

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پرديس بين المللی ارس
گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته ی حقوق گرایش خصوصی

عنوان:

مطالعه تطبیقی عقد معلق در فقه امامیه و قراردادهای پیمانکاری

استاد راهنما:

دکتر محمدتقی علوی

استاد مشاور:

دکتر محمدرضا مجتهدی

پژوهشگر

اکرم رزمی

تابستان ۱۳۹۳

تعهد نامه

عنوان پایان نامه: مطالعه تطبیقی عقد معلق در فقه امامیه و قراردادهای پیمانکاری

اینجانب **اکرم رزمی** دانشجوی دوره کارشناسی ارشد رشته **حقوق خصوصی** **دانشکده پردیس بین المللی** **ارس** دانشگاه تبریز تحت راهنمایی **دکتر محمدتقی علوی** با تعهد به رعایت موارد ذیل، اقرار و اذعان مینمایم:

- ۱- تحقیقات و نتایج ارائه شده در این پایان نامه حاصل مطالعات علمی اینجانب بوده، مسئولیت صحت و اصالت مطالب مندرج در آن را به طور کامل بر عهده میگیرم.
- ۲- در خصوص استفاده از مطالب و پژوهشهای محققان دیگر به مرجع مورد نظر استناد شده است.
- ۳- مطالب مندرج در این پایان نامه را اینجانب یا فرد دیگری به منظور اخذ هیچ نوع مدرک یا امتیازی تاکنون به هیچ مرجعی تسلیم نکرده است.
- ۴- کلیه حقوق معنوی این اثر به دانشگاه تبریز تعلق دارد. مقالات مستخرج از پایان نامه، ذیل نام دانشگاه تبریز (University of Tabriz) به چاپ خواهد رسید.
- ۵- حقوق معنوی تمام افرادی که در به دست آمدن نتایج اصلی پایان نامه تأثیر گذار بوده اند در مقالات مستخرج از پایان نامه رعایت خواهد شد.
- ۶- چنانچه بعد از جلسه دفاعیه محرز گردد که مطالب پایان نامه به صورت کلی یا جزئی مورد سرقت علمی قرار گرفته است، نسبت به ابطال مدرک تحصیلی حق هیچگونه اعتراض و ایرادی نخواهم داشت.

تاریخ

نام و امضاء دانشجو

تقدیم به

مقدس‌ترین واژه‌های زندگیم

پدر و مادر عزیزم

آنان که وجودم برای آنان به‌سبب نبوده و وجودشان برایم همه مهر

توانشان رفت تا به توانایی برسم

آنان که فروغ نگاهشان، گرمی کلامشان و رونق روشرویشان سرمایه‌های جاودانی من است

آنانکه راستی قائم در سنگت قاتشان تجلی یافت

در برابر وجودشان زانوی ادب بر زمین می‌نهم

و بادلی ملو از عشق و محبت و خضوع بر قلبشان بوسه می‌زنم.

و تقدیم به:

همسر وفادارم

که وجودش شوق زیستن، وفایش مایه عشق، صفایش مایه آرامش و صبرش مایه پشتکار من است.

باتقدیر و تشکر:

از استاد فرهیخته جناب آقای دکتر سید محمد تقی علوی به دلیل یاری‌ها و راهنمایی‌های بی‌چشمداشت ایشان که بسیاری از سختی‌ها را برایم آسان‌تر نموده و با نکته‌های دلاویز، صحیفه‌های سخن را علم‌پرور نمودند، نهایت تشکر را می‌نمایم.

نام خانوادگی : اکرم	نام : رزمی
عنوان پایان نامه : مطالعه تطبیقی عقد معلق در فقه امامیه و قراردادهای پیمانکاری	
استاد راهنما: دکتر محمدتقی علوی	استاد مشاور : دکتر محمدرضا مجتهدی
مقطع تحصیلی : کارشناسی ارشد	رشته : حقوق
دانشگاه : تبریز	دانشکده : پردیس بین المللی ارس
تاریخ فارغ التحصیلی : تابستان ۱۳۹۳	تعداد صفحه : ۱۴۹
واژه های کلیدی : عقد معلق، عقد منجز، شرط، قرارداد، قراردادهای پیمانکاری	
چکیده :	
<p>قواعد عمومی قراردادها به عنوان مبنایی ترین بخش حقوق مدنی محسوب می شود، تا آنجا که معظم تحلیل‌های حقوقی بر همین مبنا استوار است. از آنجا که در کتب فقهی بخش مستقلی تحت عنوان قواعد عمومی قراردادها، وجود ندارد، اکثریت مباحث این عنوان ذیل احکام عقد بیع و اخیانا عقود دیگر مطرح شده است. یکی از مباحث مطروحه در حوزه این قواعد مبنایی، تحلیل و بررسی اقسام عقود است که عقد معلق و منجز ذیل این عنوان مطرح می شود. آنچه که در این تحقیق مورد بحث قرار گرفته است صرفاً نقد و تحلیل اختلافات ناشی از تعلیق در عقود و قراردادهای پیمانکاری. عقد معلق چه از حیث مفهوم و چه اعتبار و آثار آن، محل نزاع اکثر فقها و حقوقدانان بوده و هست. منشأ نزاع در هریک از این ابعاد ریشه در مسائلی تحول‌انگیز در علم حقوق و علم اصول دارد. در واقع همین نقاط عطف و مبنایی انگیزه‌ای بود در نگارش این مطالب، منتهی بیان احکام عقد معلق صرفاً به مثابه مدخلی است بر این مسائل. برخی از حقوقدانان عقد معلق را همان شروط ضمن عقد می دانند درحالیکه آثار هر یک متفاوت از دیگری است. در عقد معلق، تعهدات طرفین همچنان پا برجاست ولی در قراردادهای بیع، شرطی که جامعه عمل نپوشد منجر به فسخ عقد می شود. تفاوت این دو در دو حوزه قانون مدنی و قراردادهای پیمانکاری مورد بحث دقیق تری است که یک شناخت نسبتاً جامع از تعلیق و شرط را بدست می دهد.</p>	

