

مفهوم عقد در قانون مدنی



حجة الاسلام سید مهدی دادمرزی

مربی گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم



بحث از قواعد عمومی قراردادها از مهمترین بحثهای حقوق مدنی است که آگاهی عمیق از آن باعث می‌شود اسکلت اندیشه حقوقی فرد از استحکامی شایسته برخوردار گردد. درک زوایای این بحث در گرو اشراف به مفاهیم کلیدی این رشته از دانش حقوق است و یکی از کلیدی‌ترین این مفاهیم، مفهوم «عقد» است. قانون مدنی که به اجماع حقوق‌دانان متخذ از فقه امامیه است، در ماده ۱۸۳ تعریفی از عقد به دست داده که بسیار مورد مناقشه و ایراد واقع گردیده است. نویسندگان، از مجموع این ایرادات، سه ایراد عمده را در متن و چند ایراد دیگر را در پی‌نوشت مطرح و سعی نموده با استفاده از پیشینه فقهی مفهوم عقد به آنها پاسخ گوید. این سه ایراد عبارت‌اند از: ۱. خلط سبب و مسبب؛ ۲. خروج عقود تملیکی؛ ۳. خروج عقود معوض از تعریف قانون مدنی. عمده‌ترین محور پاسخها را که ناظر به ایراد دوم و سوم می‌باشد، تبیین تفاوت مفهوم تعهد از نظر حقوق‌دانان و فقها و تأثیر آن بر سرنوشت تعریف عقد به تعهد تشکیل می‌دهد.

کلید واژه‌ها: عقد، قواعد عمومی قراردادها، عقود تملیکی، عقود معوض، عقود عهدی، عقود مجانی، قرار، بنا.



۱. مقدمه

دانش حقوق همانند سایر دانشها دارای اصول موضوعه‌ای است که فهم متون و استدلالهای حقوقی در گرو اشراف به آنها است، اگر چه امروزه سنت بی‌ریشه و در واقع «بدعت عدم تأمل در مبانی و مبادی و بسنده نمودن به حفظیات»، آن هم در محدوده مطالب ارائه شده در کلاس و یا مندرج در جزوه استاد، بررسی جدی این مفاهیم را در حاشیه روند تعلیم و تعلم قرار داده است.

اصول موضوعه هر علم را شامل دو دسته از مبادی، به نامهای «مبادی تصوری» و «مبادی تصدیقی» دانسته‌اند. مبادی تصوری، تعاریفی است که از پدیده‌های مورد بحث در آن رشته خاص به عمل آمده است و مبادی تصدیقی نیز آن دسته از گزاره‌هایی است که حکمی خاص را بر موضوعی خاص مترتب کرده، قضیه‌ای را تشکیل می‌دهد که به عنوان پیش‌فرض در استدلالها و بررسی‌های مطرح در آن حوزه معرفتی به کار گرفته می‌شود.^۱

در تدوین پذیرفته شده حقوق مدنی، این دو دسته مبادی، عمدتاً به هنگام بحث از «قواعد عمومی قراردادها»^۲ و در مقطع کارشناسی رشته حقوق در ضمن دو درس «مقدمه علم حقوق» و «حقوق مدنی (۳)» مورد بررسی قرار می‌گیرد.

قواعد عمومی قراردادها، همان طور که از نام آن پیداست؛ عبارت از آن دسته اصول و مبانی حقوقی‌ای است که به یک قرار داد معین اختصاص نداشته، به نوعی ناظر به تمام قراردادهای حقوقی حتی نکاح می‌باشد. دامنه نفوذ دسته‌ای از این قواعد چنان است که مرزهای عقود را در نور دیده، پا در عرصه ایقاعات گذارده است.

نویسندگان قانون مدنی ایران در فاصله سالهای ۱۳۰۴ تا ۱۳۰۷ هـ ش و با بهره‌مندی از فقه شیعه اثناعشری و استفاده از قالبهای نوین حقوقی، بخشی از این قواعد را سر و سامان داده‌اند. البته این مهم در یک قسمت معین از مجموع بخش‌های مختلف قانون مدنی صورت پذیرفته و در میان ۱۳۳۵ ماده این قانون پراکنده شده است؛ ولی بیشتر آنها در ضمن فصول ششگانه از جلد اول قانون مدنی، تحت عنوان «در عقود و تعهدات به طور کلی» و نیز مقررات مذکور در ذیل «احکام بیع» آورده شده است.^۳

اما در فقه، پرداختن به قواعد داستان دیگری دارد. عده‌ای از فقیهان با تتبع در سرتاسر فقه به صید و تبیین مواردی پرداختند که کارآیی آنها اختصاص به یک باب معین از مجموع ابواب فقهی نداشته، بلکه در تمام یا بسیاری از ابواب فقه، کاربرد دارند؛ مثل قاعده «العقود تابعة للقصود» و «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» و یا اگر مربوط به باب خاصی نیز هستند، لااقل بر فروع بسیاری از آن باب قابل تطبیق‌اند؛ مثل «قاعده طهارت»؛ از این رو تنها به معاملات و قراردادها توجه نشده؛ بلکه فقه در کلیت آن مدنظر واقع شده است. این حرکت تاکنون آثار ارزشمندی را از خود باقی گذارده است که در میان تألیفات فقه‌های معاصر شیعه می‌توان به هواند الایام از ملا احمد نراقی، عناوین الاصول از میرفتاح مراغی و القواعد الفقهیه از میرزا حسن بجنوردی اشاره کرد. خوب است بدانیم با آنکه فقها به طور جداگانه به طرح قواعد کلی قراردادها آن گونه که در حقوق نوین معمول است نپرداخته‌اند، لکن با شرح و بسط همین قواعد به هنگام بحث از «کتاب البیع»، تحقیقات ارزشمند و شگرفی را به یادگار گذاشته‌اند. در این میان، کتاب مکاسب شیخ مرتضی انصاری (بخش «بیع» و «خيارات») اوج چنین تلاشی است. این حرکت، با تألیف حواشی مکاسب بویژه حواشی مرحوم سید کاظم یزدی، محمدحسین اصفهانی (کمیانی) و آخوند خراسانی به چنان بلوغ ارزشمندی رسیده است که باید آن را از گنجینه‌های پرافتخار «فقه المعاملات» به شمار آورد. بواسطه تأثیر پذیری از این سابقه است که در قانون مدنی نیز - همان گونه که گذشت - بخشی از قواعد عمومی قراردادها، ذیل مقررات مربوط به عقد بیع درج شده است.^۲

