

برای اطلاع از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شماره ۱۹۵۹۲۹/۱۹۵۹۲۹ و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۱۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایرانداک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدفهای علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایه قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوط شدنی است.



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

موسسه آموزش عالی ادیب مازندران

پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته حقوق گرایش خصوصی

موضوع:

تاملی فقهی و حقوقی در مبانی و مصادیق عقود لازم و جایز

استاد راهنما:

دکتر حبیب اله چوپانی مرسی

نام دانشجو:

وحید قلی زاده عسگر

شهریور ۹۷

تقدیر و تشکر:

ستاد شبر اینجاست، آتشینیا ناز و آنو پوسینیا انجام.

اکنوناگر صد هزار بار آبدریار اطاسا سپیاید، گوهر را نیاید.

غوا صیمیاید تا بگوهر، راهبرد و آنگاه سر غوا صینه، غوا صینیکنجختی، چالاکتی، له نعلما و نمرتا، همچو نیمودن آبدریار استبرطاس، طریقیا قمتکوهر، نوعیدیکر

است.

فیجافیه

بر خود لازمید انتم را تپاسرا از بزرگوار اینجاست اور مکھیما اور یاشانایانکار سامانگرفت. باشکر از استادگر امیا قاید کتر حیب اله چوپانی

مرسیکدر تمامیر احلا نجانیا تا مسموار هرا همایمنشوند، وباساساز استیدگر انقدر

تقدیم بہ:

استاد گرانقدر و دلسوز جناب آقای دکتر حبیب الہ چوپانی مری

کہ با کمال ہمدلی و ہمراہی،

ساعت ہا و روز ہا از وقت خود را بی دریغ در اختیار من قرار دادند.

و تقدیم بہ پدر و مادر عزیزم

بہ پاس عاطفہ سی سرشار و قلب ہای بزرگشان

فهرست

۱	چکیده
۲	مقدمه
۵	فصل اول: مفاهیم و کلیات
۶	۱-۱- مفهوم عقد
۶	۱-۱-۱- مفهوم عقد در لغت
۶	۱-۱-۲- مفهوم عقد در فقه
۷	۱-۱-۳- مفهوم عقد در حقوق
۱۱	۲-۱- مفهوم عقد لازم
۱۴	۳-۱- مفهوم عقد جایز
۱۸	۴-۱- مفهوم اصالة اللزوم
۲۲	فصل دوم: مبانی عقود لازم و جایز از منظر فقه و حقوق موضوعه
۲۳	۱-۲- مبانی عقود لازم از منظر فقه
۲۳	۱-۲-۱- دلایل اجتهادی لزوم عقود
۲۳	۱-۲-۱-۱- کتاب
۲۳	۱-۲-۱-۱-۱- آیه اوفوا بالعقود
۲۴	۱-۲-۱-۱-۲- آیه حرمت اکل مال به باطل
۲۵	۱-۲-۱-۱-۳- آیه احل الله البيع
۲۵	۱-۲-۱-۱-۲- سنت
۲۶	۱-۲-۱-۱-۲- روایت لایحل مال امری مسلم الا بطیب نفسه
۲۷	۱-۲-۱-۲-۱- روایت البیعان بالخیار ما لم یفترقا فاذا افترقا وجب البیع
۲۷	۱-۲-۱-۲-۲- روایت الناس مسلطون علی اموالهم
۲۸	۱-۲-۱-۳- بنای عقلا
۲۸	۱-۲-۲- دلیل فقاهتی لزوم عقود
۲۹	۲-۲- مبانی عقود لازم از منظر حقوق موضوعه
۳۱	۲-۲- مبانی عقود جایز از منظر فقه و حقوق موضوعه
۳۱	۲-۲-۱- اذن

۳۲ ۲-۲-۲- نظم عمومی
۳۳ ۳-۲-۲- ایجاد حق برای یک طرف
۳۴ فصل سوم: بررسی موارد اختلافی و اجماعی عقود لازم و جایز
۳۵ ۱-۳- بررسی موارد اختلافی عقود لازم و جایز
۳۵ ۱-۱-۳- عقد مضاربه
۳۹ ۲-۱-۳- عقد قرض
۴۳ ۳-۱-۳- عقد مهادت
۴۴ ۲-۳- بررسی موارد اجماعی عقود لازم
۴۴ ۱-۲-۳- بیع
۴۶ ۲-۲-۳- اجاره
۴۸ ۳-۲-۳- معاوضه
۴۹ ۴-۲-۳- مزارعه و مساقات
۵۱ ۳-۳- بررسی موارد اجماعی عقود جایز
۵۱ ۱-۳-۳- ودیعه
۵۵ ۲-۳-۳- عاریه
۵۷ ۳-۳-۳- وکالت
۵۹ ۴-۳-۳- جعاله
۶۲ الف- نتیجه
۶۳ ب- پیشنهادات
۶۴ فهرست منابع

چکیده

در حقوق ایران قراردادهای در یک تقسیم‌بندی به دو دسته عقود لازم و جایز تقسیم شده‌اند. عقد لازم قراردادی است که اصولاً غیر قابل فسخ است ولی عقد جایز قراردادی است که اصولاً هر یک از طرفین در هر زمانی که بخواهند می‌توانند آن را فسخ نمایند. با جستجو در منابع فقهی و حقوقی مشخص می‌شود که در لازم و جایز بودن برخی از عقود همچون بیع، اجاره، حواله، ودیعه، عاریه، وکالت و غیره میان فقها و حقوق‌دانان اجماع و اتفاق نظر وجود دارد اما در برخی دیگر از عقود همانند مضاربه، قرض و مهایات میان آنها اختلاف نظر وجود دارد. نگارنده جهت تشخیص درست مصادیق عقود لازم و جایز ابتدائاً مبانی عقود لازم و جایز را مورد واکاوی قرار داده و براساس آن مبانی، مصادیق عقود مذکور را مورد نقد و بررسی قرار داده و لذا مشخص شده است که عقود مضاربه، قرض و مهایات لازم می‌باشند. بنابراین به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود که ماده ۵۵۰ قانون مدنی را اصلاح نموده و عقد مضاربه را لازم به شمار آورده و عقود قرض و مهایات را صراحتاً در زمره قراردادهای لازم اعلام نماید.

