

پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
ماه‌نامه علمی (مقاله علمی - پژوهشی)، سال نوزدهم، شماره دوازدهم، اسفند ۱۳۹۸، ۲۱۷-۲۳۱

اضطراب در مبانی، اختلاف در استنباط

(درنگی بر نظرات کاتوزیان در جلد دوم کتاب درس‌هایی از عقود معین)

سیدمحمد رضوی*

سیدعلی رضوی**، رسول رفیعی***

چکیده

مبانی در مباحث نظری پایه‌های ساختمان استدلال را تشکیل می‌دهند؛ از این رو، اتخاذ مبنا در هر مسئله بنای متفاوتی را پایه‌گذاری می‌کند. نمود این امر در مباحث ماهوی حقوق مدنی، که عمدتاً برگرفته از فقه اسلامی است، تبلور فراوانی دارد. یکی از اشکالات عمده‌ای که در نوشته‌های سابق وجود داشت و حقوق‌دانان معاصر در پی رفع آن بوده‌اند جدانکردن قواعد عمومی از قواعد اختصاصی است. استاد کاتوزیان از جمله کسانی است که با نوشتن دوره قواعد عمومی قراردادهای در انجام این مهم سعی کرد. در عین این تلاش شایسته و قابل تقدیر کتاب‌های ایشان، که متون درسی دروس حقوقی در دانشگاه‌های کشور است، در بحث‌های اختصاصی از اشکال یادشده خالی نیست و هم‌چنان قواعد عمومی در لابه‌لای قواعد اختصاصی دیده می‌شود. این امر به‌خودی‌خود ایرادی ندارد، خصوصاً این‌که تمامی مباحث و مطالب برای این‌که به پختگی برسد نیازمند گذشت زمان و کار بلیغ است؛ آن‌چه ایراد به‌نظر می‌رسد نداشتن مبانی واحد و در نتیجه، احداث بناهای متعدد در مسائل هم‌گون است. در این مقاله برخی از این اضطراب‌ها مورد بررسی قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها: حقوق مدنی، ضمان عهده، شرط ترک فعل، اعیان مضمونه، ید امانی.

* عضو هیئت علمی دانشگاه بیرجند (نویسنده مسئول)، razavi1213@birjand.ac.ir

** دکترای حقوق خصوصی، دانشگاه رضوی مشهد، razavi1515@gmail.com

*** کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه مفید قم، r.rafiiee1372@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۴/۲۹، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۱/۱۲

Copyright © 2018, IHCS (Institute for Humanities and Cultural Studies). This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose

۱. مقدمه

فقه امامیه در شکل‌دهی قوانین و قواعد حقوقی جمهوری اسلامی ایران و به‌صورت خاص حقوق مدنی سهم عمده‌ای ایفا می‌کند. نوشتن کتاب‌های حقوقی به‌عنوان متون درسی و حتی به‌عنوان منبع علمی مستلزم تسلط بر نظرات فقیهان امامیه و به‌تعبیری دیگر، پیشینه تاریخی مباحث مرتبط است (کاتوزیان ۱۳۸۶: ج ۱، ۲۰). استاد کاتوزیان، آن‌گونه‌که از نوشته‌های ایشان پیداست، از جمله حقوق‌دانانی است که به‌حد اعلا این تسلط را دارد، اما شیوه مرسوم در کتاب‌های فقهی یعنی حرکت برطبق مبانی در برخی از آثار مرجع ایشان نادیده انگاشته شده است و این امر اول، در فهم خواننده اشکال ایجاد می‌کند و دوم، موجب ایجاد تفاوت نتیجه و استنباط در موضوعات هم‌گون می‌گردد. در این مقاله جلد دوم کتاب *دوره مقدماتی حقوق مدنی (درس‌هایی از عقود معین)* از جهات گفته‌شده موردبررسی و تحلیل قرار گرفته است و برخی از مصادیقی که نویسنده محترم با انتخاب مبانی متفاوت در مسائل یک‌سان و هم‌گون نتایج متفاوتی استنباط کرده است هم‌راه با نظرات فقیهان و نظر برگزیده تبیین شده است. در این کتاب عقود ودیعه، عاریه، وکالت، ضمانت، حواله، کفالت، و رهن موردبحث قرار گرفته و در این میان، به دو عقد وثیقه‌ای ضمان و رهن با تأکید بیش‌تری نگریسته شده است. اهمیت مطلب از آن نظر است که عقد ضمان و رهن هم از جنبه تئوری و هم از منظر عملی و کاربردی از عقود مهم محسوب می‌شوند و استنباط‌های متفاوت در مسائل واحد فهم مسئله را دشوار کرده است و مخاطب را سردرگم می‌کند.

۲. رهن مال غیر

اگر مدیون برای دین خود مال شخص ثالث را به رهن طلب‌کار بدهد، عقد رهن بین مالک مال و طلب‌کار منعقد می‌شود و در صورت عدم پرداخت دین توسط بده‌کار، طلب‌کار این حق را دارد که برای مطالبه طلب خود از محل رهن اقدام کند (شهید ثانی ۱۴۱۳ ق: ج ۴، ۶۲). مشهور فقیهان امامیه رهن مال غیر را رهن مستعار می‌نامند (شهید ثانی ۱۴۱۰ ق: ج ۴، ۶۸؛ کاشف‌الغطا ۱۳۵۹ ق: ج ۱، ۳۰۷) و در تحلیل آن می‌گویند مدیون مال شخص ثالث را با عقد عاریه و برای رهن‌گذار در اختیار می‌گیرد و این عاریه با انعقاد عقد رهن لازم و غیرقابل رجوع می‌شود و معیر امکان فسخ رهن و رجوع را ندارد، اما می‌تواند در سررسید دین الزام رهن به فک رهن را بخواهد. در صورت تلف یا فروش

آن توسط مرتبه‌ن نیز راهن، چه تعدی یا تفریط کند و چه تعدی یا تفریط نکنند، درمقابل مالک ضامن بدل آن خواهد بود (شهید ثانی ۱۴۱۰ ق: ج ۴، ۶۹).

