

## ماهیت حق فسخ در عقود جایز با محوریت عقد وکالت

محمد رشیدی<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری حقوق خصوصی - دانشگاه آزاد واحد مراغه

### چکیده

ماهیت حق فسخ در عقد جایز ایقاعی است دو طرفه، که طرفین قرارداد می توانند بدون هیچ دلیلی رأساً با اعمال آن خود را از تعهدات قرارداد برهانند. اما محور اصلی بحث مقاله این است که التزام متعهد و ایجاد حق برای طرف مقابل به سادگی قابل عدول نبوده یا چنانچه یکی از طرفین یا هر دوی آنها بخواهند حق فسخ خود را اسقاط نمایند در قالب شرط نتیجه و شرط فعل قابل بررسی است و امکان اشتراط آن در خود عقد جایز یا ضمن عقد لازم دیگری وجود دارد. چون بررسی شرط بدون شروط و تابع بدون متبوع استحاله ذهنی دارد. لاجرم، تحلیل عقد وکالت در این زمینه مفید فایده بوده ضمن تلازم عقلی به عنوان تکیه گاه و مبتلا به، مورد تحقیق قرار گرفته و آثار شرط در بطن آن بررسی شده است. این پژوهش با شیوه مروری-تحلیلی سعی در تدوین موضوعات مرتبط داشته تا ضمن بیان نتایج حاصله به نتیجه گیری مطلوب هم دست یابد.

**واژه‌های کلیدی:** اسقاط حق فسخ، عقد جایز، ایقاع، شرط ضمن عقد

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## مقدمه

در نوشتن این مقاله سعی شده است کلمات تشکیل دهنده عنوان مقاله به صورت جداگانه بررسی شود. تا بتوان به نتیجه مطلوب از نوشتن مقاله رسید. لذا ضروری بود که دامنه عنوان مقاله گسترده شود. تا با تغلیظ تمهیدات و مقدمات و ورود از حاشیه گسترده شده موضوع به هسته اصلی عنوان رسیده در واقع بیان ماهیت حق فسخ در عقود جایز بدون توسعه مفهوم حق، فسخ، عقد و عقود جایز، ايقاع، شروط ضمن عقد، شرط نتیجه، شرط فعل، تعهدات، عقود اذنی و عهدی و بدون تدوین منابع مربوط و ارائه نظریات مختلف در مورد حق، آزادی اراده که مبنای اصلی اعمال حقوقی در تمام اعصار و امصار بوده است بی فایده می نمایاند. و آنچه از باب غلبه، عقد وکالت را به عنوان عقدی جایز به صورت شرط ضمن عقد برای اکتساب لزوم از عقد لازم اصلی مقرر می دارد. آیا داخل در عقد اذنی است یا عهدی؟ پاسخ به این پرسش نمایان می کند که قضاوت ما درباره عقد وکالت صواب گردد. آیا اسقاط حق فسخ در عقد جایز مستقلا و یا در قالب شرط ضمن عقد موجب لزوم آن می شود؟ آیا عوارض و وقایع ماده ۹۵۴ قانون مدنی بر اینگونه عقود تبعی بی تأثیر است و قیود احترازی مندرج در ماده اطلاق جواز عقد تبعی را زایل می کند؟ پاسخ به این سؤالات به طور صریح و بعضا ضمنی در لابه لای متون مقاله نهفته است و به ارتفاع ابهامات مخاطبان در این زمینه کمک می کند. با مطالعه کتب و مقاله بزرگان حقوق و همچنین سایت های معتبر مرتبط در زمینه عنوان مقاله مستقیما به موضوع تحقیق پرداخته که عناوین آن در کنابنامه نیز ذکر شده است. با روش کتابخانه ای و گردآوری اطلاعات مفید و متقن، اتیان انظار متنوع فقها و حقوقدانان تا حد امکان و قانون مدنی در زمینه مباحث عنده جد بلیغ شده است تا مخاطب بتواند پاسخ سؤالات ذهنی خود را دریابد. در لابه لای متن مقاله نیز بعضا برداشت نویسنده ذکر شده است در واقع با مرور منابع مذکوره و مذاقه در آن و یافتن ارتباط منطقی پژوهش با عنوان مقاله و بعضا تحلیل داده ها و متغیرها در راستای بسط عنوان مقاله با ایجاد یک تحقیق سه بعدی مروری - پژوهشی - تحلیلی همت شده و ضمن اعلام نتایج حاصله از تحقیق مامور به، آن مقدار نتیجه گیری نیز که در بضاعت اندک نویسنده بوده بعنوان ماتی به تتمه بحث ذکر شده است.

## فصل یکم - مفاهیم

## گفتار ۱ - مفهوم حق

حق<sup>۱</sup> یعنی سلطه<sup>۲</sup>، قدرت<sup>۳</sup>، امتیاز<sup>۴</sup>، اقتدار<sup>۵</sup>، توانایی<sup>۶</sup>، که قانون به افراد داده است. و دو قسم است.

<sup>۱</sup> - right

<sup>۲</sup> - dominate

<sup>۳</sup> - power

<sup>۴</sup> - advantage

<sup>۵</sup> - sovereignty

<sup>۶</sup> - capability

۱- حق مالی: به زبانی ساده یعنی مالی که داخل در دارایی اشخاص است. اموال همان دارایی است و حق مالی ایجاد شده به مال ربط پیدا می کند مثل حق مالکیت، حق فسخ و ....

۲- حق غیرمالی: این حق خارج از دارایی اشخاص است و به شخصیت آنها ارتباط دارد مثل حق ابوت، حق ولایت و سرپرستی و لازم به ذکر است که جدایی حق مالی از غیر مالی امری نسبی است.

حال خود حق مالی در این تقسیم بندی بر سه حقوق دیگر اطلاق پیدا می کند؛ حق عینی، حق دینی (تعهد)، حقوق معنوی (حق تالیف، سرقفلی، حق مالکیت صنعتی و تجاری، حق صاحبان سهم در شرکتها). اگرچه، تعهد را در شمار حق مالی یا حق غیر مالی قرار دهند بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد اما در نظریه عمومی تعهدات آن را یکی از عناصر دارایی به حساب می آورند و به عنوان یک مال با آن برخورد می کنند در واقع تعهد در زمره اموال مادی نیست و باید در زمره حقوق آن را آورد اگر هم تعهد به عنوان حق قلمداد شود دو جنبه خواهد داشت چون دارایی یک ارزش مالی است و از سوئی تعهدات یا یک مالی پیوند دارد یعنی همان رابطه اعتباری که شخص را به موضوع آن تعهد مربوط می سازد مثل حق مالکیت که یک حق مالی است که صاحب حق را به یک مال مادی مربوط می کند و همین رابطه موضوع علم حقوق قرار می گیرد و هیچ تفاوتی نمی کند که متعلق حق چه باشد (کالا، ذمه، کار، ابداع انسان) به روایتی ساده اصولاً واژه مال تعبیر عرفی از حقی (حق مالی) است که شخص بر شیء دارد. حق دینی هم که بی ارتباط با غوث عنوان مقاله نمی باشد تلمیحا به این معنی است که شخصی بر دیگری حقی دارد که انتقال یا تسلیم مالی یا انجام دادن کاری را از او بخواهد. یعنی طلبکار (صاحب حق) از طریق غیر مستقیم بر مال شخص دیگر تسلط پیدا می کند.

در نظریه شخصی حق<sup>۷</sup>، ماهیت حق عینی و دینی یکی است و هر دو سه رکن دارند طلبکار، مدیون، مال. مفهوم صلح پنهان تبلور این نظریه است که در برابر صاحب مال تمامی آحاد جامعه متعهد و موظف اند که سلطه شخص را بر مالش محترم شمارند و نامشروع بر مال مالک دست درازی نکنند. در حق عینی باور بر این است که مدیون حق عینی، تمام مردم اند. بخاطر این مال دست هر کس باشد می تواند به او رجوع کند یا در مقام استیفاء حق بر مال مدیون بر همه طلبکاران دیگر مدیون مقدم است. طبق این نظریه مالکیت هم جز تعهدات است. برای مثال پلانیول<sup>۸</sup> حق عینی را انکار می کند و آن را جز تعهدات می داند و بیان می کند که رابطه حق و تکلیف مختص انسان است نه اشیاء یعنی شیء متعهد فرض نمیشود و در برابر حق عینی، همه مردم ناچار به احترام هستند. اگر چه نظریه او را نقد کرده اند.

#### مبحث ۱- مفهوم تعهد (حق دینی)

در زبان حقوق کنونی تعهد به رابطه ای گفته می شود که جنبه مثبت (طلب) آن از دارایی طلبکار و جنبه منفی (دین) آن در دارایی بدهکار است. این رابطه حقوقی از رابطه بین اشخاص (طلبکار و مدیون) به رابطه دارایی این دو تبدیل می شود تعهد می تواند در قالب انجام دادن کاری (تعهد مثبت) باشد مثل اینکه مدیون عمل مادی یا انعقاد عمل حقوقی را به عهده بگیرد و تعهد مادی است که گاهی به صورت تعهد به نتیجه مثل تعهد به تسلیم مبیع و یا گاهی به صورت تعهد به وسیله یا همان تعهد به بعث و تلاش تعبیر می شود اما در مقابل آن تعهد به خودداری از انجام کار یا عمل حقوقی (تعهد منفی) قرار دارد. و اگر بین طلبکار و مدیون راجع به اجرای تعهد مثبت و منفی اختلاف حاصل شود مدعی در مقام مدیون باید ایفای تعهد را اثبات نماید و چنانچه تعهد عدم انجام کار باشد طلبکار به عنوان مدعی باید کند که متعهد آن کار را انجام

<sup>۷</sup> - کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، نشر میزان، چاپ سوم، بهار ۱۳۸۵

<sup>۸</sup> - نویسنده فرانسوی (Planiol)

نداده است. خود دین می تواند در دو حالت قابل تصور باشد یکی **دین پولی** که موضوع دین انتقال مقدار معینی ریال است و هدف اصلی این نوع دین دادن پول و موضوع تعهد هم انتقال پول می باشد و دیگری **دین تامین ارزش** که موضوع آن انجام کار، انتقال ارزش معین، حصول نتیجه معین که باید به وسیله پرداختن پول تامین شود به بیان دیگر در این نوع دین، پول وسیله اجرای تعهد است لذا موضوع این نوع تعهد انجام دادن کارمعین، مثل تامین نفقه زن، است که پول وسیله اجرای آن محسوب می شود و دادگاه پول را وسیله تامین معاش طلبکار می سازد جبران خسارت زیان دیده نیز از همین نوع است.

در تعریف دیگری از تعهد آمده است که رابطه حقوقی است که به موجب آن شخصی در برابر دیگری عهده دار انجام امری یا انتقال و تسلیم مال می شود خواه سبب آن تعهد، عقد باشد یا ایقاع یا الزام قهری (مسئولیت مدنی) فرقی نمی کند چرا چون ضمانت اجرائی دارد و می تواند از طریق دادگاه ضمانت اجرائی را اجرا نماید. طلب و دین (تعهد) دو روی یک سکه اند طلب یعنی پیدا کردن حق بر دیگری که در نظریه های نو در زمره اموال است (بند ۱ ماده ۲۹۲ قانون مدنی) و دین هم که همان تعهد و التزام است که شخصی ملتزم می شود (ماده ۲۹۰ قانون مدنی) مطابق ماده ۲۶۶ قانون مدنی اگر متعهد با اراده خود تعهد (حق دینی) خود را انجام دهد دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود اگر چه قاعده کلی مطابق ماده ۳۰۱ به بعد این است که اگر کسی به اشتباه چیزی را که مدیون آن نبوده بپردازد می تواند پس بگیرد.

