

Thinking about the ratio of Innominate Contracts and Compromise

Mohammad Mansouri 

Ph.D. in Private Law, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Mohammad Alsharif ^{*} **Mahdi**

Associate Professor of Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Sayed Mohammad Sadegh Tabatabaie 

Associate Professor of Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran

Abstract

Due to the wide scope of compromise contract, in addition to most nominate contracts, innominate contracts can be concluded with title of compromise contract. But is any agreement outside the nominate contracts necessarily considered to be compromise contract and does it not need to be intended as a compromise contract or its content and its nature to conclude it? Does compromise have its own particular content that must be intended like the other nominate contract, or is it characterized by not having a framework? Some jurists believe that the compromise contract has a concept equivalent to article 10 of civil law and notwithstanding the compromise contract which covers all innominate contracts, article 10 is not required. In addition to opposing the viewpoint of synonymy of compromise contract and innominate contracts with religious jurisprudence and civil law who regard compromise as having a specific content. For the following reasons this view cannot be accepted and compromise contract and innominate contracts must be considered two different concepts. Firstly: A type of agreement can be considered as compromise contract in which outcome of contract includes agreement, not every agreement out of nominate contract. Secondly: Compromise contract can be substitute of the nominate contracts, while innominate contracts cannot. Thirdly: Compromise contract is necessarily irrevocable contract and innominate contracts may be revocable contract. Fourthly: In compromise based on negligence, detailed knowledge is not required, but in innominate contracts, essential conditions, including detailed knowledge, are required. The only instance in which an innominate contract can be considered as compromise is one that denotes resolving or preventing conflict.

Keywords: Agreement, Compromise Contract, Innominate Contracts.


* Corresponding Author: m.alsharif@ase.ui.ac.ir

How to Cite: Mansouri, M., Asharif, M. M., & Tabatabaie, S. M. S. (2022). Thinking about the ratio of Innominate Contracts and Compromise. *Private Law Research*, 11(40), 129- 165. doi: 10.22054/jplr.2022.67814.2671



تأملی در نسبت عقود غیرمعین و عقد صلح


دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

محمد منصوری 

دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

محمد مهدی الشریف *

دانشیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

سید محمدصادق طباطبائی 

چکیده

با توجه به گستره وسیع صلح می‌توان عقود غیرمعین را با عنوان صلح منعقد کرد، اما آیا هر توافق خارج از عقود معین لزوماً صلح تلقی می‌گردد و نیازی به قصد عنوان صلح یا مضمون آن برای انعقاد این عقد وجود ندارد؟ آیا صلح نیز مانند سایر عقود معین مضمون خاص خود را دارد که باید مورد قصد قرار گیرد یا ویژگی صلح، چارچوب نداشتن آن است؟ برخی حقوق‌دانان معتقدند عقد صلح مفهومی معادل با ماده ۱۰ ق.م. دارد و با وجود صلح که تمامی عقود معین را در پوشش خود می‌گیرد به ماده ۱۰ نیازی نیست. به نظر می‌رسد افزون بر مخالفت دیدگاه ترادف عقد غیرمعین و صلح با فقه و قانون مدنی که صلح را دارای مضمونی خاص می‌دانند، به دلایل دیگر نیز این دیدگاه قابل پذیرش نیست. نخست، صلح نوعی از تراضی است که منشأ آن تسالم است نه هر تراضی خارج از عقود معین. دوم، صلح می‌تواند در مقام عقود معین نیز واقع گردد. سوم، صلح لزوماً عقدی لازم است و عقد غیرمعین ممکن است جایز باشد. چهارم، در صلح مبتنی بر مسامحه علم تفصیلی لازم نیست، ولی در عقود غیرمعین شرایط اساسی از جمله علم تفصیلی لازم است. تنها در جایی می‌توان یک عقد غیرمعین را صلح دانست که طرفین قصد انشای تسالم را داشته یا سیاق آن از حل و فصل یا جلوگیری از نزاعی حکایت نماید.

کلیدواژه‌ها: تسالم، عقد صلح، عقود غیرمعین.

مقدمه

امروزه بسیاری از قراردادها خارج از قالب‌هایی که قانون‌گذار برای عقود معین تعیین کرده است، منعقد می‌گردند که ناشی از عدم قابلیت عقود معین در مرتفع ساختن نیازهای جامعه است. برخلاف فقه عامه،^۱ در فقه امامیه و حقوق ایران با وجود عقد صلح به این نیازها تا حدود زیادی پاسخ گفته شده است، اما مسأله آن است که آیا هر قرارداد خارج از عقود معین با عنوان صلح قابل توصیف است و اساساً معتبر دانستن عقود غیرمعین در فقه امامیه و حقوق ایران لزومی ندارد؟ آیا عقد صلح تمام نیازهای مربوط به عقود غیرمعین را پاسخ می‌گوید؟ در صورتی که طرفین در هنگام قرارداد، قصد عنوان صلح نمایند پاسخ روشن است؛ چراکه عقد صلح به لحاظ گستره وسیع خود، می‌تواند همه عقود معین و غیرمعین جز بعضی استثنائات را در بر گیرد، اما در صورتی که طرفین بدون قصد صلح، قراردادی خارج از عقود معین منعقد نمایند آیا می‌توان آن را صلح دانست؟ این مسأله مورد بحث بعضی حقوق‌دانان واقع شده است و در منابع فقهی اشاراتی به آن وجود دارد. بعضی حقوق‌دانان با استناد به نظرات برخی فقها بر این باورند که هرگونه تراضی خارج از عقود معین صلح است و به این ترتیب هر عقد غیرمعینی را صلح و همچنین صلح را یک عقد غیرمعین می‌دانند.^۲ بعضی از نویسندگان پا را از این هم فراتر نهاده و اظهار داشته‌اند کلیه عقود اعم از معین و غیرمعین نوعی صلح هستند که در مورد عقود معین، قانون‌گذار متعلق (موضوع) صلح را تعیین نموده است و در عقود غیرمعین متعلق صلح تعیین نشده است.^۳ در مقابل این دسته بسیاری از فقها و حقوق‌دانان معتقدند هر تراضی خارج از عقود معین صلح نیست و عقد صلح عنوانی است که باید به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود.^۴ در این نوشتار به بررسی ادله هر یک از این دیدگاه‌ها پرداخته و به این مسأله

۱. ابن قدامه، عبدالرحمن، *الشرح الکبیر*، ج ۵، (بیروت: دار الکتب العربی للنشر و التوزیع، بی‌تا)، ص ۲؛ الکاشانی، ابی بکر، *بدائع الصنائع*، ج ۶، (پاکستان: المکتبه الحبیبه، ۱۴۰۹)، ص ۵۳؛ الحصفکی، *الدر المختار*، ج ۸، (بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۱۵)، ص ۳۴۵.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *رهن و صلح*، (تهران: انتشارات حقوقی ابن سینا، ۱۳۴۹)، ص ۱۴۰ و ۲۶۶.

۳. نعمت‌اللهی، اسماعیل، *موضوع عقد و مورد معامله*، (قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳)، صص ۱۴۸ و ۱۴۹.

۴. کاتوزیان، ناصر، *دوره عقود معین (۲)*، مشارکت‌ها؛ صلح، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶)، صص ۳۰۴ و ۳۰۵.

پاسخ خواهیم داد که آیا هر تراضی یا هر تراضی خارج از عقود معین صلح است یا تحقق عنوان صلح نیاز به قصد عنوان صلح دارد؟

این بحث هم به لحاظ نظری و هم به لحاظ عملی دارای ثمرات جدی است. به لحاظ نظری تبیین قلمروی صلح و نسبت آن با سایر عقود اعم از معین و غیرمعین از مسائل مهم حقوق قراردادهای ایران به حساب می‌آید. پاسخ به این پرسش که آیا صلح نیز مانند سایر عقود معین مضمون ویژه خود را دارد و بدین ترتیب باید از سوی طرفین مورد قصد قرار گیرد و صرف تراضی خارج از عقود معین کافی برای تحقق صلح نیست، پرسشی کاملاً اساسی در حقوق مدنی ایران است. نیازمندی حقوق ایران به ماده ۱۰ ق. م. با وجود عقد صلح خود یک موضوع نظری کاملاً مهم است. اگر بر آن باشیم که هر تراضی خارج از عقود معین خود به خود مصداقی از صلح است، در این صورت دیگر نیازی به طرح مباحث مربوط به ماده ۱۰ ق. م. و عقود غیرمعین وجود ندارد و ماده ۱۰ ق. م. اقتباسی از حقوق بیگانه به حساب نیامده و تجلی دیگری از گستره عقد صلح است.

به لحاظ عملی عقد صلح عقدی لازم است حتی اگر در مقام عقود جایز واقع شود، اما چنین ضرورتی در مورد عقود غیرمعین وجود ندارد و ممکن است طرفین با استفاده از حاکمیت اراده، در خارج از عقود معین عقد اذنی جدیدی منعقد سازند که لازم نبوده و به اراده طرفین قابل برهم خوردن باشد. به عنوان مثال اگر کسی اتومبیل خود را در اختیار دیگری قرار دهد که با آن به اصطلاح مسافرکشی کند و در آمد آن بین آنها به نسبت معینی تقسیم گردد، این عقد به دلیل اینکه سرمایه و وجه نقد نیست و عمل موضوع عقد نیز تجارت به معنای خاص یعنی خرید و فروش نیست، مضاربه نخواهد بود. این رابطه را اجاره اشیا نیز نمی‌توان دانست؛ زیرا در اجاره اشیا علاوه بر لزوم تعیین مدت، اجرت باید به صورت مقطوع مشخص گردد، در حالی که در اینجا عامل، در فرض تحقق سود، نسبت مقرر از سود حاصله را که لزوماً به نحو مشاع تعیین گردیده و میزان آن از قبل مشخص نیست، مستحق است.

اجاره اشخاص نیز بر این رابطه صادق نیست؛ زیرا حجم و میزان عمل، نامعلوم است و اجرت نیز حصه مشاعی از سود در فرض تحقق است، در حالی که در اجاره اشخاص و همچنین اجاره اشیا، اجرت و اجاره بها عدد مقطوعی است و تحقق یا عدم تحقق سود نیز در میزان آن هیچ تأثیری ندارد. به هر حال اگر این عقد را مصداقی از صلح بشماریم، باید

تأملی در نسبت عقود غیرمعین و عقد صلح | منصوری و همکاران | ۱۳۳

آن را لازم قلمداد کنیم، اما اگر آن را مصداقی از صلح نشماریم به دلیل اذنی بودن این عقد، باید آن را بین طرفین جایز شمرد. ثمره عملی دیگر این بحث در ضرورت رفع غرر و میزان آن است. در عقد صلح اصولاً غرر و جهل تا حدودی قابل مسامحه است؛ بنابراین اگر عقود غیرمعین مصداق صلح تلقی شوند معلومیت از همه جهات در آنها ضرورت ندارد، در حالی که اگر آنها را مصداق صلح نشماریم، اعمال قواعد اساسی صحت معاملات از جمله رفع غرر و علم تفصیلی به موضوع لازم است؛ زیرا موارد کفایت علم اجمالی را قانون مشخص می‌سازد.

۱. ماهیت عقد صلح

قبل از آنکه به بحث اصلی پرداخته شود باید ماهیت عقد صلح را روشن کرد. برای روشن شدن ماهیت صلح ابتدا تعریف این عقد سپس رابطه آن با نزاع و در نهایت گستره این عقد، مختصراً مورد بررسی واقع می‌گردد.

۱-۱. تعریف عقد صلح

بعضی از فقها در تعریف عقد صلح اظهار داشته‌اند که صلح تراضی و تسالم بر امری است از قبیل تملیک عین یا منفعت یا اسقاط دین یا حق و غیر اینها.^۱

۱-۲. عدم لزوم سبق یا احتمال بروز نزاع

یکی از مهم‌ترین مسائلی که ماهیت عقد صلح را روشن می‌نماید، لزوم یا عدم لزوم وجود یا احتمال بروز نزاع قبل از انعقاد صلح است. اگر نقش بروز نزاع را در انعقاد عقد صلح محوری بدانیم، چنانکه حقوق مصر^۲ و فرانسه^۳ بر این امر تأکید نموده‌اند، قطعاً عقود غیرمعین در قالب عقد صلح، قابل توصیف نخواهند بود، اما اگر وجود یا احتمال نزاع شرط

۱. موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیله*، ج ۱، (قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، ۱۴۳۴)، ص ۵۹۷.

۲. سنهوری، عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، جزء ۵، ج ۲، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا)، ص

۵۱۰-۵۰۸؛ الحدیثی، خالد عبد حسین، *عقد الصلح*، (بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۱۵)، ص ۳۱ و ۳۲.

