

تحقیقی مختصر در مورد عقد

□ علی‌علی‌آبادی

(دانشجوی دوره دکترای فقه و حقوق اسلامی)

(قسمت اول)

مقدمه:

فقه پربار شیعه مطالب بسیار گسترده‌ای را دربرمی‌گیرد، به طوری که انسان برای انتخاب عنوانی جهت مطالعه از بین عناوین زیاد فقه، دچار تحیر می‌شود و گزینش مطلب تردیدزا می‌گردد ولی در انتخاب "عقد" برای مطالعه حاضر، چند عامل مؤثر بوده‌اند که از آن جمله‌اند: زمینه تحصیل حقوقی اینجانب که مباحث آن بیشتر در بخش معاملات فقه به ویژه قسمت عقود متمرکز است و همچنین این تصور که علمای بزرگوار فقه شیعه به‌طور کلی در معاملات نسبت به عبادات کمتر وقت گذاشته‌اند، که این پدیده احتمالاً به دلیل ابتلای کمتر ایشان بدین قبیل امور است و دیگر اینکه، از آن جا که در باب خیارات که تملک فسخ عقد می‌باشند، طبیعتاً بدون وجود عقد مفهومی نمی‌توانند داشته باشند. علاوه بر آن، اگر چه خیارات، برخی منحصرأختصاص به عقد خاصی دارند، برخی دیگر از انواع خیارات نسبتاً عام بوده و در عقود مختلفی اعمال می‌شوند در نتیجه عقد و آن هم عقد به‌طور مطلق مهم‌ترین مطلبی بود که می‌توانست مدنظر واقع شود. با این توضیح که، هرگونه قید مثل "عقد بیع" یا "عقد اجاره" موجب تخصیص مطلب و ضیق دامنه بحث می‌شد لذا عقد به‌طور



مطلق برای مطالعه حاضر انتخاب گردید. لذا مطالعه در چهار عنوان تعریف، اقسام، مشروعیت و شرایط صحت عقد محدود شد و مطالب بسیاری مورد مطالعه قرار نگرفت اما در همین مختصر نکات تازه‌ای مکشوف گردید، به عنوان مثال حقوق‌دانان، ماده (۱۰) قانون مدنی را "اصل آزادی قرارداد" تلقی کرده و معتقدند چنین اصلی در فقه وجود ندارد، انظار فقهای عظام نیز این مطلب را تأیید می‌کنند در حالی که به نظر می‌رسد با استناد به اولین آیه سوره مبارکه مائده می‌توان این اصل را در فقه داشت هر چند که نظر ابرازی نمی‌تواند کارساز باشد و باید اظهارنظر را به صاحب‌نظران سپرد، نکته دیگری که بدان توجه شد ایراد یا نقص دیگری است که حقوق‌دانان به دلیل نبود شخصیت حقوقی در فقه مطرح می‌کنند در حالی که مصادیق

آن در فقه کمتر از حقوق نیست، تنها مطلب مورد اشاره این است که این معنون در فقه عنوان ندارد هر چند که کراراً بدان عمل شده است آخرین نکته این که اگر چه معمول است ابتدا از مشروعیت بحث شود ولی به منظور اینکه پدیده مورد بحث شناخته گردد بحث مشروعیت پس از تعریف و تقسیم عقد آورده شد.

مختصری از مبانی عقد در فقه و قانون: یکی از اسباب ایجاد تعهد عقد است که فقها و حقوق‌دانان گاهی به تفصیل و زمانی به مناسبت از آن بحث کرده‌اند. این کلمه در زبانهای فارسی^(۱) و عربی^(۲) علاوه بر سایر معانی در معنی لغوی "بستن" و "گره‌زدن" مشترک است و همین معنی یعنی پیوند یا گره خوردن اراده‌ها منظور نظر تحقیق حاضر نیز هست.

به طوری که گفته شد عقد یکی از

اسباب ایجاد تعهد است ولی تعهد محصول منحصر عقد نیست، بنابراین از جهت نسبت‌های چهارگانه، عقد و تعهد، عام و خاص من وجهند زیرا عقد علاوه بر ایجاد تعهد مجرد تملیک مال، انتقال، سقوط تعهد، ایجاد شخصیت حقوقی، شرکت و... نیز هست و تعهد نیز می‌تواند علاوه بر عقد، از جرم، شبه جرم، شبه عقد و قانون نیز نشأت بگیرد.

