



موضوع عقد و مورد معامله با تأکید بر عقد صلح

دکتر اسماعیل نعمت‌اللهی
عضو هیئت علمی دانشگاه قم



پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
زمستان ۱۳۹۳

نعمت‌اللہی، اسماعیل، ۱۳۴۸ -

موضوع عقد و مورد معامله با تأکید بر عقد صلح / اسماعیل نعمت‌اللہی. - قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۲.

نہ، ۲۳۸ص.: جدول. (پژوهشگاه حوزه و دانشگاه: ۲۸۶: حقوق؛ ۲۹)

ISBN: 978-600-298-048-9

بہا: ۸۷۰۰۰ ریال

فہرست‌نویسی براساس اطلاعات فیبا.

کتابنامہ: ص. [۲۱۵ - ۲۲۱]: همچنین بہ صورت زیرنویس.

نمایہ.

۱. عقود و ایقاعات (فقہ) - ایران. ۲. سازش (حقوق). ۳. تعہدات (حقوق) - ایران. الف. پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

ب. عنوان

۳۴۶/۵۵۰۲

۱۳۹۳ م ۸۷/ن ۸۵۸/ک م H

۳۶۲۰۲۵۸

شمارہ کتابشناسی ملی



موضوع عقد و مورد معامله با تأکید بر عقد صلح

مؤلف: دکتر اسماعیل نعمت‌اللہی (عضو ہیئت علمی دانشگاه قم)

ناشر: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

ویراستار: سعیدرضا علی‌عسکری

صفحہ آرایہ: اعتصام

چاپ اول: زمستان ۱۳۹۳

تعداد: ۱۰۰۰ نسخه

لیتوگرافی: سعیدی

چاپ: قم-سبحان

قیمت: ۸۷۰۰۰ تومان

کلیہ حقوق برای پژوهشگاه حوزه و دانشگاه محفوظ و نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

قم: ابتدای شہرک پردیسان، بلوار دانشگاه، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۰۲۵-۳۲۱۱۱۱۰۰ (انتشارات ۰۲۵-۳۲۱۱۱۳۰۰)

نمبر: ۰۳۲۸۰۳۰۹۰، ص. پ. ۳۱۵۱-۳۷۱۸۵

تہران: خ انقلاب، بین وصال و قدس، نیش کوی اُسکو، تلفن: ۰۶۶۴۰۲۶۰۰ و ۰۶۶۹۷۸۹۲۰-۰۲۱

Website: www.rihu.ac.ir

Email: info@rihu.ac.ir

سخن پژوهشگاه

پژوهش در علوم انسانی [به منظور شناخت، برنامه‌ریزی و ضبط و مهار پدیده‌های انسانی] در راستای سعادت واقعی بشر ضرورتی انکارناپذیر و استفاده از عقل و آموزه‌های وحیانی در کنار داده‌های تجربی و در نظر گرفتن واقعیت‌های عینی و فرهنگ و ارزش‌های اصیل جوامع، شرط اساسی پویایی، واقع‌نمایی و کارایی این‌گونه پژوهش‌ها در هر جامعه است.

پژوهش کارآمد در جامعه ایران اسلامی در گرو شناخت واقعیت‌های جامعه از یک‌سو و اسلام به‌عنوان متقن‌ترین آموزه‌های وحیانی و اساسی‌ترین مؤلفه فرهنگ ایرانی از سوی دیگر است؛ از این‌رو، آگاهی دقیق و عمیق از معارف اسلامی و بهره‌گیری از آن در پژوهش، بازنگری و بومی‌سازی مبانی و مسائل علوم انسانی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است.

توجه به این حقیقت راهبردی از سوی امام خمینی رحمته‌الله بنیانگذار جمهوری اسلامی، زمینه شکل‌گیری دفتر همکاری حوزه و دانشگاه را در سال ۱۳۶۱ فراهم ساخت و با راهنمایی و عنایت ایشان و همت اساتید حوزه و دانشگاه، این نهاد علمی شکل گرفت. تجربه موفق این نهاد، زمینه را برای گسترش فعالیت‌های آن فراهم آورد و با تصویب شورای گسترش آموزش عالی در سال ۱۳۷۷ «پژوهشکده حوزه و دانشگاه» تأسیس شد و در سال ۱۳۸۲ به «مؤسسه پژوهشی حوزه و دانشگاه» و در سال ۱۳۸۳ به «پژوهشگاه حوزه و دانشگاه» ارتقا یافت.

پژوهشگاه تاکنون در ایفای رسالت سنگین خود خدمات فراوانی به جوامع علمی ارائه نموده است که از آن جمله می‌توان به تهیه، تألیف، ترجمه و انتشار ده‌ها کتاب و نشریه علمی اشاره کرد. این کتاب به‌عنوان منبع کمک‌درسی برای درس‌های حقوق مدنی برای دانشجویان رشته‌های حقوق و نیز فقه و مبانی حقوق اسلامی در مقاطع کارشناسی و کارشناسی ارشد و نیز طلاب علوم دینی فراهم آمده است. همچنین دیگر علاقه‌مندان می‌توانند از آن بهره‌مند شوند.

از استادان و صاحب نظران ارجمند تقاضا می شود با همکاری، راهنمایی و پیشنهادهای اصلاحی خود، این پژوهشگاه را در جهت اصلاح کتاب حاضر و تدوین دیگر آثار مورد نیاز جامعه دانشگاهی یاری دهند.

در پایان پژوهشگاه لازم می داند از تلاش های نویسنده گرامی، آقای دکتر اسماعیل نعمت اللهی، و نیز ارزیاب محترم، حجت الاسلام دکتر سیدعلی علوی قزوینی تشکر و قدردانی نماید.

فهرست مطالب

مقدمه ۱

فصل اول: کلیات

۱-۱. تعریف عقد	۳
۱-۱-۱. تعریف لغوی عقد	۳
۱-۱-۲. تعریف اصطلاحی عقد	۴
۱-۲-۱. تعریف عقد در حقوق خارجی	۴
۱-۲-۲. تعریف عقد در حقوق ایران	۵
۱-۲-۳. تعریف عقد در فقه اهل سنت	۹
۱-۲-۴. تعریف عقد در فقه شیعه	۱۰
۲-۱. عناصر عقد	۱۵
۲-۱-۱. حصر عناصر عقد	۱۵
۲-۱-۲. در قانون مدنی و آثار حقوقی	۱۵
۲-۱-۳. در فقه شیعه و اهل سنت	۱۷
۲-۲-۱. رکن اصلی عقد	۱۹
۳-۱. رابطه عقد با تعهد و تراضی	۲۴
۳-۱-۱. رابطه عقد و تعهد	۲۵
۳-۱-۲. مفهوم حقوقی تعهد	۲۸
۳-۱-۳. مفهوم فقهی عهد و تعهد	۳۱
۳-۲-۱. رابطه عقد و تراضی	۴۲
۳-۲-۲. در قانون مدنی	۴۲
۳-۲-۳. در فقه شیعه	۴۵
۳-۲-۴. ادله اعتبار تراضی	۵۰

فصل دوم: موضوع عقد و مورد معامله

۶۵.....	۱-۲. موضوع عقد.....
۶۶.....	۱-۱-۲. نظریات راجع به موضوع عقد.....
۶۶.....	۱-۱-۱-۲. نبودن موضوع برای عقد.....
۶۷.....	۲-۱-۱-۲. یکسانی موضوع عقد و تعهد.....
۶۸.....	۳-۱-۱-۲. ایجاد تعهد.....
۷۰.....	۴-۱-۱-۲. عملیات و تحولات حقوقی.....
۷۱.....	۵-۱-۱-۲. هدف عقد.....
۷۴.....	۶-۱-۱-۲. نقد و بررسی.....
۷۶.....	۲-۱-۲. تعریف و اوصاف موضوع عقد.....
۷۷.....	۳-۱-۲. معیار تشخیص موضوع عقد در عقود بانام.....
۷۸.....	۱-۳-۱-۲. توجه به تعریف عقد.....
۷۸.....	۲-۳-۱-۲. توجه به عمل موجب.....
۸۵.....	۴-۱-۲. بررسی موضوع عقد در عقود بانام.....
۸۶.....	۱. عُمری، رُقبی، سُکنی و حبس مطلق.....
۸۷.....	۲. وقف.....
۸۷.....	۳. بیع.....
۸۸.....	۴. معاوضه.....
۸۹.....	۵. اجاره.....
۹۰.....	۶. مزارعه.....
۹۱.....	۷. مساقات.....
۹۱.....	۸. مضاربه.....
۹۲.....	۹. جعاله.....
۹۲.....	۱۰. شرکت.....
۹۳.....	۱۱. ودیعه.....
۹۴.....	۱۲. عاریه.....
۹۴.....	۱۳. قرض.....
۹۵.....	۱۴. سبق و رمایه.....
۹۵.....	۱۵. وکالت.....
۹۶.....	۱۶. ضمان.....
۹۷.....	۱۷. حواله.....
۹۸.....	۱۸. کفالت.....
۹۸.....	۱۹. صلح.....

