

نظریه عدم پیدایش قرارداد در حقوق ایران و فرانسه

سید محمدتقی کریم پور آل هاشم^۱ - سید محمدتقی علوی^۲
ناصر مسعودی^۳ - محمد مظهری^۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۶/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۱/۲

چکیده

نظریه عدم پیدایش قرارداد در کنار اقسام بطلان یعنی بطلان مطلق و نسبی مطرح شده است. دکتین حقوقی ایران و فرانسه در دهه‌های اخیر در تلاش بوده تا این نظریه را کنار گذاشته و صرفاً بر مبنای دو قسم بطلان (مطلق و نسبی)، نظریه پرداز می‌کند. مع الوصف، از دهه‌های گذشته و تاکنون رویه قضایی فرانسه در استناد به نظریه عدم پیدایش عقد تردید نمی‌کند. از آنجایی که مبانی، شرایط و احکام این قسم از بی اعتباری با موارد دیگر بی اعتباری عقد، متفاوت است، اعتقاد به اینکه هر دو این احکام وضعی (عدم وجود و بطلان مطلق) یکی هستند، منطقی نیست، لذا در تحقیق حاضر به سمت پذیرش این نظریه متمایل شده و لزوم پذیرش آن را در حقوق ایران و فرانسه مورد تأکید قرار داده و پاره‌ای از فوائد فنی و عملی مترتب بر این نظریه، از جمله آثار قبول آن بر شرایط و احکام معامله بار می‌شود را در حقوق فعلی ایران و فرانسه بررسی کرده‌ایم.

واژگان کلیدی: عدم پیدایش عقد، بطلان مطلق، بطلان نسبی، تحول در اعتبار عقد، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد

-
۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تبریز
m.karimpoor.51@gmail.com
۲. استاد حقوق خصوصی دانشگاه تبریز، (نویسنده مسئول)
alavi@tabrizu.ac.ir
۳. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد واحد تبریز
masoudi.naser@yahoo.com
۴. استادیار دانشگاه تبریز، گروه حقوق، دانشگاه تبریز
m.mazhari@tabrizu.ac.ir

مقدمه

پاسخ به این سؤال که چرا باید قراردادها اجرا شوند، در گرو شناسایی مبانی الزام قراردادها است. فرد گرایان^۱ منشأ نیروی الزام قرارداد را طرف‌های قرارداد و جامعه‌گرایان^۲ ضرورت‌های اجتماعی دانسته‌اند.^۳

احترام به شخصیت انسان و آزادی او مستلزم احترام به اراده اوست.^۴ در فقه نیز بنای عقلا و عموماًت فقهی مانند اوفوا بالعقود مبانی الزام عقد معرفی گردیده‌اند.^۵ اخلاق و مذهب نیز از لزوم پایبندی به عقد حمایت می‌کنند؛ البته اخلاق به همان اندازه که لزوم اجرای عقد را تأیید می‌کند، مانع از بهره‌برداری نامشروع و سوءاستفاده از اضطرار و جهل طرف در جهت اجرای عدالت است.^۶

حتی در قلمرو قراردادها نمی‌توان الزامات را تنها زاینده خود قرارداد و قدرت اراده شخص طرفین آن دانست، بلکه قانون و عرف نیز الزاماتی را بر طرفین قرارداد بار می‌کنند.^۷

قراردادها وسیله‌ای مناسب برای سوداگری و تجارت در جهت رفع نیازهای رو به تزاید بشر و در نتیجه تحقق نظم عمومی اقتصادی هستند؛ در نتیجه ارتباط عقد بانظم عمومی آشکار است.^۸ در دنیای متمدنی که آزادی هر شخص در گرو رعایت آزادی دیگری است، علی‌رغم محدودیت‌هایی که اصل آزادی قراردادی دارد^۹، انعقاد آزادانه عقود می‌تواند وسیله مناسبی برای گردش آزادانه ثروت و ایجاد نظم عمومی اقتصادی، سیاسی و حتی خانوادگی باشد. بدین ترتیب مقنن نمی‌تواند نسبت به شرایط انعقاد عقد صحیح که ضامن ایجاد نظم و گاه اجرای

۱. Individualistes.

۲. Socialistes.

۳. شهیدی، مهدی؛ اصول قراردادها و تعهدات، چاپ دوم، (تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۱)، ص ۲۷۶.

۴. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چ سوم، (تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰)، ص ۲۴۸؛ به نقل از کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۲، ش ۷۹۷ به بعد.

۵. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۱۱۳ و امام خمینی، سید روح‌الله، الرسائل عشره، المجلد الثانی، (قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخميني (قدس سره)، ۱۴۲۰ ه. ق.)، ص ۲۱۱ به بعد.

۶. کاتوزیان، ناصر؛ پیشین، ص ۲۴۹ به نقل از ریبر، قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی، شماره ۲۲، ص ۳۹.

۷. مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی.

۸. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، (تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰)، ص ۱۴۵.

۹. کاتوزیان، ناصر، «محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳، مقاله ۱۷، (پاییز ۱۳۸۷)

عدالت است، بی تفاوت باشد؛ فلذا کم‌وبیش در نظام‌های مختلف حقوقی شرایط انعقاد عقد در قالب قواعد آمره پیش‌بینی شده و تحت نظارت مقامات عالی قضائی اجرا می‌شود.^۱

قاعده الزام آور بودن قراردادها با آنچه اصل لزوم قراردادها نامیده می‌شود متفاوت است؛ آنچه در ماده ۲۱۹ از قانون مدنی ایران و همچنین مطابق ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه آمده است. عمده حقوقدانان ایران اذعان دارند که این قواعد دلالتی بر قاعده الزام آور بودن تعهدات قراردادی نداشته بلکه حاوی اصل لزوم قراردادها هستند.^۲

از آنچه نگاشته آمد هویدا است که اراده اشخاص نقطه شروع پدیده‌ای بنام عقد محسوب شده و اراده اجتماع نیز علاوه بر اینکه در مواردی مبنای الزام قراردادی محسوب می‌گردد؛ به اندازه کافی قدرت مقابله با اراده طرفین عقد را دارد. پدیده‌های اجتماعی همچون اخلاق، مذهب، نظم عمومی، منافع و مصالح عمومی و عدالت نه تنها منشأ الزام عقود هستند، بلکه در مواردی می‌توانند مانعی جدی بر سر راه عقد و اثرگذاری آن ایجاد نمایند. البته نباید پنداشت که موانع دیگری بر سر راه قرارداد وجود ندارد، چنانکه اگر تعهدی غیر عقلانی باشد اثری نخواهد داشت، همان گونه که ماده ۵۷۰ قانون مدنی جعاله بر امر غیر عقلانی را باطل دانسته و برخی نیز بر موانع عقد، عرف‌های آمره را افزوده‌اند.^۳ بدیهی است که قرارداد نمی‌تواند در مقابل قانون آمره قد علم نماید.^۴

در جهت ایجاد تعادل مابین اراده اشخاص و اراده اجتماع، ضمانت از مبادی الزام قراردادها ضروری می‌نماید. این مهم اقتضا دارد برای موارد اصطکاک عقد با این مبادی، ضمانت‌های اجرایی معینی موجود باشد مانند: بطلان عقد (اعم از مطلق و نسبی)، انفساخ، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد، قابلیت ابطال و قابلیت فسخ. در دنیای قراردادها کنش و واکنش میان مبادی الزام قراردادها و احکام وضعی عقود، هارمونی خاصی را می‌طلبد تا روابط قراردادی تحت این هارمونی، حرکتی موزون پیدا می‌کنند.

۱. محسنی، سعید و قبولی درافشان، سید محمد مهدی؛ «مفهوم و آثار بطلان نسبی»، مجله دانش و توسعه (علمی - پژوهشی)، سال هجدهم، شماره ۳۳، (زمستان ۱۳۸۹)، ص ۳.

۲. شهیدی، مهدی، پیشین، صفحات ۲۵۵ تا ۲۶۰ و کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، پیشین، صفحات ۲۵۳۰ تا ۲۵۷.

۳. پنج تنی، سید محسن، «تئوری حاکمیت اراده در حقوق قراردادها با رویکرد وصیت»، مجله کانون، شماره ۱۱۳، (بهار ۱۳۸۹)، ص ۶۹.

۴. ماده ۱۰ قانون مدنی.