البته این توجه حائز کمال اهمیت است

تعریف می‌کند و بیع را نتیجه فروختن (ایجاب) و خریدم (قبول) می‌داند. (۵) سایر فقها نیز تعریفی قریب به همین مضمون دارند، (۶) سپس همین ایجاب و قبول در محل و شیوه به کارگیری، موجد بیع (عقد بیع)، اجاره (عقد اجاره)، وکالت (عقد وکالت) و... خواهد شد یعنی نفس عقد صرفاً همان ترکیب ذات ایجاب و قبول است و منطوق همسوی ایجاب و قبول بیانگر عنوان خاص عقد است چنانکه در

شاخص‌ترین
پدیده‌ای که می‌تواند مبنای اختلاف و یا اساس سلب جامعیت از تعریف فقها باشد عدم عنایت این بزرگواران به شخصیت حقوقی و اعمال او است.

که عنوان نمودن قانون در ردیف سایر عناوین موجد تعهد، صرفاً به منظور اشاره به این نکته است که گاهی اوقات تعهد مستقیماً از قانون ناشی می‌شود و نمی‌توان آن را به سایر منابع ایجاد تعهد نسبت داد. وگرنه قانون همان طوری که موجد تعهد است، موجد منابع ایجاد تعهد نیز می‌باشد و اصولاً همه منابع، متکی به قانون است. همین شأن و جایگاه سبب شده تا عده‌ای بجای عناوین مذکور عنوان‌های دیگری را مدنظر قرار دهند^(۳) که فعلاً مورد بحث ما نیست.

تعریف عقد:

برای ارائه تعریف عقد تعاریف مختلفی را باید در نظر گرفت، مرحوم "شیخ مرتضی انصاری" عقد را مرکب از ایجاب و قبول می‌داند^(۴) چنانکه علامه حلی^(۵) نیز عقد را به همان ایجاب و قبول

اختصاص به یکی از عقود یا قراردادهای امکان ندارد چه در آن الفاظی که به کار گرفته شده، مهمل خواهند بود و لفظ مهمل نمی‌تواند محمل معنی در پیام باشد.

حقوقدانان، تعریف فوق، یعنی (العقد هو الایجاب و القبول) را جامع نمی‌دانند و به همین دلیل نکاتی را در این خصوص مطرح کرده‌اند. شاخص‌ترین پدیده‌ای که می‌تواند مبنای اختلاف و یا اساس سلب جامعیت از تعریف فقها باشد عدم عنایت این بزرگواران به شخصیت حقوقی و اعمال او است. هر چند که نه تنها مصادیق شخصیت حقوقی در فقه فراوان است و گاهی به اعمال او نیز توجه خاصی مبذول شده و تحت شرایطی بسیار منطقی اجاره تملک به پل، مسجد، مدرسه و... داده‌اند و هر جا که لازم بوده به عنوان مصلحت مسلمین یا جهات عامه و... از آن بحث

را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است.

ماده ۳۲۸ قانون مدنی:

موجر نمی‌تواند در مدت اجاره در عین مستأجره تغییری دهد که منافی مقصود مستأجر از استیجار باشد.

ماده ۲۸۴ قانون مدنی:

در عده وفات، زن حق نفقه ندارد.

ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی:

عده عبارت است از مدتی که تا انتضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمی‌تواند شوهر دیگر اختیار کند.

ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی:

زنی که شوهر او غایب مفقودالذکر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد نباید از تاریخ طلاق عده وفات نگاهدارد.

ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی:

هر نظامی ذواتیابط با خدمت برخلاف مقررات اموال مجروح یا بیمار یا مرده‌ای را تصاحب کند چنانچه این اقدام در مناطق عملیاتی باشد، به حین از شش ماه تا دو سال و در غیر مناطق عملیاتی از سه ماه تا یکسال و در هر صورت به استرداد اموال مأخوذ محکوم خواهد شد.

ماده ۳۶ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح:

کسی که شروع به جرم کرده است، به میل خود آن را ترک کند و اقدام انجام شده باشد از موجبات تخفیف مجازات برخوردار خواهد شد.