در این جستار برآنیم که به تعریف قانون مدنی از کلیدی‌ترین مفهوم در قواعد عمومی قراردادها، یعنی مفهوم «عقد» نظر افکنده، با استمداد از تراث فقهی خود، انتقادات اصلی وارد بر آن را طرح، بررسی و حتی المقدور پاسخ دهیم.

◁ ۲. مفهوم عقد

برای معنای لغوی «عقد»، سه مورد ذکر شده است: عقد از انعقاد به معنای بسته شدن، غلیظ شدن و سفت شدن، عقد از عقد به معنای طوق و گردن‌بند، عقد از عقده به معنای گره. حضرت امام خمینی علیه السلام پس از ذکر این سه معنا می‌فرمایند: «اظهر آن است که عقد اصطلاحی در باب معاملات، از ریشه، عقده آمده باشد؛ زیرا علاوه بر این که فهم عرفی با این امر همراه است، آیات قرآنی: *ولا تعزموا عقدة النکاح*^۵، و *او یعقوا الذی بیده عقدة النکاح*^۶ شاهد بر این مطلب‌اند»^۷ آنگاه حضرت امام مؤیداتی از اظهارات لغویون را بازگو می‌فرمایند. البته به حسب ثبوت، ایرادی ندارد که بازگشت معنای اصطلاحی عقد را به آن دو معنای لغوی دیگر نیز بدانیم و مثلاً

بگوییم: عقد اصطلاحی را از این رو «عقد» می‌نامند که باعث می‌شود چیزی گردن‌گیر طرف یا طرفین معامله شود؛ لیکن به نظر می‌رسد در مقام اثبات، تقابل مفهوم عقد با ایقاع و تعریف ایقاع به عملی که یک طرفه است نه دو طرفه، در کنار توجه به عمل گره زدن که معمولاً میان دو سر ریمان صورت می‌پذیرد، تأیید دیگری بر برداشت حضرت امام علیه السلام می‌باشد. با عنایت به همین ریشه است که به کسی که گره‌ای در زندگی او به وجود آمده و بر شخصیت وی تأثیر گذاشته است، «عقد‌های» گویند. و یا آوردن الفاظ گنگ و نامأنوس در کلام را که باعث گره خوردن معانی و سر در گمی مخاطب در یافتن معنای سخن می‌شود، «تعقید در کلام» می‌نامند.^۸

در اصطلاح حقوقی، عقد یکی از مصادیق «اعمال حقوقی» است و مصداق دیگر آن، ایقاع است. مراد از اعمال حقوقی نیز آن دسته از پدیده‌های حقوقی‌اند که آنچه در درجه اول در ترتب آثار حقوقی بر آنها نقش دارد، اراده اشخاص است؛ برخلاف «وقایع حقوقی» که آثار حقوقی آنها به اراده شخص مربوط نشده، بلکه به حکم قانون مترتب می‌گردند و به نوبه خود ممکن است واقعه‌ای ارادی باشد؛ مثل غصب و اتلاف، یا واقعه‌ای غیر ارادی باشد، مثل قوت، تولد، حوادث قهری و... .

۳. تعریف عقد در قانون مدنی

اولین ماده در قانون مدنی ایران که مواد مربوط به قواعد عمومی قراردادها به طور مشخص از آنجا شروع می‌شود، ماده ۱۸۳ می‌باشد. این ماده در مقام تعریف عقد می‌گوید:

«عقد، عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.»

با دقت در این تعریف می‌توان دو شرط اساسی زیر را برای صدق عقد، در موردی استفاده کرد: ۱. توافق دو یا چند اراده با هم؛ ۲. ایجاد تعهد.

۱.۳. توافق اراده‌ها

در خصوص شرط اول، یعنی توافق اراده‌های طرفین معامله باید گفت: دو طرفه یا چند طرفه بودن اراده، نه یک طرفه بودن آن، وجه تمایز عقد از ایقاع دانسته می‌شود؛ چه آنکه در ایقاع، وجود یک اراده برای ایجاد اثر کافی است؛ مانند طلاق (م ۱۱۳۳ ق.م)، ابراء (م ۲۸۹ ق.م)، فسخ (م ۳۹۶ ق.م) و اخذ به شفعه (م ۸۰۸ ق.م). البته، مراد، از دو طرفه یا یک طرفه بودن عقد و ایقاع این نیست که عقد، متقوم به دو طرف است و ایقاع متقوم به یک طرف؛ تا ایراد شود طلاق

و ابراء نیز تنها در صورت وجود دو طرف یعنی زوج و زوجه و دائن و مدیون، امکان تحقق دارد. بلکه مقصود این است که وقوع عقد، نیازمند اعمال دو سلطه است برخلاف ایقاع که اعمال یک سلطه برای تحقق آن کفایت می‌کند.^۹

□ ۲.۳. ایجاد تعهد

در مورد شرط دوم، یعنی ایجاد تعهد، اضافه می‌کنیم که حسب تعریف فوق، هدف از توافق اراده‌ها در عقد، انشای تعهد است نه اخبار از امری. در تشخیص اخبار از انشا گفته شده است که اخبار، قابل صدق و کذب است و می‌توان آن را تصدیق و تکذیب کرد. مثلاً در جمله: «اسرائیل دوست ملت فلسطین است» این امکان وجود دارد که بگوییم: «بلی! مطلب از این قرار است»، یا آن که بگوییم: «خیر! هرگز این گونه نمی‌باشد». به عبارت دیگر در اخبار، گزارش دهنده از چیزی هستیم که ممکن است مطابق واقع و درست باشد و ممکن است مطابق واقع نبوده، دروغ باشد؛ ولی در مقام انشا، چیزی را ساخته، آن را ایجاد می‌کنیم و روشن است که امر موجود را نمی‌توان انکار کرد، اگر چه با حفظ موجودیت آن می‌توان نسبت به آن قضاوت ارزشی داشت و مثلاً گفت: «من چنین چیزی را نمی‌پسندم»، یا «چنین چیزی سخت مطلوب من است!» خلاصه این که در عقد، توافق اراده‌های طرفین قرارداد، خاصیت انشایی دارد، نه اخباری.

