

# تحلیل عقد و اصالة اللزوم آن در قانون مدنی \*



محمد بهرامی

عضو هیئت علمی مدرسه عالی شهید مطهری

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## تعریف عقد

عقد در معنی مصدری به معنای "گره زدن" و در معنی اسم مصدری از آن به "گره" تعبیر می‌شود، عقد در تحقق معنی خود حداقل احتیاج به دو طرف دارد، دو طرف عقد ممکن است از امور حقیقی

---

\*- این مقاله در حقیقت تحقیقی بوده که زیر نظر استاد محترم حضرت آیه... مرعشی نجفی تدوین گردیده است.

باشند مثل اینکه دو ریسمان را بهم گره می‌زنیم، دو طرف عقد ممکن است از امور اعتباری باشند مانند عقدی که از اتصال دو التزام با یکدیگر بوجود می‌آید که یکی از آنها در قالب ایجاب و دیگری در قالب "قبول" صورت می‌گیرد و در اصطلاح حقوق 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" ماده ۱۸۳ ق.م. بر طبق این تعریف برای اینکه عقدی دارای اثر باشد، حداقل باید دو اراده با هم توافق کنند و زمانی عقدی بوجود می‌آید که این دو اراده اثر خاص را انشا نمایند، البته ممکن است که در بعضی از موارد یک شخص قبول کند که بجای دو طرف اراده نماید در اینجا نمی‌توان گفت که عقد اثر یک اراده است، این عمل در اصطلاح فقهی به "تولی طرفین عقد" معروف می‌باشد،<sup>(۱)</sup> به این صورت که یک نفر خود را بجای "موجب" و قابل فرض کرده و معامله را برای خود یا کالای شخصی را به شخص دیگری می‌فروشد در حالی که نماینده دو طرف می‌باشد. صورت اول مثل جایی که ولی می‌خواهد کالای "مولی علیه" را بخرد در اینصورت از طرف مولی علیه "موجب" بوده و خود نیز "قابل" است، صورت دوم مثل جایی که شخص ثالثی به نمایندگی از طرف دیگر، کالای یکی را به دیگری می‌فروشد. ناگفته نماند که تعریف مزبور واقع در ماده ۱۸۳ قانون مدنی خالی از اشکال نیست.

## انشاء در عقد

برای اینکه عقدی در عالم اعتبارات اثر داشته باشد طرفینی که اراده می‌کنند باید قصد انشاء داشته باشند و آن اثر مطلوب را انشاء کنند به این معنی که واقعاً بخواهند آن اثر خاص بوجود آید، انشاء کننده نفس خود را آماده کند که چیزی را می‌خواهد مثلاً از ملکیت خود خارج نماید و در زمان انشاء ملکیت خود را سلب نموده و لباس ملکیت دیگری را به آن می‌پوشاند و خریدار در زمان انشاء باید قوه دماغ خود را بحرکت درآورد که تملک آن کالا را بپذیرد، بنابراین اگر دو طرف با قصد شوخی کلماتی را بر زبان جاری کنند که حامل معانی قراردادی باشند، هیچگونه قراردادی رخ نمی‌دهد زیرا که طرفین قصد "خلع و لبس" را نداشته‌اند، ماده ۱۹۱ ق.م. بیان می‌دارد: "عقد محقق می‌شود به قصد

انشاء...، شخصی که در عقد قصد انشاء می‌نماید ممکن است پیک اثر حقوقی و رابطه حقوقی جدید را بوجود آورد مانند زمانی که بین دو نفر عقد بیع منعقد می‌شود و اثر حقوقی آن ملکیت خریدار نسبت به مضمن و ملکیت فروشنده نسبت به ثمن می‌باشد (۳۸۲ ق م) و مانند زمانی که بین دو نفر عقد نکاح واقع می‌شود که اثر حقوقی انشاء طرفین زوجیت می‌باشد، (۱۱۰۲ ق م) همچنین طرفین ممکن است با انشاء، رابطه حقوقی را از دست بدهند مانند جایی که داین، مدیون را ابراء می‌کند (ماده ۲۸۹ ق م)، در هر صورت در تعریف انشاء می‌توان گفت: "آن عملی است که موجد اثر حقوقی می‌باشد".

### منشأ در عقد

انسانها زمانی که عقدی را انشاء می‌کنند یک رشته از موجودات اعتباری را بوجود آورده و در عالم حقوق رها می‌کنند، این موجودات اعتباری در حقوق مدنی موسوم به "منشأ" هستند، منشأ در واقع همان اثر انشاء می‌باشد، آن اثر خاص و مطلوبی است که متعاقدین بخاطر آن اقدام به ایجاد قرارداد نموده‌اند، هنرمندی که مالک تابلو نقاشی خود می‌باشد زمانی که با انشاء خود آن را می‌فروشد ملکیت آنرا به خریدار انتقال می‌دهد پس چیزی که در عالم اعتبار بوجود می‌آید همان "ملکیت خریدار" است که این ملکیت اثر انشاء فروشنده است.

### فرق عقد و ایقاع

زمانی که به نمایشگاه کتب حقوقی می‌روید و کتاب "مکاسب" را به نویسندگی شیخ اعظم انصاری انتخاب می‌کنید اراده شما به عنوان مشتری با اراده فروشنده با هم جمع می‌شوند تا اینکه کتاب مذکور به ملکیت شما درآید، اگر فروشنده به تنهایی انشاء ملکیت بنماید و شما نپذیرید انشاء او هیچ فایده‌ای ندارد، پس برای تحقق یافتن ملکیت باید دو اراده مذکور به توافق برسند و وجود هر دو اراده در هنگام قرارداد لازم است. اما زمانی که شما مبلغی پول به دوست خود قرض داده‌اید و اکنون با جهتی از جهات می‌خواهید این پول را پس‌گیرید در اینصورت او را ابراء می‌نمایید (ماده ۲۸۹ ق م) و از این پول صرف‌نظر می‌کنید، پس برای اینکه مدیون دیگر بدهکار نباشد اراده ابراء‌کننده به تنهایی

در از بین بردن رابطه حقوقی کافی است.

همچنانکه ملاحظه می‌کنید در هر یک از فروض بالا یک عمل حقوقی بوقوع پیوسته است اما در فرض اول وجود دو اراده متوافق شرط است ولی در فرض دوم یک اراده در تحقق عمل حقوقی نقش دارد، صورت اول از مصادیق عقد بوده و صورت دوم از مصادیق ایقاع می‌باشد.

### تقسیم بندی عقود

عقد دارای اقسام مختلفی می‌باشد، قانون مدنی در ماده ۱۸۴ بیان می‌دارد: عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جائز، خیاری، منجز و معلق.

### عقد لازم و جائز

فطرت ساده انسانها در پیمانهای فیما بین حکم می‌کند که باید به آنها وفاء نمود، انسان طبعاً از آنجاکه با اجتماع وابستگی خاصی دارد، همین وابستگی او را وامی‌دارد تا به گفتارها و قراردادهای خود وفادار باشد، پایبندی او به این قراردادهاست که طرف مقابل را وامی‌دارد تا به او اعتماد نماید و روابط مالی و حقوقی خود را با او تنظیم کند، گاهی ایجاد این رابطه به گونه‌ای است که هیچکس نمی‌تواند آن را از بین ببرد، استحکام این رابطه و وابستگی بقدری است که رمزگسستگی آن فقط در موارد معینی به دست طرفینی است که آنرا منعقد نموده‌اند، این است که قانون مدنی در ماده ۱۸۵ گفته است: "عقد لازم آن است که هیچیک از طرفین معامله حق فسخ آنرا نداشته مگر در موارد معینه".

خداوند متعال در قرآن کریم با تنزیل: "أوفوا بالعقود" و "... إلا آن تكون تجارة عن تراض" و آیاتی دیگر، وفای به پیمان را اصلی مسلم شمرده است و به انسانها امر کرده است که به روابط حقوقی و مالی یکدیگر باید احترام بگذارند.

