

## برزخ بین عقد و ایقاع (ماهیت ثالث در اعمال حقوقی)

امید توکلی کیا<sup>۱</sup>

### چکیده

آیا تقسیم اعمال حقوقی به عقد و ایقاع، حصر عقلی است؟ کسی به صراحت چنین ادعایی را مطرح نکرده ولی از خلال سخن گذشتگان این حصر قابل استنباط است. فکری که شایع شده و در اندیشه‌ها ریشه دوانیده است بیانگر این است هرچه عقد بودن آن محل خدشه باشد ایقاع است و هرچه ایقاع بودن آن محل ایراد باشد، عقد است. از این دیدگاه به نظریه تفریع یاد شده است و مفاد آن این است که هر عمل حقوقی که عقد نباشد، ایقاع است و در خصوص مبنای آن گفته شده که عقد با دو قصد انشاء متقابل، ولی ایقاع با یک قصد انشاء، به وجود می‌آید. در حالی که ممکن است عمل حقوقی نه عقد باشد و نه ایقاع، بلکه ماهیت حقوقی ثالثی باشد چراکه عقد و ایقاع از مقوله ضدین هستند نه نقیضین (الضدان لا یجتمعان و قد یرتفعان). استاد جعفری لنگرودی از این ماهیت حقوقی با عنوان «برزخ بین عقد و ایقاع» یاد می‌کند و می‌فرماید که در حقوق اسلام عده معدودی فقط در مورد وصیت تملیکی این احتمال را داده‌اند و اسلاف ما در تصور ماهیتی که نه عقد باشد و نه ایقاع فرومانده‌اند و اکثریت منکر آن هستند. ایشان برای اولین بار در تألیفات خویش ضمن به رسمیت شناختن این ماهیت حقوقی، اقدام به تبیین این مفهوم و بیان عناصر و مصادیق آن نموده است.

کلیدواژه: عمل حقوقی، عقد، ایقاع، برزخ بین عقد و ایقاع، قصد انشاء.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۱. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع)، پژوهشگر مرکز پژوهشی دانشنامه‌های حقوقی علامه و قاضی دادگستری.

## مقدمه

تمامی موضوعات علم حقوق تحت دو عنوان بسیار کلی قرار دارند: یکی حالت (مانند حجر، بلوغ، صغر) و دیگری عمل خواه به صورت فعل باشد یا ترک. قسم اول را می‌توان «حالات حقوقی» نامید که ویژگی آن این است که تحت سلطه اراده انسان قرار نمی‌گیرند. قسم دوم (عمل افراد انسانی) نیز بر دو نوع است:

**الف.** برخی از اعمال به این صورت است که ترتیب آثار حقوقی بر آن، مشروط بر این است که فاعل عمل، نتیجه و اثر آن عمل را در حین انجام آن بخواهد و به تعبیری فاعل باید «قصد نتیجه» داشته باشد. به عنوان مثال بایع باید در هنگام انعقاد عقد بیع قصد تملیک مبیع در مقابل ثمن را داشته باشد. این دسته اعمال در فقه اصطلاح خاصی ندارند، اما در علم حقوق به آن «عمل حقوقی»<sup>۱</sup> گفته می‌شود.

**ب-** برخی دیگر از اعمال هستند که آثار حقوقی بر آن مترتب می‌شود چه فاعل عمل، در هنگام ارتکاب خواستار ترتب آن آثار باشد و یا نباشد، بلکه حتی اگر فاعل عمل، خواستار عکس اثر حقوقی آن عمل باشد این قصد و اراده بی‌اثر است مانند اعمالی که موجب ضمان قهری می‌شود. این قبیل اعمال نیز در فقه اصطلاح مخصوصی ندارد ولی در علم حقوق آن را «واقعه حقوقی»<sup>۲</sup> می‌نامند.<sup>۳</sup>

موضوع این نوشتار «عمل حقوقی»<sup>۴</sup> است و آن عملی است که از قصد انشاء ناشی می‌شود و فاعل آن عمل، قصد می‌کند یک یا چند اثر حقوق معین بر آن عمل مترتب گردد. برای وجود یک عمل حقوقی دو عامل لازم است: اراده انسان و ضمانت اجرای قانون. استاد جعفری لنگرودی می‌فرماید عمل حقوقی در تقسیم‌بندی سنتی بر دو قسم است: عقد و ایقاع.<sup>۵</sup> ایشان بعدها قائل به ماهیت ثالثی در اعمال حقوقی می‌شود و بیان می‌دارد که عمل حقوقی لزوماً عقد یا ایقاع نیست بلکه می‌تواند ماهیت مستقلی باشد که ایشان از این ماهیت تحت عنوان «برزخ بین عقد و ایقاع» یاد می‌کند و به عبارت دیگر عمل حقوقی را بر سه قسم می‌داند: عقد، ایقاع و برزخ بین عقد و ایقاع. ایشان در حقیقت پیشگام حقوق دانان در به رسمیت شناختن و تبیین این مفهوم حقوقی و ارائه نمودن عناصر و ویژگی‌ها و مصادیق و نمونه‌های آن می‌باشد. سوالات تحقیق عبارتند از: آیا تقسیم اعمال حقوقی به عقد و ایقاع یک حصر عقلی است و نمی‌توان قائل به ماهیت و طبیعت ثالثی شد؟ ماهیت حقوقی برزخ بین عقد و ایقاع چیست؟ عناصر و ویژگی‌ها و مصادیق برزخ بین عقد و ایقاع در فقه و حقوق چیست؟

۱. Acte Juridique

۲. Fait Juridique

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تاثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۲-۱.

۴. استاد جعفری لنگرودی در جای دیگری بیان می‌دارد: در علم حقوق، تمام موضوعات تحت دو عنوان «حالات حقوقی» و «عمل حقوقی» به معنی اعم آن جمع می‌شوند و سپس عمل حقوقی به معنی اعم را بر سه قسم می‌داند: الف. عمل حقوقی به معنی اخص ب. عمل ارادی غیر عمدی ج. عمل غیر ارادی. ایشان در ادامه می‌فرماید تمام عقود و ایقاعات عمل حقوقی به معنی اخص می‌باشند. (همان، ص ۳۳-۳۴)

۵. همان، ص ۲۶.

در خصوص ماهیت حقوقی برزخ بین عقد و ایقاع غیر از مطالبی که استاد جعفری لنگرودی به صورت پراکنده در خلال کتاب‌های خویش بیان کرده است، مطلبی دیده نمی‌شود و از میان حقوق‌دانان قدیم تا جایی که مورد تتبع قرار گرفت تنها دو نفر از استادان حقوق (موسی عمید و عبده بروجرودی) از این اصطلاح و آن هم در مبحث وصیت استفاده کرده‌اند بدین گونه که گفته‌اند وصیت برزخ بین عقد و ایقاع است ولی در رابطه با اینکه ماهیت و ارکان و عناصر آن چیست سخنی نگفته‌اند و در حقیقت دیدگاه عده معدودی از فقیهان معاصر را بیان نموده‌اند.

هدف از این تحقیق تدوین مطالب پراکنده استاد جعفری لنگرودی در تالیفات متعدد خویش در خصوص ماهیت حقوقی برزخ بین عقد و ایقاع و انعکاس این دیدگاه نوین در عرصه حقوق مدنی بوده و این موضوع از دیدگاه ایشان مورد بررسی قرار گرفته است و سعی بر این بوده مطالب مزبور در قالب یک طرح منطقی تدوین شود. البته برخی از مطالب از جمله پیشینه برزخ بین عقد و ایقاع در فقه و حقوق حاصل تحقیق نگارنده است. در این نوشتار تحت دو عنوان کلی مفهوم‌شناسی و مصداق‌شناسی به بیان مفاهیم عقد، ایقاع، برزخ بین عقد و ایقاع و پیشینه این اصطلاح و تعریف و عناصر و مصادیق آن از منظر این حقوق‌دان خواهیم پرداخت.