در شماره ۲۷۰ کتاب *درس‌هایی از عقود معین* نوشته استاد فقید کاتوزیان آمده است: تفاوت‌های اساسی بین عاریه و رابطه مدیون و مالک پذیرفتن رهن مستعار را دشوار می‌کند، زیرا چگونه ممکن است عمل حقوقی را که بر مبنای آن متصرف، عین متعلق به دیگری را در معرض تلف قرار می‌دهد و مالک نیز حق برهم‌زدن را ندارد عاریه نامید. در نهایت، نتیجه گرفته‌اند که در واقع، در این فرض مالک به‌طور مستقیم یا به‌وکالت ضامن بده‌کار می‌شود، مشروط به این‌که از محل مال معین پرداخت گردد. در عین حال، در شماره ۱۴۰ با عنوان «ضمان به شرط تأدیه از محل مال معین» آمده است: در موردی که ضمان مشروط به پرداخت از مال معین است، این تردید به‌میان می‌آید که آیا دین به ذمه ضامن منتقل شده و چگونگی تأدیه آن مشروط گردیده است یا دین به ذمه ضامن انتقال نیافته و طلب مضمون‌له به‌طور انحصاری در مال معین محصور شده است. برای تنقیح مطلب، مسئله در سه فرض پی‌گیری شده است: فرض اول، که همان فرض شماره ۲۷۰ است، صورتی است که شرط تأدیه از مال معین قید تعهد ضامن باشد و این حالت موردی نادر معرفی شده است، درحالی‌که اگر رهن مستعار را ضمان عینی بدانیم، فرض آن فرض نادر نخواهد بود.

۳. حقیقت عقد ضمان

در مبحث اول از عقد ضمان و در شماره ۱۱۲ تیتیر «لزوم تراضی» قرار گرفته و بلافاصله با این عبارت شروع شده است: ضمان عقدی است که میان ضامن و طلب‌کار (مضمون‌له) واقع می‌شود. ضامن تعهد پرداخت دین را می‌کند و مضمون‌له به سقوط طلب خود از مدیون رضایت می‌دهد و در نتیجه این تراضی دین از عهده مدیون خارج و به ذمه ضامن منتقل می‌شود.

در مورد عقد ضمانت دو تحلیل مختلف و متفاوت می‌توان ارائه کرد: اول این‌که مضمون‌له با قبول خود علاوه‌براین‌که تعهد ضامن را می‌پذیرد تعهد مضمون‌عنه را نیز ساقط می‌کند. در تحلیل دوم طلب طلب‌کار ثابت است و دین از ذمه بده‌کار اول برداشته می‌شود بر ذمه بده‌کار دوم قرار می‌گیرد.

در عبارت اول کتاب که می‌گوید: «ضامن تعهد پرداخت دین را می‌کند و مضمون‌له به سقوط طلب خود از مدیون رضایت می‌دهد»، به بیان مبنای اول پرداخته شده است و این

مبنا هرچند با تبدیل تعهد سازگار است، اما با ماده ۶۸۴ قانون مدنی سازگار نیست؛ زیرا در این ماده آمده است: عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد. عبارت دوم با مضمون ماده ۶۸۴ هم‌سوست، به همین علت گفته شده که ضمان مبتنی بر انتقال دین است و بدین وسیله ضامن برعهده می‌گیرد که دین بده‌کار را بپردازد (همان).

این اضطراب در انتخاب ماهیت ضمان در مواردی به استنباط‌های مختلف منتهی می‌شود؛ مثلاً، گفته شده است که ضمان عقدی است معوض، چون از یک طرف، ضامن دین را برعهده می‌گیرد و از طرف دیگر، مدیون اصلی برائت می‌یابد و در عقد معوض ضرورتی ندارد که عوض عاید کسی شود که معوض را می‌دهد. چنان‌که در بیمه عمر نتیجه تعهد بیمه‌گر به شخص دیگری می‌رسد و هیچ‌کس نیز آن را عقد مجانی نمی‌داند. این استدلال با مبنای دوم پیش‌گفته سازگاری ندارد، چون در مبنای دوم طلب‌کار از ضامن همان طلب او از مضمون‌عنه است و فقط از ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن منتقل شده است.

۴. ضمانت از اعیان قبل از تلف

یکی از ویژگی‌های موضوع تعهد در عقد ضمان آن است که باید به‌گونه‌ای باشد که از محل ضمانت قابل استیفا باشد؛ به همین علت می‌گویند در مواردی که تعهد عبارت است از تسلیم عین معین صرفاً متصرف آن عین می‌تواند این تعهد را انجام دهد و این تعهد به ذمه ضامن منتقل نمی‌شود. البته در صورت تلف عین مذکور ذمه متعهد به پرداخت بدل مشغول می‌شود و بدل از سوی دیگران، از جمله ضامن، قابل پرداخت است و بنابراین می‌توان از آن ضمانت کرد. خود عین گاهی به‌عنوان امانت در اختیار دیگران است که به آن عین غیرمضمونه می‌گویند و گاهی نیز ید متصرف ید غاصبانه است که در این صورت به عین مذکور عین مضمونه می‌گویند.

