

## بررسی و تبیین اعمال قاعده عوض در حقوق مدنی ایران

حسین تفویزی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۲۰

سیدپدرام خندانی\* (نویسنده مسئول)<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۹/۲

سوده حامدتوسلی<sup>۳</sup>

### چکیده

در حقوق ایران نقش عوض در جنبه الزام آور بودن قراردادها وضعیت چندان مشخصی ندارد. اما، از مطالعه استقرایی عقود معین چنین استنباط می‌شود که در اکثریت موارد بین غیرمعوض بودن و جواز یک قرارداد و معوض بودن و لزوم آن قرارداد، رابطه منطقی وجود دارد که این موضوع تداعی کننده نوعی هماهنگی بین نظام حقوقی ایران و نظریه عوض می‌باشد. آنچه هدف ما از بررسی چنین موضوعی می‌باشد در واقع بحث پیرامون نقش مثنی و ثمن در لزوم جواز قراردادها می‌باشد. به عبارت دیگر ما به دنبال پاسخ به این سوال خواهیم بود که آیا لزوم و جواز قراردادها به عوضین قرارداد بستگی خواهند داشت یا خیر؟

بنابراین، در صورتی که نظریه عوض در حقوق ایران مورد پذیرش واقع شود، می‌تواند به عنوان یکی از قواعد تکمیلی در تفسیر قراردادهای خصوصی و تعیین تعهدات طرفین اثربخش باشد.

**کلید واژه:** عوض، لزوم، جواز، قراردادها

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق تخصصی، گروه حقوق، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی

h.tafvizi@yahoo.com

\*.آستادیار، گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

dr.khandani@gmail.com

<sup>۲</sup>.آستادیار، گروه حقوق، واحد کرج، دانشگاه آزاد اسلامی، کرج، ایران

soodeh.hamedtavasoli@kiau.ac.ir

یکی از قواعد مربوط به قراردادهای قاعده‌ای است که به آن اصل لزوم گفته می‌شود. این اصل ریشه در حقوق روم قدیم دارد و به *pacta sound seruanda* شهرت دارد. منظور از لزوم قرارداد غیرقابل انحلال بودن آن جز در مورد استثنایی فسخ، اقاله، حکم قانون و لزوم اجرای مفاد آن است که در برابر قرارداد جایز قرار می‌گیرد که آن به اراده یا فوت یا حجر هریک از طرفین صورت می‌گیرد و به موجب این قاعده هر قراردادی لازم الاجراست و مادامی که قرارداد باقی است لازم الوفاء می‌باشد.

به طور کلی در هر نظام حقوقی از جمله ایران، اصولاً هر قراردادی بعد از انعقاد باید اجرا شود و هیچیک از طرفین قرارداد نمی‌توانند جز در موارد استثنایی از زیر بار تعهدات ناشی از آن شانه خالی نمایند. از طرف دیگر، قانون برخی از قراردادهای را به صراحت جایز اعلام کرده است که قابلیت انحلال آن‌ها ذاتی است و برای فسخ آن‌ها نیاز به رضایت طرف مقابل و یا استناد به خیار نمی‌باشد. بنابراین، با توجه به پذیرش اصل آزادی قراردادهای در اکثر نظام‌های حقوقی، تبیین قاعده‌ای که بتواند در تشخیص عقد لازم و جایز راهگشای محاکم باشد از اهمیت به‌سزایی برخوردار است.

در باب مبانی پایداری قراردادهای نظریه‌های گوناگونی ارائه شده است. اما آنچه در این پژوهش مطمع نظر می‌باشد، نقش عوض در پایداری قراردادهاست، به عبارت دیگر، پژوهش حاضر درصدد یافتن پاسخ برای این پرسش است که آیا وجود یا فقدان عوض می‌تواند در لزوم و جواز (پایداری) قراردادهای موثر باشد یا خیر؟

در تألیفات نویسندگان حقوقی کشورما و فقیهان اسلامی علی‌رغم تفکیک عقود معوض و غیرمعوض از یکدیگر و اشاره به آثار معاوضی بودن عقد، به این موضوع به دید یک قاعده‌ی حقوقی نگریسته نشده است. قانون مدنی ایران نیز درباره‌ی لزوم و جواز قراردادهای حکم یکپارچه‌ای ندارد و همین امر موجب تشویش و تشتت در نظریات مولفین حقوقی درباره‌ی مبانی لزوم و جواز قراردادهای شده است. از این رو، برخی مبانی لزوم و جواز را به حاکمیت اراده منتسب نموده‌اند. برخی با انکار حاکمیت اراده، لزوم و جواز را احکامی تشریحی و جعل شده از سوی شارع می‌دانند و بالاخره گروه سوم برای توجیه مبانی لزوم و جواز قراردادهای به بنای عقلا (ضرورت حفظ ثبات معاملات) متوسل شده‌اند.

عوض در قراردادهای جایز نسبت به طرفین

در این جا عقد وکالت، عاریه و ودیعه از نظر وجود یا فقدان عوض و تقابل یا عدم تقابل تعهدات مورد بررسی قرار می‌گیرد.

وکالت عقدی است مجانی، بدین مضمون که در مقابل مأذون شدن در تصرف، وکیل ما با ازایی نمی‌پردازد. اثر مستقیم عقد وکالت، دادن نیابت است نه اجاره ی خدمات. اجرتی که وکیل تحت عنوان حق الوکاله دریافت می‌نماید در قرارداد مذکور موضوعی فرعی است و تقابلی بین تعهدات در موضوع اصل عقد وکالت مشاهده نمی‌شود حتی ممکن است موضوع وکالت را شرعاً انجام دهد.<sup>۱</sup>

بدین توضیح که مستفاد از بندهای ۱ و ۲ ماده ۶۷۸ قانون مدنی، وکالت قراردادی است جایز؛ زیرا دو واژه عزل و استعفا چیزی جز فسخ وکالت نیست. همچنین طبق بند ۳ همین ماده، عقد وکالت بر اثر موت یا جنون هریک از طرفین منفسخ می‌شود.<sup>۲</sup>

و از آنجا که در عقد وکالت عوض جنبه فرعی داشته، لذا عقد وکالت را جایز می‌دانیم.

به نظر یکی از نویسندگان، عقد وکالت در هر حال مجانی است زیرا در برابر تفویض اختیار به وکیل، عوضی قرار نمی‌گیرد.<sup>۳</sup> این عقیده قابل انتقاد به نظر می‌رسد زیرا معوض یا مجانی بودن عقد را باید با توجه به مورد آن (مورد معامله) بررسی نمود بدین معنی که اگر عقد دارای دو مورد باشد معوض و هرگاه دارای یک مورد باشد مجانی است. مورد معامله مطابق ماده ۲۱۴ قانون مدنی یا «مال» است و یا «عمل». بنابراین عقد معوض عقدی است که در آن یا دو مال وجود دارد و یا دو عمل و یا یک مال و

۱ - سنهوری، عبدالرزاق احمد، عقد وکالت، ترجمه حسینعلی قلی نژاد، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۶، ص ۱۵.  
۲ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین - ۳ عقود اذنی - وثیقه های دین»، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۴، ش ۶۸؛ کاشانی، سید محمود، جزوه درسی حقوق مدنی هفت، سال تحصیلی ۱۳۷۴-۱۳۷۳، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۱۸۸.  
۳ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین - ۳ عقود اذنی - وثیقه های دین»، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۴، ش ۶۸.

