

عوامل مؤثر در تعیین مقتضای عقود*

- علی مظهر قراملکی^۱
- جواد ابراهیمی^۲
- ابراهیم ابراهیمی^۳

چکیده

در مقاله پیش رو، ابتدا مقدماتی درباره عقود و معنای لغوی و اصطلاحی مقتضا ارائه می‌گردد و در ادامه برای دستیابی به یک قانون منظم و منطقی، عقود به دو دسته «معین» و «نامعین» تقسیم می‌شوند که در عقود معین، منبع و مرجع تعیین مقتضای عقود، عرف و قانون است و نمی‌توان از شرع و دلالت الفاظ برای تعیین آن استفاده نمود. اما عقود نامعین یا بی‌نام به دو دسته «متداول در عرف» و «بی سابقه و نوپدید» تقسیم می‌شوند. در عقود رایج در عرف، مرجع تشخیص مقتضا، عرف است و حقوق دانان نیز این دیدگاه را تحکیم بخشیده‌اند. اما در عقود بی سابقه، مرجع اصلی تعیین مقتضای عقود، قصد مشترک متعاقدين است.

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۱۱/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۵/۳۰.

۱. دانشیار دانشگاه تهران.

۲. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی (نویسنده مسئول) (ebrahimi9@gmail.com).

۳. دانشیار دانشگاه اراک (e-ebrahimi@araku.ac.ir).

به شرطی که مسائل و پیامدهای پیچیده فقهی و حقوقی را به دنبال نداشته باشد که در این صورت باید از مکانیسم عرف برای حل مشکلات بهره گرفت.
واژگان کلیدی: عقود معین، عقود نامعین، مقتضای ذات، مقتضای اطلاق.

مقدمه

از آنجا که در نظام هستی، هیچ موجودی چه حقیقی و چه اعتباری، بدون علت دارای حیات نیست، لذا باید عقود در انواع و اقسام مختلف آن، دارای علت و منبع باشد، یعنی باید مشخص گردد که مثلاً اگر در عقد بیع که تملیک عین، جزء مقتضا و ارکان آن است و بیع بدون تملیک، دیگر بیع نیست، این رکنیت و مقتضا بودن را از کجا یا چه کسی عاریه گرفته است. به طور کلی، جستار حاضر می‌کوشد عوامل و منابعی را که به عقود حیات داده‌اند و آن‌ها را از عدم به وجود آورده‌اند، مشخص کند. در همین راستا، تمام عوامل مؤثر در تعیین مقتضای عقود، به طور منسجم گردآوری شده که پس از جرح و تعدیل و اولویت‌بندی آن‌ها، معیاری دقیق و جامع برای تمایز مقتضای ذات عقود از مقتضای اطلاق آن ارائه خواهد شد.

تقسیمات عقد

عقود معین و نامعین

فقه‌ها درباره گستره و دامنه شمول معاملات لازم‌الوفاء دیدگاه یکسانی ندارند؛ برخی معتقدند که در آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده / ۱) «ال» در کلمه «العقود» الف و لام عهد بوده و به عقود اشاره دارد که از زمان شارع مقدس رایج و متداول بوده و به طور حصری در کتب فقه‌ها تعیین شده‌اند. برای نمونه، صاحب ریاض المسائل می‌نویسد:
 الف و لام در «العقود» برای عهد است و اشاره به عقود متداول در زمان شارع مقدس می‌نماید مانند بیع و اجاره (طباطبایی، ۱۴۲۰: ۶۲/۵).

همچنین میرزای قمی معتقد است که عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و امثال آن بر عقود معهود در زمان شارع حمل می‌شود نه آنکه هر کس هر چه بخواهد اختراع کند (بی‌تا):

(۴۱/۲).

از این رو، اینان تنها عقودی را صحیح و لازم‌الوفاء می‌دانند که شارع مقدس آن‌ها را تأیید و امضا کرده باشد و عقود مستحدثه و نوپدید را تنها در صورتی نافذ و معتبر می‌دانند که بر یکی از عقود معین مشهور منطبق گردد.

برخی دیگر از اندیشوران فقه امامیه، همهٔ قراردادهای عقلایی و عرفی را مشمول حکم آیه می‌دانند و عموم ادله را دلیل صحت و اعتبار هر عمل حقوقی می‌شمارند و می‌گویند چون ادلهٔ صحت عقود، عام و مطلق است و به عقود معینی که از دیرباز معمول بوده مانند بیع، اجاره و صلح اختصاص ندارد، بنابراین مواردی را که پس از نزول آیات و صدور روایات به وجود آمده، مثل عقد بیمه، برخی از انواع ضمان و... و بلکه همین طور عقدهایی را که احیاناً پس از این به وجود خواهد آمد، شامل شده و به موجب همان عمومات و اطلاقات صحت عقد، به صحت آن‌ها حکم می‌گردد (نراقی، بی‌تا: ۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۷: ۳۰/۱).

به نظر می‌رسد حق نیز همین است؛ زیرا روابط گستردهٔ اشخاص در اجتماع، صرفاً به یاری چند عقد معین سامان نمی‌یابد. به علاوه، عقود و معاملات زمان ظهور اسلام نیز متضمن ویژگی خاصی نبوده تا شارع با هر چه جز آن‌ها مخالفت نماید، بلکه اسلام بنای عقلا را در هر زمانی تصویب و امضا می‌کند. بنابراین هر عقد جدیدی که بنای عقلا با آن موافق باشد، از نظر شارع صحیح، نافذ و لازم‌الوفاء است.

مقتضای ذات عقد

به نظر فقها و حقوق‌دانان، مقتضای جوهر اصلی و اساسی است که عقد، قائم بر آن بوده و هر گاه از عقد گرفته شود، دیگر موضوعی باقی نمی‌ماند تا آثار و احکامی بر آن مترتب شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۴۵؛ امامی، ۱۳۶۳: ۲۷۸/۱).

منظور از ذات و ذاتی در عقد در اصطلاح منطقیان، ویژگی‌ها و عناصری است که شیء را از اشیای دیگر متمایز می‌سازد (جرجانی، ۱۳۱۱: ۱۰۷). به تعبیر دیگر، آنچه در حدود ماهیت بوده و با رفع آن، ماهیت منتفی می‌گردد، ذاتی نامیده می‌شود. بنابراین ذاتیات عقد، ویژگی‌ها و اموری است که قوام و دوام ماهیت عقد، وابسته به آن است، به طوری که اگر این قوام خدشه‌دار شود، عقد از بین می‌رود.

معنای لغوی «مقتضاً»

کلمه مقتضاً، اسم مفعول از باب افتعال و از ماده قضی یقضی قضاء است. در قرآن و کتب لغت برای آن (قضی) معانی مختلفی بیان شده است که به چند مورد اشاره می‌شود: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا يَٰهٗ وَآلِوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ (اسراء/ ۲۳): به معنای حکم و الزام و ﴿قَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ لَتُفْسِدُنَّ فِي الْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ وَلَتَعْلُنَّ عُلُوًّا كَبِيرًا﴾ (اسراء/ ۴): به معنای آگاهی و خبر دادن. ابن منظور در *لسان العرب*، ذیل ماده «قضی» می‌نویسد: «قضی فلان صلاته»؛ فلانی از انجام نمازش فارغ شد (۱۴۰۵: ۱۸۷/۱۵).

از معانی متعدد واژه «قضی» معلوم می‌گردد که این کلمه، مشترک لفظی است و معنای آن حسب استعمال و اراده هر یک از معانی یا با بیان متعلق آن تفاوت می‌کند. با وجود این، لفظ «مقتضاً» اسم مفعول است که همیشه طبیعت و چگونگی متعلق خود را می‌رساند؛ زیرا ناگزیر به اسم دیگری اضافه می‌شود. به هر حال، معنای آن در بحث ما با در نظر گرفتن متعلق (مضاف‌الیه) آن متفاوت خواهد بود؛ برای مثال، مقتضای بیع با مقتضای قرض یا نکاح یکی نیست و چون هر سه مقوله از مصادیق عقدند، پس می‌توان گفت که مقتضای عقد عبارت خواهد بود از طبیعت و ماهیت عقد که به قول محقق نایینی می‌توان به آن، مسیر و منشأ نیز اطلاق نمود؛ زیرا عقد، سبب و منشأ مقتضاست و به همین اعتبار، به مقتضای عقد اعم از ذات و اطلاق، منشآت عقدیه نیز می‌گویند (نایینی، ۱۴۰۴: ۱۱۲/۲).

مقتضای اطلاق عقد

اطلاق، مصدر باب افعال از ماده «طلق» به معنای آزاد کردن و رها کردن است (مقری فیومی، بی‌تا: ماده طلق). در اصطلاح اصولیان، هر گاه مفهومی در جنس خود شیوع و اطراد داشته باشد، لفظی که بر چنین معنا و مفهومی دلالت نماید، «مطلق» نامیده می‌شود، همانند لفظ «رجل» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۴۳). در علم حقوق، منظور از مقتضای اطلاق این است که در انعقاد عقد، پاره‌ای از آثار و تعهدات تبعی و فرعی وجود دارند که چنان با ماهیت عقد عجین نگشته‌اند که بدون آن‌ها عقد جوهر و طبیعت حقوقی خود را از دست بدهد، بلکه تنها به منظور تکمیل آثار و تعیین

چگونگی اجرای تعهدات مندرج در عقد مقرر شده‌اند. هر گاه عقد به طور مطلق و بدون تصریح در مورد این گونه امور منعقد شود عقد خودبه‌خود آن امور را اقتضا می‌نماید اما طرفین اختیار دارند که بر خلاف آن تراضی نمایند، مانند نقد بودن ثمن. برای نمونه، طبق ماده ۲۸۰ قانون مدنی:

انجام تعهد باید در محلی که عقد واقع شده به عمل آید، مگر اینکه بین متعاملین قرارداد مخصوصی باشد یا عرف و عادت ترتیب دیگری اقتضا نماید.

