند یا نخواهد با آن تکسی رانی نماید، مکلف به ایفای تعهدات خویش در برابر احمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف اجاره گیرنده است.

(۸) طبق ماده ۱۳۹۲ ق.م: «هرگاه شخصی دکانی را به اجاره گیرد و بعداً در خرید و فروش او کساد رونما گردد، می تواند عقد اجاره را فسخ یا از پرداخت اجرت امتناع آورد.» طبق نص این ماده هرگاه شخصی دکانی را به اجاره گیرد و بعداً در خرید و فروش او کساد رونما گردد، می تواند عقد اجاره را فسخ یا از پرداخت اجرت امتناع آورد. کساد در لغت به معنی بی رواجی و بی رونقی است. در اصطلاح حقوق مدنی، به بی رونقی اقتصادی در بازار کساد می گویند.^{۵۳۸} امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استنکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است.^{۵۳۹} به حیث مثال، اگر احمد دوکان محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد و در آن خورده فروشی ایجاد نماید، اما به دلیل موقعیت بد دوکان کار و بار محمود به کساد مواجه شود، محمود می تواند عقد اجاره را فسخ یا از پرداخت اجرت سرپیچی نماید.^{۵۴۰} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حالات فسخ عقد اجاره است.

گفتار ششم) انواع اجاره در فقه و ق.م

طبق ماده ۲۲۰ مجلة الاحکام معقود علیه در اجاره عبارت از منفعت است. اجاره به اعتبار معقود علیه یا منفعت ممکن است بر دو نوع باشد:

(۱) عقد اجاره ای که بر منافع اعیان وارد می گردد که شی مورد اجاره را عین مأجور یا عین مستأجره می نامند که ممکن است بر سه نوع باشد: الف) اجاره عقار مانند اجاره منازل و اراضی؛ ب) اجاره عروض مانند اجاره ملابس و ظروف؛ و ج) اجاره حیوانات. (۲) عقد اجاره بر عمل که مأجور را اجیر می نامند، مانند: استئجار صاحبان حرفه و کسبه برای اجرای عمل مانند دادن تکه به خیاط جهت دوختن جامه و یا اجاره چاه کن جهت حفر چاه (مستنبط از ماده ۲۲۱ مجلة الاحکام). اجیر نیز ممکن است دو نوع باشد اول اجیر خاص و دوم اجیر مشترک. اجیر خاص اجیری است که صرف برای انجام کار توسط مستأجر استخدام شود مانند خادم و وظیفه دار و اجیر عام که مقید به مستأجر خاص نمی باشد و می تواند برای هر کس کار کند مانند حمال، ساعت ساز، رنگریز و مالکین وسایط نقلیه باربری، زیرا اینها اجیر مشترک بوده و می توانند به هر کس کار کنند (مستفاد از ماده ۲۲۲ مجلة الاحکام). از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که اجاره به اعتبار معقود علیه به سه نوع تقسیم می شود: اجاره اراضی، اجاره حیوان و اجاره انسان. اما، ق.م با پیروی از ق.م.ج. م اجاره را به چهار نوع تقسیم نموده است: اجاره عادی اراضی، اجاره زمین زراعتی که در ق.م به نام دهقانی نامیده شده و در فقه به نام مزارعه یاد می شود، اجاره باغ که در ق.م به نام باغبانی و در فقه به نام مساقات نامیده می شود و اجاره وقف که هر یک ذیلاً مورد بحث قرار می گیرد:

الف) اجاره زمین زراعتی به صورت عام

۵۳۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۰۰.

۵۳۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، همان، جلد (۱)، ص ۴۴۵.

۵۴۰. برای مطالعه بیشتر در مورد انتهای عقد اجاره ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۷۴۷-۸۸۳.

نویسندگان ق. م احکام اجاره زمین زراعتی را از مجله الاحکام اقتباس نموده است. این احکام بیشتر مربوط به حقوق و تکالیف مؤجر و مستأجر زمین زراعتی است.

(۱) اجاره زمین

طبق ماده ۱۳۹۸ ق. م: «اجاره زمین برای زراعت با بیان آنچه باید در آن زرع گردد یا مختار گذاشت اجاره گیرنده در انتخاب آن صحت دارد.» طبق نص این ماده اجاره زمین برای زراعت با بیان آنچه باید در آن زرع گردد یا مختار گذاشت اجاره گیرنده در انتخاب آن صحت دارد. مختار در لغت به معنی صاحب اختیار و دارای اختیار است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و بگوید در آن برنج، گندم، جواری و نظیر اینها زرع نمایید یا احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و به محمود اختیار دهد تا محمود هر چیزی که بخواهد در آن زرع نماید، این عقد صحت دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز اجاره زمین به منظور زراعت است.

(۲) شروط اجاره زمین

طبق ق. م شروط اجاره زمین تابع قواعد ذیل است:

(۱) شرط نفاذ عقد اجاره زمین: طبق ماده ۱۳۹۹ ق. م: «(۱) زمینی که به زراعت شخص دیگری مصروف بوده و هنوز وقت جمع آوری حاصل آن نرسیده و بدون حق، زرع نشده باشد اجاره آن تا وقت فارغ شدن زمین نافذ نمی گردد، مگر اینکه زراعت موجود در زمین ملکیت اجاره گیرنده باشد؛ و (۲) اگر زراعت برای جمع آوری آماده باشد اجاره زمین به غیر صاحب زراعت نیز مانع نداشته، به تخلیه زمین و تسلیم آن به اجاره گیرنده در میعاد مناسب مکلف می گردد.» به نظر می رسد از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- زمینی که به زراعت شخص دیگری مصروف بوده و هنوز وقت جمع آوری حاصل آن نرسیده و بدون حق، زرع نشده باشد اجاره آن تا وقت فارغ شدن زمین نافذ نمی گردد. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود در آن گندم کشت نماید و هنوز وقت درو و جمع آوری گندم فرا نرسیده باشد، احمد نمی تواند این زمین را به جمشید به اجاره بدهد. ضمانت اجرای این شرط نیز در نص این ماده پیش بینی شده است که عبارت از عدم انفاذ عقد اجاره است. بنابراین، اگر در مثال فرضی بالا احمد زمین را به جمشید به اجاره بدهد، اجاره نافذ نیست. این اصل است. استثنای این اصل این است که زراعت ملکیت اجاره گیرنده باشد. به حیث مثال، اگر محمود زمین احمد را به حق گندم زرع نموده باشد، به حیث مثال، محمود دهقان احمد بوده باشد و سپس احمد زمین را به محمود به اجاره بدهد در حالی که زمین مصروف کشت گندم محمود باشد، اگر احمد زمین را به محمود به اجاره بدهد، این اجاره نافذ است. در این مثال، صاحب زرع و اجاره گیرنده شخص واحد است.

۲- اگر زراعت برای جمع آوری آماده باشد اجاره زمین به غیر صاحب زراعت نیز مانع نداشته، به تخلیه زمین و تسلیم آن به اجاره گیرنده در میعاد مناسب مکلف می گردد. تخلیه از ریشه «خلو» گرفته شده است که در لغت به معنی تفریق، برکنار ماندن و تهی و خالی گذاشتن است. در حقوق مدنی، از رفع ید از چیزی به طوری که امکان بهره مندی مباح از آن برای دیگری که حق استفاده از آن را دارد از میان برود، تخلیه گویند.^{۵۴۱} به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود در آن گندم کشت نماید و زمان درو و جمع آوری گندم فرا رسیده باشد، احمد می تواند این زمین را به جمشید به اجاره بدهد. در این صورت، محمود مکلف به تخلیه زمین و تسلیم آن به جمشید در میعاد مناسب است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۳۹۹ ق. م پیش بینی شرط نفاذ عقد اجاره زمین است.

(۲) طبق ماده ۱۲۰۰ ق. م: «هرگاه زراعت موجود بالای زمین، بدون حق زرع صورت گرفته باشد، عدم فرا رسیدن موعد جمع آوری مانع صحت عقد اجاره با غیر از زارع نگردیده و زارع به تخلیه مکلف می شود.» طبق نص این ماده هرگاه زراعت موجود بالای زمین، بدون حق زرع صورت گرفته باشد، عدم فرا رسیدن موعد جمع آوری مانع صحت عقد اجاره با غیر از زارع نگردیده و زارع به تخلیه مکلف می شود. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین محمود را غصب نماید و در آن گندم کشت نماید و هنوز وقت درو و جمع آوری گندم ها فرا نرسیده باشد، محمود می تواند این زمین را به جمشید به اجاره بدهد. در این مثال، زرع بدون حق صورت گرفته است. زیرا، احمد غاصب است و در زمین مغضوبه بدون این که حق داشته باشد، گندم زرع نموده است. اجاره در این

۵۴۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۵۱

مثال به زارع نه بلکه به شخص سوم صورت گرفته است. زارع در این مثال احمد است و شخص سوم جمشید. در این مثال، احمد مکلف به تخلیه زمین است که تعریف آن در بالا گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صحت عقد اجاره ای که مشغول به زرع بدون حق است می باشد.

۳) طبق ماده ۱۲۰۱ ق. م: «اجاره زمین مشغول به زراعت غیر اجاره گیرنده، صحیح و به زمان فرا رسیدن موعد جمع آوری حاصل و آماده ساختن زمین برای تسلیمی به اجاره گیرنده در یک وقت معین موکول می باشد.» طبق نص این ماده اجاره زمین مشغول به زراعت غیر اجاره گیرنده، صحیح و به زمان فرا رسیدن موعد جمع آوری حاصل و آماده ساختن زمین برای تسلیمی به اجاره گیرنده در یک وقت معین موکول می باشد. موکول در لغت به معنی واگذار شده، سپرده شده، وابسته به دیگری، محول کردن، واگذار کردن، منوط و مشروط است.^{۵۴۲} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، موکول واگذار کردن اجرای کاری به کاری دیگر و یا به آینده است. به نظر می رسد منظور از «غیراجاره گیرنده»، «صاحب زمین» است. با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می آید که اگر زمین یک شخص به زراعت مشغول باشد و این شخص بخواهد زمین خویش را به شخص دیگر به اجاره بدهد، این اجاره صحیح است، اما زمانی نافذ می گردد که موعد جمع آوری حاصلات فرا رسد و همچنین مالک بتواند زمین را برای تسلیمی به اجاره گیرنده آماده سازد. به حیث مثال، اگر ماه ثور باشد و سه صد جریب زمین احمد در ولسوالی شکرده دارای کچالو باشد و احمد بخواهد زمین را به محمود به اجاره بدهد، عقد اجاره صحیح اما نفاذ آن موکول به آینده است. در این صورت، زمان انفاذ عقد، موعد جمع آوری کچالو ها و خالی شدن زمین از کچالو است. بنابراین، زمانی که احمد کچالو ها را از زمین جمع آوری نمود، می تواند زمین را تسلیم محمود نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط نفاذ عقد اجاره زمین است.

۳) آثار عقد اجاره زمین نسبت به مؤجر و مستأجر

عقد اجاره زمین موجب یک سلسله آثار معین می گردد. برخی این آثار متوجه مؤجر زمین و برخی نیز متوجه مستأجر زمین به ترتیب ذیل می شود:

۱) **انتفاع از حق مجری و حق مرور زمین زراعتی:** طبق ماده ۱۲۰۲ ق. م: «اجاره گیرنده زمین از حق جوی و حق راه بدون تذکر در عقد مستفید می گردد. سایر حقوق تابع موافقت و عرف محل شناخته می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- اجاره گیرنده زمین از حق جوی و حق راه بدون تذکر در عقد مستفید می گردد. به نظر می رسد منظور از حق جوی حق مجری و حق راه حق مرور است. مجری (به فتح میم و سکون جیم) اسم مکان است که در لغت به معنی محل جریان و گذرگاه آب است که جمع آن مجاری است. ق. م در مورد تعریف حق مجری سکوت اختیار نموده است. اما، طبق فقه حق مجری عبارت از حق جریان آب است از طریقی که در ملکیت دیگران قرار دارد.^{۵۴۳} مرور در لغت به معنای گذشتن، گذر کردن و عبور کردن است. در اصطلاح فقهی طبق ماده ۱۴۲ مجله الاحکام: «حق مرور عبارت است از حق رفت و آمد در ملک غیر». یا به مفهوم عامتر: حق مرور عبارت از حق رفت و آمد انسان در ملک وی از طریق راهی که در آن عبور و مرور می نماید اعم از اینکه راه عام یا خاص باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را به اجاره بگیرد، از حق مجری و حق مرور زمین می تواند استفاده نماید بدون این که این دو حق در عقد اجاره ذکر شود. زیرا، حق مجری و حق مرور از توابع ملکیت است و شخصی که مالک اصل مال شود مالک توابع و فروعات آن نیز می شود.

۲- سایر حقوق تابع موافقت و عرف محل شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را به اجاره بگیرد، حق های که محمود می تواند از آن منتفع شود مطابق شرایط پیش بینی شده عقد و عرف محل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد اجاره زمین زراعتی نسبت به اجاره گیرنده است.

۲) **کشت دو فصل:** طبق ماده ۱۲۰۳ ق. م: «زمینی که برای یک سال به اجاره داده شده و اختیار نوع زراعت به اجاره گیرنده اعطاء شده باشد، اجاره گیرنده می تواند در آن دو فصل کشت نماید.» طبق نص این ماده زمینی که برای یک سال به اجاره

542. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

۵۴۳. داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۰۷.

داده شده و اختیار نوع زراعت به اجاره گیرنده اعطاء شده باشد، اجاره گیرنده می تواند در آن دو فصل کشت نماید. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود برای مدت یک سال به اجاره بدهد و به محمود اختیار دهد تا طوری که بخواهد در آن زراعت نماید، محمود می تواند در آن دو فصل کشت نماید. به حیث مثال، در بهار گندم و در تابستان در آن جواری کشت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عقد اجاره زمین نسبت به اجاره دهنده و اجاره گیرنده است.

۳) **نگهداشتن زمین الی درو نمودن حاصل:** طبق ماده ۱۲۰۷ ق. م: «هرگاه مدت اجاره منقضی گردیده مگر حاصلات بالای زمین، بنابر سببی خارج اراده اجاره گیرنده هنوز نرسیده باشد، زمین به مقابل اجرت مثل الی جمع آوری حاصل در تصرف اجاره گیرنده باقی می ماند.» طبق نص این ماده هرگاه مدت اجاره منقضی گردیده مگر حاصلات بالای زمین، بنابر سببی خارج اراده اجاره گیرنده هنوز نرسیده باشد، زمین به مقابل اجرت مثل الی جمع آوری حاصل در تصرف اجاره گیرنده باقی می ماند. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را برای مدت یک سال به اجاره بگیرد و در آن گندم، جواری، جو، ارزن، لوبیا، فاصلیه و نظیر اینها کشت نماید، اما مدت یک سال سپری و منقضی شود و هنوز احمد حاصلات را بنابر سردی یا گرمی هوا یا خشکسالی جمع آوری ننموده باشد، عقد اجاره به حکم قانون تمدید می گردد، زمین نزد احمد الی جمع آوری حاصلات باقی و محمود مستحق دریافت اجرت مثل می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مستأجر زمین زراعتی است. آب خشکی، سردی و گرمی هوا در این مثال فرضی از مصادیق اسباب خارج از اراده مستأجر است.

۴) **سقوط اجرت در اثر آب خیزی در زمین یا قطع آب:** طبق ماده ۱۴۰۴ ق. م: «هرگاه زمین اجاره شده به اثر آب خیزی زیر آب گردیده یا آب آن قطع شود و امکان زراعت در آن نباشد، اجرت لازم نگردیده اجاره گیرنده حق فسخ را دارا می باشد، مشروط بر اینکه قصوری از این ناحیه به وی متوجه نباشد.» طبق نص این ماده هرگاه زمین اجاره شده به اثر آب خیزی زیر آب گردیده یا آب آن قطع شود و امکان زراعت در آن نباشد، اجرت لازم نگردیده اجاره گیرنده حق فسخ را دارا می باشد، مشروط بر اینکه قصوری از این ناحیه به وی متوجه نباشد. قصور جمع تقصیر است. به حیث مثال، اگر احمد دو صد جریب زمین محمود را به اجاره بگیرد و زمین در اثر آب خیزی زیر آب شود و احمد نتواند در آن چیزی کشت نماید یا احمد نتواند در آن به دلیل خشک سالی و قطع آب زراعت کشت نماید، احمد مکلف به پرداخت اجرت به محمود نیست و می تواند عقد اجاره را فسخ نماید. دلیل این فسخ حدوث و بروز اسباب خارج از اراده احمد یعنی قوه قهریه از قبیل خشک سالی، باران شدید و نظیر اینها است. به همین دلیل قانونگذار مدنی شرط گذاشته است که در عدم کشت مستأجر قصوری نداشته باشد. به حیث مثال، اگر سطح آب در زمین اندکی پایین بیاید و احمد بتواند با احداث ارد و چاه عمیق زمین را آب یاری نماید، نمی تواند عقد را فسخ و از پرداخت اجرت امتناع ورزد. در صورت عدم احداث ارد و حفر چاه عمیق احمد مرتکب تقصیر می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حالات فسخ عقد اجاره و مورد حمایت قرار دادن مستأجر زمین زراعتی است.

۵) طبق ماده ۱۴۰۶ ق. م: «(۱) هرگاه حاصلات بعد از درو کردن از بین برود اجاره گیرنده می تواند اسقاط یا تنقیص اجرت را مطالبه نماید، مشروط بر اینکه موافقه به ترتیبی صورت نگرفته باشد که اجاره دهنده حق جزئی از محصول را دارا می باشد، در این صورت اگر حاصلات توسط خطای اجاره گیرنده یا بعد از اخطار به تسلیمی از بین برود اجاره دهنده به اندازه حصه خود متحمل می گردد؛ و (۲) اگر در وقت انعقاد عقد پیشبینی وقوع ضرر موجود و متحقق باشد، اجاره گیرنده نمی تواند اسقاط اجرت را مطالبه نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه حاصلات بعد از درو کردن از بین برود اجاره گیرنده می تواند اسقاط یا تنقیص اجرت را مطالبه نماید، مشروط بر اینکه موافقه به ترتیبی صورت نگرفته باشد که اجاره دهنده حق جزئی از محصول را دارا می باشد. به عبارت دیگر: اگر حاصلات بعد از درو کردن از بین برود، مستأجر می تواند اسقاط و یا تنقیص اجرت را مطالبه نماید مشروط بر اینکه مؤجر نیز در حاصلات شریک باشد. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۵۴۴} اسقاط از ریشه «سقط» گرفته شده است که در لغت به معنی افکندن، انداختن و از ارزش انداختن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به از اعتبار انداختن حق اعم از مالی و غیرمالی اسقاط گویند.^{۵۴۵} به حیث مثال، اگر احمد سه صد جریب زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و محمود زمین ها را گندم کشت نماید و

544. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

۵۴۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۲.

احمد نیز در گندم ها با محمود شریک باشد و محمود گندم ها را درو نماید و سپس گندم ها در خانه یا انبار محمود از بین بروند، اجرت زمین احمد ساقط یا تنقیص می گردد. به حیث نمونه، محمود می تواند اجرت توافق شده را به احمد پرداخت نماید یا قسمتی از اجرت را به احمد پرداخت نماید.

۲- اگر حاصلات توسط خطای اجاره گیرنده یا بعد از اخطار به تسلیمی از بین برود اجاره دهنده به اندازه حصه خود متحمل خسارت می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، گندم ها بعد از درو در اثر خطای محمود از بین بروند، به حیث مثال، محمود گندم ها را در حویلی جابجا نماید و اقدامات لازم را روی دست نگیرد و گندم ها در حویلی از بین بروند، احمد و محمود در خسارت ناشی از خراب شدن و از بین رفتن گندم ها شریک اند. نص این ماده محل ایراد است. زیرا، حصه یک شریک نزد شریک دیگر حیثیت امانت را دارد و در صورتی که در اثر تقصیر شریک از بین برود، شریک باید خسارت آن را به شریک دیگر پرداخت نماید. ۳- اگر حاصلات بعد از اخطار به تسلیمی به اجاره دهنده از بین برود، اجاره دهنده به اندازه حصه خود متحمل خسارت می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا، محمود به احمد اخطار دهد تا احمد گندم ها را تسلیم شود، اما احمد از تسلیمی گندم ها امتناع ورزد، احمد به اندازه حصه خود ضرر را باید تحمل نماید.

۴- اگر در وقت انعقاد عقد پیشبینی وقوع ضرر موجود و متحقق باشد، اجاره گیرنده نمی تواند اسقاط اجرت را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد زمین های محمود را به اجاره بگیرد و در وقت اجاره به دلیل خشک سالی ضرر متحقق باشد و احمد از خشک سالی آگاهی داشته باشد و زمین ها را به اجاره بگیرد و سپس گندم کشت نماید اما گندم ها همه در اثر خشکسالی خشک شوند و حاصل ندهند، احمد نمی تواند اسقاط اجرت را از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط حقوقی مستأجر و مؤجر زمین زراعتی است.

(۶ طبق ماده ۱۴۰۸ ق. م: «اجاره گیرنده مکلف است از زمین زراعتی طوری بهره برداری نماید که متعارف باشد و به نحوی در آن عمل نماید که برای بهره برداری مساعد باقی بماند. اجاره گیرنده نمی تواند بدون اجازه اجاره دهنده، طوری از زمین بهره برداری نماید که در زمین چنان تغییری وارد شود که اثر منفی آن تا بعد از انتهای مدت اجاره دوام نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اجاره گیرنده مکلف است از زمین زراعتی طوری بهره برداری نماید که متعارف باشد. متعارف در لغت به معنی مرسوم، معمول، متداول و شناخته شده است.^{۵۴۶} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، متعارف به اموری گویند که در عرف جاری و معمول باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین زراعتی محمود را به اجاره بگیرد، احمد مکلف است مطابق عرف و عادات محل از آن انتفاع بگیرد.

۲- اجاره گیرنده مکلف است به نحوی در زمین زراعتی عمل نماید که برای بهره برداری مساعد باقی بماند. به حیث مثال، اگر احمد زمین زراعتی محمود را به اجاره بگیرد و زمین زراعتی را به خانه رهاشیشی تبدیل نماید و در زمین دیگر نتوان کشت نمود، زمین دیگر برای بهره برداری زراعتی مساعد نیست.

۳- اجاره گیرنده نمی تواند بدون اجازه اجاره دهنده، طوری از زمین بهره برداری نماید که در زمین چنان تغییری وارد شود که اثر منفی آن تا بعد از انتهای مدت اجاره دوام نماید. نص بند سوم ماده ۱۴۰۸ ق. م شبیه بند دوم است. مثال این قاعده در بالا گذشت.

۲- اصلاحات زمین: طبق ماده ۱۲۰۹ ق. م: «اجاره گیرنده مکلف است به اصلاحاتی بپردازد که انتفاع عادی از زمین به اجاره گرفته شده، ایجاب می نماید.» طبق نص این ماده اجاره گیرنده مکلف است به اصلاحاتی بپردازد که انتفاع عادی از زمین به اجاره گرفته شده، ایجاب می نماید. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را به اجاره بگیرد باید جوی، چاه، راه و نظیر اینهای آن را اصلاح نماید.

۳- رد و تخلیه زمین زراعتی: طبق ماده ۱۲۱۰ ق. م: «اجاره گیرنده مکلف است زمینی را که به اجاره گرفته در مدتی تخلیه نماید، تا شخصی که بعد از وی در زمین مذکور تصرف می نماید، بتواند زمین را آماده زراعت و کشت سازد مشروط بر این که از این ناحیه ضرری به او نرسد.» طبق نص این ماده اجاره گیرنده مکلف است زمینی را که به اجاره گرفته در مدتی تخلیه نماید، تا

شخصی که بعد از وی در زمین مذکور تصرف می نماید، بتواند زمین را آماده زراعت و کشت سازد مشروط بر این که از این ناحیه ضرری به او نرسد. به حیث مثال، اگر احمد دو صد جریب زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و مدت اجاره ختم شود و احمد زمین را به جمشید به اجاره بدهد، محمود مکلف است زمین را در مدت مناسب تخلیه نماید تا جمشید بتواند در آن تصرف نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیفی اجاره گیرنده است.

ب) دهقانی (مزارعه)

نوع دوم اجاره طبق ق. م دهقانی است. دهقانی همان مزارعه است که نویسندگان ق. م قسمتی از احکام آن را از ق. م. ج. م. قسمتی را از مجله الاحکام و قسمتی را نیز از فقه اقتباس نموده اند. این نوع اجاره در حقوق مصر نیز به نام مزارعت یاد می شود. چون این عقد در عرف به نام «دهقانی» یاد می شود و کلمه مزارعت کمتر در افغانستان مانوس و معروف است و نیز ترجمه مزارعه کشاورزی و دهقانی است، نویسندگان ق. م به عوض کلمه مزارعه دهقانی را به کار برده اند:

۱) تعریف دهقانی یا مزارعه و فرق آن با عقد اجاره

طبق ماده ۱۲۱۱ ق. م: «دهقانی، عقدی است به زرع زمین بین مالک و دهقان طوری که حاصل زمین بین آنها به حصص تقسیم می گردد که هنگام عقد بر آن موافقه به عمل آمده است.» دهقانی اسم منسوب به دهقان است و دهقان در لغت به معنی کشاورز و زراعت کننده است.^{۵۴۷} اما، مزارعت از ریشه «زرع» گرفته شده است که در لغت به معنی با همدیگر کشتن و زمینی را برای دهقانی به کسی دادن است. شخصی که زمین را به دیگر به مزارعه می دهد، صاحب زمین، شخصی که زمین را به مزارعه می گیرد، مزارع یا زارع، زمین را مزروع و کشت را نیز زرع می نامند. طبق این ماده نخست این که قانونگذار مدنی دهقانی را عقد دانسته است که میان مالک زمین و دهقان منعقد می شود. دوم این که موضوع این عقد زرع و کشت زمین است. سوم این که حاصلات زمین میان دهقان و مالک تقسیم می شود. چهارم این که در خصوص حصه هایی که مالک و دهقان مستحق آن شناخته می شوند، توافق آنها مدار اعتبار است. به طور مثال، اگر مالک زمین با دهقان در خصوص نصف کردن حاصلات توافق نمایند، چنین توافقی مدار اعتبار است. هدف قانونگذار مدنی در ماده ۱۲۱۱ تعریف عقد دهقانی است. دهقانی یا مزارعه فرع اجاره است، اما فرق آن با اجاره این است که در اجاره مقدار اجرت معین است و در دهقانی یا مزارعه اجرت جزء از حاصلات است.^{۵۴۸} فقهای حنفیه در تعریف مزارعت گفته اند که: مزارعه عبارت از عقدی واقع بر کشت در برابر بخشی از حاصل است.^{۵۴۹} مجله الاحکام مزارعه را نوع شرکت دانسته و در تعریف آن ماده ۱۲۳۱ آن می گوید: «مزارعه نوعی شرکت است که زمین از یکطرف و عمل از جانب دیگر است؛ یعنی: زمین زرع شود و حاصلات آن بین هر دو تقسیم شود.»

۲) مصادر مشروعیت و ارکان

در مورد مشروعیت مزارعه در فقه دو نظریه وجود دارد: امام ابو حنیفه / و زفر / بر این نظر اند که مزارعه فاسد است. به عبارت دیگر: مزارعه با ثلث و ربع در نظر اینها باطل است. همچنین، فقهای شافعیه مزارعه را روا نمی داند مگر اینکه تبع مساقات باشد که در این صورت جهت رفع نیازها جایز است. بنابراین، طبق نظر فقهای شافعیه اگر در میان نخلستان ها زمینی زراعتی دیگر هم وجود داشته باشد، مزارعه آن با شرط اتحاد عمل صحیح است.

دلیل فقهای مزبور از حیث نقلی اولاً حدیث از پیامبر ﷺ است که در آن از «مخابره» نهی نموده و «مخابره» مترادف با مزارعه است. اما، از نظر عقلی دلیل فقهای مزبور این است که: اجرت شخص مزارع در عقد مزارعه از محصولی است که در زمین می روید که در زمان عقد موجود نیست. بنابراین، موضوع عقد حین انعقاد عقد مجهول است. اما، امام ابویوسف رحمته، امام محمد رحمته، امام مالک رحمته، احمد رحمته و داود ظاهری که این نظر، رأی جمهور فقهاء نیز است، بر این نظر اند که: مزارعه جایز است. زیرا، از یکطرف از ابن عمر رحمته روایت شده است که:

۵۴۷. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۲۶۱.
۵۴۸. ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۵؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۶)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۳۶۵؛ و عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۵)، پاکستان: مکتب حقانی، ص ۱۰۰.
۵۴۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۶۸۳ و ۴۶۸۴؛ ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۴۹ و ۵۰؛ و عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۵)، پاکستان: مکتب حقانی، ص ۱۰۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۹۰.

«أن رسول الله ﷺ عامل أهل خير بشر ما يخر منها من ثمر أو زرع.»^{۵۰۰}
 «پیامبر ﷺ با اهل خیر چنین مقرر کرد که در مقابل بخشی از حاصل زمین بر روی آن کار کنند.»
 از طرف دیگر، مزارعه در واقع عقد شرکت میان مالک و کارگر است. بنابراین، مانند مضاربه آن را نیز باید جایز شمرد که مجلت الاحکام نیز این نظر را اختیار نموده است. علاوه بر این، به اقتضای زندگی اجتماعی برای رفع حاجات جامعه مشروعیت چنین معامله ای بیش از بسیاری از معاملات دیگر است. زیرا، گاه اتفاق می افتد که صاحب مال نمی تواند به خوبی از زمین خویش محصول بردارد و نیز کسی وجود داشته باشد که بتواند از زمین محصول بردارد و فاقد زمین باشد. در نتیجه، در عقد مزارعه مصلحت افراد (عامل و مزارعه) و جامعه مطرح است. همچنین، فقهای مزبور می گویند که: زمین به عنوان موضوع مزارعه معلوم و معین است و در عرف معلوم می شود که از چه نوع زمینی چه مقدار حاصل به دست می آید و بنابراین مجهولیت حاصل را عرف تعیین می نماید.^{۵۰۱}

در مورد ارکان دهقانی ق. م سکوت اختیار نموده و به احکام عقد اجاره در مورد ارکان عقد اجاره اکتفاء نموده است. اگر قواعد عمومی عقود را بر عقد مزارعه تطبیق نماییم این نتیجه به دست می آید که ارکان عقد مزارعه عبارت اند از عاقدین (مالک زمین و دهقان)، صیغه (ایجاب و قبول)، محل (زمین) و سبب (به دست آوردن محصولات توسط صاحب زمین و دهقان). اما، طبق فقه ارکان مزارعه به نظر حنفیه عبارت از صیغه (ایجاب و قبول) است. ماده ۱۲۳۲ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «رکن مزارعه ایجاب و قبول است. اگر صاحب زمین برای دهقان بگوید: همین زمین را به مزارعه برایت دادم به این ترتیب که حصه تو از حاصلات اینقدر باشد و دهقان برای صاحب زمین بگوید: زمین خود را به طریق مزارعت به من بده تا در آن کار نمایم و مالک راضی شود، مزارعت منعقد می گردد.» اما، به نظر جمهور فقهاء ارکان عقد مزارعه عبارت از عاقدین، محل عقد و صیغه؛ یعنی: ایجاب و قبول است.^{۵۰۲}

۳) شرایط صحت

طبق ق. م و فقه برخی شرایط صحت مزارعه مربوط به عاقدین، برخی مربوط به زرع و مزروع، برخی مربوط به حاصل، برخی مربوط به زمین مزروعه، برخی نیز مربوط به آلات زراعتی و مدت زراعت می گردد:

۱) شروط عاقدین: در مزارعه شرط است که عاقدین عاقل و ممیز باشند. بنابراین، مزارعه مجنون و صبی غیر ممیز صحیح نیست. زیرا، عقل شرط اهلیت تصرفات است. اما، بلوغ شرط جواز مزارعه به نظر فقهای حنفیه نیست. بنابراین، مزارعه صبی مأذون مانند عقد اجاره او جایز است. ماده ۱۲۳۳ مجله الاحکام نیز در شروط عاقدین تصریح می نماید که: «عاقل بودن عاقدان در مزارعت شرط بوده و بالغ بودن شان شرط نیست. پس، برای صبی مأذون مزارعت جواز دارد.»

۲) شرط زرع / بذر (تخم): طبق ماده ۱۴۱۴ ق. م: «تعیین صریح یا ضمنی جنس بذر و حصه شخصی که بذر از طرف او نیست، شرط صحت عقد شمرده می شود. در صورت عدم تعیین جنس بذر، اگر بذر از طرف مالک زمین باشد، عقد دهقانی صحیح و اگر از طرف دهقان باشد صحیح نمی باشد، مگر اینکه تعیین جنس بذر به اختیار دهقان گذاشته شده باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- تعیین صریح جنس بذر شرط صحت عقد شمرده می شود. بذر عبارت از دانه ای است که در زمین کشت می شود مانند گندم، جو، جوار، ارزن و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد شرط است که احمد به صورت صریح بذر را تعیین نماید. به حیث مثال، احمد به محمود بگوید زمین را به شما به دهقانی می دهم و در آن گندم کشت نمایید.

^{۵۰۰} . أخرجه البخاری و مسلم.
^{۵۰۱} . وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۴۶۸۴ و ۴۶۸۵؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۵۰ و ۵۱؛ و عبدالحميد محمود طه ماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجديد، جلد (۵)، پاکستان: مكتب حقانيه، صص ۱۰۰ و ۱۰۱.
^{۵۰۲} . وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۶۸۶؛ (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۵۲.

۲- تعیین ضمنی جنس بذر شرط صحت عقد دهقانی است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد شرط است که به صورت ضمنی نوع بذر یا تخم را تعیین نماید. به حیث مثال، احمد به محمود بگوید امسال بارانی است و گندم للم خوب حاصل می دهد، احمد به صورت ضمنی تخم را تعیین نموده است.

۳- تعیین صریح یا ضمنی حصه شخصی که بذر از طرف او نیست، شرط صحت عقد شمرده می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد و نیز تهیه بذر یا تخم را بر عهده بگیرد، شرط است که حصه محمود را نیز معین نماید. به حیث مثال، به محمود بگوید نصف یا ثلث حاصلات از آن شما باشد.

۴- در صورت عدم تعیین جنس بذر، اگر بذر از طرف مالک زمین باشد، عقد دهقانی صحیح است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد و نوع تخم یا بذر را معین ننماید این عقد در صورتی صحیح است که بذر را احمد تهیه نماید.

۵- اگر بذر توسط دهقان تهیه شود، عقد صحیح نیست. این اصل است. استثنای این قاعده و اصل این است که تعیین جنس بذر به اختیار دهقان گذاشته شده باشد. به حیث مثال، احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد و به محمود بگوید هرچه می خواهی در آن کشت کن. در این صورت، عقد دهقانی صحیح است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط بذر است.

به موجب فقه در عقد مزارعه شرط است که نوع، جنس و وصف بذر معلوم باشد و عامل و مزارع بدانند چه چیزی را کشت می نمایند. زیرا، زمین بر حسب چیزی که در آن کشت می شود، متفاوت است و ممکن است در کشت یک چیزی حاصلات بیشتر و کشت چیزی دیگر حاصلات کمتر دهد. بنابراین، اگر صاحب زمین کشت نوع خاصی از زرع (بذر) را معین نماید، مانند: گندم، جو، جواری و امثال اینها، بر مزارع (دهقان) لازم است تا آن را کشت نماید. در صورت تخلف و کشت نوع دیگر از بذر، مالک می تواند عقد را به سبب عدم التزام مزارع به شرط صحیح عقد فسخ و یا نفاذ آن را اجازه دهد. اما، اگر صاحب زمین به صورت مطلق به دهقان اجازه دهد تا هرچه می خواهد کشت، نماید، مانند اینکه به وی بگوید: هرچه می خواهی کشت کن! دهقان می تواند هرچه بخواهد کشت نماید. زیرا، هنگامی که مالک زمین به دهقان در مورد کشت صلاحیت می دهد، ضرر احتمالی ناشی از آن را نیز پذیرفته است. ماده ۱۴۳۴ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «شرط است تخمی که کشت می شود تعیین شود یا عام باشد که دهقان هرچیزی که خواست کشت نماید.»

۲) تعیین شخصی که تهیه بذر، کود و وسایل زراعتی بر عهده اوست: طبق ماده ۱۴۱۲ فقره های دوم و سوم ق. م در این مورد حکم می نماید که: «شروط صحت عقد دهقانی عبارت است از: ۲) معلوم بودن شخص مکلف به تهیه بذر، کود، ادویه ضد آفات و سایر مصارف ضروری برای کشت؛ و ۳) معلوم بودن شخص مکلف به تهیه وسایل زراعت.» طبق نص این ماده شروط صحت عقد دهقانی قرار ذیل است:

۱- معلوم بودن شخص مکلف به تهیه بذر، کود، ادویه ضد آفات و سایر مصارف ضروری برای کشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد، شرط است که احمد و محمود معین نمایند که کدام یک مکلف است تخم یا بذر، ادویه کیمیاوی (دواهای ضد آفات طبیعی)، کود کیمیاوی و نظیر اینها را باید فراهم نماید.

۲- معلوم بودن شخص مکلف به تهیه وسایل زراعت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد، شرط است که احمد و محمود معین نمایند که کدام یک مکلف است تراکتور، بیل، گاو و سایر وسایلی را که برای زراعت مهم است باید فراهم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت عقد دهقانی است.

در فقه حنفی، فقهای حنفیه بر این نظر اند که: بذر می تواند از مزارع و صاحب زمین باشد. اما، بذر نمی تواند از هر دوی آنها باشد. پس، لازم است تا معین شود که تهیه بذر بر عهده کدام یک از مزارع و صاحب زمین است. زیرا، عدم بیان اینکه تهیه بذر بر عهده کی است موجب بروز منازعه می گردد. ق. م نه تنها در شخص مکلف به تهیه بذر از فقه پیروی نموده، بلکه شخصی را که مکلف به تهیه آلات و وسایل زراعتی، مانند: حیوان، بیل، تراکتور و امثال اینها و نیز شخص مکلف به تهیه کود کیمیاوی و ادویه ضد آفات را نیز شرط صحت عقد مزارعه می داند.

(۵ شرط مزروع (زمین): منظور از مزروع همان زمین است که در آن کشت صورت می گیرد. طبق ماده ۱۴۱۲ فقره های اول و چهارم ق. م: «شروط صحت عقد دهقانی عبارت است از: ۱) آماده بودن زمین برای زراعت؛ و ۲) تسلیم نمودن زمین خالی از زرع به دهقان، گرچه بذر از مالک زمین باشد». طبق نص این ماده در زمین رعایت دو شرط ضروری است:

۱- آماده بودن زمین برای زراعت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد، شرط است که زمین آماده زراعت باشد. به عنوان مثال، زمین موات نباشد زیرا زمین موات قابل کشت نیست.

۲- تسلیم نمودن زمین خالی از زرع به دهقان، گرچه بذر از مالک زمین باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد، شرط است که زمین فاقد زراعت مانند گندم، جو، جواری، برنج و نظیر اینها باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت عقد دهقانی است.

در فقه در زمین رعایت سه شرط ضروری است:

۱- اینکه زمین محل مزارعه به نحوی معین باشد که موجب رفع جهالت و در نتیجه منازعه گردد. در صورت عدم معین و معلوم بودن زمین، عقد اجاره فاسد تلقی می گردد؛

۲- اینکه زمین حین مزارعه صالح الزراعه باشد. پس، اگر زمین حین مزارعه صالح الزراعه نباشد، مثلاً: لجن زار باشد مزارعه آن صحیح نیست. زیرا، مزارعه عقد اجاره است و اجرت در آن مقداری از حاصل زمین است. پس، در صورتی که زمین صالح الزراعه نباشد، اجاره آن جواز ندارد؛ و

۳- اینکه زمین توسط مالک آن تخلیه گردد و به دسترس دهقان قرار داده شود تا دهقان بتواند آن را کشت نماید.^{۵۵۳}

(۶ شرط حاصل زمین: مقصود از حاصل زمین عبارت از آنچه است که در زمین می روید و به تفصیلی بعداً در باب آن سخن خواهیم گفت میان طرفین تقسیم می شود. در مورد حاصل زمین نیز یک سلسله شرایط وجود دارد که عبارت اند از:

۱- اینکه حاصل در عقد معلوم باشد. زیرا، حاصل به مثابه اجرت است و جهالت نسبت به آن اجاره را باطل می کند؛

۲- آنکه حاصل در بین طرفین عقد مشترک باشد. بنابراین، اگر شرط کنند که حاصل تنها از آن یک طرف باشد، در این صورت عقد مزارعه باطل است؛

۳- اینکه اندازه محصول معلوم باشد، مثلاً: نصف، ثلث، ربع و امثال اینها زیرا در صورت نامعلوم بودن آن جهالتی پدید می آید که می تواند مورد منازعه قرار گیرد؛

۲- آنکه حاصل جزء مشاع میان متعاقبین به شمار آید. بنابراین، اگر برای یکی از طرفین مقدار معلومی در نظر گرفته شود، عقد صحیح نیست. زیرا، ممکن است زمین بیش از آن محصولی ندهد و این امر چنانچه گفته شد اگر تحقق یابد و به یکی چیزی نرسد، عقد باطل خواهد بود و عنوان مزارعه را نخواهد داشت.

(۷ شرط مربوط به مدت مزارعه: در مزارعه شرط است که مدت مزارعه معین باشد. بنابراین، اگر مدت معلوم نباشد، عقد مزارعه صحیح نیست. زیرا، مزارعه در واقع اجاره است که در برابر بخشی از حاصل صورت می پذیرد. چون اجاره با جهالت مدت صحیح نیست. بنابراین، در مزارعه نیز مدت باید معلوم باشد. اما، برخی دیگر از فقهای حنفیه تعیین مدت را شرط نمی دانند. ملاک این مدت نیز عرف است.^{۵۵۴} ماده ۱۴۱۳ ق. م با اقتباس از فقه در این مورد تصریح می نماید که: «تعیین مدت دهقانی مطابق عرف دهقانی شرط صحت عقد شمرده می شود. در صورت عدم تعیین مدت عقد، دهقانی صحیح و به یک فصل اعتبار دارد، مگر اینکه در قانون خاص طور دیگری حکم شده باشد». از نص این ماده قواعد ذیل استخراج می گردد:

۱) تعیین مدت دهقانی مطابق عرف دهقانی شرط صحت عقد شمرده می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد شرط است که مدت آن را معین باشد.

۵۵۳. ماده ۱۴۳۶ مجله الاحکام نیز در این مورد حکم می نماید که: «شرط است که زمین صالح الزراعه بوده و به کشاورز تسلیم شده باشد». ۵۵۴. جهت مطالعه بیشتر در مورد شرایط مزارعه ر. ک: وهبه الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۸۷-۴۶۹۳؛ (____) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۵۴-۶۱؛ و عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۵)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۱۰۴-۱۰۶.

(۲) در صورت عدم تعیین مدت عقد، دهقانی صحیح و به یک فصل اعتبار دارد. لذا، دهقان نمی تواند در یک فصل، به حیث مثال، گندم و در فصل دیگر جواری در زمین محل عقد دهقانی کشت نماید. این اصل است. استثنای این اصل قانون خاص است. بنابراین، اگر قانون خاص نافذ شود و به دهقان اجازه دهد، دو یا سه فصل کشت نماید، دهقان چنین صلاحیت خواهد داشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۴۱۳ ق. م پیش بینی شرط مربوط به مدت دهقانی است.

(۴) آثار

طبق ماده ۱۴۳۱ ق. م: «هرگاه در قانون خاص روابط حقوقی بین دهقان و صاحب زمین طور دیگری تنظیم شده باشد، به احکام قانون خاص اعتبار داده می شود». طبق نص این ماده اگر قانون خاص در خصوص تنظیم روابط دهقان با صاحب زمین وجود داشته باشد، احکام قانون خاص مرجع است. قانون مدنی در این خصوص قانون عام است و طبق قاعده اصولی در صورت تعارض میان عام و خاص، خاص مرجع و غالب است. تا کنون در خصوص تنظیم روابط حقوق دهقان و مالک زمین قانون خاص در افغانستان وجود ندارد. بنابراین، در این خصوص قواعد و احکام عمومی که در ذیل تفصیل آن خواهد آمد، بر روابط حقوقی مالک و دهقان قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ترجیح قواعد خاص بر قواعد عام در روابط حقوقی مالک زمین و دهقان است. طبق ق. م مزارعه یا دهقانی نیز عقد است و موجب ایجاد آثار معین می گردد. برخی از این آثار متوجه به مؤجر (صاحب زمین)، برخی متوجه مستأجر (دهقان/ زارع) و برخی نیز متوجه هر دو می گردد:

(۱) اثر مزارعه نسبت به مؤجر: عقد مزارعه یا دهقانی نسبت به مؤجر موجب ایجاد آثار ذیل می شود:

۱- **تسلیم زمین زراعتی، مواشی و آلات زراعتی:** طبق ماده ۱۴۱۵ ق. م: «مواشی و آلاتی که در زراعت استعمال می شود اگر هنگام عقد بالای زمین موجود بوده و ملکیت صاحب زمین باشد عقد دهقانی آن را شامل می گردد به شرطی که خلاف آن موافقه صورت نگرفته باشد». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که در عقد مزارعه صاحب زمین مکلف است زمین زراعتی را به دهقان تسلیم نماید. برخلاف اجاره عادی، در مزارعه مواشی یا حیوانات و آلات و وسایل زراعتی نیز شامل زمین می گردد و مؤجر مکلف است آنها را به مستأجر تسلیم نماید. علت این امر این است که در مزارعه مؤجر مکلف به تهیه رأس المال و مستأجر مکلف به تأمین عمل است و رأس المال در مزارعه شامل زمین و آنچه بر زمین وجود داشته باشد، می شود مشروط بر اینکه حین انعقاد عقد موجود و مملوک مؤجر باشد. استثنای این اصل این است که و مؤجر و مستأجر مورد طور دیگری موافقه نمایند.

بنابراین، در صورتی که مالک زمین با دهقان توافق نماید که مواشی و آلات زراعتی شامل عقد دهقانی نگردد و با زمین تسلیم دهقان نگردد، چنین توافقی مدار اعتبار است. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد و در زمین تراکتور، گاو قلیه ای، بیل و سایر وسایل و آلات زراعتی موجود باشد و این اموال ملکیت احمد باشند، احمد مکلف است این اموال را با زمین تسلیم محمود نماید. اما، اگر احمد و محمود توافق نمایند که احمد صرف زمین را تسلیم محمود می نماید نه تراکتور، گاو، بیل و وسایل زراعتی را، احمد صرف مکلف به تسلیم زمین به محمود می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیفی مؤجر زمین زراعتی است.

۲- **تأدیه مالیات:** طبق ماده ۱۴۲۱ ق. م: «تأدیه مالیات به دوش مالک است». طبق نص این ماده مؤجر مکلف است مالیات زمین را پرداخت نماید نه مستأجر. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به اجاره بدهد، احمد مکلف است مالیات زمین را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف اجاره دهنده زمین است.

(۲) اثر مزارعه نسبت به دهقان یا زارع: طبق عقد مزارعه، دهقان مکلف به ایفای تعهدات ذیل است:

۱- **حفظ زراعت مانند مال خود دهقان:** طبق ماده ۱۴۱۶ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) دهقان مکلف است در زراعت و نگهداری کشت به قدری توجه نماید که در مورد مال خود دارد. دهقان از تلف شدن زمین در خلال انتفاع مسؤول است، مگر اینکه ثابت نماید که در نگهداشت و صیانت آن به اندازه شخص عادی صرف مساعی نموده است؛ و (۲) دهقان به تعویض مواشی تلف شده و آلاتی که استهلاک شدن آن ناشی از قصور وی نباشد مکلف، نمی باشد». از نص این ماده احکام ذیل قابل استنباط است:

نخست این که: دهقان مکلف است در نگهداری کِشت مانند مال خود توجه نماید. به نظر می رسد دلیل این که قانونگذار مدنی دهقان را مکلف نموده است مانند مال خودش در حفظ و نگهداری کِشت توجه نماید، این است که معمولاً شخص متعارف در حفظ مال خویش افراط و تفریط نمی نماید. این امر موجب تحقق مصلحت مالک زمین می گردد. به نظر می رسد دلیل این توجه این است که دهقان در حاصل زمین با مؤجر شریک است. بنابراین، ق. م معیار حفاظت از مال شرکت را اختیار نموده و دهقان را مکلف به حفظ و نگهداری زراعت مانند مال خودش نموده است. بنابراین، دهقان مکلف است زراعت زمین را مانند مال خود حفظ و نگهداری نماید. به حیث مثال، اگر احمد چهار صد جریب زمین داشته باشد و آن را به محمود، جمشید و ویس به دهقانی بدهد، محمود، جمشید و ویس مکلف اند کِشتی را که در زمین است مانند مال خود حفظ نمایند. این مسؤولیت دهقان مسؤولیت مدنی قراردادی است که تفصیل آن در جلد اول کتاب گذشت.

دوم این که: دهقان از تلف شدن زمین در خلال انتفاع مسؤول است، مگر اینکه ثابت نماید که در نگهداشت و صیانت آن به اندازه شخص عادی صرف مساعی نموده است. صیانت به معنی حفظ و نگهداری است. مساعی در لغت به معنی کوشش است.^{۵۵۵} در محافظت و نگهداری زمین و ملحقات آن از قبیل: مویشی و وسایل و ابزار زراعتی ق. م معیار شخص عادی را اختیار نموده است. زیرا، زمین و ملحقات آن ملک مؤجر و نزد دهقان یا مُزارع امانت تلقی می گردد. پس، باید در حفظ و نگهداری آنها مانند یک شخصی عادی سعی نماید. در صورت تلف شدن زمین، وسایل زراعتی و حیوان زارع مسؤول است و زمانی بری الذمه شناخته می شود که ثابت نماید که مانند یک شخص عادی در حفاظت و نگهداری زمین و ملحقات آن سعی به عمل آورده است. چنانچه در اجاره عادی گفته شد، حفظ زمین و ملحقات آن این است که دهقان حیوان را بیشتر از طاقت آن بار ننماید و نفقه حیوان را تأمین و در صورت مریض شدن آن را تداوی نماید؛ در حفظ ماشین آلات زراعتی نیز باید دهقان مانند یک شخص عادی رفتار نماید و این وسایل را مانند انسان عادی استعمال نماید و در تنظیف و اصلاح آنها مانند یک شخص عادی توجه نماید. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد، محمود مسؤول تلف شدن زمین و ملحقات زمین است. این اصل است. استثنای این اصل این است که محمود ثابت نماید مانند یک شخص عادی در حفظ و نگهداشت زمین توجه نموده است. بار اثبات در این فرض بر عهده محمود است.

سوم این که: دهقان به تعویض مویشی تلف شده و آلاتی که استهلاک شدن آن ناشی از قصور وی نباشد مکلف، نمی باشد. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است.^{۵۵۶} مویشی جمع ماشیه است که در لغت به معنی چهارپایان است.^{۵۵۷} در اصطلاح حقوق مدنی، معنی اصطلاحی این کلمه از معنوی لغوی آن گرفته شده است. بنابراین، در اصطلاح حقوق مدنی، مویشی عبارت از حیوانات چهار پا است مانند گاو، شتر، اسب و نظیر اینها. قصور جمع تقصیر است. تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده و به معنای اهمال و کاستی است.^{۵۵۸} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۵۵۹} استهلاک از ریشه «هَلَك» گرفته شده است که در لغت به معنی تلف شدن، از بین رفتن و نیست شدن است. در صورتی که مویشی و آلات و ابزار دهقانی بدون قصور دهقان، یعنی: در اثر اسباب خارجی تلف شود، دهقان مسؤولیت مدنی قراردادی ندارد و مکلف به پرداخت جبران خسارت نیست، زیرا قانونگذار مدنی در ماده ۱۴۱۶ از «ناشی از قصور دهقان» سخن می گوید که مفهوم مخالف آن نفی مسؤولیت مدنی قراردادی دهقان در صورت عدم وجود تقصیر و اسباب خارجی است. پرسش این است که در صورتی که مویشی و ابزار دهقانی در اثر قصور دهقان تلف شود، تکلیف چیست؟ در پاسخ به این پرسش به نظر می رسد در چنین حالات دهقان مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت را بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد و زمین، تراکتور، گاو و سایر وسایل تجارتي در اثر قهوه قهریه مانند آتش سوزی یا سیل از بین بروند، محمود مسؤول تلف شدن زمین و ملحقات زمین نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر دهقانی نسبت به دهقان است.

555. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

556. Ibid (Last visit: 19/8/2016).

557. Ibid, (Last visit: 31/8/ 2016).

۵۵۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۰.

۵۵۹. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

۲- انجام اصلاحات تأجیری: طبق ماده ۱۴۱۹ ق. م: «دهقان به نگهداری عمارات مربوط به زمین و وسایل آبیاری مکلف بوده و ترمیماتی که برای حفظ دهقانخانه ضروری است به عهده دهقان است اما مصارف انهار عامه و حفر جویهای نو انداز، به دوش مالک است.» از نص این ماده دو حکم قابل استخراج است:

نخست این که: دهقان مکلف به حفظ عمارات و ساختمان های واقع بر زمین و وسایل آبیاری است. همچنین، دهقان طبق قواعدی که در مبحث اجاره گذشت، مکلف به انجام ترمیماتی که مربوط به حفظ دهقانخانه می شود است. عبارت دهقانخانه در این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از دهقانخانه اشیاء و زمینی است که موضوع عقد دهقانی قرار گرفته است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد و در زمین تعمیر و وسایل آبیاری مانند واترپمپ، پمپ و نظیر اینها وجود داشته باشد، محمود مکلف است تعمیر و سایل آبیاری را نگهداری نماید.

دوم این که: مصارف نهر های عمومی و جوی هایی که قرار است جدیداً برای آبیاری زمین احداث شود، بر عهده مالک زمین است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد و زمین ضرورت به احداث جوی داشته باشد، مصارف احداث جوی را باید احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف دهقان و مالک زمین است.

۳- عدم اجازه دادن زمین مگر به اذن مؤجر (صاحب زمین): ماده ۱۴۱۷ ق. م: «دهقان نمی تواند زمین را بدون اجازه مالک آن به شخص دیگری به اجازه داده یا از اجازه آن برای دیگری تنازل نماید. در صورت تخلف از این امر مالک می تواند عقد را فسخ یا از دهقان مطالبه تعویض نماید.» طبق نص این ماده مزارع یا دهقان نمی تواند بدون اجازه مالک زمین زمین زراعتی را به دیگری به اجازه بدهد. اما، اگر مالک اجازه دهد، اجازه بلاشکال است، زیرا قانونگذار مدنی اجازه صاحب زمین را شرط گذاشته است. همچنین، دهقان نمی تواند از اجازه زمین برای شخص دیگر تنازل نماید که تفصیل آن در مبحث عقد اجازه گذشت. ضمانت اجرای این شرط نیز در ماده ۱۲۱۷ ق. م پیش بینی شده است. طبق بند اخیر این ماده در صورت اجازه دادن زمین زراعتی توسط دهقان به دیگری بدون اجازه مالک زمین، مالک زمین می تواند عقد مزارعه را فسخ و در صورت تضرر، مطالبه تعویض آن را نماید.

۴- عدم اجازه دهقان مبنی بر به دهقانی دادن زمین زراعتی به شخص دیگر: ماده ۱۴۱۸ ق. م: «دهقان حق ندارد زمین مربوط را بدون موافقه مالک به شخص دیگری به دهقانی بدهد.» طبق نص این ماده همانطوری که دهقان یا مزارع نمی تواند زمین زراعتی را بدون اذن مالک به دیگری به اجازه دهد، نمی تواند زمین زراعتی را به دیگری به دهقانی یا مزارعه بدهد. باوجوداین، در این ماده ضمانت اجرای این شرط پیش بینی نشده است. به حیث مثال، اگر احمد دو صد جریب زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد، محمود نمی تواند این زمین را به جمشید به دهقانی بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم جواز مزارعه زمین محل دهقانی است.

۵- عدم کشیدن و قطع درختان خشک: طبق ماده ۱۴۲۰ ق. م: «دهقان نمی تواند درختان سالم روی اراضی داخل مقاوله را کشیده یا قطع کند. اما می تواند در ختان خشک شده را به اجازه مالک قطع و عوض آن نهال دیگری غرس کند. کار قطع و غرس به دوش دهقان و قیمت نهال به دوش مالک می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که دهقان یا مزارع نمی تواند درختان تازه زمین زراعتی را بکشد یا قطع نماید. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد، محمود نمی تواند درختان تازه ای را که بر زمین اند بکشد یا قطع نماید.

دوم این که دهقان نمی تواند حتی درختان خشک زمین زراعتی را که متعلق به صاحب زمین است قطع نماید و یا بکشد، مگر اینکه مالک به وی اجازه بدهد، زیرا درختان خشک متعلق به صاحب زمین است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد، محمود نمی تواند درختان خشک زمین را بکشد یا قطع نماید مگر این که احمد به او اجازه دهد.

سوم این که قطع نهال های خشک به عهده دهقان و تهیه نهال جدید بر عهده مالک زمین است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط دهقان با صاحب زمین است.

۳) آثار عقد مزارعه نسبت به مؤجر و مستأجر: اثری که طبق عقد مزارعه متوجه مؤجر و مستأجر می شود عبارت از تقسیم حاصلات زمین است که در مورد آن قانونگذار مدنی احکام ذیل را وضع نموده است:

۱- **تقسیم حاصلات میان مالک زمین و مزارع مطابق عقد، عرف و یا مناصفه:** طبق ماده ۱۴۲۶ ق. م: «حاصلات بین دهقان و مالک زمین مطابق توافق طرفین یا تناسبی که عرف تعیین نموده تقسیم می شود و در صورت عدم موافقت قبلی و عدم موجودیت عرف، مناصفه می گردد». از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: در مورد تقسیم حاصلات زمین توافق مالک زمین و دهقان مدار اعتبار است. بنابراین، حاصلات زمین مطابق شرایط پیش بینی شده در عقد میان مالک و دهقان تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین های خویش به محمود به دهقانی بدهد و احمد و محمود توافق نمایند که حاصلات میان آنها نصف باشد، این توافق مدار اعتبار است.

دوم این که: طبق این ماده حاصلات می تواند مطابق عرف تقسیم شود. ایرادی که بر بخش اول نص این ماده وارد می گردد که این است که قانونگذار مدنی به صورت واضح مشخص نکرده است که توافق طرفین بر عرف مقدم است و یا عرف بر توافق و توافق و عرف را در یک سطح مدار اعتبار قرار داده است. اما، با توجه به دلالتی که در بخش اخیر این ماده وجود دارد، به نظر می رسد به عرف خاص در صورتی مراجعه می شود که توافق طرفین در خصوص تقسیم حاصلات وجود نداشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین های خویش را به محمود به اجاره بدهد و عرف خاص در این خصوص وجود داشته باشد که به موجب آن حاصلات میان احمد و محمود به صورت مساوی تقسیم شود، این عرف اعتبار دارد.

سوم این که: در صورت عدم وجود توافق و عرف خاص، حاصلات میان مالک و دهقان به صورت نصف تقسیم می شود. به حیث مثال، اگر احمد زمین های خویش را به محمود به دهقانی بدهد و در خصوص تقسیم حاصلات احمد و محمود سکوت نمایند و در این خصوص عرف خاص محل نیز وجود نداشته باشد، حاصلات میان احمد و محمود نصف می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تقسیم حاصلات میان دهقان و صاحب زمین در عقد دهقانی است.

۲- **عدم صلاحیت مالک زمین جهت مطالبه بیشتر از آنچه در ق. م تعیین شده است:** طبق ماده ۱۴۲۲ ق. م: «به جز از آنچه در این قانون ذکر شده، مالک حق ندارد نفع دیگری از قبیل مفاد نقدی یا غیر نقدی یا اجرای خدماتی را از دهقان به طور مستقیم یا غیر مستقیم تقاضا کند». طبق نص این ماده مالک زمین نمی تواند چیزی دیگری جز آنچه در مورد آن توافق صورت گرفته است، یا در عرف معروف است و یا نصف حاصل از مزارع مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد زمین های خویش را به محمود به دهقانی بدهد، احمد نمی تواند از محمود مطالبه پول، چرانیدن حیوانات، بیل زدن باغ دیگری که متعلق به احمد است و انجام دادن کاری های منزل و نظیر اینها را مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن دهقان و حقوق دهقان است.

۳- **تلف شدن حاصلات در اثر حوادث غیر مترقبه:** طبق ماده ۱۴۲۷ ق. م: «هرگاه حاصلات به اثر حوادث غیر مترقبه تماماً یا قسمی از بین برود هر دو طرف به صورت مساویانه متحمل خساره گردیده یکی بر دیگری رجوع کرده نمی تواند». طبق نص این ماده اگر حاصلات زراعت در اثر حوادث غیر مترقبه کلاً یا به صورت جزئی از بین برود، اثر این تلف متوجه مالک زمین و دهقان به صورت مساویانه می گردد. بنابراین، یکی بر دیگری مبنی بر دریافت جبران خسارت نمی توانند رجوع نمایند. بعضی از حقوقدانان فرانسوی بین فورس ماژور و حادثه غیر مترقبه فرق گذاشته و گفته اند که حادثه غیر مترقبه حادثه ای درونی و وابسته به فعالیت متعهد یا دستگاه او است مانند آتش سوزی، عیب کالا، از خط خارج شدن قطار و اعتصاب در پاره ای موارد؛ در حالیکه فورس ماژور حادثه ای بیرونی است مانند سیل، طوفان و غیره. در فرهنگ اصطلاحات حقوقی «Lexique de Termes Juridiques» که زیر نظر دو استاد معروف «J. Guillion» و «J. Vincent» تهیه شده در تعریف فورس ماژور چنین آمده است: «به معنی عام، هر حادثه غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب است که متعهد را از اجرای تعهد باز دارد. فورس ماژور به معنی خاص در مقابل حادثه غیر مترقبه قرار می گیرد و عبارت از حادثه ای بیرونی است، بدین معنی که حادثه باید کاملاً بیگانه با شخص متعهد باشد (نیروی طبیعی)». ^{۵۶۰} در هر حال، امروزه جمهور حقوقدانان و رویه قضایی قوه قاهره و حادثه ای ناگهانی را یکی می دانند. ^{۵۶۱} به حیث مثال، اگر احمد زمین های خویش به محمود به دهقانی بدهد و محمود پس از جمع آوری حاصلات گندم، جو، جواری، ارزن و نظیر

۵۶۰. (آخرین بازدید ۲/۱۴/۲۰۱۶) <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=348>

۵۶۱. جهت ملاحظه این نظریات ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱۱ و ۱۱۲.

اینها آنها را در انبار نگهداری نماید، اما در اثر شارتی برق و آتش گرفتن انبار، همه حاصلات بسوزند، احمد و محمود به صورت مساوی اثر تلف شدن حاصلات را متحمل می شوند و احمد نمی تواند جبران خسارت آن را از محمود و محمود از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن حاصلات در اثر حوادث غیرمترقبه است. پرسش این است که اگر حاصلات در اثر تقصیر دهقان از بین برود تکلیف چیست؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۱۲۲۷ ق. م مسکوت است. اما، طبق قواعد عمومی مسؤولیت مدنی قراردادی که تفصیل آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت، به نظر می رسد دهقان یا مزارع در صورت تلف شدن حاصلات در اثر تقصیر، باید جبران خسارت را به مالک زمین بپردازد. به نظر می رسد این حکم را می توان از مفهوم مخالف ماده ۱۴۲۷ ق. م استنباط کرد.^{۵۶۲} علاوه بر این، به نظر می رسد به این حکم در نص ماده ۱۴۱۶ فقره های اول و دوم ق. م نیز اشاره صورت گرفته است هرچند نص ماده ۱۴۱۶ ق. م ناظر بر تلف شدن زمین، کشت و آلات و ابزار زمین زراعتی است.

۴- طبق ماده ۱۴۲۳ ق. م: «طرفین مقاوله می توانند به موافقه یکدیگر مقاوله دهقانی را به عقد اجاره تبدیل نمایند.» طبق نص این ماده طرفین مقاوله می توانند به موافقه یکدیگر مقاوله دهقانی را به عقد اجاره تبدیل نمایند. تعریف اجاره در مبحث اجاره گذشت و تعریف مقاوله در مبحث مقاوله خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را محمود به دهقانی بدهد، سپس احمد و محمود می توانند این عقد را به اجاره تبدیل نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز تبدیل عقد دهقانی به اجاره زمین است.

۵) انتها

طبق ق. م مزارعه یا دهقانی در حالات ذیل منتهی می شود:

۱) **انقضای مدت مزارعه:** ماده ۱۴۲۸ ق. م: «هرگاه مدت عقد قبل از پخته شدن زرع منقضی شود زرع الی زمان رسیدن، به زمین باقیمانده، مصارف لازمه در همین مدت از قبیل آبیاری درو و خرمن میدن نمودن و دانه جدا نمودن به اندازه حصص هر یک به ذمه هر دو می باشد.» طبق نص این ماده هرگاه مدت عقد قبل از پخته شدن زرع منقضی شود زرع الی زمان رسیدن، به زمین باقیمانده، مصارف لازمه در همین مدت از قبیل آبیاری درو و خرمن میدن نمودن و دانه جدا نمودن به اندازه حصص هر یک به ذمه هر دو می باشد. زرع در لغت به معنی کشت است، منقضی در لغت به معنی پایان یافته است. حصص جمع حصه است. حصه عبارت از سهم شراک در مال مشترک است. ذمه محل اعتباری در شخص است که دیون و التزامات بر آن واقع می گردد.^{۵۶۳} به حیث مثال، اگر احمد پنج جریب زمین خویش را برای مدت شش ماه به محمود به دهقانی بدهد و قبل از این که گندم ها پخته و درو شوند، مدت عقد دهقانی ختم شود، با ختم مدت عقد دهقانی ختم می شود. در این صورت، مصارف آبیاری، درو، میدن نمودن و سایر مصارف گندم ها به صورت مشترک بر عهده احمد و محمود می باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ختم مدت عقد دهقانی و عدم پخته شدن زرع یا کشت است. به نظر می رسد نص این ماده از فقه گرفته شده است. طبق فقه در صورت انتهای مدت مزارعه، عقد مزارعه منتهی می گردد. در صورت انتهای مدت اگر حاصلات پخته شده و میان طرفین به نحوی که تفصیل آن گذشت، تقسیم شود، مشکلی بروز نمی نماید. اما، اگر مدت مزارعه قبل از پخته شدن زراعت منتهی شود، جهت رعایت مصلحت طرفین، عقد مزارعه به حالت قبلی باقی می ماند و مصارف میان متعاقبین به تناسب حصه آنها تقسیم می شود.

۲) **موت یکی از طرفین:** طبق ماده ۱۴۲۹ ق. م: «(۱) هرگاه مالک زمین قبل از پخته شدن زرع فوت نماید، دهقان الی زمان پخته شدن زرع به کار خود ادامه داده ورثه متوفی نمی توانند او را منع کنند؛ و (۲) در صورتی که دهقان قبل از پخته شدن زرع وفات کند، ورثه وی اگر قادر باشد و یا وکیل قانونی آن به صفت قایم مقام او الی زمان پخته شدن زرع به کار دوام می دهند گرچه مالک زمین رضایت نداشته باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۵۶۲. جهت مطالعه بیشتر در مورد آثار مزارعه ر. ک: همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، جلد (۶)، صص ۱۳۸۰-۱۳۹۳.
 ۵۶۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۸۸-۲۸۹۰.

۱- هرگاه مالک زمین قبل از پخته شدن زرع فوت نماید، دهقان الی زمان پخته شدن زرع به کار خود ادامه داده ورثه متوفی نمی توانند او را منع کنند. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد و محمود در زمین گندم کشت نماید، اما احمد قبل از این که گندم ها پخته شوند وفات نماید و محمود گندم ها را هنوز درو ننموده باشد، محمود می تواند الی پخته شدن گندم ها به کار دهقانی ادامه بدهد. جمشید و حمیده ورثه احمد نمی توانند محمود را از ادامه کار دهقانی الی جمع آوری حاصلات منع نمایند.

۲- در صورتی که دهقان قبل از پخته شدن زرع وفات کند، ورثه وی اگر قادر باشد و یا وکیل قانونی او به صفت قایم مقام او الی زمان پخته شدن زرع به کار دوام می دهند گرچه مالک زمین رضایت نداشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد و محمود در زمین ها گندم کشت نماید، اما محمود قبل از این که گندم ها پخته شوند وفات نماید و محمود گندم ها را هنوز درو ننموده باشد، ورثه محمود در صورت قادر بودن به کار دهقانی یا وکیل محمود می توانند الی پخته شدن گندم ها به کار دهقانی ادامه بدهند. در این صورت، رضایت احمد شرط نیست. در این مثال، ورثه محمود و وکیل محمود قایم مقام یا جانشین محمود تلقی می گردند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات دهقان و صاحب زمین قبل از پخته شدن زرع در عقد مزارعه است. نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. طبق ماده ۱۲۲۰ مجلة الاحکام: «اگر صاحب زمین بمیرد و کشت سبز باشد، دهقان به عمل تا رسیدن زراعت ادامه می دهد. ورثه متوفی حق ندارد که دهقان را از دوام عمل منع نماید و اگر دهقان بمیرد، وارث وی قایم مقام وی است و اگر بخواهد الی رسیدن کشت به مزارعه دوام دهند و صاحب زمین وارث دهقان را منع کرده نمی تواند.»

۳) فسخ عقد اجاره در اثر عذر: به نظر فقهای حنفیه هر یک از طرفین می تواند عقد مزارعه را در اثر عذر فسخ نماید، مانند مدیون شدن صاحب زمین و ضرورت پیدا نمودن به فروش زمین و پرداخت دین، ایجاد عذر به دهقان، مانند مریضی، سفر، ترک حرفه و امثال اینها.^{۵۶۴}

۴) فسخ عقد توسط دهقان: طبق ماده ۱۴۲۴ ق. م: «هرگاه دهقان مالک زمین گردد و بخواهد شخصاً آن را دهقانی نماید، می تواند مقاوله را فسخ کند.» طبق نص این ماده هرگاه دهقان مالک زمین گردد و بخواهد شخصاً آن را دهقانی نماید، می تواند مقاوله را فسخ کند. به حیث مثال، اگر احمد زمین های خویش را به محمود به دهقانی بدهد و سپس محمود یک مقدار مال از پدر خویش به ارث ببرد و توسط آن زمین های احمد را خریداری نماید، می تواند عقد دهقانی را فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای عقد دهقانی است.

۵) طبق ماده ۱۴۳۰ ق. م: «هرگاه عقد دهقانی فسخ گردیده یا باطل شمرده شود، حاصلات متعلق به مالک بذر بوده طرف مقابل وی مستحق اجرت مثل می شود مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که هرگاه عقد دهقانی فسخ گردیده یا باطل شمرده شود، حاصلات متعلق به مالک بذر بوده طرف مقابل وی مستحق اجرت مثل می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده جریب زمین خویش را به محمود به دهقانی بدهد و احمد یا محمود عقد دهقانی را فسخ نماید، حاصلات مربوط مالک بذر یا دانه است. چنانچه گفته شد، دانه را باید مالک زمین تهیه نماید. از همین رو، قانونگذار مدنی حکم می نماید که دهقان مالک اجرت مثل شناخته می شود. بنابراین، در مثال فرضی بالا اگر احمد عقد را فسخ نماید حاصلات مربوط به احمد می شود و احمد باید به محمود اجرت مثل پرداخت نماید. همچنین، در صورتی که عقد اجاره باطل گردد، حاصلات متعلق به مالک زمین و دهقان مستحق اجرت مثل شناخته می شود.

به حیث مثال، اگر احمد زمین های خویش را به محمود به دهقانی بدهد اما مدت عقد دهقانی معین نباشد، عقد دهقانی به حکم قانون باطل است. در این صورت، حاصلات زمین متعلق به احمد و محمود مستحق اجرت مثل شناخته می شود. فسخ معمولاً بر عقد صحیح توسط یکی از طرفین واقع می شود. اما، بطلان توسط حکم قانونی در صورت عدم رعایت شرایط صحت عقد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فسخ و بطلان عقد دهقانی است.

۵۶۴. جهت مطالعه بیشتر در مورد انتهای مزارعه ر. ک: همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، صص ۴۶۹۹-۴۷۰۳؛ _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۷۶-۷۸؛ و عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲)، الوسيط، جلد (۶)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۳۹۳-۱۳۹۷.

(۶) طبق ماده ۱۴۲۵ ق. م: «اگر مقاوله دهقانی قبل از سه ماه از تاریخ ختم موعده قرارداد تجدید نشود، مقاوله تا یک سال دیگر تمدید می یابد.» طبق نص این ماده اگر مقاوله دهقانی قبل از سه ماه از تاریخ ختم موعده قرارداد تجدید نشود، مقاوله تا یک سال دیگر تمدید می یابد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را برای مدت یک سال شروع از ماه حمل سال ۱۳۹۸ به محمود به دهقانی بدهد و پس از سپری شدن نه ماه احمد و محمود در دلو سال ۱۳۹۸ قرارداد دهقانی را به صورت صریح تمدید نکنند، عقد دهقانی برای مدت یک سال دیگر به صورت ضمنی تمدید می شود. تمدید خودکار و غیرصریح عقد دهقانی در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در صورت ختم مدت سه حالت متصور است: نخست عدم تمدید قرارداد دهقانی و ختم مدت. با ختم مدت عقد دهقانی خاتمه پیدا می کند. دوم تمدید عقد دهقانی به صورت صریح. سوم سکوت طرفین. در صورت سوم، عقد دهقانی به صورت ضمنی برای مدت یک سال دیگر تمدید می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تمدید ضمنی عقد دهقانی است.

(ج) باغبانی (مساقات)

نوع سوم اجاره طبق ق. م باغبانی است. باغبانی همان مساقات است که نویسندگان ق. م احکام آن را از فقه اقتباس نموده اند. چون این عقد در عرف به نام «باغبانی» یاد می شود و کلمه مساقات کمتر در افغانستان معروف و مأنوس است و نیز ترجمه مساقات همان باغبانی است، نویسندگان ق. م به عوض کلمه مساقات ترجمه باغبانی را اختیار نموده و عقد مساقات را به نام باغبانی مسمی نموده اند که در ادبیات حقوقی و فقهی افغانستان اندکی نامأنوس است.

(۱) تعریف و مصادر مشروعیت

طبق ماده ۱۳۳۲ فقره اول ق. م: «(۱) عقد باغبانی، عبارت است از دادن درخت و تاک به شخص دیگر جهت پرورش و بهره برداری به مقابل قسمت معینی از ثمر آن؛ (۲) درخت عبارت از نباتی است که در زمین مدت یکسال یا بیشتر از آن ثابت و باقی بماند.» ثمر در لغت به معنی میوه است. به حیث مثال، اگر احمد باغ تاک و درخت خویش را به محمود به منظور باغبانی در برابر مقدار معین از میوه بدهد، این عقد باغبانی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف باغبانی است. مساقات از ریشه «سقی» به فتح سین و سکون قاف گرفته شده است که در لغت به معنی به همدیگر آب دادن و به همدیگر آب رساندن است. مساقات در مدینه و عراق به نام معامله یاد می شده است که از ریشه «عمل» گرفته شده است. در اصطلاح فقهی تعاریف متعدد برای مساقات ارایه شده است:

(۱) مساقات یا دهقانی عبارت از عقدی است مبتنی بر تحویل درخت به کسی تا به آن بپردازد و در برابر کار خود بهره ای از حاصل آن داشته باشد.^{۵۶۵}

(۲) مساقات عبارت از عقد واگذاری درختان به کسی است که آبیاری آنها را به عهده بگیرد و آنها را پرورش دهد تا اینکه به ثمر برسند در برابر قسمتی از میوه آن درختان. بنابراین، مساقات یک نوع شرکت زراعتی است که مساقی درختان را به ثمر برساند که در یک طرف درخت یا درختان و در طرف دیگر، کار و عمل بر روی درختان و در باره آنها قرار دارد که میوه حاصله بر حسب توافق طرفین بین آنها مشترک باشد، مانند: نصف، یا ثلث یا امثال اینها که یکی از طرفین مساقی و طرف دیگر صاحب درخت نامیده می شود.^{۵۶۶}

(۳) مساقات نوعی شرکت است که به موجب آن درختان توسط یک شخص غرس می گردد و میوه ای را که به وجود می آید متعلق به هر دو است. از این تعریف، به خوبی بر می آید که در مساقات صاحب زمین، زمین خویش را به شخص دیگر می دهد و این شخص موافقت می نماید که زمین را در برابر سهم معین زرع نماید.^{۵۶۷}

۵۶۵. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶) كويت: انتشارات مكتب رشديه، ص ۴۷۰۴؛ (____) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۱۲؛ اسعد محمد سعيد الصاغرجي (____). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۳)، پاکستان: كتابخانه رشديه، ص ۱۸۵؛ و عبدالحميد محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجديد، جلد (۵)، پاکستان: مكتب حقانيه، ص ۱۲۰.

۵۶۶. سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران: انتشارات محمدی سقر، صص ۴۱۸ و ۴۱۹.

567. Abdul Rahman Raden Aji Haqqi (2009). The Philosophy of Islamic Law of Transactions, first edit, Malaysia: Center for Reasch and Training, p 180.

۴) مجلة الاحکام نیز مسابقات را نوع شرکت دانسته است. ماده ۱۲۲۱ مجلة الاحکام در تعریف مسابقات می گوید: «مسابقات یک نوع شرکت است بر این که اشجار از یکطرف و تربیه آنها از طرف دیگر بوده حاصل ثمر بین هر دو تقسیم شود». در مورد مشروعیت مسابقات در فقه سه نظریه وجود دارد: به نظر امام ابو حنیفه رحمته و زفر رحمته مسابقات در برابر بخشی از ثمر باطل است. زیرا، آن نوع استیجار در برابر حاصل است که منهی عنه است. پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است: «من کانت له أرض، فلیزرعها، ولا یکرها بثلث ولا بریع ولا بطعام مسمی». ^{۵۶۸} «کسی که دارای زمین باشد باید آن را زرع نماید و به ثلث و ربع و طعام مسمی کراء ندهد».

اما، ابراهیم نخعی و حسن بر این نظر اند که: مسابقات مکروه است. اما، صاحبان و جمهور علماء (مالکیه، شافعیه و حنابله) بر این نظر اند که مسابقات به سبب حاجت مردم به آن جایز است که این نظر مفتی به است. جمهور فقهاء به حدیث ابن عمر رضی الله عنهما روایت می کنند که:

«أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلی الله علیه و آله عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ». ^{۵۶۹}

«رسول الله صلی الله علیه و آله اهالی خیبر را در برابر نیمی از محصولات که بدست می آید از میوه (درختان خرما) یا زراعت در (زمینهای مزروعی) به کار گماشت».

همچنین، جمهور علماء مسابقات را با مضاربه از حیث شرکت در نماء بدون اصل قیاس می نمایند. ^{۵۷۰}

۲) ارکان

در مورد ارکان مسابقات مانند هر عقد دیگر در فقه دو نظریه وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که ارکان مسابقات عبارت از ایجاب و قبول؛ یعنی: صیغه است. برعکس، به نظر جمهور فقهاء (شافعیه، مالکیه و حنابله) ارکان مسابقات پنج است که عبارت اند از: عاقدان، صیغه، مورد مسابقات، میوه و عمل. اما، ابن رشد، مدت را نیز بر این ارکان افزوده است که در نتیجه ارکان مسابقات شش می شود که عبارت اند از: عاقدان، صیغه، مورد مسابقات، میوه، عمل و مدت. ^{۵۷۱} اگر قواعد عمومی را بر عقد مسابقات تطبیق نماییم این نتیجه به دست می آید که ارکان مسابقات عبارت اند از طرفین (صاحب باغ و باغبان)، ایجاب و قبول، محل (باغ)، سبب و حاصل است.

۳) شرایط ارکان

برای صحت عقد مسابقات لازم است تا شرای هر یک از ارکان عقد مسابقات رعایت گردد. ماده ۱۴۳۳ ق. م نیز در مورد این شرایط حکم می نماید که: «در عقد باغبانی شرایط خاص صحت عقد دهقانی رعایت می شود». نص این ماده شرایط خاص عقد باغبانی را تنظیم نموده است و برای این که عقد باغبانی صحیح باشد، شرایط خاص این عقد باید رعایت گردد. شرایط خاص عقد باغبانی قرار ذیل اند:

۱) **شرایط عاقدان:** فقهای حنفیه بر این نظر اند که: عامل (باغبان) در مسابقات باید عاقل باشد. اما، بلوغ شرط نیست. بنابراین، مسابقات صبی مأذون صحیح است.

۲) **صیغه:** ایجاب و قبول طبق نظر حنفیه باید به لفظ صورت پذیرد و عمل در این مورد کفایت نمی کند، مانند اینکه: صاحب باغ به مساقی بگوید: این درخت را به مسابقات به تو دادم و جانب مقابل بگوید: قبول نمودم. ماده ۱۴۴۲ مجلة الاحکام در مورد رکن مسابقات تصریح می نماید که: «رکن مسابقات ایجاب و قبول است. اگر صاحب اشجار برای باغبان بگوید: اشجار خود را به طریق مسابقات برایت دادم که ثمر آن اینقدر از تو باشد و عامل یعنی کسی که اشجار را تربیت می کند قبول کند، مسابقات منعقد می شود». ^{۵۷۲}

^{۵۶۸} . متفق علیه من حدیث رافع بن خدیج لکنه حدیثه مضطرب جداً.

^{۵۶۹} . رواه الجماعة.

^{۵۷۰} . در این باره ر. ک: وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶) کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۷۰۴؛ _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۱۳؛ اسعد محمد سعید الصاغرجی (____). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۱۸۵؛ و عبد الحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۵)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۱۲۱ و ۱۲۲. ^{۵۷۱} . وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۷۰۵ و ۴۷۱۰؛ _____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۱۵.

۳ مورد (محل) مسابقات: منظور از مورد یا محل مسابقات عبارت از چیزی است که دهقان یا مساقی مکلف به آب دادن و پرورش آن در برابر ثمر است. در مورد محل مسابقات فقهای حنفیه بر این نظر اند که برای صحت مسابقات نوع خاص از درخت شرط نیست. بنابراین، مثمر و غیر مثمر بودن درخت شرط نیست، مانند: نخل تاک، درخت بید، چنار و سایر درخت های که برای هیزم و گذاشتن بر سقف و ستون به کار می رود صحیح است. زیرا، این گونه درخت ها نیز به آب دادن و پرورش ضرورت دارند. بنابراین، محل مسابقات می تواند حتی میوه های که با کندن آن ریشه های آن بر جای می ماند صحیح است، مانند بادنجان، بادرنگ و تره.^{۵۷۲}

۲ میوه: طبق فقه جهت صحت مسابقات رعایت شرایط آتی در میوه درخت ضروری است:

- ۱- اینکه میوه میان مالک و عامل (دهقان) مشترک باشد؛ یعنی: میوه درخت متعلق به یکی از آنها نباشد؛ و
- ۲- اینکه نصیب یا حصه هر یک از آنها معلوم باشد، مانند: ثلث و نصف.^{۵۷۳} ماده ۱۲۲۲ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «شرط است که حصه عاقدان در عقد مسابقات نیز مانند مزارعه جزء شایع باشد، مانند: نصف و ثلث».
- ۵ عمل:** در مورد عمل نیز ق. م سکوت اختیار نموده است. فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: عامل (دهقان) باید خود عمل مورد توافق را انجام دهد. بنابراین، اگر دهقان شرط گذارد که مالک هم در کار با او شریک باشد، مسابقات صحیح نیست.^{۵۷۴}
- ۶ مدت:** مدت عقد مسابقات تابع قواعد ذیل است:

۱- طبق ماده ۱۴۳۴ ق. م: «عقد باغبانی برای مدتی که عرفاً معمول باشد، صحت دارد. هرگاه عقد بدون قید مدت باشد، به اولین ثمره حاصل همان سال حمل می شود». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که عقد باغبانی برای مدتی که عرفاً مع مول باشد، صحت دارد. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به دهقانی بدهد، مدت این عقد تابع عرف است. معمولاً این مدت در عرف یک سال است مگر این که باغبان و صاحب باغ طور دیگری توافق نمایند.

دوم این که هرگاه عقد بدون قید مدت باشد، به اولین ثمره حاصل همان سال حمل می شود. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به مسابقات بدهد و مدت آن را قید نماید، عقد برای مدت حاصل دادن درخت برای اولین بار در یک سال ادامه می یابد. به عنوان نمونه، اگر در مثال بالا، باغ احمد باغ سیب باشد، عقد مسابقات برای مدت یک سال منعقد می گردد. زیرا، درختان سیب صرف یک بار در یک سال حاصل می دهند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط مربوط به صحت عقد مسابقات است. فقهای حنفیه بیان مدت برای مسابقات را استحساناً و از روی عمل به عرف جاری شرط نمی دانند. بنابراین، به نظر احناف مسابقات بر نخستین میوه ای که در اول سال بار می آید، واقع می شود. اما، اگر در این مدت درخت ثمر نداد، عقد مسابقات باطل پنداشته می شود.

۲- طبق ماده ۱۴۳۵ ق. م: «هرگاه مدت باغبانی طوری تعیین شود که از ظهور ثمر کمتر باشد، عقد صحیح پنداشته نمی شود». طبق نص این ماده هرگاه مدت باغبانی طوری تعیین شود که از ظهور ثمر کمتر باشد، عقد صحیح پنداشته نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد باغ درختان سیب داشته باشد و آن را برای محمود برای مدت سه ماه شروع از ماه حمل الی جوزا به باغبانی بدهد، این عقد صحیح نیست. زیرا، در این مدت ممکن نیست سیب ها ظهور نمایند و پخته شوند. معمولاً درختان سیب در ماه حمل گل و شگوفه می نمایند و در ماه میزان و عقرب پخته می شوند. بنابراین، عقد باغبانی درختان سیب حداقل باید برای مدت هشت ماه یا بیشتر باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط مدت در عقد باغبانی است.

۳- طبق ماده ۱۴۳۶ ق. م: «هرگاه برای باغبانی مدتی تعیین شود که در آن احتمال ظهور و عدم ظهور ثمر هر دو متصور باشد، عقد موقوف دانسته می شود به نحوی که اگر میوه در وقت معین طوری ظاهر شود که مشابه آن در معاملات طرف علاقه

۵۷۲. ماده ۱۴۳۲ فقره دوم ق. م در تعریف درخت می گوید: «(۲) درخت عبارت از نباتی است که در زمین مدت یکسال یا بیشتر از آن ثابت و باقی بماند.» از این تعریف به خوبی استنباط می گردد که هر نباتی که در زمین برای مدت یکسال باقی نماند، درخت نیست. بنابراین، بادنجان، بادرنگ، تره، جوار و امثال اینها درخت نیستند.

۵۷۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۷۱؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۱۲۰ و ۱۲۱.

۵۷۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۷۱ و ۴۷۲؛ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۲۱.

قرار گیرد، باغبانی صحیح بوده ثمر مطابق موافقه قبلی تقسیم می شود و اگر ثمر در وقت معین ظهور نکند عقد فاسد بوده، باغبان مستحق اجرت مثل عمل خویش شناخته می شود، در حالی که ثمر اصلاً ظاهر نشود، هیچ یک از طرفین بالای همدیگر حقی ندارند.^{۵۷۵} ثمر در لغت به معنی میوه است. طبق نص این ماده اگر شخص باغ خویش را به دیگری به باغبانی بدهد و مدت آن را به گونه ای تعیین نماید که احتمال ظهور و عدم ظهور میوه در آن مدت متصور باشد، عقد موقوف است و قانونگذار مدنی میان سه حالت تفکیک گذاشته است:

نخست این که اگر میوه در آن مدت ظاهر شد، عقد صحیح است. به حیث مثال، اگر احمد باغ سیب خویش را به محمود به باغبانی برای مدت شش ماه بدهد، عقد موقوف است. در صورتی که سیب ها در مدت شش ماه ظاهر و پخته شوند، عقد موقوف به عقد صحیح تبدیل می شود. موقوف اسم مفعول از ریشه «وقف» گرفته شده است که در لغت به معنی بازداشته شده، محصور، متوقف شده، بازایستاده شده و توقیف شده است. در فقه و حقوق موقوف وصفی است برای عقدی که به تمام و کمال افاده ملکیت را به دلیل تعلق حق غیر به آن نکند.^{۵۷۶} اما، در این مثال، صحت عقد باغبانی موقوف و وابسته به ظهور سیب ها در موعد عقد است. در صورت ظهور سیب ها در وقت تعیین شده، سیب ها میان احمد و محمود مطابق توافق قبلی آنها که معمولاً نصف، دو سوم و یک سوم است تقسیم می شود.

دوم این که در صورتی که سیب ها در وقت معین ظاهر و پخته نشوند، عقد فاسد است. در این صورت، در مثال بالا، محمود مستحق اجرت مثل شناخته می شود. بنابراین، برای بقیه مدت احمد مکلف است به محمود اجرت مثل پرداخت نماید. سوم این که اگر درختان اصلاً میوه نکند، هیچ یک از طرفین عقد بر همدیگر حقی ندارند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، درختان سیب اصلاً میوه نکند، احمد بر محمود و محمود بر احمد حقی ندارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط مربوط به مدت عقد باغبانی است.

فقهائى حنفی بر این نظر اند که اگر طرفین مدتی را تعیین کردند که ظهور ثمر در آن محتمل باشد، در این صورت، عقد به دلیل عدم یقین به فوت مقصود صحیح است. بنابراین، اگر ثمر در وقت مورد توافق حاصل شود، برحسب توافقی که صورت گرفته است، در میان آنها تقسیم می شود. اما، اگر در وقت تعیین شده حاصل نشد، مساقات فاسد می شود و به سبب فساد عقد، عامل (دهقان) مستحق اجرت المثل شناخته می شود چرا که در مدت مقرر اشتباه در ثمر دادن درخت معلوم شده است.^{۵۷۶}

۴) آثار

طبق ماده ۱۴۴۴ ق. م: «هرگاه احکام این قانون با احکام قانون خاص مغایرت داشته باشد، احکام قانون خاص تطبیق می شود.» طبق نص این ماده هرگاه احکام مربوط به باغبانی ق. م با احکام قانون خاص مغایرت داشته باشد، احکام قانون خاص مرجح است. ق. م قانون عام است و قانون باغبانی قانون خاص. در صورت تعارض میان عام و خاص، خاص مرجح است. این قاعده، یکی از قواعد های اصولی است. تاکنون در خصوص باغبانی قانون خاص در افغانستان وجود ندارد. بنابراین، احکام مندرج ق. م در خصوص باغبانی قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ترجیح قواعد خاص باغبانی بر قواعد عام ق. م است. مساقات نیز مانند مزارعه موجب ایجاد یک سلسله آثار معین می گردد. برخی از این آثار متوجه صاحب باغ و برخی نیز متوجه دهقان یا عامل می شود:

۱) اثر مساقات نسبت به صاحب باغ: به موجب عقد مساقات مالک باغ متعهد به تعهدات ذیل می گردد:

۱- **تسلیم باغ به باغبان:** به موجب عقد مساقات مالک باغ مکلف است باغ را در دسترس باغبان قرار دهد تا باغبان بتواند مطابق توافق در آن کار نماید. ماده ۱۲۲۵ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «تسلیم اشجار به عامل مساقات شرط است.» و

۲- **پرداخت ضمان استحقاق:** طبق ماده ۱۴۳۹ ق. م: «هرگاه درخت در حالی که ثمر آن ظاهر گردیده به استحقاق برده شود مالک درخت به پرداخت اجرت مثل برای باغبان مکلف می گردد. در صورتی که درخت قبل از ظهور ثمر به استحقاق برده شود، باغبان مستحق هیچ چیزی شناخته نمی شود.» طبق نص این ماده، قانونگذار مدنی میان دو حالت تفکیک قایل شده است.

۵۷۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۳۰.
۵۷۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۱۸۰۵ و ۱۸۰۶.

نخست این که: اگر درخت در حالی که میوه آن ظاهر شده باشد، توسط شخص ثالث به نحوی که در مبحث بیع تفصیل آن گذشت، به استحقاق برده شود، عقد مساقات خود به خود فسخ می گردد و مالک مکلف است به باغبان اجرت مثل را، که تعریف آن گذشت، پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به باغبانی بدهد و میوه باغ پخته شود و جمشید در خصوص باغ اقامه دعوی مالکیت نماید و قاضی پس از اثبات مالکیت باغ توسط جمشید حکم نماید که احمد باغ را تسلیم جمشید نماید، عقد میان احمد و محمود فسخ می گردد و احمد مکلف است اجرت مثل را به محمود در برابر کار در باغ پرداخت نماید. دلیل پرداخت اجرت مثل این است که جمشید باغ و میوه های باغ را به استحقاق می برد و محمود نمی تواند در برابر کار خویش در باغ مستحق حاصلات باغ برحسب توافق با احمد شود و چاره ای جز پرداخت اجرت مثل توسط احمد به محمود نیست.

دوم این که: اگر قبل از ظهور میوه، درخت به استحقاق برده شود، باغبان مستحق دریافت جبران خسارت شناخته نمی شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، باغ قبل از این که میوه هایش پخته شود، توسط جمشید به استحقاق برده شود، محمود مستحق هیچ چیز شناخته نمی شود. نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، عادلانه نیست. دلیل ایراد این است که محمود برای احمد در باغ او کار می نماید و در برابر این کار هرچند باغ به استحقاق برده شود، باید اجرت مثل پرداخت شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم استحقاق میوه و باغ توسط شخص ثالث در عقد مساقات است.

(۲) اثر مساقات نسبت به دهقان یا عامل: طبق ق. م عقد مساقات موجب ایجاد آثار ذیل نسبت به عامل یا دهقان می گردد:

۱- انجام کار های ابتدایی مربوط به باغبانی: طبق ماده ۱۴۳۷ ق. م: «کارهای لازمی قبل از ظهور ثمر مانند آبیاری، پیوند، القاح و حفاظت بر باغبان و کار هایی که بعد از ظهور ثمر ضروری پنداشته می شود، مانند چیدن ثمر و امثال آن بر طرفین عقد لازم می باشد، مگر این که موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد.» طبق نص این ماده باغبان مکلف است کار های ضروری مربوط به باغبانی را از قبیل: بیل زدن، آبیاری، دواپاشی، پیوند و حفاظت از باغ، القاح و امثال اینها را قبل از ظهور میوه انجام دهد. القاح در لغت به معنی بارور کردن و ثمر در لغت به معنی میوه است.^{۵۷۷} اما، کار هایی که اجرای آنها بعد از ظهور میوه لازم است مانند چیدن میوه، انتقال آن و امثال اینها بر عهده طرفین لازم است. این اصل است. استثنای این اصل، توافق طرفین است. بنابراین، در صورتی که طرفین عقد توافق کرده باشند که کار هایی بعد از ظهور میوه را دهقان و یا صاحب باغ انجام دهد، چنین توافقی مدار اعتبار است و باید مطابق آن عمل شود. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به باغبانی بدهد، محمود مکلف است باغ را بیل بزند، درختان را پیوند نماید، باغ را حفاظت و آبیاری نماید و نظیر اینها. احمد مکلف است بعد از ظهور میوه در خصوص چیدن میوه ها با محمود همکاری نماید. اما، اگر احمد با محمود توافق نموده باشد که میوه را محمود بچیند و به فروش رساند و پول را با احمد تقسیم نماید، محمود مکلف است این کارها را انجام دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط باغبان و دهقان در خصوص کار های مربوط به باغ است.

۲- عدم صلاحیت باغبان مبنی بر به باغبانی دادن درخت به شخص دیگر: طبق ماده ۱۴۳۸ فقره اول ق. م: «(۱) باغبان نمی تواند بدون اجازه مالک درخت را به شخص دیگری به باغبانی بدهد. در صورت تخلف ثمر به مالک تعلق گرفته، باغبان دوم مستحق اجرت مثل باغبان اول گردیده و باغبان اول مستحق اجرت شناخته نمی شود.» طبق نص این ماده باغبان نمی تواند بدون اجازه مالک درختان باغ را به دیگری به باغبانی بدهد. زیرا، معمولاً و غالباً شخصیت باغبان نزد مالک باغ از اهمیت خاص برخوردار است. بنابراین، در صورتی که باغبان درختان را بدون اجازه مالک باغ به دیگری به باغبانی بدهد، در صورت تخلف، میوه باغ به مالک تعلق می گیرد، باغبان دومی مستحق اجرت المثل می شود. زیرا، وی در این عمل تقصیری ندارد و باغبان اولی به عنوان مجازات مدنی از مستحق اجرت شناخته نمی شود. استعمال کلمه درخت به سیغه مفرد در این ماده محل ایراد به نظر می رسد، زیرا امکان ندارد صرف یک درخت محل عقد مساقات قرار بگیرد. به حیث مثال، اگر حمیده باغ خویش را به محمود به باغبانی بدهد، دو حالت متصور است. نخست این که اگر محمود باغ را به جمشید به اجازه حمیده به باغبانی می دهد. در این صورت، عقد صحیح است. دوم این که اگر محمود باغ را بدون اجازه حمیده به جمشید به باغبانی بدهد، میوه متعلق به حمیده است، محمود به عنوان مجازات مدنی از عقد خارج می شود و جمشید مستحق اجرت مثل می گردد و حمیده مکلف است اجرت مثل را به جمشید

پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن صاحب باغ و تنظیم روابط صاحب باغ با شخص سوم است.

۳- عدم ذیصلاح بودن باغبان در قطع و غرس درخت: طبق ماده ۱۴۳۸ فقره دوم ق. م: «(۲) باغبان نمی تواند بدون اجازه مالک، اشجار تحت پرورش خود را قطع نماید و یا در باغ نهال غرس کند.» طبق نص این ماده باغبان نمی تواند بدون اجازه مالک درختان را قطع نماید و یا در باغ نهال غرس نماید مگر این که مالک باغ به وی اجازه بدهد. به نظر می رسد مبنای این قاعده، این اصل حقوقی است که تصریح می نماید زمانی که به ملک حق غیر تعلق بگیرد، شخص نمی تواند در آن تصرف نماید، مگر به اجازه غیر. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به باغبانی بدهد، محمود نمی تواند درختان را قطع نماید. همچنین، محمود نمی تواند در باغ نهال غرس نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد به محمود اجازه دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن صاحب باغ و تنظیم رابطه حقوقی باغبان با صاحب باغ است.

۴- عدم کشت نمودن زمین باغ مگر براساس عقد جدید مزارعه یا اجاره زمین زراعتی: طبق ماده ۱۴۳۸ فقره سوم ق. م: «(۳) کشت نمودن زمین باغ، بدون اجازه مالک جواز ندارد. در صورت موافقه به زرع احکام مربوط به عقد دهقانی و یا عقد اجاره زمین های زراعتی، در مورد رعایت می گردد.» طبق نص این ماده اگر باغ حاوی قطعه زمینی باشد که در آن درخت وجود نداشته و آماده کشت باشد، باغبان نمی تواند بدون اجازه صاحب باغ آن را کشت نماید. اما، اگر صاحب باغ اجازه دهد، باغبان می تواند به چنین عملی مبادرت ورزد، اما این عمل مزارعه یا اجاره زمین زراعتی که تفصیل هردو گذشت، تلقی گردیده و تابع احکام عقد مزارعه و یا اجاره زمین زراعتی است. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به باغبانی بدهد و محمود بخواهد قسمت های باغ را که فاقد درخت است کشت نماید، باید اجازه احمد را اخذ نماید. در صورت اعطای اجازه توسط احمد، احکام عقد دهقانی که تفصیل آن گذشت قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن صاحب باغ و تنظیم رابطه حقوقی باغبان با صاحب باغ است.

۵- تقسیم حاصل مطابق توافق: در مورد کیفیت تقسیم حاصلات درختان ق. م سکوت اختیار نموده است. اما، مطابق ماده ۱۲۲۶ مجله الاحکام: «در مسابقات صحیح حاصل بر اساس شرطی قابل تقسیم است که میان هر دو منعقد شده باشد.»

۵) انتهاء

عقد مسابقات در اثری یکی از اسباب چهارگانه: موت یکی از طرفین، انتهای مدت توافق شده، استحقاق، موت یکی از طرفین و ایجاد عذر و در نتیجه فسخ منتهی می گردد:

۱) موت یکی از طرفین: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: مسابقات در اثر موت یکی از طرفین باطل می گردد. زیرا، مسابقات به معنی اجاره است. اگر موت قبل از شروع به عمل مسابقات واقع شود، عقد منفسخ شده و طرفین نسبت به همدیگر التزام پیدا نمی نمایند. اما، اگر موت بعد از پخته شدن میوه واقع شود، عقد منفسخ شده و حاصل ثمر بین آنها مطابق توافق آنها تقسیم می شود. اما، اگر موت قبل از پخته شدن میوه واقع شود، فقهای حنفیه سه حالت را پیش بینی نموده اند:

۱- موت مالک قبل از پخته شدن میوه: طبق ماده ۱۴۴۲ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه مالک زمین هنگامی که ثمر تازه ظهور کرده وفات نماید، باغبان کمافی السابق به کار خود ادامه می دهد گرچه ورثه مالک، رضایت نداشته باشند؛ و (۲) در صورتی که باغبان ترک عمل را اراده نماید به اجراء عمل مجبور ساخته نمی شود، ورثه مالک زمین از خيارات سه گانه مندرج ماده (۱۴۴۱) این قانون استفاده نموده می توانند.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۱۴۴۱ ق. م است. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که هرگاه مالک زمین هنگامی که ثمر تازه ظهور کرده وفات نماید، باغبان کمافی السابق به کار خود ادامه می دهد گرچه ورثه مالک، رضایت نداشته باشند. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به باغبانی بدهد و احمد هنگامی که میوه های باغ ظاهر شوند وفات نماید، محمود مانند گذشته به کار باغبانی می تواند ادامه دهد هرچند ورثه احمد رضایت نداشته باشند. دوم این که اگر دهقان در صورت فوت صاحب باغ بخواهد تا به عمل مسابقات ادامه ندهد، ورثه میان انتخاب یکی از این سه مورد اختیار دارند: تقسیم میوه نارسیده مطابق توافق قبلی، دادن قیمت حصه باغبان به وی و یا مصارف لازم را به اذن قاضی الی

رسیدن ثمر به عهده گرفته بعداً با آنچه مصرف نموده بر حصه باغبان از ثمر رسیده رجوع کند. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به باغبانی بدهد و احمد وفات نماید و محمود نخواهد به باغبانی ادامه دهد اما میوه های باغ پخته نشده باشد، ورثه احمد می توانند میوه های نارسیده را با محمود تقسیم نمایند. همچنین، ورثه احمد می توانند قیمت سهم محمود از میوه ها را به محمود بدهند. همچنین، ورثه احمد می توانند مصارف باغ را الی پخته شدن میوه ها بر عهده بگیرند، به حیث مثال، باغبان دیگر استخدام نمایند و سپس مصارف را از سهم محمود وضع نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای عقد باغبانی که عبارت از انقضای مدت است و پیش بینی تکلیف عدم پخته شدن میوه است.

۲- موت عامل یا باغبان قبل از پخته شدن میوه: اگر دهقان وفات نماید در حالی که میوه پخته نشده باشد، ورثه وی قایم مقام وی قرار می گیرند و در صورتی که بخواهند می توانند به عمل مساقات ادامه بدهند. در چنین حالتی، صاحب باغ نمی تواند آنها را از ادامه عمل مساقات منع نماید. اما، اگر ورثه باغبان بخواهند تا به عمل مساقات ادامه ندهند، به این کار مجبور نمی شوند، اما صاحب باغ می تواند یکی از این سه امر را انتخاب نماید: تقسیم میوه نارسیده مطابق توافق قبلی، دادن قیمت حصه باغبان به وی و یا مصارف لازمه را به اذن قاضی الی رسیدن ثمر به عهده گرفته بعداً با آنچه مصرف نموده بر حصه باغبان از ثمر رسیده رجوع کند؛

۳- فوت مالک باغ و باغبان در زمان واحد: طبق ماده ۱۴۴۳ ق. م: «هرگاه مالک زمین و باغبان هر دو در حالی که ثمر تازه ظهور کرده وفات نمایند، ورثه باغبان بین دوام به عمل الی زمانی که قابلیت استفاده ثمر ظاهر گردد و ترک آن مخیر اند. در این حالت ورثه مالک زمین از خیارات مندرج ماده (۱۴۴۱) این قانون استفاده نموده می توانند.» طبق نص این ماده اگر مالک باغ و باغبان در زمان واحد وفات نمایند، ورثه آنها قایم مقام آنها قرار می گیرند و در صورتی که بخواهند می توانند به عمل مساقات ادامه بدهند. در چنین حالتی، ورثه صاحب باغ نمی توانند آنها را از ادامه عمل مساقات منع نمایند. اما، اگر ورثه باغبان بخواهند تا به عمل مساقات ادامه ندهند، به این کار مجبور نمی شود. ورثه صاحب باغ می تواند یکی از این سه امر را انتخاب نماید: تقسیم میوه نارسیده مطابق توافق قبلی، دادن قیمت حصه باغبان به وی و یا مصارف لازمه را به اذن قاضی الی رسیدن ثمر به عهده گرفته بعداً با آنچه مصرف نموده بر حصه باغبان از ثمر رسیده رجوع کند.

به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به باغبانی بدهد و احمد و محمود وفات نمایند و ورثه محمود نخواهد به باغبانی ادامه دهد اما میوه های باغ پخته نشده باشد، ورثه احمد می توانند میوه های نارسیده را با ورثه محمود تقسیم نمایند. همچنین، ورثه احمد می توانند قیمت سهم محمود از میوه ها را به ورثه محمود بدهند. همچنین، ورثه احمد می توانند مصارف باغ را الی پخته شدن میوه ها بر عهده بگیرند، به حیث مثال، باغبان دیگر استخدام نمایند و سپس مصارف را از سهم ورثه محمود وضع نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای عقد باغبانی که عبارت از وفات طرفین عقد در زمان واحد و پیش بینی تکلیف عدم پخته شدن میوه است.

(۲) انتهای مدت متفق علیها: طبق ماده ۱۴۴۱ ق. م: «هرگاه مدت باغبانی منقضی شود، عقد منتهی می گردد. اگر بالای درخت ثمری باشد که قابلیت استفاده در آن ظاهر نباشد، باغبان مخیر است که بدون اجرت الی زمان رسیدن ثمر به عمل خود ادامه دهد یا عمل را ترک کند. همچنین مالک درخت مخیر است که ثمر نا رسیده را عیناً طبق شروط موافقه شده تقسیم نماید یا برای باغبان قیمت حصه مستحقه اش را از آن اعطاء و یا مصارف لازمه را الی رسیدن ثمر به عهده گرفته بعداً با آنچه مصرف نموده بر حصه باغبان از ثمر رسیده رجوع کند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه مدت باغبانی منقضی شود، عقد منتهی می گردد. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را برای مدت یک سال به محمود به اجاره بدهد، با انقضای یک سال، عقد باغبانی منتهی می شود.

۲- اگر بالای درخت ثمری باشد که قابلیت استفاده در آن ظاهر نباشد، باغبان مخیر است که بدون اجرت الی زمان رسیدن ثمر به عمل خود ادامه دهد یا عمل را ترک کند. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را برای مدت نه ماه به محمود به باغبانی بدهد و نه سپری شود اما میوه های باغ هنوز پخته نشده و قابل استفاده نباشد، محمود می تواند بدون اجرت به باغبانی ادامه دهد یا عمل باغبانی را ترک نماید.

۳- مالک باغ مخیر است که ثمر نا رسیده را عیناً طبق شروط موافقه شده تقسیم نماید. به حیث مثال، در مثال بالا احمد می تواند میوه های خام باغ را مطابق شرایط عقد با محمود تقسیم نماید.

۴- مالک باغ می تواند برای باغبان قیمت حصه مستحقه اش را اعطاء نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد می تواند قیمت میوه های خام را که مربوط محمود می شود به محمود بدهد.

۵- مالک می تواند مصارف لازمه را الی رسیدن ثمر به عهده گرفته بعداً با آنچه مصرف نموده بر حصه باغبان از ثمر رسیده رجوع کند. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد مصارف لازم باغبانی را الی پخته شدن میوه بر عهده بگیرد. به عنوان نمونه، احمد باغبان دیگر استخدام نمایند و سپس این مصارف را از پول فروش میوه هایی که سهم محمود می شود، اخذ نماید.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که مدت مساقات بعد از پخته شدن میوه منتهی می گردد. در چنین حالت، میوه میان طرفین طبق توافق تقسیم می شود. گاه نیز ممکن است قبل از پخته شدن میوه مدت منتهی شود. در صورت انتهایی مدت، عقد مساقات هرچند منتهی می شود، اما استحساناً به بقای آن حکم می شود. در چنین حالت جهت دفع ضرر به باغبان مبنی بر ادامه عمل الی پخته شدن میوه بدون اجرت و ترک عمل مساقات اختیار داده می شود. در صورتی که باغبان با عمل ادامه بدهد، مستحق اجرت شناخته نمی شود. اما، اگر باغبان نخواهد به عمل ادامه بدهد، صاحب زمین میان انتخاب یکی از: تقسیم میوه نارسیده مطابق توافق قبلی، دادن قیمت حصه باغبان به وی و یا مصارف لازمه را به اذن قاضی الی رسیدن ثمر به عهده گرفته بعداً با آنچه مصرف نموده بر حصه باغبان از ثمر رسیده رجوع کند، مخیر است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهایی عقد باغبانی که عبارت از انقضای مدت و پیش بینی تکلیف عدم پخته شدن میوه است.

(۳) فسخ عقد مساقات در اثر استحقاق: طبق ماده ۱۴۳۹ ق. م: «هرگاه درخت در حالی که ثمر آن ظاهر گردیده به استحقاق برده شود مالک درخت به پرداخت اجرت مثل برای باغبان مکلف می گردد. در صورتی که درخت قبل از ظهور ثمر به استحقاق برده شود، باغبان مستحق هیچ چیزی شناخته نمی شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- در صورتی که درختانی که به مساقات داده شده است، به نحوی که تفصیل آن در باب بیع گذشت، به استحقاق برده شود، عقد مساقات فسخ می گردد. در چنین حالتی، اگر استحقاق بعد از ظهور میوه صورت پذیرد، عامل یا دهقان مستحق اجرت مثل می شود که مالک باغ باید آن را به وی پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد باغ درختان سیب خویش را به محمود به باغبانی بدهد و پس از این که میوه ها پخته شوند، جمشید در خصوص باغ اقامه دعوی نماید و با یکی از وسایل اثبات مانند سند، شاهد، سوگند و قرینه ثابت نماید که باغ متعلق به جمشید است و محکمه حکم نماید که احمد باغ و میوه های باغ را تسلیم جمشید نماید، جمشید باغ را به استحقاق می برد و احمد مکلف است به محمود اجرت مثل پرداخت نماید.

۲- اگر استحقاق قبل از ظهور میوه صورت پذیرد، باغبان یا عامل مستحق چیزی نمی شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، قبل از این که میوه های باغ پخته شوند، جمشید باغ را به استحقاق برد، محمود مستحق چیز نمی گردد. نص این ماده عادلانه به نظر می رسد. زیرا، در این صورت باغبان هیچ تقصیری ندارد و عادلانه نیست تا باغبان مستحق اجرت مثل نشود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهایی عقد باغبانی که عبارت از استحقاق است می باشد.

(۲) فسخ عقد مساقات در اثر عذر: طبق ماده ۱۴۴۰ ق. م: «هرگاه باغبان از اجراء عمل عاجز گردد یا از ظهور ثمر مطمئن نباشد، فسخ عقد باغبانی جواز دارد.» طبق نص این ماده هرگاه باغبان از اجراء عمل عاجز گردد یا از ظهور ثمر مطمئن نباشد، فسخ عقد باغبانی جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد باغ خویش را به محمود به باغبانی بدهد و محمود نتواند در اثر عذر، به حیث مثال، مریضی به باغبانی ادامه دهد، می تواند عقد را فسخ نماید. همچنین، اگر محمود مطمئن نباشد که باغ حاصل بدهد می تواند عقد را فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهایی عقد باغبانی که عبارت از حدوث عذر برای باغبان است می باشد. به موجب فقه عقد مساقات در اثر اعذاری مثل: مریضی باغبان و ضرورت پیدا نمودن صاحب باغ به فروش باغ منتهی می گردد.^{۵۷۸}

(د) اجاره موقوفه

۵۷۸ . جهت مطالعه بیشتر در مورد انتهایی عقد مساقاة ر. ک: وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۷۲۱-۴۷۲۶ و (____) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۱۳۷-۱۴۶.

نوع چهارم اجاره طبق ق. م اجاره وقف است که نویسندگان ق. م احکام آن را از ق. م. ج. م ترجمه نموده اند. به نظر می رسد نویسندگان ق. م. ج. م نیز این احکام را از فقه اقتباس نموده اند. در جلد منابع حقوقی مدنی، تطبیق قانون از حیث زمان و اشخاص در باب وقف بالتفصیل بحث صورت گرفت. بنابراین، در این مبحث صرف مطالب مربوط به اجاره وقف را مورد مطالعه قرار می دهیم. این مطالب به این پرسش ها جواب می دهد که: کی صلاحیت اجاره موقوفه را دارد؟ به کی موقوفه می تواند به اجاره داده شود؟ برای چه مدت موقوفه می تواند به اجاره داده شود؟ و شرایط مربوط به اجرت در اجاره موقوفه؟

۱) چه کسی صلاحیت اجاره وقف را دارد؟

طبق ماده ۱۴۲۵ ق. م: «ناظر وقف، ولایت اجاره وقف را دارا بوده و موقوف علیه، این ولایت را ندارند مگر اینکه از جانب وقف کننده متولی باشد یا از جانب شخصی که ولایت اجاره را دارد، مانند قاضی یا ناظر او اجازه داده شده باشد.» ناظر اسم فاعل از ریشه «نظر» گرفته شده است که در لغت به معنی بیننده، نظر کننده و نگرنده است.^{۵۷۹} در اصطلاح حقوقی ناظر عبارت از شخصی است که از کاری نظارت می نماید مانند ناظر وقف، ناظر انتخابات، ناظر جلسه ولسی جرگه و مشرانو جرگه و نظیر اینها. ولایت از ریشه «ولی» گرفته شده است^{۵۸۰} که در لغت به معنی محبت و کمک است. همچنین ولایت در لغت به معنی سلطه،^{۵۸۱} فرمانروایی، حکومت کردن، دوستی، قرابت و خویشاوندی است.^{۵۸۲} موقوف علیه شخصی است که وقف برای او صورت گرفته است. متولی اسم فاعل از ریشه «ولی» گرفته شده است که در لغت به معنی سرپرست است. در اصطلاح حقوق مدنی، متولی شخصی است که از امور مال موقوفه سرپرستی می نماید.^{۵۸۳}

طبق نص این ماده شخصی که صلاحیت اجاره موقوف را دارد همان ناظر وقف است. همچنین، موقوف علیه یا شخصی که وقف به او صورت گرفته باشد، در صورتی که متولی واقف و یا قاضی باشد به صفت متولی نه موقوف علیه، این صلاحیت را دارد. زیرا، اگر قاضی یا ناظر به موقوف علیه اجازه اجاره دادن موقوف را بدهد، اجاره وی صحیح است. به حیث مثال، اگر احمد مارکیت تجارتی خویش را وقف نماید و اساسنامه آن را ثبت وزارت حج، ارشاد و اوقاف نماید، محمود ناظر وقف که از طرف وزارت حج، ارشاد و اوقاف مطابق قواعدی که تفصیل آن در جلد اشخاص این کتاب گذشت، می تواند این مارکیت را به اجاره گیرندگان به اجاره بدهد. اگر در مثال بالا، وقف به جمشید صورت گرفته باشد، جمشید نمی تواند مارکیت را به دوکانداران به اجاره بدهد. زیرا، جمشید کسی است که وقف برای او صورت گرفته است. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد در وقت وقف، یا وزارت حج، ارشاد و اوقاف یا قاضی محکمه ذیصلاح این صلاحیت را به جمشید داده باشد. بنابراین، در صورتی که جمشید متولی وقف باشد، می تواند مارکیت تجارتی را به دوکانداران به اجاره بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر اشخاصی است که صلاحیت اجاره یا کرایه دادن عین موقوفه را دارند.

طبق ماده ۱۴۴۶ ق. م: «ولایت قبض اجرت مختص به ناظر بوده نه به موقوف علیه، مگر این که ناظر به وی اجازه قبض اجرت را داده باشد.» طبق نص این ماده ولایت اخذ اجرت مختص ناظر است. مستأجر وقف نمی تواند اجرت موقوف را به موقوف علیه هرچند استحقاق وی انحصاری باشد پرداخت نماید. زیرا، موقوف علیه مستحق منفعت وقف می شود نه اداره آن و قبض اجرت عملی از اعمال مربوط به اداره وقف است. باوجوداین، اگر موقوف علیه اجرت وقف را به اذن ناظر قبض نماید، چنین قبضی صحیح است، اما موقوف علیه این کار را صرف به حیث وکیل ناظر می تواند انجام دهد. در نتیجه، اگر مستأجر اجرت موقوفه را به دیگری پرداخت نماید، ناظر وقف می تواند بر وی مراجعه و پرداخت اجرت موقوفه را مطالبه نماید. مستأجر نیز می تواند به شخصی که اجرت را پرداخته، مراجعه و استرداد اجرت را مطالبه نماید. همچنین، اگر ناظر عزل گردد، پرداخت اجرت به وی صحیح نیست. در چنین حالتی، مستأجر باید اجرت را به ناظری که قایم مقام وی قرار می گیرد، پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد مارکیت تجارتی خویش را وقف محمود نماید و وزارت حج، ارشاد و اوقاف جمشید را ناظر وقف تعیین نماید و جمشید مارکیت را به کرایه بدهد، جمشید نمی تواند کرایه دوکان های مارکیت را بگیرد. این اصل است. استثنای این اصل و قاعده این است که جمشید به

579. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/12/ 2017).

۵۸۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۴۸.

۵۸۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۱.

۵۸۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹۴.

۵۸۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۰۸.

محمود این اجازه را بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی شخصی است که صلاحیت اخذ و گرفتن کرایه مال موقوفه را دارد.

۲) چه کسی می تواند موقوفه را به اجاره بگیرد؟

طبق ماده ۱۴۵۰ ق. م: «ناظر نمی تواند وقف را برای شخص خود به اجاره بگیرد، گرچه به اجوره مثل باشد». طبق نص این ماده ناظر نمی تواند موقوفه را برای خود به اجاره بگیرد، هرچند این اجاره در برابر اجرت مثل باشد. علت این امر این است که ناظر خود مؤجر است و اگر بتواند موقوفه را به خود به اجاره بگیرد، مستأجر و در نتیجه موجب وارد شدن تهمت به وی می گردد. همچنین، دلیل دیگر نص این ماده جلوگیری از تعارض منافع است. زیرا، اگر یک شخص هم ناظر و هم اجاره گیرنده زمین موقوفه باشد، این امر موجب ایجاد تعارض منافع می شود. اما، ناظر می تواند به سایر اشخاص با رعایت شرط مدت و اجرت موقوفه را به اجاره بدهد. به حیث مثال، اگر احمد مارکیت تجارتی خویش را وقف محمود نماید و وزارت حج، ارشاد و اوقاف جمشید را ناظر وقف تعیین نماید، جمشید نمی تواند مارکیت را به دلیل ایجاد تعارض منافع به خود کرایه بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از تعارض منافع و حصر شخصی است که نمی تواند مال موقوفه را به کرایه بگیرد.

۳) شرط مربوط به مدت اجاره موقوفه

طبق ق. م مدت اجاره موقوفه تابع قواعد ذیل است:

۱) ۱۴۴۷ ق. م: «شرطی که راجع به وقف کننده وضع گردیده رعایت می گردد و متولی نمی تواند مدتی را تغییر دهد که وقف کننده برای اجاره وقف تعیین کرده است». طبق نص این ماده در مورد مدت اجاره اگر واقف شرط گذاشته باشد، متولی وقف که تعریف آن در بالا گذشت مکلف است این شرط را رعایت نماید. به حیث مثال، اگر احمد مارکیت خویش را وقف نماید و شرط گذارد که مارکیت برای مدت یک سال به اجاره داده شود، متولی وقف مکلف است این مدت را رعایت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای شرط واقف در خصوص مدت اجاره عین موقوفه است.

۲) طبق ماده ۱۴۴۸ ق. م: «هرگاه مدت اجاره از طرف وقف کننده تعیین نشده باشد، مدت اجاره در خانه و دوکان یک سال و در زمین سه سال تعیین می گردد، مگر این که در مورد خانه و دوکان زیادت مدت و در مورد زمین تنقیص مدت مصلحت دیده شود». طبق نص این ماده ناظر می تواند موقوفه را برای مدت سه سال به اجاره دهد. باوجوداین، ق. م با اقتباس از ق. م. ج. م میان اجاره موقوفه زمین و خانه و دوکان تفکیک قایل شده، اجاره دوکان را برای مدت دو سال و اجاره موقوفه زمین را برای مدت سه سال تعیین نموده است. در نتیجه، اجاره اراضی نباید از سه سال و از خانه و دوکان نباید از دو سال تجاوز نماید. در تجاوز مدت اراضی از سه سال و از خانه و دوکان از مدت دو سال تفاوت نمی کند که اجاره توسط عقد واحد صورت پذیرد یا عقود متعدد، مانند اینکه: ناظر خانه و دوکان را در ضمن عقد واحد مثلاً برای مدت چهار سال به اجاره بدهد و یا خانه و دوکان را ضمن یک عقد برای شخص واحد برای مدت دو سال و بعد از انقضای مدت باز برای مدت دو سال دیگر به اجاره بدهد.

این اصل است. استثنای این اصل این است که در مورد اجاره خانه و دوکان زیادت و در مورد زمین تنقیص مدت مصلحت باشد. زیادت در لغت به معنی افزونی، افزون شدن، زیاد شدن و بسیار شدن است.^{۵۸۴} تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۵۸۵} به حیث مثال، اگر احمد دوکان، خانه و زمین خویش را وقف نماید و مدت اجاره یا کرایه دادن دوکان، خانه و زمین را قید ننماید، ناظر وقف می تواند خانه و دوکان را برای مدت یک سال و زمین را برای مدت سه سال به اجاره بدهد. در صورت وجود مصلحت، ناظر وقف می تواند دوکان و خانه را برای مدت بیشتر از یک سال و در صورت وجود مصلحت زمین را برای مدت کمتر از سه سال به اجاره بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم مدت اجاره در اجاره موقوفه در صورتی که مدت توسط واقف تعیین نشود است.

۳) طبق ماده ۱۴۴۹ ق. م: «(۱) به استثنای حالت ضروری اجاره خانه یا زمین موقوفه برای مدت طولانی با عقود پیهام جواز ندارد؛ (۲) اگر ناظر به حکم ضرورت جهت آبادی مال موقوفه مجبور گردد، می تواند به اجازه محکمه مدت اجاره را متجاوز از حدود

584. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/12/ 2017).

585. Ibid, (Last visit: 31/12/ 2017).

مصرحه ماده (۱۴۴۸) این قانون تعیین نماید مشروط بر اینکه از مدت عادی عمر انسان بیشتر نباشد.». نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۱۴۴۸ ق. م است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- به استثنای حالت ضروری اجاره خانه یا زمین موقوفه برای مدت طولانی با عقود پیهام جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد خانه یا زمین خویش را وقف نماید و محکمه یا وزارت حج و اوقاف برای آن ناظر تعیین نماید، ناظر نمی تواند برای مدت طولانی خانه و زمین را به عقد های پیهام به اجاره بدهد. به عنوان نمونه، خانه موقوفه را برای مدت دو سال و بعد از سپری شدن مدت برای مدت دو سال دیگر به اجاره بدهد. قانونگذار مدنی در نص این ماده از مدت طولانی سخن می گوید و حداکثر آن را قید نکرده است که محل ایراد است. با توجه به نص ماده ۱۴۴۸ ق. م که مدت اجاره خانه و دوکانه موقوفه یک سال و مدت اجاره زمین موقوفه سه سال است به نظر می رسد اجاره در نص ماده ۱۴۴۹ ق. م بیشتر از مدت های پیش بینی شده در ماده ۱۴۴۸ ق. م است. اما، ناظر می تواند در حالت ضرورت خانه و زمین موقوفه را برای مدت بیشتر از یک و سه سال به اجاره بدهد. قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۴۴۹ ق. م مصداق های حالت ضرورت را پیش بینی نکرده است که محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد که یکی از مصداق های حالت ضرورت، نیاز ناظر به پول جهت ترمیم مال موقوفه است. به نظر می رسد این مصداق را می توان از نص فقره ۲ ماده ۱۴۴۹ ق. م استنباط کرد.

۲- اگر ناظر به حکم ضرورت جهت آبادی مال موقوفه مجبور گردد، می تواند به اجازه محکمه مدت اجاره را متجاوز از حدود مصرحه ماده (۱۴۴۸) این قانون تعیین نماید مشروط بر اینکه از مدت عادی عمر انسان بیشتر نباشد. به حیث مثال، اگر احمد خانه یا زمین خویش را وقف نماید و محکمه یا وزارت حج و اوقاف برای آن ناظر تعیین نماید، ناظر در حالت ضرورت، به عنوان نمونه، در صورتی که مال موقوفه به مخروبه تبدیل شده و ضرورت به احیای مجدد داشته باشد بعد از اخذ اجازه از محکمه، برای مدت بیشتر از سه سال به طور استثنایی به اجاره بدهد. اما، در این اجاره شرط است که مدت اجاره از مدت عمر انسان بیشتر نباشد. به نظر می رسد طبق نص این ماده حداکثر مدتی که ناظر می تواند مال موقوفه به اجاره بدهد، طول عمر انسان است. طول عمر انسان ملاک مناسبی به نظر نمی رسد. زیرا، طول عمر انسان ها می تواند کم یا زیاد باشد. به حیث مثال، برخی انسان های شصت سال، برخی پنجاه سال، برخی هفتاد سال و ... عمر می نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم مدت اجاره موقوفه و استثنای آن است.

متحدالمال شماره (۱۲۵۵ - ۱۳۲۸) مؤرخ ۱۳۹۷/۷/۱۶، ریاست دارالانشاء که به اساس مصوبه شماره (۵۴۰) مؤرخ ۱۳۹۳/۶/۲۰، شورای عالی ستره محکمه ج.ا.ا. تعمیم یافته است
استهدائیة شماره (۲۹۵۹) مؤرخ ۱۳۹۷/۴/۱۲ ریاست محکمه استیناف ولایت هرات به شرح ذیل مواصلت ورزیده بود:
محترما! از چندی بدین سو یک تعداد افراد در ولایت هرات طی در خواستی عنوانی ریاست حج و اوقاف خواستار به اجاره گرفتن اراضی اوقافی این ولایت به مدت های بیش از سه سال شده اند که بعضی از آنها خواستند که اراضی اوقافی را حتی تا بیش از پنجاه سال به اجاره بگیرند و از ریاست حج و اوقاف تقاضاء عقد قرارداد را در زمینه نموده اند، ریاست محترم حج و اوقاف این ولایت مطابق به فقره (۲) ماده (۱۴۴۸) قانون مدنی کشور چون اجاره دادن اراضی اوقافی بالاتر از سه سال ضرورت به اذن و اجازه محکمه دارد، چند مورد را به این ریاست احاله داده است نظر به اینکه موضوع اراضی اوقافی بوده اوراق مذکور را محول دیوان حقوق عامه ریاست محترم محکمه شهری هرات نمودیم که دیوان مذکور با استدلال به اینکه بعضی افراد و اشخاص میخواهند بالای اراضی مذکور فارم تأسیسات بناء کند و بعضی میخواهد اراضی مذکور را اصلاح و قابل زرع بسازند؛ بناء صدور همچو تجاوز از صلاحیت محکمه ابتدائیه تجارتی است و اما ریاست محکمه ابتدائیه تجارتی با استدلال اینکه در ماده اول قانون اصول محاکمات تجارتی تصریح شده است که رسیده گی به تمام اختلافات که از معاملات تجارتی نشأت میکند وظایف محاکم ثلاثه تجارتی بوده و تابع احکام این قانون میباشد و به همین قسم ماده سوم قانون مذکور چنین صراحت دارد که محاکم تجارتی مکلف است به دعوی تجارتی مطابق به اصولنامه تجارت و این قانون رسیده گی نماید؛ بناء محکمه تجارتی به اختلافات و دعاوی که ناشی از معاملات تجارتی است صلاحیت رسیده گی دارد. استثناء میتواند تجویز فروش جایداد های غیر منقول را که به اساس قانون رهن اموال غیر منقول به تضمین دین در بانک ها است را بدهد نظر به اینکه همچو موارد در این محکمه سابقه نداشته است، استدعا

مینماییم؛ تا صلاحیت رسیده گی و صدور تجویز به اجاره دادن املاک اوقافی را در پرتو احکام قانون مشخص سازند که از صلاحیت کدام محکمه میباشد در زمینه طالب هدایت می باشیم.

استهداثیه فوق جنساً غرض ابراز نظر بریاست تدقیق و مطالعات محول گردید. آن اداره محترم نظر تدقیقی خویش را در مورد ذیلاً ابراز نموده اند.

ریاست محکمه استیناف ولایت هرات چنین استهداء نموده است که:

ریاست حج و اوقاف آن ولایت بعضاً طی قرار داد زمین های وقفی را به اشخاص غرض کشت و زرع و یا اعمار تأسیسات به اجاره میدهد. صلاحیت به اجاره دادن آن مربوط به محکمه تجارتی است یا دیوان حقوق عامه که به ملاحظه آن ذیلاً ابراز نظر میگردد:

چنانچه در متن استهداثیه ذکر است مطابق فقره (۲) ماده (۱۴۴۹) قانون مدنی افغانستان در اجاره دادن زمین های وقفی که مدت اجاره آن بالاتر از سه سال باشد، اجازه محکمه شرط است.

بناءً به دلیل اینکه یک طرف عقد ریاست ارشاد، حج و اوقاف می باشد برای جلوگیری از مواضعه و حیف و میل همچو زمین های که در متن استهداثیه ذکر است، اجازه آن از صلاحیت دیوان حقوق عامه بوده دیوانهای مربوطه حین اتخاذ تجویز هدایت مندرج ماده (۱۰۸) قانون امور زمینداری منتشره جریده رسمی شماره (۱۲۵۴) مؤرخ ۱۳۹۶/۱/۲۶ را رعایت نمایند، ماده قانون مذکور چنین مشعر است:

«احداث سرک اعمار ساختمان، تأسیسات و سایر فعالیت های غیر زراعتی بالای زمین های زراعتی مجاز نمی باشد.

در حالات ضروری وزارت ها، ادارات دولتی و شاروالی ها مکلف اند، در زمینه قبلاً موافقه اداره اراضی و منظوری رئیس جمهور را کسب نمایند.»

همچنان اگر زمین های وقفی از جمله زمین های زراعتی باشد، تجویز قضایی در امور غیر زراعتی صادر شده نمیتواند. بناءً محاکم مربوطه با رعایت مواد فوق الذکر و احکام قوانین نافذه کشور در مورد تصمیم مقتضی و قانونی اتخاذ نمایند.

مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب بر آن در جلسه مؤرخ ۱۳۹۷/۶/۲۰ شورایعالی مطرح و طی تصویب شماره (۵۴۰) در زمینه هدایت ذیل صدور یافت:

نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید است. به منظور تعمیم آن به جمیع محاکم متحدالمال گردد.

مراتب مندرج تصویب شماره فوق، ذریعه نامه شماره (۶۲۳) مؤرخ ۱۳۹۷/۷/۱۱ به محکمه استیناف ولایت هرات اخبار گردیده است، از اینکه موضوع جنبه عام داشته بدینوسیله به عموم محاکم استیناف ولایات و مراجع مربوط نیز ابلاغ میگردد؛ تا مطابق به آن اجراءات مقتضی و قانونی صورت گیرد.^{۵۸۶}

۴) شرط مربوط به اجرت موقوفه

طبق ماده ۱۴۵۲ فقره دوم دوم ق. م: «(۲) در صورتی که وقف از طرف ناظر به غبن فاحش به اجاره داده شده باشد، اجاره گیرنده مکلف است اجر مثل را تکمیل نماید، در غیر آن اجاره فسخ می شود.» طبق نص این ماده ناظر نمی تواند موقوفه را به غبن فاحش به اجاره بدهد. در صورتی که ناظر موقوفه را با غبن فاحش به دیگری به اجاره بدهد، عقد اجاره باطل نیست. اما، ناظر می تواند طبق ق. م تکمیل اجرت را مطالبه نماید. اگر مستأجر از تکمیل اجرت مثل امتناع ورزد، ناظر می تواند عقد اجاره را فسخ نماید. تعریف غبن فاحش در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت. به حیث مثال، اگر ناظر وقف مال موقوفه را به احمد پانزده فیصد کمتر از نرخ معمولی به اجاره بدهد، غبن فاحش متحقق است. در این صورت، احمد مکلف است اجرت مثل را به ناظر پرداخت نماید. اجرت مثل اجرتی است که توسط مختصصین، عرف و نرخ بازار تعیین می شود. در صورت عدم پرداخت اجرت مثل توسط احمد، ناظر وقف می تواند عقد اجاره را فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم شرط مربوط به اجرت عین موقوفه است.

۵۸۶. احمد فهیم قویم (۱۳۹۸). مجموعه متحدالمال های ۱۳۹۴-۱۳۹۷، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، صص ۲۴۹-۲۵۱.

همانطوری که ناظر نمی تواند موقوفه را در برابر اجرتی که متضمن غبن فاحش باشد به اجاره بدهد، نمی تواند موقوفه را در برابر اجرت کمتر از اجرت مثل به اجاره بدهد. ماده ۲۱۲ مجله الاحکام در تعریف اجرت مثل می گوید: «اجرت مثل اجرتی است که اهل خبره بی غرض آن را تعیین نموده باشد». در مورد عدم جواز موقوفه به در برابر اجرت کمتر از اجرت مثل ماده ۱۴۵۱ ق. م حکم می نماید که: «اجاره به کمتر از اجر مثل جواز ندارد، مگر به تفاوت ناچیز، گرچه اجاره دهنده یگانه شخص مستحق باشد که ولایت تصرف در وقف را داشته باشد». طبق نص این ماده اجاره به کمتر از اجر مثل جواز ندارد، مگر به تفاوت ناچیز، گرچه اجاره دهنده یگانه شخص مستحق باشد که ولایت تصرف در وقف را داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را وقف نماید و محکمه یا وزارت حج، ارشاد و اوقاف بر آن محمود را ناظر تعیین نماید، محمود نمی تواند این زمین را در برابر اجرتی کمتر از اجرت مثل به اجاره بدهد. تعریف اجرت مثل در بالا گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم شرط اجرت در اجاره موقوفه است.

طبق ماده ۱۴۵۲ فقره اول ق. م: «(۱) معیار در اجاره وقف، اجرت مثل زمانی است که در آن عقد اجاره منعقد گردیده است تغییرات بعدی در آن تأثیر ندارد». طبق نص این ماده معیار در تعیین اجرت مثل زمان انعقاد عقد است. به حیث مثال، اگر احمد صد جریب زمین خویش را وقف نماید و محکمه یا وزارت حج، ارشاد و اوقاف بر آن محمود را ناظر تعیین نماید و ناظر در تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۸ این زمین را به اجرت مثل به جمشید به اجاره بدهد، اجرت مثلی که در جریان ماه حمل سال ۱۳۹۸ معمول است ملاک و معیار قرار داده می شود. زیرا، عقد اجاره در جریان این ماه منعقد می شود. اگر شش ماه بعد مقدار اجرت مثل کاهش یا افزایش یابد، بر صحت عقد تأثیر ندارد و جمشید مکلف است اجرت مثلی را که در جریان ماه حمل سال ۱۳۹۸ در بازار معمول بوده است، در عرف معروف بوده است یا اهل خبره مقدار آن را تعیین کرده است پرداخت نماید. بنابراین، اگر اجرت مثل فی جریب زمین در اول ماه حمل سال ۱۳۹۸ مبلغ بیست هزار باشد و شش ماه بعد این مقدار به پانزده هزار کاهش یا به سی هزار افزایش یابد، بیست هزار افغانی ملاک و معیار قرار می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط اجرت در اجاره مال موقوفه است.

۵) آثار اجاره موقوفه

طبق ماده ۱۴۵۵ ق. م: «احکام عقد اجاره بر اجاره وقف تطبیق می گردد، مگر اینکه با احکام مندرج این مبحث متناقض باشد». طبق نص این ماده احکام عقد اجاره بر اجاره وقف تطبیق می گردد. این اصل است. به حیث مثال، در اجاره مال موقوفه ناظر مانند اجاره دهنده مکلف است موقوفه را به مستأجر تسلیم، ضمان عیوب پوشیده و استحقاق آن را به مستأجر پرداخت نماید. همچنین، مستأجر مکلف است اجرت موقوفه را به مؤجر (ناظر) پرداخت نماید. استثنای این اصل این است که احکام عقد اجاره متناقض با احکام مندرج ق. م در خصوص اجاره مال موقوفه باشد. در صورت تناقض، احکام اجاره وقف ارجحیت دارد. دلیل این ارجحیت قاعده کلی اصولی است که در صورت تعارض میان عام و خاص، خاص مرجح است. احکام عقد اجاره عام و احکام اجاره موقوفه خاص است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده فراهم ساختن زمینه تطبیق احکام عقد اجاره بر اجاره موقوفه و در صورت تعارض، ترجیح احکام اجاره موقوفه بر احکام عقد اجاره است. برخی از آثار و احکام خاص اجاره موقوفه قرار ذیل است:

۱) طبق ماده ۱۴۵۳ ق. م: «(۱) هرگاه بناء وقفی به اعمار ضرورت داشته و اجاره گیرنده به اجازه ناظر از مال خود به آن اقدام کند، در صورتی که اکثر منافع عمارت به وقف عاید باشد، اجاره گیرنده می تواند تادیبه مصارف مذکور را از حاصل وقف از ناظر مطالبه نماید گرچه رجوع اجاره گیرنده قبلاً شرط نشده باشد؛ و (۲) اگر اکثر منافع عمارت به اجاره گیرنده عاید باشد، بدون وجود شرط قبلی بر ناظر رجوع کرده نمی تواند. هرگاه اجاره گیرنده یا مستحق بدون اجازه ناظر به اعمار بنائی از مواد مخروبه وقف بپردازد و بناء طوری ساخته شده باشد که اگر منهدم گردد بدون مواد تخریب شده قیمت دیگری از آن باقی نماند، بناء جزء وقف شمرده شده اجاره گیرنده حق رجوع را ندارد». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه بناء وقفی به اعمار ضرورت داشته و اجاره گیرنده به اجازه ناظر از مال خود به آن اقدام کند، در صورتی که اکثر منافع عمارت به وقف عاید باشد، اجاره گیرنده می تواند تادیبه مصارف مذکور را از حاصل وقف از ناظر مطالبه نماید گرچه رجوع اجاره گیرنده قبلاً شرط نشده باشد. به حیث مثال، اگر احمد سرای یا مارکیت خویش را وقف نماید و وزارت حج، ارشاد و

اوقاف یا محکمه محمود را ناظر وقف تعیین نماید و محمود مارکیت را به جمشید به اجاره بدهد و مارکیت ضرورت به ترمیم مانند رنگمالی، ترمیم کلکین ها، دروازه ها و نظیر اینها داشته باشد و جمشید مارکیت را به اجازه محمود با پول شخصی خویش ترمیم و اعمار نماید و مارکیت در نتیجه کرایه دادن عاید حاصل نماید، جمشید می تواند به محمود مراجعه و پولی را که صرف ترمیم مارکیت تجاری نموده است از محمود مطالبه نماید. در چنین حالتی، فرق نمی کند که رجوع جمشید بر محمود شرط شده باشد یا خیر. بنابراین، اگر در قرارداد اجاره پیش بینی شده باشد که اجاره گیرنده وقف می تواند در صورتی ترمیم عین موقوفه از پول خویش به ناظر وقف رجوع نماید یا پیش بینی نشده باشد، در هر دو حالت اجاره گیرنده موقوفه می تواند به ناظر مراجعه نماید.

۲- اگر اکثر منافع عمارت به اجاره گیرنده عاید باشد، بدون وجود شرط قبلی بر ناظر رجوع کرده نمی تواند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا مارکیت تجاری در برابر اجوره ناچیز به جمشید به اجاره داده شده باشد، اما جمشید در مارکیت کار نماید و در نتیجه آن عاید حاصل نماید و عایدی که جمشید حاصل می نماید نسبت به عایدی که ناظر وقف از ناحیه اجاره مارکیت عاید می نماید، بیشتر باشد، جمشید در صورت ترمیم مارکیت تجاری از پول شخصی خویش نمی تواند به محمود مراجعه و پرداخت مصارف را مطالبه نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که جمشید دریافت این مصارف را در قرارداد شرط گذاشته باشد. به حیث مثال، در قرارداد شرط گذاشته باشد که در صورتی که مارکیت را از پول شخصی خویش ترمیم نماید، می تواند مصارف آن را از اجاره دهنده مطالبه نماید.

۳- هرگاه اجاره گیرنده یا مستحق بدون اجازه ناظر به اعمار بنائی از مواد مخروبه وقف بپردازد و بناء طوری ساخته شده باشد که اگر منهدم گردد بدون مواد تخریب شده قیمت دیگری از آن باقی نماند، بناء جزء وقف شمرده شده اجاره گیرنده حق رجوع را ندارد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید بدون اجازه محمود از مواد مخروبه مارکیت تجاری دوکان بسازد و دوکان به گونه ای ساخته شده باشد که در صورت تخریب دوکان بدون مواد تخریب شده قیمت دیگری نداشته باشد، خود دوکان جزء مال موقوفه تلقی می گردد و جمشید نمی تواند برای دریافت مصارف به محمود مراجعه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم خاص اجاره وقف است.

۲) طبق ماده ۱۴۵۴ ق. م: «هرگاه اجاره گیرنده علایم وقف را تغییر دهد، طوری که آن را تماماً یا قسماً تخریب نموده مجدداً به اعمار آن به شکل دیگری بپردازد، در صورتی که تغییر وارده به نفع وقف باشد، بناء به حال خود باقی مانده اجاره گیرنده متبرع پنداشته شده، مستحق اجر مثل می گردد و در صورتی که تغییر وارده به نفع وقف نباشد، به تخریب بناء و اعاده آن به شکلی اولی امر می گردد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- هرگاه اجاره گیرنده علایم وقف را تغییر دهد، طوری که آن را تماماً یا قسماً تخریب نموده مجدداً به اعمار آن به شکل دیگری بپردازد، در صورتی که تغییر وارده به نفع وقف باشد، بناء به حال خود باقی مانده اجاره گیرنده متبرع پنداشته شده، مستحق اجر مثل می گردد. متبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشنده است.^{۵۸۷} در اصطلاح حقوق مدنی، شخصی که عمل تبرع را انجام می دهد متبرع نامیده می شود. تعریف اجرت مثل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد سرای یا مارکیت خویش را وقف نماید و وزارت حج، ارشاد و اوقاف یا محکمه محمود را ناظر وقف تعیین نماید و محمود مارکیت را به جمشید به اجاره بدهد و مارکیت ضرورت به ترمیم مانند رنگمالی، ترمیم کلکین ها، دروازه ها و نظیر اینها داشته باشد و جمشید شکل مارکیت را به طور کلی یا جزئی تغییر دهد، در صورتی که این تغییر به نفع زمین موقوفه تمام شود، جمشید متبرع شناخته شده و مستحق اجرت مثل می گردد.

۲- در صورتی که تغییر وارده به نفع وقف نباشد، به تخریب بناء و اعاده آن به شکلی اولی امر می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، تغییراتی که جمشید در عین موقوفه وارد نموده است، به نفع مال موقوفه نباشد، جمشید مکلف است آن را از بین ببرد و مال موقوفه را به حالت اولی در آورد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم خاص اجاره وقف است.

مبحث دوم) عاریت

نوع دوم عقود إنتفاع عاریت است که به موجب آن مستعیر می تواند از منفعت عین مستعاره متمتع شود. جلد سوم، باب دوم، فصل دوم، مواد ۱۲۵۶ الی ۱۲۱۶ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م، فقه و مجلّة الاحکام اقتباس نموده اند. عاریت برخلاف اجاره از عقود کم اهمیت است زیرا در توسعه اقتصاد و تجارت نقش مهم ندارد و میان اعضای فامیل و دوستان در خصوص اموالی که معمولاً قیمت آنها اندک است صورت می گیرد.

گفتار اول) تعریف، ارکان و انعقاد

الف) تعریف و مصادر مشروعیت

طبق ماده ۱۴۵۶ ق. م: «عاریت عبارت است از تعهد عاریت دهنده به تسلیم منفعت عین به عاریت گیرنده بدون عوض برای مدت معین یا غیر معین، به این شرط که بعد از استعمال آن را اعاده کند.» عاریت مشتق از عار است و به معنی ننگ می باشد. چون عاریت گیرنده از عاریه خواستن ننگ و عار دارد عقد مزبور را عاریه گویند. برخی دیگر نیز گفته اند عاریت از تعاور گرفته شده است که به معنی تداول و تناوب با رد دوباره آن است. شخصی که مال را به عاریت می دهد، معیر، شخصی که مال را از دیگری به عاریت می گیرد، مستعیر و شی ای که به عاریت داده می شود عین مستعاره نامیده می شود.^{۵۸۸} طبق نص این ماده عاریت عبارت است از تعهد عاریت دهنده به تسلیم منفعت عین به عاریت گیرنده بدون عوض برای مدت معین یا غیر معین، به این شرط که بعد از استعمال آن را اعاده کند.

به حیث مثال، اگر احمد کتاب خود را به محمود دوست خویش برای یک هفته بدون عوض بدهد تا آن را مطالعه نماید و بعد از مطالعه کتاب را به احمد برگرداند، چنین عملی عاریت است. در این مثال، احمد عاریت دهنده و محمود عاریت گیرنده است. در این مثال، احمد صرف منفعت کتاب را به محمود تملیک نموده است. همچنین، در این مثال، عاریت بدون عوض است. مدت عاریت در این مثال، یک هفته است. همچنین، اگر یک شخص موتر و بایسکل خود را به دوست خود بدهد تا دوست وی از منفعت آن انتفاع بگیرد و پس از آن، موتر و بایسکل را به شخصی که بایسکل و موتر را به وی به عاریت داده است، رد نماید، این عمل عاریت است. همین طور است گرفتن بیل، کلند، دیک، کاسه، خوری و امثال اینها از همسایه. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف عاریت است.

فقههای حنفیه در تعریف عاریت می گویند که: عاریت عبارت از تملیک منفعت به صورت مجانی است.^{۵۸۹} عاریت با برخی عقود از قبیل: بیع، اجاره، قرض و امانت فرق دارد: فرق عاریت با بیع این است که در بیع عین و به تبع آن منفعت عین از بایع به مشتری منتقل می شود و بایع مالک عین و منفعت عین می گردد. اما، در عاریت مستعیر صرف مالک منفعت عین مستعاره می گردد. فرق عاریت با اجاره در این است که بآنکه موضوع هر دو تملیک منفعت عین مستأجره و معاره به مستأجر و مستعیر است، در اجاره این تملیک در برابر عوض و در عاریت بدون عوض است. فرق عاریت با قرض این است که قرض غالباً در نقود صورت می پذیرد، اما در عاریت عین مستعاره همیشه مال استعمالی است. فرق عاریت با امانت این است که در امانت، امانت گیرنده نمی تواند از منفعت و یا عین شی ای که به امانت داده شده است، استفاده نماید، اما در عاریت مستعیر می تواند از منفعت عین مستعاره استفاده نماید.

عاریت از اعمال نیکو است که مورد تشویق و ترغیب اسلام قرار گرفته است. مشروعیت عاریت بر مبنای قرآن کریم و سنت پیامبر ﷺ و اجماع فقهاء ثابت است. خداوند ﷻ در قرآن کریم می فرماید:

﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ - [المائدة: ۲/۵]

۵۸۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۴۰۳۶: ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۸۱؛ عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۶)، لبنان، بيروت: دار احياء التراث العربي، ص ۱۵۰۷؛ عبدالرحمن الجزايري (____). الفقه على المذاهب الاربعية، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، صص ۱۹۲ - ۱۹۴؛ و سيد حسن امامي (۱۳۷۷). حقوق مدني، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات كتاب فروشي اسلاميه، ص ۲۵۵.

۵۸۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۴۰۳۶: ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۸۱؛ عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۶)، لبنان، بيروت: دار احياء التراث العربي، ص ۱۵۰۷؛ عبدالرحمن الجزايري (____). الفقه على المذاهب الاربعية، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، صص ۱۹۲ - ۱۹۴؛ و سيد حسن امامي (۱۳۷۷). حقوق مدني، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات كتاب فروشي اسلاميه، ص ۲۵۵.

«در نیکوکاری و پرهیزگاری با یکدیگر همکاری کنید و در گناه و تعدی دستیار هم نشوید و از خدا پروا کنید که خدا سخت کیفر است.».

همچنین خداوند ﷻ فرموده است:

﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ - [الماعون: ۷/ ۱۰۷]

«و از [دادن] زکات [و وسایل و مایحتاج خانه] خودداری می‌ورزند.».

منظور از ماعون عاریت است.

مشروعیت عاریت بر مبنای سنت پیامبر ﷺ نیز ثابت است. زیرا، احمد و شیخان از انس بن مالک رضی الله عنه روایت کرده اند که گفت:

«کان فزع بالمدينة، فاستعار النبي فرساً من أبي طلحة يقال له: مندوب فرکبه، فلما رجع قال: ما رأينا من شيء وإن وجدناه لبحراً.».^{۵۹۰}

«در مدینه فزع و ترسی پیش آمد، پیامبر اسبی را از ابو طلحه به عاریت گرفته که «مندوب» نام داشت و بر آن سوار شد و چون برگشت: گفت: ما چیزی ندیدیم اگرچه این اسب بسیار سبک رو بود.».

همچنین روایت شده است که:

«وَعَنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمِيَّةٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ اسْتَعَارَ مِنْهُ دُرُوعاً يَوْمَ حُنَيْنٍ فَقَالَ: أَغْضَبُ يَا مُحَمَّدُ؟ قَالَ: «بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ.».^{۵۹۱}

«از صفوان بن امیه رضی الله عنه روایت است که پیامبر ﷺ در جنگ خیبر تعدادی زره از او به عاریه گرفت، پس گفت ای محمد: آیا غصب می کنی؟! فرمود: «(خیر) بلکه عاریت مضمون است.».

فقهاء نیز در مورد جواز عاریت اجماع نموده اند.^{۵۹۲}

ب) ارکان

به نظر احناف ارکان عاریت عبارت از ایجاب معیر و قبول مستعیر می باشد. روی همین دلیل است که به نظر فقهای مذکور عاریت از جمله عقود معین می باشد نه ایقاعات و ضرورت به ایجاب و قبول دارد. اما به نظر جمهور فقهاء ارکان عاریت عبارت از معیر یا عاریت دهنده، مستعیر یا عاریت گیرنده، مستعاره یا شی ای که به عاریت داده می شود و صیغه می باشد:

۱) معیر: کسی است که مال خود را به دیگری می دهد تا از آن نفع بگیرد.

۲) مستعیر: کسی است که مال دیگری را به عاریت می گیرد تا از آن انتفاع بگیرد.

۳) عین مستعاره: عبارت از مالی است که به عاریت داده می شود.

۲) صیغه: آن قولی است که دلالت به اباحت منفعت نماید خواه فعلی باشد یا قولی.^{۵۹۳}

طبق قواعد عمومی قراردادها ارکان عاریت عبارت اند از عاریت دهنده، عاریت گیرنده، موضوع، صیغه و سبب.

ج) انعقاد

عاریت عقد است و مانند هر عقد دیگر با ایجاب و قبول عاریت دهنده و عاریت گیرنده منعقد می شود. همچنین براساس مجله الاحکام عاریت با تعاطی نیز منعقد می گردد. ماده ۸۰۲ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «اعاره به ایجاب و قبول و با تعاطی یعنی دست به دست منعقد می شود. به عنوان مثال، شخصی به دیگری بگوید: این مال خود را به تو به عاریت دادم یا این مال را به تو به عاریه باشد و جانب مقابل بگوید: قبول کردم و یا مال را قبض کند و چیزی نگوید، و یا شخصی به شخصی دیگری بگوید: این مال را به من به عاریت بدهید و جانب مقابل مال را برایش به عاریت بدهد، عاریت منعقد می شود.».

^{۵۹۰} . رواه أحمد و الشيخان عن أنس بن مالك رضی الله عنه.

^{۵۹۱} . رواه أبو داود وأحمد و البيهقي.

^{۵۹۲} . در مورد مصادر مشروعیت عاریت ر. ک: وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۰۳۶؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۱۸۲؛ عبدالرحمن الجزايري (____)، الفقه على المذاهب الاربعية، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۱۹۴ و ۱۹۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۳۴۲.

^{۵۹۳} . وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۰۳۷؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۱۸۳؛ و عبدالرحمن الجزايري (____)، الفقه على المذاهب الاربعية، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۹۵.

گفتار سوم) شرایط ارکان

عقد عاریت دارای یک سلسله شروط است که برخی آن مربوط به طرفین عقد عاریت یعنی معیر و مستعیر و بعضی مربوط به مورد عاریت یعنی عین مستعاره و برخی نیز مربوط به صیغه عقد عاریت می گردد:

الف) اول شروط معیر

در مورد شرایط معیر در فقه دو نظریه وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: شرط است اینکه معیر عاقل باشد. بنابراین، عاریت مجنون و صبی غیر عاقل صحیح نمی باشد. اما، فقهای حنفی بلوغ را شرط صحت عاریت تلقی نمی نمایند. پس، به نظر حنفیه عاریت صبی مأذون صحیح است. ماده ۸۰۹ مجله الاحکام در این باره حکم می نماید: «شرط است که معیر و مستعیر هر دو عاقل و ممیز باشند و بالغ بودن شان شرط نیست. بنابراین، اعاره مجنون، صبی و غیر ممیز جایز نمی باشد. اما عاریت و استعاره صبی مأذون جائز است.» اما، بقیه فقهاء در عاریت شرط می دانند که معیر مالک تصرف در شی ای معاره و مختار باشد. پس، تبرع مکره، محجور علیه، صبی، سفیه و مفلس صحیح نیست.^{۵۹۴}

ب) شروط مستعیر

در مستعیر رعایت دو شرط طبق فقه ضروری است:

۱) اول اینکه مستعیر اهل تبرع و مطلق التصرف باشد. پس، اگر معیر مثلاً اسب خویش را به طفل و مجنون به عاریت بدهد، چنین عاریتی صحیح نیست، مگر اینکه ولی به نیابت از محجور این عقد را با معیر منعقد نماید. ماده ۸۰۹ مجله الاحکام در این باره حکم می نماید: «شرط است که معیر و مستعیر هر دو عاقل و ممیز باشند و بالغ بودن شان شرط نیست. بنابراین، اعاره مجنون، صبی و غیر ممیز جایز نمی باشد. اما عاریت و استعاره صبی مأذون جائز است»؛

۲) دوم اینکه مستعیر معلوم و معین باشد. پس، اگر شخصی فرش خود را هموار نماید تا هر کس بر آن بنشیند، این عمل اباحه است نه عاریت. ماده ۸۱۱ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «تعیین مال مستعار لازم است. بنابراین، اگر شخصی بدون تعیین و تخییر یکی از حیوانات خود را به عاریت دهد، اعاره صحیح نمی شود، بلکه لازم است تا معیر حیوانی را که به عاریت می دهد تعیین نماید. اما، اگر معیر برای مستعیر بگوید: هر کدام از این ها را که می خواهی می توانی به عاریت بگیری، و او را مخیر گرداند، در این صورت، عاریت صحیح است.»

ج) شرط صیغه عقد

به نظر حنفیه عاریت با ایجاب و قبول عاریت دهنده و عاریت گیرنده منعقد می شود. همچنین، به نظر حنفیه عاریت به تعاطی نیز منعقد می گردد^{۵۹۵} (ماده ۸۰۲ مجله الاحکام). از همین رو، ماده ۸۰۵ مجله الاحکام حکم می نماید که: «خاموشی معیر قبول محسوب نمی گردد. پس، اگر شخصی از دیگری چیزی را به طور عاریه مطالبه نماید و صاحب مال سکوت به عمل آورد، و سپس مستعیر مال را بگیرد، در این صورت غاصب شمرده می شود.»

د) شرط عین مستعاره

جهت صحت عاریت شرط است که عین معاره دارای شرایط آتی باشد:

۱) طبق ماده ۱۴۵۷ ق. م: «شرط صحت عاریت این است که قابلیت استفاده از شی عاریت داده شده با بقای عین آن ممکن باشد.» طبق نص این ماده در عاریت شرط است که استفاده از عین مستعاره بدون استهلاك عین آن ممکن باشد در غیر آن عقد عاریت صحیح تلقی نمی گردد. پس، عاریت تمام اعیانی که انتفاع آن با بقاء اصل آن ممکن باشد صحیح است مانند خانه، زمین، لباس، حیوانات و غیره. ولی، عاریت خوردنیها و نوشیدنی ها که با انتفاع آن اصل آن از بین می رود که در فقه و ق. م به نام اموال استهلاكی یاد می شود، صحیح تلقی نمی گردد.^{۵۹۶} به حیث مثال، اگر احمد یک بوتل آب را به محمود بدهد تا محمود آن را بنوشد،

۵۹۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۰۳۷؛ ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۸۳؛ عبدالرحمن الجزايري (____). الفقه على المذاهب الاربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، صص ۱۹۵ و ۱۹۶. ۵۹۵. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۰۳۸؛ ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۸۳؛ عبدالرحمن الجزايري (____). الفقه على المذاهب الاربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، صص ۱۹۶-۱۹۸. ۵۹۶. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۰۳۸؛ ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۵)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۸۳؛ عبدالرحمن الجزايري (____). الفقه على المذاهب الاربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، صص ۱۹۶-۱۹۸.

یک بوتل آب نمی تواند محل عقد عاریت قرار بگیرد زیرا با نوشیدن عین آن از بین می رود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط صحت محل عقد عاریت است.

۲) مستعاره صالح برای انتفاع باشد: ماده ۸۰۸ مجلة الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «شرط است که مال مستعار صالح برای انتفاع باشد. بنابراین، عاریت دادن و عاریت گرفتن حیوان سرکش و گریز پا صحیح نیست.» زیرا، اینها به علت گریز و سرکش بودن غیر قابل انتفاع هستند.

