

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

دانشگاه بین‌المللی امام خمینی



IMAM KHOMEINI
INTERNATIONAL UNIVERSITY

دانشکده علوم اجتماعی

گروه حقوق

تحلیل حقوقی ماهیت قراردادهای مشارکت در ساخت

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق خصوصی

مظاهر اسدی

استاد راهنما:

دکتر ربیعا اسکینی

استاد مشاور:

دکتر مهرزاد ابدالی

اسفند ۱۳۹۲

پاس و ستایش مرخداى راجل و جلاله كه آثار قدرت او بر چهره روز روشن، تابان است و انوار

حكمت او در دل شب تار، در فشان.

تقدیر و شکر از

استاد فرزانه و دلسوز دكتر ربیعا سكینی كه الگوى راهم بوده...

استاد عزیز دكتر مهرزاد ابدالی

كه با حسن خلق و فروتنی، از پیچ لكی در این عرصه بر من دریغ ننمودند...

و از استاد مهربان دكتر عبدالله کیانی كه زحمات داورى این رساله را مستقیماً متقبل شدند.

چکیده

قرارداد مشارکت در ساخت، یکی از انواع قراردادهای ساخت و ساز است که مطابق آن مالک زمین با شخص دیگری (حقیقی یا حقوقی) قراردادی منعقد می‌کند تا در ازای ساختن پروژه‌ای ساختمانی در زمین مزبور، در آنچه ساخته می‌شود شریک گردند.

با بررسی پیشینه قرارداد مشارکت در ساخت مشخص شد که در فقه امامیه به دلیل نوپایی و نو ظهور بودن مشارکت در ساخت، به طور صریح و مستقیم اشاره‌ای به این قراردادها نشده است، لذا مشارکت در ساخت فاقد سبقه فقهی است. مقررات حقوقی ایران نیز در این زمینه، پاسخگوی سؤالات و شبهات مطروحه پیرامون مفهوم، ماهیت، قلمرو و ارکان قرارداد مشارکت در ساخت نمی‌باشد. قرارداد مشارکت در ساخت اوصافی چون معوض بودن، تملیکی بودن و لازم بودن را دارا می‌باشد. در نگاه اول شاید بتوان انطباق قرارداد مشارکت در ساخت را بر یکی از عقود معین چون بیع یا اجاره یا برخی عقود غیر معین نظیر استصناع و قرارداد مقاطعه کاری، با عنایت به ضوابط قانونی موجود و قصد متعاقدين و ارتکازات عرفی در قرارداد مشارکت در ساخت آن را توجیه کرد، اما لزوم التزام به کلیه آثار هریک از این عقود معین و نامعین ما را از این تطبیق باز می‌دارد. لذا مستقل بودن قرارداد مشارکت در ساخت را می‌توان با عنایت به عمومات عقود و اصل آزادی قراردادی و عرف و بنای عقلا توجیه نمود. این تفسیر از قرارداد مشارکت در ساخت مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی است که مستلزم آثار وضعی می‌باشد و این از آن جهت است که عقود منحصر به عقود معین نبوده و برای ترتب آثار وضعی نیازی نیست تا همه توافقات و قراردادها را از باب توقیفی بودن عقود در قالب عقد معین تفسیر نمود زیرا همین که شارع، ردع و منعی بر قراردادی به طور ویژه وارد ننموده باشد، مؤید صحت آن عقد است.

واژگان کلیدی؛ ماهیت قرارداد، قرارداد مشارکت در ساخت، عقد معین، عقد نامعین.

