

تأملی بر مفهوم عقد در قانون مدنی ایران و افغانستان

خداداد محمدی^۱

چکیده

عمومی قراردادها از مهم‌ترین مباحث حقوق مدنی است که آگاهی هر چه بیش‌تر و عمیق‌تر از آن باعث می‌شود تا اسکلت اندیشه حقوقی فرد از استحکام شایسته‌تری برخوردار گردد. از آنجای که درک زوایای این بحث در گرو اشراف به مفاهیم کلیدی این بحث بوده و یکی از کلیدی‌ترین این مفاهیم، مفهوم «عقد» است. لذا مقاله حاضر که با روش توصیفی _ تحلیلی جمع‌آوری شده، مفاهیم عقد را در فقه و حقوق ایران و افغانستان بررسی نموده است. قانون مدنی این دو کشور به ترتیب در مواد ۱۸۳ و ۴۷۹ تعریفی از عقد ارائه نموده که مورد اشکالات چندی واقع گردیده است. نویسنده از مجموع اشکالات، پنج اشکال وارد بر ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران؛ ۱. خروج عقود تملیکی؛ ۲. خلط سبب و مسبب؛ ۳. خروج عقود اذنی؛ ۴. خروج عقود معوض؛ ۵. عدم شمول اشخاص حقوقی، و دو اشکال بر ماده ۴۷۹ قانون مدنی افغانستان؛ ۱. عدم شمول بیش از دو اراده؛ ۲. عدم شمول عقد شرکت را مطرح نموده و سعی کرده است که با استفاده از پیشینه فقهی مفهوم عقد و با کمک مواد قانونی به آنها پاسخ گوید. بدون شک بحث از قواعد

^۱ - دانشجویی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی af_nohamadi ۱۳۹۵@gmail.com

واژگان کلیدی: مفهوم عقد، قانون مدنی ایران، قانون مدنی افغانستان،

عقود تملیکی، عقود معوض، عقود اذنی

مقدمه

علم حقوق همانند دیگر علوم دارای اصول موضوعه‌ای است که فهم بهتر و دقیق‌تر متون و استدلال‌های حقوقی در گروه اشراف به آنها است، در علم حقوق یکی از این اصول که اهمیت ویژه دارد «قواعد عمومی قراردادها» است. و در قواعد عمومی قراردادها مهم‌ترین بحث، بحث عقد می‌باشد. لذا در این مقاله نویسنده بدنبال بررسی مفهوم عقد در حقوق ایران و افغانستان برآمده است. هرچند با نگاهی سطحی باید از عاقلان داشت که کلمه عقد بی‌نیاز از تعریف و توصیف است، زیرا هر کس در زندگی روزمره ناگزیر عقود و قراردادهای می‌بندند و در نتیجه تعهداتی برای خودشان به وجود می‌آورند. اما از آنجای که بررسی مفاهیم عقد و فهم درست آن بر علاوه تقویت قوه استنباط و شمه حقوقی دانش‌پژوهان حقوق، راهی است، به بهتر فهمیدن مباحث حقوقی. لذا در این پژوهش بر آنم که به سؤالاتی مانند: عقد چیست؟ در متون فقهی دارای کدام مفاهیم است؟ قانون مدنی ایران و افغانستان چه تعریفی از عقد نموده؟ اشکالات وارده بر این تعارف کدام‌ها بوده و پاسخ آنها چیست؟.

ترتیب مطالب این مقاله بگونه است که ابتدا معنای لغوی و به تعقیب آن مفهوم عقد در فقه امامیه و عامه "از آنجای که حقوق ایران و افغانستان به ترتیب برگرفته شده از این دو فقه است"، بطور گذرا اشاره شده و سپس مفهوم آن از منظر قانون مدنی ایران و افغانستان به بحث گرفته شده و در اخیر اشکالات وارده و پاسخ‌های آن مورد واکاوی و کنکاش قرار گرفته است.

انتظاری که از مطالعه کنندگان این پژوهش می‌رود این است که؛ با تعارف «عقد» در فقه و حقوق آشنای لازم را پیدا نموده و در برابر ایرادات وارده پاسخ‌های مناسب و قانع کننده داشته باشند.