اما در مورد این که انشا در عقد، ماهیت ایجابی دارد (ایجاد تعهد) یا واجد جنبه سلبی (سقوط تعهد) نیز هست، بعضی گفته‌اند با عقد فقط می‌توان تعهدی را ایجاد کرد؛ از این رو اگر انشای طرفین سبب سقوط تعهد باشد، آن را «اقاله» (م ۲۸۳ ق.م) می‌نامند، نه عقد. بررسی این مهم و بیان حق مطلب منوط به بررسی ماهیت اقاله است که پرداختن به آن مجال جداگانه می‌طلبد. با این حال به طور اجمال می‌توان گفت براساس یکی از نظریه‌های مطرح در باب ماهیت اقاله، اقاله نیز عقدی است جدید که در پی عقد سابق می‌آید و در آن توافق طرفین است که وضعیت جدیدی را ایجاد می‌کند.

◁ ۴. ایرادهای مطرح شده به تعریف قانون مدنی از عقد

نویسندگان حقوق مدنی چندین ایراد بر ماده ۱۸۳ ق.م وارد کرده‌اند که از میان این ایرادها، سه ایراد عمده را ابتدا تشریح نموده، سپس با نشان دادن نقش محوری تعهد در تعریف عقد و تحلیل جایگاه کلمه «تعهد» در مصطلح فقها و مقایسه آن با آنچه که مراد حقوق دانان است، در مقام تبیین مهمترین علاج برای اصلی‌ترین این ایرادها برمی‌آییم.^{۱۰}

□ ۱.۴. ایراد اول: استعمال مسبب به جای سبب

از آن جا که تعهد عبارت است از به عهده گرفتن، این امر اثر عقد است، نه خود عقد و درست از همین رو است که عقد را به عنوان یکی از منابع تعهد به شمار آورده‌اند؛ بنابراین قانون مدنی در مقام تعریف عقد، تعریف به اثر کرده است که تعریفی شرح الاسمی است، نه حدی و منطقی^{۱۱} و به تعبیر یکی دیگر از حقوق دانان، در ماده ۱۸۳ ق.م.خلط بین سبب و مسبب - که یکی از اقسام مفاطله است - صورت گرفته است؛ زیرا عقد، سبب است و تعهد، مسبب. عقد، نتیجه‌اش تعهد است؛ نه آن که خودش تعهد باشد.^{۱۲}

□ ۲.۴. ایراد دوم: خروج عقود تملیکی از تعریف

تنها اثر عقد، تعهد نیست، بلکه گاهی یک عقد، مستقیماً موجب انتقال عین یا منفعت می‌شود، مثل بیع و اجاره، بنابراین، تعریف قانون مدنی از عقد، عقود تملیکی را که در آنها نفس اثر با انشای عقد حاصل می‌شود و چیزی برای انجام دادن (که متعلق تعهد واقع شود) باقی نمی‌ماند، شامل نمی‌شود.^{۱۳}

□ ۳.۴. ایراد سوم: خروج عقود معوض از تعریف

در تعریف قانون مدنی از عقد، فقط از تعهد یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر سخن به میان آمده است بی‌آنکه اشاره کند طرف مقابل نیز تعهدی را به نفع اشخاص مزبور بر عهده گرفته است؛ بنابراین تنها شامل عقود مجانی می‌شود و عقود معوض از تحت آن خارج می‌مانند.^{۱۴}

□ ۴.۴. جمع‌بندی: عدم جامعیت تعریف قانون مدنی از عقد

جدای از ایراد اول، اگر بخواهیم ایراد دوم و سوم را تحت یک عنوان منطقی گرد آوریم، باید بگوییم که تعریف مندرج در ماده ۱۸۳ ق.م. از دو ویژگی لازم برای یک تعریف که عبارت‌اند از «جامع بودن» (انعکاس) و «مانع بودن» (اطراد)، فاقد ویژگی جامع بودن است و عقود تملیکی و معوض، علی‌رغم عقد بودن، از تعریف خارج شده‌اند.

◁ ۵. پاسخ ایرادات وارد بر تعریف قانون مدنی از عقد

از میان سه ایراد یاد شده، ایراد اول و دوم با تحلیلی که از مفهوم عقد در فقه امامیه به عمل

می آوریم پاسخ داده می شود و در واقع محور اصلی پاسخ را توجه به ایراد اول و دوم براساس تحلیل ویژه از مفهوم عقد، تشکیل می دهد؛ لذا ابتدا پاسخ ایراد سوم را که به نظر بدوی می آید متذکر شده، آنگاه به دو ایراد دیگر خواهیم پرداخت.

