

سلامت و رفاه



## معاونت پژوهش و فن آوری به نام خدا منشور اخلاق پژوهش

- با یاری از خداوند سبحان و اعتقاد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، ما دانشجویان و اعضاء هیئت علمی واحدهای دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:
- ۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
  - ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
  - ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه همکاران پژوهش.
  - ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
  - ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
  - ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.
  - ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب نقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
  - ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به همکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
  - ۹- اصل براءت: التزام به براءت جویی از هرگونه رفتار غیرحرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیرعلمی می آلاینند.



## معاونت پژوهش و فن آوری

به نام خدا

### تعهد اصالت رساله یا پایان نامه تحصیلی

اینجانب پگاه علی‌آبادی دانش‌آموخته مقطع کارشناسی ارشد در رشته حقوق/ خصوصی که در تاریخ ۱۳۹۲/۱۱/۳۰ از پایان نامه خود تحت عنوان "**لزوم یا جواز مضاربه**" با کسب نمره دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می‌شوم:

این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آنرا در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام. این پایان نامه قبلاً برای هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم. چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می‌پذیرم و دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی:

تاریخ و امضاء



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد نراق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A) در رشته حقوق گرایش خصوصی

عنوان:

لزوم یا جواز مضاربه

استاد راهنما:

دکتر محمد جعفری مجد

استاد مشاور:

دکتر اسماعیل فرجی

نگارش:

پگاه علی آبادی

زمستان ۱۳۹۲



دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق

### فرم صورت جلسه دفاع

## موضوع پایان نامه: لزوم یا جواز مضاربه

### کد شناسایی :

با تاییدات خداوند متعال، گواهی می شود که جلسه دفاعیه پایان نامه خانم پگاه علی آبادی دانشجوی رشته حقوق / خصوصی ورودی ۱۳۹۰ به شماره دانشجویی ۹۰۰۷۳۸۷۵۵ نیمسال انتخابی ..... در تاریخ ۱۳۹۲/۱۱/۳۰ روز ..... ساعت ..... در دانشگاه آزاد اسلامی واحد نراق برگزار شد و پس از بررسی و تبادل نظر به شرح ذیل طبق رای هیات داوران حاضر در جلسه با نمره به عدد ..... (از ۱۸ نمره) و به حروف ..... و با درجه ..... به تصویب رسید.

استاد راهنما: دکتر محمد جعفری مجد

استاد مشاور: دکتر اسماعیل فرجی

استاد داور ۱: دکتر سعید شریعتی

استاد داور ۲: در صورت داشتن داور دوم

مدیر گروه: دکتر سعید شریعتی

نماینده دفتر تحصیلات تکمیلی: آقای رضا حسینی

معاون پژوهش و فناوری: دکتر محمدحسین پوریانی

## سیاسگزاری

پروردگارا سپاس به خاطر روحی که در قلبم به ودیعه نهاد بصیرتی که سرلوحه راهم ساخت و عشقی که جرعه جرعه، ریشه های وجودم را با آن پروراند تا شکر نعمت را این گونه به جای آورم، قلم را جرأت، بصیرت را توشه و عشق را توان حرکت در مراحل قرار دهم که او راهنمای آن است و توفیق نگارش این پایان نامه را داشته باشم. به رسم ادب از استاد راهنما جناب آقای دکتر محمد جعفری مجد و استاد مشاور جناب آقای دکتر اسماعیل فرجی و مدیر گروه محترم دانشگاه جناب آقای دکتر سعید شریعتی و تمامی اساتید محترمی که در این راه مرا یاری نمودند تشکر و قدردانی می نمایم.

تقدیم به پدرم  
کوهی استوار و حامی من در طول تمام زندگی

تقدیم به مادرم  
سنگ صبوری که الفبای زندگی به من آموخت

تقدیم به همسرم  
که در سایه همیاری و همدلی او به این منظور نائل شدم.