واژگان کلیدی: عقد، لازم، جایز، بنای عقلا، دلیل

۱- بیان مساله: (ویژگی‌ها، اهمیت، ضرورت و جنبه‌های نوآوری پژوهش)

در یک تقسیم‌بندی کلی، اسباب ایجاد دین به دو دسته اعمال حقوقی و وقایع حقوقی تقسیم شده است. وقایع حقوقی رویدادی است که اثر حقوقی آن نتیجه اراده شخص نیست و به حکم قانون به وجود می‌آید اعم از اینکه ایجاد واقعه حقوقی ارادی باشد مانند غصب و اتلاف و یا اینکه واقعه حقوقی طبیعی باشد مثل مرگ و تولد. اعمال حقوقی آن دسته از رخدادهایی هستند که اثر مستقیم آن‌ها مورد اراده اشخاص است. اعمال حقوقی به عقد و ایقاع تقسیم شده است، به این شکل که عقد با دو اراده و ایقاع با یک اراده به وجود می‌آید. یکی از تقسیمات عقد، تقسیم عقد به لازم و جایز است. عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله، حق فسخ آن را ندارند مگر در موارد معینه. (م. ۱۸۵ ق.م) عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی که بخواهد آن را فسخ کند. (م. ۱۸۶ ق.م) طبق قاعده اصله اللزوم اصل بر لزوم قراردادهاست؛ بدین معنا هر عقدی که منعقد می‌شود لازم است، مگر اینکه دلیلی بر جایز بودن آن وجود داشته باشد. آنچه در این پژوهش جای اندیشه و واکاوی دقیق دارد مبنای لزوم و جایز بودن عقود است؛ به عبارتی دیگر چرا برخی از عقود از استحکام برخوردار بوده و جزء در موارد استثنایی قابل بر هم زدن نمی‌باشند اما برخی دیگر از عقود قابل فسخ و انحلال هستند.

مساله قابل بررسی دیگر در تحقیق پیش‌رو پرداختن به مصادیق عقود لازم و جایز است، لازم به ذکر است مقنن در قانون مدنی در بیشتر عقود، صریحا به لازم و جایز بودن آن‌ها اشاره نموده است؛ مزارعه (م. ۵۲۵ ق.م)، مساقات (م. ۵۴۵ ق.م)، ضمان (م. ۷۰۱ ق.م)، حواله (م. ۷۳۲ ق.م)، صلح (م. ۷۶۰ ق.م) و غیره را لازم به شمار آورده‌اند. در مقابل مضاربه (م. ۵۵۰ ق.م)، عاریه (م. ۶۳۸ ق.م)، جعاله (م. ۵۶۵ ق.م) و غیره را جایز دانسته‌اند. اما در برخی از عقود سکوت اختیار نموده و وضعیت عقد را از حیث لزوم و جواز مشخص نکرده است. به همین خاطر برداشت‌های متفاوتی از سوی حقوق‌دانان مطرح شده است به عنوان مثال برخی از حقوق‌دانان عقد قرض و مهایات را لازم دانسته و بعضی دیگر از آن‌ها عقود مذکور را جایز به شمار آورده‌اند. با توجه به فراگیری عقد در بین افراد جامعه پرداختن به مباحث حول عقد اهمیت وافری دارد، در موضوع ما نحن فیه نیز چه بسا لازم دانستن عقدی می‌تواند آسودگی خاطر طرفین عقد را در پی داشته باشد و لذا به ایشان کمک خواهد کرد تا به اهداف مورد نظر از انعقاد عقود نائل شود.

۲- سوال‌های پژوهش:

۱- مبنای لازم و جایز بودن عقود کدام است؟

۲- عقد مضاربه عقدی لازم است یا جایز؟

۳- عقد قرض عقدی لازم است یا جایز؟

۴- عقد مهایات عقدی لازم است یا جایز؟

۳- پیشینه پژوهش:

پژوهش (داخلی):

۱- شهبازی، محمد حسین (کتاب مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، ۱۳۹۵، ص ۴۸) بیان نموده‌اند که به هنگام مواجه شدن با قراردادی که لازم و جایز بودن آن مورد تردید است ابتدا باید بررسی نماییم که آیا مبانی جواز قرارداد در آن وجود دارد یا خیر؟ سپس در صورت فقدان مبانی مزبور باید حکم به لزوم عقد داد. چون ایشان معتقد است که مبانی لزوم عقود ادله اجتهادی: کتاب، سنت و ادله فقهاتی: اصل استصحاب نمی‌باشد.

