

The Situation of "No-Price Sale";
Comparative Study of Islamic
Denominations' Jurisprudence and
Iranian Law

Seyed Mohammad Razavi^{1*}

1- Assistant professor, department of law, faculty of literature and Humanities, university of Birjand, Birjand, Iran.

Received Date: 2023/08/21

Accepted Date: 2023/11/22

Abstract

The existence of recompense in a sale contract is necessary for the sale in itself, and its lack would, in principle, make the contract invalid. On the other hand, if it is possible to transfer the "no-price sale" to another valid contract, e.g. the gift contract, some believe that based on preferring the internal volition to the external volition it can be accepted that such contract is not a void sale; rather, it is regarded as another correct contract such as the gift one. As a result, the valid gift rulings would be implemented on such a contract. In a similar situation, the seller may sign the price receipt without receiving it or may accept that the price has been received in cash. There is no disagreement regarding the preference of the internal or external volition in the latter case, but it is debatable whether it is disputed that is it possible to accept "the false acknowledgment of receiving the price" as the debtor's acquittal or the creditor is entitled to his acknowledgment by proving his false confession? Using the descriptive-analytical method, this article, first, separates between these two situations and then studies and evaluates the various opinions regarding "sale without price". It shows that it is different from the "sale with a price" and the false acknowledgment of receiving it. In the first situation, we fall in doubt whether to consider the concluded contract as invalid or transfer it to a valid contract, that if the latter would be a certain contract, we can consider it valid, relying on the real internal volition. In the second situation, the false acknowledgment or giving a formal receipt cannot be considered as a reason for invalidating the contract, unless the claimant can prove that the contract is formal.

Keywords: sale, price, no-price sale, Islamic denominations, Iranian law.

وضعیت «بیع بدون ثمن»: مطالعه تطبیقی فقه
مذاهب اسلامی و حقوق ایران

سیدمحمد رضوی^{۱*}

۱- استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بیرجند، بیرجند، ایران.

دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۵/۳۰

پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۹/۰۱

چکیده

وجود عوض در عقد بیع، مقتضای ذات عقد است و فقدان آن، علی-الاصول، عقد را باطل می‌کند. از سوی دیگر اگر بتوان، بیع بدون ثمن را حمل بر عقد صحیح دیگری از جمله هبه کرد، به نظر گروهی، به مقتضای ترجیح اراده باطنی بر اراده ظاهری می‌توان پذیرفت که عقد مذکور، نه عقد بیع باطل بلکه، به‌عنوان مثال، عقد هبه‌ی صحیح بوده است؛ در نتیجه آثار هبه‌ی صحیح بر این عقد مترتب می‌شود نه آثار بیع باطل. مشابه این وضعیت، فرض دیگری است که در آن فروشنده بدون این‌که ثمن را دریافت کند رسید دریافت ثمن را امضا می‌کند یا در قرارداد می‌پذیرد که ثمن نقداً دریافت شده است. اختلاف‌نظر در خصوص ترجیح اراده ظاهری و اراده باطنی در اینجا وجود ندارد، بلکه این بحث مطرح است که آیا می‌توان «اقرار کاذب به دریافت ثمن» را به منزله‌ی ابراء بدهکار دانست یا این‌که فروشنده (طلبکار) با اثبات کذب اقرار خود مستحق دریافت ثمن است؟ در این مقاله براساس روش توصیفی تحلیلی، ابتدا بین دو وضعیت فوق تفکیک شده و سپس نظرات مختلف در مورد بیع بدون ثمن، با تکیه بر مبانی، بررسی و تحلیل گردیده و بیان شده این وضعیت متفاوت با بیع با ثمن معین و اقرار کذب به دریافت آن است. در وضعیت اول در تردید بین این‌که عقد صورت گرفته را عقدی باطل بدانیم یا آن را حمل بر عقد صحیح دیگری کنیم، اگر عقد دوم، عقدی معین باشد، می‌توان با تکیه بر قصد واقعی، عقد را صحیح دانست. در وضعیت دوم نیز اقرار کاذب به دریافت ثمن و یا دادن رسید صوری و امثال آن، به خودی خود نمی‌تواند سبب بطلان عقد تلقی شود مگر مدعی بطلان بتواند صوری بودن عقد را اثبات کند.

واژگان کلیدی: بیع، ثمن، بیع بدون ثمن، مذاهب اسلامی، حقوق

ایران

مقدمه

در عقد بیع با دو وضعیت ویژه مواجه هستیم: وضعیت اول بیع بدون ثمن است، یعنی عقدی که مقدار ثمن در آن معین نگردیده و طرفین اصلاً متعرض ثمن نشده‌اند و یا صراحتاً بیان کرده‌اند که این عقد فاقد ثمن می‌باشد؛ بنابراین، اگر در گفتگوهای مقدماتی بین طرفین، ثمن معین و معلوم شود و ذکر آن در متن قرارداد مغفول مانده و در سند تنظیم شده نیاید، ثمن قابل اثبات است و از نظر ثبوتی بیع بدون ثمن محسوب نخواهد شد. وضعیت دوم حالتی است که در عقد میزان ثمن معین شده باشد لکن فروشنده به دریافت آن، به‌طور کذب، اقرار کند یا رسید صوری بدهد یا بیان شود «ثمن نقداً فی المجلس دریافت شد» و امثال آن. در این حالت، طلبکار (فروشنده) بدون دریافت ثمن، پذیرفته که ثمن را دریافت کرده است. نگارنده با معاملات زیادی از این قسم در بین مردم برخورد داشته است که به دلایل گوناگون عقد را بدون ثمن منعقد می‌کنند و یا ذکر سند در متن قرارداد مغفول می‌ماند یا به کذب به دریافت آن اقرار می‌کنند و یا رسید صوری می‌دهند و یا در ازای دینی که یک طرف به دیگری دارد، به نوعی اقدام به تهاوتر می‌کنند. بیع بدون ثمن با بیع صوری نیز از این جهت متفاوت است که در بیع صوری قصد واقعی برای انعقاد عقد وجود ندارد (بند ۱ ماده ۱۹۰ ق.م.)، در حالی که بیع بدون ثمن از جهت دیگری خلل دارد و آن فقدان وصف «معلوم و معین بودن عوض» است (بند ۳ ماده ۱۹۰ ق.م.). در سوی دیگر رویه دادگاه‌ها نیز در برخورد با این پرونده‌ها متشکک و مختلف است و در مقام بحث تئوری نیز نظرات مختلفی دیده می‌شود. با جستجو در منابع فقهی معلوم می‌شود فقیهان به‌طور خاص و ویژه در این موضوع صحبت نکرده‌اند، بلکه در لابلای مطالب و به مناسبت‌های گوناگون اشاراتی به این مطلب صورت گرفته است و به همین دلیل وضعیت‌های مختلف بیع بدون ثمن از یکدیگر تفکیک نشده و جمع‌بندی لازم در مورد نظرات مختلف صورت نگرفته است. در پیشینه تاریخی در منابع فقهی اهل سنت قاعده‌ای با عنوان «هَلْ الْعِبْرَةُ بِصِيغِ الْعُقُودِ أَوْ بِمَعَانِيهَا» دیده می‌شود (سیوطی، ۱۴۱۱، ۱/۱۶۶) که برخی از مباحث مرتبط در آن مطرح شده است. در وضع کنونی حقوقی و با تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی این سؤال ذهن حقوق‌دانان را به خود مشغول کرده که آیا می‌توان برخی از قواعد الزامی عقود معین را در پرتو ماده ۱۰ نادیده گرفت یا خیر؟ و این سؤال دیگری است که پاسخ به آن در رسیدن به فرضیه پژوهش حاضر تأثیرگذار است.

از سوی دیگر باید توجه داشت که «بیع با ثمن مغفول» متفاوت از «بیع با ثمن مجهول» است به این معنا که گاهی طرفین، ثمن را در مراودات شفاهی معین می‌کنند و در ایجاب و قبول خود آن را مد نظر دارند؛ اما در ضمن عقد آن را بیان نمی‌کنند و در قرارداد نمی‌نویسند، در این صورت نمی‌توان عقد را باطل دانست؛ هرچند ممکن است در میزان ثمن اختلاف شود در این صورت میزان ثمن را می‌توان با ادله‌ی دیگر از جمله شهادت شهود اثبات کرد.

براساس آنچه گفته شد، این پژوهش در پی یافتن پاسخ به دو سؤال اساسی و تفاوت بین آنهاست. سؤال اول در مورد وضع حقوقی بیع بدون ثمن و سؤال دوم درباره وضع حقوقی عملی می‌باشد که در آن به دریافت ثمن به صورت کاذب اقرار شده است. در ادامه نظرات مختلف در مورد بیع بدون ثمن و تحلیل وضعیت‌های مختلف آن مطرح شده و به ادله‌ی صحت یا بطلان هر قسم پرداخته می‌شود.

تحلیل نظرات مختلف در مورد بیع بدون ثمن

اختلاف نظر در مورد صحت یا بطلان بیع بدون ثمن ناشی از این نیست که بیع می‌تواند بدون ثمن باشد یا خیر؛ بلکه اختلاف ناشی از این است که آیا می‌توان، در چنین عقدی، اراده‌ی طرفین را حمل بر عقد دیگری غیر از بیع نمود؟ (زرکشی، ۱۴۰۵، ۲ / ۳۷۳؛ جوینی، ۱۴۲۸، ۴۰۸/۷). واضح است که اگر طرفین قرارداد، اراده‌ی عقد دیگری غیر از بیع نداشته باشند و دادگاه بتواند از گفتگوهای طرفین و مدارک و لوائح پرونده این مطلب را تشخیص دهد و به این نتیجه برسد که مقصود، بیع بدون ثمن یا اجاره بدون اجرت بوده است این عقد چیزی غیر از بیع یا اجاره باطل نیست و مثال‌های مطرح شده در کتب فقهی نشان‌دهنده آن است که وقتی قصد طرفین بیع باشد و ثمن وجود نداشته باشد عقد باطل است (کاسانی، ۱۹۸۶، ۲۴۲/۵؛ زیلعی، ۱۳۱۳، ۱۱۸/۴). بنابراین، تمام سخن در این است که، در جریان رسیدگی، اراده‌ی طرفین بر بیع یا غیر آن تشخیص داده نشود، در این صورت این سؤال مطرح می‌شود که آیا عقد واقع شده، بیع باطل است یا عقد صحیح دیگر؟ در ادامه بعد از این که احتمالات و اقوال مختلف در پاسخ به این سوال مطرح می‌شود به این سؤال مهم و زیربنایی پرداخته شده که در تعارض اراده باطنی و اراده ظاهری تکلیف دادگاه در مقام رسیدگی چیست؟ با جستجو در منابع فقهی در خصوص بطلان یا صحت بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت، به شرح ذیل، اختلاف نظر دیده می‌شود:

۱. بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت از اساس باطل است و واقع نمی‌شود (زرکشی، ۱۴۰۵، ۳۷۴/۲ و ۱۲۷/۳؛ ابن نجیم، ۱۴۱۹، ۱۷۴/۱؛ شیرازی، بی تا، ۲۰/۶؛ قزوینی، ۱۴۱۹، ۲۰۷ و ۱۴۲۴، ۶۲۸/۲؛ عمرانی، ۲۰۰۰، ۱۹۵/۷).
۲. بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت اگر به معنای اسقاط حق مطالبه‌ی ثمن و اجرت باشد صحیح و اگر به این معنا باشد که از اساس ثمن و اجرتی تعیین نشود باطل است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴، ۳۲۷).
۳. بیع بدون ثمن، هبه‌ی صحیح است؛ زیرا فروشنده اقدام بر معاوضه نکرده است بلکه اقدام او بر یک عمل مجانی بوده (خوانساری، بی تا، ۱۲۱) و چون با علم و اطلاع این کار را انجام داده نمی‌توان این عقد را بیع باطل دانست بلکه، طبق اقدامی که انجام داده، باید آن را هبه صحیح دانست. اجاره بلا اجرت نیز طبق این مبنا عاریه صحیح است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۸۴/۵)؛ زیرا اگر عامل با علم به این که عقدش باطل است و استحقاق اجرت ندارد اقدامی کرد عمل او تبرعی خواهد بود (بحرانی، ۱۴۰۵، ۵۷۴/۲۱) و تصریح به عدم اجرت دلالتش قوی‌تر از ظهوری است که از ظاهر الفاظ اجاره به دست می‌آید (نائینی، ۱۳۷۳، ۱۲۸/۱). بر همین مبنا برخی فقیهان بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت را عقد محاباتی صحیح می‌دانند (سبحانی، ۱۴۱۴، ۷۰).
۴. اگر در متن لفظ تهافت و تعارضی وجود داشته باشد مثل این که بگوید «فروختم بدون ثمن» طبق نظر مشهور عقد باطل است (زرکشی، ۱۴۰۵، ۱۳۷/۳؛ رافعی قزوینی، بی تا، ۲۲۱/۹) و اگر در متن صیغه تعارضی نباشد دو وضعیت وجود دارد: حالتی که صیغه بیشتر برای بیان مدلول به کار می‌رود، و عقد واقع شده همان است که در ظاهر دیده می‌شود و حالتی که از الفاظ قصد و اراده معنایی دیگر ممکن و رایج است، مثل این که بگوید این کتاب را در برابر صد هزار تومان به تو هدیه کردم که در اینجا عقد واقع شده، عقد بیع است. در مواردی که بین اراده ظاهر صیغه و معنای آن تردید می‌شود ظاهر ملاک است؛ زیرا معنی، خودش تابع الفاظ است و از الفاظ به دست می‌آید (زرکشی، ۱۴۰۵، ۳۷۴/۲).
۵. بیع بدون ثمن یا، بنا بر ظاهر الفاظ، بیع فاسد است و یا، بنا بر معنا، هبه فاسد (شهیدثانی، ۱۴۱۹، ۵۷۲).

۶. بیع بدون ثمن باطل است و اگر قرینه‌ای بر اراده هبه وجود داشته باشد و هبه را هم با هر لفظی صحیح بدانیم، بیع بلا ثمن هبه خواهد بود و اگر در هبه هم لفظ صریح را لازم دانستیم هبه فاسد خواهد بود (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۲۷۹؛ همدانی، ۱۴۲۰، ۷۰؛ خوانساری، بی تا، ۱۲۱).

۷. اگر در متن عقد گفته شود: «بدون ثمن فروختم» یا باید آنرا هبه بدانیم و یا لغو بودن آنرا بپذیریم لکن اگر در متن عقد بگوید: «فروختم» و در مورد ثمن چیزی ذکر نکند، این عقد، بیع فاسد است (سبکی، ۱۴۱۱، ۱۷۹/۱؛ غزالی، ۱۴۱۷، ۸۵/۳).

مجموع نظرات استقرا شده از کتاب‌های فقهی را در دو گروه قرار داده و ادله‌ی موافقین و مخالفین بطلان این عقد را به صورت جداگانه تحلیل و بررسی می‌کنیم.

۱-۱. ادله بطلان بیع بدون ثمن

گروهی از فقها بیع بدون ثمن را باطل می‌دانند و دلایلی بر این بطلان اقامه نموده‌اند. مخالفت با مقتضای ذات عقد و اصل ضمانت در اموال دو دلیل عمده است که در ادامه می‌آید.

۱-۱-۱. مخالفت با مقتضای ذات عقد

در بیان علت بطلان بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت گفته شده: مقتضای انشای بیع، وجود عوض در مقابل مبیع است و مقتضای انشای اجاره، وجود اجرت است (سیوطی، ۱۴۱۱، ۱۶۶/۱)؛ بنابراین، بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت، با مقتضای انشای بیع و اجاره تناقض خواهد داشت (زنجانی، ۱۴۱۹، ۷۳۴۴/۲۳) و لازم است در عقد بیع مشتری در برابر بائع ضامن پرداخت ثمن گردد و در غیر این صورت بیع فاسد و باطل است (أنصاری، ۱۴۱۵، ۳/۴۸۶) و نیز تحقق ماهیت بیع متوقف بر این است که در مقابل مبیع، ثمنی قرار بگیرد؛ زیرا بدون وجود بدل، مبادله معنا پیدا نمی‌کند و اگر طرفین قصد عقدی بدون عوض و بدل کنند با قصد ایجاد بیع منافات دارد (همدانی، ۱۴۲۰، ۲۵۴). در این صورت آنچه قصد طرفین بوده (بیع) محقق نشده و آنچه محقق شده (عقد دوم)، قصد طرفین بر تحقق آن نبوده است (ما قُصِدَ لَمْ يَقَعْ و ما وَقَعَ لَمْ يُقْصَد) و چنین چیزی ممکن نیست.

در همین موضوع قاطبه فقیهان اهل سنت می‌گویند: در بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت، هرچند مقصود واقعی طرفین هبه یا عاریه باشد باز هم، عقد مورد نظر واقع نمی‌شود و قاعده «الامور بمقاصدها» جریان پیدا نمی‌کند (فرح‌زادی، ۱۳۹۷، ۲۶) علت این امر این است که در شک در وقوع یا عدم وقوع

عقد، اصل فساد جاری می‌شود. بنابراین می‌توان بطلان عقد و عدم تأثیر آن در انتقال مالکیت (ماده ۳۶۵ ق.م) را نتیجه گرفت.

از سوی دیگر ممکن است کسی بیع بلا ثمن را بیع باطل نداند، بلکه آن را هبه‌ی صحیح بداند. در واقع بازگشت این بحث به مطلب دیگری است و آن این‌که آیا می‌توان شرط مقتضای ذات یک عقد و آنچه قانون‌گذار به‌عنوان قاعده امری برای یکی از عقود بیان کرده، را نادیده گرفت و بدون آن شرط، عقد دیگری بنیان نهاد که برای صحت خود نیاز به همراهی آن شرط ندارد؟ پاسخ به این سؤال در ادامه مطرح خواهد شد. اگر عقد مورد بحث، هبه‌ی صحیح باشد فقدان عوض موجب مخالفت با مقتضای ذات عقد نیست و این دلیل تخصصاً از ادله‌ی این گروه خارج می‌شود.

حتی کسانی که در مواردی از احتمال دوم سخن گفته‌اند، نیز بدون قید و شرط و بدون حد و مرز چنین بیانی را قبول ندارند و می‌گویند از مجموع شرط و عقد باید چنین برآید که طرفین، عقد دیگری را اراده کرده‌اند؛ تنها در این صورت است که می‌توان انحراف را بی اثر کرده و از بیهوده ساختن تراضی ممانعت به عمل آورد. به عبارت دیگر ممکن است که قصد واقعی طرفین هبه باشد و با همین قصد واقعی وارد عقد شوند؛ لکن، بنا به عللی، عقد را با نام بیع منعقد کنند که در این صورت احتمال هبه بودن، به دلیل وجود قصد واقعی طرفین، منتفی نیست. در عین حال عمده‌ی سخن، بر طبق همین مبنا نیز، در این است که اراده خلاف ظاهر، نیازمند اثبات است و اگر دادگاه در مقام تفسیر قرارداد نتوانست اراده خلاف ظاهر را کشف کند، ظاهر متعارف را به‌عنوان ملاک و معیار برمی‌گزیند.

۱-۲-۱. اصل ضمانت در اموال

چنانچه کسی که مالی را به دیگری داده است آن را اجاره فاسد بداند در حالی که طرف دوم که مال را گرفته آن را هبه صحیح بداند، از آنجا که طرفین بر عقدی از عقود اتفاق نظر ندارند با مراجعه به اصل ضمانت در اموال می‌توان نظر اول را ترجیح داده و به «اجاره فاسد» حکم کرد. برخی فقیهان معاصر «اصل ضمانت در اموال» را به سیره عقلا مستند کرده و به همین دلیل در تعارض اجاره فاسد و هبه صحیح، اجاره فاسد را ترجیح داده و به‌طور کلی می‌گویند زمانی که غیر مالک مال دیگران را تلف می‌کند عَقْلاً او را ضامن تلف آن مال می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۶، ۲۱۷). فقهای حنبلی نیز در اختلاف بین مالک و کسی که مال او را به‌عنوان اجاره یا عاریه در اختیار گرفته این اصل را جاری دانسته‌اند (حمد

بن عبد الله، بی تا، ۱۵ / ۴۸؛ بهوتی، بی تا، ۱ / ۴۲۱؛ عاصمی، ۱۳۹۷، ۵ / ۳۷۲. بازگشت این اصل، به اصل فساد در عقد است. توضیح مطلب این که زمانی که عقدی با الفاظ اجاره منعقد می شود و فاقد عوض است عقد، باطل است و طبق نظر مشهور مذاهب فقهی و حقوق ایران متصرف باید اجرت المثل ایام تصرف را بپردازد. البته فقهای حنفی در خصوص منافع به دلیل تمسک به قاعده «الخراج بالضمن» متصرف را ضامن نمی دانند (تولایی، مهرابی راد و صابر، ۱۴۰۰، ۲۶۹) و در صورتی که تردید شود چنین عقدی هبه یا عاریه صحیح است، نتیجه اجرای اصل فساد، بطلان عقد مذکور خواهد بود. در واقع کسی که به این دلیل استناد می کند در تعارض اراده واقعی و اراده ظاهری، اراده ظاهری را ترجیح می دهد و اگر کسی اراده باطنی و واقعی را ترجیح داد، این دلیل، از نظر او، دلیل بر بطلان بیع بدون ثمن نخواهد بود.

۲-۱. صحت بیع بدون ثمن با تفسیر اراده طرفین

در سؤالی که در یکی از نشست های قضایی استان مازندران مطرح شده آمده است: الف حدود ده سال پیش یک قطعه زمین را به مبلغ معین به فرزند خود ب می فروشد و ب در زمین احداث ساختمان می کند. الف با گذشت ده سال مدعی است ثمنی به وی پرداخت نشده و عقد مجانی بوده و خواننده نیز عدم پرداخت ثمن و مجانی بودن عقد را قبول دارد. اینک الف تقاضای بطلان عقد بیع به لحاظ عدم وجود ثمن را مطرح کرده است، به عنوان قاضی رسیدگی کننده به پرونده چه تصمیمی اتخاذ خواهید نمود؟ نگارنده با نظیر این پرونده در محاکم دادگستری مواجه بوده با این توضیح که خواننده در دفاع از خود، گاهی مدعی پرداخت ثمن از طریق تهاتر و امثال آن می شود و گاهی نیز با توجه به نوع عوضی که مدعی پرداخت آن است سعی می کند عقد را به سمت مصالحه ببرد و گاهی نیز همانند فرض این سؤال، نسبت به پرداخت ثمن هیچ ادعایی ندارد و قبول دارد که ثمنی پرداخت نشده است. در فرض اخیر باید توجه نمود که تنها در صورتی می توان قصد واقعی طرفین را بر «هبه بودن» حمل کرد که خواننده چنین ادعایی را در دفاع از خود مطرح کند و الا اگر خود خواننده هم چنین دفاعی ندارد و عقد را بیع بدون ثمن می داند، دادگاه نمی تواند با حمل اراده واقعی بر هبه، عقد واقع شده را هبه صحیح بداند. در ادامه دلیل کسانی بررسی می شود که چنین عقدی را یک عقد صحیح می دانند.

۱-۲-۱. اجرای اصل صحت در معامله

اولین دلیل کسانی که عقد موضوع بحث را عقدی صحیح می‌دانند «اصل صحت» در معاملات است. براساس ماده ۲۲۳ ق.م «هر معامله که واقع شده باشد محمول برصحت است مگر این‌که فساد آن معلوم شود». حال اگر قراردادی در قالب بیع نوشته شود منتها بدون ثمن باشد یا قراردادی در قالب اجاره نوشته شود در حالی که اجرت ندارد، آیا می‌توان با اجرای اصل صحت در معامله، صحت این عقد را نتیجه گرفت و به «هبه بودن» یا «عاریه بودن» آن حکم کرد یا خیر؟ به نظر می‌رسد پاسخ به این سؤال منفی است؛ زیرا اولاً: در این دو مثال شک در اصل وقوع عقد است و در شک در اصل وقوع، اصالة الفساد جاری می‌شود. ثانیاً: مفهوم مبادله و مفهوم بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت محقق نمی‌شود در حالی که آن‌گونه که برخی فقیهان (ایروانی، ۱۴۰۶، ۲۰۸/۱) می‌گویند اجرای اصل صحت بدون احراز عنوان و مفهوم عقد امکان‌پذیر نیست. با توجه به آنچه گفته شد تمسک به اصل صحت برای اثبات صحت چنین عقدی، آن‌گونه که اصولیان می‌گویند، تمسک به عام در شبهه مصداقیه عموم است که به اتفاق جایز نیست و تنها زمانی که تردید در صحت یا فساد یک عقد از ناحیه‌ی شبهه موضوعیه باشد می‌توان اصل صحت را جاری کرد. در این‌گونه موارد به اقتضای ترجیح اراده باطنی بر اراده ظاهری حکم به صحت می‌شود نه به اقتضای اجرای اصل صحت در معامله. شاید بر همین اساس است که برخی از فقهای حنبلی می‌گویند اگر کسی مالش را به دیگری عاریه دهد مشروط به این‌که طرف مقابل نیز مالی را به او عاریه دهد چنین عقدی نه عاریه صحیح بلکه اجاره فاسد است (مقدسی، بی تا، ۲/ ۳۳۱) در این مورد در ادامه صحبت می‌شود.

۱-۲-۲. تعارض اراده باطنی و اراده ظاهری

همان‌طور که گفته شد اگر در یک قرارداد اراده واقعی و باطنی طرفین غیر از آنچه در ظاهر الفاظ بیان شده چیز دیگری باشد، در این‌که می‌توان اراده باطنی را بر اراده ظاهری ترجیح داد یا خیر؟ اختلاف نظر وجود دارد. از یک سو «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» (ماده ۲۲۴ قانون مدنی) و علی‌الاصول نباید الفاظ عقود را برخلاف ظاهر عرفی حمل کرد. از سوی دیگر مشهور است که می‌گویند: «الأمور بِمَقَاصِدِهَا» (زحیلی، بی تا، ۱/ ۱۵۸ و ۱۵۹) و قاعده‌ی «العقود تابعه للقصد» از آن منشعب شده به این مضمون که قصد به عنوان عنصر سازنده‌ی عقد محوریت دارد و در مقام تشخیص نوع

عقد، مراجعه به قصد طرفین اولین و راهگشایترین مسیر برای تفسیر یک قرارداد و پرده برداری از صورت آن است.

۱-۲-۲-۱. حمل الفاظ عقد بر معانی عرفی

براساس ماده ۲۲۴ ق.م: «الفاظ عقود محمول است برمعانی عرفیه» و لازم است عرف از این الفاظ معنای مقصود طرفین را بفهمد. به همین دلیل است که مشهور فقها می‌گویند عقد با الفاظ کنایی منعقد نمی‌شود (رافعی، بی تا، ۸/ ۱۰۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۳/ ۱۱۹) و لفظ باید ظهور عرفی در معنای مقصود داشته باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ۳/ ۱۲۰). پس در کنار قصد طرفین، معنای ظاهری نیز اهمیت دارد تا در موارد تردید در هماهنگی و اتحاد قصد طرفین، معنای عرفی به‌عنوان ملاک و معیاری برای ابراز قصد و نشان دادن آن، در نظر گرفته شود. برخی از فقها در انتقال منافع با الفاظ بیع سلف می‌گویند: اگر انتقال منافع با الفاظ بیع سلف باشد حتماً باید همانند بیع سلف، اجرت در مجلس عقد قبض شود و در نتیجه حکم اجاره را ندارد (طوسی، ۱۳۸۷، ۳/ ۲۳۲). در این سخن گوینده، اراده‌ی ظاهری را بر اراده‌ی باطنی ترجیح داده است.

برخی از دادگاه‌ها از این‌که الفاظ عقود حمل بر معانی عرفی می‌شود نتیجه گرفته‌اند که اگر در عقدی قصد واقعی طرفین صلح باشد ولی با الفاظ هبه، عقد را منعقد نمایند باید عقد بین طرفین حمل بر قصد واقعی طرفین شود نه ظاهر الفاظ. در یکی از این آرا آمده است: «به لحاظ این‌که واگذاری ملکیت آن حمام، در ازای زحمات خوانده و همسرش در طی سالیان بسیار طولانی در اداره و تصدی آن حمام بوده؛ لذا هبه مذکور در مقام صلح معاوضی بوده و در واقع و قصد باطنی طرفین، به‌عنوان صلح بوده است و مطابق ماده ۲۲۴ قانون مدنی، الفاظ عقود بر معانی عرفی حمل می‌شود».

۱-۲-۲-۱-۱. «الْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَقَاصِدِ وَالْمَعَانِي»

در ماده ۳ قانون مدنی عثمانی قاعده «الْعِبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَقَاصِدِ وَالْمَعَانِي لَا لِلْأَلْفَاظِ وَالْمَبَانِي» بیان شده و در منابع فقهی احناف، مالکیه و حنابله نیز مضمون آن با تعابیر متعددی ذکر شده است (زحیلی، ۱۴۲۷، ۱/ ۴۰۶) با این توضیح که الفاظ صرفاً قالب‌هایی برای تشکیل عقد و بیان‌گر مقصود طرفین آن است و اگر عقدی ایجاد شد برای تشخیص مدلول آن ناچار باید مقاصد حقیقی متعاقدین را کشف کرد و مد نظر قرار داد (افندی، ۱۴۱۱، ۱/ ۲۱). در مضمون جمله فوق، بین فقهای حنفی، مالکی و حنبلی اختلاف نظر وجود ندارد؛ اما در مقابل، در فقه شافعی (زحیلی، ۱۴۲۷، ۱/ ۴۰۶) و نیز توسط برخی

فقیهان امامیه بیان شده که اگر کسی از الفاظ بیع استفاده کند و عقدی را با الفاظ «فروختم و خریدم» منعقد کند لکن قصد او انعقاد عقد اجاره باشد، عقد باطل است (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۳/ ۶۷؛ ۱۴۲۱، ۱۲۹؛ رشتی، ۱۳۱۱، ۳۳)؛ زیرا، قصد الفاظ با قصد مضمون متعارض است.

در مورد این که منظور از قصد چیست؟ دو نظر وجود دارد: «قصد لفظ» و «قصد لفظ و قصد مضمون عقد». بنا بر نظر دوم، که دقیق تر به نظر می رسد، صرفاً از الفاظ نمی توان قصد را استکشاف کرده و عقد را بر آن حمل نمود، بلکه لازم است مضمون و معنای مقصود طرفین عقد نیز پیدا شود. بر همین اساس است که برخی از فقیهان انعقاد اجاره با لفظ عاریه را ممکن می دانند (حلی، ۱۴۰۸، ۲/ ۱۴۰). بنابراین، قصد مضمون عقد بر قصد الفاظ ترجیح دارد. در مثال دیگر آمده است اگر مالک به طرف مقابل بگوید: «این خانه را یک سال به تو عاریه دادم در ازای فلان مبلغ» از یک جهت چون قصد طرفین انتقال مالکیت منافع بوده این عقد صحیح دانسته شده (رشتی، ۱۳۱۱، ۳۳) و بر اجاره حمل گردیده است (زحیلی، ۱۴۲۷، ۱/ ۴۰۶) از سوی دیگر گفته شده این عقد اصلاً تشکیل نمی شود؛ زیرا در صورت شک در این که آیا این عقد می تواند موجب انتقال مالکیت شود یا نه استصحاب بقای مالکیت منافع در ملکیت مالک عین جاری شده و به عدم انتقال مالکیت منافع و در نتیجه بطلان عقد حکم می شود (صیمری، ۱۴۲۰، ۳۱۱/۲). در بین مذاهب فقهی مالکیه، ملاک در عقود را قصد همراه با لفظی که بر آن دلالت کند می دانند و در میان شافعیه نیز همان گونه که گفته شد تفصیلاتی دیده می شود. فقهای حنبلی در اکثر موارد به ترجیح اراده باطنی بر ظاهر الفاظ حکم کرده اند.

اصل مطلب برای پاسخ به این سؤال این است که آیا می توان آنچه رکن یا شرط لازم برای یک عقد است را نادیده گرفت و الفاظ طرفین را حمل بر عقد دیگری کرد تا ایجاب و قبول نتیجه دهد و عقد صحیحی از دل آن بیرون آید؟ یا چنین کاری ممکن نیست؟ نکته ی قابل تأمل این که در منابع مفصل تر نظیر جواهر نیز متعرض این نکته نشده اند (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷/ ۲۰۵). در ادامه پاسخ به این سؤال را ذیل عنوان «دوران امر بین بطلان یک عقد و صحت عقد دیگر» مطرح خواهیم کرد.

۳-۲-۱. دوران امر بین بطلان یک عقد و صحت عقد دیگر

برخی از عقود احکام ویژه ای دارد و گاهی فقدان شرط یا وضع خاصی در آن می تواند بطلان عقد را در پی داشته باشد. به عنوان مثال، در عقد بیع به استناد ماده ۳۳۸ ق.م.مبیع باید عین باشد و تملیک

منفعت را بیع نمی‌گویند. حال اگر کسی در ضمن عقد بیعی منفعت مالش را برای مدت معین به دیگری منتقل کرد، این سؤال مطرح خواهد شد که این عقد، عقد بیع باطل است یا عقد اجاره صحیح؟ این سؤال و نظایر آن در پیشینه تاریخی مباحث نیز دیده می‌شود. بر همین اساس در برخی منابع گفته شده: فقیهان اتفاق نظر دارند در این‌که مادامی که عقد باطل قابلیت حمل بر عقدی صحیح را دارد می‌توان آن را عقدی صحیح دانست (الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۴۲۷، ۸/۱۱۶). در مقابل بیان شده زمانی که امر دائر بین این‌که عقد فاسد باشد یا صحیح؛ عقد فاسد (بیع یا اجاره) ممنوع و محذور است و عقد صحیح (هبه یا عاریه) مباح و در تعارض حظر و اباحه حظر بر اباحه مقدم می‌شود (زحیلی، ۱۴۲۷، ۱/۴۱۱). برای پاسخ به این سؤال لازم است بین موردی که عقد دوم عقد معین است با زمانی که عقد دوم عقد نامعین است تفاوت گذارد.

۱-۳-۲-۱. عقد دوم عقد معین است

هرچند به استناد اصل آزادی قراردادی هرکس می‌تواند مفاد عقد و تعهدات ناشی از آن را به دلخواه معین کند لکن قانون‌گذار همیشه حدود و مرزهایی را برای این آزادی قرار می‌دهد که لازم است از آن تبعیت کرد. این حدود و مرزها به شکل قواعد آمره بیان می‌شوند و به حکم قانون بر اشخاص تحمیل می‌گردند. گاهی وضعیت به گونه‌ای است که فقدان این قاعده‌ی آمره موجب می‌شود که عقد معین به عقد معین دیگری تبدیل شود. مثل این‌که، در تعریف بیع به جای عین منفعت بیاید این تعریف به عقد معین دیگری به نام اجاره انصراف پیدا می‌کند که از نظر قانون‌گذار عقدی معین و قابل قبول است. به‌نظر برخی (شهیدثانی، ۱۴۱۰، ۴/۳۲۸) در دوران امر بین این‌که عقد موضوع دعوی را عقد بیع باطل بدانیم یا اجاره صحیح، بیع باطل ترجیح دارد. یعنی اولاً: ظاهر الفاظ بر قصد باطنی احتمالی ترجیح دارد. ثانیاً: شرطی که از ارکان عقد است باید مطابق همان ظاهر و مطابق قانون امری، موجود شود تا عقد تشکیل گردد و الا اصلاً عقدی شکل نمی‌گیرد. بر همین اساس در تردید بین بیع باطل و اجاره صحیح بیع باطل انتخاب می‌شود نه اجاره صحیح. برخی از فقها در مسأله «انتقال منفعت با بیع سلم» با تردید از آن عبور کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ۳/۲۳۲).

در مثال‌های ذیل اراده باطنی بر اراده ظاهری ترجیح داده شده است:

اگر تراضی دو طرف تعهدنامه یا قرارداد خصوصی نامیده شده لکن در باطن هدف اجاره بوده است اجرای قواعد اجاره در آن لازم است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، شماره ۳۴).

هرگاه شرط خلاف مقتضای ذات عقد، جوهر آن را تغییر دهد ولی از مجموع شرط و عقد برآید که طرفین، عقد دیگری را اراده کرده‌اند توافق دو طرف تابع خواست واقعی آنان است؛ بنابراین، زمانی که دو طرف هبه را اراده کرده‌اند نمی‌توان بر تملیک مجانی، بیهوده نام بیع نهاد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۱/شماره ۹).

در شرط فرونی یا کاستی در زمان اقاله اگر از مجموع عقد و شرط چنین برآید که دو طرف معامله مشروع دیگر را اراده کرده‌اند باید به این مقصود واقعی احترام گزارد و معامله را نافذ دانست و به جای بیهوده ساختن تراضی، انحراف‌ها و تقلب‌ها را بی اثر کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، شماره ۳۳۱، ۳۲۰).

در وقف که باید دائم باشد و واقف نتواند با انحلال وقف دوباره مال موقوفه را به دست آورد شرط فاسخ امکان ندارد، به همین جهت باید پذیرفت که وجود شرط فاسخ نشان می‌دهد که مقصود، وقف (یعنی حبس دائم) نبوده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، شماره ۴۳۳، ۴۲۰).

باید پذیرفت که دو طرف توان آنرا دارند که پیمان خویش را انحلال ناپذیر سازند و برای بعد از مرگ و حجر نیز نگاه دارند. منتها گاه بقا و ثبات عقد مقتضای آنرا دگرگون می‌سازد و به نهادی دیگر تبدیل می‌کند. برای مثال، وکالتی که در آن موکل پایبند و متعهد باقی بماند و پس از مرگ او وارثان نیز ناچار باشند ولایت وکیل مورث را گردن نهند دیگر وکالت نیست و پایه روابط ناشی از آنرا اذن و نیابت نمی‌سازد. همچنین عاریه‌ای که التزام به بار آورد و امکان رد عین به مالک را از بین ببرد و نشان دهد که مقصود ایجاد حق و تکلیف بوده است دیگر عاریه نیست و باید به دنبال وصف حقوقی نهاد معهود بود (کاتوزیان، ۱۳۹۱، شماره ۴۴۲، ۴۳۲).

اگر در نکاح منقطع مدت ذکر نشود و معلوم باشد که مقصود نکاح منقطع بوده عقد باطل است (کاتوزیان، ذیل ماده ۱۰۷۵ بند ۲)

وقتی که در قرارداد بیع وجود ثمن ذکر شود ولی فروشنده برخلاف واقع اقرار کند که ثمن به او پرداخت شده، در چنین حالتی منظور واقعی طرفین هبه بوده است که آنرا به صورت بیع درآورده‌اند؛ عقد بیع تابع اراده‌ی واقعی آنان است نه آنچه به زبان آورده‌اند یا نوشته‌اند و این معنای «العقود تابعه للقصود» است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۱۱/۱، شماره ۹).

عنوانی را که دو طرف به هنگام تراضی برای توصیف پیمان خود انتخاب می‌کنند در شناسایی نوع عقد اثر قاطع ندارد. دادرس باید مقصود آنان و نوع دیونی را که به عهده گرفته‌اند با صورت‌های موجود

در قانون تطبیق کند و تشخیص دهد که چنین صورتی در میان عقود معین وجود دارد یا نه؟ برای مثال، اگر کسی در مقابل طلبکاری بگوید: تعهد می‌کنم که دین مدیون تو را پردازم، تنها به خاطر این که لفظ «ضامنم» را به کار نبرده است، نمی‌توان ادعا کرد که تراضی آن دو مشمول مقررات عقد ضمان نیست. به طور کلی تشخیص نوع عقد با دادگاه است، چنانکه گاه قراردادی را که دو طرف نام وکالت بر آن نهاده‌اند دادگاه بیع تشخیص داده است یا عقدی را که ضمان نامیده شده دادگاه تعهد ساده و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۴۳، شماره ۳۱).

برخی از فقها نیز در عین حال که بیع بلا ثمن را عقدی محاباتی و صحیح می‌دانند (سبحانی، ۱۴۱۴، ۷۰)، می‌گویند شرط عدم ثمن در بیع یا شرط عدم اجرت در اجاره با مقتضای ذات عقد منافات دارد و می‌تواند موجب بطلان آن شود (سبحانی، ۱۴۲۴، ۲۷۶؛ سبحانی ۱۴۱۶، ۱۶) جمع بین این دو حرف به این است که بپذیریم، می‌شود عقدی شرط اصلی خود را نداشته باشد و تبدیل به عقد صحیح دیگری شود که آن شرط را لازم ندارد. در پاسخ به سؤالی که در یکی از نشست‌های قضایی استان مازندران مطرح شد نیز اکثریت این‌گونه پاسخ داده‌اند که: «به نظر می‌رسد که دعوی الف محکوم به بطلان است؛ زیرا هر چند وجود ثمن از ارکان ذات و جوهر بیع است و هرگاه طرفین بخواهند بیع را بی‌عوض یا در برابر ثمن صوری منعقد کنند بیع باطل است؛ لکن از آنجایی که عقد تابع اراده واقعی طرفین است نه آنچه به زبان آورده یا نوشته می‌شود و در مانحن‌فیه خواسته واقعی طرفین عقد بیع نبوده بلکه الف قصد داشته این زمین را به فرزندش ب‌بخشد و بیهوده بر این تملیک مجانی زمین، نام بیع گذارده‌اند، پس آنچه واقع شده هبه بوده و به همین جهت بر رابطه حقوقی آنان مقررات هبه حکومت می‌کند».

در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۲۶۸ دادگاه، با این استدلال که «در قسمت توضیحات قرارداد مستند دعوی به صراحت به اوقافی بودن زمین موضوع واگذاری اشاره شده که حکایت از اطلاع طرفین به معامله در قالبی غیر از بیع داشته است» از ظاهر الفاظ عقد، یعنی بیع بودن، عدول کرده و با این که مبیع عین موقوفه بوده عقد واقع شده را بیع باطل ندانسته و آن را بر انتقال و واگذاری منافع حمل کرده است. بر همین اساس است که گفته می‌شود اگر کسی کالایی را که با انتفاع از بین می‌رود، به دیگری عاریه دهد معلوم می‌شود حقیقتاً قصد عاریه نداشته و چنین عقدی هبه خواهد بود (الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۴۲۷، ۴۲/۱۳۶).

واضح است در صورتی که کشف شود اراده واقعی و باطنی طرفین بر عقد دوم نبوده حمل عقد بر عقد جدید به استناد اراده باطنی صحیح نیست و لاجرم باید حکم به بطلان عقد صادر شود. به همین دلیل سخن کسانی که می‌گویند: «اگر در ایجاب عقد گفته شود "این اسب را به ۵۰ میلیون تومان به تو هبه کردم" و طرف مقابل هم بپذیرد؛ چنین عقدی، بیع است نه هبه (افندی، ۱۴۱۱، ۲۱/۱)»؛ را باید منصرف از جایی دانست که اراده طرفین بر عقد بیع نبوده است.

۱-۲-۳-۲. عقد دوم، عقد نامعین است

در این حالت امر دائر است بین این که ایجاب و قبول انجام شده را ایجاب و قبول عقد باطل بدانیم یا این که آن را حمل بر عقد نامعین صحیح کنیم و بگوییم ایجاب و قبول انصراف به چنین عقدی دارد. به عبارت دیگر عقدی که قرار است از دل الفاظ بیرون آید، نه عقد باطل معین بلکه عقدی نامعین است. برخی حقوق دانان در این مورد می‌گویند: «در قانون مدنی، بسیاری از مواد امری آزادی اراده اشخاص را، در تعیین قیود و شرایط اجرای عقد، محدود ساخته است. برای مثال، موضوع معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی و مشروع باشد (ماده ۲۱۵)؛ مورد تعهد باید معلوم و معین باشد؛ جهت عقد نباید با قوانین و نظم و اخلاق حسنه مخالف باشد (مواد ۲۱۶، ۲۱۷ و ۳۴۲ به بعد) و ... ولی، در حقوق کنونی این قواعد، مرزهای طبیعی آزادی اراده است و اصل مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی نیز با ملاحظه همین مرزها فراهم آمده است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ۱۹۹/۱). نتیجه این که نمی‌توان قواعد اختصاصی عقود معین را نادیده گرفت و آنچه را که واقع شده، حمل بر عقدی نامعین کرد. اکتفای به ظاهر ماده ۱۰ قانون مدنی نیز این نظر را تأیید می‌کند؛ چراکه ذیل ماده مذکور صراحتاً بیان داشته: «قراردادهای خصوصی ... در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» و مخالفت با قواعد امری عقود معین نیز مخالفت صریح با قانون است. نکته‌ی دیگری که در تأیید این نظر می‌توان گفت این که اگر بپذیریم هر عقد معینی که فاقد شرط لازم است انصراف به یک عقد نامعین دارد دیگر نباید عقد باطلی در عالم یافت شود چون هر عقدی که فاقد شرط باشد به جای این که آن را باطل بدانیم منصرف به عقد نامعین صحیح می‌دانیم. نظیر این ایراد را برخی از فقیهان نیز مطرح کرده‌اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۲۰۸/۴) البته این ایراد در صورتی پذیرفتنی است که قصد طرفین همان عقد اصلی نباشد و الا نمی‌توان خلاف قصد طرفین، ایجاب و قبول را به عقد دیگری منصرف دانست. آنچه با عنوان شرط ابتدایی مشهور است نیز در صورتی که با

توافق طرفین باشد در ماهیت آن التزام و تعهد وجود دارد و از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی بوده و قرارداد نامعین به حساب می‌آید (جوانمرد، رضوی و یمرلی، ۱۴۰۲، ۹۹).

مؤید دیگر، سخن برخی از حقوق‌دانان است که می‌گویند: «در استناد به آزادی اراده نباید چنان افراط کرد که حکمت مقررات مربوط به عقود معین از بین برود. قواعدی که برای نفوذ این‌گونه عقود وضع شده است دائرمدار الفاظ معین و عنوانی که دو طرف برای آن معین کرده‌اند نیست. بنابراین، نمی‌توان عینی را به عوض معلوم تملیک کرد و به بهانه‌ی این که مقصود قرارداد خاصی است، از اجرای مقررات عقد بیع به اتکای ماده ۱۰ فرار کرد. همچنین، نباید پذیرفت که اگر تراضی دو طرف «تعهدنامه» یا «قرارداد خصوصی» نامیده شود ولی در باطن هدف اجاره باشد، اجرای قواعد اجاره در آن عقد لزومی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۴۵، شماره ۳۴). صاحب این نظر، از این قاعده کلی در همه موارد تبعیت نکرده‌اند. به‌عنوان مثال، با این که به موجب قانون مدنی ضمان از دین آینده و پیش از ایجاد اسباب آن باطل است (ماده ۶۹۱) لکن التزام به پرداخت دین احتمالی آینده، به گونه‌ای که ایجاد التزام معلق به تحقق دین اصلی باشد، را از نظر حقوقی درست می‌دانند. تفاوت التزام یاد شده با ضمان به نظر ایشان در این است که هیچ انتقال دینی در آن صورت نمی‌پذیرد؛ دین بر ذمه مدیون اصلی ایجاد می‌شود و تعهد، ناظر به تأدیه آن دین و تأمینی است که به طلبکار احتمالی داده می‌شود. بر همین اساس است که می‌گویند اگر شخصی به‌عنوان حسابدار در مؤسسه‌ای استخدام شود و دیگری ضامن او گردد که، اگر در محاسبات کسر آورد، او جبران خسارت کند این التزام ضمان نیست و به این عنوان اعتبار ندارد ولی بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی می‌توان آن را نافذ دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ۱۲۸/۲). همچنین در تأیید این که «عقد معینی را که فاقد یکی از شرایط اختصاصی صحت خود باشد نمی‌توان به‌عنوان یک عقد غیرمعین مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی دانست»؛ گفته شده: ضمانت اجرای شرایط اختصاصی عقود معین مثل عین بودن مبیع و ... بطلان معامله‌ی فاقد این شرایط است و هرگز نمی‌توان چنین معامله‌ای را به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح دانست و هرگز نمی‌توان پذیرفت که یک معامله طبق برخی از مقررات قانونی باطل و مطابق برخی دیگر صحیح باشد (شهیدی، ۱۳۸۶، ۱۸۵) و اگر طرفین عقدی را انشاء کنند که با لحاظ آثار مورد نظرشان، ماهیت آن عقدی از عقود معین باشد، نام‌گذاری آن به قرارداد ماده ۱۰ حقیقت آن را تغییر نمی‌دهد (شهیدی، ۱۳۸۶، ۱۸۶).

اجرای اصل صحت در شبهات حکمیة در پیشینه تاریخی نیز با تردید جدی مواجه است. به همین دلیل است که فقیهان، در تاریخ فقه، در تعمیم عقود بسیار محتاطانه عمل می‌کردند. نظیر این مثال‌ها در منابع، نشان می‌دهد روش فقها و حقوق‌دانان در مقابله با اختلاف مذکور متفاوت است. برخی با تکیه بر لگالیسم خشک حقوقی عملی که فاقد رکن یا شرط لازم باشد را عمل باطل می‌دانند و در مقابل، برخی دیگر با توسیع در معنای عقد از طریق تفسیر اراده باطنی، عمل حقوقی مذکور را نه آن عمل حقوقی فاقد رکن، بلکه یک عمل معتبر و صحیح دانسته‌اند که عنوان دیگری را یدک می‌کشد. به نظر می‌رسد در این‌گونه موارد قانون‌گذار نباید بعد از مردم و دادگاه‌ها به فکر افتد و لازم است قبل از حدوث اختلاف نظر بین دادگاه‌ها و حتی در دکتترین حقوقی، به مسأله ورود کرده و در صورت نیاز نسبت به وضع قانون جدید و یا حذف برخی الزامات عقود معین اقدام کند و یا، در صورتی که قاعده مذکور از نظر او همچنان آمره است، صریحاً بطلان عقودی که بر خلاف آن منعقد می‌شود را، برای جلوگیری از تشنت و سردرگمی، اعلام دارد.

۱-۳. تأثیر توقیفی بودن عقد بر بطلان یا صحت

در منابع شرعی، از جمله در قرآن کریم، عموماتی نظیر آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) وجود دارد که بیانگر قواعد عمومی یا اختصاصی برخی از عقود است. معنای توقیفی بودن عقد این است که این عمومات تنها عقودی را شامل می‌شود که در زمان شارع مقدس در اجتماع رواج داشته و عقودی که در آن زمان رایج نبوده را شامل نمی‌شود. تفکر توقیفی بودن عقود تا زمان معاصر، علی‌رغم وجود نظر مخالف، تفکر رایج بین اندیشمندان بوده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱/۲۰۱). حال، سؤال این است که آیا توقیفی دانستن عقد بر بطلان یا صحت عقود محل بحث تأثیر دارد یا خیر؟ برخی از فقها بر این باورند که اگر عقود را توقیفی بدانیم حتماً باید عقد همراه با ثمن باشد و بیع بدون ثمن بیع باطل است؛ اما اگر عقود توقیفی نباشد این عقد، هبه‌ی صحیح خواهد بود (عاملی، ۱۴۱۹، ۶۷۳/۱۳). ایراد این سخن این است که حتی اگر عقود توقیفی هم باشد باز هم می‌توان قصد طرفین را منصرف به هبه دانست؛ زیرا هبه در هر صورت عقدی است که در زمان شارع در جامعه رواج داشته و در منابع فقهای قدیم نیز از آن صحبت شده است. ایراد دیگر این‌که اگر عقود را توقیفی ندانیم لزومی ندارد که بیع بدون ثمن را هبه بدانیم بلکه عقد جدیدی خواهد بود. اثر این نکته در جایی ظاهر می‌شود

که عقد فاقد شرط انصراف به هیچ یک از عقود معین نداشته باشد در این صورت باز هم باید ایجاب و قبول، برخلاف ظاهر الفاظ، معنایی را افاده کند و عقدی را اثبات نماید.

وضعیت بیع با اقرار کاذب به دریافت ثمن در وضع حقوقی کنونی

در برخی موارد فروشنده در قرارداد تنظیمی به دریافت ثمن اقرار می‌کند؛ اما به هر دلیلی بعداً به خواسته «اثبات بطلان عقد بیع» با استناد به این که بیع، بدون ثمن بوده طرح دعوی می‌کند. در این نوع از قراردادها غالباً، ثمن و مقدار آن در ضمن عقد تعیین می‌شود لکن به دلیل این که از ابتدا فروشنده قصد گرفتن ثمن را ندارد، به طور کاذب به دریافت آن اقرار می‌کند. این قسم از قراردادها تنها در صورتی باطل است که مدعی بطلان، بتواند صوری بودن آن را اثبات کند و در صورتی که نتواند صوری بودن را ثابت کند نهایت مطلب این است که اقرار کاذب به دریافت ثمن را به منزله‌ی ابرای بدهکار (مشتري در عقد بیع) بدانیم. بنابراین، برخلاف آنچه در مطالب پیشین بیان شد، عقد بیع در این فرض بیع بدون ثمن به حساب نمی‌آید و باطل نیست. همچنین نمی‌توان آن را هبه دانست؛ بلکه عقد واقع شده، عقد با ثمنی است که طلبکار (فروشنده) بدهکار (خریدار) را ابراء کرده است. با این توضیح معلوم می‌شود استدلالی که در رأی شماره ۹۳۰۹۹۸۵۸۵۹۶۰۰۴۸۳ شعبه دیوان عالی کشور مورد تأیید قرار گرفته، خالی از اشکال نیست.

«ادعای خواهان قابل قبول نیست؛ زیرا عقود تابع اراده باطنی طرفین است و از نحوه تنظیم مبیعه‌نامه و وضعیت طرفین که قصد جدایی از یکدیگر را داشتند برمی‌آید که انتقال خودرو بلاعوض بوده، اگر قصد بیع داشتند؛ چرا بدون پرداخت ثمن، در مبیعه‌نامه قید شده که ثمن رسیده است و اگر بنا بوده ثمن در تیرماه ۹۳ پرداخت شود؛ چرا در مبیعه‌نامه قید نشده؟ ... و کاملاً محرز است که قصد طرفین بر بلاعوض بودن انتقال خودرو بوده» (به نقل از سامانه ملی آرای قضایی).

براساس توضیحی که داده شد، در این مورد عقد انجام شده حقیقتاً و ماهیتاً عقد بیع است منتها فروشنده طلب خود از طلبکار را به نوعی ابراء کرده است. البته در اینجا نظر مخالف نیز وجود دارد و آن این که با اثبات کذب اقرار، طلبکار حق مراجعه به بدهکار را پیدا می‌کند.

دادن رسید صوری که حاکی از پرداخت ثمن باشد نیز می‌تواند، همانند اقرار کاذب، به منزله‌ی ابراء دین تلقی شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۳۵۵ و ۳۵۸). در این فرض، عقد واقع شده عقد بیعی است که مشتری

بدهکار، توسط بایع طلبکار ابراء شده است؛ بنابراین، نباید این عقد را به گونه‌ای دیگر تفسیر کرد و عقد را عقد هبه یا صلح بلاعوض یا امثال آن دانست.

تسلیم اصل سند (عادی) طلب به مدیون نیز نوعی اعلام ضمنی اراده بر ابراء دانسته شده است (شهیدی، ۱۳۸۶، ۱۳۶). به ویژه جایی که طلبکار یگانه وسیله یا مهم‌ترین وسیله اثبات طلب خود را از دست می‌دهد تسلیم، آماره بر انشای ابراء از سوی طلبکار است مگر این‌که دلیلی برخلاف آن ابراز شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۳۷۴ و ۳۸۹). به همین دلیل نمی‌توان تسلیم اصل سند را به معنای تحقق هبه دانست و نیز نمی‌توان عقد انجام شده را عقد بیع باطل به حساب آورد.

وضعیتی که فروشنده به دریافت ثمن اقرار می‌کند و میزان ثمن نیز در قرارداد یا نزد طرفین معلوم نیست ملحق به مبحث سابق، یعنی «دوران امر بین بطلان یک عقد و صحت عقد دیگر» است که در سطور پیشین در مورد آن صحبت شد.

نکته‌ی دیگری که یادآوری آن الزامی است این‌که ابراء در صورتی صادق است که دینی در اثر عقدی صحیح به وجود آید و اگر معامله، به علت فقدان قصد، صوری باشد و در اثر آن مشتری در برابر بایع بدهکار نگردد نمی‌توان اقرار به دریافت ثمن را حمل بر ابراء نمود و باید، به استناد مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ قانون مدنی، حکم به بطلان صادر کرد. در همین وضعیت باتوجه به این‌که از نظر ظاهر، عقد همه‌ی ارکان را دارد به جز قصد واقعی و قصد هم یک عنصر درونی است، بار اثبات صوری بودن عقد بر عهده‌ی فروشنده است که مدعی صوری بودن است و در صورتی که بتواند صوری بودن را ثابت کند حکم به بطلان عقد و رد مال موضوع معامله به وی صادر خواهد شد. در جریان رسیدگی نیز زمانی که مشتری به خواسته اثبات وقوع عقد بیع و الزام به تسلیم مبیع طرح دعوی می‌کند، فروشنده می‌تواند در دفاع از خود، بطلان عقد موضوع دعوی را اثبات کند و به نظر می‌رسد این ادعا، دفاع به معنای خاص بوده و با استفاده از ملاک ماده ۱۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی در این مورد نیاز به طرح دادخواست متقابل نیز ندارد.

نتیجه‌گیری

چنانچه در عقدی که مقدار ثمن در آن معین نگردیده، به این صورت که یا طرفین اصلاً متعرض ثمن نشده‌اند، یا صراحتاً بیان کرده‌اند که این عقد فاقد ثمن می‌باشد بین این‌که عقد مورد بحث را عقدی باطل

بدانیم یا آنرا حمل بر عقد صحیح دیگری کنیم، تردید شود باید بین موردی که عقد دوم معین است با جایی که عقد دوم نامعین است، تفاوت قائل شد. در فرض اول که عقد دوم عقدی معین است می‌توان در صورتی که از اراده طرفین، عقد دوم کشف شود، برخلاف ظاهر الفاظی که بیان شده، عقد واقع شده را بر عقد دوم حمل کرد و آنرا یک عقد صحیح دانست و قصد باطنی را بر ظاهر الفاظ ترجیح داد؛ اما در جایی که عقد دوم عقدی نامعین است نمی‌توان قواعد اختصاصی و آمره‌ی عقود معین را نادیده گرفت و آنچه واقع شده را حمل بر عقدی نامعین کرد؛ زیرا این قواعد همان مرزهای اصل آزادی قراردادی هستند و قراردادهای خصوصی نیز در صورتی که با این قواعد آمره مخالفت داشته باشد، نافذ و معتبر نخواهد بود.

زمانی که طلبکار به‌طور کاذب به دریافت ثمن اقرار می‌کند، اگر در متن قرارداد هیچ ثمنی تعیین نشده باشد، از حیث نتیجه، ملحق به فرض «دوران امر بین بطلان یک عقد و صحت عقد دیگر» است و اگر در متن قرارداد ثمن تعیین شده باشد این اقرار کاذب به منزله‌ی ابرای بدهکار بوده و عقد نیز صحیح خواهد بود.

عقد صوری در هر صورت باطل است و هر زمان و در هر کدام از فروض محل بحث، اگر معلوم شد طرفین قصد جدی برای انجام معامله نداشته‌اند باید به بطلان عقد حکم نمود. زمانی که کسی با بیع بدون ثمن و اجاره بدون اجرت مال دیگری را قبض کند براساس ترجیح اراده باطنی بر اراده ظاهری عقد واقع شده، هبه یا عاریه یا اذن در انتفاع صحیح است؛ بنابراین، قبض کننده، ضامن نخواهد بود، اگر عقد صورت گرفته، با توجه به ظاهر الفاظ، بیع فاسد باشد بنا بر نظر برگزیده باز هم قابض ضامن نیست و از عموم و اطلاق ماده ۳۶۶ قانون مدنی خارج است.

منابع

قرآن کریم.

ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم بن محمد. (۱۴۱۹ هـ). *الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ*. ج ۱. بیروت: دار الکتب العلمیة.

أفندی، علی حیدر. (۱۴۱۱ هـ). *درر الحکام فی شرح مجلّة الأحکام*. ج ۱. بی جا: دار الجیل.

انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ ق). *کتاب المکاسب*. ج ۱. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم.

ایروانی، علی بن عبد الحسین. (۱۴۰۶ ق). *حاشیة المکاسب*. ج ۱. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵ ق). *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*. ج ۱. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

بهوتی، منصور بن یونس. (بی تا). *کشف الفناع عن متن الإقناع*. بیروت: دار الکتب العلمیة.

_____ . (بی تا). *الروض المربع شرح زاد المستقنع*. ریاض: دار المؤید.

تولایی، علی و لیلا مهرابی راد و سیدمحمد مهدی صابر. (پاییز و زمستان ۱۴۰۰). «نگرشی تاریخ بر حدیث الخراج بالضمان و کاربرد آن در فقه مدنی». *دوفصلنامه مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذهب*. سال چهارم. شماره دوم. صص ۲۷۴-۲۵۹.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۶). *الفارق*. ج ۱. تهران: انتشارات گنج دانش.

جوانمرد، ابراهیم و سیدمحمد رضوی و صالح یمرلی. (بهار و تابستان ۱۴۰۲). «اراده یکجانبه در ایجاد تعهد؛ مطالعه تطبیقی فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران». *دوفصلنامه مطالعات تطبیقی فقه و اصول مذهب*. سال ششم، شماره اول، صص ۱۱۳-۹۳.

جوینی، عبدالملک بن عبدالله. (۱۴۲۸ هـ). *نهاية المطلب فی درایة المذهب*. ج ۱. جده: دار المنهاج.

حسینی شیرازی، سیدمحمد. (بی تا). *ایصال الطالب إلى المکاسب*. ج ۱. تهران: منشورات اعلمی.

حسینی عاملی، سیدجواد. (۱۴۱۹ ق). *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*. ج ۱. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. ج ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حلی، محقق، نجم الدین. (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. ج ۲. قم، مؤسسه اسماعیلیان.

حلی، علامه، حسن بن یوسف. (۱۴۲۱ق). *تلخیص المرام فی معرفة الأحكام*. ج ۱. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

_____ . (۱۴۲۰ق). *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه*. ج ۱. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

_____ . (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام*. ج ۱. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حمد بن عبد الله بن عبد العزيز الحمد. (بی تا). *شرح زاد المستقنع*. بی نا.

خوانساری، محمد امامی. (بی تا). *الحاشیة الثانية علی المكاسب*. ج ۱. بی نا.

رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد. (بی تا). *فتح العزیز بشرح الوجیز = الشرح الكبير*. بی جا. دارالفکر.

رشتی، میرزا حبیب الله. (۱۳۱۱ق). *کتاب الإجارة*. ج ۱. بی نا.

زحیلی، محمد مصطفی. (۱۴۲۷هـ - ۲۰۰۶م). *القواعد الفقهیة وتطبیقاتها فی المذاهب الأربعة*. ج ۱. دمشق: دارالفکر.

زحیلی، وهبة بن مصطفى. (بی تا). *الفقه الإسلامی وأدلته الشامل للأدلة الشرعیة والآراء المذهبیة وأهم النظریات الفقهیة وتحقیق الأحادیث النبویة وتخريجها*. ج ۴. دمشق: دارالفکر.

زرکشی أبو عبدالله بدر الدین محمد. (۱۴۰۵هـ). *المنثور فی القواعد الفقهیة*. کویت: وزارة الأوقاف الكويتیة.

زیلعی، عثمان بن علی. (۱۳۱۳هـ). *تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق وحاشیة الشلیبی*. ج ۲. قاهره: دار الكتاب الإسلامی.

سبحانی، جعفر. (۱۴۱۴ق). *المختار فی أحكام الخیار*. ج ۱. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

_____ . (۱۴۲۴ق). *المواهب فی تحریر أحكام المكاسب*. ج ۱. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

_____ . (۱۴۱۶ق). *نظام المضاربة فی الشریعة الإسلامیة الغراء*. ج ۱. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

سبکی، تاج الدین عبدالوهاب. (۱۴۱۱هـ). *الأشباه والنظائر*. ج ۱. لبنان: دارالکتب العلمیة.

سیوطی، عبدالرحمن بن أبی بکر. (۱۴۱۱هـ). *الأشباه والنظائر*. ج ۱. بیروت: دارالکتب العلمیة.

شبیبری زنجانی، سید موسی. (۱۴۱۹ق). *کتاب نکاح*. ج ۱. قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.

- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶). سقوط تعهدات. ج ۸. تهران: انتشارات مجد.
- _____ . (۱۳۸۶). تشکیل تعهدات. ج ۶. تهران: انتشارات مجد.
- صیمری، مفلح بن حسن. (۱۴۲۰ق). غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام. ج ۱. بیروت: دار الهادی.
- عاصمی، عبدالرحمن بن محمد. (۱۳۹۷هـ)، حاشیة الروض المربع شرح زاد المستقنع. ج ۱. بی نا.
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر). ج ۱. قم: کتابفروشی داوری.
- _____ . (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. ج ۱. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- _____ . (۱۴۱۹ق). فوائد القواعد. ج ۱. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- عمرانی، أبو الحسین یحیی بن أبی الخیر. (۲۰۰۰م). البیان فی مذهب الإمام الشافعی. ج ۱. جدّه: دارالمنهاج.
- غزالی، أبو حامد محمد بن محمد. (۱۴۱۷). الوسیط فی المذهب. ج ۱. قاهره: دارالسلام.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۴ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الإجارة. ج ۱. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- فرح زادی، علی اکبر و حدیث سلیمانی. (۱۳۹۷). «استثنائات قاعده تبعیت عقد از قصد در فقه مذاهب اسلامی». دوفصلنامه مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی. شماره ۴۹، صص ۲۹ - ۱۶.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی، درسهای از عقود معین. تهران: انتشارات گنج دانش.
- _____ . (۱۳۸۴). حقوق مدنی، ایقاع، نظریه عمومی - ایقاع معین. ج ۳. تهران: نشر میزان.
- _____ . (۱۳۹۳). حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها. ج ۱۲. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ . (۱۳۹۱). اعمال حقوقی. ج ۶. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاسانی، علاء الدین، أبوبکر بن مسعود. (۱۹۸۶م). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. ج ۲. دار الکتب العلمیة.
- کاشف الغطاء، حسن. (۱۴۲۲ق). أنوار الفقاهة - کتاب البیع. ج ۱. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. ج ۲. قم: مؤسسه آل البيت.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق). الکافی. ج ۴. تهران: دارالکتب الإسلامیة.

- محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۴۰۶ق). قواعد فقه. ج ۱۲. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مقدسی، موسی بن أحمد. (بی تا). الإقناع فی فقه الإمام أحمد بن حنبل. بیروت: دار المعرفة.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۶ق). أنوار الفقاهة - کتاب التجارة. ج ۱. قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- _____ . (۱۴۲۷ق). استفتاءات جدید. ج ۲. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- الموسوعة الفقهية الكويتية (من ۱۴۰۴ - ۱۴۲۷هـ). ج ۳. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت: طبع الوزارة.
- موسوی قزوینی، سیدعلی. (۱۴۲۴ق). ینایع الأحكام فی معرفة الحلال والحرام. ج ۱. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- _____ . (۱۴۱۹ق). رسالة قاعدة «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده». ج ۱. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نائینی، میرزا محمدحسین. (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المكاسب. ج ۱. تهران: المكتبة المحمدية.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام. ج ۷. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نووی، أبوزکریا محیی الدین یحیی. (۱۴۱۲هـ). روضة الطالبین وعمدة المفتین. ج ۳. بیروت: المكتب الإسلامی
- همدانی، آقا رضا. (۱۴۲۰ق). حاشیة کتاب المكاسب. ج ۱. قم: بی نا.