از سوی دیگر، هر یک از این منشآت عقدیه، اعم از «ذات» و «اطلاق» به اعتبار کیفیت ارتباط آن‌ها با عقد «مقتضی»، به دو نوع تقسیم می‌شوند.

۱. مقتضای مستقیم یا بلاواسطه که به دلالت مطابقی از ذات یا اطلاق عقد ناشی می‌شود، مانند تملیک عین در عقد بیع، تملیک منافع در عقد اجاره، توارث در عقد نکاح دائم، نقد بودن مال الاجاره، ترتیب خیار مجلس و حیوان در عقد بیع و وجوب نفقه در نکاح دائم که از ذات یا اطلاق عقد به طور مستقیم ناشی می‌شوند.

۲. مقتضای غیر مستقیم یا مع‌الواسطه که به دلالت تضمّن یا التزام، ماهیت و اطلاق عقد را تشکیل می‌دهد، مانند تصرف و تسلط بر مبیع که لازمه انتقال و تملیکی هستند که خود این امور، مقتضای مستقیم بیع و اجاره به شمار می‌روند. همچنین انفساخ عقد به واسطه فسخ که لازمه خیار مجلس و حیوان است (نراقی، بی‌تا: ۵۰).

منابع تعیین مقتضای عقود

منابع تعیین مقتضای عقود متعدد، متفاوت می‌باشند. بنابراین گزینش معیاری جامع برای تعیین مقتضا، مسبوق به سابقه نیست و تحقیقات نویسندگان و اندیشمندان اسلامی نیز در این باره آشفته و همراه با اجمال است، به طوری که برخی از اینان، هنگامی که در جستجوی خود برای یافتن معیاری مسلم و مطمئن، ناامید شده‌اند، تعیین مقتضا را به عهده فقیه گذاشته‌اند (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴/۴۱۵).

راه حل پیشنهادی این اندیشمندان، در واقع مصادره به مطلوب بوده و مستلزم توقف شیء بر چیزی است که خود متوقف بر شیء اول است. به تعبیر دیگر، حصول شناخت برای فقیه در خصوص مقتضای هر عقدی، منوط به ارائه ضابطه مطمئن می‌باشد و

معرفی نظر فقیه به عنوان ضابطه، همان توقف شیء بر نفس است؛ زیرا تمییز مقتضا، خود مشکلی است که فقیه باید آن را برطرف نماید. بنابراین احاطه آن به نظر فقیه، گِرهی را از کار نمی‌گشاید.^۱ یافتن معیاری جامع و مطمئن در این زمینه، هدفی مطلوب است و از آنجا که معیار تعیین مقتضا در عقود معین و نامعین متفاوت است، به ترتیب به بررسی این مسئله در هر یک از آنها می‌پردازیم.

منابع تعیین مقتضا در عقود معین

۱. شرع

گروهی از صاحب نظران معتقدند که اراده متعاقدين، تنها در ایجاد عقد مؤثر است، ولی احکام و آثار عقد را شارع تعیین می‌کند. به عبارت دیگر، مبانی‌ای را که عقد بر آنها استوار است و همچنین مقتضیات عقود را شارع مقرر نموده است. هر گاه همه ارکان عقد محقق شود و تمامی شروط و قیود آن موجود گردد، عقد ایجاد می‌شود. پس از انعقاد چنین عقدی، متعاقدين نمی‌توانند پیامدهای اجتناب‌ناپذیر آن را نادیده بگیرند و بر خلاف آن تراضی نمایند، مگر اینکه این پیوند را گسسته و با توافق یکدیگر، پایه و اساس رابطه قراردادی را بگسلند تا بتوانند از الزامات آن رهایی یابند.

از طرف دیگر، کاهش و افزایش مقتضیات عقود، در حیطه اختیارات متعاقدين نیست. آنچه متعاقدين در انعقاد عقد بدان دست می‌یازند تنها اراده انشای عقد است، نه ترتیب آثار آن. این نظر که پیروان آن بیشتر فقهای اهل سنت هستند، بر این مبنا استوار است که عقود، علل شرعیه هستند و علل شرعیه به خودی خود حاکی از هیچ حکمی نیستند، بلکه به جعل شارع مقدس، احکام بر علل شرعیه مترتب می‌شوند (سرخسی، بی‌تا: ۲/۲۱۲).

۱. برخی از نویسندگان، تردید در گزینش معیارها از سوی فقیهانی چون محقق ثانی را ناشی از احترام و پیروی از اندیشه‌های اصحاب دانسته و می‌گویند که انتخاب معیاری مسلم، شجاعت اصحاب بر مخالفت با او را می‌رساند؛ زیرا آنها با شناختن او آن چیزی را که او اجازه می‌دهد، اجازه نمی‌دهند و چیزی را که او می‌گوید، نمی‌گویند و چگونه ممکن است سخن از صحت شرط بیع و هبه گفته شود، اگرچه نص صحیح در مقابل بیشتر و بلکه تمام ایشان درباره آن وارد شده باشد (رشتی گیلانی، بی‌تا: ۶۲).

این گروه می‌گویند که علل و اسباب، قبل از ورود شرع نیز وجود داشته‌اند، حال آنکه این احکام و آثار بر آن‌ها مترتب نبوده است. خداوند قادر است احکام را بدون علت نیز تشریح نماید، اما بر اساس عادت متداول در میان انسان‌ها که با اسباب و مسببات ظاهری مأنوس هستند، اسباب و علل را ایجاد نموده و احکام و آثار را به آن‌ها منسوب نموده و در ظاهر، علل پدیدآورنده احکام و مقررات و آثار به نظر می‌آیند، حال آنکه در واقع پدیدآورنده واقعی احکام و آثار عقود خداوند است (شاطبی، بی‌تا: ۱۹۷/۵). در این تفکر، اعتقاد بر این است که خداوند برای تصرف در اموال، اسباب ظاهری مانند بیع و غیره را جعل نموده است و در واقع اوست که احکام و آثار را بر آن‌ها مترتب ساخته است (جزیری، ۱۴۰۶: ۲۲۸/۲). در میان فقهای امامیه نیز برخی از بزرگان به این ضابطه تصریح نموده‌اند؛ برای نمونه، محقق ثانی می‌نویسد:

مقتضای عقد چیزی است که شارع مقدس آن را به منظور بهره‌مندی کامل متبایعین یا یکی از آن دو جعل نموده است (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۲/۴).

در تأیید این کلام می‌توان به دیدگاه بزرگان دیگری استناد نمود که معتقدند آن چیزی با مقتضای عقد منافات دارد که با آثار وضع شده توسط شارع برای عقد تضاد داشته باشد (عاملی جبعی، بی‌تا: ۲۶۹/۳؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۴/۴؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۷۳۰/۴). مراد از مقتضا چیزی است که شرعاً از عقد بدون مدخلیت عنصر دیگری حاصل می‌شود (قمی، بی‌تا: ۷۳۱). عقیده اینان ارتباط بسیار نزدیکی با بحث حقیقت شرعیه دارد. بی‌تردید اگر واضح لغت یا اهل عرف، لفظی خاص را برای معنای مخصوص وضع نمایند، این لفظ برای آن معنا حقیقت پیدا می‌کند. بنابراین هر گاه شارع مقدس لفظی را از معنای لغوی آن نقل داده و در معنای خاص و مستحدثه‌ای که خود اختراع نموده است، استعمال نماید و مفاد، احکام و آثار معنای موضوع‌له را به گونه‌ای تعیین نماید که هر گونه تخطی و تخلف از آن، سبب بطلان و بی‌اثر شدن عمل شود و این الفاظ مخصوص، معنای شرعی خاصی را افاده نمایند، جعل الفاظ برای معنای شرعی را حقیقت شرعیه گویند.

به نظر می‌رسد چون در عبادات، انجام اعمال و مناسک ویژه، به شیوه خاصی مد نظر شارع است، باید الفاظ عبادات را بر معانی شرعیه حمل نمود. البته این تقریر و

بیان در الفاظ معاملات جاری نیست؛ زیرا مفاد و معانی آن‌ها مستحدث نبوده و شارع نیز نسبت به آن‌ها همچون یکی از اهل عرف محسوب می‌شود (موسوی خویی، ۱۳۶۸: ۱۲/۳). پذیرش انحصاری این مرجع به عنوان تنها ضابطه تعیین مقتضای عقود، از چند جهت ایراد دارد:

۱. از آنجا که بر اساس این نظریه، مقتضای عقود توسط شارع تعیین می‌شود، هر گونه امری که بر خلاف این آثار در عقد شرط شود، در واقع شرط مخالف شرع محسوب می‌گردد و شرط خلاف مقتضای عقد مورد پیدا نخواهد کرد.

۲. انتساب تعیین مقتضای عقود به شارع، مستلزم تعیین این امور توسط شارع است حال آنکه با استقرا در ابواب مختلف معاملات در کتب فقهی و روایی چنین بیانی به چشم نمی‌خورد.

