

مبانی بارگذاری لزوم و جواز در قراردادها

محمدحسین بیاتی^۱

ابوالفضل حشمتی^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۸/۰۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۹/۱۶

چکیده

منظور از اصل لزوم چنین است که عقود منعقد، متزلزل و فاقد ثبات نبوده و متعاقدين قدرت بر فسخ آن را نداشته باشند و مراد از جواز عقد این است که طرفین حق برهم زدن عقد را دارا باشند. اصل لزوم یکی از پرکاربردترین قواعد فقهی محسوب می‌شود و در ابواب مختلف فقه و حقوق و تفسیر قراردادها به کار می‌آید. از جمله موارد کاربرد اصاله اللزوم این است که اگر عقدی منعقد گردد و قانونگذار تصریحی به لزوم و جواز ننموده باشد و برای ما تردید حاصل شود که آیا عقد منعقد لازم است یا جایز اصل را بر لزوم عقد می‌گذاریم و می‌گوییم هیچیک از طرفین بدون وجود سبب فسخ حق برهم زدن عقد را ندارد «ذوات الاسباب لا تحصل الا باسبابها». آیا در عقد معوض و غیر معوض اصل بر لزوم است یا جواز؟ فلسفه انصراف اعمال حقوقی به لازم و جایز چیست؟ این نوشته در پی یافتن پاسخ برای پرسش‌های مذکور می‌باشد.

واژگان کلیدی: لزوم، جواز، عقد، عقد معوض، عقد غیر معوض

۱- استادیار دانشگاه عدالت

۲- نویسنده مسئول و دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه عدالت Heshmati@edalat.ac.ir

فقها از دیرباز به قواعد در کار استنباط و استخراج احکام اهمیت می‌دادند و تلاش آن‌ها این بوده است که مباحث فقهی را تحت قواعد کلی درآورند و شعاع هر قاعده‌ای را مشخص کنند. از بررسی منابع چنین برمی‌آید که اهل سنت در قواعد نگاری بر شیعه تقدم داشته و از ایشان اولین کسی که در این زمینه کتاب نوشته است عبد الله بن حسین بن دلال کرخی حنفی بوده که به سال ۳۴۰ وفات یافته و کتاب «الاصول آلتی علیها مدار فروع الحنفیه» را به رشته تحریر درآورده است (صانعی، سید مهدی به نقل از لطفی، اسداله، ۱۳۷۶، ص ۱۶) پس از وی ابوزید عبید بن عمر و موسی قاضی حنفی متوفی به سال ۴۳۰ ه. ق کتاب «تأسیس النظر» را در قواعد فقهی نوشته است. قواعد نویسی در شیعه از شهید اول متوفی به سال ۷۸۶ ه. ق با نگارش کتاب «القواعد و الفوائد» آغاز گردیده و گسترش یافته است که بعد از وی فاضل مقداد متوفی به سال ۸۲۶ ه. ق کتاب «نضد القواعد الفقهیه علی مذهب الامامیه» را نوشته است و همینطور به تدریج قواعد نگاری توسط فقهای بعدی مثل ابن ابی جمهور، شهید ثانی و علامه احمد نراقی گسترش یافت. (لطفی، اسداله، صص، ۱۷-۱۶)

به موجب ماده ۱۸۵ قانون مدنی: «عقد لازم آن است که هیچیک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند مگر در موارد معینه.» و مطابق ماده ۱۸۶ همان قانون: «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند.» پس با توجه به تعاریف فوق می‌توان گفت: عقد لازم غیر قابل فسخ ولی عقد جایز، عقود قراردادی قابل فسخ است. قانون مدنی در بیشتر عقود صریحاً به لازم یا جایز بودن آن‌ها اشاره نموده است ولی در برخی موارد سکوت اختیار نموده و حکم به لازم بودن یا جواز آن نداده است و این پرسش اولیه ایجاد می‌شود که این گونه عقود را باید حمل بر لزوم نمود یا جواز؟ آیا در این زمینه می‌توان اصلی را به عنوان راهنما مدنظر قرار داد؟

یکی از مباحثی که در شناخت ماهیت عقود اثر مهمی دارد شناخت لزوم و جواز آن است. اینکه آیا عقد منعقد لازم است یا جایز یعنی آیا طرفین عقد قصد این را دارند که برای همیشه خود را ملزم و پایبند به آن نمایند یا قصد دارند هر لحظه بخواهند تعهد خود را فسخ نمایند.

با عنایت به این که اصل لزوم از مسائل مهمی در فقه محسوب می‌شود و جایگاه ویژه‌ای دارد و در ابواب مختلف پرکاربرد است در کتب فقهی و حقوقی مورد بحث قرار گرفته است. در رسیدگی به دعاویدر مراجع قضایی مسائل پیچیده و مختلفی مطرح می‌شود و در بسیاری از این مسائل، دادرس به یقین یا ظن نزدیک به آن هم نمی‌رسد. مثلاً قراردادی غیر معوض واقع می‌شود که نظیر آن سابقه نداشته و دادرس در می‌ماند که آیا قرارداد را لازم بداند یا جایز؟ با بررسی در مبانی لزوم و جواز به نظر می‌رسد:

۱- اصل لزوم در قراردادهای بدون عوض جاری است.

۲- عقود اذنی و یا قراردادهای غیر معوضی همچون وعده نکاح به دلیل مبنای نظم عمومی، از اصل لزوم خارج‌اند و جواز در آن‌ها جاری است.

۳- اصولاً اراده است که ماهیت عقد را شکل می‌دهد و این اراده در کنار تعیین ماهیت، لزوم و جواز عقد را مشخص می‌کند.

۱- اصل لزوم در آثار فقهی متقدمین

نخستین کسی که از اصل لزوم به طور صریح و منجز نام برده و به این قاعده استناد کرده است مرحوم علامه حلی است که در کتاب قواعد الاحکام و تذکره الفقها از این قاعده یاد کرده و بدان استناد جسته است. فقهای قبل از علامه حلی هم به نحوی از لزوم عقود در آثارشان یاد کرده و کم و بیش بحث نموده ولی گویا به لزوم و عقود به دیده یک اصل و قاعده فقهی توجه نداشته‌اند. فقهای قرن چهارم، پنجم و ششم عمدتاً به لزوم در عقود به ویژه در عقد بیع معتقد بوده و آن را از ثمرات و نتایج تحقق عقد دانسته‌اند لیکن همانطور که قبلاً گفته شد از لزوم به عنوان اصل و قاعده صریح استناد ننموده‌اند اما مرحوم حلی در آثار فقهی از لزوم عقد تعبیر به اصل کرده و به تدریج فقهای دیگر بعد از او منجمله، فخر المحققین، شهید اول، فاضل مقداد و سایرین از ایشان تبعیت نموده و خاصه شهید اول که کتاب القواعد و الفوائد در قواعد فقهی را نوشته است، اصل لزوم به عنوان یک قاعده فقهی مطرح گردیده است.