## ۱- مفهوم‌شناسی

در این بخش در ابتدا به دو مفهوم عقد و ایقاع و سپس به بررسی مفهوم برزخ بین عقد و ایقاع می‌پردازیم:

### ۱-۱- عقد

در هیچ‌یک از متون قوانین شرع تعریفی از عقد بیان نشده است. برخی از فقیهان فرموده‌اند: در شرع، عقد عبارت است از قول متعاقدين یا قول یک‌طرف (ایجاب‌کننده) و فعل طرف دیگر (قبول‌کننده) که شارع بر آن قول، اثر مقصود را مترتب کرده باشد.<sup>۱</sup> برخی گفته‌اند عقد در معنی اخص بدون ایجاب و قبول لفظی محقق نمی‌شود.<sup>۲</sup> برخی دیگر عقد بالمعنی الاخص را این گونه تعریف کرده‌اند: «ما یفید مفهوماً معاملیاً خاصاً یتمیز به عن سائر أفراد المعاملات و یصطلح علیه بالعقد بالمعنی الأخص»<sup>۳</sup> ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد را این گونه تعریف کرده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.» لنگرودی در جایی می‌گوید برخی از فقها عقیده دارند در هر عقدی باید قصد انشا وجود داشته باشد، ولی برای تحقق عقد، حاجت به دو قصد انشا نیست، مثلاً در عقد عاریه، مستعیر چیزی را انشا نمی‌کند و فقط رضایت به انشا معیر می‌دهد و متهد در عقد هبه

۱. العقود جمع عقد و هو لغه ضد الحل، شرعاً قول من المتعاقدين، أو قول من أحدهما و فعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود علیه.

(نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۲۲، چاپ ۳، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۷۲، ص ۳)

۲. علی حسب ما سمعته فی العقود اللزومه تقع بالإيجاب و القبول اللفظیین و هما العقد بالمعنی الأخص. (همان، ج ۲۷، ص ۱۵۶)

۳. موسوی خویی، سیدمحمدتقی، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، ج ۲، چاپ ۱، بیروت لبنان، دار المورخ العربی، ۱۴۱۴ ق، ص ۱۶.

فقط رضایت به هبه می‌دهد، لذا عقد هبه مرکب است از اولاً قصد انشای واهب ثانیاً رضایت متهب به انشای واهب. ایشان در ادامه بیان می‌دارد که صاحبان این نظریه دلیلی بر نظر خود نیاورده‌اند و ظاهراً آن را در ردیف بدیهیات قرار داده‌اند و حال اینکه چنین نیست. بنابراین هیچ عقدی بدون دو قصد انشا واقع نمی‌شود.<sup>۱</sup> ایشان در جای دیگری برخلاف مطلب بالا فرموده‌اند که وجود دو قصد انشا شرط عمومی تحقق عقود نیست. بنابراین با یک قصد انشا و رضای طرف مقابل - که مقرون به قصد انشا نباشد مانند عقد رهن - هم، عقد محقق می‌شود، زیرا در عقد رهن، رهن قصد انشا می‌کند ولی مرتهن فقط رضا به ایجاب رهن می‌دهد. علت عدم تصریح به تعدد قصد انشا در ماده ۱۹۱ قانون مدنی آن است که تعریف عقد را شامل دو گروه از عقود کند: (۱) عقدی که در آن دو قصد انشاء هست مانند بیع و اجاره. (۲) عقدی که در آن یک قصد انشاء است و یک رضای بدون قصد انشاء مانند رهن. ماده ۱۸۳ قانون مدنی نیز از همین قبیل است و شامل دو گروه از عقود یادشده است. ایشان در مقام نتیجه می‌فرماید که در تحقق عقد دو قصد انشاء ضرورت ندارد و یک قصد انشا هم کافی است.<sup>۲</sup> لنگرودی در تازه‌ترین راه در شناخت ماهیات حقوقی به بیان عناصر عمومی عقود پرداخته است<sup>۳</sup> و در تعریف عنصر عقد می‌گوید: «عنصر عقد (و هر چیز دیگر مانند ایقاع و غیره) عبارت است از عاملی که وجود خارجی عقد موقوف بر حصول پیدایی آن عامل باشد.» ایشان در کتاب فلسفه حقوق مدنی (عناصر عمومی عقود)<sup>۴</sup> بیان می‌دارد: «عناصر عمومی عقود مالی معوض بنا به آخرین استقرای ما از قرار ذیل است: ۱- تراضی ۲- ایجاب و قبول لفظی ۳- توافق ایجاب و قبول ۴- موالات بین ایجاب و قبول ۵- قدرت تسلیم مورد معامله ۶- تعهد ۷- رضا، قصد نتیجه، قصد انشا ۸- معلوم بودن موضوع عقد ۹- معلوم بودن متعاقدين ۱۰- تغایر متعاقدين ۱۱- تغایر عوض و معوض ۱۲- مفید بودن عقد ۱۳- مشروع بودن عقد ۱۴- اهلیت متعاقدين ۱۵- علم عاقد به کیفیت رضای خود ۱۶- لزوم عقود.»<sup>۵</sup>

## ۱-۲- ایقاع

استاد جعفری لنگرودی در راستای رفع نقص تعریف ارائه شده از ایقاع در دائره‌المعارف حقوق تعهدات و تکمیل آن در کتاب فلسفه حقوق مدنی در تعریف ایقاع می‌فرماید: «هر عمل حقوقی که جامع عناصر

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تاثیر اراده در حقوق مدنی، ۱۳۸۷، ص ۹۶.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۱۳.

۳. استاد جعفری لنگرودی در خصوص عناصر شماری می‌گوید: «از سال ۱۳۳۸ راه جدیدی را در معرفت ماهیات حقوقی آغاز کردم و عناصر عمومی عقود را در هفت مورد برشمردم. سال‌های بعد این کار را دنبال کردم و بر تعداد عناصر عقد افزودم. در سال ۱۳۶۰ رسماً عنوان جدید «عناصر شماری» را برای معرفی ماهیات (اعم از حقوقی و غیرحقوقی) به کار گرفتم.» (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، ۱۳۸۰، ص ۱۳)

۴. نگارش ج اول کتاب فلسفه حقوق مدنی (عناصر عمومی عقود) در ۲۱ شهریور ۱۳۷۹ (یازدهم سپتامبر سال ۲۰۰۰ میلادی) و ج دوم (اصول عامه اذن و اذنیات) در پانزدهم آذرماه ۱۳۷۹ (پنجم دسامبر سال ۲۰۰۰ میلادی) در ایستبورن انگلستان به اتمام رسیده است.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، ۱۳۸۰، ص ۴۶.