۳. معاملات همچون عبادات، ماهیات اختراع شده شرعی نیستند تا برای اطلاع از حقیقت و مقتضای آن‌ها نیازمند رجوع به شرع باشیم، بلکه همان گونه که قبلاً نیز گفتیم، معاملات ماهیات عرفی هستند و خود اهل عرف به آن آگاه‌اند و امضای شارع، ماهیت عرفی امری را تغییر نمی‌دهد و آن را به حقیقت شرعی تبدیل نمی‌سازد. بنابراین شارع معمولاً در امور عبادی، نظر خاص دارد و در امور معاملاتی معنای عرفی را امضا می‌نماید (کرباسی، بی‌تا: ۸۹/۱). بنابراین آنچه به عنوان نتیجه این مبحث می‌توان بیان نمود این است که شرع نمی‌تواند منبع تعیین مقتضای عقد باشد و باید در پی عامل و منبع دیگری بود.

۲. عرف

عرف در لغت معانی متعددی دارد؛ نظیر تسابع و پی‌درپی بودن، امر شناخته شده و متداول بین مردم، فعل پسندیده از ناحیه عقل یا شرع (راغب اصفهانی، ۱۳۹۲: ۳۴۳؛ ابن منظور، ۱۴۰۵: ۲۳۹).

عرف مصطلح

کاربرد گسترده عرف در فقه موجب شده تا برخی از نظریه‌پردازان فقهی و اصولی به تبیین و تفسیر این واژه همت گمارند. آن‌ها از «عرف» با همین عنوان یا عناوینی چون

«عادت»، «بنای عقلا» و «سیره» تعریف‌های مختلفی را به دست داده‌اند، از قبیل:

۱. عادت و عرف، امری است که از ناحیه عقل در جان انسان‌ها جای می‌گیرد و طبع سالم و غیر آلوده به شهوات آن را می‌پذیرد:

ما استقرّ فی النفوس من جهة العقول و... الطباع السليمة بالقبول (حنفی، ۱۹۸۶: ۱۰۱؛ ابن عابدین، بی‌تا: ۱۱۲/۲).

این تعریف شاید کهن‌ترین تعریف از عرف و عادت باشد که با بیشترین اقبال مواجه گردید.

۲. عرف، عادتی است از عموم یا گروهی خاص از مردم که بر آن سیر کرده و زندگی می‌کنند. این عادت می‌تواند در شکل گفتار یا کردار یا ترک سامان یابد (صنقور علی، ۱۴۲۱: ۷۵۲).

هرچند ممکن است که برخی از عرف‌ها از نظر حقوق اسلامی، غیر مشروع باشند، بسیاری از آن‌ها بی‌هیچ مانعی مورد امضا و تقریر شارع قرار گرفته‌اند. در حقوق اسلامی نیز برخی از احکام بر موضوعات عرفی مترتب شده‌اند و باید برای تشخیص آن‌ها به عرف مراجعه کرد. معاملات، امور عرفی و اعتباری هستند و در امور عرفی، شارع حکم تأسیسی به میان نیاورده، بلکه همان حکم عرف را امضا نموده است. به باور دانشمندان اسلامی، شارع مقدس ادله معاملات را به عرف القا نموده و خود غالباً در آن دخل و تصرف نکرده و همان چیزی را امضا کرده است که از نظر عرف و عقلا مصداق عنوان معامله می‌باشد. با توجه به این اندیشه، قانون‌گذار مدنی در ماده ۲۲۴ ق.م. مقرر می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه». بنابراین مفاد و مضمون الفاظ عقود در عرف معتبر است. لذا برای تعیین مضمون، توافق آثار، مقتضیات و لوازم عقد باید به عرف مراجعه کرد. برخی از فقهای امامیه مانند صاحب العناوین الفقهیه در قالب عبارات فقهی نظیر «المراد بالمقتضیات ذات العقد ما يتحقق ماهية العقد وصحته بها» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۴۹) و برخی از حقوق‌دانان (ر.ک: بروجردی عبده، ۱۳۲۹: ۱۴۴) نیز در خصوص مقتضیات عقود، این اندیشه را برگزیده‌اند.

دلایلی وجود دارد که عرف به تنهایی برای تعیین آثار و مقتضیات عقود نیست و ضروری است که این عرف‌ها تدوین و جمع‌آوری و اعلام شود. مهم‌ترین این دلایل به

شرح زیر است:

۱. هرچند ممکن است که فشار افکار عمومی، ضمانت اجرای نسبتاً خوبی برای عمل به قواعد عرفی باشد، نظم و آرامش در زندگی اجتماعی ایجاد می‌کند که تخلف از قواعد و اصول عرفی جامعه با پشتوانهٔ بازدارندهٔ قوی‌تری همراه باشد. این ضمانت اجرا همان قوهٔ حاکمه است. از آنجا که عرف‌ها اغلب قاطع نیستند، بلکه متنوع و متغیرند، دستیابی همه‌جانبه به عرف بسیار دشوار است، در نتیجه شناسایی و اثبات آن نه برای قاضی و نه برای طرفین دعوی به سادگی امکان‌پذیر نیست. بنابراین پیش‌بینی ابزاری مطمئن برای اثبات قواعد و اصول حقوقی از ضروریات جوامع امروزی است.

۲. قواعد عرفی گاه به قدری کهنه و قدیمی، جزئی و ناقص هستند که پاسخ‌گوی نیازهای جوامع امروزی نیستند. بنابراین انسان‌ها باید برای زندگی خود چاره‌اندیشی نموده و رأساً یا به واسطهٔ نمایندگان خویش مقررات مورد نیاز جامعهٔ خود را تدوین نمایند. به همین دلیل، در جوامع انسانی امروزی، برای هماهنگ کردن حقوق با نیازهای بشری، باید کشورها برای رهایی از ایرادهای وارده بر عرف غیر مدون، به تدوین عرف‌های مسلم جامعهٔ خود که در طی دوره‌های متمادی شکل گرفته‌اند، بپردازند و به آن اقتدار و مشروعیت کامل ببخشند و تخطی از آن را با ضمانت اجراهای قوی همراه سازند.

۳. قانون

از آنجا که قانون‌گذار قوانین موضوعه را با رعایت تشریفات خاصی وضع می‌نماید که برای وضع قانون مراحل نظیر تصویب، امضا و انتشار باید طی شود، همچنین قوانین وضع شده پس از گذشت ۱۵ روز از تاریخ انتشار در سراسر کشور لازم‌الاجرا هستند که عرف چنین نیست، لازم است عرف و قانون را از یکدیگر جدا و قسیم هم بیان نماییم. از سوی دیگر، عرف در معنای خاص عاداتی است که به تدریج و خودبه‌خود میان همهٔ مردم یا گروهی از آن‌ها به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده و مردم از آن پیروی می‌کنند در صورتی که قانون این گونه نیست.

حجیت و اعتبار قانون مستلزم کسب مشروعیت از مرجعی است که قانون‌گذاری را

تجویز نموده است. نظام‌های حقوقی غیر الهی، مشروعیت و اعتبار قانون را تنها ناشی از حاکمیت اراده انسان‌ها و وجدان عمومی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۵۲: ۱۸۱)، اما در نظام اسلامی که تفکیک دین و حقوق تصورشدنی نیست و روابط اجتماعی بر اساس احکام دین تنظیم می‌شوند، حاکمیت اراده انسان‌ها به تنهایی برای حجیت و مشروعیت قانون کافی نیست بلکه آنچه را که قوه مقننه تصویب می‌کند چه خاستگاه آن عرف باشد و چه قوه مقننه بدو و اساساً آن را وضع و تصویب نماید، الزاماً باید مورد تأیید و تنفیذ شارع واقع شود. این امر در زمان ائمه معصومین علیهم‌السلام به دلیل فقدان قوانین موضوعه، جایگاهی نداشته است. ولی امروزه که قوانین موضوعه نقش مهمی را در زندگی حقوقی جوامع ایفا می‌کند، باید به رابطه آن با شرع توجه شود. در قانون اساسی کشور ما، این موضوع در اصل چهارم بیان شده است:

کلیه قوانین و مقررات مدنی و جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.

اصل نود و سوم نیز مقرر می‌دارد:

مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد.

منظور از این اصل، بی‌اعتباری مصوبات مجلس بدون تأیید و تنفیذ شورای نگهبان است. با این عبارت معلوم می‌شود از دو مرجع اعتبار و حجیت قانون یعنی اراده انسان‌ها در وضع قانون و شرع مقدس برای امضای آن، شرع رجحان دارد.

۴. دلالت الفاظ

نقل و انتقال اندیشه‌ها و تفهیم و تفهّم همواره به وسیله الفاظ صورت می‌گیرد. میان الفاظ و مفاهیم، چنان رابطه مستحکمی به وجود می‌آید که غالباً هنگام فکر کردن، الفاظ حاکی از مفاهیم به ذهن متبادر می‌شود و بر این اساس در فلسفه، الفاظ را وجود لفظی^۱

۱. وجود لفظی: کلمات و الفاظی است که به وسیله آن مقصود خود را بیان می‌کنیم مانند کلمه قلم و کتاب (مظفر، ۱۳۷۹: ۳۲).

«اشیا» نامیده‌اند.

