

بازخوانی مبانی مشروعیت قراردادهای نامعین با رویکردی تطبیقی در حقوق اسلامی

محمد رسول آهانگران*
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 قراردادهای است که یکی از مباحث مهم حقوق قراردادهای به شمار می‌رود. طبق این اصل، متعاقدین در انتخاب طرف قرارداد خود و همچنین شکل، قالب، میزان و شرایط قرارداد خود آزادند، مگر اینکه قانون، اخلاق حسنه و نظم عمومی، آن را محدود کرده باشد. اگرچه شکل و قالب برخی از عقود و قراردادهای 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 فقها مستندات و دلایل متعددی را از لابه‌لای نصوص و روایات استخراج کرده و به‌عنوان مبانی آزادی قراردادی معرفی کرده‌اند.

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

مقدمه

عقود و قراردادهای نقش کلیدی و محوری در پیشبرد اهداف زندگی اجتماعی بشر ایفا می‌کنند و با پیشرفت جوامع، همه‌روزه جلوه‌های تازه‌ای از معاملات پدید می‌آید که در گذشته معمول نبوده است؛ مشروعیت این‌گونه معاملات باید بر مبنای عقلایی استوار باشد تا به‌خوبی بتوانند از پس کارکرد تعریف‌شده خود برآیند. در این میان مکاتب حقوقی پیشرو، با التفات به این قراردادهای جدید و با گنجانیدن این نوع قراردادهای 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 مبنای تعالیم قرآن و سنت به این نظریه اشاره کرده و با قرار دادن عنصر رضا، به‌عنوان 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 شروط مقارن با عقد است به‌گونه‌ای که حاکمیت اراده را با نظریه شروط، غیرقابل انفکاک قرار می‌دهد (زرقا، ۱۹۶۸: ۴۶۲/۱).

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 انشایی طرفین که نسبت به بایع ایجابی و نسبت به مشتری به‌صورت قبول تبلور می‌یابد، علت اصلی تحقق عقد است و آثار حقوقی ناشی از عقد نیز اصولاً مبتنی بر اراده طرفین و خواست آن‌ها است (زحیلی، ۱۴۰۷: ۱۹؛ جروسی، ۲۰۰۳: ۳۸).

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: اراده در لغت به معنای خواستن و قصد کردن آمده

۱. (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) آیه ۲۹ سوره نساء و (فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ

عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوْهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا) آیه ۴ سوره نساء.

۲. (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...) سوره مائده آیه ۱، امروزه در حقوق وضعی جدید در کشورهای اسلامی این آیه از مهمترین مستندات آزادی قراردادی شناخته می‌شود.

3. Will - Volonte.

است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۷۱/۱) و در اعمال حقوقی نقش اساسی ایفا می‌کند و اصدا هر عملی از جانب انسان خواه مادی یا حقوقی با اراده او صورت می‌پذیرد و در ورای هر فعل ارادی، قصدی 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 مورد بررسی قرار می‌گیرد، ولی در حقوق عبارت از ملکه خواست شخص و شرط صحت 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 تصمیم وجدانی 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: ۱۵۴/۱؛ سوار، ۱۹۹۸: ۳۲). اراده با مظاهر خود یعنی اراده باطنی و ظاهری از مبانی اعتبار قرارداد شمرده می‌شود و قانون منشأ حاکمیت و تحدید 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^۲ و قصد انشا مرتبط است. تعبیر از اراده به اشکال مختلفی از قبیل لفظ، فعل یا تعاطی، اشاره^۳، کتابت یا نوشته و در برخی موارد سکوت ملابس^۴ و احیاناً سایر موارد صورت می‌پذیرد.^۵

عقد^۶: 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 واژه‌پژوهان، فقها و حقوق‌دانان صورت گرفته و رسیدن به تعریفی جامع افراد و مانع اغیار در این باره مشکل می‌نماید (دادمرزی، ۱۳۷۹: ۶۵). مفهوم عقد در نزد اهالی لغت بر محور ربط و التزام، 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 لسان العرب این‌گونه معنا شده است: جمع کردن اطراف دو چیز به‌گونه‌ای که انفصال و جدایی میان آن

4. Consent.

۵. تعبیر از اراده به وسیله اشاره دلالت می‌کند بر صدور تراضی از جانب شخص لال از طریق اشاره مفهمه یا شخصی که گویا است ولی ایجاب و قبول را به کار نمی‌برد (مضمون ماده ۱۹۲ ق. م.). در فقه امامیه در حالتی که شخص قادر به سخن گفتن باشد اشاره مورد قبول نیست اگرچه می‌تواند مفید معاطات باشد. در حقوق اسلامی قاعده‌ای وضع گردیده که شیوه تعبیر از اراده توسط شخص لال را بیان می‌کند «اشارات المعهودة للأخرس کالیان باللسان» (ماده ۷۰ المجلة الاحکام العدلیه). برای مطالعه 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 circonstan- cié).

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: ۸۲ - ۷۲).

8. Contract.

9. Obligation.

انتقال آن را شامل می‌شود (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۱۴). همین 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 ثمره عملی، اهمیت چندانی ندارد، با وجود این، اکثر فقها و حقوق‌دانان عقد و قرارداد را مترادف یکدیگر به کار می‌برند،^{۱۵} 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 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^{۱۶} هستند (شلبی، ۱۴۰۵: ۵۶۱).

قرارداد نامعین یا بی نام

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 (سنهوری، ۱۳۸۲: ۶۹/۱)؛ چراکه قانونگذار قادر نیست به هر عقدی که متعاقبین بر حسب تراضی و بر مبنای آزادی قراردادی میان خود منعقد کنند احاطه علمی پیدا کند. در حقوق اسلام از واژه‌هایی چون عقود مبتکره، عقود مستحدثه، عقود مستقل عرفی، عقود غیر معهود در زمان شارع و عقود مخترعه برای معرفی قراردادهای نامعین^{۱۷} 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 یا 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- مسابقات ورزشی، عقد میان مدیر تئاتر با بازیگران یا

۱۵. 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 ۹۴ ق. م. و ماده ۱۳ آ. د. م. نیز عقد و قرارداد به یک معنی استعمال گردیده‌اند.

16. Contracts nomes.

17. Indefinite contracts - Contracts innomes.

دو سخت باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۹۶/۳). به نظر اکثر فقها مجموع ایجاب و قبول^{۱۸} و ارتباط آن دو به نحوی 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^{۱۹} (مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۱/۳؛ شلبی، ۱۴۰۵: ۴۱۵؛ ابراهیم بک، ۱۹۳۴: ۶۴۴). علامه طبرسی (ره) در تفسیر شریف مجمع‌البیان ضمن بررسی اقوال مختلف، راجع به معنای عقود فرموده است: «العقود جمع عقد به معنی معقود و هو أوكد العهود و الفرق بین العقد و العهد أن العقد فیہ معنی الاستیثاق و الشد و لا یكون إلا بین متعاقدين و العهد قد ینفرد به الواحد فكل عهد عقد و لا یكون كل عقد عهداً و أصله عقد الشیء به غیره و هو وصله به كما یعقد الحبل» (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 مخترعه با وضع تعیینی وضع نکرده، زیرا عقود و موارد آن‌ها برحسب ضرورت و مصالح متنوع زندگی جمعی انسان‌ها پدید آمده‌اند و شارع آن‌ها را امضا، اصلاح و یا رد کرده است؛ یعنی پیمان‌هایی عرفی که با اهداف و مبانی و اصول شریعت مبیانت و تضاد نداشته‌اند را تأیید کرده است و تأیید شریعت مبنای مشروعیت^{۲۰} 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 شعاری، نکاح اخیان، بیع و معامله ربوی و غرری نهی کرده است. در نتیجه هم تعریف عقد را باید از عرف گرفت و هم تشخیص مصادیق آن با عرف است مگر در مواردی که شارع مقدس در آن دخالتی نموده باشد (جمالی زاده، ۱۳۸۰: ۱۷۵؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۶/۳).

قرارداد: توافق دو اراده یا بیشتر بر انشاء التزام یا انتقال التزام یا تعدیل یا فسخ آن است،^{۲۱} اما عقد فقط انشاء التزام و

10. Offer and acceptance.

۱۱. 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 الايجاب بالقبول علی احداث اثر برتبه القانون.

۱۲. «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 گره 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 عهدهی عقد نیست. همانطوری که اشاره شد، اصل عقد، بستن است. مثل بستن ریسمان».

13. Legality.

۱۴. انشاء التزام مانند بیع و اجاره، نقل التزام مانند حواله و دین، تعدیل التزام مثل توافق بر مدت زمان وفای به التزام یا تعلیق آن بر شرط و بالاخره مثال انقضا و فسخ التزام، ابراء دین یا فسخ اجاره قبل از پایان موعد آن است.

