

## مقدمه

هرچند در مباحث «کلیات تعهدات» در حقوق مدنی، عقد لازم و جایز در بین اقسام عقود نامی آشنا است؛ مع الوصف هنوز بحث تحلیلی و گسترده در این مورد که مشتمل بر مبانی بحث و وجوه استدلالی آن باشد، در آثار نویسندگان حقوق مدنی وجود ندارد. زیرا، مباحث موجود در این زمینه تقریباً در محدوده بیان اوصاف عقود لازم و جایز در حد کلیات است. به همین دلیل دانشجویان حقوق اگرچه با توصیفات کلی بحث لزوم و جواز عقود آشنایی دارند ولی با مباحث تحلیلی و مبانی که موجد آن توصیفات کلی و آثارند؛ آشنایی منطقی ندارند و در نتیجه برای بسیاری از سؤال‌ها جای تأمل و درنگ باقی است.

نگارنده در این مقاله درصدد آن است که برخی از مباحث مبانی را در این حوزه به دانشجویان حقوق عرضه نماید. در این مورد ابتدا لازم است اوصاف کلی عقود لازم و جایز را یادآوری کنیم (مبحث نخست) سپس تأثیر زوال ارکان اهلیت هر کدام از طرفین را بر عقد جایز مورد توجه قرار دهیم و به ویژه این نکته را توجه کنیم که آیا انحلال عقد با عروض احوال سالب اهلیت به یکی از طرفین، مربوط به همه عقود جایز است یا خیر؟ و نیز این نکته باید بررسی شود که انفساخ عقد جایز به واسطه عروض احوال سالب اهلیت معلل به چیست؟ (مبحث دوم). سپس به این بحث مهم پردازیم که مبانی عمده و اساسی لزوم و جواز عقود ناشی از چیست و چه اندیشه‌هایی در این مورد وجود دارد (مبحث سوم). و آنگاه شایسته است نظریات اندیشمندان را در این زمینه کنار هم قرار داده و به نقد هر یک از آنها پردازیم (مبحث چهارم). بالاخره با استفاده از آنچه که از اندیشه‌های فرزندگان فقه و حقوق مدنی و نقد آنها به دست آمده است، ماهیت حقی یا حکمی لزوم و جواز عقود را احراز کنیم (مبحث پنجم).

## مبحث نخست: تقسیم عقد به لازم و جایز؛ مفهوم و اوصاف

به طوری که می‌دانیم، یکی از مهم‌ترین تقسیمات عقود که قانون مدنی متعرض بیان

آن شده و سپس به تعریف هر یک از اقسام آن پرداخته، عبارت از تقسیم عقد به «لازم» و «جایز» است. استادان حقوق مدنی ملاک این تقسیم را مسأله «درجه اعتبار طرفین در حفظ پیمان‌های خود»<sup>۱</sup> یا «مسأله دوام و عدم دوام عقد»<sup>۲</sup> در رابطه طرفین دانسته‌اند.

بنا به تعریف ماده ۱۸۵ قانون مدنی: «عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند مگر در موارد معینه» و «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی که بخواهد فسخ کند» (ماده ۱۸۶ ق.م). بنابراین، لزوم و جواز دو وضعیت متمایز از هم و دو وصفی است که از جانب قانون به عقود منتسب شده است. با توصیف یک عقد به عنوان عقد لازم، روابط قراردادی طرفین واجد تشدید و تسدید است: آنان ناچارند به مفاد و مدلول قرار داد ملتزم بوده و عمل کنند و هیچ‌یک نمی‌تواند عقد مورد نظر را فسخ کند، مگر در بعض موارد معین، که این موارد معین، مستلزم اثبات و احراز به اتکاء نصوص قانونی است. در عین حال از بیان قانون و سیاق عبارت و مدلول ماده ۱۸۵ قانون مزبور به خوبی دانسته می‌شود که امکان فسخ عقد در موارد معین، با لزوم عقد منافاتی ندارد، زیرا، خود قانون در ضمن تعریف عقد لازم، تجویز کرده است که عقد مزبور در بعض موارد معین، قابل فسخ باشد. عقودی مانند بیع و اجاره، در عداد عقود لازم‌اند. در مقابل، در عقد جایز هر چند طرفین باز هم رابطه قراردادی با هم دارند، ولی این رابطه تعاقدی از حیث شدت و استحکام، به هیچ وجه با عقد لازم قابل قیاس نبوده و دوام و بقای آن در اختیار طرفین است. لذا هر کدام از آنان هر وقت که مایل باشد می‌تواند بدون هیچ تشریفات و استنادی، به فسخ عقد مبادرت نماید، عقودی مانند وکالت، مضاربه، ودیعه و عاریه در شمار عقود جایزند.

۱. ناصر، کاتوزیان؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، (انعقاد و اعتبار قرارداد)، انتشارات بهنشر، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۲، ش ۱۷، ص ۳۸.

۲. مهدی، شهیدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوق دان، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷، ص ۶۱.

باید اضافه کنیم که وصف «لزوم» در عقود لازم و نیز وصف «جواز» در عقود جایز، واجد یک «معنای تکلیفی» و یک «معنای وضعی» است: لزوم عقد به معنای تکلیفی متضمن این مفهوم است که متعاقدين متعهدند (و باید) به مفاد و مدلول آن عقد عمل نموده و آثار ناشی از عقد را در عمل و رابطه خود به موقع اجرا بگذارند، به همین بیان است که گفته می‌شود عقود بین طرفین و قائم مقام قانونی آنها، لازم الاتباع است. اما لزوم عقد به معنای وضعی در بردارنده این معنی است که هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند در حالت عادی و معمول به فسخ عقد مباردت نمایند و چنانچه بر حسب فرض، عقد را فسخ نمایند، این فسخ مؤثر نخواهد بود مگر اینکه مورد از مصادیق و موارد معینه‌ای باشد که قانون فسخ عقد را در آن مورد تجویز کرده است. نتیجه این وضعیت نیز لزوم وفا به مدلول عقد از جانب متعاقدين است.

همچنان که هرگاه جواز عقد جایز را در معنای تکلیفی لحاظ کنیم، به این معنی خواهد بود که فسخ عقد برای هر کدام از متعاقدين جزو اباحات است. زیرا، آنان نه تعهد و الزام و تکلیفی به فسخ عقد دارند و نه از آن ممنوع‌اند. و هرگاه جواز عقود را در معنای وضعی ملحوظ نظر قرار دهیم، به معنای مؤثریت فسخ عقد از جانب هر کدام از متعاقدين در هر مورد و در هر زمان خواهد بود.

از آنچه گفته شد این نکته دانسته می‌شود که فسخ عقد لازم، منحصرأ به استناد «سبب» و عاملی به عنوان منشأ استناد ممکن و میسر است، عاملی که به عنوان «منشأ فسخ» وجود این حق و امکان اعمال آن را در رابطه قراردادی طرفین توجیه کند، در حالی که فسخ عقد جایز مستلزم وجود هیچ عامل خاصی به عنوان منشأ حق فسخ نیست، و بنابراین فسخ عقد جایز بدون استناد به هیچ امری ممکن خواهد بود.

ممکن است عقدی نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایز باشد (ماده ۱۸۷ ق.م). در قانون مدنی ما دو عقد «رهن» و «کفالت» مصداق این قضیه‌اند. زیرا، عقد رهن نسبت به راهن لازم و نسبت به مرتهن جایز است (ماده ۷۸۷ ق.م). در کفالت نیز عقد

نسبت به کفیل لازم است ولی مکفول له الزامی در حفظ پیمان خود ندارد (بند ۴ ماده ۷۴۶ ق.م).

البته تحلیل حقوقی نیز مقتضی این امر است که عقود مزبور نسبت به یک طرف لازم و نسبت به طرف دیگر جایز باشد. زیرا، رهن و کفالت از حیث جایگاه و شأن تقنینی، در عداد عقودی قرار می‌گیرند که اصطلاحاً «وثیقه‌های دین» محسوب می‌شوند: رهن وثیقه عینی است و کفالت وثیقه شخصی. بنابراین لزوم عقد نسبت به راهن و کفیل از این جهت است که هدف غایی هر دو اینان در مقابل طرف دیگر عقد، جنبه توثیقی داشته و به منظور تأمین حقوق طلب کار و استیفای آن صورت گرفته است. پس اگر عقد نسبت به اینان جایز باشد و بتوانند هر لحظه که خواستند آن را فسخ کنند، در این صورت طلب کار، فی الواقع با هیچ تأمین و وثیقه‌ای در استیفای طلب خود مواجه نیست. علی‌هذا جایز دانستن این عقود نسبت به راهن و کفیل، مغایر فلسفه و هدف آنها و گونه‌ای نقض غرض تلقی می‌شود، به همین جهت است که عقد نسبت به راهن و کفیل لازم است.

لیکن همین عقود نسبت به مرتهن و مکفول له جایز تلقی می‌شود، زیرا، پس از انعقاد عقد، اینان ذی‌نفع و ذی‌حق آن عقد تبعی و وثیقه‌ای محسوب می‌شوند و همچنان که هر ذی‌حقی می‌تواند از حق خود صرف‌نظر نماید، (لکل ذی حق اسقاط حقه) مرتهن و مکفول له نیز اختیار دارند که از حق داشتن وثیقه عینی یا شخصی در مورد طلب خود صرف‌نظر کنند. روشن است که در این فرض، اصل طلب آنها محفوظ بوده ولیکن طلبی عادی و بدون وثیقه خواهد بود، نتیجه‌ای که از بیان مزبور استنتاج می‌شود عبارت از این است که لزوم و جواز عقود نمی‌تواند با غایت و هدف و به عبارت دیگر با مصلحتی که هر کدام از عقود بر آن مبتنی است بی‌ارتباط باشد.

اما «موارد معینی» که قسمت آخر ماده ۱۸۵ قانون مدنی فسخ عقد را به استناد آن ممکن دانسته، عبارت از «خیارات» هستند. بنابراین عقد لازم منحصرأ به استناد یکی از خیارات قابل فسخ است در حالی که فسخ عقد جایز مستلزم استناد به هیچ‌یک از اینها نیست.

خيارات به طوری که می‌دانیم، من حیث المجموع از لحاظ منشأ تحلیلی، یا ناشی از اراده متعاقدين است (اصل حاکمیت اراده) یا ناشی از حکم قانون؛ که مبنای حکم قانون، علی الاصول بحث جبران ضرر از فرد جاهلی است که از قرار داد متضرر شده است (قاعده لا ضرر). خياری که وجود آن معلول توافق اراده‌های طرفین تلقی می‌شود، منحصرأ «خيار شرط» است (مواد ۳۹۹ تا ۴۰۱ ق.م). بنابراین، خيار شرط در صورت توافق طرفین و اشتراط بين آنها در عقد، موجود بوده و بر حسب مورد به نفع ناقل یا منتقل‌الیه یا هر دو یا برای شخص ثالث جریان پیدا می‌کند و در صورت عدم توافق طرفین به ایجاد خيار شرط، چنین امری محقق نخواهد بود. بقیه‌ی خيارات مستقیماً ناشی از حکم قانون‌اند.<sup>۳</sup> این حکم به طوری که بیان شد علی‌القاعده معطوف به جبران تضرر یک طرف قرارداد از انعقاد قرارداد است، طرفی که به شرایط ضرر بار حاصل از قرارداد جاهل بوده است، مثل خيار عیب، خيار غبن، خيار تدليس و ... در عین حال برخی از این دسته از خيارات که مستقیماً مجعول قانون تلقی می‌شوند، لزوماً معطوف به بحث تضرر طرف قرارداد از آن عقد نیستند، بلکه به صرف اینکه زمینه و شرایط تحقق آنها موجود باشد، به حکم قانون و در محدوده و شرایطی که قانون‌گذار اعتبار نموده موجود می‌شوند، اعم از اینکه یک طرف قرارداد از آن متضرر باشد یا نباشد مثل خيار مجلس (البيعان بالخيار ما لم يفترا) و خيار حيوان.