یکی از مسائل بحث‌انگیز بین حقوق‌دانان ایرانی و فرانسوی امکان یا عدم امکان تجزیه بطلان و کشف نظریه عدم وجود یا همان نظریه عدم پیدایش عقد است.^۱ نظر به مراتب فوق در کار حاضر بدواً می‌بایست با انفکاک بین اقسام بی‌اعتباری‌های عقد به سوی فوائد عملی و فنی مترتب بر تفکیک موارد عدم پیدایش عقد گام برداشت، لذا در مبحث بعد در صدد تحقیق پیرامون عدم وجود واقعی و اعتباری قرارداد برآمده‌ایم.

۱- عدم وجود واقعی و اعتباری عقد

بطلان را وضعیت قراردادی دانسته‌اند که در عالم حقوق وجود و اثری ندارد^۲، خواه در نتیجه واقع نشدن تراضی یا بدون موضوع بودن آن باشد و خواه به دلیل منع قانون از نفوذ تراضی نامشروع^۳ گفته شده عقد باطل به واسطه نبودن یکی از شرایط اساسی که لازمه وجود آن است واقع نشده است؛ چنین عقدی اگر بشود تصور کرد به نظر قانون وجود خارجی ندارد^۴. عده‌ای گفته‌اند عقد باطل عقدی است که یکی از شرایط آن مفقود، معلول و یا معیوب باشد که رفع عیب میسر نشود^۵.

اما در مقابل برخی از اساتید منشأ بطلان مطلق را ضرورت رعایت نظم عمومی و ضمانت

۱. شهیدی، مهدی؛ پیشین، ص ۷۴ به نقل از Julliot De La Morandière, Droit civil, T2, 4^eed; 1966 et 3 (مهر و آبان ۱۳۴۳) و ed, (Paris, Dalloz, 1967) و نیز لواسانی، محمود؛ «انواع بطلان در حقوق مدنی فرانسه»، مجله کانون وکلا، شماره ۹۲، (مهر و آبان ۱۳۴۳) و Carbonnier, Jean, Droit civil, T.4, Les obligations, 13 ed; (Paris, Presses de France, 1988) و قبولی درافشان، سید محمد مهدی و محسنی، سعید؛ نظریه عمومی بطلان در قراردادهای (مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران و فرانسه)، ج اول، (تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۱)، ص ۴۰ به نقل از Veux, (1996), Editions du Jurisclasseur, Fascicule 124 et 125, Daniel, Jurisclasseur Civil.

۲. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، پیشین، ص ۲۸۷، امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، ج ۱، چ هفتم، (تهران، کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۷۰)، ص ۲۲۱ و شهیدی، مهدی؛ اصول قراردادها و تعهدات، پیشین، ص ۲۴۳.

۳. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، پیشین، ص ۲۹۷-۲۹۸، ش ۴۶۵.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق، چاپ پنجم، (تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۲)، صص ۱۰۳ و ۱۱۱ و عدل، مصطفی؛ حقوق مدنی، چاپ چهارم، (تهران، چاپخانه بانک ملی ایران، ۱۳۷۹) و کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، پیشین، شماره‌های ۴۶۵، ۴۶۹ و ۴۷۲ و محقق داماد، سید مصطفی با همکاری جلیل قنواتی، حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، چ اول، (تهران، چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۹)، ص ۱۳۹.

۵. عدل، مصطفی؛ پیشین، ص ۲۱۵. السنهوری، عبد الرزاق احمد؛ النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، ج ۳، (بیروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ۱۹۹۸)، ص ۵۷۷.

اجرای شدید تخلف از قواعد مربوط به همین نوع نظم دانسته‌اند.^۱

در حقوق فرانسه نیز بطلان مطلق ضمانت اجرای نقض یکی از قواعد مربوط به منافع عمومی یا یکی از عناصر اساسی یک عمل حقوقی دانسته شده است که می‌تواند توسط هر ذینفعی مورد استناد قرار گیرد.^۲ برخی گفته‌اند منظور از بطلان مطلق یا ذاتی در حقوق فرانسه وضعیت عقدی است که قانون برای آن هیچ اثری نمی‌شناسد و مانند آن است که هرگز در عالم حقوق به وجود نیامده است و متذکر می‌شوند که بعضی از نویسندگان قدیمی حقوق فرانسه میان بطلان مطلق و عقد غیر موجود تفاوت قائل شده‌اند.^۳

قائلین به تفکیک بین بطلان مطلق و عدم وجود عقد، معتقدند عقد باطل عقدی است که واقعاً منعقد گشته ولی یکی از عناصر اساسی عقد نقضی دارد که مانع ادامه حیات و بقای آن می‌شود؛ این گروه بطلان مطلق را بطلان اصلی و اساسی یا بطلان مربوط به نظم عمومی نیز می‌گویند. علت این وجه تسمیه آن است که بطلان مطلق ضمانت اجرای عدم رعایت نظم عمومی و بخصوص ماده ۶ ق.م.ف است.^۴ بنابراین مطابق این نظریه قرارداد وجود پیدا می‌کند منتهی به علت مخالفت بانظم عمومی دچار بطلان کامل شده و از حیث نتیجه و اثر کأن لم یکن می‌گردد و می‌توان گفت در حکم هیچ است.^۵

به گفته یکی از محققین عقد باطل مطلق، هم نسبت به طرفین بلااثر بوده و هم نسبت به اشخاص ثالث اثر ندارد (قابلیت استناد ندارد) و عقد صحیح هم نسبت به طرفین صحیح است و اثر دارد و هم در مقابل ثالث قابل استناد است^۶ هیچ کدام از طرفین عقد و اشخاص ثالث حق

۱. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، پیشین، ص ۳۸۳ و شهیدی، مهدی؛ اصول قراردادها و تعهدات، پیشین، ص ۵۸.

۲. Vocabulaire Juridique, public sous la direction de Gerard Cornu, 3 edition, press universitaire de France, (1992)

۳. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۵۷ و نیز طالب احمدی، حبیب؛ «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۹، شماره ۳، (پاییز ۱۳۸۴)، ص ۱۵۸ و همچنین السنهوری، عبد الرزاق احمد؛ الموجز فی النظریه العامه للالتزامات، (بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۹۶)، ص ۱۸۳.

۴. لواسانی، محمود؛ پیشین، ص ۶۴.

۵. محقق داماد، سید مصطفی (با همکاری جلیل قنواتی، حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور)؛ پیشین، صص ۱۰۷ و ۱۰۸.

۶. رثوفی فرد، حمید؛ بررسی تطبیقی بطلان نسبی در حقوق ایران و فرانسه، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، استاد راهنما: رضا حسین گندم‌کار، (قم، دانشگاه قم، ۱۳۸۶)، ص ۲۱ - ۲۲.

استناد به قرارداد باطل مطلق را ندارند.

همان گونه که در فوق ملاحظه می شود بعضی عدم وجود قرارداد را از بطلان مطلق جدا می دانند و عده بیشتری ضمانت اجرای عدم پیدایش عقد را همان بطلان مطلق دانسته و این دو را یکی می دانند. به نظر می رسد مشکل از آنجا سرچشمه می گیرد که تنها به ضمانت اجرای عدم پیدایش عقد توجه می شود و نسبت به اسباب این دو عنایت کافی مبذول نمی گردد که اگر چنان شود در عمل احکام مترتب بر این دو متفاوت می شوند؛ در این صورت دلیل کافی برای پذیرش این دو نظریه در کنار هم، پدیدار خواهد شد.

با وجود این همه تنوع در مبادی و موانع الزام قراردادها که در مبحث فوق به آن‌ها اشاره کردیم، نمی توان انتظار داشت، تأثیر جملگی این موانع بر قرارداد یکسان باشد؛ شرایط درونی صحت قراردادها (اعم از عمومی و اختصاصی) نیز یکسان نیستند، برخی از آن‌ها رکن و برخی دیگر نیستند؛ در این میان عرف‌های آمره و سیاست‌های تقنینی کشورها نیز یکسان نیستند. ممکن است شرطی در یک کشور کاملاً اساسی بوده و در کشوری دیگر از اهمیت کمتری برخوردار باشد، لذا ضمانت‌های اجرای عدم رعایت شرایط درونی عقد یکسان نیست. برخی از شرایط درونی عقد به قدری حساس هستند که فقدان آن‌ها مانع ایجاد یک عقد حقیقی است (عدم پیدایش عقد^۱ به واسطه فقدان موضوع یا قصد)، با این ترتیب عقدی به وجود نمی آید تا بحث اجرای آن مطرح گردد (عدم وجود واقعی)، فقدان برخی دیگر از شرایط مانع ایجاد یک عقد واقعی نیست، ولی قرارداد ایجاد شده را مضروب و بی اثر می کند (مانند فقدان رضا به معنای خاص آن در حقوق ایران)، باین وجود امکان اصلاح و اثرگذاری عقد وجود دارد (مانند عدم نفوذ و بطلان نسبی^۲).

