

بازخوانی مبانی مشروعيت قراردادهای نامعین با رویکردی تطبیقی در حقوق اسلامی

محمد رسول آهنگران*

مهدی سعیدی**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۲/۲۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۲۲

چکیده

یکی از اصول حاکم بر قراردادهای خصوصی میان اشخاص، اصل حاکمیت اراده یا اصل آزادی قراردادها است که یکی از مباحث مهم حقوق قراردادها به شمار می‌رود. طبق این اصل، متعاقدين در انتخاب طرف قرارداد خود و همچنین شکل، قالب، میزان و شرایط قرارداد خود آزادند، مگر اینکه قانون، اخلاق حسن و نظم عمومی، آن را محدود کرده باشد. اگرچه شکل و قالب برخی از عقود و قراردادها در قانون مدنی معین شده است، ولی طبق اصل آزادی قراردادی طرفین قرارداد می‌توانند، شکل و قالبی غیر از عقود معین انتخاب کنند. در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران اصلی‌ترین حامی آزادی قراردادی، ماده ۱۰ این قانون است و در حقوق اسلام فقهاء مستندات و دلایل متعددی را از لایحه‌ای نصوص و روایات استخراج کرده و به عنوان مبانی آزادی قراردادی معرفی کرده‌اند.

کلیدواژه‌ها: آزادی قراردادی، تراضی، حاکمیت اراده، قراردادهای نامعین، مبانی.

مقدمه

عقود و قراردادها نقش کلیدی و محوری در پیشبرد اهداف زندگی اجتماعی بشر ایفا می‌کنند و با پیشرفت جوامع، همه‌روزه جلوه‌های تازه‌ای از معاملات پدید می‌آید که درگذشته معمول نبوده است؛ مشروعیت این‌گونه معاملات باید بر مبانی عقلایی استوار باشد تا به خوبی بتوانند از پس کارکرد تعريفشده خود برآیند. در این میان مکاتب حقوقی پیشرو، با التفات به این قراردادهای جدید و با گنجاندن این نوع قراردادها در قالب اصول کلی و تأسیسات حقوقی، دوراندیشی لازم را در این زمینه انجام داده و مشکلات احتمالی پیش رو را مرتفع نموده‌اند. با اینکه بسیاری از مکاتب حقوقی، نظریه آزادی قراردادی را تا مدت‌ها نشناخته بودند، شریعت اسلامی از مدت‌ها قبل، بر مبانی تعالیم قرآن و سنت به این نظریه اشاره کرده و با قراردادن عنصر رضا، به عنوان یکی از ارکان معاملات، آزادی اشخاص در قراردادهای خود را تأیید کرده است^۱، بدون اینکه به شکل و تشریفات خاصی نیاز داشته باشد؛ مگر در مورد قراردادهای خاصی مانند عقد نکاح که تشریفات خاصی در آن منظور شده است. احادیث نبوی هم که در مورد حاکمیت اراده وارد شده است، راجع به شرط مقارن با عقد است به‌گونه‌ای که حاکمیت اراده را با نظریه شروط، غیرقابل انفکاک قرار می‌دهد (زرقا، ۱۹۶۸: ۱/۴۶۲).

آزادی قراردادی در مکتب حقوقی اسلام بر محور ارزش‌های والا و متعالی می‌چرخد و بیشتر بر مدارهای مالی و اقتصادی دور می‌زند و آزادی عقود در حوزه اشخاص به معنای نامشروع آن وجود ندارد. اصولاً حقوق اسلام، یک مکتب حقوقی اخلاقی است تا جایی که در هر مبحث از ابواب فقه که مورد بحث واقع می‌شود، فقها ابتدا احکام مستحبات و مکروهات آن که در بسیاری موارد جنبه اخلاقی دارد را بیان می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۲۱) و با این کار به مشروعیت جهت معامله نظر داشته‌اند.

در حقوق اسلام، اراده افراد در قلمروی عقود و ایقاعات نقش مهم و تعیین‌کننده‌ای دارد و اراده انسایی طرفین که نسبت به بایع ایجابی و نسبت به مشتری به صورت قبول می‌یابد، علت اصلی تحقق عقد است و آثار حقوقی ناشی از عقد نیز اصولاً مبتنی بر اراده طرفین و خواست آن‌ها است (زحلی، ۱۴۰۷: ۱۹؛ جروشی، ۱۴۰۳: ۲۰۰).

در این نوشتار قصد داریم تا بر اساس نظر دانشمندان حقوق اسلامی، به معرفی برخی از مبانی آزادی قراردادی پرداخته و با تبیین این عقیده، اصالت آن را در فقه اسلامی اثبات نماییم. برای تبیین موضوع لازم است ابتدا به مفاهیمی اشاره کنیم که در تبیین موضوع نقش اساسی دارند.

اراده^۲: اراده در لغت به معنای خواستن و قصد کردن آمده

است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۷۱/۱) و در اعمال حقوقی نقش اساسی ایفا می‌کند و اصدار هر عملی از جانب انسان خواه مادی یا حقوقی با اراده او صورت می‌پذیرد و در ورای هر فعل ارادی، قصدى نهفته است (خورسندیان و ذاکری نیا، ۱۳۸۸: ۷۴).

اگرچه اراده در علوم مختلف از قبیل روانشناسی یا علم النفس، اصول فقه، کلام، فلسفه، فقه و حقوق موردنرسی قرار می‌گیرد، ولی در حقوق عبارت از ملکه خواست شخص و شرط صحبت عمل قانونی است؛ بنابراین عملی که به خواست انجام دهنده‌اش واقع نشده باشد، درست نیست و هیچ اثر قانونی بر آن مترتب نیست. همچنین می‌توان اراده را به معنای رابطه میان تضمیم وجاذبی و عمل حقوقی دانست. در علم حقوق، اراده را با نقش آن در پیدایش عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع می‌سنجند (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۱/۱۵۴؛ سوار، ۱۹۹۸: ۱۹۹۸). اراده با مظاهر خود یعنی اراده باطنی و ظاهری از مبانی اعتبار قرارداد شمرده می‌شود و قانون منشأ حاکمیت و تحديد اراده است و منظور از اراده در اصل حاکمیت اراده، اراده انشایی می‌باشد (خورسندیان و ذاکری نیا، ۱۳۸۸: ۷۵). اراده در حقوق اسلامی بیشتر با مفاهیم اختیار، رضا^۳ و قصد انشا مرتبط است. تعبیر از اراده به اشکال مختلفی از قبیل لفظ، فعل یا تعاطی، اشاره^۴، کتابت یا نوشته و در برخی موارد سکوت ملابس^۵ و احياناً سایر موارد صورت می‌پذیرد.^۶

عقد^۷: با توجه به اهمیت و جایگاه تعریف عقد و قرارداد در تحلیل‌های حقوقی، بحث‌ها و بررسی‌های مختلفی راجع به مفهوم و تعریف آن در میان واژه‌بیژوهان، فقها و حقوق‌دانان صورت گرفته و رسیدن به تعریفی جامع افراد و مانع اغیار در این باره مشکل می‌نماید.^۸ مفهوم عقد در نزد اهالی لغت بر محور ربط و التزام^۹ تقویت و بستن چیزی به چیز دیگر می‌چرخد و در مقابل حل به معنای گشودن به کار می‌رود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۵۷/۱).

عقد در لسان‌العرب این‌گونه معنا شده است: جمع کردن اطراف دو چیز به‌گونه‌ای که انصاف و جدایی میان آن دو سخت باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳/۲۹۶). به نظر اکثر فقهاء

4. Consent.

۵. تعبیر از اراده به وسیله اشاره دلالت می‌کند بر صدور تراضی از جانب شخص لال از طریق اشاره مفهومه یا شخصی که گویا است ولی ایجاب و قبول را به کار نمی‌برد (ضمون ماده ۱۹۲ ق.م. در فقه امامیه در حالتی که شخص قادر به سخن گفتن باشد اشاره مورد قبول نیست اگرچه می‌تواند مفید معلومات باشد. در حقوق اسلامی قاعدای ایجاد و وضع گردیده که شیوه تعبیر از اراده توسط شخص لال را بیان می‌کند «شارات المعهودة للأخرين كالبيان باللسان» (مادة ۷۰ المجلة الاحكام العدلية). برای مطالعة بیشتر رجوع شود به ابراهیم بک، العقود والشروط والخيارات، صص ۶۶۱ و ۶۶۲ در حقوق کشورهای آلمان، فرانسه، انگلیس و آمریکا اشاره متداول عرفی همانند الفاظ و فعل می‌تواند وسیله‌ای برای اعلام اراده و تراضی باشد.

6. Acceptance by silence - (French: silence circonstancié).

۷. ماده ۳۴ ق.م. کویت، ماده ۶۰ ق.م. الجزایر و مواد ۹۰ تا ۹۸ ق.م. مصر، خاصه ماده ۹۰ به راههای تعبیر از اراده و گستره نفوذ هر یک و نحوه دلالت آن‌ها در انشای عقد اشاره کرده‌اند. رجوع کنید: (کامل، ۱۹۹۴: ۸۳ - ۷۲).

8. Contract.

۹. ر.ک: (دادمرزی، ۱۳۷۹: ۶۵).

10. Obligation.

۱. (إِلَّا أَن تُكُون تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مَنْكُمْ) آیه ۲۹ سوره نساء و (فَإِن طِينَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَهُنَّ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَبَّنَا مَرِينا) آیه ۴ سوره نساء.

۲. (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أُوفُوا بِالْعَهْدِ...) سوره مائدہ آیه ۱، امروزه در حقوق وضعی جدید در کشورهای اسلامی این آیه از مهمنترین مستندات آزادی قراردادی شناخته شود.

3. Will - Volonte.

بحث که راجع به تفاوت یا عدم تفاوت عقد و قرارداد در حقوق ما وجود دارد، در حقوق کشورهای عربی در قالب عقد و اتفاق بیان می‌شود و برخی قرارداد را اعم از عقد می‌دانند، اگرچه این تفاوت به لحاظ ثمرة عملی، اهمیت چندانی ندارد، با وجود این، اکثر فقهاء و حقوقدانان عقد و قرارداد را مترادف یکدیگر به کار می‌برند^{۱۶}، با این تفاوت که در بسیاری از موارد، کلمه عقد فقط در عقود معین استعمال می‌شود، ولی قرارداد به کلیه عقود معین و نامعین که بر طبق ماده ۱۰ ق.م. منعقد می‌گردد گفته می‌شود (امامی، ۱۳۵۲: ۲۰۳/۱؛ شلبی، ۱۴۰۵: ۴۱۶).

قرارداد معین^{۱۷} یا با نام

قانونگذار این قراردادها را به خاطر شیوع آن میان مردم معین نامیده و نظمبخشی به آن را عهدهدار شده است. عقود معین خارج از نصوص قانونی تابع قواعد عمومی است که بر سایر عقود حاکم است (امامی، ۱۳۵۲: ۴۹/۴). در قانون مدنی فصلی مستقل به عقود معین اختصاص داده شده است. بیع، اجاره، معاوضه، مزارعه، نکاح و مانند آن نمونه‌هایی از قراردادهای معین هستند (شلبی، ۱۴۰۵: ۵۶۱).

قرارداد نامعین یا بی‌نام^{۱۸}

قراردادهایی که قانون آن‌ها را معین نکرده و عهدهدار تنظیم آن‌ها نشده، ایجاد و آثار این عقود تابع قواعد عمومی است که برای عقود دیگر مقرر شده است، بلکه از این جهت فرقی میان عقود معین و نامعین وجود ندارد، ولی از آنجاکه کمتر شیوع دارند قانونگذار به ذکر تفصیلی احکام آن‌ها نپرداخته است (سننوری، ۱۳۸۲: ۶۹/۱)، چراکه قانونگذار قادر نیست به هر عقدی که متعاقدين بر حسب تراضی و بر مبنای آزادی قراردادی میان خود منعقد کنند احاطه علمی پیدا کند. در حقوق اسلام از واژه‌هایی چون عقود مبتكره، عقود مستحدثه^{۱۹}، عقود مستقل عرفی، عقود غیر معهود در زمان شارع و عقود مختاره برای معرفی قراردادهای نامعین استفاده می‌شود (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۲۵). عقود نامعین در اثر گسترش جوامع و احتیاجات جدید آن‌ها به وجود آمدند و تعداد آن‌ها در قیاس با عقود معین بسیار فراوان است و قوام زندگی اجتماعی به وجود آن‌ها وابسته است و همواره نیز در حال افزایش هستند (شلبی، ۱۴۰۵: ۵۶۳).

نمونه‌هایی از قراردادهای نامعین

۱- اینکه شخصی با دیگری توافق کند که اگر موفق به مطالبه میراث وی گردد قسمتی از میراث مأخوذه را به وی دهد با شخصی با دیگری توافق کند که اگر ملک متعلق به وی را به قیمت معینی بفروشد مازاد قیمت تعیین شده را برای خود بردارد.

۲- عقد قرارداد که در امور مالی معامله نامیده می‌شود عمل حقوقی است که برای ایجاد آن نیاز به دو اراده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲۶۵). در ماده ۹۴۰ ق.م. و ماده ۱۳۱ آ.د.م. نیز عقد و قرارداد به یک معنی استعمال گردیده‌اند.

17. Contracts nomes.

18. Indefinite contracts - Contracts innomes.

۱۹. ر.ک: هاشم معروف الحسنی، نظریة العقد في فقه العجمي، ۱۴۲-۱۳۳. فصلی با عنوان «العقود المستحدثة».

