

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشکده علوم انسانی

مرکز تهران جنوب

پایان نامه

برای دریافت مدرک کارشناسی ارشد

رشته حقوق خصوصی

گروه حقوق و الهیات

ماهیت فقهی – حقوقی شرکت های هرمی

محسن خاتمی

استاد راهنما: دکتر تقی زاده

استاد مشاور: دکتر طجرلو

فروردین ۱۳۹۳

تاریخ:/...../.....
شماره:



بسمه تعالی

صورتجلسه دفاع از پایان نامه دوره کارشناسی ارشد

جلسه دفاع از پایان نامه دوره کارشناسی ارشد خانم /

آقای.....

دانشجوی رشته..... به شماره دانشجویی.....

تحت عنوان «.....»

با حضور هیات داوران در روز..... مورخ...../...../..... ساعت..... در محل

ساختمان..... برگزار شد و هیات داوران پس از بررسی، پایان نامه مذکور را

شایسته نمره به عدد..... به حروف..... با درجه..... تشخیص داد.

ردیف	نام و نام خانوادگی	هیات داوران	مرتبۀ دانشگاهی	دانشگاه/موسسه	امضاء
۱		استاد راهنما			
۲		استاد مشاور			
۳		استاد داور			
۴		نماینده تحصیلات تکمیلی			

اینجانب دانشجوی ورودی سال مقطع کارشناسی ارشد رشته گواهی می نمایم چنانچه در پایان نامه خود از فکر، ایده و نوشته دیگری بهره گرفته ام با نقل قول مستقیم یا غیر مستقیم منبع و ماخذ آن را نیز در جای مناسب ذکر کرده ام. بدیهی است مسئولیت تمامی مطالبی که نقل قول دیگران نباشد بر عهده خویش می دانم و جوابگوی آن خواهم بود. دانشجو تأیید می نماید که مطالب مندرج در این پایان نامه (رساله) نتیجه تحقیقات خودش می باشد و در صورت استفاده از نتایج دیگران مرجع آن را ذکر نموده است.

نام و نام خانوادگی دانشجو

تاریخ و امضاء

اینجانب دانشجوی ورودی سال مقطع کارشناسی ارشد رشته گواهی می نمایم چنانچه براساس مطالب پایان نامه خود اقدام به انتشار مقاله، کتاب، و ... نمایم ضمن مطلع نمودن استاد راهنما، با نظر ایشان نسبت به نشر مقاله، کتاب، و ... و به صورت مشترک و با ذکر نام استاد راهنما مبادرت نمایم.

ام و نام خانوادگی دانشجو

تاریخ و امضاء

کلیه حقوق مادی مترتب از نتایج مطالعات، آزمایشات و نوآوری ناشی از تحقیق موضوع این پایان نامه متعلق به دانشگاه پیام نور می باشد.

فروردین ۱۳۹۳

تقدیم به؛

آستان مقدس حضرت علی بن موسی الرضا (ع)

و

ساحت مقدس حضرت ولی عصر (عج)

با تشکر و قدردانی از کلیه کسانی که مرا در تهیه این مختصر، یاری و همراهی

نموده اند؛

به ویژه مادر عزیز و همسر مهربانم

چکیده

پدیده بازاریابی شبکه ای، که توانسته است با استفاده از مزایای تجارت الکترونیک، در برخی کشورها، موجبات توسعه اقتصادی را فراهم آورد، هرچند مزایا و معایبی دارد، اساساً امری مفید و سودمند است؛ لکن شرکت های هرمی از این عنوان سوء استفاده می کنند. در این شرکت ها، کالایی تولید نمی شود و کار

مفیدی صورت نمی گیرد و تنها هرم هایی تشکیل می شوند که افراد رأس هرم، از نتیجه فعالیت افراد قاعده هرم، بهره می برند و فقط جلب سرمایه صورت می گیرد.

شرکت های هرمی به سه دسته تقسیم می شوند: ۱- شرکت های هرمی با ارائه محصول (سرپوش هرمی) ۲- شرکتهای هرمی بدون ارائه محصول ۳- شرکت های زنجیره ای.

