



اصل لزوم قراردادهای در فقه و قانون مدنی ایران

قراردادهای که بیانگر روابط حقوقی بین اشخاص می‌باشند، یکی از مهم‌ترین منابع تعهد به‌شمار می‌روند. جهت و هدف‌گایی قراردادهای، ایجاد حق و تکلیف برای طرفین قرارداد است...

چکیده: قراردادهای که بیانگر روابط حقوقی بین اشخاص می‌باشند، یکی از مهم‌ترین منابع تعهد به‌شمار می‌روند. جهت و هدف‌گایی قراردادهای، ایجاد حق و تکلیف برای طرفین قرارداد است...

مقدمه

در نظام حقوقی ایران و اسلام، باب معاملات از پرچنگ‌ترین مباحثی است که نظریه‌پردازان حقوق اسلام و ایران را به نقد و بررسی و تنقیح موضوعات آن واداشته است. در این میان، اصل لزوم در قراردادهای، جایگاه ویژه‌ای دارد که بعد از بررسی شرایط و ضوابط صحت قراردادهای، اولین مطلبی که شاید مدنظر می‌آید این است که؛ آن قرارداد، لازم است و تا زمانی که این لزوم خدشه‌دار نشده است، اصل اولیه $171\#$ ؛ اصل لزوم؛ بر آن جاری و حاکم است. البته در اغلب متون اسلامی، این اصل را صرفاً در عقود معین جاری و ساری می‌دانند. اما امروزه، این اعتقاد در میان اکثر فقهای کنونی و حقوق‌دانان وجود دارد که اصل لزوم نه تنها بر عقود معین جاری است بلکه در عقود نامعین نیز اصل اولیه، اصل لزوم است.

مبحث اول - اصل لزوم قراردادهای در فقه

از دید فقه امامیه و حتی فقه اهل سنت، در عقود چه در معاملات و معاوضات و چه در معاهدات، اصل اولیه، لزوم است. و نتیجه این اصل آن است که اگر در لزوم یا جواز عقد یا معامله‌ای شک کردیم، اصل لزوم جاری می‌شود مگر این که دلیل خاصی حکایت از جایز بودن آن نماید. البته این جواز نیز ممکن است از یک و یا از هر دو طرف عقد باشد. نخستین کسی که به این قاعده استدلال کرده است، علامه حلی (ره) است و دیگران نیز از وی تبعیت کرده‌اند.²

گفتار اول - اصل لزوم قراردادهای در فقه امامیه

الف - معنای $171\#$ ؛ اصل؛

گروهی از فقهای قائل‌اند که؛ اصل اولیه در تمامی عقود، اصل لزوم است. در مقابل، گروه دیگری قائل به اصل استصحاب شده‌اند و معتقدند: هر عقدی دارای اثری است و هر زمان که شک در وجود اثری کردیم که بر آن بار شده است استصحاب را جاری می‌سازیم. زیرا استصحاب، $171\#$ ؛ ابقاء ماکان علی ماکان؛ می‌باشد.

شیخ انصاری نظریات فقیهان را در خصوص معنای اصل در چهار نظر مختلف، به شرح ذیل احصا نموده است؛

اول: معنای اصل، غلبه و رجحان است. بدین معنا که در اغلب موارد عقود لازم هستند نه جایز. [3] صاحب این نظریه مرحوم محقق کرکی است که در جامع المقاصد فی شرح القواعد در توضیح این جمله می‌گوید: $171\#$ ؛ الاصل فی البیع اللزوم، به این معناست که بیع مبتنی بر لزوم است نه جواز، گرچه در بعضی افراد آن جواز عارض می‌شود یا این که در بیع ارجح این است که لازم باشد، با نظر به این که اکثر افراد بیع لازم می‌باشند [4]؛ [4]؛ ملاحظه می‌شود که محقق کرکی، اصل را به معنای غلبه و رجحان گرفته است.

دوم: اصل لزوم همانند اصل طهارت و اصل برائت، قاعده‌ای است مبتنی بر کتاب و سنت و به هنگام شک، به آن رجوع می‌شود. [5] سوم: اصل به معنای استصحاب می‌باشد. یعنی، در صورت فسخ یکی از متعاملین، ترتب آثار عقد مورد تردید قرار می‌گیرد و مقتضای قاعده استصحاب، بقای اثر عقد است و نتیجه آن، لزوم عقد خواهد بود. [6]

چهارم: این که معنای لغوی واژه بیع (خرید و فروش) و بنای عرفی [7] و شرعی آن بر لزوم است. یعنی، مردم وقتی خرید و فروش می‌کنند، بنای آن‌ها بر آن است که مالک اولیه نسبت به مال، اجنبی شده و مطابق همین معنا، خیارات، حقی است خارجی که قابل اسقاط می‌باشد و بیع هم‌چون هبه نمی‌باشد که قابل رجوع است. زیرا قابلیت رجوع هبه، از احکام شرعی است و غیرقابل اسقاط.

معنای اصل در معانی چهارگانه فوق‌الذکر از لحاظ نتیجه فقهی و حقوقی یکسان نمی‌باشد. زیرا اگر اصل لزوم قاعده‌ای باشد مستفاد از کتاب و سنت نظیر آیه $171\#$ ؛ او فوا بالعقود؛ و یا روایتی از قبیل $171\#$ ؛ لایحل دم امرء الا بطیب نفسه؛ و $171\#$ ؛ الناس مسلطون علی اموالهم؛ در این صورت، از ادله اجتهادی می‌باشد و مفاد آن نیز چون قاعده $171\#$ ؛ لا ضرر؛ کاشف از واقع می‌باشد. فلذا مفاد آن حکم واقعی خواهد بود. ولی چنانچه اصل لزوم، مستفاد از استصحاب باشد در این صورت، از ادله فقهی است که هیچ‌گونه کشف از واقع ندارد؛ فلذا مفاد آن حکم ظاهری خواهد بود. [8]

این که نظر مختار نگارنده کدام یک از چهار معنای فوق‌الذکر است، ارائه نظر را به گفتارهای بعدی این مبحث ارجاع می‌دهیم.

ب - تعریف $171\#$ ؛ عقد؛

واژه عقد از جهت لغوی، [9] به معنای $171\#$ ؛ رَبط؛ یعنی بستن و گره زدن ریسمان، به کار می‌رود و از جهت اصطلاح حقوقی و فقهی نظریه‌پردازان پیرامون آیه شریفه $171\#$ ؛ او فوا بالعقود؛ به شرح ذیل اظهار نظر کرده‌اند:

شیخ انصاری عقد را مطلق تعهد دانسته است و عقد در آیه فوق را نیز به معنای هر عقدی قلمداد کرده است نه عقد معین و بخصوص؛ $171\#$ ؛ فمناها قوله تعالی "او فوا بالعقود" دل علی وجوب الوفاء بكل عقدٍ و المراد بالعقد مطلق العهد کما فسرته فی صحیحه

ابن سنان المرویه فی تفسیر علی بن ابراهیم او ما یسمى عقداً لغه و عرفاً[10]:[raquo;] یعنی شیخ انصاری معنای لغوی و عرفی عقد را در آیه ملحوظ داشته است و هر آنچه را که از دید عرف، عقد باشد، مشمول آیه « او فوا بالعقود « دانسته است.

امام خمینی(ره) نیز در کتاب بیع خود معنای عقد و تجارت را توسعه داده و نه فقط تمامی عقود و قراردادهایی که سبب ایجاد حق یا نقل ملکیت است بلکه تمامی قراردادهای خصوصی، معاوضات، معاطات و عقود معین را مشمول آیه و عنوان عقد و تجارت دانسته‌اند؛ « من هنا ممکن التوسع فی السبب الحق لكل ما هو سبب حق لدى العقلاء لتحصيل المال، کسائر المعاوضات العقلایه غیر البیع... لكن الظاهر عدم اختصاص التجاره بالبیع، بل تشمل سائر المكاسب كالصلح و الاجاره و غیرهما...«[raquo;] همچنین این فقیه معاصر، تعهد را اعم از عقد می‌دانند. چرا که قائل‌اند؛ عهد اعم مطلق است.

صاحب کتاب ما وراء الفقه در بیان استدلال به آیات « او فوا بالعقود «؛ « لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاراً عن تراض منکم «؛ می‌گویند؛ « این عناوین « عقود «؛ و « تجارت «؛ عناوین عرفیه می‌باشند. فلذا واجب است که ما تعاریف و مصادیق این عناوین را از عرف بازار اخذ نماییم... پس هر وقت که عرفاً معامله‌ای عقد یا تجارت باشد، صحیح است و واجب است وفای به آن؛ بلکه اگر معامله‌ای به گونه‌ای باشد که عرفاً بر آن صدق معامله و عقد نشود، داخل در موضوع آیات فوق‌الذکر نمی‌شوند و صحیح نمی‌باشد[12]:[raquo;]

با توجه به این که عقد، اول بار در امور محسوسه به کار می‌رفت ولی بعداً به طور استعاره نسبت به امور معنویه مانند معاملات از قبیل بیع و اجاره و امثال آن بین مردم رایج بود به کلیه عهدها و پیمان‌ها تعمیم یافت و از آن نظر که اثر معنای عقد که لزوم و التزام است در این موارد وجود داشت؛ لذا این کلمه "عقد" بر آن‌ها اطلاق شد.[13]

عقد (که همان عهد است) بر همه پیمان‌های دینی که خداوند از بندگانش گرفته منطبق است. اعم از این که ارکان و اجزای دین باشد مثل توحید و سایر معارف اصلی و اعمال عبادی یا احکامی که « تأسیسی «؛ یا « امضایی «؛ از جمله عقود و معاملات- تشریح شده باشد.[14]

با توجه به نظرهای بزرگان و نظریه‌پردازان معلوم است که لفظ عقد فقط بر عقود معهود مثل بیع و اجاره و... که از جمله عقود معین می‌باشند، اطلاق نمی‌شود؛ بلکه به عقود نامعین نیز غیر از عقود معهود صدق می‌کند. بلکه اصلاً در صدق عقد نیازی به صدور لفظ از جانب عاقد نمی‌باشد و همان‌طور که در بیان حضرت امام خمینی(ره)، شیخ انصاری و سید محمد صدر و دیگران آمده است، معاملات و معاوضات که با داد و ستد انجام می‌گیرد نیز عنوان عقد بر آن صدق می‌کند که جهت تأیید و تأکید مطلب چند نمونه از بیانات فقها و علما در ذیل بیان می‌شود؛

نویسنده عروژ الوتقی در مقام بیان این که عقد مزارعه معاطاتی صحیح است و بعد از تصرف، عقد لازم می‌شود، این‌گونه بیان می‌کند؛ « اما المزارعه المعاطاتیه فلا تلزم الا بعد التصرف...«[raquo;] یعنی در عقد بودن مزارعه معاطاتی بحثی نیست فقط لزوم عقد مزارعه، مشروط به تصرف می‌باشد. مثل بیع صرف که قبض، شرط صحت آن است. در این جا نیز تصرف، شرط لزوم عقد مزارعه معاطاتی می‌باشد و الا تا زمانی که تصرف حاصل نشده است، هر يك از طرفین عقد، حق بر هم زدن عقد، مزارعه را خواهند داشت.

ایشان در عقد مساقات نیز قائل است که بعد از ایجاب قولی، قبول می‌تواند فعلی باشد؛ همان‌طوری که خود معاطات، کفایت از ایجاب و قبول لفظی خواهد کرد.[16] وی همین مطلب را در "ضمان" تأکید و بیان می‌دارد.[17]

صاحب عروژ الوتقی همچنین معاطات را در اجاره، صحیح می‌داند. پس می‌توان ایجاب را با قول و لفظ آورد؛ درحالی‌که قبول، با عمل و فعل صورت گیرد.[18]

همان‌طوری که در کتاب « سؤال و جواب «؛ محقق قمی طریقه مستمره اهالی را دال بر وجود تعهد و لزوم پای‌بندی به آن طریقه می‌داند.

« سؤال: هرگاه رودخانه‌ای بوده باشد - و نه دریاچه ده - از قدیم‌الایام قرارداد آن را به این نوع نموده‌اند که به هر يك از قرای مذکوره بندی بسته که سد آب و حد ایشان بوده. و بندهای مذکوره، فوق و تحت یکدیگر واقع شده‌اند. و فاصله یکی از بندی تا بند دیگر باشد که ریزش بند اول از ثانی و ثانی از ثالث و همچنین تا آخر و هر يك از بند خود نهری منشق و زراعت می‌نمایند. از آن تاریخ تا به حال به همین استمرار قرارداد که پشت در پشت بنا و بنیاد آن شده بود معمول، و تغییر و تبدیلی در حدود مشخصه سابقه تا این اوقات اتفاق نیفتاده بود که احدی از حد معینه تجاوز کرده باشد. الحال نظر به تنگ آبی، اهل يك مزرعه دست از استمرار آبا و اجداد برداشته بندی که سد ایشان بوده آن بند را موقوف و واگذاشته و به فاصله کلی از بند خود که محل و مجرای آب و بند آخر است می‌خواهد احداث فناتی کرده باشد که هرگاه این فنات کنده شود آب مزرعه آخری بالمزه خشک می‌شود و اهل آن مزرعه متضرر می‌شوند. آیا می‌رسد که این احداث را کرده و ضرر به مسلمان برسد یا نه؟

جواب: طریقه مستمره را نمی‌توانند بر هم زد و حفر قنات یا امری که باعث نقص قریه پایین‌تر می‌شود جایز نیست[19]:[raquo;] این‌طور که از سؤال و جواب معلوم و ظاهر است اولاً لزومی به تنظیم قرارداد لفظی و یا کتبی نمی‌باشد بلکه همین که عرف و بنای عقلای اهل محل بر چیزی بوده و خصوصاً بر آن بناء و طریقه استمرار داشته باشند دال بر توافق و وقوع عقد است. ثانیاً این‌گونه قراردادها نیز لازم است. گرچه در زمره عقود معین قرار نگرفته باشد. ثالثاً محقق قمی این‌گونه قراردادها را در باب صلح بحث کرده است. چرا که در آن زمان تمامی مواردی که شرایط خاص عقود معین را واجد نبودند در قالب عقد صلح ریخته می‌شدند. و به بیان دیگر، حتی عقود معین نیز می‌تواند در قالب عقد صلح ریخته شود و آثار همان عقود را نیز داشته باشد. ولی بدین معنا است که قراردادها و عقود غیرمعین نیز دارای اعتبار است و مشمول عنوان عقد و آیه « او فوا بالعقود «؛ می‌باشند.

مؤید مطلب فوق بیان علامه طباطبایی در تفسیرالمیزان در مقام تفسیر آیه « او فوا بالعقود «؛ است که می‌فرماید؛ واژه

171#&العقود&را; در جمله 171#&اوفوا بالعقود&را; جمع با 171#&الف&را; و 171#&لام&را; است و چنین جمعی در زبان عرب افاده عموم می‌کند که با در نظر گرفتن این امر، آیه مذکور چنین معنی می‌دهد 171#&ای کسانی که ایمان آورده‌اید به همه قراردادهای پای‌بند باشید&را;.

ایشان در دنبال تفسیر آیه می‌فرمایند: 171#&ظاهر، جمع محلی با الف و لام است و این که 171#&عقد&را; عرفاً نسبت به هر عقد و حکمی اطلاق می‌شود... به طوری که از ظاهر آیه 171#&اوفوا بالعقود&را; ملاحظه می‌کنید، قرآن دلالت بر امر به وفا می‌کند و ظاهر این امر، عام است و شامل همه چیزهایی می‌شود که عرفاً 171#&عقد&را; بر آن صادق است و با 171#&وفاء&را; سازگار است&را;.

یعنی این مفسر بزرگ، معنای عقد را تشریحی نمی‌دانند بلکه معنی عقد را عرفی می‌دانند و هر آنچه را که عرفاً، عقد بر آن صدق کند، مشمول آیه می‌دانند.

به بیان دیگر، دلیلی وجود ندارد که 171#&الف&را; و 171#&لام&را; را در 171#&العقود&را; عهدی بگیریم. زیرا 171#&الف&را; و 171#&لام&را; جنس نیز امکان دارد در جمع به کار رود که در این صورت، این‌گونه معنی خواهد داد؛ منظور از صیغه 171#&العقود&را; جنس عقود می‌باشد که هر یک از عقود معین مثل بیع و اجاره و عقود غیرمعین را نیز شامل می‌شود و در صورت تردید در تفسیر، مفهوم عام مربوط به جمع مصدر به 171#&الف&را; و 171#&لام&را; اصل عدم تقیید جاری می‌شود.

تأکید بر معنی عرفی عقد با ملاحظه صدر آیه 29 سوره نساء 171#&یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاراً عن تراضٍ منکم&را; معلوم می‌شود که جمله 171#&تجاره عن تراضٍ&را; از جهت نوع و ماهیت معامله، شامل عقود معین و غیرمعین که موضوع آن به طور مستقیم، مال یا تعهد بر انجام عملی که منتهی به انتقال مال است، می‌باشد و اعتبار و مشروعیت هر عقد ناشی از تراضی طرف‌های مربوط به آن را تأیید می‌کند. زیرا واژه 171#&تجارت&را; همانند واژه 171#&عقد&را; همان طوری که از علامه طباطبایی نقل شد، حقیقت شرعی ندارد. و منظور از آن در مطلق عملی است که عرفاً عقد یا تجارت گفته می‌شود و دلیلی بر تقیید آن به عقود معین وجود ندارد. ظاهر آیه این است که تجارت ناشی از تراضی، اکل مال دیگری را مباح می‌کند؛ نه این که جواز اکل مال مزبور، موارد تجارت معتبر ناشی از تراضی را محدود به معاملاتی می‌کند که موضوع آن مستقیماً مال و نتیجه بی واسطه آن، اکل مال باشد. بنابراین، معنی آیه مزبور چنین می‌شود که 171#&ای کسانی که ایمان آورده‌اید اموال یکدیگر را به باطل نخورید؛ مگر این که از راه تجارت حاصل از تراضی باشد&را;.

یعنی مفهوم مخالف آن، این است که تجارت ناشی از تراضی، اکل مال به باطل نمی‌باشد. و آنچه که اکل مال به باطل نباشد، مشمول عنوان تجارت و عقد است و وفای به آن واجب است.

واژه عقد و تجارت را می‌توان توسعه داد و شروط ضمن عقد را نیز مشمول عنوان عقد و تجارت در آیات فوق‌الذکر دانست. زیرا با استناد به حدیث 171#&المؤمنون عند شروطهم&را; و یا 171#&المسلمون عند شروطهم&را; که در احادیث معتبر و متعدد در جهت اعتبار شرط و لزوم رعایت آن مورد استفاده قرار گرفته‌اند؛ حتی بعضی قائل‌اند به این که شرط اعم از عقد و قرارداد می‌باشد. زیرا عقود نیز شروطی هستند که طرفین مشروطه و مشروط‌علیه بر عمل به آن توافق و تراضی دارند. پس این احادیث مؤید این مطلب می‌باشند که همه قراردادهای معتبر و لازم‌اند مگر دلیل خاصی بر جواز آن‌ها اقامه شود. زیرا صرف نظر از این که در بعضی کتب لغت، واژه 171#&شرط&را; به طور مطلق به معنی پیمان آمده و این اطلاق شامل تعهد مستقل و تعهد مندرج ضمن عقد می‌شود، حتی اگر معنای حقیقی و اصلی آن را پیمان مندرج ضمن عقد بدانیم و به کار رفتن آن را در معنای مطلق نسبت به معنای اصلی مجاز تلقی کنیم؛ با لحاظ این که در اصطلاح فقهی و در 171#&احادیث&را; به فراوانی در معنی مطلق به کار رفته است، استنباط این معنا از آن در اصطلاح فقهی بعید به نظر نمی‌رسد. بنابراین، مبنا و با لحاظ مفهوم عام که از کلمه جمع مضاف 171#&شروطهم&را; استفاده می‌شود، اعتبار عقود غیرمعین را می‌توان از آن استنباط و استفاده کرد.

به علاوه، آیات زیادی از قرآن مجید به روشنی بر اعتبار مطلق معاهدات و پیمان‌ها و لزوم اجرای تعهدات مربوط به آن‌ها و زشتی نقض پیمان‌ها و پشت پا زدن به آن‌ها دلالت دارد. و با لحاظ این که قراردادهای مزبور، مقید به نوع خاصی نشده‌اند و همچنین با در نظر گرفتن تنوع این معاهدات از حیث اسکلت و شرایط، در شمول آیات مزبور نسبت به پیمان‌های غیرمعین، تردیدی باقی نمی‌ماند. [20]

همچنین با نظر به سیره عقلا و بنای خردمندان از جمله سیره عقلای عصر حضرت رسول(ص) و ائمه معصومین(ع) که در روابط خود بر قراردادهایی که انشا می‌کردند، ارزش و اعتبار قائل بودند و خود را به تعهدات آن ملزم می‌ساختند، نیز قرینه‌ای است بر این که عقود در آیات و روایات بر عقود غیرمعین هم صدق می‌کند؛ به خصوص که از جانب شارع، ردع و منعی در عمل به آن قراردادهای وارد نشده است و تقریر آن بزرگواران مؤید صحت و اعتبار عمل معاصرین‌شان به تعهدات‌شان تلقی می‌شود.

فلذا از مجموع نظرات و دلایلی که ذکر شد، برداشت می‌شود که لفظ عقد بر تمامی عقود و قراردادهای اعم از عقود معین و عقود غیرمعین و شروط مستقل و شروط ضمن عقد اطلاق می‌شود و در خصوص وقف و عتق نیز اگر بگوییم که عقد نمی‌باشند و مندرج در مفهوم تجارت نیز نیستند بدین فرض که این امور تجارت نمی‌باشند؛ پس قطعاً مندرج در مفهوم شرط 171#&المؤمنون عند شروطهم&را; خواهند بود. و با توجه به این که معاملات را تماماً شکلی از اشکال شروط می‌دانیم از لحاظ لغوی و عرفی، پس وقف و عتق و تمامی مواردی که مثل این‌ها می‌باشند، در ضمن این حدیث قرار می‌گیرند. فلذا تمامی قراردادهای یا مشمول آیه 171#&اوفوا بالعقود&را; و یا آیه 171#&... الا ان تکون تجاراً عن تراضٍ منکم&را; یا زیر عنوان شرط 171#&المؤمنون عند شروطهم&را; قرار خواهند گرفت.

بنابراین، می‌توان چنین نتیجه گرفت که لفظ عقد بر تمامی عقود و قراردادها اعم از عقود معین و غیرمعین، شروط مستقل و شروط مندرج در ضمن عقد اطلاق می‌شود.

ج - معنای 171#& لزوم؛

در تعریف عقد گفته‌اند 171#&؛ العقد عبارة عن العهد المؤكد؛ یعنی، ما ملزم هستیم که طبق عقد و عهد خویش عمل کنیم. از زمان سابق از جمله مصادیق عقد، بیعت بوده است و کسی که بیعت را می‌شکسته به آن ناقض البیع اطلاق می‌شده است. درخصوص عقود نیز در عالم تشریح یک نوع ابرام و استحکام وجود دارد. فلذا وقتی عقدی مستحکم و مبرم شد، طرف دیگر عقد نمی‌تواند آن را منحل سازد. زیرا در تشریح، از او سلب قدرت شده است. گرچه در عالم تکوین بتواند چنین کاری را بکند. زیرا قاعده کلی است 171#&؛ الممتنع شرعاً کالمتنع عقلاً؛ پس، وقتی که شارع مقدس گفت تو را غیرقادر می‌بینم، وی قدرت و توان شرعی خود را شرعاً از دست داده است. به عبارت دیگر، از لحاظ تشریحی، فسخ آن عقد که ابرام و استحکام درخور شأن آن است، غیرممکن گردیده است. [21]

لزوم از ماده لزوم می‌باشد که از لحاظ لغوی به معنای واجب‌شدن، دوام پیداکردن، چسبیدن و به گردن‌گرفتن است [22] که تماماً یک نوع دوام و همیشگی تعهد را بر ملتزم می‌رساند. این واژه با معنای اصطلاحی که در فقه دارد، همسو است. زیرا که در این معنا، عبارت است از صفت مشترک کلیه عقود و ایقاعاتی که اقدام‌کننده به آن‌ها نتواند با قصد یک طرفه خود، آن را فسخ کند (ماده 185 ق.م.). همین معنی در اصطلاح 171#&؛ اصالة اللزوم؛ مقصود است (ماده 219 ق.م.). عکس حالت بالا را جواز می‌گویند. لزوم و جواز عقود و ایقاعات از مسایلی نیست که با تأسیس قانون‌گذاری از قانون‌گذاران پدید آمده باشد. یعنی از احکام تأسیسی نیست بلکه امضایی است. یعنی هر قرارداد و هر ایقاع از زمانی که بین بشر پدید آمده است، از همان زمان، با توجه به طبیعت مصلحت راجع به همان قرارداد یا ایقاع، لزوم یا جواز آن هم بین طرفین قرارداد روشن بوده است. دلیلی بر تأسیسی بودن آن‌ها وجود ندارد، حال آن که دلیل امضایی بودن آن‌ها از بدیهیات است. نظر اغلب فقیهان بر تأسیسی بودن لزوم و جواز است. [23]

البته دکتر لنگرودی ادعای تأسیسی بودن لزوم را از نظر فقها کرده‌اند. لیکن تمامی فقها قائل به تأسیسی بودن لزوم نیستند. بلکه عده‌ای مثل محقق قمی و اکثر فقها قائل به تأسیسی بودن لزوم و جواز احکام می‌باشند و دلیل ایشان 171#&؛ اوفوا بالعقود؛ و دلیل 171#&؛ استصحاب؛ است. [24] ولی بعضی دیگر قائل‌اند 171#&؛ احسن الوجوه فی اللزوم هو ان بناء البیع علی اللزوم فاذا ورد دلیل الامضاء کافی... مقتضی البیع عرفاً لزومه دائماً؛ [25]؛

ملاحظه می‌شود که محقق قمی لزوم بیع (البته مطلق عقد این‌گونه است و ذکر بیع خصوصیت موردی ندارد بلکه به قول حضرت امام(ره) در کتاب بیع، ذکر بیع به خاطر این است که آن، مصداق اعلاى عقود و معاملات می‌باشد.) را ناشی از عرف می‌داند و صرف دلیل امضا، کفایت بر لزوم بیع خواهد کرد.

بعضی از علمای اخیر نیز سعی کرده‌اند از دو مکتب بالا مکتب مختلطی به وجود آوردند و لزوم و جواز عقود را معلول عرف و عادت با دستور شارع بدانند؛ یعنی هم تأسیسی بدانند و هم امضایی (نه تأسیسی خالص و نه امضایی خالص) هر چند که نهایتاً به مکتب اول نزدیک‌تر شده‌اند. [26]

و بعضی از علمای دیگر نیز بین عقود لازمی که با صیغه و لفظ منعقد می‌شوند و عقودی که به صورت معاطات انجام می‌گیرند، تفکیک قائل شده‌اند؛ 171#&؛ الاجاره من العقود لازمه لاتنفسخ الا بالتقایل او شرط الخيار لاحدهما او کلیهما اذا اختار الفسخ، نعم الاجاره المعاطاتیه جایز یجوز لكل منهما الفسخ... [27]؛

ایشان معتقدند که در اجاره معاطاتی اجاره جایز است ولی دیگر علما مثل آیت‌ا... خوبی قائل‌اند که 171#&؛ بعید نیست لزوم؛ آن و آیت‌ا... قمی معتقدند؛ 171#&؛ الاظهر لزومها؛ و آیت‌ا... خوانساری بر این عقیده‌اند که؛ 171#&؛ الاقوی لزومها؛ و حضرت امام(ره) نیز درخصوص معامله معاطاتی نظری دارند که بعداً متعرض می‌شویم. [28]

البته علما بین لزوم حقی و حکمی تفصیل قائل شده‌اند. بدین شرح که لزوم حکمی یعنی این که شارع مقدس تشریح کرده است که فلان معامله لازم است. بنابراین حکم شرعی قائم بر این است که 171#&؛ لا یجوز تکلیفاً لاحد فسخ عقده؛. از این قبیل است شکستن بیعت با رسول‌الله(ص) و با امام معصوم(ع). به عبارت دیگر، لزوم حکمی زمانی است که طرفین یک عقد لازم، نتوانند در آن شرط خیار کنند مثل لزوم عقد نکاح و عقد ضمان. [29]

پر واضح است که بسیاری از احکام شرعی حاکی از لزوم معامله است و این قسم از احکام شرعی ناظر به حکم وضعی است. یعنی شارع مقدس وضعاً از متعاملین درخصوص فسخ عقد و نقض معامله سلب قدرت کرده است؛ همان‌طوری که شیخ انصاری در مکاسب بیان می‌کند؛ 171#&؛ قوله تعالی 171#&؛ اوفوا بالعقود؛ دل علی وجوب الوفاء لكل عقد و المراد بالعقد مطلق العهد... المفهوم من الایه عرفاً حکمان تکلیفی و وضعی و قد عرفت ان لیس المستفاد منها الا حکم واحد تکلیفی یستلزم حکماً وضعیاً؛ [30]؛ یعنی شیخ انصاری معتقد است که گرچه عرفاً از آیه 171#&؛ اوفوا بالعقود؛ دو حکم تکلیفی و وضعی فهمیده می‌شود لیکن فقط حکم واحدی استنباط می‌شود از آن، و آن نیز حکم تکلیفی است که مستلزم حکم وضعی دیگری می‌باشد که آن، لزوم عقد است. به عبارت دیگر، شیخ انصاری اعتقاد دارد که اولاً و بالذات از آیه حکم تکلیفی وجوب عمل به مفاد عقد استنباط می‌شود و احکام وضعی لزوم از آن حکم تکلیفی، منتزع می‌شود. یعنی این آیه 171#&؛ اوفوا بالعقود؛ هم دال بر حکم تکلیفی لزوم و هم حکم وضعی لزوم می‌باشد.

البته همان‌طوری که علمای دیگر اصول، مبرهن و مدلل ساخته‌اند احکام وضعیه، جعل استقلالی دارند و بین حکم وضعی و تکلیفی ملازمه‌ای وجود ندارد. بلکه هر حکمی تابع اعتبار معتبر است و اصولاً بسیاری از احکام وضعیه را شرع، جعل نکرده است بلکه مجعول

به علاوه، احکام، تابع مصالح و مفاصد هستند؛ حال آن که در احکام وضعیه، نظری به مصلحت و مفسده تکلیفیه نیست. بلکه مصلحت و مفسده، عقلیه است. در مواردی مثل بیع ربوی، شرع تصرف می‌کند و این قسم از بیع را از اعتبار می‌اندازد. [32] یعنی شارع، حلیت و حرمت را اعتبار می‌کند.

با توجه به این که اکثر احکام، وضعی هستند و قسمتی از آنها، تأسیسی است. فلذا احکام وضعی را شارع مقدس به‌عنوان خالق العقلاء و رئیس العقلاء، امضا نموده است. خلاصه آن که مبادی حکم تکلیفی، غیر از مبادی حکم وضعی است و مصلحت و مفسده هر کدام با دیگری فرق دارد.

اما لزوم حقی زمانی است که طرفین یک عقد لازم بتوانند در آن عقد، شرط خیار کنند به این ترتیب که لزوم آن را برای مدتی از بین ببرند. عقد مزبور را لزوم حقی گویند مانند لزوم بیع. زیرا در عقد بیع می‌توان شرط خیار نمود (ماده 458 ق.م.ا). [33] از جمله آثار حق، این است که قابل اسقاط است؛ بر خلاف حکم که قابل اسقاط نیست. حکم حتی با تراضی طرفین قابل اسقاط نمی‌باشد، مثل عقد نکاح.

لزوم حقی بدین معناست که هر یک از متعاقدين، مالک بر التزام دیگری است یا احد متعاقدين، مالک التزام دیگری است بدون این که دیگری دارای این مالکیت باشد. و معنای این که شخص، مالک بر التزام خود نباشد آن است که نمی‌تواند عقد را بر هم زند و عقد همچنان مستحکم و مبرم است و قابل فسخ و انحلال نمی‌باشد. زیرا التزام او مملوک غیر است و معنای «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً؛ یعنی نتیجه امتناع شرعی نیز همانند امتناع تکوینی است و بنابراین هر کاری که بکند اثری بر آن بار نمی‌شود. در هر حال، چه لزوم حکمی چه لزوم حقی، هر دو دال بر استحکام و ابرام عقد است و تنها فرق میان آن دو، آن است که لزوم حکمی همان طوری که گفته شد، قابل اسقاط نمی‌باشد. ولی در لزوم حقی، شخص، مالک التزام دیگری است و این مالک بودن گاهی از یک طرف و گاهی از دو طرف است و قابل اسقاط خواهد بود (مثل خیار حیوان).

به تعبیر منطقی، انشائات دو مدلول دارند: یکی مدلول مطابقی و دیگری مدلول التزامی مثلاً جمله «بعثک هذا الكتاب بخمسین تومان؛ مبین مدلول مطابقی است و با آن مؤدای انشای در عالم اعتبار موجود می‌شود و مدلول التزامی این انشا، پای‌بند بودن به معامله و عدم توانایی در به‌هم‌زدن و فسخ معامله می‌باشد. حال در عقودی که با لفظ انشا می‌شود پای‌بندی به مدلول مطابقی و مدلول التزامی وجود دارد و بنای عقلاً نیز بر همین منوال است. زیرا عقلاً می‌گویند طرفین ملتزم به تبادل انشائی خود هستند و این لزوم و پای‌بندی به هر دو مدلول در عرض هم و از انشای متعاقدين استفاده می‌شود.

در همین موضوع، در بحث از بیع معاطاتی می‌گویند که بیع معاطات، لازم نیست و یا اجاره معاطاتی، لازم نیست. زیرا معاطات را عقد نمی‌دانند و آن را صرف داد و ستد خارجی می‌شمارند. چرا که در معاطات، مدلول مطابقی که همان تبادل ثمن و مثنی باشد موجود است؛ ولی مدلول التزامی که از لفظ استفاده می‌شود، در این جا، موجود نیست. مگر در جایی که عمل، کنایه از لفظ باشد. مثل دست در دست گذاشتن در بیعت که خود کنایه از لفظ است. و یا دست به‌دست زدن در بعضی کشورها و یا امضای پیمان نامه‌ها و قراردادهای بین‌المللی که همگی کنایه از لفظ هستند. اما صاحب تفسیرالمیزان، همان طوری که قبلاً نیز اشاره شد، قائل‌اند که لفظ عقود در آیه «ووفوا بالعقود؛ جمع محلی با الف و لام است و افاده عموم می‌کند. لذا از این جهت، بهتر آن است که لفظ «عقود؛ در این آیه را حمل بر معنایی کنیم که شامل هر چیزی که «عقد؛ بر آن صادق است، بشود. یعنی ظاهر جمع محلی با الف و لام و این که عرفاً «عقد؛ نسبت به هر عقدی اطلاق می‌شود... عقد هر کار یا گفتاری است که معنای لغوی (گره بستن، گره زدن) را ممثل کند... که با تعریفی که از عقد، ایشان ارائه می‌دهند این که در «هر کاری یا گفتاری؛ معاطات نیز گرچه لفظاً انشائی ندارد و با داد و ستد واقع می‌شود ولی عنوان عقد را پیدا می‌کند و مشمول آن عنوان می‌گردد. در همین رابطه حضرت امام خمینی (ره) بر این عقیده‌اند که «تمام بیوع معاطاتی، لزوم دارند. چون اکثر بیع‌های امروزی به‌طور معاطات انجام می‌گیرد و این خلاف روش عقلاً است که بگوئیم اگر انشا با لفظ بود، لزوم دارد و الا نه؛ و به دنبال آن می‌فرمایند؛ «معاطات هم مدلول مطابقی دارد و هم مدلول التزامی که پای‌بند بودن به عقد خود باشد؛

همچنین ایشان، در جای دیگر، در بیان رد ادعای این که در معاطات چون با لفظ انشا نمی‌شود، مدلول التزامی وجود ندارد؛ این‌گونه استدلال می‌کنند: «مدلول التزامی لازمه معنی می‌باشد، نه معنی المفاد باللفظ پس وقتی ما بپذیریم که معاطات نیز مثل بیع می‌باشد در انشا، معنای مطابقی یعنی مبادله، پس ناچاراً لازمه معنای مطابقی آن به تبع انشا شده است، یعنی التزام به آن تبادل خواهند داشت. خواه آن معنا با لفظ انشا شده باشد خواه با فعل؛

طباطبایی‌یزدی نیز در عروزالوثقی [35] قائل به وجود دلالت تطابقی و التزامی در معاطات می‌باشد. آن‌جا که در بحث ضمان می‌گویند: «بیشتر فیه امور "أحدهما" الايجاب و یکفی فیه کل لفظ دال بل یکفی الفعل الدال ولو بضمیمه القرائن علی التعهد و الالتزام بما علی غیره من المال و "الثانی" القبول من المضمون له و یکفی فیه ایضاً کل ما دلّ علی ذلك من قول او فعل؛ که ایشان در ضمان، ايجاب و قبول فعلی را که دلالت بر تعهد و التزام دارند، صحیح و نافذ می‌دانند.

همچنین یکی دیگر از اندیشمندان قائل به تفصیل شده‌اند، بدین مضمون که؛ اگر فعل نزد عقلاً حاکی از عقد بود بیع و لازم و الا نه. [36] لیکن آن طوری که اصولیین قائل‌اند هویت عقد به قصد موجب است (العقود تابعه للقصد) و الفاظ و افعال در ماهیت عقد دخالتی ندارد و بیشتر جنبه اثباتی عقد محسوب می‌شود. بنابراین، فرقی بین بیع معاطاتی و بیع با الفاظ علی‌الاصول- نیابستی باشد و هر دوی آن‌ها حقیقتاً بیع هستند و یا در اجاره، اجاره هستند و مشمول عنوان عقد و مشمول قاعده اصالت‌اللزوم. شایان گفتن است که علما، عقود را به عقود عهدیه و اذنیه نیز تقسیم کرده‌اند و از جمله میرزای نائینی قائل‌اند که اصالت‌اللزوم در عقود

عهديه جارى مى‌شود نه در عقود اذنيه. [37]

يادآور مى‌شود عقودى را عهديه گويند كه در آن ايجاب و قبول وجود دارد اما عقود اذنيه، عقود صورى هستند و اصالتاً عقد نمى‌باشند. زيرا در آن ايجاب و قبول وجود ندارد. فلذا اين عقود مثل وكالت، تخصصاً از عنوان عقود خارج‌اند، نه تخصصاً.

البته شيخ انصارى معتقد به تقسيم‌بندي ديگرى است و در عقود عهديه نيز قائل به تفصيل شده‌اند. بدين‌گونه كه بين عقود عهديه تعليقيه تفاوت قائل بوده و معتقدند كه قاعده اصالتاً لزوم در عقود عهديه تعليقيه مثل "جعاله" جارى نمى‌شود. زيرا معلق عليه واقع نشده است تا اين كه استصحاب بقاى اثر آن شود. ولى به‌نظر مى‌رسد كه اين تفصيل به‌جا نباشد. زيرا؛ از آنجايى كه در خصوص لفظ عقد، قائل به اطلاق مى‌باشيم و خود قاعده اصالتاً لزوم نيز اطلاق دارد، نبايد فرقى بين عقود عهديه تجزيه و عقود عهديه تعليقيه قائل شد. فلذا قاعده هر دو نوع را دربرمى‌گيرد. به بيان ديگر، در عقود عهديه تعليقيه نيز انشا، منجز است و منشأ، معلق خواهد بود و الا اگر انشا، معلق مى‌بود، عقدى حاصل نمى‌شد تا اين كه صحت و لزوم بر آن مترتب شود.

گفتار دوم - اصل لزوم قرارداده‌ها در فقه عامه

در فقه اهل سنت نيز اصل لزوم قرارداده‌ها حاكم است و در تمامى عقود و قرارداده‌ها، اصل اوليه را لزوم مى‌دانند. مگر در بعضى موارد خاص كه با دليل از عموم ادله اصالتاً لزوم خارج باشد. در فقه اهل سنت نيز مستند لزوم قرارداده‌ها، آيه شريفه «واوفوا بالعقود« و آيه «حرمتم« و آيه شريفه «احل... البيع...« ذكر شده است و هم‌چون فقه اماميه، اصالتاً لزوم منوط به صحت قرارداد از ديد شرعى دانسته شده است. آن طورى كه عبدالرحمن الجزيرى در كتاب «الفقه على المذاهب الاربعه« خويش بيان مى‌كند، براى لزوم عقد شرايطى لازم دانسته شده است كه براى هر کدام از عاقد و معقود عليه شرايطى قيد كرده است كه مجموعاً مى‌توان گفت كه تمامى شرايط صحت معامله بايستى جمع باشد تا عقدى را بتوان به صفت لزوم متصف نمود. به گونه‌اى كه ايشان قائل‌اند: «من هذا تعلم ان كل عقد لازم، فهو صحيح و ليس كل صحيح لازماً كما فى بيع الصبى فانه صحيح غير لازم و كل صحيح منعقد و بالعكس« [38].

ملاحظه مى‌شود كه لزوم عقد را منوط به صحت عقد دانسته و به بيان ديگر، عقد صحيح اعم از عقد لازم مى‌باشد و اصالتاً الصحه نيز اعم از اصالتاً لزوم دانسته شده است. البته ايشان در جاى ديگر، بر لزوم عقد در صورت داشتن تمام شرايط صحت، تصريح دارند «و الاصل فى عقد البيع ان يكون لازماً حتى استكمل شرائطه...« يعنى «در عقد بيع، اصل اين است كه لازم باشد اگر شرايط بيع به نحو كامل وجود داشته باشد« [39].

در فقه عامه نيز معاطات را عقدى لازم مى‌دانند ولى بعضى (بعضى از ائمه مذاهب اربعه) قائل‌اند كه معاطات در اشياى كم ارزش و ناچيز لزوم دارد و نيازى به صيغه لفظى و كلامى در آن نمى‌باشد. ولى بعضى، در هر حال، معاطات را عقدى صحيح مى‌دانند و آن را لازم برمى‌شمارند چه در اشياى كم ارزش باشد و چه اشياى گران‌قيمت و ارزشمند مثل پارچه‌هاى گران‌قيمت.

بيان ابن قدامه در فقه عامه حكايست از همين تفاهم عرفى در خصوص داد و ستد دارد.

«اگر ايجاب و قبول لفظى، شرط صحت عقود باشند؛ پس لازم مى‌آيد كه بيشتر عقودى كه بين مسلمانان رايج است فاسد و در دارايى‌هاى آنان تصرف حرام صورت گيرد. ليكن اگر ايجاب و قبول از مقوله‌اى باشد كه دلالت بر تراضى كند همانند آنچه كه بيانگر داد و ستد و تعاطى است، فعل جانشين لفظ مى‌شود«.

به همين مطلب امام غزالي با اين كه شافعى مذهب است و در مذهب شافعى معاطات جايز نيست، گرايش نشان مى‌دهد.

در ذيل نظرات مذاهب مختلف اهل سنت در خصوص معاطات و لزوم عقد، به‌طور اجمال، ذكر مى‌شود:

حنفى‌ها: قائل به انعقاد بيع به محض ايجاب و قبول هستند. اين ايجاب و قبول نيز مى‌تواند با قول يا فعل انجام گيرد.

شافعى‌ها: قائل‌اند كه ايجاب و قبول با لفظ و فعل مى‌تواند انجام گيرد ولى معاطات را صرفاً در اشياى كم ارزش جايز مى‌دانند و در غير از اشياى كم ارزش معاطات اعتبار ندارد. [40]

مالكى‌ها قائل به تفصيل شده‌اند؛ اين كه اگر در بيع، لفظ با فعل ماضى باشد؛ مثلاً بايع بگويد «بعث هذه السلعة و المشتري: اشتريت، فان البيع ينعقد به و يكون لازماً فليس لواحد منهما حق الرجوع فيه لاقبل رضاء الاخر و لا بعد، حتى لو حلف انه لا يقصد البيع و الشراء...« [41]. اما اگر لفظ امر باشد عقد بيع واقع مى‌شود اما در لزوم آن اختلاف وجود دارد. عده‌اى قائل‌اند كه حق رجوع براى بايع وجود دارد ليكن بر او لازم است كه قسم ياد كند قصد خريد نداشته است. بعضى نيز قائل‌اند كه عقد بيع لازم مى‌شود همان طورى كه در لفظ ماضى لازم مى‌شود و ديگر حق رجوع و فسخ نخواهد داشت.

يعنى، اهل سنت نيز معنائى لزوم را عدم رجوع و عدم جواز فسخ بعد از عقد بدون رضايست طرف ديگر عقد مى‌دانند. بنا بر اين، تمامى مذاهب اربعه اهل سنت نيز بر لزوم به معنائى فوق‌الذكر اتفاق دارند. حتى بعضى از مذاهب آن‌طور كه از كلامشان بر مى‌آيد (مالكى‌ها)، چنان بر جريان اصالتاً لزوم تكيه كرده كه حتى خيار مجلس را نيز نمى‌پذيرند و معتقدند كه به محض اين كه بايع گفت (بعث هذه السلعة) و مشتري بگويد «اشتريت با لفظ ماضى بيع منعقد مى‌شود و لازم مى‌شود و هيچ‌كدام از طرفين عقد، حق رجوع ندارند؛ نه قبل از رضايست ديگرى و نه بعد از رضايست ديگرى؛ حتى اگر سوگند ياد كند كه قصد بيع يا شراء نداشته است...« [42].

مالكى‌ها و حنفى‌ها معتقدند بر اين كه خيار مجلس در عقد وجود ندارد و اعتبارى ندارد، با اين فرق كه حنفى قائل‌اند كه خيار مجلس با شرط خيار در عقد ممكن است و ثابت مى‌شود ولى مالكى‌ها قائل‌اند كه اين شرط نيز عقد را فاسد مى‌كند و در توجيه بيان مى‌كند كه حديث شريف «البيعان بالخيار ما لم يفتروا، فهو و ان كانت روايه صحيحه الا ان عمل اهل المدينة كان على خلافه، و عمل اهل المدينة مقدم على الحديث و ان كان صحيحاً، لانه فى حكم المتواتر الموجب القطع، بخلاف الحديث فانه و ان كان صحيحاً لکنه خبر آحاد ليفيد الظن، فالاول مقدم عليه«.

صرف نظر از رد نظر مالکی‌ها مبنی بر حجیت اجماع [43] (به معنایی که آن‌ها اراده کرده‌اند، و توجیه حدیث شریف) ملاحظه می‌شود که اصل لزوم در فقه اهل سنت نیز جاری و ساری است به گونه‌ای که بعضی بزرگان اهل سنت چنان قائل به استحکام آن اصل می‌باشند که حتی خیار مجلس که مستند به حدیث نبوی است را مخالف این اصل می‌دانند و حتی شرط خیار مجلس را نیز موجب فساد عقد می‌دانند چون به ادعای آن‌ها خلاف مقتضای عقد است.

بحث دیگری که در فقه اهل سنت مطرح است این است که مبدأ زمان لزوم عقد چه موقع است. آیا بعد از منقضی شدن زمان و فرصت اعمال خیار یا از ابتدای وقوع عقد؟

غیر از مالکی‌ها اغلب مذاهب عامه قائل‌اند که در خصوص خیار مجلس [171]؛ متی تم العقد و تفرقا لزوم البیع [44]؛ ولی مالکی‌ها معتقدند که لزوم از زمان وقوع عقد است و اصلاً قائل به صحت خیار مجلس نمی‌باشد.

به تبع سؤال فوق این پرسش در فقه اهل سنت قابل بحث است که آیا بایع در زمان خیار، حق مطالبه ثمن را دارد و آیا مشتری نیز در زمان خیار، حق مطالبه قبض مبیع را از بایع دارد یا خیر؟

در این خصوص نیز بین ائمه مذاهب اختلاف است. [45] مالکی‌ها قائل‌اند که بایع حق ندارد ثمن را از مشتری در مدت زمان خیار مطالبه بکند و حنفی نیز با همین عقیده موافق است.

اما شافعی‌ها و حنبلی‌ها معتقدند که مطالبه ثمن در مدت خیار از ملکیت تبعیت می‌کند و همان‌طور که حکم می‌شود که مبیع، ملک یکی از آن دو است، حکم می‌شود که ثمن نیز ملک دیگری است. مثلاً اگر خیار برای مشتری باشد، مبیع، مملوک اوست و در زمان خیار، از ملکیت او خارج نگردیده است. پس، ثمن در این حالت، ملک مشتری است. فلذا بایع حق مطالبه ثمن را ندارد؛ همین‌طور که مشتری نیز حق مطالبه مبیع را ندارد. اما اگر خیار برای مشتری باشد پس مبیع، مملوک اوست. پس ثمن نیز مملوک بایع است. بنابراین، بایع می‌تواند ثمن را مطالبه کند و مشتری نیز حق مطالبه مبیع را خواهد داشت.

حنبلی‌ها بین ثمن معین و غیرمعین تفصیل قائل شده‌اند و در ثمن معین، حق مطالبه را قائل شده‌اند و در غیرمعین، حق مطالبه را نمی‌پذیرند.

یعنی، اختلاف ائمه مذاهب اهل سنت در حقیقت، در زمان انتقال ملکیت به واسطه عقد می‌باشد. آن‌هایی که معتقدند؛ ملکیت به محض ایجاب و قبول و تحقق تمامی شرایط صحت عقد، منتقل می‌شود، قائل‌اند که از آن زمان نیز، اصلاً لزوم جاری است و هر يك از طرفین عقد ملتزم به تعهدات خویش‌اند و حق رجوع و نقض عقد و تعهد خویش را ندارند. و آن عده که عقیده خلاف دارند نیز به تبع، انتقال ملکیت را از زمان انقضای مدت خیار می‌دانند. فلذا اصلاً لزوم نیز از آن زمان جاری است و التزام و پای‌بندی به تعهدات ناشی از عقد نیز از زمان انقضای مهلت و مدت خیار شروع می‌شود.

مبحث دوم - اصل لزوم قراردادهای در قانون مدنی ایران

نظر به این که قانون مدنی الهام‌گرفته از فقه امامیه می‌باشد و در شیوه قانون‌گذاری طوری عمل شده که نظر مشهور به شکل ماده قانونی تدوین گردیده است و از آن جا که از زمان ماضی در بحث فقهی عقود يك سری عقود معین با شرایط و خصوصیات ویژه متبادر به ذهن می‌شد، این سؤال مطرح است که اصل لزوم قراردادهای نیز که ریشه در فقه دارد آیا صرفاً حول عقود معین است؟ یعنی، اصلاً لزوم محدود به عقود معین می‌باشد و در این خصوص جاری و ساری است؛ لیکن با قدری تأمل و تفحص به این فرضیه می‌رسیم که دلایل مستند اصلاً لزوم در عقود، و اطلاق و عموم ادله و خود لفظ عقد، شامل عقود نامعین نیز می‌شود.

الف - معنای [171]؛ اصل؛ raquo&

با قدری تفحص در مواد قانون مدنی ایران ملاحظه می‌شود که هر جا در قانون مدنی از مفهوم اصل و مدلول آن استفاده شده است مثل [171]؛ اصل عدم تبرع در ماده 265 ق.م. raquo& و [171]؛ اصل تسلیط در ماده 30 ق.م. raquo& و مدلول [171]؛ اصل صحت در ماده 223 ق.م. raquo&؛ واژه اصل، اصطلاحاً با معنای لغوی آن که ریشه و پایه است، [46] همخوانی دارد. زیرا در تمامی موارد فوق‌الذکر، اصل به معنای قاعده کلی و مبنای اولیه به کار برده شده است؛ مگر این که به‌دلیلی خاص، استثنا شده باشد. و اصل لزوم نیز اصطلاحاً همین معنا را می‌دهد. زیرا غالب عقودی که بین افراد جامعه واقع می‌شود، عقد لازم هستند (نه عقد جایز) و مدار زندگی نیز بر عقود لازم است. بنابراین، از این غلبه اتخاذ اصل کرده‌اند و گفته‌اند: هر عقدی نسبت به متعاقدين و قائم مقام آنان لازم‌الاتباع است (یعنی قابل فسخ و انحلال نیست)، مگر در خصوص مواردی که قانون تصریح کرده باشد [47] و مقصود از عبارت [171]؛ اصل؛ لزوم در عقود؛ raquo& همین معناست. [48]

ب - معنای [171]؛ لزوم؛ raquo&

لزوم، صفت مشترك کلیه عقود و ایفاعاتی است که اقدام‌کننده به آن‌ها نتواند به قصد يك طرفی خود آن را فسخ کند (ماده 185 ق.م.). عکس حالت فوق را جواز گویند. [49]

پس معنای لغوی لزوم یعنی [171]؛ پای‌بند بودن، ادامه یافتن، [50] دوام یافتن، دوام پیدا کردن [51]؛ raquo& و معنای اصطلاحی لزوم نیز با معنای لغوی آن مطابقت دارد؛ زیرا، قاعده اصلاً لزوم از قواعد تأسیسی نمی‌باشد بلکه امضایی است. و چون الفاظ به‌کاررفته در آن نیز حقیقت شرعیه ندارند، پس در دریافت معانی واژه‌ها باید به معانی مستعمل عرفی آن‌ها مراجعه نمود و معنای عرفی لزوم، همان پای‌بند بودن به عقد و مفاد آن می‌باشد. یعنی عقد دوام دارد و مستدام است، مادامی که دلیل خاصی آن را از بین نبرده باشد. البته التزام به مفاد عقد را با لزوم آن نباید مخلوط کرد. گرچه معمولاً این دو مفهوم همراه یکدیگرند. یعنی دو طرف، هم ملتزم به مفاد عقد می‌باشند و هم حق بر هم زدن عقد را ندارند. ولی از لحاظ تئوریک بین لزوم عقد و التزام به مفاد آن فرق است. لزوم عقد، آنان را از فسخ عقد منع می‌کند و آن‌ها (طرفین عقد) را ملزم می‌کند که به آنچه به‌وجود آورده‌اند، پای‌بند باشند. لیکن التزام به مفاد عقد، یعنی تا پیمانی و تعهدی وجود دارد بایستی از آن اطاعت شود؛ خواه آن پیمان لازم باشد یا جایز. التزام به مفاد عقد، یعنی، احترام به

ماعقد فی عقد؛ خواه تعهدی لازم باشد یا جایز.

به همین علت است که قانون مدنی، قراردادهای را جایز و لازم شمرده است (ماده 184 ق.م.) و یا این که عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز (ماده 187 ق.م.) و در عقد لازم نیز ممکن است یکی از دو طرف به حکم قانون، حق فسخ آن را داشته باشد. و گاه نیز عقد، برای هر دو طرف تا مدتی قابل فسخ است (خیار مجلس، خیار حیوان به استناد مواد 397 و 398 ق.م.) و در عقد هم ممکن است برای یکی از دو طرف یا هر دو و حتی شخص ثالث، شرط خیار فسخ قرار دهد. این تقسیم بندی همان گونه که در بخش فقهی این تحقیق ارائه شد برگرفته از تقسیم بندی است که در فقه معهود است و [171]؛ جایز؛ را در فقه به دو معنا تعبیر کرده اند:

الف - به معنی قابل فسخ: در این صورت، هرگاه در عقد لازمی خیاری وجود داشته باشد چون به استناد خیار مزبور، عقد مذکور قابل فسخ است، این عقد را هم جایز گویند. ولی جایز به این معنا هرگز در مقابل لازم به کار نمی رود و استعمال لغت جایز در این معنا، همیشه قرینه ای به همراه دارد.

ب - جایز بودن به معنی عقدی که ذاتاً بدون خیار قابل فسخ است و همین عقد جایز است که با موت و یا جنون و سفه یکی از متعاقدين منحل (منفسخ) می شود. [52]

عقد جایز وقتی به شکل مطلق (یعنی به عنوان قرینه) گفته شود به همین معناست. و با توجه به همین معناست که می گویند؛ خیار از مختصات عقد لازم است و در عقد جایز، خیار وجود ندارد.

پس، لزوم عقد، قاعده ای است شکننده و قابل انعطاف که تنها به عنوان اصل پذیرفته شده است (اصالاً للزوم). یعنی هر عقدی لازم است مگر این که جواز عقد به طور کلی یا امکان فسخ آن در موارد خاص احراز شود.

برعکس، التزام به مفاد عقد قاعده ای است عام که در عقد لازم و جایز و خیاری همواره وجود دارد. یعنی در عقد جایز و خیاری نیز تا موقعی که عقد فسخ نشده است، دو طرف ملزم به مفاد آن هستند و کسی که حق فسخ دارد، نمی تواند نتایجی را که پیش از برهم زدن عقد به بار آمده است، نسبت به خود نپذیرد. برای مثال، می دانیم که وکالت عقدی است جایز و موکل می تواند هر زمان که بخواهد وکیل را عزل کند. ولی پیش از ابلاغ این تصمیم، ناگزیر است دیونی را که وکیل به نام و حساب وی برعهده گرفته است بپردازد و به عهده ای که با وکیل کرده است، وفا کند و دستمزد او را بپردازد وکیل هم حق استعفا دارد. با وجود این، هرگاه در اجرای وکالت کوتاهی کند، باید خسارت ناشی از آن را بپردازد. [53] امین نیز چنین وضعیتی را دارد و با این که حق دارد ودیعه را فسخ کند، ملتزم به حفاظت از مال مورد امانت است. [54]

مثال دیگر، از نمونه های بارز و جالب که التزام به مفاد عقد جایز را نشان می دهد، وضع حقوقی شرط ضمن عقد است. شرط ضمن عقد جایز نیز تا زمانی که عقد جایز بر هم نخورده است، الزام آور است. حال سؤال این است که التزام به چنین شرطی از کجا ناشی می شود؟ آیا غیر از این است که عقد جایز هم در حدود مفاد خود الزام آور است و هم ایجاد التزام می کند؟ به بیان دیگر، آیا قدرت التزام در عقود جایز و لازم یکسان است؟ به نظر می رسد که التزام در عقود لازم و جایز با قدرت یکسان وجود داشته باشد. زیرا التزام، صرفاً منوط به اعتبار عقد می باشد و تا زمانی که عقد معتبر است التزام نیز برای طرفین عقد وجود دارد؛ خواه عقد لازم باشد یا جایز. لزوم و جواز در قدرت التزام، مؤثر نمی باشد بلکه دایره زمانی التزام در عقود لازم و جایز متفاوت است، نه خود قدرت التزام.

البته، نه تنها در عقود، اصل لزوم جاری است بلکه در ایقاعات نیز این لزوم وجود دارد. با این فرق که در ایقاع، مبنای لزوم، ارتباطی است که این کار ارادی با حقوق دیگران پیدا می کند. زیرا درست است که ایقاع در مرحله وقوع، یک طرفی است ولی در مرحله اجرا، همانند عقد دوطرفی است و آثار آن محدود به ایقاع کننده نمی شود. پس، اگر مفاد ایقاع ناظر به ایجاد حق برای دیگران باشد کفه مقابل آن التزامی است که بر دوش ایجاد کننده می ماند و گریزی از اجرای آن نیست.

به قول دکتر کاتوزیان [171]؛ لزوم ایقاع گاه فراتر از قراردادهای می رود. چنان که به نظر مشهور، خیار شرط در آن راه نمی یابد... بی گمان ایقاع با یک اراده واقع می شود. لیکن از امکان ایجاد حق به تنهایی نمی توان چنین نتیجه گرفت که اسقاط حق ایجاد شده نیز، در اختیار موقع باشد [55]؛ را:

استاد کاتوزیان در تأیید و تأکید [56] بر لزوم در ایقاع، در خصوص زمان لزوم در ایقاع، ایقاع را به دو دسته تقسیم کرده است: ایقاعی که به محض اعلان اراده واقع می شود. مثل طلاق و فسخ قرارداد و رد معامله فضولی.

2 - ایقاعی که التزام به آن، منوط به اعلام به شخص مخاطب است. مثل عزل وکیل که تا به اطلاع وکیل نرسد، مؤثر نمی باشد. [57] در صورت تردید، اصل این است که در ایقاع نیز ابلاغ اعلام اراده، ضرورتی ندارد و التزام به ایقاع را نباید منوط به ابلاغ آن کرد (مطابق اصل عدم تقیید و اصل عدم و اصل برائت).

زمان لزوم عقد: عده ای از فقها ادعا کرده اند که در عقد خیاری، مالکیت پس از پایان مدت خیار منتقل می شود و پس از عقد، خریدار حق تصرف در مبیع را ندارد. ولی قانون مدنی ایران این نظر را نپذیرفته است. زیرا که در ماده 363 ق.م. آمده است: [171]؛ در عقد بیع، وجود خیار فسخ برای متبایعین یا وجود اجلی برای تسلیم مبیع یا تأدیه ثمن، مانع انتقال نمی شود...؛ و در ماده 364 ق.م. می خوانیم؛ [171]؛ در بیع خیاری، مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار...؛

چنانچه نظر فقیهان مذکور را ملاک قرار دهیم، مالکیت پس از انقضای خیار حاصل می شود و اصل لزوم نیز از زمان انتقال مالکیت جاری می شود. ولی علمای دیگر، این نظر را نپذیرفته و قائل اند که ملکیت به محض ایجاب و قبول و جمع بودن شرایط صحت عقد، از زمان وقوع عقد منتقل می شود. فلذا اصلاً للزوم منوط به صحت معامله می باشد. زیرا امکان بر هم زدن عقد، تا زمانی که واقعیت خارجی پیدا نکرده و احراز نشده است، در آثار آن و از جمله انتقال مالکیت اثر ندارد؛ به خصوص که فسخ، ناظر به آینده است و از اعتبار آن چه از زمان عقد به همراه عقد رخ نموده، نمی کاهد.

اصل لزوم، زمانی در عقود و قراردادهای جاری است که صحت قرارداد، قبلاً احراز شده باشد. یعنی قرارداد تمامی ارکان و شرایط صحت معامله را باید داشته باشد. هر قرارداد، علاوه بر داشتن شرایط عمومی صحت قرارداد که در مواد 190 و 191 ق.م. آمده است، چنانچه ارکان و شرایط ویژه‌ای نیز قانون‌گذار یا عرف برای معامله‌ای قائل باشد، داشتن شرایط عمومی و اختصاصی آن عقد و قرارداد، مجموعاً شرط صحت قرارداد است. برای مثال، یک قطعه زمینی که در یک منطقه شهر واقع است، معمولاً در نظر عرف بایستی قابلیت ساختمان داشته باشد. زیرا قابلیت ساختمان، در صورتی که معامله زمینی جهت احداث ساختمان باشد، وصف اساسی و مهم مورد معامله می‌باشد. در صورت عدم قابلیت ساختمان، معامله صحیح نمی‌باشد و اصل لزوم نیز بر آن قرارداد جاری نمی‌شود یا طرفین معامله، زمین فوق را که عرفاً و عادتاً برای تأسیس مدرسه قابلیت ندارد، برای احداث مدرسه‌ای معامله کنند؛ نظر به این که احداث مدرسه وصف اساسی و مهم زمین می‌باشد، چنانچه این قابلیت موجود نباشد، معامله صحیح نیست و اصل لزوم نیز جاری نمی‌باشد. البته، در مثال‌های بالا قابلیت‌های فوق از دید عرف و بیان صریح طرفین قرارداد در متن قرارداد، از شرایط ضمنی صریح در آن می‌باشند و قرارداد منوط به تحقق آن شروط است و عدم تحقق آن شروط، قرارداد را فاقد اثر می‌سازد.

مثلاً (در ماده 410 و 235 ق.م.) که خیار تخلف از وصف را بیان می‌کند؛ اگر کسی یک تخته قالی بخرد به تصور این که بافت کاشان است و پس از معامله معلوم شود که قالی بافت تبریز است، در صورتی که وصف بافت کاشان در معامله صریحاً یا ضمناً شرط یا قید شده باشد، معامله از جانب خریدار قابل فسخ است نه باطل یا غیرنافذ. زیرا معامله صحیح است و خریدار می‌تواند به استناد اصل لزوم قرارداد، بایع را به انجام مفاد عقد، یعنی تحویل یک تخته قالی بافت کاشان مجبور سازد. لیکن اگر او را ملزم نساخت و یا الزام تأثیری نداشت، می‌تواند به استناد اصل لزوم و عدم وفای به عهد (خیار تخلف از وصف)، خریدار اقدام به فسخ معامله نماید. از مواردی که بعضاً بر صحت عقد تأثیر می‌گذارد، اشتباه است. رویه قضایی فرانسه اشتباه در وصف اساسی موضوع معامله و وصف اساسی شخص طرف قرارداد را موجب بطلان نسبی دانسته است. [58] اما در حقوق ایران، اشتباهاتی که از عیوب اراده شمرده شود و بدین معنا باشد که «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد»؛ چون در اراده خدشه وارد می‌شود موجب بطلان مطلق قرارداد، شناخته شده است.

برای مثال در حقوق ایران نیز، اگر اشتباه در شخص طرف، علت عمده عقد باشد، موجب بطلان عقد است؛ زیرا در توافق و اراده طرفین خلل وارد می‌سازد. اگر چه عده‌ای آن را غیرنافذ می‌دانند و با امضا و رضایت طرف دیگر عقد (قرارداد)، آن قرارداد را صحیح می‌دانند. [59] اما مثلاً اگر زن به غلط تصور کرده باشد که شوهرش مهندس یا دکتر یا فرزند شخص بزرگی است، بدون این که این اوصاف در قرارداد به شکل شرط ذکر شده باشد یا حتی بنای قرارداد (عقد) بر آن باشد، نکاح صحیح و غیرقابل فسخ است. البته امنیت روابط حقوقی و استحکام معاملات ایجاب می‌کند که اشتباه در وصفی که مورد توافق صریح یا ضمنی طرفین نبوده است و صرفاً جنبه شخصی و خصوصی برای یکی از دو طرف را دارد، نتواند به صحت یا لزوم عقد لطمه زند و باید اصل لزوم هم‌چنان بر آن جاری و ساری باشد. اما، اگر وصف شخصی وارد قلمرو توافق طرفین شده باشد، اشتباه در وصف، موجب خیار است. یعنی به اشتباه‌کننده حق داده می‌شود که قرارداد را پس از کشف اشتباه فسخ کند. [60]

ورود وصف شخصی در قلمرو توافق طرفین با استنباط از مواد قانون مدنی صور مختلفی دارد:

1 - ممکن است این وصف به صورت قید توصیفی باشد.

2 - وصف در قرارداد شرط شود.

3 - وصف، در قرارداد صریحاً ذکر نشود؛ بلکه بنای قرارداد بر آن باشد. به اصطلاح قانون مدنی، عقد متبایناً بر آن واقع شود (ماده 1128 ق.م.). مثلاً مردی با دختر جوانی که قبلاً شوهر نکرده (غیرمدخوله) و هنوز در خانه پدر زندگی می‌کند ازدواج می‌کند. می‌توان گفت که بنای عقد نکاح، به حسب عرف کنونی مبنی بر وجود وصف بکارت در دختر بوده است. پس اگر بعد از عقد معلوم شود که زن باکره نبوده است، برای شوهر حق فسخ باقی خواهد بود.

البته، لزوم، در قراردادهای معوض و غیرمعوض و قراردادهای تعهدی که قبض، شرط صحت آن‌هاست، در همگی به یک معنا به کار می‌رود و آن پای‌بندی متعهد به تعهد خویش و عدم نقض آن بدون رضایت طرف دیگر عقد است. اما جهت، در هر یک از قراردادهای فوق‌الذکر متفاوت است. در قراردادهای دو تعهدی، یعنی قراردادهایی که ملزم‌الطرفین است، به این معناست که برای طرفین قرارداد، تعهدات متقابلی ایجاد می‌شود. تعهد یک طرف، جهت تعهد طرف دیگر است. یعنی در بیع، تعهد فروشنده، جهت تعهد خریدار و بالعکس تعهد خریدار جهت تعهد فروشنده است. اما در قراردادهایی که قبض، شرط صحت آن است، جهت قرارداد، تسلیم مادی شیء است و در قراردادهای غیرمعوض، جهت عبارت است از قصد بخشش. زیرا در معنای جهت گفته می‌شود که جهت، هدف نهایی در قرارداد است.

همان‌طوری که کراراً گفته شد اصل لزوم به دنبال جریان اصل صحت در قرارداد جاری می‌شود. از آن جایی که جهت در قراردادهای هدف فوری و مستقیم متعهد است و از ارکان صحت در قرارداد محسوب است و جهت در قراردادهای نوعی یکسان است یعنی همیشه در بیع، تعهد خریدار، جهت تعهد فروشنده و بالعکس است و در هبه و قراردادهای غیرمعوض، قصد بخشش و... بنابراین، قراردادی که فاقد جهت باشد یا جهت نامشروع داشته باشد، فاقد اثر است و طرفین قرارداد را ملزم به پای‌بندی به تعهد نمی‌سازد. فلذا، چنانچه بعد از عقد (قرارداد)، تعهد یک طرف اجرا نشود، طرف دیگر از ایفای تعهد معاف خواهد شد.

حق حبس که برای یکی از متعاملین به علت عدم اجرای تعهد طرف دیگر شناخته شده است؛ هم چنین، فسخ قرارداد، در صورت عدم اجرای تعهد به وسیله یکی از متعاملین؛ و سقوط تعهد در موردی که اجرای تعهد طرف دیگر به علت قوه قاهره (فورس ماژور)، غیرممکن و متعذر می‌شود، همه این موارد، به علت فقدان جهت و یا پدید نیامدن جهت قرارداد می‌باشد.