بنابراین معاملاتی که مثل بیع (۳۳۸ ق م) و اجراء (۴۶۶ ق م) از عقود لازم می‌باشند هیچیک از طرفین بعد از انعقاد عقد حق برهم زدن آن را ندارند مگر اینکه قانون به آنها این اجازه را داده باشد یا اینکه طرفین راضی به انحلال آن عقد بشوند، ماده ۲۱۹ ق م در این باره می‌گوید: "عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه برضای طرفین اقاله

یا بعلت قانونی فسخ شود". بیان کردیم که اصل اولی و مسلم در بین آدمیان در رابطه با تنظیم قراردادهای این است که طرفین باید مفاد قرارداد را رعایت بنمایند و شخص خاصی از طرف عقلاء مورد سرزنش قرار می‌گیرد، اما ساختمان انعقاد بعضی از عقود ممکن است به گونه‌ای طرح‌ریزی شده باشد که از همان ابتداء شالوده و استحکامی الزام‌آور نداشته باشد، از نظر قانون طرفین آزاد هستند که این قرارداد را به پایان برده و تمام مفاد آنرا رعایت کنند و آزاد هستند هرکجا که خواستند ختم قرارداد را اعلام کنند و به رابطه حقوقی فیما بین پایان بخشند، عقود که این ساختار حقوقی را دارند موسوم به عقد "جایز" می‌باشند. قانون مدنی در ماده ۱۸۶ در تعریف اینگونه عقود بیان می‌دارد: "عقد جایز آنست که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند". عقودی مثل وکالت ماده (۶۵۶ ق.م)، عاریه ماده "۶۳۸ ق.م"، ودیعه ماده "۶۱۱ ق.م" و مضاربه ماده "۵۵۰ ق.م" جایز هستند. لازم به ذکر است که عقد ممکن است نسبت به دو طرف قرارداد جایز باشد مانند عقد وکالت و عقد ممکن است نسبت به یک طرف قرارداد لازم و نسبت به طرف دیگر جایز باشد یعنی در اینجا فقط یک طرف است که می‌تواند هر زمان خواست آن را بهم بزند، قانون مدنی در ماده ۱۸۷ بیان داشته است: "عقد ممکن است به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جائز". از اینگونه عقود می‌توان عقد رهن را مثال آورد زیرا "عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد آن را بهم بزند ولی راهن نمی‌تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید و یا بنحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد". ماده (۷۸۷ ق.م)، بنابراین در عقد رهن، شخص طلبکار که همان مرتهن است هر زمان که خواست می‌تواند عقد رهن را فسخ نماید و تسلط خود را از عین مرهونه سلب کند اما بدهکار که همان راهن است تا زمانی که دین خود را پرداخت ننماید قادر به استرداد عین مرهونه نمی‌باشد.

ماهه الافتراق عقد لازم و جایز را می‌توان در اینگونه امور دانست که عقد لازم از استحکام دائمی برخوردار بوده ولی استحکام عقد جایز تابع اراده طرفین می‌باشد، دیگر اینکه عقد لازم در اثر عروض اقاله و توافق طرفین یا بجهت یکی از خيارات موجود در قانون منحل می‌شود اما از آنجا که عقد جایز از همان ابتداء استعداد و قابلیت انحلال در او نهفته است و اراده هر کدام از طرفین بتنهایی در انحلال آن تأثیر دارد لذا جایی برای عروض اقاله یا خيارات وجود ندارد و اصولاً اعمال هر کدام از اینها

بی‌معنی و لغو است. مابه‌الامتیاز دیگر اینکه "کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شوند و همچنین به سفته در مواردی که رشد معتبر است ماده ۹۵۴ ق م"، اما موت و سفاقت هیچ تأثیری در عقود لازم ندارند، پس در عقود جایزی مثل وکالت و ودیعه و عاریه اگر یکی از طرفین بمیرد یا سفته شود رابطه حقوقی منحل گشته و عقد زایل می‌شود اما در عقود لازمه مثل بیع و اجاره اگر احد طرفین بمیرد یا سفته شود در اینصورت وارث یا جانشینان آن طرف به حیات حقوقی عقد ادامه می‌دهند.

نکته‌ای که قابل ذکر است اینکه بر طبق نظرات فقیهان و حقوقدانان، جنون نیز از اسباب بطلان عقد جایز شمرده می‌شود ولی در ماده ۹۵۴ ق م ذکر از آن نرفته است بلکه این ماده بیان کرده است که کلیه عقود جایزه با موت و سفته یکی از طرفین منفسخ می‌شود. در اینصورت آیا می‌توان گفت نظر نویسندگان قانون مدنی این بوده است که جنون از اسباب بطلان عقود جایز شمرده نشود، جواب این پرسش منفی است زیرا:

اولاً: در بند ۱ ماده ۵۵۱ ق م، جنون از اسباب بطلان عقد مضاربه و در بند ۳ ماده ۶۷۸ این قانون جنون از اسباب بطلان عقد وکالت شمرده شده است و حال اینکه این عقود جایز هستند.

ثانیاً: زمانی که در سفته مشاعر انسان ضعیف می‌شوند عقد جایز باطل می‌شود به طریق اولی در جنون که مشاعر به کلی ضربه دیده‌اند باید باطل شود.

ثالثاً: با توجه به اینکه منبع مهم قانون مدنی خصوصاً در عقود معین، اقوال و نظرات مشهور فقیهان امامیه بوده است و این فقیهان هم جنون را از اسباب بطلان عقد جایز شمرده‌اند، لذا هیچ توجیهی وجود ندارد که بگوییم جنون از اسباب بطلان عقد جایز شمرده نمی‌شود.

البته ممکن است از منظر و دیدگاهی دیگر به پرسش فوق‌الاشعار پاسخ داد به این‌گونه که چون ماده ۹۵۴ ق م در تحت عنوان مقررات مختلفه، موت و سفته را از اسباب بطلان کلیه عقود جایز شمرده است و از طرفی وقتی که به متن قانون مدنی که مستقیم این عقود را مطرح کرده است مراجعه می‌کنیم، مشاهده می‌شود که جنون فقط از اسباب بطلان عقد مضاربه و وکالت شمرده شده است، در نتیجه بر ما شک عارض می‌شود که آیا جنون عقود جایزی مثل عاریه و ودیعه را باطل می‌کند یا خیر؟ از آنجا که قانون‌گذار بطور صراحت مطلبی را بیان نکرده است می‌توان اصل عدم بطلان جاری

نمود و حکم کرد که عقد به حیات حقوقی خود ادامه بدهد. اما ناگفته نماند که این نظریه در مقابل اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نمی‌تواند قامتی راست کند، زیرا در این اصل آمده است: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوار را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعا و صدور حکم امتناع ورزد».

فقیهان در نوشتار و فتاوی خود از عاملی دیگر بنام «اغماء» نام برده‌اند<sup>(۲)</sup> و آنرا در ردیف مرگ، جنون و سفه از اسباب بطلان عقد جایز شمرده‌اند اگرچه در قانون مدنی ذکری از آن نرفته است، در هر صورت این نکته قابل بررسی است که اگر شخصی مثلاً چند ساعت از هوش برود، این بیهوشی چه تأثیری در روابط حقوقی او با دیگران دارد؟ آیا این تأثیر به اندازه‌ای می‌باشد که عقود جایز وی را باطل بنماید؟ سخن دیگر اینکه اگر جنون از اسباب بطلان عقد جایز شمرده می‌شود آیا «جنون ادواری» را هم دربر می‌گیرد یا منظور فقط «جنون اطلاق» است، ذکر جنون در ماده ۵۵۱ ق م و ۶۷۸ ق م اطلاق دارد، مرحوم سید محمد کاظم یزدی از فقیهان نامدار امامیه نمی‌پذیرد<sup>(۳)</sup> که جنون و بیهوشی در صورتی که مختصر و کوتاه باشند از اسباب بطلان عقد جایز شمرده شوند بلکه او معتقد است که در این حالات روابط حقوقی باقی بوده و فقط تصرفات این اشخاص در هنگام عروض این حالات نافذ نیست. این نظریه متین است.

