

Feasibility of Refutation of “Unfair Terms” Based on Imāmī Jurisprudence Sources¹

Mahdi Moftakhari

Ph.D Student of Private Law at Azad Mashhad; Mashhad-Iran.

Mojtaba Zahedian 

Associate Professor of Private Law at Azad Campus of Azad Islami University;
Mashhad-Iran. (Corresponding Author);

Sayyed Mohammad-Mahdi Qabouli-Dorafshan

Associate Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law Department
at Ferdowsi University Mashhad; Mashhad-Iran.

**Justārḡhā-ye
Fiḡhī va Uṣūlī**

Vol.10, No.34
Spring 2024


Receiving Date: 2024-02-01; Approval Date: 2024/05/02

Abstract

139

In recent decades, several new terms have been increasingly used in the laws and rules of Arab countries, all of which somehow indicate the unfairness of the contract (either in the nature of the contract or in the terms of the contract). One of these terms is “unfair condition.” The most important feature of unfair (*ta’asuḡfī*) conditions is the exploitation and abuse of the external or internal weakness of the weak party. Iranian law has addressed the imposed

1. *Zahediyan. M. (2024)*; “Feasibility of Refutation of “Unfair Terms” Based on Imāmī Jurisprudence Sources” ; *Jostar_ Hay Fiḡhi va Usuli*; Vol: 10; No: 34; Page: 139-175;

 10.22034/jrj.2024.68501.2776



This Article is distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 | <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

or unfair conditions with delay and in a more limited way. Unfair condition is not mentioned in any jurisprudential sources, but it is possible to analyze it based on jurisprudential sources. There are two possibilities in refutation and the need to adjust the unfair condition: the correctness and refutation approach. Contractual freedom and the validity of contracts, the principle of validity and the non-inclusion of an unfair condition among refutation conditions are the evidence of the first possibility. Entering into the conditions contrary to the Holy Qur'ān and the *Sunnah*, the principle of justice and fairness, the prohibition of disorder in the system, the forbidding the uncertain (*gharar*), the forbidding of consuming property wrongfully, and the unity of the criteria with similar subjects such as *al-Bay' 'alā al-Bay'*, *al-Sawm 'alā al-Sawm*, *Najsh* and *Talaqqā al-Rukbān* are evidence of the second possibility. In case of refutation of an unfair condition, it is possible to dictate the possibility of termination or modification of the contract in favour of the weaker party.

Keywords: Unfair terms, *Najsh*, *Talaqqā al-Rukbān*, *'Aqd al-Idh'ān*, Laws of Arab Countries.

امکان سنجی ابطال «شروط تعسفی» بر اساس منابع فقه امامیه^۱

مهدی مفتخری

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد؛ مشهد-ایران.
رایانامه: moftakhari.lawyer@gmail.com

مجتبی زاهدیان 

استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد؛ مشهد-ایران (نویسنده مسئول)؛
رایانامه: zahedian.mojtaba@yahoo.com

سیدمحمد مهدی قبولی درافشان

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد؛ مشهد-ایران.
رایانامه: ghaboli@um.ac.ir



امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه

۱۴۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۲/۱۳

چکیده

در دهه‌های اخیر در حقوق و قوانین کشورهای عربی چند اصطلاح جدید به‌طور فزاینده‌ای مورد استفاده قرار گرفته است. همه این اصطلاحات به نوعی بر ناعادلانگی قرارداد (چه در ذات قرارداد و چه در شروط قرارداد) دلالت دارند. یکی از این مفاهیم «شروط تعسفی» است. مهم‌ترین ویژگی شروط تعسفی، استغلال و سوءاستفاده از ضعف بیرونی یا درونی طرف ضعیف است. حقوق ایران با تأخیر و به‌صورت محدودتر به شروط تحمیلی یا غیرمنصفانه پرداخته است. در هیچ منبع فقهی، اشاره‌ای به شرط تعسفی نشده

۱. زاهدیان، مجتبی و دیگران. «امکان سنجی ابطال «شروط تعسفی» بر اساس منابع فقه امامیه» فصلنامه علمی پژوهشی جستارهای فقهی و اصولی، ۱۰ (۳۴)، صص: ۱۳۹-۱۷۵

است ولی امکان تحلیل آن بر اساس منابع فقهی وجود دارد. دو احتمال در بطلان و لزوم تعدیل شرط تعسفی وجود دارد (رویگرد صحت و رویگرد بطلان). آزادی قراردادی و اعتبار قراردادهای، اصل صحت و عدم اندراج شرط تعسفی در زمره شروط باطل، ادله احتمال اول است. از سوی دیگر، دخول در شروط مخالف کتاب و سنت، قاعده عدل و انصاف، حرمت اختلال نظام، نهی از غرر، نهی از اکل مال به باطل و وحدت ملاک با موضوعات مشابه مانند البیع علی البیع، السوم علی السوم، نجش و تلقی الرکبان، ادله احتمال دوم است. در صورت قول به بطلان شرط تعسفی، می توان به امکان فسخ یا تعدیل قرارداد به نفع طرف ضعیف، حکم کرد.

کلیدواژه‌ها: شرط تعسفی، شروط غیرمنصفانه، نجش، تلقی الرکبان، عقد الاذعان، حقوق کشورهای عربی.

مقدمه

در دههٔ نخست قرن بیست و یکم شاهد فعالیت‌های حقوقی قابل توجهی در زمینهٔ حمایت از مصرف‌کننده در بسیاری از نظام‌های حقوقی عربی بودیم. در بسیاری از اندیشه‌های حقوقی و قوانین ممالک عربی به‌ویژه سرزمین‌های شمال آفریقا و خاورمیانه مانند: مصر، مراکش، الجزایر، لبنان، عراق و سوریه در این باب اصطلاحاتی پا به عرصه وجود گذاشتند که قبلاً اثری از آن‌ها در نصوص و متون فقهی و حقوقی نبود. شروط تعسفی، عقود اذعان (الحاقی)، عقود استغلال، شروط آحادیه الجانب، از این جمله هستند. شروط تعسفی به‌طور خاص و رقابت غیرمنصفانه به‌طور عام، هرگونه رفتار برخلاف اصول شرافتمندانه در قراردادها به‌ویژه قراردادهای تجاری و صنعتی است. جان‌مایه این نوشتار، چیستی‌شناسی این نهادهای حقوقی در ممالک عربی و امکان‌سنجی کاربرد «شروط تعسفی» در فقه اسلامی به‌منظور ایجاد ضمانت‌های اجرایی است.^۱ واکاوی خاستگاه این بحث در حقوق

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۴۲

۱. ذکر این نکته اساسی در تبیین موضوع لازم و ضروری است که موضوع شروط تعسفی با نظریات «انتفای قرارداد» و «انتفای هدف قرارداد» در حقوق انگلیس، نظریه‌های «فورس ماژور» و «امپرویزون» در حقوق فرانسه، نظریه «الحوادث الطارئة» در حقوق مصر، نظریه «غیرعملی شدن تجاری قرارداد» در حقوق امریکا، نظریه «گشفتس گروندلاک» در حقوق آلمان و نظریه «هاردشیپ» یا «دشواری» (صادقی مقدم، ۱۳۹۰، ۲۷۰) و همچنین نظریه

و قوانین کشورهای عربی که متأثر از حقوق اروپایی و فقه اسلامی هستند و بررسی مبانی آن در فقه اسلامی، برای قانون‌گذاران بسیار سودمند خواهد بود. پرسش اصلی این مقاله آن است که آیا می‌توان منابع و مستندات از فقه اسلامی در ارتباط با بطلان شرط تعسفی و تعدیل یا ابطال عقد استخراج کرد؟ با توجه به کامل نبودن منابع قانونی نوشته شده حقوق ایران در خصوص شروط غیر منصفانه، بایسته است نخست آن را از منظر منابع فقهی تحلیل کرد تا با رجوع به دکترین‌های حقوقی و نظریات حقوقدانان، قوانین مورد نیاز کشور تدوین شود.

در کشور ما، موضوع شروط غیر منصفانه و عدم تعادل قابل توجه یا فقدان تعادل قراردادی (نه به معنای غبن اصطلاحی و یا غبن حادث) موضوعی نسبتاً تازه است و کار زیادی، به‌ویژه در حوزه مصرف‌کننده، در خصوص آن صورت نپذیرفته است. حقوق ایران برخلاف نظام‌های حقوق عرب، با تأخیر و به‌صورت محدودتر به شروط غیر منصفانه پرداخته است. مهم‌ترین قانون مربوط به شروط غیر منصفانه، لایحه تجارت است که در انتظار تأیید شورای نگهبان است.

مقالات بسیاری در خصوص شروط غیر منصفانه از منظرهای مختلف، نگاشته شده است و لکن همه یا اکثر آن‌ها با سویه حقوقی و در مجلات حقوقی تدوین شده‌اند و بحث فقهی آن‌ها بسیار اندک و به‌صورت استطرادی است. جهاتی که پژوهش حاضر را از تحقیقات پیش‌گفته ممتاز می‌سازد، دو امر است: نخست طرح موضوع از منظر حقوق کشورهای عربی که در مبانی و منابع نظام حقوقی خود، مانند ما متأثر از فقه اسلامی هستند و دوم پرداختن عمیق‌تر به موضوع از رهگذر مدخل‌های فقهی مرتبط است.^۱

امکان‌سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۴۳

«غبن» و «غبن حادث»، علی‌رغم برخی مشابهت‌ها دارای تفاوت‌های بنیادین است. توضیح کلی بدین صورت است که، شاید بتوان گفت از ملاک و مبنای این نظریات می‌توان به‌عنوان مبنایی در جهت مقابله با شروط تعسفی بهره برد. تئوری غبن نیز صرفاً یکی از مبانی مطرح‌شده جهت مقابله با این شروط در حقوق فرانسه است؛ زیرا غبن تنها در پاره‌ای از قراردادها مؤثر است و عیبی همگانی نیست و نتیجه آن بطلان نسبی قرارداد است (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ۲۲۲).

۱. برخی از تلاش‌های صورت گرفته که بیشترین قرابت را ممکن است با پژوهش حاضر دارا باشند ذکر می‌شود: مطالعه تطبیقی مقابله با شروط غیر منصفانه در حقوق ایران و عراق، (قبولی درافشان و همکاران، فصلنامه مجلس و راهبرد، ۱۳۹۹ش). (این مقاله صرفاً سازوکارهای حقوقی مقابله با شروط غیر منصفانه همانند عیوب اراده، اکراه، غبن،

۱. شرط تعسفی

چنان که اشاره خواهد شد، بهترین معادل برای تعسفی، غیر منصفانه بودن است. بر این اساس، شرط تعسفی یعنی شرط غیر منصفانه. شرط غیر منصفانه شرطی است که با حسن نیت در معاملات منافات داشته و نابرابری فاحشی بین حقوق و تعهدات طرفین و به ضرر مصرف کننده به وجود آورد و در مذاکرات مستقیم، جایی نداشته باشد (تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ۲۱). برای بهتر روشن شدن مفهوم شرط تعسفی به چستی شناسی آن در لغت و اصطلاح می پردازیم.

۱/۱. شرط تعسفی در لغت

واژه «تعسّف» در لغت عرب به معنای بی راهه روی، انجام کاری بدون تدبیر و راهنمایی و طی کردن مسیری بدون هدف و غرض آمده است. عسوف یعنی ظالم (فراهیدی، ۱۴۰۹، ق، ۱/۳۳۹؛ جوهری، ۱۴۱۰، ق، ۴/۱۴۰۳) و عَسَفَ به معنای ظلم هم آمده است (ابن الاثیر، ۱۳۶۴، ق، ۳/۲۵۳). تَعَسَفَ به معنای ظلم کرد، آمده است (ابن منظور، ۱۴۰۵، ق، ۹/۲۴۵). در استعمال های جدید عربی زبانان، واژه «تعسّف» به معانی زورگویی، خشونت، تحکّم، ظلم و استبداد کاربرد دارد (الخوری الشرتونی اللبنانی، ۱۴۳۴، ق، ۵۴۷؛ معلوف، ۱۳۸۸، ق، ۵۰۵، المغربی الفیومی، ۱۴۳۰، ق، ۳۱۷).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۴۴

۱/۲. شرط تعسفی در اصطلاح فقه و حقوق معاصر کشورهای عربی

واژه «تعسّف» و «تعسفی» در مباحث فقه و حقوق معاملات ممالک عربی در دهه های اخیر بسیار پرکاربرد بوده و در ترکیب «الشرط التعسفی» و «العقد التعسفی» و امثال آن ها به کار رفته است. معنایی که از این کلمه اراده می شود،

اشتباه، سبب تعهد، ممنوعیت سوء استفاده از حق، لا ضرر، حسن نیت، راه کارهای قضایی، را آن هم تنها در حقوق کشور عراق، به بوته تحلیل سپرده است): نحوه مقابله نظام های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف کنندگان در ایران، (امینی و همکاران): مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۹. (صرفاً به راه های مقابله در نظام های حقوقی پرداخته است): مطالعه تطبیقی ضمانت اجرای غیر منصفانگی شروط قراردادی در ایران، ایالات متحده امریکا و اتحادیه اروپا، (صفایی و همکاران): تحقیقات حقوقی، شماره ۸۶. ۱۳۹۸ش: مبانی اخلاقی، حقوقی و فقهی شرط غیر منصفانه، (امانی و همکاران): فصلنامه قضاوت، شماره ۹۱، ۱۳۹۶ش. (بحث فقهی تنها در سه صفحه در ضمن قاعده لا ضرر و اضطرار): شروط غیر منصفانه در قراردادهای مصرف کننده، (شمس اللهی): فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۵، ۱۳۹۷.