۲- بیاتی و حشمتی (در مقاله‌ای با عنوان مبانی بارگذاری لزوم و جواز در قراردادهای شماره چهارم سال ۱۳۹۴) مبنا را بر اراده طرفین عقد قرار داده‌اند اصولاً آنچه سازنده عقود است اراده‌هایی است که ماهیت و محتوای آن را تشکیل می‌دهند وقتی اراده‌ها سازنده ماهیت عقود باشند خود آن‌ها ماهیت عقد را با وصف لزوم و جواز ایجاد می‌کنند. با اینکه اراده اصولاً سازنده عقود است اما نمی‌توان منکر عقودی شد که قانون‌گذار به علت پاره‌ای مسائل ویژه، بر آن‌ها نظری خاص داشته و حکم لزوم و جواز را از پیش تعیین کرده است و توافق بر خلاف آن اثری ندارد مانند وعده نکاح که عقدی جایز و متعاقدین نمی‌توانند آن را لازم گردانند.

۳- امامی، سید حسن (حقوق مدنی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۷۴) عقد مضاربه شباهت تامی به مزارعه و مساقات دارد و می‌بایست همانند عقود مذکور لازم باشد با این فرق که مضاربه در امور تجاری و مزارعه در باب زراعت و مساقات در امور باغداری می‌باشد.

۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (فلسفه حقوق مدنی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۷۲) مضاربه عقدی لازم چون عقدی است مبتنی بر مغاینه، لذا از این حیث تفاوتی با مزارعه و مساقات ندارد و مانند آن‌ها لازم است.

۵- عدل، مصطفی (حقوق مدنی، ۱۳۷۳، ص ۳۲۶ و ۳۲۷) معتقد است که قرض عقدی جایز می‌باشد. در حالی که قول مشهور بر این که قرض عقدی لازم است.

۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (مقاله لزوم و جواز عقود و ایقاعات و فلسفه حقوق مدنی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۲۱) در برخی از آثار خود همگام با سایرین قرض را عقدی لازم به شمار آورده ولی ایشان در برخی از

آثار دیگر خویش (فلسفه حقوق مدنی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۰۱) عقد قرض را از جانب مقتضی قابل فسخ دانسته و معتقد است او می‌تواند عین مال قرض را رد کند.

۴- فرضیه‌های پژوهش:

- ۱ - مبنای لزوم عقد بنای عقلا است.
- ۲ - عقد مضاربه، عقدی لازم است.
- ۳ - عقد قرض، عقدی لازم است.
- ۴ - عقد مهایات، عقدی لازم است.

۵- حدود پژوهش:

فقه امامیه، قانون و حقوق موضوعه

۶- اهداف پژوهش:

دارای دو هدف کلی و جزئی است: هدف کلی تحقیق، شناسایی مبانی عقود لازم و جایز است. و هدف جزئی این نوشتار شناخت دقیق مصادیق عقود لازم و جایز است.

۷- روش‌شناسی پژوهش:

روش پژوهش، توصیفی و تحلیلی و با تکیه به منابع کتابخانه‌ای و اینترنتی سامان یافته است. در این نوشتار سعی می‌شود ابتدائاً مبانی لزوم و جواز عقد از منظر فقها و حقوق دانان تشریح شده و سپس براساس مبانی اخذ شده، لازم یا جایز بودن عقود مختلف مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۸- سازماندهی پژوهش:

فصل اول: مفاهیم و کلیات

فصل دوم: مبانی عقود لازم و جایز از منظر فقه و حقوق موضوعه

فصل سوم: بررسی موارد اختلافی و اجماعی عقود لازم و جایز

فصل اول

مفاهیم و کلیات

۱-۱- مفهوم عقد

۱-۱-۱- مفهوم عقد در لغت

در لغت واژه عقد در دو معنا به کار رفته است: معنای اول) بستن و گره زدن معنای دوم) عهد و پیمان بستن (معین، ۱۳۸۱، ص ۷۶۳).

بنابراین آن چه را که اهل فن از واژه عقد در علم حقوق به کار برده‌اند به معنای عهد و پیمان بستن یعنی دو طرف عقد در مورد اثر حقوقی که مورد توافق و تراضی آن‌ها می‌باشد با هم عهد و پیمان می‌بندند که این اثر حقوقی ممکن است تملیکی (مانند بیع و اجاره) یا عهدی (مانند مزارعه و مساقات) یا اذنی (مانند ودیعه و عاریه) یا ایجاد رابطه زوجیت (مانند نکاح) و غیره باشد.

۱-۲- مفهوم عقد در فقه

فقه‌های امامیه تعاریف مختلفی را از عقد ارائه نموده‌اند:

الف) مفهوم عقد عبارت است از ایجاب مرتبط با قبول یا ایجاب مقترن با قبول است. بر این اساس حقیقت عقود، الفاظ و اقوال است و صورت بیرونی عقد که با ابراز اراده‌های طرفین در قالب ایجاب و قبول تحقق می‌یابد نقش مهمی ایفاء می‌کند. علاوه بر آن عقد به معنای التزام نیست و التزام فقط لازمی عقلی و شرعی عقد و به تعبیر دیگر حکمی از احکام عقد است (آل کاشف الغطاء، ۱۳۶۱ ه.ق، ص ۱۱۸).

یکی از محققان در نقد تعریف فوق بیان داشته است که عقد از سنخ الفاظ نیست بلکه از امور قلبی است به عبارت دیگر واژه عقد در حقیقت برای ماهیت حقوقی که از امور قلبی و اعتباری است وضع شده؛ اما مجازاً بر صورت ظاهری و الفاظی که دلالت بر تحقق آن دارند اطلاق می‌گردد. با این همه نباید ماهیت عقد را به ایجاب و قبول لفظی منحصر کرد؛ زیرا الفاظ وسایل ابراز اراده و کاشف از قصد درونی متعاقدين ولی قصد و اراده، عنصر سازنده عقد است و الفاظ متعاقدين و گفته‌های آن‌ها فقط وسیله ابراز ماهیت حقوقی و اعتباری است که ساخته قصد درونی است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱).