نکته دیگر اینکه تعهد به معنی عام خود شکل حقوقی تمام روابط انسانی است در نظریه عمومی، تعهدات یعنی روابط حقوقی درباره اموال و در نظریه عام تر تعهدات را روابط حقوقی ویژه اموال و دارایی می دانند و حقوقدانان به چهره اقتصادی تعهد می نگرند و آن را در زمره اموال میدانند از این نظریه عام تر در حقوق تجارت، حقوق خصوصی و حتی حقوق اداری از معنی تعهد (چهره مال داشته باشد) بهره برده اند پس در این بحث مقصود از تعهد التزامی است که موضوع آن انتقال و انجام دادن کاری مربوط به روابط مالی باشد (ماده ۲۱۴ و ۲۱۵ ق. م.)

## مبحث ۲- ارکان تعهد

برای تحقق هر گونه تعهد چند رکن لازم است ۱- موضوع تعهد باید معلوم یا دست کم قابل تعیین باشد ۲- موضوع تعهد باید مقدور باشد ۳- وجود طلبکار (صاحب حق) یا متعهد (مدیون) ضروری است. آیا تعهد حتما باید بین دو طرف و با توافق صورت گیرد یا اگر کسی راساً خود را متعهد به امری کرد (با یک اراده) باز تعهد محسوب می شود و با دو طرفی بودن تعهد ارتباط دارد یا خیر؟ پاسخ این است وقتی می گویند تعهد رابطه حقوقی است بین طلبکار و مدیون منظور ارکان وجود تعهد است نه چگونگی ایجاد آن و اشتباه بین این دو مرحله ناشی از اختلاط در مفهوم عقد و تعهد در فقه است که باید از آن پرهیز کرد، جمع شده طلبکار و مدیون در یک شخص از این گونه اند.

## مبحث ۳- نظریه مادی تعهد

در این نظریه که توسط ژینوسار فرانسوی ارائه شده است انسان را از نگاه اقتصادی مطالعه و ارزیابی می کند در نتیجه «خود تعهد» موضوع داد و ستد<sup>۹</sup> قرار می گیرد همین که برای طلبکار تفاوت نمیکند بجای مدیون چه کسی تعهد او را می پردازد یا در صورت امتناع مدیون فشاری بر او وارد نمیشود بلکه بر دارایی او وارد می شود نشان از مادی بودن تعهد دارد. پس طلب در

<sup>۹</sup> -transaction

مفهوم نوعی خود ارزشی جدا از شخصیت طرفین پیدا می کند که در دارایی طلبکار جنبه مثبت و در دارایی بدهکار جنبه منفی دارد در نتیجه امکان انتقال دین و طلب مثل اموال وجود دارد و بر این مبنا تعهد به رابطه دو دارایی تعبیر می شود و قرارداد را در زمره وقایع حقوقی قرار می دهد. همچنین ایشان بیان می کند که در حقوق عینی صاحب حق، حق تعقیب و تقدم دارد یعنی با داشتن این حق در مقابل دیگران استناد میکند یعنی از حق عینی خود به عنوان یک برگه سند در مقابل دیگران استفاده می کند و چون تفاوتی بین حق عینی و دینی نیست در حق دینی هم اینگونه است که رابطه الزام آور متعاهدین توسط دیگران قابل مخاطره نیست و طلب هم قابل تملک و موضوع مالکیت طلب همان ارزش اقتصادی طلب است این نظریه اگرچه مورد انتقاد است اما پیروانی دارد و گره گشای بسیاری از دشواریهای سنتی و توجیه کننده پاره ای از قوانین است.

#### مبحث ۴- نقد نظریه مادی تعهد

در حقوق دینی بر خلاف نظریه فوق شخصیت مدیون در اجرای حق اهمیت دارد مثل دادن یک خودرو برای تعمیر توسط یک تعمیرکار مشهور معین، در حقوق عینی اختیار فروش مال با طلبکار (مالک فی الذمه) است که حق عینی دارد اما در حقوق دینی انتخاب مالی که باید به فروش برسد تا آخرین لحظه با بدهکار است پس نمی توان در حق دین گفت که اموال بدهکار وثیقه عمومی بدهکاری او می باشد. استناد به حق عینی برابر مردم اطلاق دارد اما استناد به تعهد تنها در برابر شخص که می خواهد به طلبکار خود برساند امکان دارد مثلا اگر شخصی با تبانی با بدهکار سعی کند اموال او را بخرد تا از دسترس طلبکار خارج شود طلبکار می تواند به استناد به تعهد مدیون در برابر او از خریدار که تبانی کرده بخواهد که مال را در اختیار او بگذارد. سوالی مطرح می شود از سوئی گفتیم که در حق دینی بدهکار مال خود را برای فروش انتخاب می کند و از سوی دیگر می گوئیم بدهکار حق ندارد مال خویش را به دیگری بفروشد این تعارض چگونه حل می شود؟ پاسخ این است که اگر مدیون، مستغرق باشد یعنی بیش از مال را نداشته باشد و کفاف بدهی خود را نکند حق فروش مال خود را ندارد اما اگر مدیون، مستوعب باشد یعنی مال او کفاف بدهی اش بنماید اشکال ندارد که مال خود را به دیگری بفروشد یعنی شرعا فروش مال توسط خودش جایز است و با فروش مال دیگر خود دین خود را ادا نماید.

#### مبحث ۵- منابع تعهد

**در حقوق کامن لا** طبق اصل آزادی انسان باید پای بند او به تعهدات را استثناء فرض کرد بخار این است که قرارداد، اسباب تعهد محسوب می شود نظریه اعلام اراده بر تراضی طرفینی برای ایجاد تعهد پیشی گرفته است. پاره ای از التزام های حقوق کنونی نیاز ندارد که حتما التزام یا تعهدی در برابر آن قرار گیرد در واقع هر التزام متکی بر عمل حقوقی یا انشاء متعهد است و کمترین اثر آن ملزم کردن متعهد از انجام یا عدم انجام کاری است به نظر کوربن<sup>۱۰</sup> نظریه التزام به اراده متعهد وسیله ی برای توجیه آرایبی است که تعهدی را بدون مبادله یا در برابر عوض معهود قرار گیرد الزام آور می شناسد یعنی کسی که با اراده خود التزام پیدا می کند با مانعی بر خورد می کند که نتواند از التزام خود سرباز زند و با این کار به طرف مقابل اضرار وارد می کند این مانع ارادی را *estoppel* می گویند که در حقوق ما معادل ایقاع می باشد یعنی در واقع التزام به اراده متعهد باید در

<sup>۱۰</sup> - Corbin

طرف مقابل اعتماد به التزام متعهد را بطور قاطع ایجاد نماید و عدالت حکم می کند که آن تعهد یک طرف اجرا شود و این شامل تعهد های تبرعی ناشی از احسان هم می شود و در مبادلات بازرگانی نیز قابل اعمال است. در حقوق کنونی آمریکا تعهدی الزام آور است که نسبت به اجرای آن اعتماد مشروع ایجاد شود و اجرای عدالت هم آن را بخواهد چه این تعهد ناشی از تراضی وئ مبادله باشد چه ناشی از اراده یک نفر در نوشته های حقوقی کمتر از عمل حقوقی و ایقاع صحبت شده اما نظریه پردازان علم حقوق و فلسفه حقوق از این دو مفهوم یاد کرده اند مثل پاند<sup>۱۱</sup> که اعمال را یکی از مفاهیم اصلی حقوقی می داند و این اعمال به جهت اراده اشخاص دارای آثار قانونی است بخار این است که قانون اراده را به رسمیت می شناسد و به آن معامله قانونی می گوید مفهومی معادل عمل حقوقی در حقوق ما و فرانسه یا پولوک<sup>۱۲</sup> از اصطلاح «عمل دو حقوق» برای بیان مفهوم عمل حقوقی بهره می گیرد.

نکته قابل توجه این است که در حقوق ایران ایقاع به عنوان منبع تعهد (حق مالی دینی) شناخته نشده است ولی عملا شخصی با اراده خویش بطور مستقیم خود را مدیون شخص دیگری قرار می دهد یا غیر مستقیم بواسطه سببی دینی را برای خود ایجاد می کند مثل تعهد بیمه گر در بیمه عمر .. در حقوق کنونی حق دین دارای دو چهره مادی و شخصی است چهره مادی آن دارای ارزش است و جزء دارایی محسوب می شود و چهره شخصی آن در رابطه بین دو شخص صورت می پذیرد.<sup>۱۳</sup>

## گفتار ۲- آثار و ویژگی های حق

آثار و ویژگی های حق از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی قابل پردازش و بررسی است.<sup>۱۴</sup>

### مبحث ۱- از دیدگاه فقه امامیه

مشهور فقهای امامیه در مقایسه حق با حکم سه ویژگی برای حق شناسائی کرده اند ۱- اسقاط پذیری ۲- نقل پذیری ۳- انتقال پذیری تشخیص حق از حکم امری کاربردی است شناخت ماهیت حق از طریق تبیین و تحلیل عناصر ماهوی آن است محقق داماد نیز یک ویژگی چهارمی را برای حق لحاظ کرده اند به نام «امکان تعهد به سلب حق» که همان اسقاط حق مشهور فقها می گویند (شهید اول و شهید ثانی) چون اسقاط حق از جمله ایقاعات و به قبول طرف دیگر ارتباط ندارد و در ادبیات حقوقی به آن زوال حق می گویند بر این مبنا می توان اعمال حق را نیز در عقد جایز یک ایقاع یک طرفه نامید چرا که به توافق طرفین احتیاجی ندارد. محقق نائینی درباره حقیقت حق می گوید حقیقت حق عبارت از سلطنت برشی است و اینکه زمام شیء به دست صاحب حق باشد به گونه ای که قدرت بر اعمال و اسقاط را داشته باشد. این معنای حق همان مقتضای حق است و می توان آن را به عنوان دلیل مستقلی ارائه نمود. اسقاط پذیری حق مورد پذیرش فقهای متأخر و متقدم می باشد.

<sup>۱۱</sup> - Pound

<sup>۱۲</sup> - Pollock

<sup>۱۳</sup> - پیشین

<sup>۱۴</sup> - فروغی، علیرضا، مقاله، آثار و ویژگی های حق .... مجله علمی پژوهشی الهیات و علوم انسانی، برگرفته از سایت [clk.journals.pnu.ac.ir/article۱۸۲](http://clk.journals.pnu.ac.ir/article۱۸۲)

## مبحث ۲- از دیدگاه قانون مدنی

قانون مدنی نیز چون برگرفته از فقه امامیه است در مفهوم حق نیز با کمی تلطیف همان رویه و مفهوم را در خصوص حق پیش رفته است و مطابق ماده ۹۵۹ مقرر کرده است که هیچ کس حق ندارد حق کلی را اسقاط کند اما اسقاط حق جزئی را تأیید می کند در بحث خیارات نیز بسته به نوع عقد اختیار تام در اعمال یا اسقاط حق مشروع را جایز دانسته و در صورت ورود ضرر از انعقاد قرار داد ها ، می تواند از حقی که در قالب خیار به وی اعطا شده برای دفع ضرر اقدام نماید.

## مبحث ۳- نظریه حاکمیت اراده و نتایج آن

بین افراد و مکاتب مختلف این بحث وجود دارد که چه مبنائی وجود دارد که قانون شخصی را مدیون دیگری می شناسد لذا پیروان اصالت فرد<sup>۱۵</sup> و پیروان اصالت اجماع<sup>۱۶</sup> پیروان میانه راه حل های گوناگون ارائه کرده اند.

