

 **10.30497/IRJ.2022.76393**

*Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence"
Vol. 11, No. 1 (Serial 21), Autumn 2022 and Winter 2023*

An Explanation of Agreement Repugnant Condition in Writing Banking Contracts

Sadegh Elham*
Mohsen Mohseni**

Received: 07/03/2022

Accepted: 19/07/2022

Abstract

Contract provisions are among useful techniques for dealing with jurisprudential and legal problems in modern banking contracts and alike. According to imamah jurisprudence, provisions are effective only when they have the necessary qualities one of which is the absence of repugnant condition. The controversial point among mujtahids (Islamic jurists) is how to explain the contract requirements and their effect on the validity and invalidity of contracts. The present study aims at clarifying contract requirements so that the researchers do not restrict them to generally accepted ones but could look on their wider scope and consequences that are different from the accepted types.

Keywords

Contract; Natural Requirement; General Requirement; Contract Constituents; Repugnant Condition.

* Assistant Professor, Islamic Jurisprudence and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran
(Corresponding Author). S.elham@isu.ac.ir

** M.A in Jurisprudence and Law Basic, Faculty of Theology, Islamic Studies and Guidance, Imam Sadiq University, Tehran, Iran



10.30497/IRJ.2022.76393

دوفصلنامه علمی «پژوهش‌نامه فقه اجتماعی» سال یازدهم، شماره اول (پیاپی ۲۱)، پاییز و زمستان ۱۴۰۱، صص. ۲۱-۴۰

تبیین شرط مخالف با مقتضای عقد در تنظیم قراردادهای بانکی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۲۸

نوع مقاله: پژوهشی

صادق الهام*

محسن محسنی**

چکیده

شروط ضمن عقد از جمله راهکارهای مفید برای حل مشکلات فقهی و حقوقی در قراردادهای نوین بانکی و غیر آن است. مطابق با آنچه در فقه امامیه بیان شده است، شرط زمانی نافذ است که از ویژگی‌های لازم برای نفوذ برخوردار باشد. یکی از آن موارد، عدم مخالفت با مقتضای عقد است. آنچه در بین فقها و حقوق‌دانان مورد اختلاف است، تبیین مراد از مقتضای عقد بوده و تبلور آن در صحت یا عدم صحت قراردادهای بانکی مشهود است. در این تحقیق، تلاش برای تبیین معنای مقتضای عقد بوده و با تبیین این مطلب، محققان این پژوهش، مقتضا را محدود به آنچه مشهور است، ندانسته و با ارائه تحلیلی جدید از مقتضا، دایره آن را گسترده‌تر و آثار مترتب بر آن را متفاوت نسبت به آنچه مشهور است، می‌دانند.

واژگان کلیدی

عقد؛ مقتضای ذات؛ مقتضای اطلاق؛ مقوم عقد؛ شرط مخالف.

* استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
s.elham@isu.ac.ir

** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد، فقه و مبانی حقوق، دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.

مقدمه

شروط ضمن عقد یکی از مهم‌ترین روش‌ها برای اداره کردن اراده طرفین قرارداد است. در واقع، می‌توان ادعا کرد که یکی از راه‌های کشف اراده متعاقدين، شروط ضمن عقد است. از آنجاکه هر عقدی بر اساس اراده متعاقدين منعقد و مورد امضا شارع و قانون‌گذار قرار گرفته است، پایبندی به مقتضای آن عقد، خواست شارع از طرفین عقد است. آنچه مهم است، عدم مخالفت طرفین به واسطه شروط ضمن عقد با مقتضاست. مطلبی که در بین فقها و حقوق‌دانان مورد اختلاف است، تشخیص مقتضا و بیان ملاک برای آن است. این مسئله که چه ملاک‌ها و معیارهایی برای تشخیص مقتضیات ذات عقد وجود دارد، به‌عنوان یکی از اهداف این تحقیق است.

به‌طور قطع، این مسئله آثار فراوانی در قراردادهای جدید بانکی و غیر آن دارد؛ زیرا بخش مهمی از قراردادهای جدید بر اساس شروط ضمن عقد تصحیح شده است. برای مثال، در مواد ۴ و ۸ قرارداد مضاربه بانکی، با شرط ضمن عقد خارج لازم، تلاش در الزام مشتری به عدم فسخ عقد مضاربه و همچنین، ضامن سرمایه قرار دادن وی با شرط کرده است. طبیعی است که برای حل این معضل چه در این قرارداد و چه موارد مشابه، فهم مقتضای عقد امری اجتناب‌ناپذیر است. چه‌بسا برخی از آنچه به‌عنوان مقتضا بیان شده، مقتضا نبوده یا آنکه مقتضا مفهومی عام داشته و موارد دیگری را نیز دربرگرفته و لذا با شروط ضمن عقد نیز نتوان از این مشکل رهایی یافت. این مسئله در دیگر قراردادها مانند جعاله یا اجاره به شرط تملیک و... مشهود است. برای همین، تبیین مفاد مقتضی، امری بسیار بااهمیت بوده که در این تحقیق، سعی در تبیین این مهم است.

از دیگر تلاش‌هایی را که در این تحقیق صورت پذیرفته است، می‌توان تبیین مقتضا به این بیان دانست که آنچه مخالفت با آن صحیح نیست، اعم از نگاه مشهور از مقتضاست. مقتضا در نگاه مشهور، به ماهیت تشکیل‌دهنده عقد یا عوارض اجتناب‌ناپذیر آن محدود شده است. این تحقیق، مخالفت با عوارض غیرلازم را نیز با تحلیلی که بیان می‌شود، صحیح نمی‌داند. مراد از این عوارض، آن مواردی است که از نظر عرف و شرع دارای اهمیت بوده و نقش پررنگ و اثرگذاری در عقد دارد که نزدیک به ذات عقد است، اما ذات به حساب نمی‌آید و از طرفی نمی‌توان آن را مقتضای اطلاق به حساب آورد. ثمره تبیین این مطلب در شرط ضمن عقد در قراردادهای جدید کاملاً مشهود است.

۱. تعاریف و مفاهیم

۱-۱. مقتضای عقد

«مقتضا» اسم مفعول از «ق ض ی» بوده و در لغت به معنای ضرورت و حاجت آمده است (معلوف، ۱۹۰۸م، ص. ۱۱۶۴). دهخدا آن را به معنای طلب شده و درخواست دانسته است (دهخدا، ۱۳۷۷، ص. ۲۷۸۳).

۱-۱-۱. مقتضا در نظر فقها

در اصطلاح اصولیون، مقتضا عبارت از آن چیزی است که در کلام مخفی بوده و صدق کلام متکلم منوط به آن است. برخی نیز مقتضا را آنچه لفظ بر آن دلالت نداشته و منطوق نبوده، اما ضرورت لفظ آن معنا را ایجاب می‌کند، دانسته‌اند. برخی نیز مقتضا را به معنای چیزی اضافه بر نص در جمله دانسته‌اند؛ به طوری که معنای نص بدون آن محقق نشود. پس مقتضا باید در نظر گرفته شود تا معنای نص لغو نشود (تهانوی، ۱۹۹۶م، ص. ۱۶۲۴).