۹۸.....	۲۰. رهن.....
۹۹.....	۲۱. هبه.....
۱۰۰.....	۵-۱-۲. مقایسه موضوع عقد در عقود بانام و بی نام.....
۱۰۲.....	۶-۱-۲. دسته بندی عقود با توجه به موضوع آنها.....
۱۰۲.....	۱-۶-۱-۲. عقود دارای موضوع بسیط و مرکب.....
۱۰۲.....	بند اول: عقود دارای موضوع بسیط.....
۱۰۲.....	بند دوم: عقود دارای موضوع مرکب.....
۱۰۲.....	۲-۶-۱-۲. عقود تملیکی و غیرتملیکی.....
۱۰۳.....	بند اول: عقود تملیکی.....
۱۰۳.....	بند دوم: عقود غیرتملیکی.....
۱۰۴.....	الف) عقود عهدی.....
۱۰۵.....	ب) عقود اذنی.....
۱۰۵.....	ج) عقود دیگر.....
۱۰۷.....	۲-۲. مورد معامله.....
۱۰۷.....	۱-۲-۲. تعریف مورد معامله.....
۱۰۹.....	۲-۲-۲. اقسام مورد معامله.....
۱۱۰.....	۱-۲-۲-۲. عین.....
۱۱۱.....	۲-۲-۲-۲. منفعت.....
۱۱۱.....	۳-۲-۲-۲. حق.....
۱۱۳.....	۴-۲-۲-۲. عمل.....
۱۱۳.....	۵-۲-۲-۲. دعوا و ضرر و زیان ناشی از جرم.....
۱۱۳.....	۳-۲-۲. اقسام عقود با توجه به مورد آنها.....
۱۱۳.....	۱-۳-۲-۲. از لحاظ وجود یک مورد یا دو مورد معامله.....
۱۱۴.....	۲-۳-۲-۲. از لحاظ نوع مورد معامله.....

فصل سوم: ماهیت، موضوع و مورد عقد صلح

۱۱۷.....	۱-۳. مقدمه.....
۱۱۸.....	۱-۱-۳. ادله مشروعیت صلح.....
۱۱۹.....	الف) آیات.....
۱۲۰.....	ب) روایات.....
۱۲۰.....	ج) اجماع.....
۱۲۱.....	۲-۱-۳. تعریف عقد صلح.....
۱۲۱.....	۱-۲-۱-۳. در لغت.....

- ۱۲۱..... ۲-۲-۱-۳. در فقه شیعه
- ۱۲۳..... ۳-۲-۱-۳. در فقه اهل سنت
- ۱۲۴..... ۴-۲-۱-۳. در حقوق
- ۱۲۵..... ۳-۱-۳. اقسام عقد صلح
- ۱۲۵..... ۱-۳-۱-۳. صلح دعوا
- ۱۲۶..... ۲-۳-۱-۳. صلح بدوی (ابتدائی)
- ۱۲۸..... ۴-۱-۳. استقلال یا عدم استقلال عقد صلح
- ۱۳۱..... ۲-۳. ماهیت عقد صلح
- ۱۳۱..... ۱-۲-۳. تسالم
- ۱۳۱..... ۱-۱-۲-۳. پیشینه نظری
- ۱۳۳..... ۲-۱-۲-۳. مفهوم تسالم
- ۱۳۶..... ۲-۲-۳. تعهد به تسالم
- ۱۳۷..... ۳-۲-۳. انشاء تسالم
- ۱۴۱..... ۴-۲-۳. قطع نزاع
- ۱۴۳..... ۳-۳. موضوع عقد صلح
- ۱۴۳..... ۱-۳-۳. از دید قانون گذار
- ۱۴۴..... ۱-۱-۳-۳. تسالم
- ۱۴۸..... ۲-۱-۳-۳. نداشتن موضوع خاص
- ۱۵۳..... بند اول: قلمرو مشترک عقد صلح
- ۱۵۴..... بند دوم: قلمرو اختصاصی عقد صلح
- ۱۵۹..... بند سوم: چگونگی استفاده اعمال حقوقی از صیغه مصالحه
- ۱۶۲..... بند چهارم: تفاوت تراضی در عقد صلح با عقود دیگر
- ۱۶۶..... ۲-۳-۳. از دید متعاقدين
- ۱۶۶..... ۱-۲-۳-۳. قلمرو مشترک صلح با عقود بانام
- ۱۶۶..... بند اول: تعداد عقود قابل جایگزین با عقد صلح
- ۱۶۸..... بند دوم: اثر جریان صلح به جای عقود دیگر
- ۱۷۰..... بند سوم: موضع قانون مدنی
- ۱۷۲..... ۲-۲-۳-۳. قلمرو اختصاصی عقد صلح
- ۱۷۲..... بند اول: صلح دعوا
- ۱۷۲..... الف) صلح برای رفع دعوی موجود
- ۱۷۹..... ب) صلح برای جلوگیری از دعوی محتمل
- ۱۸۱..... بند دوم: صلح در مقام معاملات
- ۱۸۱..... الف) صلح تملیکی

۱۸۴.....	ب) صلح عهدی.....
۱۹۰.....	ج) صلح اسقاط.....
۱۹۱.....	د) صلح ناقل.....
۱۹۳.....	هـ) صلح دین به دین.....
۱۹۵.....	و) اقسام دیگر.....
۱۹۶.....	۳-۳-۳. شرایط موضوع عقد صلح.....
۱۹۶.....	۳-۳-۳-۱. مشروع بودن.....
۱۹۹.....	۳-۳-۳-۲. عدم مخالفت با قانون.....
۲۰۰.....	۳-۳-۳-۳. عدم مخالفت با نظم عمومی.....
۲۰۰.....	۳-۴. مورد معامله در عقد صلح.....
۲۰۰.....	۳-۴-۱. ضابطه مورد معامله در عقد صلح.....
۲۰۱.....	۳-۴-۱-۱. اشیای قابل معاوضه.....
۲۰۲.....	۳-۴-۱-۲. حقوق قابل اسقاط یا انتقال.....
۲۰۶.....	بند اول: از حقوق باشد.....
۲۱۱.....	بند دوم: حق الناس باشد.....
۲۱۲.....	بند سوم: متعلق به مصالح باشد.....
۲۱۳.....	۳-۴-۲. مصداق‌های مورد معامله در عقد صلح.....
۲۱۳.....	۳-۴-۲-۱. مصداق‌های مشترک بین عقد صلح و عقود دیگر.....
۲۱۴.....	۳-۴-۲-۲. مصداق‌های مختص به عقد صلح.....
۲۱۵.....	منابع و مأخذ.....

نمایه‌ها

۲۲۳.....	نمایه آیات.....
۲۲۴.....	نمایه روایات.....
۲۲۵.....	نمایه اسامی.....
۲۲۹.....	نمایه کتاب‌ها.....
۲۳۲.....	نمایه مواد قانونی.....
۲۳۵.....	نمایه موضوعات.....

مقدمه

این کتاب موضوع عقد و مورد معامله به خصوص عقد صلح را بررسی می‌کند. عقد به معنای توافق به منظور ایجاد اثر یا آثار حقوقی است. این توافق ابتدا به عملی حقوقی تعلق می‌گیرد که آن موضوع عقد نامیده می‌شود. عمل حقوقی یادشده نیز به نوبه خود به مال یا عملی تعلق می‌گیرد که به آن مورد معامله گفته می‌شود؛ به عنوان مثال، در عقد بیع، تملیک و تملک، موضوع عقد است و مبیع و ثمن، مورد معامله.

عقد صلح می‌تواند جانشین تمام عقود دیگر (جز نکاح) شود، و از این نکته نتیجه می‌شود که قانونگذار موضوع عقد صلح را تعیین نکرده است. عقد صلح به معنای توافق به منظور ایجاد آثار حقوقی است و تعریف این عقد در کلام فقهای معاصر مؤید این ادعاست. در نتیجه، نهاد صلح در فقه شیعه و حقوق ایران با خود عقد مترادف است. این نهاد ابزاری برای تأمین آزادی در انعقاد قراردادهاست و از این جهت که قانونگذار موضوع آن را تعیین نکرده است، به عقود بی‌نام شباهت دارد. معیار جامع برای مورد معامله در عقد صلح این است که حق قابل نقل یا اسقاط باشد.

این کتاب در سه فصل تنظیم شده است: فصل اول، با عنوان عقد، به بررسی تعریف عقد و شمارش عناصر عقد می‌پردازد؛ در فصل دوم موضوع عقد و مورد معامله بررسی می‌شود و فصل سوم که مهم‌ترین بخش این کتاب را تشکیل می‌دهد، ماهیت، موضوع و مورد عقد صلح را بررسی می‌کند.

هرچند تاکنون آثار بسیار متنوع و متعددی هم در زمینه قواعد عمومی قراردادها و هم در زمینه عقد صلح منتشر شده؛ اما این کتاب نیز حاوی مطالبی است که می‌تواند برای طلاب و

۲ موضوع عقد و مورد معامله با تأکید بر عقد صلح

دانشجویان مفید واقع شود و زمینه تحقیق و بررسی بیشتر را برای آنان فراهم کند. از جمله نکاتی که در این پژوهش مطرح شده است، می‌توان به تفکیک موضوع عقد از مورد معامله و تلاش در جهت ارائه تعریف جامعی برای موضوع عقد اشاره کرد. همچنین، نظریه عدم وجود موضوع برای عقد صلح و تبیین چرایی گستردگی فوق‌العاده عقد صلح از دیگر نوآوری‌های این کتاب است.

به یقین اثر پیش‌رو خالی از عیب و نقص نیست و نویسنده از هرگونه نقد و اصلاحی استقبال و سپاسگزاری می‌کند.