هرچند این شرکت ها، تلاش هایی برای شرعی و قانونی جلوه دادن فعالیت خود نموده اند، اما، پیامدهای شوم اقتصادی و فرهنگی فعالیت این گونه شرکت ها، نمایان گردیده و بسیاری از کشورها و سازمان ها نیز قوانینی در این زمینه تصویب نموده اند، که همگی حکایت از جرم بودن این گونه فعالیت هاست.

از جنبه حقوقی، دلایلی همچون؛ کلاهبرداری، اخلال در نظام اقتصادی کشور، خروج غیرقانونی ارز و...، از جنبه فقهی، ادله متعددی، از جمله؛ حرمت اکل به باطل، غرر، ربا، تدلیس و...، و نیز بررسی دلایل موافقان و مخالفان فعالیت این شرکت ها، در نهایت، مبین حرمت و عدم مشروعیت این گونه فعالیت هاست.

واژگان کلیدی:

بازاریابی شبکه ای، تجارت الکترونیک، شرکت های هرمی، کلاهبرداری، اکل مال به باطل، غرر، تدلیس.

فهرست مطالب

مقدمه.....	۱
بخش اول : کلیات.....	۳
مبحث اول - ماهیت حقوقی قراردادها.....	۵
گفتار اول - ایقاع.....	۵
گفتار دوم - عقد یا قرارداد.....	۵
بند اول - تعریف عقد.....	۶
بند دوم - اقسام عقد.....	۹
الف : عقد لازم و جایز و از یک طرف لازم و از یک طرف جایز.....	۱۱

- ب : عقود معین و غیر معین..... ۱۱.....
- بند سوم - شرایط اساسی انعقاد قرارداد..... ۱۳.....
- الف - قصد طرفین و رضای آنها..... ۱۳.....
- ب - اهلیت طرفین..... ۱۳.....
- ج - موضوع معین که مورد معامله باشد..... ۱۴.....
- د - مشروعیت جهت معامله..... ۱۴.....
- مبحث دوم : تاریخچه و مفاهیم..... ۱۵.....
- گفتار اول : تاریخچه و مفاهیم بازاریابی..... ۱۵.....
- گفتار دوم : تعریف بازاریابی شبکه ای..... ۱۹.....
- بند اول : خصوصیات افراد..... ۲۰.....
- بند دوم : شرایط ویژه فروش کالا..... ۲۱.....
- گفتار سوم : مزایا و معایب بازاریابی شبکه ای..... ۲۲.....
- بند اول : مزایا..... ۲۳.....
- بند دوم : معایب..... ۲۴.....
- بخش دوم : ماهیت شرکت های هرمی..... ۲۷.....
- مبحث اول : تاریخچه و انواع شرکت های هرمی..... ۲۸.....
- گفتار اول : شرکت های هرمی با ارائه محصول (سرپوش محصولی)..... ۳۰.....
- گفتار دوم : شرکت های هرمی بدون ارائه محصول..... ۳۵.....
- گفتار سوم : شرکت های زنجیره ای..... ۳۶.....
- گفتار چهارم : چگونگی فعالیت شرکت های هرمی..... ۳۸.....
- بند اول : ارائه محصول..... ۳۹.....
- بند دوم : انتخاب عناوین فقهی برای فعالیت..... ۴۱.....

گفتار پنجم: تفاوت شرکت های هرمی و غیر هرمی.....	۴۲
بررسی ماهیت فقهی شرکت های هرمی.....	۴۸:مبحث دوم
فقه.....	۴۹ در ها شرکت اول : انواع گفتار
50اموال.....	بند اول : شرکت
اعمال.....	۵۲ بند دوم : شرکت
مفاوضه.....	۵۵ بند سوم: شرکت
(وجوه).....	۵۷ اعتبار بند چهارم: شرکت
بازاریابی هرمی.....	۶۱ های شبکه فقهی در مورد های دوم : دیدگاه گفتار
مخالفان.....	۶۱ بررسی دلایل بند اول:
معاملات.....	۶۱ صحّت فقدان شرایط الف :
بودن.....	۶۲ (۱ غری
(۲) تدلیس.....	۶۵
میبع.....	۶۶ به ۳) جهل
کالا.....	۶۶ خرید برای نسبی ۴) اجبار
عقلایی.....	۶۷ غرض ۵) فقدان
معامله.....	۶۸ بودن ۶) صوری
عقد.....	۶۹ در ۷) اشکال
ب: دیگر موانع.....	۷۰
ربوی.....	۷۰ (۱ فعالیت
یا درآمدهای نامشروع.....	۷۳ باطل به مال ۲) اکل
ظلم.....	۷۷ (۳ صدق
قمار.....	۷۸ (۴ شبهه

