





دانشگاه گیلان

پر ديس بين الملل

پایان نامه کارشناسی ارشد

# مبنای لزوم و جواز عقود

## در حقوق ایران

از

امیر رضایی گیل کلایه

استاد راهنما

دکتر محمدرضا شرافت پیما

شهریور ۱۳۹۰

تقدیم بہ روان پاک مادر بزرگم

سرکار خانم محترم محمودی

بہ پدر و مادرم بہ پاس دریای سیکران محبتہائشان

و

یکانہ بہانہ زندگیم ملیحہ

اکنون که به یاری خداوند متعال، مراحل نگارش پایان‌نامه به اتمام رسیده است بر خود واجب می‌دانم از راهنمایی‌های علمی و دلسوزانه استاد راهنمای خویش جناب آقای دکتر محمدرضا شرافت پیما و استاد مشاور خود جناب آقای دکتر سیدمحمد اسدی‌نژاد کمال تشکر را داشته و همواره سپاسگزار زحمات بی‌دریغشان باشم.

همچنین از اساتید ارجمند جناب آقای دکتر رستمی و جناب آقای دکتر مقصودی که به عنوان داور قبول زحمت فرموده و در جلسه دفاع اینجانب شرکت نمودند بینهایت سپاسگزارم.

## فهرست مطالب

مقدمه	۱
اهمیت موضوع	۳
پیشینه تحقیق	۴
۱- کلیات	
۱-۱- تعریف لغوی عقد	۶
۲-۱- تعریف اصطلاحی عقد	۶
۱-۲-۱: تعریف عقد در حقوق	۶
۲-۲-۱: تعریف عقد در فقه امامیه	۸
۳-۱- مقایسه دو واژه عقد و قرارداد	۹
۱-۳-۱: قلمرو ماده ۱۰ قانون مدنی	۱۲
۲-۳-۱: مقایسه ماده ۱۰ قانون مدنی و عقد صلح	۱۳
۲- منشأ و مبنای لزوم و جواز در عقود	
۱-۲- بررسی عقد لازم و جایز	۱۶
۱-۱-۲: مبنای انفساخ عقود جایز در اثر فوت - حجر یا سفه	۱۷
۲-۱-۲: امری یا تکمیلی بودن انفساخ عقود جایز	۱۹
۲-۲- نظریات مربوط به مبنای لزوم و جواز عقود	۲۱
۲-۲-۱: لزوم و جواز مقتضای عقود است	۲۱
۲-۲-۲: مبنای لزوم و جواز حکم شرع است	۲۴

۲۵ ..... ۳-۲-۲: مبنای لزوم و جواز، اراده طرفین است

۲۶ ..... ۳-۲-۳: نظریه منتخب: مبنای لزوم و جواز، ماهیت اثر حقوقی عقد است

### ۳- اصل لزوم

۳۳ ..... ۱-۳-۱: معنای واژه «اصل» در اصل لزوم

۳۵ ..... ۲-۳-۲: مبانی فقهی اصاله اللزوم

۳۵ ..... ۱-۲-۳: ادله اجتهادی

۴۳ ..... ۲-۲-۳: ادله فقهی (استصحاب)

۴۶ ..... ۳-۳-۳: مقایسه التزام به عقد و اصل لزوم

### ۴- بررسی لزوم و جواز در عقود تملیکی - عهدی و اذنی

۵۵ ..... ۱-۴-۱: عقود تملیکی

۵۵ ..... ۱-۱-۴: بیع

۵۶ ..... ۲-۱-۴: اجاره

۵۸ ..... ۳-۱-۴: معاوضه

۵۹ ..... ۴-۱-۴: قرض

۶۰ ..... ۵-۱-۴: وصیت (تملیکی - عهدی)

۶۴ ..... ۶-۱-۴: هبه

۶۶ ..... ۲-۴-۲: عقود عهدی و اذنی

۶۶ ..... ۱-۲-۴: تعهد

۶۷ ..... ۱-۲-۴: مزارعه - مساقات

۷۰ ..... ۲-۱-۴: حواله

۷۲ ..... ۲-۲-۴: عقود اذنی (ودیعه - عاریه - وکالت)

۷۴ ..... ۳-۴: لازم یا جایز بودن عقد بیمه و قرارداد تایم شیرینگ

۷۴ ..... ۱-۳-۴: عقد بیمه

۷۹ ..... ۲-۳-۴: قرارداد تایم شیرینگ

۸۴ ..... نتیجه گیری

۸۷ ..... فهرست منابع

چکیده:

عنوان: مبنای لزوم و جواز عقود در حقوق ایران

نام: امیر رضایی گیل کلایه

عقود از حیث دوام به لازم و جایز تقسیم می گردند.

عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه. عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند.

سوال اساسی اینجاست بر چه مبنایی برخی از عقود لازم و برخی جایز معرفی شده اند؟

در نوشتار حاضر مشخص می گردد که مبنای لزوم و جواز در عقود، ماهیت اثر حقوقی می باشد.

شناخت ماهیت اثر حقوقی به عنوان منشأ لزوم و جواز این فایده را دارد که در موارد تردید در لزوم یا جواز یک عقد می توان بنا به قاعده بدست آمده حکم قضیه را روشن نمود. گرچه برخی در این حالت، سریعاً با توسل به اصل لزوم، عقد مذکور را لازم می دانند اما نادرستی این نظر اثبات می گردد.

در ادامه خواهیم دید که اذن به عنوان مبنای انفساخ عقود ذاتی در اثر فوت حجر یا سفه می باشد.

همچنین لزوم و جواز برخی از عقود معین و نامعین بررسی خواهد شد. به عبارت دیگر از طریق ماهیت اثر حقوقی مشخص می گردد آیا قانون گذار به درستی برخی از عقود لازم و برخی را جایز معرفی کرده یا خیر.

کلیدواژه: عقد - لازم - جایز - ماهیت اثر حقوقی



**Abstract:****Title: The basis of revocability and irrevocability of the contract according to Iranian****Author: Amir Rezaie Gilkalayeh**

Regarding the durability of the contracts, they are divided into two main categories; i.e. binding contracts and optional contracts. A binding contract is one which cannot be broken by either party except under specified circumstances, on the other hand, the main question which will be arisen is that, what is the main basis of determination of the contracts as binding contracts or optional ones?

In this study, it will be showed that the basic of categorizing a contract as binding or optional is their legal effects. The advantage of specifying the nature of legal effects as the basic of categorizing contracts as binding or optional is that in the case of uncertainties regarding the contract, the provided principle can clear the ambiguity. It should be mentioned that, although some scholars classify contracts in binding categories in the case of any uncertainty (according to the the irrevocability of the contracts principle), this theory will be failed in this study. Then, permission will be shown as the basis of termination of permissible contracts, in the case of any death, immaturity, or insanity.

Also, a couple of specific contracts and non specific contracts will be examined under this theory. In other words, taking into account of the nature of legal effects, it would be examined, whether the legislature classified such contracts in right categories.

**Key words:** contracts, binding, optional, nature of legal effects

## مقدمه:

یکی از بخشهای عظیم روابط اجتماعی انسانها، تعداد بیشمار معاملات و قراردادهایی است که روزانه در سراسر دنیا، منعقد می‌گردند. در نظامهای حقوقی و کشورهای مختلف به منظور تنظیم این دسته از روابط، قواعد و مقرراتی وضع گردیده است که در مجموع به این قواعد، حقوق قراردادها (قواعد عمومی قراردادها) گفته می‌شود.

در حقوق ایران، قواعد عمومی قراردادها، داخل در مباحث حقوق مدنی مورد توجه قرار گرفته و به گفته‌ی بزرگان حقوق، یکی از مهمترین موضوعات حقوقی است.

از جمله مواردی که در قلمرو وسیع قواعد حاکم بر روابط قراردادی، مطرح می‌باشد سخن گفتن پیرامون اقسام عقود است به طوری که قانون‌گذار ایران در ماده ۱۸۴ قانون مدنی عقود را به لازم - جایز - خیاری - منجز و معلق تقسیم نموده است و نویسندگان حقوقی نیز انواع دیگری را در کتابها و مقالات خویش بیان نموده‌اند. اما آنچه در حال حاضر محل تأمل بوده و دغدغه اصلی محسوب می‌گردد، پاسخ دادن به این سوال است که بر چه اساسی برخی عقود لازم و برخی جایزند؟ در پشت چهره هر عقد چه چیزی نهفته است که موجب می‌گردد بعضی عقود لازم و برخی جایز باشند؟

آیا هیچ قاعده و مبنایی در این زمینه وجود دارد؟

همچنین بر چه مبنایی بسیاری از فقها و حقوقدانان عقیده دارند، در موارد تردید در لزوم یا جواز یک عقد، اصل بر لزوم می‌باشد؟

به هر شکل، سوالات فوق و بسیاری سوالهای دیگر موجب گردید، موضوع پایان نامه خود را به این امر اختصاص داده و در

پنج فصل ارائه نمایم.

فصل اول مشتمل بر کلیات - تعاریف و آشنایی با مفاهیم است.

فصل دوم، منشأ لزوم و جواز عقود مورد بررسی قرار خواهد گرفت همچنین در این فصل مبنای انفساخ عقود جایز در اثر حجر،

فوت یا سفه آشکار می‌شود.

فصل سوم جایگاه تحلیل اصل لزوم و مقایسه آن با اصل التزام است.

در فصل چهارم، بر طبق قاعده‌ای که در فصل دو به عنوان مبنای لزوم و جواز بدست آمده لازم یا جایز بودن برخی از عقود

معین تملیکی - عهدی و اذنی بررسی می‌گردد.

همچنین لزوم یا جواز عقد بیمه و قرارداد تایم شیرینگ آشکار می‌شود.

و در خاتمه، نتیجه‌گیری از مباحث مطروحه بیان می‌گردد.

شیوه گردآوری مطالب در این تدوین، استفاده از کتب و مقالات می‌باشد به همین خاطر پژوهش حاصل، «روش کتابخانه‌ای»

محسوب می‌گردد.

## اهمیت موضوع:

برخلاف آنچه ممکن است تصور شود، شناخت مبنای لزوم و جواز عقود، صرفاً بحثی تئوری نبوده و دارای فواید عملی و

کاربردی نیز می‌باشد.

به عنوان مثال با دگرگونی عظیم اجتماع انسانی و پیچیدگی زندگی مدرن، روزانه با پیدایش قراردادهای جدیدی مواجهیم که

مورد نیاز انسان عصر حاضر است. حال اگر در لازم یا جایز بودن یکی از این قراردادها تردید شود، تکلیف چیست؟ قرارداد

مذکور لازم است یا جایز؟

بر طبق قاعده‌ای که به عنوان مبنای لزوم و جواز معرفی می‌گردد، می‌توان حکم به لازم یا جایز بودن عقد مذکور داد.

## پیشینه تحقیق

با ملاحظه منابع در اختیار داشته، این نتیجه بدست می‌آید که در تمام آنها، سخن از عقد لزوم و جایز به میان آمده و اشاره‌ای به اصل لزوم نیز شده اما غالباً بحثی پیرامون مبنای لزوم و جواز و منشأ اصل لزوم ارائه نگردیده است.

به نظر می‌رسد دلیل این باشد که نویسندگان حقوقی هیچ فایده عملی در مطرح ساختن این امر ندیده‌اند. اما برخی به اهمیت این موضوع پی برده و در کتب یا مقالات خویش، مطالبی را پیرامون موضوع مورد بحث به رشته تحریر درآورده‌اند:

استاد دکتر جعفری لنگرودی بیش از سایرین به مبنای لزوم و جواز عقود عنایت داشته‌اند: به طوریکه در چهار کتاب (فلسفه حقوق مدنی - حقوق تعهدات - تأثیر اراده در حقوق مدنی و تحولات حقوق خصوصی) صفحاتی را به این امر اختصاص داده‌اند. با بررسی کتب دکتر کاتوزیان مشاهده می‌گردد استاد نیز اشاراتی در رابطه با موضوع داشته و در مقاله‌ای جامع مبنای انفساخ عقود جایز در اثر فوت یا حجر را بیان نموده‌اند.

در کتاب حقوق قراردادها در فقه امامیه (ج ۱) که زیر نظر استاد دکتر محقق داماد نگارش شده است نیز، نکات مفیدی درباره‌ی مبنای لزوم و جواز ارایه گردیده است.

دکتر محمدحسین شهبازی نیز در رساله دکتری خود که با عنوان «مبانی جواز و قابلیت رجوع در اعمال حقوقی» در سال ۱۳۸۲ در دانشگاه تهران دفاع شده، مباحث مفیدی در این باره ارائه کرده‌اند.

همچنین درباره اصل لزوم، استاد مرحوم، دکتر شهیدی در کتاب اصول قراردادها و تعهدات مباحث مفصلی در زمینه این اصل بیان داشته‌اند و در چند کتاب و مقاله دیگر نیز، برخی از حقوقدانان و فقها منشأ اصل لزوم را مورد بررسی قرار داده‌اند.

با همه این تفاسیر در خصوص لزوم و جواز عقود همچنان جای تحقیق، و تحلیل و پژوهش بسیار وجود دارد. چرا که سخن گفتن پیرامون عقد به طور اخص و قواعد عمومی قراردادها به طور اعم در تنظیم روابط انسانی مؤثر خواهد بود.

# فصل اول

کلیات

## ۱-۱- تعریف لغوی عقد:

ممکن است پاره‌ای بر این باور باشند که تعریف مفاهیم از نظر لغوی عملی بیهوده بوده و فاقد فایده عملی است و تنها موجب طولانی شدن بررسی و تحلیل در موضوع مورد نظر می‌شود. اما باید گفت در بسیاری موارد تعریف اصطلاحی یک واژه به تعریف لغوی آن نزدیک بوده و حتی در مواردی که در معنای اصطلاحی مفهومی شک کنیم، بنا به اصل «عدم‌النقل» که از اصول لفظیه<sup>۱</sup> است، حکم به عدم تغییر معنای لغوی می‌دهیم. یعنی معنای اصطلاحی آن را به معنای جدید منتقل نکرده بلکه همان معنای لغوی را ملاک قرار می‌دهیم. [کریمی، دکتر عباس، ادله اثبات دعوا، ص ۲۵]

بنابراین با توجه به فایده معنای لغوی، عقد در لغت به معنای بستن، گره زدن و محکم کردن است. [فیروزآبادی، مجدالدین،

القاموس المحيط (ج ۱)، ص ۳۱۵/ ابن منظور، لسان‌العرب (ج ۹)، ص ۳۰۹، مجمع‌البحرین، جزء ۳، ص ۲۱۷]

همچنین آمده است: «المعاقدة: المعاهدة و الميثاق» [ابن اثیر، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، ج ۳، ص ۲۷].

بنابراین عقد، پیمان و میثاق است که بر خلاف گشودن، بستن چیزی به چیز دیگر می‌باشد.

## ۱-۲- تعریف اصطلاحی عقد:

### ۱-۲-۱: تعریف عقد در حقوق:

در حقوق ایران، واژه عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی چنین تعریف شده است: «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»<sup>۲</sup>

---

۱- اصول لفظیه، اصولی هستند که برای اثبات مراد متکلم از لفظ به کار می‌روند و شامل: اصالة الظهور- اصالة الحقیقه- اصالة الطلاق- اصالة عدم‌النقل و... می‌باشد. محقق داماد- دکتر سید مصطفی- اصول فقه (دفتر اول)- ص ۴۱

۲- عقود و ایقاعات- در زمره اعمال حقوقی قرار دارند: برای دیدن تعریف و ویژگی اعمال حقوقی و تمایز آن از وقایع حقوقی ر.ک. به: شهیدی- دکتر مهدی- مجموعه مقالات حقوقی- مقاله «تمایز اعمال حقوقی و وقایع حقوقی»/ کاتوزیان- دکتر ناصر- مقدمه علم حقوق- ص ۲۷۹/ گلستانی- اسماعیل- مقاله اعمال و وقایع حقوقی/ مازو، هری، مازو، لئون و... (ترجمه نبوی)، مقاله اعمال و وقایع حقوقی

پاره‌ای ابراز داشته‌اند که ماده فوق بر گرفته از ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه است. [درودیان، دکتر حسنعلی، تقریرات حقوق مدنی ۳، ص ۲۰] گروهی دیگر بر این باورند که این ماده از تعریف فقها و ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه گرفته شده است [موحد، محمدعلی، مختصر حقوقی مدنی، ص ۲۰۹] و عده‌ای نیز معتقدند ماده ۱۸۳ تنها برگرفته از تعریف فقها بوده و از قانون مدنی فرانسه اقتباس نشده است. [خوینی، غفور، حقوق تعهدات، ص ۴۹] به هر شکل آنچه در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران، صرف نظر از منبع اقتباس قابل ذکر است وجود ایراداتی است که حقوقدانان به شرح آن پرداخته<sup>۱</sup> و برای برطرف شدن ایرادها تعریفی ارائه کرده‌اند. یکی از این تعاریف چنین است: «عقد عبارت است از ماهیت حقوقی که با همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در عالم اعتبار به وجود می‌آید» [شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۳۹]

در نظام حقوقی کامن‌لا، تعریف عقد بر اساس توافق بر مبنای این جمله مشهور شکل گرفته که «هر قراردادی یک توافق است ولی هر توافق یک قرارداد نیست»

[padifield, C.F, Law made simple, p.211]

یعنی می‌توان گفت توافق معنای وسیع‌تری نسبت به عقد دارد و بر این مبنا عقد «توافقی است که در روابط طرفین تاثیر

می‌گذارد.» [Anson's law of contract, p1]

به عبارت دیگر می‌توان گفت، عقد، در این نظام، یکی از مصادیق توافق محسوب می‌شود.

در حقوق فرانسه، دیدگاه سنتی، قائل به تفاوت میان عقد و اتفاق است به طوری که اتفاق (convention)، توافق دو یا چند اراده برای ایجاد تعهد یا نقل یا اصلاح و یا تعدیل و اسقاط آن است ولی عقد، توافقی است که تنها تعهد ایجاد می‌کند. بنابراین مطابق این دیدگاه هم، میان عقد و توافق عموم و خصوص مطلق وجود دارد. بر مبنای همین دیدگاه قانون‌گذار فرانسه در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی به تعریف عقد پرداخته است و مقرر می‌دارد «عقد توافقی است که به موجب آن یک شخص یا بیشتر در مقابل یک یا چند نفر متعهد به دادن چیزی یا انجام عملی یا برخورداری از انجام عملی می‌گردند» [السنهوری - دکتر عبدالرزاق - دوره حقوق تعهدات (منابع تعهد)، ص ۵۲]

---

۱- برای دیدن ایرادات وارد بر تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ر.ک. به: صفایی، دکتر سید حسین- دوره مقدماتی حقوقی مدنی (ج دوم)- ص ۱۹/ قاسم‌زاده- دکتر سید مرتضی - حقوق (اصول قراردادها و تعهدات)- ص ۱۰



در حقوق عرب نیز علی‌رغم گسترش و نفوذ تفکر سنتی مبنی بر تفاوت عقد و توافق پاره‌ای از علمای حقوق، عقیده بر عدم تفکیک عقد و توافق داشته و معتقدند: عقد به توافق دو اراده بر ایجاد اثر حقوقی تعریف شده است، خواه این اثر ایجاد تعهد باشد یا نقل یا تغییر یا پایان دادن به آن. [السنهوری، همان، ص ۵۲]

### ۱-۲-۲- تعریف عقد در فقه امامیه:

فقه‌های امامیه تعاریف مختلفی از عقد ارائه کرده‌اند: پاره‌ای عقد را «ایجاب مرتبط با قبول یا ایجاب مقترن با قبول» می‌دانند. در این دیدگاه، تاکید بر ابراز اراده است و این اراده از طریق لفظ و گفتار سبب ایجاد قصد انشا و به تبع آن عقد می‌شود. [عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۱۴۷/ آل کاشف الغطاء، تحریرالمجله، ج ۱، ص ۱۱۸] بر این اساس لفظ بیانگر اراده باطنی متعاقدين است. [جبعی عاملی، شرح لمعه، ج ۳، ص ۶۴]

بر اساس نظر دیگر عقد «التزام در برابر التزام» یا «ربط قراری به قرار دیگر» است. یعنی اگر عهد، التزام باشد، عقد التزام در برابر التزام است. [خمينی، کتاب البيع، ج ۱، ص ۶۸/ غروی اصفهانی، حاشیه مکاسب (ج ۱)، ص ۱۴۳]

گروه دیگر عقد را به معنای عهد مؤکد تعریف کرده‌اند. [نراقی، عوائدالایام، ص ۱۰/ موسوی بجنوردی، القواعد الفقیهه] اما تفسیر فقها در خصوص این تعریف با یکدیگر فرق می‌کند.

«پاره‌ای معتقدند عقد، تعهد میان طرفین در امری است بنابراین عقود همانند ودیعه- عاریه و... چون داخل در عقود عهدی نیستند، از قلمرو عقود خارج و از روی مسامحه واژه عقد برای عقود اذنی به کار می‌رود.

در تفسیر دیگر عهدی بودن عقد، ناشی مدلول التزامی آن است نه مدلول مطابقی آن. مدلول التزامی یعنی پای‌بندی به نتیجه انشا است ولی مدلول مطابقی در عقدی مانند بیع مبادله مال به مال است که با معاطات هم حاصل می‌شود. بر مبنای همین تفسیر معاطات عقد نیست زیرا عقد ناشی از مدلول التزامی است و عهدی بودن عقد به معنای التزام به عقد است یعنی در چنین حالتی عقد، عهد مؤکد است در حالی که معاطات عهد مؤکد به این مفهوم نیست.» [عبدی‌پور، دکتر ابراهیم، مبنای حقوقی التزام به عقد (رساله دکتری)، ص ۲۶ به بعد]

«تمایز این تعریف از تعریف دوم، یعنی ارتباط تعهدی با تعهد دیگر، روشن است. بر اساس تعریف دوم: نکته اصلی و مورد

تاکید در ماهیت عقد، «ربط و ارتباط» بین دو امر است، در حالی که در این نظریه جوهره اصلی عقد «تعهد و التزام» طرفین عقد است. همچنین در تعریف دوم، منظور از تعهد، مطلق عهد است، خواه عهد استوار و موثق باشد خواه غیر آن، حال آنکه در نظریه سوم منظور از عقد فقط عهد موکد و موثق است» [محقق داماد، دکتر سید مصطفی، حقوق قراردادها در فقه امامیه (ج ۱)، ص ۶۳]

پس از بیان تعاریف فقها در زمینه عقد، باید گفت که هر یک از این تعاریف قابل نقد و تحلیل می‌باشند ولی از بررسی نمودن این تعاریف صرف نظر می‌شود. چرا که این مباحث بیان مقدماتی است برای ورود به موضوع اصلی نوشتار یعنی لزوم و جواز عقود.<sup>۱</sup>

### ۱-۳- مقایسه دو واژه عقد و قرارداد:

این بحث از این حیث مطرح می‌شود که در بخش‌های مختلف پایان‌نامه ممکن است به جای لزوم و جواز عقد، لزوم و جواز قرارداد به کار رود و این سوال در ذهن ایجاد گردد که مگر دو واژه عقد و قرارداد یکسان هستند که به جای یکدیگر به کار رفته‌اند؟!

علاوه بر این، قیاس این دو واژه ثمراتی را در پی دارد. من جمله اینکه آیا با وجود عقد صلح، نیازی به ماده ۱۰ قانون مدنی احساس می‌شود یا خیر؟ که در ادامه بیان خواهد شد.

در مقام مقایسه میان عقد و قرارداد، دو نظر کلی به شرح زیر ارائه گشته است:

نظر اول: پاره‌ای از علمای حقوق قائل به تفاوت میان این دو واژه هستند که خود به دو گروه تقسیم می‌شوند:

الف- یکی از حقوقدانان ذیل عنوان «تفاوت بین قرارداد و عقد» می‌نویسد: «قرارداد توافق دو یا چند نفر در مورد چیزیست که واجد نفع حقوقی باشد. موضوع قرارداد ممکن است شناسایی یا ایجاد یا تغییر یا اسقاط تعهد و یا انتقال حقی قرار گیرد.

قراردادی که موضوع آن ایجاد تعهدی باشد، عقد نامیده می‌شود. به عبارت دیگر عقد اخص از قرارداد و قرارداد اعم از عقد

---

۱- برای دیدن نقد بررسی تعاریف فقها در خصوص عقد ر. ک. به: محقق داماد- دکتر سید مصطفی- همان منبع- ص ۶۴- ۶۸

است» [امیر قائم مقامی - دکتر عبدالمجید - حقوق تعهدات (ج دوم) - صفحات ۲۹ و ۳۰]

مطابق این نظر، نگارنده بر این باور است که تنها عقود عهدی داخل در دایره عقود گشته و سایر توافقات زیرمجموعه قراردادها می‌شوند.

ب- یکی از نویسندگان حقوقی ذیل عنوان «فرق بین کلمه عقد یا عقود و کلمه قرارداد یا قراردادها» پس از ذکر توضیحاتی آورده است: «منظور از عقود همان عقود معینه در قانون مدنی است که به موجب آن بین دو یا چند نفر روابط حقوقی برقرار می‌شود و منظور از قراردادها بقیه مواردی است که تحت عناوین دیگری غیر از عناوین عقود معینه مصرح در قانون مدنی بین دو یا چند نفر روابط حقوقی برقرار می‌شود» [امامی - دکتر مصطفی - مقاله ماده ۱۰ قانون مدنی مبنای قانونی انواع قراردادهای خصوصی] قائلین به این عقیده در توجیه نظر خویش به ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی که بیان داشته: «در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود یا قراردادها ناشی شده باشد، خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه آن واقع شده است یا تعهدی بایست در آنجا انجام شود» استناد می‌کنند. با این توضیح که در ماده مذکور عبارت «عقد یا قرارداد» بیانگر تمایز این دو واژه از هم می‌باشد و قانون‌گذار به این تفاوت آگاهی کامل داشته است.

نظر دوم: جمعی از نویسندگان حقوقی نیز عقیده بر مترادف بودن عقد و قرارداد داشته که خود به سه گروه تقسیم می‌شوند: گروه یک: بر اساس این نظر: «قرارداد مرادف با عقد است با این فرق که در بسیاری از موارد کلمه عقد فقط در عقود معینه استعمال می‌شود حال آنکه قرارداد به کلیه عقود خواه معینه و یا غیرمعینه اطلاق می‌گردد» [امامی - دکتر سیدحسن - حقوق مدنی (ج ۱) - ص ۱۵۹] بنابراین می‌توان گفت قرارداد گرچه مترادف با عقد است ولی از حیث استعمال اعم از آن محسوب می‌شود. [صاحبی، مهدی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، ص ۱۹]

گروه دوم: قائلین به این نظر بر این باورند که: «از حیث دایره شمول قرارداد مانند عقد دارای دو معنی اعم و اخص می‌باشد. در معنی اعم قرارداد مترادف با عقد و در برگیرنده عقود معین و غیرمعین است. به همین جهت ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. واژه قرارداد

را در معنی اخص آن یعنی عقود غیر معین به کار برده است»<sup>۱</sup> [شهیدی- دکتر مهدی- همان منبع- ص ۴۱]

گروه سه: پیروان این گروه معتقدند، قرارداد و عقد مترادفند و واژه قرارداد در ماده قانون مدنی هم در برگیرنده عقود معین است و هم نامعین. به عبارتی هم عقد و هم قرارداد شامل عقود معین و نامعین می‌شوند. [کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها (ج اول)، ص ۱۱ / صفایی، دکتر سیدحسین، همان منبع، پاورقی ص ۱۱ / عابدیان، دکتر میرحسین، تقریرات حقوق مدنی ۳، ص ۸ / درودیان، دکتر حسنعلی، تقریرات حقوق مدنی ۳، ص ۲۲ به بعد]

در توجیه این نظر آمده: در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه<sup>۲</sup> واژه قرارداد به کار رفته در حالی که در ماده ۲۱۹ قانون مدنی<sup>۳</sup> ایران که از ماده مذکور گرفته شده است واژه عقد ذکر شده، یعنی قانون گذار ایران فرقی میان این دو واژه نمی‌دیده و الا در ماده ۲۱۹ از لفظ قرارداد استفاده می‌کرد. همین امر در مواد ۱۱۳۵<sup>۴</sup> قانون مدنی فرانسه و ۲۲۰ قانون مدنی ایران قابل بیان است. [درودیان- دکتر حسنعلی- همان منبع]

پس از بیان تمام نظریات، باید گفت با توجه به تعریف قرارداد در منابع لاتین<sup>۵</sup> و شباهتی که در معنای لغوی میان عقد و قرارداد وجود دارد (عقد به معنای گره زدن و محکم کردن است و قرارداد از ماده قرار به معنای ثبات و پایداری اشتقاق یافته است). [عمید، حسن، فرهنگ عمید]

---

۱- موافقین این نظر: رسایی‌نیا- ناصر- (عقود و تعهدات)- ص ۳۶ و ۳۷ / عمید زنجانی- مقاله حقوق تعهدات و قراردادهای بین‌المللی در فقه و حقوق اسلام- سایت [www.gharanin.ir](http://www.gharanin.ir) (وابسته با معاونت آموزش دادگستری تهران)

۲- ماده ۱۱۳۴ ق. م. ف: قراردادهایی که به طور قانونی تشکیل شده باشند، جایگزین قانون نسبت به اشخاصی است که آنها را منعقد کرده است این قراردادها را نمی‌توان فسخ کرد، مگر با اقاله یا به جهاتی که قانون اجازه می‌دهد. این قراردادها را باید با حسن نیت اجرا کرد.

۳- م ۲۱۹ ق. م. عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشند بین متعاملین و قائم مقام آنها، لازم‌الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.

۴- ماده ۱۱۳۵ ق. م. ف: قرارداد نه فقط متعاملین را نسبت به چیزی که در آنها تصریح شده ملزم می‌نماید بلکه آنها را به کلیه نتایجی که انصاف، عرف و عادت یا قانون به اقتضای تعهد قایل است نیز ملزم می‌کند.

۵- تعریف قرارداد در فرهنگ حقوقی Black:

"Contract: An agreement between two or more persons which creates and obligation to do or not to do a particular thing"

ترجمه: قرارداد موافقتی است فیما بین دو یا چند شخص که به موجب آن انجام یا عدم انجام چیزی تعهد می‌شود. همین طور در کتاب GCSE Law آمده است:

"A contract is an agreement between two or more persons who promise to give and receive something from each other know as consideration and who intend agreement to be legally binding"

ترجمه: قرارداد موافقتی است بین یک یا طرفین بیشتری که متعهد شوند از یکدیگر چیزی که به آن عوض می‌گویند بدهند و دریافت کنند و قصد دارند توافقشان از نظر حقوقی لازم باشد.