اگر قرارداد با رعایت تمامی شرایط درونی قانونی تشکیل ولی با مانع اجتماعی (بیرونی) نظیر منافع و نظم عمومی و اخلاق حسنه برخورد کند، حداقل ظاهری از عقد را دارا می گردد، ولی از نظر قانون فاقد اعتبار است (بطلان مطلق^۳)؛ در این موارد گفته شده چنین عقدی نیز باطل، کأن لم یکن و ناموجود است، اما این عدم وجود نه به خاطر عدم وجود واقعی بلکه در نتیجه اعتبار

۱. La Notion d' inexistence.

۲. Nullité relative.

۳. Nullité absolue.

مقنن است (عدم وجود اعتباری).

۲- عدم پیدایش عقد در بوته عمل

بدیهی است نظریه عدم پیدایش عقد تنها در عرصه تئوری اثرگذار نبوده و به لحاظ فنی و کاربردی آثار شگرفی با خود به همراه دارد که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ اما در این قسمت با ذکر چند مثال اهمیت این موضوع بیشتر روشن می‌شود:

الف: موردی را در نظر بگیریم که اداره اوقاف با وقف نامه‌ای از راه می‌رسد و مدعی وقفیت ملک مرغوبی می‌شود که نسل اندر نسل در تصرف شخص و ایادی ماقبل ایشان بوده، اگر به فرض وقف مذکور غیر معمول به، باشد، اعتقاد به اینکه ایجاب و قبول واقعه بدون قبض، چه ماهیتی دارد بی‌نهایت با ارزش است؛ اگر در این مورد قبض را جزء سبب دانسته و نظریه عدم پیدایش عقد را اعمال کنیم، اولاً بار اثبات وقوع صحیح وقف با اداره مزبور بوده، در ثانی با اثبات عدم حصول قبض، وقف منتفی می‌باشد؛ بدیهی است در این حالت الزام ورثه به اقباض نیز غیرممکن خواهد بود.

ب: در ضمانت از مدیون در عقد قرض، اگر قرض را عقد عینی بدانیم قبل از قبض، عقدی وجود نخواهد داشت؛ لذا اگر عقد قرض را سبب ایجاد دین بدانیم، اگر قبض انجام نشود، ضمانت از مقتض در این مورد نظر به تابعیت عقد ضمان از دین، ما لم یجب و باطل خواهد بود. همین نحوه استدلال در مورد عقد رهن تابع عقد قرض نیز قابل اعمال خواهد بود.

مپنداریم مباحثی از این دست در فقه مطرح نگردیده؛ به‌عنوان نمونه چند نظر در باب عدم پیدایش عقود عینی از حضرت امام خمینی (ره) ذکر می‌کنیم:

۱-۲- بیع صرف

امام خمینی در مورد این عقد می‌فرماید: «و یشرط فی صحته التقابض فی المجلس و (ان) تفارقا و لم تقابضا بطل البیع و لو قبض بعضه صحه صحه فی خاصه و بطل فیما لا یقبض...»^۱. در ادامه و در مسئله پنجم فرموده‌اند که اگر چند درهم به صرف بخرد و سپس و قبل از قبض چند دینار با

۱. امام خمینی (ره)، سید روح الله، تحریر الوسیله، المجلد الاول، مطبعه الاداب، الطبعه الثانيه، النجف الاشرف، ۱۳۹۰ ه. ق، صفحات ۳۲۱ به بعد

آن چند درهم بخرد، معامله دوم صحیح نبوده در صورتی که قبل از تفارق دراهم اولیه قبض گردد تنها معامله اول صحیح است^۱. کما اینکه ملاحظه می گردد در مسئله اخیر ایشان به نظریه عدم پیدایش عقد معتقد گردیده‌اند، چرا که حتی تصحیح عقد اول را باعث تصحیح عقد دوم ندانسته‌اند، لذا حضرت معتقد بودند بدون قبض، بیع صرف اول به وجود نمی آید تا بتوان با تنفیذ آن بیع دوم را اصلاح کرد.

۲-۲- عقد قرض

امام (ره) در این خصوص فرموده‌اند: «یشترط فی صحه القرض القبض و الاقباض فلا یملک المستقرض المال المقترض». لذا حضرت امام برخلاف عده‌ای از علما عقد قرض را عقد عینی دانسته و قبل از قبض هیچ اثری بر ایجاب و قبول مترتب نمی دانند^۲.

۲-۳- هبه

در باب هبه نیز امام (ره) فرموده‌اند: «و یشترط فی صحه الهبه قبض الموهوب له و لو فی غیر مجلس العقد و یشترط فی صحه القبض کونه باذن الواهب علی الاحوط، نعم لو وهب فی ید الموهوب له صح و لا یتحتاج الی قبض جدید و ...»^۳. ایشان در مسئله ۷ ذیل باب هبه می فرمایند: «لو مات الواهب بعد العقد و قبل القبض بطل العقد و انتقل الموهوب الی ورثه (ورثه الواهب) و لا یقومون مقامه فی الاقباض و کذا لو مات موهوب له بطل و لا یقومون ورثه مقامه فی القبض». بدیهی است انتفای عقد به فوت احد واهب یا متهب ممکن است به تنهایی دلالتی بر عدم وجود عقد نکند و عقد را با توجه به اصالت و تقدم ایجاب و وصول قبول، به نحو جایز تشکیل شده بدانیم، لکن عدم امکان قبض و اقباض از سوی ورثه واهب یا متهب متوفی دلالت بر فقدان عقد قبل از قبض و جزء سبب بودن قبض دارد.

۲-۴- وقف

۱. همان، مسئله ۵.

۲. همان، ص ۶۵۱ به بعد، مسئله ۶.

۳. امام خمینی (ره)، سید روح الله، تحریر الوسیله، المجلد الثانی، مطبعة الاداب، الطبعة الثانیة، النجف الاشرف، ۱۳۹۰ ه. ق، ص ۵۶ به بعد.

حضرت امام (ره) در این خصوص فرموده‌اند: «و يعتبر فی الوقف الصیغه» و سپس در وقف بر اموری خاص معاطات را کافی دانسته‌اند با این عبارت که: «الظاهر کفایت المعاطاه فی مثل المساجد و المقابر و الطرق و الشوارع و القناطر و الرباطات المعده لنزول المسافین و الاشجار المغروسه لانفع الماره بظلها او ثمرها...»^۱ اما در مسئله هشتم ذیل باب وقف می‌فرمایند: «یشترط فی صحه الوقف القبض و يعتبر فیہ ان یکون باذن الواقف، ففی الوقف الخاص يعتبر قبض الموقوف علیهم و یکفی قبض الطبقة الاولى عن بقیه الطبقات...». به‌رحال ایشان قبض را شرط صحت وقف دانسته؛ هرچند در مسئله ۱۳ فوریت قبض را شرط صحت وقف ندانسته‌اند.

۵-۲- حبس و اخوات آن

در مسئله ۱ ذیل حبس حضرت (ره) فرموده‌اند: «فلو حبسه علی سبیل من سبل الخیر و محال العبادات مثل الکعبه المعظمه و المساجد و المشاهد المشرفه فان کان مطلقا او صرح بالدوام فلا رجوع بعد قبضه و لا یعود الی ملک المالك و لا یورث و ان کان الامده لا رجوع الا انقضائها و بعده یرجع الی المالك او وارثه»^۲ پس در حبس در راه خیر اگر به نحو مطلق یا دائم باشد بعد از قبض رجوع ممکن نیست؛ و در مسئله چهارم می‌فرمایند: «یشترط فی کل من الثلاثه قبض الساکن و هل هو شرط الصحه او اللزوم؟ و جهان لا یبعد اولهما، فلو لم یقبض حتی مات المالك بطلت کالوقف علی الاظهر».