برخی نیز مقتضا را که اسم مفعول از اقتضا بوده، به معنای مدلول دانسته و اقتضای چیزی را به معنای اراده آن چیز می‌دانند. اینان مقتضای عقد را هر چیزی که عقد بر آن دلالت کرده و عقد بر آن مبتنی است، معنا کرده‌اند (سرور، ۱۴۲۹ق، ص. ۲۳۸)؛ (شهرکانی، ۱۴۳۰ق، ص. ۵۱۵).

برخی از فقهای معاصر، مقتضای عقد را آنچه معلول عقد از جهت حکم و اصطلاح باشد، دانسته‌اند. اینان تشخیص این مورد را بعد از تشخیص و تمیز عقد از سایر عقود، امری سهل می‌دانند (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ص. ۳۰).

دیگر محقق معاصر از این بحث این گونه نتیجه گرفته است که مقتضای عقد، احکام و آثار شرعی مترتب بر آن نیست؛ زیرا عقد بر این احکام و آثار وضع و از سوی شارع جعل شده است و شرطی که با جعل شارع مخالف باشد، ذیل شرط مخالف با کتاب نه مقتضا خواهد بود. بنابراین، مقتضای عقد مضمون حقیقی و مدلول واقعی که قوام عقد بر آن است، مانند ثمن در بیع است. به طور خلاصه، مقتضا عبارت از ماهیت عقد و آنچه قوام عقد بر آن بوده و آثار مترتب عرفی بر آن، به طوری که عرف انفکاک بین عقد و اثر را نپذیرد، است (خویی، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۴۷).

۱-۱-۲. مقتضای ذات عقد

مرحوم نراقی بیان داشته است که مقتضای عقد گاهی مقتضای ذات بوده؛ به طوری که نیاز به جعل شارع وجود نداشته باشد که آن اموری هستند که عقد بدون آن‌ها محقق نخواهد بود؛ به طوری که اگر این مقتضا محقق نشود، عقد از جهت لغت و عرف و شرع محقق نمی‌شود. گاهی نیز شارع آن را بر عقد مترتب کرده و آن را از مقتضیات عقد قرار داده است؛ گرچه عقد بدون آن نیز امکان تحقق داشته باشد مانند تحقق خیار مجلس بر بیع، اما امور خارجی که لاحق بر عقد بوده بدون اینکه از آن متولد شوند، از مقتضیات عقد به شمار نمی‌آیند (نراقی، ۱۳۷۵، ص. ۱۵۱) وی همچنین، بیان داشته است که مقتضا گاهی می‌تواند بدون واسطه و گاهی با واسطه باشد. مانند تسلط بر مبیع که بدون واسطه بر عقد بیع مترتب بوده یا انفساخ که به سبب فسخی که خود مقتضای خیار مجلس که او نیز مقتضای بیع است، محقق می‌شود. (نراقی، ۱۳۷۵، ص. ۱۵۱). صاحب عناوین نیز مقتضای عقد را عبارت از آنچه ماهیت و صحت عقد مترتب آن است، معنا کرده است. در این موضوع، تفاوتی بین ارکان داخلی یا لوازم و آثار خارجی نیست. وی مرجع تشخیص این موضوع را در بیشتر موارد، عرف و در برخی نیز شرع می‌داند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۴۸).

شیخ انصاری از قول محقق ثانی، مقتضای عقد را اثری که شارع آن، عقد را بر آن اثر جعل کرده؛ به طوری که عقد به خودی خود اقتضای آن اثر را داشته و آن اثر بر آن عقد مترتب بوده و عقد به خاطر آن وضع شده باشد، تعریف کرده است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ص. ۲۸).

به عقیده برخی از محشین مکاسب، مقتضای عقد گاهی به معنای مضمون حقیقی و مقومات آن یا آنچه در سلسله علل قوام آن است، می‌باشد و گاهی مراد، لوازم و احکام بوده که در واقع این اثر مقتضا به معنای اول است. لازم نیز یا مفارق یا غیرمفارق است. گاهی از لوازم به مقومات یاد می‌شود که مبالغه در عدم انفکاک است والا امری که خارج از ذات است، نمی‌تواند جزو مقومات ذات قرار گیرد.

سپس بیان داشته‌اند که شرطی که با لوازم عقد منافات داشته باشد، گاهی حکم منافی با آن‌ها و گاهی موضوعی منافی با حکم عقد است. وی برای این مطلب، شرط عدم تصرف در عقد بیع را که با نفوذ سلطنت منافات دارد، آورده است (اصفهانی،

۱۴۲۷ق، ص. ۱۵۳).

لذا عقد اگر عرفاً اقتضای چیزی را داشت، این مقتضا یا بدون واسطه بر آن جاری است یا همراه با واسطه است. مثلاً عقد نکاح بدون واسطه، اقتضای زوجیت داشته و به واسطه زوجیت آثاری را بر طرفین مترتب می‌سازد. اگر شرط خلاف هر یک از موارد مذکور شود، عقد باطل خواهد بود، اما اگر شرط عدم التزام به احکام عقد در خارج همراه با ثبوت زوجیت صورت پذیرد، شرط خلاف مقتضا نخواهد بود (ایروانی، ۱۳۷۹، ص. ۶۴).
صاحب تحریر المجله، مقتضا را جوهر و حقیقت عقد می‌داند (آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص. ۲۳۴).

۱-۳. مقتضا از منظر حقوق دانان

حقوق دانان معاصر نیز مقتضا را عبارت از آن امری که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌شود، تعریف کرده‌اند. اینان بیان داشته‌اند که می‌توان مقتضا را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست (امامی، ۱۳۸۶، ص. ۲۷۸).

همچنین، برخی دیگر، به معنای اثر دانسته و مقتضا را مؤثر می‌دانند. همچنین، بیان داشته‌اند که مقتضا و آثار عقد را می‌توان به دو دسته مقتضای ذات و اطلاق تقسیم کرد. مقتضای ذات عقد، آن‌چنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی‌شود. این اثر را ماهیت عقد ایجاد می‌کند؛ به طوری که عقد بالذات تولیدکننده آن است. به این ترتیب چنین اثری از عقد جدانشدنی خواهد بود. شرطی که مخالف با اثر ذات عقد یا مقتضای ذات عقد باشد، به علت تلازم مقتضا با ذات عقد در حقیقت با ماهیت معامله نیز مخالف خواهد بود (شهیدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۱۲).