با اینکه در تدوین و تالیف پژوهش حاضر تلاش‌های لازم صورت گرفته اما نویسنده هیچ وقت خود را مصئون از اشتباهات نمی‌داند.

گفتار اول مفهوم لغوی عقد

کلمه عقد یک واژه عربی و از لحاظ اشتقاق و ریشه شناسی مصدر است که گاه در مفهوم وصفی و به معنای «معقود» به کار می‌رود. برای معنای لغوی «عقد»، چند مورد ذکر شده است: عقد از انعقاد به معنی بسته شدن، غلیظ شدن و سفت شدن، عقد از «عقد» به معنای طوق و گردن بند، عقد از «عُقدَه» به معنای گره. اظهر آنست که عقد اصطلاحی در باب معاملات، از ریشه «عُقدَه» باشد؛ زیرا علاوه بر این که فهم عرفی همرا با همین معنا است. در آیات قرآن کریم نیز به همین معنی به کار رفته است (خمینی، ۱۳۶۶: ۶۵).

لغت نامه دهخدا عقد را به پیمان، بستن ریسمان، محکم کردن و سوگند معنی نموده (دهخدا، ۱۳۷۱) و فرهنگ معین سه تا استعمال برای واژه عقد بیان نموده است: عقد با کسر عین به معنای گردن بند و عقد با ضم عین به معنی عُقدَه و عقد با فتح عین به معنی بستن، گره زدن، عهد و پیمان (معین، ۱۳۷۱).

گفتار دوم مفهوم اصطلاحی عقد

بند اول مفهوم عقد در فقه

الف) در فقه امامیه: فقه امامیه تعاریف مختلفی از عقد ارائه کرده است و فقها با استناد به نصوص شرعی، کتب لغت و مراجعه به عرف، عقد را تعریفاتی چندی نموده‌اند. قدما و متأخران فقهای امامیه، عقد را ایجاب مرتبط با قبول یا ایجاب مقترن با قبول می‌دانند. بر این اساس، حقیقت عقود، الفاظ و اقوال است

و صورت بیرونی عقد که با ابراز اراده طرفین در قالب ایجاب و قبول تحقق می‌یابد، نقش مهمی ایفا می‌کند (آل کاشف الغطاء، ۱۳۶۱: ۱۱۸).

برخی نیز در تعریف عقد گفته‌اند: «عقد حیثیت ارتباط هر یک از دو تعهد و ربط قراری به قرار دیگر است و عهد به معنای التزام نفسانی و جعل و قرار معاملی است» (خویی، ۱۳۸۷: ۶۷)، عقد: «گفته طرفین یا گفته یکی و فعل دیگری است به گونه‌ای که شارع اثر مقصود را بر آن بار کرده باشد». (نجفی، ۱۴۰۰: ۲۲)، عقد: «همان عهد مؤکد است» (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۰)، عقد: «التزام در برابر التزام است» (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۴۳)، عقد: «تعهد میان طرفین در امری است» که؛ طبق این تعریف عقود مانند: ودیعه، عاریه و... از دایره عقد خارج می‌شود زیرا در اینها تعهدی وجود ندارد.

با دقت به هر کدام از این تعارف زرافت‌ها و در عین حال اشکالاتی به چشم می‌خورد. اما از آنجای که هدف پژوهش بررسی مفهوم عقد در حقوق است لذا به این اشکالات نمی‌پردازم.

ب) در فقه عامه: در فقه عامه، عقد در دو معنای عام و خاص به کار برده شده است. در معنای عام: «هرگونه التزام و تعهدی است که انسان انجام دادن آن را بر عهده گرفته باشد» حال اعم از اینکه؛ این تعهد و التزام ممکن است در مقابل التزام و تعهد دیگری باشد مانند بیع و اجاره یا در مقابل التزام و تعهدی دیگری نباشد مانند نذر و قسم و...، از طرفی؛ این التزام و تعهد ممکن است التزام دینی مانند انجام فرائض و واجبات و ترک محرمات باشد یا التزام دنیوی و مادی.