محدودیت‌ها، قیود و استثنائات وارده بر اصل حاکمیت اراده

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی به‌طور مطلق بر روابط اشخاص در معاملات، حاکم نیست، بلکه همواره قیودی به این اصل وارد می‌شود و به‌مرور زمان هرچه بیشتر دامنهٔ 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 حسنه 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 حسنه 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. 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 جامعهٔ دیگر نیز متفاوت است. نظم عمومی مفهومی نسبی است و چیزی ممکن است در یک‌زمان از مصادیق مخالفت بانظم 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 چهرهٔ جدیدی نیز پیدا کرده، برای مثال می‌توان مسائلی را که راجع به بهداشت و نظام سلامت جامعه است را جزء این مصادیق برشمرد. اگرچه اصطلاح نظم عمومی،^{۲۰} مولود عقود انقلابی فرانسه می‌باشد، اما روح آن در قدیم وجود داشته است.^{۲۱} در حقوق رم هیچ تعریفی از نظم عمومی نشده، اما از قرن دوم قبل از میلاد که افکار قضایی رومیان رو به تکامل گذاشت، به‌تدریج این اصطلاح پا به عرصه گذاشت و اخلاق حسنه در حقوق رم پدیدار گشت و اروپاییان آن را از رومیان به ارث بردند. این اصطلاح در حقوق اسلام بیشتر با نام مصالح عامه به‌کار 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 جنبهٔ 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 ممنوع می‌باشد. در اینکه آیا نظم عمومی قابل تعریف است یا نه میان حقوق‌دانان اختلاف پدید آمده است و مخالفین تعریف آن

تماشاگران، توافق دانشکده پزشکی مبنی بر اختیار قراردادن بیمارستان برای آموزش پزشکی 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 (سنه‌وری، ۱۳۸۲: ۷۵).

۳- عقد نشر که بین مؤلف و ناشر بسته می‌شود و مؤلف امتیاز نشر اثر خود را به مؤسسهٔ انتشاراتی واگذار می‌کند و در مقابل درصدی از سود حاصل از فروش را از آن خود می‌کند، اقامت در هتل، عقد استصناع 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^{۱۸} و مانند عقد تحکیر^{۱۹} که اجارهٔ وقف برای مدت طولانی است (شلیبی، ۱۴۰۵: ۵۶۰ - ۵۶۳).

لازم به ذکر است که قرارداد به لحاظ بی‌نام یا با نام بودن، بر طبق منطقهٔ جغرافیایی یک سرزمین نسبی است و ممکن است یک قرارداد در یک 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 دههٔ ۱۳۴۰ در ایران مورد بحث و جدال در میان فقها 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 ارادهٔ طرفین (ذاکرسالحی، ۱۳۸۸: ۳۹؛ شلیبی، ۱۴۰۵: ۵۶۱). دکتر سنه‌وری در این زمینه می‌گوید: «در قوانین قدیم احکام عقود مانند بیمه وجود نداشت اما در قوانین جدید وارد شده که باید احکام آن‌ها مدوّن شود و در ذیل قراردادهای معین قرار گیرد» (سنه‌وری، ۱۳۸۲: ۱۵۵).

۱۸. برای آگاهی از حقیقت بیع الوفا که شبیه به بیع شرط یا بیع خیار در فقه امامیه است و معمولاً در ضمن خیار شرط از آن بحث می‌شود، ر.ک: (بنیت عبدالله سعید، ۱۴۲۴: ۱۸۴-۱۰۷؛ مادهٔ ۱۳۳۳ ق.م.عراق؛ مادهٔ ۱۱۸ المجلة الاحکام العدلیة؛ قانون مدنی ج.۱؛ در مواد ۴۵۸ و ۴۵۹ و ۴۶۰) و موادی دیگر در ادامه، به احکام بیع شرط اشاره کرده است.

۱۹. در مادهٔ 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 اراضی‌ای که از حالت استفاده و بهره‌برداری خارج شده‌اند و احتیاج به عمران و آبادانی دارند به کار برده می‌شود. صاحب زمین، زمین بایر خود را به مستأجر می‌دهد تا بعد از آبادانی آن برای مدتی از آن بهره‌مند 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: ۶۷-۵۶).

20. Public order - Public policy.

۲۱. مادهٔ ۶ ق.م. فرانسه می‌گوید: با قراردادهای خصوصی نمی‌توان قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه را نقض نمود.

برای تنظیم زندگانی جامعه و وصول به مقاصد اجتماعی با حقوق همکاری می‌نماید (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۱۱۹). در نتیجه، عقد منشأ اثر و مقتضی است اگر مخالف قانون و اخلاق حسنه نباشد (ولایی، ۱۳۸۴: ۳۰۸). قرارداد تا جایی که به نظم عمومی و اخلاق حسنه زیان نرساند نافذ است.

نظریه غیر حصری بودن عناوین عقود و معاملات

در همه سیستم‌های حقوقی قدیمی قبل از اسلام، فکر عقود توقیفی وجود داشت و علت آن به احتمال قوی نظام دادن به روابط عقود و معاملات بود. فکر عقود توقیفی 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 پایه عقود توقیفی اداره کرد. سرانجام مخالفان نظریه توقیفی بودن به مبارزه پرداختند و مستندات اصل اباحه را به اصل آزادی اراده پیوند زدند. در مورد معاملات، نظریه توقیف 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 ماهیات معاملات است چراکه اگر نظری داشت بیان می‌کرد، به‌ویژه در مسائلی که مورد نیاز همگانی یا به اصطلاح 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: ۲۳-۱۶). البته این حرف مخالف نظر شاطبی در الموافقات است که می‌گوید عادات و معاملات نیز به‌طور کلی از تعبد بی‌بهره نیستند (شاطبی، ۲۰۰۶: ۲۶۴/۲). در مورد پذیرش اصل آزادی قراردادهای میان فقها اختلاف نظر وجود دارد، چراکه اکثر فقها عقود صحیح را منحصر در عقود شناخته‌شده و معهود در زمان شارع می‌دانستند (جمالی زاده، ۱۳۸۰: ۱۶۹؛ مطهری، ۱۳۶۴: ۲۹۲)؛ به عبارت دیگر نظریه حصری بودن یا توقیفی 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 سرقفلی وجود دارد و این عرصه میدان تاخت‌وتاز نظریات مختلف میان فقها، اصولیون، حقوق دانان و دیگر صاحب‌نظران اقتصادی گشته است. ولی فقهای متأخر و برخی مفسران، با درک واقعیات جامعه و پیشرفت‌ها و ضرورت‌های موجود، کلیه معاملات عقلایی را که توسط شارع منعی از آن نرسیده، لازم الوفا دانسته‌اند.

مثلاً ملامحسن فیض در مورد سه قسم شرکت باطل از دیدگاه مشهور فقها می‌گوید چون هیچ دلیل محکمی بر بطلان این شرکت‌ها نیست، در صورت تراضی و تسالم طرفین، شرکت‌های وجوه، مفاوضه و اعمال جایز هستند «و لم نجد نصاً فی هذه الاحکام، و ما استدلوا به علی المنع لا یخلو من ضعف، و لا مانع من الصحة مع التراضی و التشارک و التصالح». (فیض کاشانی، بی‌تا: ۸۲/۳؛ فیض، ۱۳۸۲: ۵۸۰-۵۸۳). محقق اردبیلی هم ضمن بررسی محققانه این اقسام، عقیده‌ای نزدیک به نظر ملا محسن

می‌گویند که هر مسئله را باید در مورد زمان خودش و با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر آن روش، روشن ساخت. موافقان تعریف نیز نظریه واحدی ارائه نکرده‌اند، اما می‌توان گفت نظم عمومی نظمی است که در اجتماع به حسب اقتضای طبیعت زندگانی جمعی وجود دارد و تعریف جامع‌تری در این زمینه وجود دارد که منجینی^{۲۲} ارائه داده است: در هر کشوری نظم عمومی شامل احترام به اصول عالیته اخلاق انسانی و اجتماعی به همان نحوی است که در آن کشور جاری شده است. نظم عمومی در ماده ۶ کد ناپلئون^{۲۳} آمده و از آنجا در قانون مدنی ایران در قالب مواد ۹۵۷^{۲۵} و ماده ۶ آیین دادرسی مدنی وارد شده است. در تعریف نظم عمومی جملات مختلفی گفته‌اند، ولی در همه تعاریف نظم عمومی، منافع جامعه لحاظ شده است. دولت در انجام وظیفه 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 حسنه