### - تحلیل نظری «اصالة اللزوم» در قراردادها و دلایل آن -

طبیعت ساده انسانها حکم می‌کند که به روابط حقوقی و به پیمانها و قراردادهای فیما بین باید احترام گذارد وفای به عقود به عنوان اصلی پایدار در عالم حقوق پذیرفته شده است و در مقابل پیمان شکنی سخت مورد بی‌اعتمادی قرار می‌گیرند و روابط قراردادی آنها همیشه مورد تردید است، این است که «اصالة اللزوم» در قراردادها شکل گرفته است به این معنی که اصل و قاعده در

۲- شرایع الاسلام محقق حلی ج ۲ ص ۱۹۴، جواهرالکلام شیخ محمدحسن نجفی ج ۲۷ ص ۱۰۶

۳- مستسک عروة الوثقی (متن) ج ۱۲ ص ۳۲۶

قراردادها این است که آنها از آنچنان استحکام و استواری برخوردار هستند که اراده یکی از طرفین نمی‌تواند آنها را بشکند و اگر در قرارداد بخصوصی شک کردیم که لازم است یا جایز؟ تا در اینصورت بتوانیم آن را بهم بزنیم، برطبق همین اصل حکم به لزوم و استحکام آن می‌گردد الا اینکه دلیل خاصی بر «جایز بودن» آن ارائه گردد. قانون مدنی در ماده ۲۱۹ «اصل لزوم قراردادها» را سرلوحه و مبنا قرار داده است و بیان می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا بعلت قانونی فسخ شود» در این ماده متعاقدين به پیروی از مفاد قرارداد ملزم شده‌اند اما در موردی که طرفین توافق کنند که قرارداد را بهم بزنند و بر آن هیچ اثری مترتب نکنند یا اینکه قانون به جهتی خاص مثل حق خیار به یکی از طرفین اجازه فسخ می‌دهد، این الزام وجود ندارد.

حقوق دانان اسلامی درباره اینکه منشاء «اصل لزوم قراردادها» چه می‌باشد یا زمانی که گفته می‌شود «اصل در بیع لزوم است» طبق چه مبنایی این قاعده پذیرفته شده است، نظرات و آراء متفاوتی ارائه داده‌اند.

علامه حلی از این اصل بعنوان «اصل استصحاب» یاد می‌کند<sup>(۴)</sup> با این بیان که هر عقدی دارای یک اثر حقوقی می‌باشد مثلاً اثر عقد بیع، انتقال ملکیت می‌باشد و در نتیجه هر یک از متعاقدين در آن چیزی که به ملکیت او درآمده تصرف کند اکنون اگر شک کنیم که با فسخ قرارداد آیا این اثر از بین می‌رود اصل عدم زوال این اثر است انتقال ملکیت همچنان باقی بوده و قرارداد قابل فسخ نمی‌باشد. محقق ثانی بیان می‌کند<sup>(۵)</sup> که چون انعقاد اغلب قراردادها براساس لزوم و عدم عروض فسخ است اصل لزوم جاری می‌گردد، در نتیجه او اصل را به معنی «راجح» می‌گیرد زیرا با این توصیف لزوم قراردادها ارجحیت دارد.

عده‌ای دیگر از فقیهان بیان می‌دارند از آنجا که در هنگام شک در لزوم قراردادی به قواعد عامه‌ای مثل «اوقوا بالعقود» رجوع کرده و عقد را قابل فسخ نمی‌دانیم در نتیجه منشاء استنباط این

۴- تذکره به نقل از مکاسب شیخ انصاری ص ۲۱۴ یک جلدی

۵- جامع‌المقاصد به نقل از مکاسب شیخ انصاری ص ۲۱۴ یک جلدی



اصل این قواعد می‌باشند.<sup>(۶)</sup> در هر صورت دلایل «اصالت لزوم» در قراردادهای از قرار ذیل است:

## ۱- سیره عقلاء

عقلاء هنگامی که اقدام بر انعقاد قراردادی می‌نمایند و با یکدیگر پیمانی را امضاء می‌کنند بنا و روش آنها این است که به آن التزام ناشی از این قرارداد پایبند باشند و اگر یکطرف اقدام به نقض این قرارداد بکند مورد نکوهش عقلاء و عرف قرار می‌گیرد. در باب عقود و قراردادهای یک مدلول مطابقی وجود دارد که عبارت است از آن چیزی که متعاقدين انشاء می‌کنند مثلاً در بیع ملکیت ثمن و مثنی بوسیله انشاء طرفین صورت می‌گیرد به این طریق که با بیع ملکیت مثنی را برای مشتری انشاء می‌کند و مشتری نیز ثمن را به تملیک با بیع در می‌آورد، علاوه بر مدلول مطابقی یک مدلول التزامی نیز در قراردادهای وجود دارد که آن التزام و تعهد هریک از طرفین نسبت به آن چیزی است که انشاء کرده‌اند، هریک از متعاقدين در قبال طرف دیگر در واقع خود را ملزم کرده است که به گفته‌ها و انشاءات خود پای بند باشد<sup>(۷)</sup> و تخلف از این تعهد و التزام است که نقض قرارداد محسوب شده و از دیدگاه عقلاء پسندیده نیست اما اگر انعقاد قرارداد بر پایه‌ای بود که طرفین برای خود حق خیار گذاشته بودند یا اینکه متعاقدين توافق به انحلال عقد بنمایند در صورت اعمال حق خیار و انجام اقاله، نقض قرارداد صورت نگرفته است زیرا طرفی که التزام به نفع او بوده است در واقع از حق خود صرف‌نظر کرده است و التزام طرف مقابل را به دلخواه نخواست است، از این رو قانون مدنی در ماده ۲۱۹ بیان می‌کند: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشند بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه برضای طرفین اقاله یا بعثت قانونی فسخ شود».

## ۲- اوفوا بالعقود

این آیه بیانگر این است که وفای به عقد واجب است و منظور از عقد هر چیزی که باشد باید تسلیم آن شد و بر طبق آن عمل نمود مثلاً اگر کسی مال خود را در ضمن عقد بیع به تملیک دیگری درآورد

۶- مکاسب شیخ انصاری ص ۲۱۴ بک جلدی

۷- التواضع الفقهیه ج ۵ ص ۱۶۴ تالیف میرزا حسن بجنوردی

در اینجا باید آثار ملکیت را برای آن دیگری قبول کند و آن را صاحب اصلی بداند و اگر بخواهد این مال را از چنگ او در آورد و دوباره در آن تصرف نماید در اینجا عقد و عهد خود را نقض کرده است و بر طبق «اوفوا بالعقود» که وفای به عقد را خواسته است کلیه این تصرفات ممنوع است در نتیجه هریک از متعاقبین باید برای همیشه به لزوم این عقد پایبند باشند و حق فسخ آنرا ندارند.

به تفسیر دیگر منظور از «وفا» این است که حق با تمام و کمال به صاحبش داده شود و منظور از حق آن چیزی است که شیء شایستگی آن را دارد پس زمانی که گفته می‌شود «به عقود خود وفاء کنید» یعنی حق واقعی عقد را به آنها اعطاء کنید و حق در اینجا ممکن است دین باشد و ممکن است فعل و عمل باشد و ممکن است که امور اعتباری مثل ملکیت و زوجیت باشد اکنون که مال خود را در ضمن عقد بیع به ملکیت دیگری در آوریم منظور از وفای به عقد این است که آن ملکیت ایجاد شده را که حق آن عقد است ملتزم شویم و آن را برای همیشه گردن بنهیم، زمانی که ما بخواهیم به عقد بیع وفاء کنیم دو التزام داریم، التزام اول این است که در ضمن عقد ملتزم شده‌ایم که مال خودمان از آن دیگری باشد و التزام دوم را «وجوب وفای» به عقد برای ما آورده است یعنی به التزامی که در ضمن عقد قبول کرده‌ای وفادار باش و آنرا زایل مکن، اکنون که التزام به بقاء ملکیت که نتیجه عقد بیع است برای همیشه واجب شد پس نقض ملکیت و قرارداد برای همیشه ممنوع و حرام است و این همان معنی «الزوم قراردادها» است.