3. Malaurie, Philippe, Laurent, Aynés, Gautier, Pierre- Yves, *Les Contrats Spéciaux*, Defrénois, Lextenso éditions, Paris 2009, P600 ; De Page, Philippe et Sindic, Barbara et Marr, coralie , *Droit des Contrats: Anthémis*, 2007, P57 ; Code Civil Français, ar 2044

انعقاد صلح دانسته نشود یکی از بزرگ‌ترین موانع توصیف عقود غیرمعیّن با عنوان عقد صلح برداشته می‌شود. نظر مشهور فقهای امامیه بر آن است که وجود نزاع در انعقاد عقد صلح شرط نیست.^۱ البته عده اندکی از فقها نیز تحقق یا احتمال نزاع را در انعقاد عقد صلح شرط می‌دانند.^۲ قانون مدنی نیز سبق یا احتمال بروز نزاع را در انعقاد عقد صلح شرط ندانسته است. هر چند ماده ۷۵۲ ق.م. در نسخه اصلی به گونه ای انشاء شده که از آن برداشت می‌شود صلح لزوماً در مورد نزاع موجود یا محتمل کاربرد دارد ولی صراحت ماده ۷۵۸ ق.م. مبنی بر اینکه صلح می‌تواند در مقام معاملات صورت گیرد حکایت از آن دارد که کلمه «یا» در متن اصلی ماده ۷۵۲ سهواً جا افتاده است و از همین رو در قانون

۱. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۳)، ص ۱۷۲؛ علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۶، (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ه.ق)، ص ۱۱؛ کرکی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ه.ق)، ص ۴۰۷؛ شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر)، ج ۴، (قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ه.ق)، ص ۱۷۳؛ اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۹، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ه.ق)، ص ۳۳۱؛ سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الأحکام، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳ ه.ق)، ص ۶۰۷؛ بحرانی، حسین بن محمد، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، ج ۱۲، (قم: مجمع البحوث العلمیة، بی‌تا)، ص ۲۳۳؛ بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، حاشیة مجمع الفائدة و البرهان، (قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷ ه.ق)، ص ۴۳۷؛ طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل، ج ۹، (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۸ ه.ق)، ص ۲۹۹؛ نراقی، محمد بن احمد، مشارق الأحکام، (قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد، ۱۴۲۲ ه.ق)، ص ۲۳۴؛ طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع - حدیقة المؤمنین، ج ۲، (قم: انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی قدس سره، ۱۴۰۹ ه.ق)، ص ۱۵۳؛ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ ه.ق)، ص ۲۱۱؛ بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (آل عصفور)، الحقائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ ه.ق)، ص ۸۴.

۲. مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة - کتاب البیع، (قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۵ ه.ق)، ص ۲۸؛ نجفی، بشیر حسین، بحوث فقهیة معاصرة، (نجف: دفتر حضرت آیة الله نجفی، ۱۴۲۷ ه.ق)، ص ۴۰؛ نجفی، کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، تحریر المجلة، ج ۲، قسم ۲، (نجف: المكتبة المرتضویة، ۱۳۵۹ ه.ق)، صص ۳۵ و ۳۶؛ موسوی خمینی، سید مصطفی، مستند تحریر الوسیلة، ج ۲، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸)، ص ۱۸۴.

تأملی در نسبت عقود غیرمعین و عقد صلح | منصوری و همکاران | ۱۳۵

مدنی مصحح اساتید حقوق در ماده ۷۵۲ بجای عبارت « جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله » کلمه « یا » اضافه شده و عبارت بصورت « تنازع احتمالی یا در مورد معامله » نقل شده است.

۳-۱. گستره عقد صلح

با مراجعه به آرای بسیاری از فقها می توان دریافت قید خاصی در جهت محدود ساختن گستره عقد صلح بیان نشده است مگر در موارد خاصی که حرامی حلال شود یا حلالی حرام شود یا عقود و ایقاعاتی که قانون گذار سبب خاصی را برای انعقاد آنها معتبر دانسته است.^۱

گذشته از این اطلاق، معمولاً فقها در مواردی که قراردادی ذیل یکی از عقود معین جای نمی گیرد آن را ذیل عقد صلح صحیح می دانند، چنانکه بعضی از فقها به این قابلیت عقد صلح در مورد عقود مستحدثه اشاره نموده اند.^۲ این عمل بیانگر آن است که می توان هر عقد غیرمعینی را ذیل عقد صلح منعقد نمود. به چند نمونه از این موارد اشاره می گردد.

الف) مَغَارَسَه

یکی از قراردادهایی که بسیاری از فقها آن را باطل دانسته اند و حتی برخی در بطلان آن ادعای اجماع نموده اند^۳ مَغَارَسَه است. در تعریف این قرارداد آمده است: « مَغَارَسَه قراردادی است که بر مبنای آن یکی از طرفین زمینی را به دیگری بدهد تا در آن درخت بکارد؛ با این هدف که آنچه کاشته شده بین آنها مشترک باشد.^۴ با وجود بطلان این عقد

۱. طباطبایی حائری، سید محمد مجاهد، کتاب المناهل، (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی تا)، ص ۳۴۳؛ صدر، سید محمد، ما وراء الفقه، جلد ۵، (بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزيع، ۱۴۲۰)، صص ۱۱۵ و ۱۱۶؛ گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، هدایة العباد، ج ۱، (قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳)، ص ۴۰۶؛ سیستانی، سید علی حسینی، منهاج الصالحین، ج ۲، (قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷)، ص ۳۷۳؛ بهجت، محمد تقی، وسیلة النجاة، (قم: انتشارات شفق، ۱۴۲۳)، ص ۵۱۳؛ بحرانی، محمد سند، فقه المصارف و النقود، (قم: مکتبه فدک، ۱۴۲۸)، ص ۴۵۴.

۲. بحرانی، محمد سند، فقه المصارف و النقود، (قم: مکتبه فدک، ۱۴۲۸)، ص ۴۵۴.

۳. طباطبایی حائری، سید محمد مجاهد، کتاب المناهل، (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی تا)، صص ۲۳۳ و ۲۳۴.

۴. خمینی، سید روح الله موسوی، مترجم: اسلامی، علی، تحریر الوسیلة، ج ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۵هـ.ق)، ص ۶۲۳.

در حالت عادی، در صورتی که این قرارداد در قالب عقد صلح منعقد گردد، صحیح خواهد بود.^۱

ب) قرارداد بیمه

عقد بیمه از جمله عقود مستحدثه به‌شمار می‌آید. این عقد با وجود آنکه به اقتضای اطلاق «اوفوا بالعقود» صحیح دانسته شده است، انعقاد آن در قالب عقد صلح نیز جایز شمرده شده است.^۲ انعقاد آن به این ترتیب است که بیمه‌گر و بیمه‌گذار تسالم می‌کنند بر اینکه بیمه‌گذار مبلغی را به صورت اقساط یا نقد پرداخت می‌کند و بیمه‌گر خسارتی که بر بیمه‌گذار وارد شده است را متحمل می‌گردد.^۳

پ) شرکت اعمال

یکی از قراردادهایی که فقها آن را باطل می‌دانند شرکت اعمال است.^۴ بر مبنای این قرارداد طرفین توافق می‌کنند بر اینکه نتایجی که در اثر کار و عمل دو نفر حاصل می‌آید بین آنها مشترک باشد.^۵ حال اگر طرفین بخواهند این قرارداد را به صورت صحیح تشکیل دهند، باید آن را در قالب عقد صلح منعقد سازند و یکی از آنها با دیگری مصالحه کند نیمی از منفعت معین خود را یا منافع خود را تا مدت معین (مثلاً یک سال) در مقابل نصف منفعت یا منافع دیگری به او تملیک کند یا نصف منفعت خود را در مقابل عوض معین به دیگری تملیک کند و دیگری نیز در مقابل عوض معین نصف منفعت خود را به او تملیک کند.^۶

۱. طباطبایی حائری، سید محمد مجاهد، کتاب المناهل، (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، بی تا)، ص ۲۳۵.

۲. موسوی خمینی، سید روح‌الله، همان، ص ۶۰۹؛ سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، ج ۱۸، قم: مؤسسه المنار، دفتر حضرت آیت الله، بی تا، ص ۱۷۳؛ بصری بحرانی، زین‌الدین، محمدامین، ج ۵، کلمه التقوی، (قم: نشر سید جواد وداعی ۱۴۱۳ ه.ق)، ص ۶۴.

۳. سید صادق حسینی روحانی قمی، المسائل المستحدثه، (قم: بی تا، بی تا) ص ۱۰۰.

۴. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، منهاج الصالحین، ج ۲، (قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ ه.ق)، ص ۱۲۱.

۵. یزدی طباطبایی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، ج ۲، (بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۹ ه.ق)، ص ۶۹۹.

۶. همان.

بنابراین گستره عقد صلح را نمی‌توان منحصر به چند عقد معین دانست، بلکه اصولاً آثار کلیه عقود از جمله عقود معین و غیرمعین در قالب عقد صلح قابل انعقاد است مگر عقودی خاص. با توجه به آنکه قانون‌گذار در مواد ۷۵۲ و ۷۵۸ ق.م. به‌طور مطلق عقد صلح در مقام معاملات را صحیح می‌شمارد، به‌نظر می‌رسد این گستره توسط قانون مدنی نیز مورد قبول قرار گرفته است.

۲. دیدگاه‌های مختلف در باب نسبت صلح و عقد غیرمعین

در این مورد دو دیدگاه کلی وجود دارد؛ بعضی از حقوق‌دانان معتقدند هر عقد غیر معین را باید صلح دانست و در مقابل این دسته، بسیاری از فقهاء و حقوق‌دانان معتقدند هر تراضی خارج از عقود معین صلح نیست و عقد صلح عنوانی است که باید به‌طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود.

۲-۱. دیدگاه اول: یگانگی عقد غیرمعین با صلح

بعضی از حقوق‌دانان معتقدند هر عقد غیرمعین را باید صلح دانست. قبل از طرح و نقد این دیدگاه این نکته را یادآور می‌شود که مراد باورمندان این دیدگاه این نیست که هر عقد غیرمعینی را می‌توان با قصد صلح و با استفاده از قالب صلح صورت داد، بلکه مراد آنان این است که همین که طرفین قصد عقدی را بنمایند که در قالب عقود معین نمی‌گنجد خودبه‌خود عقد صلحی منعقد شده است.

در میان اساتید حقوق، استاد دکتر جعفری لنگرودی را باید مبتکر این دیدگاه دانست. استاد جعفری لنگرودی پس از طرح چند آیه و روایت در باب اعتبار تراضی خارج از عقود معین و صلح، نتیجه می‌گیرد: «با وسعت مدلول مواد ۷۵۲ الی ۷۵۴ قانون مدنی، تراضی‌ای که عنوان صلح نداشته باشد باقی نمی‌ماند تا مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی باشد. اگر این سخن درست باشد که مدلول ماده ۱۰ ق.م. از حقوق فرانسه اقتباس شده است، باید گفت که این اقتباس در این مورد با وجود ماده ۷۵۴ ق.م. تکراری است. مطلب این است که عین مدلول ماده ۱۰ ق.م. در استدلالات فقها تصریحاً و تلویحاً دیده شده است»^۱.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۴۰.

این حقوق دان، صلح را اینگونه تعریف کرده است: «صلح عبارت است از توافق برای ایجاد یا انتفای یک یا چند اثر حقوقی بدون اینکه بستگی به احکام خاصه عقود معینه داشته باشد.»^۱ با دقت در این تعریف می توان دریافت، مبنای تمایز عقد صلح از سایر عقود، عدم وابستگی به احکام خاصه عقود معین دانسته شده است؛ یعنی در واقع هر تراضی که از احکام سایر عقود معین پیروی ننماید، عقد صلح خواهد بود. بدین ترتیب عقد صلح با عقود غیرمعین تا حدودی هم پوشانی پیدا می کند و بستر برای دیدگاه این همانی صلح و عقود غیرمعین هموار می گردد. تراضی در صلح از دیدگاه این حقوق دان برجسته، تراضی «به شرط لا» یعنی به شرط نداشتن احکام خاصه سایر عقود است، در حالی که تراضی عام که هم در صلح و سایر عقود جاری است، تراضی «لا بشرط» است یعنی متوقف بر هیچ شرطی نیست. هرچند با این قید، تراضی موجود در صلح از تراضی حاصل در سایر عقود متمایز می گردد، اما این معیار نمی تواند به عنوان یک فصل ممیز ایفای نقش نماید، چراکه عدم حکومت احکام ویژه سایر عقود معین را نمی توان بخشی از حقیقت و ماهیت صلح دانست؛ زیرا این امر از مقوله احکام مترتب بر صلح است و طبعاً نمی تواند در ماهیت صلح اخذ شود.

