

مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی

دکتر محمد حسین شهیدی

استادیار دانشگاه

وکیل پایه یک دادگستری

نشر میزان

سرشناسه : شهبازی، محمدحسین، ۱۳۴۸ -
 عنوان و نام پدیدآور : مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی / محمدحسین
 شهبازی
 مشخصات نشر : تهران: نشر میزان، ۱۳۹۳
 مشخصات ظاهری : ۲۲۴ ص.
 فروست : علوم اجتماعی: ۷۸۰
 شابک : 978-964-511-579-9
 وضعیت فهرست نویسی : فیپا
 وضعیت : قرار دادهای (فقه)
 درجی کنجی : ۲۹م ش/۱/۱۹۰ BP
 رد فنی نویسی : ۲۹۷/۳۷۲
 شماره کتابشناسی ملی : ۳۴۷۵۳۴۹

هرگونه تکثیر (اعم از چاپی، دیجیتال، الکترونیکی و...) از این اثر بدون اخذ مجوز
 از ناشر خلاصه و پیکره قانونی دارد.
 لطفاً در صورت مشاهده، مراتب را به شماره تلفن های ذیل اطلاع دهید.

۷۸۰

نشر میزان
 مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی

دکتر محمدحسین شهبازی

چاپ اول: بهار ۱۳۹۳

قیمت: ۹۰۰۰ تومان

شماره: ۱۰۰۰ نسخه

شابک: ۹۷۸ ۹۶۴-۵۱۱-۵۷۹-۹

دفتر مرکزی: خ شهید بهشتی، بعد از چهارراه سهروردی، خ کاووسی فر، کوچه نکبسا، پلاک ۳۲، تلفن ۸۸۵۴۹۱۳۱
 فروشگاه مرکزی: خ انقلاب، روبروی درب اصلی دانشگاه تهران، ابتدای خ قخر رازی، پلاک ۸۳، تلفن ۶۶۴۶۷۷۷۰
 واحد پخش و فروش: خیابان سمیه، بین مفتح و فرصت، پلاک ۱۰۲، تلفن ۸۸۳۴۹۵۲۹-۳۱
 وبسایت: www.mizan-law.ir mizannasher@yahoo.com پست الکترونیکی:

فهرست مطالب

۱۱	 مقدمه
۱۷	 فصل اول - اصل لزوم در قراردادها
۱۸	 مبحث اول - مطالب
۱۸	 گفتار نخست - بخاطر و غلبه
۲۰	 گفتار دوم - قاعد
۲۰	 گفتار سوم - استصحاب
۲۱	 گفتار چهارم - بنای عرف و شع
۲۲	 مبحث دوم - مبانی فقهی اصل لزوم
۲۲	 گفتار نخست - دلایل اجتهادی اصل لزوم
۲۲	 بخش نخست - کتاب
۲۲	 الف) آیه «أوفوا بالعقود»
۲۳	 ۱- معنی عقد
۲۴	 ۲- وفای به عقد
۲۵	 ۳- آیه «أوفوا بالعقود» دلالت بر اصل لزوم نمی نماید ...
۲۹	 ب) آیه «تجارة عن تراض»
۳۱	 ج) آیه «أحل الله البيع»
۳۲	 بخش دوم - سنت

- الف - روایت «الناس مسلطون علی اموالهم» ۳۲
- ب - روایت «لا یحل مال امریء مسلم الا عن طیب نفسه» ۳۴
- ج - روایت «البیعان بالخیار مالم یفترقا فإذا افترقا وجب البیع» ۳۷
- د - روایت «المؤمنون عند شروطهم» ۳۸
- بخش سوم - بنای عقلا ۳۸
- گفتار دوم - دلیل فقهائی اصل لزوم ۴۰
- نتیجه ۴۸
- بخش سوم - اصل لزوم در قانون مدنی ایران ۴۹

فصل دوم - مبانی جواز و قابلیت رجوع در

- عقود ۵۰
- مبحث اول - اذن ۶۱
- گفتار نخست - ماهیت عقود اذنی ۶۳
- الف) عقد تملیکی ۶۴
- ۱- عقد تملیکی موجد حق عینی ۶۵
- ۲- عقد تملیکی ناقل حق عینی ۶۵
- ب) عقد عهدی ۶۵
- ۱- عقد عهدی موجد حق دینی ۶۶
- ۲- عقد عهدی ناقل حق دینی ۶۶
- ج) عقد اذنی ۶۸
- گفتار دوم - آثار عقود اذنی ۷۴
- بخش نخست - جواز عقود اذنی ۷۶
- بخش دوم - برهم خوردن عقود اذنی بر اثر فوت یا حجر یکی از طرفین ۷۸
- گفتار سوم - مصادیق عقود اذنی ۸۹

بخش نخست - عقد مضاربه	۸۹
بخش دوم - عقد شرکت	۹۵
بخش سوم - عقد ودیعه	۱۰۱
بخش چهارم - عقد عاریه	۱۰۴
بخش پنجم - عقد وکالت	۱۰۸
بخش ششم - آیا جعاله عقدی است اذنی؟	۱۱۲
بخش هفتم - نتیجه	۱۱۷
مبحث دوم - نظم عمومی	۱۱۸
گفتار نخست - وعده نکاح (نامزدی)	۱۱۹
مبحث سوم - عقد وصیت	۱۲۳
گفتار نخست - عقد هبه	۱۲۸
مبحث سوم - ایستادگی بر یک طرف	۱۳۴
گفتار نخست - عقود موجد حق دینی	۱۳۸
بخش نخست - عقود موجد حق انتفاع	۱۳۸
الف) لزوم یا جواز عقد موجد حق انتفاع نسبت به مالک ..	۱۳۹
ب) لزوم یا جواز عقد موجد حق انتفاع نسبت به منتفع ..	۱۴۰
بخش دوم - عقد وقف	۱۴۲
بخش سوم - عقد موجد حق ارتفاق	۱۴۴
بخش چهارم - عقد رهن	۱۴۵
گفتار دوم - عقود موجد حق دینی	۱۴۶
بخش نخست - عقد کفالت	۱۴۶
بخش دوم - عقد ضمان در صورت ضم ذمه به ذمه	۱۴۷

فصل سوم - اعمال مبانی جواز قراردادها در موارد

- گوناگون ۱۵۳
- مبحث اول - اعمال مبانی جواز در عقود معین ۱۵۳
- گفتار نخست - لزوم یا جواز عقود تملیکی ۱۵۴
- بخش نخست - عقد بیع ۱۵۵
- بخش دوم - عقد اجاره (اشیاء و حیوان) ۱۵۶
- بخش سوم - عقد قرض ۱۵۹
- گفتار دوم - لزوم یا جواز عقود عهدی ۱۶۱
- بخش نخست - عقد اجاره اشخاص ۱۶۲
- بخش دوم - عقد سرازه و مساقات ۱۶۳
- بخش سوم - عقد ضمانت - تنبی بر نقل ذمه به ذمه ۱۶۴
- بخش چهارم - عقد سرازه ۱۶۵
- گفتار سوم - لزوم یا جواز صلح و نکاح ۱۶۷
- بخش نخست - عقد صلح ۱۶۷
- بخش دوم - عقد نکاح ۱۶۸
- نتیجه ۱۶۹
- مبحث دوم - اعمال مبانی جواز در شروط ضمن عقد ۱۷۰
- گفتار نخست - اعمال مبانی جواز در شرط نتیجه ۱۷۱
- بخش نخست - عقود اذنی ۱۷۲
- بخش دوم - عقود که جواز آنها با نظم عمومی ارتباط دارد ۱۷۴
- بخش سوم - عقود که نسبت به یک طرف جایز می باشند ۱۷۶
- گفتار دوم - اعمال مبانی جواز در شرط فعل ۱۷۶
- گفتار سوم - آیا عقد جایزی که در اثر اجرای شرط فعل منعقد می شود لازم می گردد؟ ۱۷۷
- مبحث سوم - اعمال مبانی جواز در قراردادهای خصوصی ۱۷۸

- گفتار نخست - قراردادهای خصوصی تملیکی ۱۷۹
- گفتار دوم - قراردادهای خصوصی عهدهی ۱۸۰
- گفتار سوم - آیا قرارداد خصوصی اذنی وجود دارد؟ ۱۸۲

فصل چهارم - مبانی جواز و قابلیت رجوع در

- ایقاعات ۱۸۵
- مبحث اول - حکومت اراده ۱۸۶
- گفتار نخست - اذن محض ۱۸۷
- الف - ماهیت حقوقی اذن محض ۱۸۷
- ب - اثر حقوقی اذن محض ۱۸۷
- گفتار دوم - ایجاب ۱۹۲
- مبحث دوم - نظم عمومی ۱۹۵
- گفتار نخست - وصیت ۱۹۵
- گفتار دوم - طلاق ۱۹۷
- مبحث سوم - اعمال مبانی جواز ايقاعات در موارد مختلف ۱۹۸
- گفتار نخست - ايقاعات موجد حق ۱۹۹
- گفتار دوم - ايقاعات مسقط حق ۲۰۱
- نتیجه ۲۰۵
- فهرست منابع و مآخذ ۲۰۶
- الف) منابع به زبان فارسی ۲۰۹
- ب) منابع به زبان عربی ۲۱۵
- ج) منابع به زبان فرانسه ۲۱۹

مقدمه

مطابق ماده ۱۸۱ قانون مدنی: «عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد». در موارد معینه^۱ و بر طبق ماده ۱۸۶ همان قانون: «عقد جایز آن است که هریک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند».

بنا بر تعاریف فوق عقد لازم، عسری است اصولاً غیرقابل فسخ ولی عقد جایز قراردادی است قابل فسخ. با دقت در این دو ماده باید ملاحظه می گردد که قانونگذار تعریف عقد لازم و جایز را از فقه امامیه اقتباس کرده است. پیش از آنکه به بررسی تعاریف مختلف عقد لازم و جایز در فقه بپردازیم، باید این نکته را متذکر شویم که فقها^۲ لفظ «لزوم» را گاه به معنای وجوب تکلیفی وفای به عقد و گاه به معنای وجوب وضعی مؤثر نبودن فسخ به کار می برند و بدیهی است با توجه به تعریف عقد لازم در ماده ۱۸۵ قانون مدنی به نظر می رسد که مقنن لزوم را در معنای دوم استعمال کرده است. حق نیز همین است؛ چه خواهیم دید (در مبحث دوم فصل اول) وجوب وفای به عقد، حکمی است که اختصاص به قراردادهای لازم ندارد بلکه هر عقدی (خواه لازم باشد یا جایز) بر طبق آیه شریفه «أوفوا بالعقود» و نیز ماده ۲۱۹ قانون مدنی لازم الوفا می باشد.

برخی از فقهای امامیه^۳ معتقدند عقد لازم قراردادی است که شرعاً امکان فسخ آن وجود ندارد ولی عقد جایز عقدی است که هریک از طرفین می تواند آن را فسخ کند.

۱- آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه بر مکاسب، ص ۱۴۴.

۲- به نقل از حسینی مراغی، سید میر فتح، العناوین، ج ۲، ص ۴۴.

به نظر بعضی دیگر از فقها^۱ عقد لازم قراردادی است که شأن آن، چنان است که بدون وجود عارضه‌ای قابل فسخ نمی‌باشد ولی عقد جایز عقدی است که به خودی خود قابل فسخ است هرچند هیچ موجبی برای فسخ وجود نداشته باشد.

با دقت در تعاریف فوق ملاحظه می‌گردد که تعریف اخیر منطقی‌تر و با ماهیت عقد لازم و جایز سازگارتر به نظر می‌رسد؛ چه بر تعریف نخست این ایراد وارد است که در آن موارد استثنایی فسخ عقد لازم اشاره نشده است.^۲

قانون مدنی در بیشتر عقود صریحاً به لازم یا جایز بودن آنها اشاره نموده ولی در برخی موارد سکوت کرده و تکلیف عقد را از این حیث مشخص نساخته است. برای مثال در عقد باوض، نکاح هیچ متنی مبنی بر لزوم یا جواز در قانون به چشم نمی‌خورد. از همین جهت است که این پرسش ساده به ذهن متبادر می‌شود که اینگونه عقود را باید لازم شمرد یا جایز؟ آیا اصلی در این زمینه وجود دارد تا راهنمای ما باشد؟

از سوی دیگر چون عقد براساس توافق لاقفل دو اراده منعقد می‌گردد، برهم زدن آن به وسیله یکی از طرفین امری نامعروف به نظر می‌رسد که بی‌گمان نیازمند دلیل و مبنایی منطقی و عقلایی می‌باشد. به بیان دیگر، جایز که در آن هر طرف حق فسخ قرارداد را دارد باید بر اساس مبنایی منطقی توجیه گردد. هدف عمده ما از تدوین کتاب حاضر بررسی همین مطلب است. می‌خواهیم ببینیم آیا تمام عقود جایز دارای مبنای عقلایی می‌باشند یا خیر؟ پس از بررسی مبنای جواز قرارداد باید به این مسأله پرداخت که آیا این مبنای در سایر موارد از جمله شروط ضمن عقد و قراردادهای خصوصی نیز قابل اعمال است یا اختصاص به عقود معین دارد؟ بالاخره از جواز ایفاء عقد که در زندگی روزمره ما نقش مهمی را ایفاء می‌کنند نباید گذشت و باید دید آیا مبنای جواز بودن این دسته از اعمال حقوقی وجود دارد یا خیر؟

بدین ترتیب کتاب حاضر را در چهار فصل مورد مطالعه قرار می‌دهیم:
در فصل اول از اصل لزوم قراردادها بحث می‌کنیم و خواهیم دید این اصل علی‌رغم

۱- حسینی مراغی، سیدمیر فتح، همان منبع، ص ۳۶.

۲- با دقت در ماده ۱۸۵ قانون مدنی به نظر می‌رسد که قانونگذار در تدوین آن از تعریف نخست پیروی کرده است با این تفاوت که در ماده فوق ایراد وارد بر تعریف عقد لازم که در بالا به آن اشاره شد وجود ندارد و از این حیث تعریف این ماده بر نظر فقها رجحان دارد.

معنای منطقی و عقلایی اش نه در فقه و نه در قانون مدنی مبنایی ندارد. در فصل دوم که هسته اصلی کتاب را تشکیل می‌دهد مبنایی جواز قراردادهای مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در این فصل سه مبنای اذن، نظم عمومی و ایجاد حق به عنوان تنها دلایل جایز بودن قراردادهای تبیین می‌گردند. فصل سوم این کتاب را به بحث از اعمال مبنایی جواز قراردادهای در موارد مختلف از جمله شروط ضمن عقد و قراردادهای خصوصی اختصاص می‌دهیم. در فصل چهارم که فصل پایانی کتاب است از مبنایی قابلیت رجوع در ایقاعات بحث می‌کنیم. در این فصل دو مبنای اصلی که عبارت از حکومت اراده و نظم عمومی می‌باشد برای اراز ایقاعات ارائه می‌شود.