بنا به تعبیر قانون مدنی، «تمام انواع خيار در جميع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد مگر خيار مجلس و حيوان و تأخير ثمن که مخصوص بيع است» (ماده ۴۵۶). منظور از معاملات لازمه در ماده مزبور، عقود مالی معاوضی است نه هر عقدي که موضوع و مورد آن مال است و نه عقد غير مالی. فی المثل در عقودی از قبیل وقف، هبه یا صلح بلاعوض که جنبه احسانی دارند، عموم ماده ۴۵۶ شمول و جریان ندارد. زیرا، طبع عقود احسانی-

۳. البته بعضی از نویسندگان برخی از این خيارات را مبتنی بر بنای طرفین یا شرط ضمنی نیز دانسته‌اند، در این بیان کلی، منظور عمدتاً این است که بقیه خيارات غیر از خيار شرط، مستلزم اشتراط نیست.

که اساساً مبتنی بر انگیزه‌های عاطفی و انسانی و لذا تضررات مادی عامدانه است - با ادعای ضرر و زیان منافات دارد. عقد نکاح هم به عنوان یک عقد غیر مالی هر چند از حیث موقع قانونی عقدی لازم محسوب می‌شود، مع الوصف منحصرأ با سه خیار «عیب» (آن هم عیب‌های منصوص قانونی در مورد هر کدام از طرفین) و «تدلیس» و «تخلف از شرط صفت» (اعم از شرط صفت تصریحی یا شرط صفت بنایی - ماده ۱۱۲۸ ق.م) قابل فسخ است.

باید اضافه کنیم که هرگاه «اسباب انحلال» عقد لازم را مجموعاً لحاظ کنیم، دو سبب «اقاله» و «انفساح» نیز، در کنار عامل «فسخ» مطرح هستند: عقود لازم علی‌القاعده قابل اقاله‌اند، به استثنای نکاح، عقد ضمان مبتنی بر نقل ذمه و وقف.

در نکاح، فرض اقاله با «دوام عقد» منافات دارد، بر اساس همین ملاک است که در اصل نکاح، شرط خیار نمی‌توان کرد. در ضمان مبتنی بر نقل ذمه، نظر به اینکه بعد از تحقق ضمان، ذمه مضمون عنه بری و ذمه ضامن در مقابل مضمون له مشغول می‌شود (ماده ۶۹۸ ق.م)، امکان اقاله ضمان، به معنی اعاده و مستقر ساختن دین، در ذمه یک شخص بری الذمه (مضمون عنه) است و چون این امر، هم با حقوق مضمون عنه - که در عقد ضمان، ثالث محسوب می‌شود - و هم با اصل نسبی بودن قراردادها (ماده ۲۳۱ ق.م) و هم با اصل عدم ولایت منافات دارد؛ نتیجتاً اقاله ضمان بدون اذن او مؤثر نخواهد بود، و لیکن در ضمان ضم ذمه چون با تحقق ضمان، دین از ذمه مضمون عنه زایل نشده و ضمان صرفاً جنبه توثیقی داشته است، اقاله ضمان بین ضامن و مضمون له ممکن خواهد بود. در مورد وقف نیز، از آنجا که وقف با حبس عین و تسبیل منفعت (ماده ۵۵ ق.م) منعقد می‌شود و تحقق مفهوم مزبور بر اساس انگیزه‌های خیرخواهی و غیرخواهی و ملاحظات اخلاقی و مذهبی، متضمن اخراج مال از ملکیت به‌طور دائم است بدون اینکه به تملک احدی دریاید، و چون فرض اقاله وقف با موقوف علیهم یا متوکی، منافی مفهوم غیرخواهی و اخراج مال از ملکیت محسوب می‌شود؛ لذا تحقق آن متعذر خواهد بود.

در کنار عوامل «فسخ» و «اقاله»، که از اسباب انحلال عقود لازم‌اند؛- باید از «انفساخ» نیز نام برد؛ چه، این عقود ممکن است «منفسخ» نیز بشوند. انفساخ عبارت است از انحلال عقد به حکم قانون. سبب و علت انفساخ عقد، ممکن است تلف مال مورد معامله قبل از تسلیم باشد (تلف مبیع قبل از قبض- ماده ۳۸۷ ق.م.)-: در این مورد، هم منشأ انفساخ، (تلف شدن مال) و هم تحقق انفساخ، قهری و خارج از اراده طرفین است. اما انفساخ عقد- که همواره قهری است- می‌تواند از حیث عاملی که سبب انفساخ عقد تلقی می‌شود؛ مُعَلَّل به اراده هم باشد، مانند تعلیق انفساخ عقد بیع، به عدم وصول ثمن معامله در تاریخ معین. در این مورد، تحقق انفساخ، قهری است ولی سبب انفساخ به اراده طرفین تعیین شده است. اعتباری بودن ماهیت حقوقی و نیز اصل حاکمیت اراده، صحت این توافق و نتیجه مترتب بر آن را توجیه می‌نماید.

انفساخ و فسخ (بدون استناد به سبب خاص) در عقود جایز نیز مطرح می‌شوند. ولی این عقود محتاج به اقاله نیستند. زیرا، در وضعیتی که فسخ عقد برای هر کدام از متعاقدین جزو اباحات تلقی می‌شود، ضرورتی برای جلب رضای طرف مقابل و نتیجتاً اقاله عقد وجود نخواهد داشت.

عناوین سه گانه بالا، که اسباب انحلال عقود و معاملات‌اند، ماهیت حقوقی یکسان ندارند، «فسخ» همواره «ایقاع» است، «انفساخ»، «واقعه حقوقی قهری» محسوب می‌شود و «اقاله» نیز بنابر جنبه‌های تحلیلی، «واقعه حقوقی ارادی»<sup>۴</sup> و یا به ملاحظه ماهیت تعاقبی آن

۴. در خصوص ماهیت حقوقی اقاله بین استادان حقوق مدنی اختلاف نظر وجود دارد: آقای دکتر کاتوزیان معتقدند اقاله عقد است، زیرا، به تراضی واقع می‌شود و همین شرط، تفاوت اساسی آن با سایر اسباب انحلال عقد است، پس رکن اصلی و جوهر عقد را با خود دارد و تراضی مبنای اقاله، دو طرف را پایبند و ملزم به مفاد آن می‌کند، بنابراین در ماهیت قراردادی آن نمی‌توان تردید نمود. (حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج پنجم، (انحلال قراردادها-خيارات)، انتشارات بهنشر، چاپ اول، تهران، ۱۳۶۹، ص ۱۳). در مقابل، مرحوم دکتر شهیدی اعتقاد دارند که نویسندگان قانون مدنی اقاله را در ردیف وفای به

نوعی «عقد» در مفهوم عام آن است. در عین حال، هیچ کدام از حیث اثر، کاشفیت ندارند بلکه از تاریخ تحقق، عقد را منحل می‌سازند.

هرگاه از مسأله لزوم و جواز عقود بحث می‌شود، بلافاصله ذهن به قاعده فقهی «اصالة اللزوم» یا «اصل لزوم قراردادها» معطوف می‌گردد: شیخ انصاری در دومین بحث مقدماتی مبحث «خيارات و اقسام و احکام آن» در مکاسب، از قول مرحوم علامه و عده‌ای از فقهای بعد از وی نقل کرده است که: «اصل در بیع، لزوم است»<sup>۵</sup>. زیرا، شارع این عقد را مفید نقل ملک، و سبب آن قرار داده است. وانگهی، غرض و هدف نهایی از بیع این است که هر یک متعاقدين باید متمکن از تصرف در مالی باشند که به آنان منتقل شده است و این امر، فقط با لزوم عقد سازگار است، تا منتقل الیه در مورد تصرفات خود، با ایراد خدشه و اخلاقی از جانب ناقل مال، مواجه نشود.<sup>۶</sup>

شیخ سپس به اسقراء معانی اصل و منظور فقها از آن در این قضیه پرداخته و می‌گوید منظور از «اصل» در اینجا ممکن است این موارد باشد: ۱- رجحان و غلبه (اغلیبیت) ۲-

عهد، ابراء، تهاتر، به عنوان یک وسیله سقوط تعهد معرفی کرده‌اند، بدون اینکه در مباحث خاص تشکیل، احکام و آثار قراردادها و عقود، ذکری از آن به عمل آورده باشند، لذا عقد بودن ماهیت اقاله بعید به نظر می‌رسد و بنابراین هرچند ممکن است از این حیث که تحقق اقاله نیازمند قصد و رضای دو طرف است، آن را عقد یا قرارداد (در معنای اعم این عناوین) نامید، ولی نمی‌توان آن را یک عقد در معنای خاص کلمه دانست، بلکه باید ماهیت حقوقی خاصی برای آن شناخت. (سقوط تعهدات، انتشارات مجمع علمی- فرهنگی مجلد، چاپ ششم، تهران ۱۳۸۳، ص ۱۱۴-۱۱۳). هرچند مرحوم دکتر شهیدی از این ماهیت حقوقی «خاص» سخنی به میان نیاورده‌اند، در عین حال، هرگاه نظر ایشان را تلقی به قبول نماییم، باید بر این اعتقاد بود که اقاله با لحاظ تمام ویژگی‌های آن، «واقعه حقوقی ارادی» است.

۵. «الاصل فی البیع اللزوم» (علامه حلی؛ حسن بن یوسف بن مطهر حلی اسدی؛ قواعد الاحکام، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم، ۱۴۱۸ هـ. ق، ج دوم، ص ۶۳).

۶. شیخ مرتضی، انصاری؛ کتاب مکاسب، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۰ هـ. ق، ج پنجم، ص ۱۳.



قاعده مستفاد از عمومات ۳- استصحاب ۴- معنی لغوی لزوم، آنگاه هریک را مورد بحث و مناقشه قرار داده و سپس در تثبیت و تعلیل اصالة اللزوم، به موارد متعددی از نصوص کتاب و سنت متوجه شده و هر یک را به طور مستقل ذکر و مورد بحث و بررسی قرار می‌دهد.<sup>۷</sup> آیاتی از قبیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>۸</sup>، «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا»<sup>۹</sup> اطلاق آیه «حَلَّيْتُ وَ جَوَّزْتُ أَكْلَ مَالِ نَاشِيٍّ مِنْ تِجَارَةٍ بِرِيبَانِي تَرَاضِيٍّ وَ حَرَمْتُ أَكْلَ مَالِ بَاطِلٍ»<sup>۱۰</sup> و اخبار و روایات متعددی از قبیل «لَا يَحِلُّ مَالُ أَمْرِي مُسْلِمٍ...»، «الْإِنْسَانُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ»، «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»، «الْبَيْعَانُ بِالْخِيَارِ مَالٌ يَفْتَرِقَانِ إِذَا اقْتَرَقَا وَ جَبَّ الْبَيْعُ» به عنوان مبانی این اصل در کتاب و سنت، مورد توجه بوده و شیخ در مورد آنها اظهار نظر کرده است. این استنادات به عنوان مبانی اصل لزوم در فقه امامیه، از جانب فقهای دیگر و شاگردان شیخ به طور مبسوط مورد بحث و بررسی و مناقشات علمی قرار گرفته<sup>۱۱</sup> و با وجود همه نقض و ابرامها و مناقشات علمی، در نهایت «اصالة اللزوم» به عنوان یکی از قواعد فقه امامیه، برای همه ما نامی آشنا است.

با توجه به سابقه و تثبیت قاعده کلی «اصالة اللزوم» در کتب فقه و نیز قواعد فقه

۷. همان، ص ص ۲۳-۱۳.

۸. مائده آیه ۱.

۹. بقره آیه ۲۷۵.

۱۰. بقره آیه ۱۸۸.

۱۱. نگاه کنید به: سید میر عبدالفتاح، حسینی مراغه‌ای؛ عناوین، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ هـ. ق. ج دوم، ص ص ۴۵-۳۷، عنوان ۲۹- مولی احمد نراقی؛ عوائد الایام، بیروت، دارالهادی، ۱۴۲۰ هـ. ق. ج اول، ص ص ۴۰-۲۴- سید میرزا حسن، بجنوردی؛ القواعد الفقهیه، انتشارات دلیل ما، چاپ اول، قم، ۱۴۲۴ هـ. ق. ج پنجم، ص ۲۱۴ به بعد- سید مصطفی، محقق داماد؛ قواعد فقه (بخش مدنی)، انتشارات سمت، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۶، ص ص ۱۵۴-۱۳۶- میرزای نائینی؛ منیه الطالب فی شرح المکاسب، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ. ق. ج سوم، ص ص ۱۹-۶- امام خمینی؛ البیع، چاپخانه مهر قم، ۱۳۷۸، ج چهارم، ص ص ۳۶-۱۴.