در معنای خاص: «التزام و تعهد صادره از دو طرف مقابل است». در آثار مختلفی از فقه عامه گفته شده است که صورت عقد با ایجاب و قبول محقق می‌شود. در عبارات دیگر، عقد: «به مجموع ایجاب و قبول» تعریف شده است

و برخی نیز عقد را به: «ارتباط ایجاب و قبول به نحو مشروع که اثرش در محل ثابت شود یا تعلق و ارتباط شرعی یکی از متعاقدين به دیگری تعریف نموده است».

بند دوم : مفهوم عقد در حقوق ایران و افغانستان

الف) در حقوق ایران

۱. **تعریف عقد در حقوق ایران:** قانون‌گذار ایرانی در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران در مقام تعریف عقد بیان نموده اند: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد».

با دقت بر این تعریف می‌توان گفت که؛ هر عقدی دارای دوش شرط اساسی است.

۱. در اثر توافق دو یا چند اراده به وجود می‌آید؛

۲. ایجاد تعهد می‌کند.

در خصوص شرط اول، باید گفت: دو طرفه یا چند طرفه بودن اراده، نه یک طرفه بودن آن، از مفهوم موافق این شرط وجه تمایز عقد از ایقاع دانسته می‌شود؛ زیرا در ایقاع، وجود یک اراده برای ایجاد اثر کافی است؛ مانند طلاق (ماده ۱۱۳۳ ق.م)، فسخ (ماده ۳۹۶ ق.م)، ابراء (ماده ۲۸۹ ق.م). باید خاطر نشان نمود که مراد، از دو طرفه بودن عقد و یک طرفه بودن ایقاع این نیست که عقد، متقوم به دو طرف و ایقاع متقوم به یک طرف باشد؛ تا اشکال شود که طلاق و ابراء نیز در صورت وجود دو طرف یعنی زوج و زوجه و دائن و مدیون، امکان تحقق دارد. بلکه مقصود این است که برای وقوع عقد نیاز است که دو سلطه

إعمال شود بر خلاف ایقاع که إعمال یک سلطه برای تحقیقش کفایت می‌کند (قدیری، ۱۳۷۷: ۳۳).

در مورد شرط دوم؛ به حسب تعریف فوق، هدف از توافق اراده‌ها در عقد، انشای تعهد است نه اخبار از امری. فرق است بین انشاء و اخبار. اما در مورد این که انشا در عقد، ماهیت ایجابی دارد (فقط ایجاد تعهد) می‌کند یا واجد جنبه سلبی (سقوط تعهدات) نیز هست. دو نظر وجود دارد عده گفته‌اند منظور از توافق، ایجاد تعهد است: به این معنی که اراده‌ها باید یک امری را ایجاد کند، پس در مواردی که نتیجه توافق تبدیل تعهد یا سقوط و انتقال باشد، این نوع از اعمال حقوقی را نمی‌توان عقد نامید چنانچه ماده ۲۸۳ ق.م.توافق در فسخ را اقاله نامیده و توافق در تبدیل عقد را تراضی (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۴).

۲. نقد و بررسی تعریف

اشکال اول: خروج عقود تملیکی از تعریف

تعریف ماده ۱۸۳ ق.م. ایران فقط شامل عقود عهدی می‌شود در حالی که تنها اثر عقد، تعهد نیست، بلکه در بسیاری موارد یک عقد موجب انتقال عین یا منفعت می‌شود، مثل بیع، اجاره، معاوضه، هبه، صلح معوض و قرض که در این‌ها انتقال مالکیت است و حق عینی به وجود می‌آورد. گرچه در پاره‌ای از این عقود، طرفین در برابر هم تعهداتی نیز پیدا می‌کنند، مثلاً فروشنده متعهد به تسلیم مبیع می‌شود، ولی این گونه تعهدات فرعی و تبعی اشکال موجود در ماده ۱۸۳ ق.م. را رفع نمی‌تواند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۹).

به تعبیر یکی از حقوق دانان تعریف ماده ۱۸۳ ق.م. شامل عقود عهدی است و عقود تملیکی را شامل نمی‌شود در حقوق ایران تا آنجای که ممکن بوده است، آثار عقود بر اموال قرار می‌گیرد. در بسیاری از عقود آنچه که هنگام عقد

مورد توجه طرفین واقع می‌شود جابجا شدن مالکیت اموال است نه پیدایش تعهد حتی در بسیاری از موارد از تعهد خبری نیست مانند فروش یک قطعه «فرش» در برابر یک گونی «برنج» در این بیع آنچه که مورد توجه و انشای طرفین قرار می‌گیرد انتقال مالکیت است نه تعهد یعنی یک طرف مالکیت برنج را به طرف دیگر و در مقابل دیگری مالکیت فرش را به اولی انتقال می‌دهد.

