

## نگاهی اجمالی به نظریه های ذهنی و عینی در سببیت عقود

محمد حسن صادقی مقدم\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

رضا شکوهی زاده

دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۳/۱۷ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۱۰/۲۳)

### چکیده:

منظور از سبب امری است که دایره مدار وجود و عدم مسبب بوده و تصور آن مقدم بر تصور مسبب است. مطابق نظریه ذهنی، تعهد جوهر عقد بوده و بنابراین، سبب عقد اراده طرفین است و دیگر امور دخیل در تشکیل عقد، شرط اثرگذاری این سبب هستند. البته منظور از تعهد، التزام طرفین به مفاد عقد نیست، بلکه منظور رابطه ای شخصی است که منشاء آثار دیگر عقد باشد. در مقابل، برابر نظریه عینی در سببیت عقود، موضوع قرارداد، اعم از آن که مال، حق یا وضعیت حقوقی خاص (مانند تسالم در عقد صلح) باشد، سبب عقد بوده و دیگر امور دخیل در انعقاد عقد، شرط اثرگذاری این سبب هستند. هر یک از این نظریات مبتنی بر دلایلی است که مقایسه آنها با یکدیگر می تواند پذیرش یکی از آنها را در حقوق ایران ممکن سازد. اعمال هر یک از این نظریات، آثاری در رابطه با تعریف عقد، تعیین طرفین، عنوان و وحدت یا تعدد عقد و اعمال اصل صحت خواهد داشت.

### واژگان کلیدی:

شرط، سبب، نظریه عینی، نظریه شخصی، طرفین عقد، عوضین، اراده، معاوضه معکوس.

### مقدمه

در علوم منطق و اصول، تعاریف گوناگون از سبب ارائه شده و صفات مختلف به آن منتصب شده است. از ویژگی‌هایی که برای سبب بر شمرده اند آن است که تصور آن مقدم بر تصور مسبب بوده و جدایی آن از مسبب محال است (فتنازانی، ۱۳۶۷، ص ۱۲۴). با این حال، تقدم سبب بر مسبب زمانی نیست، بلکه به تعبیر ابن سینا رتبی است. چرا که زمان، عبارت است از مقدار حرکت فلک و کواکب و خود ظرف است، پس نمی‌توان ظرف را مقدم بر مظهر و دانست (ابوعلی سینا، ۱۳۳۱، ص ۱۰). با این حال، این صفات مربوط به اسباب طبیعی است، اما در علم حقوق که عالم اعتبارات است، هم تقدم تصور مسبب بر سبب ممکن است و هم جدایی این دو. در همین راستا، می‌توان اشاره کرد که اگر چه در امور واقعی دور محال است، در حقوق از نوعی دور تحت عنوان "دور اتکایی" یاد می‌شود که در مباحث حقوقی به وفور یافت می‌گردد (شیخ انصاری، ۱۳۷۹، ص ۱۳۱). در دور اتکایی، هم صحت عقد وابسته به صحت شرطی خاص است و هم صحت شرط وابسته است به صحت عقد. با این حال، امور حقوقی نیز تا جایی که دلیلی برای تخلف از امور واقعی و طبیعی وجود نداشته باشد، از قواعد حاکم بر امور طبیعی تبعیت می‌نماید. اما در خصوص شرط بایستی دانست که شباهت شرط و سبب در آن است که هر دو در وجود یافتن شیء دخیل اند، اما تفاوت آنها در این است که ذات و ماهیت شیء وابسته به سبب است در حالی که شرط تأثیری در ذات و ماهیت شیء ندارد، مانند آنکه شرط حیات تغذیه است، اما سبب آن نیست.

به رغم آن که سبب عقد، امری است که دایره مدار وجود و عدم آن است، بدون حصول شروط عقد به نتیجه مطلوب منتهی نمی‌گردد. در هر عقد، سبب در کنار شروط آن عقد، متقاضی عقد را تشکیل داده و آثار خاص عقد به بار می‌آید. به این ترتیب، هر امری که در وجود عقد نقش داشته باشد را نمی‌توان سبب عقد دانست. ماده ۱۹۰ قانون مدنی، متضمن شروط اساسی انعقاد عقد است. از این شروط تنها یک مورد را می‌توان سبب عقد دانست و موارد دیگر تنها شرط اثر گذاری این سبب اند. روشن است که نامشروع بودن جهت، مانعی است در راه انعقاد عقد و تحت هیچ عنوان نمی‌توان آن را سبب عقد دانست. علاوه بر آن، اهلیت نیز شرط صحت و سلامت اراده است و نمی‌تواند سبب انعقاد عقد باشد. به این ترتیب، تنها اراده و عوضین از قابلیت سببیت در انعقاد عقود برخوردارند. نظریه سببیت اراده را نظریه ذهنی (subjective) و نظریه مقابل را نظریه عینی (objective) می‌نامند (Carbonnier, 1976, p.77). در ذیل، به بررسی دلایل هر یک از این دو نظریه می‌پردازیم. انتخاب یکی از این دو نظریه، تنها از لحاظ نظری حائز اهمیت نیست، بلکه آثاری نیز بر آن بار است که در گفتار دوم این مقاله به آن خواهیم پرداخت.

### گفتار اول: مقایسه دلایل نظریات ذهنی و عینی در سببیت عقود

هر یک از نظریه‌های ذهنی و عینی در سببیت عقود، مبتنی بر دلایلی است که در زیر به بررسی و تحلیل هر یک از آنها خواهیم پرداخت. در مقابل هر یک از دلایل توجیه کننده نظریه ذهنی، دلیلی در توجیه نظریه عینی وجود دارد. به همین خاطر در این نوشته، در مقابل هر دلیلی که در توجیه نظریه ذهنی در عقود ذکر گردیده است، دلیلی نیز در توجیه نظریه عینی ارائه خواهد شد. به این ترتیب، مطالعه مجموع دلایل مطروحه، نتیجه گیری نهایی در این خصوص را میسر می سازد. البته این بحث اختصاص به حقوق کشورمان نداشته، در حقوق فرانسه نیز در خصوص سببیت اراده و یا عوضین در عقود اختلاف نظر وجود دارد و هر یک از دو نظریه طرفدارانی دارد که به نظرات ایشان اشاره خواهد شد (Carbonnier, 1976, pp.77-8).

### بند اول: دلایل نظریه ذهنی

نظریه ذهنی مبتنی است بر سببیت اراده در عقود. اغلب حقوقدانان فرانسوی تردیدی در سببیت اراده در عقود ندارند. این امر با توجه به جایگاه حقوق رم در حقوق فرانسه، به امری پذیرفته شده در حقوق این کشور تبدیل شده است. در حقوق ایران نیز سببیت اراده در عقود، دارای طرفداران بسیاری است، به نحوی که می توان، نظریه ذهنی را نظریه غالب در حقوق کشورمان دانست.

### الف: ویژگی شخصی عقود

ویژگی شخصی عقود در حقوق فرانسه دارای سابقه ای طولانی است. چرا که در حقوق رم، اصولاً تعهد رابطه ای شخصی میان طلبکار و بدهکار بوده است، به نحوی که طلبکار حقی نسبت به اموال بدهکار نداشته و حتی نمی توانسته اموال وی را بابت مطالبات خود توقیف نماید. چهره شخصی تعهدات به گونه ای بوده است که طلب و دین جدای از صاحب هر یک وجود نداشته و به همین خاطر، غیرقابل انتقال شناخته می شدند. در این نظام حقوقی، در صورت تمایل طرفین به انتقال طلب یا دین، می بایست تعهد نخست منحل گشته و مجدداً به نفع یا بر عهده شخص دیگری ایجاد گردد. غیر قابل انتقال بودن تعهدات، حتی نسبت به ورثه نیز رعایت می گردید، چرا که با مرگ شخص، دیون و مطالبات وی نیز منتفی شده و به ورثه انتقال نمی یافت. غیرقابل انتقال بودن تعهدات متوفی به ورثه، به جهت آثار نامعقول آن در دوران بعدی حقوق رم ملغی گردید، اما غیرقابل نقل و انتقال بودن تعهدات، میان اشخاص زنده، تا پایان تاریخ رم پابرجا باقی ماند (Terré et al. 2006, pp 5-6).