حقوق دانان معاصر دیگر نیز مقتضا را آنچه با ماهیت عقد عجین و ملازم بوده، به طوری که اگر آن از عقد گرفته شود، موضوعی برای آن نیست، تعریف کرده‌اند. ایشان تعریف مقتضا را امری مهم ندانسته، اما تشخیص آن را از مسائل مهم و پیچیده فقه و حقوق می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۱۵۷).

و دیگران مقتضا را آن چیزی که ماهیت عقد بدان وابسته است، آورده‌اند. (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص. ۱۵۱).

۱-۱-۴. مقوم عقد یا مقتضیات رئیسه

آنچه را که از بیان فقها در این تتبع به دست آمده، به نظر این گونه می‌توان تقریر کرد: هر عقدی یک ذات دارد که پیرو آن ذات، آثاری بر آن مترتب می‌شود که همان مقتضیات نامیده می‌شود مانند زوجیت که ذات عقد نکاح است و مهریه، نفقه، محرمیت، ارث و... از جمله مقتضیات این عقد هستند.

مقتضیات خود بر دو گونه اند. مقتضیات ذات (مقتضای مطلق) و مقتضیات اطلاق. مقتضیات ذات آن دسته از آثاری هستند که غیرقابل انفکاک از عقد هستند مانند محرمیت در نکاح، اما مقتضیات اطلاق همان آثاری هستند که قابل انفکاک از عقد هستند مانند مهریه در نکاح.

فقهایی چون شیخ انصاری، سیدزیدی و سیدمحمدتقی خویی، لفظ مقوم و قوام را به معنای ذاتی عقد استخدام کرده‌اند، اما به نظر می‌رسد که برخی از عقود، آثاری (مقتضیات اطلاق) دارند که از اهمیت بالایی برخوردار هستند مانند استمتاع در نکاح، حق تصرف مبیع یا اتمام مورد وکالت در عقد وکالت، اما نمی‌توان آن‌ها را جزو ذات عقد دانست؛ چرا که ذات این عقود پیشاپیش توسط شارع یا عرف معلوم شده است. این اهمیت وقتی نمایان می‌شود که شروط ضمن عقد موجب تحدید مقتضیات و آثار عقد می‌شود. برای مثال، یکی از ارکان مهم وکالت، اتمام مورد وکالت است، اما آیا شرطی که باعث شود این رکن نقض شود، مخالف ذات وکالت است یا مخالفت با احکام و اطلاقات این عقد دارد؟ یعنی موکل می‌تواند ضمن عقد وکالت شرط کند که مورد وکالت انجام نشود؟ در واقع، موکل از اول اراده‌ای بر اتمام مورد وکالت نداشته باشد مثلاً بگوید فلانی را وکیل کردم که خانه‌ام را بفروشد، اما ضمن عقد شرط کند که خانه را نفروشد، اما همچنان وکیل او باقی باشد. آیا این نقض غرض نیست؟

با وجود این، به نظر، این عقد صحیح بوده؛ چرا که نیابت به‌عنوان ذات عقد، به قوت خود باقی است و تنها اختیارات وکیل محدود شده است. با این توضیحات، اتمام مورد وکالت، مقتضای ذات عقد نیست؛ زیرا ذات وکالت، نیابت است، اما نمی‌توان به همین مطلب اکتفا کرد؛ زیرا این رکن مهم، صرفاً جزو مقتضیات اطلاقات عقد نمی‌تواند باشد. به نظر ما، بین مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد، عنصر دیگری نیز وجود دارد. به این بیان که، برخی از آثار عقد مانند استمتاع یا تناسل در نکاح دائم، از نظر

شارع و عرف آنقدر دارای اهمیت است که می‌توان آن را ذات عقد دانست، ولی در حقیقت این‌گونه نبوده، بلکه یکی از اطلاقات مهم عقد به حساب می‌آید؛ یعنی نه می‌توان گفت که مقتضای ذات عقد است و نه می‌توان آن را جزو مقتضیات اطلاق عقد به حساب آورد؛ زیرا شارع و عرف، توجهی خاص بدان ندارند. از این رو ما این اثر را «مقوم عقد یا مقتضیات رئیسه» می‌نامیم.

برای تبیین بهتر این مطلب، عقد را می‌توان مانند یک ساختمان در نظر گرفت. یک ساختمان شامل یک پی و چند ستون است. پی ساختمان، همان ذات عقد است که سازه روی آن سوار می‌شود و ستون‌های ساختمان، همان مقتضیات اطلاق عقد هستند؛ یعنی زوجیت که مقتضای ذات عقد نکاح دائم است، همان پی ساختمان است. تناسل، نفقه، مهریه، حق مسکن، حق شغل، حضانت و... همگی از مقتضیات اطلاق این عقد هستند که همان ستون‌های ساختمان هستند. حال، برخی از ستون‌های ساختمان، شاه‌ستون سازه هستند که با برداشتن آن، سازه به شدت متزلزل می‌شود و امکان فرو ریختن سازه وجود دارد.

در این نظر جدید، جایگاه مقوم عقد (مقتضای رئیسه) همان شاه‌ستون‌های ساختمان است؛ یعنی اگر استمتاع را یکی از شاه‌ستون‌های ساختمان نکاح دائم در نظر بگیریم، با برداشتن این شاه‌ستون، سازه به شدت متزلزل می‌شود و همین می‌شود که نسبت به شرط عدم استمتاع، عرف فوراً موضع‌گیری می‌کند و می‌گوید: «پس چرا فلانی ازدواج کرده است؟» در حالی که نظر مشهور موافق این قول است که زوجیت^۱ مقتضای ذات نکاح دائم است و استمتاع، مقتضای ذات نکاح موقت است، اما به دلیل اهمیت بالای این رکن (شاه‌ستون)، عرف روی آن حساسیت زیادی دارد؛ به طوری که برخی از افراد جامعه، آن را ذات نکاح دائم می‌پندارند.

یکی دیگر از ثمرات تشخیص مقتضیات عقود، همین نظر جدیدی است که در این تحقیق ارائه شده است و ثمره این نظر جدید در دعاوی و اختلافات دادگاهی متبلور می‌شود. برای مثال، زوجی به دادگاه می‌روند و درخواست طلاق می‌کنند در حالی که ایشان عدم استمتاع را ضمن عقد خود شرط کرده‌اند. قاضی با توجه به این شرط خلاف مقوم عقد و با در نظر گرفتن قرائن دیگر، متوجه می‌شود که قصد ایشان از این ازدواج، گرفتن وام ازدواج یا گرفتن تابعیت ایران^۲ بوده است و اساساً قصد نکاح

نداشته‌اند. پس این عقد کشفاً باطل بوده و زوجین هر وام یا امتیازی را که گرفته‌اند، باید بازگردانند و اگر هم تابعیت ایران را گرفته‌اند، آن تابعیت نیز باید ملغا شود. با توجه به اینکه شرط خلاف مقتضای ذات، مفسد عقد است و شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد نیز فاسد نیست، شاید بتوان گفت شرط خلاف مقوم عقد نیز موجب غیرنافذ شدن عقد می‌شود؛ یعنی عقد به حالت بلا اثر باقی می‌ماند تا نسبت به آن شرط، تصمیمی نافذ اتخاذ شود. به نظر می‌رسد علت غیرنافذ شدن از آنجا نشئت می‌گیرد که شرط خلاف مقوم، موجب تزلزل و سستی ساختمان عقد می‌شود.