۱.۴ مبنای اول: ضمانت به رد عین

در امکان ضمانت از اعیان مضمونه قبل از تلف آن، چه از ابتدا ید به‌صورت غاصبانه بوده و یا از ابتدا امانی بوده و سپس تبدیل به ضمانی شده باشد، بین اندیشمندان اختلاف نظر وجود دارد (فیض کاشانی بی‌تا: ج ۳، ۱۳۷؛ طباطبایی یزدی ۱۴۱۹ ق: ج ۵، ۴۳۶). به‌نظر برخی، در اعیان مضمونه قبل از تلف ذوالید ضامن رد خود عین است و زمانی ضامن رد بدل می‌شود

که عین مال تلف شده باشد یا در دست رس نباشد. بر طبق این نظریه، ضمانت و رهن نیز ممکن نخواهد بود، زیرا در این فرض استیفای عین از محل ضامن و رهن ممکن نیست. کاتوزیان با انتخاب این مبنا در ذیل عقد ضمان (کاتوزیان ۱۳۸۹: ذیل شماره ۱۳۲) بیان کرده‌اند تعهد به تسلیم نه قابل انتقال به ذمه ضامن است و نه از دارایی او می‌توان به‌عنوان وثیقه برای آن استفاده کرد؛ به همین علت نیز نمی‌تواند موضوع ضمان قرار گیرد (همان: ذیل شماره ۱۳۳).

دلیلی که فقیهان بر بطلان ضمانت و رهن در این فرض مطرح می‌کنند اصل فساد در معاملات است و این‌که هیچ دلیلی بر صحت آن وجود ندارد. هم‌چنین، می‌گویند آیه «وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» (بقره: ۲۸۳) و برخی روایات هم اختصاص به دین دارد و اطلاق دیگر روایات هم به رهن عین مضمونه انصراف ندارد، زیرا در مقام بیان نیست.

۲.۴ مبناي دوم: ضمانت به رد مثل یا قیمت

گروهی دیگر نیز ضمان مثل یا قیمت را دینی می‌دانند که پیش از تلف نیز برعهده متصرف قرار می‌گیرد (کاتوزیان ۱۳۸۹: ۲۸۱) و اطلاق ادله معتبر جواز رهن را بر حقوق این مورد شامل می‌شود (فیض کاشانی بی‌تا: ج ۳، ۱۳۸) و حتی در یک مورد جواز رهن در مورد عین مضمونه در روایت آمده است (طوسی ۱۴۰۷ ق: ج ۷، ۴۲). آن‌گونه‌که در کتاب جواهر و مفتاح‌الکرامه به نقل از ریاض آمده است، اکثر فقیهان رهن را برای اعیان مضمونه باطل نمی‌دانند (نجفی ۱۴۰۴ ق: ج ۲۵، ۱۴۳؛ حسینی عاملی ۱۴۱۹ ق: ج ۱۵، ۴۰۷). این عده بر دلایل ذکر شده برای بطلان این‌گونه ایراد کرده‌اند که اول، عمومات دال بر لزوم وفای به عقد، اصل فساد را از بین می‌برد و اگر عمومات هم شامل آن نباشد، به‌علت عدم رواج آن در عصر شارع است و شهرتی بر منع آن نیز محقق نشده است. به همین علت، علامه در تذکره و تحریر، فخر المحققین در ایضاح، شهید اول در دروس، محقق ثانی در جامع المقاصد، شهید ثانی در مسالک، محقق اردبیلی در مجمع الفوائد، و فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع همین قول را برگزیده‌اند^۱ (حسینی عاملی ۱۴۱۹ ق: ج ۱۵، ۴۰۸؛ حلی ۱۴۱۴ ق: ج ۱۳، ۱۷۶؛ حلی ۱۴۲۰ ق: ج ۲، ۴۷۸؛ حلی ۱۳۸۷ ق: ج ۲، ۲۳؛ شهید اول ۱۴۱۷ ق: ج ۳، ۴۰۱؛ محقق ثانی ۱۴۱۴ ق: ج ۵، ۸۸؛ شهید ثانی ۱۴۱۳ ق: ج ۴، ۲۹؛ اردبیلی ۱۴۰۳ ق: ج ۹، ۱۴۸؛ فیض کاشانی بی‌تا: ج ۳، ۱۳۸). بنابراین، در صورتی‌که عین مذکور تلف یا

ناقص شود یا رد آن متعذر گردد از محل رهن قابل استیفا خواهد بود (شهید ثانی ۱۴۱۳ ق: ج ۴، ۲۹). برخی نیز مثل فاضل مقداد در التتبیح و سبزواری در کفایه هیچ‌کدام از دو قول را ترجیح نداده‌اند (حلی ۱۴۰۴ ق: ج ۲، ۱۶۴).

برخلاف آنچه در ذیل عقد ضمان در شماره ۱۳۲ و ۱۳۳ کتاب بیان شده است، در مبحث رهن کتاب درس‌هایی از عقود معین مبنای دوم انتخاب شده و این‌گونه نتیجه‌گیری شده است که این دین از محل وثیقه قابل پرداخت است. به عبارت دیگر، در این مورد برخلاف شماره ۱۳۲ و با تغییر مبنا رهن صحیح دانسته شده است (کاتوزیان ۱۳۸۹: ذیل شماره ۲۷۵) و علی‌القاعده از نظر لزوم وجود دین یا سبب آن بین دو عقد وثیقه‌ای ضمانت و رهن تفاوتی وجود ندارد.