نظر فرد گرایان اینها اجتماع را وسیله ی برای رسیدن به حقوق فرد می دانند این نظر می گوید همانگونه که اندیشیدن نشانه وجود است داشتن اراده نیز دلیل شخصیت انسان است بر پایه تعالیم افکار مسیح و کرامت و احترامی که حکیمان انسان گرا گفته اند نظریه حاکمیت اراده شکل گرفته است . این نظریه فلسفی ریشه هر تعهد و الزام را که بر انسان تحمیل می شود در حکومت اراده و خواسته او جستجو می کند نتایج حقوقی این نظریه حاکی از آن است که حقوق و تعهدات ناشی از اراده افراد است در اعمال حقوقی خصوصا قرار دادها اراده کاملا تاثیر گذار است و تراضی دو اراده نیز مورد حمایت قانون است در وقایع حقوقی هم ضمان افراد باز ناشی از اراده افراد است ( برخلاف آنکه می گویند ناشی از قانون است ) اراده مبنای مستقیم تعهد افراد است در قالب قانون متبلور شده و مبنای تعهد قراردادی می گیرد و البته مبنای غیر مستقیم تعهد ، قانون می شود قرارداد بر قانون مقدم است و قانون رضای مفروض طرفین را تفسیر می کند و جز در موارد استثنائی که نظم عمومی به خطر می افتد قانون امری تلقی نمی شود بلکه تکمیلی است و می توان خلاف آن تراضی کرد و در روابط کسانی که با هم توافق کرده اند عقد به منزله قانون است. اعمال ارادی همیشه عادلانه است و متعهد نمی تواند ادعا کند که بر خلاف عدالت به کاری ملتزم شده است زیرا آنچه بوجود آمده خواسته خود اوست . کانت فیلسوف آلمانی می گوید : وقتی شخصی راجه به دیگری تصمیم می گیرد ممکن است عدالت رعایت نشود ولی وقتی راجع به خود تصمیم می گیرد احتمال وقوع هیچ ظلمی نمی رود. از این اصل فلسفی نتیجه گیری می شود که دادرسی نمی تواند به بهانه تعدیل قراردادهای و دادگستری در آنها تجدیدنظر کند و دخالت مقنن هم جایز نیست این نظریه هم انتقاداتی دارد که مجال پرداختن به آن در این مقاله نیست. در زمینه اعمال حقوقی ، علم حقوق اراده فرد را وسیله حفظ منافع عمومی می داند بخاطر همین چنانچه از اراده استفاده مطلوب نشود قانون آن را مخالف نظم عمومی دانسته و منع می کند ماده ۹۷۵ ق . م لزوم قراردادهای خصوصی و آزادی اراده بدین لحاظ نیست که اراده اشخاص به خودی خود دارای ارزش حقوقی است قوانین بهترین وسیله تامین عدالت و حفظ منافع عمومی اند و عقود را که در اثر توافق دو اراده آزاد به وجود آمده است نافذ می شمردند. بحث حاکمیت اراده فقط در حقوق خصوصی و رابطه بین اشخاص مطرح می شود اگر مامور عمومی ( دولتی ) عمل حقوقی انجام می دهد منبع اعتبار کار او اراده او نیست بلکه قانون است و آثار کار او هم تابع قانون و مقررات عمومی است. ضرورتهای اجتماعی ، قواعد اخلاقی و مذهبی در الزامات

<sup>۱۵</sup> - the originality of individual (individualism)

<sup>۱۶</sup> - the originality of society (socialism)

خارج از قرارداد منبع اصلی تعهد اند و اراده اشخاص در ایجاد آن سهمی ندارد براین اساس است که قانون مدنی اسباب ایجاد تعهد را به دو گروه ۱- عقود و تعهدات و ۲- الزامات خارج از قرارداد تقسیم کرده است.<sup>۱۷</sup>

### گفتار ۳- مفهوم فسخ

فسخ یعنی پایان و اتمام هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از طرفین یا شخص ثالث و یکی از اسباب سقوط تعهدات است و در قانون مدنی به عنوان یکی از اسباب سقوط تعهدات از آن نامبرده نشده ولی بصورت پراکنده در موارد متعدد و در مواد گوناگون دیده می شود.<sup>۱۸</sup>

### مبحث ۱- ماهیت، مبنا، آثار و شرایط فسخ

فسخ انشایی یک طرفه است برای انحلال قرارداد و تعهد مثل ابراء، اعراض و نوعی ایقاع است مبنای فسخ ارادی یا قانونی است که در قالب حق به ذی حق داده شده است (یک یا هر دو طرف عقد یا شخص ثالث) حق فسخ می تواند در ضمن عقد، خارج از عقد قرارداد شود. خیار فسخ نوعی حق است و دارنده می تواند آن را اسقاط کند. اسقاط حق فسخ نیز مانند اعمال آن نوعی ایقاع است و نیاز به اراده انشائی دارد طبق ماده ۴۴۵ قانون مدنی حق فسخ می تواند از طریق قرارداد یا ارث منتقل شود. داشتن قصد، رضا، اهلیت و اسقاط حق فسخ هم مانند اعمال آن نیاز به اهلیت دارد طبق ماده ۴۴۹ و ۴۵۱ قانون مدنی فسخ به هر لفظ یا فعلی واقع می شود اسقاط حق فسخ هم لفظ خاصی نمی خواهد انجام عملی که نوعاً حاکی از قبول معامله باشد امضای معامله و اسقاط حق فسخ به حساب می آید.

فسخ عقد را از زمان انشاء موجب انحلال عقد می شود و این آثار فسخ است قانون مدنی صراحتاً راجع به آثار فسخ چیزی نگفته ولی می توان از ماده ۲۸۷ قانون مدنی در بحث اقاله و ماده ۴۵۹ قانون مدنی در بحث بیع شرط و ماده ۸۰۴ قانون مدنی با وحدت ملاک استخراج کرد راجع به منافع منفصل و متصل هم که مثل اقاله توضیح داده شد راجع به فسخ یک طرفه هم همین گونه است. اگر چه فسخ به گذشته راه ندارد اما رد معامله که نوعی فسخ است و توسط اصیل که بواسطه ناامیدی از مالک اعمال می شود به گذشته اثر می کند و از اساس معامله را باطل می گرداند.

### مبحث ۲- مفهوم حق فسخ

بطور کلی توانایی و اقتدار یک از متعاملین برای انحلال عقد را حق فسخ می گویند که این حق بواسطه قرار داد و یا قانون به ذی حق داده می شود تا بتواند با اعمال آن در مدن معینه قانونی یا از قبل توافق شده برای جلوگیری از ضرر و خسارت نسبت به انحلال عقد که مسبب اتیان ضرر می شود اقدام نماید این حق فسخ در عقد لازم تحت عنوان خیار قابل بررسی است که از موضوع بحث مقاله خارج است اما با توجه به ماهیت عقد جایز لفظ خیار برای فسخ عقد جایز قابل استعمال نبوده تنها به لفظ فسخ اکتفاء می شود و نظر به اینکه حق فسخ عقد جایز امری است ایقاعی که الزماً مبتنی بر ضرر نمی باشد بلکه هر وقت

<sup>۱۷</sup> - کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات

<sup>۱۸</sup> - شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، جلد پنجم، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۶



طرفین بخواهند می توانند آن عقد را منحل سازند. لذا باید ماهیت آن را از عقد جائز که موضوع مقاله می باشد مورد بررسی قرارداد.

از آنجائیکه فسخ در قانون و قرارداد به عنوان یک حق از آن یاد می شود و علت آن هم وجود ویژگی نقل و انتقال و اسقاط می باشد یا حکم فرق کرده و لذا بحث از اینکه حق فسخ حکم تلقی شود سالبه به انتفاء و خروج موضوعی دارد لذا به حق فسخ و ماهیت آن در عقد جایز اکتفا می شود

فسخ یک عمل حقوقی یک طرفه است که نیاز به تراضی ندارد و اراده یکی از دو طرف برای انجام آن کافی است.

### مبحث ۳ - چگونه می توان حق فسخ را ایجاد کرد؟

۱- بوسیله توافق طرفین می توان حق فسخ ایجاد کرد ۲- ایجاد حق فسخ ضمن عقد قرارداد خارج از آن

#### فصل دوم - مفهوم عقد جایز

در تعریف عربی عقد جایز آمده است: العقد الجائز یمكن لاحدهما نسخه دون رضا الاخر كالشركة والوكالة. وقد يعرض للعقد الجائز ما يجعله لازما و مثال ذلك الوكالة فهی فی الاصل جائزه. و انواع العقود من حيث اللزوم و عدمه ثلاثة اقسام: ۱- العقد اللازم من الطرفين: و هو ما كان لكل من المتعاقدين فسخه بدون رضی الاخر ۲- العقد الجائز من الطرفين: و هو ما كان لكل من المتعاقدين فسخه بدون رضی الاخر ۳- العقد الجائز من احد الطرفين، لازم من الطرف الاخر: و هو ما كان لاحدهما فسخه، دون الاخر<sup>۱۹</sup>

مطابق ماده ۱۸۶ قانون مدنی در تعریف عقد جایز آمده است که «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهند آن را فسخ کنند» طرفین عقد جایز می توانند هر زمان بدون هیچ سبب و تشریفاتی آن را منحل سازند وکالت ودیعه و عاریه مطابق قانون از جمله عقود جایزند در بیشتر موارد طرفین عقد جایز می توانند عقد را به لازم تبدیل نمایند اما چگونه؟ آنها می توانند با اسقاط حق فسخ خود ضمن عقد اصلی یا به موجب عقد مستقلی عقد جایز را به لازم تبدیل نمایند مثل ماده ۶۷۹ قانون مدنی در باب وکالت که مقنن مقرر کرده است «موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد» پس چنانچه عقد وکالت در ضمن عقد لازم بیاید وکالت لازم می شود یا حق عزل وکیل توسط موکل در ضمن عقد لازم شرط شود عقد وکالت لازم می شود یا حق استعفا وکیل در ضمن عقد لازم شرط شود عقد وکالت لازم می شود نتیجه این ملاک ها در عقد وکالت می توان برای عقود جایز دیگر نیز بهره برد و احکام آن را به دیگر عقود تسری داد نکته قابل توجه این است که مطابق ماده ۹۵۴ قانون مدنی عقد وکالت به فوت، جنون یا سفه منحل می شود و آثار حقوقی آن هم زایل می شود و با فوت موکل عقد منفسخ شده و چون آثاری از عقد نمی ماند ورثه موکل فوت شده نمی توانند مدعی قائم مقامی وی گردند در رهن مطابق ماده ۷۸۷ قانون مدنی عقد نسبت به رهن لازم و نسبت به مرتهن جایز می باشد لذا وی می تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم بزند

<sup>۱۹</sup> - islamiqa.info or Feghweb.com or ar.islamway.net islamiqa.info or Feghweb.com  
حسام الدین عفانه - دکترای فقه و اصول  
or ar.islamway.net

اما راهن نمی تواند مگر اینکه دین خود را به مرتهن ادا نموده یا به نحوی از انحاء به طریق قانونی از دین بری شده باشد تا بتواند مرهونه را مسترد دارد.<sup>۲۰</sup>

به نظر می رسد قبل ورود به حق فسخ و بحث راجع به آن باید ابتدائاً نسبت به توضیح و بحث و بررسی عقد جایز صحبت نمائیم<sup>۲۱</sup> عقد جایز عقدی است که در « هر کدام از طرفیت می توانند هر زمان که بخواهند بدون اینکه به دلیل یا هر گونه تشریفات خاصی نسبت به انحلال آن اقدام نمایند بعنوان مثال در عقد وکالت طرفین می توانند هر وقت بخواهند استعفا دهند و یا عزل شوند البته یا جایز بودن عقد به این معنی نیست که آنها بصورت دلخواه نسبت به انجام تعهدات اقدام کنند بلکه تا زمانی که عقد پابرجاست آنها باید مطابق آیه اوفوا بالعقود تعهدات قراردادی خود را انجام و بر آن ملتزم شوند و کهالت و کوتاهی در این زمینه نداشته باشند.