مرادف «ناعادلانه»، «غیرمنصفانه» و «ظالمانه» است. تنها برخی قوانین مانند بند پنجم ماده سه قانون فعالیت‌های تجاری الجزایر، به تعریف آن پرداخته‌اند (العواطف، ۲۰۱۸م، ۱۵).^۱ با مراجعه به همین ماده متوجه می‌شویم که قانون‌گذار شرطی را تعسفی می‌انگارد که یک طرف عقد، فعال اقتصادی یا تاجری حرفه‌ای (محترف/مهنی) است و طرف دیگر یک مصرف‌کننده (مستهلک) است؛ بنابراین، برای تحقق شرط تعسفی، وجود سه عنصر لازم است: (۱) در قراردادهای استهلاک (مصرف) باشد؛ (۲) مکتوب (سفارش، فاکتور (برگ خرید)، ضمانت‌نامه، رسید تحویل، اوراق قرضه یا هر سند دیگری) باشد؛ (۳) هدف یا نتیجه آن عدم تعادل قابل توجه حقوق و تعهدات طرفین باشد (العواطف، ۲۰۱۸م، ۱۵؛ البودالی، ۲۰۰۶م، ۲۴۰).

خلاصه آن که شرط تعسفی شرطی از پیش تعیین شده است که طرف حرفه‌ای قرارداد با استفاده از نفوذ اقتصادی خود، آن شرط را بر مصرف‌کننده، به نحوی که منجر به کسب امتیازی فاحش و منجر به عدم تعادل قرارداد شود، اعمال می‌کند و نقش مصرف‌کننده در آن، محدود به پذیرش یا رد است البته این امتیاز فاحش ممکن است به موضوع عقد یا یکی از آثار آن مرتبط باشد (الرفاعی، ۱۹۹۴ق، ۲۱۵؛ سی الطیب، ۲۰۰۸م، ۹۷؛ ابو عمرو، ۲۰۱۱م، ۱۷۱؛ حماد عبد، ۲۰۱۱م، ۲۴۸؛ حمدالله، ۱۹۹۷م، ۵۳). جامع همه تعاریف آن است که شرط تعسفی شرطی است که به لحاظ ماهوی سبب اخلال در تعادل و توازن معاملی می‌شود و یک طرف قرارداد، با استفاده از ضعف طرف دیگر، شروط ناعادلانه خود را بر او تحمیل می‌کند.

۲. نهادهای مشابه شرط تعسفی در نظام‌های حقوقی عربی

به جز «شروط و عقود تعسفی» در حقوق معاصر کشورهای عربی، نهادهای دیگری نیز پا به عرصه وجود گذارده‌اند که همگی در عنصر «غیر عادلانه بودن» با یکدیگر مشابهت دارند. «عقود اذعان» و «استغلال» از جمله این نهادها است.

۱. «شرط تعسفی: کل بند أو شرط بمفرده أو مشترکا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات اطراف العقد».

۲/۱. وابستگی شروط تعسفی به عقود اذعان

در میان حقوقدانان حقوق ممالک عربی رویکردی وجود دارد که بر این باور است: شروط تعسفی تنها در «عقود اذعان» تحقق می‌یابند. اذعان در لغت به معنای انقیاد، تسلیم و اقرار کردن است (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ۱۰۰/۲؛ ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ۱۷۲/۱۳). اما در اصطلاح حقوق عربی معاصر، عقد اذعان به عقدی گفته می‌شود که قبول از سوی قابل، تنها اذعان و پذیرش چیزی است که موجب آن را املا می‌کند. این گونه عقد در شرکت‌های بیمه، قرارداد ترافیک، شرکت‌های گاز و آب و پست و ... جریان دارد. نخستین کسی که این گونه عقود را اذعان نامید، سنهوری است (الوسیط، بی‌تا، ۲۲۹/۱) و پیش از او این عقود را «عقود انضمام» نام نهاده بودند؛ زیرا کسی که این عقود را می‌پذیرد، بدون مناقشه به عقد، منضم می‌گردد. گاهی به جای عقود اذعان، عقود تحمیلی هم گفته می‌شود. در این گونه عقود یک طرف، شروط و مفاد و اراده خود را بر طرف دیگر تحمیل می‌کند (شهیدی، ۱۳۸۲، ۸۸). در همین زمینه، از شروط تحمیلی نیز در معنای شروط تعسفی سخن به میان می‌آید (الرفاعی، ۱۹۹۴م، ۲۱۶) اما چنانچه برخی از نویسندگان عرب تأکید کرده‌اند، به نظر می‌رسد میان عقد اذعان و شرط تعسفی، ملازمه‌ای در کار نیست (عبدالعزیز داود، ۲۰۱۴م، ۷۶).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۴۶

۲/۲. نسبت شرط تعسفی با استغلال

استغلال در قوامیس قانونی و حقوقی ممالک عربی معاصر مانند مصر و الجزایر، دارای مفهومی منفی و به معنای بهره‌کشی، به کارگیری ناعادلانه، برخورداری غیرمنصفانه است.^۱ در حقوق کشورهای عربی گاهی مراد از عقد استغلال، قرارداد بهره‌برداری است که در فرانسه به آن فرانیشیز^۲ (خودپرداخت) گفته می‌شود (حشیشة شعبان، ۲۰۱۱م، ۷).

۱. در زبان فرانسه نیز واژه "L exploitation" به معنای بهره‌گیری، بهره‌کشی و استثمار آمده است و معادل انگلیسی آن "exploitation" است.

2. La franchise

۳. رویکرد حقوق ممالک عربی در مواجهه با شروط تعسفی

همان‌طور که گفته شد، شروط تعسفی غالباً یا در ضمن عقود الاستهلاک به کار گرفته می‌شوند و یا در عقود اذعان نمود پیدا می‌نمایند. در قوانین کشورهای عربی، در مواجهه با استغلال اختلاف نظر وجود دارد. سه رهیافت کلی در این زمینه وجود دارد: نخست ابطال عقد یا کاستن (تعديل) میزان تعهد، دوم ابطال عقد و سوم بر طرف ساختن معقول غبن در عقود معاوضی.

نخستین سازوکار مواجهه با استغلال مغبون، دعوای ابطال عقد است. در قوانین کشورهای مصر، سوریه، لیبی و سودان، شاهد این رویکرد هستیم. بر این اساس، عاقد مغبون می‌تواند ابطال عقد را مطالبه کند و قاضی نیز در صورتی که دریابد که اراده مغبون تا آن اندازه دچار ضعف شده که وادار به معامله گردیده است، می‌تواند این درخواست را اجابت نماید. همان‌طور که قاضی می‌تواند در صورتی که دریابد اراده مغبون در حدی نبوده که سبب ابطال قرارداد شود، حکم به کاستن (تعديل) تعهدات مغبون دهد.

بر اساس قوانین مصر (ماده ۱۲۹)،^۱ سوریه (ماده ۱۳۰)^۲ و لیبی (ماده ۱۲۹)،^۳ طرف مغبون در عقود معاوضی چنانچه قاضی آن را کافی بداند، می‌تواند دعوای ابطال اقامه کند. در قانون سودان (ماده ۱۱۵) نیز طرف مغبون در همه حال (عقود معاوضی و تبرعی) می‌تواند دعوای ابطال اقامه نماید (فرج الصدة، ۱۹۹۴م، ۳۱۰-۳۱۱). همچنین عاقد مغبون می‌تواند به جای درخواست ابطال قرارداد، دعوای کاستن از

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۴۷

۱. ماده ۱۲۹: (۱) إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينة أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد.

۲. عین مفاد قانون مدنی مصر، در قانون مدنی سوری تکرار شده است.

۳. ماده ۱۵۹: «إذا استغل شخص في آخر حاجة ملحة، أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوى جامحا، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم لمصلحته أو لمصلحة غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجري عليه من نفع مادي أو أدبي بحيث يكون إبرامه تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية. كان للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقاً للعدالة، ومراعاة لظروف الحالة، أن ينقص من إلتزاماته أو أن يزيد من إلتزامات الطرف الآخر أو أن يبطل العقد.»

تعهدات گزاف خویش را اقامه کند (فرج الصده، ۱۹۹۴م، ۲۸۷-۳۱۵؛ الحکیم، ۱۹۹۳م، ۴۵۵ - ۴۷۹؛ السلطان، ۲۰۰۷م، ۸۴-۸۶؛ فرج العدوی، ۲۰۰۲م، ۹۴). قانون موجبات لبنان حق مغبون در عقود معاوضی را تنها به درخواست ابطال قرارداد ناشی از استغلال، منحصر کرده است (المظفر، ۱۴۲۲م، ۱۵۲). قانون لبنان میان استغلال (سوءاستفاده) و عیوب دیگر اراده، تفاوتی قائل نشده و در همه موارد، ابطال عقد را در نظر گرفته است (غانم، بی تا، ۱۴۴).

۴. مبانی مقابله با شروط تعسفی در قوانین عربی

با رجوع به قوانین مدنی ممالک عربی درمی یابیم که قانون گذاران، از میان نظریات بسیاری که دکترین های حقوقی و فقهی مطرح می کنند (بولقواس، ۲۰۱۷م، ۵۷)، تنها به دو نظریه **عیوب اراده** و **اصل عدالت و انصاف** اکتفا کرده اند اما مبنایی که در برخی قوانین و شروح آنها در کشورهای عربی به صورت صریح یا ضمنی برای بطلان یا لزوم تعدیل این گونه شروط و عقود ذکر شده است، مقتضای **اصل عدالت و انصاف** است. علت آن که مبنای رعایت تعدیل در شروط تعسفی توسط شارحان قانون، به مبنای «عدالت» مستند شده، آن است که به طور صریح در نصوص دینی، نامی از شروط تعسفی برده نشده است. آنچه درباره «شرط» آمده است یا لزوم مطابقت آن با کتاب و سنت یا لزوم متابعت شروط و یا بطلان شروط مخالف کتاب و سنت است (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۱۵؛ طوسی، ۱۳۶۵، ۷/ ۴۶۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۳ق، ۳۵۳/۱۲). برخی از نویسندگان برای مقابله با شروط تعسفی و حمایت از طرف ضعیف در چنین عقودی، افزون بر عیوب اراده، به قواعد دیگری نیز دست یازیده اند که از جهت دکترین حقوقی قابل تحلیل و بعضاً قابل قبول است؛ اما در قوانین ممالک عربی مزبور، چندان مورد توجه و اقبال واقع نشده است (احمدزاده، ۱۳۹۷، ۲۳). نظریه سبب و علت تعهد، ممنوعیت دارا شدن بدون جهت، ممنوعیت سوءاستفاده از حق و لا ضرر، لزوم اختلال نظام، غرر و غیرمقدور بودن شرط از این جمله اند (احمدزاده، ۱۳۹۷، ۲۳؛ عزیز کریم، ۱۳۹۹، ۲۲۳-۲۳۳).

