

## اصل لزوم قراردادهای در فقه و قانون مدنی ایران

سید امیرمهدی امین<sup>۱</sup>

### چکیده:

قراردادهای که بیانگر روابط حقوقی بین اشخاص می‌باشند یکی از مهم‌ترین منابع تعهد به‌شمار می‌روند. جهت و هدف‌گایی قراردادهای، ایجاد حق و تکلیف برای طرفین قرارداد است. چنانچه این قراردادهای قوه الزام‌آور نداشته باشند یعنی هیچ قوه مانعی وجود نداشته باشد که خسارت زیان‌دیده از نقض قرارداد را حمایت کند، مدار زندگی افراد جامعه هر لحظه در معرض انهدام است. ما در این تحقیق برآنیم که: اصل لزوم، اصل اولیه کلیه قراردادهاست و دایره شمول این اصل، محدود به عقود معین نمی‌باشد.

### واژگان کلیدی:

فقه، قانون مدنی، اصل، لزوم، عقد

**مقدمه:**

در سیستم حقوقی ایران و اسلام، باب معاملات از پرچینجال‌ترین مباحثی است که نظریه‌پردازان حقوق اسلام و ایران را به نقد و بررسی و تنقیح موضوعات آن واداشته است. در این میان اصل لزوم در قراردادهای، جایگاه ویژه‌ای دارد که بعد از بررسی شرایط و ضوابط صحت قراردادهای، اولین مطلبی که شاید مدنظر می‌آید این است که: آن قرارداد، لازم است و تا زمانی که این لزوم خدشه‌دار نشده است، اصل اولیه «اصاله‌اللزوم» بر آن جاری و حاکم است. البته در اغلب متون اسلامی، این اصل را صرفاً در عقود معین جاری و ساری می‌دانند اما امروزه این اعتقاد در میان اکثر فقهای کنونی و حقوقدانان وجود دارد که اصل لزوم نه تنها بر عقود معین جاری است بلکه در عقود نامعین نیز اصل اولیه، اصل لزوم است.

## مبحث اول - اصل لزوم قراردادهای در فقه

از دید فقه امامیه و حتی فقه اهل سنت، در عقود، چه در معاملات و معاوضات و چه در معاهدات، اصل اولیه، لزوم است و نتیجه این اصل آن است که اگر در لزوم یا جواز عقد یا معامله‌ای شک کردیم، اصله اللزوم جاری می‌شود مگر این که دلیل خاصی حکایت از جایز بودن آن نماید. البته این جواز نیز ممکن است از یک طرف عقد باشد و یا از دو طرف عقد باشد. نخستین کسی که به این قاعده استدلال کرده است مرحوم علامه حلی (ره) است و دیگران نیز از وی تبعیت کرده‌اند.<sup>۱</sup>

## گفتار اول - اصل لزوم قراردادهای در فقه امامیه

### الف - معنای «اصل»

گروهی از فقها قائلند که اصل اولیه در تمامی عقود، اصل لزوم است. گروهی دیگر قائل به اصل دیگری یعنی اصل استصحاب شده‌اند و می‌گویند: هر عقدی دارای اثری است و هر زمان که شک در وجود اثری کردیم که بر آن بار شده است استصحاب را جاری می‌سازیم، زیرا استصحاب، «ابقاء ماکان علی ما کان» می‌باشد.

مرحوم شیخ انصاری نظریات فقها را در خصوص معنای اصل در چهار نظر مختلف، استحصاء نموده‌اند که این چهار نظر به شرح ذیل است:

اول: معنای اصل، غلبه و رجحان است، بدین معنا که در اغلب موارد عقود لازم هستند نه جایز.<sup>۲</sup> صاحب این نظریه مرحوم محقق کرکی است که در جامع المقاصد فی شرح القواعد در توضیح این جمله می‌گوید که: «الاصل فی البیع اللزوم، به این معناست که بیع، مبتنی بر لزوم است نه جواز گرچه در بعضی افراد آن جواز عارض می‌شود یا این که در بیع ارجح این است که لازم باشد، با نظر به این که اکثر افراد بیع لازم می‌باشند».<sup>۳</sup> ملاحظه می‌شود که محقق کرکی، اصل را به معنای غلبه و رجحان گرفته است.

۱- بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، نشر میعاد، چاپ دوم، ۱۳۷۲، ص ۲۴۳ به نقل از کتاب تذکره مرحوم علامه حلی که می‌فرماید: «الاصل فی البیع اللزوم لان الشارع وضعه مفیداً لنقل الملك...». البته همین بیان را شیخ انصاری (ره) در مکاسب از علامه حلی در ص ۳۰۳ نقل کرده است.

۲- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، الجزء الثانی، الخيارات، قم، المنشورات دارالذخائر، الطبعة الاولى، ۱۴۱۱ق، ص ۳۰۲.  
 ۳- کرکی، شیخ علی بن حسین، معروف به «محقق ثانی»، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، قم، مؤسسه آل البیت، ۱۴۱۱ق، ص ۲۸۲.

دوم: اصل لزوم همانند اصل طهارت و اصل برائت، قاعده‌ای خواهد بود که از کتاب و سنت استفاده می‌شود و به هنگام شک به آن رجوع می‌شود.<sup>۱</sup>

سوم: اصل به معنای استصحاب می‌باشد یعنی، در صورت فسخ یکی از متعاملین ترتب آثار عقد مورد تردید قرار می‌گیرد و مقتضای قاعده استصحاب، بقای اثر عقد است و نتیجه آن لزوم عقد خواهد بود.<sup>۲</sup>

چهارم: این که معنای لغوی واژه بیع و بنای عرفی<sup>۳</sup> و شرعی آن بر لزوم است. یعنی، مردم وقتی خرید و فروش می‌کنند بنای آن‌ها بر آن است که مالک اولیه نسبت به مال اجنبی شده و مطابق همین معنا خیارات حقی است خارجی که قابل اسقاط می‌باشد و بیع هم چون هبه نمی‌باشد که قابل رجوع است، زیرا قابلیت رجوع هبه، از احکام شرعی است و غیر قابل اسقاط.

معنای اصل در چهار معانی فوق‌الذکر از لحاظ نتیجه فقهی و حقوقی یکسان نمی‌باشد. زیرا اگر اصل لزوم قاعده‌ای باشد مستفاد از کتاب و سنت نظیر آیه «اوفوا بالعقود» و یا روایتی از قبیل «لایحل دم امرء الا بطیب نفسه» و «الناس مسلطون علی اموالهم» و...، در این صورت از ادله اجتهادی می‌باشد و مفاد آن نیز چون قاعده «لاضرر» کاشف از واقع می‌باشد. فلذا مفاد آن حکم واقعی خواهد بود. ولی چنان چه اصل لزوم مستفاد از استصحاب و... باشد در این صورت از ادله فقهاتی است که هیچ‌گونه کشف از واقع ندارد؛ فلذا مفاد آن، حکم ظاهری خواهد بود.<sup>۴</sup>

اینکه نظر مختار ما کدام یک از چهار معنای فوق‌الذکر است، ارائه نظر را به گفتارهای بعدی این مبحث احاله می‌دهیم.

۱- انصاری، شیخ مرتضی، منبع پیشین، ص ۳۰۲.

۲- همان، ص ۳۰۲.

۳- همان، ص ۳۰۶. (عبارت چنین است: احسن الوجوه فی اللزوم هو ان بناء البیع علی اللزوم... مقتضی البیع عرفاً لزومه دائماً).

۴- المظفر، الشیخ محمدرضا، اصول الفقه، نشر دانش اسلامی، ۱۴۰۵ ق، با استفاده از تعریف حکم واقعی و حکم ظاهری.

## ب - تعریف «عقد»

واژه عقد از جهت لغوی<sup>۱</sup> به معنای «رَبَطاً» یعنی بستن و گره زدن ریسمان به کار می‌رود و از جهت اصطلاح حقوقی و فقهی نظریه پردازان پیرامون آیه شریفه «وفوا بالعقود...» به شرح ذیل اظهار نظر کرده‌اند:

شیخ انصاری عقد را مطلق تعهد دانسته است و عقد در آیه فوق را نیز به معنای هر عقدی قلمداد کرده است نه عقد معین و بخصوص: «فمنها قوله تعالى «وفوا بالعقود» دل علی وجوب الوفاء بكل عقدٍ و المراد بالعقد مطلق العهد كما فسره فی صحیحہ ابن سنان المرویه فی تفسیر علی بن ابراهیم او ما یسمى عقداً لغهً و عرفاً»<sup>۲</sup>.

یعنی شیخ انصاری معنای لغوی و عرفی عقد را در آیه ملحوظ داشته است و هر آنچه را که از دید عرف عقد باشد، مشمول آیه «وفوا بالعقود» دانسته است.

حضرت امام خمینی(ره) در کتاب بیع خود معنای عقد و تجارت را توسعه داده و تمامی عقود و قراردادهایی که سبب ایجاد حق یا نقل ملکیت است و تمامی قراردادهای خصوصی و معاوضات و معاطات و عقود معین را مشمول آیه و عنوان عقد و تجارت دانسته‌اند: «من هنا ممکن التوسع فی السبب الحق لکل ما هو سبب حق لدی العقلاء لتحصیل المال، کسائر المعاوضات العقلایه غیر البیع... لکن الظاهر عدم اختصاص التجاره بالبیع، بل تشمل سائر المكاسب كالصلح و الاجاره و غیرهما...»<sup>۳</sup> حضرت امام(ره) تعهد را اعم از عقد می‌داند چرا که قائلند عهد اعم مطلق است.

سید محمد صدر در کتاب ماوراء الفقه در بیان استدلال به آیات «وفوا بالعقود» و «و لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراضٍ منکم» می‌گویند: «این عناوین «عقود» و «تجارت» عناوین عرفیه می‌باشند فلذا واجب است که ما تعاریف و مصادیق این عناوین را از عرف بازار اخذ نماییم... پس هر وقت که عرفاً معامله‌ای عقد یا تجارت باشد صحیح است و واجب است وفای به آن، بلکه اگر معامله‌ای به گونه‌ای باشد که عرفاً بر آن صدق معامله و عقود نشود داخل در موضوع آیات فوق‌الذکر نمی‌شوند و صحیح نمی‌باشد»<sup>۴</sup>.

۱- بند ریگی، محمد، ترجمه منجدالطلاب، انتشارات اسلامی، چاپ ششم، تابستان ۱۳۶۸، واژه «عقد».

۲- انصاری، شیخ مرتضی، منبع پیشین، ص ۳۰۶.

۳- موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، قم، مطبعه المهر، صص ۶۳-۶۴.

۴- صدر، سید محمد، ماوراء الفقه، الجزء الثاني، دارالاصول، الطبعة الاولى، صص ۲۹۷-۲۹۸.

با توجه به این که عقد اول بار در امور محسوسه به کار می‌رفت ولی بعداً به طور استعاره نسبت به امور معنویه مانند معاملاتی از قبیل بیع و اجاره و امثال آن بین مردم رایج بود به کلیه عهدها و پیمان‌ها تعمیم یافت و از آن نظر که اثر معنای عقد که لزوم و التزام است در این موارد وجود داشت، لذا این کلمه (عقد) بر آن‌ها اطلاق شد.<sup>۱</sup>

عقد (که همان عهد است) بر همه پیمان‌های دینی که خداوند از بندگانش گرفته منطبق است، اعم از این که ارکان و اجزاء دین باشد مثل توحید و سایر معارف اصلی و اعمال عبادی یا احکامی که «تأسیساً» یا «امضاءاً» (از جمله عقود و معاملات) تشریح شده باشد.<sup>۲</sup>

با توجه به نظرات اعظم و نظریه پردازان معلوم است که لفظ عقد فقط بر عقود معهود مثل بیع و اجاره و... که از جمله عقود معین می‌باشند اطلاق نمی‌شود بلکه به عقود نامعین نیز غیر از عقود معهود صدق می‌کند. بلکه اصلاً در صدق عقد نیازی به صدور لفظ از جانب عاقد نمی‌باشد و همان‌طور که در بیان حضرت امام خمینی (ره) و شیخ انصاری و سید محمد صدر و... آمده است معاملات و معاوضات که با داد و ستد انجام می‌گیرد نیز عنوان عقد بر آن صدق می‌کند که جهت تأیید و تأکید مطلب چند نمونه از بیانات فقها و علماء در ذیل بیان می‌شود:

سید محمد کاظم طباطبایی در عروه‌الوثقی در مقام بیان این که عقد مزارعه معاطاتی صحیح است و بعد از تصرف، عقد لازم می‌شود این‌گونه بیان می‌کند: «اما المزارعه المعاطاتیه فلا تلزم الا بعد التصرف...»<sup>۳</sup>، یعنی در عقد بودن مزارعه معاطاتی بحثی نیست فقط لزوم عقد مزارعه، مشروط به تصرف می‌باشد مثل بیع صرف که قبض شرط صحت آن است در این جا نیز تصرف شرط لزوم عقد مزارعه معاطاتی می‌باشد و الا تا زمانی که تصرف حاصل نشده هر یک از طرفین عقد حق بر هم زدن عقد مزارعه را خواهند داشت.

سید محمد کاظم طباطبایی در عقد مساقات نیز قائلند که بعد از ایجاب قولی می‌تواند قبول فعلی باشد، همان‌طوری که خود معاطات کفایت از ایجاب و قبول لفظی خواهد کرد.<sup>۴</sup>

۱- حجتی کرمانی، محمد جواد، ترجمه تفسیرالمیزان، ج ۹، قم، انتشارات دارالعلم، ص ۲۹۴.

۲- همان، ص ۶.

۳- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، عروه‌الوثقی، ج ۲، تهران، ۱۳۷۷ ق، ص ۷۱۲.

۴- «کما انه یکفی المعاطاه...»، همان، ص ۷۳۶، سطر اول.