۵. بطلان ضمان عهده برای فرض فسخ یا اقاله

۱.۵ تعریف ضمان عهده

اگر کسی به نفع بایع یا مشتری ضمانت کند تا در صورتی که به هر دلیلی بطلان بیع از اساس کشف شود و ضامن رد مبیع یا ثمن باشد، به او ضامن عهده و به این ضمانت ضمان عهده می‌گویند (حلی ۱۴۰۸ ق: ج ۲، ۹۱؛ رضوی ۱۳۹۸: ۲۱۱). به عبارت دیگر، مراد از ضمان عهده این است که ضامن به مشتری بگوید هرگاه مبیع مستحق‌الغیر درآید، من عهده‌ی ثمن تو را ضامنم، یا هرگاه بیع باطل شود، من ضامنم که از عهده‌ی قیمتی که به بایع داده [ای] برآیم (محقق قمی ۱۴۱۳ ق: ج ۳، ۷۷).

۲.۵ ضمان عهده در فرض فسخ یا اقاله

ضمان عهده‌ی ثمن یا مبیع در صورتی که ناظر به فرض فسخ یا اقاله عقد باشد، باطل است؛ زیرا از مصادیق ضمان مالم‌یجب خواهد بود و برطبق نظر مشهور فقیهان که ضمان مالم‌یجب را باطل می‌دانند این ضمان نیز باطل خواهد بود (رضوی ۱۳۸۷: ۴۹-۵۰). توضیح مطلب این‌که فرض فسخ یا اقاله مربوط به زمانی است که عقد صحیحاً منعقد شده باشد و بیع صحیح هم پس از قبض و اقباض عوضین تعهدی را که ناشی از عقد باشد برای مشتری یا بایع باقی نمی‌گذارد، بنابراین چون سبب ایجاد دین فسخ یا اقاله است پس در زمان انعقاد بیع نه دینی بوده است و نه سبب آن؛ بنابراین ضمان عهده باطل است. در شماره

اضطراب در مبانی، اختلاف در استنباط ... ۲۲۳

۱۲۸ کتاب کاتوزیان به این علت هیچ اشاره‌ای نشده است و به علاوه، بطلان ضمان عهده در این فرض براساس ماده ۷۰۸ به قانون مدنی منتسب شده است، درحالی‌که ماده ۷۰۸ از انفساخ ضمان عهده‌ای سخن می‌گوید که برای عهده‌ی ثمن یا مبیع در فرض بطلان عقد منعقد شده نه از بطلان ضمان عهده‌ای که برای فرض فسخ یا اقاله پیش‌بینی شده باشد. در ماده ۷۰۸ قانون مدنی آمده است: «کسی که ضامن درک مبیع است در صورت فسخ بیع به سبب اقاله یا خیار از ضمان بری می‌شود».

برخی حقوق‌دانان از این ماده استفاده کرده‌اند و نتیجه گرفته‌اند که ضمان عهده شامل انحلال بیع به سبب فسخ و اقاله نیست.^۲ این استدلال موجه به نظر نمی‌رسد، زیرا آنچه مسلم است این‌که مراد از ضامن درک در این ماده ضامن عهده است و زمانی یک عقد قابلیت فسخ و اقاله دارد که صحیحاً منعقد گردد. بنابراین، این ماده ضمان عهده را به فرض بطلان عقد اختصاص نداده است، بلکه در فرضی که عقد به طور صحیح منعقد شده نیز آن را پذیرفته است و در مورد انفساخ نیز وضعیت به همین گونه است. بر این تحلیل نیز یک ایراد وارد است و آن این‌که اگر ضمان عهده برای فرض فسخ، انفساخ، و اقاله باشد، با تحقق هر کدام از این موارد، ضمان عهده محقق شده است و ضامن مدیون می‌شود، نه این‌که ضامن از ضمانت بری شود، مگر این‌که ضمان عهده صرفاً برای یکی از سه ماهیت فسخ، انفساخ، یا اقاله باشد که در این صورت، با تحقق هر مورد غیر از عنوان مذکور، ضامن بری می‌شود. مثلاً، اگر ضمان عهده صرفاً برای فرض فسخ عقد باشد، با انفساخ یا اقاله آن ضامن عهده بری می‌شود یا اگر ضمان عهده برای فرض اقاله باشد، با انفساخ و فسخ آن ضامن عهده بری خواهد شد.

ظاهراً، آنچه گفته شد که «ضمان عهده شامل انحلال بیع به سبب فسخ و اقاله نیست» مربوط به فرضی است که ضمان عهده به صورت مطلق منعقد شود، زیرا در جای دیگر (کاتوزیان ۱۳۸۵: ۳۰۱-۳۰۴) گفته شده ضمان عهده در صورت تصریح دو طرف می‌تواند شامل اقاله و فسخ بیع هم بشود و وجه جمع این دو کلام آن است که کلام اول را بر فرض انعقاد ضمان عهده به طور مطلق حمل کنیم (رضوی ۱۳۹۸: ۲۱۲-۲۱۳).

