

نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال ششم، شماره یازدهم، پاییز - زمستان ۹۴، صفحات ۲۹۹-۳۲۵

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۵/۰۴/۰۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۰۵

## معیار بازشناسی عقد از ایقاع

اسماعیل نعمت الهی<sup>۱</sup>

سیدرضا مسعودیان زاده<sup>۲</sup>

### چکیده

بر اساس دیدگاه مشهور فقها و حقوق دانان، اعمال حقوقی منحصر به دو نوع عقد و ایقاع است و در ماهیت بسیاری از آنها تردیدی وجود ندارد. اما در خصوص عقد یا ایقاع بودن برخی از آنها، مانند وصیت تملیکی و جعاله، اختلاف نظر وجود دارد. منشأ این اختلاف نظر، تعدد و تفاوت معیارهایی است که برای تمایز عقد از ایقاع بیان شده است. روی هم رفته می توان چهار معیار برای تمایز یافت:

- عمل حقوقی اگر از دو اراده وابسته ایجاد شود، عقد، و اگر از یک اراده مستقل به وجود آید، ایقاع است.
- عمل حقوقی که با ایجاب و قبول به وجود آید، عقد، و عملی که فقط با یک ایجاب ایجاد شود، ایقاع است.
- عمل حقوقی اگر با شأن دو نفر مرتبط باشد، عقد، در غیر این صورت ایقاع است.
- عمل حقوقی که واجد تمام عناصر عمومی عقود باشد، عقد، و در صورتی که از نظر قانونی معتبر باشد، ایقاع است.

نگارنده این نوشتار بر آن است که اولاً اثبات کند عمل حقوقی به دو قسم عقد و ایقاع تقسیم می شود و قسم ثالثی به نام برزخ بین عقد و ایقاع وجود ندارد، و ثانیاً با استناد به ادله متعددی نشان دهد که معیار مناسب برای تمیز عقد از ایقاع، معیار اول است.

**واژگان کلیدی:** ایجاب، ایقاع، عقد، قبول، معیار بازشناسی.

۱. esmail\_nematollahi@yahoo.com

۲. sr.masoudian@gmail.com

۱. استادیار حقوق دانشگاه قم

۲. دانشجوی دانشگاه قم

## مقدمه

حوادثی که قانون‌گذار برای ایجاد، تغییر و زوال حق در نظر گرفته است، به دو دسته وقایع حقوقی و اعمال حقوقی تقسیم می‌شوند. اعمال حقوقی به اعمالی گفته می‌شود که به اراده اشخاص به وجود می‌آید و آثار حقوقی آن نیز پیرو اراده طرفین است. طبق دیدگاه مشهور، اعمال حقوقی منحصر به عقد و ایقاع‌اند. اما با توجه به نظر برخی از پژوهشگران، این تردید ایجاد می‌شود که آیا محصور دانستن عمل حقوقی در عقد و ایقاع درست است یا می‌توان به وجود ماهیت سومی به نام برزخ بین عقد و ایقاع هم قائل شد؟ از این گذشته، ماهیت بسیاری از اعمال حقوقی، یعنی عقد یا ایقاع بودن آنها، روشن است. اما در خصوص برخی از آنها مانند وصیت تملیکی، جعاله، وقف، عقود اذنی و عقود الحاقی، اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی از محققان آنها را عقد، و برخی ایقاع دانسته‌اند و دسته سومی آنها را برزخ بین عقد و ایقاع به‌شمار آورده‌اند.

با توجه به مباحثی که فقها و حقوق‌دانان در خصوص اعمال حقوقی مشکوک مطرح کرده‌اند، می‌توان گفت که این اختلاف نظرها ناشی از اختلاف معیارهایی است که برای تمایز بین عقد و ایقاع بیان شده است.

عقد یا ایقاع بودن عمل حقوقی آثار فراوانی دارد؛ برای نمونه اگر عمل حقوقی عقد باشد، نیاز به دو اراده دارد، و اینکه زمان تشکیل عمل حقوقی از زمان قبول است. اما اگر ایقاع باشد، یک اراده کافی است و به تبعیت از زمان ایجاب، عمل حقوقی محقق است. در جریان بعضی اصول در ایقاع اختلاف وجود دارد؛ برای مثال، در خصوص جریان اصل صحت در ایقاعات اختلاف است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۹۳). قانون مدنی به‌طور صریح معیاری را در این زمینه بیان نکرده و حتی گاهی با ابهام‌گویی درباره ماهیت یک عمل، بر مشکلات این بحث افزوده است. از این رو، نیاز به یک تحقیق احساس می‌شود که با بررسی مصادیق جزئی و جمع‌آوری و مقایسه معیارهای گوناگون، به ارائه یک معیار جامع بپردازد. ارائه چنین معیاری ممکن است نتیجه‌های متعددی داشته باشد که از جمله آنها تعیین وضعیت مصادیق مورد اختلاف است. در این راستا، تحقیق حاضر درصدد پاسخگویی به این پرسش‌هاست:

- آیا عمل حقوقی منحصر به عقد و ایقاع است، یا ماهیت سومی هم می‌توان تصور کرد؟
  - کدام‌یک از معیارهایی را که برای تمایز بین عقد و ایقاع بیان شده است، می‌توان پذیرفت و قانون‌گذار چه معیاری را برگزیده است؟
  - در شرایطی که با معیارهای بیان شده نتوان ماهیت عمل حقوقی را تشخیص داد، برای برون‌رفت از مشکلات باید به چه اصل عملی توسل جست؟
- در ادامه، نخست، انحصار عمل حقوقی به عقد و ایقاع بررسی می‌شود، سپس درباره معیارهای تمایز عقد از ایقاع، و در بخش بعد در خصوص اصل عملی در صورت شک بحث خواهیم کرد. در پایان به‌عنوان نمونه‌ای از کاربرد عملی معیارهای یادشده، به بررسی دو عمل حقوقی وصیت تملیکی و جعاله با توجه به این معیارها خواهیم پرداخت.

### ۱. انحصار عمل حقوقی به عقد و ایقاع

پیش از بررسی معیارهای تمایز عقد از ایقاع، باید بررسی کرد که آیا اعمال حقوقی منحصر به عقد و ایقاع است، یا طبیعت سومی هم می‌توان تصور کرد. به عبارت دیگر، آیا تقسیم اعمال حقوقی تقسیمی سه‌گانه است و شق سومی نیز وجود دارد که قسیم عقد و ایقاع است؟ مشهور فقها و حقوق‌دانان اعمال حقوقی<sup>۱</sup> را منحصر به عقد و ایقاع می‌دانند. در مقابل عده‌ای از طبیعت ثالثی صحبت کرده و نام آن را برزخ بین عقد و ایقاع گذاشته‌اند.<sup>۲</sup>

در ابتدا دیدگاه‌های چند نفر از طرف‌داران طبیعت ثالثه را مطرح می‌کنیم و سپس نظر مشهور را بیان و تقویت خواهیم کرد.

۱. در فقه، عنوان جامع برای عقد و ایقاع، معامله یا تصرف اعتباری (در مقابل تصرف خارجی یا مادی) است. برای نمونه، مستمسک العروة الوثقی، ج ۲، ص ۴۳۲: ثم إن ما ذكرنا من الاجتزاء بالطيب التقديري... يختص بالتصرفات الخارجية، مثل الإلتلاف و نحوه. أما التصرفات الاعتبارية مثل البيع و نحوه فلا يجزئ فيها ذلك عند الأصحاب.

۲. در فقه، واژه برزخ در شرایط دیگری نیز به کار رفته است؛ یعنی در برخی موارد تقسیم دوگانه، ماهیتی را که با خصوصیات هر دو طبیعت سازگار باشد و درعین‌حال کاملاً منطبق بر یکی از آن دو نباشد، برزخ بین آن دو نامیده‌اند؛ مانند استصحاب که آن را برزخ بین اصل و اماره (کلانتر، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۳۵) یا نکاح که آن را برزخ بین عبادات و معاملات دانسته‌اند (سبحانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۰۷؛ مکارم، بی‌تا، ص ۵۸۶).

### ۱.۱. طرفداران طبیعت ثالثه

یکی از حقوق‌دانان پیشین به صراحت وصیت را برزخی بین عقد و ایقاع دانسته (عبده بروجردی، ۱۳۸۰، ص ۲۴۳)، اما هیچ دلیلی بر وجود این طبیعت ثالث نیآورده و ساختار آن را تبیین نکرده است. یکی دیگر از حقوق‌دانان نیز در مقام طرح این نظریه می‌گوید: «بعضی میل دارند که وجود این طبیعت ثالثه را اثبات کنند و بگویند: بعضی اعمال حقوقی نه عقد است و نه ایقاع، مانند ودیعه و وصیت تملیکی. اثبات واسطه بین عقد و ایقاع، مولود تخیلات ظریف بعضی از حقوق‌دانان است که مورد قبول اکثریت اهل فن قرار نگرفته است و عرف مسلم هم چنین چیزی را نمی‌شناسد. این کلام را مخصوصاً کسانی بیان می‌کنند که بین قصد انشا و رضا فرق می‌گذارند و عقود اذنی را عقد نمی‌دانند هرچند که با توافق دو قصد به وجود می‌آیند؛ عقیده این عده در قرن سیزده هجری نضج گرفته است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص ۱۴). وی در جای دیگر نیز می‌گوید: «دلیلی بر حصر عقلی بودن تقسیم عمل حقوقی به عقد و ایقاع وجود ندارد؛ چراکه بعضی ماهیات وجود دارند و این تقسیم‌بندی را بر نمی‌تابند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۶۷). سرانجام، این حقوق‌دان از این ماهیت ثالثه طرف‌داری می‌کند و در معیاری که نام عناصر شماری ماهیات را برای آن برمی‌گزیند، بعضی از ماهیات مانند عاریه، جعاله و ودیعه را برزخ بین عقد و ایقاع می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۳۱).

وی ماهیت ثالثه را به‌گونه‌ای تبیین می‌کند که می‌توان آن را نوع سومی از عمل حقوقی و قسیم عقد و ایقاع قرار داد و می‌گوید: ماهیات را باید بر اساس عناصر تشکیل‌دهنده تعریف کرد و در اعمال حقوقی اگر ماهیتی تمام عناصر تشکیل‌دهنده عقد، مانند تراضی، موالات و معین بودن طرف عقد را داشته باشد، عقد است و اگر ماهیتی تمام عناصر عقد را نداشته باشد و از نظر قانونی معتبر باشد، ایقاع است. حال اگر ماهیتی تمام عناصر عقد را داشته باشد، اما عنصر تراضی مخدوش باشد، در این صورت ماهیت سومی را می‌توان تصور کرد که قسیم عقد و ایقاع است. وی درباره این ماهیت می‌گوید: «تراضی که خود یکی از عناصر عقد می‌باشد دارای عناصری است که یکی از این عناصر، اناطه به رضای لاحق است. اما در بعضی از اعمال حقوقی مانند عاریه و جعاله اناطه به رضای سابق وجود دارد نه

به رضای لاحق؛ لذا فاقد یکی از عناصر تراضی و لذا فاقد یکی از عناصر عقدند، و نمی‌توان آنها را عقد محسوب کرد. از سوی دیگر، در آنها دو رضای متقابل وجود دارد و ایقاع دانستن آنها نیز مشکل است. لذا با ماهیت سومی مواجه هستیم که قسیم عقد و ایقاع است و نام آن، برزخ بین عقد و ایقاع است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۴۶).

برخی فقها هم که نتوانسته‌اند وصیت تملیکی و جعاله را در عقد و ایقاع جای دهند، آن دو را برزخ بین عقد و ایقاع دانسته‌اند (در خصوص وصیت تملیکی: کمپانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۹۴؛ و درباره جعاله: نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۲۹). البته این دسته از فقها فقط گفته‌اند که این اعمال حقوقی مشکوک، برزخ بین عقد و ایقاع هستند، اما درباره این ماهیت، ویژگی‌ها، عناصر، و ضوابط آن سخنی نگفته‌اند.

#### ۲.۱. مخالفان طبیعت ثالثه

مشهور فقها از ماهیت ثالثه نامی نبرده و در زمینه‌های اختلافی، مانند وصیت تملیکی و جعاله، از عقد یا ایقاع بودن آنها دفاع کرده‌اند. بنابراین در نظر مشهور، اعمال حقوقی منحصر در عقد و ایقاع است. از این رو، صاحب جواهر پس از طرح اشکالات متعدد بر عقد بودن جعاله، جانب ایقاع را ترجیح داده است (نجفی، بی‌تا، ج ۳۵، ص ۲۲۸). همچنین ایشان وصیت تملیکی را با وجود این که برخی از ارکان و اجزای عمومی عقد را ندارد و ایقاع دانستن آن هم مشکل می‌باشد، عقد نامیده است (نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۲۴۴). در میان حقوق دانان نیز همین طرز تفکر را می‌توان دید، زیرا در موارد اختلافی، یا از جانب عقد بودن آن دفاع می‌کنند یا آن را جزء ایقاعات قرار می‌دهند. برخی نیز به حصری بودن تقسیم عقد و ایقاع تصریح کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ص ۴۱).

در مقام داور و نتیجه‌گیری می‌توان گفت که به نظر می‌رسد اعمال حقوقی منحصر به عقد و ایقاع است و وجود ماهیت سومی که قسیم عقد و ایقاع باشد، پذیرفتنی نیست. در تأیید این نظر می‌توان به چند نکته اشاره کرد:

- مشهور فقها و حقوق دانان اعمال حقوقی را منحصر به عقد و ایقاع دانسته و از ماهیت ثالثه نامی نبرده‌اند.

- ماهیت ثالثه را نمی‌توان به‌عنوان یک وضعیت حقوقی با ماهیت و ساختاری مستقل در نظر گرفت. پژوهشگرانی هم که تعبیر برزخ بین عقد و ایقاع را به‌کار برده‌اند، سخنی از ماهیت و ساختار مستقل به‌میان نیاورده‌اند. در واقع، دلیل اینکه شماری از آنان به وجود این ماهیت قائل شده‌اند، این است که برخی از اعمال حقوقی در عین حال که بعضی از عناصر عقد و ایقاع را دارند، با هیچ‌یک از آن دو به‌طور کامل سازگار نیستند. مقصود آنان این نبوده است که این قسم را قسیم عقد و ایقاع قرار دهند، بلکه هدف آنان فقط بیان این نکته بوده است که این اعمال کاملاً با قواعد عقد و ایقاع منطبق نیستند. برای این نکته، نمونه‌های دیگری نیز در فقه و اصول می‌توان دید.<sup>۱</sup>
- در خصوص ساختاری که برای این ماهیت ثالثه ارائه شده است، در ادامه بیشتر سخن خواهیم گفت. در اینجا به اختصار باید گفت، مبنای این نظریه این است که عمل حقوقی برای اینکه عقد باشد، باید در آن اناطه به رضای لاحق وجود داشته باشد. اما این مبنا را نمی‌توان پذیرفت، زیرا برای عقد بودن عمل حقوقی، اناطه حکمی نیز کافی است.
- قانون مدنی نیز از ماهیت سومی که قسیم عقد و ایقاع باشد، نامی نبرده و وصیت تملیکی را در مواد ۸۲۶ و ۸۲۷، ودیعه را در ماده ۶۱۱، و عاریه را در ماده ۶۵۳ عقد دانسته است.

## ۲. معیارهای تمایز بین عقد و ایقاع

در این بخش چهار معیار مهمی که برای تمیز عقد و ایقاع بیان شده است، بررسی می‌شود.

۱. برای نمونه، استصحاب را برزخ بین اصول و امارات، و نکاح را برزخ بین عبادات و معاملات دانسته‌اند؛ در حالی که مقصود واقعی آنها این نیست که افزون بر اصول و امارت یا علاوه بر عبادات و معاملات، قسم دیگری نیز وجود دارد. به همین دلیل است که باوجود این طرز تلقی، استصحاب را در اصول عملیه، و نکاح را در بخش معاملات می‌آورند.

## ۱.۲. لزوم وجود یک یا دو اراده

بر اساس این معیار، عمل حقوقی اگر برای تحقق، نیاز به وجود دو یا چند اراده داشته باشد، عقد است و اگر با یک اراده به وجود آید، ایقاع است. بر اساس این معیار، اراده باید جنبه انشایی داشته باشد. بنابراین اخبار به حقی در گذشته که اقرار نامیده می‌شود، ایقاع نیست، چون حاوی قصد انشا نمی‌باشد (نجفی، پیشین، ج ۳۵، ص ۲). با این حال، بعضی فقها اقرار را ایقاع شمرده‌اند (حسینی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۵۹).