۶-۲- رهن

امام (ره) در خصوص اثر قبض در رهن فرموده‌اند: «یشترط فی صحه الرهن القبض من المرتهن»^۳؛ و سپس اضافه می‌نمایند که قبض مرتهن باید با اذن راهن باشد؛ البته در مسئله ۳ ذیل باب رهن، قبض را ابتدائاً و نه استدامتاً شرط صحت رهن دانسته‌اند.

از آن‌جا که در خصوص نظریات حضرت امام در خصوص عقود عینی گفته آمد، به نظر می‌توان قائل بود بر اینکه اگرچه ایشان در مواردی فوریت قبض را شرط صحت عقود عینی قرار نداده‌اند، ولی قبض را شرط صحت معامله دانسته و در صورت فقدان قبض، اعتقاد به تشکیل

۱. همان، ص ۶۲ به بعد.

۲. همان، ص ۸۷ به بعد.

۳. همان، ص ۳ به بعد، مسئله ۱.

عقد نداشته اند که این چیزی جز قبول نظریه عدم پیدایش عقد در دیدگاه حضرت امام نمی باشد، اما در اینجا مختصر توضیحی در خصوص بطلان نسبی نیز ضروری می نماید تا قلمرو نظریه عدم وجو مشخص تر گردد.

۳- بطلان نسبی

از آنجائیکه بطلان نسبی ناظر به مواردی است که عقد صحیح، قابل ابطال می باشد، کمتر با قلمرو عقد ناموجود و عقد باطل مطلق اصطکاک دارد، ولی از این نظر که با اعمال حق و ابطال معامله، این قسم از بطلان نیز اثر قهرقرائی داشته و معامله را از همان ابتدا باطل می کند با قلمرو بطلان مطلق و عدم وجود در هم می آمیزد، لذا از آنجائیکه این ضمانت اجرا موضوع تحقیق ما نیست، بدون احصاء شرایط این قسم از بطلان صرفاً به ارائه تعریفی از بطلان نسبی بسنده می کنیم.

آنچه از مجموع نظریات نویسندگان به دست می آید^۱ آن است که مراد از بطلان نسبی وضعیت عقدی است که با جمع بودن شروط اساسی برای صحت معامله، شرایطی که برای حفظ منفعت یکی از متعاملین است، رعایت نشده باشد؛ برای حمایت از شخص مزبور قانون به او اجازه درخواست ابطال معامله را در مهلت عرفی و به اعتقاد برخی قانونی، داده است که در

۱. لواسانی، محمود؛ پیشین، صص ۶۶ و ۶۷ - محسنی، سعید و قبولی در افشان، سید محمد مهدی؛ «مفهوم و آثار بطلان نسبی»، پیشین، صفحات ۲۳۷ و ۲۳۸ و از همین نویسندگان؛ نظریه عمومی بطلان در قراردادهای پیشین، ص ۱۷- نوین، پرویز؛ بطلان مطلق و بطلان نسبی در نظام حقوق خصوصی ایران با ارائه بحث تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان، چاپ اول، (تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴)، صص ۲۵ و ۲۷ و نیز Marty, Gabriel. Raynaud, Pierre. Droit Civil, (Paris, Sirey 1988, p222) و Mazeaud, H. L. et Chabas, F (Les obligations, 2 ed, Vol 1, (Paris, Sirey 1988, p300) و François, Leçons de droit civil, 7 ed, T.2, V.1, (Paris, Editions Montchrestin. 1975, p300) و Flour, Jacques, Aubert, Jean Luc et Savaux, Eric, Les obligations, L' acte juridique, 2 éd, (Paris, Armand Colin et Delta, 2002, p 243) - رثوفی فرد، حمید، پیشین، صفحات ۲۰ تا ۲۳ - کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، پیشین، صص ۳۰۵ و ۳۰۸ و ۳۸۲ - و نیز صفائی، سید حسین؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چاپ چهارم، (تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵)، صص ۳۱۱ و ۳۱۲ و اوصیاء، پرویز؛ تدلیس و مطالعه تطبیقی آن در حقوق فرانسه، انگلیس، اسلام و ایران، چاپ چهارم، (تهران، انتشارات دانشگاه تهران (منتشر شده توسط تحولات حقوق خصوصی)، ۱۳۸۱)، صفحات ۳۹۱ به بعد ۱. طالب احمدی، حبیب؛ «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران»، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۹، شماره ۳، (پاییز ۱۳۸۴)، ص ۱۴۸ - عباسیان افراپلی، عسگری؛ بررسی ابعاد حقوقی بطلان مطلق و بطلان نسبی در حقوق ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، استاد راهنما: سام محمدی، (تهران، دانشگاه آزاد تهران مرکز، سال ۱۳۸۹)، ص ۱۸ - نعمت الهی اردستانی، ریحانه؛ بررسی وضعیت عدم نفوذ در اعمال حقوقی و مقایسه آن با بطلان نسبی، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، استاد راهنما: محسن ایزانلو، (تهران، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، زمستان ۱۳۸۸)، ص ۳۱ - ۴۰۰. Julliot De La Morandière, ét al.: N°. 400.

صورت اجابت خواسته او از سوی دادگاه، معامله ابطال خواهد شد و اثر آن قهقرایی بوده و از ابتدا عقد را باطل می‌کند.

۴- مفهوم عدم پیدایش قرارداد

برخلاف رویه قضائی فرانسه، بیشتر حقوقدانان جدید ایران و فرانسه، دو مفهوم بطلان مطلق و عدم وجود را یکی می‌دانند و برای نظریه عدم پیدایش عقد جایگاه مستقلی قائل نیستند. ذیلاً به استقراء در نظریات علما در این خصوص می‌پردازیم:

الف - یکی از نویسندگان در توضیح این نظریه به نقل از برخی از نویسندگان حقوق مدنی فرانسه^۱ گفته‌اند مطابق این نظریه قرارداد هنگامی ناموجود است که یکی از عناصر لازم برای هستی خود را نداشته باشد که بدون آن نمی‌توان تحقق عمل حقوقی را درک کرد و ادامه داده‌اند نقل‌کننده این نظر از آن جهت که فایده عملی حقیقی غیر از آثار بطلان مطلق نمی‌تواند برای آن یافت آن را نامعقول و غیر مفید دانسته اما هرگز به تحلیل مبنایی نپرداخته است^۲؛ سپس استاد با توجه به اعتباری و نه مادی بودن اعمال حقوقی و از جمله عقد، بطلان مطلق را با عدم یکی دانسته‌اند^۳.

ب - برخی با این بیان که عقد یا قرارداد غیر موجود آن‌چنان عقدی است که «فاقد یکی از عناصر اساسی خود باشد و به عبارت دیگر واجد هدفی که قانون برای آن عقد پیش‌بینی و مقرر نموده، نباشد» علناً به تئوری عدم وجود در برابر بطلان مطلق متمایل گشته‌اند^۴.

ج - دو تن از نویسندگان حقوقی ضمن اشاره به پذیرش نوعی از تئوری عدم در فقه حنفی^۵ خاطر نشان می‌کنند در حقوق فرانسه نیز موارد عدم وجود قرارداد مشتمل بر فقدان رضا یعنی فقدان اراده، اشتباه در هویت موضوع، اشتباه در ماهیت قرارداد، فقدان موضوع، فقدان علت، علت اشتباهی و نیز فقدان شرایط شکلی در قراردادهای تشریفاتی است^۶؛ در حالی که موارد

۱. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۷۴ به نقل از Julliot De La Morandière, ét al.: N°. 397.

۲. Julliot De La Morandière, ét al.: N°. 415.

۳. شهیدی، مهدی، پیشین، صص ۷۴ و ۷۵.

۴. لواسانی، محمود؛ پیشین، صص ۶۴ و ۶۵.

۵. قبولی در افشان، سید محمد مهدی و محسنی، سعید؛ نظریه عمومی بطلان در قراردادها، پیشین، ص ۴۰.

