

مباحثات

پژوهش‌های فقهی

دوفصلنامه علمی - پژوهشی

سال پنجم، شماره ۱۰، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

ساختارشناسی مباحث عمومی قراردادها در فقه امامیه و حقوق اسلامی^۱

محمدامین کبیری^۲

چکیده

مباحث فقه العقود یا قواعد عمومی قراردادها از مهم‌ترین مباحث فقه معاملات است. عقد در تشبیه به موجودی زنده، مراحل از جمله انعقاد، حیات و مرگ را طی کرده و به تبع این مراحل، مباحث فقه العقود متنوع‌تر می‌شود. شکی در ضرورت طرح نظام‌مند و منطقی این مباحث نیست، اما تاکنون طرح واحد جامع و بی‌اشکالی، برای این مباحث ارائه نشده است. این تحقیق، به بررسی و مقایسه انواع مدل‌های طرح مباحث قراردادها پرداخته، و ضمن بیان مزایا و معایب هر کدام، در نهایت طرح پیشنهادی خود را ارائه می‌کند. در نوشتار حاضر، ابتدا به معرفی اجمالی برخی طرح‌های موجود پرداخته، و مقایسه کلی بین آنها انجام خواهد شد. در ادامه به نقد و بررسی تفصیلی طرح‌های شیخ انصاری، جناب سنه‌وری و آقای کاتوزیان پرداخته می‌شود. در پایان، طرح برگزیده و ویژگی‌های آن بیان می‌شود.

مباحثات
پژوهش‌های فقهی

ساختارشناسی مباحث عمومی قراردادها در فقه امامیه و حقوق اسلامی

تاریخ تأیید: ۱۴۰۰/۱۰/۴
maminkabiri@yahoo.com

۱. تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۴/۱۱
۲. استاد سطوح عالی حوزه علمیه قم.

هدف آن است که هر کدام از مباحث عمومی مربوط به عقود، جایگاه مناسب خود را بین سایر مباحث پیدا کنند تا نظام معقولی در شیوه طرح مباحث فقه‌العقود ارائه شود.

واژگان کلیدی: ساختار، طرح، عقد، فقه العقود، قراردادهای، مباحث قراردادهای، قواعد عمومی.

مقدمه

رایج‌ترین تقسیم‌بندی ابواب فقه در حال حاضر، تقسیم به عبادات، عقود، ایقاعات و احکام است. وجه انحصاری بودن این تقسیم در نظر شهید اول، این است که غرض مهم از احکام، یا آخرت است (عبادات) یا دنیا. قسم دوم، یا احتیاج به تعبیر دارد یا ندارد (احکام). قسمی که احتیاج به تعبیر دارد، یا دوطرفه است (عقد) یا یک‌طرفه (ایقاع).^۱ به نظر می‌رسد بیان دقیق‌تر در فرق بین عقود و ایقاعات با سایر مباحث مبتنی بر «اعتباری» بودن عقود و ایقاعات، برخلاف عبادات و احکام است. لذا در کلام بسیاری از فقها، تقسیم تصرفات به تصرفات اعتباری و خارجی، مورد توجه قرار گرفته است.^۲ مراد از تصرفات اعتباری، مواردی است که فعل انشائی، دارای اثر اعتباری است؛ مثل عقود و ایقاعات. لذا مباحثی که این خصوصیت را ندارند، مثل بحث احیای موات، غضب، و لقطه، را در باب احکام قرار داده‌اند. در بین حقوقدانان نیز این بحث در قالب «واقعه حقوقی» و «عمل حقوقی» مطرح شده است. در اعمال حقوقی، اعلام اراده به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص صورت می‌گیرد، و قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می‌کند. عمل حقوقی اگر با دو اراده متقابل واقع شود، عقد، و اگر با یک اراده صورت پذیرد، ایقاع است. مجموع این سه امر (واقعه حقوقی، عمل حقوقی عقدی، عمل حقوقی ایقاعی) به عنوان اسباب ایجاد تعهد مطرح است.^۳ تفاوت اصلی عمل حقوقی با واقعه حقوقی، این است که عمل حقوقی ماهیتی در عالم اعتبار است که منحصرأ به وسیله فعل ارادی انسان ایجاد می‌شود؛ برخلاف واقعه حقوقی که امری واقعی است (نه اعتباری) و متکی به اراده نیست.^۴

ماهیتهای
پژوهشهای قضایی

شماره ۱۰، پیاپی ۱۰، زمستان ۱۴۰۰

۱. شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۳۰.

۲. اصفهانی، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۰۴؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۸۹.

۳. کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی: اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع، ص ۳۵.

۴. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۳۳.

عقد به عنوان تصرفی اعتباری یا عملی حقوقی، مراحل مختلفی را طی می‌کند. در بیانی کوتاه، ابتدا عقد تشکیل شده، سپس نوبت به آثار و اجرای آن می‌رسد، و در نهایت منحل می‌شود. به تبع این مراحل، مباحث مربوط به فقه العقود، متنوع شده و ما را با مجموعه قابل توجهی از بحث‌ها مواجه می‌کند. بیشتر اهتمام فقهای امامیه، صرف محتوی و تعمیق مطالب شده و به ساختار مباحث توجه کمی شده است. در بین حقوقدانان نیز وحدت و انسجام قابل مشاهده‌ای وجود ندارد و هر گروه، مباحث قواعد عمومی قراردادها را به ترتیب خاصی مطرح کرده‌اند.

ابتدا به معرفی اجمالی برخی طرح‌های موجود پرداخته و مقایسه کلی بین آنها خواهیم داشت. سپس به نقد و بررسی تفصیلی طرح شیخ انصاری، طرح جناب سنه‌وری و نهایتاً طرح دکتر کاتوزیان خواهیم پرداخت. علت این انتخاب، آن است که غالب فقهای بعدی، مباحث خود را بر مبنای ترتیب شیخ در مکاسب سامان داده‌اند. گاهی هم تصریح کرده‌اند که ترتیب ایشان را صحیح نمی‌دانیم و از باب ترتیب رایج، بر اساس آن پیش می‌رویم.^۱ در میان حقوقدانان داخلی و خارجی نیز، طرح جناب سنه‌وری و دکتر کاتوزیان، همین خصوصیت را دارد و سایر طرح‌ها یا تفاوت زیادی با این دو ندارند یا به این گستردگی نیستند. در پایان، طرح برگزیده و ویژگی‌های آن را بیان خواهیم کرد.

پیشینه

چنانچه گذشت فقها بیشتر به تحقیق و تعمیق مباحث معاملات پرداخته‌اند و به کیفیت چنین مطالب کمتر توجه شده است. البته برخی از معاصرین به این مطلب توجه داشته، آن را نقطه ضعف مهم کتب فقهی دانسته‌اند و سعی کرده‌اند طرح متفاوتی برای مسائل عقد اجاره ارائه دهند.^۲ ظاهراً نخستین فقیهی که به اهمیت تفکیک مباحث عمومی عقود از مباحث عقود معین توجه داشته، فاضل مقداد است. ایشان مباحث مربوط به معاملات را به دو بخش تقسیم کرده است. در بخش اول، امور عام مربوط به عقود (مثل ملکیت، اقسام آن، قاعده عدم جمع

۱. خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۷.

۲. هاشمی شاهرودی، کتاب الإجارة، ج ۱، ص ۶.

بین عوض و معوض)، و در بخش دوم مباحث مربوط به عقود خاص را بیان می‌کند.^۱ مراعی نیز این کار را تکمیل کرده و قواعد عمومی بیشتری را مورد بحث قرار می‌دهد.^۲ در ادامه این تلاش‌ها، کتاب‌های مستقلی در قواعد عمومی عقود تألیف شده است. برخی از آنها با بحث ملکیت شروع شده^۳ و برخی دیگر با بحث حق و حکم^۴، که همگی از مباحثی است که باید قبل از ورود به عقود معین مطرح شود. اما تا به حال، مقایسه‌ای بین طرح‌های موجود انجام نشده و طرح جامعی که فاقد نقاط ضعف باشد ارائه نشده است. در این تحقیق، ضمن بررسی و مقایسه طرح‌های مختلف مباحث قراردادهای طرحی نو با نظام منطقی مناسب پیشنهاد شده که به عنوان مباحث فقه العقود، لازم است قبل از ورود به عقود معین، مورد مطالعه واقع شود.

مفهوم‌شناسی

تعریف‌های مختلفی برای عقد یا قرارداد ذکر شده است. «عهد مؤکد»^۵، «ربط میان ایجاب و قبول»^۶ و «قرار مرتبط به قرار دیگر»^۷ تعاریفی است که در کتب فقها مشاهده می‌شود. تعریف اخیر، دقیق‌تر به نظر می‌رسد؛ چنان‌که به تصریح برخی، تعریف عقد به تعهد و التزام، تعبیری است که به حقوق غرب نزدیک است، نه به فقه اسلامی. در فقه اسلامی، عقد لزوماً دائر مدار التزام نیست و چه بسا نقل ملک باشد، نه التزام به نقل.^۸

حقوقدانان نیز تعاریف مختلفی برای عقد ذکر کرده‌اند. به عقیده سنهوری، عقد توافق دو اراده است بر احداث اثر قانونی، چه این اثر، انشاء التزام باشد مثل عقد بیع، چه نقل التزام مثل عقد حواله، چه تعدیل التزام مثل مدت‌دار کردن التزام و چه خاتمه دادن به التزام

مباحث
پروفسورهای قلمی

سال پنجم، شماره ۱۰، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

۱. فاضل مقداد، *نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية*، ص ۳۳۷.
۲. حسینی مراعی، *العناوين الفقهية*، ج ۲، ص ۵.
۳. حسینی حائری، *فقه العقود*، ج ۱، ص ۱۵.
۴. هاشم معروف حسینی، *نظرية العقد في الفقه الجعفري*، ص ۳۱.
۵. آخوند خراسانی، *حاشية المكاسب*، ص ۲۷؛ نائینی، *منية الطالب*، ج ۱، ص ۳۳.
۶. نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۲۷، ص ۴۰۹.
۷. اصفهانی، *الإجارة*، ص ۷؛ همو، *حاشية المكاسب*، ج ۱، ص ۱۴۳.
۸. حسینی حائری، *فقه العقود*، ج ۱، ص ۱۸۳.

مثل وفای دین^۱. برخی دیگر عقد را «توافق دو انشاء متقابل به منظور ایجاد اثر حقوقی»^۲ یا «همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی»^۳ دانسته‌اند.

فقه العقود یا قواعد عمومی قراردادها به معنای مسائل و قواعد مربوط به عقد به صورت کلی است، فارغ از مسائل هر یک از عقود معین. برخی از این مباحث عبارتند از: قواعد مربوط به ارکان عقد و شرایط هر یک از ارکان، شروط ضمن عقد، قواعد مربوط به آثار و اجرای عقد، مباحث مرتبط با انحلال عقد.