مجموع ایجاب و قبول^{۲۰} و ارتباط آن دو بهنحوی که انشاء آن دارای اثر خارجی باشد عقد نام دارد؛ مانند تملیک عین به عوض در بیع و تملیک منفعت در مقابل عوض معلوم در اجاره^{۲۱} (معنىه، ۱۴۰۵: ۱۱/۳؛ شلبی، ۱۴۰۵: ۱۱۵؛ ابراهیم بک، ۱۹۳۴: ۶۴۴). علامه طبرسی (ره) در تفسیر شریف مجمع‌البیان ضمن بررسی اقوال مختلف، راجع به معنای عقود فرموده است:^{۲۲} «العقود جمع عقد به معنی معقود و هو أوكل العهود والفرق بين العقد والمهد أن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلا بين متعاقدين والمهد قد ينفرد به الواحد فكل عهد عقد ولا يكون كل عقد عهداً وأصله عقد الشيء به غيره وهو وصله به كما يعقد الجبل» (طبرسی، ۱۳۷۲: ۲۳۳/۳).

وجه تناسب معانی لغوی و اصطلاحی عقد آن است که در اثر انعقاد عقد بین دو نفر رابطه حقوقی ایجاد می‌گردد و آن‌ها را به هم مرتبط می‌سازد (امامی، ۱۳۵۲: ۲۰۲/۱). همواره قبل از تعریف اصطلاحی عقد باید ملاحظه نمود که عناوین عقود و معاملات از قبیل عقد بیع و تجارت که در موضوع ادله شرعی اخذ شده‌اند، عناوینی عرفی هستند و باید در تبیین معنی و مراد آن‌ها به عرف مراجعه شود. در مورد معاملات و عقود، شریعت مقدس اسلام نقش نظارتی دارد و شارع آن‌ها را برای معانی مختاره با وضع تعیینی وضع نکرده، زیرا عقود و موارد آن‌ها بر حسب ضرورت و مصالح متعدد زندگی جمعی انسان‌ها پدید آمده‌اند و شارع آن‌ها را امضاء، اصلاح و یاری کرده است؛ یعنی پیمان‌هایی عرفی که با اهداف و مبانی و اصول شریعت مبنای مشروعیت^{۲۳} آن‌ها گردیده و اگر کیفیت و شرطی از آن‌ها مورد تأیید شریعت نبوده، آن پیمان و معامله را باطل اعلام کرده است؛ برای مثال شارع از نکاح شغار، نکاح اخدان، بیع و معامله ربوی و غرری نهی کرده است. درنتیجه هم تعریف عقد را باید از عرف گرفت و هم تشخیص مصاديق آن با عرف است مگر در مواردی که شارع مقدس در آن دخالتی نموده باشد (جمالی زاده، ۱۳۸۰: ۱۷۵؛ مغنية، ۱۴۲۱: ۱۶/۳).

قرارداد: توافق دو اراده یا بیشتر بر انشاء التزام یا انتقال التزام یا تعديل یا فسخ آن است^{۲۴}، اما عقد فقط انشاء التزام و انتقال آن را شامل می‌شود (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۱۴). همین

11. Offer and acceptance.

۱۲. ماده ۸۷ ق.م. اردن - ماده ۸۹ ق.م. مصر - ماده ۲۹ ق.م. بحرین - ماده ۴۹۷ ق.م. افغانستان. ماده ۳۱ ق.م. کویت در این رابطه بیان می‌دارد: هو ارتباط الایجاب بالقبول على احداث اثر بر تئیه القانون.

۱۳. «عقود: جمع عقد، این کلمه مصدر و به معنای اسم مفعول به کار رفته است. عقد، از پیمان‌ها و قراردادهای بسیار مؤکد است. فرق آن با عهد، این است که در عقد، معنای اعتماد و بستن و گروه زدن وجود دارد و حتماً میان دو نفر، بسته می‌شود: حال آنکه عهد، ممکن است مربوط به یک نفر باشد. مثلاً عهد کردم که دود نکشم - بنا بر این هر عهدی عقد نیست. همانطوری که اشاره شد، اصل عقد، بستن است. مثل بستن رسمن». ۱۴. Legality.

۱۵. انشاء التزام مانند بیع و اجاره، نقل التزام مانند حواله و دین، تعديل التزام مثل توافق بر مدت زمان وفای به التزام یا تعليق آن بر شرط وبالآخره مثال انقضا و فسخ التزام، ابراء دین یا فسخ اجاره قبل از بیان موعد آن است.

معین قرار گیرد» (سنهری، ۱۳۸۲: ۱۵۵).

محدودیت‌ها، قیود و استثنایات واردہ بر اصل حاکمیت اراده

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی به طور مطلق بر روابط اشخاص در معاملات، حاکم نیست، بلکه همواره قیودی به این اصل وارد می‌شود و به مرور زمان هرچه بیشتر دامنه شمول آن را تضییق می‌کند. محدودیت‌های اصل حاکمیت اراده را می‌توان به دو گروه اصلی یعنی محدودیت‌های ناشی از قوانین و نظم عمومی و اخلاق حسنی تقسیم کرد که این سه اصطلاح، اگرچه سه عنوان هستند؛ ولی به لحاظ تحلیل حقوقی باهم در ارتباط هستند. شاید برخی از مصادیق مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنی در چارچوب مواد قانونی گنجانده شود، اما با توجه به تغییر این مفاهیم در زمان و مکان، قانونگذار نمی‌تواند به تمام جوانب این‌ها نظر داشته باشد بلکه مصالح اجتماع است که این مفاهیم را دچار دگرگونی می‌کند. در برخی موارد قانون محدودیت‌هایی را برای افراد در قلمرو قراردادهای ایشان اعمال می‌کند.

نظم عمومی

آنچه در مباحث حقوقی بر مفهوم نظم عمومی تطبیق داده می‌شود بر حسب گذر زمان تغییر می‌کند و از یک جامعه به جامعه دیگر نیز متغیر است. نظم عمومی مفهومی نسبی است و چیزی ممکن است در یک‌زمان از مصادیق مخالفت با نظم عمومی به حساب آید؛ ولی در زمان دیگر مفهوم عکس آن برداشت شود مانند نظام برده‌داری. کما اینکه مفهوم نظم عمومی تحت شرایط سیاسی و اقتصادی و دیگر موارد ممکن است در یک جامعه و در یک‌زمان، ولی بین دو گروه مختلف که اختلاف عقیده دارند نیز فرق کند. امروزه نظم عمومی چهره جدیدی نیز پیدا کرده، برای مثال می‌توان مسائلی را که راجع به بهداشت و نظام سلامت جامعه است را جزو این مصادیق بر شمرد. اگرچه اصطلاح نظم عمومی^{۲۳} مولود عقد انتقلابی فرانسه می‌باشد، اما روح آن در قدیم وجود داشته است.^{۲۴} در حقوق رم هیچ تعریفی از نظم عمومی نشده، اما از قرن دوم قبل از میلاد که افکار قضایی رومیان رو به تکامل گذاشت، به تدریج این اصطلاح پا به عرصه گذاشت و اخلاق حسنی در حقوق رم پدیدار گشت و اروپاییان آن را از رومیان به ارث بردنند. این اصطلاح در حقوق اسلام بیشتر با نام مصالح عامه به کار رفته است. باید گفت که اصطلاح نظم عمومی جای خود را در حقوق جدید باز کرده و یکی از ضروریات حقوق تحقیقی به شمار می‌آید و جنبه جهانی یافته است. مفهوم نظم عمومی برای محافظت و حراست از تأسیسات حقوقی یک جامعه به وجود آمده است. هر قاعده و قانونی که ضامن هستی تأسیسات حقوقی است، مربوط به نظم عمومی خواهد بود، به همین دلیل گفته‌اند که نقض قوانین راجع به نظم عمومی

23. Public order - Public policy.

24. ماده ۶ ق. م. فرانسه می‌گوید: با قراردادهای خصوصی نمی‌توان قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنی را نقض نمود.

۲- مسابقات ورزشی، عقد میان مدیر تئاتر با بازیگران یا تماشاگران، توافق دانشکده پژوهشی مبنی بر اختیار قراردادن بیمارستان برای آموزش پژوهشی دانشجویان، توافق تاجر با صاحب بانک مبنی بر در اختیار قراردادن اطلاعات مالی مربوط به تاجر دیگر یا عقد میان نقاش و شخصی که خواستار خدمت اوست از دیگر موارد عقود غیر معین‌اند (سنهری، ۱۳۸۲: ۷۵).

۳- عقد نشر که بین مؤلف و ناشر بسته می‌شود و مؤلف امتیاز نشر اثر خود را به مؤسسه انتشاراتی واگذار می‌کند، اقامت در درصدی از سود حاصل از فروش را از آن خود می‌کند، اقامت در هتل، عقد استصنایع که عبارت است از توافق با صاحبان صنایع برای ساختن شیء معین برای شخص پیشنهاد دهنده است و بیع الوفاء که بر محور بیع و رهن می‌چرخد زیرا در ظاهر، شبیه بیع و در معنی و باطن مانند رهن می‌باشد^{۲۰} و مانند عقد تحکیر^{۲۱} که اجاره وقف برای مدت طولانی است (شلبی، ۱۴۰۵: ۵۶۳-۵۶۰).

لازم به ذکر است که قرارداد به لحاظ بی‌نام یا با نام بودن، بر طبق منطقه جغرافیایی یک سرزمین نسی است و ممکن است یک قرارداد در پک کشور خاص معین باشد و در کشور دیگر نامعین باشد. اساساً عنصر زمان و مکان در بی‌نام یا با نام بودن قرارداد نقش اساسی ایفا می‌کند، بنابراین هنگام بحث راجع به قراردادها نباید از این دو عنصر غافل شد. برای مثال عقد بیمه که در بسیاری از کشورها به شکل عقد معین نمود پیدا کرده، در دهه ۱۳۴۰ در ایران مورد بحث و جدال در میان فقهاء و حقوق‌دانان قرار گرفته بود که برخی آن را به دلیل جهالت در تعهدات دارای اشکال می‌دانستند و برخی آن را یک عقد مستقل و دارای غرض عقلایی و در نتیجه مشروع دانستند؛ چراکه آنچه بیمه را یک عمل مشروع و مقبول می‌کند، نفس تعهد بیمه‌گر است. (مطهری، ۱۳۶۴: ۲۷۹-۲۸۳) و لازم به یادآوری است که هر یک از مصادیق قراردادهای نامعین به محض آنکه در قوانین رسمی کشور صاحب نام و عنوان رسمی شود از حالت نامعین خارج می‌شود. در نتیجه تابع شرایط خاص آن قوانین خواهد بود، نه صرفاً تابع اراده طرفین (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۳۹؛ شلبی، ۱۴۰۵: ۵۶۱). دکتر سنهری در این زمینه می‌گوید: «در قوانین قدیم احکام عقوبدی مانند بیمه وجود نداشت اما در قوانین جدید وارد شده که باید احکام آن‌ها مدون شود و در ذیل قراردادهای

۲۰. برای آگاهی از حقیقت بیع الوفاء که شبیه به بیع شرط یا بیع خیار در فقه امامیه است و معمولاً در ضمن خیار شرط از آن بحث می‌شود، ر.ک: (بنت عبدالله سعید، ۱۴۲۴: ۱۸۴-۱۸۷)، ماده ۱۳۳۳ ق. م. عراق؛ ماده ۱۱۸ المجلة الاحكام العدلية؛ قانون مدنی ج.۱: ۴۵۹ و ۴۵۰ و ماده دیگر در ادامه، به احکام بیع شرط اشاره کرده است.

۲۱. در ماده ۹۹۹ ق. م. مصر این گونه آمده: «در عقد تحکیر جایز نیست که مدت آن از ۶۰ سال تجاوز نماید و اگر مدت این عقد از ۶۰ سال بیشتر تعیین شود یا اینکه طرفین از ذکر مدت عقد غافل شوند مدت عقد ۶۰ سال خواهد بود». عقد حکر عقدی است که در خصوص اراضی ای که از حالت استفاده و بهره‌برداری خارج شده‌اند و احتیاج به عمران و آبادانی دارند به کار برده می‌شود. صاحب زمین، زمین با برخود را به مستأجر می‌دهد تا بعد از آبادانی آن برای مدتی از آن بهره مند گردد و این امر محتاج یک زمان نسبتاً طولانی است که یک حق عینی برای مستأجر ایجاد می‌گردد. برای مطالعه بیشتر ر.ک: (حیاتی، ۱۳۸۲: ۵۶-۵۷).

۲۲. ر.ک: (معروف الحسنی، ۱۴۰۳: ۱۴۰-۱۴۳).

اعتقادات عمومی که بیرون از قلمرو حقوق، اعم از قانون یا عرف و عادت و هم در خارج نفساییات محض وجود دارد و در عین حال برای تنظیم زندگانی جامعه و وصول به مقاصد اجتماعی با حقوق همکاری می‌نماید (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۱۱۹). درنتیجه، عقد منشأ اثر و مقتضی است اگر مخالف قانون و اخلاق حسنے نباشد (ولایی، ۱۳۸۴: ۳۰۸). قرارداد تا جایی که به نظم عمومی و اخلاق حسنے زیان نرساند نافذ است.