فهرست

مقدمه	۱
۱- تعریف مسأله	۱
۲- سؤال‌های تحقیق	۴
۳- سوابق پژوهشی موضوع	۴
۴- روش تحقیق	۴
۵- نتایج علمی قابل پیش بینی از تحقیق	۴
۶- طرح و توجیه پلان	۵
فصل اول- کلیاتی در ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت (تعاریف و مفاهیم اولیه)	۷
مبحث اول- مفهوم، مبنا، اهمیت و پیشینه تاریخی قرارداد مشارکت در ساخت	۹
گفتار اول- مفهوم عقد و مقایسه آن با قرارداد	۹
گفتار دوم- مفهوم وعده و تمایز آن با عقد	۱۰
گفتار سوم- مفهوم قرارداد مشارکت در ساخت	۱۱
گفتار چهارم- مبنای تحقق و اهمیت قرارداد مشارکت در ساخت	۱۲
بند اول- مبنای تحقق	۱۲
بند دوم- اهمیت مشارکت در ساخت	۱۴
گفتار پنجم- پیشینه تاریخی قرارداد مشارکت در ساخت	۱۵
بند اول- پیش از پیروزی انقلاب	۱۵
بند دوم- پس از پیروزی انقلاب	۱۶
مبحث دوم- انواع قراردادهای مشارکت در ساخت	۱۷

گفتار اول-از حیث موضوع ساخت	۱۷
بند اول-قرارداد مشارکت در ساخت بنا	۱۸
بند دوم-قرارداد واگذاری زمین به منظور انبوه سازی	۱۸
بند سوم-قرارداد مشارکت پیمان-مدیریت	۱۸
گفتار دوم-از حیث متعاقدين	۱۹
بند اول-اشخاص حقیقی	۱۹
بند دوم-اشخاص حقوقی حقوق خصوصی	۱۹
الف-شرکت های خصوصی	۱۹
ب-موقوفات	۲۰
ج-بانک ها	۲۱
بند سوم-اشخاص حقوقی حقوق عمومی	۲۲
الف-دولت	۲۲
ب-شهرداری ها	۲۳
مبحث سوم-بررسی ارکان و شرایط قراردادهای مشارکت در ساخت	۲۳
گفتار اول-ارکان قرارداد مشارکت در ساخت	۲۵
بند اول-متعاقدين قرارداد مشارکت در ساخت و عنوان حقوقی آنها	۲۵
بند دوم-معقود علیه یا موضوع قرارداد	۲۷
بند سوم-آورده و قدرالسهم طرفین قرارداد مشارکت در ساخت	۲۸
الف-آورده در قرارداد مشارکت در ساخت	۲۸
ب-قدرالسهم طرفین قرارداد مشارکت در ساخت	۲۹

۳۰	گفتار دوم- شرایط حاکم بر قراردادهای مشارکت در ساخت
۳۴	بند اول- وجود موضوع معامله در قرارداد مشارکت در ساخت
۳۵	بند دوم- قدرت بر تسلیم مورد معامله در قرارداد مشارکت در ساخت
۳۵	بند سوم- معین و مشخص بودن مورد معامله در قرارداد مشارکت در ساخت
۳۸	بند چهارم- قصد و رضای طرفین
۴۲	بند پنجم- اهلیت طرفین
۴۳	بند ششم- مشروعیت جهت در قرارداد مشارکت در ساخت
۴۶	مبحث چهارم- اوصاف قرارداد مشارکت در ساخت
۴۶	گفتار اول- عنوان حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت
۴۷	بند اول- استفاده از اسامی عقود معین
۴۷	بند دوم- قرارداد مشتمل بر عقود متعدد
۴۷	بند سوم- ترجیح استفاده از عناوین کلی در قرارداد
۴۸	گفتار دوم- تبیین جایگاه قرارداد مشارکت در ساخت در تقسیم بندی اوصاف عقود
۴۸	بند اول- معوض بودن قرارداد مشارکت در ساخت
۴۹	بند دوم- لازم بودن قرارداد مشارکت در ساخت
۵۴	بند سوم- رضایی بودن قرارداد مشارکت در ساخت
۵۶	بند چهارم- عهدی - تملیکی بودن قرارداد مشارکت در ساخت
۵۷	بند پنجم- مستمر بودن قرارداد مشارکت در ساخت
۵۸	فصل دوم- بررسی معین یا غیر معین بودن ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت
۶۰	مبحث اول- تأویل قرارداد مشارکت در ساخت به عقود معین