یک عمل و عقد مجانی قراردادی است که در آن یا تنها یک مال وجود دارد و یا فقط یک عمل.<sup>۴</sup> نتیجه آنکه تفویض اختیار یا اذن (که اثر عقود اذنی است) به هیچ وجه مورد معامله محسوب نمی‌گردد تا بر مبنای آن گفته شود که چون در مقابل تفویض اختیار عوضی قرار ندارد وکالت عقدی است مجانی بلکه در عقود اذنی به لحاظ آنکه همواره تعهد به عنوان اثر فرعی وجود دارد باید معوض و یا مجانی بودن قرارداد را براین اساس تعیین نمود که عقد برای یک طرف ایجاد تعهد می‌کند و یا برای طرفین.

در وکالت هدف انتخاب نایب و تفویض اختیار است و این موضوع با چیزی مبادله نمی‌شود و التزام موکل در پرداخت حق الوکاله نتیجه اجرای مفاد نیابت است و جنبه اصلی ندارد. در حالیکه در اجاره خدمات هدف اصلی مبادله تعهد به انجام کار در برابر عوض معین است و نیابت در آن جنبه فرعی دارد.<sup>۵</sup>

بنابراین، اگر گفته شود وکالت عقدی رایگان است در عین حال موکل باید دستمزد وکیل را بپردازد به لحاظ منطقی قابل توجیه است. علاوه بر این موکل باید هزینه‌های لازم برای انجام مفاد وکالت را نیز بپردازد در مقابل وکیل نیز ملتزم می‌شود که موضوع وکالت را اجرا نماید و حساب مدت وکالت خود را به موکل ارائه نماید. اما این امر نیز به معنای معاوضی بودن عقد وکالت نیست چرا که تعهد ها جنبه فرعی دارند و در موضوع اصلی عقد وکالت مأذون ساختن در تصرف تقابلی وجود ندارد.<sup>۶</sup>

در یک جمع بندی کلی می‌توان اظهار نمود که عقد وکالت مقرر در قانون مدنی در زمره ی عقود غیر معوض و جایز است و در عقد مزبور تقابلی بین تعهدات وجود ندارد.

## عاریه

- در تأیید این تفسیر ر.ک. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ هفتم، تهران، اسلامیه، ۱۳۶۸، ص ۱۷۲؛ کاتوزیان، ناصر،<sup>۴</sup> حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها»، ج ۱، چاپ سوم، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۷۴، ش ۶۹؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، تعهدات و قراردادها»، چاپ اول، تهران، انتشارات موسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱، ص ۳۶؛ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج اول، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷، ش ۴۸.

- همان، ص ۸۴ و ۸۵.

- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۴، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۱۱۳.

عاریه عقدی است مجانی بدین معنی که در مقابل اذن انتفاعی که به نفع مستعیر برقرار می‌شود، وی عوضی نمی‌پردازد و متعهد به پرداخت نیز نمی‌گردد، ممکن است تحت شرایطی در عقد عاریه شرط عوض قید شود که در این حالت نیز به دلیل فرعی و تبعی بودن شرط مذکور، وضعیت تقابل و پیوستگی در رابطه حقوقی طرفین عقد عاریه ایجاد نمی‌شود.

بنا به تصریح قانونگذار در ماده ی ۶۳۵ ق.م در نتیجه عاریه، مستعیر اذن می‌یابد که از غیرمال مورد عاریه به صورت رایگان منتفع شود.

با این همه، نویسندگان حقوق مدنی در اذنی بودن عقد عاریه اتفاق نظر ندارند. یکی از آنان<sup>۷</sup> صریحاً عاریه را در زمره عقود عهدی دانسته است با این بیان که در اثر عقد عاریه، معیر تعهد می‌نماید مال مورد عاریه را برای انتفاع به مستعیر بدهد و مستعیر تعهد می‌نماید که آن را پس از انتفاع به معیر مسترد دارد. این عقیده نه تنها با ظاهر ماده ۶۳۵ تعارض دارد از لحاظ تحلیلی نیز قابل انتقاد به نظر می‌رسد زیرا در اثر انعقاد عاریه، هیچ تعهدی برای معیر در تسلیم مال به مستعیر ایجاد نمی‌شود بلکه معیر فقط استفاده از مال خود را برای مستعیر مباح می‌سازد بدون اینکه حقی برای شخص اخیر به وجود آید.

عده ای دیگر از حقوقدانان<sup>۸</sup> صریحاً عاریه را در زمره عقود اذنی به شمار آورده اند. و این عقیده با ظاهر قانون مدنی (که اثر حقوق عاریه را اذن در انتفاع دانسته است) سازگار به نظر می‌رسد<sup>۹</sup>

قانونگذار در ماده ۶۳۸ قانون مدنی آثار اذنی بودن عاریه را پذیرفته است. در این ماده می‌خوانیم: «عاریه عقدی است جایز و به موت هریک از طرفین منفسخ می‌شود»<sup>۱۰</sup>

۷- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ سوم، تهران، اسلامیه، ۱۳۵۲، ص ۱۸۲.

۸- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین- ۳ عقود اذنی- وثیقه های دین»، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۴، ش ۴۷؛ کاشانی، سید محمود، جزوه درسی حقوق مدنی هفت، سال تحصیلی ۱۳۷۴-۱۳۷۳، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ص ۹۲.

۹- همان، شماره های ۶۷ و ۱۸۰.

۱۰- مشهور فقها نیز عاریه را جایز می‌دانند (بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناظره فی احکام العترة الطاهر، ج ۲۱، چاپ دوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۴۹۷؛ کرکی، شیخ علی بن الحسین، رسائل المحقق الکرکی، ج ۱، چاپ اول، قم، مکتب آیه ... عظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۱۹۳؛ نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۷، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶، ص ۱۹۵؛ حلی، ابی جعفر محمدبن منصور بن احمد بن ادريس، کتاب السرائر، ج ۲، چاپ دوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۸۸، حسینی کوه کمري، سیدعبداللطیف، التنقیح الرائع لمختصر الشرایع، ج ۲،

بنابراین، اگر در قراردادی تحت عنوان عاریه، اذن انتفاع به طرف مقابل اعطا شود و در مقابل منتفع متعهد شود عوض متقابلی پرداخت نماید به دلیل تقابل و پیوستگی بین عوضین قرارداد مزبور دیگر عاریه نخواهد بود. هر چند که ادعای بطلان چنین عقدی نیز منطقی نیست چرا که در قراردادها نام و عنوانی که طرفین عقد برای آن برمی‌گزینند، موضوعیت ندارد و دادرس در هر قراردادی باید قصد واقعی طرفین را احراز نماید. بنابراین، امکان دارد چنین قراردادی در قالب اجاره یا قرارداد خصوصی مطابق ماده ۱۰ ق.م. واجد اعتبار شناخته شود.

با توجه به مطالب فوق الذکر می‌توان گفت، عقد عاریه به عنوان یکی از عقود معین مندرج در قانون مدنی، عقدی غیرمعوض است و در رابط حقوقی طرفین عقد مزبور تقابل تعهدات مشاهده نمی‌شود.<sup>۱۱</sup>

ممکن است سوال پیش آید که شرط عوض موجب خواهد شد که دیگر عاریه نباشد؟ که در پاسخ باید بگوئیم در عقد عاریه شرط عوض امکان دارد ولی به شرطی که شرط عوض جنبه فرعی و تبعی پیدا کند و به نظر یکی از حقوق دانان<sup>۱۲</sup> امکان شرط عوض در عاریه ناظر به موردی است که عوض جنبه فرعی و تبعی پیدا کند و گرنه در جایی که انتفاع از مالی در برابر عوض واگذار می‌شود، دیگر نمی‌توان آن را عاریه نامید. در این صورت عقد لازم است و احتمال دارد تابع قواعد اجاره یا یکی از عقود مربوط به ایجاد حق انتفاع باشد.