این معیار در میان حقوق‌دانان طرف‌داران بسیاری دارد. برای بهتر روشن شدن این معیار، با تحلیل دو رکن می‌توان معیار تمیز ایقاع از عقد را به دست آورد:

الف) استقلال و وابستگی انشا. عقد از دو انشا تشکیل می‌شود و این دو ارزشی برابر دارند. البته جدایی دو انشا در عقد نباید چنین تعبیر شود که این نهاد از دو ایقاع مستقل تشکیل می‌شود، بلکه مقصود این است که در هر عقد دو انشای وابسته به یکدیگر وجود دارد که هریک از این دو انشا مفاد کامل عقد را به وجود می‌آورد. البته نیروی سازندگی آنچنان آفریده شده که وابسته به دیگری است، اما انشا در ایقاع، مستقل و منجز است و مضمون آن به انشای دیگری ارتباط ندارد. به عبارت دیگر، قصد انشایی که در عقد به کار می‌رود، قصدی است که خودبه‌خود نمی‌تواند یک موجود اعتباری را به وجود نهایی برساند؛ بلکه انشای ایجاب‌کننده، اثر عقد را به وجود اقتضایی در ظرف اعتبار ایجاد می‌کند و اثر قبول این است که آن موجود اقتضایی را به مرحله وجود نهایی می‌رساند<sup>۱</sup>، اما قصد انشایی که در ایقاعات به کار می‌رود، می‌تواند به تنهایی اثر حقوقی را به وجود نهایی برساند یا یک اثر حقوقی موجود را از بین ببرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۶۰).

ب) کفایت یک انشا یا ضرورت تراضی در ایجاد اثر حقوقی. در ایقاع برای ایجاد اثر مطلوب انشاکننده، اراده او کافی است و ایقاع با همان اراده واقع می‌شود؛ در حالی که وقوع عقد و ایجاد آن وابسته به توافق دو یا چند اراده متقابل است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۲۴)؛

۱. مفهوم ایجاب هو تملیک مال بعوض، و هذا یمنک انشائه فی عالم الاعتبار و لو لم یتحقق قبول اصلاً و ما یتوقف علی القبول هو تاثیرہ (نابین، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۱۰).

صفائی، ۱۳۷۹، ص ۲۰؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۵۲؛ مدنی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۴۱؛ افتخاری، ۱۳۸۲، ص ۳۲).

در شرح معیار بیان شد که قصد انشا در عقد، وابسته به قصد دیگر است و به همین دلیل نیاز به تراضی و دو اراده وجود دارد و در ایقاع قصد انشای مستقل است. حال پرسشی که باید به آن پاسخ داد، این است که برای تعیین وابستگی یا استقلال قصد انشا، آیا باید به قصد طرفین توجه کرد یا به حکم قانون نگاه کرد؟ در این زمینه دو نظر وجود دارد:

- در تعیین استقلال یا وابستگی قصد انشا باید به قصد طرفین نگاه کرد. در عقد بیع، بایع نفوذ اراده خود را موکول به اراده مشتری می‌کند؛ بنابراین نیاز به دو قصد است و عمل حقوقی که با آن روبرو هستیم، عقد است. اما اگر شخص عمل حقوقی را با قصد انشای منجز آفرید و وابسته به قصد انشای دیگری نکرد، آن عمل ایقاع است؛ مانند وصیت تملیکی که وصیت‌کننده این ماهیت را منوط به پذیرش طرف مقابل نمی‌کند، بلکه می‌خواهد با مرگ او موصی‌به، به موصی‌له منتقل شود؛ پس تراضی در اینجا وجود ندارد. این دسته معتقدند که با اناطه حکمی، تراضی حقیقی که سازنده عقود است، پدید نمی‌آید و قبول عقدی آن است که مقرون به اناطه حقیقی باشد. اینکه اناطه، اعم از حقیقی و حکمی، را برای عقد بودن کافی بدانیم، تعمیمی بی‌دلیل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۵۱).
- هرچند که در مرحله اول باید به قصد دو طرف نگاه کرد و این وابستگی یا استقلال انشا را از قصد دو طرف متوجه شد، اما تصمیم نهایی را قانون می‌گیرد؛ جایی که قانون برای ایجاد عمل حقوقی، قبول را ضروری می‌بیند، ماهیتی که با آن روبرو هستیم، عقد است؛ هرچند که ایجاب‌کننده چنین نخواهد یا به آن نیندیشد. بنابراین از این نظر، وصیت تملیکی عقد است هرچند که در مقام قصد، منوط به قصد انشای موصی‌له نباشد؛ اما قانون‌گذار که مایل به حفظ استقلال اشخاص و پیشگیری از دخالت در حقوق دیگران است، نفوذ این انشا را موکول به قبول موصی‌له می‌کند (کاتوزیان، پیشین، ص ۷۵).

شایان ذکر است که نظر دوم صحیح است؛ هرچند که طبق اصل حاکمیت اراده، باید به



قصد طرفین توجه شود، اما در حقوق امروز با توجه به دخالت‌های روزافزون دولت در امر قراردادهای، این اصل به قوت خود باقی نمانده است و قانون تصمیم نهایی را می‌گیرد. در باب وصیت تملیکی نیز هرچند که موصی منجزاً قصد انشای خود را بیان می‌کند، اما قانون‌گذار به لحاظ حفظ استقلال اشخاص و پیشگیری از دخالت در حقوق دیگران، تحقق وصیت را وابسته به قبول موصی‌له کرده است.<sup>۱</sup> در نتیجه، اینکه فقط اناطه حقیقی نشانه عقد باشد، پذیرفتنی نیست.

## ۲.۲. لازم بودن یا نبودن قبول

معیاری که بیشتر فقهای امامیه برای تمایز و تفکیک بین عقد و ایقاع پذیرفته‌اند، لزوم یا عدم لزوم قبول است؛ با این توضیح که عمل حقوقی اگر برای تحقق نیاز به قبول داشته باشد، عقد است، اما اگر به صرف ایجاب به وجود آید، ایقاع است (مکی عاملی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۷۱؛ مجاهد طباطبایی، بی‌تا، ص ۲۳۷؛ نجفی، پیشین، ج ۲۲، ص ۳؛ طباطبایی، بی‌تا، ص ۱۰۰).

همچنین بر این نکته اتفاق نظر وجود دارد که برای تحقق ایجاب، از جمله ایجاب در عقد یا ایقاع، قصد انشا لازم است، اما در این خصوص که آیا در قبول نیز قصد انشا ضرورت دارد یا صرف رضایت در قبول کافی است، اختلاف نظر وجود دارد. در این زمینه می‌توان سه نظر را در فقه مشاهده کرد:

- تحقق قبول با قصد انشا در عقود معاوضی. در برخی از عقود، مانند بیع و اجاره که عقود معاوضی هستند و قبول‌کننده افزون بر پذیرش مفاد ایجاب، باید تعهد مستقلی نیز برعهده بگیرد، قبول نیز نیازمند قصد انشاست. اما در عقود دیگر، مانند عاریه، هبه و رهن، فقط معیر، واهب و راهن قصد انشا دارند و مستعیر، متهب و مرتهن فقط انشای موجب را می‌پذیرند. لذا در این موارد رضای ساده کافی است و نیازی به قصد انشا نیست؛ زیرا در این عقود، یگانه کاری که می‌تواند انجام دهد، پذیرش مفاد ایجاب

۱. ماده ۸۲۷ ق.م. «تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی‌له پس از فوت موصی».

است و التزام و تعهد مستقلی را به عهده نمی‌گیرد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۵۲). بعضی از حقوق‌دانان با استدلال به ماده ۱۹۱ قانون مدنی که می‌گوید: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا...»، و از لزوم دو قصد انشا سخن نگفته، نتیجه گرفته‌اند که لازم نیست قبول عقد نیز با قصد انشا باشد و علت تصریح نکردن به تعدد قصد انشا در این ماده آن بوده که تعریف عقد شامل عقود است که باعث تعهد دوجانبه می‌شوند و نیاز به دو قصد انشا دارند، و هم عقود را که تعهد از یک طرف صورت می‌گیرد و با یک قصد انشا و یک رضای بدون قصد انشا به دست می‌آید، شامل می‌شوند (جعفری لنگرودی، پیشین، ج ۱، ص ۱۳).

- بی‌نیازی قبول به قصد انشا. در هیچ‌یک از عقود، قبول نیاز به قصد انشا ندارد و با یک رضای ساده محقق می‌شود؛ زیرا قبول چیزی جز رضای به ایجاب نیست و در معنای قبول، مطاوعه و پذیرش نهفته است. بر اساس این نظر، فرقی بین بیع و دیگر عقود معاوضی با عقود غیرمعاوضی مانند رهن و عاریه وجود ندارد (طباطبایی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۹۰). بعضی فقها علت لغو بودن انشا را در قبول چنین می‌دانند: «برای آنکه عقد، به حمل شایع، تحقق یابد وجود انشایی آن کافی است، و برای حصول این امر، رضایت قابل به تسبیب موجب، کفایت می‌کند. به تعبیر دیگر، وقتی که موجب وجود انشایی مالکیت را با ایجاب خود ایجاد می‌کند، نیازی به ایجاد آن به وسیله انشای مالکیت از طرف مقابل نیست، بلکه انشای او لغو است» (خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۲۶). بعضی از فقها نیز گفته‌اند: دلیلی بر لزوم بیش از رضای به ایجاب در قبول وجود ندارد، چون در مفهوم قبول معنای مطاوعه و رضایت به ایجاب نهفته است و اجماع نیز بر اصل اعتبار قبول که همان رضایت به ایجاب است، دلالت دارد و بر لزوم خصوصیت دیگر مثل اینکه در قبول باید قصد انشا باشد دلالت ندارد (نجفی ابروانی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۸۹).

- تحقق قبول با قصد انشا. قبول در تمام عقود باید با قصد انشا باشد. چون انشای ایجاب‌کننده اثر عقد را به وجود اقتضایی در ظرف اعتبار ایجاد می‌کند و اثر قبول این است که آن موجود اقتضایی را به وجود نهایی می‌رساند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۴۸) و برای اینکه بتوانیم امری از امور را انشایی تلقی کنیم، وجود یک منشأ،

یعنی اثر اعتباری که محصول انشا باشد، ضروری است و منشأ قبول این است که وجود اقتضایی ناشی از قصد انشای موجب را به وجود نهایی رسانده، عقد را محقق می‌سازد و وجود این منشأ برای قبول در همه عقود و قراردادهای تصورپذیر است. با اینکه این نظر در حقوق طرفداران زیادی دارد (ناصر کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۲؛ مهدی شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۹۱)، در فقه قائلان زیادی ندارد و فقط از کلمات برخی فقها استفاده می‌شود که در قبول نیز قصد انشا را ضروری می‌دانند (حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۱۸).

در بررسی این نظریات می‌توان گفت که نظر سوم صحیح است و نظر اول و دوم خدشه‌پذیر است. نظر اول به این دلایل پذیرفتنی نیست:

الف) عقد ربط بین دو قرار معاملی است و برای به وجود آمدن این ربط معاملی، باید ایجاب و قبول دارای قدرت خلاقه باشد. بنابراین باید انشایی باشد چون رضایت نمی‌تواند چیزی را به وجود آورد و دارای قدرت خلاقه نیست (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۹۱).

ب) با ایجاب، موجود اقتضایی محقق می‌شود و با انشای قبول، این موجود اقتضایی به موجود نهایی تبدیل می‌شود؛ بنابراین هر دو باید انشایی باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۶۰). به عبارت دیگر، برای اینکه امری از امور را انشایی به شمار آوریم، وجود یک منشأ، یعنی اثر اعتباری که محصول انشا باشد، ضروری است و منشأ قبول، تبدیل موجود اقتضایی به موجود نهایی است که وجود این منشأ را برای قبول در همه عقود می‌توان تصور کرد و در این زمینه فرقی بین عقود معاوضی با عقود غیرمعاوضی و اذنی وجود ندارد.

ج) استدلال به ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز صحیح نیست، زیرا قانون‌گذار فقط در مقام بیان این نکته است که عقد با قصد انشا محقق می‌شود، اما در مقام بیان این مطلب نیست که برای تحقق عقد، وجود یک یا دو قصد انشا لازم است. افزون بر این، بند اول ماده ۱۹۰ قانون مدنی تصریح به قصد طرفین کرده است و در تفسیر ماده ۱۹۱ باید به ماده ۱۹۰ نیز توجه کرد.

نظر دوم را نیز به این دلایل نمی‌توان پذیرفت: الف) این استدلال که عقد با صرف

ایجاب محقق می‌شود و قبول فقط رضایت به تسبیب موجب است، خدشه‌پذیر است. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، با ایجاب، موجود اقتضایی محقق می‌شود و با انشای قبول، این موجود اقتضایی به موجود نهایی تبدیل می‌شود، بنابراین هر دو باید انشایی باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۶۰).

ب) اینکه بگوییم عنوان معاملی با صرف انشای ایجاب‌کننده حاصل می‌شود نیز پذیرفتنی نیست، زیرا فقهای امامیه عقد را مرکب از دو جزء ایجاب و قبول می‌دانند؛ به‌گونه‌ای که هریک از ایجاب و قبول در تحقق آثار عقد نقش مساوی و یکسانی دارند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۷۶؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۴).

### ۳.۲. ارتباط با شأن یک یا دو نفر

این معیار را سید محمد باقر صدر بیان کرده است (حائری، بی‌تا، ج ۲۴، ص ۳) و از تقریرات درس خارج مرحوم آیت‌الله بروجردی (ره) نیز می‌توان آن را برداشت کرد (مطهری، ۱۳۹۰، ج ۲۰، ص ۳۵۱). برابر این معیار، اگر تصرف با شأن دو یا چند شخص ارتباط داشته باشد، عقد است. مراد از واژه «شأن» در این معیار، ارتباط با دارایی یا حقوق شخص است. برای مثال، در عقد بیع، انتقال مبیع تصرف در دارایی بایع است؛ بنابراین نیاز به دخالت انشایی او هست و انتقال ثمن، تصرف در دارایی مشتری است، لذا نیاز به دخالت انشایی مشتری دارد.

برخی دلیل این معیار را ارتکاز عقلاً<sup>۱</sup> و اطلاق مقامی دانسته‌اند. بنابراین دلیل دیگری لازم نیست تا به عقد بودن آن معامله تصریح کند. برای نمونه، در بیع، تصرف به شأن مالک کالا و مالک ثمن تعلق گرفته است و قاعده عقلائی به عقد بودن این نوع معامله حکم می‌کند، اما اگر تصرف مرتبط با شأن یک نفر باشد، آن معامله ایقاع است، مانند ابرا که فقط با شأن ابراکنده ارتباط دارد. پس در اینجا قاعده عقلائی به ایقاع بودن آن حکم می‌کند.

۱. ارتکاز عقلاً علم به معلوماتی است که در ذهن آنان انباشته شده است و به آن توجه نمی‌شود و چه‌بسا این علم و شعور ناخودآگاه منشأ بسیاری از اعمال در نزد عقلا شود که علت آن برای خودشان هم معلوم نیست. برای مثال، کسی که در منطقه عرب‌زبان زندگی می‌کند، وقتی با لفظ عربی خطاب می‌شود، بی‌درنگ معنای آن لفظ در زبان عربی به ذهنش خطور می‌کند و این به سبب همان علم ارتکازی اوست (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۲، ص ۱۴۵).

البته در بعضی شرایط باوجود اینکه تصرف با شأن دو نفر ارتباط دارد، قانون‌گذار آن را ایقاع دانسته است، مانند طلاق که مربوط به شأن هریک از زن و شوهر است. در این شرایط به دلیل وجود نص خاص، این قاعده تخصیص می‌یابد و آن اطلاق مقامی را که اقتضا می‌کرد ولایت برای مجموع دو نفر باشد، تقیید می‌زنیم.

این معیار را در استدلال فقهای که تملیک یک‌جانبه را ممنوع می‌دانند نیز می‌توان دید. به نظر این دسته از فقها، منع تملیک یک‌جانبه امر مسلمی است، زیرا ورود مال به ملک دیگری بدون رضایت منتقل‌الیه امری نامعقول، و مخالف با اصل عدم ولایت افراد بر یکدیگر است (مکی عاملی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۶۷؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ج ۹، ص ۱۰۰). همچنین در حقوق امروز، برخی تعهد یک‌طرفه را مخالف اصل عدم ولایت می‌دانند، با این استدلال که تعهد رابطه طرفینی است و اینکه یک شخص با اراده یک‌جانبه خود به نفع دیگری ایجاد تعهد کند، درواقع اراده خود را بر طرف مقابل تحمیل می‌کند که باید از آن دوری گزید (بیگدلی، ۱۳۸۳، ص ۱۲؛ همچنین، نک: شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۲۰۲-۲۰۱).

باید توجه داشت که گاهی ممکن است نتیجه دو عمل حقوقی به‌ظاهر یکسان، اما یکی به شأن دو نفر تعلق گرفته باشد، و لذا عقد است و به دخالت انشایی هر دو آنها نیاز دارد، و دیگری به شأن یک نفر تعلق گرفته باشد، و لذا ایقاع است و به دخالت انشایی یک شخص نیاز دارد. برای نمونه، در ابراء، دائن به اختیار از حق خود صرف‌نظر می‌کند. بنابراین، فقط در حق طلبکار تصرف می‌شود و دخالت انشایی او لازم است. اما در هبه دین به مدیون، هم در دارایی طلبکار تصرف می‌شود و لذا به دخالت انشایی او نیاز است، و هم با دارایی مدیون ارتباط پیدا می‌کند و از دارایی منفی او کاسته می‌شود، لذا به دخالت انشایی او نیز نیاز است (حائری، پیشین، ص ۶).

#### ۴.۲. تشخیص ماهیات بر اساس عناصر تشکیل‌دهنده

این معیار را یکی از حقوق‌دانان بیان کرده است، و می‌توان آن را به‌گونه‌ای منحصر به فرد دانست؛ به این معنا که در کتب فقهی و حقوقی دیگر به این شکل یافت نمی‌شود. این حقوق‌دان با انتقاد از تعاریفی که در کتب فقهی و حقوقی درباره عقد و ایقاع آمده است،

می‌گوید: «این تعاریف بسیاری از مشکلات را حل نمی‌کند و نمی‌توان به کمک آنها ماهیات را شناخت» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۳۲ و ۲۰). به عقیده وی، با بیان یک جمله در تعریف یک عمل حقوقی، شناساندن ماهیت آن دشوار است و باید عناصر آن ماهیت را برشمرد. از این رو، نظریه‌ای به نام عناصرشماری ماهیات را بیان کرده‌اند. عنصر هر ماهیت به معنای عاملی است که وجود خارجی آن ماهیت، موقوف بر حصول پیدایی آن عامل باشد (همان، ص ۱۹). بر اساس این نظریه، عناصر عمومی عقود عبارت‌اند از:

- وجود عاقدین یعنی دو طرف عقد؛
- معلوم بودن عاقد از نظر عاقد دیگر؛
- تراضی؛
- رضا، قصد نتیجه، و قصد انشا؛
- موالات عرفی بین ایجاب و قبول؛
- تعهد (هر عقدی منشأ یک یا چند تعهد است)؛
- تعهد عاقد قائم به تراضی دو طرف است؛
- مفید بودن عقد؛
- عقلانی بودن عقد؛
- اهلیت متعاقدین؛
- تغایر متعاقدین؛
- مشروع بودن عقد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۲۵۵۶).

با توجه به این عناصر، معیاری که برای تمایز عقد از ایقاع بیان شده، چنین است: «اگر عمل حقوقی جامع عناصر عمومی عقود باشد عقد است و با فقدان یک یا چند عنصر از این عناصر، هرگاه عمل فاقد آن عنصر یا عناصر، قانوناً معتبر باشد، آن عمل حقوقی از نظر

ستی<sup>۱</sup> ایقاع است. به عنوان مثال، اگر معامله‌ای دارای عنصر مشروع بودن نباشد چون دارای عناصر عمومی عقود نمی‌باشد پس عقد نیست و از طرفی ایقاع نیز نیست چون قانوناً معتبر نیست، اما وصیت تملیکی که در آن موالات بین ایجاب و قبول وجود ندارد، عقد نیست چون فاقد یکی از عناصر عقد (موالات) است اما با توجه به اینکه قانون این ماهیت را معتبر شناخته، پس ایقاع است.»

بر اساس جدیدترین نظریه<sup>۲</sup> این حقوق‌دان، تقسیم اعمال حقوقی، دوگانه نیست و نوع سومی از اعمال حقوقی که برزخ بین عقد و ایقاع باشد نیز متصور است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ص ۱۶۸). در ادامه به بررسی این ماهیت ثالثه می‌پردازیم. این حقوق‌دان معتقد است که در بعضی اعمال حقوقی، تراضی وجود دارد، اما در اینجا تراضی که یکی از عناصر عقد است، وجود ندارد. برای نمونه اگر شخصی به کسی که اتومبیلش دزدیده شده است، بگوید: «اگر اتومبیلت را پیدا کنم چقدر می‌دهی» و مالک بگوید: «اگر پیدا کنی، یک میلیون می‌دهم»، در این صورت دو رضا رد و بدل شده است، اما این جعالة خاص، عقد نیست، زیرا مهم‌ترین عنصر عقد، تراضی است و یکی از عناصر تراضی، اناطه است؛ یعنی ایجاب‌کننده باید رضای خود را منوط به رضای لاحق کند و در اینجا اناطه به رضای سابق است، پس عقد نیست و از طرف دیگر، ایقاع نیز نمی‌باشد، زیرا دو رضای متقابل وجود دارد که در تحقق جعالة مؤثرند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۳۱). پس این ماهیت برزخ بین عقد و ایقاع است. همین مطالب را در عاریه نیز می‌توان تصور کرد، زیرا ابتدا مستعیر رضای خود را از راه استدعای عاریه به معیر عرضه، و سپس معیر استدعای او را اجابت می‌کند. در اثر این استدعا و اجابت، عاریه به وجود می‌آید. در اینجا نیز اناطه که عنصر تراضی باشد، وجود ندارد و ایقاع نیز نیست، زیرا دو رضای متقابل وجود دارد. پس این نوع عاریه نیز برزخ بین عقد و ایقاع است (همان، ص ۲۳۲).

ایشان در توجیه این ماهیت بیان می‌دارند: تراضی که یکی از عناصر عقد است، خود

۱. قید سنتی را به این علت آورده‌اند که طبق این دیدگاه، عمل حقوقی اگر عناصر عقد را نداشته باشد، ایقاع است؛ درحالی که برابر نظر ایشان که در ادامه خواهد آمد، ماهیت ثالثی غیر از عقد و ایقاع نیز وجود دارد، و این مورد را می‌توان مصداق آن دانست.

دارای عناصری از این قرار است:

- باید دو رضا وجود داشته باشد.

- ایجاب کننده باید رضای خود را وابسته به رضای لاحق کند.

- موالات باید بین رضای دو طرف باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۲۱۵).

باتوجه به مطالب بیان شده، اگر در عمل حقوقی تراضی باشد، اما عناصر تراضی در آن نباشد، این عمل حقوقی عقد نیست، زیرا تراضی کامل که عنصر عقد است، وجود ندارد و از طرفی ایقاع هم نیست، چون دو رضا وجود دارد؛ لذا باید این ماهیت را قسم سومی بدانیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۲۲).

در نقد این نظریه باید گفت:

اول اینکه در تعریف یک ماهیت باید فقط به ارکان آن توجه شود؛ بنابراین ذکر شرایط<sup>۱</sup> در ردیف ارکان، نامتعارف و نپذیرفتنی است.

دوم، اعتبار و لزوم همه این عناصر جای تردید دارد؛ برای نمونه در عقود مالی، مانند بیع، معلوم بودن طرفین برای یکدیگر لازم نیست (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۹۹ و ۳۰۳).

سوم، همان طور که در بررسی معیار اول گفته شد، برای انعقاد عقد، اناطة حکمی کافی هست و نیازی به اناطة حقیقی نیست.

چهارم، در خصوص عقود عاریه و جعاله‌ای که با استدعا و اجابت منعقد می‌شود، می‌توان گفت، استدعای عامل و مستعیر فقط یک پیشنهاد و به تعبیری «دعوت به معامله» است و ایجاب به وسیله جاعل و معیر ایجاد می‌شود و عقد با قبول فعلی مستعیر و عامل، یعنی با تصرف مال در عاریه و انجام فعل در جعاله، محقق می‌شود.

۱. رکن هر شیء چیزی است که داخل در ماهیت آن شیء است و به عبارت دیگر، قوام آن شیء به آن چیز است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷، ص ۸۷). شرط چیزی است که از عدم آن عدم مشروط به دست می‌آید، اما از وجود آن، وجود مشروط لازم نمی‌آید (جمعی از پژوهشگران، پیشین، ص ۵۱۶).



### ۳. اصل عملی در موارد شک

برای تمایز و تفکیک عقد از ایقاع معیارهایی بیان شد. اکنون بحث بر سر این نکته است که اگر با توجه با این معیارها نتوان تشخیص داد که عمل حقوقی عقد است یا ایقاع، آیا اصلی وجود دارد که بتوان با آن به عقد یا ایقاع بودن عمل حکم کرد؟

به نظر برخی از حقوق دانان، در صورت تردید، اصل این است که عمل حقوقی عقد باشد، زیرا غلبه با عقود است و استقرا در مواد قانون مدنی نیز همین نتیجه را می دهد، زیرا قانون گذار اعمال مورد بحث، مانند هبه، وقف و وصیت تملیکی را عقد دانسته است. از این گذشته، قانون گذار اصل عدم ولایت را در روابط اجتماعی پذیرفته است و بر همین اساس، کسی حق ندارد به نفع یا ضرر دیگری تملیک یا تعهدی را ایجاد کند و نفوذ ایقاع منوط به اختیار قانونی مقدم بر آن است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۷ و ۱۳۸۲، ص ۲۳۹).

این مسئله در فقه در بحث شرط بودن یا نبودن قبول، در برخی از اعمال حقوقی مطرح شده است. شهید ثانی در کتاب وقف آورده است: در اینکه قبول در وقف شرط است یا خیر دو نظر وجود دارد:

۱. قبول شرط نیست چون اصل عدم اشتراط است (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۱۶۵؛ نیز نک: نراقی، ۱۴۱۷، ص ۳۳۹). بر اساس این دیدگاه، هرگاه درباره جزئیت یا شرطیت چیزی تردید شود، به کمک اصل عدم، شرطیت یا جزئیت آن امر مشکوک را نفی می کنیم. به عبارت دیگر، جزء یا شرط بودن چیزی نسبت به ماهیت حقوقی نیازمند دلیل است و اگر دلیلی در دست نباشد، باید ماهیت حقوقی را بدون جزء یا شرط مورد تردید، تحقق پذیر دانست. در خصوص بحث ما نیز اگر شخص یک عمل حقوقی را ایجاد کرده باشد و این تردید به وجود آید که برای اثر داشتن آن، نیاز به قبول طرف دیگر هست یا خیر، با استناد به اصل عدم اشتراط، حکم به عدم لزوم قبول می شود. برای نمونه، اگر پس از آنکه واقف ایجاب را انشا کرد، شک شود که قبول موقوف علیهم لازم است یا نه، بر اساس اصل یادشده، نیازمند قبول منتفی و حکم به وقوع وقف می شود.

۲. قبول لازم است. استدلال این دسته از این قرار است: الف) ادخال شیء در ملک

دیگری نیاز به رضایت او دارد، و این مطلب از اصولی مانند اصل عدم ولایت افراد بر یکدیگر، اصل تسلیط و قاعده منع تملیک قهری دریافت می‌شود؛ ب) در صورتی که شک شود یک عمل حقوقی بدون قبول، سبب کامل برای نقل و انتقال است یا نه، طبق استصحاب ملکیت مالک سابق باید گفت که قبول لازم است. برای نمونه، اگر شخص مالی را به دیگری هبه کند و شک کنیم که آیا هبه با ایجاب واهب ایجاد شده است یا برای تشکیل به قبول متهم نیز نیاز دارد، در اینجا اصل استصحاب جاری می‌شود و مالکیت واهب را ابقا می‌کنیم؛ چون مالکیت واهب یقینی است و شک در تحقق مالکیت برای متهم است. امر یقینی را که مالکیت واهب باشد، استصحاب می‌کنیم و نتیجه این می‌شود که تحقق هبه نیازمند قبول متهم است. در این زمینه برخی از فقها تعبیر اصل عدم انتقال را به کار برده (طباطبایی، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۵۷۶؛ آخوند خراسانی، ۱۴۱۳، ص ۵۰) و برخی آن را اصل عدم ترتب اثر نامیده‌اند (نجفی، پیشین، ج ۲۸، ص ۶).

بر اساس این نظر، اگر در یک زمینه شک کردیم که عمل حقوقی عقد است یا ایقاع، و به تعبیر دیگر، برای داشتن اثر، انشای موجب کافی است یا نیاز به قبول طرف دیگر نیز دارد، باید عمل حقوقی مشکوک را عقد، و انشای طرف دیگر در قبول آن عمل حقوقی را لازم بدانیم، زیرا:

- از یک طرف، اصل عدم ولایت بر دیگری است که براساس آن، ادخال ملک یا ایجاد حق یا تعهدی برای دیگری منوط به اراده آن شخص است. از توجه به برخی مواد قانون مدنی (از جمله ۵۶ و ۷۹۸) در مباحث هبه و وقف، می‌توان برداشت کرد که اصل یادشده مورد نظر قانون‌گذار نیز بوده است، چون در این موارد اختلافی، قبول را لازم دانسته است.
- از طرف دیگر، اگر در عمل حقوقی شک کنیم که نیاز به اراده دیگری دارد یا فقط به اراده یک شخص واقع می‌شود، اصل عدم انتقال یا عدم ترتب اثر حکم می‌کند که اراده شخص دوم نیز ضروری است و عمل حقوقی مورد بحث، عقد است. به عبارت دیگر، با استصحاب ملکیت مالک سابق نتیجه می‌گیریم که برای ایجاد ملکیت جدید که مشکوک است، اراده طرف دیگر نیز لازم است؛ در غیر این صورت طبق این اصل

- مالکیت سابق ابقا، و امر مشکوک، یعنی مالکیت جدید، نفی می‌شود.
- در پاسخ به کسانی که در این شرایط به اصل عدم اشتراط تمسک می‌کنند نیز باید گفت: اول اینکه اصل عدم شرطیت درجایی است که عنوان عمل و معنای لغوی صدق کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۲۶)؛ درحالی که در نمونه‌های مشکوک، عنوان عمل و معنای لغوی صادق نیست. برای نمونه، در صورتی که قبول موقوف‌علیهم وجود نداشته نباشد، شک می‌کنیم که آیا ماهیت وقف صدق می‌کند یا خیر. باوجود شک در صدق عنوان وقف، چگونه می‌توان به اصل عدم جزئیت یا شرطیت تمسک جست؟ اصل عدم شرطیت یا جزئیت در شرایطی جاری می‌شود که ماهیت و عنوان عمل صدق کند و آنگاه در شرط یا جزء بودن یک شیء تردید شود. در این صورت، می‌توان به کمک اصل یادشده لزوم جزء یا شرط موردبحث را نفی کرد. اما در صورتی که در صدق عنوان شک شود، مجالی برای تمسک به اصل عدم جزئیت و شرطیت نیست. شاید به همین دلیل باشد که در بعضی از کتاب‌های فقهی اصل عدم انتقال حاکم بر اصول دیگر معرفی شده است (خوئی، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۰۱).
- دوم اینکه حتی اگر از اشکال سابق صرف‌نظر شود، در موارد مشکوک، اصل عدم انتقال و اصل عدم جزئیت و شرطیت تعارض کرده، ساقط می‌شوند. چون در صورت تعارض دو استصحاب چند حالت تصور می‌شود: الف) در مقام جعل و صدور از مولی با هم تعارض داشته باشند و جمع‌شدنی نباشند؛ ب) در مقام جعل با هم تنافی نداشته باشند، اما مکلف قادر به امتثال هر دو نباشد که در این صورت، قواعد باب تراجم جاری می‌شود.
- قسم اول (تعارض در مقام جعل) نیز دو حالت دارد: الف) تنافی میان دو حکم ذاتی است که از اجتماع نقیضین یا ضدین حاصل می‌شود، مانند دوران بین وجوب یک شیء یا عدم وجوب آن؛ ب) تنافی میان دو حکم عرضی است مانند دوران بین نماز ظهر و نماز جمعه که ذاتاً منافاتی با یکدیگر ندارند، اما علم اجمالی به اینکه فقط یکی از دو نماز جعل شده، سبب تنافی شده است. در این زمینه قواعد باب تعادل و تراجیح پیاده می‌شود. در تنافی میان حکم ذاتی نیز ممکن است دو استصحاب، سببی و مسببی باشند که در این صورت، در هنگام تعارض، اصل سببی بر اصل مسببی مقدم می‌شود و ممکن است شک در یکی از دو

استصحاب، مسبب از شک در دیگری نباشد، بلکه تنافی به سبب وجود علم اجمالی به مخالفت یکی با واقع باشد. در این خصوص، اگر از جریان هر دو استصحاب، مخالفت عملیه قطعیه لازم آید، هیچ کدام از دو استصحاب جاری نمی‌شود، و اگر فقط مخالفت التزامیه پیش آید، هر دو استصحاب قابل جریان است (آخوند خراسانی، ۱۴۲۶، ص ۴۳۱).

در موضوع بحث، با توجه به اینکه عمل به هر دو استصحاب ممکن نیست و ترجیح یکی بر دیگری نیز بدون مرجح است، هر دو استصحاب را کنار می‌گذاریم و به اصول دیگر مانند اصل عدم ولایت مراجعه می‌کنیم.

با توجه به مطالب پیش گفته، اگر درباره عمل حقوقی شک کردیم که عقد است یا ایقاع، باید این عمل حقوقی مشکوک را عقد و نیازمند قبول بدانیم.

## ۵. تطبیق وصیت تملیکی و جعاله با معیارهای بیان شده

در این بخش به بررسی وضعیت جعاله و وصیت تملیکی از لحاظ عقد یا ایقاع بودن و با استفاده از معیارهای مورد بحث می‌پردازیم.

### ۵.۱. وصیت تملیکی

معیار اول این بود که در صورت لزوم دو اراده برای تشکیل عمل حقوقی، آن عمل عقد است و اگر یک اراده کافی باشد، ایقاع است. در این معیار نیز دو نظر وجود دارد: طبق یک نظر درباره لزوم وجود دو اراده، باید به قصد طرفین توجه شود؛ لذا اناطه حقیقی لازم است و طبق نظر دیگر، اناطه حکمی کافی است. در خصوص وصیت تملیکی، اگر قائل به وجود اناطه حقیقی باشیم، وصیت تملیکی ایقاع است، زیرا در نظر و قصد موصی این عمل حقوقی وابسته به قصد موصی له نیست. اما اگر اناطه حکمی را کافی بدانیم، باید به عقد بودن وصیت تملیکی قائل شویم، چون درست است که موصی اراده خود را منوط به لزوم وجود اراده موصی له نکرده، اما قانون‌گذار نظر به برخی مصالح، اراده موصی له را لازم دانسته است. پس از نظر قانون‌گذار وصیت از دو اراده موصی و موصی له به نحو جزء سبب تشکیل می‌شود.

طبق معیار دوم (لزوم یا عدم قبول)، حکم مسئله وابسته به نقش قبول است؛ اگر قبول جزء وصیت باشد، عقد است، اما اگر قبول، شرط کاشف یا ناقل باشد یا هیچ‌گونه اعتباری نداشته باشد بلکه ردّ موصی له مانع باشد، ایقاع خواهد بود. طبق نظر مشهور فقها، قبول جزء وصیت است و قانون مدنی نیز در ماده ۸۲۷ تحقق وصیت را به قبول موصی له وابسته کرده است.

معیار سوم این بود که اگر عمل حقوقی با شأن دو نفر ارتباط پیدا کند، نیازمند دخالت انشایی هر دو طرف می‌باشد و عقد است، و اگر با شأن یک نفر مرتبط باشد، ایقاع است. براساس این معیار، وصیت تملیکی عقد است، زیرا موصی می‌خواهد مالی را به ملکیت موصی له داخل کند و بر اموال او بیفزاید، و زیاد شدن مالی بر اموال انسان، تصرف در شأن انسان شمرده می‌شود و نیازمند دخالت انشایی اوست.

اما بر اساس معیار چهارم (عناصرشماری ماهیات)، وصیت تملیکی را باید ایقاع دانست، زیرا از یک سو تردیدی نیست که وصیت تملیکی یک عمل حقوقی از نظر قانونی معتبر است و از سوی دیگر، بسیاری از عناصر تشکیل‌دهنده عقد، از جمله موالات عرفی بین ایجاب و قبول و معلوم بودن موصی له در وصیت تملیکی، وجود ندارد؛ لذا در دسته ایقاعات قرار می‌گیرد.

درنهایت، بر فرض که نتوان با این معیارها به نتیجه رسید، طبق اصل عملی که بیان شد، باید به عقد بودن وصیت تملیکی قائل گردید.

## ۲.۵. جعالة

بر اساس معیار اول، در خصوص جعالة خاص مشکلی وجود ندارد و باید آن را در زمره عقود دانست، زیرا در این نوع جعاله، طرف ایجاب مشخص، و جوهر و عنصر اساسی عقد، یعنی تراضی و توافق، در آن موجود است. اما درباره جعالة عام مشکلات جدی وجود دارد، از جمله اینکه مخاطب ایجاب مشخص نیست و ممکن است توافق و تراضی هم وجود نداشته باشد، زیرا عمل را ممکن است کسی انجام دهد که آگاه به ایجاب نباشد یا صغیر یا مجنون باشد که اهلیت قبول کردن را نداشته باشد. بنابراین در خصوص جعالة عام باید گفت

که جاعل با اراده خود ایجاد تعهد کرده و پیدایش تعهد برای خود را به توافق و قبول طرف مقابل وابسته نکرده است. قانون‌گذار نیز با اینکه در مقام بیان بوده، قبول را شرط تحقق جعاله یا جزء سبب آن ندانسته است. بر اساس این معیار، جعاله عام را باید ایقاع دانست.

بنابر معیار دوم، جعاله را باید ایقاع شمرد، چون با توجه به اینکه انجام عمل از سوی سفیه و صغیر ممیز و حتی به نظر برخی از فقها صغیر غیرممیز و مجنون امکان‌پذیر است و نظر به اینکه این گروه توانایی قبول جعاله را ندارند، باید گفت که در جعاله قبول لازم نیست و جزء ایقاعات است.

مطابق معیار سوم، باید جعاله را عقد دانست، چون جاعل ملتزم می‌شود که اگر کسی فلان عمل را انجام داد، به او پاداش دهد. لذا جاعل تعهدی را می‌پذیرد و طرف دیگر نیز عملی را انجام می‌دهد و مالی به ملکیت او درمی‌آید. بنابراین، جعاله با شأن دو نفر ارتباط می‌یابد، لذا نیاز به دخالت انشایی دو شخص است و عقد شمرده می‌شود.

بر اساس معیار چهارم، باید بین اقسام جعاله تفاوت قائل شد، با این توضیح که عامل ممکن است به یکی از این سه شکل باشد: الف) عامل یک شخص معین باشد که در این حالت تراضی بین جاعل و عامل صورت می‌گیرد و عقد تشکیل می‌شود؛ ب) عامل نامحصور باشد (جعاله عام) که در این صورت جعاله ایقاع است، زیرا بسیاری از عناصر عمومی عقد، مانند تراضی و معین بودن طرف عقد در آن موجود نیست؛ ج) عامل چند شخص معین باشد و یکی از آنها به صورت نامعین، طرف خطاب جاعل قرار گرفته باشد، مانند آن که بگوید: «هرکس اتومبیل مرا پیدا کند، فلان مبلغ به او می‌دهم». در این صورت از یک سو، این نوع جعاله عقد نیست، چون فاقد یکی از عناصر عقد یعنی معین بودن طرف عقد است، و از سوی دیگر، وجود همین مقدار از تقابل رضایت بین طرفین، ایقاع بودن این نوع جعاله را نفی می‌کند. از این رو، جعاله یادشده نمونه‌ای از برزخ بین عقد و ایقاع است. پس بر اساس این معیار، جعاله بر سه قسم است: جعاله عقدی، جعاله ایقاعی، و جعاله برزخی (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۰۵).

در پایان، اگر کسی با این معیارها به عقد یا ایقاع بودن جعاله اطمینان پیدا نکرد، طبق

اصل عملی که تأسیس شد، جعله را باید عقد دانست.

### نتیجه

ماهیت بسیاری از اعمال حقوقی از نظر عقد یا ایقاع بودن روشن است، اما ماهیت برخی از آنها، مانند وصیت تملیکی، جعله، عقود اذنی و وقف، مبهم و محل اختلاف است؛ عده‌ای آنها را عقد و برخی ایقاع دانسته‌اند و دسته‌ای قائل به ماهیت سومی به نام برزخ بین عقد و ایقاع شده‌اند. این تحقیق در راستای تعیین معیار تمایز بین عقد و ایقاع و مشخص شدن وضعیت این اعمال حقوقی مبهم، به این دستاوردها رسیده است:

- اعمال حقوقی منحصر در عقد و ایقاع هستند. انحصار از این نکته برداشت می‌شود که فقها در بررسی اعمال حقوقی مشکوک، این اعمال را عقد یا ایقاع دانسته و از ماهیت ثالثه سخنی نگفته‌اند. همچنین آن دسته از فقهای که قائل به ماهیت ثالثه شده‌اند، ماهیت و ساختار آن را تبیین نکرده‌اند.
- برای تمایز بین عقد و ایقاع چهار معیار بیان شده است:

الف) اگر برای تحقق عمل حقوقی نیاز به وجود دو یا چند اراده وابسته باشد، آن عمل حقوقی عقد است و چنانچه از یک اراده مستقل تشکیل شود، ایقاع است. قائلان به این معیار نیز به دو گروه تقسیم می‌شوند؛ به نظر برخی، در عقد وابستگی اراده باید در قصد طرفین باشد و چنانچه در قصد طرفین وابستگی و اناطه نباشد، عمل حقوقی ایقاع است. اما به نظر عده‌ای دیگر، اناطه حکمی نیز کافی است؛ به این معنا که اگر قانون یک عمل حقوقی را تشکیل شده از دو اراده بداند، آن عمل حقوقی عقد است، هرچند در قصد طرفین اناطه نباشد.

ب) به نظر بیشتر فقهای امامیه، معیار تفکیک بین عقد و ایقاع، لزوم یا عدم لزوم قبول است؛ عمل حقوقی اگر برای تحقق نیازمند قبول باشد، عقد، و اگر به صرف ایجاب محقق شود، ایقاع است.

ج) اگر تصرف به شأن دو یا چند شخص تعلق گیرد، عقد است و اگر به شأن یک

شخص مرتبط باشد، ایقاع است.

د) عمل حقوقی اگر جامع عناصر عمومی عقود باشد، عقد است و اگر فاقد یک یا چند عنصر باشد و از نظر قانونی هم معتبر باشد، ایقاع است.

در این پژوهش با توجه به برخی مقررات مهم قانون مدنی، مانند ماده ۱۸۳، بند اول ماده ۱۹۰، و نیز ماده ۱۹۱، از معیار اول که مشهور در بین حقوق دانان است، طرفداری شده است.

- اگر با توجه به معیارهای بیان شده، نتوان به عقد یا ایقاع بودن یک عمل حقوقی پی برد، اصل این است که عمل حقوقی مورد تردید، عقد است، زیرا داخل کردن مال در ملک دیگری نیازمند به رضایت اوست و اگر تردید شود که بدون قبول، سبب تملیک کامل است یا نه، طبق استصحاب ملکیت مالک سابق، باید قبول را لازم دانست.



## منابع و مأخذ

### الف فارسی

۱. افتخاری، جواد (۱۳۸۳)، *کلیات عقود و حقوق تعهدات*، جلد ۲، تهران: انتشارات پایدار.
۲. بیگدلی، سعید (۱۳۸۳)، «تعهدآور بودن اراده یک‌جانبه نسبت به خود»، *فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق*، شماره ۲۴.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲)، *فن استدلال، منطق حقوق اسلام*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۴. \_\_\_\_\_، (۱۳۸۷)، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۵. \_\_\_\_\_، (۱۳۸۹)، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۶. \_\_\_\_\_، (۱۳۹۰)، *فلسفه حقوق مدنی*، جلد ۱ و ۲، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۷. \_\_\_\_\_، (۱۳۹۰)، *وصیت*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. جمعی از پژوهشگران، (۱۳۹۲)، *فرهنگ‌نامه اصول فقه*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ.
۹. درودیان، حسن علی (۸۳-۱۳۸۲)، *پلی کبی جزوه حقوق مدنی ۳*، دانشگاه تهران.
۱۰. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ ششم، تهران: انتشارات مجد.
۱۱. صفایی، سید حسین (۱۳۷۹)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: نشر میزان.
۱۲. عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۰)، *کلیات حقوق اسلامی*، چاپ اول، تهران: انتشارات رهام.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، *اعمال حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. \_\_\_\_\_، (۱۳۹۰)، *ایقاع*، چاپ پنجم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۱۵. \_\_\_\_\_، (۱۳۸۸)، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۱۶. محقق داماد، سید مصطفی؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ عبدی پور، ابراهیم (۱۳۹۰)، *قواعد عمومی قراردادها در فقه امامیه*، جلد ۲، تهران: سمت.
۱۷. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۸۳)، *حقوق مدنی*، جلد ۲، تهران: انتشارات پایدار.
۱۸. مطهری، مرتضی (۱۳۹۰)، *مجموعه آثار*، جلد ۲۰، انتشارات صدرا.
۱۹. موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۷۹)، «عقد ضمان و نقش آن در حقوق مدنی»، *پژوهشنامه متین*، شماره ۷.
۲۰. نظری، حسن (۱۳۸۵)، *قاعده حیات با رویکرد اقتصادی*، قم: بوستان کتاب.

### ب) عربی

۲۱. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵)، *کتاب المکاسب*، جلد ۳، قم: کنگره بزرگداشت شیخ انصاری.
۲۲. حائری، سید علی رضا (بی تا)، *مجله فقه اهل البیت*، ترجمه تقریرات درس خارج مرحوم سید محمد باقر صدر، جلد ۲۴، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۲۳. حسینی عاملی، سید جواد (بی تا)، *مفتاح الکرامه*، جلد ۹، قم: دار احیاء التراث العربی.
۲۴. حسینی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷)، *العناوین الفقهیه*، جلد ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۱۸)، *المختصر النافع*، جلد ۱، قم: المطبوعات الدینیّه.
۲۶. حلّی، ابن ادریس (۱۴۱۰)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۱۳)، *کتاب فی الوقف*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۲۶)، *کفایه الاصول*، جلد ۱، قم: مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث.
۲۹. خمینی، سید روح الله (بی تا)، *کتاب البیع*، جلد ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام (ره).
۳۰. خویی، سید ابوالقاسم (بی تا)، *مصباح الفقاهه (المکاسب)*، جلد ۱، قم: (بی تا).
۳۱. سبحانی، جعفر (بی تا)، *نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه العراق*، قم: (بی تا).

۳۲. طباطبایی، سید محسن (۱۴۱۶)، *مستمسک العروه الوثقی*، جلد ۱۴، چاپ اول، قم: مؤسسه دارالتفسیر.
۳۳. طباطبایی، سید محسن (بی تا)، *نهج الفقاهه*، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۳۴. طباطبایی، سید محمد کاظم (۱۴۱۰)، *حاشیه مکاسب*، جلد ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۵. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۲، چاپ سوم، تهران: المکتبه المرتضویه.
۳۶. عاملی کرکی (۱۴۱۴)، *جامع المقاصد*، جلد ۷، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۳۷. عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰)، *الروضه البهیة*، جلد ۳، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.
۳۸. کلانتر، محمد (۱۴۱۰)، *حاشیه بر مکاسب*، جلد ۲، چاپ سوم، مؤسسه مطبوعاتی دارالکتاب.
۳۹. کمپانی، محمد حسین، (۱۴۱۸)، *حاشیه کتاب مکاسب*، جلد ۱، قم: انوار الهدی.
۴۰. مجاهد طباطبایی، سید محمد (بی تا)، *المناهل*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر (بی تا)، *انوار الفقاهه*، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب.
۴۲. مکی عاملی، محمد بن جمال الدین (بی تا)، *القواعد و الفوائد*، جلد ۲، قم: کتابفروشی مفید.
۴۳. نائینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳)، *منیه الطالب*، جلد ۱، قم: المکتبه المحمديه.
۴۴. نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین (۱۴۰۶)، *حاشیه مکاسب*، جلد ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۴۵. نجفی، محمد حسن (بی تا)، *جواهر الکلام*، جلد ۲۲، ۲۸، ۳۵، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۶. نجفی، محمد حسین (۱۳۶۶) *وجیزه الاحکام*، جلد ۳، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۴۷. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷)، *عوائد الایام*، چاپ اول، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.