

نظریه ایجاب ملزم در آئینه تطبیق*

دکتر جلیل قنواتی

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران (پردیس قم)

Email: J-ganavati@hotmail.com

چکیده

در فقه اسلامی (در مذاهب فقهی امامیه، شافعی و حنفی) این قاعده پذیرفته شده است که تا زمانی که قصد انشا و توافق طرف قرارداد به ایجاب ملحق نشود. هیچ‌گونه اثر حقوقی به وجود نمی‌آید، و موجب هر زمانی قبل از قبول می‌تواند از ایجاب خود عدول نماید و در قبال عدول خود مسئولیتی نیز ندارد. در مقابل، فقیهان مالکی بر این اعتقادند که گوینده ایجاب نمی‌تواند قبل از قبول مخاطب از ایجابش رجوع کند. به اعتقاد اینان، گوینده ایجاب با صدور آن برای طرف مقابل حق قبول و تملک را ایجاد کرده است و طرف مقابل باید بتواند از این حق استفاده نماید. به همین دلیل، موجب، حق رجوع از ایجاب را ندارد و در صورت رجوع، رجوع و عدول او بی اعتبار است. این دیدگاه با آنچه که عموماً در حقوق غرب پذیرفته شده هماهنگ است. در نظامهای حقوقی نوشته و برخی از کشورهای کامن لویی نظریه ایجاب ملزم به عنوان یک قاعده مسلم حقوقی در قوانین پذیرفته شده است. امام خمینی از فقیهان برجسته امامیه در مورد نقش ایجاب در انعقاد قرارداد معتقد است صرف انشای ایجابی برای تحقق عقد کافی است و قبول نقشی جز تثبیت معامله ایجاد شده و پذیرش انشای گوینده ایجاب ندارد. با وجود این، ایشان بر این باور است که ایجاب الزام آور نیست و موجب هر زمانی قبل از قبول می‌تواند از ایجاب خود عدول نماید.

به نظر می‌رسد از نظر منطق حقوقی و شیوه استدلال نمی‌توان دلیل متقنی برای پذیرش نظریه ایجاب ملزم ارائه نمود و در قلمرو احکام و قواعد اولیه پذیرش این نظریه با مشکل مواجه است.

کلید واژه‌ها: ایجاب، قبول، ایجاب ملزم، تعهد یک‌طرفی، جرم مدنی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۸۵/۱۲/۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۶/۳/۲۹.

مقدمه

زمانی که جوامع انسانی از پیچیدگی‌های فنی - ارتباطی امروز برخوردار نبود و بیشتر معاملات و روابط تجاری با حضور معامله‌کنندگان شکل می‌گرفت و آنها با مذاکرات شفاهی و ایجاب و قبول لفظی قراردادهای خود را منعقد می‌ساختند و مورد معامله در همان مجلس عقد، داد و ستد می‌شد، موضوع ایجاب ملزم و عدم عدول از ایجاب به دلیل طبیعت تقریباً فوری این معاملات از اهمیت چندانی برخوردار نبود و ضروری نمی‌نمود. اما امروزه در عصری که ارتباطات، بسیار آسان و به سهولت انجام می‌گیرد و معاملات پیچیده و عظیم جایگزین معاملات ساده گذشته شده است و نیاز به ارزیابی و سنجش هر معامله خاص توسط اطراف معامله قبل از تحقق آن روشن شده است، اذهان متوجه نظریه ایجاب ملزم گردیده و حقوق تطبیقی به سوی پذیرش ایجاب ملزم و غیر قابل عدول حرکت آغاز کرده است. به نظر می‌رسد عدم پذیرش این نظریه در قلمرو قراردادهای مشکلات جدی اقتصادی و حقوقی ایجاد کرده و به اختلال روند تجارت سالم و منصفانه می‌انجامد. بدیهی است سیستم‌های حقوقی با ارائه قواعد و مبانی ویژه خود در مسیر پذیرش این نظریه حرکت می‌کنند.

الف) مفهوم ایجاب ملزم

ایجاب را چنین تعریف کرده اند: پیشنهادی که یکی از دو طرف عقد برای انشا و ایجاد رابطه الزامی صادر می‌کند و قبول موافقت با این ایجاب است (شلبی، ص ۴۱۸). همچنین گفته اند: ایجاب کلام اولی است که یکی از دو طرف عقد برای انشای عمل حقوقی صادر می‌کند و قبول کلام دومی است که برای انشای عمل حقوقی ابراز می‌شود و عقد با آن تمام می‌گردد (مجلة الأحكام العدلیه، ماده ۱۰۱ و ۱۰۲). حقوق دانان انگلیسی نیز گفته اند ایجاب اعلامی است که با ضمیمه شدن قبول به آن قرار داد را منعقد می‌کند (Cheshire and Fifoot , p. ۲۷). در کنوانسیون بیع

بین المللی ۱۹۸۰ ایجاب چنین تعریف شده است: پیشنهادی که به منظور انعقاد قرار داد به یک یا چند شخص معین خطاب می شود مشروط به اینکه به اندازه کافی مشخص و روشن بوده و دلالت بر قصد موجب به الزام در صورت قبول طرف دیگر داشته باشد.

به نظر می رسد صرف نظر از درستی یا نادرستی تعاریف مزبور، ایجاب نخستین انشایی است که اثر حقوقی را به وجود اقتضایی محقق می کند و قبول، این وجود اقتضایی را به وجود نهایی تبدیل می کند. اصولاً این ایجاب قبل از قبول الزام آور نیست و موجب می تواند از آن عدول کند. با وجود این، برخی سیستم های حقوقی، ایجاب را در مواردی الزام آور می دانند (ایجاب ملزم).
واژه ایجاب ملزم که ترجمه لفظ *offre obligatoir* فرانسوی (جعفری لنگرودی، *دائرة المعارف*، ص ۳۶۶، ماده ایجاب ملزم). و *firm offer* یا *irrevocable offer* انگلیسی است، به این معناست که ایجابی بدون پیوستن قبول به آن منشأ تعهد گردد. این ایجاب ممکن است به صورتهای زیر واقع شود:

- ۱ - اگر کسی ایجابی را ارائه دهد و برای ابراز قبول طرف مقابل به صراحت مهلتی معین کند در طول این مدت موجب متعهد است که از ایجاب خود برنگردد.
 - ۲ - ممکن است گوینده ایجاب صریحاً مدتی برای ابراز قبول معین ننماید اما قرائن و اوضاع و احوال دلالت کند که او به طرف مقابل مهلتی داده است.
- در این دو وضعیت، پرسشی مطرح می شود که آیا اراده گوینده ایجاب به تنهایی می تواند او را متعهد سازد تا در مدت صریح یا ضمنی مزبور از ایجاب خود عدول ننماید؟ در نظامهای حقوقی دیدگاههای متفاوتی در این خصوص وجود دارد که در ابتدا به بررسی اجمالی این دیدگاهها می پردازیم و پس از آن، مبانی نظریه ایجاب ملزم را مطرح و دیدگاه فقه امامیه را در این زمینه مطالعه خواهیم کرد.

