

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تعلیق در عقد



نگارنده

محمدعلی حیرانی نوبری

انتشارات چتر دانش

سرشناسه	: حیرانی نوبری، محمدعلی، ۱۳۴۵-
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: تعلیق در عقد/ نگارنده محمدعلی حیرانی نوبری.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۴۰۰.
مشخصات ظاهری	: ۱۹۶ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۵۰۷-۱
وضعیت فهرست نویسی	: فیپا
یادداشت	: کتابنامه:ص. ۱۸۳ - ۱۹۳؛ همچنین به صورت زیرنویس.
موضوع	: عقود و ایقاعات (فقه) -- ایران
	Contracts (Islamic law) -- Iran
	قراردادها -- ایران Contracts -- Iran
	معاملات -- قوانین و مقررات -- ایران
	Transactions -- Law and legislation -- Iran*
	معاملات (فقه)* Transactions (Islamic law)
رده بندی کنگره	: KMH۸۵۸
رده بندی دیویی	: ۳۴۶/۵۵۰۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۸۴۸۷۱۶۳
اطلاعات رکورد کتابشناسی	: فیپا

نام کتاب	: تعلیق در عقد
ناشر	: چتر دانش
مؤلف	: محمدعلی حیرانی نوبری
نوبت و سال چاپ	: اول - ۱۴۰۱
شمارگان	: ۱۰۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۵۰۷-۱
قیمت	: ۱۰۰۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ منبری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸

تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳

پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com

کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند.

منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این‌ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آنها از یک سو و تناسب آنها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتر دانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت‌گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی بیش از پیش به منصفه‌ی ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش

تقدیم به

بزرگ پرچمدار قسط و عدل، پناهگاه ستمدیدگان، مولای متقیان، قبله آمال
عارفان، امام علی بن ابیطالب(ع)، که این اثر همواره با یاد و نام او به رشته تحریر
درآمده است.

چکیده

تعلیق در عقد به لحاظ علمی و کاربردی در معاملات عرفی و قراردادهای بین‌المللی از اهمیت بسزایی برخوردار است. حقوق موضوعه بسیاری از کشورها، نیز، درباره مراحل مختلف آن تا تبدیل شدن به یک موجود کامل حقوقی، مقرراتی را پیش‌بینی کرده‌اند. اما قانونگذار ایران ضمن ارائه تعریفی کوتاه و مبهم، درباره وضعیت حقوقی آن به‌طور صریح اظهارنظر نکرده و از این طریق زمینه را برای طرح مباحث حقوقی فراوان درباره تعلیق در عقد فراهم نموده است.

کتاب حاضر تحت عنوان «تعلیق در عقد» در سه بخش تنظیم گردیده است. بخش اول با عنوان «کلیات» طرح گردیده و شامل دو فصل است. در فصل اول، به تعریف عقد و تقسیم آن به عقد منجز و معلق پرداخته شده است و در فصل دوم، تعلیق در عقد و تمایز آن با ماهیت شرط و تأجیل مورد بررسی قرار گرفته است.

بخش دوم، به بررسی «حقیقت انشاء و انواع تعلیق در عقد» اختصاص پیدا کرده است و مشتمل بر دو فصل است. در فصل اول، حقیقت انشاء و چگونگی پیدایش و خصوصیات آن، مورد بحث قرار گرفته و فصل دوم به مباحث مربوط به انواع تعلیق در عقد اختصاص یافته است.

بخش سوم، تحت عنوان «صور تعلیق در عقد و آثار و حکام و کاربرد آن» طرح گردیده و در برگیرنده دو فصل است. در فصل اول صور تعلیق در عقد و احکام آن مورد بحث قرار گرفته است و در فصل دوم، آثار تعلیق در عقد و کاربرد آن مطرح گردیده است.

با توجه به مباحث طرح‌شده، می‌توان گفت: صحت تعلیق در عقد از دیدگاه حقوقدانان و برخی از محققین فقهی متأخر مورد پذیرش قرار گرفته است و همین دکترین حقوقی و فقهی در صورت جلب اعتماد عملی دادگاه‌ها، می‌تواند به پر کردن خلأ ناشی از سکوت قانونگذاری بیانجامد.

بدین ترتیب، تعلیق در عقد قبل از وقوع معلق‌علیه می‌تواند با ایجاد رابطه حقوقی خاص، زمینه را برای پیدایش ماهیت اعتباری عقد پس از حصول

معلق علیه فراهم آورد. حق و تعهد ناشی از این رابطه حقوقی، قطعی و مسلم و قابل انتقال به ورثه بوده و متعهدله می‌تواند برای حفظ وضع موجود و جلوگیری از تضییع حقوق احتمالی آینده، اقدامات تأمینی و تضمینی لازم را انجام دهد. اما آثار حقوقی عقد بعد از وقوع معلق علیه با در نظر گرفتن مقتضای طبیعی عقد و اصول حاکم بر اسباب و مسببات اعتباری، از زمان حصول معلق علیه، جریان پیدا می‌کند، گرچه این امر مانع از توافق طرفین بر کاشفیت معلق علیه نیز نمی‌باشد.