در عقد لازم اختیار فسخ در قالب حق فسخ باید سببی داشته باشد بدون آن سبب و دلیل نمی توان خود سر و در آنات زمان دارای آن حق شد و نسبت به اعمال آن اقدام کرد اما در عقد جایز تداوم و استمرار این جواز یعنی حق فسخ همیشگی است و احتیاج به پشتوانه و دلیل ندارد و به اختیار طرفین واگذار شده است .

جایز بودن عقد جایز به طرفین این اجازه را می دهد که بدون توافق<sup>۲۲</sup> همدیگر هر وقت بخواهند عقد را منحل نمایند علاوه بر آن چنانچه فوت و سفه و جنون بر هریک از طرفین عارض شود خود به خود عقد جایز را منفسخ می گرداند و نیاز به توافق ورثه یا طرف مقابل یا حکم قانون ندارد و اگر حکمی خم در خصوص انفساخ عقد جایز صادر شود جنبه اعلامی دارد و تاسیسی تلقی نمی گردد با توجه به محوریت عقد وکالت در بحث عقد جایز باید گفت که شرط عدم عزل وکیل توسط موکل و یا شرط عدم استعفای وکیل باید در ضمن عقد لازم خارجی<sup>۲۳</sup> ذکر شود تا به عقد وکالت ماهیت لازم بدهد البته باز نکته اینجاست که با عارض شدن فوت و سفه و جنون باز هم عقد وکالت ( جایز ) که متضمن عقد لازم آمده است .توان استحکام نداشته و متزلزل و منفسخ می گردد چرا که توان مقابله در برابر ورود عوارض مذکوره را ندارد لذا درج شرط بلا عزل بعنوان قیدی برای عقد وکالت تحت عنوان وکالت بلاعزل<sup>۲۴</sup> راجع به فوت ، جنون ، سفه فاقد اطلاق است و قید جنبه احترازی دارد.

### گفتار ۱- حق فسخ در عقد جایز و تفاوت آن با خیار شرط در عقد لازم

در حق فسخ در عقد جایز نیاز به اذن هیچکدام از طرفین عقد نیست نیازی به ورود ضرر الزما نمی باشد تنها اعمال اراده یک طرف کافی است که به حیات عقد جایز خاتمه دهد . اساساً نیازی به توافق ضمن عقد یا بعد از عقد هم ندارد و تنها یک اراده حاکمیت<sup>۲۵</sup> دارد این اراده که منبعت از تصور ذهنی فرد می باشد ایقاع نام دارد که می تواند بدون قبول طرف دیگر عقد را

<sup>۲۰</sup> - Mizanonline.com

<sup>۲۱</sup> - chetor.com

<sup>۲۲</sup> - agreement

<sup>۲۳</sup> - separated binding contract

<sup>۲۴</sup> - irrevocable mandate/ attoreny

<sup>۲۵</sup> -sovereignty

منحل سازد در خیار شرط در عقد لازم طرفین قبا از انعقاد عقد شرطی رابرای خود لحاظ می کنند و بر مبنای آن عقد را منعقد می سازند یا در ضمن گفتگو های عقد آن شرط که باید مقید به زمان باشد را برای خود لحاظ می کنند و اگر در مدت معینه میسر نشد عقد از حالت تزلزل خارج می شود در صورتیکه در حق فسخ عقد جایز این اعمال لازم نیست .

### مبحث ۱- رابطه حق فسخ با عقد جایز آیا تعامل است یا تقابل ؟

اگر چه در عقد لازم اختیار فسخ در قالب اختیارات قابل بررسی است و یک نوع آینده نگری و پیش گیری از ضرر بخاطر انعقاد عقد در آن قابل تصور است و قانون به متضرر یا هر دوی آنها در عقد اعطا کرده است اما باید بدانیم که حق فسخ در عقد جایز ناشی از اعطای این ویژگی توسط عقد به حق فسخ است یعنی بواسطه جایز بودن عقد جایز است که امکان تک ارادی حق فسخ بدون اشاره قانون و حتی شرط ضمنی توسط طرفین ایجاد می شود به بیان دیگر آیاجایز بودن عقد جایز این مسئولیت و این ویژگی را برای اراده تصور کرده است که بتواند یک طرفه فسخ بنماید یا این اراده اشخاص است که موجب انحلال عقد جایز می شود و ارتباطی به جایز بودن عقد جایز ندارد.

### مبحث ۲- تاثیر اراده در لزوم و جواز عقود

آیا لزوم و جواز مثل خود عقود تحت حاکمیت اراده طرفین اند ؟ پاسخ را از نگاه فقهای امامیه و حقوقدانها بررسی می کنیم با توجه به ماهیت لزوم و جواز عقود پاسخ مناسب داده شود و سپس با توجه به نظریه مختار قلمرو و اراده طرفین در لزوم و جواز مورد تاکید قرار می گیرد. عقد جایز در حدوث و بقاء نیازمند اراده طرفین است ولی در عقد لازم فقط در ایجاد اراده می خواهد و در بقاء نیازمند اراده نیست. عقد جایز از دو جهت تزلزل دارد یکی ارادی مطابق ماده ۱۸۶ قانون مدنی و دیگری غیر ارادی ماده ۹۵۴ قانون مدنی .

در بررسی و مشاهده متون حقوقی ماهیت و مبنای لزوم و جواز عقود از نگاه فقهای مثل علامه حلی مقتضای عقد است بعضی دیگر مثل محمد حسن نائینی آن را مقتضای اطلاق می داند بعضی حکم و برخی دیگر نیز آن ها را حق می خوانند. شیخ انصاری در مکاسب و محمد حسن نجفی در جواهر الکلام معروف به صاحب جواهر لزوم و جواز را خارج از عقد می دانند و آنها را حکم شرعی می پندارند در نتیجه شرط لزوم عقد یا شرط عدم امکان فسخ در ضمن عقد جایز را با شرع مخالف دانسته و باطل می دانند. امام خمینی ( ره ) لزوم و جواز مبتنی بر سیره عقلا و عرف می داند. برخی فقهای دیگر مثل محقق قمی لزوم و جواز را تاسیسی و سید محمد کاظم طباطبائی آن را امضائی میدانند. همین موضوع به زعم حقوقدانان هم اینگونه است که محمد بروجردی آن را مقتضای عقد می داند و شرط لزوم عقد باطل و مبطل است و سید حسن امامی آن را مقتضای اطلاق می داند و حسنعلی درودیان لزوم و جواز را مبتنی بر اراده متعاقدین می دانند و طرفین می توانند عقد جایز را در روابط خود الزام آور سازند<sup>۲۶</sup>. محمد جعفر جعفری لنگرودی هم لزوم و جواز را به حکمی و حقی تقسیم می کند حکمی این خصوصیت را دارد که از عقد منفک نبوده به تعبیر دیگر استحاله انفکاک دارد و نمی توان با توافق خصوصیت لزوم و جواز را از عقد گرفت و آن را قلب کرد مثل رجوع از هبه و جایز بودن عقد ودیعه. اما اگر حقی فرض شود طرفین می توانند برای زمان محدودی این خصوصیت را مبدل نمایند. حقوقدانان می گویند لزوم و جواز مربوط به مقنن نیست بلکه به مصلحت طرفین

<sup>۲۶</sup> - سکوتی نسیمی ، رضا ، مقاله ، تاثیر اراده در لزوم و جواز عقود ، انتشار در مجله وکلاء

بستگی دارد چون مصالح طرفین متفاوت است لزوم و جواز هم مطلب ثابتی نخواهد بود نتیجه اینکه این دو امری مشکک اند پس مصلحت خصوصی یک نفر ملاک نیست و باید طرفینی باشد یعنی اگر مصلحت طرفین اقتضاء کند که عقد لازم باشد این را لزوم حکمی و اگر مصلحت اقتضاء کند عقد جایز باشد، جواز حکمی تلقی می شود. خلاصه برای تشخیص جواز و لزوم باید به سراغ جواز برویم و مبنای آن را پیدا کنیم اگر نبود حکم به لزوم می دهیم.

حقوق دان دیگری مثل سید حسن صفائی می گوید لزوم و جواز جزء ماهیت عقد و طبیعت و ذات عقد نیست و قاعده آمره هم به شمار نمی رود وی می گوید افراد می توانند عقد جایزی را به صورت غیر قابل فسخ درآورند مثل وکالت مندرجه در عقد لازم که از آن صفت لزوم پیدا می کند و دیگر نمی شود هر وقت خواست آن را بر هم زد

اگر بپذیریم که لزوم وجواز مقتضای ذات عقد اند و یا حکم تلقی شوند امکان بر خلاف تراضی بر خلاف آن میسور نمی باشد اما اگر مقتضای اطلاق فرض کنیم و یا بعنوان حق آن را در نظر بگیریم می توانیم بر خلاف آن تراضی نمائیم. کما اینکه در مقتضای ذات باطل و مبطل است با اما در مقتضای اطلاق باطل است ولی مبطل نیست. در حکم که اساسا باطل و مبطل است در حق باطل محسوب نشده و می توان مثل هر حقوق دیگری قابل اسقاط دانست. وقتی می گوئیم اراده نمی تواند لزوم را به جواز تبدیل و بر عکس نماید به این مفهوم نیست که در این خصوص نمی تواند اثر بگذارد بلکه اراده نمی تواند تمام آثار عقد جایز را سلب کند و آثار عقد لازم را در آن جایگزین نماید بلکه می تواند در برخی از آثار عقد جایز موثر باشد. مثلا شاید اراده در تزلزل غیر ارادی بی تاثیر باشد ولی در تزلزل ارادی می تواند تاثیر گذار باشد طوری در عقد شرط نمایند که نتوانند هر وقت بخواهند آن را فسخ کنند. این استحکام نسبی بعلت تاثیر نسبی اراده می تواند یک طرفه یا دو طرفه باشد. عقد لازم هم در نوع استحکام دارد بدایتا یک استحکام اولیه است که با انعقاد عقد بوجود می آید و ظاهر طرفین قادر به تزلزل آن نمی باشند. در وهله دوم با درج خیار می توان یک استحکام ثانویه را به عقد لازم داد که تا حدودی استحکام اولیه را متزلزل می کند.

## گفتار ۲- آیا تاثیر نسبی اراده بر لزوم وجواز عقود از طریق شرط ضمن عقد امکان پذیر است ؟

خود عقد جایز را می توان در قالب شرط نتیجه ( ماده ۲۲۳ ق. م. ) و شرط شرط فعل در عقد لازم گنجانند تحقق شرط نتیجه می تواند منظور خود عمل حقوقی یا آثار آن باشد چون طبق ماده ۲۳۶ ق. م. شرط نتیجه به نفس اشتراط حاصل می شود مثل ماده ۶۷۹ که عقد وکالت را در ضمن عقد لازم اشتراط نماید .