ایشان همین مطلب را در ضمان تأکید و بیان می‌دارند.<sup>۱</sup> سید، معاطات را در اجاره نیز صحیح می‌داند پس می‌توان ایجاب را با قول و لفظ آورد و قبول با عمل و فعل صورت گیرد.<sup>۲</sup>

همان طوری که در سوال و جواب از محقق قمی برداشت می‌شود، محقق طریقه مستمره اهالی را دال بر وجود تعهد و لزوم پای‌بندی به آن طریقه می‌داند.

«سوال: هر گاه رودخانه‌ای بوده باشد - و نه دریاچه - از قدیم الایام قرارداد آن را به این نوع نموده‌اند که به هر یک از قرای مذکوره بندی بسته که سد آب و حد ایشان بوده و بندهای مذکوره فوق و تحت یکدیگر واقع شده‌اند و فاصله یکی از بندی تا بند دیگر باشد که ریزش بند اول از ثانی و ثانی از ثالث و همچنین تا آخر و هر یک از بند خود نه‌ری منشق و زراعت می‌نمایند. از آن تاریخ تا به حال به همین استمرار قرارداد که پشت در پشت بنا و بنیاد آن شده بود معمول، و تغییر و تبدیلی در حدود مشخصه سابقه تا این اوقات اتفاق نیفتاده بود که احدی از حد معینه تجاوز کرده باشد. الحال نظر به تنگ آبی، اهل یک مزرعه دست از استمرار آباء و اجداد برداشته بندی که سد ایشان بوده آن بند را موقوف و واگذاشته و به فاصله کلی از بند خود که محل و مجرای آب و بند آخر است می‌خواهد احداث قناتی کرده باشد که هر گاه این قنات کنده شود آب مزرعه آخری بالممره خشک می‌شود و اهل آن مزرعه متضرر می‌شوند. آیا می‌رسد که این احداث را کرده و ضرر به مسلمان برسد یا نه؟»

جواب: طریقه مستمره را نمی‌توانند بر هم زد و حفر قنات یا امری که باعث نقص قریه پایین‌تر می‌شود جایز نیست.<sup>۳</sup>

این طور که از سوال و جواب معلوم و ظاهر است اولاً لزومی به تنظیم قرارداد لفظی و یا کتبی نمی‌باشد بلکه همین که عرف و بناء عقلاء اهل محل بر چیزی بوده و خصوصاً بر آن بناء و طریقه استمرار داشته باشند دال بر توافق و وقوع عقد است. ثانیاً این‌گونه قراردادها نیز لازم است، گرچه در زمره عقود معینی قرار نگرفته باشد. ثالثاً محقق قمی این‌گونه قراردادها را در باب صلح بحث کرده است، چرا که در آن زمان تمامی مواردی که

۱- همان، ص ۷۵۹.

۲- همان، ص ۵۷۵.

۳- جیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن حسن، معروف به «میرزای قمی»، جامع الشتات، ج ۳، با تصحیح مرتضی رضوی، انتشارات کیهان، چاپ اول، تابستان ۱۳۷۱، ص ۹۳.

شرایط خاص عقود معین را واجد نبودند در قالب عقد صلح ریخته می‌شدند و به بیان دیگر حتی عقود معین نیز می‌تواند در قالب عقد صلح ریخته شود و آثار همان عقود را نیز داشته باشد ولی بدین معنی است که قراردادها و عقود غیرمعین نیز دارای اعتبار است و مشمول عنوان عقد و آیه «اوفوا بالعقود» می‌باشند.

مؤید مطلب فوق بیان علامه طباطبایی در تفسیرالمیزان در مقام تفسیر آیه «اوفوا بالعقود» است که ایشان می‌فرمایند: واژه «العقود» در جمله «اوفوا بالعقود» جمع با «الف» و «لام» است و چنین جمعی در زبان عرب افاده عموم می‌کند که با در نظر گرفتن این امر، آیه مذکور چنین معنی می‌دهد «ای کسانی که ایمان آورده‌اید به همه قراردادها پای‌بند باشید».

ایشان در دنبال تفسیر آیه می‌فرمایند: «ظاهر، جمع محلی با الف و لام است و این که «عقد» عرفاً نسبت به هر عقد و حکمی اطلاق می‌شود... به طوری که از ظاهر آیه «اوفوا بالعقود» ملاحظه می‌کنید، قرآن دلالت بر امر به وفا می‌کند و ظاهر این امر عام است و شامل همه چیزهایی می‌شود که عرفاً «عقد» بر آن صادق است و با «وفاء» سازگار است».

یعنی علامه(ره) معنای عقد را تشریحی نمی‌دانند بلکه معنی عقد را عرفی می‌دانند و هر آن چه که عرفاً عقد بر آن صدق کند را مشمول آیه می‌دانند.

به بیان دیگر دلیلی وجود ندارد که «الف» و «لام» را در «العقود» عهدی بگیریم. زیرا «الف» و «لام» جنس نیز امکان دارد در جمع به کار رود، که در این صورت این گونه معنی خواهد داد که منظور از صیغه «العقود» جنس عقود می‌باشد که هر یک از عقود معین مثل بیع و اجاره و عقود غیرمعین را نیز شامل می‌شود و در صورت تردید در تفسیر مفهوم عام مربوط به جمع مصدر به «الف» و «لام» اصل عدم تقيید جاری می‌شود.

تأکید بر معنی عرفی عقد با ملاحظه صدر آیه ۲۹ سوره نساء «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض منکم»، معلوم می‌شود که جمله «تجاره عن تراض»، از جهت نوع و ماهیت معامله، شامل عقود معین و غیرمعین که موضوع آن به طور مستقیم، مال یا تعهد بر انجام عملی که منتهی به انتقال مال است، می‌باشد و اعتبار و مشروعیت هر عقد ناشی از تراضی طرف‌های مربوط به آن را تأیید می‌کند زیرا واژه «تجارت» همانند واژه «عقد» همان طوری که از علامه طباطبایی نقل



شد حقیقت شرعیه ندارد و منظور از آن در مطلق عملی است که عرفاً عقد یا تجارت گفته می‌شود و دلیلی بر تقیید آن به عقود معین وجود ندارد. ظاهر آیه این است که تجارت ناشی از تراضی، اکل مال دیگری را مباح می‌کند نه این که جواز اکل مال مزبور، موارد تجارت معتبر ناشی از تراضی را محدود به معاملاتی کند که موضوع آن مستقیماً مال و نتیجه بی واسطه آن اکل مال باشد. بنابراین، معنی آیه مزبور چنین می‌شود که «ای کسانی که ایمان آورده‌اید اموال یکدیگر را به باطل نخورید، مگر این که از راه تجارت حاصل از تراضی باشد».

یعنی مفهوم مخالف آن، این است که تجارت، ناشی از تراضی اکل مال به باطل نمی‌باشد و آنچه که اکل مال به باطل نباشد، مشمول عنوان تجارت و عقد است و وفای به آن واجب است.

واژه عقد و تجارت را می‌توان توسعه داد و شروط ضمن عقد را نیز مشمول عنوان عقد و تجارت در آیات فوق‌الذکر دانست زیرا با استناد به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» و یا «المسلمون عند شروطهم» که در احادیث معتبر و متعدد در جهت اعتبار شرط و لزوم رعایت آن مورد استفاده قرار گرفته‌اند؛ حتی بعضی قائلند به این که شرط اعم از عقد و قرارداد می‌باشد زیرا عقود نیز شروطی هستند که طرفین مشروط له و مشروط علیه بر عمل به آن توافق و تراضی دارند. پس این احادیث مؤید این مطلب می‌باشند که همه قراردادهای معتبر و لازم‌اند مگر دلیل خاصی بر جواز آن‌ها اقامه شود، زیرا صرف نظر از این که در بعضی کتب لغت، واژه «شرط» به طور مطلق به معنی پیمان آمده و این اطلاق شامل تعهد مستقل و تعهد مندرج ضمن عقد می‌شود، حتی اگر معنای حقیقی و اصلی آن را پیمان مندرج ضمن عقد بدانیم و به کار رفتن آن را در معنای مطلق نسبت به معنای اصلی مجاز تلقی کنیم، با لحاظ این که در اصطلاح فقهی و در «احادیث»، به فراوانی در معنی مطلق به کار رفته است استنباط این معنا از آن در اصطلاح فقهی بعید به نظر نمی‌رسد، بنابراین مبنا و با لحاظ مفهوم عام که از کلمه جمع مضاف «شروطهم» استفاده می‌شود، اعتبار عقود غیرمعین را می‌توان از آن استنباط و استفاده کرد.

به علاوه آیات زیادی از قرآن مجید به روشنی بر اعتبار مطلق معاهدات و پیمان‌ها و لزوم اجرای تعهدات مربوط به آن‌ها و زشتی نقض پیمان‌ها و پشت پا زدن به آن‌ها دلالت دارد با لحاظ این که قراردادهای مزبور مقید به نوع خاصی نشده‌اند و در نظر گرفتن تنوع

این معاهدات از حیث اسکلت و شرایط، در شمول آیات مزبور نسبت به پیمان‌های غیرمعین تردیدی باقی نمی‌ماند.<sup>۱</sup>

هم‌چنین با نظر به سیره عقلاء و بنای آن‌ها از جمله سیره عقلای عصر حضرت رسول و ائمه معصومین و... که در روابط خود بر قراردادهایی که انشاء می‌کردند ارزش و اعتبار قائل بودند و خود را به تعهدات آن ملزم می‌ساختند، نیز قرینه‌ای است بر این که عقود آیات و روایات بر عقود غیرمعین نیز صدق می‌کند به خصوص که از جانب شارع، ردع و معنی در عمل به آن قراردادها وارد نشده است و تقریر آن بزرگواران مؤید صحت و اعتبار عمل معاصرین‌شان به تعهدات‌شان تلقی می‌شود.

فلذا از مجموع نظرات و دلایلی که ذکر شد برداشت می‌شود که لفظ عقد بر تمامی عقود و قراردادها اعم از عقود معین و عقود غیرمعین و شروط مستقل و شروط ضمن عقد اطلاق می‌شود و در خصوص وقف و عتق نیز اگر بگوییم که عقد نمی‌باشند و مندرج در مفهوم تجارت نیز نیستند بدین فرض که این امور تجارت نمی‌باشند پس قطعاً مندرج در مفهوم شرط «المؤمنون عند شروطهم» خواهند بود و با توجه به این که معاملات را تماماً شکلی از اشکال شروط می‌دانیم از لحاظ لغوی و عرفی، پس وقف و عتق و تمامی مواردی که مثل این‌ها می‌باشند در ضمن این حدیث قرار می‌گیرند. فلذا تمامی قراردادها یا مشمول آیه «وفوا بالعقود» و یا آیه «... الا ان تکون تجاره عن تراض منکم»، یا تحت عنوان شرط «المؤمنون عند شروطهم» قرار خواهند گرفت.

بنابراین از مجموع نظرات و دلایلی که ذکر شد برداشت می‌شود که لفظ عقد بر تمامی عقود و قراردادها اعم از عقود معین و غیرمعین و شروط مستقل و شروط مندرج در ضمن عقد اطلاق می‌شود.

### ج - معنای «لزوم»

در تعریف عقد گفته‌اند: «العقد عبارة عن العهد المؤکد». یعنی، ما ملزم هستیم که طبق عقد و عهد خویش عمل کنیم، از زمان سابق از جمله مصادیق عقد، بیعت بوده است و کسی که بیعت را می‌شکسته به آن ناقض البیعه اطلاق می‌شده است. در خصوص عقود

۱- از جمله می‌توان به آیات ذیل اشاره کرد:

الذین عاهدت منهم... (انفال/۵۶) - او کَلَمَا عاهدوا عهداً... (بقره/۱۰۰) - و المؤمنون بعهدهم اذا عاهدوا و الصابرين... (بقره/۱۷۷) - و ما وجدنا لاکثرهم من عهد... (الاعراف/۱۰۲).

نیز در عالم تشریح یک نوع ابرام و استحکام وجود دارد. پس وقتی عقدی مستحکم و مبرم شد طرف دیگر عقد نمی‌تواند آن را منحل سازد زیرا در تشریح از او سلب قدرت شده است. گرچه در عالم تکوین بتواند چنین کاری را بکند زیرا قاعده کلی است «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً». پس، وقتی که شارع مقدس گفت تو را غیر قادر می‌بینم، وی قدرت و توان شرعی خود را شرعاً از دست داده است. به عبارت دیگر از لحاظ تشریحی فسخ آن عقد که ابرام و استحکام در خور شأن آن است، غیرممکن گردیده است.

لزوم از ماده لَزَمَ می‌باشد که از لحاظ لغوی به معنای واجب شدن، دوام پیدا کردن، چسبیدن، و به گردن گرفتن... است<sup>۱</sup> که تماماً یک نوع دوام و همیشگی تعهد را بر ملتزم می‌رساند. این واژه با معنای اصطلاحی که در فقه دارد همسو است زیرا که در این معنا عبارت است از صفت مشترک کلیه عقود و ایقاعاتی که اقدام کننده به آن‌ها نتواند با قصد یک طرفه خود آن را فسخ کند (ماده ۱۸۵ ق.م.). همین معنی در اصطلاح «اصاله اللزوم» مقصود است (ماده ۲۱۹ ق.م.). عکس حالت بالا را جواز می‌گویند. لزوم و جواز عقود و ایقاعات از مسائلی نیست که با تأسیس قانون گذاری از قانونگذاران پدید آمده باشد یعنی از احکام تأسیسی نیست بلکه امضایی است یعنی هر قرارداد و هر ایقاع از زمانی که بین بشر پدید آمده است از همان زمان با توجه به طبیعت مصلحت راجع به همان قرارداد یا ایقاع، لزوم یا جواز آن هم بین طرفین قرارداد روشن بوده است. دلیلی بر تأسیسی بودن آن‌ها وجود ندارد حال آن که دلیل امضایی بودن آن‌ها از بدیهیات است. نظر اغلب فقها بر تأسیسی بودن لزوم و جواز است.<sup>۲</sup>

البته دکتر لنگرودی ادعای تأسیسی بودن لزوم را از نظر فقها کرده‌اند، لیکن تمامی فقها قائل به تأسیسی بودن لزوم نیستند بلکه عده‌ای مثل محقق قمی و اکثر فقها قائل به تأسیسی بودن لزوم و جواز احکام می‌باشند و دلیل ایشان «اوفوا بالعقود» و دلیل «استصحاب» است.<sup>۳</sup>

ولی بعضی دیگر قائلند «احسن الوجوه فی اللزوم هو ان بناء البيع علی اللزوم فاذا ورد دلیل الامضاء کفی... مقتضی البيع عرفاً لزومه دائماً».<sup>۴</sup>

۱- بندر ریگی، محمد، منبع پیشین، واژه «لزم».