چاپ اول، قم، مکتب آیه ... مرعشی، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۲۴۷؛ موسوی خمینی (ره)، سید روح ا...، تحریر الوسیله، ج ۱ و ۲، چاپ اول، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ ه.ق، ص ۴۶۳، مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ج ۳ و ۴، چاپ دوم، انتشارات انصاریان، ۱۴۲۱ ه.ق، ص ۲۱۲، عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۱، چاپ دوم، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۳۱۴، حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۴۰۸؛ حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح، العناوین، ج ۲، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۴۱؛ السیوری، جمال الدین مقداد بن عبدا...، نضدالقواعد الفقهیة علی مذهب الامامیه، چاپ اول، قم، مکتب آیه ... عظمی مرعشی، ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۳۵۲؛ مصطفوی، سید محمد کاظم، القواعد ماه قاعده فقهیة معنی و مدرکا و موردا، چاپ چهارم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۱ ه.ق، ص ۲۵۹؛ طباطبایی، سیدعلی، ریاضی المسائل، ج ۱، چاپ دوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ه.ق، ص ۶۴۷.

۱۱ - کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۴، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۸۰.

۱۲ - همان، ص ۷۸.

در تعریف عقد و دیعه عموماً گفته اند: هی الاستنابه فی الحفظ یعنی یکطرف عقد، طرف دیگر را نائب الحفظه قرار دهد. لزوم و جواز عقود، ناشی از اراده عاقدین نیست تا هر طور که دلشان بخواهد درباره آن اخذ تصمیم کنند، لزوم و جواز، ناشی از طبع عقود است: طبع بیع، اقتضاء لزوم را دارد و طبع و دیعه، اقتضاء جواز را دارد؛ قصد عاقدین، مغایر طبع عقود نمی‌گردد. در طول تاریخ فقه، رابطه لزوم و جواز عقود، یا ماهیت عقود، به صورت مسئله سرگردان و حل نشده مانده بود<sup>۱۳</sup>.

عقد و دیعه هم برای امین و هم برای امانت گذار تعهداتی ایجاد می‌کند که البته تعهدات امین سنگین تر از تعهدات امانت گذار است. مهمترین تعهد امین حفظ مال مورد و دیعه است. (ماده ۶۱۲ ق.م) این تعهد زمانی محقق می‌شود که مال مورد و دیعه برای حفاظت به وی تسلیم شود. وظیفه ی دیگر امین رد مال مورد و دیعه است. (ماده ۶۱۹ ق.م)

ممکن است در مال مورد و دیعه بدون تعدی و تفریط امین، نقائصی پدید آمده باشد، در این صورت امین باید مال را به همان حال که هنگام پس دادن دارد، مسترد نماید و نسبت به نقائصی که مربوط به عمل او نباشد ضامن نیست. هرگاه رد مال مورد و دیعه مطالبه شود و امین از رد آن امتناع کند از تاریخ امتناع، دیگر امین محسوب نمی‌شود و در حکم غاصب است. (ماده ۶۱۶ ق.م)<sup>۱۴</sup>

در مقابل از آن جا که هزینه ی مال اصولاً به عهده ی مالک است و امین در این باره مسئولیتی ندارد، امانت گذار باید مخارجی را که امین برای حفظ مال کرده است به او بپردازد. علاوه بر هزینه های لازم برای حفظ مال هرگاه رد مال مستلزم مخارجی باشد بر عهده مودع است.

همچنین امانت گذار مکلف است مال مورد و دیعه را هرگاه امین به او رد کند، بپذیرد. مگر اینکه حق فسخ به وجه الزام آوری از امین سلب شده باشد، با این همه هیچ یک از تعهدات فوق الذکر نشان دهنده ی معاوضی بودن عقد و دیعه نیست. چرا که مقتضی ذات و دیعه در این خلاصه می‌شود که جهت حفاظت از مال به نحو رایگان، شخص نیابت پیدا می‌کند. در این رابطه ی حقوقی، عوض و معاوضی وجود ندارد. در صورتی که شرط عوضی نیز در عقد و دیعه گنجانده شود حالت فرعی و تبعی دارد و تقابلی بین تعهدات ایجاد نمی‌کند. یعنی به صرف انعقاد عقد و دیعه هیچ گونه التزامی برای طرفین ایجاد

<sup>۱۳</sup> - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، ج ۵، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۴۵.

<sup>۱۴</sup> - کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۴، ص ۱۸

نمی‌شود. بنابراین، می‌توان گفت عقد ودیعه نیز مانند سایر عقود اذنی در زمره ی عقود غیرمعرض است و به همین جهت، یعنی به دلیل بلاعوض و مجانی بودن عقد جایز است.<sup>۱۵</sup>

### عوض در قراردادهای جایز نسبت به یکطرف

مبنای جواز قراردادهایی که نسبت به یک طرف جایز می باشد، ایجاد حق به سود یک طرف است به بیان دیگر از آنجایی که صاحب حق می‌تواند هر وقت بخواهد از حق خود صرف نظر نماید عقود مزبور برای او هیچ الزامی ایجاد نمی‌کند بنابراین، هرگاه این عقود به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد لازمی درج شوند همچنان نسبت به صاحب حق جایز می‌باشند چرا که از لحاظ حقوقی نمی‌تواند اختیار اسقاط حق را از صاحب آن سلب نمود. به دیگر سخن، از بین بردن اختیار اسقاط حق با هیچ مبنایی قابل توجیه نمی‌باشد و انگهی این سلب اختیار نه برای صاحب حق سودمند است و نه فایده ای برای طرف دیگر عقد دارد بلکه برعکس به زیان شخص اخیر می‌باشد. ماده ۲۴۴ قانون مدنی نیز این حکم منطقی را در شرط ضمن عقد پذیرفته و مقرر می‌دارد: «طرف معامله که شرط به نفع او شده می‌تواند از عمل به آن شرط صرف نظر کند...». هرچند به گفته حقوقدانان<sup>۱۶</sup> مفاد این ماده در مورد شرط فعل می‌باشد ولی به سادگی می‌توان از ملاک آن در هر مورد که شرط کاملاً به سود یک طرف و به زیان طرف دیگر است، استفاده نمود. پس هرگاه عقود مانند رهن و کفالت در ضمن یک عقد لازم شرط شوند همچنان نسبت به مرتهن و مکفول له جایز می‌باشند بدین ترتیب یکی از مبانی جواز قراردادها که ایجاد حق به سود یک طرف است در شروط ضمن عقد نیز قابل اعمال می‌باشد.

رهن اگر عقد رهن به صورت منفک و مجزا از عقدی که منشاء دین اصلی است در نظر گرفته شود در رابطه ی حقوقی طرفین حالت پیوستگی و تقابل وجود نخواهد داشت. چرا که در عقد رهن مرتهن تعهدی متقابل ندارد و صرفاً متعهد له می‌باشد و این توهم پیش می‌آید که عقد رهن را باید در زمره ی عقود معاوضی به شمار آورد، اما از آنجایی که عقد رهن عقدی تبعی و فرعی است و مستقل از عقد اصلی و فاقد اثر حقوقی است، تحلیل روابط متعاملین در عقد رهن مستلزم تأمل بیشتری است. در واقع علت و سبب دینی که برای آن رهن داده می‌شود، عوض یا تعهدی است که طرف مقابل (مرتهن) در

۱۵ - همان، ص ۱۵

۱۶ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها»، ج ۳، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۸، ش ۵۹۱؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، تعهدات و قراردادها»، چاپ اول، تهران، انتشارات موسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱، ص ۱۹۸ امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ هفتم، تهران، اسلامیه، ۱۳۶۸، ص ۲۹۳.

