

از تملیک تا تعهد: تأملی بر تأثیر حقوق فرانسه در تحلیل بایت اجاره در حقوق ایران (نقدی بر عهدی انکاری اجاره اشیاء)

محمد مهدی الشریف^۱

چکیده

به رغم اینکه قانون مدنی ایران به تبع دیدگاه مشهور فقها اثر اجاره را تملیک دانسته است؛ اما برخی حقوقدانان متأثر از حقوق فرانسه، قائل به عهدی بودن اجاره به طور کلی، یا در فرضی که موضوع آن عین کلی باشد، هستند. این دیدگاه‌ها که مبتنی بر اندیشه‌ی فرانسوی انحصار مالکیت در قالب یک حق عینی است، با مبانی حقوق ما که تعلق مالکیت به اموال کلی و اعتباری را مجاز می‌شمارد، ناسازگار است. هر چند بعضی تلاش نموده‌اند تا از جایگزینی «تملیک منافع» با «تسلیط بر انتفاع» در تعریف اجاره از سوی عده‌ای از فقها، تشابه این تعبیر فقهی با دیدگاه عهدی‌انگار فرانسوی را استفاده نمایند. لیکن با توجه به تفاوت اساسی معنای تسلیط در تعریف فرانسوی و فقهی که در یکی مقصود، تسلیط فیزیکی و در دیگری، تسلیط اعتباری است، سخن از قرابت این دو دیدگاه مخالف تحقیق است. وانگهی در تحلیل فرانسوی، مستأجر هیچ رابطه حقوقی با عین مستأجره ندارد و تنها طلبکار موجد است؛ نتیجه‌ای که هیچ ذوق حقوقی یا فقهی آن را نمی‌پذیرد.

واژگان کلیدی: عقد اجاره، عقد عهدی، تعهد، تملیک، حق انتفاع، تسلیط

۱ - استادیار حقوق خصوصی گروه حقوق دانشگاه اصفهان.





مقدمه

بررسی منشأ و مضمون معاملی عقود از مباحث ضروری و در عین حال پیچیده حقوق مدنی به حساب می‌آید. مهم‌ترین تقسیم عقد از حیث مفاد و منشأ را می‌توان تقسیم عقد به تملیکی و عهدی به حساب آورد. از جمله عقود که تحلیل مفاد و منشأ آن و قرارداد آن در یکی از دو سوی این تقسیم، معرکه آراء و انظار قرار گرفته است عقد اجاره اشیاء است. در سنت فرانسوی و کشورهای تابع حقوق فرانسه، نظیر حقوق مصر و اغلب کشورهای اسلامی، عقد اجاره اعم از اجاره اشیاء و اشخاص در زمره عقود عهدی قرار می‌گیرند، و اثر مستقیم و اصلی عقد اجاره چیزی جز ایجاد تعهد برای موجر و مستأجر نیست (De La Morandiere, 1964: 64). ماده (۱۷۰۹) ق.م. فرانسه در تعریف اجاره اشیاء چنین مقرر می‌دارد: «عقد اجاره اشخاص عبارت از عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین متعهد می‌گردد، دیگری را از چیزی برای مدت معین و در قبال مبلغ معینی که طرف مقابل متعهد به پرداخت آن است، بهره‌مند سازد». بر عکس در سنت فقهی و به طور خاص در فقه امامیه، همواره عنصر تملیک، پای ثابت اغلب قریب به اتفاق تعاریف فقهاء از اجاره بوده است، به گونه‌ای که می‌توان تملیکی بودن اجاره را قول نزدیک به اجماع یا دست کم قول مشهور در فقه امامیه به حساب آورد (نجفی، بی تا: ۲۰۴). قانون مدنی ایران نیز به شیوه مرسوم و معمول خود از قول مشهور تبعیت نموده و در ماده (۴۶۶) ق.م. عقد اجاره را این گونه تعریف کرده است: «اجاره عقدی است که به موجب آن،^۱ مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌گردد». این تعریف صراحتاً ثمره‌ی اجاره را «مالکیت» مستأجر نسبت به منافع عین مستأجره دانسته است. اما به رغم این پیشینه فقهی روشن، و ظهور و بلکه تصریح قانون مدنی بر تملیکی دانستن اجاره، وصف تملیکی اجاره در ادبیات حقوقی ایران و شروح



۱. Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.



قانون مدنی بدون گفتگو و به دور از تردید نبوده و تمایل به عهدی قلمداد کردن اجاره اشیاء در تمام یا برخی از موارد را می‌توان در آراء اساتید حقوق ایران مشاهده نمود.

یکی از عوامل اصلی اختلاف در تشخیص مضمون معاملی اجاره و تحلیل آن در قالب یک عقد تملیکی، به ابهام و پیچیدگی در موضوع آن یعنی منفعت باز می‌گردد؛ که حسب تعریف سنتی، ماهیتی غیر ملموس و تدریجی و منتشر در زمان دارد. عدم وجود فعلی منفعت در زمان عقد نیز از دیگر چالش‌های پیش روی تحلیل ماهیت حقوقی اجاره است. به دیگر سخن در تحلیل تملیکی از اجاره، سخن از تملیک چیزی است که اولاً جنبه مادی و ملموس ندارد، و ثانیاً در زمان تملیک وجود خارجی و بالفعل ندارد. بسیاری از اساتید حقوق ایران، تحت تأثیر حقوق فرانسه، در عین پذیرش تملیکی بودن اجاره اشیاء در جایی که موضوع آن عین کلی است، اجاره را عقدی عهدی به حساب آورده‌اند (امامی، ۱۳۶۶، ج ۲: ۲۲ و ۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴ (الف): ۳۵۱؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۸۵). در این میان برخی از این صاحب نظران، به رغم پذیرش تملیکی بودن اجاره عین معین، برای رفع پاره‌ای اشکالات مربوط به تسلیم در اجاره، در نهایت از تملیک منفعت به معنای مورد نظر در فقه نیز عدول نموده و مفاد اجاره را در تمامی موارد، «واگذاری حق انتفاع» و به تعبیر دیگر «واگذاری حق مالکیت بر منافع» دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۴ (الف): ۳۵۹). برخی دیگر از اساتید از اساس مخالف تملیکی قلمداد کردن اجاره بوده و صراحتاً از عهدی بودن آن طرفداری کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۳۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۳۵ و ۱۷۳).

تعدادی دیگر از دانشوران حقوقی که صبغه فقهی برجسته‌ای نیز دارند با الهام از تعریف برخی فقهای بزرگ، بر وصف تملیکی اجاره خُرده گرفته و تحلیل اجاره اشیاء در قالب عقدی عهدی را بعید ندانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۳). به رغم شهرت تعریف اجاره به «تملیک معوض منافع» در میان فقهاء، بعضی از معاصرین و به طور خاص مرحوم سید محمد کاظم یزدی در کتاب ارزشمند «عروه الوثقی» این احتمال را مطرح کرده‌اند که ممکن است حقیقت اجاره را «تسلیط بر انتفاع معوض از عین» بدانیم (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۷). این اندیشمندان بر اساس دیدگاه فقهی مذکور معتقدند تحلیل اجاره در قالب عقدی عهدی، مخصوص حقوق فرانسه نبوده و در فقه امامیه هم طرفدارانی دارد و حتی مدعی شده‌اند که از تعریف قانون مدنی ایران نیز می‌توان گرایش به این دیدگاه را استفاده نمود (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۵).





ما در این نوشتار به نقد و بررسی این دیدگاه‌ها پرداخته و در پی اثبات این مدعا هستیم که، اولاً تحلیل عقد اجاره در قالب یک عقد عهدی، نه به نحو مطلق و نه حتی در مورد اعیان کلی، صحیح نبوده و با اصول و مبانی قانون مدنی سازگار نیست؛ و ثانیاً برداشت تمایل صاحب عروه به عهدی قلمداد کردن اجاره و هماهنگ‌سازی این دیدگاه با دیدگاه فرانسویان با مراد واقعی این فقیه بزرگ سازگار نیست. ما در خلال این مباحث به برتری تحلیل اجاره بر مبنای الگوی فقهی بر تحلیل اجاره بر بنیاد الگوی فرانسوی نیز به اجمال خواهیم پرداخت.

۱. دیدگاه معتقد به عهدی بودن اجاره عین کلی و نقد آن

۱-۱. طرح دیدگاه

اغلب نویسندگان حقوق مدنی ایران تحت تأثیر حقوق فرانسه اجاره عین کلی را عقدی عهدی شمرده‌اند. دلیل اصلی این گروه بر عهدی شمردن اجاره در این فرض و عدول از ظاهر ماده (۴۶۶) قانون مدنی این است که در اجاره‌ی عین کلی، عین مستأجره در حین عقد وجود خارجی ندارد و از این رو به نفس عقد نمی‌توان سخن از مالکیت مستأجر نسبت به منافع را بیان نمود. این استدلال در واقع بر این پیش‌فرض استوار است که حق مالکیت، حقی عینی است. بر اساس آنچه در حقوق فرانسه آمده و از سوی حقوقدانان ایران نیز تلقی به قبول شده، حق مالی به عینی و دینی تقسیم می‌شود و حق مالکیت در زمره حقوق عینی و بلکه کامل‌ترین آن‌هاست (Ghestin, 1994:174). حقوقدانان فرانسوی تصریح می‌کنند که ویژگی حق عینی این است که موضوع آن، یک مال مشخص و موجود در خارج یا همان اموال مادی^۱ است (Ghestin, 1994:174). بر این اساس موضوع و معروض حق مالکیت نیز که حقی عینی است، تنها می‌تواند یک عین معین باشد. از این رو، همان‌گونه که در بیع عین کلی نمی‌توان از مالکیت موضوع عقد در حین تحقق عقد سخن گفت، در اجاره نیز تنها در صورتی که عین مستأجره عین معین باشد، می‌توان سخن از مالکیت به میان آورد و در اجاره عین کلی، مالکیت به دلیل فقدان عین معین منتفی است، و تنها می‌توان از تعهد موجد به تعیین و تسلیم یک مصداق از مصادیق عین مستأجره‌ی کلی، یا به تعبیر برخی از اساتید (امامی، ۱۳۶۶، ج ۲: ۲۳)، از تعهد به تملیک منفعت سخن گفت.



۱ . biens matériels.