۲- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲، ص ۵۸۸، واژه لزوم.

۳- جیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن حسن، منبع پیشین، ج ۲، ص ۵۲۹.

۴- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، حاشیه المکاسب، تهران، دارالمعارف الاسلامیه، ۱۳۷۸ ق، ص ۵۹۵.

ملاحظه می‌شود که سید، لزوم بیع (البته مطلق عقد این‌گونه است و ذکر بیع خصوصیت موردی ندارد بلکه به قول حضرت امام در کتاب بیع، ذکر بیع به خاطر این است که آن، مصداق اعلاى عقود و معاملات می‌باشد.) را ناشی از عرف می‌داند و صرف دلیل امضاء کفایت بر لزوم بیع خواهد کرد.

بعضی از علماء اخیر نیز سعی کرده‌اند از دو مکتب بالا مکتب مختلطی به وجود آورند و لزوم و جواز عقود را معلول عرف و عادت با دستور شارع بدانند یعنی هم تأسیسی بدانند و هم امضایی (نه تأسیسی خالص و نه امضایی خالص) هر چند که نهایتاً به مکتب اول نزدیک‌تر شده‌اند.<sup>۱</sup>

و بعضی از علماء دیگر نیز بین عقود لازمی که با صیغه و لفظ منعقد می‌شوند و عقودی که به صورت معاطات انجام می‌گیرند تفکیک قائل شده‌اند «الاجاره من العقود اللازمه لا تنفسخ الا بالتقابل او شرط الخيار لاحدهما او كليهما اذا اختار الفسخ، نعم الاجاره المعاطاتيه جائزه يجوز لكل منهما الفسخ...»<sup>۲</sup>.

ایشان معتقدند که در اجاره معاطاتی اجاره جایز است ولی علماء دیگر مثل آیت‌الله خویی قائلند که «بعید نیست لزوم» آن و آیت‌الله قمی قائلند: «الظاهر لزومها» و آیت‌الله خوانساری: «الاقوی لزومها» و حضرت امام نیز در خصوص معامله معاطاتی نظری دارند که بعداً متعرض می‌شویم.

البته علماء بین لزوم حقی و حکمی تفصیل قائل شده‌اند. بدین شرح که لزوم حکمی یعنی این که شارع مقدس تشریح کرده است که فلان معامله لازم است، بنابراین حکم شرعی قائم بر این است که «لا يجوز تكليفاً لاحد فسخ عقده».

از این قبیل است شکستن بیعت با رسول‌الله (ص) و با امام معصوم (ع). به عبارت دیگر لزوم حکمی زمانی است که طرفین یک عقد لازم، نتوانند در آن شرط خیار کنند مثل لزوم عقد نکاح و عقد ضمان.<sup>۳</sup>

پر واضح است که بسیاری از احکام شرعی حاکمی از لزوم معامله است و این قسم از احکام شرعی ناظر به حکم وضعی است، یعنی شارع مقدس وضعاً از متعاملین در خصوص

۱- خوانساری نجفی، شیخ موسی بن محمد، منیه الطالب (تقریرات درس آیت‌الله نائینی)، ج ۲، قم، ۱۳۷۶ پبلیق، صص ۶-۱۰-۱۱.

۲- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، عروه الوثقی، ج ۲، ص ۵۸۲.

۳- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، منبع پیشین، ص ۵۸۸، واژه لزوم حکمی.

فسخ عقد و نقض معامله سلب قدرت کرده است؛ همان طوری که شیخ انصاری در مکاسب بیان می‌کند: «قوله تعالى «وفوا بالعقود» دل علی وجوب الوفاء لكل عقد و المراد بالعقد مطلق العهد... المفهوم من الايه عرفاً حکمان تکلیفی و وضعی و قد عرفت ان ليس المستفاد منها الا حکم واحد تکلیفی يستلزم حکماً وضعياً»<sup>۱</sup>. یعنی شیخ انصاری معتقد است که گرچه عرفاً از آیه «وفوا بالعقود» دو حکم تکلیفی و وضعی فهمیده می‌شود، لکن فقط حکم واحدی استنباط می‌شود از آن، و آن نیز حکم تکلیفی است که مستلزم حکم وضعی دیگری می‌باشد که آن لزوم عقد است.

به عبارت دیگر شیخ انصاری اعتقاد دارد که اولاً و بالذات از آیه حکم تکلیفی وجوب عمل به مفاد عقد استنباط می‌شود و احکام وضعی لزوم از آن حکم تکلیفی، منتزع می‌شود. یعنی این آیه «وفوا بالعقود»، هم دال بر حکم تکلیفی لزوم و حکم وضعی لزوم می‌باشد.

البته همان طوری که علماء دیگر اصول مبرهن و مدلل ساخته‌اند احکام وضعیه جعل استقلالی دارند و بین حکم وضعی و تکلیفی ملازمه‌ای وجود ندارد. بلکه هر حکمی تابع اعتبار معتبر است و اصولاً بسیاری از احکام وضعیه را شرع جعل نکرده است بلکه مجعول عقلاء بماهم عقلاء است.<sup>۲</sup>

به علاوه احکام، تابع مصالح و مفاسد هستند، حال آن که در احکام وضعیه نظری به مصلحت و مفسده تکلیفیه نیست، بلکه مصلحت و مفسده عقلیه است. در مواردی مثل بیع ربوی شرع تصرف می‌کند و این قسم از بیع را از اعتبار می‌اندازد.<sup>۳</sup> یعنی شارع، حلیت و حرمت را اعتبار می‌کند.

با توجه به این که اکثر احکام وضعی هستند و قسمتی از آنها تأسیسی است، فلذا احکام وضعی را شارع مقدس به عنوان خالق العقلاء و رئیس العقلاء، امضاء نموده است. خلاصه آن که مبادی حکم تکلیفی غیر از مبادی حکم وضعی است و مصلحت و مفسده هر کدام با دیگری فرق دارد.

۱- انصاری، شیخ مرتضی، منبع پیشین، ص ۳۰۶.

۲- بجنوردی، سید محمد، منبع پیشین، ص ۲۴۵.

۳- احل الله البيع و حرم الربا.

اما لزوم حقی زمانی است که طرفین یک عقد لازم بتوانند در آن عقد، شرط خیار کنند به این ترتیب که لزوم آن را برای مدتی از بین ببرند. عقد مزبور را لزوم حقی گویند مانند لزوم بیع، زیرا در عقد بیع می‌توان شرط خیار نمود (ماده ۴۵۸ ق.م.ا).<sup>۱</sup>

از جمله آثار حق این است که قابل اسقاط است، بر خلاف حکم که قابل اسقاط نیست. حکم حتی با تراضی طرفین قابل اسقاط نمی‌باشد، مثل عقد نکاح.

لزوم حقی بدین معناست که هر یک از متعاقدين، مالک بر التزام دیگری است یا احد متعاقدين مالک التزام دیگری است بدون این که دیگری دارای این مالکیت باشد و معنای این که شخص، مالک بر التزام خود نباشد آن است که نمی‌تواند عقد را بر هم زند و عقد همچنان مستحکم و مبرم است و قابل فسخ و انحلال نمی‌باشد، زیرا التزام او مملوک غیر است و معنای «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً» یعنی نتیجه امتناع شرعی نیز همانند امتناع تکوینی است و بنابراین هر کاری که بکند اثری بر آن بار نمی‌شود.

در هر حال چه لزوم حکمی چه لزوم حقی، هر دو دال بر استحکام و ابرام عقد است و تنها فرق میان آن دو، آن است که لزوم حکمی همان طوری که گفته شد قابل اسقاط نمی‌باشد ولی در لزوم حقی، شخص، مالک التزام دیگری است و این مالک بودن گاهی از یک طرف و گاهی از دو طرف است و قابل اسقاط خواهد بود (مثل خیار حیوان).

به تعبیر منطقی انشائات دو مدلول دارند: یکی مدلول مطابقی و دیگری مدلول التزامی است. مثلاً جمله «بعثک هذا الكتاب بخمسين تومان»، مبین مدلول مطابقی است و با آن مؤدای انشاء در عالم اعتبار موجود می‌شود و مدلول التزامی این انشاء، پای بند بودن به معامله و عدم توانایی در به هم زدن و فسخ معامله می‌باشد. حال در عقود که با لفظ انشاء می‌شود پای‌بندی به مدلول مطابقی و مدلول التزامی وجود دارد و بنای عقلاء نیز بر همین منوال است. زیرا عقلاء می‌گویند طرفین ملتزم به تبادل انشائی خود هستند و این لزوم و پای‌بندی به هر دو مدلول در عرض هم و از انشاء متعاقدين استفاده می‌شود.

در این رابطه است که در بحث از بیع معاطاتی می‌گویند که بیع معاطاتی لازم نیست و یا اجاره معاطاتی لازم نیست زیرا معاطات را عقد نمی‌دانند و آن را صرف داد و ستد خارجی می‌شمارند. چرا که در معاطات، مدلول مطابقی که همان تبادل ثمن و مثن باشد موجود است ولی مدلول التزامی که از لفظ استفاده می‌شود در این جا موجود نیست مگر

۱- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، منبع پیشین، ص ۵۸۸، واژه لزوم حقی.

در جایی که عمل کنایه از لفظ باشد مثل دست در دست گذاشتن در بیعت که خود کنایه از لفظ است و یا دست به دست زدن در بعضی کشورها و یا امضای پیمان نامه‌ها و قراردادهای بین‌المللی که همگی کنایه از لفظ هستند اما علامه طباطبایی در تفسیرالمیزان همان طوری که قبلاً نیز اشاره شد قائلند که لفظ عقود در آیه «وفوا بالعقود» جمع محلی با الف و لام است و افاده عموم می‌کند. لذا از این جهت بهتر آن است که لفظ «عقود» در این آیه را حمل بر معنایی کنیم که شامل هر چیزی که «عقد» بر آن صادق است بشود. یعنی ظاهر جمع محلی با الف و لام و این که عرفاً «عقد» نسبت به هر عقدی اطلاق می‌شود... عقد، هر کار یا گفتاری است که معنای لغوی (گره بستن، گره زدن) را ممثل کند... که با تعریفی که از عقد ایشان ارائه می‌دهند که در «هر کاری یا گفتاری»، معاطات نیز گرچه لفظاً انشائی ندارد و با داد و ستد واقع می‌شود ولی عنوان عقد را پیدا می‌کند و مشمول آن عنوان می‌گردد. در همین رابطه حضرت امام خمینی (ره) می‌فرمایند: که «تمام بیوع معاطاتی لزوم دارند. چون اکثر بیع‌های امروزی به طور معاطات انجام می‌گیرد و این خلاف روش عقلاء است که بگوییم اگر انشاء با لفظ بود لزوم دارد و الا نه»، و به دنبال آن می‌فرمایند: «معاطات هم مدلول مطابقی دارد و هم مدلول التزامی که پای بند بودن به عقد خود باشد.»

در جای دیگر حضرت امام (ره) در بیان رد ادعای این که در معاطات چون با لفظ انشاء نمی‌شود مدلول التزامی وجود ندارد این گونه استدلال می‌کنند: «مدلول التزامی لازمه معنی می‌باشد، نه معنی المفاد باللفظ پس وقتی ما بپذیریم که معاطات نیز مثل بیع می‌باشد در انشاء، معنای مطابقی یعنی مبادله، پس ناچاراً لازمه معنای مطابقی آن به تبع انشاء شده است، یعنی التزام به آن تبادل خواهند داشت. خواه آن معنا با لفظ انشاء شده باشد خواه با فعل»<sup>۱</sup>.

سید محمد کاظم طباطبایی نیز در عروه‌الوثقی<sup>۲</sup> قائل به وجود دلالت تطابقی و التزامی در معاطات می‌باشد. آن جا که در بحث ضمان می‌گویند: «یشترط فیه امور «احدهما» الایجاب و یکفی فیه کل لفظ دال بل یکفی الفعل الدال ولو بضمیمه القرائن علی التعهد و الالتزام بما علی غیره من المال و «الثانی» القبول من المضمون له و یکفی فیه ایضاً کل

۱- موسوی خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع، ج ۱، ص ۸۰  
 ۲- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، عروه‌الوثقی، ج ۲، ص ۷۵۹.

ما دلّ علی ذلک من قول او فعل». که ایشان در ضمان، ایجاب و قبول فعلی را که دلالت بر تعهد و التزام دارند صحیح و نافذ می‌دانند.

و در همین رابطه مرحوم میرزا حسن بجنوردی قائل به تفصیل شده‌اند و می‌فرمایند که اگر فعل نزد عقلاء حاکی از عقد بود بیع و لازم و الا نه.<sup>۱</sup> لکن آن طوری که اصولیین قائلند هویت عقد به قصد موجب است (العقود تابعه للقصود) و الفاظ و افعال در ماهیت عقد دخالتی ندارد و بیشتر جنبه اثباتی عقد محسوب می‌شود. بنابراین فرقی بین بیع معاطاتی و بیع با الفاظ علی الاصول نایستی باشد و هر دوی آن‌ها حقیقتاً بیع هستند و یا در اجاره اجاره هستند و... و مشمول عنوان عقد و مشمول قاعده اصاله‌اللزوم.