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۴۸

۵. شرط تعسفی در حقوق ایران^۱

شرط تعسفی را در حقوق ایران، برابر نهاد «شرط غیرمنصفانه» می‌شناسیم. نویسندگان حقوقی عناوینی از قبیل شروط تعدی گرایانه (شهیدی، ۱۳۸۷، ۵۶)، شروط ناعادلانه (کرمی، ۱۳۹۴، ۱۱۱)، شروط اجحاف‌آمیز یا شرط گزاف (ادیب، ۱۳۹۳، ۱۲۲) را برای این شروط استعمال کرده‌اند. برخی از اساتید این اصطلاح را به شروط تحمیلی ترجمه کرده‌اند که در حقوق فرانسه معادل دقیق‌تری است؛ چراکه این عبارت مبتنی بر مفهوم سوءاستفاده است (کریمی، ۱۳۸۱، ۷۵؛ کریمی و کوشکی، ۱۴۰۰، ۲۳۱). نخستین بار در قانون تجارت الکترونیک مصوب سال ۱۳۸۲ این واژه به کار گرفته شده است. در ماده ۴۶ آن چنین مقرر کرده است: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست». گرچه برخی بر این باورند که مراد قانون از «عدم تأثیر» معلوم نیست که آیا «بطلان نسبی»^۲ (تقی‌زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ۲۶) یا «بطلان مطلق» است (احمدزاده بزار، رضایی دوانی، قبولی درافشان، ۱۳۹۷، ۱۳) اما روشن است که حمل «عدم تأثیر» بر چنین استفاده‌ای از سوی قانون‌گذار، به معنای بی‌تأثیر بودن و بطلان مطلق است. همچنین در ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، «تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه» از مصادیق سوءاستفاده از موقعیت مسلط بوده و ممنوع اعلام شده است که مقتبس از مفاد ماده ۸۲ معاهده اتحادیه اروپا است (شیروی، ۱۳۹۹، ۲۷۱؛ پاکباز، ۱۳۹۴، ۱۱۶) و ظهور در بطلان چنین معاملاتی دارد. در ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان سال ۱۳۸۸ نیز در بند ۵ که به تعریف «تبانی» پرداخته است، چنین مقرر داشته است: «هرگونه سازش و مواضعه بین عرضه‌کنندگان کالا و خدمات به منظور افزایش قیمت یا کاهش کیفیت یا محدود نمودن تولید یا عرضه کالا و خدمات یا تحمیل شرایط

امکان‌سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۴۹

۱. مهم‌ترین دستورالعمل در اتحادیه اروپا، دستورالعمل "EEC/۱۳/۹۳" است که اعضای اتحادیه می‌توانند قوانینی در جهت تأمین حداقلی این دستورالعمل، به تصویب رسانند (شیروی، ۱۳۸۸، ۲۶۷). "EEC" مخفف این ترکیب است: "Unfair Contract Terms and the Draft EC Directive"

۲. بطلان نسبی: وضعیتی است که قانون‌گذار برای نقض قواعد مربوط به حمایت از اشخاص معین در نظر گرفته که در صورت تقاضای ذی‌نفع، دادگاه قرارداد را از ابتدا باطل و بلااثر اعلام می‌کند (تقی‌زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ۲۶).

غیر عادلانه بر اساس عرف در معاملات [تبانی شمرده می شود].».

تفاوت مهمی که در قوانین کشورهای عربی در ارتباط با شروط تعسفی (غیرمنصفانه) با قوانین کشورمان وجود دارد، آن است که این نهاد در آن قوانین، نقش پررنگ تری دارد به گونه‌ای که تقریباً همه قوانین مدنی کشورهای عربی، به آن تصریح کرده‌اند در حالی که جای این مفهوم در قانون مدنی ما خالی است. استفاده از قواعد فقهی همچون لاضرر به عنوان مبنای مقابله با این شروط علی‌رغم نظر برخی اساتید و نویسندگان (کریمی و کوشکی، ۱۴۰۰، ۲۲۹) و به عنوان یکی از مبانی فقهی صحیح است، لکن رویه قضایی و دادگاه‌ها با توجه به فقدان نص قانونی، کمتر بدان توجه می‌نمایند (عزیز کریم، قبولی درافشان و انصاری، ۱۳۹۹، ۲۴۱). آنچه در لایحه تجارت و در قالب ترجمه از حقوق فرانسه و اتحادیه اروپا در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده و استفاده از تعابیری همچون «ابطال شرط» و «کان لم یکن» نیاز به تطبیق با فقه و حقوق ایران دارد.

۶. شروط ضمن قرارداد

یکی از مباحث مهم نظریه عقود، بحث شروط ضمن قرارداد است. هر عقدی جدای از مفاد اصلی و مقصود اولی متعاقدان، ممکن است با شروطی همراه گردد. این به معنای غیر مراد بودن شروط ضمن عقد نیست، چرا که شرط نیز همانند خود عقد، مقصود و مراد است اما مقصود بودن آن تبعی و ثانوی است.

۱/۶. اصل اولیه در شروط قرارداد

اصل اولی در عقود، صحت انضمام شرط به آن‌ها است. از آنجاکه شرط^۱ از اسم عقد خارج است و تنها ارتباط و علقه‌ای میان آن و عقد، ایجاد می‌شود، برای تصحیح آن نیاز به دلیل مستقل است. ادله مشروعیت و صحت شرط ضمن عقد عبارت است از اجماع محصل و منقول در حد استفاضه، سیره عقلا به همراه تقریر آن توسط

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۵۰

۱. برخی مانند محقق نراقی، معنای حقیقی شرط را «الزام و التزام» دانسته‌اند (نراقی، ۱۳۷۵، ۱۲۸) ولی به نظر می‌رسد این باور، با تبادل عرفی و کلام اهل لغت، ناسازگار است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۲/۲۷۰).

شارع، ادله لزوم وفای به عقود^۱ و نصوص بسیاری مانند «المسلمون عند شروطهم إلا کل شرط خالف کتاب الله فلا یجوز» که بر لزوم وفای به شرط وارد شده است (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۳۵۳/۱۲).

۲/۶. مفاد شروط قرارداد

اصحاب امامیه بر صحت شرط ضمن عقد توافق دارند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲۸۲/۲) ولی در مفاد و ثمره شرط ضمن عقد، دچار اختلاف شده‌اند. مشهور فقها معتقد به وجوب وفا و اجبار ممتنع و سپس حق فسخ هستند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۳۲۶/۲).^۲ برخی از علما وجوب وفا و خیار بین فسخ و اجبار را اختیار کرده‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲۸۱/۲-۲۸۲). بعضی دیگر ایجاد حق خیار فسخ برای شارط در صورت فوت شرط را انتخاب نموده‌اند (شهید اول، ۱۴۱۳ق، ۲۱۴/۳).^۳ اعتقاد گروه دیگری از فقها، عدم وجوب وفا به شرط و تسلط شارط بر خیار است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲۸۰/۲). نهایتاً برخی معتقد به تفصیل شده‌اند؛ تفصیل بین شروطی که عقد در تحقق آنها کافی است مانند شرط وکالت در رهن که چنین شروطی لازم هستند و اخلال به آنها جایز نیست^۴ و بین اموری که چنین نیستند مانند شرط عتق؛ چرا که عتق امری است که تحققش با حصول بیع، حاصل نمی‌شود بلکه نیازمند صیغه دیگری است و این امر متوقع، ممکن الحصول است و چون عقد بر آن معلق شده است، عقد هم ممکن می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۵۰۷/۳).^۵

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۵۱

۱. این ادله که بر لزوم وفای به عقود دلالت دارند، بر صحت شروط ضمن عقد هم دلالت می‌کنند؛ زیرا شرط یا به منزله جزء و قیدی از عقد است، که در این صورت، چون در قصد متبایعان بین آن و عقد، ارتباط برقرار شده است، وفای به عقد، مقتضی وفای به شرط است.

۲. ابن زهره در غنیه و ابن ادریس در سرائر بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۱۶. ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، السرائر ۳۲۶.۲).

۳. «و فیه: فإن أخل به فلهم شرط الفسخ، و هل یملک إجباره علیه؟ فیه نظر.» (شهید اول، بی تا، الدرر ۳، ۲۱۴).

۴. زیرا این شروط با وقوع عقد، واقع می‌شوند و چیزی که متوقع باشند و عقد بر آنها معلق شده باشد، نیستند تا سبب تزلزل عقد شوند.

۵. این تفصیل را هم شهید ثانی به شهید اول نسبت داده است. (شهید ثانی، الروضة، ۱۴۱۰ق، ۵۰۷/۳).

۳/۶. مستثنیات شروط قرارداد

یکی از مباحثی که ذیل قاعده شروط مطرح می‌شود، مستثنیات صحت و وجوب وفای به شرط ضمن عقد است. شروط باطل چهار دسته‌اند: نخست شرطی که منجر به جهالت در یکی از عوضین گردد؛ همان‌طور که اگر یکی از عوضین مجهول باشد، معامله به سبب غرر، باطل است، شرط هم اگر در ذات خودش، مجهول باشد یا به گونه‌ای شرط شود که موجب تزلزل در عوض گردد، باطل خواهد بود. دوم شرطی که با مقتضای عقد، مخالف باشد؛ مخالفت با مقتضای عقد هم گاهی مخالفت با ذات عقد و گاهی با اطلاق عقد است. مقتضای ذات عقد، به این معناست که ماهیت عقد، بدون آن محقق نمی‌شود مانند تملیک در عقود تملیکی. مقتضای اطلاق عقد، در اموری است که مدخلیتی در قوام عقد ندارند. سوم شرط مخالف با کتاب و سنت. چهارم شرطی که محرّم حلال یا محلّل حرام باشد (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۳/۲۵۸-۲۸۶).

۷. حکم شرط تعسفی

همان‌طور که قبلاً گفته شد، در فقه امامیه، موضوع «شرط تعسفی» مطرح نشده است. اینک که جایگاه شرط تعسفی در حقوق کشورهای عربی معلوم شد و ماهیت شرط و شروط باطل از منظر فقهی، تبیین گردید، باید دید که با الهام گرفتن از نصوص و منابع دینی چه موضعی در برابر شرط تعسفی می‌توان اتخاذ کرد. احتمالات ممکن در این خصوص از این قرار است: ۱- صحت شرط و لزوم عقد به‌طور مطلق؛ ۲- بطلان شرط و عقد به‌طور مطلق؛ ۳- بطلان شرط به‌طور مطلق و صحت عقد؛ ۴- صحت شرط و تحقق حق فسخ برای مشروط علیه؛ ۵- تخییر بین فسخ و تعدیل قرارداد (کاستن تعهدات مشروط علیه) توسط دادگاه. بررسی همه این احتمالات مجال دیگری می‌طلبد. آنچه در این نوشتار مهم است، اثبات امکان قول به بطلان فی الجمله شروط تعسفی است. به عبارت دیگر، مدعای ما، نفی صحت علی الاطلاق شروط تعسفی است که دارای دو فرد است: بطلان مطلق و بطلان نسبی (قول به تفصیل). بر این اساس در ادامه، دو احتمال کلی یعنی صحت مطلق

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۵۲

شروط تعسفی و بطلان نسبی آن‌ها بررسی می‌شود. روشن است که با مناقشه در ادله صحت مطلق شروط تعسفی نیز می‌توان بطلان نسبی آن‌ها را استنتاج کرد.

احتمال اول: صحت مطلق شروط تعسفی

احتمال اول آن است که هرچند در شروط تعسفی، یک طرف عقد به سبب قدرتی که دارد، نظر خود را بر طرف دیگر تحمیل می‌کند اما نهایتاً، طرف ضعیف، با رضایت شرط و عقد را می‌پذیرد؛ بنابراین، دلیلی بر بطلان چنین شرطی وجود ندارد. ادله این احتمال، همان ادله صحت و مشروعیت شروط است^۱ که ذکر گردید. همچنین وحدت ملاک این گونه معاملات با معاملات مضطر که از سوی شارع و قانون،^۲ به سبب برخورداری از قصد و رضا در زمان انعقاد قرارداد نافذ اعلام شده است (نجفی، ۱۳۶۷، ۱۵۱/۴۳). از منظر ادبیات حقوقی نیز، اصل حاکمیت اراده و برآیند حقوقی آن یعنی اصل آزادی قراردادی، حاکم است (طبرلو، ۱۳۸۷، ۱۹۱-۲۰۹). اصل آزادی قراردادی موردپذیرش همه نظام‌های حقوقی است و بر مبنای آن، اشخاص در انعقاد قراردادهای خود، آزاد هستند و هیچ فرد یا نهادی حق ندارد اراده خود را بر طرفین قرارداد، تحمیل کند. این اصل، خود از فروع اصل حاکمیت اراده است که در ماده ۱۰ قانون مدنی نیز تلقی به قبول شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱/۱۴۴). اصل آزادی قراردادی، از منظر فقیهان نیز موردقبول واقع شده است. آنان بر این باورند که بر اساس کریمه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وفای به عقد واجب است و نیز حدیث «المؤمنون عند شروطهم»، بر وجوب وفای به شروط دلالت دارد و شرط، شامل عقد نیز می‌گردد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۶/۶۲). نتایج اصل آزادی قراردادی عبارت است از: افراد تحت عناوین مختلف می‌توانند، قراردادهای خود را منعقد سازند و ملزم به اجرای آن در قالب‌های رایج نیستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ۸). پس از انعقاد قرارداد، کسی

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه

۱۵۳

۱. اجماع محصل و منقول در حد استفاضه بر صحت و لزوم شروط، سیره عقلا به همراه تقریر آن توسط شارع، ادله لزوم وفای به عقود، و نصوص لزوم وفای به شرط.

۲. ماده ۲۰۶ ق.م.ا. اگر کسی در نتیجه اضطرار، اقدام به معامله کند مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود.

حق ندارد آثار و تعهدات طرفین را تغییر دهد. اصل در عقود، رضایی بودن است (صفایی، ۱۳۸۴، ۴۸/۲). در تفسیر قرارداد، نخست باید اراده واقعی طرفین، مدنظر قرار گیرد (صفایی، ۱۳۸۴، ۴۹/۲). بر این اساس، از آنجا که شروط تعسفی با اراده آزاد طرفین، گنجانده شده‌اند، ناگزیر دارای اعتبار خواهند بود.