پس در این گونه از عقود به جای اینکه در برابر دیگری تعهد نماید، مال یا اموالی را تملیک و تملک می‌کند. مثلاً در اجاره یک باب خانه معین، موجر منفعت خانه را به عنوان موضوع اجاره به مستأجر تملیک و مستأجر آنرا تملک می‌کند در اینجا اساسی ترین اثر؛ تملیک و تملک است نه تعهد. اما در یک دسته‌ای دیگر از عقود که عقود عهدی گفته می‌شود؛ مورد عقد نظیر کار انسان یا عین کلی نمی‌توان مالکیت یا حق عینی دیگری، برای طرفی که هدفش به دست آوردن کار یا مال کلی است نسبت به مورد عقد تصور کرد، بلکه آنچه که در اثنای عقد مورد توجه طرفین قرار گرفته، پیدایش تکلیف حقوقی یعنی تعهدی است که گریبان گیر شخص طرف معامله می‌گردد، مانند فروش یک تن گندم کلی، یک تعهد و تکلیف ایجاد می‌کند که طرف آنرا پرداخت نماید. ضمناً تعریفی که در ماده ۱۸۳ ق.م. ایران آمده است با تعاریفی که در جاهای دیگر قانون قانون مدنی ایران از بعضی عقود معین شده است (نظیر مواد ۳۳۸ در مورد عقد بیع و ۴۶۴ در مورد معاوضه و ۴۶۶ در مورد اجاره و ۶۴۸ در مورد قرض و ۷۹۵ در مورد هبه و ۸۲۶ در مورد وصیت تملیکی)، کاملاً مباینت دارد. مثلاً ماده ۳۳۸ ق.م. بیع را تملیک عین به عوض معلوم، معرفی کرده و نامی از تعهد در این تعریف به میان نیاورده است، در صورتی که لازم است عناصر مندرج در تعریف یک ماهیت بر عناصری که در تعریف انواع آن ماهیت، ذکر

می‌شود، منطبق باشد. لذا می‌توان گفت که این تعریف جامع نیست (شهیدی، ۱۳۸۶: ۳۰).

اشکال دوم: استعمال اثر به جای مؤثر یا استعمال سبب به جای مسبب

از آنجای که تعهد عبارت است از به عهده گرفتن، این اثر عقد است، نه خود عقد و از همین رو است که عقد را به عنوان یکی از منابع تعهد به شمار آورده‌اند؛ بنابراین قانون مدنی ایران عقد را تعریف شرح‌الاسمی کرده است نه حدی و منطقی (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۸)، تعریف باید مؤثر را بشناساند نه اثر را (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۹). به تعبیر یکی دیگر از حقوق دانان، در ماده ۱۸۳ ق.م. بین سبب و مسبب خلط صورت گرفته است؛ زیرا عقد، سبب است و تعهد مسبب. نتیجه عقد تعهد است نه اینکه خود عقد تعهد باشد (امامی، ۱۳۷۶: ۱۵۹).

اشکال سوم: عدم شمول عقود اذنی

تعریف ماده ۱۸۳ ق.م. عقود اذنی، نظیر؛ ودیعه و عاریه که باعث اعطای نیابت می‌شود و اذن در تصرف به دیگران می‌دهد را در بر نمی‌گیرد. درست است که در عقد عاریه و ودیعه امین مکلف است که در حفظ مالی که به او داده شده است کوشا باشد و آن را در موعد مقرر یا به محض مطالبه مالک در اختیار او گذارد، ولی این تعهد نتیجه اجرای نیابتی است که به او داده شده و با قبض مال ایجاد می‌شود. اثر اساسی عقد و آنچه موضوع انشاء قرار می‌گیرد، اعطای نیابت در انتفاع یا نگهداری به مستعیر و امین است و در چنین عقود به دشواری می‌توان ادعا کرد که مالک تعهدی در برابر دیگران کرده و مورد قبول آنان قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۰).