۱-۱ تعریف لزوم و جواز

در فرهنگ لغت فارسی لزوم به معنای واجب شدن، ضرورت و لازم بودن آمده است (عمید، حسن، ۱۳۸۹، ص ۱۰۲۵). و جواز به معنی اجازه نامه، جایز بودن و روا بودن معنی شده است (عمید، حسن، ۱۳۸۹، ص ۴۰۴). به موجب ماده ۱۸۵ قانون مدنی: «عقد لازم آن است که هیچیک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه» به این معنی که هنگامی که عقدی با تمامی شرایط منعقد گردید هیچکدام از طرفین نمی‌تواند به تنهایی عقد منعقد را بهم بزند مگر در مواردی که قانون مقرر نموده است که مراد از موارد معینه همان خیارهای پیش بینی شده توسط مقنن و به طور مثال بر هم زدن عقد با تراضی طرفین (موضوع ماده ۲۸۳ همان قانون) است. مطابق ماده ۱۸۶ همان قانون: «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی که بخواهد فسخ کند» در فقه امامیه جایز را به دو معنی به کار برده‌اند: ۱- به معنی قابل فسخ، به این توضیح که هر گاه در عقد لازمی خیار وجود باشد از این جهت که عقد قابلیت فسخ دارد از آن به جایز تعبیر می‌کنند ولی در متون حقوقی با عنایت به تعریف قانون مدنی اثر چنین عقدی را جایز گویند از باب مسامحه در تعبیر است. (قنواتی، جلیل و همکاران، ۱۳۷۹، ص ۱۱۲ به بعد) ۲- جایز به معنای عقدی که ذاتاً و بدون خیار قابل فسخ باشد و این نوع از عقد است که ماده ۹۵۴ قانون مدنی به آن اشاره نموده است که به موجب آن «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است.» و عقد جایز به معنای صحیح کلمه همین عقد است. فلذا گفته می‌شود که خیار از مختصات عقود لازم است و در عقد جایز راه ندارد (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۴۹، ص ۴۱) چرا که ذاتاً و بدون خیار قابل فسخ می‌باشد و گنجاندن خیار در آن بی‌معناست.

۱-۲ تأثیر اراده در لزوم و جواز

احدی از حقوقدانان (جعفری لنگرودی، جعفری، ۱۳۸۷) در مورد دلیل لزوم و جواز یک عقد بیان می‌دارد: برعکس نظر دست اندر کاران این علم که لزوم و جواز را از ماهیت عقود لازم و جایز خارج دانسته‌اند، اما لزوم عقود مالی معوض را از عناصر آن عقود می‌دانیم و معتقدیم که در باطن این عقود مصلحتی نهفته است که متعاقدان آن را در زمان عقد به

خوبی می‌شناسند و بناً با توجه به آن مصلحت، عقد را منعقد می‌کنند و اساساً نیازی به راهنمایی کسی ندارند و این را در هزاران قرن پیش از این حتی در اعصاری که قانونگذاری های اولیه و ساده وجود نداشت می‌دانستند. (جعفری لنگرودی، جعفر، ۱۳۸۷، ص ۲۱۵). این حقوقدان لزوم و جواز عقد را به دلیل مصلحتی که درون عقد، مستتر است می‌داند. وقتی ما و خود این حقوقدان معتقدیم که عقود معینه از اعصار کهن وجود داشته‌اند و فقط مورد امضاء و تأیید شارع قرار گرفته‌اند و افراد در طول تاریخ، بر حسب نیازهای خود به ایداع و انعقاد عقود می‌پرداختند و این عقود چیزی جز تراضی و قصد مشترک طرفین نیست، پس علت لزوم و جواز عقد را باید در قصد مشترک طرفین جستجو نمود. دو طرف که خود خالق یک موجود حقوقی‌اند، خود نیز چارچوبه آن موجود حقوقی را مشخص می‌کنند. در حقیقت عقد چیزی جز یک قالب بی‌جان نیست و آن چیزی که به آن روح می‌بخشد خالق آن است و اساساً عقد بدون توجه به خواست طرفین معنا ندارد و تفاوتی هم ندارد که عقد منعقد می‌باشد یا غیر معین. در واقع اگر ما به عقود معین یک وصف خاصی را منتسب می‌کنیم به این خاطر است که آن قدر در طول تاریخ تکرار شده‌اند که گویی این عقود، لزوم و جواز را در خود همراه دارند. در حالی که این خالق عقد است که به آن عقد معنا می‌دهد و هر عقدی در پی قصد خالق آن است، مثلاً اگر فردی بخواهد مالی را برای همیشه به دیگری منتقل نماید در قالب عقد بیع، آن را منعقد می‌کند و اگر بخواهد اذن در استفاده از مالی را به کسی بدهد سراغ عقد عاریه می‌رود. طرفین قرارداد به دنبال عقود نمی‌روند که خود را در چارچوبه آن قرار دهند بلکه به دنبال آن عقد می‌روند زیرا مبین قصد واقعی آنهاست. در حقیقت طرفین قرارداد از قبل یک قالب خاص را برای عمل خود انتخاب نمی‌کنند تا خود را منطبق بر آن نمایند بلکه متعاقبین آنچه را که در نظر دارند انجام می‌دهند و چون معمولاً عمل آنها منطبق بر یکی از اعمال حقوقی شایع در قانون است، گویی یکی از آن اعمال حقوقی را اراده می‌کنند بدون اینکه در مواردی، طرفین واقعاً بدانند که اعمال حقوقی آنها در چه چارچوبی است و چه شرایطی بر آن اعمال می‌شود. مثلاً اگر همسایه ای به همسایه خود بگوید دیگ خود را به من قرض بده و آن هم دیگ را به او بدهد، ملاحظه می‌شود که ماهیت این عقد، قرض نیست و عمل آنها منطبق بر عقد عاریه است ولی چون در عرف این لفظ با لفظ قرض صورت می‌گیرد طرفین با همان لفظ، عقود دیگری را اراده کرده‌اند، بدون اینکه بخواهند خود را در قالب عقد قرض قرار دهند (ولی جانی، مرتضی، ۱۳۸۴، صص ۳۶-۳۳). به نظر می‌رسد اصولاً اراده متعاقبین تعیین کننده لزوم و جواز عقد است. البته عقود وجود دارند که به دلیل مبانی خاص، حکم لزوم و جواز در آنها جاری است و طرفین نمی‌توانند بر خلاف لزوم و جواز عقد تراضی نمایند. مانند عقد وقف که عقد غیر معوض محسوب می‌شود و پس از قبض عین موقوفه لازم است و اراده طرفین نمی‌تواند عقد وقف را جایز گرداند و از طرف دیگر به طور مثال وعده نکاح که در دسته عقود غیر معوض جای دارد به دلیل مصالح اجتماعی جایز است و اراده طرفین نمی‌تواند آن عقد را به عقد لازم تبدیل نماید.