اگرچه اخلاقیات قراردادهای و تعهدات^{۲۴} مانند سایر مفاهیم اخلاقی، بیشتر اموری فطری و مشترک هستند، اما برخی از مصادیق آن، تحت تأثیر نظریه مطلق یا نسبی بودن اخلاق ممکن است در جوامع مختلف دچار تغییرات اساسی گردد. حقوق دانان به واسطه ارتباط تنگاتنگ مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه، گاهی اخلاق حسنه را مفهومی مستقل و زمانی جزء نظم عمومی به شمار آورده بودند. در تعریف این مفهوم نیز اختلاف نظر وجود دارد. شاید بتوان گفت اخلاق حسنه یک مفهوم طبیعی است، چون قواعد اخلاقی ذاتاً و طبیعتاً وجود دارد و انسان به مقتضای طبیعت، اصول طبیعی مانند حسن نیت،^{۲۸} تربیت فرزند، احترام به مذهب و عدالت را رعایت می‌کند، همان گونه که یونانیان بر این باور بودند، بنابراین اخلاق حسنه عبارت است از دسته‌ای از اعتقادات عمومی که بیرون از قلمرو حقوق، اعم از قانون یا عرف و عادت و هم در خارج نفسانیات محض وجود دارند و در عین حال

22. Mancini.

23. Art 6: One ne peut deroguer, par das conventations particulies aux lios qui interessent l order public et less-bonnes maurs.

24. The code of Napoleon.

۲۵. محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی حسوب می‌شود به‌موقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

۲۶. عقود و قراردادهایی که محل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل اثر نیست. قانون مدنی افغانستان که متأثر از فقه حنفی است در قالب مواد ۳۵ و ۵۹۰ به این مطلب اشاره می‌کند. ماده ۱۱۳۳ ق. م. فرانسه مقرر می‌دارد: علت غیر مشروع است زمانی که به وسیله قانون ممنوع باشد و برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد.

27. Moralisation of contracts.

28. Bona fide.

فیض دارد و معتقد است اگر اجماع بر صحت این شرکت‌ها ثابت نشود جای تأمل وجود دارد.^{۲۹} (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۰/۱۹۳).

بررسی منابع و متون فقه مذاهب خمس ثابت می‌کند که پیشینیان برای الفاظ در ایجاب و قبول ارزش بسیار قائل بوده‌اند،^{۳۰} تا آنجا که هر وقت واژه عقد را به زبان می‌آوردند، لفظی بودن ایجاب و قبول لازمه عقود بود.^{۳۱} از این رو عقود را توقیفی 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 مخترعه می‌نامیدند. این عقود مخترعه 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 توقیفی شناخته‌اند و در خارج از عقود تاریخی که صلح نیز جزو آن است هرگونه مراضات را عقود مخترعه نامیده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۲۱۶). روابط و معاملات مردم در عصر تشريع 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 حسنه و نظم عمومی نباشد به عنوان مصادیقی از عقود است که شارع آن‌ها را در کتاب و سنت امضا کرده است و با توجه به مضمون آیه شریفه «أوفوا بالعقود» التزام به این گونه معاهدات الزامی است و بعد از فرض این موضوع که شارع انواع معاملاتی را به نام عقد و بیع اختراع نکرده - آن گونه 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 می‌نامند مشمول ادله عامی است که مورد امضای شارع قرار گرفته و میان مردم در معاملات خود جاری است و عدم نهي از آن کفایت می‌کند، خواه در زمان شارع وجود داشته باشد یا نباشد.^{۳۲}

۲۹. «ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان فهو، والآ فلا مانع، فإنه يرجع إلى الوكالة في بعض الأمور و تملك مال في البيض الآخر و بذل نفس و عمل في مقابلة عوض، و لا مانع منه في العقل و الشرع، و لهذا جوز بعض أقسامها بعض العامة، و نقل أن مذهب الشافعي كمنهذب الأصحاب ثم قال: و شركة المفاوضة عندنا باطلة، و ليس لها أصل، و به قال الشافعي و مالك، ثم قال: و شركة الوجوه عندنا باطلة، و به قال الشافعي و مالك و البحث فيهما مثل ما تقدم، فتأمل».

۳۰. صاحب جواهر انشای عقود به وسیله ایجاب و قبول لفظی را از ضروریات می‌شمرد. چنین اظهار نظرهایی از برخی فقها و اصرار بیش از حد برخی از ایشان بر شکل گرایی (Formality) و لفظ گرایی، باعث گشته تا سنهوری در مصادر الحق فی فقه الاسلامی و استاد وحیدالدین سوار در التعبير عن الارادة فی الفقه الاسلامی به فقهای امامیه چنین نسبت دهند که آن‌ها از اولین 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، رک: (معروف الحسنی، ۱۴۰۳: ۱۵۳ و ۱۹۳-۱۸۶).

۳۱. احتمال دارد در دورانی که دفاتر اسناد رسمی وجود نداشت برای عقود که بیشتر مورد نیاز عمومی بود جهت استوار ساختن عقود و جلوگیری از تزلزل آن‌ها، صیغ العقود را ساخته باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۴۲/۲).

۳۲. علامه مغنیه در جای دیگری می‌فرماید: إن الشارع اخترع و ابتكر معانی جديدة خاصة في العبادات، و ان ألفاظها تعم و تشمل الصحيح و غيره عند طائفة من العلماء، و على قولهم جاز التمسك بالاطلاق، و تقدم التفصيل.

(معروف الحسنی، ۱۴۰۳: ۱۳۳-۱۳۵؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۱۶/۳). اگرچه اصطلاح آزادی قراردادی به‌طور وضوح و با این عنوان خاص که در حقوق وضعی دیده می‌شود، در میان منابع اسلامی مشاهده نمی‌شود، اما زمینه و مبانی این فکر تحت عناوین دیگری در حقوق اسلام موجود بوده است و فقها و حقوق‌دانان مذاهب مختلف اسلامی با استدلال‌های فنی و دقیق، این مبانی را از لابلای 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 تلفیق شده است.

شواهد و مستندات قرآنی (عمومات کتاب)

حقوق‌دانان اسلامی به‌ویژه در قرون اخیر با استمداد از آیات قرآن کریم که راجع به فقه معاملات است، شواهدی از آزادی قراردادهای ارائه نموده‌اند، آیات مربوط به ایفای 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 ایفای 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 «أوفوا بالعقود» است.

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

«كبرمقنتا عنداللهان تقولوا ما لا تفعلون» (قرآن کریم، صف: ۳).

«يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» (قرآن کریم، مائده: 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 (القونوی، ۱۴۲۷: ۱۹۸). آنچه در عقد معتبر است ربط اعتباری^{۳۳} 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: ۱۹۷۵: ۴۰).

أما المعاملات فلا جديد للشارع فيها، بل هي باقية على معانيها القديمة، و الشارع أمضى و أقر الناس في معاملاتهم مع بعض التقليم و التطعيم، و معنى هذا إن كل ما هو سبب عند العرف للملك أو الإسقاط أو الالتزام و نحو ذلك فهو أيضا سبب عند الشارع إلا ما خرج بالدليل كبيع الملامسة و المناهضة. و من الأدلة عليان الشارع أمضى الأسباب العرفية قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - ۱ المائدة» أي عملوا به موجب كل ما يراه الناس عقداً، و التزموا بآثاره (مغنیه، ۱۹۷۵: ۴۰).

۳۳. «التحقيق: أن العقد في أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عبارة عن الربط الاعتباري الحاصل من التبادل الاعترافي، فكأنه عقدة حاصلة من الإنشاء، كما يشهد به قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ».

نیست مگر اینکه موافق اراده باطنی باشد (شلبی، ۱۴۰۵: ۴۱۶). مفاد اجمالی آیه «یا ایها الذین آمنوا آمنوا بالعقود» به این شرح است که این آیه، از آیات مدنی قرآن است و یکی از ویژگی‌های آیات مدنی اختصار و پرمعنا بودن آن‌ها است و طبق قول مشهور آیاتی که با «یا ایها الذین آمنوا» آمده‌اند، مدنی و آیاتی که با «یا ایها الناس» آمده‌اند مکی‌اند. 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 می‌بندند و شایسته آن است که عقد را بر عموم حمل نماییم چون لفظ عام است و مخصصی هم ثابت نشده است (سیوری حلی، ۱۳۸۴: ۵۵۴/۲). وفاق 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، ۱۴۲۱: ۵۸۴؛ صادقی تهرانی، ۱۳۶۵: ۱۳/۸). اوفوا از وفاق، 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 یک چیز محکم است. به همین جهت گره زدن دو طرف طناب را عقد می‌گویند. پس از این معنی حسی، مانند گره زدن طناب، به مفهوم معنوی، مانند عقود فقهی، انتقال یافته و به هرگونه عهد و پیمان، عهد گفته می‌شود. حتی همان‌طور که جمعی از محققان عقیده دارند، انواع شرکت‌ها و معاملات و قراردادهایی که در عصر ما وجود دارد ولی در سابق وجود نداشته و یا بعداً در میان عقلا به وجود آمده و بر طبق موازین صحیح عقود قرار دارد مشمول این آیه می‌شوند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۲۴۴/۴). علامه طباطبایی در تفسیر المیزان می‌فرماید: «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: ۲۵۷/۵).

