

اصل لزوم قراردادها در فقه و قانون مدنی ایران

سید امیرمهدی امین^۱

چکیده:

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

واژگان کلیدی: فقه، قانون مدنی، اصل لزوم، قرارداد، عقد.

مقدمه

در نظام حقوقی ایران و اسلام، باب معاملات از پرجنگل‌ترین مباحثی است که نظریه‌پردازان حقوق اسلام و ایران را به نقد و بررسی و تنقیح موضوعات آن واداشته است. در این میان، اصل لزوم در قراردادها، جایگاه ویژه‌ای دارد که بعد از بررسی شرایط و ضوابط صحت قراردادها، اولین مطلبی که شاید مدنظر می‌آید این است که؛ آن قرارداد، لازم است

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

و تا زمانی که این لزوم خدشه‌دار نشده است، اصل اولیه «اصالة اللزوم» بر آن جاری و حاکم است. البته در اغلب متون اسلامی، این اصل را صرفاً در عقود معین جاری و ساری می‌دانند. اما امروزه، این اعتقاد در میان اکثر فقهای کنونی و حقوق‌دانان وجود دارد که اصل لزوم نه تنها بر عقود معین جاری است بلکه در عقود نامعین نیز اصل اولیه، اصل لزوم است.

مبحث اول - اصل لزوم قراردادهای در فقه

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

گفتار اول - اصل لزوم قراردادهای در فقه امامیه

الف - معنای «اصل»

گروهی از فقها قائل اند که؛ اصل اولیه در تمامی عقود، اصل لزوم است. در مقابل، گروه دیگری قائل به اصل استصحاب شده‌اند و معتقدند: هر عقدی دارای اثری است و هر زمان که شک در وجود اثری کردیم که بر آن بار شده است استصحاب را جاری می‌سازیم. زیرا استصحاب، «ابقاء ماکان علی ماکان» می‌باشد.

شیخ انصاری نظریات فقیهان را در خصوص معنای اصل در چهار نظر مختلف، به شرح ذیل احصا نموده است؛

اول: معنای اصل، غلبه و رجحان است. بدین معنا که در اغلب موارد عقود لازم هستند

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

نه جایز.^۱ صاحب این نظریه مرحوم محقق کرکی است که در جامع المقاصد فی شرح القواعد در توضیح این جمله می‌گوید: «الاصل فی البیع اللزوم، به این معناست که بیع مبتنی بر لزوم است نه جواز، گرچه در بعضی افراد آن جواز عارض می‌شود یا این که در بیع ارجح این است که لازم باشد، با نظر به این که اکثر افراد بیع لازم می‌باشند».^۲ ملاحظه می‌شود که محقق کرکی، اصل را به معنای غلبه و رجحان گرفته است.

دوم: اصل لزوم همانند اصل طهارت و اصل برائت، قاعده‌ای است مبتنی بر کتاب و سنت و به هنگام شک، به آن رجوع می‌شود.^۳

سوم: اصل به معنای استصحاب می‌باشد. یعنی، در صورت فسخ یکی از متعاملین، ترتب آثار عقد مورد تردید قرار می‌گیرد و مقتضای قاعده استصحاب، بقای اثر عقد است و نتیجه آن، لزوم عقد خواهد بود.^۴

چهارم: این که معنای لغوی واژه بیع (خرید و فروش) و بنای عرفی^۵ و شرعی آن بر لزوم است. یعنی، مردم وقتی خرید و فروش می‌کنند، بنای آن‌ها بر آن است که مالک اولیه نسبت به مال، اجنبی شده و مطابق همین معنا، خیار، حقی است خارجی که قابل اسقاط می‌باشد و بیع هم چون هبه نمی‌باشد که قابل رجوع است. زیرا قابلیت رجوع هبه، از احکام شرعیه است و غیرقابل اسقاط.

معنای اصل در معانی چهارگانه فوق‌الذکر از لحاظ نتیجه فقهی و حقوقی یکسان نمی‌باشد. زیرا اگر اصل لزوم قاعده‌ای باشد مستفاد از کتاب و سنت نظیر آیه «اوفوا

۱. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، الجزء الثانی، الخیارات، قم، المنشورات دار الذخائر، الطبعة الاولى، ۱۴۱۱ هـ.ق، ص. ۳۰۲.

۲. کرکی، شیخ علی بن حسین، معروف به «محقق ثانی»، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج. ۴، قم، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۱ هـ.ق، ص. ۲۸۲.

۳. انصاری، همان.

۴. همان.

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

بالعقود» و یا روایتی از قبیل «لایحل دم امرء الا بطیب نفسه» و «الناس مسلطون علی اموالهم»؛ در این صورت، از ادله اجتهادی می‌باشد و مفاد آن نیز چون قاعده «لاضرر» کاشف از واقع می‌باشد. فلذا مفاد آن حکم واقعی خواهد بود. ولی چنانچه اصل لزوم، مستفاد از استصحاب باشد در این صورت، از ادله فقهاتی است که هیچ‌گونه کشف از واقع ندارد؛ فلذا مفاد آن حکم ظاهری خواهد بود.^۱

این که نظر مختار نگارنده کدام یک از چهار معنای فوق‌الذکر است، ارائه نظر را به گفتارهای بعدی این مبحث ارجاع می‌دهیم.

ب - تعریف «عقد»

واژه عقد از جهت لغوی،^۲ به معنای «رَبَطاً» یعنی بستن و گره زدن ریسمان، به کار می‌رود و از جهت اصطلاح حقوقی و فقهی نظریه‌پردازان پیرامون آیه شریفه «أوفوا بالعقود» به شرح ذیل اظهار نظر کرده‌اند:

شیخ انصاری عقد را مطلق تعهد دانسته است و عقد در آیه فوق را نیز به معنای هر عقدی قلمداد کرده است نه عقد معین و بخصوص؛ «فمنها قوله تعالی "أوفوا بالعقود" دل علی وجوب الوفاء بکل عقید و المراد بالعقد مطلق العهد کما فسره فی صحیحته ابن سنان المرویه فی تفسیر علی بن ابراهیم او ما یسمى عقداً لغه و عرفاً».^۳

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

امام خمینی (ره) نیز در کتاب بیع خود معنای عقد و تجارت را توسعه داده و نه فقط تمامی عقود و قراردادهایی که سبب ایجاد حق یا نقل ملکیت است بلکه تمامی قراردادهای خصوصی، معاوضات، معاطات و عقود معین را مشمول آیه و عنوان عقد و تجارت

۱. المظفر، الشیخ محمدرضا، *اصول الفقه*، نشر دانش اسلامی، ۱۴۰۵ ه.ق.؛ با استفاده از تعریف حکم واقعی و حکم ظاهری.

۲. بندر ریگی، محمد، ترجمه *منجد الطالب*، انتشارات اسلامی، ج. ۶، تابستان ۱۳۶۸، واژه «عقد».

۳. انصاری، همان.

دانسته‌اند؛ «من هنا ممكن التوسع في السبب الحق لكل ما هو سبب حق لدى العقلاء لتحصيل المال، كسائر المعاوزات العقلانيه غير البيع... لكن الظاهر عدم اختصاص التجاره بالبيع، بل تشمل سائر المكاسب كالصلح و الاجاره و غيرهما...»^۱ همچنين اين فقيه معاصر، تعهد را اعم از عقد می‌دانند. چرا که قائل‌اند؛ عهد اعم مطلق است.

صاحب کتاب ماوراء الفقه در بیان استدلال به آیات «اوفوا بالعقود» و «لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراخ منكم» می‌گویند؛ «این عناوین «عقود» و «تجارت» عناوین عرفیه می‌باشند. فلذا واجب است که ما تعاریف و مصادیق این عناوین را از عرف بازار اخذ نماییم... پس هر وقت که عرفاً معامله‌ای عقد یا تجارت باشد، صحیح است و واجب است وفای به آن؛ بلکه اگر معامله‌ای به گونه‌ای باشد که عرفاً بر آن صدق معامله و عقد نشود، داخل در موضوع آیات فوق‌الذکر نمی‌شوند و صحیح نمی‌باشد»^۲.

با توجه به این که عقد، اول بار در امور محسوسه به کار می‌رفت ولی بعداً به‌طور استعاره نسبت به امور معنویه مانند معاملاتی از قبیل بیع و اجاره و امثال آن بین مردم رایج بود به کلیه عهدها و پیمان‌ها تعمیم یافت و از آن نظر که اثر معنای عقد که لزوم و التزام است در این موارد وجود داشت؛ لذا این کلمه «عقد» بر آن‌ها اطلاق شد.^۳

عقد (که همان عهد است) بر همه پیمان‌های دینی که خداوند از بندگانش گرفته منطبق است. اعم از این که ارکان و اجزای دین باشد مثل توحید و سایر معارف اصلی و اعمال عبادی یا احکامی که «تأسیسی» یا «امضایی» از جمله عقود و معاملات- تشریح شده باشد.^۴

با توجه به نظرهای بزرگان و نظریه‌پردازان معلوم است که لفظ عقد فقط بر عقود معهود مثل بیع و اجاره و... که از جمله عقود معین می‌باشند، اطلاق نمی‌شود؛ بلکه به عقود نامعین نیز غیر از عقود معهود صدق می‌کند. بلکه اصلاً در صدق عقد نیازی به صدور لفظ

۱. موسوی خمینی (ره)، سیدروح...، کتاب‌البیع، ج. اول، قم، مطبعه المهر، صص. ۶۳ - ۶۴.