دین.....	۸۲ به دین (۵) بیع
ثانوی.....	۸۳ عناوین و هرمی های شرکت فعالیت مجموعه به کلان ج: نگاه
موافقان.....	۸۶ بررسی دلایل بند دوم:
حلیت.....	۸۷ الف : اصل
فروش.....	۸۷ در ب : نمایندگی
هبه.....	۸۹ عنوان به سود پرداخت ج :
جُعّاله.....	۹۰ عقد بر د : انطباق
مصالحه.....	۹۱ و :
عقد.....	۹۲ ضمن ی : شرط
مبحث سوم : بررسی ماهیت حقوقی شرکت های هرمی.....	۹۵
گفتار اول: انواع شرکت های حقوقی.....	۹۶
گفتار دوم: شرکت های هرمی و قانون تجارت.....	۱۰۲
گفتار سوم: موضوعات مرتبط با شروط عقد در قرارداد بازاریابی هرمی.....	۱۰۵
بند اول : ایجاب عام قابل ترکیب با قبول های بی شمار.....	۱۰۵
بند دوم : محدودیت اعتبار ایجاب بازاریاب.....	۱۰۶
بند سوم : تعداد و مفاد ایجاب در قرارداد بازاریابی هرمی.....	۱۰۶
بند چهارم : عدم تعیین زمان حصول معلقٌ علیه.....	۱۰۷
گفتار چهارم : موضوعات مرتبط با شروط متعاقدين در قرارداد بازاریابی هرمی.....	۱۰۸
بند اول : تعیین وارث در قرارداد بازاریابی هرمی.....	۱۰۹
بند دوم : صوری بودن معاملات هرمی.....	۱۱۰
بند سوم : اشتباه در قراردادهای بازاریابی هرمی.....	۱۱۰
الف: اشتباه در خود موضوع معامله در قرارداد هرمی.....	۱۱۰

- ب : اشتباه در شخص طرف معامله در قرارداد هرمی..... ۱۱۱
- بند چهارم : سوء استفاده از اضطرار..... ۱۱۲
- بند پنجم : عدم مشروعیت جهت..... ۱۱۲
- گفتار پنجم: موضوعات مرتبط با شروط مورد معامله در قرارداد بازاریابی هرمی..... ۱۱۳
- بند اول : مالیت و فروش جایگاه..... ۱۱۳
- بند دوم : شرط تعادل (تعادل افرادی یا توازن مالی)..... ۱۱۳
- بند سوم : شرط مجهولی که جهل به آن، موجب جهل به عوضین..... ۱۱۴
- بند چهارم : مقدور التسلیم بودن مورد تعهد..... ۱۱۴
- نتیجه گیری ۱۱۶
- فهرست منابع ۱۱۸

يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَتَوَلَّوْا قَوْلًا سَدِيدًا

ای کسانی که ایمان آورده اید! تقوای الهی پیشه کنید و سخن حق بگویید. (ازاب-۷۰)

پیچیده تر شدن روابط اجتماعی، تحوّل سریع نیازهای بشر و گسترش روابط داخلی و خارجی و توسعه بازرگانی، علوم و فنون، کشفیات و اختراعات، موضوعات تازه ای را فراوری دانش حقوق قرار داده است. این موضوعات نو و مستحدث، که روز به روز بیشتر می شود، تأثیرات فراوانی بر روی روابط حقوقی اشخاص گذارده است؛ از این میان می توان به موضوعاتی همچون «بازاریابی شبکه ای» اشاره کرد.

هر یک از نظام های حقوقی که بر مبنای آرمان های اخلاقی و اجتماعی و با هدف تأمین عدالت و مصلحت و تنظیم روابط مردم شکل گرفته اند، در زمینه آثار حقوقی ناشی از تعهدات و روابط قراردادی و انجام معاملات، قواعد و مقررات خاصی وضع نموده اند و گاه برخی از داد و ستدها و معاملات را، اگرچه متعارف و متداول هم باشند، به دلیل رعایت قواعد آمره و حفظ نظم عمومی، غیر معتبر و بدون اثر حقوقی، تلقی کرده اند.

نظام حقوقی اسلام نیز در برابر تحولات و تغییرات اجتماعی، در راستای به عمل آوردن حمایت های حقوقی لازم از افراد تحت حاکمیت خود، در مقابل آثار و تبعات نهادهای نوپیدای عرصه معاملات، واکنش نشان داده است. این نظام، در مواردی، به پذیرش و تأیید نهادهای عقلایی پرداخته و در مواردی به تحدید حدود و کنترل، رضایت داده و در پاره ای از شرایط، حکم به ممنوعیت و حرمت داده است. به بیانی می توان گفت؛ حقوق اسلامی، تغییرات تنزلی و انحطاط گونه را، که روندهای مختلف اقتصادی، تجاری و روابط معاملاتی افراد را به سقوط کشانده و موجب ضرر و زیان افراد می شود، نمی پذیرد؛ اما تغییرات سازنده و عقلایی را تأیید می کند.

«بازاریابی شبکه ای» از مسائل نو ظهور و مبتلی به جوامع امروز است. این نهاد اقتصادی، در صحنه بازاریابی، به اشکال متفاوت رخ نموده و آثار خوب و بد فراوانی را از خود به جای می گذارد. در این پژوهش خواهد آمد که واژه «بازاریابی شبکه ای» در دو مفهوم متفاوت استعمال می گردد؛ که هم نوع سالم و قانونمند شده این شیوه، که به «بازاریابی شبکه ای» یا «بازاریابی چند سطحی» معروف است و هم

نوع ناسالم و مخرب آن را که « طرح هرمی » نامیده می شود، در بر می گیرد. مسلماً این تفاوت، منجر به اختلاف احکام و آثار حقوقی قراردادهای منعقد در بدنه سیستم های مذکور می گردد.

معضل اساسی در کشف احکام انواع متضاد بازاریابی و وضع قوانین متناسب با هر یک، شناسایی تفاوت های ظریف این دو نوع بازاریابی است که خود موقوف به بررسی های علمی و کارشناسانه توسط متخصصان این فن است، اما باید گفت؛ به دلیل نوپایی صنعت بازاریابی شبکه ای، کمبود تحقیقات و پژوهش های قابل اتکاء در این زمینه، به ویژه در حقوق ایران، بسیار محسوس است.

« سیستم بازاریابی شبکه ای » به زعم برخی از اساتید این فن، در ایران، ظرف چند سال گذشته مطرح شده است، در حالی که در دنیا، قریب هفتاد سال سابقه دارد. سابقه اندک ظهور این سیستم در ایران، علت عمده فقدان مطالعات و تحقیقات فنی- تخصصی در راستای شناسایی دقیق ماهیت عملکرد این شرکت ها و در نتیجه، عدم نگارش پژوهش های حقوقی در این زمینه، به زبان فارسی است.

با توجه به مطالب مذکور، در این پژوهش سعی گردیده تا از تمامی منابع موجود، در جهت مستند و غنی ساختن این تحقیق، استفاده گردد؛ تا شاید بتوان با لطف خداوند متعال، در راه آشنایی مردم عزیز کشورمان با بازاریابی شبکه ای و شیوه صحیح آن و کم کردن از بار مشکلات موجود راجع به آن، به ویژه کاستن از پرونده های ارجاعی مربوطه به مراجع قضایی، قدمی برداشت.

« وَ آخِرُ دَعْوَانَا أَنْ لِحْمَدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ »

بخش اول:

کلیات

قواعد مربوط به «عقد» یا «قرارداد» که در قوانین ما با یکدیگر مترادف است به شرح ذیل ارائه می‌گردد، برای شناسایی مفهوم قرارداد کافی نیست بدانیم که در زمره اعمال حقوقی است و انعقاد آن به توافق دو اراده نیاز دارد بلکه بایستی ابتدا مفهوم آن را بدانیم و سپس قلمرو وسیع قراردادهای و نقش حکومت اراده که نمونه‌های آن را چندان گوناگون ساخته که ناچار، برای احاطه مفهوم قرارداد، بایستی اقسام آن را نیز بشناسیم، یکی از اسباب ایجاد تعهد عقد است که فقها و حقوقدانان گاهی به تفصیل و زمانی به مناسبت از آن بحث کرده‌اند. این کلمه در زبان‌های فارسی و عربی^۱ علاوه بر سایر معانی در معنی لغوی «بستن» و «گره زدن» مشترک است و همین معنی یعنی پیوند یا گره خوردن اراده‌ها منظور نظر ما نیز هست.