گفتار چهارم) آثار

عقد عاریت مانند هر عقد دیگر موجب ایجاد یک سلسله آثار معین می گردد. برخی از این آثار متوجه معیر و برخی نیز متوجه مستعیر می گردد:

الف) آثار عاریت نسبت به معیر

به موجب عقد عاریت معیر مکلف به ایفای تعهدات ذیل است:

۱) طبق ماده ۱۴۵۹ ق. م: «عاریت دهنده مکلف است، عین عاریت داده شده را به همان حالت هنگام عقد به عاریت گیرنده تسلیم و آن را در طول مدت عاریت به اختیار وی بگذارد.» طبق نص این ماده عاریت دهنده مکلف است عین مستعاره را بعد از انعقاد عقد به عاریت گیرنده برای انتفاع برای مدتی که در مورد آن توافق صورت گرفته است تسلیم نماید. به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا موتر یا بایسکل یا کتاب خویش را برای مدت یک هفته به محمود بدهد، احمد مکلف است کتاب، بایسکل یا موتر را با همان اوصافی که در وقت عقد تعهد کرده است به محمود بدهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف عاریت دهنده است.

۲) طبق ماده ۱۴۶۰ ق. م: «عاریت دهنده مکلف است، مصارفی را که عاریت گیرنده جهت نجات عین عاریت داده شده از هلاک و ضیاع نموده است، تأدیه نماید.» طبق نص این ماده، عاریت دهنده مکلف است مصارفی را که عاریت گیرنده به منظور نجات عین مستعاره و هلاک آن انجام داده است به عاریت گیرنده بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به عاریت دهد و محمود خانه را از سیل نجات دهد و به این منظور برای تغییر دادن مسیر آب سیل دیوار یا خانه همسایه را تخریب نماید، احمد مکلف است مصارفی را که محمود جهت نجات خانه به مصرف رسانیده است به احمد پرداخت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف عاریت دهنده است.

۳) عاریت عقدی است غیر معوض. پس، معیر نمی تواند از مستعیر از رهگذر استعمال عین مستعاره مطالبه اجرت نماید، زیرا مستعیر بدون پرداخت اجرت مالک منفعت مستعاره می گردد. ماده ۸۱۲ مجلة الاحکام در این باره حکم می نماید که: «مستعیر بدون بدل، مالک منفعت عاریت می شود، بنابراین معیر حق ندارد که از مستعیر به سبب استعمال عاریت مطالبه اجرت نماید.»

۲) به استحقاق برده شدن عین مستعاره و عیوب پنهان آن: طبق ماده ۱۴۶۱ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) عاریت دهنده از استحقاق برده شدن شی عاریت داده شده، ضامن نمی باشد مگر اینکه سبب استحقاق را عمداً مخفی نموده یا به اساس موافقه خاصی تضمین را قبول نموده باشد؛ و (۲) عاریت دهنده ضامن عیوب مخفی نمی باشد، مگر اینکه عیب را عمداً مخفی کرده یا سلامت شی را تضمین نموده باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- عاریت دهنده مسؤول ضمان استحقاق عین مستعاره نیست مگر این که سبب استحقاق را قصداً پنهان کرده باشد و یا میان عاریت دهنده و عاریت گیرنده توافق صورت گرفته باشد که در صورت به استحقاق برده شدن عین مستعاره عاریت دهنده مسؤول است. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی ظهور حق غیر را در مدعی بها استحقاق گویند.^{۵۹۷} عیوب جمع عیب است.

به طور مثال، اگر احمد اسپان خویش را به محمود به عاریت بدهد اما جمشید در خصوص مالکیت اسپان اقامه دعوی نماید و با ارایه وسایل اثبات ثابت نماید که اسپان متعلق به جمشید است و محکمه حکم نماید که محمود اسپان را به جمشید تسلیم نماید و احمد اسپان را به جمشید تسلیم نماید، احمد به دلیل انتفای محل عقد عاریت در برابر محمود مسؤول نیست. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد بداند اسپان مربوط جمشید است و این امر را از محمود پنهان نماید. بنابراین، در صورتی که

۵۹۷. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۲۸.

جمشید علیه احمد دعوی استحقاق نماید و با ارایه وسایل اثبات مانند سند و شاهدان ثابت نماید که اسپان متعلق به جمشید است و محکمه حکم نماید که احمد اسپان را تسلیم جمشید نماید، احمد مکلف است اسپان دیگر به محمود بدهد.

همچنین، اگر احمد در برابر محمود تضمین نماید که در هر صورت من اسپان را به شما به عاریت می دهم، در صورتی که جمشید اسپان را به استحقاق ببرد، احمد در برابر محمود مسؤول است و باید اسپان را تسلیم محمود نماید. مسؤولیت مدنی قراردادی عاریت دهنده در برابر عاریت گیرنده در صورت استحقاق عین مستعاره و پنهان کردن سبب استحقاق و تضمین عاریت دهنده در برابر عاریت دهنده توجیه پذیر به نظر نمی رسد. زیرا، عاریت عقد غیرمعوض است و به منظور کمک به عاریت دهنده توسط عاریت دهنده صورت می گیرد. کمک به دیگران و مسؤول قرار گرفتن عادلانه به نظر نمی رسد.

۲- عاریت دهنده مسؤول ضمان عیوب پنهان عین مستعاره در برابر عاریت گیرنده نیست، مگر این که عیب را پنهان کرده باشد و سلامت عین مستعاره را تضمین نموده باشد. تفصیل استحقاق و عیوب پنهان در مبحث بیع گذشت. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر اسپان مریض باشند و توانایی بزکشی یا بارکشی را نداشته باشند، احمد در برابر محمود مسؤول نیست. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد قصداً عیب اسپان (مرض) را از محمود پنهان نموده باشد. همچنین، اگر احمد تضمین نموده باشد که اسپان از عیب سالم اند و سپس ثابت گردد که اسپان مریض اند، احمد در برابر محمود مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید اسپان دیگر را به محمود تسلیم نماید. به نظر می رسد ایرادی که بر فقره اول ماده ۱۴۶۱ ق. م وارد است بر فقره دوم نیز وارد به می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم استحقاق عین مستعاره است.

ب) آثار عقد عاریت نسبت به مستعیر

عقد عاریت موجب ایجاد یک سلسله حقوق و تکالیف معین نسبت به مستعیر می گردد:

۱) تکالیف عاریت گیرنده

طبق ق. م مستعیر دارای تکالیف ذیل می باشد:

۱) پرداخت مصارف و رد عین مستعاره: براساس ماده ۱۴۷۴ ق. م: «تکالیف مالی و مصارف حفاظت عادی و رد عین عاریت به دوش عاریت گیرنده می باشد». طبق نص این ماده مصارف حفاظت عین مستعاره و مصارف رد عین مستعاره بر عهده عاریت گیرنده است. به عنوان مثال، اگر احمد مرکب خویش را به محمود به عاریت بدهد، محمود مکلف است مصارف مربوط به کاه، علف و ... بر عهده بگیرد. همچنین، اگر احمد موتر خویش را به محمود به عاریت بدهد، مصارف موتر از قبیل تیل، مبالیل و سایر روغنیات بر عهده محمود است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف عاریت گیرنده است. پرسش این است که اگر عاریت گیرنده این تکلیف خویش را انجام ندهد و در اثر عدم انجام این تکلیف عین مستعاره هلاک شود تکلیف چیست؟ ماده ۸۱۵ مجله الاحکام در پاسخ به این پرسش تصریح می نماید: «مصارف نفقه مستعاره بر مستعیر لازم می باشد. بنابراین، اگر مستعیر حیوان معاره را بدون علف و کاه ترک کند و حیوان هلاک شود، مستعیر ضامن هلاک حیوان می باشد.»؛

۲) حفظ عین مستعاره: طبق ماده ۱۴۶۲ ق. م: «عاریت گیرنده مکلف است، به حفاظت و صیانت شی عاریت داده شده چنان توجه نماید که بر مال خود می نماید». طبق نص این ماده عاریت گیرنده مکلف است عین مستعاره را حفظ و نگهداری نماید. ملاک نگهداری در این ماده توجه مانند توجه به حفظ و نگهداری مال خود عاریت دهنده است. این قاعده به منظور تحت حمایت قرار دادن عاریت دهنده پیش بینی شده است، زیرا معمولاً افراد در حفظ و نگهداری اموال خویش از افراط و تفریط پرهیز می نمایند. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به عاریت دهد، محمود باید در حفظ و نگهداری موتر چنان توجه نماید که در حفظ و نگهداری موتر خویش توجه می نماید. اگر احمد اسب خویش را به محمود به عاریت دهد، محمود باید در حفظ و نگهداری اسب چنان توجه نماید که در حفظ و نگهداری اسب خویش توجه می نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف عاریت گیرنده است.

۳) عدم به امانت دادن عین مستعاره: طبق ماده ۱۴۶۷ ق. م: «عاریت گیرنده در تمامی احوالی که از عاریت دادن عین به شخص دیگر منع گردیده، نمی تواند عین عاریت را به شخص دیگری به امانت بدهد. اگر عاریت گیرنده آن را نزد شخص دیگر به ودیعت بگذارد و عین عاریت نزد این شخص از بین برود، عاریت گیرنده ضامن آن می باشد». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- عاریت گیرنده نمی تواند در صورتی که عاریت دهنده او را از این امر منع نموده باشد، عین مستعاره را به دیگری به امانت دهد. به حیث مثال، اگر احمد قالین خویش را به محمود به عاریت بدهد و به محمود بگوید تا آن را به اشخاص دیگر به عاریت ندهد، محمود نمی تواند قالین را به حمیده به عاریت بدهد.

۲- در صورتی که عاریت گیرنده آن را به شخص دیگری به امانت بدهد و عین مستعاره نزد امانت گیرنده هلاک گردد، عاریت گیرنده در برابر عاریت دهنده مسؤولیت پرداخت جبران خسارت را دارد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، قالین نزد مرضیه از بین برود، محمود در برابر احمد ضامن است و باید جبران خسارت آن را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم جواز به امانت دادن عین مستعاره توسط عاریت گیرنده به شخص ثالث و پیش بینی ضمانت اجرای آن است.

۴) طبق ماده ۱۴۶۸ ق. م: «در تمامی حالاتی که عاریت گیرنده صلاحیت عاریت دادن عین عاریت را به شخص دیگر دارا باشد، می تواند عین مذکور را به شخص دیگری به امانت بدهد. در این صورت، اگر عین بدون تجاوز ودیعت گیرنده از بین برود، عاریت گیرنده ضامن شناخته نمی شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- در تمامی حالاتی که عاریت گیرنده صلاحیت عاریت دادن عین عاریت را به شخص دیگر دارا باشد، می تواند عین مذکور را به شخص دیگری به امانت بدهد. تعریف امانت در مبحث عقد ودیعت خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به عاریت بدهد و به محمود اجازه دهد تا آن را به حمیده به عاریت بدهد، محمود می تواند موتر را به حمیده به امانت بدهد.

۲- در این صورت، اگر عین بدون تجاوز ودیعت گیرنده از بین برود، ودیعت گیرنده ضامن شناخته نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به عاریت بدهد و به محمود اجازه دهد تا آن را به حمیده به عاریت بدهد، محمود می تواند موتر را به حمیده به امانت بدهد. در صورتی که موتر نزد حمیده بدون تجاوز حمیده از بین برود، به حیث مثال، موتر نزد حمیده باشد و در اثر زلزله دیوار بر سر موتر فروریزد و موتر قسماً تخریب شود، حمیده به دلیل عدم تجاوز در برابر احمد و محمود ضامن نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم به عاریت دادن عین مستعاره توسط عاریت گیرنده است.

۴) **رد عین مستعاره:** طبق ماده ۱۴۷۵ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) عاریت گیرنده مکلف است در ختم عاریت عین را به همان حالت سابقه رد نماید. این حکم مسؤولیت از بین رفتن یا نقصان عین عاریت را اخلاص نمی کند؛ و (۲) رد عین در محلی صورت می گیرد که عاریت گیرنده آن را تسلیم شده، مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- عاریت گیرنده مکلف است عین مستعاره را در ختم مدت عقد عاریت به حالت سابقه یعنی سلامت به عاریت دهنده رد نماید. به حیث مثال، اگر احمد کامپیوتر خویش را به محمود برای مدت یک هفته به عاریت بدهد، بعد از ختم مدت محمود مکلف است کامپیوتر احمد را به او رد نماید.

۲- این حکم مسؤولیت از بین رفتن یا نقصان عین عاریت را اخلاص نمی کند. نص این ماده مبهم به نظر می رسد. نقصان در لغت به معنی کاهش، کمی و کم شدن است.^{۵۹۸} اخلاص در لغت به معنی آسیب وارد کردن، صدمه زدن، تباهی کردن و نقص و نقصان وارد کردن است.^{۵۹۹} به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که هرچند در عین مستعاره نقص وارد شده باشد، بازهم عاریت گیرنده مکلف است آن را به عاریت دهنده در ختم مدت رد نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، در کامپیوتر نزد محمود نقص و عیب وارد شود، بازهم محمود مکلف است کامپیوتر را به احمد رد نماید. در صورت از بین رفتن عین مستعاره، رد آن بی فایده است. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود به عاریت بدهد و اسپ از بین برود (بمیرد)، رد اسپ مرده به احمد فایده ندارد. در این صورت، باید محمود برحسب مورد، باید جبران خسارت آن را به احمد پرداخت نماید.

۳- اصل این است که رد عین مستعاره در محلی صورت گیرد که عاریت گیرنده آن را در آن محل تسلیم شده است. این اصل در صورتی قابل تطبیق است که میان عاریت دهنده و عاریت گیرنده طور دیگری توافق صورت نگرفته باشد؛ به این معنی که: عاریت دهنده با عاریت گیرنده توافق نکرده باشد تا آن را در محل دیگر تسلیم شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد کامپیوتر را

598. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 11/1/2018).

599. Ibid, (۲۰۱۶ / ۳۱ / ۱۰) آخرین بازدید

در گولای سینما، خیرخانه کابل به محمود تسلیم نموده باشد، محمود مکلف است کامپیوتر را به احمد در گولای سینمای خیرخانه تسلیم نماید. اما، اگر احمد و محمود توافق نموده باشند که محمود کامپیوتر را به احمد در دانشگاه امریکایی افغانستان در دارالامان تسلیم نماید، این توافق مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف و تعهد عاریت گیرنده است.

۵) ضمانت اجرای قواعد مندرج ماده ۱۴۷۵ ق. م در ماده ۱۴۷۶ پیش بینی شده است. این ماده حکم می نماید: «هرگاه عاریت گیرنده عین را بعد از انقضای میعاد عاریت در تصرف خود نگاه داشته یا در محل موافقه شده تسلیم ندهد در صورت از بین رفتن آن ضامن شناخته می شود.» طبق نص این ماده در صورت انقضای مدت عقد عاریت و عدم رد عین مستعاره توسط عاریت گیرنده، و یا عدم تسلیم عین مستعاره در محلی که در مورد آن توافق صورت گرفته است و هلاک عین مستعاره، عاریت گیرنده در برابر عاریت دهنده مسؤولیت مدنی قرار دادی دارد و باید جبران خسارت را پرداخت نماید. ضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است که جمع آن ضامنین است. در اصطلاح حقوق مدنی، ضامن کسی است که دین در ذمه دیگری به ذمه او منتقل می شود تا اگر شخص دیگر از پرداخت دین خودداری کند، خود متعهد به پرداخت دین باشد.^{۶۰۰} به حیث مثال، اگر احمد مرکب خویش را به محمود در ولسوالی قره باغ برای مدت یک هفته به عاریت بدهد، بعد از ختم مدت محمود مکلف است مرکب احمد را به او رد نماید. در صورت عدم رد و از بین رفتن مرکب، محمود مکلف است جبران خسارت آن را به احمد مطابق قواعد عمومی جبران خسارت که تفصیل آن در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهد عاریت گیرنده در برابر عاریت دهنده است.

به موجب فقه نیز مستعیر مکلف است عین مستعاره را مباشراً یا توسط امین خود به مستعیر رد نماید و مصارف رد عین مستعاره را نیز بپردازد (مستنبط از ماده ۸۲۸ و ماده ۸۳۰ مجلة الاحکام). علت این قواعد این است که عین مستعاره از ملکیت معبر خارج نمی شود و مستعیر صرف حق انتفاع بر عین مستعاره دارد. ماده ۱۲۵۸ ق. م در این زمینه حکم می نماید: «عین عاریت داده شده از ملکیت عاریت دهنده خارج نمی گردد.» پرسش این است که ضمانت اجرای عدم رد چیست؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۸۲۵ مجلة الاحکام حکم می نماید که: «زمانی که معبر عاریت را مطالبه نماید، بر مستعیر لازم است تا آن را فوراً مسترد نماید. در صورتی که بدون عذر تأخیر نماید و عین معاره تلف گردد و یا در قیمت آن نقصان وارد شود ضامن بر وی لازم می گردد.»

۶) **پرداخت جبران خسارت در صورت از بین رفتن عین مستعاره:** طبق ماده ۱۴۷۱ ق. م: «عاریت گیرنده در مال عاریت که بدون تجاوز از بین برود ضامن نمی باشد و شرط ضمان در عاریت باطل شناخته می شود. اگر عاریت گیرنده در حفاظت عین عاریت قصور یا اهمال نماید، ضامن شناخته می شود.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

نخست این که: اگر عین مستعاره بدون تجاوز عاریت گیرنده به نحوی که تفصیل آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت هلاک شود، عاریت گیرنده مسؤولیت مدنی قراردادی ندارد و در نتیجه مسؤول پرداخت جبران خسارت به عاریت دهنده نیست. تعریف ضامن در بالا گذشت. تجاوز در لغت به معنی ظلم، از حد گذشتن، تعدی و حد شکنی است.^{۶۰۱} به نظر می در اصطلاح حقوقی تجاوز نقض حق دیگران است. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود به عاریت بدهد و اسپ در اثر مرض نزد محمود باوجود آنکه محمود به اسپ کاه، جو، علف و آب داده باشد و اسپ را نزد وترنر (داکتر حیوانات) برده باشد هلاک شود، محمود در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی ندارد و مکلف به پرداخت جبران خسارت نیست.

دوم این که: شرط ضمان در عاریت باطل شناخته می شود؛ به این توضیح که در صورتی که عاریت گیرنده و عاریت دهنده در این خصوص توافق نموده باشند که در صورتی که بدون تجاوز عاریت گیرنده عین مستعاره هلاک گردد، عاریت گیرنده مسؤولیت مدنی قراردادی داشته باشد، چنین توافقی به دلیل مخالفت با قواعد عمومی مسؤولیت مدنی قراردادی که تفصیل آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت، باطل است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد شرط گذارد که اگر اسپ بدون تجاوز محمود هلاک شود، محمود ضامن است، این شرط باطل است.

۶۰۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۴۸.
۶۰۱. (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶)، <https://www.vajehyab.com>.

سوم این که: اگر عاریت گیرنده در حفاظت عین عاریت قصور یا اهمال نماید، ضامن شناخته می شود. قصور جمع تقصیر است. تقصیر در لغت به معنای اهمال و کاستی است.^{۶۰۲} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۶۰۳} اهمال از ریشه «همل» گرفته شده است که در لغت به معنی چیزی را فرو گذاشتن، استوار نداشتن، غفلت، سستی ورزیدن، سستی، کاهلی ورزیدن و درنگ کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، اهمال عبارت از خطایی ناخواسته یا انجام ندادن کاری است که لازم است انجام پذیرد.^{۶۰۴} به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود به عاریت بدهد و محمود به اسپ کاه، جو، علف و آب ندهد و اسپ هلاک شود، محمود در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و مکلف به پرداخت جبران خسارت است. عدم دادن کاه، علف و آب از مصادیق اهمال و تقصیر در این مثال است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم هلاک عین مستعاره است. احناف به این عقیده اند که شی مستعاره نزد مستعیر امانت تلقی می گردد اعم از اینکه آن را استعمال نماید یا ننماید. بنابراین، مستعیر ضامن اتلاف عین مستعاره تلقی نمی گردد مگر اینکه شی مستعاره در اثر تقصیر و تعدی وی از بین برود.^{۶۰۵} همچنین، به عقیده احناف هرگاه معیر ضمان عاریت را بر مستعیر شرط نماید، شرط مذکور مانند شرط ضمان در امانت باطل تلقی می گردد.^{۶۰۶}

۷) طبق ماده ۱۴۷۳ ق. م: «هرگاه عاریت گیرنده به نحوی از انحا به جلوگیری از تلف شدن عین عاریت داده شده قادر باشد و از آن جلوگیری نکند می گردد». از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- هرگاه عاریت گیرنده به نحوی از انحا به جلوگیری از تلف شدن عین عاریت داده شده قادر باشد و از آن جلوگیری نکند به پرداخت ضمان، مکلف می گردد. به حیث مثال، اگر احمد اسپان خویش را به محمود به عاریت بدهد و اسپان نزد محمود مریض شود و محمود قادر باشد و بتواند اسپان را نزد وترنر (داکتر حیوانات) به منظور تداوی ببرد، اما محمود اسپان را نزد اکثر نبرد و اسپان به سبب مریضی هلاک و تلف شوند، محمود مکلف به پرداخت ضمان (جبران خسارت) اسپان به احمد است.

۲- اگر عاریت گیرنده در رفع دست غاصب عین مستعاره تقصیر نماید، ضامن شناخته می شود. تعریف ضامن در بالا گذشت. غاصب اسم فاعل از ریشه «غصب» گرفته شده است که در لغت به معنی غصب کننده است. در اصطلاح حقوق مدنی، غاصب شخصی است که مال دیگری را (با توجه به اختلاف فقها) بدون اجازه، به زور و از روی ظلم می گیرد. رفع در لغت به معنی زایل کردن و از بردن است. به حیث مثال، اگر احمد پنج جریب زمین خویش از پانزده جریب را به محمود برای مدت سه سال به عاریت بدهد و جمشید بخواهد زمین ها را غصب نماید و محمود در جلوگیری از غصب زمین ها توسط جمشید هیچ اقدامی نکند و جمشید زمین ها را غصب نماید، محمود در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت زمین را پرداخت نماید. پنج جریب زمین در این مثال عین مستعاره است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف و تعهدات عاریت گیرنده در برابر عاریت دهنده است.

۶) کاهش قیمت عین مستعاره: ماده ۱۴۷۲ ق. م: «هرگاه در اثر استعمال عادی مطابق عرف عین عاریت طوری معیوب گردد که موجب تنزیل قیمت آن گردد، عاریت گیرنده ضامن این تنقیص قیمت نمی باشد و در صورت استعمال غیر عادی ضامن شناخته می شود». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه در اثر استعمال عادی مطابق عرف عین عاریت طوری معیوب گردد که موجب تنزیل قیمت آن گردد، عاریت گیرنده ضامن این تنقیص قیمت نمی باشد. تعریف ضامن در بالا گذشت. معیوب در لغت به معنی عیب دار و دارای عیب است. تنزیل در لغت به معنی فرو فرستادن، پایین آوردن و نازل شدن است.^{۶۰۷} تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۶۰۸} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را برای مدت یک سال به محمود به عاریت بدهد و محمود مطابق عرف با آن کار نماید و استفاده

۶۰۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۰.

۶۰۳. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

۶۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۴۱.

۶۰۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۰۱.

۶۰۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۵)، ص ۴۰۵.

607. <https://www.vajehyab.com>, (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶).

608. Ibid, (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶).

محمود از موتر عادی و به دور از افراط و تفریط باشد و در اثر استفاده موتر، قیمت موتر کاهش یابد، محمود مسؤول کاهش قیمت موتر به دلیل استفاده عادی مطابق عرف نیست.

۲- در صورت استعمال غیرعادی و معیوب شدن عین مستعاره، عاریت گیرنده مسؤول پرداخت تنقیص قیمت است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود موتر را معیوب نماید، به حیث مثال، با موتر تکسی باربری اموال و ترکاری را از مارکیت میوه یا مندوی انجام دهد که معمول و مطابق عرف نیست و در اثر باربری اموال از مارکیت میوه و مندوی موتر معیوب گردد، محمود در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت عیب موتر را به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف و تعهدات عاریت گیرنده در برابر عاریت دهنده است.

۲) حقوق عاریت گیرنده

طبق عقد عاریت مستعیر در برابر معیر دارای حقوق ذیل می شود:

(۱) **انتفاع از عین مستعاره:** طبق ق. م و فقه حنفی انتفاعی که مستعیر می تواند از مال مستعاره به موجب عقد عاریت بگیرد بستگی دارد که آیا عاریت مطلق است و یا مقید:

۱- **عاریت مطلق:** طبق ماده ۱۴۶۵ فقره اول ق. م: «هرگاه عاریت دهنده به صورت مطلق به عاریت گیرنده اجازه استفاده بدهد و شخص استفاده کننده را تعیین نکند، عاریت گیرنده می تواند شخصاً از عین عاریت داده شده استفاده نموده و یا آن را به شخص دیگری به عاریت بدهد اعم از اینکه تغییر استعمال کننده در عین عاریت مؤثر باشد یا نه. این حکم در صورتی است که عاریت گیرنده شخصاً عین را مورد استفاده قرار نداده و عین عاریت داده شده از اشیای باشد که تغییر استعمال کننده در آن تأثیر داشته باشد. در غیر آن عاریت دادن عین به شخص دیگر جواز ندارد». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد: نخست این که: هرگاه عاریت دهنده به صورت مطلق به عاریت گیرنده اجازه استفاده بدهد و شخص استفاده کننده را تعیین نکند، عاریت گیرنده می تواند شخصاً از عین عاریت داده شده استفاده نموده و یا آن را به شخص دیگری به عاریت بدهد اعم از اینکه تغییر استعمال کننده در عین عاریت مؤثر باشد یا نه. عاریت مطلق عبارت از عاریت است که معیر شی ای را به عاریت دهد و حین انعقاد عقد عاریت تعیین ننماید که شی توسط مستعیر و یا شخص دیگر استعمال شود و همچنین کیفیت استعمال آن را تعیین ننماید. بنابراین، هرگاه شخصی حیوان خویش را به دیگری به عاریت دهد و کیفیت رکوب، زمان و مکان آن را تحدید ننماید مستعیر مانند مالک آن تلقی گردیده و می تواند مانند مالک از آن انتفاع بگیرد. پس، مستعیر به موجب عقد عاریت مطلق می تواند از حیوان مستعاره طوری که بخواهد در هر زمان و مکان، خود و یا توسط دیگران استفاده نماید.^{۶۰۹} به حیث مثال، اگر احمد اسب بزکش خویش را به محمود به عاریت دهد، محمود می تواند خود با آن بزکشی نماید یا اسب را به جمشید به منظور بزکشی بدهد.

دوم این که: این حکم، یعنی: حکم بالا در صورتی قابل تطبیق است که عاریت گیرنده شخصاً عین را مورد استفاده قرار نداده و عین عاریت داده شده از اشیای باشد که تغییر استعمال کننده در آن تأثیر داشته باشد. در غیر آن عاریت دادن عین به شخص دیگر جواز ندارد. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود می تواند خود اسب بزکش خویش را استعمال نماید یا به جمشید بدهد. در این فرض، هر دو محمود و جمشید بزکش اند و تفاوت نمی کند که محمود با اسب بزکشی نماید یا جمشید. اما، اگر در مثال بالا، محمود اسب را به حمید که بارکش است بدهد و حمید با اسب بزکش بارکشی نماید، استفاده حمید و محمود از اسب بزکش تفاوت می نماید؛ به این توضیح که: محمود با آن بزکشی می نماید و حمید با آن بارکشی و این امر در اسب بزکش تأثیر منفی به جا می گذارد. در این فرض، محمود نمی تواند اسب را به حمید به عاریت بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عاریت مطلق است.

۲- **عاریت مقید:** طبق ماده ۱۴۶۳ ق. م: «هرگاه عاریت دهنده نوع، وقت، مکان استعمال عین عاریت داده شده را مقید سازد، عاریت گیرنده نمی تواند شی عاریت داده شده را در غیر وقت و مکان معین استعمال نماید. همچنین از نوع استعمالی که به آن اجازه داده شده مخالفت کرده نمی تواند و از اندازه که اجازه داده شده اضافه ترتجاوز کرده نمی تواند، بلکه به اندازه استعمال مماثل آنچه که به استعمال آن مقید شده یا کمتر از آن اقدام کرده می تواند». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۶۰۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۰۴۱.

نخست این که هرگاه عاریت دهنده نوع، وقت، مکان استعمال عین عاریت داده شده را مقید سازد، عاریت گیرنده نمی تواند شی عاریت داده شده را در غیر وقت و مکان معین استعمال نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به دوستش محمود برای مدت یک هفته به عاریت بدهد و به محمود بگوید موتر را صرف در کابل می توانید مورد استفاده قرار دهید، محمود نمی تواند در صورت ختم هفته موتر را در جلال آباد مورد استفاده قرار دهد. به موجب فقه نیز در صورتی که عاریت مقید به زمان و مکان باشد وعاریت گیرنده عین مستعاره را در غیر مکان استعمال نماید و یا وقت استعمال آن را ایزاد نماید، مکلف به پرداخت ضمان آن می باشد.^{۶۱۰}

دوم این که عاریت دهنده از نوع استعمالی که به آن اجازه داده شده مخالفت کرده نمی تواند و از اندازه که اجازه داده شده اضافه تر تجاوز کرده نمی تواند، بلکه به اندازه استعمال مماثل آنچه که به استعمال آن مقید شده یا کمتر از آن اقدام کرده می تواند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد به محمود بگوید موتر را در قرغه با احتیاط رانندگی نمایید، محمود نمی تواند موتر را در چهاریکار بدون احتیاط مورد استفاده قرار دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عاریت مقید است. عاریت مقید عبارت از عاریت است که مقید به زمان و مکان انتفاع، یکی از این دو، یا هر دو باشد. حکمی که بر عاریت مقید مرتب می گردد این است که حتی المقذور باید قید مصرحه در آن رعایت گردد، زیرا اصل در مقید اعتبار قید آن است مگر اینکه اعتبار آن به سبب عدم فائده متعذر گردد که در چنین موارد قید لغو می گردد.^{۶۱۱}

همچنین، طبق ماده ۱۴۶۵ فقره دوم ق. م: «اگر شخص استفاده کننده از طرف عاریت دهنده تعیین شده باشد، عاریت گیرنده به رعایت قید شخص مذکور مکلف بوده، در صورت تخلف عاریت گیرنده ضامن از بین رفتن عین عاریت داده شده می باشد.» طبق نص این ماده اگر شخص استفاده کننده از طرف عاریت دهنده تعیین شده باشد، عاریت گیرنده به رعایت قید شخص مذکور مکلف می باشد. به حیث مثال، اگر احمد مرکب خویش را به محمود به عاریت بدهد و قید نماید که صرف محمود صلاحیت استفاده از مرکب را دارد، محمود مکلف به عاریت قید احمد است. ضمانت اجرای بند اول نص ماده ۱۴۶۵ ق. م در بند دوم این ماده پیش بینی شده است. طبق بند دوم نص این ماده در صورت تخلف عاریت گیرنده ضامن از بین رفتن عین عاریت داده شده می باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود مرکب را به جمشید بدهد و مرکب در اثر بارکشی جمشید بمیرد، محمود در برابر احمد ضامن است و باید جبران خسارت مرکب را به بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عاریت مقید و پیش بینی ضمانت اجرای قید است.

همچنین، طبق ماده ۱۴۶۲ ق. م: «هرگاه استفاده کننده از عین عاریت مقید به زمان، مکان و نوع استعمال نباشد، عاریت گیرنده می تواند از آن در هر وقت و هر مکان به هر نوعی که خواسته باشد طوری عادی استفاده نماید. اگر به اثر تجاوز عاریت گیرنده عین از بین برود ضامن آن می باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که طبق نص این ماده هرگاه استفاده کننده از عین عاریت مقید به زمان، مکان و نوع استعمال نباشد، عاریت گیرنده می تواند از آن در هر وقت و هر مکان به هر نوعی که خواسته باشد طوری عادی استفاده نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به حمیده به عاریت بدهد و زمان، مکان و نوع استعمال را قید ننماید، حمیده می تواند در هر زمان و هر مکان موتر را براند.

دوم این که اگر به اثر تجاوز عاریت گیرنده عین از بین برود ضامن آن می باشد. تعریف تجاوز گذشت. به حیث مثال، اگر احمد گوسفندان خویش را به محمود به عاریت بدهد و محمود گوسفندان را ذبح نماید و گوشت آنها را بخورد، محمود متجاوز است و باید جبران خسارت گوسفندان را بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عاریت مطلق است.

۲) به عاریت دادن عین مستعاره: طبق ماده ۱۴۶۶ ق. م: «هرگاه عاریت دهنده از عاریت دادن عین به شخص دیگر، عاریت گیرنده را منع نموده باشد و عاریت گیرنده آن را به شخص دیگر به عاریت بدهد، ضامن از بین رفتن آن می باشد.» طبق نص این ماده هرگاه عاریت دهنده از عاریت دادن عین به شخص دیگر، عاریت گیرنده را منع نموده باشد و عاریت گیرنده آن را به شخص دیگر به عاریت بدهد، ضامن از بین رفتن آن می باشد. به حیث مثال، اگر احمد مرکب خویش را به محمود به عاریت بدهد

۶۱۰. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۵)، ص ۴۰۴۲.
۶۱۱. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۵)، صص ۴۰۴۱ - ۴۰۴۲.

و شرط گذارد که محمود نمی تواند مرکب را به مرضیه یا شخص دیگر به عاریت بدهد، محمود نمی تواند مرکب را به مرضیه یا شخص دیگر به عاریت بدهد. ضمانت اجرای بند اول نص ماده ۱۴۶۶ ق. م در بند دوم این ماده پیش بینی شده است. طبق بند دوم نص این ماده در صورت تخلف عاریت گیرنده ضامن از بین رفتن عین عاریت داده شده می باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود مرکب را به مرضیه به عاریت بدهد و مرکب در اثر بارکشی توسط مرضیه یا شخص دیگر بمیرد، محمود در برابر احمد ضامن است و باید جبران خسارت مرکب را به بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عاریت مقید و پیش بینی ضمانت اجرای قید است. در فقه به نظر فقهای حنفی حکمی که بر عقد عاریت مرتب می گردد این است که به موجب عقد عاریت مستعیر مالک منفعت مستعاره و آنچه عرفاً به آن ملحق می گردد بدون عوض شناخته می شود. بنابراین، به نظر فقهای حنفی مستعیر می تواند مال مستعاره را به دیگری به عاریت دهد. در صورتی که معیر، مستعیر را از عاریت دادن عین مستعاره به دیگری منع نموده باشد، مستعیر نمی تواند عین مستعاره را به دیگری به عاریت دهد.^{۶۱۲}

۳) طبق ماده ۱۴۷۰ ق. م: «هرگاه عاریت گیرنده عین عاریت را بدون اجازه عاریت دهنده به اجاره دهد و عین مذکور نزد اجاره گیرنده از بین برود، عاریت دهنده می تواند ضمانت عین عاریت را از هر یک عاریت گیرنده و اجاره گیرنده مطالبه نماید. در صورت مطالبه از عاریت گیرنده او نمی تواند به شخص دیگر مراجعه نماید. در صورت مطالبه ضمانت از اجاره گیرنده، اجاره گیرنده می تواند به عاریت گیرنده رجوع نماید مشروط بر این که هنگام عقد اجاره از عاریت بودن عین در نزد او آگاه نباشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه عاریت گیرنده عین عاریت را بدون اجازه عاریت دهنده به اجاره دهد و عین مذکور نزد اجاره گیرنده از بین برود، عاریت دهنده می تواند ضمانت عین عاریت را از هر یک عاریت گیرنده و اجاره گیرنده مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد مرکب خویش را به محمود به عاریت دهد و محمود بدون اجازه احمد مرکب را به حمیده به اجاره دهد و مرکب نزد حمیده از بین برود، احمد می تواند جبران خسارت مرکب را از هر یک محمود و حمیده مطالبه نماید.

۲- در صورت مطالبه از عاریت گیرنده او نمی تواند به شخص دیگر مراجعه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد جبران خسارت مرکب را از محمود مطالبه نماید، محمود نمی تواند غرض دریافت جبران خسارت به حمیده مراجعه نماید.

۳- در صورت مطالبه ضمانت از اجاره گیرنده، اجاره گیرنده می تواند به عاریت گیرنده رجوع نماید مشروط بر این که هنگام عقد اجاره از عاریت بودن عین در نزد او آگاه نباشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد پرداخت جبران خسارت را از حمیده مطالبه نماید، حمیده می تواند غرض دریافت جبران خسارت به محمود مراجعه نماید. در چنین حالتی، شرط است که حمیده آگاهی نداشته باشد که مرکب نزد محمود عاریتی بوده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم دریافت جبران خسارت عین مستعاره است.

۴) طبق ماده ۱۴۶۹ ق. م: «عاریت گیرنده نمی تواند عین عاریت داده شده را به اجاره یا رهن بدهد، مگر اینکه آن را به اجازه عاریت دهنده به منظور دادن رهن به عاریت گرفته باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که عاریت گیرنده نمی تواند عین عاریت داده شده را به اجاره یا رهن بدهد. به حیث مثال، اگر احمد قالین خویش را به محمود به عاریت بدهد، محمود نمی تواند قالین را به حمیده در برابر دینی که حمیده بر محمود دارد به رهن دهد. همچنین، حمیده نمی تواند قالین را به جمشید به اجاره بدهد. استثنای این اصل این است که احمد به محمود این اجازه را داده باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عاریت و اجازه عین مستعاره است.

گفتار پنجم) انتها

عقد عاریت در حالات آتی منتهی می گردد:

۱) طبق ماده ۱۴۷۷ ق. م فقره اول: «عاریت با انقضای مدت موافقه شده منتهی می گردد. اگر مدت تعیین نشده باشد با بر آورده شدن منظوری که برای آن عاریت صورت گرفته خاتمه می یابد. در صورت عدم تحدید مدت، عاریت دهنده می تواند، هر وقت انتهای عاریت را مطالبه نماید.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که عاریت در سه حالت ختم می شود:

۶۱۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۰۳۹ - ۴۰۴۰.

نخست: در صورت ختم مدتی که در مورد آن میان عاریت دهنده و عاریت گیرنده توافق نموده اند مانند یک روز، یک هفته، یک ماه و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود برای مدت یک ماه به عاریت بدهد، با ختم یک ماه عقد عاریت منتهی می شود.

دوم: در صورت تأمین هدفی که به منظور آن عین مستعاره به عاریت گرفته شده است. به حیث مثال، اگر احمد کتاب خویش را به حمیده به منظور نوشتن مونوگراف به عاریت بدهد، با نوشته شدن مونوگراف عقد عاریت خاتمه می یابد.

سوم: در صورتی که عاریت دهنده وقت ختم عقد عاریت را مطالبه نماید، زیرا عاریت عقد غیرلایزم است و عاریت دهنده می تواند در صورت عدم تحدید وقت، فسخ آن را مطالبه نماید. به حیث مثال، در مثال عاریت کتاب، احمد هر لحظه می تواند کتاب را مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انتهای عاریت است. طبق فقه هرگاه معیر رد مال مستعاره را مطالبه نماید عقد عاریت در اثر مطالبه فوق منتهی می گردد، زیرا عاریت عقد غیر لازم است و هر یک از طرفین هر وقت بخواهند می توانند آن را فسخ نمایند^{۶۱۳}

۲) در صورتی که مستعیر مورد عاریه را رد نماید: هرگاه مستعیر مورد عاریه را به معیر رد نماید عقد عاریت منتهی می گردد اعم از اینکه قبل از موعد انتهای عقد عاریت باشد و یا بعد از آن؛

۲) در صورت جنون معیر و یا مستعیر: عقد عاریت در اثر جنون معیر و یا مستعیر به سبب زوال اهلیت تبرع منتهی می گردد؛
۵) طبق ماده ۱۴۷۹ ق. م: «عقد عاریت به وفات عاریت گیرنده منتهی شده به ورثه وی انتقال نمی کند». طبق نص این ماده عقد عاریت به وفات عاریت گیرنده منتهی شده به ورثه وی انتقال نمی کند. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود برای مدت یک ماه به عاریت بدهد و محمود وفات نماید، عقد عاریت خاتمه پیدا می کند و این حق به ورثه محمود منتقل نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای عقد عاریت است. به موجب فقه در صورتی که معیر و یا مستعیر فوت نماید عقد عاریت منتهی می گردد.^{۶۱۴}

۶) طبق ماده ۱۴۸۰ ق. م: «هرگاه عاریت گیرنده وفات نموده و عین عاریت در متروکه متوفی موجود نباشد به حیث دین واجب الاداء از ترکه شناخته می شود». طبق نص این ماده هرگاه عاریت گیرنده وفات نموده و عین عاریت در متروکه متوفی موجود نباشد به حیث دین واجب الاداء از ترکه شناخته می شود. متروکه اموالی است که از مؤثر به جا می ماند. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به عاریت بدهد و محمود وفات نماید و موتر در جمله متروکه محمود نباشد، موتر به عنوان دینی که پرداخت آن لازم است بر ترکه تلقی می گردد. ورثه محمود مکلف اند قبل از تقسیم ترکه، قیمت موتر را مانند سایر دیون محمود به احمد پرداخت نمایند. موتر در این مثال مصداق عین است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات عاریت گیرنده و یکی از اسباب انتهای عقد عاریت است.

۷) در صورتی که یکی از طرفین عقد عاریت به حجر به سبب سفه محکوم گردد: در صورتی که معیر یا مستعیر به سبب سفاهت به حجر محکوم گردد عقد عاریت منتهی می گردد، زیرا در اثر محجور علیه قرار گرفتن اهلیت تبرع زائل می گردد؛

۸) در صورت حجر معیر به سبب افلاس: در صورتی که معیر به سبب افلاس محجور علیه قرار گیرد عقد عاریت منتهی می گردد، زیرا عاریت مانع تقویه منافع اموال و مصلحت داتین معیر می گردد؛^{۶۱۵}

۹) طبق ماده ۱۴۷۸ ق. م: «معیر می تواند در حالات ذیل انتهای عقد عاریت را بدون قید مطالبه می نماید: ۱- در حالت احتیاج غیر مترقبه به عین عاریت؛ ۲- در حالت سوء استعمال عین از جانب عاریت گیرنده یا قصور وی در حفاظت مستعاره؛ و ۳- در صورت افلاس عاریت گیرنده بعد از انعقاد عقد یا قبل از آن، مشروط بر این که عاریت دهنده هنگام عقد عاریت از آن مطلع نبوده متعاقباً اطلاع حاصل کند». طبق نص این ماده عاریت دهنده (معیر) می تواند در حالات ذیل عقد را خاتمه دهد:

۶۱۳. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۵)، ص ۴۰۵۳.

۶۱۴. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۵)، ص ۴۰۵۴.

۶۱۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۵)، ص ۴۰۵۴.

۱- در حالت احتیاج غیر مترقبه به عین عاریت. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود برای مدت یک ماه به عاریت دهد و احمد به صورت غیرمترقبه به موتر نیاز پیدا نماید، به حیث مثال، یکی از اعضای فامیل احمد مریض گردد و ضرورت احساس گردد تا احمد عضو خانواده را هر روز شفاخانه ببرد، احمد می تواند ختم عقد عاریت و رد موتر را از محمود مطالبه نماید.

۲- در حالت سوء استعمال عین از جانب عاریت گیرنده یا قصور وی در حفاظت مستعاره. قصور جمع تقصیر است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود موتر را بدون احتیاط رانندگی نماید و به متر صدمه وارد نماید یا در حفظ موتر مرتکب تقصیر گردد. همچنین، اگر احمد اسپ بزکش و قیمتی خویش را به محمود به عاریت بدهد و محمود با اسپ بزکش بارکشی نماید و یا اسپ را آب و علف ندهد، احمد می تواند ختم عقد و رد اسپ را از محمود مطالبه نماید. بارکشی با اسپ بزکشی مصداق سوء استعمال و عدم آب و علف دادن اسپ مصداق تقصیر است.

۳- در صورت افلاس عاریت گیرنده بعد از انعقاد عقد یا قبل از آن، مشروط بر این که عاریت دهنده هنگام عقد عاریت از آن مطلع نبوده متعاقباً اطلاع حاصل کند. افلاس از ریشه «فلس» گرفته شده است که در لغت به معنی ناچیز شدن، نادر شدن، بینوایی، ناداری و پریشانی است. به شخصی که حکم به افلاس او می شود مفلس گویند. در اصطلاح حقوقی افلاس عبارت از وصفی است در شخصی که قرض او بیشتر از دارایی او باشد.^{۶۱۶} به حیث مثال، اگر احمد ده تخته قالین مور را به محمود به عاریت بدهد و محمود در اثر تقاضای داینین توسط محکمه ذیصلاح به افلاس محکوم گردد، احمد می تواند عقد را فسخ و رد قالین ها را از محمود مطالبه نماید. همچنین، در صورتی که در این مثال محمود قبل از گرفتن قالین ها به افلاس محکوم شده باشد و احمد نسبت به افلاس محمود آگاهی نداشته باشد، احمد می تواند عقد را فسخ و رد قالین ها را از محمود مطالبه نماید. به نظر می هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب افلاس و مورد حمایت قرار دادن حق عاریت دهنده است.

۶۱۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۸۴.

فصل سوم: عقود کار

تصنيف دیگر عقود معين در ق. م به عقود کار است. طبق ق. م این عقود شامل عقد مقاوله، استصناع، عقد کار، تعهدات مرافق عامه، وکالت، نگهبانی و ابداع می شود:

مبحث اول: مقاوله

اولین نوع عقد کار، مقاوله است که احکام آن را جلد سوم، باب سوم، فصل اول، مواد ۱۲۸۱ الی ۱۵۰۹ ق. م تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م ترجمه نموده اند. به نظر می رسد برخی احکام این عقد از اجاره و برخی از استصناع گرفته شده است. با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می آید که پیش بینی عقد مقاوله که در عمل مأنوس نیست زاید به نظر می رسد. همچنین، در فقه، مقاوله به عنوان یکی از عقود معين به رسمیت شناخته نشده است.

گفتار نخست) تعريف و ارکان

الف) تعريف

مقاوله از ریشه «قول» گرفته شده است که در لغت به معنی به همدیگر قول دادن، گفت و شنود کردن و گفت و گو کردن است.^{۶۱۷} در اصطلاح حقوقی ماده ۱۴۸۱ ق. م در تعريف مقاوله می گوید: «مقاوله، عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین ساختن چیزی یا اجرای عملی را به صورت مؤقت یا غیرمؤقت برای طرف دیگر به مقابل اجرت تعهد نماید». به نظر می رسد مثال های مقاوله در زندگی مدنی فراوان است. به عنوان مثال، اگر شخصی با گلکاری جهت ساختن خانه، با مهندسی جهت ساختن بلاک، با تجاری جهت ساختن الماری، با طبیبی جهت تداوی مریض عقد منعقد نماید، تا اشخاص مزبور این اعمال را انجام دهند، چنین عقدی را مقاوله می گویند. در این مثال ها، موضوع عقد ساختن شی یا اجرای عمل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعريف عقد مقاوله است.

ب) ارکان

طبق قواعد عمومی عقود، ارکان مقاوله مانند اکثر عقود عبارت اند از: موضوع مقاوله و آن عملی است که مقاول اجرای آن را در برابر عوض به صاحب کار تعهد می نماید، طرفین عقد که عبارت اند از: مقاول و صاحب کار و صیغه و سبب و اجرت است.

گفتار دوم) انعقاد و شرایط طرفین

الف) انعقاد

مقاوله عقد معين است و برای انعقاد آن ایجاب و قبول به نحوی که موافق هم باشند ضروری است. این شرط را می توان از نص ماده ۱۴۸۱ ق. م که تصریح می نماید: «مقاوله، عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین ساختن چیزی یا اجرای عملی را به صورت مؤقت یا غیرمؤقت برای طرف دیگر به مقابل اجرت تعهد نماید» استنباط کرد. مقاوله از جمله عقود رضایی است. بنابراین، برای ایجاب و قبول رعایت شکلیات خاص شرط نیست و ایجاب و قبول می تواند به صورت ضمنی و صریح صورت پذیرد. ایجاب و قبول در عقد مقاوله تابع قواعد عمومی عقود است زیرا در خصوص ایجاب و قبول در عقد مقاوله احکام خاص وجود ندارد.

ب) شرایط طرفین و موضوع

چون مقاوله از جمله عقود معين است، جهت انعقاد آن شرط است که طرفین (مقاول و صاحب کار) دارای اهلیت یعنی عاقل و بالغ باشند. همچنین، شرط است که اراده آنها عاری از عیوب اراده که تفصیل آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت، باشد. در مورد شرایط صحت موضوع عقد مقاوله ماده ۱۴۸۲ ق. م حکم می نماید که: «مقاوله کار و ساختن اشیای مخالف قانون و نظام عام اعتبار ندارد». طبق نص این ماده جهت صحت مقاوله شرط است که موضوع آن مشروع باشد. پس، در صورتی که موضوع مقاوله غیر مشروع؛ یعنی: خلاف قانون و نظام و آداب عامه باشد، عقد باطل است. به عنوان مثال، مقاوله طرفین بر احداث منزل برای فاحشه خانه و قمار خانه، شرابخانه (بار) باطل است. همچنین، مقاوله طرفین مبنی بر تورید حشیش، مخدرات ممنوعه، ساختن و فروش اسلحه ممنوعه و ارتکاب جرایم باطل است. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد ببندد تا برای محمود فاحشه خانه احداث نماید، ایجاد فاحشه خانه مخالف قانون است. همچنین، اگر احمد به محمود تعهد نماید تا از خارج برای او مواد مخدر،

۶۱۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، صص ۱۹۳۹ و ۱۹۴۰

سلاح و مهمات و مواد منفجره صادر نماید، این عقد به دلیل این که امکان دارد سلاح و مهمات و مواد مخدر غیرقانونی نظم عمومی را بر هم بزند، باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت موضوع عقد مقاوله است.

گفتار سوم) آثار

مقاوله عقد است و مانند سایر عقود موجب ایجاد آثار معین می گردد. برخی از این آثار متوجه مقاوله و برخی نیز متوجه صاحب کار می شود. گاهی نیز ممکن است مقاول با مقاول دیگر که در ق. م به نام «متعهد ثانی» نامیده است جهت اجرای اعمال معین عقد مقاوله منعقد نماید:

الف) آثار مقاوله نسبت به مقاول

مقاوله نسبت به مقاول موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) مقاول مکلف است عمل را به نحوی که در مورد آن توافق صورت گرفته است انجام دهد. به حیث مثال، اگر احمد نجار تعهد نماید که برای محمود الماری بسازد، احمد مکلف است مطابق شرایط عقد الماری را بسازد.

۲) طبق ماده ۱۴۸۳ فقره های اول و دوم ق. م: «۱) متعهد می تواند تنها اجرای عمل را تعهد نماید و موادی که در اجراء عمل به کار برده می شود یا از آن استفاده به عمل می آید، به دوش صاحب کار گذاشته می شود؛ و (۲) تعهد اجرای عمل و تهیه مواد هر دو از طرف متعهد جواز دارد.» از نص این دو قاعده استنباط می گردد:

۱- متعهد می تواند تنها اجرای عمل را تعهد نماید و موادی که در اجراء عمل به کار برده می شود یا از آن استفاده به عمل می آید، به دوش صاحب کار گذاشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد استادکار سنگ شانی باشد و محمود با احمد عقد ببندد که در خانه محمود کاشی یا سرامیک یا موزائیک بشاند، اجرای عمل بر عهده احمد و تهیه سنگ و سایر مواد بر عهده محمود است.

۲- تعهد اجرای عمل و تهیه مواد هر دو از طرف متعهد جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد استادکار ایزوگام و قیرگونی باشد و محمود با احمد عقد ببندد تا بام خانه محمود را ایزوگام نماید، احمد می تواند هم بام خانه محمود را ایزوگام نماید و هم مواد ایزوگام را برای محمود تهیه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف مقاول نسبت به صاحب کار است.

۳) طبق ماده ۱۴۸۲ ق. م: «هرگاه مقاوله کننده به تهیه تمام یا بعضی مواد کار تعهد نماید از کیفیت آن مسؤول بوده و در برابر صاحب کار از آن ضامن می باشد.» طبق نص این ماده در صورتی که مقاول تمام یا قسمتی از مواد را تهیه نماید، چنین مقاوله مخلوطی از بیع و مقاوله است. بنابراین، ساختن شی تابع احکام عقد مقاوله و تهیه مواد تابع احکام عقد بیع است. اگر در مواد عیبی وجود داشته باشد، مقاول ضامن پرداخت ضمان آن طبق احکام ضمان مبیع که تفصیل آن در مبحث بیع گذشت است. به حیث مثال، اگر احمد در برابر محمود تعهد نماید تا برای صفه یا دیوار خانه محمود کتاره فلزی بسازد، احمد در برابر محمود از کیفیت مواد ساختن کتاره مسؤول است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مقاول در برابر صاحب کار است.

۴) طبق ماده ۱۴۸۵ فقره های اول و دوم ق. م: «۱) هرگاه مواد از جانب صاحب کار تهیه گردد متعهد به دقت در استعمال مواد و به کار بردن اصول فنی در آن مکلف می باشد. همچنین حساب دهی مواد مصرف شده و رد مواد باقی مانده به صاحب کار مکلف شناخته می شود؛ و (۲) در صورتی که بعضی از مواد نسبت اهماال یا نقص در کفایت فنی متعهد غیرقابل استفاده شود، متعهد به رد قیمت آن به صاحب کار مکلف می گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که صاحب کار مواد را برای مقاول تهیه نماید، مانند: تهیه تکه برای خیاط، چوب برای نجار، طلا برای زرگر، ورق برای مطبعه و امثال اینها، متعهد یا مقاول مکلف است اول اینکه در استعمال مواد مانند شخص متعارف دقت نماید؛ دوم اینکه آن را طبق اصول مسلکی نظر به نوع مسلک استعمال نماید؛ و سوم اینکه حساب مصرف مواد را به صاحب کار ارایه نماید. به حیث مثال، اگر احمد مواد چاپ کتاب را برای محمود تهیه نماید تا محمود کتاب احمد را چاپ نماید، محمود مکلف است در استعمال ورق و سایر مواد دقت لازم را به خرج دهد. همچنین، محمود مکلف است اصول و قواعد تخنیکی و فنی حاکم بر چاپ کتاب را به کار ببرد.

همچنین، محمود مکلف است صورت حساب مواد را به احمد بدهد. همچنین، احمد مکلف است مواد اضافی چاپ کتاب را به محمود مسترد نماید. در صورتی که بعضی از مواد نسبت اهمال یا نقص در کفایت فنی متعهد غیرقابل استفاده شود، متعهد به رد قیمت آن به صاحب کار مکلف می گردد. اهمال از ریشه «همل» گرفته شده است که در لغت به معنی چیزی را فرو گذاشتن، استوار نداشتن، غفلت، سستی ورزیدن، سستی، کاهلی ورزیدن و درنگ کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، اهمال عبارت از خطایی ناخواسته یا انجام ندادن کاری است که لازم است انجام پذیرد.^{۶۱۸} به حیث مثال، اگر در مثال بالا، به دلیل اهمال و غفلت احمد مقدار از مواد چاپ کتاب غیرقابل استفاده شود، احمد مکلف به دادن قیمت آن به محمود است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مقاول و مورد حمایت قرار دادن صاحب کار است.

۵) براساس ماده ۱۴۸۶ ق. م: «متعهد مکلف است ابزار اضافی را که اجرای عمل ایجاب نماید به مصرف خود تهیه کند، مگر این که عرف حرفه‌ای یا موافقه طرفین مخالف آن باشد». طبق نص این ماده اصل این است که متعهد یا مقاول مکلف است وسایل فنی اجرای عمل را تهیه نماید. استثنای این اصل، عرف و موافقه طرفین است. بنابراین، در صورت وجود عرف و یا موافقه طرفین، متعهد یا مقاول مکلف به تعهد وسایل فنی اجرای عمل نیست. به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا برای محمود کتاره یا کلکین بسازد، احمد مکلف است وسایل ساخت کتاره و کلکین را فراهم نماید. این اصل است. استثنای این اصل عرف و موافقه طرفین است. بنابراین، اگر محمود به احمد تعهد نماید که تمام وسایل ساخت کتاره و کلکین را برای احمد فراهم می نماید یا عرف خاص در این زمینه وجود داشته باشد که به موجب آن محمود مکلف به تهیه وسایلی که توسط آنها کلکین و کتاره ساخته می شود، باشد، محمود مکلف به تهیه وسایل ساخت کلکین و کتاره است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهدات مقاول و صاحب کار است.

۶) براساس ماده ۱۴۸۸ ق. م: «هرگاه ظاهر شود که متعهد به صورت ناقص یا مخالف عقد عمل را انجام می دهد، صاحب کار می تواند به او إخطار دهد که در ظرف مدت معین از طرز العمل خود منصرف نگردد صاحب کار می تواند عقد را فسخ یا اتمام کار را به مصرف متعهد اول به شخص دیگری بسپارد». طبق نص این ماده در صورتی که مقاول تعهدات خویش را ایفاء ننماید، به عنوان مثال، عمل را مطابق شرایط پیش بینی شده در عقد اجراء ننماید یا اصول مسلکی را در اجرای عمل رعایت ننماید یا مواد را مانند شخص متعارف استعمال ننماید، صاحب کار طبق ق. م می تواند وی را مبنی بر اجرای عمل طبق اصول مسلکی إخطار دهد. همچنین، صاحب کار می تواند عقد را فسخ نماید یا اتمام کار را به متعهد دیگر بسپارد و مصارف آن را از مقاول اول مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان نجار استخدام نماید و وسایل کار را برای محمود فراهم نماید اما محمود برخلاف عقد عمل نماید، احمد می تواند محمود را إخطار دهد تا عمل مورد نظر را مطابق شرایط پیش بینی شده عقد انجام دهد. در صورتی که محمود به إخطار احمد توجه ننماید، احمد می تواند عقد را فسخ نماید و عمل نجاری را به نجار دیگر واگذار نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای شرایط مقاوله و مورد حمایت قرار دادن صاحب کار است.

۷) براساس ماده ۱۴۸۹ ق. م: «متعهد نمی تواند قبل از اتمام کار و تسلیم آن به صاحب کار اجرت موافقه شده را مطالبه نماید اما صاحب کار می تواند قسمتی از اجرت را طوری پیشکی تأدیه یا چنان موافقه نماید که اجرت را متناسب به انجام کار می پردازد، به شرطی که به اتمام کار باقی مانده مجبور ساخته شود، در غیر آن صاحب کار به مصرف متعهد آن را تکمیل می نماید». از نص این ماده سه حکم قابل استخراج است:

اول این که: مقاول نمی تواند قبل از تکمیل عمل و تسلیم شی ساخته شده به صاحب کار، اجرت آن را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا برای محمود دروازه بسازد، احمد نمی تواند قبل از تکمیل دروازه و تسلیم آن به محمود اجرت آن را مطالبه نماید.

دوم این که صاحب کار می تواند قسمتی از اجرت انجام موضوع عقد مقاوله را به مقاول طور پیش پرداخت بپردازد. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود می تواند مقداری از پول ساخت دروازه را به احمد به صورت پیش پرداخت، پرداخت نماید. سوم این که مقاول و صاحب کار می توانند توافق نمایند که صاحب کار اجرت را متناسب به کار انجام شده به مقاول پرداخت نماید. در چنین حالتی، شرط است که مقاول با صاحب کار تعهد نماید که در صورت عدم تکمیل موضوع عقد مقاوله، صاحب کار

۶۱۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۴۱.

می تواند مقاول را مجبور به تکمیل موضوع عقد مقاوله نماید یا صاحب کار موضوع عقد مقاوله را با پول مقاول تکمیل نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد تعهد نماید تا دروازه های متعدد برای محمود بسازد، محمود می تواند متناسب به دروازه ها اجرت آن را به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد قانونگذار مدنی، این شرط را به منظور مورد حمایت قرار دادن حقوق صاحب کار پیشبینی نموده است.

۸) طبق ماده ۱۴۹۰ ق. م: «انجنیر ساختمانی و مقاوله کننده به طوری متضامن تا مدت ده سال مسؤول انهدام، شکست و نشست کلی یا جزئی عمارات ساخته شده یا ملحقات ثابتۀ دیگری که اعمار نموده اند می باشند گرچه انهدام، شکست و نشست ناشی از عیب در خود زمین باشد یا صاحب کار به ساختن عمارت معیوب اجازه داده باشد، مگر اینکه اصلاً عاقد آن بقای عمارت را کمتر از مدت ده سال اراده داشته باشند.»

از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که جهت تحقق ضمان لازم است عقد مقاوله که محل آن بناء، مانند: خانه، بلاک، مسجد، مدرسه، شفاخانه، تجارتخانه و امثال اینها باشد، میان صاحب کار و مقاول منعقد گردیده باشد و در بناء یا ملحقات مربوط به بناء در مدت ده سال شکست و یا نشست کلی یا جزئی صورت پذیرفته باشد. در چنین حالتی فرق نمی کند که انهدام، شکست و نشست ناشی از عیب در خود زمین باشد یا صاحب کار به ساختن عمارت معیوب اجازه داده باشد. ملحقات جمع ملحقه و ملحقه تأیید ملحق است که در لغت به معنی اضافه شده ها، ضمیمه ها و پیوست ها است.^{۶۱۹} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد که ملحقات چیز هایی است که با اصل شی ضمیمه می شوند. مانند کلید قفل، گوساله شیرخوار گاو، زمین و به حویلی، اطاق به حویلی و نظیر اینها.

به حیث مثال، اگر انجنیر ساختمانی و مقاوله کننده دیگری برای حمیده خانه یا بلاک بسازند تا ده سال به صورت مشترک و تضامنی ضامن انهدام و شکست بناء اند. بنابراین، اگر در مدت ده سال خانه، بلاک و نظیر آن شکست نماید و منهدم شود، انجنیر ساختمانی و مقاول در برابر حمیده ضامن اند. استثنای این اصل این است که صاحب کار بقای عمارت را کمتر از مدت ده سال اراده داشته باشند. به حیث مثال، در مثال بالا، حمیده با احمد و مقاوله کننده عقد مقاوله ببندد و از آنها بخواهد تا ساختمانی را برای مدت مؤقت پنج سال بسازند، در این صورت، اگر در مدت پنج سال ساختمان منهدم شود، احمد و مقاوله کننده ضامن انهدام بناء نیستند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای شرایط مقاوله و مورد حمایت قرار دادن صاحب کار است.

۹) طبق ماده ۱۹۴۳ ق. م: «هر شرطی که مانع ضمان مهندس انجنیر ساختمانی و مقاوله کننده گردد، باطل است.» طبق نص این ماده هر شرطی که مانع ضمان مهندس انجنیر ساختمانی و مقاوله کننده گردد، باطل است. مانع اسم فاعل از ریشه «منع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازدارنده، حایل میان دو چیز، جلوگیری کننده، و جلوگیری است.^{۶۲۰} ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و کفیل شدن است. همچنین، ضمان در لغت به معنی تاوان و جبران خسارت است.^{۶۲۱} دلیل باطل بودن شرط مهندس و انجنیر ساختمان مخالفت با قانون است. طبق قواعد عمومی عقود هر فرد می تواند در قرارداد شرط گذارد مشروط بر این که شرط مخالف قانون نباشد. به حیث مثال، اگر احمد و مهندس به حمیده بگویند برای شما خانه می سازیم اما اگر خانه در مدت کمتر از ده سال منهدم شود، ما مسؤول پرداخت جبران خسارت آن نیستیم، این شرط باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن صاحب کار است.

۱۰) وفق ماده ۱۴۹۲ ق. م: «مهندس طرح پلان و نقشه که بر اجرای کار نظارت نداشته باشد، تنها از عیب پلان و نقشه مسؤول می باشد.» طبق نص این ماده مهندس طرح پلان و نقشه که صرف مسؤول طرح پلان و نقشه بناء باشد و بر اجرای ساخت بناء نظارت نداشته باشد، صرف از عیب پلان و نقشه در برابر صاحب کار مسؤول است. به حیث مثال، اگر احمد مهندس باشد و نقشه را برای بلاک پنج منزله محمود طراحی نماید و سپس محمود بلاک را توسط گلکاران و مزدوران کاران بسازد و این کار تحت نظارت احمد انجام نشود و سپس بلاک شکست نماید، احمد صرف مسؤول عیب نقشه است و مسؤولیتی در خصوص

619. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

۶۲۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۵۸.

۶۲۱. حسن بادینی (۱۳۹۲). فلسفۀ مسؤولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۹ - ۳۲.

شکست و انهدام بلاک ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده رفع مسؤولیت مدنی قراردادی و قهری از مهندس است.

۱۱) وفق ماده ۱۴۹۴ ق. م: «دعوی ضمان در احوال مندرج مواد (۱۴۹۰-۱۴۹۱-۱۴۹۲) این قانون بعد از انقضای مدت یک سال از تأریخ حدوث انهدام، شکست و نشست یا کشف عیب ساقط می گردد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد (۱۴۹۰-۱۴۹۱-۱۴۹۲) ق. م است. تفصیل احکام مواد (۱۴۹۰-۱۴۹۱-۱۴۹۲) در بالا گذشت. طبق نص این ماده دعوی ضمان باید در مدت یک سال پس از حدوث انهدام بناء، نشست و یا شکست کلی صورت پذیرد. در صورتی که دعوی در این مدت توسط صاحب کار اقامه نگردد، تحت قاعده مرور زمان مُسقط اقامه دعوی که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. منظور از دعوی ضمان، دعوی مسؤولیت مدنی قراردادی مقاول است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مدت مرور زمان دعوی مسؤولیت مدنی قراردادی مقاول است.

۱۲) تهیه وسایل کار: طبق ماده ۱۴۸۶ ق. م: «متعهد مکلف است افزار اضافی را که اجرای عمل ایجاب نماید به مصرف خود تهیه کند، مگر این که عرف حرفوی یا موافقه طرفین مخالف آن باشد.» طبق نص این ماده متعهد؛ یعنی مقاول مکلف است ابزار کاری که مستلزم انجام موضوع مقاوله است را فراهم نماید. نوع این ابزار بستگی به موضوع دارد و امکان دارد متفاوت باشد. این امر در صورتی قابل تطبیق است که عرف طور دیگری نباشد و یا طرفین طور دیگری موافقه ننموده باشند. به حیث مثال، اگر حمیده جمشید را برای شاندن و نصب سرامیک و موزاییک در سطح اطاق ها و دیوار اطاق های خانه خویش به کار بگمارد، جمشید مکلف است ابزار اضافی کار مانند وسایل تخنیکی نصب و شاندن سرامیک و موزاییک را فراهم نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که عرف طور دیگر باشد یا طرفین عقد مقاوله طور دیگر توافق نمایند. به حیث مثال، عرف به گونه ای باشد که حمیده وسایل اضافی و ابزار کار را فراهم نماید یا حمیده تعهد نماید که جمشید صرف سرامیک و موزاییک را نصب نماید و وسایل کار را حمیده فراهم می نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهدات مقاول در برابر صاحب کار است.

۱۳) تزئید و تنقیص اجرت: طبق ماده ۱۴۸۷ ق. م: «تزئید اجرت موافقه شده از طرف متعهد و تنقیص آن از جانب صاحب کار بعد از عقد مقاوله جواز ندارد، مگر اینکه قانون یا موافقه به خلاف آن صراحت داشته باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که تزئید اجرت موافقه شده از طرف متعهد و تنقیص آن از جانب صاحب کار بعد از عقد مقاوله جواز ندارد. تزئید در لغت به معنی افزون کردن و زیاد کردن است.^{۶۲۲} تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان کردن است.^{۶۲۳} به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا برای محمود خانه دو منزله احداث نماید و عقد مقاوله میان احمد و محمود منعقد گردد، احمد و محمود نمی توانند مقدار اجرت را زیاد یا کم نمایند. این اصل است. استثنای این اصل این است که قانون طور دیگر باشد یا موافقه طور دیگر صورت بگیرد. دلیل این استثناء عدم مخالفت توافق با قانون و عدم مخالفت شرط با اخلاق عمومی و نظام عامه است. به حیث مثال، احمد و محمود در مثال بالا بر یک مقدار اجرت توافق نمایند و پیش بینی نمایند که هر یک می تواند مقدار اجرت را کاهش یا افزایش دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم کاهش و افزایش مقدار اجرت بعد از عقد است.

۱۴) ایجاد عیب در نقشه و ساختمان: طبق ماده ۱۴۹۲ ق. م: «مهندس طرح پلان و نقشه که بر اجرای کار نظارت نداشته باشد، تنها از عیب پلان و نقشه مسؤول می باشد.» براساس نص این ماده باید میان دو حالت جداگانه تفکیک قایل شد: نخست حالتی است که مهندس پلان و نقشه ساختمان را طرح نماید و سپس بر اجرای نقشه و ساخت و ساز ساختمان نظارت نماید. در این صورت، هرگاه در ساختمان عیبی مانند: شکست، فرو ریختن و امثال اینها بروز نماید، مهندس مسؤول عیب نقش و ساختمان است.

دوم در صورتی که مهندس صرف نقشه را طرح نماید و بر ساختن ساختمان نظارت نداشته باشد، صرف مسؤول ایجاد عیب در نقشه است. به حیث مثال، اگر احمد مهندس باشد و طرح پلان و نقشه بلاک هجده منزله را برای محمود طراحی نماید، اما

622. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۸/۱۹) (آخرین بازدید).

623. Ibid, (۲۰۱۶/۸/۱۹) (آخرین بازدید).

خودش در اجرای طرح و نقشه نظارت نداشته باشد و سپس در بلاک هجده منزله شکست و انهدام واقع شود، احمد صرف مسؤول عیب در نقشه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم مسؤولیت مدنی قراردادی مقاول است.

۱۵) انهدام و شکست ساختمان در صورتی که بیمه شده باشد: ماده ۱۴۹۵ ق. م: «هرگاه جبران خساره ناشی از انهدام، شکست و نشست کلی یا جزئی عمارت از طرف شرکت بیمه ساختمانی پرداخته شده باشد، صاحب عمارت نمی تواند آن را از انجنیر ساختمانی مقاوله کننده و یا مهندس مطالبه نمایند.»، طبق نص این ماده در صورت انهدام و شکست کلی و یا قسمی ساختمان و مسؤولیت مدنی قراردادی مهندس و یا مقاوله کننده در برابر صاحب کار دو حالت قابل تصور است:

نخست در صورتی که ساختمان بعد از تسلیم توسط صاحب کار بشکند و یا منهدم شود، مقاوله کننده و یا مهندس در برابر صاحب کار مسؤولیت مدنی قراردادی دارند و باید جبران خسارت ناشی از انهدام و شکست ساختمان را به صاحب کار بپردازند.

دوم در صورتی که ساختمان در شرکت بیمه، بیمه شده باشد، صاحب کار نمی تواند مهندس و انجنیر را مسؤول تلقی نماید و در نتیجه جبران خسارت ناشی از انهدام و شکست ساختمان را از آنها مطالبه نماید، زیرا در این صورت، شرکت بیمه باید قیمت ساختمان را به صاحب کار پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد مهندس باشد و طرح پلان و نقشه خانه سه منزله را برای محمود طراحی نماید، اما محمود خانه را بیمه ننماید، در صورت شکست و انهدام خانه احمد در برابر محمود مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت را پرداخت نماید. اما، در صورتی که محمود خانه را بیمه نموده باشد و سپس خانه فرو ریزد، احمد در برابر محمود مسؤول پرداخت جبران خسارت نیست. زیرا، در این صورت محمود پول انهدام ساختمان را می تواند از شرکت بیمه اخذ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انتقای مسؤولیت مدنی قراردادی مقاول است.

ب) آثار مقاوله نسبت به صاحب کار

عقد مقاوله نسبت به صاحب کار موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) فراهم نمودن زمینه اجرای عمل توسط مقاول: طبق عقد مقاوله صاحب کار مکلف است زمینه اجرای عمل موضوع مقاوله را برای مقاول فراهم نماید. به عنوان مثال، اگر اجرای عمل احداث یا تغییر ارتفاع دیوار مشترک باشد، صاحب کار باید توافق همسایه را در این زمینه اخذ نماید. همچنین، اگر اجرای عمل ساختن دروازه، کلکین و الماری توسط نجار باشد، صاحب کار مکلف است در صورت ملزم بودن به تهیه مواد (چوب و تخته و ...) آن را برای نجار فراهم نماید؛

۲) تسلیم موضوع عقد مقاوله: طبق ماده ۱۴۹۶ ق. م: «صاحب کار مکلف است به مجرد اتمام کار آن را مطابق عرف جاری تسلیم شود در غیرآن متعهد می تواند به تسلیمی آن در خلال مدت معین به او اخطار رسمی بدهد. در صورت انقضای مدت مذکور اگر صاحب کار آن را تسلیم نشود، تسلیم شده تلقی می شود.»، از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- صاحب کار مکلف به تسلیم موضوع عقد مقاوله بعد از اجرای آن توسط مقاول است. تسلیم اجرای عمل نیز بر حسب نوع عمل بادر نظر داشت عرف جاری صورت می پذیرد. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود کتاره آهنی یا چپله تاک بسازد، محمود مکلف است آن را تسلیم شود.

۲- در صورتی که صاحب کار از تسلیم موضوع عقد مقاوله امتناع ورزد، مقاول می تواند وی را اخطار رسمی دهد و مدت معقولی را تعیین نماید تا در آن مدت، صاحب کار شی مصنوع را تسلیم نماید. در صورتی که در این مدت، صاحب کار از تسلیم شی مصنوع امتناع ورزد، شی مصنوع تسلیم شده حُکمی تلقی می گردد. اثری که بر تسلیم حقیقی و حُکمی مرتب می گردد انتقال ملکیت شی مصنوع به صاحب کار است. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود دروازه و کلکین بسازد و محمود دروازه و کلکین را تسلیم نشود، احمد مکلف است به محمود اخطار رسمی بدهد. معمولاً مطابق عرف اخطار ها رسمی نیست؛ یعنی از طریق محکمه و مراجع دولتی صورت نمی گیرد بلکه بسیار ساده است و به صورت شفاهی، مبالغه و امثال اینها صورت می گیرد. در صورتی که محمود به رغم اخطار کلکین و دروازه را تسلیم نشود، چنان تلقی می گردد که گویی محمود کلکین و دروازه ها را تسلیم شده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف صاحب کار در برابر مقاول است.

۳) پرداخت اجرت: طبق ماده ۱۴۹۸ ق. م: «صاحب کار مکلف است اجرتی را که شرط گذاشته هنگام تسلیمی بپردازد، مگر اینکه عرف یا موافقه به خلاف آن حکم نموده باشد.»، از نص این ماده یک اصل و دو استثناء استنباط می گردد. اصل این است که صاحب کار مکلف است اجرت را حین تسلیمی موضوع عقد مقاوله به مقاول پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد سقف اطاق

های خانه محمود را مسطح چینیایی نماید، محمود مکلف است اجرت آن را به احمد پرداخت نماید. استثنای اول این اصل این است که توافق طرفین طور دیگر صورت گرفته باشد. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد با محمود توافق نموده باشد که به صورت رایگان سقف اطاق های خانه محمود را مسطح چینیایی می نماید. استثنای دوم عرف و عادات است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف صاحب کار در برابر مقاول است.

(۴) پرداخت اجرت زیادت تکالیف: طبق ماده ۱۴۹۸ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه در اثنای اجراء کار تجاوز از حدود موافقه دیده شود متعهد مکلف است مقدار تکالیف زاید را به اطلاع صاحب کار برساند در غیر آن حق مطالبه او در مصارف متجاوز از قیمت موافقه شده ساقط می گردد؛ و (۲) در صورت تجاوز بزرگ، صاحب کار می تواند عقد را با تأدیة قیمت آنچه متعهد مطابق عقد اتمام نموده فسخ نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه در اثنای اجراء کار تجاوز از حدود موافقه دیده شود متعهد مکلف است مقدار تکالیف زاید را به اطلاع صاحب کار برساند در غیر آن حق مطالبه او در مصارف متجاوز از قیمت موافقه شده ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا برای محمود چاه عمیق صد متر حفر نماید، اما در جریان حفر چاه احمد متوجه شود که برای این که چاه آب شیرین داشته باشد، باید یک صد و سی متر چاه حفر نماید، احمد مکلف است به محمود بگوید تا مکلف است یک صد و سی متر به عوض صد متر حفر نماید. در صورتی که احمد به محمود نگوید که باید سی متر بیشتر حفر نماید، احمد نمی تواند اجرت سی متر اضافی را از محمود مطالبه نماید.

۲- در صورت تجاوز بزرگ، صاحب کار می تواند عقد را با تأدیة قیمت آنچه متعهد مطابق عقد اتمام نموده فسخ نماید. به عبارت دیگر: در صورتی که تجاوز بزرگ باشد، مقاول می تواند نفاذ عقد را اجازه بدهد و اجرت اضافه را بپردازد و یا اجرت آنچه را انجام شده است، بپردازد و عقد را فسخ نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود تعهد نماید که برای محمود چاه عمیق صد متر حفر نماید اما سپس متوجه شود که برای این که آب شیرین از چاه خارج شود، باید یک صد و هشتاد متر چاه عمیق حفر نماید، محمود می تواند با پرداخت اجرت صد متر عقد را فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت اجرت زیادت کار توسط مقاول است.

(۵) براساس ماده ۱۴۹۹ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه عقد به اجرت بالمقطع تمام شده باشد متعهد نمی تواند زیادت اجرت را مطالبه کند گرچه در پلان کار متعهد، تعدیلی رخ داده باشد، مگر اینکه تعدیل از اثر تصمیم صاحب کار صورت گرفته باشد؛ و (۲) متعهد نمی تواند به موجب بلند رفتن نرخ و اجرت، زیادت اجرت را مطالبه نماید، مگر در صورتی که چنان حوادث استثنائی عمومی رخ دهد که هنگام عقد پیشبینی شده نمی توانست و به اثر آن معیاری که سنجش مالی عقد مقاوله به آن استوار است، دیگری گون شود در این صورت محکمه می تواند به زیادت اجرت یا فسخ عقد حکم نماید، مگر اینکه طرفین طوری دیگری موافقه نموده باشند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- اصل این است که هرگاه عقد به اجرت بالمقطع تمام شده باشد متعهد نمی تواند زیادت اجرت را مطالبه کند گرچه در پلان کار متعهد، تعدیلی رخ داده باشد. بالمقطع در لغت به معنی مقطعی است. زیادت در لغت به معنی افزونی، افزون شدن، زیاد شدن و بسیار شدن است.^{۶۲۴} به حیث مثال، اگر احمد گلکار باشد و برای محمود خانه بسازد و محمود به صورت مقطعی به حیث مثال در روز های جمعه اجرت احمد را پرداخت نماید، احمد نمی تواند فزونی یا زیاد شدن اجرت را مطالبه نماید. به عنوان نمونه، اگر اجرت احمد روز یک هزار افغانی باشد، احمد نمی تواند یک هزار و دو صد مطالبه نماید. استثنای این اصل این است که پلان کار را مقاول در اثر درخواست صاحب کار تعدیل نماید. تعدیل از ریشه «عدل» گرفته شده است که در لغت به معنی برابر ساختن است.^{۶۲۵} همچنین، تعدیل به معنی راست کردن، معتدل کردن، تقسیم کردن از روی عدالت، دو چیز را با هم برابر کردن و هم وزن کردن است.^{۶۲۶} به نظر می رسد تعدیل در مفهوم مصطلح به معنی بازنگری یا تجدید نظر و تغییر است. به حیث مثال، اگر احمد در خانه محمود سنگ سرامیک و موزاییک نصب نماید و احمد برای مدت هفت ساعت در برابر اجرت یک هزار افغانی کار نماید و سپس

624. Ibid, (Last visit: 31/8/ 2106).

۶۲۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۳.

626. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶).

محمود از احمد بخواهد تا احمد برای مدت ده ساعت در برابر اجرت یک هزار و پنج صد افغانی کار نماید، احمد می تواند زیادت اجرت را از محمود مطالبه نماید.

۲- اصل این است که متعهد نمی تواند به موجب بلند رفتن نرخ و اجرت، زیادت اجرت را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود کناره آهنی یا چپله آهنی بسازد، اما نرخ مواد چپله آهنی و کناره آهنی در بازار بلند برود یا اجرت بالا برود، احمد نمی تواند از محمود تفاوت نرخ مواد و اجرت را مطالبه نماید. استثنای این اصل این است که چنان حوادث استثنائی عمومی رخ دهد که هنگام عقد پیشبینی شده نمی توانست و به اثر آن معیاری که سنجش مالی عقد مقاوله به آن استوار است، دیگرگون شود. در این صورت محکمه می تواند به زیادت اجرت یا فسخ عقد حکم نماید.

به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا به محمود اطاق آهنی یا دوکان از آهن و فلز بسازد و در خصوص مقدار اجرت توافق نمایند، اما به دلیل برف باری شدید راه های مواصلاتی مسدود گردد و قیمت آهن و فلز در بازار بالا برود، نخست احمد باید به محکمه غرض دریافت زیادت اجرت مراجعه نماید و پس از گرفتن حکم محکمه احمد می تواند تفاوت بلند رفتن اجرت و قیمت مواد را از محمود مطالبه نماید. در صورت عدم پذیرش پرداخت تفاوت اجرت و مواد خام، احمد می تواند عقد را فسخ نماید. استثنای این اصل این است طرفین طوری دیگری موافقه ننموده باشند. به حیث مثال، اگر در مثال های بالا احمد و محمود توافق نموده باشند که در تغییر قیمت مواد خام یا تغییر مقدار اجرت، محمود تفاوت قیمت را می پردازد، توافق احمد و محمود مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت اجرت و قیمت مواد خام در عقد مقاوله است.

(۶) طبق ماده ۱۵۰۰ ق. م: «هرگاه اجرت تعیین نشده باشد، مصارف کار انجام شده توسط اهل خبره تعیین می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. هرگاه اجرت تعیین نشده باشد، مصارف کار انجام شده توسط اهل خبره تعیین می گردد. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود از آهن و فلز چپله بسازد اما در خصوص اجرت آن با محمود صحبت نکرده باشد و چپله فلزی را برای محمود بسازد، اجرت آن توسط اهل خبره تعیین می شود. طبق ماده ۴ جزء ۱۰ قانون اصول محاکمات مدنی: «اهل خبره: اشخاص مسلکی است که در رشته های خاص دارای تخصص، معلومات یا تجربه کافی باشند.» به حیث مثال، در این مثال، فلزکاران اهل خبره اند و برای تعیین اجرت احمد و محمود می توانند به فلزکاران مراجعه نموده و مقدار اجرت را تعیین نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تعیین اجرت در عقد مقاوله است.

(۷) پرداخت اجرت مهندس (انجنیر): طبق ماده ۱۵۰۱ ق. م: «هرگاه مهندس، نقشه یا اندازه گیری ها را با تمام رسانیده یا اداره تعمیر را به امر صاحب آن به مقابل اجرت معینه به عهده گیرد، مستحق اجرت مذکور شناخته می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده گاهی ممکن است مهندس یا انجنیر صرف بناء را طرح نماید و گاهی نیز ممکن است مهندس از اجرای عمل موضوع مقاوله به نمایندگی (نیابت) از صاحب کار نظارت نماید. در چنین حالت، مهندس از یکطرف مقاول صاحب کار و از طرف دیگر وکیل او تلقی می گردد. در هر دو حالت مهندس مستحق اجرت موافقه شده شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد مهندس یا انجنیر ساختمانی باشد و برای حمیده نقشه خانه چهار منزله را طراحی نماید و سپس بر اجرای ساختن خانه چهار منزله نظارت نماید و ساختن آن را به عهده بگیرد، مستحق اداره ساختن تعمیر و طرح نقشه شناخته می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف صاحب کار در برابر انجنیر است.

(۸) طبق ماده ۱۵۰۲ ق. م: «هرگاه صاحب کار اجرت مهندس را تعیین نکرده باشد، مستحق اجرت مثل که مطابق عرف و مدتیکه کار او در بر گرفته تعیین می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه صاحب کار اجرت مهندس را تعیین نکرده باشد، مستحق اجرت مثل که مطابق عرف و مدتیکه کار او در بر گرفته تعیین می گردد. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود چاه حفر نماید و محمود اجرت احمد را تعیین نکرده باشد، احمد مستحق اجرت مثل شناخته می شود. اجرت مثل اجرتی است که اهل خبره آن را تعیین می نماید یا مطابق عرف و عادات یا نرخ مارکیت تعیین می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف صاحب کار در برابر مقاول است.

(۹) از بین رفتن شی قبل از تسلیم: طبق ماده ۱۵۰۷ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه شی بنابر اسباب غیرمترقبه قبل از تسلیم آن به صاحب کار از بین رود، متعهد نمی تواند اجرت کار و مصارف را مطالبه نماید، مگر اینکه به صاحب کار راجع به تسلیم شدن آن قبلاً اطلاع کتبی داده باشد. خساره از بین رفتن مواد، بر تهیه کننده است؛ و (۲) اگر از بین رفتن یا نقصان شی به

اثرخطای صاحب کار یا به اثر عیب موادی باشد که صاحب کار آن را تهیه نموده، متعهد مستحق اجوره و عندالایجاب مستحق تعویض می گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اصل این است که هرگاه شی بنابر اسباب غیرمترقبه قبل از تسلیم آن به صاحب کار از بین رود، متعهد نمی تواند اجرت کار و مصارف را مطالبه نماید. اسباب غیرمترقبه حوادث نامنتظر است مانند شارتی برق، مظاهرات، آتش سوزی و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود کلکین و دروازه های چوبی بسازد و آنها را در دستگاه نجاری یا دوکان نجاری بگذارد و قبل از این که آنها را به محمود تسلیم نماید، کلکین ها و دروازه ها در اثر آتش سوزی از بین بروند، احمد نمی تواند مصارف آنها را از محمود مطالبه نماید. استثنای این اصل این است که مقاول به صاحب کار راجع به تسلیم شدن آن قبلاً اطلاع کتبی داده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد به محمود نامه نوشته باشد و از محمود تقاضا نموده باشد تا کلکین ها و دروازه ها را تسلیم شود، اما محمود آنها را تسلیم نشده باشد، احمد می تواند مصارف کلکین ها و دروازه ها را از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد دلیل مطالبه مصارف از محمود، تقصیر محمود است. زیرا، محمود در اثر تقصیر یا قصداً و در اثر تجاوز کلکین ها را تسلیم نشده است.

۲- خساره از بین رفتن مواد، بر تهیه کننده است. به حیث مثال، در مثال بالا در اثر از بین رفتن کلکین ها و دروازه ها در اثر شارتی برق مصارف آن را باید احمد متحمل شود.

۳- اگر از بین رفتن یا نقصان شی به اثرخطای صاحب کار یا به اثر عیب موادی باشد که صاحب کار آن را تهیه نموده، متعهد مستحق اجوره و عندالایجاب مستحق تعویض می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، کلکین ها و دروازه ها بعد از تسلیم شدن توسط محمود، در راه در اثر تقصیر محمود از بین بروند، به حیث مثال، محمود در وقت رانندگی تصادم نماید و در اثر تصادم محمود همه کلکین ها و دروازه ها از بین بروند یا محمود به احمد چوب های خراب را تهیه نموده باشد و در اثر خرابی چوب ها کلکین ها و دروازه ها به زودی از بین بروند، احمد مستحق اجوره و تعویض کار می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن شی موضوع مقاوله است.

ج آثار مقاوله نسبت به متعهد ثانی (مقاول مقاول / مقاول دومی)

ق. م با پیروی از ق. م. ج. م حاوی نص در مورد تنازل از مقاوله نیست. زیرا، در عمل تنازل از مقاوله کمتر به وقوع می پیوندد. باوجوداین، اگر چنین امری در عمل به وقوع بپیوندد خالی از دو حالت نیست: یا اینکه مقاول به نفع شخص ثالث از مقاوله تنازل می نماید تا شخص دوم (مقاول دوم) عمل را انجام دهد و در نتیجه قایم مقام مقاول اول قرار گیرد و یا با مقاول دیگر غرض اجرای قسمتی از عمل عقد مقاوله را منعقد می نماید. در هر دو حالت مقاول زمانی می تواند با دیگری عقد مقاوله منعقد نماید که برخلاف آن با صاحب عمل توافق نکرده باشد و طبیعت اجرای عمل طوری نباشد که خود مقاول آن را انجام دهد، مانند اینکه عمل بی نهایت فنی باشد و ضرورت به تخصص و توانایی شخص مقاول داشته باشد. به عنوان مثال، عمل رسامی، طبابت و مهندسی باشد و صاحب کار عقد را با توجه به تخصص شخص رسام، طبیب و مهندس با او منعقد نموده باشد و منظورش این باشد تا خود این اشخاص عمل را برای او انجام دهند. در صورت مقاوله باطنی (مقاوله مقاول اولی با مقاول دومی) برخی آثار آن متوجه مقاول اصلی و صاحب عمل، برخی متوجه مقاول دومی و مقاول اول و برخی نیز متوجه صاحب عمل و مقاول دومی می گردد. طبق ماده ۱۵۰۳ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) متعهد می تواند در حالی که طبیعت کار یا صراحت عقد مانع نگردد، شخص دیگری را به اجرای تمامی یا قسمی از کار مکلف گرداند. به هر صورت متعهد در برابر صاحب کار، از کار متعهد ثانی مسؤول می باشد؛ (۲) متعهد ثانی در برابر متعهد اول مسؤول شناخته می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- متعهد می تواند در حالی که طبیعت کار یا صراحت عقد مانع نگردد، شخص دیگری را به اجرای تمامی یا قسمی از کار مکلف گرداند. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد مقاوله را منعقد نماید تا محمود برای احمد چپله تاک از پروفیل و آهن بسازد، محمود می تواند ساختن چپله تاک را به جمشید واگذار نماید. در واگذاری ساختن چپله تاک دو شرط باید توسط محمود رعایت گردد. نخست این که در عقد به صورت صریح پیش بینی نشده باشد که محمود نمی تواند اجرای کار را به جمشید واگذار نماید و خود محمود باید چپله تاک را بسازد. دوم این که طبیعت کار مانع واگذاری کار به شخص سوم نگردد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود که رسام بسیار لایق است عقد ببندد تا محمود برای احمد تصویر پدر احمد را رسامی نماید، محمود نمی تواند ترسیم رسامی تصویر پدر احمد را به جمشید واگذار نماید. زیرا، طبیعت کار اقتضاء می نماید تا آن را محمود با توجه خصوصیت خویش انجام دهد.

۲- متعهد در برابر صاحب کار، از کار متعهد ثانی مسؤول می باشد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد مقاوله را منعقد نماید تا محمود برای احمد چپله تاک از پروفیل و آهن بسازد، محمود می تواند ساختن چپله تاک را به جمشید واگذار نماید. در این صورت، محمود از کار جمشید در برابر احمد مسؤول است. محمود در این مثال، متعهد، احمد صاحب کار و جمشید متعهد ثانی است.

۳- متعهد ثانی در برابر متعهد اول مسؤول شناخته می شود. بنابراین، به موجب عقد مقاوله باطنی، میان صاحب کار و مقاول باطنی، رابطه غیر مستقیم ایجاد می شود و مقاول اول حیثیت و سبب را میان صاحب کار و مقاول باطنی ایفاء می نماید. پس، صاحب کار نمی تواند از مقاول دومی اجرای عمل را مطالبه نماید، مگر از طریق مقاول اولی. همچنین، مقاول دومی نمی تواند ایفای تعهدات را از صاحب کار مطالبه نماید، مگر از طریق مقاول اولی. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد مقاوله را منعقد نماید تا محمود برای احمد چپله تاک از پروفیل و آهن بسازد، محمود می تواند ساختن چپله تاک را به جمشید واگذار نماید. در این صورت، محمود از کار جمشید در برابر احمد مسؤول است. محمود در این مثال، متعهد، احمد صاحب کار و جمشید متعهد ثانی است. در این مثال، جمشید در برابر محمود از کیفیت کار مسؤول است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهدات متعهد اول و متعهد ثانی (مقاول و مقاول مقاول) در برابر صاحب کار است.

گفتار چهارم) انتها

طبق ق. م عقد مقاوله در حالات ذیل منتهی می گردد:

۱) تنفیذ عقد: براساس ماده ۱۵۰۴ ق. م: «عقد مقاوله به انجام کار تعهد شده و تسلیم آن مطابق توافق جانبین و احکام قانون منقضی می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورت تنفیذ عمل توسط مقاول و پرداخت اجرت توسط صاحب کار به مقاول عقد مقاوله منتهی می گردد. به حیث مثال، اگر احمد انجنیر ساختمانی باشد و برای محمود نقشه آپارتمان ده منزله را طراحی نماید و آن را تسلیم محمود نماید و محمود اجرت آن را به احمد پرداخت نماید، عقد مقاوله خاتمه پیدا می نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی سبب انتهای عقد مقاوله است.

۲) استحالة تنفیذ: براساس ماده ۱۵۰۶ ق. م: «هرگاه انجام کار تعهد شده مستحیل گردد، عقد مقاوله منقضی می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه انجام کار تعهد شده مستحیل گردد، عقد مقاوله منقضی می گردد. مستحیل اسم فاعل از ریشه «حول» گرفته شده است که در لغت به معنی ناشدنی، غیرممکن و محال است. در اصطلاح حقوق مدنی، مستحیل دو مفهوم دارد: ۱- مستحیل ذاتی که عبارت از امری است که انجام آن ناشدنی است که بر دو نوع است: نخست مستحیل عقلی که عبارت از امری است که به حکم عقل امکان انجام آن وجود نداشته باشد. دوم مستحیل عادی که امکان شدن آن عقلاً وجود داشته باشد اما عادتاً وقوع نیافته باشد. ۲- مستحیل نسبی که عبارت از امر محالی است که به نسبت افراد، امکان انجام آن وجود نداشته باشد.^{۶۲۷} به عنوان مثال، اگر حمیده با محمود نقاش معروف عقد مقاوله را مبنی بر ترسیم تصویر خویش منعقد نماید و محمود قبل از ترسیم تصویر وفات نماید، به سبب استحالة تنفیذ عقد مقاوله منتهی می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی سبب انتهای عقد مقاوله است.

۳) انحلال عقد مقاوله توسط صاحب کار بر اساس اراده او: طبق ماده ۱۵۰۵ ق. م: «صاحب کار می تواند هر وقتی خواسته باشد، عقد را خاتمه داده اجراء کار را متوقف سازد، مشروط بر اینکه مصارف متعهد، اجرت کار انجام شده و مفادی را که به انجام کار میسر می گردید، جبران نماید. محکمه در صورت ایجاب شرایط می تواند تعویض را تخفیف دهد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- صاحب کار می تواند براساس اراده خویش، عقد مقاوله را منحل نماید. اما، برای انحلال آن توسط صاحب کار تحقق چهار شرط ضروری است: اول اینکه عمل موضوع مقاوله نباید تمام شده باشد. زیرا، در صورت تمام شدن اجرای عمل موضوع مقاوله، عقد مقاوله چنانچه بیان شد، منتهی می شود و محلی برای انحلال مقاوله توسط صاحب کار باقی نمی ماند؛ دوم اینکه منحل کننده باید صاحب کار باشد نه مقاول. زیرا، مقاول صلاحیت انحلال عقد مقاوله را ندارد و مکلف به اجرای عمل موضوع مقاوله است، سوم اینکه انحلال عقد مقاوله باید ناشی از اراده صاحب کار باشد، نه خطای مقاول. زیرا، در صورت خطای مقاول صاحب

۶۲۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۲۱.

کار صلاحیت فسخ عقد مقاوله را دارد و چهارم اینکه مقاول عدم انحلال عقد مقاوله را توسط صاحب کار شرط نگذاشته باشد. در صورت تحقق این شرایط، صاحب کار می تواند مقاول را مبنی بر انحلال عقد مقاوله اخطار دهد. اثری که بر انحلال عقد مقاوله توسط صاحب کار صورت می پذیرد این است که اول عقد مقاوله منحل می شود و مقاول مکلف به انجام عمل و صاحب کار مکلف به پرداخت اجرت نمی گردد و دوم صاحب کار مکلف می شود مصارف مقاول، اجرت کار انجام شده و مفادی را که در اثر کار انجام شده می تواند به دست آورد، پرداخت نماید.

به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا الماری های دوکان محمود را از چوب بسازد و احمد کار را شروع نماید، محمود می تواند هر لحظه عقد را منحل و کار را متوقف نماید. در این صورت، محمود مکلف است اجرت کار انجام شده توسط احمد را پرداخت نماید. همچنین، محمود مکلف است مصارف احمد را پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد متعهد شده باشد تا چوب و تخته را برای دوکان محمود فراهم نماید، محمود مکلف است مصارف تخته و چوب و سایر مواد الماری را پرداخت نماید. همچنین، محمود مکلف است کسر عواید یا خسارت عدم النفع احمد را پرداخت نماید.

۲- بند دوم نص ماده ۱۵۰۵ ق. م که می گوید: «محکمه در صورت ایجاب شرایط می تواند تعویض را تخفیف دهد» مجمل و مبهم به نظر می رسد. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است^{۶۲۸} که جمع آن تعویضات است. در اصطلاح حقوق مدنی، تعویض عبارت است از عوض در عقد بیع. همچنین، تعویض در ق. م در مفهوم جبران خسارت نیز استعمال شده است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که در صورت لزوم جبران خسارتی را که صاحب کار به مقاول پرداخت می نماید، می تواند تخفیف دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای عقد مقاوله است.

(۴) موت مقاول: طبق ماده ۱۵۰۸ ق. م: «هرگاه اعتماد شخص متعهد در عقد مقاوله محل اعتبار باشد، عقد به مرگ متعهد منقضی می گردد. در غیر آن عقد به حال خود باقی می ماند، مگر این که در ورثه متعهد راجع به حسن اجراء کار تضمینات کافی موجود نباشد». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- در صورت موت مقاول، مقاوله منتهی می گردد. البته، این در صورتی است که شخصیت و صفات شخص مقاول مدار اعتبار باشد، مانند: صفات شخص مقاول که در تنفیذ عمل دارای تأثیر باشد، نوع تخصصی که مقاول واجد آن است. به حیث مثال، اگر احمد انجنیر لایق ساختمانی باشد و تعهد نماید تا برای محمود نقشه ساختمان بیست منزله را طراحی نماید، با مرگ احمد عقد مقاوله خاتمه پیدا می نماید.

۲- اگر محل عقد مقاوله عمل بسیط باشد و ضرورت به تخصص خاص نداشته باشد و بتواند توسط هر شخص انجام داده شود، عقد مقاوله به حالت قبلی باقی می ماند. به حیث مثال، اگر احمد چاه کن باشد و پسر احمد نیز چاه کن باشد با مرگ احمد عقد مقاوله احمد با محمود خاتمه پیدا نمی کند. زیرا، در این فرض صفات احمد خیلی برای محمود مهم نیست. این اصل است. استثنای این اصل این است که ورثه مقاول تضمینات کافی مبنی بر اجرای عمل را برای صاحب کار فراهم ننمایند. به حیث مثال، در میان ورثه مقاول اشخاصی نباشد که بتوانند حرفه مقاول را انجام دهند، در این حالت عقد مقاوله با موت مقاول خاتمه پیدا می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی سبب انتهای عقد مقاوله است.

(۵) طبق ماده ۱۵۰۹ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه عقد مقاوله به مرگ متعهد منقضی گردد، صاحب کار به تأدیه قیمت کار انجام شده و مصارفی که برای اجرای قسمت ناتکمیل صورت گرفته، مکلف می گردد. این مکلفیت به اندازه نفع است که از کار و مصارف مذکور به صاحب کار عاید می شود. در برابر آن صاحب کار می تواند مواد تهیه شده را به مقابل تعویض عادلانه مطالبه نماید؛ و (۲) حکم فقره فوق این ماده در مورد متعهدی که به اجرای کار اقدام کرده مگر بنابر اسباب خارج از اراده او از اتمام آن عاجز گردیده نیز تطبیق می شود». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه عقد مقاوله به مرگ متعهد منقضی گردد، صاحب کار به تأدیه قیمت کار انجام شده و مصارفی که برای اجرای قسمت ناتکمیل صورت گرفته، مکلف می گردد. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود از آهن، فولاد دوکان آهنی بسازد اما قبل از

تکمیل دوکان احمد وفات نماید، عقد مقاوله منقضى می شود و محمود مکلف است مصارف آهن، فولاد و سایر مصارف احمد را پرداخت نماید.

۲- این مکلفیت به اندازه نفع است که از کار و مصارف مذکور به صاحب کار عاید می شود. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود مکلف است به اندازه ای نفعی که از دوکان ساخته شده از آهن، فولاد و پروفیل می گیرد، جبران خسارت آن را به ورثه احمد پرداخت نماید.

۳- صاحب کار می تواند مواد تهیه شده را به مقابل تعویض عادلانه مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد برای ساختن دوکان آهنی مواد خام از قبیل آهن، پروفیل، پیچ، شیشه و نظیر اینها تهیه نموده باشد، محمود مکلف است تعویض این مواد را به ورثه احمد پرداخت نماید و مواد را بگیرد.

۴- حکم فقره های ۱ الی ۳ این ماده در مورد متعهدی که به اجرای کار اقدام کرده مگر بنابر اسباب خارج از اراده او از اتمام آن عاجز گردیده نیز تطبیق می شود. به حیث مثال، اگر احمد رسام لایق باشد و متعهد شود تا رسم محمود را ترسیم نماید اما قبل از ترسیم رسم دست های خویش را در اثر حمله انتحاری از دست بدهد، عقد میان احمد و محمود منتهی می گردد. محمود مکلف است مواد خام را از احمد در برابر تعویض بگیرد و مصارف و اجرت کار انجام شده را به ورثه احمد پرداخت نماید. همچنین، اگر احمد داکتر باشد و متعهد شود تا قلب حمیده را عملیات نماید، اما قبل از عملیات احمد چشمان خویش را در اثر آتش سوزی از دست بدهد، حمیده مکلف است مصارف کار انجام شده را به احمد پرداخت نماید. همچنین، حمیده مکلف است مواد خامی را که احمد برای عملیات تهیه کرده است در برابر تعویض بگیرد. در این صورت عقد میان احمد و حمیده منتهی می شود. کور شدن چشم و قطع شدن دست در این مثال ها از مصادیق اسباب خارجی است.^{۶۲۹}

مبحث دوم) استصناع

نوع دوم عقود کار طبق ق. م استصناع است. جلد سوم، فصل اول، قسمت دوم، مواد ۱۵۱۰ الی ۱۵۲۵ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از فقه و مجلة الاحکام اقتباس نموده اند:

گفتار اول) تعریف و ارکان

طبق ماده ۱۵۱۰ ق. م: «استصناع، مقاوله ساختن شی معین است در برابر قیمت مشخص به نحوی که مقاوله بر عین شی وارد باشد نه بر کار صنعت گر.» هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف استصناع است. استصناع از ریشه «صنع» گرفته شده است که در لغت به معنی طلب صنعت است. استصناع یکی از عقود معین است که به موجب آن یکی از طرفین، در مقابل مبلغی معین ساخت و تحویل چیز مشخصی را نسبت به طرف دیگر در زمان آینده به عهده می گیرد که به فرمایش دهنده مستصنع و به سازنده صنعتگر و به مورد معامله شی یا مصنوع گفته می شود. طبق نص این ماده استصناع نوعی مقاوله است. اما، به موجب فقه استصناع یکی از عقود معین و مستقل از مقاوله است. در اصطلاح فقهی استصناع عقدی است که به موجب آن کسی صنعت (ساختن) چیزی را از دیگری در برابر مزد معین با شرایط مقرر می خواهد.^{۶۳۰} ماده ۱۲۲ مجلة الاحکام در تعریف استصناع می گوید: «استصناع عبارت از عقد مقاوله ای است که با اهل صنعت راجع به ساختن یک چیز صورت می گیرد. بنابراین، به عامل صانع، به مشتری مستصنع و به شی مورد عقد مصنوع می گویند.» استصناع دارای چهار رکن است که عبارت اند از: مستصنع که عبارت از مشتری است، صانع که عبارت از بایع است، مصنوع که عبارت از شی مورد توافق است و ایجاب و قبول که صیغه نیز نامیده می شود.^{۶۳۱} طبق قواعد عمومی عقد ارکان استصناع عبارت اند از: صانع، مستصنع، صیغه، موضوع، اجرت و سبب.

گفتار دوم) انعقاد

عقد استصناع مانند سایر عقود با ایجاب و قبول منعقد می شود. ماده ۳۸۸ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «هرگاه شخصی به اهل صنعت گفت: برای من فلان چیز را در برابر این قدر قرش بساز و صانع قبول کرد، عقد استصناع منعقد می گردد. به طور مثال، اگر مشتری پای خود را برای کاسب موزه نشان داد و گفت: برای من یک چوره موزه از نوع سختیان به این قدر

۶۲۹. عبدالرزاق احمد السنهوی (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۷)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۶- ۲۴۵.

۶۳۰. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و أدلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۶۴۲.

۶۳۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۴۴.

قرش بساز و صانع موزه قبول کرد، و یا این شخص با نجار مقاوله کرد که برای او کشتی کوچک و یا کشتی بزرگ بسازد و عرض و طول و اوصاف لازمه آن را بیان نمود و نجار با اوصاف بیان شده قبول کرد، عقد استصناع منعقد می شود. همچنین، اگر مقاوله با صاحب عمل صورت گیرد که به این تعداد تنگ که هر واحد آن به این اندازه قرش باشد بسازد و طول، حجم و سایر اوصاف لازم آن را بیان کرد و عامل اظهار قبول به عمل آورد، عقد استصناع منعقد می گردد.».

گفتار سوم) شرایط

طبق ق. م در استصناع رعایت شرایط ذیل ضروری است:

(۱) **بیان جنس، نوع، اندازه و صفت مصنوع:** طبق ماده ۱۵۱۱ ق. م: «در مقاوله استصناع بیان جنس، نوع، مقدار و وصف شی مطلوب شرط می باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در شی مصنوع شرط است که شی باید معلوم باشد. معلوم نمودن شی از طریق بیان جنس، نوع، اندازه و صفت مصنوع حاصل می شود. بنابراین، اگر یکی از این سه مجهول باشد، عقد فاسد می شود. زیرا، جهالت منجر به بروز منازعه و موجب فاسد شدن عقد می گردد. جنس در لغت به معنی صنف، دسته، ماهیت و کیفیت بنیادی، قسم و نوع است. به عنوان مثال، گاو، گوسفند، بز و اسب همه از جنس حیوان و مولی، گندنه، گسنیث، تراتیبرک و نظیر اینها از جنس سبزیجات اند. همچنین، جنس در لغت به معنی کالا و متاع است.^{۶۳۲} استفاده جنس و نوع به عنوان دو لغت متضاد در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود که فابریکه بوت سازی دارد بگوید برای من بوت تهیه نمایید، در بوت ها شرط است که جنس یا نوع آن معین باشد. اشیاء جنس های مختلف دارند. بوت از جنس چرم، چرم مصنوعی و نظیر اینها، است. همچنین، شرط است که وصف یا صفت بوت ها معین باشند. به حیث مثال، احمد معین نماید که بوت سیاه، نضواری، قهوه ای و نظیر اینها باشد. همچنین، شرط است که مقدار یا تعداد بوت ها معین باشد. به حیث مثال، احمد معین نماید که بوت یک چوره، صد چوره و هزار چوره و بیشتر باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم شرایط شی مصنوع است.

(۲) طبق ماده ۱۵۱۲ ق. م: «در مقاوله استصناع پرداخت قیمت شی مورد نظر طور معجل حتمی دانسته نمی شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در مقاوله استصناع پرداخت قیمت شی مورد نظر طور معجل حتمی دانسته نمی شود. معجل از ریشه عَجَلَ گرفته شده است که به معنی شتاب کردن، سرعت و ... به کار می رود.^{۶۳۳} به حیث مثال، اگر به محمود خیاط سفارش بدهد تا برای احمد چین از تکه لایمه بدوزد، احمد مکلف است قیمت چین را به صورت معجل به محمود پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط پرداخت اجرت در عقد استصناع است.

گفتار چهارم) آثار

عقد استصناع موجب یکسلسله آثار می گردد که برخی متوجه مستصنع، برخی متوجه صانع و برخی نیز متوجه اشخاص ثالث می می گردد. در مورد اثر عقد مقاوله در مورد طرفین ماده ۱۵۱۳ ق. م حکم می نماید: «(۱) مقاوله کنندگان نمی توانند در صورتی که مقاوله استصناع انعقاد یافته باشد از تعهدات خود منصرف گردند، مگر اینکه موافقه بین طرفین طور دیگری صورت گرفته باشد.» به نظر می رسد از نص این ماده یک اصل و یک استثناء قابل استخراج است. اصل این است که طرفین عقد استثناء متعهد به تعهدات ناشی از عقد استصناع اند. به حیث مثال، اگر احمد از محمود بخاری ساز بخواهد تا برای احمد بخاری بسازد، احمد مکلف به دادن اجرت به محمود و محمود مکلف به ساختن بخاری به محمود است. استثنای این اصل توافق طرفین است مانند این که طرفین توافق نمایند که در صورت عدم ایفای تعهد، تعهد یکی از طرفین ساقط گردد. به عبارت دیگر: طرفین عقد استصناع توافق نمایند که در صورت عدم انجام تعهدات، یکی از طرفین هیچ گونه تعهدی نداشته باشد. بادر نظر داشت آنچه گفته شد، استصناع دارای آثار ذیل است:

(۱) **آثار استصناع نسبت به صانع:** طبق ق. م عقد استصناع نسبت به صانع موجب ایجاد آثار ذیل می شود:

632. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 4/1/2018).

۶۳۳. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

۱- **ساختن شی حسب توافق:** طبق ماده ۱۵۱۴ فقره ۱-۳ ق. م: «صنعتگر مکلف است شی فرمایش داده شده را طوری بسازد که حایز وصف تضمین شده بوده و استفاده مطلوب از آن شده بتواند. همچنین، شی مذکور باید عاری از عیبی باشد که ارزش را تنزیل دهد؛ (۲) اگر شی فرمایش داده شده اوصاف و شرایط موافقه شده را حایز نباشد، فرمایش دهنده می تواند رفع عیب را مطالبه کند؛ و (۳) اگر صنعتگر در رفع عیب تأخیر ورزد، فرمایش دهنده می تواند عیب را رفع نموده مصارف را از صنعتگر مطالبه نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل قابل استخراج است:

نخست این که: صانع مکلف است شی را مطابق شرایط عقد بسازد به گونه ای که فرمایش دهنده بتواند از آن استفاده مطلوب نماید و تضمین کننده وصفی که در عقد پیش بینی شده است باشد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد استصناع ببندد و از محمود بخواهد تا محمود برای احمد صندلی، چوکی یا میز بسازد، محمود مکلف است صندلی ها، میز و چوکی ها را طوری بسازد که احمد بتواند از آن استفاده مطلوب نماید و نیز صندلی ها، چوکی ها و میز ها دارای اوصافی باشد که در عقد پیش بینی شده است.

دوم این که: صانع مکلف است شی را به گونه ای بسازد که عاری از عیبی باشد که موجب تنزیل ارزش کالا نشود. عاری در لغت به معنی فاقد و بدون است. عیب در لغت به معنی نقص، نقیصه، بدی، زشتی و کمبود است که جمع آن عیوب است.^{۶۳۴} تنزیل در لغت به معنی فرو فرستادن، پایین آوردن و نازل شدن است.^{۶۳۵} به حیث مثال، اگر احمد برای محمود گلدان های زینتی بسازد، گلدان ها باید به گونه ای بدون عیب باشد که مانع پایین شدن یا پایین آمدن قیمت گلدان ها در بازار گردد.

سوم این که: ضمانت اجرای این دو شرط نیز در ماده ۱۵۱۲ فقره ۳ ق. م پیشبینی شده است. بنابراین، اگر شی فرمایش داده شده اوصاف و شرایط موافقه شده را حایز نباشد، فرمایش دهنده می تواند رفع عیب را مطالبه کند. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود الماری بسازد و در دروازه های الماری عیب وجود داشته باشد، به حیث مثال، دروازه های الماری شکسته باشد و سپس توسط احمد ترمیم شده باشد به گونه ای که موجب تنزیل قیمت آن در بازار گردد، محمود می تواند از احمد مطالبه نماید تا دروازه های الماری را کاملاً عوض نماید.

چهارم این که: اگر صنعتگر در رفع عیب تأخیر ورزد، فرمایش دهنده می تواند عیب را رفع نموده مصارف را از صنعتگر مطالبه نماید. تأخیر از ریشه «آخر» گرفته شده است که در لغت به معنی پس انداختن، واپس انداختن و عقب انداختن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به قرار دادن چیزی در غیر جایگاه زمانی اش تأخیر گویند.^{۶۳۶} همچنین، به نظر می رسد پس انداختن اجرای تعهد تأخیر است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد در تعویض دروازه های الماری تأخیر نماید، محمود می تواند اگر خود دارای تخصص باشد، دروازه های الماری را ترمیم و مصارف آن را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهدات صانع در برابر فرمایش دهنده است.

طبق ماده ۱۵۱۵ ق. م: «فرمایش دهنده برای رفع عیب مندرج ماده (۱۵۱۴) این قانون مدت مناسبی را تعیین می کند با توضیح این که اگر در موعد معین عیب عایده رفع نگردد، شی را مسترد می دارد. بعد از گذشت مهلت معینه فرمایش دهنده می تواند از مقاوله رجوع نموده یا تنزیل قیمت را متناسباً مطالبه کند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که فرمایش دهنده برای رفع عیب مندرج ماده (۱۵۱۴) این قانون مدت مناسبی را تعیین می کند به توضیح این که اگر در موعد معین عیب عایده رفع نگردد، شی را مسترد نماید. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۱۵۱۴ ق. ۱ است. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود گلدان های زینتی بسازد، اما گلدان ها معیوب باشد و از قسمت پایین آنها آب بریزد و خانه را پر از آب بسازد، محمود می تواند مدت مناسبی را تعیین نماید تا در این مدت احمد عیب گلدان ها را رفع نماید. اگر احمد عیب گلدان ها را رفع ننماید، محمود می تواند گلدان ها را به احمد مسترد نماید.

634. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۳۱).

635. Ibid (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۱۹).

۶۳۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۰۵.

دوم این که بعد از گذشت مهلت معینه فرمایش دهنده می تواند از مقاوله رجوع نموده یا تنزیل قیمت را متناسباً مطالبه کند. معنی تنزیل گذشت. به حیث مثال، بعد از گذشت مدت معین در مثال بالا محمود می تواند از عقد استصناع رجوع کند یا اجرت را کاهش دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای ماده ۱۵۱۴ ق. م است.

همچنین، طبق ماده ۱۵۱۶ ق. م: «اگر فرمایش دهنده شی فرمایش داده شده را در حالی که عیب داشته باشد فهمیده تسلیم شود، حق رجوع را بر صنعتگر ندارد مگر این که خیار عیب را به خود شرط گذاشته باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که اگر فرمایش دهنده شی فرمایش داده شده را در حالی که عیب داشته باشد فهمیده تسلیم شود، حق رجوع را بر صنعتگر ندارد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود گلدان ها را فهمیده تسلیم شود، حق رجوع بر صنعتگر را ندارد. استثنای این قاعده این است که محمود خیار عیب را شرط گذاشته باشد. به حیث مثال، محمود شرط گذاشته باشد که در صورتی که گلدان ها معیوب باشند، محمود خیار شرط دارد و می تواند عقد را فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تسلیم شدن شی معیوب توسط فرمایش دهنده با علم و استثنای آن است.

۲- پرداخت ضمان اتلاف شی مصنوع: طبق ماده ۱۵۱۸ ق. م: «(۱) اگر شی ساخته شده قبل از تسلیمی آن به فرمایش دهنده تلف شود، صنعتگر ضامن آن شناخته می شود؛ (۲) اگر شی مذکور در زمانی تلف گردد که مدت معینه ختم شده و صنعتگر بفرمایش دهنده اخطار داده تا شی ساخته شده را تسلیم شود، و او بدون موجب، تأخیر به عمل آورده باشد، صنعتگر مسؤول شناخته نمی شود، مگر اینکه اتلاف به سبب قصور صنعتگر و یا اجیران وی صورت گرفته باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اگر شی ساخته شده قبل از تسلیمی آن به فرمایش دهنده تلف شود، صنعتگر ضامن آن شناخته می شود. نص این ماده مجمل و مبهم است. زیرا، قانونگذار مدنی تلف شی را به صورت مطلق موجب پرداخت جبران خسارت می داند و به تقصیر صانع یا سبب خارجی اشاره نکرده است.

طبق قواعد عمومی، اطلاق تا زمانی تقیید نشود، به حالت خویش باقی است. با توجه به این که قاعده اگر شی ساخته شده قبل از تسلیمی خواه در اثر تقصیر صانع یا در اثر سبب خارجی مانند آتش سوزی، زلزله و نظیر اینها از بین برود، صانع در برابر فرمایش دهنده مسؤول است. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود هزار چوره بوت ساخته و پیش از آن که به وی تسلیم کند، در نتیجه آتش سوزی فابریکه، بوت های ساخته شده از بین برود، در این صورت صنعتگر از رهگذر تلف شی و عدم تحویل آن به فرمایش دهنده ضامن تلقی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن شی ساخته شده پیش از تسلیمی آن به فرمایش دهنده است.

۳- دریافت قیمت شی مصنوع: طبق ماده ۱۵۱۷ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) قیمت شی فرمایش داده شده در وقت تسلیم شدن قابل تأدیه می باشد، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد؛ (۲) اگر شی فرمایش داده شده جزوار قابل تسلیمی باشد، قیمت آن در برابر تسلیمی هر جزء قابل تأدیه می باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که: قیمت شی باید حین تسلیمی آن توسط فرمایش دهنده به صانع پرداخته شود. این اصل است. استثنای این اصل، توافق طرفین است. بنابراین، در صورتی که طرفین توافق نموده باشند که قیمت شی را در محل دیگر فرمایش دهنده به صانع پرداخت نماید، چنین توافقی مدار اعتبار است. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود قالین ببافد، محمود مکلف است قیمت قالین را در وقت تسلیم شدن قالین به احمد پرداخت نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد و محمود توافق نمایند که محمود پول بافتن قالین را به صورت پیشکی دریافت نماید.

دوم این که اگر شی جزوار قابل تسلیم باشد، فرمایش دهنده مکلف است قیمت هر جزء را در وقت تسلیم شدن به صانع پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد کوره خشت سازی داشته باشد و برای محمود خشت پخته بسازد، احمد مکلف است پول خشت ها را به صورت جزوار برحسب عرف و عادات به محمود پرداخت نماید. همچنین، اگر احمد برای محمود کوچ بسازد، محمود مکلف است قیمت کوچ ها را به صورت جداگانه به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف فرمایش دهنده در برابر صنعتگر است.

۴- حبس شی مصنوع الی دریافت قیمت آن: طبق ماده ۱۵۲۰ ق. م: «صنعتگر برای طلب خود از لحاظ مقابله حق حبس را بالای شی ای که ساخته و در تصرف دارد، حایز می باشد.» طبق نص این ماده در صورتی که مستصنع از پرداخت قیمت شی مصنوع امتناع ورزد، صانع می تواند شی مصنوع را الی دریافت ثمن حبس نماید. به این حق، حق حبس می گویند که تفصیل آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود الماری بسازد و محمود اجرت ساختن الماری را برای احمد نپردازد، احمد می تواند الی دریافت اجرت الماری را به محمود ندهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن صانع است.

۵- طبق ماده ۱۵۱۹ ق. م: «اگر صنعتگر شی ساخته شده را به اساس مطالبه فرمایش دهنده به محل دیگری غیر از محل صنعت خود می فرستد، در این حالت احکام متعلق به فروش رعایت می گردد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی به مواد مربوط به بیع است. تطبیق احکام بیع طبق نص این ماده بر استصناع عملی به نظر نمی رسد. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود میز و چوکی بسازد و میز و چوکی ها در کارگاه یا دوکان احمد در خیرخانه باشد و احمد میز ها و چوکی ها را به محمود در شهر نو بفرستد، در این صورت تطبیق احکام بیع عملی نیست. زیرا، در این فرض صرف محل تسلیمی شی مصنوع فرق می نماید. به عبارت دیگر: در این فرض، صنعتگر شی مصنوع را در محل کار و بار خویش نه بلکه در محل دیگری تسلیم فرمایش دهنده می نماید. با پذیرش آنچه گفته، قابل توصیه است نص این ماده تعدیل گردد.

(۲) آثار عقد استصناع نسبت به مستصنع: عقد استصناع نسبت به مستصنع موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱- ثبوت ملکیت شی مصنوع برای مستصنع: اولین حقی که به موجب عقد استصناع متوجه مستصنع می گردد، ثبوت ملکیت شی مصنوع پس از پرداخت قیمت آن به صانع است. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود قالین ببافد و آن را تسلیم محمود نماید، محمود مالک قالین می گردد.

۲- فسخ عقد: طبق ماده ۱۵۲۱ ق. م: «(۱) فرمایش دهنده و ورثه وی می توانند فسخ عقد را مطالبه نماید، گرچه صنعتگر به ساختن شی فرمایش داده شده شروع نموده باشد مشروط بر اینکه برای صنعتگر اجرت کار کردگی، قیمت مواد مصرف شده و خساره مواد تهیه شده را بپردازند، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد. (۲) محکمه می تواند مقدار جبران خساره را مطابق به ایجابات و حالات و کوائف تنزیل دهد.» در نص این ماده دو حکم وجود دارد. از نص فقره اول این ماده یک اصل و یک استثناء قابل استخراج است:

نخست این که فرمایش دهنده و یا ورثه او می توانند فسخ عقد را از صنعتگر مطالبه نمایند. در چنین حالتی تفاوت نمی کند که صنعتگر به ساختن شی آغاز نموده باشد یا نه. بنابراین، در صورتی که صنعتگر به ساختن شی آغاز نموده باشد، فرمایش دهنده مکلف است به تناسب کار انجام شده قیمت مواد مصرف شده را به صنعتگر بپردازد. این اصل است. استثنای این اصل توافق طرفین است. بنابراین، اگر طرفین عقد استثنای بر خلاف آنچه گفته شد، توافق نموده باشند، فرمایش دهنده مکلف به پرداخت قیمت مواد مصرف شده نیست. به حیث مثال، اگر احمد فرمایش دهد تا محمود برای احمد از چوب و سایر مواد چپله بسازد و محمود کار را شروع نماید، احمد و در صورت فوت احمد ورثه احمد می توانند فسخ عقد را از محمود مطالبه نماید به شرط این که احمد یا ورثه احمد اجرت کار انجام شده، قیمت چوب و سایر مواد و خسارت چوب و سایر مواد را به محمود بپردازند. این حکم در صورتی قابل تطبیق نیست که احمد با محمود طور دیگر توافق نموده باشد. هدف قانونگذار مدنی در نص ای ماده پیش بینی تعهدات صنعتگر در برابر فرمایش دهنده است.

دوم این که محکمه می تواند مقدار جبران خساره را مطابق به ایجابات و حالات و کوائف تنزیل دهد. کوائف جمع کیفیت است. کیفیت در لغت به معنی حال، چگونگی چیز یا کسی است. معنی تنزیل گذشت. به حیث مثال، در مثال بالا، محکمه می تواند با توجه به وضعیت احمد که احمد پولدار، فقیر و نظیر اینها است جبران خسارت مواد را کاهش دهد.

۳- مطالبه جبران خسارت: براساس ماده ۱۵۱۳ فقره ۲ ق. م: «(۲) اگر صنعتگر تعهد خود را مطابق به شرایط مقابله انجام نداده باشد، فرمایش دهنده به قبولی شی ساخته شده مکلف نبوده، می تواند جبران خساره عاید شده را از صنعتگر مطالبه کند.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که صنعتگر شی را مطابق شرایط پیشبینی شده در عقد نسازد، فرمایش دهنده مکلف نیست، شی را قبول نماید. علاوه براین، در صورت ضرر، فرمایش دهنده می تواند جبران خسارت را نیز از

صنعتگر مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد از محمود بخواهد تا محمود برای احمد الماری بسازد و مواد الماری را نیز برای محمود خریداری نماید، اما محمود الماری ها را مطابق شرایط قرارداد استصناع نسازد، احمد می تواند الماری ها را قبول ننماید و در ضمن جبران خسارت مواد الماری را از محمود مطالبه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن فرمایش دهنده و پیش بینی ضمانت اجرای عقد استصناع است.

۴- پرداخت جبران خسارت تأخیر اجرا و عدم تسلیمی شی: طبق ماده ۱۵۲۲ فقره های اول، دوم و سوم ق. م: «(۱) فرمایش دهنده می تواند در حالات آتی بعد از اخطار به صنعتگر مقاوله را فسخ و در صورت متضرر شدن مطالبه جبران خساره نماید: ۱- در حالتی که صنعتگر بدون عذر مؤجه در خلال مدت معقول به اجرای تعهد خود شروع نکند؛ ۲- در حالتی که صنعتگر در خلال مدت معینه به تسلیم دهی شی فرمایش داده شده تأخیر به عمل آورد؛ و ۳- اگر تأخیر و عدم اجرای تعهد از جانب صنعتگر ناشی از خطاء و یا امری باشد که به فرمایش دهنده مربوط باشد و با وجود مطالبه صریح و کتبی صنعتگر به ایفای آن نپرداخته باشد، صنعتگر می تواند عقد را فسخ و جبران خساره وارده را مطالبه نماید.» طبق نص این ماده فرمایش دهنده می تواند در حالات آتی بعد از اخطار به صنعتگر مقاوله را فسخ و در صورت متضرر شدن مطالبه جبران خساره نماید. آتی در لغت به معنی آینده، آن که پس از این آید و بعدی است. اخطار در لغت به معنی ابلاغ و اعلام، گوشزد کردن، هشدار دادن و آگاهیدن است.^{۶۳۷}

نخست این که: هرگاه صنعتگر در خلال مدت مؤجه به اجرای تعهد خویش بدون عذر شروع ننماید، در برابر فرمایش دهنده مسؤولیت مدنی قراردادی دارد. مسؤولیت مدنی قراردادی صنعتگر زمانی متنتی به نظر می رسد که صنعتگر عذر داشته باشد، زیرا قانونگذار مدنی در این ماده از «بدون عذر موجه» سخن می گوید. موجه در لغت به معنی توجیه پذیر، پذیرفتنی، خوب، پسندیده، عقلی و منطقی است. در اصطلاح حقوقی، موجه کلام یا عذری که با دلیل و برهان پسندیده باشد.^{۶۳۸} معقول به معنی پسندیده عقل و آنچه با عقل درک و فهم شود است. عذر در لغت به معنی پوشش است که جمع آن اعداز است. در اصطلاح اصولی عذر عبارت است از دلیلی که مبنای پوشش مکلف در انجام تکلیف شود.^{۶۳۹}

به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا برای محمود صد ثوب دریشی بدوزد، اما بدون عذر مؤجه شروع به دوختن دریشی ها ننماید، محمود می تواند احمد را به فسخ عقد و در صورت لزوم، به حیث مثال، در صورتی که مواد خام را احمد تهیه نموده باشد، محمود را به جبران خسارت اخطار دهد. اما، در صورتی که احمد عذر مؤجه داشته باشد، به حیث مثال، زوجه احمد وفات نموده باشد، محمود نمی تواند احمد را به فسخ عقد و پرداخت جبران خسارت اخطار دهد.

دوم این که: در حالتی که صنعتگر در خلال مدت معینه به تسلیم دهی شی فرمایش داده شده تأخیر به عمل آورد. تعریف تأخیر گذشت. به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا برای محمود صد ثوب دریشی بدوزد، اما در خلال مدت معین که در عقد پیش بینی شده است به تسلیمی دهی شی تأخیر نماید، محمود می تواند احمد را به فسخ عقد و در صورت لزوم، به حیث مثال، در صورتی که مواد خام را احمد تهیه نموده باشد، محمود را به جبران خسارت اخطار دهد.

سوم این که: اگر تأخیر و عدم اجرای تعهد از جانب صنعتگر ناشی از خطاء و یا امری باشد که به فرمایش دهنده مربوط باشد و با وجود مطالبه صریح و کتبی صنعتگر به ایفای آن نپرداخته باشد، صنعتگر می تواند عقد را فسخ و جبران خساره وارده را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد تعهد نماید تا برای محمود صد ثوب دریشی بدوزد، اما محمود در اثر خطا مواد خام را با وجود مطالبه واضح و تحریری احمد، فراهم ننماید، احمد می تواند فسخ عقد و جبران خسارت را از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای تأخیر و عدم اجرای استصناع توسط طرفین عقد استصناع است.

۳- تسلیم شی مصنوع: طبق ماده ۱۵۱۳ فقره سوم ق. م: «(۳) هرگاه فرمایش دهنده از قبولی و تسلیم شدن شی فرمایش داده شده خود بدون سبب و دلایل معقول ابا ورزد، به تسلیم گیری آن مکلف می گردد. در غیر آن صنعتگر می تواند جبران خساره ای را که به سبب تأخیر تسلیمی یا عدم ایفای تعهد فرمایش دهنده به وی عاید گردیده، از فرمایش دهنده مطالبه

637. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۴/۶) (آخرین بازدید).

638. Ibid, (۲۰۱۶/۸/۳۱) (آخرین بازدید).

۶۳۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۶۵.

نماید.». طبق نص این ماده هرگاه فرمایش دهنده از قبولی و تسلیم شدن شی فرمایش داده شده خود بدون سبب و دلایل معقول ابا و رز، به تسلیم گیری آن مکلف می گردد. در غیر آن صنعتگر می تواند جبران خساره ای را که به سبب تأخیر تسلیمی یا عدم ایفای تعهد فرمایش دهنده به وی عاید گردیده، از فرمایش دهنده مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود صد تخته قالین و گلیم بپاید، محمود مکلف است قالین ها و گلیم ها را تسلیم شود. در صورتی که محمود بدون عذر و دلایل معقول مانند وفات زوجه، فرزند و نظیر اینها از تسلیم شدن قالین ها و گلیم ها سرپیچی نماید، احمد می تواند جبران خسارت عدم تسلیمی را و عدم ایفای تعهد محمود را از محمود مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد قالین ها و گلیم ها را در گدام نگهداری نماید، می تواند کرایه گدام را از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن صنعتگر است.

۴- پرداخت ثمن به تناسب کار انجام شده در صورتی که کار به سبب اسباب خارج از اراده منقطع شود:
طبق ماده ۱۵۲۳ ق. م: «هرگاه ایفای تعهد بعد از شروع به سبب خارج از اراده مقاوله کنندگان منقطع شود، صنعتگر نمی تواند قبض ثمن را مطالبه نماید مگر به تناسب کاری که پیش از انقطاع تعهد تهیه نموده باشد.». در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که ایفای کامل تعهد ناشی از عقد استصناع به سبب خارجی نتواند انجام شود، صانع نمی تواند دریافت اجرت را از فرمایش دهنده مطالبه نماید مگر به اندازه کاری که قبل از انقطاع تعهد انجام داده است. منظور از سبب خارج از اراده سبب خارجی است. سبب خارجی، سببی است که خارج از اراده شخص است. به نظر می رسد مصداق های سبب خارجی اسباب مجبره (قوة قاهره) و حادثه غیرمترقبه است مانند سیل، طوفان، آتش سوزی، تظاهرات و نظیر اینها است. به حیث مثال، اگر احمد فرمایش دهد تا محمود برای احمد از چوب و سایر مواد چپله بسازد و محمود کار را شروع نماید، اما به دلیل سیل و تخریب شدن دوکان یا دستگاه نجاری محمود، کار محمود متوقف شود، احمد مکلف است به تناسب کار انجام شده، اجرت محمود را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهد فرمایش دهنده در برابر صنعتگر است.

۵- طبق ماده ۱۵۲۴ ق. م: «کارگران و اجیرانی که در عقد مقاوله استخدام می شوند، حق دعوی مستقیم را در برابر فرمایش دهنده و یا شخصی که شی فرمایش داده شده به مفاد وی تهیه شده باشد، در حدود مبالغی دارا می باشند که فرمایش دهنده به ادای آن برای صنعتگر مکلف باشد. اشخاص مذکور حق امتیاز را بر مبالغ فوق الذکر بعد از صدور حکم محکمه کسب می نمایند، مقاوله کنندگان دومی از طرف مقاوله کننده اول و سایر اشخاصی که مواد اولیه را به صنعتگر تهیه می نمایند، حق دعوی مستقیم را علیه فرمایش دهنده ندارند.». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: کارگران و اجیرانی که در عقد مقاوله استخدام می شوند، حق دعوی مستقیم را در برابر فرمایش دهنده و یا شخصی که شی فرمایش داده شده به مفاد وی تهیه شده باشد، در حدود مبالغی دارا می باشند که فرمایش دهنده به ادای آن برای صنعتگر مکلف باشد. به حیث مثال، اگر احمد دستگاه نجاری داشته باشد و محمود فرمایش دهد تا احمد برای محمود هزار عدد الماری بسازد و احمد جمشید، قیوم، فاروق و ویس را جهت ساختن الماری ها به عنوان کارگر و اجیر استخدام نماید، جمشید، قیوم، فاروق و ویس می توانند دعوی مستقیم را علیه محمود و شخصی که محمود برای او ساختن الماری ها را فرمایش داده است اقامه نمایند.

دوم این که: اجیران و گران حق امتیاز را بر مبالغ فوق الذکر بعد از صدور حکم محکمه کسب می نمایند. طبق ماده ۲۳۸۶ ق. م: «تقدم، عبارت از برتری است که قانون برای حق معین به اساس وصف آن حکم می نماید. حق برتری به اساس حکم صریح قانون ثابت می گردد.». به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمیده بر احمد نیز دین داشته باشد، اما حمیده علیه احمد اقامه دعوی ننماید و جمشید، قیوم، فاروق و ویس علیه احمد اقامه دعوی دریافت پول ساختن الماری ها را نمایند، در صورت محکوم علیه قرار گرفتن احمد، جمشید، قیوم، فاروق و ویس نسبت به حمیده حق امتیاز دارند. بنابراین، نخست دین جمشید، قیوم، فاروق و ویس باید پرداخته شود و سپس دین حمیده.

سوم این که: مقاوله کنندگان دومی از طرف مقاوله کننده اول و سایر اشخاصی که مواد اولیه را به صنعتگر تهیه می نمایند، حق دعوی مستقیم را علیه فرمایش دهنده ندارند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود عقد را با احمد منعقد نماید و سپس از حمید و وحید بخواهد تا الماری ها را برای احمد بسازد، حمید و وحید حق اقامه دعوی مستقیم را علیه احمد ندارند. حمید و وحید در

این مثال، مقاوله کنندگان دومی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن صنعتگر است.

مبحث سوم) تعهدات مرافق عامه (قرارداد امتیاز امر عمومی)

نوع سوم عقود کار تعهدات مرافق عامه است که احکام آن را جلد سوم، باب سوم، فصل اول، قسمت سوم، مواد ۱۵۲۵ الی ۱۵۲۸ ق. م تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م ترجمه نموده اند. تنظیم قرارداد تعهدات مرافق عامه از جمله عقود اداری است. امروزه عقود اداری از عقود مدنی کاملاً جدا شده و هر کدام تابع قواعد و اصول خاص است. به حیث مثال، اصل در عقود مدنی آزادی اراده است، اما در عقود اداری اصل منع انعقاد قرارداد اداری است مگر این که قوانین و مقررات اجازه بدهند. در عقود مدنی اصل بر غیر تشریفاتی بودن عقود مدنی است، اما عقود اداری تابع اصل تشریفاتی بودن اعمال اداری است. همچنین، اصل در عقود مدنی برابری رابطه طرفین است، اما در قرارداد های اداری این اصل قابل تطبیق نیست و اداره می تواند یک طرفه قرارداد اداری را فسخ نماید. پرسش این است که چرا نویسندگان ق. م تعهدات مرافق عامه را که قرارداد اداری است در ق. م پیش بینی نموده اند. به نظر می رسد علت این امر نخست اقتباس از قانون مدنی جدید مصر و دوم عدم آشنایی نویسندگان ق. م با عقود اداری و سوم عدم جدا شدن عقود اداری از مدنی در افغانستان در جریان سال های ۱۳۵۵ بوده است.

گفتار اول) تعریف

طبق ماده ۱۵۲۵ ق. م: «تعهدات مرافق عامه، عقدی است که غرض از آن اداره مرافق عامه دارای صفت انتفاعی بوده، بین حکومت و فرد یا حکومت و شرکت عقد می گردد و به موجب آن استفاده از مرافق عامه برای مدت معین به اختیار متعهد گذاشته می شود.»، مرافق جمع مرفق است که در لغت به معنی کار یا چیزی که از آن سود ببرند است.^{۶۴۰} همچنین، مرفق به معنی منفعت و سودمندی است.^{۶۴۱} در اصطلاح حقوقی - فقهی منظور از مرافق عامه عبارت از اموری است که عموم مردم از آن بهره مند می شود مانند پل ها، راه ها، سرک ها، تفریحگاه و نظیر اینها.^{۶۴۲} در خصوص این تعریف و مصداق تعهدات مرافق عامه ذکر سه نکته خالی از فایده نیست:

۱) نص ماده ۱۵۲۵ ق. م مبهم است. به نظر می رسد عقد تعهدات مرافق عامه یکی از انواع عقود اداری است. در حقوق اداری این عقد به نام «قرارداد امتیاز امر عمومی» نامیده می شود و عبارت از واگذاری امر یا بهره برداری از یک امر عام المنفعه به طور انحصاری به شخص یا اشخاص معین در مدت معین با سرمایه امتیاز گیرنده و پرداخت سهم اداره دولتی امتیاز دهنده. امتیاز امکان دارد طولانی و یا برای مدت محدود باشد. امتیاز به موجب قانون توسط امتیاز دهنده به امتیاز گیرنده اعطا می گردد، مانند: امتیاز نفت و گاز، معدن، توزیع برق، آب و امثال اینها.

۲) با پذیرش این برداشت و استنباط که عقد تعهدات مرافق عامه «قرارداد امتیاز امر عمومی» است، این نتیجه به دست می آید که عقد تعهدات مرافق عامه عبارت از عقدی است که میان حکومت و یکی از شرکت ها و یا افراد جهت اداره مرافق عامه و بهره برداری (استغلال) آن با شرایط معین منعقد می گردد. عقد تعهدات مرافق عامه یکی از طرق اداره مرافق عامه است. در این عقد حکومت در حکم صاحب کار، ملتزم (شرکت و یا فرد) در حکم مقاول است. اما، این عقد میان حکومت و شرکت و یا فرد عقد مدنی نیست، بلکه عقد اداری است. اما، عقد میان شرکت و یا فرد با مستهلکین عقد مدنی است، مانند عقد میان شرکت برق، گاز، آب و یکی از مستهلکین جهت استفاده از برق، گاز، آب و غیره.

۳) تنظیم عقد تعهدات مرافق عامه که یکی از انواع عقد اداری است در ق. م که روابط خصوصی افراد را تنظیم می نماید محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد علت تنظیم این عقد در ق. م اقتباس از ق. م. ج. م است. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف تعهدات مرافق عامه است.

گفتار دوم) انعقاد و آثار

۶۴۰. حسن عمید (۱۳۸۳)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، صص ۱۰۷۲ و ۱۰۷۷.
۶۴۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۸۵.
۶۴۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۷۸۵.

انعقاد عقد تعهدات مرافق عامه تابع احکام عمومی عقود است که تفصیل آن گذشت. عقد تعهدات مرافق عامه موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) براساس ماده ۱۵۲۶ ق. م: «متعهد مرافق عامه به موجب عقدی که با معامله داران می بندد، تعهد می کند تا برای طرف مقابل خدمات لازمه را طور معمول به مقابل اجرتی که مطابق شروط مصرحه عقد و شروطی که طبیعت کار و احکام قوانین مربوط ایجاب می دارد، انجام می دهد». نص این ماده مبهم به نظر می رسد، زیرا در این ماده قانونگذار مدنی واضح نساخته است که «طرف» اشخاص ثالث است که از عقد تعهدات مرافق عامه بهره مند می شوند و یا دولت. عبارت «معامله داران» نیز در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور از «معامله داران» و «طرف مقابل» کسانی اند که با متعهد مرافق عامه اعم از فرد و شرکت عقد بسته اند. بنابراین، به موجب عقد تعهدات مرافق عامه، این اشخاص امور و کارهای لازم را طور معمول به مقابل اجرتی که مطابق شروط مصرحه عقد و شروطی که طبیعت کار و احکام قوانین مربوط ایجاب می دارد، انجام می دهد. شرکت یا فرد می تواند در برابر این خدمات از مشتریان اجرت اخذ نماید. به حیث مثال، اگر احمد یا شرکت احمد با دولت عقد ببندد و دولت پارک یا باغ وحش را به احمد یا شرکت احمد برای مدت ده سال واگذار نماید، احمد و شرکت احمد مکلف است خدمات لازم تفریحی را برای مشتریان در برابر اجرتی که از بازدید کنندگان پارک یا باغ وحش می گیرد مطابق قوانین مربوط و قرارداد فراهم نماید. احمد یا شرکت احمد در این مثال، متعهد مرافق عامه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف متعهد مرافق عامه است.

۲) براساس ماده ۱۵۲۷ فقره های ۱ و ۲ ق. م: «(۱) متعهد مرافق عامه، مکلف است مساوات تام را در مورد تأدیه اجرت و انجام خدمات بین معامله داران خود تأمین نماید. در مورد عقود که متعهد با معامله داران عقد می نماید، نرخ که از طرف حکومت تعیین می گردد واجب الرعايت بوده و متعاقدين مخالف آن موافقه کرده نمی توانند. اگر حکومت تعدیل این نرخ را لازم دانسته و منظور نماید، نرخ جدید از تاریخ منظوری تعدیل بدون تأثیر به ما قبل مرعی الاجراء می باشد؛ و (۲) معامله داری که زیاده تر از نرخ معینه تأدیه نموده باشد، می تواند استرداد آن را مطالبه نماید. اگر متعهد کمتر از نرخ معینه اخذ نموده باشد، می تواند تکمیل آن را مطالبه نماید. هر نوع موافقه دیگر به خلاف این حکم باطل شناخته می شود». از نص این ماده چندین حکم قابل استنباط است:

۱- متعهد مرافق عامه، مکلف است مساوات تام را در مورد تأدیه اجرت و انجام خدمات بین معامله داران خود تأمین نماید. به حیث مثال، اگر احمد یا شرکت احمد شرکت احمد برای ساکنین یک محل به نمایندگی از دولت آب رسانی نماید، شرکت احمد مکلف است آب را به صورت مساوی به همه ساکنین در برابر اجرت مساویانه برساند. به نظر می رسد فلسفه رعایت مساوات کامل در ارایه خدمات میان معامله داران توسط متعهد مرافق عامه این است که معمولاً متعهد مرافق عامه به نمایندگی از دولت خدمات را ارایه می نماید و یکی از اصول حاکم بر ارایه خدمات عامه اصل تساوی است.

۲- در مورد عقود که متعهد با معامله داران عقد می نماید، نرخ که از طرف حکومت تعیین می گردد واجب الرعايت است. به حیث مثال، در مثال بالا احمد یا شرکت احمد مکلف است آب را در برابر قیمتی که دولت تعیین می نماید برای مشترکین فراهم نماید.

۳- متعاقدين نمی توانند در خصوص نرخ که از طرف دولت تعیین می شود مخالف نمایند. به حیث مثال، اگر احمد یا شرکت احمد پارک را از دولت براساس عقد تعهدات مرافق عامه بگیرد و قیمت تکت دخول در پارک توسط دولت تعیین شود، احمد و بازدید کنندگان از پارک نمی توانند نرخ تکت را تغییر بدهند.

۴- اگر حکومت تعدیل این نرخ را لازم دانسته و منظور نماید، نرخ جدید از تاریخ منظوری تعدیل بدون تأثیر به ما قبل مرعی الاجراء می باشد. به حیث مثال، اگر در مثال های بالا، دولت نرخ آب و تکت دخول در پارک را تغییر دهد، از تاریخ منظوری تغییر نرخ، نرخ جدید مرعی الاجراء می گردد و به گذشته رجعت نمی کند.

۵- معامله داری که زیاده تر از نرخ معینه تأدیه نموده باشد، می تواند استرداد آن را از مستهلکین مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر نرخ برق فی کیلووات ده افغانی از طرف دولت تعیین شود و مشترکین در برابر فی کیلووات پانزده افغانی پرداخت نمایند، می توانند استرداد پنج افغانی فی کیلووات را از شرکت مطالبه نمایند.

۶- اگر متعهد کمتر از نرخ معینه اخذ نموده باشد، می تواند تکمیل آن را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، شرکت احمد نرخ هر کیلووات برق را پنج افغانی از مشترکین اخذ نموده باشد، می تواند پنج افغانی را بخاطر هر کیلووات برق از مشترکین اخذ نماید.

۷- هر نوع موافقه به خلاف حکم شماره های ۵ و ۶ که بحث آن در بالا گذشت باطل شناخته می شود. دلیل بطلان این توافق مخالفت آن با قانون است که بحث آن در مبحث آزادی انعقاد عقود در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی متعهد تعهدات مرافق عامه است.

۳) براساس ماده ۱۵۲۸ فقره های ۱-۲ ق. م: «(۱) متعهد حمل و نقل اشخاص مکلف است احتیاط لازم را برای سلامت راکبین اتخاذ نماید. متعهد از آسیبی که هنگام سوار شدن، نقل و پائین شدن به اشخاص عاید می گردد، مسؤول می باشد مگر اینکه ثابت نماید که آسیب ناشی از سبب خارجی بدون اراده وی بوده است؛ و (۲) رسیدن آسیب به سبب استعمال غیرقانونی بعضی آلات از جانب متعهد، ناشی از سبب خارجی تلقی نمی شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- متعهد حمل و نقل اشخاص مکلف است احتیاط لازم را برای سلامت راکبین اتخاذ نماید. به نظر می رسد نص این ماده صرف ناظر بر یک نوع از ارایه خدمات است و دربرگیرنده حکم عمومی در باره سایر انواع خدمات نیست. راکبین جمع راکب است. راکب در لغت به معنی سوار و سواره است که متضاد پیاده است.^{۶۴۳} به حیث مثال، اگر شرکت احمد نقل و انتقال راکبین را به موجب قرارداد مرافق عامه از دولت واگذار شود، مکلف است احتیاط لازم را برای سلامت راکبین در وقت نقل و انتقال راکبین اتخاذ نماید.

۲- ضمانت اجرای این حکم نیز در این ماده پیش بینی شده است. بنابراین، اگر در اثر سوار شدن، نقل و پائین شدن اشخاص بر وسایط نقلیه بر اشخاص (راکبین) ضرر و آسیب وارد گردد، متعهد مسؤولیت مدنی قراردادی دارد. به نظر می رسد مبنای مسؤولیت مدنی قراردادی در چنین حالات تقصیر و تجاوز است. این مسؤولیت زمانی رفع می گردد که متعهد، مطابق قواعدی که تفصیل آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت، ثابت نماید که آسیب ناشی از سبب خارجی خارج از اراده متعهد بوده است. به حیث مثال، اگر شرکت الیوسف در وقت نقل و انتقال راکبین در اثر تقصیر، به حیث مثال، خراب بودن موتور و عدم ترمیم آن یا تجاوز، به حیث مثال، نقض قواعد رانندگی توسط راننده و در نهایت تصادم موتور این شرکت با موتور دیگر به راکبین ضرر جانی، مالی، معنوی و مختلط وارد نماید، شرکت مکلف است جبران خسارت مالی، جسمی، معنوی و مختلط را به راکبین پرداخت نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که مسؤولین شرکت ثابت نمایند ضرر ناشی از سبب خارجی بوده است. سبب خارجی، سببی است که خارج از اراده شخص است. به نظر می رسد مصداق های سبب خارجی قوه قاهره و حادثه غیرمترقبه است. به حیث مثال، اگر محمود در حالی که در داخل موتور احمد است سخته قلبی و وفات نماید، احمد می تواند با اثبات حادثه غیرمترقبه مسؤولیت مدنی قراردادی را از خود دفع نماید.

۳- رسیدن آسیب به سبب استعمال غیرقانونی بعضی آلات از جانب متعهد، ناشی از سبب خارجی تلقی نمی شود مبهم به نظر می رسد.

مبحث چهارم) عقد کار

نوع چهارم عقود کار، عقد کار است که احکام آن را جلد سوم، باب سوم، فصل اول، قسمت چهارم، مواد ۱۵۲۹ الی ۱۵۵۳ ق. م تنظیم نموده است. تنظیم عقد کار در ق. م محل ایراد به نظر می رسد زیرا قرارداد کار در قانون کار افغانستان تنظیم شده است. به همین دلیل، تجارب نشان می دهد که معمولاً در ادارات دولتی قواعد قانون کار ق. م مغفول مانده است. به نظر می رسد علت این امر اقتباس قواعد کار از ق. م. ج. م بوده است.

گفتار اول) تعریف

طبق ماده ۱۵۲۹ ق. م: «عقد کار، عبارت از عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین انجام خدمت به طرف دیگر را تحت رهنمایی وی به مقابل اجرت معین متعهد می شود.» طبق این تعریف عقد کاری عقدی است که میان کارفرما و کارگر منعقد می شود و به موجب آن کارگر تعهد می نماید تا تحت رهنمایی کارفرما خدمات معینی را برای او در برابر مزد معین انجام دهد. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف عقد کار است.

گفتار دوم) تابعین و طرفین قرارداد کار

طبق ماده ۱۵۳۰ ق. م: «(۱) احکام مندرج این فصل در مورد کارگران زراعتی و در مورد مستخدمین منازل تطبیق نگردیده امور مربوط به آن، تابع قوانین خاص و عرف مربوط به آن می باشد؛ (۲) احکام مندرج این فصل در مورد سایر کارگران و اجیران دولت تا جایی که با احکام قوانین کار و کارگر و اجیران دولت مغایرت نداشته باشد، تطبیق می گردد؛ و (۳) رخصتی های قانونی، مریضی، سفریه و کرایه، حد اقل اجوره اشتراک در فیصدی مفاد عاید و تولید شرائط استخدام، احکام مربوط به تنظیم، تصنیف و تقسیم کار، مؤیده ها، تقاعد و سایر تأمینات اجتماعی، حقوق، امتیازات و مکلفیت های کار فرما و کارگر که در این قانون پیشبینی نشده، تابع احکام قانون خاص می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط است:

(۱) احکام مندرج قرارداد کار در ق. م بر کارگران زراعتی و مستخدمین منازل قابل تطبیق نیست. این گروه از افراد تابع قوانین خاص مانند قوانین مربوط به عقد اجاره و عرف اند. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان کارگر زراعتی یا به عبارت دیگر دهقان استخدام نماید یا احمد محمود را به عنوان مستخدم منزل یا به عبارت دیگر مزدور استخدام نماید، دهقان و مزدور یا مستخدم منزل تابع احکام قرارداد کار ق. م نیست بلکه تابع قواعد خاص مانند قواعد مربوط به عقد دهقانی (مزارعه) که تفصیل آن گذشت و عرف و عادات است.

(۲) قانونگذار مدنی احکام مربوط به قرارداد کار ق. م را تخصیص زده است. بنابراین، در صورت وجود قانون کار، قانون کارکنان خدمات ملکی که بر کارگران و اجیران قابل تطبیق است، احکام مندرج مربوط به کار که در ق. م پیش بینی شده است، قابل تطبیق نیست. به همین دلیل، امروزه، روابط کارگران با کارفرمایان و اجیران با اداره دولتی تابع قانون کار و قانون کارکنان خدمات ملکی است.

(۳) رخصتی های قانونی، مریضی، سفریه و کرایه، حد اقل اجوره اشتراک در فیصدی مفاد عاید و تولید شرائط استخدام، احکام مربوط به تنظیم، تصنیف و تقسیم کار، مؤیده ها، تقاعد و سایر تأمینات اجتماعی، امتیازات و مکلفیت های کار فرما و کارگر که در این قانون پیشبینی نشده، تابع احکام قانون خاص می باشد. از آنچه گفته شد، دو نتیجه به دست می آید: نخست این که احکام مندرج مربوط به قرارداد کار ق. م عام اند و توسط احکام مندرج در قانون کار منتشره جریده رسمی شماره ۹۶۶ نافذه ۱۶ قوس ۱۳۸۷ هجری شمسی و مقررات مربوط به کار تخصیص خورده اند. دوم این که عملاً امروزه قواعد مندرج مربوط به قرارداد کار ق. م ارزش خویش را از دست داده است، زیرا امروزه قرارداد کار در نظام حقوقی افغانستان از قرارداد های مدنی کاملاً متمایز گردیده و تابع قانون کار اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تخصیص قواعد قرارداد کار در ق. م است.

گفتار سوم) مدت و شکل عقد کار

طبق ماده ۱۵۳۲ ق. م: «عقد کار برای خدمت معین با مدت معین و غیر معین جواز دارد.» طبق نص این ماده موضوع عقد کار اجرای خدمت معین با مدت معین یا غیرمعین است. به حیث مثال، اگر احمد محمود را استخدام نماید تا محمود برای احمد در فروشگاه او بوت بفروشد، یا در رستوران احمد برای مشتریان غذا تهیه نماید، محمود مستخدم احمد است. موضوع قرارداد کار اجرای خدمت معین است. خدمت در این مثال، فروختن بوت و تهیه غذا است. مدت این قرارداد می تواند معین باشد. به حیث مثال، احمد محمود را برای مدت یک سال استخدام نماید. همچنین، مدت خدمت می تواند نامعین باشد. به حیث مثال، احمد محمود را استخدام نماید اما مدت خدمت محمود را در قرارداد تصریح ننماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی موضوع و مدت قرارداد کار است.

طبق ماده ۱۵۳۱ ق. م: «در عقد کار شکل خاص شرط نمی باشد، مگر این که قانون به خلاف آن تصریح نموده باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که در عقد کار شکل خاص شرط نیست. استثنای این اصل این است که قانون طور دیگر تصریح نماید. به حیث مثال، طبق قانون کار عقد کار باید به صورت مکتوبه منعقد شود. مکتوبه بودن قرارداد کار، شکلیات خاص است که در قانون کار بر آن تصریح شده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم شکل قرارداد کار است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پیش شماره (۱۰۵): در ماده (۱۵۳۱) شکل خاص توضیح شود.

توضیح: رعایت طرز العمل معینی در اجرای يك عقد شكل خاص عقد می باشد که در عقد کار نظر به حکم ماده ۱۵۳۱ قانون مدنی این طرز العمل مخصوص شرط دانسته شده.^{۶۴۴}

گفتار چهارم (احکام)

طبق ق. م عقد کار نسبت به کارگر و کارفرما موجب یکسلسله آثار می گردد:

(۱) - **آثار قرارداد کار نسبت اجبر و کارگر:** طبق ق. م عقد کار نسبت به اجبر موجب ایجاد تکالیف ذیل است:

۱- **اجرای کار و اجرای اوامر صاحب کار:** طبق ماده ۱۵۳۶ ق. م: «کارگر به امور آتی مکلف است: ۱- اجرای کار به صورت مستقیم و توجه در آن مانند شخص عادی؛ و ۲- اجرای اوامر صاحب کار در ساحه کار موافقه شده، مشروط بر اینکه شامل کارهای مخالف عقد یا قانون یا آداب عامه نبوده و اجرای آن خطری را بار نیاورد.» طبق نص این ماده کارگر در برابر کارفرما مکلف به ایفای تعهدات آتی است.

نخست: کارگر مکلف است کار موضوع قرارداد را به صورت مستقیم اجرا نماید. لذا، طبق نص این ماده، کارگر نمی تواند اجرای کار را به شخص دیگر واگذار نماید. همچنین، کارگر مکلف است در اجرای کار مانند شخص عادی توجه نماید. به نظر می رسد علت قید توجه مانند شخص عادی این است که شخص عادی معمولاً در اجرای کار از افراط و تفریط پرهیز می نماید و در این امر مصلحت کارفرما متحقق می شود. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را در رستوران خویش به عنوان آشپز استخدام نماید، حمیده مکلف است کارهای مربوط به آشپزی را خودش انجام دهد و در آشپزی چنان توجه نماید که در آشپزی در خانه خویش توجه و دقت می نماید.

دوم: کارگر مکلف به اجرای اوامر صاحب کار در ساحه کار است مشروط بر اینکه شامل کارهای مخالف عقد یا قانون یا آداب عامه نبوده و اجرای آن خطری را بار نیاورد. طبق نص این ماده زمانی کارگر می تواند از اجرای کار امتناع ورزد که کار مخالف عقد، قانون و آداب عامه باشد که تفصیل هر یک در جلد حقوق و واجبات این دور از شرح ق. م گذشت و اجرای کار خطری را متوجه کارگر ننماید. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را در رستوران خویش به عنوان آشپز استخدام نماید، حمیده مکلف است اوامر احمد را اجرا نماید. در اجرای اوامر احمد شرط است که این که اوامر در خصوص ساحه کاری موافقه شده باشد، به حیث مثال، احمد و حمیده در ساحه کاری که آشپزی است موافقه نموده اند.

همچنین، شرط است که اوامر شامل کاری های مخالف عقد نباشد. به حیث مثال، اگر احمد در مثال بالا حمیده را دستور دهد تا حمیده احمد را در خصوص کارهای مالی و اداری رستوران کمک نماید، این دستور خلاف عقد است. همچنین، شرط است که دستور احمد مخالف قانون و آداب عامه نباشد. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده دستور دهد تا حمیده با احمد رابطه جنسی برقرار نماید یا با مشتریان احمد رابطه جنسی برقرار نماید، تأمین رابطه جنسی حمیده با احمد و مشتریان احمد از یکطرف خلاف قانون و از طرف دیگر خلاف آداب عامه (اخلاق) است.

همچنین، شرط است که اجرای اوامر احمد خطر را به بار نیاورد. خطر در لغت به معنی آنچه مایه هلاکت باشد، بیم تلف شدن، بیم و دشواری است.^{۶۴۵} در اصطلاح حقوقی، خطر عبارت از هر آنچه است که موجب بیم و دشواری شود. ماده ۲ قانون پولیس در تعریف خطر می گوید: «خطر: حالتی است که در آن نظم و امن عامه تحت تهدید حوادث اخلال آمیز قرار بگیرد.» به حیث مثال، اگر احمد به حمیده دستور دهد تا حمیده در غذای مشتریان معین زهر بی اندازد، امر احمد موجب ایجاد خطر برای مشتریان و حمیده می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهدات کارگر در برابر کارفرما و شرایط آن است.