نظریهٔ غیر حصری بودن عناوین عقود و معاملات
در همهٔ سیستم‌های حقوقی قدیمی قبل از اسلام، فکر عقود توافقی وجود داشت و علت آن به احتمال قوی نظام دادن به روابط عقود و معاملات بود. فکر عقود توافقی پس از رنسانس اروپا اعتبار خود را از دست داد و اصل آزادی اراده جایگزین آن شد. این نظریه در قرن اول یا دوم هجری در فرهنگ اسلام پدید آمد و قائلین به آن بر این باور بودند که فقط عناوین قراردادهایی که دارای نص شرعی‌اند معتبر هستند نه سایر عقود. با توسعه روابط تجاری دیگر نمی‌شد جامعه را بر پایهٔ عقود توافقی اداره کرد. سرانجام مخالفان نظریهٔ توافقی بودن به مبارزه پرداختند و مستندات اصل ایاحه را به اصل آزادی اراده زدند. در مورد معاملات، نظریهٔ توافق فقط شامل عناوین عقود است، ولی پس از قبول این نظر، اگر نسبت به بعضی از شرایط وابسته به آن موضوعات از حیث شرطیت یا مانعیت تردید شود، از نظر عرف پیروی می‌شود. اساساً مذاق شارع دخالت نکردن در ماهیّات معاملات است چراکه اگر نظری داشت بیان می‌کرد، به‌ویژه در مسائلی که موردنیاز همگانی یا به‌اصطلاح عام البلوی است. بنای معاملات بر تعقل محض است نه تعبد شارع، زیرا شارع در مورد معاملات کمتر دست به تأسیس می‌زند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۲۲-۲۳). البته این حرف مخالف نظر شاطئی در المواقف است که می‌گوید عادات و معاملات نیز به‌طور کلی از تعبد بی‌بهره نیستند (شاطبی، ۲۰۰۶: ۲۴۶). در مورد پذیرش اصل آزادی قراردادها میان فقهاء اختلاف‌نظر وجود دارد، چراکه اکثر فقهاء عقود صحیح را منحصر در عقود شناخته‌شده و معهود در زمان شارع می‌دانستند (جمالی زاده، ۱۳۸۰: ۱۶۹؛ مطهری، ۱۳۶۴: ۲۹۲)؛ به عبارت دیگر نظریهٔ حصری بودن یا توافقی بودن عقود حاکم و معاملات ناشناخته باطل بود، کما اینکه اختلافات دامنه‌داری راجع به عقود مغارسه، شرکت، تقسیم و عقود جدید مانند بیمه، حق امتیاز و فروش سرفلی وجود دارد و این عرصه میدان تاخت و تاز نظریّات مختلف میان فقهاء، اصولیون، حقوق‌دانان و دیگر صاحب‌نظران اقتصادی گشته است. ولی فقهاء متأخر و برخی مفسران، با درک واقعیّات جامعه و پیشرفت‌ها و ضرورت‌های موجود، کلیّة معاملات عقلایی را که توسط شارع منع از آن نرسیده، لازم الوفا دانسته‌اند.

مثالاً ملامحسن فیض در مورد سه قسم شرکت باطل از دیدگاه مشهور فقهاء می‌گوید چون هیچ دلیل محکمی بر بطلان این شرکت‌ها نیست، در صورت تراضی و تسلیم طرفین، شرکت‌های وجوده، مفاوضه و اعمال جایز هستند «و لم نجد نصاً في هذه الاحكام، و ما استدلوا به على المぬ لا يخلو من ضعف، و لا مانع

ممنوع می‌باشد. در اینکه آیا نظم عمومی قابل تعریف است یا نه میان حقوق‌دانان اختلاف پدید آمده است و مخالفین تعریف آن می‌گویند که هر مستله را باید در مورد زمان خودش و با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر آن روش، روش ساخت. موافقان تعریف نیز نظریّهٔ واحدی اراده نکرده‌اند، اما می‌توان گفت نظم عمومی نظمی است که در اجتماع به حسب اقتضای طبیعت زندگانی جمعی وجود دارد و تعریف جامعه‌تری در این زمینه وجود دارد که منچینی^{۲۵} اراده داده است: در هر کشوری نظم عمومی شامل احترام به اصول عالیّة اخلاق انسانی و اجتماعی به همان نحوی است که در آن کشور جاری شده است. نظم عمومی در ماده ۶^{۲۶} کد ناپلئون^{۲۷} آمده و از آنجا در قانون مدنی ایران در قالب مواد ۹۵۷^{۲۸} و ۱۲۹۵^{۲۹} و ماده ۶^{۳۰} آینین دادرسی مدنی وارد شده است. در تعریف نظم عمومی جملات مختلفی گفته‌اند، ولی در همهٔ تعاریف نظم عمومی، منافع جامعه لحاظ شده است. دولت در انجام وظیفهٔ خود در زمینه‌های مختلف از نظم و اسلوب خاصی پیروی می‌کند و افراد نباید به این نظم خدشهای وارد کنند، قراردادهای خصوصی افراد تا آنجا دارای ارزش و اعتبار است که به نظم عمومی آسیبی وارد نکند.

اخلاق حسنے

اگرچه اخلاقیات قراردادها و تعهدات^{۳۱} مانند سایر مفاهیم اخلاقی، بیشتر اموری فطری و مشترک هستند، اما برخی از مصادیق آن، تحت تأثیر نظریّهٔ مطلق یا نسبی بودن اخلاق ممکن است در جوامع مختلف دچار تغییرات اساسی گردد. حقوق‌دانان به‌واسطه ارتباط تنگاتنگ مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنے، گاهی اخلاق حسنے را مفهومی مستقل و زمانی جزء نظم عمومی به شمار آورده بودند. در تعریف این مفهوم نیز اختلاف‌نظر وجود دارد. شاید بتوان گفت اخلاق حسنے یک مفهوم طبیعی است، چون قواعد اخلاقی ذاتی و طبیعتاً وجود دارد و انسان به‌مقتضای طبیعت، اصول طبیعی مانند حسن نیت،^{۳۲} تربیت فرزند، احترام به مذهب و عدالت را رعایت می‌کند، همان گونه که یونانیان بر این باور بودند، بنابراین اخلاق حسنے عبارت است از دسته‌ای از

25. Mancini.

26. Art 6: One ne peut deroger, par des conventions particulières aux liens qui intéressent l'ordre public et less-bonnes mœurs.

27. The code of Napoleon.

28. محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنے بوده و یا به‌واسطه جریمه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی حسوب می‌شود به‌موقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مجبور اصولاً مجاز باشد.

29. عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنے که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل اثر نیست. قانون مدنی افغانستان که متأثر از فقه حنفی است در قالب مواد ۲۵ و ۵۹۰ به این مطلب اشاره می‌کند. ماده ۱۱۳۳ ق. م. فرانسه مقرر می‌دارد: علت غیرمشروع است زمانی که به وسیله قانون ممنوع باشد و برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنے باشد.

30. Moralisation of contracts.

31. Bona fide.

می‌نامند مشمول ادله‌ی عامی است که مورد امضای شارع قرار گرفته و میان مردم در معاملات خود جاری است و عدم نهی از آن کفایت می‌کند، خواه در زمان شارع وجود داشته باشد یا نباشد^{۲۶} (معروف الحسنی، ۱۴۰۳: ۱۳۵-۱۳۳؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۶۳). اگرچه اصطلاح آزادی قراردادی بهطور واضح و با این عنوان خاص که در حقوق وضعی دیده می‌شود، در میان منابع اسلامی مشاهده نمی‌شود، اماً زمینه و مبانی این فکر تحت عناوین دیگری در حقوق اسلام موجود بوده است و فقهاء حقوق دانان مذاهب مختلف اسلامی با استدلال‌های فنی و دقیق، این مبانی را از لایلای آیات و روایات استخراج نموده‌اند و به سایر مکاتب حقوقی عرضه کرده‌اند. سیستم قانونگذاری فقهی که در قوانین مدنی اکثر کشورهای اسلامی طراحی شده است، اصالت حقوق اسلامی را در به تصویر کشیدن این نظریه نشان می‌دهد، اگرچه در برخی موارد با سایر مکاتب حقوقی تتفیق شده است.

شواهد و مستندات قرآنی (عمومات کتاب)

حقوق دانان اسلامی به‌ویژه در قرون اخیر با استمداد از آیات قرآن کریم که راجع به فقه معاملات است، شواهدی از آزادی قراردادها را ارائه نموده‌اند، آیات مربوط به این‌جا به عقود که شامل تمامی معاهدات جاری در بین مردم می‌شود و نیز آیه تجارت از روی تراضی از مهم‌ترین آن‌ها هستند.

آیات مربوط به این‌جا به عقود

در قرآن کریم راجع به وفای به عهد چه در باب معاملات و چه در باب مسائل اخلاقی و اجتماعی تأکید بسیاری شده است، به‌گونه‌ای که عدم وفای به عهد و پیمان باعث ضمان و مسئولیت دنیوی و اخروی می‌گردد. ما در این زمینه به آیاتی چند اشاره می‌کنیم و مستند موردنظر ما در این زمینه، آیه شریفه «اوفوا بالعقود» است.

«ان العهد كان مسئولاً» (قرآن کریم، اسراء: ۳۴).

«كَبِرْ مَقْتاً عَنْدَ الْهَانَ تَقُولُوا مَا لَافَلُونَ» (قرآن کریم، صفحه: ۳).

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آتَيْنَا أُوفُوا بِالْعَهْدِ» (قرآن کریم، مائدہ: ۱).

برای روشن شدن منظور آیه ابتدا به بررسی مفردات آیه می‌پردازیم.

عقد: در بخش اول که شامل کلیات بحث بود، راجع به ماهیت عقد و معانی لغوی و اصطلاحی آن و نیز ارتباط آن با قرارداد و ایقاع سخن گفتیم، ولی اجمالاً در اینجا می‌گوییم؛ عقد در کتب لغت به معنای گره زدن و بستن آمده است (القانونی، ۱۴۲۷).

-۳۶- علامه مغنیه در جای دیگری می‌فرماید: إن الشارع اخترع و ابتك معانی جديدة خاصة في العيادات، و أن ألقاها تعم و تشمل الصحيح وغيره عند طائفة من العلماء، وعلى قولهم جاز التمسك بالأخلاق، و تقدم التفصيل. أما المعاملات فلا جديد للشارع فيها، بل هي باقية على معانها القديمة، و الشارع أمضى وأقر الناس في معاملاتهم مع بعض التقليم والتقطيع. و معنى هذا إن كل ما هو سبب عند العرف للملك أو الإسقاط أو الالتزام و نحو ذلك فهو أيضاً سبب عند الشارع إلا ما خرج بالدليل كبيع الملامسة و المناذنة. و من الأدلة عليان الشارع أمضى الأسباب العرفية قوله تعالى: «أُوفُوا بالعهود -۱ المائدة» أي اعملوا بهموجب كل ما يراه الناس عقداً، و التزموا بما تأوه (مغنیه، ۱۹۷۵: ۴۰).

من الصحة مع التراضي و التشارك و التصالح». ^{۲۷} (فیض کاشانی، بی‌تا: ۸۲/۳؛ فیض، ۱۳۸۲: ۵۸۰-۵۸۳). محقق اردبیلی هم ضمن بررسی محققانه این اقسام، عقیده‌ای نزدیک به نظر ملا محسن فیض دارد و معتقد است اگر اجماع بر صحّت این شرکت‌ها ثابت نشود جای تأمل وجود دارد ^{۲۸} (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۹۳/۱۰).

بررسی منابع و متون فقه مذاهب خمسه ثابت می‌کند که پیشینیان برای الفاظ در ایجاب و قبول ارزش بسیار قائل بوده‌اند، ^{۲۹} تا آنجا که هر وقت واژه عقد را به زبان می‌آورند، لفظی بودن ایجاب و قبول لازمه عقود بود.^{۳۰} از این‌رو عقود را توقيفي می‌دانستند؛ یعنی عقود محدود به همان عناوینی بود که از نصوص شرع استفاده می‌شد. در خارج از این عناوین هرگونه مراضات و قرارداد را عقود مختروع می‌نامیدند. این عقود مختروعه عیناً با مدلول ماده ۱۰ ق.م. ترجمه شده از ماده ۱۱۳۴ ق.م. فرانسه مطابق است. پیشینیان ما فقط به خاطر اینکه عقد صلح از عبارات شارع استفاده شده آن را جز عقود توقيفي شناخته‌اند و در خارج از عقود تاریخی که صلح نیز جزو آن است هرگونه مراضات را عقود مختروع نامیده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۲۱۶). روابط و معاملات مردم در عصر تشریع و بعد از آن منحصر در این قراردادهای مدون نیست و این اشعار به این مطلب دارد که انواعی از معاملات و قراردادها که در میان تمدن‌های مختلف در بستر زمان به وجود می‌آیند در صورتی که مخالف اخلاق حسنی و نظم عمومی نباشد به عنوان مصاديقی از عقودی است که شارع آن‌ها در کتاب و سنت امضا کرده است و با توجه به مضمون آیه شریفه «أُوفُوا بالعقود» التزام به این‌گونه معاهدات الزامي است و بعد از فرض این موضوع که شارع انواع معاملاتی را به نام عقد و بیع اختراع نکرده - آن‌گونه که در عبادات اختراع کرده - معاملات را به عرف واگذار کرده است، بنابراین آنچه افراد جامعه آن را برای نیاز خود به کار می‌گیرند و آن را عقد

۳۲- برای مطالعه بیشتر راجع به اقسام شرکت در فقه اسلامی ر.ک: (کامل، ۱۹۹۴: ۳۶۳-۳۲۶).