دانشمندان فقه امامیه، اکثریت قریب به اتفاق نویسندگان حقوقی کشور ما نیز اصل را مورد توجه قرار داده و با توجه به مدلول ماده ۲۱۹ قانون مدنی، اصل مزبور را در حقوق مدنی، اصلی مسلّم و متکی به ماده فوق می‌دانند.<sup>۱۲</sup>

همچنان که برخی از استادان حقوق مدنی، به درستی اظهار عقیده کرده‌اند؛ «مفاد اصل لزوم عقود، یک حکم ظاهری، نظیر آنچه در اصول عملی انعکاس دارد، نیست و این اصل منحصرأً برای رفع سرگردانی در موارد مشکوک وضع نشده، بلکه حکمی است واقعی که از ضروریات زندگی معاملاتی جامعه ریشه گرفته و برای عقود ثابت شده است به این جهت ماده ۲۱۹ قانون مدنی و عموماً فقهی در موقعیت وضع یک حکم واقعی

۱۲. سید علی، حائری شاه باغ؛ شرح قانون مدنی، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲، ج اول، ص ۱۹۷- عیده بروجردی (محمد)؛ کلیات حقوق اسلامی، انتشارات رهام، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۱، ص ۹۸- مصطفی عدل (منصور السلطنه)؛ حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، انتشارات بحر العلوم، چاپ اول، قزوین، ۱۳۷۳، ص ۱۱۰- دکتر امامی (سیدحسن)؛ حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و یکم، تهران، ۱۳۷۹، ج اول، ص ۱۷۱- دکتر کاتوزیان؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ش ۱۸، ص ۳۹- دکتر صفایی (سید حسین)؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج دوم، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۵۶- مرحوم دکتر شهیدی (مهدی)؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوق دان، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۹، ص ۶۳- همو؛ اصول قراردادها و تعهدات، ص ۲۵۳. از بین نویسندگان مشهور حقوق مدنی، تنها یکی از آنان در برخی آثار خود به اصل لزوم اعتقادی ندارد. نگاه کنید به: دکتر جعفری لنگرودی (محمد جعفر)؛ دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپخانه مشعل آزادی، چاپ اول، تهران، ۱۳۵۷، ج اول، ص ۲۱۷. او در این کتاب می‌نویسد: «اصل این سخن اساس علمی ندارد» (ص ۲۱۷) و: «هیچ مصلحت اجتماعی لزوم وجود اصل لزوم عقود را تضمین نمی‌کند» و: «ماده ۲۱۹ ق.م. هیچ بستگی به اصل لزوم عقود ندارد» (ص ۲۱۸). ولی در کتاب فلسفه حقوق مدنی (ج اول، عناصر عمومی عقود) دیدگاهی کاملاً مغایر اتخاذ نموده و می‌نویسد: «به عکس نظرات دست اندرکاران این علم ... ما لزوم عقود مالی معوض را از عناصر آن عقود می‌دانیم...» (مأخذ اخیر الذکر، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۲۱۵، ش ۳۲۰) و نیز در محشای قانون مدنی (انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹) ذیل ماده ۲۱۹ ق.م. به آیه «أفوا بالعقود» استناد می‌کند.

قانونی، لزوم را به عقود نسبت داده است نه در مقام رفع تحیر و بلا تکلیفی.<sup>۱۳</sup>

### مبحث دوم: تأثیر عروض احوال سالب اهلیت در عقد جایز اذنی الف) بیان کلی و تفسیر ماده ۹۵۴ ق.م

باری، از مهم‌ترین آثار تقسیم عقود به لازم و جایز، توجه ذهن به تأثیرات عوارض سالب اهلیت از شخص از قبیل موت و جنون درباره عقود جایز و عدم تأثیر این وقایع نسبت به عقود لازم است؛ در ماده ۹۵۴ قانون مدنی می‌خوانیم: « کلیه عقود جایز به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است» در این ماده چند نکته قابل ملاحظه است:

نخست اینکه، از این ماده دانسته می‌شود که موت و نیز سفه احد طرفین \_ در مواردی که رشد معتبر است \_ عقد جایز را منفسخ می‌سازد در حالی که عقد لازم با رخداد وقایع مزبور، مخدوش نمی‌شود.

دوم اینکه، منظور از « مواردی که رشد معتبر است»، عقود جایزی است که موضوع و مورد آن، مال و حقوق مالی است، مثل وکالت برای فروش یا خرید. در این موارد وجود ملکه نفسانی «رشد» به عنوان یکی از ارکان اهلیت استیفا برای صحت عقود، ضروری و لازم است. چنین عقدی با عارض شدن سفاهت به احد طرفین منفسخ می‌شود، ولی اگر بتوان عقد جایزی را در نظر گرفت که مورد آن مستقیماً مال و حقوق مالی نبوده باشد، عارض شدن سفاهت به احد طرفین چنین عقد جایزی، مخل عقد نخواهد بود مانند وکالت در اصل نکاح. زیرا، به طوری که می‌دانیم هر عمل حقوقی که واجد جنبه مالی نباشد، شخص غیر رشد اهلیت ناقصی در مورد آن ندارد، همین طور است عقودی که واجد جنبه

۱۳. مهدی، شهیدی؛ اصول قراردادها و تعهدات، ص ۲۵۷.

مالی هستند اما فرض زیان غیر رشید در آن مورد متصور نباشد، مانند موارد تملک رایگان. از قبیل قبول هبه، یا قبول صلح بلاعوض و طرفیت غیر رشید برای عقد وکالت در چنین مواردی.

سوم اینکه، همان‌طور که نویسندگان و استادان حقوق مدنی متذکر شده‌اند،<sup>۱۴</sup> در ماده ۹۵۴ قانون مدنی «جنون» هر یک از طرفین نیز موجب انفساخ عقد خواهد بود (علی الظاهر لفظ مزبور در مرحله چاپ قانون، ساقط شده است). زیرا، از یک طرف سیاق عبارت و ترتیب اجزای جمله در ماده ۹۵۴ مطلب مزبور را افاده می‌کند و از طرف دیگر، لزوم وجود «جنون» در متن ماده فوق، به خوبی به قیاس اولویت قابل استنباط است، زیرا، در وضعیتی که عارض شدن سفاهت موجب انفساخ عقد باشد، عارض شدن جنون به طریق اولی، موجب این انفساخ خواهد بود.

چهارم اینکه، هر چند در تقنین و تنظیم ماده ۹۵۴ قانون مدنی، از ادات «عموم» استفاده شده و قانون‌گذار «کلیه عقود جایز» را در فرض عارض شدن موت، جنون و سفاهت (در موارد اعتبار رشد) منفسخ می‌داند؛<sup>۱۵</sup> ولیکن استقراء عقود و سایر اعمال حقوقی که در قانون «قابل رجوع» اعلام شده است، از این نکته حکایت دارد که ماده مزبور بر

۱۴. امامی؛ حقوق مدنی، ج اول، ص ۱۷۲- کاتوزیان؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ص ۴۴، شهیدی، تشکیل قراردادها، ص ۶۴.

۱۵. در مورد عقودی که نسبت به یکی از طرفین لازم و نسبت به طرف دیگر جایز است، موت و جنون کسی که عقد نسبت به او جایز محسوب می‌شود، عقد را منحل نمی‌کند، همچنان که عقد رهن به موت و مرتبه یا عقد کفالت به وفات مکفول له منفسخ نمی‌شود (کاتوزیان؛ حقوق مدنی- قواعد عمومی قراردادها- ج اول، ص ۴۴، پاورقی شماره ۳) این نظر در فقه ما هم سابقه روشنی دارد: صاحب عناوین ذیل عنوان ۵۶ می‌نویسد: «و اما عقد المركب من الجواز و اللزوم- کالرهن- فهو ایضاً فی حکم العقد اللزوم، لاستصحاب حکم العقد و عدم مدخلیه الجنون فی ذلك. (میر فتاح مراغه‌ای؛ عناوین، ج ۲، ص ۴۰۷) دلیل حقوقی این عقیده کاملاً واضح و روشن است، چه؛ انفساخ عقد جایز به موت و جنون احد طرفین، وصف مطلق عقود جایز نیست، بلکه وصف عقود جایز «اذنی» است.

عکس آنچه که از ظاهر آن مستفاد می‌شود، عام نیست، زیرا، فی المثل عقد هبه پیش از تسلیم عین موهوبه به متبهد قابل رجوع است ( ماده ۸۰۳ ق.م). ولی موت یا جنون واهب نه تنها عقد را منفسخ نمی‌کند، بلکه حتی عقد مزبور با وفات واهب غیر قابل رجوع و لازم می‌شود ( ماده ۸۰۵ ق.م). در وصیت تملیکی نیز (بنابر اینکه عقد محسوب شود) جنون موصی در فاصله بین انشای وصیت تا وفات او، سبب انفساخ وصیت نمی‌شود، در حالی که انشای موصی قابل رجوع است و او می‌تواند پیش از وفات، هر لحظه که بخواهد بدون هیچ تشریفات، مفاد وصیت خود را تغییر دهد یا به طور کلی از آن رجوع نماید ( ماده ۸۳۸ ق.م). از آنچه گفته شد، این نکته دانسته می‌شود که بین قابلیت رجوع عقد و انفساخ آن به موت و جنون، ملازمه قطعی وجود ندارد.

بنا به مراتب مزبور، در صورتی که رجوع از این عقود را همان فسخ تعبیر کنیم<sup>۱۶</sup>، باید بر این عقیده بود که ماده ۹۵۴ قانون مدنی بر عکس ظاهر خود، از حیث دلالت، فاقد عموم است و در نتیجه مدلول آن فقط راجع به عقود اذنی - نیابتی خواهد بود. عقودی که حقا و به تصریح قانون با موت و جنون احد طرفین منفسخ می‌شوند، از قبیل وکالت ( بند ۳ ماده

۱۶. این نکته شایسته یادآوری است که هر چند «رجوع» در عقود قابل رجوع، از حیث اثر همان اثر فسخ را دارد، یعنی ماهیت حقوقی را نتیجتاً منحل می‌سازد؛ ولیکن باید دانست که رجوع، ماهیت حقوقی مستقلی است غیر از فسخ. زیرا، اولاً: فسخ در عقد مطرح است، در حالی که رجوع هم در بعض عقود مطرح است، مثل رجوع از هبه، رجوع از وصیت؛ هم در ایقاع، مثل رجوع از طلاق رجعی؛ و هم در بعض وقایع حقوقی ارادی، مثل رجوع از اذن. ثانیاً: رجوع قائم به شخص است و با وفات او از بین می‌رود ( ماده ۸۰۵ ق.م)، بنابراین طبیعتاً موروث نیست، در حالی که فسخ به ارث می‌رسد ( ماده ۴۴۸ ق.م)، مگر اینکه به قید مباشرت باشد. وانگهی، فسخ اشتراطاً برای ثالث هم قابل ایجاد است، در حالیکه قائم به شخص بودن رجوع، مانع این امر تلقی می‌شود. ثالثاً: فسخ ناظر به خود عقد است، در حالی که رجوع علی‌الظاهر معطوف به مال مورد عقد؛ به همین جهت است که تلف یکی از عوضین، مانع فسخ نیست، ولی تلف مال موضوع هبه، عقد را غیر قابل رجوع می‌گرداند. (مفهوم مخالف صدر ماده ۸۰۳ ق.م). این قضایا از این نکته حکایت دارد که فسخ مسلماً «حق» است، در حالی که رجوع را نمی‌توان حق محسوب نمود.

۶۷۸ ق.م) عاریه ( ماده ۶۳۸ ق.م) ودیعه ( مواد ۶۱۱، ۶۲۶ و ۶۲۸ ق.م) و مضاربه ( بند اول ماده ۵۵۱ ق.م).