در پایان، لازم می‌دانم از استادان محترمی که در به‌ثمر رسیدن این اثر از آرای ایشان استفاده کردم، به‌ویژه آیت‌الله دکتر مصطفی محقق داماد و دکتر محمد عیسائی تفرشی، و نیز از ناظر این طرح حجت‌الاسلام دکتر علوی قزوینی و همچنین از مسئولان محترم پژوهشگاه حوزه و دانشگاه به‌خصوص مدیر و اعضای محترم گروه حقوق و مسئولان و کارمندان اداره چاپ و انتشارات پژوهشگاه سپاسگزاری و قدردانی کنم.

اسماعیل نعمت‌اللهی

قم پاییز ۱۳۹۳

فصل اول

کلیات

این فصل در قالب سه گفتار به بررسی تعریف عقد، حصر عناصر عقد و رابطه عقد با تعهد و تراضی اختصاص دارد.

۱-۱. تعریف عقد

در اینجا ابتدا به تعریف عقد در لغت و سپس به تعریف آن در اصطلاح می‌پردازیم. اما باید تذکر داد که عقد در دو معنای مصدری و اسم مفعولی به کار می‌رود^۱ و مقصود عمده ما در اینجا بررسی مفهوم مصدری آن است.

۱-۱-۱. تعریف لغوی عقد

در فرهنگ‌های لغت، معانی متعددی برای لفظ «عقد» ذکر شده است که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

– چنان‌که در فرهنگ اقرب‌الموارد آمده است، هرگاه مفعول این فعل (عقد)، اموری مثل ریسمان، بیع، پیمان، سوگند و مانند آن باشد، به معنای محکم‌کردن و بستن است و در این صورت این واژه در برابر لفظ «حلّ» به معنای گشودن است؛ و اگر واژه یادشده به صورت دو مفعولی به کار رود که مفعول اول آن انسان و مفعول دوم آن یک شیء خارجی باشد، به معنای معاهده و پیمان بستن با آن شخص است؛ و اگر به صورت یک مفعولی به کار رود و مفعول آن چیزی مانند نخ باشد، به معنای گره‌زدن و گردآوردن اطراف آن است.^۲

۱. شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ص ۳۶-۳۹. ۲. الخوری الشرتونی، اقرب‌الموارد، ج ۲، ص ۸۰۷.

– راغب اصفهانی می‌نویسد: عقد به معنای گردآوری اطراف چیزی است. این واژه در اصل در مورد اجسام سخت مانند بستن ریسمان و ساختن بنا به کار می‌رود، ولی به طور استعاری درباره امور معنوی همچون بیع، پیمان و امثال آن نیز کاربرد دارد... عَقْدَه [گره]، اسم است برای آنچه که بسته شده مانند نکاح، سوگند و امثال آن.^۱

– در المنجد نیز آمده است که هرگاه مفعول آن، لفظ «حبل» (ریسمان) باشد، به معنای بستن است و اگر مفعول آن بیع و سوگند باشد به معنای محکم کردن و استوار ساختن است.^۲

بدین ترتیب، اصلی‌ترین معنای لغوی این کلمه در حالت فعلی، بستن دو چیز به یکدیگر و محکم کردن، و در حالت اسمی به معنای گره و پیوند است.

۱-۱-۲. تعریف اصطلاحی عقد

در این بحث به تعریف عقد در حقوق خارجی، حقوق ایران، فقه شیعه، و فقه اهل سنت می‌پردازیم.

۱-۱-۲-۱. تعریف عقد در حقوق خارجی

در این بخش تعریف‌هایی از عقد در حقوق فرانسه و برخی از کشورهای عربی خواهد آمد:

– ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه در تعریف عقد می‌گوید: «عقد عبارت است از: توافقی که به موجب آن یک یا چند شخص در برابر یک یا چند شخص دیگر، تعهد به انتقال مال، انجام یا عدم انجام کاری کنند».^۳ برخی از حقوقدانان واژه convention در این ماده را به «قرارداد» ترجمه کرده‌اند.^۴ همان‌گونه که می‌دانیم، در حقوق کنونی ایران واژه قرارداد با عقد مترادف است.^۵ بنابراین، تعریف یاد شده «تعریف شیء به نفس» است^۶ و درست این است که واژه مذکور به توافق یا تراضی ترجمه شود. حقوقدانان عرب نیز این واژه را به «اتفاق» به معنای «توافق» ترجمه کرده‌اند.^۷

۱. راغب، المفردات، ص ۳۴۱.

۲. معلوف، المنجد، ص ۵۱۸.

۳. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۶. ۴. امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج ۲، ص ۳۰.

۵. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۱، پاورقی ۱؛ امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۵۹.

۶. مگر آنکه مقصود از قرارداد در تعریف یاد شده، معنای لغوی آن و صرف قرار گذاشتن باشد.

۷. السنهوری، الوسیط، ج ۱، ص ۱۱۲، ش ۱۲: العقد اتفاق یلتزم بمقتضاه شخص او اکثر نحو شخص آخر او اکثر باعطاء شیء او بالقیام بالعمل او بالامتناع عن العمل. همچنین ر. ک: همو، الموجز فی النظرية العامة للالتزامات، ص ۲۶، ش ۲۱.

– ماده ۷۳ قانون مدنی عراق در تعریف عقد گفته است: «عقد عبارت است از: ارتباط ایجاب صادر شده از یکی از متعاقدین با قبول طرف دیگر، به نحوی که اثر آن در مورد معامله ظاهر شود».^۱

– قانون مدنی مصر (۱۹۴۸) تعریفی از عقد به دست نداده است، ولی ماده ۱۲۲ پیش نویس این قانون در تعریف عقد چنین گفته است: «عقد عبارت است از: قراردادی بین دو یا چند شخص بر ایجاد یا تغییر یا اسقاط رابطه ای حقوقی».^۲ همچنین دکتر سنهوری، حقوقدان بزرگ مصری، این تعریف را برای عقد ارائه کرده است: «عقد عبارت است از: توافق دو اراده بر ایجاد اثری حقوقی، چه این اثر ایجاد تعهد باشد و چه انتقال یا تغییر یا اسقاط آن».^۳

– قانون موجبات لبنان در ماده ۱۶۵ بین توافق و عقد تفکیک کرده است: «توافق عبارت است از: هماهنگی دو اراده در جهت ایجاد آثار حقوقی، و در صورتی که معطوف به ایجاد روابط الزامی باشد، عقد نامیده می شود».^۴

چنان که ملاحظه می شود، در این تعریف ها عقد به توافق تعریف شده است، البته به جز تعریف یاد شده از قانون مدنی عراق که چنان که خواهیم دید، تا حدودی به تعریف عقد در ماده ۱۰۳ مجله الأحكام شباهت دارد.

۱-۲-۲. تعریف عقد در حقوق ایران

قانون مدنی در ماده ۱۸۳ می گوید: «عقد عبارت است از: اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». با مقایسه این ماده با ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه، اشکالاتی که در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران وجود دارد، آشکار می شود؛ از جمله:

اول: این ماده به جای تعریف ماهیت عقد، به اثر آن، یعنی «تعهد» توجه کرده است، و از اساسی ترین عنصر عقد، یعنی توافق و تراضی، صرفاً به صورت یک وصف برای آن اثر نام برده است. به تعبیر روشن تر، جمله «و مورد قبول آنها باشد» در حقیقت معادل عنصر «توافق» در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه به کار رفته است و لذا نمی توان گفت که از عنصر تراضی و توافق نامی برده نشده است؛ ولی این اشکال وارد است که «عقد» در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه

۱. العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه.

۲. العقد اتفاق ما بين شخصين او اكثر على انشاء رابطة قانونية او تعديلها او إنهائها.

۳. السنهورى، الوسيط، ص ۱۳۸، ش ۳۷.

۴. الإتفاق هو كل التمام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان يرمى الى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً.

به‌عنوان نوع، و «توافق» به منزله جنس است، ولی در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران، «توافق» یکی از اوصاف «تعهد» است. به سخن دیگر، از ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران چنین استفاده می‌شود که عقد عبارت است از: «تعهدی که مورد توافق طرفین قرار گرفته»؛ حال آنکه بر طبق ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه، عقد عبارت است از: «توافق بر ایجاد یا تغییر یا اسقاط تعهد» و چنان‌که در بحث از رابطه عقد و تعهد خواهیم دید، تراضی طرفین، مهم‌ترین عنصر هر عقد، و به تعبیری به منزله جنس آن است.

دوم: همان‌گونه که برخی حقوقدانان یادآور شده‌اند، این تعریف فقط عقد عهدی را شامل می‌شود و عقود را که اثر مستقیم آنها تعهد نیست، دربر نمی‌گیرد. به گفته مرحوم دکتر امامی: «تعریف مزبور ناقص است، زیرا فقط تعریف از عقد عهدی نموده و شامل عقد تملیکی که به وسیله آن مالی از مالکیت کسی خارج و در ملکیت دیگری داخل می‌گردد، نمی‌شود؛ چه، در این‌گونه عقود، به نفس عقد، انتقال ملکیت حاصل می‌گردد و تعهدی مستقیماً ایجاد نمی‌شود و تعهدی که در عقود تملیکی به وجود می‌آید، تعهدی فرعی می‌باشد مانند تعهد به تسلیم مبیع و ثمن ناشی از بیع که در ماده ۳۶۲ قانون مدنی بیان شده است»^۱.