۶. Carbonnier, Jean, ét al.: N°. 48.

بطلان مطلق عبارتند از عدم امکان موضوع، عدم قابلیت تعیین موضوع، نامشروع بودن یا مخالف اخلاق بودن موضوع، نامشروع یا خلاف اخلاق بودن جهت و مغایرت قرارداد بانظم عمومی یا اخلاق حسنه می‌باشد.^۱

اما با وجود مراتب فوق نویسندگان پیش گفته به مانند اکثر علما به سمت پذیرش نظریه عدم پیدایش عقد متمایل نشده‌اند؛ با این بیان که: «همان گونه که سایر مکاتب اهل سنت و فقهای امامیه^۲ تفکیک عقد باطل از فاسد را نپذیرفته‌اند، حقوقدانان ایران^۳ و اغلب حقوقدانان جدید فرانسه^۴ نیز مفهوم عدم وجود را مورد انتقاد قرار داده؛ و معتقد گردیده‌اند به کار بردن مفهوم عدم وجود در کنار بطلان مطلق، علاوه بر اینکه غیر منطقی است، فایده‌ای نیز بر آن مترتب نبوده؛ فلذا ضروری نیست. غیر منطقی بودن از آن جهت است که مفهوم عدم، بسیط بوده و مشکک به شمار نمی‌آید تا برای آن مراتبی در نظر گرفته شود و بطلان مطلق و عدم وجود را از حیث مراتب تشکیکی تفکیک کنیم؛ بنابراین تفکیک میان این دو اصطلاح موجب ابهام از جهت معیار و آثار آن می‌گردد و از آنجائیکه عدم وجود، آثاری متفاوت با بطلان ندارد، بنابراین فایده‌ای بر آن مترتب نیست و ضرورتی ندارد؛ علاوه بر این آراییی نیز که سخن از عدم وجود به میان آورده‌اند نوعاً به بطلان مطلق نظر داشته‌اند»

د - استاد ناصر کاتوزیان نیز در تعریف بطلان به نحو دیگری سعی در کنار گذاشتن نظریه عدم وجود عقد داشته‌اند و پس از احتجاجات متعدد گفته‌اند «... لیکن امتیاز عقد ناموجود و عقد باطل در عمل هیچ فایده مهمی ندارد و باید از این تقسیم که زاده حقوق مغرب زمین و هم‌اکنون مورد انتقاد است در گذشت» اما در ادامه استاد گفته‌اند: «در موردی که رویدادهای خارجی هیچ ظاهری را در انعقاد قرارداد ایجاد نمی‌کند، رابطه حقوقی نیز به وجود نمی‌آید و منکر عقد نیازی

۱. قبولی در افشان، سید محمد مهدی و محسنی، سعید، پیشین، ص ۴۰ به نقل از Vaux, Fascicule, ét al, 124 et 125, 1996.

۲. آل کاشف الغطاء، شیخ محمد حسین، تحریر المجله، ج ۱، (قم، مکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹)، ذیل ماده ۱۰۶.

۳. کاتوزیان، پیشین، صص ۲۹۷ و ۲۹۸.

۹. Flour. Aubert et Savaux, ét al, n 326; Mazeaud et Chabas, François, ét al, n 229; Colin, n 222 et 221, Capitant et De La Morandière, ét al. n 397, pp 221 et 222 به نقل از قبولی در افشان، سید محمد مهدی و محسنی، سعید؛ نظریه عمومی بطلان در قراردادها، پیشین، ص ۴۱. Capitant De La Morandière, ét al و قبولی در افشان، سید محمد مهدی و محسنی، سعید، مفهوم و آثار بطلان نسبی، پیشین، صص ۲۴۳ و ۲۴۴ و کاتوزیان، پیشین، ص ۲۹۸ پاورقی ۳.

به اقامه دعوی بطلان ندارد (اصل عدم)، ولی عدم وجود یک ضمانت اجرای حقوقی در کنار بطلان به شمار نمی آید^۱ و همچنین به همین مقدار بسنده نمی کنند و ادامه می دهند: «فایده تقسیم در حقوق فرانسه این است که در نکاح جز در موارد تصریح قانون گذار، به دلیل تخلف از شرایط، حکم به بطلان عقد داده نمی شود و آنگاه از عنوان غیر موجود بودن می توان برای تعدیل این سنت استفاده کرد».

۴-۱- پذیرش یا عدم پذیرش نظریه در حقوق فرانسه

از آنچه گفته شد مراتب ذیل آشکار می شود:

الف) عده‌ای از حقوقدانان (اعم از ایرانی و فرانسوی) و برخی مذاهب اسلامی به نظریه عدم پیدایش عقد گرایش دارند.

ب) در رویه قضایی فرانسه همچنان مانند گذشته به عدم پیدایش عقد استناد می شود^۲

ج) موارد عدم وجود قرارداد از موارد بطلان مطلق آن متمایزند و معیار اصلی تشخیص میان

این دو از سوی برخی «فقدان یکی از عناصر لازم برای هستی قرارداد»، معرفی شده است

د) با توجه به مطالب پیش گفته علل عدم گرایش دکترین حقوقی در ایران و فرانسه به نظریه

عدم پیدایش عقد موارد زیر عنوان شده است:

۱: عدم گرایش دکترین حقوقی ایران و فرانسه به نظریه تفکیک عقد ناموجود و باطل مطلق؛ دوم: پیچیده و مبهم بودن این نظریه؛ سوم: نامعقول و غیر مفید بودن این نظریه از آن جهت که فایده عملی حقیقی غیر از بطلان مطلق نمی توان برای آن یافت؛ چهارم: آنچه از مقایسه ماهیت اعتباری عقد با ماهیت های عینی برمی آید آن که بطلان و عدم نسبت به ماهیت های اعتباری یکسان است؛ پنجم) در عمل فایده مهمی بر این جدایی مترتب نیست، اگرچه بین مواردی که عقد به دلیل نداشتن موضوع یا عدم تراضی تحقق نمی یابد و صورتی که قانون توافق دو اراده را در جهت حمایت از ناتوان یا مصلحت اجتماعی خنثی می کند، تفاوت وجود دارد،

۱. کاتوزیان، ناصر، پیشین، صص ۲۹۷ و ۲۹۸

۲. کاتوزیان، همان به نقل از کاربنیه، تعهدات، ج ۴، ش ۴۸، ص ۱۶۷ - لواسانی، محمود، پیشین، صص ۶۴ و ۶۵ و قبولی در افشان، سید محمد مهدی و محسنی، سعید؛ نظریه عمومی بطلان، پیشین، صص ۴۰ و ۴۱ به نقل از Capitant, De La Morandière, ét al

ولی این جدایی ضروری و مفید نیست؛ ششم) بطلان امری بسیط است و مشکک نیست تا بتوان برای آن مراتبی در نظر گرفت؛ هفتم) در صورت پذیرش نظریه عدم وجود قرارداد، از حیث معیار و آثار با ابهام روبرو خواهیم شد.

با توجه به مراتب فوق می توان گفت:

اولاً عدم گرایش اکثریت حقوقدانان فرانسوی و ایرانی به این نظر به تنهایی نمی تواند مثبت بی فایده و غیر ضروری بودن این تفکیک باشد؛ به نظر نمی رسد در عالم حقوق، هدف از استناد به نظرات دانشمندان لزوماً گزینش نظر اکثریت باشد، بلکه منظور رسیدن به بهترین راه حل است؛ نظریه ای که واجد اسباب موجهه محکم، قاعده مند و معقول خویش و همچنین روشن کننده نقاط ابهام و بیانگر مفهوم، شرایط، احکام و آثار متعلق علیه خود بوده و به بهترین نحو اهداف اصلی حقوق که همانا احقاق حق، اجرای عدالت و ایجاد نظم باشد را پوشش دهد و نیز قادر باشد با توجه به مبانی حقوقی موجود در نظم حقوقی جاری خویش، بین منافع اشخاص و عموم جمع بندد؛ نظر به مراتب فوق از نظریه اکثریت با دلایل آتی دور شده ایم.

ثانیا ایراد پیچیده و مبهم بودن نظریه عدم پیدایش عقد نیز مردود است؛ همان گونه که در فوق ملاحظه شد، علی رغم حصری نبودن مصادیق^۱، موارد بطلان مطلق و عدم وجود در حد امکان احصاء گردیده که در رویه قضایی قدیم و جدید فرانسه نیز مورد استناد بوده است. نظری هم که عدم وجود عقد را از حیث احکام و آثار دچار ابهام می داند مردود است و آن گونه که دیدیم نظر دهندگان علاوه بر اینکه به احصاء موارد عدم وجود و بطلان مطلق به سبک کربنیه پرداخته اند، در آثار نیز اثر هر دو قسم را یکی دانسته اند.^۲

جهات عدم وجود از جمله: ۱- عدم توافق طرفین در نوع عقد یا اشتباه آن ها در ماهیت قرارداد، ۲- فقدان اراده حداقل یکی از طرفین عقد، ۳- بدون موضوع بودن عقد، ۴- اشتباه در هویت موضوع، ۵- فقدان علت، ۶- علت اشتباهی، ۷- فقدان شرایط شکلی در قراردادهای تشریفاتی، چه نقطه یا نقاط ابهامی دارند؟ در حالی که جهات بطلان مطلق می تواند شامل: عدم امکان موضوع، عدم قابلیت تعیین موضوع، نامشروع یا خلاف اخلاق بودن موضوع یا خلاف اخلاق بودن جهت، مخالفت قرارداد بانظم عمومی یا اخلاق حسنه، باشد از این جهت که

۱. لواسانی، محمود؛ پیشین، ص ۶۵.