۳۳- «و لا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان فهو، و الا فلا مانع، فإنه يرجع إلى الوكالة في بعض الأمور و تملیک مال في البعض الآخر و بذل نفس و عمل في مقابلة عوض، و لا مانع منه في العقل والشرع، و لهذا جوز بعض أقسامها بعض العامة، و نقل ان مذهب الشافعی كمذهب الأصحاب ثم قال: و شركة المقاومة عندنا باطلة، وليس لها أصل، و به قال الشافعی و مالک و البخت فيما مثل ما نقدم، فتأمل». ^{۳۱}

۳۴- صاحب جواهر انشای عقود به وسیله ایجاب و قبول لفظی را از ضروریات می‌شمرد. چنین اظهار نظرهایی از برخی فقهاء و اصار بیش از حد برخی از ایشان بر شکل گرامی (Formality) و لفظ گرامی، باعث گشته تا سنهوری در مصادر الحق فی فقه الاسلامی و استادوحید الدین سوار در التعبیر عن الاراده فی الفقه الاسلامی به فقهاء امامته چنین نسبت دهند که آن‌ها از اوّلین کسانی هستند که در تقدیس الفاظ غرق شده‌اند؛ زیرا برخی از ایشان حتی عربی بودن الفاظ را برای تعبیر از اراده شرط می‌دانند، برای پاسخ به این سخنان، ر.ک: (معروف الحسنی، ۱۴۰۳: ۱۵۳ و ۱۹۳: ۱۸۶).

۳۵- احتمال دارد در دورانی که دفاتر اسناد رسمی وجود نداشت برای عقودی که بیشتر مورد نیاز عمومی بود جهت استوار ساختن عقود و جلوگیری از تزلزل آن‌ها، صیغه العقود را ساخته باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۶۲/۲).

در خارج سبب انعقاد عقد نمی‌گردد. سر این اختلاف نظر در این است که منشأ این تعریف از دیدگاه حقوق‌دانان، قانون مدنی فرانسه می‌باشد که برخلاف قانون مدنی آلمان اساس انشاء عقود را اراده باطنی^{۴۳} می‌داند و برای اراده ظاهری^{۴۴} اعتبار چندانی قائل نیست مگر اینکه موافق اراده باطنی باشد (شلبی، ۱۴۰۵: ۴۱۶). مفاد اجمالی آیه «يا ايهما الذين آمنوا أفوا بالعقود» به این شرح است که این آیه، از آیات مدنی قرآن است و یکی از ویژگی‌های آیات مدنی اختصار و پرمونا بودن آن‌ها است و طبق قول مشهور آیاتی که با «يا ايهما الذين آمنوا» آمده‌اند، مدنی و آیاتی که با «يا ايهما الناس» آمده‌اند مکنند. البته این ضابطه مبتنی بر اکثریت است و موارد نقض نیز دارد. مقصود از عقود هر چیزی است که مردم در معاملات خود باهم عقد می‌بنند و شایسته آن است که عقد را بر عموم حمل نماییم چون لفظ عام است و مخصوصی هم ثابت نشده است (سیوری حلی، ۱۳۸۴: ۵۵۴/۲). وفاء و ایفا به معنای عمل کردن و قیام به مقتضی عقد و عهد است و احتمال دارد که مراد از عقود، عقد شرعی فقهی باشد و شاید منظور از عقود شامل تکالیف و عقود می‌باشد که بین مردم وجود دارد و وفا به همه آن‌ها واجب است؛ بنابراین آیه، دلالت بر وجوب عمل به تمامی عقود دارد (جصاص، ۱۴۰۵: ۲۸۶/۳؛ اردبیلی، ۵۸۴: ۱۳۶۵، صادقی تهرانی، ۱۳۶۵)، اوفوا از وفاء، به معنای ایفا و عمل را به اتمام رسانیدن و طبق وعده عمل کردن است. عقود جمع عقد، در اصل به معنای جمع کردن اطراف یک‌چیز محکم است. به همین جهت گره زدن دو طرف طناب را عقد می‌گویند. پس از این معنی حسی، مانند گره زدن طناب، به مفهوم معنی، مانند عقود فقهی، انتقال یافته و به هرگونه عهد و پیمان، عهد کفته می‌شود. حتی همان طور که جمعی از محققان عقیده دارند، انواع شرکت‌ها و معاملات و قراردادهایی که در عصر ما وجود دارد ولی در سابق وجود نداشت و یا بعداً در میان عقلاً به وجود آمده و بر طبق موازین صحیح عقد قرار دارد مشمول این آیه می‌شوند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۲۴۴/۴). علامه طباطبایی در تفسیر المیزان می‌فرمایند: «چون عقد که همان عهد است، شامل همه پیمان‌های الهی و دینی که خداوند از بندگانش گرفته می‌شود و نیز شامل ارکان دین و اجزای آن چون توحید، نبوت و معاد و سایر اصول عقاید و اعمال عبادی و احکام تشریعی و امضایی و از جمله شامل عقد، معاملات و غیره می‌شود و چون لفظ العقود جمع محلی به آل است، لاجرم مناسب‌تر و صحیح‌تر آن است که عقود در آیه را حمل کنیم بر هر چیزی که عنوان عقد بر آن صادق باشد» (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۵۷۵/۵).

ایشان ضمن ردّ وجوده نادر که در تعریف عقد گفته شده و با توجه به ظاهر جمع محلی به الف و لام و نیز اطلاق عقد که در عرف شامل همه عقود می‌شود، می‌فرمایند: «اسلام توجّه و عنایتی که در باب رعایت عهد و پیمان دارد، منحصر در عهد اصطلاحی نکرده، بلکه حکم آن را عمومیت داد که شامل هر شالوده و اساسی که بر آن اساس بنایی ساخته می‌شود، بگردد و درباره همه این عهدها چه اصطلاحی و چه غیر اصطلاحی

43. La volonté interne.

44. La volonté déclarée.

۱۹۸). آنچه در عقد معتبر است ربط اعتباری^{۴۵} است که باعث ایجاد علاقه و ارتباط بین متعاملین می‌شود و آثار حقوقی خاصی را به وجود می‌آورد (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۲۸۲/۲؛ حائری، ۱۳۷۰: ۱۶۸). «العقود» جمع محلی به الف و لام است و افاده عموم می‌کند و بر جنس قرارداد، اشاره می‌کند و کلیه افراد خود را در بر می‌گیرد.^{۴۶}

وفاء: برای وفا معانی مختلفی ذکر شده که همه آن معانی به نوعی به عمل، اجرا کردن، ملتزم بودن و استمرار دادن به مفاد قرارداد برمی‌گردد؛ بنابراین آیه «يا ايهما الذين آمنوا أفوا بالعقود» این‌گونه معنی می‌شود: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید به عقود خود متعهد و ملتزم شوید و به آن‌ها عمل کنید» و در این صورت است که صحّت و لزوم عقود را می‌توان از این آیه استناد کرد، چراکه عمل به عقد به معنای ترتیب اثر دادن به آن است. با اینکه یکی از ابواب چهارگانه فقه عبارت است از عقود؛^{۴۷} ولی در کلام متقدمین فقها تعریف روشنی از عقد ارائه نشده و ایشان فقط ایجاب و قبول لفظی را عقد دانسته‌اند. مرحوم صاحب جواهر، عقد را این‌گونه تعریف کرده که: عقد^{۴۸} عبارت است از گفتار دو طرف معامله یا گفتار یکی و عمل دیگری و در این صورت است که شارع اثر مقصود را به آن بار می‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳/۲۲). احتمالاً منظور مرحوم صاحب جواهر از گفتار یکی و عمل دیگری این باشد که به قول بعضی فقها در بعضی عقود مثل مضاربه صرف قبول فعلی کفایت می‌کند (مفہیم، ۱۴۲۱: ۳/۲۲). عقد در المجلة الاحكام العدلية این‌گونه تعریف شده است: «ارتباط ایجاب به قبول علی وجه مشروع یثبت اثره فی محله» و به دنبال آن اظهارنظرهای مختلفی از این تعریف صورت گرفته است (زرقاء، ۱۹۶۷: ۲۹۱/۱؛ خفیف، ۲۰۰۸: ۱۸۴-۱۸۶؛ کامل، ۱۹۹۴: ۵۵؛ حائری، ۱۴۲۱: ۱۷۵-۱۷۷). در ماده ۷۹ ق. م. مصر سعی گردیده بین تعریف فقهی و حقوقی عقد جمع صورت گیرد. «یتم العقد به مجرد أن يتبادر طفان التعبير عن ارادتين متضادتين».

تعريف فقها از این جهت که اراده را امری نفسانی می‌داند و باید به وسیله‌ای از قبیل لفظ، اشاره^{۴۹} یا فعل اظهار گردد از تعريف حقوقی متقن‌تر است، پس توافق دو اراده بدون صدور مظہری

۳۷ - «التحقيق: أن العقد في أوفوا بالعقود عبارة عن الرابط الاعتباري الحاصل من التبادل الاعتباري، فكانه عقدة حاصلة من الإنشاء، كما يشهد به قوله تعالى أو يعفوا الذي يبيده عقدة النكاح».

۳۸ - «والعقد يشمل جميع أنواع المعاملات التي تعارف استعمالها بين الناس» (المعروف الحسنی، ۱۴۰۷: ۱۰۶).

۳۹ - محقق حلی (ره) متوفی ۶۷۶ در کتاب وزین شرایع الاسلام ابواب فقه را به چهار بخش تقسیم کرده است: عبادات، احکام، ایقاعات و عقود. ایشان ابواب تجارت، رهن، مفلس، حجر، ضمان، صلح، شرکت، مضاربه، مزارعه، ودیعه، عاریه، اجاره، وکالت، وقوف و صدقات، سکنی و حبس، هیبات، سبق و رمایه، وصایا و نکاح را در زمرة عقود قرارداده است.

۴۰ - (في العقود) جمع عقد وهو لغة خذ الحل، وشرعًا قول من المتعاقدين، أو قول من أحدهما وفعل من الآخر رتب الشارع الآخر المقصود عليه.

۴۱ - «و في اشتراط وقوع قبوله لفظياً، أو جوازه بالفعل أيضاً قولان؟ لا يخلو ثالثهما من قوة» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۱۲/۴).

۴۲ - ماده ۱۹۲ ق. م. ج. ۱. مقرر داشته است: در مواردی که برای طرفین یا یکی از آن‌ها تلقیت ممکن نباشد، اشاره‌ای که می‌ین قصد و رضا باشد کافی است.

مطلوب باشد و اهل لغت و مفسران چنین معنایی را بیان نکرده‌اند و از ظاهر آیه قرآن نیز به دور است و اختصاص آیه به تکالیف تخصیصی است که مخصوص ندارد، زیرا اهل لغت و عرف، عقود را اعم از تکالیف و غیر تکالیف می‌دانند و احتمال دارد که واژه عقود شامل قراردادهایی شود که مربوط به حلال و حرام است؛ بنابراین ظاهر سخن این است که واژه عقود به معنای قرارداد، تکالیف و تعهدات است. به هر ترتیب عقود شامل قراردادهایی است که در میان مردم وجود دارد، یعنی هر چیزی که عقد نامیده می‌شود و اگر نسبت به صحّت و فساد آن شک داشته باشیم حکم به صحّت آن می‌شود، زیرا مشمول عموم آیه قرار می‌گیرد» (مراغی، ۱۴۱۷: ۱۳۲).

عقود به همان معنایی که میان مردم متداول است، وجود دارد و آیه قرآن نیز منصرف به همان است؛ بنابراین استغراق عرفی خواهد بود، یعنی لفظ عام مشتمل بر عقود متعارف می‌شود و هر مانعی که نسبت به مانع بودن آن تردید شود و هر شرطی که نسبت به شرط بودن آن شک شود، اصل و اطلاق آیه، شرط و مانع بودن آن را منتفی می‌کند. شیوع و متداول بودن افراد و کم واقع شدن آن‌ها لطمہ‌ای به لفظ عام نمی‌زند زیرا عام با دایره شمولیت خود شامل افراد نادر هم می‌شود مگر اینکه آن افراد یا انواع نادر به اندازه‌ای باشد که در عقد بودن آن‌ها شک کنیم (همان: ۱۴). آیه شریفه «أَفْوَا بِالْعُقُودِ» یکی از مهم‌ترین ادله و مستندات آزادی قراردادی در حقوق اسلام است که کشورهای عربی و اسلامی در قرون متأخر با وسعت و دامنه زیادی آن را در مباحث و منابع خود مطرح کرده‌اند؛ برای نمونه در قوانین مدنی قریب به اتفاق تمامی کشورهای عربی^{۴۸} عبارت «العقد شریعة المتعاقدين»^{۴۹} به عنوان یکی از نتایجی که بر آزادی قراردادی متغیر می‌شود، مورد پذیرش قرارگرفته که اصل آن در حقوق رم سابقه داشته و حقوق دانان فرانسوی آن را اخذ کرده‌اند و ماده ۱۱۳۴ ق.م. فرانسه نیز آن را به عنوان یکی از مبادی اولیه ملزم بودن و احترام گذاشتن به مفاد عقد در تمامی قوانین به کار گرفته است. این عبارت در اثر ترجمة متون قوانین اروپایی به زبان عربی، وارد متون قانون مدنی این کشورها شده و به عنوان مبنای مکمل آزادی قراردادی به کار می‌رود و به نقش اراده متعاقدين در تحقق قراردادهای خود اشاره می‌کند مگر اینکه اتفاق آنان مخالف قواعد آمره - یعنی قواعدی که راجع به نظم عمومی و اخلاق حسن است - باشد. متعاقدين در ایجاد عقد و مقید بودن به مفاد عقد ملزم هستند گویی که قانون آن‌ها را ملزم کرده باشد. قبل از اینکه متون قانونی کشورهای اروپایی این قاعده را بیان کنند، نصوص و روایات اسلامی مبنای این قاعده را بیان کرده‌اند که آیه شریفه «أَفْوَا بِالْعُقُودِ» از مهم‌ترین آن‌ها است

۴۸. ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر بیان می‌دارد: «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا بهاتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون». به این معنا که آنچه متعاقدين بر طبق آن توافق می‌کنند هنگامی صحیح است که مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد و در این صورت است که طرفین ملزم به مفاد توافق خود هستند. ماده ۱۰۶ ق.م. الجزایر و ماده ۱۱۳ قانون معاملات مدنی سودان نیز عین این عبارت را بیان کرده‌اند.