۶. اخذ ضامن و رهن برای حسن انجام تعهد

سؤال مهم در مورد قواعد اختصاصی عقود معین این است که آیا می‌توان با قرارداد خصوصی موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی این قواعد اختصاصی را نادیده گرفت؟

به عبارت دیگر، عقد جدیدی شبیه عقد معین منعقد کرد و شرایط عقد معین را در آن رعایت نکرد؟

بعد از ذکر این سؤال و به‌منزله مقدمه باید گفت که یکی از شرایط اختصاصی رهن و ضمانت آن است که دین یا سبب آن باید وجود داشته باشد تا رهن و ضمانت صحیح باشد. هم‌چنین، التزام به تأدیة دین احتمالی آینده به‌گونه‌ای که ایجاد التزام معلق به تحقق دین اصلی باشد، از نظر حقوقی درست است (کاتوزیان ۱۳۸۹: ذیل شماره ۱۲۱)؛ بنابراین دو عنوان وجود دارد: عنوان اول، ضمانت یا رهن و عنوان دوم، التزام به تأدیة از محل مال معین یا ضامن. بعد از ذکر این مقدمه می‌گوییم در پاراگراف انتهایی شماره ۱۲۱ آمده است: در موردی که شخص ضامن حُسن اجرای قرارداد می‌شود تا اگر خسارتی از عدم اجرای آن به‌بار آمد، از عهده برآید، نباید ملتزم را ضامن طرف قرارداد پنداشت و رابطه او و طلب‌کار را بر مبنای قواعد ضمان بررسی کرد؛ زیرا دینی را که از او بر عهده گرفته است در زمان عقد وجود نداشته و سبب دین نیز فقط عقد نیست، بلکه مجموعی از عقد و تقصیر طرف متخلف است. بنابراین، ظاهراً اگر آن را ضمانت بدانیم، صحیح نخواهد بود؛ در حالی که در شماره ۲۷۶ همان کتاب آمده است که دادن رهن به‌عنوان تضمین حُسن اجرای قرارداد به این معنی که هرگاه مدیون از اجرای تعهد خویش امتناع ورزد از آن محل وسیله اجرای تعهد فراهم آید درست است. تنها فرقی که بین این دو وجود دارد این است که ضمانت در شماره ۱۲۱ مربوط به خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد است، نه مربوط به عدم اجرای اصل تعهد؛ والا پذیرش مبنا باید نتیجه واحد داشته باشد. به عبارت دیگر، معنای حُسن انجام تعهد در ضمان خسارات ناشی از عدم انجام آن است، در حالی که در رهن عدم اجرای اصل تعهد مدنظر بوده است.

۷. ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی

در مورد ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی بین اندیشمندان اختلاف است، برخی فعل انجام‌شده را باطل می‌دانند و برخی قائل به عدم نفوذ آن هستند. برخی نیز در موارد مختلف با اضطراب در مسئله از آن گذشته‌اند و بدون تکیه بر مبنایی قابل قبول نتایج متعددی، از جمله بطلان، عدم نفوذ، و ایجاد حق فسخ برای مشروطه اتخاذ کرده‌اند. در برخی موارد نیز بطلان به درخواست مشروطه ارجح دانسته شده است. قانون مدنی نیز در این مورد به‌طور صریح حکمی ندارد، اما در برخی موارد برخی احکام را با توجه به ملاکی که در ذهن

نویسندگان آن بوده است مشاهده می‌کنیم. آنچه در این مورد به‌عنوان قاعده‌ای مقبول می‌توان گفت این‌که منع از معامله، چه از طریق قانون و چه از طریق قرارداد زمانی که به‌علت تعارض با حق غیر باشد از دو حال خارج نیست: حالت اول این‌که اذن سابق غیر برای تصحیح این معامله کفایت می‌کند؛ در این حالت، نبود اذن و در نتیجه تعارض با حق غیر موجب بطلان عقد نیست. حالت دوم، زمانی است که اذن سابق نیز برای تصحیح آن کافی نیست، این منع اقتضای بطلان معامله را دارد. هم‌چنین، در این مورد می‌توان ملاک‌های دیگری برای تشخیص بطلان یا عدم نفوذ ارائه کرد، این تفکیک شامل ایقاعات نمی‌گردد و ضمانت اجرای ایقاع ممنوع بطلان آن است (نخعی‌پور و دیگران ۱۳۹۶: ۸۱).

در کتاب کاتوزیان در بحث شرط عدم عزل وکیل ضمن عقد لازم آمده است: «در فرضی که موکل تعهد کند از حق عزل استفاده نکند، حق عزل از بین نمی‌رود و هرگاه برخلاف شرط آن را به‌کار برد، عزل نفوذ خود را دارد و وکالت را منحل می‌سازد، ولی کسی که شرط عدم عزل به سود او شده است می‌تواند عقد لازم را فسخ کند» (کاتوزیان ۱۳۸۹: بند ۲ شماره ۹۶). درواقع، ایشان در این‌جا راهی را پیموده‌اند که شهید اول در کتاب شریف *اللمعة الدمشقیة* در مورد شرط فعل بیان داشته است. در عبارت شهید اول در *لمعه*، که در دو جای کتاب تکرار شده، آمده است: «وَكَذَا كُلُّ شَرْطٍ لَمْ يَسْلَمْ لِمُشْتَرِطِهِ فَإِنَّهُ يُفِيدُ تَخِيرَهُ وَ لَا يَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِطِ عَلَيْهِ فَعَلُهُ وَ إِنَّمَا فَايِدْتُهُ جَعَلَ الْبَيْعَ عَرْضَةً لِلزَّوَالِ عِنْدَ عَدَمِ سَلَامَةِ الشَّرْطِ وَ لَزُومُهُ عِنْدَ الْإِتْيَانِ بِهِ» (شهید اول ۱۴۱۰ ق: ۱۲۰). در عبارت دوم هم این‌گونه بیان شده است: «إِذَا شَرَطَ الْوَكَّالَةَ فِي الرَّهْنِ لَمْ يَمْلِكْ عَزْلُهُ وَ يُضَعَّفُ بَأَنَّ الْمَشْرُوطَ فِي اللَّازِمِ يُؤْتِرُ جَوَازَ الْفَسْخِ لَوْ أَخْلَى بِالشَّرْطِ لَا وَجُوبَ الشَّرْطِ فَحِينَئِذٍ لَوْ فَسَخَ الْوَكَّالَةَ فَسَخَ الْمُرْتَهَنُ الْبَيْعَ الْمَشْرُوطَ بِالرَّهْنِ إِنْ كَانَ» (همان: ۱۳۱).