عقد یکی از اسباب ایجاد تعهد است، ولی تعهد محصول منحصر عقد نیست، بنابراین از جهت نسبت‌های چهارگانه منطقی، عقد و تعهد، عموم و خصوص من وجه‌اند. زیرا عقد علاوه بر ایجاد تعهد موجد تملیک مال، انتقال، سقوط تعهد، ایجاد شخصیت حقوقی، شرکت و... نیز هستند و تعهد نیز می‌تواند علاوه بر عقد، از جرم، شبه جرم، شبه عقد و قانون نیز نشأت بگیرد. البته این توجه حائز کمال اهمیت است. شاخص‌ترین پدیده‌ای که می‌تواند مبنای اختلاف و یا اساس سلب جامعیت از تعریف فقها باشد عدم عنایت این بزرگواران به شخصیت حقوقی و اعمال او است.

عنوان نمودن قانون در ردیف سایر عناوین موجد تعهد، صرفاً به منظور اشاره به این نکته است که گاهی اوقات تعهد مستقیماً از قانون ناشی می‌شود و نمی‌توان آن را به سایر منابع ایجاد تعهد نسبت داد. وگرنه قانون همان طوری که موجد تعهد است، موجد منابع ایجاد تعهد نیز می‌باشد و اصولاً همه منابع، متکی به قانون است. همین شأن و جایگاه سبب شده تا عده‌ای بجای عناوین مذکور عنوان‌های دیگری را مدنظر قرار دهند.^۲ که فعلاً مورد بحث ما نیست.

^۱ ابن منظور، لسان العرب، لغت عربی، جلد نهم، چاپ اول، بیروت، دار الاحیاء التراث العربی. ۱۴۰۸ هـ ۱۹۸۸ م، ص ۳۴۲.

^۲ کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، اعمال حقوقی، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۴، صص ۷-۶.

مبحث اول : ماهیت حقوقی قراردادها

اعمال حقوقی، وقایعی است که به اراده اشخاص بوجود می آید و آثار حقوقی آن نیز تابع همان اراده است. عمل حقوقی که در نتیجه توافق دو اراده بوجود می آید «عقد» و عملی را که با یک اراده تحقق پیدا می کند «ایقاع» می نامند.

گفتار اول : ايقاع

انشاء اثر حقوقی با یک اراده کامل است و نیاز به توافق با اراده دیگر ندارد. برای مثال، ابراء با اراده طلبکار انجام می شود و سقوط حق به رضای بدهکار احتیاج ندارد. و فسخ قرارداد تنها با کسی است که به حکم قانون یا قرارداد چنین اختیاری دارد و اخذ به شفعه نیز تنها به اراده شفیع واقع می شود.

گفتار دوم : عقد یا قرارداد

عمل حقوقی است که برای انعقاد آن و ایجاد اثر دلخواه نیاز به توافق دو یا چند اراده است. دست کم دو اراده مفاد عقد را انشاء می کند و از برخورد این دو انشاء، اثر معهود بدست می آید. مانند خرید و فروش که نوعی عقد است زیرا اگر شخصی بخواهد خانه خود را به دیگری بفروشد، باید تملک مبیع را در برابر ثمن معلوم انشاء کند و مشتری نیز به نوبه خود بایستی مبادله ثمن و مبیع را اراده کند تا عقد بیع واقع شود.

پس برای تحقق عقد، نه تنها وجود دو اراده ضروری است بلکه این دو شرط نیز لازم است:

۱- اراده هایی که با هم توافق می کنند باید جنبه انشایی داشته باشد، یعنی اثری را بوجود آورند. مثلاً اگر یکی از دو طرف عقد به ایجاد حقی در گذشته اقرار کند و دیگری گفته او را تصدیق کند، این توافق را نباید عقد دانست. زیرا طرفین در «اخبار به حق» اشتراک نظر پیدا کرده اند نه در انشاء آن.

۲- اثر دلخواه باید ناشی از توافق دو اراده باشد. پس اگر یک اراده بتواند حقی را بوجود آورد، عمل حقوقی را نباید عقد شمرد، هر چند که اراده دیگر بتواند آن را از بین ببرد. برای مثال، در وصیت عهدی، اعطای نیابت به وصی تنها به اراده موصی انجام می شود. لیکن وصی می تواند در زمان حیات موصی آن را رد کند و اثر ایجاد شده را زائل سازد.

حال، اگر وصی سمتی را که به او داده شده است بپذیرد یا از اختیاری که در وصایت دارد استفاده نکند، نمی‌توان ادعا کرد که وصایت عقد است. زیرا، اعطای نیابت وصی به قبول او نیاز ندارد - و در زمره ایقاعات است - و رد وصی مانع از نفوذ وصایت می‌شود.

بند اول: تعریف عقد

برای ارائه تعریف عقد تعاریف مختلفی را باید در نظر گرفت، مرحوم «شیخ مرتضی انصاری» عقد را مرکب از ایجاب و قبول می‌داند^۱ چنانکه «علامه حلی» نیز عقد را به همان ایجاب و قبول تعریف می‌کند و بیع را نتیجه فروختن و خریدن می‌داند.^۲ سایر فقها نیز تعریفی قریب به همین مضمون دارند،^۳ سپس همین ایجاب و قبول در محل و شیوه به کارگیری، موجد بیع، اجاره، وکالت و... خواهد شد. یعنی نفس عقد صرفاً همان ترکیب ذات ایجاب و قبول است و منطوق همسوی ایجاب و قبول بیانگر عنوان خاص عقد است چنانکه در نقل صیغه بیع از مرحوم علامه نشان داده شده، چون عنوان عقد معنی و منطوق همان ایجاب و قبول است پس امکان ابراز ایجاب و قبول بدون اختصاص به یکی از عقود یا قراردادهای امکان ندارد چه در آن الفاظی که به کار گرفته شده، مهمل خواهند بود و لفظ مهمل نمی‌تواند محمل معنی در پیام باشد.

حقوقدانان، تعریف فوق، را جامع نمی‌دانند و به همین دلیل نکاتی را در این خصوص مطرح کرده‌اند. شاخص‌ترین پدیده‌ای که می‌تواند مبنا اختلاف و یا اساس سلب جامعیت از تعریف فقها باشد عدم عنایت این بزرگواران به شخصیت حقوقی و اعمال او است. هر چند که نه تنها مصادیق شخصیت حقوقی در فقه فراوان است و گاهی به اعمال او نیز توجه خاصی مبذول شده و تحت شرایطی بسیار منطقی اجازه تملک به پل، مسجد، مدرسه و... داده‌اند و هر جا که لازم بوده به عنوان مصلحت مسلمین یا جهات عامه و.. از آن بحث را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است.

برای دستیابی به تعریف حقوقی عقد باید از ماده ۱۸۳ قانون مدنی شروع کرد که تعریف مورد نظر را چنین بیان می‌کند: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر

^۱ انصاری، شیخ مرتضی؛ مکاسب، جلد اول، قم، نشر دهقان، چاپ سوم، ۱۳۷۴، ص ۲۴۰.

^۲ علامه حلی، تبصرة المتعلمین، جلد اول، تهران، نشر کتابفروشی اسلامیة، چاپ سوم، ۱۳۷۰، ص ۲۴۱.

^۳ شهیدین، لمعتین (شرح)، جلد هشتم، چاپ اول، نشر جامعة النجف الدینیه، بی تا، ص ۲۸.

امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». این تعریف قانونگذار که برداشت از تعاریف فقها است از جهات مختلفی مورد ایراد حقوقدانان واقع شده است از جمله، مرحوم دکتر سید حسن امامی می‌نویسد: «تعریف مزبور ناقص است زیرا فقط تعریف از عقد عهدی نموده و شامل عقد تملیکی که به وسیله آن مالی از مالکیت کسی خارج و در مالکیت دیگری داخل می‌گردد نمی‌شود، چه در این گونه عقود به نفس عقد، انتقال ملکیت حاصل می‌گردد و تعهدی مستقیماً ایجاد نمی‌شود و تعهدی که در عقود تملیکی به وجود می‌آید فرعی می‌باشد مانند تعهد به تسلیم مبیع و ثمن ناشی از بیع»^۱ اگرچه تعریف مذکور در ماده عقد، از فقه گرفته شده و طبیعتاً انسان چنین می‌پندارد که اشکال یاد شده هم به نوعی به تعریف فقها برمی‌گردد ولی اندکی توجه اشتباه را مرتفع می‌سازد، زیرا به طوری که می‌دانیم، تعریف فقها به «هو الایجاب و القبول» خلاصه می‌شود و کاری به موجب و قابل ندارد حال آنکه ایراد فوق بر اطراف عقد یعنی موجب و قابل وارد شده است. بطور کلی، عقد لازم فقط برای ایجاد، نیاز به توافق دو اراده دارد ولی پس از ایجاد بدون نیاز به توافق دو اراده به دوام خود ادامه می‌دهد در حالی که عقد جایز پس از ایجاد برای تداوم، نیاز به توافق اراده طرفین دارد. پس می‌توان گفت هر عقدی که فقط حدوداً و بقائاً نیاز به توافق اراده‌های طرفین داشته باشد جایز است.

همین یک نوع ایراد وارد نشده، بلکه ایرادات دیگری نیز وارد شده است مثلاً چون فقها شخصیت حقوقی را لحاظ نکرده‌اند اشاره‌ای به آن ندارند هر چند که مرحوم شیخ^۲ و صاحب عروه^۳ و جمع دیگری از بزرگان فقه^۴ پس از آنکه تذکر می‌دهند که پل، مدرسه و ... صلاحیت تملک ندارند می‌پذیرند که به خاطر مصالح مسلمین تملیک را به آنها نسبت دهند و یا متولی مسجد یا بتواند به نام خود، مسجد یا مدرسه یا پل وام بگیرد که این اعمال از خصایص شخصیت حقوقی است، و همچنین اموال عمومی نزد مجتهد که به مجتهد بعدی منتقل می‌شود نه به ورثه وی به هر حال دومین ایراد وارد بر تعریف این است که ممکن است طرفین عقد همیشه یک یا چند نفر نباشند بلکه اشخاص حقوقی مستقلاً و یا مشترکاً با اشخاص حقیقی

^۱ امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سوم، تهران، نشر کتابفروشی اسلامی، ۱۳۴۰، ص ۱۶۰.

^۲ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن؛ المبسوط فی الفقه الامامیه، الجزء الثانی، بی جا، نشر الجامعه، بی تا، ص ۲۱۴.

^۳ طباطبائی، محمد کاظم؛ عروه الوثقی، الجزء الثانی، نشر دار السلام، بغداد، ذیل مسأله ۶۲، ۱۳۳۰ ق، ص ۱۵۴.

^۴ محقق حلی، شرایع الاسلام، ترجمه ابو القاسم بن احمد یزدی، جلد اول، چاپ اول، دانشگاه تهران، ۱۳۶۱، صص ۳۶۰-۳۴۳.

طرف عقد واقع شوند و به این دلیل گفته‌اند عقد عبارتست از توافق اراده دو طرف به منظور ایجاد رابطه حقوقی،^۱ تا لفظ طرف، مانع از اختصاص به اشخاص حقیقی یا حقوقی شود.

انتقاد به تعریف عقد در این حد نیز متوقف نشده، چنانکه مرحوم دکتر کاتوزیان، پس از طرح مسائلی درباره اعتقاد برخی از حقوقدانان مبنی بر اینکه اعلام اراده‌ها پایه الزام عقد است نه درخواست درونی طرفین عقد و در نتیجه، عقد پدیده‌ای اجتماعی است و رسوخ آن در حقوق ما و اشاره به مصادیقی از آن نظیر حمل الفاظ عقود، جمعا عرفی است و اجبار دولت در عقودی مثل بیمه، اجاره و حمل و نقل، تحذیر از زیاده روی در این فکر است که با حقوق ما سازگار نیست. انتقادات وارد بر تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی را علاوه بر اینکه براساس ظهور آن تعریف، اگر تراضی به منظور تبدیل تعهد یا سقوط و انتقال آن انجام شود یا اینکه چهره انشایی دارد نباید عقد نامیده شود و سپس خود به دفاع از آن برمی‌خیزد و در نهایت، بحق معتقد است که تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی نمی‌تواند مبین عقود معوض باشد زیرا در آن تعریف، یک طرف متعهد و طرف دیگر متعهد له است در حالی که در عقود معوض هر دو طرف متعهد و متعهدله‌اند، همچنین تعریف را شامل عقودی مثل هبه و بیع نمی‌داند و سرانجام ضمن توجه به اینکه نباید تعریف عقد را با چگونگی اثر آن مخلوط کرد بلکه همین که خواست دو طرف ایجاد یک امر حقوقی باشد نه وعده دوستانه، کفایت می‌کند تا بر اساس آن، حمایت قانون و دادگاه را جلب کرد بدون توجه به اینکه مقتضای توافق، تملیک یا اباحه باشد و دو اراده باید متقابل یعنی نماینده دو نفع گوناگون باشد نه منافع همسو مثل تصمیم مدیران شرکت یا متولیان وقف زیرا این قبیل جوامع هم اگر به منظور ایجاد یک امر حقوقی توافق می‌کنند عقد نیست.

این حقیقت که، وقتی مجامع عمومی با اکثریت آراء اتخاذ تمصیم می‌کنند از وضوح بیشتری برخوردار است تعریف عقد را به «توافق د انشای متقابل که به منظور ایجاد یک امر حقوقی انجام می‌شود پیشنهاد می‌کند»^۲ که همین تعریف را به عنوان کاملترین تعریف گزینش نموده و به این مبحث خاتمه می‌دهد.

^۱ شهیدی، مهدی، جزوه حقوق مدنی ۳، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، سال تحصیلی ۷۴-۱۳۷۳، ص ۱.

^۲ کاتوزیان، ناصر، همان، صص ۱۸-۱۶.

بند دوم : اقسام عقد

پیچیدگی روابط اجتماعی و تحولات سیاسی، اقتصادی هر روز شکل تازه‌ای از معاملات ایجاد می‌کند و تعهداتی را مطرح می‌سازد که پیش از آن نمونه‌ای نداشته است.

قانون مدنی، از دیر باز عقود را که مورد نیاز عمومی مردم بوده است تحت عنوان «عقود معینه» موضوع حکم قراردادده است و شرایط درستی و آثار آن را به تفصیل بیشتر ارائه می‌کنند. ولی هرگز نمی‌توان قالب‌های قانونی همه قراردادها را بی‌نیاز از دسته‌بندی عقود دانست.

برای احاطه به شرایط وقوع و آثار معاملات، دسته‌بندی قراردادها ضروری است. در بیشتر قوانین، قراردادها بر حسب شرایط انعقاد و نوع تعهداتی که از آنها ناشی می‌شود به انواع گوناگون تقسیم شده‌اند. این مبحث در مکاسب شیخ مرتضی انصاری وجود ندارد و اصولاً در کتب سایر فقها نیز به صورت منظم تحت عنوان خاصی از تقسیمات عقد صحبتی نشده هر چند که به مناسبت از بعضی از انواع عقد بحث شده است.

همانطور که قبلاً اشاره شد از نظر قانونی، «عقد، عبارتست از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری می‌نمایند و مورد قبول آنها باشد».

بر اساس این تعریف هر عقدی دارای دو شرط اساسی است:

۱- در اثر توافق دو یا چند اراده بوجود می‌آید.

۲- نتیجه و منظور از توافق، ایجاد تعهد است.

از سوی دیگر، بسیاری از قراردادها به شیوه مرسوم بسته نمی‌شود و دو طرف آن با عنوان دو انسان آزاد و برابر، مجال گفتگو درباره شرایط قرارداد و تنظیم آثار آنرا نمی‌یابند.

پیشنهاد کننده (مانند شهرداری) تمام شروط و تعهدات ناشی از پیمان را تهیه و به عموم عرضه می‌کند و طرف دیگر یا باید آن را به طور درست بپذیرد یا به راه خود برود.