ب) مفهوم عقد عبارت است از حیثیت ارتباط هر یک از دو تعهد و ربط قراری به قرار دیگر است و عهد به معنای التزام نفسانی و جعل و قرار معاملی است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۴۹).

در نقد این تعریف گفته شده است که این تعریف به مفهوم لغوی عقد نزدیک‌تر است اما اگر مطابق با آن متعلق قرار طرفین فقط تعهد و التزام باشد جامعیت خود را از دست می‌دهد و عقود تملیکی و اذنی را در بر نمی‌گیرد (محقق داماد، ۱۳۷۹).

ج) مفهوم عقد به معنای عهد یا عهد موکد است و به عبارت دیگر موجودی است اعتباری که در آن الزام و التزام نهفته است (میرزای نائینی و نجفی خوانساری، ۱۴۲۱ ه.ق، ص ۳۳).

دو اشکال بر تعریف مذکور وارد شده است:

اول) عهد و تعهد نه خود عقد، بلکه اثر عقد است و در واقع تعریف مذکور اثر عقد یعنی تعهد می‌باشد به بیان دیگر آثار عقد بعد از مرحله انعقاد و شکل‌گیری آن مطرح می‌شود.

دوم) در حالی که تعریف مذکور با عقود دیگری که اثر مستقیم و اولیه آن تملیک است مثل تملیک عین در بیع یا تملیک منفعت در اجاره را شامل نمی‌شود چون اثر اصلی و اولیه همه عقود را التزام و تعهد می‌داند که این نظر صحیح نیست (محقق داماد، ۱۳۷۹).

برخی دیگر در تعریف عقد آورده‌اند: قول اجماع فقها بر این که عقد از مجموع ایجاب و قبول به وقوع می‌پیوندد یا کامل و تمام می‌شود (محمدی، ۱۳۹۰، ص ۱۲).

محقق داماد با توجه به ایرادات و اشکالات وارد بر تعاریف مذکور معتقد است که عقد به ایجاب و قبول یا ایجاب مرتبط با قبول؛ به مفهوم آن است که عقد با انشای دو طرف عقد محقق می‌گردد و توافق دو اراده به وجود آورنده ماهیت حقوقی می‌باشد (محقق داماد، ۱۳۷۹).

در فقه قول مشهور بر این که ایجاب و قبول لفظی را مصداق عقد می‌دانند و اگر لفظ در بین نباشد معتقدند که عقد نیست بلکه تراضی می‌باشد و آثاری را که بر عقد بار می‌کنند بر تراضی مترتب نمی‌سازند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۴۵۴).

۱-۱-۳- مفهوم عقد در حقوق

یکی از نویسندگان در مفهوم عقد چنین اظهار نموده‌اند که عقد در لغت به معنی بستن می‌باشد و در اصطلاح هم‌که طبق ماده ۱۸۳ قانون مدنی بیان می‌دارد عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری را نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد. وجه تناسب معنی اصطلاحی و معنی لغوی آن است که در اثر انعقاد عقد بین دو نفر رابطه حقوقی ایجاد می‌شود و آن دو را به یکدیگر مرتبط می‌سازد نویسنده بعد از بررسی مفهوم عقد به ماده ۱۸۳ قانون مدنی نقدی را وارد نموده است و تعریفی را که از مفهوم عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ارائه شده، ناقص می‌باشد زیرا فقط عقد عهدی را تعریف نموده، و شامل عقود تملیکی که به وسیله آن مالی از ملکیت کسی خارج و در ملکیت دیگری داخل می‌گردد را در بر نمی‌گیرد چون در این گونه عقود به نفس عقد، انتقال مالکیت حاصل می‌گردد و تعهدی مستقیماً ایجاد نمی‌شود و

تعهدی که در عقود تملیکی شکل می‌گیرد جنبه فرعی دارد مانند تعهد به تسلیم مبیع و ثمن ناشی از عقد بیع که در بندهای ۳ و ۴ ماده ۳۶۲ قانون مدنی بیان شده است (امامی، ۱۳۸۷).

یکی از حقوق دانان درباره مفهوم عقد بیان داشته است؛ برای تحقق عقد وجود دو شرط لازم و ضروری است که به قرار ذیل است: شرط اول) دو اراده‌ای که با هم برخورد می‌کنند باید چهره انشایی داشته باشند یعنی اثری را ایجاد کند. ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند. پس عقد توافق دو انشاء است و ایشان انشاء را از اخبار جدا می‌کنند. و با ذکر مثالی انشاء را تبیین می‌کنند اگر حسن بخواهد مزرعه خود را به حسین بفروشد باید تملیک مزرعه را با بهای معین انشاء کند حسین نیز به نوبه خود بایستی خرید مزرعه را با همان بها اراده نماید تا مبادله صورت پذیرد حسین مزرعه را می‌دهد بدین شرط که حسن هم بهای آن را بپردازد حسن نیز پولمی‌دهد تا مزرعه را بگیرد، توافق دو اراده عقد بیع را به وجود می‌آورد. شرط دوم) اثر حقوقی باید ناشی از توافق دو انشاء و محصول مشترک دو اراده باشد مانند عقد بیع که اثرش تملیک می‌باشد یعنی مبیع به مالکیت مشتری و ثمن به مالکیت فروشنده در بیاید (کاتوزیان، ۱۳۸۷).