### ۳- «تجارة عن تراض»

قرآن کریم می‌فرماید: «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض»<sup>(۸)</sup> معنی متفاهم عرفی این آیه شریفه این است که تصرفات غیر قانونی و غیر شرعی در اموال مثل خیانت و غصب ممنوع و باطل است مگر اینکه تصرفات به جهت تجارت و داد و ستدی باشد که تراضی طرفین به آن وجود داشته است. پس اگر بوسیله قراردادی که واجد تراضی است ملکیت و نقل و انتقال صورت گرفت هر کدام از طرفین مالک مالی میشود که به او انتقال یافته است، بعد از این اگر یکی از این دو نفر بخواهد بدون رضایت دیگری این معامله را فسخ نماید تا اثر حقوقی قرارداد را از بین ببرد و

دوباره مال را در اختیار خود در آورد بر طبق این آیه شریفه این عمل مورد نهی قرار گرفته، و تصرف از مصادیق اکل مال به باطل است در نتیجه فسخ غیر نافذ و باطل است وقتی که فسخ قرارداد برای همیشه باطل بود این همان معنی «لزوم قراردادها» است البته باید توجه کرد وقتی که می‌گوئیم فسخ باطل است این غیر از مواردی است که طرفین برای خود حق فسخ قائل شده باشند.

#### ۴- ماده ۲۱۹ قانون مدنی

ماده ۲۱۹ قانون مدنی بیان می‌کند: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آنها لازم‌الاتباع است مگر اینکه برضای طرفین اقاله یا بعلت قانونی فسخ شود». در این ماده اصل لزوم قراردادها مبنا قرار داده شده است اگرچه این ماده متنوع از دلایل بالا می‌باشد ولی از آنجا که در متن قانون آورده شده است و دادرسان و محاکم قضایی از منظر یک قاعده اصل به آن می‌نگرند منطق حقوقی می‌طلبید آنرا بعنوان یک دلیل ذکر کنیم. همچنانکه ملاحظه می‌شود صدر این ماده لازم‌الاتباع بودن عقود را مورد اشاره قرار داده است ولی این حکم کلی دو استثناء دارد یکی آنکه عقد به علت قانونی فسخ شود و دیگر آنکه عقد با اقاله و توافق طرفین منحل گردد که در اینصورت طرفین با رضایت خود التزام به بقاء را برداشته‌اند.

قانون مدنی در مواد ۳۹۷ تا ۴۴۰ اختیارات قانونی را که طرفین یا یکی از آنها می‌توانند داشته باشند تا بوسیله آنها عقد را فسخ نمایند، احصاء می‌کند مثلاً در ماده ۳۹۹ بیان می‌دارد: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد». این قانون همچنین در ماده ۲۸۳ بیان کرده است که: «بعد از معامله طرفین می‌توانند بتراضی آنرا اقاله و تفاسخ کنند». در واقع این دو ماده استثنایی می‌باشند بر صدر ماده ۲۱۹ که لزوم قراردادها را مورد اشاره قرار داده است و از طرفی تفسیر کننده ذیل این ماده محسوب می‌شود.

ذکر این نکته ضروری است که وقتی گفته می‌شود عقود با شرط خیار و اقاله فسخ می‌شوند این قاعده درباره تمام عقود صادق نیست مثلاً در عقد نکاح شرط خیار یا اقاله اجازه داده نشده است، در ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی آمده است: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...» حقوق دانان اسلامی در توجیه این مطلب بیان کرده‌اند از آنجا که عقد نکاح معاوضه محض نیست و به عبادات

نزدیکتر است در نتیجه قابلیت شرط خیار را ندارد<sup>(۹)</sup> و دیگر اینکه شرط خیار و اقاله در عقد نکاح با مصالح خانواده و طرفین منافات دارد،<sup>(۱۰)</sup> از این رو است که ازاله عقد نکاح شرط خاص خود را دارد.

### - انقلاب عقد لازم به جایز و بالعکس -

ممکن است ذهن کنجکاو و حقوقی شما، بارها شما را در مقابل این پرسش قرار داده باشد که اصولاً منبع و منشاء لزوم و جواز در عقود چه می‌باشد؟ چگونه می‌شود که عقدی در ادبیات حقوقی موسوم به لازم می‌شود و دیگری صفت جایز را بخود می‌گیرد؟ آیا عقود در ذات خود برهنه از لزوم و جواز هستند یا اینکه آنها جزء لاینفک ذات این عقود می‌باشند؟ در هر صورت آیا عقدی که در جهان حقوق موصوف به وصف جایز است آیا شایستگی عروض صفت لازم را از طرف قانونگذار یا طرفین عقد دارد؟ اکنون شَمّ حقوقی شما در برابر این پرسشها چه پاسخی دارد؟

باید دانست بعضی از عقود طبیعت آنها بگونه‌ای است زمانی که عقد انشاء می‌شود مصلحت طرفین در این است که حق رجوع نداشته باشند مثلاً زمانی که عقد بیع صورت می‌گیرد و انتقال مبیع و ثمن را در پی دارد، در اینجا کیفیت انجام این قرارداد خواهان این است که دو طرف بدون دلیل حق رجوع و اعتراضی نداشته باشند زیرا شخصی که مبیع را تحویل می‌گیرد خود را برای همیشه مالک اصلی این کالا می‌پندارد و او هرگز در ضمیر خود راه نداده است که ده روز مالک آن باشد و بعد از این مدت احتمالاً مالکیت از او سلب می‌شود، پس در اینگونه قراردادها اگر در حین انشاء هیچ اشاره‌ای هم به لزوم آنها نشود قرارداد لازم خواهد بود و قانونگذار هم از آن دفاع خواهد کرد، اما در مقابل طبیعت بعضی از عقود بگونه‌ای است زمانی که عقد انشاء می‌شود مصلحت طرفین در این است که آنها حق رجوع داشته باشند و متعاقدين در ضمیر خود ولو اینکه آنرا آشکار ننمایند، بر آن واقف هستند مثلاً زمانی که عقد ودیعه صورت می‌گیرد این نکته مورد قبول مودع و مستودع می‌باشد که هر زمان مودع خواست می‌تواند کالای خود را تحویل بگیرد و این را حق مسلم او می‌دانند

۹- شیخ محمدحسن نجفی جواهرالکلام ج ۲۹ ص ۱۴۹، شهیدثانی شرح لمعه ج ۵ با تعلیقه آقای کلانتر ص ۱۲۰

۱۰- شیخ محمدحسن نجفی جواهرالکلام ج ۲۹ ص ۱۴۹

و اگر غیر از این باشد شخص مودع ممکن است متضرر شود زیرا مصلحت ادامه این قرارداد از طرف او بستگی به شرایط زمان و مکان دارد، در اینگونه عقود اگر در حین انشاء هم هیچ اشاره‌ای به جواز آن نشده باشد قرارداد جایزه بوده و قانونگذار هم دفاع از آن مصلحت اولیه ترجیح دارد، از این رو نتیجه این جواز را بر عقد لازم مترتب می‌کنند. و نتیجه لزوم را بر عقد جایز مترتب می‌کنند.

ناگفته نماند که در بعضی از عقود ممکن است آن مصلحت اولیه از آن چنان استحکامی برخوردار باشد که هرگز عقد لازم پذیرای نتیجه جواز را نداشته باشد مانند عقد نکاح در اینصورت قاعده بالا در اینگونه عقود جاری نیست زیرا همچنانکه ذکر شد مصالح خانواده و طرفین بالاتر از این است که بتوان عقد را مورد تزلزل قرار داد.

در قانون مدنی موادی وجود دارد که نتیجه عقد جایز را که همان حق فسخ می‌باشد بر عقد لازم متوذب کرده است.

در ماده ۱۸۵ این قانون آمده است: «عقد لازم آن است که هیچیک از طرفین حق فسخ آنرا نداشته مگر در موارد معینه».