۱/۱/۱. نقد احتمال اول

احتمال صحت شروط تعسفی به نحو مطلق، به چند دلیل، بسیار بعید می‌نماید: **نخست:** ادله صحت و لزوم شروط، آبی از تخصیص نیستند و امکان تخصیص آن‌ها به گواه استثنائاتی که قبلاً ذکر شد، وجود دارد؛ بنابراین، در صورتی که دلیل موجهی برای تخصیص آن‌ها اقامه شود، باید حکم به بطلان یا عدم نفوذ نمود.

دوم: صحت معاملات مضطر به نحو اطلاق، وجیه نیست؛ چه آن‌که برخی از مصادیق معامله مضطر مانند «معامله با مضطر در وضعیت سوءاستفاده از اضطرار»، می‌تواند باطل یا غیر نافذ اعلام شود (سعادت مصطفوی و همکاران، ۱۳۹۶، ۱۲۷-۱۵۶).

سوم: در حقوق قرارداد، مفهوم انصاف از نظر عرفی به‌عنوان یک عنصر غیر معمولی تلقی می‌شده است. به‌عنوان مثال، در حقوق قرارداد انگلیس، قاعده کلی راجع به اهمیت انصاف در اعتبار یک قرارداد در مفهوم آزادی قرارداد منعکس شده است و با این دلیل، برای دادگاه «بی‌انصافی» نمی‌تواند یک دلیل کافی در تغییر قرارداد باشد (طجرلو، ۱۳۸۷، ۱۹۹).

چهارم: باید پرسید بر چه مبنایی قانون‌گذار کشور، در مواد مختلف که اشاره شد، شروط غیر منصفانه را غیر مؤثر و باطل اعلام کرده است؟ بدون تردید برخی از مصادیق شروط تعسفی، با مبنای فقهی، قابل ابطال یا تعدیل هستند که در ادامه اشاره می‌شود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۵۴

۱. همچنین چنانچه اضطرار مضطر در اثر رفتار متعامل قوی باشد، می‌توان حکم به بطلان معامله داد (سعادت مصطفوی، ۱۳۹۶، ۱۴۰-۱۴۲).

۱/۲. احتمال دوم: بطلان نسبی (تفصیل بین صور مختلف شروط تعسفی)

قبلاً گفته شد که بر اساس ماده ۳ دستورالعمل «۹۳/۱۳»^۱ شرط غیر منصفانه شرطی است که دارای سه ویژگی باشد: «عدم مذاکره مستقیم درباره شروط»؛ یعنی این شرط از قبل توسط عرضه کننده یا فروشنده تهیه شده و به مصرف کننده ارائه شده است و وی نمی‌توانسته تغییری در شروط به وجود آورد (شیروی، ۱۳۸۱، ۸)، «عدم تعادل جدی^۲ در حقوق و تعهدات طرفین»، «عدم وجود حُسن نیت»^۳.

ماده ۴ همان دستورالعمل نیز مقرر می‌دارد: غیر منصفانه بودن شرط، مفهومی است که باید با توجه به ماهیت کالاها و خدمات، زمان انعقاد قرارداد و همه رویدادهای منجر به انعقاد آن و نیز سایر شروط یا قراردادهای وابسته، ارزیابی گردد (احمدزاده، ۱۳۹۷، ۶).

بر این اساس، ارائه حکم کلی و مطلق در خصوص همه شروط غیر منصفانه، مطلوب و ممکن نیست. در حقیقت، شرط تعسفی و غیر منصفانه، طیفی است که دو سر آن در حکم، یکسان نیستند. سخن در خصوص شروطی است که از ویژگی‌های فوق‌الذکر؛ یعنی پررنگ‌ترین مصادیق شرط تعسفی برخوردار باشند؛ بنابراین باید دید که شرط غیر منصفانه‌ای که مصرف کننده اختیاری در رد و قبول آن نداشته است و به واسطه وجود شرط، تعادل حقوق و تعهدات به شدت، به سود طرف قوی، برهم خورده و طرف قوی در ایجاد شرط، فاقد حُسن نیت بوده است، چه حکمی دارد؟ نگارندگان این پژوهش بر این باورند که چنین شرطی در قرارداد که ما آن را «شرط تعسفی بین» می‌نامیم، حداقل موجب بطلان شرط می‌گردد.

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۵۵

1. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts- Main contents

۲. سخن بر سر شروطی است که منجر به عدم تعادل جدی در حقوق و تعهدات می‌شود و عدم تعادل بدوی عوضین و تعهدات، تابع بحث غبن است (شهیدی، ۱۳۸۶، ۱۴۷ به نقل از تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ۱۹).

۳. اصل حُسن نیت در فقه ما و حقوق ایران، برخلاف فرانسه، به‌طور صریح مورد اشاره قرار نگرفته است (صفایی و همکاران، ۱۳۸۷، ۴۵ به نقل از تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴، ۲۰).

۱/۲/۱. ادله احتمال دوم

در احتمال دوم گفته شد، در عین حال که صحت مطلق شروط تعسفی، بر اساس معیارهای فقهی و حقوقی، ناصواب به نظر می‌رسد، نمی‌توان در مورد بطلان مطلق آن هم حکم واحدی صادر کرد بلکه قول به تفصیل، رجحان دارد. ادله این قول در پی می‌آید:

۱/۲/۱/۱. عدم انحصار شروط باطل

شروطی که به عنوان شروط باطل در نصوص، متون فقهی و قانون^۱ ذکر شده است، به اصطلاح، «احصایی» نیستند بلکه «تمثیلی» محسوب می‌شوند. با تدقیق در مبحث شروط باطل در کتب فقهی، روشن می‌شود که شروط باطل توقیفی نیستند؛ چرا که غیر از شرط مخالف کتاب و سنت و شرط محلل حرام و محرّم حلال، دو شرط دیگر، اصطیادی هستند؛^۲ بنابراین، مانعی در این که از متون شرعی، قواعد عقلی یا سیره عقلا، بر این مستثنیات افزوده گردد وجود ندارد.

۱/۲/۱/۲. امکان درج این شروط، در شرط مخالف کتاب و سنت

شاید بتوان شروط غیر منصفانه بین را در شرط مخالف کتاب و سنت، داخل نمود. در معنای «مخالفت با کتاب و سنت» اختلاف است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ۲۵۹/۳-۲۶۷). قول راجح آن است که مخالف کتاب و سنت؛ یعنی مخالفت شرط با «چیزی که به طور خاص از کتاب و سنت» ثابت شده است به گونه‌ای که حکم، بدون تعلق و اشتراط به چیزی، چنین است مانند این که در عرف گفته شود: پدرت را اطاعت کن مگر در آنچه مخالف شرع است؛ معنای این سخن آن است که با قطع نظر از امر امر، خود شرع، ملاحظه می‌شود که چنانچه شارع در این واقعه، امر و نهی داشته باشد، باید اطاعت کرد ولی اگر شارع، رخصت داده یا سکوت کرده باشد، می‌توان از امر متابعت کرد. شرط نیز این گونه است که از امور الزام‌آور است مگر در صورتی که شارع حکمی الزامی مبنی بر فعل یا ترک نداشته باشد که در آن

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۵۶

۱. مواد ۲۳۲ تا ۲۳۴ ق.م.

۲. حسینی مراغی نیز شروط باطل را مستند به نص یا قاعده می‌کند (العناوین، ۱۴۱۷ق، ۲۸۸/۲).

صورت، اعتباری به شرط نیست (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ۲/۲۹۵). بر اساس این دیدگاه در بیان مخالفت با کتاب و سنت، شاید بتوان شرط تعسفی بین را مخالف آیات لزوم اجرای عدالت و نفی ظلم، محسوب کرد. در عبارات بعدی خواهیم گفت که مرجع این موضوع به وجود قاعده‌ای به نام «عدالت و انصاف» برمی‌گردد که مفهوماً و مصداقاً محل اشکال است.

۱٫۲٫۱٫۳. قاعده عدل و انصاف

عدل را در لغت به معنای رفتار میانه، قرار دادن هر چیزی در جای خودش، ضد جور و ظلم و امثال آن معنا کرده‌اند (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ۲/۳۹). «عدالت» به مثابه قاعده فقهی امروزه در کانون توجه محققان قرار گرفته است (مه‌ریزی، ۱۳۷۶، ۱۸۴-۱۹۷). شهید صدر بر این باور است که عنصر عدالت، یکی از مقاصد و اهداف کلان شریعت است. او در باب علم اقتصاد اسلامی چنین می‌نگارد: عدالت به عنوان یکی از اهداف کلان شریعت، چهارچوبه علم اقتصاد اسلامی است (الهی خراسانی، علی، ۱۳۹۹، ۲۳). در فقه، عدالت در دو جا مطرح می‌شود: نخست موضوع شرطیت عدالت برای برخی مناصب مانند اجتهاد و قضاوت و دوم عدالت در تقسیم حقوق و اموال مشترک که معمولاً «قاعده عدل و انصاف» خوانده می‌شود و چیزی با عنوان «قاعده عدالت» جایی در متون فقهی قدیم و جدید ندارد. باین وجود، برخی از فقیهان در اصدار فتوا گاهی به عدل و انصاف، تمسک کرده‌اند.^۱

نکته این است که تأسیس قاعده عدالت در فقه، مخالفان پرشماری هم دارد که سخنشان تا حدودی موجه هست. به نظر می‌رسد قاعده موسوم به «عدل و انصاف» نمی‌تواند کارکرد مفیدی در فقه داشته باشد؛ زیرا اگر توان عقل را به طور مطلق پذیرفتیم، با چالش اثبات قضیه و قاعده عدالت مواجه خواهیم بود و اگر همانند

۱. عاملی در بحث قسّم، ضمن رد استدلال علامه، به عدل و انصاف، استدلال کرده است (نهایة المرام، ۱۴۱۳ق، ۴۲۴/۱). محدث بحرانی نیز وجوب مساوات میان همسران در نفقه و معاشرت را به دلیل عدل و انصاف دانسته است (الحدائق، ۱۴۰۵ق، ۲۴/۶۰۹). همچنین صاحب جواهر مکرراً در فتاوی خودش با عبارت «لانه ظلم» به قاعده مزبور استناد کرده است (صاحب جواهر، ۱۳۶۳، ۲۲۴/۲۶؛ ۲۹۴/۲۳؛ ۲۲۵/۲۶؛ ۱۸۲/۳۱).

غالب فقیهان و اصولیان امامیه، مستقلات عقلیه را صرفاً در محدوده احکام قطعی عقل پذیرفتم، در این صورت مصداقی برای اجرای قاعده باقی نمی ماند (پور روستایی، ۱۳۹۱، ۱۸). مراد بحث کنندگان از عدالت به عنوان یک قاعده فقهی، عدالت تشریحی است (علی اکبریان، ۱۳۸۶، ۲۴) و تعریف کلی عدالت تشریحی که مورد اتفاق همگان به ویژه طرفداران حضور آن در فقه به عنوان منبع استنباط باشد، تاکنون ارائه نشده است (پور روستایی، ۱۳۹۱، ۹).^۱

۱/۲/۱/۴. قاعده لاضرر

در شروط تعسفی، طرف قدرتمند با سوء استفاده از قدرت خود و نیاز طرف مقابل، اقدام به ارائه شروطی می کند که قطعاً به ضرر طرف ضعیف است و او یا به سبب عدم شفافیت یا نیاز، وادار به پذیرش آنها می شود. قاعده لاضرر با لسان نفی حکم ضرری (انصاری، ۱۴۱۹ق، ۲/۴۶۰؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۳۸-۳۸۲)، ضرر حاصل از شرط تعسفی را رفع می کند؛ رفع آن یا با بطلان شرط یا جعل حق فسخ برای متضرر یا تعدیل قرارداد است البته این جعل خیار برای متضرر در صورتی است که لاضرر در عدمیات هم جاری شود (ایروانی، ۱۳۹۴، ۱۴۲-۱۴۶) اما با لسان نهی از اضرار به دیگران (شیخ الشریعه اصفهانی، بی تا: ۱۸-۲۳؛ امام خمینی، ۱۳۸۵، ۱/۴۰-۴۱)، می توان بر تحریم جعل شروط تعسفی در قرارداد، استدلال کرد ولی بطلان را لزوماً نمی توان اثبات کرد مگر بنا بر قولی که نهی در معاملات را موجب فساد می داند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۱۸۷). همچنین با رویکرد نفی ضرر غیر متدارک، می توان تعدیل شرط را نتیجه گرفت (فاضل تونی، ۱۴۱۲ق، ۱۹۴).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۵۸

۱/۲/۱/۵. وجوب حفظ نظام

عقل مستقلاً و نیز بنای عقلا و شرع، حفظ نظام را لازم و واجب می شمارند. مراد از نظام در این کاربرد، مجموعه به هم پیوسته اجزای جامعه به مثابه یک سیستم است که گردش امور آن بدانها وابسته است. هر نظامی متشکل از خرده نظامهای

۱. البته در پاسخ این نقد می توان گفت: بله، به طور مطلق نمی توان این قاعده را در فقه به کار برد ولی مصادیقی وجود دارد که می توانند به عنوان قدر متیقن این قاعده، پذیرفته شوند از جمله بطلان یا تعدیل شرط تعسفی.