لازم به ذکر است که علماء، عقود را به عقود عهدیه و اذنیه نیز تقسیم کرده‌اند و مرحوم میرزای نائینی قائلند که اصاله‌اللزوم در عقود عهدیه جاری می‌شود نه در عقود اذنیه.<sup>۲</sup>

قابل ذکر است که عقود را عهدیه گویند که در آن ایجاب و قبول وجود دارد اما عقود اذنیه عقود صوری هستند و اصالتاً عقد نمی‌باشند. زیرا در آن ایجاب و قبول وجود ندارد. فلذا این عقود مثل وکالت تخصصاً از عنوان عقود خارجند نه تخصیصاً.

البته شیخ انصاری معتقد به تقسیم‌بندی دیگری هستند و در عقود عهدیه نیز قائل به تفصیل شده‌اند. بدین گونه که بین عقود عهدیه تعلیقیه فرق قائل شده‌اند و معتقدند که قاعده اصاله‌اللزوم در عقود عهدیه تعلیقیه مثل جعله جاری نمی‌شود زیرا معلق علیه واقع نشده است تا این که استصحاب بقای اثر آن شود ولی به نظر می‌رسد که این تفصیل بجا نباشد زیرا از آنجایی که در خصوص لفظ عقد قائل به اطلاق می‌باشیم و خود قاعده اصاله‌اللزوم نیز اطلاق دارد، فلذا فرقی بین عقود عهدیه تنجیزیه و عقود عهدیه تعلیقیه نایستی باشد. فلذا قاعده هر دو نوع را دربرمی‌گیرد. به بیان دیگر در عقود عهدیه تعلیقیه نیز انشاء منجز است و منشأ معلق خواهد بود و الا اگر انشاء معلق می‌بود عقدی حاصل نمی‌شد تا این که صحت و لزوم بر آن مترتب شود.

۱- بجنوردی، سید محمد، منبع پیشین، مبحث اصاله‌اللزوم.

۲- همان، ص ۲۴۸.



### گفتار دوم - اصل لزوم قراردادهای در فقه عامه

در فقه اهل سنت نیز اصل لزوم قراردادهای حاکم است و در تمامی عقود و قراردادهای، اصل اولیه را لزوم می‌دانند. مگر در بعضی موارد خاص که با دلیل از عموم ادله اصاله‌اللزوم خارج باشد. در فقه اهل سنت نیز مستند لزوم قراردادهای آیه شریفه «وفوا بالعقود» و آیه «حرمت» و آیه شریفه «احل... البیع...» ذکر شده است و هم‌چون فقه امامیه اصاله‌اللزوم منوط به صحت قرارداد از دید شرعی دانسته شده است. آن طوری که عبدالرحمن الجزیری در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه خویش بیان می‌کند، برای لزوم عقد شرایطی لازم دانسته شده است که برای هر کدام از عاقد و معقود علیه شرایطی قید کرده است که مجموعاً می‌توان گفت که تمامی شرایط صحت معامله بایستی جمع باشد تا عقدی را بتوان به صفت لزوم متصف نمود. به گونه‌ای که ایشان قائلند: «من هذا تعلم ان كل عقد لازم، فهو صحيح و ليس كل صحيح لازماً كما في بيع الصبي فانه صحيح غير لازم و كل صحيح منعقد و بالعكس».<sup>۱</sup>

ملاحظه می‌شود که لزوم عقد را منوط به صحت عقد دانسته و به بیان دیگر عقد صحیح اعم از عقد لازم می‌باشد و اصاله‌الصحة نیز اعم از اصاله‌اللزوم دانسته شده است. البته ایشان در جای دیگر بر لزوم عقد در صورت داشتن تمام شرایط صحت، صراحت دارند «و الاصل في عقد البيع ان يكون لازماً حتى استكمل شرائطه...» یعنی «در عقد بیع اصل این است که لازم باشد اگر شرایط بیع به نحو کامل وجود داشته باشد».<sup>۲</sup>

در فقه عامه نیز معاطات را عقدی لازم می‌دانند ولی بعضی (بعضی از ائمه مذاهب اربعه) قائلند که معاطات در اشیاء کم ارزش و ناچیز لزوم دارد و نیازی به صیغه لفظی و کلامی در آن نمی‌باشد ولی بعضی در هر حال معاطات را عقدی صحیح می‌دانند و آن را لازم می‌دانند چه در اشیاء کم ارزش باشد و چه اشیاء گران قیمت و ارزشمند مثل پارچه‌های گران قیمت.

بیان ابن قدامه در فقه عامه حکایت از همین تفاهم عرفی در خصوص داد و ستد دارد. «اگر ایجاب و قبول لفظی شرط صحت عقود باشند؛ پس لازم می‌آید که بیشتر عقود که میان مسلمانان رایج است فاسد و در دارایی‌های آنان تصرف حرام صورت گیرد

۱- الجزیری، عبدالرحمن، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دارالکتب العلمیه، ص ۱۶۸.

۲- همان، ص ۱۶۹.

لکن اگر ایجاب و قبول از مقوله‌ای باشد که دلالت بر تراضی کند همانند آنچه که بیانگر داد و ستد و تعاطی است، فعل جانشین لفظ می‌شود».

به همین مطلب امام غزالی با این که شافعی مذهب است و در مذهب شافعی معاطات جایز نیست گرایش نشان می‌دهد.

در ذیل نظرات مذاهب مختلف اهل سنت در خصوص معاطات و لزوم عقد اجمالاً ذکر می‌شود:

حنفی: قائل به انعقاد بیع به محض ایجاب و قبولند. این ایجاب و قبول نیز می‌تواند با قول یا فعل انجام گیرد.

شافعی: قائلند که ایجاب و قبول با لفظ و فعل می‌تواند انجام گیرد ولی معاطات را صرفاً در اشیاء کم ارزش جایز می‌دانند و در غیر از اشیاء کم ارزش معاطات اعتبار ندارد.<sup>۱</sup> مالکی: قائل به تفصیل شده است و می‌گویند که اگر در بیع لفظ با فعل ماضی باشد مثلاً بایع بگوید: «بعت هذه السلعه و المشتري: اشتریت، فان البیع ینعقد به و یکون لازماً فلیس لواحد منهما حق الرجوع فیه لاقبل رضاء الاخر و لا بعد، حتی لو حلف انه لا یقصد البیع و الشراء...».<sup>۲</sup> اما اگر لفظ امر باشد عقد بیع واقع می‌شود لکن در لزوم آن اختلاف وجود دارد. عده‌ای قائلند که حق رجوع برای بایع وجود دارد لیکن بر او لازم است که قسم یاد کند قصد خرید نداشته است. بعضی نیز قائلند که عقد بیع لازم می‌شود همان طوری که در لفظ ماضی لازم می‌شود و دیگر حق رجوع و فسخ نخواهد داشت.

یعنی، اهل سنت نیز معنای لزوم را عدم رجوع و عدم جواز فسخ بعد از عقد بدون رضایت طرف دیگر عقد می‌دانند. بنابراین، تمامی مذاهب اربعه اهل سنت نیز بر لزوم به معنای فوق‌الذکر اتفاق دارند. حتی بعضی از مذاهب آن طور که از کلامشان بر می‌آید (مالکی‌ها)، چنان بر جریان اصله‌اللزوم تکیه کرده که حتی خیار مجلس را نیز نمی‌پذیرند و معتقدند که به محض این که بایع گفت (بعت هذه السلعه) و مشتری بگوید «اشتریت با لفظ ماضی بیع منعقد می‌شود و لازم می‌شود و هیچ کدام از طرفین عقد، حق رجوع ندارند

۱- همان، ص ۱۵۵.

۲- همان، ص ۱۵۷.

نه قبل از رضایت دیگری و نه بعد از رضای دیگری، حتی اگر سوگند یاد کند که قصد بیع یا شراء نداشته است...»<sup>۱</sup>

مالکی و حنفی معتقدند بر این که خیار مجلس در عقد وجود ندارد و اعتباری ندارد با این فرق که حنفی قائلند که خیار مجلس با شرط خیار در عقد ممکن است و ثابت می‌شود ولی مالکی‌ها قائلند که این شرط نیز عقد را فاسد می‌کند و در توجیه بیان می‌کند که حدیث شریف «البيعان بالخيار مالم يفترقا، فهو و ان كانت رواية صحيحه الا ان عمل اهل المدينة كان على خلافه و عمل اهل المدينة مقدم على الحديث و ان كان صحيحاً، لانه في حكم المتواتر الموجب القطع، بخلاف الحديث فانه و ان كان صحيحاً لكنه خبر آحاد ليفيد الظن، فالاول مقدم عليه».

صرف نظر از رد نظر مالکی‌ها مبنی بر حجیت اجماع<sup>۲</sup> (به معنایی که آن‌ها اراده کرده‌اند و توجیه حدیث شریف، ملاحظه می‌شود که اصل لزوم در فقه اهل سنت نیز جاری و ساری است به گونه‌ای که بعضی ائمه سنت چنان قائل به استحکام آن اصل می‌باشند که حتی خیار مجلس که مستند به حدیث نبوی است را مخالف این اصل می‌دانند و حتی شرط خیار مجلس را نیز موجب فساد عقد می‌دانند چون به ادعای آن‌ها خلاف مقتضای عقد است.

بحث دیگری که در فقه اهل سنت مطرح است این است که مبدا زمان لزوم عقد چه موقع است. آیا بعد از منقضی شدن زمان و فرصت اعمال خیار یا از ابتدای وقوع عقد؟ غیر از مالکی‌ها اغلب ائمه قائلند که در خصوص خیار مجلس «متی تم العقد و تفرقا لزوم البيع»<sup>۳</sup> ولی مالکی‌ها معتقدند که لزوم از زمان وقوع عقد است و اصلاً قائل به صحت خیار مجلس نمی‌باشد.

به تبع سؤال فوق این سؤال در فقه اهل سنت قابل بحث است که آیا بایع در زمان خیار حق مطالبه ثمن را دارد و آیا مشتری نیز در زمان خیار حق مطالبه قبض مبیع را از بایع دارد یا خیر؟

۱- همان، پاورقی ص ۱۵۷.

۲- همان، ص ۱۷۳.

۳- همان، ص ۱۷۲.

در این خصوص نیز بین ائمه مذاهب اختلاف است.<sup>۱</sup> مالکی‌ها قائلند که بایع حق ندارد ثمن را از مشتری در مدت زمان خيار مطالبه بکند و حنفی نیز با همین عقیده موافق است. اما شافعی و حنبلی معتقدند که مطالبه ثمن در مدت خيار از ملکیت تبعیت می‌کند و همان‌طور که حکم می‌شود که مبیع ملک یکی از آن دو است حکم می‌شود که ثمن نیز ملک دیگری است. مثلاً اگر خيار برای مشتری باشد مبیع مملوک اوست و در زمان خيار از ملکیت او خارج نگردیده است. پس، ثمن در این حالت ملک مشتری است. فلذا بایع حق مطالبه ثمن را ندارد همین‌طور که مشتری نیز حق مطالبه مبیع را ندارد اما اگر خيار برای مشتری باشد پس مبیع مملوک اوست. پس ثمن نیز مملوک بایع است. بنابراین، بایع می‌تواند ثمن را مطالبه کند و مشتری نیز حق مطالبه مبیع را خواهد داشت.

حنبلی‌ها بین ثمن معین و غیرمعین تفصیل قائل شده‌اند و در معین حق مطالبه را قائل شده‌اند و در غیرمعین قائل نشده‌اند.

یعنی، اختلاف ائمه مذاهب در حقیقت در زمان انتقال ملکیت به واسطه عقد می‌باشد. آن‌هایی که معتقدند ملکیت به محض ایجاب و قبول و تحقق تمامی شرایط صحت عقد، منتقل می‌شود، قائلند که از آن زمان نیز، اصاله‌اللزوم جاری است و هر یک از طرفین عقد ملتزم به تعهدات خویشند و حق رجوع و نقض عقد و تعهد خویش را ندارند و آن عده که عقیده خلاف دارند نیز به تبع، انتقال ملکیت را از زمان انقضای مدت خيار می‌دانند. فلذا اصاله‌اللزوم نیز از آن زمان جاری است و التزام و پای بندی به تعهدات ناشی از عقد نیز از زمان انقضای مهلت و مدت خيار شروع می‌شود.

### مبحث دوم- اصل لزوم قراردادها در قانون مدنی ایران

نظر به این که قانون مدنی الهام گرفته از فقه امامیه می‌باشد و در شیوه قانونگذاری طوری عمل شده است که نظر مشهور به شکل ماده قانونی تدوین گردیده است و از آن جا که در فقه در گذشته‌ها وقتی بحث از عقود می‌شده یک سری عقود معینی با شرایط و خصوصیات ویژه متبادر به ذهن می‌شد، این توهم ایجاد می‌شد که اصل لزوم قراردادها نیز که ریشه در فقه دارد آیا صرفاً حول عقود معین است؟ یعنی اصاله‌اللزوم محدود به عقود معین می‌باشد و در این خصوص جاری و ساری می‌شود. لکن با قدری تأمل و تفحص به

۱- همان، صص ۱۸۰-۱۸۴.

این فرضیه می‌رسیم که دلایل مستند اصاله‌اللزوم در عقود و اطلاق و عموم ادله و خود لفظ عقد، شامل عقود نامعین نیز می‌شود.