قرارداد اصلی عهده دار آن گردیده است. به بیان ساده تر، رهن در برابر آنچه مرتهن در قرارداد اصلی به نفع وی متعهد شده، در دو قرارداد که ارتباطی ناگسستنی با هم دارند، عوض متقابل را تدارک می‌نماید.

در اثر عقد رهن برای طلبکار حق وثیقه و یا حق عینی تبعی نسبت به مال بدهکار ایجاد می‌شود بدون اینکه طلبکار در مقابل، التزامی بر عهده گیرد. به دیگر سخن، تنها اثر حقوقی عقد رهن، ایجاد حق عینی برای طلبکار می‌باشد. این است که ماده ۷۸۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به رهن لازم است و بنابراین، مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی رهن نمی‌تواند قبل از اینکه دین خود را اداء نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد.<sup>۱۷</sup> طلبکار (مرتهن) با اسقاط حق عینی خود در واقع عقد رهن را منحل می‌سازد چرا که به جز این حق، عقد رهن (در حال اطلاق) فاقد هرگونه اثر حقوقی می‌باشد. به همین جهت قرارداد رهن نسبت به مرتهن جایز است ولی رهن (بدهکار) نمی‌تواند حقی را که در اثر عقد برای دیگری ایجاد شده، از میان ببرد لذا عقد رهن نسبت به او لازم است.

برخی نویسندگان حقوقی<sup>۱۸</sup> نیز کم و بیش به این مطلب اشاره نموده اند و مبنای جواز عقد رهن را نسبت به مرتهن ایجاد حق برای او می‌دانند.

<sup>۱۷</sup> - این حکم از فقه گرفته شده و مشهور فقها رهن را نسبت به رهن لازم و نسبت به مرتهن جایز می‌دانند (کرکی، شیخ علی بحقوق مدنی: الحسین، رسائل المحقق الکرکی، ج ۱، چاپ اول، قم، مکتب آیه ... عظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ه.ق، صص ۱۷۶ و ۱۸۸؛ نجفی محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۵، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶، ص ۲۰۰؛ بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، ج ۲۰، چاپ دوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۱۴۳؛ عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۱، چاپ دوم، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۲۲۹؛ طوسی، امام ابی جعفر محمد بن الحسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۲ ه.ق، ص ۷۹؛ حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، ج ۱ و ۲، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۳۳۷؛ طباطبایی، سیدعلی، ریاضی المسائل، ج ۱، چاپ دوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ ه.ق، ص ۶۰۲؛ السیوری، جمال الدین مقداد بن عبدا...، نضدالقواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، چاپ اول، قم، مکتب آیه ... عظمی مرعشی، ۱۴۰۳ ه.ق؛ ص ۳۵۲).

<sup>۱۸</sup> - بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، چاپخانه علمی، ۱۳۲۹، ص ۴۰۵؛ عدل، مصطفی، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، چاپ اول، قزوین، انتشارات بحرالعلوم، ۱۳۷۳، ص ۳۸۸؛ امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ سوم،

به عنوان مثال، عقد بیعی منعقد شده که به موجب آن بائع (مرتهن) خانه خویش را به مشتری (راهن) فروخته و مبیع را نیز تسلیم نموده است. اما ثمن معامله موجد بوده که جهت اطمینان خاطر بائع، مشتری بابت ثمن رهن می‌دهد. در چنین حالتی نمی‌توان ادعا نمود که راهن تعهدی نموده که در برابر آن عوض متقابلی وجود ندارد و از سوی دیگر، نمی‌توان گفت در برابر تعهدی که به نفع راهن در قرارداد اصلی صورت گرفته، هریک از طرفین عوض جداگانه ای را تدارک نموده است، یکی تعهد به تأدیه ثمن در عقد بیع و دیگری تعهد به سپردن وثیقه در عقد رهن، بلکه در واقع در عوض واحدی است که در دو قرارداد به نفع طرف مقابل تدارک شده است، چرا که اگر در سررسید ثمن را تأدیه نماید، عقد رهن خود به خود منحل می‌شود و تعهد وی در عقد رهن ساقط می‌گردد. در مقابل اگر ثمن را به موقع تأدیه ننماید، از محل وثیقه به میزان ثمن برداشت می‌شود و این مکانیزم نشان می‌دهد که راهن عهده دار عوض مستقل نیست.<sup>۱۹</sup>

تحلیل فوق زمانی منطقی تر جلوه می‌نماید که فرض کنیم در عقد بیعی مبیع و ثمن هر دو موجد باشند و بائع و مشتری برای تعهدات خویش به همدیگر به صورت متقابل رهن دهند. در رابطه حقوقی فوق در واقع عوض و معوض واحد است اما طرفین جهت ایجاد امنیت خاطر برای خود وثیقه ی عینی نیز تدارک نموده اند که همان رهن دادن موضوع قرارداد بیع است، که کاملاً آشکار است عوض واحد در دو قرارداد تدارک شده و در مقابل معوض نیز در دو قرارداد بر ذمه قرار گرفته است.

بنابراین، در صورتی که عقد رهن به نحو وابسته و ملصق به قرارداد اصلی تحلیل شود، معاوضی دانستن آن به شرط لحاظ نمودن وصف تبعی و فرعی بودن آن چندان دشوار نیست. ولی اگر عقد رهن به صورت علی حده و مستقل از قرارداد اصلی مورد تحلیل قرار گیرد نمی‌توان آن را عقدی معاوضی به شمار آورد. به نظر نگارنده به دلیل تبعی بودن عقد رهن تحلیل نخست ارجح است. از این رو، اگر عقد

تهران، اسلامیه، ۱۳۵۲؛ ص ۳۵۸؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی رهن - صلح»، ج اول، چاپ اول، تهران، انتشارات ابن سینا، ۱۳۴۹، شماره های ۱۳۹ و ۱۶۴ و ۱۶۵.

۱۹ - کرکی، شیخ علی بن الحسین، رسائل المحقق الکرکی، ج ۱، چاپ اول، قم، مکتب آیه الله عظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ هـ. ق، صص ۱۷۶ و ۱۸۸ حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۱۰ هـ. ق، ص ۳۳۷، طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل، ج ۱، چاپ دوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ هـ. ق، ص ۶۰۲.

عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام، ج ۱، چاپ دوم، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۲۲۹.

رهن وابسته به قرارداد اصلی در نظر گرفته شود، جزء عقود معاوضی بوده و عقد رهن در این صورت برای هریک از طرفین لازم خواهد بود.

### کفالت

کفالت در زمره ی عقود مجانی است. زیرا در برابر تعهد کفیل مبنی بر احضار مکفول، عوض متقابل قرار نمی‌گیرد و مکفول نیز تعهدی پیدا نمی‌کند. در واقع کفالت تضمینی به سود مکفول له به وجود می‌آورد و این تضمین همان طور که مستحضرید تعهد غیرمالی محسوب می‌شود.

در اثر انعقاد کفالت، برای مکفول له حق دینی ایجاد می‌شود که به موجب آن می‌تواند از کفیل، احضار مکفول را مطالبه نماید. به بیان دیگر، عقد کفالت برای مکفول له ایجاد حق و برای کفیل ایجاد تعهد می‌کند و از آنجایی که مکفول له در مقابل کفیل التزامی بر عهده ندارد کفالت را باید در زمره عقود مجانی و غیر معاوضی به شمار آورد.

