

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# حقوق قراردادهای

رویکردی تطبیقی با اسناد بین‌المللی

۱- کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین

۲- اصول حقوق قراردادهای اروپا

۳- موسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی (یونیدروا)



مؤلف:

دکتر علی اصغر دل‌زنده‌روی

وکیل پایه یک دادگستری

مدرس دانشگاه

سرشناسه	: دلزنده روی، علی اصغر، ۱۳۶۵ -
عنوان و نام پدیدآور	: حقوق قراردادهای: رویکردی تطبیقی با اسناد بین‌المللی ۱- کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین، ۲- اصول حقوق قراردادهای اروپا، ۳- موسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی (یونیدروا)/ مولف علی اصغر دل‌زنده روی.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۴۰۰.
مشخصات ظاهری	: ۳۹۵ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۵۰۶-۴
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۳۹۱ - ۳۹۵.
عنوان دیگر	: رویکردی تطبیقی با اسناد بین‌المللی ۱- کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین، ۲- اصول حقوق قراردادهای اروپا، ۳- موسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی (یونیدروا).
موضوع	: قراردادها -- مطالعات تطبیقی
موضوع	: Contracts -- Comparative studies
موضوع	: کنوانسیون سازمان ملل در مورد قراردادهای خرید و فروش بین‌المللی کالا (۱۹۸۰=۱۳۵۹: وین)
موضوع	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980: Vienna)
موضوع	: اصول حقوق قراردادهای اروپایی
موضوع	: Principles of European contract law
موضوع	: موسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی
موضوع	: International Institute for the Unification of Private Law
رده بندی کنگره	: K ۸۴۰
رده بندی دیویی	: ۳۴۶/۰۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۸۴۸۰۲۷۱
اطلاعات رکورد کتابشناسی: فیبا	

## انتشارات چتر دانش

نام کتاب	: حقوق قراردادهای رویکردی تطبیقی با اسناد بین‌المللی ۱- کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین ۲- اصول حقوق قراردادهای اروپا ۳- موسسه بین‌المللی یکسان‌سازی حقوق خصوصی (یونیدروا)
ناشر	: چتر دانش
مؤلف	: علی اصغر دل‌زنده روی
نوبت و سال چاپ	: اول - ۱۴۰۰
شمارگان	: ۶۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۵۰۶-۴
قیمت	: ۱۱۰۰۰۰ 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 پرتطرف‌دارترین 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 چتردانش**، 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 به‌منصه‌ی ظهور برساند.

**فرزاد دانشور**

**مدیر مسئول انتشارات چتر دانش**

این اثر را تقدیم می‌کنم به:

استاد بزرگوارم جناب آقای دکتر ناصری مجرد که مقام علمی و منش اخلاقی ایشان موجب  
ورودم به عرصه علم حقوق گردید.

## فهرست

۲۴	..... مقدمه
<b>۲۷</b>	<b>..... فصل اول - کلیات</b>
۲۹	..... مبحث اول - مفاهیم
۲۹	..... گفتار اول - مفاهیم مرتبط با عقد
۲۹	..... بند اول - عمل حقوقی
۲۹	..... الف - عقد
۳۱	..... ب - ایقاع
۳۳	..... بند دوم - قرارداد
۳۳	..... بند سوم - معامله
۳۴	..... بند چهارم - تعهد
۳۴	..... بند پنجم - توافق
۳۵	..... گفتار دوم - مفاهیم غیر مرتبط با عقد
۳۵	..... بند اول - شبه عقد
۳۶	..... بند دوم - وقایع حقوقی
۳۶	..... مبحث دوم - شناسایی اصول عمومی حاکم بر تعهدات
۳۷	..... گفتار اول - اصول حاکم بر تعهدات
۳۷	..... بند اول - اصل آزادی قراردادی
۳۷	..... الف - مفهوم اصل آزادی قراردادی
۳۸	..... ب - نتایج اصل آزادی قراردادی
۳۹	..... ج - دامنه اصل آزادی قراردادی
۳۹	..... ۱ - قانون
۴۰	..... ۲ - نظم عمومی
۴۱	..... ۳ - اخلاق حسنه
۴۳	..... بند دوم - اصل نسبی بودن تعهدات
۴۳	..... بند سوم - اصل حسن نیت

۴۶	بند چهارم - اصل الزام آور بودن قرارداد
۴۷	بند پنجم - اصل الزوم
۵۰	بند ششم - اصل همبستگی عوضین
۵۱	بند هفتم - اصل رضائی بودن عقود
۵۲	گفتار دوم - اقسام عقود
۵۳	بند اول - عقود لازم و جایز
۵۶	بند دوم - عقود منجز و معلق
۶۰	بند سوم - عقود معین و نامعین
۶۱	بند چهارم - عقود رضائی و تشریفاتی
۶۳	بند پنجم - عقود تملیکی و عهدی
۶۳	بند ششم - عقود مسامحه‌ای و مغاینه‌ای
۶۵	بند هفتم - عقود معوض و غیر معوض
۶۷	بند هشتم - عقود الحاقی و غیر الحاقی
۶۸	بند نهم - سایر تقسیم‌بندی‌ها
۶۹	الف - عقود یک تعهدی و دو تعهدی
۷۰	ب - عقود تجاری و غیر تجاری
۷۱	ج - عقود اداری و غیر اداری
۷۱	د - عقود خیاری و غیر خیاری
۷۲	ه - عقود اذنی و عهدی
۷۲	و - عقود ساده و مرکب
۷۴	ز - عقود مطلق و مشروط
۷۵	ح - عقود اصلی و تبعی
۷۶	ط - عقود احتمالی و قطعی
۷۷	ی - عقود آنی و مستمر
۷۸	ک - عقود صحیح، باطل و غیر نافذ



## فصل دوم - انعقاد و اعتبار قرارداد ..... ۸۱

- ۸۳ ..... مبحث اول - تراضی (وجود اراده)
- ۸۳ ..... گفتار اول - ارکان اراده
- ۸۳ ..... بند اول - مفهوم قصد و رضا
- ۸۴ ..... بند دوم - اعلام قصد
- ۸۷ ..... بند سوم - تلاقی قصدها
- ۹۰ ..... گفتار دوم - توافق دو اراده
- ۹۰ ..... بند اول - ایجاب
- ۹۰ ..... الف - مفهوم ایجاب
- ۹۱ ..... ب - شرایط ایجاب
- ۹۲ ..... ج - زوال ایجاب
- ۹۴ ..... بند دوم - قبول
- ۹۴ ..... الف - مفهوم قبول
- ۹۴ ..... ب - شرایط قبول
- ۹۸ ..... ج - زمان اعلام قبول
- ۹۸ ..... د - قبول در عقود بین غائبین
- ۱۰۱ ..... گفتار سوم - عیوب اراده
- ۱۰۲ ..... بند اول - اشتباه
- ۱۰۲ ..... الف - مفهوم اشتباه
- ۱۰۳ ..... ب - شرایط اشتباه
- ۱۰۴ ..... ج - اقسام اشتباه
- ۱۰۵ ..... ۱ - اشتباه در خود موضوع معامله
- ۱۰۵ ..... ۲ - اشتباه در شخصیت طرف معامله
- ۱۰۶ ..... د - تأثیر اشتباه
- ۱۱۱ ..... بند دوم - اکراه
- ۱۱۲ ..... الف - مفهوم معامله اکراهی

- ب- تمیز اکراه از اضطرار..... ۱۱۲
- ج- شرایط اکراه..... ۱۱۴
- د- آثار اکراه..... ۱۱۹
- ۱- رد معامله اکراهی..... ۱۲۱
- ۲- تنفید معامله اکراهی..... ۱۲۲
- مبحث دوم- اهلیت..... ۱۲۲
- گفتار اول- شناسایی اهلیت..... ۱۲۳
- بند اول- مفهوم اهلیت..... ۱۲۳
- الف- عقل..... ۱۲۴
- ب- بلوغ..... ۱۲۵
- ج- رشد..... ۱۲۶
- بند دوم- اقسام اهلیت..... ۱۲۷
- گفتار دوم- ضمانت اجرای فقدان اهلیت..... ۱۲۸
- بند اول- معاملات صغیر..... ۱۲۸
- بند دوم- معاملات سفیه..... ۱۲۹
- بند سوم- معاملات مجنون..... ۱۲۹
- مبحث سوم- سمت..... ۱۳۰
- گفتار اول- نمایندگی..... ۱۳۰
- بند اول- مفهوم نمایندگی..... ۱۳۰
- بند دوم- اقسام نمایندگی..... ۱۳۱
- الف- نمایندگی قراردادی:..... ۱۳۱
- ب- نمایندگی قانونی..... ۱۳۲
- ج- نمایندگی قضائی..... ۱۳۲
- بند سوم- معامله با خود..... ۱۳۳
- بند چهارم- آثار نمایندگی..... ۱۳۴
- بند پنجم- پایان نمایندگی..... ۱۳۵