۱-۲-۱ قصد حاکی از اصل در قاعده اصالة اللزوم

اینکه گفته شود «الاصل فی العقود اللزوم» ابتدائاً باید بررسی نماییم که منظور فقها از واژه «اصل» در قاعده لزوم چه می‌باشد. در خصوص این واژه چهار نظر از سوی فقها ارائه شده است که در ذیل به ذکر و بررسی آن می‌پردازیم.

۲-۲-۱ رجحان و غلبه و قاعده

برخی فقها معتقدند معنی «اصاله اللزوم» آن است که در اغلب موارد عقود لازم می‌باشند (کرکی، شیخ عبدالحسن، ۱۴۱۱، ص ۲۸۲، نجفی، ۱۳۷۶، ص ۳) به این معنی که هرگاه تمامی عقود شمارش شوند می‌بینیم که تعداد قراردادهای لازم بسیار بیشتر از قراردادهای جایز می‌باشد. شیخ انصاری بر این نظریه ایراد نموده است به این بیان که با توجه به وجود خیار مجلس، حیوان و شرط در اغلب خرید و فروش‌ها، نتیجه آن می‌شود که بیشتر آن‌ها به نحو جایز برگزار می‌شوند نه لازم (انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۷۰، ص ۲۱۴) ایراد شیخ وارد نیست زیرا همانگونه که پیش‌تر گفتیم عقد لازم، اصولاً قراردادی غیر قابل فسخ است. هرچند در زمان خیار، عقد نسبت به ذوالخیار جایز می‌باشد ولی وجود خیار، عقد لازم را به صورت کلی به عقد جایز تبدیل نمی‌کند بلکه قرارداد همچنان لازم است و به صورت موقت در زمان خیار، قرارداد جایز می‌باشد. به نظر گروهی از فقها مراد از اصل، قاعده مستفاد از آیات و روایات است که در هنگام شک در لزوم و جواز عقد، حکم به لزوم عقد می‌گردد (ایروانی غروی، میرزا علی، ۱۴۲۱ ص ۱۱؛ انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۷۰، ص ۲۱۴) اکثریت در بحث از اصاله اللزوم کلمه «اصل» را به همین معنی به کار برده‌اند (موسوی بجنوردی، سید حسن، ۱۳۸۶، ص ۱۹۵؛ محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۰).

۳-۲-۱ استصحاب

به عقیده برخی از فقها منظور از واژه اصل در اصاله اللزوم، استصحاب می‌باشد. با این توضیح که هرگاه عقدی منعقد گردد و یکی از طرفین اقدام به فسخ آن نماید و دچار تردید شویم که عقد با فسخ منحل می‌شود یا خیر و با استناد به یقین سابق که همان وجود عقد پیش از فسخ می‌باشد و با کمک استصحاب، حکم به بقای آن پس از فسخ می‌دهیم که این امر چیزی جز لزوم عقد نمی‌باشد، زیرا عقدی که در اثر فسخ یکی از طرفین منحل نشود و آثارش همچنان باقی باشد، لازم خواهد بود. (علامه حلی به نقل از انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۷۰، ص ۲۱۴)

این عقیده علیرغم شهرت بسیاری که در میان فقها یافته قابل انتقاد به نظر می‌رسد. ایراد اصلی این نظریه این است که با تمسک به استصحاب می‌توان حکم به بقای اثر عقد پس از فسخ نمود ولی این امر نمی‌تواند مثبت لزوم عقد باشد و عنوان خاصی از عناوین عقود لازم را بر قرارداد متنازع فیه مترتب سازد (شهبازی، محمد حسین، ۱۳۸۵، صص ۱۹-۱۸).

۴-۲-۱ بنای عرف و شرع

شیخ انصاری معتقد است بنای عرف و شرع بر لزوم عقد بیع است به این معنی که مردم در خرید و فروش‌هایی که انجام می‌دهند همواره این معنی را در ذهن دارند که رابطه خود را با آنچه از دست می‌دهند کاملاً قطع نمایند. لذا حق فسخ در بیع امری خارج از ماهیت عقد می‌باشد و در نتیجه قابل اسقاط است (انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۷۰، ص ۲۱۴).

عمده‌ترین ایرادی که می‌توان وارد نمود این است که این نظریه، اصل لزوم در قراردادها را نمی‌رساند، زیرا حداکثر معنای آن لزوم عقد بیع می‌باشد (محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۷۸، ص ۱۶۰). درست است که یکی از عقود رایج میان مردم بیع استولی لزوم این عقد، مثبت لزوم سایر قراردادهای مشکوک از حیث لزوم یا جواز نمی‌باشد. از میان نظریه‌های پیشین و گفته شده، اکثر فقها طرفدار نظر دوم می‌باشند و به نظر صحیح می‌باشد و در هنگام تردید نسبت به لزوم یا جواز عقدی می‌توان به «قاعده» عام تمسک جست و حکم به لزوم آن داد.

۲- مبانی اصل لزوم در قراردادها

اصل لزوم در فقه به عنوان یک حکم شرعی به مانند سایر احکام از طریق ادله استنباط احکام نظیر کتاب و سنت به اثبات رسیده است. ادله مزبور به دو قسم فقهاتی و اجتهادی تقسیم می‌شوند. به دلیلی اجتهادی می‌گویند که ما را به حکم واقعی می‌رساند یعنی حکمی برای اشیاء یا افعال به عنوان واقعی خود وجود دارد ولی دلیل فقهاتی یا اصل عملی به دلیلی می‌گویند که به هنگام جهل به حکم واقعی به کمک مکلفین می‌آید و برای رفع سرگردانی ما حکم ظاهری را نشان می‌دهد. پس حکم ظاهری، حکمی است که برای اشیاء یا افعال مجهول الحکم وضع شده است. (مظفر، محمد رضا، ۱۳۷۸، ص ۱۰؛ زراعت، عباس؛ مسجد سرایی، ۱۳۸۵، ص ۲۲) لاجرم، ابتدا دلایل اجتهادی اصل لزوم را بررسی می‌کنیم و سپس به دلیل فقهاتی آن می‌پردازیم.

۱-۲ دلالت آیات و روایات بر اصل لزوم در قراردادها

آیه «اوفوا بالعقود» خداوند متعال در آیه یک از سوره مائده می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به عقدهای خود وفا کنید. برای تحلیل این آیه ابتدا به معنی عقد و پس از آن وفای به عهد و دلالت این آیه بر اصل لزوم می‌پردازیم.