اساساً این قید، امری نیست که توسط متعاقدين انشا شود.^۲ چون آنچه در مرحله انشای عقد مورد قصد متعاقدين قرار می گیرد ماهیت مورد نظر آنها است نه احکام عقد؛ احکام عقد اموری هستند که منطقیاً پس از شکل گیری ماهیت بر آن مترتب می گردد و بنابراین نمی توانند در ماهیت عقد اخذ شوند. مثلاً در صلح در مقام بیع، آنچه باعث می گردد احکام خاصه بیع بر تراضی آنها حکومت نکند، قصد صلح به جای بیع است. یعنی طرفین به جای بیع، قصد صلح می کنند و نتیجه این تغییر قصد، تحقق ماهیت جدیدی است که احکام خاصه بیع را ندارد، نه اینکه طرفین علاوه بر قصد صلح، قصد عدم حکومت احکام بیع را نیز در انشای خود نموده باشند. وانگهی این قید و فصل ممیز مورد ادعای این دیدگاه تنها در صلح هایی که در مقام عقود معین واقع می شود قابل تصور است؛ مثلاً در صلح در مقام هبه ممکن است گفته شود، طرفین به قصد فرار از احکام ویژه هبه مثلاً جواز آن، آن را در

۱. همان: ص ۱۳۵.

۲. منصورى، محمد؛ مهدى الشريف، محمد؛ طباطبائی، سيد محمد صادق، «واکاوی حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره دهم شماره چهارم، (۱۳۹۷)، ص ۱۶۷.

قالب صلح جای داده‌اند، اما در خارج از قلمرو عقود معین، عدم قصد احکام ویژه عقود معین بی‌معنا است؛ زیرا تراضی واقع شده نسبتی با هیچ کدام از عقود معین ندارد؛ ضمن اینکه اگر این قید، عنصر جوهری صلح است باید در تمامی مصادیق صلح بتوان آن را سراغ گرفت در حالی که چنانکه گفته شد در صلح خارج از عقود معین چنین قیدی بی‌معنا است.

۲-۲. ادله دیدگاه ترادف عقود غیرمعین با صلح

برای این دیدگاه دلایل مختلفی بیان شده است که در ابتدا به بیان این ادله و سپس به نقد و بیان اشکالات قابل طرح در مورد آن دیدگاه می‌پردازیم.

۲-۲-۱. توصیف تراضی‌های خارج از عقود معین با عنوان صلح توسط فقها

استاد جعفری لنگرودی در پاسخ به این سؤال که «در خارج قلمروی عقود معینه آیا هر تراضی به استناد ماده ۷۵۲ ق.م. عنوان صلح را دارد؟»، اظهار داشته است: «عده‌ای از فقها به سؤال بالا پاسخ مثبت داده‌اند. شیخ انصاری از این گروه است. دلیل آنان این است که صلح در فقه از معنی لغوی آن فاصله نگرفته است، پس هر توافقی که عنوان خاص یکی از عقود را دارا نباشد الزاماً عنوان عقد صلح را دارا خواهد شد. این عده در واقع صلح را عنوان عامی برای قراردادهای بی‌نام می‌دانند و مثالی که ارائه می‌کنند نظریه آنها را به خوبی روشن می‌کند. مثال آنها «اباحه معوضه» است... بعضی از فقها معتقدند با توجه به اینکه این عقد، عرفاً عنوان یکی از قراردادهای معین را ندارد بنابراین مشمول عنوان صلح می‌گردد. در نتیجه احتمال تبعیت قانون مدنی در عقد صلح از این نظر بسیار قوی است. چون نویسنده مواد صلح مدنی شاگرد مع‌الواسطه شیخ انصاری بوده و با احترام فوق‌العاده‌ای که شاگردان او برای او داشتند احتمال مخالفت با نظر استاد جداً منتفی است.»^۱ همان‌طور که ملاحظه می‌گردد یکی از دلایل دکتر جعفری در تبیین نظریه این همانی صلح و عقود غیرمعین، استناد به دیدگاه شیخ انصاری (ره) مبنی بر صلح دانستن اباحه معوضه است. برای بررسی نظریه مذکور لازم است ابتدا مختصراً به مفهوم اباحه معوضه و سپس بررسی عبارت شیخ انصاری در این رابطه پرداخته شود.

۱. جعفری لنگرودی، پیشین، صص ۱۳۶ و ۱۳۷.

اباحه معوضه به معنای آن است که مالک یک مال (مبیح) مال خود را در مقابل عوضی که استفاده کننده به وی می پردازد در اختیار دیگری (مباح له) بگذارد تا از آن استفاده نماید، بدون آنکه عین آن مال یا منافع آن را به وی تملیک نماید. شیخ انصاری در مورد اباحه معوضه معتقد است این توافق، معاوضه مالی نیست؛ چرا که در معاوضه یک طرف در مقابل عوضی که طرف مقابل به او تملیک می کند مال خود را به دیگری منتقل می نماید، در حالی که در اباحه معوضه مالی به استفاده کننده (مباح له) منتقل نمی شود، اما در انتها امکان اینکه این قرارداد صلح باشد را محتمل می داند و دلیل این امر را هم مناسبت لغوی بین صلح و اباحه معوضه ذکر می نماید.^۱ با دقت در عبارات شیخ انصاری (ره) می توان به این نکته پی برد که ایشان هر تراضی خارج از عقود معین را صلح ندانسته است، بلکه به جهت مناسبت لغوی که بین صلح و اباحه معوضه وجود دارد این قرارداد را قابل توصیف با عنوان صلح دانسته است. به بیان دیگر از آنجا که در اباحه معوضه نیز مضمون صلح یعنی تسالم بر امری وجود دارد، ممکن است آن را مصداقی از صلح به شمار آوریم. حتی اگر بپذیریم شیخ انصاری هر تراضی را صلح می دانسته است، در این صورت باید سایر عقود مانند بیع و اجاره حتی نکاح که در آنها نوعی تراضی وجود دارد را صلح بدانیم؛ چرا که هیچ تفاوت ماهوی بین این دو تراضی وجود ندارد.^۲ اساساً اگر از منظر شیخ انصاری هر تراضی خارج از عقود متعارف مصداقی از صلح به حساب می آمد، دیگر معضلی با نام اعتبار عقود جدید و غیر معین وجود نمی داشت.

۲-۲-۲. استناد به بعضی روایات

یکی از مهم ترین دلایلی که در تقویت این نظریه مورد استناد قرار گرفته استناد به روایت صحیحی با این مضمون است: دو شریک که هر یک نزد دیگری مالی دارد، اما نمی دانند میزان مال متعلق به هریک نزد دیگری چه مقدار است، به یکدیگر می گویند هر آنچه از اموال مشترک نزد توست مال تو و هر آنچه نزد من است، مال من و امام علیه السلام در

۱. شیخ انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۳، (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵)، صص ۸۹ و ۹۰.

۲. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهه، ج ۲، (قم: نشر الفقاهه، بی تا)، صص ۱۷۴ و ۱۷۵؛ نایینی، محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۱، (نهران: المکتبۃ المحمدیة، ۱۳۷۳ ه ق)، ص ۷۹.

مورد این توافق می‌فرماید: در صورتی که تراضی نمایند اشکالی ندارد.^۱ بسیاری از فقها^۲ و محدثین^۳ توافق و تراضی که در این روایت حاصل شده است را با عنوان صلح توصیف نموده‌اند، در حالی که شرکا این عقد را با عنوان صلح منعقد نموده‌اند و هیچ نامی بر آن ننهادند و به قصد صلح نیز اشاره‌ای ننموده‌اند و امام علیه السلام صرفاً تراضی طرفینی را برای انعقاد عقد کافی دانسته‌اند. به این ترتیب می‌توان نتیجه گرفت هر تراضی و تسالم خارج از عقود معین را می‌توان با عنوان صلح توصیف کرد.

با مذاقه در متن روایت کاملاً قابل استنباط است که تراضی در شرایط عادی صورت پذیرفته است، بلکه با توجه به شراکت قهری یا اختیاری که در اموال طرفین حاصل گشته است و اینکه هیچ یک از طرفین به مقدار مال خود و دیگری علم ندارد، احتمال بروز نزاع وجود دارد و از همین رو تراضی‌ای که در این شرایط واقع شده توسط فقها و محدثین صلح دانسته شده است. به همین جهت از این روایت نمی‌توان استنباط کرد هرگونه تراضی خارج از عقود معین که طرفین، خود، عنوان صلح را بر آن ننهادند، با هر شرایطی قابل توصیف با عنوان صلح است، بلکه این امر صرفاً ناظر به مواردی است که نزاعی محقق شده یا احتمال تحقق آن می‌رود. بنابر این، دلیل بالا اخص از مدعا است.

۱. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحكام، ج ۶، (تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷)، ص ۲۰۶.
۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج ۱۶، (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴) ص ۶؛ شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، مسالک الأفهام، ج ۴، (قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳)، ص ۲۶۳؛ خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۳، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵)، ص ۳۹۵؛ سبزواری، محمد باقر، کفایة الأحكام، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳)، ص ۶۰۶؛ عاملی، سید جواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱۷، (قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹)، ص ۲۶؛ طباطبایی حائری، سید علی بن محمد. ریاض المسائل، ج ۸ و ۹، (قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام ۱۴۱۸ ه.ق)، ص ۳۰۲ و ۳۰۳؛ میرزای قمی، ابو القاسم گیلانی، جامع الشتات فی أجوبه السؤالات، ج ۳، (تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳)، ص ۱۱۳؛ کاشانی، فیض، محمد محسن، مفاتیح الشرائع، ج ۳، (قم: انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی ره، بی تا)، ص ۱۲۱ و ۱۲۲.

۳. شیخ کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۵، (تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷)، ص ۲۵۸؛ شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، (قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳)، ص ۳۳؛ شیخ طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحكام، ج ۶، (تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷)، ص ۲۰۶؛ بروجردی، آقا حسین طباطبایی، جامع أحادیث الشیعه، ج ۲۳، (تهران: انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹) ص ۸۹۶

۳-۲-۲. عدم تعیین آثار، احکام و شرایط معین برای صلح توسط شارع و قانون‌گذار

دلیل دیگری که بر این دیدگاه اقامه شده، آن است که عقد صلح بسته به تراضی طرفین دارای احکام و قواعد متغیری است و لذا باید آن را عقدی نامعین بحساب آورد.^۱ در تبیین این دلیل گفته شده است گستره عقد صلح آن قدر وسیع است که نمی‌توان آن را در قالب یک عقد معین تعریف نمود. این عقد می‌تواند آثار کلیه عقود معاوضی و غیرمعاوضی را افاده نماید. این عقد یک قالب عمومی برای انعقاد قراردادها یعنی همان قالب عقود نامعین است. قانون مدنی احکام و شرایط این عقد را مشخص نمی‌نماید و بر همین اساس احکام و شرایط عمومی قراردادها تنها مرجع حل و فصل مسائل صلح است.^۲

این استدلال که عقد صلح واجد آثار، احکام و شرایط متغیری است و بنابراین ماهیت واحد و مشخصی ندارد و قالبی عمومی برای انعقاد قراردادهاست و در واقع با عقود غیرمعین هم‌پوشانی دارد با اشکالاتی مواجه است.

نخست اینکه شمول و گستردگی یک عقد می‌تواند ناشی از دو امر باشد: یکی قالب مشخص نداشتن آن و دیگری قالب گسترده داشتن. استدلال بالا در صورتی صادق بود که علت شمول صلح به وضعیت‌های متفاوت و مختلف، فقدان قالب مشخص برای آن بود در حالیکه از تامل در محتوا و مضمون عقد صلح معلوم می‌گردد که دلیل شمول و گستره عقد صلح، قالب وسیع و گسترده آن است به نحوی که شامل تملیک عین و منفعت به نحو معوض و غیر معوض و انتقال حق و مضامین دیگری نیز می‌گردد و چنانکه توضیح داده شد بر مبنای منتخب قانون مدنی و مشهور فقهاء، مضمون عقد صلح، تسالم و سازش بر امر است و دقیقاً بر اساس همین تحلیل است که بنابر قول مشهور فقها و نیز قانون مدنی، عقد صلح یک عقد معین و در عرض سایر عقود معین است و از همین رو تحقق آن همانند سایر عقود معین، منوط به قصد انشاء مضمون آن است. بدین ترتیب آنچه سبب می‌گردد عقد صلح واجد این قابلیت باشد که آثار عقود متفاوت و مغایر را در خود بگنجاند مانند عقود غیرمعین بی‌قالبی و بی‌شکلی و نداشتن ماهیت مشخص نیست، بلکه دلیل آن را باید در

۱. جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۲۶۶.

۲. ره پیک، سیامک، «نگاهی دوباره بر عقود معین (عقد صلح)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۳۸ و ۳۹ (۱۳۸۵)، ص ۱۴.