بیع در حقوق رم، عقدی قلمداد می‌گردد که به موجب آن بایع، در مقابل دریافت مبلغی، ملزم به تسلیم مالی به خریدار می‌گردد. در این معنی، بیع فی نفسه انتقال مالکیت را در پی نداشت، بلکه انتقال مالکیت موکول به انجام تشریفات خاص، تحت عنوان (*mancipatio*) بود که متفاوت از بیع بوده است (Cardahi, 1968, p 2). عقد بیع در حقوق رم، حتی مستلزم تعهد به انتقال مالکیت نیز نبوده است. فروشنده ملزم به انتقال مالکیت مبیع (*dominium*) به خریدار نمی‌شده، بلکه تنها تصرف بدون مزاحمت (*Vacua possession*) وی را تضمین می‌کرده است (لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۹۹۸). ذکر این نکته خالی از فایده نیست که عقد بیع در اقوام سامی پیش از اسلام نیز فی نفسه ناقل مالکیت نبوده و تحقق این امر موکول به انجام تشریفات خاص بوده است. برای مثال در حقوق بابل، جهت آنکه بیع، انتقال مالکیت را به بار آورد، بایستی توأم با اعمال نمادینی همچون تکان دادن چوب دستی می‌شده است. حقوق اعراب پیش از اسلام نیز مقرر می‌کرد که جهت انعقاد عقد بیع، فروشنده بایستی سنگی به سوی مبیع پرتاب کرده و یا دست خود را بر روی آن بگذارد و چنانچه مبیع منقول می‌بود، جهت انتقال مالکیت آن، بایع بایستی آن را به سوی مشتری پرتاب نماید. این گونه بیع‌ها در فقه اهل سنت، به بیع الملامسه، بیع باللقاء الحجر و بیع المنابذه موسوم گردید (Cardahi, 1968, p 2).

با آغاز شکل‌گیری حقوق فرانسه، حقوقدانان این کشور سعی نمودند تا از چهره شخصی تعهدات بکاهند. ایشان با وضع قاعده‌ای که در حقوق رم سابقه نداشت، قائل به این گشتند که با انعقاد قرارداد در عین حال که میان طرفین یک تعهد شخصی به وجود می‌آید، حقی نیز برای طلبکار نسبت به اموال بدهکار ایجاد می‌گردد. این در حالی است که در حقوق رم، در اثر تعهد، حقی برای طلبکار نسبت به اموال بدهکار ایجاد نمی‌گردد و وی تنها در مقابل شخص بدهکار، از حقوقی همچون الزام وی به ایفاء تعهد و یا به بردگی گرفتن وی برخوردار می‌گردد. در راستای همین تحولات، قانون مدنی فرانسه با پذیرش اثر عینی برای عقد بیع، از حقوق رم فاصله گرفت. با این حال، در حقوق فرانسه ایجاد حق عینی برای مشتری اثر مستقیم عقد بیع نیست، بلکه اثر مستقیم عقد بیع ایجاد تعهد به انتقال مالکیت بوده و این تعهد با انعقاد بیع، خود به خود به اجرا گذارده می‌شود. به این ترتیب، در حقوق این کشور همچنان اثر بیع ایجاد تعهد بوده و از لحاظ ماهیتی تفاوتی میان بیع قانون مدنی فرانسه و بیع در حقوق رم به چشم نمی‌خورد. با این حال، در حقوق دیگر کشورهای اروپایی که تحت تأثیر حقوق رم بوده است، عقد بیع تا این حد نیز متضمن اثر عینی نگردیده است. در حقوق آلمان انتقال مالکیت، همانند حقوق رم به موجب قراردادی جداگانه از بیع، صورت می‌پذیرد. در حقوق این کشور انتقال مالکیت اموال غیرمنقول موکول به انعقاد قراردادی جداگانه و ثبت آن در دفاتر اسناد رسمی بوده و انتقال مالکیت اموال منقول نیز موکول به انتقال

تصرف مبیع به مشتری است (Cardahi, 1968, p 8). به موجب ماده ۴۲۵ قانون مدنی اتریش نیز انتقال مالکیت مبیع منقول، تنها پس از تسلیم مبیع (traditio) صورت می‌پذیرد (Cardahi, 1968, p. 9). به موجب مواد ۴۳۱ و ۴۳۲ قانون مدنی این کشور، انتقال مالکیت اموال غیرمنقول نیز، علاوه بر تسلیم، موکول به ثبت معامله در دفاتر اسناد رسمی است. در حقوق اسپانیا نیز به موجب ماده ۱۹۰۵ قانون مدنی، انتقال مالکیت به صرف عقد بیع صورت نمی‌پذیرد، بلکه این مهم موکول به تسلیم مبیع است. قانون مدنی لتونی مصوب ۲۸ ژانویه ۱۹۳۷ نیز برای انتقال مالکیت مبیع، تسلیم مبیع منقول و ثبت معامله غیر منقول در دفاتر رسمی را ضروری دانسته است (ماده ۹۸۷ و بند ۱ ماده ۹۹۴ قانون مدنی لتونی). در حقوق سوئیس نیز همانند حقوق آلمان، انتقال مالکیت مبیع منقول، موکول به تسلیم و مبیع غیر منقول، موکول به ثبت در دفاتر اسناد رسمی شده است. در حقوق انگلیس نیز مالکیت مبیع غیر منقول، تا هنگامی که فروشنده قرارداد را اجرا نکرده و به خریدار سندی (deed) با شکل صحیح و قانونی تسلیم ننماید، به خریدار منتقل نمی‌گردد و امضای ذیل قرارداد از سوی طرفین اثری بیش از این نخواهد داشت که طرفین دارای حق مطالبه خسارت گردند. در مقابل، در خصوص اموال منقول، انتقال مالکیت موکول به امری جز انعقاد بیع صحیح نیست (Marsh, 1993, p 240). به این ترتیب، ملاحظه می‌گردد که در حقوق تمامی کشورهایی که تحت تأثیر حقوق رم بوده‌اند، عقود ابتدئاً دارای اثر شخصی بوده و به صرف انعقاد عقد، حق عینی برای هیچ یک از طرفین ایجاد نمی‌گردد.

شاید عقد بیع به خوبی نشان دهنده جایگاه نظریه شخصی عقود در حقوق فرانسه نباشد، چرا که حقوق این کشور در بیع ایجاد حق عینی را به طور غیرمستقیم پذیرفته است، اما ایجاد چنین حقی در دیگر عقود را انکار می‌نماید. در حالی که در حقوق اسلام، عقودی مانند اجاره برای مستاجر حق مالکانه نسبت به منافع عین مستاجر ایجاد می‌نماید، در حقوق فرانسه در اثر عقد اجاره، مستاجر صرفاً حقی شخصی علیه موجر پیدا می‌کند. ماده ۱۷۰۹ قانون مدنی فرانسه عنوان می‌دارد که اجاره اموال، عبارت است از قراردادی که به موجب آن یکی از طرفین متعهد می‌شود تا بهره برداری از مالی را در مدت معینی برای شخص دیگری ممکن نماید. رویه قضایی فرانسه نیز در آرای متعدد بر ماهیت صرفاً شخصی عقد اجاره تأکید کرده است (Wiederkehr et al. 2004, p 1468). در حقوق این کشور، انتفای مالکیت موجر نسبت به عین مستاجر، مثلاً به علت انتقال عین مستاجر به شخص ثالث، موجب انفساخ عقد اجاره می‌گردد (Wiederkehr et al. 2004, p 1462). در مقابل، در حقوق ایران، اگر در زمان انعقاد عقد اجاره، موجر مالک منافع باشد، اجاره صحیح خواهد بود (ماده ۴۷۳ ق.م). در حقوق فرانسه از آن جایی که مستاجر حقی عینی نسبت به مال موضوع عقد پیدا نمی‌کند، با انتقال عین

مستأجره از موجر به شخص ثالث، اصولاً عقد اجاره قابل فسخ است و موجر بایستی به مستأجر خسارت پرداخت نماید. ماده ۱۷۴۳ قانون مدنی فرانسه تنها در برخی از موارد، همانند اجاره برای زراعت و یا مستأجری که دارای اجاره نامه رسمی یا اجاره نامه با تاریخ معین باشد، عقد اجاره را با فروش عین مستأجره از سوی موجر قابل فسخ ندانسته است. حکم این ماده نیز تنها جنبه حمایتی داشته و هدف آن مصونیت مستأجرین مزبور در مقابل فروش عین مستأجره توسط موجر است و در هر حال، در حقوق فرانسه حکمی خلاف قاعده محسوب می شود. عدم ایجاد حق عینی در عقد اجاره، موجب شده است تا در حقوق فرانسه عقد اجاره تنها رابطه ای شخصی میان موجر و مستأجر ایجاد نماید و زوال سمت یکی از طرفین، عقد را قابل انحلال سازد. اما در حقوق اسلام، مستأجر، حقی عینی نسبت به عین مستأجره پیدا می کند و تغییر مالک خللی به این حق مستأجر وارد نمی نماید (ماده ۴۹۸ ق.م).