ب) ایجاب ملزم در حقوق خارجی

بحث درباره نیروی الزام آور ایجاب در خلال یکصد سال اخیر مطرح شده است و حقوق روم هیچ اثر الزام آوری برای ایجاب نمی شناخت. در واقع اولین مستند قانونی برای ایجاب الزام آور در کد ۱۷۹۴ پروس و در کد ۱۸۱۱ اتریش ظاهر گردید. پدیده جدید این بود که نمی توان در مدتی که قانون معین کرده است از ایجاب عدول نمود. این نظریه (عدم عدول بدون قید و شرط) به وسیله قانون مدنی ۱۸۹۶ آلمان پذیرفته شد. ماده ۱۴۵ قانون مدنی آلمان مقرر می دارد: «هر کس به دیگری ایجابی برای انعقاد قرارداد ارائه دهد به وسیله آن ایجاب ملزم است، مگر این که نفی چنین الزامی را شرط کرده باشد» (السنهوری، ص ۲۴۷).

قاعده عام در کشورهای دارای سیستم حقوقی کامن لا اختیار گوینده ایجاب در عدول از ایجابش، قبل از قبول و انعقاد قرارداد است (Cheshire and Fifoot, ۱۲۶)، هر چند استثنایی در این زمینه در کامن لا وجود دارد؛ مثلاً در جایی که ایجاب به وسیله عوضی (consideration)، حمایت شود یا ایجاب به موجب سند رسمی تنظیم گردد، در این موارد ایجاب غیر قابل عدول است.

در قانون ایتالیا قاعده مسلمی وجود دارد که بر اساس آن، موجب می تواند از حق عدولش اعراض کند و این اعراض در ایجابی ممکن است که موجب برای ابراز قبول مدتی را معین کرده باشد. بنابراین، موجب تا پایان مدت نمی تواند از ایجابش عدول نماید.^۱

گرایشهای اخیر در قانون گذاریهای داخلی، حرکتی را به سوی پذیرش تئوری ایجاب ملزم یا حداقل محدود کردن وضعیتی که موجب بتواند بدون هیچ گونه مسئولیتی از ایجابش عدول کند، آغاز کرده اند. کمیسیون حقوقی انگلیس اظهار نظر کرده

۱. Seil proponente sie' obbligato a mantenera fermala proposta par un certo tempo, la revocae' senza effetto.

ترجمه: در صورتی که موجب متعهد شود که در مدت معینی ملزم به ایجابش باشد، رجوعش هیچ اثری ندارد (ماده ۱۳۲۹ ق.م.ایتالیا).

که این گرایش از سال ۱۹۳۷، هم در سطح ملی و هم بین المللی، جهت تغییر و تعدیل این قاعده و ایجاد ایجاب های ملزم، شکل گرفته است (کمیسیون حقوقی انگلیس، Working paper، ش ۶۰، ایجاب ملزم، ص ۱۳). این کمیسیون بعد از ارزیابی قاعده عدول در حقوق انگلیس و نیاز به تغییر چنین قاعده ای پیشنهاد کرد: گوینده ایجابی که تعهد کرده در مدت معینی از ایجابش عدول نکند، در مدتی که بیش از شش ماه نباشد ملزم به شروط این تعهد است، مشروط بر اینکه این تعهد در جریان معامله تجاری صورت گرفته باشد.

در ایالات متحده، قاعده سنتی کامن لابی در مورد عدول از ایجاب تعدیل شده است. بر اساس ماده ۲۰۲ ± ۲۰۵ قانون متحد الشکل تجاری، در صورتی که تاجر به طور کتبی ایجاب را صادر کند و اطمینان داده شود که این ایجاب موثر و معتبر نگه داشته شود، غیر قابل عدول است و اگر مدتی معین نشده باشد، ایجاب برای مدت متعارف و معقولی غیر قابل عدول خواهد بود، اما این مدت نباید از سه ماه تجاوز کند (قانون متحد الشکل تجاری آمریکا، ماده ۲۰۵-۲۰۲).

این تفکر از پرونده Games Baird Co v. Gimbroinc نشأت می گیرد. قاضی در این پرونده رأی داد که ایجاب ملزم، غیر قابل عدول نیست و هیچ گونه الزامی برای گوینده ایجاب به وجود نمی آورد. البته برخی از ایالات در پذیرش تئوری ایجاب ملزم پا را فراتر از قانون متحد الشکل تجاری (UCC) گذاشته اند. قانون تعهدات عمومی نیویورک، ایجاب ملزم را در دایره وسیع تری از قانون متحد الشکل تجاری پذیرفته است، زیرا عدم عدول را به ایجاب های تاجر و مدت سه ماهه محدود نکرده است. در حقوق فرانسه، اگر چه قاعده صریحی در خصوص عدم عدول از ایجاب وجود ندارد، گوینده ایجاب می تواند تصریح کند که ایجاب غیر قابل عدول است. در اغلب موارد، ایجاب حداقل برای مدت معین غیر قابل عدول فرض می شود. در اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL) نیز ایجاب اصولاً قابل عدول دانسته

شده است. با وجود این در مواردی عدول از ایجاب تأثیری نخواهد داشت.

در ماده ۲۰۲ ± ۲ این اصول مقرر شده است :

در صورتی که عدول از ایجاب قبل از ارسال قبول به موجب برسد، ایجاب بی اثر می گردد. با وجود این در صورتی که در ایجاب به عدم عدول اشاره شود یا مدت معینی برای ارسال قبول تعیین گردد، موجب نمی تواند از ایجاب عدول نماید. همچنین اگر مدتی برای ارسال قبول معین نگردد ولی مخاطب ایجاب، به طور متعارف بر ایجاب به عنوان یک ایجاب غیر قابل عدول اعتماد نماید، موجب نمی تواند از ایجابش عدول کند. در اصول Unidroit نیز در ماده ۱۰۴ ± ۲ همین مقرر پذیرفته شده است (www.unidroit.org).

همین مقررات در ماده ۱۶ کنوانسیون بیع بین المللی (CISG) پذیرفته شده است (www.cisg.law.pale.edu).

در این ماده مقرر شده است :

۱- تا زمانی که قرارداد منعقد نشده است می توان از ایجاب عدول کرد، در صورتی که عدول قبل از فرستادن قبولی، به طرف خطاب برسد.

۲- ایجاب در موارد زیر قابل عدول نیست :

الف) در صورتی که در ایجاب اظهار شود، غیر قابل عدول است؛ چه با تعیین زمانی مشخص برای قبول یا بدون تعیین.

ب) در صورتی که مخاطب به نحو متعارفی بر غیر قابل عدول بودن ایجاب اعتماد پیدا کرده و با اعتماد بر این ایجاب، عمل کرده باشد.