هم‌چنین، برخی حقوق‌دانان در برخورد با مسئله با تردید از کنار آن گذشته‌اند و در توضیح یک پرونده که در آن جد مادری طفل یک باب مغازه را به نوه صغیر خود برای کمک به هزینه تحصیل او انتقال می‌دهد و در ضمن قرارداد شرط می‌کند که ولی قهری انتقال‌گیرنده مادام که مولی‌علیه او به سن هجده سال نرسیده از هرگونه اقدامی که نتیجه آن فروش، صلح، هبه، معاوضه، بیع شرط، رهن، و اجاره زائد بر سه سال باشد ممنوع است، به رأی اصراری هیئت عمومی دیوان عالی کشور ایراد کرده و می‌گویند:

درست است که شرط مزبور خلاف مقتضای عقد به‌شمار نمی‌آید و شرطی صحیح است، لیکن نتیجه صحت شرط سلب حق معامله از سوی ولی قهری است. بنابراین

معامله‌ای که ولی قهری با تخلف از شرط انجام داده باید باطل و لااقل غیرنافذ باشد، نه صحیح (صفایی ۱۳۹۲: ج ۲، ۱۹۵).

نکته‌ای که در شماره ۹۶ کتاب کاتوزیان مغفول مانده این است که شرط عدم عزل درواقع مصداقی از مصادیق ایقاع ممنوع است که طبق نظر برگزیده ضمانت اجرای آن بطلان است. مثل مواردی که شرط عدم اعمال خیار در ضمن عقد مطرح می‌شود و آن‌گونه که فقیهان می‌گویند ذوالخیار باوجود این شرط امکان استفاده از خیار را ندارد. برخی اندیشمندان از عبارت «مخالفة الشرط و هو الفسخ غیر نافذة فی حقه ... فیستلزم ذلک کون الفسخ الواقع لغوا» که شیخ انصاری در کتاب مکاسب آورده‌اند (انصاری ۱۴۱۵ ق: ج ۵، ۵۶-۵۷) این‌گونه استنباط کرده‌اند که زمانی که شرط ترک عمل حقوقی، اعم از عقد یا ایقاع، در ضمن عقد مطرح شود، عمل حقوقی مشروطی که انجام شده است باطل و لغو خواهد بود (محقق داماد ۱۴۰۶ ق: ۴۸). شیخ انصاری در بحث از صور اشتراط سقوط خیار مجلس بین شرط عدم وجود خیار و شرط عدم فسخ تفاوت گذاشته‌اند. درمورد دوم، که به بحث ما مربوط می‌شود، می‌فرمایند در مسئله دو احتمال وجود دارد: عدم نفوذ و درنتیجه، لغویت فسخ و نفوذ فسخ^۳ و احتمال اول با عموم وجوب وفای به شرط موافق‌تر است.

۸. اثر انحلال مبنای ید امانی قانونی در وضع حقوقی امین

در عقود جایز اذنی با ازبین‌رفتن سبب اذن ید مأذون که باوجود اذن امانی قراردادی بوده است، تبدیل به امانی قانونی یا شرعی می‌شود و درنتیجه، امین باید مال موردامانت را فوراً به مالک آن رد کند.

مثلاً، در عقد وکالت مالی که به‌واسطه عقد در اختیار وکیل قرار گرفته و امانت قراردادی یا مالکانه است با فوت موکل باید فوراً به ورثه او رد شود، زیرا ید وکیل از امانی قراردادی تبدیل به امانی قانونی می‌شود و طبق قاعده در ید امانی قانونی یا شرعی امین موظف است فوراً مال را به مالک رد کند.

هم‌چنین، در مواردی که شرط مدت موجب اتمام عمر برخی از عقود^۴ و درنتیجه انحلال آن می‌شود، ید امانی قراردادی به ید امانی قانونی تبدیل می‌شود؛ درنتیجه، امین براساس آنچه درمورد ید امانی قانونی وجود دارد باید فوراً مالی را که به‌عنوان امانت در اختیار دارد به مالک آن رد کند، والا درحکم غاصب و ضامن خواهد بود. پس، اگر برای

وکالت مدت معین شده باشد، تعیین مدت باعث می‌شود که پس از پایان مدت نمایندگی وکیل بدون این که نیازی به عمل حقوقی دیگری از جانب موکل باشد خودبه‌خود از بین برود (سرخسی ۱۹۹۳: ج ۱۹، ۹۰؛ کاتوزیان ۱۳۸۹: ج ۲، ۱۱۲). همچنین، شرط مدت در عقد ودیعه و عاریه (هاشمی شاهرودی ۱۴۲۳: ج ۵، ۳۰۲) باعث می‌شود تا در پایان آن بدون این که نیازی به اعلام اراده فسخ باشد عقد منحل شده و اذن مالک از بین برود. پس، در پایان مدت مستودع نمی‌تواند به انتظار مطالبه مالک بماند و مورد ودیعه را نگاه دارد، مال در دست او امانت شرعی است و باید در نخستین امکان به مالک رد شود (کاتوزیان ۱۳۸۹: ۲۰).