بر طبق این ماده عقدی که لازم باشد حق فسخ در آن وجود ندارد مگر در مورد خاص و بناء به مصلحتی مثل اینکه طرفین یا یکی از آنها برای خود خیار شرط «ماده ۳۹۹ ق.م» معلوم کرده باشند که در اینصورت نتیجه عقد جایز بر این عقد مترتب می‌شود. همچنین در ماده ۲۱۹ ق.م طرفین به تبعیت از عقد ملزم شده‌اند مگر اینکه عقد برضای آن خواهد نمود. پس ما نتیجه می‌گیریم که طبیعت اولیه بعضی از عقود اقتضای لزوم را دارد و به همین صورت هم منعقد می‌شوند و طبیعت اولیه بعضی دیگر اقتضای جواز را دارد و به همین صورت هم منعقد می‌شوند و اگر قانونگذار هم عقود لازم و جایز را بطور جداگانه احصاء نموده است به جهت همین طبیعت اولیه بوده است. اکنون سخن بر سر این مطلب است که آیا می‌شود از این طبیعت اولیه دست برداشت و عقد را از لازم به جایز تبدیل کنیم و جایز را به لازم مبدل نمائیم؟

در پاسخ این پرسش باید یادآور شد که اگر این لزوم و جواز در ذات و ماهیت هر یک از عقود بودند مثلاً لزوم جزء لاینفک عقد ودیعه بود در اینصورت هیچ‌گاه عقد بیع و ودیعه صورت نمی‌گرفت مگر اینکه لزوم و جواز هم انشاء بشوند و در اینصورت این تبدیل و انقلاب ممکن نبود زیرا انقلاب در

ماهیت ممکن نیست، اما همانطور که ذکر شد لزوم و جواز از اجزاء ذات هریک از این عقود نیستند بلکه این عقود در حالت عادی و بناء به نوع مصلحتی که در آنها وجود دارد به طرف لزوم یا جواز تمایل دارند ولی این تمایل آنقدر شدید نیست که نشود جهت آنرا عوض نمود بلکه در مواقعی خاص متعاقبین در شرایطی قرار می‌گیرند که مصلحت خاص دیگری متعاقبین یا بعلت قانونی فسخ شود و بر طبق ماده ۲۸۳ ق م بعد از معامله طرفین می‌توانند بتراضی آنرا اقاله و تفاسخ کنند یا اینکه برای فسخ عقد به یکی از خيارات واقع در مواد ۳۹۷ تا ۴۴۰ ق م متمسک شوند.

مطالب بالا درباره ایجاد حق فسخ و ترتب اثر عقد جایز بر عقد لازم بود اما قانون مدنی درباره اسقاط حق فسخ در عقد جایز و ترتب اثر لازم بر آن نیز ساکت نیست، در ماده ۶۷۹ می‌گوید: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند مگر اینکه وکالت وکیل با عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشند». همچنانکه می‌دانید وکالت عقدی جایز است و موکل می‌تواند در هر زمانی که خواست وکیل خود را عزل کند و اجازه تصرف به او ندهد اما اگر وکالت شخصی با عدم عزل او در ضمن عقد لازمی شرط شود در اینصورت عقد وکالت که در اصل جایز است نتیجه عقد لازم را بخود گرفته و فسخ بر آن عارض نمی‌شود.

یادآوری این نکته لازم است که این شروط در صورتی فایده دارند و نتیجه عقد لازم را بر عقد جایز مترتب می‌کنند که انجام شرط بر مشروط علیه لازم و واجب باشد، همچنانکه مشهور فقیهان<sup>(۱۱)</sup> این عقیده را دارند و ماده ۲۳۷ ق م نیز به پیروی از این شهرت، همین نظریه را پذیرفته است، اما در مقابل پاره‌ای از تحلیل‌گران حقوقی انجام شروط را توسط مشروط علیه لازم و واجب نمی‌دانند بلکه فایده اینگونه شروط را عکس مطلب بالا بیان می‌کنند یعنی می‌گویند اگر شرطی در ضمن عقد لازمی منعقد شد آن عقد لازم در معرض زوال قرار می‌گیرد به این ترتیب که اگر مشروط علیه به شرط خود وفاء نمود مشروط له می‌تواند عقد لازم را فسخ کند و بیان می‌دارند که در اینصورت عقد لازم به عقد جایز منقلب می‌شود.<sup>(۱۲)</sup>

۱۱ - مکاسب، شیخ انصاری ص ۲۸۳ یک جلدی

۱۲ - شهید اول متر شرح لمعه ج ۳ با تعلیقه آقای کلانتر ص ۵۰۶، از قول شهید اول در ص ۵۰۸ همان منبع آمده است:

انصراف "ماسوحد" امر منصل عن العقد و قدعلق علیه العقد و المعلق علی الممكن و هو معنی قلب اللازم جائزاً

در پایان بیان می‌داریم که ماده ۶۷۹ ق م فقط به شرط کردن عقد وکالت با عدم عزل وکیل در ضمن عقد لازم اشاره کرده است، اکنون آیا طرفین می‌توانند مفاد این ماده را به سایر عقود جایز سرایت داده و آنها را در روابط خود الزام‌آور نمایند، با امعان نظر به اینکه می‌رسد بعضی از حقوق دانان آن را پذیرفته‌اند،<sup>(۱۳)</sup> اما پذیرفتن این قیاس ما را به مشکلاتی مواجه می‌سازد در هر صورت چه ما از این قیاس استفاده کنیم یا آنرا مردود اعلام بداریم با استفاده از ماده ۱۰ ق م در ضمن یک قرارداد ویژه می‌توان حتی‌الامکان از فسخ عقود جایز توسط یکی از طرفین جلوگیری نمود.

## عقد خیاری

عقد خیاری آن است که در ضمن قرارداد برای مدت معلومی اختیار فسخ عقد شرط شود، در عقد خیاری علاوه بر اینکه یکی از طرفین یا هر دو طرف می‌توانند برای خود حق فسخ ایجاد کنند، طرفین می‌توانند برای شخصی که بیگانه از عقد است حق فسخ خیار را قرار دهند و آن شخص بیگانه هم می‌تواند بر حسب قرارداد عنداللزوم قرارداد را بهم بزند، این است که قانون مدنی در ماده ۱۸۸ بیان می‌کند: «عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد». ممکن است که این شخص ثالث بطور مستقل و به تنهایی خیار داشته باشد و ممکن است که این شخص با یکی از متعاقدین یا همراه هر دو طرف اختیار فسخ معامله را داشته باشد.

ناگفته نماند که متبادر از عقد خیاری آن عقدی است که در ضمن آن «خیار شرط» منعقد شده باشد اما اگر عقدی شامل «خیار غبن» و «خیار عیب» و سایر خيارات دیگر بود، آیا اطلاق عقد خیاری را به دنبال دارد؟ همانطور که بیان شد آنچه که در ابتداء به ذهن متبادر می‌کند حق فسخ بوسیله خیار شرط است که عقد خیاری را بوجود می‌آورد، اما مطلبی که ما را به تردید می‌اندازد این است که حقوق دانان اسلامی در نوشتارهای خود مطرح کرده‌اند که ظهور غبن در قرارداد و علم به آن ممکن است سبب حدوث خیار در همان موقع باشد یعنی حق خیار در همان هنگام ظهور غبن بوجود آید و

در مقابل عده‌ای دیگر بر این عقیده هستند که دانستن غبن کاشف از این است که از حین عقد مغبون خیار پیدا می‌کند. همچنانکه ملاحظه می‌کنید در اینجا دو نظریه وجود دارد، در صورتی که نظریه دوم را بپذیریم بعید نیست که بگوئیم قراردادهایی که در ضمن آنها خیار غبن یا خیار عیب یا سایر خیاراتی که جنبه کاشفیت از حین عقد در آنها مطرح می‌شود، موسوم به «عقد خیاری» نیز می‌شوند.

### عقد معلق و منجز

بحث را با این پرسش آغاز می‌کنیم که آیا تنجیز شرط صحت عقد است به عبارت دیگر آیا اثر عقد بلافاصله و فوری بعد از توافق طرفین و ذکر ایجاب و قبول باید حاصل شود؟ پرسش را به سخن دیگر بیان می‌کنیم، آیا تعلیق در عقدی سبب بطلان آن می‌شود به عبارت دیگر، اگر انشاء عقدی هم اکنون که صورت می‌گیرد امکان دارد که پیدایش اثر آن معلق بر چیزی دیگر در آینده باشد؟

### دیدگاه قانون مدنی

قانون مدنی در مقابل پرسش یا پرسشهای بالا پاسخ روشنی ارائه نمی‌دهد و در ماده ۱۸۹ بیان می‌دارد: «عقد منجز آن است که تاثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امری دیگر نباشد و الا معلق خواهد بود». در واقع این ماده فقط به ذکر تعریف هر کدام از عقد منجز و عقد معلق اکتفاء کرده است و حکم آنها را از نظر بطلان و صحت بیان نکرده است اگرچه ما در لابلای مواد قانون مدنی به ذکر بطلان پاره‌ای از عقود معلق خاص برمی‌خوریم، در ماده ۶۹۹ ق م آمده است: «تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامن، باطل است...». و در ماده ۱۰۶۸ همین قانون بیان شده است که: «تعلیق در عقد نکاح موجب بطلان است».