اشکال چهارم: خروج عقود معوض از تعریف

در تعریف ماده ۱۸۳ ق.م قانون‌گذار فقط از تعهد یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر سخن به میان آورده است بدون آنکه اشاره کند طرف مقابل نیز تعهدی را به نفع اشخاص مزبور بر عهده گرفته است یا نه (مهدی، ۱۳۸۶: ۳۸).

اشکال پنجم: عدم شمول اشخاص حقوقی

در ماده ۱۸۳۳ ق.م. ایران؛ از کلمه نفر که واحد انسان است استفاده شده است، دیگر اشاره به اشخاص حقوقی نشده است، تفاوت است میان کلمه نفر با شخص؛ نفر فقط افراد انسان را در بر می‌گیرد، در حالی که شخص هم؛ شخص حقوقی و هم شخص حقیقی را شامل می‌شود. با این که امروزه در بسیاری از عقود مهم، طرف یا طرفین شخص حقوقی است نه حقیقی لذا بهتر این بود که به جای کلمه «نفر» کلمه «شخص» به کار می‌رفت (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۰).

پاسخ اشکال اول: اشتراک لفظی در کلمه تعهد

ایراد اول این بود که با تعریف عقد به تعهد، عقود تملیکی از تعریف خارج می‌شود؛ زیرا تعهد، به عهده گرفتن است در عقود تملیکی طرفین چیزی را بر عهده نمی‌گیرند بلکه تملیک فی الحال حاصل می‌شود. حل این مشکل یا پاسخ این مشکل؛ در گرو پاسخ به این سوال است که آیا تعهد به کار رفته در تعریف عقد که هم در اصطلاح فقها به نظر می‌خورد و هم در تعبیر حقوق دانان داخلی و خارجی مشاهده می‌شود، در یک معنا استعمال شده است یا اینکه این کلمه اشتراک لفظی بوده، در هر یک از فقه و حقوق دارای معانی خاص خود است؟ برای پاسخ ابتدا باید یک نظر گذرا اندازیم به برداشت‌های حقوق دانان و فقها از کلمه تعهد.

مفهوم تعهد در کلام فقها و حقوق دانان

باید گفت؛ کلمه عهد و تعهد مشترک لفظی است. در کلام فقها معنایی و در نزد حقوق دانان معنای دیگری دارد.

برخی از حقوق دانان تعهد را به معنای «رابطه حقوقی بین دو شخص که به موجب آن متعهد له می تواند متعهد را ملزم به انجام کار یا ترک کار یا انتقال مالی بنماید» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۵؛ و یزدانیان، ۱۳۹۲: ۷۱) تعریف نموده اند. از نظر این گروه، تعهد یک کاربرد دارد و به معنای رابطه ای حقوقی بین دو شخص در نظر گرفته می شود که موضوع آن ترک یا انجام کاری است. برخی از حقوق دانان نیز بر این عقیده اند؛ «کلمه تعهد در حقوق کنونی به دو معنا به کار می رود: ۱. عام که شامل تمام حقوق دینی می شود، ۲. معنای خاص که ناظر به دیون ناشی از عقد است و در برابر واژه الزام خارج از قرارداد قرار می گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۹)، تعهد: «به معنای برعهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد» (شهیدی، ۱۳۸۴: ۱۶؛ نعمت الهی، ۱۳۸۹: ۷-۳۵).

در نتیجه روشن شد که؛ در اصطلاح حقوقی، تعهد همان معنی فارسی خود را که التزام به انجام دادن کاری است، دارا می باشد. از این نگاه باید گفت در عقود تملیکی به حمل اولی، تعهدی وجود ندارد. اما در اصطلاح فقهی، تعهد به معنای انشاء و بنا نهادن و یا قرار نهادن آمده است.

چند تا نمونه؛ تعهد به معنای انشاء رابطه وضعی به صورتی که از نظر قانون یا شرع معتبر باشد (شاهرودی، بی تا: ۴۱). و موضوع تعهد می تواند از امور مالی باشد، آنگونه که در باب معاملات شاهدیم، یا اینکه از امور غیر مالی مانند نکاح، در نکاح هم زوجه متعهد می شود که زوجه باشد ازین رو وقتی زوج آنرا پذیرفت، معاهده کامل می شود و آن امر در عالم اعتبار ایجاد می شود و آثار مربوطه بر آن بار می گردد. بنابراین نتیجه عقد، حاصل شدن چیزی است که

طرفین نسبت به آن تعهد و عقد بسته اند تا آثارش بر آن مترتب گردد (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۴۶).

با این بیان می‌توان عنصر تعهد را در عقود تملیکی نیز شناسایی نمود و مدعی شد که: در عقد بیع، طرفین متعهد می‌شوند و به عبارت دیگر طرفین بنا می‌گذارند که مبیع از آن مشتری و ثمن از آن بایع باشد. که تعهد در این مقام به معنای فارسی و حقوقی آن که عبارت است از «به عهده گرفتن انجام کار» نمی‌باشد تا اشکال شود که در عقود تملیکی پس از انعقاد عقد، دیگر کاری برای انجام دادن باقی نمی‌ماند، لذا اخذ مفهوم تعهد در آن بی معنا است؛ بلکه در این کار برد فقهی، تعهد به معنای «قرار گذاردن» و «بنا گذاردن» است. عده‌ای هم در جواب از این اشکال، گفته است که در عقود تملیکی نیز یک تعهدی هرچا آنی و جود دارد. لذا اشکال فوق وارد نیست. اما برای نقد اینها باید گفت که در عقد تملیکی، طرفین تملیک می‌کند و هرگز انجام کاری را ولو آنی، بر عهده نمی‌گیرند و اصلاً تعهدی وجود ندارد.

پاسخ اشکال دوم: «خلط سبب و مسبب»

به مدد بیاناتی که در ارتباط مفهوم عقد در فقه بیان شد، می‌توان در دفع این اشکال گفت که؛ تعهدی که در ماده ۱۸۳ ق.م. از آن نام برده شده سبب عقد نیست بلکه همان جعل قرار یا انشای است که در قالب عهد بیان شده است در واقع تعهد در این ماده مترادف با «عقد» است نه به عهده گرفتن. به عبارت دیگر هدف از تعهد؛ همان بنای است که طرفین عقد آن را ایجاد کرده است، نه تعهد به معنای مؤظف بودن به تکلیف قانونی مبتنی بر پای‌بندی به آنچه که انشاء گردیده است و تعهد به معنای التزام به آثاری که بر عقد مترتب می‌شود، مانند تعهد بایع و مشتری به تسلیم ثمن و مبیع.

پاسخ اشکال سوم: اشکال سوم این بود که تعریف شامل عقود اذنی نمی-

شود زیرا در عقود اذنی تعهدی و جود ندارد. با تأملی اندک به معنای تعهد با شرحی که بیان شد جواب این اشکال نیز روشن می‌شود.

پاسخ اشکال چهارم: اشکال چهارم این بود که شامل عقود معوض نمی

شود؛

باید خاطر نشان کرد که اگرچه به لحاظ منطوق عبارات به کار رفته در ماده ۱۸۳ ق.م به ایجاب تعهد از یک طرف و قبول آن از طرف دیگر ناظر است اما لحن انشای ماده مزبور به گونه‌ای است که به رابطه رفت و برگشتی و طرفینی اشاره دارد.

در بحث «دلالت» در علم منطق و نیز بحث «مفاهیم» در علم اصول، داریم که دلالت منحصر به دلالت مطابقی نیست. بلکه دلالتی مانند تضمینی و التزامی نیز وجود دارد که باعث می‌شود تا ظهور کلام فراتر از معنایی منطوق منعقد شود و به طور مسلم آنچه ملاک و مدار اعتبار است، ظهور است اگرچه برخاسته از مفهوم باشد. بنا براین عنوان کلی «تعهد یک یا چند نفر در برابر یک یا چند نفر دیگر»، این وسعت را دارد که در هنگام تطبیق بر عقود معوض، هم شامل طرف شود که ایجاب به امری می‌کند و هم کسی که قبول آن و انجام امری را بر عهده می‌گیرد.

پاسخ اشکال پنجم: اشکال پنجم این بود که تعریف ماده ۱۸۳ ق.م.