ایشان ضمن ردّ وجوه 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، می‌فرماید: «اسلام توجه 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 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 معصوم (ع) مانند عقد بیمه و مثل آن بدین جهت که شامل شرایط شرعی و عقلی می‌شوند، عموم العقود

(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 برمی‌گیرد.^{۳۳}

وفاق: برای وفا معانی مختلفی ذکر شده که همه آن معانی به‌نوعی به عمل، اجرا کردن، ملتزم بودن و استمرار دادن به مفاد قرارداد برمی‌گردد؛ بنابراین آیه «یا ایها الذین آمنوا آمنوا 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 صحت 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؛^{۳۵} 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 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 (مغنیه، ۱۴۲۱: ۳/۲۵). عقد در المجلة الاحکام العدلیة این‌گونه تعریف شده است: «ارتباط ایجاب به قبول علی وجه مشروع یشبث 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: ۱۷۵-۱۸۷). در ماده ۷۹ ق.م.مصر سعی گردیده بین تعریف فقهی و حقوقی عقد جمع صورت گیرد. «یتم العقد به مجرد أن یتبادل طرفان التبعیر عن ارادتين متطابقتين».

تعریف فقها از این جهت که اراده را امری نفسانی می‌داند و باید به وسیله‌ای از قبیل لفظ، اشاره^{۳۸} یا فعل اظهار گردد از تعریف حقوقی متقن‌تر است، پس توافق دو اراده بدون صدور مظهري در خارج سبب انعقاد عقد نمی‌گردد. سرّ این اختلاف نظر در این است که منشأ این تعریف از دیدگاه حقوق دانان، قانون مدنی فرانسه می‌باشد که برخلاف قانون مدنی آلمان اساس انشاء عقود را اراده باطنی^{۳۹} می‌داند و برای اراده ظاهری^{۴۰} اعتبار چندانی قائل

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

۳۵. 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، هبات، سبق و رمایه، وصایا و نکاح را در زمره عقود قراردادها است.

۳۶. (فی العقود) جمع عقد وهو لغة ضد الحل، وشرعاً قول من المتعاقدين، أو قول من أحدهما وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود عليه.

۳۷. «و فی اشتراط وقوع قبوله لفظياً، أو جوازه بالفعل أيضاً قولان؟ لا یخلو تائهما من قوة» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۱۲/۴).

۳۸. ماده ۱۹۲ ق.م.ج.ا.ا. مقرر داشته است: در مواردی که برای طرفین یا یکی از آن‌ها تلفظ ممکن نباشد، اشاره‌ای که مبین قصد و رضا باشد کافی است.

39. La volonté interne.

40. La volonté déclarée.

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 صحت و فساد آن شک داشته باشیم حکم به صحت آن می‌شود، زیرا مشمول عموم آیه قرار می‌گیرد» (مراغی، ۱۴۱۷: ۱۳/۲).

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 لطمه‌ای 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 «أفوا بالعقود» 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^{۴۴} عبارت «العقد شریعة المتعاقدين»^{۴۵} به‌عنوان یکی از نتایجی که بر آزادی قراردادی مترفع می‌شود، مورد پذیرش قرار گرفته 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 به‌عنوان یکی از مبادی اولیه ملزم بودن و احترام گذاشتن به مفاد عقد در تمامی قوانین به کار گرفته است. این عبارت در اثر ترجمه متون قوانین اروپایی به زبان عربی، وارد متون قانون مدنی این کشورها شده و به‌عنوان 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 حسنه 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 «أفوا بالعقود» از مهم‌ترین آن‌ها است که متعاقدين را به الزام به مفاد قراردادهای خود تشویق و ملزم می‌نماید (معروف الحسني، ۱۴۰۳: ۳۵۹-۳۶۱؛ ملک‌اوی، ۲۰۰۸: ۵۰۱/۳۵).

آیات تراضی

نظر بیشتر فقهای مذاهب مختلف اسلامی بر این مبنا استوار است

۴۴. ماده ۱۴۷ قانون مدنی مصر بیان می‌دارد: «العقد شریعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا به اتفاق الطرفين أو لاسباب التي يقررها القانون». به این معنا که آنچه متعاقدين بر طبق آن توافق می‌کنند هنگامی صحیح است که مخالف نظم عمومی و اخلاق حسسته 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.

45. Le contract est la loi des contractans.

بر آن‌ها صدق می‌کند، داخل در این ضابطه هستند و اینکه این عقد غرری و مشتمل بر جهالت است - به دلیل جهالت مدّت و حوادث و ضررهای 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: ۱۸؛ حائری، ۱۴۲۱: ۲۰۷).^{۴۱}

میرزای نائینی می‌فرماید: عموم «أفوا بالعقود» 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 معهود در زمان شارع. برای صحت معاملات نیازی به نص و دلیل خاص نداریم بلکه عدم ثابت شدن نهی کفایت می‌کند و معاوضاتی از قبیل معاطات 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 متعاملین واجب است.

مرحوم صاحب عروه (ره) همین معنا را در عروة الوثقی این گونه بیان می‌فرماید:^{۴۲} «انحصار 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 صحت آن وجود داشته باشد» (یزدی، ۱۴۰۹: ۷۱۱/۲).^{۴۳} مرحوم میرفتاح مراغی، مانند سایر استدلال‌های متقن و پویا، ضمن بیان اقوال مختلف از فقها 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 به‌حق از عهده مطلب برمی‌آید. هر دانش‌پژوهی که به دنبال شناخت راز و رمز مبحث معاملات جدید است لازم است این مطالب را به دقت مد نظر قرار دهد: «در مورد اینکه منظور از عقود، عقود است که در زمان جاهلیت وجود داشته قرینه‌ای وجود ندارد که مؤید این مطلب 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 مخصص 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

۴۱. أن العقود المشروعة ليست منحصرة في العقود المسماة في النصوص أو في كتبنا الفقهية القديمة، بل كل عقد جديد استحدث في زمان متأخر كعقود التأمين أو السرقليّة أو يستحدث في المستقبل ما دام لا يعارض الشرائط العامة ولم يرد دليل على خلافه، نحكم بصحته وذلك تمسكاً بجملة من الإطلاقات الماضية كـ ﴿أفوا بالعقود﴾ و آية ﴿أخذن منكم ميثاقاً غليظاً﴾، وكذلك آية ﴿تجارة عن تراض﴾ إن كان العقد الجديد تجارة وكذلك قوله «المؤمنون عند شروطهم». نعم، لو كان الشك في مشروعية المتعلق لم يتم التمسك بهذه الإطلاقات، إنما لأن هذه الإطلاقات حيثية أي أنها إنما تبين احترام العقد من حيث أنه عقد أو لأنها أحكام ثانوية في إطار الأحكام الأولية (همان: ۲۷۱-۲۷۳).

۴۲. «الظاهر صحته للمعلومات إذ هو نوع من المعاملات العقلانية ولا تسلم انحصارها في المعهودات ولا حاجة إلى الدليل الخاص لمشروعيتها بل كل معاملة عقلانية صحيحة إلا ما خرج بالدليل الخاص كما هو مقتضى العمومات».

۴۳. «مسألة: إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما».

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 می‌گردند و به راین ادعا به آیات دال بر تراضی و روایت «انما البيع عن تراض» و اجماع و عرف استدلال کرده‌اند (قرنی، ۱۴۲۷: ۲۸؛ موسی کامل، ۱۹۹۴: ۷۲).

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،^{۴۶} بدون اینکه به شکل و تشریفات خاصی نیاز داشته باشد مگر در مورد عقد نکاح.

«فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنِ نَفْسٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا» (قرآن کریم، نساء: ۴).

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

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (قرآن کریم، نساء: ۲۹).

نحوه دلالت این آیه بدین نحو است که می‌فرماید: بعضی از شما در اموال بعض دیگر به وجوه غیرشرعی که بیان شده مانند ربا، قمار و غصب، تصرف نکنند، بلکه تصرف باید به نحو شرعی باشد، یعنی اینکه به رضایت طرفین معامله باشد. از تصرف باطل نهی شده ولی تصرف به وسیله تجارت از روی تراضی نهی نشده است (حائری، ۱۴۲۱: ۲۲۷-۲۳۶؛ قرنی، ۱۴۲۷: 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 این شرط تجارت از حوزه مباح بودن خارج می‌شود.

تراضی طرفین در تمام عقود شرط است، چون به اجماع فقها تفاوتی بین عقود از این نظر نیست (همان). اصل رضایی بودن عقود یا مشروعیت عقود رضایی^{۴۷} در این آیه به صراحت بیان شده، بنابراین می‌توان معاطات را مثال زد که در تحقق آن

به جز رضای طرفین تشریفات دیگری نیاز نیست و شرع و قانون به دلیل عرف بر صحت آن تأکید می‌کنند (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۱۴۹؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۱۰۱/۲؛ زلمی، ۲۰۰۲: ۹۰). بسیاری از فقها از جمله علامه حلی (ره) در قواعد الاحکام در تعریف بیع عنصر تراضی را به کار برده‌اند (حلی، ۱۴۱۳: ۱۶/۲). از آنجاکه قاعده 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 صریح 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» معاملات است که در آن‌ها تبادل و تصرف در اموال یکدیگر صورت می‌گیرد و منظور طرفین قرارداد می‌باشد. قید «عن» در «عن تجارة» نشوینده 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^{۴۸} تعبیر می‌شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۷۸). به تعبیر دکتر امامی قاعده مزبور در این آیه به بیانی رساتر به صورت یک دستور حقوقی بیان شده و از نظر تحلیل حقوقی کامل‌ترین طرزى که ممکن بود از لحاظ جنبه مثبت و منفی این قاعده، بیان گردد به صورت موجز در آیه مطرح گردیده است (امامی، ۱۳۵۲: ۴۱۹/۱).

سنهوری 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 (سنهوری، ۱۳۸۲: ۲۹۵/۲-۲۸۸). به گفته یکی از نویسندگان حتی اگر دلیلی هم بر حصر وجود نداشته باشد، می‌توان کلیه قراردادهای عرفی را که ناشی از توافق طرفین است حمل بر صحت کرد، زیرا وقتی «تجارة عن تراض» از مصادیق اکل مال به باطل نباشد، معاملات عقلایی و عرفی که مصادیق تجارت و همراه با تراضی است اکل مال به باطل نخواهد بود (حائری، ۱۴۲۱: ۱۶۰). اینکه شارع مقدس باطل را در مقابل تراضی به کار برده 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 صحت عموم معاملات است و اکثر فقها و مفسران اسلامی اعم از شیعه و اصل سنت بدان استناد جسته‌اند، به ویژه موقعی که تجارت را به معنای مطلق اکتساب در نظر بگیریم، هر معامله و قراردادی که مصادیق «تجارة عن تراض» باشد، به شرط 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: ۳۵۶/۳؛ خویی، بی‌تا: ۱۰۳/۲).

۴۶. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...» (قرآن کریم، مانند: ۱). امروزه در حقوق وضعی جدید در کشورهای اسلامی این آیه از مهمترین مستندات آزادی قراردادی شناخته می‌شود.

۴۷. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (قرآن کریم، نساء: ۲۹).

۴۸. «فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنِ نَفْسٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا» (قرآن کریم، نساء: ۴).

۴۹. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (قرآن کریم، نساء: ۲۹).

۵۰. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...» (قرآن کریم، مانند: ۱). امروزه در حقوق وضعی جدید در کشورهای اسلامی این آیه از مهمترین مستندات آزادی قراردادی شناخته می‌شود.

۴۶. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...» (قرآن کریم، مانند: ۱). امروزه در حقوق وضعی جدید در کشورهای اسلامی این آیه از مهمترین مستندات آزادی قراردادی شناخته می‌شود.

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 بر گرفته است و معاملات نیز از این قاعده مستثنا نیستند و آیات و روایات فراوانی در تأیید این مطلب بیان شده است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم.

«وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (قرآن کریم، حج: ۷۸).

«مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (قرآن کریم، مائده: ۶).

«يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (قرآن کریم، بقره: ۱۸۵).

آیات مربوط به نفی عسر و حرج، با عنایت به نظر مشهور مبنی بر اینکه نفی عسر و حرج در امور عدمی نیز جاری می‌شود، دلالت بر این دارد که نفی مشروعیت قراردادهای نامعین مستلزم عسر و حرج در معاملات تجاری و اقتصادی افراد است. برای روشن شدن مفاد این آیات ابتدا به ذکر مفاهیم و مفرداتی که در فهم آیه نقش دارند می‌پردازیم. 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 تکلیف 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 سختی توأم است، اما اگر 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، ضیق 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 «أَنْ مَعَ الْعَسْرِ يَسْرًا»؛ بنابراین منظور از عسر و حرج مواردی است که تحمّل آن عادتاً سخت و دشوار باشد به‌گونه‌ای که تحمّل آن برای مردم مشکل باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۱۵۱/۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۶/۵).

ابن اثیر در نهاییه می‌گوید: عسر: انه ضد اليسر و هو الضيق و الشدة و الصعوبة (ابن اثیر، بی‌تا: ۲۳۶/۳). شیخ انصاری نیز ضمن بحث از قاعده لاضرر می‌گوید: مفاد قاعده نفی عسر و حرج، مانند قاعده لاضرر نفی حکم حرجی در دین است، به این نحو که هیچ حکمی که موجب مضیقه و در تنگنا افتادن مکلفین باشد، تشریع و قانونگذاری نشده است. مرحوم میرفتاح مراغی ملاک حرجی بودن را کمیّت تکلیف می‌داند، به این نحو که اگر کمیّت و مقدار تکلیفی زیاد باشد هرچند آن تکلیف، تکلیفی آسان باشد حرجی خواهد بود. البته در این‌که ملاک حرجی بودن و نبودن احکام و تکالیف چیست؛ میان فقها

اختلاف نظر وجود دارد. برخی^{۴۹} احکام وارده در شرع مقدس را حرجی نمی‌دانند، چون مردم به آن‌ها عادت کرده‌اند (مجاهد طباطبایی، ۱۲۹۶: 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 عسر و حرج افزون بر مقتضای تکالیف است.^{۵۰} برخی از فقها 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: ۲/ ۲۸۹). دیگران بر این مدعا به ادله نفی عسر و حرج استدلال کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۲/ ۱۵۳). فقهای عامه در مباحث خود قاعده نفی عسر و حرج را چنان گسترده‌اند که تمامی تخفیف و ترخیص‌های موجود در شریعت را شامل می‌شود (فاضل 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 مشروعیت و وجود نداشتن آن‌ها مستلزم عسر و حرج افراد در معاملات تجاری و مبادلات اقتصادی می‌شود. این در حالی است که این گونه قراردادهای به تناسب پیشرفت زندگی اجتماعی انسان رو به فزونی دارند و نظام‌های اقتصادی کشورهای مختلف بر پایه عرف و سیره عقلا آن‌ها را پذیرفته‌اند. برخی از فقها در استدلال به مشروعیت پاره‌ای از عقود معین به این قاعده تمسک کرده‌اند و بدیهی است که با وحدت مناط، عقود غیر معین و جدید نیز می‌تواند صحیح و مشروع قلمداد شود و در این صورت، دلیل محکمی بر این گونه عقود خواهد بود، زیرا روابط تبادل در اثر پیشرفت و توسعه اجتماعی، اقتصادی، صنعتی، خدماتی و فرهنگی در هر جامعه و درصحنه بین‌المللی، آن‌قدر پیچیده و دگرگون‌شده است که عقود معین مضبوط در فقه، پاسخگوی حل معضلات روابط مبادلی نیست و امروزه نمی‌توان جمیع مناسبات و معاملات بین مردم و دولت‌ها را در قالب آن عقود، محقق ساخت و با اصرار ورزیدن بر آن‌ها، جامعه دچار عسر و حرج و تنگنا خواهید گردید (سلیمان‌پور، ۱۳۸۲: ۹۴). حرجی که در این زمینه به وجود می‌آید، عبارت است از پیدا 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 بالشریعة السمحة السهلة» احکام حرجی را از امت پیامبر مرتفع فرمود.

۴۹. «و بالجمله فما جرت به العادة بالإتیان به مثله و المسامحة فیه و إن کان عظیماً فی نفسه کبذل النفس و المال الكثير فلیس ذلک من الحرج فی شیء نعم تعذیب النفس و تحریم المباحات و المنع عن جمیع المشتهات او نوع منها علی الدوام حرج و ضیق و مثله منتف فی الشرع انتهى».

۵۰. «الذی یقتضیه النظر فی مجامع الکلام و أطرافها بعد حصول القطع بأنّ التکالیف الشاقّة واردة فی الشریعة، أنّ العسر و الحرج و الضرر المنفیات هی آتی تزیید علی ما هی لازمة لطبیاع التکالیف الثابتة من حیث هی، آتی معیارها طاقة متعارف الأوساط من الناس الذین هم الأصحاء الخالون عن المرض و العجز و العذر، بل هی منتقبة من الأصل إلا فیما ثبت، و به قدر ما ثبت، و هو ما لا ینفک عنه عامّة الناس، سالمین عن الأمراض و الأعراض». (قمی، ۱۴۳۰: ۱۱۸/۳).

نیز وجود دارد (قرنی، ۱۴۲۷: ۳۰).

عرف و بنای عقلا

بنای عقلا و سیره مورد عمل عرف^{۵۲} نیز در شمار دلایلی است که بر مشروعیت قراردادهای دلالت دارد چنانکه یکی از فقیهان 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: اصل صحة جميع ما يبد العرف في المعاملات إلا ما منعه الشارع فلا حاجة إلى الامضا منه بل يكفي عدم المنع عنها» (یزدی، ۱۴۱۵: ۲۷۱ و ۱۱۹). 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 مواقع 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. سوم اینکه عرف و متعلق آن در سابق وجود داشته باشد به گونه‌ای که بتوان وقایع جدید را بر آن انطباق داد (زلمی، ۲۰۰۲: ۸۴-۸۶). برای حجیت عرف به 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 مورد پذیرش نباشد، مردم در حرجی می‌افتند که به وسیله قرآن کریم نپوشیده است (قرنی، ۱۴۲۷: ۳۰؛ زلمی، ۲۰۰۲: ۸۳). بنای عقلا بر این قرار گرفته 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.

سیره و عرف عقلا، روش عمومی مردمی در مکالمات، معاملات و زندگی روزمره اجتماعی آن‌هاست؛ مانند اینکه هرگاه چیزی را ندانند به کارشناس و خبره رجوع می‌کنند. سیره نیز دو نوع است:

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 جاهل به آن اعتنا می‌کند.

۲- گاهی سیره با دلیل شرعی معارض نیست، درعین حال دلیلی هم بر تأیید آن نیست. اگر چنین سیره‌ای متصل به زمان

علاوه بر این دلیل عقلی قابل توجه در اثبات قاعده حرج، قاعده لطف است که سنت الهی بر این مدار قرار گرفته است که بندگان خود را به خیر و سعادت و کمال رهنمون کند، از فساد و گناه بازدارد و تکالیف عسر و حرجی از سوی خداوند تشریح نمی‌شود که افراد را دچار فساد و عصیان 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 قاعده فقهی «المشقة تجلب التيسير» است که مفهومی نزدیک به قاعده «إذا ضاق الأمر اتسع» دارد و به این معنا است که سختی و مشقت، سببی برای تسهیل تشریح احکام الهی است (ابن نجیم حنفی، ۱۹۶۸: ۸۴) و برخی برای صحت عقد بیع الوفاء - که یکی از عقود جدید است - به این قاعده استدلال کرده‌اند (بنت عبدالله سعید، ۱۴۲۴: ۱۶۰).

اجماع

اغلب فقهای شیعه اجماع^{۵۱} را از این جهت که کاشف از قول معصوم (ع) است حجت دانسته‌اند. محقق حلی (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. «أما الإجماع: فعدتنا هو حجة بانضمام «المعصوم» فلو خلا المائة من فقهاء عن قوله لما كان حجة، و لو حصل في اثنين لكان قولهما حجة لا به اعتبار اتفاقهما بل به اعتبار قوله عليه السلام» (حلی، 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 مورد پذیرش شیعه قول غیر معصوم هیچ ارزش و اعتباری ندارد. ایشان سپس ادامه می‌دهد که بعضی فقها در به کار بردن اصطلاح اجماع زیاده‌روی کردند و در بعضی موارد قول غیر معصوم را اجماع نامیده‌اند که مخالفت با این اجماعات هیچ ضرری را متوجه انسان نمی‌کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶/۴).

عقود و قراردادهای در زمره افعال و عادات هستند و اصل در افعال و امور عادی انسان اباحه است؛ بنابراین دلیل اباحه باقی است مگر اینکه دلیل بر تحریم و بطلان پیدا شود. فرق عبادات و معاملات در این است که در عبادات عقل قاصر از وجوه احکام و عبادات است و برای همین خداوند مکلفین را اجازه نداد که به‌غیر از آنچه را که شرع گفته متعبد شوند، ولی عقل احکام و وجوه بسیاری از معاملات و مصالح آن‌ها را درک می‌کند (ابن ابراهیم، ۱۴۲۴: ۲۷)؛ بنابراین قول به اباحه 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 اتفاق نظر داشته باشند (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۱۴۵). علاوه بر این پذیرش اجماع به‌عنوان یک مبنای دلیل قوی و محکمی به نظر نمی‌رسد چون در این باره، نظر مخالف

52. Custom.

51. Consensus.

معصوم باشد و در مرأی و منظر ایشان صورت گرفته باشد و ردعی هم از امام صورت نگرفته باشد برای نسل‌های بعد معتبر خواهد بود، مانند بیع و اجاره معاطاتی؛ چراکه چنین سیره‌ای به دلیل تأیید ضمنی امام معتبر است. به گفته یکی از فقها، 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 مشروعیت آن‌ها به حساب آورد، بلکه برای مشروعیت آن‌ها باید به سراغ ادله دیگر برویم (سبحانی، ۱۳۸۷: ۱۵۰/۲). برخی از پژوهشگران فقه امامیه می‌فرمایند: اگر بنای عقلا و عرف^{۵۳} نبود هیچ‌یک از امور اجتماعی سامان نمی‌یافت، بنابراین هیچ نیازی نیست که بگوییم شارع این عرف یا این سیره عقلائی را امضاء و تأیید کرده یا ردع و منع نکرده است، مادام که منع شارع ممکن نیست و امضا کردن آن تحصیل حاصل است (مغنیه، ۱۹۷۵: ۲۲۲؛ صدر، ۱۴۱۷: ۴۷/۴).

امام خمینی ضمن بحث از بنای عقلا در اجتهاد می‌فرماید: پیامبر و ائمه علیهم‌السلام 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، ۱۴۱۰: ۱۲۹/۲؛ زلمی، ۲۰۰۲: ۸۳).

روشن است که سیره عقلا بر صحت قراردادهای جدید که در بستر زمانه پدید می‌آیند جاری است. سیره قطعی مردم اعم از عوام و خواص در اعصار گذشته تاکنون بر این مبنا استوار بوده است که هر معامله‌ای که جنبه عقلائی 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 غری شباهت دارد و پیامبر اکرم (ص) از معامله غری نهی فرموده است؛ بنابراین عرف و بنای عقلا بر صحت و لزوم معاملات عقلائی اعم از معهود در زمان شارع و غیرمعهود، ناشی از طبع و هویت اولیه آن‌هاست که طرفین ملزم و متعهد به وفای به شروط خود هستند (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۱۴۵). شهید مطهری (ره) نیز ضمن تأیید صحت این گونه معاملات و استناد به نظر علمای زمان خویش می‌فرماید: «نظر علمای فعلی هم همین است و در مورد بیمه چنین اظهارنظر کرده‌اند 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

۵۳. تعریف عرف این گونه بیان شده: ما اعتداه الناس و الفوه من قول او فعل تكرر مرة بعد اخرى حتى تمكن اثره من نفوسهم و صارت تتلقاه عقولهم بالقبول (محمود مطلوب، ۱۴۲۶: ۱۹۶؛ زلمی، ۲۰۰۲: ۷۷؛ شلیبی، ۱۴۰۵: ۲۶۰). دکتر احمد عوض ادريس قيد دیگری را به عرف می‌افزاید و آن عدم تعارض با کتاب و سنت است (ادريس، ۱۹۹۲: ۸۷).

وجود ندارد» (مطهری، ۱۳۶۴: ۲۹۶).

نیازهای عرفی

از جمله مبانی‌ای که در فقه عامه به‌عنوان دلیل بر مشروعیت پذیرفته شده، عبارت است مقاصد شریعت؛ بر این اساس باید گفت معاملات و قراردادهای برحسب نیاز و ضرورت زندگی اجتماعی انسان شکل می‌گیرند و عرف و عقلا، 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^{۵۴}، 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 عقودی را تأسیس کنند و اگر شارع نظری داشت که مبنی بر منع عقود عرفی باشد از آن نهی می‌نمود (جمالی زاده، ۱۳۸۰: ۳۲۲). بازداشتن مردم از عقود جدید که فسادی در برنارند و با اهداف و مبانی روشن شرعی مغایرتی نداشته باشند، درواقع نهی مردم از نیازهای جدید در جامعه است، زیرا عقود معمولاً، از ضرورت‌های کلی اجتماعی و اقتصادی نشأت می‌گیرند و بازداشتن از ضرورت‌ها و نیازهای کلی جامعه به معنای نادیده انگاشتن حرکت و تمدن جامعه بشری است (همان). وهبه زحیلی در کتاب فقه الاسلامی و ادلته می‌گوید: بر اساس مفاد آیه «افوا بالعقود» تحریم هرگونه عقود یا شروطی که مردم برای تحقق مصالح اجتماعی خود با آن تعامل می‌کنند، بدون دلیل شرعی بر منع تحریم، امری است که خداوند آن را حرام نکرده و اصل در عقود و شروط اباحه است (زحیلی، ۱۴۰۷: ۱۹۹/۴).

سنت

روایاتی که به‌عنوان مبین و مبانی آزادی قراردادی و مشروعیت قراردادهای نامعین در فقه مطرح شده‌اند، بیشتر روایاتی هستند که محور و مبنای قواعد فقهی و اصولی قرار گرفته‌اند و یا در تفسیر آیات موردبررسی قرار گرفته‌اند و این قواعد از این روایات اصطیاد و استنباط شده است. برای مثال قواعد فقهی تسلیط و 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 تسلیط از همین روایت نشأت گرفته است. عمومیت این روایت دلالت می‌کند بر اینکه انسان‌ها بر اموال خود مسلط هستند و لازمه تسلط بودن بر اموال، این است که همه قراردادهای راجع به

۵۴. حقوق مترقی اسلامی در این مورد قاعده «الحاجة یمكن أن تنزل منزلة الضرورة فی تجویز الممنوع شرعاً» را وضع کرده است.

فقها از نظریه حصری بودن عقود که متناسب با شرایط آن زمانه بود، فاصله گرفتند و با پذیرش نظریه غیر حصری بودن عقود و معاملات، به شرط عدم مخالفت با مبانی شرع مقدس، زمینه را برای رشد و ترقی در عرصه اقتصادی فراهم آوردند.

منابع

- قرآن کریم. ترجمه بهاء الدین خرمشاهی. تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- نهج البلاغه.
- ابراهیم بک، احمد ابراهیم (۱۹۳۴). «العقود و الشروط و الخيارات». مجلة القانون و الاقتصاد (دانشگاه قاهره). سال ۴. شماره ۲. صص ۶۴۱-۷۲۲.
- ابن ابراهیم، سلیمان (۱۴۲۴). التأمین و احکامه بیروت: دار ابن حزم.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد (بی تا). النهایة فی غریب الحدیث والأثر. بیروت: المكتبة العلمية.
- ابن فارس، احمد (۱۴۲۰). معجم مقاییس اللغة. (بی جا): دار الجبل.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴). لسان العرب. چاپ سوم. بیروت: دار صادر.
- ابن نجیم حنفی، زین العابدین بن ابراهیم (۱۹۶۸). الاشباه و النظائر. قاهره: مؤسسة الحلبي و شركاؤه للنشر و التوزيع.
- ادریس، احمد عوض (۱۹۹۲). الوجیز فی اصول الفقه. چاپ دوم. بیروت: دارالمکتبة الهلال.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۲۱). زبدة البیان فی احکام القرآن. چاپ دوم. قم: مؤمنین.
- (۱۴۰۳). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
- امامی، حسن (۱۳۲۵). حقوق مدنی. چاپ سوم. تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۱). المکاسب. قم: منشورات دار الذخائر.
- انصاری، مسعود؛ طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی. چاپ اول. تهران: محراب فکر.
- بحر العلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳). بلغة الفقيه. چاپ چهارم. تهران: منشورات مکتبة الصادق.
- بنت عبدالله، لیلی (۱۴۲۴). «حقیقة بیع الوفاء: دراسة فی الشریعة و القانون». مجلة الاحمدية. شماره ۱۴. صص ۱۰۷-۱۸۴.
- جروشی، سلیمان (۲۰۰۳). نظریة العقد و الخيارات فی الفقه الاسلامی المقارن. لیبی (بنغازی): منشورات جامعه قازیونس.
- جصاص، احمد بن علی (۱۴۱۱). احکام القرآن. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). سیستم شناسی در علم حقوق. تهران: انتشارات گنج دانش.
- (۱۳۷۸). حقوق مدنی. رهن- صلح چاپ سوم. تهران: انتشارات گنج دانش.

آن اموال نیز فی الجملة درست باشد (ذاکر صالحی، ۱۳۸۸: ۱۴۴). از این رو برای صحت و نفوذ معاملات مشکوک از جمله قراردادهای نامعین می توان به این روایت تمسک جست.

بحث و نتیجه گیری

فقها اصل آزادی قراردادی را منطبق بر مبانی مستحکمی از آیات و روایات و قواعد فقهی و اصولی پایه ریزی نموده اند که از مهم ترین آن ها آیه تجارت عن تراض می باشد که بیان می کند افراد می توانند هرگونه قراردادی را به شرط 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 صحت قراردادهای نامعین و مستحده و عرفی منطبق است و قراردادهای خصوصی افراد را به صرف تراضی آن ها و به شرط عدم مخالفت با قوانین آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه نافذ می داند و در کنار آن تشریفات دیگری لحاظ نشده است و در کنار محدودیت های مذکور، تدلیس، اشتباه و اکراه نیز از عیوب اراده شمرده می شوند. با توجه به گسترش روزافزون معاملات جدید، اصل آزادی قراردادی مبتنی این مطلب است که اشخاص ملزم و مجبور نیستند که عقود و قراردادهای نوپیدا را بر عقود معین حمل کنند، در قالب آن ها جاری سازند و آثار آن ها را بر این عقود مترتب کنند، بلکه در این نوع عقود صرف تراضی طرفین فارغ از هرگونه تشریفات دیگری ملاک است. می توان گفت آزادی قراردادی قبل از آنکه در حقوق اروپایی مطرح شود در حقوق اسلام مطرح بوده و نمونه بارز این مدعا صحت قراردادان هرگونه توافقی در چارچوب عقد صلح و شروط ضمن عقد است. شارع مقدس در باب معاملات برخلاف عبادات نظر را بر امضای عقود گذارده و نظر عرف صحیح را پسندیده و مورد تقریر قرار داده و البته حدود و ثغوری را به عنوان محدودیت های این اصل مشخص کرده است و درجایی که در وجود منع شک شود، اصل بر اباحه و صحت است. قراردادهای نامعین علاوه بر تأثیرپذیری از مبانی حقوق عرفی و عقلایی، از نظر آموزه های اسلامی نیز مشروع تلقی شده و از مهم ترین دلایلی که فقها و مفسران بر صحت عقود جدید اقامه کرده اند، ادله قرآنی یعنی عمومات قرآنی است که طرفین معامله را ملزم به ایفای به شروط و التزامات خود می کند. سیره عقلایی نیز بر این استوار است که هر معامله ای که بین مردم جاری می شود، با اصول و مبانی شریعت مقدس اسلام منافات ندارد و از طرف شارع ردعی در مورد آن صورت نگرفته، صحیح است. همچنین نیازهای عرفی ایجاب می کند که هر معامله ای که در هر زمان و مکانی مورد نیاز مردم است مورد پذیرش قرار گیرد و اگر نظر شارع منع باشد، در واقع 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 قراردادهای صرفاً متوجه طرفین است و نسبت به اشخاص ثالث منوط به اجازه آن هاست. هم زمان با تحولات اجتماعی و پیشرفت های بشر در عرصه های گوناگون،

- سوار، محمد (۱۹۹۸). التعبير عن الارادة في فقه الاسلامي. عمان: دار الثقافة.
- سیوری حلی، مقداد بن عبد الله (۱۳۸۴). كز العرفان في فقه القرآن. ترجمة عبدالرحيم عقيقي بخشايشي. جلد ۲. قم: مكتب نوید اسلام
- شاطبي، ابي اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (۲۰۰۶). الموافقات في اصول الشريعة. قاهره: الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- شلي، محمد مصطفي (۱۴۰۵). المدخل في فقه الاسلامي تعريفه و تاريخه و مذاهبه، نظرية الملكية و العقد. چاپ دهم. بيروت: الدارالجامعية.
- صادقي تهراني، محمد (۱۳۶۵). الفرقان في تفسير القرآن بالقرآن. چاپ دوم. قم: (بی جا).
- صدر، محمد باقر (۱۴۱۷). بحوث في علم الأصول. چاپ سوم. قم: (بی جا).
- طباطبایي، محمدحسین (۱۳۷۴). الميزان في تفسير القرآن. ترجمة محمدباقر موسوی همدانی. چاپ پنجم. قم: دفتر انتشارات اسلامي جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طبرسي، فضل بن حسن (۱۳۷۲). مجمع البيان في تفسير القرآن. چاپ سوم. تهران: انتشارات ناصرخسرو.
- عاملی (شهید ثانی)، زين الدين بن علي (۱۴۱۰). الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية (محتشای كلاتر). قم: كتاب فروشي داوری.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۲). آيات الاحكام. تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی.
- (۱۳۸۶). قواعد فقه (بخش حقوق خصوصي). تهران: سمت و مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم انسانی.
- فاضل موحدي لنكراني، محمدجواد (۱۳۸۵) سلسله درس-هاي از قواعد فقه (قاعدة لا حرج، تقريرات). تقرير سيد جواد حسيني خواه. قم: مركز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فيض كاشاني، محسن (بی تا). مفاتيح الشرائع. جلد ۳. قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشي نجفی (ره).
- فيض، عليرضا (۱۳۸۲). ويژگي هاي اجتهاد و فقه پويد. تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگي.
- قانون آيين دادرسي مدني ج. ا. ايران (۱۳۷۹/۱/۲۱).
- قانون مدني اردن (مصوب ۱۹۷۶ م).
- قانون مدني افغانستان.
- قانون مدني الجزاير (مصوب ۱۹۷۵ م).
- قانون مدني بحرين (مصوب ۲۰۰۱ م).
- قانون مدني ج. ا. ايران (مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸).
- قانون مدني عراق (مصوب ۱۹۵۱ م).
- قانون مدني فرانسه.
- قانون مدني كويت (مصوب ۱۹۸۰ م).
- قانون مدني مصر (مصوب ۱۹۴۸ م).
- قانون معاملات مدني سودان (۱۹۸۴/۲/۱۴ م).
- قرني، مظهر بن محمد (۱۴۲۷). «التعبير عن الارادة في الشريعة الاسلامية». مجلة الأحكام. شماره ۳. صص ۷۸-۱۹.
- (۱۳۸۳). مقدمة عمومي علم حقوق. چاپ نهم. تهران: انتشارات گنج دانش.
- جمالی زاده، احمد (۱۳۸۰). بررسی فقهی عقد بیمه. قم: بوستان کتاب.
- حائری، سيد علي بن محمد (۱۴۱۸). رياض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حائری، سيد كاظم (۱۴۲۱). فقه العقود. چاپ دوم. قم: مجمع الفكر الاسلامي.
- حائری، مسعود (۱۳۷۰) تحلیلي از ماده ۱۰ قانون مدني. تهران: سازمان انتشارات كيهان.
- حلی (محقق حلی)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸). شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. (بی جا).
- (۱۴۰۷). المعبر في شرح المختصر. قم: مؤسسه سيد الشهداء عليه السلام.
- حلی (علامه حلی)، حسن بن يوسف (۱۴۱۳). قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام. چاپ اول. قم: مؤسسه النشر الإسلامي.
- حياتي، علي عباس (۱۳۸۲). «اختيار متعاقدين در تعيين مدت اجاره در حقوق مدني ايران، مصر، فرانسه، فقه اسلامي». پژوهشنامه حقوق اسلامي. شماره ۱۰. صص ۶۷-۵۶.
- خفيف، علي (۲۰۰۸). احكام المعاملات الشرعية. قاهره: دارالفكر العربي.
- خميني، روح الله (۱۴۱۰). الرسائل، رسالة الاجتهاد والتقليد. قم: مؤسسه مطبوعاتي اسماعيليان.
- خوردنديان، محمدعلي؛ ذاكري نيا، حانيه (۱۳۸۸). «واكاوي اراده، قصد و رضا در فقه اسلامي و حقوق ايران». مجلة مطالعات فقه و حقوق اسلامي. سال ۱. شماره ۱. صص ۹۹-۷۳.
- ذاكر صالحی، غلامرضا (۱۳۸۸). مباني قراردادهای نامعين در حقوق ايران. چاپ اول. تهران: بنياد حقوقی ميزان.
- دادمزى، سيد مهدي (۱۳۷۹). «مفهوم عقد در حقوق مدني». مجلة پژوهش هاي فلسفي - كلامي. شماره ۴. صص ۷۳-۶۰.
- راغب اصفهاني، حسين بن محمد (۱۴۱۲). المفردات في غريب القرآن. دمشق - بيروت: دارالعلم - دار الشامية.
- زحيلي، وهبة (۱۴۰۷). العقود المسماة في القانون المعاملات المدنية الاماراتي و القانون المدني الاردني. دمشق: دارالفكر.
- (۱۴۲۷). الفقه الاسلامي و ادلته. چاپ سوم. تهران: نشر احسان.
- زرقا، مصطفي احمد (۱۹۶۸). المدخل الفقهي العام. چاپ نهم. دمشق: دارالفكر.
- زلمي، مصطفي ابراهيم (۲۰۰۲). اصول الفقه في نسيجه الجديد. چاپ دهم. بغداد: شركة الخنساء للطباعة (جامعة النهرين).
- سبحاني، جعفر (۱۳۸۷). الموجز في اصول الفقه. چاپ چهاردهم. قم: (بی جا).
- سليمان پور، محمدجواد (۱۳۸۲). «معاملات مالي جديد در اسلام». مجلة اقتصاد اسلامي. شماره ۱۱. صص ۹۶-۷۹.
- سنهوري، عبدالرزاق احمد (۱۳۸۲). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. ترجمة محمدحسين دانش كيا و سيد مهدي دادمزى. با عنوان (دوره حقوق تعهدات). قم: دانشگاه قم.

- قمی (میرزای قمی)، ابوالقاسم (۱۴۳۰). القوانین المحكمة فی الأصول. قم: (بی جا).
- قونوی، شیخ قاسم (۱۴۲۷). انیس الفقهاء فی تعریفات الالفاظ المتداوله بین الفقهاء. ریاض: دار ابن الجوزی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. چاپ سی و دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کامل، موسی (۱۹۹۴). احکام المعاملات. بیروت: مؤسسه الرساله ناشرون.
- گرچی، ابوالقاسم (۱۳۸۳). آیات الاحکام (حقوقی و جزایی). چاپ دوم. تهران: نشر میزان.
- مجاهد طباطبایی، محمد بن علی (۱۲۹۶). مفاتیح الأصول. قم: (بی جا).
- مجله الاحکام العدلیه (قانون مدنی دولت عثمانی). محمود مطلوب، عبدالمجید (۱۴۲۶). اصول الفقه الاسلامی. قاهره: مؤسسه المختار.
- مراغی، میرعبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. مطهری، مرتضی (۱۳۶۴). ربا، بیمه، بانک. تهران: انتشارات صدرا.
- معروف الحسنی، هاشم (۱۴۰۷). تاریخ الفقه الجعفری. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- (۱۴۰۳). نظریة العقد فی الفقه الجعفری. بیروت: منشورات مکتبه هاشم.
- مغنیه، محمد جواد (۱۹۷۵). علم أصول الفقه فی ثوبه الجدید. بیروت: (بی جا).
- (۱۴۲۱). فقه الامام الصادق. جلد ۳. چاپ دوم. قم: مؤسسه انصاریان.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷). القواعد الفقهیه. چاپ دوم. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- (۱۳۷۴). تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ملکاوی، بشار عدنان (۲۰۰۸). «تقییم تعریف العقد فی القانون المدنی الاردنی». مجله دراسات علوم الشریعة والقانون. شماره ۲. صص ۵۰۹-۵۰۰.
- موسوی خویی، سید ابو القاسم (بی تا). مصباح الفقاهة (المکاسب). (بی جا).
- موسوی، کامل (۱۹۹۴). احکام المعاملات. چاپ دوم. بیروت: مؤسسه الرساله.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. چاپ هفتم. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ولایی، عیسی (۱۳۸۴). فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول. چاپ چهارم. تهران: نشر نی.
- یزدی، محمد کاظم (۱۴۰۹). العروة الوثقی. چاپ دوم. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- (۱۴۱۵). سؤال و جواب. تهران: مرکز نشرالعلوم الإسلامی