در حقوق دیگر کشورهای متأثر از حقوق رم نیز اصل بر آن است که اجاره صرفاً حقی شخصی ایجاد می نماید. مثلاً در حقوق سوئیس تنها در اجاره اموال غیر منقول می توان شرط نمود که حق عینی به نفع مستأجر ایجاد گردد (مواد ۲۶۰ و ۲۸۲ قانون تعهدات سوئیس). برخی از حقوقدانان ایتالیایی نیز اعتقاد دارند که صرفاً در صورتی که مدت اجاره بیش از ۹ سال باشد، برای مستأجر حق عینی ایجاد می گردد (Cardahi, 1968, p 6). این در حالی است که در حقوق اسلام، اجاره مفید انتقال مالکیت منافع بوده و مالکیت نیز صرف نظر از موضوع آن، حقی است عینی (مکی، ۱۳۷۶، ص ۱۰۳).

در حقوق ایران نیز نظریه ذهنی، نظریه غالب بوده و اغلب حقوقدانان کشورمان تردیدی در پذیرش این نظریه توسط قانون مدنی نداشته اند. یکی از حقوقدانان کشورمان اعتقاد دارند که رکن اساسی عقد، توافق دو طرف آن است و شرایط دیگر صرفاً برای نفوذ این توافق ضرورت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۴۴). حتی برخی از حقوقدانان اعتقاد دارند که در فقه امامیه هر عقدی، عهد است و آن چه عهدی نباشد در واقع عقد نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴، ص ۳۶، شماره ۵۱). برخی از فقها از جمله شارحین مکاسب و فقهای متأخر بر ایشان نیز عبارات مشابهی ذکر کرده اند. برای مثال، شیخ محمد حسین غروی اصفهانی مضمون همه عقود را عهد می داند<sup>۱</sup> (غروی اصفهانی، ۱۳۶۵، ق، ص ۱۳۹).

سید محمد جعفر جزایری نیز در شرح مکاسب حقیقت عقد را ایجاد ارتباط میان دو تعهد دانسته است (جزایری، ۱۴۱۶، ص ۶).<sup>۲</sup> ایشان عقد بیع را در ابتدا مستلزم ایجاد تعهد دانسته و مبادله مال به مال را نتیجه این الزام می دانند. به تعبیر ایشان انتقال مالکیت در بیع، نتیجه تعهدی

۱. "و به هذا لا اعتبار تکون مضامین العقود جميعا عهداً".

۲. "ان العقد حقیقه هو نفس الربط الحاصل بین الالتزامین".

است که با انعقاد عقد ایجاد شده است. این تعبیر کاملاً مطابق نظریه ذهنی عقود است. چرا که مطابق این نظریه جوهر اصلی عقد، تعهد بوده و آثار خاص هر عقد، مانند انتقال مالکیت در بیع، فرع بر تعهد و نتیجه آن است.

#### ب: قاعده العقود تابعه للقصد

معنای این قاعده به اجمال آن است که عقد تابع قصد است. در خصوص معنای این تابعیت، صاحب عناوین دو احتمال مطرح می‌نماید؛ نخست آن که عقد محقق نمی‌گردد، مگر با قصد. به این ترتیب، به دلیل عدم وجود قصد، اعتباری به عقد مست، هازل و ناسی نیست (مراغی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۸). مطابق این تعریف، معنای تبعیت، عدم تحقق عقد بدون قصد است، چرا که متبوع بدون تابع وجود نمی‌یابد. احتمال دوم در خصوص معنای تابعیت آن است که عقد امری است که برای ایجاد نیازمند موجب و قابل و عوض و معوض است و بعد از حصول این امور، هر عقدی مقتضی آثار خاص از تملیک و غیر آن است و این آثار نیز کیفیاتی دارند همچون فور و تراخی، لزوم و جواز، تنجیز و تعلیق و اطلاق و تقیید که همه این کیفیات تابع قصد است. بنابراین در معنای دوم کیفیات آثار عقد، تابع قصد طرفین است (مراغی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۹).

برخی از حقوقدانان کشورمان از کلام شیخ انصاری در مکاسب در خصوص لزوم داشتن قصد در بیان صیغه عقود و بطلان عقد در غیر این صورت، استنباط کرده اند که "طبق تعبیر دقیق تری که در مکاسب شیخ(ره) آمده است، قصد در تحقق عقد موثر است. یعنی قصد عقد را به وجود می‌آورد و مفهوم آن نیز این است که فقدان قصد موجب فقدان عقد است". ایشان با نقل قول از برخی فقهای متأخر اضافه می‌نمایند که "معنای این قاعده این است که عقد وجودا و عدما تابع قصد است". (مصطفوی، قواعد فقه، ۱۴۱۲ق، ص ۱۷۹، به نقل از محمدی، ۱۳۸۰، ص ۲۹۱). به اعتقاد ایشان "تابعیت عقد از قصد حکمی عقلی و وجدانی است و به عبارت دیگر امری است بدیهی که نیازی به استدلال ندارد" (محمدی، ۱۳۸۰، ص ۲۸۹).

#### ج: انعقاد و انحلال عقد به اراده طرفین

مهم ترین دلیل نظریه ذهنی، وابستگی انعقاد و انحلال عقد به اراده طرفین است. اصولاً تا هنگامی که اراده طرفین بر انعقاد تعلق نگیرد و این اراده به نحوی ابراز نگردد، عقد منعقد نمی‌شود. در انحلال عقد نیز تا هنگامی که اراده یکی از طرفین یا هر دوی ایشان بر فسخ عقد تعلق نگیرد، عقد منحل نمی‌گردد. به این ترتیب، سببیت اراده در انعقاد و انحلال عقد به نظر بدیهی و مسلم می‌آید. ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز تحقق عقد را موقوف به ابراز قصد انشاء

نکرده است. بدهت سببیت اراده در انعقاد عقد، در نظر حقوقدانان کشورمان تا حدی است که اغلب ایشان بدون اشاره به این امر، به شرایطی اشاره کرده اند که اراده بایستی جهت منعقد نمودن عقد از آن برخوردار باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۱۳ و صفایی، ۱۳۸۳، ص ۶۱).

### بند دوم: دلایل نظریه عینی

تأثیر پذیری سستی حقوقدانان کشورمان از حقوق فرانسه و دیگر کشورهای متأثر از حقوق رم، باعث شده است تا کمتر به نمود و بروز نظریه عینی در حقوق کشورمان توجه شود. چنانکه ارجاع ضمان معاوضی به اراده ضمنی طرفین (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۱۹۰) و یا تعبیر تعلق عقد به صاحبان عوضین و نه ابراز کنندگان ایجاب و قبول به حکمی استثنایی، ناشی از همین رویکرد است. در این بخش تلاش می شود تا امکان توجیه چنین احکامی در قانون مدنی با توسل به نظریه عینی عقود، مورد ارزیابی قرار گیرد. در ذیل اموری که از فقه و قانون مدنی به نفع نظریه عینی عقود قابل احصاء بوده است، گرد آورده شده تا بتوان آثاری از این نظریه را در حقوق ایران یافت. با این حال، طرح این دلایل به معنی نفی نظریه ذهنی و پذیرش نظریه عینی به عنوان نظریه غالب در حقوق ایران نیست.