۲. قبولی در افشان، سید محمد مهدی و محسنی، سعید؛ ۱۳۹۱، نظریه عمومی بطلان، پیشین، صفحات ۳۹، ۴۰ و ۴۱.

در تشخیص مصادیق نیازمند تعیین موارد مغایرت عقد با مفاهیمی همچون نظم عمومی، اخلاق حسنه و نامشروع بودن هستیم که جملگی حداقل در بسیاری از موارد از مفاهیم سهل و ممتنع هستند؛ تشخیص مصادیق، احکام و آثار «بطلان مطلق» به مراتب مشکل تر از «عدم وجود» است.

ثالثاً ایراد غیر منطقی و غیر ضروری بودن این تفکیک با این استدلال که بطلان امری بسیط است و مشکک نیست تا مراتبی از جمله عدم وجود و بطلان مطلق برای آن در نظر گرفت نیز مردود است، چراکه الف (علاوه بر اینکه این نوع تفسیر تحت الفظی بوده و مبین تمام جهات نیست، متناسب و هماهنگ با رویه قضایی فرانسه نیست، این سؤال را نیز به ذهن متبادر می کند که چرا این منطق که بطلان مفهومی بسیط است و مشکک نیست تا مراتبی برای آن در نظر گرفته شود را در تقسیم بطلان به بطلان نسبی و بطلان مطلق مدنظر قرار نمی دهند، ولی پس آنگاه که سخن از عدم وجود قرارداد به میان می آید، مدعی بسیط بودن واژه بطلان می شوند؛ این طرز تلقی (نظریه تفکیک) در تقابل با نیازهای عمومی جامعه محسوب نمی شود. ب) بعلاوه می توان گفت بسیط بودن واژه بطلان مانع از استناد به اطلاق آن نیست، به عبارت اخری اطلاق اصطلاح بطلان قابل تقیید در سه حالت، عدم وجود، بطلان مطلق و بطلان نسبی است. ج) در عین حال نظریه بسیط بودن بطلان بر این پیش فرض نیز استوار شده است که عدم وجود از اقسام بطلان مطلق محسوب می گردد، در حالی که طرفداران نظریه عدم پیدایش عقد، معتقدند عدم پیدایش عقد، منتهی به بطلان مطلق می شود.

رابعاً عقیده بی فایده بودن تفکیک بین بطلان مطلق و عدم وجود، در حقوق فرانسه نیز مردود است، به جهات ذیل:

الف) کسی که مدعی عدم وجود عقد باشد در واقع منکر وجود آن است، فلذا ادعای ایشان موافق اصل عدم است^۱، پس در مقام اثبات نیازی به ارائه دلیل ندارد و طرفی که مدعی وجود قرارداد است، باید وجود و صحت قرارداد را اثبات نماید. ب) مدعی عدم پیدایش عقد لازم نیست چیزی را اثبات نماید، بنابراین لازم نیست اقامه دعوی نماید و اوقات خویش را در محاکم دادگستری تلف کند، در حالی که مدعی بطلان عقد با توجه به وقوع ظاهری قرارداد برای ابطال آن باید به محکمه مراجعه نماید. ج) نتیجه عملی دیگر همان گونه که توسط پیر آنژل در حقوق

۱. کاتوزیان، ناصر؛ پیشین، ص ۲۹۸ و شهیدی، مهدی؛ پیشین، ص ۷۵.

سویس مطرح شده، امکان اصولی تحول عقد باطل به صحیح و عدم امکان تحول عقد غیر موجود به موجود و در نتیجه غیرممکن بودن تحول عقد غیر موجود به عقد صحیح است. البته تحول عقد باطل مطلق به عقد صحیح منحصر به حقوق سویس نبوده، بلکه در حقوق فرانسه نیز می‌توان مورد یا مواردی از این دست را به عنوان نمونه مطرح کرد؛ از جمله: ۱- بطلان قرارداد مربوط به ارث است قبل از فوت مورث ولو با رضایت خود مورث، (اعم از اینکه ناظر بر وارث قلمداد نمودن غیر وارث باشد یا قائم مقامی غیر وارث بر وارث باشد مواد ۱۱۳۰ و ۷۹۱ ق.م.فرانسه)^۱ و ۲- نمونه دیگر ماده ۱۸۵ ق.م.فرانسه است که به لحاظ رعایت مصالح اجتماعی امکان تحول عقد باطل مطلق به صحیح، توسط مقنن صراحتاً پذیرفته شده است.^۲ (ج) همچنین در حقوق فرانسه نظریه عدم وجود می‌تواند در صورتی که تخلف از شرایط عقد فاقد ضمانت اجرا بوده و از طرف دیگر وجود عقد با منطقی و عقل سلیم بشری سازگار نباشد، مستمسک ابطال عقد قرار گیرد و برون رفتی مؤثر از بن بست محسوب گردد.

۲-۴- نظریه عدم وجود در دکترین حقوقی ایران

در این فقره برای ممانعت از اطاله کلام صرفاً در قلمرو عدم پیدایش عقد به طور خلاصه به عقود تشریفاتی و عینی می‌پردازیم تا برخی دیگر از مصادیق عملی عدم وجود را احصاء نماییم و در ادامه فایده نظریه عدم پیدایش عقد را در امکان و یا عدم امکان تحول عقد از بی‌اعتباری به اعتبار، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۲-۴- عقود تشریفاتی

به عقیده دکتر ناصر کاتوزیان در عقد تشریفاتی توافق دو اراده در صورتی معتبر است که به شکل مخصوص و با تشریفات معین بیان شود. در عقد تشریفاتی، صورت عقد، «شرط وقوع» آن است، هر چند دو طرف به آن اقرار کنند^۳ و در خصوص عقود عینی می‌گویند: در قانون مدنی پاره‌ای از عقود به طور صریح عینی قرار داده شده است مانند حبس (ماده ۴۷ ق.م)، وقف (ماده ۵۹ ق.م)، بیع صرف (ماده ۳۶۴ ق.م)، رهن (ماده ۷۷۲ ق.م) و هبه (ماده ۷۹۸ ق.م) و... در هبه

۲. کاتوزیان، ناصر؛ پیشین، ص ۲۹۸.

۳. همان، صص ۷۷ و ۷۸.

۱. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰، صص ۸۸ و ۸۹.

آمده است که ... واقع نمی شود مگر با قبول و قبض متهب و ... ماده ۵۹ ق.م می گوید اگر واقف عین موقوفه را به قبض ندهد وقف محقق نمی شود و سپس ادامه می دهند در تمام مواردی که قبض شرط صحت یا وقوع یا تحقق است، آثار آن از هنگام قبض به وجود می آید و تسلیم موضوع قرارداد، یکی از ارکان تشکیل دهنده آن است^۱.

اما استاد دیگر حقوق مدنی ایران قدری متفاوت اندیشیده اند با این بیان که: «امروز در حقوق ایران جز برخی از عقود که علاوه بر ایجاب و قبول تسلیم مورد عقد در آن‌ها لازم شمرده شده است نظیر بیع صرف (ماده ۳۶۴ ق.م)، عقد تشریفاتی که بدون اجرای تشریفات باطل باشد، به نظر نمی رسد»^۲. در حقوق فرانسه، عقد قصدی را رضایی می نامند و این اصطلاح به اشتباه در حقوق ایران نیز وارد شده است. منشأ این تعبیر عدم تفکیک بین قصد انشاء و رضا در حقوق فرانسه است که منحصرأ رضایت طرفین و میل درونی و اعلام آن و توافق خواسته طرفین، به عنوان شرط روانی عقد معرفی شده و نامی از عنصر روانی دیگری که قصد انشاء باشد، برده نشده^۳؛ در حالی که روشن است در سیستم حقوقی ایران، آنچه عقد را می سازد، قصد انشاء است نه رضا، به همین جهت تعبیر صحیح عقد تشریفاتی، عقد قصدی است نه عقد رضایی. چیزی که از نظر استاد به دست می آید، منظور از رضا در حقوق فرانسه مطلق اراده انشایی است و به نظر نمی رسد که در این مورد به تفکیک بین قصد و رضا نظر داشته و صرفاً رضا را بیان و از تعرض به قصد خودداری نموده باشند.