۱-۱-۵. تمیز مقتضای اطلاق از مطلق

آنچه فقیهان را در طول مباحث فقهی به خود مشغول ساخته است، تشخیص مقتضا و وجه تمایز آن از مقتضای اطلاق است.

محقق ثانی بیان داشته است که شروط انواعی دارد.

برخی از آن‌ها شروطی هستند که اجماع بر صحت یا بطلان آن منعقد است و برخی دیگر مواردی است که به توضیح منافات با مقتضا دارد که حال آن نیز معلوم است و اگر به غیر این موارد باشد، تشخیص حکم آن با فقیه است (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ص. ۴۱۵). برخی دیگر از فقیهان، رای او را که تشخیص تنافی را بر عهده فقیه قرار داده است، پسندیده‌اند که بدان اشاره خواهد شد.

مرحوم شیخ انصاری که از جمله فقیهانی است که به‌طور مستوفی به این بحث پرداخته است، این مطلب را این‌گونه بیان داشته است:.

تشخیص مقتضیات مطلق عقد از اطلاق آن، امری مشکل است؛ گرچه تشخیص آن در برخی موارد که اثر مانند یک مقوم عرفی یا غرض اصلی متعاملین است، راحت‌تر است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ص. ۲۶). وی همچنین، بیان می‌دارد که به علت مشکل بودن این مطلب، محقق ثانی نیز آن را به تشخیص فقیه واگذار کرده است (انصاری، ۱۴۱۱ق، ص. ۲۸).

بعد از این بیان، شیخ انصاری می‌گوید اگر این وضوح منافات عرفی باشد به‌طوری‌که عقد عرفاً محقق نشود، عرف را ملاک قرار می‌دهیم و در صورت عدم عرف، باید به دلیل شرعی مراجعه کرد و در صورت نبود دلیل شرعی، به دلیل اقتضای اثر عقد مراجعه می‌شود. اگر دلیل طوری بود که اطلاق آن معارض با شرط باشد،

می‌توان شرط را اخذ کرد و اگر دلیل به نحوی معارض بود، شرط واجب‌الوفا نیست (انصاری، ۱۴۱۱ق، ص. ۲۹). شیخ در آخر هم بیان داشته که در صورت شک در مؤدای دلیل، باید به اصالت ثبوت اثر رجوع کرده و ادله شرط از مخصص سالم می‌ماند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ص. ۲۹).

محقق نائینی هم برای تشخیص مقتضا، رجوع به دلیل جعل را بیان کرده است. وی بیان داشته است که برای تمیز بین مقتضا و غیر آن می‌توان با رجوع به عرف ملاحظه کرد که عرف و عادت مقتضای ذات را در هر عقد، چیه می‌داند؛ به طوری که در صورت عدم آن، انشای عقد لغو شود (خوانساری نجفی، ۱۳۷۳، ص. ۱۱۲).

سیدیزدی بیان داشته است که تشخیص مقتضا در عقد امر مشکلی نیست؛ زیرا یا مقوم بودن آن، عرفاً معلوم است یا معلوم نیست. اگر از نوع اول باشد که روشن بوده و در صورت دوم، ادله ثبوت مقتضا، مرجع است. اگر ادله مذکور اطلاق داشته، شرط فاسد و در غیر این صورت صحیح خواهد بود (یزدی، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۱۳).

دیگری از محشین مکاسب، بیان داشته است که اگر شرط با عقد تناقض داشته و رافع مقتضای ذات آن باشد و ماهیت عقد بدون آن محقق نشود مانند عدم ملکیت در بیع، این شرط فاسد است (مامقانی، بی‌تا، ص. ۱۵۸).

برخی از اعلام معاصر، در مواردی که تشخیص این دو با مشکل مواجه است، فقاهت فقیه و توان استنباط او را ملاک قرار داده و از بیان ضابطه‌ای بر این امر خودداری کرده‌اند (آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ق، ص. ۲۳۵).

در مقابل، عده‌ای از اعلام محشین کلام محقق ثانی و شیخ و دیگر کسان که تشخیص مقتضا را بر عهده فقیه گذارده‌اند، نقد نموده و بیان داشته‌اند که این کلام ضابطه‌مند نبوده و موجب ایجاد اختلاف در فقه خواهد بود؛ زیرا از سویی هر شرطی که مخالف کتاب نباشد، جایز بوده و از سویی عموم المؤمنون عند شروطهم، بر عموم اوفوا بالعقود حکومت داشته؛ زیرا در غیر صورت حکومت، موردی برای عموم وفای به شرط باقی نخواهد ماند.

با این توضیحات می‌توان بیان داشت که ضابط برای تشخیص شرط مخالف کتاب و مقتضا، این است که اگر عمومی به غیر از عموم اوفوا بالعقود که محکوم است، با آن شرط

مخالف نکند، شرط واجب‌الوفاست و اگر عمومی از سایر عمومات چه عمومات کتاب با آن طوری معارضه کند که نتوان یکی را بر دیگری حکومت داد، شرط جایز نبوده و باطل است مگر آنکه دلیل خاصی بر جواز آن وجود داشته باشد (لاری، ۱۴۱۸ق، ص. ۴۳۱).

۲-۱. علت بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد

در بین فقهای متقدم، مرحوم شیخ مفید بیع همراه با شرط را جایز دانسته، اما از احکام و انواع آن سخنی به میان نیاورده است (مفید، ۱۴۱۰ق، ص. ۶۰۸).

شیخ طوسی نیز در خلاف، بیع همراه با شرط را بیان کرده و با اشاره به اختلاف بین فقهای اهل سنت، دلیل جواز شرط در بیع را بعد از اجماع روایت «الشرط جائز بین المسلمین، ما لم یمنع منه کتاب و لا سنة» دانسته است (طوسی، ۱۴۰۷ق، صص. ۱۹ و ۲۹).

ابوصلاح حلبی نیز شرط ضمن عقد را در صورتی که مقدور باشد، لازم‌الوفا دانسته، اما سخنی از شرط خلاف مقتضا، تعریف و احکام آن به میان نیاورده است (ابوالصلاح حلبی، بی تا. ص. ۳۵۴).

سلار دیلمی نیز به احکام شرط پرداخته، اما او نیز به این موضوع اشاره نکرده است (سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق، ص. ۱۷۶).

قاضی ابن براج نیز شرط ضمن عقد را تا زمانی که مخالف کتاب و سنت نباشد، لازم‌الوفا می‌داند، اما او نیز به شرط مخالف مقتضا اشاره‌ای نکرده است (ابن براج، ۱۴۱۱ق، ص. ۵۴).