ایشان ماده ۱۸۳ قانون مدنی را مورد انتقاد قرار داده و پس از نقد آن تعریف پیشنهادی خود را ارائه می‌نمایند: ماده ۱۸۳ قانون مدنی دارای دو ایراد می‌باشد؛ ایراد اول) ماهیت عقود معوض را بیان نمی‌کند و ماده به شکلی تنظیم شده که انگار در هر عقدی تنها یک نفر تعهد می‌کند و طرف دیگر بدون هیچ تعهدی می‌پذیرد این در حالی که در عقود معوض دو طرف عقد در برابر هم تعهد و التزامی را قبول می‌کنند مانند شخصی تعهد می‌کند کاری را در برابر دستمزد معین انجام دهد، پیشنهاد کارفرما را درباره‌ی پرداخت دستمزد می‌پذیرد از سوی دیگر کارفرما نیز در همان حال که پرداخت دستمزد را تعهد می‌کند الزام اجیر به انجام دادن کار را می‌پذیرد نتیجه این دو تعهد متقابل و توافق دو انشاء درباره‌ی مبادله اجرت و کار عقد است که این مفهوم از ماده ۱۸۳ قانون مدنی بر نمی‌آید. ایراد دوم) شامل عقودی که اثر مستقیم آن تملیک مال است مانند بیع، هبه و مانند آن را در بر نمی‌گیرد مگر این که گفته شود تملیک نیز تعهدی است که پس از ایجاد بی‌درنگ اجرا شده است. تعریف پیشنهادی کهنویسنده از مفهوم عقد ارائه می‌دهند این است که: توافق دو انشاء متقابل است که به منظور ایجاد اثر حقوقی انجام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷).

برخی از نویسندگان تعریف عقد را در ماده ۱۸۳ قانون مدنی جامع نمی‌دانند و با مبانی عقد در سیستم حقوقی ایران و نیز با تعاریفی که قانون‌گذار در برخی از عقود در قانون مدنی به عمل آورده، سازگار نمی‌باشد و از جهات متعددی قابل انتقاد است؛ ایشان سه ایراد برای ماده مذکور ذکر می‌کنند: ایراد اول) شامل عقود عهده‌ای است و عقود تملیکی را در بر نمی‌گیرد در بسیاری از عقود آن چه هنگام انشای عقد مورد توجه واقع

می‌شود و انگیزه اصلی طرفین یا طرف‌های آن را تشکیل می‌دهد پیدایش تعهد و رابطه شخصی نیست بلکه جابه‌جا شدن مالکیت اموال و حقوق مربوط به آن است. مانند فروش یک قطعه فرش که پیش از معامله در تصرف خریدار قرار داشته است در برابر یک تن برنج معین خریدار که در اختیار بایع بوده است در این عقد آن چه مورد انشای طرفین قرار می‌گیرد انتقال مالکیت فرش به خریدار در برابر انتقال مالکیت برنج به بایع است. ایراد دوم) تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی به ظاهر عبارات فقط شامل عقود غیر معوض است و عقود معوض را در برنمی‌گیرد. زیرا منحصرًا تعهد یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر و قبول یک یا چند نفر اخیر به عنوان دو رکن عقد مورد انشای طرفین معرفی گردیده است بدون این که از تعهد یک یا چند نفر دیگر در عوض تعهد یک یا چند نفر اول ذکری شده باشد. ایراد سوم) در تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی تعهد و قبول فقط به نفر که واحد انسان است نسبت داده شده است در صورتی که امروزه در بسیاری از عقود مهم، حداقل یک طرف شخص حقوقی است نه شخص حقیقی و به همین جهت بهتر این بود که واژه شخص به جای نفر در این ماده به کار می‌رفت. ولی ایراد و اشکال این مورد را می‌توان به کمک ماده ۵۸۸ قانون تجارت رفع نمود (شهیدی، ۱۳۹۴).

ماده ۵۸۸ قانون تجارت مقرر می‌دارد شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت، بنوت، و امثال ذلک.

تعریف پیشنهادی را که از مفهوم عقد ارائه می‌دهند با این بیان که: عقد عبارت از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی است. اثر این ماهیت حقوقی ممکن است انتقال مالی از یک طرف به طرف دیگر در برابر عوض باشد مانند انتقال مبیع از بایع به خریدار در برابر ثمن معلوم در عقد بیع. یا انتقال مال از یک طرف به طرف دیگر بلاعوض باشد مانند انتقال رایگان مالی از مصالح به متصالح در عقد صلح بلاعوض؛ یا اثر ماهیت حقوقی ممکن است پیدایش تعهدی در ذمه هر یک از طرف‌ها در برابر طرف دیگر باشد مانند تعهد اجیر به انجام عملی در برابر مستاجر و تعهد مستاجر به پرداخت اجرت؛ یا اثر ماهیت حقوقی ممکن است که زوال تعهد باشد مانند از بین رفتن تعهد هر یک از دو طرف عقد در برابر زوال تعهد طرف دیگر به وسیله قرارداد باشد (شهیدی، ۱۳۹۴).

یکی از نویسندگان تعریفی را از مفهوم عقد ارائه نمی‌دهند و به بررسی عقد و تعهد و شاخه‌های آن می‌پردازد و معتقد است که یکی از اسباب تملک عقود و تعهدات می‌باشد که در ماده ۱۴۰ قانون مدنی به آن اشاره شده است. ماده ۱۴۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد تملک حاصل می‌شود: ۱- به احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه؛ ۲- به وسیله عقود و تعهدات؛ ۳- به وسیله اخذ به شفعه؛ ۴- به ارث.

و مطابق ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد. تعهد رابطه حقوقی را گویند که به موجب آن یک نفر در مقابل شخص دیگر عهده‌دار می‌شود که یک چیزی بدهد یا امری را به عمل آورد و یا از انجام امری خودداری کند. برای فهم موضوع تعهدات از مباحث حقوق مدنی، اشخاص می‌توانند دو قسم حق داشته باشند: حق مالی و حق غیرمالی. حق مالی آن است که اجرای آن برای انسان ایجاد نفع مالی می‌نماید یعنی حقی که بتوان آن را به پول تقویم نمود. حق غیر مالی حقوقی که قابل تقویم به پول نبوده است حقوق غیرمالی مربوط به احوال اشخاص است مثل حق ابوت، حق زوجیت. حق مالی دو قسم است: حق عینی و حق دینی؛ حق عینی به اشخاص حق می‌دهد که مستقیماً بر شی مسلط شود. حق دینی به اشخاص حق می‌دهد که از شخص دیگری دادن شی و یا انجام امری و یا خودداری از انجام امری را تقاضا نماید. که تعهد از این قسم حق مالی دینی ناشی می‌شود منشاء تعهدی که به موجب آن بائع باید مبیع را به تصرف مشتری بدهد عقد بیع است(عدل، ۱۳۷۳).

برخی‌ها از تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی چنین استنباط می‌نمایند که: اولاً عقد یک عمل حقوقی است که از توافق اراده دو یا چند شخص ناشی می‌شود. ثانیاً اثر عقد ایجاد تعهد بر گردن یکی به نفع دیگری است. نقدی را که ایشان از ماده ۱۸۳ قانون مدنی بیان می‌کنند و معتقد است که این تعریف از مفهوم عقد کامل نیست زیرا: ایراد اول) شامل قراردادهایی که موضوع آن‌ها انتقال تعهد یا سقوط تعهد، نمی‌باشد و موضوع عقد همیشه ایجاد تعهد نیست بلکه ممکن انتقال تعهد مثل این که بدهکار با موافقت بستانکار بدهی خود را به شخص دیگری منتقل نماید و یا ممکن که موضوع آن سقوط تعهد باشد مثل این که متعهد و متعهدله با رضایت متقابل بر زوال تعهد سابق توافق کنند که به اقاله شهرت دارد. ایراد دوم) این تعریف شامل قراردادهایی که برای طرفین ایجاد تعهد می‌کند را در بر نمی‌گیرد مانند قرارداد کار در برابر مزد. ایراد سوم) تعریف مزبور قراردادهایی را که یک طرف یا هر دو طرف آن شخص حقوقی باشد را در بر نمی‌گیرد مگر این که برای نفر معنی گسترده‌ای قائل شویم. ایراد چهارم) تعریف مزبور شامل عقد تملیکی نمی‌گردد عقد تملیکی که به وسیله آن مالی به صرف تحقق عقد از ملکیت شخصی خارج و در ملکیت دیگری داخل می‌گردد، در این گونه عقود اگر تعهدی پدید آید این تعهد جنبه فرعی دارد مانند تعهد به تسلیم مبیع و ثمن در عقد بیع. ایشان برای احتراز از ایرادات و اشکالات مورد اشاره تعریفی را برای مفهوم عقد پیشنهاد می‌کنند: عقد عبارت است از توافق اراده‌ی دو طرف به منظور ایجاد یک اثر حقوقی اعم از این که این اثر به وجود آمدن، تغییر یا سقوط تعهد باشد یا به وجود آمدن، تغییر یا سقوط یک حق عینی مانند حق مالکیت و غیر آن باشد(صفایی، ۱۳۸۸).

یکی از نویسندگان حقیقت عقد را تعهد خاصی می‌دانند که بین متعاقدين، یکی ایجاب و دیگری قبول را بیان می‌کند و از آن جا که تعهد بین دو نفر امری قلبی و معنوی است ثبوت آن محتاج به کاشف است و چیزی را که کاشف از امر قلبی و معنوی می‌باشد آن الفاظ است. به عنوان مثال بایع بر انتقال مبیع به مشتری الفاظ مخصوصی انشاء می‌کند که مفید ملکیت مبیع برای مشتری به عوض ملکیت ثمن برای خود و مشتری هم با الفاظ مخصوص قبول این که مبیع به ملکیت او در آمده و ثمن به ملکیت بایع را اعلام می‌نماید و از اتصال و بستگی آن‌ها به یکدیگر تعهدی به وجود می‌آید به این مضمون که مبیع مال مشتری به عوض ثمن و ثمن مال بایع به عوض مثنی می‌باشد (حائری شاه باغ، ۱۳۸۲).

یکی از محققان در برداشتی که از مفهوم عقدارائه می‌نمایند این است که ایجاب و قبول به عنوان توافق اراده طرفین عقد می‌باشد. و این معنا منطقی‌تر و با طبیعت تمامی قراردادها اعم از تملیکی، عهده‌ای، اذنی و حتی نکاح سازگارتر به نظر می‌رسد و چون در هر عقدی صرف نظر از ماهیت اثر حقوقی ایجاد شده در آن، ایجاب و قبول به عنوان دو رکن اصلی و اساسی وجود دارد (شهبازی، ۱۳۹۵).

یکی از نویسندگان با بیان این مطلب که ملاک تشخیص عقد این است که بدون توافق دو طرف نتوان اثری به وجود آورد که مورد قبول قانون یا عرف و عادت و یا عقل و اخلاق حسنه باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲).

