

# کانون وکلا

شماره ۷۶

خرداد - تیر ماه ۱۳۴۰

سال سیزدهم

دکتر حسینقلی کاتبی

وکیل دادگستری

## مغارسه

غرض از تحریر :

نظر باینکه در میان مردم رابطه حقوقی ومدنی مغارسه یادریختکاری چه بشکل عقد و قرارداد چه بشکل رابطه مالك و زارع و یا صاحب زمین و باغدار معمول و متداول میباشد.

نظر باینکه در قانون مدنی ایران باب یا مواد مخصوصی در این مورد وضع نشده است.

نظر باینکه در فقه اسلامی درباره صحت و بطلان عقد مغارسه عقاید مخالف و موافق ابراز شده است.

نظر باینکه عقد مغارسه شبیه و شقیق عقد مزارعه و در تعریف و شرایط و آثار و احکام نظیر و نازل منزله آنست.

نظر باینکه از نظر اجتماعی تشخیص رابطه مالك و زارع از جنبه غرس و تربیت اشجار و تعیین احکام و آثار آن ضروری است.

نظر باینکه ماده ۱۰ قانون مدنی که قرارداد های خصوصی را معتبر و نافذ شمرده ناظر به مواردی است که اولاً رابطه حقوقی و مدنی ناشی از قرارداد باشد وثانیاً قرارداد دارای عنوان خاص قانونی نباشد.

نظر باینکه تابع شمردن قرارداد درختکاری به ماده ۱۰ قانون مدنی و عدم رعایت شرایط و احکام خاصه عقد مغارسه در عمل تولید اشکال و اختلاف مینماید.

نظر باینکه بهره دایره عقود از لحاظ وصف و عنوان توسعه یابد روابط مدنی موجود بین مردم تحت نظم و نسق قانونی در آید به تکمیل اجتماعی و تأمین قضائی کمک خواهد شد.

نظر باینکه عدم ذکر عقد مغارسه در قانون مدنی آنرا از شمول عقود موصوفه خارج نمیسازد.

نظر باینکه رعایت عرف عامه و تصحیح آن در جهت مصالح عمومی و تطبیق آن با اصول موازین فقهی و قانونی موجب جلب اعتماد مردم به قانون و قضاء و سبب توسعه و تکامل حقوق است.

بنا بر مراتب.

به بحث در «عقد مغارسه» یا «قرارداد درختکاری» و «رابطه مالک زمین و باغدار و یا باصطلاح فقهی رابطه مغارس و عامل» میپردازیم.

### عقود موصوف و غیر موصوف :

عقود از نظر ذکر یا عدم ذکر در قانون مدنی بر دو قسمند : عقود موصوف و عقود غیر موصوف.

البته منظور از وصف، وصف قانون و قضائی است که عقود دسته اول را عقود بانام<sup>۱</sup> یا خاصه یا توقیضیه و عقود دسته دوم را عقود بی نام<sup>۲</sup> یا غیر موسوم یا غیر معین هم مینامند.

عقود موصوف یا قراردادهای معین عبارت از عقودی است که در قانون مدنی ذیل باب مخصوصی نوع آن عقود با تعریف خاص قانونی و آثار و احکام مربوطه ذکر و شمرده شده مانند عقد بیع و اجاره و کفالت و ضمان و غیره. عقود غیر موصوف برعکس آنهایی است که در قانون ذکر از آنها بعمل نیامده ولی در بین مردم معمول و متداول است.

تکلیف گروه اول از حیث قضا و حکومت قانونی و طرح دعوی و شرح و توصیف حقوقی و تنظیم سند و بالجمله تعیین تکلیف موضوع در روابط و مناسبات بدنی افراد معین و روشن میباشد و قاضی و وکیل دعاوی و شارح و مفسر و محرر و سردفتر در حدود تعاریف اختصاصی و نتایج و آثار و احکام با مراجعه به مواد قانونی مربوط بهر یک میتوانند حکم و فصل خصومت و طرح موضوع و دفاع و شرح و تحریر لازم را انجام دهند.

اما تکلیف گروه دوم از جهات مذکور محتاج به استفاده از اصول و موازین قانونی و قضائی و تطبیق ملاک و تنقیح مناط و بالاخره استنباط از روح قانون و اصول و موازین فقهی و عرف و رویه قضائی میباشد.

### ماده ۱۰ قانون مدنی :

مقنن ایران برای اینکه تکلیف عقود نوع دوم معلوم گردد آنها را به عنوان «قراردادهای خصوصی» معرفی و در مقدمه قانون مدنی با وضع ماده ۱۰ صحت و اعتبار آنها را چنین بیان داشته :

1 - 2 - On divise les contrats: en contrats nommés ou innommés, suivants qu'ils sont ou non prévus par la loi sous ime dénomination propre petit dictionnaire de droit par Roger Réau-Jean Rondepierre 1951 Paris librairie DALLOZ

« قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده‌اند در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. »

باتوجه به تکامل اجتماعی و پیشرفتهای اقتصادی و ازدیاد روابط مدنی و مناسبات مالی بین افراد و توسعه دایره معاملات تصویب این ماده ضروری بوده و بشرحی که بیان کرده قراردادهای « منعقد » را از لحاظ صحت و اعتبار تابع قانون و از لحاظ شرایط و آثار تابع اراده متعاقدين یا طرفین قرارداد دانسته است.

ازین ماده استنباط میشود که قانونگذار به اصل « سلطه اراده ۱ » و « آزادی قرارداد ۲ » که از امهات اصول حقوقی است تکیه کرده اما این اراده و آزادی را در صورتی معتبر و نافذ شمرده است که « مخالف صریح قانون نباشد ».

### قوانین آمره و تفسیری :

با توجه باین دو اصل که از لا بلای کلمات و عبارت ماده ۱۰ قانون مدنی استخراج میشود :

اولاً - اراده متعاهدین معتبر است زیرا خود آنرا خواسته‌اند و دستگاه قضائی و اجتماع هم باید آنرا معتبر شمارند برای آنکه در نتیجه توافق اراده‌های افراد بوجود آمده اند.

ثانیاً - قرارداد آزادانه منعقد میشود و احترام آزادی ضروری است بشرطی که برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد<sup>۳</sup>.

برای توجیه مطلب و توضیح بیشتر گوئیم : حقوقدانان معتقدند که هدف از وضع قوانین احترام حقوق و رعایت تعهدات افراد است.

یعنی این اراده و آزادی افراد است که قانون و جامعه را بوجود می‌آورد و این حقوق و تعهدات افراد است که بشکل کلی و عام در قالب مواد ریخته میشود.

قوانین و مقررات مثل و مکمل اراده و آزادی افراد در روابط و مناسبات مدنی است.

1 - Autonomie de la volonté 1 - en un sens restreint, on designe par autonomie de la volonté le pouvoir reconnu à la volonté de créer un rapport d'obligation par la conclusion d'un contrat, c'est là, l'explication philosophique de la soumission du débiteur au créancier par l'effet du contrat: le débiteur est obligé parce qu'il l'a voulu. en un sens large, elle designe la théorie philosophique d'après laquelle toute l'organisation juridique et la société elle-même reposent sur la volonté, expresse ou tacite, de l'ensemble ou, tout au moins, de la majorité des membres du groupe social. (Petit dictionnaire de Droit)

2 - Principe de la liberté contractuelle - les conventions peuvent être librement établies dès lors qu'elles ne portent pas atteintes à l'ordre public et aux bonnes moeurs (P. D. de D.)

3 - Art 6 - on ne peut déroger par des conventions particulières l'ordre public et les bonnes moeurs. (code civil)

قواعد و نظامات به موازات و در طول اراده و آزادی قرار دارد نه در جهت مخالف آن دو.

و اگر قوانین و مقرراتی وجود دارد که اراده و آزادی افراد را محدود و مقید میسازد و افراد را و امیدارد که از حدود معینه تجاوز و تخطی نمایند آنها نتیجه اراده قبلی و محدود ساختن آزادی است از طرف خود افراد که از بقیه آن حداکثر استنباده را بعمل آورند.

بنابراین یک دسته از قوانین وجود دارند که آنها را اصطلاحاً **قوانین آمره** یا **امری** مینامند که « قرارداد های تنظیمی نباید بر خلاف آن باشند و الا محکوم به بطلان هستند ».

دسته دیگر **قوانین تعویضی یا تفسیری** هستند که « جانشین اراده متعاقبین بوده و اراده های طرفین را تفسیر میکنند »

قوانین امری قواعدی است مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه که افراد باید مطابق آن عمل نمایند و نمیتوانند اراده خود را جانشین آن سازند.

مثلاً شرایط اصلی صحت معامله جزء قواعد امری است بنابراین اگر کسی اراده خود را حاکم بر آن کرده و قراردادی به بندد که در آن شرایط اساسی صحت معاملات رعایت نشده باشد آن اراده مردود و آن قرارداد محکوم به بطلان است.

مثل قراردادی که بر اثر کره و اجبار و یا در نتیجه تدلیس و یا از طرف محجور و متوقف منعقد شود و یا قراردادی که مشروعیت موضوع معامله در آن رعایت نشده باشد و یا قراردادی که مرجع شکایت را تغییر دهد و یا باتعین شرایطی عمل مشروعی را جرم یا جرمی را عمل مشروع سازد.

اما قوانین تفسیری قوانینی است که :

اولاً - در مقام عدم ذکر شرایط خاصی در قرارداد مغسر و مبین اراده طرفین و ثانیاً قابل تعویض بوسیله قرارداد است.

مثل اینکه شخص در حال حیات میتواند اسلاک خود را بهر طریقی که میل دارد بین وراثت آینده خود بصورت عقد معوض یا غیر معوض تقسیم کند ولی در ضمن وصیت نمیتواند زاید بر ثلث تملیک کند و اگر بدون وصیت فوت کند ترکه طبق قانون ارث تقسیم خواهد شد.

یا اگر عقد بیع بدون رضایت بائع یا مشتری منعقد گردد آن عقد باطل است ولی اگر مشتری برخلاف ماده ۳۸۱ قانون مدنی مخارج تسلیم بیع را که بر عهده بائع است خود مستقبل گردد این اختیار و اراده نافذ و محترم است.

1 - 2 - lois impératives et facultatives - on distingue: les lois imperatives également appelées d'ordre public qui établissent un statut légal auquel il est défendu de déroger par des conventions particulières. La sanction est la nullité de l'acte contraire à la loi sans préjudice de sanctions pénales s'il y a lieu; les lois facultatives ou interperatives qui sont applicables en l'absence de volonté contraire des Parties. ( petit dictionnaire de Droit - ).

بنابر این چنانکه دیده میشود قوانین تفسیری با اراده افراد عوض میشوند و در صورت سکوت طرفین قرارداد، نتایج حاصله از آن را یقین و ابهام قرارداد را برطرف میسازند.

### اصول صحت قراردادها :

۱. بانوجه بمراتب بالا قراردادهائی که جزء عقود معینه نیستند و مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد میشوند در صورتی صحیح هستند که دارای شرایط چهارگانه زیر باشند :

۱ - شرایط اساسی صحت معامله که طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی عبارتست از قصد طرفین و رضای آنها ، اهلیت طرفین ، موضوع معین که مورد معامله باشد و مشروعیت جهت معامله .

۲ - عدم مخالفت با قوانین که بمنظور حفظ نظام اجتماعی وضع گردیده و لازم - الاتباع است .

۳ - عدم مخالفت با اخلاق حسنه بقسمی که باسنن قومی و مراسم و آداب ملی و مذهبی مخالف نبوده و موجب جریحه دار شدن احساسات متوسط جامعه و افکار عمومی نباشد .

۴ - عدم مخالفت با نظم عمومی که موجب برهم زدن انتظامات عمومی و تشنجیات و هیجانات اجتماعی نگردد .

پس اگر قراردادی تنظیم شود که ناقض یکی از شرایط چهارگانه باشد مطابق نقل و روح ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر نیست .

در نتیجه دیده میشود که ماده ۱۰ قانون مدنی از یک طرف انعقاد عقود و قراردادهائی را که در قانون مدنی ذکر نشده تجویز کرده و از طرف دیگر آنها را در چارچوبه قانون محصور ساخته است .

### توسعه و تضییق ماده ۱۰ قانون مدنی :

راجع بتوسعه دایره و تضییق حدود ماده ۱۰ قانون مدنی دونوع عقیده ظهور کرده است :

عدهای معتقدند که باید نهایت جهد و دقت بعمل آید تا معاملات واقع بین افراد بایکی از صیغه های قانونی و عقود مندرج در قانون مدنی منطبق گردد و این جهد و دقت باتکیه به نصوص و عمومات و اصل « **العقود تابعة للقصد** » و وحدت ملاک و تنقیح مناط و تفسیر قانون و اصول حقوق تطبیقی و استنباط عقلی و منطقی بعمل آید .

و استفاده به منطوق ماده ۱۰ به حداقل امکان تقلیل داده شود تا خطائی در حکم و دفاع و شرح و تنظیم سند روی ندهد .

ولی عده دیگر قایل به توسعه بوده و ماده ۱۰ قانون مدنی را به همه موارد و احياناً مواضع و صیغ مشخص و معین قانونی که حکم خاص دارد تسری میدهند و معتقدند که عقود موصوف در قانون مدنی حتی اگر تسامح بکار رود و جواب احتیاجات مردم را در معاملات و تعهدات و روابط اجتماعی و اقتصادی نمیدهد .

و شأن نزول این ماده رفع اشکال و رعایت اراده افراد و آزادی عقد بیمان و رهاساختن مناسبات مدنی از تنگنای عقود مندرج در قانون است .

درین این دو عقیده میتوان راه حل مناسب و مساعدی پیدا کرد که هم شکل و ترکیب عقود موصوف بهم نخورد و هم از ماده ۱۰ قانون مدنی حداکثر استفاده بعمل آید. و بارعایت این طریقه :

اولاً - حکم راجع به معامله و قرارداد متنازع فیه از طریق استناد به نص روشن و دقیق و رافع مخاصمات خواهد بود و رعایت ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی که دادگاههای دادگستری را مکلف به رسیدگی و صدور حکم « موافق قوانین » نموده بنحو اتم و اکمل بعمل خواهد آمد و دستور ماده ۵ قانون مزبور که « حکم بطور عموم و قاعده کلی » را منع کرده اجرا خواهد شد.

ثانیاً - از راه اجتهاد و افتاء و استناد به اصول و تنقیح مناط و رویه قضائی حکم معاملات و قراردادها بایکی از عقود تطبیق خواهد شد.

ثالثاً - در مواردی که هیچنوع راهی برای تطبیق موارد با قواعد مندرج در عقود قانون مدنی پیدا نشود بماده ۱۰ استناد خواهد شد.

اگر این طریقه رعایت شود و صاحب نظران و حکم دهندگان و مرافعه کنندگان و سردفتران نحوه اقدام خود را متکی به اصول سازند هم فتح بابی برای توسعه دایره عمل عقود موصوف خواهد شد و هم سد باب مخاصمات و اختلافات خواهد گردید.

### ورود به موضوع اصلی :

پس از این مقدمه لازم اینک موضوع مغارسه را که یکی از عقود و روابط متداول بین عامه است ذکر و تکلیف آنرا بقدر وسع نشان خواهیم داد.

توسعه امور کشاورزی و اهمیتی که به مسئله فلاحت داده میشود و روابط و مناسباتی که در امور زراعی بین افراد ایجاد میگردد ایجاب کرده که علاوه بر رابطه مالک و زارع که درکشور ما از قدیم وجود داشته قراردادهای خاصی بین مردم در این باب تنظیم گردد.

شایعترین این نوع قراردادها قرارداد درختکاری است که بموجب آن یک نفر زمین ملکی خود را در اختیار دیگری قرار میدهد و شرط میکند که در زمین مزبور درخت بکارد و حاصل را به نسبت معینی با وی قسمت نماید.

این نوع قراردادها گاهی راجع به درختان باردار است و گاهی راجع به درختان بی بار، در قسم اول منظور از حاصل میوه درخت و برگ و گل و سایر محصولات درخت است که باید به نسبت مشخصی تقسیم شود و در قسم اخیر منظور طرفین اینست که عامل درختانی مثلاً از نوع تبریزی یا درختان صنعتی بکارد و پس از آنکه درختان مزبور بعد رشد رسیدند آنها را ببرند و بین خود تقسیم نمایند.

در قانون مدنی باب مخصوصی برای این نوع عقد وجود ندارد و جزء « عقود



## مغارسه

معینه مختلفه<sup>۱</sup> « ذکر نگردیده ولی بعضی از فقها و حقوقدانان آنرا میشناسند و بمناسبت اینکه موضوع آن درختکاری یا غرس اشجار است آنرا «مغارسه» مینامند.

### عقد مغارسه یا درختکاری :

عقد مغارسه عبارت از عقدی است که بموجب آن صاحب زمین یعنی مغارس باطرف دیگر یعنی عامل توافق میکند که زمین خود را برای مدت معینی در اختیار وی بگذارد که در آن درخت بکارد و حاصل را بنسبت معینی بین خود تقسیم نمایند. این نسبت ممکن است یک سوم یا یک چهارم یا مقدار دیگری باشد.

باتوجه به تعریف عقد مسلم است که پس از ایجاب و قبول و توافق و حصول نتیجه محصول آن بطور مشاع بین صاحب زمین و طرف قرارداد مشترك است و این اشاعه و اجتماع حقوق مغارس و عامل در اشجار مغروسه و حاصل آن تا انقضاء مدت و یا فسخ عقد باقی است.

ممکن است استدلال شود که این عقد مزارعه و یا نوعی از آنست و زراعت شامل انواع کشت و زرع است اعم از درخت و نبات و غیره و نیازی به عنوان جدید «مغارسه» نیست. این استدلال وقتی صحیح بود که تعریف عقد مزارعه شامل درختکاری هم بود و حال آنکه باتوجه به مواد ۱۸۵ تا ۴۴۲ قانون مدنی و التفات به ماده ۳۳ آن قانون دیده میشود که منظور مقنن از وضع مواد مربوط به مزارعه « زراعت بمعنی کشت غلات و آنچه از بذر حاصل میشود » بوده و ربطی به « غرس اشجار » ندارد. معتقدین باینکه باب مزارعه شامل غرس اشجار یا درختکاری هم هست و احتیاجی به عنوان دیگر نیست چنین استدلال میکنند که :

اولاً - از نظر فن کشاورزی زراعت عمل آوردن زمین است برای پروراندن نباتات و بدست آوردن محصول با استفاده از مواد و عناصر طبیعی و یکی از اقسام زراعت هم باغبانی و کشت و تربیت درختان بار دار یا بی بار است ، بنا براین در عرف فلاحت درختکاری هم داخل در کلمه زراعت است. علوم انسانی

ثانیاً - موضوع زراعت نبات است چنانکه موضوع طلب انسان است و نباتات و جمادات و حیوانات شامل همه موجودات بوده و درخت جزء نباتات است نه جزء جمادات و حیوانات. بنابراین زراعت یا تهیه و تربیت نباتات شامل کشت بوته ها و نهال ها و درختهای کوچک و بزرگ و میوه دار و بی میوه هم میباشد.

ثالثاً - ماده ۱۸۵ قانون مدنی در تعریف مزارعه کلمه زراعت بکار برده و معنی برای شمول آن به کشت درخت نیست ، یعنی موضوع بطور عام ذکر شده و تقیید و تخصیص وجود ندارد. لذا مواد مربوطه به مزارعه با توجه به نظر مقنن شامل زراعت بطور عام است که درختکاری هم جزء آنست.

۱ - باب سوم از قانون مدنی که شامل عقود زیر است : بیع - بیع شرط - اجاره - مزارعه - مساقات - مضاربه - صیاله - شرکت - ودیعه - عاریه - قرض - قمار و گروپندی - وکالت - ضمان - حواله - کفالت - صلح - رهن - هبه .

این استدلال قانع کننده نیست زیرا:

اولاً - درست است که زراعت از نظر فنی عمل آوردن زمین است و تعریف مربوط به خود زمین است نه موضوع زرع و جنس مزروع ، اما آنچه مسلم است در عرف عامه و اصطلاح خاصه زراعت به کشت غلات و حبوبات و یونجه و علوفه و انواع صیفی اطلاق میشود و زراعت درخت مصطلح و معمول نیست.

ثانیاً - زراعت<sup>۱</sup> از نظر فن کشاورزی به عمومی و خصوصی تقسیم میگردد که **زراعت عمومی** عبارت از تربیت زمین و پروراندن خاک بوسیله شخم و آیش و تخم پاشی و کود دادن و آبیاری و دفع آفات و درو و زراعت خصوصی شامل کشت و زرع نباتات مختلف است که از پنج دسته مغذی ، صیفی ، علوفه ای ، طبی ، مکیف خارج نیست<sup>۲</sup> و کاشتن درخت و نشانیدن نهال نه جزء زراعت عمومی است و نه جزء زراعت خصوصی بلکه جزء باغبانی و درختکاری است که رشته‌ای از فن کشاورزی (فلاحت) میباشد.

ثالثاً - کلمه مزارع که جمع مزرعه و اسم مکان زراعت است عادتاً در مورد زراعت صحرائی یعنی غلات و حبوبات و نباتات صیفی و علوفه و گیاههای طبی و صنعتی استعمال میشود و مثلاً مزرعه درخت مصطلح نیست بلکه باغ درخت معمول است که شامل باغ میوه و باغ مرکبات و نخلستان و تاکستان و قلمه زار و غیره میباشد.

رابعاً - نظر مقنن از مواد مزارعه تعریف زراعت و احکام آن و کشت انواع نباتاتی است که عادتاً در یکسال بعمل میآید و باین ترتیب نباتاتی مثل چائی و یونجه و نظائر آنها که معمولاً بوته آنها چندین سال در زمین میماند و حاصل میدهد و چندین چین میتوان کرد از شمول دائره مزارعه خارج و وارد درمغارسه میباشد و بهمین جهت است که :

۱ - برای « درخت و امثال آن » که منظور بوته‌ها و نهال‌ها و نظائر آنهاست باب جداگانه‌ای به عنوان « مساقات » باز کرده و اگر درخت را جزء مزارعه میدانست برای تربیت و ببار آوردن و آبیاری آن نیازی بوضع باب دیگر نداشت.

۲ - در مواد ۵۲۱ و ۵۳۳ و ۵۳۸ قانون مدنی که ذکری از عوامل زراعت به میان آورده فقط به « بذر » یعنی تخم اشاره کرده و از « نهال و ریشه » صحبتی ننموده است. باین ترتیب دیده میشود که مزارعه را به کشت بذر انحصار داده و به غرس اشجار و قلمه زدن توجهی نداشته است.

۳ - مقنن « حبه » را از « اصله » که اولی در زراعت و دومی در کشت درخت استعمال میشود تفکیک کرده است زیرا در ماده ۳۳ قانون مدنی میگوید :

۱ - آبیاری ، زه کشی ، عمل آوردن زمین ، کوت کشی ، کشت بذر ، پرستاری نبات ، درو اساس زراعت را تشکیل میدهد ( فرهنگ روستائی دکتر تقی بهرامی ) .

۲ - بعضی‌ها زراعت خصوصی و باغبانی را یکی و آنرا شامل زراعت در صحرا و زراعت در حصار میدانند .



« نما و محصولی که از زمین حاصل میشود مال مالک زمین است چه خود بخود روئیده باشد یا بواسطه عملیات مالک. مگر اینکه نسا یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد که در اینصورت درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود اگر چه بدون رضای صاحب زمین کاشته شود. <sup>۱</sup> »

صراحت ماده ۳۳ مربوط به « نمائات » و « محصولات » است که اولی را ثمره اصله یعنی درخت و دومی را ثمره حبه یعنی بذر دانسته و در باب مزارعه هم از بذر و محصول صحبت کرده و از اصله و نماء مطلبی بمیان نیاورده است.

خامساً - در بعضی از کتابهای فقهی مزارعه و احکام آن را جدا از مغارسه ذکر کرده اند.

سادساً - در کتاب « النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی » که اصل آن بعربی و تألیف شیخ طوسی <sup>۲</sup> است و بعدها به فارسی فصیح و روانی ترجمه شده در برابر غرس و زراعت در برابر درخت نشانیدن استعمال شده که اینک برای ضبط سند عین مطلب از صفحه ۲۹۸ جلد دوم چاپ دانشگاه تهران <sup>۳</sup> نقل میشود.

« ... و اگر کسی سرالی به کراها گیرد تا در وی نشیند و در آن سرای بستانی باشد و در آن بستان چیزی بکارد یا درختی باز نهد اگر آنچه کرده باشد بدستور خداوند سرا کرده باشد و پس خواهد که از آن سرا بیاید بر خداوند سرا بسود که قیمت آنچه مستأجر کرده باشد از زراعت یا درخت نشانیدن بکند و قیمت آن زرع یا غرس با وی دهد پس اگر بی دستوری خداوند بود خداوند سرای را که آنچه وی کرده باشد از زرع و درخت بکند و بدو باز دهد. »

سابقاً - فقها در بحث « بیع ثمار » احکام معامله راجع بمیوه درخت را با اصطلاحات خاصه خود از احکام معامله راجع بمحصول زراعت بالفاظ مخصوص جدا از هم نوشته اند.

چنانکه در بیع میوه درخت ظهور ثمره و بدو صلاح و در بیع محصول زراعت حالات قائم و حصید و قصیل و در سبزیها لقطه و جز و خرط ذکر کرده اند که استعمال هریک بجای دیگری صحیح نمیشد.

همچنین در مورد معامله مزرعه گندم بمقداری از محصول آن کلمه محاقله

۱ - و این قسمت اخیر ماده در حقیقت همان حکم « الزرع للزارع ولو کان غاصباً » را بیان میکند ( حقوق مدنی منصور السلطنه چاپ ۱۳۰۸ ص ۱۰۰ ).

۲ - شیخ الطائفه محمد بن الحسن الطوسی .

۳ - باتصحیح و مقدمه و شرح حال مؤلف بقلم آقای سید محمد باقر سبزواری چاپ ۱۳۲۳.

و در مورد معامله خرما به مقداری از محصول نخل لفظ مزاینه<sup>۱</sup> بکار برده‌اند و این نکات لفظی و ادبی خود قرینه‌ای برای جدا بودن مزارعه از مغارسه میباشد<sup>۲</sup>.

ثامناً - در اخبار و احادیث زرع قسیم غرس و در برابر آن آمده است چنانکه این دو حدیث در کفای<sup>۳</sup> نقل شده :

الف - محمد بن یحیی عن احمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن خالد عن سیابة عن ابی عبدالله علیه السلام قال قال له جعلت فداک اسمع قوماً یقولون ان الزراعة مکروهة فقال له .

« از رغوا و اغرسوا فلا والله ما عمل الناس عملاً احل و اطیب منه والله لیزر عن الرزق و لیغرسن النخل بعد خروج الدجال » .

ب - محمد بن یحیی رفعه عن احدهما علیه السلام

« قال تقول اذا غرست اوزرعت » و مثل کلمة طيبة کشجرة طيبة اصلها ثابت و فرعها فی السماء تؤتی اکلها کل حین باذن ربها » .

همچنین در « مرصاد العباد من المبدأ الی المعاد » ضمن فصل مربوط به « سلوک روسا و دهاقین و مزارعان » این حدیث ضبط گردیده :

« قال من یزرع زرعاً او یغرس غرساً وما اکل منه الطیور و الدواب الا یکتب فی دیوان حسناته »<sup>۴</sup> .

تاسماً - هیچیک از شارحین قانون مدنی ایران مزارعه را شامل درخت و درختکاری ندانسته‌اند و با مراجعه به تفسیرهای مختلف معلوم میشود که عموماً مزارعه را مخصوص کشت بذر دانسته و آنرا به نشانیدن نهال تسری نداده‌اند.

عاشراً - از مفسرین معاصر قانون مدنی فقط استاد عبده اشاره به مغارسه در ذیل باب مزارعه کرده و آنرا قسمی از مزارعه دانسته که اینک عین آن نقل میشود<sup>۵</sup> :

« در قسم دیگری راجع به غرس اشجار - ممکن است قسم دیگری راجع بغرس اشجار اتفاق افتد و آن عبارتست از اینکه صاحب زمینی زمین خود را به اختیار دیگری بگذارد که در آن زمین غرس اشجار کرده و در محصول آن با همدیگر به نسبت معینی

۱ - روا نبود فروختن خرما بر سر درختان به خرما نه بکیل و نه بگزاف و این آن مزاینه است که پیغمبر صلی الله علیه و آله از آن نهی کرده است و همچنین روا نبود فروختن کشت به گندم از آن زمین نه بکیل و نه بگزاف و این محاقله است (ترجمه النهایه ص ۲۸۲ جلد دوم) .

۲ - رجوع شود به تبصره علامه حلی و شرایع محقق و سایر کتب فقهی .

۳ - الفروع من الکافی تألیف ثقة الاسلام ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق الکلبینی الرازی

المتوفی سنه ۳۲۸ هـ . الجزء الخامس فضل الزراعة طبع طهران ۱۳۷۸ هـ .

۴ - تألیف شیخ نجم الدین رازی ص ۲۹۴ .

۵ - حقوق مدنی تألیف محمد بروجرودی عبده چاپ طهران مهرماه ۱۳۲۹ ص ۳۰۰ .

## مغارسه

شریک باشند. این قسم از معامله را مغارسه گویند و فقهاء اسلام باستثنای عدهٔ خیلی از عامه آنرا باطل میدانند<sup>۱</sup> و شاید بهمین جهت باشد که قانون مدنی تعرضی به ذکر آن ننموده. بهرحال اگر صحت معاملات را عموماً تابع وجود نص قانونی بدانیم چون در قانون مدنی ذکری ازین معامله نشده نمیتوان آنرا صحیح دانست و اگر قائل شویم باینکه در صحت هر معامله همین قدر کافی است که واحد شرایط اساسی بوده و قانون آنرا منع نکرده باشد ولو اینکه باهیچیک از عناوین معاملات مذکوره در قانون مدنی تطبیق نشود در اینصورت ممکن است این معامله را صحیح و منشاء ترتیب اثر قرارداد و بهرحال ممکن است نتیجه‌ای که ازین معامله مطلوب است آنرا بوسیلهٔ معاملهٔ دیگری از قبیل صلح و انتقال آن بدست آورد.

احد عشر - مفسره «المجله»<sup>۲</sup> آل کاشف الغطاء<sup>۳</sup> مغارسه را عقد مستقلی دانسته و بعد از آنکه اعلام داشته در قانون مدنی ذکر آن نیامده در ذیل باب مزارعه تعریف و حکم آنرا بیان کرده است که اینک ملخص آنرا در اینجا میآوریم<sup>۴</sup>:

«عقد المغارسه - لم تتعرض له المجله وهي شقیة المزارعه کلاهما معامله علی العمل فی الارض ولكن تلك علی زرعها و هذه غرسها نخیلاً و اشجاراً.... وهي عبارة عن عقد بین صاحب ارض و آخر علی ان یغرسها الی مدة معینه و یكون له حصه فی ملك الغروس مشاعه ربعاً او ثلثاً و نحوها...» بطوریکه ازین بیان برمیآید: اولاً مجله که قانون مدنی عثمانی سابق و ترکیه کنونی<sup>۵</sup> است مثل قانون مدنی ایران مغارسه را بعنوان یکی از عقود موصوف ذکر کرده است.

ثانیاً - مفسر آنرا قبول و نوعی از مزارعه دانسته است.

ثالثاً - هر دو را بیک نحو تعریف کرده است.

رابعاً - زرع را در برابر غرس و تقسیم آن قرار داده.

خامساً - عقد مغارسه را صحیح و آنرا قرارداد درختکاری دانسته است.

## استنتاج :

بنا بدلائل مذکور می بینیم که عقد مغارسه عقدی است مستقل و موضوع آن توافق بین صاحب زمین و عامل بمنظور کاشتن درخت و نشاندن نهال و تربیت اشجار

۱ - احمد بن حنبل از عامه مغارسه را صحیح میدانند و رجوع شود به الفقه علی مذاهب الاربعه

ذیل مبحث مساقات جزء سوم صفحه ۴۱.)

۲ - قانون مدنی دولت عثمانی .

۳ - امام المسلمین آیه الله محمد الحسین .

۴ - بحریر المجله شرح قانون مدنی عثمانی جزء ثالث طبع ۱۳۶۱ هـ . ص ۲۹۸ .

۵ - قانون مدنی کنونی ترکیه که از چهارم اکتبر ۱۹۲۶ بموقع اجراء گذاشته شده ترجمه

قانون مدنی سویس است .

و به ثمر رساندن آنهاست باتعیین حصهٔ مشاع معین برای هر یک از مغارس و عامل. و حال آنکه مزارعه عقدی است مربوط به زراعت و موضوع آن موافقت بین مزارع و عامل است برای شخم زمین و کشت بذر و آبیاری و تهیهٔ محصولات زراعتی.

قابل تذکر آنکه یک قسمت از مغارسه یعنی از وقتی که درختها محصول خیز و بار آور میشوند و آبیاری و تربیت عامل ادامه دارد عمل مساقات ضمن آن انجام میگیرد بدون آنکه عقد مساقات منعقد شده باشد و باین ترتیب معلوم میگردد که هر مغارسه‌ای متضمن مساقات هم میباشد.

### مقایسهٔ مغارسه با مساقات :

حال که دانسته شد مغارسه غیر از مزارعه میباشد برای مزید فایده آنرا با مساقات نیز مقایسه مینمائیم که تفاوت آن دو بهتر روشن شود.

عقد مساقات را قانون مدنی در مبحث دوم از « عقود معینهٔ مختلفه » ذیل مادهٔ ۵۳۴ چنین تعریف کرده است :

« مساقات معامله ایست که بین صاحب درخت و امثال آن با عامل در مقابل حصهٔ مشاع معین از ثمره واقع میشود و ثمره اعم است از میوه و برگ گل و غیر آن .

مرحوم مصطفی عدل که اقدم شارحین قانون مدنی ایران است در تفسیر خود چنین مینویسد :

« در حقیقت مساقات که از سقی مشتق یکنوع از مزارعه است. متتهای مراتب مزارعه برای زراعت و مساقات برای تربیت و بار آوردن درخت موجود منعقد میشود و بهمین جهت است که مقررات مزارعه در مورد عقد مساقات نیز مرعی میگردد. »

استاد دکتر امامی<sup>۱</sup> در باب مساقات چنین میگوید<sup>۲</sup> :

« مساقات شباهت تامی به مزارعه دارد و بدین جهت قانون مدنی فصل پنجم را اختصاص به آن دو داده و هر یک را در مبحث جدا گانه ذکر کرده است. فرق بین مزارعه و مساقات اینست که در مزارعه زمین برای زراعت به عامل داده میشود و در مساقات درختان شمره برای نگاهداری و آبیاری به عامل سپرده میشود. »

استاد محمد عبده در باب مزارعه و مساقات میگوید<sup>۳</sup> فرقی که مساقات با مزارعه دارد اینست که مزارعه مبنی بر زراعت زمین است و مساقات مبنی بر آبیاری و تربیت اشجار . «

۱ - حقوق مدنی منصور السلطنه چاپ تهران صفحه ۲۳۶ .

۲ - دکتر سید حسن امامی امام جمعهٔ تهران استاد کرسی حقوق مدنی .

۳ - حقوق مدنی جلد ۲ صفحه ۸۹ چاپ ۱۳۲۴ شمسی .

۴ - کلیات حقوق اسلامی صفحه ۱۸۹ ذیل شماره ۵۱۲ چاپ تهران .

## مغارسه

از متن قانون مدنی و تفسیر های مزبور آنچه استفاده میشود اینست که مساقات مربوط است به تربیت و آبیاری و بیار آوردن درختان موجود بمنظور تحصیل ثمره آنها و حال آنکه با توجه به تعریف مغارسه عقد مزبور عبارتست از قرارداد درختکاری از طرف عامل در زمین مغارس .

با مقایسه مسافات و مغارسه دیده میشود که در مساقات مورد معامله عبارتست از « درخت موجود و امثال آن » ولی در مغارسه مورد معامله عبارتست از « نشاندن نهال و کاشتن درخت » . یعنی در اولی درخت موجود در زمین را به عامل میسپارند و در دیگری زمین را به عامل میسپارند که در آن درخت بکارند .

باین ترتیب دیده میشود که عقد مساقات غیر از عقد مغارسه است و فقط شباهت زیادی بآن دارد چه در اولی عمل عامل تربیت و نگاهداری اشجار مغروسه و موجوده است و در دومی کشت درختان و به وجود آوردن اشجار و تربیت آنها .

بالتیجه عقد مغارسه عقد مستقلی است غیر از مزارعه و مساقات و از عقود شایعه و معموله است که در « حقوق ایران » جائی برای خود باز کرده . النهایه از نظر تعریف قانونی و احکام و آثار شباهت تامه با آن دو عقد موصوف دارد .

### احکام مغارسه :

برای اینکه بدانیم احکام عقد مغارسه چیست باید به طبیعت و ماهیت آن مراجعه و با موازین قانونی تطبیق نمائیم .

**آیا مغارسه بعنوان عقد شرکت بوجود میآید؟** با توجه به عقد شرکت و تعریف آن می بینیم که پس از انعقاد مغارسه شرکتی بوجود میآید . زیرا مطابق ماده ۵۷۱ قانون مدنی :

**« شرکت عبارتست از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شئی واحد بنحو اشاعه »**

و چون در عقد مغارسه حقوق مالکین متعدد یعنی مغارس و عامل در شئی واحد یعنی درختان مورد غرس بنحو اشاعه جمع میشود بنا براین مغارسه هم شرکت است و باید احکام شرکت در آن اجرا شود .

باین جهت آنها که تردید در صحت عقد مغارسه دارند میگویند که میتوان منظور از عقد مغارسه را با اجاره یا مصالحه یا « شرکت » عملی ساخت . چنانکه مؤلف تحریر المجله آل کاشف الفطاء میگوید :

**« ثم لو قلنا بعدم صحة هذه المعاملة امكن تصحيحها بجعلها بنحو الاجاره او المصالحة او الشركة بان تكون الاصول مشتركة بينهما اما**

## بشرائهما معاً او تملیک احدهما للاخر نصفاً منها مشاعاً

بنا بر این میتوان عقد مغارسه را به شکل شرکت ایجاد کرد یعنی مال الشریکه (درختان مورد غرس) با بطور مشترک از طرف عامل و مغارس خریداری شود و یا عامل نصف مشاع درختان مورد غرس را مغارش تملیک نماید، تا اجتماع حقوق مالکین متعدد در «شیئی واحد بنحو اشاعه» حاصل آید.

برای تکمیل فائده گوئیم که در کتاب «حقوق در اسلام»<sup>۲</sup> عقد مساقات با عقد مغارسه اشتباه شده و در ذیل عنوان مغارسه عقد مساقات تعریف گردیده. اینک عین بیان کتاب مزبور نقل میشود:

«شرکت همچنین ممکن است در سرمایه و کار یا زمین های کشاورزی و کار یا باغهای میوه و کار توأماً باشد. در مورد اولی (مضاربه) یکی از طرفین سرمایه میدهد و دیگری کار و در مورد زمین های کشاورزی و کار (مزارعه) یکی از طرفین زمین میدهد و دیگری کار و محصولات بین آنها تقسیم میشود و در مورد باغهای میوه و کار (مغارسه) درختان میوه را یکی از طرفین میدهد و دیگری از آنها نگاهداری و محارست میکند و میوه حاصله بین آنها تقسیم میشود.<sup>۳</sup>»

### آیا مغارسه بنحو مصالحه منعقد میشود؟

قانون مدنی در ماده ۷۲ عقد صلح را چنین تعریف میکند:

«صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود.»

با این تعریف و با توجه به ماهیت عقد مغارسه مسلم است که مغارسه صلح در مورد نزاع نیست بلکه صلح در «مورد معامله» است. با دقت در کلام «معامله» و اینکه قانون مدنی و «عقود و معاملات» را یکی دانسته و همه جا عقد را بجای معامله و معامله را بجای عقد بکار برده میتوان گفت که صلح در مورد تمام معاملات و تمام عقود قابل اجراء است و عقد مغارسه را هم که خود معامله ایست میتوان با عقد صلح منعقد ساخت. بنابراین نتیجه عقد مغارسه با عقد صلح حاصل میشود و مطابق ماده ۷۵۸ ق. م. لازم نیست شرایط و احکام خاصه آن رعایت شود و باین جهت است که صاحب تحریر المجله<sup>۴</sup>

۱ - الجزء الثالث صفحه ۲۸۹ طبع ۱۳۱۱ هجری.

۲ - مقالات این کتاب از طرف چهارده نفر از حقوقدانان و استادان معاصر تألیف و دونفر بنام مجید خدوری و بهربرت ج. لینی جمع آوری و تدوین و آقای زین العابدین رهنما آنرا بفارسی ترجمه کرده اند.

۳ - حقوق در اسلام چاپ تهران خرداد ۱۳۳۶ صفحه ۲۱۴

۴ - فیصالح صاحب الارض الفارس علی ان یشغل بفرسها و سقیها الی زمان معین بنصف منفعة ارضه او منصف عینها. الجزء الثالث من تحریر المجله له مؤلف الفاضل آل کاشف الغطاء صفحه ۴۹۸



و استاد و عبده انعقاد مغارسه را با عقد صلح و مصالحه جایز و قانونی دانسته اند .

### آیا مغارسه بعنوان اجاره ممکن است ؟

ماده ۶۶ قانون مدنی اجاره را عقدی میدانند که : « بموجب آن مستأجر مالك منافع عين مستأجره میشود » و عبارت دیگر اجاره تمليك منافع است در برابر عوض معلوم چنانکه بيع تمليك عين است در برابر عوض معلوم و مطابق ماده ۶۷ قانون مزبور عين مستأجره یا مورد اجاره ممکن است اشیاء یا حیوان یا انسان باشد. در این مورد عين مستأجره نمیتواند اشیاء یا حیوان باشد و فقط میتوان مورد اجاره را انسان یا به تصریح ماده ۱۲۵ « اشخاص » دانست که در اینصورت عقد مغارسه باین شکل انعقاد مینماید که صاحب زمین یعنی مغارس ( مستأجر ) عمل غرس عامل یعنی ( اجیر ) را در مقابل مال الاجاره معین ( اجرت ) اجاره میکنند .

با توجه به ذات و ماهیت مغارسه دیده میشود که علاوه بر عمل اجیر موضوع دیگری که آن اشجار و نهالهای مورد غرس است وجود دارد که اگر عقد مغارسه بشکل اجاره انعقاد یابد دیگر مورد و محملی برای اینکه عامل از خود درخت و نهال داشته و در زمین مستأجر بکار و وجود ندارد زیرا مورد اجاره فقط عمل است نه چیز دیگر .

بلی اگر صاحب زمین نهالها و درختها را هم خود بدهد و آب هم از خود داشته و عوامل دیگر از قبیل ابزار کار و وسایل دفع آفات و کود و غیره را نیز در اختیار عامل بگذارد عقد اجاره تحقق پیدا میکند و در این مورد دیگر موضوع مغارسه مقتضی است . اما عادتاً در مغارسه صاحب زمین فقط زمین را در اختیار میگذارد و نهال و درخت و ابزار و وسایل دیگر متعلق به عامل است .

بنا بر این تطبیق و انعقاد عقد مغارسه به شکل اجاره انسان از نظر کلی محل اشکال و تأمل است .

### نظر فقهاء امامیه :

بعضی از فقهاء امامیه یا عقد مغارسه را ذکر نکرده اند یا آنرا در ذیل مزارعه و مساقات بیان نموده اند مثلاً شیخ طوسی زرع را از غرس تفکیک کرده و علامه حلی در تبصره متذکر نشده و میرزا ابوالقاسم ملقب به فاضل قمی در جامع الشتاب حکم به بطلان آن داده و محقق<sup>۲</sup> در کتاب شرایع الاسلام<sup>۳</sup> آنرا باطل دانسته است بدون آنکه علت آنرا ذکر نماید ولی استاد فاضل محمود شهبابی خراسانی در تعلیقات و حواشی مربوط به چاپ

۱ - . . . و بهر حال ممکن است نتیجه ای که ازین معامله مطلوب است بوسیله معامله دیگری از قبیل صلح و انتقال آن بدست آورد . حقوق مدنی تألیف محمد بروجردی عبده طبع طهران مهر ماه ۱۳۲۹ صفحه ۴۰۱

۲ - الشيخ الجليل ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن حسن المشتهر بالمحقق الحلي ( ۶۰۲ - ۶۷۶ )

۳ - المجلد الثاني ذیل کتاب المزارعة والمساقاة

## مفارسه

جدیدہ آن اعات بطلان آنرا ماذون نبودن عقد مفارسه از طرف شارع و محصور و معین بودن عقود ذکر کرده اند . اینک عین بیان صاحب شرایع و صاحب تعلیقات در اینجا آورده میشود :

تممه . اذا دفع ارضاً الى رجل ليغرسها على ان الغرس بينما كانت  
المفارسه باطله<sup>۲</sup>

حاشیه . لان العقود توقیفیه لایصح منها الا ما كان ماذوناً من قبل الشارع  
محقق پس از ذکر بطلان عقد حکم موضوع را هم بیان داشته تکلیف صاحب  
زمین و عامل و درختان مفروسه را ذکر کرده که برای مزید فایده عین آن نقل میشود :

« والغرس لصاحبه ولصاحب الارض از الته وله لاجرة لضوات ما حصل  
الاذن بسببه و عليه ارش النقصان بالقطع ولو دفع صاحب الارض القيمة  
لیكون الغرس له لم يجبر الفارس و كذا لو دفع الفارس الاجرة له لم يجبر  
صاحب الارض على التبقية »