ابن حمزه بعد از اینکه شروط را تقسیم می‌کند، در یکی از تقسیمات خود بیان می‌دارد که شرط گاهی مطابق مقتضای عقد است و وجودش صرفاً تأکید بوده و شرطی که مخالف مقتضا است که بر دو بخش است، یا مصلحت متعاقدین در آن بوده یا نبوده که در صورت دوم، یا شارع آن را منع کرده یا نکرده است که در صورت منع شارع، شرط باطل و لازم‌الوفا نیست (ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۳۹). همان‌طور که ملاحظه می‌شود، او نیز تعریفی از مقتضا و احکام جزئی آن نداده و در واقع این شرط را به شرط مخالف با کتاب بازگردانده است.

سید ابن زهره در میان قدما از معدود کسانی است که بین شرط مخالف مقتضا و کتاب تفکیک قائل شده و آن را از شروط فاسد شمرده است (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۱۶).

محقق حلی در شرایطی را که منجر به جهالت در مبیع یا ثمن شده یا مخالف کتاب و سنت باشد، باطل دانسته و همچنین، شرطی را که مقدور متعاقدین نباشد نیز صحیح نمی‌داند. در مثال‌هایی که او برای شرط غیرمقدور بیان کرده، شروط مخالف مقتضای عقد نیز هست. به این بیان که مانع قانونی (شرعی)، انجام آن را از قدرت فرد خارج ساخته است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۷). همو در مختصر نیز با ذکر مثال و بیان حکم عدم جواز، از کنار این مسئله گذر کرده است (محقق حلی، ۱۳۷۶، ص. ۱۲۴). علامه در تذکره به‌طور مجزا مسئله را مورد بررسی قرار داده و حکم به عدم جواز بیع به شرط عدم فروش داده است. وی دلیل خود را تنافی قاعده تسلیط با این شرط می‌داند (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ص. ۲۴۷). وی در قواعد با بیان بطلان شرط مخالف مقتضا، ضابطه بطلان شروط را در مخالفت آن با شرع یا منتهی شدن بیع به جهالت دانسته است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ص. ۹۰). شهید اول و همچنین فاضل مقداد نیز به صرف بیان بطلان آن اکتفا و از بیان جزئیات خودداری کرده‌اند (شهید اول، ۱۴۳۰ق، ص. ۱۹۳؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ص. ۷۰).

ابن فهد حلی نیز آن را مخالف با قاعده سلطنت دانسته و از این‌رو جایز نمی‌داند (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ص. ۴۰۶).

محقق کرکی بعد از اینکه مقتضای عقد را به اثراتی که شارع بر عقد مترتب دانسته است، تعریف کرده، شرطی را که مخالف آن باشد، مخالف با مقتضا می‌داند. صاحب مفتاح الکرامة و کفایة نیز این رأی را اتخاذ نموده‌اند (حسینی عاملی، بی‌تا، ص. ۷۲۸؛ محقق سبزواری، ۱۳۸۱، ص. ۴۹۳).

محقق اردبیلی بیان داشته است که آنچه شارع در عقل و نقل و کتاب و سنت و اجماع جایز شمرده است، اثر آن مترتب خواهد بود و در غیر این صورت مانند مواردی که مقدور نبوده و منجر به جهل شود، اثر نخواهد داشت (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ص. ۱۵۰).

در کل مقتضا هرچه باشد، شرط مخالف با آن از نظر محققان فقه امامی و حقوق اسلامی باطل و مبطل بوده و برای آن دلایلی را بیان کرده‌اند. اجماع، مخالفت با کتاب، استلزام محال، استلزام بطلان عقد و عدم شمولیت ادله وجوب وفا از جمله دلایل اینان است (خویی، ۱۴۱۱ق، ص. ۱۴۳).

در بین اهل سنت، فقهای حنفی‌ها و مالکی‌ها شرط را در موارد خاص پذیرفته و بر این رأی هستند که شرط موافق با مقتضای عقد و عرف، جایز و در غیر این صورت باطل خواهد بود. شافعی‌ها نیز شرط مخالف مقتضا را در صورتی که مصلحتی در آن وجود داشته باشد، پذیرفته اند. در مقابل، مالکی‌ها اصل را بر اباحه شرط قرار داده مگر در مواردی خاص که از جمله آن‌ها، شرط مخالف با مقتضای عقد است. حنبلی‌ها نیز بر آن‌اند که اگر بیش از یک شرط در ضمن عقد منعقد شد، اگر مصلحتی در آن باشد، صحیح و در غیر این صورت باطل خواهد بود. اینان نیز شرط مخالف مقتضا را باطل دانسته‌اند (عثمانی، ۱۴۳۶ق، ص. ۴۹۴-۴۸۸).

محقق خوبی بعد از آنکه مقتضیات عقد را مانند محقق اصفهانی و ایروانی به باواسطه و بی‌واسطه تقسیم کرده است، بیان می‌دارد اگر شرطی برخلاف مقتضیات دوم که باواسطه و از آثار مقتضیات اول است، صورت پذیرد، اگر این شرط مستلزم ترک یا فعل مباحی باشد، جایز و اگر مستلزم ترک واجب یا فعل حرام شود، از آنجاکه خلاف کتاب است، باطل خواهد بود (خوئی، ۱۴۱۸ق، ص. ۵۶-۵۵).

براین اساس می‌توان بیان داشت که افعال خارجی مانند نظر به زن یا اکل مال و... نمی‌تواند از مقتضیات عقد قرار گیرد؛ زیرا آنچه مقتضا به معنای دوم بوده، جواز اکل یا جواز نظر، نه نفس این افعال است.

در نتیجه می‌توان بیان داشت که شرط عدم بیع برای شرط مخالف مقتضا نیست؛ زیرا فعل نمی‌تواند از مقتضیات عقد باشد. آنچه مقتضای عقد است، ملکیت بوده و جواز بیع، نه نفس بیع است (خوئی، ۱۴۱۸ق، ص. ۵۶-۵۵).

۳. نظر حقوق‌دانان

سنهوری این مطلب را ذیل عنوان شرط مخالف نظام عام و آداب بیان کرده است. وی در این مطلب معتقد است شرطی که مخالف نظام عام که ظاهراً با توجه به مثال‌های بیان شده از سوی وی، امری مشابه به مقتضای عرفی است، باطل خواهد بود. سپس، وی وجه تمایز بین شرط مخالف نظام عام و شرط مخالف قانون (شرع) را این‌گونه بیان داشته که شرط مخالف قانون در بیشتر اوقات به شرط مخالف نظام عام بازمی‌گردد (سنهوری، ۱۹۵۸م، صص. ۲۴-۲۱).