49. Le contract est la loi des contractans.

سفارش فرمود» (همان: ۲۶۳)؛ بنابراین عقود به عقود شناخته شده فقهی محدود نمی‌شود و العقود با عموم خود شامل تمام عقود می‌شود و ایفای به هر عقدی تابع طبیعت و مقتضای آن عقد است. برای همین عقود مستحدثه و نوپیدا در زمان ما و در غیاب معمول (ع) مانند عقد بیمه و مثل آن بدین جهت که شامل شرایط شرعی و عقلی می‌شوند، عموم العقود بر آن‌ها صدق می‌کند، داخل در این ضابطه هستند و اینکه این عقد غرری و مشتمل بر جهالت است - به دلیل جهالت مدت و حوادث و ضررها احتمالی - به این دلیل رد می‌شود که این دو عنصر مجهول بر حسب تقریب، معلوم عقلی هستند و وفا به شروط آن‌ها مبتنی بر عرف و عادت است (صادقی تهرانی، ۱۳۶۵: ۱۴۲۱، ۱۴۲۱: ۲۰۷).

میرزای نائینی می‌فرماید: عموم «أَفْوَا بِالْعُقُودِ» اختصاص به عقود شناخته شده و معاملات رایج ندارد بلکه هر عقدی را شامل می‌شود، زیرا ظاهر در الف و لام این است که برای عموم و شمول است و نه برای عقود معمود در زمان شارع. برای صحّت معاملات نیازی به نص و دلیل خاص نداریم بلکه عدم ثابت شدن نهی کفایت می‌کند و معاوضاتی از قبیل معاطلات که در بستر زندگی اجتماعی به وجود می‌آیند و هر روز به تعداد آن‌ها افزوده می‌شود و هر معامله جدید و قدیم که با مبانی مشروعیت احکام ناسازگار نیست با توجه قصد معاملین واجب است.

مرحوم صاحب عروه (ره) همین معنا را در عروة الوشقی این گونه بیان می‌فرماید:^{۵۰} «الحصر عمومات را در عقود معهود نمی‌پذیریم و برای پذیرش عقد نیازی به دلیل نیست، بلکه بر طبق عمومات هر معامله عقلایی صحیح است مگر اینکه دلیل خاص بر عدم صحّت آن وجود داشته باشد» (بزدی، ۱۴۰۹: ۷۱۱/۲). مرحوم میرفتح مراغی، مانند سایر استدلال‌های متقدّن و بولیا، ضمن بیان اقوال مختلف از فقهاء و مفسران راجع به تفسیر این آیه و مفردات آن با دقت و موشکافی بی‌نظیری به بررسی مفاد آیه و اشکالات پیرامون آن می‌پردازد و به حق از عهده مطلب برمی‌آید. هر دانش‌پژوهی که به دنبال شناخت راز و رمز مبحث معاملات جدید است از لازم است این مطالب را به دقت مد نظر قرار دهد: «در مورد اینکه منظور از عقود، عقودی است که در زمان جاهلیّت وجود داشته قرینه‌ای وجود ندارد که مؤید این

۴۵. آن العقود المشروعة ليست منحصرة في العقود المسمّاة في النصوص أو في كتبنا الفقهية التقديمة، بل كل عقد جديد استحدث في زمان متأخر عقود التأمين أو السرقة أو يستحدث في المستقبل ما دام لا يعارض الشرائع العامة ولم يرد دليل على خلافه، تحكم بصفته وذلك تمسكاً بجملة من الإطلاقات الماضية كـ «أَفْوَا بِالْعُقُودِ» و آية «أَخْذُنْ مِنْكُمْ مِيَانًا غَلِيظًا»، وكذلك آية «تجارة عن تراضٍ» إن كان العقد الجديد تجارة وكذلك قوله «المؤمنون عند شروطهم». نعم، لو كان الشك في مشروعية المتعلق لم يتم التمسك بهذه الإطلاقات، إما لأنَّ هذه الإطلاقات حيثية أي أنها إنما تبيّن احترام العقد من حيث أنه عقد أو لأنَّها أحكام ثانوية في إطار الأحكام الأولى (همان: ۲۷۱-۲۷۳).

۴۶. «الظاهر صحته للمعلومات إذ هو نوع من المعاملات العقلائية و لا نسلم انحصرها في المعهودات و لا حاجة إلى الدليل الخاص لمعنى العقود بل كل معاملة عقلائية صحيحة إلا ما خرج بالدليل الخاص كما هو مقتضى العمومات».

۴۷- «مسألة: إذا أخذ شخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما».

این شرط تجارت از حوزه مباح بودن خارج می‌شود. تراضی طرفین در تمام عقود شرط است، چون به اجماع فقهاء تفاوتی بین عقود از این نظر نیست (همان). اصل رضایی بودن عقود یا مشروعیت عقود رضایی^{۵۱} در این آیه به صراحت بیان شده، بنابراین می‌توان معاملات را مثال زد که در تحقیق آن به جز رضای طرفین تشریفات دیگری نیاز نیست و شرع و قانون به دلیل عرف بر صحّت آن تأکید می‌کنند (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۹۰، بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۱۰۱/۲، زلمی، ۲۰۰۲: ۱۴۹، از فقهاء از جمله علامه حلی (ره) در قواعد الاحکام در تعریف بیع عنصر تراضی را به کاربرده‌اند (حلی، ۱۴۱۳: ۱۶/۲). از آنجاکه قاعدة رضایی بودن عقود پذیرفته شده است نقش اعلام اراده صرفاً کشف قصد و رضای باطنی است، لذا نوع اعلام اراده اهمیت زیادی ندارد، بلکه آنچه مورد توجه است دلالت بر مقصود و مراد طرفین معامله است اعم از اینکه ابراز به صورت صريح یا ضمنی صورت پذیرد. «اکل» در آیه، به معنای تصرف است که اعم از تصرف حقوقی و حقیقی می‌باشد و مقصود را از قید «بینکم» معاملاتی است که در آن‌ها تبادل و تصرف در اموال یکدیگر صورت می‌گیرد و منظور طرفین قرارداد می‌باشد. قید «عن» در «عن تجارة» نشویه است یعنی در صورتی تجارت صحیح است که از روی تراضی باشد (گرجی، ۱۳۸۳: ۷۷). اصل حرمت اکل مال به باطل از تأسیسات حقوقی قرآن است که در اصطلاح حقوقی از آن به دارا شدن بدون جهت یا دارا شدن ناعادلانه^{۵۲} تعبیر می‌شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۷۸). به تعبیر دکتر امامی قاعدة مزبور در این آیه به بیانی راسته به صورت یک دستور حقوقی بیان شده و از نظر تحلیل حقوقی کامل ترین طرزی که ممکن بود به صورت موجز در آیه مطرح گردیده است (امامی، ۱۳۵۲: ۴۱۹/۱).

سننهوری نقل می‌کند که اصل دارا شدن غیرعادلانه یک تأسیس حقوقی غربی است و در حقوق فرانسه ریشه دارد و فقه اسلام و حقوق انگلیس آن را به صورت محدود پذیرفته‌اند (سننهوری، ۱۳۸۲: ۲۸۸-۲۹۵/۲). به گفته یکی از نویسندهان حتی اگر دلیلی هم بر حصر وجود نداشته باشد، می‌توان کلیه قراردادهای عرفی را که ناشی از توافق طرفین است حمل بر صحّت کرد، زیرا وقتی «تجارة عن تراض» از مصاديق اکل مال به باطل نباشد، معاملات عقلایی و عرفی که مصدق تجارت و همراه با تراضی است اکل مال به باطل نخواهد بود (حائری، ۱۴۲۱: ۱۴۰). اینکه شارع مقدس باطل را در مقابل تراضی به کاربرده مشخص می‌کند هر جا که تراضی موجود باشد مقتضی نفوذ معامله وجود دارد، مگر آنکه دلیل خاصی یک یا چند نوع از تراضی یا قرارداد را منع کرده باشد؛ پس اصل، نفوذ تراضی است و در ماده ۱۰ ق.م. هم این معنا بیان شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۰۲). در مجموع آیه «تجارة عن تراض» از ارکان مشروعیت و صحّت عموم معاملات است و اکثر فقهاء و مفسران اسلامی اعم از شیعه و اصل سنت بدان استناد جسته‌اند، بهویژه موقعی که تجارت را به معنای مطلق اکتساب

51. Consensual contracts.

52. Enrichissement injuste.

که متعاقدين را به الزام به مفاد قراردادها و معاهدات خود تشویق و ملزم می‌نماید (معروف الحسني، ۱۴۰۳: ۳۵۹-۳۶۱؛ ملکاوي، ۲۰۰۸: ۵۰/۱۳۵).

آیات تراضی

نظر بیشتر فقهاء مذاهب مختلف اسلامی بر این مبنای استوار است که عقود و تصرفات مردم با هر عنصری که بر قصد آن‌ها دلالت کند از قبیل الفاظ، افعال و سایر عناصر منعقد می‌شود و در شرع و لغت اصطلاح خاصی برای این مورد وضع نشده است، بلکه همان‌گونه که زبان‌های اقوام مختلف با یکدیگر متفاوت است، طرق تعبیر از اراده نیز ممکن است فرق کند ولی عنصر مشترک در تمامی این موارد، شرط رضا در معاملات است؛ پس هر چیزی که معنای رضا را برساند معاملات بر طبق آن منعقد می‌گردد و به راین ادعا به آیات دال بر تراضی و روایت «آنما البيع عن تراض» و اجماع و عرف استدلال کرده‌اند (قرنی، ۱۴۲۷: ۲۸؛ موسی کامل، ۱۹۹۴: ۱۹۹۴).

شریعت اسلامی از مدت‌ها قبل بر مبنای تعالیم قرآن و سنت به آزادی قراردادی و حاکمیت اراده اشخاص در معاهدات خویش اشاره کرده و با قرار دادن عنصر رضا به عنوان یکی از ارکان معاملات، آزادی اشخاص در قراردادهای خود را تأیید کرده بود.^{۵۳} بدون اینکه به شکل و تشریفات خاصی نیاز داشته باشد مگر در مورد عقد نکاح.

«فَإِنْ طِبِّنَ لَكُمْ عَنْ شَئِءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيَّاً مَرِيَّاً» (قرآن کریم، نساء: ۴).

وجه دلالت به این آیه این گونه است که به تراضی و طیب نفس در تبریعات اکتفا کرده و لفظ فعل معنی که دلالت بر تراضی داشته باشد را بیان نفرموده است (قرنی، ۱۴۲۷: ۲۸).

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكِلُوا أَمْوَالَكُمْ يَبْيَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تُكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَ لَا تَقْتَلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (قرآن کریم، نساء: ۲۹).

نحوه دلالت این آیه بین نحو است که می‌فرماید: بعضی از شما در اموال بعض دیگر به وجود غیرشروعی که بیان شده مانند ربا، قمار و غصب، تصرف نکند، بلکه تصرف باید به نحو شرعاً باشد، یعنی اینکه به رضایت طرفین معامله باشد. از تصرف باطل نهی شده ولی تصرف بهوسیله تجارت از روی تراضی نهی نشده است (حائری، ۱۴۲۱: ۲۲۷؛ قرنی، ۱۴۲۱: ۲۸؛ اردبیلی، ۱۴۲۱: ۵۴۲). پس این آیه دلالت بر مباح بودن تجارت، دادوستد و تصرف در مال حاصل از آن دارد (اردبیلی، ۱۴۲۱: ۵۴۳؛ سیوری حلی، ۱۳۸۴: ۵۱۲). استثناء در اینجا منقطع غیر مفرغ از صدر آیه است (انصاری، ۱۴۱۱: ۳۶۱/۱). مقصود از تجارت، تملک با عقد و معاوضه مالی محض می‌باشد و از بین معاملات، فقط دادوستد را نام می‌برد، چون تجارت، شیوه غالب و عام در راه کسب و درآمد است (جصاص، ۱۴۱۱: ۱۲۸/۳). شرط در تجارت آن است که از راه تراضی طرفین باشد و در صورت عدم

۵۰. (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُهُودِ...) (قرآن کریم، مائدہ: ۱). امروزه در حقوق وضعی حديث در کشورهای اسلامی این آیه از مهمترین مستندات آزادی قراردادی شناخته می‌شود.