### الف: ویژگی عینی عقود

مطابق نظریه عینی عقود، وجود و صحت اراده اگر چه برای انتقال مالکیت عوضین ضروری است، اما این امر صرفاً نوعی سبق یا مقارنه زمانی است. به بیان دیگر، تقدم اراده نسبت به انتقال مالکیت عوضین، صرفاً تقدم زمانی است و نه تقدم ذاتی و منطقی. به همین خاطر، این تقدم قابل تخطی است، چنان که در عقد فضولی بنا بر نظریه کشف، این تقدم رعایت نمی شود. چرا که مطابق نظریه کشف، زمان انعقاد عقد فضولی، زمانی محسوب می گردد که هنوز اراده مالک، به عنوان طرف عقد، بر انعقاد عقد تعلق نگرفته است. نمی توان پذیرش نظریه کشف در فقه امامیه را حکمی استثنایی و صرفاً ناشی از وجود احادیثی در این زمینه دانست، بلکه این امر با توسل به نظریه عینی عقود نیز قابل توجیه است. مطابق این نظریه، اراده مالک به عنوان شرط عقد، صرفاً موجب تاثیر اقتضای آن می گردد. به بیان دیگر در عقد فضولی، سبب عقد یعنی تقابل عوضین فراهم است و صرفاً اراده مالک به عنوان شرط تاثیر این سبب مفقود است که با الحاق آن به عنوان شرط موخر، عقد منعقد می گردد. اگر در خصوص عقد اکراهی عنوان می شود که در انعقاد عقد، قصد مالک موجود و رضای وی مفقود است و با الحاق رضا، مقتضای عقد کامل می گردد، در خصوص عقد فضولی نمی توان قائل به این امر بود، زیرا وجود قصد مالک بدون رضای وی در زمان انعقاد عقد، مبتنی بر هیچ



دلیلی نیست، بلکه در زمان تنفیذ عقد، قصد و رضای مالک به صورت همزمان به عقد ملحق می‌گردد.

لازم به ذکر است که مبنا و توجیه پذیرش صحت عقد فضولی در حقوق رم کاملاً متفاوت از حقوق اسلام است. همان گونه که ذکر گردید، عقد بیع در حقوق رم، حتی مستلزم تعهد به انتقال مالکیت مبیع نیز نبوده است. فروشنده ملزم به انتقال مالکیت مبیع (dominium) به خریدار نمی‌شده، بلکه تنها تصرف بدون مزاحمت (Vacua possessio) وی را تضمین می‌کرده است. صحت بیع فضولی نیز به این طریق توجیه می‌شده که تعهد بایعی در معامله فضولی، همانند تعهد بایعی معامله نسبت به مال خود است. چرا که تعهد به استفاده بدون مزاحمت مشتری، مستلزم مالک بودن بایعی نیست. بنابراین، از آنجا که بیع در حقوق رم مستلزم انتقال مالکیت مبیع نبوده است، بایعی می‌توانسته نسبت به انتفاع بدون مزاحمت مشتری از مال غیر نیز تعهد نماید و عقد فضولی در هر حال، به نام و حساب فضول انجام می‌شده است. اما در حقوق اسلام، معامله فضولی به حساب مالک انجام گردیده و تنها از این بابت است که احتمال صحت آن می‌رود.

دلیل دیگری که برای نظریه عینی در فقه می‌توان یافت آن است که برخی از فقها دلیل صحت عقد فضولی و قابلیت اثر دهی آن به رغم وجود اراده معتبر در آن را این گونه توجیه می‌نمایند که لفظ عقد جزئی از علت تامه نقل و انتقال عوضین محسوب گردد و نه تمام آن (نجفی، ۱۳۸۵ الف، ص ۲۷۴).<sup>۱</sup> منظور فقها از لفظ، اراده ای است که مبنای آن لفظ است. با پذیرش این تعبیر، دلیل صحت عقد فضولی آن است که در این عقد سبب عقد که عوضین است، حاصل بوده و صرفاً شرط عقد که اراده طرفین است مفقود است که با الحاق آن عقد کامل می‌گردد.

از دیگر دلایل نظریه عینی عقود، امکان تصور عقد، پیش از وجود یافتن اراده است. در مقدمه ذکر گردید، یکی از معیارهای شناخت سبب، تقدم تصور سبب بر مسبب است. حال اگر اراده سبب عقد باشد، تصور عقد پیش از ایجاد و به هم پیوستن اراده‌ها محال است، در حالی که در فقه امامیه، موارد بسیاری به چشم می‌خورد که عقد پیش از ایجاد اراده، شکل می‌گیرد. در این خصوص می‌توان به عقد شرکت اشاره نمود که به صرف مزج دو مال، عقد منعقد شده و شرکت مدنی ایجاد می‌گردد، هر چند که طرفین اراده ای بر ایجاد شرکت نداشته باشند. در عقد فضولی نیز، پیش از اعلام اراده مالک، عقد، هر چند به طور ناقص، شکل گرفته و تأخر اراده مالک نسبت به عقد، مانع تحقق مفهوم عقد نمی‌گردد (نجفی ۱۳۸۵ الف، ص ۲۷۴).

۱. "و الحاصل سابقاً لفظ العقد و هو بعض العله التامه لحصول النقل و الانتقال لا تمامها".

لازم به ذکر است که صرفاً شیخ انصاری و فقهای پس از ایشان از تعهد به عنوان جوهر عقد نام برده اند. دلیل این امر نیز گذشته از آشنایی فقهای دوران مشروطیت با مفاهیم حقوق غربی، تلاش ایشان برای توجیه صحت معاطات و شمول آیه شریفه "اوفو بالعقود" نسبت به آن بوده است. توضیح آن که با توجه به آن که معاطات مطابق نظر مشهور، صرفاً مفید اباحه تصرف است، با تعریف بیع، به تملیک عین، عنوان عقد بر معاطات قابل اطلاق نبوده و بنابراین نمی توان مطابق آیه شریفه "اوفو بالعقود"، معاطات را صحیح دانست. اما تعریف عقد به عهد، از آنجا که معاطات مفید تعهد است، باعث می شود تا معاطات عقد محسوب شده و مشمول آیه شریفه قرار گیرد. اما سایر فقها، اعم از فقهای متقدم و یا فقهای متأخر که اقدام به شرح کتبی غیر از مکاسب کرده اند، در تعریف عقد به طور عام و یا بیع به طور خاص، اشاره ای به تعهد ننموده اند، چنانکه محمد هادی طهرانی در شرح شرایع، بیع را به ایجاد ارتباط میان مبیع و ثمن توسط متعاقبین تعریف می نماید<sup>۱</sup> (طهرانی، ۱۳۲۰ق، ص ۲). برخی از حقوقدانان کشورمان نیز تصریح کرده اند که حقیقت عقد سوای تعهد و التزام است (عبده بروجردی، ۱۳۸۳، ص ۶۰). به اعتقاد ایشان آن چه به ایجاب انشاء می گردد، تملیک یا مبادله است و نه ایجاد تعهد. ایشان اضافه می نمایند که التزام حکمی است از احکام عقد، نه آن که خود عقد و یا جزء عقد باشد، حتی می شود گفت از لوازم آن نیز نبوده، بلکه از عوارض مفارقه است، یعنی ممکن است از آن منفک شود (عبده بروجردی، ۱۳۸۳، ص ۶۰).

### ب: تعلق عقد به مالکین عوضین

شاید بتوان مهم ترین دلیل نظریه عینی عقود در فقه امامیه و حقوق ایران را تعلق عقد به مالکین عوضین دانست. ماده ۱۹۶ قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه عنوان می دارد که عقد برای مالک عوضین محسوب است. با این حال، روشن است که فصول در فروش مال غیر، قصد ندارد تا مبیع را به حساب مالک به فروش رساند. طرف عقد نیز نمی خواهد ثمن داخل در مالکیت مالک مبیع گردد و هر گونه تفسیری که اراده طرفین را این گونه تعبیر نماید، بر خلاف ظاهر و اراده واقعی طرفین است. اما قانون گذار بر خلاف اراده طرفین، عقد را متعلق به کسی دانسته است که مال موضوع عقد به وی تعلق دارد. استثنایی خواندن حکم معاملات فضولی نیز نمی تواند تاثیر پذیری این قاعده فقهی از نظریه عینی عقود را رد نماید، چرا که عقد فضولی از این جهت استثنایی است که عموماً مالک نسبت به مال خود اقدام به معامله می نماید، اما از این جهت که عقد متعلق به مالک عوضین بوده و مالکیت عوضین، تعیین کننده طرفین عقد است، مطابق با قاعده بوده و جنبه استثنایی ندارد. در واقع، استثنایی بودن عقد

۱. "فالبیع هو الربط الحاصل بین المبیع و الثمن".