- گفتار دوم - معامله فضولی ..... ۱۳۷
- بند اول - مفهوم معامله فضولی ..... ۱۳۷
- بند دوم - تمییز معامله فضولی از مواد مشابه ..... ۱۳۸
- الف - تأدیه دین از جانب ثالث ..... ۱۳۹
- ب - اداره فضولی اموال غیر ..... ۱۳۹
- بند سوم - مبنای معامله فضولی ..... ۱۴۰
- بند چهارم - وضعیت حقوقی معامله فضولی ..... ۱۴۱
- الف - وضعیت حقوقی قرارداد پیش از اعلام اراده ..... ۱۴۱
- ب - وضعیت حقوقی پس از اعلام اراده مالک ..... ۱۴۲
- ۱ - اجازه معامله فضولی ..... ۱۴۳
- ۲ - رد معامله فضولی ..... ۱۴۳
- بند پنجم - روابط حقوقی طرفین معامله فضولی پس از اعلام اراده ..... ۱۴۴
- الف - رابطه حقوقی مالک و فضول ..... ۱۴۶
- ب - رابطه حقوقی مالک و مشتری ..... ۱۴۷
- ج - رابطه حقوقی فضول و مشتری ..... ۱۴۸
- مبحث چهارم - مورد معامله ..... ۱۴۹
- گفتار اول - معلوم و معین بودن مورد معامله ..... ۱۵۰
- بند اول - معلوم بودن مورد معامله ..... ۱۵۰
- بند دوم - معین بودن مورد معامله ..... ۱۵۲
- گفتار دوم - مالیت داشتن ..... ۱۵۳
- گفتار سوم - مقدور بودن ..... ۱۵۳
- گفتار چهارم - منفعت عقلائی داشتن ..... ۱۵۶
- گفتار پنجم - مورد معامله طلق باشد ..... ۱۵۶
- گفتار ششم - موجود بودن مورد معامله ..... ۱۵۷
- مبحث پنجم - جهت معامله ..... ۱۵۷
- گفتار اول - معامله با جهت نامشروع ..... ۱۵۷

گفتار دوم - معامله به قصد فرار از دین ..... ۱۵۹

## **فصل سوم - آثار قراردادها ..... ۱۶۳**

مبحث اول - تفسیر قرارداد ..... ۱۶۵

گفتار اول - جایگاه تفسیر قرارداد ..... ۱۶۶

بند اول - شناسایی تفسیر قرارداد ..... ۱۶۶

بند دوم - تمییز تفسیر از عناوین مشابه ..... ۱۶۸

الف - تمییز تفسیر از تکمیل ..... ۱۶۸

ب - تمییز تفسیر از تعدیل ..... ۱۶۹

ج - تمییز تفسیر از توصیف ..... ۱۷۲

بند سوم - دامنه تفسیر قرارداد ..... ۱۷۲

گفتار دوم - ابزارهای تفسیر قرارداد ..... ۱۷۴

گفتار سوم - اصول حاکم بر تفسیر قرارداد ..... ۱۷۵

بند اول - اصله اللزوم ..... ۱۷۶

بند دوم - اصله الصحه (اصل صحت) ..... ۱۷۷

بند سوم - اصل لازم الاتباع بودن عرف ..... ۱۷۸

بند چهارم - اصل برائت ..... ۱۸۱

الف - قاعده تقدم تفسیر به زیان تنظیم‌کننده ..... ۱۸۲

ب - قاعده تقدم شروط مذاکره شده بر شروط مذاکره نشده ..... ۱۸۴

ج - قاعده تفسیر قرارداد به عنوان مجموعه‌ای واحد و منسجم ..... ۱۸۵

بند پنجم - اصل الزام آور بودن قرارداد ..... ۱۸۵

مبحث دوم - شروط ضمن عقد ..... ۱۸۶

گفتار اول - ماهیت شرط ..... ۱۸۷

بند اول - مفهوم شروط ضمن عقد ..... ۱۸۷

بند دوم - تمییز شرط ضمن عقد از موارد مشابه ..... ۱۸۸

الف - شروط ضمن عقد و شروط تعلیقی ..... ۱۸۸

- ب- شرط ضمن عقد و شروط (تبانی)..... ۱۸۹
- بند سوم- مبنای شرط ضمن عقد..... ۱۹۱
- بند چهارم- رابطه شرط و عقد..... ۱۹۲
- الف- دوام و حیات شرط..... ۱۹۲
- ب- لزوم و جواز شروط..... ۱۹۳
- بند پنجم- شرایط اعتبار شروط..... ۱۹۴
- الف- معلوم و معین بودن شرط..... ۱۹۴
- ب- شرط مقدور تسلیم باشد..... ۱۹۴
- ج- شرط متضمن نفع و فایده باشد..... ۱۹۵
- د- شرط خلاف مقتضای ذات عقد نباشد..... ۱۹۵
- ه- شرط مالیت داشته باشد..... ۱۹۶
- و- شرط مشروع باشد..... ۱۹۶
- گفتار دوم- اقسام شروط ضمن عقد..... ۱۹۷
- بند اول- شروط صحیح..... ۱۹۸
- الف- شرط فعل..... ۱۹۸
- ۱- مفهوم شرط فعل..... ۱۹۸
- ۲- تخلف از شرط فعل..... ۱۹۹
- ۲-۱- موضوع شرط، انجام فعل است..... ۲۰۰
- ۲-۲- موضوع شرط، ترک فعل است..... ۲۰۱
- ۳- اثر انحلال عقد بر شرط فعل..... ۲۰۱
- ۴- اسقاط شرط فعل..... ۲۰۲
- ب- شرط صفت..... ۲۰۲
- ۱- مفهوم شرط صفت..... ۲۰۲
- ۲- تخلف از شرط صفت..... ۲۰۳
- ۳- اثر انحلال عقد بر شرط صفت..... ۲۰۴
- ۴- اسقاط شرط صفت..... ۲۰۴

- ج- شرط نتیجه..... ۲۰۵
- ۱- مفهوم شرط نتیجه..... ۲۰۵
- ۲- تخلف از شرط نتیجه..... ۲۰۶
- ۳- اثر انحلال عقد بر شرط نتیجه..... ۲۰۶
- ۴- اسقاط شرط نتیجه..... ۲۰۷
- بند دوم- شروط باطل..... ۲۰۷
- الف- شروط باطل غیر مبطل عقد..... ۲۰۸
- ۱- شرط نامشروع..... ۲۰۸
- ۲- شرط بی فایده..... ۲۰۹
- ۳- شرط غیر مقدور..... ۲۱۰
- ب- شروط باطل و مبطل عقد..... ۲۱۲
- ۱- شرط خلاف مقتضای ذات عقد..... ۲۱۲
- ۲- شرط مجهول که موجب جهل به عوضین گردد..... ۲۱۵
- مبحث سوم- اثر قرارداد نسبت به اشخاص ثالث..... ۲۱۵
- گفتار اول- تعهد به نفع شخص ثالث..... ۲۲۱
- بند اول- مفهوم تعهد به نفع شخص ثالث..... ۲۲۱
- بند دوم- تمییز تعهد به نفع ثالث از موارد مشابه..... ۲۲۲
- الف- تمییز تعهد به نفع ثالث از معامله فضولی..... ۲۲۲
- ب- تمییز تعهد به نفع ثالث از نمایندگی..... ۲۲۳
- ج- تمییز تعهد به نفع ثالث از تعهد به فعل ثالث..... ۲۲۳
- بند سوم- فلسفه تعهد به نفع شخص ثالث..... ۲۲۴
- بند چهارم- ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث..... ۲۲۵
- بند پنجم- شرایط انعقاد تعهد به نفع شخص ثالث..... ۲۲۵
- الف- رضایت یا عدم رضایت شخص ثالث..... ۲۲۵
- ب- وجود شخص ثالث..... ۲۲۶
- ج- تعیین شخص ثالث..... ۲۲۷

بند ششم - اقسام تعهد به نفع شخص ثالث	۲۲۷
بند هفتم - روابط حقوقی طرفین	۲۲۸
الف - رابطه ذینفع و متعهد اصلی	۲۲۹
ب - رابطه ذینفع و متعهدله	۲۳۱
ج - رابطه متعهد و متعهدله	۲۳۱
گفتار دوم - تعهد به ضرر شخص ثالث	۲۳۳
بند اول - مفهوم تعهد به ضرر شخص ثالث	۲۳۳
بند دوم - ماهیت حقوقی تعهد به ضرر شخص ثالث	۲۳۴
بند سوم - روابط حقوقی طرفین	۲۳۵
الف - رابطه میان وعده دهنده و وعده گیرنده (رابطه میان طرفین قرارداد)	۲۳۵
ب - رابطه میان وعده گیرنده (ذینفع) و شخص ثالث	۲۳۶