تبصره ۲ ماده ۴۱ قانون مجازات اسلامی:

هرگاه مردی یا زنی در چهار بار نزد حاکم قرار به نما کند محکوم به حد زنا خواهد شد.

کرده‌اند و شرایط لازم برای شخصیت حقوقی را از آن به دست آورده و نتیجه مورد نظر را گرفته‌اند، ولی این معنون را عنوان خاصی نبخشیده و بذل عنایتی به عنوان شخصیت حقوقی یا فقهی و سپس اعمال او و در نهایت این نکته که این شخصیت نیز می‌تواند در کنار شخص حقیقی (انسان) فعالیت کند، نکرده‌اند تا حدود و ثغور فعالیت او را ترسیم کنند و در نتیجه، تقریب تعریف همه فقها از عقد همان ایجاب و قبول متعلق به هم است

می‌آید فرعی می‌باشد مانند تعهد به تسلیم بیع و ثمن ناشی از بیع^(۷) اگر چه تعریف مذکور در ماده عقد، از فقه گرفته شده و طبیعتاً انسان چنین می‌پندارد که اشکال یاد شده هم به نوعی به تعریف فقها برمی‌گردد ولی اندکی توجه اشتباه را مرتفع می‌سازد، زیرا به طوری که می‌دانیم، تعریف فقها به "هو الایجاب والقبول" خلاصه می‌شود و کاری به موجب و قابل ندارد حال آنکه ایراد فوق بر اطراف عقد یعنی موجب و قابل وارد شده است ولی به تعریف، تنها

ورثه وی و... به هر حال دومین ایراد وارد بر تعریف این است که ممکن است طرفین عقد همیشه یک یا چند نفر نباشند بلکه اشخاص حقوقی مستقلاً و یا مشترکاً با اشخاص حقیقی طرف عقد واقع شوند و به این دلیل گفته‌اند عقد عبارتست از توافق اراده دو طرف به منظور ایجاد رابطه حقوقی،^(۱۱) تا لفظ طرف، مانع از اختصاص به اشخاص حقیقی یا حقوقی شود.

انتقاد به تعریف عقد در این حد نیز متوقف نشده، چنانکه آقای دکتر کاتوزیان، پس از طرح مسائلی درباره اعتقاد برخی از حقوقدانان مبنی بر اینکه اعلام اراده‌ها پایه الزام عقد است نه خوراست درونی طرفین عقد و در نتیجه، عقد پدیده‌ای اجتماعی است و رسوخ

بمطور کلی
عقد لازم فقط برای ایجاد، نیاز به توافق دو اراده دارد ولی پس از ایجاد بدون نیاز به توافق دو اراده به دوام خود ادامه می‌دهد در حالی که عقد جایز پس از ایجاد برای تداوم، نیاز به توافق اراده طرفین دارد. پس می‌توان گفت هر عقدی که فقط حدوداً نیاز به توافق اراده‌ها داشته باشد لازم است و هر عقدی که حدوداً و بقایا نیاز به توافق اراده‌های طرفین داشته باشد جایز است.

که از تعریف عقد به طور مطلق و یا عقود معین به دست می‌آید. برای دستیابی به تعریف حقوقی عقد باید از ماده (۱۸۳) قانون مدنی شروع کرد که تعریف مورد نظر را چنین بیان می‌کند: "عقد عبارت است از

آن در حقوق ما و اشاره به مصادیقی از آن نظیر حمل الفاظ عقود، جمعاً عرفی است و اجبار دولت در عقودی مثل بیمه، اجاره و حمل و نقل، تحذیر از زیاده‌روی در این فکر است که با حقوق ما سازگار نیست. انتقادات وارد بر تعریف ماده (۱۸۳) قانون مدنی را علاوه بر اینکه براساس ظهور آن تعریف، اگر تراضی به منظور تبدیل تعهد یا سقوط و انتقال آن انجام شود با اینکه چهره انشایی دارد نباید عقد نامیده شود و سپس خود به دفاع از آن برمی‌خیزد و در نهایت، بحق معتقد است که تعریف ماده (۱۸۳) قانون مدنی نمی‌تواند مسبب عقود معوض باشد زیرا در آن تعریف، یک طرف