دکتر کاتوزیان نیز در همین مورد می‌گوید: «جداکردن مفهوم «عقد» از «تراضی الزام‌آور» و اختصاص دادن عقد به گروهی که ایجاد تعهد می‌کند، نه تنها در حقوق کنونی فایده عملی ندارد، نادرست هم هست: الف) فایده عملی ندارد، زیرا تمام قواعد حاکم بر قراردادها در همه انواع تراضی نیز اجرا می‌شود و نمی‌توان آنها را ویژه پیمان‌های موجد تعهد پنداشت...؛ ب) اختصاص دادن عقد به توافق‌هایی که ایجاد تعهد می‌کند کاری نادرست است، زیرا پاره‌ای از عقود معین (که هیچ تردیدی در عقد بودن آنها روا نیست) به طور مستقیم ایجاد تعهد نمی‌کنند...، اثر مستقیم بعضی از عقود معین، مانند بیع و اجاره و معاوضه و هبه و صلح و قرض، انتقال مالکیت است»^۲.

وی در مباحث عقد بیع نیز چنین آورده است: «تملیکی بودن عقد بیع با تعریفی که ماده ۱۸۳ قانون مدنی از عقد کرده است، منافات دارد، زیرا به موجب این ماده: «عقد عبارت است از: اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد».

۱. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۶۰؛ شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۳۶.

۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۶-۱۸.

بنابراین، عقد عبارت است از: توافقی که از آن تعهد به وجود می‌آید، و چگونه می‌توان توافقی را که اثر آن تملیک است نه ایجاد دین، عقد نامید؟... ماده ۱۸۳ ناظر به اثر اصلی عقد است، یعنی عقد باید در مرحله نخست برای ایجاد این اثر منعقد شود، درحالی که اثر اصلی عقد بیع تملیک میباید و ثمن است).^۱

وی در تلاش برای رفع این تنافی می‌گوید: «برای جمع بین مواد قانون چنین تحلیل می‌شود که هر تملیکی مسبوق به تعهد به انتقال است، منتهی، این تعهد به محض ایجاد، اجرا می‌شود». ^۲ در مباحث عقد بیع نیز گفته است: «برای جمع دو حکم می‌توان یکی از این دو راه حل را برگزید: ۱. به نظر قانون‌گذار، اثر اصلی همه قراردادها ایجاد تعهد است: منتهی، هرگاه این تعهد به محض ایجاد، اجرا هم بشود، عقد را تملیکی نامند؛ ولی اگر دین به وجود آید و اجرای آن به تأخیر افتد، عقد عهدی است...».^۳

با توجه به مطلب اخیر، به نظر استاد کاتوزیان باید ماده ۱۸۳ را صحیح و تمام دانست و تملیکی بودن عقد بیع را توجیه نمود. اما به عقیده دکتر امامی، ماده ۱۸۳ ناقص است و از اینکه وی درصدد توجیه آن برنیامده، روشن می‌شود که این نقص همچنان باقی است.

بدین ترتیب، به نظر برخی حقوقدانان کشورمان، این ماده را نمی‌توان به نحوی توجیه کرد که با مبانی فقهی و حقوقی قانون مدنی سازگار باشد؛ باید پذیرفت که عقد تنها موجب تعهد نیست، بلکه مستقیماً و بدون واسطه تعهد نیز می‌تواند آثاری همچون تملیک را ایجاد کند. از این گذشته، اگر ماده ۱۸۳ را به ظاهر خود باقی گذارده و آن را صحیح و کامل بدانیم، باید عقدهای متعددی را که اثر اصلی آنها ایجاد تعهد نیست، از این تعریف خارج بدانیم، یا آنها را توجیه کنیم، درحالی که توجیه برخی از آنها به نحوی که با تعریف یادشده سازگار شود، بسیار دشوار است.

دکتر کاتوزیان نیز پس از ذکر توجیه یادشده می‌گوید: «این توجیه، اگر پذیرفته شود، برای رفع تعارض بین ماده ۱۸۳ و تملیکی بودن پاره‌ای از عقود کافی است؛ ولی باید انصاف داد که این تحلیل با تاریخ و مبانی حقوق ما سازگار نمی‌شود و پذیرفتن آن ضرورتی است که تقلید نابجا و شاید ناخواسته نویسندگان قانون مدنی بر ما تحمیل کرده‌اند. در حقوق اسلام، هیچ‌گاه اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نبوده است و از دیرباز پذیرفته شده که قصد طرفین توان ایجاد حق عینی و

۱. همو، عقود معین، ج ۱، ص ۳۰.

۲. همو، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۸.

۳. همو، عقود معین، ج ۱، ص ۳۱.

انتقال مالکیت را به طور مستقیم دارد... اراده کارگزار، برای انتقال مالکیت چه نیازی دارد که ابتدا تعهد به انتقال را انشاء کند سپس آن را اجرا سازد؟... وانگهی اگر بنا شود که انتقال حق همیشه مسبق به تعهد بر انتقال باشد، چرا این تحلیل در مورد سقوط و تبدیل حق امکان نداشته باشد؟^۱

وی در ادامه بحث، تلاش کرده تا تعریفی از عقد به دست دهد که اشکالات ماده ۱۸۳ قانون مدنی را نداشته باشد. تعریف دکتر کاتوزیان همانند تعریفی است که پیشتر از دکتر سنهوری ذکر کردیم: «توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود. اثری که از عقد ناشی می‌شود ممکن است ایجاد رابطه حقوقی جدید باشد (مانند ایجاد و انتقال حق عینی و تعهد) یا از بین بردن و تغییر رابطه حقوقی گذشته (مانند اقاله و تبدیل تعهد)».^۲

اما به نظر می‌رسد تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی را می‌توان به گونه‌ای توجیه کرد که با مبانی فقهی این قانون سازگار باشد. همان‌گونه که برخی فقها مانند مرحوم نائینی گفته‌اند، هر عقد لفظی دو مدلول دارد: ۱. مدلول مطابقی عقد، که معنایی اعتباری است که انشاء بر آن واقع می‌شود، مانند تملیک در عقد بیع؛ ۲. مدلول التزامی، که مقصود از آن، لزوم پای‌بندی به مفاد عقد است و چنین مدلولی تنها در عقود لازم وجود دارد.^۳ تعریف عقد به «تعهد مقرون به تعهد دیگر»^۴ نیز به اعتبار همین معنای التزامی است. بنابراین، مقصود از تعهد در ماده ۱۸۳ ممکن است همین معنای التزامی باشد که از عمل متعاقدين استفاده می‌شود نه اینکه مقصود، «انشاء تعهد» باشد.

نکته‌ای که از دید این فقیه برجسته به دور نمانده، این است که فسخ عقد به دلیل همین مدلول التزامی صورت می‌گیرد: «خیاری که شارع جعل کرده، یا خود متعاقدين قرار داده‌اند، با توجه به معنای التزامی [عقد] است، به گونه‌ای که صاحب اختیار بتواند دوباره، در مورد التزام و پای‌بندی خود اندیشه کند و در باقی‌گذارن یا رجوع از آن، تأمل نماید».^۵ توضیح اینکه: اگر عقد را به همان مدلول مطابقی آن (یعنی معنایی اعتباری که مورد انشاء قرار می‌گیرد، مانند تملیک در بیع)

۱. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۸-۱۹. ۲. همان، ص ۲۱-۲۲.

۳. نائینی، مکاسب و البیع، ج ۱، ص ۱۲۹ و ۱۸۴: «و هذا المدلول الالتزامی هو معنی العقد إذ هو عبارة عن العهد او المؤکد منه و نفس انشاء المبادلة بین المالمین لایکون عهداً و انما العهد هو الالتزام علی ما أنشأه».

۴. همان، ص ۱۲۹: «لأن العقد هو الالتزام المقرون بالالتزام الآخر».

۵. همان‌جا: «و الخيار الثابت فيه [العقد] بجعل الشارع او بجعل المتعاقدين، انما هو لأجل النظرة الثانية فی الالتزام، بحيث یکون لدى الخيار حق لان ينظر فی التزامه و یتروى فی ابقاءه و الرجوع عنه».

تفسیر کنیم، با این مشکل مواجه می‌شویم که چنین معنایی قابل فسخ نیست؛ حال آنکه بسیاری از عقود لازم را می‌توان به‌واسطهٔ خیار فسخ کرد؛ اما همان‌گونه که ایشان تصریح کرده‌اند، فسخ عقد، به مدلول التزامی آن مربوط می‌شود، نه به مدلول مطابقی آن و بدیهی است که مدلول التزامی عقد، فسخ‌پذیر است.

تعریف عقد به التزام و تعهد، در حقوق اسلام بی‌سابقه نیست و نزد اهل سنت نیز چنین تعریفی شناخته شده است. ماده ۱۰۳ مجله‌الأحكام العدلیه در تعریف عقد آورده است: «عقد عبارت است از: پای‌بندی التزامی متعاقدين به امری و آن عبارت است از ارتباط ایجاب با قبول». ماده ۲۶۲ مرشد‌الحیران نیز در این باره می‌نویسد: «عقد عبارت است از: ارتباط ایجاب صادر شده از یکی از متعاقدين با قبول دیگری، به نحوی که اثر آن در معقود علیه [مورد معامله]، ظاهر شود، و در نتیجهٔ عقد، هریک از متعاقدين به آنچه که به‌واسطهٔ عقد برای دیگری ثابت شده، ملتزم و پای‌بندی می‌شود». ^۱ البته ماده اخیر، تعهد و پای‌بندی را نتیجهٔ عقد دانسته است، نه خود آن.

ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران به ماده ۱۰۳ مجله‌الأحكام شباهت دارد، و احتمال دارد که قانون‌گذار در تنظیم ماده ۱۸۳ قانون مدنی به ماده یاد شده نیز نظر داشته است. از این گذشته، چنان‌که خواهیم دید، برخی از فقهای شیعه نیز عقد را به التزام و تعهد معنا کرده‌اند.

۱-۲-۳. تعریف عقد در فقه اهل سنت

چنان‌که گفتیم، ماده ۱۰۳ مجله‌الأحكام العدلیه در تعریف عقد چنین می‌گوید: «عقد عبارت است از: تعهد و پای‌بندی متعاقدين به امری، و آن عبارت است از ارتباط ایجاب با قبول». ^۲ مرحوم آل‌کاشف‌الغطاء در انتقاد به این تعریف می‌فرماید: «عقود از جنس لفظ و سخن و از مقوله فعل هستند، التزام و پای‌بندی صفتی نفسانی و از مقوله کیف است، و ارتباط وصفی است قائم به ایجاب و قبول و از مقوله نسبت و اضافه. لذا هیچ‌کدام از این سه مفهوم متغایر، به دیگری ارتباطی ندارد و تفسیر برخی از آنها با برخی دیگر معنا ندارد». و در ادامه می‌فرماید:

۱. قدری پاشا، مرشد‌الحیران الی معرفة احوال الانسان، ص ۴۹، ماده ۲۶۲: «العقد هو عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر علی وجه یثبت اثره فی المعقود علیه، و یرتب علی العقد التزام کل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر».

۲. العقد التزام المتعاقدين و تعهدهما امرأ و هو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول.

«بنابراین، عقد نه التزام و پای‌بندی است و نه ربط و ارتباط، بلکه عبارت است از ایجاب مرتبط با قبول، یعنی ایجاب همراه با قبول».^۱

یکی از حقوقدانان اهل سنت در بحث از نظریه عقد، نخست به ذکر معانی لغوی و اصطلاحی عقد می‌پردازد و در مورد معنای لغوی عقد می‌گوید: در لغت عرب، معنای واژه عقد عبارت است از: بستن (یا محکم و استوار کردن) اطراف چیزی، چه بستن حسی باشد، چه معنوی و چه از یک طرف باشد، یا از دو طرف. وی در ادامه می‌گوید: «معنای لغوی لفظ عقد، در معنای اصطلاحی عقد نزد فقها، داخل است. در فقه عقد دو معنا دارد: عام و خاص؛ معنای عام آن، که به معنای لغوی نزدیک‌تر است و در بین فقهای مالکی و شافعی و حنبلی رایج است، عبارت است از: آنچه که شخص قصد انجام آن را داشته باشد، چه با اراده یک نفر صادر شود، مثل وقف، ابراء، طلاق، قسم؛ یا برای انشاء به اراده دو نفر احتیاج داشته باشد، مثل بیع، اجاره، وکالت و رهن. به عبارت دیگر، در این معنا، عقد تمام تعهدات چه از یک شخص باشد و چه از دو شخص و نیز معنای خاص عقد را شامل می‌شود، همان‌طور که هرچه که تصرف [عمل حقوقی] یا تعهد نامیده می‌شود، را هم شامل می‌شود. بنابراین، عقد به معنای عام خود، تمام تعهدات شرعی را در بر می‌گیرد و با کلمه تعهد مترادف است».^۲ وی در مورد معنای خاص عقد چنین نوشته است: «معنای خاص عقد عبارت است از: ارتباط ایجاب با قبول، به نحو مشروعی که اثر آن در مورد معامله ظاهر شود؛ و به عبارت دیگر، وابستگی کلام یکی از متعاقدین به کلام دیگری، به نحو مشروعی که اثر آن در مورد معامله ظاهر شود».^۳ او در جای دیگر نیز می‌گوید: «عقد عبارت است از توافق دو اراده، به نحوی که اثر شرعی ایجاد کند و مقصود از اثر شرعی، تعهد مورد نظر متعاقدین است».^۴

۱-۱-۲-۴. تعریف عقد در فقه شیعه

فقها در صدد ارائه تعریفی از عقد بوده‌اند که اولاً، آن را از حوزه مباحث فقهی غیر معاملی یعنی

۱. آل کاشف‌الغطاء، تحریرالمجلة، ج ۱، قسم ۱، ص ۱۱۸.

۲. الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۸۰.

۳. همان، ص ۸۱: «و اما المعنی الخاص... فهو: ارتباط ایجاب بقبول علی وجه مشروع یتبث اثره فی محله و بعبارة اخرى: تعلق کلام احد العاقدین بالآخر شرعاً علی وجه یظهر اثره فی المحل».

۴. همان، ص ۱۸۸: «و العقد، كما یتناه هو توافق ارادتين علی وجه یتبث اثره الشرعی و هو الالتزام المطلوب للمتعاقدین».

عبادات و احکام جدا کند و ثانیاً در حوزه معاملات، آن را از ایقاع، معاطات و اذن و اباحه مجزا سازد. به عنوان نمونه، شهید اول چنین می گوید: «عقود اسبابی هستند که بر آنها احکام شرعی، یعنی وجوب و استحباب و کراهت و حرمت و اباحه، مترتب می شود».^۱ همچنین گفته است: هر عبارتی که مضمون آن تنها با ایجاب و قبول کامل شود، عقد است و عباراتی که به قبول احتیاج ندارند، ایقاع یا اذن تنها هستند.^۲ برخی تعریف‌های دیگر نیز بدین شرح‌اند: عقود، دسته‌ای از مباحث فقه هستند که به ایجاب و قبول نیاز دارند.^۳ «عقد، از لحاظ شرعی اسم است برای ایجاب و قبول».^۴ «عقد، صیغه‌ای شرعی است که برای آن دو طرف، هرچند بالقوه، لازم است و بر آن، نقل ملک یا سقوط حق یا حلال شدن آمیزش یا تسلط بر تصرف [در مال شخص دیگر] مترتب می شود».^۵ چنان‌که ملاحظه می شود، در همه این تعریف‌ها به لزوم وجود لفظ در تحقق عقد تأکید شده است.

به نظر صاحب جواهر، عقد به معنای ایجاد ارتباط بین ایجاب و قبول است.^۶ وی می گوید: «عقود، جمع عقد است و... از لحاظ شرعی به معنای قول متعاقدین یا قول یکی از آنها و فعل دیگری است که شارع اثر مقصود [طرفین] را بر آن مترتب کرده است».^۷ او برای عقد در مقابل ایقاع، دو معنای عام و خاص در نظر گرفته است.^۸ معنای خاص شامل معاطات نمی شود و قدر متیقن آن جایی است که ایجاب و قبول هر دو لفظی باشند. معنای عام آن شامل معاطات هم می شود و آن در جایی است که ایجاب و قبول هر دو فعلی باشند یا ایجاب فعلی و قبول لفظی باشد. در مورد صورت چهارم، یعنی جایی که ایجاب لفظی و قبول فعلی باشد، به گفته وی،

۱. المکی العاملی، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۳۲: «و اما العقود فهي اسباب يترتب عليها الاحكام الشرعية من الوجوب و الندب و الكراهة و التحريم و الاباحة».
۲. همان، ج ۲، ص ۲۷۱: «كل عبارة لا يتم مضمونها الا بايجاب و قبول فهي عقد؛ و ما لا يحتاج الى القبول من العبادات، فهو ايقاع او اذن مجرد».
۳. به عنوان نمونه، ر.ک: العاملی، مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۲-۳.
۴. السیوری الحلّی، کنز العرفان، ص ۲۴۵: «العقد شرعاً اسم للايجاب و القبول».
۵. الکرکی، صیغ العقود، ص ۱: «انّ العقد صیغه شرعية لا بد لها من مخاطبين، ولو بالقوة، يترتب عليها نقل ملك او سقوط حق او حل فرج او تسلط على تصرف».
۶. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۹۷، ۱۵۶، ۱۶۲ و ۴۰۹.
۷. همان، ج ۲۲، ص ۳: «العقود جمع عقد... و شرعاً قول من المتعاقدین او قول من احدهما و فعل من الآخر
۸. همان، ج ۲۷، ص ۳۴۷، سطر ۱۳.

برخی فقها تحقق عقد جائز را بدین شیوه مجاز دانسته‌اند^۱ اما به نظر وی برای تحقق عقد، ایجاب و لفظی لازم است.^۲ از این رو، به‌عنوان نمونه، در مورد عقد عاریه چنین گفته است: «عاریه، عقد است و در آن ایجاد ربط بین ایجاب و قبول معتبر است».^۳ در برخی موارد دیگر، وی عقد را به معنای «ربط بین ایجاب و قبول»^۴ یا «ربط قصد و رضا»^۵ دانسته است. توجه به معنای اخیر نشان می‌دهد که تعریف عقد در کلام این فقیه بزرگ شیعه و تعریف مرسوم عقد در فقه اهل سنت بسیار به یکدیگر نزدیک‌اند و در هر دوی آنها، ربط بین ایجاب و قبول، اصلی‌ترین خصیصه عقد است و همین نکته است که معنای اصطلاحی عقد را با معنای لغوی آن یعنی بستن و گره‌زدن پیوند می‌دهد. براساس تعریفی که از وی نقل شد، در عقد سه امر معتبر است: ۱. قول دو طرف عقد یا قول یکی و فعل دیگری؛ ۲. متعاقبین از قول یا فعل خود مقصود معینی داشته باشند؛ ۳. شارع اثر مقصود طرفین را بر قول یا فعل آنها، مترتب سازد. در مورد این تعریف نکاتی قابل توجه است:

اول، در این تعریف قول دو طرف یا قول یکی و فعل دیگری به منزله جنس تعریف است، به سخن دیگر، ماهیت عقد، لفظ یا فعل است.

دوم، در این تعریف به وجود تراضی اشاره‌ای نشده است.

سوم، ترتب اثر بر عقد ناشی از عمل شارع است.

یکی از حقوقدانان، چنین نظری را به تمام فقهای اهل سنت نسبت داده است: «تمام فقها بر این مطلب متفق‌اند که ترتیب آثار عقود، در اصل کار شارع است نه کار متعاقبین».^۶

برخی فقهای معاصر نیز تعریف‌هایی ارائه کرده‌اند که به تعریف صاحب جواهر شباهت دارد. از جمله، صاحب تحریرالمجلة است که پس از ذکر تعریف عقد در ماده ۱۰۳ مجلة الأحكام و اشکالات وارد بر آن، چنین فرموده است: «عقد... عبارت است از ایجاب مرتبط به قبول یعنی ایجاب همراه با قبول».^۷ همچنین، یکی از فقهای معاصر تعریف ذیل را به عرف فقها نسبت داده

۱. همان، ص ۹۶ و ۱۵۶.

۲. همان، ص ۱۵۶: «... فهی [العاریة] عقد یعتبر فیہ انشاء الربط بین الایجاب و القبول».

۳. همان، ص ۳۵۱، سطر ۸ و نیز ص ۹۷، سطر ۴.

۴. همان، ص ۹۷، سطر ۷ و ۲۲.

۵. الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۲۰۱.

۶. آل کاشف الغطاء، تحریرالمجلة، ج ۱، ص ۱۱۸: «فالعقد... انما هو الایجاب المرتبط بالقبول، ای الایجاب المقترن بالقبول».

است: «چیزی که مرکب از دو انشاء است و برای تحقق یافتن، به الفاظ طرفین نیازمند است».^۱ در این تعریف‌ها بیشتر به چگونگی تشکیل عقد و نیز تبیین جایگاه عقود در مباحث فقهی و تمیز عقود از ایقاعات توجه شده است. اما در آثار فقهی معاصر تحقیقات ارزشمندی در مورد مفهوم و ماهیت عقد به چشم می‌خورد که به برخی از آنها اشاره می‌شود.

– شیخ محمدحسین اصفهانی در حاشیه مکاسب می‌گوید: «عهد به معنای جعل و قرار است، هرچند که قلبی باشد، مثل عهد بستن با خداوند متعال...، ولی عقد عبارت است از ربطدادن چیزی با چیز دیگر، یا ایجاد ارتباطی محکم و استوار بین دو چیز... عقد که در کلام فقها در مقابل ایقاع به کار می‌رود، از همین معنا اقتباس شده است، چون در معنای اصطلاحی عقد نیز یکی از دو قرار، یعنی قرار موجب با قرار طرف دیگر یعنی قابل، مرتبط می‌شود؛ وگرنه، از لحاظ معنای لغوی، عقد نه تنها دلالت بر ارتباط امری اعتباری با امر اعتباری دیگری ندارد، بلکه اصلاً به امور اعتباری اختصاص ندارد».^۲

– میرزای نائینی در تعریف آن می‌فرماید: «عقد عبارت است از: تعهد همراه با تعهد دیگر».^۳ وی در جای دیگر می‌گوید: الفاظی مثل «فروختم» و «خریدم»، دو مدلول دارند: یکی مدلول مطابقی که همان مبادله دو مال است و دیگری مدلول التزامی که عبارت است از التزام و پای‌بندی طرفین، به مبادله‌ای که واقع ساخته‌اند؛ و آنچه که عقد نامیده می‌شود، همین معنای التزامی است نه انشاء مبادله بین دو مال؛ چون عقد به معنای مطلق عهد یا عهد مؤکد است، و انشاء مبادله بین دو مال، عهد نیست؛ بلکه، التزام و پای‌بندی به آنچه آن دو انشاء کرده‌اند، عهد است.^۴ وی در جای دیگر نیز تصریح می‌کند که: «عقد عبارت است از عهد موثقی که به وسیلهٔ ایجاب و قبول حاصل می‌شود و خود ایجاب و قبول، عقد نیست».^۵

– میرزای بجنوردی نیز گفته است: معنای عرفی عقد عبارت است از التزام و تعهد به

۱. تهرانی، ذخائر النبوة، ص ۲۶۵: «فهو المركب من الانشاءین المفتقر فی تحصله الی العبارة من الجانبین».

۲. غروی اصفهانی، حاشیه مکاسب، ص ۳۵.

۳. نائینی، المكاسب و البیع، ج ۱، ص ۱۲۹: «ان العقد هو الالتزام المقرون بالالتزام الآخر».

۴. همان، ص ۱۸۴: «ان مدلول قول القائل «بعثت» و «اشتریت» بالمطابقة هو مبادلة المالین و بالدلالة الالتزامية هو الالتزام علی ما اوقعاه من المبادلة. و هذا المدلول الالتزامی هو معنی العقد، اذ هو عبارة عن العهد او المؤکد منه و نفس انشاء المبادلة بین المالین لایكون عهداً و انما العهد هو الالتزام علی ما انشاء».

۵. همان، ص ۱۱۲: «انّ العقد عبارة عن العهد الموثق الحاصل بالایجاب و القبول لا نفس الایجاب و القبول».

امری.^۱ اما در جای دیگر می‌گوید: عقد عبارت است از خود آن معاهده واقع شده بین طرفین که با ایجاب و قبول انشاء می‌شود.^۲ تعریف اول به اعتبار معنای اول مصدری و تعریف دوم به اعتبار معنای اسم مفعولی است.

– شهیدی تبریزی در حاشیه خود بر مکاسب نوشته است: «عقد در لغت و عرف، در حالت مصدری به معنای «گره‌زدن» و در حالت اسم مصدری به معنای «گره» می‌باشد... و برای اینکه عقدی واقع شود، دو چیز لازم است: معقود و معقود فیهِ؛ حال اگر معقود و معقود فیهِ هر دو از امور خارجی بوده و قابلیت پذیرش معنای عقد را داشته باشند، عقد حقیقی است... ولی اگر هر دوی آنها از امور اعتباری یا خارجی بوده و قابلیت پذیرفتن این معنا را نداشته باشند، مانند ساختمان و التزام و عهد، عقد مجازی است و مجازی بودن به این اعتبار است که آن دو عهد یا التزام را به منزله دو ریسمان جدا از هم دانسته و پیوستن آنها به یکدیگر، از طریق ایجاب و قبول قرارداد آنها، را به منزله گره‌زدن آنها فرض کنیم».^۳

– امام خمینی رحمته الله در کتاب بیع، ذیل آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»،^۴ مفهوم عقد را بیان داشته است: «ظاهر این است که لفظ عقد استعاره است یا از ریسمانی که به شیوه‌ای بسته شده که در آن گره افتاده است، به ادعای اینکه اضافه اعتباری، ریسمان است، و رد و بدل شدن دو اضافه، گره است؛ بنابراین، از لفظ عقد، که معنای آن عبارت است از بستن واقعی به نحوی که موجب گره شود، به طور ادعائی و استعاری، اضافه اعتباری اراده شده است؛ یا استعاره است از: «عَقْدُ الْعَسَلِ» به معنای غلیظ شدن، از باب تشبیه معقول به محسوس؛ و احتمال دارد که عقود جمع عقد به معنای گردن‌بند، و استعاره از این معنا باشد؛ با این ادعا که رابطه عقدی میان متعاقدين همچون گردن‌بندی بر گردن‌شان است. از این سه معنای استعاری، معنای اول ظاهرتر است؛ چون عرف، این معنا را تأیید می‌کند، و دو آیه شریفه «وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ»^۵ و «أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»^۶ نیز شاهد آن است؛ زیرا از این دو آیه استفاده می‌شود که آنچه در عقد اعتبار شده، نحوه خاصی از گره‌زدن و بستن است که به طور ادعائی از آن، گره پیدا شود».^۷

۱. بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ۵، ص ۱۷۶، سطر ۶: «انَّ معنى العقد عرفاً هو الالتزام و التعهد بامر».

۲. همان، ج ۳، ص ۲۲۲: «انَّ العقود عبارة عن نص المعاهدة الواقعة بين الطرفين المنشأ بالايجاب و القبول».

۳. شهیدی تبریزی، هدایة الطالب، ص ۴۰۷. ۴. مانده، ۱.

۵. بقره، ۲۳۵. ۶. بقره، ۲۳۷.

۷. امام خمینی، کتاب‌البیع، ج ۱، ص ۶۸.

– یکی از فقهای حاضر در تعریف آن گفته است: «عقد چیزی جز ربط بین دو قرار نیست و لازمه آن، تعهد طرفین است».^۱

در عباراتی که از فقهای یادشده نقل شد، چگونگی ارتباط معنای اصطلاحی عقد با معنای لغوی آن مورد توجه قرار گرفته و تلاش شده است که مبنای اقتباس و استعاره معنای اصطلاحی از معنای لغوی به دست داده شود.

۱-۲. عناصر عقد

در این گفتار نخست به شمارش عناصر عقد و سپس به بررسی رکن اصلی عقد می‌پردازیم.

۱-۲-۱. حصر عناصر عقد

در اینجا ابتدا عناصر عقد در قانون مدنی و آثار حقوقی و سپس در فقه شیعه بررسی می‌شود.

۱-۲-۱-۱. در قانون مدنی و آثار حقوقی

قانون مدنی ایران عناصر عمومی عقود، و به تعبیر این قانون، «شرایط اساسی برای صحت معامله» را چنین احصا کرده است: «۱. قصد و رضای طرفین معامله؛ ۲. اهلیت طرفین؛ ۳. موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴. مشروعیت جهت معامله.» (ماده ۱۹۰ قانون مدنی).

برخی حقوقدانان نیز همین عناصر را به‌عنوان شرایط اساسی صحت معامله مورد بررسی قرار داده‌اند.^۲ اما یکی از حقوقدانان^۳ هفده مورد ذیل را به‌عنوان «عناصر عمومی عقود» نام برده است: ۱. تعهد؛ ۲. قصد انشاء؛ ۳. منجزبودن قصد انشاء؛ ۴. جزم عاقد؛ ۵. تراضی بین دو رضای متقابل؛ ۶. کاشف از قصد انشاء؛ ۷. لفظ؛ ۸. اقتران دو قصد؛ ۹. موالات بین ایجاب و قبول؛ ۱۰. اهلیت متعاقدين؛ ۱۱. مشخص بودن هر یک از متعاقدين در نظر دیگری؛ ۱۲. علت عقد؛ ۱۳. موضوع عقد و متعلق موضوع عقد؛ ۱۴. معلوم‌بودن موضوع عقد؛ ۱۵. قدرت تسلیم؛ ۱۶. مفیدبودن تعهد؛ ۱۷. لزوم.

۱. مؤمن، کلمات سدیة، ص ۲۰۵: «ان العقد ليس الا الربط بين قرارين، و يستلزمه تعهد من الجانبين».

۲. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۷۶؛ کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۴۲.

۳. جعفری لنگرودی، کلیات عقود، شماره ۱۱ و ۱۲، ص ۹۸-۱۲۸، ۱۳۵۵، شماره ۱۳ و ۱۴، ص ۱۰۳-۱۳۷، شماره ۱۵، ص ۴۶-۱۱۶.

همچنین، دکتر سنهوری، حقوقدان مصری، در بحث راجع به شمارش ارکان عقد، با ذکر این نکته که ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه چهار شرط: رضا، اهلیت، موضوع و علت را برای صحت عقد لازم شمرده، می‌گوید: «اگر بخواهیم بدانیم که کدام یک از این عناصر، از ارکان عقد هستند، می‌بینیم که اهلیت در واقع شرط رضاست و عنصری مستقل از رضا نیست، و... موضوع و علت نیز از ارکان تعهد و التزاماند، نه از ارکان عقد؛ بنابراین، تنها رکن عقد، همان رضاست. ولی به طور متداول، بحث از موضوع و علت را در حقوق قراردادهای مطرح می‌کنند نه در حقوق تعهدات، زیرا اهمیت «موضوع» [تعهد] تنها در بحث از تعهدات قراردادی روشن می‌شود و «علت» به معنای حقوقی خود تنها در تعهدات ناشی از قرارداد یافت می‌شود».^۱

در ادامه، وی متذکر شده است که روش متداول، یعنی مطرح کردن بحث از موضوع و علت در حقوق قراردادهای، از دقت علمی به دور است، اما به جهت فواید عملی آن، شیوه بحث خود را با پیروی از همان روش متداول مطرح کرده، و یادآور شده است که می‌توان برای این روش، توجیهی منطقی نیز به دست داد: «زیرا رکن اصلی عقد، رضاست و موضوع رضا، تعهدی است که تمام ارکان خود یعنی موضوع و علت را دارا باشد. بنابراین، اگر یکی از ارکان رضا موجود نباشد، رضائی در کار نخواهد بود».^۲ بدین ترتیب، وی ذیل عنوان «ارکان عقد»، سه عنصر رضا، موضوع تعهد، و علت تعهد، را مورد بحث قرار می‌دهد.

او در کتاب الوسیط، بحث از ارکان عقد را با شیوه بهتری مطرح می‌کند: «مبنای عقد، اراده، یعنی تراضی طرفین عقد است و اراده باید هدف مشروعی داشته باشد که همان علت است. لذا عقد، دو رکن دارد: تراضی و علت. و اما موضوع از ارکان تعهد است، نه از ارکان عقد، ولی اهمیت آن تنها در بحث از تعهدات ناشی از عقد آشکار می‌شود؛ زیرا موضوع تعهدات ناشی از غیر عقد را قانون معین می‌کند و لذا احتمال اینکه موضوع آنها شرایط لازم را نداشته باشد، منتفی است. ولی موضوع تعهدات ناشی از عقود را خود متعاقدین تعیین می‌کنند، لذا باید شروطی که قانون لازم می‌شمارد را رعایت کنند؛ به همین جهت [حقوقدانان] به طور متداول، موضوع را به همراه عقد مورد بحث قرار می‌دهند».^۳ بدین ترتیب، در این کتاب، او عنصر تراضی، موضوع و علت را به عنوان ارکان عقد مورد بحث قرار می‌دهد و اهلیت متعاقدین را از شرایط صحت رضا می‌داند.^۴

۱. السنهوری، الموجز فی النظرية العامة للالتزامات فی القانون المصری، ص ۴۴، ش ۳۴.

۲. همان جا.

۳. همو، الوسیط، ج ۱، ص ۱۷۰، ش ۶۸.

۴. همان، ص ۲۶۴، ش ۱۴۳.

۱-۲-۱-۲. در فقه شیعه و اهل سنت

چنان‌که معروف است، فقها بسیاری از قواعد عمومی قراردادها را در مبحث «متأجر یا مکاسب» و «عقد بیع» بررسی نموده‌اند. از جمله، برخی از مطالبی که در بخش اول کتاب مکاسب شیخ انصاری رحمته الله مطرح شده و شاید بتوان بر آنها «عناصر عمومی قراردادها» اطلاق کرد، چنین هستند:

۱. مورد معامله نباید شیء نجس العین مانند خون، بول و مردار باشد؛

۲. مورد معامله باید منفعت عقلانی و مشروع داشته باشد؛

۳. در مورد عقودی مثل اجاره و جُعالة که مورد آنها عمل است، مورد معامله نباید فعل حرام یا واجب باشد مثل حرمت ساختن مجسمه اشیای دارای روح و اجرت گرفتن برای انجام واجبات.

۴. جهت معامله باید مشروع باشد؛ بنابراین، خرید و فروش بت و صلیب و آلات قمار و فروختن انگور به قصد شراب ساختن حرام است و در صورتی که به آن جهت تصریح شود، معامله باطل خواهد بود.

از مباحث بخش دوم کتاب یاد شده (عقد بیع) نیز می‌توان نکات ذیل را نام برد:

الف) مطالب مربوط به عقد: ۱. موضوع عقد. این بحث که مراد از بیع، مبادله است یا تملیک و ارائه تعریف صحیحی از عقد بیع، در واقع به تعیین موضوع عقد بیع بازمی‌گردد. در بحث مربوط به موضوع عقد، به این مطلب خواهیم پرداخت؛ ۲. متعلق موضوع عقد و به سخن دیگر، مورد معامله. مباحث راجع به اینکه مبیع باید عین باشد و ثمن می‌تواند منفعت یا حق باشد؛ ۳. لزوم یا عدم لزوم انعقاد عقد با الفاظ؛ ۴. ایجاب و قبول و شرایط آن؛ ۵. منجز بودن عقد؛ ۶. تطابق بین ایجاب و قبول.

ب) شرایط مربوط به متعاقدين: ۱. اهلیت متعاقدين؛ ۲. قصد؛ ۳. رضا؛ ۴. ملکیت متعاقدين نسبت به مورد معامله یا مأذون بودن از سوی مالک.

ج) شرایط مربوط به مورد معامله: ۱. قابلیت تملک؛ ۲. مالیت داشتن؛ ۳. معلوم و معین بودن؛ ۴. قدرت بر تسلیم.

