



دانشگاه کاشان

دانشکده علوم انسانی

گروه حقوق

پایان نامه

جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد

در رشته حقوق خصوصی

عنوان :

بررسی آثار فقهی و حقوقی معامله بر مبیع شرطی

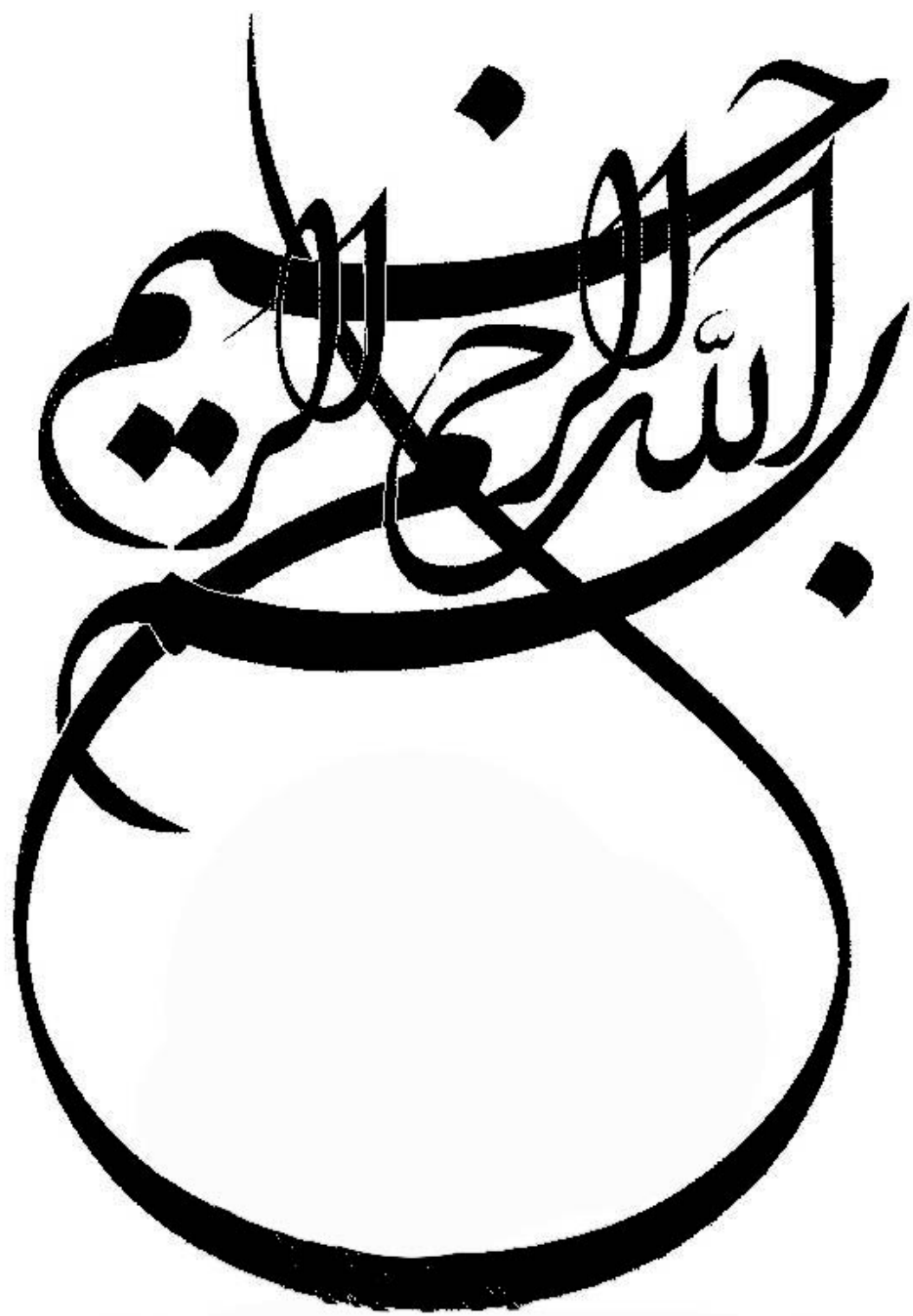
استاد راهنما :

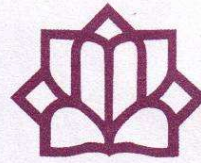
دکتر عباسعلی فراهتی

به وسیله :

مجتبی چهارسوقی

دی ماه ۱۳۹۰





دانشگاه کاشان
دانشکده علوم انسانی

بسمه تعالی

تاریخ:
شماره:
پوست:

مدیریت تحصیلات تکمیلی دانشگاه
صورتجلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد

نام و نام خانوادگی دانشجو: مجتبی چهار سوقی شماره دانشجویی: ۸۷۲۳۶۱۰۲۰۲
رشته: حقوق خصوصی دانشکده علوم انسانی
عنوان پایان نامه: آثار فقهی و حقوقی معامله بر مبیع شرطی و آثار قانونی مترتب بر آن
تعداد واحد پایان نامه: ۴ تاریخ دفاع: ۱۳۹۰/۱۱/۲۵