واژه عقد به معنی وصل، بستن پیمان، عهد، محکم کردن و گره زدن آمده است. (عمید، حسن، ۱۳۸۹، ص ۸۲۲؛ معلوف، لوئیس، ۱۳۸۰، ص ۵۱۸). در اصطلاح فقها، عقد دارای معانی مختلفی می‌باشد، گروهی معتقدند عقد به معنای «ایجاب و قبول» است. (عاملی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۴، ص ۱۴۴) در این معنی تأکید اصلی بر توافق اراده طرفین عقد است و همین معنی در حقوق موضوعه مستفاد می‌شود. برخی عقد را به معنای «عقد مؤکد» یعنی ماهیتی که دارای الزام و التزام است می‌دانند (میرزای نایینی، محمد حسین؛ نجفی خوانساری، شیخ موسی، ۱۳۵۷، ص ۲۳؛ نراقی، احمد، ۱۴۱۷، ص ۷). فقهای طرفدار این معنی عقد را فقط شامل عقد عهدی می‌دانند و معتقدند عقود اذنی مانند عاریه و وکالت از آنجا که ایجاد التزام نمی‌کنند به تخصص از معنی عقد خارج هستند (محقق داماد، ۱۳: ۱۶۲). و معنی دیگری که از عقد برداشت می‌شود «التزام در برابر التزام» است (میرزای نایینی، محمد حسین؛ نجفی خوانساری، شیخ موسی، ۲۵۷، ص ۳۳). معنای

سوم تا حد زیادی نزدیک به معنای دوم است با این تفاوت که در آن تکیه اصلی بر تقابل التزامهای طرفین عقد شده است و نه خود التزام.

منظور از «اوفوا بالعقود» در سوره مائده این است که مردم باید تعهدات ناشی از قراردادهای خود را اجرا نمایند و از تعهدات خود تخلف نکنند، چه قراردادهای منعقد شده بین طرفین لازم باشد یا جایز.

مشهور فقها و نویسندگان معتقدند که مهمترین دلیل در کتاب برای اثبات اصل لزوم آیه «اوفوا بالعقود» است (طباطبایی، سید علی، ۱۴۱۲، ص ۵۴۱؛ مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۰، ص ۲۸۹؛ حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، ۳۸۵، ص ۲۹؛ مصطفوی، سید محمد کاظم، ۱۴۲۱، صص ۲۶۰-۲۵۹؛ محمدی، ابوالحسن، ۱۳۷۹، ص ۲۷۲ به بعد؛ حائری شاه باغ، سید علی، ۱۳۸۲، ص ۱۴۶). با این استدلال که خداوند متعال در این آیه امر به وفا به عقود نموده و از آنجاییکه صیغه امر ظهور در وجوب دارد وفای به عهد بر طرفین قرارداد واجب است و در نتیجه متعاقدين نمی توانند با فسخ عقد از وفای به آن امتناع نمایند چرا که فسخ به معنی عدم اجرای مدلول عقد می باشد و این امر چیزی جز لزوم عقد نیست. به بیان دیگر مطابق این آیه کلیه عقود لازم هستند مگر اینکه دلیل خاصی جواز عقد را ثابت گرداند.

این نظر علیرغم شهرت زیادی که دارد مورد ایراد برخی فقها قرار گرفته است (موسوی بجنوردی، سید حسن، ۱۳۸۶، ص ۲۰۸ به بعد). ملا احمد نراقی در عوایدالایام نتیجه می گیرد که دلالت آیه «اوفوا بالعقود» بر اصل لزوم ضعیف است و اصل لزوم ثابت نمی شود بلکه اصل عدم لزوم است مگر اینکه لزوم عقد به دلیلی مانند بیع ثابت شود.

منظور از آیه «اوفوا بالعقود» این است که متعاملین ملزم و مکلف باشند تا زمانی که عقد منحل نشده است کلیه تعهدات ناشی از آن را اجرا نمایند چه عقد لازم و غیر قابل فسخ باشد یا جایز و قابل فسخ. این گفته که عدم اجرای تعهد ناشی از قرارداد، همان فسخ عقد است صحیح به نظر نمی رسد (شهبازی، محمد حسین، ۱۳۹۳، ص ۲۴) زیرا در قراردادهای لازم بسیار اتفاق می افتد که یکی از طرفین به تعهدات خود وفا نمی کند و این عدم وفا به منزله فسخ عقد نیست.

یکی دیگر از حقوقدانان از جهت دیگری دلالت آیه «اوفوا بالعقود» را بر اصل لزوم قراردادهای مورد خدشه قرار می دهد به این بیان که از آنجایی که آیه «اوفوا بالعقود» در آخرین سوره نازل شده قرار دارد، محال است خداوند در طول سالهای نزول وحی تکلیف مردمان را در باب لزوم عقد روشن نکند و آن مطلب را به تأخیر اندازد. به علاوه تتبع در فقه نشان می دهد که آیه مذکور را در سه مورد با اختلاف بسیار به کار برده اند: ۱- در مورد اصل حاکمیت اراده ۲- در مورد ایفای عقود ۳- در مورد اصاله اللزوم در عقود.

با این همه اختلاف در مدلول این آیه چگونه می توان به آن استناد کرد (جعفری لنگرودی، جعفر، ۱۳۸۰، ص ۲۹۰) در نتیجه اینکه «اوفوا بالعقود» دلالت بر اصل لزوم نمی نماید و معنای آن چیزی جز وجوب اجرای تعهدات ناشی از عقد، چه عقد لازم باشد و چه جایز، نسبت و ملازمه ای میان این وجوب و لزوم عقد وجود ندارد.

۱-۲ آیه «تجاره عن تراض»

خداوند متعال در آیه ۲۹ سوره نساء می فرماید «یا ایها الذین آمنوا لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم» برخی فقها سعی نمودند با استناد به این آیه اصل لزوم را ثابت نمایند، با این استدلال که در ذیل آیه تنها اکل

مال در چارچوب تجارت همراه با تراضی، مجاز شناخته شده و فسخ عقد از سوی یکی از طرفین، مصداق تجارت همراه با تراضی نخواهد بود و فسخ مجاز نیست و عقد پابرجاست (انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۷۰، صص ۲۱۵-۲۱۴) ایرادی که در استناد به این آیه برای اثبات اصل لزوم مطرح شده این است که از طرف خداوند متعال صریحاً منع گردیده است «اکل مال به باطل» است و مشخص نیست که فسخ قرارداد بدون رضایت طرف مقابل از مصادیق «اکل مال به باطل» محسوب شود. ممکن است عقد متنازع فیه جایز باشد که در نتیجه ناقل حق دارد با فسخ عقد حتی بدون رضایت طرف مقابل، مال موضوع قرارداد را به گونه‌ای مشروع به ملکیت خود بازگرداند (موسوی بجنوردی، سید حسن، ۱۳۸۶، ص ۲۱۵؛ روحانی، سید محمد صادق، ۱۴۱۲، صص ۲۵۶-۲۵۵). به نظر می‌رسد که آیه «تجاره عن تراض» دلالتی بر اصل لزوم نمی‌کند.

۲-۱-۲ آیه «احل الله البيع»

خداوند رحمان در سوره بقره آیه ۲۷۵ می‌فرماید: «احل الله البيع و حرم الربوا...» برخی فقها برای اثبات اصل لزوم به این آیه استناد نموده‌اند و استدلال می‌نمایند حلیت که در این آیه در مورد بیع بیان شده به معنی نفوذ و امضای آن است و عقلاً از این امر استنباط می‌کنند که هیچکدام از متعاقبین پس از انعقاد بیع نمی‌تواند تنها به اراده خود آن را فسخ نماید و شرع نیز این بنای عقلاً را تأیید نموده است. (ایروانی غروی، میرزا علی، ۱۴۲۱، صص ۱۸-۱۹). شیخ مکارم شیرازی در تفسیر آیه معتقد است که این آیه در پاسخ به کفاری نازل شده که معتقد بودند ربا مانند بیع است و این آیه مثبت اصل لزوم نمی‌باشد (مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۷، ص ۲۹۱).