### الف - معنای «اصل»

با قدری تفحص در مواد قانون مدنی ایران ملاحظه می‌شود که هر جا در قانون مدنی از مفهوم اصل و مدلول آن استفاده شده است مثل «اصل عدم تبرع در ماده ۲۶۵ ق.م. و «اصل تسلیط در ماده ۳۰ ق.م. و مدلول «اصل صحت در ماده ۲۲۳ ق.م. و...، واژه اصل اصطلاحاً با معنای لغوی آن که ریشه و پایه است،<sup>۱</sup> همخوانی دارد. زیرا در تمامی موارد فوق‌الذکر، اصل به معنای قاعده کلی و مبنای اولیه به کار برده شده است، مگر این‌که به دلیلی خاص، استثناء شده باشد و اصل لزوم نیز اصطلاحاً همین معنا را می‌دهد زیرا غالب عقودی که بین افراد جامعه واقع می‌شود عقد لازم هستند (نه عقد جایز) و مدار زندگی نیز بر عقود لازم است. بنابراین، از این غلبه اتخاذ اصل کرده‌اند و گفته‌اند: هر عقدی نسبت به متعاقدين و قائم مقام آنان لازم الاتباع است (یعنی قابل فسخ و انحلال نیست)، مگر در خصوص مواردی که قانون تصریح کرده باشد<sup>۲</sup> و مقصود از عبارت «اصاله‌اللزوم در عقود» همین معناست.<sup>۳</sup>

### ب - معنای «لزوم»

لزوم، صفت مشترک کلیه عقود و ایقاعاتی است که اقدام کننده به آن‌ها نتواند به قصد یک طرفی خود آن را فسخ کند (ماده ۱۸۵ ق.م.). عکس حالت فوق را جواز گویند.<sup>۴</sup> پس معنای لغوی لزوم یعنی «پای بند بودن، ادامه یافتن،<sup>۵</sup> دوام یافتن، دوام پیدا کردن» که معنای اصطلاحی لزوم نیز با معنای لغوی آن مطابقت دارد. زیرا قاعده اصاله‌اللزوم از قواعد تأسیسی نمی‌باشد بلکه امضایی است و چون الفاظ به کار رفته در آن نیز حقیقت شرعیه ندارند، پس در دریافت معانی واژه‌ها می‌بایست به معانی مستعمل عرفی آن‌ها مراجعه نمود و معنای عرفی لزوم، همان پای بند بودن به عقد و مفاد آن

۱- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، منبع پیشین، شماره ۳۴۷.

۲- ماده ۲۱۹ ق.م.

۳- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، منبع پیشین، شماره ۳۹۹.

۴- همان، شماره ۴۶۲۴.

۵- بند ریگی، محمد، منبع پیشین، واژه «لزم».

می‌باشد یعنی عقد دوام دارد و مستدام است، مادامی که دلیل خاصی آن را از بین نبرده باشد. البته التزام به مفاد عقد را با لزوم آن نباید مخلوط کرد. گرچه معمولاً این دو مفهوم همراه یکدیگرند. یعنی دو طرف، هم ملتزم به مفاد عقد می‌باشند و هم حق بر هم زدن عقد را ندارند ولی از لحاظ تئوریک بین لزوم عقد و التزام به مفاد آن فرق است. لزوم عقد، آنان را از فسخ عقد منع می‌کند و آن‌ها (طرفین عقد) را ملزم می‌کند که به آن چه به وجود آورده‌اند، پای بند باشند. لیکن التزام به مفاد عقد، یعنی تا پیمانی و تعهدی وجود دارد بایستی از آن اطاعت شود. خواه آن پیمان لازم باشد یا جایز. التزام به مفاد عقد، یعنی، احترام به ماعقد فی عقد، خواه تعهدی لازم باشد یا جایز.

به همین علت است که قانون مدنی قراردادهای را جایز و لازم شمرده است (ماده ۱۸۴ ق.م.و یا این که عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز (ماده ۱۸۷ ق.م.و) و در عقد لازم نیز ممکن است یکی از دو طرف به حکم قانون حق فسخ آن را داشته باشد و گاه نیز عقد، برای هر دو طرف تا مدتی قابل فسخ است (خیار مجلس، خیار حیوان به استناد مواد ۳۹۷ و ۳۹۸ ق.م.و) و در عقد هم ممکن است برای یکی از دو طرف یا هر دو و حتی شخص ثالث، «شرط خیار» شود. این تقسیم‌بندی همان گونه که در بخش فقهی این تحقیق ارائه شد برگرفته از تقسیم‌بندی است که در فقه معهود است و جایز را در فقه به دو معنا تعبیر کرده‌اند:

الف - به معنی قابل فسخ: در این صورت هرگاه در عقد لازمی خیاری وجود داشته باشد چون به استناد خیار مزبور، عقد مذکور قابل فسخ است، این عقد را هم جایز گویند ولی جایز به این معنا هرگز در مقابل لازم به کار نمی‌رود و استعمال لغت جایز در این معنا همیشه قرینه‌ای به همراه دارد.

ب - جایز بودن به معنی عقدی که ذاتاً بدون خیار قابل فسخ است و همین عقد جایز است که با موت و یا جنون و سفه یکی از متعاقدين منحل (منفسخ) می‌شود.<sup>۱</sup>  
عقد جایز وقتی به شکل مطلق (یعنی به عنوان قرینه) گفته شود به همین معناست و با توجه به همین معناست که می‌گویند: خیار از مختصات عقد لازم است و در عقد جایز خیار وجود ندارد.

پس، لزوم عقد، قاعده‌ای است شکننده و قابل انعطاف که تنها به عنوان اصل پذیرفته شده است (اصاله‌اللزوم). یعنی هر عقدی لازم است مگر این که جواز عقد به طور کلی یا امکان فسخ آن در موارد خاص احراز شود.

برعکس، التزام به مفاد عقد قاعده‌ای است عام که در عقد لازم و جایز و خیارى همواره وجود دارد یعنی در عقد جایز و خیارى نیز تا موقعی که عقد فسخ نشده است، دو طرف ملزم به مفاد آن هستند و کسی که حق فسخ دارد نمی‌تواند نتایجی را که پیش از برهم زدن عقد به بار آمده است نسبت به خود نپذیرد. برای مثال، می‌دانیم که وکالت، عقدی است جایز و موکل می‌تواند هر زمان که بخواهد وکیل را عزل کند ولی پیش از ابلاغ این تصمیم، ناگزیر است دیونی را که وکیل به نام و حساب وی برعهده گرفته است بپردازد و به عهدی که وکیل کرده است وفا کند و دستمزد او را بپردازد. وکیل هم حق استعفاء دارد، با وجود این هر گاه در اجرای وکالت کوتاهی کند، بایستی خسارت ناشی از آن را بپردازد.<sup>۱</sup> امین نیز چنین وضعیتی را دارد و با این که حق دارد ودیعه را فسخ کند، ملتزم به حفاظت از مال مورد امانت است.<sup>۲</sup>

مثال دیگر، از نمونه‌های بارز و جالب که التزام به مفاد عقد جایز را نشان می‌دهد، وضع حقوقی شرط ضمن عقد است. شرط ضمن عقد جایز نیز تا زمانی که عقد جایز بر هم نخورده است، الزام آور است. حال سوال این است که التزام به چنین شرطی از کجا ناشی می‌شود؟ آیا غیر از این است که عقد جایز هم در حدود مفاد خود الزام‌آور است و ایجاد التزام می‌کند؟ به بیان دیگر آیا قدرت التزام در عقود جایز و لازم یکسان است؟ به نظر می‌رسد که التزام در عقود لازم و جایز با قدرت یکسان وجود داشته باشد. زیرا التزام، صرفاً منوط به اعتبار عقد می‌باشد و تا زمانی که عقد معتبر است التزام نیز برای طرفین عقد وجود دارد، خواه عقد لازم باشد یا جایز. لزوم و جواز در قدرت التزام، مؤثر نمی‌باشد بلکه دایره زمانی التزام در عقود لازم و جایز متفاوت است نه خود قدرت التزام.

البته نه تنها در عقود، اصل لزوم جاری است بلکه در ایقاعات نیز این لزوم وجود دارد با این فرق که در ایقاع مبنای لزوم، ارتباطی است که این کار ارادی با حقوق دیگران پیدا می‌کند. زیرا درست است که ایقاع در مرحله وقوع، یک طرفی است ولی در مرحله اجرا

۱- ماده ۶۶۶ ق.م.

۲- ماده ۶۱۲ ق.م.

همانند عقد دو طرفی است و آثار آن محدود به ایقاع کننده نمی‌شود. پس، اگر مفاد ایقاع ناظر به ایجاد حق برای دیگران باشد کفه مقابل آن التزامی است که بر دوش ایجاد کننده می‌ماند و گریزی از اجرای آن نیست.

به قول دکتر کاتوزیان «لزوم ایقاع گاه فراتر از قراردادها می‌رود. چنان که به نظر مشهور خیار شرط در آن راه نمی‌یابد... بی‌گمان ایقاع با یک اراده واقع می‌شود، لیکن از امکان ایجاد حق به تنهایی نمی‌توان چنین نتیجه گرفت که اسقاط حق ایجاد شده نیز، در اختیار موقع باشد»<sup>۱</sup>.

دکتر کاتوزیان در تأیید و تأکید<sup>۲</sup> بر لزوم در ایقاع، در خصوص زمان لزوم در ایقاع، ایقاع را به دو دسته تقسیم کرده است:

۱- ایقاعی که به محض اعلان اراده واقع می‌شود مثل طلاق و فسخ قرارداد و رد معامله فضولی.

۲- ایقاعی که التزام به آن، منوط به اعلام به شخص مخاطب است مثل عزل وکیل که تا به اطلاع وکیل نرسد مؤثر نمی‌باشد.<sup>۳</sup> در صورت تردید، اصل این است که در ایقاع نیز ابلاغ اعلام اراده، ضرورتی ندارد و التزام به ایقاع را نباید منوط به ابلاغ آن کرد (مطابق اصل عدم تقیید و اصل عدم و اصل براءت).

**زمان لزوم عقد:** عده‌ای از فقها ادعا کرده‌اند که در عقد خیاری، مالکیت پس از پایان مدت خیار منتقل می‌شود و پس از عقد، خریدار حق تصرف در مبیع را ندارد ولی قانون مدنی ایران این نظر را نپذیرفته است زیرا که در ماده ۳۶۳ ق.م. آمده است: «در عقد بیع، وجود خیار فسخ برای متبایعین یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن، مانع انتقال نمی‌شود...» و در ماده ۳۶۴ ق.م. می‌خوانیم «در بیع خیاری، مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار...».

چنانچه نظر فقهای مذکور را ملاک قرار دهیم، مالکیت پس از انقضای خیار حاصل می‌شود و اصل لزوم نیز از زمان انتقال مالکیت جاری می‌شود ولی علمای دیگر این نظر را نپذیرفته و قائلند که ملکیت به محض ایجاب و قبول و جمع بودن شرایط صحت عقد، از

۱- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی (ایقاع)، نشر میزان، ش ۱۰۱.

۲- همان، ش ۱۰۱.

۳- ماده ۶۸۰ ق.م.



زمان وقوع عقد منتقل می‌شود. فلذا اصاله‌اللزوم منوط به صحت معامله می‌باشد زیرا امکان بر هم زدن عقد، تا زمانی که واقعیت خارجی پیدا نکرده است و احراز نشده است، در آثار آن و از جمله انتقال مالکیت اثر ندارد، به خصوص که فسخ ناظر به آینده است و از اعتبار آن چه از زمان عقد به همراه عقد رخ نموده، نمی‌کاهد.

اصل لزوم زمانی در عقود و قراردادهای قابل جریان است که صحت قرارداد قبلاً احراز شده باشد یعنی قرارداد تمامی ارکان و شرایط صحت معامله را بایستی داشته باشد. هر قرارداد علاوه بر داشتن شرایط عمومی صحت قرارداد که در مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ ق.م.آ آمده است، چنانچه ارکان و شرایط ویژه‌ای نیز قانونگذار یا عرف برای معامله‌ای قائل باشد، داشتن شرایط عمومی و اختصاصی آن عقد و قرارداد، مجموعاً شرط صحت قرارداد است. برای مثال، یک قطعه زمینی که در یک منطقه شهر واقع است، معمولاً در نظر عرف بایستی قابلیت ساختمان داشته باشد. زیرا، قابلیت ساختمان در صورتی که معامله زمینی جهت احداث ساختمان باشد، وصف اساسی و مهم مورد معامله می‌باشد. در صورت عدم قابلیت ساختمان، معامله صحیح نمی‌باشد و اصل لزوم نیز بر آن قرارداد جاری نمی‌شود یا طرفین معامله، زمین فوق را که عرفاً و عاده برای تأسیس مدرسه قابلیت ندارد، برای احداث مدرسه‌ای معامله کنند. نظر به این که احداث مدرسه وصف اساسی و مهم زمین می‌باشد، چنانچه این قابلیت موجود نباشد، معامله صحیح نمی‌باشد و اصل لزوم نیز جاری نمی‌باشد.

البته، در مثال‌های فوق قابلیت‌های فوق از دید عرف و بیان صریح طرفین قرارداد در قرارداد، از شرایط ضمنی صریح در قرارداد می‌باشند که قرارداد منوط به تحقق آن شروط است و عدم تحقق آن شروط، قرارداد را فاقد اثر می‌سازد.

مثلاً (در ماده ۴۱۰ و ۲۳۵ ق.م.آ) که خیار تخلف از وصف را بیان می‌کند: «اگر کسی یک تخته قالی بخرد به تصور این که بافت کاشان است و پس از معامله معلوم شود که قالی بافت تبریز است، در صورتی که وصف بافت کاشان در معامله صریحاً یا ضمناً شرط یا قید شده باشد، معامله از جانب خریدار قابل فسخ است نه باطل یا غیرنافذ زیرا معامله صحیح است و خریدار می‌تواند به استناد اصل لزوم قرارداد، بایع را به انجام مفاد عقد یعنی تحویل یک تخته قالی بافت کاشان مجبور سازد. لیکن اگر او را ملزم نساخت و یا الزام

تأثیری نداشت، می‌تواند به استناد اصله‌اللزوم و عدم وفای به عهد (خیار تخلف از وصف)، خریدار اقدام به فسخ معامله نماید.

از مواردی که بعضاً بر صحت عقد تأثیر می‌گذارد، اشتباه است که در رویه قضایی فرانسه اشتباه در وصف اساسی موضوع معامله و وصف اساسی شخص طرف قرارداد را موجب بطلان نسبی دانسته است<sup>۱</sup> اما در حقوق ایران اشتباهاتی که از عیوب اراده شمرده شود و بدین معنا باشد که «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد»، چون در اراده خدشه وارد می‌شود موجب بطلان مطلق قرارداد، شناخته شده است.