### مبحث ۱- شرط عدم فسخ عقد جایز به صورت شرط فعل

اگر مشروط علیه در عقد جایز دارای حق فسخ باشد با اندراج عقد جایز در ضمن عقد لازم محدودیتی برای اعمال حق فسخ ( restrictive rescission right apply ) برای وی قابل تصور است برای اعمال این نوع شرط لازم است در عقد تصریح شده باشد که هر دو مستقل از هم بوده باشند یاست کم عقد جایز قبلا تحقق یافته و عقد لازم در شرف تحقق باشد که شروط مندرج عقد لازم مبتنی بر محدود کردن اراده طرفین در عقد جایز قبلی است. البته این تصور وسیع می تواند علاوه بر اندراج در عقد لازم مطابق مثال فوق می تواند در عقد جایز دیگر و یا حتی خود عقد جایز بیاید این شرط عدم عزل تا حدودی به عقد جایز استحکام می بخشد اما چون در قالب شرط فعل می آید یک نوع تعهد ایجاد می کند و اگر از انجام تعهد خودداری کند یعنی در واقع به جای عدم فسخ، فسخ را انجام می دهد در این حالت عقد جایز منفسخ شده و از بین می رود دیگر چیزی برای الزام او به عدم فسخ معنی حقوقی نخواهد داشت. در نتیجه فقط باید در صورت ورود خسارت به جبران آن را از او مطالبه کرد همچنین می توان چون مشروط علیه مکلف بوده که پای بند به عدم فسخ باشد ولی بر آن باقی نمانده به استناد خیار تخلف از

شرط فسخ عقد اصلی را فسخ نماید لازم به ذکر است که عدم فسخ یک نوع ترک فعل است که در شمولیت ماده ۲۳۷ ذق . م قرار نمی گیرد چون آن ماده ناظر به فعل مثبت است نه فعل منفی ، حال اگر عقد اصلی جایز باشد و یا در خور عقد جایز شرط عدم فسخ شود و مشروط علیه پای بند آن نباشد یعنی در واقع عقد جایز را فسخ کرده است و دیگر موردی برای اعمال حق فسخ از ناحیه مشروط له در صورت تخلف مشروط علیه باقی نمی ماند این امر تنها می تواند در عقد لازم اصلی باشد که همانگونه که گفته شد مشروط له به موجب خیار تخلف از شرط عدم فسخ ، عقد اصلی را فسخ کرد و می تواند مطالبه خسارت نیز بنماید.

## مبحث ۲- شرط عدم فسخ بصورت شرط نتیجه

به محض اینکه شرط عدم فسخ در عقد جایز در ضمن عقد لازم بیاید به عبارتی به محض اشتراط فورا باید حاصل شود تا در قالب شرط نتیجه تلقی شود و معنی اسقاط حق فسخ می دهد که دیگر اختیار فسخ عقد جایز رای مشروط علیه نخواهد ماند و طبق ماده ۴۴۸ قانون مدنی فرقی نمی کند که سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را در ضمن عقد شرط نمود . البته اگر چه حق فسخ در عقد جایز خیار تلقی نمی شود اما ماهیت هر دو یکی است لذا با وحدت ملاک از ماده ۴۴۸ می توان آن را به این تسری داد به عقیده کاتوزیان موکل می تواند بدون هیچ تشریفات به وکیل خود وکالت بدون حق عزل بدهد . و به نظر می رسد وکالت بلاعزل مرسوم بین مردم چیزی جز اسقاط حق عزل وکیل نمی باشد. اگر چه شرط عدم فسخ ( عدم عزل ) در شکل شرط نتیجه باشد در قانون و عرف مدتی محدودیتی برای تقیید آن به زمان معینه دیده نمی شود این بی قید زمانی منجر به تبدیل شدن جایز به لازم نمی گردد . چرا که تبادل این شرط به تزلزل ارادی و نه غیر ارادی انصراف دارد. شاید در نظر اول گفته شود که اتمام مهلت شرط ، مجددا حق اذ دست رفته را به صاحبش باز می گرداند اما شرط نتیجه دلالت مطابقی بر سقوط حق می نماید لذا امکان احیا آم با اصول و مبانی حقوقی سازگار نیست و حق فسخ بدون تکیه بر عقدی قابل تصور نیست

## گفتار ۳- آثار عقد جایز در ضمن عقد لازم از نظر حقوقدانان

**دکتر شهیدی** معتقد است اندارج عقد جایز در قالب شرط ضمن عقد آن را به لازم تبدیل نمی کند بلکه فقط از طرف شروط علیه غیر قابل انحلال می گرداند . به نظر **دکتر کاتوزیان** طرفین عقد جایز می توانند با اشتراط آن در عقد لازم آن عقد جایز را در روابط خود الزام آور نمایند. ایشان می گویند عقد جایز از عقد لازم کسب لزوم می کند استثنای باین می کند اگر عقد جایز با نظم عمومی برخورد کند دیگر نمی تواند الزام آور باشد یعنی کسب لزوم نمی کند مثل عده نکاح که نمی توان آن را با تراضی تغییر داد و جائز نمود البته حائز اشاره است که کسب لزوم به معنی تبدیل ماهیت جایز به لازم نیست که موید آن ماده ۹۵۴ قانون مدنی می باشد. **حسین علی کاتبی** یکی دیگر از حقوقدانان اشاره می کند که عقد جایز در بطن عقد لازم به عقد لازم تبدیل می شود و با وجود عقد لازم عقد جایز درون آن نیز می ماند. سید حسن امامی از حقوقدانان نامی هم معتقد است اثر عقد لازم به جائز مترتب می شود و تا زمان موجود بودن عقد لازم عقد جایز هم می ماند .

## مبحث ۱- کاسته شدن از تزلزل ارادی حق فسخ عقد جایز به چه منظور است؟

کسب لزوم عقد جایز در عقد لازم همیشگی و برای تمامی اطراف عقد ثبات پیدا نمی کند چرا؟ چون عدم امکان فسخ عقد جایز هم باز محدود به بقای اصل عقد لازم است یعنی اگر عقد لازم بواسطه فسخ یا اقاله یا خیرات منحل شود دیگر عقد جایز آن نیز رها شده و طرفین می توانند هر وقت بخواهند آن را منحل سازند. شاید تصور شود چون شرط وجودا و عدما تابع مشروط است و عقد جایز بعنوان شرط در بطن عقد لازم بوده با انحلال عقد لازم عقد جایز نیز منحل می شود اما باید گفت اگر شرط مندرج تابعی از عقد اصلی باشد می توان چنین گفت در حالیکه عقد جائز در بطن عقد لازم یک عقد مستقل است و به عقد لازم وابسته نیست فقط تا حدودی از آن کسب لزوم می کند در ایجاد و کسب لزوم عقد جایز مستقل است و از عقد لازم لزوم می گیرد اما در بقاء دیگر احتیاجی به عقد لازم نمی کند. اما اگر موضوع عقد جایز وابسته به عقد لازم باشد انحلال آن در انحلال این تاثیر می گذارد مثال: اگر در ضمن عقد نکاح، زوجه از جانب زوج وکیل باشد که خود را مطلقه سازد بعد به هر دلیلی نکاح منحل شود چون موضوع وکالت در طلاق وابسته به عقد نکاحی است که شرط در آن آمده است لذا با انحلال عقد نکاح شرط هم منحل شده و از بین می رود.

## مبحث ۲- اقسام عقد بر مبنای اتیان اثر حقوقی و رابطه جواز و لزوم با اثر حقوقی قراردادها

بر مبنای طبیعت طبیعت اثر حقوقی عقود به اقسام ذیل تقسیم بندی می شوند

الف- تملیکی که خود به دو قسم دیگر یعنی ۱- عقد تملیکی موجد حق عینی که معوض و یا مجانی بودن تملیک در جواز و لزوم آن اثر زیادی دارد اگر در تملیک مجانی، شرط عوض شده باشد لازم تلقی می شود نه جائز ۲- عقد تملیکی ناقل حق عینی، که معوض و مجانی بودن آن لازم است و تاثیری در تبدیل این خصوصیت عقد ندارد.

ب - عقد عهدی که ان هم به معوض و مجانی قابل تقسیم است در معوض متعهد نمی تواند تنها به اراده خود تعهد خویش را از میان ببرد در مجانی عقد نسبت به یک طرف جائز و نسبت به طرف دیگر لازم است.

ج- عقد اذنی که نسبت به طرفین جایز است اگر در ضمن عقد لازم هم بیابند باز قابل فسخ می باشد و با فوت یا حجر آنها منحل می شوند اثر اصلی عقد اذنی اعطای اذن و اختیار به طرف مقابل است، اعطای اذن و اراده اذن از نظر حقوقی نوعی ایجاب است که حتما باید مورد پذیرش طرف قرار گیرد تا اثر اذن حاصل شود هر کس ابتداء پیشنهاد انعقاد عقد را بدهد او موجب است پس ماده ۶۷۹ ق. م قابل توجیه نبوده و باید حذف شود اذن چون به دارائی طرف چیزی اضافه (تغییری نمی دهد) نمی کند تنها با اراده اذن قابل تحقق است و نیازی به ضمیمه شدن اراده ماذون ندارد. بنابراین پذیرش عقد اذنی توسط قانون اشتباه است و باید به آن عقد عهدی اطلاق می شد تنها عقدی که بر اساس نظم عمومی جایز شمرده شده است وعده ازدواج است و تنها راه جایز کردن عقد جایز اسقاط حق فسخ می باشد.

## فصل سوم - مفهوم و ماهیت اذن

اصل، لزوم قراردادهاست و جواز و قابلیت فسخ در عقود امری نامتعارف و استثنائی است. تمامی قراردادهای جایز دارای مبنای منطقی نمی باشند و ناچار قابل فسخ بودن بعضی از آنها را که در قانون تصریح شده است یک امری استثنائی است عقود جایز

به صورت پراکنده در قانون اشاره شده است اکثر عقود جایز در زمره عقود اذنی اند به همین دلیل قابل فسخ می باشند بعضی دیگر بخاطر نظم عمومی و اجتماعی جایزاند.

**اذن** یعنی ازاله منع قانونی به سود یک یا چند شخص از جانب مقنن یا شخص معین پس اذن همان **رفع مانع** است. در معنی مصدری اذن دادن همان عمل حقوقی است و در معنی اسم مصدر یعنی ماذون بودن که اثر حقوقی است.

ماهیت اذن ایقاع است آنچه در عمل حقوقی برای انشاء کننده مهم است خود عمل حقوقی نیست بلکه اثر حقوقی آن است اذن در معنی مصدری یعنی ایقاع اما فقها و مقنن با پذیرش عقود اذنی این اراده یک طرفه را که ایقاع نام دارد نقض کرده اند مبنای جواز کلیه عقود اذنی به ماهیت اذن بر می گردد. در فقه عهد عهده در مقابل عهد اذنی بکار می رود اذن محصول و معلول اراده است یعنی معلول و محصول قصد و رضا با هم است.<sup>۲۷</sup> اذن (ماذونیت) اثری است که به تدریج و مستمرا از اراده به وجود می آید یعنی توافق طرفین موجد اذن است و اثر حقوقی عقد اذنی رابطه خود را با اراده سازنده آن قطع نمی کند نتیجه اینکه تمامی عقود اذنی جایز و قابل فسخ اند و د ر اثر فوت یا حجر از طرفین منحل می شود. جواز عقود اذنی وابسته بودن اذن به اراده می باشد یعنی با انعقاد قرارداد اذنی حقی ایجاد نمی شود و تعهدی هم بر ذمه نمی آید فقط اذن و اباحه برای طرف قرارداد ایجاد می شود ادامه و استمرار اذن به بقای اراده طرفین عقد بستگی دارد طرف دیگر اذن (ماذون) با پذیرش اذن اذن فقط تکیه گاه آن را فراهم می کند در نتیجه درست است با قبول اذن توسط ماذون عقد اذنی ایجاد می شود اما انحلال عقد به توافق آنها نیازی ندارد بلکه اذن می تواند به تنهایی عقد را منحل نماید **اراده اذن منبع اذن و اراده ماذون تکیه گاه آن تلقی می شود** با این تحلیل بر هم زدن عقد از سوی آنها بصورت یک طرفه قابل توجیه است اولی منبع را و دومی تکیه گاه را از بین می برد و چون در عقود اذنی ایجاد نمی شود بر هم زدن آن هم ضرری به دارائی نخواهد رساند.