گفتار اول- عقد بیع و قرارداد مشارکت در ساخت	۶۱
بند اول- اقسام بیع به تبع نوع میبع	۶۱
بند دوم- ارتباط قرارداد مشارکت در ساخت و عقد بیع	۶۴
گفتار دوم- قرارداد مشارکت در ساخت و بیع سلم	۶۶
گفتار سوم- قرارداد مشارکت در ساخت و عقد اجاره	۷۰
بند اول- مفهوم اجاره و اقسام آن	۷۰
بند دوم- ارتباط قرارداد مشارکت در ساخت با عقد اجاره	۷۳
گفتار چهارم- قرارداد مشارکت در ساخت و عقد جعاله	۷۴
بند اول- مفهوم جعاله و اقسام آن	۷۴
بند دوم- ارتباط قرارداد مشارکت در ساخت با عقد جعاله	۷۷
گفتار پنجم- تطبیق قرارداد مشارکت در ساخت بر عقد شرکت	۷۸
گفتار ششم- قرارداد مشارکت در ساخت و عقد مضاربه	۸۱
بند اول- مفهوم و ماهیت مضاربه	۸۱
بند دوم- چگونگی ارتباط قرارداد مشارکت در ساخت با عقد مضاربه	۸۲
مبحث دوم- تأویل مشارکت در ساخت به عقود نامعین	۸۴
گفتار اول- قرارداد مشارکت در ساخت و عقد استصناع	۸۴
بند اول- مفهوم و ماهیت استصناع	۸۴
بند دوم- چگونگی ارتباط قرارداد مشارکت در ساخت با عقد استصناع	۸۸
گفتار دوم- قرارداد مشارکت در ساخت و قرارداد پیش فروش ساختمان	۸۸
بند اول- مفهوم قرارداد پیش فروش ساختمان	۸۸

بند دوم- ارتباط قرارداد مشارکت در ساخت و قرارداد پیش فروش ساختمان.....	۹۱
گفتار سوم- قولنامه و تطبیق آن بر قرارداد مشارکت در ساخت	۹۳
گفتار چهارم- مشارکت در ساخت و قرارداد B.O.T (قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری) ..	۹۹
بند اول- مفهوم بی.او.تی	۹۹
بند دوم- مقایسه قرارداد بی.او.تی و عقد امتیاز	۱۰۰
بند سوم- چگونگی ارتباط قرارداد مشارکت در ساخت و بی.او.تی	۱۰۳
گفتار پنجم- مقایسه و تطبیق قرارداد مشارکت در ساخت و قرارداد مقاطعه کاری	۱۰۵
گفتار ششم- قرارداد مشارکت در ساخت و قرارداد جوینت ونچر	۱۰۸
بند اول- مفهوم جوینت ونچر	۱۰۸
بند دوم- بررسی چگونگی ارتباط قرارداد مشارکت در ساخت و جوینت ونچر	۱۱۱
مبحث سوم- مشارکت در ساخت به عنوان قراردادی معین	۱۱۲
گفتار اول- توقیفی یا عدم توقیفی بودن عقود و اصل آزادی قراردادی	۱۱۳
بند اول- توقیفی یا عدم توقیفی بودن عقود	۱۱۳
بند دوم- اصل آزادی قراردادی	۱۱۶
گفتار دوم- عرف و سیره عقلا	۱۱۷
گفتار سوم- اصل اباحه و قرارداد مشارکت در ساخت	۱۱۹
نتیجه گیری	۱۲۲
منابع	۱۲۴