مثلاً در حقوق ایران نیز، اگر اشتباه در شخص طرف علت عمده عقد باشد، موجب بطلان عقد است زیرا در توافق و اراده طرفین خلل وارد می‌سازد، اگر چه عده‌ای آن را غیر نافذ می‌دانند و با امضاء و رضایت طرف دیگر عقد (قرارداد)، آن قرارداد را صحیح می‌دانند<sup>۲</sup> اما مثلاً اگر زن به غلط تصور کرده باشد که شوهرش مهندس یا دکتر یا فرزند شخص بزرگی است، بدون این که این اوصاف در قرارداد به شکل شرط ذکر شده باشد یا حتی بنای قرارداد (عقد) بر آن باشد، نکاح صحیح است و غیرقابل فسخ است. البته امنیت روابط حقوقی و استحکام معاملات ایجاب می‌کند که اشتباه در وصفی که مورد توافق صریح یا ضمنی طرفین نبوده است و صرفاً جنبه شخصی و خصوصی برای یکی از دو طرف را دارد نتواند به صحت یا لزوم عقد لطمه زند و اصل لزوم هم چنان بر آن جاری و ساری می‌باشد اما اگر وصف شخصی وارد قلمروی توافق طرفین شده باشد، اشتباه در وصف، موجب خیار است. یعنی به اشتباه کننده حق داده می‌شود که قرارداد را پس از کشف اشتباه فسخ کند.<sup>۳</sup>

ورود وصف شخصی در قلمروی توافق طرفین با استنباط از مواد قانون مدنی صور مختلفی دارد:

۱- ممکن است این وصف به صورت قید توصیفی باشد.

۲- وصف در قرارداد شرط شود.

۱- صفایی، دکتر سید حسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان، چاپ اول، ص ۳۲۲.

۲- بروجردی (عبد)، محمد، حقوق مدنی، کتابفروشی علمی، ۱۳۲۹، ص ۱۱۶.

۳- مستنبط از مواد ۲۳۵ و ۴۱۰ و ۱۱۲۸ قانون مدنی ایران.

۳- وصف، در قرارداد صریحاً ذکر نشود بلکه بنای قرارداد بر آن باشد. به اصطلاح قانون مدنی عقد متبایناً بر آن واقع شود (ماده ۱۱۲۸ ق.م.ا). مثلاً مردی با دختر جوانی که قبلاً شوهر نکرده (غیرمدخوله) و هنوز در خانه پدر زندگی می‌کند ازدواج می‌کند. می‌توان گفت که بنای عقد نکاح، به حسب عرف کنونی مبنی بر وجود وصف بکارت در دختر بوده است. پس اگر بعد از عقد معلوم شود که زن باکره نبوده است برای شوهر حق فسخ باقی خواهد بود.

البته لزوم در قراردادهای معوض و غیرمعوض و قراردادهای یک تعهدی که قبض، شرط صحت آنهاست در همگی به یک معنا به کار می‌رود و آن پای‌بندی متعهد به تعهد خویش است و عدم نقض تعهد خویش بدون رضایت طرف دیگر عقد. اما جهت، در هر یک از قراردادهای فوق‌الذکر متفاوت است. در قراردادهای دو تعهدی یعنی قراردادهایی که ملزم الطرفین است، به این معناست که برای طرفین قرارداد تعهدات متقابلی ایجاد می‌شود. تعهد یک طرف جهت تعهد طرف دیگر است. یعنی در بیع، تعهد فروشنده جهت تعهد خریدار و بالعکس تعهد خریدار جهت تعهد فروشنده است اما در قراردادهایی که قبض شرط صحت آن است، جهت قرارداد تسلیم مادی شیء است و در قراردادهای غیرمعوض، جهت عبارت است از قصد بخشش، زیرا در معنای جهت گفته می‌شود که جهت، هدف نهایی در قرارداد است.

همان طوری که مکرر گفته شد اصل لزوم به دنبال جریان اصل صحت در قرارداد جاری می‌شود. از آن جایی که جهت در قراردادها هدف فوری و مستقیم متعهد است و از ارکان صحت در قرارداد محسوب است و جهت در یک نوع قرارداد یکسان است یعنی همیشه در بیع، تعهد خریدار جهت تعهد فروشنده و بالعکس است و در هبه و قراردادهای غیرمعوض، قصد بخشش و... فلذا قراردادی که فاقد جهت باشد یا جهت نامشروع داشته باشد، فاقد اثر می‌باشد و طرفین قرارداد را ملزم به پای‌بندی به تعهد نمی‌سازد. فلذا، چنانچه بعد از عقد (قرارداد)، تعهد یک طرف اجرا نشود، طرف دیگر از ایفاء تعهد معاف خواهد شد.

حق حبس که برای یکی از متعاملین به علت عدم اجرای تعهد طرف دیگر شناخته شده است، هم چنین، فسخ قرارداد در صورت عدم اجرای تعهد به وسیله یکی از متعاملین و سقوط تعهد در موردی که اجرای تعهد طرف دیگر به علت قوه قاهره (فورس ماژور)،

غیرممکن و متعذر می‌شود، همه این موارد به علت فقدان جهت و یا پدید نیامدن جهت قرارداد می‌باشد که به دنبال آن، اصل لزوم نیز جاری نمی‌شود و یا در صورت جاری شدن اصل لزوم، به علت عدم اجرای تعهد در موارد خاص، جهت تعهد طرف دیگر قرارداد، حاصل نمی‌شود و لذا عدم پای‌بندی طرف دیگر نسبت به تعهداتش را نیز حاصل می‌شود. از آثار و نتایج لزوم قرارداد و التزام به مفاد آن این است که فسخ و اقاله فقط نسبت به قطع آثار عقد در آینده می‌باشد ولی آن آثاری که قبل از فسخ و تفاسخ ایجاد شده است هم چنان بدون تعرض فسخ و تفاسخ (اقاله) پابرجاست و اصل لزوم بر آن سیطره دارد و برای مثال اگر خریدار خانه‌ای را خریده باشد و به مدت سه سال اجاره داده باشد، چنان‌چه قبل از فسخ یا اقاله عقد، اجاره واقع شده باشد، چون آثار مالکیت بر منافع، قبل از فسخ و اقاله ایجاد شده است، فسخ حق ممانعت مستأجر از انتفاع و استفاده از حق را نخواهد داشت یعنی اقاله و فسخ به آثاری که پیش از آن به وجود آمده است هیچ‌گونه صدمه نمی‌تواند بزند. بدین معنا که اجاره باقی می‌ماند و مالکیت عین در آینده به فروشنده باز می‌گردد و مالکیت خریدار و حق طلبکار نیز محترم می‌ماند و با اقاله از بین نمی‌رود. البته چون تأثیر انحلال عقد در آینده از قواعد آمره نمی‌باشد و با نظم عمومی ارتباط ندارد، دو طرف می‌توانند با تراضی اثر انحلال را به گذشته نیز سرایت دهند. برای مثال در قراردادی که یک مؤسسه صنعتی با کارگر متخصص می‌بندد، ممکن است شرط شود که کارگر حق ندارد تا چند سال در کارگاه‌های رقیب کارفرما کار کند و گرنه کارفرما حق فسخ قرارداد و مطالبه دستمزدهای پرداخته شده را دارد.

حال که قائل به اصل لزوم در قراردادها شدیم چگونه می‌شود اختیارات را با این اصل توجیه نمود. مبنای اصلی اختیارات غالباً یکی از دو اصل «حکومت اراده» و «لاضرر» است مگر این که مبنای دیگری احراز شود. این مطلب را اکثر حقوقدانان از جمله دکتر کاتوزیان و دکتر امامی و فقها قائلند. البته فرق نمی‌کند چه مبنای خیار «حکومت اراده» باشد و چه «لاضرر»، هر دو مبنا تأکیدی بر اصل لزوم قرارداد می‌باشند. با این بیان که در حکومت اراده طرفین ملزم هستند تا زمانی که موعد اعمال خیار نرسیده است زیرا طرفین آن طور خواسته‌اند و زمانی که موعد اعمال خیار فرا رسیده باز حکومت اراده و تراضی طرفین مبنای اعمال خیار است. فلذا کسی که خیار علیه او شرط شده است نمی‌تواند از آن سرباز زند و معترض باشد. در صورتی هم که «لاضرر» مبنای اعمال خیار باشد نیز همین

استدلال جاری است که التزام و پای‌بندی به عقد و مفاد آن تا زمانی است که قاعده لاضرر با مفاد و مدلول عقد، تعارض پیدا نکند یعنی، چنانچه اصل لزوم با قاعده لاضرر تعارض داشته باشد اصل لزوم جاری نمی‌شود. البته در بعضی مواقع نیز قاعده لاضرر بر قاعده اصاله‌اللزوم در قرارداد بی‌تأثیر می‌ماند و آن در حالی است که «اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد به این که عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد، مشتری در صورت ظهور عیب حق رجوع به بایع نخواهد داشت و اگر بایع از عیب خاصی تبری کرده باشد فقط نسبت به همان عیب حق مراجعه ندارد»<sup>۱</sup>. در ماده فوق فروشنده اعلام می‌کند که ضمان ناشی از عیب را به عهده نمی‌گیرد یا مبیع را با تمام عیوب احتمالی آن می‌فروشد نه بر مبنای سلامت آن. در این صورت طبق قاعده اقدام، مسئولیت خوب و بد کالا به عهده خریدار است، پس اگر عیبی در آن ظاهر شد مانند آن است که او از آن عیب آگاه بوده است. فلذا نمی‌تواند قرارداد را به اعتبار وجود عیب فسخ نماید و یا از بابت آن عیب، حتی مطالبه ارجش نماید. یعنی، در صورت شرط تبری از عیب توسط بایع و قبول خریدار، قاعده اقدام بر قاعده لاضرر حاکم می‌شود و اصل لزوم بدون تعارض بر حکومت خویش و جریان و سر بیان خویش می‌ماند.

البته قابل ذکر است که قاعده اصاله‌اللزوم در قراردادهای مطابق قاعده نسبی بودن قراردادهای صرفاً در مورد دو طرف قرارداد اثر دارد زیرا اگر قبول کنیم که آثار عقد نتیجه توافقی است که دو طرف عقد در این باب کرده‌اند طبیعی است که آن آثار نیز بایستی دامنگیر آن کسانی شود که در ساختمان اصلی عقد شرکت داشته‌اند. به عبارت دیگر معنای آزادی این است که هیچ کس نمی‌تواند اراده خود را بر دیگری تحمیل کند و حقوق و تعهدهایی که هر شخص در برابر دیگری دارد جز در مواردی که قانون مقرر داشته است به میل و اراده خود او ایجاد می‌شود پس عقدی که بین دو تن بسته می‌شود نه می‌تواند دینی برای ثالث ایجاد کند و نه حقی به سود او به وجود آورد یا حقوق او را منتقل سازد و از بین ببرد. البته آثار عقود جایز نیز که با اذن و اباحه آغاز می‌شود به بازماندگان نمی‌رسد و با مرگ یکی از دو طرف، عقد از بین می‌رود مگر در مورد آثار پیش از مرگ که به دارایی مورث پیوسته و همراه آن به ارث می‌رسد.

۱- ماده ۴۳۶ ق.م.

معاملات صوری هیچ‌گونه تعهدی بار نمی‌کند. فلذا طرفین این عقد نیز نه التزامی دارند و نه پای بند به آن خواهند بود زیرا این‌گونه معاملات به استناد ماده ۱۹۶ و ۴۶۳ و ۶۵ ق.م. و ماده ۲۱۸ و ۲۱۸ مکرر ق.م. و مطابق اصل ۴۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، از مصادیق سوء استفاده از حق شمرده می‌شود. به بیان دیگر معاملات صوری، شرایط صحت معامله را واجد نمی‌باشند. فلذا، اصاله الصحه بر آن بار نمی‌شود و از آن جا که اصاله‌اللزوم، منوط به صحت معامله می‌باشد، اصاله‌اللزوم نیز جاری نمی‌شود. از مواردی که در قانون مدنی اصل لزوم و صحت حاکم است ماده ۷۶۲ قانون مدنی است «اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد صلح باطل است». این ماده حاوی اصل لزوم و صحت است زیرا مدعی اشتباه باید ثابت نماید و تا اشتباه ثابت نشده است، صلح صحیح است و طرفین پای‌بند به تعهدات خویش و اصل لزوم جاری است و در مواد ۳۴۴ و ۴۹۰ و ۲۲۷ و ۷۲۰ ق.م. که در خصوص مسئولیت قراردادی کسی که نقض تعهد می‌کند و به تعهد خود عمل نمی‌نماید، مستلزم لزوم قرارداد در آن موارد بوده که در صورت عهدشکنی یکی از طرفین عقد، موجب مسئولیت وی می‌شود. چرا که اگر قرارداد و عمل به تعهد و شرط و... لازم نبود و طرفین پای‌بند به مفاد توافق خویش نمی‌بودند، دلیلی برای فرض مسئولیت قراردادی برای عهد شکنی باقی نمی‌ماند. پس فرض قانونگذار اولاً و بالذات لزوم بوده است و ثانیاً و بالعرض مسئولیت قراردادی ناشی از عهدشکنی.

ماده ۲۲۷ ق.م. «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان به او مربوط نمود». از دیگر مواردی که در قانون مدنی تأکیدی بر لزوم قرارداد می‌باشد، مفهوم ماده ۲۲۹ قانون مدنی است که حالت فورس ماژور را در قرارداد بیان می‌کند.

دکتر حسین صفایی در توضیح<sup>۱</sup> ماده ۲۲۹ ق.م. بیان می‌کنند که آثار فورس ماژور در یکی از سه چیز است:

- ۱- موجب سقوط تعهد می‌شود.
- ۲- موجب انحلال قرارداد می‌شود.
- ۳- موجب تعلیق قرارداد می‌شود.

۱- صفایی، دکتر سید حسین، منبع پیشین، ص ۴۰۸.