۲-۲-۴- عقود عینی

در خصوص عقود عینی در حقوق ایران نیز باید گفت قانون قبض را شرط صحت معرفی کرده است مانند بیع صرف ماده ۳۶۴ ق.م، عقد حبس طبق ماده ۴۷ ق.م و رهن ماده ۷۷۲ ق.م و عقد سلم مطابق نظر مشهور فقها. در ظاهر این موارد قبض باید در مجلس عقد واقع شود، والا عقد باطل است. ولی در قراردادهایی که قانون قبض را صریحاً شرط صحت معرفی نکرده مانند

۲. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، پیشین، ص ۲۹۸.

۳. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، ج سوم، (تهران انتشارات مجد، ۱۳۸۲)، صص ۸۴ و

۸۵

۴. همان، ص ۸۵ به نقل از Mazeaud, H. L. et Chabas, François, ét al, N° 178.

وقف و هبه موضوع مواد ۵۹، ۶۰ و ۷۹۸ ق.م. فوریت قبض شرط صحت نیست^۱. در حقوق فرانسه عاریه (ماده ۱۸۷۵ ق.م. فرانسه)، قرض (ماده ۱۸۹۲)، ودیعه (۱۹۱۵)، رهن (مواد ۲۱۲۷ ق.م.ف) عقود عینی محسوب و همچنین دیوان کشور فرانسه قرارداد حمل و نقل کالا را از این جهت که شامل ودیعه نیز می باشد، از عقود عینی محسوب داشته و شرط صحت این عقود را تسلیم کالا معرفی کرده است^۲. قرارداد رژیم مالی زوجین (ماده ۱۳۹۴ ق.م.ف)، واگذاری پروانه اختراع و قرارداد چاپ (قانون ۲ ژانویه ۱۹۶۸ و قانون ۱۱ مارس ۱۹۵۷) هم تشریفات محسوب می شوند^۳؛ لذا عدم رعایت تشریفات باعث بطلان این قراردادها خواهد شد.

فقها و حقوقدانان البته در تحلیل نقش قبض در عقود عینی متفق القول نیستند؛ نشان به آن نشان که برخی قبض را جزء سبب و برخی شرط تأثیر سبب دانسته و گروهی بین «هیات و شاکیه عرفی عقد» و «شرایط صحت» آن تفاوت گذاشته اند؛ عده ای قبض را «شرط لزوم عقد» دانسته و برخی ایجاب و قبول عقد عینی را «در حکم ایجاب» و قابل عدول دانسته اند^۴. برخی از علما که ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط اساسی عقد را در دامنه تنگ بطلان مطلق و عدم نفوذ نگریسته اند^۵ در محل دیگر و در عقود تشریفات به نظریه جزء سبب متمایل گشته اند؛ بدین ترتیب اهمیت و حساسیت تفکیک بین عدم وجود و بطلان مطلق، هویدا می گردد.

در فقه هم قائلین به شرطیت تأثیر سبب و جزء سبب بودن قبض در عقود عینی از هم جدا بوده و هر دسته نیز از حیث قائل بودن به کاشف یا ناقل بودن قبض به دودسته تقسیم می شوند. از حیث آثار نیز اینکه آیا بدون قبض هیات عرفی عقد ایجاد می شود و یا چیزی به وجود نمی آید و اینکه آیا اعتبار عقد منوط به قبض است یا خیر، اختلاف است. عده ای گفته اند قبض شرط

۱. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، پیشین، صص ۸۶ و ۸۷.

۲. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، پیشین، ۸۵، ۱۱۶ و ۱۲۰ تا ۱۲۲ همچنین؛ ابوعطا، محمد، پیشین، صفحات ۱۹ لغایت ۲۳ و مهدوی، سید محمد هادی؛ «بررسی اجمالی نقش قبض در عقود عینی»، مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸، (تابستان ۱۳۸۶)، ص ۱۲۷.

۳. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، پیشین، ص ۱۱۶.

۴. مهدوی، سید محمد هادی؛ پیشین، صفحات ۱۳۰ تا ۱۳۵.

۵. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، پیشین، ص ۲۹۷.

است و نه رکن پس در تحقق عقد تأثیری ندارد.^۱ عده ای می گویند بدون قبض اصولاً عقدی واقع نمی شود، پس اجبار موجب امکان ندارد، چراکه قبض باید با رضایت ایشان انجام شود؛ اینکه قبض به فرض شرط صحت بودن، ناقل است یا کاشف، دو قول است. عده ای دیگر معتقدند عقد بدون قبض هم به نحو لزوم ایجاد می شود و ممتنع اجبار به اقباض می شود و گروهی پا را فراتر گذاشته و در باب وقف، متمایل به نظریه ایقاع گشته اند^۲ اگر قبض شرط صحت به نحو نقل باشد انتقال مالکیت از حین حصول شرط است و اگر شرط لزوم و یا صحت به نحو کشف باشد مالکیت از حین وقوع عقد منتقل می شود.^۳

البته شرطیت قبض در صحت رهن همیشه مورد اعتراض علمای حقوق ایران و فرانسه بوده و هست. در حقوق فرانسه در خصوص عقد رهن اموال منقول در این که قبض شرط وقوع عقد است یا خیر، اختلاف است؛ عده ای قبض را «شرط قابلیت استناد به رهن در مقابل ثالث» دانسته اند (مثل تشریفات انتشار عقد)؛ اما رویه قضایی فرانسه متمایل است، قبض را در وقوع عقد رهن مؤثر بدانند؛ نهایتاً در رای مورخه ۶ ژانویه ۱۹۹۴، دیوان کشور فرانسه معتقد گردید که در صورت عدم قبض صرفاً وعده رهن منعقد می شود، بنابراین قبض شرط کمال و انجام عقد رهن منقول است و به طور کلی در تحول اولیه، رویه قضایی فرانسه معتقد گردیده قبض بعد از انعقاد عقد رهن نیز امکان پذیر است.^۴

اما در خصوص شرطیت قبض در رهن اموال غیر منقول^۵ که به دو نوع آنتی شرس و هیپوتک تقسیم می شود؛ در نوع اول قبض شرط صحت است ولی می تواند مادی نباشد و در نوع دوم قبض شرط صحت نیست؛ چراکه این عقد نیز تشریفاتی است و به موجب ماده ۲۱۲۷ ق.م.ف واقع نخواهد شد مگر به موجب سند رسمی که نزد دو سردفتر یا یک سردفتر و دو شاهد تنظیم شده باشد. هر چند صنف اخیر وثیقه، خاص اموال غیر منقول است، اما توثیق بعضی از اموال منقول نیز به طور محدود در قالب آن انجام می شود. طبق ماده ۲۱۲۰ ق.م.ف بارزترین مصداق

۱. مهدوی، سید محمد هادی؛ پیشین، صفحات ۱۳۰ تا ۱۳۵ و محقق داماد، سید مصطفی، پیشین، ص ۷۳.

۲. مهدوی، سید محمد هادی؛ پیشین، ص ۱۳۷ و جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ فلسفه حقوق مدنی (عناصر عمومی عقود)، ج ۱، چاپ اول، (تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ احمدی، ۱۳۸۰)، ص ۱۴۴.

۳. مهدوی، سید محمد هادی؛ پیشین، ص ۱۳۸.

۴. ابو عطا، محمد، پیشین، صص ۲۰ و ۲۱.

۵. همان، صفحات ۲۲ تا ۲۴.

این اموال کشتی‌ها هستند که احکام ترهین آن‌ها در مواد ۴۳ تا ۵۷ قانون مصوب ۳ ژانویه ۱۹۶۷ که جزء مقررات تجارت دریایی فرانسه بوده پیش‌بینی شده است.^۱ لذا از این نظر نیز با توجه به اینکه در عقود عینی در حقوق ایران و هم فرانسه قبض شرط صحت عقد است، بدون قبض عقد عینی واقع نشده و در این موارد عقدی به وجود نمی‌آید تا نیازی به اثبات فقدان آن از سوی ذینفع وجود داشته باشد.