در باره اینکه موارد یاد شده عناصر عقد را تشکیل می‌دهند، تصریحی دیده نمی‌شود. البته به طور معمول یکی از مباحث فقهی در بحث عقود، بحث از ارکان آن عقد است. به عنوان نمونه، علامه حلی در بیشتر عقود بحثی تحت عنوان ارکان عقد را مطرح کرده و معمولاً از

صیغه عقد به عنوان اولین رکن نام برده است.^۱ شیخ انصاری نیز در برخی موارد از ایجاب و قبول به عنوان دو رکن عقد نام برده است.^۲ همچنین، در برخی از موارد زوجین در نکاح را مانند عوضین، دو رکن عقد دانسته است.^۳ مؤلف تحریرالمجلة نیز تصریح می‌کند که در نکاح، زوجین دو رکن معاوضه‌اند، اما در عقود مالی، طرفین عقد، رکن آن به‌شمار نمی‌آیند، بلکه عوضین به همراه صیغه عقد، سه رکن هر عقد مالی را تشکیل می‌دهند.^۴

در فقه اهل سنت نیز به ارکان عقد توجه شده است. به گفته دکتر زحیلی، در نزد فقهای غیر حنفیه، عقد سه رکن دارد: عاقد، مورد معامله و صیغه. بنابراین، در بیع، بایع و مشتری عاقد هستند، ثمن و مثن مورد معامله‌اند و ایجاب و قبول، صیغه هستند.^۵ همچنین، مؤلف کتاب الفقه علی مذاهب الاربعة در این باره می‌گوید: ارکان بیع شش‌تاست: صیغه، عاقد و مورد معامله، و هر کدام از آنها دو قسم است؛ زیرا عاقد یا بایع است یا مشتری، و مورد معامله یا ثمن است یا مبیع، و صیغه نیز یا ایجاب است یا قبول؛ پس بیع شش رکن دارد و مقصود از رکن در اینجا، چیزی است که وجود شیء بر آن متوقف باشد، هر چند که جزء داخلی آن شیء نباشد.^۶ به گفته ایشان، حنفی‌ها بر این عقیده‌اند که بیع تنها یک رکن دارد و آن ایجاب و قبول لفظی یا فعلی است که دلالت بر مبادله دو ملک بین مشتری و بایع نماید. برخی دیگر از حنفیان می‌گویند: بیع دو رکن دارد: ایجاب و قبول، و داد و ستد. به هر حال حنفیان در این مورد به رکن واقعی، یعنی آنچه که پایه شیء و جزء داخلی آن باشد، نظر دارند.^۷

۱. به عنوان نمونه، ر.ک: علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۱۷۸: أركان الصلح أربعة المتصلحان و المصالح عليه والمصالح عنه؛ همچنین، ر.ک: همان، ص ۵ (قرض)، ص ۱۲ (رهن: الفصل الأول في الأركان و هي أربعة... المبحث الأول في الصيغة)، ص ۱۱۳ (وکالت)، ص ۲۸۶ (جعل: الفصل الثاني في الأركان و هي أربعة. المبحث الأول: في الصيغة)، ص ۳۳۷ (مزارعه).
۲. انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۱۴۴: أن القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب... و ليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا بالإيجاب...
۳. همان، ص ۴۱۹: فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد.
۴. آل کاشف الغطاء، تحریرالمجلة، ج ۱، قسم ۱، ص ۱۰: فأركان العقد في الأموال مطلقا ثلاثة: الصيغة الدالة على الالتزام بالمعاملة و العوضان.
۵. الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۹۲.
۶. الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعة، ج ۲، ص ۱۵۵.
۷. همان، ص ۹۲، پاورقی ۱.

۱-۲-۲. رکن اصلی عقد

از آنچه تاکنون در مورد عناصر عقد گفته آمد، روشن شد که تقریباً در همه مذاهب فقهی و حقوقی و قوانین مدون، تراضی - که با ایجاب و قبول آشکار می‌شود -، متعاقدین و مورد معامله از عناصر عمومی عقود و قراردادها به‌شمار آمده‌اند. حال باید دید که کدام‌یک از این عناصر، اساسی‌ترین رکن و عنصر عقد است.

بی‌گمان اساسی‌ترین عنصر عقد، همان رضای طرفین عقد یا تراضی و به بیان دیگر توافق دو اراده است. در حقیقت آنچه سازنده عقود گوناگون است، همان اراده طرفین است که شرع و قانون به آن احترام گذاشته و آزادی آن را به رسمیت شناخته‌اند. اما اراده در صورت ابتدائی خود، که از آن به اراده حقیقی تعبیر می‌شود، امری درونی است و جز صاحبش، کسی از آن مطلع نیست. به گفته مرحوم امامی: «برای تحقق عقد، اراده حقیقی کافی نمی‌باشد و احتیاج به امر دیگر دارد که دلالت بر قصد انشاء کند و آن را اراده انشائی یا خارجی گویند. بنابراین، برای انعقاد عقد باید اراده حقیقی به وسیله اراده انشائی و خارجی اعلام گردد».^۱

پس شریعت و قانون، هنگامی اراده را به رسمیت شناخته و آن را در حقوق طرف دیگر عقد مؤثر می‌دانند که ابراز شود. اراده ابراز شده طرفین عقد را فقها، قانون، و حقوقدانان ایجاب و قبول نامیده‌اند. بنابراین، ایجاب و قبول در حقیقت همان «تراضی ابراز شده» یا اراده در قالب بیرونی و هیئت اجتماعی آن است. پس «ایجاب و قبول» و «تراضی» هر دو حاکی از یک حقیقت‌اند، با این تفاوت که «تراضی» مربوط به عالم ثبوت است و «ایجاب و قبول» مربوط به عالم اثبات. از این رو، می‌توان بر این عنصر، هم «تراضی» اطلاق کرد و هم «ایجاب و قبول».

به همین دلیل است که قانون مدنی عراق هنگام شمارش ارکان عقد، از تراضی، مورد معامله و علت نام می‌برد و سپس به هنگام شرح عنصر تراضی، آن را به صیغه عقد تفسیر می‌کند. متن آن قانون چنین است: «الفرع الاول: ارکان العقد: ۱. التراضی، اولاً: وجود التراضی (صیغه العقد)». سپس در ماده ۷۷ که اولین ماده‌ای است که تحت عنوان یادشده، آمده، به تعریف ایجاب و قبول می‌پردازد. بنابراین، از این ماده نیز با توجه به عنوان فصل، استفاده می‌شود که منظور از تراضی همان صیغه عقد یا ایجاب و قبول است.

همین معنا را می‌توان از قانون مدنی ایران نیز استفاده کرد. چون ماده ۱۹۱ این قانون می‌گوید:

۱. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۸۱.

«عقد محقق می‌شود به قصد انشاء، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد نماید». از جمله اول این ماده معلوم می‌شود که از نظر قانون‌گذار ایرانی، آنچه عقد را محقق می‌سازد، قصد انشاء است و ایجاب و قبول که در این ماده از آن به «چیزی که دلالت بر قصد کند» تعبیر شده است، شرط تحقق عقد است. با ملاحظه بند ۱ ماده ۱۹۰ قانون مدنی و نیز عنوان مبحثی که این ماده ذیل آن قرار گرفته یعنی: «در قصد طرفین و رضای آنها»، معلوم می‌شود که منظور از قصد انشاء در ماده ۱۹۱، همان قصد و رضاست. برخی حقوقدانان^۱ نیز به این امر تصریح کرده‌اند. از اینها گذشته، حقوقدانان و فقها نیز به صراحت اعلام کرده‌اند که عمده‌ترین رکن عقد، تراضی است. از جمله:

– دکتر کاتوزیان می‌گوید: «رکن اساسی عقد توافق دو طرف آن است و شرایط دیگر برای نفوذ این توافق ضرورت دارد».^۲ وی همچنین، در ضمن انتقادهایی که بر تعریف عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی وارد کرده، چنین نوشته است: «عقد عبارت از توافقی است که از آن تعهد به وجود می‌آید.^۳ و بالاخره در تعریفی که خود برای عقد اختیار کرده، آورده است: «توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود».^۴

– دکتر سنهوری نیز رکن اصلی عقد را تراضی می‌داند: «عقد مبتنی بر اراده یعنی تراضی متعاقدين است».^۵ وی در جای دیگر نیز می‌گوید: «... تنها رضا به عنوان رکن اصلی عقد باقی می‌ماند».^۶ او در تعریف عقد نیز اساسی‌ترین عنصر عقد را تراضی و به تعبیری توافق دو اراده دانسته است: «عقد عبارت است از توافق دو اراده بر ایجاد یا انتقال تعهد».^۷ در تعریف تراضی نیز گفته است: «تراضی به معنای توافق دو اراده است».^۸

– دکتر صبیحی محمصانی نیز رکن اصلی عقد را رضا می‌داند: «رکن اصلی هر عقدی، رضای متعاقدين است».^۹ اما ایشان «رضا» را به «ارتباط ایجاب با قبول» تفسیر می‌کند:

۱. همان، ص ۱۸۳.
۲. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۴۲.
۳. همان، ص ۱۶.
۴. همان، ص ۲۱.
۵. السنهوری، الوسيط، ج ۱، ص ۱۷۰، ش ۶۸: «العقد يقوم على الإرادة ای تراضی المتعاقدين».
۶. همو، الموجز...، ص ۴۴، ش ۳۴: «... فلا يبقى إلا الرضا ركناً للعقد».
۷. همان، ص ۲۶، ش ۲۱: «العقد هو توافق ارادتين على انشاء التزام او نقله».
۸. همو، الوسيط، ج ۱، ص ۱۷۲، ش ۷۰: «فالتراضی اذن هو تطابق ارادتين».
۹. محمصانی، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية، ج ۱، ص ۲۹۱: «ان الركن الاساسی لكل عقد هو رضا المتعاقدين».