برخی دیگر از فقها معتقدند این آیه در بیان اصل لزوم نمی‌باشد و منظور خداوند این بوده است که بیع را حلال شمرده و مورد امضاء و تأیید قرار دهد (طباطبایی، سید علی، ۱۴۱۲، صص ۱۸۳-۱۸۱) و بر فرض که این آیه دلالت بر لزوم کند، تنها عقد بیع موضوع قرار گرفته است و نمی‌توان با استناد به این آیه، اصل لزوم عقود را که یک قاعده کلی است، بدست آورد.

۳-۱-۲ روایت «البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع»

به موجب این آیه متبايعين تا زمانی که از یکدیگر جدا نشده‌اند می‌توانند عقد را برهم زنند و هنگامی که از یکدیگر جدا شوند بیع لازم می‌گردد. از این روایت نمی‌توان اصل لزوم قراردادها را به عنوان یک قاعده به دست آورد و حداکثر معنایی که از آن بر می‌آید لزوم عقد بیع به عنوان یک قاعده است که البته سید ابوالقاسم موسوی خویی در مصباح الفقاهه معتقد است این روایت لزوم عقد بیع را تنها از ناحیه خیار مجلس به اثبات می‌رساند و نه از ناحیه سایر خیارات (موسوی خویی، سید ابوالقاسم، ۱۳۷۷، ص ۱۶۹).

۴-۱-۲ روایت «المومنین عند شروطهم»

گروهی از فقها (انصاری، شیخ مرتضی، ۱۳۷۰، ص ۲۱۵؛ مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۷، صص ۲۹۴-۲۹۲) با توسل به این روایت خواسته‌اند اصل لزوم را به اثبات برسانند، با این استدلال که شرط در اینجا به معنی «مطلق الزام و التزام» است و محدود به شرط ضمن عقد نمی‌شود. بنابراین تمامی عقود، داخل در مفهوم شرط و در نتیجه پایبندی به آن‌ها واجب و تخلف از آن‌ها حرام می‌باشد. پس، از حکم تکلیفی وجوب پایبندی به عقد، حکم وضعی لزوم آن استنباط می‌شود. از نظر

این دسته از فقها دلالت این روایت بر اصل لزوم متوقف بر پذیرش اطلاق واژه شرط بر عقد و نیز استنتاج حکم وضعی لزوم از امر به پایبندی به عقود می‌باشد.

در ایراد به این استدلال می‌توان گفت که از لزوم پایبندی به شرط، چه شرط ابتدایی باشد یا شرط ضمن عقد، غیر قابل فسخ بودن آن استنباط نمی‌شود. لزوم پایبندی به شرط، با غیر قابل فسخ بودن آن ملازمه‌ای ندارد زیرا در غیر این صورت می‌بایست تعهدات ناشی از شروط جایز، لازم الاجراء نباشد، درحالیکه این گونه نیست (شهبازی، محمد حسین، ۱۳۸۵، ص ۳۶). به نظر می‌رسد که این روایت دلالتی بر اثبات اصل لزوم در قراردادها ندارد.

۲-۲ بنای عقلاء

اساساً معاملات در عرف با قصد پایبندی به آن منعقد می‌گردند و در جامعه‌ای که در آن هیچکس پایبند به عقد منعقد توسط خویش نباشد، استقرار نظم اجتماعی و عمومی از بین می‌رود. سید حسن بجنوردی با توسل به بنای عقلا در معاملات سعی نموده تا اصل لزوم را به اثبات برساند با این بیان که روش خردمندان در انعقاد عقود میان خود این است که پایبندی به عقد را ضروری می‌شمارند و شارع نیز این روش عقلا را رد ننموده است. (موسوی بجنوردی، سید حسن، ۱۳۸۶، ص ۱۱۹ به بعد).

هر کس برای انعقاد عقدی که به آن مبادرت می‌ورزد، برنامه و انگیزه‌ای در ذهن خود دارد و اگر بداند هر لحظه ممکن است تمامی این برنامه‌ها و انگیزه‌ها از بین برود، هیچگاه به انعقاد این عقد تن نمی‌داد. اگر در جایی به لزوم یا جواز تصریح شده باشد، بنای اولیه عقلاء این است که هرکس برای خود تعهد به وجود آورد، هرچند به صورت یک طرفه و بدون عوض حق از بین بردن و فسخ عقد را بدون رضایت طرف مقابل ندارد. همین که ما دلیلی بر خلاف این عرف عملی در شرع نمی‌یابیم به منزله تأیید و امضاء از طرف شارع است. بسیاری از فقها احکام معاملات را امضایی دانند و تعبد در آن را امری بعید می‌دانند به این معنی که حتی اگر شارع در امری حکمی صادر کند معمولاً حکم مرسوم در عرف را مورد تأیید قرار داده است (ولی جانی، مرتضی، ۱۳۸۴، ص ۷۵).

پس می‌توان گفت بعید به نظر می‌رسد که احکام عقود امضایی باشد ولی لزوم و جواز عقد که هر دو جزء احکام معاملات محسوب می‌شوند را از احکام تأسیسی دانست (جعفری لنگرودی، جعفر، ۱۳۴۰، ص ۱۲۵).

از آنجا که منشاء لزوم و جواز اصولاً برخاسته از اراده طرفین است و متعاقبین در انعقاد عقد، استحکام و ثبات را در نظر دارند، لزوم عقود از دیرباز مورد استمرار حکم بوده و هست مگر آنکه طرفین قصد پایبندی به عقد را نداشته باشند. با عنایت به مطالب فوق به نظر می‌رسد که بنای عقلاء دلیل عام لزوم عقود محسوب می‌شود.

۲-۳ دلیل فقهی اصل لزوم (استصحاب)

هنگامی که ما با دلیل اجتهادی پیش گفته شده، اصل را بر لزوم عقود دانستیم دیگر نیازی نداریم که به استصحاب تمسک جویم زیرا استصحاب دلیل فقهی یا اصل عملی محسوب می‌گردد و با وجود دلایل دیگر از جمله بنای عقلاء که مثبت اصل لزوم در قراردادهاست احتیاجی به استصحاب نمی‌باشد.