## **فصل چهارم - اجرای قراردادها و ضمانت اجرای نقض آن ..... ۲۳۹**

مبحث اول - اجرای تعهدات	۲۴۱
گفتار اول - شناسایی اجرای تعهدات	۲۴۱
بند اول - مفهوم اجرای تعهد	۲۴۲
بند دوم - ماهیت اجرای تعهد	۲۴۲
بند سوم - فرض عدم تبرع	۲۴۳
بند چهارم - اقسام تعهدات (موضوع تعهد)	۲۴۵
الف - تعهد به فعل و ترک فعل	۲۴۵
ب - تعهد مادی و غیرمادی (تعهد حقوقی)	۲۴۶
ج - تعهد وحدت مطلوب و تعدد مطلوب	۲۴۶
د - تعهد به وسیله و به نتیجه	۲۴۸
ه - تعهدات تضامنی و غیر تضامنی	۲۵۰
و - تعهد طبیعی و قانونی	۲۵۲
بند پنجم - اصول حاکم بر اجرای تعهدات	۲۵۴

- الف- اصل اجرای کامل تعهد..... ۲۵۴
- ب- اصل فوریت در اجرای تعهد..... ۲۵۶
- ج- اصل ضرورت انطباق اجرا با مفاد قرارداد ..... ۲۵۷
- د- اصل حسن نیت در اجرای تعهد..... ۲۵۸
- گفتار دوم- قواعد عمومی اجرای تعهدات..... ۲۵۹
- بند اول- ارکان اجرای تعهد..... ۲۶۰
- الف- متعهد..... ۲۶۰
- ۱- اجرای تعهد از جانب متعهد ..... ۲۶۰
- ۲- اجرای تعهد از جانب ثالث..... ۲۶۱
- ب- متعهدله..... ۲۶۴
- ج- موضوع تعهد..... ۲۶۵
- ۱- عین معین..... ۲۶۸
- ۲- کلی فی الذمه..... ۲۷۰
- بند دوم- زمان، مکان و هزینه‌های اجرای تعهد..... ۲۷۱
- الف- زمان اجرای تعهد..... ۲۷۱
- ب- مکان اجرای تعهد..... ۲۷۳
- ج- هزینه‌های اجرای تعهد..... ۲۷۶
- مبحث دوم- ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی..... ۲۷۷
- گفتار اول- الزام به اجرای تعهد..... ۲۷۸
- بند اول- بررسی تخییر میان فسخ و الزام..... ۲۷۹
- بند دوم- طرق و شیوه‌های اجرای اجباری تعهد..... ۲۸۲
- الف- در مواردی که موضوع تعهد انجام فعل است..... ۲۸۲
- ب- در مواردی که موضوع تعهد ترک فعل است:..... ۲۸۳
- ج- در مواردی که موضوع تعهد تسلیم یا انتقال مالی است..... ۲۸۳
- بند سوم- اقدامات اجرایی..... ۲۸۴
- الف- توقیف اموال مدیون..... ۲۸۵



- ب- حق حبس ..... ۲۸۵
- ج- توقیف مدیون ..... ۲۸۶
- د- مطالبه وجه التزام ..... ۲۸۷
- گفتار دوم- مطالبه خسارت عهدشکنی (مسئولیت قراردادی) ..... ۲۹۰
- بند اول- مفهوم خسارت ..... ۲۹۱
- بند دوم- شرایط مطالبه خسارت ..... ۲۹۲
- الف- انقضاء مهلت ..... ۲۹۲
- ب- عدم اجرای تعهد ..... ۲۹۵
- ج- تحقق ضرر ..... ۲۹۶
- ۱- مسلم بودن ..... ۲۹۶
- ۲- مستقیم بودن ..... ۲۹۷
- ۳- مشروع بودن ..... ۲۹۹
- د- جبران خسارت براساس قانون، قرارداد و عرف امکان پذیر باشد ..... ۲۹۹
- ه- احراز رابطه سببیت ..... ۳۰۱
- ۱- قوای قاهره ..... ۳۰۲
- ۱-۱- حادثه غیرقابل پیش بینی باشد ..... ۳۰۳
- ۲-۱- حادثه غیرقابل دفع باشد ..... ۳۰۳
- ۳-۱- علت حادثه، امری خارجی باشد ..... ۳۰۴
- ۲- فعل متعدهله ..... ۳۰۷
- ۳- فعل شخص ثالث ..... ۳۰۸
- بند سوم- اقسام خسارت ..... ۳۰۹
- الف- خسارت عدم اجرای تعهد ..... ۳۰۹
- ب- خسارت تأخیر در اجرای تعهد ..... ۳۱۰
- ج- خسارت تأخیر تأدیه ..... ۳۱۱
- د- خسارت عدم النفع ..... ۳۱۳
- ه- خسارت معنوی ..... ۳۱۵

## فصل پنجم - سقوط تعهدات و انحلال قرارداد ..... ۳۱۷

- ۳۱۹..... مبحث اول - سقوط تعهدات
- ۳۲۰..... گفتار اول - ابراء
- ۳۲۱..... بند اول - مفهوم ابراء
- ۳۲۱..... بند دوم - تمیز ابراء از عناوین مشابه
- ۳۲۱..... الف - تمیز ابراء از اعراض
- ۳۲۲..... ب - تمیز ابراء از هبه طلب
- ۳۲۲..... بند سوم - ماهیت حقوقی ابراء
- ۳۲۳..... بند چهارم - شرایط ابراء
- ۳۲۶..... بند پنجم - آثار ابراء
- ۳۲۷..... گفتار دوم - تبدیل تعهد
- ۳۲۷..... بند اول - مفهوم تبدیل تعهد
- ۳۲۸..... بند دوم - اقسام تبدیل تعهد
- ۳۲۹..... الف - تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دین
- ۳۲۹..... ب - تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون
- ۳۳۰..... ج - تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل دائن
- ۳۳۰..... بند سوم - آثار تبدیل تعهد
- ۳۳۱..... گفتار سوم - تهاتر
- ۳۳۱..... بند اول - مفهوم تهاتر
- ۳۳۲..... بند دوم - اقسام تهاتر
- ۳۳۲..... الف - تهاتر قهری
- ۳۳۳..... ب - تهاتر قراردادی
- ۳۳۳..... ج - تهاتر قضائی
- ۳۳۳..... بند سوم - شرایط تهاتر
- ۳۳۴..... الف - وحدت جنس
- ۳۳۴..... ب - وحدت زمان

- ج- وحدت مکان..... ۳۳۵
- د- وحدت میان اشخاص..... ۳۳۵
- ه- مسلم بودن دو دین..... ۳۳۶
- و- عدم تعلق دین به شخص ثالث..... ۳۳۶
- بند چهارم- آثار تهاتر..... ۳۳۷
- گفتار چهارم- مالکیت مافی الذمه..... ۳۳۷
- بند اول- مالکیت مافی الذمه..... ۳۳۷
- بند دوم- آثار مالکیت مافی الذمه..... ۳۳۸
- مبحث دوم- انحلال قراردادها..... ۳۳۹
- گفتار اول- اقاله..... ۳۴۰
- بند اول- مفهوم اقاله..... ۳۴۰
- بند دوم- ماهیت اقاله..... ۳۴۱
- بند سوم- شرایط اقاله..... ۳۴۲
- بند چهارم- آثار اقاله..... ۳۴۲
- گفتار دوم- خيارات فسخ..... ۳۴۴
- بند اول- جایگاه خيارات..... ۳۴۵
- الف- مفهوم خيار فسخ..... ۳۴۵
- ب- مبنای خيار فسخ..... ۳۴۷
- ۱- قاعده لاضرر..... ۳۴۷
- ۲- اختلال در اراده..... ۳۴۸
- ج- ابراز خيار..... ۳۴۹
- ه- اوصاف خيار فسخ..... ۳۵۰
- ۱- ارث بردن خيار..... ۳۵۱
- ۲- امکان اسقاط خيار..... ۳۵۱
- ۳- عدم فوریت در اعمال خيار..... ۳۵۳
- بند دوم- اقسام خيارات..... ۳۵۴

۳۵۴	الف- خیار مختص بیع
۳۵۴	۱- خیار تأخیر ثمن
۳۵۷	۲- خیار حیوان
۳۵۷	۳- خیار مجلس
۳۵۸	ب- سایر خیارات
۳۵۹	۱- خیار شرط
۳۵۹	۱-۱- مفهوم خیار شرط
۳۶۰	۱-۲- شرایط خیار شرط
۳۶۱	۲- خیار تخلف از شرط
۳۶۳	۳- خیار تخلف از وصف
۳۶۳	۳-۱- مفهوم خیار تخلف از وصف
۳۶۴	۳-۲- شرایط خیار تخلف از وصف
۳۶۵	۴- خیار رویت
۳۶۵	۴-۱- مفهوم خیار رویت
۳۶۶	۴-۲- شرایط خیار رویت
۳۶۸	۵- خیار غبن
۳۶۸	۵-۱- مفهوم غبن
۳۶۸	۵-۲- شرایط خیار غبن
۳۷۰	۵-۳- آثار غبن
۳۷۱	۶- خیار عیب
۳۷۱	۶-۱- مفهوم خیار عیب
۳۷۲	۶-۲- شرایط خیار عیب
۳۷۲	۶-۲-۱- مخفی بودن عیب
۳۷۴	۶-۲-۲- موجود بودن عیب
۳۷۴	۶-۳- فسخ عقد یا مطالبه ارش
۳۷۶	۶-۳-۱- تبری از عیوب

۳۷۷.....	۶-۳-۲- فوریت خیار عیب.....
۳۷۷.....	۶-۳-۳- تبعیض در اعمال خیار عیب.....
۳۷۹.....	۷- خیار تدلیس.....
۳۷۹.....	۷-۱- مفهوم خیار تدلیس.....
۳۸۰.....	۷-۲- شرایط خیار تدلیس.....
۳۸۳.....	۸- خیار تبعض صفقه.....
۳۸۴.....	۸-۱- مفهوم خیار تبعض صفقه.....
۳۸۴.....	۸-۲- شرایط خیار تبعض صفقه.....
۳۸۶.....	۸-۳- اعمال خیار یا استرداد عوض.....
۳۸۶.....	۹- خیار تفلیس.....
۳۸۷.....	۱۰- خیار تعذر تسلیم.....
۳۸۷.....	گفتار سوم- انفساخ.....
۳۸۸.....	بند اول- شرط فاسخ.....
۳۸۹.....	بند دوم- انفساخ قهری.....

**۳۹۱ ..... منابع و مأخذ**

## فهرست نشانه‌های اختصاری

هـ.ق: هجری قمری

هـ.ش: هجری شمسی

بی.تا: بدون تاریخ

بی.چا: بدون نوبت چاپ

بی.جا: بدون مکان چاپ

بی.نا: بدون ناشر

ر.ک: رجوع کنید

ص: صفحه

صص: صفحات

ج: جلد

چ: چاپ

م: میلادی

ق.ا: قانون اساسی

ق.ا.ا.م: قانون اجرای احکام مدنی

ق.آ.د.م: قانون آیین دادرسی مدنی

ق.آ.د.ک: قانون آیین دادرسی کیفری

ق.م.م: قانون مسئولیت مدنی

ق.م: قانون مدنی

ق.پ.آ: قانون پیش فروش آپارتمان‌ها

ق.ت: قانون تجارت

ق.ت.ا: قانون تجارت الکترونیکی

ق.د.ت.ب: قانون داوری تجاری بین المللی

ق.د: قانون دریایی

ق.ب: قانون بیمه

همان: همان منبع قبلی

ED: Edition

N: Number

P: Page

PP: Pages

Ibid: Aforementioned

گر مُلک تو مصر و شام و چین خواهد بود  
و آفاق تو را زیر نگین خواهد بود  
خوش باش که عاقبت نصیب من و تو  
ده گز کفن و دو گز زمین خواهد بود

«بابا افضل کاشانی»

## مقدمه

حقوق، مجموعه بایدها و نبایدهایی است که متضمن روابط حق و تکلیف بوده و رسالت آن، تنظیم روابط اشخاص در جامعه است. در این میان، قراردادها نقشی مهم در جامعه دارند و بخش عمده‌ای از فعالیت بشری را تشکیل می‌دهد. حقوق قراردادها (به‌عنوان یکی از شاخه‌های دانش حقوق) به تبیین ضوابط، اصول و قواعد پیرامون قرارداد می‌پردازد. بخش‌های مختلف از علم حقوق همچون حقوق خانواده و مسئولیت مدنی (در پاره‌ای از موارد) متأثر از آن است. مراحل مختلف یک قرارداد همچون انعقاد و تشکیل، آثار، اجرا و انحلال آن موضوع حقوق قراردادها است.

قانون مدنی ایران در حوزه حقوق قرارداد متأثر از فقه امامیه و حقوق فرانسه است. این قانون علی‌رغم جایگاه والای خویش، دارای ساختاری کهن پیرامون برخی مباحث است. نظریه نقض اساسی، نظریه نقض قابل پیش‌بینی، تغییر در اوضاع و احوال اقتصادی و... از جمله مسائلی که قانون مدنی در خصوص آنها مسکوت است.

در سالیان اخیر اسناد بین‌المللی متعددی در حوزه حقوق قراردادها مطرح شده است. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول موسسه وحدت حقوق خصوصی (اصول یونیدروا) و اصول حقوق قراردادهای اروپا، بخش‌هایی از این اسناد بین‌المللی می‌باشند. بی‌گمان؛ مطالعه تطبیقی



این اسناد و حقوق ایران می‌تواند نواقص و کمبودهای موجود در قانون ایران را روشن سازد. قانون‌گذار نیز می‌تواند در قانون‌گذاری احتمالی آینده نواقص مزبور را بر طرف سازد. این نوشتار مشتمل بر پنج فصل است:

فصل اول- در این فصل، کلیاتی پیرامون عقود و قراردادها، انواع آنها، اصول حاکم بر قرارداد و... تبیین می‌شود.

فصل دوم- در این فصل، انعقاد و اعتبار قرارداد مورد بررسی قرار می‌گیرد و ضمن بیان شرایط اساسی صحت معاملات، ضمانت اجرای نقض آنها نیز تبیین می‌شود. فصل سوم- تفسیر قرارداد و شروط ضمن عقد از جمله مطالب این فصل است؛ در خانمه، استثنائات وارده بر اصل نسبی بودن قرارداد (تعهد به نفع شخص ثالث و تعهد به فعل شخص ثالث) مورد بررسی قرار گرفته است.

فصل چهارم- اجرای قرارداد، از جمله مباحث این فصل است. در این فصل، اجرای اختیاری و اجرای اجباری مورد بررسی قرار گرفته است.

فصل پنجم- این فصل به انحلال قرارداد و سقوط تعهدات اختصاص داده شده است. اقسام انحلال (اقاله، خیارات و انفساخ) و موارد سقوط تعهدات (ابراء، تبدیل تعهد، تهاتر، مالکیت مافی‌الذمه) مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در پایان از کلیه اساتید بزرگوارم نهایت تشکر و قدردانی را می‌نمایم و امید است این نوشتار مورد قبول جامعه حقوقی کشور (وکلا، قضات، سردفتران و دانشجویان) قرار بگیرد.

دکتر علی اصغر دل زنده روی

بهار ۱۴۰۰





## فصل اول – کلیات



قرارداد؛ کانون و مرکز مبادله‌ی حقوق و منافع است. در ساختمان معاوضه قراردادی، هر یک از طرفین در برابر چیزی که ارائه می‌دهد؛ چیزی را می‌ستانند. ترازوی معاوضی اقتضاء می‌کند که قرارداد از فرمول و ضابطه خاصی پیروی کند. امری که موجب تأمین اهداف و نیت‌های متعاقدین از انعقاد قرارداد می‌شود. از دیرباز تا امروز، هر عقدی برای تأمین نیازی از نیازی‌های بشری ابداع شده است. چنانچه شخصی نیاز به کالایی داشته باشد؛ آن را خریداری می‌کند. هر گاه توانایی پرداخت ثمن را نداشته باشد، کالای مزبور را با یکی از کالاهای خود معاوضه می‌کند و یا مبادرت به اجاره نمودن آن از دیگری می‌نماید. چنانچه شرایط، اوضاع و احوال به گونه‌ای باشد که امکان استفاده رایگان آن فراهم باشد، آن را از صاحبش به عاریه می‌گیرد. پیشرفت صنعت و رشد تکنولوژی، نوع جدیدی از قراردادها را خلق نمود که پیشینه و سابقه چندانی در عهد گذشته نداشته است؛ قرارداد ليسانس، قرارداد آتی، قرارداد فرانچایز و... نمونه‌هایی از این قبیل قراردادها است. به مرور زمان جامعه بشری سعی در قاعده‌مند نمودن قراردادها نمود. پیروی از عرف قراردادی، نقش مهمی در شکل‌گیری قواعد حاکم بر آن‌ها داشت. شارع و قانون‌گذار عرف‌ها را در کنار یکدیگر قرارداد و مبادرت به وضع قانون نمود. وضع قواعد برای عقود مختلف موجب تمایز آن‌ها از یکدیگر شد. با وجود این، کلیه عقود و پیمان‌ها از ضوابط، دستورالعمل‌ها و اصولی واحد پیروی می‌کنند که تحت عنوان «قواعد عمومی قراردادها» شناخته می‌شوند.

مطالعه قواعد مزبور از این منظر اهمیت دارد که طرفین قرارداد صرفاً مکلف به پیروی از قواعد خاص هر قرارداد نیستند، بلکه می‌بایست قواعد عام حاکم بر کلیه آن‌ها را هم رعایت کنند. در حقوق بسیاری از کشورها، قواعد مزبور، پیش از ذکر عقود معین تبیین گردیده است. در حقوق ایران هم همین رویه اتخاذ شده است. در این خصوص مطالعه تطبیقی اصول یونیدروا و اصول حقوق قراردادهای اروپا و کنوانسیون بیع بین‌الملل می‌تواند مفید باشد.

این فصل، مشتمل بر سه مبحث است: در مبحث اول، به شناسایی مفاهیم می‌پردازیم. در مبحث دوم، اصول عمومی حاکم بر تعهدات را مورد تبیین قرار می‌دهیم و در مبحث سوم، انواع قراردادها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## مبحث اول - مفاهیم

گام نخست در تحلیل مسائل حقوقی، شناسایی مفاهیم است. تا زمانی که مفاهیم به نحو شایسته و بایسته تبیین نشود، تحلیل آن‌ها امکان پذیر نخواهد بود. در این مبحث، به تبیین مفاهیمی همچون عقد، شبه عقد، معامله و... می‌پردازیم.

بررسی مفاهیم حقوقی پرسش‌هایی را مطرح می‌سازد: آیا عناوین تعهد و التزام با یکدیگر انطباق دارند و مترادف هستند یا هر کدام مفهوم خاص خویش را داشته و در مواردی خاص استعمال می‌شود؟ آیا معامله همان قرارداد است یا با آن تفاوت دارد؟

## گفتار اول - مفاهیم مرتبط با عقد

در این گفتار، مفاهیم مرتبط با عقد مورد بررسی قرار می‌گیرد. بر این اساس، مواردی همچون اعمال حقوقی، عقد، معامله و.. را مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

## بند اول - عمل حقوقی

در حقوق موضوعه، اسباب ایجاد حق و تکلیف به دو دسته عمده اعمال حقوقی و وقایع حقوقی تقسیم می‌شوند. عمل حقوقی، عملی ارادی است که رفتار عامل با نتیجه مورد نظر انطباق دارد. به عبارت دیگر، رفتاری یک‌جانبه و دو جانبه که نتیجه مورد دلخواه شخص را پدید می‌آورد، به گونه‌ای که نتیجه حاصله، مورد نظر و خواست اراده فرد است. این اعمال در یک تقسیم‌بندی به دو دسته عمده عقد و ایقاع تقسیم بندی می‌شوند که ذیلاً به تبیین آن‌ها می‌پردازیم.

## الف - عقد

عقد در لغت به معنای گره زدن، بستن، جمع کردن بین دو شیء، مرتبط نمودن چیزی به چیز

دیگر، استوار ساختن و... است.<sup>۱</sup> ماده ۱۸۳ ق.م. در تعریف عقد مقرر می‌دارد: «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».

یکی از استادان معتقد است عقد در معنای عام خویش عقود معین و نامعین را در بر می‌گیرد و در معنای اخص صرفاً ناظر به عقود معین است. همچنان که ماده ۱۰ ق.م. اصطلاح «قرارداد» را در خصوص عقود نامعین به کار برده است.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد عقد، قرارداد، معامله و پیمان واژگانی متعدد برای مفهومی واحد هستند. در عرف نیز اصطلاح قرارداد را برای عقود معین و نامعین به کار می‌برند، همانند قرارداد اجاره (عقد معین) یا قراردادی بی‌اوتی (عقد نامعین). همچنان که کلمه عقد در خصوص عقود معین (همانند عقد هبه) و عقود نامعین (همانند عقد مغایسه) به کار برده می‌شود. با وجود این، بکارگیری آن‌ها در مواردی خاص محدود شده است. به گونه‌ای که در مورد نکاح به طور معمول کلمه عقد را به کار می‌گیرند و از استعمال قرارداد، معامله و... خودداری می‌کنند.

از منظر حقوقی بر ماده ۱۸۳ ق.م. ایرادتی وارد است:

الف- در تعریف مزبور از کلمه «نفر» استفاده شده است. در حالی که بهتر بود از واژه «شخص» استفاده می‌شد. توضیح این که اشخاص حقوقی هم می‌توانند طرف حق و تکلیف واقع شوند و قرارداد را (به وسیله نماینده) تنظیم کنند. در حالی که تعریف مزبور صرفاً ناظر به اشخاص حقیقی است.

ب- این تعریف صرفاً ناظر به قراردادهای عهدی است. در حالی که در قراردادهای تملیکی آنچه مورد معامله قرار می‌گیرد تملیک مال است.

ج- این تعریف صرفاً ناظر به عقود غیرمعوض است و عقود معوض را در بر نمی‌گیرد.<sup>۳</sup> یکی از نویسندگان معتقد است ایرادات مزبور بر این تعریف (تعریف ماده ۱۸۳ ق.م.) وارد نیست. زیرا در ماده مزبور تعهد یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر قرار داده شده است. معاوضه هم این معنا را می‌دهد.<sup>۴</sup> به نظر می‌رسد چنین اندیشه‌ای خالی از اشکال نباشد:

۱- حماد، نزیه (۱۴۲۹هـ.ق) معجم المصطلحات المالیه و الاقتصادیه فی الفقه الفقهاء، دارالقلم، ج اول، دمشق، ص ۳۲۱.

۲- شهیدی، مهدی (۱۳۹۲هـ.ش)، تشکیل قراردادها، ج نهم، انتشارات مجد، تهران، ص ۳۹.

۳- شهیدی، مهدی (۱۳۹۲هـ.ش)، تشکیل قراردادها، ج نهم، انتشارات مجد، تهران، ص ۳۸.

۴- دبانی، عبدالرسول (۱۳۹۵هـ.ش)، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، نشر میزان، تهران، ص ۲۹.

تعریف ماده ۱۸۳ ق.م.نقش یکی از طرفین قرارداد را صرفاً پذیرش تعهد دانسته است. در حالی که متعاقدین می‌توانند علاوه بر پذیرش تعهد، تعهداتی را بر ذمه دیگران مستقر نمایند. یکی دیگر از نویسندگان عقد را این گونه تعریف کرده است: «تلاقی دو رضای متقابل متوازن از دو انسان زنده که مولد التزام باشد از طرفین یا از یک طرف»<sup>۱</sup>. یکی از استادان نیز عقد را «همکاری متقابل و یا چند اراده در ایجاد ماهیت حقوقی می‌داند»<sup>۲</sup>. در اصول یونیدروا و اصول حقوق قراردادهای اروپا قرارداد تعریف نشده است. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز از تعریف بیع خودداری کرده است.

### ب- ایقاع

ایقاع، عمل حقوقی است که صرفاً با یک اراده واقع می‌شود و به حکم قانون آثاری بر آن مترتب می‌شود. یک جانبه بودن ایقاع و دخالت یک اراده در شکل‌گیری آن، جوهره آن را تشکیل می‌دهد. ابراء (ماده ۲۸۹ ق.م)، اعراض (ماده ۱۷۸ ق.م)، حیازت مباحات (ماده ۱۴۳ ق.م)، طلاق (ماده ۱۱۳۳ ق.م)، فسخ (ماده ۳۹۶ ق.م)، اخذ به شفعه (ماده ۸۰۸ ق.م) و... از مصادیق ایقاعات هستند.

درخصوص ماهیت پاره‌ای از اعمال حقوقی اختلاف نظر وجود دارد: برخی وصیت تملیکی را عقد می‌دانند<sup>۳</sup> و پاره‌ای دیگر ایقاع. براساس اندیشه مزبور، چنانچه قبولی که اعلام می‌شود؛ جنبه تأسیسی نداشته باشد و قبول تأییدی باشد؛ عمل صورت گرفته ایقاع است و عقد نیست. توضیح این که هرگاه ماهیت حقوقی با اراده یکی از متعاقدین خلق شود و اراده طرف دیگر صرفاً عمل رخ داده را تأیید و قبول نماید (بی آن که قبول آن در پیدایش آن نقش داشته باشد)؛ می‌بایست عمل صورت گرفته را ایقاع تلقی کرد نه عقد همانند وصیت تملیکی که با اراده موصی ایجاد می‌شود (ماده ۸۲۷ ق.م).<sup>۴</sup> به نظر می‌رسد براندیشه مزبور ایراداتی وارد است: تفکیک میان قبول تأسیسی و تأییدی قابل دفاع نیست. در ساختمان قراردادهای، قبول با هدف تشکیل ماهیت حقوقی واقع می‌شود. اگر قبول در شکل‌گیری عقود نقش نداشته باشد، اساساً نیازی به تبیین

۱- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷ هـ.ش) اساس در قوانین مدنی: المدونه، انتشارات گنج و دانش، تهران، ص ۷۷.

۲- شهیدی، مهدی (۱۳۹۲ هـ.ش)، تشکیل قراردادها، ج نهم، انتشارات مجد، تهران، ص ۳۹.

۳- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵ هـ.ش)، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، ج سیزدهم، نشر میزان، تهران، ص ۵۱۱.

۴- محمد جعفر لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶ هـ.ش) سیستم شناسی در علم حقوق، ج اول، انتشارات گنج و دانش، تهران، ص ۱۴۷.

آن نیست. در نتیجه، نظر به نقش سازندگی عقود؛ باید پذیرفت در تمامی مواردی که قانون‌گذار قبول را شرط دانسته است؛ عمل حقوقی انجام شده عقد خواهد بود. در مواردی که قانون‌گذار ذکری از قبول به میان نیاورد است همانند (طلاق) یا قبول را شرط نمی‌داند (وصیت عهدی)؛ باید عمل حقوقی را ایقاع پنداشت.

ایقاعات در بسیاری از امور همچون (سلامت اراده، لزوم اعلام اراده و...) از شرایط و احکام عقود پیروی می‌کنند. با وجود این، نمی‌توان تمامی شروط عقود را درمورد آن‌ها اعمال کرد. همچنان که نظر قوی در مورد ایقاع اکراهی، بطلان است نه عدم نفوذ.

برخی از فقها التزامات را بر حسب دخالت اراده در شکل‌گیری آن‌ها به دو دسته تقسیم نموده‌اند: التزاماتی که دو اراده آن را خلق نموده‌اند (همانند بیع) و التزاماتی که یک اراده در شکل‌گیری آن‌ها نقش داشته است، همانند عقد جعاله (مثل این که جاعل اعلام کند هر شخصی که گم شده او را یافت؛ اجرت خواهد)؛ وصیت (تملیک معلق مورد وصیت به موصی له؛ که قبول وی بعد از فوت مؤثر است) ضمان (ضامن متعهد به پرداخت دین دیگری می‌شود).<sup>۱</sup> در حقوق ایران التزام یک جانبه مورد قبول قانون‌گذار قرار نگرفته است. التزام هنگامی واجد آثار حقوقی است که محصول دو اراده مستقل آزاد باشد. در موارد مزبور (وصیت، جعاله و ضمان) مادامی که قبول تبیین نشده است، ماهیت حقوقی هم شکل نمی‌گیرد.

میان عقود و ایقاعات وجوه افتراقی وجود دارد: در عقود، اصل صحت معاملات جریان می‌یابد لیکن در ایقاعات اصل مزبور جریان ندارد و مدعی صحت ایقاع باید آن را اثبات کند. همچنین صحت ایقاعات منوط به وجود قصد و اعلام اراده است، اما در عقود علاوه بر موارد مذکور، وجود شرایط دیگر هم ضروری است.<sup>۲</sup>

در حقوق ایران قواعد مربوط به ایقاعات به صورت پراکنده ذکر شده است. در قانون مدنی بابتی تحت عنوان ایقاعات وجود ندارد. حقوق‌دانان با بررسی برخی ایقاعات (همچون طلاق و ابراء) و با اتکاء به اصول و قواعد عام حقوقی به دنبال تمهیدات پیدایش نظریات عمومی در باب قواعد عمومی ایقاعات هستند.

در اصول یونیدروا و اصول حقوق قراردادهای اروپایی، ایقاع همان کارکردهای حقوق داخلی

۱- الزحیلی، وهبه (۱۴۰۵هـ ق) الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، دوم، دمشق، صص ۸۷-۸۶.

۲- شهیدی، مهدی (۱۳۸۵هـ ش)، اصول قراردادها و تعهدات، ج سوم، انتشارات مجد، تهران، صص ۱۹۷-۱۹۶.



را دارد. یعنی با یک اراده واقع می‌شود و طرف مقابل مکلف به پذیرش آن است. تعلیق یک جانبه قرارداد در فرض پیدایش نقض قابل پیش‌بینی از سوی متعهد، امکان فسخ قرارداد در فرض حدوث نقض اساسی در قرارداد و... نمونه‌هایی از این ایقاعات هستند.

### بند دوم - قرارداد

از جمله اصطلاحاتی که در حقوق تعهدات به کار می‌رود؛ اصطلاح «قرارداد» است. در خصوص این مسئله که آیا قرارداد و عقد معنای واحدی دارند یا دو عنوان جداگانه هستند؛ اختلاف نظر وجود دارد: یکی از نویسندگان آن‌ها را مترادف هم می‌داند.<sup>۱</sup> در مقابل یکی دیگر از نویسندگان، میان عقد و قرارداد قائل به تفکیک شده است. وی معتقد است چنانچه موضوع توافق، ایجاد تعهد باشد؛ عمل صورت گرفته عقد است ولی چنانچه موضوع توافقی نفع حقوقی (اعم از انتقال حق، اسقاط و تغییر تعهد و...) داشته باشد؛ عمل انجام شده قرارداد است و عقد نیست. در این معنا قرارداد معنای گسترده دارد و عقد از مصادیق آن هستند. به عبارت دیگر، عقد اخص از قرارداد و قرارداد اعم از عقد است. اقاله، عقد نیست و قرارداد محسوب می‌شود.<sup>۲</sup> یکی دیگر از نویسندگان معتقد است قرارداد مفهومی وسیع از عقد دارد و عقد را در برمی‌گیرد. عقد معمولاً در خصوص عقود معین استعمال می‌شود ولی قرارداد بر توافقاتی اطلاق می‌شود که عنوان عقود معین بر آن‌ها بار نشده است.<sup>۳</sup>

بر تفکیک عقد از قرارداد ایراداتی وارد است: اولاً تفکیک مزبور متضمن هیچ‌گونه فایده عملی نیست؛ ثانیاً در بسیاری از مواد قانونی این دو کلمه در کنار یکدیگر به کار رفته‌اند و عرف عامه نیز آن‌ها را مترادف می‌پندارد.

### بند سوم - معامله

معامله دارای دو معنای عام و خاص است: معامله در معنای عام، عنوانی است که بر عقود مالی و غیرمالی استفاده می‌شود. معامله در معنای خاص، صرفاً شامل عقود معوض می‌شود. در مقایسه میان عقد و معامله می‌توان گفت که عقد به عقود معوض و غیرمعوض اطلاق می‌شود لیکن معامله عقود غیرمعوض را در بر نمی‌گیرد. بر این اساس، نکاح عقد است ولی معامله

۱- صفائی، حسین (۱۳۹۴ ه.ش)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲۲، انتشارات سمت، تهران، ص ۱۷.

۲- ذاکر صالحی، غلام رضا (۱۳۸۸ ه.ش)، مبانی قراردادهای نامعین، انتشارات میزان، ج اول، تهران، صص ۲۳-۲۲.

۳- دیانی، عبدالرسول (۱۳۹۵ ه.ش)، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، نشر میزان، تهران، ص ۲۷.

نیست.<sup>۱</sup> در فقه اسلامی مباحث بر دو قسم عبادات و معاملات تقسیم می‌شود. ظاهراً معاملات هر امری است که داخل در قسم عبادات نباشد. معاملات در معنای عرفی ناظر به عقود معوض است و در معنای حقوقی مترادف با عقد است و مشتمل بر عقود معوض و غیر معوض است. با وجود این، معامله پیش‌تر ناظر به عقود معوض است. در معاملات، متعاقدين با انگیزه تحصیل سود مبادرت به انشاء عقد می‌نمایند. بر این اساس، هر معامله‌ای عقد است ولی هر عقدی معامله نیست. باید پذیرفت عقود وقف، عاریه، هبه، نکاح ماهیتاً عقد هستند ولی معامله نیستند.

### بند چهارم - تعهد

تعهد می‌توان تکلیف و دینی دانست که بر ذمه شخصی مستقر می‌شود و به موجب آن وی مکلف به انجام یا عدم انجام عملی می‌گردد. تعهد انواع مختلفی دارد از جمله تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله؛ تعهد به فعل و عدم انجام فعل و... که در فصول بعدی مورد بررسی قرار می‌گیرد. شخصی که تعهد به نفع وی ایجاد شده است؛ متعهدله یا ذینفع تعهد و شخصی که براساس قرارداد ملتزم به امری شده است؛ متعهد یا مدیون نامیده می‌شود.

حقیقت این است که تعهدات دارای دو معنای عام و خاص است. در معنای عام تکلیف و دینی است که از عقد ناشی می‌شود و بر ذمه طرفین قرارداد مستقر می‌شود. در این معنا ممکن است شخص تعهد داشته باشد ولی تکلیف و التزامی به انجام آن نداشته باشد، همانند تعهداتی که مشمول مرور زمان شده است یا تعهدات طبیعی و... معنای خاص تعهدات، مترادف با التزام است و تکلیفی است که طرفین قرارداد، براساس آن متعهد به اجرای مفاد قرارداد می‌شوند.

### بند پنجم - توافق

در برخی نوشته‌ها و متون حقوقی اصطلاح عقد و توافق در کنار هم آورده شده است. برخی از نویسندگان معتقدند توافق را می‌توان تلاقی دو یا چند اراده به منظور پیدایش آثار حقوقی دانست اما عقد همکاری متقابل دو یا چند اراده برای ایجاد ماهیت حقوقی است. براین اساس، می‌توان قرارداد را زیر مجموعه برخی توافقات دانست. اگر چه قواعد عمومی قراردادها درخصوص نوع خاصی از توافقات (عقود) پیش‌بینی شده است، لیکن می‌توان آن را

به سایر توافقات نیز گسترش داد.<sup>۱</sup>

نظر مزبور را می‌بایست تأیید نمود، به گونه‌ای که می‌توان گفت رابطه قرارداد و توافق از لحاظ منطقی عموم و خصوص مطلق است: «هر قراردادی توافق است ولی هر توافقی قرارداد نیست». به طور مثال متعاقدين عقد بیعی را منعقد می‌کنند (عقد) پس از گذشت چند روز درخصوص نحوه پرداخت مبیع و ثمن تراضی می‌نمایند (توافق خارج عقد). بر این اساس می‌توان گفت برخی توافقات منجر به پیدایش ماهیت حقوقی می‌شوند و عقد تلقی می‌شوند و برخی دیگر موجب آن نمی‌شود.

شایان ذکر است که در قانون مدنی به دفعات از کلمه تراضی استفاده شده است: تراضی در انجام اقاله (ماده ۲۸۳ ق.م)، تراضی در تبدیل تعهد (ماده ۲۹۲ ق.م)، تراضی نسب به تهاتر قهری (ماده ۲۹۲ ق.م)، تراضی در محاسبه نقیصه و زیاده در مورد معامله ملکی (ماده ۳۵۵ ق.م) و... مذاقه در ماهیت تراضی حاکی از این امر است که تراضی همان توافق طرفین قرارداد است.

### گفتار دوم - مفاهیم غیر مرتبط با عقد

پاره‌ای از مفاهیم به ندرت در مباحث حقوق قراردادهای استفاده می‌شوند، لیکن شناسایی آن‌ها اهمیت زیادی دارد. از میان این مفاهیم، می‌توان به شبه عقد و وقایع حقوقی اشاره کرد که ذیلاً به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

#### بند اول - شبه عقد

شبه عقد یا شبه قرارداد، عملی ارادی است که موجب ایجاد التزام برای طرفین می‌شود. منشأ این التزام حکم قانون‌گذار است. نتیجه انجام شده (ایجاد آثار حقوقی و تکلیف قانونی) هم خواست اراده واقعی طرفین نیست. در واقع، شبه عقد ماهیتی است که متعاقدين «قصد انجام عمل» را دارند لیکن «قصد تحقق نتیجه»، مراد واقعی آن‌ها نیست.

ماده ۱۳۲۷ طرح اصلاحی موادی از قانون مدنی فرانسه در تعریف شبه قرارداد مقرر می‌دارد: «شبه قراردادها وقایعی کاملاً ارادی هستند از قبیل اداره فضولی اموال غیر، ایفاء ناروا، دارا شدن بلاجهت که منجر به ایجاد مسئولیت برای شخصی می‌شود و در موارد دیگر منجر به ایجاد مسئولیت در مقابل دیگری برای شخص مداخله‌کننده می‌شود». در واقع، شبه عقد عملی است

۱- شعاریان، ابراهیم و ابراهیم ترابی (۱۳۹۵ هـ.ش)، حقوق تعهدات، انتشارات شهر دانش، تهران، ص ۹۶.

که نفعی برای شخصی ایجاد می‌کند و وی مستحق دریافت آن نیست. قانون مدنی ایران (مواد ۳۰۱ الی ۳۰۶ ق.م). همانند این که شخصی غیر مدیون مالی را که مستحق دریافت آن نبوده را دریافت کند. وی مکلف به استرداد آن است، مباحثی را پیرامون شبهه قرارداد مطرح کرده است اما اصطلاح مزبور را به کار نبرده است. در موارد مزبور، رخدادی مشروع، قانونی و ارادی ایجاد تعهد می‌کند.<sup>۱</sup>

### بند دوم - وقایع حقوقی

واقعه حقوقی رخدادی است که آثار قانونی آن منتسب به اراده اشخاص نیست. در این خصوص تفاوتی نمی‌کند که اراده اشخاص در پیدایش آن اساساً نقشی نداشته باشند (همان تولد، وفات) و یا آن که اراده اشخاص آن را خلق کرده باشند، لیکن آثار دلخواه و مورد نظر آنها نیست (همانند اتلاف، تسبیب، غصب و...). وقایع حقوقی در کنار اعمال حقوقی اسباب پیدایش حق و تکلیف هستند. به طور معمول اسناد بین‌المللی همچون اصول حقوق قراردادها ی اروپایی و اصول یونیدرو اعمال حقوقی را تبیین می‌کند. وقایع حقوقی از موضوع اسناد مزبور خارج هستند.

در وقایع حقوقی همچون شبهه عقد، آثار حقوقی ایجاد شده ناشی از حکم قانون گذار است نه اراده اشخاص، لیکن باید توجه داشت وقایع حقوقی دامنه گسترده تری را در برمی‌گیرد و شامل مواردی هم می‌شود که ایجاد واقعه حقوقی غیر ارادی است همانند تولد و مرگ. در حالی که در شبهه عقد انجام عمل حقوقی می‌بایست ارادی باشد.

### مبحث دوم - شناسایی اصول عمومی حاکم بر تعهدات

تعهدات قراردادی به طور معمول از مبادی و قواعدی واحد و یکسان پیروی می‌کنند که تحت عنوان اصول عمومی حاکم بر تعهدات شناخته می‌شوند. این اصول در کلیه مراحل قراردادی (اعم از انعقاد، آثار، اجرا) جریان دارد. از میان این اصول می‌توان به اصل آزادی قراردادی، اصل الزام‌آور بودن قراردادها، اصل همبستگی عوضین و ... اشاره کرد.

۱- شعاریان، ابراهیم و ابراهیم ترابی (۱۳۹۵ هـ.ش)، حقوق تعهدات، انتشارات شهر دانش، تهران، ص ۶۵۸.

## گفتار اول - اصول حاکم بر تعهدات

یکی از نویسندگان به اصول حرمت مال غیر و حریت به عنوان اصول حاکم بر تعهدات اشاره کرده است.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد بر این تحلیل ایراداتی وارد باشد: اولاً اصل حریت را می‌توان از شاخه‌های اصل حاکمیت اراده تلقی کرد و با وجود اصل مزبور، نیازی به اصل حریت نخواهد بود؛ ثانیاً هنگامی که از اصول حاکم بر تعهدات سخن به میان می‌آید؛ مراد اصولی است که در باب تعهدات قراردادی و قواعد عمومی قراردادها جریان می‌یابد، در حالی که اصول مذکور (اصل حرمت مال غیر و اصل حریت) در ابواب مختلف (منجمله ضمان قهری و مسئولیت مدنی) به کار می‌رود.

### بند اول - اصل آزادی قراردادی

اصل آزادی قراردادی از جمله اصول حاکم بر قراردادها است. برای شناسایی هر چه بهتر آن، ابتدا مفهوم اصل، سپس نتایج برخاسته از آن و در نهایت دامنه آن را بررسی می‌کنیم.

### الف - مفهوم اصل آزادی قراردادی

اصل آزادی قراردادی به معنای آزادی و توانایی افراد در پیدایش ماهیت‌های حقوقی، تعیین مفاد تعهدات و آثار حقوقی برخاسته از آن در چارچوب قوانین و مقررات است. اصل مزبور، به معنای آزادی مطلق طرفین قرارداد در انجام هر عمل حقوقی نیست، بلکه بدین معناست که «آنچه منع نشده است؛ آزاد است». برای روشن تر شدن این اصل، به تبیین مقدمات آن می‌پردازیم:

قوانین و مقررات در برگیرنده سه حوزه است: در حوزه اول، قانون‌گذار باید‌ها و نبایدهایی را وضع می‌کند و افراد را ملزم به پیروی از آن‌ها می‌کند (لزوم داشتن شرایط اساسی صحت معاملات). در حوزه دوم، قانون‌گذار قواعدی ارشادی را وضع می‌کند و اشخاص را به پیروی از آن‌ها ارشاد می‌کند (هزینه‌های اجرا تعهد، محل اجرای تعهدات). اشخاص می‌توانند از قواعد مزبور پیروی کنند ولی الزامی ندارند. حوزه سوم، حوزه‌ای که قانون‌گذار قاعده وضع نمی‌کند؛ شهروندان در حوزه سوم از آزادی برخوردار هستند. اصل حاکمیت اراده به معنای امکان انجام توافق در حوزه دوم و حوزه سوم است و در حوزه نخستین امکان توافق وجود ندارد.

اصل آزادی قراردادی برگرفته از اصل حاکمیت اراده است. اصل مزبور، در شکل نخستین

۱- حیاتی، علی عباس (۱۳۹۲هـ.ش) قواعد عمومی قراردادها، ج اول، انتشارات میزان، تهران، صص ۱۵۴ و ۱۰۳.

خود منشأ تمامی تعهدات را اراده آزاد انسان می‌دانست. قانون در این میان نقش چندانی ندارد. رسالت قانون صرفاً ایجاد مساوات و برابری میان شهروندان است. نظریه حاکمیت اراده - تحت تأثیر تفکرات فلسفی - در قرن ۱۸ میلادی رواج پیدا کرد و به اراده آزاد اشخاص جایگاهی والا را اعطا نمود. در اواخر قرن ۱۸ و اوایل قرن ۱۹ نظریه حاکمیت اراده با رکود مواجه شد. پیدایش شرکت‌های تجاری و بنگاه‌های اقتصادی و تفکرات اشتراکی، نقش اراده آزاد اشخاص و مساوات را کم‌رنگ کرد. شرایط، اوضاع و احوال اقتصادی و پیدایش جنگ موجب شد که پیمانکاران در قراردادهای خویش اصل حاکمیت اراده را نادیده بگیرند. به مرور زمان اندیشه حاکمیت اراده اصلاح شد و چنین مقرر شد که نمی‌توان منشأ تمامی تعهدات را اراده انسان پنداشت. دولت‌ها زمینه اجرای بسیاری از تعهدات قراردادی را از لحاظ اجتماعی فراهم می‌کنند.<sup>۱</sup>

## ب- نتایج اصل آزادی قراردادی

در حقوق ایران، اصل آزادی قراردادی واجد آثاری است. از آن اصل موارد ذیل استنباط

می‌شود:

الف- بسیاری از قراردادهای نوین که قابلیت انطباق با عقود معین را نداشته باشند و خلاف صریح قانون نیستند، در پرتو این اصل قابل تحلیل می‌باشند. نمونه‌ای از عقود نامعین می‌توان به قرارداد لیسانس (قرارداد بهره‌برداری از حق اختراع)، قرارداد فرانچایز (قرارداد بهره‌مندی از امتیاز علامت تجاری)، قرارداد اختیار خرید و اختیار فروش موضوع بورس (قرارداد اختیار خرید یا فروش کالایی در آینده) را اشاره کرد.

ب- بسیاری از شروطی که در قراردادها درج می‌شود و از مصادیق شروط باطل نمی‌باشد؛ با توجه به اصل مذکور، صحیح و معتبر خواهند بود. همانند شرط مالکیت تدریجی کالا، شرط تعمیر و تعویض کالا (گارانتی کالا) و ... .

رویه قضائی نیز از اصل آزادی قراردادی در صحت و نفوذ شروط ضمن عقد استفاده می‌نماید.<sup>۲</sup>

۱- النخلة، موريس (۲۰۰۷م)، الكامل في الشرح القانون المدني، ج ۳، المنشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ۱۵۵.

۲- در پرونده کلاسه ۱۱۶۶/۲۹/۸۴ شعبه ۲۹ دادگاه تجدید نظر استان تهران درخصوص صحت و نفوذ شرط ضمن عقد به ماده ۱۰ ق.م.ا.ستاد شد. ادعای تجدید نظر خواه رد شد. وی چنین استدلال کرده بود: «اولاً شرط پرداخت خسارت با توجه به عدم ذکر مهلت باطل است؛ ثانیاً تجدید نظر خواه در دفتر خانه ۶۱۲ وکالت بلا عزل داده است؛ ثالثاً خسارت عدم اجرای تعهد سی میلیون تومان بوده که پرداخته شده است. دادگاه ضمن رد دعوی تجدید نظر خواه چنین استدلال کرد: با توجه به نوع و کیفیت شرط مقرر بین طرفین، ابتدای شرط مذکور از تاریخ مقرر بین طرفین و انتهای مدت انجام شرط است. شرط مذکور نه مخالف با خلاق حسنه و نه نظم عمومی و طبق ماده ۱۰ ق.م.ا. بین طرفین لازم اجرا می‌باشد». محمد رضا (۱۳۹۰ ه.ش)، رویه قضائی دادگاه‌های تجدیدی نظر استان تهران در امور مدنی، ج اول، انتشارات

ج- چنانچه در اعتبار و عدم اعتبار عمل حقوقی تردید حاصل شود می‌توان حکم به اعتبار آن داد.

د- اصل مزبور در حوزه عقد نکاح نیز جریان می‌باید و طرفین می‌توانند برخی شروط ضمن عقد (شروطی که بر خلاف شرع و قانون نباشد) را در عقد درج نمایند. لیکن نمی‌توان به اتکا این اصل، نوع نوینی از نکاح (همانند ازدواج سفید) را خلق کرد.

ه- قراردادهای را می‌بایست با توجه به خواست و اراده واقعی متعاقدین تفسیر نمود و نه عنوانی که بر آن می‌نهد. چنانچه دادرسی به این نتیجه برسد که عقد واقع شده دارای عنوانی متفاوت با عنوان قرارداد است، باید عقد را برطبق خواست واقعی متعاقدین تفسیر کند.

و- در عقود و قراردادهای هیچ‌گونه حد و حصری وجود ندارد. اندیشه حصری بودن معاملات (که در فقه جریان داشته است) مورد قبول قانون‌گذار قرار نگرفته است.

ز- متعاقدین می‌توانند در مورد قواعد تکمیلی عقود معین توافق نموده و احکام موجود قانونی را تغییر دهند. در واقع، از آنجا که قواعد مزبور مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، تراضی بر خلاف آن‌ها نافذ است. بر این اساس، آن‌ها می‌توانند تأدیه ثمن و تسلیم مبیع را موجب نمایند و یا هزینه‌های اجرای تعهد را بر عهده متعهدله قرار دهند و ...

برطبق بند یک ماده ۲۹ کنوانسیون بیع بین‌الملل طرفین قرارداد می‌توانند بدون رعایت تشریفات، قرارداد را اقاله و یا اصلاح نمایند. در این ماده می‌خوانیم: «قرارداد می‌تواند به صرف توافق متعاقدین اصلاح یا اقاله شود».

### ج- دامنه اصل آزادی قراردادی

برخی از موارد، دامنه اصل آزادی قراردادی را محدود می‌کند. از این موارد می‌توان به قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه اشاره کرد. موارد مزبور از ماده ۱۰ ق.م قابل استنباط است. در آن ماده آمده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». ذیلاً به تبیین آن موارد پرداخته می‌شود.

### ۱- قانون

تراضی طرفین قرارداد چنانچه برخلاف قوانین امری باشد؛ فاقد نفوذ حقوقی است. شکی

نیست که متعاقدين نمی‌توانند بر خلاف قوانین امری توافق کنند. چنین مطلبي از روح حاکم بر قانون مدنی قابل استنباط است. در حوزه حقوق قراردادها، قواعدی که در باب انعقاد قراردادها و ضمانت اجرای حاکم بر آنها تبیین شده است معمولاً امری هستند. قواعدی که در باب وفای به عهد (از قبیل مکان و زمان اجرای تعهد، هزینه‌های ایفاء تعهد) تبیین شده است تکمیلی هستند. معیار تمیز امری یا تکمیلی بودن قاعده، اهمیت و جایگاه آن در حقوق قراردادها است. قواعدی که قانون‌گذار برای حمایت از حقوق اشخاص ثالث در نظر گرفته است؛ معمولاً امری هستند همانند معامله به قصد فرار از دین. در مقابل امتیازاتی که قانون‌گذار به اشخاص اعطا نموده است؛ جنبه تکمیلی دارد و قابل اسقاط هستند، همانند اسقاط شرط فعل، اسقاط کافه خیارات. قواعد موجود در اصول یونیدرو معمولاً تکمیلی هستند. متعاقدين می‌توانند بر خلاف آن توافق کنند. چنین امری از ماده ۵-۱ اصول یونیدرو قابل استنباط است. در ماده مزبور آمده است: «طرفین می‌توانند اعمال این اصول را مستثنی سازند یا از آثار هر یک از مقررات آنها شانه خالی کنند یا آن را تغییر دهند، مگر در مواردی که خلاف آن در اصول مقرر شده است». ماده ۱۰۲-۱ اصول حقوق قرارداد اروپایی در نصی مشابه مقرر می‌دارد: «متعاقدين می‌توانند قابلیت اجرای هر یک از مقررات اصول را محدود کنند یا از آنها عدول کنند یا آنها را تغییر دهند جز در مواردی که خلاف آن در اصول مقرر شده باشد».

بررسی در مواد قانون مدنی، اصول یونیدرو و اصول حقوق قرارداد اروپا حاکی از این امر است که در شناسایی قواعد امری نمی‌توان صرفاً به موارد مصرح اکتفا نمود، بلکه باید روح حاکم بر مقررات و جایگاه قانونی امور توافق شده را مورد بررسی قرار داد.

## ۲- نظم عمومی

نظم عمومی را می‌توان مجموعه اصول، قواعد، مفاهیم و هنجارهای متعالی و برتر جامعه دانست که اجرای آن بر همگان لازم و ضروری است. قانون‌گذار هر قاعده را با فلسفه خاصی وضع می‌کند. تراضی افراد در صورتی که مخالف فلسفه مزبور باشد و موجب جریحه‌دار شدن افراد جامعه شود؛ کارگزار نخواهد بود. تراضی برخلاف نظم عمومی، موجب اختلال در توازن اجتماعی می‌گردد و جامعه می‌بایست به چنین توافقی واکنش نشان دهد؛ بی‌اعتبار دانستن توافق مزبور، بهترین گام برای مقابله با آن است. برای آگاهی از مصادیق نظم عمومی باید به جایگاه