از حقوق دانان معاصر نیز در این امر بیان داشته‌اند که اگر مقتضای عقد از نصوص شرعیه فهم شد، که همان ملاک خواهد بود و در غیر این صورت مقتضای عقد را از عملکرد عرف می‌توان فهمید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۱۱۸).

برخی دیگر بیان داشته‌اند که گرچه عقود معین امروزی ریشه عرفی دارد، اما حقوق چنان این عقود را دربرگرفته که به‌سختی می‌توان نام عرفی بر آن نهاد. این عقود امروزه ماهیت حقوقی به خود گرفته و برای فهم مقتضای آن نیازمند حقوق و قانون هستیم (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۱۵۷). وی در ادامه بیان می‌دارد از آنجاکه لوازم ماهیت هر عقد به مفاد تراضی بستگی دارد، تمیز خواست مشترک به‌طور نوعی انجام پذیرفته و در دادرسی چاره‌ای جز رجوع به عرف نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۱۵۸). حقوق‌دان دیگری ضابطه تشخیص و تمیز را این‌گونه بیان کرده است.

برای تشخیص اثر ذات عقد از سایر آثار، از یک ضابطه می‌توان استفاده کرد و آن اینکه، هر اثری که در تعریف قانونی عقد وارد شود، مسلماً آن اثر، اثری است که از ذات عقد انفکاک پیدا نمی‌کند. گاهی قانون‌گذار در تعریف عقد، آثار آن را هم ذکر می‌کند مثلاً در تعریف بیع، آن را تملیک عین به عوض معلوم بیان کرده است که ماهیت عقد در ضمن اثر آن بیان شده است. چنین تعریفی منطقی نیست، اما شرط مخالف اثر، مخالف مقتضا نیست؛ زیرا اثر عبارت است از آنچه قانون برای هر یک از عقود در نظر گرفته است نه اینکه ماهیت آن عقد آن را بیان کرده باشد مانند قدر خرید و فروش در بیع. پس آنچه مستقیماً اراده طرفین معامله انشا می‌کند، ماهیت عقد است نه آثار آن و آنچه در حوزه دخالت قانون قرار دارد، تعیین الگوهای عقود و ایقاعات و مشخص کردن آثار و احکام هر یک از آنهاست. با این توضیح، آثار عقد نیاز به اراده طرفین آن ندارد و شرط مخالف آن، شرط مخالف با مقتضا نخواهد بود (شهیدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۱۲).

در نتیجه، مبنای بطلان شرط خلاف مقتضا را باید در تناقض و تنافی بودن مجموعه عقد و شرط با یکدیگر دانست؛ زیرا متعاقدين اراده بر عقدی کرده‌اند که شارع آن عقد را در قالب خاص با تعیین حدود و ثغور مشخصی امضا کرده است. لذا آن شروطی که باعث شود لطمه و آسیبی به بنیان عقد وارد شود، نه مد نظر شارع است نه مورد نظر عرف و متعاقدين.

۳-۱. معیار تشخیص مقتضیات

به نظر می‌رسد شاید از ابتدا باید به سراغ «سیره عقلا» یا «عرف» برویم و ملاکات تشخیص مقتضیات عقود را در عرف جست‌وجو کنیم؛ بدین معنا که این عرف و عقلا هستند که با اراده خود از یک عقد، مقتضیات آن را نیز خودبه‌خود تعریف و در بعضی مواقع جعل می‌کنند؛ زیرا عرف قبل از اسلام هم دارای معاملات و قراردادهایی بوده و بعد از اسلام و امضای شارع، آن عقود نیز مشروع و قانونی شده‌اند.

۱-۳-۱. جعل و امضای شارع

در باب ملاک جعل شارع می‌توان از بیانات علامه حلی در برخی از آثارش این‌گونه استنباط کرد که ایشان ضابطه تشخیص مقتضیات عقد را جعل شارع می‌داند. تقریباً تعبیر یا واژه خاصی با عنوان ضابطه تشخیص مقتضیات عقد در فقه یافت نمی‌شود. لذا اگر بخواهیم به ضوابطی برای تشخیص مقتضیات عقد دست پیدا کرده و از طرفی، از کتاب و نص فاصله نگرفت، باید از طریق تتبع و تحلیل در آیات و روایات به این مهم دست پیدا کرد. بدین صورت که باید دقت کرد که شارع در نص مربوط به بیان آثار و احکام عقود، بر چه احکام و آثاری تأکید نموده تا از این طریق بتوان با مطابقت نصوص با یکدیگر، مقتضای عقد را مشخص کرد.

۱-۳-۲. استخراج مقتضای ذات عقد از طریق آیات قرآن

شاید بتوان گفت با تفحص در آیات الاحکام قرآن، می‌توان به مقتضای برخی از عقود دست پیدا کرد، ولی به‌طور مشخص ملاکی برای تشخیص مقتضای عقود در قرآن نیامده است و این آیات بیشتر به بیان احکام و شرایط عقود پرداخته است و به ضابطه و معیاری برای تشخیص مقتضای عقد اشاره‌ای نشده است؛ زیرا قرآن درصدد بیان مقتضای ذات عقود نیست، اما یکی از مهم‌ترین آیاتی که می‌تواند به ما کمک کند، آیه ۲۹ سوره نساء^۳ است که می‌فرماید: «... مگر آنکه دادوستدی با تراضی یکدیگر از شما انجام گرفته باشد...» که می‌توان از این قسمت، معیار «قصد و رضای متعاقدين» را به‌عنوان یکی از شاخصه‌ها تعریف کرد.

۱-۳-۳. استخراج مقتضای ذات عقد از طریق روایات

از آنجاکه عقد نکاح، یک عقد مبتلابه و معروف تلقی می‌شود، برای مثال، روایات باب

نکاح مورد بررسی قرار گرفته تا معلوم شود آیا می‌توان مقتضیات عقد را از نحوه پرسش و پاسخ معصوم استخراج کرد؟

شارع با تعیین حدود و ثغور و استفاده از عباراتی مانند «إِلَّا بِإِذْنِهِ، لَا تَخْرُجَ مِنْ بَيْتِهَا، أُطِيعِي، لِلنِّسَاءِ لَا تُطَوِّلِينَ، صَلَّاتُكُنَّ لَتَمْنَعَنَّ»، تأکیدات لازم‌الوفای او را در مقام تقنین به ما می‌رساند (عاملی، ۱۴۱۲ق، ص. ۱۵۸). لذا درمی‌یابیم که موارد مذکور مد نظر شارع بوده و این دریافت و برداشت از روایت نیاز به قوه استنباط و استدلال دارد که قطعاً بر عهده مفسر روایات که منصوب از طرف معصوم بود — همان فقیه — است. به نظر برخی از فقها، شرط مخالف با کتاب و سنت، شرط خلاف مقتضای است.