۲- **عدم رقابت با کارفرما در صورت واقف شدن بر اسرار کار و کارکردن برای پروژه های مشابه:** طبق ماده ۱۵۳۷ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه طبیعت کار سپرده شده به کارگر طوری باشد که وی را به اسرار عمده کار واقف گرداند، طرفین می توانند موافقه نمایند که کارگر بعد از انتهای مدت عقد نمی تواند با کارفرما رقابت نماید و یا در پروژه اشتراک نماید که با کارفرما در رقابت است؛ و (۲) برای صحت این موافقت رعایت شرایط آتی ضروری می باشد: ۱- کارگر حین انعقاد عقد به سن رشد رسیده باشد؛ ۲- محدودیت وارده بر کارگر از حیث زمان، مکان و نوعیت کار منحصر به اندازه ضرورت حمایت از مصالح

۶۴۴. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۲.

جایز کارفرما باشد؛ ۳- این موافقت به آینده کارگر از ناحیه اقتصادی تأثیری منفی عدالت نداشته باشد؛ و ۴- در عقد برای کارگر جبران خساره ناشی از محدودیت متناسب به خساره تعیین شده باشد.».

طبق نص این ماده نص این ماده هرگاه طبیعت کار سپرده شده به کارگر طوری باشد که وی را به اسرار عمده کار واقف گرداند، طرفین می توانند موافقه نمایند که کارگر بعد از انتهای مدت عقد نمی تواند با کار فرما رقابت نماید و یا در پروژه اشتراک نماید که با کارفرما در رقابت است. به حیث مثال، اگر احمد در شرکت مشروبات غیرالکولی یا دواسازی محمود کار نماید و احمد بر اسرار یا راز های ساختن مشروبات غیرالکولی یا دوا واقف و آگاه شود، احمد و محمود می توانند توافق نمایند که احمد بعد از انتهای مدت عقد نتواند با محمود رقابت نماید یا در شرکت دیگر دوا سازی یا مشروبات غیرالکولی که با محمود در رقابت است کار نماید. برای این که توافق صحیح تلقی گردد شرایط ذیل باید متحقق گردد:

۱- احمد باید به سن رشد رسیده باشد. سن رشد طبق ق. م تکمیل سن هجده سال هجری شمسی است.
۲- محدودیت وارده بر احمد از حیث زمان، مکان و نوعیت کار منحصر به اندازه ضرورت حمایت از مصالح جایز کارفرما باشد. به عبارت دیگر: تناسب میان مصالح محمود و محدودیت وجود داشته باشد. بنابراین، این محدودیت باید به اندازه ای باشد که مصالح محمود حفظ گردد.

۳- توافق میان احمد و محمود بر آینده احمد از ناحیه اقتصادی تأثیری منفی عدالت نداشته باشد.
۴- در عقد برای کارگر جبران خساره ناشی از محدودیت متناسب به خساره تعیین شده باشد. شرایط مندرج در شماره های ۲، ۳ و ۴ ق. م ذهنی به نظر می رسند و ارایه مثال هیا عینی برای آن بسیار مشکل به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مصالح و منافع کارفرما است.

۳- براساس ماده ۱۵۳۹ ق. م: «هرگاه در صورت تخلف از امتناع، رقابت به شرط جزائی موافقه به عمل آمده و شرط طوری باشد که موجب دوام اجباری وظیفه بیشتر اجیر، از مدت معینه نزد صاحب کار گردد، شرط مذکور باطل پنداشته شده، بطلان آن شرط عدم رقابت را نیز از بین می برد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: هرگاه در صورت تخلف از امتناع رقابت به شرط جزائی موافقه به عمل آمده و شرط طوری باشد که موجب دوام اجباری وظیفه بیشتر اجیر، از مدت معینه نزد صاحب کار گردد، شرط مذکور باطل پنداشته می شود. تخلف در لغت به معنی نقض عهد، تجاوز، پیمان شکنی، سرپیچی و تخطی است.^{۶۴۶} امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استنکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است. در اصطلاح حقوق مدنی، امتناع عبارت است از عدم اجرای تعهد.^{۶۴۷}

به حیث مثال، اگر احمد در شرکت مشروبات غیرالکولی یا دواسازی محمود کار نماید و احمد بر اسرار یا راز های ساختن مشروبات غیرالکولی یا دوا واقف و آگاه شود، احمد و محمود می توانند توافق نمایند که احمد بعد از انتهای مدت عقد نتواند با محمود رقابت نماید یا در شرکت دیگر دواسازی یا مشروبات غیرالکولی که با محمود در رقابت است کار نماید. اما محمود اسرار شرکت احمد را فاش نماید یا با شرکت دیگر شریک سازد، محمود از موافقت تخلف نموده است. در این صورت، اگر احمد شرط گذاشته باشد که علاوه بر مجازات، محمود مکلف است مدت بیشتر از قرارداد، به حیث مثال، قرارداد برای مدت یک سال باشد و احمد شرط گذاشته باشد، محمود برای مدت دو سال در شرکت احمد کار نماید، شرط باطل است. دلیل باطل بودن شرط، مخالفت آن با قانون است. در این صورت، عقد صحیح اما شرط باطل است و محمود مکلف نیست برای مدت یک سال بیشتر در شرکت احمد کار نماید.

دوم این که: بطلان شرط عدم رقابت را نیز از بین می برد. به حیث مثال، در مثال بالا، چون شرط باطل است، بطلان شرط عدم رقابت را نیز از بین می برد. بنابراین، محمود از یکطرف می تواند بیشتر از مدت یک سال در شرکت احمد کار نماید و از طرف دیگر می تواند با شرکت احمد رقابت نماید. با پذیرش آنچه گفته، میان ماده های ۱۵۳۹ و ۱۳۳۷ ق. م تعارض به نظر می رسد و قابل توصیه است ماده ۱۵۳۹ ق. م تعدیل گردد.

646. Ibid, (Last visit: 17, 12, 2017).

۶۴۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۰۶): در ماده (۱۵۳۹) شکل رقابت و دوام اجباری وظیفه توضیح شود.

توضیح: ماده فوق توسط مثال آتی توضیح شده می تواند. مالک فابریکه قرار داد کار می کند ولی شرط می گذارد که در اثر اطلاع از اسرار و خصوصیات کار به رقابت نپردازد و یا این اسرار را به دسترس فابریکه دیگری قرار ندهد. در صورت تخلف از این تعهد مدت مثلاً يك سال بیشتر از میعاد قرار داد به خدمت در موسسه او ادامه دهد این شرط باطل و بالآخر شرط امتناع از رقابت نیز از میان می رود. در صورتی که طبیعت کار سپرده شده به کارگر او را از اسرار عمده کار واقف گرداند در آن حالت طرفین به منظور حفظ مصالح جائر کار فرما می توانند با در نظر داشت فقرات چهار گانه ماده (۱۵۳۷) قانون مدنی موافقه نمایند که کارگر بعد از انتهای مدت عقد با کار فرما رقابت ننماید و یا نمی تواند در پروژه اشتراك نماید که با کار فرما در رقابت است شرایط چهار گانه مذکور سن رشد و جبران خساره کارگر و محدودیت عایده را بر کارگر از ناحیه زمان و مکان و ضرورت حمایت مصالح جائر کار فرما تامین عدالت اقتصادی کارگر را در کار پیش بینی نموده است. در صورت تحقق شرایط مذکور به عدم تعهد رقابت و یا عدم اشتراك به پروژه رقیب مجاز است اما شرط دوام اجباری وظیفه به صورت شرط جزایی مطابق به مندرجات ماده (۱۵۳۹) مجاز نمی باشد.^{۶۴۸}

۴- دریافت اجرت: طبق ماده ۱۵۳۵ ق. م: «هرگاه مقدار اجرت در عقد تصریح نگردیده باشد، مطابق عرف جاری، اجرت مثل تعیین می گردد. در صورت عدم موجودیت عرف، محکمه آن را به نحوی که عدالت تأمین گردد، تعیین می نماید». براساس نص این ماده، اجرت کارگر، براساس عقد، در صورت عدم تصریح در عقد مطابق عرف تعیین می گردد. ملاک مقدار اجرت در صورت تعیین توسط عرف، اجرت مثل است. طبق ماده ۲۱۲ مجلة الاحکام: «اجرت مثل اجرتی است که اهل خبره بی غرض آن را تعیین نموده باشد». همچنین، اجرت مثل اجرتی است که مطابق عرف یا نرخ بازار تعیین می گردد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را در فابریکه خویش به عنوان اجیر استخدام نماید، احمد مکلف است اجرت محمود را که در عقد پیش بینی شده است پرداخت نماید. در صورتی که مقدار اجرت در عقد تعیین نشده باشد، محمود مستحق اجرت مثل می شود. اجرت مثل را اهل خبره تعیین می نماید یا مقدار اجرت محمود مطابق نرخ بازار تعیین می شود. در صورت عدم وجود عرف، محکمه مقدار اجرت را در صورت تقاضای محمود به صورت عادلانه باید تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف کارفرما در برابر کارگر و مورد حمایت قرار دادن کارگر است.

- دریافت مکافات در برابر حق اختراع و یا داشتن حق بر خود حق اختراع: طبق ماده ۱۵۳۸ ق. م: «هرگاه کارگر در اثنای کار به اختراع موفق شود امتیازات و حقوق اختراع مربوط به شخص کارگر می باشد، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد و یا استخدام کارگر از طرف صاحب کار به منظور اختراع و ابتکار به عمل آمده باشد. با آنهم صاحب کار مکلف است مکافات و پاداش مناسب را مطابق به ایجابات عدالت به کارگر بپردازد». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد: نخست این که: اصل این است که هرگاه کارگر در اثنای کار به اختراع موفق شود امتیازات و حقوق اختراع مربوط به شخص کارگر می باشد. اختراع در لغت به معنی آفریدن و ایجاد کردن است.^{۶۴۹} به شخصی که چیزی می آفریند مخترع می گویند. در اصطلاح حقوقی، اختراع عبارت از ساختن چیزی است که مثل آن قبلاً وجود نداشته است مانند مایل، تلویزیون، ویدیو و وسایل اینها. ماده ۳ قانون حمایت حقوق مخترع و مکتشف در تعریف اختراع می گوید: «اختراع ایجاد پدیده جدید با استفاده از وسایل موجود به طریق جدید جهت حصول یک نتیجه یا محصول صنعتی، زراعتی و یا خدماتی می باشد که از آن مثال نداشته باشیم». به حیث مثال، اگر احمد در فابریکه موتر سازی محمود کار نماید و در جریان اجرای وظیفه پرزه جدید موتر را اختراع نماید، حق اختراع پرزه موتر مربوط به محمود است. استثنای این اصل این است که موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد و یا استخدام کارگر از طرف صاحب کار به منظور اختراع و ابتکار به عمل آمده باشد. به حیث مثال، احمد و محمود موافقه نموده باشند که احمد پرزه جدید موتر را اختراع نماید یا توافق نموده باشند که در صورت موفق شدن محمود به اختراع، حق اختراع مربوط به شرکت باشد.

۶۴۸. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۲.

۶۴۹. (آخرین بازدید ۱/ ۱۷/ ۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

دوم این که: در صورت موافقه یا در صورتی که به منظور اختراع کارفرما کارگر را استخدام نموده باشد، صاحب کار مکلف است مکافات و پاداش مناسب را مطابق به ایجابات عدالت به کارگر بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهدات صاحب کار در برابر کارفرما است.

۵- طبق ماده ۱۵۵۰ ق. م: «هرگاه تجارتخانه با تأسیسات فروخته شود، یا به نسبت الحاق یا مزج آن به تأسیسات دیگر تعدیلی در آن رخ دهد، تمامی عقد کار که در زمان بیع یا تعدیل مرعی بوده بین صاحب کار جدید و اجیر به حال نفاذ خود باقی می ماند. صاحب کار جدید و صاحب کار سابقه به صورت تضامن مسؤول پرداخت اجرت و حقوق تعویض می باشند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه تجارتخانه با تأسیسات فروخته شود، یا به نسبت الحاق یا مزج آن به تأسیسات دیگر تعدیلی در آن رخ دهد، تمامی عقد کار که در زمان بیع یا تعدیل مرعی بوده بین صاحب کار جدید و اجیر به حال نفاذ خود باقی می ماند. الحاق از ریشه لحق گرفته شده است که به معنی پیوستن است، چسپاندن و منضم کردن است.^{۶۵۰} مزج در لغت به معنی در آمیختن و مخلوط کردن است.^{۶۵۱} تعدیل از ریشه «عدل» گرفته شده است که در لغت به معنی برابر ساختن است.^{۶۵۲} همچنین، تعدیل به معنی راست کردن، معتدل کردن، تقسیم کردن از روی عدالت، دو چیز را با هم برابر کردن و هم وزن کردن است.^{۶۵۳} به نظر می رسد تعدیل در نص این ماده در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مصطلح تغییر استعمال شده است. مرعی در لغت به معنی آنچه مراعات شده و تطبیق گردد است.^{۶۵۴} به حیث مثال، اگر احمد تجارتخانه داشته باشد و تجارت خانه را با وسایل آن به محمود به فروش رساند یا تجارتخانه احمد به تجارتخانه محمود ملحق شود و در نتیجه تجارتخانه جدید به وجود آید، عقد کاری را که احمد با کارمندان خویش بسته است میان کارمندان احمد و محمود به حالت سابق باقی می ماند.

۲- صاحب کار جدید و صاحب کار سابقه به صورت تضامن مسؤول پرداخت اجرت و حقوق تعویض می باشند. تضامن در لغت به معنی کفیل و ضامن یکدیگر شدن است. در اصطلاح حقوقی، تضامن نوعی تعهد و شراکت مالی است که هر یک از اعضا حق دریافت تمامی دین و مسؤولیت پرداخت تمامی قرض را داشته باشد.^{۶۵۵} به حیث مثال، در مثال بالا، احمد و محمود مکلف اند به صورت تضامنی حقوق و اجرت اجیران یا کارمندان خویش را پرداخت نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن اجیران است.

(۲) آثار عقد کار نسبت به صاحب کار: عقد کار نسبت صاحب کار موجب ایجاد تکالیف ذیل می گردد:

۱- مطابق ماده ۱۵۲۰ ق. م: «صاحب کار به امور آتی مکلف است: ۱- تادیبه اجرت اجیر مطابق احکام این قانون؛ ۲- تهیه وسایل لازم برای تأمین سلامت اجیر و حمایت او از خطر؛ ۳- اعطاء تصدیق بعد از انتهای عقد که متضمن تاریخ دخول و خروج اجیر به کار، نوع کار، مقدار اجرت و برانت وی از التزامات عقد باشد؛ ۴- اعاده اوراق و تصدیقی که از طرف اجیر به وی تسلیم گردیده؛ و ۵- سایر مکلفیت هایی که در قانون خاص تصریح شده باشد.» طبق نص این ماده صاحب کار به امور آتی مکلف است. آتی در لغت به معنی آینده، ذیل و زیر است.

۱- تادیبه اجرت اجیر مطابق احکام این قانون. به حیث مثال، اگر احمد در فابریکه تولید سمنت حمیده کار نماید، حمیده مکلف است اجرت احمد را پرداخت نماید.

۲- تهیه وسایل لازم برای تأمین سلامت اجیر و حمایت او از خطر. به حیث مثال، اگر احمد در فابریکه نساجی حمیده کار نماید، حمیده مکلف است تهیه وسایل لازم برای تأمین سلامت احمد و حمایت احمد از خطر مانند لباس، بوت، وسایل کار، محل کار مناسب و نظیر اینها را فراهم نماید.

650. Ibid, (Last visit: 4/2/2016).

651. Ibid, (Last visit: 4/2/2016).

۶۵۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۳.

653. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۱۷/۱) (آخرین بازدید).

654. Ibid, (Last visit: 4/2/2016).

655. Ibid, (Last visit: 4/2/2016).

۳- اعطاء تصدیق بعد از انتهای عقد که متضمن تأریخ دخول و خروج اجیر به کار، نوع کار، مقدار اجرت و برائت وی از التزامات عقد باشد. به حیث مثال، اگر احمد در مؤسسه تحقیقاتی محمود کار نماید، در ختم کار محمود مکلف است به احمد تصدیقنامه بدهد و تصدیقنامه در برگیرنده شروع و ختم کار احمد، نوع کار (تحقیقاتی)، مقدار حقوق یا مزد احمد و این که محمود کارها را به نحو احسن انجام داده و در برابر محمود التزام و تعهدی ندارد، اعطا نماید.

۴- اعاده اوراق و تصدیقی که از طرف اجیر به وی تسلیم گردیده است. به حیث مثال، اگر احمد در دانشگاه محمود کار نماید، در ختم کار محمود مکلف است اسناد و تصدیقنامه را که احمد تسلیم محمود کرده است، در صورت لزوم، تسلیم احمد نماید.

۵- اجرای سایر مکلفیت ها. نص این ماده حصری نیست بلکه احصایی است، زیرا قانونگذار مدنی در فقره اخیر ماده ۱۵۲۰ ق.م از اجرای سایر مکلفیت های صاحب کار سخن می گوید. بنابراین، صاحب کار مکلف است سایر مکلفیت های خویش را مطابق ق.م و سایر قوانین ذریبط در برابر اجیر انجام دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف صاحب کار در برابر کارگر و مورد حمایت قرار دادن مصالح کارگر است.

۲- براساس ماده ۱۵۲۱ ق.م: «هرگاه اجیر در ميعاد معينه برای انجام وظیفه حاضر گردیده آمادگی خود را به اجرای کار اعلام نماید، مگر بنابر اسبابی که به صاحب کار راجع می گردد، به اجرای کار پرداخته نتواند، مستحق اجرت همان ميعاد شناخته می شود.» طبق نص این ماده هرگاه اجیر در مدتی که در خصوص آن توافق صورت گرفته است آماده انجام کار موضوع عقد باشد، اما بنابر اسبابی که منتسب به صاحب کار باشد، نتواند کار را انجام دهد، مستحق اجرت شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد در فابریکه محمود کار نماید اما به دلیل نبود برق، مواد خام، خراب بودن ماشین و نظیر اینها کار در فابریکه متوقف شود و احمد در کار حاضر باشد، مستحق اجرت شناخته می شود. دلیل این قاعده، عدم تقصیر کارگر و وجود اسباب منتسب به کارفرما است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن کارگر است.

۲- طبق ماده ۱۵۲۳ ق.م: «صاحب کار مکلف است علاوه بر ایفای التزامات مندرج مواد (۱۵۲۰-۱۵۲۱-۱۵۲۲) این قانون به انجام وظیفی بپردازد که مطابق قوانین خاص مکلف شناخته شده است.» نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به مواد (۱۵۲۰-۱۵۲۱-۱۵۲۲) ق.م که تفصیل آن در بالا گذشت است. بنابراین، صاحب کار مکلف است امتیازات و حقوقی را که در مواد (۱۵۲۰-۱۵۲۱-۱۵۲۲) ق.م پیش بینی شده است و شامل رخصتی های قانونی، مریضی، سفریه و کرایه، حد اقل اجوره اشتراک در فیصدی مفاد عاید و تولید شرائط استخدام، تأمینات اجتماعی و نظیر اینها می شود ایفاء نماید. همچنین، صاحب کار مکلف است سایر تکالیف خویش را که به موجب قوانین خاص، مانند قانون کار و سایر قوانین پیش بینی شده است در برابر کارگر یا اجیر ایفاء نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف صاحب کار در برابر کارگر و مورد حمایت قرار دادن مصالح کارگر است.

گفتار پنجم) انتها

طبق ق.م عقد کار در حالات آتی منتهی می شود:

۱) با انتهای مدت و یا ختم کار: طبق ماده ۱۵۲۲ ق.م: «با رعایت احکام مواد (۱۵۳۳-۱۵۳۲) این قانون عقد کار به انتهای مدت معینه، با اتمام کاری که به منظور آن عقد صورت گرفته منتهی می گردد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به مواد ۱۵۳۲ و ۱۵۳۳ ق.م است. طبق نص این ماده عقد کار با رعایت احکام مواد ۱۵۳۲ و ۱۵۳۳ ق.م در حالات ذیل منتهی می شود. منتهی در لغت به معنی انتهاء یافته و خاتمه یافته است:

۱- انتهای مدت. به حیث مثال، اگر حمیده با احمد قرارداد ببندد تا در فابریکه دواسازی احمد برای مدت یک سال کار نماید، با ختم شدن یک سال، عقد کار حمیده خاتمه پیدا می کند.

۲- اتمام کار. اتمام در لغت به معنی تمام شدن است. به حیث مثال، اگر احمد در دانشگاه محمود برای مضمون مبادی حقوق برای یک سمستر استخدام شود، با درس مضمون مبادی حقوق، عقد کار احمد خاتمه پیدا می کند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انتهای عقد کار است.

۲) طبق ماده ۱۵۳۲ ق.م: «هرگاه مدت عقد معین باشد، به انقضای مدت خود به خود منتهی می گردد و در صورت استمرار طرفین بعد از انقضای مدت، برای مدت غیر معین تجدید شده تلقی می گردد.» در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

نخست این که: هرگاه مدت عقد معین باشد، به انقضای مدت خود به خود منتهی می گردد. به حیث مثال، اگر حمیده با احمد قرارداد ببندد تا در فابریکه دواسازی احمد برای مدت یک سال کار نماید، با ختم شدن یک سال، عقد کار حمیده خاتمه پیدا می کند. در این مثال، مدت عقد معین است که عبارت از یک سال می باشد. با ختم یک سال، عقد به صورت خود به خود (خودکار) خاتمه پیدا می کند.

دوم این که: در صورت استمرار طرفین بعد از انقضای مدت، برای مدت غیر معین تجدید شده تلقی می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمیده به کار ادامه دهد و احمد اعتراض ننماید، عقد برای مدت نامعین به صورت ضمنی تجدید شده تلقی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انتهای عقد کار است.

(۳) فسخ عقد توسط طرفین: طبق ماده ۱۵۳۳ ق. م: «هرگاه مدت در عقد معین نباشد، طرفین می توانند هر وقتی خواسته باشند، به فسخ عقد اقدام نمایند مشروط بر اینکه حداقل دو ماه قبل طرف دیگر را اطلاع داده باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه مدت در عقد معین نباشد، طرفین می توانند هر وقتی خواسته باشند، به فسخ عقد اقدام نمایند. مشروط بر اینکه حداقل دو ماه قبل طرف دیگر را اطلاع داده باشد. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را در شرکت نوشابه سازی خویش استخدام نماید و مدت کار حمیده در عقد پیش بینی نشده باشد، هر یک از احمد و حمیده هر لحظه ای که بخواهند می توانند عقد کار را فسخ نمایند به شرط این که دو ماه قبل به همدیگر اطلاع دهند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی سبب انتهای عقد کار است.

(۳) فسخ عقد کار توسط صاحب کار بدون اطلاع قبلی: طبق ماده ۱۵۲۸ ق. م: «در احوال آتی صاحب کار می تواند بدون اخطار قبلی به فسخ عقد اقدام نماید:

- ۱- در حالی که اجیر شهرت خود را غیر واقعی معرفی نموده یا تصادیق و جواز جعلی ارائه نموده باشد.
- ۲- در حالی که شخص در دوره نامزدی کار رضایت صاحب کار را حاصل نموده نتواند، مشروط بر اینکه انفصال در خلال سه ماه از تاریخ تعیین وی صورت گیرد.
- ۳- در حال وقوع عمل عمدی یا تقصیری از جانب اجیر به مقصد رسانیدن خساره مادی به صاحب کار، مشروط بر اینکه اطلاع موضوع در خلال مدت ۲۲ ساعت از تاریخ وقوع آن به شخص با صلاحیت قانونی داده شده و اتهام در نتیجه تحقیق ثابت گردد.

- ۴- در حال غیرحاضری متجاوز از (۱۵) روز در یک سال یا یک هفته به صورت متوالی بدون عذر معقول.
- ۵- در حال عدم ایفای وجایب مرتب بر عقد از طرف اجیر.
- ۶- در حال ثبوت افشای اسرار صنعتی یا تجارتی مربوط به دستگاه کار از طرف اجیر.
- ۷- در حال محکومیت اجیر به جنایت یا جنحه منافی شرف امانت داری و اخلاق.
- ۸- در حال اثبات ارتکاب جرم مخالف آداب عامه بر اجیر در دستگاه کار هنگام اجرای کار.
- ۹- در حال تجاوز اجیر علیه رئیس یا یکی از اعضای هیأت مدیره در اثنای کار یا به سبب آن.». طبق نص این ماده در نه حالت صاحب کار می تواند عقد کار را بدون اطلاع قبلی به کارگر یا اجیر فسخ نماید:

۱- در حالی که اجیر شهرت خود را غیر واقعی معرفی نموده یا تصادیق و جواز جعلی ارائه نموده باشد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد محمود را در شرکت خویش به عنوان محاسب استخدام نماید و محمود در خصوص شهرت خویش دروغ بگوید و تصدیقنامه ها و جواز جعلی کار را به احمد ارائه نموده باشد، احمد می تواند عقد کار را فسخ نماید.

۲- در حالی که شخص در دوره نامزدی کار رضایت صاحب کار را حاصل نموده نتواند، مشروط بر اینکه انفصال در خلال سه ماه از تاریخ تعیین وی صورت گیرد. انفصال در لغت به معنی جدا کردن، برکنار کردن از وظیفه، جدایی و گسستگی است.^{۶۵۶} به حیث مثال، اگر احمد حمیده را در شرکت تولید آب به عنوان اجیر استخدام نماید، حمیده مکلف است دوره آزمایشی را سپری نماید. دوره آزمایشی در نص این ماده ق. م دوره نامزدی نامیده شده است. در صورتی که احمد از کار حمیده راضی نباشد، احمد می تواند

عقد کار حمیده را که برای مدت یک سال منعقد شده است یکجانبه فسخ نماید. در فسخ این عقد شرط است که انفصال حمیده از کار در جریان سه ماه از تاریخ استخدام وی صورت گیرد.

۳- در حال وقوع عمل عمدی یا تقصیری از جانب اجیر به مقصد رسانیدن خساره مادی به صاحب کار، مشروط بر اینکه اطلاع موضوع در خلال مدت ۲۲ ساعت از تاریخ وقوع آن به شخص با صلاحیت قانونی داده شده و اتهام در نتیجه تحقیق ثابت گردد. به حیث مثال، اگر احمد در فارم گاوداری خویش جمشید را به عنوان کارگر استخدام نماید و جمشید گاوها را آب و علف ندهد یا گاوها را بکشد و این موضوع در خلال مدت ۲۲ ساعت از تاریخ وقوع آن به رئیس و مسؤول فارم گاوداری گزارش داده شود و ثابت گردد که جمشید گاوها را آب و علف نداده و در اثر عدم آب و علف ندادن، گاوها از بین رفته اند و یا جمشید گاوها را کشته است. صاحب کار می تواند عقد کار جمشید را فسخ نماید. عدم آب و علف دادن گاوها توسط جمشید در اثر تقصیر جمشید است. زیرا، جمشید کاری که باید انجام می داد، انجام نداده است. کشتن گاوها در اثر تجاوز جمشید صورت گرفته است. زیرا، جمشید کاری که نباید انجام می داد، انجام داده است. از بین رفتن گاوها در این مثال، خسارت مادی است که به احمد توسط جمشید وارد شده است.

۴- در حال غیرحاضری متجاوز از (۱۵) روز در یک سال یا یک هفته به صورت متوالی بدون عذر معقول. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمشید در یک سال ۱۵ روز غیرحاضری نماید یا یک هفته به صورت متوالی بدون عذر معقول مانند وفات یکی از وابستگان، تصادم، مریضی و نظیر اینها غیرحاضری نماید، احمد می تواند عقد کار را فسخ نماید. متوالی در لغت به معنی پی در پی است. عذر در لغت به معنی پوزش است که جمع آن اعداز است. در اصطلاح اصولی عذر عبارت است از دلیلی که مبنای پوزش مکلف در انجام تکلیف شود.^{۶۵۷}

۵- در حال عدم ایفای وجایب مرتب بر عقد از طرف اجیر. به حیث مثال، اگر احمد محمود را در هتل خویش به عنوان مدیر مالی و اداری استخدام نماید و محمود وظایف خویش را انجام ندهد، احمد می تواند عقد را فسخ نماید.

۶- در حال ثبوت افشای اسرار صنعتی یا تجارتی مربوط به دستگاه کار از طرف اجیر. به حیث مثال، اگر احمد در شرکت مشروبات غیرالکولی یا دواسازی محمود کار نماید و احمد بر اسرار یا رازهای ساختن مشروبات غیرالکولی یا دوا واقف و آگاه شود و آن را فاش نماید، محمود می تواند عقد را فسخ نماید.

۷- در حال محکومیت اجیر به جنایت یا جنحه منافی شرف، امانت داری و اخلاق. به حیث مثال، اگر احمد در شرکت محمود کار نماید و به جرم جنایت یا جنحه نفی کننده شرف، امانت داری و اخلاق محکوم شود، احمد می تواند عقد را فسخ نماید. عبارت منافی شرف، امانت و اخلاق در نص این ماده مبهم است. زیرا، در کد جزا مشخص و معین نیست که کدام جرم جنحه یا جنایت منافی شرف، امانت و اخلاق است. به عبارت دیگر: در کد جزا جرایم به جنایت، جنحه و قباح تقسیم شده و نظر به جزا معین می شود که کدام جرم جنایت، کدام جرم جنحه و کدام جرم قباح است. جنایت در لغت به معنی گناه بزرگ، خلاف و جرم است.^{۶۵۸} کد جزای افغانستان مصادیق جرم جنایت را تعیین ننموده است. اما، با معیار ارایه شده، هر جرمی که جزای آن اعدام، حبس دوام و حبس طویل باشد، جنایت تلقی می شود. ماده ۲۷ کد جزا در تعریف جنایت می گوید: «جنایت جرمی است که جزای آن در این قانون اعدام، حبس ابد، حبس دوام و یا حبس طویل تعیین شده باشد.» جنحه در لغت به معنی جرم و گناه کوچک است.^{۶۵۹} ماده ۲۸ کد جزا در تعریف جنحه می گوید: «جنحه جرمی است که جزای آن در این قانون حبس متوسط، حبس قصیر، بدیل حبس یا جزای نقدی تعیین شده باشد.»

۸- در حال اثبات ارتکاب جرم مخالف آداب عامه بر اجیر در دستگاه کار هنگام اجرای کار. برخی نویسندگان در تعریف آداب عامه می گویند: آداب عامه که از آن به اخلاق حسنه نیز تعبیر شده است، عبارت از مجموعه قواعدی است که اخلاقیات اجتماعی معینی آن را مقرر می کند و معمولاً در زمان و مکانی محدود و معین مشاهده می شوند. چنین آدابی در واقع معیارهایی است که عملکرد و تصرفات افراد بر اساس آن معیارها مورد ارزیابی قرار می گیرد.^{۶۶۰} این تعریف مبهم است. برخی دیگر در تعریف آداب

۶۵۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۶۵.
658. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 2026/15/5).

659. Ibid, (2016 /15 /5 بازدید).

۶۶۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸.

عامه می گویند: آداب عامه بر ضوابط و اصول اخلاقی اطلاق می گردد که در جامعه معین توسط قانون، پولیس و فشار اجتماعی تطبیق می گردد.^{۶۶۱} این تعریف با این ایراد مواجه است که قانون معمولاً قواعد اخلاقی را تنظیم نمی نماید. به نظر می رسد آداب عامه عبارت از قواعدی است که رفتار انسان ها به خصوص خوب و بد درست و نادرست را تنظیم می نماید. به حیث مثال، اگر اجیر در هنگام اجرای کار در دستگاه کار مرتکب جرم زنا، لواط و نظیر اینها شود، این جرم ها مخالف آداب عامه با اخلاق اند و صاحب کار می تواند قرارداد اجیر را فسخ نماید.

۹- در حال تجاوز اجیر علیه رئیس یا یکی از اعضای هیأت مدیره در اثنای کار یا به سبب آن، تجاوز در لغت به معنی ظلم، از حد گذشتن، تعدی و حد شکنی است.^{۶۶۲} به شخصی که تجاوز می نماید متجاوز و متعدی می گویند. به نظر می در اصطلاح حقوقی تجاوز نقض حق دیگران است. به حیث مثال، اگر احمد در شرکت محمود کار نماید و در وقت اجرای کار بخواهد محمود یا یکی از اعضای هیأت مدیره را به قتل برساند، احمد می تواند قرارداد احمد را فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر اسباب فسخ عقد توسط کارفرما است.

۴) فسخ عقد توسط اجیر بدون اطلاع قبلی: ماده ۱۵۲۹ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) در احوال آتی اجیری می تواند بدون اخطار قبلی عقد را فسخ و کار را ترک دهد: ۱- در حالی که صاحب کار هنگام عقد علیه وی از غش کار گرفته باشد، مشروط بر اینکه زیاده از سی روز از تاریخ شمول وی به کار نگذشته باشد؛ ۲- در حالی که صاحب کار به انجام وجایب خود که مطابق احکام قانون و عقد مکلف گردیده نپردازد؛ ۳- در حالی که صاحب کار در برابر اجیر یا یکی از افراد عایله، وی مرتکب فعل مخالف آداب عامه شود؛ ۴- در حالی که صاحب کار یا نماینده وی با ضرب علیه اجیر تجاوز نماید؛ و ۵- در حالی که خطر بزرگ سلامت یا صحت اجیر را تهدید نماید مشروط بر اینکه صاحب کار با وجود آن به اتخاذ تدابیر لازم نپردازد؛ و (۲) در صورتی که اجیر بنابر یکی از اسباب مندرج فقره فوق کار را ترک دهد، مستحق تعویض شناخته می شود.» طبق نص این ماده در احوال آتی اجیر می تواند بدون اخطار قبلی عقد را فسخ و کار را ترک دهد:

۱- در حالی که صاحب کار هنگام عقد علیه وی از غش کار گرفته باشد، مشروط بر اینکه زیاده از سی روز از تاریخ شمول وی به کار نگذشته باشد. عبارت غش در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. غش در لغت به معنای نیرنگ، حيله، اظهار خلاف نهانی، خیانت کردن و خیانت است. در اصطلاح فقهی معانی متعدد دارد: چنانچه در تعریف آن گفته اند که: غش عبارت از اظهار غیر حقیقی است. همچنین، به بیرون رفتن از حسن نیت لازم در معاملات هم غش اطلاق شده است.^{۶۶۳} به حیث مثال، اگر احمد به محمود دروغ بگوید و بگوید که من فارم زنبور داری دارم و محمود در اثر این دروغ عقد کار را با احمد منعقد نماید و سپس روشن و ثابت شود که احمد دروغ گفته است، محمود می تواند عقد را فسخ نماید.

۲- در حالی که صاحب کار به انجام وجایب خود که مطابق احکام قانون و عقد مکلف گردیده نپردازد. به حیث مثال، اگر صاحب کار اجرت اجیر را نپردازد یا محیط سالم و مصوون کار برای اجیر فراهم ننماید و سایر تعهدات خویش را که تفصیل آن گذشت ایفاء ننماید، اجیر می تواند عقد را فسخ و کار را ترک نماید.

۳- در حالی که صاحب کار در برابر اجیر یا یکی از افراد عایله، وی مرتکب فعل مخالف آداب عامه شود. تعریف آداب عامه گذشت. عایله در لغت به معنی فامیل است. به حیث مثال، اگر احمد یا حمیده در شرکت محمود کار نماید و محمود بر حمیده تجاوز جنسی نماید یا با یکی از اعضای فامیل احمد در اثر زور و اجبار مرتکب زنا شود، حمیده و احمد می توانند عقد را فسخ و کار را ترک نمایند. تجاوز و زنا از مصادیق فعل مخالف آداب عامه به نظر می رسند.

۴- در حالی که صاحب کار یا نماینده وی با ضرب علیه اجیر تجاوز نماید. ضرب در لغت به معنی زدن است.^{۶۶۴} تعریف تجاوز در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد در بانک شخصی محمود ایفای وظیفه نماید و محمود بخواهد احمد را لت و کوب نماید، احمد می تواند عقد کار را فسخ و کار را ترک نماید.

661. <https://en.m.wikipedia.org> (Last visit: 6/12/2017).

662. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶).

۶۶۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۲۹.

۶۶۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۵۰.

۵- در حالی که خطر بزرگ سلامت یا صحت اجیر را تهدید نماید مشروط بر اینکه صاحب کار با وجود آن به اتخاذ تدابیر لازمه نپردازد. به حیث مثال، اگر احمد در شرکت ساختمانی محمود کار نماید و هر لحظه امکان داشته باشد به دلیل عدم فراهم کردن وسایل ایمنی، خطر سلامت و صحت احمد را تهدید نماید، احمد می تواند عقد را فسخ و کار را ترک نماید.

۶- در صورتی که اجیر بنابر یکی از اسبابی که در بالا ذکر شد کار را ترک دهد، مستحق تعویض شناخته می شود. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است.^{۶۶۵} به حیث مثال، اگر احمد در اثر وجود خطر عقد را فسخ و کار را ترک نماید، مستحق اجرت کارها و روزهایی که کار را انجام داده است شناخته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب فسخ عقد توسط اجیر و مورد حمایت قرار دادن اجیر است.

۵) موت صاحب کار و اجیر: طبق ماده ۱۵۵۱ ق. م: «عقد کار به وفات صاحب کار فسخ نمی گردد، مگر اینکه در عقد قرارداد شخصیت وی رعایت شده باشد، اما به وفات اجیر عقد فسخ می گردد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- عقد کار به وفات صاحب کار فسخ نمی گردد. این اصل است. به حیث مثال، اگر احمد فابریکه داشته باشد و با محمود و سایر کارگران قرارداد کار را ببندد، با وفات احمد عقد کار با کارگران فسخ نمی گردد. استثنای این اصل این است که در عقد قرارداد شخصیت صاحب کار رعایت شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد دستگاه آهنگری، دوکان خیاطی و نظیر اینها داشته باشد و با محمود عقد کار را ببندد و احمد وفات نماید و ورثه احمد آهنگری و خیاطی بلد نباشند و نتوانند شغل پدر خویش را ادامه دهند، عقد کار با محمود فسخ می گردد. زیرا، در این فرض، شخصیت و مهارت های احمد مهم است.

۲- عقد کار به وفات اجیر عقد فسخ می گردد. به حیث مثال، اگر حمیده در مطبعه احمد به عنوان محاسب ایفای وظیفه نماید، با وفات حمیده عقد کار فسخ می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انتهای عقد کار است.

۶) ماده ۱۵۵۲ ق. م: «هرگاه به اثر وفات اجیر یا مریضی طولانی یا سبب مجبره دیگری که مانع دوام کار اجیر گردد، عقد فسخ شود، صاحب کار مکلف است به اجیر و در حال وفات اجیر به زوجه یا فرع او تعویضی را بپردازد که معادل خساره حالت انفصال بدون اخطار باشد، مقدار خساره توسط قوانین خاص و یا موافقت نامه تعیین می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه به اثر وفات اجیر یا مریضی طولانی یا سبب مجبره دیگری که مانع دوام کار اجیر گردد، عقد فسخ شود، صاحب کار مکلف است به اجیر و در حال وفات اجیر به زوجه یا فرع او تعویضی را بپردازد که معادل خساره حالت انفصال بدون اخطار باشد. وفات در لغت به معنی مرگ، مردن، موت و فوت است. در اصطلاح حقوق مدنی، وفات وصفی است برای شخصی که نشانه های زندگی کاملاً در او از بین رفته است.^{۶۶۶}

همچنین، فوت عبارت از بیرون رفتن روح از تن آدمی است به نحوی که از تحرك و جنبش باز ماند.^{۶۶۷} سبب مجبره هر سببی است که شخص را اجبار به فعل یا ترک فعل نماید مانند سیل، زلزله، مرگ، مریضی و نظیر اینها. فرع که جمع آن فروع است در لغت به معنی شاخ، شعبه و قسم است. همچنین، به آنچه که از دیگری متولد شود فرع گویند^{۶۶۸} و در برابر اصول استعمال می شود. به عبارت ساده: فرع عبارت از فرزند شخص اعم از دختر و پسر هرچند درجه آنها پایین برود است.

به حیث مثال، اگر احمد در شرکت دواسازی حمید کار نماید و در اثر اسباب مجبره مانند مریضی، وفات و نظیر اینها عقد احمد توسط حمید فسخ شود، حمید مکلف است به احمد و در حال وفات احمد به زوجه یا فرزند احمد تعویضی را بپردازد که معادل خساره حالت انفصال بدون اخطار باشد. انفصال بدون اخطار این است که اداره بدون این که کارمند را اخطار بدهد او را از وظیفه منفصل نماید. دلیل این قاعده این است که اداره باید مؤیدات اداری را که بالترتیب توصیه، اخطار، کسر، معاش، تبدیل و در نهایت فسخ قرارداد است تطبیق نماید.

665. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

۶۶۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۹۰.
۶۶۷. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۵۳؛ و محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۸۸.
۶۶۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۴۵۵ و ۱۴۵۶.

۲- مقدار خساره توسط قوانین خاص و یا موافقت نامه تعیین می شود. به حیث مثال، اگر در این خصوص در قوانین و مقررات خاص در ساحات خاص و مختلف وجود داشته باشد، احکام قوانین و مقررات خاص قابل تطبیق است. همچنین، مقدار جبران خسارت می تواند توسط طرفین تعیین شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم سبب انتهای عقد کار و مورد حمایت قرار دادن حق کارگر است.

(۵) طبق ماده ۱۵۴۲ ق. م: «هرگاه مدت کار در عقد معین بوده و صاحب کار قبل از انقضای مدت بدون موجودیت عذر یا عیب در اجیر که موجب فسخ گردد، عقد را فسخ نماید، به تأدیه اجرت تمامی مدت و عندالایجاب به تعویض مکلف می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه مدت کار در عقد معین بوده و صاحب کار قبل از انقضای مدت بدون موجودیت عذر یا عیب در اجیر که موجب فسخ گردد، عقد را فسخ نماید، به تأدیه اجرت تمامی مدت و عندالایجاب به تعویض مکلف می گردد. عبارت تعویض در نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد تعویض در نص این ماده در مفهوم جبران خسارت استعمال شده است. با پذیرش این فرض، خسارت اجیر خسارت عدم النفع یا کسر عواید است.

به حیث مثال، اگر احمد حمیده را در شرکت تولید لبنیات خویش برای مدت یک سال به عنوان مسؤول مالی مقرر نماید و احمد قبل از تکمیل یک سال بدون موجودیت عذر مانند افلاس، ورشکسته شدن، توقف شرکت و نظیر اینها یا عیب در حمیده به حیث مثال، معلول و معیوب شدن حمیده به دلایلی که مربوط شرکت نشود عقد را بعد از شش ماه فسخ نماید، احمد مکلف است اجرت شش ماه باقی مانده حمیده را پرداخت نماید. پرداخت اجرت جبران خسارت کسر عواید است زیرا امکان دارد در این مثال حمیده برای مدت شش ماه کار پیدا نتواند. اما، عبارت «و عندالایجاب به تعویض مکلف می گردد» مبهم به نظر می رسد. زیرا، روشن نیست که این تعویض چیست؟! اگر این تعویض خسارت عدم النفع یا کسر عواید است که کسر عواید با پرداخت اجرت مدت باقی مانده جبران می شود. بنابراین، عبارت «و عندالایجاب به تعویض مکلف می گردد» زاید و قابل حذف به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن اجیر و جلوگیری از زیاده روی صاحب کار است.

(۶) طبق ماده ۱۵۴۵ ق. م: «هرگاه فسخ عقد ناشی از سوء استعمال حق از جانب یکی از طرفین باشد، طرف دیگر می تواند علاوه بر جبران خساره که از اثر عدم اخطار در مدت معینه مستحق می شود، جبران خساره وارده ناشی از فسخ عقد در اثر سوء استعمال حق را نیز مطالبه نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه فسخ عقد ناشی از سوء استعمال حق از جانب یکی از طرفین باشد، طرف دیگر می تواند علاوه بر جبران خساره که از اثر عدم اخطار در مدت معینه مستحق می شود، جبران خساره وارده ناشی از فسخ عقد در اثر سوء استعمال حق را نیز مطالبه نماید. سوء استفاده از حق عبارت از استعمال حق است به گونه ای که موجب ورود ضرر به غیر گردد.

به حیث مثال، اگر احمد در فابریکه محمود به عنوان آمر اداری کار نماید و احمد برای این که به محمود ضرر برسد یا محمود برای این که به احمد ضرر برسد عقد را فسخ نماید، هر یک از طرفین می تواند دو نوع جبران خسارت را از جانب مقابل مطالبه نماید. نخست جبران خسارت عدم اخطار در مدت معین. دوم جبران خسارت ناشی از فسخ عقد در اثر سوء استفاده از حق. مقدار این دو نوع جبران خسارت در ق. م در لابلای احکام مربوط به عقد کار پیش بینی نشده است. به نظر می رسد قواعد عمومی جبران خسارت که تفصیل آن در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت در این خصوص قابل تطبیق است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده از حق توسط صاحب کار و اجیر و پیش بینی ضمانت اجرای آن است.

(۷) طبق ماده ۱۵۴۶ ق. م: «هرگاه صاحب کار با مداخله لازمه مخالف شرایط عقد باعث آن شود که اجیر را به انفصال وادار سازد و ظاهراً اجیر فسخ کننده تلقی گردد، محکمه می تواند صاحب کار را به تعویض محکوم سازد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه صاحب کار با مداخله لازمه مخالف شرایط عقد باعث آن شود که اجیر را به انفصال وادار سازد و ظاهراً اجیر فسخ کننده تلقی گردد، محکمه می تواند صاحب کار را به تعویض محکوم سازد.

به حیث مثال، اگر احمد در دانشگاه محمود به عنوان استاد کار نماید و قرارداد کار برای مدت یک سال باشد و احمد وظیفه محوله را با حسن نیت انجام دهد اما محمود احمد را مجبور به انفصال یا جدایی از وظیفه نماید به گونه ای که در ظاهر چنین معلوم شود که گویی احمد عقد کار را فسخ نموده است، محکمه می تواند در اثر شکایت احمد محمود را مکلف به پرداخت تعویض مکلف

نماید. به نظر می رسد تعویض در نص این ماده جبران خسارت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده از حق توسط صاحب کار و اجیر و پیش بینی ضمانت اجرای آن است.

۸) طبق ماده ۱۵۴۷ ق. م: «محکمه در تعیین مقدار تعویض که از انفصال ناشی از سوء استعمال حق به وجود آمده، عرف جاریه، طبیعت کاری که عقد بر آن صورت گرفته، مدت خدمت اجیر و اندازه ضرر وارده را در نظر می گیرد.»، نص این ماده به نحوی از انحاء مکمل ماده ۱۵۴۶ ق. م است. اما قانونگذار مدنی نه در نص این ماده و نه در نص ماده ۱۵۴۶ ق. م جبران خسارت را که چه مقدار است و آیا مقدار جبران خسارت، معاش یا حقوق باقی مانده مدت باقیمانده خدمت اجیر است سکوت اختیار نموده است که محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف محکمه است.

۹) طبق ماده ۱۵۵۳ ق. م: «دعوی ناشی از عقد کار بعد از انقضای یکسال از تاریخ انتهای عقد شنیده نمی شود، مگر این که دعوی متعلق به حق الزحمه اشتراک در مفاد و فیصدی معین از قیمت فروشات باشد. در این صورت مدت مرور زمان یک سال از تأریخی آغاز می گردد که صاحب کار توضیحات مربوط به استحقاق اجیر را مطابق به آخرین صورت حساب به وی تسلیم نماید.»، از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که دعوی ناشی از عقد کار بعد از انقضای یکسال از تاریخ انتهای عقد شنیده نمی شود.

به حیث مثال، اگر احمد در شرکت ساختمانی محمود برای مدت یک سال کار نماید و و در خصوص عقد کار با احمد دعوی نماید، دعوی احمد با سپری شدن یک سال توسط محکمه ذیصلاح به دلیل اسقاط حق اقامه دعوی و تحت مرور زمان قرار گرفتن قابل سمع نیست. استثنای این قاعده این است که دعوی متعلق به حق الزحمه اشتراک در مفاد و فیصدی معین از قیمت فروشات باشد. عبارت «دعوی متعلق به حق الزحمه اشتراک در مفاد و فیصدی معین از قیمت فروشات باشد» در نص این ماده مبهم و محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، نخست این که کارگر معمولاً برای صاحب کار، کار فکری یا فیزیکی می نماید و در مفاد و فیصدی قیمت فروشات شریک نمی باشد مگر این که نص این ماده را چنین تفسیر نماییم که یک شخص در عین زمان که شریک است کارگر نیز است.

به حیث مثال، اگر احمد فروشگاه لباس داشته باشد و نود فیصد سرمایه از احمد و ده فیصد سرمایه از محمود باشد و محمود در عین زمان برای احمد به عنوان اجیر کار نماید، در این صورت محمود مستحق مفاد ده فیصد از مجموعه مفاد کالاها می شود و همچنین مستحق اجرت کار در فروشگاه احمد می شود. در صورتی که احمد اجرت محمود را پرداخت ننماید، محمود می تواند الی مدت یک سال علیه احمد اقامه دعوی نماید. با سپری شدن یک سال حق اقامه دعوی محمود ساقط می شود. اما، دعوی دریافت مفاد محمود یک سال است. اما، این یک سال از تأریخی آغاز می گردد که صاحب کار توضیحات مربوط به استحقاق اجیر را مطابق به آخرین صورت حساب به وی تسلیم نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد دیگر نخواهد با محمود شراکت را ادامه دهد و در اول حمل سال ۱۳۹۷ هجری شمسی صورت حساب مفاد محمود را به محمود تسلیم نماید و محمود در خصوص مفاد راضی نباشد، می تواند الی مدت یک سال علیه احمد اقامه دعوی دریافت مفاد را نماید.

با پذیرش این توضیح، این نتیجه می آید که هم مدت اقامه دعوی پرداخت اجرت و هم مدت اقامه دعوی پرداخت مفاد یک سال است با این تفاوت که مدت اقامه دعوی پرداخت اجرت تأریخ انتهای عقد آغاز می شود مدت اقامه دعوی پرداخت مفاد از تأریخ تصفیه حساب صاحب کار با کارگر. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم خاص مرور زمان دعوی مربوط به اجرت و مفاد است.

مبحث پنجم) وکالت

نوع چهارم عقد کار وکالت است. مسایل مربوط به وکالت را قانون مدنی و در حال حاضر طرزالعمل وکلای مدافع تنظیم می نماید. در این کتاب صرف به احکامی که در قانون مدنی و قانون وکلای مدافع که توسط طرز العمل وکلای مدافع منسوخ شده است پرداخته شده است و خوانندگان می توانند جهت مطالعه تغییرات جدید به طرزالعمل وکلای مدافع مراجعه نمایند. همچنین، امارت اسلامی افغانستان انجمن مستقل وکلای مدافع را دوباره در وزارت عدلیه مدغم نمود. اکنون مسایل مربوط به وکلا را ریاست وکلای مدافع وزارت عدلیه پیش می برد. انجمن مستقل وکلای مدافع وجود ندارد.

گفتار اول) تعریف و مصادر مشروعیت

طبق ماده ۱۵۵۲ ق. م: «وکالت عقدی است که به موجب آن موکل شخص دیگری را در تصرفات قانونی و معلوم قایم مقام خود می‌سازد.» هدف قانونگذار در این ماده تعریف وکالت است. وکالت در لغت معنای حفظ، نگهداری و کارسازی است. این کلمه در زبان عرب معنای تفویض و واگذار کردن نیز است، چنانکه گفته می‌شود: «وکل امره الی فلان» کارش را به فلان شخص سپرده و یا تفویض نموده است. در اصطلاح فقهی:

(۱) وکالت عبارت از تفویض تصرف و حفظ به غیر است.

(۲) وکالت عبارت از آن است که کسی در تصرف جایز و معلوم دیگری را به جای خود بگمارد.

(۳) وکالت عبارت از تفویض تصرف از جانب شخص در حال حیات به دیگری در امور نیابت پذیر که شخص خود حق انجام آن را داشته باشد.

(۴) طبق ماده ۱۲۲۹ مجلة الاحکام العدلیه: «وکالت عبارت از این است که شخصی صلاحیت اجرای کار خود را به دیگری بسپارد و او را در این مورد قایم مقام خود بگرداند که تفویض کننده صلاحیت را (موکل)، شخصی که به او تفویض صلاحیت شده است، (وکیل) و موضوع تفویض شده را (موکل به) گویند.»

(۵) وکالت شرعاً عبارت از تفویض صلاحیت موکل به وکیل است که در امر تصرفات معلوم و در امور معاملات صورت می‌گیرد، در حالی که وکیل اهلیت و اقتدار تصرف را شخصاً داشته باشد و در این امر قایم مقام موکل گردد.

(۶) فقهای حنفیه در تعریف وکالت می‌گویند: «وکالت شرعاً عبارت از این است که شخصی دیگری را در تصرف جایز و معلوم قایم مقام خود سازد و این عبارت از تفویض تصرف و حفظ به وکیل است.» در تعریف وکالت ق. م نیز از فقه حنفیه پیروی نموده است.^{۶۶۹}

چون عمل وکالت مورد نیاز مردم است، شرع آن را جایز دانسته است. زیرا، هر انسانی قادر نیست تا کارهای خویش را مستقیماً خودش انجام دهد. بنابراین، نیازمند است تا دیگری را به جای خود بگمارد تا او آن کار را به نیابت از او انجام دهد. مشروعیت وکالت بر مبنای قرآن کریم، سنت پیامبر ﷺ و اجماع امت ثابت است. خداوند ﷻ در داستان اصحاب کهف می‌فرماید:

﴿وَكَذَلِكَ بَعَثْنَاهُمْ لِنَبِّئَهُمْ قَالَ قَائِلٌ مِّنْهُمْ كَمْ لَبِثْتُمْ قَالُوا لَبِثْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضُ يَوْمٍ قَالُوا رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِثْتُمْ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا﴾ - [الكهف: ۱۹]

«و این چنین بیدارشان کردیم تا میان خود از یکدیگر پرسش کنند گوینده‌ای از آنان گفت چقدر مانده‌اید گفتند روزی یا پاره‌ای از روز را مانده‌ایم [سرانجام] گفتند پروردگارتان به آنچه مانده‌اید داناست اینک یکی از خودتان را با این پول خود به شهر بفرستید تا ببیند کدام یک از غذاهای آن پاکیزه‌تر است و از آن غذایی برایتان بیاورد و باید زیرکی به خرج دهد و هیچ کس را از [حال] شما آگاه نگرداند.»

که این وکالت به شرا است.

همچنین، خداوند در قرآن کریم فرموده است که حضرت یوسف ﷺ به سلطان گفت:

﴿قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْم﴾ - [یوسف: ۵۵]

«[یوسف ﷺ] گفت مرا بر خزانه‌های این سرزمین بگمار که من نگهدارنده دانا هستم.»

همچنین، خداوند ﷻ فرموده است:

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ - [النساء: ۳۵]

«اگر نگران جدایی میان آنان بودید، حکمی از خانواده مرد و حکمی از خانواده زن برای تصمیم‌گیری در موردآشتی و یا جدایی به نزد آنها بفرستید.»

طبق این آیه حکمان وکلای زوجین تلقی می‌گردند.

۶۶۹. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۰۵ و ۴۰۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۰۵.

مشروعیت وکالت بر مبنای سنت پیامبر ﷺ نیز ثابت است. زیرا، در این مورد احادیث متعددی وارد شده است از جمله آمده است که:

- (۱) وَ عَنْ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعَثَ مَعَهُ بِدِينَارٍ يَشْتَرِي لَهُ أُصْحَبِيَّةً.^{۶۷۰}
«عروه بارقی رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ می گوید: پیامبر ﷺ مرا با یک دینار فرستاد؛ تا برایش قربانی بخرم.»
(۲) وَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عُمَرَ عَلَى الصَّدَقَةِ».^{۶۷۱}
«ابوهریره رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ می گوید: رسول خدا ﷺ عمر را برای جمع آوری صدقه فرستاد.»
(۳) وَ عَنْ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَحَرَ ثَلَاثًا وَ سَتِينَ وَ أَمَرَ عَلِيًّا أَنْ يَذْبَحَ الْبَاقِي».^{۶۷۲}
«جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ می گوید: پیامبر ﷺ در حجت الوداع ۶۳ شتر را به دست خود ذبح کرد، و به علی رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دستور تا با قیمانده را قربانی کند.».

مسلمین نیز نه تنها بر جواز وکیل تعیین کردن، اجماع کرده اند، بلکه آن را مستحب می دانند.^{۶۷۳}

گفتار دوم) ارکان

در مورد ارکان وکالت مانند سایر عقود معین در فقه دو نظر وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که ارکان وکالت ایجاب و قبول است. اما، جمهور فقهاء بر این نظر اند که وکالت دارای چهار رکن است که عبارت اند از: مؤکل، وکیل، مؤکل فيه و صیغه است.^{۶۷۴} طبق قواعد عمومی عقود ارکان وکالت عبارت اند از: وکیل، مؤکل، صیغه، موضوع، سبب و اجرت مشروط بر این که وکالت در برابر اجرت باشد است:

- (۱) **مؤکل:** مؤکل شخصی است که دیگری را جهت اجرای تصرفات قانونی و معلوم قایم مقام خود می سازد.
(۲) **وکیل و فرق وکیل با مساعد قضایی:** وکیل از ریشه «وکل» گرفته شده است که در لغت به معنی متوفض، کارساز، کاردان، حافظ، نگهبان، نایب، جانشین، خلیفه، قایم مقام، مباشر و ... می باشد. در فقه وکیل به شخصی گویند که تصرفی جایز و معلوم از سوی دیگری (مؤکل) برای انجام به او سپرده شده است.^{۶۷۵} اما در اصطلاح حقوقی به مفهوم خاص در حقوق افغانستان وکیل کسی است که جواز فعالیت وکالت را از انجمن مستقل وکلای مدافع کسب نموده باشد. ماده ۵ فقره اول قانون وکلای مدافع در این مورد تصریح می نماید که: «وکیل مدافع شخصی است که شامل فهرست وکلای مدافع بوده، مطابق احکام قانون در پیشگاه محاکم و سایر مراجع از حق مؤکل خویش دفاع یا دعوی نماید.» اما، طبق ماده ۵ فقره دوم قانون وکلای مدافع: «مساعد حقوقی وکیل مدافع است که در موضوعات جنایی از طرف وزارت عدلیه برای اشخاص بی بضاعت تعیین می گردد.» از جمع این مواد به خوبی بر می آید که میان وکیل و مساعد حقوقی فرق های ذیل وجود دارد:
- ۱- مساعدین حقوقی صرف برای اشخاص بی بضاعت از طرف ریاست مساعد های حقوقی وزارت عدلیه تعیین می شوند. بی بضاعت نیز شخصی است که نظر به عدم توانایی مالی در موضوعات جنایی قدرت استخدام وکیل مدافع را نداشته باشد (ماده ۵ فقره ۳ قانون وکلای مدافع). اما، وکیل بر مبنای عقد وکالت با مؤکل دعوی او را پیش ببرد؛
- ۲- مساعد حقوقی صرف در دعاوی جزایی برای اشخاص بی بضاعت توسط ریاست مساعد های حقوقی تعیین می شود. اما، وکیل می تواند دعوی جزایی، مدنی، تجارتی و ... را به نیابت از مؤکل در پیشگاه محاکم اقامه نماید؛
- ۳- حقوق یا معاش مساعدین حقوقی توسط وزارت عدلیه پرداخت می شود. بنابراین، مساعدین حقوقی مستحق مزدی شناخته نمی شوند تا توسط مؤکلین بی بضاعت پرداخت شود. اما، وکیل می تواند از مؤکل مزد در یافت نماید.
- (۳) **مؤکل به:** مؤکل به عبارت از چیزی است که موضوع وکالت قرار می گیرد.
- (۲) **صیغه:** صیغه عبارت از ایجاب و قبول است که تفصیل آن در فصل احکام عمومی عقود گذشت.

^{۶۷۰} . زَوَاهُ الْبَخَارِيُّ.

^{۶۷۱} . مَتَّقِي عَلَيْهِ.

^{۶۷۲} . زَوَاهُ مُسْلِمٍ.

^{۶۷۳} . در این مورد ر. ک: وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۰۵۹ - ۴۰۶۱؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه

السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۳۳۲ - ۳۵.

^{۶۷۴} . وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۰۵۶ و ۴۰۵۷.

^{۶۷۵} . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۲۰.

گفتار سوم) انعقاد وکالت و شرط انعقاد

وکالت عقد است و مانند سایر عقود با ایجاب و قبول منعقد می گردد. ایجاب و قبول در وکالت نیز می تواند صریح و یا ضمنی باشد. ماده ۱۲۵۱ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «ایجاب و قبول رکن وکالت است. اگر مؤکل گفت: «تو را در این خصوص وکیل تعیین نمودم» و وکیل گفت: «قبول کردم» و یا کلامی را اداء نمود که مشعر بر قبول بود، وکالت منعقد می گردد. اگر وکیل چیزی نگفت و تثبیت به اجرای همان موضوع کرد، تصرف او صحیح است. زیرا، تثبیت به اجرای موضوع، دلالت بر قبول است و اگر بعد از ایجاب وکالت را رد کرد، در این حالت حکمی باقی نمی ماند. پس، اگر مؤکل گفت: «تو را در این خصوص وکیل گردانیدم» و وکیل آن را رد نمود و گفت: «قبول ندارم» و بعد از آن تثبیت به اجرای مؤکل به نمود، تصرف او صحت ندارد». همچنین، وکالت به اذن و اجازه نیز منعقد می شود. ماده ۱۲۵۲ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «اذن و اجازه توکیل است».

همانطور که اذن و اجازه توکیل است و به آن عقد وکیل منعقد می شود، اجازه لاحق (متعاقب) نیز در حکم وکالت است. ماده ۱۲۵۳ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «اجازه لاحق در حکم وکالت قبلی است. به عنوان مثال، اگر کسی مال دیگری را به بیع فضولی به فروش رساند و بعداً صاحب مال خبر یافت و اجازه داد، مانند این است که او را در اول وکیل گردانیده است». در مورد اذن و اجازه لاحق ق. م نیز از مجله الاحکام پیروی نموده است. ماده ۱۵۵۸ ق. م در این مورد تصریح می نماید که: «اجازه و امر حکم وکیل گرفتن را داشته و فرستادن در حکم وکیل گرفتن نیست. اجازه بعدی حکم وکالت سابقه را دارد». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) اجازه و امر حکم وکیل گرفتن را دارد. طبق این قاعده وکالت یا حقیقی است یا حکمی. وکالت حقیقی این است که احمد محمود را برای دفاع از قضیه خویش وکیل بگیرد. وکالت حکمی وکالتی است که حقیقتاً میان وکیل و مؤکل منعقد نمی شود بلکه وکیل عملی را برای مؤکل انجام می دهد و قانون آن عمل را در حکم وکالت به رسمیت می شناسد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود دستور دهد تا محمود موتر احمد را به فروش رساند، محمود وکیل احمد تلقی می شود. همچنین، اگر محمود موتر احمد را بدون اجازه سابق احمد به فروش رساند اما احمد پس از فروش، تنفیذ آن را اجازه دهد، اجازه جدید احمد مانند این است که محمود وکیل احمد بوده است. مثال اول مصداق امر و مثال دوم مصداق اجازه است.

۲) فرستادن در حکم وکیل گرفتن نیست. دلیل این قاعده این است که فرستادن قاصد توسط شخص، رسالت است نه وکالت. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید برو و به جمشید بگو من موتر خویش را برای تو می فروشم و محمود به جمشید بگوید احمد می خواهد موتر خویش را برای شما به فروش رساند، محمود وکیل نه بلکه قاصد و رسول احمد است. در این مثال، عقد بیع از طریق رسالت منعقد می شود.

۳) اجازه بعدی حکم وکالت سابقه را دارد. به عنوان مثال، اگر محمود موتر احمد را بدون اجازه سابق احمد به فروش رساند اما احمد پس از فروش، تنفیذ آن را اجازه دهد، اجازه لاحق مانند وکالت سابق است. حکم فقره اول و فقره سوم قانون مدنی شبیه و همسان اند به دلیل تکرار نص ماده ۱۵۵۸ ق. م محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم طرق انعقاد وکالت است.

همچنین، عقد وکالت می تواند به صورت مطلق، مقید و مضاف منعقد گردد. ماده ۱۲۵۶ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «رکن توکیل گاهی مطلق می باشد؛ یعنی: معلق به شرط و مضاف به وقت و مقید به کدام قید نمی گردد و گاهی معلق به شرط است. مثلاً: اگر مؤکل گفت تو را وکیل گردانیدم وقتی که فلان تاجر بیاید که این اسب مرا برایش به فروش رسانی، در صورتی که تاجر بیاید و می تواند اسب را بفروشد و اگر تاجر نیاید نمی تواند آن را به فروش رساند. رکن وکالت گاهی منسوب به وقت معین است. مثلاً: اگر مؤکل گفت: «تو را وکیل گردانیدم که دابه مرا در ماه نیستان به فروش رسانی و این را وکیل قبول کرد، در این صورت، وکالت او به حلول ماه مذکور متحقق می شود و مجاز است که مواشی را در همان ماه به فروش رساند و قبل از حلول ماه، حق فروش آن را ندارد. گاهی نیز رکن توکیل مقید به قید می باشد. مثلاً: اگر گفت: «تو را وکیل گردانیدم که ساعت مرا به هزار قرش به فروش رسانی» در این صورت، وکالت او مقید به عدم فروش کمتر از هزار قرش می باشد».

اما، طبق قانون وکالای مدافع و ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن مستقل وکالای مدافع شرط است که وکالت به صورت کتبی منعقد گردد و در عقد کتبی تمام حقوق و جابج وکیل و مؤکل پیش بینی شود. ماده ۱۲ قانون وکالای مدافع در این مورد حکم می نماید که: «(۱) حقوق و جابج وکیل مدافع و مؤکل به اساس مقاوله تحریری بین طرفین مطابق اساسنامه مربوط تعیین و تثبیت می شود؛ و (۲) مقاوله مندرج فقره ۱ این ماده در سه نقل ترتیب که یک نقل آن به وکیل مدافع، یک نقل آن به مؤکل و نقل دیگر آن به محکمه مربوط سپرده می شود». همچنین، ماده ۲۲ ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکالای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکالای مدافع در این مورد تصریح می نماید که: «(۱) وکالت از مؤکل براساس موافقنامه کتبی و در بدل پرداخت حق الزحمه معین در قرارداد صورت می گیرد».

گفتار چهارم) شرایط ارکان

وکالت دارای یک سلسله شرایط است که برخی متوجه مؤکل، برخی متوجه وکیل، برخی متوجه صیغه، برخی مربوط به موکل فیه و برخی نیز مربوط اجرت است مشروط بر اینکه وکالت در برابر اجرت باشد:

۱) شرایط مؤکل (وکیل گیرنده) و وکیل: طبق ماده ۱۵۵۵: «برای صحت وکالت شرط است که مؤکل شخصاً در مورد آنچه وکیل می گیرد، صلاحیت تصرفات قانونی را دارا بوده و وکیل هم کسی باشد که معنی عقد را بداند». به نظر می رسد از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- برای صحت وکالت شرط است که مؤکل شخصاً در مورد آنچه وکیل می گیرد، صلاحیت تصرفات قانونی را دارا باشد. تصرفات قانونی شامل عقد و ایقاع می شود. به نظر می رسد نص این ماده از فقه گرفته شده است.

فقهاء بر این نظر اند که مؤکل باید مالک تصرفی باشد که در آن باره وکالت می دهد. بنابراین، اگر کسی خود حق تصرف در چیزی را نداشته باشد، وکیل گرفتن او جایز نیست، مانند: دیوانه، طفل غیر ممیز، مغمی علیه. زیرا، اینها خود فاقد ادارک هستند و نمی توانند خود مستقیماً در ملک خویش تصرف کنند. اما، کودکی که به مرحله تمیز رسیده می تواند برای چیز های که برای او نفع و سود محض دارد، وکیل بگیرد، مانند اینکه: کسی را وکیل بگیرد تا برای او هبه، صدقه و وصیت را بپذیرد.

اما، در اموری که برای او ضرر محض داشته باشد، مانند: طلاق، هبه و صدقه نمی تواند وکیل بگیرد. اما، تصرفاتی که در آنها نفع و ضرر متصور است، مانند: بیع و اجاره، اگر طفل ممیز مأذون به تجارت باشد، وکیل گرفتن او صحیح است. زیرا، او می تواند این امور را خود انجام بدهد، اما اگر طفل ممیز از تصرف ممنوع باشد، توکیل او موقوف به اجازه ولی او است.^{۶۷۶} ماده ۱۲۵۷ مجله الاحکام در مورد شرایط مؤکل تصریح می نماید که: «شرط است که مؤکل به ایفای مؤکل به قادر باشد. بنابراین، توکیل مجنون و طفل غیر ممیز صحت ندارد. اما، در اموری که ضرر محض برای طفل دارد، توکیل او حتی به اجازه ای ولی اش صحت ندارد، مانند هبه کردن و صدقه دادن. در اموری که منفعت محض برای طفل داشته باشد، توکیل او حتی بدون اذن ولی صحت دارد، مانند: قبول هبه و صدقه. اما، در تصرفات متعلق به خرید و فروش که احتمال نفع و ضرر هر دو در آن وجود دارد، اگر طفل مأذون باشد، توکیل او صحیح است و در غیر آن، توکیل موقوف به اجازه ولی طفل است».

۲- شرط است که وکیل معنی عقد را بداند. به نظر می رسد شخص زمانی معنی عقد را می فهمد که نخست عاقل باشد. زیرا، در صورت عدم عاقل بودن شخص معنی عقد نمی فهمد. همچنین، به نظر می رسد شخص زمانی معنی عقد را می فهمد که به سن تمیز رسیده باشد. زیرا، در صورت عدم رسیدن به سن تمیز شخص طفل غیر ممیز است که معنی عقد را اصلاً نمی فهمد. در صورت رسیدن به سن تمیز شخص قسمی معنی عقد را می فهمد. در این خصوص فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: وکیل باید عاقل باشد؛ یعنی معنی عقد را بفهمد و میان غبن یسیر و غبن فاحش تفکیک قایل شود. پس، وکالت مجنون و طفل غیر ممیز صحیح نیست. اما، وکالت طفل ممیز به نظر حنفیه صحیح است خواه مأذون باشد و یا محجور. ماده ۱۲۵۸ مجله الاحکام در مورد شرایط وکیل تصریح می نماید که: «شرط است که وکیل عاقل و ممیز باشد و شرط نیست که بالغ باشد. پس، وکالت طفل ممیز صحت دارد اگرچه مأذون نباشد. اما، حقوق عقد به مؤکل او عاید بوده و به صبی ممیز عاید نمی شود». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۵۵۵ ق. م پیش بینی شرایط وکیل و مؤکل است.

۶۷۶. وهبة الزحيلي (ـ)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۰۶۲ - ۴۰۶۳؛ و سید سابق (۱۳۷۱)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۳۳۴.

(۲) علم وکیل به موضوع وکالت: طبق ماده ۱۵۵۶ ق. م: «علم وکیل به وکالت شرط می باشد، در صورتی که وکیل بعد از آگاهی به وکالت آن را رد نماید، وکالت رد گردیده پس از آن تصرف وکیل صحت ندارد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده علم وکیل به وکالت شرط می باشد. در صورتی که وکیل بعد از آگاهی به وکالت آن را رد نماید، وکالت رد گردیده پس از آن تصرف وکیل صحت ندارد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان وکیل دعوی طلاق زوجة خویش به عنوان وکیل بگیرد، شرط است که محمود موضوع وکالت را بداند. در صورتی که محمود این موضوع را نداند و سپس آگاه شود که احمد او را وکیل خویش تعیین نموده است و آن را رد نماید، وکالت از بین می رود و اگر محمود تصرفی انجام دهد، این تصرف محمود باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط وکیل است.

قانون وکلای مدافع علاوه بر این دو شرط برای وکیل شدن شرایط دیگری را نیز اضافه نموده است. ماده ششم قانون وکلای مدافع در مورد این شرایط تصریح می نماید که: «(۱) شخصی که به وکالت دفاع اشتغال ورزیده می تواند که واجد شرایط ذیل باشد: (۱) داشتن تابعیت افغانستان؛ (۲) عدم محکومیت به جرم جنایت؛ (۳) داشتن سند فراغت از دانشکده های حقوق یا شرعیات و یا بالاتر از آن از داخل و یا خارج کشور بعد از ارزیابی و تأیید وزارت تحصیلات عالی؛ (۲) سپری نموده دوره معینه ستاژ و حصول تصدیق طبق احکام اساسنامه انجمن وکلای مدافع. شخصی که حد اقل مدت سه سال در رشته های مسلکی قضاء و خزانوالی و عدلیه طور بالفعل خدمت نموده باشد، مکلف به سپری نمودن دوره معینه ستاژ نمی باشد؛ (۲) حایز سند فراغت از مدارس دینی رسمی کشور یا معادل آن در صورتی می تواند به وکالت دفاع اشتغال ورزد که علاوه بر شرایط مندرج اجزای ۱، ۲، و ۳ فقره ۱ این ماده حد اقل سه سال کار عملی را تحت نظریکی از وکلای مدافع دارنده جواز انجام داده باشد.»

همچنین، جهت وکیل شدن شرط است که اشخاص واجد شرایط ماده ۵ قانون وکلای جواز فعالیت از انجمن مستقل وکلای مدافع نیز اخذ نماید. پس، اشخاص هرچند دارای شرایط مندرج ماده ۵ باشند، نمی توانند بدون اخذ جواز وکیل مدافع شوند. ماده ۸ فقره های اول و دوم قانون وکلای مدافع در مورد اخذ جواز توسط وکلاء تصریح می نماید که: «(۱) انجمن وکلای مدافع به شخص واجد شرایط مندرج ماده ششم این قانون جواز وکالت دفاع را اعطاء می نماید؛ و (۲) انجمن مستقل وکلای مدافع شهرت مکمل وکیل مدافع و تاریخ صدور جواز را بالترتیب در فهرست وکلای مدافع ثبت می نماید.» طبق ماده ۳ طبق طرزالعمل توزیع جواز فعالیت وکالت دفاع متقاضی اخذ جواز باید مراحل متعددی را طی نماید. ماده ۳ طرزالعمل توزیع جواز فعالیت وکالت دفاع در این مورد تصریح می نماید که:

«(۱) متقاضی درخواست خویش را برای منشی جواز ارایه می نماید. منشی جواز اطمینان خود را حاصل نموده که متقاضی تمام شرایط ماده (۶) قانون وکلای مدافع را تکمیل می نماید و بعداً منشی جواز درخواست را برای تصویب به امضاء رئیس انجمن می رساند؛

(۲) وکیل مدافع باید فورم دورانی و پرسشنامه دیتابیس را خانه پری نماید؛

(۳) فورم دورانی تکمیل شده باید به منشی جواز ارایه گردد؛

(۲) منشی جواز پول قیمت جواز و حق العضویت، قیمت کارت هویت و غیره را درخواست نموده، متقاضی را به معاونیت مالی رهنمایی نماید. معاون مالی تعرفه پرداخت را به کابل بانک صادر می نماید؛

(۵) متقاضی جواز باید تعرفه را به کابل بانک برده و مقدار لازم پول را بپردازد؛

(۶) رسید بانکی باید برای مهر به معاونیت مالی ارایه گردد و یک کپی مهرشده باید به منشی جواز غرض ضم به سوابق ارایه گردد؛

(۷) اگر متقاضی دارای سه سال تجربه نباشد، متقاضی باید تصدیق کورس ستاژ را ارایه نماید و واجد امتحان تحریری انجمن که توسط کمیته تعلیمات اخذ می گردد. اگر متقاضی کورس ستاژ را تکمیل نکرده باشد، باید تابع کورس ستاژ گردد. در صورت حصول اطمینان هیأت اجراییه که متقاضی شرایط شغل وکالت را تکمیل می سازد، به منشی جواز هدایت صدور جواز می گردد؛

(۸) جواز صرف برای شخص وکیل مدافع تسلیم داده می شود؛

(۹) وکیل مدافع باید ۲ قطعه عکس (۲x۳) و تذکره را غرض اخذ جواز و ۳ قطعه عکس (۳x۲) (اندازه پاسپورت) را به منظور اخذ کارت هویت ارایه نماید؛

- ۱۰) وکیل مدافع در حضور هیأت اجراییه مکلف به سوگند است؛
- ۱۱) اعتبار جواز یک سال می باشد. شماره جواز دایمی می باشد. در وقت صدور جواز، منشی جواز متقاضی جواز را در مورد یونیفورم انجمن رهنمایی می نماید؛
- ۱۲) وکیل مدافع باید استعلام مالیات را به امضاء برساند که در آن تعهد پرداخت مالیات می نماید؛
- ۱۳) تمام وکلای مدافع که دارای جواز وکالت باشد، مکلف اند مهر تأیید شده انجمن را داشته باشند. بعد از تصویب آمر اجرائیوی، منشی جواز استعلام را به مطبعه آزادی صادر می نماید. وکیل مدافع خودش مسؤولیت دارد که برای خود مهر را از مطبعه آزادی حاصل نماید. اما، پروسه تجدید جواز با اخذ آن متفاوت است. ماده ۵ طرزالعمل توزیع جواز فعالیت وکالت دفاع در مورد تجدید جواز تصریح می نماید که: «وکلای مدافع که می خواهند جوازهای شان را تجدید نمایند، ضرورت ندارد که فورم دورانی را تکمیل نمایند، وکیل مدافع باید استعلام مالیات را به امضاء برساند که در آن تعهد پرداخت مالیات می نماید؛
- ۱) وکیل مدافع درخواست خویش را برای منشی جواز ارایه می نماید یا احکام ریاست را اخذ بدارد.
- ۲) وکیل مدافع استعلام مالیات را به امضاء می رساند که در آن تعهد پرداخت مالیات را می کند.
- ۳) منشی جواز پول قیمت جواز و حق العضویت، قیمت کارت هویت و غیره را در درخواست ذکر نموده، متقاضی را به معاونیت مالی رهنمایی می نماید.
- ۲) معاون مالی تعرفه پرداخت پول به کابل بانک را صادر می نماید.
- ۵) وکیل مدافع باید تعرفه پرداخت پول را کابل بانک برده و مقدار لازم پول را بپردازد. رسید بانکی باید برای مهر به معاونیت مالی ارائه گردد و کاپی اصلی توسط معاون مالی نگهداری می گردد و یک کاپی مهرشده باید به منشی جواز غرض ضم به سوابق ارایه گردد.
- ۶) منشی جواز فورم جواز (هر دو کاپی) را خانه پری می نماید، و به امضاء آمر اجرائیوی و رئیس انجمن می رساند.
- ۷) جواز در کتاب مخصوص ثبت جواز ثبت میگردد. در وقت صدور جواز، منشی جواز متقاضی جواز را در مورد یونیفورم انجمن همچنان رهنمایی می نماید.
- ۸) تمام وکلای مدافع که دارای جواز وکالت باشد، مکلف اند که مهر انجمن را داشته باشند. بعد از تصویب آمر اجرائیوی، منشی جواز استعلام را به مطبعه آزادی صادر می نماید. متقاضی خودش مسؤولیت دارد که برای خود مهر را از مطبعه آزادی حاصل نماید.
- ۹) وقتی که جواز صادر گردید، متقاضی می تواند تقاضای اخذ کارت هویت گردد. متقاضی درخواست را نوشته می نماید که توسط آمر اجرائیوی به امضاء می رسد. متقاضی ۳ قطعه عکس (۳x۲) را به منشی جواز ارایه می نماید، رئیس انجمن کارت هویت را مهر و امضا می نماید. منشی جواز باید کارت هویت مهر و امضاء شده وکیل مدافع را در لست وکلای مدافع ثبت نماید. متقاضیان مکلف هستند نرخ جواز را مطابق جدول ذیل پرداخت نمایند (ماده ۷ طرزالعمل توزیع جواز فعالیت وکالت دفاع):

قیمت جواز	برای اخذ جواز جدید و تجدید جواز لازمی می باشد	۱۰۰۰ افغانی
حق الشمول جواز جدید	یکبار فقط در وقتی ثبت دفعه اول	۲۵۰۰ افغانی
حق العضویت	سالانه لطفاً تذکر را مشاهده نمایید	۲۲۰۰ افغانی
فورم دورانی	لازمی	۵۰ افغانی

قیمت کارت هویت	اختیاری	۵۰ افغانی
چپن (یونیفورم انجمن)	لازمی - به خیاط پرداخته شود	۱۵۰۰ افغانی
کتاب های دفتر	لازم - حد اقل ۳ دانه	۰۰ افغانی هر یک x ۳

همچنین متقاضیان می توانند حق العضویت را با نظر داشت وضعیت مالی خویش، به طور ماهانه، ربعوار، ششماهه به صور قسط وار پرداخت کنند یا همه یکجایی مطابق جدول ذیل پرداخت نمایند:

حق العضویت سالانه	۲۲۰۰ افغانی
ماهانه	۲۰۰ افغانی
ربعوار	۶۰۰ افغانی
ششماهه	۱۲۰۰ افغانی
سالانه	۲۲۰۰ افغانی

۳) شرایط مؤکل به (آنچه که محل وکالت است): در مؤکل به تحقق شرایط آتی ضروری است:

۱- اینکه مؤکل فیه از امور اباحه نباشد. پس، صحیح نیست که انسان دیگری را جهت احتطاب (هیزم جمع کردن)، استخراج معادن، مانند: طلا، جواهر و غیره وکیل بگیرد. در چنین حالت، وکیل هر آن چیزی را که به دست آورد از خود او خواهد بود. این نظر فقهای حنفیه است. اما، جمهور فقهاء و به طور مشخص فقهای شافعیه بر این نظر اند که وکالت در چنین امور صحیح است و آنچه حاصل شده است میان ایشان بدون ترجیح تقسیم می شود. زیرا، تملک مباحات یکی از اسباب کسب ملکیت است و شبیه بیع می باشد و وکالت در آن صحیح است:

۲- اینکه مؤکل به مملوک مؤکل باشد. زیرا، آنچه که مؤکل مالک نباشد، نمی توان تفویض آن را به دیگری تصور نمود که این شرط متفق علیه میان فقهاء است:

۳- اینکه مؤکل به طوری معلوم باشد که موجب غرر نشود که این شرط در مؤکل به به نظر فقهای شافعیه ضروری است:

۲- اینکه مؤکل به طلب قرض (استقراض) از دیگری نباشد. پس، اگر شخصی دیگری را جهت طلب قرض از شخص دیگری وکیل بگیرد و وکیل بگوید: این مقدار پول برایم قرض بده، و او را قرض بدهد، این قرض برای وکیل است نه مؤکل. اما، استقراض از طریق رسالت صحیح است، مانند اینکه: مرسل بگوید: مرا فلان کس فرستاد تا این مقدار قرض بگیرم؛ و

۵- اینکه عمل شرعاً قابل نیابت باشد: طبق ماده ۱۵۵۹ ق. م: «هر عقدی را که مؤکل می تواند مستقیماً انجام دهد، انجام آن توسط وکیل نیز جواز دارد». طبق نص این ماده شرط است که مؤکل به قابل نیابت باشد. به حیث مثال، در مصاحبه کاری، امتحان و نظیر اینها نمی توان وکیل گرفت زیرا این اعمال قابل نیابت نیست. به حیث مثال، احمد نمی تواند در مصاحبه کاری محمود همصنف خویش را وکیل بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط مؤکل به است.

نص این ماده از فقه گرفته شده است. فقهاء در این باره ضابطه ای وضع کرده اند که: هر عملی را که انسان خودش شخصاً بتواند انجام دهد، می تواند جهت انجام آن وکیل بگیرد. اما، چیز های را که نمی توان برای انجام آن وکیل گرفت اعمالی اند که نمی توان به نیابت آنها را انجام داد، مانند: عبادات بدنی محض مانند: نماز، روز و طهارت زیرا هدف از این اعمال امتحان شخصی است و این هدف تحقق نمی پذیرد مگر اینکه خود شخص این اعمال را انجام دهد.

همچنین، در یمین وکالت صحیح نیست. زیرا، مقصود از یمین اظهار صدق حالف است.^{۶۷۷} در مورد شرایط مؤکل به به جز استقراض مجله الاحکام نیز تصریح می نماید که: «توکیل شخص غیر را در اموری که قدرت اجرای آن موجود بوده و به دادن و گرفتن تمامی حقوق مربوط به معاملات قادر باشد، صحت دارد. مثلاً اگر کسی دیگری را به خرید و فروش، اجاره دادن و اجاره گرفتن، رهن دادن و رهن گرفتن، ودیعت دادن و دیعت گرفتن، به هبه دادن هبه گرفتن، صلح، ابراء، اقرار، دعوی، طلب شفعه، تقسیم، ایفای دیون و استیفای آن و قبض مال وکیل گرداند جایز است اما لازم است مؤکل به معلوم باشد.».

(۴) شروط صیغه: طبق ماده ۱۵۵۷ ق. م: «وکیل گرفتن به صورت مطلق، مقید، معلق به شرط یا مؤکل به آینده صحیح است.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- وکیل گرفتن به صورت مطلق صحیح است. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را وکیل بگیرد و صلاحیت عام و تام بدهد، حمیده وکیل مطلق احمد است و می تواند تمام امور احمد را به نمایندگی از احمد برای او انجام دهد.

۲- وکیل گرفتن به صورت مقید صحیح است. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل بگیرد و صلاحیت او را محدود نماید، محمود وکیل مقید احمد است و صرف می تواند اموری را که احمد به او واگذار نموده است اجرا نماید، مانند خرید یا فروش موتر، خانه، ازدواج و نظیر اینها.

۳- وکیل گرفتن به صورت معلق صحیح است. معلق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویخته، آویزان است.^{۶۷۸} به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید اگر من پولدار شدم، شما را وکیل شرکت خویش می گیرم، این وکالت صحیح است. وکالت محمود در این مثال معلق به پولدار شدن و تأسیس شرکت توسط احمد است.

۴- مؤکل کردن وکالت به آینده صحیح است. مؤکل در لغت به معنی واگذار شده، سپرده شده، وابسته به دیگری، محول کردن، واگذار کردن، منوط و مشروط است.^{۶۷۹} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، مؤکل واگذار کردن اجرای کاری به کاری دیگر و یا به آینده است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید شما شش ماه بعد وکیل من هستید، این وکالت صحیح است. وکالت محمود در این مثال مؤکل و واگذار به آینده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صیغه وکالت است. در مورد شروط صیغه در عقد وکالت فقهای حنفی بر این نظر اند که: عقد وکالت به صورت منجر و بدون قید و شرط، مانند اینکه مؤکل به وکیل بگوید: تو را برای خرید و یا فروختن فلان چیز وکیل گردانیدم، و نیز به صورت تعلیقی که منوط بر تحقق چیزی دیگری باشد، مانند اینکه مؤکل به وکیل بگوید: اگر فلان چیز پدید آید یا تحقق پیدا کند، تو وکیل من هستی، یا مؤکل به آینده گردد و یا به وقت معینی مؤکل گردد، مانند اینکه: مؤکل به وکیل بگوید: هرگاه ماه رمضان آمد، تو وکیل من هستی یا مشروط به عملی شود، در همه این احوال صحیح است و جایز است.^{۶۸۰}

(۵) شروط مربوط به اجرت: اگر وکالت در برابر اجرت باشد، مقدار اجرت باید تعیین شود. زیرا، عدم تعیین اجرت موجب بروز منازعه میان وکیل و مؤکل می گردد. ماده ۲۲ ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع در این مورد تصریح می نماید که: «(۱) وکالت از مؤکل براساس موافقتنامه کتبی و در بدل پرداخت حق الزحمه معین در قرارداد صورت می گیرد؛ (۲) حق الزحمه وکیل موافق مطابق رهنمود و مقررات انجمن تعیین و پرداخت می شود؛ و (۳) اندازه حق الزحمه وکیل مدافع مشخص و عادلانه می باشد.».

۶۷۷. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۴۶۰۵-۴۶۰۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۲۰۸ و ۲۲۰۹؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۳۵ و ۳۳۶.

۶۷۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۷۰۷. 679. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

۶۸۰. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۳۳۳.

گفتار پنجم) موانع وکالت

ماده ۷ قانون وکالتی مدافع در مورد این موانع تصریح می نماید که: «اشخاص آتی نمی توانند به وکالت دفاع اشتغال ورزند: ۱- قضات، خازنوالان، صاحب منصبان اردو، پولیس، امنیت ملی، مامورین خدمت ملکی و کارکنان شاروالی ها و اعضای شورای ملی، شورای ولایتی و ولسوالی حین تصدی وظیفه. استادان دانشکده های حقوق و شرعیات (به موافقه پوهنتون) و مساعدين حقوقی از این امر مستثنی اند؛ ۲- اشخاصی که به ارتکاب جرایم جنایت محکوم یا به حکم محکمه از وظایف خویش طرد گردیده باشند؛ و ۳- اشخاصی که طبق حکم محکمه از اشتغال به وکالت دفاع محروم گردیده باشند.»

گفتار ششم) انواع

وکالت از جهات مختلف به تقسیمات مختلف منقسم شده است که عبارتند از:

(۱) به اعتبار تخصیص و تعمیم: از این جهت وکالت به وکالت اداره اعمال و وکالت خاص تقسیم می شود که هر یک ذیلاً تعریف می گردد:

۱- وکالت به اداره اعمال: طبق ماده ۱۵۶۰ ق. م: «(۱) وکالتی که به الفاظ عام طور مطلق ذکر گردیده و در آن هیچ گونه تخصیص به نوعیت عمل قانونی نیامده باشد وکیل صفت وکالت را صرف در اعمال اداره کسب می کند؛ (۲) اجازه دادن مال موکل مشروط بر این که مدت آن از سه سال تجاوز نکند در کارهای مربوط به حفظ و نگهداشت اموال موکل، پرداخت دین و قبض حقوق وی، منقطع ساختن مرور زمان، ثبت عقد رهن در وثیقه، سعی به رفع دعوای مستحیل و دعوای ذوالبیدی از جمله اعمال اداره محسوب می شود. سلسله تصرفات حقوقی ای که عمل اداره آن را ایجاب نماید، مانند بیع محصولات زراعتی زود تلف و خریدن مویشی و آلات زراعتی در اعمال اداره شامل است.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- وکالتی که به الفاظ عام طور مطلق ذکر گردیده و در آن هیچ گونه تخصیص به نوعیت عمل قانونی نیامده باشد وکیل صفت وکالت را صرف در اعمال اداره کسب می کند. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید تو وکیل من هستی و قید ننماید که محمود در کدام امور وکیل احمد است، محمود وکالت را صرف در «اعمال اداره» کسب می نماید. این نوع وکالت معمولاً وکالت عام در حقوق نامیده می شود.

۲- اجازه دادن مال موکل مشروط بر این که مدت آن از سه سال تجاوز نکند در کارهای مربوط به حفظ و نگهداشت اموال موکل، پرداخت دین و قبض حقوق وی، منقطع ساختن مرور زمان، ثبت عقد رهن در وثیقه، سعی به رفع دعوای مستحیل و دعوای ذوالبیدی از جمله اعمال اداره محسوب می شود. قانونگذار مدنی در فقره اول ماده ۱۵۶۰ ق. م وکالت اداره را تعریف کرده است و در فقره ۲ ماده ۱۵۶۰ ق. م برخی مصداق اعمال اداره را پیش بینی کرده است. طبق فقره ۲ ماده ۱۵۶۰ ق. م اعمال ذیل اعمال اداره است:

- اجازه دادن مال موکل مشروط بر این که مدت آن از سه سال تجاوز نکند. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل مطلق خویش تعیین نماید و محمود خانه یا زمین احمد را برای مدت سه سال به جمشید به اجاره یا کرایه دهد، محمود وکیل احمد در اعمال اداره است.

- در کارهای مربوط به حفظ و نگهداشت اموال موکل. به حیث مثال، اگر احمد به طور عام حمیده را مؤکل خویش تعیین نماید و حمیده اموال و شرکت احمد را حفظ و نگهداری نماید، حمیده وکالت اداره اعمال احمد را به عهده دارد.

- پرداخت دین و قبض حقوق وی. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است. در اصطلاح فقهی و حقوقی به اخذ و در اختیار گرفتن موضوع متعلق به طرف معامله از سوی شخص متصرف به نحوی که امکان تصرف برای وی فراهم آید، قبض گویند.^{۶۸۱} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود به عنوان دین داشته باشد یا محمود ده لک افغانی بر احمد به عنوان دین داشته باشد و احمد حمیده را وکیل اعمال اداره خویش تعیین نماید، حمیده می تواند دین احمد را از محمود قبض نماید یا دین محمود را به نمایندگی از احمد به محمود پرداخت نماید.

۶۸۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۰۲.

- منقطع ساختن مرور زمان. انقطاع در لغت به معنی قطع شدن، بریده شدن و گسستن است.^{۶۸۲} به نظر می رسد معنی اصطلاحی انقطاع از معنی لغوی آن دور نیست. بنابراین، انقطاع عبارت از قطع شدن مرور زمان است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و وکیل محمود در ولسوالی پغمان اقامتگاه داشته باشد و وکیل محمود دعوی را در محکمه ابتدائیه مدنی ولسوالی پغمان علیه احمد اقامه نماید، مرور زمان دعوی محمود منقطع می گردد. منقطع ساختن مرور زمان از مصادیق وکالت در اعمال اداره است.

- ثبت عقد رهن در وثیقه. وثیقه در لغت به معنی سند است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد تا دین محمود را نقداً پرداخت نماید و وکیل محمود زمین احمد را به رهن دین محمود بگیرد و آن را ثبت محکمه نماید، ثبت عقد رهن در وثیقه از مصادیق اعمال اداره است.

- سعی به رفع دعوی مستحیل. سعی در لغت به معنی کوشش است. دعوی از ریشه «دعو» گرفته شده است که در لغت به معنی خواهانی، خواسته شده، طرح دعوی، خواستار شدن و طلب است که جمع آن دعاوی می باشد. در اصطلاح حقوق مدنی به طرح دعوی در حضور قاضی شرعی و قانونی برای اثبات حقی برای شخص دیگر «دعوی» گویند.^{۶۸۳} ماده ۵ ق. ا. م. در تعریف دعوی می گوید: «دعوی خواستن حق توسط یک شخص از شخص دیگر در نزد محکمه است.» مستحیل اسم فاعل از ریشه «حول» گرفته شده است که در لغت به معنی ناشدنی، غیرممکن و محال است.^{۶۸۴}

به حیث مثال، اگر احمد که همه می دانند فقیر است ادعا نماید که من صد لک افغانی برای محمود تاجر قرض دادم و وکیل محمود کوشش نماید این دعوی را رفع و دفع نماید، وکالت محمود وکالت به اداره اعمال است. اثبات ادعا توسط احمد در این دعوی ناممکن یا مستحیل است زیرا امکان ندارد که احمد فقیر صد لک افغانی به محمود تاجر قرض داده باشد. همچنین، اگر احمد بیست ساله ادعا نماید که محمود پنتجاه ساله پسر او است و وکیل محمود سعی نماید این دعوی را رد نماید، وکالت وکیل محمود از جمله و مصادیق اعمال اداره محسوب می شود.

- سعی به رفع دعوی ذوالیدی. ذوالید مرکب از دو کلمه «ذو» و «ید» به معنای دارنده دست و دست دارنده است. در فقه به کسی که حق تصرف در املاک و اعیان را دارد، ذوالید می گویند. از این تعریف به خوبی استنباط می شود که زمانی این وصف برای کسی حاصل می شود که عین در حیات او باشد و یا به یکی از اسباب قانونی مجاز به تصرف در آن باشد.^{۶۸۵} ید در لغت به معنی دست است و در فقه کنایه از تصرف است، چنانکه اگر بگویند: فلانی بر چیزی ید دارد، مراد آن است که بر آن تصرف مالکانه دارد. از همین رو، شخصی که ملکی را تحت ید دارد ذوی الید نامیده می شود.^{۶۸۶} به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که فلان خانه محمود که در ید من است از آن من است و وکیل محمود با ارایه سند مثبته مانند قبالة قانونی دعوی ذوالیدی احمد را رد نماید، رد دعوی ذوالیدی احمد توسط وکیل محمود از مصادیق اعمال اداره است.

- سلسله تصرفات حقوقی ای که عمل اداره آن را ایجاب نماید، مانند بیع محصولات زراعتی زود تلف و خریدن موادی و آلات زراعتی در اعمال اداره شامل است. موادی جمع ماشیه است که در لغت به معنی چهارپایان است.^{۶۸۷} در اصطلاح حقوق مدنی، معنی اصطلاحی این کلمه از معنوی لغوی آن گرفته شده است. بنابراین، در اصطلاح حقوق مدنی، موادی عبارت از حیوانات چهار پا است مانند گاو، شتر، اسب و نظیر اینها. طبق نص این ماده خرید و فروش محصولات زراعتی سریع الفساد یا زود تلف مانند بادنجان رومی، بادنجان سیاه، فاصلیه و نظیر اینها، خرید و فروش حیوانات و وسایل زراعتی مانند تراکتور، بیل و نظیر اینها از جمله و مصادیق اعمال اداره است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ۱۵۶۰ ق. م تعریف وکالت عام و احصای برخی مصادیق اعمال اداره است.

۶۸۲. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۲۱۰.

۶۸۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۵۰.

۶۸۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۸۲۱.

۶۸۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۰۴.

۶۸۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، صص ۲۲۶۶ و ۲۲۶۷.

۲- وکالت خاص: وکالت خاص به وکالتی اطلاق می گردد که موضوع آن به امر خاصی تعلق گیرد مانند اعطای وکالت به امور بیع، شرا، اجاره و امثال اینها. به طور مثال، اگر حمیده به وکیل خود احمد چنین صلاحیت دهد که خانه او را به فروش رساند و یا باغی را برایش خریداری کند، این وکالت، وکالت خاص است.

(۲) به اعتبار تقیید و اطلاق: وکالت به اعتبار قید و اطلاق به دونوع است: وکالت مطلق و وکالت مقید که هر یک ذیلاً تعریف می گردد:

۱- وکالت مطلق: وکالت مطلق آن است که وکیل یا موضوع وکالت به چیزی مقید نباشد، مانند اینکه: مؤکل به وکیل بگوید: که: تو را برای فروش این باغ وکیل نمودم. در این وکالت که موضوع وکالت فروش باغ است به هیچ چیز دیگر مقید نمی باشد. طور مثال، در این مثال مؤکل نگفته است که وکیل در چه وقت و در کجا و یا به چه قیمتی باغ را به فروش برساند.

۲- وکالت مقید: طبق ماده ۱۵۶۱ ق. م: «در وکالت مقیده وکیل به اجرای امور معین در وکالت و توابع ضروری که طبیعت امر و عرف جاری اقتضا نماید، مقید می باشد.» وکالت مقید، عبارت از وکالتی است که در آن وکیل به قیود مؤکل مقید شده باشد. به حیث مثال، اگر حمیده به احمد وکیلش بگوید این زمین را برای من به فلان قیمت و یا در فلان وقت خریداری کن، وکالت احمد مقید است. توابع ضروری طبیعت وکالت در نص این ماده مبهم و زاید به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی از عرف جاری این است که وکیل مقید در اجرای وکالت عرف جاری را رعایت نماید. در این مثال، احمد مکلف به پیروی از حمیده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده پیش بینی تعریف وکالت مقید است.

همچنین، طبق ماده ۱۵۶۲ فقره های اول و دوم ق. م: «(۲) مقید ساختن وکالت در نوع عمل قانونی در سایر تصرفات حقوقی غیر مربوط به اداره باشد مانند صلح، اقرار، حکمیت، توجیه قسم و اقامه دعوی لازم می باشد؛ و (۲) در تصرفات تبرع، مانند عقد هبه و عاریت تقیید وکالت در نوعیت و موضوع عمل قانونی شرط است.» به نظر می رسد از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- منظور از عمل قانونی، تصرف یا عمل حقوقی است که تعریف آن در ابتدای جلد اول کتاب حقوق و جایب این دور از شرح ق. م گذشت. عمل قانونی یا در مفهوم وسیع تر عمل حقوقی شامل عقود و ایقاع ها می شود. طبق نص فقره اول این ماده مقید ساختن وکیل در تصرفات حقوقی که مربوط اداره اعمال نباشد، مانند صلح، اقرار، حکمیت و توجیه قسم توسط مؤکل ضروری است. لذا، به نظر می رسد طبق نص این ماده وکالت مطلق در موارد غیر از اداره اعمال که تفصیل آن در ذیل ماده ۱۵۶۰ ق. م گذشت، جواز ندارد. به عبارت دیگر: وکالت عام به غیر از اعمال اداره که تفصیل آن در ذیل ماده ۱۵۶۰ ق. م گذشت، در بقیه اعمال که برخی مصادیق آن در ماده ۱۵۶۲ ق. م احصاء شده است جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد وکیل محمود در صلح باشد، وکالت احمد مقید است.

همچنین، اگر وکیل به اقرار محمود باشد، وکالت احمد در اقرار مقید است. همچنین، اگر احمد وکیل به حکمیت محمود باشد، وکالت احمد در حکمیت مقید است. همچنین، اگر احمد در دعوی به نمایندگی از محمود سوگند را به به جانب مقابل توجیه نماید، توجیه سوگند مقید است.

همچنین، اگر احمد وکیل به دعوی محمود باشد، شرط است که وکالت احمد مقید باشد. به حیث مثال، محمود معین نماید که احمد در مرحله ابتدائیه، دعوی مدنی قضیه احمد را به عهده می گیرد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که وکالت وکیل در اعمال اداره عام است و وکالت وکیل در اعمال غیراداره که برخی مصادیق آن در نص ماده ۱۵۶۲ فقره ۱ ق. م پیش بینی شده است مقید است.

۲- در تصرفات تبرع، مانند: عقد هبه و عاریت تقیید وکالت در نوعیت و موضوع عمل قانونی شرط است. تصرفات شامل عقود و ایقاع ها می شود. تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.^{۶۸۸} به نظر می رسد تبرع عبارت از عمل حقوقی است که موجب ایجاد تعهد برای یکی از طرفین می گردد، مانند: هبه، صدقه، وصیت، وقف، عاریت و امثال اینها. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را جهت هبه اموال خویش وکیل بگیرد، وکالت حمیده در هبه اموال احمد مقید است. بنابراین،

حمیده مکلف است مطابق نظر و خواست احمد اموال احمد را هبه نماید و حمیده نمی تواند در هر وقت، هر جا و برای هر کی دلش خواست اموال احمد را هبه نماید.

همچنین، اگر احمد حمیده را جهت عاریت اموال خویش وکیل بگیرد، وکالت حمیده در عاریت اموال احمد مقید است. بنابراین، حمیده مکلف است مطابق نظر و خواست احمد اموال احمد را به عاریت دهد و حمیده نمی تواند در هر وقت، هر جا و برای هر کی دلش خواست اموال احمد را به عاریت دهد. تعریف هبه و عاریت در مباحث هبه و عاریت این کتاب گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تصرفات حقوقی است که در آنها عاریت باید مقید باشد.

۳) از حیث اختیار و انتصاب: وکالت از نگاه تعیین آن به شکل اختیاری از جانب مؤکل و یا انتساب آن از جانب محکمه به دو نوع است: وکالت اختیاری یا وکالت محض و وکالت اجباری یا مسخر:

۱- وکالت اختیاری یا وکالت محض: وکالت اختیاری آن است که مؤکل خود با در نظر گرفتن مصلحت خود، کسی را در خصوص امر معین و مشخص از جانب خود وکیل تعیین نماید. به طور مثال، کسی را برای خرید یا فروش یا برای اجرای مخاصمه در محکمه وکیل بسازد.

۲- وکالت انتصابی یا وکالت مسخر: وکالت اجباری یا تسخیری آن است که وکیل از جانب محکمه ذیصلاح برای دفاع از منافع غایب یا دفاع از مصلحت متهم تعیین می گردد. در چنین وکالت ها مؤکل نقشی در تعیین وکیل ندارد و چنین وکالتی در قضایای مدنی در موارد مشخص مانند اداره اموال غایب و تفریق به دلیل غیابت زوج اعمال می شود.

۲) از حیث تعدد وکلا: وکالت از حیث تعداد وکلا به وکالت انفرادی و وکالت جمع تقسیم شده است:

۱- وکالت انفرادی: وکالت انفرادی آن است که مؤکل برای اجرای موضوع وکالت تنها یک وکیل را تعیین نماید و یا چند وکیل را برای موضوعات مشخص تعیین کند طوری که وظیفه هر وکیل معین و مشخص باشد و هر یک در محدوده وکالت خویش ایفای وظیفه به عمل آرد.

۲- وکالت جمع: وکالت جمع به وکالتی اطلاق می گردد که برای یک موضوع معین و مشخص چند وکیل تعیین شوند تا موضوع وکالت را به اتفاق هم و با جلب رای همدیگر و به اتفاق نظر انجام دهند.

۵) به اعتبار زمان وکالت: وکالت از حیث اعتبار زمان به وکالت مؤقت و وکالت غیر مؤقت تقسیم شده است:

۱- وکالت مؤقت: وکالت مؤقت وکالتی است که به اساس آن وکیل برای مدت معین و محدود تعیین گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید برای مدت شش ماه امور خرید و فروش اموال دوکان مرا به عهده بگیر! وکالت محمود مؤقت است و با گذشت شش ماه از تاریخ تعیین وکالت، صلاحیت وکیل منتهی می گردد.

۲- وکالت غیر مؤقت: وکالت غیر مؤقت آن است که زمانی برای انجام وکالت از جانب موکل تعیین نشده باشد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود در دوکان من می توانی همیشه اموال مرا به فروش رسانی، وکالت محمود دائم است.

۶) به اعتبار تعلیق وکالت به موضوع دیگر: وکالت از حیث این که به موضوع دیگر وابسته باشد به دو نوع است: وکالت معلق و وکالت غیر معلق:

۱- وکالت معلق: وکالت معلق که به نام وکالت مشروط، نیز یاد می گردد وکالتی است که وابسته به تحقق امر دیگری باشد. به حیث مثال، اگر مرضیه به احمد بگوید اگر روز شنبه عید باشد گوسفندی برای من خریداری کن! در این وکالت خرید گوسفند مشروط و معلق بر این است که روز شنبه عید باشد در غیر آن تحقق نمی پذیرد.

۲- وکالت غیر معلق: وکالت غیر معلق به وکالتی اطلاق می گردد که وجود آن به تحقق هیچ امری دیگری وابسته نباشد، مانند این که حمیده به محمود بگوید گوسفندی برای من خریداری کن! در این وکالت خرید گوسفند به تحقق یا نفی هیچ امر دیگری وابسته نمی باشد.

۷) به اعتبار تعیین اجرت: وکالت از حیث اعتبار دریافت اجرت به وکالت مجانی و وکالت مأجور تقسیم بندی شده است:

۱- وکالت مجانی: وکالت مجانی وکالتی است که برای وکیل در انجام موضوع وکالت حق الزحمه تعیین نشده و او این وظیفه را مجانی اجرا نماید.

۲- وکالت مأجور: وکالت مأجور عبارت از وکالتی است که وکیل در برابر اجرت برای مؤکل یک کاری را انجام می دهد.

(۷) به اعتبار صلاحیت توکیل: وکالت از حیث این که وکیل صلاحیت تعیین وکیل دیگر را دارد یا به دو نوع است: وکالت بالتوکیل و وکالت مجرد و مشخص:

۱- وکالت بالتوکیل و بالنیابه: طبق ماده ۱۵۶۹ ق. م: «(۱) وکیل نمی تواند بدون اذن مؤکل شخص دیگری را به حیث وکیل انتخاب نماید؛ و (۲) هرگاه اجرای عمل برای وکیل مفوض گردد، می تواند شخص دیگری را به اجازه مؤکل به حیث وکیل تعیین نماید. در این صورت وکیل دوم وکیل مؤکل شناخته شده به عزل وکیل اول یا وفات او عزل نمی گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- وکیل نمی تواند بدون اذن مؤکل شخص دیگری را به حیث وکیل انتخاب نماید. اجازه در لغت به معنی اذن و رخصت دادن است. در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد اجازه عبارت از موافقت کردن با کاری است که کسی شخصی قصد انجام آن را دارد.^{۶۸۹} نص این ماده ناظر بر وکالت بالتوکیل است. وکالت بالتوکیل و بالنیابه آن است که موکل برای وکیل اجازه می دهد که در صورت لزوم می تواند این صلاحیت را به وکیل دیگر تفویض نماید. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان وکیل مدافع خویش تعیین نماید، محمود نمی تواند حمیده را به عنوان وکیل مدافع احمد تعیین نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد اجازه دهد تا محمود حمیده را به عنوان وکیل مدافع او تعیین نماید.

- هرگاه اجرای عمل برای وکیل مفوض گردد، می تواند شخص دیگری را به اجازه مؤکل به حیث وکیل تعیین نماید. مفوض در لغت به معنی واگذار است. به حیث مثال، اگر احمد به دارالوکاله محمود برود و از محمود بخواهد تا دعوی شفعه احمد را در محکمه اقامه نماید و بگوید هر وکیلی را که می خواهید می توانید از دارالوکاله به عنوان وکیل من تعیین نمایید، محمود می تواند یکی از وکلای را که تحت نظر محمود کار می نمایند، به عنوان وکیل احمد تعیین نماید. در این مثال، اقامه دعوی به محمود واگذار شده است.

- در این صورت وکیل دوم وکیل مؤکل شناخته شده به عزل وکیل اول یا وفات او عزل نمی گردد. عزل در لغت به معنی بیکار کردن، برکنار کردن، از کار بازداشتن، اخراج و انفصال است.^{۶۹۰} به عبارت دیگر: در صورت وکیل بالتوکیل، وکیل دوم وکیل مؤکل شناخته می شود و در صورتی که وکیل اول توسط مؤکل عزل گردد یا وکیل اول وفات نماید، وکیل دوم عزل نمی شود و وکالت میان مؤکل و وکیل دوم خاتمه پیدا نمی کند.

به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل خویش تعیین نماید و سپس محمود جمشید را وکیل احمد تعیین نماید، در صورتی که محمود وفات کند یا احمد محمود را عزل نماید، وکالت میان احمد و جمشید همچنان پابرجا و باقی است.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۵۶۹ ق. م پیش بینی احکام وکالت بالتوکیل است. طبق ماده ۱۲۶۶ مجله الاحکام العدلیه: «شخصی که در یک موضوع وکیل تعیین شده است، صلاحیت ندارد که شخص دیگری را از طرف خود وکیل تعیین نماید مگر این که موکل او را در این باره اجازه داده باشد یا به وکیل گفته باشد که به رأی خود عمل نماید. در این حالت وکیل می تواند که شخص دیگر را وکیل تعیین نماید، با این منظور شخصی را که وکیل تعیین نموده وکیل موکل است و وکیل این وکیل شمرده نمی شود حتی وکیل دوم به عزل وکیل اول یا فوت مذکور عزل نمی گردد.» در توضیحی که از جانب اتاسی شارح مجله الاحکام به ارتباط شرح ماده فوق به عمل آمده دو نکته قابل توجه است:

۱- هر دو وکیل به عزل نمودن موکل یا وفات موکل از وکالت معزول می شوند.
۲- اگر موکل به وکیل اول با دادن صلاحیت توکیل چنین گفته باشد که: به رأی خود عمل نما و هرچه می خواهی انجام بده. در این صورت وکیل اول صلاحیت عزل وکیل دوم را دارا می باشد.

۲- وکالت مجرد و مشخص: وکالت مجرد و مشخص آن است که موکل صرف صلاحیت اجرای کار را به وکیل داده باشد. در این صورت وکیل صلاحیت ندارد که به توکیل دیگری اقدام کند و یا کسی را نایب خود بسازد، بلکه طبق ایجاب وکالت باید همه امور خود را انجام دهد.

689. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 17/1/2016).

690. Ibid, (Last visit: 31/8/ 2016).

۹) **از حیث موضوع وکالت:** تا جایی که متون کتب فقه و قوانین وضعی به ملاحظه می‌رسد تقسیم بندی موضوع وکالت به صورت عموم شامل سه طبق بندی می‌باشد: وکالت شراء (خرید)، وکالت بيع (فروش) و وکالت بالخصومت یا وکالت بالدعوى است: ۶۹۱

۱- **وکالت شراء (خرید):** وکالت به خرید آن است که مؤکل وکیل را برای خریداری مال منقول و یا غیر منقول وکالت دهد. طبق فقه و ق. م در وکالت به خرید رعایت شرایط آتی ضروری است:

- **معلوم بودن جنس، و مقدار شی ای موضوع وکالت:** طبق ماده ۱۵۷۵ ق. م: «برای صحت وکالت به خرید شرط است که شی که خریده می شود عین یا جنس و مقدار آن معلوم باشد. در تعیین مقدار شی، تعیین ثمن کفایت می کند». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: برای صحت وکالت به خرید شرط است که شی که خریده می شود عین یا جنس و مقدار آن معلوم باشد. منظور از شی ای که خریده می شود مبیعه است. شی ای که خریده می شود شرط است که عین آن معلوم باشد. قانونگذار مدنی در نص این ماده عین را مترادف جنس استفاده نموده است که محل ایراد است زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده پس از عین یا را استفاده کرده است. عین در لغت به معنی ذات و نفس است. ۶۹۲

همچنین، عین در لغت به معنی رقبه مال مادی است، زیرا مال مادی مرکب از منفعت و رقبه یا ذات است. ماده ۱۵۹ مجله الاحکام در تعریف عین می گوید: «عین عبارت است از شی معین و مشخص از قبیل: خانه، اسب، چوکی، جوال گندم، جوال دراهم که در حال حضور از جمله اعیان محسوب می گردند». در حالی که جنس در لغت به معنی قسم، صنف و دسته است. در هر حال، شرط اول صحت وکالت به خرید این است که جنس شی ای که توسط وکیل خریداری می شود معلوم باشد. اشیاء جنس، وصف و مقدار دارند که توسط آنها معین می شوند.

به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید برایم مال خریداری کن، شرط است که احمد جنس مال را تعیین نماید. به حیث مثال، احمد به محمود بگوید اسب، کامپیوتر، موبایل، موتور، لوبیا، برنج و نظیر اینها خریداری کن. طبق ماده ۱۵۷۸ ق. م: «هرگاه مؤکل نوع شی را که توسط وکیل خریداری می شود تعیین نماید و وکیل نوع دیگری را خریداری نماید این خریداری در حق مؤکل نافذ شمرده نمی شود». نص این ماده مرتبط به ماده ۱۵۷۵ ق. م است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۵۷۵ ق. م یکی از شرایط وکالت به خرید که معین بودن جنس آن است را معین کرده است و در نص ماده ۱۵۷۸ ق. م ضمانت اجرای تخلف وکیل را پیش بینی کرده است.

به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید برای من گوسفند خریداری کن و محمود برای احمد تکه خریداری نماید، جنس تکه و جنس گوسفند متفاوت اند زیرا تکه از جمله منسوجات و گوسفند از جنس حیوانات است. در این مثال، تخلف از جنس توسط وکیل صورت گرفته است و عقد وکالت نسبت به محمود نافذ نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۱۵۷۵ ق. م است. همچنین، طبق ماده ۱۲۷۰ مجله الاحکام: «هرگاه وکیل در جنس مخالفت ورزید، یعنی اگر مؤکل گفت: از فلان جنس خرید کن و وکیل عوض آن دیگری را خرید، بیع در حق مؤکل نافذ نمی گردد گرچه مفاد مالی را که وکیل خریداری نموده است، بیشتر باشد. جنسی را که وکیل خریداری نموده است به خود وکیل تعلق می گیرد و وکیل برای مؤکل مشتری محسوب می شود».

دوم این که: برای صحت وکالت به خرید شرط است که مقدار آن معلوم باشد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل خویش تعیین نماید تا محمود برای احمد قالین یا گوسفند یا کامپیوتر خریداری نماید، شرط است که مقدار یا تعداد گوسفندان، کامپیوتر ها و قالین ها معین و مشخص باشد.

سوم این که: در تعیین مقدار شی، تعیین ثمن کفایت می کند. زیرا، وکیل معمولاً مقدار شی را بر حسب ثمنی که مؤکل برای او می دهد، خریداری می نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود هشتاد هزار افغانی بدهد و بگوید این را برای من قالین خریداری

۶۹۱ . محمد عثمان ژوبل (۱۳۸۸). تعریف و انواع وکالت از نظر شریعت و حقوق موضوعه، مجله عدالت، شماره ۸۱، ص ۳۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۲۰۶ - ۲۲۰۸.
۶۹۲ . همان، مسعود انصاری و محمود علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۱۵.

کن، محمود می تواند دو تخته قالین سی و نیم در دو نیم متره برای احمد خریداری نماید (زیرا، در حال حاضر قیمت دو تخته قالین سی و نیم بر دو نیم متره حدود هشتاد هزار افغانی است).

همچنین، اگر احمد ده هزار افغانی برای محمود بدهد و بگوید این را گوسفند خریداری کن و نگویید که یک رأس گوسفند یا دو یا سه، محمود می تواند ده هزار افغانی را برای احمد گوسفند خریداری نماید فرق نمی کند که ده هزار یک رأس گوسفند شود یا بیشتر از آن. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۵۷۵ ق. م پیش بینی شرایط وکالت به خرید که معین بودن نوع و مقدار مبیعه است می باشد. در این خصوص ماده ۱۲۶۸ مجلة الاحکام می گوید: «لازم است که مؤکل به معلوم باشد یعنی چیزی که وکیل به ایفای آن مأمور است به نحوی معلوم گردد که انجام آن وکالت را بنابر حکم فقره اخیر ماده ۱۲۵۹ سزاوار گرداند و آن عبارت از این است که مؤکل جنس چیزی را که اراده خریداری آن را دارد، بیان کند و اگر جنس آن را بیان نکرد یا بیان کرد ولی انواع مختلف داشت و نوع پول آن را تعیین نکرد، وکالت صحیح نمی گردد، مگر اینکه وکیل را به وکالت عامه توظیف نماید.

به عنوان مثال، اگر شخصی یکی را وکیل انتخاب نمود که برایش اسب خریداری کند، وکالت صحیح می گردد. هرگاه شخصی اراده کرد که کسی را تعیین کند تا رخت جامه ای برایش خریداری نماید، لازم است که جنس آن را بیان نماید، یعنی رخت ابریشمی یا رخت پنبه ای یا بیان نوع آن که هندی باشد یا شامی یا پول آن رخت جامه را تعیین کند که دارای چه قیمتی باشد. اگر جنس آن را بیان نکرد و گفت که برای من حیوان یا جامه ابریشم خریداری کند و نوع و پول آن را بیان نکرد وکالت صحت ندارد. اما، اگر گفت: برای من پارچه ابریشمی را خریداری کن از هر جنس و نوعی که باشد مفوض به رأی تو است در این صورت وکالت عام بوده و وکیل می تواند از هر نوع و جنس که باشد خریداری نماید.»

- وکالت به خرید شی مجهول: طبق ماده ۱۵۷۶ ق. م: «هرگاه امر خریداری شی مجهول برای وکیل تفویض گردیده باشد این نوع وکالت صحت داشته وکیل می تواند از هر نوع و هر جنس که خواسته باشد خریداری نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه امر خریداری شی مجهول برای وکیل تفویض گردیده باشد این نوع وکالت صحت داشته وکیل می تواند از هر نوع و هر جنس که خواسته باشد خریداری نماید. مجهول اسم مفهوم از ریشه «جهل» گرفته شده است که در لغت به معنی نامعلوم، ناشناخته، نامعلوم و نامشخص است.^{۶۹۳} به نظر می رسد می توان تعریف اصطلاحی مجهول را از معنی لغوی آن استخراج کرد. به نظر می رسد مجهولی امری است که برای فرد ناشناخته و نامشخص باشد و فرد نسبت به آن جاهل باشد. به حیث مثال، اگر احمد بگوید من سرقت نموده ام، هرچند احمد مقرب به معین و مشخص ننماید، اقرار او صحیح است. در این مثال، مال مسروقه معین و مشخص نیست. تفویض در لغت به معنی واگذار کردن است. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل خویش بگیرد و بگوید برای من اموال خریداری کند و نوع و وصف مال را معین نکند، این وکیل صحیح و محمود می تواند برای احمد، موتر، قالین، برنج، لوبیا و امثال اینها خریداری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز خرید شی مجهول است.

- طبق ماده ۱۵۷۷ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه امر خریداری شی مجهول برای وکیل تفویض گردیده و جهالت شی فاحش باشد وکالت صحت ندارد گرچه ثمن آن توضیح شده باشد؛ و (۲) در صورتی که جهالت شی فاحش نبوده، طوری که جنس شی را تذکر داده نوع آن را بیان نکرده باشد وکالت صحت دارد گرچه ثمن آن توضیح نشده باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: نص این ماده با نص ماده ۱۵۷۶ ق. م در تعارض به نظر می رسد. زیرا، طبق ماده ۱۵۷۶ ق. م در صورتی که امر خریداری شی مجهول برای وکیل تفویض گردیده باشد این نوع وکالت صحت داشته وکیل می تواند از هر نوع و هر جنس که خواسته باشد خریداری نماید. اما، طبق ماده ۱۵۷۷ ق. م هرگاه امر خریداری شی مجهول برای وکیل تفویض گردیده و جهالت شی فاحش باشد وکالت صحت ندارد گرچه ثمن آن توضیح شده باشد. تفاوت نص ماده ۱۵۷۷ و ۱۵۷۶ ق. م در فاحش و عدم فاحش بودن جهالت موضوع بیع است. فاحش اسم فاعل از ریشه «فحش» گرفته شده است که در لغت به معنی بسیار، کثیر و زیاده از اندازه است.^{۶۹۴} فاحش متضاد سیر است. از آنچه گفته شد، در نگاه اول به نظر می رسد که اگر موضوع وکالت به بیع به طور

693. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 2/25/2019).

۶۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۵۰.

فاحش مجهول باشد عقد صحیح نیست هرچند مؤکل مقدار ثمن را تعیین نماید. اما، اگر موضوع وکالت مجهول باشد عقد صحیح است. اما، اگر اندکی دقت نماییم این تفکیک توجیه پذیر نیست. بنابراین، نص ماده ۱۵۷۷ ق. م قابل تعدیل به نظر می رسد. دوم این که در صورتی که جهالت شی فاحش نبوده، طوری که جنس شی را تذکر داده نوع آن را بیان نکرده باشد وکالت صحت دارد گرچه ثمن آن توضیح نشده باشد. ایرادی که بر نص ماده ۱۵۷۷ فقره اول ق. م وارد است بر فقره دوم نیز وارد به نظر می رسد. علاوه براین، قانونگذار مدنی در نص این ماده جنس و نوع شی سخن می گوید. چنانچه بحث آن در بالا گذشت، جنس و نوع هر دو مترادف اند و از نظر منطقی مؤکل نمی تواند جنس را معین و نوع را معین ننماید. به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه وجود دارد و قانونگذار مدنی به عوض «وصف»، «نوع» را استعمال نموده است. با پذیرش این نظر، این نتیجه به دست می آید که اگر مؤکل پول را به وکیل بدهد و بگوید این پول را بگیر و برای من مال خریداری کن و جنس یا نوع مال را معین نکند، وکالت صحیح نیست هرچند مقدار پول معین باشد. به حیث مثال، مقدار پول یک لک افغانی باشد. در حالی که طبق ماده ۱۵۷۶ ق. م این وکالت صحیح است. اما، اگر مؤکل جنس را معین و وصف را معین نکند، وکالت صحیح است. به حیث مثال، اگر احمد دو لک افغانی به محمود بدهد و بگوید برای من یک پایه کامپیوتر یا یک رأس اسپ خریداری کن، اما رنگ اسپ و خصوصیات کامپیوتر را معین نکند، احمد جنس شی را معین و وصف آن را تعیین نکرده است و عقد صحیح است و محمود می تواند هر نوع اسپ یا کامپیوتر برای احمد خریداری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط موضوع وکالت در بیع است.

طبق فقه و ق. م آثار ذیل بر وکالت به خرید مرتب می گردد:

- خرید شی به صورت مطلق و مقید و اثر هر یک: طبق ق. م خرید و فروش به صورت مطلق و مقید تابع قواعد ذیل است:

نخست این که: طبق ماده ۱۵۷۹ ق. م: «هرگاه وکالت مقید گردد وکیل نمی تواند در خرید شی از آن مخالفت نماید مگر اینکه به نفع مؤکل باشد». وکالت مقید عبارت از وکالتی است که صلاحیت وکیل مقید است. در صورتی که وکالت به خرید مقید باشد وکیل نمی تواند از قیود پیش بینی شده توسط مؤکل مخالفت نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید برای من اسپ سفید یا کامپیوتر مک خریداری نمایید محمود نمی تواند برای احمد کامپیوتر دل یا اسپ سیاه خریداری نماید. استثنای این اصل این است که تخلف وکیل از قیود وکیل به نفع مؤکل تمام شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید برای من هزار پایه کامپیوتر مک خریداری کن اما کامپیوتر های دل لیلام گردد و محمود کامپیوتر ها را برای احمد خریداری نماید و احمد با خریدن کامپیوتر ها بسیار فایده نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت وکیل در وکالت مقید است.

دوم این که: طبق ماده ۱۵۸۰ ق. م: «هرگاه مؤکل اندازه ثمن را برای خریداری شی معین به صورت نقد تعیین نموده و وکیل آن را به صورت نسیه خریداری نماید مؤکل به قبول آن مکلف می گردد و در صورتی که وکیل به خریداری به صورت نسیه مأمور شده ولی آن را به صورت نقده خریداری کند وکیل به آن ملزم شناخته می شود». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

یک: هرگاه مؤکل اندازه ثمن را برای خریداری شی معین به صورت نقد تعیین نموده و وکیل آن را به صورت نسیه خریداری نماید مؤکل به قبول آن مکلف می گردد. ثمن چنانچه در مبحث بیع گفته شد در لغت به معنی پول است. نسیه که در عربی به آن نسیئه می گویند در لغت به معنی تأجیل، تأخیر و درنگ است که در مقابل نقد استعمال می شود. در اصطلاح حقوق مدنی، نسیه عبارت است از پرداخت با تأخیر ثمن معامله.^{۶۹۵} همچنین، نسیه خرید و فروشی است که پول آن بعداً پرداخت شود.^{۶۹۶} به حیث مثال، اگر احمد سی هزار افغانی به محمود بدهد و به محمود بگوید برای من یک پایه تلویزیون خریداری کن، اما محمد تلویزیون را به قرض خریداری کند، این عقد نسبت به احمد نافذ است. دلیل انفاذ این عقد این است که این عقد به نفع احمد است هرچند وکیل در این مثال از حدود صلاحیت خویش عدول کرده است.

دو: در صورتی که وکیل به خریداری به صورت نسیه مأمور شده ولی آن را به صورت نقده خریداری کند وکیل به آن ملزم شناخته می شود. به حیث مثال، اگر به محمود بگوید برای من یک پایه تلویزیون به قرض خریداری کن، اما محمود تلویزیون را به

۶۹۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۲۰۵۹.

نقد خریداری کند، این عقد نسبت به احمد نافذ نیست. زیرا، این عقد به نفع احمد نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدول وکیل از صلاحیت است.

سوم این که: طبق ماده ۱۵۸۲ ق. م: «هرگاه وکیل برای خرید شیء طور مؤجل مأمور گردد خریداری وی به هر نحوی که باشد در حق مؤکل مؤجل می باشد و وکیل نمی تواند ثمن را فی الحال از مؤکل مطالبه نماید مگر در صورتی که وکیل به خرید شیء طور نقد مأمور شده باشد و مؤکل ثمن را مؤجل نماید وکیل می تواند ثمن را فی الحال از مؤکل مطالبه نماید.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که هرگاه وکیل برای خرید شیء طور مؤجل مأمور گردد خریداری وی به هر نحوی که باشد در حق مؤکل مؤجل می باشد و وکیل نمی تواند ثمن را فی الحال از مؤکل مطالبه نماید. مؤجل از ریشه اَجَلَ گرفته شده است که به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می رود.^{۶۹۷} در اصطلاح حقوق مدنی، پولی را که به صورت مهلتی پرداخت می شود ثمن مؤجل می نامند.

به حیث مثال، اگر احمد حمیده را وکیل خویش معین نماید و به حمیده بگوید ده تخته قالین از جمشید خریدار کن و پول را یک سال بعد پرداخت کن، حمیده می تواند ده تخته قالین را خریداری نماید و پول آن را نقداً به جمشید پرداخت نماید. پرداخت پول قالین یک سال بعد خرید شیء به صورت مؤجل است. حمیده در این مثال نمی تواند از احمد مطالبه نماید تا پول را احمد پرداخت نماید تا حمیده آن را به جمشید پرداخت نماید. استثنای این اصل این است که در صورتی که وکیل به خرید شیء طور نقد مأمور شده باشد و مؤکل ثمن را مؤجل نماید وکیل می تواند ثمن را فی الحال از مؤکل مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را بگوید برای من ده تخته قالین از جمشید به صورت نقد خریداری کن و حمیده قالین ها را به صورت مؤجل خریداری نماید، حمیده می تواند از احمد پول قالین ها را اخذ و به جمشید پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت وکیل در وکالت مقید است.

چهارم این که: طبق ماده ۱۵۸۱ ق. م: «هرگاه وکیل برای خرید ثمن مبیعه را از مال شخص خود بپردازد حق رجوع را بر مؤکل داشته و می تواند مبیعه را الی زمان حصول ثمن آن از مؤکل نزد خود نگه دارد گرچه ثمن آن را به بایع نپرداخته باشد.» در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

یک: طبق نص این ماده هرگاه وکیل برای خرید، ثمن مبیعه را از مال شخص خود بپردازد حق رجوع را بر مؤکل دارد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل به خرید تعیین نماید و به محمود بگوید برای من پنج پایه یخچال خریداری کن و محمود یخچال را خریداری نماید و پول آن را خودش بپردازد، محمود می تواند از احمد بخواهد تا پول او را دوباره پرداخت نماید. دو: وکیل می تواند در صورت عدم پرداخت پول توسط مؤکل، مبیعه را نزد خود حبس نماید. به حیث مثال، در مثال بالا محمود یخچال ها را نزد خود نگهدارد تا این که احمد پول یخچال ها را به محمود پرداخت نماید. این حق زمانی منتهی می شود که مؤکل ثمن را به وکیل پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت پول کالا توسط وکیل و مورد حمایت قرار دادن حق وکیل است.

پنجم - خریدن وکیل به خرید شیء ای را که برای خریدن آن وکیل تعیین شده است: طبق ماده ۱۵۸۳ ق. م: «وکیل به خرید شیء معین نمی تواند شیء مورد نظر را در غیاب مؤکل برای خود خریداری نماید مگر این که آن را به ثمن بیشتر از ثمن معینه یا به جنس دیگری خریداری نموده باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که وکیل به خرید شیء معین نمی تواند شیء مورد نظر را در غیاب مؤکل برای خود خریداری نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید خانه حمیده را که در گولایی سینمایی، کوچه ششم موقعیت دارد برای من خریداری کن، محمود نمی تواند خانه را در نبود یا غیاب احمد برای خود خریداری نماید. استثنای این اصل این است که مبیع را به ثمن بیشتر از ثمن معینه یا به جنس دیگری خریداری نموده باشد. به حیث مثال، اگر قیمت خانه در مثال بالا یک لک و پنجاه هزار دالر باشد، محمود می تواند آن را یک لک و شصت هزار دالر خریداری نماید. عبارت آن را به جنس دیگر خریداری نماید محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در صورت تبدیل جنس به جنس عقد مقایضه یا معاوضه است نه بیع. زیرا، بیع تبدیل پول به جنس است و مقایضه تبدیل جنس به جنس.

۶۹۷. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

قابل توصیه است بخش اخیر نص این ماده تعدیل گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت وکیل در وکالت مقید است. طبق ماده ۱۲۸۵ مجله الاحکام: «وکیل صلاحیت ندارد مال و متاعی را که به خریداری آن وکیل گردیده است، برای خود خریداری کند و اگر حین خریدن گفت که: این مال را برای خود خریدم، مبیعه ملکیت وکیل محسوب نمی شود و خاص از مؤکل است مگر اینکه به ثمن زیاد تر از ثمنی که مؤکل تعیین نموده است یا به غبن فاحش در صورتی که مؤکل ثمن را تعیین نکرده باشد خریداری کند. در این صورت، مال به وکیل تعلق می گیرد. اگر وکیل بگوید که: این مال را برای خود خریدم در حالی که مؤکل حاضر باشد، همچو مال نیز متعلق به وکیل است.»

هشتم - فروش وکیل مال خویش را به مؤکل: طبق ماده ۱۵۸۴ ق. م: «وکیل به خرید نمی تواند مال خود را به مؤکل خود بفروشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده وکیل خرید نمی تواند مال خود را به مؤکل به فروش رساند. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل به خرید تعیین نماید، محمود نمی تواند زمین، خانه، موتر، قالین و سایر اموال خویش را به احمد به فروش رساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وکالت به خرید و جلوگیری از سوء استفاده احتمالی وکیل است.

هفتم - ظهور عیب در شی ای که توسط وکیل برای مؤکل خریداری می شود: طبق ماده ۱۵۸۵ ق. م: «هرگاه وکیل برای خرید، در شی خریداری شده عیب قدیمی را بیابد در حالی که شی هنوز در نزدش باشد می تواند آن را رد نماید. در صورتی که آن را به مؤکل خود تسلیم نموده باشد بدون اجازه مؤکل آن را به سبب عیب رد نموده نمی تواند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

یک: هرگاه وکیل برای خرید، در شی خریداری شده عیب قدیمی را بیابد در حالی که شی هنوز در نزدش باشد می تواند آن را رد نماید. عیب در لغت به معنی نقص، نقیصه، بدی، زشتی و کمبود است که جمع آن عیوب است.^{۶۹۸} در تعریف عیب ماده ۳۳۸ مجله الاحکام می گوید: «عیب آن است که در نزد تجار و اهل خبره نقصانی در ثمن مبیعه بار آورد.» طبق ماده ۳۳۸ مجله الاحکام: «عیب قدیم آن است که در مبیعه زمانی موجود گردد که نزد بایع باشد.» عیب حادث آن است که بعد از قبض نزد مشتری حادث گردد (مستنبط از ماده ۳۲۵ مجله الاحکام). به حیث مثال، اگر احمد برای محمود یک تخته قالین خریداری نماید و قالین پاره باشد و این پارگی زمانی در قالین رخ داده باشد که قالین نزد فروشنده باشد و هنوز قالین نزد محمود باشد، محمود می تواند قالین را به دلیل عیب قدیم به فروشنده رد نماید.

دو: در صورتی که وکیل شی معیوب را به مؤکل خود تسلیم نموده باشد بدون اجازه مؤکل آن را به سبب عیب رد نموده نمی تواند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود قالین را به احمد تسلیم نموده باشد، محمود نمی تواند بدون اجازه احمد آن را به فروشنده به دلیل عیب قدیم رد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم رد مبیعه معیوب توسط وکیل به خرید است.

هشتم: تلف شدن مبیع نزد وکیل: طبق ماده ۱۵۸۶ ق. م: «(۱) مبیعه نزد وکیل برای خرید، حیثیت امانت را داشته، اگر بدون تجاوز وکیل از بین رفته یا ناقص گردد، خساره بر مؤکل تحمیل شده از ثمن آن چیزی کاسته نمی شود؛ و (۲) اگر وکیل نسبت حصول ثمن شی را نزد خود نگاه داشته و در عین زمان از بین رفته یا ناقص گردد ثمن آن بر وکیل لازم می گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- مبیعه نزد وکیل برای خرید، حیثیت امانت را داشته، اگر بدون تجاوز وکیل از بین رفته یا ناقص گردد، خساره بر مؤکل تحمیل شده از ثمن آن چیزی کاسته نمی شود. تعریف مبیعه در مبحث بیع گذشت. تعریف امانت در مبحث ودیعه خواهد آمد. تریف تجاوز گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گوسفند برای محمود خریداری نماید و گوسفندان در اثر مرض در طویل خانه بمیرند، احمد در برابر هلاک گوسفندان در برابر محمود مسؤولیت مدنی ندارد و خسارت تلف و هلاک گوسفندان را باید محمود متحمل شود. مفهوم مخالف نص این ماده این است که اگر گوسفندان در اثر تجاوز وکیل هلاک شود، وکیل باید جبران خسارت آن را به مؤکل پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد گوسفندان را ذبح نماید و گوشت آن را با فامیل و دوستان خویش بخورد، باید جبران خسارت آن را به محمود پرداخت نماید. ذبح گوسفندان در این مثال مصداق تجاوز است.

- اگر وکیل نسبت حصول ثمن شی را نزد خود نگاه داشته و در عین زمان از بین رفته یا ناقص گردد ثمن آن بر وکیل لازم می گردد. به حیث مثال، اگر احمد برای محمود ده تخته قالین خریداری نماید و محمود پول خرید قالین ها را به احمد ندهد و قالین ها در اثر آتش سوزی خانه در نزد احمد از بین برود یا قسماً بسوزند، احمد مکلف نیست اثر سوختن قالین ها را متحمل شود بلکه محمود مکلف است خسارت سوختن قالین ها را به عهده بگیرد. دلیل این قاعده این است که احمد از حق حبس استفاده نموده است و محمود مسؤول است تا پول خرید قالین ها را به احمد بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش حکم از بین رفتن میبیه نزد وکیل است. ماده ۱۲۹۲ مجله الاحکام در این خصوص می گوید: «اگر مال خریداری شده در دست وکیل بالشراء تلف شود یا به تقدیر الهی ضایع شود و از دست برود، اتلاف مذکور از مال مؤکل محاسبه می شود و چیزی از پول ساقط نمی گردد. اما، اگر وکیل میبیه را بخاطر حصول ثمن حبس نماید و در این حال تلف گردید یا از دست رفت، ادای پول بر وکیل لازم است.»

نهم - عدم صلاحیت وکیل جهت اقاله بیع: طبق ماده ۱۵۸۷ ق. م: «وکیل به خرید نمی تواند بیع را بدون اجازه مؤکل اقاله نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده وکیل به خرید نمی تواند بیع را بدون اجازه مؤکل اقاله نماید. تعریف بیع در فصل اول این کتاب گذشت. اقاله در لغت به معنی فسخ و فسخ کردن معامله با رضایت طرفین است.^{۶۹۹} به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل به خرید خانه ای جمشید تعیین نماید و محمود خانه را خریداری نماید، محمود نمی تواند بدو اجازه احمد بیع را اقاله نماید. اما، اگر احمد اجازه دهد محمود می تواند عقد بیع را با جمشید اقاله نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مصلحت و حق مؤکل است.

۲ - وکالت به بیع (فروش): وکالت به بیع آن است که موکل وکیل را برای فروش جایداد خویش و یا فروش سایر اموال وکالت دهد. طبق ق. م بر وکالت به فروش آثار ذیل مرتب می گردد:

- **وکیل نمی تواند مال موکل را برای خود خریداری نماید:** طبق ماده ۱۵۹۰ ق. م: «وکیل نمی تواند شی را که به فروش آن مأمور است برای خود خریداری کند گرچه مؤکل به آن تصریح نموده باشد.» طبق نص این ماده وکیل نمی تواند شی را که به فروش آن مأمور است برای خود خریداری کند گرچه مؤکل به آن تصریح نموده باشد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید موتر، خانه، زمین و امثال اینهای مرا به فروش رسان، محمود نمی تواند این اشیاء را برای خود خریداری نماید. به نظر می رسد دلیل این قاعده و هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده وکیل است. در این خصوص امام ابو حنیفه / گفته است که: وکیل حق ندارد چیزی را که وکیل فروش آن است، برای خود بخرد. زیرا، انسان بر حسب عادت حریص است که برای خودش اشیاء را ارزان بخرد و هدف موکل این است که وکیل تلاش کند که کالای او را گرانتر بفروشد و این دو غرض با هم متضاد اند.^{۷۰۰}

- **وکیل نمی تواند مال موکل را برای کسانی که شهادت آنها به نفع وکیل قابل پذیرش نیست به فروش رساند:** طبق ماده ۱۵۸۸ ق. م: «وکیل به فروش نمی تواند شی ای را که به بیع آن وکیل است بالای اشخاصی بفروشد که شهادت آنها به نفع او جواز ندارد، مگر در صورتی که ثمن از قیمت آن بیشتر باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل و قاعده این است که وکیل به فروش نمی تواند شی ای را که به بیع آن وکیل است بالای اشخاصی بفروشد که شهادت آنها به نفع او جواز ندارد. نص این ماده مجمل است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی نکرده است که شهادت وکیل به نفع کدام اشخاص جواز ندارد که عاری از ایراد نیست. استثنای این اصل این است که پول فروش مال بیشتر از قیمت مال باشد.

به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل به فروش موتر خویش تعیین نماید، محمود نمی تواند موتر را برای فرزند و فرزند خویش به فروش رساند زیرا شهادت محمود به نفع فرزند محمود قابل قبول نیست. اما، اگر محمود موتر را به قیمت بیشتر به فرزند یا پدر خویش به فروش رساند، این فروش جواز دارد. به حیث مثال، اگر قیمت موتر چهار لک افغانی باشد و محمود موتر را پنج لک افغانی

699. Ibid, (۲۰۱۶ / ۲۳ / ۱ بازدید).

۷۰۰. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۲) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۳۳۹ و ۳۴۰.

به پسر یا پدر خویش به فروش رساند، این فروش جواز دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده وکیل به فروش و مورد حمایت قرار دادن حق و مصلحت مؤکل است. در فقه همانطور که وکیل نمی تواند مال مؤکل را برای خود خریداری نماید، به نظر امام ابو حنیفه / نمی تواند مال مؤکل را به ثمن مثل و یا کمتر به پدر، پدر کلان، فرزند و سایر کسانی که شهادت آنها به نفع او قابل پذیرش نیست، مانند: ولد ولد (نواسه) و زوجه به فروش رساند. زیرا، فروش مال برای اینها فروش مال به خود وکیل به سبب اتصال منافع ملک هر یک از اینها است.

اما، صاحبان بر این نظر اند که وکیل می تواند برای اینها، نه برای خود، مال مؤکل را به قیمت مثل به فروش رساند. زیرا، توکیل مطلق است و فروش مال به این گروه و اشخاص اجنبی مساوی است و تهمتی در اینجام مطرح نیست. زیرا، املاک اینها از همدیگر جدا است و بنابراین یکی از اینها مالک ملک دیگری نیست.^{۷۰۱} مجلة الاحکام علاوه بر بیشتر بودن ثمن، در صورت وکالت عام چنین بیع را جایز می داند. ماده ۱۲۹۷ مجلة الاحکام در این مورد مشعر است که: «وکیل بالبیع نمی تواند که مال مؤکل خود را برای کسی که شهادتش بر او جایز نیست بفروشد، مگر اینکه به بیشتر از پول معین فروخته باشد. پس، در این صورت عقد صحیح می شود. همچنین، اگر مؤکل وکیل را به وکالت عام به این گفتارش که بفروش به شخصی که خواستی باشد وکیل ساخت، در این حال بیع وکیل به پول مثل جایز است.»

- وکالت به فروش مطلق و مقید و اثر هر یک: طبق ماده ۱۵۸۹ ق. م: «(۱) هرگاه ثمن شی از طرف مؤکل تعیین شده باشد وکیل به فروش نمی تواند شی را به ثمن کمتر از آن بفروشد در صورت تخلف بیع منعقد و به اجازه مؤکل موقوف می باشد. (۲) اگر وکیل مالی را به مقدار کمتر از ثمن آن بدون اجازه مؤکل فروخته و مبیعه را به مشتری تسلیم نماید ضامن نقصان ثمن دانسته می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

یک: هرگاه ثمن شی از طرف مؤکل تعیین شده باشد وکیل به فروش نمی تواند شی را به ثمن کمتر از آن بفروشد در صورت تخلف بیع منعقد و به اجازه مؤکل موقوف می باشد. تعریف ثمن در مبحث بیع گذشت. تخلف در لغت به معنی نقض عهد، تجاوز، پیمان شکنی، سرپیچی و تخطی است.^{۷۰۲} موقوف اسم مفعول از ریشه «وقف» گرفته شده است که در لغت به معنی بازداشته شده، محصور، متوقف شده، بازایستاده شده و توقیف شده است.^{۷۰۳} به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید موتر من را پنج لک افغانی به فروش رسان و محمود موتر را چهار لک افغانی به فروش رساند، بیع منعقد می شود و موقوف است. در صورتی که مؤکل اجازه دهد عقد نافذ می شود و در صورتی که احمد اجازه ندهد باطل می شود.

دو: اگر وکیل مالی را به مقدار کمتر از ثمن آن بدون اجازه مؤکل فروخته و مبیعه را به مشتری تسلیم نماید ضامن نقصان ثمن دانسته می شود. ضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است.^{۷۰۴} به نظر می رسد ضامن در مفهوم مسؤول در نص این ماده استعمال شده است نه در مفهوم لغوی آن. نقصان در لغت به معنی کمبود است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید موتر من را پنج لک افغانی به فروش رسان و محمود موتر را چهار لک افغانی به جمشید به فروش رساند و موتر را تسلیم جمشید نماید، محمود مسؤول است یک لک افغانی به احمد بدهد. یک لک افغانی ضمانت نقصان قیمت موتر در این مثال است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وکالت مقید در وکالت به فروش است.

- اثر وکالت به فروش: طبق ق. م احکام یا آثار وکالت به فروش قرار ذیل است:

یک: طبق ماده ۱۵۹۳ ق. م: «وکیل مکلف است مبیعه را بعد از قبض ثمن در حالی که عقد به صورت معجل باشد به مشتری تسلیم نماید.» طبق نص این ماده وکیل مکلف است مبیعه را بعد از قبض ثمن در حالی که عقد به صورت معجل باشد به مشتری تسلیم نماید. مبیعه چیزی است که خریده یا فروخته می شو. ثمن در لغت به معنی بها و قیمت است.^{۷۰۵} قبض در لغت به معنی

702. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 17, 12, 2017).

۷۰۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۳۰.

۷۰۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ۱۲۴۸.

۷۰۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ۷۷۴.

گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است.^{۷۰۶} معجل از ریشه عَجَل گرفته شده است که به معنی شتاب کردن و سرعت به کار می رود.

به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل خویش تعیین نماید تا موتر او را به فروش رساند، محمود مکلف است بعد از فروختن موتر و گرفتن پول در حالی که عقد معجل باشد، پول آن را به احمد تسلیم نماید. دلیل این قاعده این است که دریافت ثمن حق مؤکل است و وکیل مکلف است تا آن را از مشتری اخذ و به مؤکل بدهد. بنابراین، مؤکل نمی تواند دریافت ثمن را از مشتری مطالبه نماید. به عبارت دیگر: وکیل مکلف است ثمن مبیع را به مؤکل بدهد. زیرا، غرض از وکالت به فروش انتقال ملکیت مبیع از مؤکل به مشتری و از ثمن به مؤکل است. بنابراین، وکیل مکلف است ثمن را بعد از قبض به مؤکل بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وکالت به فروش و مورد حمایت قرار دادن حق مؤکل است.

دو: طبق ماده ۱۵۹۲ ق. م: «قبض ثمن حق وکیل فروش می باشد نه حق مؤکل و مشتری می تواند از تأدیة ثمن به مؤکل امتناع ورزد در صورت تأدیة آن به مؤکل، مشتری بری الذمه شده و مؤکل نمی تواند ثمن را از وکیل مطالبه کند.» طبق نص این ماده دریافت ثمن حق وکیل است و وکیل مکلف است تا آن را از مشتری اخذ و به مؤکل بدهد. بنابراین، مؤکل نمی تواند دریافت ثمن را از مشتری مطالبه نماید. اما، اگر بنا بر هر دلیلی مشتری ثمن را به مؤکل پرداخت نماید، ذمه او بری می گردد و وکیل نمی تواند پرداخت آن را از مشتری مطالبه نماید.

تعریف قبض و ثمن در بالا گذشت. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استنکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است. در اصطلاح حقوق مدنی، امتناع عبارت است از عدم اجرای تعهد.^{۷۰۸} بری الذمه مرکب از دو کلمه است. بری که در لغت به معنی تهی، خالی، عاری، بی گناه، پاک و مبرا است.^{۷۰۹} و ذمه که محل اعتباری در شخص است که دیون بر آن واقع می شود. بری الذمه در اصطلاح حقوق مدنی شخصی است که ذمه او از مسؤولیت عاری است.

به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل به فروش خانه خویش تعیین نماید و محمود خانه را به جمشید به فروش رساند، وکیل می تواند پول فروش خانه را از جمشید اخذ نماید. جمشید می تواند از پرداخت پول به احمد سرپیچی نماید. در صورتی که جمشید پول را به احمد پرداخت نماید، جمشید بری الذمه می گردد و احمد نمی تواند پول فروش خانه را از محمود مطالبه نماید.

سه: طبق ماده ۱۵۹۱ ق. م: «هرگاه شی از طرف وکیل فروش به صورت نسیه فروخته شود وکیل می تواند از مشتری ضامن بگیرد گرچه مؤکل به وی امر نکرده باشد.» طبق نص این ماده هرگاه شی از طرف وکیل فروش به صورت نسیه فروخته شود وکیل می تواند از مشتری ضامن بگیرد گرچه مؤکل به وی امر نکرده باشد. نسیه که در عربی به آن نسیئه می گویند در لغت به معنی تأخیر، تأخیر و درنگ است که در مقابل نقد استعمال می شود. در اصطلاح حقوق مدنی، نسیه عبارت است از پرداخت با تأخیر ثمن معامله.^{۷۱۰} همچنین، نسیه خرید و فروشی است که پول آن بعداً پرداخت شود.^{۷۱۱} ضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است که جمع آن ضامنین است. در اصطلاح حقوق مدنی، ضامن کسی است که دین در ذمه دیگری به ذمه او منتقل می شود تا اگر شخص دیگر از پرداخت دین خودداری کند، خود متعهد به پرداخت دین باشد.^{۷۱۲} به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل بگیرد تا تلویزیون های احمد را به جمشید به فروش رساند، اما محمود تلویزیون ها را به نسیه به فروش رساند، محمود می تواند فاروق را به عنوان ضامن یا کفیل از جمشید بگیرد هرچند احمد به محمود به گرفتن کفیل امر نکرده باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مصلحت و حق مؤکل است.

۷۰۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ۱۵۰۲.

۷۰۷. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

۷۰۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.
709. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 23/1/2016).

۷۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۵۹.
711. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/26/ 2019).

۷۱۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۴۸.

چهار: طبق ماده ۱۵۹۴ ق. م: «وکیل فروش تا زمانی که ثمن آنچه را که فروخته است قبض نکند به تأدیه ثمن از مال خود مکلف نمی گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده وکیل فروش تا زمانی که ثمن آنچه را که فروخته است قبض نکند به تأدیه ثمن از مال خود مکلف نمی گردد. تعریف ثمن و قبض در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل بگیرد تا تلویزیون های احمد را به جمشید به فروش رساند، محمود مکلف نیست پول فروش تلویزیون ها را به احمد از پول خویش پرداخت نماید. اما، در صورتی که پول فروش تلویزیون ها را محمود از جمشید بگیرد، مکلف است پولی را که از جمشید گرفته است یا از پول خویش، پول تلویزیون های احمد را به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مصلحت و حق مؤکل است.

پنج: **به استحقاق برده شدن مبیع:** طبق ماده ۱۵۹۶ ق. م: «هرگاه مبیعه به استحقاق برده شود مشتری در صورتی که ثمن را پرداخته باشد اعاده آن را از وکیل مطالبه می کند اعم از این که ثمن نزد وکیل بوده و یا آن را به مؤکل تسلیم نموده باشد و وکیل در صورتی که ثمن را تأدیه نموده باشد به مؤکل رجوع می کند و در حالی که مشتری ثمن را به مؤکل تسلیم نموده باشد حین استحقاق بر مؤکل رجوع می نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- هرگاه مبیعه به استحقاق برده شود مشتری در صورتی که ثمن را پرداخته باشد اعاده آن را از وکیل مطالبه می کند اعم از این که ثمن نزد وکیل بوده و یا آن را به مؤکل تسلیم نموده باشد. مبیعه مالی است که فروخته می شود. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی ظهور حق غیر را در مدعی بها را استحقاق گویند.^{۷۱۳} به طور مثال، اگر احمد خانه ای محمود را از وکیل محمود خریداری نماید و پول خانه را به وکیل محمود تسلیم نماید، اما جمشید در خصوص خانه اقامه دعوی نماید و با ارایه وسایل اثبات مانند قبالة قانونی و شاهدان ثابت نماید که خانه از آن او است و محکمه حکم نماید که محمود خانه را به جمشید رد نماید، احمد می تواند پول خانه را از وکیل محمود خواه پول نزد محمود یا وکیل محمود باشد مطالبه می تواند.

- وکیل در صورتی که ثمن را تأدیه نموده باشد به مؤکل رجوع می کند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، وکیل محمود پول را به احمد بپردازد، وکیل می تواند پول را از محمود مطالبه نماید.

- اگر مشتری ثمن را به مؤکل تسلیم نموده باشد حین استحقاق بر مؤکل رجوع می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد پول را به محمود تسلیم نموده باشد جمشید خانه را به استحقاق ببرد، احمد می تواند پول را از محمود بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم به استحقاق بردن مبیعه در وکالت به فروش است.

ششم: ظهور عیب در مبیع: طبق ماده ۱۵۹۸ ق. م: «هرگاه مشتری عیب دایم را در مبیعه مشاهده کند اعاده ثمن را از وکیل و در صورتی که ثمن به مؤکل تسلیم داده شده باشد مطالبه اعاده از مؤکل صورت می گیرد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

- هرگاه مشتری عیب دایم را در مبیعه مشاهده کند اعاده ثمن را از وکیل می تواند مطالبه نماید. عیب در لغت به معنی نقص، نقیصه، بدی، زشتی و کمبود است که جمع آن عیوب است.^{۷۱۴} به حیث مثال، اگر احمد از وکیل محمود یخچال خریداری نماید و یخچال سوخته باشد و به هیچ وجه ترمیم نشود، در یخچال عیب دایم وجود دارد. در این صورت احمد می تواند پول یخچال را از وکیل محمود مطالبه نماید.

- در صورتی که ثمن به مؤکل تسلیم داده شده باشد مطالبه اعاده از مؤکل صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود پول را به مؤکل خویش پرداخت باشد، احمد می تواند پول را از مؤکل محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ظهور عیب در مبیعه در وکالت به فروش است.

هفتم: **اقالة بیع توسط وکیل:** طبق ماده ۱۵۹۷ ق. م: «وکیل فروش می تواند قبل از قبض ثمن بیع را بدون اجازه مؤکل خود اقاله نماید مگر عقد در حق مؤکل نافذ تلقی نشده وکیل به تأدیه ثمن به مؤکل ملزم می باشد وکیل نمی تواند بعد از قبض ثمن بیع را اقاله نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۷۱۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۲۲۸.

- وکیل فروش می تواند قبل از قبض ثمن بیع را بدون اجازه مؤکل خود اقاله نماید. تعریف اقاله گذشت. به حیث مثال، اگر احمد وکیل به فروش موتر محمود باشد و موتر را به جمشید به فروش رساند اما قبل از گرفتن پول موتر می تواند بیع را با جمشید اقاله نماید.

- عبارت «مگر عقد در حق مؤکل نافذ تلقی نشده وکیل به تأدیه ثمن به مؤکل ملزم می باشد» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. زیرا، قانونگذار مدنی از یکطرف به وکیل به فروش اجازه می دهد تا بدون اجازه مؤکل عقد را بدون اجازه مؤکل قبل از گرفتن پول از مشتری اقاله نماید و از طرف دیگر وکیل به فروش را ملزم می نماید تا ثمن یا پول فروش مال را به مؤکل بدهد. قابل توصیه است این عبارت از قانون مدنی حذف گردد.

- وکیل نمی تواند بعد از قبض ثمن بیع را اقاله نماید. به حیث مثال، اگر احمد وکیل به فروش موتر محمود باشد و موتر را به جمشید به فروش رساند و پول آن را بگیرد، نمی تواند بیع را با جمشید اقاله نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش حکم اقاله عقد توسط وکیل به فروش است.

هشت: طبق ماده ۱۵۹۵ ق. م: «هرگاه وکالت به مقابل اجرت باشد وکیل به تحصیل ثمن مکمل از مشتری مکلف می باشد». طبق نص این ماده هرگاه وکالت به مقابل اجرت باشد وکیل به تحصیل ثمن مکمل از مشتری مکلف می باشد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکالت به فروش خانه خویش به جمشید تعیین نماید و در برابر وکالت به محمود اجرت بدهد، محمود مکلف است در صورت فروش خانه به جمشید، پول خانه را از جمشید بگیرد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وکالت به فروش در برابر اجرت است.

۳- وکالت بالخصوص: طبق ماده ۱۵۹۹ ق. م: «وکالت به دعوی برای اثبات دین، عین و سائر حقوق که تصریح آن در وکیل گرفتن لازم است صحیح می باشد وکالت به دعوی در وثیقه رسمی درج می گردد». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- وکالت به دعوی برای اثبات دین صحیح است. دین در لغت به معنی قرض، قرض خواستن و قرض گرفتن است.^{۷۱۵} به حیث مثال، اگر احمد بر محمود صد لک افغانی دین داشته باشد و محمود منکر دین شود، احمد می تواند برای اثبات دین خویش در محکمه حمیده را به عنوان وکیل مدافع استخدام نماید.

- وکالت به دعوی برای اثبات عین صحیح است. عین در لغت به معنی ذات و نفس است.^{۷۱۶} طبق ماده ۱۵۹ مجله الاحکام: «عین عبارت است از شی معین و مشخص از قبیل: خانه، اسب، چوکی، جوال گندم، جوال دراهم که در حال حضور از جمله اعیان محسوب می گردند». به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به کرایه بدهد و سپس محمود منکر شود که خانه از احمد است، احمد می تواند برای اثبات این که خانه از او است حمیده را به عنوان وکیل مدافع خویش استخدام نماید.

- وکالت به دعوی در وثیقه رسمی درج می گردد. وثیقه مؤنث وثیق است که در لغت به عهدنامه، گروبی، تأمین، سند و مدرک است که جمع آن وثایق است.^{۷۱۷} به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده از وثیقه رسمی سند وکالت یا وکالت خط است. طبق رویه عملی برای ترتیب وکالت خط نخست مؤکل و وکیل روی عقد وکالت توافق می نمایند. سپس، هر دو در محکمه وثایق مربوطه عریضه می نمایند. سپس، اقامت عارض در ناحیه مربوطه توسط وکیل گذر تصدیق می گردد. بر حال بودن وکیل گذر توسط ناحیه مربوط تصدیق می گردد. سپس، وکیل و عارض به محکمه وثایق با دو شاهد حضور می یابند و محکمه وثایق وکالت خط را ترتیب می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز وکالت به دعوی است.

وکالت بالخصوص یا وکالت بالدعوی آن است که موکل وکیل را برای پیشبرد قضیه متنازع فیه که به حیث مدعی یا مدعی علیه در برابرش مواجه می باشد وکالت دهد. براساس فقه وکیل گرفتن برای اقامه دعوی در اثبات دین، ملکیت اعیان و سایر حقوق مربوط به حق العبد خواه مؤکل مدعی و یا مدعی علیه باشد، مرد باشد و یا زن، خواه طرف دعوی راضی باشد و یا نباشد، جواز دارد. زیرا، اقامه دعوی حق مؤکل است. پس، مؤکل می تواند خود آن را اجراء نماید و یا جهت اجرای آن دیگری را وکیل بگیرد.^{۷۱۸} ماده

۷۱۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۹۰.

۷۱۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۱۵.

717. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 19/8/2016).

۷۱۸. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۳۳۷.

۱۵۱۶ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «هر یک از مدعی و مدعی علیه هر شخصی را که خواسته باشند می توانند وکیل تعیین نمایند، رضای جانب مقابل در این زمینه شرط نیست.» در مورد مشروعیت و جواز وکالت به خصوصت ق. م نیز از فقه پیروی نموده است. بر وکالت بر خصوصت طبق فقه و ق. م با توجه به نوع عمل موضوع وکالت به خصوصت آثار معین مرتب می گردد:

- **اقرار وکیل به نیابت از مؤکل:** طبق ماده ۱۶۰۱ ق. م: «اقرار وکیل به دعوی در حالی که صلاحیت اقرار به وی از طرف مؤکل تفویض شده باشد نزد محکمه صحیح پنداشته می شود مگر این که مؤکل مطابق احکام قانون اصول محاکمات مدنی از آن منع شده باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که اقرار وکیل به دعوی در حالی که صلاحیت اقرار به وی از طرف مؤکل تفویض شده باشد نزد محکمه صحیح پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی ده لک افغانی قرض را اقامه نماید و محمود برای این دعوی حمیده را به عنوان وکیل مدافع استخدام نماید و به حمیده بگوید به نمایندگی از من در مورد قرض محمود اقرار کن و حمیده اقرار نماید، اقرار حمیده صحیح است. استثنای این اصل این است که مؤکل وکیل را از اقرار منع نموده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود حمیده را بگوید که در مورد ادعای احمد اقرار نکنی، حمیده صلاحیت اقرار را ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم صحت اقرار به دعوی توسط وکیل و استثنای آن است.

- طبق ماده ۱۶۰۲ ق. م: «هرگاه مؤکل وکیل را از اقرار علیه خود منع نموده باشد وکیل به اقرار علیه مؤکل عزل می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه مؤکل وکیل را از اقرار علیه خود منع نموده باشد وکیل به اقرار علیه مؤکل عزل می گردد. عزل در لغت به معنی بیکار کردن، برکنار کردن، از کار بازداشتن، اخراج و انفصال است.^{۷۱۹}

به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی ده لک افغانی قرض را اقامه نماید و محمود برای این دعوی حمیده را به عنوان وکیل مدافع استخدام نماید و به حمیده بگوید به نمایندگی از من در مورد قرض محمود اقرار نکن و حمیده اقرار نماید، حمیده از وکالت محمود عزل می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مؤکل است.

- **صلاحیت قبض:** طبق ماده ۱۶۰۲ ق. م: «وکالت به دعوی مستلزم وکالت به قبض نمی باشد مگر آن که در عقد وکالت تصریح شده باشد وکالت به قبض مستلزم وکالت به دعوی نیست.» از نص این ماده قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. قاعده این است که وکالت به دعوی مستلزم وکالت به قبض نیست. قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است.^{۷۲۰} به حیث مثال، کسی که به وکالت به خصوصت تعیین شده است، برای قبض مالی که در مورد آن قاضی قضاوت نموده است، وکیل نیست. زیرا، ممکن است شخصی برای اقامه دعوی دارای کفایت و صلاحیت باشد، اما برای دریافت و قبض مال امین نباشد. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود ادعا نماید که موتری که نزد محمود است مال من است و برای اثبات این ادعای خویش حمیده را وکیل بگیرد و حمیده دعوی را ببرد، حمیده نمی تواند موترا بعد از تنفیذ حکم محکمه از محمود بگیرد. زیرا، وکالت حمیده دربرگیرنده قبض مدعی بها نیست.

- استثنای این اصل این است که در عقد وکالت تصریح شده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد به حمیده وکالت داده باشد که هم دعوی را علیه محمود اقامه نما و هم در صورت برنده شدن موترا را بگیر، وکالت حمیده هم وکالت به دعوی و هم وکالت به قبض مدعی بها است.

- وکالت به قبض مستلزم وکالت به دعوی نیست. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید صد پایه یخچال من را که نزد جمشید است از جمشید بگیر و جمشید یخچال ها را تسلیم محمود نماید، محمود نمی تواند علیه جمشید اقامه دعوی نماید. زیرا، وکالت محمود در این فرض وکالت به گرفتن شی محل عقد است نه وکالت به دعوی و وکالت به قبض در برگیرنده وکالت به دعوی نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم قبض شی محل دعوی و وکالت به دعوی و وکالت به قبض است. طبق ماده ۱۵۱۹ مجله الاحکام: «وکالت به خصوصت مستلزم وکالت به قبض نیست. بنابراین، وکیل به دعوی تا

وقتی که وکیل به قبض نباشد، صلاحیت قبض مال محکوم به را ندارد.^{۷۲۱} همچنین، طبق ماده ۱۵۲۰ مجلة الاحکام: «وکالت به قبض مستلزم وکالت به خصومت شده نمی تواند.»

- صلاحیت انتقال عین مستأجره به مؤجر و قبض اجرت: طبق ماده ۱۶۰۳ ق. م: «وکیل به اجاره حق مخاصمت در اثبات اجاره و قبض اجرت را به اجازه مؤکل خود داشته و مکلف است عین چیزی را که به اجاره داده می شود، به اجاره گیرنده تسلیم نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: وکیل به اجاره حق مخاصمت در اثبات اجاره را به اجازه مؤکل دارد. تعریف اجاره در مبحث اجاره گذشت. خصومت از ریشه خصم گرفته شده است که در لغت به معنی دشمنی است. در اصطلاح حقوق مدنی، خصومت عبارت است از ادعای که از یکطرف در مورد حقی صورت می گیرد.^{۷۲۱} به حیث مثال، اگر حمیده احمد را به عنوان وکیل خویش تعیین نماید تا احمد خانه حمیده را به محمود به اجاره بدهد، احمد صلاحیت مخاصمت در خصوص عین مستأجره را دارد. به عنوان نمونه، اگر در مثال بالا محمود منکر این که خانه حمیده را به اجاره گرفته است گردد، احمد می تواند برای اثبات این که خانه از حمیده است در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید.

دوم این که: وکیل به اجاره حق قبض اجرت را به اجازه مؤکل دارد. به حیث مثال، اگر حمیده احمد را به عنوان وکیل خویش تعیین نماید تا احمد خانه حمیده را به محمود به اجاره بدهد، احمد صلاحیت اخذ و گرفتن اجوره خانه را از محمود دارد. سوم این که: وکیل به اجاره مکلف است عین مستأجره به اجاره گیرنده تسلیم نماید. به حیث مثال، اگر حمیده احمد را به عنوان وکیل خویش تعیین نماید تا احمد خانه حمیده را به محمود به اجاره بدهد، احمد صلاحیت تسلیم ن و گرفتن اجوره خانه را از محمود دارد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت های وکیل در وکالت به اجاره است.

- بخشش و ابراء مدعی به: طبق ماده ۱۶۰۵ ق. م: «وکیل به دعوی نمی تواند مدعی به را به مدعی علیه بخشش و یا از آن ابراء نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

اول این که: وکیل به دعوی نمی تواند مدعی به را به مدعی علیه بخشش نماید. در مفهوم عام مدعی بها حقی است که موضوع یا محل دعوی است. مدعی علیه در لغت به معنی کسی است که چیزی را از او طلب کنند.^{۷۲۲} به حیث مثال، اگر احمد ادعا نماید که موتر که تحت ید محمود است از احمد است، احمد مدعی، محمود مدعی علیه و ملکیت موتر مدعی بها است. اگر احمد حمیده را به عنوان وکیل دعوی خویش در خصوص اقامه دعوی در مورد موتر به وکالت بگیرد، حمیده نمی تواند موتر را به محمود بخشش نماید.

دوم این که: وکیل به دعوی نمی تواند مدعی به را به مدعی علیه ابراء نماید. ابراء در لغت از ریشه «بری» به معنای تنزیه، تخلیص، بیزار کردن، بهبود بخشیدن، شفا بخشیدن و رهایی از دین و إسقاط حقی ثابت در ذمه است. در حقوق به إسقاط حق خود، که بر ذمه دیگری باشد، ابراء گویند.^{۷۲۳} به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی نماید که محمود صد لک افغانی قرضدار احمد است و احمد حمیده را وکیل دعوی خویش بگیرد، حمیده نمی تواند از دینی که احمد بر محمود دارد، محمود را ابراء دهد. صد لک افغانی در این مثال مدعی به است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم هبه و ابرای مدعی به است.

- صلح وکیل دعوی: طبق ماده ۱۶۰۰ ق. م: «وکیل به دعوی صلاحیت صلح وکیل به صلح خصومت را بدون اجازه خاص مؤکل ندارد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده وکیل به دعوی صلاحیت صلح وکیل به صلح خصومت را بدون اجازه خاص مؤکل ندارد. تعریف صلح در مبحث صلح و تعریف خصومت در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد علیه محمود دعوی نماید که محمود صد لک افغانی قرضدار احمد است و احمد حمیده را وکیل دعوی خویش بگیرد، حمیده نمی تواند در خصوص دین احمد با محمود صلح نماید. زیرا، حمیده صلاحیت وکیل به صلح را ندارد. اما، اگر احمد به حمیده اجازه دهد حمیده می تواند با محمود در خصوص دین احمد صلح نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم صلح توسط وکیل دعوی است.

۷۲۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۸۹۹.

۷۲۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۶۹.

۷۲۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۶۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۰.

گفتار هفتم) آثار وکالت به صورت عام

طبق ق. م وکیل و مؤکل تابع قواعد مربوط به نیابت اند زیرا وکالت نوعی نیابت قراردادی است. ماده ۱۵۷۴ ق. م در این باره حکم می نماید که: «احکام نیابت پیشبینی شده در این قانون بر علایق وکیل و مؤکل یا شخص ثالثی که با وکیل معامله می نماید تطبیق می گردد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به احکام نیابت است که تفصیل آن در مبحث نیابت در جلد اول این دور از حقوق و جایب گذشت. طبق نص این ماده احکام نیابت پیشبینی شده در این قانون بر علایق وکیل و مؤکل یا شخص ثالثی که با وکیل معامله می نماید تطبیق می گردد. نیابت در لغت به معنی جانشین شدن، به جای کسی امری را انجام دادن، جانشینی و قایم مقامی است. کسی که به نمایندگی از دیگری نیابت می کند نایب و کسی که به نمایندگی از او نیابت صورت می پذیرد منوب عنه نامیده می شود. نیابت در اصطلاح فقهی انجام دادن تصرفی به نیابت از دیگری است.^{۷۲۴} به حیث مثال، اگر احمد برای خرید کالا، اقامه دعوی، صلح، فروش کالا و نظیر اینها محمود را وکیل بگیرد، محمود نایب احمد است و از احمد نیابت می نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تطبیق قواعد نیابت بر وکالت است. زیرا، وکالت نوعی نیابت اختیاری است. علاوه بر این، قانونگذار مدنی در ق. م احکام خاص وکالت را نیز پیش بینی نموده است. طبق ق. م در صورتی که وکالت به صورت صحیح باشد، موجب یک سلسله آثار نسبت به وکیل و مؤکل می گردد. بنابراین، اول حقوق و تکالیف وکیل و سپس آثار وکالت نسبت به مؤکل را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

(۱) آثار وکالت نسبت به وکیل: طبق ق. م و قانون وکلای مدافع عقد وکالت و اخذ جواز وکالت موجب ایجاد یکسلسله حقوق و تکالیف معین نسبت به وکیل می گردد. بنابراین، اول تکالیف وکیل و سپس حقوق او را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

۱- حقوق وکیل: طبق ق. م عقد وکالت موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

- **حق دفاع، اشتراک در مراحل کشف، تحقیق و محاکمه:** طبق ماده ۱۰ قانون وکلای مدافع: «شخصی که جواز وکالت دفاع را اخذ می نماید، دارای حقوق ذیل می باشد: ۱- دفاع از حقوق مؤکل در قضایای حقوقی، جزایی به پیشگاه محکمه و سایر مراجع مطابق احکام این قانون؛ ۲- اشتراک در تمام مراحل کشف، تحقیق و محاکمه و ارائه جواب به نیابت از مؤکل؛ ۳- اطلاع از جریان کشف، تحقیق و محاکمه مؤکل و نتایج آن؛ ۴- مطالعه اوراق دعوای جزایی و حقوقی مربوط مؤکل؛ ۵- ملاقات و مفاهمه، مراسلات و مخابرات با مؤکل تحت نظارت، توقیف یا حبس در محیط مصوون و محرمانه؛ ۶- ارائه مشوره های حقوقی به اشخاص حقیقی و حکمی.»

- **اخذ اجرت در صورتی که وکالت در برابر اجرت باشد:** چنانچه گفته شد، وکالت بر حسب دریافت و عدم دریافت اجرت بر دو نوع است: وکالت مجانی و کالت مأجور. طبق ماده ۱۲۷۰ ق. م: «هرگاه وکالت به اجرت باشد وکیل به اجرای عمل مستحق اجرت معینه می گردد و اگر اجرت شرط نشده باشد وکیل از جمله اشخاصی باشد که به اجرت اجرای وظیفه می نماید، مستحق اجرت مثل و در غیر آن متبرع شناخته می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- هرگاه وکالت به اجرت باشد وکیل به اجرای عمل مستحق اجرت معینه می گردد. به حیث مثال، اگر حمیده برای تفریق به سبب غیابت زوج، مرضیه را وکیل مدافع خویش در برابر اجرت تعیین نماید، مرضیه مستحق اجرت شناخته می شود.

- اگر اجرت شرط نشده باشد وکیل از جمله اشخاصی باشد که به اجرت اجرای وظیفه می نماید، مستحق اجرت مثل می گردد. اجرت مثل اجرتی است که مطابق نرخ بازار به وکیل پرداخته می شود. به حیث مثال، اگر حمیده برای تفریق به سبب مفقودیت زوج، مرضیه را وکیل مدافع خویش تعیین نماید، اما در خصوص اجرت مرضیه و حمیده سکوت اختیار نمایند و مرضیه دارالوکاله داشته باشد و در برابر اجرت کار وکالت را انجام دهد، مرضیه مستحق اجرت مثل شناخته می شود.

- اگر اجرت شرط نشده باشد وکیل از جمله اشخاصی باشد که بدون اجرت اجرای وظیفه می نماید، متبرع شناخته می شود. به حیث مثال، اگر مرضیه در یکی از سازمان های غیرحکومتی به عنوان وکیل مدافع ایفای وظیفه نماید و معاش مرضیه توسط سازمان غیردولتی پرداخته شود و مرضیه قضیه تفریق به سبب غیابت حمیده را در محکمه پیش ببرد، مرضیه متبرع شناخته شده و

۷۲۴. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۸۱۷؛ و _____ (۱۴۰۴ ه ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۵.

Al Jibaly, Muhammad Mustafa (2007). Our precious sprouts, Beirut, Lebanon: Al- Kitab & As sunnah Publishing.

مستحق اجرت نمی گردد. متبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشنده است.^{۷۲۰} در اصطلاح حقوق مدنی، شخصی که عمل تبرع را انجام می دهد متبرع نامیده می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالات وکالت مأجور و غیرمأجور است.

طبق فقه وکالت مأجور وکالتی است که وکیل در قبال انجام وظیفه وکالت چیزی و یا مبلغی را به عنوان دستمزد و اجرت می پذیرد. مطابق حکم ماده ۱۲۶۷ مجله الاحکام: «هرگاه اجرت در وکالت شرط گذاشته شده باشد، وکالت انجام باید وکیل مستحق اجرت شده می تواند و اگر شرط نکرده بود وکیل از اشخاصی نبود که به عوض اجرت انجام خدمت نماید وکیل متبرع بوده اجرت وکالت را مطالبه کرده نمی تواند». طبق ماده ۱۰ فقره هفتم قانون وکلای مدافع: «شخصی که جواز وکالت دفاع را اخذ می نماید، دارای حقوق ذیل می باشد: - اخذ حق الزحمه از مؤکل در بدل انجام خدمات و مشوره های حقوقی مطابق طرز العمل داخلی انجمن وکلای مدافع و توافق جانبین».

همچنین، ماده ۲۲ ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع در این مورد تصریح می نماید که: «(۱) وکالت از مؤکل براساس موافقتنامه کتبی و در بدل پرداخت حق الزحمه معین در قرارداد صورت می گیرد: (۲) حق الزحمه وکیل مدافع مطابق رهنمود و مقررات انجمن تعیین و پرداخت می شود؛ و (۳) اندازه حق الزحمه وکیل مدافع مشخص و عادلانه می باشد.».

از نصوص این مواد به خوبی استنباط می گردد که مزد وکیل مطابق عقد به او توسط مؤکل مطابق طرز العمل داخلی انجمن پرداخت می شود. اما، در این مورد تا به حال کدام طرز العمل و یا مقرره توسط انجمن وضع و تصویب نگردیده است. اما، وکیل مدافع نمی تواند چیزی دیگری به جز اجرت از مؤکل اخذ نماید. ماده ۶ ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع در این مورد تصریح می نماید که: «(۱) وکیل مدافع نمی تواند پول، تحفه، جنس یا مال دیگری را به استثنای حق الزحمه قانونی برای خود یا شخص دیگر مطالبه نماید؛ (۲) وکیل مدافع نمی تواند به منظور اجرا، امتناع و یا توقف اجرای وظیفه پول، تحفه، جنس یا مال دیگری را به استثنای حق الزحمه قانونی از مؤکل برای خود و یا شخصی دیگری مطالبه نماید؛ و (۳) وکیل مدافع نمی تواند به منظور ترغیب و تشویق وکیل مدافع، قاضی یا مقام دیگری پول، تحفه، جنس یا مال دیگری را جهت اجرا، امتناع یا توقف اجرای وظیفه که به وی محول گردیده، بدهد یا پیشنهاد نماید.».

- **حق مصوونیت:** طبق ماده ۲ اساسنامه انجمن مستقل وکلای مدافع: «وکیل مدافع مکلف است حین انجام خدمات حقوقی و مشوره، معیارهای مندرج قانون وکلای مدافع را در اعمال و کردار خود رعایت نماید». به این منظور، قانون وکلای مدافع تعرض بر وکیل و دفتر او را منع قرار داده است. بنابراین، هیچ شخص به شمول دولت نمی تواند در امور مربوط به وکالت وکیل مداخله نماید. ماده ۱۱ قانون وکلای مدافع در این مورد تصریح می نماید که: «وکیل مدافع و دفتر او از تعرض مصوون بوده، هیچ شخص به شمول دولت نمی تواند در امور آن مداخله یا مانع انجام وظیفه او گردد، مگر به حکم قانون.».

- **ایجاد دفتر وکالت دفاع:** طبق قانون وکلای مدافع، وکیل مدافع می تواند بعد از اخذ جواز دفتر وکالت دفاع ایجاد نماید. ماده ۱۰ فقره ۸ قانون وکلای مدافع در این مورد تصریح می نماید که: «شخصی که جواز وکالت دفاع را اخذ می نماید، دارای حقوق ذیل می باشد: ۸- ایجاد دفتر وکالت دفاع». در ایجاد دارالوکاله وکیل مکلف است شرایط معین را رعایت نماید. در مورد این شرایط ماده ۱۲ قانون وکلای مدافع تصریح می نماید که: «وکیل مدافع مکلف است به منظور پیشبرد شغل وکالت دفاع دفتر معین را ایجاد و مراتب ذیل را رعایت نماید: ۱- ارایه آدرس دارالوکاله به وزارت عدلیه و انجمن مستقل وکلای مدافع؛ ۲- ترتیب دفتر ثبت اسناد اداری؛ ۳- ترتیب دفتر ثبت اسناد مؤکلین؛ ۲- ثبت عواید در دفتر معین؛ و ۵- ثبت مراسلات و پیام های وارده». ماده ۲۶ قانون وکلای مدافع در مورد کیفیت ایجاد دفتر اضافه می نماید که: «وکیل مدافع مکلف است دفاتر و اوراق مورد ضرورت امور وکالت را مطابق نمونه که از طرف انجمن مستقل وکلای مدافع تجویز می گردد، ترتیب نماید.».

۵- **تبلیغ خدمات حقوقی:** وکیل مدافع می تواند در مورد خدمات حقوقی خویش که به مؤکل ارایه نموده است و نیز راجع به دفتر حقوقی خود از طریق نشرات انجمن تبلیغات نماید. ماده ۳۸ فقره اول اساسنامه انجمن مستقل وکلای مدافع در این مورد اشعار می دارد که: «(۱) وکیل مدافع می تواند خدمات حقوقی خود را تبلیغ و معلوماتی را در زمینه مطابق احکام اسناد تقنینی و

مقررات داخلی انجمن نشر نماید. اما، در تبلیغات وکیل باید دو شرط را رعایت نماید: اول اینکه تبلیغات نباید دروغ و غیر معقول باشد و دوم اینکه این تبلیغات نباید به نحوی باشد که شهرت و حرمت وکیل مدافع دیگر را صدمه بزند. ماده ۳۸ فقره دوم اساسنامه انجمن مستقل وکلای مدافع در این مورد حکم می نماید که: «(۲) تبلیغات، معلومات و مکاتبات نمی تواند غیر معقول، گمراه کننده، فریبنده و ناقض قانون باشد». همچنین، ماده ۳۲ م اساسنامه انجمن مستقل وکلای مدافع در این مورد اشعار می دارد که: «وکیل مدافع نمی تواند طوری از تبلیغات و ارتباطات استفاده نماید که به عزت و حرمت وکیل مدافع دیگر، به صورت فردی و یا دسته جمعی ملطمه وارد گردد.»

- مطالبه تعیین وصی و قیم برای مؤکل ناقص و فاقد اهلیت: طبق ماده ۲۰ شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع، وکیل مدافع می تواند از محکمه ذیصلاح تعیین وصی و قیم که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح قانون مدنی گذشت، جهت اداره اموال مؤکلین ناقص و فاقد اهلیت خویش که تفصیل آن نیز گذشت مطالبه نماید. ماده مزبور در این مورد تصریح می نماید که: «وکیل مدافع می تواند برای موکلین خویش که فاقد یا ناقص اهلیت حقوقی باشند خواستار تعیین وصی یا قیم گردد.»

۲- تکالیف وکیل مدافع: طبق ق. م، قانون وکلای مدافع و ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع وکیل مدافع بعد از اخذ جواز دو نوع تکالیف پیدا می نماید: نوع اول تکالیف مربوط به پیشبرد وظیفه وکالت و نوع دوم تکالیف در برابر مؤکل که هر یک را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

- تکالیف مربوط به پیشبرد وظیفه وکالت: طبق قانون وکلای مدافع، اساسنامه انجمن مستقل وکلای مدافع و ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع، جهت اجرای وظایف مربوط به وکالت وکیل مدافع مکلف به اجرای تکالیف ذیل است:

ادای سوگند: طبق ق. م وکلای مدافع بعد از اخذ جواز وکیل مکلف است سوگند اداء نماید. در مورد کیفیت سوگند ماده ۱۶ قانون وکلای مدافع تصریح می نماید که: «وکیل مدافع مکلف است بعد از اخذ جوازنامه، سوگند ذیل را در حضور هیأت اجراییه انجمن مستقل وکلای مدافع اداء نماید: بسم الله الرحمن الرحمن الرحیم. به نام خداوند سوگند یاد می کنم که شغل وکالت دفاع را با امانت و صداقت اداء و اسرار آن را حفظ نمایم، احکام دین مقدس اسلام، قانون اساسی و تمام اسناد تقنینی نافذ دولت جمهوری اسلامی افغانستان را رعایت و احترام نموده و به مؤکل خویش خیانت نمی نمایم.»

داشتن لوحه و مهر مخصوص: بیان شد که وکیل مدافع بعد از اخذ جواز می تواند دارالوکالت ایجاد نماید. وکیل مکلف است بر دفتر خویش لوحه نصب نماید که در آن عنوان ثبت شده مندرج جواز نامه تحریر گردد. همچنین، وکیل مدافع مکلف به داشتن مهر مخصوص است. ماده ۱۵ قانون وکلای مدافع در مورد این تکالیف تصریح می نماید که: «(۱) دفتر وکالت دفاع دارای لوحه می باشد که در آن عنوان ثبت شده مندرج جواز نامه تحریر می گردد؛ و (۲) دفتر وکالت دفاع دارای مهر مخصوص بوده که بعد از تأیید انجمن وکلای مدافع به مصرف صاحب امتیاز تهیه می گردد.»

پوشیدن لباس مخصوص وکالت دفاع: طبق ماده ۲۰ قانون وکلای مدافع: «وکیل مدافع در جلسه قضایی مکلف به پوشیدن لباس مخصوص است که نمونه آن از طرف انجمن وکلای مدافع تجویز می گردد.»

عدم ادای شهادت در قضیه ای که از آن دفاع می نماید: ماده ۱۲ ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع در این مورد تصریح می نماید که: «وکیل مدافع نمی تواند در قضیه ای که از آن دفاع می نماید به حیث شاهد، شهادت ادا یا مشوره ارایه نماید.»

سایر تکالیف: ماده ۱۳ قانون وکلای مدافع در مورد سایر تکالیف وکیل تصریح می نماید که: «وکیل مدافع دارای وجایب ذیل می باشد: ۱- حفظ اسرار مؤکل؛ ۲- اجرای امور وکالت با صداقت و ایمان داری و احترام به حیثیت اشخاص؛ ۳- رعایت نظم محاکم و سایر ادارات؛ ۴- اشتراک در جلسات قضایی؛ ۵- خودداری از نوع مساعدت حقوقی به جانب مقابل؛ ۶- حفظ اوراق و اسناد مؤکل و استرداد آن بعد از حل مطلب؛ ۷- دادن سند کتبی در برابر اخذ و استرداد اسناد و اوراق؛ ۸- خودداری از تبلیغات سوء بر علیه سایر وکلاء؛ ۹- جلوگیری از اعمالی که سبب معطل شدن بی موجب حکم محکمه و جریان تحقیق گردد؛ ۱۰- اجتناب از عاریت دادن نام و عنوان دارالوکاله به سایر اشخاص؛ ۱۱- اطلاع به مراجع ذیربط در مورد تغییر آدرس دارالوکاله؛ ۱۲- تجدید جواز؛ ۱۳-

پرداخت مالیات بر عایدات طبق احکام قانون؛ ۱۲- اطلاع دهی از عایدات سالیانه به انجمن وکلای مدافع؛ ۱۵- حداقل دفاع از سه قضیه جنایی طور رایگان در یک سال به تأیید وزارت عدلیه؛ ۱۶- رعایت قواعد سلوک مندرج اساسنامه انجمن وکلای مدافع؛ ۱۷- انجام سایر وظایف طبق اساسنامه انجمن وکلای مدافع».

برخی این تکالیف جنبه های اخلاقی دارد و در ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع نیز پیش بینی شده است. به عنوان مثال، ماده ۲ ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع در مورد رعایت صداقت و انصاف در برابر ادارات و سایر وکلای مدافع تصریح می نماید که: «وکیل مدافع مکلف به رعایت معیارهای صداقت، درستی و انصاف در برابر ادارات و همکاران بوده از گفتار نادرست و کذب که ذهن مراجع ذیربط را معشوش سازد خود داری نماید».

همچنین، وکیل مدافع مکلف است با مؤکل خویش بدون تبعیض رفتار نماید. ماده ۹ ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع در این مورد حکم می نماید که: «وکیل مدافع مکلف است با موکلین خود بدون نظر داشت تبعیضات و تعصبات نژاد، قوم، ملیت، دین، عقیده سیاسی، جنسیت، مالکیت و وضعیت اقتصادی برخورد مساوی و بدون تبعیض نماید».

همچنین، ماده ۱۱ ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع در مورد حفظ اسرار توسط وکیل مدافع تصریح می نماید که: «(۱) وکیل مدافع مکلف به حفظ اسرار وظیفوی و انجام وظایف مسلکی و رعایت اخلاق مسلکی می باشد؛ و (۲) وکیل مدافع مکلف به حفظ اسرار همکاران، کارمندان و افرادی می باشد که در ارایه خدمات حقوقی ارتباط دارند».

همچنین، ماده ۱۸ ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع در مورد انجام وظیفه با حسن نیت تصریح می نماید که: «وکیل مدافع مکلف است وظایف خود را به صورت درست و به موقع انجام داده و قضایای را که قادر به انجام آن نمی باشد، نپذیرد». همچنین، ماده ۲۵ ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع در مورد حفظ عزت و حرمت مسلک وکالت دفاع تصریح می نماید: «وکیل مدافع در اجرای تمام امور دفاع و ارایه مشوره حقوقی مکلف به حفظ عزت و حرمت مسلک خود می باشد».

- تکالیف وکیل در برابر مؤکل: طبق ق. م وکیل در برابر مؤکل دارای تکالیف ذیل است:

تنفیذ عمل موضوع وکالت: طبق ماده ۱۵۶۳ ق. م: «وکیل نمی تواند از حدود تعیین شده وکالت تجاوز نماید، مگر اینکه رجوع وی به مؤکل ناممکن بوده و احوال و ظروف طوری باشد که به گمان اغلب موافقه مؤکل را در صورت ابلاغ وانمود بسازد در این صورت وکیل مکلف است تجاوز خود را از حدود وکالت بدون تأخیر به مؤکل ابلاغ نماید». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: در وکالت مطلق بر وکیل لازم است تا در تنفیذ عمل موضوع وکالت از حدود صلاحیت تجاوز ننماید. به عنوان مثال، اگر موضوع وکالت خرید خانه، زمین، باغ، موتر و امثال اینها بوده باشد، وکیل مکلف است به نحوی که مؤکل در عقد وکالت تصریح نموده است، آن را به فروش رساند. پس، اگر مؤکل به وکیل گفته باشد، تا آن را به بیع نقد به قیمت معین به شخص یا اشخاص معین بفروشد، وکیل نمی تواند آن را به بیع نسبه به غیر از شخص یا اشخاصی که مؤکل تعیین نموده است، به فروش رساند.

دوم این که: در صورتی که ظروف و حالات طوری باشد که وکیل گمان غالب داشته باشد که در صورت ابلاغ می تواند موافقه وکیل را اخذ نماید، می تواند از حدود صلاحیت تجاوز نماید. تجاوز در لغت به معنی ظلم، از حد گذشتن، تعدی و حد شکنی است.^{۷۳۶} به عنوان مثال، اگر شخص شخصی دیگری را جهت فروش زمین زراعتی خویش وکیل تعیین نماید و خریدار بگوید: مواشی و آلات زراعتی ای که نیز با زمین است را می خواهد خریداری نماید و زمین زراعتی را به تنهایی خریداری نمی نماید. در چنین حالتی برای وکیل ثابت است که مؤکل (صاحب زمین) در صورت فروش زمین زراعتی دیگر به آلات زراعتی و مواشی ضرورت ندارد. در صورت تجاوز از صلاحیت تحقق دو شرط ضروری است: اول اینکه رجوع وکیل بر مؤکل ناممکن باشد، مثلاً: وکیل خارج از مملکت

باشد و نیز وکیل نتواند با وی تماس برقرار نماید و دوم اینکه وکیل بدون تأخیر به مؤکل اطلاع دهد. به حیث مثال، در مثال بالا، وکیل بدون تأخیر و تعویق به مؤکل اطلاع دهد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مصلحت مؤکل است.

توجه در تنفیذ موضوع وکالت مانند امور شخصی خویش در صورتی که وکالت بدون اجرت باشد: طبق ماده ۱۵۶۴ ق. م: «هرگاه وکالت بدون اجرت باشد، وکیل مکلف است در تنفیذ وکالت چنان توجه نماید که در امور شخصی خود می‌نماید و به هیچ وجه بیشتر از توجه شخص عادی، مکلف نمی‌باشد». قانونگذار مدنی در این ماده وکالت مجانی را تعریف نکرده است بلکه اثر آن نسبت به وکیل پیش‌بینی کرده است. وکالت مجانی وکالتی است که برای وکیل در انجام موضوع وکالت حق الزحمه تعیین نشده و او این وظیفه را مجانی اجرا نماید. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید برای من موتور خریداری نمایید و هیچ اجرتی برای محمود تعیین ننماید، این وکالت مجانی است. همچنین، اگر حمیده احمد را برای انعقاد عقد ازدواج خویش وکیل تعیین نماید، وکالت احمد مجانی است. در وکالت مجانی وکیل مکلف است در تنفیذ وکالت چنان توجه نماید که در امور شخصی خود می‌نماید و به هیچ وجه بیشتر از توجه شخص عادی، مکلف نمی‌باشد.

به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان وکیل تعیین نماید تا محمود برای احمد موتور خریداری نماید، محمود مکلف است در خرید موتور چنان توجه نماید که برای خرید موتور برای خودش توجه می‌نماید. دلیل این قاعده این است که اگر وکیل در وکالت مجانی در اجرای موضوع وکالت مانند امور شخصی توجه نماید و از افراط و تفریط پرهیز و اجتناب نماید، مصالح مؤکل متحقق می‌شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش‌بینی حکم وکالت مجانی و مورد حمایت قرار دادن مصالح مؤکل است.

تعدد وکلاء: طبق ماده ۱۵۶۸ ق. م: «هرگاه به عقد واحد وکلای متعدد تعیین و به اجراءات انفرادی اجازه داده نشده باشند، مکلف اند به صورت دسته جمعی به اجرای عمل بپردازند، مگر این که اجرای عمل مانند تادیبه دین و امثال آن به تبادل رأی احتیاج نداشته یا اجتماع در آن مانند دعوا ممکن نباشد». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می‌گردد. اصل این است که هرگاه به عقد واحد وکلای متعدد تعیین و به اجراءات انفرادی اجازه داده نشده باشند، مکلف اند به صورت دسته جمعی به اجرای عمل بپردازند. به حیث مثال، اگر احمد خانه محمود را خریداری نماید و سپس احمد با رهنمای معاملات که در آن چند شخص کار می‌نماید عقد ببندد تا این اشخاص قبالة قانونی خانه را در محکمه وثایق، شهرداری کابل و وزارت مالیه طی مراحل نماید، اشخاصی که در رهنمای معاملات کار می‌نمایند، مکلف اند به صورت دسته جمعی قبالة قانونی خانه احمد را طی مراحل نمایند. استثنای این قاعده تأدیبه دین و دعوی است. به حیث مثال، اگر احمد، حمیده و مرضیه را وکیل خویش تعیین نماید تا حمیده و مرضیه دین احمد را به محمود پرداخت نماید، هر یک از حمیده و مرضیه می‌تواند دین را به محمود پرداخت نماید. همچنین، اگر احمد، حمیده و مرضیه را وکیل مدافع خویش تعیین نماید، هر یک از حمیده و مرضیه می‌تواند به تنهایی دعوی احمد را در محکمه ذیصلاح اقامه نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش‌بینی حکم وکالت دسته جمعی و استثنای آن است. طبق ماده ۱۲۶۵ مجله الاحکام العدلیه: «هرگاه یک نفر برای انجام کاری دو نفر را وکیل تعیین نمود هیچ کدام به تنهایی در مورد وظیفه که به ایفای آن وکیل شده اند تصرف کرده نمی‌توانند، اما اگر برای رد و دیعت یا ایفای دین وکیل شده باشند هر یک می‌تواند که وکالت را به تنهایی انجام دهد، ولی در صورتی که شخص، یک نفر را برای به سر رساندن امور وکالت تعیین نموده باشد، بعداً کسی دیگری را نیز به وکالت مذکور موظف سازد، هر یکی از دو نفر که امور وکالت را ایفا نماید جواز دارد».

اتاسی برای توضیح ماده فوق مثال ذیل را چنین بیان نموده است: «اگر واهب دو نفر را برای تسلیم هبه برای موهوب له وکیل تعیین نمود، پس هر کدام از دو وکیل به تنهایی وکالت را اجرا نموده می‌توانند و اگر دو نفر از طرف موهوب له در قبض هبه از واهب وکیل شده باشند هیچ کدامی از دو وکیل به تنهایی عمل وکالت را اجرا نمی‌توانند. حالت اول مثل رد و دیعت بوده و صورت دوم مانند استرداد آن است».

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که نص ماده ۱۵۶۸ ق. م میان تعیین وکلای متعدد توسط عقد واحد و یا عقود متعدد تفکیک قایل شده است: اگر وکلای متعدد توسط عقد واحد تعیین شوند، این امر قرینه است دال بر اینکه مؤکل می‌خواهد وکلاء عمل نمایند مگر به صورت دسته جمعی. بنابراین، اگر وکلای متعدد جهت خرید و فروش، ایجار و استئجار، صلح، اداره کار

و ... تعیین شده باشند، لازم است تا به صورت دسته جمعی عمل نمایند. زیرا، مؤکل با تعیین وکلای متعدد توسط عقد واحد می خواهد وکلاء را ملزم به مشاوره و همکاری در تنفیذ عمل موضوع وکالت نماید. در چنین حالت، اگر یکی از وکلاء یا بعضی آنها بدون مشوره و همکاری سایر وکلاء عمل موضوع وکالت را انجام دهد، چنین تصرفی باطل است.

باوجوداین، اگر اجرای عمل موضوع وکالت به تبادل رأی و مشاوره وکلاء ضرورت نداشته باشد، هر یک از وکلاء می تواند به سبب منتفی شدن رأی و مشوره آن را به تنهایی انجام دهد، مانند اینکه: تصرف قبض دین معین یا وفای آن، یا ابراء از آن، قبول هبه معین، رد ودیعه، ایجار منزل معین با شروط متعارف و امثال اینها که در چنین حالات حاجت به اجتماع نیست باشد. اما، اگر وکلاء توسط عقود متعدد تعیین شده باشند، قرینه و فرض این است که هر یک از وکلاء می تواند به صورت منفرد عمل موضوع وکالت را انجام دهد. باوجوداین، این قرینه قابل اثبات عکس نیز است و مؤکل می تواند شرط گذارد که وکلای متعدد که توسط عقود متعدد تعیین نموده است، به صورت دسته جمعی عمل نمایند. در این حالت، اگر وکلاء به صورت منفرد عمل موضوع وکالت را انجام دهند، عمل باطل است.

مسئولیت تضامنی وکلای متعدد: طبق ماده ۱۵۶۷ ق. م: «وکلای متعدد به عقد واحد مسئولیت تضامنی دارند، مشروط بر اینکه وکالت قابل تجزیه نبوده یا ضرر عاید بر مؤکل نتیجه خطاء مشترک آنها باشد. تجاوز یکی از وکلای متضامن از حدود وکالت یا سوء اجراءات وی در تنفیذ آن، مسئولیت تضامنی را بار نمی آورد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: وکلای متعدد به عقد واحد مسئولیت تضامنی دارند. مسئولیت عبارت از پاسخگویی است در برابر دیگران به دلیل فعل یا ترک فعل. تضامنی اسم منسوب به تضامن از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی همدیگر را ضمانت کردن و ضامن همدیگر شدن است.^{۷۲۷} در اصطلاح حقوقی، مسئولیت تضامنی عبارت از مسئولیت چند فرد مبنی بر پاسخگویی در برابر یک فرد است. به حیث مثال، اگر احمد محمود و جمشید را وکیل خرید خانه و طی مراحل قانونی آن تعیین نماید، محمود و جمشید در برابر احمد مسئولیت تضامنی دارند. برای تحقق مسئولیت تضامنی محمود و جمشید در برابر احمد تحقق دو شرط لازم است:

یک: موضوع وکالت غیر قابل انقسام باشد. به حیث مثال، اگر احمد محمود و جمشید را برای خرید موتر وکیل تعیین نماید، موضوع وکالت غیر قابل تجزیه است. زیرا، محمود نمی تواند قسمتی از موتر و جمشید قسمتی دیگر آن را خریداری نماید. همچنین، اگر احمد محمود و جمشید را وکیل خرید خانه تعیین نماید، در این حالت محمود و جمشید نمی توانند به صورت منفرد عمل نمایند. در صورت غیر قابل انقسام بودن موضوع وکالت، وکیلان از تنفیذ موضوع وکالت در حدود مصرحه، تقدیم گزارش، تقدیم حساب در برابر مؤکل مسئولیت تضامنی دارند.

دو: ضرر عاید بر مؤکل نتیجه خطاء مشترک آنها باشد. خطا در لغت به معنی اشتباه و غلطی است. در اصطلاح فقهی به تصویری که شخص از روی پندار خویش برخلاف واقع از موضوعی به دست می آورد، اشتباه می گویند.^{۷۲۸} به حیث مثال، اگر احمد، محمود و جمشید را وکیل خویش جهت اداره مزرعه نماید و محمود و جمشید به صورت دسته جمعی مرتکب خطاء شوند، مثلاً: بذر غیر صالح را خریداری و در این زمینه توجه لازم را به خرج ندهند در برابر احمد مسئولیت تضامنی دارند.

دوم این که: تجاوز یکی از وکلای متضامن از حدود وکالت یا سوء اجراءات وی در تنفیذ آن، مسئولیت تضامنی را بار نمی آورد. تجاوز در لغت به معنی ظلم، از حد گذشتن، تعدی و حد شکنی است.^{۷۲۹} متضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی عهده دار و دو جانبه است.^{۷۳۰} به حیث مثال، اگر احمد، محمود و جمشید را وکیل فروش خانه تعیین نماید و محمود و جمشید منزل را به صورت دسته جمعی به فروش رسانند و مشتری به جمشید پول را تسلیم نماید و جمشید قبول نماید که مقداری آن را به صورت مؤجل دریافت نماید در حالی که احمد تعجیل پول را شرط گذاشته باشد، جمشید و محمود در برابر احمد مسئولیت تضامنی ندارند بلکه صرف جمشید که از حدود صلاحیت خویش تجاوز نموده است در برابر احمد مسئولیت انفرادی دارد.

۷۲۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۹۲.

۷۲۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۲۸۷.

(آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 729.

۷۳۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۰۰.

سوم این که: سوء اجراءات یکی از وکلای متضامن مسؤولیت تضامنی را بار نمی آورد. به حیث مثال، اگر احمد محمود و جمشید را وکیل خرید خانه تعیین نموده باشد و پس از خریدن خانه به محمود و جمشید بگوید مراحل قانونی نقل و انتقال خانه را طی نمایید اما جمشید در نقل و انتقال قانونی ملکیت خانه سوء اجراءات نماید، به حیث مثال، یک فیصد محصول شهرداری را نپردازد، محمود و جمشید در برابر احمد مسؤولیت تضامنی ندارند بلکه صرف جمشید در برابر احمد مسؤولیت انفرادی دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم مسؤولیت تضامنی وکلا در برابر مؤکل است.

نایب وکیل (تعیین نمودن وکیل دیگری را منحیث وکیل): در مورد تعیین وکیل دیگر توسط وکیل ق. م با پیروی از مجله الاحکام و ق. م. ج. م دو حالت را پیش بینی نموده است:

حالت اول) تعیین وکیل دیگری برای مؤکل توسط وکیل: طبق ماده ۱۵۶۹ ق. م: «(۱) وکیل نمی تواند بدون اذن مؤکل شخص دیگری را به حیث وکیل انتخاب نماید؛ و (۲) هرگاه اجرای عمل برای وکیل مفوض گردد، می تواند شخص دیگری را به اجازه مؤکل به حیث وکیل تعیین نماید. در این صورت وکیل دوم وکیل مؤکل شناخته شده به عزل وکیل اول یا وفات او عزل نمی گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- وکیل نمی تواند بدون اذن مؤکل شخص دیگری را به حیث وکیل انتخاب نماید. این حالت در قانون وکلای مدافع در موضوع مدنی و جزایی نیز پیش بینی شده است. اذن در لغت به معنی اجازه و رخصت دادن است. در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد اذن یا اجازه عبارت از موافقت کردن با کاری است که کسی شخصی قصد انجام آن را دارد.^{۷۳۱} دلیل این قاعده این است که معمولاً شخصیت و تخصص وکیل برای مؤکل مهم می باشد. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را وکیل دعوی طلاق زوجه ای خویش تعیین نماید، حمیده نمی تواند جمشید را وکیل طلاق زوجه احمد تعیین نماید. اما، اگر احمد اجازه دهد، حمیده می تواند جمشید را وکیل طلاق زوجه احمد تعیین نماید.

۲- هرگاه اجرای عمل برای وکیل مفوض گردد، می تواند شخص دیگری را به اجازه مؤکل به حیث وکیل تعیین نماید. مفوض در لغت به معنی واگذار شده است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید برای من یک عراده موتر خریداری کن، محمود می تواند به اجازه احمد جمشید را به عنوان وکیل خرید موتر برای احمد تعیین نماید. در این صورت وکیل دوم وکیل مؤکل شناخته شده به عزل وکیل اول یا وفات او عزل نمی گردد. عزل در لغت به معنی بیکار کردن، برکنار کردن، از کار بازداشتن، اخراج و انفسال است.^{۷۳۲} به حیث مثال، در مثال بالا، جمشید وکیل احمد تلقی می گردد. در صورتی که احمد محمود را از وکالت عزل نماید یا محمود وفات نماید، وکالت جمشید همچنان باقی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تعیین وکیل برای مؤکل توسط وکیل است.

همچنین، ماده ۱۷ قانون وکلای مدافع در این مورد تصریح می نماید که: «(۱) هرگاه وکیل مدافع بعد از عقد مقاوله با مؤکل بنابر عذر مؤجه قادر به ایفای تعهد خویش نگردد، می تواند به موافقه کتبی مؤکل، وکیل مدافع دیگر را به وی معرفی نماید؛ (۲) مؤکل می تواند در هر مرحله از کشف، تحقیق یا محاکمه وکیل مدافع خویش را عزل نماید؛ و (۳) در حالات مندرج فقرات ۱ و ۲ این ماده وکیل و مؤکل مکلف اند از موضوع به مراجع ذیربط اطلاع دهند.»

حالت دوم) تعیین وکیل دیگر توسط وکیل اولی برای مؤکل بدون اجازه مؤکل: طبق ماده ۱۵۷۱ فقره اول ق. م: «(۱) هرگاه وکیل بدون آنکه اجازه داده شده باشد شخص دیگری را در تنفیذ وکالت به نیابت از خود مؤظف نماید از عمل نایب مسؤول بوده چنان تلقی می شود که شخصاً آن را انجام داده باشد وکیل و نایب مسؤولیت تضامنی دارند؛ و (۲) اگر به وکیل اجازه گرفتن نایب بدون تعیین شخص معین داده شده باشد وکیل تنها در مورد خطا در انتخاب نایب یا خطا در رهنمایی مسؤول شناخته می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه وکیل دیگری را به حیث وکیل بدون اجازه مؤکل تعیین نماید، وکیل و نایب وکیل هر دو در برابر مؤکل مسؤولیت تضامنی دارند. نایب در لغت به معنی جانشین، نماینده و قایم مقام است. در اصطلاح حقوقی نایب شخصی است که از شخص دیگر نیابت می کند. مسؤول شخصی است که از او سؤال می شود. تعریف مسؤولیت تضامنی در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر

731. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 17/1/2016).

732. Ibid, (Last visit: 31/8/ 2016).

احمد محمود را وکیل خویش تعیین نماید تا محمود میوه های باغ احمد را اداره و سرپرستی نماید و محمود بدون اجازه احمد جمشید را وکیل تعیین نماید، محمود و جمشید در برابر احمد مسؤولیت تضامنی دارند و اداره میوه های باغ توسط جمشید شبیه این است که محمود آن ها را اداره و سرپرستی نموده است.

۲- اگر به وکیل اجازه گرفتن نایب بدون تعیین شخص معین داده شده باشد وکیل تنها در مورد خطا در انتخاب نایب یا خطا در رهنمایی مسؤول شناخته می شود. خطاء در لغت به معنی اشتباه است که تعریف آن در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان وکیل خویش جهت اداره و سرپرستی زمین خویش وکیل تعیین نماید و به او بگوید هر شخصی را که می خواهی وکیل تعیین کن و محمود جمشید را که فاقد تخصص در امور زمینداری و باغبانی و ناقص اهلیت است تعیین نماید یا در رهنمایی جمشید مرتکب اشتباه شود، محمود در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی دارد. به حیث مثال، اگر در این مثال جمشید میوه های باغ را سرپرستی نتواند یا محمود جمشید را از روی خطا و اشتباه رهنمایی نماید و در نتیجه میوه های باغ از بین بروند، محمود مسؤول پرداخت جبران خسارت میوه های باغ به احمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تعیین وکیل توسط وکیل با اجازه مؤکل اما مرتکب اشتباه شدن وکیل در تعیین وکیل دوم است.

عدم استعمال مال مؤکل جهت تحقق منافع شخصی: طبق ماده ۱۵۶۵ ق. م: «وکیل نمی تواند مال مؤکل را به منافع شخصی خود استعمال نماید، در غیر آن از تاریخ استعمال به تعویض مقدار استعمال شده، مکلف می گردد.» طبق نص این ماده وکیل نمی تواند مال که مؤکل به او جهت پیش برد موضوع وکالت داده است، غرض پیش برد امور شخصی استعمال نماید. در صورت استعمال، وکیل مکلف است تعویض مقداری را که استعمال نموده است به مؤکل بدهد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل اداره و سرپرستی میوه های خویش تعیین نماید و محمود و میوه ها را استعمال نماید، به حیث نمونه، با فامیل خویش بخورد، محمود مکلف است جبران خسارت مقداری را که خورده است به احمد پرداخت نماید. همچنین، اگر احمد به محمود مبلغ صد هزار افغانی بدهد تا محمود برای احمد قالین خریداری نماید و محمود مقداری از آن را مصرف نماید، محمود مکلف است مقداری را که مصرف کرده است دوباره به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم استعمال مال توسط وکیل است.

اطلاع به مؤکل از پیشرفت جریان موضوع وکالت و ارایه صورت حساب مصارف: طبق ماده ۱۵۶۶ ق. م: «وکیل مکلف است از اجراءات مربوط وکالت خود مؤکل را وقتاً فوقتاً مطلع گرداند و در ختم وکالت به مؤکل صورت حساب بدهد.» به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل خرید موتر یا وکیل دعوی شفعه تعیین نماید، محمود مکلف است از اجراءات مربوط به خرید موتر و دعوی شفعه احمد را آگاه نماید و در ختم مدت وکالت گزارش و صورت حساب مصارف را به احمد بدهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف وکیل در برابر مؤکل است. ماده هشتم ضمیمه شماره ۱ اساسنامه انجمن وکلای مدافع در مورد طرز سلوک و رفتار وکلای مدافع وکیل مدافع نیز در این مورد تصریح می نماید که: « (۱) وکیل مدافع مکلف است مؤکل خویش را از جریان پیشرفت کار وقتاً فوقتاً مطلع سازد.»

۸- متحدالمال شماره (۲۳۲۲ الی ۲۳۹۲) مؤرخ ۱۳۹۴/۱۲/۱۵ ریاست دارالانشاء که قبلاً براساس مصوبه شماره (۱۳۴۸) مؤرخ ۱۳۹۴/۱۱/۱۳ شورای عالی ستره محکمه ج. ا. ا. تعمیم گردیده بود اما بعداً مصوبه و متحدالمال مذکور براساس مصوبه شماره (۸۷۶) مؤرخ ۱۳۹۵/۹/۳۰ که درج متحدالمال شماره (۱۷۰۴) الی (۱۷۷۴) مؤرخ ۱۳۹۵/۹/۳۰ این مجموعه می باشد ملغی گردیده است.

استهاده شماره (۱۶۱۰) مؤرخ ۱۳۹۴/۱۰/۱۵ آمریت وثایق حوزه چهارم شهر کابل ذریعه نامه (۱۲۱۴) مؤرخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۷

ریاست محکمه استیناف ولایت کابل به شرح ذیل مواصلت ورزیده است:

«محترماً! یک تعداد اشخاص به اساس وکالت خط های دست داشته ایشان که سال های قبل حتی سی سال قبل از طرف مؤکل به صفت وکیل به فروش بیع قطعی تعیین شده اند و می خواهند ملکیت مؤکل خویش را به فروش برسانند خواهان اجرای قباله شرعی می باشند. نظر به ملاحظه وکالت خط ها سن مؤکل بسیار بالا می باشد و احتمال فوت ایشان می رود و وقتی که از وکیل راجع به حیات و ممات مؤکل معلومات خواسته می شود، وکیل از حیات و ممات و سکونت مؤکل ایشان خبر ندارد که مؤکل شان را حاضر سازد تا از حیات و ممات و برحالی وکالت شان آمریت وثایق مطمئن گردد. نظر به اظهار وکیل اکثراً جایداد ها توسط

همین وکالت خط ها به وکیل به فروش رسانیده می شود که همچو خرید و فروش توسط وکالت خط ها، محصول دولت را به هدر داده و از جانب دیگر مرور زمان بیشتر حتی ۳۰ سال به وکالت خط مورد شک و گمان هیأت قضایی راجع به صلاحیت وکیل به وکالت خط می گردد. نظر ما هیأت قضایی این است که از این به بعد مطابق فقره ۲ ماده ۱۶۰۶ قانون مدنی وقتی که وکالت به منظور فروش و اخذ تقاعد ترتیب می گردد مؤکل راجع به قید زمان که بیشتر از سه سال نباشد مکلف شود و درج وکالت خط گردد بهتر خواهد و در مورد وکالت خط های سابقه که وکیل از سکونت فعلی مؤکل و حیات مؤکل و بقای وکالت معلومات خواسته شود وکیل اگر بخواهد ملکیت مؤکل خویش را به نام خود تسجیل یا به شخص دیگری به فروش قطعی برساند و خواهان اجرای قبالة شرعی باشد می تواند مطابق مصوبه شماره (۵۶۳) مؤرخ ۱۳۹۱/۴/۲۴ رهنمود تنظیم اسناد شرعی مبنی بر توثیق عقد بیع انتقال و تسجیل ملکیت اجراء نماید.^{۷۳۳}

مطلب مورد استهداء بعد از ابراز نظر تدقیقی ریاست محترم تدقیق و مطالعات در جلسه مؤرخ ۱۳/۱۱/۱۳۹۴ مقام محترم شورای عالی مطرح بحث قرار گرفت و طی مصوبه شماره (۱۳۴۸) هدایت ذیل صادر گردید:

«طبق ماده ۱۵۶۶ قانون مدنی وکیل مکلف است از اجرائات مربوط به وکالت خود، مؤکل را وقتاً به وقتاً مطلع گرداند. بنابراین، در وکالت به فروش در صورتی که ارتباط وکیل با مؤکل بر قرار نباشد و چندین سال از ترتیب وکالت خط سپری و وکیل نتواند از حیات، مامت، آدرس، بقاء و دوام عقد وکالت به محکمه معلومات قناعت بخش ارایه نماید، از فروش بر مبنای همچو وکالت خط به منظور حمایت از حق غایب خودداری به عمل آید.»^{۷۳۴}

۲) آثار وکالت نسبت به مؤکل: طبق ق. م وکالت نسبت مؤکل موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱- طبق ماده ۱۵۷۲ ق. م: «مؤکل مکلف است مصارف عادی وکیل را در تنفیذ وکالت به وکیل بپردازد.» طبق نص این ماده تکلیف مؤکل این است که اجرت وکالت را در صورتی که وکالت در برابر اجرت باشد، به وکیل پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل به خرید خانه تعیین نماید، احمد مکلف است مصارف عادی را که محمود در خرید خانه متحمل شده است، به احمد بپردازد. همچنین، اگر احمد حمیده را وکیل بگیرد تا حمیده برای احمد خانه کرایه بگیرد، احمد مکلف است مصارفی را که حمیده غرض گرفتن خانه به احمد متحمل شده است به حمیده پرداخت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر وکالت نسبت به مؤکل است.

۲- طبق ماده ۱۵۷۳ ق. م: «مؤکل مسؤول ضرری می باشد که به وکیل بدون ارتکاب خطاء به سبب اجرای عادی وکالت می رسد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اگر به وکیل ضرری برسد که این ضرر در اثر خطای وکیل نباشد، مؤکل مکلف و مسؤول پرداخت جبران خسارت ضرر است. خطاء در لغت به معنی اشتباه است که تعریف آن در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد محمود به وکیل به فروش تعیین نماید و از کابل به مزار شریف غرض فروش کالا بفرستد و محمود با موتر شخصی خویش به مزار برود اما در راه در اثر برف کوچ موتر احمد آسیب ببیند، احمد مکلف است جبران خسارت رسیدن ضرر به موتر محمود را به محمود پرداخت نماید. ضرر به موتر محمود در این مثال، بدون اشتباه محمود صورت گرفته است. پرداخت جبران خسارت در این مثال به محمود توسط احمد عادلانه به نظر نمی رسد. زیرا، در این مثال ضرر به محمود توسط قوه قاهره صورت گرفته است و در صورت قوه قاهره هیچ شخص مسؤول پرداخت جبران خسارت نیست که تفصیل آن در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مؤکل است.

گفتار هشتم) انتها

طبق ق. م عقد وکالت در حالت ذیل منتهی می گردد:

۱) در صورت عزل وکیل توسط مؤکل: طبق ماده ۱۶۰۷ ق. م: «مؤکل می تواند هر وقتی خواسته باشد وکیل خود را از وکالت عزل نماید به شرط اینکه موضوع را به وکیل ابلاغ نماید مگر اینکه به وکالت حق غیر تعلق گرفته باشد در آن صورت مؤکل بدون قبولی شخصی که وکالت به نفع او عقد شده، نمی تواند وکالت را مقید یا منتهی سازد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل و قاعده این است که مؤکل می تواند هر وقتی خواسته باشد وکیل خود را از وکالت عزل نماید به

۷۳۳. احمد فهیم قویم (۱۳۹۷). مجموعه متعلقات المال های (۱۳۹۴-۱۳۹۷)، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، صص ۹۷-۹۸.

شرط اینکه موضوع را به وکیل ابلاغ نماید. ابلاغ از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسانیدن پیام یا نامه به کسی و پیام رسانی و ایصال است.^{۷۳۴} عزل در لغت به معنی بیکار کردن، برکنار کردن، از کار بازداشتن، اخراج و انفصال است.^{۷۳۵}

به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل به خرید اموال تعیین نماید، احمد می تواند هر لحظه محمود را از وکالت عزل نماید به شرط این که این موضوع را به محمود ابلاغ نماید. دلیل این قاعده این است که وکالت نسبت به مؤکل عقد جایز است. استثنای این اصل این است که به وکالت حق غیر تعلق گرفته باشد. در این صورت، مؤکل بدون قبولی شخصی که وکالت به نفع او عقد شده، نمی تواند وکالت را مقید یا منتهی سازد. ماده ۱۵۲۱ مجله الاحکام در این مورد تصریح چنین تصریح می نماید و مثال می آورد: «مؤکل صلاحیت دارد که وکیل خود را از وکالت عزل نماید. اما، اگر حق دیگری به وکالت تعلق گیرد، مؤکل وکیل را عزل کرده نمی تواند. چنانچه هرگاه مدیون مال خود را به رهن بدهد و حین عقد رهن یا بعد از آن هنگام حلول مهلت دین، دیگری را به فروش رهن وکیل تعیین نماید. پس، رهن مؤکل وکیل مذکور را بدون رضای مرتبه عزل کرده نمی تواند.» باوجوداین، «هرگاه مؤکل وکیل را عزل کند، الی وصول خبر عزل، وکیل بر وکالت باقی می ماند و تا آن زمان تصرف وی صحیح می باشد.» (ماده ۱۵۲۳ مجله الاحکام). هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۶۰۷ ق. م پیش بینی حکم عزل وکیل و استثنای آن است.

۲) طبق ماده ۱۶۰۶ ق. م: «وکالت در یکی از احوال ذیل منتهی می گردد: ۱- در حالت اتمام عملی که وکالت در آن صورت گرفته؛ ۲- در حالت انتهای مدت معینه وکالت؛ ۳- در حالت وفات وکیل یا مؤکل؛ و ۴- در حالت زوال اهلیت وکیل یا مؤکل.» طبق نص این ماده وکالت در یکی از حالات های ذیل خاتمه پیدا می کند:

۱- **در صورت تنفیذ عمل موضوع وکالت:** در صورت تنفیذ عمل موضوع وکالت توسط وکیل، وکالت منتهی می شود. به عنوان مثال، اگر احمد محمود را وکیل خرید کالا تعیین نماید و محمود کالا را برای احمد خریداری نماید، وکالت محمود در صورت اجرای موضوع وکالت خاتمه پیدا می کند. موضوع وکالت در این مثال، خرید کالا است. به طور عام، موضوع وکالت می تواند خرید و فروش شی، اجاره، دعوی در مورد شی معین و ... باشد. در صورت اجرای این اعمال توسط وکیل وکالت منتهی می شود.

۲- **در صورت انتهای مدت معین:** در صورتی که وکالت برای مدت معین باشد، با انتهای این مدت وکالت نیز ختم می شود. به عنوان مثال، اگر احمد محمود را جهت فروش حیوان، خانه، موتر خویش در مدت معین وکیل تعیین نموده باشد، در صورت ختم این مدت، وکالت نیز منتهی می شود.

۳- **موت وکیل:** در صورت فوت وکیل وکالت منتهی می شود. زیرا، مؤکل به اعتبار شخصیت وکیل عقد را با او منعقد می نماید و ورثه در وکالت قایم مقام وکیل نمی گردد، مگر اینکه واجد شرایط باشد که تفصیل آن خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل دعوی خویش تعیین نماید، با وفات محمود عقد وکالت به دلیل انعدام یکی از ارکان وکالت خاتمه پیدا می کند.

۴- **موت مؤکل:** وکالت به موت مؤکل منتهی می شود. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل دعوی خویش تعیین نماید، با وفات احمد عقد وکالت به دلیل انعدام یکی از ارکان وکالت خاتمه پیدا می کند.

۵- **زوال اهلیت وکیل و یا مؤکل:** در صورت زوال اهلیت وکیل و یا مؤکل مانند: مجنون شدن آنها وکالت منتهی می شود. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل دعوی خویش تعیین نماید، با مجنون شدن احمد یا محمود عقد وکالت به دلیل زوال اهلیت یکی از طرفین عقد یا هر دو طرف خاتمه پیدا می کند. به نظر می رسد اسباب انتهای وکالت در نص این ماده استقلالی است نه انضمامی زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده از یکی از حالات سخن می گوید. منتهی در لغت به معنی خاتمه یافته است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انتهای وکالت است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۰۸): در ماده (۱۶۰۶) قانون مدنی انتهای میعاد وکالت توضیح نشده است آیا کما فی سابق ششماه است یا چطور و اگر طرفین در وکالت میعاد را قید نکرده باشند وکالت مذکور تا چه وقت مدار اعتبار است .
توضیح: اگر وکالت به قید میعاد نباشد تابع میعاد انجام امری است که موکل به وکیل انتقال صلاحیت نموده باشد و اگر مقید به قید میعاد بود البته میعاد آن اعتبار دارد و علی ای حال مرجع ترتیب کننده وکالت چه رضایی و چه قضایی مکلفند تا در انتقال

صلاحیت موکل به وکیل موضوع صریح بودن انتقال صلاحیت معیار عام بودن و خاص بودن آنرا در نظر داشته وکالت را توثیق نماید تا موجبات نزاع آینده از بین برود. در این مورد از طرف شورای عالی ستره محکمه تصویب ۱۳۵۹/۹/۱۵ صادر گردیده است. متن متحد المال نمبر ۵۰ الی ۹۸ تاریخ ۱۱ (۳) ۱۳۵۹ شورای عالی ستره محکمه: چون در ماده ۱۶۰۶ قانون مدنی راجع به انتهای وکالت حکم صریح موجود است و قید مدت شش ماه در آن نیامده و مراد از مدت معینه مدتی است که وکیل و موکل به رضایت خود به آن عقد نموده باشند بناءً هدایت ماده فوق در زمینه روشن بوده موقوف ساختن وکالت به مدت شش ماه خارج هدایت ماده فوق قانون وکلای مدافع بوده اوامر، هدایات و قوانین مغایر آن ملغی شمرده می شود.^{۷۳۶}

پرسش ریاست محکمه ولایت کابل:

وکالت خط های وجود دراد که سالیان متمادی بالای آن گذشته است و خوف آن وجود دارد که به شکلی از اشکال از اعتبار ساقط شده باشد.

در این مورد استهداء و پیشنهاد می نمائیم که مدت اعتبار وکالت طی یک اصول نامه تعیین گردد.

توضیح: در ماده (۱۶۰۶) قانون مدنی انتهای و ختم وکالت تصریح گردیده است مطابق به آن عمل صورت گیرد.^{۷۳۷}

طبق ماده ۱۶۰۸ ق. م: «در تمام حالات انتهای وکالت وکیل مکلف است اعمالی را که شروع نموده به مرحله برساند که از خطر اتلاف برکنار ماند.» عبارت برکنار ماند در نص این ماده مبهم است. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به مواد مربوط به انتهای وکالت است که تفصیل آن در بالا گذشت. طبق نص این ماده اگر موضوع وکالت انجام نشده باشد، علی الرغم عزل، و یا انتهای مدت عمل، وکیل مکلف است عمل را به مرحله برساند که مصالح مؤکل صدمه نبیند. اما، اگر وکیل وفات نماید و یا اهلیت خود را از دست بدهد، هرچند وکالت قابل توارث نیست، ورثه مؤکل مشروط بر اینکه واجد اهلیت باشند و نیز وظیفه آنها وکالت باشد، باید عمل را تا جایی انجام دهند که مصالح مؤکل صدمه نبیند. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل خرید میوه و سبزیجات تعیین نماید، اما محمود را عزل نماید، محمود مکلف است میوه ها و سبزیجات را اگر خریداری نموده باشد تا جایی که احمد می خواهد برساند تا سبزیجات و میوه جات از خطر تلف شدن در امان باشند. اما، اگر وکالت به دعوی باشد و مؤکل وکیل را عزل نماید، وکیل مکلف نیست دعوی او را الی ختم مرحله محاکمه به اتمام برساند، زیرا در این فرض خطر تلف شدن شی متصور نیست. اگر وکالت به قبض باشد، وکیل مکلف است مال را قبض نماید و در جایی که مؤکل می خواهد تحویل دهد تا مال از خطر تلف شدن در امان باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر انتهای وکالت است.

متحدالمال شماره (۱۷۰۴ الی ۱۷۷۵) مؤرخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۳ ریاست دارالانشاء، که به اساس مصوبه شماره (۸۷۶) مؤرخ ۱۳۹۵/۹/۳۰ شورای عالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است.

به تعقیب متحدالمال های شماره (۲۳۲۲ الی ۲۳۹۲) (۱۵۴ الی ۲۳۴) ۱۳۹۵/۲/۲۷ ریاست دارالانشاء ستره محکمه، نگاشته میشود:

قبلاً موضوع بازنگری بر مصوبه شماره (۹۵) ۱۳۹۵/۱/۳۱ شورای عالی ستره محکمه در رابطه به وکالت خط های بالفروش، در حضور داشت آمرین وثایق حوزه های چهارگانه شهر کابل، در جلسه مؤرخ ۱۳۹۵/۸/۴ شورای عالی ستره محکمه، مطرح و طی تصویب شماره (۶۵۴) مؤرخ ۱۳۹۵/۸/۴ هدایت صادر فرمودند که ریاست تدقیق و مطالعات راجع به مصوبه شماره (۹۵) مؤرخ ۱۳۹۵/۱/۳۱ شورای عالی ستره محکمه و مصوبات قبلی شورای عالی مربوط به وکالت خط ها عاجلاً ابراز نظر بعمل نماید.

ریاست تدقیق و مطالعات در زمینه ابراز نظر نموده اند که طبق هدایت، تفصیل جریان موضوع توأم با نظر تدقیقی بر آن در جلسه مؤرخ ۱۳۹۵/۹/۳۰ شورای عالی ستره محکمه مطرح بحث قرار گرفت و در زمینه طی تصویب شماره (۸۷۶) هدایت ذیل صدور یافت:

۷۳۶. محمود عثمان ژوبل (۱۳۹۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید، ص ۵۴۳.

۷۳۷. محمد عثمان ژوبل (۱۳۸۱). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ۱۳۸۱، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، ص ۱۰۲.

شورای عالی ستره محکمه قبلاً به ارتباط مسایل مربوط به وکالت خط ها تصویب (۱۳۳۵) مؤرخ ۱۳۹۱/۱۰/۵ را به مضمون ذیل صادر نموده بودند:

۱- هرگاه وکالت خط مطابق احکام مندرجه قانون مدنی ترتیب شده باشد وکالت صرف در احوال مندرج ماده (۱۶۰۶) قانون مذکور منتهی میگردد که حالات ذیل را حایز میگردد:

۱- در حالت اتمام عملی که وکالت در آن صورت گرفته.

۲- در حالت انتهای مدت معینه وکالت که مراد از مدت معینه همان مدتیتست که از طرف مؤکل بمنظور اجرای وکالت تعیین میگردد.

۳- در حالت وفات وکیل یا مؤکل.

۴- در حالت زوال اهلیت وکیل یا مؤکل که در قانون احکام فقه روشن است.

بناءً در حال عدم ظهور یکی از حالات فوق وکالت مدار اعتبار بوده به تمدید آن الی اتمام عملیکه وکالت در آن صورت گرفته ضرورتی محسوس نبوده اعتبار آن ثابت است.

۲- در صورتی که وکیل از طرف تعدادی از مؤکلین مقرر شده باشد و بعداً یکی از آنها وکیل را عزل نماید وکالت در مورد وی اعتبار خود را از دست میدهد ولی وکالت در مورد سایرین معتبر می باشد. وی می تواند با وکیل و سایرین اجراءات و یا برای خود وکیل دیگری تعیین نماید.

۳- بخاطر شناخت و تثبیت ورثه مؤثر ترتیب حصر وراثت قبل از ترتیب وثیقه وکالت ضرور است ولی در حین ساختار وکالت در حوزه قضائی محل وفات متوفا ضمن شهادت شهود معرفت که به لفظ اشهد با الله تعالی صورت گیرد نیز موزون میباشد چه شهادت به لفظ اشهد با الله قوی تر از اخبار مقررین در وثیقه حصر وراثت میباشد ولی تحقیق از محل زیست راجع به تثبیت ورثه شرعیه منحصره مستحق الارث متوفا و با موجودیت مستحق وصیت واجبه امر ضروری میباشد.

۴- در محاکم که به دعاوی اشخاص رسیده گی مینمایند هرگاه شخص مستقیماً دعوی و یا دفاع نمی نماید میتواند وکیل مدافع دارای جواز وکالت را مقرر نماید و اگر میخواهند یکی از اقارب خویش را بحیث وکیل به دعوی یا دفاع مقرر نماید به تعمیل ماده (۳۴) قانون تنظیم امور وکلای مدافع یکی از خویشاوندان ذیل و یا شرکای خود را ضمن وثیقه وکالت بحیث وکیل مقرر کرده میتوانند: پدر، پدر کلان تا درجه سوم، اولاد صلبی، مادر تا درجه سوم، برادر، برادر زاده، خواهر، خواهر زاده، زوج، زوجه، عم و عمه، خاله، ماما و اولاد های صلبی شان تا درجه دوم و خسر و خسر بره و خشو یا شرکاء در قضیه دعوی را که وکالت خط مذکور در قضایای حقوقی و بخش حق العبدی قضایای جزائی ضمن وثیقه شرعی ترتیب میگردد در سایر موارد غیر از دعوی هر شخص وکیل مقرر شده میتواند.

۵- در صورتیکه مؤکل حین ترتیب وکالت خط اسناد ملکیت خود را در اختیار داشته باشد نمبر، تاریخ و محل صدور سند در متن وکالت داخل میگردد و هرگاه نزد مؤکل در حین ترتیب وکالت سند وجود نداشته باشد موضوع را مؤکل مشخص میسازد در صورتیکه وکیل عالم به موضوع و اسناد مربوط باشد در متن وکالت از طرف مؤکل تحریر میگردد که وکیل بر موضوع وکالت اسناد و مشخصات آن عالم و واقف می باشد. بالاتر محاکم و ادارات مکلف اند وکالت را قبول و بر حسب مفاهیم آن عمل نمایند. در این حال درج نمبر، تاریخ و محل صدور سند و حدود اربعه و سایر مشخصات ملکیت ضرور نیست تا در متن وکالت درج گردد.

۶- در صورتیکه وکیل بر حال باشد برای تمدید وکالت ضرورت احساس نمیشود.

۷- هرگاه وکالت بمنظور بیع عقار باشد و سند نزد مؤکل نبوده و مفقود گردیده باشد مؤکل در وکالت خط صلاحیت اخذ مثنی وثیقه مطلوب را نیز درج وکالت نماید.

۸- و اگر اصل سند وجود دارد ولی کنده سند مؤکل به اثر حوادث از بین رفته باشد. بر مؤکل لازم است در مورد برای وکیل صلاحیت رسیده گی به سند را در دیوان مدنی مربوط درج وکالت نماید.

۹- در صورتیکه وکالت بمنظور امور ترکه ترتیب شده باشد وکیل سرتفکیت وفات متوفا در خارج را با خود به محکمه افغانستان ارایه بدارد.

بنابراین بمنظور ایجاد سهولت به مردم و انتظام و اجرای امور مربوط به وکالت خط ها مصوبه فوق بار دیگر مورد تأیید قرار گرفته و مصوبات (۱۳۳۸) مؤرخ ۱۳/۱۱/۱۳۹۴ و (۹۵) مؤرخ ۱۳۹۵/۱/۳۱ شورایی ستره محکمه که در همین رابطه صدور یافته است لغو گردید.
ریاست دارالانشاء شورایی مراتب فوق را به عموم محاکم متحدالمالاً اخبار نمایند.»^{۷۳۸}

مبحث ششم) ایداع

نوع پنجم عقود کار عقد ایداع است. جلد دوم، مواد ۱۶۰۹ الی ۱۶۳۰ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است.

گفتار اول) تعریف ایداع و فرق آن با ودیعه، عاریت و قرض

طبق ماده ۱۶۰۹ ق. م: «ودیعت عقدی است که به موجب آن مالک صلاحیت حفظ مال خود را به دیگری تفویض می نماید و مالی که طوری امانت نزد شخص دیگری جهت حفاظت گذاشته می شود ودیعت نامیده می شود.» در این ماده ودیعه هم به معنی موضوع ایداع و هم به عوض خود عقد ایداع استعمال شده است که محل ایراد به نظر می رسد. طبق نص این ماده ودیعت عقدی است که به موجب آن مالک صلاحیت حفظ مال خود را به دیگری تفویض می نماید. تفویض در لغت به معنی واگذاری و سپردن است.^{۷۳۹}

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود بدهد تا آن را در پارک خویش حفظ و نگهداری نماید، این عقد امانت یا ودیعت است. همچنین، مالی که طوری امانت نزد شخص دیگری جهت حفاظت گذاشته می شود ودیعت نامیده می شود. به حیث مثال، در مثال بالا، موتر نزد محمود ودیعت است. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف ودیعت است. ودیعه مؤنث و دبع از ریشه «ودع» گرفته شده است که به معنای سپرده، امانت است که جمع آن ودایع است. ودع در لغت به معنی ترک و رها کردن و ودیعه به معنای هر آن چیزی است که آن را برای نگهداری نزد دیگری بگذارند. به دافع ودیعه مودع به کسر دال و به اخذ آن مودع به فتح دال گویند. ماده ۷۶۳ مجله الاحکام در تعریف ودیعه می گوید که: «ودیعت مالی است که نزد شخص بخاطر حفاظت گذاشته می شود.»

از آنچه بیان شد به خوبی نتیجه گرفته می شود که ودیعه به مالی گفته می شود که آن را مودع نزد مودع ایداع می نماید. بنابراین، به چنین عقدی ایداع و به موضوع ایداع ودیعه گویند. اما، نویسندگان ق. م به عوض ایداع کلمه ودیعت را استعمال نموده اند.

فقهایی حنفیه در تعریف ایداع گفته اند که: ایداع عبارت از تسلیط (چیره گردانیدن) کسی به صراحت و یا دلالت بر حفظ مال خویش است.^{۷۴۰} ماده ۷۶۲ مجله الاحکام در تعریف ایداع می گوید: «ایداع عبارت از این است که مالک مال خود را برای دیگری به منظور حفاظت آن احاله کند. برای مستحفظ مودع به کسر دال و برای کسی که ودیعه را قبول می کند مودع و مستودع گفته می شود.»

تفاوتی که میان ودیعه و عاریت وجود دارد این است که در عاریت، عاریت گیرنده می تواند از منفعت عین مستعاره نفع بگیرد، اما در ودیعت چنین حقی ندارد. فرق ایداع با عقد قرض این است که در عقد قرض، قرض گیرنده معمولاً پول و یا مال مثلی را از قرض گیرنده برای مدت معین می گیرد و آن را استعمال می نماید، اما در ایداع امانت گیرنده این حق را ندارد. به نظر می رسد روی همین دلیل ماده ۱۶۳۱ ق. م حکم می نماید: «هرگاه ودیعت گذارنده برای شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده اجازه استعمال ودیعه را بدهد و ودیعه از جمله اموالی باشد (مانند پول نقد) که به استعمال از بین رود، این عقد، قرض شمرده می شود.» در این صورت، به لفظ طرفین که عقد ایداع را حین انعقاد عقد ذکر کرده باشند، اعتبار ندارد بلکه نیت طرفین اعتبار دارد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی خویش را نزد محمود به امانت گذارد و به محمود اجازه استفاده از پول را بدهد و محمود پول ها

۷۳۸. احمد فہیم قویم (1398). مجموعه متحدالمال های 1394-1397. چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، صص 142 و 143.

۷۳۹. (آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

۷۴۰. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلتہ، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۴۰۱ و ۴۰۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامہ حقوق خصوصی، جلد (۳) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۹؛ ____ (۱۴۰۴ ه ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۵.

را مصرف نماید، این عقد امانت نه بلکه قرض تلقی می گردد زیرا در این فرض فلسفه و هدف امانت که حفظ مال است از بین می رود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عقد امانتی است که در آن امانت دهنده به امانت دهنده اجازه استعمال مال محل امانت را می دهد.

گفتار دوم) ارکان و مصادر مشروعیت

در مورد ارکان ایداع در فقه مانند سایر عقود میان فقهاء اختلاف وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ارکان ایداع عبارت از ایجاب و قبول است. اما، جمهور فقهاء بر این نظر اند که: ارکان ایداع چهار است که عبارت اند از: عاقدان (مودع و مودع = ودیع)، ودیعه (شی موضوع ایداع/ شی که توسط مودع به مودع ایداع می شود) و صیغه است.^{۷۴۱} به نظر می رسد طبق قواعد عمومی عقود، ارکان ودیعت پنج است که عبارت اند از ودیعه دهنده، ودیعه گیرنده، محل، صیغه و سبب. در صورتی که امانت در برابر اجرت باشد، اجرت نیز یکی از ارکان ایداع است.

مشروعیت ایداع بر مبنای قرآن کریم و سنت پیامبر ﷺ ثابت است. خداوند ﷻ در قرآن کریم فرموده است:

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ - [النساء: ۵۸]

«خدا به شما فرمان می دهد که سپرده ها را به صاحبان آنها رد کنید و چون میان مردم داوری می کنید به عدالت داوری کنید در حقیقت نیکو چیزی است که خدا شما را به آن پند می دهد خدا ﷻ شنوای بیناست.».

و نیز فرموده است:

﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتَمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾ - [البقرة: ۲۸۳]

«و اگر در سفر بودید و نویسندگی نیافتید وثیقه ای بگیرید؛ و اگر برخی از شما برخی دیگر را امین دانست، پس آن کس که امین شمرده شده، باید سپرده وی را بازپس دهد؛ و باید از خداوند ﷻ که پروردگار اوست، پروا کند. و شهادت را کتمان نکنید، و هر که آن را کتمان کند قلبش گناهکار است، و خداوند به آنچه انجام می دهید داناست.».

همچنین، پیامبر ﷺ فرموده است:

«أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخْنَ مِنْ خَانِكَ.».^{۷۴۲}

«امانت را به کسی که بر تو اعتماد نموده است اداء نما و به کسی که به تو خیانت کرده است خیانت نکن.».

فقهاء نیز در مورد مشروعیت ایداع به سبب ضرورت و حاجت مردم به آن اجماع نموده اند.^{۷۴۳}

گفتار سوم) انعقاد

طبق ماده ۷۷۳ مجلة الاحکام: «عقد ایداع با ایجاب و قبول صریح و ضمنی منعقد می گردد. مثلاً، اگر صاحب ودیعت بگوید: این چیز را نزد تو به ودیعت گذاشتم و یا این چیز نزد تو امانت باشد، و مستودع اظهار قبول نماید، عقد ایداع صراحتاً انعقاد می آید. همچنین، اگر شخص به مسافر خانه داخل شود و با صاحب آن بگوید: حیوان خویش را در کجا بسته کنم و صاحب مسافر خانه محلی را به او نشان دهد و او حیوان خود را در آنجا بسته نماید، عقد ودیعت دلالتاً منعقد می گردد.».

همچنین، اگر شخص مال خود را در دکانی بگذارد، و صاحب دکان آن را ببیند و چیزی نگوید و سپس صاحب مال دکان را ترک نماید، مال الی بازگشت وی در نزد دکاندار امانت است. اما، اگر دکاندار بگوید که: ایداع را قبول ندارم و آن را رد نماید، عقد ودیعه منعقد نمی گردد به همین ترتیب، هرگاه شخصی مال خود را نزد جماعتی به طور ودیعت بگذارد و خود برود، در حالی که این جماعت رفتن او را ببینند، ولی سکوت اختیار نمایند، مال در نزد همه آنها امانت تلقی می گردد. در صورتی که همه آنها یکی بعد از

۷۴۱. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۰۱۸؛ و ____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۳.

۷۴۲. أخرجه ترمذی من حديث أبي هريرة وقال: حديث حسن غريب.

۷۴۳. در این مورد ر. ك: وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۴۰۱۷ و ۴۰۱۸؛ و ____ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۶ و ۷.

دیگری برخاسته و از آن محل برونند، در این صورت، وظیفه حفظ مال به نفر اخیر تعلق می گیرد و مال صرف نزد او ودیعت تلقی می گردد.»

گفتار چهارم) شرایط ارکان

ایداع دارای یک سلسله شرایط است که برخی متوجه مودع و مودع، برخی مربوط به ودیعه و برخی نیز مربوط به صیغه می شود:

۱) شرایط مودع و مودع: عاقدان در عقد ایداع مودع و مودع است. طبق فقه حنفیه در مودع و مودع عقل شرط است. پس، ایداع صبی لایعقل و مجنون صحیح نیست، همانطور که قبول اینها صحیح نیست. اما، بلوغ در ایداع شرط نیست. پس، ایداع صبی مأذون به تجارت صحیح است، همانطور که قبول او صحیح است.^{۷۴۴} ماده ۷۷۶ مجله الاحکام در مورد شرایط عاقدان تصریح می نماید که: «شرط است تا مودع و مودع هر دو عاقل و ممیز باشند. اما، بلوغ اینها شرط نیست. بنابراین، ایداع مجنون، صبی غیر ممیز و قبول اینها برای ودیعت صحیح نیست. ولی، ایداع و قبول ودیعت صبی ممیز و مأون صحت دارد.»

۲) شرایط صیغه: فقهای حنفیه بر این نظر اند که صیغه ایداع می تواند به قول صریح و یا ضمنی باشد^{۷۴۵} (ماده ۳۳۷ مجله الاحکام).

۳) شرط موضوع ایداع (ودیعت): طبق ماده ۱۶۱۰ ق. م: «شرط صحت عقد، ودیعت آن است که شی به ودیعت گذاشته شده بتواند و از طرف ودیعت گیرنده تحت تصرف و ذوالیدی آمده قبض شده باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده شرط صحت ودیعت آن است که مال تحت تصرف و ذوالیدی شخص باشد. ذوالید مرکب از دو کلمه «ذو» و «ید» به معنای دارنده دست و دست دارنده است. در فقه به کسی که حق تصرف در املاک و اعیان را دارد، ذوالید می گویند. از این تعریف به خوبی استنباط می شود که زمانی این وصف برای کسی حاصل می شود که عین در حیازت او باشد و یا به یکی از اسباب قانونی مجاز به تصرف در آن باشد.^{۷۴۶} به حیث مثال، احمد نمی تواند معدن غیراستخراج شده از زمین را به محمود به ودیعت بدهد. زیرا، معدن هنوز در ملکیت احمد در نیامده است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط موضوع ودیعه است. در فقه در موضوع ایداع (ودیعه) شرط است که ودیعه مال قابل اثبات ید باشد. بنابراین، ایداع ماهی در دریا و پرنده در هوا صحیح نیست.^{۷۴۷} ماده ۷۷۵ مجله الاحکام در مورد این شرط تصریح می نماید که: «شرط است تا ودیعت قابلیت وضع ید را داشته باشد و صالح برای قبض باشد. بنابراین، ایداع طیور در هوا صحیح نمی باشد.»

گفتار ششم) احکام

عقد ودیعه مانند سایر عقود موجب ایجاد یکسلسله آثار معین می گردد که برخی این آثار متوجه مودع و برخی نیز متوجه مستودع می شود:

۱) آثار ایداع نسبت به مودع: طبق ق. م به موجب عقد ایداع سه اثر خیلی مهم نسبت به مودع ایجاد می گردد: تسلیم ودیعت، حفظ آن و رد آن به مودع:

۱- تسلیم ودیعه توسط مودع: طبق ماده ۱۶۱۱ ق. م: «شخصی که مال ودیعت نزد وی گذاشته می شود مکلف است که ودیعه را حقیقتاً یا حکماً تسلیم شود.» طبق نص این ماده امانت گیرنده مکلف است موضوع ودیعه را حقیقتاً یا حکماً تسلیم شود. دلیل این قاعده این است که هدف اصلی عقد ایداع حفظ ودیعه توسط مودع است. این هدف بر آورده نمی شود، مگر اینکه مودع ودیعه را از مودع تسلیم شود. تسلیم ممکن است مادی باشد، مانند اینکه: مودع ودیعه را به مودع تسلیم نماید و یا حکمی، مانند اینکه: ودیعه نزد مودع قبل از عقد ایداع از طریق اجاره، عاریت، رهن حیازی و امثال اینها موجود باشد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد موتر خویش را به محمود به ودیعه بدهد، محمود مکلف است موتر را تسلیم شود. تسلیم موتر در این مثال، تسلیم حقیقی است. اما، اگر موتر را قبلاً جمشید از احمد به رهن گرفته و به محمود به عنوان امین تسلیم نموده باشد، محمود حکماً شی محل ودیعه را تسلیم شده است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف امانت گیرنده است.

۷۴۴ . وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۰۱۸ و ۴۰۱۹.

۷۴۵ . ____ (۱۴۰۴ ه ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۴.

۷۴۶ . همان، ج ۲، ص ۱۰۰۴.

۷۴۷ . وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۰۱۹.

۲- حفاظت ودیعه و هلاک آن: مودع مکلف است ودیعه را حفظ نماید. بنابراین، اول حفظ و کیفیت آن و سپس هلاک ودیعه را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

حفظ ودیعه: طبق ماده ۱۶۱۲ ق. م: «شخصی که مال ودیعت نزد او گذاشته می شود مکلف است طوری به حفاظت آن توجه نماید که به حفاظت مال خود می نماید.» طبق نص این ماده معیار حفظ مال مورد ودیعه معیار حفظ مال خود شخص است. دلیل این قاعده این است که شخص در حفظ مال خویش از افراط و تفریط پرهیز می نماید و مطابق اقتضای عقل و عرف آن را به طور معتاد و متعارف نگهداری می نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر یا اسب خویش را به محمود به امانت بدهد، محمود مکلف است مال احمد را مانند مال خوی حفظ و نگهداری نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف امانت گیرنده است. فقهاء بر این عقیده اند که حفظ ودیعه در زمان برقراری عقد بر مستودع واجب است. اما، در مورد طریقه حفظ فقهائى حنفیه گفته اند که: مودع باید ودیعه را همچون مال خود نگاه دارد و باید آن را در تصرف خود و یا یکی از افراد خانواده اش که نفقه اش بر وی واجب است، مانند: زن یا خادم نگاه دارد.^{۷۴۸}

مکان حفظ: طبق ماده ۷۸۱ مجله الاحکام: «بر مستودع لازم است تا مال ودیعه را در محلی که مال خود را حفظ می نماید، نگهداری کند. پس، لازم است تا حفظ ودیعه در محل و حرز مثل آن صورت گیرد. بنابراین، گذاشتن پول ها، جواهرات و خشت طلا در طولیه حیوانات تقصیر حفظ محسوب می شود. در این حالت، اگر ویعه ضایع گردد، ضمان لازم می شود.»

حفظ ودیعه به صورت دسته جمعی: طبق ماده ۷۸۳ مجله الاحکام: «هرگاه مستودع جماعت متعدد بودند و مال ودیعه قابل تقسیم نبود، یکی از آنها به اجازه متباقی ودیعه را نگهداری می کند و یا اینکه در حفاظت مال ودیعه به طور متناوب می پردازند. در هر دو صورت، اگر مال بدون کدام تعدی و تقصیر هلاک گردد، بالای یکی از آنها ضمان لازم نمی گردد. اما، در صورتی که مال ودیعه قابل تقسیم باشد، مستودعان آن را در میان خویش به طور مساوی تقسیم کنند و هر یک حصه معینه خود را حفاظت کنند و حق ندارند تا حصه خود را بدون اذن و اجازه مودع برای مستودع دیگر تسلیم کنند. هرگاه مال را برای مستودع دیگر تسلیم نماید و در دست او بدون تقصیر و تعدی هلاک شود، ضمان لازم نمی شود. اما بر کسی که مال ودیعه را تسلیم داده است ضمان حصه ای از ودیعه بر وی لازم می شود.»

حفظ ودیعه غایب: طبق ماده ۱۶۲۱ ق. م «هرگاه مالک ودیعه طور دایمی غایب گردد شخصی که مال ودیعت نزد او گذاشته شده مکلف است آن را تا زمانی که به حیات یا وفات مالک علم حاصل می کنند حفاظت نماید. اگر مال ودیعه طوری باشد که به اثر دیر مانند تلف می گردید شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده، می تواند فروش عین و نگهداری ثمن آن را به حساب امانت بانکی از محکمه تقاضا نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

- هرگاه مالک ودیعه طور دایمی غایب گردد شخصی که مال ودیعت نزد او گذاشته شده مکلف است آن را تا زمانی که به حیات یا وفات مالک علم حاصل می کنند حفاظت نماید. غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.^{۷۴۹} به حیث مثال، اگر احمد از اقامتگاه خویش غایب باشد و موتر و سایر اموال منقول خویش را به محمود به امانت داده باشد، محمود مکلف است الی زمانی که به حیات یا وفات احمد آگاهی پیدا نماید، موتر و سایر اموال را حفظ نماید.

- اگر مال ودیعه طوری باشد که به اثر دیر مانند تلف می گردید شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده، می تواند فروش عین و نگهداری ثمن آن را به حساب امانت بانکی از محکمه تقاضا نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، اموال احمد سریع الفساد مانند سبزیجات، گوشت، میوه، لبنیات و نظیر اینها باشد، محمود می تواند از محکمه مطالبه نماید تا به محمود اجازه دهد این اموال را به فروش رساند و پول آن را در بانک به امانت گذارد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف امانت گیرنده در خصوص اموال شخص غایب است. طبق ماده ۷۸۵ مجله الاحکام: «اگر صاحب ودیعه به غیبت باشد و حیات و ممات او معلوم نباشد، بر مستودع لازم است تا ودیعه را الی زمان معلوم شدن حیات و ممات او حفاظت نماید. اگر مال ودیعه از چیز های باشد که

۷۴۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۵)، صص ۴۰۲۱ و ۴۰۲۲.

۷۴۹. (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۲.

به واسطه مکث فاسد می گردند، در این صورت، مستودع ودیعه را به اذن قاضی به فروش برساند و پول آن را طور امانت نزد خود نگهدارد و اگر مال را به فروش نرساند و مال به واسطه مکث فاسد شود، مستودع ضامن نیست.»

مصارف حفظ ودیعه: طبق ماده ۷۸۶ مجله الاحکام: «مال ودیعه که محتاج به مصارف باشد، مانند: اسب و گاو مصارف آن بالای صاحب مال است و اگر صاحب مال غایب بود، مستودع موضوع را به قاضی تقدیم می کند و قاضی مذکور به اجرای چیزی که به صاحب ودیعه نافع و صالح باشد امر می کند. هرگاه امکان اجاره مال ودیعه ممکن باشد مستودع می تواند آن را به اجازه قاضی به اجاره بدهد و از اجرت آن مصارف را تأمین کند و یا اینکه مال ودیعه به ثمن مثل فروخته شود. اگر ایجار آن ممکن نبود، مستودع از مال خود مصارف سه روزه را تأمین کند و بعداً مال ودیعه را به ثمن مثل فروخته و مصارف سه روزه را از صاحب ودیعه طلب نماید و اگر بدون اجازه قاضی مصرف نموده بود، حق مطالبه مصارف را از صاحب ودیعه ندارد.»

- هلاک شدن ودیعه توسط مستودع: طبق ق. م هلاک مال محل ودیعه تابع قواعد ذیل است:

نخست: طبق ماده ۱۶۱۴ ق. م: «مال ودیعه امانت است و ودیعت گیرنده ضامن از بین رفتن آن نمی باشد، مگر اینکه از بین رفتن آن در اثر تجاوز یا تقصیر ودیعت گیرنده در حفاظت آن به وجود آمده باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که مال ودیعه امانت است و ودیعت گیرنده ضامن از بین رفتن آن نمی باشد. به حیث مثال، اگر احمد قالین یا موتر خویش را به محمود به ودیعه دهد، قالین و موتر نزد محمود امانت است و محمود ضامن از بین رفتن آن نیست. ضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است.^{۷۵۰} به نظر می رسد ضامن در نص این ماده در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مسؤول است.

به عنوان مثال، اگر موتر یا قالین نزد محمود آتش بگیرد و از بین برود، محمود مسؤول پرداخت جبران خسارت آن به احمد نیست. استثنای این اصل این است که از بین رفتن محل ودیعه در اثر تجاوز یا تقصیر ودیعت گیرنده در حفاظت آن به وجود آمده باشد. تجاوز در لغت به معنی ظلم، از حد گذشتن، تعدی و حد شکنی است.^{۷۵۱} تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که جمع آن قصور است و به معنای اهمال و کاستی است.^{۷۵۲} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۷۵۳} به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود بدهد و محمود آن را قصداً آتش بزند و موتر از بین برود، محمود مسؤول پرداخت جبران خسارت آن است. در این مثال، موتر در اثر تجاوز محمود از بین رفته است. همچنین، اگر احمد اسب خویش را به محمود به امانت بدهد و محمود اسب را آب و علف ندهد و اسب در اثر گرسنگی بمیرد، محمود مسؤول پرداخت جبران خسارت اسب است. در این مثال، اسب در اثر تقصیر محمود از بین رفته است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن شی محل ودیعه در اثر تقصیر و تجاوز امانت گیرنده است.

دوم: طبق ماده ۱۶۱۵ ق. م: «هرگاه ودیعت با اجرت بوده و بنابر اسبابی از بین رفته یا نقصان یابد که جلوگیری از آن ممکن باشد شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده به ضمان مکلف می گردد.» طبق نص این ماده هرگاه ودیعت با اجرت بوده و بنابر اسبابی از بین رفته یا نقصان یابد که جلوگیری از آن ممکن باشد شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده به ضمان مکلف می گردد. عوض و بدلی که در برابر منفعت پرداخت می شود «اجر و اجرت» نامیده می شود. طبق ماده ۲۰۲ مجله الاحکام: «اجرت (کراء) به معنی بدل منفعت و (ایجار) به معنی دادن کراء و (استئجار) به مفهوم اخذ بدل کراء می باشد.» همچنین، به بدل و عوضی که در برابر کار به شخص پرداخته می شود، اجرت گویند. ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و کفیل شدن است.

همچنین، ضمان در لغت به معنی تاوان و جبران خسارت است. در حقوق مدنی افغانستان ضمان مترادف جبران خسارت است. قانونگذار مدنی در نص این ماده از امکان جلوگیری از نقصان محل ودیعه سخن می گوید که بیانگر تقصیر امانت گیرنده است. بنابراین، از نص این ماده نقصان محل ودیعه در اثر تقصیر امانت گیرنده را می توان استنباط کرد. به حیث مثال، اگر احمد اسب های خویش را به محمود به امانت بدهد و امانت در برابر اجرت باشد و محمود اسب ها را آب و علف ندهد و اسب ها در اثر

۷۵۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۴۸.
751. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶).

۷۵۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۰.

۷۵۳. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

گرسنگی بمیرد، محمود مسؤول پرداخت جبران خسارت اسب است. در این مثال، اسب ها در اثر تقصیر محمود از بین رفته است و عقد امانت در برابر اجرت است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن شی محل ودیعه در اثر تقصیر امانت گیرنده در فرضی که عقد امانت در برابر اجرت بوده است، می باشد.

سوم: طبق ماده ۱۶۱۶ ق. م: «شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده، نمی تواند بدون اجازه مالک مال ودیعت را استعمال و از آن استفاده نماید. در صورتی که بدون اجازه مالک آن را استعمال استهلاک یا از بین ببرد حسب احوال ضامن شناخته می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

- شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده، نمی تواند بدون اجازه مالک مال ودیعت را استعمال و از آن استفاده نماید. به حیث مثال، اگر احمد مرکب و کامپیوتر خویش را به محمود به امانت دهد، محمود نمی تواند مرکب و کامپیوتر را بدون اجازه احمد استعمال نماید.

- در صورتی که بدون اجازه مالک آن را استعمال و استهلاک یا از بین ببرد حسب احوال ضامن شناخته می شود. استهلاک در لغت به معنی نیست کردن، میراندن و هلاک کردن است.^{۷۵۴} ضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی کفیل، پذیرنده و متعهد شونده است.^{۷۵۵} به نظر می رسد ضامن در نص این ماده در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مسؤول است. به حیث مثال، اگر احمد مرکب و کامپیوتر خویش را به محمود به امانت دهد و محمود مرکب و کامپیوتر را بدون اجازه احمد استعمال نماید و مرکب هلاک و کامپیوتر خراب شود، محمود مکلف است جبران خسارت مرکب و کامپیوتر را به احمد پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم استعمال شی محل امانت است. در خصوص هلاک محل ودیعه در مجله الاحکام قواعد ذیل وجود دارد:

(۱) طبق ماده ۷۷۷ مجله الاحکام: «ودیعه در دست مستودع به طور امانت قرار دارد. اگر بدون تعدی مستودع و بدون فعل و تقصیر وی هلاک گردد، ضمان لازم نمی شود. اگر ابداع در بدل اجرت به حفظ مال ودیعه باشد و بعداً مال مذکور هلاک گردد یا ضایع شود به سبب امکان حفظ و نگیبانی ضمان ودیعه بر مستودع لازم می گردد. به عنوان مثال، اگر ساعتی به ودیعه گذاشته شده بود، از دست ودیعه بدون فعل وی افتاد و شکست ضمان بالایش لازم نمی شود. اما، اگر ساعت در زیر پای شد و یا در بالای ساعت از دست شخص چیزی افتاد و ساعت شکست، ضمان لازم می گردد. همچنین، اگر شخصی مال خود را نزد دیگری به ودیعه گذاشت و اجرت حفاظت آن را نیز پرداخت، سپس مال مذکور ضایع شد به سبب اینکه امکان وجود حفظ و حرز آن از سرقه موجود بود، ضمان مال بالای مستودع لازم می شود.»

(۲) طبق ماده ۷۸۷ مجله الاحکام: «هرگاه ودیعه به سبب تقصیر و تعدی مستودع هلاک گردد، و یا در قیمت آن تنقیص آید، ضمان لازم می شود. مثلاً: اگر مستودع پول ودیعه را به امور شخصی خود به مصرف رساند و استهلاک نمود، ضامن می باشد. به این صورت، اگر پول را که نزدش امانت بود، به وجه مذکور به مصرف رسانید و سپس بدل این نقود را در همان کیسه گذاشت و بدون تعدی و تقصیر وی هلاک و یا ضایع گردید، ضمان لازم می گردد. همچنین، اگر حیوان ودیعه را بدون اجازه مودع سوار شد و در حالت رفتار مرکب هلاک گردید، ضامن قیمت آن است خواه هلاک به سبب بسیار تیز راندن باشد و یا به سبب دیگر و یا بدون سبب. همچنین، در صورتی که حیوان به سرقت رسد و یا حریق واقع شود و آن را با وجود داشتن قدرت به جای دیگر انتقال ندهد، و به این ترتیب مال ودیعه هلاک شود، مستودع ضامن است.»

- **ودیعه گذاشتن شی محل ودیعه توسط مستودع:** طبق ماده ۱۶۲۰ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده نمی تواند آن را بدون اجازه مالک نزد شخص دیگری به ودیعت گذارد در صورت تخلف اگر مال ودیعه از بین رود مالک در اخذ ضمان از شخص اولی که ودیعت نزد او گذاشته شده یا شخص دوم مختار می باشد. در صورتی که ضمان از شخص اول گرفته شود وی بر شخص دوم رجوع می کند و در صورتی که از شخص دوم ضمان اخذ گردد وی حق رجوع بر هیچ کس را ندارد؛ و (۲) هرگاه ودیعت گیرنده ثابت نماید که مال ودیعت را بنا بر معاذیر معقول نزدش به ودیعت گذاشته است ضمان بر وی لازم نمی گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۷۵۴. محمد معین (۱۳۸۲)، فرهنگ فارسی محمد معین، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۸۶.
۷۵۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۴۸.

نخست این که: شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده نمی تواند آن را بدون اجازه مالک نزد شخص دیگری به ودیعت گذارد. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود به ودیعه دهد، محمود نمی تواند آن را بدون اجازه احمد به جمشید به ودیعه دهد.

دوم این که: در صورت تخلف اگر مال ودیعه از بین رود مالک در اخذ ضمان از شخص اولی که ودیعت نزد او گذاشته شده یا شخص دوم مختار می باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، اسپ نزد جمشید از بین برود، احمد اختیار دارد تا جبران خسارت (ضمان) را از محمود بگیرد یا از جمشید.

سوم این که: در صورتی که ضمان از شخص اول گرفته شود وی بر شخص دوم رجوع می کند و در صورتی که از شخص دوم ضمان اخذ گردد وی حق رجوع بر هیچ کس را ندارد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد جبران خسارت هلاک اسپ را از محمود بگیرد، محمود می تواند جبران خسارت را از جمشید بگیرد. اما، اگر احمد جبران خسارت را از جمشید بگیرد، جمشید نمی تواند جبران خسارتی را که به احمد پرداخته است از محمود بگیرد.

چهارم این که: هرگاه ودیعت گیرنده ثابت نماید که مال ودیعت را بنا بر معاذیر معقول نزدش به ودیعت گذاشته است ضمان بر وی لازم نمی گردد. معاذیر جمع عذر است. عذر در لغت به معنی پوزش است. در اصطلاح اصولی عذر عبارت است از دلیلی که مبنای پوزش مکلف در انجام تکلیف شود.^{۷۵۶} معقول به معنی پسندیده عقل و آنچه با عقل درک و فهم شود است. به حیث مثال، اگر احمد در خیرخانه زندگی نماید و در حویلی خویش صرف برای یک عراده موتر محل توقف موتر (پارک) داشته باشد و خانه احمد اقارب او مهمان بیایند و احمد از محمود همسایه خویش خواهش نماید تا موتر های اقارب او را در خانه اش برای یک شب نگهداری نماید اما شب در اثر زلزله دیوار بر سر موتر فرو ریزد و موتر مهمان های احمد را از بین ببرد، محمود مسؤول پرداخت جبران خسارت نیست زیرا احمد بنابر معاذیر معقول موتر را نزد محمود به امانت گذاشته است و محمود در از بین رفتن موتر تقصیر ندارد و مرتکب تجاوز نشده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم هلاک شی محل ودیعه و به امانت دادن شی محل امانت است. در این خصوص در مجله الاحکام قواعد ذیل وجود دارد:

(۱) طبق ماده ۷۹۰ مجله الاحکام: «مستودع نمی تواند مال ودیعه را بدون اجازه نزد دیگری بگذارد و اگر این کار را انجام داد و مال ودیعه هلاک شد، ضمان لازم می گردد. هرگاه مال ودیعه در نزد مستودع دوم به واسطه تقصیر و تعدی هلاک گردید، در این صورت، مودع مخیر است. اگر خواست ضمان را از مستودع اول بگیرد و اگر خواسته باشد، ضمان را از مستودع دوم اخذ نماید و در صورتی که مستودع اول ضامن شناخته شود، می تواند به مستودع دوم رجوع نماید.»

(۲) طبق ماده ۷۹۱ مجله الاحکام: «هرگاه مستودع اول مال ودیعه را به اجازه مودع نزد دیگری گذاشت، در این صورت، مستودع اول از عهده خارج می گردد و نفر دوم مستوع شمرده می شود.»

- طبق ماده ۱۶۱۷ ق. م: «شخصی که ودیعه نزد او گذاشته شده، نمی تواند بدون اجازه مالک آن را به شخص دیگری به اجاره، عاریت یا رهن بدهد در صورت تخلف هرگاه مال ودیعه نزد اجاره گیرنده یا عاریت گیرنده یا رهن گیرنده از بین برود مالک آن در مطالبه ضمان از اجاره گیرنده، عاریت گیرنده، رهن گیرنده یا شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده مختار می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: شخصی که ودیعه نزد او گذاشته شده، نمی تواند بدون اجازه مالک آن را به شخص دیگری به اجاره بدهد. در صورت تخلف، هرگاه مال محل ودیعه نزد اجاره گیرنده از بین برود، امانت دهنده می تواند جبران خسارت از او امانت گیرنده یا اجاره گیرنده مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود به ودیعه دهد، محمود نمی تواند آن را بدون اجازه احمد به جمشید به اجاره دهد. در صورتی که محمود اسپ را به جمشید به اجاره بدهد و اسپ نزد جمشید هلاک شود، احمد می تواند جبران خسارت را از محمود یا جمشید مطالبه نماید. تعریف اجاره در مبحث اجاره گذشت.

دوم این که: شخصی که ودیعه نزد او گذاشته شده، نمی تواند بدون اجازه مالک آن را به شخص دیگری به عاریت بدهد. در صورت تخلف، هرگاه مال محل ودیعه نزد عاریت گیرنده از بین برود، امانت دهنده می تواند جبران خسارت از او امانت گیرنده یا عاریت گیرنده مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود به ودیعه دهد، محمود نمی تواند آن را بدون اجازه

احمد به جمشید به عاریت دهد. در صورتی که محمود اسپ را به جمشید به عاریت بدهد و اسپ نزد جمشید هلاک شود، احمد می تواند جبران خسارت را از محمود یا جمشید مطالبه نماید. تعریف عاریت در مبحث عاریت گذشت.

سوم این که: شخصی که ودیعه نزد او گذاشته شده، نمی تواند بدون اجازه مالک آن را به شخص دیگری به رهن بدهد. در صورت تخلف، هرگاه مال محل ودیعه نزد رهن گیرنده از بین برود، امانت دهنده می تواند جبران خسارت را از امانت گیرنده یا رهن گیرنده مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود به ودیعه دهد، محمود نمی تواند آن را بدون اجازه احمد به جمشید به رهن دهد. در صورتی که محمود اسپ را به جمشید به رهن بدهد و اسپ نزد جمشید هلاک شود، احمد می تواند جبران خسارت را از محمود یا جمشید مطالبه نماید. تعریف رهن در مبحث رهن خواهد آمد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اجاره، عاریت و رهن دهنده مال محل امانت است. طبق ماده ۷۹۲ مجله الاحکام: «چنانکه برای مستودع جایز است که مال ودیعه را به اجازه صاحب آن استعمال نماید، می تواند آن را به دیگری به اجاره بدهد و یا به عاریت گذارد و یا به رهن دهد. اما، اگر مال مذکور را بدون اجازه صاحب آن، برای دیگری به اجاره، رهن یا عاریت داد و دیعه در ید مستأجر، مستعیر و یا مرتهن هلاک گردید، و یا در قیمت آن نقصان پدید آمد، ضمان لازم می شود».

- خلط و اخلاط ودیعه با مال مستودع: طبق ماده ۱۶۱۹ ق. م: «هرگاه شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده آن را بدون اجازه مالک با مال شخص خود یا مال شخص دیگری خلط نماید که تمیز آن متعذر باشد به پرداخت ضمان مکلف می شود. در حالی که خلط مال ودیعه به اجازه مالک صورت گرفته باشد شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده شریک ملکیت تلقی گردیده و در صورت از بین رفتن مال بدون تقصیر ضامن شناخته نمی شود». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد: نخست این که: هرگاه شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده آن را بدون اجازه مالک با مال شخص خود یا مال شخص دیگری خلط نماید که تمیز آن متعذر باشد به پرداخت ضمان مکلف می شود. خلط در لغت به معنی آمیختن است. متعذر اسم فاعل از ریشه «عذر» گرفته شده است که در لغت به معنی دشوار، محال، غیرممکن و سخت است.^{۷۵۷} ضمان طبق ق. م مترادف با جبران خسارت است. به حیث مثال، اگر احمد صد سیر برنج یا لوبیا به محمود به امانت بدهد و محمود این برنج ها و لوبیا ها را با برنج ها و لوبیا های خویش یا جمشید بدون اجازه احمد یکجا نماید طوری که جدا کردن آنها ناممکن باشد، محمود مکلف به پرداخت جبران خسارت صد سیر برنج یا لوبیا به احمد است.

دوم این که: در صورتی که خلط مال ودیعه به اجازه مالک صورت گرفته باشد شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده شریک ملکیت تلقی گردیده و در صورت از بین رفتن مال بدون تقصیر ضامن شناخته نمی شود. تعریف ضامن و تقصیر در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد صد سیر برنج یا لوبیا به محمود به امانت بدهد و محمود این برنج ها و لوبیا ها را با برنج ها و لوبیا های خویش یا جمشید با اجازه احمد یکجا نماید طوری که جدا کردن آنها ناممکن باشد، احمد، محمود و جمشید شریک برنج ها و لوبیا ها می شوند و در صورتی که برنج ها و لوبیا ها بدون تقصیر محمود از بین برود، به حیث مثال، در اثر زلزله، سیل و نظیر اینها، محمود مسؤول پرداخت جبران خسارت به احمد نیست. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن مال امانت توسط امانت گیرنده است.

طبق ماده ۷۸۸ مجله الاحکام: «یکجا کردن مال ودیعه به مال دیگر بدون اجازه مودع طوری که تمیز و تفریق آنها ممکن نباشد، تعدی و تقصیر شمرده می شود. بنابراین، اگر مستودع پول ودیعه را با پول خود و یا همراهی پولی که از دیگری در نزدش به طور ودیعه قرار دارد، بدون اجازه مودع مخلوط نمود و بعد پول ها ضایع شد و یا به سرقت برده شد، ضمان لازم می شود. همچنین، اگر مال ودیعه را غیر مستودع به نحوی که تشریح شد، مخلوط نمود، مخلوط کننده ضامن است». همچنین، طبق ماده ۷۸۹ مجله الاحکام: «هرگاه مستودع مال ودیعه را به اجازه مودع به نحوی که در ماده سابق تذکر یافت، مخلوط نمود و یا در مال دیگر بدون مداخله مستودع یکجا گردید و امکان تفریق یکی از این دو مال از همدیگر نبود، مانند کیسه ای که در آن پول ودیعه وجود دارد، داخل صندوقی که در آن پول مستودع که مماثل با درهم ودیعه باشد، گذاشته شود و هر دو مال با هم مخلوط گردند، مودع و مستودع در مجموع همین دو مال به اندازه حصه معین خویش با هم شریک می باشند. در این صورت، اگر مال ودیعه بدون تعدی و تقصیر هلاک و یا ضایع گردید، ضمان لازم نمی شود».

- **عدم سفر مستودع با مال ودیعه:** طبق ماده ۱۶۱۸ ق. م: «هرگاه مالک مال ودیعه شخصی را که مال نزد او به ودیعت گذاشته شده از مسافرت با مال ودیعه منع یا مکانی را برای حفاظت آن تعیین نماید در صورت تخلف هرگاه مال ودیعه از بین برود شخص مذکور ضامن شناخته می شود مگر اینکه عدم قصور خود را ثابت نماید». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که هرگاه مالک مال ودیعه شخصی را که مال نزد او به ودیعت گذاشته شده از مسافرت با مال ودیعه منع یا مکانی را برای حفاظت آن تعیین نماید در صورت تخلف هرگاه مال ودیعه از بین برود شخص مذکور ضامن شناخته می شود. تعریف ضامن در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد به محمود قالین خویش را به امانت دهد و به محمود بگوید قالین را در خانه خویش نگهداری کن و آن را به میله با خود نبر، اما محمود قالین را در میله با خود ببرد و در اثر تصادم و حریق موتر در راه قالین نیز حریق شود، محمود در برابر احمد مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت را پرداخت نماید. استثنای این اصل این است که محمود عدم قصور خویش را ثابت نماید. قصور جمع تقصیر است و از ریشه «قصر» گرفته شده که به معنای اهمال و کاستی است.^{۷۵۸} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۷۵۹} به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود ثابت نماید که قالین را به این دلیل با خود بردم که دزد آن را از خانه به سرقت برد، می تواند از مسؤولیت مدنی قراردادی فرار نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن امانت دهنده است.

- **گم شدن اشیای قیمتی و پول نقد از نزد مدیران و صاحبان هتل ها و رستوران ها:** طبق ماده ۱۶۳۲ ق. م: «اداره کننده گان منازل رهاشی، هتل ها و امثال آن از حفاظت اموالی که مسافری و مهمانان با خود می آورند مسؤول می باشند به استثنای پول نقد و اشیای قیمتی که تعویض آن متجاوز از پنج هزار افغانی باشد مگر اینکه دایر کنندگان با وجود آگاهی از قیمت اشیاء حفاظت آن را متعهد یا بدون تمسک قانونی از تسلیم شدن اشیاء به صورت امانت امتناع ورزد یا به اساس خطاء بزرگ خودها یا زبردستان خود سبب وقوع ضرر شده باشد». از نص این ماده قواعد ذیل قابل استخراج است:

نخست این که: اداره کننده گان منازل رهاشی، هتل ها و امثال آن از حفاظت اموالی که مسافری و مهمانان با خود می آورند مسؤول می باشند. به حیث مثال، اگر احمد حویلی داشته باشد و یک اطاق آن را به محمود به کرایه بدهد، احمد مسؤول اموالی است که محمود در حویلی آورده است. همچنین، اگر احمد مدیر یا مالک هتل باشد و محمود یک اطاق را در هتل به کرایه بگیرد، احمد مسؤول اموالی است که محمود در هتل آورده است.

دوم این که: مدیران هتل ها، رستوران ها، خانه و امثال اینها مسؤول حفظ پول نقد و اشیای قیمتی که قیمت آن ها از بیشتر پنج هزار افغانی باشد نیستند. به حیث مثال، اگر احمد یک اطاق را در هتل محمود برای یک هفته به کرایه بگیرد و نزد محمود ده لک افغانی پول نقد و مقداری طلا و الماس باشد، احمد مسؤول ده لک افغانی و طلا و الماس محمود نیست. استثنای این دو اصل قرار ذیل است:

اول: مدیران هتل ها و مالکان حویلی ها با وجود آگاهی از قیمت اشیاء حفاظت آن را متعهد شوند. به حیث مثال، اگر احمد مدیر هتل باشد و محمود الماس خویش را به احمد به امانت بدهد و احمد با وجود دانستن قیمت آن، آن را نزد خود نگهدارد، در برابر محمود مسؤول است.

دو: مدیران هتل ها و حویلی ها بدون تمسک قانونی از تسلیم شدن اشیاء به صورت امانت امتناع ورزد. تمسک در لغت به معنی چنک زدن، دستاویز قرار دادن، پناهنده و توسل، سند و حجت است.^{۷۶۰} امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استنکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است. در اصطلاح حقوق مدنی، امتناع عبارت است از عدم اجرای تعهد.^{۷۶۱} به حیث مثال، اگر احمد مدیر هتل باشد و محمود الماس خویش را به احمد به امانت بدهد و احمد بدون این که قانون به احمد اجازه بدهد که از پذیرش و گرفتن الماس خودداری نماید، در برابر محمود مسؤول است.

۷۵۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۰.

۷۵۹. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ۲۴۳.

۷۶۰. (آخرین بازدید ۸/ ۱۸/ ۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 760.

۷۶۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.

سه: اگر مدیران هتل ها و حویلی ها به اساس خطاء بزرگ خود یا زیردستان خود سبب وقوع ضرر شده باشد. خطای بزرگ (سنگین) خطایی است که به طور متعارف کسی مرتکب آن نمی شود، مانند این که: شخص قالین گران قیمت را به قیمت بسیار نازل بخرد و از علت نزول قیمت آن از بایع نپرسد. ضد این خطا را خطای سبک گویند.^{۷۶۲} بنابراین، به نظر می رسد خطای سبک خطایی است که به طور معمول فرد مرتکب آن می شود. به حیث مثال، اگر احمد مدیر هتل باشد و محمود الماس خویش را به احمد به امانت بدهد و احمد یا کارمندان در اثر خطای بزرگ به الماس ضرر وارد نمایند، در برابر محمود مسؤول اند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مسؤولیت مدنی قراردادی مدیران هتل ها و مهمانخانه و استثنای آن است.

- طبق ماده ۱۶۳۳ ق. م: «(۱) مسافر مکلف است به مجرد آگاهی از سرقه یا ضیاع اشیاء و قبل از آنکه هتل را ترک بدهد، موضوع را به دایر کنندگان منزل رهايشی یا هتل ابلاغ نماید، در غیر آن حق او ساقط می گردد؛ و (۲) دعوی در این مورد بعد از مرور سه ماه از تاریخ ترک دادن هتل یا منزل سمع نمی گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

اول این که: مسافر مکلف است به مجرد آگاهی از سرقه یا ضیاع اشیاء و قبل از آنکه هتل را ترک بدهد، موضوع را به دایر کنندگان منزل رهايشی یا هتل ابلاغ نماید، در غیر آن حق او ساقط می گردد. سرقت در لغت به معنی دزدی کردن است.^{۷۶۳} ماده ۶۹۹ کد جزا در تعریف سرقت می گوید: «سرقت عبارت است از گرفتن مال منقول ملکیت غیر، بدون رضایت و به مقصد تملک.» به حیث مثال، اگر احمد مدیر هتل باشد و محمود الماس و پول خویش را به احمد به امانت بدهد و پول و الماس به سرقت برده شود، محمود مکلف است به احمد اطلاع دهد. در صورت عدم اطلاع حق اقامه دعوی محمود ساقط می گردد.

دوم این که: دعوی در این مورد بعد از مرور سه ماه از تاریخ ترک دادن هتل یا منزل سمع نمی گردد. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود می تواند تا مدت سه ماه علیه احمد اقامه دعوی نماید. در صورت تکمیل سه ماه، دعوی تحت مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی قرار گرفته و توسط محکمه مربوطه قابل سمع نیست. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف مسافر و مرور زمان اسقاط دعوی سرقت است.

۳- رد ودیعه به مالک: تکلیف دیگر مستودع این است که در صورت تقاضا و یا انتهای مدت، ودیعه را به صاحب آن رد نماید:

- **رد ودیعه توسط مستودع و یا امین مستودع:** طبق ماده ۱۶۲۴ ق. م: «شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده مکلف است عندالمطالبه مال ودیعه را به مالک آن رد نماید مگر اینکه ودیعت برای مدت معین بوده و این تعیین مدت به نفع مالک ودیعه باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده مکلف است عندالمطالبه مال ودیعه را به مالک آن رد نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به امانت بدهد، محمود مکلف است در صورت مطالبه احمد، موتر را به احمد رد نماید. استثنای این اصل این است که ودیعت برای مدت معین بوده و این تعیین مدت به نفع مالک ودیعه باشد. به حیث مثال، اگر حمیده گردن بند طلا داشته باشد و محل مناسبی برای نگهداری آن نداشته باشد و آن را به دوستش مرضیه از بهر نگهداری در محل مناسب برای مدت یک ماه به امانت بدهد، اما قبل از تکمیل یک ماه گردن بند طلا را از مرضیه مطالبه نماید، مرضیه می تواند از تسلیمی گردن بند طلا به حمیده خودداری نماید. تعیین مدت در این مثال به نفع حمیده است. زیرا، در صورتی که مرضیه گردن بند را به حمیده قبل از تکمیل مدت و قبل از این که حمیده برای نگهداری آن محل مناسب پیدا نماید، بدهد امکان دارد دزد گردن بند را به سرقت ببرد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف امانت گیرنده است.

طبق ماده ۷۹۲ مجلة الاحکام: «هرگاه مودع رد ودیعه را مطالبه کند، بر مستودع لازم است تا آن را به صاحب آن رد نماید. در این صورت، مصارف رد و تسلیم و تکالیف عاید از آن بر مودع مربوط می گردد. اگر مودع ودیعه را مطالبه کرد و مستودع آن را برایش تسلیم نکرد و ودیعه هلاک و یا ضایع شد، مستودع ضامن مال ودیعه می باشد. اما، اگر عدم تسلیم وی در وقت مطالبه، ناشی از عذری بود؛ یعنی: در همین وقت در محل دوری قرار داشت و بعد از آن هلاک یا ضایع گردید، ضمان لازم نمی گردد.» همچنین، طبق ماده ۷۹۵ مجلة الاحکام: «مستودع ودیعه را شخصاً و یا به دست امین خود به صاحب آن رد و تسلیم نماید. اگر آن

را به وسیلهٔ امین خود ارسال کرد و رد نمود و قبل از رسیدن به مودع بدون تعدی و تقصیر هلاک و ضایع شد، ضمان لازم نمی گردد.». طبق مادهٔ ۷۹۷ مجلهٔ الاحکام: «در تسلیم ودیعه مکان ایداع معتبر است. مثلاً: اگر کسی مال را در استانبول به ودیعه گذاشت، تسلیم آن نیز در استانبول صورت می گیرد. مستودع به تسلیم مال در «ادرنه» مجبور ساخته نمی شود.».

- رد ودیعه توسط ورثهٔ مستودع: طبق مادهٔ ۱۶۲۲ ق. م: «هرگاه شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده وفات نموده و عین ودیعه در متروکه موجود باشد عین مذکور به منزله امانت نزد ورثه تلقی گردیده به رد آن به صاحب ودیعه مکلف می گردند.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده وفات نموده و عین ودیعه در متروکه موجود باشد عین مذکور به منزله امانت نزد ورثه تلقی گردیده به رد آن به صاحب ودیعه مکلف می گردند. متروکه از «ترک» گرفته شده است که در لغت به معنی هر چیزی است که انسان پشت سر خودش به جای می گذارد. فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ترکیه عبارت از اموالی است خالی از حق غیر که میت از خود به جا می گذارد.^{۷۶۴} به حیث مثال، اگر حمیده طلاهای خویش را نزد مرضیه به امانت گذارد و مرضیه وفات نماید، طلاها نزد ورثه مرضیه حیثیت امانت را دارد و ورثه مرضیه مکلف اند طلاها را به حمیده رد نمایند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات امانت گیرنده و تکلیف ورثه امانت گیرنده است.

همچنین، طبق مادهٔ ۱۶۲۳ ق. م: «هرگاه شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده وفات نموده ورثه وی عین ودیعه را به شخص دیگری فروخته و به مشتری تسلیم نماید و در دست مشتری از بین برود مالک ودیعه می تواند در صورتی که عین قیمتی باشد قیمت آن را معادل روز بیع تسلیمی و اگر مثلی باشد مثل آن را از بایع یا مشتری مطالبه نماید. آگاهی یا عدم آگاهی وارث متوفی از ودیعت بودن عین در تضمین تأثیری ندارد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) هرگاه شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده وفات نموده ورثه وی عین ودیعه را به شخص دیگری فروخته و به مشتری تسلیم نماید و در دست مشتری از بین برود مالک ودیعه می تواند در صورتی که عین قیمتی باشد قیمت آن را معادل روز بیع تسلیمی و اگر مثلی باشد مثل آن را از بایع یا مشتری مطالبه نماید. طبق فقه مال قیمی آن است که مثل آن در بازار پیدا نشود و یا پیدا شود ولی بین قیمت آن تفاوت وجود داشته باشد مانند: افراد حیوان، زمین، خانه، اشجار، قالین، احجار کریمه از قبیل یاقوت و الماس، کتب مخطوطه و مستعمله و غیره.^{۷۶۵}

همچنین، موتر مرسدس بنز مدل سال ۱۹۷۰ مستعمل، کتاب های مستعمل، آثار عتیقه، موبایل های کهنه و مستعمل و نظیر اینها اموال قیمی اند. به حیث مثال، اگر احمد اسپ بزکش ابلق خویش را نزد محمود به امانت بگذارد و محمود وفات نماید و ورثه محمود اسپ را به جمشید به فروش رساند، احمد می تواند قیمت روز تسلیمی اسپ بزکش ابلق خویش را از محمود یا جمشید بگیرد. مثلی اسم منسوب به مثل است و مثل در لغت به معنی نظیر، مانند و شبیه است. طبق این ماده، مال مثلی مالی است که شبیه و نظیر آن در بازار بدون تفاوت پیدا شود. به حیث مثال، موبایل های ایفون اس اکس، موتر های کورولای ۲۰۱۹، تخم ها و نظیر اینها اموال مثلی اند. در فقه مثلی به چیزی گویند که در تمامی اوصاف اساسی با شی دیگری که مماثل آن فرض شود، برابر باشد.^{۷۶۶} به حیث مثال، اگر احمد موتر کورولای مدل ۲۰۱۹ صفر کیلو متر خویش را به محمود به امانت بدهد و محمود وفات نماید و ورثه محمود موتر را به جمشید به فروش رساند و موتر نزد جمشید در اثر تصادم کاملاً تخریب شود، احمد می تواند مثل موتر را از محمود یا جمشید بگیرد. در مثال اول، مال قیمی و در مثال دوم مال مثلی است.

(۲) آگاهی یا عدم آگاهی وارث متوفی از ودیعت بودن عین در تضمین تأثیری ندارد. متوفی اسم مفعول از ریشهٔ «وفی» گرفته شده است که در لغت به معنی وفات یافته و مرده است.^{۷۶۷} در اصطلاح حقوقی به کسی که دنیای فانی را ترک کرده و در گذشته است متوفی می گویند. وارث اسم فاعل از ریشهٔ «ورث» گرفته شده است که در لغت به معنی میراثبر و ارث بر است. در اصطلاح

۷۶۴. ____ (۱۴۰۴ ه ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ص ۲۱۱.
۷۶۵. مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۳۰؛ ____ (۱۴۰۴ ه ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ص ۳۶، وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۸۵.
۷۶۶. ____ (۱۴۰۴ ه ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، صص ۳۵ و ۳۶؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۳۰ و وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۸۵.
۷۶۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامهٔ حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۰۶.

حقوق مدنی، وارث بر شخصی اطلاق می گردد که مال متوفی قهراً به وی منتقل می شود.^{۷۶۸} عین در لغت به معنی ذات و نفس است.^{۷۶۹} ماده ۱۵۹ مجله الاحکام در تعریف عین می گوید: «عین عبارت است از شی معین و مشخص از قبیل: خانه، اسب، چوکی، جوال گندم، جوال دراهم که در حال حضور از جمله اعیان محسوب می گردند.» به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود باشد و اسب خویش را در برابر دینی که محمود بر احمد دارد به احمد بدهد اما احمد بر محمود اعتبار نداشته باشد و اسب را به جمشید بدهند تا جمشید آن را الی پرداخت دین توسط احمد به محمود به عنوان امانت نگهدارد، اما احمد وفات نماید و جمشید اسب را به فاروق به فروش رساند، احمد می تواند قیمت اسب یا مثل اسب را از جمشید یا فاروق مطالبه نماید. در این صورت، ورثه جمشید که وارث متوفی تلقی می شوند نمی توانند ادعا نمایند که ما از در تضمین بودن اسب آگاهی نداشتیم. در صورت آگاهی و عدم آگاهی احمد می تواند اسب یا قیمت اسب را از ورثه جمشید مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وفات امانت گیرنده است.

طبق ماده ۸۰۱ مجله الاحکام: «هرگاه مستودع وفات کرد، ودیعه در متروکه وی عیناً موجود بود، این مال در دست وارث مستودع امانت بوده به صاحب آن تسلیم داده می شود. در صورتی که ودیعه در متروکه متوفی عیناً موجود نشد و یا وارث ثابت کرد که مستودع در زمان حیات خود آن را بیان کرده است گویی گفته بود که ودیعه را به صاحب آن مسترد کرده است و یا گفت که بدون کدام تقصیر و تعدی ضایع شده است، در این صورت، ضمان لازم نمی شود. همچنین، اگر وارث گفت: ودیعه را می شناسم و اوصاف آن را بیان نمود و بعد از آن گفت که: ودیعه پس از وفات مستودع هلاک و یا ضایع شده است، قول وارث با سوگند تصدیق می شود. در این هنگام ضمان ندارد. اگر مستودع بدون اینکه حال ودیعه را بیان کند، در این صورت موضوع ودیعه مجهول مانده از متروکه متوفی مانند سایر دیون گرفته می شود. همچنین، اگر وارث بدون بیان وصف ودیعه، گفت که: ودیعه را می شناسم، در این حال قول ورثه در باره ضایع شدن ودیعه معتبر شمرده نمی شود و هرگاه ضیاع ودیعه ثابت نگردید، ضمان از متروکه متوفی لازم می شود.»

- تسلیم مال ودیعه به مودع یا ورثه مودع: ماده ۱۶۲۶ ق. م: «هرگاه مالک ودیعه وفات نماید شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده مکلف است آن را به ورثه مالک رد نماید مگر اینکه ترکه مستغرق به دین باشد. در این صورت رد مال ودیعه به اجازه محکمه باصلاحیت عملی می گردد در حالی که مال ودیعه بدون اجازه محکمه باصلاحیت به ورثه تسلیم و مال ودیعه از بین رفته یا ناقص گردد شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده به ضمان مکلف می گردد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که مستودع و یا امین وی باید ودیعه را به مودع رد نمایند. اگر مودع وفات کرده باشد، آن را باید به ورثه رد نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی خویش را نزد محمود به امانت گذاشته باشد و احمد وفات نماید، محمود مکلف است ده لک افغانی را به ورثه احمد که تعریف آن در بالا گذشت رد نماید. استثنای این اصل این است که مال مودع مستغرق به دین باشد که در این صورت مستودع باید اذن قاضی را اخذ نماید. مستغرق اسم مفعول از ریشه «غرق» گرفته شده است که در لغت به معنی غرق شده، غوطه ور شده و در آب فرو رفته است. در اصطلاح حقوق مدنی، مستغرق به کسی گویند که در آب فرو رفته و غرق شده است.^{۷۷۰} همچنین، مستغرق به مالی می گویند همه آن پرداخت دین شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی خویش را نزد محمود به امانت گذاشته باشد و احمد وفات نماید، اما مجموعه اموال احمد بیست لک افغانی باشد و احمد سی لک افغانی از جمشید قرضدار باشد، مال احمد مستغرق بر دین است. زیرا، همه آن باید به جمشید پرداخته شود، تا جمشید حداقل بتواند قسمتی از دین خویش را بگیرد. در این صورت، محمود مکلف است به اجازه محکمه ذیصلاح ده لک افغانی احمد را به ورثه احمد رد نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم رد مال به امانت دهنده در صورتی که اموال امانت دهنده مستغرق به دین باشد است.

- رد ودیعه به مودع توسط مستودع: طبق ماده ۱۶۲۵ ق. م: «شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده، می تواند هر وقتی خواسته باشد مالک را به تسلیم مال ودیعه مکلف نماید مگر اینکه از عقد طوری ظاهر شود که مهلت به نفع مالک ودیعه

۷۶۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۰۶۰.

۷۶۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۱۵.

۷۷۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۸۲۷.

می باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده می تواند هر لحظه ای که خواسته باشد مال ودیعه را به مالک آن رد نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به امانت بدهد، محمود می تواند هر لحظه ای که خواسته باشد از احمد مطالبه نماید تا موتر را تسلیم شود. استثنای این اصل این است که ودیعت به نفع مالک ودیعه باشد.

به حیث مثال، اگر حمیده گردن بند طلا داشته باشد و محل مناسبی برای نگهداری آن نداشته باشد و آن را به دوستش مرضیه از بهر نگهداری در محل مناسب برای مدت یک ماه به امانت بدهد، اما قبل از تکمیل یک ماه گردن بند طلا را از مرضیه مطالبه نماید، مرضیه می تواند از تسلیمی گردن بند طلا به حمیده خودداری نماید. تعیین مدت در این مثال به نفع حمیده است. زیرا، در صورتی که مرضیه گردن بند را به حمیده قبل از تکمیل مدت و قبل از این که حمیده برای نگهداری آن محل مناسب پیدا نماید، بدهد امکان دارد دزد گردن بند را به سرقت ببرد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف امانت گیرنده است.

(۲) **آثا، عقد ابداع نسبت به مودع:** طبق ق. م عقد ابداع نسبت به مودع موجب ايجاد آثا، ذيل مې گردد:

۱- پرداخت اجرت: طبق ماده ۱۶۲۷ ق. م: «هرگاه ودیعت به اجرت باشد ودیعت گذار مکلف است اجرت را در اخیر ودیعت بپردازد، مگر اینکه طور دیگری موافقه به عمل آمده باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل و قاعده این است که هرگاه ودیعت به اجرت باشد ودیعت گذار مکلف است اجرت را در اخیر ودیعت بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را در توقف گاه یا پارک محمود پارک نماید، احمد مکلف است اجرت توقفگاه را به محمود پرداخت نماید. استثنای این اصل این است که طرفین طور دیگر توافق نموده باشند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد با محمود توافقی نماید که محمود به صورت رایگان موتر احمد را نگهداری نماید، این توافق مدار اعتبار است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف امانت دهنده است.

۲- پرداخت مصارف حفظ: طبق ماده ۱۶۲۸ ق.م: «ودیعہ گذار بہ پرداخت مصارفی مکلف می باشد کہ برای حفاظت مال ودیعہ از طرف شخصی کہ مال ودیعہ نزد او گذاشتہ شدہ مصرف گردیدہ، مشروط بر اینکہ مصارف از قیمت ودیعہ بیشتر نباشد.» از نص این مادہ یک قاعدہ استنباط می گردد. طبق این قاعدہ ودیعہ گذار بہ پرداخت مصارفی مکلف می باشد کہ برای حفاظت مال ودیعہ از طرف شخصی کہ مال ودیعہ نزد او گذاشتہ شدہ مصرف گردیدہ، مشروط بر اینکہ مصارف از قیمت ودیعہ بیشتر نباشد. بہ حیث مثال، اگر احمد اسپان خویش را بہ محمود بہ امانت بگذارد و محمود یک مقدار پول را صرف مصارف آب، علف و محل بود و باش اسپان نماید، احمد مکلف است این مصارف را بہ محمود پرداخت نماید بہ شرط این کہ مصارف از قیمت اسپان بیشتر نباشد. ہدف قانونگذار مدنی در نص این مادہ بیش بہا، تکلیف امانت دہندہ است.

۳- **مستحق شدن منافع ودیعه:** طبق ماده ۷۹۸ مجله الاحکام: «منافع ودیعه متعلق به صاحب آن است. مثلاً: ثمره حیوان ودیعه از قبیل جوجه، شیر و موی آن به صاحب حیوان مربوط است.».

۴- به استحقاق برده شدن و دیع: طبق ماده ۱۶۲۹ ق.م: «هرگاه مال و دیعه به استحقاق برده شده، ضمان آن را شخصی که مال و دیعه نزد او گذاشته شده متحمل گردد، به اندازه ضمان بر و دیعت گذار رجوع کرده می تواند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: هرگاه مال ودیعه به استحقاق برده شده، ضمان آن را شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده متحمل گردد. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی ظهور حق غیر را در مدعی بها را استحقاق گویند.^{۷۷۱} ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و کفیل شدن است. همچنین، ضمان در لغت به معنی تاوان و جبران خسارت است.^{۷۷۲} به حیث مثال، اگر احمد دو عراده موتر را به محمود به امانت دهد و جمشید در محکمه ذیصلاح ادعا نماید که موترها از آن من است و با ارائه وسایل اثبات ادعای خویش، ا ثابت نماید و محکمه حکم نماید که محمود موترها را تسلیم جمشید نماید، محمود مکلف است موترها را تسلیم

۷۷۱. همان، مسعود انصاری و محمد علم طاهری، جلد (۱)، ص ۲۲۸.

۷۷۲. حسن بادینی، (۱۳۹۲). فلسفهٔ مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۹-۳۲.

جمشید نماید. در این صورت، بند اول ماده ۱۶۲۹ ق. م که می گوید امانت گیرنده باید جبران خسارت آن را پرداخت نماید، محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در این صورت، شخص سوم مال محل امانت را به استحقاق می برد و جبران خسارت منتفی است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

دوم این که: اگر امانت گیرنده برای دفع دعوی استحقاق متحمل مصارف شود، مانند مصارف وکیل مدافع، محصول محکمه و نظیر اینها، می تواند این مصارف را از امانت دهنده مطالبه نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، محمود می تواند مصارفی را که به منظور دفع دعوی استحقاق متحمل شده است از احمد مطالبه نماید. هدف هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف امانت دهنده است.

۵- طبق ماده ۱۶۳۰ ق. م: «ودیعت گذار مکلف است تمام خساره را جبران نماید که به سبب وديعت به شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده، رسیده باشد مشروط بر اینکه این خساره ناشی از قصور وديعت گذار باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده وديعت گذار مکلف است تمام خساره را جبران نماید که به سبب وديعت به شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده، رسیده باشد مشروط بر اینکه این خساره ناشی از قصور وديعت گذار باشد. معنی قصور گذشت. به حیث مثال، اگر احمد گوسفندان خویش را نزد محمود به امانت گذارد و موعد امانت سپری شود و محمود از احمد بخواهد تا گوسفندان را تسلیم شود، اما احمد گوسفندان را تسلیم نشود و گوسفندان همه کشت و زراعت محمود را تخریب نمایند، احمد مکلف جبران خسارت زراعت محمود را پرداخت نماید. در این مثال، احمد مرتکب تقصیر شده است و در تسلیم گوسفندان اهمال کرده است.

۶- طبق ماده ۱۶۱۳ ق. م: «شخصی که مال وديعت نزد وی گذاشته شده نمی تواند در مقابل حفاظت وديعه اجرتی مطالبه نماید مگر این که در عقد به خلاف آن تصریح شده باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل و قاعده این است شخصی که مال وديعت نزد وی گذاشته شده نمی تواند در مقابل حفاظت وديعه اجرتی مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را در توقف گاه یا پارک محمود پارک نماید، محمود نمی تواند اجرت از احمد مطالبه نماید. استثنای این اصل این است که طرفین طور دیگر توافق نموده باشند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد با محمود توافق نماید که محمود مکلف است موتر را حفظ و نگهداری نماید و احمد مکلف است در برابر حفظ و نگهداری موتر به محمود اجرت بدهد، این توافق اعتبار دارد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف امانت دهنده است.

گفتار هفتم) انتها

در مورد انتهای عقد ایداع ق. م حکمی ندارد. اما، به موجب فقه عقد ایداع در حالت ذیل منتهی می شود:

- ۱) استرداد و یا رد وديعه: هرگاه مودع وديعه را مسترد نماید و یا مستودع آن را به مودع رد نماید، عقد ایداع منتهی می شود. زیرا، ایداع عقد غیر لازم است و به استرداد و رد منتهی می شود؛
- ۲) موت مودع و یا وديع: عقد ایداع با موت منتهی می شود؛
- ۳) جنون و یا اغمای یکی از متعاقدين به سبب زوال اهلیت؛
- ۲) حجر مودع به سبب سفه و از وديع به سبب فلس، جهت رعایت مصلحت؛ و
- ۵) نقل ملکیت وديعه به غیر مالک: عقد ایداع به نقل ملکیت وديعه از مالک به غیر از طریق بیع، هبه و غیره منتهی می شود.^{۷۷۳}

مبحث هفتم) نگهبانی

نوع ششم عقد کار طبق ق. م نگهبانی است که احکام آن را جلد سوم، مواد ۱۶۳۲ الی ۱۶۲۲ ق. م تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م اقتباس کرده اند.

گفتار اول) تعریف

طبق ماده ۱۶۳۲ ق. م: «نگهبانی، عقدی است که به موجب آن دو طرف منازعه عقار یا منقول یا مجموع اموال مورد منازعه را جهت حفاظت و اداره آن الی زمان حل نزاع به شخص دیگری می سپارند که آن را با حاصل آن به شخصی که حق وی در آن شی به اثبات می رسد، اعاده نماید.» طبق این ماده نگهبانی عقدی است که به موجب آن مالی را که مورد نزاع است و هنوز حق

۷۷۳. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کوئته: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۰۳۴.

یکی از طرفین در مورد آن در محکمه ذیصلاح ثابت نشده است و آن را خطر عاجل تهدید می نماید به نگهبان جهت حفظ، اداره و در نهایت رد به محکوم له با صورت حساب طرفین منازعه می سپارند. این سپردن نیز ممکن است به اتفاق طرفین دعوی صورت پذیرد که آن را نگهداری اتفاقی می گویند و یا حکم قاضی در صورت عدم توافق طرفین که آن را نگهداری قضایی می گویند.^{۷۷۴} منازعه از ریشه «نزع» گرفته شده است که در لغت به معنی ستیز کردن، خصومت کردن، مناقشه کردن، کشاکش کردن و جدال است که جمع آن منازعات است. در اصطلاح حقوق مدنی، سرسختی نشان دادن برای احقاق حق خویش با رفتن به نزد قاضی و دفاع کردن از حق خویش منازعه گویند.^{۷۷۵} به حیث مثال، اگر یک عراده موتر یا ده جریب زمین زراعتی میان احمد و حمیده متنازعه فیه باشد و احمد دعوی را در محکمه اقامه نماید و احمد و حمیده توافق نمایند تا موتر یا زمین الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد یا محکمه موتر یا زمین را به جمشید بدهد تا آن را الی حل و فصل دعوی توسط محکمه نگهداری نماید، این عقد را نگهداری می گویند. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف نگهداری است.

گفتار دوم) ارکان

برخی نویسندگان در خصوص عقد نگهداری بر این نظر اند که این عقد دارای سه رکن است: مالی که موضوع نگهداری قرار می گیرد که می تواند عقار و یا منقول باشد، اتفاق طرفین و یا حکم قاضی و نگهبان که براساس رضایت طرفین و یا حکم قاضی تعیین می شود.^{۷۷۶} به نظر می رسد اگر قواعد عمومی قراردادها را بر این عقد تطبیق نماییم ارکان ذیل از عقد نگهداری استنباط می گردد. طرفین، به حیث مثال، در مثال بالا، احمد و حمیده، نگهبان، به حیث مثال، در مثال بالا حمشید، موضوع، به حیث مثال، در مثال بالا، موتر یا زمین، سبب که عبارت از حفظ مال است و صیغه که عبارت از الفاظی است که میان طرفین یا محکمه و نگهبان رد و بدل می شود. در صورتی که نگهداری در برابر اجرت باشد، اجرت نیز یکی از ارکان نگهداری است.

گفتار سوم) انواع

طبق ماده ۱۶۳۶ ق. م: «تعیین نگهبان اعم از اینکه رضایی باشد یا قضایی به موافقه تمام اشخاص شامل نزاع صورت می گیرد. در صورت عدم توافق نگهداری از طرف قاضی تعیین می شود.» طبق نص این ماده عقد نگهداری دو نوع است: عقد نگهداری رضایی و عقد نگهداری قضایی:

۱) عقد نگهداری رضایی: عقد نگهداری رضایی عبارت از عقدی است که براساس توافق متداعیین صورت می پذیرد؛ به این توضیح که طرفین دعوی توافق می نمایند که مال متنازع فیه را جهت نگهداری به شخص ثالث بدهند. به حیث مثال، اگر یک عراده موتر میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد دعوی را در محکمه اقامه نماید و احمد و محمود توافق نمایند تا موتر الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد این عقد را نگهداری رضایی می نامند. در این صورت، شرط است که در خصوص نگهداری موتر احمد، محمود و جمشید همه موافقه نمایند.

۲) عقد نگهداری قضایی (جبری) و حالات آن: در صورتی که طرفین در مورد عقد نگهداری توافق ننمایند، این عقد جبراً توسط قضاء صورت می پذیرد. بنابراین، مال متنازع فیه براساس حکم محکمه ذیصلاح به شخص ثالث جهت نگهداری سپرده می شود. به حیث مثال، اگر یک عراده موتر میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد دعوی را در محکمه اقامه نماید و احمد و محمود توافق نمایند تا موتر الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد و قاضی موتر را الی حل و فصل دعوی تسلیم جمشید نماید، این عقد را نگهداری قضایی می گویند. هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۶۳۸ ق. م پیش بینی انواع عقد نگهداری و پیش بینی شرایط نگهداری رضایی است.

علاوه براین، طبق ماده ۱۶۳۵ ق. م: «محکمه می تواند در احوال آتی به نگهداری امر نماید: ۱- در احوال مندرج ماده (۱۶۳۲) این قانون که طرفین به نگهداری شی مورد نزاع به موافقه نرسند؛ ۲- در حالی که شخص ذیعلاقه از موجودیت شی نزد متصرف خطر عاجل احساس نماید؛ و ۳- در احوال دیگری که قانون به آن تصریح نموده باشد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه

۷۷۴. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۷۸۱.
۷۷۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۷۳.
۷۷۶. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲)، الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۷۸۱.

ارجاعی و مرتبط به ماده ۱۶۳۲ ق. م است. طبق نص این ماده محکمه می تواند در احوال آتی به نگهداری امر نماید. آتی در لغت به معنی آینده، مستقبل و بعدی است: ۷۷۷

(۱) در احوال مندرج ماده (۱۶۳۲) این قانون که طرفین به نگهداری شی مورد نزاع به موافقه نرسند. تعریف نزاع در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر یک عراده موثر میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد دعوی را در محکمه اقامه نماید و احمد و محمود توافق نمایند تا موثر الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد و قاضی موثر را الی حل و فصل دعوی تسلیم جمشید نماید، این عقد را نگهداری قضایی می گویند.

(۲) در حالی که شخص ذیعلاقه از موجودیت شی نزد متصرف خطر عاجل احساس نماید. ذیعلاقه در لغت به معنی دارای علاقه است. متصرف از ریشه «صرف» گرفته شده است که به معنی تصرف کننده، دخالت کننده و انجام دهنده کاری است. در فقه و حقوق متصرف به کسی می گویند که یک عمل حقوقی را انجام دهد. ۷۷۸ به حیث مثال، در هبه و اهب متصرف است. همچنین، در عقد عاریت، عاریت دهنده متصرف است. خطر در لغت به معنی آنچه مایه هلاکت باشد، بیم تلف شدن، بیم و دشواری است. ۷۷۹ در اصطلاح حقوقی، خطر عبارت از هر آنچه است که موجب بیم و دشواری شود. به حیث مثال، اگر یک عراده موثر میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد دعوی را در محکمه اقامه نماید و احمد و محمود توافق نمایند تا موثر الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد و احمد نگران باشد که مبدا محمود موثر را به ویس به فروش رساند، محکمه می تواند موثر را الی حل و فصل دعوی تسلیم جمشید نماید. همچنین، اگر یک لک کارتن گوشت مرغ، ران مرغ و نظیر اینها میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و در عین حال به دلیل سریع الفساد بودن گوشت، احمد نگران فاسد شدن گوشت های مرغ باشد، می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید تا محکمه گوشت ها را به شخص سوم به منظور نگهداری بدهد.

(۳) نص ماده ۱۶۳۵ ق. م احصایی است نه حصری زیرا قانونگذار مدنی در فقره سوم نص این ماده از «در احوال دیگری که قانون به آن تصریح نموده باشد» سخن می گوید. بنابراین، در هر موردی که قوانین خاص به نگهداری شی متنازع فیه حکم نماید، محکمه می تواند شی را به نگهداری الی حل و فصل دعوی تسلیم نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و احصای برخی حالات عقد نگهداری است.

گفتار چهارم) آثار

طبق ماده ۱۶۳۷ ق. م: «حقوق وجایب و صلاحیت نگهداری در موافقه یا حکم محکمه تعیین می گردد. در صورت عدم تعیین احکام ودیعت و وکالت در حدودی که با احکام نگهداری مناقض نباشد، تطبیق می گردد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به احکام وکالت و ودیعت است. از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

(۱) اگر نگهداری اتفاقی باشد، حقوق و التزامات نگهداری به موجب عقد توسط طرفین پیش بینی می شود. به حیث مثال، اگر یک لک کارتن گوشت مرغ، ران مرغ و نظیر اینها میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و در عین حال به دلیل سریع الفساد بودن گوشت، احمد نگران فاسد شدن گوشت های مرغ باشد، احمد و محمود می توانند الی حل و فصل منازعه گوشت های مرغ را نزد جمشید به نگهداری بدهند. در این صورت، تعهدات جمشید و احمد و محمود در قراردادی که میان احمد، محمود و جمشید منعقد می گردد باید پیش بینی شود.

(۲) اگر نگهداری قضایی، باشد حکم قاضی حقوق و التزامات نگهداری را تعیین می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و محمود در خصوص عقد نگهداری به توافق نرسند و قاضی مرغ ها را تسلیم جمشید نماید، تعهدات جمشید، احمد و محمود را قاضی مکلف است در حکم خویش پیش بینی نماید.

(۳) در صورت عدم موجودیت حکم قاضی، ق. م آثار عقد نگهداری را تابع آثار عقد ودیعه و وکالت به استثنای احکامی که بحث آن خواهد آمد، می داند. پس، نگهداری مکلف به التزامات وکیل و مستودع است. چنانچه بیان شد، مستودع مکلف به تسلیم شی، محافظت آن و رد آن به مودع است. التزامات وکیل نیز تنفیذ موضوع وکالت (تنفیذ موضوع وکالت در عقد نگهداری عبارت از اداره

777. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 1/ 1/ 2018).

۷۷۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳) تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۹۹ و ۱۷۰۰.

779. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 1/ 1/ 2018).

اموال موضوع عقد نگهداری است)، تقدیم حساب و رد آنچه که مربوط به مؤکل می شود توسط وکیل است. بنابراین، در نگهداری خواه اتفاقی باشد و یا قضایی نگهدار مکلف به تسلیم مال و محافظت آن، اداره مال، تقدیم حساب و رد مال و طلب اجرت و استرداد مصارف است. احکام ودیعت و وکالت به شرطی بر عقد نگهداری قابل تطبیق است که احکام وکالت و ودیعت با عقد نگهداری متعارض نباشد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهدات نگهدار در عقد نگهداری رضایی و قضایی و تطبیق احکام وکالت و ودیعت بر عقد نگهداری است.

۱) تکالیف نگهدار: طبق ق. م نگهدار مکلف به ایفاء تکالیف ذیل است:

۱- تسلیم مال و محافظت آن: طبق ماده ۱۶۳۸ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) نگهدار به حفاظت و اداره اموال تحت نگهداری مکلف بوده و لازم است در زمینه به اندازه شخص عادی توجه نماید؛ و (۲) نگهدار نمی تواند یکی از اشخاص ذیعلاقه را بدون رضایت متباقی قائم مقام خود بسازد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: نگهدار باید از تسلیم مال از حایز آغاز نماید. بعد از تسلیم نگهدار مکلف است آن را مانند شخص عادی حفاظت نماید. معیار حفظ نیز، حفظ شی به همان اندازه ای است که شخص عادی مال خویش را حفظ می نماید. دلیل این قاعده این است که شخص عادی معمولاً در حفظ مال خویش از افراط و تفریق پرهیز می نماید و به طور متعارف مال خویش را نگهداری می نماید. با توجه به این اصل، اگر زمین زراعتی باشد، نگهدار مکلف است آن را طبق اصول مألوف زرع نماید، آن را به اجاره بدهد و اجرت آن اخذ نماید. اگر موضوع حفظ، بناء باشد نگهدار باید آن را از سقوط و منهدم شدن حفظ نماید. اگر موضوع حفظ آلات باشد، نگهدار باید آن را از تلف و هلاک شدن حفظ نماید. به حیث مثال، اگر یک عراده موتور میان احمد و محمود متنازعه فیه باشد و احمد دعوی را در محکمه اقامه نماید و احمد و محمود توافق نمایند تا موتور الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد و قاضی موتور را الی حل و فصل دعوی تسلیم جمشید نماید، جمشید مکلف است موتور را مانند موتور خویش حفظ و نگهداری نماید.

دوم این که: نگهدار نمی تواند یکی از اشخاص ذیعلاقه را بدون رضایت متباقی قائم مقام خود بسازد. ذیعلاقه در لغت به معنی دارای علاقه و میل است. منظور از اشخاص ذیعلاقه در نص این ماده مدعی و مدعی علیه است. قائم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۷۸۰} به حیث مثال، اگر یک عراده موتور میان احمد و محمود متنازعه فیه باشد و احمد دعوی را در محکمه اقامه نماید و احمد و محمود توافق نمایند تا موتور الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد و قاضی موتور را الی حل و فصل دعوی تسلیم جمشید نماید، جمشید مکلف است موتور را مانند موتور خویش حفظ و نگهداری نماید. در چنین حالتی، جمشید نمی تواند مال موضوع نگهداری را به یکی از طرفین دعوی قبل از حل و فصل دعوی به جانب دیگر بدون رضایت طرف دیگر بدهد. زیرا، این امر موجب به مخاطره افتادن مصالح یکی از طرفین دعوی می شود. اشخاص ذیعلاقه در این مثال احمد و محمود اند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف نگهدار است.

۲- اداره مال: طبق ماده ۱۶۳۹ ق. م: «نگهدار نمی تواند در غیر از اعمال اداره بدون اجازه تمامی اشخاص ذیعلاقه و یا بدون اجازه قاضی در اموال تحت نگهداری، تصرف نماید.» نص این ماده میان اعمال اداره و اعمال تصرف تفکیک قایل شده و به نگهدار مانند وکیل عام صرف صلاحیت اعمال اداره را اعطاء نموده است. اما، در اعمال تصرف، مانند: فروش مال موضوع نگهداری، مقایضه آن، رهن آن، مشارکت با آن، قرض دادن آن، صلح با آن و تنازل از آن نگهدار باید اذن طرفین و یا محکمه ذیصلاح را اخذ نماید، در غیر آن نگهدار از حدود نیابت تجاوز نموده و عمل او نافذ نیست مگر اینکه طرفین، انفاذ آن را اجازه دهند. اعمال اداره چنانچه در ماده ۱۵۶۰ فقره دوم ق. م تصریح گردیده است، شامل اجاره دادن مال مشروط بر این که مدت آن از سه سال تجاوز نکند در کارهای مربوط به حفظ و نگهداشت اموال طرفین دعوی، پرداخت دین و قبض حقوق، منقطع ساختن مرور زمان، ثبت عقد رهن در وثیقه، سعی به رفع دعوی مستحیل و دعوی ذوالیدی از جمله اعمال اداره محسوب می شود. همچنین، تصرفات حقوقی ای که عمل اداره آن را ایجاب نماید، مانند بیع محصولات زراعتی زود تلف و خریدن مواشی و آلات زراعتی نیز از جمله اعمال اداره است. بنابراین، نگهدار می تواند این اعمال را انجام دهد. به حیث مثال، اگر یک عراده موتور میان احمد و محمود متنازعه فیه باشد و احمد دعوی را در محکمه اقامه نماید و احمد و محمود توافق نمایند تا موتور الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد و قاضی موتور را الی حل و فصل دعوی تسلیم جمشید نماید، جمشید می تواند در موتور اعمال اداره را انجام دهد. اما،

۷۸۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.

جمشید نمی تواند در موثر اعمال تصرف را انجام دهد مگر به اجازه قاضی یا احمد و محمود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف نگهبان است.

۳- تقدیم حساب به طرفین دعوی و محکمه ذیصلاح: طبق ماده ۱۶۴۱ ق. م: «نگهبان به داشتن دفاتر منظم حساب مکلف می باشد. در صورتی که نگهبان طور رضایی تعیین شده باشد، مکلف است به اشخاص شامل نزاع سال یک مرتبه به رویت اسناد از اجراءات و اداره خود حساب بدهد. اگر نگهبان از طرف محکمه تعیین شده باشد، به دادن یک نقل صورت حساب به محکمه مکلف می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: نگهبان به داشتن دفاتر منظم حساب مکلف می باشد. دلیل این قاعده این است که نگهبان نایب صاحب مال است. پس، مانند ارایه صورت حساب توسط وکیل به مؤکل، نگهبان نیز مکلف است صورت حساب به صاحب مال بدهد. به حیث مثال، اگر صد رأس گاو میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد و محمود توافق نمایند تا گاو ها الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد، جمشید مکلف است دفتر منظم حساب داشته باشد.

دوم این که: در صورتی که نگهبان طور رضایی تعیین شده باشد، مکلف است به اشخاص شامل نزاع سال یک مرتبه به رویت اسناد از اجراءات و اداره خود حساب بدهد. تعریف نزاع در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر صد رأس گاو میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد و محمود توافق نمایند تا گاو ها الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد، جمشید مکلف است دفتر منظم حساب داشته و سال یکبار به احمد و محمود صورت حساب اجراءات و اداره اموال را بدهد.

سوم این که: اگر نگهبان از طرف محکمه تعیین شده باشد، به دادن یک نقل صورت حساب به محکمه مکلف می باشد. به حیث مثال، اگر صد رأس گاو میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد و محمود توافق نمایند تا گاو ها الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد، اما محکمه جمشید را نگهبان تعیین نماید جمشید مکلف است دفتر منظم حساب داشته و سال یکبار به احمد و محمود و در صورتی که جمشید از طرف محکمه تعیین شده باشد، یک کاپی صورت حساب اجراءات و اداره اموال را به محکمه تقدیم نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف نگهبان است.