فهرست

مقدمه ۹

فصل نخست: کلیات ۱۵

فصل اول: تعریف عقد و تقسیم آن به عقد منجز و معلق ۱۷

مبحث اول: تعریف عقد ۱۷

مبحث دوم: تقسیم عقد به منجز و معلق ۲۹

فصل دوم: تعلیق در عقد و تمایز آن با ماهیت اشتراط و تأجیل ۳۲

مبحث اول: تعریف تعلیق در عقد ۳۲

مبحث دوم: تمایز تعلیق در عقد با ماهیت شرط و تأجیل ۴۴

فصل دوم: بررسی حقیقت انشاء و انواع تعلیق در عقد ۶۳

فصل اول: بررسی حقیقت انشاء و چگونگی پیدایش و خصوصیات آن ۶۵

مبحث اول: حقیقت انشاء ۶۵

مبحث دوم: چگونگی پیدایش انشاء عقد و خصوصیات آن ۷۹

فصل دوم: انواع تعلیق در عقد ۹۰

مبحث اول: تعلیق در انشاء ۹۰

مبحث دوم: تعلیق در منشأ ۹۹

مبحث سوم: تعلیق در اثر عقد ۱۰۶

مبحث چهارم: تعلیق در تعهد به انجام عقد ۱۰۸

فصل سوم: صور تعلیق در عقد و احکام و آثار و کاربرد آن ۱۱۹

فصل اول: صور تعلیق در عقد و احکام آن ۱۲۱

مبحث اول: صورت‌های گوناگون تعلیق در عقد ۱۲۱

مبحث دوم: احکام تعلیق در عقد ۱۲۷

۱۳۴ نقد و بررسی
۱۴۱ فصل دوم: آثار تعلیق در عقد و کاربرد آن
۱۴۱ مبحث اول: آثار عقد معلق
۱۶۰ مبحث دوم: کاربرد تعلیق در عقد
۱۸۱ نتیجه‌گیری کلی

مقدمه

در جوامع ابتدایی، محور نظام اقتصادی و معیشتی بشر، محدود به نهاد خانواده بوده و آدمی بیشتر احتیاجات مادی خود را در درون این نهاد، مرتفع می‌ساخت و اگر نمی‌توانست نیازهای خود را در درون خانواده برآورده کند، به مبادله کالا و تعاطی با خانواده‌های دیگر می‌پرداخت. به همین دلیل عقود و معاملات، به شکل کنونی رواج نداشت و به‌طور کلی نحوه زندگی در آن دوران نیز، چنین اقتضایی نداشته است، تا اینکه به تدریج با گسترش نیازهای روزمره بشر، روابط معاملاتی نیز تنوع بیشتری پیدا کرد و از مبادله ساده کالا، به انجام معاملات در چارچوب عناوین پذیرفته شده در آن زمان، توسعه یافت. با این حال صرف اراده‌های طرفین موجب پیدایش تعهدات قراردادی نبود، بلکه محور معاملات بشر را، عقود معین تشکیل می‌داد و برای رفع نیازهای اقتصادی، قراردادهای می‌بایست در چارچوب همان عقود و با اشکال و صور معینی منعقد می‌گردید.

محاکم و حقوقدانان به نوبه خود، مسئول پرداختن به مباحث حقوقی راجع به ارکان تشکیل‌دهنده و شرایط و آثار و نتایج این عقود بودند.

در حقوق اسلامی نیز، فقها تمایل بیشتری به نظریه «حصری بودن عناوین عقود و معاملات» از خود نشان می‌دادند و طرفین عقد، می‌بایست اراده خود را در چارچوب یکی از این قالب‌ها قرار می‌دادند.

البته باید اذعان نمود که این نظریه به سهم خود در نظم بخشیدن به معاملات و استحکام روابط حقوقی افراد، تأثیر اساسی داشت، ولی تحولات روزافزون اقتصادی و روند رو به رشد روابط معاملاتی و پیچیدگی آنها، شکل‌گیری قراردادهای تازه و بدیعی را، طلب می‌نمود. در همین راستا و در پرتو فعالیت‌های فکری در عرصه حقوق معاملات، گرایش به انجام قراردادهای بی‌نام در حدودی که مخالف با اصول کلی حاکم بر عقود و قراردادهای نباشد، گسترش یافت.

برخی از فقها^۱ و حقوقدانان^۲، عقد صلح را عنوان عامی برای قراردادهای

۱- شیخ مرتضی، انصاری، کتاب المکاسب، التبریز، مطبعه الاطلاعات، (الطبعة الحجریه)، ۱۳۵۷ ق. ص ۹۰، سطر ۱۰ به بعد

۲- محمد جعفر، جعفری لنگرودی، رهن و صلح، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۸ ش. ص ۱۳۶

بی‌نام (نامعین) معرفی نمودند. از این طریق هر توافقی را که تحت عنوان خاص یکی از عقود قرار نداشت، مشمول عنوان صلح قرار دادند و از عقد صلح به نام «سیدالعقود» نام بردند، تا آنجا که ضمن عاریتی قلمداد نمودن^۱ اصطلاحاتی نظیر اصل حاکمیت اراده، آزادی قراردادهای و مانند آن، به اثبات سابقه طرح این‌گونه اصول در ضمن مباحثی همچون شرط ضمن عقد و شرایط صحت آن و عقد صلح و معاطات و لزوم یا عدم لزوم صیغه مخصوص در عقود، پرداختند. بر همین اساس، با وجود ماده ۷۵۴ قانون مدنی و وسعت مدلول آن، مفاد ماده ۱۰ قانون مزبور، تکراری خوانده شد.

اما باید به این نکته توجه داشت که پیدایش قراردادهای جدید در عرصه مبادلات اقتصادی مردم، تا حدود زیادی متأثر از شرایط و قواعد عمومی یا اختصاصی حاکم بر عقود معین می‌باشد و بدون استفاده از آنها، نظم بخشیدن به ساختار حقوقی اینگونه قراردادهای، امکان‌پذیر نمی‌باشد.

در همین راستا، نویسندگان حقوقی و فقهی به منظور نظم بخشیدن و ارائه بهتر ویژگی‌ها و قواعد حاکم بر هر یک از عقود معین، تقسیمات مختلفی را از جهات گوناگون ذکر نموده‌اند. از جمله آنها می‌توان به تقسیم عقد به عقد منجز و معلق اشاره کرد که در این نوشتار، پیرامون آن به بحث خواهیم پرداخت.