۱-۳-۲ اصل کمال موجودات حقوقی

با استقراء در موجودات طبیعی و حقوقی به این نتیجه می‌رسیم که وقتی چیزی پا به عرصه وجود می‌گذارد، اصل مبنی بر این است که آن امر به صورت کامل ایجاد می‌شود مگر اینکه نقصان آن ثابت شود. هنگامی که برای شخص حقیقی ایجاد شود این اصل طبیعی اقتضاء دارد که آن حق به طور کامل ایجاد شود مگر اینکه دلیلی بر نقصان آن وجود داشته باشد بنابراین اصل طبیعی، وقتی عقدی ایجاد شد اصل بر لزوم آن است، چرا که اصل بر آن است که صاحب حق ناشی از عقد، این حق را به طور ثابت و کامل به دست آورده است مگر اینکه دلیلی بر خلاف آن آشکار شود. این یک اصل عقلایی است چرا که همانگونه که اصل بر عدم تمام امور است، زیرا که تمام امور از عدم پا به عرصه خلقت نهاده‌اند، اصل بر کمال موجودات است زیرا نوعاً موجودات به طور کامل از عدم به هستی وارد می‌شوند مگر اینکه دلیلی به گونه‌ای استثنایی جلوی کمال موجودی را بگیرد و این یک امر طبیعی است. (ولی جانی، مرتضی، ۱۳۸۴، صص ۲۶-۲۵).

۳- مبانی جواز در قراردادها

قانونگذار در ماده ۱۸۶ قانون مدنی مقرر نموده است: «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند» با توجه به مطالب پیش‌تر گفته شده اصل اولیه اقتضاء می‌کند که عقود منعقد فی مابین طرفین لازم باشد و یکی از طرفین نتواند بدون رضایت طرف مقابل، عقد را فسخ نماید. به همین دلیل قابلیت فسخ عقود، امری نامتعارف و استثنایی است که باید مبنای این جواز را بررسی نمود. جواز در اکثر عقود به علت اذنی بودن عقد است و برخی از عقود همچون وعده نکاح به دلیل مسائل اجتماعی جایز شمرده شده‌اند. مطابق ماده ۱۸۷ قانون مدنی: «عقد ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جایز» در برخی عقود همچون رهن، برای یک طرف ایجاد حق (مرتهن) و برای طرف دیگر ایجاد الزام می‌نماید (راهن) و این گونه عقود نسبت به صاحب حق جایز و نسبت به طرف دیگر لازم است.

۱-۳ اذن

در فرهنگ فارسی اذن به معنی اجازه دادن، اجازه، رخصت و فرمان آمده است (عمید، حسن، ۱۳۸۹، ص ۶۰). دکتر جعفری لنگرودی در تعریف عقد بیان می‌دارد. اذن، ازاله منع قانونی به سود یک یا چند شخص، از جانب مقنن یا شخص معین است. پس اذن همان رفع مانع است (جعفری لنگرودی، جعفری، ۱۳۷۵، ص ۱۰۶).

برخی در تعریف عقد اذنی معتقدند عقد اذنی قراردادی است که اثر آن اعطای اذن و اختیار به طرف مقابل می‌باشد و در نتیجه در عقود اذنی، اراده اذن دهنده تا مورد پذیرش طرف مقابل قرار نگیرد، قادر به ایجاد اذن نیست (شهبازی، محمد حسین، ۱۳۸۵، ص ۶۷). به طور مثال در عاریه که ماهیت اذنی دارد قانونگذار در ماده ۶۳۵ قانون مدنی عاریه را عقد می‌داند و در ماده ۶۳۸ همان قانون حکم به جواز آن داده است.

همانطور که پیش‌تر گفته شد برخی فقها معتقدند قراردادهای اذنی را نباید عقد به معنی واقعی کلمه دانست بلکه از این حیث می‌توان آن‌ها را عقد شمرد که واجد ایجاب و قبول می‌باشند. بنابراین اطلاق عقد بر قراردادهای اذنی، اطلاق مسامحه‌ای و مجازی خواهد بود. در هر حال در چارچوب قانون مدنی نه می‌توان منکر عقود اذنی شد و نه در عقد بودن آن‌ها شک کرد.

اذن برخلاف سایر آثار حقوقی مانند تملک و تعهد وابسته به اراده است. به این بیان که عقود تملیکی پس از انعقاد قرارداد و تحقق حق عینی، بقای این عقد محتاج به اراده طرفین عقد نیست و به همین دلیل اصولاً اختلال در اراده تاثیری در آن حق نمی‌گذارد و در عقود عهدی نیز بعد از ایجاد تعهد، اصولاً اثر اراده بر تعهد ایجاد شده قطع می‌گردد ولی در عقود اذنی وضعیت متفاوت است. اذن اثری است که به تدریج از اراده به وجود می‌آید، به عبارت دیگر در عقد اذنی توافق دو اراده اذن دهنده و مأذون ایجاد اذن می‌کند و تا زمانی که این دو اراده وجود داشته و سالم باشد اذن به تدریج از آن‌ها ناشی می‌شود و اثر حقوقی عقد اذنی کاملاً با اراده طرفین مرتبط است. (شهبازی، محمد حسین، ۱۳۸۵، صص ۷۵-۷۳). در نتیجه عقود اذنی جایز و قابل فسخ می‌باشند و در اثر حجر یا فوت یکی از طرفین، عقد منعقد از بین می‌رود که به موجب ماده ۹۵۴ قانون مدنی: «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سغه در مواردی که رشد معتبر است.» مشخص است در عقود اذنی، دلیل جواز این است که اذن وابسته به اراده است و ادامه اذن به استقرار بقای اراده طرفین عقد بستگی دارد و اگر اختلالی در اراده‌ها به وجود آید و یا یک طرف به دلخواه بخواهد از ادامه این اثر حقوقی که وابسته به اراده است جلوگیری نماید، عقد منحل می‌گردد.

۳-۲ نظم عمومی

نظم عمومی ایجاب می‌کند که اصل اولیه در عقود، لزوم باشد و فسخ عقد، امری استثنایی تلقی شود. زیرا هرکس با انعقاد قرارداد یک وضعیت حقوقی جدیدی را برای خویش ایجاد می‌کند و اعتماد به ثبات و دوام این وضعیت حقوقی جدید باعث می‌شود که هر طرف نتواند به دلخواه این اثر حقوقی را برهم زند و در هر مورد برای جواز که استثنایی محسوب می‌شود باید به دنبال دلیل و مبنایی بود. در برخی موارد استثنایی، این قاعده کلی که در قراردادها اصل لزوم است و در دل خود نظم عمومی را به همراه دارد کاملاً برعکس می‌شود و مصالح اجتماعی ایجاب می‌کند که عقدی جایز باشد.