۱-۲. نقد دیدگاه

مشکل اصلی این دیدگاه در تحلیل مالکیت در قالب حقی عینی به مفهوم فرانسوی آن نهفته است. در نظام‌های حقوقی مبتنی بر حقوق رم مانند حقوق فرانسه، تقسیم حقوق مالی به حقوق عینی و دینی، تعیین‌کننده جایگاه و مفهوم مالکیت و نسبت آن با سایر مفاهیم است. تقسیم حق به عینی و دینی ستون فقرات حقوق مدنی فرانسه و تمام نظام‌های حقوقی منشعب از حقوق رم را تشکیل می‌دهد (سنهوری، بی‌تا، ج ۱: ۷). در این تقسیم‌بندی، در نقطه مقابل حقوق دینی، حق مالکیت در کنار حق انتفاع و ارتفاق، در زمره‌ی حقوق عینی یا حقوقی که اشخاص مستقیماً نسبت به اموال دارند قرار می‌گیرد. ویژگی مشترک تمامی حقوق عینی از جمله حق مالکیت که باعث اطلاق حق عینی بر آن‌ها شده، این است که موضوع تمامی حقوق مزبور عین معین موجود در خارج است (9: weill, 1970). یکی از نتایج مهم پذیرش این تقسیم، جای گرفتن «حق مالکیت» در زمره حقوق عینی و منحصر نمودن حق مالکیت به سلطه شخص بر مال معین و موجود در خارج است. به دیگر سخن با حق عینی قلمداد شدن مالکیت، تنها می‌توان از مالکیت اعیان خارجی سخن گفت و مالکیت عین کلی، منفعت عین کلی یا مالکیت عمل مفاهیمی بی‌معنا خواهند بود.

قانون مدنی ایران در هیچ متنی به صراحت از تقسیم حق به عینی و دینی سخن نگفته و در هیچ موضعی به عینی بودن حق مالکیت تصریح نکرده است، اما باور عمومی در بین حقوقدانان ایرانی این است که تقسیم حق به عینی و دینی مورد تبعیت نویسندگان قانون مدنی ایران نیز قرار گرفته است. بر همین اساس در ادبیات حقوقی ما تقریباً بدون هیچ گونه تردیدی، حق مالکیت یک حق عینی قلمداد شده است. ظاهراً مهم‌ترین دلیلی که باعث گردیده، شارحان قانون مدنی تقسیم حق مالی به عینی و دینی و قرار گرفتن مالکیت در زمره حقوق عینی را امری مسلم و مورد پذیرش قانون‌نگدار مدنی بدانند، ماده (۲۹) قانون مدنی ایران و شباهت فراوان آن با ماده (۵۴۳) قانون مدنی فرانسه است. ماده (۵۴۳) قانون فرانسه در راستای بیان حقوق اشخاص نسبت به اموال، حقوق عینی، چنین مقرر می‌دارد: «شخص می‌تواند نسبت به یک مال، حق مالکیت یا صرفاً حق انتفاع و یا تنها حق ارتفاق داشته باشد»^۱.

۱. Article 543- On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.





نگاهی ساده به ماده (۲۹) قانون مدنی ایران برای تصدیق به مشابهت فراوان آن با ماده (۵۴۳) قانون فرانسه کافی است. ماده (۲۹) قانون مدنی ایران چنین مقرر می‌دارد: «اشخاص ممکن است نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشند: ۱- مالکیت (اعم از عین یا منفعت) ۲- حق انتفاع ۳- حق ارتفاق نسبت به ملک غیر».

نخستین حقوقدان ایرانی که ماده (۲۹) را، مثل ماده (۵۴۳) قانون فرانسه، در مقام بیان حقوق عینی تلقی نموده منصورالسلطنه عدل است. وی در شرح ماده (۲۹) می‌نویسد: «حقوق مذکور در ماده (۲۹) حقوق عینی مهمه‌ای است که یک نفر می‌تواند نسبت به اموال داشته باشد. مالکیت کامل‌ترین حق عینی است که یک نفر می‌تواند نسبت به یک چیز داشته باشد» (عدل، ۱۳۷۸: ۴۳). این تفسیر از ماده (۲۹) از سوی اغلب شارحان پس از منصورالسلطنه دنبال شده است. مرحوم بروجردی عبده همانند مرحوم عدل، پس از تقسیم حق مالی به عینی و دینی و تعریف حق عینی به حقی که شخص به «عین مشخص خارجی» می‌تواند داشته باشد، می‌نویسد: «برای حق عینی اقسامی است که محکم‌ترین اقسام آن حق مالکیت است» (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۸). مرحوم امامی نیز که از تأثیرگذارترین شارحان قانون مدنی در میان حقوقدانان مؤخر بر خود به حساب می‌آید، همین رویکرد را در تفسیر ماده (۲۹) دنبال کرده و در این زمینه می‌نویسد: «اشخاص می‌توانند نسبت به اموالی که در خارج موجود است دارای حقوقی باشند که آن‌ها را حقوق عینی می‌نامند. قانون مدنی در ماده (۲۹) سه قسم از آن را بیان می‌نماید» (امامی، ۱۳۶۶، ج ۱: ۴۰). شارحان قانون مدنی و اساتید حقوق پس از مرحوم امامی نیز، تقریباً بدون استثناء، چنین مفهومی را از ماده (۲۹) دریافته‌اند و بر اساس آن به عینی بودن حق مالکیت به عنوان یک امر مسلم تصریح کرده (کاتوزیان، ۱۳۷۴ (ب): ۹۷؛ صفایی، ۱۳۸۲: ۱۶۸)، یا از این دیدگاه به عنوان مبنای مفروض و مسلم خود در تحلیل‌های حقوقی در باب عقود تملیکی و عهدی بهره‌جسته‌اند (شهیدی، ۱۳۷۷: ۸۵ و ۸۶؛ و نیز ۱۳۸۲: ۱۴ و ۳۳).

آنچه در تفاسیر یاد شده از ماده (۲۹) به عنوان مقررره کلیدی تعیین روابط اعتباری اشخاص با اموال در حقوق ایران از چشم‌ها پنهان مانده، تصرفات معنادار و کاملاً اساسی صورت پذیرفته شده از سوی نویسنده هوشمند و فقیه قانون مدنی ایران در نسخه فرانسوی است. مقایسه ماده (۲۹) قانون ایرانی با ماده (۵۴۳) قانون فرانسه حکایت از دو تفاوت میان این دو ماده دارد.





نخستین تصرف، استفاده از اصطلاح «مالکیت» به جای «حق مالکیت» در بند اول ماده (۲۹) است. آشنایان با فقه به خوبی می‌دانند که تقسیم حق و ملک از تقسیمات بنیادی در فقه است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۵۵)، که بر اساس آن هر چند حق و مالکیت هر دو نوعی علاقه یا سلطه‌ی اعتباری بر مال محسوب می‌گردند، اما به هر حال تقسیم یکدیگر بوده و با یکدیگر متفاوتند. در فقه در خصوص یک مال دو گونه اضافه یا علاقه و یا سلطه‌ی اعتباری قابل تصور است: سلطه تام و سلطه ناقص که به ترتیب از آن‌ها با عنوان «ملک» و «حق» یاد می‌شود. عبارت مرحوم محقق اصفهانی (کمپانی) در این زمینه کاملاً گویا است که «لا علاقه بالإضافه إلى المال إلا علاقه المملکة أو علاقه الحقیة» (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۲: ۱۸۵).

چنان که اشاره شد تفاوت ملک و حق از حیث تام و ناقص بودن سلطه بر مال است، مثلاً سلطه‌ی مستأجر بر منافع عین مستأجره، سلطه‌ی تام بوده و از همین رو در مورد آن تعبیر به مالکیت منافع می‌شود، اما سلطه‌ی صاحب حق انتفاع بر مال موضوع حق انتفاع، به دلیل محدودیت سلطه، از سنخ «حق» است. این تفاوت را از زبان یکی از فقیهان متأخر بشنوید که «إنَّ الفرق بین الحقِّ و المملکة، بعموم الاستیلاء و السلطان و خصوصه. «فالمملکة» یکون بدخول الشیء تحت السلطان بتمام شئونه و کافه حیثیاته، و «الحق» یکون بدخوله تحت السلطان ببعض جهاته و حیثیاته» (ایروانی، ۱۴۰۶: ۷۳).

به هر روی نخستین پیام این تصرف در ماده (۲۹) این است که واضع قانون مدنی ایران، قصد عدول از نظام سنتی خود را نداشته و از همان آغاز در پی سازگار نمودن مواد وارداتی با فقه بوده است.

دومین تصرف صورت گرفته در ماده (۲۹) که باعث گردیده این ماده با معادل فرانسوی خود از بُن متفاوت گردد، افزودن عبارت «اعم از عین یا منفعت» پس از «مالکیت» در بند اول ماده (۲۹) است. چنان که گفته شد به تصریح حقوق‌دانان فرانسوی ماده (۵۳۴) قانون آن کشور در مقام بیان حقوق عینی اصلی است و حق مالکیت نیز به عنوان اولین و کامل‌ترین حق عینی در این ماده مطرح شده است. اما آیا در حقوق ما نیز و به ویژه بر مبنای ماده (۲۹)، مالکیت را باید همچون فرانسویان یک حق عینی قلمداد نمود که لزوماً موضوع و متعلق آن، تنها اموال مادی و خارجی و به تعبیر دیگر عین معین است؟ نویسنده قانون مدنی ایران به روشن‌ترین شکل باب چنین تفسیری را مسدود نموده و با افزودن عبارت «اعم از عین یا





منفعت» و توسعه در متعلق مالکیت این نکته را به روشنی گوشزد نموده که معروض مالکیت در حقوق ایران منحصر به عین معین و خارجی نبود، و هر مالی اعم از عین یا منفعت می تواند موضوع مالکیت قرار گیرد، و این معنایی جز این ندارد که مالکیت در حقوق ما در حصار حق عینی محدود نمی گردد و دایره وسیع تری را شامل می گردد. آنچه در این میانه برای صدق عنوان مالکیت لازم است، این است که سلطه اعتباری شخص بر مال، تام و کامل باشد و خارجی یا بر ذمه بودن مال یا عین و منفعت بودن آن تأثیری در این جهت ندارد.

به صراحت بند اول ماده (۲۹)، موضوع مالکیت می تواند عین یا منفعت باشد، و بدون شک مراد از عین در این ماده مطلق عین بوده و شامل همه ی اقسام عین اعم از معین، کلی در معین و کلی در ذمه می گردد، و در این صورت، یعنی در فرض امکان تعلق مالکیت به عین کلی و بر ذمه، تردیدی در شکسته شدن انحصار مالکیت به عنوان یک حق عینی باقی نمی ماند. چنانچه مراد قانونگذار از عین تنها عین معین بود مانند موارد متعددی که در قانون بدان تصریح کرده، قید معین را ذکر می کرد. جای درنگ نیست که این تصرف یعنی توسعه در معروض مالکیت و شمول آن نسبت به عین و منفعت در ماده (۲۹) به تبعیت فقه امامیه صورت گرفته است.

اما چگونه می توان در مورد مالی که در خارج وجود ندارد، اعتبار مالکیت نمود؟ مرحوم سید محمد کاظم یزدی در حاشیه خود بر مکاسب پس از اینکه تصریح می کند مراد از «عین»، در تعریف بیع به «تملیک عین به عوض معلوم»، همه ی اقسام عین است؛ در رد این اشکال که عین کلی و منفعت آینده وجود خارجی ندارند و متعلق مالکیت باید وجود خارجی داشته باشد، تصریح می کند که اولاً صحت تملیک عین کلی و منفعت آینده، اجماعی است، و ثانیاً موضوع مالکیت، به عنوان امری اعتباری، خود می تواند یک امر اعتباری باشد. عبارت این فقیه بزرگ در این زمینه که نمونه ای از بسیار است شنیدنی است: «ان الملكیه، وان كانت من الاعراض الخارجیه، الا ان حقیقتها لیست الا اعتباراً عقلاً... فیمكن ان یکون محله موجوداً اعتباریاً؛ فنقول العقلاء یعتبرون هذا الکلی الذمی، شیئاً موجوداً یتعلق به الملكیه، و کذا المنفعه المعدومه». (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰، ج ۱: ۵۳).

این تحلیل با اندک تفاوتی از سوی فقهای پس از مرحوم سید یزدی مورد تأیید قرار گرفته است (اصفهان، ۱۴۱۸، ج ۱: ۱۳؛ خوبی، ۱۴۱۲: ۳۱۳؛ خمینی، ۱۳۶۸: ۳۴). به هر تقدیر





این نکته را نیز نباید از یاد برد که مفهوم مالکیت در مورد عین معین و عین کلی تفاوتی نداشته و نباید حمل بر تسامح در عبارت شود. به گفته‌ی یکی از فقیهان بزرگ معاصر «أن الملك فی جمیع الموارد، إضافة بین المالك و المملوك، حتی فی مالکیه شیء فی ذمه الغیر» (خمینی، ۱۳۶۸: ۴۳).

دلیل محکم دیگری که نشان می‌دهد قانون مدنی ایران از پذیرش مالکیت به عنوان یک حق عینی سرباز زده و مالکیت به مفهوم فقهی آن، یعنی سلطه تام بر مال، را جایگزین آن کرده است، افزودن عبارت «منفعت» در بند نخست ماده (۲۹) است. مراد از منفعت به قرینه‌ی پیشینه روشن فقهی و همچنین مواد (۴۶۶) و (۴۶۷) قانون مدنی، اعم از منفعت اشیاء و منفعت اشخاص یا همان عمل است. ماده (۴۶۶) پس از آنکه اثر اجاره را مالکیت مستأجر نسبت به منافع عین مستأجره اعلام می‌دارد، بلافاصله در ماده (۴۶۷) گوشزد می‌کند که عین مستأجره یا مورد اجاره ممکن است انسان یا حیوان یا اشیاء باشد. جمع روشن این دو ماده این است که در عقد اجاره مستأجر مالک «منافع انسان» یا حیوان یا اشیاء می‌گردد. بدین ترتیب به صراحت ماده (۲۹) موضوع مالکیت ممکن است عمل انسان یا همان منافع انسان باشد. با این تفسیر جایی برای تردید در اینکه مالکیت در ماده (۲۹) بر خلاف معادل فرانسوی خود، صرفاً یک حق عینی نبوده و می‌تواند افزون بر عین معین به سایر اموال نیز تعلق گیرد باقی نمی‌ماند؛ زیرا روشن است که با هیچ ترفندی و توجیهی نمی‌توان بر مبنای الگوی فرانسوی و عینی قلمداد کردن مالکیت، از مالکیت عمل سخن گفت و بین شخص و عمل یا منفعت دیگری، رابطه مالکیت برقرار نمود.

ماده (۲۹) همان‌گونه که به نحو مطلق از مالکیت عین به نحوی که شامل منفعت عین کلی گردد سخن گفته، به صورت مطلق و به دور از هر قیدی از مالکیت منفعت سخن رانده، و این اطلاق اولاً شامل منفعت اشخاص و منفعت اشیاء، و ثانیاً شامل منفعت عین معین و عین کلی می‌گردد. بر بنیاد آنچه گفته شد که مالکیت مورد نظر قانون مدنی، در قالب حق عینی محدود نمی‌گردد، و می‌تواند به اموال اعتباری و غیر موجود در خارج همچون عین کلی یا عمل نیز تعلق گیرد، به سادگی می‌توان از مالکیت منافع عین کلی نیز سخن گفت؛ زیرا منفعت کلی نیز مانند عین کلی، در زمره‌ی اموال بر ذمه بوده و می‌تواند موضوع رابطه‌ی اعتباری مالکیت قرار گیرد، و تنها شرط برای صحت اطلاق مالکیت این است که سلطه‌ی شخص بر این مال اعتباری کامل باشد.





پس به طور خلاصه با توجه به اینکه در حقوق ما، مال بر ذمه از اقسام مال است و منفعت بر ذمه نیز یکی از اقسام مال بر ذمه است، و هر مالی می تواند معروض مالکیت قرار گیرد، اگر کسی با دیگری عقد اجاره منعقد کند که موضوع آن مثلاً منافع یک اتوبوس کلی برای یک سال باشد، به موجب این عقد، مستأجر مالک یک مال بر ذمه یا همان منافع اتوبوس کلی می گردد، و با توجه به اینکه موضوع این مالکیت، مال کلی و بر ذمه است، مستأجر در عین حال طلبکار موجد می گردد زیرا طلب در حقوق ما معنایی جز مالکیت یک مال کلی بر ذمه بدهکار ندارد (سیستانی، بی تا: ۳۱۱).

اگر در صدد حکم صواب نیز باشیم، تفکیک بین منافع عین معین و عین کلی، و پذیرش وصف تملیکی برای اجاره ی عین معین، حتی بر مبنای تلقی فرانسوی از مالکیت، و تلقی مالکیت به عنوان حقی عینی نیز نادرست است. همان گونه که می دانیم در حقوق ما منافع اشیاء هر چند مسلماً مال مجزای از عین محسوب می شوند، اما در اغلب موارد جنبه ی مادی و ملموس ندارند. اگر مالکیت را چنان فرانسویان یک حق عینی و ناظر به مال مشخص و موجود در خارج بدانیم، در مورد منافع اعیان خارجی نیز نمی توانیم از مالکیت سخن گوئیم، زیرا حسب فرض سلطه و رابطه ی حقوقی مالک منفعت، نه با عین که با منافع آن برقرار شده است و منافع نیز به حسب فرض جنبه ی مادی و ملموس ندارند. کوتاه سخن اینکه یا باید به مبنای حق عینی بودن مالکیت پایبند بمانیم و مالکیت را به اموال عینی و موجود در خارج منحصر سازیم، که در این صورت برخلاف صریح قانون مدنی، اجاره ی اشیاء، چه موضوع آن عین معین باشد و چه عین کلی، عقدی تملیکی نخواهد بود؛ و یا باید مالکیت را از این قالب خارج دانسته و بر مبنای فقهی تفسیر نماییم، که نتیجه ی آن تملیکی دانستن اجاره به نحو مطلق است، خواه عین مستأجره، عین خارجی باشد و خواه عین کلی، و خواه موضوع اجاره منافع اشیاء باشد یا منافع اشخاص.

۲. دیدگاه معتقد به ارجاع تملیک به واگذاری حق انتفاع و نقد آن

۲-۱. طرح دیدگاه

این دیدگاه که از سوی استاد فقید حقوق مدنی ایران مرحوم استاد کاتوزیان ارائه گردیده تلاشی است که از سوی این حقوقدان برجسته برای توجیه حکم ماده (۴۹۰) ق.م. صورت گرفته است. به موجب این ماده در صورتی که موعدی برای پرداخت اجاره بها





تعیین نشده باشد، مستأجر باید کل اجاره بها را نقداً بپردازد. از نظر ایشان مفاد ماده یاد شده نه تنها با قاعده معاوضه مخالف است بلکه با تملیکی بودن اجاره نیز ناسازگار است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۵۹). به گفته‌ی ایشان اینکه موجر بر خلاف قاعده معاوضه می‌تواند قبل از تسلیم منافع و به صرف تسلیم عین، اجرت و عوض عقد را مطالبه کند، این فکر را در ذهن ایجاد می‌کند که معوض در عقد اجاره، تملیک منفعت نیست بلکه چیزی است که در زمان عقد، امکان انتقال یا تسلیم آن وجود دارد. از این رو بهتر آن است که معوض در اجاره را به جای تملیک منفعت، نوعی حق انتفاع و به تعبیر دقیق‌تر واگذاری «حق مالکیت بر منافع» بدانیم (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۵۹). کوتاه سخن اینکه به نظر ایشان، مراد از تملیک در اجاره این نیست که موجر ذرات منفعت را که به حسب فرض امری تدریجی است و در زمان عقد موجود نیست به مستأجر تملیک می‌کند، بلکه آنچه در واقع در اجاره اتفاق می‌افتد این است که موجر حقی را که بر انتفاع از عین دارد به مستأجر واگذار می‌کند، و از آنجا که این حق در زمان عقد موجود است و با عقد به مستأجر منتقل می‌شود، مستأجر نیز باید عوض آن را که اجاره بها است نقداً به موجر تسلیم کند مگر آنکه برای پرداخت اجاره بها موعد یا اقساط معین شده باشد.

۲-۲. نقد دیدگاه

این دیدگاه افزون بر اینکه با صراحت ماده (۴۶۶) ق.م. که اثر اجاره را مالکیت منافع می‌داند ناسازگار است، از چند جهت قابل انتقاد است.

نخست اینکه این دیدگاه برای حل مشکل ادعایی در ماده (۴۹۰)، برخی مرزها و ضوابط مسلم حقوق مدنی ایران را در هم ریخته است. ارجاع تملیک منفعت به واگذاری حق انتفاع باعث می‌گردد نه تنها مرز بین «مالکیت منفعت» و «حق انتفاع» که در ماده (۲۹) به روشنی از یکدیگر تفکیک شده بر هم بخورد بلکه اساساً مصداقی برای مالکیت منفعت در حقوق ایران باقی نماند. فراموش نکنیم که ملک و حق قسیم یکدیگر بوده و مالکیت منفعت از مقوله ملک و حق انتفاع در زمره حقوق جای می‌گیرد. تعبیر «واگذاری حق مالکیت بر منافع» نیز گرهی از کار نمی‌گشاید، زیرا با توجه به تقابل و تباین بین حق و ملک، اساساً این تعبیر که هم مشتمل بر حق و هم بر ملک است، تعبیری غیر قابل توجیه بوده و معنای محصلی ندارد.





دومین اشکالی که این تحلیل از آن رنج می برد این است که وضعیت منافع در آن بلا تکلیف است. با توجه به اینکه در حقوق ما مسلماً منفعت از اقسام مال است و عین مستأجره واجد منافی در طول مدت اجاره است، در این تحلیل معلوم نیست که پس از وقوع اجاره و انتقال حق انتفاع یا حق مالکیت بر منافع، چه کسی مالک منافع تدریجی مال خواهد بود. اگر مستأجر مالک منافع این مدت می گردد، با توجه به حذف عنصر تملیک از حقیقت اجاره، سبب این مالکیت چیست و در چه زمانی اتفاق می افتد؟ انتساب مالکیت منافع به «واگذاری حق انتفاع» نیز خلاف فرض است. زیرا مالکیت با حق انتفاع از دو مقوله متفاوتند. اگر هم بگوییم مستأجر مالک این منافع نیست پس چه کسی مالک است؟ سه احتمال بیشتر در مقابل نیست که هر سه نیز نادرست است: یکی اینکه منکر وجود مالی به عنوان منفعت گردیم، یا بگوییم همچنان موجد مالک منافع است که با حقیقت اجاره ناسازگار است، و یا منافع را بدون مالک فرض کنیم که این احتمال نیز در سُستی کم از احتمالات پیشین ندارد.