فضولی از لحاظ عددی است نه حکمی. برخی از فقها نیز تصریح کرده اند که صحت عقد فضولی مطابق با قاعده است (نائینی، ۱۳۳۱، ص ۴۰۷).<sup>۱</sup> مولف مزبور در توجیه نظریه خود مبنی بر مطابق اصل بودن بیع فضولی و تعمیم آن به غیر از عقود بیع و نکاح، عنوان می نماید که رکن عقود معاوضی همچون بیع و اجاره، عوضین است (نائینی، ۱۳۳۱، ص ۴۰۸). به همین خاطر، عدم الحاق اراده مالک عوض در هنگام انعقاد قرارداد، مانع تشکیل ماهیت عقد نمی گردد. به اعتقاد ایشان در نهایت، تاثیر رکن (عوضین) مشروط به اراده طرفین است.

برخی از فقها نیز در مسئله بیع فضولی به شرطیت اراده تصریح می نمایند. مسئله به این نحو است که صاحب جواهر این پرسش را مطرح می نماید که آیا بدون وجود اراده مالک می توان به معامله فضولی، عنوان عقد را اطلاق کرد؟ ایشان در پاسخ عنوان می دارند که در صورت شک در شرطیت امری، به استناد اصل عدم شرطیت، این امر را نفی می نماییم (نجفی، ۱۳۸۵ الف، ص ۲۷۴). از این جمله می توان این گونه استنباط کرد که صاحب جواهر، اراده را شرط دانسته اند و نه سبب عقد، چرا که در غیر این صورت، پیش از الحاق رضای مالک به عقد، سبب عقد منتفی و یا ناقص بوده و در این صورت اطلاق عنوان عقد به نتیجه اقدام فضول صحیح نخواهد بود.

برخی از فقهای متاخر نیز در بحث از قاعده "العقود تابعه للقصد" به وجود دو نظریه مختلف در خصوص سبب عقد در فقه پی برده اند. دلیل این امر آن است که میان قاعده فوق و قاعده تعلق عقد به مالک عوض که ماده ۱۹۶ قانون مدنی نیز بر مبنای آن تنظیم گردیده است، تعارضی به چشم می خورد. چرا که در بیعی که نسبت به مال غیر صورت می گیرد، قصد فضول انجام معامله برای خود است، حال آن که عقد برای مالک عوض محسوب می گردد. بنابراین، در عقد فضولی، آن چه که مورد قصد است، واقع نشده و آن چه که واقع شده مورد قصد نبوده است (مراغی، ۱۴۲۵ق، ص ۱۶۳). ایشان برای فرار از بطلان عقد در چنین فرضی اقدام به طرح توجیهاات مختلف کرده که خود نیز هیچ یک را به طور قاطع قابل پذیرش ندانسته اند (مراغی، ۱۴۲۵ق، ص ۶۴). یکی از این توجیهاات مفید آن است که غاصبی که مال مغضوب را به طور فضولی می فروشد، قصد ندارد واقعا ثمن را داخل در ملک خود نماید، بلکه تنها خواستار انتفاع از آن است. توجیه دوم آن است که منظور از قصدی که عقد تابع آن است، قصدی است که در عقد به صورت شرط یا غیر آن ذکر می گردد، اما قصد غاصب در مثال فوق، بدون دال بوده و اثر شرعی بر آن بار نمی گردد. همان طور که روشن است، هیچ یک از این بیانات، توجیه کننده عدم تعارض میان دو قاعده مذکور نیست.

۱. "اعلم انه سبب فی باب الفضولی کون صحه العقد الفضولی موافقا مع القاعده".

اما در مقام حل تعارض موجود میان این دو قاعده، نظری که بیشتر قابل پذیرش به نظر می‌رسد عبارت است از آن که قاعده "العقود تابعه للقصد" در خصوص معاملات فضولی تخصیص خورده است و یا آن که مطابق نظر مشهور فقها، این قاعده تنها ناظر به کیفیات شروط عقد است و نه اصل انعقاد و انحلال عقد.

### ج: انعقاد یا انحلال عقد در نتیجه وضعیت عوضین

از دیگر دلایل نظریه عینی عقود که در جهت خنثی نمودن نقش اراده در انعقاد و انحلال عقد مطرح می‌گردد، انعقاد یا انحلال عقد، به صرف وضعیت خاص عوضین و بدون اراده طرفین است. عقدی که در فقه و قانون مدنی، بدون اراده طرفین و به صرف وضعیت خاص چند مال ایجاد می‌گردد، عقد شرکت است. وابستگی عقد شرکت به اموال واضح است. اصولاً در ایجاد شرکت، صرف مزج دو مال کافی است و اذن طرفین در تصرف جزء ماهیت حقوق شرکت نیست. محقق حلی در شرایع عقد شرکت را به عنوان اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشائه تعریف می‌نماید<sup>۱</sup> (محقق الحلی، ۱۳۴۶ ص ۲۵۵). ایشان پس از تعریف عقد شرکت، به چگونگی تصرف در مال مشاع اشاره کرده و آن را موکول به اذن دیگر شریکان می‌نمایند. اما همان طور که یکی از حقوقدانان کشورمان عنوان کرده‌اند از مجموع این دو سخن نمی‌توان استنباط کرد که انعقاد عقد شرکت نیازمند اذن طرفین است، بلکه "ماهیت حقوقی شرکت مدنی، اجتماع حقوق مالکان در شیء واحد، به صورت اشاعه است و اذن در تصرف از ماهیت حقوقی شرکت خارج است" (تفرشی، ۱۳۸۶، ص ۹۱).

وجود نشانه‌هایی از نظریه عینی عقود در قانون مدنی، نه تنها باعث شده است تا ایجاد برخی از عقود مستقل از اراده باشد، بلکه در برخی موارد، انحلال عقد نیز به صرف وضعیت عوضین و مستقل از اراده صورت می‌گیرد. قاعده تلف مبیع قبل از قبض، یکی از احکامی است که مطابق نظریه عینی عقود نیز قابل توجیه است. این حکم، مفید آن است که تا هنگامی که عوضین مبادله نگردند، عقد به صورت کامل محقق نشده و با از بین رفتن یکی از آنها، عقد منفسخ می‌شود. در بیع عین کلی نیز چنانچه مبیع پس از تشخیص و پیش از قبض، تلف گردد، بیع منفسخ می‌گردد. در نظریه عینی عقود، انفساخ عقد در صورت تلف عوضین قبل از تسلیم، با توسل به سببیت عوضین در عقد، توجیه می‌گردد. هنگامی که تلاش نماییم انحلال بیع در این فرض را به اراده طرفین مستند نماییم، دچار تکلف می‌گردیم، چرا که اراده طرفین در فرض تلف مبیع پیش از قبض، به طور منجز به انعقاد قرارداد تعلق گرفته و معلق به تسلیم عوضین نگردیده است. یکی از حقوقدانان نیز در انتقاد از نظر یکی از فقها که انحلال عقد در

۱. "اجتماع حقوق ملاک فی الشیء الواحد علی سبیل الشیاع".

اثر تلف مبیع پیش از قبض را ناشی از تعلق قصد طرفین بر انحلال عقد در صورت انتفای قابلیت دادن و گرفتن کالا می‌داند (بجنوردی، ۱۳۸۹ق، ص ۱۱۹) عنوان می‌دارد؛ "توجه خریدار و فروشنده به هنگام انعقاد بیع به احتمال تلف مبیع قبل از قبض بعید می‌باشد" (محمدی، ۱۳۸۰، ص ۲۹۴). بنابراین، نمی‌توان انحلال عقد در صورت تلف مبیع پیش از قبض را مبتنی بر قصد طرفین دانست. در واقع، مطابق نظریه عینی، اراده طرفین صرفاً شرط تاثیر سببی است که همانا تقابل عوضین است. با عدم تحقق سبب بیع، یعنی نقل و انتقال عوضین، تحقق شرط آن (اراده طرفین) تاثیری در صحت عقد نداشته و نمی‌تواند موجب اعتبار آن گردد.