حرج، مانند قاعدة لاضر نفی حکم حرجی در دین است، به این نحو که هیچ حکمی که موجب مضيقه و در تنگنا افتادن مکلفین باشد، تشریع و قانونگذاری نشده است. مرحوم میرفتح مراغی ملاک حرجی بودن را کمیت تکلیف می‌داند، به این نحو که اگر کمیت و مقدار تکلیفی زیاد باشد هرچند آن تکلیف، تکلیفی آسان باشد حرجی خواهد بود. البته در این که ملاک حرجی بودن و نبودن احکام و تکالیف چیست؛ میان فقهها اختلاف نظر وجود دارد.^{۵۳} برخی^{۵۴} احکام وارده در شرع مقدس را حرجی نمی‌دانند، چون مردم به آن‌ها عادت کرده‌اند (مجاهد طباطبایی، ۱۴۹۶: ۵۳۶؛ مراغی، ۱۴۱۷: ۱/ ۲۹۸). بعضی دیگر می‌گویند احکام و تکالیف حرجی در دین اسلام وجود دارد و منظور از نفی عسر و حرج، نفی حرج افزون بر مقتضای تکالیف است.^{۵۵} برخی از فقهاء قائل به این شده‌اند که اگر مادر برای شیر دادن طفل، اجرت غیرمتعارف درخواست کند بر پدر پذیرش آن واجب نیست و می‌تواند برای کودک دایه بگیرد و قائل به سقوط حضانت از مادر شده‌اند (حلی، ۱۴۰۸: ۲۸۹/۲) و دیگران بر این مدعماً به ادلة نفی عسر و حرج استدلال کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۵۳/۱۲). فقهاء عامه در مباحث خود قاعدة نفی عسر و حرج را چنان گسترشده‌اند که تمامی تخفیف و ترخیص‌های موجود در شریعت را شامل می‌شود (فضل لنکرانی، ۱۳۸۵: ۱/ ۲۴).

در مورد قراردادهای نامعین و عقود مستحدثه که امروزه قوام زندگی اجتماعی به وجود بعضی از آن‌ها وابسته است، می‌توان گفت که عدم مشروعيت وجود نداشتن آن‌ها مستلزم حرج افراد در معاملات تجاری و مبادلات اقتصادی می‌شود. این در حالی است که این گونه قراردادها به تناسب پیشرفت زندگی اجتماعی انسان رو به فزونی دارند و نظام‌های اقتصادی کشورهای مختلف بر پایه عرف و سیره عقلانی‌ها را پذیرفته‌اند. برخی از فقهاء در استدلال به مشروعيت پاره‌ای از عقود معین به این قاعدة تمسک کرده‌اند و بدینهی است که با وحدت مناطق، عقود غیر معین و جدید نیز می‌توانند صحیح و مشروع قلمداد شود و در این صورت، دلیل محکمی بر این گونه عقود خواهد بود، زیرا روابط تبادلی در اثر پیشرفت و توسعه اجتماعی، اقتصادی، صنعتی، خدماتی و فرهنگی در هر جامعه و در صحته بین‌المللی، آن‌قدر پیچیده و دگرگون شده است که عقود معین ضربوط در فقه، پاسخگوی حل معضلات روابط مبادلی نیست و امروزه نمی‌توان جمیع مناسبات و معاملات بین مردم و دولتها را در قالب آن

^{۵۳}- برای مطالعه بیشتر ر.ک: (فضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۵: ۱۰۷-۱۲۸).

^{۵۴}- و بالجملة مما جرت به العادة بالإتيان به مثله والمسامحة فيه وإن كان عظيمًا في نفسه كبذل النفس والمال الكبير فليس ذلك من الحرج في شيءٍ نعم تعذيب النفس وتحريم المباحثات والمنع عن جميع المشتبهات أو نوع منها على الدوام حرجٌ وضيقٌ و مثله متفقٌ في الشرع انتهى.

^{۵۵}- «الذى يقتضيه النظر فى مجتمع الكلام و أطرافها بعد حصول القطع بآن التكاليف الشاقة واردة فى الشريعة، أن العسر و الحرج و الضرر المنفيات هي آئى تزيد على ما هي لازمة لطبع التكاليف الثابتة من حيث هى، آئى معيارها طاقة متعارف الأوساط من الناس الذين هم الأصحاب الخالون عن المرض والعجز والعدم، بل هي مبنية من الأصل إلا فيما ثبت، وبقدر ما ثبت، وهو ما لا ينفك عنه عامة الناس، سالمين عن الأمراض والأعراض». (قمی، ۱۴۳۰: ۱۱۸/۳).

در نظر بگیریم، هر معامله و قراردادی که مصادق «تجارة عن تراض» باشد، بهشرط دارا بودن شرایط صحت معاملات، صحیح و نافذ است؛ بنابراین آیه فقط شامل عقود معهود و معین دلالت نمی‌شود بلکه شامل عقود بی‌نام نیز می‌گردد (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۱۳۶؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳/ ۳۵۶). خوبی، بی‌تا: ۱۰۳/۲).

آیات مربوط به نفی عسر و حرج در دین

شریعت اسلامی خصایص و ممیزه‌هایی دارد که همواره آن را در قیاس با سایر مکاتب حقوقی و اجتماعی، پیشرو قرار داده است. یکی از این ویژگی‌ها، تسهیل و نفی مشقت و صعوبت احکام در ابواب مختلف فقهی است که جلوه‌های آن از عبادات تا جنایات را در برگرفته است و معاملات نیز از این قاعدة مستثنی نیستند و آیات و روایات فراوانی در تأیید این مطلب بیان شده است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم.

«وَجَاهُدُوا فِي اللّٰهِ حَقَّ جَهَادٍ هُوَ أَجْتَبَاكُمْ وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (قرآن کریم، حج: ۷۸).
 «مَا يُرِيدُ اللّٰهُ لِيُبَعِّلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (قرآن کریم، مائدہ: ۶).
 «يُرِيدُ اللّٰهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْأَعْسُرَ» (قرآن کریم، بقره: ۱۸۵).

آیات مربوط به نفی عسر و حرج، با عنایت به نظر مشهور مبنی بر اینکه نفی حرج در امور عدمی نیز جاری می‌شود، دلالت بر این دارد که نفی مشروعیت قراردادهای نامعین مستلزم حرج در معاملات تجاری و اقتصادی افراد است. برای روش‌شن شدن مفاد این آیات ابتدا به ذکر مفاهیم و مفراداتی که در فهم آیه نقش دارند می‌پردازم. مقصود از آیات مذکور که قواعد فقهی نفی عسر و حرج و المشقة تجلب التيسير (ابن نجیم حنفی، ۱۹۶۸: ۷۵) از آن اصطیاد و استنباط شده، این است که چنانچه در انجام تکالیف یا هر حکمی از احکام، بیش از آن مقدار که لازمه تکلیف یا حکم وضعی است مشقت بر انسان عارض شود - مثلاً وجوب روزه یکی از تکالیف شرعی است و بهطور قطع با مقداری مشقت و دشواری کند، مانند اینکه بیش از مقدار ممکن ایجاد مشقت و دشواری کند، مانند اینکه بیماری بر شخص عارض شود - در این صورت این آیه و آیات مشابه، چنین تکلیف حرجی را نفی می‌کنند (گرجی، ۱۳۸۳: ۵۷). پس آیات مزبور اختصاص به امور مشقت باری دارد که نفی آن موجب امتنان است (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۴۶۵).

حرج در دیدگاه واژه‌پژوهان به معنای تنگی، ضيق و حرام معنا شده است (ابن فارس، ۱۴۲۰: ۵۱/۲). عسر به معنای صعوبت، مشقت و شدت است و در فارسی معنای دشواری و سختی را در بردارد. واژه عسر در قرآن کریم در آیات مختلف متضاد یسر به کار رفته است، مانند آیه «إِنَّ مَعَ الْعَسْرِ يَسِرًا»؛ بنابراین منظور از عسر و حرج مواردی است که تحمل آن عادتاً سخت و دشوار باشد به گونه‌ای که تحمل آن برای مردم مشکل باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱/ ۱۵۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۶/۵). این اثیر در نهایه می‌گوید: عسر: انه ضد اليسر و هو الضيق و الشدة و الصعوبة (ابن اثیر، بی‌تا: ۳/ ۲۳۶). شیخ انصاری نیز ضمن بحث از قاعدة لاضر نفی عسر و

ابراهیم، ۱۴۲۴: ۲۷)، بنابراین قول به اباحة عقود قولی پذیرفته و موافق با حکم عقل است. استناد به اجماع برای پذیرش و استناد به مشروعیت عقود نوپیدا با وجود نصوصی که در این فرضیه وجود دارد دارای ارزش قابل توجهی نیست و حتی نوبت به اجماع هم نمی‌رسد و این عقود و معاملات نوپیدا در گذشته رواج چندانی نداشته‌اند تا فقط در این باره آتفاق نظر داشته باشند (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۱۴۵). علاوه بر این پذیرش اجماع به عنوان یک مبنای دلیل قوی و محکمی به نظر نمی‌رسد چون در این باره، نظر مخالف نیز وجود دارد (قرنی، ۱۴۲۷: ۳۰).

عرف^{۵۷} و بنای عقلاء

بنای عقلاء و سیره مورد عمل عرف نیز در شمار دلایلی است که بر مشروعیت قراردادها دلالت دارد چنان‌که یکی از فقههان در این زمینه اظهار داشته است: اعتبار عقلایی نیاز به دلیل خاص شرعی ندارد بلکه فساد معامله نیاز به دلیل شرعی دارد، یعنی اصل بر این است که عقود عقلایی صحیح هستند. «يمكن أن يقال: أصل صحة جميع ما يبيده العرف في المعاملات إلا ما منع الشرع فلا حاجة إلى الامضا منه بل يكفي عدم المぬ عنها» (بزدی، ۱۴۱۵: ۲۷۱ و ۱۴۱۹). برای اینکه حکمی مبتنی بر عرف باشد لازم است شرایطی بر آن دلالت کند. از جمله اینکه عرف، صحیح باشد یعنی با احکام شرعی و قواعد اساسی یک جامعه مخالفت نداشته باشد، بنابراین مجتهدان و قانونگذاران نمی‌توانند احکام را مبتنی بر عرف فاسد قرار دهند؛ مگر در موقع ضروری. دیگر اینکه عرف، شایع و مکرر و عام باشد، بنابراین اگر عرف این ویژگی را نداشته باشد و در برخی موارد شایع، در موارد دیگر نادر و فقط نزد گروه خاصی مطرح باشد قابل استناد نخواهد بود. سوّم اینکه عرف و متعلق آن در سابق وجود داشته باشد به گونه‌ای که بتوان وقایع جدید را بر آن انطباق داد (زمی، ۲۰۰۲: ۸۴-۸۶). برای حجیت عرف یه قرآن، سنت، اجماع و عقل استناد شده است و دلیل عقلی دال بر حجیت عرف تأکید می‌کند از آنجاکه عرف غالباً مبتنی بر نیازها و ضرورتهای اجتماعی، اقتصادی و سایر موارد مربوط به زندگی انسان است و احکام صادره از خدای متعال نیز قابل تطبیق بر همه زمان‌ها و مکان‌ها است و هدف احکام نیز تسهیل و رفع حرج در زندگانی اجتماعی بشر است؛ بنابراین اگر احکام مبتنی بر عرف و عادت موربدپذیرش نباشد، مردم در حرجی می‌افتد که به وسیله قرآن کریم نهی گردیده است (قرنی، ۱۴۲۷: ۳۰؛ زمی، ۲۰۰۲: ۸۳).^{۵۸} بنای عقلاء بر این قرارگرفته که هر معامله جدیدی به شرط دارا بودن شرایط اساسی صحت معامله صحیح باشد و عقلای عالم در روابط اقتصادی خود بر طبق آن رفتار می‌کنند. حکم شرعی در صورتی از سیره به دست می‌آید که دو شرط در آن فراهم باشد:

- ۱- دلیل شرعی مانند آیه و روایت در مقابل عرف وجود نداشته باشد.
- ۲- سیره و عرف متصل به زمان معصوم باشد.

57-Custom.

۵۸- برای مطالعه بیشتر راجع به ماهیت و اهمیت عرف و ارکان و انواع آن ر.ک: (زمی، ۲۰۰۲: ۹۴-۷۷).

عقود، محقق ساخت و با اصرار ورزیدن بر آن‌ها، جامعه دچار عسر و حرج و تنگنا خواهید گردید (سلیمان پور، ۱۳۸۲: ۹۴). حرجی که در این زمینه به وجود می‌آید، عبارت است از نوپیدا نمودن دلیل بر وجه بطلان قراردادهای نامعین در متون شرعی است که چنین حرجی در آیات نهی شده است (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۱۴۱). خداوند از روی لطف و تفضل و نیز بر پایه حدیث پیامبر (ص) که فرمود: «بعثت بالشريعة السهلة» احکام حرجی را از امت پیامبر مرتفع فرمود.

علاوه بر این دلیل عقلی قابل توجه در اثبات قاعدة حرج، قاعدة لطف است که سنت الهی بر این مدار گرفته است که بندگان خود را به خیر و سعادت و حرجی از سوی خداوند تشریع نمی‌شود که افراد را دچار فساد و عصيان کند (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۸۲/۱).

علاوه بر این در فقه اسلامی قاعده‌ای وجود دارد که اساس خود را از آیه شریفه مذکور گرفته است و آن قاعدة فقهی «المتشقة تجلب التيسير» است که مفهومی نزدیک به قاعدة «اذا خاق الامر اسع» دارد و به این معنا است که سختی و مشقت، سببی برای تسهیل تشریع احکام الهی است (ابن نجیم حنفی، ۱۹۶۸: ۸۴) و برخی برای صحّت عقد بیع الوفاء - که یکی از عقود جدید است - به این قاعده استدلال کرده‌اند (بنت عبدالله سعید، ۱۴۲۴: ۱۶۰).