۳-۲-۴- رابطه نوع بی‌اعتباری با عود اعتبار قرارداد

همان‌گونه که سابق بر این ملاحظه شد نتیجه عملی دیگر بر انفکاک عدم وجود قرارداد از بطلان مطلق، امکان اصولی تحول عقد باطل به صحیح و عدم امکان تحول عقد غیر موجود به موجود و در نتیجه غیرممکن بودن تحول عقد غیر موجود به عقد صحیح است.

نتیجه‌گیری

علی‌رغم اینکه در دهه‌های اخیر دکترین حقوقی ایران و فرانسه تمایلی به پذیرش نظریه عدم پیدایش قرارداد نشان نمی‌دهد، رویه قضائی فرانسه در استناد به این نظریه تردید نمی‌کند. عمده محل اختلاف در اختلاط قلمرو این نظریه با بطلان مطلق است؛ آنجا که از هر دو این ضمانت‌های اجرا به عدم وجود تعبیر می‌شود. ملاحظه شد که شاید نتوان این دو مفهوم را هم معنی دانست. از طرفی در موارد عدم پیدایش عقد، مدعی عدم پیدایش، در واقع منکر محسوب می‌شود و نیاز به اثبات بی‌اعتباری عقد ندارد؛ این در حالی است که مدعی بطلان مطلق، ادعایی برخلاف اصل صحت داشته، فلذا باید بطلان قرارداد را شخصاً اثبات کند. از طرفی در موارد عدم رعایت تشریفات در عقود تشریفاتی و عدم قبض در عقود عینی، نظریات غالباً به سمت عدم تشکیل عقد متمایل هستند. عدم امکان تحول عقد غیر موجود به عقد صحیح و امکان تحول عقد باطل مطلق به عقد صحیح نیز از جمله تفاوت‌های این دو ضمانت اجرا می‌باشد که البته قطعی به نظر نمی‌رسد. در مواردی نیز استناد به نظریه عدم پیدایش عقد برون‌رفتی مؤثر از بن‌بست قوانین محسوب می‌شود؛ لذا در این مقال بر آن شدیم تا به سمت نظریه عدم پیدایش قرارداد متمایل گردیم.

منابع:

فارسی و عربی

- ابوعطا، محمد؛ «شرطیت قبض در رهن در حقوق ایران و فرانسه»، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، شماره ۲۳، (پاییز ۱۳۸۷)، صص ۱۹ - ۲۳.
- احمد السنهوری، عبد الرزاق؛ *الموجز فی النظریه العامه للالتزامات*، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۹۶).
- احمد السنهوری، عبد الرزاق؛ *النظریه العامه للالتزامات: نظریه العقد*، ج ۳، (بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸).
- آل کاشف الغطاء، شیخ محمد حسین، *تحریر المجله*، ج ۱، (قم: مکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹).
- امام خمینی، سید روح الله، *الرسائل عشره*، المجلد الثاني، (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمينی (قدس سره)، ۱۴۲۰ ه. ق).
- _____، سید روح الله، *تحریر الوسيله*، المجلد الاول، الطبعه الثانيه، (النجف الاشرف: مطبعه الاداب، ۱۳۹۰ ه. ق).
- _____، سید روح الله، *تحریر الوسيله*، المجلد الثاني، الطبعه الثانيه، (النجف الاشرف: مطبعه الاداب، ۱۳۹۰ ه. ق).
- اوصیاء، پرویز؛ *تدلیس و مطالعه تطبیقی آن در حقوق فرانسه، انگلیس، اسلام و ایران*،

- چاپ چهارم، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران (منتشر شده توسط تحولات حقوق خصوصی)، (۱۳۸۱).
- پنج تنی، سید محسن، «تئوری حاکمیت اراده در حقوق قراردادها با رویکرد وصیت»، *مجله کانون*، شماره ۱۱۳، (بهمن ۱۳۸۹).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ *ترمینولوژی حقوق*، چاپ پنجم، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۲).
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ *فلسفه حقوق مدنی (عناصر عمومی عقود)*، ج ۱، چاپ اول، (تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ احمدی، ۱۳۸۰).
- رئوفی فرد، حمید؛ *بررسی تطبیقی بطلان نسبی در حقوق ایران و فرانسه*، پایان نامه کارشناسی ارشد، استاد راهنما: رضا حسین گندم کار، (قم: دانشگاه قم، ۱۳۸۶).
- شهیدی، مهدی؛ *اصول قراردادها و تعهدات*، چاپ دوم، (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۱).
- _____؛ *حقوق مدنی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات*، جلد اول، چ سوم، (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۲).
- صفائی، سید حسین؛ *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، چاپ چهارم، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵).
- طالب احمدی، حبیب؛ «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، دوره ۹، شماره ۳، (پاییز ۱۳۸۴)، صفحات ۱۴۵ تا ۱۶۲.
- عدل، مصطفی؛ *حقوق مدنی*، چاپ چهارم، (تهران: چاپخانه بانک ملی ایران، ۱۳۷۹).
- عباسیان افراپلی، عسگری؛ *بررسی ابعاد حقوقی بطلان مطلق و بطلان نسبی در حقوق ایران*، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، استاد راهنما: سام محمدی، (تهران: دانشگاه آزاد تهران مرکزی، سال ۱۳۸۹).
- قبولی درافشان، سید محمد مهدی و محسنی، سعید؛ *نظریه عمومی بطلان در قراردادها (مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی ایران و فرانسه)*، چ اول، (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۱).
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰).
- _____، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲، (تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۹).
- _____، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، (تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری

- بهمین برنا، ۱۳۸۰).
- _____، «محدودیت‌های اصل آزادی قراردادی بر مبنای حمایت از مصرف‌کننده»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳، مقاله ۱۷، (پاییز ۱۳۸۷).
- لواسانی، محمود؛ «انواع بطلان در حقوق مدنی فرانسه»، مجله کانون وکلا، شماره ۹۲، (مهر و آبان ۱۳۴۳)
- محسنی، سعید و قبولی درافشان، سید محمدمهدی؛ «مفهوم و آثار بطلان نسبی»، مجله دانش و توسعه (علمی - پژوهشی)، سال هجدهم، شماره ۳۳، (زمستان ۱۳۸۹)، صفحات ۲۴۱ و ۲۴۲.
- محقق داماد، سید مصطفی (با همکاری جلیل قنواتی، حسن وحدتی شیرینی و ابراهیم عبدی پور)؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، چاپ اول، (تهران: چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه، ۱۳۷۹).
- مهدوی، سید محمدهادی؛ «بررسی اجمالی نقش قبض در عقود عینی»، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۸، (تابستان ۱۳۸۶).
- نعمت الهی اردستانی، ریحانه؛ بررسی وضعیت عدم نفوذ در اعمال حقوقی و مقایسه آن با بطلان نسبی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی، استاد راهنما: محسن ایزانلو، (تهران: دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، زمستان ۱۳۸۸).
- نوین، پرویز؛ بطلان مطلق و بطلان نسبی در نظام حقوق خصوصی ایران با ارائه بحث تطبیقی در حقوق فرانسه و انگلستان، چاپ اول، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴).

French Sources

- Carbonnier, Jean, *Droit civil*, T.4, Les obligations, 13 ed; (Paris, Presses Universitaires de France, 1988).
- Colin, Capitant, Julliot de La Morandière, *précis de Droit civil*, 3ed, Vol 2, (Paris, Dalloz, 1966).
- Flour, Jacques, Aubert, Jean Luc et Savaux, Eric, *Les obligations, L'acte juridique*, 2 éd, (Paris, Armand Colin et Delta, 2002).
- Gabriel Marty, Pierre Rynaud, *Droit civil, Les obligations*, T.1, 2^{ed}, (Paris, Sirey, 1988).
- Julliot De La Morandière, *Droit civil*, T2, 4^{ed}; 1966 et 3 ed, (Paris, Dalloz, 1967).
- Marty, Gabriel. Rynaud, Pierre. *Droit Civil, Les obligations*, 2 ed, Vol 1, (Paris, Sirey 1988).

- Mazeaud, H. L. et Chabas, François, *Leçons de droit civil*, 7 ed, T.2, V.1, (Paris, Editions Montchrestin. 1975).
- Ripert, George, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e ed, (Paris, 1949).
- Veux, Daniel, *Jurisclasseur Civil*, Fascicule 124 et 125, Editions du Jurisclasseur, (1996).
- *Vocabulaire Juridique*, public sous la direction de Gerard Cornu, 3 edition, press universitaire de France, (1992).