همین یک نوع ایراد وارد نشده بلکه ایرادات دیگری نیز وارد شده است مثلاً چون فقها شخصیت حقوقی را لحاظ نکرده‌اند اشاره‌ای به آن ندارند هر چند که مرحوم شیخ^(۸) و صاحب عروه^(۹) و جمع دیگری از بزرگان فقه^(۱۰) پس از آنکه تذکر می‌دهند که پل، مدرسه و... صلاحیت تملک ندارند می‌پذیرند که به خاطر مصالح مسلمین تملیک را به آنها نسبت دهند و یا متولی مسجد یا... بتواند به نام خود، مسجد یا مدرسه یا پل وام بگیرد که این اعمال از خصایص شخصیت حقوقی است، و همچنین اموال عمومی نزد مجتهد که به مجتهد بعدی منتقل می‌شود نه به

اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد. این تعریف قانونگذار که برداشت از تعاریف فقها است از جهات مختلفی مورد ایراد حقوقدانان واقع شده است از جمله، مرحوم دکتر سید حسن امامی می‌نویسد: "تعریف مزبور ناقص است زیرا فقط تعریف از عقد عهدی نموده و شامل عقد تملیکی که به وسیله آن مالی از مالکیت کسی خارج و در مالکیت دیگری داخل می‌گردد نمی‌شود، چه در این گونه عقود به نفس عقد، انتقال ملکیت حاصل می‌گردد و تعهدی مستقیماً ایجاد نمی‌شود و تعهدی که در عقود تملیکی به وجود

متعهد و طرف دیگر متعهدله است در حالی که در عقود معوض هر دو طرف متعهد و متعهدله اند، همچنین تعریف را شامل عقودی مثل هبه و بیع نمی داند و سرانجام ضمن توجه به اینکه نباید تعریف عقد را با چگونگی اثر آن مخلوط کرد بلکه همین که خواست دو طرف ایجاد یک امر حقوقی باشد نه وعده دوستانه، کفایت می کند تا بر اساس آن، حمایت قانون و دادگاه را جلب کرد بدون توجه به اینکه مقتضای توافق، تملیک یا اباحه باشد و دو اراده باید متقابل یعنی نماینده دو نفع گوناگون باشد نه منافع همسو مثل تصمیم مدیران شرکت یا متولیان وقف زیرا این قبیل جوامع هم اگر به منظور ایجاد یک امر حقوقی توافق می کنند عقد نیست، این حقیقت که، وقتی مجامع عمومی با اکثریت آراء اتخاذ تصمیم می کنند از وضوح بیشتری برخوردار است تعریف عقد را به توافق دو انشای متقابل که به منظور ایجاد یک امر حقوقی انجام می شود^{۱۲} پیشنهاد می کند، که همین تعریف را به عنوان کاملترین تعریف گزینش نموده و به این مبحث خاتمه می دهد.

اقسام عقد:

این مبحث در مکاسب^{۱۳} شیخ مرتضی انصاری^{۱۴} وجود ندارد و اصولاً در کتب سایر فقها نیز به صورت منظم تحت عنوان خاصی از تقسیمات عقد صحبتی نشده هر چند که به مناسبت از بعضی انواع عقد بحث شده است.

ماده (۱۸۴) قانون مدنی، مشعر است بر اینکه "عقود و معاملات به اقسام ذیل تقسیم می شوند:

لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق" و

بدین ترتیب به انواعی از عقود اشاره می کند ولی این تقسیم بندی نیز کامل نیست و حقوقدانان با اشاره به تقسیمات مختلف دیگری در جهت تکمیل آن اقدام کرده اند که در ذیل به منظور سهولت مطالعه به دسته بندیهایی از عقود اشاره می شود:

- عقد لازم و جایز؛

- عقد معین و غیر معین؛

- عقد معاوضی و غیر معاوضی؛

- عقد تشریفاتی و غیر تشریفاتی؛

- عقد منجز و غیر منجز یا معلق؛

- عقود ساده یا بسیط و مرکب یا مختلط؛

- عقود خیاری و غیر خیاری؛

- عقود مشروط و مطلق؛

- عقود جمعی و فردی؛

- عقود عهدی و تملیکی.

عقود لازم و جایز:

اساس این تقسیم را میزان استحکام عقد تشکیل می دهد و در فقه و قانون مصداق دارد مردم با عنایت ویژه، به لازم یا جایز بودن، عقد را مورد عمل قرار می دهند. عقد جایز یعنی آن عقدی که طرفین عقد بالاتفاق یا منفرداً هرگاه اراده کنند می توانند بدون نیاز به علت قانونی با فسخ عقد از بقا و ایجاد اثر بعدی آن جلوگیری کنند مانند عقد وکالت، چنانکه ماده (۱۸۶) قانون مدنی نیز گفته است: "عقد جایز آنست که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند." طبیعی است که با فسخ، دیگر نه بقایی هست و نه اثر جدیدی البته اصل، لزوم عقد است چنانکه ماده (۲۱۹) قانون مدنی مقرر می دارد: "عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها

خواهد شد و اگر کمتر از چهار بار اقرار نماید تعزیر می شود.

ماده ۶۸۱ قانون مجازات اسلامی

حد زناي زن يا مردی که واحد شرابست احصان نباشد حد تازیانه است.

ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی

حد فرادی برای پدر هفتاد و پنج تازیانه و تنید از محل به مدت سه ماه تا یکسال و برای زن هفتاد و پنج تازیانه است.

ماده ۱۲۸ قانون مجازات اسلامی

اگر اکراه شونده طفل ممبر باشد نباید قصاص شود بلکه باید عاقله او دیه را بپردازد و اکراه کننده نیز به حبس ابد محکوم است.

ماده ۲۱ قانون مجازات اسلامی

هر نماینده در برابر تمام ملت مسئول است و حق دارد در همه مسائل داخلی و خارجی کشور اظهار نظر نماید.

ماده ۸۴ قانون اساسی

هیچ فرد خارجی به عضویت در ارتش و نیروهای انتظامی کشور پذیرفته نمی شود.

ماده ۱۲۵ قانون اساسی

هر گاه یک نفر تلف مالتی را ایجاد کند و دیگری مباشر تلف شدن آن حال بشود مباشر مسئول است نه مسبب مگر اینکه سبب اقوی باشد نه نحوی که عرفاً اتلاف مستند به او باشد.

ماده ۳۳۲ قانون مدنی

عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست.

ماده ۳۴۶ قانون مدنی

مدت نکاح منقطع باید کاملاً معین شود.

ماده ۱۰۷۶ قانون مدنی

لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود^{۳۶} بنابراین هرگاه بر مجاز بودن عقدی تصریح نشده باشد باید آن را لازم دانست و در موارد اختلاف، مدعی جایز بودن عقد باید ادعای خود را اثبات کند.

عقد لازم آن عقدی است که طبق ماده (۱۸۵) قانون مدنی، "... هیچیک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته مگر در موارد

دارد ولی پس از ایجاد بدون نیاز به توافق دو اراده به دوام خود ادامه می‌دهد در حالی که عقد جایز پس از ایجاد برای تداوم، نیاز به توافق اراده طرفین دارد. پس می‌توان گفت هر عقدی که فقط حدوداً نیاز به توافق اراده‌ها داشته باشد لازم است و هر عقدی که حدوداً و بقائاً نیاز به توافق اراده‌های طرفین داشته باشد جایز است.

البته با تعهد طرفین ضمن عقد لازم به

به راهن لازم است، بنابراین مرتبه می‌تواند هر وقت بخواهد آن را برهم بزند ولی راهن نمی‌تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بگریزد و یا به مسترد دارد. و همچنین عقد کفالت صرفاً کفیل را ملزم می‌کند و برای مکفول له الزامی ایجاد نمی‌کند یعنی او می‌تواند به عقد کفالت توجهی ننماید و در حقیقت عقد کفالت را فسخ نماید.

عقود معین و غیر معین:

این تقسیم‌بندی که به اعتبار لحاظ قانونگذار صورت می‌پذیرد اختصاص به قانون و کتب حقوقی دارد و مورد عنایت فقها قرار نگرفته است زیرا ایشان عقود غیر معین را به رسمیت نمی‌شناسند و به عنوان شرط ابتدایی آن را باطل می‌دانند، ولی در قانون به استناد ماده (۱۰) قانون مدنی که به عنوان اصل آزادی قراردادها مشهور است، مقرر می‌دارد: "قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است." عموم قراردادهای منعقد شده را عقد و تابع شرایط آن می‌داند و به عنوان عقد غیر معین به رسمیت می‌شناسد.

عقد معین هر عقدی است که در قانون عنوان داشته و قانونگذار ضوابط آن را مشخص کرده است. این وضعیت یعنی آزاد بودن قراردادهای غیر معین، موجب شده تا مردم نیازهای خود را در قالبهای مختلف بریزند و پس از مدتی آن قالب متداول گشته و سرانجام مورد لحاظ قانونگذاران واقع شد و به عقد معین تبدیل شود مثل قرارداد بیمه که زمانی عقد غیر معین و در حال حاضر از عقود معین



عدم فسخ و عزل می‌توان به عقد جایز هم برای مدت بقای عقد لازم و عدم حدوث سفه، جنون یا موت یکی از طرفین که بقای عقد جایز را تضمین نمود و با انعقاد عقد جایز به صورت شرط ضمن عقد، جایز هم از استحکام عقد لازم برخوردار می‌شود (۶۷۹ قانون مدنی).

البته همیشه این طور نیست که عقد صرفاً لازم یا جایز باشد زیرا عقود وجود دارد که نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایزند مثل عقد رهن که در ماده (۷۸۷) قانون مدنی، مقرر می‌دارد: "عقد رهن نسبت به مرتبهن جایز و نسبت

معینه قانونی". موارد معینه قانونی همان است که در انتهای ماده (۲۱۹) در فوق آمده است و عبارتند از: اقاله، که توافق اراده طرفین عقد موجد آن است و فسخ، که به سبب علت قانونی و یا پیش از آن در زمان انعقاد عقد برای یکی از طرفین، هر طرف از جهتی و... ایجاد می‌شود.

یکی دیگر از مغایرتهای عمده این دو عقد آن است که فوت، جنون و سفاهت (۶۷۸، ۹۵۴) هریک از طرفین، موجب بطلان عقد جایز می‌شود در حالی که نسبت به عقد لازم اثری ندارد. بطور کلی، عقد لازم فقط برای ایجاد، نیاز به توافق دو اراده

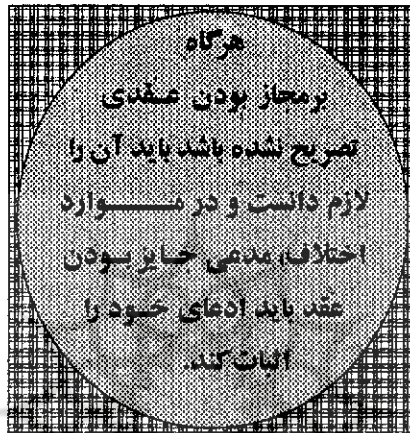
است، و قراردادهای جدیدی که یکی پس از دیگری در روابط بین مردم رخ می‌نماید و می‌رود تا به سرحد کمال خود یعنی عنایت قانونگذار و اندراج در ردیف عقود معین درآید. البته معمول است که به این دسته از عقود، "قرارداد" گفته شود هر چند که از لحاظ کلی چیزی جز عقد نیست.

با این همه، در عقود معین پاره‌ای مقررات تفسیری یا ارشادی وجود دارد که هرگاه یکی از آن موارد به هنگام انعقاد عقد مورد لحاظ طرفین قرار نگیرد دادرسی می‌تواند آن مقررات را جانشین اراده طرفین عقد تلقی کرده و به اختلاف خاتمه دهد در حالی که در عقود غیر معین چنین مقرراتی وجود ندارد و طبیعی است که در صورت بروز اختلاف، بناچار باید راه تسک به طرق دیگر مثل روح قانون، فتاوی معتبر و سایر قوانین را با مقررات نوشته قبلی متبادر به ذهن کند و از اطمینان دادرسی بکاهد و اقیاع طرفین را نیز در پی نداشته باشد. پس باید عقود معین را نسبت به عقود غیر معین کاملتر و ضابطه‌مندتر دانست و در انعقاد قرارداد حتی الامکان از عقود معین استفاده نمود.