۱ مقدمه

فصل اول: کلیات

۴ مبحث اول: مفهوم عقد

۴ گفتار اول: تعریف قانون مدنی از عقد

۵ گفتار دوم: اقسام عقد

۱۲ گفتار سوم: تعریف لغوی قرارداد

۱۳ گفتار چهارم: تعریف لغوی پیمانکار

۱۳ گفتار پنجم: تعریف اصطلاحی پیمانکار

۱۳ گفتار ششم: تعریف اصطلاحی قراردادهای پیمانکاری دولتی

۱۴ مبحث دوم: شرایط اساسی صحت عقد

۱۴ گفتار اول: مفاهیم مربوط به عقد معلق

۱۵ الف- مفهوم عقد و تعهد

۱۶ ب- مفهوم عقود مؤجل

۱۷ ج- مفهوم تنجیز

۱۷ د- مفهوم لغوی تنجیز

۱۷ ه- مفهوم فقهی تنجیز

۱۸ و- مفهوم اصولی تنجیز

۱۸ ز- مفهوم تعلیق

۲۰ ۱- مفهوم فقهی تعلیق

۲۰ ۲- تعلیق وصفی، تعلیق شرطی

۲۲ ۳- حقیقت و ماهیت تعلیق

۲۲ ۴- شرایط در عقد معلق

۲۲ ۵- اوصاف شرط تعلیق

۲۳ ۶- از لحاظ کیفیت وقوع و تحقق شرط

۲۵ ۷- تعلیق با لحاظ کردن موضوع

۲۶ ۸- راهکار عملی در عقد معلق بر شروط مقوم

۲۷ ح- تفاوت عقد معلق با سایر عقود

۲۷ ط- تفاوت عقد معلق و منجز

۲۸ ی- تفاوت عقد مشروط با عقد معلق

۲۹	ک- تفاوت ایجاب مشروط و عقد مشروط
۳۰	ل- مقایسه عقد معلق با عقد مشروط
۳۲	گفتار دوم: مفهوم عقد در میان فقها
۳۳	الف- تفاوت عقد معلق و موجدل در فقه
۳۴	ب- وضعیت عقد معلق در فقه امامیه
۳۴	ج- تعلیق در انشاء و منشاء
۳۵	د- تعلیق بر مشیت
۳۷	ه- صور گوناگون عقد معلق
۳۷	و- تعلیق با لحاظ زمان جریان آثار
۳۸	ز- تعلیق با توجه به ادات شرط
۳۹	ح- تعلیق با لحاظ وقوع معلق علیه
۴۰	گفتار سوم: تعلیق در انحلال عقد
۴۱	الف- مفهوم شرط فاسخ
۴۱	ب- اثر شرط فاسخ
۴۲	ج- شرط فاسخ قهقراایی:

فصل دوم : آثار و احکام عقد معلق در قانون مدنی

۴۴	مبحث اول: تفاوت عقد معلق با شرط
۴۶	مبحث دوم: صحت تعلیق در اعمال حقوقی
۴۸	گفتار اول: اختلاف در صحت عقد معلق
۵۱	مبحث سوم: شرط ضمن عقد
۵۶	گفتار اول: شرایط صحت شرط مندرج ضمن عقد
۵۶	گفتار دوم: شروطی که باطلاند ولی مبطل نیستند
۵۷	مبحث چهارم: قاعده تعذر
۵۸	مبحث پنجم: تعلیق در ایقاعات
۵۹	مبحث ششم: ادله صحت عقد معلق با تعلیق در منشاء
۵۹	گفتار اول: قائلان به صحت
۶۰	گفتار دوم: تعلیق در ذات عقد
۶۱	گفتار سوم: عقد احتمالی
۶۲	مبحث هفتم: تعلیق و شرط
۶۴	گفتار اول: تحلیل آثار عقد معلق پیش از وقوع شرط
۶۸	مبحث هشتم: آثار عقد پس از وقوع شرط
۶۸	گفتار اول: تشخیص وقوع شرط
۶۹	گفتار دوم: زمان تحقق تعهدات طرفین:

۷۱	گفتار سوم: تراضی طرفین بر کاشفیت شرط
۷۳	گفتار چهارم: نتایج کاشف بودن شرط
۷۴	مبحث نهم: آثار عقد معلق
۷۴	گفتار اول: آثار عقد معلق با تعلیق انشاء
۷۵	گفتار دوم: آثار عقد معلق با تعلیق منشاء
۷۷	مبحث دهم: تصور حق و تعهد در عقد معلق
۷۹	مبحث یازدهم: اقوال و ادله فقها در باب تعلیق در انشاء و منشاء
۷۹	گفتار اول: ادله بطلان عقد معلق با تعلیق در انشاء
۷۹	گفتار دوم: وضعیت بطلان عقد معلق در قانون مدنی
۸۰	گفتار سوم: صحت و بطلان عقد معلق
۸۰	گفتار چهارم: ادله بطلان عقد معلق در اندیشه فقیهان

فصل سوم: تعلیق در قراردادهای پیمانکاری

۸۶	مبحث اول: مفهوم عقد و تفاوت آن با قرارداد
۸۷	مبحث دوم: ماهیت قرارداد:
۸۷	مبحث سوم: تفاوت عقد و قرارداد پیمانکاری
۸۸	مبحث چهارم: مفهوم عقد و تفاوت آن با قرارداد
۸۹	مبحث پنجم: قراردادهای دولتی
۹۰	گفتار اول: حقوق مربوط به قراردادهای عمومی
۹۲	گفتار دوم: تشریفات انعقاد قراردادهای عمومی و پیمانکاری
۹۳	گفتار سوم: ترتیب انعقاد قراردادهای عمومی
۹۴	گفتار چهارم: نحوه انعقاد قراردادهای عمومی
۹۷	گفتار پنجم: پیمان
۹۷	الف- تعریف پیمان
۹۸	ب- جایگاه پیمان در تقسیمات عقود
۱۰۰	ج- اجزاء پیمان
۱۱۱	د- شرایط عمومی پیمان
۱۲۲	هـ- تعلیق در قرارداد پیمانکاری:
۱۲۹	مبحث ششم: مقایسه قراردادهای دولتی اداری و غیراداری
۱۳۱	گفتار اول: قراردادهای پیمانکاری
۱۳۱	گفتار دوم: قرارداد مقاطعه کاری
۱۳۳	گفتار سوم: ماهیت حقوقی قراردادهای پیمانکاری
۱۳۷	گفتار چهارم: تعلیق در قرارداد پیمانکاری
۱۳۷	الف- فایده تفکیک بین عقود معین و نامعین

- ب- جایگاه قرارداد پیمان کاری در تقسیم بندی عقود ۱۳۷
- ج- مطالعه قرارداد پیمان کاری از حیث نحوه انعقاد ۱۳۸
- گفتار پنجم: عوامل تعلیق در قراردادهای پیمانکاری ۱۳۹
- گفتار ششم: تعلیق در قراردادهای پیش فروش ساختمان ۱۴۱
- مبحث سوم: قرارداد پیمانکاری یا با عوض شناور: ۱۴۳
- گفتار اول: قرارداد با عوض شناور یک عقد نامعین: ۱۴۳
- گفتار دوم: قرارداد با عوض شناور و عقد مستمر ۱۴۴
- گفتار سوم: مقایسه با مفاهیم مشابه ۱۴۴
- نتیجه گیری ۱۴۵
- منابع و ماخذ ۱۴۷

قواعد عمومی قراردادها به عنوان مبنایی‌ترین بخش حقوق مدنی محسوب می‌شود، تا آنجا که معظم تحلیل‌های حقوقی بر همین مبنا استوار است. بدیهی است تحقیق و تتبع در این حوزه راهگشای نیل به نظام حقوقی مستحکم و مستدل است و چنین کاوشی نیز بدون در نظر گرفتن کتب فقهی به عنوان منبع اصلی حقوق کامل و جامع نخواهد شد. از طرفی نیز با محصور شدن در چهارچوب منابع فقهی و چشم پوشیدن از مطالعات نوین حقوق، نمی‌توان پویایی و نوگرایی جامعه حقوقی را در راستای نیل به عدالت واقع‌گرایانه در انتظار داشت.

از آنجا که در کتب فقهی بخش مستقلی تحت عنوان قواعد عمومی قراردادها، وجود ندارد، اکثریت مباحث پایان‌نامه حاضر احکام عقد بیع و احیاناً عقود دیگر مطرح شده است. همین پراکندگی و عدم تمرکز بیان این قواعد مبنایی در فقه، خود سبب شده است تا محقق‌عمومات قراردادها را از لابلای مباحث راجع به عقود در کتب فقهی جستجو کند که خود مستلزم اشراف بر مباحث فقهی است و این اشراف سهل‌الوصول نمی‌باشد.

در فصل اول به بیان کلیات در خصوص تعاریف مربوط به عقود، انواع عقد، تعلیق و شرایط آن از دیدگاه فقهی و حقوقی توأمآ اشاره کرده و معنای اصطلاحی تعلیق را در کنار اصطلاحات دیگر حقوقی مود نقد و بررسی قرار خواهیم داد. با توجه به معنای اصطلاحی صحیح از تعلیق و به تبع آن عقد معلق، در فصل دوم به بررسی اعتبار این عقد در قانون مدنی پرداخته و در نتیجه ردّ دلایل فقهای امامیه مبنی بر بطلان عقد معلق، اعتبار آن را تثبیت خواهیم کرد. در فصل سوم تعلیق را در قراردادها و سایر عقود از جمله در قراردادهای پیمانکاری و مقررات حقوق کار بررسی می‌کنیم.

با توجه به این که در میان فقهای امامیه، تنها شیخ مرتضی انصاری، بحث مستقلی را در باب تعلیق و تنجیز ذیل احکام عقد بیع، در کتاب مکاسب به این مطلب اختصاص داد است لذا در فصل مربوط به بررسی اعتبار عقود معلق، تا حدودی محوریت را مطالب این کتاب ایفا می‌کند. به هر حال اثر حاضر نتیجه تلاش ناچیزی است در تکمیل نظام حقوقی عقود و قراردادها که امید است مفید واقع شود.

در قانون مدنی، ماده ۱۸۹، در بحث اقسام عقود و معاملات، به گونه‌ای چکیده، عقد معلق و منجز تعریف شده است، لکن در ماده ۱۹۰ که شرایط اساسی صحت معاملات را مطرح کرده، به شرط تنجیز اشاره‌ای نشده است؛ برخلاف روش فقهای بزرگ، در بیان شرایط عقود و ایقاعات که به اعتقاد آنان، تنجیز از شرایط عمومی عقدها و قراردادها بوده و در اصل شرطیت آن، ادعای اجماع شده است - اگرچه در حدود و شمول و تفسیر آن، اختلاف نظر جالب توجهی مشاهده می‌شود. با این همه، مع الأسف حقوق مدنی به این نکته مهم که

چه بسا، ممکن است آسیب جدی به قرارداد برساند، توجهی نکرده است و از این جهت، می توان ادعا کرد: قانون مدنی، دچار نقص فاحشی است و حقوق دانان، باید در رفع آن بکوشند.

با وجود این، قانون مدنی، ماده ۲۲۲، با بیان شرایط ضمن عقد، شرایط فاسد را مطرح می کند و در ماده ۲۲۳، شرایط باطل کننده عقد را مورد بررسی قرار می دهد. با این فرض، حتی اگر تعلیق را موجب بطلان عقد ندانیم، در صورتی که عقد، بر شرط فاسدی معلق باشد، عقد معلق، باطل خواهد بود. به عبارت دیگر، وقتی شرط فاسدی در عقد منجز، می تواند عقد را باطل کند و تعهد برخاسته از آن را از بین ببرد، به طریق اولی، عقد معلق بر شرط فاسد، باطل خواهد بود.

البته قانون مدنی، تعلیق را در عقد نکاح، ضمان و طلاق، موجب بطلان عقد دانسته است، چنانکه ماده ۶۹۹ ق. م تعلیق در ضمان، را باطل دانسته، مانند آن که ضامن، ضمانتش را به پرداختن وام دار، قید ببندد، اما التزام به تأدیه، ممکن است، معلق باشد. همین وضعیت در مورد قراردادها نیز صادق بوده و حق فسخ، بطلان و تعلیق را مورد توجه قرار می دهد.

حق تعلیق به هر یک از طرفین قرارداد حق می دهد حسب مقررات قانونی یا توافقات قراردادی و یا به دلیل فورس ماژور، تعهدات خود را در مقابل طرف دیگر موقتاً به تعویق اندازد. تعلیق ناشی از فورس ماژور، هر چند در منطوق مواد قانونی راجع به تعهدات وجود ندارد، ولی مفهوم این مواد نمایانگر پذیرش تعلیق قرارداد در صورت بروز فورس ماژور است، در حالی که حق حبس صراحتاً در مقررات قانون تجارت و به نوعی در مواد قانون مدنی کشورمان مورد تصریح واقع شده و صرفاً در عقود آبی و در صورت امتناع طرف مقابل از ایفای تعهد متقابل به رسمیت شناخته شده است، در حالی که جایگاه تعلیق در عقود مستمر است. در متون فقهی نیز تعلیق به صراحت مورد بحث قرار نگرفته، ولی از فحوای کلام فقها می توان به رسمیت شناختن تعلیق عقد در موارد مربوط را استنباط کرد، در حالی که حق حبس صراحتاً مورد اشاره و بحث قرار گرفته است. لذا صرف نظر از فوریت و استمرار عقود مورد شمول حبس و تعلیق، از حیث مبنایی، تفاوت چندانی با یکدیگر ندارند و لذا می توان از دلایل و مبنایی پذیرش حق حبس در حق تعلیق نیز استفاده کرد، هر چند تعلیق خود به عنوان بحثی مستقل قابل بررسی است. شرح این تفاوت ها و شباهت ها در قوانین موضوعه و فقهی در سه فصل این پایان نامه به تفصیل خواهد آمد.

فصل اول

کلیات

مبحث اول: مفهوم عقد

عقد یک مفهوم اجتماعی است و هنگامی واقع می شود که دو شخص در باره موضوع خاصی باهم تراضی کنند. تراضی این دو در صورتی اعتبار دارد که در دیدگاه حقوق صلاحیت انجام عمل حقوقی را نداشته باشند. عقد عبارتست از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.^۱

عقد در لغت به معنای عقد بستن و گره زدن است. بطور کلیس ارتباط از واژه ی عقد در این ماده انشاء عقد (ایجاد عقد) می شود و همچنین شامل کلیه عقود (لازم، جایز و...) و در بر گیرنده ی اشخاص حقیقی و حقوقی می باشد.^۲

عقد نوعی توافق است در حالی که توافق اعم از عقد می باشد (مثل توافق کردن دو نفر برای رفتن به دانشگاه در واقع عقدی صورت نگرفته است). پس می توان گفت عقد توافق انشای آثار حقوقی است. به نظر برخی حقوقدانان این ماده نمی تواند تعریف کاملی از عقود در حقوق مدنی ما باشد مثلاً در عقد بیع ماده ۳۳۸ می گوید (بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم) یعنی اثر اولیه بیع، ایجاد تملیک است نه ایجاد تعهد برای بایع، مبنی بر تسلیم مبیع و ایجاد تعهد برای مشتری بر تسلیم ثمن. به نظر حقوقدانان عقد گاهی تملیکی و گاهی عهدی است.

گفتار اول: تعریف قانون مدنی از عقد

ماده ۱۸۳ ق. م از تعهد یک عده به عده دیگر صحبت می کند که نتیجه این تعهد ایجاد عقد می باشد: 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 عقود جایز را شامل نمی شود از جمله جعاله که جایز است .

^۱ - دهخدا، علی اکبر، لغتنامه، بی جا، مؤسسه لغتنامه دهخدا، بی تا، ج ۱۰، ص ۱۴۱۰۰

^۲ - افصلی قادری، فریبا، بررسی احکام و آثار عقد معلق در فقه و حقوق موضوعه، فقه و حقوق خانواده، بهار و تابستان ۱۳۸۴، شماره ۳۷ و ۳۸، ص ۱۲۹

گفتار دوم: اقسام عقد

در قوانین موضوعه و احکام فقهی، عقود انواع و اقسامی دارند که در کنار سایر اعمال و وقایع حقوقی به طور خلاصه به شرح هر یک بصورت کلی می پردازیم:

۱- عقد لازم: عقدی است که هیچ یک از طرفین حق بر هم زدن آن را ندارد (فسخ) مگر در موارد معین قانونی پس عقود که لازم هستند علی القاعده قابل بر هم زدن نیستند. علی القاعده در قواعد فقهی مطرح است. برای اینکه قواعد فقه در تمام حقوق ما آمده است. یک قاعده ای به نام (اصاله اللزوم) در اصل ۲۱۹ آمده است. عقدی که برای طرفین لزوم می شود، لازم الاتباع است یعنی باید مراعاتش کنند؛ بنابراین عقد لازم را می توان عقد لازم الاتباع نیز متصور بود. مستثنی اینکه یکی در جایی که اقاله صورت می گیرد دیگر قواعد حقوقی پیش بینی شده باشد.

۲- عقد جائز: عقد جائز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی که بخواهد آنرا فسخ کند مانند ودیعه و اجاره. فسخ عقد جایز نیاز به دلیل و اثبات وجود دلیل فسخ ندارد و عقود جایز با فوت، جنون و سفاهت طرفین خود به خود بهم می خورند یا منفسخ می شوند.

۳- عقد خیاری: عقدخیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیارفسخ باشد (ماده ۱۸۸). عقود خیاری از اقسام عقود لازم محسوب می شود. عقد خیاری همان عقد لازم است که در آن عقد برای یکی از طرفین یا هر دو یا برای یک شخص خارج از عقد اختیار فسخ قرار داده شده باشد. در این نوع عقد باید مدت زمانی که فرد حق فسخ را دارد ذکر شود وگرنه عقد غرری بوده و باطل خواهد بود.^۱

بنابراین، عقد خیاری عقدی است که در آن برای یکی از طرفین یا هر دوی آنها یا شخص ثالثی در مدت معینی حق فسخ موجود باشد. در این نوع عقد، خود طرفین با توافق برای مدت معینی اختیار فسخ معامله را مقرر کرده اند. این اختیار ممکن است برای هر کدام از طرفین یا شخص ثالث مقرر شده باشد. مثال: شخصی فرشی بخرد آن را می برد خانه و خانم او (شخص ثالث) آنرا بپسندد یا نه.

در قواعد فقهی که در تمام حقوق ما مستفاد شده است، علی القاعده ای مطرح است به نام «اصالة الوجود» که باید بدان توجه داشت و در ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران آمده است که می گوید: عقود که برطبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا بعلت قانونی فسخ

^۱ - انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب، ج ۵، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ج ۲، ۱۴۲۰ق، صص

شود.^۱ عقدی که لزوم می‌شود، برای طرفین لازم الاتباع است یعنی می‌بایستی مراعاتش کنند و از عقد لازم به عنوان «عقد لازم الاتباع» نیز یاد می‌کنند. البته استثنای مهمی در مورد فوق وجود دارد که در آینده بدان خواهیم پرداخت.

در عقد جایز اقاله راه ندارد. در واقع عقد جایز قابل اقاله نیست به دلیل اینکه دو طرف هر موقع مایل باشند می‌توانند عقد را فسخ کنند.^۲ بنابراین اقاله مختص به عقد لازم است. در عقد جایز طرفین می‌توانند با رضایت خود حق فسخ را از بین ببرند و شرط کنند که حق فسخ از بین برود و دیگر کسی حق فسخ نداشته باشد. در این صورت هیچ یک از طرفین نمی‌توانند عقد جایز را فسخ کنند. اما باید به این نکته توجه داشته باشیم که همچنان عقد جایز، جایز است و ویژگی اصلی خود را دارد. یعنی هنوز هم با فوت و حجر هر یک از طرفین از بین خواهد رفت.^۳

در مواردی ما عقد جایز را ضمن عقد لازم می‌آوریم؛ مثلاً عقد وکالت را که عقدی جایز است ضمن عقد بیع که عقدی لازم است می‌آوریم. در اینجا هم عقد وکالت هنوز جایز است و با فوت یا حجر هر یک از طرفین منفسخ می‌شود.

مطابق ماده ۱۸۷: عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز. در قانون با عقود روبه رو می‌شویم که نسبت به یکطرف جایز هستند و نسبت به طرف دیگر لازم. به عبارت دیگر یک عقد داریم که در آن یک طرف عقد نمی‌تواند بدون دلیل عقد را بهم بزند (چون نسبت به آن لازم است) ولی طرف دیگر می‌تواند هر موقع خواست عقد را به هم بزند (چون نسبت به آن عقد جایز است).

۴- عقود معین:

قراردادهایی است که در قانون نام و مشخصات مخصوصی دارند مانند قرارداد اجاره و بیع که در قانون نام و مشخصات و شرایط آن ذکر شده است. از جمله عقود معین: بیع، رهن، مضاربه، وکالت، کفالت، جعاله، صلح و قرض را می‌توان نام برد.

۱- فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۳، ص ۵۳۸-۵۴۰

۲- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۲۱، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۷۹

۳- انصاری، مسعود، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱، تهران، محراب فکر، ۱۳۸۴، صص ۴۵-۴۱

۵- عقود نامعین:

قراردادهایی هستند که نام و عنوان خاصی در قانون ندارند و جنبه خصوصی دارند و طرفین در مورد احکام و آثار آن بین خود تراضی می کنند و چون نتیجه توافق دو اراده هستند مورد احترام قانون می باشند. مثلاً در مورد ساخت یک بنا قرارداد بین کارفرما و مهندس ناظر عقد و توافقی است که نام خاصی در قانون ندارد ولی معتبر است. در حقوق اصل بر آزادی و حاکمیت اراده است. اراده یعنی قصد و رضایت. اراده در حقوق مختار است که هر تعهدی را بپذیرد و هر توافقی انجام دهد یعنی اصل بر آزادی در انعقاد قرارداد است.

طبق ماده ۱۰ ق.م که قراردادهای نامعین را تأیید می کند، کلیه قراردادهای خصوصی نسبت به آنهایی که آن را منعقد می کنند نافذ است. ماده ۱۰ قانونی مدنی: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد الزام آور است». آیا اگر توافق خلاف قانون بود باطل است؟ وقتی قانون امری باشد پیروی از مفاد آن الزامی است و اشخاص نمی توانند خلاف آن را توافق کنند مانند ارث، ازدواج و اهلیت. ولی اگر قانون تکمیلی باشد طرفین عقد می توانند خلاف آن توافق کنند. بنابراین توافق برخلاف قوانین امری پذیرفته نیست و معتبر نمی باشد ولی توافق بر خلاف قوانین تکمیلی آزاد است مانند محل اجرای عقد که قانوناً همان محل انعقاد عقد است ولی نظر طرفین و عرف می تواند محل دیگری را برای اجرای عقد مقرر کند. این قانون یک قانون تکمیلی است که طرفین می توانند بر خلاف آن تراضی کنند.^۱

۶- ایقاع:

عمل حقوقی است که نتیجه یک اراده است و با یک اراده ایجاد می شود بدون اینکه نیاز به توافق با اراده دیگری داشته باشد مانند ابراء، طلاق، اعراض، فسخ. اعمال حقوقی شامل عقد و ایقاع هستند که در نتیجه اراده و انشاء صاحب اراده به وجود می آیند منتها در ایجاد عقد دو اراده دخیل است ولی در انشاء اقاله تنها یک اراده دخیل و کافی می باشد.^۲

۷- عقد منجز:

عقدی است که تأثیر آن منوط به واقعه یا امر دیگری نیست و به صرف انشاء (ایجاد کردن) به وجود می آید. عقد منجز به صرف اعلام اراده مؤثر است و اثر آن منوط به امر دیگری نیست. منظور از انشاء عقد،

^۱ - کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی اعمال حقوقی، ناشر شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ج ۷، ۱۳۸۵، صص ۲۴-۲۷

^۲ - همان، ص ۴۸۸

اراده ایجاد طرفین عقد است و طرفین با اراده خود یک اثر حقوقی به وجود می آورند لحظه انشاء و ایجاد یک اثر حقوقی و شناخت زمان به وجود آمدن انشاء و یا توافق طرفین مهم است که به آن خواهیم پرداخت.

انشاء با اخبار تفاوت دارد: ۱- اخباری: خبر دادن از کاری است که قبلاً انجام شده به عبارت دیگر خبری از گذشته دادن. اقرار اخباری است. ۲- انشاء: اعلام فروش کردن یا در معرض فروش قرار دادن یعنی به وجود آوردن یک عمل حقوقی که قبلاً سابقه نداشته است مانند اعلام فروش منزل که از لحظه اعلام یا ایجاب و پیشنهاد بوجود می آید. انشاء یعنی خلق- ایجاد. انشاء هنگام ایجاب بوجود می آید ولی اخبار خبر از گذشته می دهد. اقرار یعنی خبر دادن از حقی برای غیر به ضرر خود پس اقرار انشاء نیست زیرا اثر حقوقی جدیدی با اقرار ایجاد نمی شود بلکه تنها خبر از یک اتفاقی است که قبلاً واقع شده است. ضمناً اقرار با ادعا تفاوت دارد ادعا یعنی به نفع خود اظهار داشتن ولی اقرار یعنی اظهار به نفع دیگران و به ضرر خود. عقد معلق: عقدی است که اثر انشاء یا اثر اراده ایجاد منوط به وقوع واقعه دیگر است به عبارت دیگر عقدیست که تأثیر آن منوط است به وقوع حادثه ایی خارج از اراده طرفین. منظور از اراده ایجاد اراده ای است که می خواهد یک عمل حقوقی را خلق کند. وقتی اثر یک عقد منوط به شرطی (یا معلق علیه) می شود که احتمال وقوع یا عدم وقوع آن شرط وجود دارد، عقد معلق است. عمل مشروط باید محتمل الوقوع باشد یعنی احتمال وقوع شرط وجود داشته باشد و الا اگر شرط قابل وقوع نباشد این عقد باطل است. مانند اینکه فردی بگوید خانه ام را فروختم مشروط به اینکه خورشید از غرب طلوع کند، این عقد باطل است زیرا طرف اراده انشایی نداشته است ولی ممکن الحصول مانند اینکه: خانه ام را به شما می فروشم مشروط بر اینکه در کنکور کارشناسی ارشد قبول شوید. در این مثال عمل بیع مشروط به وقوع شرط (قبولی در کنکور) شده است و این شرط ممکن است واقع شود و یا نشود و تا زمانیکه شرط واقع شود، عقد اثری ندارد.^۱

در خصوص صحت یا بطلان عقد معلق ۳ نظریه وجود دارد: ۱- گروهی عقد معلق را مطلقاً باطل می دانند و معتقدند کسی که عقد را منعقد می کند باید جازم باشد و در عقد معلق جدیت یقینی وجود ندارد. ۲- گروهی عقد معلق را صحیح می دانند. ۳- گروهی معتقدند اگر در عقد معلق تعلیق در انشاء باشد عقد باطل است و اگر در عقد معلق تعلیق در منشأ باشد عقد صحیح است. مثلاً خانه ام را فروختم به شرط اینکه برادرم از سفر بیاید از این جمله دو برداشت می شود:

۱- تعلیق انشاء: آمدن برادر شرط وقوع عقد است یعنی تا برادر نیاید عقد واقع نمی شود.

^۱ - امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۴، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ ۱۴، ۱۳۷۳، ص ۵۵

۲- تعلیق منشاء: آمدن برادر باعث وقوع اثر عقد است یعنی عقد از همان ابتدا با انشاء ایجاد شده است منتها آثار عقد جاری نمی شود مگر زمانی که معلق علیه به وقوع پیوندد. عقد نکاح، ضمانت و وقف نمی توانند معلق شوند اگر شوند باطل است. اگر در عقد معلق تعلیق در انشاء باشد عقد باطل است. در قانون مدنی عقد معلق پذیرفته شده و صحیح است منتها عقد معلق در صورتی صحیح است که تعلیق (وابسته کردن- معلق کردن) در منشاء (آثار) باشد نه در انشاء.

۸- عقد معوض:

عقدی است که دو عوض دارد و عوضین در مقابل هم قرار می گیرند مانند بیع که ثمن در مقابل مبیع است. وقتی عقد معوض است بین عوضین باید یک رابطه عادلانه موجود باشد یعنی از نظر اقتصادی عادلانه باشد و آلا مغبون خیار فسخ به لحاظ غبن دارد.^۱ در عقد معوض طرفین حق حبس دارند یعنی هر یک از طرفین می توانند اجرای تعهد از ناحیه خود را منوط به اجرای تعهد از ناحیه طرف مقابل کند. در عقد معوض اگر تعهد یکی از طرفین باطل بود، تعهد طرف دیگر نیز باطل است. فرد (الف) یک کیلو تریاک به فرد (ب) داده است که فرد (ب) برای او اسبی بیاورد. لذا چون تحویل تریاک باطل است تحویل اسب هم باطل می باشد.

۸- عقد غیر معوض (بلا عوض):

عقدی است که در مقابل عوض، عوضی قرار نمی گیرد و به واقع عقد مجانی است یعنی یکی تعهدی بر عهده دارد و دیگری تعهدی بر عهده ندارد مانند هبه.

۹- عقد تملیکی:

عقدی است که به محض انشاء برای طرفین مالکیت می آورد و طرفین بر مالی مالکیت پیدا می کنند مانند عقد بیع که به محض بیع فروشنده مالک ثمن است و خریدار مالک مثنی است. در واقع در این نوع عقد طرفین بر مالی مالکیت پیدا می کنند.^۲

۱۰- عقد عهده:

عقدی است که با ایجاب و قبول، تنها تعهدی بر عهده متعهد مستقر می شود و طرفین متعهد می شوند مانند اینکه فرد (الف) متعهد می شود که منزل (ب) را رنگ بزند و فرد (ب) صاحب چیزی نمی شود. در واقع در این نوع عقد هر کدام از طرفین یا یکی از آنها بر شخصی مستحق می شود. بنابراین، موضوع بعضی از عقود مالکیت

^۱ - بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقهیه، مطبعة الآداب، نجف اشرف، ۱۳۸۹ق، ج ۳، ص ۱۱۶

^۲ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، صص ۳۰ و ۳۱

نیست بلکه تعهد می باشد که به این عقود، عقود عهدی می گوئیم مثل قرارداد های پیمانکاری. (در فصل سوم به آنها اشاره خواهیم نمود)

۱۱- عقد مطلق:

عقدی است که شرطی ضمن آن نشده باشد. قانون مدنی در مقام بیان اقسام عقود در ماده ۱۸۹ تعریفی از عقود منجز ارائه کرده است که از مفهوم مخالف آن می توان به تعریف عقود معلق دست یافت. تعلیق نقطه مقابل تنجیز است. عقد منجز طبق تصریح قانونگذار آن است که تاثیر آن بر حسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود. پس از این تعریف برمی آید که عقد منجز عقدی است که در آن ایجاد اثر حقوقی مثلاً در عقد بیع انتقال مالکیت منوط به امری نشده است، درحالی که عقد معلق برعکس آن است یعنی تحقق ماهیت عقد (اثر حقوقی) موقوف بر وقوع امری شده است و در واقع قصد مشترک بدون تحقق آن امر عقد را ایجاد نمی کند.

نکته حائز اهمیت این است که نباید عقد معلق را با عقد مشروط اشتباه گرفت. در عقد مشروط طرفین در ضمن تعهدات اصلی که دارند یکسری تعهدات ضمنی و فرعی را هم برعهده می گیرند که این شرط یا شروط باید صریح و روشن بوده و مشروط علیه ملزم به انجام شرط است والا از طریق دادگاه الزام می شود و در صورت عدم امکان اجرای شرط هم حق فسخ برای مشروط له (کسی که شرط به نفع او است) به وجود می آید. در حالی که در عقد معلق شرط تعلیقی همان طور که ذیلاً بحث خواهد شد امری ممکن الحصول است که وقوع آن برای طرفین محل تردید است. در ضمن طرفین بدون وقوع شرط اصلاً عقدی را اراده نمی کنند و در صورت عدم وقوع شرط نمی توان متعهد را ملزم به انجام شرط کرد. نتیجه اینکه تعلیق موکول کردن عقد به امر دیگری است به طوری که پیش از تحقق امر معلق علیه عقدی به وجود نمی آید در صورتی که شرط امر فرعی متصل به عقد است که تشکیل عقد متوقف بر آن امر فرعی نیست. عقد در زمان انشا محقق می شود و شرط یا آثار آن را با خود به وجود می آورد.^۱

۱۲- عقد مشروط:

عقدی است که ضمن آن شرطی شده باشد. راجع به تعریف شرط تعاریف متعددی ارائه شده است:

^۱ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات، ج ۱، تهران، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص ۵۴