### گفتار ۱- رابطه عقد جایز با عقد اذنی

رابطه و نسبت این دو عقد عموم و خصوص مطلق اند بعد از توافق اراده به انعقاد عقد دیگر اثر عقد رابطه خود را با اراده طرفین از دست می دهد چه در عقود لازم و چه در عقود جایز تنها عقود اذنی اینگونه نیستند و اراده طرفین کماکان با ریسمان اعتبار بخشی به عقد و آثار عقد در آنات زمان باقی می ماند لذا هر گاه طرفین بخواهند می توانند این ریسمان اعتبار را بگسلانند و عقد را کن فیکون نمایند. در قانون مدنی ۵ عقد اذنی وجود دارند ۱- ودیعه ۲- شرکت ۳- عاریه ۴- وکالت ۵- مضاربه

#### مبحث ۱- عقد وکالت

وکالت یعنی شخصی، شخص دیگری را برای انجام امری نایب خود می گرداند اثر حقوقی وکالت معلوم نیست اذنی است یا عهدی. قانون مدنی می گوید اذنی است از ماده ۶۵۶ اذنی بودن استنباط نمیشود مگر از مواد ۶۷۸، ۶۷۹، ۶۸۲، ۶۸۳ و ۶۸۴ و ۶۸۵ استعفا در وکالت جز فسخ وکالت جز دیگری نیست از ماده ۶۸۱ ق.م ایقاع به عنوان اذن عام هم استنباط می شود چون ماده می گوید اگر وکیل استعفا داد مادامیکه موکل به اذن خود باقی باشد (ایقاع). وکیل می تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند. علامه حلی در تذکره، شهید ثانی در مسالک، سید محمد جواد عاملی در مفتاح الکرامه جامع المقاصد، محقق ثانی، ابن

<sup>۲۷</sup> - شهبازی، محمد حسین، *میانی لزوم و جواز اعمال حقوقی*، نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۹۳

قدمه در المغنی، همه این ها وکالت را عقد می دانند. اکثر فقها می گویند وکالت صورتی خاص از اذن است که به صورت ایجاب و قبول داده می شود<sup>۲۸</sup>.

### مبحث ۲- تعهدات وکیل

مطابق مواد ۶۶۶ تا ۶۷۳ انجام موضوع وکالت همیشه یکسان نیست گاهی همه تصمیم ها به عهده وکیل گذاشته می شود در این حالت وکیل حق ارزیابی دارد و باید منافع موکل را به بهترین شیوه حفظ کند در جائیکه وکیل مصلحت موکل را رعایت کند از آزادی عمل برخوردار است لذا معنی مصلحت در ماده ۶۶۷ به معنی منافع موکل است اما اختیارات فراتر، موکل اش را ملتزم نمی کند وکیل در مقابل موکل و شخص ثالث مسئول است معامله با خود وکیل بدون آگاهی و اطلاع موکل ممنوع است چون تعارض منفعت وکیل و موکل در آن دیده می شود حال وکیل چه صریحا و اشکارا با خود معامله کند یا بواسطه شخص دیگری بر مال موکل استیلا یابد بر اساس تعارض منفعت و امین بودن وکیل صحیح نمی باشد. در حقوق ایران ممنوعیت معامله با خود وکیل مشاهده نمی شود در حقوق فرانسه این کار بدون آگاهی موکل در حد تدلیس و بزه کلاهبرداری محسوب می شود. وکیل می تواند با دادن وکالت به شخصی، به شخص دیگری هم که خود صلاح می داند وکالت دهد پیش بینی دستمزد آن را به عقد معوض غیرقابل فسخ تبدیل نمی کند ماده ۶۷۹ یک قاعده را بیان می کند. ذکر مدت هم مطابق ماده ۶۷۹ و ۵۵۲ قانون مدنی در مورد وکالت و مضاربه آنها را به لازم تبدیل نمی کند. فسخ وکالت تشریفات خاصی ندارد. این فسخ می تواند صریح یا ضمنی باشد. فسخ ضمنی مثل اینکه بعد از دادن وکالت به شخصی به شخص دیگری وکالت دهد. البته این در حالتی است که دو وکالت با هم ناسازگار باشند و گرنه می شود وکالت مجتمعی را از کار موکل استنباط کرد یا فسخ ضمنی مثل اینکه موکل خود شخصا موضوع وکالت را انجام دهد.

### مبحث ۳ - سوء استفاده از حق فسخ

اگر فسخ بر پایه سوء استفاده و خطا باشد حتی موکل به خسارت محکوم می شود پس وکیل باید ثابت کند که موکل از اعمال حق فسخ انگیزه های نامشروع داشته است در حقوق ایران به استناد به سوء استفاده و خطای موکل وکیل می تواند بر پایه مقررات مسئولیت مدنی از موکل ضرر و زیان بخواهد در حقوق فرانسه هم اگر اعمال حق فسخ توسط موکل نا به هنگام و بدون علت باشد و یا در آستانه نتیجه گیری باشد مشمول جبران ضرر و زیان وکیل است.

در مواردی در عقد وکالت، موکل ملتزم می شود که حق عزل وکیل را نداشته باشد یا طبیعت وکالت باید به گونه ای باشد که فسخ ناپذیر شمرده شود ۱- گاهی چون تعهد وکیل در برابر موکل وجود دارد برای تضمین این تعهد شرط عدم عزل وکیل می آید مثل قرارداد بیمه ( بیمه گر، بیمه گذار، عامل زیان ) در عقد بیمه، بیمه گر جانشین بیمه گزار در پرداخت خسارت می باشد یعنی از بیمه گزار وکالت می گیرد که در صورت پرداخت زیان او بتواند به نمایندگی از او علیه عامل زیان طرح دعوی مطرح نماید یا مریض در بیمارستان به بیمارستان وکالت می دهد که هزینه های درمانی خود را از شرکت بیمه دریافت کند ۲- در فروش وکالتی شرط عدم عزل وکیل می آید مثل قرارداد های فروش املاک یا خودرو، حق اشتراک تلفن، یا سهام شرکت به دلیل فراهم نبودن تنظیم سند اینگونه قرارداد ها با پوشش عقد وکالت با شرط عدم عزل وکیل داده می شود.

<sup>۲۸</sup> - کاتوزیان، ناصر، درسهایی از عقود معین، انتشارات گنج دانش، جلد دوم، چاپ یازدهم، سال ۱۳۸۷



## گفتار ۲ - مشروعیت وکالت با شرط عدم عزل

این شرط موجب ایجاد حق برای وکیل است از نظر فقهی دارای سابقه و مشروع و صحیح است. مبنای فقهی آن تعلق حق وکیل بر موضوع وکالت دانسته شده ادست و با اندراج این شرط موکل فقط با اجازه (رضا) وکیل حق عزل او را دارد اندراج وکالت وکیل یا عدم عزل او در ضمن عقد لازم شرط شود دارای با حقوقی خاصی نیست فقط به منظور مقید ساختن اراده موکل در برکناری وکیل است و بخاطر این است که شرط عدم عزل وکیل از عقد لازم کسب لزوم بنماید<sup>۲۹</sup> در حقوق فرانسه، انگلستان، آمریکا شرط عدم عزل پذیرفته شده است اما نگفته حتما باید ضمن عقد لازمی باشد تا از آن کسب لزوم کند بلکه نفس ذی نفع بودن وکیل در موضوع وکالت و ارتباط ذاتی این شرط یا تعهدات موکل برای سلب حق عزل وکیل کافی می داند در واقع نفع وکیل و تعلق حق او به موضوع وکالت مانند فروش وکالتی خودرو و مانند آن یک علت قانونی است که می تواند مبنای الزام آور بودن این شرط نسبت به موکل گردد و آن را فسخ ناپذیر سازد در واقع درج این شرط در خود سند وکالت کافی است و تا زمانیکه نفع وکیل پابرجاست این شرط نسبت به موکل الزام آور خواهد بود در واقع تعهد متقابل طرفین و وجود یک علت قانونی می تواند بر پایه ماده ۱۰ قانون مدنی و ماده ۶ قانون آئین دادرسی مدنی مبنای الزام آور بودن شرط عدم عزل وکیل در عقد وکالت بوده و نیاز به درج آن در شرط ضمن عقد لازم دیگری نباشد. در سند وکالت دفتر خانه ها قید اسقاط حق عزل وکیل ضمن عقد خارج لازم دیگر موجب غیر قابل فسخ کردن وکالت می شود وی در واقع عقدی غیر از توافق طرفین بر تضمین حق وکیل یا فروش وکالتی وجود ندارد البته چون وجود عقد لازم خارج دیگری قابل اثبات نیست نمی توان این شرط را بی اعتبار دانست چون شخص با امضاء سند مفاد آن را پذیرفته است و امضاء آن هم به منزله اقرار است و مطابق ماده ۱۲۷۲ قانون مدنی هم انکار بعد از اقرار مسموع نمی باشد. مبنای الزام آور بودن این شرط در حقیقت نفع وکیل و اراده طرفین است وگرنه این شرط صوری تلقی شده و چیزی به اراده طرفین نمی افزاید لازم به ذکر ادست چون فروش وکالتی با شرط مذکور موجبات فرار از هزینه ثبت را در برداشت سازمان ثبت با بخشنامه ای در مهر ۱۳۶۵ این نوع وکالت را ممنوع اعلام کرد ولی هیات عمومی دیوان عدالت اداری آن را ابطال نمود.

## مبحث ۱ - ضمانت اجرای شرط عدم عزل وکیل

طبق ماده ۶۷۹ قانون مدنی وکالت وکیل ضمن عقد لازم بخشی از آثار عقد لازم است و مثل تعهدات ناشی از عقد با آن برخورد می کند که لازم و قابل فسخ است. با تصویب قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ رویه دادگاهها و دفاتر اسناد رسمی به دلالت التزامی اشاره داشتند که درج عقد وکالت ضمن عقد لازم دیگر خصوصیت نمایندگی آن را از بین نمی برد و به معنای واقعی از عقد لازم کسب لزوم نمی کند سپس برای ضمانت عدول از عدم عزل وکیل وجه التزام قراردادن تا اندیشه عزل وکیل در سر موکل نباشد. بعد ها هم با فوت موکل از عقد وصیت برای ادامه آن بهر می بردند و این موضوع را در سند وکالتی در دفتر خانه ذکر می کردند که در صورت فوت موکل، وکیل از سمت وکالت به سمت وصایت تغییر (مفهوم لقب) عنوان پیدا می کند و لازم است مطابق وصایت موضوع وکالت را ادامه دهد بر این اساس رویه کنونی تفویض وکالت با سند رسمی را نوعی ایجاد حق برای وکیل می داند و در صورت درخواست موکل برای فسخ وکالت از ناحیه دفتر خانه قابل پذیرش نمی باشد. و در صورت تفویض وکالت بصورت سند عادی دفتر خانه می تواند گواهی فسخ وکالت را به درخواست موکل به او تقدیم دارد تا در صورت ادله موجه به دادگاه مراجعه کرده و تقاضای اعلام فسخ وکالت را بنماید. به نظر می رسد تحلیل حقوقی در عقد وکالت طوری باشد

<sup>۲۹</sup> - کاشانی، سید محمود، قراردادهای ویژه، نشر میزان، سال چاپ ۱۳۸۸

که با وجود ایجاد حق برای وکیل به لحاظ اینکه منافع وکیل اقتضاء می کند با تعهدات الزام آور موکل عجین شود پس موکل به راحتی حق برکنار کردن وکیل را نداشته باشد.