۱-۳-۴. عرف

برای شناخت ارکان و حقیقت عقود باید به مرجعی مراجعه کرد که این قالب‌ها در بستر آن بالیده‌اند و صرف مراجعه به کتاب و سنت نمی‌تواند پاسخ‌گوی این مسئله باشد؛ به جهت آنکه شارع بنای پرداختن به این مسائل را نداشته است. بنابراین، برای تشخیص مقتضای عقد شاید بهترین ملاک عرف باشد.

اصطلاحاً عرف به این مضمون تعبیر می‌شود: «آنچه را که در عادات و معاملات مردم رایج و متعارف است، عرف گویند» (عبدالرحمان، بی‌تا، ص. ۴۹۳). از آنجاکه بحث تشخیص مقتضای عقد، مربوط به حوزه تشریح و قانون‌گذاری نیست، لذا همان‌طور که گفته شد، نیازی به استفاده از ادله اربعه فقه شیعه نیست و ما بیشتر باید به دنبال ابزار و وسیله‌ای برای کشف مقتضیات باشیم؛ یعنی برای کشف ضابطه مقتضای عقود، رجوع به کتاب و سنت لازم نیست و از آنجاکه فقها عرف را به عنوان دلیلی از ادله اربعه نمی‌دانند و در حد یک ابزار در برخورد با مسائل به آن بها می‌دهند، لذا از این نظر باید عرف را به‌عنوان یکی از مهم‌ترین معیارها بشناسیم؛ زیرا محل تولد عقود جایی نیست جز جامعه و آنچه که بیانگر حقیقی نظر جامعه است، عرف می‌باشد.

۱-۳-۵. قصد و اراده متعاقدين

نظریه پرداز اصلی این نوع نگرش، میرزای نائینی است. او آنچه را که متعاقدين صراحتاً یا به‌اصطلاح خود او «اولاً و بالذات» انشا کرده‌اند و مدلول مطابقی عقد است،

مقتضای ذات عقد می‌داند مانند تملیک اعیان در بیع و تملیک منافع در اجاره و آنچه را به‌طور ضمنی انشا شده است و مدلول التزامی عقد است، مقتضای اطلاق می‌داند که به حکم عرف در نوع آن معامله معمول است و تراضی برخلاف آن امکان دارد مانند حال بودن ثمن و التزام به وصف صحت. در واقع، این نوع نگرش مرحوم نائینی از آنجا نشئت می‌گیرد که او معیار عرف را رها کرده است و می‌خواهد با معیار شخصی (قصد مشترک متعاقدين)، ذات عقد را تشخیص دهد؛ یعنی به‌جای اینکه «تراضی» بر مبنای فهم عرف را مبنای کار قرار دهد، انشای قصد خاص متعاقدين را ملاک قرار داده است. البته شاید بتوان این معیار را به نوعی مقتبس از قسمت پایانی آیه ۲۹ سوره نسا دانست؛ زیرا این آیه صراحتاً تراضی طرفین در عقد را مبنای صحت عقد قرارداده است. همچنین، ماده ۱۰ قانون مدنی ایران^۲ نیز با برداشتی که از این آیه داشته است، به‌عنوان یک سند محکم قانونی از این معیار پشتیبانی می‌کند.

نقدی که می‌توان به این معیار وارد کرد، این است که ذات عقد را نمی‌توان صرفاً با قصد طرفین تشخیص داد. قطعاً بعضی از ارکان عقد، جزو احکام آن به حساب می‌آیند و هرچه را که طرفین اراده کرده‌اند، نمی‌توان به‌عنوان مقتضای آن عقد در نظر گرفت. درنهایت، باید گفت اراده طرفین نمی‌تواند تشکیل‌دهنده مقتضا باشد. آنچه مقتضا بر اساس آن شکل می‌گیرد، اراده نوعیه است نه شخصیه و عقود در بستر تعاملات اجتماعی شکل می‌گیرند نه فردی.

نتیجه‌گیری

با تعریف مقتضیات عقود، سعی در تمیز مقتضای ذات از مقتضای اطلاق داشته و بر این مبنا تأکید شد که شرط خلاف مقتضای ذات، فاسد و مفسد عقد است و دلیل بطلان این شرط را باید در تناقض و تنافی مجموعه عقد و شرط با یکدیگر دانست؛ زیرا متعاقدين اراده بر عقدی کرده‌اند که شارع آن عقد را در قالب خاصی امضا کرده است. لذا قاعده «المؤمنون عند شروطهم»، نباید در مقابل قاعده «العقود تابعه للقصد» باشد.

غرض اصلی این تحقیق، بیان ضوابطی برای تشخیص مقتضیات عقود بود که درنهایت، نمی‌توان یک معیار مشخص برای تشخیص مقتضیات عقود تعریف و سه معیار امضای شارع، عرف و اراده متعاقدين را می‌توان بعنوان سه ضابطه شاخص در

تشخیص مقتضیات عقود معرفی کرد که عرف معیاری جامع به نظر می آید. از آنجا که قانون مدنی بیان خاصی در مورد نحوه تشخیص مقتضیات عقود نداشته، رواست که قانونگذاران و حقوق دانان در مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، مقتضیات عقود و ضوابط تشخیص آن را در قالب مواد تکمیلی به قانون مدنی اضافه کنند. نظر جدیدی که در این تحقیق مطرح شده است، مقومات عقد است. به نظر پژوهشگران این تحقیق، به غیر مقومات ماهیت عقد و عوارض ذاتی آن، عنصر دیگری وجود نیز دارد که تخلف از آن، تخلف از مقتضا محسوب می شود. نظر به تأکیدی که شارع و عرف، بر برخی از مقتضیات عقد دارند، می توان ادعا کرد این عنصر جز مقتضیات عقد است؛ بدین معنا که این اثر عقد، آن قدر دارای اهمیت است که نه می توان مخالفت با آن را صحیح دانست و نه می توان آن را جزو مقتضیات اطلاق عقد به حساب آورد و سلب و نفی آن در عقد، مساوی با عدم اراده جدی بر تحقق عقد دانسته می شود و در نهایت شاید بتوان ادعا کرد که شرط خلاف مقوم عقد، موجب غیرنافذ شدن عقد می شود.

بر این اساس، لازم است که در تنظیم قراردادهای بانکی به این امر دقت لازم صورت پذیرد؛ زیرا همان گونه که بیان شد، در موارد متعددی از قراردادهای بانکی با شروط ضمن عقد، تلاش بر تصحیح این عقود صورت پذیرفته است. برای مثال، در ماده ۴ قرارداد مضاربه بانکی با عقد لازم خارج، شرط فسخ عقد از مشتری فسخ شده است یا در ماده ۸ همان قرارداد، عامل را ضامن سرمایه قرارداد است؛ البته در این امور تلاش شده است با شرط خارج لازم بر فرض، خلاف مقتضا بودن را نیز دفع کرد، لکن آنچه در این تحقیق مورد توجه است، آن است که مطابق آنچه بیان شده، لازم است که مقتضایات عقد را به گونه ای جدید لحاظ کرد تا برای تنظیم این نوع قراردادها با مشکل مواجه شد.