قانون مدنی، ضمن آنکه در ماده ۱۸۴، عقد معلق را به عنوان یکی از اقسام عقود و معاملات به رسمیت شناخته است، لیکن در ماده ۱۸۹ قانون مزبور، صرفاً به تعریف کوتاه و مختصری از آن بسنده نموده است و به غیر از پاره‌ای از موارد خاص نظیر عقد ضمان و نکاح که تعلیق در آنها را به‌طور صریح باطل شمرده است، در سایر موارد، اشاره‌ای به وضعیت عقد معلق از حیث صحت و بطلان نکرده است. اینجاست که حقوقدانان با ارائه تحلیل حقوقی و دادرسان در مقام رسیدگی به دعاوی مطروحه و صدور احکام و ایجاد رویه قضایی مناسب، مسئولیت کاوش در مبانی فقهی و حقوقی و تبیین وضعیت آن را بر عهده دارند. آنچه از روش قانونگذاری در کشور ما به‌وضوح می‌توان استنباط نمود، این

به بعد

است که قانونگذار ما در بیان شرایط و قواعد حاکم بر عقود معین، مبانی فقهی هر یک را به طور کامل مورد بررسی و دقت نظر قرار داده و به طور غالب، نظر مشهور فقها را در قالب احکام قانونی گنجانده است.

اما در مورد تعلیق در عقد، با توجه به اینکه در مراجعه به منابع فقهی و کنکاش در نظرات فقهای بزرگوار، مواجه با اختلاف نظر آنها درباره وضعیت عقد معلق گردیده است، سکوت را ترجیح داده است.

گرچه می‌توان ادعا نمود که مشهور در میان فقها، اعتبار تنجیز در عقد و بطلان تعلیق در آن است؛ اما در مقابل، برخی از بزرگان فقها، به ویژه از فقهای معاصر، به طور جدی، اعتبار تنجیز در عقد را مورد تردید قرار داده و با استناد به عمومات و اطلاقات صحت عقد، تعلیق در عقد را صحیح شمرده‌اند.

برخی دیگر نیز، ضمن بیان شقوق مختلف برای تعلیق، پاره‌ای را صحیح و پاره‌ای دیگر را باطل به حساب آورده‌اند، که به تفصیل در مورد هر یک به بحث و بررسی خواهیم پرداخت.

افزون بر اینکه ارائه نظرات فقهی جدید در زمینه قالب‌ها و شکل‌های جدید قراردادی و مبانی فقهی گذشته، با در نظر گرفتن دگرگونی‌های مستمر و عظیم اجتماعی و سیاسی و اقتصادی، نشان‌دهنده پویایی و تحول در دیدگاه فقهای معاصر در راستای ارائه راه‌حل‌های فقهی مناسب برای این‌گونه قراردادهای و تصحیح مبانی فقهی گذشته، با استفاده از اصول و قواعد کلی مطرح در فقه معاملات، نظیر آیه شریفه «وفوا بالعقود»^۱ و «احل الله البیع»^۲ و «تجاره عن تراض»^۳ می‌باشد.

از نظر تحلیل حقوقی، مطابق با ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادهای و حاکمیت اراده طرفین در ایجاد ماهیت‌های اعتباری گوناگون، در چارچوب شرایط عمومی قراردادهای، استفاده از عنصر تعلیق در عقد مانعی ندارد.

شاید در ابتدا به ذهن خطور کند که بحث از موضوع تعلیق در عقد، از لحاظ علمی یا کاربردی، چندان حائز اهمیت نمی‌باشد. اما از آنجا که تحولات و

۱- سوره مائده (۵): آیه ۱

۲- سوره بقره (۱): آیه ۲۷۵

۳- سوره نسا (۴): آیه ۲۹

پیچیدگی‌های روابط اقتصادی در عرصه داخلی و بین‌المللی زمینه را برای تنوع روابط معاملاتی فراهم آورده، می‌توان به راحتی ادعا نمود که این موضوع علاوه بر ارزش علمی فراوان، از نظر کاربردی نیز، جایگاه ویژه‌ای پیدا کرده است. گاهی برای تحصیل اطمینان بیشتر از وقوع شرط مورد نظر، دو طرف قرارداد پیدایش ماهیت حقوقی عقد یا تعهدات ناشی از آن را موکول به وقوع شرط می‌کنند. گاهی نیز به علت عدم دسترسی فعلی به امکانات لازم برای انعقاد قطعی عقد، دو طرف ناگزیر می‌شوند که با انعقاد عقد به صورت معلق، زمینه را برای پیدایش قطعی ماهیت حقوقی عقد و تعهد ناشی از آن، فراهم آورند. بر این اساس، در این نوشته سعی بر آن است که با بررسی و تحلیل مبانی فقهی و حقوقی و تأمل و تدقیق در استدلال‌های ارائه‌شده در این زمینه و مطالعه اجمالی در سیستم‌های حقوقی دیگر، بتوانیم به یک جمع‌بندی و نتیجه‌گیری دست یابیم. برای نیل به این مقصود، مطالب در این کتاب به سه بخش اصلی دسته‌بندی شده است.