## مبحث ۲- شرط باقی ماندن وکالت

گاهی منافع موکل هم اقتضاء می کند که وکالت باقی بماند ( برخلاف ماده ۹۵۴ قانون مدنی ) حال سوال مطرح است که آیا انحلال وکالت با فوت از قواعد آمره محسوب می شود یا می توان بعنوان یک قاعده تکمیلی خلاف آن شرط کرد؟ در فرانسه در صورت شرط صریح یا ضمنی ادامه وکالت را بعد از فوت پذیرفته اند در مورد شرط صریح مشکلی نیست و مطابق اراده موکل وکالت ادامه می یابد اما در مورد شرط ضمنی باید ثابت شود که شخصیت موکل در وکالت اثری ندارد بلکه موکل می خواسته موضوع وکالت نیز بعد از مرگ او هم ادامه یابد که ماده ۴۰۵ قانون مدنی سوئیس شرط خلاف انحلال وکالت با فوت را پذیرفته است نتیجتاً در حقوق ایران در بند ۳ ماده ۶۷۸ و ماده ۹۵۴ قانون مدنی فوت موکل که انفساخ عقد را به دنبال دارد در مقام بیان آمره بودن آن نیست لذا شرط خلاف آن را می شود پذیرفت شاید این تکلیف وکیل باشد که با فوت موکل، موضوع وکالت را برای جلوگیری از تضییع حقوق ورثه ادامه دهد لذا باید دادگاه به دلالت لبی این وکالت را تا درخواست ورثه برای عزل وکیل معتبر بداند از نگاه دیگر به قضیه می توان چنان استنباط کرد وکالت با شرط عدم عزل وکیل برای تضمین منافع وکیل در انجام موضوع وکالت به مثابه رهن و نازل به منزله وثیقه است که با فوت رهن پایان نمی پذیرد یعنی اگر موکل در زمان حیات خود حق برکناری وکیل را نداشته باشد چه دلیلی دارد تا زمانیکه وکیل با صداقت کامل متعلق وکالت را پی می گیرد با فوت موکل وکالت او ساقط شود !! ؟ و چنین وکالتی که شرط عدم عزل بعنوان وثیقه نگریسته می شود و برای تضمین انجام یک تعهد یا مدلول آن فروش مال یا انتقال حق است خارج از مفهوم نمایندگی می شود لذا با فوت منفسخ نمی شود کما اینکه در حقوق امریکا این رویه را در پیش گرفته است.<sup>۳۰</sup>

## مبحث ۳- نظریه ترکیب وکالت از عقد و (اذن عام)؟

پاره ای از فقها مثل سید محمد کاظم یزدی در العروه الوثقی و محمد حسن نجفی در جواهر الکلام می فرمایند ماهیت وکالت ایقاع است چون اذن تنها توسط موکل بیان می شود نیازی به اراده وکیل ندارد. محمد جعفر جعفری لنگرودی معتقد است که به دو دلیل وکالت عقد است یکی اینکه توافق طرفین بدون حق الوکاله نیست دیگری اینکه موکل مطمئن شود که برای امورش وکیل دارد و اگر قبول نکنند به وکیل دیگری رجوع کند. دلیل اول قابل نقد است چون اگر هم وکالت ایقاع فرض شود وکیل مستحق دریافت اجره المثل می شود و دلیل دوم هم قابل نقد است چون اگر وکالت عقد جایز هم باشد وکیل می تواند فسخ کند. حال سوال مطرح می شود آیا وکالت عقد عهدی است؟ چون اثر اصلی عقد تعهد وکیل به انجام مورد وکالت است اگر چه وکیل ماذون در تصرف می باشد و وکیل با انجام کار می خواهد اجرت بگیرد پس به تعهد شبیه تر است حتی در قانون از تعهدات وکیل و موکل نام برده است امری که ظهور در عهدی بودن وکالت دارد اما اذنی بودن در قانون مدنی قوی تر است. در وکالت مجانی تعهد فقط از سوی وکیل است اما در وکالت با اجرت تعهد از ناحیه طرفین است. معوض یا مجانی بودن عقد را لازم یا جایز می گرداند اگر معوض باشد لازم است و اگر مجانی ( تبرعی ) باشد نسبت به موکل جایز است و نسبت به وکیل

<sup>۳۰</sup>- پیشین

لازم است. سید علی حائری شاه باغ در کتاب شرح قانون مدنی ج ۲، ص ۶۰۸ و برخی از حقوقدانان معاصر<sup>۳۱</sup> معتقد اند هرگاه عقد جایز (قرارداد های تبعی) در ضمن عقد لازم شرط شود عقد جایز غیر قابل فسخ می گردد. و این در حالی است که به صورت شرط نتیجه مندرج عقد لازم می شود. زیرا تنها در این صورت است که عقد جایز جزء آثار عقد لازم می شود و به تبعیت از عقد اصلی، غیر قابل فسخ می گردد. مبنای این عقیده هم ماده ۶۷۹ قانون مدنی در باب وکالت است که می تواند با وحدت ملاکی در بقیه عقود جایز هم آن را تسری داد.

## فصل چهارم - مبانی جواز و قابلیت رجوع در ایقاعات

### گفتار ۱- اثر حقوقی ایقاع چیست

اثر حقوقی ایقاع ممکن است تملک مال، سقوط حق، انحلال قرارداد، تنفیذ عقد و ایجاد تعهد باشد لزوم و جواز قراردادهای تا حد بسیار زیادی با اثر حقوقی آنها ارتباط دارد هرگاه اثر عقد وابسته به اراده طرفین باشد (عقود اذنی) قرارداد جائز است و اگر اثر عقد به دارائی تعلق گیرد و ارتباط آن با اراده قطع شود عقد لازم است در ایقاع هم می توان از همین معیار برای تشخیص لزوم و جواز استفاده کرد بنابراین اولین مبنای جواز ایقاع را می توان حکومت اراده نامید. نظم عمومی هم ایجاب می کند که موقع هر وقت بخواهد از اراده خود برگردد نظم عمومی می تواند دومین مبنای جواز ایقاع باشد. اثر حقوقی در ایقاع با یک اراده ایجاد می شود اما گاهی با همان اراده نمی توان اثر حقوقی ایجاد شده را زایل کرد مثل تعهد به نفع ثالث که با اقاله عقد طرفین نمی توانند بدون رضای ثالث حق ایجاد شده را برای وی زایل کنند<sup>۳۲</sup>. حال سوالی مطرح می شود که چه موقع اراده ی که اثر حقوقی را خلق کرده می تواند آن را منحل کند؟ ۱- بقای اثر حقوقی منوط به سلامت اراده موجد باشد. ۲- این اثر حقوقی تغییری در دارائی طرف ایقاع ایجاد ننماید. جمع این دو شرایط در کسوت عام مجموعی موجب می شود که موقع هر وقت بخواهد از آن رجوع کند یعنی ایقاع در این حالت جایز و قابل فسخ است مبنای جواز فقط اراده و عدم دخالت در دارائی دیگری است. مهمترین ایقاع به لحاظ حکومت اراده اذن محض است و همچنین ایجاب چون وابسته به اراده است و تغییری در دارائی طرف ایجاد نمی کند در زمره ایقاعات است.

### مبحث ۱- اقسام ایقاع

ایقاع به اعتبار نامگذاری و احکام آن به سه قسم تقسیم می شود ۱- ایقاع معین: ایقاعاتی را می گویند در قانون ذکر نام آن آمده و احکام ویژه دارند مثل طلاق، خیارات، فسخ نکاح، اخذ به شفعه، احیاء اراضی موات، حیازات مباحات. ۲- ایقاع نامعین: در قانون نام و احکام ویژه آنها ذکر نشده اما مطابق قواعد عمومی نافذ اند. ایقاعات اذنی شاید یکی از آن باشد ولی قلمرو آن به درستی مشخص نمی باشد و حتی مورد انکار است و حتی می گویند ایقاع همان است که در قانون ذکر شده است. ۳- ایقاع شبه معین: به آن نیمه معین هم گفته می شود ایقاعی اند که بین ایقاع معین و نامعین قرار دارند. این قسم در قانون

۱- سید حسن امامی در کتاب حقوق مدنی جلد یکم و ناصر کاتوزیان در کتاب قواعد عمومی قراردادهای و مهدی شهیدی در کتاب تشکیل قراردادهای و تعهدات

۳۲- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۳، انتشارات گنج دانش، چاپ ۱۳۹۷

اسامی آنها ذکر شده ولی احکام روشنی ندارند و باید از قواعد عمومی استنباط شوند (اصطیادی) مثل اجازه، رد مال در معامله فضولی، اذن عبور، نهادن سر تیر بر روی دیوار

در مورد اصل لزوم ایقاع باید گفت که آنچه ایقاع را لازم می‌گرداند ارتباطی است که این عمل ارادی با حقوق دیگران پیدا می‌کند پس ایقاع دو مرحله (stage) دارد مرحله وقوع که یک طرفی (unilateral) است و مرحله اجرا که دو طرفی (mutual) است که در مرحله اجرا مثل عقد دو طرفی است و آثار آن محدود به ایقاع کننده نمی‌شود. مثلاً اگر ایقاع ناظر به ایجاد حق برای دیگران باشد کفه مقابل آن التزامی (تعهد) است که بر دوش ایجاد کننده می‌ماند و گریزی از اجرای آن نیست پس بر هم زدن ایقاعی که در زمان وقوع یک طرفی حقی را برای دیگری ایجاد کرده و بر این اساس موقع تعهدی پیدا کرده است لذا بر هم زدن آن نیاز به ولایت خاص دارد پس از ایجاد ایقاع نمی‌توان نتیجه گرفت که اسقاط آن هم با اراده او باشد.

باز در تقسیم دیگر ایقاع به اعتبار زمان لزوم دو گروه اند ۱- ایقاعی که با اعلان اراده واقع می‌شود و الزام آور است مثل طلاق فسخ قرارداد و رد معامله فضولی ۲- ایقاعی که التزام به آن منوط به اعلام به شخص مخاطب است مثل ایجاب همراه با التزام که تا به آگاهی طرف خطاب نرسد الزام آور نمی‌باشد و عزل وکیل که فقط پس از رسیدن خبر عزل به مخاطب موثر است.

### مبحث ۲- مفهوم اذن محض

مفهوم اذن محض از ماده ۱۰۸ قانون مدنی اقتباس شده است برخی از حقوقدانان<sup>۳۳</sup> فقط در مورد ماهیت اذن محض صحبت کرده اند که اذن محض ایقاع است در کتاب قواعد عمومی قراردادها به نقل از مصطفی عدل، سید علی حائری شاه باغ، محمد جعفر جعفری لنگرودی آمده است که در اثر اذن برای ماذون حق ایجاد می‌شود و این حق را گاه حق انتفاع و گاه حق ارتفاق نامیده اند برخی از حقوقدانان مثل سید حسن امامی (حقوق مدنی ج ۱، صص ۱۰۱ و ۱۱۳) و ناصر کاتوزیان (دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت) و سید حسین صفائی آورده اند که در اثر اذن حق برای طرف ایجاد نمی‌شود بلکه تنها تصرفات او در مال اذن دهنده مجانی و مباح می‌گردد نظر دوم صحیحی است زیرا چون اثر اذن فقط اباحه است و نه تعهد و حق و اباحه حکم است که مقنن بر اذن بار نموده است و مانع قانونی تصرف ماذون را برمی‌دارد چون در واژه حق و رفع مانع مترادف اند اشخاص می‌توانند آزادانه با اراده خویش تصرفات دیگران را در اموال خود مباح سازند ولی نمی‌توانند بدون رضایت او حقی را داخل در دارایی او نمایند. اگر ایجاد حق، اثر اذن باشد چگونه دخالت در دارایی او را می‌توان توجیه کرد؟ اسباب ایجاد حق در قانون آمده است مگر در مورد تعهد به نفع ثالث که آن نیز منبع قراردادی دارد ایجاد حق همواره باید در چارچوب قرارداد باشد در حالیکه اذن محض در زمره ایقاعات است و نمی‌تواند موجب حق برای ماذون شود.