(۲) حقوق نگهبان: طبق ماده ۱۶۴۰ ق. م: «نگهبان می تواند از محکمه با صلاحیت تعیین اجرت نگهبانی را مطالبه نماید، مگر اینکه طور صریح یا ضمنی از آن تنازل نموده باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که نگهبانی در برابر اجرت است. بنابراین، نگهبان می تواند از محکمه با صلاحیت تعیین اجرت نگهبانی را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر صد رأس گاو میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد و محمود توافق نمایند تا گاو ها الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد، یا احمد و محمود به توافق نرسند و محکمه گاو ها را الی حل و فصل دعوی تسلیم جمشید نماید، جمشید می تواند از محکمه مطالبه نماید تا در برابر نگهبانی گاوها محکمه به جمشید اجرت تعیین نماید. این که این اجرت را مدعی یا مدعی علیه باید بپردازد ق. م مسکوت است که محل ایراد به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده تکمیل گردد.

برخی نویسندگان در این خصوص می نویسند که اجرت نگهبان، در صورت توافق طرفین، توسط طرفین و در صورت عدم توافق طرفین توسط محکمه ذیصلاح با توجه اهمیت شی ای که موضوع نگهبانی قرار می گیرد، تعیین می شود. استثنای این اصل این است که نگهبان طور صریح یا ضمنی از دریافت اجرت تنازل نموده باشد. تنازل از ریشه «نزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گیری است.^{۷۸۱} به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمشید به صورت صریح بگوید من گاوها را به صورت رایگان نگهبانی می نمایم یا گاوها را تسلیم شود و مطالبه اجرت ننماید، احمد از دریافت اجرت صرفنظر نموده است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حق نگهبان و تکلیف طرفین دعوی است.

گفتار پنجم) انتها

طبق ماده ۱۶۴۲ ق. م: «نگهبانی به حکم محکمه یا به موافقه اشخاص شامل نزاع خاتمه یافته و نگهبان به رد تمام اموال و اسناد تحت نگهبانی به شخصی که به موافقه اشخاص شامل نزاع و یا محکمه تعیین می گردد، مکلف می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) نگهداری به حکم محکمه یا به موافقه اشخاص شامل نزاع خاتمه می یابد. به حیث مثال، اگر صد رأس گاو میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد و محمود توافق نمایند تا گاو ها الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد، یا احمد و محمود به توافق نرسند و محکمه گاو ها را الی حل و فصل دعوی تسلیم جمشید نماید، این عقد در دو صورت خاتمه پیدا می کند. نخست در صورتی که احمد و محمود توافق نمایند. به گونه مثال، توافق نمایند که مال نزد احمد یا محمود باشد. دوم در صورتی که محکمه حکم صادر نماید و مدعی به را به مدعی یا مدعی تسلیم نماید.

(۲) در صورت ختم نگهداری، نگهدار به رد تمام اموال و اسناد تحت نگهداری به شخصی که به موافقه اشخاص شامل نزاع و یا محکمه تعیین می گردد، مکلف می باشد. بنابراین، رد مال بعد از انتهای عقد نگهداری صورت می پذیرد. وظیفه نگهداری نیز گاهی ممکن است قبل از انتهای عقد نگهداری منتهی شود، مانند: عزل نگهدار، و یا منعل نمودن او خویش را از نگهداری، موت نگهدار و یا حجر نگهدار که در چنین حالات نگهدار دیگر قایم مقام نگهدار اولی قرار می گیرد. بنابراین، رد ممکن است قبل از انتهای عقد نگهدار و یا انتهای وظیفه نگهدار صورت پذیرد. همچنین، در صورت صدور حکم توسط محکمه ذیصلاح، نگهدار مکلف است مال را به شخصی که محکمه به نفع او حکم صادر نموده است، رد نماید.^{۷۸۲} به حیث مثال، اگر صد رأس گاو میان احمد و محمود متنازع فیه باشد و احمد و محمود توافق نمایند تا گاو ها الی حل و فصل منازعه نزد جمشید باشد، یا احمد و محمود به توافق نرسند و محکمه گاو ها را الی حل و فصل دعوی تسلیم جمشید نماید، در صورتی که محکمه حکم نماید که گاو ها متعلق به احمد است، نگهدار مکلف است گاو ها را تسلیم محکوم له یعنی احمد با صورت حساب آن نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انتهای نگهداری و تکلیف نگهدار است.

۷۸۲ . جهت مطالعه مفصل راجع به عقد نگهداری ر. ک: عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۷)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۷۸۲-۹۵۹.

فصل چهارم: عقود احتمالی

نوع چهارم عقود معین طبق ق. م عقود احتمالی است. عقد معوض در صورتی «احتمالی» گفته می شود که عامل «بخت و تصادف» در تعیین دو عوض دخالت داشته باشد و عقد بر مبنای آن واقع شود. پس، در تعریف عقود احتمالی می توان گفت که: «عقد معوضی است که در آن مقدار دو عوض وابسته به امر نامعلومی در آینده باشد».^{۷۸۳} طبق ق. م عقود احتمالی شامل قمار بازی و عقد بیمه می شود که احکام آن را جلد سوم، باب چهارم، مواد ۱۶۲۳ الی ۱۶۶۲ ق. م تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از فقه و ق. م. ج. م اقتباس نموده اند:

مبحث اول) قمار بازی

طبق ماده ۱۶۴۳ ق. م: «هر نوع موافقه در خصوص قمار بازی باطل پنداشته می شود». طبق نص این ماده کلیه توافقات مربوط به قمار یا شرط بندی به علت مخالفت با آداب عامه، قانون و نظم عمومی باطل است. بنابراین، فروش خانه ای که برای قمار بازی اختصاص یافته باطل است. همچنین، اجاره آن و هر عقدی که به قصد بهره برداری برای قمار در باب خانه صورت پذیرد، نیز باطل است. قمار از ریشه قمر گرفته شده است که در دری به آن برد و باخت می گویند. همچنین، قمار به معنی کم و زیاد شدن است. زیرا، مال قمار باز گاهی کم و گاهی زیاد می شود. در اصطلاح فقهی به هر بازی که در آن شرط شده باشد که طرف غالب از طرف مغلوب چیزی بگیرد، قمار گویند. طبق فقه هر آنچه که از طریق قمار کسب شود، حرام است. زیرا، طبق فقه قمار یکی از اسباب کسب ملکیت نیست.^{۷۸۴} هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم باطل بودن قمار به دلیل مخالفت با قانون، نظم عمومی و اخلاق است.

در فقه اسلامی قمار و میسر هر دو حرام، باطل و از گناهان کبیره است. خداوند عزوجل در این مورد می فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْحُمُرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ - [مائده: ۹۰]

«ای کسانی که ایمان آورده اید شراب و قمار و بتها و تیرهای قرعه پلیدند [و] از عمل شیطانند پس از آنها دوری گزینید باشد که رستگار شوید.».

طبق فقه هر آنچه که از طریق قمار کسب شود، حرام است. زیرا، طبق فقه قمار یکی از اسباب کسب ملکیت نیست.^{۷۸۵}

مبحث دوم) بیمه

نوع دوم عقد احتمالی طبق ق. م بیمه است. جلد سوم، باب چهارم، مواد ۱۶۲۲ الی ۱۶۶۲ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م اقتباس نموده اند:

گفتار اول) تعریف، پیشینه و اهمیت

الف) تعریف

طبق ماده ۱۶۲۲ فقره اول ق. م: «(۱) بیمه، عقدی است که به موجب آن بیمه کننده به تأدیه یک مقدار پول یا عائد مرتب و یا به تعویض مالی دیگر در حالت وقوع حادثه یا خطری که در مقابله تعیین گردیده، به بیمه شونده یا شخصی که بیمه به نفع وی شرط شده، در بدل مبلغی که یکبارگی یا به اقساط می پردازد، تعهد می نماید.» بیمه که در عربی به آن تأمین می گویند، در لغت به معنی ضمانت است.^{۷۸۶} طبق این ماده بیمه عقد است. بیمه میان بیمه کننده و بیمه شوند منعقد می شود. به موجب بیمه بیمه کننده مکلف است یک مقدار پول یا عاید یا تعویض مالی را در حالت وقوع حادثه یا خطر که در عقد بیمه پیش بینی شده است به بیمه شونده یا شخصی که بیمه به نفع او صورت گرفته است در بدل پولی که بیمه شوند به یکبارگی یا اقساط به بیمه کننده می

۷۸۳ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱۳۰.

۷۸۴ . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۶۱؛ محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۴)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه شماره ۱۱۰۰۳.

۷۸۵ . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۶۱؛ محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۴) تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه شماره ۱۱۰۰۳.

۷۸۶ . محمد معین (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش، ص ۲۰۱.

پردازد، تعهد می نماید. اقساط جمع قسط است. قسط در لغت به معنی حصه، سهم، قسمت و بخش است.^{۷۸۷} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد قسط عبارت از قسمتی از دین یا پول است که در فاصله های مساوی با کمیت های مساوی توسط مدیون به داین پرداخت می شود.

به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را با شرکت بیمه، بیمه نماید، احمد مکلف است به یکبارگی یا به اقساط به شرکت بیمه پول بپردازد. شرکت بیمه مکلف است در صورت وقوع حادثه مانند تصادم موثر، یک مقدار پول به احمد پرداخت نماید. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف بیمه است. همچنین، ماده ۳ فقره اول قانون بیمه در تعریف بیمه می گوید که: «بیمه عقدی است که میان بیمه کننده و بیمه شونده به طور کتبی صورت گرفته و به موجب آن بیمه کننده در مقابل اخذ حق بیمه معین جبران خساره طرف مقابل را متعهد می گردد.» برخی حقوقدانان در تعریف بیمه می گویند بیمه عقدی است معین که به موجب آن، یک طرف (=بیمه کننده/ بیمه گر) عواقب خطر جانی یا مالی را به نفع طرف مقابل (=بیمه شونده/ بیمه گذار) به عهده می گیرد. در برابر این تعهد، بیمه گذار، مبلغی را به بیمه کننده می دهد که در حقوق افغانستان به نام حق البیمه یاد می شود.^{۷۸۸}

ب) پیشینه

بیمه برای اولین بار در قرن پانزدهم میلادی در زمینه حمل نقل دریایی کالاهای در کشورهای مدیترانه ای و به طور مشخص در کشور ایتالیا ظهور کرد و عملیات بیمه ای به این گونه بود که صاحبان کشتی و کالاهای در مقابل پرداخت مبلغی به تجاری که به این امر مشغول بودند از آنها تضمین می گرفتند که در صورت وقوع حادثه و از دست دادن کشتی یا کالا، خساره های ایشان جبران شود. بیمه حوادث غیر دریایی از نیمه های قرن هفدهم برای اولین بار در انگلستان به وجود آمد.

در پی آتش سوزی بزرگ لندن در سال ۱۶۶۶ که منجر به سوختن ۱۳۰۰ خانه و صد کلیسا شده بود، مؤسسات بیمه حوادث آتش سوزی در لندن تأسیس شد. قبل از این مؤسساتی که در امر بیمه دریایی فعال بودند وجود داشت. ولی، بیمه های حوادث آتش سوزی غیر دریایی از این به بعد ایجاد شده اند. در فرانسه مؤسسات بیمه حوادث آتش سوزی فعالیت خود را از سال ۱۷۵۰ آغاز نمودند. از اواخر قرن نوزدهم به این طرف از اثر توسعه ماشینری و فعالیت های اقتصادی خطر ایجاد خساره روز به روز افزایش یافته و این امر سبب گسترش بیمه در ابعاد مختلف گردید و بیمه های جدید در زمینه مسؤلیت و خساره ها ایجاد شده و افزایش یافت. همچنین، با پیشرفت علم طب بیمه های عمر اشخاص نیز توسعه یافت.

در افغانستان مسأله عرضه خدمات بیمه و استفاده از آن به بیش از چهل سال قبل بر می گردد. اولین شرکت بیمه در افغانستان به نام شرکت بیمه ملی افغان تأسیس گردید. شرکت بیمه ملی افغان در حال حاضر در بخش های بیمه حریق و حوادث، بیمه فضایی، بیمه تجاری و بیمه موثر فعالیت داشته و در این اواخر به ایجاد بیمه های صحت، بیمه های مسافرت و غیره پرداخته که به زودی به بازار عرضه خواهد شد. بعداً به منظور تنظیم امور بیمه قوانین بیمه در سال های ۱۳۵۳، ۱۳۵۸ و ۱۳۶۸ وضع گردید. قوانین مذکور از نظر شکل و محتوا از هم فرق نداشته صرف در قسمت تأسیس شرکت بیمه موارد متفاوتی را پیش بینی نموده اند. بر طبق صراحت حکم ماده پنجم قانون بیمه منتشره جریده رسمی شماره ۲۳۰ سال ۱۳۵۸، تأسیس و انحلال شرکت بیمه از صلاحیت وزارت مالیه بعد از تصویب شورای وزیران می باشد، در حالی که در ماده ششم قانون بیمه منتشره جریده رسمی شماره ۶۹۲ سال ۱۳۶۸ تأسیس شرکت بیمه را از صلاحیت شورای وزیران دانسته است. بعداً به اساس فرمان شماره ۱۱۸ مؤرخ ۱۳۸۲/۹/۲۷ رییس جمهوری اسلامی افغانستان در مورد تعدیل و حذف برخی از مواد قانون بیمه منتشره جریده رسمی شماره ۸۷۲ سال ۱۳۸۲ شرایط لازم جهت فعالیت شرکت های بیمه خصوصی داخلی و خارجی در کشور ما فراهم گردیده چنانچه فقره دوم تعدیل ماده ششم فرمان متذکره چنین مشعر است: «شرکت های بیمه خصوصی مطابق احکام قانون سرمایه گذاری خصوصی در افغانستان ایجاد شده می تواند. جواز فعالیت شرکت های بیمه خصوصی از طرف وزارت مالیه صادر می گردد.».

همچنین، قانون بیمه جدید که توسط فرمان تقنینی شماره ۵۷ مورخ ۱۳۸۷/۲/۳۱ رییس جمهوری اسلامی افغانستان نافذ گردیده به هدف مصوونیت حیات و فعالیت های اقتصادی اجتماعی، جلب سرمایه گذاری در بخش های مختلف بیمه و ارتقای

۷۸۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱). تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۳۲.
۷۸۸. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲). تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه شماره ۲۸۱۵؛ و محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۸). الفارق، جلد (۲)، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۱۰۵.

سطح عرضه خدمات بیمه وضع شده است. بر طبق صراحت احکام مندرج این قانون شرکت‌های بیمه خصوصی و مختلط مطابق احکام قانون سرمایه‌گذاری خصوصی ایجاد و جوازنامه فعالیت بیمه را مطابق احکام قانون بیمه از وزارت مالیه اخذ می‌نمایند، شرکت‌های بیمه دولتی به پیشنهاد وزارت مالیه و منظوری شورای وزیران ایجاد می‌گردند.^{۷۸۹}

ج) اهمیت

نقش اصلی بیمه ایجاد تأمین مالی است. این تأمین به نوبه خود آثار روانی و اقتصادی بسیاری دارد. بیمه‌شونده با توصل به بیمه در صدد آن است که امور خود را قبلاً محاسبه نموده و تحت کنترل درآورد و به جای آن که منتظر پیش آمدهای ناگوار باشد، از قبل تمهیدات لازم را اندیشیده با بازی سرنوشت مقابله می‌نماید. بیمه علاوه بر تأثیر روانی، نیازی بیمه‌شونده را به تأمین لازم در فعالیت‌های اقتصادی برآورده نموده و اعتماد به آینده را بیشتر می‌سازد. افراد به این وسیله در مقابل خطرات اتفاقی که متوجه دارایی یا سلامت جسمانی شخص است، تأمین مالی لازم را اخذ می‌نمایند. فردی که در معرض حوادث جانی یا مالی قرار دارد، نمی‌تواند به طور مؤثر و مطمئن قدم بردارد مگر آنکه تأمین لازم در مقابل این حوادث را داشته باشد. فعالیت اقتصادی مناسب در صورتی ممکن است که فرد همواره بیم از دست دادن دارایی و تحمل بار سنگین مسؤولیت حوادث را نداشته باشد و این امر با پوشش بیمه تحقق می‌پذیرد. این مسأله در مورد زندگی شخصی نیز صدق می‌نماید و بیمه‌شونده با پوشش بیمه، خود و خانواده‌اش را در مقابل آثار حوادث و مرگ ناگهانی تأمین می‌نماید.

بیمه همچنین منافع اجتماعی دیگری دارد و آن این است که، رشد بیمه موجب تحولات عمده در نظام حقوق اجتماعی، حقوق کار و نیز حقوق مسؤولیت مدنی شده است با شرایطی که بیمه می‌تواند به بیمه شوندگان تحمیل نماید محیط کار و کالاهای تولیدشده از شرایط و ایمنی بالاتری برخوردار می‌شوند.^{۷۹۰}

گفتار دوم) ارکان بیمه و شرایط هر رکن

طبق ق. م و قانون بیمه، بیمه دارای شش رکن است: شرکت بیمه که بیمه کننده نامیده می‌شود، بیمه شونده و آن شخصی است که بیمه می‌شود، موضوع بیمه، حق البیمه، جبران خسارت، بیمه نامه و حادثه:

الف) شرکت بیمه (بیمه کننده)

اولین رکن بیمه، بیمه کننده است که همان شرکت بیمه است. ماده ۳ فقره ۲ قانون بیمه در تعریف بیمه کننده می‌گوید که: «بیمه کننده: شخص حکمی است که مطابق احکام قانون تأسیس و جواز نامه فعالیت را از وزارت مالیه کسب می‌نماید.» نص این ماده بیان می‌نماید که: بیمه کننده شخصیت حکمی که همان شرکت است می‌باشد. طبق ق. م شرکت بیمه می‌تواند دولتی، خصوصی و مختلط باشد. بنابراین، اول شرکت بیمه دولتی و سپس شرکت بیمه خصوصی را ذیلاً مورد بحث قرار می‌دهیم:

۱) شرکت بیمه دولتی: شرکت بیمه دولتی برخلاف شرکت بیمه خصوصی ضرورت به اخذ جواز از وزارت مالیه ندارد تا شخصیت حکمی آن ایجاد گردد، بلکه چنین شرکت‌های به پیشنهاد وزارت مالیه و منظوری شورای وزیران ایجاد می‌گردند و می‌تواند پس از ایجاد به فعالیت‌های خویش را آغاز نماید (ماده ۱۱ فقره اول قانون بیمه).

۲) شرکت بیمه خصوصی و مختلط و شرط ایجاد آن‌ها: برخلاف شرکت‌های بیمه دولتی، شرکت‌های بیمه خصوصی و مختلط به محض پیشنهاد وزارت مالیه و تصویب شورای وزیران ایجاد نمی‌گردند، بلکه ممثلین چنین شرکت‌ها باید جواز آن را از وزارت مالیه اخذ نمایند تا شخصیت حکمی چنین شرکت‌ها ایجاد گردد و پس از ایجاد ممثلین آن بتوانند فعالیت‌های آن را آغاز نمایند (ماده ۱۱ فقره‌های دوم و سوم قانون بیمه).

جهت ایجاد شخصیت حکمی شرکت بیمه خصوصی شرط است کسانی که می‌خواهند شرکت بیمه خصوصی را ایجاد نمایند، از وزارت مالیه جواز اخذ نمایند. در مورد کیفیت اخذ جواز و محتویات آن ماده ۱۲ قانون بیمه تصریح می‌نماید که: «(۱) فورمه اخذ جواز نامه فعالیت به اساس درخواست شخص حقیقی و حکمی در بدل تحویل مبلغ دو هزار و پنجاه (۲۵۰۰) افغانی به حساب واردات دولت از طرف وزارت مالیه صادر می‌گردد؛ (۲) مبلغ مندرج فقره (۱) این ماده به اساس پیشنهاد وزارت مالیه، تصویب شورای وزیران و منظوری رئیس جمهور تعدیل شده می‌تواند؛ (۳) درخواست دهنده مندرج فقره (۲) ماده یازدهم این قانون، مکلف

۷۸۹. محمد حریف ظریف (۱۳۸۸ ش). حقوق بیمه، مجله عدالت، شماره ۸۰، ص ۳۰.
۷۹۰. همان، محمد حریف ظریف، صص ۳۱ و ۳۲.

است فورمه اخذ شده را که حاوی مطالب ذیل می باشد، تکمیل و به وزارت مالیه ارایه نمایند: ۱- عنوان شرکت؛ ۲- اسم و اعضای اصلی شرکت و هیئت مدیره؛ ۳- آدرس دفتر ثبت شده در افغانستان و اسم نماینده مسؤول آن؛ ۲- اندازه سرمایه و دارایی؛ ۵- معلومات کافی در باره شهرت سهامداران و مدیران شرکت؛ ۶- سایر معلومات مورد ضرورت؛ (۲) درخواست کننده مندرج فقره (۲) ماده یازدهم این قانون، مکلف به ارایه اسناد ذیل می باشد: ۱- اساسنامه تصویب شده شرکت؛ ۲- تشکیل، پلان کاری و معلومات تحویلی جبران خساره؛ ۳- نمبر صکوک و مالیه؛ ۲ و - سایر اسناد مورد ضرورت؛ ۱۰. ماده ۱۲ قانون بیمه در مورد تضمین و فیس جوازنامه تصریح می نماید که: «(۱) درخواست دهندگان اخذ جواز نامه فعالیت مکلف اند، قبل از اخذ جوازنامه فعالیت مبالغ آتی را به عنوان تضمین طور امانت در یکی از بانک های ثبت شده توسط د افغانستان بانک، تحویل نمایند: ۱- شرکت بیمه عمری مبلغ چهار صد ملیون (۲۰۰۰۰۰۰۰) افغانی؛ ۲- شرکت بیمه غیر عمری مبلغ یک صد ملیون (۱۰۰۰۰۰۰۰) افغانی؛ ۳- کمیشنکار مبلغ پنجاه ملیون (۵۰۰۰۰۰۰۰) افغانی؛ ۲- نماینده فروش مبلغ بیست و پنج ملیون (۲۵۰۰۰۰۰۰) افغانی؛ ۵- سروی کننده مبلغ یکصد و بیست و پنج هزار (۱۲۵۰۰۰) افغانی؛ (۲) درخواست دهندگان مندرج فقره (۱) این ماده مکلف اند در بدل اخذ جواز نامه فعالیت مبلغی را که اندازه آن به پیشنهاد وزارت مالیه و منظوری شورای وزیران تعیین می شود، به عنوان فیس جواز نامه به حساب واردات دولت تحویل بانک نمایند.»

براساس ماده ۱۵ قانون بیمه: «(۱) مدت اعتبار جواز نامه های مندرج این قانون یک سال بوده که از تاریخ صدور آن محاسبه می شود؛ (۲) درخواست تجدید جوازنامه (۳۰) روز قبل از انقضای ميعاد آن به وزارت مالیه ارایه می گردد. در صورت موجودیت عذر مؤجه این مدت (۱۵) روز دیگر تمدید می شود؛ (۳) جواز نامه های فعالیت های مندرج این قانون همه ساله در بدل پرداخت مبلغ (۸۰) فیصد فیس جوازنامه، تجدید می شود؛ (۲) وزارت مالیه فعالیت های سالانه دارندگان جوازنامه های مندرج این قانون را ارزیابی نموده، در صورت مؤثریت فعالیت و رعایت دقیق قوانین و اساسنامه مربوط، جوازنامه فعالیت آنها را تجدید می نماید.»

ب) بیمه شونده

رکن دوم بیمه، بیمه شونده است. ماده ۳ فقره چهارم قانون بیمه در تعریف بیمه شونده می گوید که: «بیمه شونده: شخص حقیقی یا حکمی است که جهت اخذ یکی از انواع بیمه به نفع خود یا نفع دیگری اصالتاً یا وکالتاً بیمه را عقد می نماید.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که بیمه شونده می تواند شخص حقیقی یعنی انسان باشد و عقد بیمه را اصالتاً به نفع خود و یا نفع اولاد خود با شرکت بیمه منعقد نماید و یا شخص حکمی مانند شرکت ها باشد و ممثلین آنها به نیابت از آنها این شرکت ها را بیمه نمایند. همچنین، طبق ماده ۱۶۴۹ ق. م: «هر نوع اتفاقی که مخالف احکام مندرج این فصل باشد، باطل پنداشته می شود مگر اینکه به نفع بیمه شونده یا استفاده کننده باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که هر نوع اتفاقی که مخالف احکام مندرج این فصل باشد، باطل پنداشته می شود.

به حیث مثال، اگر بیمه کننده با بیمه شونده عقد بیمه را منعقد نماید و به موجب آن بیمه شونده با بیمه کننده توافق نماید که در صورت وقوع حریق در خانه، یا اموال یا حریق حمل و نقل اموال، بیمه شونده هیچ نوع جبران خسارت دریافت ننماید، این توافق به دلیل مخالفت با قانون باطل است. استثنای این اصل این است که توافق به نفع بیمه شونده یا استفاده کننده بیمه باشد. به حیث مثال، اگر احمد حیات خود، صحت خود یا زوجه و فرزندان خود یا اموال خود و نظیر اینها را بیمه نماید و شرکت بیمه با احمد توافق نماید که در صورت وقوع حادثه شرکت بیمه دو برابر جبران خسارت می دهد، این توافق مدار اعتبار است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن بیمه شونده و پیش بینی شرایط بیمه است.

ج) موضوع بیمه

رکن سوم بیمه، موضوع بیمه است. منظور از موضوع بیمه امری است که محل عقد بیمه واقع می گردد. ماده ۳ فقره هفتم قانون بیمه به مفهوم محدود در این مورد می گوید که: «موضوع بیمه: حیات انسان و حیوان معروض به مرگ یا معلولیت و یا اشیاء، اجناس و ملکیت های مشتری است که مواجه به آسیب و خساره می شود.» اما، به مفهوم وسیع ماده ۱۶۲۵ ق. م در مورد موضوع بیمه تصریح می نماید که: «هر نوع منفعت مشروع که به شخص از وقوع خطر معین عاید می گردد، موضوع بیمه شده می تواند.»

طبق نص این ماده هر چیزی که نفع مشروع داشته باشد، می تواند موضوع بیمه قرار بگیرد. اما، آنچه نفع مشروع نداشته باشد، مانند: شراب، خنزیر، شراب خانه، رقاصه خانه، قمار خانه و ... نمی توانند موضوع بیمه قرار بگیرند. منفعت در لغت به معنی سود، فایده، نفع و حاصل و بهره است که جمع آن منافع می باشد.^{۷۹۱} خطر در لغت به معنی آنچه مایه هلاکت باشد، بیم تلف شدن، بیم و دشواری است. در اصطلاح حقوقی، خطر عبارت از هر آنچه است که موجب بیم و دشواری شود.^{۷۹۲} به حیث مثال، احمد می تواند صحت، موت، اموال و نظیر اینها را بیمه نماید. زیرا، صحت، موت و سایر اموال به انسان نفع می رساند. مرض صحت انسان را به خطر مواجه می نماید، تصادم، حریق، سیل، زلزله و نظیر اینها اموال انسان را به خطر مواجه می نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط موضوع بیمه و آنچه می تواند بیمه شود است.

(د) حق البیمه

رکن چهارم بیمه حق البیمه است. ماده ۳ فقره پنجم قانون بیمه در تعریف حق البیمه می گوید که: «حق البیمه وجهی است که بیمه شونده در مقابل عقد بیمه به بیمه کننده می پردازد.»

(ه) جبران خسارت

رکن پنجم بیمه طبق قانون بیمه جبران خسارت است. ماده ۳ فقره ششم قانون بیمه در تعریف جبران خسارت می گوید که: «جبران خسارت: وجه نقد یا عوضی است که در صورت وقوع حادثه یا خطر و تثبیت خسارت به بیمه شونده پرداخته می شود.»

(و) بیمه نامه

رکن ششم عقد بیمه، بیمه نامه است. ماده ۳ فقره هشت قانون بیمه در تعریف بیمه نامه تصریح می نماید که: «بیمه نامه: سند حقوقی است که از طرف بیمه کننده بعد از قرارداد بیمه به بیمه شونده داده می شود.» عقد بیمه و شرایط آن در سند کتبی تحریر می گردد که سند مذکور به نام بیمه نامه یاد می شود. اگر بیمه نامه تحریری نباشد عقد به طور درست واقع نشده است و یا هیچ کدام از طرفین مسؤولیت در انجام آن نخواهد داشت. ماده ۶ قانون بیمه در این مورد تصریح می نماید که: «(۱) سند عقد بیمه (بیمه نامه) در دفتر بیمه کننده ثبت می گردد. اسناد، اوراق و فورمه های که در ترتیب عقد، مورد استفاده قرار می گیرد، به نام ضامین آن یاد شده و در دفتر بیمه کننده حفظ می شوند؛ (۲) بیمه کننده حق دارد موضوع بیمه را معاینه کند؛ و (۱) بیمه کننده و بیمه شونده مکلف اند، حین عقد بیمه از مطالبی که موجب تزئید یا تخفیف مسؤولیت آنها می گردد، طرف مقابل را آگاه نماید.»

همچنین، طبق ماده ۱۶۲۶ ق. م: «هرگاه در مقاوله نامه بیمه یکی از شرایط آتی ذکر گردد، شرط باطل شناخته می شود: ۱- شرطی که به سبب مخالفت از احکام قوانین و مقررات به سقوط حق بیمه امر نماید، مگر اینکه مخالفت به اساس جنایت یا جنحه عمدی واقع گردد؛ ۲- شرطی که به سبب تأخیر ابلاغ حادثه یا تقدیم اسناد به مقام صلاحیت دار به سقوط حق شخص امر نماید که بیمه برای وی صورت گرفته، مشروط بر اینکه از احوال طوری معلوم گردد که تأخیر بنا بر عذر معقول صورت گرفته باشد؛ ۳- هر نوع شرط مطبوع که به شکل ظاهر تبارز نکرده و متعلق به یکی از حالاتی باشد که به سقوط یا بطلان نتیجه منجر گردد؛ ۴- شرط حکمیت در صورتی که در مقاوله نامه بیمه ضمن شروط عمومی مطبوع ذکر شده باشد مگر اینکه شرط حکمیت به موافقه خاص و مجزا از شرایط عمومی صورت گرفته باشد؛ و ۵- هر شرط تحمیلی دیگری که ظاهر گردد که مخالفت از آن در وقوع حادثه بیمه شده، تأثیر ندارد.» از نصوص این ماده استنباط می گردد که شرکت بیمه نمی تواند در سند بیمه شرایط آتی را شرط بگذارد:

۱- شرطی که به سبب مخالفت از احکام قوانین و مقررات به سقوط حق بیمه امر نماید. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را با شرکت بیمه، بیمه نماید و شرکت بیمه کننده در بیمه نامه پیش بینی نماید که در صورت تصادم، احمد مستحق جبران خسارت نیست، این شرط به دلیل مخالفت با قانون باطل است. این اصل است. استثنای این اصل این است که مخالفت به اساس جنایت یا جنحه عمدی واقع گردد. تعریف جنایت و جنحه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را با شرکت بیمه، بیمه نماید و شرکت بیمه کننده در بیمه نامه پیش بینی نماید که در صورت ارتکاب جنایت یا جنحه توسط احمد، احمد مستحق جبران خسارت نیست، این شرط مدار اعتبار است.

۷۹۱. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبیشار الاسلامیة، صص ۲۶ و ۲۷؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، جلد (۱)، ص ۱۹۹۱.
792. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 1/ 1/ 2018).

۲- شرطی که به سبب تأخیر ابلاغ حادثه یا تقدیم اسناد به شرکت بیمه به سقوط حق بیمه شونده منتهی گردد مشروط بر اینکه از احوال طوری معلوم گردد که تأخیر بنا بر عذر معقول صورت گرفته باشد. تعریف تأخیر، عذر، معقول، ابلاغ و حادثه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را با شرکت بیمه، بیمه نماید و شرکت بیمه کننده در بیمه نامه پیش بینی نماید که در صورت تأخیر ابلاغ حادثه تصادم یا تقدیم اسناد مربوط به تصادم به شرکت بیمه، جبران خسارت احمد ساقط می شود، این شرط باطل است. دلیل بطلان شرط مخالفت آن با قانون است. در چنین حالتی شرط است که تأخیر با عذر معقول صورت گرفته باشد.

۳- هر نوع شرط مطبوع که به شکل ظاهر تبارز نکرده و متعلق به یکی از حالاتی باشد که به سقوط یا بطلان نتیجه (پرداخت جبران خسارت توسط شرکت بیمه) منجر گردد، مگر اینکه این شروط به شکل ظاهر تبارز نمایند، باطل پنداشته می شوند. این شرط مربوط به شکل با رنگ متفاوت تحریر گردد. پس، اگر این شروط به شکل ظاهر تبارز نمایند، باطل پنداشته می شوند. این شرط مربوط به شکل عقد بیمه است.

۴- شرط حکمیت در صورتی که در مقاوله نامه بیمه ضمن شروط عمومی مطبوع ذکر شده باشد. ماده ۳ قانون حکمیت تجاری در تعریف حکمیت می گوید: «حکمیت علمیه لازم الاجرائی است که براساس آن حکم یا حکم ها یا با اراده خود یا در اثر تقاضای و توافق طرفین یا قرار محکمه خدمات بی طرفانه را به منظور حل و فصل سریع و عادلانه منازعات ناشی از قرارداد، معاملات تجاری و اقتصادی انجام می دهند.» به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را با شرکت بیمه، بیمه نماید و احمد در بیمه نامه شرط گذارد که در صورت بروز اختلاف، اختلاف باید به حکمیت ارجاع گردد، این شرط باطل است. این اصل است. استثنای این اصل این است که شرط حکمیت به موافقه خاص و مجزا از شرایط عمومی صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد با شرکت بیمه به صورت جداگانه توافق نماید که در صورت بروز اختلاف، اختلاف به حکم راجع شود، این شرط اعتبار دارد.

۵- نص ماده ۱۶۲۶ ق. م حصری نیست بلکه احصایی است زیرا قانونگذار مدنی در فقره اخیر نص ماده ۱۶۲۶ ق. م از هر شرط تحمیلی دیگری که ظاهر گردد که مخالفت از آن در وقوع حادثه بیمه شده، تأثیر ندارد سخن می گوید. بنابراین، هر شرطی که مخالفت از آن در وقوع حادثه بیمه تأثیر نداشته باشد، باطل است. هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۶۲۶ ق. م پیش بینی شرایط بیمه نامه است.

ز) حادثه

رکن هفتم عقد بیمه حادثه است. ماده ۳ فقره نهم قانون بیمه در تعریف حادثه می گوید که: «حادثه: حالتی است که با تحقق آن بیمه شونده مستند به بیمه نامه ادعای جبران خسارت می نماید.» این حوادث نیز متعدد و متنوع است. ماده ۲ قانون بیمه در مورد حوادثی متعلق به بیمه می گوید که: «بیمه در برابر حوادث و خطرات آتی صورت می گیرد: ۱- حوادث و خطراتی که بر وسایل حمل و نقل هوایی، زمینی، بحری یا محموله های آنها وارد می شود؛ ۲- حوادث و خطرات حریق و سرقت که صحت و سلامت جسمی را تهدید می نماید؛ ۳- حوادث طبیعی و غیر مترقبه (زلزله، سیلاب، طوفان و امثال اینها)؛ ۴- تصادم وسایل نقلیه و حوادث ناشی از سیر آنها و خطرات شخص ثالث؛ ۵- حوادث و خطرات ناشی از کار در مؤسسات صنعتی، ساختمانی، خدماتی و امثال اینها؛ ۶- سرقت پول نقد و اوراق آن در حین انتقال؛ ۷- حوادث و خطرات ناشی از جنگ، تظاهرات، اعتصابات و اغتشاش؛ بیمه مسافرت های زمینی، هوایی و بحری و حوادث و خطرات ناشی از آن؛ و ۹- سایر حوادث و خطراتی که در آینده ضرورت بیمه نمودن آن ها، احساس گردد.»

گفتار سوم) انعقاد و آثار

بیمه نیز مانند سایر عقود با ايجاب و قبول میان ممثلین و مدیران شرکت بیمه و بیمه شونده منعقد می شود. برای انعقاد بیمه نیز ممثلین شرکت بیمه و بیمه شونده باید اصالتاً و نیابتاً واجد اهلیت باشند. طبق قانون بیمه، عقد بیمه موجب ایجاد یکسلسله آثار می گردد که برخی متوجه شرکت بیمه و برخی نیز متوجه بیمه شونده می شود.

الف) آثار عقد بیمه نسبت به شرکت بیمه (بیمه کننده)

عقد بیمه موجب ایجاد آثار معین نسبت به بیمه کننده می گردد:

۱) **ارایه گزارش به وزارت مالیه:** قانون بیمه وزارت مالیه را مکلف به تفتیش امور حسابی دارندگان جواز بیمه نموده است (ماده ۱۸ و ۱۹ قانون بیمه). بنابراین، شرکت های بیمه مکلف اند به صورت سالوار، یا ربع وار به وزارت مالیه گزارش بدهند. ماده

۲۲ قانون بیمه در مورد محتویات و کیفیت گزارش تصریح می نماید که: «(۱) دارندگان جواز نامه های مندرج این قانون مکلف اند، گزارش های مالی سالانه و ربعوار خویش را که حاوی مطالب ذیل می باشد، به وزارت مالیه ارایه نمایند: ۱- بیلانس نامه؛ ۲- بیلانس عواید؛ ۳- وجوه تحت دوران؛ (۲) گزارش ربعوار می تواند بدون تفتیش به شکل الکترونیکی یا نسخه چاپی به وزارت مالیه ارایه گردد. گزارش مالی سالانه با گزارش های مالی ربعوار در مطابقت قرار داده می شود؛ (۳) واحد پولی مورد استفاده در گزارش های مالی سالانه، پول افغانی می باشد؛ (۲) شرکت های بیمه، کمشنکاران، نمایندگان فروش و سروی کنندگان بیمه مکلف اند، یک نقل (کاپی) بیلانس شیت سالانه را قبل از ختم ربع اول سال بعد، به وزارت مالیه بپارند.»

(۲) پرداخت جبران خسارت به بیمه شونده: طبق قانون بیمه در صورت تحقق حادثه شرکت بیمه مکلف به پرداخت جبران خسارت به بیمه شونده است. ماده ۲۳ قانون بیمه در این مورد تصریح می نماید که: «بیمه کننده مسؤولیت جبران خسارت وارده به بیمه مطابق شرایط بیمه نامه به عهده دارد.» ماده ۸ قانون بیمه در مورد مقدار جبران خسارت و کیفیت آن تصریح می نماید که: «(۱) بیمه کننده خساره را مطابق بیمه نامه به تناسب خساره وارده جبران می نماید؛ (۲) بیمه کننده خساره وارده را نقداً جبران یا جنس خساره مند شده را قسماً یا کلاً ترمیم و یا تعویض می نماید؛ (۳) در بیمه خطرات شخص سوم، مصارف تدایو نیز در جبران خسارت شامل است مشروط بر اینکه بیم شونده به حکم قانون به تأدیه خساره مکلف شده باشد؛ (۲) در بیمه حریق، علاوه بر مصارفی که طبق حکم مندرج فقره (۱) این ماده تثبیت می گردد، قیمت سایر اموالی که در نتیجه اقدامات اطفای حریق خساره مند می شود، بادر نظر داشت شرایط بیمه نامه نیز شامل جبران خسارت می گردد؛ (۵) در بیمه حمل و نقل، جبران خسارت شامل اجرت حمل و نقل و سایر مصارفی می باشد که جهت انتقال موضوع بیمه به کار برده می شود مشروط بر اینکه در بیمه نامه درج گردیده باشد.»

باوجوداین، در برخی حالات طبق قانون بیمه، بیمه کننده مکلف به پرداخت جبران خساره نیست. ماده ۲۲ قانون بیمه در مورد این حالات تصریح می نماید که: «بیمه کننده در حالات ذیل مکلف به جبران خساره نمی باشد: ۱- تقلب بیمه شونده؛ ۲- حيله و فریب بیمه شونده؛ ۳- عیب ذاتی موضوع؛ ۴- تأخیر و معطلی در رسانیدن اموال بالاتر از معیار بین المللی.»

همچنین، ماده ۱۶۲۷ ق. م در مورد این تکلیف بیمه کننده حکم می نماید: «بیمه کننده به تعویض بیمه شونده ملزم نیست، مگر صرف از ضرری که از اثر وقوع خطری که بیمه برای آن صورت گرفته به اندازه قیمت بیمه، ملزم می باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که بیمه کننده به تعویض بیمه شونده ملزم نیست. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است.^{۷۹۳} استثنای این قاعده این است که بیمه کننده صرف از ضرری که از اثر وقوع خطری که بیمه برای آن صورت گرفته به اندازه قیمت بیمه، ملزم می باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را در شرکت بیمه، بیمه نموده باشد و موتر در اثر تصادم از بین برود، شرکت بیمه مکلف است قیمت موتر را به احمد بدهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف و تعهد شرکت بیمه است.

(۳) حق شرکت بیمه (دریافت حق البیمه از بیمه شونده): حق شرکت بیمه دریافت حق البیمه از بیمه شونده است. ماده ۷ قانون بیمه در این مورد تصریح می نماید که: «(۱) بیمه شونده طبق بیمه نامه، مکلف به پرداخت حق البیمه می باشد. طرز پرداخت حق البیمه از طرف بیمه کننده تعیین می شود؛ (۲) مسؤولیت بیمه کننده در برابر بیمه شونده وقتی آغاز می گردد که حق البیمه از طرف بیمه شونده پرداخته شود، مگر اینکه در عقد بیمه طوری دیگری موافقه صورت گرفته باشد؛ و (۳) حق البیمه طبق احکام قانون، تابع پرداخت صکوک و مالیه می باشد.»

ب) آثار عقد بیمه نسبت به بیمه شونده

حق بیمه شونده این است که در صورت تحقق حادثه جبران خسارت را از شرکت بیمه دریافت نماید. جهت دریافت این حق بیمه کننده مکلف است شرکت بیمه را از وقوع حادثه ای موضوع بیمه آگاه نماید. ماده ۲۵ قانون بیمه در این مورد تصریح می نماید که: «بیمه شونده مکلف است در خلال پانزده روز از وقوع حادثه بیمه کننده را مطلع سازد، در غیر آن شرکت بیمه مسؤولیت نخواهد داشت، مگر اینکه بیمه شونده ثابت نماید که ارایه اطلاع بنابر عوامل خارج از اراده او ممکن و مقدور نبوده است.» همچنین، بیمه کننده مکلف است تا اندازه ممکن جهت جلوگیری از وقوع حادثه احتیاط نماید. ماده ۲۶ قانون بیمه در این مورد می گوید: «بیمه

شونده مکلف است حتی الامکان به منظور جلوگیری از وقوع خساره مراقبت لازم نموده، جهت کاستن و تخفیف خساره تدابیر لازم را اتخاذ و عملی نماید.». در صورت فوت بیمه شونده، این حقوق به ورثه او انتقال می یابد. ماده ۳۹ قانون بیمه در این مورد می گوید: «در صورت فوت بیمه شونده، تمام حقوق وی مطابق شرایط بیمه نامه به ورثه قانونی او انتقال می یابد.». تکلیف بیمه شونده این است که حق البیمه را به شرکت بیمه مطابق عقد بیمه پرداخت نماید.

گفتار چهارم) برخی انواع بیمه در ق. م

ق. م بیمه را به دو نوع تقسیم نموده است: بیمه حیات و بیمه ضد حریق:

الف) بیمه حیات

۱) تعریف

بیمه حیات عقدی است که به موجب آن، بیمه کننده تعهد می کند که مبلغی یکجا و یا به صورت نفقه مادام العمر، با فوت بیمه شونده به ورثه او یا کسی معین بدهد.^{۷۹۴}

۲) ارکان و شرایط ارکان

طبق ماده ۱۶۵۱ ق. م: «بیمه بر حیات غیر، تازمانی که غیر، قبل از انعقاد عقد بیمه به آن موافقه تحریری نکرده باشد، باطل شناخته می شود. در صورتی که شخص ثالث فاقد اهلیت قانونی باشد، موافقه تحریری ممثل قانونی وی برای صحت عقد حتمی می باشد.». بیمه حیات توسط شخص و شرکت بیمه در مورد بیمه حیات خود شخص منعقد می شود. ارکان و شرایط ارکان این نوع بیمه همان است که در فوق تفصیل آن گذشت است. اما، اگر موضوع بیمه، حیات شخص دیگر باشد، باید این شخص کتباً در این مورد موافقه نماید، در غیر این، این بیمه باطل پنداشته می شود. زیرا، شخص ثالث باید حق البیمه را به شرکت بیمه پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد حیات محمود را بیمه نماید، شرط است که محمود این بیمه را کتباً تأیید نماید. در غیر این، این عقد باطل است. اما، اگر موضوع بیمه حیات قاصر و محجور علیه باشد، لازم است تا ولی، وصی و قیم او این موافقه را تأیید نمایند. به حیث مثال، اگر احمد حیات حمیده را که هفت ساله است بیمه نماید، شرط است که ولی، وصی و قیم حمیده این بیمه را تأیید نماید. بیمه محمود توسط احمد یا بیمه حمیده توسط احمد از مصداق های تعهد به حساب دیگران است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط صحت بیمه دیگران است.

همچنین، طبق ماده ۱۶۵۹ ق. م: «بر اظهارات خطا و غلط در مورد سن شخصی که بیمه به نفع وی عقد گردیده، بطلان عقد بیمه مرتب نمی شود مگر اینکه سن حقیقی شخص بیمه شده از حدود معینه ای که در تعرفه بیمه تصریح شده متجاوز باشد، در آن صورت قیمت مبلغ واجب التادیه به اساس سن حقیقی سنجنش می شود.». از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل و قاعده این است که بر اظهارات خطا و غلط در مورد سن شخصی که بیمه به نفع وی عقد گردیده، بطلان عقد بیمه مرتب نمی شود. اظهارات جمع اظهار است. اظهار در لغت به معنی ابراز و بیان کردن است. غلط در لغت به معنای خطا و اشتباه است.^{۷۹۵} به حیث مثال، اگر احمد دخترش حمیده را با شرکت بیمه، بیمه صحت نماید و سن حمیده هفده ساله باشد و احمد به اشتباه بگوید سن حمیده چهار ساله است، اظهارات اشتباه احمد در خصوص سن حمیده موجب باطل شدن عقد نمی گردد. استثنای این اصل این است که سن حقیقی شخص بیمه شده از حدود معینه ای که در تعرفه بیمه تصریح شده متجاوز باشد، در آن صورت قیمت مبلغ واجب التادیه به اساس سن حقیقی سنجنش می شود. تعرفه از ریشه عرف گرفته شده است که در لغت به معنی معرفی کردن، شناساندن و شناسایی. در اصطلاح اقتصادی، تعرفه صورت قیمت و ارزش متاع یا صورت مالیاتی که به کالا تعلق می گیرد مانند تعرفه گمرکی.^{۷۹۶} با توجه به معنی لغوی و اصطلاح تعرفه، استعمال این اصطلاح در ق. م محل ایراد به نظر می رسد و قابل توصیه است اصلاح گردد. زیرا، در بیمه تعرفه وجود ندارد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی از تعرفه سند بیمه است. به حیث مثال، اگر احمد در مثال بالا، سن حمیده را بیشتر از آنچه است بگوید، مقدار جبران خسارت در صورت مریض شدن حمیده

۷۹۴. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۲)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه شماره ۳۸۴۱.

۷۹۵. همان، محمد جعفر، جعفری لنگرودی، جلد (۱)، ص ۲۸۳.

باید براساس سن حقیقی حمیده توسط شرکت بیمه سنجش شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم یکی از شرایط ارکان عقد بیمه است.

طبق ماده ۱۶۵۶ ق. م: «(۱) در عقودی که برای طول حیات بدون شرط گذاشتن بقای حیات شخص بیمه شده برای مدت معین، منعقد گردیده همچنان در تمامی عقودی که در آن تادیبه مبلغ بیمه بعد از مرور مدت معین شرط شده باشد، بیمه شونده می تواند در صورتی که حد اقل اقساط سه سال را پرداخته باشد، مقابله اصلی را در مقابل وارد نمودن تخفیف در قیمت مبلغ بیمه به مقابله دیگری از وجه پرداخته شده تبدیل نماید گرچه به خلاف آن موافقه شده باشد، مشروط بر اینکه وقوع حادثه بیمه شده محقق الوقوع باشد؛ و (۲) عقد بیمه حیات در صورتی که مؤقتی باشد، قابل تخفیف نیست.» نص این ماده بسیار طولانی است که موجب عدم افهام آن می گردد. به نظر می رسد از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

(۱) در عقودی که برای طول حیات بدون شرط گذاشتن بقای حیات شخص بیمه شده برای مدت معین، منعقد گردیده بیمه شونده می تواند در صورتی که حد اقل اقساط سه سال را پرداخته باشد، مقابله اصلی را در مقابل وارد نمودن تخفیف در قیمت مبلغ بیمه به مقابله دیگری از وجه پرداخته شده تبدیل نماید گرچه به خلاف آن موافقه شده باشد، مشروط بر اینکه وقوع حادثه بیمه شده محقق الوقوع باشد. به حیث مثال، اگر احمد با شرکت بیمه، بیمه حیات را منعقد نماید و اقساط سه ساله حق البیمه را به شرکت بیمه پرداخت نماید، می تواند عقد را یکطرفه تغییر دهد و مقدار حق البیمه را تغییر دهد هرچند میان احمد و شرکت بیمه خلاف این شرط شده باشد. یگانه شرط در این حالت این است که وقوع حادثه محقق الوقوع باشد.

(۲) در تمامی عقودی که در آن تادیبه مبلغ بیمه بعد از مرور مدت معین شرط شده باشد، بیمه شونده می تواند در صورتی که حد اقل اقساط سه سال را پرداخته باشد، مقابله اصلی را در مقابل وارد نمودن تخفیف در قیمت مبلغ بیمه به مقابله دیگری از وجه پرداخته شده تبدیل نماید گرچه به خلاف آن موافقه شده باشد، مشروط بر اینکه وقوع حادثه بیمه شده محقق الوقوع باشد. به حیث مثال، اگر احمد با شرکت بیمه، بیمه حیات را منعقد نماید و اقساط سه ساله حق البیمه را به شرکت بیمه پرداخت نماید، می تواند عقد را یکطرفه تغییر دهد و مقدار حق البیمه را تغییر دهد هرچند میان احمد و شرکت بیمه خلاف این شرط شده باشد. یگانه شرط در این حالت این است که وقوع حادثه محقق الوقوع باشد.

(۳) عقد بیمه حیات در صورتی که مؤقتی باشد، قابل تخفیف نیست. به حیث مثال، اگر احمد با شرکت بیمه، بیمه حیات را به صورت مؤقت، به عنوان نمونه، برای مدت شش ماه منعقد نماید نمی تواند مقدار حق البیمه را کاهش دهد.

طبق ماده ۱۶۵۷ ق. م: «(۱) بیمه شونده در حالی که حداقل اقساط سه سال را تادیبه نموده باشد، می تواند بیمه را تصفیه نماید مشروط براینکه حادثه بیمه شده محقق الوقوع باشد.

(۲) بیمه مؤقتی حیات، قابل تصفیه نمی باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) بیمه شونده در حالی که حداقل اقساط سه سال را تادیبه نموده باشد، می تواند بیمه را تصفیه نماید مشروط براینکه حادثه بیمه شده محقق الوقوع باشد. به حیث مثال، اگر احمد حیات خویش را به شرکت بیمه، بیمه نماید و اقساط حق البیمه سه ساله را پرداخته باشد می تواند بیمه را تصفیه نماید به شرط این که حادثه بیمه محقق الوقوع باشد.

(۲) بیمه مؤقتی حیات، قابل تصفیه نمی باشد. به حیث مثال، اگر احمد با شرکت بیمه، بیمه حیات را به صورت مؤقت، به عنوان نمونه، برای مدت شش ماه منعقد نماید نمی تواند مقدار حق البیمه را کاهش دهد و بیمه را تصفیه نماید. دلیل این قاعده روشن نیست.

طبق ماده ۱۶۵۸ ق. م: «شروط تخفیف و تصفیه جزء شروط عامه بیمه شمرده شده و لازم است در مقابله بیمه شامل گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده شرط تخفیف و تصفیه بیمه ا ز جمله شروط عمومی بیمه است و باید توسط شرکت و بیمه شونده در مقابله بیمه پیش بینی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن شرط تخفیف و تصفیه عقد بیمه را به عنوان شرایط عمومی عقد است.

(۳) آثار

بر عقد بیمه حیات آثار ذیل مرتب می گردد:

(۱) پرداخت جبران خساره به بیمه شونده در صورت تحقق حادثه: طبق ماده ۱۶۵۰ ق. م: «مبالغی که از طرف بیمه کننده حین وقوع حادثه یا به سر رسیدن موعد برای بیمه شونده یا استفاده کننده در مقابله عقد بیمه تعهد شده بیمه شونده یا شناخته می شود استفاده کننده به مجرد وقوع حادثه یا به سر رسیدن موعد بدون در نظر گرفتن اثبات ضرر عاید، مستحق آن.» طبق نص این ماده در صورت تحقق حادثه که در عقد بیمه حیات که وفات بیمه شونده است یا فرا رسیدن موعدی که در بیمه نامه تصریح گردیده است، شرکت بیمه (=بیمه کننده) باید مبلغ پول را به بیمه شونده و یا ورثه او پرداخت نماید. در چنین حالت، کافی است صرف مرگ بیمه شونده توسط ورثه یا شخصی که بیمه به نفع او صورت پذیرفته است، ثابت گردد. به حیث مثال، اگر احمد حیات خویش را بیمه نماید، در صورت وفات احمد، شرکت بیمه مکلف است مبلغی را که تعهد نموده است به ورثه احمد پرداخت نماید. در چنین حالتی شرط است که ورثه احمد با وسایل اثبات مانند حصر وراثت، سند، شهود و نظیر اینها مرگ احمد را برای شرکت بیمه ثابت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف یا تعهد شرکت بیمه کننده است.

(۲) انتحار بیمه کننده: طبق ماده ۱۶۵۲ ق. م: «(۱) هرگاه شخص بیمه شونده حیات انتحار نماید بیمه کننده به پرداخت مبلغ بیمه مکلف نمی باشد، مگر با آن هم به تأدیه مبلغ معادل قیمت اقساطی بیمه به اشخاصی که حق به ایشان تعلق می گیرد مکلف می شود، در صورتی که سبب انتحار مرض عقلی باشد طوری که مریض اراده خود را از دست داده باشد، مکلفیت بیمه کننده به صورت کامل باقی می ماند؛ و (۲) اگر در مقابله بیمه، تأدیه بیمه با وجود انتحار شخص در حالت اراده و اختیار شرط شده باشد، این شرط از اعتبار ساقط می باشد، مگر اینکه انتحار بعد از مرور دو سال از تاریخ عقد صورت گرفته باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه شخص بیمه شونده حیات انتحار نماید بیمه کننده به پرداخت مبلغ بیمه مکلف نمی باشد. انتحار در لغت به معنی خودکشی و خود را کشتن است.^{۷۹۷} به حیث مثال، اگر احمد با شرکت بیمه، عقد بیمه حیات را منعقد نماید و سپس انتحار نماید، شرکت بیمه مکلف به پرداخت جبران خسارت به ورثه احمد نیست. زیرا، این امر از یکطرف خلاف قانون، نظم عامه و اخلاق است و از طرف دیگر شخص به طور طبیعی وفات نمی کند بلکه خودش موجب قتل خویش می شود. این اصل دو استثناء دارد. استثنای اول این است که در چنین حالتی شرکت بیمه به تأدیه مبلغ معادل قیمت اقساطی بیمه به اشخاصی که حق به ایشان تعلق می گیرد مکلف می شود. قسط در لغت به معنی حصه، سهم، قسمت و بخش است.^{۷۹۸} که جمع آن اقساط است. در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد قسط عبارت از قسمتی از دین یا پول است که در فاصله های مساوی با کمیت های مساوی توسط مدیون به داین پرداخت می شود. به حیث مثال، اگر احمد با شرکت بیمه، عقد بیمه حیات را منعقد نماید و سپس انتحار نماید، شرکت بیمه مکلف به پرداخت جبران خسارت به ورثه احمد نیست، اما شرکت بیمه مکلف است معادل جبران خسارت را به ورثه احمد پرداخت نماید. از آنچه گفته شد، استثنای اول ماده ۱۶۵۲ ق. م محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در نهایت شرکت بیمه مکلف می شود که معادل جبران خسارت را به ورثه انتحار کننده پرداخت نماید. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. استثنای دوم این است که سبب انتحار مرض عقلی باشد طوری که مریض اراده خود را از دست داده باشد، مکلفیت بیمه کننده به صورت کامل باقی می ماند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد مجنون، معتوه و نظیر اینها باشد و انتحار نماید، شرکت بیمه مکلف است جبران خسارت را به ورثه احمد پرداخت نماید.

استثنای سوم این است که انتحار دو سال بعد از انعقاد عقد صورت پذیرد، هرچند انتحار با اراده و اختیار منتهی صورت پذیرد. در چنین حالات و حالات فوت طبیعی بیمه شونده، ورثه او، یا شخصی که بیمه شونده تعیین نموده باشد، می توانند مبلغی را که در عقد بیمه عمر تعیین شده است، از شرکت بیمه دریافت نمایند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انتحار بیمه کننده و استثنای آن است.

(۳) طبق ماده ۱۶۵۲ ق. م: «(۱) در بیمه حیات موافقه به پرداخت مبلغ بیمه به اشخاص معین یا اشخاصی که بعداً از طرف بیمه شونده تعیین می گردد، جواز دارد؛ و (۲) اگر بیمه شونده در مقابله بیمه تذکر دهد که بیمه به نفع زوجه او یا اولاد او یا فروع او

797. Ibid, (last visit: 2026/15/5).

۷۹۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳). تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۳۲.

اعم از اینکه متولد شده یا هنوز متولد نگردیده یا به نفع ورثه او بدون ذکر نام آنها عقد شده است، بیمه به نفع استفاده کنندگان معین اعتبار داده می شود. در حالی که بیمه به نفع ورثه بدون ذکر نام شان عقد شود، هر یک از ورثه در آن به تناسب سهم میراث مستحق می گردد، گرچه از میراث تنازل نموده باشد.^{۷۹۹} از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱- در بیمه حیات موافقه به پرداخت مبلغ بیمه به اشخاص معین یا اشخاصی که بعداً از طرف بیمه شونده تعیین می گردد، جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد حیات خویش را به بیمه نماید، می تواند با شرکت بیمه موافقه نماید که در صورت وفات احمد مبلغ بیمه به شخص معین مانند پسر، دختر، همسر و مادر احمد پرداخت شود. همچنین، اگر احمد حیات خویش را بیمه نماید، می تواند با شرکت بیمه موافقه نماید که اشخاصی که مبلغ بیمه به آنها پرداخته شود، را بعداً معین نماید.

۲- اگر بیمه شونده در مقاوله بیمه تذکر دهد که بیمه به نفع زوجۀ او یا اولاد او یا فروع او اعم از اینکه متولد شده یا هنوز متولد نگردیده یا به نفع ورثه او بدون ذکر نام آنها عقد شده است، بیمه به نفع استفاده کنندگان معین اعتبار داده می شود. تعریف مقاوله مبحث مقاوله گذشت. زوجه اسم مؤنث زوج به معنای زن، جفت و همسر است. در فقه و حقوق به زنی که به موجب رابطه سببیت (عقد شرعی و قانونی) در قید نکاح مردی باشد، زوجه گویند.^{۷۹۹} فرع که جمع آن فروع است در لغت به معنی شاخ، شعبه و قسم است. همچنین، به آنچه که از دیگری متولد شود فرع گویند^{۸۰۰} و در برابر اصول استعمال می شود. به عبارت ساده: فرع عبارت از فرزند شخص اعم از دختر و پسر هرچند درجه آنها پایین برود است. ورثه از ریشه «ارث» گرفته شده است که در لغت به معنی میراث بر است. در اصطلاح حقوقی، ورثه اشخاصی است مال مؤثر به آنها منتقل می شود. به حیث مثال، اگر احمد حیات خویش را بیمه نماید و با شرکت بیمه موافقه نماید که در صورت وفات احمد مبلغ بیمه به زوجۀ احمد، اولاد احمد که متولد شده اند یا در آینده متولد خواهند شد و یا ورثه احمد اعم از مادر، پدر، پدر کلان و نظیر اینها پرداخت شود، این بیمه، بیمه به نفع شخص ثالث است و مدار اعتبار است.

۳- اگر بیمه به نفع ورثه بدون ذکر نام شان عقد شود، هر یک از ورثه در آن به تناسب سهم میراث مستحق می گردد، گرچه از میراث تنازل نموده باشد. تنازل از ریشه «نزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گیری است. در اصطلاح حقوقی تنازل عبارت از تصرفی است که به موجب آن شخصی از حقی که دارد و یا از حقی که بر عهده دیگری دارد عدول می نماید و یا آن را إسقاط می نماید، مانند: تنازل از انتفاع، دین و یا حق ارتفاق.^{۸۰۱}

به حیث مثال، اگر حمیده حیات خویش را بیمه نماید و با شرکت بیمه موافقه نماید که در صورت وفات حمیده مبلغ بیمه به ورثه او اعم از زوج، اولاد، مادر، پدر، پدر کلان و نظیر اینها پرداخت شود، هر یک از این ورثه به تناسب سهم خویش از متروکه حمیده مستحق حق البیمه می شوند. بنابراین، حق البیمه میان ورثه حمیده مانند سایر اموال حمیده به تناسب سهم آن مطابق قواعدی که تفصیل آن در کتاب میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد تقسیم می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم بیمه به نفع اشخاص ثالث است.

۳ طبق ماده ۱۶۵۳ ق. م: «هرگاه حیات شخص غیر بیمه شونده بیمه شده باشد و بیمه شونده عمداً سبب وفات شخص مذکور گردیده یا وفات در اثر تحریک وی صورت گیرد، بیمه کننده بری الذمه شناخته می شود. اگر از طرف بیمه شونده تنها شروع به مرگ استفاده کننده شده باشد، بیمه کننده حق دارد شخص بیمه شونده را تبدیل نماید، گرچه استفاده کننده شخص بیمه شونده را قبول داشته باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اگر موضوع بیمه حیات، حیات شخص غیر بیمه شونده باشد یا به عبارت دیگر: شخص ثالث باشد، و بیمه شونده خود او را به قتل برساند و یا دیگری او را در اثر تحریک بیمه شونده به قتل برساند، حق بیمه کننده ساقط می شود. این حالت با قتل مؤثر توسط وارث قیاس می شود که در اثر آن وارث از ارث محروم می شود. اساس این قاعده ماده ۲ ق. م است که تصریح می نماید که: «شخصی که به اکتساب حق قبل از موعدهش مبادرت ورزد، به حرمان از آن محکوم می گردد.» به حیث مثال، اگر احمد محمود

۷۹۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۶۲.

۸۰۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۱۴۵۵ و ۱۴۵۶.

۸۰۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۶۳۰.

فرزندش را بیمه حیات نماید و سپس احمد محمود را به قتل رساند یا سبب تحریک او شود و او خود را به قتل برساند، شرکت بیمه کننده بری الذمه شناخته می شود و مکلف نیست جبران خسارت را به احمد پرداخت نماید.

۲- اگر از طرف بیمه شونده تنها شروع به مرگ استفاده کننده شده باشد، بیمه کننده حق دارد شخص بیمه شونده را تبدیل نماید، گرچه استفاده کننده شخص بیمه شونده را قبول داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد محمود فرزندش را بیمه حیات نماید و سپس سبب تحریک او شود تا او خود را به قتل برساند، شرکت بیمه کننده می تواند عقد بیمه را با احمد فسخ نماید هرچند محمود در این خصوص موافقه ننماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده از حق توسط بیمه شونده و مورد حمایت قرار دادن شرکت بیمه است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۰۹): مفهوم ماده (۱۶۵۳) فهمیده نشد در ضمن مثال توضیح شود.

توضیح: مفهوم ماده مذکور با مثال ذیل توضیح می گردد: شرکت بیمه راجع به حیات محمود با احمد عقد بیمه می کند. در صورتی که احمد عمداً سبب وفات محمود شود یا تحریک او مفضی به مرگ او گردد شرکت بیمه بری الزمه شناخته می شود و اگر احمد تنها به مرگ محمود شروع کرد اما مرگ واقع نشد در آن صورت بیمه کننده حق تبدیل طرف عقد را دارد گرچه محمود به شخص اولی موافقه داشته باشد.^{۸۰۲}

(ب) بیمه ضد حریق

(۱) تعریف، ارکان و شرایط

بیمه ضد حریق عبارت از عقد بیمه ای است که به موجب آن اموال در برابر حریق بیمه می شود. به این معنی که: اگر آتش موجب اتلاف اموال موضوع بیمه شود، بیمه کننده (شرکت بیمه) مکلف است جبران خسارت آن را به بیمه شونده که همان مالک اموال موضوع بیمه است بپردازد. بیمه ضد حریق میان صاحب مال موضوع بیمه حریق و شرکت بیمه منعقد می شود. ارکان و شرایط ارکان این نوع بیمه همان است که تفصیل آن فوقاً گذشت است.

(۲) آثار

طبق ق. م بیمه حریق تابع قواعد ذیل است:

(۱) طبق ماده ۱۶۶۰ ق. م: «بیمه کننده در بیمه ضد حریق مکلف است اضرار ناشی از حریق و اضراری را که نتیجه حتمی حریق شمرده می شود تعویض نماید، مخصوصاً اضراری که به سبب اتخاذ وسایل نجات از حریق یا جلوگیری از توسعه آن به اشیای بیمه شده می رسد. همچنین بیمه کننده از ضیاع اشیاء بیمه شده و اخفای آن در اثنای حریق مسؤول می باشد، مگر اینکه اخفاء نتیجه سرقت ثابت گردد. احکام این ماده در حالی تطبیق می شود که به خلاف آن موافقه صورت نگرفته باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

نخست ای که: بیمه کننده در بیمه ضد حریق مکلف است اضرار ناشی از حریق را به بیمه شونده بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد مارکیت خویش و اموالی که در مارکیت است را با شرکت بیمه، بیمه ضد حریق نماید، در صورت حریق در مارکیت و ضایع شدن اموال، شرکت بیمه مکلف است جبران خسارت آن را به احمد پرداخت نماید.

دوم این که: بیمه کننده از ضیاع اشیاء بیمه شده و اخفای آن در اثنای حریق مسؤول می باشد. اخفا از ریشه «خفی» گرفته شده است که در لغت به معنی نهان کردن، پنهان کردن و مخفی کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، اخفا عبارت است از پنهان کردن وصف یا چیزی که باید آشکار باشد که می تواند منجر به تدلیس و غش و ... در عقود گردد.^{۸۰۳} به حیث مثال، اگر احمد مارکیت خویش و اموالی که در مارکیت است را با شرکت بیمه، بیمه ضد حریق نماید، در صورت حریق در مارکیت و ضایع شدن اموال و ناپدید شدن آن، شرکت بیمه مکلف است جبران خسارت آن را به احمد پرداخت نماید. استثنای این اصل این است که اخفاء نتیجه سرقت ثابت گردد. سرقت در لغت به معنی دزدی کردن است.^{۸۰۴} ماده ۶۹۹ کد جزا در تعریف سرقت می گوید: «سرقت

۸۰۲. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۴.

۸۰۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۶.

804. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3/ 1/ 2018).

عبارت است از گرفتن مال منقول ملکیت غیر، بدون رضایت و به مقصد تملک.^{۸۰۵} به حیث مثال، اگر در مثال بالا، اموال احمد از مارکیت سرقت شود، شرکت بیمه مسؤول پرداخت جبران خسارت آن نیست.

سوم این که: احکام سه گانه فوق، در صورتی قابل تطبیق است که میان بیمه شونده و بیمه کننده طور دیگری توافق صورت نگرفته باشد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهدات شرکت بیمه در برابر بیمه شونده است.

(۲) طبق ماده ۱۶۶۱ ق.م: «بیمه کننده به تعویض خساره عاید از اثر حریق مکلف می باشد، گرچه حریق از شی بیمه شده نشأت کرده باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده بیمه کننده به تعویض خساره عاید از اثر حریق مکلف می باشد، گرچه حریق از شی بیمه شده نشأت کرده باشد. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را بیمه نموده باشد و موتر در راه حریق گردد، شرکت بیمه مکلف است جبران خسارت آن را به احمد پرداخت نماید. در این مثال جبران خسارت پولی است که شرکت به احمد می دهد. حریق در این مثال از موتر نشأت کرده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر بیمه نسبت به بیمه کننده و بیمه شونده است.

(۳) طبق ماده ۱۶۶۲ ق.م: «بیمه کننده از اضرار ناشی از قصور غیر عمدی بیمه شونده و همچنین از اضراری که ناشی از آفات سماوی باشد، مسؤول پنداشته می شود. اما اضراری که به اثر فعل عمدی یا غش بیمه شونده بر اشیای بیمه شده عاید گردد بیمه کننده مسؤول آن نمی باشد گرچه به خلاف آن موافقه شده باشد.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱- بیمه کننده از اضرار ناشی از قصور غیر عمدی بیمه شونده مسؤول پنداشته می شود. اضرار جمع ضرر است. ضرر در لغت به معنای زیان و تاوان است. همچنین، ضرر به معنی خسارت و یا خساره است.^{۸۰۶} در اصطلاح حقوقی و فقهی ضرر عبارت است از آزار و یا نقصان ناخوشایندی که در یکی از ضروریات پنجگانه جان، دین، عقل، آبرو و مال حاصل می شود که عامل آن (ضار / ضرر رساننده) ممکن است خود شخص و یا غیر باشد.^{۸۰۷} قصور جمع تقصیر است که در لغت به معنای اهمال و کاستی است.^{۸۰۸} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۸۰۹} به حیث مثال، اگر احمد اموالی را که در مارکیت تجارتی است بیمه نماید و به اموال ضرر برسد، به حیث مثال، اموال حریق شوند و این حریق ناشی از تقصیر احمد نباشد، شرکت بیمه در برابر احمد مسؤول است و باید جبران خسارت آن را پرداخت نماید.

۲- بیمه کننده از اضرار ناشی از آفات سماوی مسؤول پنداشته می شود. آفات سماوی معادل فورس ماژور و قوه قاهره است. این اصطلاح بیشتر در فقه کاربرد دارد. آفات سماوی آسیب های است که بر نفس یا مال انسان واقع می شود و خارج از اراده و اختیار انسان است مانند آسیب به زراعت در اثر خشکسالی، سیل، زلزله، رانش زمین و نظیر اینها.

به حیث مثال، اگر احمد اموالی را که در مارکیت تجارتی است بیمه نماید و به اموال در اثر زلزله ضرر برسد، به حیث مثال، اموال زیر آوار شوند و از بین بروند، شرکت بیمه در برابر احمد مسؤول است و باید جبران خسارت آن را پرداخت نماید. این قاعده برخلاف قواعد عمومی و برخلاف سایر عقود است. زیرا، طبق قواعد عمومی عقود و قواعد خاص در برخی عقود دیگر، آفات سماوی یکی از اسباب رافع مسؤولیت مدنی است و براساس این اسباب متعهد می تواند از مسؤولیت مدنی قراردادی و غیرقراردادی بری گردد. اما، در عقد بیمه آفات سماوی از اسباب رافع مسؤولیت مدنی نیست.

۳- اضراری که به اثر فعل عمدی یا غش بیمه شونده بر اشیای بیمه شده عاید گردد بیمه کننده مسؤول آن نمی باشد گرچه به خلاف آن موافقه شده باشد. غش در لغت به معنای نیرنگ، حيله، اظهار خلاف نهانی، خیانت کردن و خیانت است. در اصطلاح فقهی معانی متعدد دارد: چنانچه در تعریف آن گفته اند که: غش عبارت از اظهار غیر حقیقی است. همچنین، به بیرون رفتن از حسن نیت لازم در معاملات هم غش اطلاق شده است.^{۸۱۰} به حیث مثال، اگر احمد اموالی را که در مارکیت تجارتی است بیمه نماید و سپس اموال را به آتش بزند و مقدار آن را زیادتیر از آنچه بوده است به شرکت بیمه وانمود نماید، شرکت بیمه در برابر احمد

۸۰۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۷.

۸۰۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۲۶۴.

۸۰۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۳۰.

۸۰۸. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی، چاپ اول، کابل: دانشگاه کانب، ص ۲۴۳.

۸۰۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۲۹.

مسئول نیست و نباید جبران خسارت آن را پرداخت نماید. آتش زدن اموال را هرچند قانونگذار مدنی تقصیر عمدی تلقی می نماید، اما آتش زدن اموال از مصادیق تجاوز به نظر می رسد. همچنین، وانمود کردن این که اموال بیشتر از آنچه بوده است از مصادیق غش به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر بیمه نسبت به بیمه کننده و بیمه شونده است.

۴) طبق ماده ۱۶۶۳ ق. م: «اضراری که سبب آن اشخاصی باشد که بیمه شونده مسئول آنها شمرده شود، قصور آنها به هر نوع که باشد، بیمه کننده مسئول آن دانسته می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده اضراری که سبب آن اشخاصی باشد که بیمه شونده مسئول آنها شمرده شود، قصور آنها به هر نوع که باشد، بیمه کننده مسئول آن دانسته می شود. تعریف اضرار، قصور و مسئول در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد صحت فرزندان خود را با شرکت بیمه، بیمه نماید و فرزندان احمد در اثر بی مبالاتی مریض شوند، شرکت بیمه در برابر احمد مسئول است و باید جبران خسارت آن را به احمد پرداخت نماید. در این مثال، دلیل مرض فرزندان احمد تقصیر آنها است. ضرری که به فرزند احمد رسیده است ضرر جانی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن بیمه شونده و پیش بینی تکلیف بیمه کننده است.

گفتار پنجم) انتهاء

طبق قانون بیمه، عقد بیمه در حالات ذیل منتهی می گردد:

۱) **بطلان بیمه نامه:** ماده ۲۹ قانون بیمه در این مورد حکم می نماید که: «۱) بیمه نامه در موارد آتی باطل شناخته می شود: ۱- هرگاه بیمه شونده حین عقد بیمه از وقوع خطر واقف بوده باشد؛ ۲- هرگاه بیمه شونده عمداً از اظهار مطالبی خودداری یا با اظهارات کاذبانه ماهیت حادثه یا خطر را تغییر داده یا از اهمیت آن کاسته باشد؛ و ۳- هرگاه حادثه یا خطر قبل از عقد بیمه، وقوع یافته باشد.»

۲) **فسخ عقد:** طبق ماده ۳۰ قانون بیمه: «بیمه نامه در حالات آتی فسخ می گردد: ۱- در صورت افلاس و انحلال بیمه کننده؛ ۲- در صورت عدم موافقه بیمه شونده به پرداخت حق بیمه اضافی. هرگاه بیمه شونده در اسناد بیمه مطالبی را درج نموده یا خلاف حقیقت درج نموده باشد به نحوی که منجر به تغییر ماهیت خطر یا کاهش اهمیت آن گردد، بیمه کننده می تواند، قبل از وقوع خطر، حق بیمه اضافی مطالبه نموده یا بیمه نامه را فسخ نماید و حق بیمه اخذ شده را به بیمه شونده مسترد نماید؛ ۳- فوت بیمه شونده و عدم توافق ورثه یا بیمه کننده به تایید بیمه نامه؛ ۴- در صورت انتقال موضوع بیمه (مال) از طرف بیمه شونده به شخص دیگر، طوری که شخص مذکور حاضر به ادامه بیمه نامه نگردد؛ و ۵- در صورت تغییر در کمیت، کیفیت و موقعیت موضوع بیمه (مال) یا خطوط مواصلاتی، مشروط بر این که در مورد موافقه قبلی طرفین صورت نگرفته باشد.»

۳) **انجام موضوع بیمه:** قرارداد بیمه متضمن قید مدت زمان می باشد و بعد از انقضای آن بیمه کننده تعهدی در مقابل بیمه شونده ندارد ولی در بیمه عمر تعهدات بیمه کننده زمانی آغاز می شود که بیمه شونده فوت نماید و با انجام تعهدات از طرف بیمه کننده قرارداد خاتمه می یابد در بعض موارد قرارداد بیمه با وقوع خطر خاتمه می یابد، مثلاً: در بیمه حریق چنانچه مغازه ای در مقابل حریق بیمه شده باشد بعد از آتش سوزی بیمه کننده تعهدات خود را نسبت به جبران خسارات وارده به بیمه شونده انجام داده و به این ترتیب قرارداد فی مابین آنها خاتمه می یابد.

۴) **مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی:** سبب چهارم انتهای عقد بیمه مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی است. طبق ماده ۱۶۲۸ ق. م: «دعوی ناشی از عقد بیمه بعد از مرور دو سال از تأریخ حدوث واقعه موضوع دعوی، قابل سمع نمی باشد.» طبق نص این ماده مدت مرور زمان بیمه دو سال بعد از تأریخ حدوث واقعه است. بنابراین، اگر بعد از حدوث واقعه بیمه شونده در مدت دو سال بر علیه شرکت بیمه اقامه دعوی ننماید، حق مطالبه دعوی ساقط می گردد و قابل سمع نیست.

به حیث مثال، اگر احمد خانه یا موتر خویش را بیمه نماید و خانه و موتر حریق شوند، احمد می تواند در خلال مدت دو سال علیه شرکت اقامه دعوی نماید. در صورت تکمیل دو سال، حق اقامه دعوی احمد تحت مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی قرار گرفته و توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی سبب انتهای بیمه است. اما، این مدت طبق قانون بیمه که لاحق و مؤخر بر ق. م است یک سال است. بنابراین، این مدت طبق ماده ۱۰ قانون بیمه یک سال است. زیرا، اولاً قانون بیمه لاحق بر ق. م است و در صورتی که قانون لاحق با قانون سابق در تناقض قرار گیرد، قانون لاحق مرعی

الاجراء است و ثانیاً طبق ق. م احکام ق. م در صورتی با احکام قانون خاص تناقض داشته باشد، احکام قانون خاص قابل تطبیق است. ماده ۱۶۴۴ فقره ۲ ق. م در این مورد حکم می نماید: «احکام این فصل تا جایی که با احکام قانون خاص مغایرت نداشته باشد تطبیق می شود». هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ترجیح قانون خاص بر قانون عام است. مصداق قانون عام قانون مدنی و مصداق قانون خاص قانون بیمه است. ماده ۱۰ قانون بیمه در مورد این مدت تصریح می می نماید که: «مرور زمان تقاضای جبران خساره یک سال می باشد. تاریخ آغاز میعاد مذکور از روز وقوع حادثه محاسبه می شود».

(۵) طبق ماده ۱۶۵۵ ق. م: «بیمه شونده ای که به پرداخت اقساط، مستمر تعهد نموده باشد، می تواند هر وقتی که خواسته باشد، به ارسال ابلاغ تحریری به بیمه کننده قبل از سپری شدن موعد جاری آن را منحل نماید. در این صورت از پرداخت اقساط باقی مانده بری الذمه شناخته می شود». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- بیمه شونده ای که به پرداخت اقساط، مستمر تعهد نموده باشد، می تواند هر وقتی که خواسته باشد، به ارسال ابلاغ تحریری به بیمه کننده قبل از سپری شدن موعد جاری آن را منحل نماید. تعریف قسط و ابلاغ گذشت. مستمر در لغت به معنی متداوم و پی در پی است. تحریری در لغت به معنی نوشته است. منحل در لغت به معنی از بین رفته، گشوده شده و باز شده است. به حیث مثال، اگر احمد صحت خویش را با شرکت بیمه، بیمه نموده باشد و احمد تعهد نموده باشد که اقساط حق البیمه را در مواعید معین به شرکت بیمه پرداخت می نماید، احمد می تواند به دلیل جایز بودن عقد بیمه هر لحظه ای که خواسته باشد، با ارسال ابلاغ نوشته قبل از تکمیل شدن موعد، عقد بیمه را منحل نماید.

۲- در این صورت از پرداخت اقساط باقی مانده بری الذمه شناخته می شود. بری الذمه مرکب از دو کلمه است. بری که در لغت به معنی تهی، خالی، عاری، بی گناه، پاک و مبرا است^{۸۱۰} و ذمه . بری الذمه در اصطلاح حقوق مدنی شخصی است که ذمه او از مسؤولیت عاری است. به عبارت دیگر: بری الذمه عبارت از شخص بیگناه است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد شش قسط حق البیمه را به شرکت برای مدت شش ماه پرداخته باشد و بعد از شش ماه انحلال عقد را به شرکت بیمه ابلاغ نماید، از پرداخت بقیه حق البیمه ها بری الذمه می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انحلال عقد بیمه و اثر آن است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۱۰): در ماده (۱۶۶۲) بیمه کننده مسؤول آفت سماوی گفته شده و در ماده (۱۴۰۵) اگر زراعت به آفت سماوی از بین برود حصه اجاره بعد از آفت ساقط می شود تضاد بین دو ماه به ملاحظه میرسد.

توضیح: ماده (۱۶۶۲) مربوط به بیمه بوده و ماده (۱۴۰۵) منوط به عقد اجاره بوده و هر یکی از دو مواد متذکره از دو موضوع جداگانه بحث می نمایند در عقد اجاره بدل اجاره از حاصل عین اجاره گرفته شده تادیه میگردد در صورتیکه محصولات عین ماجوره که ذریعه آفت سماوی تقلیل یابد یا از بین برود حصه مدت بعد از آفت ساقط میگردد. ولی در عقد بیمه به هر شرطیکه باشد حق بیمه قابل تادیه است.^{۸۱۱}

فصل پنجم: عقود توثیق

نوع پنجم عقود معین طبق ق. م عقود توثیق است. طبق ماده ۱۶۶۵ ق. م: «عقود توثیق عبارت از عقودی است که دین را تحکیم می بخشد و آن عبارت است از کفالت، حواله و رهن». توثیق از ریشه «وثق» گرفته شده است که در لغت به معنی استوار داشتن، معتمد داشتن، محکم کردن، ثقه گفتن، ثقه خواندن و ثقه شمردن و اطمینان کردن است.^{۸۱۲} طبق این ماده و فقه عقود توثیق عقودی است که هدف از آن تضمین دین برای صاحب آن است، مانند: کفالت، حواله و رهن که در فقه از آن به توثیقات، تأمینات یا عقود ضمان نیز یاد می نمایند.^{۸۱۳} هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف و حصر عقود توثیق است. در این فصل کفالت و حواله رهن رسمی و حیازی را مورد بحث قرار می دهیم:

مبحث نخست) کفالت

اولین نوع عقد توثیق کفالت است که احکام آن را جلد سوم، باب پنجم، فصل اول، مواد ۱۶۶۶ الی ۱۷۱۵ تنظیم نموده است. فرق کفالت با رهن این است که در رهن راهن مال خویش را به مرتهن جهت تضمین دین او می دهد که در صورت عدم ایفای دین توسط راهن مرتهن بتواند از ثمن فروش آن دین خویش را استیفاء نماید. در حقوق برخی کشور های عربی و افغانستان رهن به نام تأمین و یا تضمین عینی نامیده می شود که تفصیل آن خواهد آمد. اما، کفالت تضمین شخصی است؛ به این توضیح که کفیل پرداخت دین مدیون را به داین تضمین می نماید. در حقوق برخی کشور های عربی و افغانستان کفالت به نام تضمین شخصی نیز یاد می شود. نویسندگان ق. م احکام کفالت را از ق. م. ج. م و فقه اقتباس نموده اند:

گفتار اول) تعریف، ارکان و انعقاد

الف) تعریف و انواع (کفالت به مال، نفس و دین)

طبق ماده ۱۶۶۶ ق. م: «کفالت عبارت است از انضمام ذمه کفیل به ذمه اصیل در مطالبه نفس یا دین و یا عین». کفالت از ریشه «کفل» گرفته شده است که در لغت به معنی پذیرفتاری، تعهد، ذمه داری، ضمانت، ذمات، عهده داری، سرپرستی، نگهداری و ضم یا پیوستن و التزام است. انضمام در لغت پیوستن چیزی به چیزی دیگر است. ذمه از ریشه «ذم» گرفته شده که به معنای امان، عهد، ضمان، و پیمان است، چنانچه در تعریف جرجانی آمده است: ذمه در لغت به معنای عهد است. زیرا، شکستن آن موجب سرزنش و مذمت می گردد. در اصطلاح حقوقی ذمه عبارت از صفتی است که انسان به موجب آن اهلیت التزام پذیری را می یابد. در اصطلاح فقهی چنانچه استاد مصطفی احمد الزرقاء و داکتر وهبة الزحیلی می گویند: ذمه محل اعتباری در شخص است که دیون و التزامات بر آن واقع می گردد.^{۸۱۴}

کفیل شخصی است که از اصیل مدیون کفالت می نماید. به عبارت وسیع تر: کفیل اسم فاعل از ریشه «کفل» گرفته شده است که در لغت به معنی پذیرفتار، متعهد، ذمه دار، عهده دار، سرپرست، ملتزم و نگهدار است. در اصطلاح فقهی و حقوقی کفیل کسی است که تعهد دیگری را بپذیرد.^{۸۱۵}

اصیل شخصی است که کفیل تعهد او را به عهده می گیرد. اصیل بر وزن فعل اسم فاعل از ریشه «اصل» گرفته شده است که در لغت به معنی با اصل و نجابت، ریشه دار، اصلمند، صاحب اصل و تبار، صاحب نسب و نیک نژاد است. در اصطلاح حقوق مدنی، اصیل شخصی است که مستقیماً و به صورت ذاتی صلاحیت اجرای یک عمل را داشته باشد.^{۸۱۶} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد تا دین محمود را پرداخت نماید و احمد حمید را به عنوان ضامن به محمود بدهد، عقد کفالت میان احمد، محمود و حمید منعقد می شود. احمد در این مثال مدیون و در عین حال اصیل است. جمشید کفیل است و محمود داین. همچنین، طبق این ماده کفالت به سه دسته تقسیم می شود: کفالت به عین، دین و نفس

812. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۱۸/۸) (آخرین بازدید)

۸۱۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۷۸.
۸۱۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۱۰۰۰ - ۱۰۰۳؛ و وهبة الزحیلی (—)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۸۸ - ۲۸۹۰.
۸۱۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۱۷.
۸۱۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری جلد (۱)، ص ۳۳۵.

کفالت به عین عبارت از تعهد کفیل مبنی بر تسلیم عین به مکفول له است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و زمین را تسلیم محمود ننماید و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد زمین را تسلیم محمود ننماید، جمشید زمین را تسلیم محمود می نماید، کفالت جمشید کفالت به عین است. در این مثال، احمد مکفول عنه، جمشید کفیل و محمود مکفول له است.

کفالت به دین عبارت از تعهد کفیل مبنی بر پرداخت دین به مکفول له است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد دین خویش را به محمود نپردازد، جمشید دین را به محمود می پردازد، کفالت جمشید کفالت به دین است. در این مثال، احمد مکفول عنه، جمشید کفیل و محمود مکفول له است.

کفالت به نفس عبارت از تعهد کفیل مبنی بر احضار مکفول له است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد دین خویش را به محمود نپردازد و احمد فرار نماید، جمشید احمد را احضار می نماید، کفالت جمشید کفالت به نفس است. در این مثال، احمد مکفول عنه، جمشید کفیل و محمود مکفول له است.

در این سه مثال، ذمه جمشید با ذمه احمد پیوسته می شود. هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف کفالت است. فقهای حنفیه در تعریف کفالت گفته اند که: کفالت عبارت از ضم ذمه کفیل به ذمه مدیون در مطالبه نفس، دین یا عین مغضوب است.^{۸۱۷} ماده ۶۱۲ مجله الاحکام در تعریف کفالت می گوید: «کفالت: ضم کردن یک ذمه به ذمه دیگر در مطالبه شی است؛ یعنی: شخصی ذمه خود را بر ذمه دیگری ضم نماید و مطالبه را که در ذمه دیگری قرار دارد، برای خود لازم گرداند.»

ب) ارکان و مصادر مشروعیت

امام ابو حنیفه رحمته الله و امام محمد رحمته الله بر این نظر اند که: ارکان کفالت عبارت از ایجاب کفیل و قبول داین است. اما، به نظر جمهور فقهاء و امام ابو یوسف ارکان کفالت عبارت اند از:

- ۱) **ضامن / کفیل:** کفیل شخصی است که ذمه خود را به ذمه شخص دیگر ضم نماید (ماده ۶۱۸ مجله الاحکام).
- ۲) **مضمون / مکفول به:** که عبارت از هر حقی است که نیابت در آن جواز داشته باشد که عبارت از دین و عین مضمونه است. مضمون صرف در اموال صحیح است نه در حدود و قصاص زیرا نیابت در حدود و قصاص صحیح نیست. مضمون را مکفول به نیز می گویند که ماده ۶۲۰ مجله الاحکام در تعریف آن می گوید: «مکفول به چیزی است که کفیل به ادای و تسلیم آن تعهد نماید و در کفالت به نفس مکفول عنه و مکفول به برابر است.»
- ۳) **مضمون عنه / مکفول عنه:** شخصی است که مال از او مطالبه می شود خواه حیات باشد و یا غیر حیات. مضمون عنه را مکفول عنه نیز یاد می نمایند (ماده ۶۱۸ مجله الاحکام).
- ۴) **صیغه:** که عبارت از ایجاب و قبول است. فقهای شافعیه رکن پنجم را نیز اضافه نموده اند که عبارت از مضمون له است که عبارت از کسی است که مستحق دین می شود. ماده ۶۱۹ مجله الاحکام در تعریف مکفول له می گوید که: «مکفول له عبارت از طالب و داین در خصوص کفالت می باشد.»^{۸۱۸} اگر قواعد عمومی عقود را بر کفالت تطبیق دهیم به نظر می رسد که ارکان کفالت عبارت اند از: کفیل، مکفول به (موضوع)، مکفول له (داین)، مکفول عنه (مدیون)، صیغه و سبب.

کفالت بر مبنای قرآن، سنت و اجماع ثابت است. خداوند جل جلاله در قرآن کریم خداوند جل جلاله از قول حضرت یعقوب علیه السلام می فرماید:

﴿قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾ - [یوسف: ۶۶]

۸۱۷. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۶)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۱۴؛ و سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنة، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران: انتشارات محمدی سقر، صص ۴۱۰ و ۴۱۱؛ و محمد بكر اسماعيل (۱۴۱۰ ق.). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر والتوزيع، ص ۵۶۶.

۸۱۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۶)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۱۴؛ و عبدالرحمن الجزايري (____). الفقه على المذاهب الاربعة، جلد (۳)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۱۶۳.

«گفت هرگز او را با شما نخواهم فرستاد تا با من با نام خدا پیمان استواری ببندید که حتماً او را نزد من باز آورید مگر آنکه گرفتار [حادثه‌ای] شوید پس چون پیمان خود را با او استوار کردند [یعقوب] گفت خدا بر آنچه می‌گوییم وکیل است.»

و نیز از قول یوسف علیه السلام می‌فرماید:

﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ - [یوسف: ۷۲]

«گفتند جام شاه را گم کرده‌ایم و برای هر کس که آن را بیاورد یک بار شتر خواهد بود و [متصدی گفت] من ضامن آنم.»

ابن عباس رضی الله عنه گفته است که معنی زعیم در این آیه کفیل است.

پیامبر صلی الله علیه و آله نیز در مورد کفالت فرموده است:

«الزَّعِيمُ غَارِمٌ».^{۸۱۹}

«ضامن باید غرامت را بپردازد.»

همچنین، در صحیح بخاری روایت شده است که پیامبر صلی الله علیه و آله جهت ادای نمازه جنازه مردی حاضر شد و پرسید:

«هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم، ديناران، فقال: صلوا علي صاحبكم. قال

ابو قتادة: هما علي يا رسول الله صلی الله علیه و آله، فصلى علي النبي صلی الله علیه و آله».^{۸۲۰}

«گفت آیا چیزی از خود بجا گذاشته؟ گفتند: نخیر! گفت: آیا او دین دار است؟ گفتند بلی، دو ینار، پیامبر صلی الله علیه و آله گفت: شما بر او نماز بخوانید. ابو قتاده گفت: یا رسول الله صلی الله علیه و آله دین او بر عهده من باشد و پیامبر صلی الله علیه و آله بر او نماز خواند.»

علماء نیز در مورد جواز کفالت اجماع نموده اند و از زمان پیامبر صلی الله علیه و آله تا امروز مسلمانان ضمانت همدیگر را کرده اند و هیچ یک از علماء منکر آن نشده اند.^{۸۲۱}

ج) انعقاد

طبق ماده ۱۶۶۷ ق. م: «کفالت تنها به ایجاب کفیل تا زمانی که به قبول مطالبه کننده یا نایب وی گرچه فضولی باشد در مجلس عقد مقرون نگردد، صحت ندارد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده کفالت تنها به ایجاب کفیل تا زمانی که به قبول مطالبه کننده یا نایب وی گرچه فضولی باشد در مجلس عقد مقرون نگردد، صحت ندارد. تعریف کفیل در بالا گذشت. نایب در لغت به معنی جانشین، نماینده و قائم مقام است. در اصطلاح حقوقی نایب شخصی است که از شخص دیگر نیابت می‌کند مانند ولی، وصی، قیم و وکیل. مقرون در لغت به معنی نزدیک، پیوسته و همراه است.^{۸۲۲} فضولی اسم منسوب به فضول است که در لغت به معنی مداخله بی جا در کار دیگران است. در اصطلاح حقوقی، معنی اصطلاحی این مفهوم از معنی لغوی آن گرفته شده است. بنابراین، در اصطلاح حقوقی فضولی عبارت از مداخله بی جا در کار دیگران است.^{۸۲۳}

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید بگوید من کفیل احمد می‌شود؛ یعنی جمشید ایجاب نماید، شرط است که این ایجاب توسط محمود یا وکیل، ولی، وصی و قیم محمود قبول شود. در چنین حالتی فرق نمی‌کند که نایب محمود اعم از وکیل، وصی، ولی و قیم به اجازه محمود ایجاب را بپذیرند یا بدون اجازه محمود. در صورتی که نایب محمود اعم از ولی، وصی، قیم و وکیل این ایجاب را بدون این که محمود را در جریان بگذارند، قبول نمایند، عمل نایب محمود فضولی است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش شرط صحت کفالت در نص این ماده است.

همچنین، طبق ماده ۱۶۷۲ ق. م: «کفالت به صورت معجل یا مؤجل یا معلق به شرط مناسب جواز دارد.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می‌گردد:

^{۸۱۹} . رواه ابو داود و الترمذی و حسنه، و ابن حبان و صححه.

^{۸۲۰} . أخرجه البخاری و أحمد و النسائی و ابن حبان عن سلمة بن الأكوع، و روی أحمد و أصحاب السنن إلا أبا داود هذه القصة من حديث أبي قتادة رضی الله عنه.

^{۸۲۱} . وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و أدلته، جلد (۶)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۱۴۲؛ و سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۴۱۲؛ و محمد بكر اسماعيل (۱۴۱۰ ق.). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع، ص ۵۶۶.

822. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶ / ۱۸ / ۸) (آخرین بازدید)

823. I (۲۰۱۶ / ۱۸ / ۸) (آخرین بازدید)

۱) کفالت به صورت معجل جواز دارد. معجل از ریشه عَجَلَ گرفته شده است که به معنی شتاب کردن، سرعت و ... به کار می رود.^{۸۲۴} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد تا دین محمود را پرداخت نماید و حمید آن را به صورت فوری به محمود بگوید اگر احمد دین شما را پرداخت ننماید، من ضامن هستم، کفالت میان احمد، محمود و حمید منعقد می گردد.

۲) کفالت به صورت مؤجل جواز دارد. مؤجل از ریشه أَجَلَ گرفته شده است که به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می رود.^{۸۲۵} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد تا دین محمود را پرداخت نماید و حمید به محمود بگوید اگر احمد دین شما را پرداخت ننماید، من ضامن هستم، کفالت میان احمد، محمود و حمید منعقد می گردد.

۳) کفالت معلق به شرط مناسب جواز دارد. معلق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویخته و آویزان است.^{۸۲۶} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد تا دین محمود را پرداخت نماید و حمید به محمود بگوید اگر احمد دین شما را پرداخت ننماید، من دین شما را پرداخت می نمایم، کفالت میان احمد، محمود و حمید منعقد می گردد. در این مثال، پرداخت دین توسط حمید معلق و وابسته به عدم پرداخت دین توسط احمد به محمود است. بنابراین، این عقد معلق است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز تعجیل، تأجیل و تعلیق وکالت است. طبق فقه انعقاد کفالت به صورت مطلق، معلق و مضاف صحیح است. کفالت منجز یا مطلق آن است که معلق به شرط و یا مضاف به آینده نشده باشد، مانند اینکه: ضامن یا کفیل بگوید: من اکنون ضمانت فلانی را می کنم و ضامن او هستم. کفالت تعلیقی آن است که معلق به شرطی شده باشد، مانند اینکه: کفیل بگوید: اگر به فلان قرض دادی، من ضامن تو هستم. ماده ۶۲۳ مجله الاحکام در مورد انعقاد عقد کفالت به صورت معلق می گوید که: «کفالت به وعده معلق نیز صورت گرفته می تواند (ماده ۸۲ دیده شود) مثلاً: اگر شخصی بگوید: در صورتی که فلان شخص طلب تو را نداد، من آن را به تو می دهم، کفالت می باشد. بنابراین، اگر داین حق خود را از مدیون مطالبه نماید و مدیون حق را ندهد، داین می تواند حق را از کفیل مطالبه نماید.» کفالت مؤقت آن است که برای مدت مؤقت صورت پذیرد، مثل اینکه: کفیل بگوید: هرگاه ماه رمضان آمد، من ضامن تو هستم.^{۸۲۷} ماده ۶۲۲ مجله الاحکام در این مورد توقیت کفالت می گوید که: «اگر شخصی بگوید: من از امروز تا فلان وقت کفیل هستم، در حالی که کفالت مؤقت باشد، کفالت منجزه منعقد می گردد.»

همچنین، عقد کفالت به قید تعجیل و تأجیل منعقد می گردد. ماده ۶۲۵ مجله الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «کفالت چنانکه به طور مطلق انعقاد می یابد، به قید تعجیل و تأجیل نیز منعقد می شود مثل اینکه شخص بگوید: من در ایفای دین در حال یا در فلان وقت کفیل می باشم، عقد کفالت منعقد می گردد.» همچنین، عقد کفالت به الفاظ صریح که معمولاً الفاظ کفالت و ضمانت و مشتقات اینها است منعقد می گردد و نیز با الفاظ کنایی که معنی کفالت را افاده نماید، نیز منعقد می گردد، مثل اینکه: شخصی بگوید: دین فلانی بر عهده من باشد.

گفتار دوم) انواع

کفالت به اعتبارات مختلف به تقسیمات مختلف تقسیم می شود:

الف) به اعتبار نفس و مال

کفالت به اعتبار اینکه موضوع آن نفس است و یا مال به کفالت به نفس و کفالت به مال تقسیم

می شود:

۸۲۴. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.
۸۲۵. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.
۸۲۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.
۸۲۷. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۲ و ۱۳؛ و محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰ ق.). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع، صص ۵۶۸ و ۵۶۹.

(۱) **کفالت به مال:** کفالت به مال عبارت کفالتی است که در آن تعهد شخص، مالی است. ماده ۶۱۲ مجله الاحکام در تعریف کفالت به مال می گوید که: «کفالت به مال عبارت از کفالت به ادای مال است.».

(۲) **کفالت به نفس:** کفالت به نفس عبارت از کفالتی است که در آن شخص عهده دار، نفس شخص دیگری می شود. ماده ۶۱۳ مجله الاحکام در تعریف کفالت به نفس می گوید که: «کفالت به نفس عبارت از کفالت از نفس شخص است.».

ب) به اعتبار اطلاق و عدم اطلاق

کفالت به اعتبار اطلاق و عدم اطلاق به کفالت مطلق و کفالت معلق تقسیم می شود:

(۱) **کفالت مطلق:** کفالت مطلق عبارت از کفالتی است که در آن کفالت به تأجیل، وصف حلول، وصف دین و ... مقید نشده باشد. به عبارت دیگر: کفالت مطلق عبارت از کفالتی است که معلق به شرط و یا مضاف به زمان آینده نباشد (ماده ۶۱۷ مجله الاحکام).

(۲) **کفالت مقید:** کفالت مقید عبارت از کفالتی است که به یکی از امور فوق الذکر مقید باشد.

ج) به اعتبار زمان

کفالت به اعتبار زمان به دو نوع تقسیم شده است: کفالت حال و کفالت مؤجل:

(۱) **کفالت حال:** کفالت حال عبارت از کفالتی است که در آن زمان انجام تعهد حال باشد.

(۲) **کفالت مؤجل:** کفالت مؤجل عبارت از کفالتی است که در آن زمان انجام تعهد مؤجل (مدت دار) باشد.^{۸۲۸}

گفتار سوم) شرایط

در کفالت یک سلسله شرایط وجود دارد که برخی مربوط به کفیل، برخی مربوط به مکفول عنه (مدیون) برخی مربوط به مکفول له و برخی نیز مربوط به مکفول به می شود:

الف) شرایط کفیل (ضامن)

طبق ق. م در کفیل شرایط لازم است:

(۱) طبق ماده ۱۶۶۸ ق. م: «کفالت مریض در مرض موت که مال وی مستغرق به دین باشد، صحیح نیست. اگر دین تمام مال او را در بر نگرفته باشد و کفالت بعد از تادیه دین در ثلث مال باقی مانده صورت بگیرد، کفالت صحیح است و اگر کفالت از ثلث باقیمانده مال زیادتر باشد، به اندازه ثلث اعتبار دارد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- کفالت مریض در مرض موت که مال وی مستغرق به دین باشد، صحیح نیست. جمهور فقهاء بر این نظر اند که: مرض الموت عبارت از مرض مخوفی است که متصل با مرگ باشد. هرچند سبب مرگ، مرض نباشد. اما، فقهای حنفیه در تعریف مرض الموت می گویند: «مرض الموت عبارت از مرضی است که در اغلب اوقات خوف مرگ مریض در آن متصور باشد و آن حالتی است که اگر مریض از جمله مردها باشد، از انجام کارها و مصالح خویش در خارج از منزل عاجز گردد و در صورتی که مریض از جمله زنان باشد از انجام مصالح خود در داخل منزل عاجز گردد و در همین حالت، قبل از مرور یک سال بمیرد، خواه مریض حالت مریضی را در بستر بگذارد و یا خارج از بستر.

اگر مرض او دوام کند و یک سال از آن بگذرد، چنین مریض تا آنکه مرض او شدت پیدا نکند و حالت او تغییر نیابد، حکم انسان سالم را دارد و تصرفاتش مانند تصرفات انسان سالم و عادی به حساب می آید. اگر حالت او تغییر کرد، و مرض او شدت یافت و بعد از این حالت وفات کرد، از زمان تغییر حالت تا ساعت وفات، حالت مرض را به خود می گیرد.» (ماده ۱۵۹۵ مجله الاحکام).

از جمع تعاریف فوق چنین نتیجه گرفته می شود که تحقق مرض الموت منوط به تحقق شرایط ذیل است:

- اینکه مرض مخوف باشد؛ یعنی: غالباً و عادتاً هلاک مریض در آن متصور باشد؛ و
- به تعقیب مرض، مرگ واقع گردد اعم از اینکه مرگ به سبب مرض باشد یا سبب خارجی دیگر مانند: قتل، غرق شدن، حریق، تصادم و امثال اینها.

جمهور فقهاء برخی حالات دیگر را نیز پیش بینی نموده که شخص مواجه به آن با تحقق دو شرط مرض الموت در حکم شخص مصاب به مرض الموت است. این حالات عبارت است از:

- کسی که در داخل کشتی و یا قایق در بحر در حرکت باشد و اثر طوفان و امواج خوف غرق شدن و هلاکت او غالب باشد. همچنین، در صورت شکستن کشتی و باقی ماندن شخص بر تخته کشتی و ترس از غرق در حکم مرض الموت است؛

- کسی که در اثر قتل و یا عمل دیگر به قصاص یا اعدام محکوم شده باشد؛

- شخصی که به دست دشمنانی اسیر و محبوس شود که عادتاً آنها اسیران را قتل نمایند؛

- زن حامله که به درد زایمان مبتلا است. در این حالات و سایر حالات مشابه شرط است که خوف هلاک غالباً متصور باشد.^{۸۲۹} مستغرق اسم مفعول از ریشه «غرق» گرفته شده است که در لغت به معنی غرق شده، غوطه ور شده و در آب فرو رفته است. در اصطلاح حقوق مدنی، مستغرق به کسی گویند که در آب فرو رفته و غرق شده است.^{۸۳۰}

همچنین، مستغرق به مالی می گویند همه آن پرداخت دین شود. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد تا دین احمد را پرداخت نماید و حمید که مبتلا به مرض سرطان است و سرمایه حمید صد لک افغانی است اما دو صد لک افغانی مدیون جمشید است بخواهد کفیل یا ضامن دین احمد به نفع محمود شود، کفالت حمید صحیح نیست. در این مثال، سرطان مصداق مرض مبتلا به مرگ است. سرمایه حمید در این مثال صد لک افغانی است و حمید دو صد لک افغانی مدیون جمشید است و همه سرمایه حمید ممکن است پرداخت دین جمشید شود. دلیل عدم صحت کفالت حمید در این مثال استغراق مال به دین و مبتلا بودن احمد به مرض موت است.

۲- اگر دین تمام مال او را در بر نگرفته باشد و کفالت بعد از تأدیه دین در ثلث مال باقی مانده صورت بگیرد، کفالت صحیح است. به حیث مثال، اگر احمد هفتاد هزار افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد تا دین محمود را پرداخت نماید و حمید که مبتلا به مرض سرطان است و سرمایه حمید سه لک افغانی است اما یک لک افغانی مدیون جمشید است بخواهد کفیل یا ضامن دین احمد به نفع محمود شود، کفالت حمید صحیح است. در این مثال، سرمایه حمید سه لک افغانی است و یک لک افغانی آن را به جمشید پرداخت نماید، دو لک افغانی برای حمید باقی می ماند. از بقیه دو که هفتاد هزار افغانی تقریباً ثلث یا یک سوم آن می شود، می تواند دین احمد را پرداخت نماید. دلیل صحت این کفالت در این مثال این است که شخص مرض مبتلا به مرگ می تواند در یک سوم مال خویش تصرف نماید. در این مثال، سرطان مصداق مرض مبتلا به مرگ است. سرمایه حمید در این مثال صد لک افغانی است و حمید دو صد لک افغانی مدیون جمشید است و همه سرمایه حمید ممکن است پرداخت دین جمشید شود.

۳- اگر کفالت از ثلث باقیمانده مال زیاده تر باشد، به اندازه ثلث اعتبار دارد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا حمید تعهد نماید که به عوض هفتاد هزار یک لک و چهل هزار افغانی دین احمد را به کفالت از محمود می پردازد، یک لک و چهل هزار افغانی دو ثلث مال حمید می شود. بنابراین، در این صورت، صرف حمید می تواند هفتاد هزار افغانی که یک سوم مال او می شود را به احمد پرداخت نماید. دلیل صحت این کفالت در این مثال این است که شخص مرض مبتلا به مرگ می تواند در یک سوم مال خویش تصرف نماید. دلیل این قواعد این است که طبق ق. م کفالت مریض مبتلاء به مرض الموت تابع حکم تبرع مریض مبتلاء به مرض الموت است که در بیشتر از ثلث مال او صحیح نیست. اگر کفالت در بیشتر از ثلث مال صورت پذیرد، نفاذ آن متوقف به اجازه ورثه است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط کفیل است.

(۲) طبق ماده ۱۶۸۰ ق. م: «هرگاه مدیون به دادن کفیل ملزم گردد، مکلف است شخص قادر را به حیث کفیل بدهد، مدیون می تواند به جای کفیل تأمینات عین کافی را در اختیار داین بگذارد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه مدیون به دادن کفیل ملزم گردد، مکلف است شخص قادر را به حیث کفیل بدهد. قادر در لغت به معنی توانا است. به نظر می رسد توانا در این ماده در مفهوم شخصی است که بتواند دین مدیون را به نمایندگی از مدیون به داین پرداخت

۸۲۹. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۷ و ۲۹۸۸؛ _____ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۵-۷؛ و عبدالرزاق احمد السنهري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۳۱۳-۳۱۵.

۸۳۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۲۷.

نماید. به عبارت دیگر: در کفیل شرط است که کفیل قادر بر ایفای دین باشد؛ یعنی پولدار باشد. زیرا، در صورت عدم ایفای دین توسط اصیل و اقتضای حالات کفیل مکلف است آن را اداء نماید. به حیث مثال، اگر احمد هفتاد هزار افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد تا دین محمود را پرداخت نماید و حمید که هیچ پول ندارد بخواهد کفیل یا ضامن دین احمد به نفع محمود شود، کفالت حمید صحیح نیست. زیرا، حمید پول ندارد و قادر بر پرداخت دین محمود به حمید نیست. در این صورت، هدف کفالت متحقق نمی گردد.

۲- مدیون می تواند به جای کفیل تأمینات عین کافی را در اختیار داین بگذارد. مدیون اسم مفعول از ریشه «دین» گرفته شده است که در لغت به معنی قرض دار، دین دار و مقروض است. در اصطلاح حقوقی مدیون بر کسی می گویند که قرضی برای مدتی معین یا نا معین برای او داده شده و او مکلف به پرداخت آن در موعد معین باشد.^{۸۳۱} داین اسم فاعل از ریشه «دین» گرفته شده است که در لغت به معنی طلبکار و متعهد له است. در مفهوم محدود داین شخصی است که بر مدیون دین دارد. تأمین عینی مرکب از دو کلمه است: تأمین که از ریشه «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.^{۸۳۲} عینی که اسم منسوب به عین است. به نظر می رسد تأمین عینی عبارت از دادن عین (مال) به عنوان تضمین به داین توسط مدیون است.

به حیث مثال، اگر احمد هفتاد هزار افغانی افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد تا دین محمود را پرداخت نماید و حمید که هیچ پول ندارد بخواهد کفیل یا ضامن دین احمد به نفع محمود شود، کفالت حمید صحیح نیست. زیرا، حمید پول ندارد و قادر بر پرداخت دین محمود به حمید نیست. در این صورت، هدف کفالت متحقق نمی گردد. در چنین حالتی، احمد می تواند دوکان، آپارتمان، خانه و زمین خویش را به محمود به عنوان تأمین عینی بدهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط کفیل است.

طبق ماده ۶۲۸ مجلة الاحکام: «برای انعقاد کفالت، عاقل و بالغ بودن کفیل شرط است. بنابراین، کفالت دیوانه، صغیر و سفیه صحیح نیست. اگر در حالت کودکی کفیل گردد مواخذه نمی گردد گرچه بعد از بلوغ به این کفالت اقرار نماید.».

۳) طبق ماده ۱۶۷۷ ق. م: «هرگاه دو یا زیاده از شرکاء بر شخص دیگری دین داشته باشند، کفالت یکی از شرکاء از حصه شریک دیگر از دین مشترک صحت ندارد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. هرگاه دو یا زیاده از شرکاء بر شخص دیگری دین داشته باشند، کفالت یکی از شرکاء از حصه شریک دیگر از دین مشترک صحت ندارد. دین در لغت به معنی قرض است. به حیث مثال، اگر احمد و محمود شریک باشند و ده لک افغانی بر حمیده دین داشته باشد، احمد نمی تواند به محمود و محمود نمی تواند به احمد دینی را که بر حمیده دارند تضمین نمایند. زیرا، شرکا دارای منافع مشترک اند و در صورتی که یک شریک دین شریک دیگر را تضمین نماید هدف کفالت متحقق نمی گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط کفیل است.

۴) طبق ماده ۱۶۷۸ ق. م: «کفالت وکیل به ثمن آنچه که به مشتری فروخته، کفالت وصی به ثمن آنچه که از مال صغیر فروخته و کفالت ناظر به ثمن آنچه از مال وقف فروخته، صحیح نیست.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- کفالت وکیل به ثمن آنچه که به مشتری فروخته، صحیح نیست. تعریف وکیل در مبحث وکالت و از ثمن در مبحث بیع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل به فروش موتر های خویش تعیین نماید و محمود موتر ها را به جمشید به فروش رساند، محمود نمی تواند به احمد تضمین نماید که جمشید پول موتر ها را می پردازد.

۲- کفالت وصی به ثمن آنچه که از مال صغیر فروخته صحیح نیست. وصی شخصی از که صغیر وصایت می نماید. صغیر در لغت به معنی خرد، کوچک، کم سن، مقابل کبیر استعمال می گردد و جمع آن صغار است. صغیر به کسی گفته می شود که نابالغ باشد.^{۸۳۳} به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و پدر احمد وفات نماید و پدر احمد مال زیاد از خود برای احمد به ارث

۸۳۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۷۴.

832. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 11/8/2016).

۸۳۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۲۷، ص ۱۲۱۳.

گذاشته باشد و این اموال تحت وصایت جمشید قرار داشته باشد و جمشید اموال احمد را به محمود به فروش رساند، جمشید نمی تواند پرداخت پول مال را به نمایندگی از محمود تضمین نماید.

۳- کفالت ناظر به ثمن آنچه از مال وقف فروخته، صحیح نیست. به حیث مثال، اگر احمد مارکیت تجارتی خویش را وقف نماید و وزارت حج، ارشاد و اوقاف جمشید را به عنوان ناظر وقف بر مارکیت تعیین نماید و جمشید مارکیت را به محمود به فروش رساند، جمشید نمی تواند پرداخت پول مال را به نمایندگی از محمود تضمین نماید. دلیل این قواعد مورد حمایت قرار دادن، مؤکل، صغیر و موقوف علیه به نظر می رسد. هدف قانونگذار مدنی در پیش بینی شرایط کفیل است.

ب) شروط اصیل (مدیون)

طبق در اصل (مدیون) تحقق دو شرط ضروری است:

۱) اینکه اصیل معلوم باشد. بنابراین، اگر کفیل اصیل را نشناسد و بگوید: من کفیل یکی از افرادی هستم که در اینجا حضور دارند، چنین کفالتی صحیح نیست.^{۸۳۴}

۲) اما، عقل و بلوغ مکفول عنه در کفالت شرط نیست. ماده ۶۲۹ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «شرط نیست که مکفول عنه عاقل و بالغ باشد. بنابراین، کفالت از دین دیوانه و کودک صحت دارد.».

ج) شرایط مکفول له (داین)

طبق فقه در مکفول له که عبارت از داین است تحقق شرایط ذیل لازم است:

۱) اینکه مکفول له معلوم باشد: اگر کسی بگوید: من کفیل یکی از مردم هستم، چنین کفالتی صحیح نیست. زیرا، در صورت مجهول بودن مکفول له مقصود کفالت که توثق است متحقق نمی گردد.

۲) اینکه مکفول له عاقل باشد. این شرط متفرع از نظر امام ابو حنیفه رحمته الله و امام محمد رحمته الله است. پس، قبول مجنون و صبی غیر ممیز صحیح نیست. زیرا، اینها اهلیت صدور قبول را به اعتبار رکن عقد ندارند.^{۸۳۵}

د) شرایط مکفول به

در مکفول به موجودیت سه شرایط لازم است:

۱) طبق ماده ۱۶۷۰ ق. م: «کفالت از عینی که بر اصیل، غیر خود عین لازم باشد، صحت داشته و آن عبارت از عینی است که در صورت از بین رفتن، اگر قیمتی باشد قیمت آن و اگر مثلی باشد مثل آن لازم می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده کفالت از عینی که بر اصیل، غیر خود عین لازم باشد، صحت داشته و آن عبارت از عینی است که در صورت از بین رفتن، اگر قیمتی باشد قیمت آن و اگر مثلی باشد مثل آن لازم می گردد. تعریف عین گذشت. منظور قانونگذار مدنی در عبارت «عینی که بر اصیل، غیر خود عین لازم باشد، عین مضمونه به نفسه است.

آعیان مضمون به نفسه آعیانی است که در صورت تلف، رد آن در صورت موجودیت و پرداخت مثل و یا قیمت آن در صورت بر آخذ و متلف لازم است، مانند: مال مغضوبه. به عنوان مثال، اگر شخصی گوسفندی دیگری را غصب نماید باید آن را در صورت موجودیت دوباره به مالک آن رد نماید. اما، اگر گوسفند هلاک شود، غاصب باید مثل و یا قیمت آن را به مغضوب منه بدهد. بنابراین، در مکفول به شرط است که مکفول به از جمله آعیانی باشد که تاوان داشته باشد.

به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گوسفند یا یک عراده موتر مرسدس بنز مدل ۱۹۶۰ مدیون محمود باشد، حمید می تواند پرداخت ده رأس گوسفند و یک عراده موتر بنز مدل ۱۹۶۰ را به محمود تضمین نماید. زیرا، گوسفند و موتر از جمله اموال مضمونه (دارای تاوان) اند. در صورتی که موتر بنز مدل ۱۹۶۰ از بین برود، جبران خسارت آن قیمت آن است. زیرا، موتر بنز مدل ۱۹۶۰ مال قیمی است و در صورتی که گوسفند از بین برود، دادن مثل آن به صاحب مال لازم است. زیرا، گوسفندان امکان دارد مثلی باشند. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. زیرا، بسیار نظری است و تحقق آن بعید به نظر می رسد.

۸۳۴ . وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، ج ۶، صص ۴۱۵۴ و ۴۱۵۵؛ و عبدالرحمن الجزايري (___)، الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۳)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۱۶۳-۱۶۶.

۸۳۵ . وهبة الزحيلي (___)، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۱۵۵ و ۴۱۵۶.

همچنین، فهم این ماده بسیار مشکل به نظر می‌رسد. نص این ماده ناظر بر کفالت بر عین است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش‌بینی یکی از شرایط مکفول به (موضوع کفالت) که عبارت از مضمونه بودن مال است می‌باشد.

۲) طبق ماده ۱۶۷۱ ق.م: «کفالت از عینی که بر اصیل، غیر از خود عین لازم نباشد، صحت ندارد و آن عبارت از عینی است که در حال موجود بودن واجب‌التسلیم بوده و در صورت از بین رفتن قیمت یا مثل آن لازم نمی‌گردد». در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این ماده کفالت از عینی که بر اصیل، غیر از خود عین لازم نباشد، صحت ندارد. منظور از اصیل در این ماده مدیون است. بند دوم این ماده در تعریف عینی که بر اصیل، غیر از خود عین لازم نباشد می‌گوید: «این عین عبارت از عینی است که در حال موجود بودن واجب‌التسلیم بوده و در صورت از بین رفتن قیمت یا مثل آن لازم نمی‌گردد». به عبارت دیگر: طبق نص این ماده کفالت یا تضمین از عینی که دارای تاوان نیست، صحیح نیست. این نوع اعیان در فقه اعیان مضمونه به غیره یاد می‌شود. اعیان مضمونه بغیره عبارت از اعیانی است که تسلیم آن واجب است، اما زمانی هلاک شوند پرداخت قیمت و یا مثل آن لازم نیست. زیرا، آن مضمون بغیره است، مانند رهن.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد و موتر خویش را به محمود به تضمین بدهد، این تضمین را رهن می‌نامند. در این صورت، روشن نیست که این موتر را جمشید برای چه شخصی تضمین می‌نماید زیرا خود آن قبلاً به عنوان تضمین دین به داین داده شده است. به نظر می‌رسد در این فرض اگر احمد مکلف باشد این موتر را به حمید نیز بدهد، جمشید نمی‌تواند به حمید تضمین نماید که این موتر را اگر احمد تسلیم شما ننماید، من آن را تسلیم می‌نمایم. بنابراین، در چنین فرضی کفالت جمشید صحیح نیست.

نص این ماده ناظر بر کفالت بر عین است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. زیرا، بسیار نظری است و تحقق آن بعید به نظر می‌رسد. همچنین، فهم این ماده بسیار مشکل به نظر می‌رسد. از آنچه گفته شد، چنین به نظر می‌رسد که کفالت از اعیانی صحیح است که به نفسه و یا بغیره مضمونه باشد.

۳) طبق ماده ۱۶۷۳ ق.م: «کفالت به امانات مانند ودیعت، مال مضاربت، شرکت، عاریت و مال اجاره شده، در نزد اجاره‌گیرنده صحت ندارد مگر اینکه کفالت به سبب وجوب ضمان اموال صورت گرفته باشد». از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد. قاعده این است که کفالت به امانات مانند ودیعت، مال مضاربت، شرکت، عاریت و مال اجاره شده، در نزد اجاره‌گیرنده صحت ندارد. تعریف امانت، مضاربه، شرکت، عاریت و اجاره گذشت. نص این ماده ناظر بر کفالت بر عین است. این نوع کفالت را در فقه کفالت به اعیان غیرمضمونه می‌گویند. طبق فقه اعیان غیر مضمونه عبارت از اعیانی است که در صورت هلاک تسلیم مثل و یا قیمت آن لازم نیست مانند: ودیعه، مال مضاربه و مشارکه.

ارایه مثال عملی برای نص این ماده بسیار مشکل به نظر می‌رسد. زیرا، معلوم نیست که کفیل برای کی این اموال را کفالت می‌نماید. به نظر می‌رسد مثال این قاعده این است که اگر احمد مال خویش را به محمود به ودیعت، مضاربت، شرکت، عاریت و اجاره داده باشد و جمشید این اموال را از احمد مطالبه نماید و جمشید از دادن این اموال به جمشید پرهیز نماید، فاروق نمی‌تواند به جمشید تضمین نماید که در صورت عدم دادن این اموال به جمشید، او دادن این اموال را به جمشید تضمین می‌نماید.

استثنای این قاعده این است که کفالت به سبب وجوب ضمان اموال صورت گرفته باشد. ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و کفیل شدن است. همچنین، ضمان در لغت به معنی تاوان و جبران خسارت است.^{۸۳۶} به حیث مثال، اگر احمد مال خویش را به محمود به ودیعت، مضاربت، شرکت، عاریت و اجاره داده باشد جمشید می‌تواند تضمین نماید که محمود این اموال را به احمد دوباره رد می‌نماید. نص این ماده ناظر بر کفالت بر عین است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. زیرا، بسیار نظری است و تحقق آن بعید به نظر می‌رسد. همچنین، فهم این ماده بسیار مشکل به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش‌بینی شرایط موضوع کفالت به عین است.

طبق ماده ۶۳۱ مجلة الاحکام: «در کفالت به مال لازم است که مکفول به مضمون بر اصیل باشد؛ یعنی ایفای آن بر اصیل لازم شود. بنابراین، کفالت به پول مبیعه و بدل اجاره و سایر دیون صحیحه صحیح است. همچنین، کفالت بر مال غصب

شده صحیح است و کفیل در هنگام مطالبه مجبور به ادای عین آن می گردد. همین گونه کفالت به مال مقبوض به عرضه کردن شراء که پول آن مسمی شده باشد، صحیح می شود. اما، کفالت به عین مبیعه قبل از قبض صحت ندارد. زیرا، اگر عین مبیعه در دست فروشنده تلف گردد، بیع فسخ می شود و بایع ضامن آن نمی باشد مگر در صورت قبض پول، رد آن بالایش لازم می شود. به همین سان، کفالت به عین مال مرهونه و مستعار و سایر امانات بنابر غیر ضامن بودن ایشان بالای اصیل صحیح نمی شود. اما، اگر بگوید: هرگاه مکفول عنه این اشیاء را ضایع و یا استهلاک کند من کفیل هستم، کفالت او صحیح می شود. همچنین، کفالت به تسلیم مکفول به در وقت مطالبه صحیح می شود، در صورتی که حق حبس مال مکفول به را از هیچ نگاهی نداشته باشد، به تسلیم آن مجبور ساخته می شود. اما، در کفالت بالنفس کفیل به وفات مکفول به بری می گردد. همچنین، اگر اشیای مذکور تلف گردد، چیزی بر کفیل لازم نمی شود.».

۴) طبق ماده ۱۶۷۶ ق. م: «کفالت از دین غیر صحیح صحت ندارد، مگر اینکه دین نفقه معینه زوجه بوده به رضایت یا حکم محکمه تعیین شده باشد.» از نص این یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که کفالت از دین غیر صحیح صحت ندارد. دین غیر صحیح عبارت از دینی است که شرایط صحت آن متحقق نگردیده باشد. به حیث مثال، اگر احمد چهار ساله باشد و پول خویش را به محمود قرض دهد این عقد صحیح نیست. زیرا، یکی از شرایط قرض، چنانچه تفصیل آن در مبحث عقد قرض گذشت، این است که قرض دهنده عاقل باشد.

به حیث مثال، اگر در این مثال، جمشید به احمد تضمین نماید که در صورتی که محمود دین شما را پرداخت ننماید، من دین را می پردازم، این کفالت صحت ندارد. استثنای این اصل دین ناشی از نفقه زوجه است. به حیث مثال، اگر احمد برای مدت یک سال برای زوجه اش حمیده نفقه فراهم ننماید، احمد مدیون حمیده تلقی می گردد و باید دین ناشی از نفقه را به حمیده پرداخت نماید. مقدار دین ناشی از نفقه می تواند به توافق طرفین تعیین شود.

به حیث مثال، اگر مقدار نفقه حمیده هر ماه مبلغ بیست هزار افغانی شود و احمد برای مدت یک سال نفقه حمیده را فراهم نکرده باشد و احمد و حمیده توافق نمایند که احمد دو لک و چهل هزار افغانی به حمیده پرداخت نماید، اما حمیده نگران باشد که مبدا احمد این پول را پرداخت ننماید، احمد می تواند حمید را به عنوان ضامن یا کفیل به حمیده بدهد. همچنین، اگر احمد و محمود در خصوص مقدار نفقه به توافق نرسند و محکمه حکم نماید که نفقه حمیده در مدت یک سال سه لک افغانی می شود و حمیده نگران باشد که مبدا احمد دین ناشی از نفقه او را فراهم نکند، احمد می تواند محمود را به عنوان ضامن یا کفیل به حمیده بدهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت موضوع کفالت است.

۵) طبق ماده ۱۶۸۲ ق. م: «کفالت در مقدار زاید از استحقاق داین بر مدیون و به شرط دشوار تر از شروط مدیون اصلی، جواز ندارد لیکن در مقدار کمتر و به شروط سهل تر مجاز می باشد.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱- کفالت در مقدار زاید از استحقاق داین بر مدیون جواز ندارد. زاید در لغت به معنی بیشتر است. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۸۴۷} دلیل این قاعده این است که عقد کفالت عقد تابع است و بنابراین تعهد کفیل تابع تعهد اصیل می باشد. پس، تعهد اصیل، محدوده تعهد کفیل را تعیین می نماید و جایز نیست تا محدوده تعهد کفیل بیشتر از تعهد اصیل باشد. به عنوان مثال، اگر موضوع تعهد دین باشد، نباید کفیل بیشتر از آنچه را اصیل مدیون است، تعهد نماید، مانند اینکه: دین داین بر اصیل (مدیون) یک صد هزار افغانی باشد و کفیل کفالت پرداخت یک صد و بیست هزار افغانی را نماید. در صورت چنین تعهدی، تعهد باطل نیست.

۲- کفالت به شرط دشوار تر از شروط مدیون اصلی، جواز ندارد. به حیث مثال، اگر دین احمد، بر محمود مؤجل باشد، جمشید نباید پرداخت این دین را به صورت معجل تعهد نماید. زیرا، اجرای این شرط توسط احمد یا جمشید دشوار تر است. در این مثال، پرداخت دین به صورت مؤجل شرط سهل و پرداخت دین به صورت معجل شرط دشوار است. شرط اصلی در این مثال، پرداخت دین به صورت مؤجل و شرط تبعی پرداخت دین به صورت معجل است.

۳- کفالت به شروط سهل تر مجاز می باشد. به حیث مثال، اگر دین احمد، بر محمود معجل باشد، جمشید می تواند پرداخت این دین را به صورت مؤجل تعهد نماید. زیرا، اجرای این شرط توسط احمد یا جمشید آسانتر است. در این مثال،

پرداخت دین به صورت مؤجل شرط سهل و پرداخت دین به صورت معجل شرط دشوار است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط مربوط به اشتراط در کفالت و مورد حمایت قرار دادن مدیون است.

(۶) طبق ماده ۱۶۸۳ ق.م: «کفالت شامل ملحقات دین و مصارف مطالبه اولی مصارفی که بعد از مطالبه کفیل بوجود می آید می باشد، مگر اینکه موافقه به خلاف آن صورت گرفته باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- کفالت شامل ملحقات دین می شود. ملحقات جمع ملحقه و ملحقه تأیید ملحق است که در لغت به معنی اضافه شده ها، ضمیمه ها و پیوست ها است.^{۸۳۸} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد که ملحقات چیز هایی است که با اصل شی ضمیمه می شوند، مانند کلید قفل، گوساله شیرخوار گاو، زمین حویلی و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به فروش رساند و خانه را تسلیم محمود نماید، اما محمود پول خانه را به احمد پرداخت ننماید، محمود مدیون احمد تلقی می گردد. در این صورت، جمشید می تواند پرداخت دین محمود را به احمد تضمین نماید. همچنین، اگر مصارف نقل و انتقال پول به عهده محمود باشد، مانند مصارف حواله و انتقال پول از طریق بانک، در این صورت جمشید می تواند مصارف حواله و نقل و انتقال پول از طریق بانک را نیز تضمین نماید. در این مثال، پرداخت پول خانه اصل دین و پرداخت مصارف حواله و نقل و انتقال پول از طریق بانک ملحقه دین است.

۲- کفالت شامل مصارف مطالبه اولی در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. قابل توصیه است این عبارت حذف گردد.

۳- کفالت شامل مصارفی که بعد از مطالبه کفیل به وجود می آید در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانون مدنی در نص این ماده مصارف آمدن کفیل است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد و محمود در کابل باشند و جمشید در مزار شریف باشد و قرار باشد جمشید به کابل بیاید، جمشید می تواند تضمین نماید که محمود این مصارف را نیز پرداخت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط مربوط به موضوع دین است.

(۷) طبق ماده ۶۳۲ مجله الاحکام: «نیابت در عقوبات جاری نمی گردد. بنابراین، کفالت به قصاص و سایر عقوبات شخص، صحیح نیست. اما، کفالت به ارش و دینی که بالای جارج و قاتل لازم می گردد، صحیح می شود.»

(۸) طبق ماده ۱۶۷۴ ق.م: «کفالت به مال اعم از اینکه معلوم باشد یا مجهول صحیح است. همچنین کفالت از دین صحیح و ثابت در ذمه مدیون صحیح می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- کفالت به مال اعم از اینکه معلوم باشد یا مجهول صحیح است. معلوم در لغت به معنی مشخص و شناخته شده است. مجهول اسم مفهوم از ریشه «جهل» گرفته شده است که در لغت به معنی نامعلوم، ناشناخته، نامعلوم و نامشخص است.^{۸۳۹}

به نظر می رسد می توان تعریف اصطلاحی مجهول را از معنی لغوی آن استخراج کرد. به نظر می رسد مجهولی امری است که برای فرد ناشناخته و نامشخص باشد و فرد نسبت به آن جاهل باشد. به حیث مثال، اگر احمد مدیون محمود باشد و جمشید این دین را بدون این که برای جمشید مقدار دین معلوم باشد، کفالت نماید، کفالت جمشید صحیح است.

۲- کفالت از دین صحیح و ثابت در ذمه مدیون صحیح می باشد. به نظر می رسد دین صحیح عبارت از دینی است که همه ارکان و شرایط عقد قرض در آن متحقق باشد. به حیث مثال، اگر احمد عاقل، بالغ و رشید باشد و ده لک افغانی پول خویش را به محمود که عاقل، بالغ و رشید است به عنوان قرض بدهد و جمشید پرداخت این دین را کفالت نماید، کفالت جمشید صحیح است. در این مثال، ارکان و شرایط عقد قرض متحقق است و دین صحیح است. همچنین، در این مثال، به موجب عقد قرض صحیح دین احمد بر ذمه محمود ثابت است. تعریف ذمه گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت کفالت در این است.

(۹) طبق ماده ۱۶۷۹ ق.م: «برای ثبوت کفالت شکل تحریری حتمی است، گرچه ثبوت اصل وجبیه به شهادت جایز باشد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد زیرا روشن نیست که منظور قانونگذار مدنی این است که عقد کفالت به شکل تحریری یعنی توسط اسناد ثابت شود یا این که کفیل، مکفول له و مکفول عنه عقد کفالت را به شکل تحریری منعقد نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که کفیل، مکفول له و مکفول عنه عقد کفالت را به شکل

838. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

839. Ibid, (last visit: 2/25/2019).

تحریری منعقد نمایند. به حیث مثال، اگر احمد عاقل، بالغ و رشید باشد و ده لک افغانی پول خویش را به محمود که عاقل، بالغ و رشید است به عنوان قرض بدهد و جمشید پرداخت این دین را کفالت نماید، کفالت جمشید صحیح است به شرط این که این عقد در سند نوشته شود و سپس سند به عنوان وسیله اثبات عقد در صورت لزوم به محکمه ارایه شود. در چنین حالتی، تفاوت نمی کند که خود تعهد با شهادت شهود قابل اثبات باشد یا خیر. مواردی که توسط شهود می تواند ثابت شود در مبحث شهادت در جلد اول کتاب حقوق و جایب این دور از شرح ق. م گذشت. بنابراین، آن موارد برای تطبیق نص این ماده قابل رعایت نیست. طبق نص این ماده اثبات تصرفات حقوقی مدنی غیرتجارتی توسط شهود زمانی جواز دارد که قیمت موضوع تصرف یک هزار افغانی باشد. به حیث مثال، اگر احمد یک جوهر بوت را به محمود مبلغ یک هزار افغانی به فروش رساند و محمود منکر عقد بیع و پرداخت ثمن بوت شود، احمد می تواند فروش بوت را توسط شهادت دو شاهد ثابت نماید. در این مثال، بیع (تصرف قانونی) و یک هزار افغانی قیمت موضوع یا محل تصرف قانونی (بوت) است. اما، اگر قیمت بوت در این مثال بیشتر از یک هزار افغانی باشد، احمد نمی تواند آن را توسط شهادت دو شاهد ثابت نماید. زیرا، طبق نص ماده ۱۰۲۵ شرط است که قیمت موضوع تصرف یک هزار افغانی یا کمتر از یک هزار افغانی باشد. در مقایسه به سال های ۱۳۵۵ هجری شمسی امروزه یک هزار افغانی ارزش خویش را باخته است و به تبع آن م. ۱۰۲۵ ق. م موضوعیت خویش را از دست داده است و قابل توصیه است اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط اثبات کفالت.

ه) صحیح بودن عقد اصیل

طبق ماده ۱۶۷۵ ق. م: «تازمانی که التزام اصیل صحیح نباشد، کفالت صحیح شمرده نمی شود». طبق نص این ماده شرط پنجم صحت عقد کفالت این است عقدی که خود اصیل (مدیون) با داین منعقد نموده است، صحیح باشد. بنابراین، اگر عقدی که اصیل با داین منعقد نموده است، باطل باشد، مانند: عقد قمار بازی، اجاره فاحشه و ... که تفصیل آن در مبحث عقد باطل گذشت، چنین کفالت صحیح نیست. زیرا، در صورت باطل بودن اصل، فرع نیز باطل می شود. به حیث مثال، اگر احمد با محمود قمار بازی نماید و صد لک افغانی را به محمود بپردازد، اما این پول را تسلیم محمود ننماید، جمشید نمی تواند تعهد نماید که در صورت عدم تسلیم پول توسط محمود به احمد، او ضامن است. در این مثال، تعهد به انتقال پول التزام محمود است. همچنین، در این مثال، محمود اصیل و جمشید کفیل است. در این مثال، هم عقد صحیح نیست و هم کفالت. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت کفالت است.

و) معلوم بودن موضوع کفالت در کفالت بر دین، عین و نفس

ماده ۱۶۶۹ ق. م: «برای صحت کفالت شرط است که موضوع کفالت اعم از اینکه دین یا عین و یا نفس معلوم باشد و بر اصیل لازم بوده و از طرف کفیل تسلیمی آن ممکن باشد». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) برای صحت کفالت شرط است که موضوع کفالت از دین معلوم، بر اصیل لازم و از طرف کفیل تسلیمی آن ممکن باشد. کفالت به دین عبارت از تعهد کفیل مبنی بر پرداخت دین به مکفول له است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد دین خویش را به محمود نپردازد، جمشید دین را به محمود می پردازد، کفالت جمشید کفالت به دین است. در این مثال، شرط است که مقدار دین معلوم باشد. زیرا، در صورت مجهول بودن مقدار دین، کفالت صحیح نیست. زیرا، جمشید نمی داند چقدر دین را تسلیم محمود نماید.

همچنین، شرط است که پرداخت دین بر احمد لازم باشد و احمد یا محمود نتوانند به دلیل اختیارات عقد قرض را فسخ نمایند. همچنین، شرط است که جمشید قادر باشد ده لک افغانی را به محمود تسلیم نماید. بنابراین، در کفالت بر دین سه شرط وجود دارد: معلوم بودن موضوع دین، لازم بودن عقد قرض و قادر بودن کفیل مبنی بر تسلیم نمودن موضوع دین به داین.

(۲) برای صحت کفالت شرط است که موضوع کفالت در کفالت بر عین معلوم، بر اصیل لازم و از طرف کفیل تسلیمی آن ممکن باشد. کفالت به عین عبارت از تعهد کفیل مبنی بر تسلیم عین به مکفول له است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به فروش رساند و زمین را تسلیم محمود ننماید و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد زمین را تسلیم محمود ننماید، جمشید زمین را تسلیم محمود می نماید، کفالت جمشید کفالت به عین است.

در این صورت، باید سه شرط متحقق گردد: اول این که موضوع کفالت معلوم باشد. زیرا، در صورت مجهول یا معلوم نبودن موضوع کفالت جمشید نمی داند چه را تسلیم محمود نماید و عقد منجر به نزاع می گردد. دوم این که شرط است که عقد میان احمد و محمود لازم باشد و احمد و محمود نتوانند به دلیل خیار یا طبیعت عقد، عقد را فسخ نمایند و سوم این که جمشید قادر باشد و بتواند زمین را تسلیم محمود نماید. بنابراین، در کفالت بر عین سه شرط وجود دارد: معلوم بودن موضوع عقد (حدود اربعه عین)، لازم بودن عقد میان داین و مدیون و قادر بودن کفیل مبنی بر تسلیم نمودن موضوع عقد به داین. (3) برای صحت کفالت شرط است که موضوع کفالت در کفالت بر نفس معلوم، بر اصیل لازم و از طرف کفیل تسلیمی آن ممکن باشد. کفالت به نفس عبارت از تعهد کفیل مبنی بر احضار مکفول له است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد دین خویش را به محمود نپردازد و احمد فرار نماید، جمشید احمد را احضار می نماید، کفالت جمشید کفالت به نفس است.

در این صورت، باید سه شرط متحقق گردد: اول این که موضوع کفالت معلوم باشد. زیرا، در صورت مجهول یا معلوم نبودن موضوع کفالت جمشید نمی داند کی را تسلیم محمود نماید و عقد منجر به نزاع می گردد. دوم این که شرط است که عقد میان احمد و محمود لازم باشد و احمد و محمود نتوانند به دلیل خیار یا طبیعت عقد، عقد را فسخ نمایند و سوم این که جمشید قادر باشد و بتواند احمد را احضار و تسلیم محمود نماید. بنابراین، در کفالت بر نفس سه شرط وجود دارد: معلوم بودن شخصی که کفیل او را باید احضار نماید، لازم بودن عقد میان داین و مدیون و قادر بودن کفیل مبنی بر تسلیم نمودن مدیون به داین. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت کفالت در کفالت بر دین، عین و نفس است.

گفتار چهارم) آثار

اساساً بر کفالت دو اثر مرتب می شود: رجوع داین بر کفیل در صورت عدم پرداخت دین و یا حاضر نمودن شخص و دوم رجوع کفیل بر مدیون جهت استیفای آنچه به داین پرداخته است. با توجه به این دو اثر برخی آثار کفالت متوجه کفیل و داین و برخی نیز متوجه کفیل و مدیون می گردد. بنابراین، اول آثار کفالت نسبت به کفیل و داین و سپس آثار کفالت در مورد کفیل و مدیون را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

الف) آثار کفالت نسبت به کفیل و داین در کفالت به مال

کفالت به مال نسبت به کفیل و داین موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

(۱) رجوع داین بر کفیل بعد از رجوع بر مدیون (قاعده عمومی): طبق ماده ۱۷۰۰ ق. م: «کفیل نمی تواند قبل از آنکه دین کفالت شده را به داین بپردازد، آن را از اصیل مطالبه نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده کفیل نمی تواند قبل از آنکه دین کفالت شده را به داین بپردازد، آن را از اصیل مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد دین خویش را به محمود نپردازد، جمشید دین را به محمود می پردازد، کفالت جمشید کفالت به دین است. در این صورت، جمشید نمی تواند قبل از این که دین احمد را به محمود پرداخت نماید، از احمد مطالبه نماید دینی را که قرار است به محمود پرداخت نماید، بپردازد. در این مثال، احمد مدیون (اصیل / مکفول عنه)، محمود داین (مکفول له) و جمشید کفیل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط کفیل با اصیل و مورد حمایت قرار دادن اصیل است.

(۲) طبق ماده ۱۷۰۶ ق. م: «(۱) داین نمی تواند تنها به کفیل رجوع کند، مگر بعد از رجوع به مدیون؛ و (۲) گرفتن دین داین از مال کفیل جواز ندارد، مگر اینکه بعد از تادیه قسمتی از دین برای مدیون مال باقی نمانده باشد. در صورت مطالبه دین از کفیل، کفیل مکلف است به این حق استناد نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اصل این است که داین نمی تواند تنها به کفیل رجوع کند. بنابراین، جهت مراجعه داین بر کفیل شرط است که اول داین بر اصیل مراجعه نماید و پرداخت مال و یا دین را از او مطالبه نماید. زیرا، هدف از کفالت به مال استیفای دین توسط داین از مال کفیل در صورت عدم ایفای دین توسط مدیون است. این هدف تحقق نمی پذیرد، مگر اینکه داین اول بر مدیون مراجعه نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون حمیده باشد و جمشید دین احمد را به حمیده تضمین نماید، حمیده نمی تواند اول به جمشید مراجعه نماید. استثنای این قاعده این است که داین می تواند در صورتی که مدیون دین را پرداخت ننماید،

به کفیل مراجعه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد دین حمیده را نپردازد، حمیده می تواند از جمشید پرداخت دین را مطالبه نماید.

۲- قاعده این است که گرفتن دین داین از مال کفیل جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون حمیده باشد و جمشید دین احمد را به حمیده تضمین نماید، حمیده نمی تواند از مال جمشید دین خویش را بگیرد. استثنای این قاعده این است که داین می تواند بعد از تادیه قسمتی از دین توسط کفیل و باقی نماندن مال برای کفیل به اصل مراجعه نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون حمیده باشد و جمشید دین احمد را به حمیده تضمین نماید و احمد پنج لک افغانی به حمیده پرداخت نماید و پول نداشته باشد، حمیده می تواند پنج لک افغانی باقیمانده را از مال جمشید بگیرد.

۳- در صورت مطالبه دین از کفیل، کفیل مکلف است به این حق استناد نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون حمیده باشد و جمشید دین احمد را به حمیده تضمین نماید، حمیده نمی تواند اول به جمشید مراجعه نماید. اگر حمیده به جمشید مراجعه نماید، جمشید می تواند به حمیده بگوید اول کوشش کن دین را از احمد بگیری. اگر احمد دین را نپردازد، من دین را می پردازم. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر کفالت نسبت به کفیل و داین است.

۲ رجوع داین بر کفیلان متعدد: طبق ماده ۱۶۹۰ ق. م: «هرگاه اشخاص متعدد کفیل یک دین گردند و هر یک تمام دین را به صورت جداگانه به عقود متعاقبه کفالت نموده باشند، از هر یک تمام دین مطالبه شده می تواند و در صورتی که دین از طرف یکی پرداخته شود دیگران بری الذمه می شوند. اگر یکی از دیگری به تمام دین کفیل باشد، تأدیه کننده می تواند بر هر یک به اندازه حصه او رجوع نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه اشخاص متعدد کفیل یک دین گردند و هر یک تمام دین را به صورت جداگانه به عقود متعاقبه کفالت نموده باشند، از هر یک تمام دین مطالبه شده می تواند. متعاقبه در لغت به معنی پی در پی است.^{۸۴۰} به حیث مثال، اگر حمیده صد لک افغانی مدیون مرضیه باشد و جمیله، نادیه و شکریه به صورت پی در پی دین حمیده را تضمین نموده باشند، مرضیه می تواند از هر یک از جمیله، نادیه و شکریه پرداخت دین را مطالبه نماید.

۲- در صورتی که دین از طرف یکی پرداخته شود دیگران بری الذمه می شوند. تعریف بری الذمه گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، شکریه دین حمیده را پرداخت نماید، ذمه مرضیه، جمیله و نادیه بری می گردد.

۳- اگر یکی از دیگری به تمام دین کفیل باشد، تأدیه کننده می تواند بر هر یک به اندازه حصه او رجوع نماید. عبارت از «اگر یکی از دیگری به تمام دین کفیل باشد» مبهم است که عاری از ایراد نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده این است که اگر هر یک از کفیلان مقداری از دین را تضمین نمایند، داین می تواند به هر یک متناسب به مقداری که تضمین نموده است مراجعه نماید. به حیث مثال، اگر حمیده ده لک افغانی مدیون مرضیه باشد و جمیله نادیه هر یک تضمین نمایند که مبلغ پنج پنج لک را می پردازند، مرضیه می تواند از هر یک از جمیله و نادیه مقدار پنج پنج لک افغانی را مطالبه نماید. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط داین با کفیلان متعدد است.

۳) طبق ماده ۱۶۹۱ ق. م: «هرگاه اشخاص متعدد دین واحد را جمعاً در یک عقد کفالت نموده باشند، از هر یک به اندازه حصه او از دین اصل مطالبه شده می تواند. در صورتی که هر یک منفرداً جمیع آنچه را که به ذمه دیگری است تعهد نموده باشد، داین می تواند از هر یک منفرداً تمام دین را مطالبه کند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه اشخاص متعدد دین واحد را جمعاً در یک عقد کفالت نموده باشند، از هر یک به اندازه حصه او از دین اصل مطالبه شده می تواند. به حیث مثال، اگر حمیده ده لک افغانی مدیون مرضیه باشد و جمیله و نادیه هر یک تضمین نموده باشند که دین حمیده را می پردازند، مرضیه می تواند از هر یک از جمیله نادیه مقدار پنج پنج لک افغانی را مطالبه نماید.

۲- در صورتی که هر یک منفرداً جمیع آنچه را که به ذمه دیگری است تعهد نموده باشد، داین می تواند از هر یک منفرداً تمام دین را مطالبه کند. به حیث مثال، اگر حمیده صد لک افغانی مدیون مرضیه باشد و جمیله، نادیه و شکریه به صورت جداگانه دین حمیده را تضمین نموده باشند، مرضیه می تواند از هر یک از جمیله، نادیه و شکریه پرداخت دین را مطالبه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط داین با کفیلان متعدد است. طبق ماده ۶۲۷ مجله الاحکام: «اگر برای

ادای دین کفیل‌های متعدد موجود باشد، از هر کدام آنها از مجموع دین مطالبه صورت می‌گیرد. اگر به اتفاق هم کفالت نموده باشند، از هر کدام به مقدار حصه او از دین مطالبه به عمل می‌آید. اما، اگر هر کدام آنها مبلغی را که به ذمه دیگر لازم است کفالت نموده باشند، در این صورت، از هر کدام آنها به مجموع دین مطالبه صورت می‌گیرد. مثلاً: اگر شخصی به مبلغ هزار کفیل گردد، بعداً شخص دیگری نیز از همین مبلغ کفالت نماید، در این صورت، داین حق دارد از هر کدام که خواسته باشد، مطالبه نماید. اما، اگر به اتفاق هم کفالت نمایند از هر کدام آنها به نصف مبلغ مذکور مطالبه صورت می‌گیرد، مگر اینکه هر یک مبلغی را که در ذمه دیگری لازم باشد کفالت نماید. در این حال، از هر کدام آنها مبلغ هزار مطالبه می‌شود.»

۴) کیفیت مطالبه دین توسط داین از کفیل: مطالبه مکفول به توسط داین از کفیل بستگی به نوع کفالت دارد:

۱- مطالبه مکفول به در کفالت مؤجل: طبق ماده ۱۶۹۲ ق. م: «هرگاه دین بالای اصیل به صورت مؤجل بوده و شخص دیگری از آن کفالت نماید، در مورد کفیل نیز مؤجل دانسته می‌شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه دین بالای اصیل به صورت مؤجل بوده و شخص دیگری از آن کفالت نماید، در مورد کفیل نیز مؤجل دانسته می‌شود. تعریف اصیل و کفیل در بالا گذشت. دین مؤجل مرکب از دین و مؤجل است. تعریف دین و مؤجل در بالا گذشت. دین مؤجل عبارت از دینی است که مدت داشته باشد و مدیون آن را باید در مدت معین در آینده پرداخت نماید. به عبارت دیگر: دین مؤجل عبارت از دینی است که مدیون باید آن را در مدت معین در آینده پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را یک سال بعد پرداخت نمایید، این دین مؤجل است. در صورتی که جمشید پرداخت این دین را تضمین نماید، این دین نسبت به جمشید نیز مؤجل است. بنابراین، محمود می‌تواند یک سال بعد این دین را از احمد یا جمشید مطالبه نماید. جمشید در این مثال کفیل و احمد اصیل است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم دین مؤجل است.

۲- مطالبه مکفول به در کفالت معجل: طبق ماده ۱۶۹۳ ق. م: «هرگاه شخص از دین معجل به صورت مؤجل کفالت نماید، تأجیل در مورد اصیل نیز اعتبار داده می‌شود، مگر اینکه کفیل موعد تأجیل را به خود اختصاص داده یا دائن حین کفالت مهلت را تنها در مورد کفیل شرط گذارد. در این دو صورت تأجیل در مورد اصیل اعتبار داده نمی‌شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می‌گردد:

نخست این که هرگاه شخص از دین معجل به صورت مؤجل کفالت نماید، تأجیل در مورد اصیل نیز اعتبار داده می‌شود. تعریف مؤجل و معجل در بالا گذشت. دین معجل را به گونه‌های ذیل می‌توان تعریف کرد:

۱) دین معجل عبارت از دینی است که آن را مدیون به طور عاجل باید پرداخت نماید.

۲) دین معجل عبارت از دینی است که پرداخت آن به آینده موکل نشده است و مدیون باید آن را در حال پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را فوراً و بدون تأخیر پرداخت نمایید، این دین معجل است. در صورتی که جمشید ادای این دین را به احمد تضمین نماید، این دین نسبت به جمشید نیز معجل است. بنابراین، احمد می‌تواند فوراً پرداخت این دین را از محمود یا جمشید مطالبه نماید. جمشید در این مثال کفیل و محمود اصیل است. استثناهای این قاعده قرار ذیل است:

- کفیل موعد تأجیل را به خود اختصاص دهد. تأجیل از ریشه اَجَلَ گرفته شده است که در لغت به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می‌رود.^{۸۴۱} به حیث مثال، در مثال بالا، دین احمد نسبت به محمود معجل است، اما اگر جمشید شرط گذارد که من این دین را به صورت مؤجل پرداخت می‌نمایم، شرط جمشید مدار اعتبار است.

- دائن حین کفالت مهلت را تنها در مورد کفیل شرط گذارد. مهلت در لغت به معنی زمان، مدت، فرصت، اجل و زمان دهی است. در اصطلاح حقوق مدنی، مهلت مدت زمانی معین است که برای انجام تعهد در اختیار شخص به موجب قانون و یا توافق قرار می‌گیرد.^{۸۴۲} به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را فوراً و بدون تأخیر پرداخت

۸۴۱. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

۸۴۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۱۵.

نمایید، این دین معجل است. در صورتی که جمشید ادای این دین را به احمد تضمین نماید، این دین نسبت به جمشید نیز معجل است. اما در صورتی که احمد بگوید من پول را از محمود به صورت معجل و از جمشید به صورت مؤجل می‌گیرم، شرط احمد مدار اعتبار است. در این صورت، احمد می‌تواند دین را از محمود به تعجیل و از جمشید به تأجیل بگیرد. دوم این که در صورت دو استثناهای فوق، تأجیل در مورد اصیل اعتبار داده نمی‌شود. به حیث مثال، در دو مورد فوق احمد می‌تواند از محمود دین را به صورت معجل و از جمشید به صورت مؤجل بگیرد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش‌بینی حکم دین معجل است.

ماده ۶۵۲ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می‌نماید که: «هرگاه دین در کفالت مطلقه بالای اصیل معجل باشد، پس در حق کفیل نیز معجل ثابت می‌گردد. اگر بالای اصیل مؤجل باشد، پس در حق کفیل نیز مؤجل ثابت می‌شود.».

۳- وفات کفیل: طبق ماده ۱۶۹۵ ق. م: «دین مؤجل به وفات کفیل در مورد خود او از تاریخ وفات قابل تأدیه می‌شود و داین می‌تواند دین را از متروکه وی اخذ نماید. در صورتی که دین از طرف ورثه کفیل به داین پرداخته شود، ورثه به اصیل الی به سر رسیدن موعد تأجیل مراجعه کرده نمی‌تواند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

نخست این که: دین مؤجل به وفات کفیل در مورد خود او از تاریخ وفات قابل تأدیه می‌شود و داین می‌تواند دین را از متروکه وی اخذ نماید. تعریف دین مؤجل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را یک سال بعد پرداخت نمایم، این دین مؤجل است. در صورتی که جمشید پرداخت این دین را تضمین نماید، این دین نسبت به جمشید نیز مؤجل است. بنابراین، محمود می‌تواند یک سال بعد این دین را از احمد یا جمشید مطالبه نماید. جمشید در این مثال کفیل و احمد اصیل است. در صورتی که جمشید در این مثال وفات نماید، از تاریخ وفات دین قابل تأدیه گردد. بنابراین، احمد می‌تواند از متروکه جمشید دین را بگیرد. ورثه جمشید یا تصفیه‌کننده ترکه مکلف اند قبل از تقسیم اموال جمشید، مصارف تجهیز و تکفیل، پول ناشی از دین و پول مربوط به وصیت جمشید در یک سوم اموال را جدا نمایند.

دوم این که در صورتی که دین از طرف ورثه کفیل به داین پرداخته شود، ورثه به اصیل الی به سر رسیدن موعد تأجیل مراجعه کرده نمی‌تواند. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر ورثه جمشید دین احمد را پرداخت نمایند، نمی‌تواند الی فرا رسیدن موعد پرداخت دین، پرداخت پولی را که به احمد پرداخته اند از محمود مطالبه نمایند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش‌بینی حکم وفات کفیل در دین مؤجل است.

۴- دادن مهلت به مدیون و کفیل و کفیل کفیل: طبق ماده ۱۶۹۴ ق. م: «هرگاه دائن که مدیون است برای اصیل مهلت بدهد، این مهلت در مورد کفیل و کفیل کفیل نیز اعتبار داده می‌شود. در صورتی که دین بر کفیل اول مؤجل قرار داده شود، تأجیل در مورد کفیل دوم اعتبار داشته در مورد اصیل اعتبار داده نمی‌شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می‌گردد:

نخست این که: هرگاه دائن برای اصیل مهلت بدهد، این مهلت در مورد کفیل نیز اعتبار داده می‌شود. عبارت «داین که مدیون است» در نص این ماده زاید و محل ایراد به نظر می‌رسد. قابل توصیه است این عبارت از نص این ماده حذف گردد. تعریف مهلت در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را بعد از دو سال پرداخت نما و جمشید تضمین ادای این دین را به احمد نماید و موعد پرداخت این دین فرا رسد اما احمد محمود را برای مدت یک سال دیگر مهلت دهد، این مهلت در مورد جمشید نیز اعتبار دارد.

دوم این که: هرگاه دائن برای اصیل مهلت بدهد، این مهلت در مورد کفیل و کفیل نیز اعتبار داده می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را بعد از دو سال پرداخت نما و جمشید تضمین ادای این دین را به احمد نماید و در عین زمان، قیوم نیز تضمین نماید که اگر جمشید دین را نپردازد، من دین را می‌پردازم و موعد پرداخت این دین فرا رسد اما احمد محمود را برای مدت یک سال دیگر مهلت دهد، این مهلت در مورد جمشید و قیوم نیز اعتبار دارد. احمد در این مثال داین (مکفول له)، محمود مدیون (مکفول عنه)، جمشید کفیل و قیوم کفیل کفیل است.

سوم این که: در صورتی که دین بر کفیل اول مؤجل قرار داده شود، تأجیل در مورد کفیل دوم اعتبار داشته در مورد اصیل اعتبار داده نمی‌شود. تعریف مؤجل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را فوراً پرداخت نمایم، این دین معجل است. در صورتی که جمشید پرداخت این دین را تضمین نماید، اما به شرط این که آن را

در آینده پرداخت نماید، این دین نسبت به جمشید مؤجل است. در صورتی که قیوم پرداخت دین را توسط جمشید تضمین نموده باشد، پرداخت دین نسبت به قیوم نیز مؤجل است. در این صورت، تضمین یا کفالت جمشید و قیوم مؤجل، اما دین احمد بر محمود معجل است. بنابراین، احمد نمی تواند از تأجیل دین استفاده نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم مهلت در کفالت است.

۴- طبق ماده ۱۶۸۸ ق. م: «داین می تواند دین را در صورتی که معجل باشد فوراً و در صورتی که مؤجل باشد به مجرد رسیدن مدت تأجیل از کفیل مطالبه نماید. اگر دین معلق به شرط یا موکول به زمان آینده باشد، مطالبه از کفیل قبل از تحقق شرط یا رسیدن موعد معین جواز ندارد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که: داین می تواند دین را در صورتی که معجل باشد فوراً از کفیل مطالبه نماید. تعریف داین، دین و معجل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را فوراً و بدون تأخیر پرداخت نمایید، این دین معجل است. در صورتی که جمشید ادای این دین را به احمد تضمین نماید، این دین نسبت به جمشید نیز معجل است. بنابراین، احمد می تواند فوراً پرداخت این دین را از جمشید مطالبه نماید.

دوم این که: داین می تواند دین را در صورتی که مؤجل باشد به مجرد رسیدن مدت تأجیل از کفیل مطالبه نماید. تعریف داین، دین، مؤجل و تأجیل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را یک سال بعد پرداخت نمایید، این دین مؤجل است. در صورتی که جمشید پرداخت این دین را تضمین نماید، این دین نسبت به جمشید نیز مؤجل است. بنابراین، محمود می تواند یک سال بعد این دین را از جمشید مطالبه نماید.

سوم این که: اگر دین معلق به شرط باشد، مطالبه از کفیل قبل از تحقق شرط جواز ندارد. تعریف دین در بالا گذشت. معلق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویخته، آویزان آویزش است^{۸۴۳} و در اصطلاح فقهی، به منوط و معلق ساختن تحقق امری به امری دیگر و یا ربط دادن حصول چیزی به چیزی دیگر، تعلیق گویند.^{۸۴۴} به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که قیوم دین را پرداخت ننماید، من دین احمد را پرداخت می نمایم، کفالت جمشید معلق به شرط است. شرط در این مثال، پرداخت دین توسط قیوم به جمشید است. در صورتی که محمود دین احمد را پرداخت ننماید و قیوم دین جمشید را پرداخت نماید، جمشید مکلف است دین احمد را پرداخت نماید. در این مثال، پرداخت دین توسط جمشید به احمد معلق به پرداخت دین توسط قیوم به جمشید است. پرداخت دین توسط قیوم به جمشید تحقق شرط است.

چهارم این که: اگر دین موکول به زمان آینده باشد، مطالبه از کفیل قبل از رسیدن موعد معین جواز ندارد. موکول در لغت به معنی واگذار شده، سپرده شده، وابسته به دیگری، محول کردن، واگذار کردن، منوط و مشروط است.^{۸۴۵} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، موکول واگذار کردن اجرای کاری به کاری دیگر و یا به آینده است. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و جمشید تضمین نماید که من دو سال بعد این دین را می پردازم، کفالت جمشید موکول به زمان آینده است. در این صورت، احمد نمی تواند الی رسیدن زمان موعود از جمشید پرداخت دین را مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم وکالت به معلق به شرط، موکول به آینده، معجل و مؤجل است.

طبق ماده ۶۳۵ مجله الاحکام: «در کفالت منجزه به شرطی که دین در حق اصیل معجل باشد، از کفیل فی الحال مطالبه صورت می گیرد و در حالی که دین مؤجل باشد مطالبه موکول به ختم مدت معینه است. مثلاً: اگر شخصی بگوید: من از دین فلان کس ضامن هستم، در حالی که دین معجل باشد، داین می تواند آن را از کفیل فی الحال مطالبه نماید. اما، اگر دین مؤجل باشد، مطالبه در ختم مدت صورت می گیرد.»

همچنین، طبق ماده ۶۳۶ مجله الاحکام: «اما در کفالتی که به طور مضاف بر زمان مستقبل یا معلق به شرط، انعقاد یافته باشد تا وقتی که زمان سپری نشود و یا شرط تحقق پیدا نکند از کفیل مطالبه صورت نمی گیرد. مثلاً: اگر بگوید: اگر فلان

۸۴۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۰۷.

۸۴۴. وهبة الزحلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.

شخصی دین تو را نداد من ضامن ادای آن می باشم، کفالت منعقد می گردد. هرگاه در وقت مطالبه مدیون دین را ندهد، از کفیل مطالبه می شود، در غیر آن قبل از اینکه از اصیل مطالبه نشود، کفیل مورد مطالبه قرار نمی گیرد. همچنین است اگر بگوید: هرگاه فلان شخص مال تو را سرقت نماید من ضامن هستم، کفالت صحیح می شود و در صورتی که سرقت این شخص ثابت شود از کفیل مطالبه به عمل می آید. همچنین است اگر کفیل شرط نماید که به مدت معین مهلت داده شود، اعتباراً از هنگام مطالبه مکفول له، و این مهلت برایش داده می شود. مکفول له حق دارد که از کفیل بعد از گذشت این ایام یعنی در هر وقتی که بخواهد مطالبه کند و کفیل حق طلب مهلت دیگر را ندارد. به همین ترتیب، اگر گفت: من به طلبی که بالای فلان شخص ثابت گردد، یا به مبلغی که به فلان کسی قرض می دهی یا به چیزی که فلان شخص غصب می نماید، و یا به پولی که برای فلان شخص به فروش خواهی رسانید، کفیل هستم. در این حالات، از کفیل مطالبه صورت نمی گیرد، مگر بعد از ثابت شدن این حالات یعنی از کفیل جز بعد از ثبوت طلب و قرض دادن و یا انجام یافتن غصب و وقوع بیع و تسلیم، مطالبه صورت نمی گیرد. همچنین، در صورتی که بگوید: من کفیل به احضار فلان شخص در فلان وقت روز می باشم، از کفیل به احضار مکفوله به قبل از روز معینه مطالبه نمی گردد.».

۵- طبق ماده ۱۶۸۹ ق. م: «با تحقق شرط، تحقق وصف و قید نیز لازم می گردد.»، تعریف شرط در جلد اول این کتاب گذشت. وصف در لغت به معنی خصوصیت یک شی است که از سایر اشیا توسط آن متمایز می گردد. قید در لغت به معنی بند شدن، مشروط و منوط و پایبند است.^{۸۴۶} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید به محمود بگوید اگر احمد دین شما را پرداخت ننماید، من دین را پرداخت می نمایم، پرداخت دین توسط جمشید به محمود مقید و مشروط به عدم پرداخت دین توسط احمد به محمود است. اگر احمد دین را به محمود پرداخت ننماید، شرط متحقق می گردد. بنابراین، جمشید مکلف می گردد دین را به محمود پرداخت نماید.

همچنین، با تحقق شرط، وصف نیز متحقق می گردد. وصف در این مثال، کفیل شدن جمشید است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تحقق وصف با تحقق شرط است. ماده ۶۳۷ مجله الاحکام در این خصوص تصریح می نماید که: «هنگام تحقق شرط تحقق وصف و قید نیز لازم می گردد. مثلاً: اگر بگوید: هر زمانی که بر فلان شخص حکم شود من به ادای آن کفیل هستم، و اگر شخص مذکور به این مقدار پول اقرار نمود، ادای آن وقتی که حکم قاضی به آن ملحق نشود، بر کفیل لازم نمی شود.».

۳- مطالبه مکفول به در کفالت مؤقت: اگر کفالت مؤقت باشد؛ یعنی: برای مدت معین صورت گرفته باشد، داین نمی تواند دین را از کفیل مطالبه نماید، مگر در همان زمان. ماده ۶۳۹ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «از کفیل در کفالت مؤقت جز در ظرف مدت کفالت مطالبه صورت نمی گیرد. مثلاً: اگر بگوید: من از این روز تا این روز تا یک ماه کفیل هستم، از کفیل جز در ظرف همین ماه مطالبه به عمل نمی آید و بعد از گذشت این مدت، موصوف، کفیل بوده نمی تواند.».

۲) ضایع شدن مال مورد تأمین توسط داین: طبق ماده ۱۶۹۹ ق. م: «کفیل در حدود آنچه از تأمیناتی که برای تضمین دین تخصیص داده و بنا بر خطاء داین ضایع گردیده بری الذمه شناخته می شود گرچه تأمینات مذکور بعد از کفالت یا حکم قانون تعیین شده باشد.»، طبق نص این ماده در صورتی که کفیل تأمیناتی مانند رهن به داین برای تضمین دین داده باشد و این تأمین در اثر خطای داین از بین برود، کفیل در برابر داین بری الذمه شناخته می شود. تأمین که از ریشه «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.^{۸۴۷} جمع تأمین، تأمینات است. تضمین مترادف تضمین است. خطا در لغت به معنی اشتباه و غلطی است. ضایع در لغت به معنی از بین رفتن است. تعریف بری الذمه گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تعهد نماید تا دین احمد را به محمود پرداخت نماید، جمشید کفیل احمد است. در این صورت، اگر جمشید به محمود موتر خویش را به عنوان تأمین یا تضمین عینی بدهد و موتر نزد محمود در اثر خطا حریق گردد و از بین برود، جمشید بری الذمه می گردد. در چنین حالتی، تفاوت نمی کند که موتر را

846. Ibid (۲۰۱۶/۳۱/۸). (آخرین بازدید ۸/۳۱/۲۰۱۶).

847. Ibid, (last visit: 11/8/2016).

جمشید به اثر حکم محکمه به عنوان تضمین عینی داده باشد یا بعد از انعقاد عقد کفالت. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم از بین رفتن تأمین عینی کفیل نزد داین و اثر آن است.

۵) افلاس مدیون: طبق ماده ۱۷۰۱ ق. م: «هرگاه مدیون افلاس نماید، داین مکلف است دین را جهت تثبیت در افلاس خط ارائه نماید و الا حق رجوع وی بالای کفیل در حدود ضرر عاید به کفیل به سبب اهمال داین، ساقط می‌گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که مدیون مفلس گردد، داین مکلف است برای این که بعداً بتواند دین خویش را دریافت نماید، به محکمه ذیصلاح مراجعه و مقدار دین خویش را برای این که محکمه آن را در افلاس خط درج نماید، به محکمه ارایه نماید. در صورت عدم رجوع به سبب اهمال، حق مراجعه به کفیل را نخواهد داشت.

تعریف داین، دین، مدیون و کفیل گذشت. افلاس از ریشه «فلس» گرفته شده است که در لغت به معنی ناچیز شدن، نادار شدن، بینوایی، ناداری و پریشانی است. به شخصی که حکم به افلاس او می‌شود مفلس گویند. در اصطلاح حقوقی افلاس عبارت از وصفی است در شخصی که قرض او بیشتر از دارایی او باشد.^{۸۴۸} اهمال از ریشه «همل» گرفته شده است که در لغت به معنی چیزی را فرو گذاشتن، استوار نداشتن، غفلت، سستی ورزیدن، سستی، کاهلی ورزیدن و درنگ کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، اهمال عبارت از خطایی ناخواسته یا انجام ندادن کاری است که لازم است انجام پذیرد.^{۸۴۹}

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تعهد نماید تا دین احمد را به محمود پرداخت نماید، جمشید کفیل احمد است. در صورتی که احمد مفلس شود، محمود مکلف است به محکمه ذیصلاح مراجعه و مقدار دین خویش را برای این که محکمه آن را در افلاس خط درج نماید، به محکمه ارایه نماید. در صورت عدم مراجعه محمود به محکمه و عدم درج مقدار دین، محمود نمی‌تواند به جمشید از بهر دریافت دین مراجعه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط مراجعه به کفیل در صورت افلاس مدیون است.

۶) طبق ماده ۱۷۰۵ فقره های اول الی سوم ق. م: «(۱) داین مکلف است جین اخذ دین از کفیل، تمام اسنادی را که برای استعمال حق در رجوع به مدیون لازم باشد، به کفیل تسلیم نماید؛ (۲) اگر دین تضمینات منقول به صورت مرهون یا محبوس داشته باشد، داین مکلف است آن را برای کفیل تخلیه نماید؛ و (۳) در صورتی که دین دارای تأمینات عقاری باشد، داین مکلف است به مصرف کفیل با اجراءات انتقال تأمینات مذکور اقدام نماید. کفیل به مصارف نقل، به مدیون رجوع می‌نماید.» از نص این ماده چها قاعده قرار شرح ذیل قابل استخراج است:

۱- در صورتی که مدیون دین خویش را به داین نپردازد و کفالت به دین میان داین و کفیل صورت گرفته باشد و داین دین را از کفیل اخذ نماید، لازم است جین اخذ دین اسنادی مثبت دین را به کفیل بدهد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید به محمود بگوید اگر احمد دین شما را پرداخت ننماید، من دین را پرداخت می‌نمایم و سپس محمود دین را از جمشید بگیرد، محمود مکلف است به جمشید سند بدهد.

۲- اگر دین تضمینات منقول به صورت مرهون یا محبوس داشته باشد، داین مکلف است آن را برای کفیل تخلیه نماید. تعریف دین در بالا گذشت. تضمینات جمع تضمین است. منقول اسم مفعول از ریشه نقل گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال داده شده و قابل انتقال است.^{۸۵۰} ماده ۱۲۸ مجلة الاحکام در تعریف منقول می‌گوید که: «منقول شی است که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد برابر است که صورت و هیئت ظاهری آن تغییر کند یا خیر که شامل عروض، حیوانات، مکیلات و موزونات می‌گردد.» مرهونه اسم مفعول از ریشه رهن گرفته شده است. در اصطلاح حقوقی، مرهونه عبارت از عینی است که من حیث وثیقه دین به مرتبه دین داده می‌شود. محبوس اسم مفعول از ریشه حبس گرفته شده است که در لغت به معنی حبس شده است. محبوس در اصطلاح حقوقی عبارت از مالی است که داین آن را برای تضمین دین خویش از مدیون گرفته باشد. تخلیه از ریشه «خلو» گرفته شده است که در لغت به معنی تفریغ، برکنار ماندن و تهی و خالی گذاشتن است. در

۸۴۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۸۴.

۸۴۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۴۱.

۸۵۰. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق)، المقدمة فی المال، والاقتصاد والملکیة والعقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ص ۴۶.

حقوق مدنی، از رفع ید از چیزی به طوری که امکان بهره‌مندی مباح از آن برای دیگری که حق استفاده از آن را دارد از میان برود، تخلیه گویند.^{۸۵۱}

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد موثر خویش را به به عنوان رهن به محمود داده باشد یا محمود موثر احمد را به منظور دریافت دین خویش حبس نموده باشد و در عین حال جمشید تضمین پرداخت دین را نموده باشد، در صورتی که جمشید دین محمود را پرداخت نماید، محمود مکلف است موثر را تخلیه و تسلیم جمشید نماید. در این مثال، موثر مرهون است. همچنین، در این مثال، موثر مال محبوس نزد داین است.

۳) در صورتی که دین دارای تأمینات عقاری باشد، داین مکلف است به مصرف کفیل با اجراءات انتقال تأمینات مذکور اقدام نماید. تأمینات جمع تأمین است. تأمین که از ریشه «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.^{۸۵۲} عقاری اسم منسوب به عقار است. به هر چیزی که از اصل و اساس ثابت برخوردار باشد، عقار می‌گویند، مانند: زمین و خانه که جمع آن عقارات است.^{۸۵۳} ماده ۱۲۹ مجله الاحکام در تعریف عقار می‌گوید که: «عقار آن است که نقل آن از یک محل به محل دیگر اصلاً ممکن نباشد مانند خانه و اراضی». به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد خانه خویش را به عنوان رهن به محمود داده باشد و در عین حال جمشید تضمین پرداخت دین را نموده باشد، در صورتی که جمشید دین محمود را پرداخت نماید، محمود مکلف است ملکیت خانه را به مصرف جمشید به احمد انتقال دهد (به شرط این که نقل و انتقال خانه ایجاب مصارف را نماید). در این مثال، خانه تأمین یا تضمین عقاری نزد محمود است.

۴- کفیل به مصارف نقل، به مدیون می‌تواند رجوع نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، انتقال ملکیت خانه از محمود به جمشید، مصرفی داشته باشد و جمشید آن را پرداخت نموده باشد، می‌تواند این مصارف را از احمد مطالبه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش‌بینی احکام پرداخت دین دارای تضمین عینی منقول و عقار توسط کفیل به داین است. ۷) طبق ماده ۱۷۱۲ ق. م: «با وفات مدیون دین مؤجل به صورت معجل قابل تأدیه می‌گردد، مگر این که موافقه طوری دیگری صورت گرفته باشد. ثالث می‌تواند آن را از متروکه مدیون اخذ نماید نه از کفیل». از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد:

۱- با وفات مدیون دین مؤجل به صورت معجل قابل تأدیه می‌گردد. تعریف مدیون، مؤجل و معجل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را یک سال بعد پرداخت نمایید، این دین مؤجل است. در صورتی که جمشید پرداخت این دین را تضمین نماید، این دین نسبت به جمشید نیز مؤجل است. بنابراین، محمود می‌تواند یک سال بعد این دین را از احمد یا جمشید مطالبه نماید. جمشید در این مثال کفیل و احمد اصیل است. در صورت وفات محمود، دین مؤجل احمد به دین معجل تبدیل می‌شود و ورثه محمود یا تصفیه‌کننده ترکه باید دین احمد را به صورت معجل به احمد پرداخت نمایند. استثنای این قاعده این است که میان احمد و محمود موافقه طور دیگر صورت گرفته باشد. به حیث مثال، احمد و محمود توافق کرده باشند که حتی در صورت فوت محمود احمد نمی‌تواند قبل از فرا رسیدن موعد دین را اخذ نماید.

۲- ثالث می‌تواند آن را از متروکه مدیون اخذ نماید نه از کفیل. عبارت ثالث در نص این ماده محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، منظور از ثالث شخص سوم است. شخص سوم طبق نص این ماده داین است. معمولاً شخص ثالث بر شخصی اطلاق می‌شود که طرف عقد نباشد. در کفالت عقد میان داین، مدیون و کفیل منعقد می‌شود. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود وفات نماید، احمد می‌تواند دین را از ترکه محمود مانند سایر داینین

۸۵۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۵۱.
852. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 11/8/2016).

۸۵۳. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱-۱۶؛ وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۲۸۸۲؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۴۷-۱۴۹؛ _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۳۷؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق.). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۴۶.

محمود اخذ نماید نه از جمشید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تبدیل شدن دین مؤجل به معجل در صورت وفات مدیون است.

۸) طبق ماده ۱۷۰۷ ق. م: «هرگاه دین دارای تأمین عینی ای باشد که مطابق قانون یا موافقه برای تضمین دین تخصیص داده شده و کفالت بعد از این تأمین یا به آن یکجا تقدیم گردیده و کفیل با مدیون متضامن نباشد، تحصیل دین از اموال کفیل قبل از تحصیل آن از اموال تخصیص یافته برای تأمین جواز ندارد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. تأمین عینی مرکب از دو کلمه است: تأمین که از ریشه «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.^{۸۵۴} عینی که اسم منسوب به عین است. به نظر می رسد تأمین عینی عبارت از دادن عین (مال) به عنوان تضمین به داین توسط مدیون است. تعریف دین، داین و تضمین گذشت. متضامن اسم فاعل از ریشه «ضمن» گرفته شده است که در لغت به معنی عهده دار و دو جانبه است. در اصطلاح حقوقی به شریکی متضامن گویند که به صورت تضامنی مسؤولیت پرداخت قرض هر یک از شرکای دیگر را تا حد سرمایه شخصی خود داشته باشد.^{۸۵۵}

به حیث مثال، اگر احمد دو صد لک افغانی مدیون محمود باشد و برای تضمین دین خانه خویش را به محمود به رهن بدهد و بعد از آن جمشید تضمین نماید که دین محمود را پرداخت می نماید یا جمشید همزمان با دادن خانه توسط احمد به محمود تضمین نماید که دین را به محمود می پردازد و جمشید با احمد در خصوص دین محمود متضامن نباشد، محمود نمی تواند قبل از این که پول خویش را از فروش خانه احمد حاصل نماید، از جمشید حاصل نماید. زیرا، جمشید در این مثال با احمد در پرداخت دین متضامن نیست و اول محمود می تواند دین را از پول فروش خانه حاصل نماید و اگر حصول دین از پول فروش خانه ناممکن گردد، محمود می تواند دین را از جمشید حاصل نماید. به نظر رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر کفالت در صورتی که دین دارای تأمین عینی و شخصی باشد است. تأمین عینی در این مثال خانه احمد است و تأمین شخصی جمشید.

۹) طبق ماده ۱۷۰۸ ق. م: «کفیل متضامن نمی تواند تجرید مدیون را از مال مطالبه نماید، مگر حق دارد به آنچه استناد نماید که کفیل غیر متضامن در مورد تادیه متعلق به دین، استناد می نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- کفیل متضامن نمی تواند تجرید مدیون را از مال مطالبه نماید. تعریف کفیل و متضامن در بالا گذشت. تجرید در لغت به معنی تنهایی گزیدن، گوشه گرفتن، تنهایی و گوشه گیری کردن است.

۲- کفیل متضامن حق دارد به آنچه استناد نماید که کفیل غیر متضامن در مورد تادیه متعلق به دین، استناد می نماید.
۱۰) طبق ماده ۱۷۰۹ ق. م: «هرگاه کفیل ها در بین خود متضامن باشند و یکی از آنها دین را حین رسیدن موعد آن تادیه نماید، می تواند به دیگران به قدر حصص شان از دین و حصص شان از سهم کفیل مفلس رجوع نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. تعریف متضامن در بالا گذشت. حصص جمع حصه است که در لغت به معنی سهم است. مفلس در لغت به معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح فقهی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.^{۸۵۶} به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و فاروق و جمشید تعهد نمایند که دین احمد را به صورت تضامنی به محمود می پردازند و فاروق تمام دین را به محمود پرداخت نماید، می تواند سهم جمشید را که پرداخته است از او مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر پرداخت دین توسط یکی از کفیل های متضامن است.

ب) آثار کفالت نسبت به داین و کفیل در کفالت به نفس

عقد کفالت در کفالت به نفس موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) **احضار مکفول عنه توسط کفیل:** طبق ماده ۱۶۸۴ ق. م: «موضوع کفالت به نفس را احضار شخصی که از وی کفالت به عمل آید تشکیل می دهد. اگر تسلیم دادن وی در وقت معین شرط گذاشته شده باشد، کفیل به احضار و تسلیم او به

854. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 11/8/2016).

۸۵۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۰۰
۸۵۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ صص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷؛ عبدالحمید محمود طهماز (____). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیہ، صص ۲۳۰ و ۲۳۱

مکفول له حین مطالبه او در وقت معین مکلف می گردد. در صورتی که او را در وقت معین احضار نماید، کفیل از کفالت بری الذمه شناخته می شود. در غیر آن محکمه می تواند وی را به جزای نقدی تهدیدی محکوم نماید مگر اینکه عجز از احضار مکفول ثابت گردد.^{۸۵۷} از نص این ماده چهار قاعده و یک استثناء استنباط می گردد:

۱- موضوع کفالت به نفس را احضار شخصی که از وی کفالت به عمل آید تشکیل می دهد. احضار از ریشه «حضر» گرفته شده است که در لغت به معنی حاضر ساختن، حاضر کردن و در حضور آوردن است. در اصطلاح حقوقی، به فراخواندن کسی (اعم از مدعی، مدعی علیه، شهود و...) برای حضور در نزد قاضی جهت پاسخگویی احضار گویند.^{۸۵۷} به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد در محکمه حاضر نشود یا از مملکت فرار نماید، من او را حاضر می نمایم، این کفالت، کفالت به نفس و موضوع آن احضار مکفول عنه توسط کفیل است.

۲- اگر تسلیم دادن وی در وقت معین شرط گذاشته شده باشد، کفیل به احضار و تسلیم او به مکفول له حین مطالبه او در وقت معین مکلف می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمشید تضمین نماید که من احمد را در ظرف دو ماه حاضر می نمایم، جمشید مکلف است احمد را در ظرف دو ماه حاضر نماید. در این مثال، محمود مکفول له، احمد مکفول عنه و جمشید کفیل است.

۳- در صورتی که او را در وقت معین احضار نماید، کفیل از کفالت بری الذمه شناخته می شود. تعریف بری الذمه در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمشید احمد را حاضر و تسلیم محمود نماید، ذمه جمشید بری می گردد.

۴- در صورت عدم احضار، محکمه می تواند وی را به جزای نقدی تهدیدی محکوم نماید. به حیث مثال، اگر جمشید احمد را در مثال بالا احضار و تسلیم محکمه و محمود ننماید، محکمه می تواند جمشید را تهدید به جزای نقدی نماید. این اصل است. استثنای این قاعده این است که جمشید عجز خویش را از احضار مکفول ثابت نماید. عجز در لغت به معنی ناتوانی است.^{۸۵۸} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، عجز عبارت است از عدم توانایی انجام تعهد.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید تعهد نماید تا احمد را احضار و تسلیم محکمه نماید اما نتواند این تعهد را ایفاء نماید، محکمه می تواند جمشید را تهدید به پرداخت جریمه نماید. اما، در صورتی که جمشید عجز خویش را ثابت نماید، از جزای نقدی بری می گردد. به حیث مثال، اگر جمشید ثابت نماید که پدرم وفات نمود و در این مدت مصروف تکفین و تدفین پدرم بودم و نتوانستم احمد را احضار نمایم، محکمه می تواند جمشید را به جزای نقدی تهدید ننماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر کفالت به نفس است.

طبق ماده ۶۲۲ مجله الاحکام: «حکم کفالت به نفس عبارت از احضار مکفول به می باشد؛ یعنی: برای هر وقتی که تسلیم مکفول به شرط شده باشد، احضار او بر کفیل به موجب طلب مکفول له در آن وقت لازم می گردد. اگر حاضر نمود بهتر در غیر آن به احضار او مجبور می گردد.»

(۲) احضار شخص غایب: طبق ماده ۱۶۸۵ ق.م: «هرگاه شخصی که از نفس وی کفالت به عمل آمده در جای معلومی غایب بوده و مکفول له احضار وی را مطالبه نماید، کفیل به احضار او مکلف می شود. در این صورت مکفول له می تواند هنگام رفتن کفیل جهت احضار مکفول از وی کفیل دیگری برای توثیق اخذ نماید. اگر مکفول غایب باشد و کفیل ثابت نماید که جای او مجهول است، کفیل به احضار مکفول مکلف نمی گردد.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه شخصی که از نفس وی کفالت به عمل آمده در جای معلومی غایب بوده و مکفول له احضار وی را مطالبه نماید، کفیل به احضار او مکلف می شود. غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.^{۸۵۹} به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد در محکمه حاضر نشود یا از مملکت فرار نماید، من او را حاضر می نمایم، این کفالت، کفالت به نفس و موضوع آن احضار مکفول عنه توسط کفیل است. در این

۸۵۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۱.

۸۵۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۵۷.

۸۵۹. _____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۶۲.

صورت، اگر احمد از کابل باشد و در مزار شریف غایب گردد، جمشید مکلف است در صورت مطالبه محمود احمد را احضار و تسلیم محمود نماید. جمشید در این مثال کفیل، احمد مکفول عنه و محمود مکفول له است.

۲- در صورت فوق، مکفول له می تواند هنگام رفتن کفیل جهت احضار مکفول از وی کفیل دیگری برای توثیق اخذ نماید. توثیق از ریشه «وثق» گرفته شده است که در لغت به معنی استوار داشتن، معتمد داشتن، محکم کردن، ثقه گفتن، ثقه خواندن و ثقه شمردن و اطمینان کردن است.^{۸۶۰} به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید جهت احضار احمد به مزار شریف برود، محمود می تواند قیوم را به عنوان کفیل کفیل از بهر اطمینان خویش ضامن بگیرد.

۳- اگر مکفول غایب باشد و کفیل ثابت نماید که جای او مجهول است، کفیل به احضار مکفول مکلف نمی گردد. تعریف غایب در بالا گذشت. مجهول از ریشه «جهل» گرفته شده است که در لغت به معنی نامعلوم است. به حیث مثال، اگر مثال بالا، جمشید ثابت نماید که محل بود و باش احمد نامعلوم است از احضار احمد بری الذمه می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم احضار مکفول عنه غایب است.

۳) طبق ماده ۱۶۸۱ ق. م: «شخصی که از تعهد ناقص الاهلیت کفالت نموده و کفالت به سبب نقص اهلیت عقد شده باشد، در صورت عدم تنفیذ تعهد از جانب مدیون اصلی کفیل به تنفیذ تعهد، مکلف می باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده شخصی که از تعهد ناقص الاهلیت کفالت نموده و کفالت به سبب نقص اهلیت عقد شده باشد، در صورت عدم تنفیذ تعهد از جانب مدیون اصلی کفیل به تنفیذ تعهد، مکلف می باشد. به هر نوع اهلیت شخص پیش از رسیدن به سن بلوغ و رشد کامل که معمولاً از سن هفت سالگی تا سن بلوغ در نظر گرفته می شود، اهلیت ناقص گویند، مانند: طفل ممیز، معتوه و سفیه. تعریف مدیون در بالا گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد طفل ممیز، غیر ممیز، معتوه، سفیه یا مجنون باشد و ده لک افغانی مدیون محمود باشد و پول نقد نداشته باشد تا دین محمود را پرداخت نماید و حمید به محمود تعهد نماید که دین محمود را می پردازد، در صورتی که احمد نتواند دین محمود را پرداخت نماید، حمید مکلف است دین محمود را پرداخت نماید. احمد معتوه، سفیه، مجنون، ممیز و غیر ممیز در این مثال ناقص اهلیت است. در عین حال، احمد مدیون است. پرداخت دین توسط احمد تنفیذ تعهد است. حمید در این مثال کفیل و محمود داین است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهد کفیل است.

ج) آثار کفالت نسبت به کفیل و مدیون

طبق ماده ۱۷۱۰ ق. م: «هرگاه کفیل آنچه را کفالت نموده از مال خود تادیه کند، می تواند آنچه را تادیه نموده از مدیون مطالبه کند، در این صورت کفیل در تمامی حقوق قایم مقام داین می گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- اگر کفیل دین داین را پرداخت نماید، دین داین منقضی گردیده و کفیل می تواند به مدیون مراجعه و اخذ آنچه را پرداخته است مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید دین را به محمود پرداخت نماید، می تواند پرداخت این پول را از احمد مطالبه نماید.

۲- در صورت فوق، کفیل در تمامی حقوق قایم مقام داین می گردد. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۸۶۱} به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید دین را به محمود پرداخت نماید، می تواند پرداخت این پول را از احمد مطالبه نماید. دلیل این قاعده این است که جمشید جانشین محمود می گردد و محمود از عقد خارج می شود. بنابراین، تمام حق ها و تکالیف محمود به جمشید منتقل می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط کفیل و مدیون است. در رجوع کفیل بر مدیون تحقق سه شرط ضروری است:

۱) اینکه کفیل دین داین را ایفاء نموده باشد. ایفاء دین فرق نمی کند که از طریق اسباب اصلی انقضای دین که وفاء به دین است و یا اسباب تبعی انقضای دین که عبارت از تجدید (تبدیل تعهد)، مجرای (مقاصه) و اتحاد ذمه است، مانند اینکه داین کفیل را ابراء دهد، یا دین را تجدید نماید، یا کفیل دین داین را به دین دیگری که بر داین دارد مجراء نماید یا ذمه کفیل و

۸۶۰. (آخرین بازدید ۸/۱۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

۸۶۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.

داین یکی گردد، مانند اینکه: داین وفات نماید و کفیل ورثه داین باشد. اما، در صورتی که داین کفیل را از دین ابراء دهد و یا دین در اثر مرور زمان ساقط شود، کفیل به داین رجوع کرده نمی تواند؛

۲) طبق ماده ۱۷۱۱ ق. م: «هرگاه دین کفالت شده مؤجل بوده و کفیل آن را به صورت معجل به داین تأدیه نماید، نمی تواند آن را قبل از رسیدن موعد تأجیل از مدیون مطالبه کند.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده جهت صحت مراجعه کفیل بر مدیون لازم است تا کفیل دین را در زمان حلول اجل آن ایفاء نماید. بنابراین، اگر کفیل دین را قبل از حلول اجل آن به داین ایفاء نماید، نمی تواند به مدیون مراجعه نماید مگر بعد از حلول اجل دین. تعریف مؤجل، معجل و تأجیل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی به محمود قرض دهد و بگوید آن را یک سال بعد پرداخت نمایید، این دین مؤجل است. در صورتی که جمشید این دین را به صورت معجل پرداخت نماید، نمی تواند به صورت معجل به احمد رجوع نماید. بنابراین، جمشید باید انتظار بکشد تا موعد پرداخت دین فرا رسد و سپس به احمد از بهر دریافت دین مراجعه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط کفیل و مدیون در دین مؤجل است.

۳) ابلاغ موضوع به مدیون: طبق ماده ۱۷۱۴ ق. م: «کفیل مکلف است قبل از ادای دین موضوع را به مدیون ابلاغ نماید، در غیر آن حق رجوع او به مدیون ساقط می گردد مشروط بر اینکه مدیون دین را تأدیه نموده یا هنگام استحقاق نزد وی اسبابی موجود باشد که به بطلان یا انقضاء دین حکم نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- طبق نص این ماده شرط دیگری که در رجوع کفیل بر مدیون لازم است رعایت شود این است که کفیل قبل از ایفاء دین باید موضوع ایفاء دین را به مدیون ابلاغ نماید. زیرا، اگر مدیون دین را ایفاء نموده باشد، ایفاء دو باره دین توسط مدیون بی فایده است. همچنین، این امر باعث می شود تا مدیون بعد از ایفاء دین توسط کفیل دوباره آن را ایفاء ننماید. همچنین، این امر باعث می شود تا کفیل از اسبابی که نزد مدیون موجود است و موجب انقضای دین می گردد، مانند: ابراء، تجدید، مرور زمان و ... آگاهی حاصل نماید. ابلاغ از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسانیدن پیام یا نامه به کسی و پیام رسانی و ایصال است.^{۸۶۲} به حیث مثال، اگر احمد یک لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید کفیل احمد بخواهد و این دین را به محمود پرداخت نماید، قبل از پرداخت دین باید، این موضوع را به احمد ابلاغ نماید.

۲- در غیر آن حق رجوع او به مدیون ساقط می گردد مشروط بر اینکه مدیون دین را تأدیه نموده یا هنگام استحقاق نزد وی اسبابی موجود باشد که به بطلان یا انقضای دین حکم نماید. نص این ماده مرتبط به بند اول ماده ۱۷۱۴ ق. م است. بنابراین، قانونگذار مدنی در بند دوم ماده ۱۷۱۴ ضمانت اجرای بند اول را پیش بینی نموده است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید بخواهد دین محمود را پرداخت نماید و این موضوع را به احمد ابلاغ ننماید، نمی تواند آنچه را که به محمود پرداخته است از احمد مطالبه نماید. در صورت عدم ابلاغ دو شرط باید متحقق گردد.

نخست این که مدیون دین را تأدیه نموده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید دین احمد را بدون این که به او ابلاغ نماید به محمود پرداخت نماید، نمی تواند آنچه را پرداخته است از احمد مطالبه نماید به شرط این که احمد دین را پرداخته باشد. این شرط زاید و محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در صورتی که احمد دین را به محمود پرداخت نماید، محلی برای پرداخت دین توسط کفیل باقی نمی ماند. قابل توصیه است این شرط از نص ماده ۱۷۱۴ ق. م حذف گردد.

دوم این که نزد مدیون هنگام استحقاق نزد وی اسبابی موجود باشد که به بطلان یا انقضای دین حکم نماید. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی ظهور حق غیر را در مدعی بها را استحقاق گویند.^{۸۶۳} بطلان در لغت به معنی شدن شدن، تباہ شدن، نادرستی، نادرست بودن، نابودی و بی اعتبار شدن است.^{۸۶۴} انقضای در لغت به معنی به سر آمدن و سپری شدن است. همچنین، انقضای در لغت به معنی نابود شدن است.^{۸۶۵}

۸۶۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۶.
۸۶۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۲۲۸.

864. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۱۸/۸) (آخرین بازدید: ۱۱/۱/۲۰۱۸).

865. Ibid, (Last visit: 11/1/2018).

به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید دین احمد را بدون این که به او ابلاغ نماید به محمود پرداخت نماید، نمی تواند آنچه را پرداخته است از احمد مطالبه نماید به شرط این که دین جمشید بنابر اسبابی مانند مجرای، تجدید، مرور زمان و نظیر اینها باطل یا منقضی شده باشد. این شرط زاید و محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در صورتی که دین احمد بنابر اسباب انتهای دین مانند مجرای، مرور زمان، تجدید و نظیر اینها منتهی شده باشد، محلی برای پرداخت دین توسط کفیل باقی نمی ماند. قابل توصیه است این شرط از نص ماده ۱۷۱۴ ق. م حذف گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط کفیل و مدیون در دین مؤجل است.

۲) طبق ماده ۱۶۹۸ ق. م: «هرگاه کفیل وجه کفالت را از مال خود اداء نماید، می تواند به آنچه پرداخته است به اصلیل رجوع کند مشروط بر اینکه کفالت به امر اصلیل صورت گرفته و کفیل از جمله اشخاصی باشد که اقرار وی بر نفس خود معتبر شمرده شود.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به شرایط مقرر در اقرار است. بنابراین، برای فهم این ماده باید به شرایط مقرر در اقرار مراجعه صورت گیرد. طبق نص این ماده هرگاه کفیل وجه کفالت را از مال خود اداء نماید، می تواند به آنچه پرداخته است به اصلیل رجوع کند. تعریف کفیل و اصلیل در بالا گذشت. وجه در لغت به معنی پول است. در اصطلاح حقوقی، وجه پولی است که با آن زندگی را می گذرانند.^{۸۶۶}

به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید دین را از پول خود به محمود پرداخت نماید، می تواند پرداخت این پول را از احمد مطالبه نماید. در چنین حالتی باید دو شرط متحقق گردد.

نخست این که این کفالت به امر احمد صورت گرفته باشد. احمد در این مثال اصلیل است که تعریف آن در بالا گذشت. دوم این که کفیل باید از جمله اشخاصی باشد که اقرار او بر نفس خودش صحیح باشد. بنابراین، کفیل باید عاقل، غیرمعتوه، عدم نایم و مغمی علیه، غیرسفییه و بالغ باشد که تفصیل آن در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط کفیل و اصلیل و شرایط پرداخت دین توسط کفیل از مال خود کفیل است.

۵) رجوع کفیل به مدیونین متعدد: طبق ماده ۱۷۱۵ ق. م: «هرگاه در دین واحد، مدیونین متعدد و متضامن وجود داشته باشند، کفیلی که جمعاً از ایشان ضمانت نموده، می تواند به هر یک به تمام آنچه از دین تأدیه نموده رجوع کند.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه در دین واحد، مدیونین متعدد و متضامن وجود داشته باشند، کفیلی که جمعاً از ایشان ضمانت نموده، می تواند به هر یک به تمام آنچه از دین تأدیه نموده رجوع کند. مدیونین جمع مدیون است که تعریف آن در بالا گذشت.

همچنین، تعریف متضامن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و فاروق شریک باشند و به صورت متضامن مدیون جمشید باشند و ویس تعهد نموده باشد که در صورت عدم پرداخت دین توسط احمد، محمود و فاروق، دین همه را می پردازد، در صورت پرداخت دین جمشید، می تواند از هر یک از احمد، محمود و فاروق آنچه را به جمشید پرداخته است مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط حقوقی کفیل با مدیونین متضامن است.

گفتار پنجم) انتها

الف) انقضای کفالت به مال

اسباب تبعی و اصلی انقضای کفالت همان اسباب اصلی و تبعی انقضای دین است. بنابراین، اگر دین توسط سبب اصلی که همان پرداخت دین است و یا توسط یکی از اسباب تبعی انقضای دین منتهی شود، کفالت نیز منتهی می شود. اسباب تبعی وفای دین، وفای به مقابل، تجدید (تبدیل تعهد)، مقاصه، اتحاد ذمه، ابراء، استحالة تنفیذ و مرور زمان است

۱) وفاء: طبق ماده ۱۷۰۲ ق. م: «تأدیه وجه کفالت از طرف اصلیل یا کفیل موجب براءة اصلیل و کفیل هر دو می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که مدیون دین داین را پرداخت نماید، کفالت که عقد تبعی و تابع عقد اصلی است منقضی می گردد. زیرا، فرع در وجود و بقاء تابع اصل است. تأدیه از ریشه «ادو» گرفته شده است که در لغت به معنی گذاردن، پرداخت، ادا کردن و رسانیدن است. در اصطلاح حقوقی، تأدیه عبارت از پرداخت حق است

توسط متعهد به نفع متعهد له.^{۸۶۷} تعریف وجه، کفالت، اصیل و کفیل و برائت در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید کفیل احمد باشد در صورت پرداخت دین توسط احمد یا جمشید، ذمه هر دو در برابر محمود بری می گردد و تعهد منقضی می گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای کفالت است.

(۲) وفای به مقابل: طبق ماده ۱۶۹۷ ق. م: «هرگاه داین اخذ شی دیگری را عوض دین قبول نماید، کفیل بری الذمه شناخته می شود گرچه آن شی به استحقاق برده شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه داین اخذ شی دیگری را عوض دین قبول نماید، کفیل بری الذمه شناخته می شود گرچه آن شی به استحقاق برده شود. تعریف و کفیل و بری الذمه در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید کفیل احمد باشد در صورتی احمد به عوض ده لک افغانی یک عراده موتر را که قیمت آن ده لک افغانی باشد به محمود بدهد، احمد و جمشید هر دو برابر محمود بری الذمه می گردند. در این مثال، دین احمد از طریق وفاء نه بلکه از طریق وفای به عوض که یکی از اسباب انتهای تعهد است و تفصیل آن در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت، منتهی می شود. عبارت گرچه آن شی به استحقاق برده شود در نص این ماده زاید و محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، در صورت استحقاق شی توسط شخص ثالث دین همچنان بر مدیون باقی می ماند.

تعریف استحقاق گذشت. به حیث، اگر در مثال بالا، فاروق پس از این که احمد موتر را به محمود بدهد، اقامه دعوی استحقاق نماید و با ارایه وسایل اثبات در محکمه ثابت نماید که موتر از آن او است و محکمه حکم نماید که احمد موتر را تسلیم فاروق نماید، فاروق موتر را به استحقاق می برد و احمد و محمود مکلف اند موتر را تسلیم فاروق نمایند. به نظر می رسد در این صورت، احمد بر ملکیت غیر تصرف نموده است که باطل است و دین محمود همچنان بر احمد باقی می ماند و به تبع این دین، کفالت میان احمد، محمود و جمشید همچنان باقی می ماند. قابل توصیه است نص ماده ۱۶۹۷ ق. م اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای دین که وفای به عوض است می باشد.

(۳) ابراء: طبق ماده ۱۷۰۳ ق. م: «ابرای داین برای اصیل موجب برائت کفیل می شود. اما برائت کفیل مستلزم برائت اصیل نیست، پس اگر داین کفیل را بری نماید، اصیل بری الذمه شناخته نمی شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- ابرای داین برای اصیل موجب برائت کفیل می شود. تعریف داین، اصیل و کفیل گذشت. ابراء از ریشه «بری» به معنای تنزیه، تخلیص، بیزار کردن، بهبود بخشیدن، شفا بخشیدن و رهایی از دین و إسقاط حق ثابت در ذمه است. در اصطلاح حقوق مدنی، به إسقاط حق خود، که بر ذمه دیگری باشد، ابراء گویند.^{۸۶۸} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید کفیل احمد باشد، در صورتی که محمود احمد را ابراء دهد، نه تنها دین احمد بلکه تعهد جمشید نیز منقضی گردد. زیرا، ابراء یکی از اسباب سقوط تعهدات است. در صورتی که تعهد اصیل در اثر ابراء ساقط شود، به تبع آن تعهد کفیل نیز ساقط می شود. در این مثال، تعهد احمد تعهد اصلی و تعهد جمشید تعهد تبعی است.

۲- برائت کفیل مستلزم برائت اصیل نیست، پس اگر داین کفیل را بری نماید، اصیل بری الذمه شناخته نمی شود. تعریف کفیل، برائت، برائت ذمه و اصیل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید کفیل احمد باشد، در صورتی که محمود جمشید را ابراء دهد، صرف تعهد جمشید منقضی گردد. زیرا، ابراء یکی از اسباب سقوط تعهدات است. در این صورت، تعهد احمد همچنان باقی است. دلیل این قاعده این است که تعهد احمد تعهد اصلی و تعهد جمشید تعهد تبعی است. تعهد جمشید تابع تعهد احمد است.

در این مثال، تعهد تبعی ساقط می شود و تعهد اصلی همچنان باقی است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای کفالت که ابراء است می باشد. طبق ماده ۶۶۲ مجله الاحکام: «برائت اصیل ایجاب برائت کفیل را

۸۶۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۰۶.
۸۶۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۶۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۰.

می کند.». همچنین، طبق ماده ۶۶۰ مجلة الاحکام: «اگر مکفول به بگوید: کفیل را برائت دادم و یا از من نزد کفیل چیزی نیست، کفیل بری می گردد.».

۶) عدم سقوط دین در اثر افلاس: طبق ماده ۱۷۱۳ ق. م: «دین از ذمه مدیون مفلس در صورتی که در حال حیات او به کفالت یا رهن تحکیم شده باشد ساقط نمی گردد.»، طبق نص این ماده دین جز از طریق هائی که تفصیل آن ها در فوق گذشت، ساقط نمی شود هرچند مدیون مفلس گردد و یا مال خویش را به داین به رهن و یا به داین کفیل بدهد. تعریف دین، کفیل، ذمه و مفلس گذشت. تعریف رهن در مبحث رهن خواهد آمد. تحکیم در لغت به معنی محکم و استوار شدن است. به حیث مثال، اگر احمد دو صد لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به عنوان رهن یا جمشید را به عنوان کفیل به محمود داده باشد و قرض های احمد نسبت به دارایی او بیشتر باشد، دین محمود بر احمد که در زمان حیات احمد به رهن و کفالت تحکیم شده است ساقط نمی شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم اسقاط دین در اثر افلاس مدیون است.

۷) طبق ماده ۱۷۰۴ ق. م: «هرگاه داینی که دین او کفالت شده وفات نموده و مدیون وارث بالانحصار او باشد، کفیل بری الذمه شناخته می شود. در صورتی که داین غیر از مدیون وارث دیگری نیز داشته باشد، کفیل از حصه مدیون بری الذمه می شود نه از حصه وارث دیگر.»، از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه داینی که دین او کفالت شده وفات نموده و مدیون وارث بالانحصار او باشد، کفیل بری الذمه شناخته می شود. تعریف داین، دین، مدیون و بری الذمه در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی بر محمود یگانه پسر و وارث دین داشته باشد و جمشید این دین را تضمین نموده باشد، در صورت وفات احمد، در اثر اتحاد ذمه و انتقال تعهدات احمد به محمود، دین احمد منقضی می گردد و به تبع آن کفالت جمشید خاتمه پیدا می کند. در این مثال، ذمه احمد و محمود یکی می شود و در اثر اتحاد ذمه که یکی از اسباب سقوط تعهدات است و تفصیل آن در جلد اول کتاب حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت خاتمه پیدا می نماید.

۲- در صورتی که داین غیر از مدیون وارث دیگری نیز داشته باشد، کفیل از حصه مدیون بری الذمه می شود نه از حصه وارث دیگر. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی بر محمود و حمیده پسر و دخترش دین داشته باشد و جمشید صرف دین محمود را تضمین نموده باشد، در صورت وفات احمد، صرف حصه محمود به محمود منتقل می شود و در اثر اتحاد ذم دین احمد ساقط می شود و به تبع آن تعهد جمشید نیز ساقط می شود. فرق این دو حالت در این است که در حالت اول محمود یگانه وارث احمد است و در حالت دوم احمد دو ورثه دارد احمد و حمیده. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب سقوط کفالت که اتحاد ذمه است می باشد.

ب) به استحقاق برده شدن مبیع

طبق ماده ۱۶۹۶ ق. م: «هرگاه مبیعه به استحقاق برده شود، کفیل از ثمن ضمانت کرده شده بری الذمه می گردد.»، در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اگر کفالت در برابر ثمن مبیع باشد و مبیع توسط شخص ثالث به استحقاق برده شود، ذمه کفیل بری می گردد. تعریف استحقاق، بری الذمه، ثمن و ضمانت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موتر یا خانه خویش را به حمیده به فروش رساند و مرضیه ضمانت نماید که حمیده پول را به احمد پرداخت می نماید، اما جمشید در خصوص خانه و موتر ادعای ملکیت نماید و با ارایه وسایل اثبات مانند سند و شهود و نظیر آن ثابت نماید که موتر یا خانه از آن من است و محکمه موتر یا خانه را تسلیم جمشید نماید، عقد بیع در اثر استحقاق مبیع توسط جمشید میان احمد و حمیده فسخ می گردد و با فسخ شدن عقد بیع، مرضیه در برابر احمد بری الذمه می گردد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای کفالت در بیع که استحقاق مبیعه توسط شخص ثالث است می باشد.

ج) انقضای کفالت به نفس

کفالت به نفس در دو حالت منقضی می گردد:

۱) در صورت إحضار مکفول به توسط کفیل: طبق ماده ۱۶۸۶ ق. م: «کفیل به نفس، با تسلیم دادن مکفول یا تادیبه دین موضوع کفالت بری الذمه می گردد.»، از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- کفیل به نفس، با تسلیم دادن مکفول بری الذمه می گردد. تعریف بری الذمه و مکفول عنه گذشت. کفالت به نفس عبارت از تعهد کفیل مبنی بر احضار مکفول له است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد دین خویش را به محمود نپردازد و احمد فرار نماید، جمشید احمد را احضار و تسلیم محمود می نماید، کفالت جمشید کفالت به نفس است. در این مثال، احمد مکفول عنه است. جمشید کفیل است و محمود مکفول له. در صورتی که جمشید احمد را تسلیم محمود نماید، ذمه جمشید در برابر محمود بری می گردد.

۲- کفیل به نفس، با تسلیم دادن مکفول یا تادیبه دین موضوع کفالت بری الذمه می گردد. کفالت به دین عبارت از تعهد کفیل مبنی بر پرداخت دین به مکفول له است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد دین خویش را به محمود نپردازد، جمشید دین را به محمود می پردازد، کفالت جمشید کفالت به دین است. در این مثال، احمد مکفول عنه است. جمشید کفیل است و محمود مکفول له. در صورتی که جمشید دین محمود را پرداخت نماید یا احمد را تسلیم محمود نماید، ذمه جمشید در برابر محمود بری می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی برخی اسباب انتهای کفالت به مال و نفس است. طبق ماده ۶۶۳ مجلة الاحکام: «اگر کفیل مکفول به را در محلی که در آن مخاصمت ممکن باشد، مانند شهر یا قصبه به مکفول له تسلیم نماید، کفیل از کفالت بری می گردد خواه مکفول به پذیرد و یا نپذیرد. اما، اگر تسلیم مکفول به را در شهر معین شرط نموده باشد، به تسلیم او در شهر دیگری بری نمی گردد. اگر کفالت نماید بر اینکه او را در مجلس قضاء تسلیم کند، اما در کوچه تسلیم کند، از کفالت بری نمی گردد. اما، اگر او را در حضور موظف امنیتی تسلیم کرده باشد، از کفالت بری می گردد».

۲) طبق ماده ۱۶۸۷ ق. م: «کفیل با وفات مکفول بری الذمه شده اما با وفات داین مکفول له بری الذمه نگردیده ورثه او می توانند احضار مکفول را از وی مطالبه نمایند». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- کفیل با وفات مکفول بری الذمه شناخته می شود. تعریف کفیل، مکفول عنه و بری الذمه در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد فرار نماید من او را تسلیم محمود می نمایم، کفالت جمشید کفالت به نفس است. در صورت وفات احمد جمشید در برابر محمود بری الذمه می گردد. دلیل این قاعده این است که در صورت وفات احمد یکی از ارکان تعهد از بین می رود و تعهد ساقط می شود.

۲- با وفات داین مکفول له بری الذمه نگردیده ورثه او می توانند احضار مکفول را از وی مطالبه نمایند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود وفات نماید، ورثه محمود می توانند احضار احمد را از جمشید مطالبه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای کفالت به نفس که عبارت از وفات مدیون است می باشد. طبق ماده ۶۶۶ مجلة الاحکام: «اگر مکفول به وفات نماید، چنانچه کفیل از کفالت بری می گردد، کفیل کفیل نیز برائت می یابد. همچنین اگر کفیل فوت کند چنانکه او از کفالت بری می گردد، کفیل او نیز برائت می یابد. اما، کفیل به وفات مکفول له از کفالت بری نمی گردد و مورد مطالبه ورثه متوفی قرار می گیرد».

مبحث دوم) حواله

نوع دوم عقود توثیق حواله است که احکام آن را جلد سوم، باب پنجم، فصل دوم، مواد ۱۷۱۶ الی ۱۷۶۹ ق. م تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از فقه به خصوص مذهب امام ابوحنیفه / و ق. م. ج. م اقتباس نموده اند:

گفتار اول) تعریف و مصادر مشروعیت

حواله از ریشه «حول» گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال دادن است. در اصطلاح فقهی تعاریف متعددی برای حواله وجود دارد: فقهای حنفیه در تعریف حواله گفته اند که: حواله عبارت از نقل مطالبه از ذمه مدیون به ذمه ملتزم است بر خلاف کفالت که ضم ذمه مطالب است نه نقل مطالبه. ماده ۶۷۳ مجلة الاحکام در تعریف حواله می گوید: «حواله عبارت از نقل دین از یک ذمه به ذمه دیگر است».^{۸۶۹}

۸۶۹. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۱۸۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۱۹.

مشروعیت حواله بر مبنای سنت پیامبر ﷺ و اجماع امت ثابت است. از ابوهریره رضی الله عنه روایت است که گفت: که رسول خدا ﷺ فرمود: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيُتْبِعْ». ^{۸۷۰} و فی روایة لأحمد: «وَمَنْ أُحِيلَ فَلْيَحْتَلْ». «به تأخیر انداختن پرداخت قرض توسط ثروتمند ظلم است، و هرگاه کسی از شما را به توانگری حواله دادند، تنها به او مراجعه کند.» ^{۸۷۱}

گفتار دوم) انواع حواله

طبق ق. م حواله بر دو نوع است: حواله دین و حواله حق:

الف) حواله دین

۱) تعریف

طبق ماده ۱۷۱۶ ق. م: «حواله دین، عبارت است از انتقال دین از ذمه حواله دهنده به ذمه شخص حواله داده شده و مطالبه دین از وی.» هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف حواله است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد به محمود بگوید دین را از جمشید بگیرید، محمود می تواند دین را از جمشید بگیرد. در این مثال، ده لک افغانی دین است. این دین از ذمه احمد به ذمه جمشید منتقل می شود. محمود می تواند از جمشید این دین را مطالبه نماید. تعریف ذمه و دین در بالا گذشت. در حقوق تعاریف مختلف در خصوص حواله دین وجود دارد:

۱) حواله دین عبارت از حواله ای است که موضوع آن دین باشد.

۲) حواله دین عبارت از حواله ای است که محیل در آن مدیون است.

۳) حواله دین عبارت از توافقی است میان مدیون با شخصی ثالثی که دین او را که به نفع داین بر ذمه او است بپذیرد. ^{۸۷۲}

۲) ارکان

در مورد ارکان حواله دین در فقه دو نظریه وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ارکان حواله دین عبارت از ایجاب محیل و قبول محال و محال علیه به الفاظ مخصوص است که صیغه نامیده می شود. اما، جمهور فقهاء می گویند: ارکان حواله دین شش است که عبارت اند از:

۱) **محیل:** محیل یا مدیون اولین رکن حواله است. ماده ۶۷۲ مجله الاحکام در تعریف محیل می گوید که: «محیل عبارت از مدیونی است که احاله می نماید.» نویسندگان ق. م محیل را حواله دهنده ترجمه کرده اند. لذا، در ق. م حواله دهنده مترادف با محیل است؛

۲) **محال:** رکن دوم محال است که محتال و حویل نیز نامیده می شود که عبارت از صاحب دین یا داین است. ماده ۶۷۵ مجله الاحکام در تعریف محال می گوید که: «محال له عبارت از داین است.» نویسندگان ق. م محال را حواله گیرنده ترجمه کرده اند. بنابراین، حواله گیرنده در ق. م مترادف با محال است؛

۳) **محال علیه:** رکن سوم محال علیه است که محتال علیه نیز نامیده می شود که عبارت از شخصی است که دین را به محال ملتزم می شود. ماده ۶۷۶ مجله الاحکام در تعریف محال علیه می گوید: «محال علیه عبارت از کسی است که حواله را به خود قبول کرده است.» نویسندگان ق. م محال علیه را حواله گیرنده ترجمه کرده اند. بنابراین، حواله گیرنده در ق. م مترادف با محال علیه است؛

۴) **محال به:** محال به که محتال به نیز نامیده می شود عبارت از نفس دین است. ماده ۶۷۷ مجله الاحکام در تعریف محال به می گوید که: «محال به عبارت از مالی است که احاله شده باشد.»

۵) **دین:** دین محیل که حواله آن بر محال علیه لازم است.

^{۸۷۰}. متفق علیه.

^{۸۷۱}. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۱۴۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۳۱۹.

^{۸۷۲}. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۸۷۵.

۶) صیغه: رکن ششم عبارت از صیغه است که همان ایجاب و قبول است.^{۸۷۳} به نظر می‌رسد که دین و محال به مترادف همدیگر اند. بنابراین، یکی از دین یا محال به طبق این نظر زاید به نظر می‌رسد. اگر قواعد عمومی عقود را بر حواله تطبیق دهیم به نظر می‌رسد ارکان عقد حواله عبارت اند از: حواله دهنده (مدیون)، حواله گیرنده (داین)، حواله دریافت کننده که شخصی است که مدیون دین داین را به او به حواله می‌دهد. محل که عبارت از دین است. صیغه که عبارت از الفاظی است که میان طرفین عقد حواله رد و بدل می‌شود و سبب.

۳) انواع حواله دین

طبق فقه و ق. م حواله دین بر دو نوع است: مطلق و مقید. ماده ۱۷۱۷ ق. م در این مورد تصریح می‌نماید که: «حواله یا مطلق و یا مقید می‌باشد.» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناسایی انواع حواله دین است:

۱) حواله دین مطلق: طبق ماده ۱۷۱۸ ق. م: «حواله مطلق این است که مدیون داین خود را بر شخص دیگری به طور غیر مقید حواله تادیه دین بدهد، شخص حواله داده شده آن را از مدرک دینی که حواله دهنده بر ذمه وی دارد یا دینی که از لحاظ مال ودیعت یا مال غصب شده نزد وی دارد، اداء نماید یا طوری باشد که حواله دهنده و شخص حواله داده شده، هیچ گونه حقوقی بر یکدیگر نداشته باشند.» به نظر می‌رسد قانونگذار مدنی در نص این ماده حواله مطلق را تعریف نکرده است بلکه برخی مصادیق آن را احصاء کرده است. طبق این ماده حواله های ذیل حواله مطلق تلقی می‌گردد:

۱- حواله مطلق این است که مدیون داین خود را بر شخص دیگری به طور غیر مقید حواله تادیه دین بدهد، شخص حواله داده شده آن را از مدرک دینی که حواله دهنده بر ذمه وی دارد یا دینی که از لحاظ مال ودیعت یا مال غصب شده نزد وی دارد، اداء نماید. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود صد لک افغانی داشته باشد و محمود بر جمشید صد لک افغانی به عنوان دین ناشی از دادن پول نقد، پول امانت یا غصب مال داشته باشد و احمد از محمود پول را مطالبه نماید، اما محمود به احمد بگوید پول را از جمشید بگیرید، این حواله طبق نص ماده ۱۷۱۸ ق. م حواله مطلق است. در این مثال، محمود محیل (مدیون)، احمد محال (داین) و جمشید محال علیه است.

دین در این مثال صد لک افغانی است. اما، این صد لک را احمد به محمود به عنوان پول نقد داده است. همچنین، طبق نص این ماده این پول بر ذمه محمود به سبب عقد امانت است. به حیث مثال، احمد صد لک افغانی را نزد محمود به امانت گذاشته است. همچنین، طبق نص این ماده دین می‌تواند ناشی از مال مغضوبه باشد. به حیث مثال، اگر محمود زمین احمد را غصب نموده باشد و قیمت زمین صد لک افغانی باشد، این دین ناشی از غصب است. از آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد در این مثال مصادیق مقید و معین است و این تعریف محل ایراد به نظر می‌رسد و به نظر می‌رسد که این تعریف مصداق حواله مقید است. زیرا، محال مصادیق دین را در این مثال مشخص کرده است. این نظر را ماده ۱۷۱۹ ق. م نیز تأیید می‌نماید. زیرا، این مصادیق به عنوان مصادیق حواله مقید در نص ماده ۱۷۱۹ ق. م که بحث آن خواهد آمد به مشاهده به نظر می‌رسد. اصلاح نص این ماده قابل توصیه به نظر می‌رسد.

۲- یا طوری باشد که حواله دهنده و شخص حواله داده شده، هیچ گونه حقوقی بر یکدیگر نداشته باشند. پیش بینی این مصداق به عنوان مصداق حواله مطلق در نص این ماده محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، در صورتی که محیل بر محال علیه دین نداشته باشد، محال علیه نمی‌پذیرد تا پول را به محال بدهد. به حیث مثال، اگر احمد صد لک مدیون محمود باشد و جمشید بدون این که مدیون احمد باشد، حواله را از احمد دریافت نماید و احمد به جمشید بگوید صد لک افغانی به محمود بدهید، جمشید نمی‌پذیرد که این پول را بدون هیچ سببی به محمود بدهد. اصلاح نص این ماده قابل توصیه به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف حواله مطلق از طریق تعیین مصادیق آن است.

ماده ۶۷۹ مجله الاحکام در تعریف حواله دین مطلق می‌گوید: «حواله مطلقه آن است که به سپردن مال محیل که در نزد محال علیه وجود دارد، قید نشده باشد.» ایرادی که بر تعریف حواله مطلق در ماده ۱۷۱۸ ق. م به نظر می‌رسد، بر این تعریف نیز به نظر می‌رسد.

۸۷۳ . وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۱۸۹-۴۱۹۱.

(۲) حواله مقید: طبق ماده ۱۷۱۹ ق.م: «حواله مقید آن است که مدیون داین خود را به اخذ دینی که بالای شخص حواله داده شده دارد، به چنین قید حواله دهد که شخصی حواله داده شده دین را از مدرک دینی که بالای شخص حواله داده شده داشته یا از مدرک عین که نزد وی امانت یا مال مغضوبه اداء نماید.» مغضوبه مالی است که غاصب آن را از مغضوب منه غصب می نماید. تعریف دین در بالا گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد بر محمود صد لک افغانی داشته باشد و محمود بر جمشید صد لک افغانی به عنوان دین ناشی از دادن پول نقد، پول امانت یا غصب مال داشته باشد و احمد از محمود پول را مطالبه نماید، اما محمود به احمد بگوید پول را از جمشید بگیرید، این حواله مقید است. زیرا، احمد قید کرده است که محمود پولی را که به عنوان دین، امانت یا از درک مال مغضوبه به جمشید دارد، بگیرد. در این مثال، محمود محیل (مدیون)، احمد محال (داین) و جمشید محال علیه است. دین در این مثال صد لک افغانی است. اما، این صد لک را احمد به محمود به عنوان پول نقد داده است. همچنین، طبق نص این ماده این پول بر ذمه محمود به سبب عقد امانت است. به حیث مثال، احمد صد لک افغانی را نزد محمود به امانت گذاشته است. همچنین، طبق نص این ماده دین می تواند ناشی از مال مغضوبه باشد.

به حیث مثال، اگر محمود زمین احمد را غصب نموده باشد و قیمت زمین صد لک افغانی باشد، این دین ناشی از غصب است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف حواله مقید است. ماده ۶۷۸ مجله الاحکام در تعریف حواله مقید می گوید که: «حواله مقیده آن است که محیل، محال له را به اخذ مال خود که به ذمه محال علیه دارد و یا در ید او است، حواله دهد.» براساس ماده ۱۷۵۲ ق.م: «در حواله مقید ابراء و هبه دین از طرف حواله گیرنده برای حواله دهنده صحت ندارد.» طبق نص این ماده در ابراء مقید که تعریف آن در بالا گذشت، هبه و ابراء دین از طرف حواله گیرنده (محال علیه) برای حواله دهنده (محیل) صحت ندارد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک بر محمود داشته باشد و محمود به احمد بگوید ده لک افغانی را که بر جمشید دارم از جمشید بگیرید، احمد حواله داده شده (محال)، محمود حواله دهنده (محیل) و جمشید (محال علیه) است. ده لک افغانی در این مثال دین و احمد آن را تقیید نموده است. در این صورت، جمشید نمی تواند از دینی که بر احمد دارد ابراء دهد یا آن را هبه نماید. تعریف هبه در مبحث هبه گذشت. تعریف ابراء گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط صحت حواله مقید است.

۴) شرایط حواله دین

جهت صحت حواله یک سلسله شروط وجود دارد که برخی متوجه صیغه و برخی متوجه طرفین می گردد:

(۱) شروط صیغه: طبق ماده ۱۷۲۱ ق.م: «حواله ای که بین حواله دهنده و شخص حواله داده شده صورت می گیرد، به قبول حواله گیرنده موقوف می باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده جهت صحت حواله شرط است حواله ای که میان محیل و محال بسته می شود مورد قبول محال علیه واقع شود. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود صد لک افغانی داشته باشد و محمود بر جمشید صد لک افغانی به عنوان دین داشته باشد و احمد از محمود پول را مطالبه نماید، اما محمود به احمد بگوید پول را از جمشید بگیرید، شرط است که جمشید این حواله را قبول نماید. در این مثال، محمود محیل (مدیون)، احمد محال (داین) و جمشید محال علیه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت حواله است. ماده ۶۸۰ مجله الاحکام در این مورد می گوید که: «اگر محیل به داین خود بگوید که: تو را به فلان شخص حواله دادم و داین قبول کند، حواله منعقد می شود.»

(۲) شروط محیل: در محیل تحقق شرایط آتی لازم است:

۱- اینکه محیل واجد اهلیت عقد؛ یعنی: عاقل و بالغ باشد. بنابراین، حواله مجنون و صبی لایعقل صحیح نیست. زیرا، عقل شرط ممارست هر نوع تصرف است. حواله صبی ممیز نافذ نیست و متوقف بر اجازه ولی او است. پس، بلوغ شرط نفاذ حواله است نه انعقاد آن؛

۲- رضایت محیل: فقهای حنفیه رضایت محیل را در حواله شرط می دانند.

(۳) شروط محال: در محال تحقق سه شرط ضروری است:

۱- اینکه محال واجد اهلیت عقد؛ یعنی: عاقل و بالغ باشد. زیرا، قبول رکن عقد است و غیر عاقل فاقد اهلیت قبول است. همچنین، شرط است که محال بالغ باشد که این شرط نفاذ عقد حواله است نه صحت آن. پس، اگر محال غیر بالغ باشد، اجازه ولی او در حواله ضروری است.

۲- رضایت: به نظر فقهای حنفی اگر محال مکزه باشد، حواله صحیح نیست.

۳- طبق ماده ۱۷۲۶ ق.م: «پدر و وصی صغیر می تواند، حواله دین صغیر را بر غیر قبول نماید، مشروط بر اینکه خیر صغیر در آن باشد. مثلاً شخص حواله داده شده از حواله دهنده دارا تر باشد. در صورت نزدیکی یا مساوات در غنا حواله، به غیر صحیح نیست.»، از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که پدر و وصی صغیر می توانند حواله دین صغیر را که صغیر بر شخص دیگر دارد قبول نماید. صغیر در لغت به معنی خُرد، کوچک، کم سن، مقابل کبیر استعمال می گردد و جمع آن صغار است. صغیر به کسی گفته می شود که نابالغ باشد.^{۸۷۴} وصی شخصی است که بر طفل صغیر وصایت دارد. به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و بیست لک افغانی بر محمود داشته باشد، پدر احمد و یا وصی احمد می تواند در صورتی که محمود این دین را به جمشید حواله دهد قبول نمایند. در چنین قبولی، شرط است این امر به نفع صغیر باشد. به حیث مثال، اگر در این مثال، جمشید پولدار تر از محمود باشد و محمود دین را به جمشید حواله دهد و پدر احمد یا وصی احمد این حواله را قبول نمایند، حواله صحیح است. زیرا در این صورت، این امکان وجود خواهد داشت که محال علیه دین صغیر را پرداخت نماید.

دوم این که در صورتی که مدیون و محال علیه صغیر از نظر تمول و ثروت مند بودن مساوی باشند، چنین حواله ای صحیح نیست، زیرا این امر به نفع طفل تمام نمی شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود و جمشید از نظر داشتن پول و ثروت مساوی باشند و پدر یا وصی احمد حواله را قبول نمایند، حواله صحیح نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط صحت قبول حواله صغیر است.

۲) شروط محال علیه: طبق ماده ۱۷۲۰ ق.م: «رضایت حواله دهنده و حواله گیرنده و شخص حواله داده شده شرط صحت حواله دانسته می شود، در صورتی که شخص حواله داده شده حواله را قبول نکند، دین به ذمه او انتقال نمی نماید مگر اینکه دین از رهگذر نفقه زوجه باشد که زوج به امر قاضی مکلف به پرداخت آن گردیده، در این صورت زوجه می تواند بدون رضایت شخص حواله داده شده (شوهرش) دین را حواله دهد و شوهر مکلف می گردد تا دین را به حواله گیرنده بپردازد.»، از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست: رضایت حواله دهنده و حواله گیرنده و شخص حواله داده شده شرط صحت حواله دانسته می شود. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود صد لک افغانی داشته باشد و محمود بر جمشید صد لک افغانی دین داشته باشد و احمد از محمود پول را مطالبه نماید، اما محمود به احمد بگوید پول را از جمشید بگیرید، برای صحت این عقد شرط است که احمد، محمود و جمشید رضایت داشته باشند. در این مثال، محمود محیل (مدیون)، احمد محال (داین) و جمشید محال علیه است.

دوم این که: در صورتی که شخص حواله داده شده حواله را قبول نکند، دین به ذمه او انتقال نمی نماید. تعریف ذمه در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید حواله محمود را نپذیرد، دین از عهده یا ذمه محمود به جمشید منتقل نمی شود. این اصل است. استثنای این اصل این است که دین از رهگذر نفقه زوجه باشد که زوج به امر قاضی مکلف به پرداخت آن گردیده، در این صورت زوجه می تواند بدون رضایت شخص حواله داده شده (شوهرش) دین را حواله دهد و شوهر مکلف می گردد تا دین را به حواله گیرنده بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد برای مدت یک سال مصارف نفقه زوجه اش حمیده را نپردازد و حمیده ادعای پرداخت نفقه در محکمه نماید و محکمه احمد را مکلف نماید که مصارف نفقه حمیده را که مقدار آن در یک سال سه لک افغانی می شود پرداخت نماید و احمد به حمیده بگوید برو و دین را از جمشید بگیر، در این صورت رضایت جمشید شرط نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت حواله که رضایت محیل، محال و محال علیه است و استثنای آن می باشد. به نظر می رسد دلیل استثنای این قاعده مورد حمایت قرار دادن حق نفقه زوجه است.

(۵) شروط محال به: در محال به تحقق شرایط آتی ضروری است:

۱- اینکه محال به دین باشد: طبق ماده ۱۷۲۴ ق. م: «حواله دیون مرتبه به ذمه اصالتاً صحیح است. همچنین، حواله دیونی که در ذمه طور کفالت یا حواله مرتب می گردد صحیح است.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد: نخست این که حواله دیون مرتبه به ذمه اصالتاً صحیح است. دیون جمع دین است. تعریف ذمه در مبحث کفالت گذشت. اصالتاً در لغت به معنی مستقیماً و رأساً است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی از محمود بدون پادرمیانی و میانجیگری جمشید بگیرد، ده لک افغانی بر ذمه احمد ثابت می گردد. در این صورت، اگر احمد بر فاروق دین داشته باشد، می تواند دین محمود را به فاروق حواله دهد.

دوم این که حواله دیونی که در ذمه طور کفالت یا حواله مرتب می گردد صحیح است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود داشته باشد و جمشید تضمین نماید که دین محمود را به احمد پرداخت می نماید و جمشید بر فاروق دین داشته باشد می تواند دین احمد را به فاروق حواله دهد. در این مثال، منبع اثبات دین بر عهده جمشید کفالت است. اگر در این مثال، فاروق پرداخت دین به احمد را به قیوم مدیون خویش حواله دهد، این حواله صحیح است. در این مثال، قیوم مدیون مدیون است. در هر دو صورت حواله صحیح است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم صحت حواله در صورتی که بالاصاله و بالکفاله باشد است.

۲- اینکه دین لازم باشد: طبق ماده ۱۷۲۲ ق. م: «(۱) مدیون بودن حواله دهنده از حواله گیرنده شرط صحت حواله شناخته می شود؛ و (۲) مدیون بودن حواله داده شده از حواله دهنده شرط نبوده، هر وقتی که شخص حواله داده شده حواله را قبول نماید، حواله صحت یافته به پرداخت دین به حواله گیرنده ملزم می گردد گرچه شخص حواله داده شده مدیون حواله دهنده نباشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که مدیون بودن حواله دهنده از حواله گیرنده شرط صحت حواله شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد دین را به جمشید حواله دهد، این حواله صحت دارد. در این مثال، احمد مدیون و حواله دهنده (محال) و محمود حواله داده شده (محیل) و جمشید حواله گیرنده (محال علیه) است. شرط صحت این حواله وابسته به مدیون بودن احمد به جمشید است که در این مثال متحقق است.

دوم این که مدیون بودن حواله داده شده از حواله دهنده شرط نبوده، هر وقتی که شخص حواله داده شده حواله را قبول نماید، حواله صحت یافته به پرداخت دین به حواله گیرنده ملزم می گردد گرچه شخص حواله داده شده مدیون حواله دهنده نباشد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد صد لک افغانی به محمود به هر دلیلی مانند هبه، زکات و نظیر اینها انتقال دهد و احمد پول را به جمشید حواله دهد، در صورت قبول حواله توسط جمشید، این حواله صحت دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت حواله است.

۳- طبق ماده ۱۷۲۳ ق. م: «دینی که کفالت در آن صحت دارد، حواله آن نیز صحیح می باشد، مشروط بر اینکه معلوم باشد. حواله به دین مجهول صحیح نیست.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که دینی که کفالت در آن صحت دارد، حواله آن نیز صحیح می باشد، مشروط بر اینکه معلوم باشد. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به احکام کفالت است. برای این که دانست حواله کدام دین ها صحت دارد باید به شرایط کفالت مراجعه صورت بگیرد و ملاحظه گردد که کفالت کدام دین ها صحت دارد. فهم شرایط مربوط به صحت مکفول به (دین) که در مبحث کفالت گذشت بسیار مشکل به نظر می رسد. تطبیق آن ها بر حواله فهم احکام مربوط به حواله را دشوار تر می نماید. به هر حال، یکی از شرایط صحت کفالت این بود که دین صحیح باشد. اگر دین فاسد یا باطل باشد، کفالت آن صحیح نیست. همانطور که کفالت دین باطل یا فاسد صحیح نیست، حواله آن نیز صحیح نیست. به حیث مثال، اگر عقدی که اصیل با داین منعقد نموده است، باطل باشد، مانند: عقد قمار بازی، اجاره فاحشه و ... که تفصیل آن در مبحث عقد باطل گذشت، کفالت چنین دینی صحیح نیست. همچنین که کفالت این دین صحیح نیست، حواله آن نیز صحیح نیست. بنابراین، اگر احمد بر محمود صد لک افغانی از ناحیه قمار بازی دین داشته باشد و بخواهد این دین را به جمشید حواله دهد، حواله این دین صحیح نیست. زیرا، عقد قمار بازی عقد باطل است.

دوم این که دینی که کفالت آن صحیح باشد حواله آن نیز صحیح است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی به محمود قرض بدهد و تمام ارکان و شرایط عقد قرض متحقق گردد، این عقد قرض صحیح است و اگر جمشید بخواهد دین محمود را تضمین نماید، کفالت جمشید نیز صحیح است. با توجه به این که کفالت این دین صحیح است، محمود می تواند دریافت دین توسط احمد را به فاروق مدیون خویش حواله دهد. در چنین حواله ای شرط است که مقدار دین معلوم باشد. به حیث مثال، مقدار آن ده لک، بیست لک و نظیر اینها باشد.

سوم این که حواله به دین مجهول صحیح نیست. تعریف مجهول گذشت. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود دین داشته باشد و مقدار آن نامعلوم باشد، محمود نمی تواند این دین را به جمشید حواله دهد زیرا جمشید نمی تواند در صورت مجهول بودن مقدار دین به احمد پول را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت عقد حواله است.

به موجب فقه به صورت عموم، هر دینی که کفالت در آن صحیح باشد، حواله آن نیز صحیح است و هر دینی که کفالت در آن صحیح نباشد، حواله آن نیز صحیح نیست.^{۸۷۵} ماده ۶۸۸ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «هر دینی که کفالت به آن صحیح می گردد، حواله آن صحیح است. لازم است که محال به معلوم باشد. بنابراین، حواله دین مجهول صحیح نمی شود. مثلاً: اگر گوید: دینت را که در آینده بالای فلان شخص ثابت خواهد شد، قبول کردم، حواله صحت نمی یابد.»^{۸۷۶} ۳- طبق ماده ۱۷۲۵ ق. م: «مستحق وقف می تواند داین خود را به صورت مقید به استحقاق او از وقف بالای ناظر وقف حواله دهد، مشروط بر اینکه حاصل وقف به تصرف ناظر بوده و حواله را قبول کرده باشد. در صورتی که حاصل وقف به تصرف ناظر نباشد، حواله به استحقاق صحیح نیست.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که: مستحق وقف می تواند داین خود را به صورت مقید به استحقاق او از وقف بالای ناظر وقف حواله دهد، مشروط بر اینکه حاصل وقف به تصرف ناظر بوده و حواله را قبول کرده باشد. مستحق اسم مفعول از ریشه «حق» گرفته شده است که در لغت به معنی سزاوار شده و مستوجب است. در اصطلاح حقوق مدنی، به شی، حق و دین ثابت شده مستحق می گویند.^{۸۷۶} همچنین، به شخص ذیحق مستحق می گویند. به نظر می رسد منظور از مستحق وقف شخصی است که در مال موقوفه سهم دارد. به عبارت دیگر: مستحق وقف موقوف علیه است. تعریف استحقاق گذشت.

ناظر وقف شخصی است که جهت نظارت از عواید و حاصلات وقف توسط محکمه، واقف یا وزارت حج، ارشاد و اوقاف تعیین شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد مارکیت تجارتی خویش را برای محمود، حمید و حمیده وقف نماید و وزارت ارشاد، حج و اوقاف، محکمه یا احمد فاروق را به عنوان ناظر وقف تعیین نماید و قیوم بر محمود دین داشته باشد و محمود می تواند دریافت دین قیوم را به ناظر حواله دهد. در این صورت، ناظر مکلف است دین محمود را از سهم یا استحقاق محمود از عواید مال موقوفه بدهد.

دوم این که: در صورتی که حاصل وقف به تصرف ناظر نباشد، حواله به استحقاق صحیح نیست. به عبارت دیگر: در حواله استحقاق وقف، دو شرط باید متحقق گردد. اول این که عواید مال موقوفه نزد ناظر باشد و دوم این که ناظر باید حواله را قبول نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا عواید ناشی از کرایه مارکیت تجارتی نزد فاروق نباشد یا فاروق حواله را قبول ننماید، حواله محمود صحیح نیست. همچنین، در این مثال، حواله به صورت مقید صورت می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت حواله استحقاق مال موقوفه توسط موقوف له به داین موقوف له است.

۵) آثار حواله دین

بر حواله بر دین آثار ذیل مرتب می گردد:

۱) طبق ماده ۱۷۲۷ ق. م: «هرگاه حواله گیرنده حواله را بپذیرد و شخص حواله داده شده به آن راضی گردد، حواله دهنده و کفیل او در صورت موجودیت کفیل از دین و مطالبه بری الذمه شناخته می شوند و در عین حال حق مطالبه حواله گیرنده از

۸۷۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۸۶۸ و ۸۶۹.
۸۷۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۸۱۹.

شخص حواله داده شده ثابت می گردد. برائت حواله دهنده و کفیل او به سلامت حق حواله گیرنده، مقید دانسته می شود.». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه حواله گیرنده حواله را بپذیرد و شخص حواله داده شده به آن راضی گردد، حواله دهنده و کفیل او در صورت موجودیت کفیل از دین و مطالبه بری الذمه شناخته می شوند. تعریف کفیل و بری الذمه در مبحث کفالت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد دین را به جمشید حواله دهد، این حواله صحت دارد. در این مثال، احمد مدیون و حواله دهنده (محال) و محمود حواله داده شده (محیل) و جمشید حواله گیرنده (محال علیه) است. در صورتی که جمشید حواله را بپذیرد و محمود به آن راضی باشد، ذمه احمد و کفیل احمد در برابر محمود بری می گردد.

۲- در عین حال حق مطالبه حواله گیرنده از شخص حواله داده شده ثابت می گردد. به حیث مثال، در مثال بالا جمشید مکلف می شود دین را به محمود پرداخت نماید. در این مثال، محمود حواله داده شده (محال) و جمشید حواله گیرنده (محال علیه) است. محمود در این مثال حق مطالبه دین را از جمشید پیدا می نماید.

۳- برائت حواله دهنده و کفیل او به سلامت حق حواله گیرنده، مقید دانسته می شود. نص این ماده مبهم به نظر می رسد مخصوصاً عبارت «به سلامت حق حواله گیرنده». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی این است که در صورتی محیل و کفیل محیل بری می گردند که محال حق خویش را از محال علیه بگیرد. با پذیرش این نظر، پیش بینی نص این ماده زاید به نظر می رسد زیرا این حکم در بند اول این ماده پیش بینی شده است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله است.

۲) براساس ماده ۱۷۲۸ ق. م: «حواله به شرط عدم برائت حواله دهنده کفالت دانسته می شود. در صورتی که بر حواله دهنده ضمان شرط شود یا برای حواله گیرنده خیار گذاشته شود، شرط صحیح و حواله گیرنده می تواند دین را از حواله دهنده یا شخص حواله داده شده مطالبه نماید.». از نص این ماده دو حکم قابل استخراج است:

۱- چنانچه گفته شد، در صورتی که محال و محال علیه حواله را قبول نمایند، ذمه محیل یا حواله دهنده بری می گردد. تعریف ذمه در مبحث کفالت گذشت. اما، حواله به شرط عدم برائت حواله دهنده کفالت دانسته می شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود داشته باشد و محمود دین احمد را بر جمشید حواله دهد و محمود و احمد و جمشید شرط گذارند که ذمه محمود در برابر احمد بری نگردد، در این مثال حواله مشروط به عدم برائت ذمه مدیون است. بنابراین، عمل جمشید کفالت تلقی می گردد.

۲- در صورتی که بر حواله دهنده ضمان شرط شود یا برای حواله گیرنده خیار گذاشته شود، شرط صحیح و حواله گیرنده می تواند دین را از حواله دهنده یا شخص حواله داده شده مطالبه نماید. تعریف ضمان گذشت. تعریف خیار در مبحث خیارات در عقد بیع و اجاره گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود داشته باشد و محمود دین احمد را بر جمشید حواله دهد و جمشید شرط گذارد که من دین را در ده ماه پرداخت می نمایم یا احمد شرط گذارد که من باوجود کفیل جبران خسارت (تأخیر پرداخت دین) را از محمود می گیرم، شرط جمشید صحیح است و در این صورت احمد می تواند دین را از محمود بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله است.

۳) طبق ماده ۱۷۲۹ ق. م: «در حواله مطلق، مطالبه حواله دهنده از شخص حواله داده شده قطع نگردیده، می تواند بعد از حواله تا زمانی که شخص حواله داده شده دین را به حواله گیرنده تادیه نکرده، از او مطالبه نماید. در صورت ادای دین به اندازه آنچه تادیه نموده از ذمه او ساقط می گردد، اگر شخص حواله داده شده مدیون حواله دهنده نباشد و به امر او از طرف او قرض را اداء نماید، به اندازه مثل آن به او رجوع می نماید و اگر به غیر از او قرض را اداء نموده باشد، متبرع شناخته می شود.». از نص این ماده چندین حکم قابل استخراج است:

۱- در حواله مطلق، مطالبه حواله دهنده از شخص حواله داده شده قطع نگردیده، می تواند بعد از حواله تا زمانی که شخص حواله داده شده دین را به حواله گیرنده تادیه نکرده، از او مطالبه نماید. تعریف حواله مطلق در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود داشته باشد و محمود دین احمد را بر جمشید حواله دهد، محمود می تواند الی زمان پرداخت دین توسط جمشید به احمد دین خویش را از جمشید مطالبه نماید.

۲- در صورت ادای دین به اندازه آنچه تأدیه نموده از ذمه او ساقط می گردد. تعریف ذمه در مبحث حواله گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمشید دین را به احمد پرداخت نماید، مقداری دین را که به حواله محمود به احمد پرداخته است، از ذمه جمشید ساقط می گردد.

۳- اگر شخص حواله داده شد یعنی محال علیه مدیون حواله دهنده نباشد و به امر حواله دهنده و به نمایندگی از او دین را به داین حواله دهنده پرداخت نماید، می تواند مقدار دینی را که به داین حواله دهنده پرداخته است از حواله دهنده مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر حمیده مدیون مرضیه نباشد و حمیده به مرضیه امر نماید تا ده لک افغانی به جمیله داین حمیده بدهد، جمیله در صورت دادن ده لک افغانی به مرضیه، می تواند پرداخت ده لک افغانی را از حمیده مطالبه نماید.

۴- عبارت و اگر به غیر از او قرض را اداء نموده باشد، متبرع شناخته می شود مبهم است، زیرا روشن نیست که شخص محال علیه دین را به غیر از چه شخصی اداء می نماید. به نظر می رسد منظور قانونگذار از این عبارت این بوده است که اگر محال علیه بدون امر شخص حواله دهنده دین را پرداخت نماید، متبرع شناخته می شود. به حیث مثال، اگر جمشید بدون این که محمود از او مطالبه نماید، پول را به احمد یا شخص دیگر پرداخت نماید، متبرع شناخته می شود. متبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشنده است.^{۸۷۷} در اصطلاح حقوق مدنی، شخصی که عمل تبرع را انجام می دهد متبرع نامیده می شود. به حیث مثال، در هبه و اهب متبرع است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله، در حواله مطلق است.

۲) وفق ماده ۱۷۳۰ ق. م: «در حواله مقید، حق حواله دهنده راجع به مطالبه دین از حواله داده شده قطع گردیده و شخص حواله داده شده نمی تواند دین را برای حواله دهنده تأدیه کند. در صورت تخلف نزد حواله گیرنده مسؤول دانسته می شود. در این صورت حواله گیرنده می تواند راجع به آن به حواله دهنده رجوع نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- در حواله مقید، حق حواله دهنده (محال) راجع به مطالبه دین از حواله داده شده (محال علیه) قطع گردیده و شخص حواله داده شده (محال علیه) نمی تواند دین را برای حواله دهنده (محال) تأدیه کند. تعریف حواله مقید در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود داشته باشد و محمود دین احمد را بر جمشید حواله مقید دهد، جمشید نمی تواند دین را به احمد پرداخت نماید و صرف می تواند دین را به جمشید پرداخت نماید.

۲- در صورت تخلف نزد حواله گیرنده (محیل) مسؤول دانسته می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمشید دین را به احمد پرداخت نماید، نزد محمود مسؤولیت مدنی قراردادی دارد.

۳- در این صورت حواله گیرنده (محیل) می تواند راجع به آن به حواله دهنده (محال) رجوع نماید. به حیث مثال، در مثال بالا اگر جمشید دین را به احمد پرداخت نماید محمود می تواند به احمد مراجعه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله مقید است.

۵) مطابق ماده ۱۷۳۱ ق. م: «دین بر شخص حواله داده شده به همان صفتی تعلق می گیرد که بر حواله دهنده داشت. در صورتی که دین بر حواله دهنده به صورت معجل باشد، شخص حواله داده شده باید آن را معجل تأدیه نماید و در صورتی که دین مؤجل باشد، شخص حواله داده شده به تأدیه آن مکلف نمی گردد، مگر حین رسیدن موعد تأدیه.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- دین بر شخص حواله داده شده به همان صفتی تعلق می گیرد که بر حواله دهنده داشت. به حیث مثال، هرگاه دین احمد بر محمود معجل باشد و محمود دین را بر جمشید حواله دهد، این دین بر عهده جمشید نیز معجل است. اما، در صورتی که دین احمد بر محمود مؤجل باشد و محمود دین را بر جمشید حواله دهد، این دین بر عهده جمشید نیز مؤجل است. تعریف معجل و مؤجل در مبحث کفالت گذشت. قانونگذار مدنی در بند اول قاعده عمومی را بیان کرده است و در بند های دوم و سوم مثال ها ارایه کرده است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله دین است.

۶) براساس ماده ۱۷۳۲ ق.م: «هرگاه حواله مؤجل باشد، وفات حواله دهنده در موعد تأدیه تأثیری ندارد. اگر شخص حواله داده شده فوت نماید، دین معجل گردیده و از متروکه او تأدیه می گردد مشروط بر اینکه متروکه برای تأدیه دین کافی باشد. در صورت عدم کفایت متروکه تمام دین یا مقدار متباقی در موعد آن از حواله دهنده مطالبه می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه حواله مؤجل باشد و حواله دهنده وفات نماید، در این صورت محال علیه مکلف است دین را در موعد مقرر به حواله گیرنده پرداخت نماید، زیرا در چنین حالتی وفات حواله دهنده در پرداخت دین مؤجل تأثیری ندارد به این دلیل که حواله دهنده پرداخت دین را به محال علیه حواله داده است. به حیث مثال، در صورتی که دین احمد بر محمود مؤجل باشد و محمود دین را بر جمشید حواله دهد، اما محمود وفات نماید، این دین همچنان باید توسط جمشید به احمد به صورت مؤجل پرداخت گردد.

۲- در صورتی که محال علیه وفات نماید، دین مؤجل به دین معجل تبدیل می گردد و دین از متروکه او توسط ورثه قبل از تقسیم ترکه باید پرداخت شود مشروط بر اینکه متروکه برای تأدیه دین کافی باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید وفات نماید، دین مؤجل احمد که توسط محمود به جمشید حواله داده شده است به دین معجل تبدیل می شود و ورثه جمشید مکلف اند قبل از تقسیم ترکه، دین احمد را مانند سایر دیون جمشید پرداخت نمایند.

۳- در صورتی که متروکه برای پرداخت دین کافی نباشد، حواله گیرنده می تواند به حواله دهنده مراجعه نماید و کل و یا مقدار باقی مانده دین را از او مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا دین مؤجل احمد بر محمود صد لک افغانی باشد و محمود دین را به جمشید حواله دهد و جمشید وفات نماید و مجموعه ترکه جمشید بیست لک افغانی باشد، ترکه پرداخت دین را کفایت نمی کند و احمد می تواند دین را از محمود مطالبه نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله دین است.

۷) طبق ماده ۱۷۳۳ ق.م: «هرگاه حواله مبهم بوده تأجیل یا تعجیل دین در آن تصریح نشده باشد، حواله به صورت مؤجل به شخص حواله داده شده اعتبار داده می شود. در صورت تثبیت تعجیل شخص حواله داده شده فوراً به تأدیه مکلف گردیده و در صورت تثبیت تأجیل حین فرا رسیدن موعد تأدیه، بپرداخت مکلف می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه حواله مبهم بوده تأجیل یا تعجیل دین در آن تصریح نشده باشد، حواله به صورت مؤجل به شخص حواله داده شده اعتبار داده می شود. تعریف تعجیل و تأجیل در مبحث کفالت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید دین من را از جمشید بگیر و نگوید که آیا دینی را که بر + جمشید دارد مؤجل یا معجل است، جمشید مکلف است دین را به صورت مؤجل به محمود پرداخت نماید.

۲- در صورت تثبیت تعجیل شخص حواله داده شده فوراً به تأدیه مکلف می گردد. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید دین معجل من را از جمشید بگیر، جمشید مکلف است دین را به صورت عاجل به محمود پرداخت نماید.

۳- در صورت تثبیت تأجیل حین فرا رسیدن موعد تأدیه، به پرداخت مکلف می شود. به حیث مثال، اگر احمد به محمود بگوید دین مؤجل من را یک سال بعد از جمشید بگیر، جمشید مکلف است دین را در صورت فرا رسیدن موعد به محمود پرداخت نماید. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله دین است.

۸) براساس ماده ۱۷۳۴ ق.م: «هرگاه رهن دهنده رهن گیرنده را به اخذ دین، یا مشتری بایع را به اخذ ثمن بر شخص دیگری حواله دهد، این حواله حق رهن گیرنده را راجع به حبس رهن و حق بایع را راجع به حبس مبیعه ساقط نمی سازد مگر اینکه شخص ثالث دین و ثمن را پرداخته باشد.» از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط گردد:

نخست این که اصل و قاعده این است که اگر رهنده رهن گیرنده را به اخذ دین به شخصی دیگری حواله دهد، حق حبس رهن گیرنده در خصوص حق حبس مرهونه ساقط نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و محمود دین احمد را نپردازد و احمد خانه یا موتر محمود را به رهن بگیرد و محمود پرداخت دین احمد را به جمشید حواله

دهد، احمد حق حبس موتر یا خانه را دارد. استثنای این قاعده این است که شخص سوم دین را پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمشید دین را به احمد پرداخت نماید، جمشید نمی تواند موتر یا خانه محمود را حبس نماید.

دوم این که اصل و قاعده این است که اگر مشتری بایع را به اخذ ثمن از شخص دیگری حواله دهد، حق حبس بایع در خصوص حبس مبیعه ساقط نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد موتر یا خانه خویش را پنجاه لک افغانی به محمود به فروش رساند و محمود دین احمد را نپردازد و به جمشید حواله دهد، احمد می تواند خانه یا موتر را نزد خود نگهدارد و حبس نماید. استثنای این قاعده این است که شخص سوم دین را پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمشید دین را به احمد پرداخت نماید، احمد نمی تواند موتر یا خانه محمود را حبس نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حواله دین و عدم اسقاط حق حبس در رهن و بیع و استثنای آن است.

۹) مطابق ماده ۱۷۳۵ ق. م: «هرگاه رهن گیرنده، داین خود را بر رهن دهنده حواله دهد، حق او در حبس رهن ساقط می گردد. اگر بایع داین خود را به مشتری برای اخذ ثمن حواله دهد، حق او در حبس عین مبیعه ساقط می گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که هرگاه رهن گیرنده، داین خود را بر رهن دهنده حواله دهد، حق او در حبس رهن ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و محمود دین احمد را نپردازد و احمد خانه یا موتر محمود را به رهن بگیرد و سپس احمد بر جمشید که داین احمد است بگوید دین خویش را از محمود بگیر، حق حبس احمد در خصوص خانه و موتر ساقط می شود.

دوم این که اگر بایع داین خود را به مشتری برای اخذ ثمن حواله دهد، حق او در حبس عین مبیعه ساقط می گردد. به حیث مثال، اگر احمد موتر یا خانه خویش را پنجاه لک افغانی به محمود به فروش رساند و جمشید ده لک افغانی بر احمد دین داشته باشد و احمد به جمشید بگوید دین خویش را از محمود بگیر، حق حبس احمد نسبت به مبیعه ساقط می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حواله دین و اسقاط حق حبس در رهن و بیع است.

۱۰) وفق ماده ۱۷۳۶ ق. م: «هرگاه مدیون داین خود را به شخص ثالث به این شرط حواله دهد که شخص حواله داده شده عین ملکیت حواله دهنده را که نزد وی است فروخته و از ثمن آن دین حواله گرفته شده را تأدیه نماید، حواله بعد از قبول شخص حواله داده شده صحت داشته، وی مکلف است تا عین مذکور را فروخته و از ثمن آن دین را تأدیه نماید. شخص حواله داده شده راجع به دین او به حواله دهنده رجوع کرده نمی تواند، مگر اینکه در حواله خیار رجوع برای حواله گیرنده شرط شده یا حواله به نسبت از بین رفتن مال حواله داده شده فسخ گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که هرگاه مدیون داین خود را به شخص ثالث که ملکیت شخص حواله دهنده یعنی مدیون نزد او است حواله دهد تا شخص ثالث ملکیت را فروخته و دین حواله دهنده را به داین او پرداخت نماید، در صورتی که شخص ثالث حواله را قبول نماید، مکلف است ملکیت را فروخته و از پول فروش آن دین داین شخص حواله دهنده (مالک ملکیت) را پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر حمیده سی لک افغانی مدیون جمیله باشد و حمیده به جمیله بگوید که نزد مرضیه برو و از او بخواه که زمینی را که نزد او دارم بفروشد و دین تو را پرداخت نماید و جمیله نزد مرضیه برود، مرضیه مکلف است زمین را به فروش رساند و از پول فروش زمین دین جمیله را پرداخت نماید.

دوم این که داین یعنی شخص حواله داده شده، نمی تواند به مدیون خویش یعنی حواله دهنده رجوع نماید. این قاعده است. استثنای این قاعده در دو صورت است: نخست در صورتی که داین بر مدیون رجوع را شرط گذاشته باشد. به عبارت دیگر: در صورتی که شخص حواله داده شده بر حواله دهنده رجوع را شرط گذشته باشد. دوم در صورتی که حواله در اثر از بین رفتن ملکیت فسخ گردد. در این دو صورت، شخص حواله داده شده می تواند بر حواله دهنده مراجعه و پرداخت دین را از او مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمیله شرط گذاشته باشد که می تواند دین را از حمیده مطالبه نماید یا قبل از این که حمیده نزد مرضیه برود، زمین در اثر سیل کاملاً از بین برود، جمیله می تواند دین را از حمیده مطالبه نماید. در صورت اول جمیله خیار رجوع دارد و در صورت دوم عقد حواله به دلیل از بین رفتن مال فسخ می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله است.

(۶) بطلان حواله دین

بطلان حواله دین تابع قواعد ذیل است:

۱) مطابق ماده ۱۷۳۷ ق. م: «متعذر شدن ادای دین از شخص حواله داده شده یا حکم به افلاس او موجب بطلان حواله نمی گردد». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- متعذر شدن ادای دین از شخص حواله داده شده یا حکم به افلاس او موجب بطلان حواله نمی گردد. متعذر اسم فاعل از ریشه «عذر» گرفته شده است که در لغت به معنی دشوار، محال، غیرممکن و سخت است.^{۸۷۸} به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، متعذر کاری است که انجام آن محال و غیرممکن است.

بطلان در لغت به معنی باطل شدن، تباه شدن، از کار افتادن، باطل بودن، بی اعتبار شدن، نابودی و هلاکت است.^{۸۷۹} به حیث مثال، اگر حمیده سی لک افغانی مدیون جمیله باشد و حمیده به جمیله بگوید که نزد مرضیه برو و از او بخواه که سی لک افغانی را که من بر او دارم برایت بدهد، اما مرضیه به هر دلیلی نتواند دین را پرداخت نماید، حواله باطل نمی گردد.

۱- حکم به افلاس حواله داده شده موجب بطلان حواله نمی گردد. به حیث مثال، اگر حمیده سی لک افغانی مدیون جمیله باشد و حمیده به جمیله بگوید که نزد مرضیه برو و از او بخواه که سی لک افغانی را که من بر او دارم برایت بدهد، اما مرضیه در اثر درخواست داینین توسط محکمه به افلاس محکوم شود، حواله باطل نمی گردد. به نظر می رسد نص این ماده احصایی است نه حصری. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی برخی حالاتی است که حدود این حالات موجب بطلان حواله نمی شود.

۲) براساس ماده ۱۷۳۸ ق. م: «غیبت شخص حواله داده شده گرچه دایمی باشد باعث رجوع حواله گیرنده بر حواله دهنده نمی گردد، مگر اینکه وفات غایب ثابت شود». از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. قاعده این است که غیبت شخص حواله داده شده یعنی محال هرچند که دایمی باشد باعث رجوع حواله گیرنده یعنی محال بر محیل یعنی مدیون و یا حواله دهنده نمی گردد. غیبت در لغت به معنی ناپیدایی است.

به حیث مثال، اگر حمیده سی لک افغانی مدیون جمیله باشد و حمیده به جمیله بگوید که نزد مرضیه برو و از او بخواه که سی لک افغانی را که من بر او دارم برایت بدهد، اما مرضیه غایب گردد، جمیله نمی تواند بر حمیده رجوع نماید و بگوید دین را پرداخت نمایید. استثنای این قاعده این است که وفات شخص غایب که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت در محکمه ذیصلاح ثابت گردد. در این صورت، محال می تواند بر محیل مراجعه و پرداخت دین را مطالبه نماید، زیرا با وفات محال علیه محل رجوع محال یعنی داین منتفی می شود. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، وفات مرضیه ثابت گردد، جمیله می تواند دین را از حمیده مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم غیاب محال علیه است.

۳) طبق ماده ۱۷۳۹ ق. م: «هرگاه دین که به حواله مقید گردیده ساقط شود و برائت ذمه شخص حواله داده شده از آن به موجب امری قبل از حواله ظاهر گردد، حواله باطل پنداشته می شود و حواله گیرنده به حواله دهنده رجوع می نماید». در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه دین که به حواله مقید گردیده ساقط شود و برائت ذمه شخص حواله داده شده از آن به موجب امری قبل از حواله ظاهر گردد، حواله باطل پنداشته می شود و حواله گیرنده به حواله دهنده رجوع می نماید. تعریف برائت ذمه در مبحث کفالت گذشت.

به حیث مثال، اگر حمیده سی لک افغانی مدیون جمیله باشد و حمیده به جمیله بگوید که نزد مرضیه برو و از او بخواه که سی لک افغانی را که من بر او دارم برایت بدهد، اما مرضیه قبلاً دین را بنابر یکی از اسباب انتهای دین مانند مجرای، تجدید و نظیر اینها اداء کرده باشد، حواله به دلیل ادای دین باطل می شود. در صورت بطلان حواله، جمیله می تواند دین را از حمیده مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حالات بطلان حواله است.

878. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/ 8/ 2016).

879. Ibid, (Last visit: 23/1/2016).

۲) طبق ماده ۱۷۴۰ ق. م: «هرگاه مالی که به حواله مقید گردیده، به اثر عارضه بعد از حواله هلاک گردد و براءت ذمه شخص حواله داده شده از آن ثابت هم نگردد، حواله باطل نمی گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه حواله دهنده یعنی محیل پرداخت مالی به محال حواله دهد، اما بعد از حواله و قبل از پرداخت مال توسط محال علیه به محال هلاک گردد و براءت ذمه شخص محال علیه به سبب سایر اسباب انتهای دین بری نگردد، حواله باطل نمی گردد. در این صورت، به نظر می رسد محال علیه مکلف است مال مثلی دیگری و یا قیمت مال را در صورتی که مال قیمی باشد، به محال پرداخت نماید. همچنین، محال می تواند به محیل مراجعه نماید. تعریف بری الذمه در مبحث کفالت گذشت. عارضه در لغت به معنی بیماری و حادثه است که جمع آن عوارض است.^{۸۸۰}

به حیث مثال، اگر احمد سی رأس گوسفند مدیون محمود باشد و به محمود بگوید برو و سی رأس گوسفند را از جمشید بگیر، اما بعد از حواله و قبل از تسلیمی گوسفندان به محمود، گوسفندان در اثر مرض نزد جمشید هلاک گردند، جمشید در برابر احمد بری الذمه نمی گردد و حواله باطل نمی شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حالاتی است که در صورت تحقق آن حواله باطل نمی شود.

۵) براساس ماده ۱۷۴۱ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه مدیون داین خود را به ودیعت گیرنده حواله مقید به عین ودیعه بدهد و ودیعه قبل از ادای آن به حواله گیرنده بدون تجاوز ودیعت گیرنده از بین برود، ودیعت گیرنده بری الذمه شناخته شده و حواله باطل می گردد و حواله گیرنده حق دارد دین خود را از حواله دهنده مطالبه نماید؛ و (۲) در صورتی که عین به اثر تقصیر یا تجاوز ودیعت گیرنده از بین رفته باشد، حواله باطل نگردیده و ودیعت گیرنده در صورتی که عین قیمتی باشد، به پرداخت قیمت آن و در صورتی که مثلی باشد به تأدیه مثل آن برای حواله گیرنده ضامن می گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه مدیون داین خود را به ودیعت گیرنده حواله مقید به عین ودیعه بدهد و ودیعه قبل از ادای آن به حواله گیرنده بدون تجاوز ودیعت گیرنده از بین برود، ودیعت گیرنده بری الذمه شناخته شده و حواله باطل می گردد و حواله گیرنده حق دارد دین خود را از حواله دهنده مطالبه نماید. تعریف مدیون و داین در مبحث کفالت گذشت. همچنین، تعریف تجاوز در مبحث ودیعه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد پنجاه رأس بز نزد محمود به ودیعه گذاشته باشد و احمد مدیون جمشید باشد و به جمشید بگوید برو و بزها را از نزد محمود بگیر، اما بزها در اثر اسباب خارجی مانند زلزله، مرض، خشکسالی و نظیر اینها نزد محمود از بین بروند، حواله باطل می گردد و جمشید می تواند بزها را از احمد مطالبه نماید. در این مثال، بزها در اثر اسباب خارجی از بین رفته و وجود اسباب خارجی بیانگر عدم تجاوز محمود است.

۲- در صورتی که عین به اثر تقصیر یا تجاوز ودیعت گیرنده از بین رفته باشد، حواله باطل نگردیده و ودیعت گیرنده در صورتی که عین قیمتی باشد، به پرداخت قیمت آن و در صورتی که مثلی باشد به تأدیه مثل آن برای حواله گیرنده ضامن می گردد. تعریف تقصیر، عین و تجاوز در مبحث ودیعه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد پنجاه رأس بز نزد محمود به ودیعه گذاشته باشد و احمد مدیون جمشید باشد و به جمشید بگوید برو و بزها را از نزد محمود بگیر، اما بزها در اثر تقصیر، به حیث مثال عدم آب و علف دادن، یا تجاوز، به حیث مثال، ذبح بزها توسط محمود، نزد محمود از بین بروند، حواله باطل نمی گردد و محمود مکلف است در صورتی که مال مثلی باشد مثل آن و در صورتی که مال قیمی باشد، قیمت آن را به جمشید پرداخت نماید. بزها در این مثال مصداق عین است.

همچنین، بزها در این مثال مصداق مال مثلی است زیرا مثل و مانند بزها در بازار پیدا می شود. اما، اگر فرض کنیم به عوض بز، شمشیر خانوادگی یا موتر مرسدس بنز مدل ۱۹۶۰ احمد نزد محمود باشد، شمشیر خانوادگی و موتر مرسدس بنز ۱۹۶۰ از مصادیق مال قیمی تلقی گردند زیرا مثل و مانند آنها در بازار پیدا نمی شود. در این صورت، محمود مکلف است قیمت این اموال را به جمشید بدهد. در این فرض، حواله مقید است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله است.

(۶) وفق ماده ۱۷۴۲ ق. م: «با استحقاق بردن ودیعه که محل حواله برای غیر باشد، مانند از بین رفتن آن حواله را باطل می سازد و حواله گیرنده به حواله دهنده رجوع می نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که ودیعه که محل حواله قرار گرفته است، از نزد ودیعت گیرنده به استحقاق برده شود، حواله باطل می شود و محال می تواند به محیل مراجعه و پرداخت دین را مطالبه نماید. تعریف استحقاق گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد پنجاه رأس بز نزد محمود به ودیعه گذاشته باشد و احمد مدیون جمشید باشد و به جمشید بگوید برو و بزها را از نزد محمود بگیر، اما فاروق در خصوص بزها در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و با ارایه وسایل اثبات مانند سند و شهود و نظیر آن ثابت نماید که بزها از او است و محکمه حکم نماید که محمود بزها را تسلیم فاروق نماید، به دلیل انتفای محل حواله، عقد حواله باطل می گردد و محمود می تواند اصل دین را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله است.

(۷) مطابق ماده ۱۷۴۳ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه مدیون داین خود را به شخص حواله داده شده حواله مقید به ادای دین از عین مغضوبه که نزد او است بدهد و عین در دست غاصب حواله داده شده قبل از اداء آن به حواله گیرنده از بین برود، حواله باطل نگردیده و شخص حواله داده شده بری الذمه نشده برای حواله گیرنده ضامن مثل یا قیمت آن می گردد؛ و (۲) اگر عین مغضوبه را غیر به استحقاق ببرد، حواله باطل بوده حواله گیرنده به حق خود بر حواله دهنده رجوع می نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه محیل محال را به محال علیه مبنی بر دریافت دین از عین مغضوبه که نزد محال علیه است حواله دهد، نویسندگان ق. م میان دو حالت تفکیک قابل شده اند:

نخست در صورتی که عین مغضوبه نزد غاصب که در عین حال محال علیه نیز است از بین برود، حواله باطل نمی گردد. در این صورت، محال علیه غاصب مکلف است مثل و یا قیمت عین مغضوبه را به محیل پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر محمود صد رأس اسب احمد را غصب نموده باشد و جمشید صد رأس اسب بر احمد داشته باشد و احمد به محمود بگوید برو و صد رأس اسب را از محمود بگیر، اما اسپان نزد محمود در اثر مرض یا عدم آب و علف دادن بمیرند، ذمه محمود در برابر جمشید بری نمی گردد. در این صورت، اگر اسپان مال قیمی باشند و مثل و مانند آنها در بازار پیدا نشود و دارای قیمت خاص باشند، محمود مکلف است قیمت آن را به جمشید پرداخت نماید. اما، اگر اسپان مال مثلی باشند و مثل و مانند آنها در بازار پیدا شود، محمود مکلف است مثل آن را به جمشید بدهد. اسب در این مثال مصداق عین مغضوبه است. مغضوبه مالی است که آن را غاصب از مغضوب منته غصب نموده است که تفصیل آن در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت.

دوم در صورتی که عین مغضوبه توسط غیر به استحقاق برده شود، حواله باطل می شود و محال می تواند به محیل مراجعه و پرداخت دین را از او مطالبه نماید. تعریف استحقاق در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر فاروق در خصوص اسب ها در مثال بالا در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و با ارایه وسایل اثبات مانند سند و شهود و نظیر آن ثابت نماید که اسب ها از او است و محکمه حکم نماید که محمود اسب ها را تسلیم فاروق نماید، به دلیل انتفای محل حواله، عقد حواله باطل می گردد و محمود می تواند اصل دین را از احمد مطالبه نماید. نص این ماده ناظر بر حواله مقید است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله است.

(۸) وفق ماده ۱۷۲۲ ق. م: «هرگاه مبیعه ای که ثمن آن حواله داده شده به استحقاق برده شود، شخص حواله داده شده در صورتی که ثمن را پرداخته باشد، می تواند بر حواله دهنده یا حواله گیرنده به هر یک که خواسته باشد، رجوع نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه مبیعه ای که پول آن توسط مشتری به بایع مبنی بر دریافت آن توسط بایع از محال علیه حواله داده شود و مبیعه توسط شخص ثالث به استحقاق برده شود، در این صورت، محال می تواند به محیل و یا محال علیه مراجعه نماید. تعریف استحقاق در بالا گذشت. تعریف ثمن و مبیعه در مبحث بیع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد صد رأس گاو را به محمود به فروش رساند و پول آن را دریافت نماید و به محمود بگوید برو و صد رأس گاو را از جمشید بگیر، اما قبل از این که محمود گاوها را از جمشید بگیرد، فاروق در خصوص گاو ها اقامه دعوی نماید و با ارایه وسایل اثبات مانند سند و شهود و نظیر اینها ثابت نماید که گاوها مربوط به او است و محکمه حکم نماید که جمشید یا احمد گاوها را تسلیم

فاروق نمایند، محمود می تواند پول گاوها را از احمد یا جمشید مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر استحقاق در حواله است.

۹) براساس ماده ۱۷۴۵ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه حواله دهنده قبل از آنکه حواله گیرنده تمام دین را از شخص حواله داده شده بگیرد در حال مدیونیت وفات نماید، آنچه را که حواله گیرنده در زمان حیات حواله دهنده از شخص حواله داده شده قبض نموده باشد، از وی محسوب و آنچه را که قبض نکرده باشد، حواله گیرنده در آن مثل سایر دائنین حواله دهنده شناخته می شود؛ و (۲) در صورتی که دین بین دائنین حواله دهنده تقسیم گردد، حواله گیرنده در خصوص حصصی که سائر دائنین اخذ نموده اند، شخص بر حواله داده شده رجوع کرده نمی تواند.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- در صورتی که حواله دهنده یعنی محیل قبل از آن که حواله گیرنده یعنی محال همه دین را از محال علیه بگیرد، در حالی که مدیون حواله گیرنده است وفات نماید، دینی را که محال یعنی حواله گیرنده در زمان حیات محیل یعنی حواله دهنده از محال علیه قبض نموده است، از آن او تلقی می شود و نسبت به بقیه دین مانند سایر دائنین حواله دهنده محسوب می شود و می تواند مطابق قواعد اخذ دین، دین خویش را از ترکه حواله دهنده مدیون اخذ نماید. به حیث مثال، اگر حمیده سی لک افغانی مدیون جمیله باشد و حمیده به جمیله بگوید که نزد مرضیه برو و از او بخواه که سی لک افغانی را که من بر او دارم برای بدهد و جمیله پانزده لک افغانی را از مرضیه بگیرد و حمیده وفات نماید، پانزده لک افغانی در خصوص حمیده قبض شده تلقی می گردد و در خصوص پانزده لک افغانی باقی جمیله مانند سایر دائنین حمیده تلقی می گردد و می تواند مطابق قواعد میراث بقیه پول خویش را از ترکه حمیده اخذ نماید.

۲- در صورتی که دین بین دائنین حواله دهنده تقسیم گردد، حواله گیرنده در خصوص حصصی که سائر دائنین اخذ نموده اند، بر حواله داده شده رجوع کرده نمی تواند. حصص جمع حصه است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا دین میان دائنین حمیده تقسیم شود، مرضیه نمی تواند حصه های را که دائنین حمیده میان خویش تقسیم کرده اند از دائنین که جمیله جزء آنها است مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر وفات محیل در حواله است.

۱۰) طبق از ماده ۱۷۴۶ ق. م: «هرگاه حواله دهنده قبل از آنکه حواله گیرنده دین خود را از شخص حواله داده شده بگیرد وفات نموده و از وی ورثه باقی مانده باشد، ورثه حواله دهنده، می تواند دین را مطالبه و آن را با متروکه ضم نماید. در این صورت حواله گیرنده از متروکه دین خود را می گیرد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده در صورتی که محیل قبل از آن که محال دین خویش را از محال علیه اخذ نماید وفات نماید، و محیل دارای ورثه باشد، ورثه او می تواند دین را از محال علیه مطالبه نموده و آن را با متروکه متوفی حواله دهنده یکجا نماید. زیرا، بعد از وفات شخص باید ترکه تصفیه شود. بعد از تصفیه ترکه، که تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد، محال می تواند دین خویش را از متروکه محیل متوفی اخذ نماید. ضم در لغت به معنی همراه کردن، چیزی را به چیز دیگری جمع کردن است.^{۸۸۱} به حیث مثال، اگر حمیده سی لک افغانی مدیون جمیله باشد و حمیده به جمیله بگوید که نزد مرضیه برو و از او بخواه که سی لک افغانی را که من بر او دارم برای بدهد و حمیده وفات نماید، ورثه حمیده می توانند سی لک افغانی را از مرضیه بگیرند. در صورت گرفتن دین توسط ورثه حمیده، جمیله می تواند دین خویش را مطابق قواعد حقوق میراث از ترکه حمیده بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر وفات حواله دهنده است.

۱۱) مطابق ماده ۱۷۴۷ ق. م: «هرگاه شخص حواله داده شده در حال مدیونیت وفات نماید، متروکه وی بین دائنین و حواله گیرنده به تناسب حصص آنها تقسیم می گردد. در صورتی که حق حواله گیرنده بعد از قسمت باقی مانده، راجع به آن به حواله دهنده رجوع می نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه محال علیه در حال مدیون بودن وفات نماید، ترکه او بعد از تصفیه میان سایر دائنین او و حواله گیرنده یعنی محال به تناسب حصص آنها تقسیم می شود، زیرا در این فرض محیل نیز داین محال علیه متوفی شناخته می شود. به حیث مثال، اگر حمیده سی لک افغانی مدیون جمیله باشد و حمیده به جمیله بگوید که نزد مرضیه برو و از او بخواه که سی لک افغانی را که من بر او دارم برای بدهد و مرضیه وفات نماید، ترکه مرضیه میان جمیله و سایر دائنین مرضیه مطابق قواعد حقوق

۸۸۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۳۸.

میراث تقسیم می شود. ورثه حمیده می توانند سی لک افغانی را از مرضیه بگیرند. در صورت گرفتن دین توسط ورثه حمیده، جمیله می تواند دین خویش را از مطابق قواعد حقوق میراث از ترکه حمیده بگیرد.

۲- بخش دوم این ماده که تصریح می نماید «در صورتی که حق حواله گیرنده بعد از قسمت باقی مانده، راجع به آن به حواله دهنده رجوع می نماید» مبهم و مجمل است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد منظور نویسندگان ق. م این بوده است که در صورتی حواله گیرنده یعنی محال نتواند همه دین را از متروکه محال علیه متوفی دریافت نماید، نسبت به باقی مانده دین می تواند به محیل یعنی حواله دهنده مراجعه و پرداخت آن را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمیله نتواند تمام دین را از ترکه مرضیه بگیرد، می تواند باقی دین را از حمیده مطالبه نماید. به عنوان مثال، اگر جمیله از سی لک ده لک را از ترکه مرضیه بگیرد، می تواند بیست لک باقی مانده را از حمیده بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر وفات محال علیه یا حواله گیرنده است.

(۱۲) براساس ماده ۱۷۴۸ ق. م: «هرگاه حواله گیرنده وفات نموده، شخص حواله داده شده وارث او باشد، آنچه حواله دهنده بر شخص حواله داده شده دارد باطل می گردد گرچه حواله گیرنده مال حواله را بر شخص حواله داده شده هبه نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه حواله گیرنده یعنی محال وفات نماید، و شخص حواله داده شده یعنی محال علیه وارث او باشد، مانند این که محال پدر و محیل پسر او باشد، در این صورت، دینی را که محیل بر محال علیه دارد ساقط می گردد زیرا در این صورت در اثر اتحاد ذمه که تفصیل آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت منتهی می شود گرچه حواله گیرنده مال حواله را بر شخص حواله داده شده هبه نماید.

به حیث مثال، اگر حمیده سی لک افغانی مدیون جمیله باشد و حمیده به جمیله بگوید که نزد مرضیه دخترم برو و از او بخواه که سی لک افغانی را که من بر او دارم برایت بدهد و جمیله وفات نماید دینی را که جمیله بر حمیده دارد باطل می گردد. زیرا، در صورت وفات جمیله تعهدات او به مرضیه دخترش که وارث او تلقی می گردد منتقل می شود و در اثر اتحاد ذمه دینی را که جمیله بر حمیده دارد به ذمه مرضیه منتقل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهایی دین که اتحاد ذمه است در اثر وفات حواله گیرنده یعنی محیل می باشد.

۷) برائت الذمه محال علیه

طبق ق. م در حالات ذیل ذمه محال علیه بری می گردد:

(۱) وفق ماده ۱۷۴۹ ق. م: «شخص حواله داده شده با پرداخت دین حواله شده یا حواله آن بر غیر و قبول حواله از طرف غیر بری الذمه شناخته می شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- در صورتی که محال علیه دین را به محال پرداخت نماید ذمه او بری می گردد، زیرا با پرداخت دین تعهد منقضی می گردد. به حیث مثال، اگر احمد دینی را که محمود بر او دارد به جمشید حواله دهد و جمشید دین را به محمود پرداخت نماید، ذمه جمشید بری می گردد. تعریف ذمه و بری در مبحث کفالت گذشت.

۲- در صورتی که محال علیه پرداخت دین را به شخص ثالث به حواله دهد و شخص ثالث پرداخت آن را به محال قبول نماید، ذمه او بری می گردد. به حیث مثال، اگر احمد دینی را که محمود بر او دارد به جمشید حواله دهد و جمشید دین را به فاروق حواله دهد، ذمه جمشید بری می گردد. در این صورت، محمود می تواند دین را از فاروق بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حالاتی که در صورت تحقق آن ذمه محیل علیه بری می گردد است. نص این ماده احصایی به نظر می رسد نه حصری.

(۲) مطابق ماده ۱۷۵۰ ق. م: «هرگاه حواله گیرنده به شخص حواله داده شده ابراء دهد دین ساقط گردیده شخص حواله داده شده، بری الذمه شناخته می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که محال به محال علیه ابراء دهد ذمه محال علیه بری می گردد، زیرا ابراء یکی از اسباب سقوط تعهدات است. به حیث مثال، اگر احمد دینی را که محمود بر او دارد به جمشید حواله دهد و محمود جمشید را ابراء دهد، به عنوان نمونه، بگوید دینی را که احمد بر شما حواله داده است ساقط نمودم، ذمه جمشید بری می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش

بینی یکی از حالاتی که در صورت تحقق آن ذمه محیل علیه بری می گردد است. نص این ماده احصایی به نظر می رسد نه حصری.

۳) طبق ماده ۱۷۵۱ ق. م: «هرگاه حواله گیرنده دین را به حواله داده شده هبه نموده و او هبه را قبول نماید، مالک دین شناخته می شود. در این صورت اگر شخص حواله داده شده از حواله دهنده مدیون باشد، دین به اساس مجرای ساقط می گردد، اگر مدیون نباشد او و ورثه او می توانند آن را از حواله دهنده مطالبه کنند.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در صورتی که حواله گیرنده یعنی محال دین را به حواله داده شده یعنی محال علیه هبه نماید و محال علیه هبه را قبول نماید، ذمه محال علیه بری می گردد. به حیث مثال، اگر احمد دینی را که محمود بر او دارد به جمشید حواله دهد و محمود دین را به جمشید هبه نماید، به عنوان نمونه، بگوید دینی را که احمد بر شما حواله داده است به شما بخشیدم، ذمه جمشید بری می گردد. تعریف هبه در مبحث هبه گذشت. عبارت «در این صورت اگر شخص حواله داده شده از حواله دهنده مدیون باشد، دین به اساس مجرای ساقط می گردد، اگر مدیون نباشد او و ورثه او می توانند آن را از حواله دهنده مطالبه کنند.» مبهم به نظر می رسد. زیرا، در صورتی که حواله گیرنده (محیل) دین را به محال علیه (حواله داده شده) هبه نماید، بحث مجرای دین میان محیل و محال علیه منتفی است. زیرا، دین در اثر هبه ساقط می شود. قابل توصیه است نص این عبارت از متن این ماده حذف گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم هبه دین توسط محیل به محال علیه است.

ب) حواله حق

طبق ق. م نوع دوم حواله، حواله حق است. پیش بینی حواله حق در ق. م از جهات ذیل محل ایراد به نظر می رسد: نخست این که تعریف حق و تقسیمات حق یکی از مباحث پیچیده در علم حقوق و فلسفه حقوق است و زمانی که از حواله حق سخن می گوئیم، روشن نیست که کدام حق توسط محیل حواله داده می شود. دوم این که خود دین نیز حق است. بنابراین، برای تطبیق کنندگان ق. م بسیار مشکل خواهد بود که تشخیص دهند در کدام حالات حق حواله داده می شود و در کدام حالات دین. سوم این که حواله حق ارزش نظری دارد و در عمل حواله غالباً یا در خصوص دین صورت می گیرد یا در خصوص پول نقد.

۱) تعریف

برخی حقوقدانان در تعریف حواله حق می گویند حواله حق عبارت از حواله ای است که در آن داین با شخص ثالث توافق می کند که حقی را که بر عهده مدیون دارد، به نفع خویش بپذیرد که آنگاه شخص ثالث جایگزین داین می شود و حق با تمامی مقومات و خصوصیات آن به شخص ثالث منتقل می شود و از داین به محیل و به شخص ثالث که همان داین جدید است منتقل می شود.^{۸۸۲}

۲) تفاوت حواله حق و حواله دین

برخی نویسندگان بر این نظر اند که میان حواله حق و حواله دین تفاوت های ذیل وجود دارد:

- ۱) در حواله دین محیل مدیون است. اما، در حواله حق محیل داین است؛
- ۲) در حواله دین محال به صرفاً دین (طلب) است. در حالی که، در حواله حق می تواند هر یک از مصادیق حقوق شخصی باشد؛

۳) در حواله حق محال علیه مدیون است. در حالی که در حواله دین شخص ثالث محال علیه است؛ و

۲) محتال در حواله حق شخص ثالث است. اما، در حواله دین داین است.^{۸۸۳}

به نظر می رسد به جز تفاوت شماره ۲ بقیه تفاوت ها روشن و واضح نیست.

۳) ارکان و انعقاد

فقهاء و حقوقدانان برای حواله حق سه رکن تعیین نموده اند:

۸۸۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۸۷۳.

۸۸۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۸۷۵.

۱) توافق محیل و محال له که بدون حصول چنین توافقی حواله به وجود نمی یابد. همچنین، در هر یک از طرفین اهلیت تصرف شرط است. همچنین، اراده طرفین باید فاقد عیوب اراده مانند: اشتباه، تدلیس، اکراه و ... که تفصیل آن در جلد اول این کتاب گذشت باشد؛

۲) محل که همان موضوع حواله و یا محال به است و آن در واقع حقی است که محیل بر عهده دیگری دارد. قایلان به چنین حواله معتقد اند که: هر نوع حق شخصی قابل انتقال که می تواند پول نقد، اشیای مثلی، عین معین و ... باشد، می تواند محل حواله حق قرار بگیرد. همچنین، موضوع حواله می تواند اجراء یا امتناع از اجرای عمل مؤجل و یا معجل، مشروط و یا منجز باشد.^{۸۸۴}

۴) محل

طبق ماده ۱۷۵۳ ق. م: «هرگاه داین با شخص دیگر موافقه نماید تا حواله دین وی را که بر ذمه مدیون است قبول کند، حواله بعد از قبول حواله گیرنده بدون آنکه حواله داده شده موافقه نماید، صحیح دانسته می شود. مگر اینکه موافقه بین دائن و مدیون به خلاف آن صورت گرفته یا قانون طور دیگری حکم نماید.» از این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. طبق این ماده حواله دین عبارت از حواله ای است که داین با شخص دیگر موافقه نماید تا حقی را که بر مدیون خویش دارد بپذیرد. در صورت توافق داین و شخص ثالث عقد حواله صحیح است. در این صورت، موافقت شخص حواله داده شده شرط نیست.

به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی بر محمود داشته باشد و احمد با جمشید موافقت نماید که پولی را که بر ذمه محمود دارد، قبول کند، حواله بعد از این که جمشید آن را قبول نماید بدون این که محمود آن را قبول نماید، صحیح است. در این مثال، احمد داین، محمود مدیون و جمشید شخص دیگر (حواله داده شده / محال علیه) است. استثنای این قاعده این است که برخلاف این توافق صورت گرفته باشد. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد با محمود توافق نموده باشند که احمد نمی تواند دریافت حق از محمود را به شخص سوم حواله دهد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اصل این است که محل حواله حق، حق داین است و این حق شخصی از طریق حواله از داین اصلی به داین جدید منتقل می شود. همچنین، طبق نص این ماده اصل این است که همه حق های شخصی (تعهدات) قابل حواله است، اما به طور استثنایی برخی تعهدات مانند تعهداتی که در قانون پیش بینی شده است (مانند عین مستعاره، حق انتفاع در اجاره و امثال اینها) و حقوقی که طرفین در مورد آن توافق کرده اند محل حواله حق قرار می گیرد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز حواله حق و استثنای آن است.

۵) شرایط

در خصوص حواله حق شرایط ذیل وجود دارد:

۱) مطابق ماده ۱۷۵۶ ق. م: «حواله حق در مقابل مدیون حواله داده شده یا غیر، نافذ شمرده نمی شود. مگر این که مدیون حواله داده شده آن را قبول نموده یا به وی ابلاغ گردیده باشد و نفاذ آن در مقابل غیر به اثر قبول مدیون حواله داده شده، مستلزم آن است تا این قبولی تاریخ ثابت داشته باشد.» از نص این ماده دو قاعده و دو استثناء استنباط می گردد:

۱- حواله حق در مقابل مدیون حواله داده شده نافذ شمرده نمی شود. به نظر می رسد میان این ماده و ماده ۱۷۵۳ ق. م تناقض وجود دارد. زیرا، طبق ماده ۱۷۵۳ ق. م به نظر می رسد که رضایت مدیون که حواله داده شده نامیده شده است شرط نیست. اما، طبق نص این ماده حواله حق در خصوص مدیون نافذ نیست مگر این که مدیون آن را قبول نماید. قابل توصیه است این تناقض با تعدیل ماده ۱۷۵۳ ق. م رفع گردد. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی بر محمود داشته باشد و احمد با جمشید موافقت نماید که دینی را که بر ذمه محمود دارد، قبول کند، حواله بعد از این که جمشید و محمود آن را قبول نمایند، صحیح است. در صورتی که محمود این حواله را قبول ننماید، حواله نسبت به محمود نافذ نیست. بیست لک افغانی حقی است که احمد بر عهده محمود دارد. استثنای این قاعده این است که محمود حواله را قبول نماید. در صورت قبول حواله، محمود مکلف می شود پول را به عوض احمد به جمشید پرداخت نماید.

۲- حواله حق در مقابل غیر، نافذ شمرده نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد ببندد تا خانه احمد را رنگمالی یا موتر احمد را ترمیم نماید، اما سپس احمد با جمشید توافق نماید تا محمود به عوض ترمیم موتر احمد یا رنگمالی خانه احمد، موتر جمشید یا خانه جمشید را ترمیم نماید، این حواله نسبت به محمود نافذ نیست. استثنای این قاعده این است که محمود این حواله را بپذیرد. در صورت پذیرش، محمود مکلف می شود خانه جمشید یا موتر جمشید را رنگمالی نماید. رنگمالی خانه یا موتر حق است که احمد بر عهده محمود دارد و این حق را به نفع جمشید حواله می دهد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که حواله حق با توافق مجیل و محال له بدون ضرورت به رضایت مدیون (محال علیه) تمام می شود. باوجوداین، حواله حق نسبت به محال علیه نافذ نمی شود مگر این که محال علیه آن را قبول نماید و یا رضایت خویش را ابراز نماید. همچنین، حواله حق در حق غیر نافذ نمی شود مگر این که از تأریخ اعلام محال علیه و تأریخ ثبت آن را قبول نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط نفاذ حواله حق که عبارت از توافق غیر و مدیون است، می باشد.

۲) طبق ماده ۱۷۵۲ ق. م: «حواله حق بدون رضایت مدیون صحت دارد». در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. به نظر می رسد میان این ماده و ماده ۱۷۵۳ ق. م تناقض وجود دارد. زیرا، طبق ماده ۱۷۵۳ ق. م به نظر می رسد که رضایت مدیون که حواله داده شده نامیده شده است شرط نیست. اما، طبق نص این ماده حواله حق در خصوص مدیون نافذ نیست مگر این که مدیون آن را قبول نماید. قابل توصیه است این تناقض با تعدیل ماده ۱۷۵۳ ق. م رفع گردد. طبق نص ماده ۱۷۵۲ ق. م حواله حق بدون رضایت مدیون صحت دارد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد ببندد تا خانه احمد را رنگمالی یا موتر احمد را ترمیم نماید، اما سپس احمد با جمشید توافق نماید تا محمود به عوض ترمیم موتر احمد یا رنگمالی خانه احمد، موتر جمشید یا خانه جمشید را ترمیم نماید، این حواله نسبت به محمود بدون رضایت او صحت ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت حواله حق است.

۳) مطابق ماده ۱۷۵۵ ق. م: «حواله حق در خارج از مقداری که قابلیت حجز را دارد، صحت ندارد». نص این ماده مجمل به نظر می رسد. همچنین، نص این ماده مرتبط و ارجاعی به حجز است. حجز در لغت به معنی بازداشت است و در اصطلاح حقوقی سپردن مال به دستگاه قضایی برای رعایت مصلحت عمومی و یا مصلحت شخص برای خارج کردن آن از دست شخص است.^{۸۸۵} بنابراین، به مالی که به مصلحت شخص یا مصلحت عمومی توسط قضاء بازداشته شده است، مجوز و به شخصی (چه حکمی یا حقیقی) که مال را تحت حجز قرار داده حاجز می گویند. همچنین، حجز نگهداری و بازداشت طفل است در مراکز اصلاح و تربیت مجدد اطفال. اگر نص این ماده را کنار موادی که مربوط به حجز است قرار دهیم و تفسیر ساختاری - منطقی نماییم، نتیجه ای به دست نمی آید زیرا در ق. م حکمی وجود ندارد که تصریح نماید که حجز در چه مقدار مال صحت دارد. بنابراین، به نظر می رسد در این خصوص در ق. م خلاء وجود دارد. با توجه به این خلاء ارایه مثال عملی برای نص این ماده بعید به نظر می رسد. قابل توصیه است یا نص ماده ۱۷۵۵ ق. م از ق. م به دلیل مجمل بودن و عدم کمک تطبیق کنندگان حذف گردد یا مقدار پول یا مالی که حجز در آن صحت دارد تعیین گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت حواله حق است.

۶) آثار

حواله حق موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) وفق ماده ۱۷۵۷ ق. م: «با حق حواله شده تضمینات آن نیز انتقال می نماید». در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده در اثر حواله حق، حق با تضمینات آن مانند کفالت، حق امتیاز، حق اختصاص و رهن به حواله گیرنده منتقل می شود زیرا اینها از توابع حق اند و توابع در وجود و بقاء تابع اصل اند. تضمینات جمع تضمین است که تعریف آن در مبحث کفالت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی بر محمود داشته باشد و محمود فاروق را به عنوان کفیل به احمد داده باشد یا خانه خویش را به احمد به رهن گذاشته باشد و احمد با جمشید موافقت نماید که دینی را که بر دمه محمود

دارد، قبول کند، حواله بعد از این که جمشید آن را قبول نماید با تضمینات آن اعم از کفالت و رهن به جمشید منتقل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله حق است.

۲) ماده ۱۷۵۸ ق. م: «دائن حواله گیرنده، می تواند قبل از اعلام حواله یا قبول آن به اجراءات عملی اقدام نماید که توسط آن حق را که به وی انتقال نموده حفاظت نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده دائن حواله گیرنده، می تواند قبل از اعلام حواله یا قبول آن به اجراءات عملی اقدام نماید که توسط آن حق را که به وی انتقال نموده حفاظت نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و محمود به احمد بگوید برو و ده لک افغانی را از جمشید بگیر، احمد می تواند قبل از اعلام حواله توسط محمود و قبل از قبول حواله توسط جمشید به اجراءات عملی اقدام نماید که تا پول را مورد حفاظت قرار دهد، به حیث مثال، باز نمودن حساب بانکی و تصمیم بر این که پول را در بانک بگذارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله است.

۳) مطابق ماده ۱۷۶۲ ق. م: «حواله دهنده مکلف است سند حاوی حق حواله شده را با توضیحات و وسایلی که حصول این حق را به حواله گیرنده میسر گرداند تسلیم دهد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده حواله دهنده مکلف است سند و سایر وسایلی را که منجر به اثبات حق به نفع حواله گیرنده می شود به وی تسلیم نماید، زیرا حواله گیرنده برای اثبات حق، به این وسایل ضرورت خواهد داشت. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی بر محمود داشته باشد و احمد با جمشید موافقت نماید که دینی را که بر ذمه محمود دارد، قبول کند، حواله بعد از این که جمشید آن را قبول نماید صحیح است. در چنین حالتی، احمد مکلف است سند قرض را که از محمود گرفته است به جمشید تسلیم نماید. تهیه این سند به جمشید می تواند اخذ دین از محمود را برای جمشید میسر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تعهد حواله دهنده است.

۴) وفق ماده ۱۷۵۹ ق. م: «هرگاه حواله حق به مقابل عوض باشد، حواله دهنده هنگام حواله به وجود حقی که به آن حواله داده شده ضامن می باشد مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. قاعده این است که حواله در صورتی که در برابر عوض باشد و به هر سببی حق قبل از انتقال به حواله گیرنده از بین برود، حواله دهنده در برابر حواله گیرنده مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت را بپردازد. عوض در لغت به معنی بدل است. در اصطلاح حقوقی، عوض چیزی است که به عوض چیز دیگر داده شود.^{۸۸۶}

نص این ماده بسیار نظری است و تطبیق آن بعید به نظر می رسد. زیرا، چنانچه گفته شد، حواله حق بحث بسیار نظری و تطبیق و عملی ساختن آن بعید به نظر می رسد. بحث حواله حق معوض نظری تر و تطبیق آن بعید تر به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد ببندد تا خانه احمد را در برابر گوسفندی که از احمد دریافت می نماید، رنگمالی نماید، اما سپس احمد با جمشید توافق نماید تا محمود به عوض رنگمالی خانه احمد، خانه جمشید را در برابر گوسفند رنگمالی نماید، جمشید مکلف است عوض رنگمالی را که گوسفند است به محمود پرداخت نماید. در این مثال، حواله حق معوض است. عوض در این مثال گوسفند است. در این مثال، جمشید ضامن دادن گوسفند به محمود است که تعریف آن گذشت. استثنای این قاعده این است که برخلاف آن میان طرفین عقد حواله حق توافق صورت گرفته باشد. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد به محمود بگوید برو به عوض خانه من خانه جمشید را رنگمالی کن اما احمد، محمود و جمشید توافق نمایند که جمشید به محمود گوسفند را ندهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حواله حق معوض است.

۵) طبق ماده ۱۷۶۰ ق. م: «هرگاه حواله حق به مقابل عوض صورت نگرفته باشد، حواله دهنده ضامن شناخته نمی شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. تعریف ضامن و عوض گذشت. طبق نص این ماده هرگاه حواله حق به مقابل عوض صورت نگرفته باشد، حواله دهنده ضامن شناخته نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد ببندد تا محمود خانه احمد را رنگمالی نماید، اما سپس احمد با جمشید توافق نماید تا محمود به عوض رنگمالی خانه احمد، خانه جمشید را رنگمالی نماید، احمد در برابر جمشید ضامن یا مسؤول نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حواله حق غیر معوض است.

۶) طبق ماده ۱۷۶۱ ق. م: «هرگاه حواله دهنده غنای مدیون را ضمانت کرده باشد، ضمان به وقت انعقاد حواله راجع می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. این قاعده مبهم به نظر می رسد. طبق این قاعده هرگاه حواله دهنده غنای مدیون را ضمانت کرده باشد، ضمان به وقت انعقاد حواله راجع می گردد. غنا در لغت به معنی توانگری، ثروتمند شدن و پولدار شدن است.^{۸۸۷} تعریف ضمان و ضمانت در فصل کفالت گذشت. معمولاً مدیون در حواله پول داین را به شخص ثالث حواله می دهد و داین پولدار می شود و دین داین ضمانت می شود. اما، نص این ماده خلاف قاعده عمومی به نظر می رسد و حواله دهنده که معمولاً مدیون است پولدار شدن مدیون را ضمانت می نماید و این ضمانت به وقت بستن عقد راجع می گردد. به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه لفظی یا ترجمه وجود دارد و قانونگذار مدنی به عوض داین مدیون را استعمال نموده است. با پذیرش آنچه گفته شد، اگر مدیون را داین تصور نماییم این نتیجه به دست می آید که اگر حواله دهنده ثروتمند شدن داین را ضمانت کرده باشد، این ضمانت از زمان انعقاد عقد نافذ است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و پول را به جمشید حواله دهد و در زمان بستن عقد حواله تضمین نماید که محمود پولدار می گردد، عقد ضمانت از زمان انعقاد میان احمد و محمود نافذ است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله است.

۷) طبق ماده ۱۷۶۲ ق. م: «هرگاه حواله گیرنده به حواله دهنده به ضمان مراجعه نماید، حواله دهنده به رد آنچه اخذ نموده با مصارف مکلف می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه حواله گیرنده به حواله دهنده به ضمان مراجعه نماید، حواله دهنده به رد آنچه اخذ نموده با مصارف مکلف می گردد. ضمان در لغت به معنی بر عهده گرفتن، ملتزم شدن و کفیل شدن است. همچنین، ضمان در لغت به معنی تاوان و جبران خسارت است.^{۸۸۸} نص این ماده بسیار نظری است و تطبیق آن بعید به نظر می رسد. زیرا، چنانچه گفته شد، حواله حق بحث بسیار نظری و تطبیق و عملی ساختن آن بعید به نظر می رسد. بحث حواله حق معوض نظری تر و تطبیق آن بعید تر به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد ببندد تا خانه احمد را در برابر گوسفندی که از احمد دریافت می نماید، رنگمالی نماید، اما سپس احمد با جمشید توافق نماید تا محمود به عوض رنگمالی خانه احمد، خانه جمشید را در برابر گوسفند رنگمالی نماید، جمشید مکلف است عوض رنگمالی را که گوسفند است به محمود پرداخت نماید. در صورتی که به عوض جمشید احمد گوسفند را از محمود دریافت نماید و جمشید گوسفند را از احمد مطالبه نماید، احمد مکلف است گوسفند، مصارف نقل و انتقال و سایر مصارف گوسفند را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله حق است.

۸) مطابق ماده ۱۷۶۳ ق. م: «حواله دهنده از تجاوز خود ضامن می باشد، گرچه حواله بدون عوض بوده یا عدم ضمان شرط شده باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده حواله دهنده از تجاوز خود ضامن می باشد، گرچه حواله بدون عوض بوده یا عدم ضمان شرط شده باشد. تعریف ضامن، ضمان و عوض و تجاوز در بالا گذشت. به حیث مثال، هرگاه احمد صد رأس گوسفند بر محمود به عنوان دین داشته باشد و به جمشید بگوید برو و گوسفندان را از محمود بگیر، اما قبل از این که جمشید گوسفندان را از محمود بگیرد، احمد گوسفند را از محمود بگیرد و به شخص دیگر بفروشد، احمد در برابر جمشید ضامن است و باید جبران خسارت را پرداخت نماید. جبران خسارت در این صورت دادن صد رأس گوسفند به جمشید است. حواله در این مثال، بدون عوض است. همچنین، در این صورت، اگر احمد شرط گذاشته باشد که در صورت تجاوز من مسؤول نیستم، بازهم باید جبران خسارت را به جمشید پرداخت نماید. من مسؤول نخواهم بود در این مثال، مصداق شرط عدم ضمان است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تجاوز حواله دهنده در حواله حق است. ۹) طبق ماده ۱۷۶۵ ق. م: «در حال تعدد حواله در یک حق، حواله شخصی که اولتر از دیگران تنفیذ گردد ترجیح دارد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده در حال تعدد حواله در یک حق، حواله شخصی که اولتر از دیگران تنفیذ گردد ترجیح دارد. ترجیح در لغت به معنی برتری است. تنفیذ در لغت به معنی اجرا کردن است.

به حیث مثال، هرگاه احمد صد رأس گوسفند و فاروق صد رأس گوسفند دیگر بر محمود به عنوان دین داشته باشند و اول احمد و سپس فاروق به جمشید بگویند برو و گوسفندان را از محمود بگیر، محمود مکلف است اول صد رأس گوسفندی را که احمد بر او دارد به جمشید بدهد و سپس صد رأس گوسفندی را که فاروق بر او دارد به جمشید بدهد. در این مثال، گوسفندان احمد بر فاروق ترجیح دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله حق است.

۱۰) طبق ماده ۱۷۶۶ ق. م: «مدیون حواله داده شده می تواند در برابر حواله گیرنده به مدافعتی استناد نماید که حین انفاذ حواله به آن در برابر حواله دهنده استناد نموده می توانست. همچنین می تواند به مدافعتی استناد نماید که از حق حواله استنباط شده می توانست.» به نظر می رسد در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

۱- مدیون حواله داده شده می تواند در برابر حواله گیرنده به مدافعتی استناد نماید که حین انفاذ حواله به آن در برابر حواله دهنده استناد نموده می توانست. مدافعات جمع مدافعه است. مدافعه در لغت به معنی دفاع است.^{۸۸۹} استناد در لغت به معنی اتکا کردن و سند و مدرک نشان دادن است. در اصطلاح حقوقی استناد به معنی تکیه کردن به سند و مدرک و آن را پشتوانه عمل، گفته یا ادعا قرار دادن است.^{۸۹۰} به حیث مثال، اگر احمد با محمود عقد ببندد تا خانه محمود را در برابر گوسفندی که از محمود دریافت می نماید، رنگمالی نماید، اما سپس احمد با جمشید توافق نماید تا احمد به عوض رنگمالی خانه محمود، خانه جمشید را در برابر گوسفند رنگمالی نماید، جمشید مکلف است عوض رنگمالی را که گوسفند است به احمد پرداخت نماید. در این صورت، احمد می تواند به تمام دفاع های که در برابر محمود می توانست استناد نماید، در برابر جمشید استناد نماید.

۲- مدیون حواله داده شده می تواند به مدافعتی استناد نماید که از حق حواله استنباط شده می توانست. نص این ماده بسیار نظری است و ارایه مثال معین برای آن مشکل به نظر می رسد. طبق نص این ماده مدیون حواله داده شده باید کلیات و قواعد عمومی عقد حواله را مدنظر بگیرد و استنباط نماید که به کدام دفاع ها می تواند استناد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله حق و مورد حمایت قرار دادن مدیون است.

۱۱) طبق ماده ۱۷۶۷ ق. م: «هرگاه حق حواله شده در تصرف شخص حواله داده شده قبل از آنکه حواله در حصه غیر، نافذ گردد تحت حجز قرار داده شود، حواله نسبت به حجز کننده، حجز دیگر شمرده می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه حق حواله شده در تصرف شخص حواله داده شده قبل از آنکه حواله در حصه غیر، نافذ گردد تحت حجز قرار داده شود، حواله نسبت به حجز کننده حجز دیگر شمرده می شود. تعریف نافذ و حجز گذشت.

به حیث مثال، هرگاه احمد به محمود بگوید برو و ده عراده موتر من را از جمشید بگیر، اما قبل از این که محمود موتر ها از جمشید بگیرد، موتر ها توسط فاروق تحت حجز قرار بگیرد، این حجز در حق محمود حجز دیگر تلقی می گردد. عبارت «حجز دیگر در نص این ماده مبهم و زاید به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حجز در حواله حق است.

۱۲) طبق ماده ۱۷۶۸ ق. م: «هرگاه به مال تحت حجز بعد از اینکه حواله در حصه غیر، نافذ گردیده حجز دیگری واقع شود، دین بین حجز کننده متقدم و حواله گیرنده و حجز کننده متأخر مانند دائنین بین شان تقسیم می گردد. اما از حصه حجز کننده متأخر به اندازه ای که وجه حواله برای حواله گیرنده تکمیل نماید، اخذ می شود.» نص ماده ۱۷۶۸ ق. م مکمل ماده ۱۷۶۷ ق. م است. فهم و عملی کردن ماده ۱۷۶۷ ق. م مشکل است. فهم و ارایه مثال عملی برای ماده ۱۷۶۸ ق. م مشکل تر است. به نظر می رسد از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه به مال تحت حجز بعد از اینکه حواله در حصه غیر، نافذ گردیده حجز دیگری واقع شود، دین بین حجز کننده متقدم و حواله گیرنده و حجز کننده متأخر مانند دائنین بین شان تقسیم می گردد. تعریف نافذ و حجز در بالا گذشت. به حیث مثال، در مثال بالا پول ناشی از فروش موتر ها میان محمود، جمشید و فاروق تقسیم می شود.

889. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 6/15/2019).

890. Ibid, (Last visit: 3/1/2017).

۲- از حصه حجز کننده متأخر به اندازه ای که وجه حواله برای حواله گیرنده تکمیل نماید، اخذ می شود. نص این بند با بند اول ماده ۱۷۶۸ ق. م متعارض به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده از متن مادل ۱۷۶۸ ق. م حذف گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله حق است.

۱۰) طبق ماده ۱۷۶۹ ق. م: «هرگاه مدیون حواله را قبول ننموده و قبل از اعلان حواله دین را برای حواله دهنده تأدیه کند بری الذمه شناخته می شود و در صورتی که حواله گیرنده عالم بودن وی را هنگام تأدیه به حواله ثابت نماید، بری الذمه دانسته نمی شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه مدیون حواله را قبول ننموده و قبل از اعلان حواله دین را برای حواله دهنده تأدیه کند بری الذمه شناخته می شود. نص این ماده مجمل است زیرا روشن نیست که منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده حواله است یا حواله حق. با توجه به این که قانونگذار مدنی در نص این ماده از حواله سخن می گوید نه حواله حق به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر حواله است. همچنین، عبارت مدیون در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، حواله دهنده معمولاً مدیون است و حواله داده شده داین در حالی که طبق نص این ماده مدیون باید حواله را قبول نماید. با پذیرش این تفسیر، اگر فرض نماییم احمد ده لک افغانی بر محمود دین داشته باشد و محمود بخواهد دین احمد را به جمشید حواله دهد و احمد این حواله را قبول ننماید و محمود ده لک افغانی را به احمد پرداخت نماید، محمود در برابر احمد بری الذمه می گردد. تعریف بری الذمه در مبحث کفالت گذشت. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۲- عبارت «در صورتی که حواله گیرنده عالم بودن وی را هنگام تأدیه به حواله ثابت نماید، بری الذمه دانسته نمی شود» مبهم است و به نظر می رسد که معنی درست را افاده نمی نماید. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر حواله است.

مبحث سوم) رهن و مصادر مشروعیت آن

رهن که جمع آن رهون و رهان و رهن به ضم راء و ها است در لغت به معنی گرو، گرو کردن چیزی نزد کسی، گرو دادن، ثبوت، دوام، حبس و لزوم است، چنانچه عرب ها به آب راکد، «الماء الراهن» و به وضع ثابت «حالتة راهنة» می گویند.^{۸۹۱} شخصی که مال خود را به دیگری به رهن می دهد، راهن، شخصی که مال دیگری را به رهن می گیرد، مرتهن و شی و یا مالی که به رهن داده می شود، عین مرهونه یا مرهونه نامیده می شود. رهن در قوانین موضوعه از جمله مصر و افغانستان به دو نوع منقسم گردیده است که عبارت از رهن حیازی و رهن رسمی می باشد.^{۸۹۲} ولی، در شریعت اسلامی رهن صرف یک نوع می باشد که عبارت از رهن حیازی است:^{۸۹۳}

مشروعیت رهن بر اساس قرآن، سنت و اجماع ثابت است. خداوند ﷻ در رابطه به رهن می فرماید:

﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾ - [البقرة: ۲۸۳]

«و اگر در سفر بودید و نویسنده ای نیافتید وثیقه ای بگیرید؛ و اگر برخی از شما برخی دیگر را امین دانست، پس آن کس که امین شمرده شده، باید سپرده وی را بازپس دهد؛ و باید از خداوند ﷻ که پروردگار اوست، پروا کند. و شهادت را کتمان نکنید، و هر که آن را کتمان کند قلبش گناهکار است، و خداوند ﷻ به آنچه انجام می دهید داناست.»

ام المؤمنین حضرت عایشه رضی الله عنها روایت می کند که:

«ان رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً و رهنة درعاً من حديد.»^{۸۹۴}

«رسول الله ﷺ از یک یهودی طعام خرید و لباس ذره خود را به وی به رهن داد.»

۸۹۱. وهبة الزحيلي (____)، الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۲۰۷؛ ____ (۱۴۰۴ ق.)، الموسوعة الفقهية، جلد (۲۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۷۵؛ مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۱۰۴۰.

۸۹۲. عبدالفتاح عبدالله البرشومي (۱۴۲۴). احكام الرهن و الشفعة في الفقه الاسلامي، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۱۰۲.

۸۹۳. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومي، ص ۲۳.

۸۹۴. أخرجه البخاري من حديث عائشة.

در رابطه به مشروعیت رهن اجماع فقهاء نیز وجود دارد.^{۸۹۵}

گفتار اول (رهن حیازی (تأمینی)

اولین نوع رهن به موجب ق. م رهن حیازی است. جلد چهارم، فصل سوم، مواد ۱۷۷۰ الی ۱۸۰۱ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م و فقه و مجله الاحکام اقتباس نموده اند:

الف) تعریف

به موجب ماده ۱۷۷۰ ق. م: «رهن حیازی، عقدی است که به موجب آن رهن دهنده تعهد می نماید تا مال خود را به تصرف رهن گیرنده یا شخص امین دیگری به مقابل حق مالی قرار دهد که ادای تمامی یا قسمتی از آن بر حق داینین درجه اول یا داینینی که نسبت به داینین مذکور به مرتبه پایین تر قرار دارند، مقدم باشد.» حیازی اسم منسوب به حیازت است. حیازت چنانچه گفته شد در لغت به معنی به دست آوردن است. طبق نص این ماده رهن حیازی دارای خصوصیات ذیل است:

۱- رهن حیازی مانند سایر عقود عقد است که میان رهن دهنده و رهن گیرنده منعقد می گردد. به موجب این عقد رهن دهنده تعهد می نماید که تا مال خویش را به تصرف رهن گیرنده در مقابل حق مالی قرار دهد. به نظر می رسد منظور از حق مالی دین (قرض) است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد و موتر خویش را به تصرف محمود بدهد، این عقد، رهن حیازی است.

۲- در صورت عدم اعتبار رهن دهنده به رهن گیرنده رهن دهنده می تواند عین مرهونه را به تصرف شخص امین قرار دهد. منظور از شخص امین (امانتدار) شخص ثالث است. به حیث مثال، هرگاه عقد رهن میان «الف» و «ب» منعقد شود و «الف» بر «ب» اعتماد نداشته باشد، «الف» و «ب» می توانند عین مرهونه را نزد «ج» الی پرداخت دین توسط «الف» به «ب» بگذارند.

۳- محل رهن حیازی می تواند اموال عقار و منقول باشد زیرا قانونگذار در نص این ماده از مال سخن می گوید و عقار و منقول بودن آن را مقید نساخته است. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد می تواند موتر یا خانه خویش را به تصرف محمود بدهد.

۴- در صورت ناممکن گردیدن پرداخت دین توسط رهن و فروش مال مرهونه، مرتبه نسبت به داینین عادی رهن حق تقدم پیدا نماید. به نظر می رسد منظور از داینین درجه اول داینین دارای حق تقدم و منظور از داینین پایین رتبه داینین عادی اند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود خانه یا موتر احمد را به تصرف بگیرد و در عین حال احمد پنج لک افغانی مدیون قیوم و پنج لک افغانی مدیون جمشید باشد و در نهایت خانه یا موتر احمد به فروش رسد، محمود نسبت به جمشید و فاروق حق تقدم دارد. در این مثال، محمود داین دارای حق تقدم و جمشید و قیوم داینین عادی اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف رهن حیازی است.

حقوقدانان نیز در تعریف رهن می گویند: رهن عقدی است که به موجب آن مال مدیون و وثیقه «تضمین» دین قرار می گیرد.^{۸۹۶} رهن در شرع عبارت است از حبس شی در برابر حقی است که استیفای آن حق از آن شی ممکن باشد؛ یعنی رهن وثیقه قرار دادن عینی که دارای قیمت مالی است به دیگری به نحوی که بتواند از تمام و یا قسمتی از عین دین خویش را اخذ نماید. ماده ۷۰۱ مجله الاحکام در تعریف رهن می گوید: «رهن عبارت از حبس مال و توقیف آن است در مقابل حقی که استیفاء آن از این مال ممکن باشد و به آن مال مرهونه و رهن نیز گفته می شود.»

برخی فقهای دیگر به عبارت ساده تر: رهن را عبارت از عقدی می دانند که به موجب آن مالی وثیقه دین قرار می گیرد.^{۸۹۷} از تعاریف فوق به خوبی بر می آید که عقد رهن برای «تضمین دین» است نه بر ذمه شخص. فرقی که میان رهن و کفالت نیز

^{۸۹۵}. وهبة الزحیلی (____)، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۲۱۰؛ _____ (۱۴۰۴ ق.)، الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، ص ۱۷۶.

^{۸۹۶}. ناصر کاتوزیان (۱۳۹۶). حقوق مدنی، عقود معین (۴): عقود اذنی - وثیقه های دین، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۴۳۸۲.

^{۸۹۷}. عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۶.

وجود دارد در همین نقطه ممتاز می گردد. زیرا، در کفالت توثیق و اعتماد بر ذمه کفیل است نه به مالی که در قبض داین است.^{۸۹۸}

ب) ارکان و شروط ۱) ارکان

در مورد ارکان رهن مانند سایر عقود در فقه دو نظریه وجود دارد: به نظر فقهای غیر حنفیه (جمهور فقهاء) رهن دارای چهار رکن می باشد که عبارت اند از عاقدان (راهن و مرتهن)، مرهونه، مرهونه به و صیغه:^{۸۹۹}

۱) **عاقدان:** منظور از عاقدان راهن و مرتهن است: طبق ماده ۷۰۳ مجلة الاحکام: «راهن کسی است رهن را می دهد». طبق ماده ۷۰۲ مجلة الاحکام: «مرتهن گیرنده رهن می باشد».

۲) **صیغه:** منظور از صیغه ایجاب و قبول است.

۳) **مرهونه:** مرهونه عبارت از عینی است که منحیث وثیقه دین به مرتهن داده می شود.

۲) **مرهونه به:** مرهونه به، عبارت از دین است که مرهونه بخاطر آن به رهن داده می شود.

اما، به نظر فقهای حنفیه رکن رهن مانند سایر عقود عبارت از ایجاب و قبول راهن و مرتهن است.^{۹۰۰} اگر قواعد عمومی عقود را بر عقد رهن حیازی تطبیق نماییم به نظر می رسد ارکان رهن حیازی عبارت اند از راهن یا رهن دهنده و مرتهن یا رهن گیرنده، صیغه، محل که می تواند عقار یا منقول باشد، سبب که توثیق دین است و دین که به موجب آن رهن گیرنده مال رهن دهنده را در تضمین دین خویش می گیرد.

۲) شرایط ارکان

رهن حیازی دارای یکسلسله شروط می باشد که بعضی آن مربوط به صیغه، بعضی مربوط به عاقدان، بعضی مربوط عین مرهونه و بعضی مربوط به مرهونه به می شود:

اول) شروط صیغه

رکن اول رهن صیغه است و آن عبارت است از هر آنچه که از متعاقدان صادر گردد که دلالت بر قصد آنها مبنی بر انشاء عقد رهن نماید اعم از اینکه به لفظ، کتابت، اشاره و یا فعل باشد. پس، عقد رهن ممکن است به لفظ، کتابت، اشاره و تعاطی منعقد شود.^{۹۰۱} ایجاب در عقد رهن صدور کلام اول است از راهن مانند اینکه گوید: «این شی را به تو در مقابل دین خود به رهن دادم.» و قبول عبارت از صدور کلام دوم است از مرتهن مانند اینکه گوید: «قبول نمودم.».

به نظر احناف شرط است که صیغه نباید معلق به شرط و مضاف به زمان آینده باشد، زیرا عقد رهن از نقطه نظر اینکه وسیله برای اداء دین است شبیه عقد بیع می باشد. بنابراین، معلق به شرط و مضاف به زمان آینده نمودن آن جواز ندارد. پس، هرگاه راهن رهن را مشروط به شرط و یا مضاف به آینده نماید عقد رهن مانند عقد بیع فاسد می گردد. پس، زمانی که عقد رهن مشروط به شرط باطل و یا فاسد شود، عقد رهن صحیح و شرط آن باطل می باشد، زیرا رهن از جمله معاوضات مالی نمی باشد.^{۹۰۲}

دوم) شروط عاقدان

۸۹۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۶)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۴۲۰۷ و ۴۲۰۸؛ ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۷۵ و ۱۷۶؛ سيد سابق (۱۳۷۱)، فقه السنة، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴)، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۷۲؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۱۰۴۱؛ عبدالولي بصيرت (۱۳۸۷)، رهن از نظر مذهب حنفي و قانون مدني افغانستان، چاپ اول، كابل: انتشارات رياست نشرات اكادمي علوم افغانستان، صص ۱۵-۲۰.

۸۹۹. عبدالفتاح عبدالله البرشومي (۱۴۲۴)، احكام الرهن و الشفعة في الفقه الاسلامي، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۴۰.

۹۰۰. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۲۱۱؛ عبدالفتاح عبدالله البرشومي (۱۴۲۴)، احكام الرهن و الشفعة في الفقه الاسلامي، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۴۰؛ ____ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۷۷-۱۸۰.

۹۰۱. عبدالفتاح عبدالله البرشومي (۱۴۲۴)، احكام الرهن و الشفعة في الفقه الاسلامي، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۷۳.

۹۰۲. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۲۱۸.

فقهاء به اتفاق آراء به این عقیده اند که هر شخصی که دارای اهلیت انعقاد عقد بیع باشد، دارای اهلیت انعقاد عقد رهن نیز می باشد. به مفهوم ساده تر: هر شخصی که عقد بیع وی صحیح تلقی گردد، عقد رهن وی نیز صحیح تلقی می گردد، زیرا رهن مانند بیع تصرف مالی است. پس، شروطی که در عقد بیع باید رعایت گردد در عقد رهن نیز لازم الرعایت می باشد. پس، در عقد رهن شرط است که عاقدین عاقل باشند. بنابراین، رهن و ارتهان^{۹۰۳} مجنون، صبی غیر ممیز و غیر عاقل صحیح تلقی نمی گردد. اما، در عقد رهن بلوغ عاقدان شرط انعقاد رهن نمی باشد. بنابراین، رهن صبی مأذون به تجارت صحیح تلقی می گردد.^{۹۰۴} ماده ۷۰۸ مجله الاحکام در این باره اعلام می دارد که: «در عقد رهن شرط است که راهن و مرتهن عاقل باشند اما بالغ بودن آنها شرط نمی باشد».

همچنین، رهن صبی ممیز و سفیه صحیح تلقی می گردد. ولی، نفاذ آن منوط به اجازه ولی آنها می باشد. بنابراین، در صورتی که ولی و یا وصی آنها اجازه اعطاء نمایند، عقد صحیح درغیر آن عقد باطل تلقی می گردد. بر علاوه، ولی محجور علیه به سبب سفه و صغر در صورتی که وسیله دیگری برای انفاق پیدا نماید، می تواند مال صبی و سفیه را جهت تأمین مصارف لباس، طعام و تعلیم و تربیه آنها به رهن دهد و یا اینکه در رهن مال سفیه و صبی مصلحت مالی برای سفیه و صبی متصور باشد. پس، در چنین موارد، ولی می تواند مال صبی و سفیه را به رهن دهد و توسط پول آن عینی را که به سفیه و صبی فائده عاید نماید خریداری نماید. ولی باید ملتفت بود که هرگاه رهن به مصلحت ولی و وصی، صبی و سفیه باشد مانند اینکه ولی یا وصی مال صغیر و سفیه را در مقابل مبلغی که برای خود قرض گرفته است به رهن دهد، رهن مذکور باطل تلقی می گردد.^{۹۰۵}

سوم) شروط عین مرهونه

فقهاء به اتفاق آراء به این عقیده اند که عینی که بیع آن جایز است رهن آن نیز جایز است. زیرا، هدف از رهن استیفاء دین از ثمن عینی است که موضوع رهن قرار می گیرد و تحقق این امر در عینی قابل تحقق است که بیع آن جایز باشد.^{۹۰۶} ماده ۷۰۸ مجله الاحکام در این زمینه می گوید: «استیفاء دین از عیونی که محل بیع قرار گرفته نمی تواند مانند اموال وقفی، شراب و خنزیر ممکن نیست». به موجب فقه و ق. م مال مرهونه باید دارای شرایط آتی باشد:

۱) اینکه مال مرهونه موضوع بیع قرار گرفته بتواند: در عقد رهن شرط است که مال مرهونه موضوع عقد بیع قرار گرفته بتواند. بنابراین، رهن شراب، خنزیر و حیوان مرده صحیح تلقی نمی گردد و هرگاه شخصی اشیاء فوق را به رهن دهد، رهن مذکور باطل تلقی می گردد. زیرا، از یکطرف خرید و فروش اشیاء فوق حرام تلقی می گردد و از طرف دیگر اشیاء فوق مال متقوم پنداشته نمی شود. پس، محل رهن قرار گرفته نمی تواند.^{۹۰۷} ماده ۷۰۹ مجله الاحکام در این زمینه حکم می نماید که: «شرط است که مال مرهونه صالح برای بیع باشد. بنابراین لازم است که مال در وقت رهن موجود، متقوم و مقدور التسلیم باشد»؛

۲) اینکه مال مرهونه معلوم باشد: چنانکه در عقد بیع شرط است که مبیعه معلوم باشد، در عقد رهن نیز شرط است که مال مرهونه معلوم باشد.^{۹۰۸} علت معلوم بودن مال مرهونه این است که در صورت مجهولیت مرهونه، عقد رهن منتج به بروز منازعه می گردد. پس، رهن مالی که معلوم نباشد صحیح پنداشته نمی شود؛

۳) طبق ماده ۱۷۷۱ ق. م: «مال مرهونه در رهن حیازی باید موجود، دارای قیمت و مقدورالتسلیم و خالی از حقوق غیر باشد». طبق نص این ماده در عین مرهونه شرط است که دارای شرایط ذیل باشد:

۱- اینکه عینی که به رهن داده می شود شرعاً انتفاع از آن ممکن باشد؛ یعنی عین متقوم باشد: طبق این قاعده شرط است که مال مرهونه دارای قیمت باشد. به عبارت دیگر: شرط است که مال مرهونه متقوم باشد. به حیث مثال، به رهن دادن شراب، خنزیر، پرنده در هوا، ماهی در بطن دریا، معدن در زیر زمین، سرک های عمومی و نظیر اینها

۹۰۳. طبق ماده ۷۰۳ مجله الاحکام: «ارتهان عبارت از اخذ رهن می باشد».

۹۰۴. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۲۱۲ - ۴۲۱۳؛ و عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴).

احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۴۰.

۹۰۵. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، صص ۴۰ - ۴۱.

۹۰۶. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، ص ۴۲.

۹۰۷. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، ص ۴۲.

۹۰۸. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۲۳۳.

صحیح نیست. زیرا، این اموال متقوم نیستند. در فقه در عقد رهن شرط است که عینی که به رهن داده می شود شرعاً از آن انتفاع گرفته شود. پس، رهن آنچه که شرعاً انتفاع از آن ممنوع باشد مانند رهن آلات لهو و لعب صحیح تلقی نمی گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط مال مرهونه است.

۲- اینکه مال مرهونه مقدور التسليم باشد: در عقد رهن شرط است عینی که به رهن داده می شود مقدور التسليم باشد. بنابراین، رهن ماهی در آب، پرنده در هوا و حیوان وحشی در صحرا صحیح تلقی نمی گردد.^{۹۰۹} مقدور التسليم مالی است که بایع بتواند آن را به مشتری تسلیم نماید.

۳- خالی از حق غیر بودن مال مرهونه: در عین مرهونه شرط است که مرهونه خالی از حق غیر باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد، احمد نمی تواند خانه یا موتر جمشید را به رهن به محمود بدهد زیرا نسبت به مال مرهونه حق غیر که عبارت از جمشید است تعلق دارد و تصرف در ملک غیر باطل است مگر به اجازه صاحب حق.

۴- شرط است که مال مرهونه موجود باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد نمی تواند چوپه های اسب، میوه درخت، آپارتمانی که هنوز ساخته نشده است را به محمود به رهن بدهد. زیرا، این اموال هنوز موجود نیستند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت عین مرهونه است.

(۳) طبق ماده ۱۷۷۳ ق. م: «(۱) برای صحت و لزوم رهن شرط است که مال مرهونه را رهن گیرنده به صورت تام قبض نماید. رهن دهنده می تواند قبل از تسلیم رهن برای مرتهن از آن رجوع کرده و در آن تصرف نماید؛ (۲) رهن دهنده می تواند از تسلیمی رهن برای رهن گیرنده در آن رجوع کرده و در عین مرهون تصرفات نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- برای صحت و لزوم رهن شرط است که مال مرهونه را رهن گیرنده به صورت تام قبض نماید. تعریف شرایط صحت و لزوم عقد در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت. تام در لغت به معنی کامل است. قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است. در اصطلاح فقهی و حقوقی به اخذ و در اختیار گرفتن موضوع متعلق به طرف معامله از سوی شخص متصرف به نحوی که امکان تصرف برای وی فراهم آید، قبض گویند.^{۹۱۰} به حیث مثال، اگر حمیده بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و موتر یا خانه خویش را به رهن به محمود بدهد، برای صحیح و لازم شدن این عقد شرط است که محمود به طور کامل موتر یا خانه را اخذ نماید.

۲- رهن دهنده می تواند قبل از تسلیم رهن برای مرتهن از آن رجوع کرده و در آن تصرف نماید. رجوع از ریشه «رجع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازگشت، عودت و بازگشتن است.^{۹۱۱} به حیث مثال، اگر حمیده بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و بخواهد موتر یا خانه خویش را به رهن به محمود بدهد، می تواند قبل از تسلیم نمودن خانه یا موتر از رهن رجوع نماید و در خانه و موتر تصرف نماید، به حیث مثال، موتر را به جمشید به فروش رساند و خانه را به مرضیه به اجاره بدهد.

۳- رهن دهنده می تواند از تسلیمی رهن برای رهن گیرنده در آن رجوع کرده و در عین مرهون تصرفات نماید. نص این ماده شبیه نص بند ۲ فقره ۱ ماده ۱۷۷۳ ق. م است که تکراری و به دلیل تکرار محل ایراد به نظر می رسد. قابل توصیه است نص این ماده از متن ق. م حذف گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت و لزوم عقد رهن است. در فقه به اتفاق آرای فقهاء قبض عقار به تسلیم فعلی و تخلیه ای که موانع را از فرا راه مرتهن رفع نماید متحقق می شود که در این صورت رهن تسلیم کننده و مرتهن قابض تلقی می گردد. فقهاء به این عقیده اند که در قبض منقول به تخلیه آن اکتفا صورت می گیرد که در صورت فوق رهن تسلیم کننده و مرتهن قابض پنداشته می شود.^{۹۱۲}

به صورت عموم فقهاء در رابطه به اینکه قبض شرط رهن تلقی می گردد اتفاق نظر دارند. ولی، در رابطه به اینکه آیا قبض شرط لزوم و یا شرط تمام عقد رهن تلقی می گردد اختلاف نظر دارند: آن عده از فقهاء که ادعا می نمایند که قبض شرط لزوم عقد رهن پنداشته می شود به این عقیده اند که تا وقتی که قبض صورت نگیرد رهن به عقد رهن ملزم نمی گردد. پس، می

۹۰۹. عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۴۳.

۹۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۰۲.

۹۱۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۱۰۱۷ و ۱۰۱۸.

۹۱۲. عبدالفتاح عبدالله البرشومی، احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامی، ص ۴۴؛ و وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، ص ۴۲۳۸.

تواند از عقد رهن رجوع نماید. ولی، آن عده از فقهاء که ادعا می نمایند که قبض شرط تمام عقد رهن پنداشته می شود به این عقیده اند که عقد رهن در صورت قبض لازم می گردد و رهن نمی تواند به اقباض مال مرهونه اجبار گردد مگر اینکه مرتهن مطالبه مال مرهونه را به تأخیر بی اندازد.^{۹۱۳} ماده ۷۰۶ مجلة الاحکام با پیروی از رأی دوم در این باره اشعار می دارد که: «رهن به ایجاب و قبول رهن و مرتهن منعقد می شود. اما اگر قبض صورت نگیرد عقد تام و لازم نمی گردد و رهن می تواند از رهن قبل از تسلیم رجوع نماید.»

چهارم) شرایط مرهونه به (دین / موضوع)

طبق ماده ۱۷۷۲ ق. م: «(۱) موضوع رهن باید دین ثابت به ذمه مدیون بوده یا عینی از اعیان قابل تضمین باشد. رهن به امانات صحت ندارد. (۲) مال مرهونه در رهن حیازی، منقول و غیر منقول شده می تواند. (۳) هرگاه مال مرهونه در رهن حیازی پول نقد باشد، رهن گیرنده نمی تواند از آن استفاده نماید مگر اینکه این استفاده به غرض حصول دین بعد از اخطار رهن دهنده در موعد تأدیه دین صورت گرفته باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) چنانچه بحث آن در گفتار ارکان رهن گذشت، موضوع رهن یکی از ارکان رهن است. موضوع رهن دین است. اما، برای این که مدیون تضمین نماید که دین را به داین پرداخت می نماید مال خویش را به داین به رهن می دهد. به این ترتیب، رهن دارای دو موضوع می گردد. دین و مال.

(۲) موضوع رهن باید دین ثابت به ذمه مدیون باشد. تعریف ذمه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی پول نقد از محمود قرض بگیرد، ده لک افغانی محمود بر ذمه احمد ثابت می گردد. اگر احمد موثر خویش را به رهن جهت تضمین این دین بدهد، دین موضوع رهن قرار می گیرد. به موجب فقه نیز مرهونه به، ممکن است دین باشد.^{۹۱۴} بنابراین، امور اخلاقی و عاطفی نمی تواند مرهونه به قرار گیرد، زیرا امور اخلاقی و عاطفی با پول قابل معاوضه نیست.^{۹۱۵} همچنین، حقوق غیر مالی مانند حق ولایت، حق زوجیت، حق حضانت و غیره نیز نمی توانند مرهونه به، قرار بگیرد. زیرا، حقوق فوق مالیت ندارد. بنابراین، رهن گرفتن صرف در برابر دین صحیح تلقی می گردد اعم از اینکه سبب دین قرض، بیع، اتلاف و یا غصب باشد، زیرا همه انواع دیون واجب الوفاء می باشند.^{۹۱۶}

همچنین، دین باید بر ذمه مدیون ثابت باشد و آن دینی است که سبب آن ایجاد شده باشد مانند: ثمن مبیعه، اجاره و غیره. اما دینی که سبب آن ایجاد نشده باشد مانند دینی که بعداً بر قرض گرفته می شود یا ثمن مالی که بعداً خریداری می گردد، نمی توان رهن در مقابل آن قرار داد، زیرا رهن در مقابل دین ثابت است و در فرض بالا دین در زمان انعقاد عقد رهن نمی باشد.^{۹۱۷}

(۲) **عین مضمونه بودن مرهونه به:** موضوع رهن باید عینی از اعیان قابل تضمین باشد. طبق این قاعده، مالی که بخاطر آن می توان رهن داد باید از جمله اموال قابل ضمان باشد. بنابراین، مزید بر دین اموال مضمونه نیز می تواند در عقد رهن مرهونه به قرار گیرد. اعیان جمع عین است. اعیان مضمونه اعیانی است که در صورت اتلاف، تلف کننده مکلف به پرداخت ضمان مثل یا قیمت آن می باشد. به نظر احناف رهن دادن بخاطر مال مغضوبی که در ید غاصب باشد و یا مبیعه که در ید مشتری باشد صحیح می باشد.^{۹۱۸} به حیث مثال، اگر موثر احمد نزد محمود باشد، احمد می تواند بخاطر تضمین این موثر خانه محمود را به رهن بگیرد.

۹۱۳. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۲۳۸.
۹۱۴. عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۷۲؛ وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۴۲۲۲ - ۴۲۳۰؛ ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود معین (۴): عقود اذنی - وثیقه های دین، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، صص ۵۶۱ - ۵۶۴؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۲)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۴۳۴ - ۴۳۷.
۹۱۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۹۶). حقوق مدنی، عقود معین (۴): عقود اذنی - وثیقه های دین، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۵۶۴.

۹۱۶. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۲۳۳.
۹۱۷. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۲)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴۵۳؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۹۶). حقوق مدنی، عقود معین (۴): عقود اذنی - وثیقه های دین، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۵۶۸.
۹۱۸. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۲۲۵؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۹۶). حقوق مدنی، عقود معین (۴): عقود اذنی - وثیقه های دین، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۵۶۵؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۲)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴۳۵.

۳) رهن به امانات صحت ندارد. امانات جمع امانت است. تعریف امانت در مبحث امانت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به امانت بدهد، نمی تواند در برابر آن خانه احمد را به رهن بگیرد. زیرا، گرفتن رهن در برابر امانت ها صحت ندارد. در فقه به اتفاق آرای فقهاء رهن دادن بخاطر اموال غیر مضمونه مانند مال ودیعه، مستعاره، مأجوره، مشترکه، مال مضاربه و غیره صحیح نمی باشد.^{۹۱۹} زیرا، هیچ دینی از این رهگذر بر ذمه امین قرار نمی گیرد.^{۹۲۰} ماده ۷۱۰ مجلة الاحکام در این زمینه حکم می نماید که: «شرط است که مال در مقابل رهن مضمون باشد. بنابراین اخذ رهن به سبب مال مغضوب جایز است و اخذ رهن به منظور مال امانت جایز نیست».

۴) مال مرهونه در رهن حیازی، منقول و غیر منقول شده می تواند. منقول اسم مفعول از ریشه نقل گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال داده شده و قابل انتقال است.^{۹۲۱} طبق ماده ۱۲۸ مجلة الاحکام: «منقول شی است که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن باشد برابر است که صورت و هیئت ظاهری آن تغییر کند یا خیر که شامل عروض، حیوانات، مکیلات و موزونات می گردد». به هر چیزی که از اصل و اساس ثابت برخوردار باشد، عقار می گویند، مانند: زمین و خانه که جمع آن عقارات است.^{۹۲۲} طبق ماده ۱۲۹ مجلة الاحکام: «عقار آن است که نقل آن از یک محل به محل دیگر اصلاً ممکن نباشد مانند خانه و اراضی». به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد می تواند موتر و خانه خویش را به احمد به رهن بدهد. موتر در این مثال مصداق منقول و خانه مصداق عقار است.

۵) هرگاه مال مرهونه در رهن حیازی پول نقد باشد، رهن گیرنده نمی تواند از آن استفاده نماید مگر اینکه این استفاده به غرض حصول دین بعد از اخطار رهن دهنده در موعد تأدیه دین صورت گرفته باشد. طبق نص این ماده پول نقد در رهن حیازی می تواند مال مرهونه باشد. در این صورت رهن گیرنده نمی تواند از آن استفاده نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که استفاده به منظور حاصل کردن دین باشد آن هم بعد از اخطاری که رهن گیرنده به رهن دهنده می دهد و موعد تأدیه دین فرا رسیده باشد.

به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد بیست لک افغانی خویش را به نزد محمود به رهن گذرد محمود نمی تواند از آن استفاده نماید مگر این که محمود احمد را اخطار دهد و موعد تأدیه دین فرا رسیده باشد. نص این ماده محل ایراد است زیرا در صورتی که رهن دهنده پول نقد داشته باشد و آن را به رهن گیرنده بدهد اصلاً عقد رهن به وجود نمی آید زیرا رهن دهنده دین را می پردازد. رهن اعم از رسمی و حیازی زمانی موضوعیت پیدا می نماید که مدیون پول نقد نداشته باشد. قابل توصیه است نص این ماده از متن ق. م حذف گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط موضوع عقد رهن است.

۶) طبق ماده ۱۷۹۳ ق. م: «بر رهن حیازی، احکام قانون متعلق به مسؤولیت رهن دهنده غیر مدیون و احکام متعلق به شرط گذاشتن تملک حین عدم ایفا و شرط بیع، بدون اجراءات تطبیق می گردد». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- بر رهن حیازی، احکام قانون متعلق به مسؤولیت رهن دهنده غیر مدیون تطبیق می گردد. عبارت رهن دهنده غیر مدیون در نص این ماده مبهم است. همچنین، نص این ماده با اساسات رهن در تعارض به نظر می رسد زیرا رهن عقد تبعی و تابع دین است. در صورت عدم وجود دین، رهن اصلاً به وجود نمی آید. همچنین، در خصوص رهن دهنده غیرمدیون در نه ق. م در کدام قانون خاص حکم وجود دارد. نص این ماده در ق. م زاید به نظر می رسد و قابل توصیه است از متن ق. م حذف گردد.

۹۱۹. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۶، ص ۴۲۵.

۹۲۰. ناصر کانونیان (۱۳۹۶)، حقوق مدنی، عقود معین (۴): عقود اذنی - وثیقه های دین، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۵۶۵.

۹۲۱. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق.)، المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۴۶.
۹۲۲. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱-۱۶؛ وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۸۲؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر صص ۱۴۹-۱۴۷؛ (____) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۳۷؛ و علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق.)، المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۴۶.

۲- بر رهن حیازی، احکام قانون متعلق به شرط گذاشتن تملک حین عدم ایفا و شرط بیع تطبیق می گردد. نص این ماده مبهم است زیرا معلوم نیست احکام شرط گذاشتن حین ایفاء و شرط بیع بدون اجراءات چیست. در ق. م و سایر قوانین به نظر می رسد که در این خصوص حکم وجود ندارد. نص این ماده زاید به نظر می رسد و قابل توصیه است از متن ق. م حذف گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ارجاع رهن حیازی به احکام متعلق به رهن دهنده غیرمدیون، احکام متعلق به شرط گذاشتن تملک حین ایفاء و شرط گذاشتن بیع بدون اجراءات که همه مبهم و غیرمنصوص به نظر می رسند است.

ج) آثار عقد رهن (حیازی)

با اینکه عقد رهن بین داین مرتهن و مدیون رهن منعقد می شود و باید آثار آن نیز محدود به دو طرف باشد، اما چون برای داین نسبت به عین مرهونه ایجاد حق عینی می کند، این آثار محدود به رابطه رهن نمی شود، بلکه عقد رهن باعث می شود تا مرتهن نسبت به مال مرهونه حق تعقیب پیدا کند و در برابر اشخاص ثالث نیز به این حق استناد جوید و احترام به آن را از همگان بخواهد. همچنین، عقد رهن برای مرتهن در برابر سایر داینین مدیون «حق تقدم» به وجود می آورد به این معنی که مرتهن، در استیفاء طلب خود از مورد رهن، بر دیگر داینین رجحان پیدا می کند: ۹۲۳

۱) آثار رهن در روابط رهن و مرتهن

در صورتی که عقد رهن به صورت صحیح منعقد شود یک سلسله آثار خاص ایجاد می نماید که بعضی آن مربوط به رهن و بعضی مربوط به مرتهن می شود:

اول) آثار رهن نسبت به رهن

عقد رهن نسبت به رهن مؤجد تعهدات آتی می شود:

۱) پرداخت مصرف نگهداری، عیوب و نفاذ عین مرهونه: طبق ماده ۱۷۷۵ ق. م: «رهن دهنده از سلامتی و نفاذ رهن ضامن دانسته می شود و داین می تواند به مصارف رهن دهنده به اتخاذ وسایلی متوسل شود که برای حفاظت شی مرهونه لازم است.» از نص این ماده سه حکم قابل استخراج است:

نخست این که رهن دهنده از سلامتی یعنی عدم معیوب بودن عین مرهونه در برابر رهن گیرنده ضامن است. تعریف ضامن گذشت. به نظر می رسد در چنین حالتی رهن گیرنده می تواند عین مرهونه معیوب را به رهن دهنده رد نماید و مطالبه دریافت عین مرهونه سالم را نماید.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و اسپان مریض را به محمود به رهن بدهد، در برابر محمود ضامن است. عبارت از سلامتی و نفاذ رهن در نص این ماده مبهم و محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده از رهن عین مرهونه است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

دوم این رهن دهنده مسؤول نفاذ رهن است. نفاذ در لغت به معنی روان شدن و جاری شدن است. در اصطلاح حقوقی به ترتیب اثر بر تصرف مانند انتقال ملکیت انتفاع از عین مستأجره نفاذ گویند. ۹۲۴ عبارت نفاذ رهن در این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور از نفاذ رهن در این ماده این است که رهن دهنده نباید مالی را به رهن گیرنده به عنوان رهن بدهد که ملکیت غیر باشد. زیرا، اگر رهن دهنده مالی را به رهن گیرنده بدهد که متعلق به خودش نیست عقد رهن نافذ نیست. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و اسپان حمیده را به محمود به رهن بدهد، این عقد نافذ نیست.

سوم این که داین می تواند به مصارف رهن دهنده به اتخاذ وسایلی متوسل شود که برای حفاظت شی مرهونه لازم است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و اسپان خویش را به محمود به رهن بدهد، محمود می تواند به مصارف احمد اقداماتی را روی دست بگیرد که برای حفاظت اسپان ضروری است، مانند تهیه طویله خانه، تهیه آب، علف و

۹۲۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴)، حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره و قرض، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۵۷۲.
۹۲۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۰۶۷.

نظیر اینها. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی آثار رهن نسبت به رهن دهنده است. در خصوص مصارف عین مرهونه، فقهاء به اتفاق آرای بر این نظر اند که مصارف نگهداری مال مرهونه به عهده رهن می باشد.^{۹۲۵}

۲) **تصرف رهن در مال مرهونه:** تصرف رهن در شی مرهونه ممکن است قبل از قبض و یا بعد از آن صورت بگیرد. بنابراین، اولاً تصرف رهن در مال مرهونه را قبل از قبض و ثانیاً تصرف رهن در مال مرهونه را بعد از قبض ذیلاً مورد بررسی قرار می دهیم:

۱- **تصرف رهن قبل از قبض:** فقهای حنفی به این عقیده اند که تصرف رهن در مال مرهونه قبل از قبض نافذ پنداشته می شود. زیرا، از یکطرف حق مرتهن قبل از قبض به آن تعلق نمی گیرد^{۹۲۶} و از طرف دیگر عقد رهن لازم نمی باشد.

۲- **تصرف رهن بعد از تسلیم:** تصرف رهن در مال مرهونه بعد از تسلیم ممکن است به اجازه مرتهن و یا بدون اجازه وی صورت گیرد:

- **تصرف رهن بدون اذن مرتهن:** به اتفاق آرای فقهاء در صورتی که رهن در شی مرهونه بدون اذن مرتهن تصرف نماید، تصرف وی صحیح و نافذ می باشد. ولی، عقد رهن به سبب دخیل بودن حق مرتهن که با اعطاء اذن از آن منصرف گردیده باطل می گردد.

- **تصرف رهن در مال مرهونه به اذن مرتهن:** در رابطه به تصرف رهن در شی مرهونه به اذن مرتهن امام ابی یوسف/به این عقیده است که تصرف رهن بدون اذن مرتهن صحیح تلقی می گردد. بقیه فقهای حنفی به این عقیده اند که تصرف رهن در شی مرهونه از طریق فروش، هبه و غیره بدون اذن مرتهن منوط به اجازه مرتهن است. پس، در صورتی که مرتهن اجازه اعطاء نماید، رهن نافذ و در صورت عدم اجازه عقد منفسخ می گردد که این رأی، رأی راجح است.^{۹۲۷}

۵) **نماتات و حاصلات عین مرهونه:** به عقیده فقهاء حاصلات و نماتات عین مرهونه نیز شامل مال مرهونه می گردد.^{۹۲۸} ماده ۷۱۱ مجلة الاحکام در این باره می گوید: «[...] مشتملات داخله رهن بدون ذکر در رهن داخل می شود، اگر کسی ساحه ای را به رهن دهد، اشجار و چیزهای غرس شده آن نیز در رهن مذکور داخل می گردد گرچه به صراحت در رهن ذکر نشده باشد».

همچنین ماده ۷۱۵ مجلة الاحکام در این زمینه می گوید: «زیادتی که از مال مرهونه به دست می آید، با اصل رهن، مرهونه می گردد». به نظر فقهای حنفی هر آنچه از مال مرهونه متولد می گردد اعم از اینکه متصل باشد مانند شیر و پشم و یا منفصل مانند چوپه حیوان جزو مال مرهونه تلقی می گردد، زیرا فرع تابع اصل می باشد.^{۹۲۹} پس، به اتفاق آرای فقهاء نماتات و حاصلات مال مرهونه ملک رهن پنداشته می شود.^{۹۳۰}

۶) **به استحقاق برده شدن عین مرهونه:** طبق ماده ۱۷۷۶ ق. م: «هرگاه مال مرهونه در تصرف رهن گیرنده بوده و قسمتی از آن به استحقاق برده شود، در صورتی که مقدار استحقاق برده شده مشاع باشد رهن در متباقی باطل و در صورتی که معین باشد، در متباقی رهن به حال خود باقی مانده و تمام دین حبس می گردد». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه مال مرهونه در تصرف رهن گیرنده بوده و قسمتی از آن به استحقاق برده شود، در صورتی که مقدار استحقاق برده شده مشاع باشد رهن در متباقی باطل می گردد. تعریف استحقاق گذشت. مشاع اسم مفعول از ریشه «شع» گرفته شده است که در لغت به معنی مشترک و منتشر میان دو کس است. در اصطلاح حقوقی به سهم بخش ناشده و یا حصه منتشره در هر جزء از یک چیز و یا سهم مقدر غیر معین افزاز ناشده، مشاع گویند.^{۹۳۱} به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و سی جریب زمین مشترک را به رهن به محمود بدهد و سپس حمیده در خصوص زمین اقامه دعوی نماید و با

۹۲۵. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۲۸۲.

۹۲۶. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۶)، ص ۴۲۹۶.

۹۲۷. عبدالفتاح عبدالله البرشومي (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، صص ۷۶-۸۰.

۹۲۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۲۱.

۹۲۹. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۶)، ص ۴۳۲۱.

۹۳۰. عبدالفتاح عبدالله البرشومي (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۹۴.

۹۳۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۶۹.

ارائه وسایل اثبات ثابت نماید که زمین متعلق به او است و محکمه حکم نماید که احمد بیست و پنج جریب زمین را تسلیم حمیده نماید، رهن به دلیل تعلق حق غیر در عین مرهونه باطل می گردد زیرا در این صورت محمود و احمد مکلف اند زمین را تسلیم حمیده نمایند و هدف و فلسفه رهن که تضمین دین است متحقق نمی گردد.

۲- هرگاه مال مرهونه در تصرف رهن گیرنده بوده و قسمتی از آن به استحقاق برده شود، در صورتی که معین باشد، در متباقی رهن به حال خود باقی مانده و تمام دین حبس می گردد. نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که در صورتی که عین مرهونه معین باشد مانند خانه، موتر و زمین و عین مرهونه توسط شخص ثالث به استحقاق برده شود، رهن باطل می گردد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که نص این ماده در مورد به استحقاق برده شدن عین مرهونه که تفصیل آن در مبحث عقد بیع گذشت، میان دو حالت تفکیک قابل شده است: نخست در صورتی که عین مرهونه مشترک باشد و قسمتی از آن به استحقاق برده شود، رهن در قسمت متباقی باطل می گردد زیرا چنین عقدی به اعتبار موضوع عقد تجزیه را نمی پذیرد. دوم در صورتی که عین مرهونه معین باشد نص ماده ۱۷۷۶ مبهم به نظر می رسد، زیرا نص ماده ۱۷۷۶ تصریح می نماید که «...» در صورتی که معین باشد، در متباقی رهن به حال خود باقی مانده و تمام دین حبس می گردد. به نظر می رسد در صورت معین بوده عین مرهونه و به استحقاق برده شدن عین مرهونه عقد رهن به سبب انتفای محل عقد باطل می گردد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر استحقاق عین مرهونه است.

۷) از بین رفتن و یا نقصان عین مرهونه: طبق ماده ۱۷۷۸ ق. م: «(۱) هرگاه شی مرهونه از بین رفته یا ناقص گردد و این از بین رفتن و یا نقصان به علت خطای رهن دهنده یا قوه مجبره باشد، رهن دهنده از آن ضامن شناخته می شود. (۲) بر رهن حیازی، احکام متعلق به از بین رفتن شی مرهونه، در رهن رسمی یا نقصان آن در مورد انتقال حق داین از شی مرهون با آنچه در حقوقی که قایم مقام آن می گردد، تطبیق می شود.» در نص این ماده دو قاعده وجود دارد:

۱- طبق این قاعده در صورتی که عین مرهونه از بین برود و یا ناقص گردد چه از بین رفتن و یا نقصان در اثر خطای رهن دهنده باشد و یا قوه مجبره رهن دهنده در برابر رهن گیرنده مسؤول است. در این صورت، به نظر می رسد رهن دهنده مال دیگری به رهن گیرنده به عنوان رهن باید بدهد. تعریف ضامن در بالا گذشت. قوه مجبره همان قوه قاهره یا فورس مازور فرانسوی است. فورس مازور به معنی عام عبارت است از هر حادثه خارجی (خارج از حیطه قدرت متعهد).^{۹۳۲}

نمونه های زیر مصادیق قوه قاهره اند: زلزله، طوفان، بیماری و حوادثی از این قبیل به شرط آنکه شرط عدم امکان پیش بینی و شرط عدم امکان دفع، فراهم باشند.^{۹۳۳} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و اسپان خویش را به محمود در برابر دین به رهن بدهد و مصارف آب و علف و جای اسپان را ندهد یا اسپان در اثر بیماری از بین بروند، احمد در برابر محمود مسؤول است. به عقیده فقهای حنفی در صورتی که مال مرهونه توسط راهن تلف گردد، راهن مکلف به پرداخت ضمان آن مطابق روز استهلاك و یا اتلاف می باشد.^{۹۳۴} پس، در صورتی که از پرداخت ضمان آن امتناع ورزد، مرتبه می تواند خصم وی واقع گردیده و پرداخت ضمان را از وی مطالبه نماید، زیرا وی حق حبس مال مرهونه را حایز می باشد و به موجب آن می تواند راهن را ضامن قرار دهد. همچنین در صورتی که مال مرهونه توسط شخص ثالث از بین برود، شخص ثالث مانند راهن مکلف به پرداخت ضمان آن مطابق نرخ روز تعدی می باشد.^{۹۳۵}

۲- بر رهن حیازی، احکام متعلق به از بین رفتن شی مرهونه، در رهن رسمی یا نقصان آن در مورد انتقال حق داین از شی مرهون با آنچه در حقوقی که قایم مقام آن می گردد، تطبیق می شود. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به احکام از بین رفتن مرهونه در رهن رسمی است. بنابراین، احکام رهن رسمی بر رهن حیازی تطبیق می شود. ارجاع احکام از بین رفتن عین مرهونه در رهن حیازی به رهن رسمی محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، قانونگذار مدنی از یکطرف این حکم را در فقره ۱ نص ماده ۱۷۷۸ ق. م تنظیم نموده است و از طرف دیگر احکام از بین رفتن عین مرهونه را به رهن رسمی ارجاع داده است.

۹۳۲. (آخرین بازدید ۲/۱۴/۲۰۱۶) <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=348>

۹۳۳. عبدالرزاق احمد السنهوی (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱۴-۱۱۶.

۹۳۴. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۹۰.

۹۳۵. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۶)، ص ۴۳۰۷.

قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر از بین رفتن و نقصان عین مرهونه است.

۸) **انتفاع رهن از مورد رهن:** تعطیل حصول منفعت اعیان در شریعت جواز ندارد. زیرا، این عمل در شریعت ضیاع مال تلقی می گردد.^{۹۳۶} حصول منفعت از مال مرهونه ممکن است به اجازه مرتهن و یا بدون اجازه وی صورت گیرد:

۱- **انتفاع رهن از مال مرهونه بدون اذن مرتهن:** به اتفاق آراء، فقهاء به این عقیده اند که رهن می تواند از مال مرهونه انتفاع بگیرد. ولی، شرط است انتفاع مذکور به استیذان مرتهن بوده و باعث تضییع مرتهن گردد.^{۹۳۷}

۲- **انتفاع رهن از مال مرهونه بدون اجازه مرتهن:** در رابطه به انتفاع رهن از مال مرهونه بدون اذن مرتهن آراء متعدد توسط فقهاء ارایه شده است، ولی رأی راجح در این باره این است که رهن می تواند از مال مرهونه انتفاع گیرد. به طور مثال، در خانه مرهونه سکونت نماید و یا از رکوب حیوان مرهونه انتفاع گیرد مشروط بر اینکه انتفاع فوق باعث تضییع مرتهن نگردد که همین رأی میان فقهاء راجح می باشد.

۹) **باقی حق مالکیت عین و منفعت به رهن:** عقد رهن از اختیار مالک در تصرف در مورد رهن می کاهد. ولی، حق مالکیت وی را از بین نمی برد و رهن مالک عین مرهونه پنداشته می شود و به تبع این حق، مورد رهن ملک وی تلقی می گردد. مرتهن حق استعمال یا انتفاع از مال را پیدا نمی کند و می توان حق او را به «حق نگهداری» و «حق استیفاء طلب دین» تعبیر کرد که حق نخست نیز مقدمه حق دوم است. بنابراین، هیچ شاخه ای از مالکیت مال مرهونه به مرتهن منتقل نمی شود.^{۹۳۸}

۱۰) طبق ماده ۱۷۷۴ ق. م: «رهن دهنده و رهن گیرنده می توانند در عقد و یا بعد از آن به موافقت یکدیگر گذاشتن رهن را نزد شخص امین شرط گذارند. در این صورت، با رضایت شخص امین تصرف او مانند تصرف رهن گیرنده تلقی شده و رهن با قبض وی تمام می شود و رهن دهنده به آن ملزم می باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- رهن دهنده و رهن گیرنده می توانند در عقد و یا بعد از آن به موافقت یکدیگر گذاشتن رهن را نزد شخص امین شرط گذارند. امین از ریشه «امن» گرفته شده است که در لغت به معنی امانتدار و کسی است که به او اطمینان کنند. در اصطلاح حقوق مدنی، امین شخصی است که چیزی را نزد او امانت گذارند.^{۹۳۹} به حیث مثال، اگر احمد بخواهد در برابر ده لک افغانی دین محمود موثر خویش را به محمود به رهن بدهد و بر محمود اعتماد نداشته باشد، قبل یا بعد از انعقاد عقد احمد و محمود می توانند توافق نمایند تا موثر را نزد جمشید بگذارند.

۲- در این صورت، با رضایت شخص امین تصرف او مانند تصرف رهن گیرنده تلقی شده و رهن با قبض وی تمام می شود و رهن دهنده به آن ملزم می باشد. به حیث مثال، در مثال بالا تصرف جمشید مانند تصرف محمود است و با گرفتن موثر توسط جمشید رهن تمام می شود و احمد ملزم و متعهد به پیروی از این عقد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز گذاشتن مال مرهونه نزد شخص سوم که امین است می باشد.

در نتیجه، طبق ق. م نیز رهن دهنده و رهن گیرنده می توانند حین انعقاد عقد و یا بعد از آن توافق نمایند که عین مرهونه را نزد شخص امین که در فقه عدل نامیده می شود بگذارند. در فقه لزومی ندارد که قبض مال مرهونه به وسیله شخص مرتهن انجام پذیرد. همانگونه که تمام عقود وکالتاً ممکن است صورت پذیرد. جزئی از آن نیز قابل توکیل است. پس، مرتهن می تواند دیگری را نماینده تعیین نماید تا مورد رهن را قبض نماید و رهن نیز حق دارد که به وسیله وکیل خود آن را تسلیم کند.^{۹۴۰} بنابراین، طرفین عقد رهن می توانند تراضی کنند که مال مرهونه را به شخص ثالث داده یا شخص ثالث مورد رهن را قبض و نگهداری نماید.^{۹۴۱} ماده ۷۵۳ مجله الاحکام در این زمینه اعلام می دارد که: «اگر مرتهن قبض رهن را حین عقد شرط نماید.

۹۳۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۷۸۶.

۹۳۷. عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۸۵.

۹۳۸. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره و قرض، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۵۷۶.

۹۳۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۶۳.

۹۴۰. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره و قرض، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۵۱۲.

۹۴۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۷۴.

پس، رهن و مرتهن رهن را به اتفاق هم در ید عدل بگذارند جواز دارد». عدل شخصی است که رهن و مرتهن از روی تراضی مال مرهونه را به وی جهت حفظ و نگهداری می سپارند. عدل نائب رهن و مرتهن تلقی می گردد. پس، باید دارای دو صفت ذیل باشد:

نخست به اعتبار این که نائب رهن تلقی می گردد باید دارای صفت امانت داری در رابطه به مال مرهونه باشد؛ و دوم به اعتبار این که نائب مرتهن پنداشته می شود باید دارای صفت ضمان باشد، زیرا مال مرهونه نزد وی امانت تلقی می گردد.^{۹۴۲} ماده ۷۵۲ مجله الاحکام در این باره می گوید: «ید عدل مانند ید مرتهن تلقی می گردد یعنی اگر رهن و مرتهن ایداع رهن را نزد امین شرط نمایند و شخص امین راضی گردد و رهن را قبض نماید، رهن لازم و تمام می گردد و امین در موقف مرتهن قرار می گیرد». بنابراین، چون عدل نائب رهن و مرتهن تلقی می گردد، شرایطی را که یک وکیل باید واجد باشد، عدل نیز باید حائز باشد. بنابراین، عدل نباید صغیر غیر ممیز، محجور علیه به سبب جنون و عته باشد.^{۹۴۳}

به اتفاق آراء فقهاء عدل نمی تواند در مال مرهونه تصرف نموده و آن را بدون اجازه رهن به مرتهن بدهد. همچنین، عدل نمی تواند بدون اجازه مرتهن مال مرهونه را قبل از استیفاء دین به رهن دهد. زیرا، رهن و مرتهن تراضی نموده اند که مال مرهونه را جهت نگهداری و حفظ به عدل بدهند. پس، در صورتی که عدل مال مرهونه را بدون رضا و اجازه یکی از طرفین به دیگری دهد، طرف مقابل می تواند استرداد آن را مطالبه نموده و به عدل تسلیم نماید. بنابراین، در موردی که عدل مال مرهونه را بدون اجازه مرتهن به رهن دهد و در اثر تصرف مذکور مال مرهونه قبل از استرداد تلف گردد، عدل ضامن پنداشته می شود.^{۹۴۴} (ماده ۷۵۲ مجله الاحکام).

عدل دارای حقوق و تکالیف ذیل می باشد:

- ۱- عدل مکلف است مال مرهونه را مانند مال خود حفظ و نگهداری نماید؛
- ۲- عدل مکلف است تا مال مرهونه را نزد خود حفظ نماید. همچنین، رهن و مرتهن نمی توانند اخذ مال مرهونه را از عدل مطالبه نمایند، زیرا هر دو در مال مرهونه ذیحق پنداشته می شوند که حق رهن شامل حفظ مال مرهونه و حق مرتهن شامل طلب استیفاء دین از ثمن فروش مال مرهونه می گردد. پس، هیچ یک نمی تواند حق دیگری را باطل نماید؛^{۹۴۵}
- ۳- عدل نمی تواند از مورد رهن انتفاع بگیرد و در آن از طریق اجاره، اعاره و یا رهن تصرف نماید، زیرا وی صرف بر نگهداری آن مکلف می باشد. بنابراین، عدل در مال مرهونه حق تصرف و انتفاع را حایز نمی باشد. همچنین، عدل نمی تواند مال مرهونه را به فروش رساند مگر اینکه در عقد رهن چنین تصریح گردیده باشد. پس، در صورتی که در عقد رهن فروش مال مرهونه توسط عدل تصریح گردیده باشد عدل می تواند وکالتاً عین مرهونه را به فروش برساند. هرگاه عدل فوت نماید، ورثه وی نمی توانند مال مرهونه را به فروش رسانند، زیرا در صورت فوت مدت نیابت عدل منتهی می گردد.^{۹۴۶} ماده ۷۵۵ مجله الاحکام در این باره می گوید: «اگر عدل بمیرد، رهن نزد عدل دیگر به رضایت طرفین به ودیعت گذاشته می شود و اگر بین آنها اتفاق حاصل نشود، قاضی آن را نزد عدل دیگری می گذارد».

عدل در حالات ذیل منعزل می گردد:

- (۱) **اقاله:** در صورتی که عدل استقاله نماید و مال مرهونه را به یکی از عاقدان رد نماید، وکالت وی منتهی می گردد، زیرا وی امین متطوع به حفظ مال مرهونه تلقی می گردد. پس، در صورتی که بخواهد استقاله نماید کسی نمی تواند وی را به استمرار عدل بودن ملزم نماید. در صورتی که رهن و مرتهن از قبول عزل عدل استنکاف ورزند، عدل می تواند به قاضی مراجعه نماید تا وی رهن و مرتهن را اجبار بر استقاله عدل و ایداع مال مرهونه به عدل دیگر نماید؛
- (۲) **انتهای ولایت عدل:** در صورتی که رهن و مرتهن در رابطه به عزل عدل تراضی نمایند یا عدل را تغییر دهند و یا حفظ و نگهداری مال مرهونه را مرتهن به عهده گیرد، عدل منعزل می گردد؛

۹۴۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۲۴۸.

۹۴۳. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۲۴۸.

۹۴۴. عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الزهر، ص ۷۰.

۹۴۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۵۱.

۹۴۶. عبدالفتاح عبدالله البرشومی، احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامی، صص ۷۰ - ۷۱.

۳) فروش مال مرهونه: در صورتی که مال مرهونه به فروش رسد و داین دین خود را از ثمن فروش مال مرهونه استیفاء نماید، عدل منعزل می گردد؛

۲) در صورت فوت راهن: به عقیده فقهای حنفی در صورتی که راهن فوت نماید و تعیین عدل بعد از عقد رهن صورت گرفته باشد، عدل منعزل می گردد. زیرا، در حالت فوق عدل وکیل راهن تلقی می گردد که وکالت وی به موت مؤکل منتهی می گردد. ولی، در صورتی که مرتهن فوت نماید، ورثه وی می توانند عقد رهن را حفظ نمایند، زیرا علاوه بر دین، حق حفظ رهن نیز به آنها منتقل می شود. در صورتی که تعیین عدل حین انعقاد عقد رهن صورت گرفته باشد، عدل به موت راهن و مرتهن منعزل نمی گردد. زیرا، تعیین عدل تابع عقد رهن است که با فوت طرفین عقد باطل نمی گردد؛

۵) فوت عدل: در صورتی که عدل فوت نماید، ورثه وی حق حفظ مال مرهونه را ندارند مگر اینکه عاقدان عقد رهن روی آن توافق نمایند؛

۶) جنون عدل: در صورتی که عدل به جنون مواجه گردد و امکان تداوی و صحت یاب شدن وی ممکن نباشد، منعزل می گردد. اما در صورتی که امکان معالجه و صحتمند شدن وی موجود باشد منعزل نمی گردد.^{۹۴۷}

دوم) آثار رهن نسبت به مرتهن

به موجب عقد رهن، مرتهن دارای حقوق و تکالیف ذیل می باشد:

۱) حبس مال مرهونه جهت استیفاء دین: اولین حقی که در اثر عقد رهن نسبت به مرتهن ایجاد می شود حق حبس مال مرهونه توسط مرتهن است که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد، زیرا چنانچه قبلاً تذکر یافت هدف از رهن تضمین دین مرتهن می باشد.^{۹۴۸} بنابراین، در صورتی که راهن از پرداخت دین مرتهن استنکاف ورزد و یا معسر گردد مرتهن می تواند مال مرهونه را الی استیفاء دین حبس نماید.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد و یکی از موثرهای خویش را به محمود به رهن بدهد، محمود می تواند موثرها را الی پرداخت دین توسط احمد حبس نماید. این حکم در لابلای احکام رهن در کتاب سوم ق. م پیش بینی نشده است اما در ماده ۲۳۷۱ ق. م در مبحث حق حبس پیش بینی شده است که تفصیل آن در جلد حقوق عینی عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

۲) حفظ مال مرهونه: طبق ماده ۱۷۷۹ ق. م: «هرگاه داین رهن گیرنده مال مرهونه را تسلیم شود، مکلف است طوری در حفاظت و نگهداری آن توجه نماید که در مورد مال خود می نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده رهن گیرنده مکلف است در حفاظت و نگهداری عین مرهونه چنان توجه نماید که در حفاظت و نگهداری مال خود می نماید. به نظر می رسد علت این امر حمایت از حقوق رهن دهنده است، زیرا اگر رهن گیرنده مانند مال خود در حفاظت و نگهداری عین مرهونه توجه نماید برای رهن دهنده ضرر نمی رسد.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد پول نقد نداشته باشد و یکی از موثرهای خویش را به محمود به رهن بدهد، محمود مکلف است موثر را مانند مال خود حفظ نماید. دلیل معیار توجه مانند مال خود این است که فرد عاقل و بالغ معمولاً مال خویش را مانند افراد عادی حفظ و نگهداری می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیفی رهن گیرنده است. طبق ماده ۷۲۲ مجله الاحکام: «بر مرتهن لازم است تا خود یا توسط کسی که امین وی باشد مانند عیال، شریک و یا خانم خود، مال مرهونه را نگهداری نماید.»

۳) حق مطالبه استیفاء دین یا وصف حبس مرهونه: مرتهن می تواند با وجود حبس مال مرهونه پرداخت دین را از راهن مطالبه نماید^{۹۴۹} ماده ۷۳۰ مجله الاحکام در این باره می گوید: «رهن مانع مطالبه دین نمی شود و مرتهن صلاحیت مطالبه آن را بعد از قبض نیز دارد.»

۹۴۷. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۶)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۴۲۴۹-۴۲۵۱ عبدالفتاح عبدالله البرشومي (۱۴۲۴). احكام الرهن و الشفعة في الفقه الاسلامية، چاپ دوم، مصر: الازهر، صص ۷۰-۷۱.

۹۴۸. وهبة الزحيلي (____). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۶)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۴۲۸۰.

۹۴۹. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۶)، ص ۴۲۸۲.

۲) **انتفاع مرتهن از عین مرهونه:** طبق ماده ۱۷۸۵ ق. م: «رهن گیرنده نمی تواند از مال مرهونه، منقول باشد یا عقال بدون اجازه رهن دهنده انتفاع بگیرد. او می تواند به اجازه رهن دهنده مال مرهونه را به اجاره داده و اجرت آن را برای رهن دهنده بپردازد، یا اجاره را به اجازه رهن دهنده از اصل دین وضع نماید، گرچه عقد رهن باطل گردیده باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که رهن گیرنده نمی تواند از عین مرهونه بدون اجازه رهن دهنده انتفاع بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موتر یا خانه خویش را به محمود به رهن بدهد، محمود نمی تواند بدون اجازه احمد از موتر و خانه نفع بگیرد، به حیث مثال، با موتر رانندگی نماید و در خانه سکونت نماید. اما، در صورتی که رهن دهنده اجازه دهد، رهن گیرنده می تواند از عین مرهونه انتفاع بگیرد.

دوم این که رهن گیرنده می تواند به اجازه رهن دهنده مال مرهونه را به اجاره داده و اجرت آن را برای رهن دهنده بپردازد، یا اجرت را به اجازه رهن دهنده از اصل دین وضع نماید، گرچه عقد رهن باطل گردیده باشد. به حیث مثال بالا محمود می تواند به اجازه احمد موتر و خانه را به اجاره به جمشید بدهد و اجرت آن را به احمد بدهد یا دین خویش را از پول اجرت دریافت نماید هرچند عقد رهن میان احمد و محمود باطل باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر انتفاع از عین مرهونه است.

در فقه به اتفاق آرای فقهاء عین، منفعت و حاصلات مال مرهونه ملک رهن پنداشته می شود. بنابراین، مرتهن در مال مرهونه حقی جز استیفاء دین از ثمن فروش آن ندارد.^{۹۵۰} ولی، باید دانست که فقهاء در رابطه به انتفاع مرتهن از مال مرهونه به اجازه و بدون اجازه رهن اختلاف نظر دارند: فقهای حنفی به این عقیده اند که مرتهن نمی تواند بدون اجازه رهن از مال مرهونه انتفاع بگیرد اعم از اینکه منفعت رکوب حیوان، سکونت خانه، پوشیدن لباس و یا قرائت کتاب باشد. زیرا، به عقیده فقهای مذکور مرتهن در عین مرهونه صرف دارای حق حبس می باشد نه حق انتفاع^{۹۵۱} ولی، در صورتی که رهن به مرتهن نسبت به انتفاع از عین مرهونه اجازه اعطاء نماید، مرتهن می تواند از آن انتفاع گیرد.^{۹۵۲} در صورتی که مرتهن بدون اجازه رهن از مال مرهونه انتفاع گیرد و مال مرهونه در اثر استعمال هلاک گردد، مرتهن ضامن قیمت کلی مال مرهونه پنداشته می شود، زیرا در چنین موارد مرتهن غاصب تلقی می گردد.^{۹۵۳} ولی، در رابطه به انتفاع از مرهونی که مرکوب، محلوب و صالح الخدمت باشد نظریات متعدد توسط فقهاء ارایه شده است، ولی نظر راجح در این باره این است که مرتهن می تواند به قدر نفقه مال مرهونه ولو بدون اجازه رهن باشد از آن انتفاع بگیرد.^{۹۵۴}

۵) **تصرف مرتهن در مال مرهونه:** مرتهن صلاحیت تصرف در مال مرهونه را بدون اذن رهن ندارد، زیرا وی مالک مال مرهونه تلقی نمی گردد.^{۹۵۵} احناف به این نظر اند که مرتهن صلاحیت ندارد بدون اذن رهن در مال مرهونه تصرف نماید. زیرا، مرتهن مالک مال مرهونه پنداشته نمی شود و حقی جز حق حبس آن جهت استیفاء دین خود ندارد. بنابراین، در صورتی که در آن تصرف نماید مثلاً آن را به فروش رساند، هبه نماید، به عاریت دهد و یا صدقه نماید، تصرف مذکور موقوف به اجازه رهن است و در صورتی که رهن نفاذ آن را اجازه دهد عقد نافذ و در صورت عدم اجازه عقد باطل تلقی می گردد.^{۹۵۶} ماده ۷۲۶ مجله الاحکام در این باره حکم می نماید که: «اگر مرتهن رهن را بدون رضای رهن بفروشد رهن مخیر است، اگر بخواهد بیع را فسخ کند و اگر بخواهد آن را با اعطای اجازه نافذ نماید»، ولی، هرگاه مرتهن در مال مرهونه تصرف نماید و در اثر تصرف فوق مال مرهونه نزد متصرف الیه قبل از اعطای اجازه رهن از بین برود، باید دو حالت را همدیگر تفکیک کرد:

۹۵۰. عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۹۳.
 ۹۵۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۲۹۱.
 ۹۵۲. عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۹۴.
 ۹۵۳. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۲۹۰.
 ۹۵۴. عبدالفتاح عبدالله البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۱۰۲ و وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۲۹۳.
 ۹۵۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۲۹۴.
 ۹۵۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، صص ۴۲۹۶ - ۴۲۹۹.

حالت اول: در صورتی که مرتهن، مال مرهونه را بفروشد، هبه نماید، به صدقه و یا عاریت دهد و مال مرهونه نزد متصرف الیه هلاک گردد، رهن مخیر است که جبران خساره آن را از مرتهن و یا شخص ثالث مطالبه نماید.^{۹۵۷}

حالت دوم: در صورتی که مرتهن مال مرهونه را به اجاره، ودیعت و یا رهن دهد و مال مرهونه هلاک گردد، رهن اختیار دارد تا ضمان آن را از مرتهن مطالبه و به متصرف الیه مراجعه ننماید و یا ضمان آن را از متصرف الیه مطالبه نماید و یا هر دو رهن و متصرف الیه به مرتهن مراجعه نمایند؛^{۹۵۸}

۶) اداره مال مرهونه توسط مرتهن: طبق ماده ۱۷۸۹ ق.م: «داین رهن گیرنده اداره شی مرهونه را به دست گرفته، تغییری را در طریقه بهره برداری از عین وارد کرده نمی تواند مگر به اجازه رهن دهنده. همچنین، رهن گیرنده مکلف است از تمام اموری به رهن دهنده اطلاع دهد که مداخله وی را ایجاب می نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که مرتهن مکلف است عین مرهونه را اداره نماید. همچنین، طبق نص این ماده رهن گیرنده نمی تواند طریقی و راه بهره برداری (انتفاع) از عین مرهونه را تغییر دهد مگر این که رهن دهنده به او اجازه اعطاء نماید. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد دوکان خویش را همراه با اموالی که در دوکان است به محمود به رهن بدهد، محمود مکلف است دوکان و اموال دوکان را اداره نماید. همچنین، محمود می تواند روش نفع گرفتن از دوکان و اموال را به اجازه احمد تغییر دهد. همچنین، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین زراعتی خویش را به محمود به رهن دهد، محمود مکلف است زمین را اداره نماید و راه های انتفاع از زمین را تغییر ندهد مگر به اجازه احمد.

دوم این که رهن گیرنده مکلف است در اموری که ایجاب مداخله رهن را نماید، مانند: دعوی استحقاق وی را اطلاع دهد. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد دوکان خویش را همراه با اموالی که در دوکان است به محمود به رهن بدهد و جمشید در خصوص دوکان و اموال دوکان اقامه دعوی نماید، محمود مکلف است احمد را اطلاع دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف رهن گیرنده است.

۷) طبق ماده ۱۷۹۰ ق.م: «هرگاه داین حق خود را در اداره مال مرهونه سوء استعمال نماید یا اهمال بزرگ را مرتکب شود، رهن دهنده می تواند تحت حراست گذاشتن شی را مطالبه یا استرداد آن را در برابر پرداخت آنچه بر وی است بخواهد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده در صورتی که داین رهن گیرنده از حق اداره مال مرهونه سوء استفاده نماید و یا در اداره عین مرهونه مرتکب اهمال فاحش شود، رهن گیرنده می تواند از رهن گیرنده تحت حراست گذاشتن شی مرهونه را به شخص امین مطالبه نماید.

همچنین، رهن دهنده می تواند داین رهن گیرنده را پرداخت و عین مرهونه را از رهن گیرنده اخذ نماید. اهمال از ریشه «همل» گرفته شده است که در لغت به معنی چیزی را فرو گذاشتن، استوار نداشتن، غفلت، سستی ورزیدن، سستی، کاهلی ورزیدن و درنگ کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، اهمال عبارت از خطایی ناخواسته یا انجام ندادن کاری است که لازم است انجام پذیرد.^{۹۵۹}

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موتر خویش را به محمود به رهن بدهد و در نگهداری و حفظ موتر مرتکب اشتباه شود یا موتر را سوء استعمال نماید، احمد می تواند از محمود مطالبه نماید تا موتر را به جمشید تسلیم نماید یا دین محمود را پرداخت و موتر را بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۱۷۸۹ ق.م و مکمل آن است.

۷) فروش حاصلات عین مرهونه: طبق ماده ۱۷۸۴ ق.م: «هرگاه رهن گیرنده حاصلات عین مرهونه را بدون اجازه رهن دهنده در حال حضور وی یا بدون اجازه محکمه باصلاحیت در حال غیاب او بفروشد به پرداخت قیمت آن مکلف شناخته می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده همانطور که اصل عین مرهونه ملکیت رهن

۹۵۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۲۹۹.

۹۵۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، صص ۴۲۹۹ - ۴۳۰۰.

۹۵۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۴۱.

دهنده پنداشته می شود به تبع آن حاصلات عین مرهونه نیز ملکیت رهن دهنده پنداشته می شود زیرا مالک اصل مالک فرع پنداشته می شود.

بنابراین، رهن گیرنده نمی تواند حاصلات عین مرهونه را که ملکیت رهن دهنده تلقی می گردد به فروش رساند مگر این که رهن دهنده اجازه دهد. در صورت عدم اجازه و فروش حاصلات عین مرهونه توسط رهن گیرنده رهن گیرنده مکلف است قیمت آن را به رهن دهنده پرداخت نماید. در صورتی که رهن دهنده غایب باشد و رهن گیرنده بدون اجازه محکمه با صلاحیت حاصلات عین مرهونه را به فروش رساند مکلف به پرداخت قیمت آن به ورثه شخص غایب می باشد.

به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین زراعتی خویش را به محمود به رهن دهد، محمود نمی تواند حاصلات زمین مانند گندم، کچالو، پیاز، جواری و نظیر اینها را بدون اجازه احمد به فروش رساند. همچنین، اگر احمد غایب باشد محمود نمی تواند بدون اجازه محکمه ذیصلاح حاصلات زمین احمد را به فروش رساند. در صورت فروش، محمود مکلف است پول فروش حاصلات زمین را به احمد بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر فروش حاصلات عین مرهونه است.

۸) **استهلاک مال مرهونه توسط مرتهن:** به اتفاق آرای فقهای مذاهب اربعه در صورتی که مال مرهونه هلاک گردد، پرداخت ضمان آن واجب می گردد.^{۹۶۰} ولی، در صورت هلاک مال مرهونه دو حالت را باید از هم تفکیک کرد: اولاً هلاک مال مرهونه توسط مرتهن بدون تعدی و تقصیر وی و ثانیاً هلاک مال مرهونه توسط مرتهن در اثر تعدی و تقصیر وی: **حالت اول: هلاک مال مرهونه توسط مرتهن بدون تقصیر وی:** در صورتی که مال مرهونه توسط مرتهن بدون تقصیر و تعدی وی از بین برود مکلف به پرداخت ضمان آن نمی باشد؛ و

حالت دوم: هلاک مال مرهونه توسط مرتهن در اثر تعدی و تقصیر وی: به اتفاق آرای فقهای مذاهب اربعه در صورتی که مال مرهونه در اثر تعدی و تقصیر مرتهن از بین برود ضامن پرداخت مثل آن در صورتی که مال مرهونه مثلی یا قیمت آن در صورتی که مال مرهونه قیمی باشد، می باشد.^{۹۶۱} به صورت مشخص تر پرداخت جبران خسارت هلاک عین مرهونه توسط مرتهن تابع قواعد ذیل است:

۱- طبق ماده ۱۷۸۰ ق. م: «رهن گیرنده بعد از قبض ضامن از بین رفتن آن بوده و به پرداخت قیمت مال مرهونه یا دین هر یک که کمتر باشد مکلف می گردد. در صورت تعیین قیمت به قیمت روز قبض اعتبار داده می شود نه به قیمت روز از بین رفتن». از نص این ماده احکام ذیل قابل استخراج است:

- رهن گیرنده بعد از قبض ضامن از بین رفتن آن بوده و به پرداخت قیمت مال مرهونه یا دین هر یک که کمتر باشد مکلف می گردد. تعریف قبض و ضامن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و ده تخته قالین خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد، بعد از گرفتن قالین ها محمود ضامن از بین رفتن قالین ها است.

- در صورت تعیین قیمت، قیمت روز قبض مدار اعتبار است نه روز از بین رفتن عین مرهونه. لذا، قیمت عین مرهونه مطابق نرخ روز قبض محاسبه می گردد نه روز هلاک عین مرهونه. به حیث مثال، اگر در مثال بالا قالین ها نزد محمود از بین بروند، قیمت آن ها مطابق روز گرفتن قالین ها توسط محمود باید توسط اهل خبره تعیین شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر از بین رفتن عین مرهونه است.

۲- طبق ماده ۱۷۸۱ ق. م: «هرگاه مال مرهونه نزد رهن گیرنده از بین برود و قیمت آن مساوی اندازه دین باشد، تمام دین از ذمه رهن دهنده ساقط می گردد و چنین تلقی می شود که رهن گیرنده به حق خود رسیده است مشروط بر اینکه ثابت شود که از بین رفتن مال در اثر تجاوز و تقصیر وی صورت گرفته است». در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه مال مرهونه نزد رهن گیرنده از بین برود و قیمت آن مساوی اندازه دین باشد، تمام دین از ذمه رهن دهنده ساقط می گردد و چنین تلقی می شود که رهن گیرنده به حق خود رسیده است مشروط بر اینکه ثابت شود که از بین رفتن مال در اثر تجاوز و تقصیر وی صورت گرفته است.

۹۶۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلتہ، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۳۰۶.
۹۶۱. عبدالفتاح عبداللہ البرشومی (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیہ، چاپ دوم، مصر: الازهر، ص ۱۱۱.

تعریف تجاوز، تقصیر و ذمه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و صد رأس گوسفند خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و قیمت گوسفندان با مقدار دین مساوی باشد و محمود گوسفندان را آب و علف ندهد و گوسفندان از بین بروند یا گوسفندان را ذبح نماید و با فامیل خویش بخورد، دین محمود از ذمه احمد ساقط می شود. آب و علف ندادن گوسفندان مثال و مصداق تقصیر و ذبح گوسفندان مصداق و مثال تجاوز است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر از بین رفتن عین مرهونه است. به موجب فقه نیز هرگاه قیمت مال مرهونه مساوی به دین باشد، دین با آن ساقط می گردد.^{۹۶۲}

۳- طبق ماده ۱۷۸۲ ق. م: «هرگاه مال مرهونه نزد رهن گیرنده از بین رود و قیمت آن بیشتر از اندازه دین باشد، دین ساقط گردیده و رهن گیرنده از متباقی قیمت مال مرهونه ضامن می باشد مشروط بر اینکه از بین رفتن مال به اثر تقصیر وی باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه مال مرهونه نزد رهن گیرنده از بین رود و قیمت آن بیشتر از اندازه دین باشد، دین ساقط گردیده و رهن گیرنده از متباقی قیمت مال مرهونه ضامن می باشد مشروط بر اینکه از بین رفتن مال به اثر تقصیر وی باشد. تعریف ضامن و تقصیر گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و یک عراده موتر خویش را که قیمت آن پانزده لک افغانی است به محمود به رهن بدهد و محمود موتر را در بیرون از خانه پارک نماید و موتر را دزد به سرقت ببرد و در اثر رانندگی تصادم نماید و موتر کاملاً از بین برود، دین محمود از ذمه احمد ساقط می شود. پارک کردن موتر در بیرون از خانه مصداق و مثال تقصیر محمود است. در این صورت، محمود مکلف است پنج لک افغانی به احمد بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر از بین رفتن عین مرهونه است. به موجب فقه نیز در صورتی که قیمت مال مرهونه از دین بیشتر باشد، مرتبه مکلف است زیادت قیمت را به رهن بپردازد.^{۹۶۳}

۴- طبق ماده ۱۷۸۳ ق. م: «هرگاه مال مرهونه نزد رهن گیرنده به اثر تجاوز و تقصیر او از بین رود و قیمت آن کمتر از مقدار دین باشد، رهنده گیرنده در دین باقی مانده به رهن دهنده رجوع می نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه مال مرهونه نزد رهن گیرنده به اثر تجاوز و تقصیر او از بین رود و قیمت آن کمتر از مقدار دین باشد، رهنده گیرنده در دین باقی مانده به رهن دهنده رجوع می نماید. تعریف تقصیر و تجاوز گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و یک عراده موتر خویش را که قیمت آن پنج لک افغانی است به محمود به رهن بدهد و محمود موتر را در بیرون از خانه پارک نماید و موتر را دزد به سرقت ببرد و در اثر رانندگی تصادم نماید و موتر کاملاً از بین برود یا محمود با موتر رانندگی نماید و در اثر عدول از قواعد ترافیکی تصادم نماید و موتر کاملاً از بین برود، دین محمود از ذمه احمد ساقط می شود.

پارک کردن موتر در بیرون از خانه مصداق و مثال تقصیر و عدول از قواعد ترافیکی مصداق تجاوز محمود است. در این صورت، احمد مکلف است پنج لک افغانی دیگر به محمود بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر از بین رفتن عین مرهونه است. به موجب فقه نیز در صورتی که مال مرهونه کمتر از دین باشد، مرتبه می تواند متباقی دین خود را از رهن مطالبه نماید.^{۹۶۴}

۵- طبق ماده ۱۷۸۶ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه رهن دهنده به استعمال، یا انتفاع یا عاریت دادن مال مرهونه برای اجرای عمل به رهن گیرنده اجازه بدهد و مال مرهونه قبل از شروع در استعمال یا عمل یا بعد از فراغت از آن از بین رود، ضامن آن از دین گرفته می شود؛ (۲) اگر مال مرهونه در صورت اجازه رهن دهنده حین استعمال و انتفاع یا حین اجرای عملی که به منظور آن به عاریت داده شده از بین رود، امانت تلقی شده ضامن آن بر رهن گیرنده لازم نبوده و نه چیزی از دین در مقابل آن کاسته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استخراج است:

۹۶۲. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، ص ۱۱۱.

۹۶۳. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، ص ۱۱۱.

۹۶۴. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، ص ۱۱۱.

نخست- هرگاه رهن دهنده به رهن گیرنده اجازه استعمال و یا انتفاع از عین مرهونه را بدهد و عین مرهونه قبل از استعمال توسط رهن گیرنده و یا بعد از آن، از بین برود، رهن دهنده می تواند جبران خسارت آن را از دین بگیرد. به عبارت دیگر: جبران خسارت آن را رهن دهنده از دین وضع نماید. ضمان در لغت به معنی تاوان و جبران خسارت است.^{۹۶۵} به حیث مثال، اگر احمد پنج لک افغانی مدیون محمود باشد و اسپ بزکش خویش را به محمود بدهد و به محمود اجازه بدهد تا با اسپ بزکشی نماید یا به محمود اجازه بدهد تا اسپ را به جمشید به عاریت بدهد و اسپ قبل از استعمال، انتفاع یا عاریت از بین برود، احمد می تواند جبران خسارت اسپ را از دین بگیرد. به عنوان نمونه، دین محمود را مجراء نماید.

دوم- هرگاه رهن دهنده به رهن گیرنده اجازه استعمال و یا انتفاع از عین مرهونه را بدهد و عین مرهونه حین استعمال و یا انتفاع توسط رهن گیرنده از بین برود، جبران خسارت آن بر عهده رهن گیرنده لازم نیست. لذا، رهن دهنده نمی تواند به عنوان جبران خسارت دین رهن گیرنده را از آن وضع نماید. نص این ماده شبیه فقره ۱ ماده ۱۷۸۶ ق. م است با این تفاوت که طبق فقره ۱ عین مرهونه قبل یا بعد از اجرای عمل از بین می رود و طبق فقره ۲ در حین اجرای عمل. همچنین، به نظر می رسد فقره های اول و دوم نص ماده ۱۷۸۶ ق. م با همدیگر در تعارض به نظر می رسد. طبق فقره اول جبران خسارت لازم می گردد و طبق فقره دوم جبران خسارت لازم نمی گردد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر هلاک عین مرهونه است.

(۸) فروش مال مرهونه: طبق ماده ۱۷۹۴ ق. م: «رهن گیرنده نمی تواند مال مرهونه را بفروشد، مگر این که از طرف رهن دهنده وکیل به فروش تعیین شده باشد. همچنین، رهن گیرنده نمی تواند بدون اجازه رهن دهنده مال مرهونه را به ودیعت، اجاره، عاریت و رهن بدهد. در صورت اجرای چنین اعمال، رهن گیرنده متجاوز شناخته شده و به سبب آن به تأدیه قیمت مال مرهونه به هر اندازه ای که بالغ گردد ضامن شناخته می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد: نخست این که رهن گیرنده نمی تواند مال مرهونه را به دیگری به فروش رساند، زیرا نخست این که رهن گیرنده حقی جز استیفای دین خویش از ثمن فروش مال مرهونه ندارد. فروش مال مرهونه نیز توسط محکمه ذیصلاح صورت می گیرد و دوم این که رهن گیرنده صرف حق حبس عین مرهونه را دارد. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را در برابر دین به محمود به رهن بدهد، محمود نمی تواند اسپ را به جمشید به فروش رساند. این اصل است. استثنای این اصل این است که در صورتی رهن گیرنده وکیل به فروش مال مرهونه توسط رهن دهنده تعیین شود، رهن گیرنده می تواند مال مرهونه را به دیگری به فروش رساند. تعریف وکالت به فروش در مبحث وکالت گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود وکیل به فروش احمد باشد می تواند اسپ را به جمشید به فروش رساند.

دوم این که رهن گیرنده نمی تواند بدون اجازه رهن دهنده مال مرهونه را به ودیعت، اجاره، عاریت و رهن بدهد. تعریف ودیعت، اجاره و عاریت در مباحث مربوطه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را در برابر دین به محمود به رهن بدهد، محمود نمی تواند اسپ را به جمشید به امانت، اجاره، عاریت و رهن بدهد.

سوم این که در صورت اجرای چنین اعمال، رهن گیرنده متجاوز شناخته شده و به سبب آن به تأدیه قیمت مال مرهونه به هر اندازه ای که بالغ گردد ضامن شناخته می شود. تعریف ضامن گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محمود اسپ را به جمشید به فروش رساند، عاریت دهد، امانت دهد یا به رهن بدهد، محمود متجاوز تلقی گردیده و مکلف است جبران خسارت اسپ را به احمد پرداخت نماید. جبران خسارت در این صورت می تواند وضع دین توسط احمد باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تصرفات رهن گیرنده بر عین مرهونه است.

(۹) طبق ماده ۱۷۹۵ ق. م: «هرگاه رهن دهنده بدون اجازه رهن گیرنده مال مرهونه را فروخته و تسلیم مشتری نماید و مال مرهونه قبل از حصول اجازه رهن دهنده نزد مشتری از بین برود، رهن دهنده در تضمین رهن دهنده و یا مشتری مختار می باشد.» نص این ماده از دو جهت محل ایراد به نظر می رسد: نخست این که نص این ماده تکلیف فروش عین مرهونه و عدم هلاک آن نزد مشتری را پیش بینی ننموده است.

به نظر می رسد در این صورت رهن دهنده میان نفاذ و فسخ عقد بیع اختیار دارد. دوم این که عبارت «رهن دهنده در تضمین رهن دهنده و یا مشتری مختار می باشد» مفهوم درست را افاده نمی نماید. به نظر می رسد در این صورت رهن دهنده می تواند جبران خسارت را از رهن گیرنده و یا مشتری بگیرد. در صورت اخیر، مشتری می تواند آنچه را به رهن دهنده پرداخته است از رهن گیرنده مطالبه نماید.

تعریف تضمین در مبحث کفالت گذشت. مختار در لغت به معنی دارای اختیار است. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را در برابر دین به محمود به رهن بدهد، محمود نمی تواند اسپ را به جمشید به فروش رساند. اگر محمود اسپ را بدون اجازه احمد به جمشید به فروش رساند و اسپ نزد جمشید از بین برود، احمد می تواند جبران خسارت اسپ را از محمود یا جمشید بگیرد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۷۹۵ ق. م پیش بینی ضمانت اجرای ۱۷۹۴ ق. م است.

۱۰) دریافت حاصلات عین مرهونه من حیث جبران خسارت ناشی از تأخیر دین: طبق ماده ۱۷۸۷ ق. م: «هرگاه طرفین رهن در مقابل تعویض موافقه شده در اثر تأخیر تأدیه دین به این موافقه ننموده باشند که حاصلات در مقابل تعویض باشد و هم از تعیین تعویض سکوت نموده باشد، تعویض به اساس فیصد قانونی سنجیده شده و از قیمت حاصلات تجاوز کرده نمی تواند.» طبق نص این ماده هرگاه طرفین عقد رهن توافق نموده باشند که در صورت تأخیر پرداخت دین توسط رهن دهنده، رهن گیرنده بتواند حاصلات عین مرهونه را من حیث جبران خسارت ناشی از تأخیر دین که تفصیل آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت، دریافت نماید چنین توافقی مدار اعتبار است. در این صورت، دو حالت قابل تصور است:

نخست حالتی است که در مورد فیصدی جبران خسارت رهن دهنده و رهن گیرنده توافق کرده باشند. دوم در حالتی است که طرفین سکوت اختیار نموده باشند. در صورت سکوت طرفین (حالت دوم) جبران خسارت براساس فیصدی قانونی که تفصیل آن در جلد اول این دور از حقوق وجایب گذشت (سه فیصد دین و یا هفت فیصد در یک سال)، سنجش می شود. تعویض در لغت به معنی عوض دادن، بدل کردن، تبادل، تبدیل، عوض، مبدل، معاوضه و جایگزینی است^{۹۶۶} منظور از تعویض در این ماده جبران خسارت است.

به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین زراعتی یا باغ خویش را به محمود به رهن بدهد و احمد با محمود توافق نماید که در صورت تأخیر پرداخت دین که طبق ق. م میان سه الی هفت فیصد مجموعه دین در یک سال است حاصلات زمین یا باغ مانند گندم، جو، میوه و نظیر اینها از محمود باشد، محمود می تواند برای دریافت جبران خسارت تأخیر پرداخت دین حاصلات زمین یا باغ را به عنوان جبران خسارت بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز اخذ حاصلات عین مرهونه به عنوان جبران خسارت تأخیر پرداخت دین است.

۱۱) اخذ دین از حاصلات عین مرهونه: طبق ماده ۱۷۸۸ ق. م: «اگر برای تأدیه دین تضمین شده وقت تعیین نگردیده باشد، داین نمی تواند مطالبه تأدیه حق خود را نماید، مگر از طریق کاستن آن از قیمت حاصلات، بدون اینکه حق مدیون را در مورد تأدیه دین هر وقتی که خواسته باشد اخلال نماید.» طبق نص این ماده هرگاه برای تأدیه دین تضمین شده توسط رهن دهنده وقت تعیین نگردیده باشد، داین رهن گیرنده نمی تواند پرداخت دین خویش را از رهن دهنده مدیون مطالبه نماید. اما، داین رهن گیرنده می تواند دین خویش را از حاصلات عین مرهونه آهسته آهسته کسب نماید. در چنین حالتی، مدیون رهن دهنده می تواند هر لحظه ای که خواسته باشد دین رهن گیرنده را پرداخت نماید.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و محمود در خصوص وقت دریافت جبران خسارت توافق ننموده باشند، محمود نمی تواند جبران خسارت تأخیر پرداخت دین را نماید، اما می تواند آهسته آهسته از حاصلات زمین یا باغ جبران خسارت تأخیر پرداخت دین را بگیرد. احمد می تواند هر لحظه ای پول محمود را پرداخته و زمین یا باغ را از رهن خلاص نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اخذ یا گرفتن جبران خسارت تأخیر پرداخت دین است.

۱۲) تعدد محل عقد رهن: وفق ماده ۱۷۹۱ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) رهن دهنده نمی تواند با پرداخت قسمتی از دین رهن گیرنده را به رد قسمتی از مال مرهونه مکلف نماید. رهن گیرنده می تواند مال مرهونه را در مقابل متباقی دین گر چه

قلیل باشد نزد خود نگهدارد؛ و (۲) در صورتی که مال مرهونه دو چیز جدا گانه بوده و هر یک در مقابل مقدار معین از دین تخصیص داده شده باشد و رهن دهنده مقداری از دین را که در مقابل یکی از آن قرار دارد تأدیه کند، می تواند آن را اخذ نماید و در حالی که مقدار دین در مقابل هر یک تعیین نشده باشد، نمی تواند هیچ یک را اخذ نماید و هر دو در مقابل تمام دین حبس می گردد.^{۹۶۸} از نص این ماده چندین حکم قابل استخراج است:

۱- رهن دهنده نمی تواند با پرداخت یک مقدار دین رهن دهنده را مکلف نماید تا عین مرهونه را به رهن دهنده بدهد. لذا، رهن گیرنده می تواند مال مرهونه را الی قبض همه دین نزد خود حبس نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را به محمود به رهن بدهد و احمد پنج لک افغانی به محمود بدهد، احمد نمی تواند خانه را از رهن خلاص نماید. محمود می تواند الی پرداخت کامل دین خانه را نزد خود نگهدارد.

۲- در صورتی که عین مرهونه متعدد باشد (تعدد محل عقد) و هر یک از عین مرهونه ها در مقابل مقدار معین از دین توسط رهن گیرنده به رهن گرفته شده باشد، در این فرض، در صورتی که رهن دهنده مقداری از دین را که در مقابل یکی از آن قرار دارد تأدیه کند، می تواند آن را اخذ نماید و در حالی که مقدار دین در مقابل هر یک تعیین نشده باشد، نمی تواند هیچ یک را اخذ نماید و هر دو در مقابل تمام دین حبس می گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و دو عراده موتر خویش را که هر کدام پنج لک افغانی قیمت داشته باشد به محمود به رهن بدهد، احمد می تواند با دادن پنج لک افغانی یک عراده موتر را از رهن خلاص نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تعدد محل عقد رهن است.

۱۳) عدم تسلیم مال مرهونه به راهن و حبس آن: طبق ماده ۱۷۹۲ ق. م: «رهن گیرنده به تسلیم مال مرهونه به رهن دهنده جهت بیع آن و ادای دین وی مکلف ساخته نمی شود، زیرا حکم رهن حبس دایمی مال مرهونه الی زمان قبض دین از طرف داین است.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- رهن گیرنده به تسلیم مال مرهونه به رهن دهنده جهت بیع آن و ادای دین وی مکلف ساخته نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را در برابر دین به محمود به رهن بدهد، احمد نمی تواند محمود را مکلف نماید تا اسپ را جهت فروش آن به احمد بدهد.

۲- حکم رهن حبس دایمی مال مرهونه الی زمان قبض دین از طرف داین است. قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است.^{۹۶۷} حبس در لغت به معنی بازداشتن، زندانی کردن، زندان، بازداشت، ضبط و نگهداری است.^{۹۶۸} به حیث مثال، در مثال بالا محمود می تواند الی دریافت دین اسپ احمد را حبس نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رهن است.

۱۴) اخذ ثمن از فروش عین مرهونه: در صورت فروش مال مرهونه مرتهن نسبت به سایر داینین حق تقدم پیدا می نماید. در صورتی که مال مرهونه مورد غصب قرار گیرد همچنانی که مالک می تواند استرداد آن را از غاصب بخواهد مرتهن نیز می تواند استرداد آن را از غاصب بخواهد.^{۹۶۹}

۱۵) فروش عین مرهونه: به اتفاق آرای فقهاء بعد از اینکه مال مرهونه به مرتهن تسلیم گردد نیز ملک راهن تلقی می گردد. بنابراین، راهن صلاحیت فروش مال مرهونه را دارد نه کسی دیگری.^{۹۷۰} پس، هرگاه راهن مدیون در موعد معین دین خود را اداء ننماید، مرتهن می تواند از ثمن فروش مال مرهونه طلب خود را استیفاء نماید.^{۹۷۱} بنابراین، راهن می تواند مال مرهونه را به استیذان مرتهن به فروش رساند^{۹۷۲} زیرا، طبق ماده ۷۵۶ مجلة الاحکام: «برای هر یک از راهن و مرتهن حق بیع رهن بدون

۹۶۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۰۲.
 ۹۶۸. (آخرین بازدید ۲۶ / ۸ / ۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 968.

۹۶۹. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۲)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴۳۷.

۹۷۰. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۰۸.

۹۷۱. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۲)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴۴۳.

۹۷۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۰۸.

رضایت جانب مقابل وجود ندارد». پس، در صورتی که رهن فوت نماید، صلاحیت فروش مال مرهونه را ورثه یا وکیل وی حایز خواهد گردید.^{۹۷۳}

بنابراین، در حالات عادی فروش مال مرهونه توسط رهن و یا وکیل وی صورت می گیرد. ولی، در صورتی که موعد پرداخت دین فرا رسد و مرتهن استیفاء دین را از رهن مطالبه نماید و رهن مطالبه مرتهن را مبنی بر فروش مال مرهونه و پرداخت دین از ثمن قبول نماید مقصود حاصل می گردد. ولی، در صورتی که رهن از فروش مال مرهونه امتناع ورزد، به اتفاق آراء فقهاء، قاضی صلاحیت دارد رهن را به فروش مال مرهونه اجبار نماید.^{۹۷۴} ماده ۷۵۷ مجله الاحکام در این باره تصریح می نماید که: «اگر میعاد دین سپری شود و رهن از اداء آن امتناع ورزد. در این حال قاضی او را به بیع رهن و اداء دین امر می نماید، و اگر ابا ورزد و ممانعت کند قاضی مال مرهونه را به فروش رسانیده و دین را اداء می نماید.» در چنین موارد، به نظر فقهای حنفی و قاضی وکیل به فروش رهن تلقی می گردد. ولی، در صورتی که رهن غایب باشد و یا حاضر باشد، ولی از فروش مال مرهونه امتناع ورزد، فروش مال مرهونه توسط قاضی صورت می گیرد.^{۹۷۵} ماده ۷۵۸ مجله الاحکام در این باره حکم می نماید که: «اگر رهن غایب باشد و حیات و ممات وی معلوم نگردد، مرتهن می تواند در مورد فروش رهن و استیفاء دین به قاضی مراجعه نماید.»

همچنین، ماده ۷۶۱ مجله الاحکام در این باره تصریح می نماید که: «اگر وقت اداء دین فرا رسد، وکیل رهن را می فروشد و ثمن آن را به مرتهن تسلیم می نماید. هرگاه وکیل از بیع رهن ابا ورزد، رهن بر بیع مذکور مجبور ساخته می شود و اگر رهن نیز از این امر سر باز زند، قاضی آن را به فروش می رساند. در صورتی که رهن یا ورثه وی حاضر نباشد وکیل به بیع رهن مجبور ساخته می شود و در صورتی که وی از فروش آن سرباز زند قاضی آن را به فروش می رساند.» همچنین، رهن و ارتهان اموال سریع الفساد مانند میوه جات، سبزیجات و غیره صحیح تلقی می گردد. ولی، این در موردی است که نگهداری ای که مانع فساد آن گردد ممکن باشد. بنابراین، مرتهن نمی تواند اموال سریع الفساد رهن را بدون رضایت وی به فروش رساند. در چنین موارد، مصارف نگهداری آن به عهده رهن می باشد. هرگاه نگهداری و حفظ اموال سریع الفساد ممکن نباشد، مرتهن می تواند آن را به اذن قاضی به فروش رساند، زیرا قاضی در مال مذکور ولایت دارد که در چنین موارد فروش اموال مذکور جهت حفظ آن ضروری پنداشته می شود. ولی، هرگاه مرتهن آن را بدون اذن قاضی به فروش رساند، ضامن آن پنداشته می شود، زیرا وی در آن ولایت ندارد. در صورتی که مال مرهونه به فروش رسد و دین مرتهن معجل باشد، مرتهن می تواند از ثمن فروش مال مرهونه دین خود را حصول نماید. ولی، در صورتی که دین وی مؤجل باشد ثمن آن الی حلول موعد پرداخت دین نزد وی رهن تلقی می گردد.^{۹۷۶}

۲) آثار رهن نسبت به اشخاص ثالث

عقد رهن نسبت به اشخاص ثالث موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) طبق ماده ۱۷۹۶ ق. م: «رهن حیازی به شخص ثالث حجت شده نمی تواند، مگر اینکه شی مرهونه به تصرف داین یا به موافقت رهن دهنده و رهن گیرنده، به تصرف شخص امین دیگری باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که رهن حیازی نسبت به اشخاص ثالث حجت شمرده نمی شود. حجت در لغت به معنی برهان و دلیل است. همچنین، در لغت عرب به هر آن چیزی که بتوان از آن علیه دیگری احتجاج و استدلال کرد، حجت گویند که جمع آن حُجج و حجاج است. همچنین، حجت به هر آن چیزی گویند که بتوان به آن خصم را دفع کرد.^{۹۷۷} لذا، شخص ثالث نمی تواند به رهن استناد نماید. به حیث مثال، اگر احمد قالین خویش را در برابر دین محمود به محمود به رهن بدهد، جمشید نمی تواند به این رهن استناد نماید. استثنای این اصل این است در صورتی که عین مرهونه به تصرف داین قرار بگیرد و یا رهن و یا براساس توافق رهن و مرتهن عین مرهونه به تصرف شخص امین قرار بگیرد، شخص ثالث می تواند به

۹۷۳. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۳۰۸.

۹۷۴. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۳۱۱.

۹۷۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۳۱۱.

۹۷۶. همان، ج ۶، ص ۴۳۱۲.

۹۷۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۱۴.

رهن استناد نماید. به حیث مثال، اگر احمد و محمود توافق نمایند تا قالین احمد در برابر دین محمود نزد جمشید باشد و فاروق در خصوص قالین ادعای مالکیت نماید، جمشید می تواند بگوید که این قالین از ناحیه رهن نزد او امانت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رهن نسبت به شخص سوم است.

۲) براساس ماده ۱۷۹۷ ق. م: «عقد رهن، به داین رهن گیرنده حق می دهد تا مرهونه را حبس نموده، بدون اینکه حقوق قانونی شخص ثالث را اخلال نماید». از نص این ماده به خوبی بر می آید که به موجب عقد رهن داین رهن گیرنده می تواند عین مرهونه را حبس نماید که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. حبس عین مرهونه توسط داین رهن گیرنده حقوق شخص ثالث را که بر عین مرهونه دارد اخلال نمی نماید. اخلال در لغت به معنی خلل رسانیدن، زیان رسانیدن و بی نظمی است.^{۹۷۸} به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و موثر خویش را در برابر دین محمود به محمود به رهن بدهد، محمود می تواند موثر را الی دریافت دین حبس نماید. در این صورت، اگر جمشید در خصوص موثر ادعا داشته باشد می تواند در محکمه ذیصلاح در خصوص موثر اقامه دعوی نماید. حق حبس محمود موجب اخلال حق اقامه دعوی جمشید نمی گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رهن نسبت به شخص سوم است. مصداق و مثال شخص سوم در این مثال جمشید است.

۳) وفق ماده ۱۷۹۸ ق. م: «هرگاه شی مرهونه از تصرف داین بدون اراده یا بدون علم او خارج شود، می تواند مطابق به احکام حیات آن را از نزد غیر، مجدداً به حیات خود برگرداند». از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که در صورتی که عین مرهونه از تصرف داین رهن گیرنده بدون اراده و یا آگاهی او کشیده شود، می تواند مطابق قواعد حیات که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد، از نزد غیر مجدداً به حیات خویش آورد. حیات از ریشه «حوز» گرفته شده است که در لغت به معنی گردآوری، گردآوری کردن، جمع کردن و فراهم آوردن چیزی است.^{۹۷۹} به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و موثر خویش را در برابر دین محمود به رهن بدهد و جمشید بدون آگاهی یا آگاهی محمود موثر را غصب یا سرقت نماید، محمود می تواند موثر را از جمشید بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رهن نسبت به شخص سوم و مورد حمایت قرار دادن مصلحت داین رهن گیرنده است.

۲) طبق ماده ۱۷۹۹ ق. م: «رهن حیازی برای داین رهن گیرنده حق می دهد تا حق خود را قبل از سایر داینین از ثمن شی مرهونه به دست آرد خواه داین دیگر عادی باشد یا از لحاظ ترتیب، داین متأخر». از نص این ماده به خوبی بر می آید که در صورتی که عین مرهونه به فروش رسد، داین رهن گیرنده می تواند براساس حق تقدم دین خویش را از ثمن فروش عین مرهونه پیشتر از سایر داینین اخذ نماید. متأخر در لغت به معنی اخیر، تازه و معاصر و ضد متقدم است.^{۹۸۰} ثمن چنانچه بحث آن در مبحث بیع گذشت به معنی پول است. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود موثر احمد را به رهن بگیرد و در عین حال احمد ده لک افغانی مدیون جمشید و فاروق باشد و جمشید و فاروق موثر احمد را به رهن بگیرند و در نهایت موثر احمد توسط محمود به فروش رسد، اول محمود می تواند دین خویش را از پول فروش موثر بگیرد و سپس جمشید و فاروق. در این مثال، محمود داین مرتهن و دارای حق تقدم است و جمشید و فاروق داینین عادی و متأخر. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رهن نسبت به شخص سوم و مورد حمایت قرار دادن مصلحت داین رهن گیرنده است.

۵) مطابق ماده ۱۸۰۰ ق. م: «داین رهن گیرنده می تواند تنفیذ حق خود را از مال مرهونه مطالبه نماید، گرچه ملکیت آن شی به غیر تعلق گرفته باشد. در این صورت ثالث می تواند دین را تأدیه نموده، خود را در برابر مدیون قایم مقام او قرار دهد». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که داین رهن گیرنده می تواند پرداخت دین خویش را از مال مرهونه از مدیون مطالبه نماید. تنفیذ از ریشه نفذ گرفته شده است که در لغت به معنی اجراء کردن و انجام دادن است.^{۹۸۱} به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون

978. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 24/2/2028).

۹۷۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۷۷.

980. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 24/2/2028).

۹۸۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۴۴.

محمود باشد و محمود موتر احمد را به رهن بگیرد، محمود می تواند از احمد مطالبه نماید تا دین محمود را پرداخت نماید. مطالبه پرداخت دین توسط محمود از احمد مصداق تنفیذ حق است.

دوم این که در چنین حالتی، تفاوت نمی کند که رقبه شی مرهونه متعلق به مدیون رهن دهنده باشد و یا شخص ثالث. در این صورت، شخص ثالث می تواند قایم مقام مدیون رهن دهنده قرار بگیرد و دین داین رهن گیرنده را تأدیه نماید. همچنین به خلف قایم مقام می گویند. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۹۸۲} به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود موتر احمد را به رهن بگیرد و احمد موتر را به جمشید به فروش رساند، جمشید می تواند دین را به محمود تأدیه کند و نایب و جانشین احمد شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رهن نسبت به شخص سوم و مورد حمایت قرار دادن مصلحت داین رهن گیرنده است.

۶) براساس ماده ۱۸۰۱ ق. م: «از رهن حیازی علاوه بر اصل حق، مصارف ضروری که جهت حفاظت مال مرهونه به عمل آمده، تعویض ضرر ناشی از عیب شی، مصارف عقد دین با مصارف عقد حیازی قید و تنفیذ آن، تعویضات قانونی یا موافقه ناشی از تأخیر تأدیه دین، پرداخته می شود.» طبق نص این ماده علاوه بر اصل دین، مصارف ذیل از پول فروش عین مرهونه باید پرداخته شود:

۱- مصارف ضروری که جهت حفاظت مال مرهونه به عمل آمده است. به حیث مثال، اگر احمد اسپ خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد در صورت فروش اسپ علاوه بر اصل دین، محمود می تواند مصارف ضروری حفاظت اسپ مانند طویله خانه، علف، آب و نظیر اینها را از احمد بگیرد.

۲- تعویض ضرر ناشی از عیب شی. تعوض چنانچه گفته شد مترادف جبران خسارت است. به حیث مثال، اگر احمد اسپ مریض خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد در صورت فروش اسپ علاوه بر اصل دین، محمود می تواند مصارف ضروری حفاظت اسپ مانند طویله خانه، علف، آب و نظیر اینها و جبران خسارت ناشی از مرض اسپ را از احمد بگیرد. به حیث مثال، اگر اسپ احمد به مرض ساری مصاب باشد و این مرض به اسبان یا حیوان محمود سرایت نماید و موجب از بین رفتن اسبان و حیوانات محمود شود، در صورت فروش اسپ محمود می تواند علاوه بر اصل دین، مصارف ضروری، مصارف ناشی از عیب اسپ را از احمد مطالبه نماید.

۳- مصارف عقد دین با مصارف عقد حیازی قید و تنفیذ آن. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود خانه احمد را به رهن حیازی بگیرد و در نهایت خانه احمد از طریق محکمه ذیصلاح از طریق اعلان در رسانه ها و مزایده به فروش رسد، در صورت خانه احمد، محمود می تواند مصارف اصل دین، مصارف ضروری حفظ خانه و مصارف اعلان در رسانه، مصارف مربوط به مزایده و فروش خانه را از پول فروش خانه بگیرد.

۴- تعویضات قانونی یا موافقه ناشی از تأخیر تأدیه دین. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد و محمود توافق نموده باشند که در صورت تأخیر پرداخت دین هر سال احمد سه فیصد مجموعه دین را به محمود می پردازد و محمود خانه احمد را به رهن حیازی بگیرد و در نهایت خانه احمد از طریق محکمه ذیصلاح از طریق اعلان در رسانه ها و مزایده به فروش رسد، در صورت فروش خانه احمد، محمود می تواند مصارف اصل دین، مصارف ضروری حفظ خانه و مصارف اعلان در رسانه، مصارف مربوط به مزایده و فروش خانه را از پول فروش خانه بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی انواع مصارف و پول هایی است که می تواند از پول فروش عین مرهونه به داین پرداخته شود.

(د) برخی انواع رهن (حیازی)

(۱) رهن عقار

طبق ق. م رهن عقار تابع قواعد ذیل است:

(۱) طبق ماده ۱۸۰۷ ق. م: «رهن حیازی عقاری بر شخص ثالث حجت شمرده نمی شود، مگر اینکه عقد رهن ثبت گردیده باشد. بر این ثبت احکام خاص مربوط به قیود رهن رسمی تطبیق می گردد.» از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط می گردد:

۹۸۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۷۸.

نخست این که قاعده و اصل این است که رهن حیازی عقاری بر شخص ثالث حجت شمرده نمی شود. تعریف حجت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را در برابر دین محمود به محمود به رهن بدهد، محمود نمی تواند در برابر ادعا های جمشید مبنی بر ملکیت زمین به رهن استناد نماید. به عنوان نمونه، به جمشید بگوید من این زمین را از احمد به رهن گرفته ام. استثنای این قاعده این است که رهن حیازی که محل آن عقار باشد در محکمه ذیصلاح توسط محمود به ثبت برسد. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را در برابر دین محمود به محمود به رهن بدهد و محمود عقد رهن را در محکمه ذیصلاح به ثبت برساند، محمود می تواند در برابر ادعا های جمشید مبنی بر ملکیت زمین به رهن استناد نماید. به عنوان نمونه، به جمشید بگوید من این زمین را از احمد به رهن گرفته ام.

دوم این که ثبت رهن حیازی که محل آن عقار باشد، تابع احکام خاص مربوط به قیود رهن رسمی است. تفصیل رهن رسمی در مبحث بعدی خواهد آمد. بنابراین، در مثال بالا همانطور که محمود مکلف است رهن رسمی را در محکمه ذیصلاح ثبت نماید، مکلف است رهن حیازی که محل آن عقار است را در محکمه ذیصلاح ثبت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم حجت تلقی گردیدن رهن حیازی که محل آن عقار باشد در برابر اشخاص ثالث و استثنای آن و ارجاع و تطبیق احکام رهن رسمی بر رهن حیازی که محل آن عقار باشد است می باشد.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۱۲): حکم ماده (۱۸۰۷) قانون مدنی در مورد رهن حیازی و طرز اجراء آن در معاملات جاریه قابل توضیح است.

توضیح: رهن حیازی در صورتیکه مال به تصرف رهن گیرنده قرار داده شود با بیع وفا شکلاً فرق ندارد. در ارتباط به بخش دوم سؤال باید خاطر نشان گردد که طرز اجراء رهن حیازی در غیر منقول در ادارات ثبت اسناد هم قابل اجراء و متداول است.^{۹۸۳}

۲) براساس ماده ۱۸۰۸ ق. م: «داین رهن گیرنده می تواند، عقار را برای رهن دهنده به اجاره دهد، بدون اینکه این امر بر حقوق غیر تأثیری وارد نماید و لازم است قیمت اجاره در عقد رهن تصریح گردد. در صورتی که بعد از عقد رهن به آن موافقه به عمل آید، لازم است موضوع در حاشیه ثبت عقد رسانیده شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- داین رهن گیرنده می تواند عین مرهونه را به مدیون رهن گیرنده به اجاره دهد. چنین رهنی بر حق شخص را تأثیری وارد نمی نماید. لذا، حقوق شخص ثالث همچنان محفوظ است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و زمین را تسلیم شود محمود می تواند زمین را دوباره به احمد به اجاره بدهد. در چنین حالتی، این رهن و اجاره حق شخص سوم را متأثر نمی سازد. به عنوان مثال، اگر جمشید بخواهد زمین را از احمد خریداری نماید، مرهونه قرار گرفتن زمین حق مالکیت جمشید را متأثر نمی سازد.

۲- لازم است قیمت اجاره در عقد رهن تصریح گردد. منظور از قیمت اجاره مقدار اجرت است. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و محمود زمانی که زمین را تسلیم شود آن را دوباره به احمد به اجاره بدهد، شرط است مقدار اجرت را احمد و محمود معین نمایند.

۳- در صورتی که بعد از عقد رهن به آن موافقه به عمل آید، لازم است موضوع در حاشیه ثبت عقد رسانیده شود. عبارت حاشیه ثبت عقد در نص این ماده مبهم است که قابل توصیه است اصلاح گردد. حاشیه در لغت به معنی لبه و کناره چیزی است.^{۹۸۴} به نظر می رسد مثال این قاعده این است که اگر احمد زمین خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و محمود زمانی که زمین را تسلیم شود آن را دوباره به احمد به اجاره بدهد، شرط است مقدار اجرت را احمد و محمود معین نمایند. اگر احمد و محمود مقدار اجرت را معین نکرده باشند، می توانند آن را بعداً معین کنند و مقدار اجرت را در حاشیه قرارداد کتبی که ترتیب داده اند نوشته نمایند یا اگر عقد رهن در محکمه ثبت شده باشد، می تواند در حاشیه قرارداد مقدار اجرت را

۹۸۳. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۵.

984. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 24/2/2028).

نوشته نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز اجاره عین مرهونه توسط رهن گیرنده به رهن دهنده و شرایط آن است.

۳) وفق ماده ۱۸۰۹ ق. م: «داین رهن گیرنده مکلف است، صیانت عقار را تعهد نموده جهت حفاظت آن به مصارف ضروری اقدام نماید. همچنین مکلف است محصول و مالیه و تکالیف سالانه دیگری را که لازم است، تأدیه نماید. داین می تواند آنچه را مصرف نموده، از قیمت حاصلات عقار یا از ثمن آن در حدود قانون وضع نماید. داین وقتی از این تعهدات معاف شده می تواند که از حق رهن انصراف نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- داین رهن گیرنده مکلف است عین مرهونه را حفاظت نماید. این تکلیف طبق قواعد عمومی عقد رهن نیز بر عهده رهن است. صیانت در لغت به معنی حفظ کردن است.^{۹۸۵} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و محمود مکلف است خانه را حفظ نماید.

۲- داین رهن گیرنده مکلف است محصول و مالیه عقار را به دولت پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر احمد دوکان ها یا سرای خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و محمود مکلف است مالیه و محصول سرای و دوکان ها را به دولت پرداخت نماید.

۳- داین رهن گیرنده می تواند آنچه را برای حفاظت، پرداخت مالیه و محصول به مصرف رسانیده است یا از حاصلات عقار اخذ نماید و یا از ثمن فروش عین مرهونه بگیرد. به حیث مثال، در مثال بالا بالا محمود می تواند آنچه را جهت حفظ عین مرهونه مصرف کرده است، پول را که به عنوان مالیه و محصول به دولت داده است یا از حاصلات عین مرهونه یا از پول فروش عین مرهونه بگیرد.

۴- این تعهدات داین رهن گیرنده زمانی منتهی می شود که از عقد رهن انصراف ورزد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود از به رهن گرفتن خانه و زمین محمود منصرف شود، به تبع آن این تکالیف محمود ساقط شده و به ذمه احمد منتقل می شود. زیرا، این ها از آثار مالکیت است و هر شخصی که مالک مال باشد یا به نیابت از مالک مال را تحت حیات بگیرد، باید این تکالیف را انجام دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکالیف رهن گیرنده در صورتی که محل عقد رهن عقار باشد است.

۲) رهن منقول

براساس ق. م رهن منقول تابع قواعد ذیل است:

۱) طبق ماده ۱۸۱۰ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) رهن منقول وقتی بر شخص ثالث حجت شده می تواند که در پهلوی انتقال حیات در ورق ثابت التاریخ ثبت گردد و در این ورقه باید مبلغ تضمین شده به رهن و عین مرهونه به تفصیل توضیح گردد؛ و (۲) تاریخ ثابت، مرتبه داین رهن گیرنده را تعیین می نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- رهن منقول وقتی بر شخص ثالث حجت شده می تواند که در پهلوی انتقال حیات در ورق ثابت التاریخ ثبت گردد و در این ورقه باید مبلغ تضمین شده به رهن و عین مرهونه به تفصیل توضیح گردد. شخص ثالث شخصی است که طرفین عقد نیست بلکه شخص سوم است. تعریف حجت و حیات گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد موتر خویش را به محمود بدهد و جمشید ادعای مالکیت بر موتر را نماید، این رهن زمانی بر علیه جمشید حجت تلقی می شود که نخست این که موتر نزد محمود باشد؛ دوم این که در یک سندی که تاریخ آن ثابت باشد، مبلغی را که محمود بر احمد دارد و مرهونه بودن موتر به تفصیل توضیح گردیده باشد.

۲- تاریخ ثابت، مرتبه داین رهن گیرنده را تعیین می نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موتر خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و جمشید نیز بر احمد دین داشته باشد اما موتر احمد را به رهن نگیرد، سند و تاریخ اخذ رهن که در سند درج است مرتبه محمود را نسبت به جمشید ثابت می نماید. بنابراین، در صورت فروش موتر اول محمود می تواند دین خویش را از پول فروش موتر اخذ نماید و سپس جمشید. در این مثال، محمود نسبت به جمشید حق تقدم دارد. جمشید داین عادی و محمود داین دارای حق تقدم است. همچنین، در این مثال محمود می تواند از رهن علیه

جمشید به عنوان حجت استفاده نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حجت تلقی گردیدن رهن منقول در برابر اشخاص ثالث و شرایط آن است.

(۲) مطابق ماده ۱۸۱۱ ق.م: «هرگاه رهن گیرنده صاحب حسن نیت باشد، می تواند به حق خود در مرهونه استناد نماید، گرچه رهن دهنده قادر به تصرف در مرهونه نباشد، از جانب دیگر هر شخص صاحب حسن نیت، می تواند به حق استناد نماید که بر شی مرهونه کسب نموده، گرچه این حق بعد از تأریخ رهن باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه رهن گیرنده صاحب حسن نیت باشد، می تواند به حق خود در مرهونه استناد نماید، گرچه رهن دهنده قادر به تصرف در مرهونه نباشد. حسن نیت یکی از اصول حاکم بر قرارداد ها است. این اصل دو معنی دارد: نخست این که حسن نیت عبارت است از عدم قصد متعاقدين مبنی بر نیرنگ و فریب همدیگر. دوم این که حسن نیت عبارت است از اجرای مفاد تعهد بدون نیرنگ و فریب. استناد در لغت به معنی اتکا کردن و سند و مدرک نشان دادن است. در اصطلاح حقوقی استناد به معنی تکیه کردن به سند و مدرک و آن را پشتوانه عمل، گفته یا ادعا قرار دادن است.^{۹۸۶} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موتر خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد محمود دارای حسن نیت تلقی می گردد زیرا براساس عقد رهن موتر را به تضمین دین خود گرفته است. در این صورت، اگر جمشید داین دیگر احمد بخواهد موتر را به رهن بگیرد، محمود می تواند بگوید که من موتر را به رهن گرفتم ام. این قول محمود استناد به رهن تلقی می شود.

۲- هر شخص صاحب حسن نیت، می تواند به حق استناد نماید که بر شی مرهونه کسب نموده، گرچه این حق بعد از تأریخ رهن باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موتر خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و سپس موتر را به جمشید به فروش رساند، جمشید قایم مقام یا نایب احمد در خصوص مالکیت موتر تلقی می شود. اگر فاروق در خصوص موتر ادعای مالکیت نماید، جمشید می تواند به خرید موتر از احمد استناد نماید و ادعای فاروق را دفع نماید. در این مثال، جمشید دارای حسن نیت تلقی می گردد زیرا براساس یکی از اسباب کسب ملکیت که عبارت از بیع است شی مرهونه را خریداری نموده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز استناد به رهن توسط رهن گیرنده دارای حسن نیت است.

(۳) براساس ماده ۱۸۱۲ فقره های اول و دوم ق.م: «(۱) هرگاه شی مرهونه به خطر از بین رفتن یا نقص یا تنزیل قیمت مواجه باشد، طوری که خوف عدم تکافوی آن برای تضمین حق داین محقق گردد و رهن دهنده هم مبادله آن را با شی دیگر که قایم مقام آن گردد مطالبه ننماید، داین یا رهن دهنده می تواند از محکمه اجازه بیع آن را به صورت مزایده علنی یا به نرخ موجود بازار، تقاضا نماید؛ و (۲) در حال اجازه بیع، محکمه راجع به ودیعت گذاشتن ثمن نیز امر می نماید. در این صورت حق داین از شی به ثمن آن انتقال می یابد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه شی مرهونه به خطر از بین رفتن یا نقص یا تنزیل قیمت مواجه باشد، طوری که خوف عدم تکافوی آن برای تضمین حق داین محقق گردد و رهن دهنده هم مبادله آن را با شی دیگر که قایم مقام آن گردد مطالبه ننماید، داین یا رهن دهنده می تواند از محکمه اجازه بیع آن را به صورت مزایده علنی یا به نرخ موجود بازار، تقاضا نماید. تنزیل در لغت به معنی فرو فرستادن، پایین آوردن و نازل شدن است.^{۹۸۷} تکافو در لغت به معنی بسندگی و بسنده است.^{۹۸۸} قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۹۸۹} مزایده از ریشه «زود» گرفته شده است که در لغت به معنی بر یکدیگر افزودن، افزودگی دوجانبه و حراج است. در اصطلاح حقوق مدنی، مزایده فروش چیزی به گونه ای حراج است به نحوی که هر کس بهایی بیشتر پرداخت کند، میبیه از آن او باشد.^{۹۹۰} علنی در لغت به معنی آشکارا و هویدا است.^{۹۹۱} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود بیست رأس گاو خویش را به محمود به رهن بدهد و گاو ها با خطر مرض ساری مواجه

986. Ibid (Last visit: 3/1/2017).

987. Ibid (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۱۹).

988. Ibid, (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۱۹).

۹۸۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.

۹۹۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۸۸.

991. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۱۹).

شوند که باعث از بین رفتن آنها یا کاهش قیمت آنها در بازار گردد و ترس عدم بسندگی تضمین دین محمود را نمایند و احمد هم اموال دیگری را به عوض گاوها به محمود نهد، محمود می تواند از محکمه ذیصلاح اجازه بگیرد تا گاوها را به صورت مزایده علنی به فروش رساند.

۲- در حال اجازه بیع، محکمه راجع به ودیعت گذاشتن ثمن نیز امر می نماید. تعریف بیع در مبحث بیع و تعریف ودیعه در مبحث ایداع گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محکمه به فروش گاوها از طریق مزایده به محمود اجازه دهد، مکلف است به محمود امر نماید تا پول فروش گاوها را در بانک به امانت بگذارد.

۳- در این صورت حق داین از شی به ثمن آن انتقال می یابد. به حیث مثال، در مثال بالا، حقی را که محمود بر گاوها داشت بر پول فروش گاوها منتقل می شود. به عبارت دیگر: محمود بر ثمن فروش گاوها حق پیدا می نماید. گذاشتن پول در بانک و منتقل شدن حق داین مرتهن توجیه پذیر و عملی به نظر نمی رسد. به نظر می رسد در صورت فروش گاوها در مثال بالا محمود می تواند دین خویش را از پول فروش گاوها بگیرد و هیچ ضرورت به ایداع پول در بانک احساس نگردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فروش عین مرهونه به طور مزایده است.

۴) وفق ماده ۱۸۱۳ ق. م: «هرگاه فرصت مناسبی برای فروش شی مال مرهونه میسر گردیده و بیع با مفاد قابل وصف امکان پذیر باشد، رهن دهنده می تواند از محکمه اجازه فروش رهن را مطالبه نماید، گرچه موعد تأدیه دین نرسیده باشد. محکمه در حال اجازه، شروط بیع را معین نموده در مورد به ودیعت گذاشتن ثمن امر می نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- در صورتی که زمان مناسب برای فروش عین مرهونه فراهم گردد به گونه ای که رهن دهنده مفاد نماید، رهن دهنده می تواند از محکمه ذیصلاح اجازه فروش عین مرهونه را مطالبه نماید هرچند موعد پرداخت دین فرا نرسیده باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و دین برای مدت یکسال باشد و محمود بیست رأس گاو خویش را به محمود به رهن بدهد و عید قربان فرا رسد که موعد مناسب برای فروش گاوها با قیمت مناسب و فایده است محمود می تواند از محکمه ذیصلاح اجازه بگیرد تا گاوها را به فروش رساند. در این مثال دین برای مدت یک سال است و هنوز موعد پرداخت آن فرا نرسیده است اما عید قربان فرصت مناسبی است برای فروش گاوها.

۲- محکمه ذیصلاح باید شروط فروش عین مرهونه را معین نموده و حکم نماید تا ثمن فروش عین مرهونه در بانک به ودیعت گذاشته شود. تعریف بیع در مبحث بیع و تعریف ودیعه در مبحث ایداع گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محکمه به فروش گاوها به محمود اجازه دهد، مکلف است به محمود شرایط فروش گاوها را معین نماید و امر نماید تا پول فروش گاوها را در بانک به امانت بگذارد. گذاشتن پول در بانک و توجیه پذیر و عملی به نظر نمی رسد. به نظر می رسد در صورت فروش گاوها در مثال بالا محمود می تواند دین خویش را به از پول فروش گاوها بگیرد و هیچ ضرورت به ایداع پول در بانک احساس نگردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فروش عین مرهونه است.

۵) وفق ماده ۱۸۱۴ ق. م: «هرگاه داین رهن گیرنده به حق خود رسیده نتواند، حق دارد از محکمه فروش مرهونه را به صورت مزایده علنی یا به نرخ موجود بازار، مطالبه کند.» طبق نص این ماده در صورتی که رهن دهنده نتواند در موعد مقرر دین رهن گیرنده داین را پرداخت نماید، رهن گیرنده می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه فروش عین مرهونه را به صورت مزایده علنی مطابق نرخ روز نماید. هدف از فروش عین مرهونه از طریق مزایده مورد حمایت دادن رهن دهنده است، زیرا در صورت فروش عین مرهونه از طریق مزایده این امکان فراهم است تا رهن دهنده نقص نکند. تعریف مزایده و علنی در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود بیست رأس گاو خویش را به محمود به رهن بدهد و احمد دین محمود را پرداخت ننماید، محمود می تواند از محکمه ذیصلاح اجازه بگیرد تا گاوها را به صورت مزایده علنی به فروش رساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فروش مال مرهونه از طریق مزایده علنی به اجازه محکمه ذیصلاح و مورد حمایت قرار دادن داین است.

۶) وفق ماده ۱۸۱۵ ق. م: «داین رهن گیرنده، می تواند در برابر دین خود تملیک مرهونه را از محکمه مطالبه نماید، مشروط براینکه تملیک در مقابل قیمتی که توسط اهل خبره تعیین می گردد، صورت گیرد.» از نص این یک قاعده استنباط

می‌گردد. طبق این قاعده همچنانی که مدیون رهن دهنده می‌تواند فروش مال مرهونه را در موقع مناسب از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید، می‌تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید تا در برابر دینی که داین رهن گیرنده بر او دارد، عین مرهونه را به او تملیک نماید. تملیک در لغت به معنی انتقال دادن ملکیت مال است. در چنین حالتی، جهت عدم تضرر مدیون رهن گیرنده شرط است که قیمت عین مرهونه توسط اهل خبره تعیین شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود بیست رأس گاو خویش را به محمود به رهن بدهد و احمد دین محمود را پرداخت ننماید، محمود می‌تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید تا گاوها را در برابر دینی که بر احمد دارد به او تملیک نماید. قیمت گاوها باید توسط اهل خبره تعیین شود. اهل خبره اشخاص مسلکی است. به حیث مثال، اهل خبره در این مثال می‌تواند قصاب و اشخاصی که کار و بار و خرید و فروش حیوانات را انجام می‌دهنده باشد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حمایت حقوق مدیون رهن دهنده است، زیرا در صورت تعیین قیمت عین مرهونه توسط اهل خبره این امکان میسر است تا رهن دهنده نتواند عین مرهونه را به قیمت کمتر از مدیون رهن دهنده خریداری نماید.

(۷) مطابق ماده ۱۸۱۶ ق. م: «احکام پیشبینی شده این فصل، در حدودی قابل تطبیق است که با قوانین تجارتی و احکام قوانین مخصوص به رهن مال منقول، متعارض واقع نگردد». از نص این ماده به خوبی فهمیده می‌شود که قواعد مربوط رهن مال منقول عام است و در صورتی که در زمینه رهن مال منقول قانون خاص وجود داشته باشد و میان قانون مدنی و قانون خاص تعارض واقع شود، به قانون خاص ارجحیت داده می‌شود، زیرا در صورت تعارض میان عام و خاص، خاص مرجح است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ارجحیت قانون خاص بر قانون عام است.

۳) رهن دین

در مورد رهن دین در فقه دو نظریه وجود دارد. فقهای حنفی به این عقیده اند که رهن دین صحیح تلقی نمی‌گردد. زیرا، مال به عقیده فقهای مذکور چیزی جز عین نیست. همچنین، فقهای حنفی قبض را شرط صحت رهن تلقی می‌نمایند که در دین قابل تحقق نیست. فقهای شافعی و حنبلی نیز به این نظر اند که شرط است مرهونه عینی باشد که بیع آن صحیح تلقی گردد. بنابراین، بیع دین ناممکن است. پس، رهن آن نیز جایز نمی‌باشد. همچنین در رهن دین، رهن نمی‌تواند دین را به مرتبه تسلیم نماید. بنابراین، رهن دین به عقیده فقهای شافعی و حنبلی نیز صحیح تلقی نمی‌گردد.^{۹۹۲}

اما، رهن دین طبق ق. م مجاز است از جهات ذیل محل ایراد به نظر می‌رسد. نخست از نظر عقلی رهن دین توجیه پذیر نیست زیرا عقد رهن به منظور تضمین دین صورت می‌گیرد و رهن گیرنده مالی را به منظور تضمین دین خویش از مدیون می‌گیرد. از نظر عقلی دادن دین در برابر دین برای تضمین دین توجیه پذیر و موجه نیست. دوم از نظر عملی رهن دین قابل تطبیق نیست زیرا مدیون دین را به منظور دین داین به او به رهن نمی‌دهد.

به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و بیست لک افغانی را نزد محمود به عنوان رهن یا تضمین دین خویش بگذارد، این عمل احمد و محمود رهن دین است که گذاشتن پول در تضمین پول است. در صورتی که احمد پول نقد داشته باشد می‌تواند آن را به محمود بدهد و دین را ساقط نماید تا هیچ ضرورتی به رهن دین احساس نگردد. قابل توصیه است احکام ق. م که در خصوص رهن دین در ق. م پیش بینی شده اند حذف گردند. زیرا، از نظر عقلی مشکل، از نظر عقلی غیرتوجیه پذیر و از نظر تطابق با نظریات فقهاء در فقه، با نظریات فقهاء متعارض به نظر می‌رسند. این احکام قرار ذیل اند:

(۱) براساس ماده ۱۸۱۷ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) رهن دین در برابر مدیون وقتی نافذ دانسته می‌شود که این رهن به وی ابلاغ گردیده یا مطابق احکام حواله، حق آن را قبول نماید؛ و (۲) رهن دین در مقابل غیر وقتی نافذ شمرده می‌شود که سند دین مرهونه در حیات رهن گیرنده داخل شده باشد. مرتبه رهن از تاریخ ابلاغ یا قبولی محاسبه می‌گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

۱- رهن دین در برابر مدیون وقتی نافذ دانسته می‌شود که این رهن به وی ابلاغ گردیده یا مطابق احکام حواله، حق آن را قبول نماید. تعریف ابلاغ و نافذ گذشت. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و بیست لک افغانی را

۹۹۲. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۲۵۸.

نزد محمود به عنوان رهن یا تضمین دین خویش بگذارد، این رهن زمانی نسبت به احمد نافذ تلقی می گردد که محمود به او ابلاغ نماید که پول را در برابر دین خویش به رهن یا تضمین می گیرد.

۲- رهن دین در برابر مدیون وقتی نافذ دانسته می شود که مطابق احکام حواله حق آن را قبول نماید. تفصیل حواله حق در مبحث حواله گذشت. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و بیست لک افغانی را نزد محمود به عنوان رهن یا تضمین دین خویش بگذارد، این رهن زمانی نسبت به احمد نافذ تلقی می گردد که احمد آن را مطابق قواعد حواله حق قبول نماید. عبارت نص این ماده مبهم به نظر می رسد و قابل توصیه است اصلاح گردد.

۳- رهن دین در مقابل غیر وقتی نافذ شمرده می شود که سند دین مرهونه در حیات رهن گیرنده داخل شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و بیست لک افغانی را نزد محمود به عنوان رهن یا تضمین دین خویش بگذارد، این رهن زمانی نسبت به جمشید نافذ تلقی می گردد که سند رهن نزد محمود باشد. به حیث مثال، اگر جمشید در خصوص این دین ادعای مالکیت نماید و محمود سند از احمد گرفته باشد، می تواند با این سند ادعای جمشید را دفع نماید.

۴- مرتبه رهن از تاریخ ابلاغ یا قبولی محاسبه می گردد. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و بیست لک افغانی را نزد محمود به عنوان رهن یا تضمین دین خویش بگذارد و در عین حال جمشید نیز بیست لک بر احمد داشته باشد اما پول احمد را به عنوان تضمین دین نگیرد، محمود دین رهن گیرنده و دارای حق اولویت تلقی می گردد و جمشید داین عادی و فاقد حق اولویت. در این صورت، اول محمود می تواند دین خویش را از پول بگیرد و سپس جمشید. درجه یا مرتبه حق اولویت محمود از تاریخ ابلاغ این که محمود پول احمد را به تضمین دین گرفته است یا از تاریخی که احمد این رهن را قبول نموده است محاسبه می شود. به حیث مثال، اگر محمود در تاریخ سی جوزای سال ۱۳۹۹ پول احمد را به تضمین دین خویش بگیرد و به احمد بگوید پولت به تضمین دین من نزد من است و احمد قبول نماید، از این تاریخ به بعد محمود دارای حق اولویت نسبت به پول احمد است.

۲) طبق ماده ۱۸۱۸ ق. م: «(۱) دینی که قابلیت حواله یا حجز را نداشته باشد، رهن آن جواز ندارد. (۲) رهن اسناد رسمی به طریقه خاصی که قانون به منظور حواله این اسناد تنظیم نموده، صورت می گیرد مشروط بر این که تذکر یابد که حواله به طریقه رهن صورت گرفته است. در این حال رهن بدون ضرورت اعلان خاتمه می یابد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- دینی که قابلیت حواله را نداشته باشد، رهن آن جواز ندارد. به عبارت دیگر: در رهن دین شرط است که حواله آن صحیح و حجز آن صحیح باشد. تعریف حواله در مبحث حواله گذشت. فهم و ارایه مثال عملی برای رهن دین بسیار مشکل است. تطبیق رهن دین بر دینی که حواله آن صحیح باشد مشکل تر است. برای فهم این ماده باید شرایط صحت موضوع حواله و نص این ماده را یکجا در کنار هم قرار داد و نتیجه گیری نمود که کدام حواله صحیح است و کدام دین قابل حواله است و در نهایت رهن آن صحیح است. به حیث مثال، در مبحث حواله گذشت که حواله به دین مجهول صحیح نیست. به حیث مثال، اگر احمد بر محمود دین داشته باشد و مقدار آن نامعلوم باشد، محمود نمی تواند این دین را به جمشید حواله دهد زیرا جمشید نمی تواند در صورت مجهول بودن مقدار دین به احمد پول پرداخت نماید. در صورت مجهول بودن مقدار دین حواله و در نهایت رهن دادن آن صحیح نیست.

۲- دینی که قابلیت حجز را نداشته باشد، رهن آن جواز ندارد. تعریف حجز گذشت. در ق. م اموالی که قابلیت حجز را دارند و اموالی که قابلیت حجز را ندارند حکمی وجود ندارد و به نظر می رسد در این خصوص در ق. م خلا وجود دارد. فهم و ارایه مثال عملی برای نص این ماده زمانی ممکن است که بدانیم حجز در کدام اموال و در چه مقدار پول قابل تطبیق است. چون در این خصوص در ق. م حکمی وجود و ندارد و قانونگذار مدنی نص این ماده را واگذار به صحت حجز نموده است. بنابراین، ارایه مثال عملی برای نص این ماده ناممکن به نظر می رسد. قابل توصیه است یا نص این ماده حذف گردد یا شرایط اموال حجز پذیر وضع گردد تا زمینه تطبیق نص این ماده فراهم شود.

۳- عبارت «رهن اسناد رسمی به طریقه خاصی که قانون به منظور حواله این اسناد تنظیم نموده، صورت می گیرد مشروط بر این که تذکر یابد که حواله به طریقه رهن صورت گرفته است. در این حال رهن بدون ضرورت اعلان خاتمه می

یابد» مبهم و زاید به نظر می‌رسد. همچنین، فهم این ماده مشکل است. زیرا، رهن اسناد رسمی معنی درست را فاده نمی‌کند و به تبع آن بقیه عباراتی که در نص این ماده پیش بینی شده است معنی درست را فاده نمی‌کند. قابل توصیه است این متن از نص این ماده حذف گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت رهن دین است.

۳) براساس ماده ۱۸۱۹ ق. م: «داین رهن گیرنده، می‌تواند بر تعویضات موافقه شده که از دین مرهونه مستحق گردیده و آنچه بعد از رهن مستحق آن می‌گردد، تسلط یابد. همچنین می‌تواند بر تمام استحقاق‌های دورانی دین تسلط یابد مشروط بر اینکه بر آنچه تسلط می‌یابد، اولاً از مصارف ثانیاً از تعویضات و ثالثاً از اصل دین تضمین شده به رهن کسر گردد. تمام این مراتب وقتی رعایت می‌شود که به خلاف آن موافقه صورت نگرفته باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می‌گردد:

۱- داین رهن گیرنده، می‌تواند بر تعویضات موافقه شده که از دین مرهونه مستحق گردیده و آنچه بعد از رهن مستحق آن می‌گردد، تسلط یابد. تعویضات جمع تعویض است. چنانچه گذشت، تعویض در لغت به معنی عوض و بدل است. همچنین، در ق. م تعویض در مفهوم جبران خسارت استعمال شده است. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و صد لک افغانی خویش را به محمود به عنوان تضمین به رهن بدهد و احمد با محمود توافق نماید که در صورت تأخیر پرداخت دین که جبران خسارت آن طبق ق. م میان سه الی هفت فیصد مجموعه دین در یک سال است از پول بگیرد، محمود می‌تواند برای دریافت جبران خسارت تأخیر پرداخت دین در یک سال سه الی هفت فیصد مجموعه دین را از این پول بگیرد.

۲- داین رهن گیرنده می‌تواند بر تمام استحقاق‌های دورانی دین تسلط یابد. عبارت استحقاق دورانی در نص این ماده مبهم به نظر می‌رسد. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۹۹۳} نص این ماده محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا به نظر می‌رسد در صورتی که مدیون پول خویش را به داین به رهن به منظور تضمین دین بدهد، این پول نمی‌تواند استحقاق دورانی داشته باشد. به نظر می‌رسد استحقاق دوران مختص اموالی غیر از پول است مانند کرایه خانه، زمین، آپارتمان و نظیر اینها که کرایه دهند آن را به کرایه گیرنده در دوره‌های معین پرداخت می‌نمایند.

همچنین، اگر پول به عنوان تضمین به رهن داده نشود امکان دارد استحقاق دورانی داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی به محمود به عنوان مضاربه یا غرض عقد شرکت بدهد و با محمود توافق نماید که فایده‌ای را که عاید احمد و محمود می‌شود در ماه‌های معین به احمد بدهد، فایده ناشی از پول استحقاق دورانی است. اما، زمانی که پول به عنوان تضمین دین به داین به رهن داده شود، داین بر پول تسلط پیدا می‌نماید و مدیون نمی‌تواند آن را به مضاربه، مشارکه و نظیر اینها بدهد. با توجه به این ایراد شرایط این استحقاق که عبارت‌اند از اولاً از مصارف ثانیاً از تعویضات و ثالثاً از اصل دین تضمین شده به رهن کسر گردد زاید به نظر می‌رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

۳- داین رهن گیرنده زمانی بر دین و استحقاق‌های دین تسلط پیدا می‌نماید که به خلاف آن موافقه صورت نگرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و بخواهد ده لک افغانی را به محمود به عنوان تضمین دین بدهد و با محمود توافق نماید که محمود بر این دین تسلط نداشته باشد و مستحق استحقاق‌های دورانی دین نگردد، توافق احمد و محمود مدار اعتبار است و قواعد شماره ۱ و ۲ نص ماده ۱۸۱۹ ق. م قابل تطبیق نیست. نص این ماده از نظر تطبیق عملی به نظر نمی‌رسد. زیرا، در این صورت هدف از تضمین دین که دریافت چیزی توسط داین جهت اطمینان دین است حاصل نمی‌شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رهن دین است.

۴) براساس ماده ۱۸۲۰ ق. م: «داین رهن گیرنده به حفاظت دین مرهونه مکلف بوده، در صورتی که بخواهد قسمتی از دین مرهونه را بدون مداخله رهن دهنده در مقابل دین خود حصول نماید، لازم است تا آن را با رعایت زمان و مکان معین تأدیه حصول نموده و از موضوع به رهن دهنده اخطار دهد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

۱- داین رهن گیرنده به حفاظت دین مرهونه مکلف است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و ده لک افغانی را به محمود به عنوان تضمین دین بدهد، محمود مکلف است ده لک افغانی را حفاظت نماید، به حیث مثال، در بانک بگذارد یا در جای مصوون بگذارد تا آن را سارق به سرقت نبرد.

۹۹۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.

۲- در صورتی که بخواهد قسمتی از دین مرهونه را بدون مداخله رهن دهنده در مقابل دین خود حصول نماید، لازم است تا آن را با رعایت زمان و مکان معین تأدیه حصول نموده و از موضوع به رهن دهنده اخطار دهد. إخطار از ریشه «خطر» است که در لغت به معنی اعلام خطر است.^{۹۹۴} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و ده لک افغانی را به محمود به عنوان تضمین دین بدهد و محمود بخواهد پنج لک آن را بگیرد، باید با توجه به زمان و مکان دین، به حیث مثال، دین در کجا قرار است پرداخته شود موعد پرداخت دین، آن را بگیرد و به احمد بگوید که من پنج لک افغانی را گرفتم. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف و حق داین رهن گیرنده است.

(۵) وفق ماده ۱۸۲۱ ق. م: «مدیون در دین مرهونه، می تواند در برابر داین رهن گیرنده به تمام وسایل تأدیه متعلق به صحت حق تضمین شده به رهن استناد نماید. همچنین می تواند به وسایل تأدیه استناد نماید که در مقابل داین اصلی داشته باشد. تمام این حکم در حدودی تطبیق می گردد که مدیون در حالت حواله به مقابل حواله گیرنده به این تأدیات، استناد کرده بتواند.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- مدیون در دین مرهونه، می تواند در برابر داین رهن گیرنده به تمام وسایل تأدیه متعلق به صحت حق تضمین شده به رهن استناد نماید. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد می تواند به اسباب انتهای دین مانند مجرای، مرور زمان، تجدید، نیابت، ابراء، عدم امکان تنفیذ و نظیر اینها استناد نماید، به عنوان نمونه می تواند بگوید محمود دین را ابراء داده است یا دین در اثر مرور زمان ساقط شده است یا بگوید طلا به عوض پول به محمود پرداخته است.

۲- همچنین می تواند به وسایل تأدیه استناد نماید که در مقابل داین اصلی داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی محمود باشد می تواند به اسباب انقضای تعهد که مدیون در برابر داین استناد می نماید، استناد نماید. به عنوان نمونه می تواند بگوید تو دین را به من ابراء داده ای یا دین در اثر مرور زمان ساقط شده است یا بگوید طلا به عوض پول به شما پرداخته ام.

۳- تمام این حکم در حدودی تطبیق می گردد که مدیون در حالت حواله به مقابل حواله گیرنده به این تأدیات، استناد کرده بتواند. به عبارت دیگر: شرط تطبیق احکام شماره یک و دو این است که حواله دهنده بتواند به حواله گیرنده استناد نماید. به حیث مثال، مدیون حواله دهنده به داین حواله گیرنده بگوید دین را شما ابراء داده اید، دین در اثر مرور زمان ساقط شده است، در دین تجدید صورت گرفته و نظیر اینها. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مدیون است.

(۶) ماده ۱۸۲۲ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه دین مرهونه قبل از موعد دین تضمین شده به رهن به سر رسد، مدیون نمی تواند دین را ایفاء نماید مگر برای رهن دهنده و رهن گیرنده یکجا و هر یک از دو نفر می توانند از مدیون مطالبه نمایند، آنچه را تأدیه می نماید به ودیعت بگذارد. در این صورت حق رهن به آنچه به ودیعت گذاشته شده، انتقال می نماید؛ و (۲) رهن دهنده و رهن گیرنده مکلفند آنچه را مدیون تأدیه نموده، به وجهی که برای رهن دهنده مفیدتر بوده و برای داین رهن گیرنده از آن ضرری عاید نباشد، معاونت نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه دین مرهونه قبل از موعد دین تضمین شده به رهن به سر رسد، مدیون نمی تواند دین را ایفاء نماید. ایفاء از ریشه «وفی» گرفته شده است که در لغت به معنی بجا آوردن عهد است.^{۹۹۵} عبارت نص این ماده معنی درست را به نظر می رسد که افاده نمی نماید. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد منظور ق. م این است که هرگاه موعد تأدیه دین فرا نرسد، مدیون می تواند دین را به داین نپردازد. این قاعده است. استثنای این قاعده این است که داین می تواند از مدیون مطالبه نماید تا پولی را که قرار است به داین بدهد در بانک یا نزد شخص سوم به امانت بگذارد. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و بیست لک افغانی نزد محمود به عنوان تضمین یا رهن بگذارد و هنوز موعد پرداخت دین محمود فرا نرسیده باشد، محمود نمی تواند احمد را مجبور به پرداخت دین نماید. اما، محمود و احمد می توانند توافق نمایند تا احمد پولی را که به رهن گذاشته است نزد شخص سوم یا در بانک به امانت گذارد.

۹۹۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۲۶.

۹۹۵. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۲۳.

۲- در صورت امانت گذاشتن پول توسط مدیون، حق رهن به آنچه به ودیعت گذاشته شده، انتقال می نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، اگر احمد پول را در بانک به امانت گذارد، حتی که محمود بر این پول دارد بر پول امانت گذاشته شده توسط احمد در بانک منتقل می شود.

۳- رهن دهنده و رهن گیرنده مکلفند آنچه را مدیون تأدیه نموده، به وجهی که برای رهن دهنده مفیدتر بوده و برای داین رهن گیرنده از آن ضرری عاید نباشد، معاونت نماید. نص این ماده مبهم است مخصوصاً عبارت مدیون. معاونت در لغت به معنی کمک است. به حیث مثال، محمود مکلف است در مثال بالا در صورت پرداخت پول توسط احمد با احمد کمک نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت دین در رهن دین در حالاتی که موعد پرداخت دین فرا نرسیده است می باشد.

۷) مطابق ماده ۱۸۲۳ ق.م: «هرگاه دین مرهونه و دین تضمین شده به رهن، هر دو مستحق تأدیه گردد، در این صورت اگر داین رهن گیرنده حق خود را کاملاً نگرفته باشد، می تواند آنچه را مستحق می گردد، از دین مرهونه قبض نماید یا اینکه ببع این دین را مطالبه یا آن را مطابق حکم ماده (۱۸۱۵) این قانون تملک نماید.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی به ماده ۱۸۱۵ ق.م است. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه دین مرهونه و دین تضمین شده به رهن، هر دو مستحق تأدیه گردد، در این صورت اگر داین رهن گیرنده حق خود را کاملاً نگرفته باشد، می تواند آنچه را مستحق می گردد، از دین مرهونه قبض نماید. قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است.^{۹۹۶} به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و بیست لک افغانی را به محمود به رهن بدهد و موعد پرداخت دین یا موعد گرفتن دین از پول به رهن داده شده توسط احمد فرا رسد، محمود می تواند دین خویش را از احمد یا از پولی که احمد نزد محمود گذاشته است بگیرد.

۲- داین رهن گیرنده می تواند ببع دین را از مدیون مطالبه نماید. عبارت ببع دین از نظر عملی و عقلی توجیه پذیر نیست. زیرا، پول که به عنوان تضمین دین توسط مدیون به داین اعطا گردیده است قابل فروش نیست. زیرا، پول را نمی توان برخلاف سایر اموال فروخت (اما می توان پول را تسعیر کرد که آن را صرف می گویند که تفصیل آن گذشت). قابل است نص این ماده از متن ق.م حذف گردد.

۳- مدیون می تواند مطابق حکم ماده (۱۸۱۵) این قانون دین را تملک نماید. تملک در لغت به معنی تحت ملکیت در آوردن است. نص ماده ناظر بر تملیک عین مرهونه توسط داین است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود بیست رأس گاو خویش را به محمود به رهن بدهد و احمد دین محمود را پرداخت نماید، محمود می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید تا گاوها را در برابر دینی که بر احمد دارد به او تملیک نماید. اما، در صورتی که دین مرهونه پول باشد، تملیک آن در برابر قرض از نظر عملی غیرقابل تطبیق و از نظر عقل توجیه پذیر نیست. در این صورت، داین می تواند پول را در برابر دین خویش بگیرد. قابل توصیه است نص این ماده از متن ق.م حذف گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رهن دین است.

۴) رهن عین مستأجره و معاره

فقههای مذاهب اربعه به اتفاق آراء به این عقیده اند که مدیون می تواند مالی را که مالک آن است به رهن دهد ولو مال مذکور مأجور و یا مستعاره باشد. فقههای حنفی به این عقیده اند که رهن عین مأجور و یا مستعاره ای که نزد مستأجر و یا مستعیر باشد صحیح پنداشته می شود. بنابراین، در صورتی که راهن و مرتهن در رابطه به رهن عین مستأجره و یا معاره توافق نمایند عقد اول فسخ و عقد دوم صحیح تلقی می گردد.^{۹۹۷} باید افزود که: طبق ق.م رهن عاریت تابع قواعد ذیل است:

۱) وفق ماده ۱۸۲۴ ق.م: «مدیون می تواند مال غیر را به عاریت گرفته و به اجازه او آن را به رهن بدهد. در صورتی که اجازه عاریت دهنده مطلق و بدون قید باشد، مدیون می تواند آن را به هر اندازه و به هر جنسی که خواسته باشد همچنان برای هر شخص در هر جهتی که اراده کند، به رهن بدهد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۹۹۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۰۲.
 ۹۹۷. وهبة الزحیلی (—). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۲۶۰.

۱- مدیون می تواند مال غیر را به عاریت گرفته و به اجازه او آن را به رهن دهد. تعریف عاریت در مبحث عاریت گذشت. تعریف مدیون در مبحث دین گذشت. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و موثر جمشید را به عاریت بگیرد، می تواند موثر را به اجازه جمشید به محمود به رهن بدهد. به اتفاق آرای فقهاء مستعیر می تواند مالی را که از غیر به عاریت گرفته به اذن مالک در مقابل دینی که بر ذمه وی است به رهن دهد.^{۹۹۸}

۲- در صورتی که اجازه عاریت دهنده مطلق و بدون قید باشد، مدیون می تواند آن را به هر اندازه و به هر جنسی که خواسته باشد همچنان برای هر شخص در هر جهتی که اراده کند، به رهن بدهد. تعریف عاریت مطلق و مقید در مبحث عاریت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و موثر جمشید را به صورت مطلق به عاریت بگیرد می تواند موثر را به اجازه جمشید به هر شخص در هر جهت به رهن بدهد. به عنوان نمونه، احمد می تواند موثر را به فاروق داین خویش به رهن بدهد و فاروق با موثر تکی رانی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز به رهن دادن عین مستعاره و پیش بینی حکم رهن مطلق و غیر مقید است.

فقهای حنفی به این عقیده اند که هرگاه معیر رهن مستعاره را قید نموده باشد، مستعیر می تواند آن را طوری که بخواهد به رهن دهد.^{۹۹۹} ولی، در صورتی که معیر رهن مستعاره را مقید به قیود نموده باشد، مستعیر مکلف به رعایت قیود فوق می باشد. بنابراین، در صورت عدول از قیود و هلاک عین معاره، مستعیر غاصب تلقی گردیده و عقد مذکور باطل پنداشته می شود.^{۱۰۰۰}

۲) طبق ماده ۱۸۲۵ ق. م: «هرگاه عاریت دهنده اجازه شی مرهونه را به اندازه، جنس، شخص یا جهت معین قید سازد، عاریت گیرنده نمی تواند از آن مخالفت نماید مگر اینکه در مخالفت نفع عاریت دهنده باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. قاعده این است که هرگاه عاریت دهنده اجازه شی مرهونه را به اندازه، جنس، شخص یا جهت معین قید سازد، عاریت گیرنده نمی تواند از آن مخالفت نماید.

به حیث مثال، اگر احمد موثر خویش را به محمود به عاریت بدهد و گوید آن را صرف به جمشید به منظور تضمین دین می توانی به رهن بدهی، محمود نمی تواند موثر را به فاروق به منظور تکی رانی به رهن بدهد. عاریت در این مثال مقید است که تفصیل آن در مبحث عاریت گذشت. استثنای این قاعده این است که در مخالفت نفع عاریت دهنده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا فاروق مستری باشد و موثر را زمانی که به رهن بگیرد ترمیم و به نحو مناسب نگهداری نماید، عقد رهن به نفع احمد تمام می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عاریت مقید و مورد حمایت قرار دادن مصلحت عاریت دهنده است.

۳) وفق ماده ۱۸۲۶ ق. م: «هرگاه عاریت گیرنده مال عاریت دهنده را به اجازه وی مطابق شروطی که گذاشته است به رهن بدهد، عاریت دهنده نمی تواند بعد از تسلیم آن به رهن گیرنده از آن انصراف نماید و رهن گیرنده می تواند آن را الی زمان ادای دین نزد خود نگهدارد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- در صورتی که عاریت مقید باشد و عاریت گیرنده مطابق شرایطی که عاریت گیرنده معین نموده است عین مستعاره را به داین خویش به رهن بدهد، عاریت دهنده نمی تواند از عاریت رجوع و عقد عاریت را فسخ نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و اسپان جمشید را به عاریت گرفته و به اجازه جمشید به محمود به رهن بدهد و عاریت مقید باشد، جمشید نمی تواند از عاریت منصرف شود و از آن رجوع نماید.

۲- رهن گیرنده می تواند عین مستعاره را الی زمان ادای دین نزد خود نگهدارد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و اسپان جمشید را به عاریت گرفته و به اجازه جمشید به محمود به رهن بدهد و عاریت مقید باشد، جمشید نمی تواند از عاریت منصرف شود و از آن رجوع نماید. محمود می تواند الی ادای دین توسط احمد اسپان را به عنوان تضمین دین نزد خود نگهدارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عاریت مقید است.

۹۹۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۲۶۱.

۹۹۹. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۲۶۲.

۱۰۰۰. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۲۶۲.

۴) مطابق ماده ۱۸۲۷ ق. م: «هرگاه عاریت مقید به مدت معین باشد، عاریت دهنده رهن نمی تواند قبل از سپری شدن مدت تعیین شده، انفکاک رهن و تسلیمی عاریت را برای خود مطالبه نماید. در صورت عدم مقید بودن به مدت و همچنین بعد از سپری شدن مدت، می تواند اینگونه مطالبه را به عمل آورد.» نص این ماده شبیه نص ماده ۱۸۲۶ ق. م است. از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- در صورتی که عاریت مقید به مدت معین باشد، عاریت دهنده رهن نمی تواند قبل از سپری شدن وقت معینه، انفکاک رهن و تسلیمی عین مستعاره را مطالبه نماید. انفکاک در لغت جدا کردن، جدا شدن، رها شدن و باز شدن است.^{۱۰۰۱} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و اسپان جمشید را به عاریت گرفته و به اجازه جمشید اسپان را برای مدت شش ماه به محمود به رهن بدهد، احمد نمی تواند قبل از تکمیل مدت شش ماه تسلیمی اسپان را از محمود مطالبه نماید.

۲- در صورتی که عقد عاریت مقید به مدت نباشد، عاریت دهنده می تواند هر لحظه که بخواهد عقد رهن را فسخ و تسلیمی عینی مستعاره را از عاریت گیرنده مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا عاریت مطلق و غیر مقید به وقت باشد، احمد می تواند هر لحظه ای رد اسپان را از محمود مطالبه نماید.

۳- در صورت انقضای مدت عاریت، عاریت دهنده می تواند تسلیمی عین مستعاره را از عاریت گیرنده مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر مدت شش ماه در مثال بالا سپری شود، احمد می تواند هر لحظه ای رد اسپان را از محمود مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عاریت مقید و مطلق در صورت ارتزاقان عین مستعاره توسط رهن دهنده است.

۵) براساس ماده ۱۸۲۸ ق. م: «هرگاه عاریت دهنده انفکاک رهن را مطالبه و دین را به رهن گیرنده تأدیه نماید. در صورتی که دین به اندازه قیمت رهن باشد، رهن گیرنده به قبول مجبور گردانیده می شود. در این صورت عاریت دهنده به عاریت گیرنده، رجوع می نماید. اگر قیمت شی مرهونه از دین کمتر باشد، رهن گیرنده به تسلیمی رهن مجبور گردانیده نمی شود. اگر آنچه که پرداخته شده از قیمت رهن بیشتر باشد، عاریت دهنده به مقدار ما زاد قیمت مال مرهونه متبرع شناخته شده آن را از عاریت گیرنده، مطالبه کرده نمی تواند.» از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که هرگاه عاریت دهنده بخواهد عین مستعاره را از رهن خلاص نماید و دین را به نمایندگی از عاریت گیرنده مدیون به دین او پرداخت نماید، نویسندگان ق. م حالات ذیل را پیش بینی نموده اند:

۱- هرگاه عاریت دهنده انفکاک رهن را مطالبه و دین را به رهن گیرنده تأدیه نماید. در صورتی که دین به اندازه قیمت رهن باشد، رهن گیرنده به قبول مجبور گردانیده می شود. در این صورت عاریت دهنده به عاریت گیرنده، رجوع می نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید موتر خویش را به احمد به عاریت بدهد و جمشید بخواهد موتر را از رهن خلاص نماید و ده لک افغانی را به محمود پرداخت نماید، محمود مکلف است پول را قبول و موتر را به جمشید بدهد. در این صورت، جمشید می تواند ده لک افغانی را از احمد مطالبه نماید. در این مثال مقدار دین ده لک افغانی و قیمت موتر نیز ده لک افغانی است.

۲- اگر آنچه که پرداخته شده از قیمت رهن بیشتر باشد، عاریت دهنده به مقدار ما زاد قیمت مال مرهونه متبرع شناخته شده آن را از عاریت گیرنده، مطالبه کرده نمی تواند. متبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشنده است.^{۱۰۰۲} در اصطلاح حقوق مدنی، شخصی که عمل تبرع را انجام می دهد متبرع نامیده می شود.

به حیث مثال، در هبه و اهب متبرع است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید موتر خویش را به احمد به عاریت بدهد و قیمت موتر پانزده لک افغانی باشد و جمشید بخواهد موتر را از رهن خلاص نماید و پانزده لک افغانی را به محمود پرداخت نماید، جمشید متبرع شناخته شده و پنج لک افغانی مازاد را از احمد مطالبه کرده نمی تواند. نص این ماده به ضرر عاریت دهنده است و عادلانه به نظر نمی رسد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می

۱۰۰۱. حسن عمید (۱۳۸۳)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۲۶.

۱۰۰۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴)، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.

رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی پرداخت دین توسط عاریت دهنده و خلاص کردن عین مستعاره از رهن است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرنشش شماره (۱۱۳): ماده (۱۸۲۸) قانون مدنی توضیح شود.

توضیح: حکم ماده (۱۸۲۸) در صورتی که ادای دین به تناسب قیمت مرهونه تعبیر گردد تطبیق ماده متذکره مشکلی ندارد و مطلب در صفحه (۳۶۱) جلد پنجم رد المختار نیز موجود است.^{۱۰۰۳}

۵) مطابق ماده ۱۸۲۹ ق. م: «هرگاه عاریت گیرنده رهن در حالت افلاس وفات نماید مال مرهونه در تصرف رهن گیرنده حبس باقیمانده، بدون اجازه عاریت دهنده فروخته شده نمی تواند.» طبق نص این ماده در صورتی که عاریت گیرنده مدیون در حالت افلاس وفات نماید، مال مرهونه در تصرف رهن گیرنده باقی می ماند. در این صورت، رهن گیرنده نمی تواند عین مرهونه را به فروش رساند. افلاس از ریشه «فلس» گرفته شده است که در لغت به معنی ناچیز شدن، نادر شدن، بینوایی، ناداری و پریشانی است. به شخصی که حکم به افلاس او می شود مفلس گویند. در اصطلاح حقوقی افلاس عبارت از وصفی است در شخصی که قرض او بیشتر از دارایی او باشد.^{۱۰۰۴} به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و ده عراده موتر را از جمشید به عاریت بگیرد و احمد در حال افلاس وفات نماید، محمود می تواند موتر ها را حبس نماید و نمی تواند بدون اجازه جمشید موتر ها را به فروش رساند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده از مورد حمایت قرار دادن عاریت دهنده است، زیرا در صورتی که در حالت وفات عاریت گیرنده، رهن گیرنده بتواند عین مرهونه را به فروش رساند این امر موجب تضییع عاریت دهنده می شود.

۶) براساس ماده ۱۸۳۰ ق. م: «هرگاه عاریت دهنده در حال مدیونیت وفات نماید، به عاریت گیرنده رهن دهنده امر می شود تا دین خود را تأدیه نموده رهن را خلاص نماید. در صورت عجز وی مال مرهونه نزد رهن گیرنده به حال خود باقیمانده، ورثه عاریت دهنده می تواند دین را تأدیه و مال مرهونه را خلاص نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه عاریت دهنده در حال مدیونیت وفات نماید، به عاریت گیرنده رهن دهنده امر می شود تا دین خود را تأدیه نموده رهن را خلاص نماید. نص این ماده مجمل است زیرا مرجع امر دهنده در نص این ماده مشخص نیست. به نظر می رسد این مرجع محکمه است. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس اسب خود را به محمود به عاریت بدهد و احمد وفات نماید و محمود اسپان را در برابر دینی که جمشید به او دارد به جمشید به رهن بدهد، محکمه می تواند محمود را وادار نماید تا دین را پرداخته و اسپان را از رهن خلاص نماید.

۲- در صورت عجز وی مال مرهونه نزد رهن گیرنده به حال خود باقیمانده، ورثه عاریت دهنده می تواند دین را تأدیه و مال مرهونه را خلاص نماید. عجز در لغت به معنی ناتوانی است.^{۱۰۰۵} به حیث مثال، اگر احمد ده رأس اسب خود را به محمود به عاریت بدهد و احمد وفات نماید و محمود اسپان را در برابر دینی که جمشید به او دارد به جمشید به رهن بدهد، محکمه می تواند محمود را وادار نماید تا دین را پرداخته و اسپان را از رهن خلاص نماید. در صورت عدم توانایی محمود، ورثه احمد می توانند دین را پرداخته و اسپان را از رهن خلاص نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر وفات عاریت دهنده در رهن دین است.

۷) وفق ماده ۱۸۳۱ ق. م: «در مواردی که احکام فوق رهن عاریت با احکام رهن حیازی معارض واقع نگردد، احکام خاص رهن حیازی بر رهن عاریت تطبیق می گردد.» از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که احکام رهن حیازی بر عقد رهن عاریت تطبیق می گردد به شرط این که احکام رهن عاریت با احکام رهن حیازی متعارض نباشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ترجیح احکام مربوط به رهن حیازی بر احکام رهن عاریت است که تفصیل هر دو گذشت.

۱۰۰۳. _____ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۵.

۱۰۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات مخراب فکر، ص ۳۸۴.

۱۰۰۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۵۷.

(۵) رهن فضولی

چنانچه قبلاً گذشت رهن ملک غیر بدون اذن مالک آن مانند رهن مال مستعاره و مستأجره صحیح پنداشته می شود. ولی، به نظر فقهای حنفی صحت رهن در چنین موارد منوط به اجازه مالک آن می باشد. بنابراین، در صورتی که مالک اجازه اعطاء ننماید رهن باطل گردیده و راهن به سبب غصب، ضامن عین مال مرهونه پنداشته می شود. همچنین، در صورتی که مال مرهونه در چنین موارد توسط مرتهن هلاک گردد و ادعا نماید که نمی دانسته است که مال مرهونه ملک راهن نبوده است، مالک مال مرهونه می تواند از راهن و یا مرتهن ضمان تلف مال را مطالبه نماید. زیرا، در این چنین حالت هر دو راهن و مرتهن متعدی پنداشته می شوند.^{۱۰۰۶}

ه) انتهای عقد رهن (حیازی)

عقد رهن حیازی به دو صورت ممکن است منتهی گردد: به صورت تبعی و آن در صورتی است که اگر دین منتهی گردد، رهن حیازی نیز به تبع آن منتهی می شود. زیرا، فرع در وجود و بقاء تابع اصل است و به صورت مستقل:

(۱) اسباب تبعی

رهن رسمی با انتهای دین (تعهد) منتهی می گردد. اسبابی که طبق ق. م موجب انتهای دین می گردد عبارت اند از:

(۱) **انتهای رهن رسمی در اثر وفای دین و یا آنچه معادل وفاء است:** طبق ماده ۱۸۰۲ ق. م: «رهن به انقضای دین تضمین شده منقضی گردیده و با ازاله سببی که دین به آن منقضی گردیده، رهن عودت می نماید. حقوق اشخاص صاحب حسن نیتی که در خلال مدت انقضای حق و عودت آن کسب شده، اخلال نمی گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- رهن به انقضای دین تضمین شده منقضی گردیده می گردد. انقضاء در لغت به معنی به سر آمدن و سپری شدن است. همچنین، انقضاء در لغت به معنی نابود شدن است.^{۱۰۰۷} منقضی در لغت به معنی از بین رفته است. بنابراین، طبق نص این ماده یکی از اسباب انقضای تبعی رهن حیازی، وفای دین است. به این توضیح که: اگر مدیون راهن دین مرتهن داین را پرداخت نماید، عقد رهن منتهی می گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موثر خویش را به محمود به رهن بدهد و با پرداخت ده لک افغانی توسط احمد به محمود دین و به تبع آن رهن از بین می رود و احمد می تواند موثر خویش را از محمود بگیرد. دلیل این قاعده این است که رهن عقد تبعی و دین عقد اصلی و سقوط تبعی در حدوث و سقوط تابع عقد اصلی است.

۲- با ازاله سببی که دین به آن منقضی گردیده، رهن عودت می نماید. ازاله از ریشه «زول» گرفته شده است که در لغت به معنی از بین بردن، زدودن، از اثر انداختن و نابود کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، ازاله عبارت است از، از بین بردن اثر مرتب بر یک عمل حقوق اعم از عقد و یا ایقاع.^{۱۰۰۸} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موثر خویش را به محمود به رهن بدهد و با پرداخت ده لک افغانی توسط احمد به محمود دین و به تبع آن رهن از بین می رود و احمد می تواند موثر خویش را از محمود بگیرد. اما، اگر احمد دوباره ده لک افغانی را از محمود به عنوان دین بگیرد، رهن امکان دارد دوباره ایجاد شود. دلیل این قاعده این است که رهن عقد تبعی و دین عقد اصلی و عقد تبعی در حدوث و سقوط تابع عقد اصلی است.

۳- حقوق اشخاص صاحب حسن نیتی که در خلال مدت انقضای حق و عودت آن کسب شده، اخلال نمی گردد. اخلال در لغت به معنی خلل رسانیدن، زیان رسانیدن و بی نظمی است.^{۱۰۰۹} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موثر خویش را به محمود به رهن بدهد و سپس موثر را به جمشید به فروش رساند و شرط گذارد که موثر را زمانی که از رهن خلاص کرد تسلیم جمشید می نماید، در صورت خلاص شدن موثر از رهن و دوباره ره به رهن دادن موثر حق مالکیت

۱۰۰۶. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کوئته: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۲۶۶.

1007. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 11/1/2018).

۱۰۰۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۵.

1009. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 24/2/2028).

جمشید همچنان بر موثر باقی می ماند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انقضای رهن که ادای دین است می باشد. در خصوص نص این ماده رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۱۱): انقضای دین و ازاله سبب مندرج ماده (۱۸۰۲) توضیح شود.

توضیح: انقضای دین علاوه بر ادای دین با ابراء، حواله و تجدید نیز صورت گرفته می تواند. در ماده مورد بحث دین با حواله مدیون منقضی اما به اثر وفات محال علیه چون سبب زایل شد رهن باز می گردد.^{۱۰۱۰}

(۲) **ادای به عوض:** تفصیل ادای به عوض در جلد حقوق و جاب این دور از شرح ق. م گذشت. آنچه ذکر آن در این جلد ضروری است این است که در صورت ادای به عوض دین، دین ساقط می گردد و به تبع آن رهن نیز ساقط می شود.

(۳) **تجدید (تبدل تعهد):** به موجب ق. م تجدید یا تبدیل تعهد و نیابت نیز یکی از اسباب انقضای تعهد است که تفصیل آن در جلد اول این کتاب گذشت.

(۳) **مجرای (مقاصه / تهاثر):** مجرای که در فقه و حقوق به آن تهاثر و مقاصه می گویند نیز یکی از اسباب وفای دین و در نتیجه سقوط دین است که تفصیل آن در جلد حقوق و جاب این دور از شرح ق. م گذشت. در صورت مجرای نیز دین ساقط می گردد و به تبع آن رهن نیز منتهی می شود.

(۲) **اتحاد ذمه:** طبق ماده ۱۸۰۳ بند اول ق. م: «علاوه از حالت مندرج ماده ۱۸۰۲ این قانون، رهن حیازی با موجودیت یکی از اسباب ذیل منقضی می گردد: ۱- با اجتماع حق رهن حیازی و حق ملکیت در تصرف شخص واحد.»، تعریف منقضی در بالا گذشت. طبق نص این ماده در صورت اتحاد ذمه که تفصیل آن در جلد حقوق و جاب این دور از شرح ق. م گذشت نیز دین منقضی می گردد و به تبع آن رهن نیز منقضی می گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی از پدر خویش قرض بگیرد و موثر خویش را به پدر خویش به رهن بدهد و پدر احمد وفات نماید، در اثر اتحاد ذمه احمد مالک ده لک افغانی و موثر می گردد و رهن ساقط می شود زیرا شخص نمی تواند در عین زمان داین و مدیون خویش باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انقضای رهن که عبارت از اتحاد ذمه است می باشد.

(۵) **ابراء:** در صورت ابراء نیز که تفصیل آن در جلد حقوق و جاب این دور از شرح ق. م گذشت دین منقضی می گردد و به تبعیت از آن رهن نیز منقضی می گردد.

(۶) **عدم امکان تنفیذ:** در صورت عدم امکان تنفیذ نیز که تفصیل آن در جلد حقوق و جاب این دور از شرح ق. م گذشت تنفیذ تعهد ساقط می گردد و به تبع آن رهن نیز منتهی می شود.

(۷) **مرور زمان:** مرور زمان نیز یکی از اسباب انقضای دین است. به این توضیح که هرگاه داین پرداخت دین خویش را در موعده که قانون معین نموده است، پرداخت ننماید، دین منقضی می گردد که تفصیل و برخی مثنای آن قبلاً گذشت.

(۲) اسباب مستقل

اسبابی مستقلی که موجب انتهای عقد رهن حیازی می گردد قرار ذیل است:

(۱) **در صورت پرداخت جمیع دین:** در صورتی که راهن جمیع دین مرتهن را پرداخت نماید، عقد رهن منقضی می گردد.^{۱۰۱۱} پرداخت دین هم سبب اصلی و هم سبب تبعی انتهای رهن است؛

(۲) **در صورت فروش مال مرهونه اعم از اینکه فروش اختیاری باشد و یا اجباری:** در صورتی که مال مرهونه به امر قاضی توسط راهن و یا توسط خود قاضی در صورت امتناع ورزیدن راهن از فروش مال مرهونه صورت بگیرد و از قیمت ثمن آن دین مرتهن پرداخته شود، عقد رهن منقضی می گردد. همچنین، عقد رهن به بیع اختیاری که توسط راهن به استیذان مرتهن صورت بگیرد نیز منقضی می گردد؛

۱۰۱۰. ____ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۴.

۱۰۱۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۲۴.

(۳) در صورت ابراء مرتهن: در صورتی که مرتهن از حصول دین منصرف شود و ابراء دهد، عقد رهن منقضی می گردد.^{۱۰۱۲} ماده ۱۸۰۳ ق. م. در این باره حکم می نماید که: «علاوه از حالت مندرج ماده ۱۸۰۲ این قانون، رهن حیازی با موجودیت یکی از اسباب ذیل منقضی می گردد: (۱) با انصراف صریح یا ضمنی داین رهن گیرنده از حق رهن». ابراء نیز هم سبب اصلی و هم سبب تبعی انتهای رهن است. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد موتر خویش را به رهن به محمود بدهد و محمود به صورت صریح به احمد بگوید ده لک افغانی را به شما ابراء دادم یا موتر را به احمد برگرداند دین و به تبع دین رهن منقضی می گردد. برگرداندن موتر در این مثال انصراف ضمنی از دین و رهن است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انقضای دین و رهن که عبارت از ابراء است می باشد؛ و

(۴) در صورت فسخ عقد رهن توسط مرتهن: در صورت فسخ عقد رهن توسط مرتهن ولو بدون قبول راهن صورت گرفته باشد، عقد رهن منقضی می گردد.^{۱۰۱۳} زیرا عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است. بنابراین، مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را فسخ نماید.^{۱۰۱۴} ماده ۷۱۶ مجلة الاحکام در این رابطه تصریح می نماید که: «مرتهن حق دارد به تنهایی رهن را فسخ نماید». علاوه براین، در رابطه به فسخ عقد رهن توسط راهن ماده ۷۱۷ مجلة الاحکام حکم می نماید که: «راهن حق فسخ عقد رهن را بدون رضایت مرتهن ندارد». ولی، در صورتی که راهن و مرتهن در رابطه به فسخ عقد رهن توافق نمایند، عقد رهن منتهی می گردد. ماده ۷۱۸ مجلة الاحکام در این مورد تصریح می نماید که: «راهن و مرتهن حق دارند رهن را به اتفاق هم فسخ نمایند. اما مرتهن حق حبس مال مرهونه و امساک آن را تا زمان استیفاء آنچه بعد از فسخ در ذمه راهن باشد دارد.»؛

(۵) در صورت از بین رفتن شی مرهونه: طبق ماده ۱۸۰۳ بند سوم ق. م: «علاوه از حالت مندرج ماده ۱۸۰۲ این قانون، رهن حیازی با موجودیت یکی از اسباب ذیل منقضی می گردد: (۳) با از بین رفتن شی مرهونه». به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موتر خویش را به محمود به رهن بدهد و موتر در اثر زلزله زیر آوار شود و کاملاً از بین برود به دلیل انتفای یکی از ارکان عقد رهن، رهن منقضی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انقضای رهن است. به عقیده فقهای مذاهب اربعه در صورتی که مال مرهونه هلاک گردد عقد رهن منقضی می گردد.^{۱۰۱۵}؛ و

(۶) عدم انقضای رهن در صورت فوت راهن یا مرتهن: طبق ماده ۱۸۰۴ ق. م: «رهن حیازی به وفات رهن دهنده و رهن گیرنده باطل نگردیده، نزد ورثه باقی می ماند». طبق نص این ماده وفات رهن گیرنده و رهن دهنده موجب باطل شدن رهن حیازی نمی گردد بلکه عین مرهونه نزد ورثه رهن گیرنده باقی می ماند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موتر خویش را به رهن به محمود بدهد و احمد وفات نماید، موتر همچنان نزد محمود باقی می ماند و ورثه احمد مکلف اند یا از سایر متروکه احمد دین محمود را پرداخت نمایند یا موتر را به محمود به عوض دین احمد بدهند. همچنین، اگر محمود وفات نماید ورثه محمود می توانند موتر را الی پرداخت دین توسط احمد نزد خود نگهدارند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن عدم انقضای رهن در اثر وفات رهن دهنده و رهن گیرنده است. (۷) طبق ماده ۱۸۰۵ ق. م: «هرگاه رهن دهنده وفات نماید، وصی او به اجازه رهن گیرنده شی مرهونه را فروخته از آن دین رهن گیرنده را می پردازد. در صورتی که رهن دهنده وصی تعیین ننموده باشد، داین از محکمه ای که محل اقامت متوفی در حوزه صلاحیت آن قرار دارد، تقاضا می کند تا شخص را جهت فروش مال مرهونه و تأدیه دین از ثمن آن به حیث وصی تعیین نماید». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه رهن دهنده وفات نماید، وصی او به اجازه رهن گیرنده شی مرهونه را فروخته از آن دین رهن گیرنده را می پردازد. وصی شخصی است که برای اداره اموال صغار توسط ولی یا محکمه تعیین می شود. به نظر می رسد وصی مترادف و معادل تصفیه کننده ترکه در نص این ماده است. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گاو خویش را به محمود در برابر دین محمود

۱۰۱۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۳۲۰.

۱۰۱۳. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۳۲۰.

۱۰۱۴. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۲)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۴۴۱.

۱۰۱۵. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۲۶.

به رهن بدهد و احمد وفات نماید، تصفیه کننده ترکه می تواند به اجازه محمود ده رأس گاو را فروخته و از پول فروش گاو ها دین محمود را پرداخت نماید.

۲- در صورتی که رهن دهنده وصی تعیین ننموده باشد، داین از محکمه ای که محل اقامت متوفی در حوزه صلاحیت آن قرار دارد، تقاضا می کند تا شخص را جهت فروش مال مرهونه و تأدیه دین از ثمن آن به حیث وصی تعیین نماید. متوفی شخصی است ک وفات نموده است. تعریف ثمن در مبحث بیع گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد در ولسوالی پغمان زندگی نماید و وصی معین نکرده باشد، محمود می تواند از محکمه ابتدائیه ولسوالی پغمان تقاضا نماید تا یک شخص را به عنوان وصی تعیین نماید تا این شخص گاو ها را فروخته و از ثمن فروش گاو ها دین محمود را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر وفات رهن دهنده و تعیین و عدم تعیین وصی است.

۸) طبق ماده ۱۸۰۶ ق. م: «هرگاه داین رهن گیرنده وفات نماید و از مال مرهونه معلوماتی در دست نبوده و در بین متروکه نیز موجود نباشد، قیمت مال مرهونه از متروکه به حیث دین واجب الاداء شناخته می شود». طبق نص این ماده هرگاه داین رهن گیرنده وفات نماید و از مال مرهونه معلوماتی در دست نبوده و در بین متروکه نیز موجود نباشد، قیمت مال مرهونه از متروکه به حیث دین واجب الاداء شناخته می شود. عبارت «قیمت مال مرهونه از متروکه به حیث دین واجب الاداء شناخته می شود» مبهم به نظر می رسد. متروکه مالی است که شخص متوفی از خود به جا می گذارد که تفصیل آن در کتاب میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

دین واجب الاداء عبارت از دینی است که همه شرایط آن متحقق و موعد پرداخت آن فرا رسیده و باید پرداخت شود. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گاو خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و محمود وفات نماید، اما معلومات برای تصفیه کننده ترکه و ورثه محمود در خصوص گاو ها موجود نباشد و گاو ها در میان متروکه محمود نیز موجود نباشد، قیمت گاو ها دین شامل در متروکه تلقی می گردد. بنابراین، چون در این فرض گاو ها در میان متروکه موجود نیست و ورثه و تصفیه کننده ترکه نیز در خصوص گاو ها معلومات ندارند بنابراین قیمت گاو ها به مثابه دین در ترکه محاسبه می گردد و ورثه محمود یا تصفیه کننده ترکه می توانند دین را از احمد بگیرند. زیرا، قبل از تصفیه ترکه باید دین های را که دیگران بر محمود داشته اند و دین های را که محمود بر دیگران داشته است تصفیه کننده پرداخت نماید و از دیگران بگیرد. در این فرض، تصفیه کننده ترکه یا ورثه می توانند دین را از احمد بگیرند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر وفات داین رهن گیرنده است. داین رهن گیرنده در این مثال محمود و مدیون رهن دهنده احمد است.

۷) طبق ماده ۱۷۷۷ ق. م: «هرگاه مرهونه به حیات رهن دهنده در آید رهن منقضی می گردد، مگر اینکه داین رهن گیرنده اثبات نماید که مراجعه به سبب دیگر از انقضای رهن صورت گرفته. این حکم در صورتی است که حق شخص ثالث اخلال نگیرد». از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط می گردد:

۱- قاعده و اصل این است که هرگاه مرهونه به حیات رهن دهنده در آید رهن منقضی می گردد. تعریف منقضی و حیات گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گاو خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و گاو ها دوباره تحت حیات و تسلط احمد قرار بگیرد، رهن خاتمه پیدا می کند. استثنای این اصل این است که داین رهن گیرنده اثبات نماید که مراجعه به سبب دیگر از انقضای رهن صورت گرفته. به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گاو خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و گاو ها دوباره تحت حیات و تسلط احمد قرار بگیرد، رهن خاتمه پیدا می کند. اما، اگر محمود ثابت نماید که گاو ها را به احمد دوباره به اجاره داده است، رهن منقضی نمی گردد.

۲- این حکم در صورتی است که حق شخص ثالث اخلال نگیرد. شخص ثالث شخصی غیر از داین رهن گیرنده و مدیون رهن دهنده است. تعریف اخلال گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد گاو ها را به جمشید فروخته باشد و شرط گذاشته باشد که بعد از انقضای رهن گاو ها را تسلیم جمشید می نماید، قاعده اول قابل تطبیق نیست زیرا حق جمشید متأثر می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انقضای رهن است.

گفتار دوم) رهن رسمی

نوع دوم رهن طبق ق. م رهن رسمی است. جلد چهارم، فصل چهارم، مواد ۱۸۳۲ الی ۱۸۸۹ ق. م احکام آن را تنظیم نموده است. نویسندگان ق. م این احکام را از ق. م. ج. م اقتباس نموده اند:

الف) تعریف و خصوصیات

طبق ماده ۱۸۳۲ ق. م: «رهن رسمی عقدی است که به سبب آن داین حق عینی را بر عقراری که برای ایفاء دین تخصیص یافته، کسب می نماید و به مقتضای آن بر سایر داینین عادی و داینین پایین مرتبه از خود حق تقدم را داشته و دین خود را از عقرار مذکور به هر دستی که باشد حصول نموده می تواند». طبق نص این ماده رهن رسمی دارای خصوصیات ذیل است:

۱- رهن رسمی مانند رهن حیازی عقد است که میان رهن ردهنده و رهن گیرنده منعقد می گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را به عنوان تضمین دین به محمود بدهد، دادن خانه به محمود عقد رهن رسمی است.

۲- رهن رسمی صرف بر عقرار مرتب می شود نه بر منقول. بنابراین، در رهن رسمی عقرار مرهونه تحت حیازت رهن باقی می ماند ولی برای پرداخت دین داین مرتهن تخصیص می آید. پس، رهن صلاحیت فروش آن را دارا می باشد و در صورتی که پرداخت دین توسط مدیون یا رهن متعذر گردد و عقرارمرهونه به فروش رسد مرتهن یا داین نسبت به سایر داینین در حصول دین خود حق تقدم پیدا می نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را به عنوان تضمین دین به محمود بدهد، دادن خانه به محمود عقد رهن رسمی است. اگر در این صورت، احمد مدیون جمشید نیز باشد و جمشید خانه احمد را به رهن نگیرد، محمود داین مرتهن دارای حق اولویت و جمشید داین عادی است. در صورت فروش خانه، اول محمود دین خویش را می گیرد و سپس جمشید.

۳- عقرار در هر دستی که باشد داین مرتهن می تواند از آن پول خویش را حاصل نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف رهن رسمی است.

ب) شروط انشاء

در انشای رهن رسمی دو نوع شرط باید رعایت گردد: شروط شکلی و شروط ماهوی:

۱) **شروط شکلی:** طبق ماده ۱۸۳۳ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) رهن رسمی منعقد شده نمی تواند، مگر به ورقه رسمی که نزد مقامات مربوط تکمیل شده باشد؛ و (۲) مصارف رهن رسمی به دوش رهن دهنده می باشد، مگر اینکه به خلاف آن موافقه به عمل آید». از نص این ماده دو قاعده و یک استثناء استنباط می گردد:

۱- اصل و قاعده این است که رهن رسمی منعقد نمی شود. بنابراین، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد بخواهد زمین خویش را به محمود به رهن بدهد، این عقد قانوناً نمی تواند منعقد شود. استثنای این قاعده این است که رهن رسمی می تواند از طریق ورقه رسمی منعقد شود. نص این ماده مجمل است و در خصوص ورثه رسمی و سایر شکلیات رهن رسمی معلومات نمی دهد که محل ایراد است. قابل توصیه است نص این ماده تکمیل گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی این است که اگر مدیون بخواهد عقرار خویش را به داین به عنوان تضمین دین بدهد باید این عقد در محکمه ذیصلاح ثبت شود. در صورتی که رهن رسمی از طریق وثیقه رسمی منعقد نگردد، عقد باطل است. زیرا، رهن رسمی عقد شکلی است و صحیح نمی گردد مگر اینکه از طریق وثیقه رسمی منعقد شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و بخواهد زمین خویش را به محمود به رهن بدهد، این عقد باید در محکمه ذیصلاح ثبت گردد.

۲- اصل این است که مصارف عقد رهن رسمی بر عهده رهن است. زیرا، رهن طرف ملزم به این عقد است و باید مصارف آن را متحمل شود. به حیث مثال، در مثال بالا، مصارف ثبت عقد در محکمه را باید احمد پرداخت نماید. استثنای این اصل این است که طرفین در این مورد طور دیگری توافق نمایند. زیرا، این امر مخالف نظام و آداب عامه نیست. به حیث مثال، در مثال بالا احمد و محمود توافق نمایند که مصارف را مشترکاً بپردازند و یا مصارف را صرف محمود پرداخت نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط شکلی انعقاد عقد رهن رسمی است.

۲) **شروط ماهوی:** در انشای رهن رسمی از نظر موضوع مانند سایر عقود توافر رضاء و محل ضروری است. رضاء در رهن رسمی از متعاقدين صادر می گردد که عبارت اند از رهن و مرتهن. در رهن و مرتهن طبق قواعد عمومی عقود که تفصیل آن در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت، شرط است که اهلیت تعاقد را به صورت مباشر داشته باشند. بنابراین، رهن رسمی صبی ممیز صحیح نیست. محل عقد رهن رسمی نیز عقار است. در ذیل شرایط خاص رهن و محل عقد رهن را مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- **شروط راهن:** جهت انشای رهن رسمی در رهن تحقق شروط آتی ضروری است:

- **مدیون بودن راهن:** طبق ماده ۱۸۳۴ ق. م: «در رهن رسمی شخص مدیون یا شخص دیگری که به نفع مدیون چیزی را به رهن بدهد، رهن دهنده شده می تواند.» طبق نص این ماده شرط است که راهن مدیون باشد. اصل این است که راهن خود مدیون باشد که رهن رسمی بر عقار مملوک او که جهت تأمین وفای دینی که بر ذمه او است، مرتب می گردد. همچنین، مانعی وجود ندارد که مدیون و راهن دو شخص مختلف باشند و دین بر ذمه مدیون و تأمین رهن رسمی را شخصی دیگر جهت تأمین دین او بر عقار او مرتب نماید. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد احمد می تواند زمین خویش را به منظور تضمین دین به محمود به رهن بدهد. همچنین، وکیل احمد می تواند زمین احمد را به محمود به منظور تضمین دین محمود به رهن بدهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط رهن دهنده است.

- **اینکه عقار ملکیت راهن باشد و راهن اهلیت تصرف در آن را داشته باشد:** طبق ماده ۱۸۳۵ ق. م: «رهن دهنده باید مالک عقار مرهونه بوده، اهلیت تصرف را در آن داشته باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد: نخست این که جهت انشای رهن رسمی لازم است تا راهن مالک عقار مرهون باشد. پس، شخصی که عقار دیگری را به رهن رسمی می دهد، چنین رهنی صحیح نیست، مگر اینکه این امر به او مفوض شده باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد، احمد می تواند صرف زمین خویش را نه زمین جمشید را به منظور تضمین دین به محمود به رهن بدهد. بنابراین، راهن باید مالک عقار مرهونه مانند زمین، خانه و آپارتمان باشد. عقار مالی است که نقل آن از محلی به محل دیگر ممکن نیست.

دوم این که در انشای رهن رسمی شرط است که راهن اگر رهن را برای خود انشاء می نماید، واجد اهلیت تصرف باشد. پس، اگر کامل اهلیت نباشد، ولی، وصی و قیم او می توانند رهن را به نیابت از شخص ناقص اهلیت با رعایت احکام قانون انشاء نمایند. شخص زمانی اهلیت تصرف را دارد که عاقل و بالغ باشد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد بخواهد زمین خویش را به منظور تضمین دین به محمود به رهن بدهد، شرط است که احمد اهلیت تصرف را داشته باشد؛ یعنی عاقل و بالغ باشد. تفصیل اهلیت در جلد اول حقوق وجایب این دور از شرح ق. م گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت طرفین عقد رهن است.

- طبق ماده ۱۸۳۶ ق. م: «هرگاه رهن دهنده مالک عقار نباشد، رهن وی بدون اجازه مالک آن در ورقه رسمی صحت ندارد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده شرط است که رهن دهنده مالک عقار باشد. اگر رهن دهنده مالک عقار نباشد، عقد رهن او صحیح نیست و نباید در محکمه ثبت شود. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد، احمد می تواند صرف زمین خویش را نه زمین جمشید را به منظور تضمین دین به محمود به رهن بدهد. بنابراین، راهن باید مالک عقار مرهونه مانند زمین، خانه و آپارتمان باشد. اگر احمد بخواهد زمین جمشید را به رهن بدهد، شرط است که جمشید جهت انشاء و ثبت عقد رهن در محکمه اجازه بدهد. دلیل این قاعده، قاعده تصرف در ملک غیر باطل است مگر به اجازه غیر است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت عقد رهن است.

۲- **شروط محل:** منظور از محل رهن رسمی شی ای است که محل رهن رسمی قرار می گیرد: در شی ای که محل رهن رسمی قرار می دهد، موجودیت شروط ذیل ضروری است:

- **عقار بودن محل رهن رسمی:** طبق ماده ۱۸۳۹ ق. م: «رهن رسمی به غیر از عقار در چیز دیگری واقع شده نمی تواند، مگر اینکه قانون به خلاف آن تصریح نموده باشد.» در نص این ماده یک قاعده و یک استثناء وجود دارد. قاعده این است که رهن رسمی به غیر از عقار در چیز دیگری واقع شده نمی تواند. تعریف عقار در بالا گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد، احمد می تواند صرف عقار مانند زمین، خانه، باغ و آپارتمان خویش را به منظور تضمین دین به محمود به رهن بدهد. اما، منقول مانند موتر، جواهرات و نظیر اینها را نمی تواند به محمود به منظور تضمین دین بدهد. زیرا، در صورتی که محل عقد منقول باشد، عقد رهن حیازی است نه رهن رسمی. استثنای این قاعده این است که قانون به خلاف آن تصریح نموده باشد. به حیث مثال، قانون خاص اجازه دهد تا مدیون منقول خویش مانند موتر، جواهرات، قالین، حیوان و نظیر اینها را به داین به رهن بدهد و عقد در محکمه ثبت شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت موضوع عقد رهن است.

- **موجود بودن مال:** طبق ماده ۱۸۳۷ ق. م: «رهن عقاری که در آینده به وجود می آید باطل دانسته می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده رهن عقاری که در آینده به وجود می آید باطل دانسته می شود. مفهوم مخالف نص این ماده این است که عقار باید موجود باشد. پس، اگر عقار معدوم باشد عقد صحیح نیست. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و بخواهد آپارتمان یا خانه، یا زمین یا باغی را که هنوز نخریده است و از طریق سایر اسباب کسب ملکیت آن را تصاحب نکرده است به محمود به رهن بدهد این عقد صحیح نیست. زیرا، عقار هنوز نزد احمد موجود نیست اما امکان دارد در آینده احمد مالک آن گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت موضوع عقد رهن است.

- طبق ماده ۱۸۳۸ ق. م: «هرگاه رهن از طرف مالک صادر شده باشد که سند ملکیت او باطل، فسخ، لغو، زایل یا به سبب دیگر بی اعتبار گردد، رهن به منفعت داین رهن گیرنده باقی می ماند مشروط بر این که حین انعقاد عقد رهن، داین دارای حسن نیت باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این ماده هرگاه رهن از طرف مالک صادر شده باشد که سند ملکیت او باطل، فسخ، لغو، زایل یا به سبب دیگر بی اعتبار گردد، رهن به منفعت داین رهن گیرنده باقی می ماند مشروط بر این که حین انعقاد عقد رهن، داین دارای حسن نیت باشد. باطل از ریشه «بَطَل» گرفته شده است که در لغت به معنی تباه و عدم است، چنانکه اگر عرب بگوید: بَطَل این به این معنی است که تباه شد.^{۱۰۱۶} فسخ در لغت به معنی نقض، زایل کردن، از بین بردن و از هم جدا کردن است.^{۱۰۱۷} لغو در لغت به معنی باطل کردن است.^{۱۰۱۸} زایل در لغت به معنی نابودن و ناپدید شدن است.^{۱۰۱۹}

به حیث مثال، اگر دو صد لک افغانی مدیون حمیده باشد و خانه خویش را به حمیده به رهن بدهد اما قباله خانه را موریانه خورده باشد و قباله از بین رفته باشد یا ناپدید شده باشد، رهن نسبت به حمیده صحیح است به شرط این که حمیده دارای حسن نیت باشد. تعریف حسن نیت در بالا گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم رهنی است که سند مال مرهونه از بین رفته باشد یا ناپدید شده باشد.

- **محل رهن رسمی عقاری باشد که بیع آن از طریق مزایده علنی ممکن باشد:** طبق ماده ۱۸۴۰ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) عقار مرهونه باید طوری باشد که از لحاظ عرف بیع آن به مزایده علنی صحیح باشد؛ (۲) همچنین باید به صورت دقیق در عقد تعیین گردیده باشد، در غیر آن رهن باطل دانسته می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱۰۱۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۲۸.
 ۱۰۱۷. وهبة الزحیلی (___). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۱۴۹؛ ____ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۱۳۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۶۱.

1018. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3/1/ 2018).

1019. Ibid, (Last visit: 3/1/ 2018).

نخست این که در عقاری که محل رهن رسمی قرار می گیرد، شرط است که بیع آن از طریق مزایده علنی ممکن باشد. بنابراین، عقاری که بیع آن از طریق مزایده علنی ممکن نباشد، نمی تواند محل رهن رسمی قرار بگیرد. مانند: عمار موقوفه. تعریف مزایده گذشت. علنی در لغت به معنی آشکار است. به نظر می رسد دلیل این قاعده این است که اگر در رهن رسمی مدیون دین خویش را نتواند پرداخت نماید، محکمه می تواند عمار را از طریق مزایده به فروش رساند. بنابراین، نص این ماده این هدف را تأمین و تسهیل می نماید.

دوم این که در عمار شرط است از نظر عرف محل تعامل و یا بیع قرار بگیرد. بنابراین، رهن عقاری که برای قمار خانه و یا فاحشه خانه استعمال می گردد، جایز نیست.

سوم این که در عقاری که محل رهن رسمی قرار می گیرد شرط است که عمار معین باشد. بنابراین، اولاً مالک نمی تواند تمام عقارات خویش را محل رهن رسمی قرار بدهد، ثانیاً عمار نیز از حیث طبیعت معین باشد، مثلاً گفته شود که این عمار منزل، زمین، فابریکه و غیره است و ثالثاً عمار از حیث موقعیت نیز معین باشد. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد چندین زمین در ولسوالی پغمان، شکرده، چهارآسیاب و امثال اینها داشته باشد و بخواهد یکی از این زمین ها را به محمود به رهن رسمی بدهد شرط است که زمین را معین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی برخی از شرایط صحت موضوع عقد رهن است.

- **شامل شدن ملحقات عمار در رهن رسمی:** طبق ماده ۱۸۴۱ ق. م: «رهن شامل آن ملحقات عمار مرهونه می باشد که عمار شمرده شود، خصوصاً حقوق آبیاری، تزیینات، تأسیساتی که برای مالک منفعت می رساند، مگر اینکه موافقت طوری دیگر صورت گرفته باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل و قاعده این است که رهن شامل آن ملحقات عمار مرهونه می باشد که عمار شمرده شود. ملحقات جمع ملحقه و ملحقه تأیید ملحق است که در لغت به معنی اضافه شده ها، ضمیمه ها و پیوست ها است.^{۱۰۲۰} در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد که ملحقات چیز هایی است که با اصل شی ضمیمه می شوند، مانند کلید قفل، گوساله شیرخوار گاو، زمین حویلی، حق ارتفاق زمین و نظیر اینها.

به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را به محمود به رهن بدهد، رهن نه تنها شامل زمین بلکه شامل ملحقات زمین مانند درختان، گلدان ها، حق ارتفاق، فوق و تحت خانه، حق مرور، حق مسیل و نظیر اینها می شود. قانونگذار مدنی برخی مصادیق ملحقات را در نص این ماده پیش بینی نموده است مانند: حق آبیاری (حق شرب). تزیینات چیز های زینتی است مانند گلدان، گل های زینتی، درختان و بوته های زینتی و نظیر اینها.

همچنین، رهن شامل تأسیساتی که برای رهن دهنده نفع می رساند شامل می شود مانند چاه آب و نظیر آنها. استثنای این اصل این است که موافق طور دیگر صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را به محمود به رهن بدهد و احمد با محمود توافق نماید که گلدان ها را که در خانه است به رهن نمی دهد یا محمود از حق ارتفاق خانه نمی تواند استفاده نماید، این توافق مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ملحقات عین مرهونه است.

- **شمول حاصلات و عواید عمار در رهن رسمی:** ماده ۱۸۴۲ ق. م: «هرگاه ورقه ابلاغ راجع به نرخ ملکیت به ثبت برسد، حاصلات و عواید عمار از تاریخ ثبت ورقه به بعد، به عمار ملحق گردیده و در توزیع آن احکامی رعایت می گردد که در توزیع ثمن عمار مرعی می باشد.» عبارت هرگاه ورقه ابلاغ راجع به نرخ ملکیت به ثبت برسد، در این ماده مبهم و محل ایراد است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد منظور از این عبارت این است که در صورت ترتیب سند رسمی رهن رسمی و درج قیمت ملکیت در آن، حاصلات و عواید عمار از تاریخ ثبت سند، به عمار ملحق می شود و در توزیع آن احکامی رعایت می گردد که در توزیع ثمن عمار باید رعایت گردد. علت این قاعده، پیروی قاعده فرع از اصل است. ثمن چنانچه تفصیل آن در مبحث بیع گذشت به معنی پول است. ملحق در لغت به معنی پیوست و ضمیمه است.

به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و عقد رهن در محکمه ذیصلاح ثبت گردد، حاصلات و عواید زمین از تاریخ ثبت به عقال ضمیمه می گردد و در توزیع آن قواعدی باید رعایت شود که در توزیع ثمن رعایت شود. به عنوان نمونه، اگر در مثال بالا احمد از جمشید نیز قرضدار باشد و جمشید زمین احمد را به رهن نگیرد و در نهایت زمین از طریق مزایده علنی توسط محکمه ذیصلاح به فروش رساند، پول حاصلات زمین مانند گندم، جو، جوار، لوبیا و نظیر اینها شامل زمین است و از پول فروش این حاصلات و زمین اول محمود و سپس جمشید می توانند دین خویش را اخذ نمایند.

همچنین، اگر احمد مارکیت خویش را به محمود به رهن بدهد و در عین حال قرضدار جمشید باشد و مارکیت از سوی محکمه ذیصلاح به فروش رسد، عواید مارکیت مانند کرایه دوکان ها شامل مارکیت می شود و پول آن میان محمود و جمشید تقسیم می شود. به نظر می رسد مبنای این قاعده پیروی فرع از اصل است. اصل در این مثال ها زمین و مارکیت و فرع حاصل و عاید است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عواید و حاصلات عین مرهونه است.

- طبق ماده ۱۸۴۳ ق. م: «رهنی که در عقال مشاع از طرف تمام مالکین صادر گردیده صحیح می باشد و هر نتیجه ای که در ما بعد بر تقسیم عقال یا بر بیع آن در صورت عدم امکان تقسیم آن مرتب گردد، بر صحت رهن تأثیر ندارد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که در صورتی که تمام شرکاء عقال مشترک خویش را به داین خویش به رهن بدهند، چنین رهنی صحیح است. مشاع اسم مفعول از ریشه «شیع» گرفته شده است که در لغت به معنی مشترک و منتشر میان دو کس است.^{۱۰۲۱} در اصطلاح حقوقی مشاع عبارت از مال مشترک است. به حیث مثال، اگر احمد، محمود و جمشید سه صد لک افغانی مدیون حمیده باشند و خانه ای که را در وزیر اکبر از پدر خویش به ارث گرفته اند به حمیده به رهن بدهند، این رهن صحیح است. در این مثال، خانه مال مشاع و شرکاء احمد، محمود و جمشید اند.

دوم این که هر نتیجه ای که در ما بعد بر تقسیم عقال یا بر بیع آن در صورت عدم امکان تقسیم آن مرتب گردد، بر صحت رهن تأثیر ندارد. تعریف بیع در مبحث بیع گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد، محمود و جمشید خانه را تقسیم نمایند یا خانه را به حمیده به فروش رسانند، تقسیم خانه و فروش خانه بر صحیح بودن رهن تأثیر ندارد و الی دریافت دین حمیده می تواند خانه را حبس نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز صحت ارتهان مال مشترک است.

- طبق ماده ۱۸۴۴ ق. م: «هرگاه یکی از شرکاء حصه خود را در عقال یا جزء معین آن را به رهن بگذارد و بعداً اعیان دیگری هنگام تقسیم به وی برسد، رهن مذکور در حدود معادل قیمت عقالی که اصلاً به رهن گذاشته شده، به این اعیان انتقال می نماید. مقدار مذکور از طرف اداره تعیین می گردد. داین مکلف است در خلال شصت روز از تاریخ ثبت، تقسیم به اجراءات مربوط به قید جدید اقدام و در آن مقداری که رهن به آن انتقال نموده، بیان نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که هرگاه یکی از شرکاء حصه خود را در عقال یا جزء معین آن را به رهن بگذارد و بعداً اعیان دیگری هنگام تقسیم به وی برسد، رهن مذکور در حدود معادل قیمت عقالی که اصلاً به رهن گذاشته شده، به این اعیان انتقال می نماید. اعیان جمع عین است. عین مترادف مال است. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده ده جریب زمین را از پدر خویش به ارث بگیرند و هنوز تقسیم نکرده باشند و احمد پنج جریب زمین را به محمود در برابر دینی که محمود بر او دارد به محمود به رهن بدهد و بعد از تقسیم این زمین را متقاسمان به حمیده بدهند، احمد مکلف است معادل این زمین را به محمود بدهد.

دوم این که مقدار زمینی که مدیون باید به داین به عوض زمین تقسیم نشده بدهد توسط اداره تعیین می گردد. عبارت اداره در نص این ماده مبهم و کلی است. به نظر می رسد هر شخصی که عقال مانند زمین، باغ، آپارتمان و خانه را تقسیم می نماید

نقش اداره را ایفاء نماید. زیرا، برای تقسیم عقار میان شرکاء اداره معین و مشخص وجود ندارد و بر حسب مورد گاهی محکمه گاهی اشخاص متخصص و گاهی اشخاص آگاه و خیر و گاهی خود ورثه عقار را میان خویش تقسیم می نمایند.

سوم این که داین مکلف است در خلال شصت روز از تاریخ ثبت، تقسیم به اجراءات مربوط به قید جدید اقدام و در آن مقداری که رهن به آن انتقال نموده، بیان نماید. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده ده جریب زمین را از پدر خویش به ارث بگیرند و هنوز زمین را تقسیم نکرده باشند و احمد پنج جریب زمین را به محمود در برابر دینی که محمود بر او دارد به محمود به رهن بدهد و بعد از تقسیم این زمین را متقاسمان به حمیده بدهند، احمد مکلف است معادل این زمین را به محمود بدهد. در این صورت، محمود مکلف است در خلال مدت شصت روز زمینی را که رهن به آن تعلق می گیرد در محکمه ثبت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رهن مال مشترک است.

- طبق ماده ۱۸۴۵ ق. م: «رهن برای تضمین دین معلق به شرط یا دین احتمالی مرتب شده می تواند، مشروط بر این که در عقد رهن مبلغ دین تضمین شده تعیین گردد»، از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

نخست این که رهن برای تضمین دین معلق به شرط مرتب شده می تواند، مشروط بر این که در عقد رهن مبلغ دین تضمین شده تعیین گردد. معلق در لغت به معنی مشروط و منوط است. دین مستقبل یا احتمالی دینی است که در آینده پرداخت می شود. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد شرط گذاشته باشد که در صورتی که جمشید دین او را پرداخت نماید دین محمود را در آینده پرداخت می نماید و زمین خود را نزد محمود به عنوان رهن یا تضمین دین خویش بگذارد، دین احمد معلق به شرط است و برای پرداخت این دین اگر احمد زمین خویش را به رهن به محمود بدهد، رهن صحیح است به شرط این که مقدار دینی که محمود بر احمد دارد تعیین گردیده باشد.

دوم این که رهن برای تضمین دین احتمالی مرتب شده می تواند، مشروط بر این که در عقد رهن مبلغ دین تضمین شده تعیین گردد. عبارت دین احتمالی در نص این ماده مبهم است. احتمالی در لغت به معنی ممکن است. قابل توصیه است نص این ماده از متن ماده ۱۸۴۵ ق. م حذف یا اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز گرفتن رهن جهت تضمین دین احتمالی است.

- طبق ماده ۱۸۴۶ ق. م: «تا زمانی که قانون یا موافقه طور دیگری تصریح نکند، هر جزء از عقار یا عقارات مرهونه، ضامن تمامی دین و هر جزء از دین توسط تمامی عقار یا عقارات مرهونه، تضمین شده دانسته می شود». از نص این ماده دو اصل و یک استثناء استنباط می گردد:

نخست این که هر جزء از عقار یا عقارات مرهونه، ضامن تمامی دین است. تعریف ضامن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد پنج صد لک افغانی مدیون حمیده باشد و خانه، زمین و آپارتمان خویش را به حمیده در برابر دین او به رهن بدهد، هر جزء از خانه، زمین و آپارتمان تضمین دین حمیده است. استثنای این قاعده این است که قانون یا موافقه طور دیگر تصریح کرده باشد. به حیث مثال، اگر قانون تصریح نماید یا احمد و حمیده توافق کنند که صرف خانه و زمین در تضمین دین حمیده به رهن باشند، این توافق مدار اعتبار است و به نص قانون باید حرمت گذاشته شود.

دوم این که هر جزء از دین توسط تمامی عقار یا عقارات مرهونه، تضمین شده دانسته می شود. به حیث مثال، اگر احمد پنج صد لک افغانی مدیون حمیده باشد و خانه، زمین و آپارتمان خویش را به حمیده در برابر دین او به رهن بدهد، هر جزء از دین توسط خانه، زمین و آپارتمان تضمین می شود. استثنای این قاعده این است که قانون یا موافقه طور دیگر تصریح کرده باشد. به حیث مثال، اگر قانون تصریح نماید یا احمد و حمیده توافق کنند که صرف چهار صد لک افغانی توسط خانه، زمین و آپارتمان تضمین شود، این توافق مدار اعتبار است و به نص قانون باید حرمت گذاشته شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز تضمین هر جزء دین توسط هر جزء عقار یا عقارات و استثنای آن است.

ج) آثار رهن رسمی

رهن رسمی نیز مانند رهن حیازی موجب ایجاد یک سلسله آثار معین می گردد. برخی این آثار متوجه راهن و برخی نیز متوجه مرتهن می گردد:

۱) آثار رهن رسمی نسبت به راهن: رهن رسمی نسبت به راهن موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱- **تصرف راهن:** طبق ماده ۱۸۴۹ فقره اول ق. م: «تصرف رهن دهنده در عقار مرهونه در حق داین رهن گیرنده تأثیر ندارد». طبق نص این ماده در رهن رسمی حق تصرف راهن حفظ است. اما، هرگاه راهن تصرفی در عقار مرهونه نماید، این تصرف هیچ تأثیر بر حق داین مرتهن ندارد. به عنوان مثال، اگر راهن عقار مرهونه را به دیگری برای بار دوم به رهن بدهد، این رهن حق داین مرتهن را متأثر نمی تواند یا هرگاه راه عقار مرهونه را به فروش رساند، داین مرتهن می تواند از ثمن آن دین خویش را استیفاء نماید. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و زمین را به جمشید به فروش رساند، فروش زمین حق محمود را متأثر نمی سازد. فروش زمین در این مثال مصداق تصرف است. زمین عقار مرهونه است. احمد مدیون رهن دهنده و محمود داین رهن گیرنده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رهن است.

۲- **اداره عقار مرهونه توسط راهن:** طبق ماده ۱۸۵۰ ق. م: «رهن دهنده حق دارد عقار مرهونه را اداره نموده عواید آن را تا زمان ملحق بودن به عقار قبض نماید». طبق نص این ماده راهن حق اداره مال مرهونه رهن رسمی را دارد تا بتواند از آن بهره برداری و حاصلات آن را بگیرد. ملحق در لغت به معنی پیوسته است.^{۱۰۲۲} قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است.^{۱۰۲۳} به عنوان مثال، اگر عقار مرهونه زمین زراعتی باشد، راهن می تواند آن را کشت و حاصل آن را درو و تملک نماید. همچنین، اگر عقار مرهونه باغ دارای درختان میوه باشد، راهن می تواند آن را اداره و محصولات آن را از آن خود نماید. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و مارکیت خویش را به محمود به رهن بدهد می تواند مارکیت را اداره و عواید ناشی از کرایه آن را جمع آوری نماید. همچنین، اگر احمد باغ خویش را به محمود به رهن بدهد می تواند حاصلات باغ را جمع آوری نماید.

۳- **حفظ عقار مرهونه:** طبق ماده ۱۸۵۳ ق. م: «رهن دهنده مکلف است، سلامت رهن را تضمین نماید. و داین رهن گیرنده می تواند در مورد هر عمل یا تقصیری که به اثر آن تضمین او نقص بزرگ می یابد، اعتراض نماید و همچنین می تواند به وسایل تحفظی اقدام نموده و مصارف آن را از رهن دهنده مطالبه نماید». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد: نخست این که راهن مکلف است سلامت عقار مرهونه را در رهن تضمین نماید. به این نحو که نباید به هیچ عملی مبادرت ورزد که موجب خارج شدن ملکیت عقار از ملکیت او گردد، مانند اینکه: راهن عقار مرهونه را به فروش رساند. به حیث مثال، اگر احمد خانه خود را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد، احمد مکلف به تضمین سلامت خانه است. تعریف تضمین در مبحث کفالت گذشت.

دوم این که داین رهن گیرنده می تواند در مورد هر عمل یا تقصیری که به اثر آن تضمین او نقص بزرگ می یابد، اعتراض نماید. اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است. همچنین، اعتراض در لغت به معنی تعرض کردن، عیب گرفتن، خرده گرفتن است.^{۱۰۲۴} تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که جمع آن قصور است و به معنای اهمال و کاستی است.^{۱۰۲۵} همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.^{۱۰۲۶} به حیث مثال، اگر احمد خانه خود را به محمود به رهن بدهد و خانه در اثر برف و باران شدید در معرض خراب شدن قرار گیرد، محمود می تواند در این خصوص به احمد بگوید تا مانع خراب شدن خانه گردد.

سوم این که داین رهن گیرنده می تواند به وسایل تحفظی اقدام نموده و مصارف آن را از رهن دهنده مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد خانه خود را به محمود به رهن بدهد و خانه در اثر برف و باران شدید در معرض خراب شدن قرار گیرد، محمود می تواند به تعیین نگهبان برای خانه اقدام نماید. همچنین، اگر خانه در معرض خطر قرار گیرد می تواند آن را ترمیم و

1022. <https://www.vajehyab.com> (Last visti: Decmber, 17, 2017).

۱۰۲۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۰۲.

۱۰۲۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۵۳.

۱۰۲۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۳۰.

۱۰۲۶. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

بعد از ترمیم مصارف آن را از راهن مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رهن است.

۴- از بین رفتن و نقصان عقار مرهونه: طبق ماده ۱۸۵۴ ق. م: «هرگاه رهن دهنده به اثر خطاء خویش سبب از بین رفتن یا نقصان عقار مرهونه گردد، داین رهن گیرنده مخیر است که تأمین کافی از وی اخذ و یا حق خود را فوراً مطالبه نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این ماده هرگاه رهن دهنده به اثر خطاء خویش سبب از بین رفتن یا نقصان عقار مرهونه گردد، داین رهن گیرنده مخیر است که تأمین کافی از وی اخذ و یا حق خود را فوراً مطالبه نماید.

خطا در لغت به معنی اشتباه است. اشتباه از ریشه «شبه» گرفته شده است که در لغت به معنی مانند شدن، به چیزی ماندن، به غلط گرفتن، پوشیده شدن کار، شبیه بودن و مانند بودن است.^{۱۰۲۷} مخیر اسم مفعول از ریشه «خیر» گرفته شده است که در لغت به معنی مختار و اختیارمند است. در اصطلاح حقوق مدنی، مخیر شخصی است که برای انتخاب از میان دو چیز یا دو امر اختیار گزینش یکی را داشته باشد مانند صاحب دارای خیار که اختیار تأیید و یا فسخ عقد را دارد.^{۱۰۲۸} تأمین که از ریشه «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.^{۱۰۲۹} نقصان در لغت به معنی کم شدن و تنقیص است.^{۱۰۳۰}

به حیث مثال، اگر احمد ده رأس گاو خویش را به محمود به رهن بدهد و گاوها مریض شوند و احمد گاو ها را نزد داکتر حیوانات نبرد و تداوی نکند و گاوها در اثر مریضی از بین بروند، محمود می تواند دین خویش را فوراً از احمد مطالبه نماید یا جمشید را به عنوان ضامن از احمد به عنوان ضامن بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر از بین رفتن و نقصان عین مرهونه است. گاوها مصادیق عین مرهونه در این مثال اند. در این مثال گاوها در اثر خطا یا اشتباه احمد از بین رفته اند. همچنین، اگر احمد دو لک افغانی مدیون محمود باشد و هزار سیر سیب خویش را به محمود به رهن بدهد و سیب ها در نزد احمد آهسته آهسته پوسیده شده و از بین بروند، محمود می تواند از نزد احمد کفیل بگیرد یا فوراً دریافت دین خویش را مطالبه نماید. در این مثال در سیب ها نقصان صورت گرفته است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر هلاک و نقصان عین مرهونه در اثر اشتباه رهن دهنده است.

۵- طبق ماده ۱۸۵۵ ق. م: «هرگاه از بین رفتن عین مرهون ناشی از اسباب خارجی باشد و داین دوام دین را بدون تأمین قبول ننماید، مدیون مخیر است که تأمین کافی بپردازد یا دین را فوراً قبل از به سر رسیدن موعد آن اداء نماید.» طبق نص این ماده اگر هلاک و اتلاف عقار مرهونه در اثر سبب خارجی صورت پذیرد، مانند: زلزله، سیل، حریق و نظیر اینها، راهن مدیون میان اسقاط اجل دین و دفع دین به صورت فوری به مرتهن و تقدیم تأمین کافی بدل تأمین قبلی اختیار دارد. سبب خارجی هر سببی است که خارج از اراده انسان باشد. مصادیق سبب خارجی قوه قهریه و حادثه غیر مترقبه است. تعریف تأمین و مخیر در بالا گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد اسپان خویش را در برابر دین محمود به محمود به رهن بدهد و اسپان در اثر مرضی که تقصیر احمد و محمود در آن دخیل نباشد از بین بروند و محمود دوام دین را بدون دان تأمین عینی یا شخصی دیگر مانند اسپان دیگر یا شخص دیگر به عنوان ضامن قبول ننماید، احمد می تواند جمشید را به عنوان ضامن، موثر را به عنوان تأمین عینی به محمود بدهد. همچنین، احمد می تواند قبل از این که موعد پرداخت دین فرا رسد، دین را پرداخت نماید و تعهد را ساقط نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر از بین رفتن عین مرهونه در اثر اسباب خارجی است.

۶- طبق ماده ۱۸۵۶ ق. م: «هرگاه در هر حال اعمالی واقع گردد که به اثر آن عقار مرهونه به از بین رفتن، نقصان، یا غیر کافی شدن برای تضمین مواجه شود، داین می تواند از محکمه مربوط امر توقف چنین اعمال و اتخاذ تدابیری که مانع وقوع ضرر گردد، مطالبه نماید.» طبق نص این ماده اگر عقار مرهونه هلاک و یا تلف نگردد، اما توسط راهن اعمالی انجام شود که عقار مرهونه را در معرض هلاک و اتلاف قرار دهد، یا موجب نقصان قیمت عقار گردد، مانند اینکه: راهن شخص

۱۰۲۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۸۷.
۱۰۲۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۶۶.

1029. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 11/8/2016).

1030. Ibid, (last visit: 11/8/2016).

دیگری را اجازه بدهد تا در عمار مرهونه سکونت نماید و ساکن به اجرای اعمالی مبادرت ورزد که موجب نقصان قیمت عمار مرهونه گردد و یا آن را غیر کافی برای تضمین دین داین مرتهن گرداند، داین مرتهن می تواند توقف این اعمال را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به محمود به رهن بدهد و به جمشید اجازه دهد تا در خانه سکونت نماید و جمشید در خانه سکونت نماید و موجب نقصان قیمت عمار مرهونه شود، محمود می تواند از محکمه ذیصلاح توقف این عمل را مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مرتهن است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۱۴): از عبارت ماده (۱۷۵۶) قانون مدنی مفاد آن به صورت واضح مفهوم نمی گردد باید طوری توضیح گردد که مدلول آن درست فهمیده شود.

توضیح: به ملاحظه متن عربی قانون مدنی در عبارت متن دری کلمه (با) در سطر دوم به کلمه (یا) تصحیح و متن پشتو مطابق آن تنظیم گردد. مثال توضیحی: احمد بر محمود دین دارد محمود دین او را بر حامد که او مدیون محمود است حواله میکند و در عین حال محمود از شخص دیگری نیز مدیون است که دین او را نیز بالای حامد حواله میکند حواله اولی در باره حامد وقتی نافذ شمرده میشود که حامد آن را قبول کند یا به وی اعلان شود و در باره داین دومی محمود که در ماده فوق از آن به کلمه غیر تعبیر شده وقتی نافذ می شود که تاریخ حواله اولی یعنی حواله دین احمد نسبت به حواله دین غیر مقدم باشد.^{۱۰۳۱}

۵- وفق ماده ۱۸۵۷ ق. م: «هرگاه عمار مرهونه مبنی بر هر سببی که باشد از بین رفته یا ناقص گردد، رهن علی الترتیب به حقی که به آن مرتب می شود، انتقال می یابد مانند تعویض یا مبلغ تأمین، یا ثمنی که مقابل استملاک او برای منافع عامه تعیین می گردد.» نص این ماده مبهم است، زیرا طبق نص این ماده در صورتی که محل عقد رهن به هر دلیلی از بین برود که در بالا گذشت مانند خطا، تقصیر، اسباب خارج از اراده مانند سیل، زلزله، طوفان و امثال اینها و رهن به حقی که بعد از رهن قرار دارد انتقال می نماید مانند تعویض.

به نظر می رسد منظور از این عبارت این است که در صورت از بین رفتن محل عقد رهن، داین می تواند دین را از مدیون مطالبه نماید و یا جبران خسارت را (به حیث مثال، جبران خسارت تأخیر در تأدیه دین) بگیرد. عبارت مبلغ تأمین که تعریف آن در بالا گذشت مبهم و محل ایراد است. زیرا، در این فرض پولی برای تضمین وجود ندارد. اگر مدیون پول داشته باشد می تواند پول را به داین بدهد و اصلاً به عقد رهن ضرورت احساس نگردد. به نظر می رسد منظور از عبارت «تأمین» تأمین شخصی است، مانند این که داین از مدیون در صورت از بین رفتن محل عقد رهن، کفیل شخصی بگیرد. اما، عبارت ثمنی که مقابل استملاک او برای منافع عامه تعیین می گردد مبهم است. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

به حیث مثال، اگر احمد موتر خویش را به محمود به رهن بدهد و موتر در اثر اشتباه احمد و تصادم کاملاً از بین برود یا موتر در خانه باشد و در اثر زلزله زیر آوار شود و کاملاً از بین برود محمود می تواند جبران خسارت (تعویض) را از محمود بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر از بین رفتن عین مرهونه و مورد حمایت قرار دادن مرتهن است.

۶- براساس ماده ۱۸۵۱ ق. م: «اجاره ای که از طرف رهن دهنده عقد شده، در حق داین نافذ شمرده نمی شود، مگر اینکه تاریخ آن قبل از ثبت ورقه ابلاغ نزع ملکیت ثابت باشد. در صورتی که تاریخ آن ثابت نباشد، اجازه در حدود اعمال اداره حسنه، نافذ شمرده می شود.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. قاعده این است که در صورتی که رهن دهنده عمار مرهونه را به دیگری به اجاره بدهد، چنین اجاره ای در حق رهن گیرنده نافذ نیست.

۱۰۳۱. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۵.

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و محمود زمین را به جمشید به اجاره بدهد، این اجاره در خصوص احمد نافذ نیست. استثنای این قاعده این است که تاریخ آن قبل از ثبت ورقه ابلاغ نزع ملکیت ثابت باشد. نزع در لغت به معنی از کندن چیزی از جای و جدایی است.^{۱۰۳۲} این استثناء مبهم به نظر می رسد و قابل توصیه است اصلاح گردد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که در صورتی که تاریخ عقد اجاره قبل از تاریخ انعقاد عقد رهن باشد، چنین اجاره ای مدار اعتبار است. به نظر می رسد منظور از ورقه ابلاغ نزع ملکیت سند رسمی رهن است که به موجب آن ملکیت از يد رهن دهنده کشیده می شود. اما، اگر اندکی دقت صورت بگیرد این نظر با این ایراد مواجه است که قبل از این که مدیون عقر خویش را به داین به رهن بدهد نمی تواند تاریخ انعقاد عقد اجاره را معین نمود. با توجه به این ایراد به نظر می رسد که این استثناء معنی درست را افاده نمی کند و قابل توصیه است از نص ماده ۱۸۵۱ ق. م حذف گردد.

در صورت عدم ثابت بودن تاریخ عقد اجاره، طبق بخش اخیر ماده ۱۸۵۱: «اجازه در حدود اعمال اداره حسنه، نافذ شمرده می شود. به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه تبیی وجود دارد و قانونگذار مدنی به عوض «اجاره»، «اجازه» را استعمال نموده است که محل ایراد است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی از اجازه اجاره است. با پذیرش این نظر، اگر احمد زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و محمود زمین را به جمشید به اجاره بدهد، اجاره در حدود اعمال اداره نافذ است. تفصیل اعمال اداره در مبحث وکالت گذشت.

طبق ماده ۱۵۶۰ ق. م: «(۱) وکالتی که به الفاظ عام طور مطلق ذکر گردیده و در آن هیچ گونه تخصیص به نوعیت عمل قانونی نیامده باشد وکیل صفت وکالت را صرف در اعمال اداره کسب می کند؛ (۲) اجاره دادن مال موکل مشروط بر این که مدت آن از سه سال تجاوز نکند در کارهای مربوط به حفظ و نگهداشت اموال موکل، پرداخت دین و قبض حقوق وی، منقطع ساختن مرور زمان، ثبت عقد رهن در وثیقه، سعی به رفع دعوی مستحیل و دعوی ذوالیدی از جمله اعمال اداره محسوب می شود. سلسله تصرفات حقوقی ای که عمل اداره آن را ایجاب نماید، مانند بیع محصولات زراعتی زود تلف و خریدن مواشی و آلات زراعتی در اعمال اداره شامل است.» اگر ماده ۱۸۵۱ ق. م را با ماده ۱۵۶۰ ق. م جمع نماییم و تفسیر ساختاری - منطقی نماییم این نتیجه به دست می آید که رهن گیرنده می تواند عقر رهن دهنده را برای مدت سه سال به منظور پرداخت دین رهن دهنده، قطع مرور زمان، سعی به دفع دعوی مستحیل و دعوی ذوالیدی به اجاره بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اجاره دادن عین مستأجره توسط رهن گیرنده است.

۷- مطابق ماده ۱۸۵۲ ق. م: «مجرائی به اجرت پیشکی که مدت آن از سه سال تجاوز نکند و همچنین حواله به آن در حق داین رهن گیرنده، نافذ نمی گردد مگر اینکه تاریخ آن قبل از ثبت ورقه ابلاغ نزع ملکیت ثابت باشد. در صورتی که مدت متذکره از سه سال متجاوز باشد، نفاذ آن مشروط بر آن است که قبل از قید رهن ثبت گردیده باشد، در غیر آن با رعایت حکم این ماده مدت مذکور الی سه سال تنزیل داده می شود.» نص این ماده بسیار نظری به نظر می رسد.

همچنین، نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. قاعده این است که مجرائی به اجرت پیشکی که مدت آن از سه سال تجاوز نکند و همچنین حواله به آن در حق داین رهن گیرنده، نافذ نمی گردد. به نظر می رسد مجرائی ترجمه دری مقاصه و تهاتر است. مقاصه در لغت از ریشه «قصص» گرفته شده که به معنای قصاص گرفتن، چیزی را به جای چیزی گرفته و بازپس گرفتن مثل چیز داده شده است.^{۱۰۳۳} تهاتر در لغت از ریشه «هتر» گرفته شده که به معنای تبادل کالا، همدیگر را تکذیب کردن، مساوات و برابر شدن است.^{۱۰۳۴} در اصطلاح حقوقی مجرائی عبارت از سقوط تعهد به سبب مدیون بودن طرفین معامله به همدیگر است.^{۱۰۳۵}

به حیث مثال، اگر احمد به محمود عقد ببندد تا برای محمود سنگ های سرامیک را در خانه محمود نصب نماید و اجرت آن دو لک افغانی شود و محمود اجورت سنگ شانی را برای احمد به صورت پیش پرداخت برای مدت سه سال، بپردازد و

1032. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 11/8/2016).

۱۰۳۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۳۸.

۱۰۳۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۴۵.

۱۰۳۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۳۸.

سپس محمود به احمد دو لک افغانی پول قرض بدهد و در برابر آن دو تخته قالین وطنی احمد را به رهن بگیرد، احمد و محمود نمی توانند دینی را که بر همدیگر دارند مجرا یا مقاصه نمایند. عبارت حواله به آن در حق داین رهن گیرنده در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. استثنای این قاعده این است که تأریخ مجرای قبل از ثبت ورقه ابلاغ نزع ملکیت ثابت باشد. این استثناء چنانچه در بالا گفته شد، مبهم و قابل توصیه است این استثناء و عبارت حواله به آن در حق داین رهن گیرنده از نص این ماده حذف گردند.

در صورتی که مدت متذکره از سه سال متجاوز باشد، نفاذ آن مشروط بر آن است که قبل از قید رهن ثبت گردیده باشد، در غیر آن با رعایت حکم این ماده مدت مذکور الی سه سال تنزیل داده می شود. تنزیل در لغت به معنی فرو فرستادن، پایین آوردن و نازل شدن است.^{۱۰۳۶} به حیث مثال، در صورتی که مدت اجرت پیش پرداخت از سه سال بیشتر باشد، این مدت به حکم قانون توسط تطبیق کنندگان نص این ماده باید به سه سال تقلیل داده شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم مجرای در رهن و شرط آن است.

(۲) آثار رهن رسمی نسبت به مرتهن: رهن رسمی موجب ایجاد آثار ذیل نسبت به مرتهن می گردد:

۱- **تنفیذ حق از رهگذر فروش عقار توسط محکمه ذیصلاح:** طبق ماده ۱۸۵۹ ق. م: «داین بعد از ابلاغ مدیون راجع به تأدیة دین، می تواند حق خود را بر عقار مرهونه تنفیذ نموده و فروش آن را مطابق میعادى که در قانون اصول محاکمات مدنی تعیین گردیده مطالبه نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده، چنانچه گفته شد، رهن رسمی عقدی است که به سبب آن داین حق عینی را بر عقاری که برای ایفاء دین تخصیص یافته، کسب می نماید و به مقتضای آن بر سایر داینین عادی و داینین پایین مرتبه از خود حق تقدم را داشته و دین خود را از عقار مذکور به هر دستی که باشد حصول نموده می تواند. در صورتی که راهن مدیون نتواند در موعد معینی که در باره آن توافق شده است، دین داین مرتهن را پرداخت نماید، داین مرتهن می تواند فروش عقار مرهونه را از محکمه ذیصلاح مطالبه و بعد از فروش از ثمن آن دین خویش را استیفاء نماید. تعریف ابلاغ و تنفیذ گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد پنجاه لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد دین محمود را پرداخت ننماید، محمود می تواند از محکمه ذیصلاح فروش عقار را در میعادى که در ق. ا. م. م پیش بینی شده است از طریق مزایده مطالبه نماید. در صورت فروش عقار، محمود می تواند دین خویش را از پول فروش عقار احمد بگیرد. ق. ا. م. م در خصوص این میعاد مسکوت است. قابل توصیه است این میعاد در ق. ا. م. م پیش بینی گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم فروش مال مدیون توسط محکمه ذیصلاح است.

۲- **تنفیذ حق توسط کفیل عینی:** طبق ماده ۱۸۵۸ ق. م: «هرگاه رهن دهنده شخص دیگری غیر مدیون باشد، تنفیذ حکم تنها بر مال مرهونه او جواز دارد. رهن دهنده حق ندارد که به تأدیة تنها مدیون را مکلف نماید مگر این که موافقه طوری دیگر به عمل آمده باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که هرگاه رهن دهنده شخص دیگری غیر مدیون باشد، تنفیذ حکم تنها بر مال مرهونه او جواز دارد. تنفیذ در لغت به معنی اجرا کردن است. به حیث مثال، اگر کفیل عینی ملتزم به وفای دین مضمون توسط مال خود و کفیل عینی عقار خویش را به رهن رسمی در برابر دین به رهن داده باشد، داین مرتهن می تواند بعد از اجراءات قانونی حق خویش را از عقار کفیل عینی بدون سایر اموال او تنفیذ نماید. زیرا، تمام اموال کفیل عینی تضمین دین داین مرتهن نیست. بنابراین، کفیل عینی صرف در حدود عقاری که به رهن داده است، ضامن است. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که محمود دین را پرداخت ننماید، جمشید دین را پرداخت می نماید و جمشید زمین خویش را به احمد به رهن بدهد، احمد می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید تا عقار جمشید را فروخته و از پول فروش آن دین احمد را پرداخت نماید.

دوم این که اصل و قاعده این است که رهن دهنده حق ندارد که به تأدیة تنها مدیون را مکلف نماید. به حیث مثال، اگر محمود صد لک افغانی مدیون احمد باشد، محمود می تواند دین خویش را از احمد، وکیل احمد و کفیل یا ضامن احمد بگیرد.

دوم این که استثنای این اصل این است که موافقه طوری دیگر به عمل آمده باشد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد و محمود توافق نمایند که محمود صرف می تواند دین را از احمد بگیرد نه سایر اشخاص، این توافق مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم گرفتن دین از مدیون و ضامن یا کفیل مدیون است.

۳- طبق ماده ۱۸۶۰ ق. م: «هرگاه رهن دهنده شخص دیگری غیر مدیون باشد، می تواند با تخلیه عقال مرهونه مطابق احکام مربوطه به تخلیه عقال مرهونه اجرائی را که متوجه او است، از خود رفع نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه رهن دهنده شخص دیگری غیر مدیون باشد، می تواند با تخلیه عقال مرهونه مطابق احکام مربوطه به تخلیه عقال مرهونه اجرائی را که متوجه او است، از خود رفع نماید. تخلیه از ریشه «خلو» گرفته شده است که در لغت به معنی تفریق، برکنار ماندن و تهی و خالی گذاشتن است. در حقوق مدنی، از رفع ید از چیزی به طوری که امکان بهره مندی مباح از آن برای دیگری که حق استفاده از آن را دارد از میان برود، تخلیه گویند.^{۱۰۳۷} رفع در لغت به معنی از بین بردن و بر طرف کردن است.

به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و جمشید تضمین نماید که در صورتی که احمد دین را پرداخت ننماید، جمشید دین را پرداخت می نماید و جمشید زمین خویش را به محمود به رهن بدهد، محمود می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید تا عقال جمشید را فروخته و از پول فروش آن دین احمد را پرداخت نماید. در این صورت، جمشید می تواند با تخلیه عقال اجرائی مربوط به تخلیه عقال را از خود رفع نماید. به عنوان نمونه، اگر جمشید در مثال بالا خانه خود را خود خالی نماید و اموالی که در خانه است را به جای دیگر انتقال دهد ضرورت به نقل و انتقال این اموال در اثر حکم محکمه احساس نمی گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم گرفتن دین از مدیون و ضامن یا کفیل مدیون است.

۴- **بطلان شرط تملک عقال مرهونه در صورت عدم وفای دین:** طبق ماده ۱۸۶۱ ق. م: «(۱) هرگونه موافقه که حق تملک عقال مرهونه را حین عدم ادای دین در موعد آن به مقابل ثمن معین هر اندازه که باشد به داین بدهد یا حق فروش آن را بدون رعایت اجرائات مصرحه قانون به وی اعطاء کند، باطل شناخته می شود گرچه این موافقه بعد از رهن به عمل آمده باشد؛ و (۲) هرگاه بعد از رسیدن موعد تأدیه دین یا قسط آن چنین موافقه به عمل آید که مدیون از عقال مرهونه در مقابل دین به داین خود تنازل نماید، موافقه مذکور جواز دارد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

نخست این که هرگاه داین مرتهن با رهن خواه مدیون باشد و یا کفیل عینی موافقه نماید که در صورت عدم ایفای دین توسط رهن داین مرتهن بدون فروش عقال، مالک عقال در برابر دین قبل از فرا رسیدن موعد پرداخت دین گردد، چنین توافقی به سبب مخالفت به قانون باطل است. زیرا، این امر رهن را در موقف ضعیف قرار می دهد و موجب سوء استفاده داین مرتهن می شود و در نتیجه داین مرتهن می تواند عقال مرهونه را در مقابل پول کمتر تملک نماید.^{۱۰۳۸} تملک در لغت به معنی مالک شدن و دارا شدن است.^{۱۰۳۹} ثمن در لغت به معنی پول است. مصرحه تأیث مصرح است. مصرح در لغت به معنی تصریح شده و آشکار شده است.^{۱۰۴۰}

به حیث مثال، اگر حمیده صد لک افغانی مدیون احمد باشد و خانه خویش را به احمد به رهن بدهد و احمد و حمیده توافق کنند که در صورتی که حمیده پول احمد را پرداخت ننماید، احمد حق تملک خانه را دارد یا خانه را می تواند به طریق های غیر از مزایده از طریق محکمه ذیصلاح به فروش رساند، این توافق باطل است چه این توافق قبل از بستن عقد رهن صورت بگیرد یا بعد از بستن عقد رهن.

دوم این که هرگاه بعد از رسیدن موعد تأدیه دین یا قسط آن چنین موافقه به عمل آید که مدیون از عقال مرهونه در مقابل دین به داین خود تنازل نماید، موافقه مذکور جواز دارد. قسط در لغت به معنی حصه، سهم، قسمت و بخش است.^{۱۰۴۱} که جمع

۱۰۳۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۵۱

۱۰۳۸. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱۰)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۲۷۶-۴۹۲.

1039. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3, 1, 2018).

1040. Ibid (Last visit: 3, 1, 2018).

۱۰۴۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۳۲.

آن اقساط است. در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد قسط عبارت از قسمتی از دین یا پول است که در فاصله های مساوی با کمیت های مساوی توسط مدیون به داین پرداخت می شود. تنازل از ریشه «نزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گیری است.^{۱۰۴۲}

به حیث مثال، اگر حمیده صد لک افغانی مدیون احمد باشد و خانه خویش را به احمد به رهن بدهد و موعد پرداخت دین فرا رسد یا حمیده یک یا چند قسط دین را پرداخت نماید و احمد و حمیده توافق کنند که احمد از گرفتن خانه به عنوان رهن صرف نظر نماید، این توافق مدار اعتبار است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز و عدم جواز شرط گذاشتن در عقد رهن است.

(۳) آثار رهن نسبت به اشخاص ثالث: عقد رهن موجب ایجاد آثار ذیل نسبت به اشخاص ثالث می گردد:

۱- مطابق ماده ۱۸۶۲ ق. م: «رهن در حق شخص ثالث وقتی نافذ می گردد که شخص ثالث قبل از اکتساب حق عینی بر عقال رهن را عقد یا در حکم مثبت رهن قید گردیده باشد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. شخص ثالث شخص غیر از رهن دهنده و رهن گیرنده است. مثبت در لغت به معنی ثابت کننده است.^{۱۰۴۳} قید مجازاً در لغت به معنی اسارت و زندان و حبس است.^{۱۰۴۴}

به نظر می رسد قید در نص این ماده در مفهوم ثبت عقد رهن استفاده شده است. به نظر می رسد عبارت شخص ثالث قبل از اکتساب حق عینی بر عقال رهن را عقد کرده یا در حکم مثبت رهن قید گردیده باشد معنی درست را افاده نمی کند زیرا شخص ثالث که غیر از رهن و مرتهن است چگونه می تواند عقد رهن را منعقد نماید. همچنین، به نظر می رسد که عبارت در حکم مثبت رهن قید گردیده باشد معنی درست را افاده نمی کند. اگر فرض را بر این که بگیریم که شخص شخص ثالث عقد را منعقد نموده است سؤال این است که با کی؟

نص این ماده مجمل است و به این سؤال پاسخ نمی دهد. همچنین، اگر فرض را بر این بگیریم که قید در مفهوم ثبت عقد رهن در محکمه ذیصلاح در نص این ماده استعمال شده است، به حیث نمونه، احمد بر محمود دین داشته است و جمشید در خصوص دین احمد با یک شاهد دیگر در محکمه شهادت داده است و موجب شده است تا محمود عقال خویش را به احمد به رهن بدهد و رهن در محکمه ثبت شده است، در این فرض بازهم عقد میان احمد و محمود منعقد شده است و عقد نسبت به جمشید اثر ندارد. با توجه به این که فهم این ماده مشکل است، آرایه مثال عملی نیز برای این ماده مشکل به نظر می رسد.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسشی شماره (۱۱۵): قید رهن مندرج ماده (۱۸۶۲) قانون مدنی به ارتباط ماده (۱۸۶۳) قانون مدنی افاده خاص در اجراءات ثبت اسناد را می رساند باید واضح شود.

توضیح: رهن در حق شخص ثالث وقتی اثر دارد که عقد رهن با حکم ثبت رهن قبل از اکتساب حقوق عینی بر عقال توسط شخص ثالث قید و ثبت شده باشد. مثال: احمد رهن و محمود مرتهن است حامد که شخصی ثالث است اگر در مرهونه حقوق عینی قبل از قید و ثبت رهن و مرتهن پیدا کرده باشد عقد رهن در حق عینی حامد موثر و نافذ بوده نمی تواند. اگر حقوق عینی حامد در مرهونه بعد از قید و ثبت رهن تعلق گرفته باشد رهن در حصه حامد موثر و نافذ تلقی می گردد البته اجراءات شکلی آن در قانون توثیق مد نظر گرفته خواهد شد.^{۱۰۴۵}

۱۰۴۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۶۳۰.

1043. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3, 1, 2018).

1044. Ibid, (Last visit: 3, 1, 2018).

۱۰۴۵. _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۶.

چنانچه ملاحظه می شود در این رأی ادبیات ماده ۱۸۶۲ ق. م تکرار شده است. مثالی که در این رأی نص ماده ۱۸۶۲ ق. م ارایه شده است مفهوم به نظر می رسد. با توجه به ایراد، قابل توصیه است نص ماده ۱۸۶۲ ق. م از ق. م حذف گردد.

۲- وفق ماده ۱۸۶۳ ق. م: «استناد به مواد آتی در مقابل شخص ثالث صحیح نمی باشد: ۱- به تحویل حق تضمین شده به قید؛ ۲- به حق ناشی از قایم مقام شدن شخص به جای داین در این حق به حکم قانون یا موافقه؛ و ۳- به تنازل از مرتبه قید به منفعت داین دیگر، مگر اینکه در حاشیه قید اصلی به آن تصریح شده باشد.» طبق نص این ماده استناد به مواد آتی در برابر اشخاص ثالث صحیح نیست. استناد در لغت به معنی اتکا کردن و سند و مدرک نشان دادن است. در اصطلاح حقوقی استناد به معنی تکیه کردن به سند و مدرک و آن را پشتوانه عمل، گفته یا ادعا قرار دادن است.^{۱۰۴۶} آتی در لغت به معنی بعدی، آینده و آن که پس از این بی آید است:^{۱۰۴۷}

نخست: به تحویل حق تضمین شده به قید. نص این ماده مجمل است و به دلیل اجمال معنی درست را افاده نمی کند. تعریف تضمین در مبحث کفالت گذشت. تحویل در لغت به معنی انتقال دادن و برگردانیدن است.^{۱۰۴۸} تعریف قید در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد در برابر دینی که حمیده بر او دارد خانه خویش را به حمیده به رهن بدهد و جمشید در خصوص خانه دعوی ملکیت (دعوی استحقاق) نماید، حمیده نمی تواند به جمشید بگوید من خانه را تحویل احمد دادم بلکه باید یا به دفع جمشید بپردازد یا احمد را از ادعای جمشید در مورد خانه آگاه نماید تا احمد به دفع دعوی حمیده بپردازد. دوم: به حق ناشی از قایم مقام شدن شخص به جای داین در این حق به حکم قانون یا موافقه. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۱۰۴۹} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به حمیده در برابر دین حمیده به رهن بدهد و خانه را به جمشید به فروش رساند و جمشید خانه را از حمیده مطالبه نماید، حمیده نمی تواند به جمشید بگوید من جانشین احمد براساس قرارداد یا قانون هستم. جانشینی قراردادی در این مثال می تواند وکالت باشد، به عنوان نمونه، حمیده به جمشید بگوید من وکیل احمد هستم. همچنین، جانشینی می تواند قانونی باشد، به عنوان نمونه، حمیده بگوید من ولی، وصی یا قیم احمد هستم.

سوم: به تنازل از مرتبه قید به منفعت داین دیگر. تنازل از ریشه «نزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گیری است.^{۱۰۵۰} به حیث مثال، اگر احمد خانه خویش را به حمیده در برابر دین حمیده به رهن بدهد و عقد رهن در محکمه ثبت شود، احمد نمی تواند از ثبت عقد رهن رجوع و منصرف شود و آن را به داین دیگر خویش جمشید در برابر دین او ثبت و قید نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که در حاشیه قید اصلی به آن تصریح شده باشد. حاشیه در لغت به معنی کناره، لبه، شرحی که بر کناره و یا لبه رساله و یا کتاب می نویسند، اطرافیان از اهل و عیال و خدمتگذاران، شرح، پانویس، مصاحبان و همدمان است.^{۱۰۵۱} به حیث مثال، احمد می تواند در صورتی از قید و ثبت عقد رهن انصراف نماید که در حاشیه قید اصلی تصریح کرده باشد که می تواند از حق قید رهن به نفع داین دیگر انصراف ورزد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی آثار عقد رهن نسبت به اشخاص ثالث است.

۳- طبق ماده ۱۸۶۴ ق. م: «در اجراءات مربوط به قید، تجدید، محو، ابقای محو و آثار مرتب بر تمام اجراءات مذکور، احکام خاص ثبت اسناد املاک عقاری تطبیق می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده در اجراءات مربوط به قید، تجدید، محو، ابقای محو و آثار مرتب بر تمام اجراءات مذکور، احکام خاص ثبت اسناد املاک عقاری تطبیق می گردد. تجدید در لغت به معنی نو کردن و محو از بین بردن است.^{۱۰۵۲} محو در لغت به معنی از بین بردن است. عبارت ابقای محو در نص این ماده زاید و محل ایراد است. قابل توصیه است این عبارت از متن ماده ۱۸۶۲ ق. م حذف گردد.

1046. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 3/1/2017).

1047. Ibid, (Last visit: 4/2/2018).

1048. Ibid, (Last visit: 4/2/2018).

۱۰۴۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.

۱۰۵۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۶۳۰.

1051. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲/۲/۲۰۱۷).

1052. Ibid, (Last visit: 3, 1, 2018).

به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و بخواهد عقد رهن را در محکمه ذیصلاح ثبت نماید شرط است که ثبت عقد رهن، تجدید و محو عقد رهن مطابق قواعد مربوط به ثبت املاک صورت بگیرد. همچنین، پیش بینی و جابجایی نص این ماده در ذیل و لابلای احکام مربوط به آثار رهن رسمی نسبت به اشخاص ثالث از نظر منطقی و ساختاری محل ایراد به نظر می رسد زیرا نص این ماده ناظر بر تنظیم آثار رهن رسمی نسبت به اشخاص ثالث نیست بلکه ناظر بر ثبت رهن رسمی در محکمه ذیصلاح است. قابل توصیه است نص این ماده در ذیل احکام مربوط به آثار رهن نسبت به طرفین عقد رهن منتقل شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حکم ثبت عقد رهن است. ۴- مطابق ماده ۱۸۶۵ ق. م: «مصارف قید، تجدید و محو آن بر ذمه رهن دهنده می باشد، مگر اینکه موافقه طور دیگری صورت گرفته باشد.» نص این ماده مانند سایر ماده های مربوط به اثر رهن نسبت به اشخاص ثالث پیچیده، مبهم و مجمل است. اگر قید را در معنی ثبت کردن عقد رهن در محکمه یا سایر مراجع مانند بانک بگیریم، طبق نص این ماده مصارف مربوط به قید، تجدید و محو قید بر عهده رهن دهنده است.

به حیث مثال، اگر احمد به محمود خانه خویش را به رهن بدهد یا احمد در برابر دینی که از بانک می گیرد خانه خویش را به رهن بدهد، مصارف ثبت عقد رهن در بانک یا محکمه بر عهده احمد است. این اصل است. استثنای این اصل این است که توافق طور دیگر صورت گرفته باشد. به حیث مثال، در مثال بالا محمود تعهد نماید تا مصارف را می پردازد یا بانک پرداخت مصارف را به عهده بگیرد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت مصارف ثبت عقد رهن است. جابجایی و چینش این ماده در لابلای احکام مربوط به رهن نسبت به اشخاص ثالث از نظر منطقی محل ایراد است زیرا نص این ماده مربوط به شخص ثالث نیست. قابل توصیه است نص این ماده در لابلای احکام مربوط به آثار رهن نسبت به طرفین عقد رهن منتقل شود.

(د) استعمال حق تقدم و حق تتبع

هنگامی که داین مرتهن رهن خویش را قید نموده باشد، می تواند حق تقدم و تتبع را نسبت به غیر استعمال نماید:

(۱) حق تقدم

(اول) تعریف حق تقدم (رجحان دین مرتهن)

تقدم در لغت به معنی برتری و اولویت است.^{۱۰۵۳} چنانچه از مفاد ماده ۷۲۹ مجله الاحکام و ماده ۲۳۸۶ ق. م معلوم می گردد حق تقدم به این معنی است که مرتهن نسبت به سایر داینین مدیون در حصول دین از ثمن فروش مال مرهونه مقدم می باشد اعم از اینکه راهن حیات باشد و یا ممات. بنابراین، به موجب رهن، طلب مرتهن بر دیگر داینین راهن نسبت به استفاده از بهای مورد رهن مقدم است. بدین ترتیب که، هرگاه مال مرهونه فروخته شود، ابتداء مرتهن باید تمام طلب خود را از قیمت فروش آن بردارد و سپس دیگر داینین می توانند از باقی مانده آن استفاده نمایند.^{۱۰۵۴}

(دوم) احکام حق تقدم

در خصوص حق تقدم در ق. م احکام ذیل وجود دارد:

(۱) براساس ماده ۱۸۶۶ ق. م: «داین رهن گیرنده حقوق خود را قبل از داین عادی کاملاً از ثمن عقال مرهونه یا از مالی که جانشین عقال رگریدیده، حسب درجه هر یک به دست می آورند.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده داین رهن گیرنده حقوق خود را قبل از داین عادی کاملاً از ثمن عقال مرهونه یا از مالی که جانشین عقال رگریدیده، حسب درجه هر یک به دست می آورند. ثمن چنانچه در مبحث بیع گذشت به معنی پول است.

به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را محمود به عنوان رهن یا تضمین دین خویش بگذارد و در عین حال جمشید نیز بیست لک بر احمد داشته باشد اما زمین احمد را به عنوان تضمین دین نگیرد،

1053. Ibid, (Last visit: 6/10/2017).

۱۰۵۴. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره و قرض، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۵۹۴.

محمود داین رهن گیرنده و دارای حق اولویت تلقی می گردد و جمشید داین عادی و فاقد حق اولویت. در این صورت، اگر خانه احمد یا آپارتمانی که احمد سپس آن را با خانه تبدیل نموده است به فروش رسد، اول محمود می تواند دین خویش را از پول خانه یا آپارتمان بگیرد و سپس جمشید. در این مثال، محمود داین دارای حق تقدم و جمشید داین عادی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق تقدم داین مرتهن دارای حق تقدم نسبت به داین عادی است.

۲) طبق ماده ۱۸۶۷ ق.م: «مرتبه رهن از تاریخ قید آن محاسبه می شود، گرچه دین تضمین شده به رهن معلق به شرط یا دین مستقبل یا دین احتمالی باشد». در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده مرتبه رهن از تاریخ قید آن محاسبه می شود، گرچه دین تضمین شده به رهن معلق به شرط یا دین مستقبل یا دین احتمالی باشد. مرتبه در لغت به معنی مقام، منزل و درجه است.^{۱۰۵۵} تعریف قید در بالا گذشت. معلق در لغت به معنی مشروط و منوط است. دین مستقبل یا احتمالی دینی است که در آینده پرداخت می شود.

به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد شرط گذاشته باشد که در صورتی که جمشید دین او را پرداخت نماید دین محمود را در آینده پرداخت می نماید و زمین خود را نزد محمود به عنوان رهن یا تضمین دین خویش بگذارد و در عین حال فاروق نیز بیست لک بر احمد داشته باشد اما زمین احمد را به عنوان تضمین دین نگیرد، محمود داین رهن گیرنده و دارای حق اولویت تلقی می گردد و فاروق داین عادی و فاقد حق اولویت. در این صورت، اول محمود می تواند دین خویش را از پول بگیرد و سپس فاروق. درجه یا مرتبه حق اولویت محمود از تاریخ ثبت عقد رهن در محکمه محاسبه می گردد هرچند دین معلق به شرط یا دین مستقبل باشد.

در این مثال، دینی را که محمود بر احمد دارد معلق به شرط است زیرا احمد شرط گذاشته است که در صورتی پول محمود را می دهد که جمشید پول او را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حق تقدم داین مرتهن نسبت به داینین عادی و زمان آغاز این حق است.

۳) طبق ماده ۱۸۶۹ ق.م: «داین رهن گیرنده، می تواند از مرتبه رهن خود در حدود دین خود به منفعت داین دیگری که بر نفس عقار، رهن مقید دارد، تنازل نماید. در این صورت، به مقابل دین داین دیگر به تمامی وجوه تأدیه که به مقابل داین اول جایز شناخته می شود، استناد می تواند. به استثنای آنچه که به انقضای حق داین اول متعلق بوده، مشروط بر اینکه این انقضاء بعد از تنازل از مرتبه باشد». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- داین رهن گیرنده، می تواند از مرتبه رهن خود در حدود دین خود به منفعت داین دیگری که بر نفس عقار، رهن مقید دارد، تنازل نماید. تعریف تنازل در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خود را نزد محمود به عنوان رهن یا تضمین دین خویش بگذارد و در عین حال فاروق نیز بیست لک بر احمد داشته باشد اما زمین احمد را به عنوان تضمین دین نگیرد، محمود داین رهن گیرنده و دارای حق اولویت تلقی می گردد و فاروق داین عادی و فاقد حق اولویت. در این صورت، محمود می تواند از حق تقدم خویش صرف نظر نماید. در صورت صرف نظر نمودن محمود، فاروق می تواند در صورت فروش عین مرهونه دین خویش را از پول فروش عین مرهونه بگیرد.

۲- در این صورت، به مقابل دین داین دیگر به تمامی وجوه تأدیه که به مقابل داین اول جایز شناخته می شود، استناد می تواند. تعریف استناد در بالا گذشت. به حیث مثال، در مثال بالا احمد می تواند به تمامی اسباب اسقاط تعهد مانند تجدید، نیابت، مجرای، اداء و نظیر اینها که می توانست در برابر محمود استناد نماید در برابر فاروق استناد نماید. این اصل است. عبارت «به استثنای آنچه که به انقضای حق داین اول متعلق بوده، مشروط بر اینکه این انقضاء بعد از تنازل از مرتبه باشد» در نص این ماده زاید به نظر می رسد زیرا قانونگذار مدنی در بند دوم از تمام اسباب انقضای دین صحبت می نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تنازل از حق تقدم است.

۳- طبق ماده ۱۸۶۸ ق.م: «بر قید رهن اذخال مصارف عقد، قید، تجدید و تعویضاتی که بنا بر موافقه مستحق بوده و تأدیه آن به تأخیر افتیده باشد، داخل می گردد و تا تاریخ ا تکای بیع، مزایده به شخص در توزیع و در مرتبه خود رهن به صورت ضمنی شامل می شود». از نص این ماده یک قاعده استنباط می گردد. طبق این ماده بر قید رهن اذخال مصارف عقد، قید،

تجدید و تعویضاتی که بنا بر موافقه مستحق بوده و تأدیة آن به تأخیر افتیده باشد، داخل می گردد و تا تأریخ انکای بیع، مزایده به شخص در توزیع و در مرتبه خود رهن به صورت ضمنی شامل می شود. معنی لغوی قید در بالا گذشت. ادخال در لغت به معنی داخل کردن و ورود است.^{۱۰۵۶} معنی لغوی تجدید در بالا گذشت. تعویضات جمع تعویض است. تعویض در لغت به معنی بدل است. همچنین، تعویض در ق. م در مفهوم جبران خسارت است. تأخیر در لغت به معنی دیر کردن است.^{۱۰۵۷} انکاء در لغت به معنی تکیه کردن و اعتماد کردن است.^{۱۰۵۸}

به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی انکاء تکیه کردن به وسایل اثبات برای ثبوت حق است. تعریف بیع و مزایده در مبحث بیع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد زمین خویش را به حمیده به رهن بدهد و عقد در محکمه ثبت شود، در ثبت عقد رهن مصارف عقد، مصارف تجدید عقد، جبران خسارت تأخیر پرداخت دین الی فروش عین مرهونه از طریق مزایده باید ثبت گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اموری است که در قید عقد رهن قید یا ثبت شوند.

(۲) حق تتبع (تعقیب)

اول) تعریف حق تتبع

پس از تحقق رهن نیز مالکیت رهن در مال مرهونه باقی می ماند؛ محدود می شود ولی از بین نمی رود. علی الرغم اینکه رهن بدون اذن مرتهن حق ندارد مورد رهن را به دیگران انتقال دهد. لیکن استناد به عدم نفوذ چنین عقدی در برابر اشخاص ثالث و فروش مالی که به عنوان خریدار در تصرف آن ها است، مستلزم این است که مرتهن از حق تعقیب بر خوردار باشد و بتواند فروش موضوع حق رهن را در دست هر کس باشد بخواهد. در واقع، حق تعقیب وسیله تضمین و اجرای حق تقدمی است که مرتهن بر سایر داینین رهن دارد.^{۱۰۵۹} تتبع در لغت به معنی در پی رفتن، دنبال کردن است.^{۱۰۶۰} حق تتبع حق رهن گیرنده است مبنی بر جستجو عین مرهونه نزد هر کس که آن را پیدا نماید.

دوم) حکم و مراحل اجرای حق تتبع

در ق. م در مورد حق تتبع احکام ذیل وجود دارد:

۱) طبق ماده ۱۸۷۰ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) داین رهن گیرنده می تواند وقتی که موعد تأدیة دین به سر رسید، ملکیت عقار مرهونه را از دست حایز آن خارج سازد، مگر اینکه حایز به رضایت خود دین را اداء یا عقار را از رهن خلاص یا از رهن صرف نظر نماید؛ و (۲) هر شخصی که ملکیت عقار مرهونه بنا بر سببی از اسباب ملکیت یا حق عین دیگری بر آن قابل رهن باشد به وی انتقال نماید، حایز عقار مرهونه شناخته می شود بدون اینکه از دین تضمین شده به رهن مسؤولیت شخصی داشته باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- اصل این است که داین رهن گیرنده می تواند وقتی که موعد تأدیة دین به سر رسید، ملکیت عقار مرهونه را از دست حایز آن خارج سازد. موعد در لغت به معنی جای وعده و وعده گاه است. حایز در لغت به معنی در بردارنده و داراء است.^{۱۰۶۱} در اصطلاح حقوقی حایز شخصی است که مال را تحت ملکیت دارد. به حیث مثال، اگر حمیده صد لک افغانی مدیون مرضیه باشد و مدت دین یک سال باشد و مرضیه زمین حمیده را به رهن گرفته باشد و موعد دین فرا رسد، مرضیه می تواند ملکیت زمین را از دست حمیده خارج نماید. استثنای این قاعده این است که حایز به رضایت خود دین را اداء یا عقار را از رهن خلاص یا از رهن صرف نظر نماید.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا حمیده به رضایت خود دین مرضیه را اداء نماید، تعهد ساقط و به تبع آن رهن نیز منتهی می شود. همچنین، اگر در مثال بالا مرضیه دین حمیده را پرداخت نماید و خانه را بگیرد، خانه از رهن خلاص می شود.

1056. Ibid, (Last visit:6/10/2017).

1057. Ibid, (Last visit:6/10/2017).

1058. Ibid, (Last visit:6/10/2017).

۱۰۵۹. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره و قرض، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۵۹۶.

1060. <https://www.vajehyab.com> (Last visit:6/10/2017).

1061. Ibid, (Last visit:6/10/2017).

همچنین، اگر حمیده در مثال بالا خانه را در برابر دین مرضیه به مرضیه بدهد، دین مرضیه با خانه مجرا می شود و نوعی انصراف از عین مرهونه نسبت به حمیده تلقی می گردد.

۲- هر شخصی که ملکیت عقار مرهونه بنا بر سببی از اسباب ملکیت یا حق عین دیگری بر آن قابل رهن باشد به وی انتقال نماید، حایز عقار مرهونه شناخته می شود بدون اینکه از دین تضمین شده به رهن مسؤولیت شخصی داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد بنابر عقد، ارث، وصیت، هبه و سایر اسباب کسب ملکیت که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد زمین، خانه، موتر، قالین و نظیر اینها را تحت ملکیت داشته باشد، حایز این موال شناخته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر فرا رسیدن موعد دین، تعریف حایز و مورد حمایت قرار دادن داین مرتهن است.

۲) طبق ماده ۱۸۸۵ ق. م: «هرگاه حایز تأدیة دیون قید شده یا پاک کردن عقار را از رهن یا انصراف از عقار را اختیار ننماید، داین رهن گیرنده نمی تواند اجراءات اخراج ملکیت را مطابق احکام قانون اصول محاکمات مدنی در مقابل او اتخاذ نماید، مگر بعد از اینکه راجع به تأدیة دین مستحقه یا راجع به انصراف از عقار به مدیون اخطار نموده باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل و قاعده این است که هرگاه حایز تأدیة دیون قید شده یا پاک کردن عقار را از رهن یا انصراف از عقار را اختیار ننماید، داین رهن گیرنده نمی تواند اجراءات اخراج ملکیت را مطابق احکام قانون اصول محاکمات مدنی در مقابل او اتخاذ نماید. تعریف حایز در بالا گذشت. تأدیة در لغت به معنی پرداخت است. دین جمع دین است. منظور از پاک کردن عقار از رهن خلاص کردن عقار از رهن است.

به حیث مثال، اگر حمیده صد لک افغانی مدیون مرضیه باشد و مدت دین یک سال باشد و مرضیه زمین حمیده را به رهن گرفته باشد و موعد دین فرا رسد و حمیده به رضایت خود دین را اداء یا عقار را از رهن خلاص یا از رهن صرف نظر ننماید، مرضیه نمی تواند اجراءات مربوط مربوط به خارج کردن ملکیت را از دست حمیده روی دست بگیرد. استثنای این قاعده این است که داین راجع به تأدیة دین مستحقه یا راجع به انصراف از عقار به مدیون اخطار نموده باشد. مستحقه در لغت به معنی سزاوار و شایسته است. اخطار از ریشه «خطر» است که در لغت به معنی اعلام خطر است.^{۱۰۶۲} همچنین، اخطار در لغت به معنی ابلاغ و اعلام، گوشزد کردن، هشدار دادن و آگاهیدن است.^{۱۰۶۳}

به حیث مثال، در مثال بالا مرضیه می تواند زمانی اقدام به اخراج ملکیت از دست حمیده نماید که به حمیده در خصوص پرداخت دین و پاک کردن عقار تخلیه عقار اخطار داده باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط اخراج ملکیت از ید مدیون رهن است. در ذیل هر یک از اقدامات مذکور را به صورت خیلی مختصر مورد تحلیل قرار می دهیم:

اولاً پرداخت دیون

در خصوص پرداخت دین در ق. م احکام ذیل وجود دارد:

۱) طبق ماده ۱۸۷۱ ق. م: «حایز می تواند هنگام رسیدن موعد دین تضمین شده به رهن آن را با ملحقات آن و مصارف مربوط به اجراءات از تاریخ اخطار به بعد شخصاً بپردازد، این حق حایز تا زمان تحقق مزایده باقی می ماند. در این صورت، حایز می تواند تمام آنچه را پرداخته است از مدیون یا مالک سابقه عقار مرهونه مطالبه نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- حایز می تواند هنگام رسیدن موعد دین تضمین شده به رهن آن را با ملحقات آن و مصارف مربوط به اجراءات از تاریخ اخطار به بعد شخصاً بپردازد. تعریف حایز در بالا گذشت. ملحقات جمع ملحقه و ملحقه تأنیث ملحق است که در لغت به معنی اضافه شده ها، ضمیمه ها و پیوست ها است.^{۱۰۶۴} به حیث مثال، اگر حمیده صد لک افغانی مدیون مرضیه باشد و مدت دین یک سال باشد و مرضیه زمین حمیده را به رهن گرفته باشد و موعد دین فرا رسد، حمیده می تواند اصل دین، ملحقات دین

۱۰۶۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۶.

1063. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶ / ۴ / ۶) (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶).

1064. Ibid, (Last visit: 31/8/2016).

و مصارف مربوط به پرداخت دین مانند مصارف حواله، بانک و نظیر اینها را بعد از اخطار به مرضیه پرداخت نماید. عبارت ملحقات در نص این ماده زاید است زیرا دین یا پول ملحقات ندارد مگر این که آن را مدیون به سود به دیگری داده باشد. حایز می تواند در این مثال هر شخصی که باشد که عمار را تحت حیات دارد مانند حمیده و شخص امین که حمیده و مرضیه عمار را نزد او به امانت گذاشته باشند.

۲- این حق حایز تا زمان تحقق مزایده باقی می ماند. تعریف مزایده گذشت. به حیث مثال، در مثال بالا حمیده می تواند الی فروش عمار از طریق مزایده و از طریق محکمه ذیصلاح دین مرضیه را پرداخت نماید.

۳- در این صورت، حایز می تواند تمام آنچه را پرداخته است از مدیون یا مالک سابقه عمار مرهونه مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر در مثالا بالا حمیده و مرضیه زمین را نزد جمشید به امانت گذاشته باشند و جمشید دین را پرداخت نماید، دین را از حمیده بگیرد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که اگر حایز حین رسیدن موعد پرداخت دین، دین را به مرتهن پرداخت نماید، قایم مقام رهن قرار می گیرد و می تواند تمام آنچه را به مرتهن پرداخته است از رهن مدیون (مالک سابق عمار) مطالبه نماید. در چنین حالتی، حایز مکلف است تمام دینی را که رهن مدیون (مالک سابق عمار) مکلف به پرداخت آن به داین مرتهن بوده است، پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اقداماتی است که می تواند بعد از اخطار داین به مدیون، مدیون یا امین مدیون یا نایب مدیون روی دست بگیرد.

۲) طبق ماده ۱۸۷۲ ق. م: «حایز می تواند قید رهن را که در آن قایم مقام داین شده حفظ نموده و آن را عندالایجاب تجدید نماید، مگر اینکه هنگام ثبت سند این حایز قیودی که موجود بوده محو گردد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد. اصل و قاعده این است که حایز می تواند قید رهن را که در آن قایم مقام داین شده حفظ نموده و آن را عندالایجاب تجدید نماید. معنی لغوی قید، حایز، قایم مقام و تجدید گذشت.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که شایسته است تا حایزی که قایم مقام داین مرتهن قرار می گیرد، قید رهن را حفظ و در صورت اقتضاء آن را تجدید نماید. زیرا، او با پرداخت دین قایم مقام داین مرتهن قرار گرفته و در صورتی که قید رهن را حفظ نماید، می تواند از تمام حقوق داین مرتهن از جمله حق تقدم استفاده نماید.

به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و عقد در محکمه ثبت شود و محمود وفات نماید و حمیده ورثه محمود قایم مقام محمود شود، حمیده می تواند قید رهن را حفظ و تجدید نماید. استثنای این قاعده این است که هنگام ثبت سند این حایز قیودی که موجود بوده محو گردد. محو در لغت به معنی از بین رفتن است.^{۱۰۶۰} این استثناء مجمل است. زیرا، روشن نیست که قیود از سوی چه کسی محو می شود. به حیث مثال، اگر محمود شرط گذاشته باشد که ورثه او حمیده می تواند عقد رهن را تجدید و حفظ نماید، اما این قید محو گردد، حمیده نمی تواند در صورت قایم شدن قید رهن را حفظ و تجدید نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حفظ و تجدید قید رهن و استثنای آن توسط قایم مقام مرتهن است.

۳) طبق ماده ۱۸۷۳ ق. م: «هرگاه به سبب ملکیت عمار مرهونه بر ذمه حایز، مبلغی باشد که فوراً مستحق الاداء بوده و برای تأدیه دین تمام داینین که حقوق شان بر عمار قید گردیده کفایت نماید، هر یک از داینین مذکور می تواند حایز را به پرداخت حق خویش مکلف نماید، مشروط بر این که سند ملکیت حایز ثبت شده باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه به سبب ملکیت عمار مرهونه بر ذمه حایز، مبلغی باشد که فوراً مستحق الاداء بوده و برای تأدیه دین تمام داینین که حقوق شان بر عمار قید گردیده کفایت نماید، هر یک از داینین مذکور می تواند حایز را به پرداخت حق خویش مکلف نماید، مشروط بر این که سند ملکیت حایز ثبت شده باشد.

تعریف حایز و ذمه گذشت. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی از محمود، ده لک از حمیده، ده لک از جمشید و ده لک از فاروق قرضدار باشد و خانه خویش را که چهل لک افغانی قیمت دارد به محمود، حمیده، جمشید و فاروق به رهن بدهد و دین مستحق الاداء گردد و خانه احمد به فروش رسد، محمود، حمیده، جمشید و فاروق می توانند از ثمن فروش عمار هر یک ده لک افغانی بگیرند. عبارت سند ملکیت حایز ثبت شده باشد در نص این ماده مبهم است که قابل توصیه است اصلاح گردد.

در این مثال، پول فروش عقار پرداخت تمام دیون را بسنده می‌کند. مصداق عقار در این مثال خانه است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم دریافت دین توسط داینین متعدد در صورت فروش عقار است.

۴) طبق ماده ۱۸۷۴ ق. م: «هرگاه دینی که بر ذمه حایز است فی الحال غیر مستحق الاداء باشد یا مقدار آن از دیون استحقاق داینین کمتر باشد، داینین می‌توانند تأدیة آنچه را که بر ذمه حایز است، مطابق شروطی که به آن تعهد نموده و در موعدی که به پرداخت دین موافقه به عمل آمده، از وی مطالبه نمایند.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه دینی که بر ذمه حایز است فی الحال غیر مستحق الاداء باشد یا مقدار آن از دیون استحقاق داینین کمتر باشد، داینین می‌توانند تأدیة آنچه را که بر ذمه حایز است، مطابق شروطی که به آن تعهد نموده و در موعدی که به پرداخت دین موافقه به عمل آمده، از وی مطالبه نمایند. تعریف ذمه و حایز در بالا گذشت. به نظر می‌رسد غیر مستحق الاداء بر دینی اطلاق می‌گردد موعده پرداخت آن فرا نرسیده است. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۱۰۶۶} دیون جمع دین است. داینین جمع داین است.

به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی از محمود، ده لک از حمیده، ده لک از جمشید و ده لک از فاروق قرضدار باشد و خانه او بیست لک افغانی قیمت داشته باشد و خانه احمد تحت حیات احمد باشد اما احمد تعهد کرده باشد که دیون حمیده، محمود، جمشید و فاروق را دو سال بعد پرداخت می‌نماید، در این مثال دین غیرمستحق الاداء است زیرا موعده پرداخت آن فرا نرسیده است. در این صورت، حمیده، محمود و فاروق و جمشید می‌توانند مطابق توافق دین را از احمد بعد از مستحق الاداء شدن دین بگیرند.

این قاعده بیشتر مربوط به عقد قرض است تا رهن زیرا در این فرض داینین مال مدیون را به رهن نگرفته اند و صرف پول های مدیون تکافوی دیون داینین را نمی‌کند و موعده پرداخت دین فرا نرسیده است. قابل توصیه است نص این ماده در لابلای احکام عقد قرض منتقل شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت دین غیرمستحق الاداء یا پولی که پرداخت همه دیون داینین را بسنده نمی‌کند است.

۵) طبق ماده ۱۸۸۶ ق. م: «حایزی که سند ملکیت وی به ثبت رسیده و در دعوی ای که علیه مدیون به دین حکم گردیده طرف دعوی قرار نگرفته باشد، می‌تواند به طرق دفعی که استناد مدیون به آن جواز دارد، استناد نماید مشروط بر این که حکم به دین بعد از ثبت سند حایز باشد. همچنین او می‌تواند در هر حال به دفعی استناد نماید که مدیون نیز بعد از حکم به دین حق استناد را به آن داشته باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

۱- حایزی که سند ملکیت وی به ثبت رسیده و در دعوی ای که علیه مدیون به دین حکم گردیده طرف دعوی قرار نگرفته باشد، می‌تواند به طرق دفعی که استناد مدیون به آن جواز دارد، استناد نماید مشروط بر این که حکم به دین بعد از ثبت سند حایز باشد. تعریف حایز گذشت. طرق جمع طریق که به معنی طریقه ها است. دفع در لغت به معنی دور کردن، راندن از نزد خود و پس زدن است.^{۱۰۶۷} به نظر می‌رسد در اصطلاح حقوقی دفع عبارت از رد کردن دعوی مدعی توسط مدعی علیه است. استناد در لغت به معنی اتکا کردن و سند و مدرک نشان دادن است. در اصطلاح حقوقی استناد به معنی تکیه کردن به سند و مدرک و آن را پشتوانه عمل، گفته یا ادعا قرار دادن است.^{۱۰۶۸}

به نظر می‌رسد حایز و مدیون طبق نص این ماده یک شخص نیست. ثبت سند ملکیت حایز در نص این ماده محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، اگر حایز مدیون و مالک ملکیت نباشد و شخص سوم باشد، مانند امین مالک مال نیست و شخصی که مالک مال نباشد برای آن قبالة و سایر اسناد ندارد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد.

به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و زمین نزد جمشید گذاشته شود و در اثر اقامه دعوی محمود محکمه احمد را محکوم علیه به پرداخت دین ننموده باشد، جمشید حایز،

۱۰۶۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.
1067. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۳۱) (۲۰۱۶).
1068.Ibid, (Last visit: 3/1/2017).

احمد مدیون و احمد داین است. در این مثال، اگر فاروق در خصوص ملکیت زمین اقامه دعوی نماید، جمشید می تواند از تمام وسایل اثبات مانند سند، شاهدان، اقرار، سوگند و قراین که محمود در دفع دعوی استفاده نماید استفاده نماید.

۲- همچنین حایز می تواند به دفعی استناد نماید که مدیون نیز بعد از حکم به دین حق استناد را به آن داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و زمین نزد جمشید گذاشته شود و در اثر اقامه دعوی محمود محکمه احمد را محکوم علیه به پرداخت دین نموده باشد، جمشید حایز، احمد مدیون و احمد داین است. در این مثال، اگر فاروق در خصوص ملکیت زمین اقامه دعوی نماید، جمشید می تواند از تمام وسایل اثبات مانند سند، شاهدان، اقرار، سوگند و قراین که محمود در دفع دعوی استفاده نماید جمشید نیز می تواند استفاده نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز استناد حایز به وسایل اثبات مانند مدیون قبل از محکوم علیه قرار گرفتن و بعد از محکوم علیه قرار گرفتن است.

۶) طبق ماده ۱۸۸۷ ق. م: «حایز می تواند در مزایده شامل گردد، مشروط بر این که مقدار ثمن تقدیم داشته او در مزایده از مقدار باقیمانده ذمت او از رهگذر ثمن عقاری که برای فروش گذاشته شده، کمتر نباشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده حایز می تواند در مزایده شامل گردد، مشروط بر این که مقدار ثمن تقدیم داشته او در مزایده از مقدار باقیمانده ذمت او از رهگذر ثمن عقاری که برای فروش گذاشته شده، کمتر نباشد. تعریف حایز، مزایده، ثمن و ذمه گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و زمین نزد جمشید گذاشته شود و احمد نتواند دین خویش را پرداخت نماید و محمود از محکمه مطالبه نماید تا زمین احمد از طریق مزایده به فروش رسد، جمشید می تواند در مزایده به عنوان خریدار زمین اشتراک نماید مشروط بر این که چهل یا پنجاه لک افغانی پول نقد داشته باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز اشتراک حایز در مزایده و خرید عقاری است که تحت حیات او است.

۷) طبق ماده ۱۸۸۸ ق. م: «هرگاه ملکیت عقار مرهونه از دست حایز خارج گردیده و بعداً مزایده به شخص وی تعلق بگیرد، حایز به موجب سند اصلی ملکیت مالک عقار شناخته می شود و در صورتی که ثمن نهائی مزایده را که به وی تعلق گرفته تادیه نموده یا در خزانه یا بانکی که محکمه تعیین نماید طور ودیعت بگذارد، عقار مذکور از تمام حقوق قید شده پاک می گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه ملکیت عقار مرهونه از دست حایز خارج گردیده و بعداً مزایده به شخص وی تعلق بگیرد، حایز به موجب سند اصلی ملکیت مالک عقار شناخته می شود. اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و زمین نزد جمشید گذاشته شود و احمد نتواند دین خویش را پرداخت نماید و محمود از محکمه مطالبه نماید تا زمین احمد از طریق مزایده به فروش رسد، جمشید می تواند در مزایده به عنوان خریدار زمین اشتراک نماید. در صورتی که جمشید در پروسه مزایده برنده شناخته شود، بعد از تکمیل مراحل عقد، مالک عقار شناخته می شود.

۲- در صورتی که ثمن نهائی مزایده را که به وی تعلق گرفته تادیه نموده یا در خزانه یا بانکی که محکمه تعیین نماید طور ودیعت بگذارد، عقار مذکور از تمام حقوق قید شده پاک می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا جمشید پول خرید عقار را در بانک به امانت بگذارد، عقار از رهن خلاص می شود و جمشید مالک آن تلقی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حکم جواز اشتراک حایز در مزایده و اثر خرید عقار توسط حایز است.

۸) طبق ماده ۱۸۸۹ ق. م: «هرگاه مزایده به شخص دیگری غیر از حایز تعلق بگیرد، شخص مذکور می تواند به موجب حکم مزایده حق خود را از حایز به دست آورد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده هرگاه مزایده به شخص دیگری غیر از حایز تعلق بگیرد، شخص مذکور می تواند به موجب حکم مزایده حق خود را از حایز به دست آورد. تعریف مزایده و حایز گذشت. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و زمین نزد جمشید گذاشته شود و احمد نتواند دین خویش را پرداخت نماید و محمود از محکمه مطالبه نماید تا زمین احمد از طریق مزایده به فروش رسد و جمشید، فاروق و قیوم در پروسه مزایده به عنوان خریدار اشتراک نمایند و فاروق برنده مزایده شود، می

تواند زمین را از نزد جمشید بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عدم برنده شدن حایز در پروسه مزایده است.

۹) طبق ماده ۱۸۹۰ ق. م: «هرگاه ثمنی که مزایده به آن تعلق گرفته، بر حقوق دائینی که حقوق آنها قید گردیده زیادت نماید، این زیادت حق حایز بوده و دائنین رهن گیرنده، می توانند حقوق خود را از حایز مطالبه نمایند.» از نص این ماده دو قاعده وجود دارد.

نخست این که طبق این قاعده هرگاه ثمنی که مزایده به آن تعلق گرفته، بر حقوق دائینی که حقوق آنها قید گردیده زیادت نماید، این زیادت حق حایز است. تعریف حایز، داین، ثمن و زیادت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و زمین نزد احمد باشد و احمد نتواند دین خویش را پرداخت نماید و محمود از محکمه مطالبه نماید تا زمین احمد از طریق مزایده به فروش رسد و جمشید، فاروق و قیوم نیز داین احمد باشد، اما زمین مبلغ چهل لک افغانی به فروش رسد، ده لک افغانی به احمد تعلق می گردد.

دوم این که عبارت «دائنین رهن گیرنده، می توانند حقوق خود را از حایز مطالبه نمایند» در نص این ماده زاید به نظر می رسد. زیرا، داینین رهن گیرنده با حایز و رهن دهنده ارتباطی ندارند و مطالبه حق توسط داینین رهن گیرنده از حایز یا رهن دهنده توجیه پذیر نیست.

به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و زمین نزد احمد باشد و احمد نتواند دین خویش را پرداخت نماید و محمود از محکمه مطالبه نماید تا زمین احمد از طریق مزایده به فروش رسد و جمشید، فاروق و قیوم نیز داین احمد باشند، اما زمین مبلغ چهل لک افغانی به فروش رسد، ده لک افغانی به احمد تعلق می گردد. در این صورت، داینین محمود، فاروق و قیوم نمی توانند از احمد پول را مطالبه نمایند زیرا آنها بر احمد دین ندارند و دین مدیون آنها نیز توسط رهن دهنده پرداخت شده است. قابل توصیه است بند دوم ماده ۱۸۹۰ ق. م از متن این ماده حذف گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اضافه بودن پول از مقدار دین داینین در صورت فروش مال مرهونه است.

۱۰) طبق ماده ۱۸۹۱ ق. م: «حقوق ارتفاق و حقوق عینی دیگری که حایز قبل از انتقال ملکیت عقار به وی دارا بوده به حایز عودت می نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده حقوق ارتفاق و حقوق عینی دیگری که حایز قبل از انتقال ملکیت عقار به وی دارا بوده به حایز عودت می نماید. تعریف حایز در بالا گذشت. ارتفاق از ریشه «رفق» گرفته شده است که در لغت به معنی انتفاع گرفتن از شی،^{۱۰۶۹} تکیه کردن بر مرفق یا آرنج و رفیق و همراه بودن است.^{۱۰۷۰} در اصطلاح فقهی حق ارتفاق که نوعی حق عینی و عبارت از حقی است بالای عقار جهت منفعت عقار دیگر، مانند: حق شرب، حق مجری، حق مسیل، حق مرور و حق جوار.^{۱۰۷۱} مصداق حق عینی دیگر می تواند حق انتفاع، حق حکر و نظیر اینها باشد. عودت در لغت به معنی برگشت و بازگشت است.^{۱۰۷۲}

به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و زمین تحت حیات احمد باشد و احمد زمین را از رهن خلاص نماید، به تبع زمین، حق ارتفاق زمین، حق انتفاع از زمین و سایر حق های عینی دیگر به احمد منتقل می شود. زیرا، شخصی که مالک مال باشد، مالک فرع مال نیز تلقی می گردد. در این مثال، زمین اصل مال و حق ارتفاق و حق انتفاع از فروع مال است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم انتقال فروع ملکیت به حایز بعد از خلاص کردن عقار از رهن توسط حایز است.

۱۰۶۹. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۶۵۶.

۱۰۷۰. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۹۹.

۱۰۷۱. وهبة الزحیلی (____). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۶۵۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۲۷؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، ص ۲۰۶.

(۱۱) طبق ماده ۱۸۹۲ ق. م: «حایز مکلف است عواید عقرار را از تاریخ ابلاغ به تأدیة دین یا انصراف از عقرار رد نماید. در صورتی که اجراءات مربوط مدت سه سال ترک گردد، مکلفیت به رد عواید از تاریخ ابلاغ جدید اعتبار دارد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- حایز مکلف است عواید عقرار را از تاریخ ابلاغ به تأدیة دین یا انصراف از عقرار رد نماید. تعریف حایز در بالا گذشت. عواید جمع عاید است. تعریف ابلاغ گذشت. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و دوکان های خویش را به محمود به رهن بدهد و دوکان ها تحت حیازت جمشید قرار گیرد، از تاریخ ابلاغ حکم محکمه به تأدیة دین یا انصراف از رد عقرار جمشید مکلف است عواید دوکان ها مانند کرایه دوکان ها به احمد رد نماید.

۲- در صورتی که اجراءات مربوط مدت سه سال ترک گردد، مکلفیت به رد عواید از تاریخ ابلاغ جدید اعتبار دارد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محکمه در تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۹ به جمشید ابلاغ نماید که جمشید عواید دوکان ها را به احمد رد نماید، اما جمشید عواید را به احمد رد ننماید، جمشید مکلف است از تاریخ ابلاغ حکم یعنی اول حمل سال ۱۳۹۹ عواید را به احمد رد نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم رد عواید عقرار مرهونه است.

(۱۲) طبق ماده ۱۸۹۳ ق. م: «(۱) حایز می تواند از طریق دعوی تضمین بر مالک سابق در حدودی مراجعه نماید که خلف حق مراجعه را بر شخصی که از وی به صورت معاوضه یا تبرع کسب ملکیت نموده، دارا باشد. (۲) اگر حایز زاید از استحقاق که به اساس سند ملکیت به ذمه مدیون است تأدیة نماید و این تأدیة بنا بر هر سببی که باشد، می تواند به مدیون مراجعه نماید. در این صورت حایز قایم مقام دانتینی می گردد که حقوق آنها را تأدیة نموده است.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

۱- حایز می تواند از طریق دعوی تضمین بر مالک سابق در حدودی مراجعه نماید که خلف حق مراجعه را بر شخصی که از وی به صورت معاوضه یا تبرع کسب ملکیت نموده، دارا باشد. تعریف حایز در بالا گذشت. خلف در لغت به معنی جانشین، بازمانده، از پس آینده و فرزند است که جمع آن اخلاف و متضاد آن سلف است که جمع آن اسلاف است.^{۱۰۷۳} همچنین به خلف قایم مقام می گویند. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۱۰۷۴} تعریف تضمین در مبحث کفالت گذشت. معاوضه از ریشه عوض گرفته شده است که در لغت به معنی تعویض و تبدیل کردن است.^{۱۰۷۵} تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.^{۱۰۷۶} به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و دوکان های خویش را به محمود به رهن بدهد و دوکان ها تحت حیازت جمشید قرار گیرد، جمشید می تواند به اندازه ای بر احمد مراجعه نماید که جانشین یا قایم مقام فروشنده یا بایع حق مراجعه بر شخصی را که مال را از طریق مقایضه یا هبه کسب نماید. نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به احکام نیابت در عقود معوض و عقود غیر معوض است. با پذیرش این برداشت این نتیجه می آید که برای تطبیق این ماده باید تمام احکامی را که خلف یا جانشین می تواند در عقود معوض و غیرمعوض از شخص دیگر کسب کرده است پیدا کرد و سپس این احکام را بر رابطه حایز و مالک سابق عقرار مرهونه تطبیق داد.

۲- اگر حایز زاید از استحقاق که به اساس سند ملکیت به ذمه مدیون است تأدیة نماید و این تأدیة بنا بر هر سببی که باشد، می تواند به مدیون مراجعه نماید. زاید در لغت به معنی اضافه و اضافی است.^{۱۰۷۷} استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.^{۱۰۷۸} تعریف ذمه در مبحث کفالت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و دوکان های خویش را به محمود به رهن بدهد و دوکان ها تحت حیازت جمشید قرار گیرد و جمشید به احمد چهل لک افغانی پرداخت نماید، می تواند ده لک افغانی را از احمد مطالبه نماید.

1073. Ibid (۲۰۱۶ / ۸ / ۲۷). (آخرین بازدید ۲۷ / ۸ / ۲۰۱۶).

۱۰۷۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.
۱۰۷۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۴۰؛ و _____ (۱۴۰۴ ق)، الموسوعة الفقهية، جلد (۳۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۴۳.

۱۰۷۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.
1077. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 13/ 8/ 2016).

۱۰۷۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.

۳- در این صورت حایز قایم مقام دائنینی می گردد که حقوق آنها را تأدیه نموده است. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.^{۱۰۷۹} به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و دوکان های خویش را به محمود به رهن بدهد و دوکان ها تحت حيازت جمشید قرار گیرد و جمشید پول محمود و و سایر داینین احمد را پرداخت نماید، قایم مقام یا جانشین محمود و سایر داینین احمد می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر پرداخت دین توسط حایز است.

۱۳) طبق ماده ۱۸۹۴ ق. م: «حایز شخصاً از نقصانی که به اثر خطاء وی بر عقالر عاید گردد، در برابر دائنین مسؤول شناخته می شود.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده حایز شخصاً از نقصانی که به اثر خطاء وی بر عقالر عاید گردد، در برابر دائنین مسؤول شناخته می شود. نقصان در لغت به معنی نقص و عیب است. خطا در لغت به معنی اشتباه است.

به حیث مثال، اگر احمد سی لک افغانی مدیون محمود باشد و دوکان های خویش را به محمود به رهن بدهد و دوکان ها تحت حيازت جمشید قرار گیرد و جمشید در اثر خطا به دوکان ها نقص وارد نماید، به حیث مثال، در اثر خطا و کوتاهی در زمستان به برف و باران بر دوکان ها توجه ننماید و دوکان ها فرو ریزند، جمشید در برابر داینین احمد مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت نقصان را پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی وارد شدن نقصان بر عقالر مرهونه است.

ثانیاً) پاک کردن (تطهیر) عقالر

در باره تطهیر عقالر در ق. م قواعد ذیل وجود دارد:

۱) طبق ماده ۱۸۷۶ ق. م: «حایز می تواند بعد از ثبت سند ملکیت خود، عقالر را از تمام رهنی که قبل از ثبت سند وی قید گردیده، پاک نماید، وی می تواند این حق را هر وقتی که خواسته باشد استعمال نموده و الی زمانی که لست شروط فروش به معرض اعلان گذاشته می شود، حفظ نماید.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- حایز می تواند بعد از ثبت سند ملکیت خود، عقالر را از تمام رهنی که قبل از ثبت سند وی قید گردیده، پاک نماید. تعریف حایز در بالا گذشت. عبارت سند ملکیت در نص این ماده مبهم است که قابل توصیه است اصلاح گردد. همچنین، کلمه پاک کردن در نص این ماده مبهم است. به حیث مثال، اگر حمیده پنجاه لک افغانی مدیون مرضیه باشد و زمین خویش را به رهن مرضیه دهد، می تواند با پرداخت دین به مرضیه عقالر را از رهن خلاص نماید.

۲- حایز می تواند این حق را هر وقتی که خواسته باشد استعمال نموده و الی زمانی که لست شروط فروش به معرض اعلان گذاشته می شود، حفظ نماید. عبارت الی زمانی که لست شروط فروش به معرض اعلان گذاشته می شود، حفظ نماید در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. قابل توصیه است این عبارت توسط قانونگذار اصلاح گردد. به حیث مثال، در مثال بالا حمیده می تواند هر لحظه خواسته باشد با پرداخت دین عقالر را از رهن خلاص نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم خلاص کردن عقالر از رهن است.

۲) طبق ماده ۱۸۷۷ ق. م: «هرگاه حایز پاک کردن عقالر را اراده نماید، مکلف است برای داینی که حقوق شان مقید است، اطلاعاتی را به محل اقامت شان بفرستد که متضمن خلاصه سند ملکیت وی و تاریخ ثبت آن و قیمت عقالر و لست حقوقی که قبل از ثبت سند وی قید گردیده با اسماء اصحاب حقوق باشد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده حایز مکلف است اطلاعاتی را که شامل خلاصه سند ملکیت که نوع تصرف در آن تذکر یافته باشد، مانند: بیع و غیره اسباب کسب ملکیت، تاریخ سند، تعیین مالک سابق، تحدید مقدار عقالر مرهون، ثمن عقالر در صورتی که ملکیت آن از طریق بیع به حایز منتقل شده باشد و غیره را تصریح نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا حمیده بخواهد عقالر را از رهن خلاص نماید، باید برای مرضیه اطلاعاتی را بفرستد. عبارت سند ملکیت، فهرست حق های که قبل از ثبت سند وی قید گردیده با اسم های صاحب حق باشد در نص این ماده مبهم و قابل توصیه است اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف حایز عقالر است.

۳) طبق ماده ۱۸۷۸ ق. م: «حایز مکلف است در اطلاعیه از آمادگی خود برای تأدیه دیون قید شده ای که فی الحال واجب التأدیه باشد، بدون در نظر گرفتن میعاد استحقاق دیون مذکور در حدود قیمت عقار تذکر به عمل آرد». در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده حایز مکلف است در اطلاعیه از آمادگی خود برای تأدیه دیون قید شده ای که فی الحال واجب التأدیه باشد، بدون در نظر گرفتن میعاد استحقاق دیون مذکور در حدود قیمت عقار تذکر به عمل آرد. تعریف حایز در بالا گذشت. دیون جمع دین است. معنی قید در بالا گذشت. واجب التأدیه مترادف مستحق الاداء به نظر می رسد که تعریف آن در بالا گذشت. تعریف استحقاق در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا حمیده بخواهد عقار را از رهن خلاص نماید، باید برای مرضیه اطلاعیه را بفرستد و در آن از آمادگی خویش برای پرداخت دین مستحق الادای مرضیه بدون این که موعد پرداخت آن فرا رسیده باشد تذکر دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف حایز عقار است.

۴) طبق ماده ۱۸۷۹ ق. م: «هر یک از داینینی که حق وی قید گردیده و همچنین کفیلی که حق مقید دارد، می تواند فروش عقاری را که پاک کردن آن مطلوب است، در خلال سی روز از تأریخ آخرین اطلاعیه رسمی مطالبه نماید، مسافه راه در تعیین موعد رعایت می گردد». از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- بعد از اطلاعیه حایز، هر یک از داینینی که حق وی قید گردیده و همچنین کفیلی که حق مقید دارد، می تواند فروش عقاری را که پاک کردن آن مطلوب است، در خلال سی روز از تأریخ آخرین اطلاعیه رسمی مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر زمین و خانه حمیده تحت رهن مرضیه، جمشید، فاروق و قیوم باشد و حمیده مبنی بر خلاص کردن زمین و خانه از رهن به مرضیه، جمشید، فاروق و قیوم اطلاعیه بفرستد و در عین حال احمد را به مرضیه به عنوان ضامن داده باشد، هر یک از داینین و ضامن می توانند فروش خانه و زمین را در خلال سی روز از تأریخ آخرین اطلاعیه از محکمه مطالبه نمایند.

۲- مسافه راه در تعیین موعد سی روز رعایت می گردد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که بعد از اطلاع، هر یک از داینین و کفیلان عینی میان فروش عقار و رد فروش آن اختیار دارند و این امر طبق ق. م باید در مدت سی روز از تأریخ آخرین اطلاعیه رسمی صورت پذیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر فرستادن اطلاعیه به داینین است.

۵) طبق ماده ۱۸۸۰ ق. م: «مطالبه به اساس اطلاعیه ای که برای حایز و مالک سابق فرستاده می شود و در آن مطالبه کننده یا وکیل قانونی وی امضاء می نماید، صورت می گیرد. مطالبه کننده مکلف است مبلغی را که برای مصارف فروش از طریق مزایده کفایت نماید، طور ودیعت در خزانه یا بانکی که محکمه تعیین نماید بگذارد. مطالبه کننده بعد از این از طلب خود صرف نظر نموده نمی تواند، مگر اینکه تمام داینین که حقوق شان قید بوده و تمام کفیل ها به آن موافقت نمایند». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- مطالبه به اساس اطلاعیه ای که برای حایز و مالک سابق فرستاده می شود و در آن مطالبه کننده یا وکیل قانونی وی امضاء می نماید، صورت می گیرد. به حیث مثال، اگر احمد زمین محمود را در برابر دین خویش به رهن بگیرد و زمین نزد حمیده به عنوان امانت باشد و محمود بخواهد زمین به فروش رسد، باید اطلاعیه را که خود یا وکیل محمود آن را امضاء کرده است به احمد یا حمیده بفرستد.

۲- مطالبه کننده مکلف است مبلغی را که برای مصارف فروش از طریق مزایده کفایت نماید، طور ودیعت در خزانه یا بانکی که محکمه تعیین نماید بگذارد. تعریف مزایده در بالا گذشت. تعریف ودیعت در مبحث عقد ودیعت گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا محمود از محکمه فروش زمین احمد را مطالبه نماید، باید مبلغی را که مصارف فروش زمین از طریق مزایده را کفایت کند مانند مصارف اعلان، هیأت، داوطلبی و نظیر اینها را در بانک به امانت بگذارد.

۳- اصل و قاعده این است که مطالبه کننده بعد از مطالبه فروش از طلب خود صرف نظر نموده نمی تواند. به حیث مثال، در مثال بالا بعد از این که محمود به احمد یا حمیده اطلاعیه بفرستد، نمی تواند از دین خویش منصرف شود. زیرا، شکلیات رسمی فروش عقار تکمیل شده است. استثنای این قاعده این است که تمام داینین که حقوق شان قید بوده و تمام کفیل ها به آن موافقت نمایند. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد مدیون فاروق، قیوم و جمشید نیز باشد و احمد مرضیه را به عنوان

کفیل یا ضامن به جمشید داده باشد و همه به انصراف محمود از دینی که بر احمد دارد موافقت نمایند، احمد می تواند از دریافت دین انصراف نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر اطلاعیه و انصراف داین از پس اطلاع و شرط انصراف داین از دین است.

۶) طبق ماده ۱۸۸۱ ق. م: «هرگاه فروش عقار مطالبه شود، تمام اجراءات مربوط به فروش اجباری رعایت می گردد و فروش بنابر مطالبه صاحب منفعت در تعجیل برای طالب یا حایز تمام می شود. شخصی که به اجراءات مباشرت می نماید، مکلف است در اعلانات فروش مبلغی را که قیمت عقار تعیین گردیده تذکر دهد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- هرگاه فروش عقار مطالبه شود، تمام اجراءات مربوط به فروش اجباری رعایت می گردد و فروش بنابر مطالبه صاحب منفعت در تعجیل برای طالب یا حایز تمام می شود. تعجیل در لغت به معنی عجله کردن و شتاب کردن است. ۱۰۸۰ به حیث مثال، اگر حمیده صد لک افغانی قرضدار مرضیه باشد و مرضیه خانه حمیده را به رهن بگیرد و مطالبه فروش آن را از محکمه ذیصلاح از طریق مزایده نماید، قواعد فروش مال از طریق مزایده از سوی محکمه باید رعایت گردد.

۲- شخصی که به اجراءات مباشرت می نماید، مکلف است در اعلانات فروش مبلغی را که قیمت عقار تعیین گردیده تذکر دهد. مباشرت در لغت به معنی اقدام به کاری کردن است. معمولاً اجراءات فروش از سوی محکمه توسط هیأتی که محکمه تعیین می نماید صورت می گیرد. بنابراین، هیأت فروش عقار مکلف است در اعلانات فروش عقار، قیمت عقار را معین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قاعده های بسیار کلی نه جزئی فروش عقار از سوی محکمه است.

۷) طبق ماده ۱۸۸۲ ق. م: «شخصی که مزایده بر او خاتمه می یابد، مکلف است علاوه بر تأدیة ثمنی که در مزایده تعیین گردیده مصارفی که اجراءات پاک کردن ایجاب می نماید، مصارف سند ملکیت و ثبت آن و مصارف اعلانات حایزی را که ملکیت از دستش خارج گردیده نیز تأدیه نماید، مگر اینکه قانون خاص طور دیگری تصریح کرده باشد.» تعریف مزایده، پاک کردن حایز گذشت. از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می گردد.

قاعده این است که بیع عقار به صورت جبری براساس مطالبه حایز و یا داین و یا کفیل عینی زمانی تکمیل می گردد که در اعلان فروش عقار مبلغی را که قیمت عقار تعیین گردیده است تذکر دهد. زیرا، اگر در عقد بیع به صورت مزایده قیمتی که قرار است عقار به آن خریداری شود، از این مبلغ تجاوز ننماید، بیع به نفع حایز نهایی تلقی می گردد و طالب بیع متحمل مصارف مطالبه بیع می شود. در مزایده هر شخص به جز راهن و مدیون که غیر راهن باشد، می تواند شرکت نماید. پس، داینی که مطالبه بیع است و هر داین دیگر هرچند داین عادی باشد می تواند اشتراک نماید.

حایز نیز در صورتی که بخواهد به قیمت عقار در مزایده بی افزاید، می تواند در بیع مال مرهون از طریق مزایده اشتراک نماید. شخصی که در مزایده برنده شناخته می شود، باید علاوه بر تأدیة ثمن عقار، مصارفی را که اجراءات پاک کردن ایجاب می نماید به شمول: مصارف سند ملکیت و ثبت آن، مصارف اعلانات حایزی را که ملکیت از دستش خارج گردیده نیز تأدیه نماید. به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود باشد و محمود خانه احمد را به رهن بگیرد و در نهایت خانه از طریق محکمه از طریق مزایده به فروش رسد، شخص برنده، باید قیمت خانه، مصارف اجراءات مزایده، مصارف قبالة و ثبت قبالة و مصارف اعلانات مزایده را تأدیه کند. استثنای این قاعده این است که قانون طور دیگر پیش بینی کرده باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم پرداخت مصارف اعلان مزایده، قیمت عقار مرهونه، مصارف مربوط به مالیه نقل و انتقال عقار و ثبت قبالة که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد است.

۸) طبق ماده ۱۸۸۳ ق. م: «هرگاه فروش عقار در خلال مدت معین و طبق شرایط مربوط مطالبه نشود، ملکیت عقار به صورت نهایی و فارغ از هر نوع حق قید شده، به حایز تعلق می گیرد مشروط بر اینکه حایز مبلغی را که قیمت عقار تعیین شده، بارعایت مراتب داینین در تأدیة حقوق شان از آن برای آنها بدهد یا مبلغ مذکور را در خزانه یا بانکی که محکمه تعیین نماید، طور ودیعت بگذارد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده اگر داینین و کفیلان عینی مطالبه فروش

عقار نباشند و مدت مطالبه که سی روز است منقضی گردد، عقار ملکیت حایز شناخته می شود و حایز مکلف است حق های داینین را به آنها بدهد.

به حیث مثال، اگر احمد صد لک افغانی مدیون محمود و صد لک مدیون جمشید و صد لک مدیون فاروق باشد و محمود خانه احمد را به رهن بگیرد و هیچ یک از داینین مطالبه فروش عقار را از محکمه ننماید و احمد دین خویش را به محمود و سایر داینین نپردازد، عقار به محمود تعلق می گیرد به شرط این که محمود برای جمشید و فاروق دو صد لک افغانی پرداخت نماید. محمود در این مثال حایز عقار و جمشید و فاروق داینین احمد اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عدم مطالبه فروش عقار مرهونه توسط داینین و سپری شدن مدت دو ماه است.

ثالثاً تخلیه عقار

طبق ماده ۱۸۸۴ ق. م: «تخلیه عقار مرهونه با تقدیم عریضه از طرف حایز به مقام محکمه با صلاحیت صورت می گیرد. در عریضه رساندن موضوع در حاشیه ثبت ورقه ابلاغ به اخراج ملکیت مطالبه می شود. موضوع تخلیه در خلال پنج روز از تاریخ تقدیم عریضه جهت اتخاذ اجراءات مربوط به داینین مباشر اطلاع داده می شود». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) تخلیه عقار مرهونه با تقدیم عریضه از طرف حایز به مقام محکمه با صلاحیت صورت می گیرد. تخلیه از ریشه «خلو» گرفته شده است که در لغت به معنی تفریق، برکنار ماندن و تهی و خالی گذاشتن است. در حقوق مدنی، از رفع ید از چیزی به طوری که امکان بهره مندی مباح از آن برای دیگری که حق استفاده از آن را دارد از میان برود، تخلیه گویند.^{۱۰۸۱} عریضه مؤنث عریض است که در لغت به معنی که شکواییه است که جمع آن عرایض است.^{۱۰۸۲} طبق ماده ۲ جزء ۳ قانون واریسی عرایض: «عریضه عبارت از ورق مطبوع و بهادار است که به منظور تحریر شکایات و مطالبات عارضین مطابق فورمه منضمه این قانون به دسترس عامه گذاشته می شود. این ورق مزین به نشان دولت بوده و توسط شعبه مربوط وزارت مالیه مهر گردیده و دارای شماره مسلسل می باشد. ورق مذکور دارای جدول شهرت عارض، عریضه نویس، معروض علیه بوده و قیمت آن دو هزار افغانی می باشد.»

به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را با وسایل آن به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و محمود بخواهد خانه احمد از وسایل تخلیه گردد، باید عریضه ای به محکمه ای ابتدائیه ای که عقار مرهونه در حوزه قضایی آن موقعیت دارد تقدیم کند.

۲) در عریضه رساندن موضوع در حاشیه ثبت ورقه ابلاغ به اخراج ملکیت مطالبه می شود. حاشیه در لغت به معنی کناره، لبه، شرحی که بر کناره و یا لبه رساله و یا کتاب می نویسند است.^{۱۰۸۳} عبارت این ماده به نظر می رسد که معنی درست را افاده نمی کند. قابل توصیه است این عبارت از متن ماده ۱۸۸۲ ق. م حذف گردد.

۳) موضوع تخلیه در خلال پنج روز از تاریخ تقدیم عریضه جهت اتخاذ اجراءات مربوط به داینین مباشر اطلاع داده می شود. مباشر در لغت به معنی فاعل، عامل و کارگزار است.^{۱۰۸۴} به حیث مثال، اگر احمد بیست لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را با وسایل آن به محمود در برابر دین محمود به رهن بدهد و محمود بخواهد خانه احمد از وسایل تخلیه گردد، باید عریضه ای به محکمه ای ابتدائیه ای که عقار مرهونه در حوزه قضایی آن موقعیت دارد تقدیم کند. محکمه مکلف است در خلال مدت پنج روز موضوع تخلیه عقار را به محمود اطلاع دهد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که فروش عقار از طریق مزایده مستلزم تخلیه عقار توسط حایز است. منظور از تخلیه در اینجا ترک عقار توسط حایز و گذاشتن آن در دسترس امینی که توسط محکمه ذیصلاح تعیین می گردد است تا داینین اجراءات مربوط به نزع (اخراج) ملکیت را اتخاذ نمایند. طبق ق. م تخلیه توسط حایز از طریق عریضه رسمی در خلال مدت پنج روز صورت می گیرد. اثری که بر تخلیه مرتب می شود این است که ملکیت عقار مرهون از ملکیت قانونی حایز خارج

۱۰۸۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۵۱

1082. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/ 2016).

1083. Ibid, (۲۰۱۷ / ۲ / ۲). (آخرین بازدید)

1084. Ibid, (Last visit: 11/1/2018).

نمی شود. بنابراین، حایز همچنان مالک عمار پنداشته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تخلیه عمار است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسشی شماره (۱۱۶): در ماده (۱۸۸۴) تخلیه عمار مرهونه به قرار قضایی صورت بگیرد یا به شکل دیگری؟

توضیح: چون موضوع به اجراءات قضایی ارتباط دارد لذا در زمینه قرار قضایی صادر شود.^{۱۰۸۵}

۵) انتهای رهن رسمی

رهن رسمی نیز به دو صورت منتهی می شود: به صورت تبعی که با انتهای دین رهن رسمی نیز منتهی می گردد. زیرا، با ساقط شدن اصل فرع نیز ساقط می گردد. اسباب تبعی انتهای رهن رسمی نیز مانند رهن حیازی عبارت اند از: (۱) وفاء دین؛ (۲) ادای دین به عوض یا وفای بالمقابل؛ (۳) تجدید و نیابت؛ (۴) مجرای یا مقاصه؛ (۵) اتحاد ذمه؛ (۶) ابراء؛ (۷) عدم امکان تنفیذ؛ و (۸) مرور زمان که تفصیل هر یک در مبحث رهن حیازی گذشت. اما، اسبابی مستقلاً که موجب انتهای رهن رسمی می گردد قرار ذیل است:

(۱) در صورت پرداخت جمیع دین: طبق ماده ۱۸۹۵ فقره اول ق. م: «(۱) رهن رسمی مانند رهن حیازی به انقضای دین تضمین شده منقضی گردیده و به اثر زوال سببی که دین به آن منقضی گردیده، عودت می نماید. (۲) عودت رهن، حقوقی را که اشخاص دارای حسن نیت در ظرف مدت انقضای حق و عودت آن از غیر کسب نموده اند، اخلاص نمی نماید.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- رهن رسمی مانند رهن حیازی به انقضای دین تضمین شده منقضی می گردد. تعریف انقضاء و منقضی گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده ده لک افغانی مدیون مرضیه باشد و موثر خویش را به مرضیه به رهن بدهد و ده لک افغانی مرضیه را پرداخت نماید، دین حمیده پایان می یابد و به پیروی از پایان یافتن دین حمیده می تواند موثر خویش را از مرضیه بگیرد. دلیل این قاعده این است که رهن عقد تبعی و دین رهن اصلی. ایجاد و پایان یافتن رهن تابع دین است.

۲- رهن رسمی نیز مانند رهن حیازی با اعاده سبب، دوباره اعاده می گردد. به عنوان مثال، اگر شخصی دین را پرداخت نماید و پس از پرداخت معلوم شود، دین متعلق به دیگری بوده است، دین دوباره عودت می نماید. همچنین، اگر شخص ناقص اهلیت دین را پرداخت نماید و پس از پرداخت ثابت شود که شخصی که دین را پرداخته است، ناقص اهلیت بوده است، چنین پرداختی باطل است و دین دوباره عودت می نماید.^{۱۰۸۶}

ازاله از ریشه «زول» گرفته شده است که در لغت به معنی از بین بردن، زدودن، از اثر انداختن و نابود کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، ازاله عبارت است از، از بین بردن اثر مرتب بر یک عمل حقوق اعم از عقد و یا ایقاع.^{۱۰۸۷} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و موثر خویش را به محمود به رهن بدهد و با پرداخت ده لک افغانی توسط احمد به محمود دین و به تبع آن رهن از بین می رود و احمد می تواند موثر خویش را از محمود بگیرد. اما، اگر احمد دوباره ده لک افغانی را از محمود به عنوان دین بگیرد، رهن امکان دارد دوباره ایجاد شود. دلیل این قاعده این است که رهن عقد تبعی و دین عقد اصلی و عقد تبعی در حدوث و سقوط تابع عقد اصلی است.

۳- عودت رهن، حقوقی را که اشخاص دارای حسن نیت در ظرف مدت انقضای حق و عودت آن از غیر کسب نموده اند، اخلاص نمی نماید. عودت در لغت به معنی برگشت و بازگشت است. اخلاص در لغت به معنی خلل رسانیدن، زیان رسانیدن و بی نظمی است.^{۱۰۸۸} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و سپس زمین را به جمشید به فروش رساند و شرط گذارد که زمین را زمانی که از رهن خلاص کرد تسلیم جمشید می نماید، در صورت خلاص شدن زمین از رهن و دوباره به رهن دادن زمین حق مالکیت جمشید همچنان بر زمین باقی می ماند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انقضای رهن رسمی که ادای دین است می باشد.

۱۰۸۵. (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۴۷.

۱۰۸۶. این سبب هم سبب اصلی و هم سبب تبعی انتهای رهن رسمی است.

۱۰۸۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۵.

1088. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 24/2/2028).

۲) در صورت فروش مال مرهونه اعم از اینکه فروش اختیاری باشد و یا اجباری: ماده ۱۸۹۷ ق. م در این

مورد تصریح می نماید که: «رهن یا فروش اجباری عمار از طریق مزایده علنی و به ودیعت گذاشتن ثمن نهائی آن یا به تأدیة ثمن مذکور به داینینی که از لحاظ درجه مستحق تأدیة حقوق خود از این ثمن می شوند، منقضی می گردد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- در صورتی که مال مرهونه به امر قاضی توسط راهن و یا توسط هیأت به حکم قاضی در صورت استنکاف ورزیدن راهن از فروش مال مرهونه صورت بگیرد و از قیمت ثمن آن دین مرتبه پرداخته شود، عقد رهن منقضی می گردد. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را به محمود به رهن بدهد و دین را نپردازد و محکمه خانه را از طریق مزایده علنی به فروش رساند و پول آن را به بانک به امانت بگذارد، عقد رهن خاتمه پیدا می کند.

۲- در صورت فروش عمار و پرداخت دین داینین توسط محکمه عقد رهن خاتمه پیدا می کند. به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و خانه خویش را به محمود به رهن بدهد و دین را نپردازد و محکمه خانه را از طریق مزایده علنی به فروش رساند و پول آن میان داینین احمد تقسیم نماید عقد رهن خاتمه پیدا می کند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش یکی از اسباب انتهای رهن است.

۳) در صورت تنازل مرتبه: طبق ماده ۱۸۹۸ ق. م: «داین رهن گیرنده، می تواند باوجود بقای دین، از رهن

رسمی تنازل نماید.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده داین رهن گیرنده، می تواند باوجود بقای دین، از رهن رسمی تنازل نماید. تنازل از ریشه «نزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکناری و کناره گیری است. در اصطلاح حقوقی تنازل عبارت از تصرفی است که به موجب آن شخصی از حقی که دارد و یا از حقی که بر عهده دیگری دارد عدول می نماید و یا آن را إسقاط می نماید، مانند: تنازل از انتفاع، دین و یا حق ارتفاق.^{۱۰۹۰} به حیث مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و احمد خانه خویش را به رهن به محمود بدهد و محمود به صورت صریح به احمد بگوید ده لک افغانی را به شما ابراء دادم یا خانه را به احمد برگرداند دین و به تبع دین رهن منقضی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انقضای دین و رهن رسمی که عبارت از تنازل است می باشد.

۴) در صورت از بین رفتن شی مرهونه: رهن رسمی نیز در اثر هلاک شدن مال مرهونه منتهی می گردد. به حیث

مثال، اگر احمد ده لک افغانی مدیون محمود باشد و زمین خویش را به محمود به رهن بدهد و زمین در اثر سیل از بین برود به دلیل انتهای یکی از ارکان عقد رهن، رهن رسمی منقضی می گردد.

۵) طبق ماده ۱۸۹۹ ق. م: «بر رهن رسمی احکام مربوط به عدم انقضاء به اثر وفات رهن دهنده یا رهن گیرنده و بقای

دین نزد ورثه تطبیق می گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده بر رهن رسمی احکام مربوط به عدم انقضاء به اثر وفات رهن دهنده یا رهن گیرنده و بقای دین نزد ورثه تطبیق می گردد. نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به احکام وفات رهن گیرنده و رهن دهنده در رهن حایزی است. تفصیل احکام مربوط به وفات رهن دهنده و رهن گیرنده در گفتار انتهای رهن حایزی گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تطبیق احکام مربوط به وفات رهن دهنده و رهن گیرنده مربوط به انقضای رهن حایزی بر رهن رسمی است.

۶) طبق ماده ۱۸۹۶ ق. م: «حق رهن رسمی با اتمام اجراءات پاک کردن به صورت نهائی منقضی می گردد گرچه ملکیت

حایزی که عمار را پاک کرده بنا بر هر سببی که باشد، زایل گردد.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده حق رهن رسمی با اتمام اجراءات پاک کردن به صورت نهائی منقضی می گردد گرچه ملکیت حایزی که عمار را پاک کرده بنا بر هر سببی که باشد، زایل گردد. تعریف منقضی و زایل در بالا گذشت. همچنین، تفصیل تطهیر عمار در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده پنجاه لک افغانی مدیون مرضیه باشد و زمین خویش را به رهن مرضیه دهد، می تواند با پرداخت دین به مرضیه عمار را از رهن خلاص نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از اسباب انتهای رهن رسمی است.

۱۰۸۹. ابراء نیز هم سبب اصلی و هم سبب تبعی انتهای رهن رسمی است.

۱۰۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۳۰.

و) وجوه افتراق و اشتراک رهن حیازی و رهن رسمی

چنانچه توضیح گردید، رهن در قوانین موضوعه دو نوع می باشد که عبارت از رهن حیازی و رهن رسمی می باشد. ولی، در شرع رهن فقط یکنوع است که عبارت از رهن حیازی می باشد. آثار رهن حیازی در شریعت و قانون در اکثر موارد یکسان می باشد چنانچه در قوانین وضعی و شریعت اسلامی انتقال و قبض مال مرهونه توسط مرتهن جهت تضمین استیفاء دین شرط است که به قبض مال مرهونه توسط مرتهن متحقق می شود، زیرا در صورتی که مال مرهونه تحت سلطه و حیازت راهن قرار داشته باشد و توسط مرتهن قبض نگردد چنانچه قبلاً گذشت زمینه ادعای راهن را مبنی بر عدم تحت رهن بودن مال مرهونه و پرداخت دین مساعد می نماید.

همچنین، طبق ق. م و شریعت اسلامی مرتهن نمی تواند از مال مرهونه بدون اجازه راهن انتفاع بگیرد و مرتهن مکلف به حفظ مال مرهونه و استغلال آن جهت تحقق رهن می باشد.^{۱۰۹۱} ولی، رهن رسمی در شریعت معروف نیست و توسط قوانین موضوعه انشاء گردیده است که صرف بر عقارات مرعی الاجراء می باشد.^{۱۰۹۲} همچنین، در رهن رسمی بر خلاف رهن حیازی قبض شرط نمی باشد، بلکه عقار مرهونه تحت حیازت مالک باقی می ماند.^{۱۰۹۳}

در ضمن، در رهن رسمی رهن دهنده می تواند در عقار مرهونه تصرف نماید مثلاً آن را به فروش رساند، به اجاره یا عاریت دهد.^{۱۰۹۴} در رهن رسمی مرتهن حق تتبع عقار مرهونه را نزد هر کسی که یابد جهت استیفاء طلب خویش از ثمن فروش مال مرهونه در صورت عدم پرداخت دین توسط راهن و فرا رسیدن موعد پرداخت آن حایز می باشد. بنابراین، با توجه به آنچه فوقاً تذکر یافت معلوم می گردد که میان رهن رسمی و رهن حیازی فرق های ذیل وجود دارد:

۱) از نقطه نظر انعقاد: رهن حیازی رهن رضایی است که به اساس ایجاب و قبول راهن و مرتهن منعقد می گردد و مقتضی شکلیات رسمی نمی باشد. ولی، رهن رسمی بر علاوه رضایت طرفین مقتضی شکلیات رسمی می باشد (مستفاد از ماده ۱۸۳۳ فقره ۱ ق. م. ا). پس، رهن حیازی به صورت عرفی و رهن رسمی به صورت رسمی منعقد می شود؛

۲) از نقطه نظر محل: محل یا موضوع رهن حیازی ممکن است عقار و یا منقول باشد. ماده ۱۷۷۲ فقره دوم ق. م در این مورد حکم می نماید: «(۲) مال مرهونه در رهن حیازی، منقول و غیر منقول شده می تواند (مواد ۱۷۷۲، ۱۸۰۷ و ۱۸۱۶ ق. م. ا). ولی، موضوع رهن رسمی صرف می تواند عقار باشد (مواد ۱۸۲۳، ۱۸۲۱، ۱۸۳۵ و ۱۸۲۲ ق. م. ا)؛

۳) از نقطه نظر قبض مال مرهونه: در رهن رسمی قبض مال مرهونه توسط مرتهن شرط نیست. بنابراین، در رهن رسمی مال مرهونه تحت حیازت و تسلط راهن باقی می ماند و راهن هر طوری که بخواهد می تواند در آن تصرف نماید (مواد ۱۸۲۰، ۱۸۲۲ ق. م. ا). ولی، در رهن حیازی قبض مال مرهونه توسط مرتهن شرط می باشد (ماده ۱۷۷۳ ق. م. ا).

۲) از نقطه نظر حیازت: در رهن حیازی راهن مکلف است مال مرهونه را به مرتهن تسلیم نماید اعم از اینکه مال مرهونه منقول و یا عقار باشد. ولی، در رهن رسمی راهن مکلف به تسلیم مال مرهونه به مرتهن نمی باشد. بنابراین، مال مرهونه تحت حیازت راهن باقی می ماند و مرتهن در صورت عدم پرداخت دین توسط راهن و فروش عقار مرهونه دارای حق تتبع و تقدم می باشد.^{۱۰۹۵}

پایان جلد عقود معین
ادامه در جلد حقوق عینی

۱۰۹۱. عبدالفتاح عبدالله البرشومی، احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامی، صص ۲۰-۲۱.

۱۰۹۲. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، ص ۲۱.

۱۰۹۳. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، ص ۲۱.

۱۰۹۴. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، ص ۲۱.

۱۰۹۵. همان، عبدالفتاح عبدالله البرشومی، ص ۲۲.

اهم منابع

الف) دری:

اول) در فقه:

- ۱- بصیرت، عبدالولی (۱۳۸۷). رهن از نظر مذهب حنفی و قانون مدنی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات ریاست نشرات اکادمی علوم افغانستان.
- ۲- ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۵). مجله الاحکام، کابل: نشر پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا.
- ۳- ژوبل، محمود عثمان (۱۳۹۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
- ۴- ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۱). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ۱۳۸۱، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه.
- ۵- سابق، سید (۱۳۷۱). فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، (۴) جلد، ایران: انتشارات محمدی سقر.
- ۶- نذیر، داد محمد (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل، افغانستان: مطبعة نعمانی.

دوم) در حقوق

- ۷- السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۸۸). دوره حقوق تعهدات (۳)، مترجمان: سید مهدی دادمرزی و محمد حسین دانش کیا، چاپ اول، ایران: انتشارات دانشگاه قم.
- ۸- امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی، (۶) جلد، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه.
- ۹- بادینی، حسن (۱۳۹۲). فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۱۰- بشلیه، ماری نونل و دیگران (۱۳۸۸). حقوق وجایب: احکام عقد در حقوق مدنی افغانستان چاپ اول، کابل افغانستان: چاپ انستیتوت بین المللی مطالعات مقایسوی فرانسه.
- ۱۱- جعفری لنگرودی (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم: تهران: گنج دانش.
- ۱۲- ساکت، محمد حسین (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه.
- ۱۳- سمنگانی، یادگار راجی (____). توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۲)، (____)، (____).
- ۱۴- سلطان، صلاح (____). ارث و وصیت در شریعت و قانون، ص ۱۵۵ (9 حوت 1398 ش). متن این کتاب در سایت www.aqeedeh.com قابل دسترسی است.
- ۱۵- صفایی، سید حسین، قاسمزاده، سید مرتضی (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات مهر.
- ۱۶- عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۷- قاسمی، عبدالخالق (۱۳۹۲). مسئولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب.
- ۱۸- قویم، احمد فهیم (1398). مجموعه متحدالمال های 1394- 1397، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان.
- ۱۹- قویم، احمد فهیم (۱۳۹۷). مجموعه متحدالمال های (۱۳۹۴- ۱۳۹۷)، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان.
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی: قواعد عمومی قرار داد ها، چاپ هفتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). نظریه عمومی تعهدات، نشر یلدا، چاپ اول، تهران.
- ۲۲- ناصر کاتوزیان (۱۳۸۴). حقوق مدنی: معاملات معوض- عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره و قرض، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی: مشارکت ها، صلح، چاپ چهارم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۶). حقوق مدنی، عقود معین (۴): عقود اذنی- وثیقه های دین، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

- ۲۵- نصیری، محمد (۱۳۸۱). حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه.
- ۲۶- نوری، علی محمد (۱۳۸۸). ترجمه قانون مدنی مصر، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- ۲۷- _____ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه

سوم) مقالات:

- ۲۸- خسروی نیا، بابک (۱۳۹۱). قواعد مورد استناد قاضی در تفسیر عقد در فقه اسلامی، حقوق موضوعه ایران، مصر و لبنان، دو فصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، شماره دوم، پاییز و زمستان.
- ۲۹- رهبر، مهدی و خطیبی، منیره (۱۳۹۶). ماهیت پول از منظر فقه اسلامی، دو فصلنامه علمی - پژوهشی فقه مقارن، سال پنجم، شماره ۹.
- ۳۰- ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۸). تعریف و انواع وکالت از نظر شریعت و حقوق موضوعه، مجله عدالت، شماره ۸۱.
- ۳۱- محمد عثمان ژوبل (_____). احوال شخصیه در حقوق مدنی، ماهنامه عدالت، شماره ۴۲.
- ۳۲- ظریف، محمد حریف (۱۳۸۸). حقوق بیمه، مجله عدالت، شماره ۸۰.
- ۳۳- مخدوم، حمید رضا (۱۳۸۷). نقش انترپول در استرداد مجرمین و راه های بهینه کردن آن، مجله کلاگاه، دور دوم، شماره ۴۰.

چهارم) فرهنگ ها:

- ۳۴- انصاری مسعود و طاهری محمد علی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
- ۳۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- ۳۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸). الفارق، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- ۳۷- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش.
- ۳۸- سیاح، عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (_____): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام.
- ۳۹- عمید، حسن (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
- ۴۰- معین، محمد (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش.
- ۴۱- _____ (۲۰۰۷-۲۰۱۱ م). دایرة المعارف آریانا، جلد (۲)، چاپ اول، کابل: اکادمی علوم افغانستان.

پنجم) قوانین:

- ۴۲- قانون مدنی (۱۳۵۵/۱۰/۱۵). ۳۵۳ جریده رسمی.
- ۴۳- قانون وکلای مدافع (۱۳۸۶/۹/۲۶). ۹۳۲ جریده رسمی شماره.
- ۴۴- قانون بیمه (۱۳۸۷/۵/۱). ۹۵۲ جریده رسمی.

ششم: وب سایت ها:

- 45- <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 30/12/2017).
- 46- <https://pars.wiki.com> (Last visit: 11/6/2018).
- 47- [/fa.m.wikipedia.org](http://fa.m.wikipedia.org) (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۹/۳).
- 48- <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=348> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۱۴/۲).
- 49- <http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp?id=348> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۱۴/۲).
- 50- <http://simayeadalat.blogfa.com/post/18> (last visit: 9/3/2016).

ب) عربی:

- ۵۱- الزحیلی، وهبة (_____). الفقه الاسلامی و ادلته، ۱۲ جلد، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ.
- ۵۲- الزحیلی، وهبة (_____). اصول الفقه اسلامی، ۲ جلد، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ.
- ۵۳- احمد السنهوری، عبدالرزاق (۲۰۰۲ م). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، (۱۴) جلد، بیروت، لبنان: چاپ دار احیاء التراث العربی.

- ٥٤- اسماعيل، محمد بكر، الفقه الواضح، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزيع، ١٢١٠ هـ. ق.
- ٥٥- القره داغي، علي محي الدين (١٤٠٣ ق). المقدمة في المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية.
- ٥٦- جزايري، عبد الرحمن (___). الفقه على المذاهب الاربعة، ٦ جلد، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى.
- ٥٧- سعيد الصاغر جى، اسعد محمد (___). الفقه الحنفى و ادلته، ٣ ج، پاكستان: چاپ كتابخانه رشيديه.
- ٥٨- عبدالحميد، محمد محي الدين (٢٠٠٧ م). الاحوال الشخصية فى شريعة الاسلاميه، لبنان: دارالعلوم العلميه للنشر.
- ٥٩- عبدالله البرشومى، عبد الفتاح (١٤٢٤). احكام الرهن و الشفعة فى الفقه الاسلاميه، چاپ دوم: مصر: الازهر.
- ٦٠- مصطفى احمد، زرقاء (١٩٦٧-١٩٦٨ م). المدخل الفقهي العام، (٣) جلد، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفكر.
- ٦١- محمود، طهماز، عبدالحميد (___). الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد، (٥) جلد، پاكستان: چاپ مكتب حقانيه.
- ٦٢- ___ (١٤٠٤ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (٣٠)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلاميه.
- (ج) انگليسى:

63- Al Jibaly, Muhammad Mustafa (2007). Our Precious Sprouts, Beirut, Lebanon: Al- Kitab & Asunnah Publishing.

64- Kharofa, Alaeddin (2009). *Transctions in Islamic Law*, fourth edit, Kuala Lumpur: ASN.

65- Robbers, Gerhard (2002). An Introduction to German Law, Translated into Enlish by Miceal Jewll, fifth edit, (___).

66- Raden Aji Haqqi, Abdul- Rahman (2009). *The Philosophy of Islamic Law of Transctions*, first edit, Malaysia: Center for Reasch and Training.



حاجی استاد نظام الدین عبدالله فرزند عبدالرحیم در سال ۱۳۵۸ هجری شمسی در ولسوالی شکرده ولایت کابل چشم به جهان گشوده است. او در سال ۱۳۸۳ از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه/پوهنتون کابل فارغ گردیده است و ماستری خویش را در سال ۱۳۹۳ در رشته حقوق عامه از دانشگاه/پوهنتون آزاد اسلامی واحد افغانستان اخذ نموده است. او از ماه سنبله سال ۱۳۹۹ الی اکنون در دانشگاه/پوهنتون آزاد اسلامی استان تهران- واحد تهران مرکزی دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی است. او در جریان سال های ۱۳۸۷ الی ۱۳۹۴ مضامین حقوق وجایب، حقوق عینی، حقوق میراث، مبادی حقوق، حقوق فامیل، حقوق بین الملل خصوصی، حقوق اساسی، حقوق اداری، عقود معین، قانونگذاری، روش تحقیق در حقوق و ... را در پوهنتون کاردان، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک و پوهنتون کاروان و غیره تدریس کرده است. او از سال ۱۳۹۵ الی اکنون اسپستانت پروفیسور حقوق (Assistant Professor of law) در یکی از دانشگاه/پوهنتون های خصوصی افغانستان است. او در این جریان مضامین حقوق وجایب (قواعد عمومی عقود)، حقوق وجایب (حوادث حقوقی و مسؤولیت مدنی غیرقراردادی)، حقوق فامیل، حقوق عینی، حقوق میراث، حقوق بین الملل خصوصی، قانونگذاری، حقوق اساسی، مبادی حقوق، حقوق اداری، روش تحقیق در حقوق و ... را در این دانشگاه/پوهنتون به زبان انگلیسی تدریس نموده است. برخی آثاری را که او تا اکنون تألیف و ترجمه نموده است قرار آتی است:

- ۱) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۴۰۱) شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل: روابط زوجین (۱)، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق اطفال، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجبیه، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.

- ۶) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۲) عقود معین، چاپ سوم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۷) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۸) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۹) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۰). مواد درسی انستیتوت ماکس پلانک پیرامون اموال و ملکیت چاپ اول، کابل- افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
- ۱۰) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۱) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۸) انواع قانون و مراحل قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ دوم، کابل- افغانستان: انتشارات سعید.
- ۱۲) جولیا پیفیر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.
- ۱۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق و وجایب اساسی اتباع، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۲)، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). فرهنگ اصطلاحات حقوقی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات سعید.

دوم) مقالات:

- ۱) نظام الدین عبدالله و داکتر جواد تقی زاده (۱۳۹۳). انواع قانون در نظام حقوقی افغانستان، مجله وکالت، شماره های ۲۶ و ۲۷.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۳). حق تشکیل حزب سیاسی، مجله وکالت، شماره ۲۸.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۲۰۱۷). مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان، مجله مطالعات حقوقی افغانستان، جلد (۲)، کابل: بنیاد ماکس پلانک برای حاکمیت قانون و صلح بین الملل.

سوم) به انگلیسی:

- 1) Nezamuddin Abdullah (2007). A Brief Comparative Analysis of United Nations Convention on Rights of Children (UNCRC), Islam, Afghan Legislations & Customary Practices, Kabul: Save the Children, Sweden – Norway.
- 2) Nezamuddin Abdullah (2011). Max Planck Manual on Property and Ownership in Afghanistan, first edition, Kabul: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Nominated Contracts

**Fourth edition
2025**

Nezamuddin Abdullah

(Assistant Professor of Law & PhD Candidate of Private Law)