اجماع^{۵۹}

اغلب فقهای شیعه اجماع را از این جهت که کاشف از قول معصوم (ع) است حجت دانسته‌اند. محقق حلّی (ره) در کتاب معتبر می‌فرماید: اجماع نزد شیعه با پیوستن قول معصوم به سایر اقوال حجت است و در آن کثرت یا قلت مجمعین معتبر نیست. «اما الإجماع: فعندنا هو حجة بانضمام «المعصوم» فلو خلا المائة من فقهاء عن قوله لما كان حجة، ولو حصل في اثنين لكان قولهما حجة لا به اعتبار اتفاقهما بل به اعتبار قوله عليه السلام» (حلّی، ۱۴۰۷: ۳۱/۱). به نظر مرحوم صاحب جواهر مراد از اجماعی که مخالفت با آن زیان‌بخش است و جایز نیست، اجماع همه مسلمین دنیا یا همه امامیه در صورتی است که علم داشته باشیم که قول معصوم در میان اجماع کنندگان وجود داشته باشد، زیرا از نظر قواعد موربدپذیرش شیعه قول غیرمعصوم هیچ ارزش و اعتباری ندارد. ایشان سپس ادامه می‌دهد که بعضی فقهاء در به کار بردن اصطلاح اجماع زیاده‌روی کردن و در بعضی موارد قول غیر معصوم را اجماع نامیده‌اند که مخالفت با این اجماعات هیچ ضرری را متوجه انسان نمی‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۱/۳۶).

عقود و قراردادها در زمرة افعال و عادات هستند و اصل در افعال و امور عادی انسان اباhe است؛ بنابراین دلیل اباhe باقی است مگر اینکه دلیل بر تحريم و بطلان نوپیدا شود. فرق عبادات و معاملات در این است که در عبادات عقل قاصر از وجود احکام و عبادات است و برای همین خداوند مکلفین را اجازه نداد که به‌غیراز آنچه را که شرع گفته متعبد شوند، ولی عقل احکام و وجود بسیاری از معاملات و مصالح آن‌ها را در کمی کند (ابن

56-Consensus.

غرضی نهی فرموده است؛ بنابراین عرف و بنای عقلاً بر صحّت و لزوم معاملات عقلایی اعم از معهود در زمان شارع و غیرمعهود، ناشی از طبع و هویت اولیة آن هاست که طرفین ملزم و متعهد به وفای به شروط خود هستند (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۱۴۵). شهید مطهری (ره) نیز ضمن تأیید صحّت این گونه معاملات و استناد به نظر علمای زمان خویش می‌فرماید: «نظر علمای فعلی هم همین است و در مورد بیمه چنین اظهار نظر کردند که بیمه معامله مستقلی است و بنابراین معامله صحیحی است و آن موانعی هم که می‌تواند یک معامله را فاسد و باطل کند، در آن الزاماً وجود ندارد؛ یعنی ممکن است آن را به آن شکل درآورند ولی الزاماً وجود ندارد» (مطهری، ۱۳۶۴: ۲۹۶).

نیازهای عرفی^{۶۰}

از جمله مبانی‌ای که در فقه عامه به عنوان دلیل بر مشروعیت پذیرفته شده، عبارت است مقاصد شریعت؛ بر این اساس باید گفت معاملات و قراردادها بر حسب نیاز و ضرورت زندگی اجتماعی انسان شکل می‌گیرند و عرف و عقلاء، اصول و مقررات مربوط به آن‌ها را تدوین می‌کند، چراکه برای تشخیص مفاهیم و مصادیق باید به عرف رجوع کرد. همانگونه که شارع مقدس در زمانهای گذشته معامله‌ای را تأسیس نکرده و مردم را به عقد خاصی ملزم نکرده، در آینده نیز بنا ندارد معامله‌ای را تأسیس کند و نیازهای عرفی، بنیاد پیدایش عقود و مقررات آن‌ها را تشکیل می‌دهد و شیوه شارع در عقود جدید مانند عقود سابق است؛ یعنی اگر این عقود نوپیدا جزء اصول ممنوعه شرعی نباشند، دارای اعتبار قانونی خواهند بود. شارع هیچ‌گاه راجع به عقود جدید منع کلی نکرده که مردم نباید عقدی را تأسیس کنند و اگر شارع نظری داشت که مبنی بر منع عقود عرفی باشد از آن نهی می‌نمود (جملای زاده، ۱۳۸۰: ۳۲۲). بازداشت مردم از عقود جدید که فسادی در برنامه‌ریزی و مبانی روش شرعاً مغایرتی نداشته باشند، در واقع نهی مردم از نیازهای جدید در جامعه است، زیرا عقود معمولاً، از ضرورت‌های کلی اجتماعی و اقتصادی نشأت می‌گیرند و بازداشت از ضرورت‌ها و نیازهای کلی جامعه به معنای نادیده انگاشتن حرکت و تمدن جامعه بشری است (همان). و بهزیلی در کتاب فقه اسلامی و ادلته می‌گوید: بر اساس مفاد آیه «اغوا بالعقود» تحریم هرگونه عقود یا شروطی که مردم برای تحقق صالح اجتماعی خود با آن تعامل می‌کنند، بدون دلیل شرعاً بر منع تحریم، امری است که خداوند آن را حرام نکرده و اصل در عقود و شروط اباحه است (زحلی، ۱۴۰۷: ۱۹۹/۴).

سنت

روایاتی که به عنوان مبین و مبانی آزادی قراردادی و مشروعیت قراردادهای نامعین در فقه مطرح شده‌اند، بیشتر روایاتی هستند که محور و مبنای قواعد فقهی و اصولی قرارگرفته‌اند و یا در تفسیر آیات موربد بررسی قرارگرفته‌اند و این قواعد از این روایات اصطلاح و استنباط شده است. بای، مثلاً قواعد فقه، تسلیط و

سیره و عرف عقلا، روش عمومی مردمی در مکالمات، معاملات و زندگی روزمره اجتماعی آن هاست؛ مانند اینکه هر گاه چیزی را ندانند به کارشناس و خبره رجوع می کنند.

۱- گاهی سیره و عرف با محتوای قرآن و روایت مخالف است، مانند مرسوم بودن معاملات ربوی در بعضی مناطق. بدون تردید چنین سیره‌ای مردود و باطل است و مورد قبول اسلام نیست و فقط جا هل به آن اعتنا می‌کند.

- گاهی سیره با دلیل شرعی معارض نیست، در عین حال دلیلی هم بر تأیید آن نیست. اگر چنین سیره‌ای متصل به زمان معصوم باشد و در مرآی و منظر ایشان صورت گرفته باشد و ردعی هم از امام صورت نگرفته باشد برای نسل‌های بعد معتبر خواهد بود، مانند بیع و اجراء معاطاتی؛ چراکه چنین سیره‌ای به دلیل تأیید ضمنی امام معتبر است. به گفته یکی از فقهاء، سیره‌هایی که بعد از انقضای دوران امامت رواج یافته قابل استناد نیست، اگرچه میان مردم شایع باشد؛ مانند قرارداد بیمه، عقد حق امتیاز و بیع سرقفلی که موافقت عرف با این عقود را نمی‌توان دلیل مشروعيت آن‌ها به حساب آورد، بلکه برای مشروعيت آن‌ها باید به سراغ ادلۀ دیگر برویم (سبحانی، ۱۳۸۷: ۱۵۰/۲). برخی از پژوهشگران فقه امامیه می‌فرمایند: اگر بنای عقلا و عرف^{۵۹} نبود هیچ‌یک از امور اجتماعی سامان نمی‌یافتد، بنابراین هیچ نیازی نیست که بگوییم شارع این عرف یا این سیره عقلابی را امضاء و تأیید کرده یا رد و منع نکرده است، مادام که منع شارع ممکن نیست و امضا کردن آن تحصیل حاصل است (مغنية، ۱۹۷۵: ۲۲۲؛ صدر، ۱۴۱۷: ۴۷/۴).

امام خمینی ضمن بحث از بنای عقلا در اجتهاد می‌فرماید: پیامبر و ائمه علیهم السلام به حال و اوضاع آینده آگاهی داشته‌اند و می‌دانستند که در زمان‌های آینده و دوران غیبت کبری در میان جامعه چه روش‌هایی متداول می‌شود و اگر به آن سیره‌ها که در زمان‌های بعد در میان مردم رواج یافته، خشنود نبودند باید در زمان خودشان از آن سیره‌ها منع می‌کردند، ولی چون منع نکردند کاشف از آن است که سیره عقلا در هر عصر و زمان حجت است (امام خمینی، ۱۴۰۱؛ ۲۹۶/۱؛ زلمی، ۲۰۰۲: ۸۳).

روشن است که سیره عقلا بر صحّت قراردادهای جدید که در بستر زمانه پدید می‌آیند جاری است. سیره قطعی مردم اعم از عوام و خواص در اعصار گذشته تاکنون بر این مبنای استوار بوده است که هر معامله‌ای که جنبه عقلایی دارد و با اصول کلی شرع و شرایط عمومی صحت معاملات منافات ندارد، منعقد می‌کنند و آن را صحیح می‌شمارند، در حالی که از سوی شارع نیز منع و ردعی نرسیده است؛ مانند عقد بیمه که به اشکال مختلف در کشورهای مختلف جهان وجود دارد و زندگی امروز بشر بسیار به آن محتاج است و تنها اشکالی که به آن گرفته شده این است که بیمه به بعضی معاملات غیری شاهست دارد و بامس اکم (ص)، از معاملة

۵۹. تعریف عرف این گونه بیان شده: ما اعتناده الناس و الفوه من قول او
فضل تکرر مرة بعد اخرى حتى تمکن اثره من تقویمهم و صارت تتناقله عقولهم
بالقول (محمود مطلوب، ۱۴۲۶: ۹۶؛ زلمنی، ۲۰۰۲: ۷۷؛ شلبي، ۱۴۰۵: ۳۶).
۶۰. دکتر احمد عوض ادریس قید دیگری را به عرف می افزاید و آن عدم
تعارض با کتاب و سنت است (ادریس، ۱۹۹۲: ۸۷).

نیازهای عرفی ایجاب می‌کند که هر معامله‌ای که در هر زمان و مکانی موردنیاز مردم است موربدپذیرش قرار گیرد و اگر نظر شارع منع باشد، درواقع منع از نیازهای عرفی و جدید کرده است که قوام زندگی اجتماعی مبتنی بر آن است. عناوین قراردادهای صحیح منحصر و محدود به عقود معینی نیست و طرفین آزادند، هر نوع قراردادی را به دلخواه خود منعقد کنند و مفاد این تعهد نیز برایشان الزامی است، آثار قراردادها صرفاً متوجه طرفین است و نسبت به اشخاص ثالث منوط به اجازه آن هاست. هم‌زمان با تحوّلات اجتماعی و پیشرفت‌های بشر در عرصه‌های گوناگون، فقه‌ها از نظریهٔ حصری بودن عقود که متناسب با شرایط آن زمانه بود، فاصله گرفتند و با پذیرش نظریهٔ غیر حصری بودن عقود و معاملات، به شرط عدم مخالفت با مبانی شرع مقدس، زمینه را برای رشد و ترقی در عرصهٔ اقتصادی فراهم آورden.

منابع

- قرآن كريم، ترجمة بهاء الدين خرمشاھي، تهران: سازمان چاپ انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

نهج البلاغة.

ابراهيم بك، احمد ابراهيم (١٩٣٤). «العقود و الشروط و الخيارات». مجلة القانون و الاقتصاد (دانشگاه قاهره). سال ٤. شمارة ٢. صص ٦٤١-٧٢٢.

ابن ابراهيم، سليمان (١٤٢٤). التأمين و احكامه. بيروت: دار ابن حزم.

ابن اثير، مبارك بن محمد (بيتا). النهاية في غريب الحديث والاثر. بيروت: المكتبة العلمية.

ابن فارس، احمد (١٤٢٠). معجم مقاييس اللغة (بيجا): دار الجبل.

ابن منظور، محمد بن مكرم (١٤١٤). لسان العرب. چاپ سوم. بيروت: دار صادر.

ابن نجيم حنفي، زين العابدين بن ابراهيم (١٩٦٨). الاشباه و النظائر. قاهره: مؤسسة الحلى و شركاؤه للنشر و التوزيع.

ادريس، احمد عوض (١٩٩٢). الوجيز في اصول الفقه. چاپ دوم. بيروت: دار المكتبة الهلال.

اردبيلي، احمد بن محمد (١٤٢١). زبدة البيان في أحكام القرآن. چاپ دوم. قم: مؤمنين.

---- (١٤٠٣). مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامي (وابسته به جامعة مدرسین حوزة علمیه قم).

امامي، حسن (١٣٢٥). حقوق مدنی. چاپ سوم. تهران: کتاب فروشی اسلامیه.

انصاری، مرتضی (١٤١١). المکاسب. قم: منشورات دار الذخائر.

انصاری، مسعود؛ طاهري، محمد على (١٣٨٤). داشنامه حقوق خصوصی. چاپ اوّل. تهران: محراب فکر.

بحر العلوم، محمد بن محمد تقى (١٤٠٣). بلغة الفقيه. چاپ چهارم. تهران: منشورات مکتبة الصادق.