در عقود و معاملات نیز الفاظی وجود دارند که عقود با آن عناوین متمایز و مشخص می‌شوند. بر اساس این نظریه، برخی از فقهای امامیه مدلول مطابقی عقد را مقتضای ذات عقد و مدلول التزامی آن را مقتضای اطلاق عقد دانسته‌اند (نابینی، ۱۴۰۴: ۱۱۲/۲). همچنین فقهای دیگر می‌نویسند:

- لفظ ایجاب و قبول به دلالت مطابقی دال است بر اینکه آنچه متعلق به بایع است تملیک مشتری است (موسوی خویی، ۱۳۶۸: ۱۹/۳).

- مقتضیات ذات عقد آن مواردی است که الفاظ عقد بر آن‌ها دلالت دارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۴۹).

مبنای این اندیشه به یک بحث لفظی باز می‌گردد که بر طبق آن، بین الفاظ و معانی آن‌ها ذاتاً و با قطع نظر از جعل و وضع آن‌ها مناسبت و علاقه‌ای وجود دارد که طبعاً و فطرتاً هر کس از شنیدن لفظ به معنای آن منتقل می‌شود. به عبارت دیگر، همان طور که دلالت دود بر وجود آتش یک دلالت ذاتی است، صرف وجود لفظ نیز برای حصول دلالت بر معنا کافی است (مظفر، ۱۳۷۱: ۹/۱).

نظریه مزبور از منابع متعارف و شناخته‌شده در تشخیص مقتضای عقد که همگی نوعی و قابل صدق بر اغلب افراد و مصادیق می‌باشند، عدول نموده و به صراحت بر معیاری مبهم تکیه کرده است؛ یعنی دادرسی در تحلیل صحت و سقم شرط مشکوک به منافی با ماهیت عقد، باید اثری را که منظور اصلی متعاقدین بوده و اولاً و بالذات آن را در قالب عقدی از عقود انشا نموده‌اند، کشف کند و سپس اظهار نظر نماید. پذیرش این عقیده برای تعیین مقتضای عقود محل تأمل است و ایراداتی به شرح زیر دارد:

۱. با توجه به اینکه هر یک از منشآت عقدیه «اعم از ذات و اطلاق» خود بر دو قسم اثر بلاواسطه و مع‌الواسطه می‌باشند، برای مثال انتقال مبیع اثری است که مع‌الواسطه و به دلالت التزامی ناشی از تملیک و تملک است که خود اثر بلاواسطه و مدلول مطابقی عقد بیع می‌باشد و مع‌الوصف «انتقال» مقتضای ذات عقد بیع محسوب می‌گردد، طبق نظر فوق لازم می‌آید که انتقال مایملک به هر نحوی اعم از اجاره،

قرض و... تخلف‌پذیر باشد؛ زیرا مدلول التزامی عقد، بیع است در حالی که می‌دانیم اثر مزبور و آثار مشابه آن به عنوان لوازم ماهیت عقد در تحقق مفهوم و اسم عقد دخالت داشته و تخلف‌پذیر نیستند. همچنین است استمتاع از زوجه که ناشی از زوجیت است و اثر مستقیم و مدلول مطابقی عقد نکاح به شمار می‌رود.

۲. ممکن است متعاقدین علاوه بر تصریح بر مقاصد مشترک به پاره‌ای از امور فرعی که مدخلیتی در تحقق مفهوم عقد ندارد بنا بر رعایت مصالحی فی‌مابین تأکید و تصریح نمایند. در این صورت آیا باید معتقد بود که امور مزبور مقتضای ذات عقد محسوب شده و لایتخلف می‌باشند؟ مثلاً آیا تصریح به حال بودن ثمن یا لزوم تعادل بین دو عوض یا محل تسلیم مبیع و انجام تعهد که امکان تراضی بر خلاف آن بر همگان واضح است، این امور را به ماهیت عقد تبدیل می‌کند؟

۳. نظریهٔ مزبور، دیگر عوامل مسلم و دخیل در ایجاد مقتضای مثل قانون، شرع و عرف را ظاهراً نادیده انگاشته است و به نوعی آن را تنها منبع و موجد مقتضای عقد معرفی می‌نماید.

گروهی از دانشمندان الفاظ و عبارت را کاشف از قصد واقعی و ارادهٔ متعاملین می‌دانند و مفاد عقد را به یاری کتب لغت تبیین کرده و متعاملین را به ظاهر الفاظ و معنای اولی آن‌ها پایبند می‌دانند، همان‌گونه که اصولیان به مقتضای اصالت ظهور میان تعیین نزدیک‌ترین مدلول لغوی کلمه و کشف مراد متکلم پیوند برقرار کرده و مراد متکلم از لفظ را همان مدلول لغوی الفاظ می‌دانند که به ذهن متبادر می‌گردد و از ظاهر لفظ برمی‌آید (صدر، ۱۴۱۵: ۲۹۶/۱). در اینجا نیز متعاملین به ظاهر الفاظ عقود و معنای اولی آن‌ها پایبند بوده و هر چه از ظاهر الفاظ عقود متبادر می‌گردد، مقتضای اثر اصلی عقد تلقی می‌شود.

هرچند معیار پیشنهادی چندان نامعقول نیست برای شناسایی ماهیت حقوقی نهادها و تأسیسات علم حقوق، توسل صرف به کتب لغت کافی نیست؛ زیرا:

۱. هنگامی که در کتب لغت، لفظ دارای معانی متعدد و متمایز بوده و ارتباط تمام معانی با لفظ به یک اندازه است، در چنین مواردی یافتن ماهیت عقود با تکیه بر کتب لغوی، امری دشوار است.

۲. مقتضای عقود با گذشت زمان، ممکن است دچار دگرگونی گردد. از این رو، تأکید بر معنای لغوی یک عبارت که با مفاد و ماهیت لغوی اصلی آن کاملاً متمایز است، امری نامعقول جلوه می‌کند.

۳. در منطق نیز «تعریف لفظی» و «تعریف حقیقی» کاملاً متمایز از همدیگر هستند و تعریف لفظی، ما را از تعریف حقیقی بی‌نیاز نمی‌سازد. تعریف لفظی عبارت است از تعریف یک لفظ به لفظ دیگری که برای شنونده آشناتر از لفظ اول است. اما تعریف حقیقی، آن است که تمام ماهیت شیء را بیان می‌نماید. بنابراین تلاش برای تعیین ماهیت و مقتضای عقود تنها با تکیه بر معنای لغوی گرهی از کار نمی‌گشاید، بلکه دوری پدید می‌آید که سرانجام واقعی نمی‌یابد. در نتیجه، برای تبیین مباحث حقوقی، واقعیتی ورای معانی لغوی را باید جستجو نمود.

منبع و مرجع منتخب

با توجه به معیارهای ارائه‌شده به این نتیجه رهنمون می‌شویم که شرع، تعیین مقتضای عرف احاله نموده است. با وجود این، شرع به عنوان مرجعی آگاه از مصالح و مفاسد احکام، مقرراتی را در کنار احکام عرفی معاملات به صورت امر و نهی جعل و وضع می‌نماید؛ مثلاً بیع را در صورتی صحیح می‌داند که منجر به ربا نشود که در این صورت بطلان اعمال حقوقی به استناد مخالفت با شرع بوده و ارتباط با مقتضای عقود ندارد. بنابراین علی‌رغم تصریح برخی از دانشمندان در تعیین مقتضای عقود که امور موضوعی و عرفی هستند، شرع نقشی ایفا نمی‌کند، الفاظ نیز بیانگر تمام حقیقت عقد نیستند. علاوه بر اینکه در تعیین مفاد عقد خود موضوعیت ندارند بلکه کاشف از معنایی هستند که عرف آن را برای هر عقد مقرر نموده است. به عبارت دیگر، الفاظ به عنوان ابزاری برای بیان منویات عرف به کار می‌روند که در کلام آیه‌الله موسوی خویی به خوبی محسوس است:

والمتحصّل ممّا بیّنناه أنّ استعمال اللفظ فی المعنی لیس إلاّ إظهار المقاصد النفسانیة
بمیرز خارجيّ سواء فی ذلك الجمل و غیرها. و إذن فالإنشاء من مصادیق استعمال
اللفظ فی المعنی بلا ارتباط له بإيجاد المعنی باللفظ (۱۳۶۸: ۵۲/۲).

به همین جهت، قانون مدنی در ماده ۲۲۴ مقرر می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» و این امر دقیقاً نشانگر عدم اصالت و استقلال الفاظ در تعیین مقتضای عقود است. در توضیح معیار قانون گفته شده که اغلب قوانین، برگرفته از عرف جامعه است که برای انسجام بخشیدن به نظام حقوقی جامعه، اجتناب از پراکندگی مقررات عرفی، تسلط بیشتر قضات بر این مقررات و قواعد و نیز آگاه نمودن قاطبه مردم از وجود مقررات از طریق انتشار این مجموعه‌ها و در نتیجه تأمین ضمانت اجرای تخلف از مقررات فوق، دستگاه‌های قانون‌گذار این عرف‌ها را به رشته تحریر و تدوین درآورده و نظم نوینی را به جوامع بخشیده‌اند.

بنابراین عرف مهم‌ترین منبع تعیین مقتضای عقود است اما هر گاه به صورت مدوّن درآید عرف تدوین‌شده در قالب قانون، مقدم خواهد بود. با وجود این در صورت ابهام، اجمال یا سکوت قوانین موضوعه در باب مقتضای عقود باید به عرف غیر مدوّن مراجعه شود. حقوق‌دانان نیز این عقیده را تأیید می‌کنند و می‌گویند:

اگر آثار و لوازم عقد ناشی از حکم قانون‌گذار باشد و نقش تراضی محدود به انتخاب نمونه قانونی و قرار گرفتن در آن موقعیت شود، بی‌گمان مرجع تمییز مقتضای عقد قانون است و نیازی به احراز قصد مشترک و رجوع به عرف نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۱۷/۳).

تعارض منابع تعیین مقتضای عقد

میان اوامر و نواهی شارع با مقررات عرفی تعارض حقیقی وجود ندارد و قابل جمع هستند. به تعبیر دیگر، شکل‌گیری و قوام هر ماهیت حقوقی با هر مقتضایی که دارد منوط به رعایت اوامر و نواهی شارع است. بنابراین از آنجا که شرع تعیین مقتضای عقود را به عرف احاله نموده است (امضا، نوعی احاله به عرف تلقی می‌شود) و خود در این باره حکمی تأسیس ننموده است. وضع هر گونه احکام و مقررات الزامی از سوی وی در واقع معارضه با مقتضای عقد محسوب نمی‌شود.

رابطه الفاظ و عقود نیز متضمن هیچ گونه تعارضی نیست؛ زیرا الفاظ تنها بیانگر مقتضیاتی هستند که عرف برای عقود تعیین نموده است. تعارض و تغایر تنها میان دو منبع عرف و قوانین موضوعه تصورپذیر است؛ زیرا پس از تدوین قوانین و گردآوری و تنظیم عرف‌ها در قالب قوانین موضوعه، ممکن است عرف تغییر نماید و مقتضای عقد

دگرگون شود، اما مفاد قانون راجع به مقتضای عقد هنوز به قوت خود باقی باشد. هنگام تعارض دو منبع عرف و قانون، کدام یک از آن دو حجیت و اعتبار خواهد داشت؟ بررسی ضمانت اجرای هر یک از دو منبع فوق در پاسخ به این پرسش مؤثر است. در عرف، عوامل درونی و انگیزه‌های روانی، افراد را وادار به اطاعت از مقررات عرفی می‌کنند، اما ضمانت اجرای مقررات قانونی کاملاً برعکس عرف بیرونی و دنیوی است. بنابراین عمل به مقررات قانونی یک تکلیف بوده و تا زمانی که قانون نسخ نشده، اجرای آن الزامی است و هیچ یک از افرادی که در قلمرو آن قانون به سر می‌برند نمی‌توانند با استناد به تغییر عرف مربوط به مقتضای عقد، شرطی را که خلاف مقتضای عقد است در قرارداد گنجانده و از مقررات قانونی مربوطه رهایی یابند. با وجود این، قانون‌گذار نیز باید مقررات خود را بر مبنای عرف حاکم جامعه تنظیم و تدوین نماید. به عبارت دیگر، قانون‌گذار باید خود را با جامعه و نیازهای آن که در قالب عرف شکل می‌گیرد، هماهنگ نماید، در غیر این صورت محبوبیت قانون کاهش می‌یابد و نوعی جدایی میان مقتن و جامعه بروز می‌کند. حقوق‌دانان به سازگاری و هماهنگی قانون با عرف جامعه و ضرورت آن بسیار تأکید نموده و می‌گویند هدف مطلوب این است که قواعد حقوق در دل مردم جای گیرد و کسی از اجرای آن احساس زحمت و اجبار نکند؛ زیرا قاعده‌ای که به زور و اجبار رعایت شود به اندک سستی و مسامحه مهجور می‌ماند و مردم به انواع حیل‌ها از آن می‌گریزند در حالی که آنچه را عادلانه و آشنا می‌بینند به رغبت به کار می‌گیرند و در شمار عادات و رسوم خود می‌آورند. راه نفوذ در دل‌ها به این است که مردم قوانین را ساخته خود و محصول ضرورت‌ها و نیازهای جامعه ببینند یا قانون‌گذار را چنان دلسوز و آگاه بدانند که در اصابت او به واقع تردید نکنند. وصله‌های عاریتی از این امتیاز بی‌بهره‌اند، به همین جهت نیز همیشه با دشواری و مانع روبه‌رو می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۹).

منبع تعیین مقتضای عقود نامعین

آنچه تا کنون گفته شد دربارهٔ عقود معین یا عقود با نام بود. همان طور که قبلاً نیز گفتیم برخی از اندیشوران فقه امامیه، تنها عقود معین را مشمول اصل صحت و قاعدهٔ

لزوم می‌دانند و کلمه عقود در آیه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ را بر عقود متداول در زمان شارع حمل نموده‌اند. بنابراین هر گاه تراضی و توافقی میان دو شخص صورت پذیرد که در نزد فقها سابقه ذهنی ندارد آن را مشمول ادله ندانسته و لازم الوفاء نمی‌دانند (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۲/۲۱۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۱۷۴/۴؛ نراقی، بی‌تا: ۷-۶). پیروی از این عقیده، ما را در محدوده تعداد انگشت‌شماری از عقود مذکور در کتب فقهی محصور نموده و رابطه قراردادی را که با این عقود منطبق نباشد محکوم به بطلان می‌نماید و هر عقدی که دلیلی بر وفای بدان اقامه نشود لازم الوفاء محسوب نمی‌شود (ابوزهره، بی‌تا: ۲۳۳). در حال حاضر، عقیده غالب در میان فقها و حقوق‌دانان این است که توافق و تراضی افراد قطع نظر از شکل و قالبی که بدان صورت منعقد می‌شود، بر مبنای اصل صحت و عمومات و اطلاقات ادله وفای به عهد نافذ و معتبر است. بنابراین قالب‌های معین، ابزار و وسیله منحصر انعقاد عقد نیست. بدین ترتیب، امروزه این اصل در حقوق موضوعه پذیرفته شده که برای ایجاد تعهد، شکل‌گیری تراضی اشخاص در قالب‌های معین ضرورت ندارد. به تعبیر دیگر، بر خلاف آنچه در نزد فقهای متقدم مشهور بوده است، اشخاص به هر شکل که مایل باشند، می‌توانند پیمان ببندند. شیوه پیمان بستن و ایجاد رابطه حقوقی منحصر به موارد مذکور در کتب پیشینیان نیست بلکه حاکمیت اراده افراد و نیازهای روزافزون زندگی اجتماعی ایجاب می‌کند که اشخاص بتوانند روابط حقوقی خود را به هر گونه که مقتضی بدانند ایجاد نموده و آثار دلخواه را بر آن‌ها مترتب سازند.

گفتار اول: مبانی اصل آزادی اراده در فقه

در حقوق ایران، اصل آزادی اراده پذیرفته شده است ولی پذیرش آن در فقه مورد اختلاف است. در میان فقیهان شیعه همواره این بحث مطرح بوده که آیا برای تشخیص مشروعیت یک قرارداد باید نصّ خاصی بر آن وجود داشته و مشروعیت و اعتبار آن از ناحیه شارع تصریح شده باشد یا آنکه علاوه بر عقود معین که نام آن‌ها در فقه آمده است به طور کلی قراردادهای عقلایی، مشروعیت و اعتبار دارند؟ فقها به ویژه متقدمان، قائل به توقیفی بودن عناوین عقود و معاملات بوده و اعتبار قراردادهای آنها در قالب عقود معین پذیرفته‌اند؛ برای مثال شهید ثانی درباره علت بطلان عقد مغارسه می‌نویسد:

جواز عقود موقوف است به اذن شارع که در اینجا منتفی است (عاملی جبعی، بی تا: ۷۱/۵).

ماده ۱۰ قانون مدنی، با تأیید اصل آزادی قراردادی مقرر می‌دارد:
قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که
خلاف صریح قانون نباشد نافذ است.

بنابراین در حقوق ما، آزادی اراده را باید به عنوان اصلی مسلّم و پذیرفته شده تلقی کرد و لذا جز در مواردی که قانون، مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است، اراده اشخاص، حاکم بر سرنوشت پیمان‌های ایشان است (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۴۴/۱-۱۴۶). مهم‌ترین نتیجه اصل آزادی اراده این است که اشخاص می‌توانند قراردادهای خود را با هر عنوان که مایل باشند منعقد نمایند و نتایج و آثار آن را به دلخواه معین کنند. مهم‌ترین دلیل طرف‌داران اصل آزادی قراردادی در فقه، آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ...» (مانده / ۱) است. بر اساس مفاد این آیه، وفای به هر چه که عرفاً عنوان عقد بر آن صدق می‌کند، واجب می‌باشد و معنای وفای به عقد عبارت است از عمل بر طبق مقتضای آن. با توجه به عموم آیه شریفه نسبت به همه عقود و قراردادها می‌توان چنین استنباط کرد که هر قراردادی که در عرف مصداق عقد دانسته شود معتبر و لازم‌الوفاء است.

علاوه بر فقیهان معاصر، در میان فقهای متقدم نیز می‌توان کسانی را یافت که تمسک به عمومات را برای اثبات صحت و اعتبار قراردادهای نامعین مجاز دانسته‌اند؛ برای مثال محقق اردبیلی درباره عقد مغارسه بر این اعتقاد است که اگر اجماع علما بر بطلان آن نبود، این امکان وجود داشت که به مقتضای عمومات ادله، به صحت عقد مغارسه حکم داد (بی تا: ۱۴۴/۱۰). هر چند فقهای متقدم به اصل آزادی اراده به دیده تردید می‌نگریستند، فقهای معاصر عموماً به آن متمایل شده و آن را پذیرفته‌اند. به عقیده اینان، عناوین عقود، توقیفی نیستند؛ چون شارع مقدس، طریقه خاصی را در معاملات اختراع نکرده و نقش وی در معاملات، نقش امضایی است؛ یعنی معاملات رایج در بین مردم را امضا نموده است. فقهای معاصر، اصل آزادی اراده در قراردادها را پذیرفته‌اند و برای اثبات مشروعیت و اعتبار قراردادهای نامعین بدان تمسک کرده‌اند که برای نمونه به دو مورد اشاره می‌شود.

۱. قرارداد بیمه

یکی از قراردادهای نوپیدا که در دهه‌های اخیر مطرح شده و رواج یافته است، قرارداد بیمه می‌باشد. رواج این قرارداد، فقها را در مقابل این سؤال قرار داد که آیا چنین قراردادی می‌تواند مشروعیت و اعتبار داشته باشد یا خیر؟ تلاش اولیه فقها بر این بوده که این قرارداد را به نحوی در یکی از عقود معین و شناخته شده بگنجانند و بر همین اساس، آن را از مصادیق صلح، هبه معوض یا ضمان دانسته‌اند. اما بیشتر فقهای معاصر، عقد بیمه را عقدی مستقل دانسته و برای اثبات مشروعیت و اعتبار آن به عموماً ادله استناد کرده‌اند؛ برای نمونه امام خمینی می‌فرماید:

ظاهر این است که بیمه، عقد مستقل است (موسوی خمینی، بی‌تا: ۷۰/۱).

۲. تقسیم

فقها درباره ماهیت تقسیم اختلاف نظر دارند؛ برخی، تقسیم مال مشاع را به دلیل آنکه در آن، دو مال مبادله می‌شود نوعی بیع دانسته‌اند، ولی غالب فقها آن را معامله‌ای جدای از بیع دانسته‌اند. به نظر اینان، تقسیم، معامله‌ای مستقل از عقود معین است و دلیل اعتبار آن، عموماً و اطلاقاتی است که در باب معاملات می‌توان بدان تمسک کرد؛ برای نمونه آیه‌الله تبریزی در این باره می‌نویسد:

همانا قسمت عقد است و مفاد آن تعیین سهم هر یک در مال مشترک می‌باشد و داخل در عقد بیع نیست و در مشروعیت و لازم بودن آن علاوه بر سیره و بنای عقلا، آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» کفایت می‌کند (بی‌تا: ۲۷۵).

گفتار دوم: اصل حاکمیت و آزادی اراده

بند اول: مفهوم اصل

انسان، بخش مهمی از روابط اجتماعی خود با دیگران را با قراردادهای گوناگونی تنظیم می‌کند. شاید بشر از روزهای نخستین زندگی اجتماعی خود، به حکم عقل به این مسئله پی برده که توافق با هم‌نوعان در امور مختلف یکی از راهکارهای اساسی فائق آمدن بر مشکلات است. بعدها این فکر که انسان آزاد و مختار است و می‌تواند با

دیگران تراضی کند و قرارداد ببندد، شکل فلسفی، اقتصادی و حقوقی به خود گرفت. از این رو، فردگرایان اراده انسان را منبع حق و تکلیف شناختند و به آن ارزش اخلاقی نیز دادند؛ زیرا از آنجا که انسان‌ها با هم برابرند و هیچ کس بر دیگری برتری ندارد، هر گاه آزادانه با هم قرارداد ببندند، چه در زمینه حقوقی و چه در عرصه اقتصادی، عادلانه خواهد بود و به شکوفایی اقتصادی و تجاری منتهی می‌شود. گرچه این نظر از طرف مکاتب اجتماعی مورد انتقاد شدید قرار گرفت، امروزه نیز اصل حاکمیت اراده ارزش و اعتبار خود را از دست نداده و فقط به لحاظ مصالح اجتماعی با محدودیت‌هایی روبه‌روست.

بند دوم: مبنای اصل

گرچه روح این اصل در قانون اساسی ایران (اصل ۱۹ و ۲۰ به بعد) و در موارد گوناگون قانون مدنی مانند صلح (ماده ۷۵۴ ق.م.ا) به چشم می‌خورد، ولی مرسوم است که حقوق دانان در این باره به ماده ۱۰ ق.م.ا استناد می‌کنند و آن را محور اساسی بحث خود قرار می‌دهند. در این ماده می‌خوانیم:

قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.

در فقه اسلامی، «فقیهان معاصر بیشتر تمایل دارند که هر عقد معقول و اخلاقی مورد نیاز را که با احکام شرع مخالفت ندارد، به عنوان منبع التزام بپذیرند و قلمرو حکم وفای به عقد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را به پیمان‌های عهد رسول محدود نسازند» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ش ۴۵/۵۲). در این باره می‌توان به عموماً ماتی مانند لزوم وفای به شرط و پایبندی به مفاد عهد و پیمان استناد کرد:

المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً (حسینی مراغی، ۱۳۶۷: ۲۵۷؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۸/۲).

به علاوه، چنان که برخی از استادان گفته‌اند: اصل آزادی اراده محدود به قراردادهای نیست و در ایقاعات نیز حکومت دارد (مستفاد از مواد ۲۶۷، ۷۵۱ و ۷۶۹ ق.م.ا و در حقوق اسلام مواردی مانند نذر و یمین).

بند سوم: اصل و محتوا

اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی از چهار اصل تشکیل شده است:

۱. اشخاص در انعقاد قرارداد آزادند. انتخاب نوع قرارداد (معین یا نامعین) و نیز تعیین آثار قراردادهای خصوصی جزء آزادی‌های قراردادی هر شخص است و هیچ کس را نمی‌توان به پذیرفتن نمونه‌های قانونی (عقد یا شرط) مجبور کرد.

۲. قراردادها اصولاً بر پایه اراده‌ها (قصد دو طرف) تشکیل می‌شوند و به تشریفات ویژه‌ای نیاز ندارند. گاه ممکن است به طور استثنا قراردادی به شکل تشریفاتی منعقد شود.

۳. هر قراردادی بین دو طرف و قائم مقام آن‌ها الزام‌آور است (مستفاد از مواد ۲۱۹ و ۲۳۱ ق.م.). تا زمانی که قرارداد، اقاله یا به علت قانونی فسخ نشده، بین دو طرف حکم قانون را دارد و باید اجرا شود. دادگاه‌ها و مقامات عمومی نیز اصولاً حق دخالت و تغییر تعهدات قراردادی را ندارند. در تفسیر قرارداد باید به قصد مشترک صریح یا ضمنی دو طرف توجه کرد.

۴. اصل نسبی بودن قراردادها (ماده ۲۳۱ ق.م.) و جز در موارد استثنایی، طرفین قرارداد نمی‌توانند در قالب قرارداد، تعهدی را برای دیگری ایجاد یا حقی برای او پدید آورند.

بند چهارم: حدود آزادی اراده

امروزه دیگر آزادی قراردادی نامحدود نیست و اشخاص نمی‌توانند در پوشش قراردادها تعهدات غیر قانونی یا غیر اخلاقی یا زیان‌بار به حال جامعه و دیگران ببندند. قانون‌گذار ایران این محدودیت‌ها را در ماده ۹۷۵ ق.م. پیش‌بینی نموده و به ترتیب ذیل مقرر کرده است:

محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قرارداد خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

بنابراین محدودیت‌های آزادی قراردادی عبارت‌اند از:

۱. قانون: مقصود از قانون، قانون امری است نه قانون تکمیلی. برخی گفته‌اند که هر جا امری بودن قانون مسلّم نیست نباید آزادی اراده را از بین برد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۸: ش ۵۷-۵۸).

۲. نظم عمومی؛

۳. اخلاق حسنه.

اکنون که توانایی اراده در ایجاد عناوین جدید برای عقود و نیز ضرورت آن روشن شد، این سؤال مطرح می‌شود که تعیین اثر اصلی و مقتضای این گونه روابط حقوقی بر عهده چه مرجعی است؟ به عبارت دیگر، منابع و مراجع یادشده در مبحث عقود معین، صلاحیت تعیین مقتضا در قلمرو عقود نامعین یا بی‌نام را نیز دارند یا خیر؟
عقود بی‌نام یا نامعین به عقود گفته می‌شود که در قوانین موضوعه یا کتب فقهی وجود ندارند. این عقود بر دو دسته‌اند: ۱. عقود متداول و معهود در عرف؛ ۲. عقود بی‌سابقه و اتفاقی.

۱. عقود متداول و معهود در عرف

مقصود از این عقود، قراردادهایی است که عرف خاص یا عامی در خصوص آن‌ها در حال شکل‌گیری یا استقرار کامل است ولی در قوانین موضوعه یا کتب فقهی اثری از آن‌ها مشهود نیست یا تنها به بیان نام آن‌ها اکتفا شده و در خصوص مقتضا و آثار اصلی آن‌ها تصریحی وجود ندارد. همان گونه که قبلاً گفته شد ممکن است با توجه به ضرورت‌های جامعه، قانون‌گذار خود چنین عقود را تأسیس و در مجموعه‌های مدوّن گردآوری و منتشر نماید؛ برای نمونه، عقد بیمه از جمله این عقود است. قانون‌گذار گاهی برخی از مقررات معین درباره این عقود را نیز قابل اعمال می‌داند؛ مثلاً در ماده ۳۷۸ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «قرارداد حمل و نقل تابع مقررات وکالت خواهد بود مگر در مواردی که ذیلاً استثنا شده باشد» یا در ماده ۳۳۵ آن می‌گوید: «اصولاً قرارداد دلالی تابع مقررات راجع به وکالت است».

گرچه چنین اقداماتی مانع از اطلاق عنوان عقود مستحدثه بر این گونه قراردادها نیست، عنوان عقود نامعین نیز بر آن‌ها صدق نمی‌کند. این گونه عقود نیز به نحوی با

عرف و عادت خاص خود گِره خورده‌اند و برای احراز ارکان، آثار، لوازم عقد و ضمانت اجرای آن‌ها، آشنایی کامل با عرف ضروری و لازم است. نمونهٔ چنین قراردادهایی در جامعه فراوان است؛ خرید و فروش سرقفلی اماکن تجاری، قرارداد مؤلف و ناشر در خصوص حق تألیف، قرارداد یک مخترع با کارخانه‌دار در خصوص حق اختراع خود و امتیاز ناشی از آن، قراردادهای انتقال فناوری راجع به صنایع گوناگون، از عقود نامعین و مستحدثه به شمار می‌روند.

قلمرو حقوق معنوی به صورت فنی پیچیده و هنری ظریف جلوه گر شده است و نقل و انتقال این حقوق اهمیت فراوانی دارد. گسترش روابط اجتماعی در یکی دو قرن اخیر، سبب چاره‌اندیشی همگانی و پیدایش نهادهای قراردادی برای برطرف ساختن نیاز جوامع گشته است. پیشرفت روزافزون علم و فناوری در جهان همچنان آتش نیاز جوامع به این گونه نهادها را شعله‌ورتر ساخته است. این سرنوشت محتوم، جامعهٔ ما را نیز در بر خواهد گرفت. یکی از اساتید حقوق در این زمینه می‌گوید:

این نکته را باید پذیرفت که ما هنوز تمام دشواری‌های یک جامعهٔ صنعتی و پیشرفته را لمس نکرده‌ایم و پاره‌ای از مسائل برای حقوق‌دانان جنبهٔ نظری دارد، ولی این حقیقت نیز نیایستی ما را از آگاه شدن از تمام مشکلات جوامع صنعتی منحرف سازد و گفتگوهای علمی دربارهٔ آن‌ها را بیهوده نماید. این سرنوشت ما و دورنمای آیندهٔ ماست. این فنون و صنایع، خواه و ناخواه به جامعهٔ ما می‌رسد و مسائل خاص خود را نیز به دنبال می‌آورد. پس دوراندیشی ایجاب می‌کند که از هم‌اکنون با آن‌ها آشنا شویم و از تجربهٔ اندیشمندان جهان برای روبه‌رو شدن با مشکل زندگی آینده استفاده کنیم (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۲۰).

بنابراین مرجع تشخیص مقتضا در این گونه قراردادهای عرف است. حقوق‌دانان نیز این عقیده را تحکیم بخشیده و معتقدند که نوع تراضی باید مبنای تحقیق قرار گیرد و اثر اصلی مورد توافق را از مجموع اعلام‌های دو طرف و لوازم قانون و عرف و خواست مشترک به دست آورد (همو، ۱۳۷۲: ۱۸۰-۱۸۱). به عبارت دیگر، در این قراردادهای عرفی دو معیار نوعی و شخصی برای تعیین مقتضا استفاده می‌گردد.

۲. عقود بی سابقه و اتفاقی

پیچیدگی روابط اجتماعی و تحولات اقتصادی، هر روز شکل تازه‌ای از معاملات را ایجاد می‌کند و تعهدهایی را مطرح می‌سازد که پیش از آن وجود نداشته‌اند. این گونه قراردادهای که مصداق اصلی عقود نامعین و بی‌نام هستند، ارکان، آثار و لوازم آن‌ها کاملاً در حیطه اختیار متعاملین قرار دارد و به هر شیوه که بخواهند آن را منعقد می‌کنند، البته با رعایت قلمرو قوانین آمره، نظم عمومی و اخلاق حسنه. در ادامه، عوامل محدودکننده آزادی شامل قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه به اختصار بیان می‌شوند.

۱. قانون: اگرچه هر یک از متعاملین هنگام عقد منافع خویش را حفظ نموده و از تضییع آن جلوگیری می‌کنند و از پذیرش تعهدات طاقت فرسا امتناع می‌ورزد، با وجود این، قراردادها اغلب منبع عدالت نیستند بلکه هر لحظه ممکن است اشخاص به علت ناآگاهی یا بروز فشارهای اقتصادی و اضطرارها به قراردادهایی متعهد شوند که کاملاً غیر منصفانه هستند.

گاهی قوانین برای حفظ تعادل و تأمین صحیح عدالت، ممنوعیت‌هایی را در راه انعقاد قراردادهای خصوصی به ویژه هنگامی که الگوهای تعیین شده نیز قابل پیروی نباشند، مقرر می‌دارند. این ممنوعیت‌ها هر گاه به صورت قواعد آمره باشند، خدشه‌ناپذیر بوده و تخلف از آن‌ها جایز نیست. به نظر حقوق دانان بیشتر مقرراتی که شرایط اساسی صحت معامله را بیان می‌کنند، امری هستند. بسیاری از این موارد از قبیل شرایط مربوط به اهلیت طرفین، اشتباه، اکراه و چگونگی توافق قصد و رضا، به منظور حفظ آزادی اراده و تأمین رضای واقعی دو طرف وضع شده‌اند و کمتر می‌توان در امری بودن آن‌ها تردید کرد (همو، ۱۳۷۰: ۴۸).

بدین ترتیب، مقررات مربوط به ارکان تشکیل دهنده عقد، امری هستند و متعاملین نمی‌توانند با تمسک به اصل حاکمیت اراده و آزادی انعقاد عقد، از آن‌ها سرپیچی نمایند. در مورد آثار قرارداد نیز باید قواعد مربوط به معاملات و امور مالی را از مقررات ناظر بر احوال شخص جدا کرد؛ در دسته نخست اگر اراده طرفین با متنی از قانون مخالف باشد، اصولاً باید آن اراده را مقدم دانست، مگر اینکه از اوضاع و احوال وضع قانون بتوان دریافت که منظور قانون‌گذار، ایجاد یک قاعده تخلف‌ناپذیر بوده است.

برعکس، قواعد مربوط به احوال شخصی، اصولاً امری هستند و تخلف از آنها فقط در صورتی امکان‌پذیر است که در قانون پیش‌بینی شده باشد. تکالیفی که قانون برای زن و شوهر مقرر می‌دارد از این قبیل است و آنها نمی‌توانند ضمن عقد نکاح بر خلاف آن تراضی نمایند (همان: ۴۹). بدین ترتیب یک شخص بالغ نمی‌تواند به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادها با کودکی به انعقاد عقد مبادرت ورزد و تحت عنوان عقد نامعین، مایملک او را به ثمن بخش به تاراج برد؛ زیرا شرایط اساسی صحت معامله مخصوصاً درباره اهلیت متعاقدين ضوابطی امری هستند.

۲. نظم عمومی: تعیین دقیق مرز میان قوانین و نظم عمومی دشوار است، به گونه‌ای که گاهی در حقوق مدنی نیز قوانین امری، در زمره قوانین مربوط به نظم عمومی محسوب می‌شوند (همو، ۱۳۷۲: ۱۶۰/۱)، یعنی نظم عمومی، مبادی قوانین امری محسوب می‌شود. به عبارت دیگر، نظم عمومی قلمرو گسترده‌تر از قوانین موضوعه مدونه خواهد یافت و قواعد مربوط به نظم عمومی پایه‌های حکومت، تمدن و اخلاق هر جامعه بوده و طبیعی است که اشخاص نتوانند با تراضی و ضمن قراردادهای خصوصی به این نظم تجاوز کنند و منافع خویش را بر مصلحت عمومی حاکم سازند. البته مرجع تشخیص این قواعد در هر دعوی دادگاه است که باید از اجرای پیمان‌های خلاف نظم عمومی جلوگیری کند (همو، ۱۳۷۰: ۵۲). در این زمینه، ماده ۹۷۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد، گرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.

۳. اخلاق حسنه: حقوق به گونه‌ای با اخلاق پیوند خورده که جدایی میان آن دو اساساً تصورشدنی نیست. هرچند اخلاق درباره برخی مقررات حقوقی اظهارنظر نکرده و سکوت اختیار می‌نماید، اما هر گاه از رهگذر قراردادها یا اعمال حقوقی به حریم اخلاق و نزاکت عمومی تعرضی صورت گیرد، قانون‌گذار چنین اعمالی را غیر نافذ و بی‌اثر محسوب می‌نماید. درباره اینکه اخلاق حسنه از فروع نظم عمومی محسوب می‌شود یا خود مانعی مستقل تلقی می‌گردد، ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی آن را

مرجع‌ی مستقل معرفی نموده و مقرر می‌دارد:

عقود و قراردادهایی که مخّل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست.

بدیهی است که اخلاق حسنه در کنار قانون و نظم عمومی، معیاری جداگانه محسوب می‌شود و قضاات در مقام داوری در خصوص تعهدات اشخاص علاوه بر قوانین و نظم عمومی، باید اخلاق حسنه را بر مبنای عادت مسلم و اخلاقیات مذهبی و ملی جامعه مدّ نظر قرار دهند. در این زمینه، حقوق‌دانان این مثال را بیان می‌کنند که تعهداتی که به منظور اجبار زنی به خدمت در مؤسسه خاص ایجاد می‌شود، مانند سفته‌هایی که از زنان اجیر و بدکاره برای باقی ماندن در فاحشه‌خانه معینی گرفته می‌شود و همچنین قرارداد کار کردن کسی که به عنوان مستخدم و راهنما در این مؤسسه‌ها اجیر می‌شود (همو، ۱۳۷۲: ۱۸۶/۱)، به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه باطل است. با ترسیم محدوده اختیار متعاملین برای انعقاد عقود مورد نظر خود باید گفت که مرجع وضع و ایجاد هر عمل حقوقی، منبع تعیین مقتضیات و آثار اصلی آن است. بنابراین برای تعیین مقتضا در این گونه معاملات، مرجع اصلی تعیین مقتضای عقود قصد مشترک متعاقدین می‌باشد.

هنگامی که اختلاف و نزاعی در میان نباشد یا طرفین به صراحت اثر اصلی و مقتضای عقد را در خود عقد ذکر نمایند، هیچ مشکلی متصور نیست، اما هر گاه طرفین، قراردادی منعقد نمایند اما به دلیل عدم آگاهی کامل آن‌ها از مسائل پیچیده حقوقی یا به خاطر قصد و عمد بر پوشیده نگه داشتن نوع رابطه حقوقی خود، پیمان منعقد را توصیف نکرده و در بوثه اجمال نگهدارند، در چنین وضعی که تعیین مقتضا و اثر اصلی عقد بر اساس خواست مشترک طرفین ممکن نیست، به ناچار باید از عرف به عنوان راهنما استفاده نمود و قصد اشخاص را به طور نوعی ارزیابی و داوری کرد. به عبارت دیگر، دادرس باید تحقیق نماید که چنین عمل حقوقی چه معنایی در نظر عرف می‌تواند داشته باشد.

چاره دیگری که در این زمینه می‌توان اندیشید این است که در عقود معین، بیشتر شرایط و آثار عقد از طرف قانون‌گذار تعیین شده است به گونه‌ای که هر گاه دو طرف

درباره امری سکوت اختیار کرده باشند از آن مواد می‌توان در تکمیل اراده آنان استفاده کرد ولی در برخی دیگر از قراردادها، چنین منبعی برای تفسیر و تکمیل خواسته‌های دو طرف در دست نیست. با وجود این، اگر عقد غیر معینی از چند عقد معین ترکیب یافته باشد، می‌توان از قواعد تفسیری عقود جزء برای تکمیل قرارداد استفاده کرد. در مواردی که آن قواعد با هم قابل جمع نباشد، باید دید کدام یک از اوصاف و چهره‌های عقد برتری دارد و ماده اصلی آن را چه عمل حقوقی تشکیل می‌دهد (همان: ۹۹/۱). به عبارت دیگر، عقود معین و سایر قراردادهای خصوصی با همه تفاوت‌هایی که در احکام دارند از اصول مشترکی پیروی می‌کنند که باید این اصول را به کمک استقرا دریافت و گره‌گشای مسائل فرعی ساخت. با وجود این، همچنان که مشهود است اگر طرفین، مقتضا و اثر اصلی را در متن عقد به صراحت ذکر نمایند، تعیین مقتضا با دشواری روبه‌روست و یاری خواستن از قواعد مربوط به عقود معین یا عرف نیز ضابطه‌ای مطمئن نیست و سرنوشت قراردادها را سلیقه‌های شخصی قضات تعیین می‌کند.

نتیجه‌گیری

مهم‌ترین منبع تعیین مقتضای عقود، قوانین موضوعه مدون هستند که از یک سو با تکیه بر عرف استوار جامعه مقتضیات و آثار اصلی عقود را با نظامی ویژه بیان نموده و از سوی دیگر همین مقررات عرفی که در قالب مواد قانونی تنظیم شده‌اند، به امضای شورای نگهبان رسیده و عدم مخالفت آن‌ها با موازین شرعی نیز اعلام شده است و بدین وسیله امضای ضمنی شارع را نیز به همراه دارد. به تعبیر دیگر، از دو بُعد مردمی و الهی دارای مشروعیت است. معیار، عدم مخالفت با شرع است و میان اعتبار موافقت و عدم مخالفت تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا هر گاه امری خلاف شرع نباشد، ناگزیر با یکی از عموماً و اطلاقات وارده در کتاب و سنت موافق خواهد بود. بنابراین نباید پنداشت که آنچه به طور مستقیم و به دلالت مطابقی از عقد حاصل می‌شود، مقتضای ذات آن بوده و آنچه به طور غیر مستقیم به دست می‌آید مقتضای اطلاق است، همان طور که بعضی از محققان به ظاهر چنین اعتقادی داشته‌اند؛ زیرا چه بسا آثاری که به طرو

مستقیم از عقد حاصل می‌شود، ولی تراضی بر خلاف آن‌ها تأثیری در ماهیت عقد ندارد و برعکس، آثاری نیز وجود دارند که هرچند به طور غیر مستقیم مقتضای عقد را تشکیل می‌دهند، تراضی بر خلاف آن‌ها موجب بطلان عقد می‌گردد. بنابراین لازم است که با اتخاذ ملاک، به میزان تأثیر هر یک از آثار در مقتضای عقد نگریست و هر گاه انتفای اثر مورد نظر از دیدگاه منابع تعیین‌کننده آن با انتفای عقد ملازمه داشته باشد، اثری اساسی محسوب می‌شود وگرنه اثر مزبور، غیر اساسی است.



کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
۲. ابن عابدین (افندی)، سیدمحمدامین بن عمر، *نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
۴. ابوزهره، محمد، *الملکیة و نظریة العقد فی الشریعة الاسلامیة*، بی جا، دار الفکر العربی، بی تا.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد، *زبده البیان فی احکام القرآن*، تحقیق محمدباقر بهودی، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، بی تا.
۶. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ دوم، تهران، کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۶۳ ش.
۷. بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی محمدعلی علمی، ۱۳۲۹ ش.
۸. تبریزی، جواد بن علی، *اسس القضاء و الشهاده*، قم، بی نا، بی تا.
۹. جرجانی، علی بن محمد، *التعريفات*، قاهره، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۱۱ ق.
۱۰. جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ ق.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، ابن سینا، تهران، ۱۳۴۸ ش.
۱۲. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، *مفتاح الکرامه*، بی جا، آل البيت، بی تا.
۱۳. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح، *العناوین الفقهیة*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. حنفی، ابن نجیم، *الاشباه و النظائر*، تحقیق محمد مطیع الحافظ، دمشق، دار الفکر، ۱۹۸۶ م.
۱۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *معجم مفردات الفاظ القرآن*، تحقیق نذیم مرعشی، بی جا، مطبعة التقدم العربی، ۱۳۹۲ ق.
۱۶. رشتی گیلانی، میرزا حبیب الله بن محمدعلی، *کتاب الاجاره*، بی جا، بی تا.
۱۷. سرخسی، ابوبکر محمد بن احمد، *اصول السرخسی*، بیروت، بی نا، بی تا.
۱۸. شاطبی، ابواسحاق ابراهیم بن موسی، *الموافقات فی اصول الاحکام*، قاهره، مكتبة محمدعلی صبیح و اولاده، بی تا.
۱۹. صدر، سیدمحمدباقر، *دروس فی علم الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۰. سنقر علی، محمد، *المعجم الاصولی*، بی جا، عترت، ۱۴۲۱ ق.
۲۱. طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۲۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن بن علی، *الخلاف*، تحقیق علی خراسانی و دیگران، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۷ ق.
۲۳. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تصحیح سیدمحمد کلانتر، قم، چاپخانه علمیه، بی تا.
۲۴. همو، مسالک الافهام، چاپ سنگی، قم، آل البيت علیهم السلام، بی تا.
۲۵. عاملی کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۶. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *غنائم الايام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ سنگی، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، بی تا.

۲۷. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قراردادها، تهران، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۰ ش.

۲۸. همو، ضمان قهری - مسئولیت مدنی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.

۲۹. همو، فلسفه حقوق، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۵۲ ش.

۳۰. همو، قواعد عمومی قراردادها، چاپ دوم، تهران، مدرّس با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۲ ش.

۳۱. کرباسی، محمدابراهیم، منهج الاصول، تقریرات بحث آفاضاء عراقی، بیروت، بی تا.

۳۲. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، تهران، حکمت، ۱۳۷۱ ش.

۳۳. همو، المنطق، قم، دار العلم، ۱۳۷۹ ش.

۳۴. مقری فیومی، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، قم، دار المنجرحه، بی تا.

۳۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۷ ق.

۳۶. همو، کتاب البیع، قم، اسماعیلیان، بی تا.

۳۷. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهة فی المعاملات، تقریر محمدعلی توحیدی، قم، وجدانی، ۱۳۶۸ ش.

۳۸. ناینی، محمدحسین، فوائد الاصول، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ ق.

۳۹. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق و تعلیق شیخ عباس قوچانی، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.

۴۰. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، چاپ سنگی، بی جا، بی تا.