این پایان نامه به مدیریت تحصیلات تکمیلی به منظور بخشی از فعالیت‌های تحصیلی لازم برای اخذ درجه کارشناسی ارشد ارائه می‌گردد. دفاع از پایان نامه در تاریخ ۹۰/۱۱/۲۵ مورد تأیید و ارزیابی اعضای هیأت داوران قرار گرفت و با نمره ۱۶۵ به عدد بیست و پنج و با درجه بسیار به تصویب رسید. اعضاء هیأت داوران:

| عنوان | نام و نام خانوادگی | مرتبه علمی | امضاء |
|-----------------------------|---------------------|------------|-------|
| ۱. استاد راهنما | دکتر عباسعلی فراهتی | استادیار | |
| ۲. استاد مشاور | دکتر عباسعلی دارویی | استادیار | |
| ۳. متخصص و صاحب نظر دانشگاه | دکتر عباس زراعت | استاد | |
| ۴. متخصص و صاحب نظر دانشگاه | دکتر سعید قماش | استادیار | |
| ۵. نماینده تحصیلات تکمیلی | دکتر علی یزدخواستی | استادیار | |

مدیریت تحصیلات تکمیلی دانشگاه

آدرس: کاشان - بلوار قطب روانی
کد پستی: ۸۷۳۱۷ - ۵۱۱۶۷
تلفن: ۵۱۱۲۷۷۷ - ۵۱۱۲۷۷۷
<http://www.kashanu.ac.ir>

تقدیم به پدر بزرگوارم
که هرچه دارم از اوست.....

دل گرچه در این بادیه بسیار شتافت
یک موی ندانست ولی موی شکافت
اندر دل من هزار خورشید بتافت
آخر به کمال ذره ای راه نیافت

تشکر و قدردانی

خداوند متعال را شاکریم که تحصیل علم و دانش و معرفت را هدف ما قرار داد. و قطعاً قدم گذاشتن در این راه جز با کمک و خواست و اراده او ممکن نیست.

انسان در راه تحصیل علم و کسب معرفت هرآنچه پیش می رود و بیشتر می آموزد، متوجه می شود که دنیای علم بسیار بزرگتر از آن است که او می پندارد و از این وادی بهره چندانی ندارد. این نکته در مورد این حقیر نیز صادق بود. زمانیکه شروع به تحقیق نموده و موضوع پایان نامه را انتخاب کردم و قدم در جاده نوشتن نهادم واقعاً احساس کردم از دنیای حقوق هیچ نمی دانم و مطالب بسیار زیادی برایم ناشناخته است. در عین حالیکه بواسطه شغلی که دارم با مسائل حقوقی سرو کار زیادی دارم. لیکن در این راه به مطالب جالب و آموزنده زیادی برخوردیم و فراوان کسب تجربه نمودم. امیدوارم نوشته حاضر با تمام اشکالات و ایرادات و معایب و کاستیهایی که چه از لحاظ شکلی و چه از دیدگاه حقوقی دارد مورد توجه دوستان و اساتید عزیزم واقع شود و معایب و کاستیها را به بی سوادی اینجانب ببخشایند و بدون شک ارشادات و راهنماییهای ایشان چراغ راه آینده اینجانب خواهد بود.

در پایان بر خود فرض می دانم از دوست عزیز و استاد گرانقدرم جناب آقای عبدالمحمد کردی که راهنماییها و ارشادات ایشان راهگشای بنده در تمام طول تحصیل در رشته حقوق بوده و در نوشتار حاضر نیز نظرات ایشان کمک شایانی به اینجانب نمود تشکر و قدردانی بنمایم.

همچنین از جناب آقای دکتر علی شریف که علیرغم حادثه ناگواری که برای ایشان حادث شد با سعه صدر راهنمای اینجانب بودند لیکن ادامه همکاری بواسطه بیماری ایشان ممکن نگردید، سپاسگزاری نموده و از درگاه باریتعالی سلامتی ایشان را خواهانم.

تشکر و سپاسگزاری ویژه ای دارم از جناب آقای دکتر عباسعلی فراهتی که با فروتنی و تواضع بر این حقیر منت نهادند و راهنمایی نوشتار حاضر را در نیمه راه تقبل فرمودند.

نیز از جناب آقای دکتر عباسعلی داروئی که زحمت مشاوره این نوشتار بر عهده ایشان بود و ریاست محترم دانشکده علوم انسانی جناب آقای دکتر عباس زراعت و همچنین دکتر سعید قماش که حق استادی بر گردن بنده دارند و مشکلات اینجانب را با فروتنی حل و فصل نمودند و نیز از استاد ناظر جلسه دفاع و نماینده محترم تحصیلات تکمیلی جناب آقای دکتر علی یزدخواستی، تشکر و قدردانی مینمایم.