عقود معاوضی و غیر معاوضی:

این تقسیم‌بندی به مورد عقد نظر دارد یعنی در عقود معاوضی، عوض و معوض هر دو از موارد اصلی عقد هستند و باید هر دو مورد دارای مشخصات و اوصاف لازم باشند. در حقیقت، مورد عقد مابازائی دارد که همان مابازاء علت پذیرش تعهد است و همین نکته باعث شده تا حق حبس به وجود آید، یعنی هر یک از دو طرف عقد بتواند ایفای تعهد خود را منوط به ایفای تعهد طرف مقابل نماید. باید دانست اگر

چه این مسأله مورد عنایت ماده (۳۷۷) قانون مدنی، در مبحث بیع قرار گرفته و مقرر داشته است: "هریک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود." ولی بیع، خصوصیت خاصی ندارد و این مسئله از



اختصاصات همه عقود معاوضی است و در عقود غیر معاوضی - ولو با شرط عوض - چون عوض از موارد اصلی عقد نیست و مابازاء مورد عقد محسوب نمی‌شود نه لازم است دارای مشخصات مورد عقد باشد و نه فقدان آن موجب بطلان عقد است و نه موجب حق حبس. به طور کلی در عقود غیر معاوضی، مورد معامله یکی است و در حقیقت تعهد یکطرفه است و یا حداقل نیازی به توازن بین تعهد طرفین نیست هر چند که ممکن است عدم عوض مقرر، موجب ایجاد حق فسخ برای طرف ذی نفع گردد. مثلاً کسی که باغ خود را به دوستش هبه می‌کند مشروط بر اینکه دوستش هم ماشین خود را به او بفروشد یا ببخشد، و اگر دوستش چنین نکند برای

صاحب باغ حق حبس نیست چون عقد هبه معاوضی نیست. همچنین تلف شدن ماشین مثلاً سوختن آن لطمه به عقد همه باغ وارد نمی‌کند چون مابازاء باغ نیست... البته مسأله حق فسخ و اعمال آن بحث دیگری است که در جای خود باید به بررسی گذاشته شود.

(ادامه دارد...)

پی‌نوشتها:

- ۱- فرهنگ فارسی معین، فرهنگ عمید و لغت نامه دهخدا، ماده عقد.
- ۲- ابن منظور، لسان العرب، لغت عربی، ج ۹ چ اول، دوره جدید، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی. ۱۴۰۸ هـ ۱۹۸۸ م.
- * لوئیس معروف، المنجد، لغت عربی، ج ۲، چ سوم، اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۷، ماده عقد.
- * سید حمید طبیبیان، فرهنگ لاروس، معجم العربی الحدیث، ج ۲، چ اول، امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۲، ماده عقد.
- ۳- دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع)، شرکت انتشار و غیره، تهران، ۱۳۷۴، صص ۶-۷.
- ۴- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۱، چ سوم، ن دهقانی، اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۴، صص ۲۴۰.
- ۵- علامه حلی، تبصره‌المتعلمین، ج ۱، چ سوم، ن کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۷۰، صص ۲۴۱.
- ۶- شهیدین، لمعتین، مبحث بیع.
- ۷- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۳، ن اسلامیة، ۱۳۴۰، تهران، صص ۱۶۰.
- ۸- ابی جعفر محمد بن حسن طوسی، المبسوط فی الفقه الامامیه، الجزء الثانی، الجامعة.
- ۹- محمد کاظم طباطبائی، عروة‌الوثقی، الجزء الثانی، چ ۲، ن دارالسلام، بغداد ۱۳۳۰، ذیل مسأله ۶۲، لوائح.
- ۱۰- شهیدین، لمعتین (شرح)، ج ۸، چ اول، ن جامعة النجف الدینیة، صص ۲۸.
- * محقق حلی، ترجمه ابوالقاسم بن احمد یزدی، شرایع الاسلام، ج ۱، چ اول، ن دانشگاه تهران، ۱۳۶۱، صص ۳۶۰-۳۴۳.
- ۱۱- دکتر مهدی شهیدی، جزوه حقوق مدنی ۳، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، سال تحصیلی ۷۴-۱۳۷۳، صص ۱.
- ۱۲- دکتر ناصر کاتوزیان، اعمال حقوقی، چ سوم، ن شرکت انتشار، تهران ۱۳۷۴، صص ۱۸-۱۶.