اجتماعی است که از باب مقدمه حفظ نظام، حفظ آنها هم واجب است (ملک افضلی اردکانی، ۱۳۹۷، ۱۳۳ و ۱۴۱). عقل به طور مستقل از شرع، به قبح اختلال نظام معیشت عمومی مردم حکم می‌کند (انصاری، ۱۴۲۰، ۱۹۶/۱؛ طباطبایی، بی تا، ۱۱۶/۲) و با قانون ملازمه، حکم شرع هم دریافت می‌شود. همچنین با سیره عقلاییه هم می‌توان بر آن استدلال کرد؛ زیرا عموم خردمندان جوامع، وجود نظم عمومی را در چرخیدن سیستم اجتماعی لازم می‌دانند (باقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۳، ۱۱۸). امام صادق علیه السلام در خصوص لزوم حفظ نظام اجتماعی اقتصادی می‌فرماید: «لو لم یَجْزِ هذا لم یقم للمسلمین سوق» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ۲۷/۲۹۳). بر این اساس، عدم ضمانت اجرایی برای شروط تعسفی، منجر به اخلال در خُرده نظام‌های جامعه می‌گردد.

۱/۲/۱/۶. قاعده غرر

غرر در لغت معانی بسیاری دارد ولی محترم نراقی در عوائد الایام پس از نقل طولانی معانی غرر و مشتقات آن می‌نویسد: «همه این معانی بر این امر دلالت دارند که غرر اسم مصدر از تغیری است که به معنای تعریض به هلاکت است و غرر یعنی خطر» (نراقی، ۱۳۷۵، ۸۹). غرر به معنای خطر از اسباب بطلان است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۳۱۳). نکته حائز اهمیتی که نراقی در ادامه تعریف غرر می‌نویسد آن است که حتی اگر در معامله‌ای خطر به این صورت باشد که مطمئن نباشد که عوض موجود باشد یا به دستش برسد یا در تراز عوض دیگر باشد، بیع غرری محسوب می‌شود (نراقی، ۱۳۷۵، ۹۴)^۱ و غرر و خطر امری عرفی است (نراقی، ۱۴۱۷، ۹۵). بر اساس این تعبیر نراقی از معنای غرر، بعید نیست که معامله مقرون به شرط تعسفی را غرری بدانیم؛ زیرا به جهت فقدان تعادل عوضین^۲، در معرض خطر است.

۱. و بالجمله: المستفاد من کلام أهل اللغة و استعمالات الفقهاء: أنَّ بیع الغرر ما یدخل لأجله أحد العوضین فی محل الخطر، بأن لا یوثق بوصول العوض أو بوجوده، أو بکونه مما یقابل العوض الآخر و ضابطه: ما ذکره الشَّهید - طاب ثراه - فی شرح الإرشاد: من تحقق احتمال مجتنب عنه عرفاً، بحيث لو لم یلتفت إلیه و ترک بحاله، صار محلاً للتویخ و اللوم فی العرف من جهة تضييع المال.

۲. عدم تعادل عوضین گاهی در ناترازی عوض و معوض است و گاهی در وجود شرطی برای یکی از متعاملان که کفه معامله را به شدت به سوی او سنگین می‌کند و شروط تعسفی هم همین گونه است.

۱/۲/۱/۷. نهی از اکل مال به باطل

قرآن کریم، از اکل مال به باطل نهی می‌کند (نساء/۲۹)^۱. چنانچه همانند برخی از فقیهان، ملاک در «باطل بودن» را شرعی و عرفی^۲ بدانیم (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۲۰/۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ۷۴/۱؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱۷۱/۱، به نقل از احمدزاده، ۱۳۹۷، ۲۲). امکان دارد بتوان شروط تعسفی و غیرمنصفانه بین را مصداق باطل دانست؛ چراکه عرف، قرار دادن شروط اجحافی علیه طرف ضعیف که به سبب قدرت شارط ممکن شده است را مصداق باطل می‌شمارد اما اگر باطل را به شرعی اختصاص دهیم (خویی، ۱۳۷۴ق، ۱۴۱/۲)، باید برای شناخت مصادیقش به نصوص شرعی رجوع کرد. روشن است که چنانچه «شروط تعسفی» مشمول «اکل به باطل» شوند، قطعاً باید حکم به بطلان آن‌ها کرد.

۱/۲/۱/۸. ممنوعیت دارا شدن ناعادلانه و بلاجهت

یکی از نهادهایی که در حقوق قراردادها وجود دارد «دارا شدن ناعادلانه یا بلاجهت» است که نخستین بار در حقوق فرانسه مطرح شده و به‌طور پراکنده در قانون مدنی ما نیز قابل استنباط است. مراد از این نهاد آن است که فرد حق ندارد بدون جهت، با واردکردن زیان بر دیگری، منتفع گردد. این امر هنگامی رخ می‌دهد که استفاده، سبب مشروعی نداشته باشد (صفایی، ۱۳۹۲، ۳۷۵). استناد به منع دارا شدن ناعادلانه با چهار شرط، ممکن می‌شود: (۱) دارا شدن فرد؛ (۲) دارا شدن فرد همراه با کاهش دارایی دیگری؛ (۳) وجود رابطه سببیت قابل تبیین میان دارا شدن شخص و کاهش دارایی و زیان دیگری؛ (۴) عدم دارا شدن با مجوز قانونی یا رضایت طرف مقابل. همچنین برخی بر این باورند که نهاد «اکل مال به باطل» با نهاد «دارا شدن ناعادلانه و بلاجهت» متفاوت است (علیدوست، ۱۳۹۵، صص ۱۱-۱۳).

هرچند به لحاظ ظاهر و شمول لفظی، شروط تعسفی می‌توانند مشمول برخورداری ناعادلانه قرار گیرد ولی بنا بر تعاریف و شروطی که برای این نهاد ذکر شده است،

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا»

۲. برخی مراد از اکل مال به باطل را «بکل وجه یسمی باطلاً عرفاً» دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۲۰ق، ۲۰/۵).

شمول این نهاد نسبت به شرط تعسفی، بعید می‌نماید^۱.

۸. وحدت ملاک شرط تعسفی بین با موضوعات دیگر

در نصوص دینی و متون فقهی، احکامی در باب معاملات وجود دارد که می‌توان از آن‌ها به کمک وحدت ملاک، بطلان شروط تعسفی و ناعادلانه را استدلال کرد. وجه مشابهت همه این موضوعات، ناعادلانگی، عدم حسن نیت، اضرار به غیر و سوءاستفاده از حق است.

۸/۱. السؤم علی السؤم

این معامله غیر منصفانه به این صورت است که پس از توافق متعاملان بر ثمن، قبل از انعقاد عقد، فردی دیگر، پیشنهاد بهتری ارائه می‌کند و فروشنده از معامله اول منصرف می‌شود. سؤم به مرحله قبل از انعقاد بیع و پس از توافق به معامله گفته می‌شود. پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ از این معامله نهی فرموده‌اند و از ایشان روایت شده است: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنْ يَدْخُلَ الرَّجُلُ فِي سَوْمِ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۴۵۹/۱۷). شیخ طوسی این عمل را حرام دانسته است (طوسی، ۱۳۸۷ق، المبسوط، ۱۶۰/۲) ولیکن نظر مشهور فقهای بعدی کراهت است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۴۴/۱۸). مستند اصلی منع این نوع معامله در فقه شیعه روایت حسین بن زید از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَام است که فرمود: رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ از داخل شدن در توافق برادر مسلمان، نهی فرمودند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۷۱/۱۵). با وجود این که اصل در نهی بر حرمت است، استدلال شهید ثانی مبنی بر کراهت (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۲۹۶/۳)، مبتنی بر وجود اصل صحّت و مشخص نبودن سند حدیث استوار است، ولی صاحب جواهر بدون بیان استدلال، روایت را در نقض عمومات کافی نمی‌داند و به کراهت رأی می‌دهد (نجفی، ۱۳۶۳، ۴۶۰/۲۲). روشن است که ملاک نهی از دخول در سوم برادر، اضرار به او و رفتار غیر منصفانه است.

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه

۱۶۱

۱. برای تبیین «نسبت برخورداری ناعادلانه» با «اکل مال به باطل»، بنگرید: علیدوست، ۱۳۹۸، فقه و حقوق قراردادها: ادله عام قرآنی، صص ۴۸۷-۴۹۳ و نیز: علیدوست، ۱۳۹۵، مقاله «دارا شدن ناعادلانه و بلاجهت در نظام حقوقی ایران و مقایسه آن با اکل مال به باطل».

۲/۸. البیع علی البیع

در فقه اسلامی از بیع بر بیع و خرید برخید نهی شده است؛ به این صورت که بعد از اتمام قرارداد، در زمان خیار فسخ، فروشنده به علت پیشنهاد بهتری در خرید متاع، عقد را فسخ کند. اختلاف فقیهانی که به این موضوع پرداخته‌اند در خصوص کراهت یا حرمت است. متقدمان اعتقاد به حرمت این عمل دارند. برای مثال ابن ادریس حلی حرمت این معامله را پذیرفته است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ۲/۲۵۲). اما صاحب کتاب «إصباح الشریعة» با این که قائل به حرمت شده ولی بیع دوم را صحیح دانسته است (کیدری، ۱۴۱۶ق، ۲۴۳). در مقابل این نظر، محقق نراقی در کتاب «مستند الشیعه» کراهت را پذیرفته است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ۱۴/۳۱). صاحب جواهر اگرچه این عمل را معصیت می‌داند ولی معامله ثانوی را صحیح می‌انگارد (نجفی، ۱۳۶۳، ۲۲/۴۶۰). ملاک نهی در این مورد هم مانند مورد قبلی، رفتار غیر منصفانه، فقدان حسن نیت و اضرار به غیر است.

۳/۸. نجش

نجش به نون مفتوح و سکون جیم، در لغت به معنای پراکنده ساختن و فراری دادن صید است (جوهری، ۱۴۰۷ق، ۳/۱۰۲۱) و در اصطلاح فقهی، رفتاری در معاملات تجاری است که نوعی بازارسازی کاذب محسوب می‌شود و در فرایند آن شخصی که قصد خرید کالایی را ندارد، در کسوت مشتری ظاهر می‌شود و ثمن پیشنهادی بیشتری از خریدار یا خریداران ارائه می‌نماید و در نتیجه این عمل نادرست، خریداران واقعی قیمت بیشتری برای کالا می‌پردازند (علامه حلی، منتهی المطلب، ۱۰۰۴/۲: شهید اول، ۱۴۱۲ق، ۳/۱۸۷؛ خویی، ۱۳۷۴ق، ۱/۶۶۰). در خصوص حکم تکلیفی نجش، اختلاف است. شهید اول و محقق نراقی، نجش را حرام می‌دانند (شهید اول، ۱۴۱۲ق، ۳/۱۷۸؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ۱۴/۴۳). آیت‌الله سیستانی حتی اگر نجش موجب فریب نشود و تبانی بین ناچش و بایع هم نباشد آن را حرام می‌داند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۶ق، ۲/۱۲). برخی از فقهای متأخر معتقدند که نجش نه حرمت دارد و نه ضمانت اجرای وضعی و اگر مستلزم و متضمن حرام دیگری مانند کذب و فریب مؤمن نباشد، حرام نیست

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۶۲

(خوبی، ۱۳۷۴ق، ۱/۶۶۲؛ حسینی روحانی، سید صادق، ۱۴۱۲ق، ۱۴/۴۶۶). علت جعل خیار از سوی برخی فقیهان، تدلیس، عیب، غبن و ضرر اعلام شده است (ابن جنید، ۱۴۱۶ق، ۱۶۹ به نقل از شهید اول، الدروس، ۱۴۱۲ق، ۳/۱۸۷؛ طوسی، الخلاف، ۳/۱۷۱ و ۱۷۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۲ق، مختلف الشیعه، ۵/۴۵). علامه حلی در کتاب «مختلف الشیعه» بعد از بیان نظرات مختلف فقیهان در خصوص نجش، دیدگاه خود را این گونه بیان می‌دارد: اگر نجش متضمن ضرری بر مشتری نباشد موجد خیار نیست (علامه حلی، ۱۴۱۲ق، مختلف الشیعه، ۵/۴۵). روشن است که ملاک نهی از نجش، سوءنیت، اضرار به غیر و فقدان حسن نیت است.