□ ۱.۵. پاسخ ایراد سوم: توجه به ظهور ناشی از مفهوم تعریف قانون مدنی از عقد

ایراد سوم این بود که عقود معوض، از تعریف قانون مدنی خارج شده اند؛ در حالی که لحن انشای ماده ۱۸۳ ق.م به گونه ای است که به رابطه رفت و برگشتی و طرفینی اشاره دارد. اگر چه به لحاظ منطوق عبارات به کار رفته در ماده مزبور، تعریف یاد شده، به ایجاب تعهد از یک طرف و قبول آن از طرف دیگر ناظر است و مدلول مطابقی آن، تعهد متقابل قبول کننده را شامل نمی شود، ولی در بحث «دلالت» در علم منطق و نیز بحث «مفاهیم» در علم اصول، روشن شده است که دلالت، منحصر در دلالت مطابقی نیست و اقسام دیگری از دلالت، مانند تضمینی، التزامی و مانند آن وجود دارد که باعث می شود ظهور کلام در معنایی فراتر از منطوق منعقد شود و به طور مسلم آنچه ملاک اعتبار است، ظهور است اگر چه برخاسته از مفهوم باشد. بنابراین عنوان کلی «تعهد یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر»، این وسعت را دارد که به هنگام تطبیق بر عقود معوض، هم شامل طرفی شود که ایجاب به امری می کند و هم کسی که قبول آن و انجام امری را بر عهده می گیرد.

□ ۲.۵. پاسخ ایراد دوم: اشتراک لفظی در کلمه تعهد

ایراد دوم این بود که با تعریف عقد به تعهد، عقود تملیکی از تعریف خارج می شوند؛ زیرا تعهد، به عهده گرفتن انجام کاری است؛ در حالی که تملیک، حصول فی الحال یک اثر است. به نظر می رسد حل این مشکل در گرو پاسخ به این سؤال است که آیا تعهد به کار رفته در تعریف عقد که هم در اصطلاحات فقها به چشم می خورد و هم در تعبیر حقوق دانان داخلی و خارجی مشاهده می شود، در یک معنا استعمال شده است یا آنکه این کلمه مشترک لفظی بوده، در هر یک از فقه و حقوق دارای معنای خاص خود است؟ برای پاسخ به این سؤال ابتدا لازم است به تعریفهای ارائه شده توسط حقوق دانان و فقها از عقد بر محور تعهد، نظری گذرا بیفکنیم.

□ ۱.۲.۵. تعریف عقد به تعهد در کلام فقها و حقوق دانان

«مرحوم بجنوردی» می نویسد:

«فی الحقیقة، العقد عبارة عن تعهد الشخص مع آخر فی امر من الامور...؛ عقد در حقیقت

عبارت است از تعهد شخصی با شخص دیگر در امری از امور...»^{۱۵}.

در ماده ۱۰۳ المجلة که ملهم از فقه عامه است چنین می‌خوانیم:

«العقد، التزام المتعاقدين امرأ و تعهدهما به...» عقد عبارت است از التزام طرفین عقد به امری

و تعهد آن دو نسبت به آن...»^{۱۶}.

البته مرحوم کاشف الغطاء به تعریف یاد شده ایراد گرفته است و لازمه عقلی و شرعی عقد را تعهد می‌داند؛ نه خود عقد را.^{۱۷}

سلیم رستم‌باز با تطبیق بیع بر تعریف ماده ۱۰۳ المجله می‌گوید:

«فالعقد البیع مثلاً التزام البایع و المشتري بالمبادلة العالیة...» به عنوان مثال، عقد بیع عبارت

است از تعهد بایع و مشتری به انجام مبادله‌ای مالی...»^{۱۸}

سنهوری قطع نظر از سیر تاریخی تعریف عقد در حقوق اسلام که در جای خود به آن اشاره می‌کند،^{۱۹} نظر خود را در این باره چنین بیان می‌دارد:

«نری تعریف العقد بأنه توافق ارادتين على احداث اثر قانونی، سواء كان ذلك الاثر هو انشاء

التزام، او نقله، او انهاؤه؛ به نظر ما عقد را باید چنین تعریف کرد که توافق دو اراده است برای

ایجاد اثر قانونی، خواه اثر یاد شده ایجاد تعهد باشد یا نقل تعهد یا ساقط کردن تعهد.»^{۲۰}

از نظر سنهوری، هر تعهدی عقد نیست؛ بلکه تعهد به ایجاد اثر در محیط قانون عقد است. با

این تعریف، تعهد به ولیمه دادن یا وعده انجام فلان کار را دادن خارج می‌شود؛ برخلاف تعهد

کارفرما به دادن ناهار کارگر. وی تصریح می‌کند که تعهد موجود در عقد، تعهد در محیط

خصوصی است. لذا معاهدات بین المللی یا قراردادهای دولت با اشخاص که در آنها جنبه

دولت بودن موضوعیت دارد، از تعریف عقد خارج‌اند و به همین دلیل، نصب مقامات دولتی،

ولو به همراه قبول آنها باشد، عقد به شمار نمی‌رود.^{۲۱} ایشان در مقام تطبیق تعریف عقد بر بیع

می‌گوید: «عقد بیع، تعهداتی را در ناحیه هر یک از بایع و مشتری ایجاد می‌کند»^{۲۲} و تصریح می‌کند که

در ماده ۱۱۰۱ ق.م.فرانسه، عقد، منشاء تعهد می‌باشد و موضوع تعهد نیز عمل مثبت یا منفی

در نظر گرفته شده است.^{۲۳}

تعریف عقد به تعهد در حقوق اروپایی نیز امری مشهود است. به‌طور مثال، در حقوق

انگلیس آمده است:

«قرارداد، تعهد یا تعهداتی است که به حکم قانون اجرا می‌شود.»^{۲۴}

در ماده ۱۱۰۱ ق.م.فرانسه نیز عقد به تعهد تعریف شده است:

«عقد، عبارت است از تراضی دو طرف بر تعهد انتقال مالکیت و یا تعهد انجام عمل یا تعهد

ترک عمل معین»^{۲۵}

نتیجه چنین تحلیلی از عقد این است که در حقوق این کشورها، بیع، عقدی عهدی قلمداد شود و تملیکی بودن آن که از مسلمات فقه اسلامی و به تبع آن قانون مدنی است، امری بدیع به شمار آید.^{۲۶}

حقوق دانان ایران نیز عمدتاً تحت تأثیر همین گرایش قرار دارند و تعاریفی را که از عقد ارائه می دهند، با آنچه که در حقوق اروپایی شایع است بسیار نزدیک می باشد. به عنوان نمونه یکی از ایشان می نویسد:

«مناسب آن است که بگوییم عقد، عبارت از توافق دو اراده است برای ایجاد یک اثر حقوقی، ولو سقوط تعهد باشد».^{۲۷}

مقایسه این تعریف با آنچه که به نقل از سنهوری آوردیم، ما را از آوردن نمونه های بیشتر بی نیاز می سازد.^{۲۸}

۲.۲.۵. تغییر مفهوم تعهد در فقه و حقوق

همان طور که ملاحظه شد، تعریف عقد به تعهد، هم در فقه امری معهود است و هم در حقوق متعارف می باشد. در این میان، سؤال اساسی این بود که مراد از عهد و تعهد در تعریف فقها و حقوق دانان یک چیز است، یا آنکه کلمه مزبور، مشترک لفظی بوده، در فقه بار معنایی خاصی غیر از آنچه را که در حقوق مراد است افاده می کند؟

با دقت در مثالی که مرحوم بجنوری در کتاب القواعد الفقهية آورده اند کلام را پی می گیریم. ایشان - همان گونه که دیدیم - حقیقت عقد را تعهد برای انجام امری از امور معرفی می نمایند و در ادامه می افزایند:

امر موضوع تعهد می تواند از امور مالی باشد، آنگونه که در باب معاملات شاهدیم، یا این که امری دیگر مانند نکاح باشد، زیرا با عقد نکاح، زوجه متعهد می شود که زوجه باشد؛ از این رو وقتی زوج آن را پذیرفت، معاهده کامل شده، آن امر در ظرف اعتبار ایجاد می شود و آثار مربوطه بر آن بار می گردد؛ بنابراین نتیجه عقد، حاصل شدن چیزی است که طرفین نسبت به آن تعهد و عقد بسته اند تا آثارش بر آن مترتب گردد».^{۲۹}

با این بیان می توان عنصر تعهد را در عقود تملیکی نیز شناسایی نمود و فی المثل گفت: در عقد بیع، طرفین متعهد می شوند و به عبارت دیگر قرار می گذارند که مبیع از آن مشتری و ثمن از آن بایع باشد. در واقع تعهد در این مقام، به معنای فارسی و متداول آن که عبارت است از «به عهده گرفتن انجام کار» نمی باشد تا ایراد شود که چون در عقود تملیکی پس از انعقاد عقد، کاری برای انجام دادن باقی نمی ماند، لذا اخذ مفهوم تعهد در آن بی معنی خواهد بود؛ بلکه در

این کاربرد فقهی، تعهد به معنای «قرار گذاردن» و «بنا گذاردن» است؛ یعنی درست همان چیزی که مرحوم محقق اصفهانی نیز به آن تصریح می‌نمایند. ایشان در یک جا عقد را به دو قرار مرتبط با هم معنا می‌کنند و می‌فرمایند:

«والعقد هو القرار المرتبط بقرار آخر».^{۳۰}

ایشان در حاشیه بر مکاسب می‌نویسد:

«...اما اصطلاحاً فكل عقد عهد و لا عكس... و تبين ايضاً ان حيشية العهدية غير حيشية العقدية في العقود المتعارفة الاصطلاحية فحيشية القرار من كل من البائع و المشتري عهداً بينهما و حيشية ارتباط القرار من الموجب بالقرار من القابل عقدهما...».^{۳۱}

خلاصه کلام مرحوم اصفهانی در اینجا این است که عقد عبارت از دو عهد مرتبط با هم است؛ از این رو هر عقدی، عهد است؛ ولی هر عهدي عقد نمی‌باشد؛ زیرا ممکن است در مواردی تنها یک عهد وجود داشته باشد؛ مثل نذر. به عبارت دیگر در هر عقدی دو حیث مستقل از هم وجود دارد که منشاء انتزاع هر یک با دیگری تفاوت دارد. یک حیث، حیث عهدي است که جنبه قلبی و درونی دارد و منشاء انتزاع آن، قراری است که شخص با خود می‌گذارد. حیث دیگر، جنبه عقدی است که از ارتباط میان دو قراری که طرفین معامله با خود گذارده‌اند انتزاع می‌شود.

در مقابل این طرز برداشت از تعهد، تلقی حقوق‌دانان قرار دارد که با دقت در تعاریفی که از عقد به دست داده‌اند، تفاوت این دو برداشت آشکار می‌شود. مثلاً در تعبیر سنهوری، تعهد عبارت است از یک حالت قانونی که به مقتضای آن، شخص به نقل ملک، ترک فعل و یا انجام فعل مرتبط می‌شود.^{۳۲} از این بیان بخوبی استفاده می‌شود که تعهد در نزد حقوق‌دانان، وظیفه‌ای است برای انجام؛ خواه این وظیفه، فعل و یا ترک فعل باشد و یا انتقال ملکیت؛ لذا نزد ایشان حصول نفس انتقال ملکیت در یک عقد، بدون واسطه شدن تعهد در آن، غیر قابل تصور است؛ در حالی که در مصطلح فقها، تعهد دارای کششی فراتر از حد یک وظیفه که باید آن را به انجام رسانید می‌باشد؛ به طوری که نفس انتقال ملکیت نیز در قالب تعهد به معنای قرار گذاردن و بنا نهادن، قابل تحقق است.

برای توضیح بیشتر این معنای تعهد و بیان این که چنین مفهومی از تعهد، امری غریب نمی‌باشد، به مسأله شروط ضمن عقد مثال می‌زنیم:

می‌دانیم که هم در فقه و هم در حقوق، شروط ضمن عقد را به «شرط فعل»، «شرط صفت» و «شرط نتیجه» تقسیم می‌کنند. در فقه دلیل اعتبار این دسته از شروط را که تعبیر «المؤمنون عند شروطهم» است به «المؤمنون عند عهودهم» معنا می‌کنند، در حالی که جز در مورد شرط

فعل، تعهد به انجام دادن کار اساساً مطرح نمی‌باشد؛ زیرا هم در شرط وصف و هم در شرط نتیجه، در واقع قرار بر این است که مورد معامله واجد فلان وصف «باشد»، نه آنکه «بشود» و نیز فلان اثر حقوقی، همچون مالکیت یا وکالت، به محض انعقاد عقد حاصل آید، نه آنکه بعداً و طی انجام تشریفاتی بوجود آید. به بیان دیگر با آنکه در شرط وصف و نتیجه میان انعقاد عقد و ایجاد موضوع شرط، فاصله‌ای وجود ندارد تا متعهد با طی کردن آن، مورد شرط را به انجام برساند. با این حال در این دو مورد نیز شرط به معنای عهد به کار رفته است؛ گویی در شرط وصف، متعاملین قرار می‌گذارند تا مورد معامله دارای فلان وصف باشد و در شرط نتیجه نیز قرار ایشان بر تحقق فلان اثر، به محض انعقاد عقد است.

□ ۳.۲.۵. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری در مورد پاسخ ایراد دوم

به عنوان جمع‌بندی بحث در مقام پاسخ به ایراد دوم می‌توان گفت کلمه «تعهد» که توسط فقها و حقوق‌دانان برای تعریف عقد به کار گرفته شده، به دو معنا استعمال گردیده است:

۱ - **مصطلح حقوقی:** در این اصطلاح، تعهد همان معنای فارسی خود را که التزام به انجام دادن کاری است، دارا می‌باشد. از این نگاه باید گفت در عقود تملیکی به حمل اولی، تعهدی وجود ندارد.

۲ - **مصطلح فقهی:** در این کاربرد، تعهد به معنای قرار گذاردن و بنا نهادن است. از این دیدگاه می‌توان گفت که هم در عقود عهدی و هم در عقود تملیکی، تعهد وجود دارد؛ به این بیان که در عقود عهدی، طرفین بنا و قرار می‌گذارند که فلان کار را انجام دهند و در عقود تملیکی طرفین قرار می‌گذارند که وضعیت حقوقی خاصی به محض انعقاد عقد حاصل آید.

با توجه به مطلب فوق، نظری دوباره به تعریف قانون مدنی از عقد در ماده ۱۸۳ می‌اندازیم. در ماده مزبور، عقد به «تعهد به امری» تعریف شده است. حال اگر ما معنای دوم عهد و در واقع مفهوم فقهی آن را در نظر آوریم که تعهد و عهد را به «قرار و قرار گذاردن» معنا می‌کند، نه انجام دادن کاری، پر واضح است که این تعریف شامل عقود تملیکی نیز می‌شود؛ زیرا مثلاً در عقد بیع، تعهد بایع و مشتری به این معناست که با هم قرار می‌گذارند مبیع از آن مشتری و ثمن از آن بایع باشد. به نظر تصادفی نباشد که می‌بینیم قانون مدنی در ماده ۳۳۸، بیع را به «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف می‌کند و از تعهد به معنای به عهده گرفتن انجام کاری سخن به میان نمی‌آورد؛ در حالی که در عقد بودن بیع از دید قانون مدنی تردید نداریم. شاید بی توجهی به پیشینه فقهی معنای عهد، سبب شده تا بعضی از حقوق‌دانان برجسته تصور نمایند قانون مدنی در تعریف بیع، از آنچه که در تعریف عقد آورده، عدول نموده است.^{۳۳}

در سایه توجه به این معنا از تعهد، یکی از سه اشکال وارد بر قانون مدنی در خصوص تعریف عقد که عبارت از عدم شمول آن نسبت به عقود تملیکی بود، مرتفع می‌شود؛ مگر اینکه ادعا شود ماده ۱۸۳ قانون مدنی، ترجمه ماده ۱۱۰۱ ق.م.فرانسه است که در صورت صحت چنین ادعایی، حداقل آن است که این اشکال، به تعریف فقها از عقد که آن را به تعهد معنا کرده‌اند وارد نمی‌باشد.

البته در بین حقوق‌دانان نیز شاهد تلاش برای رفع این اشکال از ماده ۱۸۳ ق.م.هستیم. مثلاً یکی از ایشان می‌نویسد:

«در عقود تملیکی نیز تعهد وجود دارد، نهایتاً اثر تعهد در این دسته عقود، در حین عقد حاصل می‌گردد؛ زیرا در ماده ۱۱۰۱ ق.م.فرانسه که ماده ۱۸۳ ق.م.ایران ترجمه آن است آمده: عقد عبارت است از تراضی دو طرف بر تعهد انتقال مالکیت و یا تعهد انجام عمل یا ترک عمل معین.»^{۳۴}

لیکن ملاحظه می‌شود که ایشان خواسته‌اند در عین حفظ معنای فارسی تعهد که «تعهد بر انجام دادن» است، تعهد به وجودآمده در عقود تملیکی را نوعی انجام دادن آنی به محض انعقاد عقد معرفی نمایند که سخت تکلف‌آمیز می‌نماید؛ زیرا در عقود تملیکی، طرفین قرارداد، تملیک می‌کنند و هرگز انجام دادن کاری را، ولو آنی، بر عهده نمی‌گیرند.

□ ۴.۲.۵. پاسخ ایراد اول: تعهد پسینی و تعهد پیشینی

به مدد توسعه‌ای که «تعهد» در مصطلح فقها واجد آن است، می‌توان ایراد ادعایی دیگری را که پیش از این تحت عنوان «خلط سبب و مسبب» از آن یاد کردیم، دفع نمود و اذعان داشت که این ایراد لااقل به فقهایی که عقد را به تعهد معنا کرده‌اند، وارد نیست.

توضیح این که ما دو تعهد داریم: «عهد پسینی» و «عهد پیشینی». مراد از عهد پیشینی، همان جعل قرار و چیزی است که در قالب عهد، انشا می‌شود و به عبارت دیگر، همان بنایی است که طرفین عقد آن را ایجاد می‌نمایند. اما منظور از عهد پسینی، التزام و پایبندی است که طرفین قرارداد به حکم قانون خود را بدان ملتزم می‌بینند. دلیل بر مصاب بودن این تحلیل آن است که اگر گفته شود: «من به تعهد خود متعهد هستم»، این عبارت را تلقی به قبول کرده، به گوینده آن ایراد نمی‌کنیم که دچار دور شده است؛ زیرا در تعهد اول، مراد گوینده همان قراری است که انشا کرده است و در تعهد دوم، مراد وی موظف‌دانستن خود به تعهدی است که انشا کرده است. به بیان دقیق‌تر، تعهد اول موضوع تکلیفی می‌شود که از سوی قانون‌گذار در قالب «لزوم وفای به عهد» القا شده است.

بنابراین اگر مشاهده می‌شود که در قانون مدنی، عقد به «تعهد» تعریف شده است، مراد از «تعهد»، نفس انشا و جعل قرار است، نه تعهد به معنای موظف بودن به تکلیف قانونی مبنی بر پایبندی به آنچه که انشا گردیده است، تا چه رسد به این که مراد از تعهد، تعهد به معنای التزام به آثاری که بر عقد مترتب می‌شود، مانند تعهد بایع و مشتری به تسلیم ثمن و مبیع، باشد.

◁ نتیجه

از میان چندین ایراد ادعایی به تعریف قانون مدنی از عقد، سه ایراد عمده در این مقاله مورد بررسی قرار گرفت. این سه ایراد عبارت بودند از: خروج عقود تعلیکی و نیز معوض از تعریف ماده ۸۳ قانون مدنی در مورد عقد (عدم جامعیت تعریف) و ازانته تعریف به اثر عقد، به جای تعریف خود عقد (خلط سبب و مسبب). پس از تحلیل مفهوم محوری تعهد و نشان دادن تفاوت برداشت از آن در بین فقها و حقوق‌دانان، مشخص گردید ایرادات مزبور می‌تواند قابل دفع باشد.

□ □ تشکر و قدردانی

لازم است مراتب تشکر خود را از برادر ارجمند حجة الاسلام والمسلمین علیرضا امینی که از نظریات ایشان در مقاله حاضر استفاده شده است، اعلام دارم و مزید توفیق ایشان را از خدای متعال مسألت نمایم.



۱. ر.ک: محمدجعفر جعفری لنگرودی: مبسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸ش، ج ۴، ص ۳۱۸۱.

2. General rules of the contract _ principles of the law of the contract.

۳. قانون مدنی در سه دوره قانون‌گذاری (۹۶ و ۱۰) به این شرح تصویب شده است:

از ماده ۱ تا ۹۵۵ در دوره ۶، از ماده ۹۵۶ تا ۱۲۰۶ در دوره ۹ و از ماده ۱۲۰۷ تا ۱۳۳۵ در دوره ۱۰. این قانون بعد از پیروزی انقلاب اسلامی ایران در سال ۱۳۶۸ش به طور آزمایشی و در سال ۱۳۷۰ش به طور دائمی بازنگری شد. آخرین تغییر در قانون مدنی، در سال ۱۳۷۸ش و مربوط به ماده ۱۰۷۸ می‌باشد.

در حال حاضر تعداد واقعی مواد قانون مدنی بیش از ۱۳۳۵ ماده است؛ ولی مواد اضافی به عنوان مکرر یا در قالب تبصره اضافه شده‌اند تا ترتیب اصلی این شاهکار حقوقی همچنان محفوظ بماند.

۴. برای آشنایی بیشتر با این تأثیر پذیری، ر.ک: فقه استدلالی (ترجمه تحریرالروضه)، سیدمهدی دادمرزی: طه، قم، چاپ دوم، ۱۳۷۹ش، ص ۱۱-۷.

۵. بقره: ۲۳۵.

۶ بقرة: ۲۲۷.

۷. ر.ک: امام خمینی: کتاب البيع، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۶ش، ج ۱، ص ۶۵، [با اندکی تلخیص].
۸. امروزه با اعمال مقداری مسامحه، عناوین: «توافق»، «مراضات»، «قرارداد»، «معامله» و... به جای عقد به کار می‌روند. نگارنده به جهت ضیق مجال از ورود در این بحث خودداری می‌کند و علاقه‌مندان را به منابع زیر ارجاع می‌دهد:
الوسیط فی شرح القانون المدنی، عبدالرزاق سنهوری: داراحیاء التراث العربی، بیروت، ج ۱، ص ۱۲۷ - ۱۴۱.
نظریة العقد، عبدالرزاق سنهوری: داراحیاء التراث العربی، بیروت، ص ۷۹ - ۸۱؛ اسدالله امامی: «نقش اراده در قراردادها»، فصلنامه حق ۱۳۶۴ش، دفتر چهارم، ص ۶۵ و ۶۶؛ سیدحسن امامی: حقوق مدنی: کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۶۲ش، ج ۱، ص ۱۵۹؛ ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، انتشارات دانشکده علوم اداری، تهران، ۱۳۴۶ش، ج اول، ص ۲۳۶.

۹. ر.ک: محمدحسن قدیری: الاجاره، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۷۷ش، ص ۲۳.
۱۰. همان طور که در متن اشاره شده است، ایرادات مذکور در تألیفات حقوق‌دانان ایران، بیش از سه ایرادی است که به آن پرداخته‌ایم. به عنوان نمونه گفته شده که تعریف قانون مدنی از عقد، شامل قراردادهایی که موضوع آنها انتقال تعهد یا سقوط تعهد باشد نمی‌گردد (ر.ک: سیدحسین صفایی: دوره مقدماتی حقوق مدنی، مؤسسه عالی حسابداری، تهران، ۱۳۵۳ش، ج ۲، ص ۱۶) که باید بگوییم در خصوص خروج اقاله از تعریف، توضیح لازم را در متن مقاله یادآور شدیم و در خصوص خروج انتقال تعهد نیز می‌توان گفت انتقال تعهد را می‌توان همان ایجاد تعهد به انتقال و در نتیجه، مورد را مشمول تعریف دانست. همچنین گفته شده که چون در تعریف قانون مدنی از کلمه «نفر» استفاده شده است، لذا شامل قراردادهای فیما بین اشخاص حقوقی نمی‌شود (ر.ک: مهدی شهیدی: تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوق‌دان، تهران، ۱۳۷۷ش، ص ۳۸) حال آنکه به عنوان یک اصل پذیرفته شده حقوقی که در ماده ۵۸۸ ق.ت نیز به آن اشاره شده است، اشخاص موضوع قانون، اعم از حقیقی بوده، اشخاص حقوقی را نیز در بر می‌گیرد؛ لذا وجهی ندارد که در هر مورد به این نکته تصریح شود. به عبارت دیگر، لفظ «نفر» مانند الفاظ: «شخص»، «طرفین»، «کس»، «متعاملین» و... که در جای جای قانون مدنی به کار گرفته شده، اختصاص به اشخاص حقیقی ندارد؛ چه آنکه استعمال، اعم از حقیقت است؛ چنانکه کلمه «نفر»، واحد شمارش شتر و دندان یا به معنای «نوکر» نیز هست و با این حال احدی تردید ندارد که ماده ۱۸۳ منصرف از این معانی است (ر.ک: محمد معین: فرهنگ معین، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۱ش، ج ۴، ص ۴۷۷۱).

همچنین گفته شده که این تعریف شامل یک نوع صلح که نتیجه آن انتفای امر موجودی است نمی‌شود؛ در حالی که صلح، عقد است (ر.ک: محمدجعفر جعفری لنگرودی: ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۰ش، ص ۴۵۴) لیکن می‌توان گفت در صلح نیز قرار و بنای طرفین بر ایجاد صلح است که نتیجه آن می‌تواند انتفای امر موجودی باشد که در سایه صلح ایجاد شده به دست آمده است.

۱۱. ر.ک: ناصر کاتوزیان: قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۴ش، ج ۱، ص ۱۸.

۱۲. ر.ک: سیدحسن امامی: حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۵۹.

۱۳. ر.ک: همان، ص ۱۶۰ و محمدجعفر جعفری لنگرودی: ترمینولوژی حقوق، ص ۴۵۴.

۱۴. ر.ک: ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، ج اول، ص ۲۳۶.

۱۵. میرزا حسن بجنوردی: القواعد الفقهیه، مطبعة الآداب، نجف اشرف، ۱۳۸۹ق، ج ۳، ص ۱۱۶.

۱۶. المجلة، ماده ۱۵۳.

۱۷. ر.ک: کاشف الغطاء: تحرير المجلة، مكتبة مرتضويه، نجف، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص ۱۱۸.
۱۸. سليم رستم باز: شرح المجلة، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ سوم، ۱۴۰۶ق، ص ۶۵.
۱۹. ر.ک: عبدالرزاق سنهوری: مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، منشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت، چاپ دوم از دوره جدید، سال ۱۹۹۸م، ج ۱، ص ۷۷.
۲۰. عبدالرزاق سنهوری: نظریة العقد، ص ۸۱ و نیز عبدالرزاق سنهوری: الوسيط، ج ۱، ص ۱۳۸ و ۱۳۹.
۲۱. ر.ک: عبدالرزاق سنهوری: الوسيط، ج ۱، ص ۱۳۹.
۲۲. همان، ص ۱۳۷.
۲۳. ر.ک: عبدالرزاق سنهوری: نظریة العقد، ص ۸۰.
24. Chitty on contracts, General Editor: H. G.Beale , sweet and Maxwell , London , 28 edition 1999 Vol 1 , p: 1.
- «A Contract (is) a promise or set of promises which the law enforxe» 24.
۲۵. محمدجعفر جعفری لنگرودی: حقوق تعهدات، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۶۹ش، ج ۱ ص ۵ و ۶.
۲۶. برای دیدن مؤیداتی از حقوق آلمان، سوئیس، فرانسه و موافقت نامه ملل متحد درباره قراردادهای بیع بین المللی کالا ر.ک: ناصر کاتوزیان: قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۱۴۹ - ۱۵۱ و نیز ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، شرکت انتشار، تهران، چاپ ششم، ۱۳۷۴ش، ص ۲۹ و ۳۰.
۲۷. ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۳۶.
۲۸. ر.ک: عبدالرزاق سنهوری: الوسيط، ج ۱، ص ۱۳۷.
۲۹. سواء كان ذلك الامر من الامور المالیة كباب المعاولسات او امر آخر كما فی باب النکاح؛ حيث ان الزوجة تتعهد بان تكون زوجة؛ فاذا قبل الزوج تتم المعاهدة و يحصل ذلك الامر فی عالم الاعتبار، فترتب علیه آثاره؛ فتتبع العقد حصول ما تعاهدا و تعاقدنا علیه لأن یترتب علیه آثاره؛ میرزا حسن بجنوردی: القواعد الفقهية، ج ۳، ص ۱۱۶ از چاپ پیش گفته و ص ۱۳۵ از چاپ تحقیقی آن که توسط نشر الهادی در سال ۷۵ منتشر شده است.
۳۰. محمد حسین غروی اصفهانی: بحوث فی الفقه، الاجاره، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۹ق، ص ۷.
۳۱. محمد حسین غروی اصفهانی: حاشیه مکاسب، چاپ سنگی، ص ۳۵، سطر ۱۸.
۳۲. ر.ک: عبدالرزاق سنهوری: الوسيط، ج ۱، ص ۱۰۸ - ۱۱۲.
۳۳. ر.ک: ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، دوره عقود معین (۱)، ص ۳۰ و ۳۱.
۳۴. محمدجعفر جعفری لنگرودی: حقوق تعهدات، ج ۱، ص ۵ و ۶.