ایشان بیان می‌کنند که فورس ماژور در صورتی که عدم اجرای دائمی را در پی داشته باشد، موجب انحلال قرارداد و سقوط تعهد خواهد شد. در این حالت فورس ماژور موجب برائت متعهد و معافیت او از مسئولیت خواهد بود و متعهد نمی‌تواند به علت عدم اجرای قرارداد، مطالبه خسارت کند (ماده ۱۱۴۸ ق.م. فرانسه و ماده ۲۲۹ ق.م. ایران).

معافیت از مسئولیت به علت جنگ یا انقلاب در حقوق داخلی در پاره‌ای از موارد پذیرفته شده است. مثلاً در حقوق فرانسه به موجب آراء قضایی<sup>۱</sup> صرف حالت جنگ، فورس ماژور تلقی نشده است بلکه عملیات جنگی در صورتی که عدم امکان اجرای قرارداد را سبب شده باشد، فورس ماژور به شمار آمده است مانند موردی که عملیات جنگی موجب قطع ارتباطات یا ترک اجباری محل به دستور مقامات نظامی و در نتیجه عدم امکان اجرای قرارداد شده باشد.

البته در تعهدات دو تعهدی یا ملزم الطرفینی که در آنها همان طوری که قبلاً گفته شد تعهد یک طرف جهت تعهد دیگری است، هر گاه تعهد یک طرف به علت فورس ماژور ساقط شود، تعهد طرف دیگر نیز ساقط می‌شود و قرارداد منحل خواهد شد. همبستگی تعهدات در قراردادهای فوق‌الذکر، مستلزم این نتیجه است. زیرا بقای تعهد یکی از طرفین با وجود سقوط تعهد طرف دیگر به علت فورس ماژور با ماهیت این‌گونه قراردادهای و اراده طرفین مابینت دارد و به هیچ‌وجه قابل دفاع نیست. البته پس از انحلال قرارداد در صورتی که یک طرف قرارداد پرداخت‌هایی بیش از آنچه دریافت کرده، انجام داده باشد یعنی، پیش پرداختی انجام داده باشد و کالایی در ازاء آن تحویل نگردیده است، براساس اصل استفاده بلاجهت و یا دارا شدن غیرعادلانه<sup>۲</sup> به تعبیردیگران، قابل استرداد است.

البته چون از آثار فورس ماژور این است که متعهد از مسئولیت معاف می‌شود در مواردی که به علت فورس ماژور، قرارداد اجراء نشده یا به تأخیر بیفتد، متعهد نمی‌تواند بدین سبب مطالبه خسارت نماید زیرا فورس ماژور لزوم قرارداد را رفع می‌کند. رأی شماره ۲-۴۹-۲۴ مورخ ۵ مردادماه ۱۳۶۲ دیوان دآوری دعاوی ایران و آمریکا نیز، مؤید همین مطلب است. در این که موارد و مصادیق فورس ماژور چه چیزی می‌باشد علاقه‌مندان را به

۱- همان، ص ۴۱۵.

۲- همان، ص ۴۰۱ به نقل از حقوق انگلستان.

مقاله‌ای که دکتر حسین صفایی در این خصوص در کتاب مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی نگاشته‌اند ارجاع می‌دهیم.

### ج - معنای «عقد»

ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد را چنین توصیف می‌کند: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». علی‌رغم ایرادی که بر ماده فوق‌الذکر وارد است که تعریف عقد جامع نمی‌باشد و فقط عقود عهدی را شامل می‌شود، چنین استنباط می‌شود که واژه عقد واژه‌ای است که افاده عموم می‌کند و هرگونه عقدی را شامل می‌شود. زیرا در این قسمت ماده بیان می‌کند: «... یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». اثر عقد را تعهد یا تعهداتی که بین طرفین عقد ایجاد می‌شود، بیان کرده است که لازمه تعهد نیز، پای‌بندی به آن می‌باشد. پس هر عقدی که ایجاد تعهد کند مشمول این ماده می‌شود و تعریف عقد شامل آن می‌شود؛ خواه آن عقد با صیغه خاص و شرایط ویژه منعقد شده باشد، خواه با داد و ستد (معاطات)، عملاً طرفین ایجاد تعهد برای یکدیگر نمایند که این الزام، به حاکمیت اراده برمی‌گردد و ماده ۲۲۴ ق.م. نیز که بیان می‌دارد «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه...» برداشت فوق از عقد را می‌رساند. زیرا این ماده بیان می‌کند که الفاظ عقود را با توجه به معانی عرفیه آن‌ها بایستی تفسیر نمود نه معانی که حقیقت شرعیه دارند و خود لفظ عقد نیز از این قاعده و ماده مستثنا نمی‌باشد و همان‌طوری که پیش از این بیان شد، معنای عقد نیز چون حقیقت شرعیه ندارد و قبل از شرع مقدس اسلام نیز در میان عقلاء مورد استفاده بوده است و عقلاً معاطات و داد و ستد را نیز سبب ایجاد تعهد می‌دانسته‌اند، فلذا از بناء عقلاء و خردمندان نیز می‌توان استنباط نمود که لفظ عقد، عام است و ماده فوق‌الذکر نیز امضایی بر بناء عقلاء در معاطات و تعاطی آن‌ها است. ماده ۱۰ ق.م. نیز بی‌تردید اعتبار قراردادهایی که دارای الگوی عقود معینی نیستند و مخالفتی با موازین قانونی ندارند را بیان می‌کند و عنوان عقد بر قراردادهای نامعین هم شامل می‌شود.



رأی شماره ۱۰۶۴-۷۵۷ مورخ ۲۲ آبان ۱۳۰۷ دیوان کشور: «لیره در معاملات تجارتي و برواتي، منصرف به لیره رایج هر محل و اوراق نقدي است که غالباً قيمتش در تغيير...».

رأی فوق‌الذکر نیز در تأکید این مطلب است که الفاظ عقود محمول بر معانی عرفی آن‌هاست زیرا منظور از لیره در معاملات تجارتي و برواتي، لیره رایج هر محل دانسته شده است.

و در جای دیگر دیوان عالی کشور عدم رعایت معانی عرفیه را موجب نقض دادنامه دانسته است. آن طوری که در رأی شماره ۱۴۵۱۰/۲۴۲-۲۵/۱/۱۳۷۱ مشاهده می‌شود: «مطابق ماده ۲۲۴ قانون مدنی الفاظ عقود و قراردادهای باید حمل بر معانی عرفیه شود و تخلف از آن موجب نقض دادنامه است».<sup>۲</sup>

عقد محدود به مفاد تصریحی آن نمی‌باشد. مطابق ماده ۳۵۶ ق.م. «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود یا قرائن، دلالت بر دخول آن در مبیع نماید، داخل در بیع و متعلق به مشتری است. اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند.»

نقش عرف در تعیین مفاد عقد و شرط مندرج در آن، بسیار تعیین کننده است. فلذا عقد محدود به تصریح نمی‌باشد بلکه لوازم عرفی عقد و شروطی که عقد بر مبنای آن واقع شده است را نیز در بردارد؛ فلذا همان گونه که اصل لزوم در مفاد عقد جاری است در لوازم عرفی و شروط مبنی بر آن نیز جاری خواهد شد و طرفین عقد نمی‌توانند خلاف آن لوازم و شروط نیز عمل نمایند زیرا که شمول عقد بر لوازم عرفی و شروطی که عقد بر آن بنا شده است نیز اطلاق دارد.

ماده ۱۱۲۸ ق.م. نیز مؤید همین مطلب است که شمول عقد بر شرط، اعم از شرط مندرج در عقد و شروطی است که در عقد تصریح نشده ولی عقد متبایناً بر آن واقع می‌شود.

۱- بروجردي (عبد)، محمد، اصول حقوقی دیوان عالی تمییز تا ۱۳۱۰، شماره ۵۳۶، ص ۱۶۴.

۲- همان، ج ۲، ص ۸۳.

۳- ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی: «هرگاه در یکی از طرفین، صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد.»

به عبارت دیگر بنای عرف و عادت یا لوازم عرفی، نوعی شرط ضمنی است که اعتبار خود را از تراضی می‌گیرد و همانند شرط صریح، سبب ایجاد خیار فسخ می‌شود یعنی بنای عرف، جزء مفاد عقد و در حکم شرط صریح است.

همان طوری که بیان شد اصالة اللزوم، علاوه بر این که شامل مفاد صریح خود عقد و قرارداد می‌باشد، شامل شروط ضمنی آن نیز که در عقد نیامده است ولی مدلول التزامی مفاد توافق و لازمه طبیعت آن است نیز می‌شود، زیرا مشهور است که «من التزم بشیء التزم بلوازمه» یا مقدمه واجب، واجب است و ... .

مثلاً فرض کنیم مالکی تعهد کرده است که ملک ثبت شده خود را بفروشد. در حقوق ما، فروش ملک ثبت شده فقط از راه تنظیم سند رسمی انتقال و ثبت آن در دفتر املاک امکان دارد (ماده ۲۲ ق.ث.). پس تعهد به تنظیم سند رسمی و حضور در دفترخانه اسناد رسمی، لازمه تعهد به فروش ملک یا به بیان دیگر، قولنامه فروش ملک، به طور ضمنی، حاوی این شرط است که مالک، مقدمات تنظیم سند رسمی انتقال را فراهم و آن را امضاء کند.

فرق عقد و ایقاع این است که چنانچه انشاء اثر حقوقی با دو اراده متقابل یا توافق دو اراده صورت پذیرد، «عقد» گفته می‌شود و اگر با یک اراده تحقق یابد، «ایقاع» است ولی صفت مشترک هر دو این است که اراده شخص، جانشین اراده عمومی «قانون» است.

فلذا پیش قرارداد یا وعده قراردادهای دو طرفی، پیمانی است الزام آور و نباید آن را با وعده اخلاقی ساده یا ایجاب ساده و قابل رجوع اشتباه کرد. فقط «وعده نکاح» را قانونگذار الزام آور نمی‌داند تا مانعی برای تصمیم گرفتن آزاد زن و شوهر تا آخرین لحظه نشود و خانواده با رغبت کامل بنا نهاده شود نه اجبار (ماده ۱۰۳۵ ق.م.). اثر پیش قرارداد (قولنامه) به طور معمول ایجاد دینی است که در صورت اجرا شدن، به انعقاد پیمان اصلی و ایجاد اثر ویژه آن می‌انجامد. مثلاً اگر موضوع قولنامه خرید و فروش و تملیک باشد، حق عینی با امضای آن انتقال نمی‌یابد و بیع محقق نمی‌شود.

تعهد مقدماتی با امضای قولنامه صورت می‌گیرد و در اثر آن حق ثابت و معینی به وجود می‌آید که بر مبنای آن می‌توان متعهد را به بستن عقد اصلی اجبار کرد. یعنی اصالة اللزوم بر پیمان مقدماتی نیز جاری می‌شود. چرا که مشمول عنوان عقد و قاعده اصالة اللزوم می‌شود ولی مفاد پیش قرارداد یا قولنامه، انجام و انعقاد عقد اصلی است.

جهت انطباق عنوان عقد بر قراردادهای خصوصی دیگر، می‌توان به ماده ۱۰ ق.م. استناد نمود که «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

مطابق این ماده هر قراردادی که خواه قرارداد معین و یا غیرمعین (معاطات، معاوضات، قرارداد بیمه و...) همگی مشمول حکم این ماده می‌باشد یعنی معتبر است مشروط به این که مخالف صریح قانون نباشد. البته در این جا منظور از قانون، قانون آمره است یعنی مشروط به این که مخالف قانون آمره و نظم عمومی نباشد زیرا قطعاً می‌توان بر خلاف قوانین تفسیری توافق نمود زیرا در این موارد قانونگذار نظر تحمیلی ندارد و آن را به اختیار افراد و طرفین قرارداد گذاشته است در حالی که آن چه تکلیف کرده است و نظر به امر و نهی آن دارد در قوانین آمره آورده است.

البته ماده ۱۰ قانون مدنی بیانگر اصل مهم دیگری نیز می‌باشد و آن اصل آزادی در قراردادهای و اصل حاکمیت اراده است. این اصل در میان حقوقدانان اسلامی نیز وجود دارد. البته در خصوص ماده ۱۰ قانون مدنی بعضی از حقوقدانان قائلند که ماده، مستند به اصل حاکمیت اراده است و اصل حاکمیت اراده نیز از حقوق فرانسو اقتباس شده است و قبل از تصویب، این ماده در نظام حقوقی ایران وجود نداشت، بلکه به تبعیت عده‌ای از فقهای امامیه، قرارداد منعقد و وقتی معتبر بود که در قالب عقود معین تنظیم می‌گردد و اگر قراردادی تحت نام عقد معین به وجود نمی‌آید، ارزش و اعتباری نداشت. در نتیجه سعی می‌شد که قراردادهای بی‌نام در قالب عقد صلح در آید ولی با تصویب ماده ۱۰ قانون مدنی این مشکل مرتفع شد.

عده‌ای دیگر معتقدند که این تصور که در فقه و اسلام آزادی در قراردادهای وجود ندارد تصور صحیحی نیست بلکه برعکس در اسلام و حقوق اسلامی استقلال اراده وجود دارد زیرا مشهور فقهاست که «العقود تابعه للقصود» و حقوق ایران نیز از این سابقه بهره گرفته است و برای اثبات مطلب به نظر صاحب کتاب جامع الشتات اشاره می‌کنند: <sup>۱</sup> «در جواز معاوضه و معاطات، دلیل نمی‌خواهد چون اصل، برائت است نه اباحه، عدم ورود منع، کافی است در جواز...» و اضافه می‌کنند که در نزد اکثر فقها هر معامله یا معاوضه و یا هر

۱- امامی، دکتر اسدالله، نقش اراده در قراردادهای، فصلنامه حق، مرکز مطالعات حقوقی و قضایی وزارت دادگستری، اسفند ۱۳۶۴.

