

## متن پیاده سازی شده

### بسم الله الرحمن الرحيم

در دو جلسه گذشته به چند انگیزه، ماده 217 از قانون مدنی را بررسی می‌کردیم که می‌گفت: لازم نیست جهت معامله ذکر شود اما اگر ذکر شد باید مشروع باشد. یک ماده 218 هم داشتیم که قبل از انقلاب آمده بود: معامله به قصد فرار از دین نافذ (بطلان) نیست. بعد سال 1361 این ماده حذف شد دوباره سال 1370 اصلاحی خورد. گفتیم قید «صوری» را به آن اضافه کردند. در این جلسه باید نقد این ماده‌ها رو بیان کنیم. ماده 217 دو مفاد داشت: اولاً؛ جهت معامله لازم نیست تصریح شود. ثانیاً؛ اگر تصریح شد باید مشروع باشد. سوال: مراد از تصریح چیست؟ گاهی می‌گوید انگور را فروختم یا خریدم تا شراب کنم، این تصریح است. اما اگر متعاملین از قبل صحبت‌ها را کرده‌اند و قرار را گذاشته‌اند که شراب کنند ولی در معامله هیچ اسمی نمی‌آورند، آیا این هم تصریح است؟ اینجا دو صورت است یا اشاره به اون صحبت‌های قبل شده، که تصریح است یا اشاره نشده، اگر اشاره نشده باز دو صورت است یا معامله را مبتنی بر آن صحبت‌ها انجام می‌دهند یا مبتنی نمی‌کنند، اگر مبتنی نمی‌کنند، تصریح نیست. تمام بحث جایی است که قبلاً صحبتی شده و معامله مبتنی بر آن صحبت انجام شده ولی هیچ اسم یا اشاره‌ای از آن صحبت به میان نیامده است. اگر حکم المذكور فی العقد را داشته باشد تخلف از آن خیار تخلف می‌آورد، اما اگر حکم المذكور را نداشته باشد صرفاً یک شرط ابتدائی است و بنا به نظر معروف و مشهور شروط ابتدائی لازم الوفا نیست. این فرع در فقه هم بعد از بیع فضولی مورد بحث است و اختلافی است. حالا اگر مثلاً در فقه ما یک اتفاقی داشتیم می‌گفتیم چون قانون مدنی ما هم ناظر به فقه است لذا همان قرینه حالیه می‌شود، اما در فقه یک قرار ثابتی نداریم. به همین دلیل، این ماده قانونی به نظر ما از این جهت ابهام دارد.

البته شاید کسی بگوید؛ ظاهر تصریح که در ماده آمده است، بیان در عقد است و جایی که عقد را مبتنی بر قرار قبلی انجام می‌دهند ولی هیچ اسمی از آن قرار نمی‌آورند، بیان در عقد نیست. قدر متیقن هم همین است که باید در عقد مطرح شود. حالا اگر فردا کسی قاضی شد، در این موارد باید حکم به صحت بکند؛ چون آنچه از این ماده فهمیده می‌شود این است که باید در متن عقد باشد.

یک بحثی هم هست که آیا این ماده فقط عقد بالصیغه را می‌گوید یا معاطات را هم شامل است؟ معاطات عقد ندارد، به همین خاطر برخی شروط معامله معاطاتی را لازم نمی‌دانند. تطبیق قانون هم جای عرف نیست بلکه جای دقت است باید ببینیم قانون در اینجا تطبیق دارد یا خیر؟ به نظر ما ظاهر ماده شامل انشاء بالصیغه است و شامل انشاء با دادن و گرفتن (معاطات) نمی‌شود. البته پرونده این بحث باز است و خودتان هم تأمل بکنید. البته اگر بجای «تصریح شده باشد» در ماده می‌گفت «در متن عقد بیاید» این بحث‌ها مطرح نمی‌شد.

خب این سوال و جواب اول پیرامون ماده 217 بود.