عمومی عقود باشد، عقد است؛ با فقدان یک یا چند عنصر از آن عناصر، هرگاه عمل فاقد آن عنصر یا عناصر، قانوناً معتبر باشد آن عمل حقوقی از نظر سنتی ایقاع است خواه نتیجه آن، اسقاط باشد یا تملیک و یا ایجاد حق (مانند شرط خیار در عقد بیع برای ثالث) و یا جعل سبب چنانکه در جعاله متصور است.<sup>۱</sup> ایشان در کتاب الفارق در ذیل واژه ایقاع، سه تعریف را برای ایقاع بیان می‌کند و سپس می‌فرماید ایجاز تعاریف یادشده غالباً از نوع ایجاز مخل است و این اختلال را می‌توان با بیان عناصر ایقاع برطرف نمود و در نهایت به بیان عناصر آن می‌پردازد.<sup>۲</sup> استاد جعفری لنگرودی در کتاب اندیشه و ارتقاء این‌گونه می‌فرماید: «سالها عقیده به صحت روش کسانی داشتیم که می‌گفتند: هر چه که عقد نباشد ایقاع است... روزی به خود گفتم: باید برای تعریف ماهیت ایقاع، معیاری علمی در حد متیقن به‌دست آوری! وگرنه دلیل ندارد بگویی: هر چه که عقد نباشد ایقاع است؛ این مثل آن است که گروهی می‌گویند: هر کس که دوست ما نباشد دشمن ما است! نه خیر! ممکن است دوست شما نباشد ولی دشمن شما هم نباشد، برزخ بین دوست و دشمن باشد. پس موفق شدم که در تعریف ایقاع بگویم (در رابطه با قدر متیقن) ایقاع، التزامی است که به حسب ماهیت (طبیعت) خود غنی از قبول دیگری است مانند احسانات که در عرف غالب، غنی از قبول محسن‌الیهم است.»<sup>۳</sup>

#### ۱-۲-۱- قاعده تشخیص عقد از ایقاع

هم در عقد و هم در ایقاع قصد انشا ضرورت دارد نهایت اینکه طبیعت و ماهیت این دو نوع قصد با هم فرق می‌کند؛ قصد انشائی که در عقد به کار می‌رود قصدی است که خود به خود نمی‌تواند یک موجود اعتباری را به «وجود نهایی» برساند زیرا هر عقدی مرکب از ایجاب و قبول است، در حالی که قصد انشائی که در ایقاعات به کار می‌رود قصد انشایی است که می‌تواند به تنهایی اثر حقوقی را به وجود نهایی برساند یا به تنهایی یک اثر حقوقی موجود را معدوم نماید بدون اینکه این عمل، مستلزم دخالت در حقوق دیگران باشد مانند ابرا و اباحه تملک در موردی که مالی را نثار عروس می‌کنند. لنگرودی معتقد است که این اولین و تنها وسیله برای تشخیص عقود و ایقاعات است، زیرا پیشینیان در این باره مقیاسی نیافته‌اند.<sup>۴</sup> ایشان در مقاله «طرح ایقاعات» در کتاب علم حقوق در گذر تاریخ با عبارتی دیگر بیان می‌دارد: «ایقاع آن است که بتواند بدون کمک رضای دیگری، اثر حقوقی را پدید آورد در حالی که در عقد، رضای یک طرف در تاسیس اثر عقد، مستقل از رضای طرف دیگر نیست.»<sup>۵</sup>

۱. همان، ص ۲۶۳-۲۶۴.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائره‌المعارف عمومی حقوق، ج ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۴۸۱-۴۸۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۵۲۹-۵۳۰.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تاثیر اراده در حقوق مدنی، ص ۶۰-۶۱؛ همان، حقوق مدنی: عقد کفالت، چاپ ۴، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۰، ص ۱۸-۱۹.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، علم حقوق در گذر تاریخ، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۱۱۰.

### ۱-۳-۳- برزخ بین عقد و ایقاع

در این بخش به بیان پیشینه ماهیت حقوقی برزخ بین عقد و ایقاع، تعریف، عناصر و ویژگی‌های آن اشاره خواهیم کرد.

#### ۱-۳-۱- پیشینه برزخ بین عقد و ایقاع

در میان فقیهان برخی در کنار عقد و ایقاع، قائل به ماهیت دیگری بوده‌اند هرچند که از اصطلاح برزخ بین عقد و ایقاع استفاده نکرده‌اند.<sup>۱</sup> به عنوان مثال شهید اول در قاعده ۲۶۲ کتاب القواعد و الفوائد بیان می‌دارد: «کل عبارة لا يتم مضمونها إلا بإيجاب و قبول، فهي عقد و ما لا يحتاج إلى القبول من العبارات، فهو إيقاع، أو إذن مجرد.»<sup>۲</sup> اصطلاح «برزخ بین عقد و ایقاع» بر حسب نقل قول استاد جعفری لنگرودی از موسی عمید در بحث وصیت، توسط مامقانی به‌کار رفته است<sup>۳</sup> و بعد از ایشان شیخ محمدحسین اصفهانی در کتاب حاشیة المکاسب وصیت تملیکی را برزخ بین عقد و ایقاع دانسته و بیان داشته است: «ففي الحقيقة هي [الوصية] برزخ بين العقد مع الغير و الايقاع المحض»<sup>۴</sup> و سپس محمدحسین کاشف‌الغطاء در کتاب تحریرالمجله، وصیت و وکالت را برزخ بین عقد و ایقاع دانسته است و می‌فرماید: «والحق انه [الوصية التملیکیه] برزخ بين العقد و الايقاع كالوكالة و نظائرها»<sup>۵</sup> و در جای دیگری بیان می‌دارد: «ان الوصية برزخ بين العقد و الايقاع»<sup>۶</sup>. ایشان در کتاب وجیزه الاحکام، جعله را برزخ بین عقد و ایقاع دانسته و فرموده است: «الجعل و هي برزخ بين العقد و الايقاع»<sup>۷</sup>. ایشان در حاشیه بر عروه الوثقی بیان می‌دارد: «الأصح أنّها برزخ بين العقد و الإيقاع و مثلها الوكالة و الجعالة و الوقف في بعض أنواعه»<sup>۸</sup>. محمدجواد مغنیه در کتاب فقه الامام الصادق از قول محقق اصفهانی بیان می‌کند: «الوصية ليست عقداً و لا إيقاعاً و انما هي برزخ بين الاثنتين»<sup>۹</sup>.

۱. احسائی (ابن‌ابی‌جمهور)، محمدبن‌علی، الاقطاب الفقهیه علی مذهب الامامیه، چاپ ۱، آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۲۷؛ کاشانی، حبیب‌الله، تسهیل المسالک الی المدارک فی روض القواعد الفقهیه، چاپ ۱، المطبعة العلمیه، ۱۴۰۴ق، ص ۲۸؛ کاشف‌الغطاء، محمدحسین، تحریرالمجله، چاپ ۲، المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه، ۱۴۳۲ق، ج ۱، ص ۲۱۵.
۲. عاملی (شهید اول)، محمدبن‌مکی، القواعد و الفوائد، ج ۲، چاپ ۱، کتابفروشی مفید، بی‌تا، ص ۲۷۱؛ حلی سیوری، مقدادبن‌عبدالله، نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، چاپ ۱، آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۸۵.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۳۳.
۴. اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۱، چاپ ۱، انوار الهدی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۹۴.
۵. کاشف‌الغطاء، محمدحسین، تحریرالمجله، ج ۵، ص ۱۱۷.
۶. همان، ص ۱۲۵.
۷. همان، وجیزه الاحکام، ج ۳، چاپ ۲، موسسه کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۶ق، ص ۲۹.
۸. طباطبائی‌یزدی، سیدمحمدکاظم، العروه الوثقی فیما تم به البلوی (المحشی)، ج ۵، چاپ ۱، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق، ص ۶۵۳.
۹. مغنیه، محمدجواد، فقه الامام الصادق علیه‌السلام، ج ۳، چاپ ۲، موسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق، ص ۴۲.