۳-۲-۱ وعده نکاح (نامزدی)

وعده نکاح از عقود غیر معوض و در دسته عقود عهدی محسوب می‌گردد. به موجب ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی: «وعده نکاح ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند، اگرچه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخت شده باشد. بنابراین هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج نماید و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید.» در تفسیر این ماده برخی از حقوقدانان معتقدند نامزدی وعده ازدواج است که ایجاد تعهد اخلاقی می‌نماید (امامی، سید حسن، ۱۳۸۶، ص ۳۲۹). گروهی دیگر وعده نکاح را عقد نمی‌دانند و با تبعیت از نظر فقها معتقدند وعده نکاح ایجاد تعهد نمی‌کند و رابطه حقوقی به وجود نمی‌آورد (جعفری لنگرودی، جعفر، ۱۳۷۹، ص ۵۳۵؛ محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۷۶، صص ۳۴-۳۲) در پاسخ می‌توان گفت که وعده نکاح صریحاً در قانون پذیرفته شده و ایجاد تعهد اخلاقی نمی‌کند زیرا جایگاه تعهدات اخلاقی در قوانین موضوعه نیست و در قانون مدنی که جنبه ماهوی دارد قواعد مربوط به ایجاد، انتقال و زوال حق مورد اشاره قرار می‌گیرد (شهبازی، محمد حسین، ۱۳۸۵، ص ۱۲۰).

گروهی دیگر از حقوقدانان معتقدند که وعده نکاح قرارداد است و ایجاد تعهد حقوقی می‌نماید و بیان می‌دارند که توافقی که زن و مرد درباره زناشویی آینده خود می‌کنند تابع شرایط عمومی قراردادهاست. باید طرفین قاصد و راضی باشند و برای پیمانی که می‌بندند، اهل محسوب شوند. این توافق، آنان را پایبند نمی‌سازد و چون نکاح قرارداد مهمی است و آثار خطیری به بار می‌آورد، قانونگذار به زن و مرد این امکان را داده است که تا آخرین لحظه قبل از وقوع عقد از تصمیم خود بازگردند، هرچند از نظر اخلاقی مذموم باشد. زیرا بهتر از آن است که زن و مرد خانواده ای متزلزل و ناهماهنگ تشکیل دهند و یک عمر در رنج و سختی زندگی کنند (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۶، ۳۲-۳۵؛ امامی، سید حسن، ۱۳۷۸، صص ۳۵-۳۴)

عقاید اخیر منطقی‌تر به نظر می‌رسد و به دلیل مصالح اجتماعی وعده نکاح جایز و قابل فسخ است تا زن و مرد بتوانند تا آخرین لحظه با آزادی کامل نسبت به ازدواج، تصمیمی شایسته بگیرند تا از تشکیل خانواده ای متزلزل جلوگیری نمایند و این جواز به دلیل حمایت از خانواده و مصالح اجتماعی است.

۴ بررسی تطبیقی مفاهیم «لزوم» و «جواز» در نظام حقوقی کامن لا

در خصوص لازم (Irrevocable) و جایز (revocable) یا (conveyance) بودن عقود (bilateral contracts) و ایقاعات (unilateral contracts) در نظام حقوقی کامن لا بحث زیادی نشده است اما ذکر این نکته بیش از بیان سایر مسائل اهمیت دارد که مفهوم عوض (consideration) در لزوم و جواز تأثیر بسیاری دارد به عبارت دیگر در نظام حقوقی کامن لا تعهد یک جانبه تنها زمانی غیر قابل استرداد و به عبارت دیگر لازم خواهد شد که: ۱- طرف تعهد نیز تعهدی را تحت عنوان قرض تقبل نموده باشد و با یا اگر عوض اینطور نیست. ۲- شخصی که تعهد یک جانبه نموده بایستی ضمن عقد دیگری لزوم تعهد یک جانبه را شرط کرده باشد. هر کدام از این دو مورد محقق نشود ما با یک قرارداد جایز و قابل برهم زدن روبرو خواهیم بود در حالیکه می‌دانیم در سیستم حقوقی ایران و تا حدی فقه اسلامی و نیز نظام حقوقی فرانسه صرف نظر از شرایط مندرج در دو شماره گفته شده تعهد یک جانبه بلااستثنا معتبر است و متعهد را پایبند می‌گرداند. در واقع ذکر تفصیل فوق در نظام حقوقی به کلیدی بودن مفهوم عوض و جایگاه آن برمی‌گردد. بنابراین در حوزه حقوق کامن لا ایجاب غیر قابل استرداد که از طریق عوض حمایت نشود غیر ممکن است. دادگاه‌های کامن لا معمولاً چنین می‌گویند: هنگامی که قابل در راستای قبولی ناقص نسبت به ایجاب موجب، متحمل هزینه‌هایی گشته است ایجاب قابل استرداد نخواهد بود. اجرای ناقص قبولی به ایجاب، ضمناً متضمن این معنا خواهد بود که ایجاب قابل استرداد نیست. در دعوی دیگر مقرر گشت ایجاب برای انعقاد یک عمل حقوقی یک جانبه (unilateral contract) تا قبل از اجرا و قبولی، قابل استرداد است. ولی این تعهدات یک جانبه در خصوص تعهدات مربوط به ورشکستگی که حاوی امتیاز اعطایی نمایندگی در فروش اموال ورشکستگی است، شایع می‌باشد. تعارض این تصمیمات قضایی تشویش قضایی را در زمینه انعقاد اعمال حقوقی یک جانبه به نمایش می‌گذارد.

تصمیم‌های محاکم در خصوص این موضوع متعارض بوده و بر هیچ رویه ثابت و منطقی‌ای استوار نیست. پاره‌ای از آراء نیز ناشی از تعارض در خصوص اصطلاحات این رشته است. بخشی از این اختلافات نیز به چشم پوشی از قواعد حقوقی در راستای حمایت از مخاطب ایجابی برمی‌گردد که قسمتی از ایجاب را انجام داده است. در فرضی که اجرای تعهدات از جانب مخاطب ایجاب برای او هزینه و مشقتی را به ارمغان نیاورده، قاطبه محاکم استرداد ایجاب را مادام که اجرای کامل محقق نشده مجاز دانسته‌اند. بیم تضرر نسبت به منافع قابل و هدر رفتن هزینه‌های او محاکم را بر آن داشته تا حتی در مواقعی که موجب تعهدی به مفتوح نگه داشتن تعهد خود ندارد او را از استرداد ایجابش منع نماید. به دنبال رویه قضایی حاکم در ایالت کالیفرنیا چنین مقرر شد که شروع به اجرا مطابق قواعد استاپل مانع از امکان استرداد ایجاب می‌شود. چنین رویکردی هیچگونه خطر ورود مشقتی به دنبال ندارد بلکه هر زمان قابل اراده کند می‌تواند قرارداد را پس بزند در حالی که موجب بدون جبران و متعهد به قرارداد می‌ماند. در حال حاضر اگر ایجاب توسط موجب مسترد شود قابل می‌تواند ارزش متعارف خدماتی که به موجب داده است را باز پس بگیرد.

راه حل مناسب قضیه چنین خواهد بود که بهتر است عمل حقوقی دو جانبه توصیف شود اما اگر این امکان وجود نداشت باید از سلسله قواعدی که فوقاً مذکور است پیروی گردد.