برخی‌ها در نقد ماده ۱۸۳ قانون مدنی بیان نموده است که ظاهر الفاظ مقرر در ماده روشن نیست که تعهد متقابل است یا فقط یک طرف در برابر طرف دیگر متعهد می‌شود؛ چون در عقودی که هر دو طرف متعهد می‌شوند تعهدات یک طرف در مقابل تعهد طرف دیگر است (امیر معزی، ۱۳۹۲).
به نظر می‌رسد مفهوم عقد طبق تعریف پیشنهادی کاتوزیان، از جامعیت و مانعیت بیشتری برخوردار است. زیرا عقد زمانی شکل حقوقی به خود می‌گیرد و آثار مطلوب را به دنبال دارد که با تلاقی و برخورد ایجاب از سوی یک طرف با قبول طرف دیگر عقد، یک اثر حقوقی که مورد قبول و دل‌خواه دو طرف است و مخالف قوانین آمره یا نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد ظهور و بروز خارجی پیدا کند که این اثر مورد قبول ممکن است ایجاد نکاح یا شکل‌گیری یک شخصیت حقوقی یا تملیک و غیره باشد.

۱-۲- مفهوم عقد لازم

در لغت واژه لازم در یکی از سه معنای ذیل به کار می‌رود: معنای اول (واجب، ضروری معنای دوم) ثابت، استوار معنای سوم) آن چه همیشه با چیزی باشد (معین، ۱۳۸۱، ص ۸۴۳).

آنچه را که از معنای لغوی لازم در علم حقوق کاربرد دارد معنای ثابت و استوار است به این شکل زمانی که عقدی لازم است از ثبات و پایداری برخوردار می‌باشد و طرفین به آسانی نمی‌توانند از تعهداتی که ناشی از عقود لازم به بار می‌آید شانه خالی کنند و از زیر بار مسئولیت سر باز زنند مگر در مواردی که جهات نقض تعهد قانونی و شرعی باشد.

مفهوم عقد لازم را از دیدگاه صاحب‌نظران و نویسندگان فقه و حقوق در ذیل مورد بررسی قرار داده‌ایم: برخی از نویسندگان اظهار نموده‌اند که در باب عقود نیز یک نحو استحکام و ابرام در عالم تشریح است و وقتی عقدی مستحکم و مبرم شد طرف دیگر نمی‌تواند عقد را منحل کند زیرا از وی در عالم تشریح سلب قدرت شده است هر چند در عالم تکوین بتواند چنین کاری را انجام دهد قاعده کلی است که می‌گوید الممتنع شرعا کالممتنع عقلا هنگامی که شارع مقدس گفت تو را غیر قادر می‌بینم وی قدرت و توان شرعی خود را در فسخ معامله از دست می‌دهد. لزوم بر دو قسم است: لزوم حکمی و لزوم حقی. الف) لزوم حکمی: شارع مقدس تشریح کرده است که معامله‌ای لازم است بنابراین حکم شرعی قائم بر این است که لایجوز تکلیفاً لاحد فسخ عقده اگر حکم شرعی (حکم تکلیفی و حکم وضعی) قائم شود این قیام به اعتبار حکم تکلیفی است مانند نکاح و طلاق. ب) لزوم حقی: بدین معنی است که هر یک از متعاقدين مالک بر التزام دیگری است و یا احد متعاقدين مالک التزام دیگری می‌شود بدون این که دیگری دارای این مالکیت باشد؛ به این معنا که شخص مالک بر التزام خود نباشد یعنی نمی‌تواند عقد را به هم زند و عقد همچنان مستحکم و قابلیت حل و فسخ را ندارد. در نتیجه لزوم حکمی و حقی دال بر دوام و مستحکم بودن عقد است و تنها فرق میان آن دو این است که لزوم حکمی قابل اسقاط نیست ولی لزوم حقی شخص مالک التزام دیگری است و این مالک بودن گاهی از یک طرف و گاهی از دو طرف است و قابل اسقاط خواهد بود مثل خیار حیوان یعنی اگر مبیع و ثمن هر دو حیوان باشد هم فروشنده تا ۳ روز از حین عقد حق فسخ معامله را دارد و هم خریدار تا ۳ روز از حین عقد حق فسخ معامله را دارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲ و جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲).

عقد لازم عقدی که اثر آن با فسخ یکی از دو طرف بدون رضایت طرف دیگر از بین نمی‌رود به دیگر سخن عقدی که در آن هیچ یک از دو طرف از لحاظ قانونی قدرت بر هم زدن پیمان خویش را ندارد عقدی لازم است مثلاً بیع که در زمره عقود لازم است مالک اول نسبت به مال همچون بیگانه تلقی می‌شود و لذا نمی‌تواند بدون رضای مالک جدید در آن تصرف کرده و پیمان خویش را عملاً نقض کند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ه.ق، ص ۴۴).

در ماده ۱۸۵ قانون مدنی مفهوم عقد لازم به این شکل تبیین شده است؛ عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه.

یکی از حقوق دانان اظهار می‌نمایند که اثر مطلوب در هر عقد ایجاد التزام است پس در صورتی می‌توان برای عقد اثر حقوقی مهمی قائل شد که دو طرف به تعهدهای خود پایبند باشند و به میل خود نتوانند از زیر بار اجرای آن شانه خالی کنند. در حقوق ما عقد جایز پیش‌بینی شده است ولی امکان برهم زدن عقد برخلاف اصل و امری استثنایی است. به موجب قاعده مندرج در ماده ۲۱۹ قانون مدنی که در زبان حقوقی ما به اصاله‌اللزوم مشهور شده است همه قراردادها لازم است جزء آن چه را که قانون به جواز آن تصریح کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷).