اشخاص حقوقی را شامل نمی‌شود، زیرا در این ماده کلمه «نفر» که واحد انسان است به کار رفته است.

در پاسخ به این اشکل گفته شده است؛ این اشکال توسط ماده ۵۸۸ قانون

تجارت قابل رفع است زیرا در این ماده قانون تجارت قانون‌گذار بیان نموده

«شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد حقیقی قایل است، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت و بنوت و نظائر آنها» (شهیدی، ۱۳۸۰: ۱۴).

اما واقعیت این است که بعضی پاسخ‌های داده شده قانع کننده نبوده و اشکالات همچنان وارد است.

برای رهای از اشکالات فوق عقد را اینگونه تعریف نموده است: عقد عبارت از توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۱).

ب) در حقوق افغانستان

۱. **تعریف عقد:** قانون مدنی افغانستان در بند ۱ ماده ۴۹۷ عقد را این گونه تعریف نموده: «عقد عبارت است از توافق دو اراده به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون».

طبق تعریف قانون مدنی افغانستان می‌توان برای عقد سه شرط اساسی قائل شد:

۱. عقد در اثر توافق دو اراده به وجود می‌آید و یک اراده نمی‌تواند عقد را تشکیل دهد، بلکه ایقاع است که با یک اراده به وجود می‌آید؛ که قانون مدنی افغانستان در ماده ۷۵۱ ایقاع را تعریف نموده است.

۲. توافق باید در راستای ایجاد، تعدیل، انتقال یا ازاله حق باشد: ایجاد حق مانند بیع: بند ۱ ماده ۱۰۳۵ ق.م، «عقد بیع عبارت است از تملیک مال از طرف بایع به مشتری در مقابل مالی که ثمن مبیعه باشد»، تعدیل حق مانند توافق بر کم

و زیاد کردن ثمن یا افزودن مدت انتقال حق مانند حواله که طلب از یک داین به داین دیگر منتقل می شود و ازاله حق مانند تراضی.

۳. توافق دو اراده در محدوده قانون باشد: طبق این شرط می توان گفت که توافق دو طرف اگر در محدوده قانون نباشد، عقد محقق نمی شود ممکن نام عقد بر آن بار شود اما آثار و اوصاف عقد صحیح و کامل را نداشته و عقد باطل یا فاسد طلقی می شود، قانون گذار افغانستان در ماده ۶۱۳ ق.م بیان داشته است که؛ «عقد باطل آنست که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد» هم چنان در ماده ۶۱۴ ق.م تصریح نموده «عقد باطل اصلاً منعقد نگردیده و افاده حکمی را نمی نماید، گرچه قبض صورت گرفته باشد». از این مواد و موادی دیگری که در قانون مدنی ذکر شده استفاده می شود که عقد باطل یا فاسد مورد حمایت قانون گذار قرار نمی گیرد.

۲. نقد و بررسی و تعریف مختار

اشکال اول: تعریف ماده ۴۹۷ ق.م افغانستان توافقات بیشتر از دو اراده را شامل نمی شود یعنی جامع نیست در حالیکه در ماده ۵۲۸ و ۱۲۱۶ همین قانون تصریح شده که عقد می تواند بیشتر از دو طرف داشته باشد. یعنی در خیلی از موارد بیش از دو اراده عقد را تشکیل می دهد.

ماده ۵۲۸ ق.م «در عقود دسته جمعی قبول بر رضایت اکثریت محقق گردیده و اقلیت تابع قبول آنها شناخته می شود». از کلمات: دسته جمعی، اکثریت و اقلیت که در این ماده و جود دارد، استفاده می شود که گاهی بیش از دو اراده نیز عقد را ایجاد و انشاء می کند. هم چنان قانون گذار افغانستانی در ماده ۱۲۱۶ ق.م که در ارتباط با شرکت است تصریح نموده اند که: «شرکت عبارت از عقدیست که بموجب آن دو یا بیشتر از دو شخص تعهد می نماید، تا در بکار انداختن یک

فعالیت مالی به پرداخت مقدار مال، یا انجام عمل یا اعتبار طوری سهم شوند که مفاد و خساره به اساس موافقه‌ی که میان آنها صورت گرفته توزیع شود».