۸/۴. تلقی الرکبان

یکی دیگر از صورت‌های معامله تعسفی که در فقه اسلامی نهی شده «به استقبال رفتن کاروان‌ها» است. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از به استقبال رفتن کاروان‌ها نهی فرمودند و برای صاحب کالایی که اجناس خود را خارج از شهر فروخته است حق خیار قرار داد^۱ (نوری، ۱۴۰۸ق، ۱۳/۲۸۱). این روایت در هیچ‌یک از کتب معروف حدیث شیعه نقل نشده است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، فقه الصادق، ۲/۲۸۸) ولی به وسیله فقهای متقدم مورد عمل قرار گرفته است (طوسی، ۱۴۰۷ق، الخلاف، ۳/۱۷۲). تلقی الرکبان یک رفتار غیر منصفانه تجاری محسوب می‌شود؛ زیرا مبنای استفاده از این روش سوءاستفاده از جهالت اهل کاروان بر قیمت واقعی کالا در شهر است و تاجر غیر شرافتمند سودی را کسب می‌کند که رقیب شرافتمند او، آن ثروتمند را کسب نکرده است. این علت به صراحت توسط برخی از فقهای از روایات مربوطه استنباط شده است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ۱۵/۱۷۵). برخی این عمل را حرام دانسته‌اند (حلی، یحیی بن سعید، ۱۴۰۵ق، ۲۵۷) و بعضی قائل به کراهت شده‌اند (علامه حلی و محقق حلی، ۱/۱۲۰). فقهای امامیه علت جعل خیار را «غبن» صاحب کالا (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، تحریر الاحکام، ۲/۲۵۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، خلاف، ۳/۴۲؛ محقق حلی،

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۶۳

۱. عن النبی صلی الله علیه و آله: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ تَلْقَى الرُّكْبَانِ وَقَالَ مَنْ تَلَقَّاهَا فَصَاحِبُهَا بِالْخِيَارِ إِذَا دَخَلَ السُّوقَ»

۱۴۱۸ق، المختصر النافع، ۱۳۷۶، ۱/۱۲۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳/۲۰۳) و «لا ضرر» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳/۲۰۳) دانسته‌اند. آنچه از روایات فهمیده می‌شود خود جعل خیار است و در خصوص علت آن در روایت مربوطه مطلبی بیان نشده است و از این رو نمی‌توان با قاطعیت علت حکم جعل خیار را غبن یا لاضرر دانست (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، تذکرة الفقهاء، ۱/۵۲۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ۳/۴۶۴؛ خمینی، ۱۴۰۹ق، ۱۴۱۰ق، ۱/۵۲۳؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ۱/۳۶۱؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ۲۲۴؛ محقق حلی، الشرايع، ۱۴۱۸ق، ۳/۱۱۱، شهید اول، ۱۴۱۲ق، ۳/۲۷۵؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹ق، ۳/۱۱۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۱۹/۴۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، فقه الصادق، ۱۷/۱۷۲). واضح است که ملاک نهی از تلقی رکبان، یک معیار اخلاقی است؛ یعنی سوءاستفاده از جهل طرف ضعیف و این همان وجه مشابهت میان شرط تعسفی با این نوع معامله است.

۵/۸. غبن مُسْتَرَسِل

یکی از منهیات باب معاملات، غبن مسترسِل است؛ یعنی فریب و مغبون کردن کسی که به او وعده‌ای داده شده و او به ما اعتماد کرده است مانند اینکه به مشتری قول فروش ارزان‌تر داده بود ولی آن را گران‌تر از قیمت بازار به وی بفروشد. این عنوان از حدیثی از امام صادق علیه السلام گرفته شده که فرمود: غبن المسترسِل حرام است (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ۱۷/۳۹۵). برخی آن را مکروه و صرفاً یک توصیه اخلاقی برای فریب ندادن دیگری در معامله دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۶۳، ۲۳/۴۲) ولی بعضی آن را تحریم کرده‌اند (به نقل از: حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ۱۷/۳۹۶)^۲ و دسته‌ای هم چنین معامله‌ای را حرام و باطل اعلام کرده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ۱۴/۳۹۶)^۳. وقتی محقق بزرگی چون نراقی، حکم به تحریم و بطلان چنین معامله‌ای به جهت قصد غبن یا ملزوم آن

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۶۴

۱. یکی از معانی استرسال، اعتماد کردن به دیگری است. (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ۱۱/۲۸۲). الاسترسال إلى الإنسان كالاستئناس والطمأنينة، يقال: غُبِنُ المسترسِلُ إليك رِباً.

۲. «إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ هَلُمَّ أَحْسِنُ نَبْعَكَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الرَّيْبُ. وَرَوَاهُ الشَّيْخُ يَأْسَدَادُهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيْسَى وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ مُرْسَلًا إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: فَقَدْ حَرَّمَ عَلَيْهِ الرَّيْبُ. أَقُولُ: حَمَلَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ عَلَى الْكِرَاهَةِ لِمَا يَأْتِي» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ۱۷/۳۹۵).

۳. و لا شك أن البيع أو الشراء الصادر عن قصد الغبن والخديعة إما عين الغبن أو ملزومه، و أيهما كان يبطل البيع، لمكان النهي، فإنه يفسد المعاملة على الأقوى.

می‌کند، معلوم می‌شود نصوص و منابع فقهی ما ظرفیت بهره‌گیری از آموزه‌های اخلاقی در زمینه حقوق قراردادها را دارد و این آموزه‌ها صرفاً یک توصیه اخلاقی نیست.

در پایان، باید متذکر شد که هدف این نوشتار، امکان‌سنجی استخراج بطلان یا تعدیل شروط تعسفی از منابع دینی بود. روشن است که بررسی و تحلیل اقسام محتمل، نیازمند تحقیقی دیگر است.

پس از این بررسی‌ها و نقل قول‌ها می‌توان گفت: درست است که میان فقیهان ارجمند در موارد یادشده، نه در حکم تکلیفی و نه در احکام وضعی، اتفاق نظری وجود ندارد و مبانی آن‌ها نیز در این موارد، متفاوت و متشتت است ولی از برآیند نظرات آن‌ها حداقل می‌توان به مرجوحیت شروط تعسفی و ناعادلانه در قرارداد و جریان ضمانت اجرایی، حکم کرد. نهی پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از بیع غرری، بیع بر بیع، سوم بر سوم، نجش، غبن مسترسل و تلقی رکبان، از منظر عقلا، ملاکی جز سویه اخلاقی رعایت عدل و انصاف و حمایت از طرف زیان‌دیده نمی‌تواند داشته باشد و هرچند ما قاعده‌ای به اسم عدالت را با آن گستره، به علت ابهامات مفهومی و مصداقی، نپذیرفیم ولی توجه به این نکته هم ضروری است که اگر نتوان تطبیق احکام بر عدالت را در استنباط فقهی حتی در این اندازه پذیرفت، باید رأساً طومار آن را از ساحت فقه، برچید؛ چگونه می‌شود ممالک عربی و غربی و حتی شرقی مانند چین، شروط تعسفی را برتابند و برای آن ضمانت‌های اجرایی قوی قرار دهند ولی فقه ما باین‌همه ظرفیت و منبع، نتواند برای حمایت از مصرف‌کننده‌ای که در موضع ضعف قرار دارد، چاره‌ای بیندیشد! آیا بنا بر هر تفسیری که از عدالت و عدالت اجتماعی ارائه بشود، می‌توان پذیرفت شرطی که به سود طرف قوی قرارداد در برابر طرفی که فاقد خبرویت یا برتری فنی یا اقتصادی است و منجر به عدم تعادل قراردادی می‌شود، مورد حمایت شارع است؟ از این گذشته، مبنای قانون‌گذار کشور در قوانینی که شرط تعسفی را غیر مؤثر می‌داند چیست؟ قانونی که باید بر اساس مبانی فقه اسلامی تدوین شود.

نتیجه‌گیری

۱. شاکله و نقطه عزیمت شروط تعسفی و ناعادلانه، عقود استغلال، عقود اذعان و دیگر مفاهیم پیش گفته، فقدان تعادل قراردادی به سود یکی از متعاملان در اثر ضعف ناشی از عدم خبرویت یا عوامل درونی یا بیرونی دیگر در طرف مقابل است.

۲. شروط تعسفی در فقه اسلامی با این ترکیب، وجود ندارد و احتمالاً از حقوق کشورهای اروپایی، قریب به معنای «غیر منصفانه» وارد ممالک عربی و اسلامی شده است.

۳. کشورهای عربی قوانینی در جهت حمایت از طرف ضعیف در عقود استغلال، استهلاك و تعسفی وضع کرده‌اند که باهم تفاوت دارد؛ در برخی از این قوانین، قاضی میان ابطال عقد و انقاص تعهدات مغبون، مخیر گذاشته شده است و در بعضی، قرارداد خودبه‌خود باطل شمرده شده است.

۴. در سابقه قانون‌گذاری کشور ما اصطلاح شروط غیر منصفانه در برخی قوانین به‌صورت پراکنده به کار رفته است لکن در هیچ‌یک از قوانین، به تعریف و تبیین مصادیق و آثار و ضمانت اجرای شروط مذکور پرداخته نشده است و صرفاً اصطلاح مذکور با الهام از ترجمه قوانین مورد اشاره و اقتباس آن از قوانین خارجی در حقوق ایران استفاده شده است.

۵. برای امکان‌سنجی ابطال یا تعدیل شرط تعسفی در قراردادهای تجاری از منظر فقهی، دو احتمال قابل‌تصور است: احتمال مخالف و احتمال موافق. احتمال مخالف معتقد است: اصل در شروط، صحت است و شرط غیر منصفانه در هیچ منبع معتبری ذکر نشده است؛ بنابراین، نمی‌تواند جزو شروط باطل محسوب گردد. احتمال موافق بر این باور است که اگر بتوانیم از قرآن و قاعده عدل و انصاف در این خصوص استمداد جوییم، با عناوین دیگری مانند: لاضرر، وجوب حفظ نظام، حرمت غرر، حرمت اکل مال به باطل و وحدت ملاک شرط تعسفی با موضوعات مشابه در متون فقهی مانند البیع علی البیع، السوم علی السوم، نجش، غبن المسترسل و تلقی رکبان، می‌توان ابطال یا تعدیل قرارداد را مدلل ساخت.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴

بهار ۱۴۰۳

۱۶۶

منابع

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث.
۲. ابن اثیر، مبارک بن محمد. (۱۳۶۴). النهایة فی غریب الحدیث. چاپ چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان للطباعة و النشر.
۳. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. ابن براج، قاضی عبد العزیز. (۱۴۰۶ق). الممهدب. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۵. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد. (۱۴۱۶ق). مجموعة فتاوی ابن جنید. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶. ابن زهره، حمزة بن علی. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع فی علمي الفروع و الاصول. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
۷. ابن منظور، جمال الدین بن مکرم. (۱۴۰۵ق). لسان العرب. قم: نشر ادب حوزه.
۸. احمدزاده بزار، سید عبد المطلب؛ دوانی، مجیدرضا؛ قبولی درافشان، سید محمد صادق. (پاییز ۱۳۹۷). مفهوم و جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق اروپا و حقوق موضوعه ایران، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۵، شماره ۳، صص ۱-۳۴.
۹. الهی خراسانی، علی. (۱۳۹۹). جستارهایی در مقاصد شریعت. تهران: نشر نگاه معاصر.
۱۰. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۹ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۱۱. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب الخیارات. قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم.
۱۲. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۰ق). کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت دویمین سالگرد ولادت شیخ انصاری.
۱۳. ایروانی، باقر. (۱۳۹۴). قواعد فقهی، ترجمه کتاب دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة. مترجم: حسین ناصری مقدم، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق عليه السلام.
۱۴. باقی‌زاده، محمد جواد، امیدی‌فرد، عبد الله. (۱۳۹۳). ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه. فصلنامه علمی پژوهشی شیعه‌شناسی، سال دوازدهم، شماره ۴۷، صص ۱۷۰-۲۰۰.
۱۵. بجنوردی، سید محمد حسن. (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیة. چاپ اول، قم: معاونت فرهنگی وزارت فرهنگ.

امکان‌سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۶۷

۱۶. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۷. بودالی محمد. (۲۰۰۶م). حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي). الجزائر: دار الكتاب الحديث.
۱۸. بولقواس، سارة. (۲۰۱۷م). الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الالكتروني. مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، ص ۴۵-۶۳.
۱۹. پاکباز، سیامک. (۱۳۹۴). سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی مسلط در حقوق رقابت. تهران: نشر میزان.
۲۰. تقی زاده، ابراهیم و احمدی، افشین. (۱۳۹۴). جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده «۴۶» قانون تجارت الکترونیکی. پژوهش حقوق خصوصی، دوره سوم، شماره ۱۰، صص ۹-۴۲.
۲۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۷). ترمینولوژی حقوق. چاپ نوزدهم، تهران: گنج دانش.
۲۲. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دار العلم للملایین.
۲۳. حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۴ق). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام لأحياء التراث.
۲۴. حسینی روحانی، سید صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق علیه السلام. قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۲۵. حسینی سیستانی، سید علی. (۱۴۱۶ق). منهاج الصالحین. قم: مکتب آیت الله العظمی السید علی سیستانی.
۲۶. حشیشة شعبان، الفة. (۲۰۱۱م). عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية: دراسة مقارنة. تونس: الهيئة الوطنية للمحامين.
۲۷. حلّی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
۲۸. امام خمینی، سید روح الله. (۱۴۰۹ق). تحریر الوسيلة. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
۲۹. امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۵). الرسائل. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۰. خوئی، ابوالقاسم. (۱۳۷۴ق). مصباح الفقاهه فی المعاملات. قم: انتشارات سید الشهداء علیه السلام.
۳۱. الخوری الشرتونی اللبانی، سعید. (۱۳۹۲ق). اقرب الموارد فی فصح العربیه و الشوارد. انتشارات اسوه.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۶۸

۳۲. سعادت مصطفوی، سید مصطفی، نورآبادی، علیرضا. (۱۳۹۶). وضعیت معاملات مضطر در حالت سوءاستفاده از اضطرار (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و اصول قراردادهای تجارت بین‌المللی). **دوفصلنامه علمی تخصصی آموزش‌های حقوقی گواه**. سال سوم، شماره دوم، صص ۱۲۷-۱۵۶.