در حقوق فرانسه که صرفاً نظریه ذهنی در سببیت عقود را مورد قبول قرار داده است، قاعده ای مشابه با قاعده موجود در حقوق ایران به چشم نمی‌خورد و با تلف مبیع پیش از قبض، خللی به صحت عقد وارد نمی‌گردد (مواد ۱۵۸۳ و ۱۱۳۸ قانون مدنی فرانسه). از آن جا که در حقوق فرانسه، سبب عقد اراده است، تلف عوضین موجب انتفای عقد نمی‌گردد، چون با وجود عوضین در زمان به هم پیوستن اراده‌ها، عقد به طور صحیح منعقد گردیده است.

از دیگر احکامی که در فقه وجود داشته و ممکن است، بیش از آن که مطابق با نظریه ذهنی عقود باشد، با نظریه عینی عقود سازگار باشد، لزوم استرداد عین عوضین در اقاله است. در فقه امامیه بازگشت مالکیت عوضین بدون تغییر و کم و کاست، برای تحقق اقاله ضروری است. مطابق نظر مشهور فقها در اقاله نمی‌توان میزان عوضین را کم و زیاد کرد و در این صورت اقاله محکوم به بطلان است (نجفی، ۱۳۸۵، ص ۳۵۲). حقوقدانان کشورمان نیز این حکم فقهی را پذیرفته و استرداد عین عوضین را شرط تحقق اقاله دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۱۲۵ و کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۲۶). با قبول نظریه عینی در سببیت عقود، بازگشت مالکیت عوضین سبب اصلی اقاله محسوب شده و اراده طرفین تنها شرط تاثیر این سبب است به همین خاطر، اقاله بر اساس تغییر میزان یکی از عوضین صحیح نیست. دلیل این امر در حقوق کشورمان این گونه بیان گردیده است که اقاله یک سبب مملک نیست تا در قالب آن مثلاً مال زاید بر ثمن به خریدار تملیک گردد (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۱۲۵). تنها روش توجیه این حکم آن است که بگوییم از آنجا که سبب اقاله، تحقق مفهوم معاوضه به نحو عکس بوده و اراده طرفین تنها شرط تاثیر این سبب است، شرط اخیر نمی‌تواند تغییری در سبب ایجاد نماید و اصولاً بدون تحقق سبب (تحقق مفهوم معاوضه معکوس)، شرط (اراده) نمی‌تواند موثر واقع گردد. منظور از معاوضه معکوس، بازگشت هر یک از عوضین به دارایی شخصی است که عوض از دارایی وی خارج گردیده و خارج گردیدن مالی که در مقابل آن عوض، به دارایی وی وارد شده بوده است. بنابراین، مطابق نظریه عینی، اراده طرفین در اقاله تنها در حد تایید و تنفیذ تحقق مفهوم

معاوضه به نحو عکس می تواند کارگزار باشد و از آنجا که این اراده شرط اثر دهی این سبب است، نمی تواند تغییری در آن حاصل نماید. به همین خاطر است که فقها شرط کم و زیاد در اقاله را خلاف مقتضای ذات اقاله دانسته اند.

### گفتار دوم: آثار تشخیص سببیت اراده یا عوضین در عقود

بحث از نظریه های ذهنی و عینی، بیش از آنکه فواید نظری در بر داشته باشد، دارای آثار و نتایج عملی است. در ذیل به برخی از این آثار اشاره می گردد.

#### بند اول: تعریف عقد

از مصادیق تعارض نظریه های ذهنی و عینی، تعارض مواد ۱۸۳ و ۳۳۸ قانون مدنی است. ماده ۱۸۳ در تعریف عقد، آن را عبارت می داند از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنان باشد. در مقابل ماده ۳۳۸ بیع را عبارت از تملیک عین در مقابل عوض معلوم می داند و در این ماده که در مقام تعریف یکی از انواع عقود است، ذکری از تعهد نشده است. در توجیه این تعارض به نظر می رسد که پذیرش اختلاف منبع این دو ماده راهگشا باشد. چنانچه معتقد به آن باشیم که در فقه نظریه عینی، مبنای بسیاری از احکام عقود است، روشن می شود که به چه دلیل، در ماده ۳۳۸ قانون مدنی ذکری از طرفین عقد یا اراده آنان به میان نیامده است.

بیع در حقوق اسلام سبب انتقال مالکیت است، در حالی که در حقوق فرانسه همان گونه که ملاحظه گردید، بیع در ابتدا تعهد به انتقال مالکیت ایجاد نموده و انتقال مالکیت اثر غیرمستقیم عقد بیع است. اصل حاکمیت اراده (L'autonomie de volonté) در قانون مدنی فرانسه مفهومی محوری است که بر تمامی مواد آن سایه افکنده است. این اصل پس از انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه تبدیل به مهم ترین مفهوم در عرصه های سیاسی، اقتصادی و حقوقی این کشور گردید و قانون مدنی فرانسه نیز تحت تاثیر همین فضا تدوین شده است. به همین خاطر است که اراده طرفین مبنای تمامی اعمال حقوقی در قانون این کشور، محسوب می گردد. ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی این کشور نیز در تعریف عقد به نقش اراده و محصول آن یعنی تعهد اشاره کرده است. به هر ترتیب ملاحظه می گردد که تعارض میان مواد ۱۸۳ و ۳۳۸ قانون مدنی که مورد توجه اغلب حقوقدانان کشورمان قرار گرفته است، ناشی از بکارگیری نظریات عینی و ذهنی در مواد مختلف قانون مدنی است.

در این خصوص، برخی از حقوقدانان کشورمان، از آن جا که جوهر همه عقود را تعهد می دانند، اعتقاد دارند که ماده ۳۳۸ قانون مدنی که بیع را موجب تملیک عین می داند، مبادی

با ماده ۱۸۳ قانون مدنی که جوهر عقد را تعهد می‌داند، ندارد، زیرا هر یک از بایع و مشتری در عقد بیع، ملتزم به تسلیط طرف دیگر بر مبیع یا ثمن می‌شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۱۱). این توجیه قابل قبول به نظر نمی‌رسد، زیرا همان گونه که ملاحظه گردید التزام به تسلیط مشتری بر مبیع، اثر مستقیم بیع در حقوق رم است، اما در حقوق اسلام اثر مستقیم بیع انتقال مالکیت عوضین بوده و تعهد به تسلیم فرع بر این اثر است (مکی، ۱۳۷۶، ص ۸۳).

### بند دوم: طرفین عقد

دومین اثر پذیرش هر یک از نظریات ذهنی یا عینی در سببیت عقود آن است که با پذیرش نظریه ذهنی، طرفین عقد کسانی محسوب می‌گردند که عقد با اراده ایشان منعقد گردیده است. در مقابل، مطابق نظریه عینی، مالکین هر یک از عوضین، طرفین عقد محسوب می‌گردند، خواه خودشان عقد را منعقد نموده باشند، خواه اشخاص ثالث. برای مثال، چنانچه مشتری مال متعلق به غیر را به عنوان عوض پرداخت نماید، مطابق نظریه ذهنی، معامله برای مشتری محسوب می‌گردد، در حالی که مطابق نظریه عینی، مالک ثمن، طرف معامله محسوب می‌گردد (Carbonnier, 1976, pp. 77-8). قانون مدنی کشورمان در ماده ۱۹۶ در معامله نسبت به مال غیر، مالکین عوضین را طرفین عقد محسوب نموده است. این در حالی است که حکم ماده مذکور مطابق نظریه شخصی عقود به هیچ وجه قابل پذیرش نیست، چرا که مطابق این نظریه، صاحبان اراده، طرفین عقد محسوب می‌گردند، هرچند که مالک عوضین نباشند. از دیگر نشانه‌های نظریه عینی در حقوق کشورمان، امکان فروش مال بلا مالک است، همانند بیع وقف یا مفتوح العنوه. در این عقود، مالی فروخته می‌شود بدون آن که شخصی به عنوان مالک، تعهد بر تسلیم آن نموده یا درک آن را بر عهده گیرد. تنها با پذیرش نظریه عینی در عقود است که انعقاد چنین عقودی قابل تصور است، چرا که با پذیرش نظریه ذهنی، موضوع اصلی عقد تعهد طرفین بوده و اصولاً بدون این که یکی از طرفین تعهدی را بر عهده گیرد، عقد قابل تحقق نیست.