موسع بودن مضمون و محتوای عقد صلح جست‌وجو کرد در غیر این صورت ماهیت مستقل این عقد در برابر سایر عقود معین قابل توجیه نیست.

دوم، شرایط این عقد متناسب با ماهیت گسترده‌اش تعیین شده است. از جمله اینکه بنابر عقیده بسیاری از فقها، صلح بر موضوع مجهول صحیح است.^۱ این در حالی است که در عقود غیرمعین بنابر ماده ۱۹۰ ق.م. موضوع معامله باید معلوم باشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

سوم، چنانکه پیشتر نیز اشاره شد، قانون‌گذار در مورد این عقد احکامی را معین کرده است که در مورد عقود غیرمعین تعیین ننموده؛ از جمله اینکه صلح در هر حال لازم است حتی اگر قائم‌مقام عقود جایز گردد. در حالی که احتمال انعقاد عقد نامعین جایز منتفی نیست.

۲-۲-۴. عدم تعیین موضوع و متعلق صلح توسط قانون‌گذار

دلیل دیگری که برای دفاع از این مدعا بیان شده است، عدم تعیین موضوع صلح توسط قانون‌گذار است. نظریه پرداز این دیدگاه پا را فراتر از سایرین می‌نهد و معتقد است حتی عقود معین نیز در دایره صلح قرار دارند. این نویسنده در تبیین دیدگاه خود اظهار داشته است: «ملاک معین بودن عقد، صرف به کار رفتن آن در کلام قانون‌گذار نیست بلکه ملاک معین بودن یک عقد، تعیین موضوع یا متعلق آن توسط قانون‌گذار است. با توجه به اینکه موضوع و متعلق عقد صلح توسط قانون‌گذار تعیین نشده است و تعیین آن به متعاقبین سپرده شده، باید آن را یک عقد غیرمعین دانست. با توجه به شواهد بسیار از کلام فقها صلح به معنای تراضی و توافق است، اما قانون‌گذار متعلق این تراضی را معین نکرده و

۱. شیخ طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، ج ۶، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷، ص ۳۰۰؛ شیخ طوسی، محمد بن حسن، المسبوط فی فقه الإمامیة، ج ۲، تهران: المکتبۃ المرتضویة، ۱۳۸۷ه ق، ص ۳۰۸؛ طبرسی، فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بین أئمة السلف، ج ۱، (مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة، ۱۴۱۰)، ص ۵۷۷؛ علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحکام، ج ۲، (قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳)، ص ۱۷۲؛ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، (دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴)، ص ۲۱۷؛ روحانی، سیدصادق، فقه الصادق علیه السلام، ج ۲۰، (قم: دار الکتب، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲)، ص ۱۹۶ و ۱۹۷؛ صافی گلپایگانی، لطف‌الله، هدایة العباد، ج ۱، (قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶)، ص ۳۵۳؛ مغنیه، محمدجواد، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ج ۴، (قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱)، ص ۸۸.

تعیین آن را به متعاقدين سپرده است؛ بنابراین صلح عبارت است از «تراضي بر...» و همان گونه که می دانیم عقد نیز عبارت است از «تراضي بر...». بدین ترتیب صلح با عقد، مترادف است. با توجه به گستره وسیع عقد صلح و امکان جانشینی آن در مقام عقود معین (غیر از نکاح) و انعقاد آن خارج از عقود معین، صلح در ردیف سایر عقود نیست، بلکه خود مترادف عقد است و دیگر عقود اعم از معین و غیر معین مصداقی از صلح هستند. با این ملاحظه که اگر موضوع تراضي توسط قانون گذار تعیین شده باشد عقد صلح یکی از عقود معین و به عبارتی صلح معین یا بانام خواهد بود، مانند بیع و اجاره و اگر موضوع و متعلق تراضي تعیین نشده باشد، صلحی بی نام خواهد بود.^۱

در نقد این دیدگاه به چند نکته می توان اشاره نمود:

نخست اینکه هر چند قانون گذار بر خلاف سایر عقود معین در عقد صلح به زعم نویسنده موضوع عقد را مشخص نکرده، اما این امر نه به معنای بلاموضوع بودن صلح از نظر قانون گذار، بلکه همان طور که در نقد دلیل پیشین گفته شد به دلیل گستره موضوع و قلمروی این عقد می باشد که ناشی از مضمون و ماهیت گسترده این عقد است. گسترده بودن قلمرو یک عقد را نباید با بی موضوع و بی قالب بودن عقد یکسان شمرد. در فرض اول علت شمول صلح به موضوعات مختلف این است که موضوع صلح عنوان عامی است که شامل مصادیق متعددی می گردد در حالیکه در عقد غیر معین، علت شمول عقد به موضوعات مختلف، فقدان چارچوب خاص در عقد نامعین است.

دوم، نویسنده از تعریف فقها در مورد صلح که مقرر می دارند: «صلح عبارت است از تراضي و تسالم بر امری»، استفاده نموده است که تعریف صلح با تعریف عقد مترادف است؛ چرا که عقد نیز عبارت است از تراضي و توافق بر امری. مبنای تلقی نویسنده از عقد صلح به عنوان مفهومی که مترادف «عقد» قرار می گیرد برداشت غیر دقیق از مفهوم «تراضي و تسالم» در بیانات فقها است؛ زیرا مقصود فقها از این که صلح را تراضي و تسالم بر امری می دانند، بیان منشأ و مضمون عقد صلح است، نه تراضي و تسالمی که همه عقود بر بنیاد آن شکل می گیرد و به تعبیر فنی، صلح تسالم و تراضي به حمل اولی است یعنی منشأ آن تسالم است نه تسالم و تراضي به حمل شایع که عنصر عمومی تمام عقود است و تمامی

۱. نعمت اللهی، اسماعیل، موضوع عقد و مورد معامله، (قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳)، ص ۱۴۸ و ۱۴۹.

تأملی در نسبت عقود غیرمعین و عقد صلح | منصوری و همکاران | ۱۴۵

عقود با هر مضمونی، مصداقی از تراضی و تسالم بحساب می آیند^۱. در این مورد در ادامه توضیح بیشتری خواهیم داد.

سوم، نویسنده از اینکه فقها در مورد صلح گفته‌اند به هر لفظ و فعلی منعقد می‌گردد نتیجه گرفته است در انعقاد عقد صلح، قصد این عنوان لازم نیست، بلکه هر تراضی خود به خود صلح است، اما همان‌طور که در مفهوم صلح گفته شد، مراد فقها این است که صلح با هر لفظ یا فعلی که در فهم عرفی تسالم و تراضی بر امری را افاده نماید واقع می‌گردد.^۲ در مورد بیع نیز گفته شده است با هر لفظی که نزد اهل آن زبان بر مقصود، یعنی بیع دلالت نماید حاصل می‌گردد.^۳ از این رو پذیرش انعقاد صلح با هر لفظ به معنای این نیست که هر تراضی خودبه‌خود صلح است یا قصد عنوان یا مضمون آن لازم نیست.

چهارم، مبنای نظریات نویسنده بر این امر استوار است که همه عقود صلح هستند و صلح مترادف با عقد است. این در حالی است که فقها رابطه صلح با سایر عقود معین را تبیین می‌دانند.^۴ ضمن اینکه اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه عقد صلح را یک عقد مستقل می‌دانند^۵ که نشان‌دهنده مغایرت صلح از سایر عقود و عدم ترادف مفهوم عقد با صلح است.

۱. حکیم، سیدمحسن، *نهج الفقاهه*، (قم: انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا)، ص ۶۲؛ منصوری، محمد؛ مهدی الشریف، محمد؛ طباطبائی، سید محمد صادق؛ «اواکای حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح»، *مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، دوره دهم شماره چهارم (۱۳۹۷)، ص ۱۷۱.

۲. اصفهانی، سید ابو الحسن، و *وسيلة النجاة*، (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲)، ص ۳۸۸؛ مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین، *منهاج المؤمنین*، ج ۲، (قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، ۱۴۰۶)، ص ۱۴۵؛ گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی، *هدایة العباد*، ج ۱، (قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳)، ص ۴۰۶.

۳. موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسیلة*، ج ۱، (قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، ۱۴۳۴)، ص ۵۳۶.

۴. شیخ انصاری، مرتضی، *کتاب المکاسب*، ج ۳، (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵)، ص ۱۳ و ۱۴؛ اصفهانی، محمدحسین کمپانی، *حاشیة کتاب المکاسب*، ج ۱، (قم: أنوار الهدی، ۱۴۱۸)، ص ۶۹؛ اصفهانی، محمدحسین کمپانی، *حاشیة کتاب المکاسب*، ج ۵، (قم: أنوار الهدی، ۱۴۱۸)، ص ۱۸۱؛ خویی، سید ابو القاسم موسوی، *مصباح الفقاهة*، ج ۲، (قم: نشر الفقاهه، بی تا)، ص ۶۲؛ مصطفوی، سید محمد کاظم، *فقه المعاملات*، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳)، ص ۴۸۸.

۵. علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحکام*، ج ۲، (قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳)، ص ۱۷۲؛ شهید اول، محمد بن مکی *الدروس*، ج ۳، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۷)، ص ۳۲۷؛ حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور، *السرائر*، ج ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۰)، ص ۶۴.

۳. دیدگاه دوم: عدم اتحاد عقود غیرمعین با عقد صلح

بعضی فقها^۱ و حقوق دانان معتقدند هرگونه تراضی را نمی توان با عنوان صلح توصیف کرد، بلکه برای انعقاد این عقد، قصد مضمون آن لازم است؛ بنابراین عقود غیرمعینی که صرفاً در برگیرنده نوعی تراضی هستند و قصد عنوان صلح در آنها ظاهر نیست را نمی توان با عنوان صلح توصیف نمود. مرحوم استاد کاتوزیان در این زمینه اظهار داشته است: «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 قانون گذار برای تجلی حاکمیت اراده تأسیس شده است، در حالی که مفاد ماده ۱۰ حکایت از لزوم قرارداد خصوصی قطع نظر از هرگونه لباس و قالب ویژه است و دامنه‌ای گسترده تر دارد.»^۲

۱-۴. ادله دیدگاه عدم ترادف عقود غیرمعین با صلح

در تبیین ادله این دیدگاه می توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۱-۱-۴. در صلح، مُنشأ، خود تسالم و تراضی است

علامه حلی معنای عقد صلح را «اتفاق» و «رضا» دانسته است.^۳ شیخ انصاری در رابطه با ماهیت و حقیقت صلح اظهار داشته است: حقیقت صلح، حتی اگر به عین تعلق گیرد تملیک معوض نخواهد بود، بلکه معنای اصلی آن تسالم است. بله در صورتی که به عین تعلق گیرد نتیجه آن تملیک خواهد بود، اما مفاد مستقیم آن تملیک نیست؛ دلیل این مدعا آن است که عقد صلح گاهی به مال، اعم از عین یا منفعت تعلق می گیرد و فایده تملیک را افاده می نماید، و گاه به انتفاع، تعلق می گیرد و فایده عاریه را اقتضا می نماید و گاه به

۱. نایینی، محمدحسین، منبه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۱، (تهران: المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ه ق)، ص ۷۹؛ حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، (قم: انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا)، ص ۶۲؛ خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهه، ج ۲، (قم: نشر الفقاهه، بی تا)، ص ۱۷۴ و ۱۷۵؛ خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مصباح الفقاهه، ج ۲، (قم: نشر الفقاهه، بی تا)، ص ۶۲؛ خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، مقرر محمد حسن قدیری، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا)، ص ۱۴۸ و ۱۴۹؛ خوانساری، محمد امامی، الحاشیه الثانیة علی المکاسب، (بی تا، بی تا)، ص ۱۹۸؛ روحانی، سید صادق، فقه الصادق علیه السلام، ج ۱۵، (قم: دار الکتب، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲)، ص ۲۹۶.

۲. کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین (۲)، پیشین، ص ۳۰۴ و ۳۰۵.

۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج ۱۶، (قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴)، ص ۸.

حقوق تعلق می‌گیرد و فایده آن اسقاط یا انتقال خواهد بود؛ بدین ترتیب در صورتی که حقیقت صلح، عین همه این موارد باشد مستلزم آن است که صلح یک مشترک لفظی باشد و نادرستی این امر واضح است؛ چرا که عقد صلح تنها واجد یک معناست. از این رو باید مفهوم صلح را معنای دیگری بدانیم و آن عبارت است از تسالم که در هر مورد یکی از فواید مذکور را بنابر متعلقش افاده می‌نماید.^۱

اینکه حقیقت صلح و مضمون انشایی آن «تسالم و تراضی بر امری است» دیدگاهی است که بسیاری از فقهای متأخر و معاصر بر آن صحه نهاده‌اند^۲ و در قانون مدنی نیز هر چند تعریفی از صلح به عمل نیامده، اما از آنچه به عنوان مصادیق صلح بیان شده است همین معنی قابل استنباط است، اما آیا می‌توان هر گونه تسالم و تراضی را اعم از تراضی که تحت عنوان عقود معین صورت می‌گیرد و تراضی که در عقود غیرمعین شکل می‌گیرد صلح دانست؟ اگر اینگونه باشد باید همه عقود حتی عقد نکاح، مصداقی از مصادیق عقد صلح باشند؛^۳ زیرا در همه عقود تراضی و تسالم وجود دارد. هیچ فقیهی را نمی‌توان یافت که هر تراضی را صلح به معنای اخص بداند و قانون مدنی نیز صلح را در عرض سایر عقود قرار داده است؛^۴ بنابراین بدیهی است که نمی‌توان هر تراضی را صلح دانست. حال که هر تسالم و تراضی را نمی‌توان صلح دانست، معیار تحقق عنوان صلح چیست؟ و معیار تمایز صلح از سایر عقود چیست؟ با توجه به آنکه ماهیت یک عقد و معیار تمایز آن از سایر عقود در منشأ تجلی می‌یابد، در عقد صلح نیز فصل ممیز را باید در منشأ جست‌وجو کرد. از این رو

۱. شیخ انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۳، (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵)، ص ۱۳ و ۱۴.

۲. نایینی، محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۱، (تهران: المکتبۃ المحمدیة، ۱۳۷۳ه ق)، ص ۳۴؛ یزدی طباطبایی، سید محمد کاظم، حاشیة المکاسب، ج ۱، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱)، ص ۸۱. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیلة، ج ۱، (قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، ۱۴۳۴)، ص ۵۹۷؛ موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیة، ج ۵، (قم: نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹)، ص ۱۳؛ گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، هدایة العباد، ج ۱، (قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳)، ص ۴۰۶؛ سیستانی، سید علی حسینی، منهاج الصالحین، ج ۲ (قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷)، ص ۳۷۳؛ مظفر، محمدرضا، حاشیة المظفر علی المکاسب، ج ۱، (قم: حبیب، بی تا)، ص ۳۸.

۳. خوئی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهة، ج ۲، (قم: نشر الفقاهة، بی تا)، ص ۱۹۰.

۴. منصوری، محمد؛ مهدی الشریف، محمد؛ طباطبائی، سید محمد صادق، «واکاوی حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره دهم شماره چهارم، (۱۳۹۷)، ص ۱۷۱.

معنای این گزاره که حقیقت عقد صلح تسالم و تراضی است را باید این دانست که مُنشأ در عقد صلح خود «تسالم» و «صلح» است، در حالی که در سایر عقود منشأ امر دیگری است؛^۱ بنابراین هر چند همه عقود از جمله بیع، اجاره و عقود غیرمعین مصداقی از تسالم و تراضی به حمل شایع هستند؛ چرا که به هر حال هر عقد ناشی از تراضی و تسالم طرفین است، اما نکته ویژه در صلح آن است که آنچه انشاء می‌شود و مورد توافق واقع می‌گردد «تسالم» و «تراضی» است.

بر خلاف عقد بیع که در آن، مُنشأ، «تملیک عین به عوض» است و آنچه در اجاره مورد انشا واقع می‌شود «تملیک منفعت به عوض» است. در عین حال تسالم به عنوان مُنشأ در صلح ممکن است بر تملیک عین یا تملیک منفعت یا انتقال یا اسقاط حق تعلق گیرد؛ یعنی متعلق تسالم، یکی از این امور است، اما تملیک عین یا منفعت نمی‌تواند به طور مستقیم مُنشأ صلح واقع شوند. اگر چنین اتفاقی حاصل گردد آن عقد صلح نخواهد بود، بلکه بیع یا اجاره است.^۲ برای روشن تر شدن مطلب چاره ای نیست که به تعریف صلح از منظر اقلیت اشاره‌ای داشته باشیم.

بنابر دیدگاه غیرمشهور که محور صلح را دعوای موجود یا محتمل می‌دانست، حقیقت صلح، سازش و آشتی به معنای دقیق کلمه است. یعنی همانگونه که در بیع، تملیک عین به عوض، انشاء می‌شود در صلح، آشتی و گذشت انشاء می‌شود و موضوع این آشتی ممکن است اسقاط حق یا ابراء ذمه یا تملیک مالی به عوض اندک و امثال آن باشد؛ لذا همان طور که وقتی از متابعین می‌پرسیم چه انشاء کردید؟ در پاسخ می‌گویند بیع یا همان تملیک عین به عوض انجام دادیم، در صلح به معنای مضیق نیز وقتی از متصالحین مثلاً دو شریکی که با یکدیگر اختلاف داشته و مصالحه کرده‌اند می‌پرسیم چه کردید؟ می‌گویند آشتی کردیم. حال اینکه مفاد آشتی آنها چه بوده و مثلاً قرار شده هر مالی نزد هر شریکی هست

۱. موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیه، ج ۵، (قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹)، ص ۱۳؛ حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶، ص ۱۳۰.

۲. حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، (قم: انتشارات ۲۲ بهمن، بی‌تا)، ص ۶۲. خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه، ج ۲، (قم: نشر الفقاهه، بی‌تا)، ص ۱۷۴ و ۱۷۵ و ۶۲؛ خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، مقرر محمد حسن قدیری، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی‌تا) ص ۱۴۸ و ۱۴۹؛ منصوری، محمد؛ مهدی الشریف، محمد؛ طباطبائی، سید محمد صادق، پیشین، ص ۱۷۰.

از آن خود او باشد یا هر کدام، ادعاهای خود را در برابر ادعاهای شریک دیگر اسقاط کند یا هر نحو دیگر، امر دیگری است و در واقع این موضوعات نقش «متعلق» آشتی یا صلح را بازی می‌کنند. حال برخی از فقیهان شبیه این تحلیل را در خصوص صلح به معنای گسترده آن یعنی تسالم دارند و معتقدند در صلح، ما صرفاً مصداقی از تسالم مثلاً تملیک عین یا منفعت به عوض یا اسقاط یا انتقال حق و امثال آن را انشا نمی‌کنیم بلکه مُنشأ ما خود سازش، تراضی و تسالم است.

همان‌طور که گفته شد حقوق‌دانانی که معتقدند عقود غیرمعین قابل توصیف با عنوان صلح است، دو دسته‌اند؛ بعضی معتقدند هر تراضی بدون هیچ قیدی صلح است^۱ و بعضی از آنان معتقدند صلح، نوعی از تراضی و توافق است که به احکام جاری در سایر عقود معین بستگی نداشته باشد و به عبارت دیگر تراضی به شرط «لا» باشد.^۲ بنابر آنچه گفته شد نمی‌توان ادعای کسانی که هرگونه تراضی و توافق را صلح می‌دانند پذیرفت، مگر آنکه مُنشأ در آنها خود تراضی و تسالم باشد، اما در مورد دسته دیگر از حقوق‌دانان که مدعای آنان این است که صلح، هرگونه تراضی خارج از عقود معین است، به عقیده این دسته از حقوق‌دانان هر تراضی صلح نیست، بلکه نوعی از تراضی و تسالم را می‌توان صلح دانست که خارج از عقود معین باشد و معیار خروج از عقود معین نیز آن است که وابسته به احکام عقود معین نباشد.^۳ این دیدگاه هرچند معیاری برای تمایز عقد صلح از عقود معین ذکر می‌نماید و همه عقود را صلح نمی‌شمارد، اما معیاری که برای تمیز صلح از سایر عقود ذکر می‌نماید خارج از حقیقت و ماهیت عقد صلح و سایر عقود است،^۴ در حالی که فصل ممیز باید بهره‌ای از ماهیت داشته باشد و نمی‌توان صرفاً تمایز در برخوردارگی یا عدم برخوردارگی از احکام خاصی را فصل ممیز دو ماهیت دانست. این فصل ممیز صرفاً در مُنشأ می‌تواند رخ نماید؛ چرا که در همه عقود تراضی و توافق به یک میزان جریان دارد، اما آنچه عقود را از یکدیگر متمایز می‌نماید ماهیتی است که مورد انشاء واقع می‌گردد. چگونه می‌توان بین تراضی و تسالمی که در عقد بیع و اجاره وجود دارد با تسالمی که در اباحه معوضه یا

۱. نعمت‌اللهی، اسماعیل، پیشین، ص ۱۴۸ و ۱۴۹.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۴۰.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۳۵ و ۱۴۰.

۴. منصوری، محمد؛ مهدی الشریف، محمد؛ طباطبائی، سید محمد صادق، پیشین، ص ۱۶۷.

سایر عقود غیرمعین وجود دارد قائل به تفاوت شد؟ در حالی که در هر دو نوع از عقود، تراضی به یک میزان جریان دارد. اگر تراضی و تسالم موجود در عقود غیرمعین را بتوان صلح دانست تراضی و تسالم در عقود معین را نیز باید با عنوان صلح توصیف نمود، در حالی که بدیهی است که عقود مانند بیع و اجاره را نمی‌توان صلح به حمل اولی یا صلح به معنای اخص دانست. حال که نمی‌توان تراضی حاصله در عقود معین را صلح دانست، تراضی موجود در عقود غیرمعین را نیز نمی‌توان صلح انگاشت؛ چراکه تراضی در هر یک از عقود معین و غیرمعین هیچ‌گونه تفاوت ماهوی ندارد که سبب شود عقود معین با عنوان بیع و اجاره یا سایر عقود معین توصیف گردند و عقود غیرمعین با عنوان صلح توصیف شوند. آنچه تحت عنوان عدم وابستگی به احکام عقود معین بیان می‌شود نیز همان‌طور که گفته شد نمی‌تواند در ماهیت تراضی در عقود معین و عقود غیرمعین تفاوتی حاصل نماید.

۲-۱-۴. قرار داشتن عقد صلح در دایره عقود معین

همان‌طور که گفته شد بعضی از نویسندگان معتقدند به جهت آنکه عقد صلح از لحاظ آثار، احکام و شرایط، قالب مشخص و روشنی ندارد، این عقد اساساً در دایره عقود معین قرار نمی‌گیرد، چرا که مهم‌ترین شاخصه یک عقد معین آن است که از آثار، احکام و شرایط مشخصی برخوردار باشد. همه نویسندگانی که عقود غیرمعین را صلح می‌دانند، صلح را نیز یک عقد غیرمعین می‌دانند، در حالیکه اولاً قانون مدنی به تبع فقه، صریحاً عقد صلح را در زمره عقود معین و در عرض آنها قرار داده است. از سوی دیگر عقود غیرمعین که امروزه تحت عنوان عقود مشمول ماده ۱۰ ق. م. شناخته می‌شوند در بعضی موارد نمی‌توانند آثاری را افاده نمایند که عقد صلح افاده می‌نماید؛ این امر به‌خوبی نشان دهنده آن است که عقود غیرمعین و عقد صلح بر یکدیگر انطباق کامل ندارند؛ چراکه اگر عقد صلح یک عقد غیرمعین باشد باید در تمام موارد با عقود غیرمعین هم‌پوشانی داشته باشد. چنانکه می‌دانیم بدون شک با عقد صلح می‌توان مضمون و نتیجه بسیاری از عقود معین را تحقق بخشید، در حالی که عقد غیرمعین فاقد چنین قابلیت است و نمی‌توان نتیجه بیع یا اجاره یا هبه را در قالب عقد نامعین محقق ساخت. قانون‌گذار در ماده ۷۵۸ ق. م. صریحاً در ماده ۷۶۰ تلویحاً به این قابلیت و ظرفیت صلح اشاره می‌نماید؛ در حالی که در مورد عقود غیرمعین اینگونه نیست و این عقود نمی‌توانند آثار عقود معین را افاده نمایند. بر همین اساس در صورتی که متعاقبین به جهت فرار از احکام و شرایط عقود معین آن را تحت

عنوان عقد غیرمعین توصیف نمایند، قاضی نمی‌تواند به این توصیف پایبند باشد و باید بر اساس محتوای قرارداد، آن را با عنوان عقد معین مورد نظر توصیف نماید یا رأی به بطلان عقد دهد. مرحوم دکتر شهیدی در این باب اظهار داشته است: «در مورد شرایط اختصاصی هر یک از عقود بعضی معتقدند می‌توان شرایط اختصاصی عقود را نادیده گرفت و آن‌ها را ذیل ماده ۱۰ منعقد ساخت، اما این عقیده باطل است؛ زیرا ضمانت اجرای شرایط اختصاصی عقود معین مانند عین بودن مبیع یا اقباض مورد رهن به مرتهن یا عین معین بودن مال مرهون همچنانکه برخی از مواد نظیر ماده ۵۳۲ و ۷۷۴ و ۸۰۲ مقرر داشته است بطلان معامله فاقد یکی از این شرایط می‌باشد به این جهت هرگز نمی‌توان چنین معامله‌ای را به استناد ماده ۱۰ ق.م. صحیح دانست. و هرگز نمی‌توان پذیرفت که یک معامله طبق برخی از مقررات قانونی باطل و مطابق برخی دیگر صحیح باشد.»^۱ مرحوم استاد کاتوزیان نیز در این زمینه بر همین عقیده است؛^۲ بنابراین با توجه به این تفاوت، دیگر منطقاً نمی‌توان سخن از یگانگی و این‌همانی صلح و عقود معین به میان آورد.

۲-۴. معیارهای حاکم بر توصیف عقد صلح

با توجه به اشکالاتی که بر دیدگاه نخست بیان شد نمی‌توان هرگونه تراضی خارج از عقود معین را صلح دانست. اکنون پرسش اساسی این است با چه معیاری می‌توان عقد خارج از عقود معین را صلح قلمداد کرد و در چه صورتی باید آن را مصداق عقد نامعین شمرد؟ از آنجایی که گفته شد که مضمون خارج از عقود معین را می‌توان از طریق صلح یا از طریق عقد نامعین منعقد نمود، بررسی نتیجه حاصله از عقد، کافی برای تعیین یکی از این دو سبب نیست و چون قصد صلح یا عدم آن، امری باطنی است و قابل احراز عینی نیست، یکی از مهم‌ترین معیارهای تمییز صلح از عقد نامعین، استفاده از الفاظ اختصاصی صلح یا ماده صلح و مشتقات آن مانند مصالحه و تصالح در انشاء عقد است.^۳ بدین ترتیب تکلیف مواردی که در آن از صیغه صلح به نحوی استفاده شده است معلوم می‌گردد. در مواردی

۱. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، (تهران: مجد، ۱۳۸۸)، صص ۱۸۹-۱۸۵.

۲. کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین (۱)، معاملات معوض؛ عقود تملیکی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴)، ص ۶.

۳. آثابنی، محمدحسین، المكاسب و البیع، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳)، ص

نیز که عقد در مقام یکی از عقود معین واقع شده است، گزینه عقد نامعین کنار نهاده می شود زیرا چنانکه گفتیم عقد غیر معین به خلاف عقد صلح قابلیت تحقق مضمون عقود معین دیگر را ندارد. در این موارد اختلاف بین صلح یا عقد معین معادل آن است و عقد نامعین جایگاهی در حل این اختلاف ندارد. چنانکه می دانیم به تصریح فقها در تحقق صلح صیغه مخصوصی لازم نیست^۱. به گفته برخی از ایشان: «صلح با هر لفظ یا فعل یا امثال آن قابل انعقاد است و صیغه خاصی در تحقق آن شرط نیست»^۲ و عده ای دیگر نیز اظهار داشته اند: «صلح به هر لفظی که در فهم عرفی تسالم و تراضی بر یک امر را افاده نماید قابل انعقاد است»^۳.

بنابر این دشوارترین موارد تشخیص عقد صلح از عقد غیر معین مواردی است که از لفظ صلح در انشاء عقد استفاده نشده و امکان درج عقد مورد اختلاف در ذیل هر یک از عقد صلح و عقد نامعین وجود دارد. در این میان مرحوم محقق نائینی معیاری برای بازشناسی این عقد از عقود معین ذکر نموده است. بنابر این معیار، در مواردی که سیاق کلام متعاقدین و شرایط و قرائن موجود، نشان دهنده تحقق تسالم است می توان قرارداد را با عنوان صلح توصیف نمود. مانند آنکه طرفین در شرایطی که دچار اختلاف هستند یا آنکه احتمال وقوع اختلاف و نزاع وجود دارد به انعقاد قراردادی مبادرت نمایند که به این

۱. طباطبایی، سید تقی، مبانی منهاج الصالحین، ج ۹، (قم: منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶)، ص ۲۸۷، خوبی، سید ابو القاسم موسوی، منهاج الصالحین، ج ۲، (قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰)، ص ۱۹۳؛ تبریزی، جواد بن علی، منهاج الصالحین، ج ۲، (قم: مجمع الإمام المهدی (عجل الله تعالی فرجه)، ۱۴۲۶)، ص ۲۵۲؛ وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، جلد ۳، (قم: مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸)، ص ۲۲۳؛ روحانی، سید صادق، منهاج الصالحین، ج ۲، (بی نا، بی تا)، ص ۳۸۷؛ فیاض، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، ج ۲، (بی نا، بی تا)، ص ۳۸۹.

۲. طباطبایی، سید تقی، مبانی منهاج الصالحین، ج ۹، (قم: منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶)، ص ۲۸۷؛ خوبی، سید ابو القاسم موسوی، منهاج الصالحین، ج ۲، (قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰)، ص ۱۹۳؛ تبریزی، جواد بن علی، منهاج الصالحین، ج ۲، (قم: مجمع الإمام المهدی (عجل الله تعالی فرجه)، ۱۴۲۶)، ص ۲۵۲؛ وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، جلد ۳، (قم: مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸)، ص ۲۲۳؛ روحانی، سید صادق، منهاج الصالحین، ج ۲، (بی نا، بی تا)، ص ۳۸۷؛ فیاض، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، ج ۲، (بی نا، بی تا)، ص ۳۸۹.

۳. اصفهانی، سید ابو الحسن، وسیله النجاه، (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲)، ص ۳۸۸؛ گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، هدایه العباد، ج ۱، (قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳)، ص ۴۰۶؛ صافی گلپایگانی، لطف الله، هدایه العباد، ج ۱، (قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶)، ص ۳۵۱.

دعوی خاتمه بخشد.^۱ در تبیین این معیار یعنی دلالت سیاقی باید گفت هر چند بر اساس فقه امامیه و حقوق ایران برای انعقاد عقد صلح وجود یا احتمال نزاع ضرورتی ندارد و صلح به هر لفظی که در فهم عرفی تسالم و تراضی بر یک امر را افاده نماید قابل انعقاد است،^۲ اما تردیدی نیست که مبنای وضع عقد صلح، فیصله دادن به نزاع بوده است.^۳ قانون مدنی نیز در ماده ۷۵۲ دو قسم از اقسام عقد صلح را مربوط به رفع یا جلوگیری از نزاع دانسته است؛ از این رو هر چند صلح منحصر به موارد وجود تنازع نیست اما قدر متیقن از صلح و تسالم مواردی است که عقد برای فیصله نزاع موجود یا محتمل منعقد شده است بنابراین هرگاه تراضی طرفین در شرایط بروز دعوی یا احتمال وقوع نزاع حاصل گردیده مناسب ترین گزینه را باید عقد صلح دانست.^۴

نتیجه

دو دیدگاه کلی در مورد امکان توصیف عقود غیرمعین با عنوان صلح وجود دارد. بنابر دیدگاه نخست، تمامی عقود غیرمعین صلح هستند و صلح نیز یک عقد غیرمعین است. در میان نظریه پردازان این دیدگاه بعضی عقد صلح را حاصل تراضی ای می دانند که به احکام سایر عقود معین بستگی نداشته باشد و برخی دیگر هر تراضی را صلح می شمارند و عقد را مترادف صلح می پندارند و تفاوت میان صلح و سایر عقود را این می دانند که عقد صلح بر خلاف سایر عقود، نوعی از صلح است که موضوع آن در قانون مشخص نشده است.

۱. نایینی، محمدحسین، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، ج ۱، (تهران: المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ه ق)، ص ۷۹؛ نایینی، محمدحسین، *المکاسب و البیع*، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳)، ص ۲۱۸؛ خوانساری، محمد امامی، *الحاشیة الثانیة علی المکاسب*، (بی نا، بی تا)، ص ۱۹۸.

۲. اصفهانی، سید ابو الحسن، *وسیلة النجاة*، (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲)، ص ۳۸۸؛ موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، *هدایة العباد*، ج ۱، (قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳)، ص ۴۰۶؛ صافی گلپایگانی، لطف الله، *هدایة العباد*، ج ۱، (قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶)، ص ۳۵۱.

۳. محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۲، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸)، ص ۹۹؛ صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، *غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام*، ج ۲، (بیروت: دار الهادی، ۱۴۲۰)، ص ۲۲۱؛ حلّی، احمد بن محمد، *المهذب البارع*، ج ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۷)، ص ۵۳۸؛ شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام*، ج ۴، (قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳)، ص ۲۵۹ و ۲۶۰.

۴. منصوری، محمد؛ مهدی الشریف، محمد؛ طباطبائی، سید محمد صادق، پیشین، ص ۱۷۵ و ۱۷۶.

دیدگاه دوم دیدگاه عده‌ای از فقها و بعضی حقوق‌دانان است که صرف تراضی را برای انعقاد صلح کافی نمی‌داند، بلکه قصد عنوان صلح توسط متعاقدین را برای تحقق صلح لازم می‌شمارند. نتیجه پذیرش این دیدگاه آن است که به صرف عدم اندراج یک عقد در ذیل عقود معین، نمی‌توان صلح بودن آن را نتیجه گرفت. به دلایل متعدد به نظر می‌رسد این دیدگاه مقرون به صحت است و قانون مدنی نیز همین مبنا را تأیید می‌نماید. دلایل عمده این نگرش به قرار ذیل است:

۱. حقیقت و ماهیت صلح عبارت است از تسالم بر یک امر انشایی. این حقیقت مورد تأیید غالب فقهای متأخر و معاصر و حقوق‌دانان قرار گرفته است. مقصود از تسالم و تراضی به عنوان حقیقت صلح، تراضی سازنده عقد نیست که در همه عقود وجود دارد، بلکه مراد منشأ و مضمون عقد صلح است؛ بنابراین برای اینکه بتوان عقد را با عنوان صلح توصیف نمود، متعاقدین باید ماهیت و مضمون صلح یعنی تسالم بر امر را قصد نموده باشند همچنانکه در سایر عقود مانند بیع و اجاره نیز تحقق آنها منوط به این است که متعاقدین مضمون و ماهیت آنها را قصد کرده باشند. این در حالی است که در عقود غیرمعین فرض بر این است که هر عقد غیر معین مضمون خاصی را انشاء می‌کند که خارج از مضامین تمامی عقود معین است و لذا بر خلاف تمام مصادیق صلح که همگی در وجود مفهوم صلح مشترک هستند، در عقود نامعین هیچ ماهیت عامی به عنوان موضوع واحد وجود ندارد تا بتوان مصادیق عقود نامعین را فردی از آن کلی به حساب آورد. به بیان دیگر گستردگی و شمول عقود نامعین ریشه در فقدان چارچوب مشخص دارد، ولی در صلح، گستردگی، ریشه در عمومیت و کلیت موضوع آن دارد و به هر حال با توجه به وجود تعریف و مضمون خاص برای صلح، تحقق آن در گروی قصد آن مضمون از سوی انشاءکنندگان است.

آنچه برخی از اساتید به عنوان فصل ممیز ماهیت صلح ذکر نموده‌اند؛ یعنی عدم تقید تراضی به احکام خاصه عقود معین نیز سخن تمامی نیست. چه اینکه عدم پیروی از احکام عقود معین مربوط به احکام صلح است و منطقاً مؤخر از تحقق ماهیت صلح است و امری که ذاتاً مؤخر است نمی‌تواند قید امر مقدم یعنی ماهیت قرار گیرد. دوم عدم تبعیت از احکام عقود معین، یک امر انشایی نیست تا طرفین بتوانند آن را قصد یا انشا نمایند. آنچه در اختیار طرفین است این است که موضوعی را خلق نمایند که قانون‌گذار احکام خاصه

عقود معین را بر آن بار نمی‌نماید. سوم این قید به فرض صحت تنها در مواردی صادق است که صلح در مقام معاملات معین دیگر نقش بازی می‌کند و الا در خارج از این قلمرو، تقیید تراضی به عدم حکومت قواعد خاص عقود معین معنایی ندارد.

۲. نویسندگانی که عقود غیرمعین را صلح می‌پندارند، صلح را نیز یک عقد غیرمعین می‌دانند، در حالیکه اولاً قانون مدنی به تبع فقه، صریحاً عقد صلح را در زمره عقود معین و در عرض آنها قرار داده است. ثانیاً عقود غیرمعین که امروزه تحت عنوان عقود مشمول ماده ۱۰ ق.م. شناخته می‌شوند در بعضی موارد نمی‌توانند آثاری را افاده نمایند که عقد صلح افاده می‌نماید؛ از جمله اینکه عقد صلح می‌تواند مضمون و نتیجه بسیاری از عقود معین را تحقق بخشد، در حالی که عقود غیرمعین فاقد چنین قابلیت هستند؛ این امر به خوبی نشان دهنده آن است که عقود غیرمعین و عقد صلح بر یکدیگر انطباق کامل ندارند؛ چرا که اگر عقد صلح یک عقد غیرمعین باشد باید در تمام موارد با عقود غیرمعین هم‌پوشانی داشته باشد.

۳. تنها هنگامی می‌توان یک عقد که ظاهراً غیرمعین است را صلح دانست که یا طرفین از عنوان صلح و عناوین مشابه آن مانند مصالحه یا سازش‌نامه و امثال آن در انعقاد آن استفاده کرده باشند و یا اوضاع و احوال و قرائن و به اصطلاح دلالت سیاقی به‌طور ضمنی بر قصد وقوع صلح گواهی دهد. در غیر این صورت هر تراضی و توافق خارج از عقود معین را باید یک عقد غیرمعین دانست.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Mohammad Mansouri



<http://orcid.org/0000-0003-4631-7049>

Sayyed Mohammad



<http://orcid.org/0000-0002-6076-7268>

Sadeh Tabatabaie

منابع

الف) فارسی

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، رهن و صلح، (تهران: انتشارات حقوقی ابن سینا، ۱۳۴۹).

ره‌پیک، سیامک، «نگاهی دوباره بر عقود معین (عقد صلح)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۳۸ و ۳۹ (۱۳۸۵).

کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین (۱)، معاملات معوض؛ عقود تملیکی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴).

کاتوزیان، ناصر، دوره عقود معین (۲)، مشارکت‌ها؛ صلح، (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶).
منصوری، محمد، محمد مهدی الشریف، سید محمدصادق طباطبائی، «واکاوی حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره دهم، شماره چهارم، (۱۳۹۷).

نعمت‌اللهی، اسماعیل، موضوع عقد و مورد معامله، (قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳).

ب) عربی

اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۹، (قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳).

اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیله النجاة، (قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲).

اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب مکاسب، جلد ۱، (قم: أنوار الهدی، ۱۴۱۸).

بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی، القواعد الفقهیه، ج ۵، (قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹).

بحرانی، حسین بن محمد، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، ج ۱۲، (قم: مجمع البحوث العلمیه، بی تا).

بحرانی، محمد سند، فقه المصارف و النقود، (قم: مکتبه فدک، ۱۴۲۸).

بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵).

بروجردی، آقا حسین طباطبائی، جامع أحادیث الشیعه، ج ۲۳، (تهران: انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹).

بصری بحرانی، زین‌الدین، محمد امین، ج ۵، کلمه التقوی، (قم: نشر سید جواد وداعی، ۱۴۱۳).

بن قدامه، عبدالرحمن، الشرح الكبير، ج ۵، (بیروت: دار الكتاب العربی للنشر و التوزیع، بی تا).

بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، (قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی، ۱۴۱۷).

بهجت، محمد تقی، وسیله النجاة، (قم: انتشارات شفق، ۱۴۲۳).

تبریزی، جواد بن علی، منهاج الصالحین، ج ۲، (قم: مجمع الإمام المهدی (عجل الله تعالی فرجه)، ۱۴۲۶).

الحديثی، خالد عبد حسین، عقد الصلح، (بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۱۵ م.).

تأملی در نسبت عقود غیر معین و عقد صلح | منصوری و همکاران | ۱۵۷

- الحصفاکی، الدر المختار، ج ۸، (بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۱۵).
- حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۳، (قم: مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶).
- حکیم، سید محسن، نهج الفقاهه، (قم: انتشارات ۲۲ بهمن، بی تا).
- حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور، السرائر، جلد ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۰).
- حلی، احمد بن محمد، المهدب البارع، ج ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۷).
- خمینی، امام سید روح الله، کتاب البیع، مقرر محمدحسن قدیری، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا).
- خمینی، امام سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله، ج ۱، (قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، ۱۴۳۴).
- خمینی، امام سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله مترجم: علی اسلامی، ج ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۵).
- خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ج ۳، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵).
- خوانساری، محمد امامی، الحاشیه الثانیة علی المکاسب، (بی تا، بی تا).
- خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه، ج ۲، (قم: نشر الفقاهه، بی تا).
- خویی، سید ابو القاسم موسوی، منهاج الصالحین، ج ۲، (قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰).
- روحانی، سید صادق، فقه الصادق علیه السلام، ج ۱۵ و ۲۰، (قم: دار الکتاب، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲).
- روحانی، سید صادق، منهاج الصالحین، ج ۲، (بی تا، بی تا).
- روحانی، سید صادق حسینی، المسائل المستحدثة، (قم: بی تا، بی تا).
- سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام، جلد ۱۸، (قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳).
- سبزواری، محمدباقر، کفایة الأحکام، جلد ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳).
- سنهوری، عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی، جزء ۵، جلد ۲، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا).
- سیستانی، سید علی حسینی، منهاج الصالحین، جلد ۲، (قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷).
- شهید اول، محمد بن مکی، الدروس، ج ۳، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۷).
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام، ج ۴، (قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳).

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، ج ۴، (قم: کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰).

شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸).
شیخ انصاری، مرتضی، *کتاب مکاسب*، ج ۳، (قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵).

شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، *من لا یحضره الفقیه*، ج ۳، (قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳).

شیخ طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، ج ۳، (قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷).

شیخ طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، ج ۲، (تهران: المكتبة المرتضویة، ۱۳۸۷ هـ.ق).

شیخ طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحکام*، ج ۶، (تهران: دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷).
شیخ کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، *الکافی*، ج ۵، (تهران: دارالکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷).
صافی گلپایگانی، لطف الله، *هدایة العباد*، ج ۱، (قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۶).
صدر، سید محمد، *ما وراء الفقه*، ج ۵، (بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰).
صیمری، مفلح بن حسن (حسین)، *غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام*، ج ۲، (بیروت: دار الهادی، ۱۴۲۰).

طباطبایی حائری، سید محمد مجاهد، *کتاب المناهل*، (قم: مؤسسه آل‌البت علیهم السلام، بی‌تا).
طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، *الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع - حدیقه المؤمنین*، ج ۲، (قم: انتشارات کتابخانه آیة‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹).
طباطبایی حائری، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل*، ج ۸ و ۹، (قم: مؤسسه آل‌البت علیهم السلام، ۱۴۱۸ هـ.ق).

طباطبایی، سید تقی، *مبانی منهاج الصالحین*، ج ۹، (قم: منشورات قلم الشرق، ۱۴۲۶).
طبرسی، فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بین أئمة السلف*، ج ۱، (مشهد: مجمع البحوث الإسلامیة، ۱۴۱۰).

عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، ج ۱۷، (قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹).

علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *علامه حلی، تذکره الفقهاء*، ج ۱۶، (قم: مؤسسه آل‌البت علیهم السلام، ۱۴۱۴ هـ.ق).

تأملی در نسبت عقود غیر معین و عقد صلح | منصوری و همکاران | ۱۵۹

- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۳).
- فیاض، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، ج ۲، (بی نا، بی تا).
- کاشانی، ابی بکر، بدائع الصنائع، ج ۶، (پاکستان: المكتبة الحیبیة، ۱۴۰۹).
- کاشانی، فیض، محمد محسن، مفاتیح الشرائع، ج ۳، (قم: انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، بی تا).
- کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی، تحریر المجله، جلد ۲، قسم ۲، (نجف: المكتبة المرتضویة، ۱۳۵۹ ه ق).
- کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، (قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴).
- گلپایگانی، سید محمدرضا موسوی، هدیة العباد، ج ۱، (قم: دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳).
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸).
- مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، منهاج المؤمنین، ج ۲، (قم: انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶).
- مصطفوی، سید محمد کاظم، فقه المعاملات، (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۳).
- مظفر، محمد رضا، حاشیة المظفر علی مکاسب، ج ۱، (قم: حیب، بی تا).
- مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق علیه السلام، ج ۴، (قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱).
- مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة؛ کتاب البیع، (قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، ۱۴۲۵ ه ق).
- موسوی بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهیة، ج ۵، (قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹).
- موسوی خمینی، سید مصطفی، مستند تحریر الوسیلة، ج ۲، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸).
- میرزای قمی، ابو القاسم گیلانی، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، ج ۳، (تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳).
- نابینی، محمد حسین، منیة الطالب فی حاشیة مکاسب، ج ۱، (تهران: المكتبة المحمدیة، ۱۳۷۳ ه ق).
- نائینی، محمد حسین، مکاسب و البیع، ج ۱، (قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳).
- نراقی، محمد بن احمد، مشارق الأحكام، (قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد، ۱۴۲۲ ه ق).

نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ج ٢٦، (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ١٤٠٤ هـ.ق).

نجفی، بشیر حسین، *بحوث فقهیة معاصرة*، (نجف: دفتر حضرت آیه الله نجفی، ١٤٢٧).
وحید خراسانی، حسین، *منهاج الصالحین*، ج ٣، (قم: مدرسه امام باقر علیه السلام، ١٤٢٨).
یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، *حاشیة المکاسب*، ج ١، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ١٤٢١).
یزدی طباطبایی، سید محمد کاظم، *العروة الوثقی*، ج ٢، (بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ١٤٠٩ هـ.ق).

پ) فرانسوی

Code Civil Français

De Page, Philippe, Sindic, Barbara, Marr Coralie (2007), *Droit des Contrats, Anthemis*

Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Pierre-Yves GAUTIER, (2009) *Les contrats spéciaux*, Paris : Defrénois.

References

- Al-Kashani, Abi Bakr,(1988) *Badaeo al-Sanaee*, Vol 6, Pakistan, Habibah Library. (In Arabic)
- Amili, Sayyid Jawad ibn Muhammad Ḥusayni(1998), *Miftah al-Karama Fi Sharh Qawa'id al-Ahkam* by al-'Allama al-Hilli, Vol. 17, 1th Edition, Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom. (In Arabic)
- Ansari, Murtada Ibn Muhammad Amin (1994), *kitab al-Makasib*, Vol. 3, 1th Edition, Qom: Universal Congress for Reverence Great Shaykh Ansari.(In Arabic)
- Ardabili, Ahmad Ibn Muhammad (1983), *Majma' al-Fa'idat Wa al-Burhan Fi Sharh Irshad al-Adhhan*, Vol.9 ,Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom. (In Arabic)
- Bahjat, Muhammad Taqi (2002), *Wasilat al-Najat* , Qom: Shafaq Publication. (In Arabic)
- Bahraani, Muhammad Sanad,(2007) *Fighh Al-Masarif wa Al-Noghoud*, Qom: Fadak Library(In Arabic)
- Bahrani, Hossain Ibn Muhammad (N.D), *Al-Anwar al-lavam'i' Fi Sharh Mafatih al-Shara'T'* ,Vol. 12, Qom: Magma' Al-bohous Al -'Ilmiyya. (In Arabic)
- Bahrani, yusuf Ibn Ahmad (1984), *Al- Hada'iq al-Nadirah Fi Ahkam al-Itrah al-Tahirah*, Vol. 21, 1th Edition, Qom: Islamic Publication

- of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom. (*In Arabic*) Basri Bahrani, Mohammad Amin,(1992) *Kalimat Al-Taghwa*, Vol 5, Qom: Sayyid Gawad Wedaei. (*In Arabic*)
- Bihbahani, Muhammad Baqir(1996) *Commentary on Majma' alFa'idat wa al-burhan*, Qom: Institute of Allama Vahid Bihbahani. (*In Arabic*)
- Bin Ghodameh, Abd al_Rahman,(N.D) *al-Sharh al-Kabir*, Vol 5, Beirut: Publication of Daar al-Ketab al-Arabi. (*In Arabic*)
- Borujerdi, Sayyid Hossein Tababataei,(2008) *Jami' ahadith al-shi'a*, Vol 23, Tehran: Farhang Sabz Publication(*In Arabic*)
- civil code of france.(In French)
- Do Page, Philippe and Sindic, Barbara and Marr, Coralie (2007). *Law of Contracts: Anthemi* . (In French)
- Fayyaz, Mohammad Ishaq,(N.D) *Minhaj al-Salihin*, Vol 2.(*In Arabic*)
- Feiz Kashani, Mohammad Mohsin. (n.d.). *Al-Mafatih al-Shara'ei* (Vol. 3). Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library. (*In Arabic*)
- Golpaygani, Sayyid Mohammad reza,(1992) *Hedayat al-Ebad*, Vol 1, Qom: Daar Al-Quran Al-Karim. (*In Arabic*)
- Hadithi, Khalid Abd Hussain,(2015) *Compromise Contract*, Beirut: Law Publication of Halabi. (*In Arabic*)
- Hakim, Sayyid Mohsin (N.D), *Nahj al-Fiqaha, Qom: 22 Bahman publication*. (*In Arabic*)
- Hakim, Sayyid Mohsin,(1995) *Mostamsek al-'Urwat al-Wuthqa.*, Vol 13, Qom: Daar al_Tafsir(*In Arabic*)
- Hasfaki,(1994) *al-Dor al-Mokhtar*, Vol 8, Beirut: Daar al-Fekr Publication. (*In Arabic*)
- Hilli, Ahmad Ibn Muhammad,(1986) *al-Mohazzab al-Baree*, Vol 2, Qom: *Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom*. (In Arabic)
- Hilli, hasan Ibn Yusuf Ibn Muṭahhar (1992), *Qawa'id al-Ahkam Fi Ma'rifat al-Halal wa l-Haram*, vol 2 Qom: *Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom*. (*In Arabic*)
- Hilli, hasan Ibn Yusuf Ibn Muṭahhar (1993), *Tadhkirat al-Fuqaha'*, Vol. 16, Qom, Aal al-Bayt Peace Be upon Them Institute. (*In Arabic*)
- Hilli, Ibn Idris, Mohammad Ibn Mansour (1989), *al-Sara'ir al-Hawi li tahrir al-fatawi*, Vol. 2,Qom: *Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom*. (*In Arabic*)
- Hilli, Ja'far Ibn Hasan (1987), *Shara'i' al-Islam Fi Masa'il al-Halal Wa al-Haram* ,Vol. 2, Qom, Ismaelian Institute. (*In Arabic*)

- Hosseini Sistani, Sayyid Ali. (1996). Minhaj al-Salehin (Vol. 2). Qom: Office of Hazrat Ayatollah Sistani. (In Arabic)
- Imami khansaari, Mohammad*, Hashiyyat al-Saniyyah ala al-Makasib, (In Arabic)
- Isfahani, Muhammad Hossain (1997), Commentary on Kitab *al-Makasib*, Vol. 1, 1th Edition, Qom: Anwar al-Hoda Publication. (In Arabic)
- Isfahani, Sayyid Abu Alhasan, (2001) Wasilat al-Najat, Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (In Arabic)
- Ja'fari Langaroudi, Muhammad Ja'far, (1970) Mortgage and Compromise, 1th Edition, Ibn Sina Publication. (In Persian)
- Karaki, Ali Ibn Hossain Amili (1993,) *Jami' al-Maqāṣid Fi Sharh al-Qawa'id*, Vol 5, Qom: Aal al-Bayt Peace Be upon Them Institute. (In Arabic)
- Kashif al-Ghita', Muḥammad Ḥossain Ibn Ali (1940), *Tahrir al-Majalla* Vol. 2 Part. 2, *Najaf*: Al-maktabat al-Mortazaviyya. (In Arabic)
- Katouzian Nasser (2005), Iranian Civil Law, Specific Contracts, vol 1, Translative Contracts, Tehran: Sahami Enteshar Co. (In Persian)
- Katouzian Nasser (2007), Civil Law, Firms_Compromise, Tehran: Ganj Danesh Library. (In Persian)
- Khansaari, Sayyid Ahmad Ibn Yousof*, (1984) *Jamio al-Madark fi Sharh Mokhtasar al-Nafe'i*, Vol 3, Qom: Ismaelian Institute. (In Arabic)
- Khoei, Sayyid Abu l-Qasim Mousawi (1989) Minhaj al-Salihin, Vol. 2, Qom: Madinat al-Elm Publication. (In Arabic)
- Khoei, Sayyid Abu l-Qasim Mousawi (N.D), *Misbah al-Fiqaha*, Vol .2&3. (In Arabic)
- Khomeini, Sayyid Mustafa (N.D), Mostanad Tahrir al-Wasila (Commentary on Tahrir al-wasila) Vol .2, Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (In Arabic)
- Khomeini, Sayyid Rouhollah Mousawi (N.D), *Kitab al-Bay'*, transcribed by *Qadiri*, Tehran: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (In Arabic)
- Khomeini, Sayyid Rouhollah Mousawi (2012). Tahrir al-Wasila (Vol. 1). Qom: Daar al-Ilm Institute. (In Arabic)
- Khomeini, Sayyid Rouhollah Mousawi (2004). Tahrir al-Wasila (Vol. 2). Translator: Ali Islami, Qom: *Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya* Qom. (In Persian)
- Koleyni, Abou Jafar, Mohammad Ibn Yaqoub, Al-Kafi, Vol 5, , Tehran: Daar al_kutub al-Islamiyya. (In Arabic)

- Makarim Shirazi, Nasir (2004), *Anwar al-Fiqaha_ Kitab al-Bay'(Sale Book)*, Qom: Publication of Imam Ali Ibn Abi Talib Seminary. (In Arabic)
- Malaurie, Philippe and Laurent Aynes and Pierre-Yves Gautier (2009). *The Nominated Contracts*, Paris : Defrenois. (In French)
- Mansouri, Mohammad, Mehdi Al-Sharif, Mohammad, Tabatabai, Seyed Mohammad Sadegh (2018). Analyzing the Nature of Compromise Contract and the Measures of Qualification the Nominated Contracts as Compromise , Journal of Legal Studies, Vol. 10, No. 4, pp. 160-161. (In Persian)
- Mar'ashi Najafi, Sayyid Shahab al-diin,(1985), Minhaj al-Mominin, Vol 2, Qom: Publication of Ayatollah Mar'ashi Najafi Library. (In Arabic)
- Mirza Abolghasem Gilani,(1992) Mirza-ye Qomi: Jameh al-Shatat fi Ajwabat Istiftaat, vol 3, Tehran, Keyhan Institute. (In Arabic)
- Moqniyyah, Mohammad Jawad,(2000) Fiqh al-Imam al-sadiq *peace be upon him*, Vol 4, Qom: Ansariyan Institute. (In Arabic)
- Mostafawi, Sayyid Mohammad Kazim,(2002) Fiqh al-Moaamilat, Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom. (In Arabic)
- Mousavi Bojnourdi, Sayyid Hasan ibn Agha Bozorgh, Al-Ghawaeid Al-Fiqhiyyah, Vol 5, Qom: Al-Hadi Publication. (In Arabic)
- Mousavi Bojnourdi, Sayyid Hasan,(1998)al- *Qawa'id* al-Fiqhiyyah, Vol 5, Qom: Al-Hadi Publication. (In Arabic)
- Mozaffar, Mohammad Reza,(N.D) Hashiyyat al-Mozaffar ala al-Makasib, Vol 1, Qom: Habib Publication. (In Arabic)
- Mujahid Tabataba'i, Sayyid Muhammad (N.D), Kitab al-Manahil, Qom: Aal al- Peace Be upon Them Institute. (In Arabic)
- Na'ini, Muhammad Hossain (1953), *Munyat al-Talib Fi Hashiyat al-Makasib* (Commentary on *al-Makasib*), Vol. 1, Tehran: Muhammadiyya Bookstore. (In Arabic)
- Na'ini, Muhammad Hossain (1992), *Al-Makasib Wa al-Bay'*, Vol. 1, 1th Edition, Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom. (In Arabic)
- Najafi, Bashir Hossain (2006), Buhous Fiqhiyya Moa'athira (discussions about Contemporary Islamic jurisprudence), Najaf : Office of Ayatollah Najafi. (In Arabic)
- Najafi, Muhammad Hassan (1983), *Jawahir al-Kalam FI Sharh sharā'i' al-Islam* ,Vol. 26, 7th Edition,Beirut: Daar Ihya al-Turath al-Arabi. (In Arabic)
- Naraq, Muhammad Ibn Ahmad (2002), Mashariq al-Ahkam, Qom: Naraqiein Congress Mulla Mahdi & Mulla Ahmad. (In Arabic)

- Nematollahi, Esmaeil,(2014) The Object and Subject-matter of Contract, Qom: Research Institute of Hawzah and University(In Persian)
- Rahpeik, Siamak,(2006) A Review of the Nominate Contracts(Compromise Contract), Law views, No 38&39. (In Persian)
- Rouhani, Sayyid Sadiqh,(N.D) Al-Masa'il Al-Mostahdathah, Qom. (In Arabic)
- Rouhani, Sayyid Sadiqh,(N.D) Minhaj al-Salihin, Vol 2 (In Arabic)
- Rouhani, Sayyid Sadiq (1991), Fiqh al-Sadiq Peace Be upon Him Vol. 20&15, Qom, Daar al-kitab_ Imam
- Sadiq Peace Be Upon Him Seminary. (In Arabic)
- Sabziwari, Muhammad Baqir Ibn Muḥammad Mu'min (2002), *Kifayat al-Ahkam, Voll, Qom: Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom. (In Arabic)*
- Sabzevari, Sayyid Abd AlAalaa, (1992). Muhazzab al-Ahkam , Vol18 Qom: Al Manar. (In Arabic)
- Sadouq, Mohammad Ibn Ali Ibn Babewayh,(1992) Man La Yahzoroh al-Faqih, Vol 3, Qom: *Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom. (In Arabic)*
- Sadr, Sayyid Mohammad,(1999) Mawarao al-fighh, Vol 5, Beirut: Daar al-azwae. (In Arabic)
- Safi Golpaygani, Lotf Allah,(1995) Hedayat Al-Ebad, Vol1, Qom: Daar Al-Quran Al-Karim. (In Arabic)
- Sanhuri, Abd al-Razzaq (N.D), *Al-Wasiṭ Fi Sharḥ al-Qanun al-Madani al-Jadid*(Medium commentary on the new Civil Code), Vol. 5, Beirut: Daar Ihya al-Turath al-Arabi. (In Arabic)
- Seimary, Mofleh ibn Hasan, Ghayat al-Maram fi Sharh *Sharā'i' al-Islam, Vol 2*, Beirut: Daar al-Hadi. (In Arabic)
- Shahid Awwal, Muḥammad Ibn Makki (1996), al-Durus al-Shari'a Fi Fiqh al-Imdmiya, Vol 3, Qom: *Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom. (In Arabic)*
- Shahidi, Mahdi, Creating Contracts and Obligations,(2009), Tehran: Majd Publication.(In Persian)
- Shahid Thani, Zayn al-Din Ibn NUr al-DIn 'Ali al-'Amili(1992), Masalik al-Afham Fi Sharh Shara'i' al-Islam, Vol. 4, Qom: Ma'arif Islami Institute. (In Arabic)
- Shahid Thani, Zayn al-Din Ibn NUr al-DIn 'Ali 'Amili(1989), Al-Rawda al-Bahiyya Fi Sharh al-Lum'a al-Dimashqiya, Vol. 4, Qom: Davari library. (In Arabic)

- Tabarsi, Fazl Ibn Hasan,(1989) al-Motalaf min al-Mokhtalaf bayn Aeimmat al-salaf, Vol 1, Mashhad: Majmao al-bohous al-Islamiyyah. *(In Arabic)*
- Tabaṭaba'i Haeri, Sayyid Ali ibn Muhammad (1988),al-Sharh al-Saghir fi Sharh Mokhtasar al-Nafe'i_ *Hadighat al-Momenin, vol 2, Qom: Publication of Ayatollah Mar'ashi Najafi Library. (In Arabic)*
- Tabaṭaba'i, Sayyid Taghi(2005), Mabani Menhag al-Salihin, vol 9, Qom: Ghalam al-Shargh Publication.*(In Arabic)*
- Tabaṭaba'i Yazdi, Al-Sayyid Muḥammad Kazim(1988), *al-'Urwat al-wuthqa., Vol. 2, Beirut: Al-Aalami Institute. (In Arabic)*
- Tabaṭaba'i Yazdi, Al-Sayyid Muḥammad Kazim(2000), Commentary on al-Makasib, Vol. 1, Qom: Ismaelian Institute. *(In Arabic)*
- Tabataba'i, Sayyid 'Ali ibn Muhammad (1997), Riyad al-Masa'il , Vol.8& 9, Qom: Aal al-Bayt Peace Be upon Them Institute. *(In Arabic)*
- Tabrizi, Jawad Ibn Ali,(2005) Minhaj al-Salihin, Vol 2, Qom: Imam Mahdi *peace be upon him Institute. (In Arabic)*
- Tusi, Muhammad Ibn Hasan (1986), Al-Khalaaf , Vol. 3, Qom: *Islamic Publication of Theological Lecturers Association of Hawza 'Ilmiyya Qom. (In Arabic)*
- Tusi, Muhammad Ibn Hasan (1986), Tahdhib al-ahkam , Vol. 6, Tehran: Daar al_kutub al-Islamiyya. *(In Arabic)*
- Tusi, Muhammad Ibn Hasan(1967) Al-Mabsut Fi Fiqh al-Imamiyya, Vol. 2, Tehran: Al-maktabat al-Mortazaviyya le-Ehya Athar al- Jafaryya. *(In Arabic)*
- Vahid Khorasani, Hussain,(2007) Minhaj al-Salihin, vol 3, Qom: Imam Bagir *peace be upon him. (In Arabic)*