۳۳. السنهوری، احمد عبد الرزاق. (۱۳۹۱ق). **نظریة العقد**. تهران: خرسندی.

۳۴. السنهوری، احمد عبد الرزاق. (بی‌تا)، **الوسیط فی شرح القانون المدني الجديد**. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۳۵. سی الطیب، محمد امین. (۲۰۰۸م). **الشروط التعسفية فی عقود الاستهلاك**، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير فی القانون الخاص. كلية الحقوق، جامعة ابی بکر بلقايد تلمسان.

۳۶. شعاریان، ابراهیم، ترابی، ابراهیم. (۱۳۹۵). **حقوق تعهدات**. چاپ دوم، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.

۳۷. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۲ق). **الدروس الشرعية**. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۳۸. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). **الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - کلا تتر)**. قم: کتابفروشی داورى.

۳۹. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۲). **تشکیل قراردادها و تعهدات**. چاپ سوم، تهران: انتشارات مجد.

۴۰. شهیدی، مهدی. (۱۳۸۷). **شروط ضمن عقد**. چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.

۴۱. شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۹). **حقوق اقتصادی**. تهران: انتشارات سمت.

۴۲. شیروی، عبدالحسین. (۱۴۰۰). **قانون مدنی چین**. مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش.

۴۳. نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن. (۱۳۶۳)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**. جلد بیست و سوم، چاپ دوم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.

۴۴. صفایی، سید حسین. (۱۳۸۴). **قواعد عمومی قراردادها**. تهران: نشر میزان.

۴۵. طباطبایی، سید محمد حسین. (بی‌تا). **المیزان**. قم: منشورات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۴۶. طجرلو، رضا. (۱۳۸۷). «برداشت تئوریک بر دخالت دولت در محدود کردن آزادی قراردادها با رجوع به سیستم حقوقی انگلیس»، **فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران**، دوره ۳۸، شماره ۳، صص ۱۹۱-۲۰۹.

۴۷. طوسی، محمد بن الحسن. (۱۳۶۵ق). **تهذیب الاحکام**. چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیه.

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه
۱۶۹

۴۸. طوسی، محمد بن الحسن. (۱۴۰۷ق). **الخلافا**. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۹. طوسی، محمد بن الحسن. (۱۳۸۷ق). **المبسوط فی فقه الإمامیة**. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۵۰. عزیز کریم جواد، حوراء؛ قبولی درافشان، سید محمد تقی؛ انصاری، اعظم. (۱۳۹۹). «مطالعه تطبیقی مقابله با شروط غیر منصفانه در حقوق ایران و عراق»، **فصلنامه مجلس و راهبرد**، سال بیست و هفتم، شماره ۳، صص ۲۱۹-۲۴۶.
۵۱. العلامة الحلی، الحسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). **تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامية**. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۵۲. العلامة الحلی، الحسن بن یوسف (بی تا)، **تذکرة الفقهاء**، طبع قدیم، قم: منشورات المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
۵۳. العلامة الحلی، الحسن بن یوسف. (۱۴۱۲ق). **مختلف الشیعة**. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۴. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۵). **داراشدن ناعادلانه و بلاجهت در نظام حقوقی ایران و مقایسه آن با اکل مال به باطل**. نشریه فقه، سال بیست و سوم، شماره اول، صص ۷-۱۷.
۵۵. علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۹۸). **فقه و حقوق قراردادها: ادله عام قرآنی**. تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۵۶. عواطف، محی الدین. (۲۰۱۸م). **أحكام الشروط التعسفية حماية للمستهلك وإعادة للتوازن العقدی**. **مجلة القانون العام الجزائري والمقارن**، المجلد الرابع، العدد الأول.
۵۷. غانم، اسماعیل. (بی تا). **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام**. مكتبة عبد الله وهبة.
۵۸. فاضل تونی، مولی عبد الله بن محمد بشروی. (۱۴۱۲ق). **الوافية**. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
۵۹. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). **كتاب العين**. چاپ دوم، قم: مؤسسه دار الهجرة.
۶۰. فرج العدوی، توفیق حسن. (۲۰۰۲م). **النظرية العامة للالتزام**. چاپ دوم، بیروت: منشورات حلبیة الحقوقية.
۶۱. فرج الصدة، عبد المنعم. (۱۹۹۴م). **مصادر الالتزام**. دار النهضة العربية.
۶۲. فرج الصدة، عبد المنعم. (۱۹۷۴م). **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**. بیروت: دار النهضة العربية للطباعة و النشر.
۶۳. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۹). **قواعد عمومی قراردادها**. چاپ سوم، تهران: گنج دانش.
۶۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). **قواعد عمومی قراردادها**. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶۵. کریمی، عباس. (۱۳۸۱). **شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها**. **مجله**

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دهم، شماره پیاپی ۳۴
بهار ۱۴۰۳

۱۷۰

پژوهش‌های حقوقی، دوره یکم، ش ۱، سال اول، صص ۷۵-۸۲.

۶۶. کریمی، عباس، کوشکی، مصطفی. (۱۴۰۰). شروط تحمیلی در قراردادهای منعقدہ بین صاحبان حرف. فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی، دوره ۲۵، شماره ۱۰۰، صص ۲۲۹-۲۵۴.

۶۷. کیدری، قطب‌الدین، محمد بن حسین. (۱۴۱۶ق). إصباح الشيعة بمصباح الشريعة. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

۶۸. محسنی، سعید و قبولی درافشان، محمد مهدی. (۱۳۸۹). مفهوم و آثار بطلان نسبی. مجله دانش و توسعه، سال هفدهم، شماره ۳۳، صص ۲۴۵-۲۷۰.

۶۹. محقق حلی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۷۰. محقق حلی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن. (۱۳۷۶). المختصر النافع فی فقه الامامیه. چاپ ششم، قم: مطبوعات دینی.

۷۱. محمد الرفاعی، احمد. (۱۹۹۴م). الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدی. مصر: دار النهضة.

۷۲. مظفر، محمود. (۱۴۲۲ق). نظریة العقد: دراسة قانونیة مقارنة باحكام الشريعة الاسلامیة. جدة: دار حافظ للنشر و التوزیع.

۷۳. ملک افضلی اردکانی، محسن. (۱۳۹۷). قاعده حفظ نظام. چاپ چهارم. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۷۴. مهریزی، مهدی. (۱۳۷۶). عدالت به مثابه قاعده فقهی. نقد و نظر، شماره ۲ و ۳، صص ۱۸۴-۱۹۷.

۷۵. موسوی عاملی، محمد بن علی. (۱۴۱۳ق). نهاية المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۷۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۳۷۵). عوائد الايام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

۷۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشيعة فی أحكام الشريعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۷۸. نوری، محمد علی. (۱۳۹۲). قانون مدنی مصر. چاپ دوم. تهران: انتشارات گنج دانش.

۷۹. نوری، حسین بن محمد تقی. (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

امکان سنجی ابطال
«شروط تعسفی» بر
اساس منابع فقه امامیه

۱۷۱

References

1. AhmadZādiḥ Bizār, Majīd Riḍā; Qabūlī Durafshān, Sayyid Muḥammad Ṣādiq. Fall 2018/1397. *Mafhūm wa Jāyigāh-i Shurūṭ Ghayr-i Munṣifānih dar Ḥuqūq-i Urūpā wa Ḥuqūq-i Mawḍūāih-yi Īrān*. Pazhūhish-i Taṭbīqī-yi Ḥuqūq-i Islām wa Gharb, 5, 3.
2. Āl 'Uṣfūr al-Bahrānī, Yūsuf ibn Aḥmad ibn Ibrāhīm. 1984/1405. *Al-Ḥadā'iq al-Nādirat fī Ahkām al-'Itrat al-Ṭāhirah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
3. al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Makkī (al-Shahīd al-Awwal). 1991/1412. *al-Durūs al-Shar'iyya fī Fiqh al-Imāmīyya*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
4. al-'Āmilī, Zayn al-Dīn Ibn 'Alī (al-Shahīd al-Thānī). 1989/1410. *al-Rawḍat al-Bahīyya fī Sharḥ al-Lum'at al-Dimashqīyya*. Qom: Maktabat al-Dāwarī.
5. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Khīyārāt*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
6. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1994/1415. *Kitāb al-Makāsib*. Qom: al-Mu'tamar al-'Ālamī Bimunasabat al-Ḍhikrā al-Mi'awīyya al-Thānīyya li Milād al-Shaykh al-A'zam al-Anṣārī.
7. al-Anṣārī, Murtaḍā Ibn Muḥammad Amin (al-Shaykh al-Anṣārī). 1998/1419. *Farā'id al-Uṣūl*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
8. Al-Ḥashīshīyat Sha'bān, Ulfat. 2011. *'Uqūd al-Isṭighlāl Taḥt al-Tasmīyat al-Aṣṭīyah. Dirāsāt Muqārinat*. Tunisia: al-Hay'at al-Waṭaniyat lil Muḥāmin.
9. al-Ḥillī, Ḥasan Ibn Yūsuf (al-'Allāma al-Ḥillī). 1991/1412. *Mukhtalaḥ al-Shī'a fī Ahkām al-Sharī'a*. 2nd. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
10. al-Ḥillī, Najm al-Dīn Ja'far Ibn al-Ḥasan (al-Muḥaqqiq al-Ḥillī). 1987/1408. *Sharā'ī' al-Islām fī Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Mu'assasat Ismā'īliyyān.
11. al-Ḥillī, Yahyā ibn Aḥmad (Ibn Sa'īd). 1985/1405. *Al-Jāmi' lil Sharā'ī'*. Qom: Dar Sayyid al-Shuhadā' li al-Nashr.
12. al-Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad Ibn Ḥasan. 1993/1414. *Tafṣīl Wasā'il al-Shī'a ilā Tahṣīl al-Masā'il al-Sharī'a*. 2nd. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Iturāth.
13. al-Ḥusaynī al-Ḥalabī, Ḥamzat Ibn 'Alī (Ibn Zuhra). 1996/1417. *Ghunyat al-Nuzū' ilā 'Ilm al-Uṣūl wa al-Furū'*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.
14. al-Ḥusaynī al-Rawḥānī, al-Sayyid Ṣādiq. 1991/1412. *Fiqh al-Ṣādiq*. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Sādiq.
15. al-Ḥusaynī al-Sīstānī, al-Sayyid 'Alī. 1995/1416. *Minḥāj al-Ṣāliḥīn*. Qom: Maktabat Ayatollāh al-Sīstānī.
16. 'Alīdūst, Abulqāsim. 2016/1395. *Dārā Shudan Nā 'Ādilānih wa BilāJahat dar Niẓām-i Ḥuqūqī-yi Īrān wa Muqāyisih-yi Ān bā Akl-i Māl bih Bāṭil*. Nashrīyih-yi Fiqh, 23, 1, 7-17
17. 'Alīdūst, Abulqāsim. 2019/1398. *Fiqh wa Ḥuqūq-i Qarārdādhā: Adillih-yi 'Ām-i*