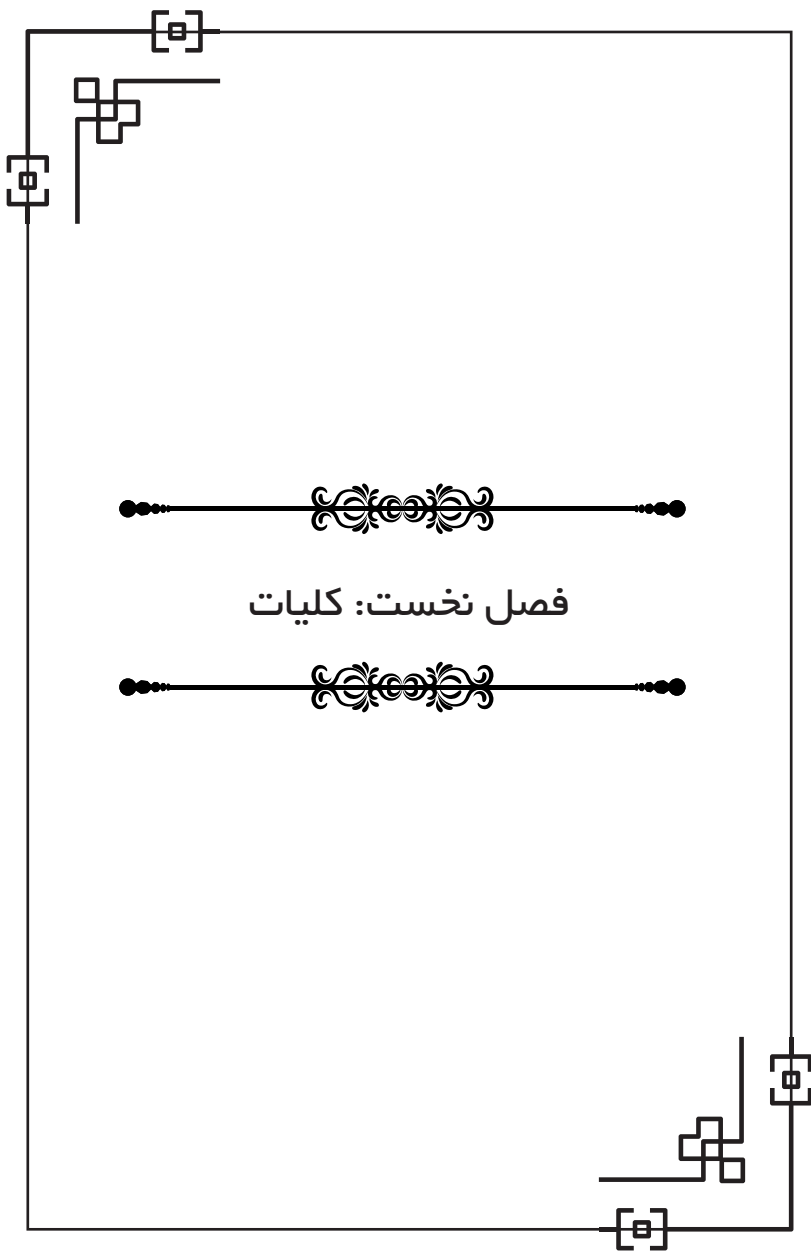
در بخش نخست، کلیات مربوط به موضوع (تعلیق در عقد) مورد بررسی قرار گرفته است. این بخش مشتمل بر دو فصل است. فصل اول در قالب دو مبحث به تعاریف عقد به عنوان مقسم اصلی برای تقسیمات عقود و مسائل مربوط به عقد منجز و معلق پرداخته و فصل دوم نیز در دو مبحث، ضمن ارائه تعاریف لغوی و قانونی تعلیق، تمایز آن را از نهادهای حقوقی مشابه یعنی شرط و تأجیل، مورد بحث قرار داده است.

بخش دوم نیز دارای دو فصل می‌باشد. در فصل اول حقیقت انشاء به عنوان مقصر اصلی سازنده عقد و چگونگی پیدایش انشاء و خصوصیات آن طی دو مبحث مورد بررسی قرار گرفته است. در فصل دوم انواع تعلیق در عقد و نظریه‌های فقهی و حقوقی گوناگون درباره وضعیت هر کدام، مطرح گردیده است.

اما بخش سوم حاوی دو فصل است. در فصل اول صورت‌های گوناگون تعلیق در عقد و احکام هر یک بیان شده است و در فصل دوم آثار تعلیق در عقد در حالت‌های زمانی مختلف وقوع امر معلق‌علیه و کاربرد تعلیق در حقوق داخلی و خارجی به بحث گذاشته شده است و در پایان، نتیجه‌گیری نگارنده از مجموع

مباحث طرح شده در این کتاب ارائه گردیده است. در تنظیم مباحث مختلف این کتاب، بیشتر از منابع فقهی و حقوقی جدید استفاده شده است، به جهت اینکه در منابع قدیمی، درباره «تعلیق در عقد» بحث گسترده و عمیقی صورت نگرفته است. در حالیکه در تحقیقات جدید به این موضوع با دقت و تفصیل بیشتری پرداخته شده است. نکته دیگر اینکه با توجه به اهمیت مبانی فقهی، به ویژه نظرات جدید فقهی در این زمینه، در ارائه نظریات فقهی، بیشتر نوشته‌های فقهی فقهای معاصر، مورد استفاده قرار گرفته است. آنچه در تدوین این نوشته، موردنظر بوده، تلاشی برای روشن ساختن ابعاد علمی تعلیق در عقد، اهمیت کاربردی آن و تنقیح نکات و استدلال‌های مبهم درباره آن می‌باشد. امید است اساتید بزرگوار و پژوهشگران عزیز به لحاظ بضاعت علمی محدود نگارنده، با گذشت از خطاها و لغزش‌ها، اینجانب را مرهون منت خود قرار داده و در تصحیح اشتباهات آن یاری دهند.