### دیدگاه نویسندگان حقوقی

زمانی که دیدگاههای نویسندگان حقوقی را درباره شرط تنجیز مرور می‌کنیم در مقابل دو بینش قرار می‌گیریم و حقوق ما تاکنون از هیچ‌کدام از این دو بینش فاصله نگرفته است، بسیاری از فقیهان عقد معلق را باطل دانسته‌اند و یکی از شرایط صحت عقد را تنجیز اعلام کرده‌اند. مثلاً علامه حلی



بیان می‌دارد: <sup>(۱۴)</sup> «الخامس من الشروط الجزم فلو علق العقد على شرط لم يصح». شرط پنجم از شروط عقد «جزم» است پس اگر عقد بر شرطی معلق شود صحیح نیست. همچنین بیان گردیده است که: «إن التعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الاماميه و كذا غيره من العقود جائزة كانت او لازمة» <sup>(۱۵)</sup> یعنی اگر عقد وکالت معلق بر شرطی بشود صحیح نیست و همچنین عقود دیگر، اعم از اینکه لازم یا جایز باشند. شهید اول نیز در این زمینه بیان می‌دارد: <sup>(۱۶)</sup> «الانتقال بحکم الرضا و لا رضا الأعم الجزم و الجزم ینافی التعليق».

یعنی برای اینکه انتقال ملکیت صورت بگیرد باید طرفین رضایت داشته باشند و در صورتی که جزم وجود نداشته باشد، رضایت هم وجود ندارد، و جزم با تعلیق منافات دارد. در مقابل فقیهان فوق‌الاشعار تعدادی دیگر از فقیهان و اساتید حقوق متمایل به صحت عقد معلق شده‌اند و تعلیق را از موجبات بطلان عقد ندانسته‌اند. <sup>(۱۷)</sup>

## تصویرهای معلق علیه

برای اینکه روشن شود بحث مورد نظر بر چه پایه‌ای استوار است و نظریه‌های حقوقی حول کدام محور دور می‌زند، شایسته است که در ابتداء انواع معلق علیه را به تصویر کشیده و ضمن شرح و بسط هر کدام بیان کنیم که نزاع در کدام صورت متصور است.

چیزی که اثر عقد بر وجود آن معلق شده است ممکن است تحقق آن معلوم باشد و ممکن است تحقق آن محتمل و مشکوک باشد، هر یک از این دو قسم ممکن است مربوط به حال باشد و ممکن است مربوط به آینده باشد، بنابراین چهار حالت حاصل می‌شود:

۱- ممکن است تحقق معلق علیه در هنگام عقد معلوم باشد.

۲- ممکن است تحقق معلق علیه در آینده معلوم باشد.

۱۵- به نقل از مکاسب، ص ۹۹ یک جلدی

۱۴- تذکره الفقهاء، ج ۱ ص ۴۶۲

۱۶- قواعد، قاعده ۳۲

۱۷- مکاسب، شیخ انصاری ص ۱۰۰ یک جلدی، کتاب البیع امام خمینی ج ۱ ص ۲۳۶ قواعد عمومی قراردادها، ج ۱

ص ۵۹ و ۵۸ دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی ج ۱ ص ۱۶۷ دکتر امامی

۳- ممکن است تحقق معلق علیه در هنگام عقد محتمل و مشکوک باشد.

۴- ممکن است تحقق معلق علیه در آینده محتمل و مشکوک باشد. در هر یک از حالات چهارگانه ممکن است معلق علیه از شرایط صحت عقد نباشد، بدین صورت هشت حالت برای ما پدیدار می‌گردد که آنها را در ذیل با ذکر مثال می‌آوریم:

۱- تحقق معلق علیه در هنگام عقد معلوم بوده و همچنین معلق علیه از شرایط صحت عقد می‌باشد مانند اینکه «موجب» می‌گوید: اگر دارای اهلیت قانونی باشی فروختم و «قابل» قبول می‌کند.

۲- تحقق معلق علیه در هنگام عقد معلوم بوده و معلق علیه از شرایط صحت عقد نمی‌باشد مانند اینکه: اگر دانشجو باشی فروختم و قابل هم قبول می‌کند.

۳- تحقق معلق علیه در آینده معلوم بوده و معلق علیه نیز از شرایط صحت عقد باشد. مانند اینکه: اگر قانون بمن اجازه بدهد فروختم.

۴- تحقق معلق علیه در آینده معلوم بوده و معلق علیه از شرایط صحت عقد نباشد، مانند اینکه: اگر عید نوروز فرا برسد فروختم.

۵- تحقق معلق علیه در هنگام عقد محتمل بوده و معلق علیه از شرایط صحت عقد باشد مانند اینکه: اگر قرارداد نامشروع نباشد فروختم.

۶- تحقق معلق علیه در هنگام عقد محتمل بوده و معلق علیه از شرایط صحت عقد نباشد مانند اینکه: اگر کشتی به ساحل رسیده باشد فروختم.

۷- تحقق معلق علیه در آینده محتمل بوده و معلق علیه از شرایط صحت عقد باشد مانند اینکه: اگر مخالفتی با نظم عمومی نکند فروختم.

۸- تحقق معلق علیه در آینده محتمل بوده و معلق علیه از شرایط صحت عقد نباشد. مانند اینکه: اگر فردا پرواز داشته باشیم فروختم.

قدر متیقن نزاع در حالات بالا که تعلیق سبب بطلان می‌شود یا خیر، در جایی است که معلق علیه مشکوک‌الحصول بوده و از شرایط صحت عقد نمی‌باشد. اما در آن حالاتی که معلق علیه معلوم‌الحصول می‌باشد یا اینکه معلق علیه از شرایط صحت عقد محسوب می‌شود با اشکالات کمتری روبرو هستیم، زیرا در جایی که معلق علیه معلوم‌الحصول است و طرفین یقین به حصول

معلق علیید در حال یا آینده دارند، گویا که تعلیقی صورت نگرفته است و به انگیزه‌ای خاص بوده است که معلق علیید را در کلام آورده‌اند و در جایی که معلق علیه از شرایط صحت عقد باشد، طرفین در واقع عقد را به مقتضای اطلاق آن معلق کرده‌اند به جهت اینکه اگر هم ذکری از شرط صحت به میان نمی‌آمد اطلاق عقد خود بخود به آن منصرف می‌شد. قانون مدنی در ماده ۷۰۰ بیان می‌دارد: «تعلیق ضمان به شرایط صحت آن، مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مضمون عنه مدیون باشد من ضامن، موجب بطلان آن نمی‌شود».

### دلایل شرط تنجیز در عقود

در اینکه آیا تنجیز شرط صحت عقد است و تعلیق از اسباب مبطل آن، گفتگوهای فراوان وجود دارد، اما آنانکه تنجیز را شرط صحت عقد دانستند نظر به خود را با دلایل زیر توجیه می‌نمایند.

۱- انشاء در عقد با تعلیق منافات دارد زیرا طرفین که عقد را انشاء می‌کنند در همان زمان می‌خواهند بطور اعتبار چیزی را ایجاد کنند و همانطور که در امور تکوینی ایجاد چیزی نمی‌تواند مورد تعلیق قرار گیرد، ایجاد امور اعتباری هم با تعلیق سازگاری ندارد.

۲- از ادلای مثل «أوفوا بالعقود» که بیانگر سببیت عقد هستند، استفاده میشود که مسبب و اثر عقد بلافاصله و بمجرد وقوع عقد مترتب میشود زیرا وفای به عقد بعد از انعقاد واجب است، اکنون اگر متعاقبین اثر را معلق بر چیزی بنمایند در اینصورت بعد از حصول معلق علیه وفاء واجب می‌شود و این خلاف فرض است.

۳- از آنجا که هر عقدی اثر حقوقی خاص خود را دارد و برای این آثار اسبابی از طرف شارع در نظر گرفته شده است، آن قدر متیقنی که از طرف شارع به ما رسیده است این است که اسباب معلق بر چیزی نباشند و در پیدایش اثر، مؤثر باید عاری از تعلیق باشد، پس لازمه توقیفی بودن این اسباب آن است که به همین قدر متیقن اکتفاء کرده و عقد تعلیقی را جایز ندانیم.

۴- در عقود، جزم به انشاء لازم داریم و اگر عقد بر چیزی معلق شود این جزم از بین می‌رود، علامه حلی در این زمینه می‌فرماید: «الخامس من الشروط الجزم فلو علق العقد علی شرط لم یصح» (۱۸) شرط

پنجم از شرایط عقد جزم است و اگر عقد بر شرطی معلق شود باطل است. شهید اول نیز معتقد است که انتقال در عقد زمانی صورت می‌گیرد که رضایت وجود داشته باشد و در صورتی که جزم در قرارداد نباشد رضایتی هم در بین نبوده و از طرفی تعلیق با جزم در عقد منافات دارد.<sup>(۱۹)</sup>

## پاسخ دلایل فوق‌الذکر پاسخ دلیل اول:

در پاسخ این دلیل بیان می‌شود که اگر منظور از انشاء که نمی‌تواند مورد تعلیق قرار گیرد، مدلول کلام انشایی باشد، این مدلول به محض بیان کلام انشائی محقق است، چه تعلیقی وجود داشته باشد و چه تعلیقی وجود نداشته باشد، اما اگر منظور این باشد که منشاء نمی‌تواند مورد تعلیق قرار بگیرد، در جواب باید گفت از آنجا که منشاء یک امر اعتباری است و از طرف شارع و قانونگذار تشریح شده است در معلق شدن آن بر امری اشکالی دیدد نمی‌شود زیرا همانطور که قانونگذار مثلاً در عقد بیع ملکیت منجزه را در ضمن عقد بیع به عنوان اثر حقوقی پذیرفته است او نیز می‌تواند ملکیت معلقه را در روابط حقوقی افراد وارد کند تنها فرقی که وجود دارد این است که در صورت اول ملکیت حین عقد مورد انشاء قرار گرفته است و در صورت دوم «گونه‌ای خاص» از ملکیت در دامنه انشاء وارد شده است.

## پاسخ دلیل دوم:

در پاسخ دلیل دوم بیان می‌کنیم:

اولاً: دلیل ما فقط منحصر به «اوفوا بالعقود» نیست که بر طبق گفته شما خواستار ترتب مسبب بر سبب باشد بلکه از دلیلی دیگر مثل «احل الله البيع» می‌توان نام برد که عقد تعلیقی را در بر می‌گیرد. ثانیاً: چیزی که از ظاهر «اوفوا بالعقود» به ذهن می‌رسد این است که باید به مدلول عقد وفا نمود یعنی اگر عقد بصورت منجز انجام شده است باید به آن وفاء نمود و اگر بصورت منجز نیز منعقد شده است نیز باید به آن وفادار بود، ظاهر این دلیل بیان نمی‌کند که اثر عقد باید بلافاصله بعد از انشاء محقق

شود بلکه وجوب وفای به عقد را همانطور که هست از ما خواسته است.

ثالثاً: ما از این مستدلین می‌پرسیم که منظور شما از مسبب که باید بلافاصله مترتب بر سبب شود چیست؟ مسبب یا همان مدلول عقد است و یا اثر حقوقی عقد مثل ملکیت، در صورت اول اصلاً تخلف مسبب از سبب صورت نمی‌گیرد و مدلول عقد معلق همیشه با آن است و این امری تخلف‌ناپذیر است اما اگر منظور اثر حقوقی عقد باشد که ظاهراً منظور همین است با چه توجیهی می‌توان گفت که ترتب این اثر باید بطور منجر باشد؟ کیفیت ترتب بستگی به کیفیت انشاء عقد دارد، اگر انشاء بصورت معلق القاء شود اثر هم بصورت معلق مترتب می‌گردد و اگر انشاء بصورت منجر بیان گردد ترتب اثر هم بصورت منجز است.

رابعاً: مواردی وجود دارد که مسبب بلافاصله بعد از انعقاد عقد مترتب نمی‌شود و بعد از انعقاد عقد وفای به آن واجب نمی‌شود مگر اینکه مثلاً قبض صورت بگیرد. در اعمالی مثل وقف و هبه زمانی ملکیت مترتب می‌شود که قبض صورت بگیرد و در قرارداد‌های صرف و سلم همین حالت را مشاهده می‌کنیم. (۲۰)

## پاسخ دلیل سوم

در جواب این دلیل بیان می‌داریم: اسباب عقود و اثرات حقوقی آنها مسائل عرفی بوده و شارع همان اسباب و مسببات عرفی را امضاء کرده است و فقط در موارد نادری عرف را تخطئه نموده است و در نتیجه این نظریه که اسباب عقود توقیفی هستند بنحو قضیه موجهه کلیه درست نیست اگر چه بنحو قضیه موجهه جزئیه ممکن است درست باشد. ثانیاً، اگر ما به اطلاق ادله‌ای مثل "احل الله البیع" و "أوفوا بالعقود" نظر بیفکنیم کلیه عقود اعم از منجز و معلق در دامنه آنها قرار می‌گیرند و قدر متیقنی در بین نیست.

## پاسخ دلیل چهارم

اولاً، زمانی که چیزی را ما بطور معلق انشاء می‌کنیم هیچ منافاتی ندارد که جزم به عقد داشته باشیم مثلاً اگر گفته شود در صورت اجازه پدرم این حلقه طلا را به تو فروختم، در اینجا عقد بیع بطور جزم واقع شده است و اینکه معلق علیه مشکوک است هیچ ملازمه‌ای با عدم جزم فروشنده ندارد.

ثانیاً، در معاملات و قراردادها نیازی به جزم در حین قرارداد نداریم، اگر کسی مالی را بفروشد به این امید که مال خود اوست و در واقع هم مال خود او باشد در اینجا بر طبق نظر عرف بیع واقع شده است و عرف نیازی به جزم نمی‌بیند. (۲۱)

ثالثاً، اگر ما قبول کنیم که در انجام معاملات و قراردادها جزم لازم است باید بپذیریم در جایی که معلق علیه، معلوم‌الحصول در حال یا در آینده است معامله درست باشد زیرا در حین عقد هیچ تردیدی وجود ندارد و حال اینکه اینان این صحت را قبول ندارند.

## تفکیک انشاء از منشاء

زمانی که یک عقدی را به صورت معلق انشاء می‌کنیم، تعلیق به گونه‌ای است که نشان می‌دهد اثر حقوقی قرارداد را بعد از انشاء آن و در زمان آینده خواسته‌ایم، اکنون اشکال بزرگی که در اینجا وجود دارد این است که در عقد معلق انشاء و منشاء از هم جدا شده‌اند، چگونه می‌شود که انشاء در زمان حال صورت بگیرد ولی منشاء که اثر آن است و باید بلافاصله مترتب شود بعد از گذشت مدتی از زمان انشاء حاصل گردد؟

این اشکال را بدینگونه پاسخ می‌دهیم که تخلف و تفکیک منشاء از انشاء معقول نیست زیرا منشاء بر طبق آنچه که ما انشاء کرده‌ایم باید ایجاد شود مثلاً اگر ملکیت در عید نوروز آینده را انشاء کردیم، ملکیت هم در همان عید نوروز حاصل می‌شود و معقول نیست که تحقق ملکیت مقدم بر عید نوروز گردد یا اینکه بعد از نوروز حاصل گردد زیرا در اینصورت است که انفکاک منشاء از انشاء حاصل می‌گردد زیرا شخص منشی ملکیت آینده را انشاء کرده است و ماهیت انشاء آن به آینده تعلق گرفته

است پس منشاء آن هم باید در آینده حاصل شود.

توضیح اینکه در عقود تحقق منشاء و اثر حقوقی عقد در اختیار انشاء‌کننده است و او بر طبق اراده خود می‌تواند ملکیت را در زمان حال ایجاد کند یا اینکه تحقق آن را در آینده بخواهد بعنوان مثال در بیع منجز ملکیت بلافاصله مترتب بر عقد می‌شود زیرا شخص منشی این چنین خواسته است، و در وصیت، ملکیت در آینده و بعد از موت موصی مترتب می‌شود زیرا که انشاء‌کننده اینطور خواسته است و انشاء خود را بر طبق خواسته خود القاء کرده است.

آنچه که در اینجا یک تحلیل‌گر حقوقی نباید از آن غافل شود این است که در قراردادها انشاء و منشاء از قبیل کسر وانکسار، شکستن و شکسته‌شدن نیست زیرا در امور تکوینی شاهد اینگونه مسائل هستیم و نباید امور اعتباری را با امور تکوینی مقایسه نمود و نتیجه واحد گرفت، در امور تکوینی تفکیک بین وجود و ایجاد و بنی زمان انکسار و کسر ممکن نیست ولی در امور اعتباری این شخص است که تصمیم می‌گیرد و انشاء را بر طبق تصمیم خود القاء می‌نماید.

از آنجا که در دسته‌بندی موجودات، عقود در موجودات اعتباری جای می‌گیرند، تحقق منشاءات بستگی به اراده عاقد دارد اگر او بخواهد عقد را بطور منجز منعقد نماید و اثر حقوقی آنرا وابسته به چیزی دیگر ننماید، منشاء در همان حین عقد مترتب می‌شود، اما اگر اثر حقوقی را معلق بر چیزی دیگر بنماید منشاء در زمان تحقق معلق علیه موجود می‌شود و زمانی که یک عقد بصورت معلق منعقد می‌شود در واقع می‌توان گفت که بصورت قضیه حقیقه القاء شده است و حکم قضایای حقیقیه زمانی فعلیت پیدا می‌کند که موضوع در خارج تحقق یابد<sup>(۲۲)</sup> و در عقود معلق هم زمانی که معلق علیه حاصل شد، تمام شرایط عقد فراهم شده و در نتیجه اثر آن که همان منشاء باشد صورت وجود بخود می‌گیرد.

لازم به ذکر است که ریشه و مبانی این مباحث را باید در علم اصول جستجو کرد و تعلیق در عقود را می‌توان به واجب مشروط و واجب معلق در این علم تنظیم نمود. راهکارهای ارائه شده از طرف دانشمندان علم اصول بیانگر این است که تفکیک بین انشاء و منشاء در این موارد وجود ندارد.

از نظر تحلیلی، ملکیتی که در ضمن عمل حقوقی وصیت حاصل می‌شود به صورت واجب مشروط القاء می‌شود، بر این اساس که انشاء در زمان حال توسط موصی انجام می‌گیرد اما زمان حصول منشأ و ملکیت، بعد از مرگ انشاءکننده است و ملکیت موصی له معلق بر موت موصی می‌باشد.

از نظر دانایان علم اصول اگر صیغه مثلاً بصورت «ان دخل الوقت فصل» القاء گردد، اختلاف است که چگونه باید تفسیر شود.

**نظریه صاحب کفایه:** ایشان معتقد است که در خطابات تعلیقی شرط، قید هیئت است در نتیجه نفس وجوب، مشروط می‌شود و در حقیقت قبل از حلول وقت وجوبی وجود ندارد و شخص مکلف قبل از وقت هیچ تکلیفی ندارد، این روش تفسیری است که مرحوم صاحب کفایه از واجب مشروط ارائه می‌دهد. (۲۳)

**نظریه شیخ اعظم انصاری:** برطبق نظریه این دانشمند اصولی در خطابات تعلیقی، شرط مذکور در مثال بالا قید ماده است و اصولاً از نظر این دانشمند ممکن نیست که قید به هیئت برگردد، نتیجه این بینش این است که در واجب مشروط، وجوب آزاد است و بعد از خطاب صیغه بلافاصله تکلیف وجود دارد و این واجب است که وابسته به معلق علیه می‌باشد ولی وجوب هیچ وابستگی ندارد. ایشان در توجیه نظر خود بیان می‌دارد از آنجا که وضع هیئات بصورت عام و موضوع له آنها بصورت جزئی تحقق پیدا می‌کند «وضع عام، موضوع له خاص» در نتیجه آن خطابی که بصورت طلب ایجاد شده است هیچ‌گونه اطلاقی ندارد، زیرا هیئت فعل بصورت جزئی هویت خود را پیدا می‌کند، وقتی که هیئت قابلیت اطلاق را نداشت قابلیت تقیید را نیز ندارد و شرط مذکور نمی‌تواند قید هیئت باشد این است که بیان می‌کنیم شرط از قیود ماده است (۲۴)، البته مرحوم صاحب کفایه این دیدگاه را قابل خدشه می‌داند و بیان می‌دارد وضع هیئت به آن صورتی که در تقریر بالا بیان شد درست نیست زیرا نظریه درست در این مورد بصورت «وضع عام و موضوع له عام» می‌باشد، با این توجیه که موضوع له در حروف و هیئت أفعال عام است و حروف از نظر معنی هیچ‌گونه



فرقی با اسامی هم سنخ آنها ندارند و تنها فرقی که بین حروف و اسماء وجود دارد این است که حروف وضع شده‌اند تا اینکه در معنی خود استعمال شوند ولی زمانی که آن معنی غیرمستقل و آلت برای شیء دیگری در نظر گرفته شود اما اسامی وضع شده‌اند که در معنی خود استعمال شوند ولی زمانی که آن معنی مستقل شوند ولی زمانی که آن معنی مستقل در نظر گرفته شود. ایشان بیان می‌دارد که در این صورت تفکیک بین انشاء و منشاء لازم نمی‌آید، زیرا انشاء بدین گونه بیان می‌شود که اگر شرط حاصل شد آن منشأ و طلب بوجود می‌آید و از آنجا که انشاء یک گونه‌ای خاص است و بنا بر فرض حصول شرط منشأ خواسته شده است هیچ گونه تفکیکی بین انشاء و منشأ بوجود نمی‌آید و اگر منشأ قبل از شرط حاصل شود در این صورت است که تفکیک انشاء از منشأ لازم می‌آید زیرا از همان ابتداء انشاء بگونه‌ای بوده است که منشأ مشروط را خواسته است و از همان اول منشأ تقدیری انشاء شده است.

**نظریه صاحب فصول:** ایشان بیان می‌دارد<sup>(۲۵)</sup> در اینگونه تکالیف و جوب از همان ابتداء وجود دارد اما واجب و فعل، وابسته به تحقق شرط هستند و به اصطلاح در اینگونه تکالیف و جوب حالی و واجب استقبالی می‌باشد و از توجیه صاحب فصول به «واجب معلق» تعبیر شده است.

قابل ذکر است که فرق واجب مشروط صاحب کفایه و واجب معلق صاحب فصول در این است که بر طبق گفته صاحب کفایه، وجوب وابسته است و بستگی به تحقق معلق علیه دارد ولی در توجیه صاحب فصول، واجب و فعل وابسته است اما وجوب آزاد است و فعلی.

اما از نظر تحلیلی هیچ گونه فرقی بین توجیه شیخ اعظم انصاری در واجب مشروط و بین توجیه صاحب فصول در واجب معلق وجود ندارد زیرا در هر دو وجوب در زمان حال وجود دارد و از قید و بند شرط آزاد است.

قابل توجه است که در کلیه عقود تعلیقی که حصول معلق علیه در آینده شرط می‌شود توجیهات بالایی تواند مدنظر قرار بگیرد و در هیچ کدام از اینها تفکیک بین انشاء و منشأ بوجود نمی‌آید تا اینکه از این طریق حکم به بطلان عقد معلق داده شود، زیرا در قراردادهای معلق انشاء به همان صورت

خاص قراردادهای معلق بیان می‌شود و باید از این نکته غافل نبود که شخص انشاء‌کننده، هر قراردادی را بر حسب طبیعت خود انشاء می‌کند و منشا در هر قراردادی نیز بستگی به نوع و طبیعت آن قرارداد دارد.