عقدی درست است و درست بودن معاوضات علی‌الاطلاق دلیل لازم ندارد و همین قدر که منع قانونی و شرعی وجود نداشته باشد برای صحت معاملات و معاوضات کفایت می‌کند. بنابراین ماده ۱۰ قانون مدنی ایران به عقیده این عده درحقیقت بیانگر فکر صاحب جامع الشتات است.

در حال حاضر در همه نظام‌های حقوقی این اعتقاد وجود دارد که عقود معینه و ضوابط مربوط به آن‌ها برای رفع نیازمندی‌های مردم یک جامعه و در روابط خصوصی‌ای که دائم در حال تحول است، کافی نیست. به عبارت دیگر عقلاً و عملاً درست نیست و امکان ندارد قواعد حاکم بر جامعه را ثابت نگهداشت. در حقوق اسلامی نیز همان‌گونه که بیان شد با توجه به اصل تحول و تحرک اجتماعی، مقررات مربوط به روابط مردم از جمله عقود پی‌ریزی شده است.

برای مثال ظهرنویسی اسناد تجاری (برات، سفته، چک) نیز، از مصادیق قرارداد می‌باشند. زیرا ظهرنویس بایستی تمام شرایط صحت قرارداد اعم از قصد، رضا و اهلیت و... را دارا باشد و اگر ظهرنویسی مثلاً اهلیت نداشته باشد آن ظهرنویسی بلااثر است و قرارداد باطل تلقی می‌شود.

ماده ۶۸۴ ق.م. می‌گوید: «عقد ضمان عبارت است از این که شخص، مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد». این ماده بیان می‌کند که ضمانت از دین و حسن انجام تعهد نیز در جایی مطرح می‌شود که آن دین یا تعهد، ناشی از قراردادی لازم باشد یعنی متعهد و مدیون در اجرای تعهدش ملزم باشد. و الاً دینی که سبب آن ایجاد نشده باشد یا این که لازم نباشد (یعنی قابل فسخ باشد در هر زمان به طور اطلاق) در آن صورت ضمان از آن دین معنایی ندارد.

البته در ماده ۶۹۱ ق.م. «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است» بحث است. زیرا بعضی از فقها ضمان دینی را که سبب آن ایجاد نشده است را صحیح دانسته و اعلام می‌کنند که عمومات (اوفوا بالعقود و...) آن‌ها را شامل می‌شود و صحت آن را اقتضاء دارد اگر چه این‌گونه قراردادها ضمان مصطلح نباشند بلکه مشمول ماده ۱۰ ق.م. خواهند بود.<sup>۱</sup>

۱- صفایی، دکتر سید حسین، منبع پیشین، ص ۸۹

معامله در صورت داشتن شرایط صحت معامله مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی، مشمول ماده ۱۰ ق.م. می شود و حکم به اعتبار و جریان اصله‌اللزوم بر آن می شود. مطلب فوق را رأی شماره ۲۲/۴۱۱۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز تأیید می کند.<sup>۱</sup>

و در ماده ۳۳۹ ق.م. در قسمت آخر آن بیان می دارد که ضرورتی ندارد که وسیله بیان اراده، لفظ باشد یعنی قانون مدنی بر خلاف نظر بعضی فقها پذیرفته است که بیع با داد و ستد می تواند انجام پذیرد. بنابراین در مواردی که قیمت کالایی معین است و خریدار از اوصاف مبیع اطلاع دارد، ممکن است بدون هیچ گفتگویی مبیع با پول مبادله شود. مانند فروش سیگار و کبریت و خرید و فروش به وسیله دستگاه و ماشین های خودکار و... که بر همگی معاطات اطلاق می شود و یا در انتقال حق خیار، حق تحجیر و حق انشعاب آب، برق، تلفن و... که هیچ کدام از آنها را نمی توان از مصادیق بیع یا اجاره... دانست بلکه همگی آنها تابع ضوابط و قواعد عمومی قرارداهاست و مشمول ماده ۱۰ ق.م. است زیرا حق تألیف و حق سرقفلی و مالکیت علائم صنعتی و تجاری... نمی توانند مشمول ضوابط و شرایط بیع و اجاره باشند چرا که آنها فقط در عالم اعتبار وجود دارند و در خارج عینیت ندارند تا به تدریج قابل انتفاع باشند. فلذا عین نمی باشند تا تملیک عینی باشند و منافع نیز می باشند تا تملیک منفعت صادق باشد پس فقط مشمول ماده ۱۰ ق.م. می تواند باشد و تعهدات آنها نیز مطابق اصل حاکمیت اراده و ماده ۲۱۹ ق.م. لازم الاتباع است مگر خلاف آن ثابت شود لذا انتقال حقوق (حق تحجیر و حق...) همگی مشمول عنوان عقد نیز می شوند، چرا که منشاء تعهد و التزام می باشند و مخالف قوانین آمره نیز نمی باشند.

پیش قرارداد (قولنامه) نیز که مورد معامله آن، انشاء یک عمل حقوقی است نیز، تحت هیچ یک از عناوین عقود معین قرار نمی گیرد زیرا، پیش قرارداد بیع نمی باشد و پیش قرارداد اجاره، اجاره نمی باشد بلکه تعهد به انشاء عقد بیع و یا تعهد به انشای عقد اجاره و... می باشد و از آن جا که مورد معامله مطابق ماده ۲۱۴ ق.م. که بیان می کند «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می کنند» نظر به این که عمل، اعم از عمل حقوقی و عمل مادی است. پیش قرارداد از لحاظ حقوقی معتبر است و مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی است و مطابق ماده ۲۱۹ ق.م. لازم الاتباع است و اصل لزوم بر آن جاری است.

از ماده ۲۱۹ ق.م. استنباط می‌شود علاوه بر تأکید و تصریح در بیانات فقها، جریان اصاله‌اللزوم در عقود و قراردادهای منوط به صحت قرارداد و جریان اصاله‌الصحة در قرارداد می‌باشد زیرا که بیان می‌دارد «عقودی که بر طبق قانون وضع شده باشد... لازم‌الاتباع است...» و قانون مدنی در ماده ۱۹۰ و ۱۹۱ شرایط صحت معاملات را (مطلق معاملات که شامل عقود معین و غیرمعین نیز می‌شود) بر شمرده است لذا عقودی که مطابق ماده ۱۰ ق.م. منعقد می‌شوند، بایستی تمامی شرایط صحت معامله مندرج در ماده ۱۹۰ و ۱۹۱ ق.م. را دارا باشد و الا آن معامله صحیح نمی‌باشد و اصاله‌اللزوم نیز، به تبع جاری نخواهد شد.

در استنباط لزوم از عقد، مدلول عقد من حیث المجموع را شامل می‌شود یعنی اگر عقدی مشروط باشد، چنانچه عقد، لازم باشد و با دلایل دیگر از شمول قاعده اصاله‌اللزوم خارج نشده باشد، شرط ضمن عقد نیز از، عقد کسب لزوم می‌کند. برای مثال قراردادی به منظور طرح و اجرای سدی به امضاء می‌رسد مبنی بر این که کارفرما از تخصص و کار این مقاطعه کار، سود ببرد، ضمن عقد اصلی به او وکالت می‌دهد که زمین مناسبی را برای ایجاد کارگاه بخرد و مواد خام مورد نیاز را تهیه کند. مقاطعه کار نیز وکالت را می‌پذیرد تا دستمزد بیشتری نصیبش شود. در این جا عقد وکالت که می‌توانست به طور مستقل واقع شود، اکنون در لباس شرط از توابع اجاره خدمت در آمده است. وکیل، امین و نماینده کارفرماست ولی در این مجموعه دیگر نمی‌توان او را عزل نمود، سرنوشت وکالت به قرارداد اصلی پیوند خورده است و با انحلال آن قرارداد از بین می‌رود و تا زمانی که مقاطعه کاری پابرجاست، وکالت نیز باقی می‌ماند و ایجاد الزام می‌کند.

البته تمیز و تشخیص مقصود واقعی از شرط به سادگی امکان ندارد و باید به کمک اوضاع و احوال و قرائن و ظواهر عرفی الفاظ، شرط استنباط شود ولی ظاهر این است که هر گاه اجرای شرط به سود مادی و معنوی هر دو طرف باشد، هیچ یک از طرفین حق ندارند بدون رضای دیگری شرط را برهم بزنند در صورتی که شرط به سود یکی از آنها و به زیان دیگری است، آن که از اجرای شرط سود می‌برد می‌تواند از آن صرف‌نظر کند (ماده ۲۳۵ ق.م. و ۲۳۷ ق.م.).

البته عرف و عادت یا لوازم عرفی عقد، نوعی شرط ضمنی است که اعتبار خود را از تراضی طرفین عقد می‌گیرد و همانند شرط صریح سبب ایجاد خیار فسخ می‌شود یعنی، بنای عرف جزء مفاد عقد و در حکم شرط صریح است. همان طوری که ماده ۳۵۶ ق.م.

راجع به حکومت عرف نسبت به تعیین اجزاء و توابع مبیع می‌گوید: «... اگر چه متعاملین جاهل به عرف باشند...» و به قول بعضی از مؤلفین «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»<sup>۱</sup> و در بعضی مواقع در قانون تصریح شده است که مخالفت با عرف نیاز به تصریح دارد (مواد ۳۵۷ و ۳۵۹ ق.م.) که دکتر کاتوزیان در بیان تعلیل تشریح این مواد می‌گوید: «دلیل نیاز به تصریح این است که حکم عرف با اصل عدم نیز همراه است و اثبات خلاف آن باید به تراضی صریح باشد».<sup>۲</sup>

و یا ایشان در جای دیگر می‌گویند: «مؤلفان حقوق در توجیه ماده ۲۲۵ ق.م. می‌گویند: هر گاه طرفین بر خلاف امور متعارف تراضی نکنند ظاهر این است که خواسته‌اند عرف را گردن نهند».

پس ملاحظه شد که عرف و عادت و لوازم عرفی و شرط ضمن عقد و... نیز مفاد عقد محسوب است و مشمول اصل لزوم قراردادهای می‌شوند، مادامی که خلاف آن‌ها ثابت نشده است. البته شیخ انصاری نیز در مورد لوازم عرفی عقد چنین می‌فرماید: «الصفات المبنی علیها فی حکم الصفات المشروطه فهی من قبیل تخلف الشرط و توهّم ان الشروط اذا لم تذکر فی متن العقد لا عبره بهما... مدفوع»<sup>۳</sup> و همان طوری که بیان شد در وضع ماده ۳۵۶ ق.م. نیز از نظر شیخ انصاری پیروی شده است.

۱- کاتوزیان، دکتر ناصر، کلیات حقوق، ج ۲، ص ۲۴۶.

۲- کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص ۵۵.

۳- انصاری، شیخ مرتضی، منبع پیشین، جلد دوم، ص ۱۹۸.

## نتیجه

این قاعده تمامی قراردادهای اعم از قراردادهای معهود و معین که در فقه دارای شرایط و ارکان و عناصر خاصی است و قراردادهای نامعین یا بی‌نام که در فقه عنوان خاصی ندارند- را در برمی‌گیرد. مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی نیز که بیانگر اعتبار و لزوم تمامی قراردادهایی است که مخالف قانون نباشد صرفاً جهت اعتبار و لزوم تمامی قراردادهایی است که شرایط صحت را واجد هستند لذا اصله‌اللزوم در جایی صرفاً جاری می‌شود که قرارداد تمامی ارکان و عناصر صحت قرارداد را در برداشته باشد یعنی قبلاً اصله‌الصحه بر آن حکومت داشته باشند. بنابراین جایی که صحت و اعتبار قرارداد محرز شد ماده ۲۱۹ ق.م. و قاعده اصله‌اللزوم بر آن جاری می‌شود و آن قرارداد را لازم‌الاتباع می‌دانیم البته مادامی که دلیل خاصی آن را از این قاعده مستثنی نکرده باشد.



## فهرست منابع

### الف- منابع فارسی

- ۱- امامی، دکتر اسدا...، نقش اراده در قراردادهای، فصلنامه حق، اسفند ۱۳۶۴، زیر نظر مطالعات حقوقی و قضایی وزارت دادگستری.
- ۲- بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقیه، نشر میعاد، چاپ دوم، پاییز ۱۳۷۲.
- ۳- بروجردی (عبده)، محمد، اصول حقوقی دیوان عالی تمییز تا ۱۳۱۰.
- ۴- بروجردی (عبده)، حقوق مدنی، کتاب فروشی محمد علی علمی، ۱۳۲۹.
- ۵- بندر ریگی، محمد، ترجمه منجد الطلاب، انتشارات اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۶۲.
- ۶- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم.
- ۷- جیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن حسن، معروف به «میرزای قمی»، جامع الشتات، ج ۳، با تصحیح مرتضی رضوی، انتشارات کیهان، چاپ اول، تابستان ۱۳۷۱.
- ۸- حجتی کرمانی، محمد جواد، ترجمه تفسیرالمیزان، انتشارات دارالعلم، قم.
- ۹- صفایی، دکتر سید حسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان، چاپ اول.
- ۱۰- کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۶.

### الف- منابع عربی

- ۱- انصاری، شیخ مرتضی، کتاب المکاسب، منشورات دارالذخائر، قم، الطبعة الاولى، ۱۴۱۱ ق.
- ۲- الجزیری، عبدالرحمن، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، دارالکتب العلمیه، بیروت.
- ۳- خوانساری نجفی، شیخ موسی بن محمد، منیه الطالب (تقریرات درس آیت... نائینی)، ج ۲، قم، ۱۳۷۶.
- ۴- صدر، سید محمد، ماوراءالفقه، دارالاصول، الطبعة الاولى.
- ۵- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، عروه الوثقی، ج ۲، چاپ تهران، ۱۳۷۷ ق.
- ۶- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۴، موسسه آل‌البیت، قم، ۱۴۱۱ ق.
- ۷- مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، نشر دانش اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- ۸- موسوی خمینی، سید روح...، کتاب البیع، چاپ مطبعه المهر، قم.