اشکال دوم: تعریف ماده ۴۹۷ شامل عقدی که برای تشکیل شخصیت حقوقی انجام می‌شود، نمی‌گردد. چنانچه در ماده ۱۲۱۶ ق.م. بیان شده که تشکیل شرکت هم عقد است (رسولی، ۱۳۹۱: ۳۰).

تعریف مختار: عقد عبارت از توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود (رسولی، ۱۳۹۱: ۳۱).

نتیجه گیری

از آنچه در این تحقیق مورد بررسی قرار گرفت، یافته‌های ذیل قابل ذکر است:

۱. در فرهنگ لغت برای «عقد» معانی مانند: بسته شدن، غلیظ شدن، پیمان، بستن ریسمان، گره زدن، عهد و پیمان بیان شده است.

۲. اصطلاح «عقد» از نظرفقهای امامیه تعریفات مختلف شده است مانند: «التزام در برابر التزام»، «تعهد میان طرفین در امری»، «گفته یکی و قبول دیگری» و هم چنین فقهای عامه نیز تعریفات مختلف دارند: «هرگونه التزام و تعهدی است که انسان انجام آنرا به عهده گرفته باشد»، «التزام و تعهد صادر از دو طرف مقابل است»، «عقد مجموع ایجاب و قبول». برای عقد بیان نموده است.

۳. حقوق مدنی ایران در ماده ۱۸۳ تصریح کرده است که: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند که مورد قبول آنها باشد» که در خصوص این تعریف، پنج تا اشکال بیان و به هر یکی از آنها پاسخ ارائه شده است.

۴. در حقوق مدنی افغانستان قانون‌گذار در ماده ۴۷۹ بند ۱ تصریح نموده است که: « عقد عبارت است از توافق دو اراده به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون». در خصوص این تعریف در این پژوهش به دو اشکال و پاسخ آنها اشاره شده است.

منابع مأخذ

الف) فارسی

۱. امامی سید حسین؛ **حقوق مدنی** کتاب فروشی اسلامیه، تهران، جلد اول، ۱۳۷۶.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ **حقوق تعهدات**، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
۳. _____، _____؛ **ترمینولوژی حقوق**، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
۴. دهخدا، علی اکبر، **لغت نامه دهخدا**، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۳.
۵. رسولی، عبدالحسین؛ **قواعد عمومی قراردادها**، انتشارات امیری، کابل، ۱۳۹۱.
۶. شهیدی، مهدی؛ **تشکیل قراردادها و تعهدات**، مجد، تهران، ۱۳۸۶.
۷. شهیدی، مهدی؛ **تعهدات**، مجد، تهران، ۱۳۸۰.
۸. قدیری، محمدحسین؛ **الاجاره**، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه عملیه قم، قم، ۱۳۷۷.
۹. کاتوزیان، ناصر؛ **قواعد عمومی قراردادها**، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۳.

۱۰.؛ نظریه عمومی تعهدات، میزان، تهران، ۱۳۹۲.
۱۱.؛ تعهدات، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۲.
۱۲.؛ اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۳.
۱۳. معین، محمد، فرهنگ معین، سپهر، تهران، ۱۳۷۱.
- ب) عربی
۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین؛ تحریرالمجله، بی نا، نجف و تهران، ۱۳۶۱.
۲. اصفهانی، محمد بن حسین؛ الاجاره، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۹.
۳. بجنوردی، حسن؛ القواعد الفقهیه، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹.
۴. خمینی، روح الله؛ کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۴۲۱.
۵. خویی ابوقاسیم؛ محاضرات فی الفقه الجعفری، مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (ع)، قم، ۱۳۸۷.
۶. شاهرودی، محمد؛ کتاب الاجاره، بی نا، قم، بی تا.
۷. عابدین، محمدامین؛ ردالمختار علی الدرالمختار، دارالفکر، بیروت، ۱۴۲۶.
۸. نراقی، احمد ابن محمد مهدی؛ عواید الایام، مکتب الاسلامی مرکز نشر، قم، ۱۴۱۷.
- نجفی، شیخ محمدحسن؛ جواهر الکلام، دارالکتب الاسلامیه، طهران، ۱۴۰۰.