حال باید دید این عقد لازم است و یا جایز؟ قانون مدنی در هیچ یک از مواد راجع به کفالت به لزوم یا جواز آن تصریح ننموده بلکه تنها متنی که به طور ضمنی جواز کفالت را نسبت به مکفول له بیان نموده است بند چهار ماده ۷۴۶ قانون مدنی می‌باشد که مطابق آن مکفول له می‌تواند هر وقت بخواهد کفیل را بری کند. از این حکم به راحتی می‌توان جواز عقد کفالت را نسبت به مکفول له استنباط نمود، چرا که تنها اثر عقد کفالت حق دینی مکفول له می‌باشد و حال که او از این حق صرف نظر می‌کند و کفیل را ابراء می‌نماید، دیگر بقای عقد کفالت معنی و مفهومی ندارد.

از سوی دیگر، عقد کفالت بی‌گمان نسبت به کفیل لازم است؛ چه در اثر قرارداد تعهدی بر عهده او ایجاد شده است و هیچ متعهدی نمی‌تواند با برهم زدن منبع تعهد خویش، حق دیگری را از میان ببرد و ذمه خود را بری کند. نویسندگان حقوق مدنی در مورد لزوم یا جواز عقد کفالت اتفاق نظر ندارند. به عقیده برخی<sup>۲۰</sup> کفالت عقدی است لازم ولی اکثر آنان بنا بر<sup>۲۱</sup> ماده ۷۴۶ قانون مدنی حکم به جواز عقد

<sup>۲۰</sup> - بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، چاپخانه علمی، ۱۳۲۹، ص ۳۸۵؛ عدل، مصطفی، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، چاپ اول، قزوین، انتشارات بحرالعلوم، ۱۳۷۳، ص ۳۷۳. به نظر می‌رسد این عقیده از برخی فقها اقتباس شده که کفالت را عقدی لازم به شمار آورده اند (بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهر، ج ۲۱، چاپ دوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۶۲؛ کرکی، شیخ علی بن الحسین، رسائل المحقق الکرکی، ج ۱، چاپ اول، قم، مکتب آیه ...

کفالت نسبت به مکفول له نموده اند. توجیه و استدلال گروه ماده ۷۴۶ قانون مدنی این می باشد که همان طور که بیان گردید عهد کفالت، حق دینی مکفول له می باشد و مکفول له می تواند با اسقاط و چشم پوشی از حق خویش عقد کفالت را زایل نماید.

تذکر این نکته ضروری است که حتی برخلاف بیان برخی از نویسندگان که عقیده دارند در برابر تعهد کفیل به احضار مکفول، مکفول له نیز از بازداشت نمودن مدیون و توقیف و تأمین اموال وی چشم پوشید و به نحوی حالت تقابل عوضین را تداعی می نماید می توان گفت: تعهد مستقیم کفیل تعهد مالی نمی باشد که بتوان مدعی شد با این استدلال تقابل بین عوضین نمود خارجی می یابد و عقد کفالت در زمره ی عقود معاوضی در می آید.

نگارنده عقیده دارد حتی استدلالی که در مورد عقد رهن آورده شده مبنی بر اینکه عوض در دو قرارداد تدارک می شود، در مورد عقد کفالت قابل اعتنا نیست، چرا که باز به دلیل غیرمالی بودن تعهد کفیل، پذیرش این موضوع که با عقد تبعی کفالت قسمتی از عوض فراهم می گردد، دشوار است مهم تر اینکه مکفول در این رابطه قراردادی بیگانه است و اراده او در انعقاد عقد کفالت نقشی ندارد.

بنابراین، می توان اظهار داشت: کفالت عقدی است غیرمعاوضی که در برابر تعهد کفیل مبنی بر احضار مکفول، عوض متقابلی قرار نمی گیرد.

### عوض در قراردادهای مردد بین لزوم یا جواز

قراردادها و عقود هستند که در لزوم و جواز آنها بین حقوق دانان اتفاق نظر وجود ندارد.

هبه

---

عظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۱۹۳؛ عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۱۱، چاپ دوم، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۲۶۳.

۲۱ - امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ سوم، تهران، اسلامیه، ۱۳۵۲، ص ۳۰۴؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق مدنی عقد کفالت»، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰، ش ۲۹؛ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین - ۳ عقود اذنی - وثیقه های دین»، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۴، ش ۳۱۳، کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها»، ج ۱، چاپ سوم، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۷۴، ش ۲۰.

هبه در عرف و لغت تازی نام عمل کسی است که چیزی را که به او تعلق دارد به دیگری تبرعاً (بلاعوض) می‌دهد.<sup>۲۲</sup> هبه، عقدی است جایز و قابلیت رجوع در عقد هبه قابل اسقاط نیست.

در خصوص عقد هبه، بیشتر فقهای امامیه عقیده دارند که در ضمن عقد یا پس از آن نمی‌توان حق فسخ را اسقاط کرد. در توجیه این نظر برخی می‌گویند: جواز عقد هبه، حکم است، نه حق، تا قابل اسقاط باشد. برخی دیگر می‌گویند: جواز، مقتضای ذات هبه است و قابل انفکاک نیست.<sup>۲۳</sup>

ماده ۷۹۵ ق.م.ه.ب را تملیکی مجانی می‌داند. معنی مجانی بودن هبه این است که مفهوم بخشش هیچ‌گاه با مبادله و معاوضه جمع نمی‌شود، هرچند که عوض به مراتب کمتر از عین موهوبه باشد. ممکن است حکم مندرج در ماده ۸۰۱ ق.م.د در مورد غیرمعاوضی بودن عقد هبه ایجاد اشکال نماید. زیرا، در این ماده آمده است: هبه ممکن است معوض باشد و بنابراین، واهب می‌تواند شرط کند که متبیه مالی را به او هبه کند یا عمل مشروعی را مجاناً به جا آورد.

تعبیر نویسندگان ق.م.ن نیز چندان دقیق نیست و بهتر بود از عبارت هبه به «شرط عوض» استفاده می‌شد، چرا که معوض داشتن عقد مجانی تناقض خرد ناپسند است هرچند که ذیل ماده بیانگر مسامحه ای بودن تعبیر «هبه معوض» است.

تبرع (رایگان بودن هبه) از عناصر هبه است در عرف عادت. اما از باب «هل جزاء الاحسان الا الاحسان» و شیوه «تهادوا تحابوا» تقابل دو هبه تصور می‌شود و تبرع در هر دو هست زیرا تقابل بین ارزش دو موهوب، صورت نمی‌گیرد تا طرد عنصر تبرع شود. از نظر من که هبه را ایقاع مملک می‌دانم دو ایقاع متقابل (= دو التزام متقابل از دو واهب) صورت می‌گیرد. پس هبه معوضه اختصاص به کسانی ندارد که هبه را از عقود دانسته اند.<sup>۲۴</sup>

در هبه ایقاعی، واهب می‌تواند التزام خود را مقید به التزام متقابل متبیه کند؛ خواه التزام طرف مقابل، هبه ای باشد یا ابراء باشد و یا فعلی از افعال باشد. التزام طرف مقابل، ممکن است به نفع واهب باشد یا به نفع ثالث.

۲۲ - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، ج ۵، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۴۵۶.

۲۳ - انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۵، چاپ کنگره، ۱۴۱۵ ه. ق، ص ۱۲، طباطبایی، یزدی، سید محمدکاظم، چاپ اول، حاشیه المکاسب، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ه. ق، ص ۲، موسوی خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۶، قم، موسسه انصاریان، بی تا، ص ۱۱.

۲۴ - جعفری لنگرودی، همان، ص ۴۷۵.