- Qur'ānī*. Tehran: Intishārāt-i Pazhūhishgāh-i Farhang wa Andīshih-yi Islāmī.
18. al-Jawharī, Ismā'il Ibn Ḥammād. 1989/1410. *al-Ṣiḥāh: Tāj al-Lughat wa Ṣiḥāh al-'Arabīyyah*. 1st. Edited by Aḥmad 'Abdal-Ghafūr 'Aṭār. Beirut: Dār al-'Ilm li al-Malāyīn.
 19. Al-Khūrī al-Shartūnī al-Lubnānī, Sa'īd. 2013/1392. *Aqrab al-Mawārid fī Faṣḥ al-'Arabīyat wa al-Shawārid*. Intishārāt Uswah.
 20. al-Kurāsānī, Muḥammad Kāzīm (al-Ākhund al-Khurāsānī). 1988/1409. *Kifāyat al-Uṣūl*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
 21. al-Mūsawī al-Khu'ī, al-Sayyid Abū al-Qāsim. 1995/1374. *Miṣbāḥ al-Fiqāhat fī al-Mu'āmilāt*. Qom: Maktabat al-Sayyid al-Shuhadā'.
 22. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Sayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 1988/1409. *Tahrīr al-Wasīlah*. Qom: Dār al-'Ilm.
 23. al-Mūsawī al-Khumaynī, al-Sayyid Rūḥ Allāh (al-Imām al-Khumaynī). 2006/1385. *Al-Rasā'il*. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
 24. al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1984/1363. *Jawāhir al-Kalām fī Sharḥ Sharā'ī al-Islām*. 2nd. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
 25. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāzil al-Narāqī). 1994/1415. *Muṣṭanad al-Shī'a fī Aḥkām al-Sharī'a*. 1st. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
 26. al-Narāqī, Aḥmad Ibn Muḥammad Mahdī (al-Fāzil al-Narāqī). 1996/1375. *'Awā'id al-Ayyām fī Bayān Qawā'id al-Aḥkām wa Muḥimmāt Masā'il al-Ḥalāl wa al-Ḥarām*. Qom: Būstān-i Kitāb-i Qum (Intishārāt-i Daftar-i Tablīghāt-i Islāmī-yi Ḥawzi-yi 'Ilmīyyi-yi Qum).
 27. al-Nūrī al-Ṭabrasī, al-Mīrzā Ḥusayn (al-Muḥaddith al-Nūrī). 1987/1408. *Muṣṭadrak al-Wasā'il wa Muṣṭanbat al-Masā'il*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li Iḥyā' al-Turāth.
 28. al-Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq Aḥmad. 2011/1390. *Nazarīyat al-'Aqd*. Tehran: Khursandī.
 29. al-Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq Aḥmad. n.d. *al-Wasīṭ fī Sharḥ al-Qānūn al-Madanī al-Jadīd*. Beirut: Dār Iḥyā' al-Turāth al-'Arabī.
 30. al-Ṭabāṭabā'ī, al-Sayyid Muḥammad Ḥusayn (al-'Allāma al-Ṭabāṭabā'ī). n.d. *al-Mīzān fī Tafṣīr al-Qur'ān*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 31. al-Tūnī, 'Abd Allah Ibn Muḥammad (al-Fāḍil al-Tūnī). 1991/1412. *Al-Wāfiya fī Uṣūl al-Fiqh*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islāmī.
 32. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1967/1387. *al-Mabsūt fī Fiqh al-Imāmīyya*. 3rd. Tehran: al-Maktabat al-Murtaḍawīya li 'Iḥyā' al-Āthār al-Ja'farīyah.
 33. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1365. *Tahdhīb al-Aḥkām fī Sharḥ al-Muqni'at lil Shaykh al-Mufīd*. 4th. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyya.
 34. al-Ṭūsī, Muḥammad Ibn Ḥasan (al-Shaykh al-Ṭūsī). 1986/1407. *Al-Khilāf*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
 35. 'Awāṭif, Muḥyī al-Dīn. 2018. *Aḥkām al-Shurūṭ al-Ta'assufīyat Ḥimāyat lil Muṣṭahlak wa I'ādar lil Tawāzun al-'Aqdī*. Majalat al-Qānūn al-'Ām al-Jaz'arī wa al-Muqāran, 4, 1.

36. 'Azīz Karīm Jawād, Hūraā'; Qabūlī Durafshān, Sayyid Muḥammad Taqī; Ansārī, A'zam. Fall 2020/1399. *Muḥāli'ih-yi Taṭbīqī-yi Muqābilih bā Shurūṭ-i Ghayr-i Munṣifānih dar Ḥuqūq-i Īrān wa 'Irāq*. Faṣlnāmih-yi Majlis wa Rāhburd, 27, 3.
37. Bāqī Zādih, Muḥammad Jawād; Umīdī Fard, 'Abdullāh. 2014/1393. *Ḍarūrat-i Ḥifẓ-i Niḍām wa Man'-i Ikhlāl dar Ān dar Fiḡh-i Imāmīyah*. Faṣlnāmih-yi 'Ilmī Pazhūhishī-yi Shī'ih Shināsī, 12, 47, 170-200.
38. Būdālī, Muḥammad. 2006. *Ḥimāyat al-Muṣṭahlak fī al-Qānūn al-Muqāran (Dirāsāt Muqārant ma'a al-Qānūn al-Faransī)*. Algeria: Dār al-Kutub al-Ḥadīth.
39. Faraj al-'Adwī, Tawfīq Ḥassan. 2002. *Al-Nazarīyat al-'Āmat lil Iltizām*. 2nd. Beirut: Manshūrāt Ḥalabīyat al-Ḥuqūqīyah.
40. Faraj al-Ṣaddat, 'Abd al-Mun'im. 1974. *Nazarīyat al-'Aqd fī Qawānīn al-Bilād al-'Arabīyah*. Beirut: Dār al-Nihdat al-'Arabīyat lil Ṭibā'at wa al-Nashr.
41. Faraj al-Ṣaddat, 'Abd al-Mun'im. 1994. *Maṣādir al-Iltizām*. Dār al-Nihdat al-'Arabīyat lil Ṭibā'at wa al-Nashr.
42. Ghānim, Ismā'il. n.d. *al-Nazarīyat al-'Āmat lil Iltizāmāt. Maṣādir al-Iltizām*. Maktabat 'Abdullāh Wahbah.
43. Ibn Athīr Shībānī, Majd al-Dīn Mubārak ibn Muḥammad. 1985/1364. *Al-Nihāyat fī Gharīb al-Ḥadīth wa al-Athar*. Al-Maktabat al-Islāmīyyah.
44. Ibn Barrāj al-Ṭirāblusī, 'Abdulazīz. 1985/1406. *Al-Muhadhab*. n.p. Mu'assasat al-Nash al-Islāmī li Jmā'at al-Mudarrisīn.
45. Ibn Idrīs al-Ḥillī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1410. *al-Sar'ir al-Hāwī li Tahṛīr al-Fatāwī*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
46. Ibn junayd al-Iskāfī, Muḥammad Ibn Aḥmad. 1996/1416. *Majmu'at Fatāwā Ibn Junayd*. Edited by 'Alī Panāh al-Ishtihārdī. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī li Jamā'at al-Mudarrisīn.
47. Ibn Manzūr, Muḥammad Ibn Mukarram. 1993/1414. *Lisān al-'Arab*. 3rd. Beirut: Dār al-Fīkr.
48. Ilāhī Khurāsānī, 'Alī. 2020/1399. *Juṣṭārḥā-yi dar Maqāṣid-i Sharī'at*. Tehran: Nashr-i Nigāh-i Mu'āṣir.
49. Īrawānī, Bāqir. 2015/1394. *Qawā'id-i Fiqhī*. Qom: Intishārāt Dānishgāh-i Imām Ṣādiq.
50. Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. 2008/1387. *Tirmīnūlūzhī-yi Ḥuqūq*. 19th. Tehran: Ganj Dānish.
51. Karīmī, 'Abbās. 2002/1381. *Shurūṭ Tahmīlī az Dīdgāh-yi Qawā'id-i 'Umūmī-yi Darārdādḥā*. Tehran: Majalīh-yi Pazhūhish-hāyi Ḥuqūqī, No. 1, 1.
52. Karīmī, 'Abbās; Kushkī, Muṣṭafā. 2021/1400. *Shurūṭ Tahmīlī dar Qarārdād-hāyi Mun'aqidih Bayn-i Ṣāhibān-i Ḥarf*. Faṣlnāmih-yi pazhūhish-hāyi Bāzargānī, No. 100.
53. Kātūziyān, Nāṣir. 1995/1374. *Qawā'id-i Umūmī-yi Qarārdādḥā*. 1st. Tehran: Shirkat-i Sahāmī.
54. Kātūziyān, Nāṣir. 2020/1399. *Qawā'id-i Umūmī-yi Qarārdādḥā*. 3rd. Tehran: Ganj-i Dānish.

55. Keydarī, Qutb al-Dīn, Muḥammad ibn Ḥusayn. 1995/1416. *Iṣbāḥ al-Shi'at bi Miṣbāḥ al-Sharī'ah*. Qom: Mu'asissat al-Imām al-Ṣādiq.
56. Mihrīzī, Maḥdī. 1997/1376. *'Idālat bih Mathābih-yi Qā'idih-yi Fiqhī*. Naqd wa Nazar, 2,3, 184-197.
57. Muḥammad al-Rāfi'ī, Aḥmad. 1994. *Al-Ḥimāyat al-Madanīyat lil Muṣtaḥlik Izā' al-Maḍmūn al-'Aqdī*. Egypt: Dār al-Nihḍah.
58. Muḥsinī, Sa'id; Qabūlī Durafshān, Muḥammad Maḥdī. 2010/1389. *Maḥmūm wa Āthār-i Buḥlān-i Nisbī*. Majalīh-yi Dānish wa Tawsi'ih, 17, 33.
59. Mūsawī Bujnurdī, Sayyid Muḥammad. 1998/1419. *Qawā'id-i Fiqhīyyi*. Qom: Nashr al-Hādī.
60. Muẓaffar, Maḥmūd. 2001/1422. *Nazarīyat al-'Aqd: Dirāsāt Qānūniyat Muqārinat bi Aḥkām al-Sharī'at al-Islāmīyah*. Jeddah: Dār Ḥāfiẓ li Nashr wa al-Tawzī'.
61. Nūrī, Muḥammad 'Alī. 2013/1392. *Qānūn-i Madanī-yi Miṣr*. 2nd. Tehran: Ganj-i Dānish.
62. Pākzād, Sīyāmak. 2015/1394. *Sū'-i Isṭifādih az Waḍ'iyat-i Iqtisādī-yi Musalaḥ dar Ḥuqūq-i Riqābāt*. 1st. Tehran: Nashr Mīzān.
63. Sa'adat Muṣtafawī, Sayyid Muṣtafā; Nūr Ābādī, 'Alfiriḍā. 2017/1396. *Waḍ'iyat-i Mu'āmilāt-i Muḍtar dar Ḥālat-i Sū' Isṭifādih az Iḍtirār (bā Muṭālī'ih-yi Taṭbīqī dar Ḥuqūq-i Īrān wa Uṣūl-i Qarārdādḥā-yi Tijārat-i Bayn al-Milālī*. Dufaṣlnāmīh-yi 'Ilmī Takhaṣṣuṣ-yi Āmūzih-hāyi Ḥuqūqī-yi Guwāh, 3,2, 127-156.
64. Ṣafāyī, Sayyid Ḥusayn. 2005/1384. *Qawā'id-i 'Umūmī-yi Qarārdādḥā*. Tehran: Nashr Mīzān.
65. Sārih, Bulqiwās. 2017. *Ḥimāyat al-Madīnat lil Muṣtaḥlak min al-Shurūṭ al-Ta'assufīyat fī al-'Aqd al-Ilīkrīnī*. Majalat al-Manār lil Buḥūth wa al-Dirāsāt al-Qānūniyat wa al-Sīyāsīyat, 2, 45-63.
66. Shahīdī, Maḥdī. 2003/1382. *Tashkīl-i Qarārdādḥā wa Ta'ahudāt*. 3rd. Tehran: Intishārāt Majd.
67. Shahīdī, Maḥdī. 2008/1387. *Shurūṭ-i Dimn-i 'Aqd*. 2nd. Tehran: Intishārāt Majd.
68. Shīrūdī, 'Abd al-Ḥusayn. 2020/1399. *Ḥuqūq-i Iqtisādī*. 1st. Tehran: Intishārāt Samt.
69. Shīrūdī, 'Abd al-Ḥusayn. 2021/1400. *Qānūn-i Madanī-yi Chīn*. 1st. Mu'asissih-yi Muṭālī'āt wa Pazhūhishhā-yi Ḥuqūqī-yi Shahr-i Dānish.
70. Shu'ārīyān, Ibrāhīm; Turābī, Ibrāhīm. 2016/1395. *Ḥuqūq-i Ta'ahudāt*. 2nd. Mu'asissih-yi Muṭālī'āt wa Pazhūhishhā-yi Ḥuqūqī-yi Shahr-i Dānish.
71. Sī al-Tayyib, Muḥammad Amīn. 2008. *Al-Shurūṭ al-Ta'assufīyat fī 'Uqūd al-Isṭihlāk*. Dirāsāt Muqārinat, Mudhākirat Mājisṭir fī al-Qānūn al-Khāṣ. Faculty of Law, University of Abu Bakr Belkaid Tlemcen.
72. Ṭajarlū, Riḍā. 2008/1387. *Bardāsht-i Ti'urīk bar Dikhālat-i Dawlat dar Maḥdūd Kardan-i Āzādī-yi Qarār Dādḥā bā Rujū' bih Sīstīm-i Ḥuqūqī-yi Inglīs*. Faṣlnāmīyi Ḥuqūq-i Dānishkadīh-yi Ḥuqūq wa 'Ulūm-i Sīyāsī-yi Dānishgāh-i Tehran. 38, 3, 191-209.