نتیجه گیری

از آنچه گذشت به این نتیجه رسیدیم که اصولاً آنچه سازنده عقود است اراده‌هایی است که ماهیت و محتوای آن را تشکیل می‌دهند. وقتی اراده‌ها سازنده ماهیت عقود باشند. خود آن‌ها ماهیت عقد را با وصف لزوم و جواز ایجاد می‌کنند. پس اصولاً لزوم یا جواز یک امر خارجی نیست که شارع آن را قرار داده باشد مگر به طور استثنایی که آن استثنا نیز نیاز به تعبیری دارد تا غلبه در ایجاد قاعده کند. اگر در بسیاری از موارد انسان‌ها خود را در قالب عقود عرفی می‌نهند که خواسته‌های آن‌ها را تأمین کند و لزوم و جواز آن از پیش تعیین شده است، به این خاطر نیست که آن‌ها فقط قالبی را انتخاب کنند و سرنوشت عقد خود را در اختیار آن قرار می‌دهند، بلکه این قالب‌های سنتی مثل بیع، اجاره، عاریه، ودیعه و ... حکایت از خواسته‌های نوعی و مشترک افراد جامعه دارند که در طول زمان شکل گرفته‌اند و به صورت عقود با قالب‌های مشخص و شرایطی خاص به این برهه از تاریخ رسیده است.

در واقع چون از دوران ماقبل تاریخ تا به حال همواره بشر نیاز به داد و ستد داشته و این نیاز نوعی را مثلاً در قالب بیع پایه‌ریزی کرده و در طول تاریخ این عقد تکرار شده است. اما در هر برهه که نیاز به عقد جدیدی احساس شود، دوباره همین اراده‌ها دست به تدوین آن زده‌اند و ماهیت و آثار آن را معین نموده‌اند.

با این که اراده اصولاً سازنده عقود است اما نمی‌توان منکر عقودی شد که قانونگذار به علت پاره‌ای مسائل ویژه، بر آن‌ها نظری خاص داشته و حکم لزوم و جواز آن را از پیش تعیین کرده است و توافق برخلاف آن اثری ندارد. مانند وعده نکاح که عقدی جایز است و متعاقدين نمی‌توانند آن را لازم گردانند و مثلاً عقد وقف که پس از قبض عین موقوفه، لازم می‌گردد و نمی‌توان بر خلاف لزوم عقد، توافق نمود.

به نظر می‌رسد در خصوص مبنای اصل لزوم در قراردادها، بنای عقلا دلیل عام لزوم عقود می‌باشد و آیات و روایات و دلیل فقهاتی (اصل استصحاب) دلالتی بر اصل لزوم در قراردادها ندارد.

بر خلاف نظر کسانی که معتقدند اصل لزوم از ادله استنباط احکام به دست نمی‌آید و در قراردادهایی که در مورد لازم یا جایز بودنش تردید حاصل شود، اصل را بر لزوم نمی‌دانند (شهبازی، محمد حسین، ۱۳۸۵، ص ۴۶) و همچنین برخی که معتقدند در عقود معوض، عقد بر لزوم است ولی در عقود غیر معوض اصل بر جواز است (ولی جانی، مرتضی، ۱۳۸۴، صص ۲۳-۲۴) به نظر می‌رسد از مجموع مطالبی که در نقد و بررسی مبانی اصل لزوم و جواز در قراردادها بیان شد، چه در عقود معوض و چه در عقود غیر معوض، اصل اولیه بر لزوم عقد است مگر در جایی که قانونگذار صریحاً حکم به جواز داده باشد و یا مبنایی عقلایی برای جواز موجود باشد و خلاف اصل لزوم را به اثبات رساند.

فهرست منابع

- امامی، سید حسن (۱۳۸۶)، حقوق مدنی ج ۴، تهران: انتشارات اسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۵)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت ج ۱، تهران: بنیاد راستاد.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۹)، مجموعه محشای قانون مدنی ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- حائری شاه باغ، سید علی (۱۳۸۲)، شرح قانون مدنی ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- زراعت، عباس و مسجد سرائی، حمید (۱۳۸۵)، مبانی استنباط فقه و حقوق ج ۱، قم: انتشارات حقوق اسلامی.
- شهبازی، محمد حسین (۱۳۸۵)، مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی ج ۱، تهران: انتشارات میزان.
- صفائی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۷۸)، مختصر حقوق خانواده ج ۲، تهران: انتشارات نشر دادگستر.
- عمید، حسن (۱۳۸۹)، فرهنگ فارسی عمید ج ۱، تهران: انتشارات اشجع.
- قنوتی، جلیل و وحدتی شبیری، سیدحسن و عبدی پور، ابراهیم (۱۳۷۹)، حقوق قراردادهای بر فقه اسلامی، زیر نظر دکتر سید مصطفی محقق داماد، تهران: انتشارات سمت.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸)، حقوق مدنی «خانواده» ج ۱ و ۲، تهران: انتشارات بهشهر.
- لطفی، اسدالله (۱۳۷۶)، بررسی اصل لزوم در عقود اسلامی، همدان: انتشارات دانشجوی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸)، حقوق خانواده ج ۶، تهران: نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸)، قواعد فقه بخش مدنی ج ۲، تهران: انتشارات سمت.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۹)، قواعد فقه، تهران: نشر میزان.
- مظفر، محمد رضا (۱۳۷۸)، اصول فقه ترجمه علیرضا هدائی، تهران: انتشارات حکمت.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۸۹)، کتاب مکاسب، قم: انتشارات موسسه مطبوعات دینی.
- ایروانی غروی، میرزا علی (۱۴۲۱ ه.ق)، حاشیه کتاب مکاسب ج ۱ و ۳، تهران: انتشارات نشر علوم اسلامی.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۳۷۵)، العناوین ج ۲، قم: موسسه نشر اسلامی.
- روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۲ ه.ق)، فقه الصادق ج ۱۵ و ۳، قم: انتشارات موسسه دارالمکتب.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۲ ه.ق)، ریاض المسائل ج ۵ و ۱، بیروت: انتشارات دارالهادی.
- عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۴ ه.ق)، مسالک الافهام ج ۳ و ۱، قم: انتشارات موسسه معارف الاسلامیه.
- کرکی، شیخ عبدالحسن (۱۴۱۱ ه.ق)، جامع المقاصد ج ۴، بیروت: انتشارات موسسه آل البيت (ع) الاحیاء تراث.
- معلوف، لوئیس (۱۳۸۰)، المنجد فی اللغه ج ۲، تهران: انتشارات اسلام.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۸)، القواعد فقهیه ج ۲ و ۳، قم: انتشارات المدرسه الامام علی بن ابی طالب.
- موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۳۸۶)، القواعد الفقهیه ج ۳ و ۵، قم: انتشارات دلیل.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهه ج ۱ و ۲، قم: انتشارات مکتب الداوری.
- میرزای نائینی، محمد حسین و نجفی خوانساری، شیخ موسی (۱۳۷۵)، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، نجف.
- نجفی، شیخ محمد حسین (۱۳۷۴)، جواهر الکلام ج ۱۰ و ۲۳، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامیه.
- نراقی، احمد (۱۳۷۶)، عواید الایام ج ۱، قم: انتشارات مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلام