

جایگاه نامزدی در قانون ایران

مؤلف

مهران نوروزی

وکیل پایه یک دادگستری

ویراستار

محمود نظری زاده

انتشارات قانون یار

۱۳۹۸

به پاس تعبیر عظیم و انسانی شان از کلمه ایثار و از
خودگذشتگان

به پاس عاطفه سرشار و گرمای امیدبخش وجودشان که
در این سردترین روزگاران بهترین پشتیبان است
به پاس قلب های بزرگشان که فریاد رس است و
سرگردانی و ترس در پناهشان به شجاعت می گراید و
به پاس محبت های بی دریغشان که هرگز فروکش
نمی کند

این مجموعه را به پدر و مادر عزیزم تقدیم می کنم

با سپاس از سه وجود مقدس:

آنان که ناتوان شدند تا ما به توانایی برسیم...

موهایشان سپید شد تا ما روسفید شویم...

و عاشقانه سوختند تا گرمابخش وجود ما و روشنگر

راهمان باشند...

پدرانمان

مادرانمان

استادانمان

فهرست مطالب

پیشگفتار

فصل اول

کلیات

فصل دوم

ماهیت حقوقی نامزدی

فصل سوم

آثار برهم خوردن نامزدی (مطالبه خسارت)

فصل چهارم

ماهیت و وضعیت حقوقی هدایا

منابع و مآخذ

پیشگفتار

موضوع نامزدی یکی از مباحث حقوق خانواده است که در خصوص شرعی بودن و آثار و احکام مترتب بر آن نظرات مختلفی ارائه گردیده است در حقوق موضوعه (قانون مدنی) قانونگذار ما نامی از این نهاد یا تأسیس برده و آثار و احکامی را از آن نفی نموده است و به عبارتی وجود واقعی این نهاد را تأیید کرده است در قانون مدنی تعریفی از نامزدی نشده است ولی مسلماً به مرحله ای قبل از ازدواج اطلاق می گردد و در اصطلاح عرف، نامزدی به موردی گفته می شود که از طرف مردی نسبت به زنی خواستگاری صورت پذیرد که بعداً با او ازدواج نماید. از منظر فقه، تأسیسی بنام نامزدی، جایگاه شرعی ندارد در حقوق اسلام همیشه تصور گردیده که دو نفر زن و مرد یا رابطه زوجیت بین

آنها برقرار است یا خیر. اگر این رابطه فی نفسه ی موجود باشد، این دو نسبت به همدیگر زوج و زوجه شرعی تلقی می گردند و تمامی آثار ازدواج از جمله بهروره های جنسی نیز به صورت مشروع از یکدیگر ممکن می شود و اگر صیغه عقد شرعی به طور صحیح بین دو نفر ادا نشود دو نفر نسبت به همدیگر بیگانه محض می باشند و هیچ اثری از آثار ازدواج بین آنها پدید نمی آید و هرگونه رابطه جنسی قبل از اجرای صیغه غیر مشروع می باشد به عبارتی در شرع مقدس برقراری روابط آزاد به بهانه نامزدی تأکید احرام و منع شده است اما علیرغم این اوصاف بررسی این دوره از لحاظ حقوقی مهم می باشد بویژه آنکه در حقوق ایران تجزیه و تحلیل مسایل حقوقی این دوره به صورت موسع بالاخص از لحاظ فقهی صورت نگرفته است.

فلسفه وجودی دوران نامزدی این است که طرفین از روحيات و اخلاقيات يکديگر شناخت پيدا نموده و ضمن آشنايی با افکار و بينش همدیگر در مورد زندگی آینده خود تسليم بگيرند. نامزدی بعنوان يک پیش قرارداد عقد نکاح تلقی می گردد اگر نامزدی منتهی به وقوع عقد نکاح گردد پرسش چندانى از حيث حقوقی قابل مطرح نخواهد بود و يک نامزدی مجاز از دیدگاه اسلام می باشد چرا که نامزدی مجاز در اسلام چنین تعريف گردیده است: نامزدی، جايز و ضروری است و آن عبارت است از فاصله ای که میان عقد شرعی و قانونی با مراسم عروسی برقرار می شود. و فرصت کافی به دختر و پسر می دهد تا بعد از عقد رسمی و قبل از عروسی از همدیگر شناخت بیشتری کسب کنند. نامزدی به این معنی از منظر فقه و اسلام کاملاً جایز و

لازم است. نامزدی از مرحله شروع رابطه طرفین برای
انتهای نامزدی شامل مراسم آشنایی طرفین و جلسه
انعقاد نامزدی و تشریفات احتمالی آن به همراه بررسی
اجمالی شرایط صحت نامزدی و ماهیت حقوقی آن و
اراده و اختیار طرفین در جریان آن تا حدود روابط
کیفیت و روابط طرفین و آثار حاکم بر توافق صورت
گرفته و منتج شدن آن به عقد و ازدواج را شامل می
گردد. آنچه که در این میان مجهول و شبهه ناک هست
این که آیا آنچه در عرف از آن بعنوان نامزدی یاد می
شود با آنچه که در شرع و قانون آمده است مطابقت
دارد و یا نه و آیا قانون از فقه شیعه گرفته است یا از فقه
اهل سنت و با سایر مذاهب چه ارتباطی به لحاظ شباهت
و تفاوت دارد و ابهام بیشتر مسئله در این است که عرف
جامعه نمی تواند این دو را با هم دیگر جمع کرده و

تفاوتها را شناسایی نماید. از طرف دیگر در کشورهای خارجی یک دوره دوستی قبل از ازدواج وجود دارد که دارای یک سری آزادی در روابط اجتماعی و شخصی است که شباهتهای و تفاوتهای با نامزدی دارد که لازم است این موارد از هم دیگر تفکیک شود تا ابهامات متخصصان و عوام مرتفع گردد.

فصل اول کلیات

۱-۱- مفهوم وعده

برای شروع بحث بهتر است ابتدا معنای «وعده» را از منظر اهل لغت و فرهنگ نویسان که ذکر و بیان گردیده است را مورد توجه قرار بدهیم و سپس به بررسی معنای اصطلاحی و حقوقی آن پردازیم.

۱-۱-۱- مفهوم لغوی وعده

وعده در لغت فارسی یا فرهنگ نامه فارسی به معنای "عهد و پیمان" بیان شده است.

(معین، ۱۳۸۶، ش ۵۰۳۹) و کلمه‌ای عربی بوده و در لغت عرب به معنی همان عهد و پیمان است. (البعلبکی، روحی، ۱۳۸۸، ش ۱۱۵۸) وعد یعد و موعودا و موعده و موعودا و موعوده فلانا الامر و بالامر، نعهه انجام کار یا طلبی را به فلانی داد. اوعده ایعادا، به او وعده داد و اعدۀ مواعده، متقابلا به او وعده داد، به یکدیگر وعده دادند. انعد ایعادا، وعده را پذیرفت و آن را قبول کرد و به آن اعتماد کرد. (بند ریگی، ۱۳۷۹، ش ۶۸۰) چنان که از مفهوم جمله بر می آید وعده التزام و اعتماد متقابل ایجاد میکند. در کتب تفسیر قرآن کریم نیز وعده را واجب الوفاء دانسته اند به عنوان مثال علامه طباطبایی صاحب کتاب المیزان در شرح آیه ۱۰۷ سوره هود می‌فرمایند: اینکه خداوند ورود اهل ثواب را به بهشت وعده داده است عمل به این وعده به عنوان یک قاعده

مسلم عقلی واجب است. چون وعده حقی را برای موعود که بوجود می آورد و عدم وفاء به عهد، اضعاف حق غیر را سبب می شود و این عین ظلم می باشد. (طباطبایی، سی تا، ص ۳۵) آیات بسیاری در قرآن کریم در خصوص وعده و لزوم وفاء و تعهد به آن آمده است و وفای به وعده را از صفات خدا شمرده است. به عنوان مثال در آیه ۳ سوره ی آل عمران آمده است، "پروردگار تو گردآورنده‌ی مردمان در روزی هستی که شکی در آن نیست، چرا که خداوند خلف وعده نمی‌کند" و از نظر خداوند خلف وعده از صفات شیطان می‌باشد که قصدی جز فریب آدمی ندارد. در آیه ۴ سوره نساء می‌فرمایند "شیطان به آنان وعده می‌دهد و ایشان را به دام آرزو می‌اندازد و شیطان وعده‌ای جز فریب به آنان نمیدهد و نیز خداوند به کسانی که

به عهد و پیمان خود وفاء کنند وعده ی رستگاری داده است"، و نیز رستگار شوند کسانیکه در برابر امانت هایشان و پیمان هایشان رعایتگر هستند" (مومنون آیه ۲۳) اما در فرهنگ های عمومی انگلیسی نیز برای بیان وعده از اصطلاح "**Promise**" استفاده می شود که عبارت اخیر معمولاً مبین التزام و تعهد می باشد. (حق شناس و همکاران، ۱۳۸۴)

۱-۱-۲- مفهوم وعده در اصطلاح حقوقی

در زبان حقوقی واژه وعده به معنای تعهد ذکر گردیده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ش ۴۴۴) در فرهنگ حقوقی بلک^۱ و در تعریف واژه "**Promise**" آمده است اعلام قصد انجام عمل یا امتناع از انجام آن در حالت خاصی، طوری که با بیان آن دیگری نیز توجیه

¹-Blacj& Law dictionary

شود که یک تعهد ایجاد شده است. (گارنر، ۱۹۹۹،
ش ۱۲۴۹) در زبان فرانسه^۱ نیز عبارت « *Promesse*
decontartou avant » مبین تعهد به انعقاد قرارداد
می باشد. (کاتبی، ۱۳۶۳، ش ۲۸۲) از نظر فقهی، وعده
عبارت است از اخبار مشخص به انجام کاری در آینده
در مقابل دیگری و التزامی در آن نیست.

۱-۲- مفهوم وعده انعقاد قرارداد

معمولاً اشخاص برای انعقاد عقد یا عقود خود یک
سری مقدماتی من جمله گفت و گویهای مقدماتی را
انجام می دهند و بعد از آن به توافقی رسیده اند آن را
منعقد میکنند به طوری که در ماده ۳۳۹ قانون مدنی
ایران بصراحت بیان شده است. «پس از توافق بایع و
شتری در مبيع قیمت آن، عقد بيع به ايجاب و قبول واقع

2-The manifestation of intention to actor retain from acting inspecified. Manner, conveyed in such a way that another is justified in understanding that a commit has been made...?

می شود...» ولی در بعضی موارد برای انعقاد قرارداد به انجام یک سری عملیاتی از قبیل فیزیکی یا حقوقی نیاز داریم و در خصوص انعقاد قرارداد به یک سری موانعی برخورد می کنیم و در این حالت طرفین یا یکی از آنها ملزم می شوند پس از انجام عملیات مقرر شده موانع اعلامی و وجودی را رفع نمایند و قرارداد مورد نظر را انعقاد می نمایند و این توافق مقدماتی بر وعده انعقاد قرارداد تعبیر می شود اما در اصطلاح حقوق چنین بیان شده «توافق دو یا چند اراده که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می شود» (سعید مسعود، ۲۰۰۶) به طور کلی می توان چنین بیان نمود که انعقاد قرارداد عبارت است از «پیمان مقدماتی است که درباره انعقاد قرارداد مطلوب دو طرف بسته می شود و هر دو یا یکی از آنان را ملزم به تراضی نهایی می کند».

(کاتوزیان، ۱۳۸۸، ش ۸۰) در این فصل ماهیت اقسام وعده انعقاد قرارداد از حیث عقد یا ایقاع بودن و آثار آن از جهت امکان اجبار به اجرای تعهد اصلی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۳- مفهوم وعده نکاح

قبل از انعقاد عقد نکاح رسم و عادت بر این است که پیش از نکاح، پسر و خانواده اش به قصد آشنایی طرفین و تشخیص تمایل وصلت از جانب دختر به خواستگاری او می‌روند و بصورت رسمی از وی خواستگاری می‌نماید و بعد از آنکه زن و مرد با رعایت موازین شرعی و قانونی با یکدیگر در خصوص مسائل زندگی مشترک خود به توافق نهایی رسیده‌اند و زن نیز پس از انجام بررسی و مشاوره با خویشان و اقربای خود سنجش سود و زیان پذیرش این تقاضا، نظر خود را

نسبت به ازدواج با مرد اعلام می نماید حال اگر پاسخ وی مثبت باشد اصطلاحاً گفته می شود که طرفین به یکدیگر نامزد شده اند. نامزدی مرحله‌ای برای شناخت هرچه بیشتر نامزدها و خانواده‌های آنها است. رفتار متقابل نامزدها نقش مهمی را در زندگی آتی ایشان ایفا می کند و بروز هر چه بیشتر شخصیت واقعی طرفین و بیان خواسته ها و تمایلات درونی شان به استحکام هر چه بیشتر نهاد خانواده در آینده کمک می کند.

بعبارتی نامزدی یا وعده نکاح توافقی است که زن و مرد برای انعقاد عقد نکاح در آینده با یکدیگر می نمایند و بموجب آن متعهد می شوند که با یکدیگر ازدواج نمایند. قانونگذار ایران در این مورد، در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی از وعده نکاح نام برده است اما با نگاهی اجمالی به مواد ۱۰۳۶ تا ۱۰۳۸ می توان پی برد

که مراد از وعده نکاح همان نامزدی می باشد و این دو اصطلاح مترادف یکدیگر هستند.

وعده نکاح یکی از اقسام وعده انعقاد قرارداد می باشد بنابراین در تحلیل و بررسی آن باید به قواعد عمومی حاکم بر وعده های انعقاد قرارداد توجه نمود. اما موضوع این وعده متفاوت از دیگر اقسام وعده انعقاد قرارداد می باشد. بعبارتی دیگر موضوع این وعده، خود انسان و سرنوشت او است در حالی که موضوع دیگر اقسام وعده انعقاد قرارداد عموماً مال می باشد.

۱- ۴ - اقسام وعده انعقاد قرارداد

وعده‌ی قرارداد بر دو قسم است، گاه یک طرف وعده انعقاد قراردادی را به طرف دیگری می دهد بدون این که طرف مقابل نیز وعده ای بدهد. گاه نیز وعده مزبور به طور متقابل صورت می پذیرد، به این معنا که

طرفین به طور متقابل وعده انعقاد قراردادی را به یکدیگر می دهند و توافقی شکل می گیرد.

۱-۴-۱- وعده یک جانبه انعقاد قرارداد

وعده‌ی یک جانبه انعقاد قرارداد بر دو قسم است: جایی که یکی از دو طرف مفاد عقد نهایی و شرایط آن را انشاء می کند و وقوع عقد را موقوف به اراده طرف مقابل می نماید به گونه‌ای که هر زمان وی به مفاد عقد رضایت دهد، بدون نیاز به اراده و انشاء دیگر واقع می شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ش ۳۷۸) مورد دیگر اینکه یک طرف وعده انعقاد قراردادی را برای آینده به دیگری می دهد بدون اینکه طرف مقابل وعده‌ای بدهد.

تفاوت دو قسم مذکور در این است که دو قسم اخیر، برخلاف قسم نخست وعده دهنده برای انعقاد قرارداد اصلی باید دوباره قصد کند و در صورت امتناع،

اجبار می شود. برخی از حقوقدانان برای بیان قسم نخست از اصطلاح «وعده یک طرفی قرارداد» و برای بیان قسم دوم از عنوان «تعهد به انعقاد قرارداد» در مبحث وعده بیع استفاده نموده اند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ش ۶۸)

۱-۴-۲- وعده ی دو جانبه انعقاد قرارداد

وعده دو جانبه انعقاد قرارداد نیز بر دو قسم است: در قسم نخست از وعده یک جانبه انعقاد قرارداد ملاحظه نمودیم که وعده دهنده به طور یک جانبه مفاد عقد نهایی را انشاء می کند و عقد صرفاً با رضایت و قصد طرف مقابل محقق می شود. گاه این گونه وعده ها به طور متقابل انشاء می شوند و شرایط عقد را نیز به همراه خود دارند. چنین وعده های متقابلی از نظر تحلیلی در حکم ایجاب و قبول است با این تفاوت که

در توافق مقدماتی خود ملزم به نگهداری وعده خود نیز شده اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ش ۳۷۹)

در قسم دوم طرفین به صورت دو جانبه وعده انعقاد قراردادی را برای آینده به یکدیگر می دهند به گونه ای که برای انعقاد قرارداد اصلی، طرفین باید دوباره قصد کنند و اگر هر یک از طرفین از انعقاد قرارداد اصلی امتناع نمایند اجبار می شود.

۱-۵- اخلاقی یا حقوقی بودن اصطلاح

«وعده» در ترکیب وعده انعقاد قرارداد

به یقین اسلام خواستار تنظیم روابط بین افراد بوده و برای آن ضوابط و محدودیتهایی قرار داده است. و با این ضوابط می خواهد مانع تعدی بعضی از مردم به حقوق بعضی دیگر و به حداقل رساندن مشکلات و درگیری های طرفین شود. و هدف از آن ساختن

جامعه‌ای با استقرار مالی و منظم می‌باشد. اما درباره‌ی این تشابک (به هم گره خوردگی) و تشاکل (یکسانی) نص (متن) صریحی نیامده است. یا اینکه به طور اجمالی و بدون شرح و تفصیلی بیان شده است. و از اینجاست که اجتهاد در مدارس فقه اسلامی در راستای تلاش برای وضع ضوابطی بر این مسائل عمومی یا اجمالی یا استثنائی و خاص شروع می‌شود. (علی القطان، ۱۴۳۱، ص ۲)

اجرای تعهد قراردادی با این ترکیب اضافی در حقوق کشورها تعریف نشده است. حقوقدانان پس از تعریف اجزای تشکیل دهنده‌ی این مفهوم، خود را بی‌نیاز از تعریف مستقل آن دیده‌اند. در حقوق کشورهای ایران و فرانسه و فقه اسلامی (امامیه و اهل سنت) اجزای تعهد قراردادی تعریف نشده است. حقوقدانان و فقها به

دلیل وضوح عرفی مفهوم اجرای تعهد قراردادی، خود را بی نیاز از تعریف آن دیده اند. در حقوق ایران، باید اجرای تعهد قراردادی را چنین تبیین نمود، اجرای تعهد قراردادی، انجام تعهد است ناشی از قرارداد است. و به این ترتیب انجام نقطه مقابل نقض قرارداد، عقیم شدن اجرای قرارداد از طریق عوامل غیرقابل پیش بینی و فسخ قرارداد است. و تعهد ناشی از قرارداد نقطه مقابل تعهد ناشی از جرم و شبه جرم و مسئولیت مدنی و تعهدات ناشی از قانون است. تعهد قراردادی، شامل تعهد ناشی از ایقاع، ایجاب یک طرفه و تعهدات غیرقابل اجرا نیست. ولی اعم از تعهدات ناشی از عقود معین (لازم و جائز) و قرارداد می باشد. هم چنین اعم از تعهدات مستقل و ضمن العقد، ساده و تضمین دار، تخییری و بدل است. رابطه ی اجرای تعهد قراردادی با ایفای تعهد

و پرداخت، رابطه‌ی عموم و خصوص من وجه است. زیرا از یک سو تعهد به ایفاء و پرداخت، اعم از تعهد قراردادی است و از سوی دیگر، اجراء اعمّ از اجرای اختیاری است. چون اجبار به اجراء نیز امکان دارد. ولی وفای به عهد اختیاری است نه اجباری. و پرداخت نیز متصرف به پرداخت اختیاری می باشد. از جهت سوم وفای به عهد، به انجام تعهد منطبق بر قرارداد گفته می شود. و بعید است شامل اجرای غیر مطابق با قرارداد باشد.^۱

حال این سوال پیش می آید که آیا اجرای قرارداد عمل حقوقی است؟

ترازی و توافق طرفین چه مبنای آن را در حکومت اراده‌ی فرد بنامیم و چه جامعه را منشأ اصلی آن قلمداد

^۱ - ماهیت حقوقی اجرای تعهد قراردادی، حقوق مدنی، دکتر حسین علی احمدی

کنیم، امری است که همیشه منشأ اثر حقوقی بوده است. اما پذیرش تأثیر حقوقی اراده ی یک جانبه و یا ایقاع برعکس عقد همیشه بحث برانگیز و مورد اختلاف بوده است. اینکه یک فرد بتواند تنها با اراده ی خود، حق عینی به دست آورد یا آن را ساقط نماید، برای خود حقی بر عهده ی دیگری به دست آورد یا تعهدی برای خود و به نفع دیگری ایجاد کند غالباً با تردید و شک روبرو بوده است.

نکته ی مهم و قابل توجه دیگر اینکه فارغ از بحث های نظری، جامعه نیازهای جدیدی را احساس می کند که تاکنون مبتلا به نبوده است. آنچه منطقی به نظر می رسد این است که نه می توان در مقابل این نیازها ایستاد و بر نهادهای قدیم پافشاری کرد و نه نوگرایی افراطی فایده ای دارد بلکه باعث سست شدن بنیانهای اساسی

حقوق خواهد شد. لذا باید در صدد بررسی این مسأله بود و دید که آیا می توان به روشی علمی، راه حلی متعادل اتخاذ کرد؟

تعهد نیاز به دو اراده دارد و یک رابطه‌ی دو طرفه است و قانون تنها منبع ایجاد تعهد را عقد می‌داند. مبنای اصلی ایجاد تعهد اراده‌ی خود فرد می‌باشد. به این معنا که قصد افراد و اراده‌ی انشایی آنها در یک قرارداد، بر این اساس قرار گرفته است که بعد از اینکه هر کدام از دو طرف تعهد خود را اعلام کردند، یعنی ایجاب و قبول صورت گرفت عقد به وجود می‌آید ولی قانون هیچ گونه منعی در اینکه سوای عقود نتوان به وسیله‌ی اراده‌ی یک طرفه ایجاد تعهد کرد وجود ندارد. در عقود و دیگر ایقاعات قانون قصد ایجاد عمل حقوقی موردنظر را و یا قصد انشای آن را به رسمیت

شناخته است و از طرف دیگر اعلان آن را به گونه‌ای که با آن قصد مقارن باشد، اعتبار کرده است. بدین ترتیب قانون گذار برای یک تعهد ارادی حقوقی دو شرط گذاشته است. اول اینکه در تمام تعهدات ارادی به عنوان یک اصل، فرد باید قصد انشاء را داشته باشد. به اعتبار دیگر فرد ایجاد انشای التزام را به صورت جدی برای خود بکند و قانون این امر را بر مبنای اصل حاکمیت اراده که مورد پذیرش اوست قبول کرده است. قبول و ایجاد تعهد گاه به صورت صریح است و گاهی به گونه ای است که عرف آن را در حکم صریح می‌بیند و یا قصد ایجاد التزام به صورت ضمنی دریافت می‌شود. دوم اینکه، برای وارد شدن به صحنه‌ی حقوق و به عبارت بهتر وجه تمایز تعهد حقوقی از تعهد اخلاقی اعلان آن است که در این صورت با حقوق

دیگران برخورد پیدا می کند و عنوان حقوقی خود را به خود می گیرد. ولی این تعهد حقوقی براساس و مطابق انشاء و قصد انشائی ایجاد کننده ی آن است.

بنابراین همانطور که پیداست عمل حقوقی نقطه مقابل واقعه ی حقوقی است. منظور از عمل حقوقی، مفهوم حقوقی است که برای تحقق آن نیاز به اراده ی یک شخص یا بیشتر باشد.

برخی حقوقدانان ایرانی و فرانسوی اجرای تعهد قراردادی و ادای دین را عمل حقوقی دانسته اند. تسلیم مورد تعهد در صورتی که کلی فی الذمه باشد، از نظر تحلیل عقلی معامله ی جدیدی می باشد و مانند انتقال عین خارجی است. زیرا کلی که مورد تعهد قرار گرفته دارای افراد عدیده ای در خارج می باشد که متعهد ملزم به تسلیم یکی از آنهاست ... عمل مزبور که به صورت

یک عمل قضائی می باشد، به نظر می‌رسد که در حقیقت معامله‌ی جدیدی است. زیرا تسلیم در این مورد، تملیک فرد معینی به متعهد له می‌باشد که کلی آن مورد تعهد بوده است و تملیک ناچار بدون قصد انشاء ممکن نخواهد بود.»

در حقوق برخی کشورهای عربی آثاری برای اجرای تعهد از طریق حلول و جایگزینی مال دیگری به جای سود تعهد شمرده اند. که با توجه به اینکه یکی از مباحث بحث اجرای قرارداد، اجرای آن از طریق دادن بدل مورد تعهدی باشد، شاید بتوان موید اینکه ماهیت اجرای قرارداد را بیع یا معاوضه دانسته اند، لحاظ نمود. به عنوان مثال ماده‌ی ۳۵۱ قانون مدنی مصر و ماده‌ی ۳۱۸ قانون الموجبات والعقود لبنان، اجرای قرارداد از طریق اجرای بدل (مقابل) را از یک جهت دارای احکام

عقد بیع و از جهت دیگری دارای احکام وفای به عهد دانسته اند.^۱

از طرفی اراده‌ی باطنی فرد یا قصد انشائی او که سازنده‌ی تعهد است باید به گونه‌ای ابراز شود. ایجاب بر این اساس اعلام اراده‌ی کسی است که پیشنهاد انجام معامله به دیگر می‌کند و وی را به ایجاد تعهد فرا می‌خواند که اگر این پیشنهاد مورد قبول قرار گیرد عقد منعقد می‌شود. ایجاب ممکن است به شخص معین یا به تعدادی محدود یا به عموم باشد. و آثار آن به تبع ساده بودن و ایجاب همراه با التزام متفاوت است. (طاهری، بی تا، ص ۱۸)

در فقه، ایجاب ساده هیچ گونه مسئولیتی در قرارداد ایجاد نمی‌کند. چرا که در فقه بیشتر بر مفهوم

^۱ - ماهیت حقوقی اجرای تعهد قراردادی، حقوق مدنی، دکتر حسین علی احمدی

"تراضی" تکیه می‌شود. و حال آنکه قبل از انضمام قبول به ایجاب تراضی به وجود نمی‌آید و بنابراین، هرگاه یکی از این دو اراده قبل از ایجاد تراضی و توافق به نحوی از بین برود، هیچ گونه تعهدی به وجود نمی‌آید. (شیخ انصاری، ص ۲۸۰)

اما اگر ایجاب با یک شرط التزام باشد به طور صریح یا ضمنی، این التزام آیا الزام آور است یا خیر و اگر الزام آور است به چه مبنایی قابل توجیه است؟ برای پاسخ گوئی به این سوال نظریات متفاوتی ارائه شده است که در ذیل به آنها می‌پردازیم.

۱-۵-۱ نظریه جرم مدنی (تقصیر)

مبنای این نظریه، قاعده ی لاضرر است. گروهی معتقدند که عدول از ایجاب تقصیر است و زیانهای ناشی از آن باید جبران شود. طرف قبول نمی‌تواند ادعا

کند که، با وجود عدول از ایجاب پیش از قبول، قرارداد واقع می‌شود، ولی حق دارد زیانهای ناشی از این اقدام را از دادگاه بخواهد. زیرا در معاملات ایجاب می‌کند که هیچ یک از دو طرف قرارداد نتواند اعتماد مشروعی را که در دیگری به وجود آورده است، ندیده بگیرد. از سوی دیگر چون عادلانه ترین راه جبران خسارت این است که گوینده‌ی قبول به نتیجه‌ی مورد انتظار خود برسد، دادگاه نمی‌تواند، در مقام ضرر عقد را واقع شده اعلام کند. پس آنچه گوینده‌ی ایجاب را ملزم به رعایت مفاد آن می‌کند، خطای مربوط به عدول از ایجاب است نه خود ایجاب. و این تحلیل با این ایراد روبه رو است که اگر ایجاب هیچ التزامی برای گوینده‌ی آن به وجود نمی‌آورد، چگونه می‌توان او را از باب اجرای اختیار خویش مقصر دانست. و مسئول

قرارداد؟ برعکس هرگاه ایجاب الزام آور باشد نباید بر رجوع آن اثری بار شود. در جواب این انتقاد، بعضی گفته اند که پیشنهاد امری که در مورد آن مطالعه‌ی کافی نشده است، خود نوعی تقصیر است. یعنی مبنای مسئولیت اعلام ایجاب است و نه عدول از آن. بعضی دیگر گفته اند، اگر عدول از ایجاب همراه با انگیزه‌ی نامشروع باشد، سوء استفاده از حق محسوب شده و سبب ضمان است. بعضی دیگر امکان گرفتن خسارت را ناشی از داوری عرف دانسته‌اند و نه تقصیر. (طاهری، بی تا، ص ۱۸)

در قراردادهای ضمنی در موردی که ایجاب تا تعهد به حفظ آن همراه است به دو انشای گوناگون تحلیل می‌شود، ایجاب مربوط به مضمون عقد، که پیش از اعلام قبول مخاطب اثری در این زمینه ندارد؛ و

پیشنهاد مربوط به حفظ نخستین ایجاب تا زمان معین.
(سنه‌وری، ۱۳۵۳، ص ۱۸۷)

پیشنهاد دیگری هست که به موجب آن گوینده باید پای بند و ملزم بماند، هیچ تعهدی برای مخاطب به وجود نمی‌آورد و تنها به سود اوست. پس همین که به طرف قبول عرضه شود، و او در برابر هیچ پاسخی ندهد، ظاهر این است که می‌خواهد از آن مدت برای اندیشیدن و تهیه‌ی مقدمات استفاده کند. سکوت او در این اوضاع و احوال نشانه‌ی قبول پیشنهاد مقدماتی و مفید است. به این ترتیب پیش از وقوع عقد اصلی قرارداد ضمنی دیگری بسته می‌شود که گوینده‌ی ایجاب را ملتزم به نگهداری آن می‌کند. این قرارداد ضمنی را در اصطلاح "پیش قرارداد" می‌نامند.
(طاهری، بی‌تا، ص ۱۸)

بنابراین، تعهد رابطه ای حقوقی بین دو نفر است که یکی را طلبکار و دیگری را مدیون می سازد. اصلی ترین منبع ایجاد تعهد، عقد و ایجاد تراضی می باشد که علاوه بر ایجاد تعهد، موجب انتقال مال، اسقاط تعهد، تبدیل تعهد و... می شود. در کنار عقد، ایقاعات نیز از منابع ایجاد تعهد می باشد.

عقود معین را نمی توان به صورت یک طرف ایجاد کرد و به عبارت دیگر ایجاب به تنهایی نمی تواند ایجاد تملک مال یا اجازه یا... بکند. ایجاب به شرط تعقب قبول است که می تواند ایجاد اثر قانونی مورد نظر را بکند. (طاهری، بی تا، ص ۲۸)

از جمله نظر فقهاء در مورد الزام آور بودن وعده چنین است :

۱- غالباً وعده از جانب یک نفر برای مصلحت طرف دیگر است. و آن چیزی است که تعریف فقها برای وعده دلالت می کند. که وعده اخبار شخص از انجام کاری در آینده است. یعنی وعده اخباری است که شخص انجام کار مشخصی را در آینده برای کس دیگری بر خود واجب می کند و این امر موکول به آینده است و در زمان حال التزامی برای آن نیست.

و از آنجا که وعده مانع حصول از جانب طرفین نمی شود، هر کدام از طرفین به دیگری وعده می دهد و به این دلیل است که به قصد تأیید عقد دیگری در آینده لفظ عقد را به معنی عام به کار می برند. و آن چیزی است که قانونگذاران آن را وعده ی عقد می نامند.

۲- همانا وقتی میان فقها در فقه اسلامی در این اختلاف نظر باشد که وفاء به وعده مستحب است پس

یقیناً این از آثار صبغه ی دینی برای معاملات میان مردم در فقه اسلامی است.

۳- یقیناً ناظر در سخنان فقیهان مذاهب فقهی در مورد وعده می فهمد که آن بیشترین سهم و شمول را در قانون وضعی دارد. پس وعده براساس عقد یا عمل ایجاد می شود. و دومی یعنی عمل عهد و پیمان است که به این سخن نزدیک می شود. «لله علی صوم و صلاه و صدقه» خداوند روزه و نماز و صدقه را واجب کرده است. پس این شخص را اجماعاً ملزم به وفاء می کند.

این قسم از وعده را قوانین وضعی نمی شناسند و پیمانی مباح می باشد و بسته به شرط میل و رغبت است: گاه وعده منوط به سببی است یا وعده ی مجرد است. وعده ی منوط به سبب به طور اجماع لازم است همانطور که ابن عربی در احکام القرآن بیان می کند. اما

درباره ی وعده ی مجرد، در مورد لزوم و عدم لزوم آن نزد فقهاء اختلاف نظر است. (محمود البعلی، بی تا، ص ۳۵)

۴- همانا گستردگی دائره ی وعده در فقه اسلامی لزوم وفاء به آن را قوی تر کرده است تا جائیکه تصور می شود آنچه او را ملزم به تصرفات قولی (عقود) یا عملی (التزام به عمل) می کند، در اجبار به التزام شخصی وارد می شود. (همان، ص ۳۶) ماده ی ۹۳۳ قانون مدنی مصر حکم محل اراده ی طرفین یا یک از آن دو را بیان می کند. (قانون مدنی مصر، ماده ۱۳۳)

شیخ الاسلام ابن تیمه می گوید: «اعتبار در عقود با معانب و مقاصد است نه به مجرد لفظ و این اصل نزد همه ی فقهاء خصوصاً شافعی ستوده است.» (محمود البعلی، بی تا، ص ۵۴)

به موجب ماده‌ی ۹۰ و ۱۴۴ قانون مدنی مصر، تعهد رابطه‌ی ای است حقوقی (قانونی) که هدف آن، حصول منفعت برای یک شخص، به واسطه‌ی التزام متعهد به انجام یا خودداری از عمل معین است.

۱-۵-۲- حقوق ایران

تحلیل و بررسی اخلاقی یا حقوقی بودن وعده انعقاد قرارداد در حقوق ایران در سه قسمت ارائه می‌گردد. نخست موضع قانونگذار مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس دیدگاه فقیهان امامیه و حقوقدانان تحلیل می‌شود.

۱-۵-۲-۱- دیدگاه قانونگذار

قانونگذار مدنی ایران در مورد موضوع مطرح شده در شماره قبل حکمی را مقرر ننموده و فقط در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی به اصطلاح «وعده نکاح» اشاره کرده

است، بدون اینکه مقصود خود را از استعمال این واژه به صراحت بیان نماید که آیا مراد از آن، وعده اخلاقی و عرفی می‌باشد یا تعهد حقوقی.

۱-۵-۲-۲- دیدگاه فقهای امامیه

در کتاب‌های فقه امامیه به صراحت بحثی در مورد اخلاقی یا حقوقی بودن وعده انعقاد قرار دارد صورت نگرفته است اما موضوع مشابهی در آنها مورد بررسی قرار گرفته است که تحت عنوان «شروط ابتدایی» شناخته می‌شود که در ادامه، مفهوم و رابطه این شروط با وعده انعقاد قرارداد بررسی می‌شود.

۱-۵-۲-۲-۱- مفهوم شروط ابتدایی و رابطه

آن با وعده انعقاد قرارداد

شروط در یک تقسیم بندی، بر سه دسته هستند: یک دسته شروطی است که در ضمن عقد گنجانده

شده است و مستمر هستند تا جائیکه دو طرف عقد در معاملات به آنها عادت کرده‌اند به این شروط «ضمن العقد» یا «شروط مالوف» مشهور هستند (هادی، ۲۰۰۸، ص ۴). دسته دوم شروطی است که در ضمن عقد گنجانده نشده بلکه عقد بر مبنای آنها منعقد شده است که به شروط «شروط ضمنی» یا «تبانی» یا «بنایی» معروف هستند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۵۴) و دسته سوم شروطی است که نه در خود عقد ذکر شده و نه عقد بر مبنای آن منعقد شده است بلکه مجرد تعهد و التزام یک طرف در مقابل دیگری است (قنواتی و دیگران، ۱۳۷۹، ص ۹۵). مولیفن حقوقی با توجه به اینکه شروط ضمن عقد یکی از توابع عقد است و نفوذ خود را از آن می‌گیرد، اصل صحت قراردادها را شامل شروط ضمنی آن نیز می‌دانند و این امر یکی از مبانی اصلی آزادی قرار دادها

و احترام به عهد و پیمان می‌دانند و در فقه اهل سنت نیز اصل صحت در شروط جاری می‌شود. (اقمشهری، ۱۳۹۰)

همان گونه که ملاحظه می‌گردد شروط ابتدایی، تعهدی است خارج از عقد و هیچ ارتباطی با آن ندارد و از این حیث به وعده انعقاد قرارداد شباهت می‌یابد. زیرا وعده انعقاد قرارداد نیز با هیچ عقدی ارتباط ندارد و تعهدی است مستقل که یکی از طرفین در مقابل دیگری یا هر دو در مقابل همدیگر به عهده می‌گیرند.

۱-۵-۲-۲-۲-۱ اخلاقی یا حقوقی بودن

شرایط ابتدایی

در فقه امامیه در خصوص شروط ابتدایی بحث مهمی وجود دارد و آن این است که آیا اصولاً شروط ابتدایی تعهدی را بر ذمه مشروط علیه قرار می‌دهد یا

خیر. بررسی این موضوع، با عنایت به شباهت وعده انعقاد قرارداد با مبحث شروط ابتدایی می‌تواند بیانگر نظر فقهای امامیه در مورد اخلاقی یا حقوقی بودن وعده انعقاد قرارداد باشد.