### مبحث ۳- خصوصیات اذن محض

اذن ایقاع است عقد یا ایقاع بودن یک عمل حقوقی کاملاً بستگی کامل به اثر آن دارد در عقود اذنی به این نتیجه رسیدیم که برای ایجاد اذن نیازی به عقد نیست و عاریه را باید در زمره ایقاعات به شمار آورد. اذن یا همان اباحه در معنای اسم مصدری

<sup>۳۳</sup> - ناصر کاتوزیان و محمد جعفر جعفری لنگرودی

اثری است که به تدریج از اراده آذن ایجاد می شود و کاملاً وابسته به آن می باشد و در معنای مصدری یعنی همان ایقاع بودن ماهیت آذن است. آذن محض ایقاع جایز است و قابل فیخ، مبنای این جواز به ماهیت آذن بر می گردد منبع آذن از آذن است و فقط او می تواند اثر حقوقی ایجاد شده توسط آذن خود را بردارد و ارتباطی به اراده ماذون ندارد پس بین عقد آذنی و ایقاع آذنی تفاوت وجود دارد در عقد آذنی مجموع اراده های دو طرف آذن را ایجاد می کند. اما در ایقاع آذنی، اثر حقوقی تنها به اراده یک نفر حادث می شود اگر ادعا شود ماذون تکیه گاه آذن را بر می دارد و آن را زایل می کند می توان گفت چون آذن دهنده به اراده خویش باقی است آذن جدیدی برای ماذون ایجاد می شود (مستنبط از ماده ۶۸۱ ق.م) نتیجه جواز آذن محض امر منطقی است و این منطق را نمی توان از آن گرفت ولی قانون مدنی در ماده ۱۲۰ و ۵۷۸ مقرر داشته اگر آذن در ضمن عقد لازمی داده شود دیگر قابل رجوع نمی باشد<sup>۳۴</sup> بعضی دیگر می گویند اگر آذن نتواند از آذن رجوع کند آنچه واقع شده در واقع آذن نیست بلکه اعطای حق است<sup>۳۵</sup> نظر دوم منطق یتر است تفسیر ماده ۱۲۰ و ۵۷۸ این است که منظور مقنن از آذن الزام آور چیزی جز ایجاد سلطه و حق برای طرف نمی باشد در ماده ۱۰۸ قانون مدنی وضع همین است اگر مانع قانونی برای رجوع وجود داشته باشد آنچه واقع شده در حقیقت آذن نیست بلکه طرف آذن یعنی ماذون حق تصرف در مال دیگری پیدا کرده که ممکن است حق انتفاع یا حق ارتفاق باشد.

آذن محض یک ایقاع آذنی است در اثر فوت یا حجر آذن و ماذون منحل می شود زیرا منبع آذن (آذن) و تکیه گاه آذن (ماذون) باقی نمی ماند چون آذن تنها تصرف ماذون را مباح می کند کاملاً وابسته به شخصیت ماذون است و با فوت ماذون دیگر جایی برای بقای آذن باقی نمی ماند و فقط حقوق مالی اشخاص است که به ورثه می رسد و حجر ماذون نیز چون در تکیه گاه آذن خلل ایجاد می کند آذن به حیات حقوقی خود نمی تواند ادامه دهد پس فوت و حجر در آذن میان عقد آذنی و ایقاع آذنی هیچ تفاوتی وجود ندارد. همچنین اباحه انتفاع هم مثل آذن محض، نوعی ایقاع جایز است که اثر آن مباح ساختن تصرفات طرف در مال مبیح (آذن دهنده) و تنها تفاوت آن دو این است که اباحه انتفاع ناظر به تلف عین هم می تواند باشد مثل خوردن خوراکی ها اما آذن محض ناظر به انتفاعی است که عین مال را از بین نبرد.

## گفتار ۲- مفهوم ایجاب

ایجاب پیشنهاد کامل و قاطع است که یک طرف بر مبنای آن، طرف دیگر را به انعقاد قرارداد فرا می خواند که اگر طرف مقابل آن پیشنهاد را بپذیرد عقد منعقد می گردد دکتر کاتوزیان نوشته است ایجاب ایقاع مستقل نیست بلکه جزئی از یک عمل حقوقی است. چون اگر ایجاب ایقاع بود باید اثر عقد از زمان آن به وجود می آمد. مهدی شهیدی هم معتقد است اگر ایجاب یک ایقاع مستقل نیست ولی در معنی مطلق کلمه ایقاع به حساب می آید بر خلاف نظر هردو نفر ایقاع را مستقل نمی دانند یعنی غیر مستقل است بنابراین پیدایش اثر عقد پس از قبول، نافی ایقاع بودن ایجاب نیست. محمد حسین شهبازی به دو دلیل ایقاع را ایجاب می داند ۱- چون ایجاب یک اراده می خواهد ۲- در اثر ایجاب برای طرف اختیار ایجاد می شود وی همچنین به نقل از یک حقوقدان سوئسی آورده است در حالت ایجاب، برای موجب یک تعهد و رای طرف مقابل او هم یک حق ایجاد می شود. ایجاب هم مثل آذن محض به یک اراده وابسته است و در آنات زمان ادامه و استمرار دارد و هیچ حق و تکلیفی هم برای مخاطب ایجاب، ایجاد نمی شود لذا موجب می تواند از ایجاب خود رجوع کند و آن را از میان ببرد مثل آذن

<sup>۳۴</sup>- مصطفی عدل و سید حسن امامی

<sup>۳۵</sup>- ناصر کاتوزیان و سید حسین صفایی

محض در زمره ایقاعات جایز است نهایتاً اینکه قابلیت رجوع از ایجاب قابل اسقاط نیست و موجب می تواند در هر لحظه از ایجاب رجوع کند نهایتاً به طرف خسارت وارد شده از باب مسئولیت مدنی قابل مطالبه است. نویسندگان حقوقی<sup>۳۶</sup> در قابلیت رجوع از ایجاب متفق اند و همگی ایجاب را قابل رجوع می دانند. بعضی از آنها **ایجاب الزام آور** را پذیرفته اند<sup>۳۷</sup> که وجود دارد تا بتواند الزام ایجاب را توجیه نمایند دکتر شهیدی می گوید هیچ مبنایی برای لزوم ایجاب وجود ندارد طبیعت ایجاب قابل رجوع است و هیچ الزامی برای موجب ایجاب نمی کند، فوت یا حجر موجب و نیز طرف ایجاب، سبب زوال آن می گردد. اسقاط حق از لحاظ ماهیت نوعی ایقاع است که نیاز به اراده دیگری ندارد.

### مبحث ۱ - اسقاط حق ایقاع لازم یا جایز؟

در دو مورد ایقاع فاقد طرف مقابل می باشد لذا قابل اسقاط است اسقاط حق مالکیت و دیگری اسقاط حق تجبیر هر دو ایقاعی لازم اند چون نباید تصور شود چون طرف مقابل ندارد موقع می تواند پس از اسقاط دوباره از اسقاط رجوع کند لذا تجبیر مجدد زمین و حیازات مال مباح ( بعد از اعراض مال از ملکیت مالک خارج شده و مباح می شود ) به معنی رجوع از دو ایقاع نمی باشد چون ایقاع لازم اند ولی این عمل را می توان بعنوان ایقاعی دیگر برای تصاحب مال اقدام کرد و حق جدیدی شبیه به حق سابق رابرای خود ایجاد نماید. در ایقاعات دیگر، ایقاع دو طرفه می باشند مثل اسقاط حق انتفاع، اسقاط حق ارتفاق، اسقاط حق فسخ، اسقاط حق شفعه، اسقاط حق عینی تبعی و اسقاط حق دینی ( ابراء ) لذا پس از اسقاط نمی تواند رجوع کند چون ایقاع دو طرفه می باشد نتیجه اینکه کلیه ایقاعات مسقط حق لازم اند و غیر قابل فسخ اند و هیچ مبنایی برای جواز آنها به چشم نمی خورد این همان چیزی که به قاعده « الساقط لا یعود » معروف است.

### نتیجه گیری

نتایج حاصله از این مقاله :

۱- لزوم و جواز حکم است اما اگر شرط مخالف آن در عقد بیاید تنها شرط باطل می شود و این بطلان به عقد سرایت نمی کند لزوم و جواز از قواعد امره اند چون اکثر احکام معاملات امضائی اند لزوم و جواز هم باید امضائی است.

۲- نظر آنهایی که عقیده بر این دارند که عقد جایز به لازم تبدیل می شود صحیح به نظر نمی رسد و آنهاییکه معتقد اند عقد جایز از لازم کسب لزوم می کند مرتکب شبهه شده اند و تعبیر دقیقی به کار نبرده اند چرا که انصراف تبدیل ماهیت عقد جایز به لازم را موجب می شود و جز با توضیح نمی توان رفع شبهه نمود نکته اصلی این است که با اندارج عقد جایز در ضمن عقد لازم بعنوان شرط نتیجه از تزلزل عقد جایز کاسته شده و مستحکم می گردد. در واقع این عدم تزلزل فقط ناظر به تزلزل ارادی

<sup>۳۶</sup> - سید حسن امامی، ناصر کاتوزیان، محمد جعفر جعفری لنگرودی، سید حسین صفائی

<sup>۳۷</sup> - ناصر کاتوزیان، لنگرودی، حسن علی درودیان

است که در واقع حق فسخ هریک از طرفین تا حدودی تعدیل می شود اما شرط نتیجه بودن عقد جایز در ضمن عقد لازم تاثیر ی بر تزلزل غیر ارادی ماده ۹۵۴ قانون مدنی ندارد.

۳- دیدگاه سید محمد کاظم طباطبائی صواب است چون در عقد جایز اصل برداشتن حق فسخ است و عدم حق فسخ استثناء محسوب می شود و طبق استصحاب هم متعهد به انعقاد عقد جایز در خارج از عقد لازم بعنوان شرط فعل باحق او برای فسخ عقد جایز محفوظ می ماند و مدعی نداشتن حق فسخ باید آن را ثابت کند.

۴- فسخ قرارداد و رد معاملات غیر نافذ در زمره ایقاعات مسقط حق می باشند و این دو نیز ایقاع لازم اند و روی همین مبناست که ماده ۲۵۰ قانون مدنی مقرر کرده است که «اجازه در صورتی موثر است که مسبوق به رد نباشد و الا اثری ندارد»

۵- در ایقاعات هم مثل عقود ابتدا باید به سراغ جواز برویم اگر یافت نشد حکم به لزوم می دهیم. اذن محض و ایجاب دو ایقاع است و چون فقط به اراده موقع بستگی دارد و دخالتی در دارایی طرف ندارد جایز محسوب می شود.

۶- بر اساس ماده ۶۷۹ جائز بودن وکالت و حق فسخ موکل از قواعد آمره محسوب نمی شود.

## فهرست منابع

### کتاب

- ۱- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها - انحلال قراردادها - خیارات، جلد پنجم، انتشارات شرکت سهامی با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم، سال ۱۳۸۰
- ۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، نشر میزان، چاپ سوم، بهار ۱۳۸۵
- ۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین، انتشارات گنج دانش، جلد دوم، چاپ یازدهم، سال ۱۳۸۷
- ۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد - ایقاع، شرکت سهامی انتشار چاپ ۱۳ سال ۱۳۸۷
- ۵- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، جلد ۵، چاپ ۴ سال ۱۳۸۶
- ۶- شهبازی، محمد حسین، حقوق مدنی، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۹۳
- ۷- کاشانی، محمود، حقوق مدنی، قراردادهای ویژه، بنیاد حقوقی میزان، سال ۱۳۸۸

### مقاله

- ۱- سکوتی نسیمی، دکتر رضا، تاثیر اراده در لزوم و جواز عقود
- ۲- باقری پور، نرگس، مبانی لزوم و جواز در قراردادها، ماهنامه کانون (شماره ۱۳۸، ۱۳۹) سال ۱۶/۱۰/۱۳۹۲

### Sites

۱-<http://www.chetor.com>

۲-<http://www.abdilawyer.com>

۳-<http://www.ar.islamway.net>

۴-<http://ar.islamqa.info>

۵-<http://Feghweb.com>

۶-<http://clk.journals.pnu.ac.ir/article/1182>