ج) ایجاب ملزم در حقوق اسلام

در فقه اسلامی تا زمانی که قصد انشا و توافق طرف قرارداد به ایجاب ملحق نشود هیچگونه اثر حقوقی به وجود نمی آید. به همین دلیل ایجاب کننده هر زمانی قبل

از قبول، حق رجوع و عدول از ایجاب را دارد (شیخ انصاری، ۱۰۱؛ میرفتاح، ۲۱۳؛ نایینی، ج ۱، ص ۲۵۴؛ ابن قدامه، ج ۳، ص ۵۶۲؛ کاسانی، ج ۵، ص ۱۳۴۶؛ وهبه الزحیلی، ۱۵۲). این نظریه در مذاهب فقهی امامیه، شافعی و حنفی به طور مسلم پذیرفته شده است. به اعتقاد این مکاتب حقوقی، گوینده ایجاب با صدور آن، تعهدی را بطور مطلق ایجاد و انشا نکرده است بلکه ایجابی مشروط و معلق بر قبول طرف قرارداد صادر کرده است. بنابراین تا زمانی که شرط مزبور ایجاد نشود تعهدی به وجود نمی آید و ایجاب مزبور صرفاً پیشنهادی است که هر زمان می توان از آن عدول کرد.

در مقابل، فقیهان مالکی بر این اعتقادند که گوینده ایجاب نمی تواند قبل از قبول مخاطب از ایجابش رجوع کند. بنابراین، موجب به مفاد ایجاد خود پای بند است و تنها در موردی که طرف مقابل از آن اعراض کند یا مجلس معامله پایان یابد و مدتی برای عدم رجوع مشخص نشده باشد، حق عدول از ایجاب دارد. بنابراین، اگر موجب در ایجاب خود قید کند که تا سه ماه بر این ایجاب باقی خواهم ماند؛ دیگر نمی تواند در آن مدت از ایجاب خود عدول کند.

استدلال فقیهان مالکی این است که گوینده ایجاب با صدور آن برای طرف مقابل حق قبول و تملک را ایجاد کرده است و طرف مقابل باید بتواند از این حق استفاده کرده و آن را اجرا نماید. از این رو، موجب حق رجوع ندارد و در صورت رجوع نیز ایجاب او باطل نخواهد شد (خطاب، ۲۴۱).

با توضیحات بالا روشن شد که جز فقیهان مالکی، سایر مذاهب فقهی نظریه ایجاب ملزم را نپذیرفتند و عدول از ایجاب را هر زمانی قبل از قبول، به عنوان قاعده بدون استثنا مطرح کردند. به منظور تبیین دیدگاه فقیهان اسلامی به ویژه در فقه امامیه، مبانی نظریه ایجاب ملزم را مطرح و در قلمرو فقه اسلامی مورد نقد و بررسی قرار می دهیم.

د) مبانی نظریه ایجاب ملزم

حقوق دانان در تحلیل ریشه‌های نظریه ایجاب ملزم، سه مبنا را مطرح و مورد بررسی قرار می‌دهند:

۱) نظریه تعهد یک طرفی

به موجب این نظریه، شخص می‌تواند بدون دخالت دیگری خود را ملتزم کند. حتی مبنای واقعی تعهد هر یک از طرفین عقد نیز اراده خود اوست. اگر گوینده ایجاب نتواند بنا به اراده خود ملتزم به مفاد عقد شود چگونه می‌توان پذیرفت که اراده طرف او بتواند این تعهد را ایجاد کند؟ بنابراین، در موارد ایجاب ملزم با صدور ایجاب دو تعهد ممتاز از یکدیگر برای گوینده آن ایجاد می‌شود: ۱) تعهد به مفاد عقد که معلق و منوط به اراده طرف مقابل است. ۲) تعهد به حفظ ایجاب که فوری به وجود می‌آید و آن را لازم می‌کند (لنگرودی، *تأثیر اراده بر حقوق مدنی*، ص ۱۴۱ به نقل از کولن و کاپیتان، *دائرة المعارف حقوق مدنی تجارت*، ج ۲، ص ۳۶؛ کاتوزیان، ناصر، ج ۱، ص ۳۰۹).

با این توجیه، ایجاب یک ایقاع لازم است و لزوم آن ناشی از قصد خود ایجاب‌کننده است (لنگرودی، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، ص ۱۴۴). به تعبیری دیگر، آنچه از عناصر قرارداد که به گوینده ایجاب ارتباط دارد، انشای خود اوست و انشای طرف مقابل، خارج از اختیار گوینده ایجاب است و قبول مخاطب ارتباطی به گوینده ایجاب ندارد. زیرا، در هر عقدی دو تعهد وجود دارد که هر یک از آنها توسط اراده یک طرفه به وجود آمده‌اند. هر یک از این دو تعهد، موضوع دلیل عقلانی لزوم وفای به عهد و اصل عدم نقض تعهدند. بنابراین، تعهد موجب صرفاً به وسیله ایجاب، انشاء شده است و به قبول مخاطب ارتباطی ندارد. در این صورت چه قبول صادر شود و چه انشاء نشود، تعهد گوینده ایجاب وجود پیدا کرده است. این اراده یک طرفی محترم و لازم الوفا است و نقض آن بر خلاف اصل عقلانی لزوم تعهدات است.

با چنین تحلیلی، روشن می‌شود که تفاوتی بین نقض تعهد، قبل از قبول طرف دیگر و بعد از آن وجود ندارد. بنابراین، رجوع قبل و بعد از قبول نیز تا حدی که به نقض متعهد (موجب) مربوط است، تفاوتی ندارند، زیرا گفته شد که قبول به گوینده ایجاب ارتباطی نداشته و تنها مربوط به قبول کننده است. از این رو همان‌طور که رجوع بعد از قبول مجاز نیست، رجوع قبل از آن نیز نباید مجوزی داشته باشد، زیرا موجب تعهد و التزامی داده است که رجوع از آن، نقض این التزام می‌باشد. در فقه اسلامی، برخی فقیهان هر شخصی را در عالم حقوق ملزم به آنچه که بر زبان جاری کرده، می‌دانند و موجب نیز ملزم به ایجابی است که صادر کرده است (دسوقی، ج ۳، ص ۴). آنان بر این باورند که گوینده ایجاب با صدور آن، برای طرف مقابل حق قبول و تملک ایجاد کرده است و طرف مقابل باید بتواند از این حق استفاده کرده و آن را اجرا نماید. همین امر مانع تأثیر عدول از ایجاب، قبل از قبول آن است (حطاب، ج ۴، ص ۲۴۱).

برخی از حقوق دانان ایرانی نیز در دفاع از مبنای تعهد یک طرفی (ایقاع لازم) می‌گویند: دلیل لزوم ایقاع، ارتباط و تماسی است که با حقوق دیگران پیدا می‌کند و اعتماد مشروعی است که در آن به وجود می‌آورد. [همچنین] ... بر فرض [اینکه] ایجاب همراه با حق عدول از آن به وجود آید، گوینده ایجاب می‌تواند این حق را اسقاط کند. در توانایی اراده صاحب در اسقاط آن نیز تردیدی در حقوق ما وجود ندارد (کاتوزیان، ج ۱، ص ۳۱۰).