اما اشکال به ماده 217: این ماده چه پشتوانه فقهی (نزد علماء) و سندی (نزد ائمه، پیامبر و خدا) دارد؟ اگر جایی تصریح کرد که می‌خواهد ببرد و در حرام استفاده کند اما ما می‌دانیم که موفق نمی‌شود، یا تصریح نکرد ولی یقین داریم که می‌برد و در حرام استفاده می‌کند، اینجا وظیفه چیست؟ اینجا تعاون بر اثم اگر مطرح شود، تعاون بر اثم ربطی به تصریح یا عدم تصریح ندارد، یا بین قانون دفع منکر با تصریح و عدم تصریح عام و خاص من وجه بود، یا اکل ما به باطل در جایی که طرف تصریح می‌کند با انگور می‌خواهم شراب درست کنم ولی ما می‌دانیم می‌برد خود انگور را احسان می‌کند، اینجا دیگر مواکله کال به باطل نیست. لذا به نظر ما نه دلیلی پشتوانه این حرف است نه فقهی این حرف را می‌زند؛ لیس له دلیل و لا علیه فقیه. (برخی از مطلعین و

موثقین می‌گفتند این ماده 217 متأثر از قانون فرانسه است، قانون مدنی ما در سه مرحله تصویب شد در دوره ششم قانون گذاری، 130، در دوره نهم و دوره دهم، تا 955 قانون تصویب شد. از علما مرحوم مدرس و برخی دیگر و چند نفر از حقوق‌دان‌های کشور که تحصیل کرده فرانسه بودند، حضور داشتند. گاهی هم از قانون بلژیک گرفتند. لذا این حقوق ما رنگ اسلامی \_ فرانسوی دارد.

البته شاید بگوییم قانون‌گذار مدنی اینجا متأثر از کلام مرحوم شیخ بوده است. قبلا دو روایت بحث کردیم، یکی می‌گفت: از امام (ع) سوال کردم کسی خانه‌اش را اجاره می‌دهد تا شراب در آن فروخته شود، فرمودند: اجرت حرام است. یک روایت معتبره از ازین هم داشتیم می‌گفت: سوال کردم شخصی کشتی را اجاره می‌دهد تا خمر و خنزیر بار کنند، امام (ع) گفتند: لا باس. مرحوم شیخ بین این دو جمع کردند که: اگر در متن عقد به عنوان رکن یا شرط تصریح شود اجرت حرام است؛ چون خلاف شرط است اما اگر در متن عقد تصریح نشود لا باس. مراد از متن عقد هم همان صیغه است. قانون‌گذار هم گفت: اگر در متن عقد نگفتند اشکال ندارد (مثل مرحوم شیخ که گفت: اگر در متن عقد نگویند ولو اینکه با کشتی خمر بار کند اشکال ندارد) اما اگر گفتند باید مشروع باشد. پس اگر خوش بین باشیم باید بگوییم قانون‌گذار نظر به این کلام مرحوم شیخ داشتند. اما این یک مشکلی دارد: اگر بگوییم قانون‌گذار نظرش اشتراط و عدم اشتراط است؛ یعنی اگر اشتراط غیر مشروع در متن عقد باشد باطل است و الا باطل نیست. اما ماده 232 می‌گوید: اگر متعاملین شرط کنند و شرط خلاف شرع باشد، شرط لغو است ولی معامله صحیح است. لذا این توجیه بالا مشکل پیدا می‌کند. ولی در جلسه بعدی یک بحثی مطرح خواهد شد، به نظر ما ماده 232 منافاتی با عرض ما در آن توجیه ندارد.

اشکال به ماده 218: در ماده آمده بود: اگر معامله ای به قصد فرار از دین باشد و صوری باشد، باطل است، بعد هم اداره حقوقی تفصیل کرد که با دو شرط، باطل است. اینجا اگر معامله صوری باشد یعنی طرف اساسا قصد معامله ندارد و معامله حتما باطل است، این نیاز به گفتن ندارد که در ماده آمده است. اگر قصد نباشد هزار تا عقد هم خوانده شود منعقد نمی‌شود. قوام معامله به قصد و انشاء است. لذا اگر قصد فرار هم نباشد اما صوری باشد معامله باطل است. بلی؛ گاهی انسان دلش به معامله نیست ولی بالاخره معامله می‌کند و قصد هم دارد، این صوری نیست جدی است.