مقدمه

۱- تعریف مسأله

نیاز انسان امروز به انواع معاملات و قراردادهای تحول زیادی پیدا نموده است، زیرا عوامل زیادی به وجود آمده است که دوران معاصر را از سایر دوران پیشین متمایز می‌گرداند. از جمله، ابتکارات مدهوش کننده‌ای در وسایل سریع بین نقاط دور دنیا و نیز ابتکارات صنعتی که در بسیاری از زمینه‌ها رخ داده که در گذشته نزدیک، تصور آن هم ممکن نبود، و این تحولات منافی برای انسان داشته که در آرزو هم نمی‌آورد و یا خدماتی ضروری را برای وی آسان نموده که عملاً برایش مشقت بار و پر زحمت بود، در حالی که امروزه به راحت‌ترین روش ممکن انجام می‌شود.

همچنین رشد علم و توسعه‌ی افق‌های آن و ژرف‌نگری در آن از دیگر عواملی است که نیازهای امروزه را متحول نموده است و روابط تجاری و بازرگانی جدید و متناسب با زمان حاضر را به وجود آورده است. یکی از ویژگی‌های مهم عصر ما، که این دوران را از گذشته متمایز می‌گرداند، ظهور قراردادهای جدید است که جهت برآورده ساختن نیازهایی که در دوره‌های گذشته وجود نداشته یا مورد توجه نبوده است، پدید آمده است، که از آن جمله می‌توان به قراردادهای پیمانکاری در ساختمان‌ها، کارخانه‌های بزرگ، پروژه‌ها و تأسیسات بزرگ اشاره کرد. چنان‌که برخی از قراردادهای گذشته به شکل ابتدائی و اولیه وجود داشته، امروزه صورت تکامل یافته پیدا نموده است.

در این دوره نیاز به انواع معاملاتی پیدا شده که در گذشته نیاز به آن‌ها بسیار کم و در حد نیاز شخصی بوده است ولی امروزه در عصر صنعت و پروژه‌ها و سرمایه‌گذاری‌های عظیم، این معاملات قابلیت جواب‌گویی به نیازهای مهم اقتصادی را دارا می‌باشند. در این رابطه یکی از مهم‌ترین قراردادهایی که در این زمینه می‌توان نام برد قرارداد مشارکت در ساخت است.

نیاز انسان به مسکن از جمله نیازهای طبیعی و ابتدایی انسان از همان آغاز استقرار او بر زمین بوده است. انسان در طول تاریخ در جهت رفع این نیاز خود، به راه‌های گوناگون دست به کار شده است. در عصر حاضر، با افزایش ناگهانی جمعیت کره‌ی زمین و محدودیت فضای استقرار انسان‌ها در آن،

ساخت و سازها اهمیت قابل توجهی یافته است. در بیشتر کشورهای دنیا، ساخت مسکن به دلیل تحمیل هزینه‌های هنگفت، معضل بزرگی به وجود آورده است. از سوی دیگر، محدودیت امکانات شهری مانند زمین، باعث شده است تا شهرها از حالت افقی به حالت عمودی گسترده شوند و به جای خانه‌ها یا ویلاهای یک یا دو طبقه، ساختمان‌ها و برج‌های چند طبقه و عظیم ساخته شود. از طرف دیگر با افزایش امید به زندگی انسان و بالا رفتن نرخ رشد جمعیت کره‌ی زمین به نحو بی‌سابقه، دولت‌ها با مشکلاتی جدی برای برطرف کردن نیازهای مردم خود مواجه شده‌اند.

صنعت ساختمان یکی از قدیمی‌ترین و مهم‌ترین بخش‌های زیربنایی در امر توسعه‌ی اقتصادی هر کشوری می‌باشد. به ویژه در ایران که از قدیم‌الایام زمین و ملک از با ارزش‌ترین دارایی‌های مردم و نوعی وسیله‌ی ثروتمند شدن محسوب می‌گردد، و همین دلیلی برای افزایش معاملات زمین و مسکن بوده است. در این میان، عده محدودی صاحب زمین هستند که اگر تنها آنان را دارای حق سکونت در زمین بدانیم، دیگر جایی برای سایر مردم باقی نخواهد ماند. از سوی دیگر مالکان زمین نیز لزوماً تخصص کافی و یا توانایی مالی ساخت و ساز را ندارند؛ بنابراین این دو گروه (مالکین زمین و صاحبان تخصص فنی و توان مالی) در صدد مشارکت و همکاری با یکدیگر برآمده تا اقدام به ساخت و ساز کرده و از آنجا که مالک زمین، معمولاً چیزی جز زمین ندارد تا در ازای ساخت و ساز و اقدامات طرف مقابل پردازد، می‌پذیرد سهمی را از آنچه ساخته شده است، به سازنده یا طرف مقابل تعلق یابد.

موضوع مورد بحث در خصوص این قبیل مشارکت‌ها در زمینه ساخت و ساز، توصیف حقوقی قراردادی است که مشارکت مالک زمین و سازنده را تحقق می‌بخشد. در خصوص ماهیت حقوقی قراردادهای مشارکت در ساخت و مشروعیت آن، بحث حقوقی مجزا و اصیلی دیده نشده است. بی‌تردید توصیف دقیق این نوع قراردادها و بررسی ماهیت آن‌ها، می‌تواند بسیاری از ابهامات مربوط به این نوع قراردادها را برطرف کرده، و آثار حقوقی آن را روشن کند.

علاوه بر بردم عادی و اشخاص حقیقی و حقوقی بخش خصوصی، دولت و بسیاری از سازمان‌های دولتی و شهرداری‌ها نیز جهت تأمین مسکن و شهرسازی در حیطه وظایف خود، اقدام به ساخت

و ساز در زمین‌های خود می‌کنند و از آن‌جایی که در اغلب موارد سرمایه‌ی نقدی کافی برای این منظور در اختیارشان نیست، اقدام به انعقاد قرارداد مشارکت در ساخت با صاحبان سرمایه و انبوه‌سازان می‌نمایند. بنابراین تبیین حقوقی قرارداد مشارکت در ساخت و ماهیت آن، و ذکر اوصاف، آثار و شرایط انعقاد آن، می‌تواند راهگشای کار این دو مرجع نیز باشد. لذا پایان‌نامه حاضر در تلاش است تا با استفاده از روش توصیفی و کتابخانه‌ای به ارزیابی مفهوم و شرایط انعقاد قراردادهای مشارکت در ساخت پرداخته و به تبیین ماهیت حقوقی این قرارداد و در نتیجه روشن شدن قالب حقوقی مناسب برای این ماهیت، پردازد.

۲-سؤالهای تحقیق

۱- ماهیت قراردادهای مشارکت در ساخت از نگاه فقه و حقوق بر چه مبنایی استوار می‌باشد؟

۳-با توجه به این که قراردادهای مشارکت در ساخت فاقد سبقه فقهی می‌باشند، مشروعیت این قراردادها بر چه قالب حقوقی و چگونه قابل توجیه است؟

۳-سوابق پژوهشی موضوع

با بررسی و دقت در مطالب کتب، مقالات و پایان نامه‌ها، تا جایی که نگارنده آگاهی دارد در زمینه این موضوع کتب، مقالات و پایان نامه‌هایی که مستقیماً و از این زاویه به بررسی موضوع پرداخته باشد یافت نشد، اما در ارتباط با کلیت قراردادها و قراردادهای ساخت و ساز کتب و مقالاتی هرچند محدود به چشم می‌خورد.

کتب و مقالات و پایان‌نامه‌های مذکور نیز هر یک از زاویه‌ای خاص به کلیت قراردادها و بعضاً قراردادهای مشارکت در ساخت پرداخته‌اند، اما در تحقیق حاضر به صورت مبسوط و خاص به بررسی موضوع ماهیت حقوقی قرار دادهای مشارکت در ساخت پرداخته خواهد شد.

۴-روش تحقیق

روش تحقیق در این رساله توصیفی-تحلیلی است. به این صورت که ابتدا کتب، مقالات و سایر منابع معتبر در این زمینه گردآوری می‌شوند و سپس از میان مطالب و نظرات مطروحه در هر باب، پس از بیان نقاط قوت و ضعف آنها، به بیان نظرات خویش پرداخته تا ضمن مشخص شدن قالب حقوقی قراردادهای مشارکت در ساخت ماهیت حقوقی این قراردادها مورد بررسی قرار گیرد.

۵-نتایج علمی قابل پیش بینی از تحقیق

۱-کمک به نظریه پردازان و صاحب نظران حقوق در مواجهه با ماهیت حقوقی قراردادهای مشارکت در ساخت و در نتیجه رفع اختلاف نظر در این زمینه.

۲- امید است که با توجه به کاربرد فراوان این نوع قراردادها در جامعه، در عرصه قانونگذاری نیز قانونگذار را در تدوین قوانین جدید، هدایت نماید.

۳- امید به ارائه راهکار مناسب به قوه قضائیه در اجرای بهتر وظایف محوله و به خصوص یاری قضات محترم و رفع اختلاف در آرای صادره.

۶- طرح و توجیه پلان

به جهت آن که بررسی ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت نیازمند تبیین مفهوم و کلیات این قرارداد می باشد پلان تحقیق را به دو فصل عمده تقسیم نمودیم:

فصل اول: کلیاتی در ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت و فصل دوم: قالب حقوقی ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت و مستقل یا غیر مستقل بودن آن را مورد تجزیه و تحلیل قرار دادیم.

فصل اول منقسم به چهار مبحث گردید که در مبحث اول آن، به مفهوم مشارکت در ساخت پرداخته و اهمیت، مبنا و پیشینه تاریخی این قراردادها را مورد بحث قرار دادیم. در مبحث دوم انواع قراردادهای مشارکت در ساخت از حیث موضوع ساخت و ساز و متعاقدين این قرارداد مورد بررسی قرار گرفت. در مبحث سوم این فصل نیز ارکان و شرایط قرارداد مشارکت در ساخت (مانند وجود موضوع مورد معامله و قدرت بر تسلیم آن و...)، و متعاقدين آن و آورده و قدرالسهم هریک از طرفین این قرارداد بررسی شد. و در نهایت نیز در مبحث چهارم این فصل عنوان حقوقی مناسب قرارداد مشارکت در ساخت را بررسی کرده و جایگاه این قرارداد را در بین قراردادها با توجه به ویژگی های آن از نظر معوض یا غیر معوض بودن، لازم یا جایز بودن، رضایی یا تشریفاتی بودن، عهدی و تملیکی بودن قراردادهای مشارکت در ساخت و برخی ویژگی های دیگر مطالعه نموده و در پایان این مبحث هم مشروعیت جهت در قرارداد مشارکت در ساخت بررسی و تبیین گردید.

در فصل دوم تحقیق حاضر ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت را به عنوان ماهیتی مستقل یا غیر مستقل بررسی نمودیم. لذا در این راستا در مبحث اول این فصل قرارداد مشارکت در ساخت را با

برخی عقود معین و ماهیت آن‌ها مقایسه کرده قابلیت یا عدم قابلیت این تطبیق مورد بحث قرار گرفت. در مبحث دوم نیز همین تطبیق با برخی از عقود نامعین مرتبط با قرارداد مشارکت در ساخت از جمله قرارداد مقاطعه کاری، بی.اوتی، قرارداد استصناع و ... بررسی شد، و در مبحث سوم و آخر این فصل نیز قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان قراردادی مستقل و بدون وابستگی به ماهیت سایر عقود معین یا نامعین، مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفت و در پایان نیز از مجموع مباحث و مطالب عنوان شده نتیجه‌گیری شده و در نهایت منابع مورد استفاده در این پژوهش، آورده شد.

فصل اول: کلیاتی در ماهیت قرارداد مشارکت در ساخت

(تعاریف و مفاهیم اولیه)

مشارکت در ساخت به عنوان امری رایج و متداول در عرف، نیازمند تحلیل ماهوی از این جهت است که مشخص گردد ماهیت آن عقد است یا وعده. به بیان دیگر آیا التزامی در آن وجود دارد یا این که لازم الوفا نیست. در همین راستا تبیین حقوقی عقد و تمایز آن از وعده با توجه به قصد طرفین و ارتکازات عرفی و مبانی تحقق عقد و وعده و مواد قانون مدنی، لازم می آید. خصوصاً با عنایت به اصل آزادی قراردادی و سیره عقلی و عدم انحصار عقود در عقود معین، زمینه را برای مستقل بودن قرارداد مشارکت در ساخت فراهم می نماید. در فصل پیش رو اهتمام بر تبیین موارد فوق و حصول این نتیجه است که امکان تصور قرارداد مشارکت در ساخت به عنوان قرارداد مستقل، هم از منظر قانون مدنی و هم مبانی فقهی و عرفی موجود بوده و امری معقول و ممکن است.

مبحث اول: مفهوم، مبنا، اهمیت و پیشینه تاریخی قرارداد مشارکت در ساخت

گفتار اول- مفهوم عقد و مقایسه آن با قرارداد

قرارداد یک واژه‌ی فارسی است که از لفظ قرار به معنای ثبات و قرار ورزیدن، استواری و پایداری و همچنین عهد، شرط، قول و تأکید، اشتقاق است. بنابراین قرار بستن یعنی عهد و پیمان بستن. عقد واژه‌ای عربی است و در لغت به معنای محکم کردن و گره زدن است و در اصطلاح رابطه‌ی اعتباری است و جمع آن عقود می‌باشد.^۱

کلمه‌ی عقد اسم مصدر عربی به معنای جمع کردن اطراف چیزی است و در اجسام سخت و محکم استعمال می‌شود. مثل گره زدن ریسمان و محکم کردن ساختمان و ضد آن حل به معنای گشودن است^۲ و در مفهوم حقوقی خود استعاره از عقد حقیقی می‌باشد. به همین جهت به ایجاب و قبول مرتبط و التزام در برابر التزام و ارتباط و پیوند دو طرف و ربط قراری به قراری دیگر تعریف شده است. البته ربطی که موجب اثر حقوقی باشد. به عبارتی دیگر، عقد توافق دو اراده در ایجاد امری حقوقی است.^۳ قانون مدنی در تعریف عقد در ماده‌ی ۱۸۳ آورده است که عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نماید و مورد قبول آن‌ها باشد.

فارغ از ایرادات وارده بر تعریف عقد مبنی بر این که اثر عقد صرفاً تعهد نیست بلکه عقد یکی از مصادر ایجاد تعهد می‌باشد^۴ و در نهایت به جهت حصول توافق قانونی در تعهد است که در عقود تملیکی چون بیع و اجاره، این تعهد به فوریت محقق می‌شود اما در عقود عهدی با تراخی. نکته‌ی شایان ذکر این است که در نظر عده‌ای عقد در معنای اعم مترادف با قرارداد است و در معنای خاص؛ عقد شامل عقود معین و قرارداد شامل عقود غیرمعین می‌باشد^۵ و در نقطه‌ی مقابل، دیگران قایل به

۱-منصوری، سعید، ماهیت قرارداد استصناع در حقوق ایران، انتشارات میزان، ۱۳۸۹، ص ۲۶.

۲- نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، جلد ۲۲، دار الحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت، ۱۹۸۱ م، ص ۳.

۳- محقق داماد، مصطفی، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد اول، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۹، ص ۶۷.

۴- همان، ص ۶۴.

۵- امامی، حسن، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامی، چاپ سوم، تهران، ۱۳۵۱، ص ۱۵۹.