یادداشت‌ها

۱. البته در اینکه زوجیت، مقتضای ذات نکاح دائم است، تقریباً بحثی نیست، اما اینکه تعریف و توسعه زوجیت تا چه اندازه است، تأمل وجود دارد. چه بسا استمتاع هم در تعریف زوجیت قرار بگیرد.
۲. بند ۴ ماده ۹۷۶ قانون مدنی.
۳. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...».

۴. ماده ۱۰ قانون مدنی می‌گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است».

کتابنامه

قرآن کریم.

- آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین (۱۴۲۲ق). *تحریر المجلة* (محمد ساعدی، محقق؛ محمدمهدی آصفی، گردآورنده) (جلد ۱). قم: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية.
- ابن براج، عبدالعزيز بن نحریر (۱۴۱۱ق). *جواهر الفقه* (ابراهیم بهادری، محقق؛ علی بن حسین علم‌الهدی و محمد بن حسن طوسی، نویسنده). قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية.
- ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ق). *الوسيلة إلى نيل الفضيلة*. قم: مكتبة آيت الله العظمى المرعشي النجفي.
- ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق). *غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع* (ابراهیم بهادری، محقق) (جلد ۱). قم: الإمام الصادق عليه السلام.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق). *المهذب البارع في شرح المختصر النافع* (مجتبی عراقی، محقق) (جلد ۲). قم: النشر الإسلامي.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم (بی‌تا). *الكافي في الفقه* (رضا استادی، محقق). اصفهان: مكتبة الإمام أميرالمؤمنين علی العامة.
- اصفهانى، محمد حسین (۱۴۲۷ق). *حاشية المكاسب* (اصفهانى) (عباس آل‌سباع قطيفى، محقق). امامی، سيدحسن (۱۳۸۶). *حقوق مدنی* (جلد ۳).
- انصارى، مرتضى (۱۴۱۶ق). *المكاسب*. قم: اميرالمؤمنين.
- ایروانى، علی (۱۳۷۹). *حاشية المكاسب* (ایروانى) (جلد ۲) قم: کتبی نجفی.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰). *حقوق مدنی*. تهران: گنج دانش.
- تهانوی، محمدعلی بن علی (۱۹۹۶). *كشاف اصطلاحات الفنون، بیروت*.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶). *دانشنامه حقوقی* (جلد ۴). تهران: امیرکبیر.
- حر عاملی، شیخ محمد بن حسن (۱۴۱۲ق). *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*. قم: موسسه آل‌البیته.
- حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد (بی‌تا). *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة* (ط. القديمة)

- (حسن بن یوسف علامه حلی، نویسنده) (جلد ۴). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق). *العناوین الفقهية*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلبی، حمزة بن علی بن زهره (۱۴۱۷ق). *غنية النزوع الى علمی الاصول والفروع*. قم: امام صادق علیه السلام.
- حلی (علامه حلی)، الحسن بن یوسف المطهر (۱۳۷۱). *الجواهر النضید*. قم: بیدار.
- خویی، محمدتقی (۱۴۱۴ق). *الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود* (جلد ۱). بیروت: دار المؤرخ العربی.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). *لغت نامه* (جلد ۲).
- سرور، ابراهیم حسین (۱۴۲۹ق). *المعجم الشامل للمصطلحات العلمية والدينية* (جلد ۱). بیروت: دار الهادی.
- سلار دیلمی، حمزة بن عبد العزیز (۱۴۰۴ق). *المراسم في الفقه الإمامی* (محمود بستانی، محقق). قم: منشورات الحرمین.
- سنهوری، عبدالرزاق (۱۹۵۸م). *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد* (جلد ۳). بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- شهرکانی، ابراهیم اسماعیل (۱۴۳۰ق). *معجم المصطلحات الفقهية*. قم: ذوی القربی.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۳۰ق). *موسوعة الشهيد الأول* (جلد ۱۱). قم: مکتب الاعلام الاسلامی فی الحوزة العلمية.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۴). *حقوق مدنی* (جلد ۴). تهران: مجد.
- طباطبایی قمی، تقی (۱۴۱۳ق). *عمدة المطالب في التعليق على المكاسب* (جلد ۴). قم: محلاتی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *الخلافة* (جمعی از محققین، محقق) (جلد ۳). قم: جماعة المدرسین فی الحوزة العلمية بقم - مؤسسة النشر الإسلامي.
- عبدالرحمان، محمود (بی تا). *معجم الاصطلاحات والالفاظ الفقهية*.
- عثمانی، محمدتقی (۱۴۳۶ق). *فقه البيوع* (جلد ۱). کراچی: مکتبة المعارف القرآن.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحكام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). *تذكرة الفقهاء*. آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، محقق) (جلد ۱۰). قم: مؤسسة آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۹ق). *منية الطالب في حاشیه المكاسب*. تهران: المکتبة المحمدية.

- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق). *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع* (محمود مرعشی، اهتمام؛ عبداللطیف حسینی کوهکمری، محقق؛ جعفر بن حسن محقق حلی، نویسنده) (جلد ۲). قم: مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: سمت.
- لاری، عبدالحسین بن عبدالله (۱۴۱۸ق). *اللجنة العلمية، التعليقة على المكاسب (لاری)* (مؤسسة المعارف الإسلامية و مؤتمر إحياء ذكرى آيت الله المجاهد السيد عبدالحسين اللاری، محقق) (جلد ۲). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- مامقانی، عبدالله (بی تا). *نهاية المقال في تكملة غاية الآمال*. قم: مجمع الذخائر الإسلامية.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۳۷۶). *المختصر النافع في فقه الإمامية* (جلد ۱). قم: مطبوعات دینی.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام* (عبدالحسین محمد علی بقال، محقق) (جلد ۲). قم: اسماعیلیان.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن (۱۳۸۱). *كفاية الفقه (مرتضى واعظی اراکی، محقق)* (جلد ۱). قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴). *جامع المقاصد في شرح القواعد* (مؤسسة آل البيت عليهم السلام) لاحیاء التراث، محقق؛ حسن بن یوسف علامه حلی، نویسنده) (جلد ۴). قم: مؤسسة آل البيت عليهم السلام) لاحیاء التراث.
- مظفر، محمد رضا (۱۳۷۰). *اصول الفقه*. قم: دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم.
- معلوف، لویس (۱۹۰۸م). *المنجد*.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۰ق). *المقنعة*. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۲ق). *مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان*. قم: مکی عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین (۱۴۱۰ق). *اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية*. قم: دار التراث الدار الإسلامية.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳). *منية الطالب* (جلد ۲). تهران: المکتبه المحمدية.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۳۷۵). *عوائد الأيام*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۱۰ق). *حاشية المكاسب (یزدی)* (جلد ۲). قم: اسماعیلیان.