در این مورد در بند ۲ شماره ۱ کتاب کاتوزیان مواردی که شخص به اشتباه و بدین پندار که تکلیف حقوقی دارد مال خود را به دیگری می‌سپارد، به‌عنوان مصداقی برای امانت قانونی یا شرعی ذکر شده است؛ درحالی که طبق استظهار از کلمات فقیهان که در بالا بیان شد، در این فرض در ابتدا ید امانی قانونی است و از امانی قراردادی منقلب نشده است، هرچند از این نظر ایرادی بر بند ۲ وارد نیست، اما از این نظر که دو مورد از مصادیق ید امانی قانونی را در مقام بیان استقراء کرده و به مورد سوم اشاره‌ای نکرده است، محل نقض و نقص به‌شمار می‌آید.

در شماره ۱۷ نیز آمده است: اطلاق ماده ۶۳۱ این احتمال را تقویت می‌کند که در صورت پایان یافتن موعد ودیعه تا زمانی که مالک آن را مطالبه نکرده است مستودع در حکم غاصب قرار نگیرد.

اطلاق این استنباط و استناد آن به ماده ۶۳۱ موجه به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اول، زمانی پس از پایان مدت و مطالبه مستودع در حکم غاصب قرار می‌گیرد اگر که قید فوریت عرفی در رد مال مورد ودیعه را رعایت نکند. دوم، این ویژگی در تمامی عقود جایز اذنی وجود دارد که با انحلال مبنا انقلاب ید امانی قراردادی به ید امانی قانونی حاصل شود. سوم، تمسک به اطلاق ماده ۶۳۱ قانون مدنی هم مردود است، زیرا در این ماده آمده است: «در صورت استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگرچه مستند به فعل او نباشد». آنچه واضح است این که استحقاق مالک در ید امانی قانونی منوط به مطالبه او نیست و قدر متیقن از این حکم در این ماده فرض امانت قراردادی است و زمانی که قدر متیقنی در مقام تخاطب باشد، امکان تمسک به اطلاق کلام وجود ندارد (مظفر ۱۳۸۷: ۱۹۸).

۹. لزوم وکالت رسمی برای انتقال سند

در مواردی که موضوع وکالت انجام عمل حقوقی است که انعقاد یا اثبات آن نیاز به تنظیم سند رسمی دارد، وکالت‌نامه باید سند رسمی باشد؛ زیرا هدف از تنظیم سند رسمی به‌طور معمول حفظ نظم عمومی یا جلب توجه امضاکنندگان سند به آثار ناشی از آن است و رسیدن به این هدف‌ها با رسمی‌بودن وکالت‌نامه مبنای انتقال ملازمه دارد (کاتوزیان ۱۳۸۹: ذیل شماره ۵۶). دلیل ارائه‌شده تا این‌جا عین مدعا بوده و مشتمل بر مغالطه است؛ به همین علت، در ادامه به‌منزله علت این مسئله چنین آمده است:

دادن وکالت و تفویض اختیار به وکیل مقدمه تنظیم سند انتقال و امضای آن از سوی موکل است. پس، اگر ثبت سند اصلی در دفتر اسناد واجب باشد، ثبت مقدمه آن (وکالت‌نامه) نیز به حکم عقل واجب است. در واقع، لزوم رسمی‌بودن وکالت‌نامه در این‌گونه موارد یکی از مثال‌های بارز بحث مربوط به «مقدمه واجب» در علم اصول است که فایده عملی آن را در حقوق کنونی نشان می‌دهد.

این علت نیز مشتمل بر مغالطه است، زیرا صغرای قیاس آن مصادره به مطلوب است و در واقع همان مدعاست. به نظر می‌رسد که علت عمده و اصلی لزوم وکالت رسمی برای انتقال سند رسمی آن است که در مورد اسناد رسمی فقط می‌توان ادعای جعل مطرح کرد و در مورد اسناد عادی انکار یا تردید هم مسموع است (ماده ۱۲۹۲ قانون مدنی). در این صورت، احکام منکر بر این شخص مترتب می‌شود (ماده ۲۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی)؛ بنابراین، اگر کسی با وکالت‌نامه عادی سندی رسمی را منتقل کند، خواهانی که باید در مورد این سند رسمی ادعای جعل مطرح کند در مورد سند عادی وکالت ادعای انکار یا تردید می‌کند و با از بین رفتن سند عادی سند رسمی هم از بین می‌رود.

۱۰. نتیجه‌گیری

تحلیل، بررسی، و نقد آثار علمی، به‌علت بهره‌گیری از افکار دیگران، مهم‌ترین شیوه ارتقای آن اثر به حساب می‌آید. استاد کاتوزیان که در برخی منابع با عنوان «پدر علم حقوق ایران» معرفی می‌شوند خدمات ارزنده‌ای در زمینه منابع حقوقی برای حقوق ایران ارائه کرده‌اند. در این پژوهش چند مورد از جلد دوم کتاب *درس‌هایی از عقود معین* که انتخاب مبنای متفاوت در آن‌ها نتایج مختلفی را به بار آورده است مورد بررسی قرار گرفت و نشان داده شد که نویسنده محترم می‌توانست در صورت گزینش مبنای واحد در مسائل مشابه نتایج

