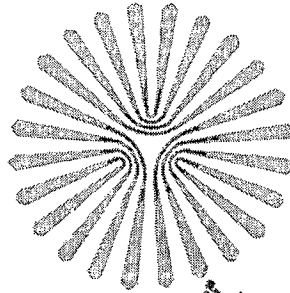


۱۱۰۸۱۴

۸۷/۱/۱۰۷۸۳۰  
۸۸/۱/۲۹

۱۰۱۵۲۵



دانشگاه پیام نور

دانشکده پیام نور

مرکز تهران

گروه حقوق

عنوان:

بررسی تحلیلی قراردادهای عمومی در قلمرو حقوق خصوصی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A.)

در رشته حقوق خصوصی

مؤلف:

رقیه محمدی

استاد راهنما:

آقای دکتر ستار زرکلام

پاییز ۱۳۸۷

۱۱۰۵۱۶

سازمان اسناد و کتابخانه ملی  
جمهوری اسلامی ایران

۱۳۸۸ / ۱ / ۲۵

# دانشگاه پیام نور

دانشکده پیام نور

مرکز تهران

گروه حقوق

عنوان :

بررسی تحلیلی قراردادهای عمومی در قلمرو حقوق خصوصی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)

در رشته : حقوق خصوصی

مؤلف:

رقیه محمدی

استاد راهنما:

آقای دکتر ستار زرکلام

استاد مشاور:

آقای دکتر محمد حسن حبیبی

پاییز ۱۳۸۷



جمهوری اسلامی ایران  
وزارت علوم تحقیقات و فناوری



دانشگاه پیام نور  
دانشگاه پیام نور استان تهران

تاریخ .....

شماره .....

پیوست .....

## ((تصویب نامه))

پایان نامه تحت عنوان :

"بررسی تحلیلی قراردادهای عمومی در قلمرو حقوق  
خصوصی"

تاریخ دفاع: ۸۷/۱۱/۱۴ ساعت: ۱۶-۱۴

نمره: ۱۸/۱ درجه: عالی

### امضاء

### اعضای هیات داوران مرتبه علمی

۱- استاد راهنما: دکتر زرکلام

۲- استادمشاور: دکتر محمدحسن حبیبی

۳- استاد داوور داخلی: دکتر نصیری

۴- استاد داوور خارجی: دکتر نیانی

۵- نماینده محترم گروه سازمان: دکتر نظیفی

۶- نماینده محترم گروه مرکز: دکتر فاخری

تهران، خیابان انقلاب.

پایان استاد نجات اللهی،

بش خیابان سپند.

کد پستی: ۲۳۳

تلفن: ۸۸۸۰۱۰۹۰

رنگار: ۸۸۹۰۳۱۵۸

پست الکترونیکی:

info@Tehran.pnu.ac

نشانی الکترونیکی:

http://www.Tehran.pnu.ac

تقدیم به :

پدربزرگوارم که در جوار رحمت حق تعالی آرام گرفته است.

مادرشکیبا و استوارم که هر آنچه از ادب و معرفت دارم وام دار او هستم.

یگانه فرزندم که خداوند پاکی و مهربانی را در وجودش نهاد.

و

همسرم که همواره راهنما و مشوق و تکیه گاهم می باشد.

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه
<b>بخش اول : کلیات</b>	
۶	گفتار اول - مفهوم عقد و قرارداد
۸	گفتار دوم - اقسام قرارداد
۹	گفتار سوم - تفکیک قرارداد از نهادهای دیگر
۱۱	گفتار چهارم - پیشینه قراردادهای عمومی و خصوصی
۱۳	گفتار پنجم - ماهیت عمومی یا خصوصی قرارداد
۱۵	گفتار ششم - شرایط اساسی صحت معاملات
<b>بخش دوم : مبانی قرارداد در حقوق خصوصی و عمومی</b>	
۲۲	فصل اول: مبانی قرارداد در حقوق عمومی
۲۳	مبحث اول : ویژگی های قرارداد اداری
۲۳	گفتار اول : عناصر قرارداد اداری
۲۶	گفتار دوم : اقسام قراردادهای اداری
۲۹	مبحث دوم : اصول و محدودیت های حاکم بر قراردادهای اداری
۳۰	گفتار اول : اصول حاکم بر قراردادهای اداری
۳۴	گفتار دوم : محدودیت های حقوق عمومی در انعقاد قرارداد
۴۱	مبحث سوم : پایان قرارداد
۴۲	گفتار اول : موجبات قانونی
۵۰	گفتار دوم : موجبات قراردادی
۵۶	فصل دوم: مبانی قرارداد در حقوق خصوصی
۵۶	مبحث اول : اصل آزادی اراده
۵۹	گفتار اول : مبانی اصل آزادی اراده در حقوق اسلامی

صفحه	عنوان
۶۲	گفتار دوم: اصول مستنبط از اصل آزادی اراده
۶۵	گفتار سوم: نتایج حاصل از اصل آزادی اراده
۶۷	گفتار چهارم: استثنائات اصل آزادی اراده
۷۷	مبحث دوم: اصل لزوم قرارداد
۷۹	گفتار اول: مبانی اصل لزوم در حقوق اسلامی
۸۲	گفتار دوم: مبانی اصل لزوم در حقوق عرفی (موضوعه)
۸۳	گفتار سوم: استثنائات اصل لزوم قراردادها
	بخش سوم: مقایسه قراردادهای حقوق عمومی با قراردادهای حقوق خصوصی
۸۷	فصل اول: از حیث تشکیل قرارداد (مقررات ناظر بر انتخاب طرف قرارداد)
۸۷	مبحث اول: در حقوق خصوصی
۸۷	گفتار اول: آزادی اراده
۸۹	گفتار دوم: قصدانشا
۹۱	گفتار سوم: اهلیت استیفا
۹۲	مبحث دوم: در حقوق عمومی
۹۳	گفتار اول: محدودیت انتخاب طرف قرارداد
۹۶	الف: مزایده
۹۷	ب: مناقصه
۱۰۱	ج: روش توافق مستقیم
۱۰۱	د: ترک تشریفات مناقصه
۱۰۶	گفتار دوم: صلاحیت های لازم برای امضای قرارداد
۱۰۹	فصل دوم: از حیث مقررات حاکم بر محتوای قرارداد
۱۰۹	مبحث اول: در حقوق خصوصی
۱۰۹	گفتار اول: اصل آزادی اراده در تعیین محتوای قرارداد
۱۱۱	گفتار دوم: قراردادهای الحاقی

صفحه	عنوان
۱۱۳	مبحث دوم: در حقوق عمومی
۱۱۴	گفتار اول: اصل لزوم تبعیت از قراردادهای نمونه
۱۱۸	گفتار دوم: ماهیت الحاقی قراردادها
۱۲۰	فصل سوم: از حیث اجرای قرارداد
۱۲۰	مبحث اول: در حقوق خصوصی
۱۲۱	گفتار اول: تبعیت از قواعد عمومی قراردادها
۱۲۳	گفتار دوم: شرایط معافیت یا محدودیت مسئولیت یا تاخیر در اجرای قرارداد
۱۳۱	مبحث دوم: در حقوق عمومی
۱۳۱	گفتار اول: تعدیل قرارداد
۱۳۹	گفتار دوم: فورس ماژور
۱۵۱	فصل چهارم: از حیث حل اختلاف ناشی از قرارداد
۱۵۱	مبحث اول: در حقوق خصوصی
۱۵۱	گفتار اول: از طریق دادگاههای صلاحیت دار
۱۵۲	گفتار دوم: از طریق سایر دادگاههای حل اختلاف
۱۵۵	مبحث دوم: در حقوق عمومی
۱۵۶	گفتار اول: از طریق دادگاههای صلاحیتدار
۱۵۸	گفتار دوم: محدودیت در ارجاع دعاوی به داوری و سازش
۱۶۵	گفتار سوم: مراجع حل اختلاف غیر قضایی
۱۶۷	نتیجه گیری و پیشنهادها
۱۷۲	کتابنامه
۱۷۶	ضمائم



نام خانوادگی دانشجو : محمدی

نام : رقیه

عنوان پایان نامه: بررسی تحلیلی قراردادهای عمومی در قلمرو حقوق خصوصی

استاد راهنما: آقای دکتر ستار زرکلام

استاد مشاور: آقای دکتر محمد حسن حبیبی

گرایش : حقوق

رشته : حقوق

مقطع تحصیلی : کارشناسی ارشد

خصوصی : دانشگاه : پیام نور

تعداد صفحه : ۲۶۶

تاریخ فارغ التحصیلی : ۱۳۸۷

دانشکده : پیام نور

کلید واژه ها : قرارداد-حقوق-قلمرو-عمومی-خصوصی

چکیده :

بشر از زمانی که زندگی گروهی و جمعی را آغاز کرد عقد نیز ابزاری برای مبادلات اقتصادی و اجتماعی بین افراد به کار گرفته شد. حقوق قراردادها بر اثر پیشرفت تجارت و صنعت تکامل یافت و با تحول جوامع و توسعه سازمان‌های عمومی و توجه به منافع عمومی در جامعه که با هدف حمایت هر چه بیشتر از قشرهای آسیب پذیر جامعه از یک طرف و سازماندهی و نظام بندی جامعه صورت می‌پذیرد انشاء و انعقاد قراردادهایی که با منافع عمومی سر و کار دارد. این قراردادها که منافع جمعی را تامین می‌کنند از مقررات حقوق خصوصی تا حدودی فاصله گرفته و رنگ حقوق عمومی به خود می‌گیرند به گونه‌ای که در آنها مصلحت عمومی و جمعی بر حاکمیت اراده فردی (متعاملین) و مصالح خصوصی غلبه دارد و قراردادها در چهارچوب نظامات عمومی تنظیم و اجرا می‌شوند

در این تحقیق هدف اصلی در درجه اول بررسی، تجزیه و تحلیل ویژگی‌ها و اصول و مقررات حاکم بر قراردادهای عمومی و خصوصاً و تنگناهایی است که در صورت حدوث اختلاف در قراردادهای عمومی برای تضمین و تامین حقوق عمومی ایجاد می‌شود. بدیهی است چنین تحقیقی می‌تواند در صورت توجه سازمان‌های مسئول از قبیل سازمان

برنامه و بودجه سابق یا سازمان مدیریت و برنامه ریزی فعلی به تنظیم متن صحیح و جامع قرارداد که تنها هدف آن حفظ حقوق عمومی به هر قیمت نباشد، بلکه تامین کننده حقوق و منافع طرفین قرارداد با اولویت دادن به حقوق عمومی باشد، منتهی می شود. روش پژوهش در این تحقیق به صورت مطالعه کتب و آثار حقوقی و اخذ نظرات صاحب نظران و مشاورین بوده است.

طرح این پژوهش چنین بوده که با وجود اینکه عقود و قراردادها اصول و قواعد معاملات از موضوعات مهم حقوق مدنی است لذا در این مباحث قراردادهای عمومی دولت مانند مقاطعات، قرارداد کار، قراردادهای بانکی و بیمه مورد مطالعه دقیق قرار نگرفته است این پژوهش به بررسی این موارد و همچنین مقایسه قراردادهای حقوق عمومی و خصوصی می پردازد. همچنین طرح موضوع در این تحقیق در سه بخش می باشد.

بیان کلیات (بخش اول) بررسی موضوع برای بهتر روشن شدن مبانی قرارداد در حقوق خصوصی (بخش دوم) که شامل دو فصل می باشد: مبانی قرارداد در حقوق خصوصی (فصل اول) اصل آزادی اراده (مبحث اول) اصل لزوم قرارداد (مبحث دوم) مبانی قرارداد در حقوق عمومی (فصل دوم) که شامل سه مبحث می باشد: ویژگی های قراردادهای اداری (مبحث اول) اصول و محدودیت های حاکم بر قراردادهای اداری (مبحث دوم) پایان قرارداد (مبحث سوم) مقایسه قراردادهای حقوق عمومی با قراردادهای حقوق خصوصی (بخش سوم) که شامل چهار فصل می باشد: از حیث تشکیل قرارداد (مقررات ناظر بر انتخاب طرف قرارداد) (فصل اول) از حیث مقررات حاکم بر محتوای قرارداد (فصل دوم) از حیث اجرای قرارداد (فصل سوم) و از حیث حل اختلاف ناشی از قرارداد (فصل چهارم) که هر یک از فصل های این بخش در دو مبحث حقوق خصوصی و حقوق عمومی مورد بررسی قرار گرفته است.

نتیجه اینکه آنچه مسلم است با پیشرفت جوامع و رشد شهرنشینی و پیشرفت مناسبات اجتماعی و همچنین تحولات اساسی در صورت بندهای اقتصادی و اجتماعی، رشد و پایدار شدن دولت ها، دخالت دولت در روابط بین افراد و مناسبات اجتماعی امری اجتناب ناپذیر می نمود. بدیهی است

با دخالت دولت روابط بین اشخاص و اصل آزادی های فردی و رعایت اصل تساوی و اجرای عدالت بسیار ظریف و حساس است و تجمیع مناسب عوامل مذکور در یک اجتماع هنر و درایت دولت و قانونگذاران آن جامعه را می رساند که ضمن تامین منافع عمومی، محدودیتی برای آزادی های فردی و اصل تساوی بین اشخاص ایجاد ننموده و عدالت اجتماعی را حفظ و صیانت نمایند. نهایتاً لزوم اصلاحات و بررسی مجدد مقررات حاکم بر قوانین و مقررات دولتی باید مورد توجه قرار گیرد.

# بخش اول کلیات

## ۱- مقدمه

اصولا قراردادهای راجع به اموال و اعمال مرتبط با حقوق خصوصی تلقی می‌شوند و طرفین با آزادی اراده نسبت به انشاء قصد خود اقدام می‌کنند، تعهداتی را بر عهده می‌گیرند، حقوقی کسب می‌کنند یا از دست می‌دهند یا تعهداتی به نفع خود ایجاد می‌کنند.

بشر از زمانی که زندگی گروهی و جمعی را آغاز کرد عقد نیز ابزاری برای مبادلات اقتصادی و اجتماعی بین افراد به کار گرفته شد. حقوق قراردادهای بر اثر پیشرفت تجارت و صنعت هماهنگ با نیازهای اقتصادی و اجتماعی تکامل یافت و با تحول جوامع و توسعه سازمان‌های عمومی و توجه به منافع عمومی در جامعه که با هدف حمایت هر چه بیشتر از قشرهای آسیب پذیر جامعه از یک طرف و سازماندهی و نظام بندی جامعه صورت می‌پذیرد انشاء و انعقاد قراردادهایی که با منافع عمومی سر و کار دارد و جزو حقوق کلی جامعه محسوب می‌گردند. این قراردادهای که منافع جمعی را تامین می‌کنند از مقرر حقوق خصوصی تا حدودی فاصله گرفته و رنگ حقوق عمومی به خود می‌گیرند به گونه‌ای که در آنها مصلحت عمومی و جمعی بر حاکمیت اراده فردی (متعاملین) و مصالح خصوصی غلبه دارد و قراردادهای در چهارچوب نظامات عمومی تنظیم و اجرا می‌شوند. نقطه اصلی تمایز حقوق عمومی و حقوقی خصوصی صرف نظر از جمعی و همگانی بودن منافع در یکی و فردی بودن منافع در دیگری، جنبه‌های آمرانه و تحمیلی است که در حقوق عمومی ملاحظه می‌شود و باعث می‌گردد که تساوی حقوقی و اقتصادی اطراف قرارداد تا حد زیادی بر هم بخورد زیرا این قراردادهای غیر متعارف و به عبارت دیگر یک قرارداد تحمیلی و یکطرفه تلقی می‌شوند. تغییر ماهیت بسیاری از قراردادهای خصوصی که با قلمرو حقوق عمومی در تلاقی قرار می‌گیرند به پدیده‌ای که واجد خصوصیات در عین حال مشترکی با قراردادهای حقوق خصوصی و حقوق عمومی هستند تبدیل می‌شود و در طول

زمان رو به افزایش می‌باشند از جمله موارد مهم قرارداد اجاره بین اشخاص در باب املاک خصوصی است که با دخالت قانونگذار و تحمیل جنبه‌های آمرانه مثل ایجاد حق کسب و پیشه و تجارت در ملکیت مستاجر علی‌رغم توافق طرفین بر عدم تعلق حق کسب و پیشه و تجارت یا بطلان هرگونه توافق بین موجر و مستاجر که موجب تضییع حقوق مستاجریا موجر به شرح پیش بینی شده در مواد ۱۴ و ۳۰ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ و همانند قراردادهای اجاره اشخاص که از شمول مقررات حقوق مدنی و توافق و تراضی و حتی اغلام اراده طرفین خارج شده و در محدوده قانون کار با تحمیل مقنن مورد حکم قرار گرفته و طرفین راهی جز تبعیت از آن ندارند و کلیه توافقات بین آنها باطل و بی اثر می‌گردد و قراردادهای دیگری از این دست را می‌توان یادآوری کرد.

#### ۲- اهمیت موضوع

توسعه روابط اقتصادی در زمینه قراردادهای خصوصی و عمومی پیچیده‌تر شدن شکل و مضمون قراردادها را در بر داشته است. نظر به ویژگی‌هایی که یک طرف قرارداد خصوصی به صرف اینکه طرف آن قرارداد دستگاه عمومی است، تابع مقررات خاص قرار می‌گیرد از یک طرف گاه خلاف اراده طرفین جریان می‌یابد و مقررات قانونی بر آنها تحمیل می‌شود و از طرف دیگر توجه به توسعه روزافزون مصادیق دخالت دستگاههای عمومی در زندگی روزمره جامعه از جمله تامین ارزاق عمومی، قراردادهای دولت، قراردادهای صادرات و اعمالی از این دست، میزان اهمیت شناخت صحیح این نوع قراردادها و ویژگی‌های آنها و بررسی دقیق مقررات مربوطه، مشخص خواهد شد. چنین بررسی می‌تواند نشان دهد که این تحمیلات کدامند؟ تا چه اندازه ضرورت دارند و در چه موارد می‌توان از آنها احتراز کرد؟

## ۳- اهداف تحقیق

با توجه به اینکه قراردادهای عمومی و دعاوی متعدد ناشی از آنها در وزارتخانه‌ها و سازمانها همواره در جریان است و هزینه‌هایی را بر وزارتخانه‌ها و سازمانها تحمیل می‌نماید بدین ترتیب هدف اصلی این تحقیق در درجه اول بررسی، تجزیه و تحلیل ویژگی‌های قراردادهای عمومی و خصوصی و تنگناهایی است که در صورت حدوث اختلاف در قراردادهای عمومی برای تضمین و تامین حقوق عمومی ایجاد می‌شود. بدیهی است چنین تحقیقی می‌تواند یکی از اجزاء مجموعه تحقیقاتی تلقی شود که در صورت توجه سازمان‌های مسئول از قبیل سازمان برنامه و بودجه سابق یا معاونت برنامه ریزی فعلی می‌تواند به تنظیم متن صحیح و جامع قرارداد که تنها هدف آن حفظ حقوق عمومی به هر قیمت نباشد، بلکه تامین کننده حقوق و منافع طرفین قرارداد با اولویت دادن به حقوق عمومی باشد، منتهی شود.

## ۴- پیشینه تحقیق

با مراجعه به کتابخانه‌های موسسات آموزشی دانشکده‌های حقوق دانشگاه‌های مختلف در تهران از یک طرف، و بررسی منابع ادبیاتی حقوق موجود از طرف دیگر معلوم گردید که در این زمینه به طور مستقیم یا غیر مستقیم فعالیت‌های علمی گسترده‌ای صورت نگرفته و آنچه تا به حال به عنوان مصادیق ادبیات حقوقی موجود بدست آمده اعم از کتاب و پایان نامه یا مقاله به زبان فارسی به شرح زیر قابل یادآوری است.

۱- حقوق و قوانین معاملات دولتی، تالیف آقای یدا.. حبیبی

۲- اصول حاکم بر قراردادهای دولتی، تالیف آقای سید اسماعیل حسینی

۳- پایان نامه کارشناسی ارشد با عنوان ماهیت قراردادهای پیمانکاری، تالیف ستار زرکلام

۴- پایان نامه کارشناسی ارشد با عنوان بررسی تحلیلی ماهیت قراردادهای عمومی و خصوصی، تالیف

## ۵- سئوالات تحقیق

سئوال اصلی تحقیق آن است که:

آیا قراردادهای حقوق عمومی در مقایسه با قراردادهای حقوق خصوصی واجد ویژگی های خاصی است یا هیچ تفاوتی بین این دو نوع قرارداد وجود ندارد.

سئوالات فرعی نیز در این زمینه قابل طرح است که:

آیا بین قراردادهای حقوق عمومی و خصوصی از حیث تشکیل قرارداد تفاوت وجود دارد؟

آیا بین قراردادهای حقوق عمومی و خصوصی از حیث محتوی قرارداد تفاوت وجود دارد؟

آیا بین قراردادهای حقوق عمومی و خصوصی از حیث اجرای قرارداد تفاوت وجود دارد؟

آیا بین قراردادهای حقوق عمومی و خصوصی از حیث حل اختلاف ناشی از قرارداد تفاوت وجود دارد؟

۶- فرضیات تحقیق :

فرضیاتی که در این پایان نامه اثبات آن هامورد نظر است عبارتند از :

- قراردادهای حوزه حقوق عمومی از ویژگی هایی برخوردار است که قراردادهای حقوق خصوصی فاقد آنهاستند.

- برخی از قواعد قراردادهای حقوق خصوصی در تدوین قراردادهای عمومی باید مورد توجه قرار گیرد.

۷- طرح موضوع :

بیان کلیات (بخش اول) بررسی موضوع برای بهتر روشن شدن مبانی قرارداد در حقوق خصوصی (بخش دوم)

که شامل دو فصل می باشد: مبانی قرارداد در حقوق خصوصی (فصل اول) اصل آزادی اراده (مبحث اول) اصل لزوم

قرارداد (مبحث دوم) مبانی قرارداد در حقوق عمومی (فصل دوم) که شامل سه مبحث می‌باشد: ویژگی های قراردادهای اداری (مبحث اول) اصول و محدودیت های حاکم بر قراردادهای اداری (مبحث دوم) پایان قرارداد (مبحث سوم) مقایسه قراردادهای حقوق عمومی با قراردادهای حقوق خصوصی (بخش سوم) که شامل چهار فصل می باشد: از حیث تشکیل قرارداد (مقررات ناظر بر انتخاب طرف قرارداد) (فصل اول) از حیث مقررات حاکم بر محتوای قرارداد (فصل دوم) از حیث اجرای قرارداد (فصل سوم) و از حیث حل اختلاف ناشی از قرارداد (فصل چهارم) که هر یک از فصل های این بخش در دو مبحث حقوق خصوصی و حقوق عمومی مورد بررسی قرار گرفته است.



## بخش اول : کلیات

در این بخش ابتدا در گفتار اول به بررسی مفهوم عقود قرارداد در گفتار دوم - انواع قرارداد، در گفتار سوم - تفکیک قرارداد از نهادهای دیگر، گفتار چهارم - ماهیت عمومی یا خصوصی قرارداد، گفتار پنجم - پیشینه قراردادهای عمومی و خصوصی، گفتار ششم - شرایط اساسی صحت معاملات خواهیم پرداخت.

### گفتار اول - مفهوم عقد و قرارداد

برای پرداختن به تعریف قرارداد ابتدا لازم است به معنی و تعریف عقد اشاره‌ای بنماییم. عقد کلمه‌ای است عربی و در لغت به معنای بستن و گره زدن آمده است و جمع آن عقود می‌باشد ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد را چنین تعریف می‌کند: «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>۱</sup>.

آنچه از تعریف قانون مدنی از عقد استنباط می‌شود این است که به طور کلی برای تحقق خارجی عقد، حداقل دو شخص اعم از حقیقی یا حقوقی باید به منظور ایجاد اثر حقوقی با هم توافق نموده و نتیجه و منظور از این توافق ایجاد تعهد باشد یعنی اراده‌ها بایستی امری را ایجاد نموده و نظم حقوقی پیش از آن را دگرگون نمایند. قبل از اینکه به تقسیم‌بندی عقود بر مبنای توافق دو اراده پردازیم لازم است ارکان عقد مورد بررسی قرار داده

<sup>۱</sup> - بر تعریف فوق انتقادات زیادی وارد گردیده است که بحث درباره آن در این مقال نمی‌گنجد. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به شهیدی،

مهدی؛ تشکیل تعهدات و قراردادها، چاپ اول، تهران، انتشارات حقوقدانان، ۱۳۷۷، ص ۳۶ به بعد.

شود.<sup>۱</sup>

همانگونه که در تعریف عقد اشاره شد، عقد توافق یا تعهد دو اراده است برای انجام امری، بر همین مبنا رکن اصلی جهت تشکیل یک عقد یا قرارداد، ایجاب و قبول است. چنانچه می‌دانیم اراده باطنی در صورتی دارای اعتبار و نفوذ می‌باشد که به گونه‌ای اعلام شده، وجود خارجی پیدا کند، چنانکه ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر داشته است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» بنابراین ایجاب، اعلام اراده کسی است که دیگری را بر مبنای معینی به انعقاد قرارداد خوانده به گونه‌ای که اگر پیشنهاد مورد قبول واقع شود؛ هر دو طرف باید به مفاد آن پایبند گردند لکن پیشنهاد انجام معامله در صورتی از نظر حقوقی ایجاب نام می‌گیرد که اولاً کامل باشد یعنی حاوی تمام عناصر اصلی قرارداد باشد. ثانیاً مشخص باشد یعنی نوع عقد و موضوع قرارداد در آن مبهم نبوده یا محل تردید بین دو چیز نباشد. ثالثاً قاطع باشد به گونه‌ای که اعلام اراده به منظور انعقاد قرارداد و ایجاد تعهد بر اجرای مفاد قرارداد باشد و با قبول آن از طرف دیگر پیمان منعقد گردد. رابعاً ایجاب باید خطاب به طرف معامله و به منظور اعلام اراده به او باشد.<sup>۲</sup>

پس از بیان تعریف عقد لازم است که به معنی و تعریف قرارداد بپردازیم. معنی قرارداد در لغت و محاورات عمومی و نیز در اصطلاح خاص حقوقی، یکی است و آن عبارت از همان معنی تحلیلی است که برای عقد ذکر شد یعنی همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی. از حیث دایره شمول، قرارداد، مانند عقد دارای دو معنی اعم و اخص می‌باشد. در معنی اعم، قرارداد مترادف با عقد و در بر گیرنده عقود معین و غیر معین

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ دوم، ۱۳۷۲، ص ۱۵.

<sup>۲</sup> - برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: کاتوزیان، ناصر؛ همان، ص ۲۸۲.

است، لیکن در معنی اخص، قرارداد صرفاً عقود غیر معین را شامل می‌شود. به همین جهت ماده ۱۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند 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>

### گفتار دوم - اقسام قرارداد

حال که رکن اصلی یک قرارداد (ایجاب و قبول) را شناختیم و دانستیم که برای تحقق یک قرارداد در بدو امر اراده طرفین عقد باید به گونه‌ای ابراز گردد، اشاره به این مطلب خواهیم داشت که بر همین مبنا می‌توان عقود را به دو دسته عقود معین و غیر معین تقسیم نمود.<sup>۲</sup> عقود معین عقود هستند که از قدیم بین افراد متداول بوده و دارای مورد، احکام و آثار مخصوصی هستند به گونه‌ای برای هر یک از آنها نام مخصوصی تعیین شده است. مانند بیع، اجاره، صلح و امثالهم. باب سوم از کتاب اول قانون مدنی ایران نیز تحت عنوان «در عقود معینه مختلف» انواع عقود معین را برشمرده و احکام و آثار هر یک را جداگانه بیان نموده است. برخی دیگر از معاملات، گذشته تاریخی نداشته و گسترش روابط صنعتی و تجاری عصر جدید و تنوع آنها، ضرورت بکارگیری این عقود را اقتضاء نموده به گونه‌ای که در قالب هیچ یک از عقود معینه نبوده و طرفین عقد باید مورد و همچنین شروطی را که در نظر دارند در ضمن عقد قرار دهد. اینگونه عقود به لحاظ آنکه فاقد نام خاصی می‌باشند، قرارداد نیز

<sup>۱</sup> - شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات. چاپ ششم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۶، ص ۴۰.

<sup>۲</sup> - البته اکثر حقوقدانان تقسیمات دیگری را برای عقد در نظر گرفته‌اند که چون موضوع بحث ما نمی‌باشد از ذکر آنها خودداری می‌نماییم.

لکن برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: همان منبع، صص ۳۷-۱۲۹.

نامیده می‌شوند.

لازم به ذکر است که عقود و معاملات از جهات متفاوت دارای تقسیم‌های متعددی است که در هر تقسیم اقسام مختلفی وجود دارد، تقسیم‌های مذکور، از اختلاف عقود در شرایط، احکام و آثار حقوقی ناشی می‌گردد؛ هر عقد از حیث وضعیت نوعی دارای شرایط و احکام و آثار خاص خود می‌باشد.

قانون مدنی ایران در ماده ۱۸۴ فقط از اقسام دو تقسیم به طور درهم و بدون این که مقسم هر یک از اقسام و جهت تقسیم مشخص گردد، نام برده است، که گویی اقسام مزبور، اقسام یک مقسم است. ماده ۱۸۴ مقرر می‌دارد: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جائز، خیار، منجز و معلق».

افزودن بر تقسیم‌های دوگانه مذکور در ماده ۱۸۴ ق.م؛ عقد دارای تقسیم‌های دیگری نیز می‌باشد، که از مقررات دیگر قانون مدنی مربوط به عقود و معاملات، به دست می‌آید<sup>۱</sup> که چون موضوع بحث ما نمی‌باشد از ذکر آنها در این مقال خودداری می‌نماییم.

#### گفتار سوم - تفکیک قرارداد از نهادهای دیگر

در این گفتار می‌خواهیم به بررسی قرارداد و عقد و ایقاع و تفاوت آنها بپردازیم. تعریف و معنی عقد و قرارداد را در گفتارهای قبلی مورد بحث قرار دادیم و در این گفتار قصد داریم به بررسی نهاد ایقاع و طرح مباحثی در این خصوص بپردازیم.

ایقاع یا عمل یک طرفه در لغت عرب از باب افعال به معنی واقع ساختن و تحقق بخشیدن آمده است. در

۱- شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۶، ص ۶۰.