در میان حقوق دانان به نظر می‌رسد اولین شخصی که اصطلاح برزخ بین عقد و ایقاع را به کار برده موسی عمید بوده است. ایشان در کتاب وصیت خویش بیان می‌دارد که وصیت نه عقد است و نه ایقاع بلکه دارای ماهیت مخصوص و برزخ بین عقد و ایقاع می‌باشد.<sup>۱</sup> بعد از ایشان محمدتقی عبده بروجرودی در کتاب‌های کلیات حقوق اسلامی، قائل به طبیعت ثالثی به نام، برزخ بین عقد و ایقاع گردیده است و وصیت را از مصادیق آن می‌داند.<sup>۲</sup> پس از ایشان استاد جعفری لنگرودی در موارد متعددی در کتاب‌های خویش از این اصطلاح بهره برده و به شناسایی ماهیت و عناصر و مصادیق آن پرداخته است. ایشان در کتاب فلسفه حقوق مدنی خویش بیان می‌دارد: آیا تقسیم اعمال حقوقی به عقد و ایقاع، تقسیم حصری است؟ کسی به صراحت چنین ادعایی را مطرح نکرده است ولی از خلال سخن گذشتگان این حصر قابل استنباط است بدون اینکه بگویند حصر عقلی است چنانکه صاحب جواهر پس از طرح اشکالات متعدد بر عقد بودن جعاله، جانب ایقاع بودن را ترجیح داده است. بنابراین فکری که شایع شده است و در اندیشه‌ها ریشه دوانیده است این است که:

۱. هرچه که عقد بودن آن محل خدشه است ایقاع است.
  ۲. هرچه که ایقاع بودن آن محل ایراد است باید عقد باشد! چنانکه پس از ایراد بر نظریه ایقاع بودن وصیت تملیکی چنین نتیجه گرفته‌اند که از نظر قانون مدنی باید وصیت تملیکی عقد باشد.
- دلیل این طرز تفکر سنتی که از هزار سال به این طرف در اذهان مستقر شده است این است که مثلاً صاحب جواهر پس از فراغت از اشکالات بر عقد بودن جعاله به ذهنش خطور نکرد که ممکن است لااقل برخی از اقسام جعاله برزخ بین عقد و ایقاع باشد.
- لنگرودی در علت پیدایش این طرز تفکر چنین می‌فرماید: «حدس من این است که تنظیم روابط حقوقی افراد جامعه بر اساس عقود آسان‌تر است به همین جهت یک حالت گریز از ایقاع در ذهن بعضی جای گرفت تا آنجا که استدلال آنان درباره عقد بودن وصیت تملیکی و جعاله (به‌طور کلی) گاه‌به‌گاه به صورت خنده‌آور جلوه می‌کند.» البته ایشان در ادامه فقدان روش تحقیق علمی که از قرن نوزدهم میلادی در اروپا پدید آمد و به همه دانشگاه‌های جهان راه یافت را نیز علت اساسی این مطلب یاد می‌کند.<sup>۳</sup>
- به‌نظر می‌رسد لنگرودی دو رویکرد نسبت به موضوع برزخ بین عقد و ایقاع دارد. در کتاب وصیت خویش می‌گویند برخی حقوق دانان میل دارند که طبیعت ثالثی در اعمال حقوقی، بین عقد و ایقاع وجود دارد و بگویند برخی از اعمال حقوقی نه عقد است و نه ایقاع مانند ودیعه، عاریه و وصیت تملیکی. ایشان سپس در توضیح عقیده خویش بیان می‌دارد: «اثبات واسطه بین عقد و ایقاع مولود تخیلات ظریف بعضی از

۱. عمید، موسی، هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، چاپخانه علمی، ۱۳۴۲، ص ۸۹-۹۳.

۲. عبده بروجرودی، محمدتقی، کلیات حقوق اسلامی، چاپ ۱، رهام، ۱۳۸۱، ص ۲۴۳.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۲۸.

حقوق دانان است مخصوصاً کسانی که بین قصد انشا و رضا فرق می‌گذارند و عقود اذنی را در واقع عقد نمی‌دانند هر چند که با توافق دو قصد به وجود می‌آیند. عقیده این عده که در قرن سیزدهم هجری نضج گرفته است به نظرم درست نیست. این دیدگاه مورد قبول اکثریت اهل فن قرار نگرفته است و عرف مسلم هم چنین چیزی را نمی‌شناسد.<sup>۱</sup> لیکن وی در دیگر کتاب‌های حقوقی خویش طبیعت ثالث یاد شده (برزخ بین عقد و ایقاع) را پذیرفته است و در کتاب فلسفه اعلی در علم حقوق بیان می‌دارد: «رضا جنس الاجناسی است که دارای صور ذیل می‌باشد: ۱- عقود و قراردادها ۲- ایقاعات ۳- برزخ بین عقود و ایقاعات ۴- شق رابع از نظر کسانی مانند مازو است که از سویی برزخ بین عقد و ایقاع را نشنیده‌اند و نسبت به آن ساکت‌اند و از سوی دیگر تعهد را عنصر حتمی عقد و ایقاع می‌دانند و معتقدند که در وصیت تملیکی، موصی تعهدی ندارد و هر وقت بخواهد می‌تواند رجوع کند. پس وصیت نه عقد است و نه ایقاع ولی عمل حقوقی یک‌جانبه است.»<sup>۲</sup> و در جای دیگر: «مبحث برزخ بین عقد و ایقاع را پیشینگان نگشوده‌اند تا ما از نظرشان سخنی بگوییم... پس آنکه سخن نو می‌آورد باید اذعان داشته باشد که کاری صعب صورت گرفته است.»<sup>۳</sup> و در جای دیگری گفته‌اند: «پیشینگان در زمینه برزخ بین عقد و ایقاع کاری نکرده‌اند، آن را نادیده انگاشته و به روی خود نیاورده‌اند و گفته‌اند: کم ترک الاول للآخر.»<sup>۴</sup> ایشان در این خصوص به عنوان تکمله می‌گویند: «پیشینگان ما فقط در مورد وصیت تملیکی احتمال داده‌اند که برزخ بین عقد و ایقاع است (البته عده معدودی) و از این فراتر نرفته‌اند و حال آنکه وصیت، اضعف نمونه‌های برزخ است، اقوی از آن هم وجود دارد که ارائه آن به عهده ما است.»<sup>۵</sup> ایشان در کتاب وسیط در ترمینولوژی حقوق می‌فرماید: «اموری در مدنی هست که نه مشمول آن تعریف عقد است و نه مشمول آن تعریف ایقاع، پس لاعلاج باید برزخ بین عقد و ایقاع باشد مانند عاریه و طلاق خلع... پس عمل حقوقی، منحصر در عقد و ایقاع نیست.»<sup>۶</sup> استاد جعفری لنگرودی در کتاب سیستم‌شناسی بیان می‌دارد: «وضع برزخ بین عقود و ایقاعات را استوار کردم؛ اهل تقلید چنان به خلق فهمانده‌اند که بین عقد و ایقاع، شق ثالث وجود ندارد، کاش این را با استدلال ثابت می‌کردند.»<sup>۷</sup> و در موضع دیگری گفته‌اند: در گذشته ما نیز عمل حقوقی را شامل عقد و ایقاع می‌دانستیم و نظر به تقسیم سنتی عمل حقوقی داشتیم ولی اکنون عمل حقوقی را بر

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی: وصیت، گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۱۴.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، چاپ ۱، گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۴۸.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۲، پیشین، ص ۳۷.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، پیشین، ص ۲۲۳.

۵. همان، ص ۲۳۰.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، وسیط در ترمینولوژی حقوق، چاپ ۳، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۹، ص ۱۶۰.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، سیستم‌شناسی در علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۴۴.