یکسانی به دست آورد. رهن مال غیر از نظر مشهور، رهن مستعار نامیده شده است و استاد مرحوم در مبحث ضمان آن را ضمانت به شرط تأدیه از محل مال معین دانسته‌اند، در حالی که در بحث از عقد رهن در پذیرش آن تردید شده است. در مورد حقیقت عقد ضمان و انتخاب یکی از مبنای موجود تردید شده است و در مواردی دو مبنای متفاوت پشت سر هم ذکر شده است، در حالی که انتخاب متفاوت در تصمیم‌گیری در مطالب بعدی تأثیر گذاشته است. از سوی دیگر، بقا بر مبنای اتخاذی و تکیه بر آن مبنای هر چند ممکن است نتیجه‌ای خلاف مشهور به دست آید، در بین فقیهان امری متداول و عادی است؛ آن گونه که شیخ انصاری در خیار غبن مبنای نفی ضرر را می‌پذیرد و اگر، برخلاف رأی مشهور، این نتیجه به دست آید که با جبران غبن موجود توسط غابن خیار مغبون ساقط خواهد شد نیز، ابایی از این مسئله ندارد و هم‌چنان با مبنای باقی می‌ماند. در مورد ضمانت از اعیان قبل از تلف در ذیل عقد رهن و عقد ضمانت دو مبنای متفاوت اتخاذ شده است؛ گاهی ضمانت به مثل یا قیمت را دینی دانسته‌اند که پیش از تلف نیز برعهده متصرف قرار می‌گیرد و گاهی آن را رد کرده‌اند؛ نظیر این مسئله در مواردی دیگر مثل امکان اخذ ضامن و رهن برای حسن انجام تعهد نیز دیده می‌شود.

پی‌نوشت‌ها

۱. البته محقق قمی قول به عدم جواز را به فخرالمحققین، محقق ثانی، و شهید ثانی نسبت داده است (محقق قمی ۱۴۱۳ ق: ج ۳، ۸۱).
۲. کاتوزیان در کتاب *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی* در ذیل ماده ۶۹۷ در صفحه ۴۴۹ این مورد را آورده است. نحوه این استدلال آن است که اگر ضمانت عهده دو فرض فسخ و اقاله را شامل می‌شد، باید با فسخ و اقاله موضوع ضمانت محقق و دین ضامن ایجاد می‌شد و حال آن‌که در این ماده نه تنها حکم به ایجاد دین ضامن در این دو فرض نداده است، بلکه ضامن را به‌طور کلی بری دانسته است. در واقع، با این استدلال اشکال دیگری به وجود می‌آید و آن هم جریان اقاله و فسخ در عقد باطل است، زیرا ضمانت عهده مربوط به فرض بطلان است و کسی که ضامن عهده است در صورت بطلان عقد، باید از عهده مبیع برآید و حال آن‌که طبق این استدلال باید به سبب اقاله یا فسخ نیز از ضمانت بری گردد.
۳. در این حالت که قائل به نفوذ فسخ می‌شویم. تنها فایده این شرط وجود حرمت تکلیفی در مخالفت با شرط خواهد بود.
۴. در عقود جایز اذنی با از بین رفتن سبب اذن، بد مأذون که با وجود اذن امانی قراردادی بوده است تبدیل به امانی قانونی یا شرعی می‌شود و در نتیجه، باید مال مورد امانت را فوراً به مالک آن رد کند.

کتاب‌نامه

قرآن کریم.

انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ ق)، کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد (۱۴۱۹ ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

رضوی، سید محمد (۱۳۸۷)، بررسی فقهی و حقوقی ضمان درک (با رویکردی انتقادی بر قانون مدنی)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.

رضوی، سید محمد (۱۳۹۸)، نظریه عمومی انفساخ در قراردادها: مطالعه تطبیقی در فقه و حقوق ایران، تهران: مجد.

سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۱۴ ق / ۱۹۹۳ م)، المبسوط، بیروت: دارالمعرفة.

شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰ ق)، اللمعة الدمشقیة، تحقیق و تصحیح محمدتقی مروارید و علی اصغر مروارید، بیروت: دارالتراث، الدار الاسلامیه.

شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ ق)، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، المحشی کلانتر، قم: کتاب‌فروشی داوری.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.

صفایی، سید حسین (۱۳۹۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۹ ق)، العروة الوثقی (المحشی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق)، تهذیب الأحكام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران: دارالکتب الإسلامیة.

علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ ق)، تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل‌البت علیهم‌السلام.

علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق)، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، قم: مؤسسه امام صادق علیه‌السلام.

فاضل مقداد، مقداً بن عبدالله (۱۴۰۴ ق)، التنقیح الرائع فی شرح مختصر النافع، قم: انتشارات کتاب‌خانه آیت‌الله مرعشی نجفی.

فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: اسماعیلیان.

فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (بی‌تا)، مفاتیح الشرائع، قم: انتشارات کتاب‌خانه آیت‌الله مرعشی نجفی.

اضطراب در مبانی، اختلاف در استنباط ... ۳۳۱

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، دوره عقود معین (۴)؛ حقوق مدنی: عقود اذنی، وثیقه‌های دین، تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، الزام‌های خارج از قرارداد؛ ضمان قهری (مسئولیت مدنی، غصب، و استیفاء)، تهران: دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از عقود معین، تهران: گنج دانش.

کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ ق)، تحریر المجله، نجف: المكتبة المرتضوية.

محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: اسماعیلیان.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ ق)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.

مظفر، محمدرضا (۱۳۸۷)، اصول الفقه، با تعلیق زارعی، قم: بی‌نا.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ق)، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۴۱۳ ق)، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران: کیهان.

نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

نخعی‌پور، قاسم، سیدمحمد رضوی، و سیدعلی رضوی (۱۳۹۶)، «نقدی بر مقاله بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، آموزه‌های فقه مدنی، ش ۱۵.

هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۳ ق)، موسوعة الفقه الإسلامی المقارن، قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل‌البیت.