ماده ۲۱۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد؛ عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

یکی از نویسندگان با بیان این مطلب اظهار داشته‌اند که طبق ماده ۱۸۵ قانون مدنی رابطه‌ای که در اثر عقد لازم پیدا می‌شود طوری است که هیچ یک از طرفین عقد نمی‌تواند بدون رضای طرف دیگر آن را بر هم زند بنابراین طرفین به انجام آن چیزی که در عقد تصریح شده است ملزم می‌باشند مگر در موارد معینه قانونی. و یکی از موارد معینه که به طرفین حق فسخ داده خیرات می‌باشد که در این صورت کسی که حق مزبور به او داده شده می‌تواند معامله را فسخ نماید. و همچنین در صورتی که طرفین عقد در فسخ و بر هم زدن عقد توافق حاصل نمایند که آن را اقاله گویند. مصادیق عقود لازم از قبیل بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و امثال آن می‌باشد طبق مفهومی که از ماده ۲۱۹ قانون مدنی استنباط می‌شود کلیه عقود لازم هستند مگر آن که قانون خلاف آن را تصریح نماید (امامی، ۱۳۸۷).

یکی دیگر از حقوق دانان عقود را از حیث دوام به لازم، جایز و خیاری تقسیم نموده است. طبق ماده ۱۸۵ قانون مدنی عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله، حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه. عقد لازم چنان که از نام آن پیدا است، عقدی که پس از تشکیل باقی می‌ماند و جزء در موارد محدود که قانون معین کرده منحل نمی‌گردد. و هر یک از طرفین که تعهدی از سوی عقود لازم پیدا کند موظف به اجرای آن در برابر طرف دیگر خواهد بود. مثلاً عقد بیع یکی از عقود لازم است که پس از تشکیل آن فروشنده و خریدار در برابر یکدیگر ملزم به رعایت مفاد آن هستند فروشنده باید مبیع را به خریدار و در مقابل مشتری باید ثمن را به بایع تسلیم کند و هرگاه یکی از طرفین از انجام تعهد خود سرپیچی کند به تقاضای طرف دیگر مرجع قضایی صالح او را ملزم به اجرای تعهد می‌کند. در ضمن عقد لازم با فوت یا جنون یا سفه یکی از طرفین یا دو طرف منفسخ نمی‌شود و در صورت فوت طرفین، آثار آن نسبت به وارث ایشان جریان پیدا می‌کند. عقد لازم در موارد استثنایی با یکی از سه وسیله خیار و یا اقاله و یا قانون منفسخ می‌شود (شهیدی، ۱۳۹۴).

برخی از نویسندگان مفهوم عقد لازم را که در ماده ۱۸۵ قانون مدنی است با ذکر مثالی تبیین می‌نمایند؛ در عقد بیع هیچ یک از بایع و مشتری حق بر هم زدن معامله را بدون رضایت طرف دیگر ندارد مگر در مواردی که قانون پیش‌بینی کرده است یکی از مواردی را که قانون اشاره کرده در جایی که بایع یا مشتری مغبون شده و غبن فاحش باشد قانون‌گذار به طرفی که مغبون شده است اختیار می‌دهد که معامله را فسخ نماید (صفایی، ۱۳۸۸).

برخی‌ها در تبیین مفهوم عقد لازم چنین اظهار داشته‌اند؛ عقدی است که در آن هیچ یک از دو طرف از لحاظ قانونی قدرت بر هم زدن پیمان خویش را ندارند مثلاً در عقد بیع که در زمره عقود لازم است مالک اول نسبت به مال همچون بیگانه تلقی می‌شود و لذا نمی‌تواند بدون رضای مالک جدید در آن تصرف کرده و پیمان خویش را عملاً نقض کند (محقق داماد، ۱۳۷۹).

یکی از نویسندگان مفهوم عقد لازم را که در ماده ۱۸۵ قانون مدنی مقرر شده است با ذکر مثالی به تبیین آن می‌پردازد وقتی که بین دو نفر عقد بیعی واقع شد بایع و مشتری حق ندارند که این عقد را به میل خود فسخ کنند بلکه مطابق قانون موارد خاصی موجود است که فقط در آن صورت ممکن که طرفین یا یکی از آن‌ها عقد بیع را فسخ کند و بنابراین آن عقدی لازم است. چون هرکس باید تعهد حاصل در نتیجه عقد را اجرا نماید و حق ندارد که بدون موجب قانونی از ایفای به عهد خود امتناع کند لذا لازم بودن کلیه عقود به عنوان یک اصل می‌باشد و جایز بودن آن یک استثناء است و این ترتیب همان اصلی که به اصاله‌اللزوم شهرت دارد، بنابراین فقط عقودی باید جایز محسوب نمود که جواز آن را قانون تصریح کرده باشد (عدل، ۱۳۷۳).

برخی‌ها با بیان این مطلب که اقتضای رابطه حقوقی ناشی از عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین بدون موافقت و رضایت طرف دیگر نمی‌تواند چنین عقدی را به هم زند (در اصطلاح اقاله یا تفاسخ) یا بدون داشتن اختیارات قانونی عقد لازمی را فسخ نماید. ایشان مبنای چنین الزامی را آیه اوفوا بالعقود می‌دانند (افتخاری، ۱۳۸۲).

۱-۳- مفهوم عقد جایز

جایز در لغت دارای سه معنا است: معنای اول) روا معنای دوم) مباح معنای سوم) نافذ (معین، ۱۳۸۱، ص ۴۱۳).

مفهوم جایز در علم حقوق را می‌توان از باب حقیقت لغوی در معنای دوم که مباح است کاربرد دارد و سایر معانی لغوی جایز را مجاز لغوی به شمار آورد بنابراین هر یک از طرفین می‌تواند در هر زمانی عقد جایز را به هم زند این نتیجه برداشت می‌شود که فسخ عقد جایز امری مباح و پسندیده می‌باشد.