### بند سوم: وحدت یا تعدد عقد

چنانچه دائر مدار عقد را اراده طرفین بدانیم، مبنای این که به موجب یک عمل حقوقی خاص، یک معامله صورت گیرد یا چند معامله، قصد طرفین خواهد بود. بنابراین، چنانچه طرفین در قراردادی واحد و به موجب یک ایجاب و قبول، اقدام به خرید و فروش چند مال نمایند، یک عقد واقع شده و در صورتی که معامله نسبت به یکی از این کالاها به دلیلی باطل یا فسخ شود، طرفین معامله دارای خیار تبعض صفقه خواهند بود. برای مثال، با مبنا دانستن

اراده، چنانچه در عقدی واحد و به موجب یک ایجاب و قبول، چند خودرو در مقابل چند ثمن فروخته شوند و پس از آن معامله نسبت به یکی از خودروها فسخ گردد، بایع و مشتری دارای اختیار تبعض صفتی خواهند بود. زیرا ایجاب و قبول واحد، ظهور در آن دارد که قصد طرفین انعقاد عقدی واحد بوده و با تحقق تبعض در مبیع در عقدی واحد، برای مشتری اختیار ایجاد می شود. با این حال، برخی از فقها از جمله شیخ انصاری (ره)، معیار این که معامله ای واحد متضمن عقدی واحد است یا خیر را وحدت یا تعدد ثمن دانسته اند. به این معنا که اگر در قرارداد یک ثمن معین شده باشد، عقد واحد محسوب شده و چنانچه برای مبیع متعدد، ثمن های متعددی نیز در نظر گرفته شده باشد، چند بیع منعقد گردیده است، هرچند که طرفین قصد انعقاد بیع واحدی را داشته باشند.

حال در فرضی که چند مال در بیعی واحد در مقابل چند ثمن فروخته می شوند و بیع نسبت به یکی از این اموال به دلیل عیب فسخ می گردد، چنان چه اراده را معیار قرار دهیم، از آن جا که اراده طرفین بر انعقاد عقدی واحد تعلق گرفته است، با فسخ بخشی از عقد، خریدار نسبت به باقیمانده بیع دارای اختیار تبعض صفتی می باشد. اما این حکم مورد پذیرش قرار نگرفته و همان گونه که برخی از فقها (پایانی، ۱۳۸۲، ص ۲۴۶) تصریح کرده اند، مشهور در فقه آن است که اگر در عقدی واحد، برای مال های متعدد ثمن های متعدد تعیین شده باشد، از آن جا که ملاک وحدت بیع، وحدت صیغه نیست، بلکه وحدت ثمن است، با فسخ یکی از عقود، به جهت عدم تحقق تبعض در عقدی واحد، اختیار تبعض صفتی برای هیچیک از طرفین حاصل نخواهد شد. به نظر می رسد که ملاک قرار دادن وحدت یا تعدد ثمن، در تشخیص وحدت یا تعدد عقد، بیش از آن که با نظریه ذهنی تناسب داشته باشد، با نظریه عینی سازگار است.

#### بند چهارم: عنوان عقد

مطابق نظریه ذهنی اراده طرفین تعیین کننده نوع عقد است. بنابراین، عنوانی که طرفین برای عقد در نظر می گیرند، تعیین کننده ماهیت و احکام آن عقد است. حال اگر عنوانی که طرفین برای عقد انتخاب می نمایند، سازگار با ماهیت موضوع عقد نباشد، عقد به دلیل منحل شدن اراده، باطل می گردد (ما وقع لم یقصد). در مقابل، برابر نظریه عینی عقود، موضوع عقد، تعیین کننده نوع و عنوان آن است. در بررسی این نکته که در فقه امامیه کدام یک از اراده یا مورد معامله تعیین کننده عنوان قرارداد است، موارد متعددی به چشم می خورد که فقها عنوان معامله را تابع موضوع آن دانسته اند، هر چند که طرفین قصد انعقاد عقد دیگری را داشته باشند. یکی از این موارد، انعقاد عقد نکاح است که مطابق نظر مشهور فقها، چنانچه مبلغ و



مدت در نکاح ذکر نگردد، هر چند که طرفین قصد انعقاد نکاح موقت را داشته باشند، نکاح دائم محسوب می‌گردد (امام خمینی، ۱۳۳۷، ص ۴۲۷). در عقود دیگر نیز چنانچه عقد مطابق با عنوان استعمال شده توسط طرفین عقد نباشد، عنوان عقد از مورد معامله، تبعیت می‌نماید. برای مثال، چنانچه مورد معامله انتقال مالکیت عین باشد، عقد، بیع محسوب می‌گردد، هر چند که طرفین از عنوان اجاره استفاده کرده باشند. در مقابل نیز اگر موضوع معامله، انتقال مالکیت منافع باشد، عقد اجاره محسوب خواهد شد، هر چند که طرفین از لفظ بیع استفاده کرده یا حتی قصد انعقاد بیع را داشته باشند. البته برخی از فقها در این خصوص، قائل به احتمال بطلان عقد نیز گشته‌اند<sup>۱</sup> (مکی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۰). اما اگر با هر استدلالی عقد را صحیح بدانیم، عنوانی غیر از اجاره بر آن قابل اطلاق نخواهد بود، هر چند که طرفین قصد انعقاد بیع را داشته باشند.

### بند پنجم: اجرای اصل صحت

پذیرش هریک از نظریات عینی و ذهنی، در امکان اجرای اصل صحت، موثر است. روشن شدن این امر، مستلزم ذکر مقدماتی است. اصولاً در خصوص قلمروی اصل صحت و زمانی که اجرای آن نسبت به عقد خاصی امکان پذیر است، میان فقها اختلاف نظر وجود داشته و سه دیدگاه مختلف قابل طرح است. برابر دیدگاه نخست، اصل صحت به دلیل سیره مسلمانان و لزوم اختلال در روابط معاملاتی مردم بر هر اصل دیگری حاکم بوده و در همه موارد قابل اعمال است. شیخ انصاری از طرفداران این نظریه بوده و آن را "نظریه تعمیم" نامیده است (انصاری، ۱۳۷۵ق، ص ۸۹). برابر دیدگاه دوم، اصل صحت هنگامی قابل اعمال است که ارکان عقد، اعم از عرفی و شرعی محقق و کامل باشد. شرایط شرعی عقد نیز در این دیدگاه عبارت از عوضین و متعاقدين است. بنابراین، تنها پس از احراز وجود عوضین و اراده طرفین به انضمام شرایط عرفی عقد است که اصل صحت، قابلیت اعمال دارد (بجنوردی، ۱۳۸۹ق، ص ۲۴۸). دیدگاه سوم نیز آن است که صرف تحقق صورت عرفی عقد جهت اعمال اصل صحت کافی است (محمدی، ۱۳۸۱، ص ۲۵۰). به نظر می‌رسد که دیدگاه سوم در مقایسه با دو دیدگاه دیگر که در قلمروی اجرای اصل صحت، راه افراط و تفریط را رفته‌اند، قابل قبول تر باشد. این دیدگاه علاوه بر فقه، در حقوق کشورمان نیز دارای طرفدارانی است، چنان که یکی از حقوقدانان کشورمان نیز تحقق ماهیت عرفی عقد را شرط اعمال اصل صحت دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۱ الف، ص ۱۹۰). حال، با پذیرش نظر سوم، چنانچه سبب عقد را هر یک از اراده یا عوضین بدانیم، با تحقق آن، صورت عرفی عقد محقق شده و اصل صحت قابل اعمال خواهد بود. با قبول این

۱. "و ان قال بعنک سکنها مثلا، ففی صحتہ و جهان".