بنت عبدالله، ليلي (١٤٢٤). «حقيقة بيع الوفاء»: دراسة في

شروط و تبعیت عقد از قصد قواعدی هستند که از روایات عام استفاده شده است و در اینجا به خاطر رعایت اختصار تنها به یک نمونه اکتفا می‌شود: «الناس مسلطون علی اموالهم» این روایت از منظر فقه الحدیثی و سند شناسی حدیثی مرسله است و سلسله روایات آن کامل نیست، اما عمل علمای امامیه اعم از متقدمین و متأخرین باعث جبران ضعف سند این حدیث شده و قاعده تسليط از همین روایت نشأت گرفته است. عمومیت این روایت دلالت می‌کند بر اینکه انسان‌ها بر اموال خود مسلط هستند و لازمه مسلط بودن بر اموال، این است که همه قراردادهای راجع به آن اموال نیز فی الجمله درست باشد (ذاکر صالحی، ۱۴۴: ۱۳۸۸). از این رو برای صحّت و نفوذ معاملات مشکوک از جمله قراردادهای نامعین می‌توان به این روایت تمسّک جست.

بحث و نتیجه‌گیری

فقها اصل آزادی قراردادی را منطبق بر مبانی مستحکمی از آیات و روایات و قواعد فقهی و اصولی پایه‌ریزی نموده‌اند که از مهم‌ترین آن‌ها آیه تجارت عن تراض می‌باشد که بیان می‌کند افراد می‌توانند هرگونه قراردادی را بهشرط اینکه اکل به باطل و مخالف با منع شارع نباشد، میان خود منعقد کنند. اصل آزادی قراردادی که خود از اصل حاکمیت اراده نشأت گرفته و تعدیل یافته آن است در قالب ماده ۱۰ ق. م بر مشروعیت و صحّت قراردادهای نامعین و مستحبّه و عرفی منطبق است و قراردادهای خصوصی افراد را بهصرف تراضی آن‌ها و بهشرط عدم مخالفت با قوانین امره، نظم عمومی و اخلاق حسنی نافذ می‌داند و در کنار آن تشریفات دیگری لحظه نشده است و در کنار محدودیت‌های مذکور، تدلیس، اشتیاه و اکراه نیز از عیوب اراده شمرده می‌شوند. با توجه به گسترش روزافزون معاملات جدید، اصل آزادی قراردادی مبین این مطلب است که اشخاص ملزم و مجبور نیستند که عقود و قراردادهای نوپیدا را بر عقود معین حمل کنند، در قالب آن‌ها جاری سازند و آثار آن‌ها را بر این عقود مترتب کنند، بلکه در این نوع عقود صرف تراضی طرفین فارغ از هرگونه تشریفات دیگری ملاک است. می‌توان گفت آزادی قراردادی قبل از آنکه در حقوق اروپایی مطرح شود در حقوق اسلام مطرح بوده و نمونه باز این مدعماً صحّت قراردادن هرگونه توافقی در چارچوب عقد صلح و شروط ضمن عقد است. شارع مقدس در باب معاملات برخلاف عبادات نظر را بر امضا عقود گذارده و نظر عرف صحیح را پسندیده و مورد تقریر قرار داده و البته حدود شوری را بعد عنوان محدودیت‌های این اصل مشخص کرده است و در جایی که در وجود منع شک شود، اصل بر اباجه و صحّت است. قراردادهای نامعین علاوه بر تأثیرپذیری از مبانی حقوق عرفی و عقلایی، از نظر آموزه‌های اسلامی نیز مشروع تلقی شده و از مهم‌ترین دلالی که فقها و مفسران بر صحّت عقود جدید اقامه کرداند، ادلهٔ قرآنی یعنی عمومات قرآنی است که طرفین معامله را ملزم به ایفای به شرط و التزامات خود می‌کند. سیره عقلایی نیز بر این استوار است که هر معامله‌ای که بین مردم جاری می‌شود، با اصول و مبانی شریعت مقدس اسلام منافات ندارد و از طرف شارع ردعی در مورد آن صورت نگرفته، صحیح است. همچنین

- زلمی، مصطفی ابراهیم (۱۴۰۲). اصول الفقه فی نسیجه الجدید. چاپ دهم. بغداد: شرکة الخنساء للطباعة (جامعة النهرين).
- سبحانی، جعفر (۱۳۸۷). الموجز فی أصول الفقه. چاپ چهاردهم. قم: (بی‌جا).
- سلیمان پور، محمدجواد (۱۳۸۲). «معاملات مالی جدید در اسلام». مجلة اقتصاد اسلامی. شماره ۱۱. صص ۹۶-۷۹.
- سننوری، عبدالرازاق احمد (۱۳۸۲). الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد. ترجمة محمدحسین دانش کیا و سید مهدی دادمرزی. با عنوان (دوره حقوق تعهدات). قم: دانشگاه قم.
- سوار، محمد (۱۹۹۸). التعبیر عن الاراده فی فقه الاسلامی. عمان: دار الثقافة.
- سیوروی حلی، مقداد بن عبد الله (۱۳۸۴). کنز العرفان فی فقه القرآن. ترجمة عبدالرحیم عقیقی بخشایشی. جلد ۲. قم: مکتب نوید اسلام
- شاطبی، ابی اسحاق ابراهیم بن موسی اللخmi الغرناطی المالکی (۲۰۰۶). المواقفات فی اصول الشریعه. قاهره: الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- شلبي، محمد مصطفی (۱۴۰۵). المدخل فی فقه الاسلامی تعربیه و تاریخه و مذاهیه، نظریة الملكية و العقد. چاپ دهم. بیروت: الدار الجامعیة.
- صادقی تهرانی، محمد (۱۳۶۵). الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن. چاپ دوم. قم: (بی‌جا).
- صدر، محمد باقر (۱۴۱۷). بحوث فی علم الأصول. چاپ سوم. قم: (بی‌جا).
- طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۴). المیزان فی تفسیر القرآن. ترجمة محمدباقر موسوی همدانی. چاپ پنجم. قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیہ قم.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). مجمع البيان فی تفسیر القرآن. چاپ سوم. تهران: انتشارات ناصرخسرو.
- عاملی (شهید تانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰). الروضۃ البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (محشی کلانتر). قم: کتاب فروشی داوری.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۲). آیات الاحکام. تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی.
- (۱۳۸۶). قواعد فقه (بخش حقوق خصوصی). تهران: سمت و مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم انسانی.
- فضلی موحدی لنگرانی، محمدجواد (۱۳۸۵). سلسلة درس - هایی از قواعد فقه (قاعدۃ لا حرج، تقریرات) تقریر سید جواد حسینی خواه. قم: مرکز فقهی ائمۃ اطهار (ع).
- فیض کاشانی، محسن (بی‌تا). مفاتیح الشرائع. جلد ۳. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
- فیض، علیرضا (۱۳۸۲). ویژگی های اجتهاد و فقه پویا. تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
- قانون آیین دادرسی مدنی ج. ا. ایران (۱۳۷۹/۱۲۱). قانون مدنی اردن (مصوب ۱۹۷۶ م).
- قانون مدنی افغانستان.
- قانون مدنی الجزایر (مصوب ۱۹۷۵ م).
- الشرعیة و القانون». مجلة الاحمدية. شمارة ۱۴. صص ۱۸۴-۱۰۷.
- حرрошی، سلیمان (۲۰۰۳). نظریة العقد و الخيارات فی الفقه الاسلامی المقارن. لیبی(بنغازی): منشورات جامعه قازیونس.
- جصاص، احمد بن علی (۱۴۱۱). احكام القرآن. بیروت: دار احياء التراث العربي.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). سیستم شناسی در علم حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش.
- (۱۳۷۸). حقوق مدنی. رهن-صلح. چاپ سوم. تهران: انتشارات گنج دانش.
- (۱۳۸۳). مقدمه عمومی علم حقوق. چاپ نهم. تهران: انتشارات گنج دانش.
- جمالی زاده، احمد (۱۳۸۰). بررسی فقهی عقد بیمه. قم: بوستان کتاب.
- حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حائری، سید کاظم (۱۴۲۱). فقه العقود. چاپ دوم. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حائری، مسعود (۱۳۷۰). تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی. تهران: سازمان انتشارات کیهان.
- حلى (محقق حلى)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸). شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. (بی‌جا).
- (۱۴۰۷). المعتبر فی شرح المختصر. قم: مؤسسه سید الشهداء عليه السلام.
- حلى (علامه حلى)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳). قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- حیاتی، علی عباس (۱۳۸۲). «اختیار متعاقدين در تعیین مدت اجاره در حقوق مدنی ایران، مصر، فرانسه، فقه اسلامی».
- پژوهشنامه حقوق اسلامی. شماره ۱۰. صص ۵۶-۵۷.
- خفیف، علی (۲۰۰۸). احكام المعاملات الشرعیة. قاهره: دارالفکرالعربي.
- حکمینی، روح الله (۱۴۱۰). الرسائل، (رسالة الاجتہاد والتقلید). قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- خورسندیان، محمدعلی؛ ذاکری نیا، حانیه (۱۳۸۸). «واکاوی اراده، قصد و رضا در فقه اسلامی و حقوق ایران». مجلة مطالعات فقه و حقوق اسلامی. سال ۱. شماره ۱۰. صص ۹۹-۷۳.
- ذاکر صالحی، غلامرضا (۱۳۸۸). مبانی قراردادهای نامعین در حقوق ایران. چاپ اول. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- دادمرزی، سید مهدی (۱۳۷۹). «مفهوم عقد در حقوق مدنی».
- مجله پژوهش های فلسفی - کلامی. شماره ۴. صص ۷۳-۶۰.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲). المفردات فی غرب القرآن. دمشق - بیروت: دارالعلم - الدار الشامیة.
- زحلی، وهیة (۱۴۰۷). العقود المسماة فی القانون المعاملات المدنیة الاماراتی و القانون المدنی الاردنی. دمشق: دارالفکر.
- (۱۴۲۷). الفقه الاسلامی و ادله. چاپ سوم. تهران: نشر احسان.
- زرقا، مصطفی احمد (۱۹۶۸). المدخل الفقهي العام. چاپ نهم. دمشق: دارالفکر.

- المعروف الحسني، هاشم (١٤٠٧). *تاريخ الفقه الجعفري*. بيروت: دار التعارف للمطبوعات.
- (١٤٠٣). *نظريّة العقد في الفقه الجعفري*. بيروت: منشورات مكتبة هاشم.
- مغنية، محمد جواد (١٩٧٥). *علم أصول الفقه في ثوبه الجديد*. بيروت: (بي جا).
- (١٤٢١). *فقه الإمام الصادق*. جلد ٣. چاپ دوم. قم: مؤسسة انصاريان.
- مكارم شيرازی، ناصر (١٤٢٧). *القواعد الفقهية*. چاپ دوم. قم: مدرسة امام على بن ابي طالب (ع).
- (١٣٧٤). *تفسير نموذج*. تهران: دار الكتب الإسلامية.
- ملكاوي، بشار عدنان (٢٠٠٨). «تقييم تعريف العقد في القانون المدني الأردني». *مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون*. شمارة ٢. صص ٥٠٠-٥٠٩.
- موسوي خویی، سید ابو القاسم (بي تا). *مصباح الفقاہۃ (المکاسب)*. (بي جا).
- موسی، کامل (١٩٩٤). *أحكام المعاملات*. چاپ دوم. بيروت: مؤسسه الرسالة.
- نجفی، محمد حسن (١٤٠٤). *جوهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*. چاپ هفتم. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- ولایی، عیسی (١٣٨٤). *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول*. چاپ چهارم. تهران: نشر نی.
- بزدی، محمد کاظم (١٤٠٩). *العروة الوثقى*. چاپ دوم. بيروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- (١٤١٥). *سؤال و جواب*. تهران: مركز نشر العلوم الإسلامي.
- قانون مدنی بحرین (مصوب ٢٠٠١ م).
- قانون مدنی ج. ١. ایران (مصوب ١٣٠٧/٢/١٨).
- قانون مدنی عراق (مصوب ١٩٥١ م).
- قانون مدنی فرانسه.
- قانون مدنی کویت (مصوب ١٩٨٠ م).
- قانون مدنی مصر (مصوب ١٩٤٨ م).
- قانون معاملات مدنی سودان (١٩٨٤/٢/١٤).
- قرنی، مزهر بن محمد (١٤٢٧). «التعبير عن الارادة في الشريعة الإسلامية». *مجلة الحكمة*. شمارة ٣. صص ٧٨-١٩.
- قمی (میرزا قمی)، ابوالقاسم (١٤٣٠). *القوانين المحكمة في الأصول*. قم: (بي جا).
- قوونی، شیخ قاسم (١٤٢٧). آیس الفقهاء في تعريفات الالفاظ المتداوله بين الفقهاء. ریاض: دار ابن الجوزی.
- کاتوزیان، ناصر (١٣٨١). *مقدمة علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*. چاپ سی و دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کامل، موسی (١٩٩٤). *أحكام المعاملات*. بيروت: مؤسسه الرسالة ناشرون.
- گرجی، ابوالقاسم (١٣٨٣). آیات الاحکام (حقوقی و جزایی).
- چاپ دوم. تهران: نشر میزان.
- مجاهد طباطبایی، محمد بن علی (١٢٩٦). *مفآتیح الأصول*. قم: (بي جا).
- مجلة الاحکام العدلية (قانون مدنی دولت عثمانی).
- محمد مطلوب، عبدالمحیید (١٤٢٦). *أصول الفقه الإسلامي*.
- قاهره: مؤسسه المختار.
- مراغی، میرعبدالفتاح بن علی (١٤١٧). *العنایین الفقهیة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیہ قم.
- مطهّری، مرتضی (١٣٦٤). ربا، بیمه، بانک. تهران: انتشارات صدرا.