مجتبی چهارسوقی

آذرماه ۱۳۹۰

چکیده

مقوله بیع شرط از مباحثی است که کمتر مورد توجه حقوقدانان واقع شده است. علت این امر شاید تصویب مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک باشد. حقوقدانان معتقدند با تصویب مواد مذکور، مواد قانون مدنی در خصوص بیع شرط نسخ شده است. چراکه این مواد، بیع شرط را مملک نمی‌شناسد. لیکن چون مواد قانون ثبت اسناد و املاک فقط شامل اموال غیر منقولی که در دفتر اسناد و املاک به ثبت رسیده اند، می‌شود لذا به نظر می‌رسد مواد قانون مدنی در مورد اموال منقول و اموال غیر منقولی که در دفتر اسناد و املاک به ثبت نرسیده اند به قوت خود باقی باشد. لذا ما در این نوشتار فارغ از مواد قانون ثبت به بیع شرط خواهیم پرداخت.

ممکن است مبیعی به بیع شرط فروخته شود و خریدار علیرغم خیار بایع، مبیع را در مدت خیار و قبل از انقضای مدت یا اسقاط خیار، آنرا از طریق یکی از عقود لازم به شخص ثالثی واگذار نماید. به گونه ای که استرداد مبیع با اعمال خیار شرط متعذر گردد. در نوشتار حاضر در صدد آن هستیم به این سؤال پاسخ دهیم که در فرض مذکور، وضعیت حقوقی معامله دوم چگونه است؟ این عقد صحیح است، باطل است و یا غیر نافذ است؟ در صورت اعمال خیار بایع اول، آیا عقد دوم منحل می‌گردد؟ و اگر منحل می‌گردد این انحلال ناشی از فسخ است یا انفساخ؟ و یا آنکه به قوت خود باقی بوده و به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد؟

پاسخ به سؤالات مذکور می‌تواند راهگشای بسیار مناسبی جهت رسیدگی به پرونده های قضائی که با این موضوعات تشکیل می‌شوند پیش روی قضات دادگاهها قرار دهد. چرا که موضوع حاضر مبتلابه دادگاهها بوده و عدم وجود رویه قضائی واحد و عدم استدلال صحیح و منطقی در این خصوص باعث صدور آراء متناقض در دادگاهها گردیده که نتیجه آن متأسفانه ورود خسارت و لطمه به حقوق ذینفع ثالث و خریدارهای بعدی است.

در پایان نامه حاضر با استناد به متون معتبر فقهی و حقوقی ثابت می‌شود بیع دوم صحیح، لیکن غیر نافذ و قبل از تنفیذ، فاقد اثر حقوقی است.

کلمات کلیدی: ۱- بیع ۲- شرط ۳- خیار شرط ۴- فسخ ۵- مبیع

نشانه های اختصاری

| | |
|----------|-------------------------|
| ج | جلد |
| ر.ک. | رجوع کنید |
| ش | شماره |
| ص | صفحه |
| ع | علیه السلام |
| ق.آ.د.ک. | قانون آئین دادرسی کیفری |
| ق.آ.د.م. | قانون آئین دادرسی مدنی |
| ق.ا.ح. | قانون امور حسبی |
| ق.ت. | قانون تجارت |
| ق.ث. | قانون ثبت |
| ق.م.ا. | قانون مجازات اسلامی |
| ق.م. | قانون مدنی |
| ق.م.م. | قانون مسئولیت مدنی |

فهرست

| | |
|--|-----------|
| طرح موضوع..... | ۱ |
| سؤالات تحقیق..... | ۱ |
| فرضیه های تحقیق..... | ۱ |
| اهداف تحقیق..... | ۲ |
| روش تحقیق..... | ۲ |
| پیشینه تحقیق..... | ۳ |
| توجیه پلان..... | ۳ |
| (۱) بخش اول: کلیات..... | ۵ |
| (۱-۱) فصل اول: عقد..... | ۶ |
| (۱-۱-۱) گفتار اول: مفهوم عقد..... | ۶ |
| (۱-۱-۱-۱) مبحث اول: مفهوم لغوی عقد..... | ۶ |
| (۱-۱-۱-۲) مبحث دوم: مفهوم حقوقی عقد..... | ۶ |
| (۱-۱-۲) گفتار دوم: اقسام عقد..... | ۹ |
| (۱-۱-۲-۱) مبحث اول: کلیات..... | ۹ |
| (۱-۱-۲-۲) مبحث دوم: عقد لازم و جائز..... | ۱۰ |
| (۱-۲) فصل دوم: خيارات..... | ۱۵ |
| (۱-۲-۱) گفتار اول: مفهوم خيار..... | ۱۵ |
| (۱-۲-۲) گفتار دوم: اقسام خيار..... | ۱۷ |
| (۱-۳) فصل سوم: شرط..... | ۱۹ |
| (۱-۳-۱) گفتار اول: مفهوم شرط..... | ۱۹ |
| (۱-۳-۱-۱) مبحث اول: مفهوم فلسفی و اصولی شرط..... | ۲۰ |
| (۱-۳-۱-۲) مبحث دوم: مفهوم فقهی و حقوقی شرط..... | ۲۱ |
| (۱-۳-۲) گفتار دوم: رابطه شرط و عقد..... | ۳۰ |
| (۱-۳-۲-۱) مبحث اول: وابستگی شرط به عقد..... | ۳۶ |
| (۱-۳-۲-۲) مبحث دوم: وابستگی عقد به شرط..... | ۳۷ |
| (۱-۳-۳) گفتار سوم: اقسام شرط..... | ۳۸ |
| (۱-۳-۳-۱) مبحث اول: نحوه درج در عقد..... | ۳۹ |
| (۱-۳-۳-۱-۱) قسمت اول: کیفیت درج در عقد..... | ۳۹ |

- ۳۹ ۱-۱-۱-۳-۱ الف: شرط ابتدائی و غیر ابتدائی
- ۴۰ ۱-۱-۳-۳-۱ ب: شرط ضمنی
- ۴۱ ۱-۲-۳-۳-۱ قسمت دوم: انواع شرط ضمنی
- ۴۱ ۱-۲-۳-۳-۱ الف: شرط بنائی
- ۴۲ ۱-۲-۳-۳-۱ ب: شرط صریح
- ۴۳ ۱-۳-۴ گفتار چهارم: شرط صحیح
- ۴۴ ۱-۳-۴-۱ مبحث اول: شرط صفت
- ۴۵ ۱-۳-۴-۲ مبحث دوم: شرط نتیجه
- ۴۷ ۱-۳-۴-۳ مبحث سوم: شرط فعل
- ۴۹ ۱-۴ (فصل چهارم: خیار شرط)
- ۴۹ ۱-۴-۱ گفتار اول: مفهوم و کاربرد خیار شرط
- ۴۹ ۱-۴-۱-۱ مبحث اول: مفهوم خیار شرط
- ۶۲ ۱-۴-۱-۲ مبحث دوم: جاری شدن خیار در عقود
- ۶۵ ۱-۴-۲ گفتار دوم: اثر خیار بر عقد
- ۶۵ ۱-۴-۲-۱ مبحث اول: اثر خیار بر دوام عقد
- ۶۵ ۱-۴-۲-۲ مبحث دوم: اثر خیار بر انتقال مالکیت
- ۶۹ ۲) بخش دوم: معامله بر مبیع شرطی
- ۷۰ ۲-۱ (فصل اول: عقد بیع)
- ۷۰ ۲-۱-۱ گفتار اول: مفهوم بیع
- ۷۰ ۲-۱-۱-۱ مبحث اول: مفهوم فقهی بیع
- ۷۴ ۲-۱-۱-۲ مبحث دوم: مفهوم حقوقی بیع
- ۷۶ ۲-۱-۲ گفتار دوم: بیع لازم
- ۷۶ ۲-۱-۲-۱ مبحث اول: تعریف
- ۸۰ ۲-۱-۲-۲ مبحث دوم: جایگاه در بین سایر عقود
- ۸۱ ۲-۱-۳ گفتار سوم: بیع خیاری
- ۸۱ ۲-۱-۳-۱ مبحث اول: مفهوم بیع خیاری
- ۸۸ ۲-۱-۳-۲ مبحث دوم: اعتبار بیع خیاری
- ۹۲ ۲-۱-۴ گفتار چهارم: درج خیار در عقد بیع
- ۹۲ ۲-۱-۴-۱ مبحث اول: نحوه و شرایط درج خیار در عقد

| | | |
|-----|-------|---|
| ۱۰۴ | | ۲-۴-۱-۲) مبحث دوم: اثر خیار..... |
| ۱۰۹ | | ۲-۱-۵) گفتار پنجم: اسقاط خیار..... |
| ۱۰۹ | | ۲-۱-۵-۱) مبحث اول: اسقاط ارادی..... |
| ۱۱۲ | | ۲-۱-۵-۲) مبحث دوم: اسقاط قهری..... |
| ۱۱۷ | | ۲-۲) فصل دوم: معامله بر مبیع خیار..... |
| ۱۱۷ | | ۲-۲-۱) گفتار اول: انتقال مبیع..... |
| ۱۱۷ | | ۲-۲-۱-۱) مبحث اول: مفهوم انتقال..... |
| ۱۲۱ | | ۲-۲-۱-۲) مبحث دوم: اقسام انتقال بطور کلی..... |
| ۱۲۱ | | ۲-۲-۱-۲-۱) الف: انتقال قهری..... |
| ۱۲۱ | | ۲-۲-۱-۲-۲) ب: انتقال قضائی..... |
| ۱۲۲ | | ۲-۲-۱-۲-۳) ج: انتقال قراردادی..... |
| ۱۲۳ | | ۲-۲-۲) گفتار دوم: انتقال مبیع در بیع خیار..... |
| ۱۲۳ | | ۲-۲-۲-۱) مبحث اول: انتقال مبیع در بیع خیار بطور کلی..... |
| ۱۲۶ | | ۲-۲-۲-۲) مبحث دوم: انتقال مبیع در بیع با شرط خیار..... |
| ۱۳۱ | | ۲-۲-۳) گفتار سوم: اعمال خیار در بیع اول..... |
| ۱۳۲ | | ۲-۲-۳-۱) مبحث اول: مفهوم و اثر اعمال خیار..... |
| ۱۳۹ | | ۲-۲-۳-۲) مبحث دوم: مفهوم انحلال عقد..... |
| ۱۴۱ | | ۲-۲-۴) گفتار چهارم: بررسی وضعیت حقوقی معامله دوم..... |
| ۱۴۳ | | ۲-۲-۴-۱) مبحث اول: بیان دیدگاه‌های فقهی و حقوقی وضعیت معامله دوم..... |
| ۱۷۲ | | ۲-۲-۴-۲) مبحث دوم: بیان دیدگاه برگزیده وضعیت حقوقی معامله دوم..... |
| ۱۸۹ | | ۳) سخن پایانی: نتیجه گیری..... |
| ۱۹۴ | | فهرست منابع و مآخذ..... |

طرح موضوع:

ممکن است مبیعی که به بیع شرط فروخته شده، در مدت زمان خیار شرط مجدداً مورد بیع دیگری واقع گردد. بدین معنا که مشتری بدون در نظر گرفتن حق خیار برای بایع و علیرغم وجود چنین خیاری آن مبیع را به شخص ثالثی منتقل نماید. به موجب ماده ۴۶۰ قانون مدنی هرگونه تصرف منافی خیار ممنوع است. در نوشتار حاضر قصد داریم به این موضوع بپردازیم که چنانچه چنین تصرفی صورت پذیرفت و مبیع به هر نحو به شخص ثالثی واگذار گردید، وضعیت حقوقی معامله دوم چگونه است؟ آیا بایع اول می تواند در این حالت از خیار خود استفاده نموده و بیع اول را فسخ کند؟ تکلیف شخص ثالثی که مبیع را خریده و ممکن است متحمل ضرر و زیانی گردد چه می شود؟

سؤالات تحقیق:

سؤالاتی که در این نوشتار در صدد پاسخ دادن به آنها و ارائه راه حل های منطقی بر اساس مبانی فقهی و حقوقی هستیم را این گونه بیان می نماییم:

۱. اگر مبیعی به بیع شرط فروخته شود و خریدار علیرغم خیار بایع مبیع را به موجب عقد

دیگری به شخص ثالثی منتقل نماید وضعیت حقوقی معامله دوم از لحاظ حقوقی چگونه

است؟ آیا عقد منعقد صحیح است، باطل است، غیر نافذ است و یا آنکه معامله صحیح

ولی قابل ابطال است؟

۲. اگر معامله صحیح باشد پس حق خیاری که برای بایع وجود داشته چه می شود و وی

چگونه می تواند حق خود را استیفا نماید؟

۳. اگر بیع دوم با اعمال فسخ بایع اول، منحل گردد، این انحلال ناشی از چیست؟ بدین معنا

که این انحلال ناشی از فسخ است یا ناشی از انفساخ بوده و قهری است؟

فرضیه های تحقیق:

۱. با توجه به ماده ۴۶۰ و ۵۰۰ قانون مدنی در نگاه ظاهری می توان هرگونه تصرف

منافی با خیار را که به ضرر بایع اول باشد باطل دانست.

۲. و نیز می توان معامله را غیر نافذ تلقی کرد.

۳. همچنین می توان معامله دوم را صحیح پنداشت.

۴. در بیان علت انحلال عقد دوم هردو فرض فسخ و انفساخ قابل تصور و مطالعه می باشد.

اهداف تحقیق:

با توجه به اینکه موضوع حاضر، مبتلابه دادگاهها بوده و در جامعه به صورت عملی نیز اتفاق می افتد، و ممکن است در مواردی طرفین دچار اختلاف شده و موضوع جهت حل و فصل به دادگاه کشیده شود و دادگاهها در این خصوص رویه واحدی ندارند و در موارد مشابه تصمیمات متفاوتی اتخاذ نموده اند، در این نوشتار سعی بر آن شده است که با تحلیل و بررسی قضیه از زوایای مختلف و تدقیق در متون فقهی و حقوقی، راهکاری کاربردی و عملی و در عین حال علمی، با تکیه بر منابع غنی فقهی و حقوقی بدست آوریم تا حداقل بتوان با ایجاد رویه واحد در دادگاهها، از صدور آراء متعارض و متفاوت، که اکثراً نیز فاقد پشتوانه و تحلیل فقهی و حقوقی صحیح می باشند، جلوگیری نمود. چرا که صدور آراء متعارض جز ورود خسارت به اشخاص ثالث و بی اعتباری دستگاه قضائی، چیز دیگری در پی ندارد.

روش تحقیق:

تحقیق به صورت کتابخانه ای و بررسی و مطالعه کتب معتبر فقهی و حقوقی انجام پذیرفته است.

در این تحقیق سعی شده است در مباحث فقهی از کتابهای فقهی بزرگ متقدم و معاصر همچون المبسوط و الخلاف شیخ طوسی، شرایع الاسلام محقق حلی، قواعد و تذکره علامه حلی، لمعه دمشقیه شهید اول، شرح لمعه شهید ثانی، جواهرالکلام شیخ محمد حسن نجفی، المکاسب شیخ اعظم مرتضی انصاری، تحریرالوسیله و البیع حضرت امام خمینی، منهاج الصالحین و مصباح الفقاهه آیت الله سید ابوالقاسم خوئی و جامع الشتات میرزای قمی استفاده شود. همچنین در مباحث حقوقی از کتابهای اساتید برجسته حقوق داخلی همچون حقوق مدنی سید حسن امامی، قواعد عمومی قراردادها و مجموعه حقوق مدنی ناصر کاتوزیان، مجموعه حقوق مدنی مهدی شهیدی، شرح قانون مدنی محمد عبده بروجردی و سید علی حائری شاهباغ استفاده شده است. در مواردی کتابهای سایر فقها و اساتید حقوق نیز مورد امان نظر بوده است.

پیشینه تحقیق:

در کتابهای فقهی و حقوقی کم و بیش به بیع شرط و خيار شرط پرداخته شده و مسائل آنها مورد بحث و بررسی واقع شده است. به عنوان مثال در کتابهای جواهر الکلام شیخ محمد حسن نجفی، المکاسب شیخ انصاری، تحریر الوسیله امام خمینی و منهاج الصالحین سید ابوالقاسم خوئی به بیع شرط و خيار شرط و مسائل مربوط به آنها پرداخته شده است. در عین حالی که اعتقاد بر آن است بنا به دلائلی که بیان گردید، بیع شرط آن طور که باید و شاید مورد توجه و بررسی قرار نگرفته است. موضوع حاضر که با بیع شرط و خيار شرط در ارتباط کامل است، به شکل پیش رو مورد بحث و بررسی واقع نشده و حتی با جستجو و بررسی هایی که انجام شده، پایان نامه و حتی مقاله ای نیز در این خصوص و بدین شکل یافت نگردیده است. فقها نیز مسئله حاضر را به شکل پیش رو مورد تحقیق و پرسش قرار نداده و بالطبع در صدد یافتن پاسخ به آن نیز نبوده اند. بنابراین در این پایان نامه مطالب و مباحثی که از قول فقها و اساتید حقوق در خصوص موضوع حاضر بیان گردیده است، از بیانات و نوشته های مطلق ایشان در خصوص شرط، خيار شرط و یا بیع شرط بوده که به بحث حاضر سرایت داده شده و به آن استناد شده است.

توجیه پلان

پایان نامه حاضر به دو بخش کلی تقسیم گردیده است. بخش اول به کلیات اختصاص یافته و شامل چهار فصل با موضوعات عقد، خیارات، شرط و خيار شرط می باشد. علت بیان مطالب این بخش ارتباط کامل این مفاهیم با موضوع اصلی بوده که شناخت آنها به درک بهتر موضوع کمک مینماید.

بخش دوم با عنوان معامله بر مبیع شرطی، طی دو فصل، بررسی عقد بیع، بیع لازم، بیع خیاری، نحوه درج خيار در عقد بیع و اسقاط خيار در فصل اول و بررسی وضعیت حقوقی بیع دوم در فصل دوم، سرلوحه بحث قرار خواهد گرفت.

بخش اول :

کلیات

عقد

خيارات

شرط

خيار شرط

بخش اول: کلیات

پایان نامه پیش رو به دو بخش کلی تقسیم گردیده است. در بخش اول که یادآوری کلیات می باشد چهار فصل با عناوین عقد، اختیارات، شرط و خیار شرط مورد بحث و یادآوری قرار می گیرد. در این بخش سعی بر آن است مطالبی که به نحوی از انحاء با موضوع پایان نامه حاضر در ارتباط بوده و شناخت آنها به درک بهتر موضوع و در نهایت به دست آوردن نتیجه ای منطبق با فقه شیعه و مبانی حقوق داخلی، کمک نماید آورده شود و از بیان مطالب اضافی خودداری گردد.

فصل اول: عقد

فصل اول از بخش اول با عنوان عقد و شامل دو گفتار با عنوان مفهوم عقد و اقسام عقد مورد بررسی واقع می شود.

گفتار اول: مفهوم عقد

در این گفتار طی دو مبحث، به بررسی مفهوم لغوی عقد و مفهوم حقوقی آن خواهیم پرداخت.

مبحث اول: مفهوم لغوی عقد

عقد در لغت عرب به معنی تابیدن، بافتن، محکم کردن، بستن و گره زدن و پیمان آمده است. راغب اصفهانی در خصوص معنای عقد گفته است: «معنای لغوی عقد گره زدن و جمع کردن اطراف و سرو ته چیزی که در اجسام سفت و سخت بکار می رود می باشد»^۱. جمع عقد، عقود بوده و در اصطلاحات عرفی و گاهی اصطلاحات حقوقی، عقد را مترادف قرارداد و معامله بکار می برند.

مبحث دوم: مفهوم حقوقی عقد

در اکثر نظامهای حقوقی که در دنیا وجود دارد، عقد، ایقاع و ضمان قهری از مهمترین اسباب ایجاد تعهد محسوب می گردند. این طرز تفکر در تهیه و تنظیم قانون مدنی ایران و در نتیجه حقوق داخلی تأثیرات فراوانی گذاشته است. لیکن عقود تنها ایجاد تعهد نمی کنند؛ بلکه

۱- راغب اصفهانی ابوالقاسم حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن فی غریب القرآن ص ۳۴۱

عقد، سبب تملیک، انتقال تعهد، ایجاد شخصیت حقوقی نیز می شود و کاربرد آن صرفاً ایجاد تعهد نیست. ماده ۱۸۳ قانون مدنی در تعریف عقد می گوید:

«عقد عبارتست از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد».

لذا عقد یک عمل حقوقی است که با توافق و تراضی طرفین منعقد می گردد. در این انعقاد، طرفینی روبروی هم قرار می گیرند که هر کدام در پی نفعی متضاد از دیگری است. این عقد آنها را به هدف خود از طریق توافق بر سر یک عمل حقوقی مشترک رسانده و نتیجه دلخواه را برای هر یک به بار می آورد. بعنوان مثال در خرید و فروش که همان بیع بوده و بارزترین عقد تلقی می گردد، فروشنده در پی بهای جنس مورد فروش، یعنی ثمن معامله و خریدار در پی بدست آوردن مورد معامله، یعنی مبیع، بوده که پس از توافق و تراضی طرفین بر سر عمل حقوقی بیع و شرایط انجام معامله و در نتیجه ایجاب و قبول، طرفین هر کدام به نتیجه دلخواه خود می رسند، بنابراین دو اراده در انشاء عقد باید دارای قصد و هدف مشترک باشند. لذا می توان ادعا کرد توافق دو اراده در عقد رکن اصلی انعقاد عقد و قرارداد است.

از تعریفی که قانون مدنی از عقد در ماده ۱۸۳ ارائه نموده دو شرط بطور وضوح نمایان می شود: «اول آنکه عقد در اثر برخورد و تلاقی و توافق دو یا چند اراده با قصد و هدف مشترک بوجود می آید و دوم آنکه نتیجه و منظور از این توافق ایجاد تعهد است».

حقوقدانان و اساتید حقوق ما، بر تعریفی که در ماده ۱۸۳ ارائه گردیده ایراداتی وارد نموده و معتقدند که این تعریف کامل نیست. دکتر کاتوزیان عقیده دارند این تعریف در نگاه ظاهری، تراضی به منظور تبدیل تعهد یا سقوط و انتقال آن یا نقل ملکیت، با اینکه چهره انشایی دارند را شامل نمی شود. لیکن در این تعریف مقصود از تعهد، تراضی آمیخته با التزام و پای بندی است. لیکن در قراردادهای جائز دو طرف پای بند نمی شوند و نیز این تعریف ماهیت عقود معوض را

بیان نمی کند؛ چرا که در این تعریف از عقد، فقط یکی از دو طرف متعهد می شود. ایراد دیگری که ایشان بر این تعریف وارد نموده اند آن است که این تعریف شامل عقودی که اثر مستقیم آن تملیک مال است، مانند بیع و هبه، نمی شود.^۱

پس از انتقادهایی که اساتید حقوق بر تعریف این ماده از قانون مدنی در مورد عقد بیان فرموده اند، به تعریفهای پیشنهادی از مفهوم عقد پرداخته اند. دکتر ناصر کاتوزیان می نویسد: «توافق دو انشاء متقابل است که به منظور ایجاد اثر حقوقی انجام می شود»^۲. مرحوم دکتر مهدی شهیدی نیز عقد را همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص را در ایجاد ماهیت حقوقی تعریف می نمایند.^۳

بنابراین آنچه از تعاریف مذکور به طور مشترک بدست می آید آن است که عقد ناشی از اراده دو طرف بوده که مقابل یکدیگر قرار داشته و حداقل برای این منظور، دو شخص، اعم از حقیقی یا حقوقی، باید وجود داشته باشد تا پس از توافق و تراضی، عمل حقوقی و در نتیجه ماهیت حقوقی شکل بگیرد. همچنین بدست می آید که پس از توافق، هر کدام متعهد امری می شوند و ملزم می شوند در روابط با دیگری آنرا بجای آورده و انجام دهند. مثلاً در عقدی مانند بیع، بایع متعهد است که مبیع را تسلیم نماید و مشتری نیز متعهد به رد ثمن می گردد. البته همانطور که قبلاً نیز اشاره گردید عقود صرفاً ایجاد تعهد نمی کنند بلکه عقد سبب تملیک، انتقال و ایجاد شخصیت حقوقی و غیره نیز می شود.

در عین حالی که در پاره ای از عقود که هدف اصلی از انعقاد آن تملیک و غیره می باشد، طرفین در روابط با یکدیگر تعهدهایی نیز برعهده می گیرند. بنابراین در حقوق، عقد تنها به عنوان

۱- رک کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی اعمال حقوقی ص ۱۶ و ۱۷ وجهت ملاحظه دیگر نظرات رک امامی سید حسن حقوق مدنی

ج ۱ ص ۱۷۰ و شهیدی مهدی حقوق مدنی ج ۱ تشکیل قراردادها و تعهدات صص ۳۶ و ۳۷ و ۳۷

۲- کاتوزیان ناصر، همان ص ۱۸

۳- شهیدی مهدی، همان ص ۳۹

منشأ و سرچشمه ایجاد تعهد مورد استفاده قرار نمی گیرد و از عقد می توان کارکردهای گوناگونی انتظار داشت.

گفتار دوم: اقسام عقد

مبحث اول: کلیات

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای که در ماده ۱۰ قانون مدنی نیز به رسمیت شناخته شده و در آثار حقوقی فراوانی نیز مورد تأکید قرار گرفته است باعث گردیده که عقود در قالبها و چارچوبهای بسیاری شکل بگیرند. همچنین روزافزون شدن مشکلات اقتصادی که در سطح جهانی اتفاق می افتد، پیچیده تر شدن روابط بازرگانی و داد و ستدها در عرصه بازار جهانی و نیز افزایش شمار کلاهبرداری های کلان در سطح جامعه داخلی و جامعه بین المللی، همچنین افزایش سطح دانش بشر از روابط اجتماعی و اقتصادی و بالتبع تلاش آنها در جهت حفظ اموال و سرمایه خود، بر شکل گیری عقود در قالبهای جدید تأثیر فراوان داشته است. برخی از این عقود، از به هم پیوستن و کنار هم قرار گرفتن چندین عقد به صورت یک عقد کلی، تشکیل می شود. به همین دلیل قانون مدنی در بیان احکام عقود و اقسام آنها، همه اقسام و انواع عقود را ذکر نکرده است. قانون مدنی در ماده ۱۸۴ خود، چند نمونه از انواع عقد را متذکر شده است. به موجب این ماده:

«عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می شوند: لازم، جائز، خیار، منجز و معلق».

این تقسیم بندی، تقسیم بندی کاملی از اقسام عقود نیست. فقها و اساتید حقوق بر حسب شرایط وقوع و آثار معاملات، عقود را به دسته های بیشتری تقسیم نموده اند. البته این تقسیم بندی ها از دیدگاههای مختلف صورت گرفته است، نه این که این تقسیم بندی ها تکمیل کننده ماده ۱۸۴ ق. م. باشد. از این لحاظ که عقد در یک لحظه و فوراً منعقد می شود یا به درازا می کشد

را به عقود فوری و مستمر تقسیم نموده اند. به جهت الزامی که طرفین عقد و پای بندی که آنها باید نسبت به عقدی که خود منعقد نموده اند داشته باشند به عقود لازم، جائز و خیار تقسیم کرده اند. همچنین به لحاظ آنکه اثر عقد، منوط به امر دیگری شود و یا به طور منجز بوجود آید عقد را به معلق و منجز تقسیم نموده اند. اقسام دیگری نیز از قبیل عقود تشریفاتی و رضائی، عینی، معین، نامعین، معوض و مجانی و غیره بر اساس شرایط فوق در نظر گرفته اند.

با توجه به اینکه در این نوشتار مجال بررسی و تشریح همه انواع عقود وجود ندارد دو مقوله که مرتبط با بحث می باشد را به اختصار توضیح می دهیم. ابتدا عقود لازم و جائز و سپس عقود لازم خیار را در ذیل همان عنوان به بحث می گذاریم.

مبحث دوم: عقد لازم و جائز

لغت شناسان لزوم را ثبوت معنا کرده اند: «لزم الشيء ملزمٌ لزوماً ثبت ودام»^۱

اکثر قریب به اتفاق فقها نیز لزوم را در همان معنای لغوی خود بکار برده اند و از آن ثبوت و وجوب را اراده کرده اند. در میان فقها مرحوم نائینی^۲ لزوم را به معنای تملیک التزام، معنا کرده است. زیرا ایشان معتقدند که در هر عقد تملیکی دو تملیک انجام می گیرد؛ زیرا هر عقدی یک متعلق دارد و یک التزام. به عنوان مثال در جمله «بعت الدار درهماً» بایع دو چیز را به مشتری تملیک می کند؛ اول خانه و دوم التزامش را به پای بندی به تملیک خانه. همچنین خریدار نیز دو چیز را به فروشنده تملیک می کند؛ اول ثمن و سپس التزامش را به پای بندی تملیک ثمن. بنابراین، نظر ایشان آن است که: بایع افزون بر تملیک اول، التزام به آنرا به مشتری تملیک میکند، در مقابل مشتری نیز علاوه بر تملیک ثمن، التزام به آن را به بایع تملیک می نماید.

ایشان در ادامه به تعریف لزوم عقد اشاره می کند و می فرماید:

۱- المقری الفیومی، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی ج ۲ ص ۲۴۵

۲- نائینی میرزا علی، مکاسب و البیع ج ۱ ص ۱۱۴