دیدگاه می توان قائل به آن شد که عبارت ماده ۲۲۳ ق.م مبنی بر مشروط نمودن اعمال اصل صحت بر وقوع عقد نیز ناظر به تحقق ماهیت عرفی عقد است. بنابراین چنان چه اراده طرفین را سبب عقد محسوب نماییم، پس از وقوع ایجاب و قبول صورت عرفی عقد حاصل شده و عقد محقق خواهد بود. اما چنان چه، سبب عقد را عوضین بدانیم، با وجود نقل و انتقال عوضین، هر چند بدون اراده مالک، همانند عقد فضولی، صورت عرفی عقد حاصل شده و اصل صحت نسبت به آن عقد قابل اعمال خواهد بود. بنابراین، پذیرش نظریه عینی عقود، باعث می شود تا در عقد فضولی نیز اصل صحت قابل اعمال باشد و بالعکس پذیرش نظریه ذهنی باعث خواهد شد تا در عقد فضولی، پیش از الحاق اراده مالک، اصل صحت قابل اعمال نباشد، چرا که در عقد فضولی اراده مالک وجود نداشته و مطابق نظریه ذهنی، ماهیت عرفی عقد شکل نگرفته است تا این اصل قابل اعمال باشد. با توجه به نقش نظریه عینی در عقد فضولی، برای توجیه امکان اعمال اصل صحت نسبت به این عقد، بر خلاف نظر برخی از حقوقدانان کشورمان، ضرورتی ندارد تا قائل به آن شویم که در عقد فضولی قصد مالک موجود بوده و تنها رضای مالک مفقود است و این امر خللی به تحقق مفهوم عرفی عقد وارد نمی نماید (شهیدی، ۱۳۸۱ الف، ص ۱۹). چرا که با توجه به نظریه عینی در سببیت عقود، دلیل تحقق ماهیت عرفی عقد فضولی، وجود عوضین و امکان تحقق مفهوم معاوضه است و نه پیوستن اراده دو طرف عقد که یکی از ایشان مالک نبوده و اراده وی قانوناً فاقد اعتبار و اثر در عقد است.

با این حال، این بحث از این لحاظ قابل خدشه است که بحث سبب عقود جنبه شرعی و قانونی داشته و نمی تواند بیانگر مفهومی عرفی عقد باشد. به این ترتیب، پذیرش سببیت هر یک از اراده یا عوضین در عقود، تأثیری در مفهوم عرفی عقد ندارد. به تعبیر دیگر عرف، مفهوم عقد را بدون توجه به این مفاهیم محقق یا غیر محقق می داند. در مقابل، با پذیرش نظر یکی از حقوقدانان کشورمان (شهیدی، ۱۳۸۱ الف، ص ۱۹۰) منظور از ماهیت عرفی عقد، ماهیتی که صرفاً عقلاً به زعم خود و جدای از قانون لحاظ کنند، نیست. مقصود ماهیتی است که قانون مقرر نموده است. به این ترتیب، به موجب نظریه عینی، مفهوم عرفی عقد، وجود عوضین و امکان معاوضه است و با تحقق آن، اعمال اصل صحت ممکن می گردد. در حالی که مطابق نظریه ذهنی عقود، الحاق دو اراده، اعمال اصل صحت را ممکن می سازد، هر چند که مورد معامله در آن زمان وجود نداشته باشد.

## نتیجه

در بررسی دلایل نظریات ذهنی و عینی در سببیت عقود، ملاحظه گردید که برخی از مواد قانون مدنی با توسل به نظریه عینی در سببیت عقود، بیشتر قابل توجیه به نظر می‌رسد. البته احصای این موارد، صرفاً با هدف نشان دادن قابلیت طرح نظریه عینی در حقوق ایران صورت گرفته است و نه اثبات تبعیت حقوق مدنی ایران از نظریه عینی و یا غلبه این نظریه در فقه و قانون مدنی.

## منابع و ماخذ

### الف- فارسی

۱. ابوعلی سینا، شیخ الرئیس، (۱۳۳۱)، "رساله در حقیقت و کیفیت سلسله موجودات و تسلسل اسباب و مسببات"، با مقدمه و حواشی دکتر موسی عمید، انتشارات انجمن ملی، تهران.
۲. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۳۷۵)، "مکاسب"، مطبوعه الاطلاعات، تبریز.
۳. پایانی، احمد، (۱۳۸۲)، "در محضر شیخ انصاری" جلد ۵ و جلد ۱۵، دارالحکمه، قم.
۴. تفرشی، محمد عیسی، (۱۳۸۶)، ماهیت حقوقی شرکت مدنی و شرکت سهامی (از نظر مبانی فقهی)، تأملی در حقوق تطبیقی به مناسبت برگزاری نكوداشت دکتر حسین صفایی (۲) به قلم گروهی از مولفان، سمت و موسسه حقوق تطبیقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران.
۵. شهید ثانی، (۱۳۸۰)، "شرح لمعه"، مباحث حقوقی، بکوشش: اسدالله لطفی، مجد، تهران.
۶. شهیدی، مهدی، الف، (۱۳۸۱) "اصول قراردادها و تعهدات"، مجد تهران.
۷. شهیدی، مهدی، ب، (۱۳۸۱) "سقوط تعهدات"، مجد، تهران.
۸. جزایری المروج، سید محمد جعفر، (۱۴۱۶) ق، هدی الطالب الی الشرح المکاسب، ج ۱، موسسه دارلکتاب، قم.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۶)، "مبسوط در ترمینولوژی حقوقی"، ج ۲، گنج دانش، تهران.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۰)، "فلسفه حقوق مدنی"، ج ۱، گنج دانش، تهران.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۵۴)، حقوق تعهدات، مدرسه عالی امور قضایی و اداری، قم.
۱۲. خمینی، سید روح الله، (۱۳۶۷)، تحریر الوسیله، ج ۲، مکتب العلمیه الاسلامیه، تهران.
۱۳. صفایی، سید حسین، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، میزان تهران.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶)، "نظریه عمومی تعهدات"، چاپ چهارم، میزان، تهران.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۰)، "قواعد عمومی قراردادها" جلد ۴، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۱)، "دوره عقود معین ۱"، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، "قواعد عمومی قراردادها" جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۱۸. غروی اصفهانی، محمد حسین، بی تا، تعلیقه علی المکاسب، ناشر: محمد غروی اصفهانی، بی جا.
۱۹. طهرانی، محمد هادی ابن محمد امین، (۱۳۲۰) ق، "کتاب شرح البیع من شرایع الاسلام"، طبع حجر، تهران.
۲۰. عبده بروجردی، محمد، (۱۳۸۳)، کلیات حقوق اسلامی، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران.
۲۱. مراغی، سید میرعبدالفتاح، (۱۴۲۵) ق، "عناوین"، جلد ۲، موسسه نشر اسلامی، قم.
۲۲. محقق حلی، (۱۳۴۶)، شرایع الاسلام، ترجمه: ابوالقاسم ابن احمد یزدی، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.
۲۳. محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۰)، قواعد فقه، نشر دادگستر، تهران.

۲۴. مکی العاملی، محمد ابن جمال الدین، (۱۳۷۶)، *لمعه الدمشقیه*، انتشارات دارالفکر، تهران.
۲۵. ملکشاهی حسن، (۱۳۶۷)، "ترجمه و تفسیر تهذیب المنطق تفتازانی"، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.
۲۶. موسوی البجنوردی، حسن، (۱۳۸۹) ق، *قواعد الفقهیه*، جلد ۱، مکتب الصدر، تهران.
۲۷. نائینی، محمد حسین، (۱۳۳۱)، "تعلیقہ علی المکاسب المرحوم العلامة الانصاری"، چاپ بوذرجمهری، تهران.
۲۸. نائینی، محمد حسین، (۱۳۵۸) ق، "منیه الطالب"، مطبعه المرتضویه، نجف.
۲۹. نجفی، محمد حسن، (۱۳۸۵) الف، *جواهر الکلام*، جلد ۲۲، دارالکتاب الاسلامیه، تهران.
۳۰. نجفی، محمد حسن، (۱۳۸۵) ب، *جواهر الکلام*، جلد ۲۴، دارالکتاب الاسلامیه، تهران.

### ب- خارجی

- 1- Carbonnier, Jean, (1976), **Droit civil: Les obligations**, Press Universaire de france, Paris.
- 2- Cardahi, Choucri, (1968), **La vent en droit comparé occidental et oriental**, , LGDJ, Paris.
- 3- Mazeaud, Henri, Léon et Jean, Chabas, François, 1998, **Leçons de droit civil: Les obligations**, Montchrestien, Paris.
- 4- Terré (François), Weill (Alex), (2006), **Droit Civil: les obligations**, Dalloz, Paris.
- 5- Marsh (P.D.V), (1993), **Comparative Contract Law: England, France, Germany**, Cower, London.
- 6- Wiederkehr(George)et al.(2004), **Code civil**, Dallos, Paris.