

عقد صلح و نسبت آن با ماده ۱۰ ق.م. از دیدگاه استاد جعفری لنگرودی

سید محمد صادق طباطبایی^۱

محمد امینی^۲

چکیده

در میان عقود مختلف، عقد صلح به دلیل قلمرو وسیع خود این خصیصه منحصر به فرد را دارد که می‌توان نتیجه سایر عقود و تراضی میان اشخاص را در قالب آن ترسیم کرد بدون اینکه احکام اختصاصی آن عقود در این چارچوب جاری باشد. صلح قالبی است وسیع‌تر از همه عقود معین که برای تحقق حاکمیت اراده فراهم آمده و قانون مدنی نیز در مواد ۷۵۴ و ۷۵۸ به این مهم اشاره دارد. از سوی دیگر ماده ۱۰ ق.م. اصلی به نام اصل آزادی قراردادها را تاسیس کرده است که به حکومت اراده، دامنه گسترده ای بخشیده و آن را از حصار عقود معین خارج ساخته است. منظور قانون‌گذار از وضع ماده ۱۰ ق.م. اعتبار بخشیدن به معاملاتی است که، علی‌رغم نیاز جامعه، با لحاظ آثار مورد نظر طرفین، در قالب هیچ یک از عقود معین نمی‌گنجد. میان حقوق دانان همیشه این اختلاف وجود داشته است که آیا با وجود عقد صلح، به ماده ۱۰ که از ماده ۱۱۳۴ ق.م. فرانسه اقتباس شده، نیازی بوده است یا نه؟ وفق نظر استاد جعفری لنگرودی، با وجود عقد صلح و مواد ۷۵۲ و ۷۵۴ ق.م. عاریت کردن مدلول ماده ۱۰ از حقوق فرنگی، امری زائد است و نباید گفت اصل آزادی اراده به وسعتی که در ماده ۱۰ بیان شده است در فقه سابقه ندارد، زیرا ملاحظه اقسام گوناگون عقد صلح و مستندات آن در فقه که در عین حال مبین وسعت مدلول مواد قانون مدنی در عقد صلح است، برای اثبات خلاف این اندیشه دلیلی زنده است. نوشتار حاضر عهده دار تبیین نسبت این دو نهاد حقوقی با تاکید بر دیدگاه استاد جعفری لنگرودی است.

کلیدواژه: عقد صلح، ماده ۱۰ ق.م، اصل آزادی اراده، آزادی قراردادی، استاد جعفری لنگرودی

مقدمه

تنها عقدی که می‌توان سایر عقود را در قالب آن منعقد کرد، بدون آنکه احکام و آثار اختصاصی آن عقود در آن جریان داشته باشد، عقد صلح است. به همین مناسبت این عقد را در فقه سیدالعقود یا سیدالاحکام می‌نامند.^۱ بر این اساس، قدرت و توان عقد صلح برای نظام بخشیدن به مراعات و توافقات افراد، دایره وسیعی دارد که اگر اشخاص راهی برای تحقق بخشیدن به تراضی صورت گرفته میان خودشان در چارچوب یکی از عقود توقیفی (عقود با نام) نداشتند، بتوانند به آن توافق حاصله، در قلمرو عقد صلح هویت شرعی و حقوقی بخشند. در این میان مدلول ماده ۱۰ ق.م (که از حقوق فرانسه اقتباس شده) به گونه‌ای تنظیم شده است که هرگونه قرارداد خصوصی را در صورت عدم مغایرت آن با شرع نافذ می‌داند. لذا میان حقوق دانان اختلاف وجود دارد که آیا بین عقد صلح و ماده ۱۰ ق.م از حیث مدلول تفاوتی وجود دارد یا نه؟ به عبارت دیگر، آیا با وجود عقد صلح با این گستره وسیع نیاز به وضع ماده ۱۰ بوده است؟ برای پاسخ به این پرسش، ابتدا باید از مفهوم و عناصر عقد صلح و نیز قلمرو ماده ۱۰ ق.م سخن به میان آوریم و سپس به بررسی نسبت میان دو نهاد حقوقی مزبور بپردازیم. در این بررسی ضمن بیان دیدگاه حقوق دانان، تأکید بر دیدگاه استاد جعفری لنگرودی است.

۱- مفهوم و اوصاف صلح

۱-۱- مفهوم صلح

صلح در لغت به معنای سازش، آشتی کردن، توافق کردن، پیمانی که بر حسب آن دعوایی را حل و فصل کنند و پیمان تسلیم است.^۲ در اصطلاح فقه عبارت است از توافق و سازش میان دو یا چند نفر بر ایجاد چیزی میان خودشان، از قبیل تملک عین یا منفعت مالی و یا، نقل یا إسقاط حقی و یا، ابراء دینی و غیر آن، خواه به طور رایگان و یا در ازای اخذ عوض (صلح معوض).^۳ بعضی از فقها صلح را به عقدی که برای رفع نزاع میان دو یا چند نفر تشریح شده است تعریف کرده‌اند.^۴ طبق این تعریف، صلح تنها در موارد وجود نزاع معنا می‌یابد و در نتیجه صلح بدون وجود نزاع (صلح ابتدایی) در این جای نمی‌گیرد. به نظر می‌رسد تعریف دوم از فقهای اهل سنت گرفته شده است، زیرا بسیاری از آنان شرط تحقق صلح را وجود

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (رهن-صلح)، ابن سینا، ۱۳۴۹، ص ۱۳۵.

۲. معین، محمد؛ فرهنگ فارسی، تهران، امیر کبیر، ۱۳۷۶، چاپ ۱۱، ج ۲، ص ۲۱۶۰ و ۲۳۲۳.

۳. خویی، منہاج‌الصالحین، ج ۲، مدینه العلم، ۱۴۱۰ق، ص ۱۹۲. (الصلح عقد شرعی للتراضی و التسالم بین شخصین فی أمر: من تملیک عین أو منفعة أو إسقاط دین أو حق أو غیر ذلک مجاناً، أو بعوض)

۴. حلی، علامه، قواعد الاحکام، ج ۲، الطبعة الولی، قم، موسسه نشر الاسلامی التابعه لجامعه المدرسین، ۱۴۱۳-۱۴۱۹ق. ص ۱۷۲. (عقد سائغ شرعاً لقطع التجاذب)؛ مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق، الطبعة الثانیة، موسسه انصاریان، ج ۴، ۱۴۲۱ق. ص ۸۵.

نزاع بین طرفین می‌دانند^۱، ولی از دیدگاه اکثر فقهای امامیه، وجود نزاع شرط صلح نیست، زیرا صلح هر چند در اصل برای از بین بردن نزاع تشریح شده است، لکن قطع نزاع حکمت تشریح است و نه علت آن^۲. بنابراین لازم نیست در همه موارد صلح نزاعی وجود داشته باشد. محقق نجفی سخنی دارد که این گفته را تایید می‌کند^۳. مضمون سخن ایشان چنین است: هرچند صلح در اصل برای رفع تنازع میان طرفین دعوی تشریح گشته، لکن وجود خصومت در صلح را باید از حکمت‌هایی دانست که شمول آن لازم و ضروری نیست، مثل مشقت در نماز قصر، نقصان قیمت در رد به عیب و... از این رو، تعریف نخست مطابق با دیدگاه فقهای امامیه است. قانون مدنی نیز در مواد ۷۵۲ و ۷۵۸ این مفهوم گسترده از صلح را پذیرفته است و در واقع با پذیرش صلح در مقام معامله بدون آنکه احکام خاصه آن معامله به وجود آید (ماده ۷۵۸ ق.م) صلح ابتدایی را در کنار صلح بر اختلاف و نزاع در معنایی وسیع‌تر جای داده است^۴.