### ب) تعلیل انفساخ عقود جایز اذنی به واسطه عروض احوال سالب اهلیت

اینک نکته قابل بررسی عبارت از این است که انفساخ عقود اذنی - نیابتی در فرض موت و جنون احد طرفین که فی الواقع مدلول اصلی ماده ۹۵۴ قانون مدنی را تشکیل می‌دهد مُعلّل به چیست؟ چرا این دسته از عقود جایز (از قبیل عقود مذکور در فوق) به موت و جنون هر یک از طرفین و نیز عارض شدن سقاهت (در موارد اعتبار رشد) مُنفسخ می‌شوند؟ و منشأ تحلیلی این انفساخ چیست؟

در این خصوص در بین فقهای امامیه وحدت نظر وجود ندارد: برخی بر این عقیده‌اند که انفساخ عقد در فرض مزبور، نتیجه جواز عقد است. به عبارت دیگر، بین جواز عقد و انحلال آن با عارض شدن اسباب سالب اهلیت، (مانند وقایع فوق) ملازمه وجود دارد.<sup>۱۷</sup> مرحوم شهید ثانی در مسالک در مقام توضیح و تعلیل عبارت مرحوم محقق حلی دایر بر بطلان و کالت با عارض شدن موت و جنون، تصریح می‌کند که بطلان عقد به سبب عوامل مزبور، موضع وفاق علمای امامیه است. زیرا، انحلال عقد در این موارد از احکام عقود جایز محسوب می‌شود.<sup>۱۸</sup> ظاهر عبارت فقهای دیگر در بحث از سایر عقود اذنی نیز همین نتیجه را افاده می‌کند که آنان بین جواز عقد و انفساخ آن به موجب عروض احوال سالب اهلیت،

۱۷. ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، دارالاضواء، چاپ دوم، بیروت، ۱۴۰۳ ه.ق، ج دوم، ص ۱۹۴.  
 ۱۸. « هذا موضع وفاق و لأنه من الاحکام العقود الجایزه و لافرق عندنا بین طول زمان الإغماء و قصره ». (شهید ثانی - زین الدین بن علی عاملی -؛ مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ ه.ق، ج پنجم، ص ۲۴۷).

ملازمه قائل بوده‌اند.<sup>۱۹</sup>

دیدگاه این دسته از فقیهان امامیه از این لحاظ قابل انتقاد است که به شرحی که بیان شد برخی از عقود جایز از قبیل هبه و وصیت، نه تنها با عارض شدن جنون یا موت شخص، مخدوش نمی‌شوند، بلکه با وفات او (واهب و موصی) استحکام بیشتری پیدا می‌کنند. فی المثل در وصیت با وفات موصی، یکی از ارکان اصلی اجرا شدن وصیت محقق می‌شود (مدلول مواد ۸۲۷، ۸۲۹ و ۸۳۰ ق.م) و در هبه، موتِ واهب یا متهب، عقد را غیر قابل رجوع می‌گرداند (ماده ۸۰۵ ق.م). علیهذا ملازمه فرضی مورد بحث، منتفی بوده و نتیجتاً نمی‌توان انفساخ عقد به موجب عروض اسباب سالب اهلیت را از احکام مطلق عقود جایز محسوب نمود.

صاحب «عناوین» ضمن اینکه هبه و وصیت را به درستی از شمول قاعده انفساخ عقد جایز با عروض احوال سالب اهلیت خارج می‌داند، به تعلیل بطلان عقودی مثل وکالت، ودیعه، عاریه و مضاربه به سبب عروض حالات مزبور پرداخته است.<sup>۲۰</sup> بنا به تحلیلی که او ارائه داده، جواز تصرف وکیل، مستودع، مستعیر و عامل در مال مالک، ناشی از ثبوت ولایت خود مالک و جواز تصرف شخص اوست به هر نحو که بخواهد. اما هرگاه مالک بمیرد، اموال و حقوق مالی او قهراً منتقل به وارث می‌شود، در حالی که تصرفات اشخاص مزبور از ناحیه مالک جدید امضا نشده است. بنابراین با انتفای سلطه شخص بر مال خود به

۱۹. علامه حلی؛ قواعد الاحکام، ج دوم، ص ۱۸۴ (در ودیعه) و ص ۳۵۰ (در وکالت) - محقق حلی؛ شرایع الاسلام، ج دوم، ص ۱۶۳ (در ودیعه) - شهید ثانی؛ مسالک، ج چهارم، ص ۳۵۳ (در مضاربه) و ج پنجم، ص ۸۴ (در ودیعه). صاحب عناوین نیز تأیید کرده است که هر کس نظرات فقهای امامیه را در این خصوص مورد تتبع قرار دهد، به این نتیجه خواهد رسید که عقد جایز با عروض هر یک از امور ثلاثه در مورد هر کدام از طرفین که باشد منتفی می‌شود: «و بالجمله، من تتبع کلمة الأصحاب، علم أن العقد الجایز یبطل بأحد الامور الثلاثه من ای طرفین کان» (میرفتاح مراغه‌ای؛ عناوین، ج دوم، ص ۴۰۶).

۲۰. عناوین؛ همان، ص ۴۱۰.

لحاظ موت؛ عقد نخست باطل می‌شود و در نتیجه صحت و جواز تصرفات اینان مستلزم انعقاد عقد جدیدی است. عروض جنون بر مالک و اغمای وی نیز از این لحاظ در حکم موت او است. زیرا، ولایت شرعی شخص از مال خود قطع می‌شود و خود همانند مالش تحت ولایت قرار گرفته و موکلی علیه محسوب می‌شود. از آن به بعد با بطلان عقد، اختیار با ولی اوست که به هر کیفیت که بخواهد اقدام کند. همچنان که بطلان عقد با وفات و کیل و عامل در عقود وکالت و مضاربه نیز به راحتی قابل توجیه است، زیرا، عقد به طریقت شخص اینان منعقد شده است. به عبارت دیگر، شخصیت اینان علت عمده عقد محسوب می‌شود، پس اگر بمیرند، محل عقد از بین رفته و دیگر بقای آن وجهی ندارد. فی الواقع، این وضعیت از فروع بحث «تعدّر وفا به مدلول عقد» محسوب می‌شود. و بالاخره جنون و اغمای اینان نیز موجب خروج آنان از اهلیت تصرف می‌شود و خود، موکلی علیه قرار می‌گیرند، در حالی که استدامه این عقود محتاج اهلیت تصرف است.

از بیان صاحب عناوین چنین مستفاد می‌گردد که انفساخ عقود جایزی مثل وکالت، ودیعه عاریه و مضاربه ارتباط وثیقی با مجرد وصف «جواز» این دسته از عقود ندارد، بلکه ناشی از ماهیت و ربط این عقود به «اذن» شخص است. به عبارت دیگر، این عقود اذنی، همچنان که ابتدائاً مستلزم وجود اذن مالک برای جواز تصرفات غیر در مال او است؛ همین طور استدامتاً نیز محتاج این اذن است و چون در فرض عروض حالات سالب اهلیت به هر یک از متعاقبین، فی الواقع اذنی باقی نمی‌ماند؛ نتیجتاً عقد مبنای خود را از دست داده و منفسخ می‌شود.

همچنان که اگر عقود مزبور به صورت شرط ضمن عقد لازمی هم مندرج باشند، باز هم حکم انفساخ در فرض تحقق رخدادهای سالب اهلیت جاری است.<sup>۲۱</sup>

۲۱. سید مصطفی محقق داماد (و همکاران)؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۹، ج اول، ص ۱۲۰.



تحلیلی که از جانب مرحوم صاحب عناوین ارائه شده، از جانب مرحوم صاحب جواهر نیز ارائه و مورد تبیین قرار گرفته است: وی در مورد بطلان مضاربه با موت هر یک از عامل و مضارب استدلال می‌کند که مضاربه در معنی و مدلولاً نوعی وکالت است و بطلان اذن مالک با فوت هر کدام از طرفین، انفساخ عقد را اقتضا می‌کند. زیرا، اذن مالک به منزله روح این عقد و عقود مشابه آن است.<sup>۲۳</sup> او در مواضع دیگر نیز همین نظریه را مبنای انفساخ این دسته از عقود قرار داده است،<sup>۲۴</sup> و نهایتاً این عقیده را که انفساخ با عروض حالات فوق از احکام عقود جایز باشد، به علت عدم جریان قاعده در عقد هبه و وصیت و رهن منافع می‌داند.<sup>۲۵</sup>

نویسندگان حقوق مدنی کشور ما نیز تحت تأثیر همین تحلیل‌ها، تصرفات جاری در عقود اذنی را از جمله تصرفاتی می‌دانند که قائم به اراده متصرف و وابسته به آن است و در حالت عادی حقی به وسیله آن از یک طرف به طرف دیگر منتقل نمی‌شود و به همین دلیل اعتبار آن با تغییر یا زوال اراده متصرف از بین می‌رود.<sup>۲۵</sup>

و بالاخره بنا به تعبیر یکی از استادان حقوق مدنی<sup>۲۶</sup> - که خواسته‌اند میانی مزبور را در قالب و هیئت قاعده‌ای کلی ارائه کنند:

«هرجا مقصود طرفین ایجاد حق و تکلیف نباشد و بخواهند در اجرای کاری به

۲۲. نجفی (شیخ محمدحسن معروف به صاحب جواهر)؛ جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، کتابفروشی اسلامیة، چاپ دوم، تهران، ۱۳۶۶، ج بیست و ششم، ص ۳۵۵.

۲۳. «... و البطلان بالموت، الانتفاء الموضوع ضروره كونها استتابه تذهب بذهاب المنوب عنه» (جواهر الکلام، ج بیست و پنجم، ص ۱۶۶).

۲۴. «دعوی کون ذلک من احکام العقد الجایز یدفها عدم القول به فی مثل الهبه و الرهن»، (جواهر الکلام، ج بیست و هفتم، ص ۳۶۲).

۲۵. مهدی، شهیدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۱۰۱.

۲۶. کاتوزیان؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ص ۴۶.

دیگری اذن یا نیابت دهند، یا نظارت خود را بر آن کار به گونه‌ای باقی گذارند، و از اراده آنان تنها اختیار و اباحه ایجاد شود، عقد جایز است. از سوی دیگر چون ارتباط اذن با منبع آن از بین نمی‌رود، هر حادثه‌ای که این منبع زاینده را از بین ببرد، ارتباط میان اذن و اراده را قطع می‌کند و آن را از بین می‌برد. به همین جهت است که تنها در عقود جایزی مانند عاریه، ودیعه، وکالت و مضاربه موت و جنون و سفه باعث انحلال عقد می‌شود.

### مبحث سوم: منشأ تحلیلی ربط و انتساب لزوم و جواز به عقود

اینک پس از بیان کلیات مزبور، و تعیین و تبیین اوصاف و خصوصیات عقود لازم و جایز، سؤال مهمی را مطرح می‌کنیم و آن عبارت از این است که میزان تأثیر اراده طرفین در تعیین طبیعت و آثار عقود لازم و جایز تا چه اندازه است؟ به عبارت دیگر، منشأ اختلاف عقد لازم و جایز چیست و از کجا است؟ آیا لزوم و جواز لازمه طبیعت و ذاتی این عقود است؟ اگر بر حسب فرض چنین باشد، منظور از ذاتی چیست؟ آیا لزوم و جواز مقتضای ذات یا مقتضای اطلاق این عقود است؟ آیا لزوم و جواز ناشی از حکم قانون و خارج از طبیعت این عقود محسوب می‌شوند؟ آیا اساساً عقود نسبت به لزوم و جواز لاقتضا هستند؟ آیا لزوم و جواز ناشی از عرف یا ناشی از بنای عقلا است؟ یا ناشی از خواست اراده خود متعاقدین؟ و در هر حال میزان تأثیر و دخالت اراده متعاقدین در تعیین این اوصاف یا تغییر آن تا چه اندازه است؟ آیا طرفین می‌توانند عقد جایزی را به عقد لازم یا عقد لازمی را به عقد جایز تبدیل کنند؟ و تمام این سؤالات فی الواقع در این یک سؤال خلاصه می‌شود: لزوم و جواز عقود جزو «احکام» است یا جزو «حقوق»؟ این مطلب و پی‌گیری آن را به شرح آتی مورد توجه قرار خواهیم داد.

### الف) دیدگاه حقوق دانان

در کتب حقوق مدنی بحث متمرکز و دقیقی در این خصوص ملاحظه نمی‌شود.

نویسندگان حقوق مدنی در کتاب‌های خود یا اساساً به این بحث نپرداخته‌اند و یا بعضاً مطالبی به‌طور پراکنده و گذرا در حد کلیات قضایا عنوان نموده‌اند به نحوی که تحلیل چشمگیری ارائه نشده است. در عین حال از همین مطالب پراکنده استفاده می‌شود که وحدت نظر ملموسی در بین حقوق‌دانان ما در این خصوص وجود ندارد: به اعتقاد یکی از استادان حقوق مدنی: «جایز بودن از اوصاف ذاتی بیشتر این عقود نیست، به همین جهت جزء در مواردی که قانون استثنا کرده باشد، دو طرف می‌توانند عقد جایز را در رابطه خود به صورت عقد لازم درآورند».<sup>۲۷</sup> آنگاه پس از شاهد آوردن ماده ۶۷۹ قانون مدنی از جانب استاد مزبور در این مورد؛ چنین می‌خوانیم: «اگر عقد وکالت به صورت شرط ضمن عقد لازمی دربیاید، یا حق عزل و استعفا اسقاط گردد، این عقد به صورت لازم درمی‌آید».<sup>۲۸</sup>

به نظر نگارنده هر چند اظهار نظر مزبور من حیث المجموع نادرست نیست، ولی می‌توان آن را قرین نوعی مسامحه در تعبیر دانست. زیرا، خواننده در بادی نظر از ظاهر آن چنین استظهار و استفاده خواهد کرد که اگر فی‌المثل وکالت - یا هر عقد اذنی دیگر - را به صورت شرط ضمن عقد لازمی قرار بدهد، با روی دادن موت و جنون احد طرفین بر حسب فرض، وکالت مزبور هیچ‌گونه خدشه‌ای نخواهد دید. زیرا، به تعبیر ایشان عقد به صورت «لازم» درآمده است، حال آنکه چنین استنتاجی حَقّاً واقعیت حقوقی ندارد. زیرا، به طوری که دیدیم تمام عقود اذنی با عارض شدن هر کدام از احوال سالب اهلیت، در هر حال منفسخ می‌شوند، اعم از اینکه مستقلاً انشا شده باشند یا به هر نحو و کیفیتی به صورت شرط ذیلی یک عقد لازم مندرج بوده باشند.

۲۷. ناصر، کاتوزیان؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۰، ص ۲۲، ش ۲۱. نیز مشابه همین مطلب: حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ص ۴۰، ش ۱۹.

۲۸. کاتوزیان؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، همان جا.

از این بیان دانسته می‌شود که لزوم و جواز عقود - برعکس آنچه که از ظاهر و اطلاق عبارت مزبور استظهار می‌گردد، - وضعی است که در اختیار متعاقدين نیست و آنچه در فرض مزبور محقق می‌شود، صرفاً از بین رفتن یا زوال حق فسخ عقد جایز به اراده متعاقدين است (آن هم با لحاظ مناقشاتی که در این بحث وجود دارد) نه تبدیل عقد جایز به عقد لازم.

توضیحاً اضافه می‌نماید که ممکن است عقد جایزی به صورت شرط نتیجه ضمن عقد لازمی انشا شود یا عقد لازمی منعقد شود و خیار شرط در آن قرار داده شود، یا یکی از خیارات قانونی در آن ثابت گردد، در این موارد، مثلاً در فرض اول نمی‌توان گفت عقد جایز تبدیل به عقد لازم؛ و در فرض دوم، عقد لازم تبدیل به عقد جایز شده است. زیرا، وضعیتی که درباره هر دو عقد ملاحظه می‌شود، ثانیاً و بالعرض است و حالات فوق در مورد هر یک از عقود، به لحاظ همین عروض ثانوی؛ منافاتی با طبع اولیه عقد ندارد در حالی که منظور از لزوم و جواز، طبع اولی عقود است.

مرحوم دکتر شهیدی می‌نویسد: «لزوم و جواز عقود از احکام و به تعبیری از مقررات آمره است نه از حقوق و نه مقتضای عقد».<sup>۲۹</sup> همچنین در جای دیگری، با این بیان ایشان مواجه‌ایم: «لزوم و جواز، دو وضعیت قانونی عقد است که به اراده طرفین قابل تغییر نیست یعنی طرفین نمی‌توانند هیچ عقد لازمی را به عقد جایز و هیچ عقد جایزی را به عقد لازم تبدیل کنند».<sup>۳۰</sup> همچنان که در این متن به روشنی بیان شده است، به نظر استاد مزبور، اوصاف لزوم و جواز عقود «حکم قانون» بوده و در اختیار طرفین نیست و ربطی نیز به مقتضیات عقد ندارد.

اما در بین نویسندگان حقوق مدنی، عقاید آقای دکتر لنگرودی مثل اکثر موارد کاملاً

۲۹. تشکیل قراردادها، ص ۶۵.

۳۰. اصول قراردادها و تعهدات، ص ۲۳.

تمایز و به نحو دیگری است: در یک مورد می‌خوانیم:

«به عکس نظرات دست اندرکاران این علم که لزوم یا جواز را از ماهیت عقود لازم و جایز خارج دانسته‌اند؛ ما لزوم عقود مالی معوض را از عناصر آن عقود می‌دانیم و معتقدیم که در کمون این عقود مصلحتی نهفته است که متعاقدين آن را در زمان عقد به خوبی می‌شناسند و اصلاً با توجه به آن مصلحت، عقد را منعقد می‌کند و اصلاً نیاز به راهنمایی کسی ندارند و این را در هزاران قرن پیش از این حتی در اعصاری که قانون‌گذاری‌های اولیه و ساده وجود نداشت می‌دانستند بعداً مردمانی پیدا شدند و گفتند اساس لزوم عقود بنای عقلا است یعنی عمل عقلا این بوده که برخی از عقود را لازم بدانند، اگر بپرسند چرا عقلا این بنا را نهادند؟ دلیل ندارند که با شما در میان بگذارند و چون دیدند که بی دلیل نباید حرف زد، رو به کلید طلایی آوردند و این کلید طلایی نامش استصحاب است».<sup>۳۱</sup>

دانشمند مزبور، مصلحت مورد نظر در عقود را «مصلحت کامنه» نام نهاده و آن را مصلحت زیر بنایی «عقود لازم» شمرده و در تعریف آن گفته است: «مصلحتی است که طبع یا نهاد عقد (یا ایقاع) اقتضای آن مصلحت را دارد».<sup>۳۲</sup> ایضاً همین مؤلف مشابه این نظریه را در مقاله دیگری عنوان نموده و لزوم و جواز را تابع طبیعت مصالحی دانسته است که در زمینه عقود وجود دارد.<sup>۳۳</sup> همین طور در مورد اختیار متعاقدين در تعیین وصف لزوم و جواز عقود از دیدگاه ایشان می‌خوانیم: «... آنان حاجت ندارند که آن عقد جایز را ضمن عقد لازم در آورند و حرکات انحرافی کنند، مصلحت اگر اقتضای لزوم کند، کافی

۳۱. فلسفه حقوق مدنی، ج اول، عناصر عمومی عقود، ش ۳۲۰، ص ۲۱۵.

۳۲. فلسفه حقوق مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۰، ج دوم، ش ۴۳۷، ص ۲۸۲.

۳۳. لزوم و جواز عقود، در: تحولات حقوق خصوصی - مجموعه مقالات در زمینه بزرگداشت مرحوم سیدحسن امامی، زیر نظر دکتر کاتوزیان -، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، تهران ۱۳۷۵، ص ۱۵۲.

است.<sup>۳۴</sup>

نظریه دانشمند مزبور از حیث توجه به بحث مصلحت که لاجرم در انعقاد عقود و در ساختمان آنها، وفی الواقع در غایتی که از انعقاد عقود بین آحاد اجتماع مورد نظر است، قابل ملاحظه و با ارزش است ولیکن، از حیث طرد بنای عقلا و اندیشه دانایان در تبیین مصالح امور و نیز از حیث اختیار متعاقدين در تعیین مصلحت‌ها (اگر چنین اختیاری مفروض باشد) قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

### ب) دیدگاه فقها

فقهای امامیه در قرون اخیر بعضاً مسأله ماهیت لزوم و جواز عقود را اجمالاً محل توجه قرار داده‌اند: عده‌ای از فقها لزوم و جواز را ناشی از حکم قانون می‌دانند.<sup>۳۵</sup> مرحوم شیخ انصاری در بحث از دلالت آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>۳۶</sup> در مورد لزوم عقود می‌گوید: لزوم و جواز از احکام شرعی عقودند. و قطع نظر از حکم شارع، هیچ‌یک، از مقتضیات عقود نیستند.<sup>۳۷</sup> این سخن به این معنی است که عقود فی نفسه و قطع نظر از حکم شارع، نه اقتضای لزوم دارند و نه اقتضای جواز. لذا اوصاف لزوم و جواز حکم قانون تلقی می‌شوند. برخی دیگر از فقها، لزوم و جواز عقود را از خصائص قانون و به عبارت بهتر ناشی از حکم شرع نمی‌دانند، بلکه معتقدند این اوصاف ناشی از عرف تلقی می‌شوند، زیرا، عقود

۳۴. فلسفه حقوق مدنی، ج ۲، ش ۴۳۸، ص ۲۸۲. او در این زمینه مدعی است که: «غیر از راقم این سطور، عموماً عقیده دارند که ذات هیچ عقدی اقتضای لزوم یا جواز را ندارد و حال آنکه مصلحت کامنه در نهاد عقد لازم، اقتضای لزوم را دارد».

۳۵. شیخ انصاری؛ مکاسب، ج پنجم، ص ۱۸. سید میرزا حسن بجنوردی؛ القواعد الفقهیه، ج پنجم، ص ص ۲۴۱، ۲۴۰، ۲۳۸.

۳۶. مائده آیه ۱.

۳۷. مکاسب، همان جا.

از قبیل وکالت، شرکت مدنی، وصیت و نظایر آن قبل از حکم شرع نیز در عرف جایز بوده‌اند، همچنان‌که بیع و اجاره و نکاح و سایر عقود معاوضی قبل از حکم شرع لازم بوده‌اند.<sup>۳۸</sup>

سخن مزبور به این معنی است که حکم شارع در خصوص لزوم و جواز عقود به معنی تأیید عمل عرف و نتیجتاً حکمی «امضایی» است نه «تأسیسی». به نظر می‌رسد این نظریه در مورد امضایی دانستن اوصاف لزوم و جواز عقود، سخن صوابی است ولیکن در عین حال، تابعیت لزوم و جواز از عرف، بعضاً متضمن نتایجی است که التزام به آن خالی از مشکل نخواهد بود. نگارنده در پایان این بحث، مسأله را از این لحاظ نیز مورد توجه قرار خواهد داد.

مرحوم میرزای نائینی در عین حال عقیده دارد لزوم و جواز از مقتضیات عقود و ذاتی آنها است، او در شرح کلام شیخ در ابتدای باب خيارات مکاسب، در مقام اظهار عقیده و نظریه شخصی خود در خصوص لزوم و جواز و نسبت آنها با عقود می‌گوید: عقود از این لحاظ سه دسته‌اند: دسته اول عقود هستند که لزوم، ذاتی آنها است، دسته دوم را عقودی تشکیل می‌دهند که ذاتاً اقتضای جواز دارند و بالاخره در دسته سوم عقودی قرار دارند که فی حد ذاته لاقتضا هستند، نه اقتضای لزوم دارند و نه اقتضای جواز. از آثار این تقسیم، این است که شرط خیار در عقود دسته اول منافی مقتضای این عقود تلقی می‌شود و لذا این عقود نه فسخ می‌شوند و نه اقاله، اما بالعکس عقودی که جزء دسته دوم قرار می‌گیرند، شرط لزوم منافی مقتضای آنها است و بالاخره هر عقدی که در دسته سوم قرار بگیرد نه شرط لزوم و نه شرط خیار منافی مقتضای عقد تلقی نمی‌شود.<sup>۳۹</sup>

وی در مقام اثبات، یعنی تحقق عقود در عالم اعتبار و ملاحظه روابط حقوقی مردم،

۳۸. میرزای نائینی، منه الطالب، ج سوم، ص ۴.

۳۹. همان.

عقد نکاح و ضمان را جزو عقود دسته نخست می‌داند. زیرا، این عقود نه قابل جعل و شرط خیارند و نه قابل اقاله. در عین حال جواز فسخ نکاح به استناد برخی عیوب خاص و به ملاحظه تخلف از برخی شروط و نیز جواز فسخ ضمان در فرضی که اعسار ضامن کشف شود - با فرض جهل داین به عدم ملائت و اعسار او - منافاتی با لزوم این عقود ندارد. زیرا، این موارد بنا به دلیل خاص و به حکم قانون مقرر شده‌اند، او سپس عقد هبه را از مصادیق دسته دوم و بیع را عداد مصادیق دسته سوم قرار می‌دهد.<sup>۴۰</sup>

به نظر میرزای نائینی، هرگاه عقدی « ذاتاً » مقتضی لزوم یا جواز باشد، این لزوم یا جواز در آن مورد، امری « حکمی » تلقی می‌شود و لذا قابل اسقاط نخواهد بود. زیرا، به ملاحظه اقتضای ذاتی عقد، التزام به ضد آن منافی مقتضای عقد بوده و نتیجتاً مخالف کتاب و سنت تلقی می‌شود. اما عقود دسته سوم که نه مقتضی لزوم‌اند و نه مقتضی جواز؛ لزوم و جواز این دسته اصطلاحاً « لزوم و جواز حقی » نامیده می‌شود، لذا این عقود، هم قابل جعل و شرط خیار محسوب می‌شوند و هم قابل اسقاط خیار.<sup>۴۱</sup>

فقیه مزبور در ادامه می‌افزاید: <sup>۴۲</sup> آنچه که به موجب عقود انشاء می‌شود، مدلول مطابقی و التزامی عقد است، به عبارت بهتر هر عقدی که انشاء می‌شود دو مدلول دارد: مدلول مطابقی و مدلول التزامی. فی‌المثل در عقد بیع، مدلول مطابقی عقد، نفس تبدیل مال به مال است که این امر در معاطات نیز حاصل است، در حالی که مدلول التزامی عبارت است از تعهد به آنچه که بالمطابقه انشاء شده و التزام به آن؛ و همین است که عقد و عهد موثق تعبیر می‌شود. این دلالت التزامی در عقود، ناشی از بنای عرف و عادت تلقی می‌شود. در نتیجه؛ با لحاظ آنچه که به عنوان « لزوم ذاتی » عقود و جواز ذاتی آنها و نیز لا اقتضا

۴۰. همان، صص ۵-۴.

۴۱. همان.

۴۲. همان.



بودن برخی عقود از حیث لزوم و جواز، عنوان و ارائه شد؛ هر عقدی که لزوم از مقتضیات ذاتی آن باشد، - مثل نکاح و ضمان- این التزام ناشی از بنای عرف بوده و صرفاً جنبه تأکیدی دارد و فی الواقع تأکید بر چیزی است که در ذات عقد وجود دارد. و به طور متقابل؛ هر عقدی که جواز از مقتضیات ذاتی آن باشد - مثل هبه- از تحت شمول آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تخصصاً خارج است. و هر عقدی که اقتضای ذاتی خاصی از حیث لزوم و جواز ندارد با همین التزام است که واجد اقتضا تلقی می‌شود مانند بیع. و آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ناظر به چنین دلالتی است که مدلول التزامی عقد می‌شود نه دلالت مطابقی آن، که نفس تبدیل مال به مال است.

اما نظریه میرزای نائینی در باب اقتضای ذاتی عقود بر لزوم یا جواز و نیز در خصوص تقسیم مدلولات عقد به دو مدلول مطابقی و التزامی؛ به شدت از جانب مرحوم امام خمینی مورد مناقشه قرار گرفته است: به نظر ایشان دیدگاه میرزای نائینی در خصوص اقتضای ذاتی برخی عقود (از قبیل نکاح و ضمان) بر لزوم، و نیز اقتضای ذاتی برخی دیگر (از قبیل هبه) بر جواز؛ بنا به دلایل نقضی محدودش است. زیرا، چنانچه منظور از «ذاتی»، ذاتی باب برهان باشد، که ارکان اصلی تشکیل دهنده ماهیت هر شیئی محسوب می‌شود، در این صورت لازمه این امر، عدم امکان انفکاک ذاتی از ماهیت خواهد بود. به عبارت دیگر در این فرض، وجود ماهیت بدون وجود ذاتی ممتنع خواهد بود. این قضیه - یعنی تلائم بین ذاتی و ماهیت - نه تنها در امور وجودی؛ بلکه در امور اعتباری نیز صادق است، همچنان که ذات امور اعتباری، اعتباری است؛ لوازم و احکام آن نیز اعتباری است.<sup>۴۳</sup> ولیکن در باب لزوم و جواز عقود؛ حمل «ذاتی» به این مفهوم، عقلاً صحیح نیست، زیرا، انفکاک لزوم از نکاح به ثبوت خیار تدلیس و عیب و تخلف از شرط صفت و نیز ثبوت خیار در عقد ضمان در

۴۳. البیع، ج چهارم، ص ۹.

فرض کشف اعسار ضامن و عدم ملائت او، اقوی دلیل بر این است که لزوم به معنی مزبور نمی تواند از مقتضیات عقود نکاح و ضمان باشد.<sup>۴۴</sup>

اما اگر منظور از «ذاتی»، به معنای مقتضای عقد و اثر مستقیم و اصلی آن باشد؛ (همان طور که فی المثل گفته می شود نقل ملکیت مقتضای بیع است، یعنی مفاد و اثر ذاتی عقد بیع، امر مزبور است) تردیدی نیست که ذاتی به این مفهوم نیز به لزوم و جواز عقود قابل انتساب نیست. زیرا، این اوصاف (یعنی نفس لزوم و جواز)، مقتضا و اثر مستقیم هیچ عقدی نیستند.<sup>۴۵</sup>

در نهایت اگر منظور از توصیف لزوم و جواز به عنوان «ذاتی» عقود؛ این باشد که فی المثل دلیل قانونی بر لزوم نکاح و ضمان، و نیز بر جواز عقد هبه اقامه شده است؛ (به استثنای مواردی که درباره هر کدام از این عقود به نحو دیگری مقرر شده است) در این صورت باز هم تقسیم مذکور (یعنی تقسیم عقود دایر بر اقتضای ذاتی بر لزوم، اقتضای ذاتی بر جواز و عقود لاقضای) نادرست خواهد بود. زیرا، تمام عقود از این لحاظ علی السویه و مانند هم هستند زیرا، برخی از آنها به دلیل شرعی لازم، و برخی دیگر به دلیل شرعی جایز محسوب می شوند و در هر دو مورد نیز با استثناهایی مواجه ایم، علی هذا این تعبیر که لزوم و جواز «ذاتی» عقود باشد در هر حال فاقد وجهت علمی است.<sup>۴۶</sup>

همین طور نظریه میرزای نائینی دایر بر اینکه هر عقدی که انشا می شود واجد یک مدلول مطابقی و یک مدلول التزامی است، باز هم محل نقد و خدشه مرحوم امام خمینی قرار گرفته است؛ ایشان در این مورد می فرمایند: انشا از افعال اختیاری محسوب می شود. از این لحاظ، این نکته که فعل اختیاری از مدلولات التزامی چیز دیگری محسوب شود، منطقی

۴۴. همان.

۴۵. همان، صص ۹-۱۰.

۴۶. همان، ص ۱۰.

صحیح نیست، زیرا، لازم هر شیئی با وجود آن شیء قهراً محقق شده و بر آن مترتب می-شود. در حالی که معنی اختیاری بودن فعل در هر مورد؛ منطقاً به معنی امکان تحقق و نیز امکان عدم تحقق آن است. از این بیان دانسته می‌شود که نفس تعهد و التزام اعم از اینکه منظور، حقیقت تکوینی آنها یا معنی اعتباری‌شان باشد، در هیچ‌کدام از دو صورت نمی‌تواند از مدلولات التزامی چیزی محسوب شود. زیرا، در هر دو مورد، جزو افعال اختیاری است. چه؛ تعهد نفسانی از حیث تکوینی فعل اختیاری نفس است و از حیث اعتباری، فعل مجعول مبتنی بر اختیار. و هر آنچه که اختیاری محسوب شود، منطقاً نمی‌تواند «لازمه قهری» شیئی و از توابع آن باشد.<sup>۴۷</sup>

ایشان در پایان نتیجه می‌گیرند که لزوم عقود در مواردی که بنای عرف بر آن است ربطی به ذات عقد نداشته، بلکه حکمی است عقلایی؛ و در نتیجه اعم از اینکه متعاملین با علم و اطلاع خود به حسب واقع، طرفین یک عقد غیرقابل فسخ و ملتزم به آن باشند یا جاهلاً به این اوصاف، عقد لازمی منعقد کنند، وجود دارد و بنابراین محتاج مقدمات تکلف آمیزی که در نظریه برخی بزرگان وجود دارد، نیست.<sup>۴۸</sup>

به طوری که ملاحظه می‌کنیم نقادی‌های مرحوم امام خمینی در مورد نظریه مرحوم میرزای نائینی علی الاغلب بر ملاحظات و موشکافی‌های فلسفی استوار است.

### مبحث چهارم: چکیده نظرات و نقد آنها

#### الف) چکیده نظرات

در مقام بررسی نظریات بزرگان از فقیهان امامیه و نویسندگان حقوق مدنی ایران، در خصوص لزوم و جواز عقود در این مقاله، با دیدگاه‌هایی مواجه بوده‌ایم. این نظریات و

۴۷. همان، صص ۱۱-۱۰.

۴۸. همان، ص ۱۱.

اندیشه‌ها را قطع نظر از اجمال و تفصیل آنها و نیز صرف نظر از کمال و نقص و صحت و سقم‌شان، عنواناً می‌توان به شرح ذیل معرفی نمود:

۱. لزوم و جواز عقود علی‌الاصول در اختیار متعاقدين است، آنان می‌توانند عقد جایزی را به عقد لازم و عقد لازمی را به عقد جایز تبدیل کنند. مگر اینکه لزوم و جواز، ذاتی برخی عقود باشد مع‌الوصف چنین عقودی اندک‌اند، نتیجه اینکه: لزوم و جواز عقود اصولاً جنبه حقی دارند.

۲. لزوم و جواز عقود از مقتضیات خود عقود یا ناشی از اختیار متعاقدين نیست، بلکه ناشی از احکام شرع و به عبارت بهتر حکم امره قانون است و در قلمرو اختیارات متعاقدين قرار نمی‌گیرد. ملخص اینکه: لزوم و جواز عقود جنبه حکمی دارد.

۳. لزوم و جواز عقود ناشی از مصلحت استقرار یافته در بطن عقود است و لذا با ذات عقود ارتباط دارد.

۴. لزوم و جواز ناشی از بنای عرف و عادت است.

۵. هر کدام از اوصاف لزوم و جواز، ذاتی برخی عقود است. همچنان‌که برخی عقود دیگر ذاتاً نه لازم‌اند و نه جایز، بلکه از این حیث لاقتضا هستند.

۶. لزوم و جواز عقود، حکمی عقلایی و مبتنی بر بنای عقلا است (در مواردی که بنای عرف بر آن است).

### ب) نقد مختصر نظریات

به نظر می‌رسد هر کدام از نظریات بخشی از حقیقت را واجد است ولیکن به نظر نگارنده واقعیت حقوقی در هیچ‌کدام از آنها به‌طور تمام عیار متجلی نیست. زیرا، هر کدام بر حسب مورد و بنا به اقتضات منطقی و لوازم خود، با برخی دلایل نقضی قرین و همراه‌اند. قبلاً برخی انتقادات ممکن‌التصور را در هنگام بیان نظرات متذکر شده‌ایم. اما اینکه در این قسمت از بحث، که همه نظرات در این رابطه در ساحت اندیشه و جرح و

تعدیل و نقض و ابرام قرار داشته و در کنار هم مستجمع‌اند، مراتب ذیل به ذهن متبادر می‌شود:

نظریه اول که به موجب آن اختیار متعاقدين در تعيين اوصاف لزوم و جواز، و تبديل عقد لازم به عقد جایز یا بالعکس به طور اصولی مورد توجه قرار گرفته، نمی‌تواند به اطلاق خود قابل قبول باشد، زیرا، از یک طرف به طوری که دیدیم تمامی عقود جایز اذنی با عروض حالات سالب اهلیت، منفسخ می‌شوند (ماده ۹۵۴ ق.م) و بقای عقود جایز در فرض مزبور در قلمرو اراده متعاقدين نیست. از طرف دیگر لزوم و جواز، اوصافی است که فارغ از نحوه توافق متعاقدين، به الگوهای معاملاتی و قالب‌های عقود از جانب قانون نسبت داده شده‌اند و توافق طرفین تغییری در این وضعیت نمی‌دهد.

نظریه دوم که لزوم و جواز را ناشی از حکم شرع و به عبارت بهتر ناشی از حکم آمره قانون دانسته و به آن وصف امری قائل است و این اوصاف را از مقتضیات خود عقود نمی‌داند، علی‌الاصول تلقی به قبول است؛ مع الوصف به عموم و اطلاق آن و نیز به برخی نتایج آن نمی‌توان ملتزم بود. زیرا، از یک طرف در برخی ابعاد در عقود و معاملات، به تعبیر فقها ما با لزوم و جواز «حقی» مواجه‌ایم، از طرف دیگر چنانچه این اوصاف منحصرأ ناشی از حکم قانون باشد و این تعبیر به معنی «تأسیسی بودن» لزوم و جواز تلقی شود، در این صورت این نظریه متضمن این تالی فاسد خواهد بود که قبل از حکم شرع یا قانون، این عقود، لازم یا جایز نبوده‌اند، حال آنکه ملاحظات تاریخی، منافی این طرز تلقی است. وانگهی الگوهای معاملاتی و قالب‌های عقود، علی‌الاصول عرفی‌اند و لاجرم قبل از وجود حکم شرع نیز وجود داشته‌اند. مگر اینکه ناشی از حکم شرع بودن این اوصاف، منحصرأ به معنی حکمی بودن آنها و عدم تأثیر اراده‌های طرفین در این محدوده تعبیر شود نه به معنی تأسیسی بودن این اوصاف.

نظریه سوم که لزوم و جواز را ناشی از مصلحت استقرار یافته در بطن و طبع عقود (مصلحت کامنه) می‌داند، از حیث تأثیر و دخالت عنصر «مصلحت» در ساختمان عقود و نیز

شناخت این مصلحت از جانب متعاقدين و همچنين « نوعی » دانستن این مصالح، باارزش و قابل قبول است. وليکن از حيث اینکه بنا به فرض به متعاقدين اختيار می‌دهد که عقد را برحسب مورد و اجیاناً به اقتضای مصلحت فردی، لازم یا جایز محسوب نمایند، - که نتیجتاً تعیین مصلحت‌ها و لذا لزوم و جواز در اختيار متعاقدين قرار می‌گیرد، - قابل انتقاد است.

نظریه چهارم که لزوم و جواز عقود را ناشی از بنای عرف و عادت می‌داند، از حيث آثار، نتایج و لوازم تا حدّ زیادی به نظریه اول نزدیک می‌شود و نتیجتاً از همین لحاظ غیر قابل قبول است. زیرا، از آنجا که قواعد عرفی علی القاعده قواعد تکمیلی هستند نه قواعد امری؛ بنابراین لازمه این دیدگاه این است که لزوم و جواز الگوهای معاملاتی، از حيث تحقق این قالب‌ها و الگوها در عالم خارج، تابع التزام متعاقدين یا عدم التزام آنان و لذا تابع اراده‌های آنان قرار بگیرد. در حالی که چنین نتیجه‌ای - هرگاه استنتاج آن مفروض باشد - محل تأمل و بلکه غیرقابل قبول است، زیرا، صرف بنای عرف دایر بر ملتزم دانستن متعاقدين فلان عقد خاص، فی نفسه اعمال فسخ از جانب یکی از آنان را بلااثر نمی‌گرداند. همین طور مجرد التزام متعاقدين به مدلول عقد؛ قطع نظر از اوصاف قانونی آن عقد، عقد جایزی را در جایگاه و موقع حقوقی عقد لازم قرار نمی‌دهد. به عبارت دیگر نمی‌توان وصف لزوم یک عقد را از این نکته که متعاقدين خود را به عمل به مدلول عقد ملتزم می‌دانند استنباط کرد.

در نظریه پنجم که لزوم و جواز را ذاتی برخی عقود می‌داند، هرچند نمی‌توان وصف و اصطلاح «ذاتی» را به معنی رکن ماهیت و از عناصر قوام آن و نیز به معنی مستقیم‌ترین و اصلی‌ترین اثر عقد (اقتضای ذات عقد) محسوب نمود، مع الوصف هرگاه ملاحظات منطقی و فلسفی را مورد توجه قرار نداده و «ذاتی» را در بحث مزبور، عبارت از امری بدانیم که با ماهیت اعتباری عقد، «تناسب» جدی و ربط وثیق دارد؛ در این صورت این نظریه به واقعیت نزدیک‌تر خواهد شد.

در نهایت؛ نظریه آخری که به موجب آن لزوم و جواز حکمی عقلایی است، دور از

واقعیت نیست و در هیئت کلی خود، صحیح تلقی می‌شود، ولیکن نمی‌توان این نظریه را از هر حیث نظریه مستقل و متمایزی محسوب نمود.

### مبحث پنجم: احراز ماهیت حقی یا حکمی لزوم و جواز عقود

به عنوان نتیجه و اظهار نظر نهایی که در حقیقت ماحصل تأملات و استقصای نظرات و اندیشه‌های دانشمندان محسوب می‌شود، به نظر می‌رسد می‌توان چنین اظهار عقیده نمود: «لزوم و جواز عقود ناشی است از بنای عقلا، مبتنی بر مصلحت، و با حکم قانون مرتبط است و علی‌القاعده جنبه حکمی دارد نه جنبه حقی». لیکن در تبیین این اجمال، باید موارد ذیل را هم‌زمان مورد توجه و امعان نظر قرار داد:

**یکم:** هرگاه عقد به طور مجرد ملحوظ نظر قرار گیرد، منصرف از لزوم و جواز است. زیرا، عقد فی نفسه عبارت است از تلاقی اراده‌های انشایی طرفین در موضوع معین. بنابراین اوصاف لزوم و جواز، ذاتی عقود- به معنی یکی از ارکان تشکیل دهنده ماهیت عقد- نیست، ولیکن با توجه به حکمت تشریح عقود در اجتماع و تحقق یافتن آنها در نظام امور اعتباری اجتماع، لزوم و جواز در مورد هر عقد، به شدت با حکمت تشریح آن عقد و جعل آن در نظام اعتبارات اجتماع، تلائم و تناسب دارد. به عبارت دیگر، در قضیه ملاحظه وضع عقود نسبت به اوصاف لزوم و جواز؛ ذاتی بودن و عدم انفکاک (به مفهوم فلسفی) مطرح نیست، بلکه تلائم و تناسب عمیق و وثیق مطرح است: تناسب وصف لزوم یا جواز با ساختار و حکمت ایجاد آن عقد.

**دوم:** قانون است که اوصاف لزوم و جواز را به عقود و الگوهای معاملاتی منتسب می‌کند. به عبارت دیگر لزوم و جواز، دو وصف متمایز از هم هستند که از جانب قانون به الگوهای معاملاتی که بین آحاد مردم رایج‌اند، نسبت داده شده‌اند.

**سوم:** چون اوصاف مزبور، به حکم قانون است، متعاقبین در تعیین لزوم و جواز عقود فاقد اختیارند و از این لحاظ نمی‌توانند به هر نحو که بخواهند رفتار کنند. بنابراین

لزوم و جواز عقود علی القاعده جنبه حکمی دارد، به استثنای موارد یا محدوده‌ای که اختیار طرفین به حکم قانون قابل اعمال و واجد اثر صحیح باشد.

**چهارم:** چون الگوهای معاملاتی قبل از وجود نظام تشریح نیز در بین مردم وجود داشته، بنابراین حکم قانون اصولاً جنبه تأسیسی نداشته بلکه علی القاعده واجد جنبه امضایی است.

**پنجم:** نظر به اینکه قانون و نظام تشریح (بر اساس ملاحظات فرهنگی و اخلاقی هر جامعه‌ای) امر عینی را امضا نمی‌کند، از اینجا دانسته می‌شود که لزوم و جواز عقود - که مورد امضای شارع است - مبتنی بر بنای عقلا بوده و با روش و تشخیص مبتنی بر حکمت و عقلانیت متناسب است و نظر به اینکه عقلاً (یعنی فرزندانگان و پارسایان صائب التَّشخیص هر قوم) کار عبث را مرتکب نشده یا تأیید نمی‌کنند، لاجرم لازم یا جایز دانستن عقود از جانب آنان مبتنی بر حکمتی عقلایی بوده است که در لزوم فلان الگوی معاملاتی یا تعاقدی (مثل بیع و نکاح) یا جواز فلان رابطه قراردادی (مثل وکالت) مستتر بوده است.

**ششم:** حکمت عقلایی مزبور، همان عنصر «مصلحت» است و همین است که مورد امضای شارع قرار گرفته است: لزوم و جواز عقود، ربط وثیقی با عنصر «مصلحت» دارد (مصلحت مال یا مصلحت طرفین) و چون این مصلحت‌ها، همان حکمت‌های عقلایی امور در اجتماع است، پس ملحوظ داشتن آن، مورد تصدیق عقلا است. لذا لزوم و جواز با بنای عقلا مرتبط است و چون بنای عقلا، نه تنها در این زمینه، مورد ردع شارع قرار نگرفته، بلکه مورد امضای او نیز واقع شده است؛ از این لحاظ، این اوصاف متکی به حکم قانون گذارند. تبیین ارتباط و علاقه بین لازم یا جایز بودن عقود با عنصر مصلحت و بنای عقلا، کار پیچیده‌ای نیست: چرا عقد مزارعه لازم است؟ (ماده ۵۲۵ ق.م) زیرا، در بادی نظر به راحتی درک می‌شود که اگر عقد مزبور جایز باشد و هر کدام از طرفین و علی‌الخصوص عامل، عقد را در هر زمان که بخواهد فسخ و زراعت را ترک نماید، در عمل، مشکلات کثیری حادث شده و ثروت‌های مردم که اسباب معیشت آنان است معطل مانده و از حیث انتفاع



خارج شده و محصولات زراعی تلف می‌شوند. پس مصلحت (مصلحت مال) اقتضا می‌کند که عقد مزارعه لازم باشد نه جایز. چرا وکالت عقدی جایز است؟ (ماده ۶۷۸ ق.م.) زیرا، با اندک تصویری می‌توان به این تصدیق رسید که اگر وکالت در ساختمان طبیعی خود عقدی لازم و غیرقابل فسخ باشد، و علی‌الخصوص از آنجا که در وکالت، شخصیت طرف در انعقاد عقد با این یا آن شخص بی‌تأثیر نیست، اگر این عقد، عقدی غیرقابل فسخ باشد، در عمل با حریت انسان منافات خواهد داشت و می‌دانیم که حریت انسان قابل معامله و معاوضه نیست (ماده ۹۶۰ ق.م.)، پس مصلحت طرفین ایجاب می‌کند که وکالت، عقدی جایز باشد.

چرا وعده نکاح جایز است؟ در بادی نظر و با اندک تأملی به خوبی می‌توان درک کرد که لازم بودن وعده نکاح به شدت، با حریت طرفین منافات دارد. حتی جواز این رابطه حقوقی با قیاس اولویت نیز قابل استنباط است: زیرا، اگر در مورد فلان عقد، مصلحت «مال» اقتضای لزوم یا جواز را داشته باشد، به طریق اولی در این مورد اقتضای جواز وجود دارد. چه، نکاح عقدی است که طرفین خودشان موضوع آن محسوب می‌شوند و به تبع آن هر کدام از طرفین تمام علائق، عواطف، مشی زندگی و حتی سرنوشت خود را به میان آورده و با وضع طرف مقابل پیوند می‌زنند. پس اگر وعده نکاح که مقدمه نکاح است لازم بوده و در هر مورد چاره‌ای غیر از تن دادن به ازدواج و زندگی مشترک تحمیلی نباشد، حریت شخص عملاً برای مدت عمر او مخدوش خواهد شد، نتیجتاً «مصلحت طرفین» ایجاب می‌کند که وعده نکاح جایز باشد. این مصلحت امری است که مورد تصویب عقلا و لذا مورد تصویب قانون است. اینک، به خوبی درمی‌یابیم که چرا قانون‌گذار از رابطه نامزدی تحت عنوان «وعده نکاح» نام برده است: نامزدی مورد نظر قانون مدنی هر چند فی‌نفسه غلنه زوجیت محسوب نمی‌شود، ولی به لحاظ ماهیت تعاقبی و توافقی آن، فی‌الواقع یکی از عقود است. زیرا، از حیث انطباق آن بر ماده ۱۸۳ قانون مدنی و نیز از نظر تحلیل اراده‌های طرفین، محتوای آن، توافق و تعهد بر امری است (ازدواج در

آینده) که مورد قبول هر دو طرف قرار گرفته است. طرفین مشخص‌اند، قصد و رضا و اهلیت - بنا بر مفروض - وجود دارد و حتی ممکن است بر حسب مورد، بخشی از مهر که برای موقع ازدواج مقرر است، تأدیه شده باشد. مع ذلک مقتن به ملاحظه پرهیز از جریان اصالة اللزوم و توجهاً به فقدان اختیار هر کدام از طرفین در انحلال عقود لازم و احیاناً با نظر به لازم العمل بودن عقد جایز تا زمان فسخ؛ و فی الواقع به منظور رعایت مصلحت اکید و اهم حفظ حریت انسانی افراد، عمداً از اطلاق نام «عقد» بر این رابطه حقوقی خودداری نموده و از آن تحت عنوان «وعده» نام برده است تا هر گونه اثر الزام آور را - اعم از شدید یا ضعیف - از آن منتفی نماید و از انحلال آن به اراده یک طرف نیز به جای استفاده از اصطلاح حقوقی و مرسوم «فسخ» - که در مورد عقود به کار می‌رود - از لفظ «برهم خوردن» استفاده کرده است. مشابه همین بررسی‌ها را در مورد لازم بودن عقود رهن و کفالت نسبت به راهن و کفیل نیز در ابتدای این نوشتار دیدیم.

**هفتم:** در مبانی لزوم و جواز عقود، نظر به اینکه مصلحت‌ها به‌طور «نوعی» مورد توجه عقلا و نتیجتاً مورد تصویب و امضای شارع قرار گرفته‌اند، به دلیل ارتباط قانون با ملاحظات مربوط به نظم عمومی اجتماع، این اوصاف علی‌القاعده جنبه «حکمی» داشته و جزو قواعد آمره‌اند مگر در موردی که خلاف آن تصریح شده یا به نحوی احراز شود.

**نتیجه و حاصل بحث:** اینکه با توجه به جمیع مراتب مزبور، می‌توان چنین اظهار نظر نمود: «هرگاه عقود را صرف‌نظر از جنبه‌های عارضی و وضعیت‌های استثنایی آنها (از قبیل جعل و اشتراطِ خیار در عقود لازم) و بنا بر طبع اولیه آنها لحاظ کنیم، لزوم و جواز جنبه «حکمی» دارند، هم از جنبه «تکلیفی» و هم از جنبه «وضعی»: یعنی در مورد عقود لازم مدلول عقد برای هر طرف لازم الاتباع است تکلیفاً؛ و اعمال فسخ از جانب آنها بی تأثیر است وضعاً؛ و در مورد عقود جایز، التزام و تعهد طرفین به هیچ وجه موجب لزوم عقد نمی‌شود و رابطه آنان در هر حال قابل فسخ است و این فسخ تکلیفاً جزو مباحات بوده و وضعاً واجد اثر است مثل وعده نکاح که جواز آن با نظر به مصلحت طرفین، جوازی

حکمی است».

«لیکن هرگاه عقدی را به انضمام استثنای مقرر و ممکن در نظر بگیریم، مانند اینکه عقد لازم را در کنار امکان فسخ در موارد جعل و اشتراط خیار،<sup>۴۹</sup> یا تحقق خیار به حکم قانون و یا انشای عقد جایز را به صورت شرط نتیجه، ضمن یک عقد لازم در نظر بگیریم و یا آن را به انضمام تعهد به عدم استفاده از حق فسخ ملحوظ نظر قرار دهیم، (در صورتی که امکان و صحت چنین تعهدی مفروض باشد) در این صورت، لزوم و جواز در مدار و قلمرو استثنای، لزوم و جواز «حقی» است. زیرا، تعیین وضعیت عقد از این لحاظ، بنا به تجویز قانون در محدوده اختیار و تراضی طرفین قرار داشته و معروض اراده‌های آنان است، بنابراین نفوذ و اعتبار آنچه که آنان در این ساحت تعیین و انشا می‌کنند، به علت عدم تنافی با قواعد آمره و لذا فقدان مانع قانونی، تلقی به قبول و مورد تصدیق است».

۴۹. همچنان که متن افاده می‌نماید، این اشتراط خیار، ناظر به موارد «ممکن» است، نه مثل نکاح که لزوم آن، لزومی حکمی است، زیرا، اشتراط خیار نسبت به اصل نکاح، محمل قانونی ندارد. (ماده ۱۰۶۹ ق.م.)

## نتیجه گیری

از آنچه تاکنون بررسی شد، می‌توان به این نتیجه رسید که: اولاً؛ هرگاه عقد به‌طور مجرد ملحوظ نظر قرار گیرد، منصرف از لزوم و جواز است. ثانیاً؛ قانون است که اوصاف لزوم و جواز را به عقود و الگوهای معاملاتی منتسب می‌کند. ثالثاً؛ چون اوصاف مزبور، به حکم قانون است، متعاقبین در تعیین لزوم و جواز عقود فاقد اختیارند و از این لحاظ نمی‌توانند به هر نحو که بخواهند رفتار کنند. رابعاً؛ چون الگوهای معاملاتی قبل از وجود نظام تشریح نیز در بین مردم وجود داشته، بنابراین حکم قانون اصولاً جنبه تأسیسی نداشته بلکه علی‌القاعده واجد جنبه امضایی است. خامساً؛ نظر به اینکه قانون و نظام تشریح (بر اساس ملاحظات فرهنگی و اخلاقی هر جامعه‌ای) امر عینی را امضا نمی‌کند، از اینجا دانسته می‌شود که لزوم و جواز عقود - که مورد امضای شارع است - مبتنی بر بنای عقلا بوده و با روش و تشخیص مبتنی بر حکمت و عقلانیت متناسب است سادساً؛ حکمت عقلایی مزبور، همان عنصر «مصلحت» است سابعاً؛ در مبانی لزوم و جواز عقود، نظر به اینکه مصلحت‌ها به‌طور «نوعی» مورد توجه عقلا و نتیجتاً مورد تصویب و امضای شارع قرار گرفته‌اند، به دلیل ارتباط قانون با ملاحظات مربوط به نظم عمومی اجتماع، این اوصاف علی‌القاعده جنبه «حکمی» داشته و جزو قواعد آمره‌اند مگر در موردی که خلاف آن تصریح شده یا به نحوی احراز شود. و حاصل این همه اینکه: لزوم و جواز عقود ناشی است از بنای عقلا، مبتنی بر مصلحت، و با حکم قانون مرتبط است و علی‌القاعده جنبه حکمی دارد نه جنبه حقی. به عبارتی دیگر، هرگاه عقود را صرف نظر از جنبه‌های عارضی و وضعیت‌های استثنایی آنها (از قبیل جعل و اشتراطِ اختیار در عقود لازم) و بنابر طبع اولیه آنها لحاظ کنیم، لزوم و جواز جنبه «حکمی» دارند، هم از جنبه «تکلیفی» و هم از جنبه «وضعی»: یعنی در مورد عقود لازم مدلول عقد برای هر طرف لازم الاتباع است تکلیفاً؛ و اعمال فسخ از جانب آنها بی‌تأثیر است و ضمناً؛ و در مورد عقود جایز، التزام و تعهد طرفین به هیچ وجه موجب لزوم عقد نمی‌شود و رابطه آنان در هر حال قابل فسخ است و این فسخ

تکلیفاً جزو مباحات بوده و وضعاً واجد اثر است مثل وعده نکاح که جواز آن با نظر به مصلحت طرفین، جوازی حکمی است.

لیکن هرگاه عقدی را به انضمام استثنای مقرر و ممکن در نظر بگیریم، مانند اینکه عقد لازم را در کنار امکان فسخ در موارد جعل و اشتراط خیار، یا تحقق خیار به حکم قانون و یا انشای عقد جایز را به صورت شرط نتیجه، ضمن یک عقد لازم در نظر بگیریم و یا آن را به انضمام تعهد به عدم استفاده از حق فسخ ملحوظ نظر قرار دهیم، (در صورتی که امکان و صحت چنین تعهدی مفروض باشد) در این صورت، لزوم و جواز در مدار و قلمرو استثنای، لزوم و جواز «حقی» است. زیرا، تعیین وضعیت عقد از این لحاظ، بنا به تجویز قانون در محدوده اختیار و تراضی طرفین قرار داشته و معروض اراده‌های آنان است، بنابراین اعتبار و نفوذ آنچه که آنان در این ساحت تعیین و انشا می‌کنند، به علت عدم تنافی با قواعد آمره و لذا فقدان مانع قانونی، تلقی به قبول و مورد تصدیق است.

## منابع

## الف: فارسی

۱. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، ج اول، چاپ بیست و یکم، تهران، ۱۳۷۹.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، چاپخانه مشعل آزادی، چاپ اول، تهران، ۱۳۵۷.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ مجموعه محشای قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۹.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ فلسفه حقوق مدنی، جلد اول، عناصر عمومی عقود، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ لزوم و جواز عقود، در: تحولات حقوق خصوصی، مجموعه مقالات ارائه شده برای بزرگداشت مرحوم دکتر سیدحسن امامی زیر نظر ناصر کاتوزیان، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، تهران، ۱۳۵۷.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ فلسفه حقوق مدنی، ج دوم، اصول عامه اذن و اذنیات، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲.
۷. حائری شاه باغ، سیدعلی؛ شرح قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، ج اول، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲.
۸. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوق دان، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷.
۹. شهیدی، مهدی؛ اصول قراردادها و تعهدات، نشر حقوق دان، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۹.
۱۰. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲.

۱۱. صفایی، سیدحسین؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج دوم، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۲.
۱۲. عبده بروجردی، محمد؛ کلیات حقوق اسلامی، انتشارات رهام، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۱.
۱۳. عدل، مصطفی؛ حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، انتشارات بحرالعلوم، چاپ اول، قزوین، ۱۳۷۳.
۱۴. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج اول (انعقاد و اعتبار قرارداد)، انتشارات بهنشر، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۲.
۱۵. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج پنجم (انحلال قراردادها، خیار)، انتشارات بهنشر، چاپ اول، تهران، ۱۳۶۹.
۱۶. کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، شرکت انتشار، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۰.
۱۷. محقق داماد، سید مصطفی و همکاران؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه، انتشارات سمت، جلد اول، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۹.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه، (بخش مدنی)، انتشارات سمت، چاپ دوم، تهران، ۱۳۷۶.

#### ب: عربی

۱۹. امام خمینی، سید روح الله موسوی؛ کتاب البیع، چاپخانه مهر، قم، ۱۳۷۸ (مجلد چهارم).
۲۰. انصاری، شیخ مرتضی؛ کتاب المکاسب، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، قم، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۲۱. بجنوردی، سید میرزا حسن؛ القواعد الفقہیہ، انتشارات دلیل ما، چاپ اول، قم،

- ۱۴۲۴ هـ. ق (مجلدات دوّم و پنجم).
۲۲. حسینی مراغه‌ای، سید میر عبد الفتّاح؛ عناوین، انتشارات اسلامی جامعه مدرسین، حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم، ۱۴۱۸ هـ. ق (مجلد دوّم).
۲۳. شهید ثانی، زین الدّین بن علی العاملی؛ مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، قم، ۱۴۱۳ هـ. ق. (مجلدات چهارم و پنجم).
۲۴. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر حلّی اسدی؛ قواعد الاحکام، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، قم، ۱۴۱۸ هـ. ق (مجلد دوم).
۲۵. محقّق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفرین حسن؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال دارالحرام، دارالاضواء، چاپ دوم، بیروت ۱۴۰۳ هـ. ق. (مجلد دوّم).
۲۶. نائینی، میرزا محمدحسین؛ منیه الطالب فی شرح المكاسب، تقریرات درس فقه به قلم شیخ موسی نجفی خوانساری؛ مؤسسه انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ. ق. (مجلد سوم).
۲۷. نجفی، شیخ محمدحسن معروف به صاحب جواهر؛ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، کتابفروشی اسلامیّه، چاپ دوّم، تهران، ۱۳۶۶، مجلدات بیست و پنجم، بیست و ششم و بیست و هفتم.
۲۸. نراقی، مولی احمد؛ عوائد الایام، دارالهادی، بیروت، ۱۴۲۰ هـ. ق، مجلد اول.