مدار عقد و ایقاع و برزخ بین آن دو قرار می‌دهیم.<sup>۱</sup> استاد جعفری لنگرودی در کتاب اندیشه و ارتقاء بیان می‌دارد: «تصور برزخ بین عقد و ایقاع را مدیون تلاش در به دست آوردن دو تعریف علمی از عقد و ایقاع از قدر متیقن عرف عادت، هستم، تلاشی که تمام عمر با آن دست به گریبان بودم و سرانجام به این ثمر پیوست.»<sup>۲</sup> برخی از حقوق‌دانان معاصر همچون عمید زنجانی نیز قائل به برزخ بین عقد و ایقاع هستند و وصیت تملیکی را مصداقی از این ماهیت حقوقی دانسته‌اند.<sup>۳</sup> مازرو حقوق‌دان فرانسوی نیز عقیده دارد که شرط به نفع ثالث ماهیتی مستقل از عقد و ایقاع است و به تعبیر استاد جعفری لنگرودی به طور ناخودآگاه وارد صحنه برزخ بین عقد و ایقاع شده است.<sup>۴</sup>

### ۱-۳-۲- تعریف برزخ بین عقد و ایقاع

استاد جعفری لنگرودی در تعریف برزخ بین عقد و ایقاع می‌گویند: «عمل حقوقی است که بر تراضی متکی باشد و فاقد برخی از عناصر عمومی عقود و ایقاعات هم باشد.»<sup>۵</sup> و در جای دیگری بیان می‌دارد: «هر ماهیت حقوقی که در آن دو رضای متقابل منشا اثر گردند ولی فاقد یکی از عناصر عمومی عقود باشد، برزخ بین عقد و ایقاع است.»<sup>۶</sup> نیز در کتاب فلسفه حقوق مدنی به بیان قاعده‌ای برای معرفت ماهیت حقوقی برزخ بین عقد و ایقاع می‌پردازد و می‌گوید: شناخت برزخ بین عقد و ایقاع متکی به احراز دو عامل است: وجود دو رضای متقابل و فقدان یک یا چند عنصر از عناصر تراضی (وجود تراضی اهم عناصر عمومی عقود است).<sup>۷</sup>

### ۳-۳-۱- اوصاف و ویژگی‌ها (عناصرشناسی)

اوصاف و خصوصیات ذیل باید در عمل حقوقی برزخ بین عقد و ایقاع وجود داشته باشد:

**الف: وجود دو رضای متقابل؛** وجود تراضی، ایقاع بودن عمل را طرد می‌کند. در تقابل دو رضا، توافق آنها شرط نیست مانند رضای موصی و موصی‌له که متقابل هستند ولی لازم نیست متوافق باشند پس موصی‌له می‌تواند وصیت را نسبت به قسمتی از موصی‌به قبول کند. اگر این مقدار از تقابل دو رضا را تقابل بدانیم وصیت از حد ایقاعات خارج می‌شود ولو آنکه داخل در حد عقود نشود یعنی به صورت برزخ درآید.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر ج ۲، پیشین، ص ۲۳۴.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، پیشین، ص ۵۳۱.

۳. عمید زنجانی، عباسعلی، جدی، سهیل، کریمی، بشری، ماهیت حقوقی وصیت، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (حقوق سابق)، دوره ۳۹، ش ۲، تابستان ۱۳۸۸، ص ۲۳۰.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، ص ۵۳۶.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۲، ص ۳۶.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فرهنگ عناصرشناسی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲، ص ۱۳۸.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، پیشین، ص ۲۳۲-۲۳۳.

ب: فقدان یک یا چند عنصر از عناصر عمومی عقود در تراضی؛ لازم نیست که همه عناصر شانزده‌گانه عقود مورد بررسی قرار گیرد، چنانچه یکی از عناصر زیر موجود نباشد کافی است:

۱- قبول که رکن تراضی است باید قبول واقعی<sup>۱</sup> باشد، یعنی جزیی از اجزای سبب (مانند ایجاب) باشد. بنابراین قبول کشفی<sup>۲</sup> و حکمی<sup>۳</sup> برای تحقق تراضی کافی نیست.

۲- اناطه اثر ایجاب به قبول یعنی به رضای لاحق به ایجاب. لذا اناطه به رضای سابق بر ایجاب، محقق تراضی نیست چنانکه در عاریه است. در عاریه مالک (معیر) رضای خود را منوط به رضای مستعیر نمی‌کند. مستعیر نخست استدعای عاریه می‌کند و مالک استدعای او را اجابت می‌کند، پس مالک، رضای خود را منوط به رضای لاحق نکرده است. بنابراین عاریه نه عقد است و نه ایقاع، بلکه برزخ بین عقد و ایقاع است. اناطه محقق تراضی، باید به فعل ایجاب‌کننده و به رضای او باشد نه به حکم قانون، چرا که اناطه به حکم قانون (اناطه حکمی) محقق تراضی نیست.

۳- اهلیت موجب تا زمان اظهار قبول

۴- موالات بین دو رضا

۵- مطابقت ایجاب و قبول

۶- معلوم بودن عاقد. عاقد نباید مردد بین چند نفر باشد، چه رسد به اینکه اصلاً معلوم نباشد چنانکه در جعله عام - بر فرض عقد بودن آن - عامل جعله که طرف عقد است، معلوم نیست.

در صورتی که یکی از شش مطلب یادشده در موردی وجود نداشته باشد، به یقین مجالی برای تحقق عقد باقی نمی‌ماند هرچند که تراضی وجود داشته باشد و با توجه به وجود تراضی ایقاع بودن آن نیز منتفی است. بنابراین تنها ماهیتی خواهد بود که لاعلاج باید برزخ بین عقد و ایقاع باشد!<sup>۴</sup>

وی در کتاب الفارق که دائره‌المعارف عمومی حقوق است در بیان عناصر برزخ بین عقد و ایقاع می‌گوید:

۱- عمل حقوقی است. پس قصد نتیجه، شرط در آن است.

۲- تراضی بین دو طرف مانند عاریه و فضولی.

۱. قبول واقعی (حقیقی) قبولی است که اولاً ایجاب‌کننده، قصد خود را منوط به آن قبول کرده باشد. ثانیاً قبول‌کننده با توجه به آن اناطه رضای خود را ابراز دارد. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۲۷)

۲. قبول کشفی، قبولی است که تاثیر فقه‌رایی داشته باشد. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۴) قبول کشفی نمی‌تواند موجب تحقق تراضی باشد. (همان، ص ۸۴) پیروان نظریه کاشف بودن قبول خود به دو فرقه تقسیم شده‌اند: قائلین به نظریه قبول اعلامی و قائلین به نظریه قبول تاسیسی. (همان، وصیت، ص ۲۰)

۳. قبول حکمی قبولی است که قانون‌گذار آن را نظر به مصالحی، مقرون به ایجاب کند یعنی تاثیر ایجاب را متوقف بر آن قبول کند. قبول حکمی ابداً موثر در حدوث تراضی نیست. قبول در ماده ۸۲۷ قانون مدنی به نظر ما قبول حکمی است. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۲۷)

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، ص ۲۲۹-۲۳۰؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، عناصر شناسی، پیشین، ص ۱۳۹.

۳- فقدان پاره‌ای از عناصر عمومی عقد.

۴- فقدان پاره‌ای از عناصر ایقاع.<sup>۱</sup>

## ۲- مصداق‌شناسی

در این قسمت به برخی از مصادیق و نمونه‌هایی که در فقه و حقوق به عنوان برزخ بین عقد و ایقاع شناخته شده است خواهیم پرداخت.

### ۲-۱- عاریه

عاریه را به دو دلیل نمی‌توان عقد دانست: اولاً اناطه<sup>۲</sup> رضای سابق (از ایجاب‌کننده) به رضای لاحق (از قبول‌کننده) که عنصر عمومی عقود است در عاریه وجود ندارد.<sup>۳</sup> در عاریه، مستعیر، پیش‌قدم می‌شود و استدعای عاریه می‌کند؛ رضای معیر، منوط و معطوف به رضای سابق (رضای مستعیر) می‌شود نه رضای لاحق. ثانیاً در عاریه دو رضای متوازن - که قدر متیقن عرفی در تحقق هر عقدی است - وجود ندارد و دو رضا هنگامی متوازن است که التزام هر عاقد باعث التزام طرف مقابل باشد و محرک اقدام او به انعقاد عقد گردد و حال آنکه التزام معیر در دادن حق انتفاع، علت ورود مستعیر در عاریه کردن نیست. بنابراین عاریه از دو جهت یادشده عقد نیست.<sup>۴</sup> از طرف دیگر در عاریه تراضی صورت می‌گیرد و تراضی فکر ایقاع را طرد می‌کند. در نتیجه عاریه نه عقد است و نه ایقاع بلکه برزخ بین عقد و ایقاع است.<sup>۵</sup>

### ۲-۲- طلاق خلع

طلاق خلع برزخی بین عقد و ایقاع است<sup>۶</sup> به این دلیل:

الف: عقد نیست، زیرا تعریف عقد بر آن صدق نمی‌کند.

ب: ایقاع هم نیست، زیرا به هر حال دارای دو رضای متلاقی و متقابل است و تراضی زوجین هم تراضی ماهوی است<sup>۷</sup> و اینکه استغنا از قبول را فاقد است و استقلال ذاتی در تاسیس اثر، در آن نیست.<sup>۸</sup>

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۲، ص ۳۶-۳۷.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۴۸۶؛ همان، ج ۲، ص ۳۵.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، و سیط در ترمینولوژی حقوق، ص ۴۸۱-۴۸۲.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۲، ص ۳۵؛ ج ۳، ص ۳۵۶؛ همان، و سیط در ترمینولوژی حقوق، ص ۴۸۲؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، عناصرشناسی، پیشین، ص ۱۳۹؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، پیشین، ص ۳۱-۳۸-۱۳۱-۵۳۱.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، و سیط در ترمینولوژی حقوق، پیشین، ص ۳۳۹؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، پیشین، ص ۳۸-۱۳۱-۵۳۱.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، سیستم‌شناسی در علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۱۴۳.

۷. همان، ص ۲۴۴-۲۵۵.

همچنین در جای دیگری می‌گوید که طلاق خلع از جمله عقود نیست، ولی چون تلاقی دو رضا در آن هست پس رضای ایجاب‌کننده ذاتاً مستغنی از قبول نیست تا ایقاع باشد! پس ناچار برزخی است بین عقد و ایقاع. پیشینگان ما فقط گفته‌اند که خلع، شبه معاوضه است اما نگفته‌اند عقد است یا ایقاع است یا هیچکدام.<sup>۱</sup> البته استاد جعفری لنگرودی در جای دیگری طلاق خلع را ایقاع دانسته است.<sup>۲</sup>

### ۳-۲- وصیت تملیکی

لنگرودی بر این باور است که اگر وصیت تملیکی ایقاع نباشد دست کم عقد هم نیست و برزخ بین عقد و ایقاع است.<sup>۳</sup> در جلد دوم کتاب فلسفه حقوق مدنی بیان داشته است: «فقید سعید موسی عمید جزوه درسی خود را ضمن اصلاحات آخرین، به من داد و خواهش کرد که درباره یک مسائل جزوه نظر بدهم و به تعبیر خودش گفت: اشکالات حاد بکن! روزی از او پرسیدم چرا وصیت را برزخی بین عقد و ایقاع می‌دانی؟ گفت: مرحوم ممقانی این عقیده را دارد! گفتم دلیل او چیست؟ نتوانست جواب بدهد. خدای او را بیامرزد که مردی با انصاف بود.»<sup>۴</sup> لنگرودی در کتاب فلسفه حقوق مدنی وصیت را اضعف نمونه‌های برزخ دانسته است.<sup>۵</sup> و در برخی دیگر از تالیفات خویش گفته است که وصیت نه عقد است و نه ایقاع بلکه عمل حقوقی یک‌جانبه است.<sup>۶</sup> و در موضع دیگری که وصیت تملیکی نه عقد است و نه برزخ بین عقد و ایقاع، چرا که برای وجود برزخ بین عقد و ایقاع قبول واقعی (و نه قبول حکمی) شرط است و به همین دلیل ملحق به ایقاعات است و نصوص شرع هم موید ایقاع بودن آن است.<sup>۷</sup>

برخی دیگر از حقوق دانان وصیت را برزخ بین عقد و ایقاع دانسته‌اند.<sup>۸</sup> برخی از فقیهان نیز - همان‌طور که در قسمت پیشینه برزخ بین عقد و ایقاع بیان شد- وصیت تملیکی را برزخ بین عقد و ایقاع دانسته‌اند.<sup>۹</sup>

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۱۰۷.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۲، ص ۳۲۱-۳۳۱.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۶۰.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، ۱۳۸۰، ص ۲۳۳.

۵. همان، ص ۲۳۰.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، ص ۴۸، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، کتاب سیستم‌شناسی، پیشین، ص ۱۳۵.

۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، ۱۳۸۰، ص ۲۳۳-۲۳۴؛ همان، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ۱۳۷۸،

ص ۳۷۹۳، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تاثیر اراده در حقوق مدنی، پیشین، ص ۱۴۷-۱۴۸-۱۵۰؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۵، پیشین، ۱۳۸۸، ص ۲۷۵-۲۸۹-۲۹۵-۳۰۴؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی:

وصیت، پیشین، ص ۱۴-۲۶-۳۱-۴۴-۴۶؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، عناصرشناسی، پیشین، ۱۳۸۲، ص ۵۴۸.

۸. عمید زنجانی، عباسعلی، پیشین، ۱۳۴۲، ص ۸۹-۹۳؛ عبده بروجردی، پیشین، ۱۳۸۱، ص ۲۴۳؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر

پیشین، ص ۱۴۱؛ عمید زنجانی، جدی، کریمی، پیشین، ۱۳۸۸، ص ۲۳۰.

۹- اصفهانی، محمدحسین، پیشین، ج ۱، ۱۴۱۸ق، ص ۲۹۴؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲، ج ۵، ص ۱۱۷، همان، ۱۳۶۶ق، ج ۳، ص ۲۹،

#### ۴-۲- جعالة

جعالة یا ایقاعی است و یا غیرایقاعی. قسم اخیر هم دو قسم است: عقد واقعی است یا برزخ بین عقد و ایقاع است.<sup>۱</sup> بنابراین جعالة بر سه قسم است: جعالة عقدی، جعالة ایقاعی و جعالة برزخی.<sup>۲</sup> در خصوص جعالة برزخی به ذکر دو مثال اکتفا می‌شود.

الف: اگر کسی که اتومبیل او را دزد برده است به عده‌ای محصور بگوید: هریک از شما که آن را بیابد و نشان محل آن را بدهد فلان مبلغ به او می‌دهم، این جعالة، برزخ بین عقد و ایقاع است زیرا اولاً عقد نیست چون عامل معلوم و معین نیست و معین بودن عاقد عنصری از عناصر عمومی عقود است. ثانیاً ایقاع نیست زیرا تراضی بین جاعل و آن عده محصور به عمل آمده است و تراضی، طارد فکر ایقاع است.<sup>۳</sup>

ب: اتومبیل کسی را ربوده‌اند، آدم زرنگ و با حوصله‌ای به مالک می‌گویند چه می‌دهی اگر من آن را پیدا کنم و تحویل شما بدهم؟ بین دو طرف رضا رد و بدل می‌شود که اگر موفق شود دو میلیون تومان بگیرد. این جعالة خاص، عقد نیست زیرا عنصر اهم عقود، تراضی است و عنصر تراضی اناطه است یعنی ایجاب‌کننده باید رضای خود را منوط به رضای لاحق قابل کند و حال اینکه اینجا اناطه به رضای سابق بر ایجاب کرده است و چنین اناطه‌ای محقق تراضی نیست. از طرف دیگر این جعالة ایقاع هم نیست زیرا دو رضای متقابل در آن وجود دارد.<sup>۴</sup> بنابراین استاد جعفری لنگرودی برخی از مصادیق جعالة را برزخ بین عقد و ایقاع می‌داند.

#### ۵-۲- بیع فضولی

بیع فضولی نه عقد است و نه ایقاع بلکه برزخ بین آن دو است به این دلیل که اولاً به طور اجمال بین طرفین (فضول و اصیل) تراضی وجود دارد پس فکر ایقاع را طرد می‌کند. ثانیاً فاقد خصوصیات عقد (اصول موازنه) است. عقد مکره هم مانند فضولی است.<sup>۵</sup>

فضولی به علت فقدان پاره‌ای از عناصر عمومی عقد، عقد نیست و مشمول تعریف ایقاع (رضای مستقل در تاسیس اثر حقوقی ذاتاً) نیست پس برزخ بین عقود و ایقاعات است.<sup>۶</sup> وی به صراحت در کتاب سیستم‌شناسی می‌گوید:

طباطبایی یزدی، پیشین، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۶۵۳؛ مغنیه، پیشین، ج ۳، ۱۴۲۱ق، ص ۴۲.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، ۱۳۸۸، صص ۲۲۲-۲۲۳.

۲. همان، ص ۲۳۲.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۳۶؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، پیشین، ص ۲۳۲.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، پیشین، ص ۲۲۱-۲۲۲.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، پیشین، ص ۳۵.

۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۱۰۷.

«فضولی نه عقد است نه ایقاع، برزخ بین آنها است.»<sup>۱</sup> و در جای دیگری: بیع فضولی و عقد مکره «طرح عقد»<sup>۲</sup> هستند.<sup>۳</sup>

## ۶-۲- برات

برات عمل حقوقی است و عمل حقوقی اعم است از عقد و ایقاع.<sup>۴</sup> برات در برخی از مصادیق نه عقد است و نه ایقاع، مانند برات بر خود (یعنی براتکش) که کسی برات را به عهده خود صادر می‌کند. در این فرض از یک طرف به این دلیل فقدان دو طرف عقد و تراضی که بین دو شخص صورت می‌گیرد برات نمی‌تواند عقد باشد. از طرف دیگر ایقاع هم نمی‌تواند باشد چرا که در ایقاعات اثر و نفع آن باید متوجه دیگری باشد نه متوجه ایقاع‌کننده و این مطلب در این نوع از برات دیده نمی‌شود. بنابراین در این حالت برات برزخی بین عقد و ایقاع است.<sup>۵</sup> و در کتاب مبسوط: «برات اعم از عقود و ایقاعات است و نسبت به عقد و ایقاع لا بشرط<sup>۶</sup> است.»<sup>۷</sup>

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، سیستم‌شناسی در علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، (پاورقی) ص ۲۴۴.
۲. طرح عقد عبارت است از زمینه تراضی بر اساس رضای طرفین که اولاً موجب هیچ اثر حقوقی نیست، ثانیاً طرفین می‌خواهند پس از توافق در مرحله طرح، اقدام به انعقاد عقد و ایجاد موجود اعتباری کنند. مثال بارز آن بیع فضولی عین مال غیر است، ولی اختصاص به فضولی ندارد. عقد مکره، ایام خواستگاری (دوران نامزدی)، مقاله و تقریر مضاربه از دیگر مصادیق آن هستند. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق، ص ۱۰۵؛ پیشین، ص ۱۹؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ج ۳، پیشین، ص ۲۸۹) استاد جعفری لنگرودی معتقد است: «طرح عقد، عمل حقوقی است: نه عقد است و نه ایقاع و نه برزخ بین عقد و ایقاع» (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۱۱۷) وی در جای دیگری می‌گوید که برخلاف آنچه شایع شده است (در رابطه با حصر اعمال حقوقی به عقود و ایقاعات) اعمال حقوقی بیش از دو تا است: عقود، ایقاعات، برزخ بین عقد و ایقاع، طرح عقود و ایقاعات. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین، ص ۲۰-۱۳۱)
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، ۱۳۸۷، ص ۱۹-۲۰-۷۰-۸۱-۱۳۱؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اساس در قوانین مدنی: المدونه، چاپ ۱، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷، ص ۱۳۷.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۸۳۶.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۲، ۱۳۸۸، ص ۳۳-۳۶؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، وسیط در ترمینولوژی حقوق، پیشین، ص ۱۰۸.
۶. در بحث ماهیت آنچه که در فن معقول بیان می‌شود، این است که در ماهیت ذاتیاتی وجود دارد؛ گاهی واقع (ذات) این ماهیت مورد توجه است؛ اما به خارج از این ماهیت هیچ نظری نمی‌شود. این ماهیت را «ماهیت مهمله» می‌گویند، اما گاهی ماهیت را به لحاظ اموری که خارج از ذات و ذاتیات است، در نظر می‌گیرند؛ در این صورت، اگر برای اقسام ثلاثه مقسم واقع شود، «لابشرط مقسمی» نام دارد. لا بشرط مقسمی دارای اقسامی است: ماهیت مجرده، ماهیت مخلوطه و ماهیت مطلقه. اگر ماهیتی را نسبت به یک شیئی که خارج از آن است، به عدم آن شیء لحاظ کردیم، یعنی ماهیت را لحاظ کردیم درحالی که آن شیء نباشد و مجرد از آن باشد، «ماهیت مجرده یا ماهیت بشرط لا» نام دارد. اما اگر ماهیت را مقترناً به شیئی که خارج از ذات و ذاتیات است، لحاظ کردیم، «ماهیت مخلوطه یا بشرط شیء» نام دارد. قسم سوم ماهیت نیز «لابشرط قسمی یا ماهیت مطلقه» است و آن ماهیتی است که در آن سریان و اطلاق لحاظ شده باشد. (فاضل‌نکرانی، خارج اصول، مبحث مطلق و مقید، جلسه سوم، مورخ ۱۳۸۵/۰۲/۲۴)
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، ۱۳۷۸، ص ۸۳۶.

## ۲-۷- حواله

حواله ایفا است و ایفا قائم به هیچ‌گونه التزامی نیست. پس حواله نمی‌تواند عقد یا ایقاع باشد.<sup>۱</sup> استاد جعفری لنگرودی در کتاب الفارق بیان می‌دارد: «حواله عقد نیست، ایقاع هم نیست زیرا ایفای دین، اجرای تعهد است و اجرای تعهد نه عقد است و نه ایقاع است.»<sup>۲</sup> و نیز: «ایفاء ممکن است جزو آثار عقدی از عقود باشد یعنی آن عقد به خاطر ایفای دینی که قبل از آن عقد وجود داشته است منعقد گردد مانند مورد عقد حواله (بنابر اصح) که به منظور ایفای دین محیل به محتال، منعقد می‌شود.»<sup>۳</sup>

## ۲-۸- جایزه

جایزه عبارت است از وعده تملیک مال یا ملک بر سبیل استعلا برای تشویق موعودله. وعده تملیک، تملیک نیست بلکه صرف وعده است. وعده تملیک نه موجد تملیک است نه موجد تعهد.<sup>۴</sup> وعده جایزه نه عقد است نه ایقاع، زیرا التزامی بر وعده‌دهنده نیست، پس برزخ بین عقود و ایقاعات است.<sup>۵</sup>

## ۲-۹- عقود استیجاب و ایجاب

ایجاب به معنای التزام است و استیجاب یعنی یک طرف از طرف مقابل (در تراضی) بخواهد که ملتزم گردد. به عنوان مثال چنانکه مستعیر در مقام تقاضای عاریه، از معیر می‌خواهد که زیر بار التزام به اعاره برود و او اگر مایل باشد زیر بار می‌رود. پس در عاریه دو چیز در تراضی طرفین، ظاهر می‌شود: ۱- استیجاب از مستعیر ۲- ایجاب از معیر. ودیعه هم چنین است؛ مودع استیجاب می‌کند و امین، ایجاب می‌نماید. قرض الحسنه، عمری، رقبی، سکنی هم همین‌طور است.<sup>۶</sup> برخی تراضی‌ها وجود دارد که جملگی بر پایه استیجاب و اجابت (استدعا و اجابت) قرار دارند. اینها از قدر متیقن تعریف علمی عقد<sup>۷</sup> خارج هستند و دادن عنوان عقد به آنها هرگز مستند به دلیل علمی نبوده است

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

تذکره‌های علمی

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، سیستم‌شناسی در علم حقوق، ۱۳۸۶، ص ۱۲۹.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸، ص ۲۹۹.
۳. همان، ج ۱، ص ۴۷۲-۴۷۳.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، ۱۳۸۰، ص ۲۳۶-۲۳۷؛ همو، عناصرشناسی، پیشین، ص ۲۴۲.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۳۸۷، ص ۱۰۷-۱۰۸؛ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق: دائرةالمعارف عمومی حقوق، ج ۲، پیشین، ص ۲۵۰-۲۵۱.
- استاد جعفری لنگرودی در دو موضع دیگر گفته است که جنس جایزه وعده است که به کلی از مفهوم عمل حقوقی (عقد، ایقاع، برزخ بین عقد و ایقاع) خارج است، چرا که وعده برای وعده‌دهنده ایجاد تعهد نمی‌کند. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ج ۲، ۱۳۸۰، ص ۲۳۶؛ همان ۱۳۸۲، ص ۲۴۲)
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، ۱۳۸۷، ص ۵۴۰-۵۴۱.
۷. عقد عبارت است از دو رضای متقابل متوازن مولد التزام. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۵۲۸)

ولی خلف از سلف به حسن ظن پذیرفته‌اند و مشمول تعریف ایقاع<sup>۱</sup> هم نیستند. مصادیق عقود استیجاب و ایجاب عبارتند از: عاریه، ودیعه، قرض الحسنه، هبه و احباس اربعه (عمری، رقبی، سکنی، حبس به معنای اخص). در تمامی این عقود تراضی، مقرون به استدعا و اجابت است و تراضی‌هایی که قائم به استدعا و اجابت (استیجاب و ایجاب) هستند، جملگی نه عقد هستند و نه ایقاع، بلکه برزخ بین عقود و ایقاعات می‌باشند.

### نتیجه‌گیری:

در تقسیم‌بندی سنتی و متداول گفته شده است که عمل حقوقی منحصر در عقد و ایقاع است و اینکه هر عمل حقوقی که عقد نباشد ایقاع است، در حالی که ممکن است عمل حقوقی نه عقد باشد و نه ایقاع چراکه عقد و ایقاع از مقولهٔ ضدین هستند که با یکدیگر قابل جمع نیستند ولی ممکن است که عملی نه عقد باشد و نه ایقاع، بلکه ماهیت و طبیعت ثالثی باشد که استاد جعفری لنگرودی از آن به «برزخ بین عقد و ایقاع» تعبیر کرده است و در واقع پیشگام و طلایه‌دار حقوق‌دانان در به رسمیت شناختن و تبیین این ماهیت حقوقی و ارائه نمودن اوصاف و ویژگی‌ها و نمونه‌های آن می‌باشد. اندیشه برزخ بین عقد و ایقاع عاری از اصالت نیست و هم در حقوق اسلامی و هم حقوق فرانسه پیشینه دارد. در تعریف آن گفته شده است که عمل حقوقی است که متکی بر تراضی و فاقد برخی عناصر عمومی عقود و ایقاعات باشد. به عبارت دیگر شناخت برزخ بین عقد و ایقاع، متکی بر دو عامل است: وجود دو رضای متقابل و فقدان یک یا چند عنصر از عناصر تراضی که خود از اهم عناصر عقود است. عاریه، طلاق خلع، وصیت، جعاله، بیع فضولی، برات، حواله، جایزه، عقود استیجاب و ایجاب (ودیعه، عاریه، احباس اربعه (عمری، رقبی، سکنی و حبس به معنای اخص)، قرض الحسنه و هبه) از جمله مصادیق و نمونه‌های برزخ بین عقد و ایقاع هستند.

۱. ایقاع الزامی است که به حسب ماهیت (طبیعت) خود غنی از قبول دیگری است مانند احسانات که در عرف غالب، غنی از قبول محسن‌الیهم است. (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، همان، ص ۵۳۰)



### منابع و مأخذ:

۱. احسایی (ابن ابی جمهور)، محمدبن علی، (۱۴۱۰ ق)، الاقطاب الفقهیه علی مذهب الامامیه، چاپ اول، آیت الله مرعشی نجفی.
۲. اصفهانی، محمدحسین، (۱۴۱۸) هـ ق، حاشیه کتاب المکاسب، چاپ اول، قم، انوار الهدی.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق. چاپ اول، تهران، گنج دانش
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، فرهنگ عناصرشناسی، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، فلسفه اعلی در علم حقوق، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)، فن استدلال: منطق حقوق اسلام، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی - وصیت، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، مسائل منطق حقوق و منطق موازنه، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، سیستم‌شناسی در علم حقوق، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، اساس در قوانین مدنی: المدونه، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، اندیشه و ارتقاء: یکصد و یک مقاله در علم ماهیت‌شناسی حقوقی، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، تاثیر اراده در حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، روش جدید در مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، علم حقوق در گذر تاریخ: تاریخ حقوق مدنی و اتوبیوگرافی علمی، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸)، الفارق: دائره‌المعارف عمومی حقوق، جلد دوم، چاپ دوم، تهران، گنج دانش.
۱۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۹)، وسیط در ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
۱۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۹۰)، حقوق مدنی: عقد کفالت، چاپ چهارم، تهران، گنج دانش.
۲۰. حلی سیوری، مقدادبن عبدالله، (۱۴۰۳ ق)، ضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه، چاپ اول، آیت الله مرعشی نجفی.

۲۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، (۱۴۱۹هـ.ق)، العروه الوثقی (المحشی)، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۲. عاملی (شهید اول)، محمدبن مکی، (بی تا)، القواعد و الفوائد، چاپ اول، کتابفروشی مفید.
۲۳. عبده بروجردی، محمدتقی، (۱۳۸۱)، کلیات حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، رهام.
۲۴. عمید، موسی، (۱۳۴۲)، هبه و وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران، چاپخانه علمی.
۲۵. عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۸۸) جدی، سهیل، کریمی، بشری، ماهیت حقوقی وصیت، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (حقوق سابق)، دوره ۳۹، شماره ۲، تابستان.
۲۶. کاشانی، ملاحیب‌الله (۱۴۰۴ق)، تسهیل المسالك الی المدارک فی رووس القواعد الفقهيہ، چاپ اول، المطبعه العلمیه.
۲۷. کاشف‌الغطاء، محمدحسین، (۱۳۶۶ هـ.ق)، وجیزه الاحکام، چاپ دوم، نجف اشرف، موسسه کاشف‌الغطاء.
۲۸. کاشف‌الغطاء، محمدحسین، (۱۴۳۲هـ.ق)، تحریرالمجله، تهران، المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه.
۲۹. مغنیه، محمدجواد، (۱۴۲۱ هـ.ق)، فقه الامام الصادق عليه السلام، چاپ دوم، قم، موسسه انصاریان.
۳۰. موسوی خویی، سیدمحمدتقی، (۱۴۱۴ هـ.ق)، الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود، چاپ اول، بیروت - لبنان، دار المورخ العربی.
۳۱. نجفی، محمدحسن، (۱۳۷۲)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ سوم، تهران، المکتبه الاسلامیه.