قانون مدنی فصل هفدهم خود را در قالب نوزده ماده به عقد صلح اختصاص داده ولی تعریف روشن و دقیقی از این عقد ارائه نداده است و در ماده ۷۵۲ ق.م راجع به این عقد می‌گوید "صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود." اما همان‌طور که استاد جعفری لنگرودی نیز متذکر شده است، این ماده در واقع عقد صلح را تعریف نکرده است بلکه به بیان چهار قسم از این عقد پرداخته، یعنی: الف- صلح دعوای موجود. ب- صلح دعوای محتمل. ج- صلح در مقام معاملات. د- صلح با انتقای دعوی در خارج از معاملات، که عبارت "و غیر آن" بیانگر آن است که موجب ابهام نیز شده است^۵.

برخی از حقوق‌دانان با توجه به مواد ۷۵۲ و ۷۵۸ صلح را این‌گونه تعریف کرده‌اند: صلح عقدی است که به موجب آن طرفین، تنازع موجودی را قطع و یا از تنازع احتمالی جلوگیری می‌کنند، و یا به موجب آن طرفین مزبور معامله دیگری می‌کنند بدون اینکه شرایط و احکام خاصه آن معامله لازم‌الرعیه باشد^۶.

۱. ر.ک: ابن قدامه، المغنی، ج ۵، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۵ ق، ص ۲؛ سیوطی، جلال الدین، الاشباه و النظائر، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۳۴.

۲. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۴، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ص ۲۶۰.

۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۶، دار احیاء التراث العربی، ص ۲۱۱.

۴. ره پیک، سیامک، نگاهی دوباره به عقود معین (قسمت اول-عقد صلح)، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، ش ۳۸ و ۳۹، ۱۳۸۵، ص ۱۰.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۳۴.

۶. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، امیر کبیر، تهران، ۱۳۴۲، چاپ ۷، ص ۴۷۳. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، مجد، تهران، ۱۳۸۰، ص ۳۰۶.

مرحوم امامی صلح را این گونه تعریف می‌کند: صلح عبارت از تراضی و تسالم بر امری است، خواه تملیک عین باشد یا منفعت و یا اسقاط دین و یا حق و یا غیر آن.^۱ این تعریف دقیقاً همان تعریف رایج فقهای امامیه بعد از شیخ انصاری است.^۲ کاتوزیان در تعریف صلح می‌نویسد: در مفهوم و جوهر صلح نوعی «تسالم» یا به بیان دیگر گذشت‌های متقابل وجود دارد و همین امتیاز است که آن را از سایر معاملات ممتاز می‌کند و به صورت معامله ای مستقل درمی‌آورد. یعنی در هر مورد که وجود حقی بین دو نفر مشتبه است و یا مورد تنازع قرار گرفته است یا هدف این است که از تنازع احتمالی پرهیز شود، عقدی که بر این مبنا و گذشت‌های متقابل طرفین واقع می‌شود صلح است، هر چند که نتیجه آن و وسیله تسالم، ایجاد حق یا انتقال یا اسقاط آن باشد. این تلقی منطقی از صلح، امتیاز این عقد را از سایر قراردادها به خوبی نشان می‌دهد و استقلال آن را در کنار بیع و معاوضه و هبه و اجاره توجیه می‌کند استاد جعفری لنگرودی عقد صلح را چنین تعریف می‌کنند: "صلح عبارت است از توافق برای ایجاد یا انتفاء یک یا چند اثر حقوقی بدون اینکه بستگی به احکام خاصه عقود معین (نشانگر مستقل بودن صلح در مقایسه با سایر عقود معین) داشته باشد."^۳ طبق این تعریف تراضی و تسالم که جوهره اصلی عقد صلح است و جز با توافق طرفین حاصل نمی‌شود به خوبی نمایان است. بدین ترتیب، هیچ محدودیتی برای مورد صلح وجود ندارد. قالبی است وسیع‌تر از همه عقود معین که برای تحقق حاکمیت اراده فراهم آمده است.^۴ در حقوق فرانسه (ماده ۲۰۴۴) مانند نظر پاره‌ای از فقهای عامه، صلح تنها در مقام رفع منازعه منعقد می‌شود.^۵

۱-۲- تراضی در صلح

مفهوم صلح از هدف اصلی آن، یعنی توافق، تسالم و سازش مایه می‌گیرد^۶ که این مهم جز از طریق توافق و تراضی میان متصالحین حاصل نمی‌شود. نصوص شرعی که در مورد عقد صلح وارد شده است هم دلالت بر هرگونه تراضی در این عقد دارد. به عنوان مثال^۷، راوی از امام صادق (ع) سوال می‌کند که: دو نفر هر یک مقداری گندم نزد دیگری داشت که مقدار آن را نمی‌دانستند، سپس به یکدیگر گفتند، آنچه مال من نزد شما است از آن شما باشد. آیا این عمل صحیح است؟ امام (ع) در پاسخ فرمودند: هرگاه تراضی کرده باشند، درست است.^۸ واژه تراضی در سخن امام (ع)، حکایت از لازم بودن وجود این عنصر در عقد صلح

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۷۶، چاپ ۱۳، ج ۲، ص ۳۱۵.

۲. امامی، مسعود، صلح ابتدایی، فصلنامه فقه اهل بیت، تابستان ۱۳۸۲ ش ۳۴، ص ۹۷.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۳۵.

۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (مشارکتها-صلح)، ج ۲، گنج دانش، ۱۳۷۹، ص ۲۹۹.

16. the French civil code, john H. crabb, Rothman-Kluwer, 1994.

۶. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۹۸.

۷. برای آگاهی بیشتر نسبت به احادیث وارده، ر. ک، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۳۹ و ۱۴۰.

۸. شهید ثانی، پیشین، ص ۲۶۳.

دارد. علاوه بر این، چون در خارج عقود توقیفی هرگونه تراضی اعتبار شرعی دارد و در برخی از نصوص تعبیر به صلح شده است، استقلال تراضی در خارج از عقود توقیفی، شرعاً محرز است.^۱ به اصطلاح اهل فن، تراضی ضمن عقود معینه، "تراضی به شرط شیء" است، زیرا با قیود و مشخصات آن عقود همراه است. تراضی ضمن عقد صلح، "تراضی به شرط لا" است، یعنی به شرط همراه نبودن با احکام خاصه عقود معینه است (ماده ۷۵۸). تراضی که مقسم جمیع عقود است، "تراضی لا به شرط" است، که ضمن عقود معینه و عقد صلح دیده می‌شود.^۲ با توجه به این عنصر است که استاد جعفری لنگرودی با نگاه فقه‌ای خویش معتقدند با وجود ماده ۷۵۴ ق.م. حاجت به آوردن ماده ۱۰، که از ماده ۱۱۳۴ ق.م. فرانسه گرفته شده، نبوده است.^۳

۱-۳- عدم لزوم سبق نزاع در صلح

برخی از فقها معتقدند وجود اختلاف میان متصالحین برای تحقق صلح ضروری است. ولی مشهور فقهای امامیه بنا بر دلایلی از جمله: اطلاق نصوصی که دلالت بر جواز عقد صلح دارند، اجماع، حکمت بودن رفع نزاع در تشریح عقد صلح و نه علت بودن آن و غیره برآنند که وجود یا احتمال وقوع تجاذب و نزاع در انعقاد صلح شرط نیست.^۴ به عبارتی تراضی صورت گرفته در خارج از عقود توقیفی، از نظر مورد تراضی، محدودیت را قبول نمی‌کند. حد اساسی آن این است که خلاف الزامات شرع نباشد، اما سبق خصومت بر تراضی ابداء شرط نیست.^۵ یکی از فقهای شیعه در جواب فائلین به وجود نزاع جهت تحقق عقد صلح، می‌گوید "درست است که اصل صلح برای قطع تنازع و کشمکش و رفع اختلاف تشریح شده است ولی به تدریج ماهیت خود را تغییر داد و عقد مستقلی شد و در ردیف عقود معینه درآمد که دیگر متوقف بر سابقه تنازع و اختلاف نیست، بلکه دو نفر می‌توانند بدون هیچ سابقه نزاعی، بر سر یک مسئله مالی ابتدا با یکدیگر صلح و سازش کنند. بنابراین نزاع و اختلاف، حکمت تشریح صلح خواهد بود نه علت تشریح، زیرا در حکمت، حکم در وجود و عدم، وابسته به آن نیست. اما علت تشریح آن است که حکم در وجود و عدم، وابسته به آن است به طوری که هر جا علت باشد، حکم هم هست و هر جا علت نباشد، حکم نیست. در مورد بحث نیز وقتی تنازع، حکمت تشریح صلح بود نه علت آن، پس این طور نیست که هر جا تنازع

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۶۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (رهن-صلح)، پیشین، ص ۱۳۵.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی، گنج دانش، ۱۳۹۲، ص ۴۰۳.

۴. حلی، علامه، تذکره الفقها، قم، ج ۱۶، مؤسسه آل‌البتی علیهم السلام، ۱۴۱۴ق، ص ۱۱؛ شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعہ اللمشفیة، قم، ج ۴، کتابفروشی دآوری، ۱۴۱۰ق، ص ۱۷۳؛ سبزواری، محمدباقر، کفایه الاحکام، قم، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ق، ص ۶۰۷؛ بهبهانی، محمدباقر، حاشیه علی مجمع الفائده و البرهان، قم، مؤسسه علامه المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷، ص ۴۷۳.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، تهران، پیشین، ص ۲۶۰.

باشد، صلح صحیح باشد و هر جا تنازع نباشد، صلح صحیح نباشد، بلکه صلح صحیح است چه مواردی که قبلاً تنازع بوده و چه تنازع نبوده باشد.^۱ در نهایت اینکه خصومت محقق یا محتمل از عناصر عقد صلح نیست (صلح تخارج)^۲ و قانون مدنی در ماده ۷۵۲ همین نظر را اختیار کرده و راه هرگونه بحث را بسته است.^۳ اکثر حقوق دانان نیز بر این عقیده‌اند.^۴

۴-۱- ایجاب و قبول در صلح

صلح مانند دیگر عقود نیاز به ایجاب و قبول دارد. در عقد صلح صیغه خاصی معتبر نیست؛ بلکه هر لفظی که بیانگر معنای صلح باشد، کفایت می‌کند، مانند این که گوینده ایجاب بگوید: «صَالِحْتُكَ عَنِ الدَّارِ او منفعتها بكذا؛ با تو در ازای خانه یا منفعت آن به فلان مبلغ مصالحه کردم» و طرف مقابل بگوید: «قَبِلْتُ الْمُصَالِحَةَ؛ مصالحه را پذیرفتم».^۵ اساساً در فقه وقتی که چیزی را عقد می‌نامند، مقصود این است که ایجاب و قبول باید لفظی باشد، لذا نویسندگان قانون مدنی از این نکته عدول نکرده است.^۶ ذکر این عنصر دو نتیجه اجتناب ناپذیر را به همراه دارد: الف) مرادات که در فقه معمول است و در مواد ۵۰۱ و ۵۱۵ ق.م نیز آمده است، از مفهوم صلح خارج است. به همین جهت در این دو ماده قانون‌گذار عالماً عامداً استناد به صلح نکرده است. نکته‌ای که اکثر شارحان ق.م به آن توجهی ندارند. ب) از آنجا که در قراردادهای خصوصی (نظر به سابقه‌ای که دارند) ایجاب و قبول لفظی شرط نیست، بنابراین مدلول ماده ۱۰ ق.م از آن خارج می‌شود.^۷ رعایت این عنصر، نویسندگان ق.م را بر آن داشته که عقد صلح را در ردیف سایر عقود معینه بیاورد.^۸

۵-۱- استقلال عقد صلح

طبق نظر مشهور فقیهان امامیه، عقد صلح عقدی مستقل است و فرع عقود دیگر نیست^۹، اما طبق دیدگاه دیگر که شیخ طوسی و شافعیه قائل به آن هستند، صلح فی ذاته اصل نیست و فرع بر پنج عقد دیگر،

۲۲. قارویی، حسن، النضید، ج ۲۱، عالمه، ۱۳۹۵، ص ۳۳۰.

۲. در این صلح نه نزاع محتمل است و نه نزاع یقینی.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (رهن-صلح)، پیشین، ص ۱۴۱.

۴. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ۱۳۷۹، ص ۲۹۹؛ شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱)، تهران، مجلد، ۱۳۸۶، ص ۱۳۱؛ جعفری

لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۴۲.

۵. جمعی از نویسندگان، فرهنگ فقه، ج ۵، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۳۹۲ ش، ص ۹۶.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی، پیشین، ص ۴۰۲.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی، همان، ص ۴۰۲.

۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی، همان، ص ۴۰۳.

۹. جمعی از نویسندگان، فرهنگ فقه، پیشین، ص ۹۵.

یعنی: بیع - ابراء - اجاره - عاریه - هبه خواهد بود^۱، لذا صلحی که مفید فایده بیع باشد، بیع به شمار می‌رود و احکام بیع بر آن مترتب خواهد شد. تفاوت میان این دو دیدگاه در دو جهت است: ۱- در جریان احکام و شرایط عقدی که صلح فرع آن است، بنابر قول دوم ۲- لزوم عقد صلح بنابر قول نخست، بر خلاف قول دوم. بنابراین قول، لزوم و جواز عقد صلح بسته به لزوم و جواز عقدی است که صلح فرع آن به شمار می‌رود. در نتیجه، صلحی که فرع بیع یا اجاره است، لازم و صلحی که فرع هبه یا عاریه است، جایز است.^۲ به هر حال صلح را باید عقدی مستقل دانست که تابع هیچ یک از عقود معین نیست و همین مقدار که به احکام قانون‌گذار صدمه نزند جایز است^۳ و از قصد طرفین پیروی می‌کند. برخی از معاملات را که در قالب عقود دیگر به خاطر شرایط و احکام خاص و دقیقی که در آن عقود است، نمی‌توان جای داد، با عقد صلح میسر و ممکن می‌شود و از اینرو صلح را (سید العقود) لقب داده‌اند.^۴ به نظر می‌رسد گستره وسیع عقد صلح ریشه در معنا و ماهیت این عقد دارد. از تحلیل معنای صلح که در بیان فقها با عنوان تسالم بر امری بیان شده است می‌توان به مبنای وسیع این عقد پی برد، زیرا امری که بر آن تسالم صورت می‌گیرد اعم از تملیک عین و منفعت یا انتقال و یا اسقاط حق و موارد دیگر است و زمانی که در شمول این عقد بر امری شک داشته باشیم اصل آن است که آنرا در برمی‌گیرد مگر آنکه دلیل خاصی بر عدم شمول وجود داشته باشد. قانون‌گذار در ماده ۷۵۸ ق.م. نتیجه‌ای که از اصالت و استقلال عقد صلح ناشی می‌شود یعنی استقلال در احکام، را می‌پذیرد.^۵ در فرانسه هم عقد صلح، عقدی مستقل شناخته می‌شود.^۶ به واسطه استقلال عقد صلح است که طرفین خود را از عناصر و احکام اختصاصی عقود دیگر برکنار می‌دارند و ملتزم به آن نمی‌شوند (چنانچه ماده ۷۵۸ ق.م. به آن اشاره می‌کند). بنابراین مغایرتی بودن که عنصر عمومی پاره‌ای از عقود (مثل بیع یا اجاره) است در صلح نیست.^۷

۱-۶- لزوم عقد صلح

بنابر قول مشهور فقهای امامیه که صلح را عقدی مستقل می‌دانند، عقد صلح لازم است؛ هرچند مفید فایده عقد جایز باشد، چنانچه قانون مدنی در ماده ۷۶۰ به این مورد اذعان دارد (مثل اینکه عقد وکالت

۱. شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، جزء ثانی، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ص ۲۸۸.
۲. جمعی از نویسندگان، فرهنگ فقه، پیشین، ص ۹۵؛ بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، ج ۲۱، قم، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه، ۱۴۰۵-۱۴۰۹، ق، ص ۸۶.
۳. الصلح جائز بین المسلمین الا صلحا احل حراما او حرم حلالا (حر عاملی، وسائل الشیعه، کتاب الصلح، باب ۳، حدیث ۲).
۴. قارویی، حسن، پیشین، ص ۳۳۰.
۵. منصوری، محمد، محمد مهدی الشریف، سید محمد صادق طباطبایی، واکاوی حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح، مطالعات حقوقی، دوره دهم، ش ۶، ص ۶.
- 22- Malaurie, Philippe, Laurent Aynes et Pierre-Yves Gautier (2009). Les Contrats Spéciaux, Paris: Defrénois.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۳، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۲۳۵۷.

را به صورت صلح درآورند)، یا ایقاع باشد؛ از اینرو، فسخ آن توسط هر یک از دو طرف عقد جایز نیست، مگر این که آن دو بر فسخ اتفاق نظر داشته باشند.^۱ یا آن که ضمن صلح برای یکی یا هر دو حق خیار قرار داده شده باشد که در این صورت صاحب خیار می‌تواند عقد صلح را برهم زند.^۲ بنابراین جعل خیار در عقد صلح مستند به ماده ۷۶۱ ق.م.محدود به خیار تخلف شرط و شرط خیار شده است، لیکن خیارات دیگر (مانند خیار غبن، عیب و...) در صلح جاری نمی‌شود. زیرا این خیارات برای عقود است که در آنها تعادل عوضین و تحصیل حداکثر امتیاز مالی مورد نظر طرفین است و گذشت و مسامحه و ارفاقی در میان نیست.^۳ برخی از فقها خیار شرط را در صلحی که دعوی را خاتمه می‌دهد، قابل اجرا نمی‌دانند، و آنرا مخصوص صلح در مقام معاوضات می‌دانند.^۴ با این حال استاد جعفری لنگرودی هر چند در کتاب فرهنگ عناصرشناسی خود، لازم بودن عقد صلح را با قراردادهای ذیل ماده ۱۰ ق.م.م.م. مشترک می‌دانند^۵ ولی می‌گویند، ماده ۷۶۰ ق.م. از آنجا که تا سرحد لازم گردانیدن همه عقود که در قالب صلح منعقد می‌شوند پیش رفته، نقص دارد. زیرا معتقدند مصلحت اکیدی در زیربنای لزوم و جواز عقود وجود دارد ولی لازم گردانیدن ودیعه و وصیت و... قابل تحمل نمی‌باشد.^۶ ایشان در ادامه می‌نویسند: اگر بخواهیم در این زمینه به تاریخ حقوق (فقه) مراجعه کنیم و قائل شویم علت اینکه مقنن همه اقسام صلح را لازم دانسته این است که فقها هر عقدی را لازم می‌دانند مگر اینکه وضع خاصی اقتضا کند که عقد معینی جایز باشد و چون دلیلی بر جایز بودن صلح به دست نیآورده‌اند و صلح را عقد مستقلی می‌دانند آنرا در جمیع اقسامش لازم شمرده‌اند، وی این استدلال را کافی نمی‌داند، زیرا لزوم و جواز عقود تابع مصالح مخصوص مربوط به هر عقدی است مثلاً ودیعه ذاتاً اقتضا میکند که جائز باشد و عقد ضمان اقتضای لزوم دارد، حال اگر ودیعه به صورت صلح درآید، اقتضای طبع ودیعه از بین نمی‌رود و ناگزیر صلح در مقام ودیعه حتماً باید جایز باشد نه لازم.^۷ ایشان نظریه لازم بودن همه اقسام عقد صلح را قابل تغییر می‌دانند.

۲- نسبت میان صلح و ماده ۱۰ ق.م.

سؤال اساسی که همواره میان فقها و حقوق دانان مطرح است و در مورد آن اختلاف نظر وجود دارد، این است که آیا هر توافقی که عنوان خاص یکی از عقود را دارا نباشد، عقد صلح خواهد بود؟ به عبارت دیگر

۱. ... عقد الصلح بناء علی ما قلناه من كونه أصلاً برأسه لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه بلا خلاف، لعموم (اوفو) ... إلا أن يتفقا علی

فسخه بالإقالة... نجفی، محمد حسن، پیشین، ص ۲۱۹.

۲. موسوی سبزواری، سید عبد الاعلی، مذهب الاحکام، ج ۱۸، موسسه المنار، ۱۴۱۳-۱۴۱۷ق، ص ۱۶۹.

۳. صفایی، حسین، حقوق مدنی (تعهدات و قراردادهای)، تهران، ج ۲، موسسه عالی حسابداری (چاپ میهن)، ۱۳۵۱، ص ۴۸۷.

۴. عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الكرامه، ج ۵، چاپ مصر، ۱۳۲۶، ص ۴۶۱.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی، پیشین، ص ۴۰۴.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (رهن-صلح)، پیشین، ص ۲۶۰.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۲۶۱.

در خارج از قلمرو عقود معین آیا هر تراضی به استناد ماده ۷۵۲ ق.م.عنوان عقد صلح را دارد؟ برای پاسخ به این سؤال، ابتدا اختلاف نظری که میان شیخ انصاری و مرحوم نائینی در مورد اباحه معوضه وجود دارد را مطرح می‌کنیم و سپس با تحدید قلمرو ماده ۱۰ قانون مدنی طبق گفتار حقوق دانان، به بررسی نسبت میان عقد صلح و ماده ۱۰ ق.م. با تکیه بر نظر استاد جعفری لنگرودی، می‌پردازیم.

۲-۱- اختلاف نظر شیخ انصاری و میرزای نائینی در اباحه معوض

در توضیح اباحه معوض باید گفت: اگر مالک مال خود را به موجب قراردادی در اختیار کسی قرار دهد و او را مجاز در هر قسم تصرف و انتفاع از آن مال جز انتقال آن به ثالث و اتلاف آن کند و در عوض این اباحه منافع، طرف او هم مالی از اموال خود را به وی تملیک کند، در واقع موضوع این قرارداد، اباحه منافع به ملک است. یعنی یک طرف با حفظ مالکیت خود، منافع آنرا به طرف مقابل اباحه می‌کند و طرف دیگر در عوض این اباحه، مالی را به او تملیک می‌کند. این توافق را اباحه به عوض (معوض) می‌نامند و گفته‌اند این قرارداد چون عرفاً عنوان یکی از عقود معینه را ندارد، طبعاً مشمول عنوان صلح است.^۱ شیخ انصاری به این دلیل که دو عوض در ملک اباحه کننده است و برای دیگری تنها تصرف، مباح می‌شود، آنرا در زمره معاوضه‌های معهود نمی‌داند و قائل به صلح بودن این مورد است^۲، زیرا آن را در معنای تسالم بر امری می‌داند.^۳ اما عده‌ای دیگر از فقها از جمله نائینی عقیده دارند که در خارج عقود معینه، هر تراضی و توافقی عنوان صلح را ندارد و تحقق صلح را مشروط به دو امر دانسته است: الف) تراضی در خارج عقود معینه باشد. ب) طرفین تراضی، قصد انعقاد عقد صلح را داشته باشند.^۴ میرزای نائینی با آنکه قول شیخ انصاری در این مورد که صلح باید معلوم باشد و طرفین با لفظ یا فعل یا بنابر اوضاع و احوال عنوان تسالم و صلح را انتخاب کنند را قبول دارد، ولی نظر او را راجع به صلح بودن اباحه معوض رد می‌کند. طبق این نظر، باید دید سایر تراضی‌ها که در خارج قلمرو عقد صلح و سایر عقود معین به وجود می‌آیند، از نظر فقهی و حقوقی چه ماهیت و اثری دارند؟ استاد جعفری لنگرودی می‌نویسد: راجع به این سوال دو پاسخ در فقه وجود دارد: یک- سایر تراضی‌ها به دلیل آیه (افوا بالعقود)^۵ معتبر است و صلح نیست. دو- آیه (اوفو

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، صص ۱۳۶ و ۱۳۷.

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۳۰۱.

۳. شیخ انصاری، مکاسب، ج ۳، تراث الشیخ الاعظم، صص ۸۹ و ۹۰. (و أما الكلام فی صحه الإباحه بالعوض سواء صححنا إباحه التصرفات المتوقفة علی الملك أم خصصنا الإباحه بغيرها فمحصله: أن هذا النحو من الإباحه المعوضه ليست معاوضه مالمه ليدخل كل من العوضين فی ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، إلا أن المباح له يستحق التصرف؛ فيشكل الأمر فيه (كذا، و لعل تذكير الضمير باعتبار عوده إلى «هذا النحو») من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً، مع التأمل فی صدق التجارة علیها (أی الإباحه المعوضه)، فضلاً عن البیع، إلا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبة له لغة؛ لأنه فی معنى التسالم علی أمر)

۴. نائینی، منیه الطالب، قم، ج ۱، مؤسسه النشر الإسلامی التابع لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ۱۴۱۸ق، صص ۱۸۴ و ۱۸۵.

۵. سوره مائده، آیه ۱.

بالعقود) فقط شامل عقود متداول در زمان نزول آیه است و هرگونه تراضی که خارج از آن عقود باشد، دلیلی بر اعتبار آن در دست نیست، پس باطل است.^۱ ایشان در ادامه با آوردن آیات و روایاتی از جمله: آیه ۲۴ و ۲۹ سوره نساء، آیه ۲۳۲ و ۲۳۳ سوره بقره، بیان می‌کنند: از مدارک مذکور معلوم است که اولاً، در خارج عقود معینه موجود در زمان حیات قانون‌گذار اسلام، هر تراضی علی‌الاصول معتبر بوده است. ثانیاً، هر تراضی در خارج قلمرو عقود مذکور عنوان صلح را داشته است و ماده ۷۵۲ ق.م.همین معنا را پذیرفته است و قانون‌گذار در تکمیل این ماده در ماده ۷۵۴ می‌گوید: هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد.^۲ استاد جعفری لنگرودی در پایان می‌گوید: احتمال تبعیت قانون مدنی در عقد صلح از نظریه شیخ انصاری بسیار قوی است، زیرا نویسنده مواد صلح ق.م.شاگرد مع الواسطه شیخ انصاری است و با احترام فوق‌العاده‌ای که شاگردان او برای او داشتند، احتمال مخالفت با نظر استاد جداً منتفی است.^۳

۲-۲- قلمرو ماده ۱۰ ق.م.

به گفته حقوق‌دانان این ماده حاوی اصل آزادی قراردادهای بوده و به حکومت اراده، دامنه گسترده‌ای بخشیده و آن را از محدوده و حصار عقود معین خارج کرده است.^۴ تصور اینکه اصل حاکمیت اراده در ایجاد تعهدات، اختصاص به عقود و قراردادهای دارد، گمانی ناپخته و بی‌دلیل است، زیرا تعهداتی که انسان به اراده خود پدید می‌آورد به هر صورت که باشد، اصل بر آن است که اولاً، اعتبار دارد و ثانیاً، باید مورد حمایت قانون قرار گیرد.^۵ در این مسیر، فرق نمی‌کند که منبع و منشأ تعهد، عقد باشد یا ایقاع و یا هر عمل ارادی دیگر مانند اقرار.^۶ همچنین براساس این ماده نفوذ شرط از این قید که ضمن عقد واقع شود رها می‌شود، زیرا شرط نیز خود قراردادی است که می‌تواند جدای از عقدالزام آور باشد، هر چند بعد از عقد امضا شود.^۷ زیرا ملاک، اراده و خواست طرفین است، نه شکل و قالب آن.^۸ بدیهی است قراردادهای مشمول ماده ۱۰ همانند سایر عقود معین، باید شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م. را داشته باشند و اگر

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، صص ۱۳۷ و ۱۳۸.

۲. همان، صص ۱۳۸ تا ۱۴۰.

۳. همان، ص ۱۳۷.

۴. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نیران، ۱۳۹۵، ص ۳۱.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (حقوق تعهدات)، گنج دانش، ۱۳۷۸، صص ۱۲۰ و ۱۲۱.

۶. همان، ص ۱۲۱.

۷. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، شرکت سهامی انتشار، تهران ۱۳۷۴، چاپ ۳، ج ۱، ص ۱۴۴، مشهور فقها شرط ابتدایی را لازم‌الوفایانند (شیخ انصاری، مکاسب، پیشین، ص ۵۴).

۸. بیات، فرهاد، بیات، شیرین، شرح جامع قانون مدنی، تهران، ارشد، ۱۳۹۵، ص ۲۶.

۹. ماده ۱۹۰ ق.م. (برای صحت هر معامله شرایط روبرو اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها. ۲- اهلیت طرفین. ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد. ۴- مشروعیت جهت معامله.)

فاقد آن باشند، باطل و یاغیر نافذ خواهند بود. زیرا شرایط مذکور در این ماده، اختصاص به عقود معین ندارد. همچنین در مورد عقود معین فاقد یکی از شرایط اختصاصی، گاهی اظهار عقیده می‌شود که این عقود مشمول ماده ۱۰ شده و معتبر است. ولی این عقیده مردود است، زیرا: اولاً، ضمانت اجرای شرایط اختصاصی عقود معین مثل قبض رهن و هبه توسط مرتهن و متهب (مواد ۷۷۲ و ۷۹۸ ق.م)، یا مثلی بودن مال مورد قرض (ماده ۶۴۸ ق.م) و غیره باطل شناخته شدن این معاملات فاقد شرایط اختصاصی مربوط به خودشان می‌شود. پس هیچگاه نمی‌توان چنین معامله‌ای را که شرایط لازم را ندارد به استناد ماده ۱۰ ق.م صحیح دانست. ثانیاً، اگر قرار باشد عقد فاقد یکی از شرایط اختصاصی را با گنجاندن آن در قالب ماده ۱۰ ق.م صحیح دانست، باید کلیه مقررات راجع به شرایط و تعاریف و احکام و آثار آن را زاید یا مقررات تخییری و تفسیری قلمداد و حکم کرد که اشخاص می‌توانند مطابق ماده ۱۰ ق.م هر نوع قراردادی با هر ویژگی و خصوصیتی که مورد سلیقه شان است منعقد کنند، مثل اینکه مالی را تنها با ایجاب لفظی و بدون اقباض مورد رهن وثیقه قرار دهند. اما روشن است که چنین پنداری هرگز نمی‌تواند قابل قبول باشد.^۱ همچنین ضابطه تشخیص ماهیت عقود معین از غیر معین، مجموعه آثاری است که قانون به ذات و جوهره اصلی هر یک از این عقود نسبت داده است. بنابراین ماهیت یک عقد غیر معین، ماهیتی است که صرف نظر از لازم الاتباع بودن، دارای آثار دیگری است که طرفین مبتنی بر آزادی اراده‌ها و در چارچوب رعایت شرایط قانونی، معین می‌کنند. نتیجه می‌گیریم که منظور قانون‌گذار از وضع ماده ۱۰ ق.م اعتبار بخشیدن به معاملات است که علی‌رغم نیاز جامعه، با لحاظ آثار مورد نظر طرفین، در قالب هیچ یک از عقود معین نمی‌گنجد و هرگز مقصود قانون‌گذار اعتبار بخشیدن به ماهیت‌های مشابه با ماهیت‌های عقود معین و دارای همان آثار ذاتی آن عقود ولی بدون رعایت مقررات برخاسته از نظم عمومی و در حقیقت نقض غرض نبوده است.^۲

۲-۳- دیدگاه استاد جعفری لنگرودی

دیدیم که مواد ۷۵۲ و ۷۵۴ ق.م. حکایت از جریان عقد صلح در تراضی و توافق‌های اشخاص خارج از سایر معاملات و عقود معین دارد. ولی میان حقوق‌دانان در اینکه آیا بین عقد صلح و ماده ۱۰ ق.م تفاوت وجود دارد، یا آنکه عقد صلح بیانگر مدلول ماده ۱۰ است و دیگر نیازی نبوده که مقنن به وضع ماده ۱۰ ق.م بپردازد، اختلاف است. برخی از نویسندگان حقوقی بر این باورند که صلح قالبی است وسیع‌تر از همه عقود معین و تمام اعمال حقوقی در آن می‌گنجد. در حالی که با وجود ماده ۱۰ ق.م برای تامین حاکمیت اراده طرفین در برابر قوانین تکمیلی، نیازی به تمهید چنین قالب وسیعی نیست و در عوض باعث برهم خوردن نظم عمومی و تسهیل "تقلب نسبت به قانون" می‌شود و پذیرش صلح ابتدایی توسط قانون‌گذار،

۱. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (تشکیل قراردادهای تعهدات)، ج ۱، تهران، مجد، ۱۳۸۰، صص ۱۸۵ و ۱۸۶.

۲. همان، صص ۱۸۸ و ۱۸۹.

موجب فراهم شدن انواع حیل‌های قانونی شده است.^۱ نباید چنین پنداشت که در وضع کنونی، ماده ۱۰ هیچ فایده‌ای در کنار عقد صلح ندارد و این دو نهاد حقوقی تکرار یک قاعده است.^۲ ایشان در تفاوت میان صلح و ماده ۱۰ ق.م. می‌گویند: ۱- عقد صلح عنوانی است که باید به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. به بیان دیگر صلح نیز خود قالبی است که از سوی قانون‌گذار برای تجلی حاکمیت اراده تاسیس شده است در حالی که مفاد م ۱۰ حکایت از لزوم قرارداد خصوصی قطع نظر از هرگونه لباس و قالب ویژه است و دامنه‌ای گسترده‌تر دارد. برای مثال اگر مسافری در مهمان‌سرای پانسیون شود، نمی‌توان گفت آنان درباره هزینه مسکن و غذا و خدمات مهمان‌سرا یا هم صلح کرده‌اند ولی نفوذ این قرارداد بر مبنای ماده ۱۰ به آسانی قابل توجیه است. ۲- آنچه در قلمرو ماده ۱۰ انجام می‌شود تنها درباره کسانی موثر است که در تراضی شرکت داشته‌اند، درحالی که انتخاب عنوان صلح گاه درباره دیگران نیز موثر است. به عنوان نمونه، هرگاه فروشنده سهم مشاع از ملکی، پیمان با خریدار را، زیر عنوان صلح منعقد سازد، نه تنها از قواعد خاص بیع در رابطه خود با خریدار می‌گریزد، همچنین شریک آن ملک را نیز از حق شفعه محروم می‌سازد (ماده ۷۵۹ ق.م). ۳- ماده ۱۰ ق.م. اصل اباحه را در عقود معین نیز اعلام می‌کند و به استناد آن می‌توان همه شرایط و توافقی‌هایی را که مخالفت صریح با قواعد امری ندارد نافذ شناخت. ولی استناد به اباحه ناشی از صلح محدود به موردی است که عنوان معامله نیز صلح باشد. ماده ۱۰ ق.م. حاکمیت اراده را نیز درون عقد صلح تأمین می‌کند و نقشی مانند حدیث المومنون عند شروطهم در فقه را دارد.^۳

با این حال باید به این نکته توجه کرد که عقد صلح به اصل حاکمیت اراده و آزادی قرارداده‌ها حداکثر احترام را می‌گذارد و با نرمش و سهولتی که در آن هست، روابط حقوقی مردم را تسهیل میکند. در واقع از عقد صلح می‌توان همان نتیجه‌ای را گرفت که از ماده ۱۰ ق.م. به دست می‌آید.^۴

استاد جعفری لنگرودی، علل ذکر مدلول ماده ۱۰ قانون مدنی (که از مواد ۶-۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه گرفته شده است) را در حقوق فرانسه در پنج مورد بیان می‌کنند: الف. صلح در حقوق فرانسه فقط عقد معوض است، اما در حقوق ایران اعم از معوض و غیر معوض است. ب. صلح در فرانسه یک عقد محقق است که غبن در آن مضر به حال عقد است برخلاف عقد احتمالی^۵ که غبن در آن مضر نیست. در حقوق ایران در عقد صلح، غبن گاهی موجب خیار است و گاهی کوچک‌ترین لطمه به عقد صلح نمی‌زند. ج. صلح در فرانسه، عقد غیر قابل تبعض است یعنی اگر عقد نسبت به قسمتی از موضوع صلح باطل شود به باقی

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (مشارکتها-صلح)، پیشین، ص ۳۰۳.

۲. همان، ص ۳۰۴.

۳. همان، صص ۳۰۴ و ۳۰۵.

۴. صفایی، حسین، پیشین، ص ۴۷۹.

سرایت و صلح را به کلی باطل می‌کند. حال اینکه در حقوق ایران و فقه امامیه بطلان عقد نسبت به قسمتی از مورد صلح، به آنچه باقی می‌ماند سرایت نمی‌کند و فقط موجب خیار تبعض صفقه می‌شود (ماده ۴۵۶ ق.م.د). در حقوق فرانسه صلح اثر اعلامی دارد و ایجاد حق نمی‌کند، در حالی که در حقوق ایران، ایجاد حق می‌کند. ه. صلح در فرانسه، فقط برای قطع نزاع است اما در حقوق ایران علاوه بر قطع نزاع برای انجام مقاصد دیگر هم به کار می‌رود.^۱ با وجود عقد صلح و مواد ۷۵۲ و ۷۵۴ ق.م.عاریت کردن مدلول ماده ۱۰ از حقوق فرنگی زائد است و نباید گفت اصل آزادی اراده به وسعتی که در ماده ۱۰ بیان شده در فقه سابقه ندارد، زیرا ملاحظه اقسام گوناگون عقد صلح و مستندات آن در فقه که در عین حال مبین وسعت مدلول مواد قانون مدنی در عقد صلح است برای اثبات خلاف این اندیشه دلیلی زنده است.^۲ لنگرودی در کتاب حقوق تعهدات، با آوردن عبارتی از کتاب جامع الشتات میرزای قمی، ماده ۱۰ ق.م. را نسخه ثانی گفته ایشان می‌داند^۳ که انصافا سخن صحیح و به جایی است. میرزای قمی می‌گوید: (جواز اصل معاوضه دلیل نمی‌خواهد، چون اصل برائت ذمه و اباحه است، و عدم ورود منع، کافی است در جواز آن. آنچه احتیاج به دلیل دارد، لزوم آن است. و هر گاه آن را در ضمن عقد مصالحه به عمل آوریم به مقتضای عمومات صلح، دیگر اشکالی باقی نمی‌ماند.)^۴ در توضیح این عبارت، استاد جعفری لنگرودی می‌نویسد: بدیهی است که هر عقد و معاوضه‌ای درست است و این درست بودن معاوضات علی‌الطلاق، دلیل لازم ندارد. همین قدر که منع قانونی وجود نداشته باشد، کافی است. بنابراین معلوم می‌شود که حقوق اسلام چیزی جز مدلول م ۱۰ که عین گفته صاحب الشتات است را نگفته است، لذا اصرار به اینکه فرهنگ بومی خود را به طاق نسیان بگذاریم، صحیح نیست.^۵ علاوه بر این، ایشان ذیل ماده ۱۰ ق.م.د در کتاب محشای قانون مدنی خود می‌آورند: مورد این ماده تراضی بر هرگونه تعهد به انتقال، ترک فعل معین، فعل معین، اسقاط است که فاقد مختصات عقدی از عقود معینه در متن قوانین موضوعه باشد. ماده ۷۵۸ ق.م.عین این مضمون را برای عقد صلح ضبط کرده است. این حاشیه سامان و فارق ماده ۱۰ ق.م. و نیز عقد صلح است با عقود معینه. پس هر یک از عقود معینه را با حذف مختصات آن می‌توان به صورت قرارداد ماده ۱۰ ق.م. و یا به صورت عقد صلح (ماده ۷۵۴ ق.م.د) درآورد. مثلا اگر بیعی منعقد کنند با حذف خيارات مجلس و حیوان و تاخیر ثمن، آن بیع در واقع بیع نیست بلکه قرارداد (ماده ۱۰ - ۷۵۴ ق.م.) است. مدلول ماده ۷۵۴ ق.م. ترجمه این حدیث است: "الصلح جائز بین المسلمین الا صلحا محل حراما او حرم حلالا" علت اینکه حدیث را در نصوص، صلح گفته‌اند این است که حدود هر یک از

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۴۰۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (رهن-صلح)، پیشین، ص ۲۶۵.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (حقوق تعهدات)، پیشین، ص ۱۲۴.

۴. قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، ج ۳، کیهان، ۱۳۷۱-۱۳۷۵، ص ۱۵۴.

۵. همان، ص ۱۵۴.

عقود معینه را شارع و عرف و عادت معلوم کرده بود اما در خارج عقود معینه لازم می‌نمود که حدی بر اقسام تراضی‌های نامحدود بی‌شمار مقرر شود، پس این حد را به صورت این حدیث معین کردند. علاوه بر این اگر صلح از عقود معینه بود، در سیستم حقوق اسلامی و در فقه امامیه در خارج عقود معینه، با خلأ روبرو می‌شدند و باید از عمومات و قواعد، مستندی برای تراضی‌های بی‌حساب، بیرون از عقود معینه ارائه کنند که نکرده‌اند، بلکه هر تراضی را در زیر صلح آوردند و ماده ۷۵۸ ق.م.ف.ی.جمله اشاره به آن دارد. موید این نظر عمل افاضل سردفتران سنتی است که هیچگاه به دستاویز ماده ۱۰ ق.م.سندی ننوشتند اما هزاران سند به صورت صلح نوشته‌اند. ایشان علت وضع ماده ۱۰ توسط قانون‌گذار را با وجود ماده ۷۵۴ ق.م.ف. سابقه فقهی نیز دارد این گونه بیان می‌کنند: (به نظرم به همان دلیل که به توصیه همان مترجمان مواد ۱۹۹، ۲۰۰، ۲۰۱ ق.م.ف. نوشت! توصیه خطا بود در نتیجه مواد ۱۰، ۱۹۹، ۲۰۰ و ۲۰۱ ق.م.ف. به صورت پیوند تقنینی ناگرفته و به صورت پلی دور از مجرای آب، متروکه و معطل مانده است. دلیل بارز این نظر صدر ماده ۳۳ ق.ث. مصوب ۱۳۱۰ است که نذر و صلح را ذکر کرده است ولی ماده ۱۰ ق.م.ف. را نیاورده است و حال آنکه می‌توانست قرارداد ماده ۱۰ ق.م.ف. را هم ردیف نذر و صلح بیاورد. قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ شمسی است و با قانون ثبت کمتر از ۴ سال فاصله زمانی دارد ولی با وجود آنکه ماده ۱۰ داغ بوده نویسندگان ق.ث. آنرا دور زده و رد شده‌اند.^۱ همچنین به این ایراد که اگر مسافری در مهمان سرایی پانسیون شود، نمی‌توان گفت آنان درباره هزینه‌های اجاره اتاق و غذا و خدمات مهمان سرا با هم صلح کرده‌اند، چنین پاسخ می‌دهند: (اولاً، می‌توان گفت در این موارد، طرفین بایکدیگر صلح کرده‌اند زیرا صلح تسالم و تراضی است و طرفین در مثال مذکور رضایت داده‌اند. ثانیاً، فقها این مشکل را، ذیل عنوان اجاره، مثل اجاره حمام^۲ و مانند اینها حل کرده‌اند). البته از بحث فوق معلوم می‌شود که با وسعت مدلول مواد ۷۵۲ و ۷۵۴ ق.م.ف. تراضی که عنوان صلح را نداشته باشد، باقی نمی‌ماند تا مشمول ماده ۱۰ ق.م.ف. باشد. و از آنجا که مدلول ماده ۱۰ از حقوق فرانسه اقتباس شده است، باید گفت که این اقتباس در این مورد با وجود ماده ۷۵۴ ق.م.ف. تکراری است. مطلب این است که عین مدلول ماده ۱۰، در استدلالات فقها تصریحاً و تلویحاً دیده شده است.^۳

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، گنج دانش، ۱۳۷۹، صص ۸ الی ۹.

۲. مقصود ایجار حمام به مشتریان گرمابه است که آنهم مانند اجاره ساختمان گرمابه صحیح است هر چند که مشتری علاوه بر استفاده از ساختمان از آب آن هم بهره ور شده و ضمن بهره وری، آنرا تلف میکند.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (رهن-صلح)، پیشین، ص ۱۴۰.

نتیجه‌گیری:

در مفهوم و جوهر صلح نوعی «تسالم» یا به بیان دیگر گذشت‌های متقابل وجود دارد و همین امتیاز است که آن را از سایر معاملات ممتاز می‌کند و به صورت معامله‌ای مستقل در می‌آورد. قانون مدنی به پیروی از آرای فقها با آوردن مواد ۷۵۲ و ۷۵۸ مفهوم گسترده از صلح را پذیرفته است و در واقع با پذیرش صلح در مقام معامله بدون آنکه احکام خاصه آن معامله به وجود آید (ماده ۷۵۸ ق.م) صلح ابتدایی را در کنار صلح بر وجود اختلاف و نزاع، در معنایی وسیع‌تر جای داده است. بنابراین می‌توان گفت صلح عبارت است از توافق برای ایجاد یا انتفای یک یا چند اثر حقوقی بدون اینکه بستگی به احکام خاصه عقود معین داشته باشد. ماده ۱۰ ق.م حاوی اصل آزادی قراردادهاست و به حکومت اراده دامنه گسترده‌ای می‌بخشد، و آن را از محدوده و حصار عقود معین خارج می‌کند. منظور قانون‌گذار از وضع ماده ۱۰ ق.م اعتبار بخشیدن به معاملاتی است که علی‌رغم نیاز جامعه، با لحاظ آثار مورد نظر طرفین، در قالب هیچ یک از عقود معین نمی‌گنجد. عقد صلح نیز به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای حداکثر احترام را می‌گذارد و با نرمش و سهولتی که در آن هست، روابط حقوقی مردم را تسهیل می‌کند. در واقع از عقد صلح می‌توان همان نتیجه‌ای را گرفت که از ماده ۱۰ ق.م به دست می‌آید. بنابراین طبق نظر استاد جعفری لنگرودی، با وجود عقد صلح و مواد ۷۵۲ و ۷۵۴ ق.م عاریت کردن مدلول ماده ۱۰ از حقوق فرنگی، امری زائد است و نباید گفت اصل آزادی اراده به وسعتی که در ماده ۱۰ بیان شده در فقه سابقه ندارد، زیرا ملاحظه اقسام گوناگون عقد صلح و مستندات آن در فقه که در عین حال مبین وسعت مدلول مواد قانون مدنی در عقد صلح است، برای اثبات خلاف این اندیشه دلیلی زنده می‌باشد.

منابع و مأخذ:

۱. ابی محمد عبدا.. بن احمد بن محمد ابن قدامه، (۱۴۰۵ هـ - ق)، المغنی، ج ۵، بیروت، دارالفکر
۲. امامی، مسعود، (۱۳۸۲)، «صلح ابتدایی»، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره ۳۴.
۳. امامی، سید حسن، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، جلد دوم، چاپ سیزدهم، تهران، کتابفروشی اسلامیة، تهران.
۴. بحرانی، یوسف، (۱۴۰۵-۱۴۰۹ ق)، الحدائق الناضرة، ج ۲۱، قم، الطبعة الاولى، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسين بقم المشرفه.
۵. بروجردی عبده، محمد، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، تهران، مجد، ص ۳۰۶.
۶. بهبهانی، محمد باقر، (۱۴۱۷ هـ - ق)، حاشیه علی مجمع الفائده و البرهان، قم، موسسه علامه المجدد الوحید البهبهانی.
۷. بیات، فرهاد، شیرین بیات، (۱۳۹۵)، شرح جامع قانون مدنی، تهران، ارشد.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، حقوق مدنی (حقوق تعهدات)، چاپ سوم، گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۵۸)، حقوق اسلام، تهران، گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۵)، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ چهارم، گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد سوم)، تهران، گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، روش جدید در مقدمه علم حقوق، چاپ اول، گنج دانش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۲)، فرهنگ عناصرشناسی، گنج دانش.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق مدنی (جلد اول و دو ۲)، چاپ سوم، گنج دانش.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۴)، حقوق مدنی (رهن - صلح)، چاپ اول، ابن سینا.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ حقوقی، کانون معرفت، بدون تاریخ.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی، گنج دانش
۱۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، الفارق، تهران، گنج دانش.
۱۹. جمعی از نویسندگان، (۱۳۹۲)، فرهنگ فقه، جلد پنجم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
۲۰. حر عاملی، (۱۴۱۴ ق)، وسائل الشیعه، الطبعة الثانیه، موسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۲۱. حلی، علامه، (۱۴۱۴ ق)، تذکره الفقها، جلد شانزدهم، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۲. حلی، علامه، (۱۴۱۹-۱۴۱۳ ق)، قواعد الاحکام، جلد دوم، الطبعة الولی، قم، موسسه نشرالاسلامی التابعه لجماعه المدرسين، ص ۱۷۲.
۲۳. خویی، (۱۴۱۰ ق)، منهاج الصالحین، جلد دوم، البعه الثامنه و العشرون، نشر مدینه العلم.
۲۴. ره پیک، سیامک، (۱۳۸۵)، «نگاهی دوباره به عقود معین (قسمت اول - عقد صلح)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۳۸ و ۳۹.
۲۵. سبزواری، محمد باقر، (۱۴۲۳ ق)، کفایه الاحکام، جلد اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۶. سیوطی، جلال الدین عبدالرحمن، (۱۴۱۳ ق)، الاشباه و النظائر، بیروت، دارالکتب العلمیه، ص ۱۳۴.

۲۷. شهید ثانی، (۱۴۱۰ق)، الروضه البهیه (محمسی-کلانتر)، جلد چهارم، قم، کتابفروشی داوری.
۲۸. شهید ثانی، (۱۴۱۷-۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، جلد چهارم، الطبعة الاولى، مؤسسه المعارف الامیه.
۲۹. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)، جلد اول، تهران، مجد.
۳۰. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، حقوق مدنی ۶ (عقود معین ۱)، تهران، مجد.
۳۱. شیخ انصاری، (۱۴۳۲ق)، مکاسب، جلد سوم، تراث الشيخ الاعظم.
۳۲. شیخ طوسی، (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، جزء ثانی، المكتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، الطبعة
۳۳. صفایی، حسین، (۱۳۵۱)، حقوق مدنی (تعهدات و قراردادها)، تهران، جلد دوم، موسسه عالی حسابداری (چاپ میهن).
۳۴. عاملی، سید محمد جواد، (۱۳۲۶)، مفتاح الکرامه، جلد پنجم، چاپ مصر.
۳۵. عدل، مصطفی، (۱۳۴۲)، حقوق مدنی، تهران، چاپ هفتم، امیر کبیر، تهران.
۳۶. قاروبی، حسن، (۱۳۹۵)، النضید، جلد بیست و یکم، عالمه.
۳۷. قمی، میرزا ابوالقاسم، (۱۳۷۱-۱۳۷۵)، جامع الشتات (جلد سوم)، چاپ اول، کیهان.
۳۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۸)، حقوق مدنی (مشارکتها و صلح)، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۳۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد اول، تهران، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار
۴۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۵)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نیزان.
۴۱. محمد حسینی طرقي، مرتضی، (۱۳۸۱)، مفهوم و پیشینه تاریخی عقد صلح)، کانون، دوره دوم، شماره ۳۹.
۴۲. معین، محمد، (۱۳۷۶)، فرهنگ فارسی، جلد دوم، چاپ یازدهم، تهران، امیر کبیر.
۴۳. مغنیه، محمد جواد، (۱۴۲۱ق)، فقه الامام جعفر الصادق، جلد چهارم، چاپ بیست و یکم، لطبعه الثانيه، موسسه انصاریان، ص ۸۵.
۴۴. منصوری، محمد، محمد مهدی الشریف، سید محمد صادق طباطبایی، (۱۳۹۷)، (واکاوای حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح)، مطالعات حقوقی، دوره دهم، شماره ششم.
۴۵. موسوی سبزواری، سید عبد الاعلی، (۱۴۱۳-۱۴۱۷ق)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد هجدهم، موسسه المنار.
۴۶. نائینی، (۱۴۱۸ق)، منیه الطالب، جلد اول، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابع لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
۴۷. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۹-۱۳۶۲)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد بیست و ششم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ص ۲۱۹.

48. French civil code, john H. (1994) crabb, Rothman-Kluwer.

49. Malaurie, Philippe, Laurent Aynes et Pierre-Yves Gautier (2009). Les Contrats Spéciaux, Paris: Defrénois.