با احترام
محمدعلی حیرانی نوبری



شناسایی مفهوم حقوقی عقد به عنوان یکی از واژه‌های اصلی و کاربردی مورد بحث در این نوشتار و ارائه تعریف دقیقی از آن، که در برگیرنده نمونه‌های قراردادی گوناگون باشد، و نیز بحث و بررسی در مورد تقسیم عقد به منجز و معلق به عنوان یکی از تقسیمات اصلی عقد و کاوش درباره عنصر تعلیق در عقد و بیان تمایز آن با نهادهای حقوقی مشابه همچون شرط و تأجیل در عقد، موضوع مباحثی است که در این بخش ارائه می‌گردد.

بر این اساس، مباحث بخش اول را در دو فصل به ترتیب زیر مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

فصل اول: تعریف عقد و تقسیم آن به عقد منجز و معلق

فصل دوم: تعریف تعلیق در عقد و تمایز آن با ماهیت شرط و تأجیل

فصل اول: تعریف عقد و تقسیم آن به عقد منجز و معلق

هرچند موضوع اصلی این کتاب، بررسی ماهیت عقد نمی‌باشد، ولی از آنجا که شناخت مفهوم عقد به عنوان مقسم همه تقسیمات عقد، برای ارائه تصویر روشنی از اقسام و چگونگی شکل‌گیری تقسیمات با در نظر گرفتن جنبه‌های مختلف ماهیت عقد ضروری می‌باشد، از این رو ابتدا به مباحث مربوط به تعریف عقد می‌پردازیم، سپس تقسیم آن به منجز و معلق و فایده و جهت تقسیم مزبور را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مبحث اول: تعریف عقد

طرح مبحث: تردیدی نیست که هر یک از عقود و معاملات، جزء نیازهای ضروری زندگی به شمار می‌آید و آدمی به‌طور فطری برای رفع نیازهای خود از قبیل نقل و انتقال کالا یا منافع یا مشارکت یا کسب سود یا به امانت گذاشتن اشیاء یا تشکیل خانواده، از عقود مختلف استفاده می‌کند. بنابراین شناسایی و تعریف مفهوم عقد، در میان مباحث حقوقی، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. ما در این مبحث، ابتدا مفهوم عقد را از جنبه لغوی مورد مطالعه قرار می‌دهیم، سپس به ذکر تعریف قانونی آن و انتقادهای وارد بر آن می‌پردازیم و در آخر پس از طرح تعاریف پیشنهادی منتقدین، نظریه خود را ارائه می‌دهیم.

گفتار اول: معنای لغوی عقد

اهل لغت برای واژه عقد معانی متعددی ذکر کرده‌اند که در ذیل به پاره‌ای از آنها اشاره می‌کنیم:

۱- عقد به معنای بستن و گره زدن آمده است: عقدالحیل: یعنی دو طرف طناب را به همدیگر گره زد و بست. این معنی همان‌طور که شامل موارد حسی می‌شود، در مورد ارتباط و پیوستگی معنوی نیز به کار می‌رود، مانند ایجاب و قبول در عقد.^۱ به عبارت دیگر، عقد، ربط دادن اجزا تصرف «ایجاب و قبول» است، شرعاً.

۲- به معنای عهد موکد و محکم نیز به کار رفته است و برخی آن را «اوکد العهود» دانسته‌اند: عقده علی الشیء عاهده.^۳ در برخی نوشته‌های حقوقی از دو واژه عقد و عهد به عنوان دو واژه «متقارب» نام برده شده است با این توضیح که در مفهوم هر دو کلمه معنی ارتباط و التزام مستمر است، می‌توان گفت ریشه این دو کلمه یکی بوده، چنانچه لغت‌شناسان عرب گفته‌اند گاهی تشابه الفاظ متضمن تشابه معنی است.^۴

اما برخی محققین، دو وجه امتیاز برای عقد و عهد ذکر کرده‌اند: یکی اینکه در مفهوم عقد، شدت و تأکید در التزام و پیمان معتبر است برخلاف عهد. دوم اینکه عقد با توافق دو طرف بوجود می‌آید، در حالیکه عهد ممکن است یک‌طرفه بوجود آید. بدین ترتیب هر عقدی عهد است ولی هر عهدی عقد نیست.^۵

۱- محمدعلی، عثمان الفقی، فقه المعاملات، الرياض، المملكة السعودیه، دار المریخ للنشر، ۱۴۰۶ ق، ص ۱۲۵

۲- السید الشریف علی بن محمد بن علی، الحسینی الجرجانی، التعریفات، مصر، مطبعه مصطفی البابی الحلبی، ۱۳۵۷ ق، ص ۱۲۳، الشیخ محمد اعلی بن علی، التهانوی، کشف اصطلاحات الفنون، تهران، مکتبه خیام، کلکته، ۱۸۶۲ م، ۱۹۶۷ م، ج ۲، ص ۹۵۳

۳- لویس، معلوف، المنجد فی اللغة، تهران، انتشارات اسماعیلیان، چاپ افسس، ۱۳۶۲ ش، ص ۵۱۸ و ۵۱۹، محسن، جابری عربلو، فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۶۲ ش، ص ۱۲۹.

۴- صبحی، محمضائی، ترجمه جمال الدین، جمالی، قوانین فقه اسلامی، تهران، چاپ فاروس ایران، ۱۳۴۷ ش، ج ۲، ص ۷

۵- فخرالدین، الطریحی، مجمع البحرین و مطلع النیرین، تبریز، مطبعه حاج احمد آقا، ۱۳۲۱ ق، ص ۲۳۹

معادل آن در زبان فارسی، پیمان و بند ذکر گردیده است، چنانچه فردوسی گوید:

به مستی بزرگان نبندند، بند
 بویژه زنی کو برد ارجمند^۱
 ۳- به معانی دیگری از قبیل ضمان و پناه بردن به کسی نیز آمده است: عقد
 له الشیء: ضمنه و عقد عنقه الیه: لجا الیه، جمع آن کلمه عقود و اعقاد است،
 عقده به معنای گره و معقد به معنای محل گره می‌باشد.^۲
 به نظر نگارنده، همه معانی فوق را می‌توان در یک معنای جامع مشترک
 دانست و آن، ارتباط یا وابستگی حقیقی یا اعتباری بین دو چیز یا دو طرف
 ماهیت اعتباری است.

گفتار دوم: تعریف قانونی

قانون مدنی در ماده ۱۸۳ قانون مدنی، تعریف عقد را اینگونه بیان می‌کند:
 عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد
 بر امری نماید و مورد قبول آنها باشد.
 بر مبنای این تعریف، برای تحقق هر عقدی، توافق یک یا چند نفر در مقابل
 یک یا چند نفر دیگر برای ایجاد تعهد لازم است.

به تعبیر دیگر، پیدایش عقد منوط به تحقق دو رکن اساسی است:

۱- توافق یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، برخلاف ایقاع که با
 یک اراده واقع می‌شود، بدون اینکه موافقت شخص دیگری را لازم داشته باشد.
 ۲- مقصود دو طرف از انعقاد آن، بوجود آمدن تعهد باشد. پس در مواردی
 که نتیجه توافق، تبدیل تعهد یا شرط یا انتقال است یا آثار دیگری مانند انتقال
 مالکیت و ایجاد مالکیت و ایجاد شخصیت حقوقی، از آن به بار می‌آید، عمل
 حقوقی را نباید «عقد» نامید. چنانچه ماده ۲۸۳ و بند ۱ ماده ۲۹۳ قانون مدنی،

۱- محمدجعفر، جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸ ش، چاپ
 اول، ج ۴، ص ۲۵۵۶.

۲- لوئیس، معلوف، پیشین، همان صفحات.

توافق طرفین معامله را در فسخ عقد «اقاله» و در تبدیل تعهد «تراضی» نامیده است.^۱ (بند ۱ ماده ۲۹۳)

الف - انتقاد از تعریف

این تعریف از جنبه‌های گوناگون مورد انتقاد حقوقدانان قرار گرفته است، که به‌طور اجمال شامل موارد ذیل می‌گردد:

۱- تعهد چنانچه منظور از آن «دین» باشد، اثر عقد است، نه خود عقد، یکی از منابع عمده تعهد به معنای خاص و مرسوم آن به شمار می‌آید و در اصل توافقی است که منشأ پیدایش تعهد است. برخی از حقوقدانها، این خلط را ناشی از تقلید ناپخته قانونگذار از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه، قلمداد نموده‌اند.^۲ در ماده مزبور عقد این‌گونه تعریف شده است: «عقد عبارت است از توافقی که به موجب آن یک یا چند شخص در برابر یک یا چند شخص دیگر، تعهد به انتقال مال، انجام یا عدم انجام کاری می‌کند».

این تعریف که از نظریات دو حقوقدان برجسته فرانسوی یعنی پوتیه و دوما، گرفته شده است، عقد را تعهد و التزام در مقابل تعهد دیگر می‌داند و عقد را با تئوری تعهد تفسیر می‌نماید.^۳

گرچه برخی محققین، تعریف مندرج در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه را نیز دارای اشکالات عنوان شده برای تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی دانسته‌اند. با این توضیح که قانون مدنی این کشور، در ماده ۱۵۸۳ در مورد بیع و ماده ۱۷۰۳ در مورد معاوضه، عقد را موجب انتقال مالکیت معرفی می‌کند، به همین جهت مناسب بود که در تعریف ماده ۱۱۰۱ قانون مزبور این اثر تملیکی نیز به نحوی

۱- ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ سوم، ۱۳۷۴ ش، ص ۱۵

۲- همان، ص ۱۶، ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، اعمال حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ اول، ۱۳۷۰ ش، ص ۱۷، برای دیدن نظر مخالف در این زمینه رک به غفور، خوئینی، حقوق تعهدات، تهران، نشر زهد، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۴۹ و ۵۰.

۳- جلیل، قنوتی، سید حسن، شبیری، ابراهیم، عبدی‌پور، زیر نظر سید مصطفی، محقق داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، سمت چاپ اول، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۷۲.

انعکاس می‌یافت، تا اینکه تعریف عقد، عقود تملیکی را نیز در بر می‌گرفت.^۱

۲- این تعریف، شامل عقود عهدی است و عقود تملیکی را در بر نمی‌گیرد. روشن است که بعضی از عقود معین مستقیماً ایجاد تعهد نمی‌کند. در اینگونه عقود، اثر مستقیم عقد، انتقال مالکیت یا منفعت یا حق عینی می‌باشد و تعهدی که پس از عقد، بوجود می‌آید مانند تعهد فروشنده به تسلیم مبیع و تعهد خریدار به تسلیم ثمن در عقد بیع، تعهدی فرعی و تبعی می‌باشد و نمی‌تواند به عنوان رکن اساسی، در تشکیل ماهیت عقد، نقش داشته باشد.

افزون بر اینکه، «تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی، با تعریف بعضی از عقود معین مانند مواد ۳۳۸ در مورد عقد بیع و ۴۶۴ در مورد معاوضه و ۴۶۶ در مورد اجاره و ۶۴۸ در مورد عقد قرض و ۷۹۵ در مورد هبه و ۸۲۶ در مورد وصیت تملیکی، مابینت دارد. مثلاً ماده ۳۳۸ قانون مدنی، بیع را «تملیک عین به عوض معلوم»، معرفی کرده و نامی از تعهد در این تعریف به میان نیاورده است، در صورتی که لازم است عناصر مندرج در تعریف یک ماهیت بر عناصری که در تعریف انواع آن، ذکر می‌شود، منطبق باشد.^۲

۳- ظاهر تعریف ماده ۱۸۳ به گونه‌ای تنظیم شده است که فقط عقود غیرمعوض را در بر می‌گیرد. زیرا در عقود معوض مقصود از انشای عقد، تعهد هر یک از دو طرف عقد در برابر تعهد طرف دیگر می‌باشد نه فقط قبول تعهد طرف دیگر، در حالی که در تعریف مزبور، نقش طرف ایجاب صرفاً قبول تعهد طرف موجب معرفی گردیده است و این با ماهیت عقد معوض که وجود دو تعهد متقابل رکن اساسی آن می‌باشد، ناسازگار است.

ب- پاسخ از انتقاد اول و دوم

در مورد انتقاد اول و دوم باید به این نکته توجه کنیم که امکان دارد، نظر نویسندگان محترم قانون مدنی در تنظیم ماده ۱۸۳، معطوف به مفهوم عام تعهد

۱- مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، نشر حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۳۸ و ۴۷

و ۴۸

۲- همان، ص ۳۸

در میان فقهاء بوده است. تعهد بدین معنی در اصطلاح فقهی به «عهد موکد» تعبیر شده است و شامل «عهد و پیمان الزام‌آور» می‌گردد و با مفهوم عقد مترادف است.^۱ در نتیجه اشکال اول و دوم که مبتنی بر تلقی مفهوم «دین» از کلمه تعهد است که به‌طور خاص همین معنی در اصطلاح حقوقی مرسوم است، به‌طور کلی مرتفع می‌گردد. از طرفی باید دانست که وجود حق فسخ در عقود جایز (طبق ماده ۱۸۶ ق.م) منافاتی با لزوم پایبندی طرفین عقد به مفاد توافق انجام‌شده در آن ندارد. زیرا تا زمانی که حق فسخ مزبور، از سوی یکی از دو طرف عقد اعمال نگردیده، مفاد عقد برابر ماده ۲۱۹ قانون مدنی، نسبت به طرفین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است. بنابراین خاصیت «جواز» در عقد، موجب خروج آن از دایره شمول مفهوم تعهد به معنای عام یعنی (توافق و پیمان الزام‌آور) نمی‌گردد.

اما در مورد انتقاد سوم باید اذعان نمود که پذیرش آن، با توجه به نحوه نگارش و تنظیم عبارت ماده ۱۸۳ قانون مدنی، امری اجتناب‌ناپذیر است.

گفتار سوم: تعاریف پیشنهادی

کسانی که از تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی انتقاد نموده‌اند، هر کدام بر اساس معیارهای مورد نظر خود، تعریفی را برای عقد پیشنهاد نموده‌اند که البته تفاوت اساسی میان آنها به چشم نمی‌خورد. ما در این گفتار به دو نمونه از تعریف عقد اشاره می‌کنیم.

الف - تعریف اول

یکی از حقوق‌دانها پس از تفکیک بین معنای مصدری و معنای محصولی «یا اسم مفعولی» عقد از نظر تحلیلی، عقد را در معنای مصدری اینچنین تعریف می‌کند: «عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد

۱- برخی تعهد به مبنای عام را از عقد نیز اعم دانسته‌اند: ان الاتفاق و التعاهد عبارة عن اتحاد ارادتين او اكثر على محل ذي فائدة قانونية اما العقد فهو اتحاد ارادتين على نشاء التزام او نقله. فنسبه العقد كنسبه النوع الى النجس. حسن، علی الذنون، اصول الالتزام بغداد، مطبعة المعارف، ۱۹۷۰ م.

ماهیت حقوقی.^۱» در این تعریف اولین عنصر تشکیل دهنده عقد، هماهنگی اراده طرفین عقد می‌باشد. این همکاری و حرکت اراده هر یک از طرف‌های عقد، در عین حال که برای تحقق یک هدف مشترک یعنی پیدایش ماهیت حقوقی معین، انجام می‌شود، دارای جهت یکسان نیست و در یک سو انجام نمی‌شود. عنصر دیگر پیدایش ماهیت حقوقی است که در اثر همکاری متقابل دو طرف عقد بوجود می‌آید و امری اعتباری است. ماهیت حقوقی، بسته به اعتبار طرفین عقد، مختلف بوده و قانون نیز برای هر یک از این ماهیت‌ها آثاری را شناخته است.

ب- تعریف دوم

یکی دیگر از محققین، پس از نقد و بررسی تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی، تعریف پیشنهادی خود را چنین ارائه می‌کند: «عقد، توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود.^۲» اثری که از عقد ناشی می‌شود، ممکن است ایجاد رابطه حقوقی جدید باشد «مانند ایجاد و انتقال حق عینی و تعهد» یا از بین بردن و تغییر رابطه حقوقی گذشته «مانند اقاله و تبدیل تعهد». در این تعریف، لزوم جنبه انشایی توافق و پایبند بودن طرفین به مفاد آن نیز به‌طور ضمنی آمده است. زیرا، هدف از توافق باید ایجاد اثر حقوقی باشد.^۳

آنچه درباره تعریف فوق می‌توان بیان کرد، این است که توافق و همکاری اراده‌های هر یک از دو طرف عقد، برای پیدایش عقد، دارای سمت و سوی یکسان نمی‌باشد و هر یک از طرفین عقد از انعقاد عقد، منظور خاصی را دنبال می‌کند. به‌طور مثال، در عقد بیع منظور بایع تملیک مبیع در مقابل به دست آوردن ثمن و منظور مشتری، تملیک ثمن در برابر تملیک مبیع می‌باشد.

۱- مهدی، شهیدی، پیشین، ج ۱، صص ۴۸ و ۴۹

۲- دربرخی از سیستم‌های حقوقی نیز عقد این‌گونه تعریف شده است: العقد اتجاه ارادی مشترک الی ترتیب اثر قانونی معین، یعنی عقد عبارت است از همکاری اراده‌های مشترک به منظور دسترسی به اثر قانونی معین. جلال، علی العدوی، مصادرالالتزام،

۳- ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، صص ۲۱ و ۲۲.

بنابراین توافق اراده‌های دو طرف با عنوان «متقابل» توصیف می‌شود، در حالی که در تعریف بالا، ذکری از وصف، «متقابل» به میان نیامده است. به همین جهت است که نویسنده محترم در تألیفات بعدی با افزودن وصف «متقابل» عقد را چنین تعریف می‌کند: «توافق دو انشاء متقابل است که به منظور ایجاد اثر حقوقی انجام می‌شود»^۱.

ج- وجه اشتراک و افتراق دو تعریف

وجه اشتراک دو تعریف مذکور، لزوم توافق و همکاری اراده‌های دو طرف عقد بعنوان عنصر اصلی تشکیل‌دهنده عقد، می‌باشد. در واقع اراده‌های دو طرف عقد برای تشکیل عقد و در جهت دسترسی به هدف موردنظر خود، به حرکت درمی‌آید.

اما در عین حال، آنچه که دو تعریف فوق را از همدیگر متمایز می‌کند، هدفی است که برای همکاری و توافق اراده‌های دو طرف عنوان شده است.

در تعریف اول، هدف از همکاری و توافق اراده‌های دو طرف، ایجاد ماهیت حقوقی بیان شده است، نه ایجاد آثار حقوقی. دو طرف عقد، ماهیت حقوقی موردنظر خود را با توافق و همکاری بوجود می‌آورند و تعیین چگونگی ترتیب آثار حقوقی هر یک از این ماهیت‌های حقوقی، بر عهده قانون‌گذار می‌باشد. به عبارت دیگر آثار حقوقی، پس از پیدایش ماهیت حقوقی عقد، بوجود می‌آید و حرکت اراده‌های دو طرف عقد به‌طور مستقیم در جهت پیدایش همین ماهیت حقوقی می‌باشد.

اما در تعریف دوم، توافق دو یا چند اراده متقابل، به‌منظور ایجاد آثار حقوقی، انجام می‌شود. در حقیقت دو طرف عقد با در نظر گرفتن آثاری که بر عمل حقوقی آنها مترتب می‌شود، اقدام به انجام توافق و همکاری می‌نمایند و عقد موردنظر خود را منعقد می‌سازد. در حقیقت واسطه‌ای بین توافق طرفین عقد و پیدایش آثار حقوقی آن، وجود ندارد و آثار حقوقی عقد، به‌طور مستقیم بر اثر

۱- ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ص ۱۸

توافق اراده‌های طرفین عقد بوجود می‌آید.

استدلال عمده برای پیدایش ماهیت حقوقی در اثر توافق و همکاری طرفین عقد به اختصار به شرح زیر است:

اولاً: مطابق جریان طبیعی امور، برای بوجود آوردن هر اثر باید مؤثر را ایجاد کرد و ایجاد اثر بدون ایجاد مؤثر ممکن نیست. مثلاً در عالم طبیعت، برای پیدایش حرارت، ایجاد سبب آن مانند آتش ضروری است. در عالم اعتبار نیز اصولاً از روال طبیعی و فلسفی امور مانند تقدم علت بر معلول و سبب بر مسبب و لزوم ایجاد مؤثر برای دستیابی به اثر، پیروی می‌شود، مگر در موارد استثنایی که قانون بنا به جهتی، به نحو دیگری اعتبار کرده باشد، مانند اعتبار رضای مالک به عنوان شرط متأخر در معامله فضولی.

بنابراین روال، انشای اثر عقد بدون انشای عقد مقدور نیست و دلیلی بر انحراف از این نظام طبیعی وجود ندارد. مثلاً شخص نمی‌تواند مالی را به دیگری انتقال دهد، بدون اینکه عقد دارای این اثر انتقال را انشاء کند و این انتقال باید در قالب عقدی نظیر بیع و صلح انجام گردد.

ثانیاً: با بررسی مقررات قانونی مربوط به اعمال حقوقی به روشنی معلوم می‌شود که قانونگذار همواره تحقق آثار اعمال حقوقی را با تحقق اعمال دارای آن آثار مورد توجه قرار داده و هیچگاه پیدایش اثری نظیر انتقال مالکیت مالی از شخصی به دیگری را، بدون انشای عمل حقوقی مربوطه، مانند عقدی که اثر این انتقال را داشته باشد، قابل تحقق ندانسته است.

ثالثاً: از نظر تحلیلی، اگر بپذیریم که اثر عقد به‌طور مجرد و بدون انشای عقد، قابل تحقق باشد، دیگر نیازی به این نبود که در قانون ماهیت‌های حقوقی با نام یا بی‌نام تحت عناوین عقود بیع و اجاره و نظایر اراده طرفین آن را انشاء کنند و آثار دیگری که قانون به‌منظور برقرار کردن نظم معاملاتی، برای عقود در نظر گرفته است، به‌طور مرتبط و وابسته به اثر مورد انشای طرفین، تحقق پیدا نمی‌کرد، در حالی که می‌دانیم بسیاری از مقررات ناظر به آثار و احکام وابسته به عقود، از مقررات آمره و برخاسته از نظم عمومی است.