## فهرست مطالب

| صفحه | عنوان                        |
|------|------------------------------|
| ۱    | چکیده                        |
| ۲    | مقدمه                        |
| ۲    | ۱- بیان مسئله                |
| ۳    | ۲- پیشینه تحقیق              |
| ۳    | ۳- هدف پایان نامه            |
| ۳    | ۴- سوالات پژوهش              |
| ۳    | الف. سوال اصلی               |
| ۳    | ب. سوالات فرعی               |
| ۳    | ۵- فرضیه                     |
| ۳    | ۶- جنبه نوآوری تحقیق         |
| ۳    | ۷- روش کار تحقیق             |
| ۴    | ۸- اهمیت موضوع و ضرورت تحقیق |

### فصل اول: کلیات

|    |                                    |
|----|------------------------------------|
| ۶  | ۱-۱- کلیات لزوم                    |
| ۶  | ۱-۱-۱- معنای اصل                   |
| ۷  | ۱-۱-۲- اثر اصل لزوم                |
| ۷  | ۱-۱-۳- مبانی اصل لزوم              |
| ۹  | ۱-۲- کلیات جواز                    |
| ۱۰ | ۱-۲-۱- عقود اذنی جایز              |
| ۱۱ | ۱-۲-۲- عقودی که یکطرفه جایزند      |
| ۱۳ | ۱-۲-۳- نظم عمومی                   |
| ۱۴ | ۱-۲-۴- نتیجه                       |
| ۱۸ | ۱-۳- کلیاتی در باب مضاربه          |
| ۱۸ | ۱-۳-۱- تعریف مضاربه در لغت         |
| ۱۸ | ۱-۳-۲- تعریف مضاربه در اصطلاح فقهی |
| ۱۹ | ۱-۳-۳- حقیقت عرفیه مضاربه          |



## فصل دوم: مبانی جواز عقد مضاربه

- ۱-۲-۱- اجماع فقها ..... ۲۴
- ۲-۲-۱- اذنی بودن عقد مضاربه ..... ۲۷
- ۲-۲-۳- ماهیت ترکیبی عقد مضاربه ..... ۳۲
- ۲-۲-۴- قاعده ی سلطنت بر اموال ..... ۳۳

## فصل سوم: مبانی لزوم عقد مضاربه

- ۳-۱-۱- مقتضای اصول و مصالح اجتماعی ..... ۳۵
- ۳-۲-۱- عهده ی بودن این عقد ..... ۳۸
- ۳-۳-۱- معوض و مغابنه ای بودن مضاربه ..... ۴۱
- ۳-۴-۱- شباهت مضاربه با مزارعه و مساقات ..... ۴۳
- ۳-۵-۱- عرف و رویه بانک ها ..... ۴۶

## فصل چهارم: لزوم بالعرض مضاربه

- ۴-۱-۱- ادله بطلان شرط لزوم ..... ۵۰
- ۴-۱-۱-۱- قاعده «أن الشرط فی العقود الجائزۃ غیر لازم العمل» ..... ۵۰
- ۴-۱-۱-۲- مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد ..... ۵۳
- ۴-۱-۱-۳- مخالفت با حکم شارع و کتاب و سنت ..... ۵۴
- ۴-۱-۱-۴- ایراد دور بودن شرط لزوم ..... ۵۵
- ۴-۱-۱-۵- مخالفت شرط با قوانین امری ..... ۵۵
- ۴-۲-۱- ادله صحت شرط لزوم ..... ۵۶
- ۴-۲-۱-۱- عمومات صحت شروط ..... ۵۶
- ۴-۲-۲- امضایی و حقی بودن جواز مضاربه ..... ۵۷
- ۴-۲-۳- پذیرش لازم کردن عقود جایز از سوی ق.م: ..... ۵۹
- ۴-۲-۴- اصل حاکمیت اراده ..... ۶۲
- نتیجه گیری و پیشنهادهای ..... ۶۶
- فهرست منابع و مآخذ ..... ۶۷

## چکیده

طبق ماده ۵۵۰ قانون مدنی مضاربه جزء عقود جایز است و مطابق ماده ۵۵۲ هرگاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد، تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی‌شود. احکام فوق منشأ فقهی دارد و اکثر فقها مضاربه را جزء عقود جایز می‌دانند. از جمله دلایل این دیدگاه اذنی بودن مضاربه و ماهیت ترکیبی آن از عقود جایزی چون وکالت، ودیعه و شرکت است. مضاربه مؤجل دارای ویژگی عهدهی بودن، معوض بودن و مغابنه ای بودن است که آن را از مضاربه مطلق متمایز می‌کند. ادله دیگری نیز میتوان اقامه کرد، که لازم بودن این عقد را مقرون به صحت می‌نماید. در نظام حقوقی ایران هر عقدی که خصائص فوق را داشته باشد، در شمار عقود لازم است. سؤال این است که آیا میتوان بین مضاربه ی مطلق و مؤجل تفکیک قائل شد و مضاربه ی مؤجل را به دلیل ویژگی های مذکور عقدی لازم دانست یا خیر؟ هدف ما در این مقاله بررسی و پاسخ به این سؤال است که آیا با توجه به مبانی فقهی و ادله حقوقی می‌توان مضاربه مؤجل را در شمار عقود لازم قرار داد یا خیر؟