نقد نظریه: الف (حقوقدانان غربی بر این نظریه چنین ایراد کرده‌اند: ۱) در اجتماع انسانها، در برابر هر تعهد، حقی وجود دارد. طبق اصول، هر شخص می‌تواند برای خود تعهد ایجاد کند ولی چون این تعهد با ایجاد حق برای دیگری ملازمه دارد که بدون رضای صاحب آن امکان ندارد، این مانع باعث می‌شود که شخص نتواند با یک اراده برای خود ایجاد دین کند. ۲) نیروی الزام آوری عقد، بر این اساس قابل

توجیه است که تعهدهای ناشی از آن را هر دو طرف به وجود آورده‌اند: پس، طبیعی است که این ساخته مشترک را هیچ‌یک از آن دو نتواند منحل کند. لیکن درباره امری که محصول یک اراده است و تنها همان اراده بر آن حکومت دارد این سؤال به ذهن می‌رسد که اراده موجد و حاکم بر تعهد به چه دلیلی نمی‌تواند از آن عدول کند؟ (کاتوزیان، همان، به نقل از پلنیول وریپر، ج ۶، بوسیله اسمن، ش ۱۰).

ب) حقوق دانان اسلامی نیز به دلایل زیر مبنای تعهد یک طرفی را مورد انتقاد قرار می‌دهند:

۱- بر اساس مبانی فقهی، دلیلی بر لزوم و وجوب وفای مطلق تعهدات وجود ندارد. فقیهان نقض عقد را بر اساس ادله شرعی معتبر نمی‌دانند و عقد از ترکیب دو عنصر ایجاب و قبول به وجود می‌آید. اما نقض تعهد ارادی که از عقد ناشی نمی‌شود و دلیل خاصی بر اعتبار آن وجود ندارد، با مانع شرعی مواجه نیست. به دیگر سخن، در فقه اسلامی دلیل عامی که هرگونه تعهدی حتی تعهدات ابتدایی را نافذ سازد، وجود ندارد. مهمترین دلیل فقیهان در این زمینه آیات « اوفوا بالعقود » و « احل الله البيع » و حدیث « المؤمنون عند شروطهم » و مانند آن است و این ادله در صورتی اجرا می‌شوند که عقد محقق شده باشد. بنابراین، رجوع گوینده ایجاب (که دلیلی بر الزام آوری آن وجود ندارد) بر اساس مبانی فقهی قابل توجیه است، زیرا هرگونه شرط صریح یا ضمنی در خصوص الزام آوری ایجاب قبل از قبول، نوعی تعهد ابتدایی تلقی می‌شود که بر اساس مبانی فقهی اعتباری ندارد.

به منظور تبیین بیشتر، این توضیح مختصر لازم است که شروط الزام آور در فقه عبارتند از: شروط ضمن عقد و شروط بنایی. شروطی که در عقد گنجانده نشده و عقد مبتنی بر آنها واقع نمی‌شود شروط ابتدایی تلقی می‌شوند و فقیهان به اجماع و اتفاق برای این شروط اعتبار حقوقی قائل نیستند. تنها برخی از فقیهان معاصر - که نظرات آنان مورد توجه واقع نشده - به الزام آور بودن این شروط نظر داده‌اند (طباطبایی

یزدی، سید محمد کاظم، ج ۲، ص ۱۱۷؛ نراقی، ملا احمد، ص ۴۳). البته دیدگاه اجماعی فقیهان امامیه در این خصوص، ممکن است از دقت فراوان آنها در مفهوم ادبی واژه شرط و عقد ناشی شده باشد.

۲ - حتی در صورتی که بر اساس مبانی فقهی، تعهدات ابتدایی معتبر تلقی شوند، اعتبار چنین تعهد ابتدایی که شرطی در ضمن ایجاب و انشای یک طرفه قرار می‌گیرد، مورد تردید است: زیرا در حقوق اسلامی این نظریه که ایقاع و تعهد یک طرفی از منابع تعهدات باشد، مورد پذیرش فقیهان قرار نگرفته است. موارد ایقاعات در فقه اسلامی منحصر به موارد معین و با نام است. با وجود این، برخی فقیهان معاصر به گونه‌ای سخن گفته‌اند که از گفته آنان نظریه کلی ایقاع استنباط می‌شود، اگر چه خود در صدد تمهید چنین نظریه‌ای نبودند. محقق مراغی در این باره می‌نویسد: عموم اوفاو بالعقود لما مر من ان المراد بالعقد هو العهد و هو شامل للايقاعات، بل بعضها دخوله مصرح به فی کلام اهل اللغة و التفسیر کالذکر و الیمین و العهد و غیر ذلک... (میرفتاح مراغی، ص ۱۷۴).

صاحب عروة نیز در حاشیه مکاسب می‌گوید: و التحقیق قبول الايقاعات للشرط و هو قد يكون على نفس الموقع. كما اذا قال طلقتك على ان اعطيك درهماً او اعتقتك على ان ازوجك ابنتی و حينئذ لا يحتاج الى القبول لانه شرط على نفسه فهو المشروط عليه، و يدخل بذلك في عموم المؤمنین و لا دليل على اعتبار رضا المشروط له. غاية الامر ان له ان لا يقبل بمعنى ان يسقط حقه... (طباطبایی یزدی، ج ۲، ص ۳۱).

با وجود این، نظریه کلی ایقاعات و تعهدات یک طرفی در فقه امامیه مورد پذیرش فقیهان قرار نگرفته است.

۳- نظریه ایجاب ملزم از این جهت نیز قابل انتقاد است که عقلاً بین اراده یک طرفی عقدی و اراده یک طرفی ایقاعی تفاوت می‌گذارند. در اراده یک طرفی عقدی نوعی تعلیق وجود دارد، زیرا گوینده ایجاب در اراده یک طرفی عقدی، آگاه است که



در صدد انعقاد عقد است نه ایقاع. او می‌داند که به صرف اراده‌اش و بدون قبول طرف مقابل، تعهدی شکل نمی‌گیرد و در حالت انتظار به سر می‌برد که آیا مخاطب هم، التزام و تعهد متقابلی خواهد داد یا خیر. به تعبیر دیگر «ایجاب را نمی‌توان یک عمل حقوقی مستقل یک طرفه و یک ایقاع معرفی کرد و شناسایی اعتبار برای آن را وابسته به پذیرفتن اعتبار برای تعهد یک طرفه دانست؛ زیرا، ایقاع یک ماهیت حقوقی مستقل است که با اتکا بر اراده یک طرف محقق شده و آثار حقوقی آن جریان می‌یابد. در حالی که صادر کننده ایجاب هرگز اراده انشای چنین ماهیت حقوقی را ندارد بلکه مقصود او مشارکت با طرف دیگر و ایجاد عمل حقوقی عقد می‌باشد. بنابراین، ایجاب بر حسب اراده سازنده آن، نمی‌تواند به طور مستقل منشأ اثر حقوقی باشد (شهیدی، ص ۲۱۱).

به دلایل مذکور، مبنای تعهد یک طرفی نه در حقوق غرب و نه در حقوق اسلامی طرفداران قابل توجهی پیدا نکرده و مورد انتقاد شدید قرار گرفته است.

دیدگاه امام خمینی

چنانکه گفته شد نظریه ایجاب ملزم بر مبنای تعهد یک طرفی در صورتی مورد پذیرش فقه اسلامی است که بتوان اعتبار تعهد ابتدایی و نیز نظریه کلی ایقاع را به این فقه نسبت داد و همان‌گونه که بیان گردید در فقه اسلامی تعهد ابتدایی و نظریه کلی ایقاع مورد پذیرش عمومی قرار نگرفته است. از دیدگاه امام خمینی (ره) نیز اعتبار تعهدات ابتدایی مورد تردید است. ایشان در ضمن استدلال به روایت «المسلمون عند شروطهم» (حرعاملی، ج ۱۲، ص ۳۵۳، باب ۶ از ابواب خیاری) برای صحت معاملات می‌گوید: الزام و التزام یا در ضمن بیع و مانند آن است یا به طور مطلق. واژه شرط به مبنای الزام و التزام مطلق در کتب لغت نیامده است... گرچه در المنجد آمده است: «الشرط الزام الشيء و التزامه» (معلوف، لویس، ماده شرط). و این عبارت ظاهر در الزام و التزام مطلق است و از روایت اصبح بن نباته نیز تعهد مطلق فهمیده می‌شود (مجلسی،

۴۲، ص (۱۸۱). سرانجام ایشان می‌گویند: کتابهای لغت در فهم معنای شرط، قابل استناد نیستند... ولی شبهه‌ای نیست که در عرف و لغت، شرط بر الزام و التزام در ضمن معاملات صادق است... و متبادر از واژه شرط، شرط ضمن عقد است و بر شرط ابتدایی به طور حقیقی اطلاق نمی‌شود و روایت «شرط الله قبل شرطکم» (حرعاملی، ج ۱۵، ص ۴۶-۴۷) و «شرط الله» (حرعاملی، ج ۱۲، ص ۳۵۲). و «الشرط فی الحيوان ثلاثة ایام» (حرعاملی، ج ۱۲، ص ۳۵۰) دلالت بر استعمال حقیقی واژه شرط در شرط ابتدایی ندارد. در انتهای بحث می‌گوید: «فحصل من ذلك ان تسلّمهم بان الشرط لو شمل الابتدایی يكون البيع و نحوه داخلاً فيه غير مرضي. نعم لا يبعد الغناء الخصوصية عرفاً من الشروط الضمنية الى الابتدائية بل الى مطلق القرار و الجعل بمناسبة الحكم و الموضوع، بان يقال: ان العرف يفهمون من قوله صلي الله عليه و آله: «المؤمنون عند شروطهم» ان ما يكون المؤمن ملزماً به هو جعله و قراره من غير دخالة عنوان الشرط فيه فالضمنية و الابتدائية و الشرط و سائر عهوده علي السواء في ذلك، تأمل» (البيع، ج ۱، ص ۹۳).

بنابراین، حضرت امام در نهایت با الغای خصوصیت از شروط ضمنی، شروط ابتدایی را نیز مشمول دلیل المؤمنون قرار می‌دهد. البته ممکن است عبارت «تأمل» دلیل بر رجوع ایشان از این اعتقاد باشد.

نتیجه اینکه، صرف نظر از جملات اخیر در عبارات حضرت امام، از نظر ایشان، شرط ابتدایی الزام آور نبوده و معتبر نمی‌باشد. بنابراین، از آنجا که اعتبار نظریه ایجاب ملزم بر مبنای تعهد یک طرفی مبتنی بر اعتبار تعهد ابتدایی است و حضرت امام، تعهد ابتدایی را معتبر نمی‌دانند، پس، از نظر ایشان نیز ایجاب ملزم بر مبنای تعهد یک طرفی از اعتبار برخوردار نیست.

اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا بر مبنای نظریه امام خمینی در خصوص تأثیر ایجاب و قبول در انعقاد عقد، التزام به ایجاب و عدم عدول از آن قبل از قبول، قابل توجیه است؟

بر اساس نظریه امام خمینی (ره) صرف انشای ایجابی برای تحقق عقد کافی است و قبول، نقشی جز تثبیت معامله ایجاد شده و پذیرش انشای گوینده ایجاب ندارد. در بادی امر به نظر می‌رسد که لازمه منطقی این نظریه - که برای قبول نقشی در ایجاد اثر عقد قائل نیست و ایجاب را موجب تمام اثر آن می‌داند - ایجاد تعهد با اراده یک طرفه است. کم کردن نقش قبول تا حد وسیله‌ای برای دلالت بر رضایت مخاطب، در واقع معنایی جز تأثیر اراده یک طرفی ندارد^۱.

بنابراین، طبق نظریه امام خمینی با صدور ایجاب، بیع به حمل شایع محقق می‌شود و اگر به هر وسیله‌ای اثبات شود که طرف مقابل مخالفت نکرده و راضی به مفاد ایجاب است - ولو این وسیله، اقرار طرف مقابل یا شهادت شهود باشد - عقد محقق می‌شود و مفهوم چنین دیدگاهی - در عمل - پذیرفتن نظریه اراده یک طرفی در ایجاد اثر حقوقی است که در این صورت، ایجاب به تنهایی سبب تعهد می‌شود و نتیجه منطقی آن الزام به خودداری از عهد شکنی و خلف وعده توسط موجب است.

با وجود این، به نظر می‌رسد لازمه نظریه امام خمینی در نقش وسیع ایجاب، پذیرش نظریه ایجاب ملزم نیست، زیرا اولاً خود ایشان در تبیین دیدگاه خویش می‌گویند: «... و اما تحتاج الی قبول عمله حتّی یتربّث علیه الاثر و یکون موضوعاً لا اعتبار العقلاء النقل...» (البیع، ج ۱، ص ۲۲۳). بنابراین حضرت امام وجود قبول را برای تحقق موضوع اعتبار عقلاً لازم می‌داند. حال آنکه بر اساس نظریه ایجاب ملزم بر مبنای تعهد یک طرفی، ایجاب خود ایقاعی است که با اتکا بر اراده یک طرفی محقق شده و اثر حقوقی بدون اراده طرف دیگر حاصل می‌شود.

ثانیاً، اعتقاد به تحقق بیع یا نکاح به صرف ایجاب، با پذیرش نظریه ایقاع لازم، ملازمه ندارد. ممکن است کسی به تحقق بیع، به صرف ایجاب معتقد باشد اما موضوع

۱. همین امر سبب شده است که برخی فقیهان از نظریه شیخ انصاری که تحقق مفهوم بیع را به ایجاب تنها می‌داند، انتقاد کرده و لازمه نظریه شیخ را خروج عقود مثل بیع و نکاح و مانند آن از قلمرو عقود و دخول آنها در قلمرو ایقاعات بدانند. خویی، مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۷۲.

ادله وجوب وفاء مانند « اوفوا بالعقود » و « المؤمنون عند شروطهم » را پس از تحقق قبول محقق بدانند اگرچه برای قبول نقش بسیار اندک و ناچیزی قائل باشد. در این صورت، اگر گوینده ایجاب قبل از قبول، از ایجاب خود عدول نماید، مخالفتی با ادله وجوب وفاء به عقد نکرده است. بنابراین حضرت امام اگرچه در بررسی میزان تأثیر ایجاب در تحقق عقد با دیدگاه دیگر فقیهان امامیه مخالفت کرده است اما در اعتبار عدول قبل از قبول، هماهنگ با مشهور عمل کرده است.

۲- نظریه پیش قرارداد

مبنای دیگری برای عدم امکان عدول از ایجابی که مهلتی برای الحاق قبول به آن از طرف موجب تعیین شده است، توسط دمولمب مطرح گردید. «این مبنا بر اساس فرض تحقق یک قرارداد مقدماتی استوار است. موجب با تعیین مهلتی یا با مستتر بودن مهلت معقولی برای الحاق قبول، اراده خود را نسبت به بقای ایجاب ظرف مهلت مذکور ابراز می‌کند و این که مخاطب ایجاب نیز بلافاصله ایجاب را رد یا قبول نمی‌کند، محمول بر این است که بقای ایجاب و مهلت مذکور را برای اندیشیدن در مورد عقد و شرایط آن، ضمناً پذیرفته است. پس طرفین در خصوص بقای ایجاب در مهلت مذکور، یک قرارداد ضمنی منعقد کرده‌اند. بنابراین، بقای ایجاب نه از جهت اعتبار تعهد یک طرفه موجب، بلکه از راه تحقق یک توافق ضمنی بین طرفین توجیه می‌شود» (شهیدی، ص ۲۱۱).

نقد نظریه: الف) حقوق دانان غربی این نظریه را از جهات زیر مورد انتقاد قرار داده‌اند:

۱- احتمال دارد تعیین مدت برای ایجاب، به منظور تمیز پایان و انقضای این موجود اعتباری به کار رود. پس، از آن نمی‌توان استنباط کرد که گوینده قصد دارد درباره نگاهداری ایجاب قرارداد جداگانه‌ای ببندد و خود را ملتزم سازد. به ویژه آنکه هیچ نفعی در این کار ندارد.

۲ - اگر ایجاب به عنوان ایقاعی الزام آور پذیرفته نشود و آنگاه پیش از قبول، به رجوع گوینده بینجامد، چگونه می‌توان ادعا کرد که تراضی انجام شده است؟! (ب) در فقه اسلامی نیز این نظریه مورد انتقاد است، زیرا اولاً سکوت مخاطب ایجاب را نمی‌توان دلیلی بر توافق ضمنی او نسبت به بقای ایجاب دانست. سکوت دلالتی بر قبول ندارد و اصل، عدم وقوع قبول و عدم حصول توافق ضمنی است. ثانیاً قبول ضمنی بر خلاف ارتکاز عقلائی و وجدان عرفی است. ثالثاً دلیل وجوب و فایده تعهدات، چنین توافقی را شامل نمی‌شود. رابعاً بر فرض شمول ادله وجوب و فایده، این پرسش مطرح می‌شود که متعلق این توافق ضمنی چیست؟ روشن است که متعلق این توافق، عدم عدول از ایجاب و نتیجه آن، لزوم و وجوب عدم رجوع از آن است. حال، اگر گوینده رجوع نماید و مخاطب نیز بعد از عدول او ایجاب را قبول کند آیا عقدی منعقد می‌شود؟ به نظر می‌رسد در این صورت قراردادی منعقد نمی‌شود و ایجاب کننده، تنها فعل حرام و ممنوعی را انجام داده است، زیرا رجوع فعل تکوینی است و موجب با این عمل، تکویناً اعتبار اول خود را از بین برده و اعتبار عکس آن را به وجود آورده است. زمانی که قبول صادر می‌شود، آن اعتبار اول وجود ندارد تا با الحاق قبول به آن، موثر گردد. بنابراین، این توافق ضمنی نمی‌تواند الزام آوری ایجاب را تأمین نماید.

دیدگاه امام خمینی: حضرت امام هماهنگ با نظریه اتفاقی فقیهان امامیه مبنی بر عدم دلالت سکوت بر رضایت و شامل نشدن ادله وجوب و فایده نسبت به چنین توافق ضمنی، مبنای پیش قراردادی نظریه ایجاب ملزم را نمی‌پذیرد. با وجود این، دیدگاه امام نسبت به استدلال اخیر [چهارم] با سایر فقیهان هماهنگی ندارد. ایشان در مبحث «اجازه» در بیع فضولی در شرط مسبوق نبودن رد بر اجازه (البیع، ج ۲، ص ۲۰۸)، می‌گویند: «در صورتی که ایجاب را اراده مظهره یا بناء و قرار قلبی به اینکه کالایی در مقابل مبلغی ملک دیگری باشد تعریف کنیم، زمانی که اراده مظهره قبول کننده، به اراده

مظهره موجب مرتبط شود عقد حاصل می‌شود. عدول از ایجاب قبل از قبول سبب سقوط اراده و بناء و قرار قلبی و تعهد است و با سقوط اینها ارتباط قبول با ایجاب معقول نخواهد بود».

سپس، حضرت امام در تعریف مزبور تردید می‌کند و می‌گوید: واژه عقد در «اوفوا بالعقود» ربط اعتباری حاصل از تبادل اعتباری است. بنابراین، بیع تبادل یا تملیک در مقابل عوض است. در این صورت با رد قبول کننده، از دیدگاه عرفی، شرعی و عقلی انشای موجب از بین نمی‌آورد و او می‌تواند بعد از رد ایجاب، مجدداً آن را قبول کند. ردّ گوینده ایجاب و عدول او از ایجاب نیز سبب سقوط انشای ایجابی او نمی‌شود و در صورت تردید، استصحاب بقای ایجاب جاری می‌شود و با الحاق قبول به آن، موضوع وجوب وفاء محقق می‌شود. با وجود این، حضرت امام نظریه ایجاب ملزم بر مبنای توافق ضمنی را به دلایل پیشین نمی‌پذیرند.

۳- نظریه جرم مدنی

برخی حقوق دانان غربی در تحلیل مبنای نظریه ایجاب ملزم، به قاعده سوء استفاده از حق استناد کرده‌اند. در واقع، اینان پس گرفتن ایجاب را تشکیل دهنده خطایی می‌دانند که سبب مسئولیت گوینده می‌گردد، زیرا این اقدام موجب سوء استفاده از حق ابطال می‌شود (شهیدی، ۲۱۰). به تعبیر دیگر به نظر این حقوق دانان، عدول از ایجاب نوعی تقصیر است که زیانهای ناشی از آن باید جبران شود. طرف قبول نمی‌تواند ادعا کند که با وجود عدول از ایجاب پیش از قبول، قرارداد واقع می‌شود، ولی حق دارد زیانهای ناشی از این اقدام را از دادگاه بخواهد. دادگاه می‌تواند در مقام رفع ضرر عقد را واقع شده اعلام کند. پس، آنچه گوینده ایجاب را ملزم به مفاد آن می‌کند، خطای مربوط به عدول از ایجاب است نه خود آن (کاتوزیان، ص ۳۱۵، به نقل از بولانژه، ج ۲، ش ۲۹).

نقد نظریه: الف) برخی دیگر از حقوق دانان غربی در نقد این مبنا چنین

استدلال می‌کنند که اگر ایجاب، هیچ التزامی برای گوینده آن به وجود نمی‌آورد چگونه می‌توان او را از باب اجرای اختیار خویش مقصر شمرد و مسئول قرارداد. بر عکس، هرگاه ایجاب الزام آور باشد نباید بر رجوع از آن اثری بار شود (همان). به تعبیر دیگر، ایجاب کننده اگر حق عدول از ایجاب را ندارد، عدول او بی اثر است و بعد از وصول قبول، عقد واقع می‌شود و اگر حق عدول دارد چرا باید برای اعمال حق خود، به دیگری خسارت بدهد (لنگرودی، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، ص ۱۴۱، ش ۳۸۰، به نقل از کلن، کاپیتان، *حقوق مدنی فرانسه*، ج، ص ۳۶).

ب) برخی از حقوق دانان ایرانی در نقد این نظریه می‌گویند: اگر فرض این است که ایجاب کننده حق عدول دارد، قبول کننده نباید به ایجاب او ترتیب اثر بدهد تا دچار ضرر نگردد و گرنه باید گفت که قبول کننده شخصاً به ضرر خود اقدام کرده است و مباشر اقوی از سبب می‌باشد (همان، ش ۳۸۲).

ج) دکتر سنهوری نیز در انتقاد از این نظریه می‌گوید: مسئولیت مدنی ایجاب کننده از جهت عدول از ایجاب، مستلزم دور است، زیرا تحقق مسئولیت وی، فرع بر لازم بودن ایجاب است و اگر لازم بودن ایجاب هم فرع بر مسئولیت مدنی او باشد، دور لازم می‌آید (سنهوری، ص ۲۴۵).

د) در فقه اسلامی با مطالعه قاعده لا ضرر می‌توان به تبیین این نظریه پرداخت. مفاد قاعده^۲ لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام^۳ این است که حکم ضرری در اسلام نیست (شیخ انصاری، *رسایل محشی*، ص ۱۷۲ به بعد؛ همو، رساله لا ضرر مطبوع در آخر مکاسب محشی، ج ۲، ص ۲۴۶). هر حکمی که از ناحیه شارع صادر می‌گردد، اگر مستلزم ضرر باشد یا از جهت اجرای آن ضرری برای مردم حاصل شود، طبق قاعده لا ضرر، آن حکم برداشته می‌شود (محقق داماد، ۱۴۷).

با توجه به نکته بالا، برای بررسی مبنای جرم مدنی در فقه اسلامی، باید این پرسش را مطرح کرد که آیا قاعده لا ضرر تنها شامل احکام وجودی است یا احکام

عدمی را هم شامل می‌شود؟ اگر از فقدان یک امروجدی ضرر و زیانی پدید آید، آیا قاعده لا ضرر حاکم بر آن است؟! مثلاً اگر عدم حکمی متضمن ضرر باشد، آیا به استناد قاعده لا ضرر می‌توان آن ضرر را متفی و به موجب آن حکم جبران خسارت را وضع نمود؟!^۱

بیشتر فقیهان امامیه بر این اعتقادند که قاعده لا ضرر اثبات ضمان نمی‌کند، زیرا مفاد قاعده این است که حکمی را بر دارد نه اینکه حکمی را اثبات کند. محقق نائینی که از طرفداران چنین دیدگاهی است، معتقد است قاعده لا ضرر همیشه به صورت معارض و مخالف عمومات دیگر وارد عمل می‌شود و بر آنها غلبه می‌کند. پس باید همواره حکم ثابتی به نحو عموم وجود داشته باشد و بعضی مصادیق آن ضرری باشد تا به موجب قاعده لا ضرر، شمول عام مزبور نسبت به آن مورد مرتفع گردد^۱ (نائینی، ج ۲، ص ۲۲۱). با وجود این، برخی فقیهان از جمله صاحب ریاض، برای اثبات ضمان در مواردی به قاعده نفی ضرر تمسک نموده‌اند.

با توجه به توضیحات بالا، در صورتی که موجب در ایجاب خود مدتی را به طور صریح یا ضمنی برای حفظ ایجاب اعلام کند و مشتری با اعتماد بر چنین امری، اقدام به مطالعه مقدماتی برای قبول ایجاب نماید و در این راه هزینه فراوانی صرف کند و گوینده ایجاب در زمان نزدیکی تا قبول، از ایجاب خود عدول نماید و به این وسیله به مخاطب زیان وارد کند بر اساس دیدگاه فقیهانی که قاعده لا ضرر را برای اثبات ضمان کافی می‌دانند و مفاد آن را اثباتی تفسیر می‌کنند، مسئولیت مدنی ایجاب کننده پذیرفته می‌شود. در حالی که بر اساس دیدگاه فقیهانی که مفاد قاعده لا ضرر را سلبی و رفع حکم تفسیر می‌کنند، قاعده لا ضرر اثبات ضمان نمی‌کند و با ورود ضرر به مخاطب به دلیل عدول ایجاب کننده، حکم وضعی ضمان نمی‌شود.

۱. مفاد الحدیث رفع الحکم الثابت فیجب ان یکون هناك حکم ثابت علی وجه العموم و کان من مصادیقہ ضرریاً حتی یرتفع بلاضرر». ر. ک. به محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی، ص ۱۶۶.

بنابراین، بر اساس دیدگاه اول در صورتی که عرف، رابطه بین زیان وارده به مخاطب و فعل زیانبار گوینده، ایجاب را احراز کند و چنین زیانی را مستند به عمل موجب نماید، او در مقابل مخاطب مسئولیت مدنی خواهد داشت. این نکته را نیز باید توجه داشت که صرف حق داشتن موجب نسبت به عدول از ایجاب خود، مانع حکم مسئولیت مدنی نمی‌باشد. ممکن است شخص در انجام کاری ذیحق باشد و در عین حال به دلیل متضرر شدن دیگری به واسطه فعل او، مسئولیت مدنی فاعل زیان حکم شود. به عنوان مثال، شخص مضطر اگر چه جواز ورود خسارت به دیگری را دارد، اما در مقابل زیانهای وارده، مسئولیت مدنی خواهد داشت.^۱

با وجود این، اشکال اصلی این است که مشهور فقیهان امامیه در چنین مواردی به قاعده لا ضرر استناد نمی‌کنند و قلمرو قاعده را محدود به احکام وجودی می‌دانند، هرچند که پذیرش این دیدگاه با این توجیه که اگر جعل حکم از ناحیه شارع موجب ضرر بر بندگان شود، ورود ضرر و زیان منتسب به شارع نخواهد بود تا لا ضرر آن را مرتفع سازد، مشکل است، چرا که محیط تشریح و قانون گذاری به جمیع شئون، محیط حکومت شرع مقدس است و همان‌طور که جعل قانون ممکن است برای فرد و جامعه زیان آور باشد، سکوت و عدم جعل نیز چه بسیار زیان و خسران وارد می‌سازد (محقق داماد، ص ۱۶۷).

دیدگاه امام خمینی: از نظر امام خمینی قاعده لا ضرر امری حکومتی و اجرائی است و تعارض آن تنها با قاعده تسلیط است و با سایر ادله برخوردی ندارد... بر این اساس، قاعده لا ضرر در سایر ابواب فقه نقشی ندارد. بنابراین، در مواردی نظیر وضو یا روزه یا بیع ضرری نیازی به استناد به قاعده لا ضرر نیست، بلکه در هر موردی دلیل خاص شرعی حکم مسئله را بیان می‌کند. ایشان می‌گویند مستند خیار غبن نیز قاعده

۱. اصل چهلم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر اساس مبانی اسلام و قاعده لا ضرر چنین مقرر می‌دارد: «هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را بوسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد». ۱. در فقه عامه، فقیهان مالکی ایجاب ملزم را پذیرفته‌اند.

لا ضرر نیست و وجود خیار در معاملات غبنی یک موضوع عقلایی است و عقلا در کلیه دورانها به اعتبار چنین خیاری نظر داشته‌اند (الرسائل، ص ۶۳). پس، در نظریه امام خمینی قاعده لا ضرر نمی‌تواند اثبات ضمان و مسئولیت نماید. در نتیجه، عدول از ایجاب اگرچه سبب زیان و ضرر مخاطب گردد اما به استناد قاعده لا ضرر نمی‌توان حکم به مسئولیت عدول کننده داد.

ه) نتیجه گیری

معلوم شد در حقوق ایران و فقه امامیه دلیلی بر اعتبار ایجاب ملزم وجود ندارد و فقیهان به اتفاق آرا عدول از ایجاب قبل از قبول را امری مسلم دانسته و مبانی سه گانه نظریه ایجاب ملزم را قابل استناد نمی‌دانند. این در حالی است که در فقه عامه، فقیهان مالکی نظریه ایجاب ملزم را پذیرفته‌اند. همچنین با توجه به دیدگاه امام خمینی به نظریه رسد اعتقاد به نقش گسترده برای ایجاب با پذیرش نظریه ایجاب الزام آور، ملازمه ندارد و ظهور برخی تعابیر حضرت امام، دلیل بر هماهنگی ایشان با نظریه مشهور در خصوص درستی عدول از ایجاب قبل از قبول است.

با وجود این برخی فقیهان قاعده لا ضرر را در قلمرو اثبات حکم نیز قابل اعمال می‌دانند (طباطبایی، سید علی، ج ۲، ص ۳۰۲). بر این اساس، می‌توان این قاعده را به عنوان مبنایی برای نظریه ایجاب ملزم مطرح ساخت. به علاوه، به عقیده کسانی که قاعده غرور را به عنوان مبنای معتبری در حکم به مسئولیت تلقی می‌کنند (طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۱۷۹؛ میر فتاح، ص ۲۹۲) این قاعده می‌تواند به عنوان دلیلی بر اعتبار نظریه ایجاب ملزم ارائه شود.

منابع

ابن قدامه، عبدالله بن محمد بن احمد، *المغنی*، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.

- انصاری، مرتضی، مکاسب، تبریز، چاپ سنگی، ۱۲۷۵ق.
- انصاری، مرتضی، رسایل محشی، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی تا.
- خمینی، روح الله، البیع، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵س.
- _____ البیع، تقریرات درس امام خمینی توسط آیه الله قدیری، تهران، وزارة الثقافة و الارشاد الاسلامی، ۱۴۰۷ق.
- _____ الرسائل، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۸۵ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسایل الشیعة، تهران، مکتبه الاسلامیة، ۱۴۰۳ق.
- حطاب، محمد بن محمد، مواهب الجلیل، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۶ق.
- خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، دارالهادی، ۱۳۸۲.
- الدسوقی، شمس الدین، حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر، دار احیاء الکتب العربیة، عیسی البابی الحلبی و شرکاه، بی تا.
- سنهوری، احمد، نظریة العقد، قاهره، دارالکتب المصریة، بی تا.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- شلبی، مصطفی، المدخل فی التعریف فی الفقه الاسلامی و قواعد الملکیة والعقود فیہ، بیروت، دارالنهضة العربیة، ۱۹۸۳.
- طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه مکاسب، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۸ق.
- _____ العروة الوثقی، مکتبه العلمیة الاسلامیة، ۱۳۶۳.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۷۲.
- کاسانی، بدایع الصنائع، بیروت، دارالکتاب، ۱۳۹۴.
- لنگرودی، محمدجعفر، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران، ۱۳۴۰ش.
- _____، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، نشر بنیاد، ۱۳۵۶.
- مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، بیروت، مؤسسه الوفا، لبنان، ۱۴۰۳ق.

- معلوف، لوئیس، *المنجد*، المطبعة غدیر، ۱۴۲۳ق.
- نایینی، محمد حسین، *منیة الطالب*، تقریرات، نوشته شیخ موسی خوانساری در ۲ جلد، چاپ سنگی، بی نا، بی تا.
- نراقی، احمد بن محمد، *عواید الایام*، مرکز النشر التابع لمكتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۷ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه، بخش مدنی*، تهران، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۷۰.
- مراغی، میرفتاح، *العناوین*، تبریز، دارالسلطنة، چاپ سنگی، ۱۲۷۴.
- وهبه الزحیلی، *الفقه الاسلامی فی اسلوبه الجدید*، دمشق، دارالکتاب، بی تا.
- Cheshire and Fifoot, the Law of Contract, by furmston, ۱۱th Ed, London, ۱۹۷۲. www.lexmercatoria.org.
- Principles of European contract Law, Parts I,II,III, ۲۰۰۲, By commission on European contract Law: www.Lexmercatoria.org.
- International convention on sale of Goods, ۱۹۸۰: www.cisg.Law.pace.edu.
- Unidroit Principles of International Institute for the unification of private Law: www.unidroit.org.