سومین ایراد این تحلیل نیز مربوط به اصل اشکال ادعایی در ماده (۴۹۰) و نحوه ی رفع آن است. همان گونه که گفتیم آنچه باعث گردیده که استاد کاتوزیان معوض در اجاره را ذرات منفعت ندانند حکم ماده (۴۹۰) بر لزوم پرداخت نقدی اجاره بها است. از نظر ایشان لازمه ی حکم به پرداخت فوری کل عوض، به مقتضای قاعده معاوضه این است که معوض نیز فوراً تملیک و تسلیم گردد، و حال آنکه منفعت به عنوان یک مال منتشر در زمان و غیر موجود در زمان عقد قابل تملیک و تسلیم نیست. چنین به نظر می رسد که در این تحلیل بین دو مسأله ی کاملاً متفاوت، یعنی معضل کیفیت تملیک منافع به نفس عقد و مسأله کیفیت تسلیم منافع، آمیختگی صورت گرفته است و بر همین اساس به جای حل مشکل مربوط به تسلیم، ناخواسته به حل مسأله ی تملیک منافع معدوم روی آورده اند و به جای تملیک منافع، انتقال حق انتفاع یا مفاهیم مبهمی چون انتقال حق مالکیت بر منافع را جایگزین کرده اند که باز هیچ گره ای از کار تسلیم نمی گشاید. از اشکالاتی که از دیر باز در خصوص تملیکی بودن اجاره مطرح بوده این است که منافع در حین عقد موجود نیستند و موضوع تملیک نمی تواند معدوم باشد. از این شبهه در فقه با تعبیر شبهه تملیک معدوم یاد می شود. اما مشکلی که در خصوص تسلیم منافع وجود دارد این است که به دلیل متصرم و سیال بودن منافع، تسلیم یک جای آن ها در زمان عقد ممکن نیست. همان گونه که پیداست





بین این دو مسأله تفاوت جدی وجود دارد و یکی ناظر به عالم اعتبار و دیگری ناظر به عالم خارج و مقام تسلیم است. عبارت زیر نمونه ای از این آمیختگی در کلمات این اندیشمند فقید است: «اگر پذیرفته شود که موضوع اجاره، منافع تدریجی است که از ملک حاصل می شود و برای مدت معین به مستأجر تملیک می گردد، چگونه می توان ادعا کرد که این منافع پیش از به وجود آمدن تملیک و تسلیم شده است؟» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۳۶۰).

چنان که پیشتر از نظر صاحب عروه به عنوان دیدگاه حاکم بر فقه نقل شد، معروض مالکیت به عنوان یک امر اعتباری، می تواند امری اعتباری باشد که صرفاً فرض وجود آن در حین عقد شده است، مانند عین کلی فی الذمه و منافع عین که در حین عقد هنوز به وجود نیامده اند؛ بنابر این از عدم امکان تسلیم که امری مربوط به عالم خارج است، نمی توان عدم امکان تملیک را که امری انشائی و ناظر به عالم اعتبار است نتیجه گرفت.

ضعف دیگری که این تحلیل از آن رنج می برد، این است که استدلال خود را بر یک پیش فرض نادرست استوار نموده است. همان گونه که دیدیم این دیدگاه، استدلال خود را از این نقطه آغاز نمود که چون به موجب ماده (۴۹۰) ق.م. موجر می تواند قبل از تسلیم منافع و به صرف تسلیم عین، اجرت و عوض عقد را مطالبه کند، پس «با تسلیم عین، معوض به مستأجر تسلیم شده است». اکنون چون منفعت که به حسب فرض امری متصرّم و تدریجی الحصول است، قابل تسلیم در زمان عقد نیست، پس معلوم می گردد که معوض واقعی در اجاره نمی تواند آنات منفعت باشد و باید در جستجوی معوض واقعی برآیم، معوضی که در زمان عقد امکان تسلیم آن وجود داشته باشد. اما آیا به راستی در درستی پیش فرض این تحلیل شکی نیست؟ آیا به صرف اینکه قانونگذار حکم به پرداخت نقدی اجرت در فرض اطلاق نموده، باید این نکته را مسلم دانست که از نظر قانونگذار، با تسلیم عین، معوض تسلیم شده است؟ آیا حکم به پرداخت نقدی اجرت، توجیه دیگری جز تسلیم معوض ندارد؟ آیا امکان ندارد قانونگذار در عین اعتقاد به اینکه معوض در اجاره، منافع عین است، حکم به پرداخت نقدی اجرت نموده باشد؟

واقعیت این است که بر خلاف تصور این استاد برجسته ماده (۴۹۰) در بردارنده ی حکمی استثنائی بوده و نمی توان از آن معیار تحقق تسلیم از منظر قانون مدنی را استخراج نمود، چه رسد به اینکه آن را مبنای بر هم ریختن نظم سنتی قانون مدنی قرار داد. مراجعه به فقه به عنوان مبنای اقتباس احکام اجاره قانون مدنی نشان می دهد که تسلیم در اجاره بر





خلاف تسلیم در بیع، به دلیل طبیعت تدریجی و مستمر موضوع آن یعنی منافع، به صورت تدریجی صورت می‌گیرد و تنها موردی که تسلیم عین، جایگزین تسلیم منافع شده و در حکم تسلیم منافع است، مربوط به مرحله تقابض یا تسلیم متقابل عوضین و حق حبس متقابل است (نجفی، بی تا: ۲۷۸؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۲۶۸؛ همدانی، ۱۴۱۶: ۵۷۸) که در ماده (۴۹۰) منعکس شده است. مروری اجمالی بر قانون مدنی به خوبی نشان می‌دهد که سایر احکام مترتب بر تسلیم، تنها با مبنایی انطباق پذیر است که موضوع تسلیم را ذرات منافع و در نتیجه تسلیم را امری تدریجی می‌داند نه امری دفعی که با تسلیم عین محقق می‌شود (الشریف، ۱۳۹۰: ۱۷-۱۱). به عنوان نمونه می‌توان به حکم ماده (۴۸۳) ق.م. مبنی بر انفساخ در فرض تلف اشاره نمود که مبتنی بر قاعده تلف قبل از قبض است، و معنای آن این است که بخشی از منافع قبل از قبض، تلف شده، و روشن است که اگر تسلیم منافع با تسلیم عین کامل شده بود دیگر جایی برای اعمال قاعده تلف قبل از قبض وجود نداشت. حکم بخش دوم ماده (۴۸۰) مبنی بر استمرار خیار عیب حتی پس از قبض عین مستأجره و حکم ماده (۴۸۶) مبنی بر تکلیف موجر به پرداخت هزینه‌های تعمیر تا انتهای مدت اجاره نیز جز با این مبنا که معوض در اجاره ذرات منفعت بوده و مادام که تمام ذرات منفعت نزد مستأجر فعلیت نیافته، تسلیم به صورت کامل محقق نشده است، هم‌خوان در نمی‌آید.

۳. دیدگاه معتقد به عهدهی بودن اجاره به نحو مطلق و نقد آن

۳-۱. طرح دیدگاه

در بین اساتید مطرح حقوق ایران ظاهراً تنها کسی که به چنین دیدگاهی تمایل نشان داده است استاد دکتر جعفری لنگرودی است. ایشان در برخی از آثار قدیمی تر خود به وجود عنصر تملیک در تعریف قانون مدنی انتقاد نموده و مفاد اجاره را از نوع تعهد به انجام فعل یعنی تعهد مستأجر به تسلیم عین و تضمین انتفاع وی دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۳۱). ایشان در کتاب تئوری موازنه بدون هیچ گونه نقد و اعتراضی اجاره را عقدی تملیکی شمرده و تصریح نموده‌اند که معقودعلیه در اجاره اعیان، منافع آن‌ها است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲۳۴ و ۳۲۵). اما این استاد برجسته حقوق مدنی ایران در کتاب الفارق ذیل عنوان اجاره اعیان، از دیدگاه تملیک روبرگردانده و معقودعلیه اجاره را «حق استیفاء از عین متعلق به موجر» اعلام می‌دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ (الف): ۷۹).





اما این نقطه نیز پایان تحولات فکری استاد جعفری لنگرودی نیست. ایشان در آخرین تألیف خود یعنی کتاب قوه قدسیه به تفصیل به موضوع ماهیت عقد اجاره پرداخته و در اینجا هر چند مجدداً معقود علیه اجاره را حق استفاده از منافع ذکر می‌کنند، اما تغییر مهمی که در این کتاب صورت گرفته این است که در این کتاب صراحتاً اجاره عقدی عهدی قلمداد شده و حق استفاده از منافع، موضوع تعهد ناشی از عقد به حساب آمده است. به دیگر سخن در تحلیل اخیر استاد جعفری مفاد اجاره اشیاء را نه «نقل حق استفاده از منافع»، بلکه «تعهد به نقل حق استفاده از منافع» عنوان نموده‌اند همچنان که بنابر این تحلیل تعهد ناشی از عقد اجاره‌ی اشخاص نیز تعهد به انجام فعل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۳۷ و ۱۴۲). از باب نمونه یکی از عبارات ایشان عیناً نقل می‌گردد: «اجیر تعهد فعل دارد، به عکس اجاره اعیان که موجر، تعهد نقل (واگذاری) حق استفاده از عین مملوک خود را دارد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۳۷).

۲-۳. نقد دیدگاه

در نقد دیدگاه اول و چهارم استاد جعفری لنگرودی که مبتنی بر عهدی قلمداد کردن اجاره است؛ از دو جهت می‌توان سخن گفت: نخست از جهت انتقادات ایشان به مبنای تملیک، و دوم از جهت تحلیل اجاره در قالب یک عقد عهدی. مهم‌ترین دلیلی که باعث گردیده استاد جعفری لنگرودی از مبنای تملیک در اجاره روگردان باشند و بارها به آن اشاره کرده‌اند این است که منافع در حین عقد معدوم است و تملیک معدوم عقلاً محال است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ (الف): ۷۵؛ و ۱۳۹۳: ۱۳۵). پاسخ این اشکال پیشتر داده شد و گفتیم که مالکیت یک عرض واقعی نیست که محتاج معروض واقعی باشد، بلکه یک امر اعتباری است و معروض آن یعنی مال موضوع مالکیت نیز می‌تواند اعتباری باشد. با توجه به تصریح قانون مدنی به «مال بر ذمه» در مواد متعدد نظیر مواد (۶۸۴) و (۷۷۵) در وجود مال اعتباری از نظر حقوق ما نمی‌توان تردید نمود.

استاد جعفری لنگرودی به طور خاص بر وجود تقدیری منافع انگشت گذاشته، و فرض وجود برای منافع آینده را غیر عرفی دانسته و انتساب چنین امری به تعبد شرعی را نیز نادرست می‌دانند، و بر همین اساس معتقدند «به موجب عقد اجاره چیزی بر دارایی مستأجر افزوده نمی‌شود؛ پس این چه تملیکی است که هم تملیک است و هم به دارایی مستأجر نمی‌افزاید؟» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ (الف): ۷۵). انصاف این است که عرف با مدعیات





فوق هم خوان نیست. اگر یک آژانس مسافرتی هتلی را برای ی کسال اجاره کند و مبلغ هنگفتی در قبال آن پردازد، آیا از منظر عرف چیزی بر دارائی این آژانس افزوده نشده است و عرف بین قبل و بعد از این عقد تفاوتی قائل نیست؟ آیا اگر صاحب آژانس بگوید منافع یکسال این هتل متعلق به من است، عرف به دلیل فعلیت نیافتن ذرات منفعت، سخن او را تخطئه کرده و غیر عرفی می شمارد؟ از قضا بر خلاف تصور استاد جعفری به نظر می رسد وقتی کسی چیزی را اجاره می کند، عرف او را مالک یک مال معدوم نمی شمارد، و مثلاً وقتی شخص خانه ای را برای پنج سال اجاره کرده، عرف از زمان عقد او را مالک منافع کل مدت می داند؛ از همین رو است که اگر بخواهد منافع سال پنجم را به کسی اجاره دهد، به او گفته نمی شود تا سال پنجم چند سال فاصله است و تو هنوز چیزی نداری تا به کسی واگذار کنی.

اشکال دیگر تحلیل استاد لنگرودی مربوط به استفاده ای است که ایشان از کلام برخی فقیهان بزرگ بر تأیید دیدگاه خود مبنی بر عهده انگاری اجاره نموده اند. ایشان از دیر باز بر این نکته اصرار ورزیده اند که عهده انگاری عقود مخصوص حقوق فرانسه نبوده و در فقه نیز تمامی عقود، عهده محسوب می شوند. وی در تأیید مدعای خود به عبارت معروف مرحوم محقق اصفهانی (کمپانی) که در آن تصریح شده مضامین تمامی عقود، تعهد است^۱ استناد نموده (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴: ۱۱۷؛ و ۱۳۹۳: ۱۳۴) و تصریح نموده اند فرقی بین روایت «العقد هو العهد» و گفتار محقق اصفهانی و ماده (۱۱۰۱) ق.م. فرانسه در تعریف عقد نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: (ب): ۸۰). با اندک تأملی معلوم می شود که تقریب دیدگاه فقهایی همچون محقق اصفهانی با نظر عهده انگار فرانسویان، قیاس مع الفارق بوده و مبتنی بر در آمیختگی و خلط دو اصطلاح متفاوت سببی و مسببی از تعهد است. چنان که توضیح آن خواهد آمد مراد از تعهد در تعریف عقد در منظر فقهاء، تعهد به معنای سببی آن است که عنصر سازنده عقد است نه نتیجه عقد، در حالی که آنچه در ادبیات حقوقی امروزیین حقوق ایران به تبع فرانسویان، از تعهد اراده می شود معنای مسببی تعهد است. به بیان دیگر در اصطلاح اخیر، تعهد به عنوان محصول و نتیجه و مسبب یکی از منابع و اسباب تعهدات اعم از قراردادی یا غیر قراردادی مورد توجه قرار می گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: (ب):



۱. البیع و إن لم یکن بمفهومه أُلزما و التزاما إلا أنه واقعٌ موقع العهد و الالتزام من المتبايعین، أی التملیک واقع موقع القرار المعاملی، و بهذا الاعتبار تكون مضامین العقود جميعا عهداً (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵: ۱۰۷).



۸۱). تقسیم عقد به عهدی و تملیکی بر همین معنا از تعهد استوار است و عقدی که نتیجه مستقیم آن تعهد باشد، عهدی خوانده می‌شود. اما در فقه اصطلاح دیگری از تعهد رایج است که در حقوق امروز به دلیل غلبه اصطلاح فرانسوی، چندان شناخته شده نیست. در این اصطلاح، تعهد مرادف با «التزام» بوده و عنصر سازنده عقد است و هر عقدی مرکب از دو التزام قلبی یا دو تعهد یا ربط دو عهد به یکدیگر است، و از این رو به عقد، معاهده نیز اطلاق می‌گردد. برای اثبات این مدعا نقل کلام صریح خود محقق اصفهانی کافی است:

«أن العهد عبارة عن الالتزام القلبی أو الجعل و القرار المعاملی؛ وأن العقد عبارة عن ربط أحد الالتزامین بالآخر أو ربط أحد القرارین بالآخر» (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۲۸۴).

چنان که در این عبارت پیداست، اولاً عهد یا تعهد مرادف با التزام قلبی است، و ثانیاً از تعهد یا التزام به عنوان عنصر سازنده ی عقد یاد شده و از همین رو عقد را به ربط دو التزام یا دو تعهد تعریف نموده است. بنابر این هر چند در این تحلیل نیز تمام عقود عهدی اند، اما به این معنا که تمامی عقود تشکیل یافته از دو التزام یا دو تعهدند که در قالب ایجاب و قبول تجلی یافته‌اند؛ نه عهدی به معنای فرانسوی، به این مفهوم که نتیجه‌ی تمامی عقود تعهد است؛ زیرا اساساً سخن از نتیجه‌ی عقد نیست تا سخن از عهدی یا تملیکی مطرح گردد.

بی‌مناسبت نخواهد بود چند نمونه از تعاریف فقهاء از عقد را نقل نموده تا معلوم گردد استفاده از اصطلاح تعهد در کلام ایشان در معنایی مرادف با التزام که عنصر سازنده ی عقد است، تعبیر کاملاً شناخته شده و رایجی است. تعریف نخست از جهت مشابهت فوق العاده با تعریف قانون مدنی و تأیید اقتباس تعریف عقد توسط قانونگذار مدنی از فقه و نه ماده (۱۱۰۱) قانون فرانسه، که تعهد در آن نه به عنوان تعهد مسببی بلکه مرادف با التزام و به معنای سببی آن بکار رفته، شایسته‌ی تأمل جدی است:

«العقد، عبارة عن تعهد الشخص مع آخر فی أمر من الأمور». (بجنوردی، ۱۳۸۶: ۱۳۵)

«العقد، عبارة عن اتصال أحد الالتزامین بالالتزام الآخر، و شدّه به...». (خویی، ۱۴۱۲،

ج ۳: ۵۵)

«فان العقد، هو العهد المرتبط و المشدود بعهد آخر». (میلانی، ۱۴۲۹: ۲۵۱)

«أن العقد، لا مفهوم له إلا ربط قرار و تعهد أحد بقرار شخص آخر و تعهد». (مؤمن

قمی، ۱۴۱۵: ۲۵۱)





جالب است بدانیم تعریف عقد در مجله الاحکام، قانون مدنی عثمانی که مبتنی بر فقه حنفی است، نیز مشابهت تعجب برانگیزی با تعریف فقه و قانون مدنی ایران داشته و به خوبی از مترادف «تعهد» و «التزام» در ادبیات فقهی حکایت دارد:

«العقد التزام المتعاقدين و تعهدهما امرأ و هو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول»

بنابر این از نظر فقهای همچون محقق اصفهانی، مضمون تمامی عقود عهد و التزام است و تفاوت عقود با یکدیگر در ملتزم به یا امر انشایی است که متعاقدين بدان ملتزم شده اند و نتیجه هر عقدی نیز چیزی است که موضوع التزام و تعهد طرفین قرار گرفته است، که ممکن است تملیک عین یا منفعت یا زوجیت و یا حتی سقوط دین باشد. مثلاً در صلح بر اسقاط دیون، صلح متشکل از دو تعهد است، اما نتیجه‌ی آن سقوط دین یا تعهد به معنای مسیبی است. در نهایت می توان گفت برخلاف دیدگاه استاد جعفری لنگرودی، تمایل به عهدی بودن تمامی عقود به مفهوم فرانسوی آن در فقه سابقه نداشته و کلمات بزرگانی مانند محقق اصفهانی نیز به هیچ روی بر چنین معنایی دلالت ندارد.

۴. دیدگاه معتقد به تعریف عهدی از اجاره بر مبنای برخی آراء فقهی و نقد آن

۴-۱. طرح دیدگاه

مرحوم سید محمد کاظم یزدی در کتاب عروه الوثقی در تعریف اجاره پس از تعریف آن بر مذاق مشهور، احتمال دیگری را در تحلیل حقیقت اجاره مطرح کرده و می نویسد: «و یمكن ان یقال ان حقیقتها التسلیط علی عین للاتفَاع بها بعوض». برخی از محشین عروه همچون مرحومان آیات بروجردی و گلپایگانی نیز بر تعریف اجاره به تملیک خُرده گرفته اند. استاد برجسته فقه و حقوق مدنی ایران آقای دکتر مصطفی محقق داماد در مقاله ای محققانه با نام «ماهیت حقوقی اجاره؛ تملیکی یا عهدی» با الهام از تعریف صاحب عروه، به انتقاد از تعریف تملیکی عقد اجاره پرداخته، و از این تعریف چنین برداشت نموده اند که از نظر این دسته از فقهاء، اجاره نه عقدی تملیکی، که عقدی عهدی است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۶). به نظر ایشان این دسته از فقهاء و به طور خاص مرحوم یزدی به دلیل وجود اشکالات وارد بر وصف تملیک در اجاره، دیدگاهی مشابه با نظریه رایج در حقوق فرانسه و کشورهای تابع آن همچون مصر و سوریه که مفاد اجاره را حق دینی یا همان تعهد می دانند، داشته، و مفاد اجاره را «تعهد به تسلیط» یا تمکین مستأجر بر عین در قبال عوض می دانند. به تصریح استاد محقق داماد: «در تعریف سید، موضوع عقد، تعهد به تسلیط بر عین است و... بنا بر این عوض در مقابل تعهد به





تسلیط است نه در مقابل منفعت» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۱). با این تفسیر از کلام سید یزدی، تعهد به تسلیط در این تعریف معادل تعهد به تمکین است که در ماده (۵۵۸) قانون مدنی مصر در تعریف اجاره آمده و هر دو بر مبنای عهدی بودن اجاره استوار است. ماده (۵۵۸) قانون مدنی مصر در تعریف اجاره مقرر می‌دارد: «عقد يلتزم الموجر بمقتضاه ان يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين، مده معينه، لقاء اجر معلوم».

هر چند استاد محقق داماد در این مقاله مستقیماً در مقام تفسیر قانون مدنی ایران نبوده و ورودی فقیهانه و در مقام تحلیل آراء فقیهان امامی دارند، اما در چکیده مقاله مذکور این مطلب را گوشزد نموده‌اند که شاید نویسندگان قانون مدنی نیز به دلیل اشکالات وارد بر تملیکی دانستن اجاره صراحتاً ماهیت اجاره را تملیک منفعت ندانسته و بلکه اثر آن را انتقال منفعت دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۵). ایشان پس از بیان برخی ثمرات تحلیل اجاره بر مبنای عهدی یا تملیکی، که البته بعضاً دشوار فهم یا قابل تأمل است، به بیان اشکالات وارد بر تعریف مشهور که زمینه عدول از تعریف تملیکی به عهدی است می‌پردازند. یکی از این اشکالات که از آخوند خراسانی نقل شده این است که اگر اجاره به معنای تملیک منفعت باشد باید اضافه‌ی آن به منافع، درست باشد، در حالی که اجاره در استعمال عرفی به منفعت اضافه نمی‌شود و گفته نمی‌شود که مثلاً منافع خانه‌ام را اجاره دادم بلکه به عین اضافه می‌شود و گفته می‌شود خانه‌ام را اجاره دادم (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۶). اشکال دوم اینکه در برخی موارد اجاره، نه مالکیت عین وجود دارد و نه مالکیت منفعت، و در عین حال اجاره صحیح است؛ مانند اجاره دادن اراضی خراجیه توسط متصرف که مالکیتی ندارد و یا اجاره کردن محلی توسط متولی موقوفه برای حفظ اموال وقفی در حالی که پس از اجاره کسی مالک منافع نمی‌گردد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۶)؛ و بالاخره اشکال سوم همان شبهه‌ی تملیک معدوم است که در فقه عامه مطرح است (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۷). از نظر ایشان افزون بر اصل عملی، دلیل لفظی هم بر اینکه عقد باید چیزی زائد بر تعهد ایجاد کند، وجود ندارد و روایت صحیح «العقد هو العهد» نیز مفید این است که عهدی بودن مطابق اصل بوده و تملیکی بودن جنبه استثنایی دارد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۰).

۴-۲. نقد دیدگاه

ما در نقد این دیدگاه بیش از آنکه در مقام نقد اشکالاتی باشیم که برخی از فقهاء بر تعریف مشهور گرفته‌اند، در مقام نقد استفاده از این آراء برای اثبات گرایش این دسته از فقهاء به تلقی عهدی از اجاره هستیم.





چنان که گفتیم برخی از فقهاء همچون آخوند خراسانی، مرحومان بروجردی و گلپایگانی، از اینکه اجاره به عین اضافه می‌شود نه منفعت، حیثیت تملیک را خارج از مفاد اجاره دانسته بودند. اما آیا این سخن به معنی گرایش اینان به عهدی بودن اجاره است؟ به نظر چنین نمی‌رسد؛ زیرا تمامی فقهای مورد اشاره خود تصریح نموده‌اند که هر چند تملیک در لفظ اجاره اخذ نشده، اما اثر عقد اجاره مالکیت مستأجر نسبت به منافع است. مرحوم بروجردی و مرحوم گلپایگانی در حاشیه خود بر عروه تصریح می‌کنند که نتیجه اجاره مالکیت مستأجر بر منافع است. محقق اصفهانی نیز در شرح دیدگاه استاد خود آخوند خراسانی تصریح می‌کند که تفاوت دیدگاه مشهور و آخوند در این است که تملیک در تعریف مشهور، معنای مطابقی، و در تعریف آخوند، معنای تضمینی است (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۴).

اشکال تملیک معدوم نیز با توجه به آنچه پیشتر در باب توسع عالم اعتبار گفتیم، قابل پاسخ است. در باب اصل عملی و دلیل لفظی نیز به نظر می‌رسد بین تعهد به معنای سببی و مسببی آمیختگی واقع شده است؛ زیرا بحث بر سر تعیین اثر عقد است که آیا تعهد، به معنای مسببی، است یا تملیک؟ و از اینکه حقیقت عقد، تعهد و التزام است که ناظر به معنای سببی تعهد است، و به این معناست که عقد از التزام تشکیل یافته، نمی‌توان به نفع دیدگاه عهدی بهره جست. همان گونه که اشاره شد همه عقود مرکب از دو التزام اند، و تفاوت آن‌ها به موضوع التزام یا ملتزم به آن‌ها است، که ممکن است تملیک یا امر دیگری همچون تعهد به معنای مسببی آن باشد چنان که در عقد کفالت چنین است.

یکی از اساسی‌ترین نقدهای وارد بر این دیدگاه ناظر به پیش فرضی است که این تحلیل بر آن استوار است. پیش فرض این تحلیل این است که اگر عقدی تملیکی نیست، لزوماً عهدی است. به رغم درستی این پیش فرض در نگاه نخست، از آن رو که اساساً مقتضای تقسیم عقود به تملیکی و عهدی التزام به چنین نتیجه‌ای است؛ اما حقیقت این است که نگاهی عمیق‌تر نشان از نادرستی چنین نتیجه‌ای دارد. چنان که می‌دانیم تقسیم عقد به تملیکی و عهدی، بر مبنای نتیجه‌ی حاصل از عقد است. اگر نتیجه‌ی مستقیم عقد، تملیک باشد، عقد تملیکی است؛ و اگر نتیجه‌ی مستقیم، حق دینی یا تعهد باشد، عقد عهدی است. در این میان وضعیت عقود که نتیجه آن‌ها نه تملیک که یکی دیگر از حقوق عینی اصلی یا تبعی همچون حق انتفاع و حق رهن است، روشن نیست. به عنوان مثال عقد وقف یا عقود اجباس (عمری، رقبی و سکنی) که موجب حق انتفاع اند، یا عقد رهن که موجب حق رهن است، عقد تملیکی نیستند زیرا به حسب فرض، محصول آن‌ها مالکیت نیست؛ عهدی نیز





نیستند زیرا نتیجه مستقیم آن‌ها تعهد و حق دینی نبوده، بلکه یکی دیگر از حقوق عینی جز مالکیت است. از یاد نبریم که بر خلاف حق عینی که رابطه و حق شخص بر یک مال است، تعهد یا حق دینی رابطه بین شخص و شخص است و به طور مستقیم رابطه بین شخص و مال وجود ندارد و از این رو از آن تعبیر به حق شخصی یا دینی می‌گردد.

به هر روی بر بنیاد آنچه گفته شد استناد به اقوال برخی از فقهاء مبنی بر اشکال در تملیک در اجاره، کافی برای انتساب قول به عهدی دانستن اجاره از نظر آنان نیست؛ چه ممکن است فقیهی به دلیل اشکالات مترتب بر تملیکی دانستن اجاره، عقد اجاره را نه موجد مالکیت که موجد حق انتفاع شمرده و تفاوت آن با اجاره را در معوض و مجانی بودن آن دو بداند. در این صورت در عین عدول از تعریف تملیکی در تبیین حقیقت اجاره، اثری از گرایش به عهدی شمردن اجاره نیز در بین نخواهد بود، و از قضا چنان که خواهیم دید بر خلاف نظریه مورد بحث، فقیهان مخالف دیدگاه مشهور همچون مرحوم صاحب عروه، اغلب اجاره را به حق انتفاع معوض ارجاع داده اند که هیچ نسبتی با عقد عهدی به مفهوم فرانسوی آن ندارد.

اشکال اساسی دیگر دیدگاه اخیر مرادف شمردن تسلیط در تعریف فقهی با تمکین و تسلیط در تعاریف فرانسوی است. صرف نظر از آنکه در تعریف صاحب عروه، سخن از «تسلیط» است نه «تعهد به تسلیط»، و بین این دو تفاوت اساسی وجود دارد؛ چه اینکه در اولی، تسلیط نتیجه مستقیم عقد، و در دومی موضوع تعهد ناشی از عقد است؛ اساساً تسلیط مورد نظر فقهاء تسلیط در عالم اعتبار است، ولی مراد از تسلیط در تعاریف فرانسوی، تسلیط خارجی و فیزیکی است. چنان که می‌دانیم در حقوق فرانسه و مصر و امثال آن، تعهد به حسب موضوع خود به سه قسم تقسیم می‌گردد (3: Malaurie, 2007): تعهد به انجام عمل^۱، تعهد به ترک عمل^۲ و تعهد به دادن مال^۳ یا به تعبیر دقیق تر تعهد به انتقال حق عینی. در تعهد به انجام عمل یا ترک آن، مراد از عمل، عمل فیزیکی است بر خلاف قسم سوم که موضوع تعهد، فعل اعتباری و انشایی، یا همان انتقال حق عینی است (Terré, 1996: 6). در حقوق فرانسه و مصر که اجاره را عقدی عهدی می‌شمارند، به تصریح خود

۱. faire

۲. no pas faire

۳. donner





تعهد حاصل از عقد، از قسم اول یعنی تعهد به انجام یک فعل فیزیکی یعنی مسلط کردن یا متمکن کردن مستأجر بر عین مستأجره در طول مدت در قبال دریافت عوض محسوب است (Huet, 2001: n.21160; Benabent, 2006: 245-247). بنابراین، اصطلاح برخوردار کردن^۱ در ماده (۱۷۰۹) ق.م. فرانسه یا «تمکن کردن مستأجر از انتفاع» در ماده (۵۵۸) ق.م. مصر، اشاره به یک فعل مادی و خارجی دارد. از این رو در حقوق فرانسه، تعهد به تملیک با تعهد به تسلیط نیز تفاوت جوهری دارند، زیرا در تعهد به تملیک موضوع تعهد، فعل انشایی است اما در تعهد به تسلیط، فعلی مادی. بر همین اساس نتیجه‌ی عمل به تعهد به تملیک، ایجاد مالکیت برای متعهدله است؛ ولی با انجام تعهد به تسلیط، هیچ حقی به متعهدله واگذار نمی‌شود و صرفاً وی از انجام یک عمل خارجی بهره‌مند می‌شود. در مجموع می‌توان گفت در تلقی فرانسوی وقتی عقد اجاره منعقد می‌شود، نتیجه این است که موجر متعهد می‌گردد از این پس و برای مدت معین، مستأجر را بر مال خود مسلط سازد، و تسلیط وظیفه‌ای است که بر دوش موجر قرار می‌گیرد و مادام که موجر مال را به مستأجر تسلیم نکرده و شرایط انتفاع از مال را برای وی فراهم ننموده، تسلیط محقق نشده و تعهد اجرا نشده است. بنابراین تسلیط به معنای تسلیط خارجی، به نفس عقد محقق نمی‌شود و معنا ندارد که محقق شود، بلکه در صورت عمل موجر به تعهد خود به تسلیط، محقق خواهد گردید.

اما آیا مراد از تسلیط در تعریف صاحب عروه نیز تسلیط فیزیکی و مادی و مرادف با چیزی است که فرانسویان و مصریان می‌گویند؟ آیا در تلقی فقهی نیز تسلیط، نتیجه عمل موجر به تعهد خود است و به نفس عقد محقق نمی‌گردد؟ نباید در دادن پاسخ منفی تردید کرد. بی‌گمان وقتی فقیه حقیقت اجاره را به جای تملیک به تسلیط تعریف می‌کند، نظر به عالم ماده و تسلیط خارجی ندارد بلکه در مقام تبیین ماهیت انشایی اجاره بوده و مراد وی از تسلیط، تسلیط اعتباری و انشایی است^۲ که نتیجه و منشأ عقد بوده و به محض تحقق عقد برای مستأجر حاصل می‌گردد. آری، موجر تکلیف به تسلیم عین مستأجره و تسلیط خارجی نیز دارد، اما اینها در مقام اجرای عقد و ناظر به مقام تسلیم بوده و در طول تسلیط

۱. faire jouir

۲. المراد من السلطنة الإنشائية التسيبيه بالعقد هي السلطنة الاعتبارية كالملكية الاعتبارية دون السلطنة الفعلية الخارجية (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۶).





اعتباری است،^۱ همچنان که تسلیم مبیع در بیع یا تسلیم عین موضوع حق انتفاع در عقود موجد حق انتفاع (حبس) نیز در طول تملیک یا انتقال حق انتفاع بوده و ربطی به ماهیت انشایی بیع و حبس ندارد. یعنی نخست با عقد اجاره، برای مستأجر سلطه بر عین مستأجره در عالم اعتبار، انشاء و ایجاد می‌گردد و سپس موجر از باب تسلیم و اجرای عقد، موظف می‌شود مالی را که سلطه‌ی اعتباری بر انتفاع از آن را به مستأجر واگذار کرده، خارجاً نیز به وی تسلیم نماید. برای تصدیق به آنچه گفته شد کافی است به تعاریف دیگری که فقهاء از مفهوم تسلیط در آن‌ها استفاده نموده‌اند نگاهی انداخته شود. در تمامی آن‌ها مراد از تسلیط، تسلیط در عالم اعتبار است و اساساً در نگاه فقهی، منشأ عقد نمی‌تواند فعل خارجی باشد، زیرا فعل خارجی را نمی‌توان انشاء نمود بلکه منشأ لزوماً یک امر اعتباری مانند تملیک یا تسلیط یا ایجاد حق یا زوجیت یا نیابت و امثال آن خواهد بود. به عنوان نمونه، تقریباً تمامی فقهای معاصر مانند آیات سید ابوالحسن اصفهانی، حکیم، خویی، گلپایگانی، خمینی، تبریزی، سبزواری، روحانی، صافی، وحید خراسانی و سیستانی، همگی عاریه را چنین تعریف نموده‌اند: «العاریه و هی التسلیط علی العین للانتفاع بها مجاناً؛ و صریح‌تر از همه عبارت مرحوم آیت الله بهجت است که در تعریف عاریه می‌نویسد: «العاریه، و هی التسلیط الانشائی علی العین للانتفاع بها علی وجه التبرع» (بهجت، ۱۴۲۳: ۵۶۱).

بنابراین در تحلیل فقهی به طور قطع با تحقق اجاره تسلیط نیز حاصل می‌گردد، هر چند مال هنوز به مستأجر تسلیم نشده یا حتی هیچ‌گاه تسلیم نشود. اما در تلقی فرانسوی، تسلیط تعهدی است که بر دوش موجر است و حقیقتی است که ممکن است پس از عقد محقق بشود یا نشود، و نه به نفس عقد بلکه به وفای موجر به عقد بستگی دارد. اکنون وجه آنچه در ابتدای این بخش گفته شد که در تعریف فقهی بر خلاف تعریف فرانسوی، سخن از «تسلیط» است و نه «تعهد به تسلیط» روشن‌تر می‌گردد. کوتاه سخن اینکه مقایسه و یکسان‌انگاری تسلیط در کلام فقهاء با تسلیط و تمکین در بیان فرانسوی مشربان، قیاس مع الفارق بلکه مع الفوارق است.

نکته مهم دیگری که از آن می‌توان تفاوت بنیادین نگاه فقهی و فرانسوی را در تحلیل حق مستأجر دریافت نمود، این است که بنا بر مبنای حقوق فرانسه و مصر و امثال آن‌ها، چون تعهد ناشی از اجاره از سنخ تعهد به فعل خارجی و نه تعهد به انتقال حق عینی است،





در نتیجه‌ی عقدِ اجاره هیچ گونه رابطه‌ی اعتباری و حقوقی بین مستأجر و عین مستأجره برقرار نمی‌گردد و تا انتهای مدت اجاره، حق مستأجر نه بر عین که بر ذمه موجر مستقر است و به تعبیر دیگر حق مستأجر طلبی است که بر ذمه موجر قرار گرفته است (Huet, 2001: n.21112). اما آیا مراد فقیهانی که به وصف تملیکی اجاره خُرده گرفته‌اند و اجاره را به تسلیط تعریف نموده‌اند، پذیرش چنین تحلیلی از اجاره است؟ با توجه به آنچه در باب اعتباری بودن تسلیط در کلام صاحب عروه گفته شد، پاسخ این پرسش کاملاً روشن است. اساساً وقتی حقیقت اجاره را به مسلط کردن مستأجر بر عین در عالم اعتبار تعریف می‌کنیم، روشن است که از نوعی رابطه بین مستأجر و مال سخن می‌گوییم که البته این رابطه از سنخ مالکیت نیست، اما به هر حال نتیجه‌ی عقد، تحقق رابطه و علقه‌ای اعتباری بین مستأجر و عین مستأجره است، که فرسنگ‌ها با مدل فرانسوی فاصله دارد. عبارت مرحوم آیت الله بروجردی به عنوان یکی از منتقدین تعریف مشهور در حاشیه عروه در این زمینه صراحت دارد: «أنها [ای الاجاره] بمعناها الاسمی اضافه خاصه يعتبرها العقلاء، فی العین المستأجره، بالنسبه الی المستأجر» (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۷).

اکنون نوبت به این پرسش رسیده که مراد فقهاء از تسلیط اعتباری که البته تملیک نیست چه نوع رابطه‌ی حقوقی با مال است. به نظر می‌رسد توجه و تأمل در تعاریفی که از عاریه نقل شد برای یافتن پاسخ این پرسش مفید است. دیدیم که اغلب فقهای معاصر حقیقت عاریه را تسلیط اعتباری بر عین به منظور انتفاع از آن دانسته بودند با این قید که این تسلیط معوض نبوده و مجانی و تبرعی است. حال وقتی اجاره را به تسلیط بر عین به منظور انتفاع در قبال عوض تعریف می‌کنند معلوم می‌شود از نظر آنان حقیقت اجاره با عاریه یکسان بوده و هر دو مفید حق انتفاع‌اند و تفاوت آن‌ها صرفاً در معوض و مجانی بودن آن‌ها است؛ همچنان که تفاوت بیع و هبه نیز در مجانی و معوض بودن آن‌ها است. تعبیر «تسلیط بر انتفاع» به عنوان ثمره‌ی عقودِ موجد حق انتفاع، یعنی عمری و رقبی و سکنی، نیز از تعبیر شایع در کتب فقها است (حلی، ۱۴۰۸: ۱۷۷)، و نشان می‌دهد که وقتی از تسلیط برای تبیین حقیقت عقد استفاده می‌شود مراد از آن حق انتفاع از عین متعلق به دیگری است. از آنجا که حق انتفاع خود از زمره حقوق عینی است، معلوم می‌شود که اجاره در تعریف مرحوم سید، با اجاره عهدی فرانسوی که در آن مستأجر هیچ حقی بر مال موضوع اجاره ندارد، هیچ مناسبتی ندارد.





نکته مبهمی که باقی می ماند این است که فقیهانی که اجاره را به حق انتفاع معوض تعریف می کنند و یا از مالکیت منفعت در تعریف اجاره سخن می گویند، هر دو در عمل به یک اندازه برای مستأجر حق و سلطه قائل اند، پس چگونه یک گروه می تواند این سلطه را سلطه ی تام تلقی کرده و از مالکیت مستأجر نسبت به منافع سخن گوید و گروه دیگر همین سلطه را ناقص قلمداد کرده و در قالب حق از آن یاد نماید؟ به نظر می رسد یکی از دلایلی که باعث این دوگانگی در تعبیر گردیده، ریشه در تفاوت این دو گروه در تحلیل مال موضوع عقد دارد. مشهور فقهاء با تحلیل عقلی، عین را از منفعت مجزا کرده و مالی را که در عرف یک مال بیشتر نیست، به دو مال و با دو مالکیت مستقل تحلیل می کنند. با تحلیل و تفکیک این دو مال از یکدیگر، سلطه ی مستأجر نسبت به منافع، سلطه ای کامل است و لذا از آن می توان تعبیر به مالکیت منفعت نمود، اما فقهی که تقسیم مال واحد به عین و منفعت را عرفی نمی داند (به نقل از: هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۹: ۱۹)، و معتقد است ما جز با یک مال روبرو نیستیم، طبعاً سلطه ی مستأجر بر این مال واحد را، که مشتمل بر عین و منفعت در تلقی مشهور است، کامل نمی داند زیرا مستأجر تنها می تواند از این عین منتفع شده یا این حق انتفاع را به دیگری واگذار کند اما مثلاً نمی تواند این مال را بفروشد یا از بین ببرد.

پس به طور خلاصه می توان گفت صرف نظر از اینکه اشکالات منتقدین تعریف مشهور بر حیثیت تملیکی اجاره وارد باشد یا نباشد، به هیچ روی از این انتقادات نمی توان گرایش این فقها را به عهدی شمردن اجاره نتیجه گرفت. تأمل در انتقادات و تعاریف پیشنهادی منتقدین نشان می دهد که مراد آنان از لزوم حذف حیثیت تملیک از اجاره، یا این است که تملیک در مفهوم اجاره اخذ نشده و تملیک ثمره ی عقد اجاره است و یا مراد این است که حقیقت اجاره، نه نقل ملکیت منافع، بلکه نقل حق انتفاع از عین در قبال عوض است و از این حقیقت با تعبیر تسلیط بر انتفاع از عین یاد شده است.

نتیجه گیری

چنان که تشریح شد، برخی از اساتید حقوق ایران به واسطه ی نفوذ اندیشه های حقوق فرانسه یا ملهم از برخی تعاریف فقهی، به تحلیل عهدی از عقد اجاره گرایش یافته اند. به نظر می رسد عدم عنایت به چند نکته سبب گرایش اندیشمندان یاد شده به تحلیل فرانسوی





از اجاره شده است: نخست اینکه مالکیت در حقوق ما بر خلاف حقوق فرانسه صرفاً در قالب یک حق عینی نمی گنجد و بر این اساس معروض مالکیت در حقوق ما به تبع فقه، هر گونه مال اعم از مال خارجی و مال بر ذمه می تواند باشد. آنچه مُصَحَّح اطلاق عنوان مالکیت در حقوق ما است، عمومیت و تام بودن سلطه‌ی شخص بر مال است، و خارجی یا اعتباری بودن مال تأثیری در این مسأله ندارد. دومین نکته‌ای که تفتن بدان اهمیت دارد این است که در تحلیل فرانسوی یا مصری، وقتی از عهدی بودن اجاره سخن گفته می‌شود، مراد این است که در عقد اجاره، حق مستأجر صرفاً بر ذمه‌ی موجر قرار گرفته و مستأجر طلبکار موجر است و هیچ‌گونه رابطه و علقه‌ای بین مستأجر و عین مستأجره برقرار نمی‌شود، و در این جهت فرقی بین اینکه موضوع اجاره عین معین یا کلی باشد نیست، و نیز تفاوتی بین قبل و بعد از تسلیم عین وجود ندارد. نکته‌ای که در این میان از چشم‌ها پنهان مانده، تفاوت میان بیع و اجاره از حیث تلقی عهدی است. در تلقی فرانسوی در بیع کلی، هر چند در ابتدا مالکیت ایجاد نشده و صرفاً تعهد به تملیک وجود دارد اما پس از تسلیم و انجام تعهد، مالکیت محقق می‌گردد؛ اما در اجاره، چه اجاره عین کلی و چه خارجی، نه در ابتدا و نه در هیچ مرحله‌ای، نه از مالکیت و نه از هیچ حق عینی دیگری خبری نیست. سرّ این تفاوت نیز در این است که موضوع تعهد در بیع کلی، تعهد به تملیک است، اما تعهد موضوع اجاره از قسم تعهد به فعل خارجی یا همان انجام عمل مادی مسلط ساختن مستأجر بر عین است. نکته دیگری که منشأ برخی تعبیر نادرست گردیده عدم توجه به این امر است که در حقوق ما بر خلاف حقوق فرانسه، مال واحد به دو مال یعنی عین و منفعت تحلیل می‌شود و از همین رو در حقوق فرانسه سخن از مالکیت «منفعت»، البته منفعت به معنای مورد نظر در حقوق ما یعنی قابلیت انتفاع از عین، سالبه به انتفای موضوع است. اما در حقوق ما که منفعت به عنوان مالی، مجزای از عین، به رسمیت شناخته شده، باید نوع حق مستأجر بر این مال تعیین گردد، هر چند به دلیل سلطه‌ی تام مستأجر بر این مال، این علاقه از سنخ مالکیت به حساب می‌آید، اما بر فرض آنکه این سلطه را در حدّ حق انتفاع نیز تنزل دهیم، به هر حال نتیجه عقد، ایجاد رابطه با مال است و در نتیجه در هر دو صورت، اجاره یک عقد عهدی به معنای فرانسوی آن نمی‌تواند باشد. وانگهی با توجه به اینکه عقود، تأسیس‌هایی عرفی هستند، به نظر می‌رسد نه تنها به لحاظ نظری تحلیل عقد اجاره و به‌طور خاص اجاره اعیان، در قالب یک عقد عهدی واجد اشکالات جدی است، بلکه





تلقی عرف نیز با تحلیل فرانسوی از اجاره اعیان که در آن مستأجر هیچ رابطه‌ای با مال ندارد و صرفاً طلبکار موجد است، سازگاری ندارد.

توجه به این نکته حائز اهمیت است که تلقی عهدی از اجاره در حقوق فرانسه نه به دلیل مترقی یا کارآمد بودن این تحلیل، بلکه ریشه در وابستگی این سیستم به سنت‌های حقوق رم دارد و از همین رو نه تنها از سوی خود حقوقدانان فرانسه این تحلیل مورد انتقاد قرار گرفته، بلکه در برخی قوانین جدید فرانسه نیز گرایش به تملیکی تلقی شدن اجاره به چشم می‌خورد (Huet, 2001: n.21112). بنا بر این به نظر می‌رسد روگردانی از مبنای فقهی قانون مدنی و اقبال به دیدگاه فرانسویان در تحلیل عقد اجاره، ارتقاء و پیشرفت نظام حقوقی ایران را به دنبال نداشته و برعکس نوعی واپس‌گرایی و عقبگرد محسوب می‌شود. در تأیید این مدعا می‌توان به تغییراتی که دکتر سنهوری حقوقدان نامدار مصری، در قانون مدنی عراق داده است اشاره نمود. دکتر سنهوری که ریاست کمیته تدوین قانون مدنی عراق را بر عهده داشته و در تبحر و تسلط وی بر حقوق اروپایی تردیدی نیست، پس از سال‌ها تجربه در قانونگذاری مصر و سایر کشورهای عربی، با افتخار اعلام می‌کند که در تدوین قانون مدنی عراق به جای تبعیت محض از فرانسه از فقه اسلامی نیز بهره‌مند شده است و آرزوی او تدوین قانون مدنی بر مبنای فقه اسلامی است. بر این اساس نه تنها قانون مدنی عراق بر خلاف اغلب قوانین مدنی کشورهای عربی در ماده (۷۲۲) خود اجاره را به «تملیک منفعت معلوم به عوض معلوم» تعریف می‌کند، بلکه با اعتقاد به اینکه بر خلاف حقوق فرانسه، عقد از ایجاد مستقیم مالکیت و سایر حقوق عینی عاجز نیست و مستقیماً و بدون وساطت تعهد می‌تواند مالکیت ایجاد نماید، از بیع و هبه نیز تعاریفی تملیکی و کاملاً فقهی به دست داده است (الشریف، ۱۳۹۲: ۶۷۴). دکتر سنهوری در مقدمه کتاب الوسیط خود در خصوص تجربه تدوین قانون مدنی عراق عبارات عبرت‌آموزی دارد: «قانون مدنی عراق بر ترکیب موفقی از فقه اسلامی و قانون مدنی جدید مصر استوار شده است و اکنون هنگام آن رسیده که حقوقدانان مصری با دوستان حقوقدان سوری و عراقی خود، دست به دست یکدیگر داده و تمام تلاش خود را برای ایجاد بنیانی قوی برای «قانون مدنی عربی» و احد بکار زنند، قانونی که قوام آن به «فقه اسلامی» و مبتنی بر آن است». (سنهوری، ۲۰۰۹: ۱۰).





منابع

۱. اصفهانی [کمپانی]، محمد حسین، ۱۴۱۸ق، حاشیه کتاب مکاسب، قم، انوار الهدی، چ ۱، ج ۱۸ و ۵ و ۲.
۲. _____، ۱۴۰۹ق، بحوث فی الفقه، قم، موسسه النشر الاسلامی، چ ۲.
۳. الشریف، محمد مهدی، ۱۳۹۰ش، کیفیت و آثار تسلیم منفعت، مجله حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، ش ۲.
۴. _____، ۱۳۹۲ش، منطق حقوق: پژوهشی در منطق حاکم بر تفسیر و استدلال حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۲.
۵. امامی، سید حسن، ۱۳۷۵ش، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چ ۶، ج ۲ و ۱.
۶. ایروانی، میرزا علی، ۱۴۰۶ق، حاشیه مکاسب، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج ۱.
۷. بروجردی عبده، محمد، ۱۳۸۰ش، حقوق مدنی، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.
۸. بهجت، محمد تقی، ۱۴۲۳ق، وسیله النجاه، قم، انتشارات شفق، چ ۲.
۹. ترحینی عاملی، سید محمد حسین، ۱۴۲۷ق، الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیة، قم، دار الفقه للطباع و النشر، چ ۴، ج ۴.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۵۷ش، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، نشر راستاد، چ ۱.
۱۱. _____، ۱۳۸۱ش، تئوری موازنه، تهران، انتشارات گنج دانش، چ ۱.
۱۲. _____، ۱۳۸۶ش (الف)، الفارق، تهران، انتشارات گنج دانش، چ ۱.
۱۳. _____، ۱۳۸۶ش (ب)، ضمان عقدی در حقوق مدنی ایران، تهران، انتشارات گنج دانش، چ ۱.
۱۴. _____، ۱۳۹۳ش، قوه قدسیه، تهران، انتشارات گنج دانش، چ ۱.
۱۵. _____، ۱۳۵۴ش، حقوق تعهدات، تهران، انتشارات مدرسه عالی امور قضائی و اداری، چ ۱.
۱۶. حلی [محقق]، نجم الدین جعفر بن حسن، ۱۴۰۸ق، شرائع الاسلام، موسسه اسماعیلیان، ج ۲.





۱۷. خمینی [امام]، سید روح الله، ۱۴۲۱ ق، کتاب البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۱، ج ۱.
۱۸. خویی، سید ابو القاسم، ۱۴۱۲ ق، مصباح الفقاهه، بیروت، دار الهادی، ج ۱، ج ۲ و ۳.
۱۹. سنهوری، عبد الرزاق، بی تا، مصادر الحق فی فقه الاسلامی، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۲۰. _____، ۲۰۰۹ م، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ج ۴، ج ۱.
۲۱. سیستانی، سید علی، بی تا، منهاج الصالحین، قم، انتشارت دفتر معظم له، ج ۲.
۲۲. شهیدی، مهدی، ۱۳۷۷ ش، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، نشر حقوقدان.
۲۳. _____، ۱۳۸۲ ش، حقوق مدنی ۶، تهران، مجتمع علمی فرهنگی مجلد.
۲۴. صفائی، سید حسین، ۱۳۸۲ ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان.
۲۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۰ ق، حاشیه المکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۱، ج ۵ و ۱.
۲۶. _____، ۱۴۱۹ ق، العروه الوثقی [المحشی]، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱، ج ۵.
۲۷. عدل [منصور السلطنه]، مصطفی، ۱۳۷۸ ش، حقوق مدنی، انتشارات طه.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۴ ش (الف)، عقود معین: عقود تملیکی - عقود معوض، تهران، شرکت انتشار، ج ۶.
۲۹. _____، ۱۳۷۴ ش (ب)، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر یلدا، ج ۱.
۳۰. _____، ۱۳۸۵ ش، حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران، میزان، ج ۱۱.
۳۱. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۸ ش، ماهیت حقوقی اجاره: تملیکی یا عهدی؟، مجله پژوهش حقوقی دانشگاه قم، ش ۲.
۳۲. مراغی، سید میر عبد الفتاح، ۱۴۱۷ ق، العناوین الفقهیه، قم، موسسه النشر الاسلامی، ج ۲.
۳۳. موسوی بجنوردی، سید حسن، ۱۴۱۹ ق، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، ج ۱، ج ۳.
۳۴. مومن قمی، شیخ محمد، ۱۴۱۵ ق، کلمات سدیدیه فی مسائل جدیدیه، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۳۵. میلانی، سید محمد هادی، ۱۴۲۹ ق، کتاب البیع، تقریر و شرح سید علی میلانی، قم، مرکز الحقائق الاسلامیه، ج ۱.



٣٦. نجفي، محمد حسن، بي تا، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج ٧، ج ٢٧.

٣٧. هاشمي شاهرودي، سيد محمود، ١٤٢٩ ق، كتاب الاجاره، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامي، ج ١، ج ١.

٣٨. همداني، آقارضا، ١٤١٦ ق، مصباح الفقيه، قم، موسسه الجعفرية لاحياء التراث، ج ١، ج ١٤.

39. Bénabent, Alain. (2006), Droit Civil, Les contrats Spéciaux Civil, Paris, Montchrestien, 7th Ed.
40. De La Morandiere, Julio, (1964), Précis De Droit civil, Paris, Dalloz, 3rd Ed.
41. Dutilleul, François Collart, (1998), Contrats Civil Et Commerciaux, Paris, Dalloz, 4th Ed.
42. Ghestin, Jacques & Goubeaux, Gilles, (1994), Traité de droit civil, Introduction Générale, Paris, L.G.D.J, 4th Ed.
43. Huet, Jérôme, (2001), Traite de Droit Civil, Les Principaux contrats Spéciaux, Paris, L.G.D.J, 2nd Ed.
44. Terre, François-Simler & Philippe-Lequette, Yves, (1996), Droit Civil, Les Obligation, Paris, Dalloz, 6th Ed.
45. Weill, Alex, (1970), Droit Civil, Les Biens, Paris, Dalloz, 2nd Ed.