**کلمات کلیدی:** مبانی فقهی، ادله حقوقی، لزوم، جواز، مضاربه مؤجل

## مقدمه

در بسیاری از مواقع با مسائلی رو به رو می‌شویم که حتی با کنکاش در پیشینه موضوع راهکاری برای آن یافت نمی‌گردد و در صورت موجود نیز کمک شایانی به حل مسائل کنونی نمی‌نماید. این امر مختص نصوص کهن نیست. زیرا در بسیاری از قوانین معاصر از جمله قانون مدنی نیز آرائی ملاحظه می‌گردد که پذیرش آن‌ها به سختی صورت پذیرفته و خالی از اشکال نیست و از طرفی با مقتضیات جامعه کنونی هماهنگ نمی‌باشد. مثلاً در مورد مضاربه ماده ۵۵۰ قانون مدنی می‌گوید که مضاربه عقدی است جایز که باید در این ماده تفکیک قائل شویم. و آن را فقط شامل مضاربه مطلق بدانیم. مضاربه مطلق مضاربه ای است که پایان و انتهای زمان قرارداد مشخص نیست و طرفین هم آن را معلوم نکرده‌اند. بنابراین از آنجا که مضاربه عقدیست مستمر، اگر پایان آن معلوم نباشد، نمی‌توان عاقبتی را پای بند عقدش کرد. در این صورت معامله هم غرری می‌شود. بنابراین بهتر آن بود که ماده ۵۵۰ عبارت بود از « مضاربه ی مطلق عقدی است جایز. » چرا که مضاربه مؤجل اقتضای لزوم می‌کند. ولی از مواد قانون مدنی پیداست که برای آن وصف جواز مقرر کرده است و حال آن که با مذاقه در ماهیت این عقد و مقایسه آن با عقود مشابه چون مزارعه و مساقات که عهدی و لازمند دچار تردید گشته و اگر نگوئیم مبنایی موجه و منطقی در خصوص حکم جواز و اذنی بودن وجود ندارد، باید به اجمال و ابهام به مبنای حکم قانون نظر دهیم. بنابراین در این پایان نامه سعی شده است به نقد ماده ۵۵۲ قانون مدنی که قانون گذار آن را به تقلید از پاره ای از فقها تدوین نموده، بپردازیم. در این ماده آمده است: هر گاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد (= مضاربه مؤجل) تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی‌شود، لیکن پس از انقضای مدت مضارب نمی‌تواند معامله بکند، مگر به اجازه جدید مالک.

بنابراین در این پایان نامه پس از بررسی کلیات پژوهش در فصل اول، فصل دوم را به کلیاتی در باب عناوین موضوع آن و فصل سوم را به مبنای جواز مضاربه اختصاص می‌دهیم و سپس در فصل چهارم به مبنای لزوم آن و در آخر به لزوم بالعرض مضاربه در فصل پنجم می‌پردازیم.

## ۱- بیان مسئله

مسئله ای که ما را به این تحقیق وا داشته است رسیدن به این پاسخ است که چرا عقد مضاربه مؤجل با وجود شباهت بسیار زیادش به عقود مزارعه و مساقات و عهدی و معوض بودنش، در قانون مدنی و میان فقها عقدی جایز محسوب شده است. علاوه بر این مصلحت اجتماعی نیز لزوم آن را می‌طلبد. اگر مضاربه مطلق را به دلیل اینکه لزوم آن با سلطنت و آزادی مالک و عامل بر سرمایه و عمل خود منافات دارد، جایز بدانیم اما مضاربه مؤجل را که تعهد طرفین محدود به مدت معین است را چرا لازم به شمار نیاوریم؟ به عبارت دیگر برای یافتن مبنای موجه و منطقی برای ماده ۵۵۲ قانون مدنی نیاز به تحقیق و تفحص در این زمینه احساس می‌شد. به همین دلیل این پایان‌نامه را جهت یافتن پاسخ این سوالات تدوین نموده‌ایم.

## ۲- پیشینه تحقیق

در مورد این موضوع پایان نامه ای یافت نشد و حتی پایان نامه های مشابه نیز همچون مبانی نظری و ستر اجتماعی و اقتصادی عقد مضاربه، عقد مضاربه در حقوق ایران و کاربرد آن در امور بانکی، مضاربه از دیدگاه فقه و قوانین موضوعه مدنی و عملیات بانکی بدون ربا و... مورد استفاده قرار نگرفت.

## ۳- هدف پایان نامه

عمده ترین هدف در این پایان نامه ایجاد یک منبع برای افزایش اطلاعات در خدمت دانشجویان می باشد. لکن هدف عملی از گرد آوری این پژوهش نیز انتقاد از قانون مدنی در باب ماده ۵۵۲ و تجدید نظر در آن است.

## ۴- سوالات پژوهش

### الف. سوال اصلی

اقتضای عقد مضاربه بر لزوم آن است یا جواز؟

### ب. سوالات فرعی

۱- ادله جواز مضاربه چیست؟

۲- ادله لزوم مضاربه چیست؟

## ۵- فرضیه

به نظر می رسد با توجه به شباهت مضاربه با عقودی چون مزارعه و مساقات و عمل کرد بانک ها در مورد منتفی ساختن حق فسخ و... مضاربه مؤجل اقتضای لزوم می کند.

## ۶- جنبه نو آوری تحقیق

حقوقدانان و فقها در مورد لزوم مضاربه مؤجل اشاره ای اندک نموده اند. لکن هیچ یک و هیچ مقاله ای به طور کامل و مفصل در این زمینه بحث ننموده اند. لذا پژوهش کامل در این مورد کمک شایانی برای خوانندگان و قانونگذاران در تقنین قوانین دقیقتر می نماید.

## ۷- روش کار تحقیق

روش تحقیق به صورت کتابخانه ای و تحلیل و توصیفی می باشد.

## ۸- اهمیت موضوع و ضرورت تحقیق

از آنجا که مضاربه به خصوص در ادوار کنونی از جمله عقود پر کاربرد می‌باشد و از سوی دیگر اطمینان مردم در معاملات روز به روز کمرنگ تر می‌شود، وجود این عقد به صورت لازم و غیر قابل فسخ یک طرفه ضروری می‌نماید و این پژوهش با استدلال‌ات و استنادات دقیق و معتبر سعی در رسیدن به هدف مذکور می‌نماید.

# فصل اول

## کلیات

بخش نخست را در مورد لزوم به تحقیق می‌پردازیم. سپس به بررسی جواز پرداخته و بعد از آن تا حدودی با کلیات عقد مضاربه آشنا می‌شویم.

## ۱-۱- کلیات لزوم

اینکه می‌گویند اصل بر لزوم است دو نکته مهم در این جمله نهفته است؟  
اول اینکه معنای اصل در آن چیست؟ دوم مبنای این جمله چیست؟  
در واقع این عبارت مشهور، بر چه مبنای استوار است؟

### ۱-۱-۱- معنای اصل

در این مورد اختلاف نظر میان فقها و حقوقدانان است. زیرا اصل را به ۴ گونه معنا کرده‌اند.  
۱- رجحان و اغلبیت، طبق این معنا اصل به معنای غلبه است. زیرا اغلب موارد عقود لازمند نه جایز.  
۲- قاعد اصل به معنای قاعده ای مستفاد از کتاب سنت است. اگر اصل را به این معنا بگیریم، بنابراین در موارد شک و تردید برای رسیدن به حکم واقعی می‌توان به اصل لزوم رجوع کرد.  
۳- استصحاب: این مورد به معنای استصحاب لزوم می‌باشد. یعنی هرگاه یکی از متعاقدين اقدام به فسخ عقد کند و سپس در بقا یا عدم بقای عقد تردید کنیم، مقتضای استصحاب، بقای اثر عقد و در نتیجه لزوم آن است. اگر اصل را به این معنا بگیریم، اصل لزوم همانند اصول عملیه دیگر، در هنگام تردید برای رفع تحیر و سرگردانی، برای رسیدن به حکم ظاهری مورد استفاده قرار می‌گیرد.  
۴- بنای عرف و شرع: یعنی قصد مردم از خرید و فروش آن است که رابطه ی مالک اولیه با مال قطع شده و نسبت به آن بیگانه شود و خیار حقی خارجی است که برای یکی از طرفین یا هر دو قرارداد و اسقاط پذیر است. بر خلاف عقد هبه که قابل رجوع است و این قابلیت از احکام شرعی و غیر قابل اسقاط است.

اینکه کدامیک از معانی بالا صحیح می‌باشد، جای بحث دارد. ولی به نظر میرسد، اصل لزوم به معنای قاعده منطقی تر است. در نتیجه طرفداران بیشتری دارد.  
از میان معانی چهارگانه فوق با پذیرفتن معنای اصل لزوم به قاعده لزوم، این بدست می‌آید که ماهیت اصل لزوم یک قاعده حقوقی است. بنابراین مفاد آن یک حکم ظاهری نظیر آنچه در اصول عملی انعکاس دارد، نیست. بلکه حکمی است واقعی، که از ضروریات زندگی معاملات جامعه، ریشه گرفته و برای عقود ثابت شده است.

### ۱-۱-۲- اثر اصل لزوم

منظور از اثر اصل لزوم، حکم لزوم و احکام وابسته به آن است که از اصل مذکور برای عقود، در موارد مشکوک ثابت می‌شود.

لزوم عقد، حکمی است وضعی، که خود دارای خصایص متعدد است. عقد لازم نه تنها با اراده یک طرف عقد جز در موارد استثنایی قابل فسخ نیست، بلکه با فوت یا عارض شدن جنون یا سفه در یکی از طرفهای عقد نیز منحل نمی‌شود.<sup>۱</sup>

### ۱-۱-۳- مبانی اصل لزوم

اصل لزوم هم دارای مبنای فقهی است و هم قانونی. بنابراین ابتدا مبانی فقهی را اجمالاً بررسی می‌کنیم و بعد از آن به مبنای قانونی می‌پردازیم.

#### ۱- مبنای فقهی:

اصل لزوم در فقه به عنوان یک حکم شرعی همانند سایر احکام از طریق ادله استنباط احکام نظیر کتاب و سنت به اثبات رسیده است. از آنجا که ادله مزبور به دو قسم اجتهادی و فقهی تقسیم می‌شود، لازم است به بررسی هر دو بپردازیم.

اول- دلایل اجتهادی اصل لزوم، دلیل اجتهادی دلیلی است که ما را به حکم واقعی رهنمون می‌سازد. برای اثبات اصل لزوم به عنوان یک حکم واقعی به کتاب، سنت و بنای عقلا استناد شده.

الف) کتاب: در قرآن کریم آیاتی وجود دارد، که فقها با استناد به آنها کوشش کرده اند، اصل لزوم را به اثبات برسانند.

این آیات عبارتند از: آیه اوفوا بالعقود، آیه تجاره عن تراض و آیه احل الله البيع. لکن بارزترین دلیل قرآنی و فقهی اصل لزوم، آیه اوفوا بالعقود است و بنابراین بررسی همین آیه کفایت می‌کند. در مورد دلالت این آیه بر اصل لزوم اختلاف وجود دارد. مشهور فقها معتقد بر دلالت این آیه بر اصل لزوم می‌باشند و اینگونه دلیل آورده اند که خداوند در این آیه امر نموده که به عقود وفا کنید و از آنجا که صیغه امر ظهور در وجوب دارد، وفای به عقد بر متعاقدين واجب است. در نتیجه آنان نمی‌توانند با فسخ عقد از وفای به آن امتناع نمایند. زیرا فسخ به معنای عدم اجرای مدلول عقد می‌باشد و این امر چیزی نیست جز لزوم عقد.

لکن در مقابل آنان گروه دیگر اینگونه ایراد گرفتند که تمسک به عموم اوفوا بالعقود پس از فسخ از قبیل تمسک به عام در شبهات مصداقیه است. به این استدلال که استناد به عموم عام و اثبات حکم آن برای یک فرد منوط به این است که فرد مزبور از مصادیق عام باشد. در حالیکه در این مورد احتمال دارد که عقد مورد بحث جایز باشد و در نتیجه با فسخ منحل گردد و بنابراین پس از فسخ، بقای عقد مورد تردید

<sup>۱</sup> شهیدی، مهدی، ۱۳۸۱، اصول قراردادهای و تعهدات، ج ۲، ص ۲۵۸



است و معلوم نیست که آیا قراردادی وجود دارد (شبهه مصداقیه) تا مصداق عام باشد یا خیر؟ و این همان چیزی است که علما تحت عنوان تمسک به عام در شبهه مصداقیه جایز نیست، مورد بحث قرار می‌دهند. ولی مشهور فقها که معتقد به دلالت آیه بر اصل لزوم هستند، این ایراد را اینگونه پاسخ داده اند که در آیه اوفوا بالعقود امر به وفا، امری است مولوی و لازمه آن، حکم وضعی لزوم عقد می‌باشد. لذا اثر فسخ منتفی است. زیرا مؤثر بودن فسخ و انحلال عقد با وفای به آن منافات دارد.<sup>۱</sup>

لکن یکی از حقوقدانان نیز به این پاسخ هم ایراد گرفته است. بدین گونه که اولاً وجوب وفای به عقد با لزوم آن ملازمه ندارد. زیرا در عقود جایز هم تا زمانیکه عقد باقیست، طرفین ملزم به اجرای تعهدات ناشی از آن می‌باشند و از طرف دیگر هم در عقد لازم بسیار اتفاق می‌افتد که یکی از طرفین به تعهدات خود وفا نمی‌کند و هیچ کس این عدم وفا را به منزله فسخ عقد ندانسته است.

ثانیاً هیچ منافاتی میان امکان فسخ عقد و وجوب وفای به آن وجود ندارد. زیرا امر به وفای به عقد شامل عقود جایز نیز می‌گردد. لذا اگر پاسخ مشهور فقها را بپذیریم نتیجه منطقی آن، لزوم تمامی عقود است. زیرا امر به وفا به همه آنها تعلق گرفته است. در حالیکه هیچ کس (حتی قائلین به وجود ملازمه میان وجوب وفای به عقد و لزوم آن) این نتیجه را نمی‌پذیرد.<sup>۲</sup>

در پایان این بحث نتیجه ای که به نظر می‌رسد منطقی تر باشد نظر گروه مقابل مشهور فقها است با این حال آیه اوفوا بالعقود یکی از بحث بر انگیزترین مباحث فقهی است که خود نیاز به پژوهشی کامل و جامع وجدانگانه دارد.

ب) سنت در این مورد به احادیث متعدد فقهی مثل حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم»، «لایحل مال امرء مسلم الا بطیب نفسه»، «المومنون عند شروطهم» و «البیعان بالخیار مالم یفترقا فإذا افرقا وجب البیع» برای اثبات اصل لزوم استناد شده است. لکن دلالت آنها بر اصل لزوم مسلم نیست.

ج) بنای عقلاء یعنی روش خرمندان به عنوان دلیل دیگر اصل لزوم معرفی شده است. با این بیان که عادت و روش افراد جامعه، همواره و همه جا بر ضرورت رعایت عقود و تعهدات و آثار ناشی از آن و لزوم اجرای مفاد عقد بوده و می‌باشد و به این جهت طرفی را که از اجرای تکالیف ناشی از عقد سر پیچی کند، مورد انتقاد و سرزنش قرار می‌دهند و این در حالی است که شارع اسلام این روش را رد نکرده که معنای این خود داری از رد، تأیید ضمنی روش مذکور است.

دوم) دلیل فقهاتی اصل لزوم: تنها دلیل فقهاتی اصل لزوم استصحاب است.

کسانیکه معتقد به ادله بودن اصل استصحاب برای اصل لزوم هستند<sup>۳</sup>، اینگونه دلیل آورده اند که چون آثار عقد همراه با انعقاد آن بیگمان به وجود می‌آید و تردید در این است که آیا اراده متعهد توان از بین

<sup>۱</sup> محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۹۰، قواعد فقه بخش مدنی ۲، ج ۲، صص ۱۵۹-۱۷۰

<sup>۲</sup> شهبازی، محمد حسین، ۱۳۸۵، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی، صص ۲۳-۲۷

<sup>۳</sup> موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، ۱۳۷۱، القواعد الفقهیة، ج ۵، ص ۱۹۶ به بعد - روحانی، سید محمد صادق، ۱۴۱۲، فقه الصادق، ج ۱۵، ص ۲۴۳

بردن آن آثار را دارد، باید بقای آثار ایجاد شده را استصحاب کرد. و نتیجه استصحاب یاد شده نیز اعتقاد به اصل لزوم قرارداد است.

لکن این استصحاب مورد ایراد قرار گرفته است.<sup>۱</sup> اولاً به دلایلی از جمله اینکه شک در استصحاب مزبور شک در وجود مقتضی بقای مستصحب است. که چنین استصحابی جریان پیدا نمی‌کند. ثانیاً به دلیل مثبت بودن این استصحاب ثالثاً این استصحاب معارض با استصحاب بقای علاقه مالک پیش از عقد نسبت به مال مورد انتقال است و چون استصحاب دوم، نسبت به استصحاب نخست، استصحاب سببی است، پس استصحاب بقای مالکیت منتقل الیه پس از فسخ جاری نخواهد شد. اما اینکه ایرادات مذکور به جا و صحیح می‌باشند یا خیر، خود بحث مفصلی است که به منظور پرهیز از گسترش این بحث اصولی به اختصار باید بگوییم که با وجود دلایل اجتهادی مذکور دیگر نیازی به اصل استصحاب به عنوان یک اصل عملی نیست و هنگامی می‌توان به آن استناد کرد، که دلیل اجتهادی در میان نباشد. در واقع هنگامیکه با دلایل اجتهادی می‌توانیم به حکم واقعی برسیم، چرا از طریق اثبات استصحاب به حکمی ظاهری برسیم.

۲- مبنای قانونی:

در مورد دلالت بر اصل لزوم از میان مواد قانون مدنی تنها از مواد ۱۰ و ۲۱۹ صحبت شده است. لکن به دلیل تفسیرهای متفاوت حقوقدانان از این مواد در مورد دلالتشان بر اصل لزوم اختلاف نظر وجود دارد.

## ۲-۱- کلیات جواز

در این مبحث باید به دنبال این مسأله برویم که چرا بعضی عقود از اصالة اللزوم خارج شده اند و به عقود جایز تبدیل شدند. در واقع جواز و قابل فسخ بودن این عقود برچه اساس و مبنایی است. زیرا هر جا که در عقد دلیل خاصی مبنی بر جواز وجود نداشته باشد، باید حکم به لزوم آن نمود. بنابراین جواز قرارداد در بدو امر، حکمی غیر منطقی و خلاف قاعده به نظر می‌رسد و در هر مورد باید سعی نمود تا حد امکان مبنای عقلایی برای آن ارائه کرد. دو گونه راه حل برای یافتن پاسخ این سؤال وجود دارد. یا قاعده ای کلی را در نظر بگیریم و بگوییم عقودی که تحت این قاعده هستند، خارج از اصالة اللزوم می‌باشند. یا اینکه تک تک عقود جایز را بررسی کنیم و چرایی جواز آنها را بیابیم تا به قاعده ای که باعث خروج آنها از اصالة اللزوم شده اند برسیم.

در این مورد باید گفت که راه حل اول منتفی است. چرا که درست است که به طور مثال اکثر عقودی که قانون آنها را جایز شمرده است از مصادیق عقود اذنی می‌باشند، لکن عقود جایز دیگری را می‌بینیم که از جمله عقود اذنی به حساب نمی‌آیند.

<sup>۱</sup> شهیدی، مهدی، ۱۳۸۱، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، ص ۲۶۱ به بعد- شهبازی، محمد حسین، ۱۳۸۵، مبنای لزوم و جواز اعمال حقوقی، ص ۳۹ به بعد

بنابراین بهترین راه بررسی دقیق هر یک از عقود جایز است. اکثر عقودی که قانون آنها را جایز به شمار آورده، عقودی هستند که از مصادیق عقود اذنی به شمار می‌آیند. دسته ی دیگر نیز وجود دارند که یک طرفه جایزند. لکن از مصادیق عقود اذنی نیستند و با بررسی در این عقود متوجه حق یک طرفه ای که در آنها وجود دارد می‌شویم. و دسته ای دیگر نیز هستند که مبنایی جز نظم عمومی برای جواز آنها یافت نمی‌شود.

بدین ترتیب این ۳ دسته را در ۳ قسمت بررسی می‌کنیم.

### ۱-۲-۱- عقود اذنی جایز

در تعریف عقود اذنی اختلاف نظرشدید بین فقها وجود دارد ولی به طور کلی میتوان گفت که این عقود صرف اذن و اباحه از جانب اذن دهنده به مأذون است. همانطور که در تعریف این عقود اختلاف نظر وجود دارد در مصادیق آن هم این اختلاف مشاهده میشود. ولی اکثر فقها، وکالت، مضاربه، ودیعه، عاریه و شرکت راجزء عقود اذنی بر شمرده اند و آنها را جایز به حساب می‌آورند.

حال باید به این موضوع بپردازیم که چرا عقود اذنی را لازم به شمار نیاروندند تا جایی که برخی از فقها<sup>۱</sup> گاه به جای «عقد اذنی» از عبارت «عقد جایز» استفاده می‌کنند. بسیاری از فقها بر این باورند که قوام و اساس عقود اذنی اباحه و اذن است و بافسخ یا رجوع از عقد، دیگر اباحه و اذنی باقی نخواهد ماند. در واقع در جریان اصالة اللزوم در هر عقدی تردیدی نیست. اما منظور از عقد در اینجا عقد عهدی است نه عقود اذنی.

به نظر اکثر قریب به اتفاق فقها<sup>۲</sup> آیه «وفوا بالعقود» دلالت بر اصل لزوم قراردادهای می‌نماید و تقریباً همه ی فقها موافقند که عقود اذنی از این آیه خارج است اما در اینکه به طریق تخصیص خارج است یا تخصص اختلاف نظر دارند. قائلین به خروج تخصص معتقدند که منظور از عقد التزام در برابر التزام است که این معنا از همان ابتدا عقود اذنی را شامل نمی‌شود. نه آنکه عقد به معنای عمل حقوقی که با ایجاب و قبول واقع میشود، باشد و ابتدا عقود تملیکی، عهدی و اذنی را شامل شود و سپس عقود اذنی به طریق تخصیص خارج شود. در انتقاد از نظر آنها باید توجه داشت که اعمال حقوقی دو دسته اند. یک دسته عقود و دسته ی دیگر ایقاعات. بنابراین اگر عقود اذنی را از دسته ی عقود خارج بدانیم باید آنها را در زمره ی ایقاعات به شمار آوریم. در حالیکه با توجه به بررسی ماهیت و خصوصیات عقود و ایقاعات، این دیدگاه قابل پذیرش نیست. چرا که در تحقق عقد دخالت دو طرف لازم است. طبق تعریف ماده ی ۱۸۳ قانون مدنی برای اینکه عقدی دارای اثر باشد، حداقل باید دو اراده با هم توافق کنند و زمانی عقدی بوجود

<sup>۱</sup> نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۴۰۴، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۳۵۵

<sup>۲</sup> آملی، محمد تقی، ۱۴۱۳، المکاسب البیع، ج ۱، صص ۷۲ و ۸۱ - موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، ۱۳۷۱، القواعد الفقیه، ج ۵، ص ۱۶۴

می‌آید که این دو اراده اثر خاص را انشا کنند. در تمامی مصادیق عقود اذنی نیز توافق دو اراده وجود دارد. پس نمیتوان آنها را در زمره ی ایقاعات که قصد انشای یک طرف برای تحقق آنها کفایت بدانیم. در نتیجه با شناخت دقیق مرز بین این دو دسته اعمال حقوقی، پذیرش ایقاع بودن عقود اذنی مشکل است. بنابراین خروج تخصیصی عقود اذنی از آیه «اوفوا بالعقود» به واقعیت ماهیت عقود و ایقاعات نزدیکتر است.

به هر حال علت اینکه آیه شامل این عقود نمیشود. این است که، این عقود صرف اباحه و اذن در تصرف از جانب یکی از طرفین و قبول از جانب دیگری می‌باشند و زمانیکه اذن دهنده از اذنش برگردد، موضوع منتفی شده و بالتبع حکم هم منتفی می‌شود. به عبارت دیگر هنگامیکه مالک عقد رافسخ کند منشاء این عقود مرتفع می‌شود و دیگرشکی باقی نخواهد ماند تا به اصل استصحاب متوسل شویم و اثر راستصحاب کنیم.

### ۱-۲-۲- عقودی که یکطرفه جایزند

طبق ماده ۱۸۷ ق.م. عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز. در اینگونه عقود باید این مسأله مورد بررسی قرار گیرد که چرا قرارداد از سوی یک طرف قابل فسخ است. بدیهی است که لزوم قراردادهای مزبور از سوی طرف دیگر بحث مهمی را به دنبال ندارد. زیرا وضع طبیعی و منطقی قرارداد اقتضای این امر را می‌نماید. ما به دنبال مبنای جواز طرف دیگر هستیم. به طور کلی قاعده ای را که می‌توان برای مبنای جواز این عقود بیان کرد، اختیار صاحب حق در اسقاط آنست. بدین ترتیب که می‌دانیم هر صاحب حق می‌تواند از حق خود بگذرد و آن را اسقاط نماید. بنابراین در عقود مزبور نیز صاحب حق که قرارداد به سود او می‌باشد، می‌تواند با صرف نظر نمودن از حق خود و اسقاط آن، عقد را بر هم زند. و از آنجا که در این عقود، قرارداد کاملاً به سود صاحب حق و به زیان طرف دیگر منعقد می‌شود، بنابراین اسقاط حق موجب فسخ قرارداد می‌شود. مگر آنکه عقد به صورت معوض منعقد شود، یا شرط عوض در آن قرار دهند که در این صورت صاحب حق علاوه بر دارا بودن حقی تعهدی را نیز بر عهده می‌گیرد و در این حالت فقط می‌تواند حق خود را اسقاط کند ولی تعهدی را که بر عهده گرفته نمی‌تواند از بین ببرد. بنابراین اسقاط حق موجب فسخ عقد نمی‌شود. زیرا تعهد باقی می‌ماند.