برخی از فقها معتقدند که مستفاد از واژه شرط این است که در آن نوعی ربط و ارتباط باید وجود داشته باشد، به تعبیر دیگر باید به نوعی با یک عقد ارتباط داشته باشد همچنانکه در نزد اهل لغت، شرط به الزام و التزام ضمن عقد بیع و غیره تعریف می‌شود بنابراین شرط ابتدایی صرف وعده بوده و تعهدی برای مشروط علیه ایجاد نمی‌نماید. (خویی، ۱۴۰۷، ص ۱۳۵)

برعکس برخی دیگر از فقها معتقدند که شرط به معنای مطلق الزام و التزام بوده و واژه شرط بر شروط ابتدایی و تعهدات مستقل نیز صدق می‌کند و مدلول

روایات وارده مانند حدیث «المومنون عند شروطهم» شامل شروط ابتدایی و تعهدات مستقل نیز می شود. از جمله این فقها، امام خمینی (ره) می باشند. به عقیده ایشان بر فرض هم اگر عنوان شرط بر شروط ابتدایی صدق نکند با الغای خصوصیت از شروط ضمنی می توانیم قائل به وجوب عمل بدان شویم. زیرا عرف از حدیث فوق استنباط می نماید که ملاک وجوب، نفس قرار است و مومنان باید به قرارهای خود ملتزم باشند. (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ص ۲۰۲)

استدلال دیگر این دسته آن است که فقیه بزرگی همچون شیخ طوسی در کتاب النهایه عمل به شروط بعد از نکاح را لازم دانسته است. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ق، ص ۱۱۷) از سوی دیگر «شرط» و «وعده» از نظر ماهوی با یکدیگر متفاوت می باشد. در حقیقت وعده

خبر دادن از امری در آینده و شرط به عهده گرفتن چیزی است، وعده در زمره اخبار و شرط از مقوله انشاء است. بنابراین نمی توان آن را صرف وعده دانست. (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۹۰)

آنچه که به نظر می رسد این است که اگر شرط را به معنای صرف وعده تلقی نمائیم تخصصاً از موضوع بحث ما خارج است زیرا بدیهی است که صرف وعده ایجاد تعهد نمی کند. مشهور فقهای امامیه نیز صرف وعده را تعهد آور نمی دانند. (محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۳۱۴)

۱-۵-۲-۳- دیدگاه حقوقدانان

در حقوق ایران، بین حقوقدانان در مورد اخلاقی یا حقوقی بودن وعده انعقاد قرارداد اختلاف نظر وجود دارد. اکثر حقوقدانان ایران مراد از «وعده» در ترکیب

و عده انعقاد قرارداد را قول اخلاقی و عرفی می‌دانند. (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۱۴۴؛ امامی، ۱۳۸۷، ص ۳۲۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۷) در مقابل برخی از حقوقدانان، مقصود از عبارت فوق را تعهد حقوقی دانسته اند بر این اعتقاد هستند که نامزدی را نمی‌توان صرفاً یک تهد اخلاقی دانست زیرا تعهدات اخلاقی در کتب اخلاق است نه در قانون 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 کرد و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید. چون نکاح قراردادی مهم است و آثاری خطیر به بار می‌آورد قانونگذار به مرد و زن امکان داده است که تا آخرین لحظه قبل از وقوع عقد از تصمیم خود باز گردند و وعده ازدواج را برهم بزنند.

(کاتوزیان، ۱۳۸۸، ش ۳۸۰؛ دکتر حسین صفایی و دکتر اسدالله امامی، ۱۳۸۹، ص ۳۵) با عنایت به معنای لغوی و حقوقی اصطلاح «وعده» به نظر می‌رسد که مراد از استعمال آن، تعهد حقوقی باشد نه وعده اخلاقی صرف زیرا بدیهی است امور اخلاقی در حیطه مباحث حقوقی قرار نمی‌گیرد. هر چند که بایستی از طرفی به این نکته اشاره کرد که خانواده به لحاظ اینکه نهادی است که قابل قیاس با دیگر نهادهای حقوقی نمی‌باشد. علت این که اکثر حقوقدانان ایران وعده را مبین قول اخلاقی دانسته‌اند نیز شاید این باشد که مفهوم عرفی آن را مدنظر داشته‌اند در حالی که بدیهی است وعده عرفی در حیطه مباحث حقوقی قرار نمی‌گیرد گرچه از لحاظ اخلاقی، خلف وعده می‌تواند مذموم و ناپسند شمرده شود.

۱-۵-۳- حقوق انگلیس

در حقوق انگلستان از نامزدی به عنوان تعهد یا قولی یاد شده که توسط مرد برای ازدواج به زن داده می‌شود. سابقاً عدم انجام این تعهد ضمانت اجرای حقوقی داشت لیکن هم اکنون این ضمانت اجرا، کمرنگ شده است. ولی با عنایت به اینکه در حقوق انگلیس با توجه به اینکه معنای لغوی واژه «**Promise**» که معمولاً برای بیان اصطلاح «ایجاب باز» به عنوان یکی از مصادیق استفاده می‌کنند. در وعده‌های یک جانبه به کار می‌رود و می‌توان به صراحت بیان کرد که مراد قانون گذار نیز تعهد حقوقی می‌باشد نه وعده اخلاقی.

۱-۵-۴- حقوق مصر

در حقوق مصر در باب اخلاقی یا حقوقی بودن وعده ی انعقاد قرارداد اختلاف نظر وجود دارد. این بحث به طور خاص در مورد وعده ی نکاح عنوان گردیده است. برخی از حقوقدانان مصری، عبارت وعده را در ترکیب فوق به معنای قول اخلاقی و عرفی گرفته اند. (ابوزهره، بی تا، ص ۷۰) در مقابل همانطور که گفته شد برخی دیگر آن را در معنای تعهد حقوقی استعمال نموده اند. (سنهوری، بی تا، ص ۸۲۷)

به نظر می رسد با توجه به معنای لغوی و اصطلاحی وعده در زبان عربی، بتوان در حقوق این کشور نیز وعده را در معنای تعهد به کار برد. این برداشت از آنجا تقویت می شود که در حقوق اکثر کشورهای عربی نیز وعده در معنای تعهد استعمال می شود. (فرج الصده، ۱۹۷۴، ص ۱۶۳)