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

۳. حجتی کرمانی، محمدجواد، ترجمه تفسیرالمیزان، ج. ۹، قم، انتشارات دارالعلم، ص. ۲۹۴.

۴. همان، ص. ۶.

از جانب عاقد نمی‌باشد و همان‌طور که در بیان حضرت امام خمینی (ره)، شیخ انصاری و سید محمد صدر و دیگران آمده است، معاملات و معاوضات که با داد و ستد انجام می‌گیرد نیز عنوان عقد بر آن صدق می‌کند که جهت تأیید و تأکید مطلب چند نمونه از بیانات فقها و علما در ذیل بیان می‌شود:

نویسنده عروۃ‌الوثقی در مقام بیان این که عقد مزارعه معاطاتی صحیح است و بعد از تصرف، عقد لازم می‌شود، این‌گونه بیان می‌کند: «اما المزارعه المعاطاتیه فلا تلزم الا بعد التصرف...»^۱ یعنی در عقد بودن مزارعه معاطاتی بحثی نیست فقط لزوم عقد مزارعه، مشروط به تصرف می‌باشد. مثل بیع صرف که قبض، شرط صحت آن است. در این جا نیز تصرف، شرط لزوم عقد مزارعه معاطاتی می‌باشد و الا تا زمانی که تصرف حاصل نشده است، هر یک از طرفین عقد، حق بر هم زدن عقد، مزارعه را خواهند داشت.

ایشان در عقد مساقات نیز قائل است که بعد از ایجاب قولی، قبول می‌تواند فعلی باشد؛ همان‌طوری که خود معاطات، کفایت از ایجاب و قبول لفظی خواهد کرد.^۲ وی همین مطلب را در «ضمنان» تأکید و بیان می‌دارد.^۳

صاحب عروۃ‌الوثقی همچنین معاطات را در اجاره، صحیح می‌داند. پس می‌توان ایجاب را با قول و لفظ آورد؛ درحالی که قبول، با عمل و فعل صورت گیرد.^۴ همان‌طوری که در کتاب «سؤال و جواب» محقق قمی طریقه مستمره اهالی را دال بر وجود تعهد و لزوم پای‌بندی به آن طریقه می‌داند.

«سؤال: هرگاه رودخانه‌ای بوده باشد - و نه دریاچه ده - از قدیم‌الایام قرارداد آن را به این نوع نموده‌اند که به هر یک از قرای مذکوره بندی بسته که سد آب و حد ایشان بوده. و بندهای مذکوره، فوق و تحت یکدیگر واقع شده‌اند. و فاصله یکی از بندی تا بند دیگر باشد

۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، عروۃ‌الوثقی، ج. ۲، تهران، ۱۳۷۷، ه.ق.، ص. ۷۱۲.

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

۳. همان، ص. ۷۵۹.

۴. همان، ص. ۵۷۵.

که ریزش بند اول از ثانی و ثانی از ثالث و همچنین تا آخر و هر یک از بند خود نهی منشق و زراعت می‌نمایند. از آن تاریخ تا به حال به همین استمرار قرارداد که پشت در پشت بنا و بنیاد آن شده بود معمول، و تغییر و تبدیلی در حدود مشخصه سابقه تا این اوقات اتفاق نیفتاده بود که احدی از حد معینه تجاوز کرده باشد. الحال نظر به تنگ آبی، اهل یک مزرعه دست از استمرار آبا و اجداد برداشته بندی که سد ایشان بوده آن بند را موقوف و واگذاشته و به فاصله کلی از بند خود که محل و مجرای آب و بند آخر است می‌خواهد احداث قناتی کرده باشد که هرگاه این قنات کنده شود آب مزرعه آخری بالمزه خشک می‌شود و اهل آن مزرعه متضرر می‌شوند. آیا می‌رسد که این احداث را کرده و ضرر به مسلمان برسد یا نه؟

جواب: طریقه مستمره را نمی‌توانند بر هم زد و حفر قنات یا امری که باعث نقص قریه پایین‌تر می‌شود جایز نیست.^۱

این‌طور که از سؤال و جواب معلوم و ظاهر است اولاً لزومی به تنظیم قرارداد لفظی و یا کتبی نمی‌باشد بلکه همین که عرف و بنای عقلای اهل محل بر چیزی بوده و خصوصاً بر آن بناء و طریقه استمرار داشته باشند دال بر توافق و وقوع عقد است. ثانیاً این‌گونه قراردادهای نیز لازم است. گرچه در زمره عقود معین قرار نگرفته باشد. ثالثاً محقق قمی این‌گونه قراردادهای را در باب صلح بحث کرده است. چرا که در آن زمان تمامی مواردی که شرایط خاص عقود معین را واجد نبودند در قالب عقد صلح ریخته می‌شدند. و به بیان دیگر، حتی عقود معین نیز می‌تواند در قالب عقد صلح ریخته شود و آثار همان عقود را نیز داشته باشد. ولی بدین معنا است که قراردادهای و عقود غیرمعین نیز دارای اعتبار است و مشمول عنوان عقد و آیه «اوفوا بالعقود» می‌باشند.

مؤید مطلب فوق بیان علامه طباطبایی در تفسیرالمیزان در مقام تفسیر آیه «اوفوا بالعقود» است که می‌فرمایند؛ واژه «العقود» در جمله «اوفوا بالعقود» جمع با «الف» و

۱. جیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن حسن (معروف به میرزای قمی)، جامع‌الاشتات، ج. ۳، با تصحیح مرتضی رضوی، انتشارات کیهان، چ. اول، تابستان ۱۳۷۱، ص. ۹۳.

«لام» است و چنین جمعی در زبان عرب افادهٔ عموم می‌کند که با در نظر گرفتن این امر، آیه مذکور چنین معنی می‌دهد «ای کسانی که ایمان آورده‌اید به همه قراردادهای پای‌بند باشید».

ایشان در دنبال تفسیر آیه می‌فرمایند: «ظاهر، جمع محلی با الف و لام است و این که «عقد» عرفاً نسبت به هر عقد و حکمی اطلاق می‌شود... به طوری که از ظاهر آیه «ووفوا بالعقود» ملاحظه می‌کنید، قرآن دلالت بر امر به وفا می‌کند و ظاهر این امر، عام است و شامل همه چیزهایی می‌شود که عرفاً «عقد» بر آن صادق است و با «وفا» سازگار است». یعنی این مفسر بزرگ، معنای عقد را تشریحی نمی‌دانند بلکه معنی عقد را عرفی می‌دانند و هر آن چه را که عرفاً، عقد بر آن صدق کند، مشمول آیه می‌دانند.

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

تأکید بر معنی عرفی عقد با ملاحظه صدر آیه ۲۹ سوره نساء «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»، معلوم می‌شود که جمله «تجاره عن تراض»، از جهت نوع و ماهیت معامله، شامل عقود معین و غیرمعین که موضوع آن به طور مستقیم، مال یا تعهد بر انجام عملی که منتهی به انتقال مال است، می‌باشد و اعتبار و مشروعیت هر عقد ناشی از تراضی طرف‌های مربوط به آن را تأیید می‌کند. زیرا واژه «تجارت» همانند واژه «عقد» همان طوری که از علامه طباطبایی نقل شد، حقیقت شرعیه ندارد. و منظور از آن در مطلق عملی است که عرفاً عقد یا تجارت گفته می‌شود و دلیلی بر تقييد آن به عقود معین وجود ندارد. ظاهر آیه این است که تجارت ناشی از تراضی، اکل مال دیگری را مباح می‌کند؛ نه این که جواز اکل مال مزبور، موارد

تجارت معتبر ناشی از تراضی را محدود به معاملاتی می‌کند که موضوع آن مستقیماً مال و نتیجه بی واسطه آن، اکل مال باشد. بنابراین، معنی آیه مزبور چنین می‌شود که «ای کسانی که ایمان آورده‌اید اموال یکدیگر را به باطل نخورید؛ مگر این که از راه تجارت حاصل از تراضی باشد».

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

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

به علاوه، آیات زیادی از قرآن مجید به روشنی بر اعتبار مطلق معاهدات و پیمان‌ها و لزوم اجرای تعهدات مربوط به آن‌ها و زشتی نقض پیمان‌ها و پشت‌پا زدن به آن‌ها دلالت

دارد. و با لحاظ این که قراردادهای مزبور، مقید به نوع خاصی نشده‌اند و همچنین با در نظر گرفتن تنوع این معاهدات از حیث اسکت و شرایط، در شمول آیات مزبور نسبت به پیمان‌های غیرمعین، تردیدی باقی نمی‌ماند.^۱

همچنین با نظر به سیره عقلا و بنای خردمندان از جمله سیره عقلای عصر حضرت رسول (ص) و ائمه معصومین (ع) که در روابط خود بر قراردادهایی که انشا می‌کردند، ارزش و اعتبار قائل بودند و خود را به تعهدات آن ملزم می‌ساختند، نیز قرینه‌ای است بر این که عقود در آیات و روایات بر عقود غیرمعین هم صدق می‌کند؛ به خصوص که از جانب شارع، ردع و منعی در عمل به آن قراردادهای وارد نشده است و تقریر آن بزرگواران مؤید صحت و اعتبار عمل معاصرینشان به تعهداتشان تلقی می‌شود.

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

بنابراین، می‌توان چنین نتیجه گرفت که لفظ عقد بر تمامی عقود و قراردادهای اعم از عقود معین و غیرمعین، شروط مستقل و شروط مندرج در ضمن عقد اطلاق می‌شود.

۱. از جمله می‌توان به آیات ذیل اشاره کرد؛

الذین عاهدت منهم... (انفال/۵۶) - او کَلَّمَا عَاهَدُوا عَهْدًا... (بقره/۱۰۰) - و الموفون بعهدهم اذا عاهدوا و الصابرين... (بقره/۱۷۷) - و ما وجدنا لاکثرهم من عهد... (الاعراف/۱۰۲).

ج - معنای «لزوم»

در تعریف عقد گفته‌اند «العقد عبارة عن العهد المؤكّد». یعنی، ما ملزم هستیم که طبق عقد و عهد خویش عمل کنیم. از زمان سابق از جمله مصادیق عقد، بیعت بوده است و کسی که بیعت را می‌شکسته به آن ناقض البیعة اطلاق می‌شده است. در خصوص عقود نیز در عالم تشریح یک نوع ابرام و استحکام وجود دارد. فلذا وقتی عقدی مستحکم و مبرم شد، طرف دیگر عقد نمی‌تواند آن را منحل سازد. زیرا در تشریح، از او سلب قدرت شده است. گرچه در عالم تکوین بتواند چنین کاری را بکند. زیرا قاعده کلی است «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً». پس، وقتی که شارع مقدس گفت تو را غیرقادر می‌بینم، وی قدرت و توان شرعی خود را شرعاً از دست داده است. به عبارت دیگر، از لحاظ تشریحی، فسخ آن عقد که ابرام و استحکام درخور شأن آن است، غیرممکن گردیده است.^۱

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

۱. توضیح ماهنامه «کانون»: به نظر می‌رسد تمسک به قاعده «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً» در خصوص موضوع قابل تأمل باشد.

۲. بند ریگی، همان، واژه «لَزَمَ».

تأسیسی بودن لزوم و جواز است.^۱

البته دکتر لنگرودی ادعای تأسیسی بودن لزوم را از نظر فقها کرده‌اند. لیکن تمامی فقها قائل به تأسیسی بودن لزوم نیستند. بلکه عده‌ای مثل محقق قمی و اکثر فقها قائل به تأسیسی بودن لزوم و جواز احکام می‌باشند و دلیل ایشان «اوفوا بالعقود» و دلیل «استصحاب» است.^۲ ولی بعضی دیگر قائل‌اند «احسن الوجوه فی اللزوم هو ان بناء البیع علی اللزوم فاذا ورد دلیل الامضاء کفی... مقتضی البیع عرفاً لزومه دائماً».^۳

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

بعضی از علمای اخیر نیز سعی کرده‌اند از دو مکتب بالا مکتب مختلطی به وجود آوردند و لزوم و جواز عقود را معلول عرف و عادت با دستور شارع بدانند؛ یعنی هم تأسیسی بدانند و هم امضایی (نه تأسیسی خالص و نه امضایی خالص) هر چند که نهایتاً به مکتب اول نزدیک‌تر شده‌اند.^۴

و بعضی از علمای دیگر نیز بین عقود لازمی که با صیغه و لفظ منعقد می‌شوند و عقودی که به صورت معاطات انجام می‌گیرند، تفکیک قائل شده‌اند؛ «الاجاره من العقود اللازمة لاتنفسخ الا بالتقایل او شرط الخيار لاحدهما او كليهما اذا اختار الفسخ، نعم الاجاره المعاطاتيه جائزة يجوز لكل منهما الفسخ...».^۵

ایشان معتقدند که در اجاره معاطاتی اجاره جایز است ولی دیگر علما مثل آیت‌ا...

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، گنج دانش، ج. ۶، ۱۳۷۲، ص. ۵۸۸، واژه لزوم.

۲. جیلانی قمی، همان، ج. ۲، ص. ۵۲۹.

۳. طباطبایی یزدی، *حاشیة المکاسب*، تهران، دارالمعارف الاسلامیه، ۱۳۷۸ هـ.ق، ص. ۵۹۵.

۴. خوانساری نجفی، شیخ موسی بن محمد، *منیة الطالب* (تقریرات درس آیت ا... نائینی)، ج. ۲، قم، ۱۳۷۶ هـ.ق، صص. ۶۰ و ۱۰-۱۱.

۵. طباطبایی یزدی، *عروة الوثقی*، همان، ص. ۵۸۲.

خوبی قائل اند که «بعید نیست لزوم» آن و آیت... قمی معتقدند: «الظاهر لزومها» و آیت... خوانساری بر این عقیده‌اند که: «الاقوی لزومها» و حضرت امام(ره) نیز در خصوص معامله معاطاتی نظری دارند که بعداً متعرض می‌شویم.^۱

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

از این قبیل است شکستن بیعت با رسول‌الله(ص) و با امام معصوم(ع). به عبارت دیگر، لزوم حکمی زمانی است که طرفین یک عقد لازم، نتوانند در آن شرط خیار کنند مثل لزوم عقد نکاح و عقد ضمان.^۲

پر واضح است که بسیاری از احکام شرعی حاکمی از لزوم معامله است و این قسم از احکام شرعی ناظر به حکم وضعی است. یعنی شارع مقدس وضعاً از متعاملین در خصوص فسخ عقد و نقض معامله سلب قدرت کرده است؛ همان طوری که شیخ انصاری در مکاسب بیان می‌کند: «قوله تعالى «وفوا بالعقود» دل علی وجوب الوفاء لكل عقد و المراد بالعقد مطلق العهد... المفهوم من الایه عرفاً حکمان تکلیفی و وضعی و قد عرفت ان لیس المستفاد منها الا حکم واحد تکلیفی یستلزم حکماً وضعياً».^۳ یعنی شیخ انصاری معتقد است که گرچه عرفاً از آیه «وفوا بالعقود» دو حکم تکلیفی و وضعی فهمیده می‌شود لیکن فقط حکم واحدی استنباط می‌شود از آن، و آن نیز حکم تکلیفی است که مستلزم حکم وضعی دیگری می‌باشد که آن، لزوم عقد است.

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

۱. ر.ک.: ص. ۱۵۱ همین ماهنامه.

۲. جعفری لنگرودی، همان، واژه لزوم حکمی.

۳. انصاری، همان.

لزوم می‌باشد.

البته همان‌طوری که علمای دیگر اصول، مبرهن و مدلل ساخته‌اند احکام وضعیه، جعل استقلالی دارند و بین حکم وضعی و تکلیفی ملازمه‌ای وجود ندارد. بلکه هر حکمی تابع اعتبار معتبر است و اصولاً بسیاری از احکام وضعیه را شرع، جعل نکرده است بلکه مجعول عقلاء بماهم عقلاء است.^۱

به علاوه، احکام، تابع مصالح و مفاسد هستند؛ حال آن که در احکام وضعیه، نظری به مصلحت و مفسده تکلیفیه نیست. بلکه مصلحت و مفسده، عقلیه است. در مواردی مثل بیع ربوی، شرع تصرف می‌کند و این قسم از بیع را از اعتبار می‌اندازد.^۲ یعنی شارع، حرمت و حرمت را اعتبار می‌کند.

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

اما لزوم حقی زمانی است که طرفین یک عقد لازم بتوانند در آن عقد، شرط خیار کنند به این ترتیب که لزوم آن را برای مدتی از بین ببرند. عقد مزبور را لزوم حقی گویند مانند لزوم بیع. زیرا در عقد بیع می‌توان شرط خیار نمود (ماده ۴۵۸ ق.م.ا).^۳

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

لزوم حقی بدین معناست که هر یک از متعاقدين، مالک بر التزام دیگری است یا احد متعاقدين، مالک التزام دیگری است بدون این که دیگری دارای این مالکیت باشد. و معنای این که شخص، مالک بر التزام خود نباشد آن است که نمی‌تواند عقد را بر هم زند و

۱. بجنوردی، همان، ص. ۲۴۵.

۲. احل الله البيع و حرم الربا.

۳. جعفری لنگرودی، همان، واژه لزوم حقی.

عقد همچنان مستحکم و مبرم است و قابل فسخ و انحلال نمی‌باشد. زیرا التزام او مملوک غیر است و معنای «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً» یعنی نتیجه امتناع شرعی نیز همانند امتناع تکوینی است و بنابراین هر کاری که بکند اثری بر آن بار نمی‌شود.

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

به تعبیر منطقی، انشئات دو مدلول دارند: یکی مدلول مطابقی و دیگری مدلول التزامی مثلاً جمله «بعثک هذا الکتاب بخمسین تومان»، مبین مدلول مطابقی است و با آن مؤدای انشای در عالم اعتبار موجود می‌شود و مدلول التزامی این انشا، پای‌بند بودن به معامله و عدم توانایی در به‌هم‌زدن و فسخ معامله می‌باشد. حال در عقودی که با لفظ انشا می‌شود پای‌بندی به مدلول مطابقی و مدلول التزامی وجود دارد و بنای عقلا نیز بر همین منوال است. زیرا عقلا می‌گویند طرفین ملتزم به تبادل انشائی خود هستند و این لزوم و پای‌بندی به هر دو مدلول در عرض هم و از انشای متعاقبین استفاده می‌شود.

در همین موضوع، در بحث از بیع معاطاتی می‌گویند که بیع معاطات، لازم نیست و یا اجاره معاطاتی، لازم نیست. زیرا معاطات را عقد نمی‌دانند و آن را صرف داد و ستد خارجی می‌شمارند. چرا که در معاطات، مدلول مطابقی که همان تبادل ثمن و مثن باشد موجود است؛ ولی مدلول التزامی که از لفظ استفاده می‌شود، در این جا، موجود نیست. مگر در جایی که عمل، کنایه از لفظ باشد. مثل دست در دست گذاشتن در بیعت که خود کنایه از لفظ است. و یا دست به‌دست زدن در بعضی کشورها و یا امضای پیمان نامه‌ها و قراردادهای بین‌المللی که همگی کنایه از لفظ هستند. اما صاحب تفسیرالمیزان، همان طوری که قبلاً نیز اشاره شد، قائل‌اند که لفظ عقود در آیه «وفوا بالعقود» جمع محلی با الف و لام است و افاده عموم می‌کند. لذا از این جهت، بهتر آن است که لفظ «عقود»

در این آیه را حمل بر معنایی کنیم که شامل هر چیزی که «عقد» بر آن صادق است، بشود. یعنی ظاهر جمع محلی با الف و لام و این که عرفاً «عقد» نسبت به هر عقدی اطلاق می‌شود... عقد هر کار یا گفتاری است که معنای لغوی (گره بستن، گره زدن) را ممثل کنند... که با تعریفی که از عقد، ایشان ارائه می‌دهند این که در «هر کاری یا گفتاری»، معاطات نیز گرچه لفظاً انشائی ندارد و با داد و ستد واقع می‌شود ولی عنوان عقد را پیدا می‌کند و مشمول آن عنوان می‌گردد. در همین رابطه حضرت امام خمینی (ره) بر این عقیده‌اند که «تمام بیوع معاطاتی، لزوم دارند. چون اکثر بیع‌های امروزی به‌طور معاطات انجام می‌گیرد و این خلاف روش عقلا است که بگوییم اگر انشا با لفظ بود، لزوم دارد و الا نه» و به دنبال آن می‌فرمایند: «معاطات هم مدلول مطابقی دارد و هم مدلول التزامی که پای‌بندبودن به عقد خود باشد».

همچنین ایشان، در جای دیگر، در بیان رد ادعای این که در معاطات چون با لفظ انشا نمی‌شود، مدلول التزامی وجود ندارد؛ این‌گونه استدلال می‌کنند: «مدلول التزامی لازمه معنی می‌باشد، نه معنی المفاد باللفظ پس وقتی ما بپذیریم که معاطات نیز مثل بیع می‌باشد در انشا، معنای مطابقی یعنی مبادله، پس ناچاراً لازمه معنای مطابقی آن به تبع انشا شده است، یعنی التزام به آن تبادل خواهند داشت. خواه آن معنا با لفظ انشا شده باشد خواه با فعل»^۱.

طباطبایی یزدی نیز در عروة الوثقی^۲ قائل به وجود دلالت تطابقی و التزامی در معاطات می‌باشد. آن‌جا که در بحث ضمان می‌گویند: «یشترط فیہ امور "احدهما" الايجاب و یکفی فیہ کل لفظ دال بل یکفی الفعل الدال ولو بضمیمه القرائن علی التعهد و الالتزام بما علی غیره من المال و "الثانی" القبول من المضمون له و یکفی فیہ ایضاً کل ما دلّ علی ذلک من قول او فعل» که ایشان در ضمان، ايجاب و قبول فعلی را که دلالت بر تعهد و التزام دارند، صحیح و نافذ می‌دانند.

۱. موسوی خمینی (ره)، همان، ص. ۸۰.

۲. طباطبایی یزدی، همان، ص. ۷۵۹.

همچنین یکی دیگر از اندیشمندان قائل به تفصیل شده‌اند، بدین مضمون که؛ اگر فعل نزد عقلا حاکی از عقد بود بیع و لازم و الا نه.^۱ لیکن آن طوری که اصولیین قائل‌اند هویت عقد به قصد موجب است (العقود تابعة للقصد) و الفاظ و افعال در ماهیت عقد دخالتی ندارد و بیشتر جنبه اثباتی عقد محسوب می‌شود. بنابراین، فرقی بین بیع معاطاتی و بیع با الفاظ - علی الاصول - نبایستی باشد و هر دوی آن‌ها حقیقتاً بیع هستند و یا در اجاره، اجاره هستند و مشمول عنوان عقد و مشمول قاعده اصالة اللزوم.

شایان گفتن است که علما، عقود را به عقود عهدیه و اذنیه نیز تقسیم کرده‌اند و از جمله میرزای نائینی قائل‌اند که اصالة اللزوم در عقود عهدیه جاری می‌شود نه در عقود اذنیه.^۲

یادآور می‌شود عقودی را عهدیه گویند که در آن ایجاب و قبول وجود دارد اما عقود اذنیه، عقود صوری هستند و اصالتاً عقد نمی‌باشند. زیرا در آن ایجاب و قبول وجود ندارد. فلذا این عقود مثل وکالت، تخصصاً از عنوان عقود خارج‌اند، نه تخصیصاً.

البته شیخ انصاری معتقد به تقسیم‌بندی دیگری است و در عقود عهدیه نیز قائل به تفصیل شده‌اند. بدین‌گونه که بین عقود عهدیه تعلیقیه تفاوت قائل بوده و معتقدند که قاعده اصالة اللزوم در عقود عهدیه تعلیقیه مثل "جعل" جاری نمی‌شود. زیرا معلق علیه واقع نشده است تا این که استصحاب بقای اثر آن شود. ولی به نظر می‌رسد که این تفصیل به‌جا نباشد. زیرا؛ از آنجایی که در خصوص لفظ عقد، قائل به اطلاق می‌باشیم و خود قاعده اصالة اللزوم نیز اطلاق دارد، نباید فرقی بین عقود عهدیه تنجیزیه و عقود عهدیه تعلیقیه قائل شد. فلذا قاعده هر دو نوع را دربرمی‌گیرد. به بیان دیگر، در عقود عهدیه تعلیقیه نیز انشاء، منجز است و منشأ، معلق خواهد بود و الا اگر انشاء، معلق می‌بود، عقدی حاصل نمی‌شد تا این که صحت و لزوم بر آن مترتب شود.

۱. بجنوردی، همان، صحت اصالة اللزوم.

۲. همان، ص. ۲۴۸.

گفتار دوم - اصل لزوم قراردادهای در فقه عامه

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

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

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

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

۲. همان، ص. ۱۶۹.

پارچه‌های گران قیمت.

بیان ابن قدامه در فقه عامه حکایت از همین تفاهم عرفی در خصوص داد و ستد دارد. «اگر ایجاب و قبول لفظی، شرط صحت عقود باشند؛ پس لازم می‌آید که بیشتر عقود که میان مسلمانان رایج است فاسد و در دارایی‌های آنان تصرف حرام صورت گیرد. لیکن اگر ایجاب و قبول از مقوله‌ای باشد که دلالت بر تراضی کند همانند آنچه که بیانگر داد و ستد و تعاطی است، فعل جانشین لفظ می‌شود».

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

در ذیل نظرات مذاهب مختلف اهل سنت در خصوص معاطات و لزوم عقد، به‌طور اجمال، ذکر می‌شود:

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

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

یعنی، اهل سنت نیز معنای لزوم را عدم رجوع و عدم جواز فسخ بعد از عقد بدون

۱. همان، ص. ۱۵۵.

۲. همان، ص ۱۵۷.

رضایت طرف دیگر عقد می‌دانند. بنابراین، تمامی مذاهب اربعه اهل سنت نیز بر لزوم به معنای فوق‌الذکر اتفاق دارند. حتی بعضی از مذاهب آن‌طور که از کلامشان بر می‌آید (مالکی‌ها)، چنان بر جریان اصالة‌اللزوم تکیه کرده که حتی خیار مجلس را نیز نمی‌پذیرند و معتقدند که به محض این که بایع گفت (بعث هذه السلعه) و مشتری بگوید «اشتریت با لفظ ماضی بیع منعقد می‌شود و لازم می‌شود و هیچ‌کدام از طرفین عقد، حق رجوع ندارند؛ نه قبل از رضایت دیگری و نه بعد از رضای دیگری؛ حتی اگر سوگند یاد کند که قصد بیع یا شراء نداشته است...»^۱.

مالکی‌ها و حنفی‌ها معتقدند بر این که خیار مجلس در عقد وجود ندارد و اعتباری ندارد، با این فرق که حنفی قائل‌اند که خیار مجلس با شرط خیار در عقد ممکن است و ثابت می‌شود ولی مالکی‌ها قائل‌اند که این شرط نیز عقد را فاسد می‌کند و در توجیه بیان می‌کند که حدیث شریف «البیعان بالخیار ما لم یفترقا، فهو و ان کانت روایه صحیحه الا ان عمل اهل المدینه کان علی خلافه، و عمل اهل المدینه مقدم علی الحدیث و ان کان صحیحاً، لانه فی حکم المتواتر الموجب القطع، بخلاف الحدیث فانه و ان کان صحیحاً لکنه خبر آحاد لیفید الظن، فالاول مقدم علیه».

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

بحث دیگری که در فقه اهل سنت مطرح است این است که مبدأ زمان لزوم عقد چه موقع است. آیا بعد از منقضی شدن زمان و فرصت اعمال خیار یا از ابتدای وقوع عقد؟

۱. همان، پاورقی ص. ۱۵۷.

۲. همان، ص. ۱۷۳.

غیر از مالکی‌ها اغلب مذاهب عامه قائل‌اند که در خصوص خیار مجلس «متی تم العقد و تفرقا لزوم البیع»^۱ ولی مالکی‌ها معتقدند که لزوم از زمان وقوع عقد است و اصلاً قائل به صحت خیار مجلس نمی‌باشد.

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

در این خصوص نیز بین ائمه مذاهب اختلاف است.^۲ مالکی‌ها قائل‌اند که بایع حق ندارد ثمن را از مشتری در مدت زمان خیار مطالبه بکند و حنفی نیز با همین عقیده موافق است.

اما شافعی‌ها و حنبلی‌ها معتقدند که مطالبه ثمن در مدت خیار از ملکیت تبعیت می‌کند و همان‌طور که حکم می‌شود که مبیع، ملک یکی از آن دو است، حکم می‌شود که ثمن نیز ملک دیگری است. مثلاً اگر خیار برای مشتری باشد، مبیع، مملوک اوست و در زمان خیار، از ملکیت او خارج نگردیده است. پس، ثمن در این حالت، ملک مشتری است. فلذا بایع حق مطالبه ثمن را ندارد؛ همین‌طور که مشتری نیز حق مطالبه مبیع را ندارد. اما اگر خیار برای مشتری باشد پس مبیع، مملوک اوست. پس ثمن نیز مملوک بایع است. بنابراین، بایع می‌تواند ثمن را مطالبه کند و مشتری نیز حق مطالبه مبیع را خواهد داشت. حنبلی‌ها بین ثمن معین و غیرمعین تفصیل قائل شده‌اند و در ثمن معین، حق مطالبه را قائل شده‌اند و در غیرمعین، حق مطالبه را نمی‌پذیرند.

یعنی، اختلاف ائمه مذاهب اهل سنت در حقیقت، در زمان انتقال ملکیت به واسطه عقد می‌باشد. آن‌هایی که معتقدند؛ ملکیت به محض ایجاب و قبول و تحقق تمامی شرایط صحت عقد، منتقل می‌شود، قائل‌اند که از آن زمان نیز، اصالة‌اللزوم جاری است و هر یک از طرفین عقد ملتزم به تعهدات خویش‌اند و حق رجوع و نقض عقد و تعهد خویش را

۱. همان، ص. ۱۷۲.

۲. همان، صص. ۱۸۰ - ۱۸۴.

ندارند. و آن عده که عقیده خلاف دارند نیز به تبع، انتقال ملکیت را از زمان انقضای مدت خیار می‌دانند. فلذا اصالة‌اللزوم نیز از آن زمان جاری است و التزام و پای‌بندی به تعهدات ناشی از عقد نیز از زمان انقضای مهلت و مدت خیار شروع می‌شود.

مبحث دوم - اصل لزوم قراردادهای در قانون مدنی ایران

نظر به این که قانون مدنی الهام‌گرفته از فقه امامیه می‌باشد و در شیوه قانون‌گذاری طوری عمل شده که نظر مشهور به شکل ماده قانونی تدوین گردیده است و از آن جا که از زمان ماضی در بحث فقهی عقود یک سری عقود معین با شرایط و خصوصیات ویژه متبادر به ذهن می‌شد، این سؤال مطرح است که اصل لزوم قراردادهای نیز که ریشه در فقه دارد آیا صرفاً حول عقود معین است؟ یعنی، اصالة‌اللزوم محدود به عقود معین می‌باشد و در این خصوص جاری و ساری است؛ لیکن با قدری تأمل و تفحص به این فرضیه می‌رسیم که دلایل مستند اصالة‌اللزوم در عقود، و اطلاق و عموم ادله و خود لفظ عقد، شامل عقود نامعین نیز می‌شود.

الف - معنای «اصل»

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

۱. جعفری لنگرودی، همان، ش. ۳۴۷.

نیست)، مگر در خصوص مواردی که قانون تصریح کرده باشد^۱ و مقصود از عبارت «اصالة اللزوم در عقود» همین معناست.^۲

ب - معنای «لزوم»

لزوم، صفت مشترک کلیه عقود و ایقاعاتی است که اقدام کننده به آن‌ها نتواند به قصد یک طرفی خود آن را فسخ کند (ماده ۱۸۵ ق.م.م). عکس حالت فوق را جواز گویند.^۳

پس معنای لغوی لزوم یعنی «پای بند بودن، ادامه یافتن،^۴ دوام یافتن، دوام پیدا کردن»^۵ و معنای اصطلاحی لزوم نیز با معنای لغوی آن مطابقت دارد؛ زیرا، قاعده اصالة اللزوم از قواعد تأسیسی نمی باشد بلکه امضایی است. و چون الفاظ به کاررفته در آن نیز حقیقت شرعیه ندارند، پس در دریافت معانی واژه‌ها باید به معانی مستعمل عرفی آن‌ها مراجعه نمود و معنای عرفی لزوم، همان پای بند بودن به عقد و مفاد آن می باشد. یعنی عقد دوام دارد و مستدام است، مادامی که دلیل خاصی آن را از بین نبرده باشد. البته التزام به مفاد عقد را با لزوم آن نباید مخلوط کرد. گرچه معمولاً این دو مفهوم همراه یکدیگرند. یعنی دو طرف، هم ملتزم به مفاد عقد می باشند و هم حق بر هم زدن عقد را ندارند. ولی از لحاظ تئوریک بین لزوم عقد و التزام به مفاد آن فرق است. لزوم عقد، آنان را از فسخ عقد منع می کند و آن‌ها (طرفین عقد) را ملزم می کند که به آن چه به وجود آورده اند، پای بند باشند. لیکن التزام به مفاد عقد، یعنی تا پیمانی و تعهدی وجود دارد بایستی از آن اطاعت شود؛ خواه آن پیمان لازم باشد یا جایز. التزام به مفاد عقد، یعنی، احترام به ماعقد فی عقد؛ خواه تعهدی لازم باشد یا جایز.

۱. ماده ۲۱۹ ق.م.م. عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

۲. جعفری لنگرودی، همان، ش. ۳۹۹.

۳. همان، ش. ۴۶۲۴.

۴. بندر ریگی، همان.

۵. ماده ۹۵۴ ق.م.م. کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می شود، و هم چنین به سفته، در مواردی که رشد معتبر است.

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

این تقسیم‌بندی همان‌گونه که در بخش فقهی این تحقیق ارائه شد برگرفته از تقسیم‌بندی است که در فقه معهود است و «جایز» را در فقه به دو معنا تعبیر کرده‌اند: الف - به معنی قابل فسخ: در این صورت، هرگاه در عقد لازمی خیاری وجود داشته باشد چون به استناد خیار مزبور، عقد مذکور قابل فسخ است، این عقد را هم جایز گویند. ولی جایز به این معنا هرگز در مقابل لازم به کار نمی‌رود و استعمال لغت جایز در این معنا، همیشه قرینه‌ای به همراه دارد.

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

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

۱. ماده ۶۶۶ ق.م.؛ هرگاه از تقصیر وکیل خسارتی به موکل متوجه شود که عرفاً وکیل مسبب آن محسوب می‌گردد، مسؤول خواهد بود.

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

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

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

۱. ماده ۱۲۶ ق.م.ا.م: امین باید مال ودیعه را به‌طوری که مالک مقرر نموده حفظ کند و، اگر ترتیبی تعیین نشده باشد، به‌طوری که نسبت به آن مال متعارف است حفظ کند، والا ضامن است.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (ایقاع)، نشر میزان، ش. ۱۰۱.

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

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

استاد کاتوزیان در تأیید و تأکید^۲ بر لزوم در ایقاع، درخصوص زمان لزوم در ایقاع، ایقاع را به دو دسته تقسیم کرده است:

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

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

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

چنانچه نظر فقیهان مذکور را ملاک قرار دهیم، مالکیت پس از انقضای خیار حاصل

۱. همان.

۲. ماده ۶۸۰ ق.م. تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید، نسبت به موکل نافذ است.

۳. صفایی، سید حسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان، ج. اول، ص. ۳۲۲.

می‌شود و اصل لزوم نیز از زمان انتقال مالکیت جاری می‌شود. ولی علمای دیگر، این نظر را نپذیرفته و قائل‌اند که ملکیت به محض ایجاب و قبول و جمع بودن شرایط صحت عقد، از زمان وقوع عقد منتقل می‌شود. فلذا اصالة اللزوم منوط به صحت معامله می‌باشد. زیرا امکان بر هم زدن عقد، تا زمانی که واقعیت خارجی پیدا نکرده و احراز نشده است، در آثار آن و از جمله انتقال مالکیت اثر ندارد؛ به خصوص که فسخ، ناظر به آینده است و از اعتبار آن چه از زمان عقد به همراه عقد رخ نموده، نمی‌کاهد.

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

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

مثلاً (در ماده ۴۱۰ و ۲۳۵ ق.م.) که خیار تخلف از وصف را بیان می‌کند؛ اگر کسی یک تخته قالی بخرد به تصور این که بافت کاشان است و پس از معامله معلوم شود که قالی بافت تبریز است، در صورتی که وصف بافت کاشان در معامله صریحاً یا ضمناً شرط یا قید

شده باشد، معامله از جانب خریدار قابل فسخ است نه باطل یا غیرنافذ. زیرا معامله صحیح است و خریدار می‌تواند به استناد اصل لزوم قرارداد، بایع را به انجام مفاد عقد، یعنی تحویل یک تخته قالی بافت کاشان مجبور سازد. لیکن اگر او را ملزم نساخت و یا الزام تأثیری نداشت، می‌تواند به استناد اصالة اللزوم و عدم وفای به عهد (خیار تخلف از وصف)، خریدار اقدام به فسخ معامله نماید.

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

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

۱. بروجردی (عبده)، محمد، حقوق مدنی، کتابفروشی علمی، ۱۳۲۹، ص. ۱۱۶.

۲. مستنبط از مواد ۲۳۵ و ۴۱۰ و ۱۱۲۸ قانون مدنی ایران.

کند.^۱

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

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

۲ - وصف در قرارداد شرط شود.

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

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

۱. ماده ۴۳۶ ق.م.ا: اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد، به این که عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد، مشتری در صورت ظهور عیب حق رجوع به بایع نخواهد داشت و اگر بایع از عیب خاصی تبری کرده باشد فقط نسبت به همان عیب حق مراجعه ندارد.

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

حق حبس که برای یکی از متعاملین به علت عدم اجرای تعهد طرف دیگر شناخته شده است؛ هم چنین، *فسخ قرارداد*، در صورت عدم اجرای تعهد به وسیله یکی از متعاملین؛ و سقوط تعهد در موردی که اجرای تعهد طرف دیگر به علت قوه قاهره (فورس ماژور)، غیرممکن و متعذر می‌شود، همه این موارد، به علت فقدان جهت و یا پدید نیامدن جهت قرارداد می‌باشد که به دنبال آن، اصل لزوم نیز جاری نمی‌شود و یا در صورت جاری شدن اصل لزوم، به علت عدم اجرای تعهد در موارد خاص، جهت تعهد طرف دیگر قرارداد، حاصل نمی‌شود و لذا موجب عدم پایبندی طرف دیگر نسبت به تعهداتش را نیز فراهم می‌سازد.

از آثار و نتایج لزوم قرارداد و التزام به مفاد آن، این است که فسخ و اقاله فقط نسبت به قطع آثار عقد در آینده می‌باشد. ولی آن آثاری که قبل از فسخ و تفاسخ ایجاد شده است هم چنان بدون تعرض فسخ و تفاسخ (اقاله) پابرجاست و اصل لزوم بر آن سیطره دارد و برای مثال؛ اگر خریدار، خانه‌ای را خریده باشد و به مدت سه سال اجاره داده باشد، چنانچه قبل از فسخ یا اقاله عقد، اجاره واقع شده باشد، چون آثار مالکیت بر منافع، قبل از فسخ و اقاله ایجاد شده است، فاسخ، حق ممانعت مستأجر از انتفاع و استفاده از حق را نخواهد داشت. یعنی اقاله و فسخ به آثاری که پیش از آن به وجود آمده است، هیچ صدمه‌ای

نمی‌زند. بدین معنا که اجاره باقی می‌ماند و مالکیت عین در آینده به فروشنده باز می‌گردد و مالکیت خریدار و حق طلبکار نیز محترم می‌ماند و با اقاله از بین نمی‌رود. البته چون تأثیر انحلال عقد در آینده از قواعد آمره نمی‌باشد و با نظم عمومی ارتباط ندارد، دو طرف می‌توانند با تراضی، اثر انحلال را به گذشته نیز سرایت دهند. برای مثال؛ در قراردادی که یک مؤسسه صنعتی با کارگر متخصص می‌بندد، ممکن است شرط شود که کارگر حق ندارد تا چند سال در کارگاه‌های رقیب کارفرما، کار کند وگرنه کارفرما، حق فسخ قرارداد و مطالبه دستمزدهای پرداخته شده را دارد.

حال که قائل به اصل لزوم در قراردادها شدیم چگونه می‌شود اختیارات را با این اصل توجیه نمود. مبنای اصلی اختیارات غالباً یکی از دو اصل «حکومت اراده» و «لاضرر» است مگر این که مبنای دیگری احراز شود. این مطلب را اکثر حقوق‌دانان از جمله دکتر ناصر کاتوزیان و دکتر سیدحسن امامی و فقها قائل‌اند. البته فرق نمی‌کند که مبنای اختیار «حکومت اراده» باشد و یا «لاضرر»؛ هر دو مبنای تأکیدی بر اصل لزوم قرارداد می‌باشند. با این بیان که در حکومت اراده، طرفین تا زمانی که موعد اعمال اختیار نرسیده است، ملزم هستند؛ زیرا طرفین آن‌طور خواسته‌اند و زمانی که موعد اعمال اختیار فرا رسیده باز حکومت اراده و تراضی طرفین مبنای اعمال اختیار است. فلذا کسی که اختیار، علیه او شرط شده است نمی‌تواند از آن سرباز زند و معترض باشد. در صورتی هم که «لاضرر» مبنای اعمال اختیار باشد نیز همین استدلال جاری است که التزام و پای‌بندی به عقد و مفاد آن تا زمانی است که قاعده لاضرر با مفاد و مدلول عقد، تعارض پیدا نکند. یعنی، چنانچه اصل لزوم با قاعده لاضرر تعارض داشته باشد، اصل لزوم جاری نمی‌شود. البته در بعضی مواقع نیز قاعده لاضرر بر قاعده اصالة اللزوم در قرارداد بی‌تأثیر می‌ماند و آن در حالی است که «اگر بایع از عیوب مبیع تبزی کرده باشد به این که عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد، مشتری در صورت ظهور عیب، حق رجوع به بایع نخواهد داشت و اگر بایع از

عیب خاصی تبزی کرده باشد فقط نسبت به همان عیب حق مراجعه ندارد.^۱ در ماده فوق فروشنده اعلام می‌کند که ضمان ناشی از عیب را به‌عهده نمی‌گیرد یا مبیع را با تمام عیوب احتمالی آن می‌فروشد، نه بر مبنای سلامت آن. در این صورت، طبق قاعده اقدام، مسؤولیت خوب و بد کالا به‌عهده خریدار است؛ پس اگر عیبی در آن ظاهر شد مانند آن است که او از آن عیب آگاه بوده است. فلذا نمی‌تواند قرارداد را به اعتبار وجود عیب فسخ نماید و یا از بابت آن عیب، حتی مطالبه ارجش نماید. یعنی، در صورت شرط تبزی از عیب توسط بایع و قبول خریدار، قاعده اقدام بر قاعده لاضرر حاکم می‌شود و اصل لزوم بدون تعارض بر حکومت خویش و جریان و سریان خویش می‌ماند.

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

معاملات صوری، هیچ‌گونه تعهدی بار نمی‌کند. فلذا طرفین این عقد نیز نه التزامی دارند و نه پای‌بند به آن خواهند بود. زیرا؛ این‌گونه معاملات به استناد ماده ۱۹۶ و ۴۶۳ و ۶۵ و نیز ماده ۲۱۸ و ۲۱۸ مکرر ق.م. و مطابق اصل ۴۰ ق.ا. کشورمان از مصادیق سوء

۱. ماده ۴۳۶ ق.م.

استفاده از حق شمرده می‌شود. به بیان دیگر، معاملات صوری، شرایط صحت معامله را واجد نمی‌باشند. فلذا، اصالة الصحة بر آن بار نمی‌شود و از آن جا که اصالة اللزوم، منوط به صحت معامله می‌باشد، اصالة اللزوم نیز جاری نمی‌شود.

از مواردی که در قانون مدنی اصل لزوم و صحت حاکم است ماده ۷۶۲ ق.م. است؛ «اگر در طرف مصالحه و یا در مورد صلح اشتباهی واقع شده باشد، صلح، باطل است». این ماده حاوی اصل لزوم و صحت است. زیرا مدعی اشتباه باید ثابت نماید و تا اشتباه ثابت نشده است، صلح، صحیح است و طرفین پای‌بند به تعهدات خویش‌اند و اصل لزوم، جاری است. و در مواد ۳۴۴، ۴۹۰، ۲۲۷ و ۷۲۰ ق.م. که در خصوص مسؤلیت قراردادی کسی که نقض تعهد می‌کند و به تعهد خود عمل نمی‌نماید، مستلزم لزوم قرارداد در آن موارد بوده که در صورت عهدشکنی یکی از طرفین عقد، موجب مسؤلیت وی می‌شود. چرا که اگر قرارداد و عمل به تعهد و شرط لازم نبود و طرفین پای‌بند به مفاد توافق خویش نمی‌بودند، دلیلی برای فرض مسؤلیت قراردادی برای عهدشکنی باقی نمی‌ماند. پس، فرض قانون‌گذار؛ اولاً و بالذات بر لزوم و ثانیاً و بالعرض، مسؤلیت قراردادی ناشی از عهدشکنی بوده است.

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

دکتر سیدحسین صفایی در توضیح^۱ ماده ۲۲۹ ق.م. تبیین می‌کنند که آثار فورس ماژور در یکی از سه چیز است:

۱ - موجب سقوط تعهد می‌شود.

۲ - موجب انحلال قرارداد می‌شود.

۳ - موجب تعلیق قرارداد می‌شود.

۱. صفایی، همان، ص. ۴۰۸.

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

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

البته در تعهدات دو تعهدی یا ملزم‌الطرفینی که در آن‌ها همان طوری که قبلاً گفته شد، تعهد یک‌طرف، جهت تعهد دیگری است، هر گاه تعهد یک‌طرف به علت فورس ماژور ساقط شود، تعهد طرف دیگر نیز ساقط می‌شود و قرارداد منحل خواهد شد. همبستگی تعهدات در قراردادهای فوق‌الذکر، مستلزم این نتیجه است. زیرا بقای تعهد یکی از طرفین با وجود سقوط تعهد طرف دیگر به علت فورس ماژور با ماهیت این‌گونه قراردادهای و اراده طرفین مبیانت دارد و به هیچ‌وجه قابل دفاع نیست. البته پس از انحلال قرارداد، در صورتی که یک‌طرف قرارداد پرداخت‌هایی بیش از آن‌چه دریافت کرده، انجام داده باشد، یعنی، پیش‌پرداختی انجام داده و کالایی در ازای آن تحویل نگرفته باشد، براساس اصل استفاده بلاجهت و یا دارا شدن غیرعادلانه،^۲ به تعبیر دیگران، قابل استرداد است.

البته چون از آثار فورس ماژور این است که متعهد از مسؤولیت معاف می‌شود؛ در مواردی که به علت فورس ماژور، قرارداد اجرا نشده یا به تأخیر بیفتد، متعهد نمی‌تواند بدین سبب مطالبه خسارت نماید؛ زیرا فورس ماژور، لزوم قرارداد را رفع می‌کند. رأی شماره

۱. همان، ص. ۴۱۵.

۲. همان، ص. ۴۰۱ (به نقل از حقوق انگلستان).

۲ - ۴۹ - ۲۴ مورخ ۵ مردادماه ۱۳۶۲ دیوان داورى دعاوى ايران و آمريكا نيز، مؤيد همين مطلب است.^۱

ج - معنای «عقد»

ماده ۱۸۳ ق.م. عقد را چنین توصیف می‌کند: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد».

به‌رغم ایرادی که بر ماده فوق‌الذکر وارد است، این که تعریف عقد جامع نمی‌باشد و فقط عقود عهده‌ی را شامل می‌شود، چنین استنباط می‌شود که واژه عقد، واژه‌ای است که افاده‌ی عموم می‌کند و هرگونه عقدی را شامل می‌شود. زیرا در این قسمت ماده بیان می‌کند: «... یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». این تعریف، اثر عقد را تعهد یا تعهداتی که بین طرفین عقد ایجاد می‌شود، بیان کرده است که لازمه تعهد نیز، پای‌بندی به آن می‌باشد. پس هر عقدی که ایجاد تعهد کند، مشمول این ماده می‌شود و تعریف عقد، شامل آن می‌شود؛ خواه آن عقد با صیغه خاص و شرایط ویژه منعقد شده باشد، خواه با داد و ستد (معاطات)، عملاً، طرفین ایجاد تعهد برای یکدیگر نمایند که این الزام، به حاکمیت اراده برمی‌گردد و ماده ۲۲۴ ق.م. نیز که بیان می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معنای عرفیه»، برداشت فوق از عقد را می‌رساند. زیرا این ماده بیان می‌کند که الفاظ عقود را باید با توجه به معنای عرفیه آن‌ها تفسیر نمود، نه معنای که حقیقت شرعیه دارند و خود لفظ عقد نیز از این قاعده و ماده مستثنا نمی‌باشد و همان‌طوری که پیش از این بیان شد، معنای عقد نیز چون حقیقت شرعیه ندارد و قبل از شرع مقدس اسلام نیز در میان عقلا مورد استفاده بوده است و عقلا معاطات و داد و ستد را نیز سبب ایجاد تعهد می‌دانسته‌اند؛ فلذا از بنای عقلا و خردمندان نیز می‌توان استنباط نمود که لفظ عقد، عام است و ماده فوق‌الذکر نیز امضایی بر بنای عقلا در معاطات و تعاطی آن‌ها است.

ماده ۱۰ ق.م. نیز بی‌تردید، اعتبار قراردادهایی را که دارای الگوی عقود معین نیستند و

۱. در این که موارد و مصادیق فورس ماژور چه چیزی می‌باشد، علاقه‌مندان می‌توانند به مقاله دکتر حسین صفایی، در این خصوص، در کتاب «مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی» رجوع نمایند.

مخالفتی با موازین قانونی ندارند، بیان می‌کند و عنوان عقد بر قراردادهای نامعین هم شامل می‌شود.

رأی شماره ۱۰۶۴-۷۵۷ مورخ ۲۲ آبان ۱۳۰۷ دیوان عالی کشور: «لیره در معاملات تجارتي و برواتي، منصرف به لیره رایج هر محل و اوراق نقدی است که غالباً قیمتش در تغییر...»^۱

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

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

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

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

۱. بروجردی (عبده)، اصول حقوقی دیوان عالی تمییز تا ۱۳۱۰، ش. ۵۳۶، ص. ۱۶۴.

۲. همان، ج. ۲، ص. ۸۳.

ماده ۱۱۲۸ ق.م.ا^۱ نیز مؤید همین مطلب است که شمول عقد بر شرط، اعم از شرط مندرج در عقد و شروطی است که در عقد تصریح نشده ولی عقد متبانیاً بر آن واقع می‌شود.

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

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

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

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

فلذا پیش قرارداد یا وعده قراردادهای دو طرفی، پیمانی است الزام آور و نباید آن را با وعده اخلاقی ساده یا ایجاب ساده و قابل رجوع اشتباه کرد. فقط «وعده نکاح» را

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

قانون گذار الزام آور نمی‌داند تا مانعی برای تصمیم گرفتن آزاد زن و شوهر تا آخرین لحظه نشود و خانواده با رغبت کامل بنا نهاده شود نه اجبار (ماده ۱۰۳۵ ق.م.ا). اثر پیش قرارداد (قولنامه) به طور معمول ایجاد دینی است که در صورت اجرا شدن، به انعقاد پیمان اصلی و ایجاد اثر ویژه آن می‌انجامد. مثلاً اگر موضوع قولنامه خرید و فروش و تملیک باشد، حق عینی با امضای آن انتقال نمی‌یابد و بیع محقق نمی‌شود.

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

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

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

البته ماده ۱۰ ق.م.ا بیانگر اصل مهم دیگری نیز می‌باشد و آن اصل آزادی در قراردادهای و اصل حاکمیت اراده است. این اصل در میان حقوق دانان اسلامی نیز وجود دارد. البته در خصوص ماده ۱۰ ق.م.ا بعضی از حقوق دانان قائل اند که مفاد ماده، مستند به اصل حاکمیت اراده است و اصل حاکمیت اراده نیز از حقوق فرانسسه اقتباس شده و قبل از

تصویب این ماده، در نظام حقوقی ایران وجود نداشته است بلکه به تبعیت از عده‌ای فقهای امامیه، قرارداد منعقد، وقتی معتبر بود که در قالب عقود معین تنظیم می‌گردید و اگر قراردادی تحت نام عقد معین به وجود نمی‌آمد، ارزش و اعتباری نداشت. در نتیجه، سعی می‌شد که قراردادهای بی‌نام در قالب عقد صلح در آید ولی با تصویب ماده ۱۰ ق.م. این مشکل مرتفع شد.

عده‌ای دیگر، معتقدند که این تصور که در فقه و اسلام آزادی در قراردادها وجود ندارد، تصور صحیحی نیست بلکه برعکس در اسلام و حقوق اسلامی استقلال اراده وجود دارد. زیرا مشهور فقهاست که «العقود تابعة للقصود» و حقوق ایران نیز از این سابقه بهره گرفته است و برای اثبات مطلب به نظر صاحب کتاب «جامع الشتات» اشاره می‌کنند؛^۱ «در جواز معاوضه و معاطات، دلیل نمی‌خواهد. چون اصل، براءت است نه اباحه. عدم ورود منع، کافی است در جواز...» و اضافه می‌کنند که در نزد اکثر فقها، هر معامله یا معاوضه و یا هر عقدی درست است و درست بودن معاوضات، علی‌الاطلاق، دلیل، لازم ندارد و همین قدر که منع قانونی و شرعی وجود نداشته باشد، برای صحت معاملات و معاوضات کفایت می‌کند. بنابراین ماده ۱۰ ق.م. ایران به عقیده این عده، در حقیقت بیانگر فکر صاحب جامع الشتات است.