تقابل دو التزام مزبور، در واقع مصداقی از مراضات ها است زیرا صدق عرفی هبه، بر دو التزام متقابل مذکور (که براساس تراضی طرفین صورت می‌گیرد) محل منع است.<sup>۲۵</sup>

اصل در عقود لازم بودن آنهاست، یعنی قراردادهایی که اشخاص منعقد می‌کنند اصولاً لازم است و برهم زدن آنها به طور یک جانبه و به میل و اراده ی یک طرف مجاز نیست، مگر در مواردی که صریحاً در قانون تجویز شده است. این اصل را در زبان حقوقی اصاله اللزوم یا اصل لزوم گویند.<sup>۲۶</sup>

در اینکه آیا هبه عقدی جایز است و یا لازم میان فقها و نویسندگان حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد. علت اصلی اختلاف حقوقدانان آن است که در قانون، متنی که مبین لزوم یا جواز عقد هبه باشد به چشم نمی‌خورد و تنها در صدر ماده ۸۰۳ قانون مدنی مقنن به واهب اختیار داده است تا با بقای عین موهوبه از هبه رجوع کند.

به نظر اکثر نویسندگان حقوق مدنی<sup>۲۷</sup> هبه عقدی است جایز. استدلال اصلی این گروه ماده ۸۰۳ قانون مدنی است که در صدر آن می‌خوانیم: «بعد از قبض نیز واهب می‌تواند با بقای عین موهوبه از هبه رجوع کند...»

گرچه در این ماده اشاره مستقیم به جواز عقد هبه نشده ولی از این امر که واهب حق رجوع از هبه را دارد به جایز بودن آن حکم شده است. برخی دیگر از محققان<sup>۲۸</sup> هبه را در زمره عقود لازم قرار می‌دهند

۲۵ - همان، ص ۴۷۶

۲۶ - صفایی، سیدحسین، قواعد عمومی قراردادها، چاپ دوازدهم، نشر میزان، ۱۳۹۰، ص ۲۴.

۲۷ - عمید، موسی، هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، به کوشش و تصحیح عباس فرید، تهران، چاپخانه علمی، ۱۳۴۲، ش ۷۸؛ امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ سوم، تهران، اسلامیه، ۱۳۵۲، ص ۳۹۲، کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی مشارکت‌ها - صلح، چاپ پنجم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹، ش ۲۱۰.

۲۸ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۸، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶، ص ۱۹۲؛ مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفاده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۱۰، چاپ دوم، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق، ص ۵۶۶؛ عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۱۰، چاپ دوم، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۳۷۷. یکی از حقوقدانان نیز هبه را عقد لازم می‌داند که قابل رجوع می‌باشد و معتقد است: قابلیت رجوع از عوارض عقود لازم است» (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹، ص ۴۰۷).

که در بعضی موارد حالت جواز به آن عارض می‌شود مانند بیع و اجاره که گاه به علت وجود بعضی از اختیارات جایز می‌شوند. به اضافه عقد جایز به علت خارجی لازم می‌شود و حال اینکه لزوم هبه در مواردی که حق رجوع ساقط است به علت خارجی نیست پس نمی‌توان گفت هبه عقد جایز است و مانند سایر عقود جایز در موارد خاصی حالت لزوم پیدا می‌کند. علاوه بر این، عقد جایز به موت و جنون و اغمای یکی از طرفین منفسخ می‌شود و حال اینکه عقد هبه اینطور نیست.

در تحلیل و ارزیابی عقاید فوق می‌توان گفت با وضع موجود قانون مدنی و به ویژه صدر ماده ۸۰۳، پذیرش لزوم عقد هبه دشوار به نظر می‌رسد زیرا همین که اصل در هبه قابلیت رجوع (جواز) شناخته شده است، تعداد استثنایا هر قدر هم باشد باز نمی‌تواند هبه را در زمره عقود لازم قرار دهد. عقد لازم طبق ماده ۱۸۵ قانون مدنی قراردادی اصولاً غیرقابل فسخ می‌باشد در حالیکه در هبه وضع کاملاً برعکس است و واهب علی‌الاصول می‌تواند عقد هبه را منحل سازد.

با وضع موجود قانون مدنی، ماده ۸۰۳ قانون مدنی در جواز عقد هبه نسبت به واهب نباید تردید نمود، و می‌توان گفت که این جواز بر مبنای منطقی که مقنن، با پیروی از نظر مشهور فقها هبه را نسبت به واهب قابل رجوع دانسته است.

در حقوق فرانسه برعکس حقوق ایران اصل در هبه، عدم قابلیت رجوع است و موارد رجوع واهب جنبه استثنایی دارد. این امر آن قدر مهم و اساسی است که مقنن فرانسوی در تعریف هبه، قید «لزوم» را آورده است. ولی می‌توان گفت که شاید قابلیت رجوع در هبه به نوعی برتری حقوق ایران بر حقوق فرانسه دانست.

بنابراین، در چارچوب قانون مدنی عقد هبه نسبت به واهب جایز و قابل فسخ می‌باشد. حال این سوال مطرح می‌شود که آیا هبه نسبت به متهب نیز جایز است یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش میان نویسندگان اتفاق نظر وجود ندارد. یکی از آنان<sup>۲۹</sup> هبه را نسبت به متهب نیز جایز می‌داند و معتقد است: «اصل در عقد هبه جواز است و متهب می‌تواند مادام که عین موهوبه باقی است هر زمان عقد را منحل کند اگرچه متهب پدر یا مادر یا اولاد واهب باشد». برخی دیگر<sup>۳۰</sup> عقد هبه را نسبت به متهب لازم می‌دانند. نظر اخیر

۲۹ - امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ سوم، تهران، اسلامیه، ۱۳۵۲، ص ۳۹۳.

با ظاهر قانون مدنی سازگارتر به نظر می‌رسد چه، مقنن اصل جواز هبه را تنها نسبت به واهب مقرر داشته و از جایز بودن این عقد نسبت به متهب سخنی به میان نیاورده است.

در عقود معوض هنگامی که دو مال با هم مبادله می‌شود، طرفین به هر دو مال به دیده ی موضوع اصلی عقد می‌نگرند و تملیک آن‌ها را پیوسته به هم اراده می‌کنند. این پیوستگی در اراده ی مشترک سبب می‌شود که هریک از عوضین علت دیگری به شمار آید، چندان که اگر یکی از این دو تعهد به دلایلی از بین برود. تعهد متقابل و پیوسته بدان خود به خود منحل می‌شود ولی در هبه به شرط عوض، تعهد به مال که موجب شرط از طرف متهب و اگذار می‌شود موضوع عقد نیست و جنبه ی تبعی و فرعی دارد.

برای مثال، در فرضی که هبه ای واقع می‌شود، نظریه مرسوم این است که هبه مجانی است، زیرا واهب به قصد تبرع و بدون اینکه دنبال عوضی باشد آن را تملیک کرده است. ولی، در این نظر جدید، تکیه بر این می‌کنند که متهب در برابر آنچه می‌گیرد چیزی از دست نمی‌دهد. در حالی که، در عقد بیع، مشتری نیز در برابر تملک مبیع به دادن ثمن تعهد می‌کند.<sup>۳۱</sup>

در حقوق ما عقدی مجانی است که یا عوضی در آن نباشد یا آنچه هست جنبه فرعی و تبعی دارد، و در هر حال عقد یا معوض است یا مجانی و آن را نمی‌توان تجزیه کرد. برای مثال، در عقد هبه با شرط عوض، عمل حقوقی به دو قرارداد معوض و مجانی تحلیل می‌شود: تا میزانی که شرط با هبه برابر است، عقد معوض و نسبت به زاید بر آن مجانی است. همچنین است در مورد عقد معوضی که بطور محاباتی و با عوض نامتعادل واقع شده است. ولی، گاه نیز دیده می‌شود که در این مورد عقد را بکلی مجانی دانسته اند.<sup>۳۲</sup>

هبه به شرط عوض نیز در حقوق ما در زمره عقود به شمار نمی‌آید که تعهدات متقابل بوجود می‌آورد. زیرا، تعهدی که بموجب شرط برعهده متهب قرار می‌گیرد جنبه فرعی دارد و با تملیک واهب همبستگی

۳۰ - کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ هجدهم، نشر میزان، ۱۳۸۷، ص ۴۹۴؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹، ص ۴۰۷؛ حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح، العناوین، ج ۲، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۴۲؛ السیوری، جمال الدین مقداد بن عبدا...، نضدالقواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، چاپ اول، قم، مکتب آیه ... عظمی مرعشی، ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۳۵۲.

۳۱ - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ص ۱۳۷.

۳۲ - دموگ، تعهدات بطور کلی، ج ۲، ص ۹۰۰ - پلنیول و ریپر و اسمن، همان کتاب.

متقابل ندارد. هبه با شرط عوض به گونه ایی است که در واقع مبادله ایی صورت نمی پذیرد، به همین جهت در بیان کیفیت عوض توضیح داده شده است که «متهب مالی را به او هبه کند» یا «عمل مشروعی را مجاناً به جا آورد» یعنی دو هبه (یکی اصلی و دیگری فرعی و به صورت شرط) در یک عقد جمع شود و به هیچ کدام از دو هبه نتوان اطلاق عوض داد.

بنابراین، اراده ی طرفین، بین تملیک رایگان مال به متهب و تعهدی که او بر ذمه گرفته، پیوند و پیوستگی ایجاد نکرده است. به بیان دیگر می توان گفت، دو هبه ی جداگانه انجام شده نه معاوضه ی دو مال. نتیجه ی تحلیل این می شود که اگر شرط به دلیلی فاسد باشد، عقد هبه اصلی باطل نمی شود. ولی، برعکس، بطلان هبه ی اصلی اثر شرط را نیز از بین می برد.<sup>۳۳</sup>

با تفسیر فوق مشخص می شود که عقد هبه در زمره ی عقود غیرمعاوضی است و شرط نمودن عوض در ضمن آن باعث معاوضی شدن آن نمی گردد. زیرا شرط مذکور در هر حال موضوعی فرعی و تبعی است که با موضوع عقد هبه ی اصلی در تقابل قرار نمی گیرد.

### قرض

یکی دیگر از عقودی که در لزوم یا جواز آن بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد عقد قرض می باشد و از آنجا که قانون مدنی در هیچ ماده ای به لزوم عقد قرض اشاره ننموده است با این وجود اکثر نویسندگان حقوقی<sup>۳۴</sup> قرض را در زمره عقود لازم به شمار آورده و معتقدند که بعد از انعقاد عقد، نه مقرض می تواند با فسخ قرارداد، عین مال را مسترد دارد و نه مقترض قادر خواهد بود با برهم زدن عقد، مال موضوع قرض را در هر وضعیتی (حتی ناقص یا معیوب) که دارد به ملکیت وام دهنده بازگرداند.

<sup>۳۳</sup> - کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ هجدهم، نشر میزان، ۱۳۸۷، ص ۴۹۳.

<sup>۳۴</sup> - امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ سوم، تهران، اسلامیه، ۱۳۵۲، ص ۱۹۸؛ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی دوره عقود معین، ج ۱، چاپ هفتم، تهران، ناشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸؛ ش ۴۳۶؛ صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، تعهدات و قراردادها، چاپ اول، تهران، انتشارات موسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۴۱۰؛ بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، چاپخانه علمی، ۱۳۲۹، ص ۳۵۶.

بنابراین، بجا است که از این لحاظ با پاره ای از نویسندگان همداستان شویم و آن را «معوض ناقص» بنامیم یا دورتر رویم و قرض را «شبه معوض» بدانیم.<sup>۳۵</sup>

یکی دیگر از محققان<sup>۳۶</sup> با وجود آنکه قرض را عقد لازم دانسته معتقد است: ... «اگر عین مال موجود باشد مقرض حق دارد آن را پس بگیرد نه آنکه قرض را فسخ کند». این عقیده قابل انتقاد به نظر می‌رسد زیرا لزوم عقد قرض با امکان استرداد عین مال از سوی مقرض قابل جمع نیست. معنی لازم بودن قرض از سوی مقرض چیزی جز این نیست که او نمی‌تواند در صورت بقای عین مال نزد مقرض، ملکیت او را از میان ببرد و مال را مسترد دارد.

یکی از نویسندگان در بعضی از آثار خود<sup>۳۷</sup> همگام با سایرین، قرض را عقدی لازم به شمار آورده ولی در برخی از آثار دیگر خویش<sup>۳۸</sup> عقد قرض را از جانب مقرض قابل فسخ دانسته و معتقد است او می‌تواند عین مال قرض را رد کند. در نقد این نظر باید گفت هیچ اشکالی وجود ندارد که مقرض در مقام وفای به عهد، عین مال موضوع قرض را به عنوان یکی از مصادیق کلی به مقرض بدهد ولی این امر به هیچ وجه فسخ عقد قرض از سوی مقرض محسوب نمی‌گردد؛ چرا که او در واقع تعهد خود را اجرا نموده است. اگر عقد قرض از سوی مقرض جایز باشد او قادر خواهد بود حتی در صورتی که عین مال ناقص و یا معیوب شده باشد با بر هم زدن عقد، آن را به مقرض مسترد دارد در حالی که این نتیجه غیرمنطقی را هیچ کس نمی‌پذیرد. بالاخره مرحوم مصطفی عدل که خود از تدوین کنندگان قانون مدنی است تنها نویسنده ای می‌باشد که قرض را عقدی جایز به شمار آورده است.<sup>۳۹</sup>

۳۵ - کولن و کاپیتان، دوره مقدماتی حقوق مدنی فرانسه، ج ۲، ش ۱۲۱۱ به نقل از: کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، چاپ یازدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۲۶۱.

۳۶ - حائری شاه باغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۵۸۲.

۳۷ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰، شماره های ۳۲۵ و ۳۳۱.

۳۸ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی حقوق مدنی - حقوق جزا، ج ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲، ش ۱۵۰.

۳۹ - عدل، مصطفی، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، چاپ اول، قزوین، انتشارات بحرالعلوم، ۱۳۷۳، ص ۳۲۷.

با توجه به مجموع مطالب فوق باید گفت که در لزوم عقد قرض نسبت به طرفین نباید تردید نمود به ویژه که ظاهر قانون مدنی و فقه امامیه<sup>۴۰</sup> نیز این امر را تأیید می‌کند. تنها نکته‌ای که احتمال جایز بودن عقد قرض را تقویت می‌نماید مفاد ماده ۶۵۱ قانون مدنی می‌باشد. در این ماده می‌خوانیم «اگر برای ادای قرض به وجه ملزومی اجلی معین شده باشد مقرض نمی‌تواند قبل از انقضای مدت طلب خود را مطالبه کند».

«قید وجه ملزم» ممکن است موهم این امر باشد که قرض عقدی است جایز لذا شرط اجل برای آنکه الزام آور باشد می‌بایست در ضمن عقد لازمی (غیر از قرض) درج شود ولی این توهم را باید از ذهن زدود؛ زیرا جایز بودن عقد قرض حکمی است که نیاز به تصریح قانونگذار دارد؛ چه همان گونه که در ابتدای این بخش گفته شد اصول حقوقی و منطق اقتضا می‌کند که قرض عقدی لازم باشد. بنابراین، به صرف استنباطی بعید از یک ماده آن هم با حدس و گمان نمی‌توان حکم به جواز عقد قرض داد. تنها امری که از ماده ۶۵۱ قانون مدنی به خوبی استنباط می‌شود آن است که اگر دین مقرض موجب باشد، مقرض نمی‌تواند پیش از فرا رسیدن اجل، طلب خود را مطالبه نماید و مفهوم آن این است که در صورت عدم تعیین اجل، طلب مقرض حال بوده و می‌تواند هر وقت بخواهد آن را مطالبه نماید. بدیهی است مطالبه طلب از سوی مقرض به هیچ وجه به معنی فسخ عقد قرض نمی‌باشد بلکه درخواست اجرای تعهد ناشی از عقد است. پس، از مفهوم مخالف ماده ۶۵۱ جواز عقد قرض استنباط نمی‌شود و تنها نکته، همان قید «وجه ملزم» است که آن نیز مربوط به تعیین اجل برای دین مقرض می‌باشد و به ماهیت عقد قرض ارتباطی ندارد. قرض عقدی است معوض و دوتعهدی و شرط دادن منفعت نیز اثری در ماهیت آن

<sup>۴۰</sup> - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۵، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶، ص ۳۰؛ عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ج ۱، چاپ دوم، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۲۲۱؛ نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۶، ص ۱۴. البته برخی از فقها معتقد به جواز عقد قرض می‌باشند (السیوری، جمال الدین مقداد بن عبد...، نضد القواعد الفقہیہ علی مذهب الامامیه، چاپ اول، قم، مکتب آیه... عظمی مرعشی، ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۳۵۲؛ کرکی، شیخ علی بن الحسین، رسائل المحقق الکرکی، ج ۱، چاپ اول، قم، مکتب آیه... عظمی مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۱۸۷).

ندارد. لذا مشخص می‌گردد که عقد قرض در زمره عقود معاوضی است و لازم بودن آن از موضوع عقد استنباط می‌گردد<sup>۴۱</sup>.

چنانکه گفته شد، قرض عقدی است تملیکی و شبه معوض، بدین معنی که حدود آن به وام گیرنده تملیک می‌شود تا او مثل آنچه را گرفته است به وام دهنده بازگرداند که این بیانگر لزوم عقد قرض می‌باشد<sup>۴۲</sup>. بنابراین، می‌توان گفت یکی از دلایل مهم لازم بودن عقد قرض اینکه در عقد جایز با بقای عین، شخص عین مال را مسترد می‌کند، و حال در صورتی که در عقد قرض نظیر و مثل آن را برمی‌گرداند و دلیل دیگر اینکه عقد جایز ولو ضمن عقد لازم شرط شود باز هم با موت و جنون منفسخ می‌شود ولی در عقد قرض اگر تعیین اجل به وجه ملزم داده شده باشد با فوت مقرض، عقد قرض منفسخ نمی‌شود و ورثه او برای مطالبه طلب باید تا موعد مقرر صبر کنند.

### واگذاری حق انتفاع

قانونگذار در بحث عقد واگذاری حق انتفاع صریحاً به لزوم یا جواز این عقد اشاره ننموده و تنها در ماده ۴۴ قانون مدنی اشعار داشته که حبس مطلق نسبت به مالک قابل رجوع می‌باشد. از آنجایی که مبنای لزوم یا جواز عقد واگذاری حق انتفاع نسبت به مالک و منتفع متفاوت از یکدیگر می‌باشد

<sup>۴۱</sup> - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی دوره عقود معین»، ج ۱، چاپ هفتم، تهران، ناشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۸، شماره ۴۲۷ و ۴۳۸.

<sup>۴۲</sup> - کاتوزیان، ناصر، عقد معین، ج ۴، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵، ص ۸۰.

راجع به حقوق ایران نیز می توانیم بگوئیم: از آنچه که تاکنون درباره ی قاعده عوض و مزایای آن نسبت به اصل لزوم گفته شد نتیجه ی ذیل حاصل می گردد:

نظام حقوقی و (قانون مدنی) ایران درباره ی لزوم و جواز قراردادها حکم یکپارچه ای ندارد و همین امر موجب تشویش و تشتت در نظریات مولفین حقوق درباره ی مبنای لزوم و جواز قراردادها شده است و اصل لزوم نیز نتوانسته به طور کامل این مشکل را برطرف سازد و نبود راهکار مناسب در تشخیص و تمیز لزوم و جواز قراردادها در حقوق کشور ما، سردرگمی فراوانی را برای حقوق دانان به وجود آورده است و فقدان اعمال قاعده ی عوض در حقوق ایران بیشتر نمایان می شود.

در صورتی که قاعده ی عوض در حقوق ایران پذیرفته شده و بر اصل لزوم ترجیح داده شود به عنوان یکی از قواعد تکمیلی در تفسیر قراردادهای خصوصی و تعیین تعهدات طرفین اثربخش خواهد بود چرا که در مورد لزوم و جواز عقود معین اصولاً ابهام خاصی وجود ندارد و تکلیف لزوم و جواز آن ها توسط قانونگذار مشخص شده است و از مطالعه استقرایی عقود معین استنباط می شود که در اکثریت موارد بین غیرمعوض بودن و جواز یک قرارداد و معوض بودن و لزوم آن قرارداد، رابطه منطقی وجود دارد که این موضوع تداعی کننده نوعی هماهنگی بین نظام حقوق ایران و نظریه عوض می باشد. و در واقع هر عقد معوض لازم است، در عقد غیرمعوض نوعاً جایز است، مگر به خاطر مصالحی استثناء شده باشد.

منابع و ماخذ:

۱. قرآن کریم
۲. آریانپور، کاشانی، عباس، فرهنگ انگلیسی به فارسی، آریانپور، پنج جلدی، ج ۲، تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۹.
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ هفتم، تهران، اسلامیه، ۱۳۶۸.
۴. " " ، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ سوم، تهران، اسلامیه، ۱۳۵۲.
۵. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، چاپخانه علمی، ۱۳۲۹.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، بی نا، ۱۳۴۰.
۷. " " " ، محمد جعفر، حقوق اموال، چاپ پنجم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰.

۸. " " " ، محمد جعفر، حقوق مدنی «عقد کفالت»، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰.
۹. " " " ، محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی «حقوق مدنی - حقوق جزا»، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۲.
۱۰. " " " ، محمد جعفر، فلسفه حقوق مدنی، جلد ۱ و ۲، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰.
۱۱. " " " ، محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹.
۱۲. " " " ، محمد جعفر، الفارق، ج ۱، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶.
۱۳. " " " ، محمد جعفر، الفارق، ج ۴، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶.
۱۴. " " " ، حقوق مدنی «رهن - صلح»، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات ابن سینا، ۱۳۴۹.
۱۵. " " " ، محمد جعفر، دوره حقوق مدنی، «حقوق تعهدات»، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۶. " " " ، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، چاپ اول، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
۱۷. " " " ، محمد جعفر، مجموعه مقالات تحولات حقوق خصوصی، چاپ چهارم، تهران، موسسه انتشارات چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
۱۸. حائری شاه باغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، ج ۱، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.
۱۹. حائری، مسعود، مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، چاپ دوم، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۳.
۲۰. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.
۲۱. درودیان، حسن علی، تقریرات درس حقوق مدنی سه، ۱۳۷۰-۱۳۶۹، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۲۲. رنه داوید، گزیده ای از حقوق انگلیس، ترجمه، سلجوقی، محمود، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.