معرفی کلی ساختارهای طرح مباحث عقود و مقایسه آنها

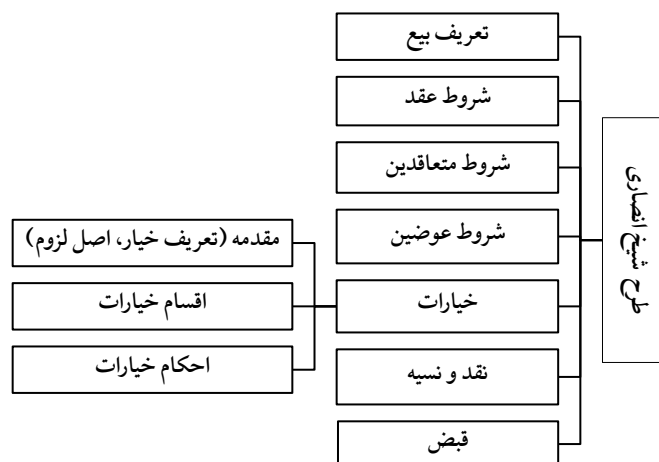
اکثر فقیهان طرح مستقلی برای مباحث ارائه نداده‌اند و ناچار باید طرح ایشان را از شیوه تنظیم مباحث عقد بیع استخراج نمود. ابن زهره از نخستین فقیهانی است که به تقسیم‌بندی مباحث بیع توجه داشته، و آن را در ضمن چهار عنوان تقسیمات بیع، شروط بیع، انحلال بیع به وسیله خیار و احکام مترتب بر بیع قرار می‌دهد.^۴ کیدری نیز بعد از بیان ماهیت عقد بیع، همین تقسیم‌بندی را مبنا قرار می‌دهد.^۵ محقق حلی تقسیم را کامل‌تر کرده است؛ زیرا شروط بیع را تقسیم به شروط متعاقدین و شروط مبیع نموده و بخش مستقلی با عنوان آداب عقد بیع باز می‌کند.^۶ نکته جالب توجه این است که ایشان فصل چهارم کتاب متاجر را به عنوان احکام عقود نام گذاری می‌کند؛ هرچند بیشتر مطالب این فصل نیز در قالب مباحث بیع بیان می‌شود.^۷ علامه حلی مباحث بیع را تحت عناوین ارکان بیع، انواع بیع، لزوم و جواز بیع و غیره مطرح می‌کند. بخش ارکان بیع نیز تقسیم می‌شود به: ماهیت بیع، صیغه، متعاقدین و عوضین، که از شرایط هرکدام بحث شده، و سپس خاتمه‌ای با عنوان مقبوض به

۱. سنهوری، الوسیط، ج ۱، ص ۱۳۸؛ همو، نظریة العقد، ج ۱، صص ۸۱ و ۱۷۲.
۲. کاتوزیان، اعمال حقوقی: قرارداد - ایقاع، ص ۳۲.
۳. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۳۹.
۴. ابن زهره، غنیة النزوع، ص ۲۰۷.
۵. کیدری، إصباح الشیعة، ص ۱۹۷.
۶. محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، صص ۷ و ۸.
۷. همان، ج ۲، ص ۱۹.

عقد فاسد ذکر می‌شود.^۱ در ادامه، طرح‌هایی که در فقه امامیه و حقوق اسلامی مطرح است، بیان می‌شود.

طرح شیخ انصاری

هرچند مطالب شیخ در کتاب مکاسب و غالب فقهای بعدی راجع به خصوص بیع است، اما می‌توان از آن طرح کلی برای تمام عقود استخراج کرد.



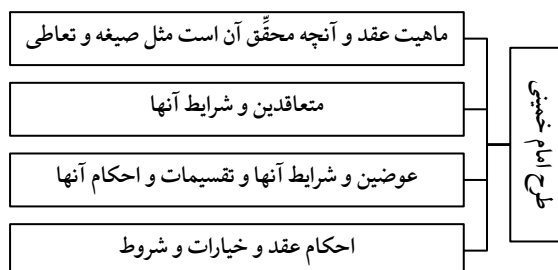
در طرح شیخ انصاری، در مرحله تشکیل عقد، ارکان عقد منحصر در سه رکن صیغه عقد، متعاقدين و عوضين است. برخی از مباحث مربوط به احکام عقد، مثل مقبوض به عقد فاسد، در میان سایر مباحث مطرح شده و فصل مستقلی ندارند، و برخی از آنها مثل نقد و نسیه و قبض، در آخر کتاب بحث شده‌اند. در نهایت، بحث خيارات بیان شده، و شروط ضمن عقد نیز به طور مفصل در آخر خيار عيب و قبل از احکام خيارات ذکر می‌شود.

طرح امام خمینی

در نظر امام خمینی ترتیبی که مناسب بود شیخ در کتاب بیع رعایت کند، ترتیبی است که در آن مباحث بیع، در چهار فصل خلاصه می‌شود.^۲

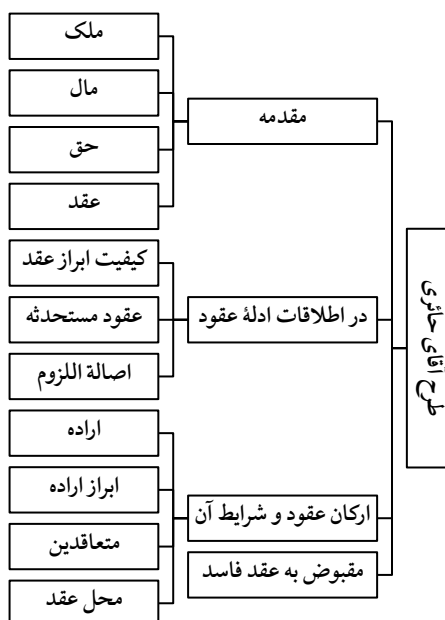
۱. علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۱۰، ص ۵.

۲. خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۷؛ همو، البیع (تقریرات خرم‌آبادی)، ص ۱۳.



از خصوصیات طرح ایشان این است که مباحث مربوط به شرایط صیغه، در کنار معاطات، و ضمن فصل مربوط به ماهیت بیع مطرح می‌شود. بحث‌هایی مثل نقد و نسبه، قبض، ربوی، صرف و سلم در فصل مربوط به عوضین مطرح شده است؛ زیرا احکام و اقسامی است که مربوط به عوضین است؛ درحالی‌که این مباحث، در طرح شیخ به طور پراکنده ذکر شده بود. امتیاز دیگر این است که فصل مستقلی با عنوان احکام بیع قرار داده شده و اختیارات و شروط، ذیل آن قرار گرفته‌اند.

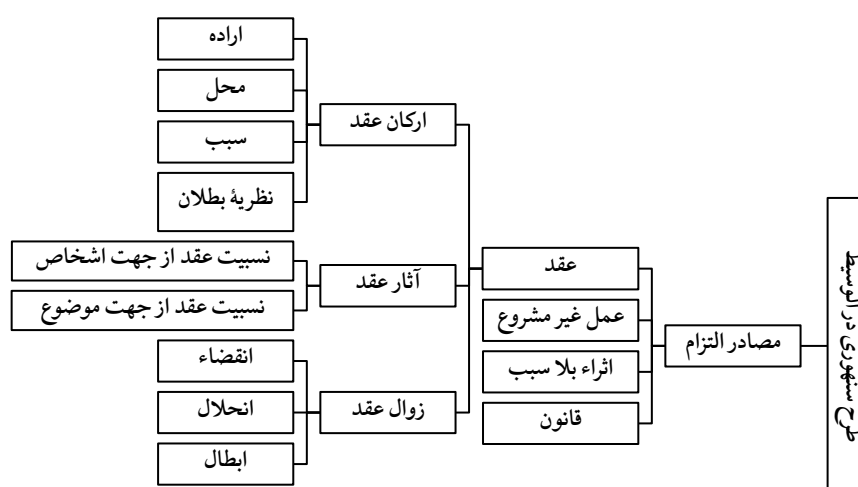
طرح آقایان حائری و شاهرودی



از ویژگی‌های طرح استاد حائری این است که قبل از ورود به مباحث عقد، به عنوان مقدمه چهار عنوان کلیدی (ملک، مال، حق، عقد) مورد بررسی قرار گرفته است. هم‌چنین قبل از ورود به ارکان عقد، در مورد اطلاقات ادله عقود بحث شده است. ایشان در بیان ارکان عقد، تا حدی از حقوق وضعی پیروی کرده، و اراده را از ارکان عقد محسوب می‌کند. هرچند در مورد متعاقدين، با فقه سنتی موافقت کرده و متعاقدين را رکن عقد می‌داند. از تمایزات این طرح، این است که ابراز اراده را به عنوان رکن عقد دانسته شده است.^۱

اما آقای شاهرودی، متعاقدين را نه از ارکان، بلکه شرط عقلی تحقق عقد می‌داند. از نظر ایشان، صحیح آن است که ارکان عقد را منحصر در سه مورد بدانیم: ۱. انشاء (اراده ظاهری). ۲. معقود معاملی جدی (اراده باطنی). ۳. محل عقد. در هر یک از این ارکان، ابتدا باید از شروط عقلی تحقق آنها و سپس از شروط شرعی و قانونی ترتب اثر آنها بحث شود.^۲

طرح سنه‌وری



از نکات قابل توجه این طرح، قرار گرفتن بحث عقد، ذیل منابع التزام و به عنوان منبعی از منابع ایجاد تعهد است، که محل تأمل است. در عین حال، ترتیب منطقی ایجاد عقد، آثار

۱. حسینی حائری، فقه العقود، ج ۱، ص ۳۲۴.

۲. هاشمی شاهرودی، کتاب الإجارة، ج ۱، ص ۵۹.

عقد و زوال عقد، تا حدی قابل قبول است. ارکان عقد عبارت‌اند از تراضی، محل، و سبب. در آخر بحث ارکان عقد، نظریه بطلان مطرح شده است؛ زیرا به تعبیر ایشان، بطلان، نتیجه عدم وجود ارکان و شرایط ارکان است.^۱

طرح آقای کاتوزیان



از امتیازات این طرح نسبت به سایر طرح‌ها، جامعیت آن نسبت به بسیاری از مباحث عمومی است که در ادامه بررسی می‌شود.

طرح آقای شهیدی

از خصوصیات طرح مذکور، این است که مباحث مربوط به قراردادها و تعهدات، در هم آمیخته و باهم مطرح می‌شوند.

۱. سنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدني الجديد، ص ۴۸۷.



ویژگی دیگر اینکه بعد از تشکیل قراردادها، فصل مستقلی با عنوان اصول قراردادهای و تعهدات باز شده (مشمول بر مباحث: وضعیت حقوقی قراردادهای، اصل صحت، اصل لزوم و

تفسیر قرارداد) که این فصل، در بقیه طرح‌ها وجود نداشت^۱؛ اما به نظر می‌رسد این کار وجهی ندارد؛ زیرا چنانچه خواهیم گفت هرکدام از این مباحث مطرح شده، به یکی از فصل‌های قبلی یا بعدی بازمی‌گردد. وانگهی جایگاه مناسب اصول و قواعد کلی، قبل از تشکیل و انعقاد قرارداد است، نه بعد از آن.

از دیگر ویژگی‌های این طرح این است که بحث شروط ضمن عقد و بحث معاملات فضولی در فصل مستقلی مطرح شده‌اند. در مقابل، فصلی مربوط به اجرای قرارداد وجود ندارد و در آثار قرارداد ادغام شده است. نهایتاً بحث سقوط تعهدات به طور مفصل‌تری با بررسی ۹ مورد از اسباب سقوط، مورد بررسی قرار گرفته است.^۲

جمع‌بندی

از مقایسه طرح‌ها می‌توان نتیجه گرفت که تفاوت‌های زیادی بین آنها در شیوه ترتیب مباحث وجود دارد. هم‌چنین برخی مباحث مهم، جایگاه ثابتی نداشته و در مواضع متفاوتی ذکر می‌شوند. برخی از این مباحث عبارت‌اند از:

۱. معاملات فضولی: معاملات فضولی در طرح اکثر فقها در شروط متعاقدين و ذیل شرط مالکیت و ولایت بحث شده است.^۳ هم‌چنین در طرح آقای کاتوزیان ذیل شرط دوم معاملات یعنی اهلیت و اختیار طرفین بحث شده است^۴؛ اما این بحث، در طرح سنه‌وری ذیل بحث تراضی و اراده، و به عنوان «تعبیر نایب از اراده» آمده است. در طرح آقای شهیدی، فصل مستقلی برای آن قرار داده شده، و بعد از بحث شروط ضمن عقد آمده است.^۵ از طرف دیگر آقای صفایی این بحث را در فصل آثار عقد مطرح کرده است.^۶
۲. شروط ضمن عقد: این بحث در طرح شیخ انصاری در خیارات و ذیل خیار عیب ذکر

۱. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۳۰.

۲. همو، سقوط تعهدات، ص ۱۸.

۳. انصاری، المکاسب، ج ۳، ص ۳۴۵.

۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (انعقاد و اعتبار قرارداد)، ج ۲، ۱۰۷.

۵. همان، ص ۳۰.

۶. صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۱۷۷.

شده است؛ اما به نظر امام خمینی، مناسب است فصلی به نام احکام بیع باز شده و در آن مطرح شود.^۱ چنانچه گذشت، در میان حقوقدانان برخی این بحث را ذیل فصل آثار عقد مطرح کرده‌اند^۲، و برخی فصل مستقلی برای آن قرار داده‌اند؛ مثل آقایان شهیدی^۳، صفایی^۴ و کاتوزیان در کتاب اعمال حقوقی.^۵ اما در طرح سنهوری، این بحث جایگاهی ندارد.

۳. آثار عقد و اجرای آن: بحث آثار و احکام عقد نیز همان طور که مشاهده شد، گاه فصل مستقلی داشته و گاه در لابه‌لای سایر مباحث مطرح شده است. هم‌چنین بحث اجرای عقد در طرح آقای کاتوزیان فصل مستقلی دارد^۶، اما در طرح آقای شهیدی ضمن بحث آثار قرارداد مطرح شده است.^۷

۴. ارکان عقد: در اینکه ارکان عقد چیست و تعداد آن چند مورد است نیز، اختلاف زیادی وجود دارد. از طرح شیخ به دست می‌آید که ارکان عقد عبارت‌اند از: صیغه عقد، متعاقبین، و عوضین. از نظر آقای هاشمی شاهرودی ارکان عقد عبارت است از: انشاء (اراده ظاهره)، معقود معاملی جدی (اراده باطنه)، و محل عقد.^۸ اما محقق حائری ارکان عقد را چهار مورد می‌داند: اراده، ابراز اراده، متعاقدان، و محل عقد.^۹

سنهوری ارکان عقد را تراضی و سبب دانسته، به علاوه محل که رکن مطلق التزام است.^{۱۰} طبق نظر آقای کاتوزیان رکن اساسی عقد، اراده و تراضی است و بقیه موارد مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، شرط صحت‌اند نه رکن.^{۱۱} لذا سایر حقوقدانان مثل آقایان

۱. خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۷؛ همو، البیع (تقریرات خرم‌آبادی)، ص ۱۳.

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (آثار قرارداد)، ج ۳، ص ۱۱۱.

۳. همان، ص ۳۰.

۴. صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۲۰۵.

۵. کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۱.

۶. همو، قواعد عمومی قراردادها (مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد)، ج ۱، ص ۱۱.

۷. شهیدی، آثار قراردادها و تعهدات، ص ۲۷.

۸. هاشمی شاهرودی، کتاب الإجارة، ج ۱، ص ۵۹.

۹. حسینی حائری، فقه العقود، ج ۱، ص ۳۲۳.

۱۰. سنهوری، الوسیط، ص ۱۷۰.

۱۱. کاتوزیان، اعمال حقوقی، صص ۵۳-۵۴.

شهیدی^۱ و صفایی^۲ از این چهار مورد (قصد، اهلیت، مورد معین، جهت مشروع) تعبیر به شرایط اساسی صحت قرارداد کرده‌اند، نه رکن. طبیعتاً این که ارکان عقد را شامل چه مواردی بدانیم (که تابع تعریف دقیق از رکن عقد است) در نحوه ترتیب سایر مباحث نقش دارد.

۵. معاملات مکروه: این بحث در طرح شیخ انصاری در شرایط متعاقدين و ذیل شرط اختیار آمده^۳، اما در طرح استاد حائری در رکن اراده، و ذیل شرایط صحت اراده مطرح است.^۴ در طرح حقوقدانان نیز غالباً در همین جایگاه و تحت عنوان عیوب اراده قرار گرفته است.^۵

۶. تعلیق در عقود: شیخ انصاری این بحث را ذیل شرایط عقد آورده و یکی از شرایط عقد را منجز بودن می‌داند^۶؛ اما در طرح آقای حائری، ذیل رکن اراده و تحت عنوان شرایط صحت اراده ذکر شده است.^۷ این بحث، در طرح برخی حقوقدانان، در تقسیمات عقد و ذیل تقسیم عقد به عقد معلق و عقد منجز مطرح شده است.^۸

۷. مقبوض به عقد فاسد: این بحث در طرح شیخ انصاری، بعد از شروط عقد و قبل از شروط متعاقدين ذکر شده^۹، اما در طرح آقای حائری بعد از ارکان عقد، تحت فصل مستقلی مطرح شده و کتاب فقه العقود، با آن ختم می‌شود.^{۱۰}

۸. بحث انحلال عقد: این بحث در طرح شیخ جایگاه مستقلی ندارد و فقط از اختیارات که یکی از اسباب انحلال عقد است بحث شده است. در طرح آقای حائری نیز جای این بحث خالی است. در بیان حقوقدانان چنانچه گذشت، غالباً این بحث در آخر مباحث

۱. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۱۲۳.
۲. همان، ص ۶۹.
۳. انصاری، المکاسب، ج ۳، ص ۳۰۷.
۴. حسینی حائری، فقه العقود، ج ۲، ص ۸.
۵. سنهوری، الوسیط، ص ۳۳۴؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد)، ص ۴۹۱؛ صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۱۲۰؛ شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۱۷۴.
۶. انصاری، المکاسب، ج ۳، ص ۱۶۲.
۷. حسینی حائری، فقه العقود، ج ۲، ص ۶۸.
۸. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد)، ج ۱، ص ۵۱؛ شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۷۰؛ صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۳۵.
۹. انصاری، المکاسب، ج ۳، ص ۱۸۰.
۱۰. حسینی حائری، فقه العقود، ج ۲، ص ۴۱۱.

قراردادها مطرح شده و دارای فصل مستقل است.

۹. اصالة اللزوم: در طرح شیخ این اصل، ابتدا در بحث معاطات^۱، و سپس در بحث خيارات و قبل از ورود به اقسام خيار آمده^۲، و در طرح محقق حائری قبل از ارکان عقد و ذیل فصل مستقلى به عنوان «اطلاقات ادلة العقود» مطرح شده است^۳؛ اما در طرح آقای کاتوزیان در فصل مربوط به آثار قرارداد، و ذیل آثار قرارداد بین دو طرف مطرح می‌شود.^۴ در طرح آقای شهیدی نیز ذیل فصل اصول قراردادها و تعهدات که فصل مستقلى است، بحث شده است.^۵

ارزیابی طرح‌های سه‌گانه

در این قسمت به بررسی طرح شیخ انصاری، جناب سنهوری و آقای کاتوزیان می‌پردازیم.

طرح تفصیلی شیخ در مکاسب

همان‌طور که گفته شد، ساختار کلی طرح شیخ انصاری شامل تعریف بیع، شروط عقد، شروط متعاقدين، شروط عوضین، خيارات، نقد و نسیه و قبض است. بعد از تعریف بیع، شرایط صیغه بیع مطرح می‌شود. ایشان ذیل این عنوان، مطالبی را مطرح می‌کند؛ از جمله کفایت اشاره و کتابت در عقد بیع، عدم احتیاج به لفظ، الفاظ ایجاب و قبول، اشتراط عربیت، ماضویت، اشتراط ترتیب و موالات بین ایجاب و قبول و غیره. سپس بحث اشتراط تنجیز در عقد و بحث تطابق بین ایجاب و قبول را مطرح کرده و در آخر، احکام مقبوض به عقد فاسد را بیان می‌کند.

بعد از بیان شرایط عقد، نوبت به شرایط متعاقدين می‌رسد. شیخ در مجموع، پنج شرط برای متعاقدين ذکر می‌کند (بلوغ، قصد مدلول کلمات عقد، اختیار به معنای طیب نفس، اذن مولی در صورتی که مبیع عبد باشد، مالک بودن عاقد یا مأذون بودن از طرف مالک یا

ما مجله
پژوهش‌های فقهی

شماره ۴، شماره ۱۰، پاییز و زمستان ۱۴۰۰

۱. انصاری، المكاسب، ج ۳، ص ۵۱.

۲. همان، ج ۵، ص ۱۳.

۳. حسینی حائری، فقه العقود، ج ۱، ص ۲۷۵.

۴. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (آثار قرارداد)، ص ۲۲۴.

۵. شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، ص ۲۵۳.

شارع). ذیل شرط پنجم هم، بحث مفصلی راجع به بیع فضولی و ملحقات آن مثل اجازه و رد مطرح شده، و در آخر از مسائل متفرقه مربوط به شرایط متعاقدين بحث به میان می‌آید که ۹ مورد بوده، و از جمله آنها بحث ولایت فقیه است.

بعد از شرایط متعاقدين، شرایط عوضین بیان می‌شود (مالیت، طلق بودن، قدرت بر تسلیم، علم به مقدار عوضین)، سپس به بیان چند مسأله می‌پردازد که البته ارتباطی به شروط عوضین ندارند. از جمله آنها می‌توان به استحباب تفرقه در مسائل مربوط به تجارت، بحث تلقی رکبان، نجش و احتکار اشاره کرد.

بعد از بحث‌های مربوط به ماهیت بیع و شرایط صحت آن، بحث از خيارات به میان می‌آید، و در مجموع هفت مورد از خيارات و مباحث مربوط به آنها بررسی می‌شود. شیخ پس از خيار عیب، در جلد آخر کتاب مکاسب، به طور مفصل در مورد شروط بحث می‌کند و بعد از بیان معنای شرط، حکم شرط صحیح و فاسد را بیان می‌نماید. سپس نوبت به بررسی احکام خيارات می‌رسد و بعد از احکام خيار، از نقد و نسیه بحث می‌شود. آخرین بحث مکاسب شیخ، بحث قبض، و ماهیت و آثار و احکام آن است و بدین ترتیب، کتاب به پایان می‌رسد.

نقد طرح شیخ

برخی اشکالات در این طرح به نظر می‌رسد. از جمله در ساختار کلی طرح، بخش مستقلی برای «احکام و آثار عقد» وجود ندارد. هم‌چنین مباحث مربوط به انحلال عقد، نیاز به تکمیل دارد و نباید در خيارات خلاصه شود. اشکالات مفصل‌تر این طرح، در ادامه می‌آید. اشکال اول: ذکر بحث اشتراط تنجیز در عقود، و بحث تطابق بین ایجاب و قبول در شرایط صیغه عقد، صحیح به نظر نمی‌رسد. توضیح اینکه همان‌طور که خواهد آمد، باید بین اراده و ابراز اراده (اعم از ابراز لفظی و غیرلفظی) تفکیک قائل شد، و مباحث هرکدام را ذیل همان مطرح کرد. بحث تعلیق در عقود، ناظر به مرحله اراده است و نه ابراز اراده. لذا همان‌طور که برخی تذکر داده‌اند^۱، باید تفاوت ماهوی بین بحث شرط تنجیز و سایر شروط،

۱. ایروانی، حاشیه‌المکاسب، ج ۱، ص ۹۲؛ عراقی، حاشیه‌المکاسب، ص ۱۸۲.

مثل ماضویت، عربیت، موالات که ناظر به شرایط شکلی صیغه‌اند قائل شد، و این تفاوت را در طرح مباحث در نظر داشت. هرچند دلیل اشتراط تنجیز عقود، محل بحث است و شیخ تنها دلیل قابل اعتماد را اجماع می‌داند؛ اما به نظر می‌رسد که حتی محل بحث در کلام ایشان نیز مبطلتیت تعلیق در اراده است، و نه صرفاً تعلیق در صیغه. البته تعلیق در صیغه اگر موجب بطلان عقد باشد از این باب است که کاشف از تعلیق در اراده است. در کلمات خود شیخ در بحث تعلیق، عباراتی وجود دارد که شاهد بر این مدعی است که محل بحث، تعلیق در قصد و اراده است، نه تعلیق در صیغه عقد. برای نمونه، ایشان می‌گوید:

۱. «التنجیز فی العقد بأن لا یكون معلقاً علی شیء بأداة الشرط، بأن یقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة فی صورة وجود ذلك الشيء، لا فی غیرها».

۲. «أما الکلام فی وجه الاشتراط، فالذی صرح به العلامة فی التذکره: أنه منافی للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرغ علیه عدم جواز التعلیق»^۱.

بحث مطابقت بین ایجاب و قبول نیز مربوط به مقام اراده است، و نه مقام ابراز آن. این مطلب در عبارات خود شیخ به روشنی بیان شده، که از آن فهمیده می‌شود این بحث، مربوط به صیغه عقد نیست؛ بلکه مربوط به مقام اراده است:

«و وجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالإيجاب، فحينئذ لو قال: «بعته من موککک بكذا» فقال: «اشتریته لنفسی» لم ینعقد»^۲.

بنابر این باید بین شرایطی مثل شرط تنجیز و شرط مطابقت ایجاب و قبول، با شرایط مربوط به ابراز اراده مثل ماضویت و غیره تفکیک کرد.

نقصان دیگر این طرح، این است که شرایط ابراز غیرلفظی (مثل شرایط فعل) بحث نشده است. لذا باید ابراز لفظی و ابراز غیرلفظی در دو فصل مطرح، و از شرایط هرکدام مستقلاً بحث شود.

اشکال دوم: ذکر کردن بحث مقبوض به عقد فاسد ذیل بحث شروط عقد و قبل از شروط متعاقدين، وجهی ندارد؛ زیرا اساساً این بحث مرتبط با بحث ارکان و شرایط عقد

۱. انصاری، مکاسب، ج ۳، صص ۱۶۲-۱۷۵.

۲. همان، ج ۳، ۱۷۵.

نیست. هرچند برخی گفته‌اند بحث مقبوض به عقد فاسد، مقدمه شرایط متعاقدين است و لذا شيخ آن را مقدم کرده است^۱، اما وجهی برای این مطلب به نظر نمی‌رسد.

اشکال سوم: نحوه طرح بحث شرایط متعاقدين در کتاب مکاسب نیز اشکالاتی دارد؛ از جمله اینکه عقل جزء شرایط متعاقدين ذکر نشده است. قصد مدلول کلمات نیز (که البته تعبیر مناسب‌تر، قصد انشاء است؛ زیرا بحث، اعم از عقود لفظی و غیرلفظی است) نباید از شروط متعاقدين دانسته شود؛ زیرا مربوط به بحث اراده و از ارکان عقد است و نقش آن، از شرط متعاقدين بودن، بسیار پررنگ‌تر است. لذا برخی فقها معتقدند نباید قصد را از شروط متعاقدين دانست. برخی از ایشان گفته‌اند، بهتر این بود که ضمن شرایط عقد ذکر شود^۲، اما برخی دیگر گفته‌اند اساساً شرط دانستن آن مناسب نیست؛ زیرا قوام ماهیت عقد به آن است.^۳ پس قصد مدلول کلمات یا قصد انشاء، امری است که قوام عقد به آن است، نه اینکه از شرایط باشد؛ لذا در فرض عدم قصد، عقد محقق نیست، نه اینکه فاسد باشد. اشکال دیگر اینکه برخی مباحث مطرح شده در ادامه شرایط متعاقدين، ارتباطی به بحث و جایگاه ندارند؛ مثل بحث «بيع ما يقبل التمليك و ما لا يقبل التمليك بضمن واحد»^۴.

اشکال چهارم: برخی مباحث بعد از بحث خيارات، ارتباطی به بابی که در آن واقع شده‌اند ندارند؛ مثل بحث نقد و نسیه و بحث قبض. هم‌چنین ذکر مباحث شروط در پایان اقسام خيار مناسب به نظر نمی‌رسد؛ خصوصاً که قبل از آن، از خيار شرط و خيار اشتراط بحث شده است؛ درحالی‌که ماهیت و تعریف شرط بعداً بیان می‌شود. برخی از فقها ضمن تأیید مناسب نبودن جایگاه بحث شروط، علت را این دانسته‌اند که این بحث ابتدا مستقلاً نوشته شده و سپس به کتاب مکاسب الحاق شده است.^۵

۱. نایینی، المكاسب و البيع، ج ۱، ص ۳۹۵.

۲. اصفهانی، حاشیه المكاسب، ج ۲، ص ۲۹؛ جزایری، هدی الطالب إلی شرح المكاسب، ج ۴، ص ۹۹؛ خمینی، کتاب البيع، ج ۲، ص ۵۲.

۳. خمینی، کتاب البيع، ج ۲، ص ۵۲؛ جزایری، هدی الطالب، ج ۴، ص ۹۹؛ اصفهانی، حاشیه المكاسب، ج ۲، ص ۲۹.

۴. جزایری، هدی الطالب إلی شرح المكاسب، ج ۶، ص ۶۱.

۵. یزدی، حاشیه المكاسب، ج ۲، ص ۱۰۵.

طرح تفصیلی سنهوری

سنهوری در دو کتاب «الوسیط» و «نظرية العقد»، مباحث فقه عقود را مطرح کرده است که البته مباحث ایشان در این دو کتاب تفاوت زیادی ندارد. در کتاب الوسيط مباحث مربوط به عقد، به سه بخش کلی تقسیم می‌شوند: ارکان عقد، آثار عقد، زوال عقد. قبل از بیان مطالب مربوط به هر بخش، ذکر این نکته مهم است که ایشان به تبع قانون فرانسه از دریچه بحث التزام، به بحث عقد ورود پیدا می‌کند. موضوع و محور اصلی بحث، التزام است، و در بحث مصادر التزام (منابع یا اسباب التزام)، یکی از مصادر «عقد» است. سنهوری ابتدا تعریف عقد و تقسیمات مختلف عقد را بیان کرده است، و سپس وارد مباحث خود عقد می‌شود.

همان‌طور که اشاره شد مباحث مربوط به عقد در کلام سنهوری عبارت‌اند از ارکان، آثار و محل عقد. ارکان عقد عبارت‌اند از: تراضی، محل و سبب. البته در حاشیه کتاب الوسيط و هم‌چنین در متن کتاب نظرية العقد می‌گوید در عقود شکلی که برای صحت آنها تشریفات خاصی لازم است (مثل بیع اموال غیر منقول) آن شکل مخصوص، جزء ارکان عقد خواهد بود. بنابر این عقود شکلی، چهار رکنی هستند.^۱

در مورد رکن اول، تعبیر دیگر ایشان از تراضی، اراده است. در نظر سنهوری، در نگاهی دقیق، از شروط چهارگانه مذکور در قانون مدنی فرانسه (رضا، اهلیت، محل و سبب)، تنها رضایت رکن عقد است؛ به دلیل اینکه اهلیت، شرط رضاست نه رکن مستقل، و محل و سبب نیز رکن التزام‌اند، نه رکن عقد. اما مباحث کتاب، از باب ترجیح فایده عملی بر فایده علمی، بر اساس روش رایج مطرح می‌شود.^۲ در نظر ایشان، وجود تراضی به وجود دو اراده متوافق بر عقد است؛ اما وجود این دو اراده، صرفاً موجب وجود عقد می‌شود، نه صحت آن؛ و برای صحت عقد لازم است که این دو اراده متوافق، صحیح هم باشند. بنابر این مباحث مربوط به تراضی، به دو بحث «وجود تراضی»، و «صحت تراضی» تقسیم می‌شوند. در بحث وجود تراضی، مباحثی مثل تعبیر از اراده، بحث اراده ظاهری و باطنی، و مرحله تمهیدیه در تعاقد (که منظور پیش قراردادها است)، و در بحث صحت تراضی،

ما مجله
پژوهش‌های قضایی

سال پنجم، شماره ۱۰، پیاپی ۱۰۰، زمستان ۱۴۰۰

۱. سنهوری، الوسيط، ج ۱، ص ۱۷۰؛ همو، نظرية العقد، ج ۱، ص ۱۴۸.

۲. همان، ج ۱، ص ۱۴۷.

اهلیت و سپس عیوب اراده (غلط، تدلیس، اکراه، غبن) مطرح می‌شود. مباحث مربوط به عقد فضولی در طرح ایشان، ضمن مبحث وجود تراضی، و ذیل عنوان تعبیر از اراده مطرح می‌شود؛ زیرا تعبیر از اراده مالک، گاهی به وسیله خود او، و گاهی به وسیله دیگری ابراز می‌شود؛ اعم از فضولی و وکیل.

رکن دوم عقد، محل است؛ یعنی آنچه مدیون و متعهد، به آن ملتزم می‌شوند. شروطی که برای محل عقد ذکر می‌شود، سه مورد است: موجود بودن (اگر متعهد به نقل حق عینی ملتزم شده است)، یا ممکن بودن (اگر به انجام عمل یا امتناع از عملی ملتزم شده است)، معین یا قابل تعیین بودن، و قابلیت معامله داشتن.^۱

در مورد محل عقد، هرچند محل، رکن التزام است و نه رکن عقد، اما علت ذکر آن در ضمن ارکان عقد، این است که اهمیت بحث محل، در التزامات ناشی از عقد ظاهر می‌شود؛ زیرا در این نوع التزامات است که متعاقدين، خود به تعیین محل و ملتزم به می‌پردازند؛ لذا جای این بحث است که آیا محل مورد تعیین متعاقدين، شرایط لازم را دارد یا نه؟ اما در التزامات غیر ناشی از عقد، قانون محل را تعیین می‌کند؛ لذا بحث از شروط محل، و مطابق قانون بودن آن معنی ندارد.^۲

رکن سوم عقد، سبب است. سنهوری مراد از سبب را این طور بیان می‌کند که: «غرضی است که ملتزم درصدد است که از التزام خود به آن برسد». در تفاوت بین محل و سبب می‌گوید محل آن است که در جواب سؤال «بماذا التزم» واقع می‌شود، در حالی که سبب، آن است که در جواب «لماذا التزم» واقع می‌شود. در بحث سبب، به تطورات مختلفی که در طول زمان، و در قوانین مختلف کشورها در مفهوم سبب ایجاد شده است، اشاره می‌کند.^۳

سنهوری هم‌چنین در ضمن ارکان عقد و قبل از ورود به آثار عقد، فصلی را با عنوان «الجزاء» یا «نظرية البطلان» می‌آورد؛ و فرق بین بطلان و موارد مشابه آن را بیان نموده، و بطلان را نتیجه فقدان شرایط ارکان عقد می‌داند.^۴ مطالب این بخش در سه مبحث آمده

۱. همو، الوسیط، ج ۱، ص ۳۷۵.

۲. همان، ۱۷۰؛ همو، نظرية العقد، ج ۱، صص ۱۳ و ۱۴۷ و ۴۶۳.

۳. سنهوری، الوسیط، ج ۱، صص ۴۱۳ و ۴۱۴.

۴. همان، ص ۴۸۸.

است: آثار عقد باطل و عقد قابل ابطال، اجازه و تقادم (مرور زمان)، تقریر بطلان. در مبحث اول، آثار عرضی و آثار اصلی عقد باطل آمده است. آثار عرضی در مقابل اصلی، آثاری است که بر عقد فاسد، از جهت واقعه مادی بودن مترتب است، نه از جهت عقد بودن؛ مثل وجوب مهر یا وجوب عده در نکاح فاسد در برخی موارد. اجازه و تقادم در مورد عقد قابل ابطال مطرح است که یکی از متعاقدین حق مطالبه ابطال عقد را دارد. اگر این حق، با اسقاط او از بین رود مصداق اجازه بوده، و اگر با گذشت مدت معینی از بین رود، تقادم است.^۱ در بحث تقریر بطلان (دعوی بطلان) هم دو مطلب مطرح می‌شود: ۱. کسی که صلاحیت استناد به بطلان عقد را دارد. ۲. چگونگی تمسک به بطلان. اما مناسب است این مباحث ذیل آثار عقد فاسد مطرح شوند، نه ذیل بحث ارکان عقد.

بخش دوم به آثار عقد صحیح می‌پردازد. در این بخش، اصل نسبی بودن آثار که مبنای اصلی بحث آثار عقد است، مطرح می‌شود. مراد از نسبییت آثار، این است که آثار و التزامات ناشی از عقد، ابتدا متوجه متعاقدین است، نه اشخاص دیگر؛ همان‌طور که صرفاً به مضمون عقد ملتزم شده‌اند و نه التزامات خارج از مفاد عقد. لذا مطالب مربوط به بخش دوم، به دو قسمت تقسیم می‌شود: اثر ملزم عقد از جهت اشخاص و اثر ملزم عقد از جهت موضوع. ملزم بودن عقد از جهت اشخاص، شامل دو بخش است: اثر عقد نسبت به متعاقدین و اثر عقد نسبت به غیر متعاقدین. ملزم بودن عقد از جهت موضوع نیز شامل دو مبحث است: تحدید موضوع عقد و مسئولیت قراردادی.

بعد از ارکان عقد و آثار عقد، نوبت به بخش سوم، یعنی زوال عقد می‌رسد. طبق بیان ایشان، عقد با یکی از اسباب سه‌گانه انقضا، انحلال و ابطال، زایل می‌شود. انقضا درجایی است که همه تعهدات ناشی از عقد اجرا شود؛ اما انحلال قبل از این مرحله انجام می‌شود. از طرف دیگر انحلال با ابطال متفاوت است؛ زیرا انحلال بر عقد صحیح وارد می‌شود، درحالی‌که ابطال، بر عقد غیر صحیح وارد شده و آن را کأن لم یکن می‌کند. انحلال عقد نیز، گاهی به اتفاق طرفین است (تقایل) و گاهی به سببی که قانون معین کرده، که مهم‌ترین آنها «الغاء به ارادة منفردة» و «فسخ» است. در کنار فسخ، عنوان دیگری به نام «وقف

۱. همان، ص ۵۱۴.

التنفيذ» مطرح می‌شود. در عقود ملزم جانبین، اگر یکی از متعاقدين به تعهدات خود عمل نکند، طرف مقابل می‌تواند از قاضی، مطالبه فسخ عقد کند؛ همان‌طور که می‌تواند تا زمانی که طرف مقابل به تعهداتش عمل نکرده است، از انجام تعهدات خود امتناع کند. اولی فسخ و دومی وقف تنفیذ است (یا امتناع مشروع از وفای به عقد).^۱

نقد طرح سنهوری

اشکالاتی در مورد این طرح به نظر می‌رسد:

اشکال اول: گذشت که اهلیت در نظر ایشان، رکن عقد نیست؛ بلکه شرط رضا و اراده است^۲، و بر این اساس، اموری مثل اکراه، غبن، تدلیس و همچنین مباحث مربوط به اهلیت، تحت عنوان عیوب تراضی مطرح شده‌اند. مباحث مربوط به عقد فضولی نیز با عنوان تعبیر نایب از اراده، ذیل بحث تراضی ذکر شده است. برخی حقوقدانان نیز بحث نمایندگی را به معنای عام، که شامل بحث فضولی هم هست، تحت عنوان «اعمال اراده توسط دیگران» در بحث اراده مطرح کرده‌اند.

با وجود این، قرار دادن بحث اهلیت و سایر شرایط متعاقدين، ضمن بحث اراده و رضا، مناسب به نظر نمی‌آید. یکی از ارکان مستقل برای عقد، خود متعاقدين هستند و چنین نیست که وجود متعاقدين، امری فرعی باشد، و زیرمجموعه بحث رضا و اراده قرار بگیرد. در کلام سنهوری شروط متعاقدين، تحت عنوان اهلیت و ذیل بحث صحت اراده مطرح شده است. حال آنکه برخی از این شروط مثل بلوغ و رشد، شرط مستقلی هستند و وجهی ندارد که آن را فرعی از فروع بحث اراده دانسته، و فقدان آنها را از باب عیب اراده بدانیم. برخی شرایط دیگر متعاقدين نیز مثل شرط مالک بودن یا مأذون بودن، و به تبع آن بحث عقد فضولی، مستقیماً مربوط به متعاقدين است و مطرح نمودن آن در بحث اراده و وجهی ندارد؛ و تقسیم اراده مالک، به اراده خود او، و اراده توسط دیگری، بدون پشتوانه است؛ مضافاً که شامل «عقد الفضولی لنفسه» نمی‌شود. از این رو، مناسب است مباحث عقد فضولی،

۱. همان، صص ۶۸۹ تا ۶۹۳.

۲. سنهوری، نظریة العقد، ج ۱، ص ۱۴۷.

زیرمجموعه بحث متعاقدین قرار بگیرد. بنابر این متعاقدین را باید رکن عقد دانست؛ یعنی آنچه عقد بدون آن قابل تحقق نیست و به تعبیر خود ایشان «ما لا يقوم العقد بدونها»^۱. اشکال دوم: در ترتیب مباحث ایشان تهافت به چشم می‌خورد. مباحثی مثل جنون، غفلت و سفه، در بحث عوارض اهلیت طرح شده‌اند^۲ و خود بحث اهلیت زیرمجموعه بحث صحت اراده و تراضی است. از طرف دیگر، واضح است که موارد جنون و غفلت، از قبیل فقدان اراده است، نه عیب اراده؛ بنابر این حتی اگر از اشکال قبل صرف نظر نموده، و اهلیت را زیرمجموعه بحث تراضی بدانیم، نباید همه مباحث آن را تحت عنوان صحت تراضی ذکر نمود. در شرایط متعاقدین، باید بین عقل و بلوغ، فرق قائل شد؛ زیرا با فقدان شرط اول، وجود اراده از بین می‌رود، نه صحت آن. این تفکیک طبق حقوق مصر، اثر مهمی دارد، و به گفته خود ایشان در موارد فقدان اراده، عقد باطل است؛ اما در موارد اراده معیوب، عقد موجود شده و قابل ابطال است.

اشکال سوم: ذکر نمودن بحث سبب، به عنوان رکن مستقل در کنار سایر ارکان عقد صحیح نیست. ممکن است از کلمه سبب در این بحث، معانی مختلفی اراده شود، و اینکه آیا رکنیت، سبب صحیح است یا نه، موضوع بحثی مستقل است. اجمالاً مطلب اینکه سبب، اگر به معنای غرض باشد که تعبیر به سبب دافع یا جهت می‌شود، اساساً رکن عقد نیست؛ بلکه یکی از شروط عقد این است که انگیزه آن مشروع باشد؛ اما سبب، به معنای سبب انشائی یا سبب قصدی^۳، در این بحث مراد نیست، و یا اینکه معنای روشنی ندارد. بنابر این تنها معنای صحیح سبب، انگیزه (جهت) است؛ اما وجود جهت مشروع، نهایتاً از شرایط صحت معامله است، نه از ارکان معامله. لذا بحث سبب، به بحث اراده یا موضوع عقد بازگشت دارد. جالب اینکه عناوینی که رکنیت مستقل داشته و ارتباط کمتری به اراده دارند (مثل متعاقدین و برخی شروط آن)، ذیل بحث اراده مطرح شده‌اند؛ اما سبب، که به اعتراف خود ایشان ارتباط وثیقی با اراده دارد و ملازم با آن است^۴، رکن

۱. همان، ج ۱، ص ۸۵.

۲. همو، الوسیط، ج ۱، ص ۲۷۹.

۳. حسینی حائری، فقه العقود، ج ۱، ص ۳۳۵.

۴. سنهوری، الوسیط، ج ۱، صص ۴۱۴-۴۱۵.

مستقل عقد دانسته شده است. هم‌چنین اینکه در عقود شکلیه، مثل بیع اموال غیر منقول، آن شکل و تشریفات خاص را رکن عقد بدانیم، صحیح نیست؛ بلکه صرفاً شرطی از شرایط صحت است، مثل سایر شرایط.

اشکال چهارم: برخی از مباحث، ارتباطی با جایگاهی ندارند که ذیل آن قرار گرفته‌اند. به عنوان مثال، مناسب است آثار عقد باطل، ضمن بخش آثار و احکام عقد مطرح شود، نه ضمن بحث از ارکان عقد. هم‌چنین بحث وقف التنفيذ در کنار فسخ، و ذیل بخش زوال عقد مطرح شده است، در حالی که ارتباطی با زوال عقد ندارد.

اشکال پنجم: بحث شروط ضمن عقد، از مباحث اساسی قراردادها است، اما در این طرح دیده نمی‌شود.

اشکال ششم: اساساً طرح بحث عقد به عنوان منبعی از منابع تعهد، صحیح نیست. همان‌طور که خواهد آمد، عقد باید مستقیماً مورد مطالعه قرار گیرد، نه ذیل منابع تعهد. برخی از محققین معتقدند، «اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نیست، بلکه عقد ممکن است آثار متنوعی داشته باشد، مثل انتقال مالکیت، ایجاد شخصیت حقوقی، ایجاد حق انتفاع و ارتفاق و زوال آنها، انتقال و زوال تعهد، ایجاد اذن و اباحه. مضافاً به اینکه برخی عقود معین، مستقیماً ایجاد تعهد نمی‌کنند».^۱ البته این اشکال، به قانون مدنی فرانسه است و الا سنهوری به این مطلب ملتفت بوده، و می‌گوید تفکیک بین نظریه العقد و نظریه الالتزام، از نظر علمی دقیق‌تر است، هرچند از نظر عملی محل تردید باشد.^۲

طرح تفصیلی آقای کاتوزیان

آقای کاتوزیان قواعد و احکام عقد را در پنج فصل، بررسی کرده است: ۱. مفهوم عقد. ۲. انعقاد و اعتبار عقد. ۳. آثار عقد. ۴. اجرای عقد و عهد شکنی. ۵. انحلال عقد.

در فصل اول، ابتدا تعریف عقد و سپس برای روشن شدن عقد، برخی از اقسام آن بیان می‌شود. تقسیمات عقد، عبارت‌اند از تقسیم عقود بر حسب آثار، شرایط انعقاد، حاکمیت

۱. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (مفهوم، انعقاد و اعتبار قرارداد)، ج ۱، ص ۱۸؛ همو، قواعد عمومی قراردادها (آثار قرارداد)، ج ۳، ص ۹.
۲. سنهوری، نظریه العقد، ج ۱، ص ۱۴۴.

اراده طرفین، و موضوع و هدف اقتصادی.

در فصل دوم، بحث از شرایطی که برای انعقاد قرارداد ضرورت دارد به میان می‌آید؛ البته بدون تفکیک بین رکن عقد و غیر رکن. مباحث این فصل طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی مطرح شده است. مطابق این ماده: «برای صحت هر معامله، شرایط ذیل اساسی است: ۱. قصد طرفین و رضای آنها، ۲. اهلیت طرفین، ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد، ۴. مشروعیت جهت معامله.»

اما طبق بیان ایشان، این شرایط، نفوذ عقد را از نظر درونی تحلیل می‌کند، و قبل از آن، باید شرط مربوط به همگامی و سازگاری عقد با مصالح اجتماعی و قلمروی عقد را بررسی کرد که در اصل آزادی قراردادها مورد بحث قرار می‌گیرد؛ بنابر این مطالب مربوط به فصل دوم، در پنج مبحث مورد بررسی قرار می‌گیرد:

در مبحث اول از اصل آزادی قراردادی بحث می‌شود که این اصل در ماده ۱۰ قانون مدنی اعلام شده است. برای روشن شدن قلمروی اصل آزادی قراردادی، مطالب این مبحث، در دو گفتار خلاصه می‌شود. گفتار اول: عوامل محدود کننده آزادی (قانون، نظم عمومی، اخلاق حسنه)، و گفتار دوم: انواع محدودیت‌های آزادی قراردادها است. برای علت طرح بحث آزادی قراردادی قبل از بیان شرایط عقد، دو دلیل از عبارات ایشان قابل استفاده است. دلیل اول: شروط متداول مثل رضا و اهلیت، شروط درونی صحت عقدند، اما شرط خارجی و بیرونی نفوذ قرارداد که مقدم بر سایر این شروط است، عبارت است از «همگامی عقد با مصالح اجتماعی» که ضمن بحث اصل آزادی قراردادی مطرح می‌شود.^۱ دلیل دوم: هرچند رضایت و ترازی برای نفوذ عقد لازم است، اما نقش اراده در انعقاد و آثار قراردادها، منوط به آزادی طرفین در تصمیم گرفتن است.^۲

مبحث دوم، در ترازی است. در نظر ایشان رکن اساسی عقد، توافق دو طرف است، و سایر شرایط نیز لازم‌اند. قصد و رضا هم، از ارکان این توافق‌اند اما کافی نیستند؛ زیرا اراده

۱. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (انعقاد و اعتبار قرارداد)، ص ۱۴۲.

۲. همان، ص ۲۱۲.

باید سالم باشد و به مفهوم واحد تعلق بگیرد.^۱ با توجه به اینکه برای عقد، سه مقدمه لازم است (وجود، اعلام و توافق دو اراده)، و شرط نفوذ تراضی، سالم بودن اراده است، مباحث مربوط به تراضی، به چهار گفتار تقسیم شده است. در گفتار اول، وجود اراده و ضمن آن از مطالبی مثل ماهیت اراده، قصد و رضا، قصد ظاهری و باطنی بحث می‌شود. در گفتار دوم (اعلام اراده)، ابتدا بحث مفهوم اعلام اراده و لزوم آن، سپس چگونگی اعلام اراده، و در آخر تشریفات اعلام اراده عنوان می‌شود. در گفتار سوم (توافق اراده)، ابتدا از ارکان توافق، یعنی ایجاب و قبول، موضوع و شرایط توافق، زمان و محل وقوع عقد، و در آخر از وعده قرارداد بحث می‌شود. در گفتار چهارم (عیوب اراده)، نیز اشتباه و اکراه مورد بررسی قرار می‌گیرند. مبحث سوم (شرط دوم صحت معاملات طبق ماده ۱۹۰)، عبارت است از اهلیت طرفین. ایشان عنوان این مبحث را «اهلیت و اختیار» قرار می‌دهد تا بحث را تعمیم دهد. اختیار در اینجا به معنای سمت داشتن و نیابت است، (نه اختیار در مقابل اکراه)؛ یعنی اگر شخص، مالک نیست، حق انجام معامله را نداشته باشد؛ اعم از اینکه وکیل باشد یا ولی و یا غیر ایشان.^۲ در بخش مربوط به اهلیت، بحث‌های مربوط به بلوغ، رشد و جنون بررسی می‌شود. در بخش مربوط به اختیار یا سمت، سه مطلب مطرح می‌شود: نظریه نمایندگی، معاملات فضولی و تعهد به فعل ثالث که از موارد معامله بدون داشتن نمایندگی اند.

مبحث چهارم، مورد معامله است. ایشان معتقد است که در قانون مدنی خلطی از قانون فرانسه و فقه، به ارث رسیده و آن خلط بین مورد عقد و مورد تعهد است. بلکه اساساً خلط بین عقد و تعهد، هم در تعریف عقد و عهد، هم در موضوع آنها، و هم در جهت آنها دیده می‌شود. در مبحث سوم از شرایط اساسی معامله قانون مدنی (مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶)، از احکامی سخن می‌گوید که مربوط به مورد تعهد است. در حالی که عقد، مبنا و سبب تعهد است؛ لذا موضوع آن باید جدا از موضوع تعهد باشد. البته ایشان توجیهاتی ذکر می‌کند؛ مثل اینکه موضوع معامله، ایجاد تعهد است. لذا مال یا عملی که مورد تعهد قرار می‌گیرد، با

۱. البته در پاورقی کتاب به اختلاف نظر در ترجمه صحیح *concentement* اشاره می‌کند، که برخی آن را به معنای حقوقی توافق دو اراده گرفته‌اند و برخی به معنای متعارف آن یعنی رضا. (همان، ص ۱۴۳)

۲. کاتوزیان، اعمال حقوقی قرارداد، ص ۱۱۱.

واسطه، موضوع عقد نیز هست. به هر حال ایشان معتقد است باید بین این دو تفکیک قائل شد، و لذا مطالب این بخش را به دو گفتار تقسیم می‌کند: مورد تعهد، و موضوع عقد. موضوع عقد در نظر ایشان، مجموعه عملیات و تحولات حقوقی است که تراضی، برای وقوع آنها صورت می‌گیرد. در نتیجه توافق بر این موضوعات، برای طرفین معامله یا یکی از آنها تعهداتی به وجود می‌آید که مورد آن تعهد، تسلیم مال یا انجام کار معین است؛ بنابراین، موضوع عقد در بیع، تملیک مبیع در برابر ثمن است و موضوع عقد در ودیعه، اذن در تصرف است، و تعهدهای امین، مبنی بر حفظ و رد مال، مورد دیگری دارد.

مبحث پنجم (آخرین شرط از شرایط اساسی معامله در قانون مدنی)، مشروعیت جهت معامله است. ایشان ابتدا بیان می‌کند که جهت، گاهی به معنای سبب غائی به کار می‌رود و گاهی به معنای سبب فاعلی؛ یعنی سبب و مبنای دین یا حق. سپس اشاره‌ای به جهت تعهد می‌کند و این سؤال را مطرح می‌نماید که با توجه به اینکه در قانون مدنی، مشروع بودن جهت معامله در زمره شرایط اساسی صحت معامله آمده، آیا مراد، جهت معامله به معنای دقیق آن است یا مثل بحث قبل، به جهت تعهد نظر داشته است؟ بنابراین این، مطالب مبحث پنجم به سه گفتار مستقل تقسیم می‌شود: «جهت معامله»، «جهت تعهد»، و «معامله به قصد فرار از دین».

در پایان فصل مربوط به انعقاد و اعتبار عقد، ضمیمه‌ای تحت عنوان ضمانت اجرای شرایط اساسی قرارداد مطرح می‌شود، و در آن چهار گفتار می‌آید: بطلان، عدم نفوذ، دعوای ابطال، اصل صحت قراردادها.

فصل سوم، آثار قرارداد است. طبق بیان ایشان، از لحاظ نظری باید بین اثر عقد و اثر تعهد تفاوت قائل شد. اثر عقد عبارت است از تعهدهایی که بین طرفین ایجاد می‌شود؛ در حالی که اثر تعهد، ایجاد الزامی است که در مورد اجرای مفاد آن، بر متعهد تحمیل می‌شود. هم‌چنین به دلایلی که گذشت، عقد باید مستقیماً مورد مطالعه قرار گیرد، نه اینکه آن را در شمار منابع تعهد قرار دهیم.

مباحث مربوط به فصل سوم، به دو مبحث اصلی تقسیم می‌شوند. مبحث اول: اثر عقد بین طرفین، و مبحث دوم: اثر عقد نسبت به اشخاص ثالث، که در واقع استثنائاتی برای

قاعده نسبی بودن قراردادها است. آقای کاتوزیان در مورد مبحث اول، اثر اصلی قرارداد بین طرفین را در پابند شدن آنان به مفاد عقد خلاصه می‌کند. البته شناسایی این اثر اصلی، منوط به آن است که مفاد عقد معین شود؛ زیرا الفاظ متعاقدین، همیشه صریح در مقصود نیست؛ بلکه باید لوازم عرفی و قانونی گفته‌ها و نوشته‌ها را نیز در نظر داشت. از سوی دیگر، برای شناختن مفاد قرارداد، باید علاوه بر متن اصلی، شروط ضمن عقد نیز در نظر گرفته شوند. در آخر نیروی الزام‌آور قرارداد باید مورد بررسی قرار گیرد؛ بنابر این، مطالب مربوط به بحث اول به سه گفتار تقسیم می‌شود: گفتار اول تعیین مفاد عقد (شامل مباحث تفسیر قرارداد، تکمیل قرارداد و تعدیل قرارداد)، گفتار دوم شروط ضمن عقد (شامل مفهوم و ماهیت حقوقی شرط، اقسام شرط، صحت و فساد شرط، اجرای شرط و نتیجه تخلف از آن)، گفتار سوم نیروی الزام‌آور عقد (شامل قواعد عمومی، اصل لزوم قراردادها، قلمروی اجرا، عقد ظاهری و پنهانی). مبحث دوم، یعنی اثر عقد نسبت به شخص ثالث نیز به دو گفتار تقسیم می‌شود: تعهد به نفع شخص ثالث، معامله فضولی، و قرارداد جمعی.

فصل چهارم کتاب، اجرای عقد و عهد شکنی است. مباحث این فصل، مربوط به اجرای تعهد قراردادی است، اما به دلیل ارتباط تعهد با منبع آن، اجرای عقد شامل مسائل مربوط به وفای به عهد نیز می‌شود. آثار عقد، دو قسم‌اند: آثاری که همراه عقد به وجود می‌آید و با نفوذ عقد ملازمه دارد؛ مثل تملیک، اسقاط و انتقال دین، و آثاری که بر عهده طرفین باقی مانده و به ذمه تعلق می‌گیرد؛ مثل تعهداتی که در اثر عقد به وجود می‌آید. طبیعتاً بحث اجرای عقد، نسبت به آثار اول معنی ندارد. مطالب فصل چهارم به دو مبحث تقسیم می‌شود: اجرای مفاد عقد، عهد شکنی و نتیجه آن (مسئولیت قراردادی). مبحث اول به دو گفتار اجرای اختیاری (وفای به عهد) و اجرای اجباری تقسیم می‌شود. مبحث دوم نیز به دو گفتار تقسیم می‌شود: یعنی شرایط عمومی تحقق مسئولیت قراردادی (عهد شکنی، تقصیر قراردادی، خسارت ناشی از عهد شکنی، رابطه تقصیر مدیون و خسارت، تصریح به جبران خسارت در عقد یا حکم عرف و قانون)، و اثر قرارداد در مسئولیت قراردادی.

در نهایت فصل پنجم مربوط به انحلال قرارداد یا خاتمه آن است. انحلال، درجایی است که سببی، عقد موجود را از بین ببرد، در فرضی که جایی برای اجرا داشته باشد. بنابر این

انحلال را نباید با بطلان مخلوط کرد؛ همان‌طور که آن را با اتمام عقد به اجرای تعهدات نباید اشتباه گرفت. انحلال قرارداد از جهت نقش اراده طرفین در آن سه قسم است: ۱. انحلال به تراضی دو اراده که اقاله یا تفاسخ نامیده می‌شود. ۲. انحلال ارادی که به تصمیم یکی از طرفین انجام می‌شود (فسخ به سبب اختیارات). ۳. انحلال قهری که خودبه‌خود انجام می‌شود، بدون اینکه نیاز به عمل حقوقی اضافی باشد و حق انتخابی باقی بماند (انفساخ).^۱ بنابر این مطالب فصل پنجم به سه مبحث تقسیم می‌شود. در مبحث اول (اقاله) از ماهیت و مبنای اقاله، قلمرو، شرایط صحت، و آثار اقاله بحث می‌شود. مبحث دوم شامل دو بحث است: اقسام اختیارات و احکام عمومی اختیارات. ایشان معتقد است برخلاف قانون مدنی، باید بحث دوم را مقدم کرد؛ همان‌طور که قبل از بحث عقود معین، باید قواعد عمومی معاملات مطرح شوند. مبحث سوم (انفساخ) نیز به دو قسمت انفساخ ناشی از تراضی، و انفساخ ناشی از قانون تقسیم می‌شود.

نقد طرح آقای کاتوزیان

اشکال اول: همان‌طور که بیان شد در طرح ایشان تفکیک صریحی بین ارکان و غیر ارکان در عقد مطرح نشده، و شروط عامه مذکور در ماده ۱۹۰، مبنای تقسیم‌بندی مباحث قرار گرفته است. اما ایشان در کتاب اعمال حقوقی، در مقام بیان اینکه رکن اساسی عقد، تراضی است و ذکر بقیه موارد وجهی ندارد، اشکالی به ماده ۱۹۰ مطرح می‌کند که از آن استفاده می‌شود این موارد در قانون مدنی به عنوان رکن عقد مطرح شده‌اند. کاتوزیان در مورد مشروعیت جهت معامله می‌نویسد: «مشروعیت جهت معامله، وسیله سازگار کردن قراردادهای خصوصی با اخلاق حسنه و نظم عمومی است، نه از ارکان عقد. به بیان دیگر، نامشروع

۱. در بخشی از عبارت ایشان، انحلال قهری این‌طور تعریف شده است: انحلالی که خودبه‌خود انجام می‌شود، و اراده هیچ‌کس در آن دخالت ندارد؛ اما همان‌طور که از بقیه مطالب ایشان به دست می‌آید، این تعریف صحیح نیست و مراد هم نیست. مواردی که طرفین، نسبت به انحلال عقد در آینده توافق می‌کنند، یا در موارد شرط فاسخ، انحلال قهری است، اما چنین نیست که اراده طرفین، نقشی در آن نداشته باشد؛ بنابر این تعریف صحیح انحلال قهری همان است که در متن ذکر شد.

بودن جهت معامله مانع از نفوذ حقوقی ترازی است. پس ماده ۱۹۰ به شکلی که تدوین شده، خالی از مسامحه نیست و از نظر منطقی قابل انتقاد به نظر می‌رسد.^۱

به‌هرحال اقتضای نظم منطقی، این است که اموری به عنوان رکن عقد مطرح شود و سایر شرایط، به هر یک از این ارکان برگردد. با این نگاه، معین بودن موضوع، یکی از شروطی است که باید ذیل مورد معامله مطرح شود، و مشروعیت جهت معامله نیز باید به مباحث اراده برگردد.

اشکال دوم: در خصوص مورد معامله، نسبت دادن خلط بین مورد عقد و مورد تعهد به قانون مدنی، صحیح به نظر نمی‌رسد. مورد و موضوع عقد یا تعهد، به معنای چیزی است که عقد یا تعهد بر آن وارد شده و به آن تعلق می‌گیرد. لذا در نگاه دقیق، در عقود تملیکی، مورد عقد، مال است و آنچه مورد تعهد است، از مقوله فعل به شمار می‌رود؛ مثل تسلیم مال. در ماده ۲۱۴ قانون مدنی، این تفکیک به خوبی لحاظ شده و نمی‌توان گفت: «این ماده طوری تنظیم شده که گویا هیچ تفاوتی بین مورد عقد و مورد تعهد وجود ندارد».^۲ در ماده ۲۱۴ آمده است: «مورد معامله، باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می‌کنند»؛ بنابراین این مورد معامله، مال یا عمل (به معنای اسم مصدری) است و مورد تعهد، تسلیم مال و انجام عمل است، و هیچ خلطی بین مورد معامله و مورد تعهد صورت نگرفته است.

در ماده ۲۱۵ (مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد)، و ماده ۲۱۶ (مورد معامله باید مبهم نباشد...)، نیز این اصطلاح درست استفاده شده است. لذا این سخن که «قانون مدنی در مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶ از شرایط و احکامی سخن می‌گوید که در واقع مربوط به مورد تعهد است»^۳، مطلب نادرستی است.

اما اینکه مورد عقد را به معنای عملیات و تحولات حقوقی دانسته‌اند، که برای وقوع آنها ترازی صورت می‌گیرد، خلط بین مورد عقد و محتوای عقد است. در عقد بیع، تملیک مبیع در برابر ثمن، مورد عقد بیع نیست، بلکه ماهیت و محتوای بیع است.

۱. کاتوزیان، اعمال حقوقی، ص ۵۳.

۲. همو، قواعد عمومی قراردادها (انعقاد و اعتبار قرارداد)، ص ۱۶۷.

۳. همان.

اشکال سوم: برخی مباحث ایشان، در جایگاه مناسب خود مطرح نشده‌اند. مثلاً بحث زمان و محل وقوع عقد، ذیل مبحث توافق دو اراده مطرح شده‌اند؛ درحالی‌که ارتباط روشنی به آن ندارند. هم‌چنین بحث تعیین مفاد عقد (مشمول بر مباحث تفسیر قرارداد، تکمیل قرارداد و تعدیل قرارداد) در بحث آثار عقد مطرح شده است، اما تناسبی ندارد. علاوه بر اینکه بحث شروط ضمن عقد از مباحث مستقل مربوط به عقود است و مناسب‌تر است فصل جداگانه‌ای داشته باشد؛ نه اینکه ذیل آثار قرارداد بحث شود. شاید به دلیل همین اشکال است که ایشان در کتاب «اعمال حقوقی»، همین کار را کرده است؛ یعنی بعد از فصل آثار قرارداد، فصل مستقلی تحت عنوان شروط ضمن عقد بازکرده است.^۱

معرفی طرح برگزیده

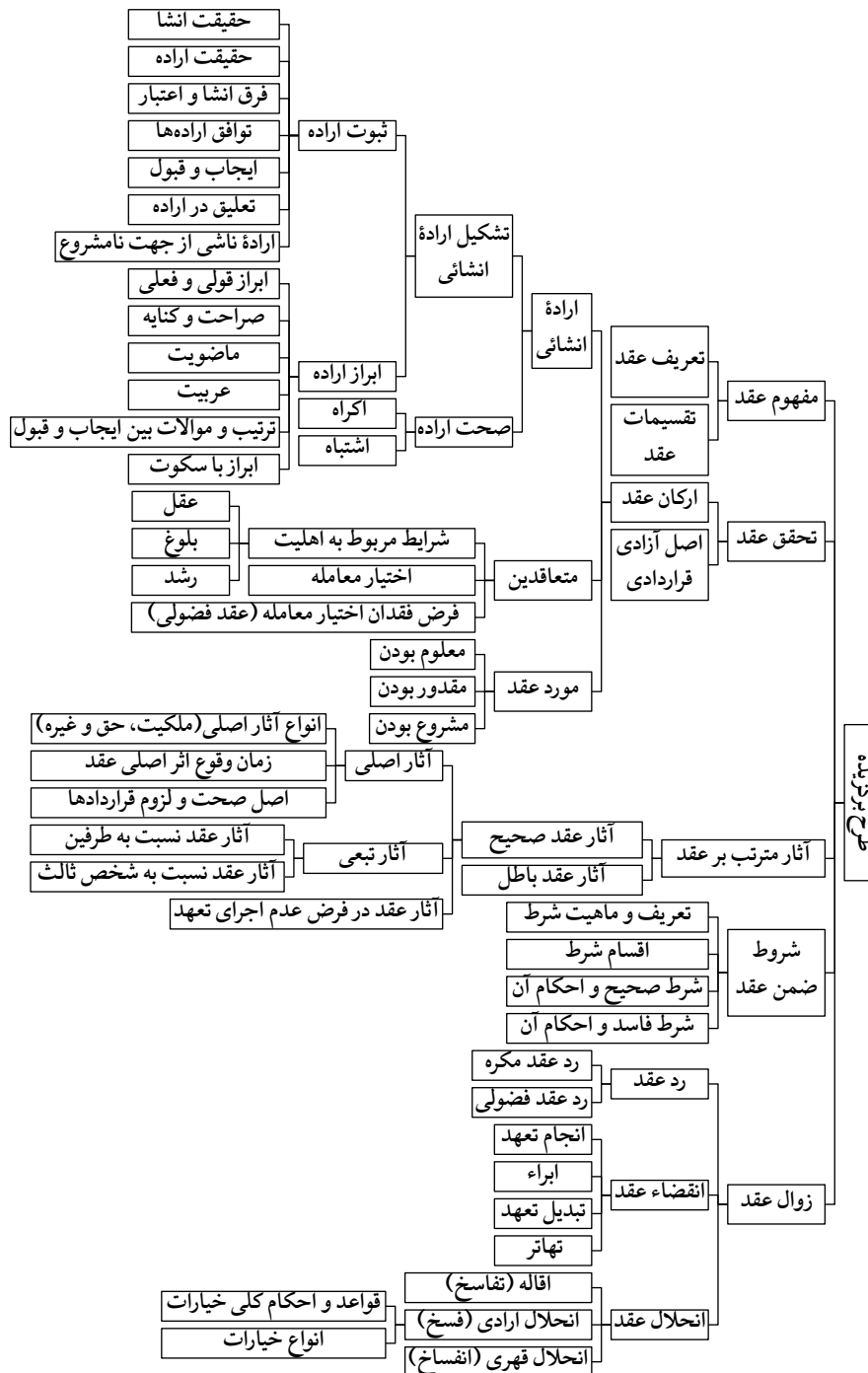
در طرح برگزیده، مباحث عقود، طبق ترتیبی منطقی، در پنج فصل قرار می‌گیرد: ۱. مفهوم عقد و تقسیمات آن؛ ۲. تحقق عقد؛ ۳. آثار مترتب بر عقد؛ ۴. شروط ضمن عقد؛ ۵. زوال عقد.

برخی از ویژگی‌های طرح

۱. در بحث ارکان عقد، بین اراده و ابراز اراده (اراده ظاهره) تفکیک واقع شده و شرایط و احکام هرکدام، ذیل آن بحث شده است تا هر بحث، جایگاه مناسب خود را داشته باشد. با توجه به این تفکیک، مباحثی مثل تعلیق، ذیل بحث اراده رفته، و مباحثی مثل صراحت و کنایه ذیل بحث ابراز قرار می‌گیرد. درحالی‌که در سایر طرح‌ها، به این تفکیک توجه نشده و همه این مباحث، در یک ردیف قرار گرفته بودند.

۲. در این طرح به تبع شیخ انصاری، «متعاقدين» رکن مستقلی برای عقد دانسته شده‌اند؛ زیرا قوام عقد به وجود طرفین آن است، و عقد، بدون متعاقدين واقع نمی‌شود. چنان‌چه اشاره شد، اینکه در نظر برخی حقوقدانان، شرایط متعاقدين مثل اهلیت، شرط صحت اراده دانسته مورد اشکال است. مضافاً که برخی از شرایط متعاقدين، مثل بلوغ، اساساً ربطی به صحت اراده ندارند؛ بلکه شرطی مستقل برای متعاقدين است.

۱. همو، اعمال حقوقی، ص ۲۸۱.



۳. سبب یا جهت، از ارکان عقد دانسته نشد؛ زیرا رکن مستقل بودن آن وجهی ندارد. سبب، اگر به معنای غرض و انگیزه انجام عقد باشد، واضح است که رکن معامله نیست و صرفاً مشروعیت آن، از شرایط صحت است. بنابر این، از این حیث که انگیزه عقد باید مشروع باشد، بحث جهت، به بحث اراده بازگشت دارد، و از این جهت که موضوع معامله نباید نامشروع باشد، به مورد عقد برمی‌گردد. اما اگر سبب به معنای غرض قانونی و معاملی باشد، مثل اینکه گفته می‌شود در بیع، سبب التزام بایع، استیفای ثمن است^۱، بازهم واضح است که مطلب عامی است و به معنای رکن عقد نیست. طبع عقودی که متضمن تعهدات دو طرفه‌اند، این است که طرفین عقد، به تعهداتی ملتزم می‌شوند تا به امتیازاتی دست پیدا کنند، اما این ربطی به رکنیت عقد ندارد.

۴. در فصل آثار مترتب بر عقد، بین آثار اصلی و آثار تبعی عقد، تفکیک شده و هرکدام در بخش جداگانه‌ای مطرح شده‌اند. لذا بحث زمان وقوع اثر عقد، در این قسمت مطرح می‌شود؛ درحالی‌که در سایر طرح‌ها معمولاً در بحث «تشکیل عقد» مطرح شده بود، که مناسبت نداشت. این ایده از طرح آقای شاهرودی در بحث اجاره اخذ شده است.^۲ هم‌چنین مباحث مربوط به اجرای عقد و عهد شکنی (مسئولیت قراردادی و غیره)، با توجه به ارتباط نزدیک آن به بحث آثار عقد، در فصل آثار عقد ادغام شده است.

۵. بحث شروط ضمن عقد، به دلیل مستقل بودن آن، و هم‌چنین اهمیت و کثرت مباحث، ذیل فصلی مستقل، بعد از تشکیل عقد مطرح شده است. لذا چنان‌چه اشاره شد، اینکه برخی حقوقدانان بحث شرط را ضمن بحث آثار عقد مطرح می‌کنند^۳، مناسب به نظر نمی‌آید.

۶. فصل آخر تحت عنوان زوال عقد نام گرفته است، تا عنوان عامی باشد و همه صورت‌های «تمام شدن عقد» را شامل شود. گاهی تشکیل عقد در حد وجود مقتضی صحت است، مثل عقد فضولی و عقد مکره، که در این صورت اتمام عقد به رد آن است. گاهی عقد به نحو صحت فعلی موجود شده و زوال آن، به انقضایش است؛ مثل اینکه عقد

۱. سنهوری، نظریه العقد، ج ۱، ص ۱۳.

۲. هاشمی شاهرودی، کتاب الإجارة، ج ۱، ص ۶.

۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها (آثار قرارداد)، ج ۳، ص ۱۱۱.

اجاره با اجرای تعهدات ناشی از آن زایل شود. حالت سوم زوال عقد، انحلال عقد است، که خودش سه حالت دارد؛ زیرا یا به تفاسخ است، یا به فسخ، و یا به انفساخ. بحث خیارات و احکام و اقسام آن، زیرمجموعه بحث فسخ واقع می‌شود.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

مباحث عمومی عقود، در عین اینکه در کتب فقهی از عمق زیادی برخوردارند، اما نظام و ترتیب طرح آنها کمتر مورد توجه قرار گرفته است. غالب فقها ترتیب مباحث خود را طبق کتاب مکاسب شیخ انصاری پیش برده‌اند که در خصوص عقد بیع پیاده شده است. استفاده از این طرح برای مباحث کلی عقد، ما را به طرحی می‌رساند که از تعریف عقد، شروط عقد، شروط متعاقدین، شروط عوضین، خیارات، نقد و نسیه، و قبض تشکیل می‌شود. این طرح اجمالاً طرح مناسبی است؛ هرچند نیاز به تکمیل و تنقیح دارد. در میان فقهای معاصر نیز محقق حائری در کتاب فقه العقود و آقای شاهرودی در کتاب الاجارة، تلاش کرده‌اند با توجه به مباحث قراردادها در فقه وضعی و اصلاح آن، طرح جدیدتری برای مباحث فقه عقود ارائه کنند. اما این تلاش‌های ارزنده، نیاز به تکمیل دارد تا بتوان به ساختار جامع و دقیقی از مباحث قراردادها رسید. در این تحقیق سعی شد نقطه ضعف‌های هر یک از طرح‌های موجود کنار گذاشته شده، و طرح پیشنهادی جامعی ارائه شود؛ تا هر یک از این مباحث مهم، در جایگاه مناسب خود قرار گیرند و نظام منطقی مناسبی برای این مباحث ارائه شود.

منابع و مأخذ

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، حاشیة المكاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲. اصفهانی، محمدحسین، الاجارة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ق.
۳. _____، حاشیة المكاسب، قم: ذوی القربی، ۱۴۲۷ق.
۴. ابن زهره، حمزه بن علی، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، ۱۴۱۷ق.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، المكاسب، قم: کنگره شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق.
۶. ایروانی، علی، حاشیة المكاسب، تهران: سازمان چاپ و انتشارات، ۱۴۰۶ق.
۷. بیهقی، محمدبن حسین، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام، ۱۳۷۴ق.
۸. جزایری، محمدجعفر، هدی الطالب إلى شرح المكاسب، [بی‌جا]: طلیعة النور، ۱۴۱۶ق.

۹. حسنى، هاشم معروف، نظرية العقد في الفقه الجعفري، بيروت: مكتبة هاشم، [بى تا].
۱۰. حسنى حائرى، كاظم، فقه العقود، قم: مجمع الفكر الإسلامى، ۱۴۲۳ق.
۱۱. حسنى مراغى، عبدالفتاح بن على، العناوين الفقهية، قم: مؤسسة النشر الإسلامى، ۱۴۱۷ق.
۱۲. حكيم، محسن، مستمسك العروة الوثقى، قم: دار التفسير، [بى تا].
۱۳. خمينى، روح الله، البيع، تقريرات خرم آبادى، تهران: مؤسسه تنظيم آثار امام خمينى، ۱۳۸۶ش.
۱۴. _____، كتاب البيع، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، ۱۳۷۹ش.
۱۵. سنهورى، عبدالرزاق احمد، نظرية العقد، [بى جا]: [بى نا]، ۱۳۹۰ق.
۱۶. _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ۲۰۰۹م.
۱۷. شهيد اول، محمد بن مكى، القواعد و الفوائد في الفقه و الأصول و العربية، قم: مكتبة المفيد، [بى تا].
۱۸. شهيدى، مهدى، آثار قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، ۱۳۹۵ش.
۱۹. _____، تشكيل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، ۱۳۹۸ش.
۲۰. _____، سقوط تعهدات، تهران: مجد، ۱۳۹۵ش.
۲۱. صفايى، حسين، دوره مقدماتى حقوق مدنى قواعد عمومى قراردادها، تهران: نشر ميزان، ۱۳۹۱ش.
۲۲. عراقى، ضياء الدين، حاشية المكاسب، قم: الغفور، ۱۳۷۹ش.
۲۳. علامه حلى، حسن بن يوسف، تذكرة الفقهاء (ط الحديثة: الطهارة إلى الجعالة)، قم: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
۲۴. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية، قم: كتابخانه عمومى حضرت آيت الله العظمى مرعشى نجفى، ۱۳۶۱ش.
۲۵. كاتوزيان، ناصر، دوره مقدماتى حقوق مدنى: اعمال حقوقى قرارداد - ايقاع، تهران: شركت سهامى انتشار، ۱۳۹۴ش.
۲۶. _____، حقوق مدنى: قواعد عمومى قراردادها (انعقاد و اعتبار قرارداد)، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۹ش.
۲۷. _____، حقوق مدنى: قواعد عمومى قراردادها (آثار قرارداد)، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸ش.
۲۸. _____، حقوق مدنى: قواعد عمومى قراردادها (مفهوم، انعقاد و اعتبار)، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۸ش.
۲۹. محقق حلى، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعيليان، ۱۴۰۸ق.
۳۰. نائينى، محمد حسين، منية الطالب، تهران: المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ش.
۳۱. _____، المكاسب و البيع، قم: مؤسسة النشر الإسلامى، ۱۴۱۳ق.
۳۲. نجفى، محمد حسن بن باقر، جواهر الكلام، بيروت: دار إحياء التراث العربى، ۱۴۰۴ق.
۳۳. هاشمى شاهرودى، محمود، كتاب الإجارة، قم: مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامى، [بى تا].
۳۴. يزدى، محمد كاظم بن عبدالعظيم، حاشية المكاسب (يزدى)، قم: اسماعيليان، ۱۴۱۰ق.