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

برای مثال ظهنویسی اسناد تجاری (برات، سفته، چک) نیز، از مصادیق قرارداد

۱. امامی، اسدا...، نقش اراده در قراردادها، فصلنامه حق، مرکز مطالعات حقوقی و قضایی وزارت دادگستری، اسفند ۱۳۶۴.

می‌باشند؛ زیرا ظهرنویس بایستی تمام شرایط صحت قرارداد اعم از قصد و رضا و اهلیت و... را دارا باشد و اگر ظهرنویسی مثلاً اهلیت نداشته باشد، آن ظهرنویسی بلااثر است و قرارداد، باطل تلقی می‌شود.

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

البته در مفاد ماده ۶۹۱ ق.م. «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است» بحث است. زیرا بعضی فقها، ضمان دینی را که سبب آن ایجاد نشده است، صحیح دانسته و اعلام می‌کنند که عمومات (اوفوا بالعقود و...) آن‌ها را شامل می‌شود و صحت آن را اقتضا دارد. اگرچه این گونه قراردادهای، ضمان مصطلح نباشند بلکه مشمول ماده ۱۰ ق.م. خواهند بود.^۱ معامله در صورت داشتن شرایط صحت معامله مطابق ماده ۱۹۰ ق.م.، مشمول ماده ۱۰ ق.م. می‌شود و حکم به اعتبار و جریان اصالة اللزوم بر آن می‌شود. مطلب فوق را رأی شماره ۲۲/۴۱۱۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز تأیید می‌کند.^۲

و در ماده ۳۳۹ ق.م. در قسمت آخر آن، بیان می‌دارد؛ «ممکن است بیع به دادوستد نیز واقع گردد» یعنی ضرورتی ندارد که وسیله بیان اراده، لفظ باشد. یعنی قانون مدنی برخلاف نظر بعضی فقها پذیرفته است که بیع با داد و ستد می‌تواند انجام پذیرد. بنابراین در مواردی که قیمت کالایی معین است و خریدار از اوصاف مبیع اطلاع دارد، ممکن است بدون هیچ گفت‌وگویی مبیع با پول مبادله شود. مانند فروش سیگار و کبریت و خرید و فروش به وسیله دستگاه و ماشین‌های خودکار و... که بر همگی معاطات اطلاق می‌شود و یا در

۱. صفایی، همان، ص. ۸۹.

۲. همان، ص. ۲۷.

انتقال حق خیار، حق تحجیر و حق انشعاب آب، برق، تلفن و مانند آن که هیچ کدام از آنها را نمی‌توان از مصادیق بیع یا اجاره دانست بلکه همگی آنها تابع ضوابط و قواعد عمومی قراردادها است و مشمول ماده ۱۰ ق.م. است. زیرا حق تألیف و حق سرقتی و مالکیت علائم صنعتی و تجاری نمی‌توانند مشمول ضوابط و شرایط بیع و اجاره باشند. چرا که آنها فقط در عالم اعتبار وجود دارند و در خارج، عینیت ندارند تا به تدریج قابل انتفاع باشند. فلذا عین نیستند تا تملیک عینی شوند و منافع نیز می‌باشند تا تملیک منفعت صادق باشد. فلذا فقط مشمول ماده ۱۰ ق.م. می‌تواند باشد و تعهدات آنها نیز مطابق اصل حاکمیت اراده و ماده ۲۱۹ ق.م. لازم‌الاتباع است مگر خلاف آن ثابت شود. پس انتقال حقوق (حق تحجیر و سایر حقوق که مثال آنها زده شد) همگی مشمول عنوان عقد نیز می‌شوند. چرا که منشأ تعهد و التزام بوده و مخالف قوانین آمره نیز نمی‌باشند.

پیش‌قرارداد (قولنامه) نیز که مورد معامله آن، انشای یک عمل حقوقی است نیز، تحت هیچ یک از عناوین عقود معین قرار نمی‌گیرد. زیرا پیش‌قرارداد، بیع نمی‌باشد و پیش‌قرارداد اجاره، اجاره نمی‌باشد. بلکه تعهد به انشای عقد بیع و یا تعهد به انشای عقد اجاره می‌باشد و از آن جا که مورد معامله، مطابق ماده ۲۱۴ ق.م. که بیان می‌کند «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند» نظر به این که عمل، اعم از عمل حقوقی و عمل مادی است؛ فلذا، پیش‌قرارداد از لحاظ حقوقی معتبر است و مشمول ماده ۱۰ ق.م. است و مطابق ماده ۲۱۹ ق.م. لازم‌الاتباع است و اصل لزوم بر آن جاری است.

از ماده ۲۱۹ ق.م. استنباط می‌شود علاوه بر تأکید و تصریح در بیانات فقها، جریان اصالة‌اللزوم در عقود و قراردادها منوط به صحت قرارداد و جریان اصالة‌الصحة در قرارداد می‌باشد؛ زیرا که بیان می‌دارد «عقودی که بر طبق قانون وضع شده باشد... لازم‌الاتباع است...» و قانون مدنی در ماده ۱۹۰ و ۱۹۱ شرایط صحت معاملات را (مطلق معاملات که شامل عقود معین و غیرمعین نیز می‌شود) بر شمرده است. بنابراین، عقود که مطابق ماده ۱۰ ق.م. منعقد می‌شوند، باید تمامی شرایط صحت معامله مندرج در مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ ق.م. را دارا

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

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

البته عرف و عادت یا لوازم عرفی عقد، نوعی شرط ضمنی است که اعتبار خود را از تراضی طرفین عقد می‌گیرد و همانند شرط صریح سبب ایجاد خیار فسخ می‌شود. یعنی، بنای عرف جزو مفاد عقد و در حکم شرط صریح است. همان‌طوری که ماده ۳۵۶ ق.م. راجع به حکومت عرف نسبت به تعیین اجزا و توابع مبیع می‌گوید: «... اگر چه متعاملین

جاهل به عرف باشند...» و به قول بعضی از مؤلفین «المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً»^۱ و در بعضی مواقع، در قانون تصریح شده است که مخالفت با عرف نیاز به تصریح دارد (مواد ۳۵۷ و ۳۵۹ ق.م.ا) که دکتر کاتوزیان در بیان تعلیل تشریح این مواد می‌گویند: «دلیل نیاز به تصریح این است که حکم عرف با اصل عدم نیز همراه است و اثبات خلاف آن باید به تراضی صریح باشد».^۲

و یا ایشان در جای دیگر یادآور می‌شوند: «مؤلفان حقوق در توجیه ماده ۲۲۵ ق.م.ا می‌گویند: هرگاه طرفین برخلاف امور متعارف تراضی نکنند، ظاهر این است که خواسته‌اند عرف را گردن نهند».

پس ملاحظه شد که عرف و عادت و لوازم عرفی و شرط ضمن عقد نیز در زمره مفاد عقد محسوب است و مشمول اصل لزوم قراردادهای می‌شوند؛ مادامی که خلاف آن‌ها ثابت نشده است. البته شیخ انصاری نیز در مورد لوازم عرفی عقد چنین می‌فرماید: «الصفات المبني عليها في حكم الصفات المشروطة فهي من قبيل تخلف الشرط و توهم ان الشروط اذا لم تذكر في متن العقد لا عبره بها... مدفوع»^۳ و همان طوری که بیان شد، در وضع ماده ۳۵۶ ق.م.ا نیز از نظر شیخ انصاری پیروی شده است.

نتیجه:

این قاعده تمامی قراردادهای اعم از قراردادهای معهود و معین که در فقه دارای شرایط و ارکان و عناصر خاصی است و قراردادهای نامعین یا بی‌نام که در فقه عنوان خاصی ندارند را دربرمی‌گیرد. مواد ۱۰ و ۲۱۹ ق.م.ا نیز که بیانگر اعتبار و لزوم تمامی قراردادهایی است که مخالف قانون نباشد، صرفاً جهت اعتبار و لزوم تمامی قراردادهایی است که شرایط صحت را واجد هستند. فلذا اصالة اللزوم در جایی صرفاً جاری می‌شود که قرارداد تمامی ارکان و عناصر صحت قرارداد را دربرداشته باشد؛ یعنی قبلاً اصالة الصحة بر آن حکومت

۱. کاتوزیان، کلیات حقوق، ج. ۲، ص. ۲۴۶.

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۳، شرکت سهامی انتشار، ج. ۲، ۱۳۷۶، ص. ۵۵.

۳. انصاری، همان، ص. ۱۹۸.

داشته باشند. بنابراین، جایی که صحت و اعتبار قرارداد محرز شد، ماده ۲۱۹ ق.م. و قاعده اصالةاللزوم بر آن جاری می‌شود و آن قرارداد را لازم‌الاتباع می‌دانیم. البته مادامی که دلیل خاصی آن را از این قاعده مستثنا نکرده باشد.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی