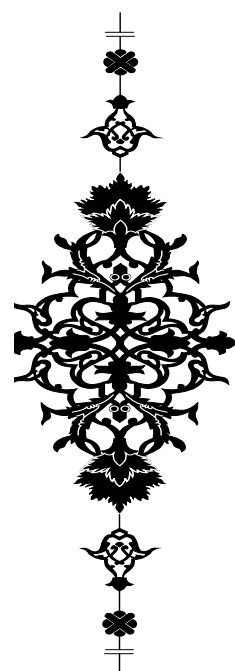


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ





دانشگاه شهید چمران اهواز
دانشکده‌ی الهیات و معارف اسلامی

پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد حقوق
گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان:

بیعانه، ماهیت احکام فقهی و حقوقی آن

استاد راهنما:

دکتر سید حسین آل طاها

استاد مشاور:

دکتر خسرو نشان

نگارنده:

مگدر نگرا

بهمن ۱۳۹۲

تقدیم بہ:

روح پاک مادرم

اگر بودش تمام دنیا را بہ اون تقدیم می کردم ...

و

زنده یاد دکتر رحیم سواری، همکار و استاد دانشگاه های سوئد

و دوستان و همشریان عزیز که مراد نگارش این پایان نامه یاری رسانند.

سپاسگزاری:

«من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق»

سپاس خدای را که سخنوران، در ستودن او بماند و شمارندگان، شمردن نعمت های او ندانند و
کوشندگان، حق او را گزاردن نتوانند. و سلام و دورد بر محمد و خاندان پاک او، طاهران معصوم، هم
آمان که وجودمان و امدار وجودشان است؛ و نفرین پیوسته بر دشمنان ایشان تا روز رستاخیز...
بدون شک جایگاه و مترت معلم، اجل از آن است که در مقام قدردانی از زحمات بی شائبه
ی او، بازبان قاصر و دست ناتوان، چیزی بنگاریم.

اما از آنجایی که تجلیل از معلم، سپاس از انسانی است که هدف و غایت آفرینش را تأمین
می کند و سلامت امانت باری را که به دستش سپرده اند، تضمین؛ بر حسب وظیفه و از باب "من لم
یشکر المنعم من المخلوقین لم یشکر الله عز و جل":

از پدر و مادر عزیزم... این دو معلم بزرگوارم... که همواره بر کوتاهی و درشتی من، قلم عفو
کشیده و کریانه از کنار غفلت هایم گذشته اند و در تمام عرصه های زندگی یار و یاور بی چشم داشت

برای من بوده اند؛ از استاد با کمالات و شایسته؛ جناب آقای دکتر سید حسین طاهرا که در کمال سه صدر، با حسن خلق و فروتنی، از هیچ کلمه در این عرصه بر من دریغ نمودند و زحمات راهنمایی این رساله را بر عهده گرفتند؛

از استاد صبور و باتقوا، جناب آقای دکتر خسرو نشان، مدیریت محترم کرسی گروه، که زحمات مشاوره این رساله را در حالی منتقل شدند که بدون مساعدت ایشان، این پروژه به نتیجه مطلوب نمی رسید؛

و از استاد فرزانه و دلسوز؛ جناب آقای دکتر محمد حسین گنجی و دکتر عبدالحسین رضایی راد و که زحمات داور و ناظری این رساله را منتقل شدند؛ کمال تشکر و قدردانی را دارم باشد که این خردترین، بخشی از زحمات آسمان را سپاس گوید.

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چکیده	
مقدمه.....	۱
۱-۱. بیان مساله تحقیق.....	۳
۲-۱. سوابق مربوط به تحقیق.....	۳
۳-۱. سوالات تحقیق.....	۵
۴-۱. فرضیه‌های تحقیق.....	۵
۵-۱. روش کار تحقیق.....	۵

فصل اول: کلیات و مفاهیم تحقیق

مبحث اول. بیان مفاهیم تحقیق.....	۷
گفتار اول. بیان مفهوم لغوی و اصطلاحی عقد.....	۸
گفتار دوم. بیان مفهوم لغوی و اصطلاحی بیع.....	۱۵
گفتار سوم. بیان مفهوم لغوی و اصطلاحی بیع العربون.....	۱۷
گفتار چهارم. سیرتاریخی شکل‌گیری بیعانه.....	۲۰
مبحث دوم. تقسیم‌بندی بیعانه (پیش بها) در حقوق ایران و فقه اسلامی.....	۲۶
گفتار اول. بیع لفظی از نظر فقها و حقوق‌دانان.....	۲۶
گفتار دوم. بیع غیر لفظی (معاطات) از نظر فقها و حقوق‌دانان.....	۲۷
گفتار سوم. تقسیم‌بندی بیع از جهت نقد بودن و مدت‌دار بودن ثمن و مثنی.....	۲۸

- بند اول. بیان دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان در بیع نقد..... ۲۹
- بند دوم. بیان دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان در بیع نقود..... ۳۰
- بند سوم. بیان دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان در بیع نسیه..... ۳۱
- بند چهارم. بیان دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان در بیع سَلَف (سَلَم)..... ۳۳
- بند پنجم. بیان دیدگاه‌های فقها و حقوق‌دانان در بیع کالی به کالی..... ۳۶
- گفتار چهارم. تقسیم‌بندی بیع از جهت خبر دادن از رأس المال..... ۳۹
- بند اول. بیع مساومه..... ۳۹
- بند دوم. بیع مراححه..... ۴۰
- بند سوم. بیع مواضعه..... ۴۳
- بند چهارم. بیع تولیه..... ۴۴
- گفتار پنجم. تقسیم‌بندی بیع بر حسب احکام خمسہ تکلیفیه..... ۴۵
- بند اول. بیع واجب..... ۴۶
- بند دوم. بیع حرام..... ۴۶
- بند سوم. بیع مستحب..... ۴۹
- بند چهارم. بیع مباح..... ۵۰
- بند پنجم. بیع مکروه..... ۵۱

فصل دوم: اقسام، احکام و شرایط بیعانه از منظر فقه اسلامی و حقوق ایران

- مبحث اول. بررسی اقسام، احکام و اوصاف بیع مشترک در فقه و حقوق..... ۵۵
- گفتار اول. اقسام بیع در حقوق ایران..... ۵۵

گفتار دوم. احکام کلی بیعانه در فقه و حقوق.....	۵۷
بند اول. قصد و رضای طرفین.....	۶۳
بند دوم. اهلیت.....	۶۹
بند سوم. موضوع معین مورد معامله.....	۷۵
بند چهارم. مشروعیت جهت معامله.....	۷۵
گفتار سوم. اوصاف بیعانه عقد بیع در فقه و حقوق ایران.....	۷۶
مبحث دوم. مفاد مقررات بین‌المللی ضمان ناشی از بیع و بیعانه مورد پذیرش ایران.....	۸۲
گفتار اول. تشکیل قرارداد.....	۸۳
گفتار دوم. تعهدات بایع به تسلیم مبیع.....	۸۶
گفتار سوم. تعهدات مشتری در پرداخت ثمن.....	۸۹
گفتار چهارم. ضمانت اجرای نقض تعهدات.....	۹۰
گفتار پنجم. انتقال ضمان.....	۹۳
مبحث سوم. شرایط عمومی بیعانه از دیدگاه فقهی و حقوقی.....	۹۴
گفتار اول. محدودیت‌های ناشی از قوانین و نظم عمومی.....	۱۰۱
گفتار دوم. محدودیت‌های ناشی از نظم عمومی.....	۱۰۲
گفتار سوم. اوصاف مبیع.....	۱۰۸
گفتار چهارم. اوصاف ثمن.....	۱۱۴

فصل سوم: ویژگی‌های اختصاصی و آثار ناشی بیعانه در فقه و حقوق

مبحث اول. ویژگی‌های اختصاصی بیعانه در ایجاب و قبول.....	۱۲۷
---	-----

- گفتار اول. لزوم تشکیل قرارداد به وسیله‌ی نماینده‌ی شخص ۱۳۰
- گفتار دوم. شرایط و مبنای فقهی بیعانه در بیان آراء فقها و قانون‌گذار ۱۳۴
- گفتار سوم. بررسی احکام ایجاب و قبول بیعانه از دیدگاه فقهی و حقوقی ۱۴۹
- مبحث دوم. نقض اساسی تعهد توسط طرفین معامله ۱۶۹
- گفتار اول. مفهوم نقض اساسی و شرایط آن از دیدگاه فقهی و حقوقی ۱۶۹
- گفتار دوم. نقض اساسی تعهد از سوی فروشنده ۱۷۵
- بند اول. موارد نقض تعهد از سوی فروشنده ۱۸۵
- الف. عدم تسلیم مبیع یا تأخیر در تسلیم مورد معامله ۱۸۵
- ب. امتناع از انجام تعهد ۱۸۶
- ج. پیش‌بینی نقض اساسی ۱۸۷
- د. تحویل کالای غیر منطبق با قرارداد ۱۸۷
- بند دوم. عدم آگاهی مشتری ۱۸۹
- الف. انتساب به فروشنده ۱۸۹
- ب. عدم تحویل اسناد و مدارک ۱۸۹
- بند سوم. نقض اساسی تعهد از سوی خریدار ۱۹۴
- الف. تأدیه ثمن و تعهدات مشتری در باره‌ی پرداخت آن ۱۹۴
- ب. قبض کالا و تأخیر مشتری در انجام تعهدات ۱۹۵
- گفتار سوم. ماهیت دوگانه‌ی بیعانه بعنوان وجه التزام ۱۹۶
- بند اول. نقض تعهد از سوی مشتری و تأثیر آن بر انتقال ضمان ۱۹۸

- بند دوم. نقض تعهد از سوی فروشنده و تأثیر آن بر انتقال ضمان..... ۱۹۹
- مبحث سوم. آثار بیعانه در منظر فقها و حقوق دانان..... ۲۰۰
- نتیجه گیری..... ۲۰۶
- مآخذ..... ۲۰۹
- منابع عربی..... ۲۱۰
- منابع فارسی..... ۲۱۵
- چکیده انگلیسی..... ۲۱۹

نام خانوادگی: نگرا		نام: مگدر	شماره دانشجویی: ۹۰۱۶۰۰۶
عنوان پایان نامه: بیعانه، ماهیت احکام فقهی و حقوقی آن			
استاد راهنما: دکتر سید حسین آل طاهها			
استاد مشاور: دکتر خسرو نشان			
درجه تحصیلی: کارشناسی ارشد	رشته: الهیات و معارف اسلامی	گرایش: فقه و مبانی حقوق اسلامی	
دانشگاه: دانشگاه شهید چمران اهواز	دانشکده: الهیات و معارف اسلامی	گروه: فقه و مبانی حقوق اسلامی	
تعداد صفحه: ۲۱۸			
کلید واژه ها: عقد بیع، بیعانه، مبیع، مشتری، بایع، فسخ، تسلیم مبیع، پرداخت ثمن			
چکیده			
در حقوق اسلامی نوعی بیع به نام بیع العربون مشاهده می‌گردد که مورد پذیرش اکثریت فقهای اسلامی است در حقوق و قانون مدنی ایران هم می‌توان این نوع بیع را قبول کرد زیرا علاوه بر مشهور فقها ماده ۱۰ قانون مدنی نیز وجود دارد. بنابراین اگر شریعت نبوده مطابق ماده فوق‌الذکر بلاشکال است که صحت این نوع بیع را که خود دارای سه صورت است مورد پذیرش قرارداد پس برای بررسی صحت وجه التزام می‌توان به این نوع مبیعه قیاس و استناد نمود. بیعانه هم در حقوق موضوعه و هم در میان فقها کمتر مورد توجه بوده و می‌تواند بحثی تازه و قابل تأمل باشد. میان ماهیت بیعانه و دیگر نهادهای حقوقی شباهت‌های زیاد و ظریفی وجود دارد که گاه باعث شده است، ماهیت آنها در توجیه و بررسی ماهیت حقوقی بیعانه به کار گرفته شود، بدون عنایت به این امر که علاوه بر شباهت‌ها، تفاوت‌هایی میان آنها نیز وجود دارد و ما در این نوشتار به آنها خواهیم پرداخت. به رغم سکوت قانون‌گذار و اجمال قانون مدنی در خصوص این موضوع، به صرف پرداخت بیعانه نمی‌توان قائل به انعقاد عقد بیع گردید، چرا که هنوز ایجاب و قبولی به صورت قطعی میان طرفین صورت نگرفته است و به تبع آن، آثار عقد بیع را نیز نخواهد داشت. وجه التزام، تعهد یک طرفی به بیع، تعهد متقابل به بیع، عقد معلق و امثال آنها نیز نمی‌توانند قالب‌های مناسبی برای توجیه بیعانه باشند. به همین دلیل با توجه به ادله فقهی و مبانی حقوق ایران در این باره و بررسی آنها به این نتیجه می‌رسیم که بیعانه نوعی از بیع است و مورد قبول فقهای امامیه قرار گرفته است. به عنوان پرداخت مقداری از کل ثمن معامله محسوب می‌گردد و در صورت تشکیل عقد در آینده، جزء ثمن اصلی قرار می‌گیرد.			

مقدمه

تحکیم روابط اقتصادی و تأمین اعتماد متعاملین در روابط مالی برای جامعه پیچیده امروز ضرورتی انکارناپذیر است. از طرفی فرصت‌های اقتصادی محدود و از طرف دیگر هزینه‌های سرمایه‌گذاری بسیار بالا است. اینکه صاحب کالا و خدمات بداند و مطمئن شود شخصی که برای خرید کالا یا ارائه خدمات او ابراز تمایل می‌کند، در عزم و اراده خود جدی است و نیز تأمین اطمینان مشتری از این حیث که کالا یا خدمات مورد نظرش را تا موعد مقرر برای فروش یا ارائه به او نگه می‌دارد اموری هستند که امنیت روابط مالی را تضمین می‌کنند و از هزینه‌های بی‌مورد خریدار و فروشنده می‌کاهند.

عرف جهانی برای پاسخ به این ضرورت مکانیسم بیعانه را تأسیس کرده است که سابقه‌ای به قدمت روابط تجاری جوامع دارد. در برخی جوامع اهمیت تحکیم روابط اقتصادی تا حدی زیادی است که کوچکترین تخلفی از شرایط قرارداد و ایفای عهد، منجر به از دست دادن بیعانه و ضبط آن می‌شود.^۱

بیعانه در معاملات تجاری از طرفی برای نشان دادن قاطعیت مشتری در هدفش برای انجام معامله پرداخت می‌شود و از طرفی تضمین نقدی انجام تعهدش برای انشای قرارداد و تأدیه مابقی ثمن محسوب می‌شود، به طوریکه فروشنده مطمئن از محل بیعانه می‌تواند خسارتی که به او وارد شده است جبران کند.

بیعانه بسته به اینکه در چه مقطعی از زمان عقد پرداخت می‌شود یعنی قبل از انشای عقد اصلی و زمانی که مراحل مقدماتی عقد و مذاکرات آن جریان دارد، یا پس از انشای آن ماهیت جداگانه

۱. دادگاه انگلیس در پرونده‌ای کالا ده دقیقه دیرتر از موعد به بندر رسیده است، ضبط ۴۲۰ هزار دلار مبلغ بیعانه را با توجه به مفاد قرارداد صحیح دانسته.

در نظامهای حقوقی پیدا می‌کند از این حیث که می‌توان آن را وجه التزام تعهدات طرفین محسوب کرد یا نه.

بیعانه با وجود اینکه در عرف معاملاتی ایران تأسیس شناخته شده‌ای است، در قوانین مدنی و تجارت، اشاره‌ای به آن نشده است، و نتیجتاً محاکم هم رویه واحدی در خصوص آن ندارند. با توجه به اینکه حقوق‌دانان و اساتید بزرگوار حقوق مدنی و تجارت ایران هم نسبت به این تأسیس توجه ویژه نداشته‌اند و در آثارشان مطالب زیادی در این خصوص نگاشته نشده است، در این تحلیل تأسیس بیعانه، از اصول حقوقی راجع به بیع و تعهدات کمک گرفته شده است. حساسیت بحث بیعانه زمانی است که وجه التزام تلقی می‌شود با توجه توافق طرفین چه بر اساس عرف، و منجر به ضبط آن می‌شود، لذا عادلانه بودن این ترتیب و شرعی بودن آن هم در پی آن مطرح می‌شود که جواب این سوال با بررسی نظرات فقهای امامیه و عامه خواهد آمد. در این پایان نامه سعی شده است با توجه به ماهیت عرفی بیعانه و احکام آن در عرف و بررسی رویه قضایی در خصوص این تأسیس، نیز با توجه به ماهیت بیعانه در نظامهای دیگر اشارات مختصر و تحلیلی از ماهیت آن در حقوق ایران و نگاه فقهی ارائه شود و در نهایت پیشنهادهایی ارائه شود.

۱-۱. بیان مسأله تحقیق

بیعانه یکی از مباحث حقوقی و عرفی است و احکام و آثار فقهی فراوانی بر آن مترتب می‌شود و ضمانت اجرایی بعضی از معاملات تجاری را فراهم می‌آورد. عقد بیع از جمله اصطلاحات فقهی و حقوقی است که کاربردی در خرید و فروش دارند، ولی بر اثر کثرت استعمال، «بیع» فروش کالا، و «شراء» خرید آن را به ذهن متبادر می‌سازد. قانون مدنی در ماده ۳۳۸ بیع را این گونه تعریف کرده: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم».

از این تعریف بدست می‌آید که بیع عقدی، عوض و تملیکی است. بنابر تعریف بیع، مبیع باید عین مانند خانه، زمین باشد. پس هیچگاه منفعت و عمل را نمی‌توان مبیع قرارداد. در مورد ثمن هیچ گونه قیدی در تعریف دیده نمی‌شود زیرا قانون ثمن را به عنوان عوض تعبیر کرده که می‌تواند شامل عین، منفعت و عمل نیز باشد.

۱-۲- سوابق مربوط به تحقیق

تحقیقاتی که در داخل کشور پیرامون موضوع به عمل آمده، کُتب و مقالاتی می‌باشد که به بیان کلیاتی از موضوع بیعانه پرداخته و صرفاً واژه استرداد را مورد توضیح قرارداد داده و به مزیت های قانونی بیع توجه داشته است، که از آن جمله می‌توان به کُتب زیر اشاره کرد:

ابوجعفر محمدبن یعقوب کلینی، الکافی، ناشر دارالحديث للطباعة النشر، چاپ اول، قم،

۱۴۲۹هـ.ق، جلد ۱۰، ص ۲۷۸.

-السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، البيع، المنشورات الحبلية

الحقوقية، چاپ سوم، بیروت- لبنان، ۱۹۹۸، جلد ۴، ص ۸۶.

امامی، حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، جلد اول، چاپ بیست و هشتم، ۱۳۸۵، جلد اول، ص ۴۴۴.

هاشمی، محمود، مجله فقه اهل البیت علیه السلام (فارسی) ناشر مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی، بر مذهب اهل البیت علیه السلام، چاپ اول، قم، جلد اول، ص ۱۳۸، [بی تا].

اگر چه در قانون مدنی ایران به بیعانه پرداخته نشده، اما در عرف معاملات به ویژه «قولنامه» ها کاربرد فراوانی یافته است. طبق تحقیقی که در این رساله انجام خواهد شد جایگاه حقوقی بیعانه در عرف معاملات به ویژه «قولنامه»، به نظر حقوق دانان ایران کاربرد بیعانه کاربرد فراوانی دارد.

قراردادهای قولنامه شایع است مانند اینکه: «دو نفر تصمیم گرفته‌اند خانه‌ای را معامله کنند، یکی به عنوان مالک که می‌خواهد خانه‌اش را در مقابل مبلغ معینی به دیگری انتقال دهد و دیگری به عنوان مشتری که می‌خواهد با پرداخت مبلغ مذکور خانه را به تملک در آورد. حال چنانچه این دو نفر طی قراردادی، توافق کنند که پس از انجام تشریفات لازم و تهیه مقدمات معامله، بیع را منعقد سازند، این توافق نامه را قولنامه می‌نامند، چه آنکه هر یک از به بیع وعده داده‌اند یک طرف قول داده است که در فاصله زمانی مشخص شده در دفتر ثبت اسناد حاضر شده و خانه را به تام طرف مقابل ثبت کند و طرف دیگر وعده داده است که مبلغ مذکور در قولنامه داد قبیل انتقال سند خانه به فروشنده پرداخت کند. در این نوع توافق، غالباً مشتری مبلغی را به «بیعانه» به مالک پرداخت می‌کند و قول داده است که بقیه را در دفتر ثبت اسناد پرداخت نماید». و بدیهی است آنچه در عرف ما اشتهار یافته است چنین توافق بر معامله، عنوان بیع بر آن صدق نمی‌کند و آن یک تعهد به انتقال، که در حقیقت پیش قرارداد بیع است. به طور کلی در نظام‌های تابع حقوق

موضوعه و نیز نظام حقوق عرفی، بیعانه مبلغی است که مشتری هنگام قرارداد برای ابراز قصد و توانایی خود در اجرای معامله پرداخت می‌کند.

۳-۱- سوالات تحقیق

۱. بیعانه چگونه عقدی است؟

۲. بیعانه از نظر فقهی چه حکمی دارد؟

۳. مبنای بیعانه در قانون ایران و فقه چیست؟

۴-۱- فرضیه‌های تحقیق

۱. بیعانه عقدی مستقلی است که به آن عربون می‌گویند.

۲. معامله مشروع به حساب می‌آید.

۳. در قانون ایران برای بیعانه مبنای صریحی ذکر نگردیده اما می‌توان آن را از برخی مواد قانون

مدنی به دست آورد، اما مبنای فقهی بیعانه از آیه قرآنی «أفوا بالعقود» و حدیث مشهور «المومنون

عند شروطهم» برداشت می‌شود.

۵-۱- روش کار تحقیق

روش اصلی نگارش این پایان نامه، توصیفی و تحلیلی می‌باشد، بر این مبنا که ابتدا مطالب بیان

می‌گردد و در ادامه ضمن بیان نظرات موافق و مخالف به تحلیل آنها و در نهایت به استخراج

استدلال و نظریات منطبق بر واقع همت گمارده خواهد شد.

ابزار گردآوری اطلاعات فیش برداری، رایانه، بررسی پرونده های حقوقی و آراء صادره در

خصوص بیعانه و دعاوی مطروحه در این خصوص و طریقه حل و فصل آنها از طریق عرف و

قوانین جاری و... می‌باشد.

فصل اول

کلیات و مفاهیم تحقیق

مبحث اول. بیان مفاهیم تحقیق

امروز در نظر عموم بیع، انتقال مالکیت شیء در مقابل وجه نقد است، نه در مقابل مال دیگر. ثمن در باور عامه وجه نقد است و با همین دیدگاه بیع با معاوضه تفاوت دارد، اما تعریف قانون مدنی در مورد بیع به تعریف معاوضه بیشتر شباهت دارد تا تعریف بیع. در تعریف قانون مدنی از بیع، واژه «عین» به کار گرفته شده تا از اجاره که تملیک منفعت به عوض معلوم است، جدا و ممتاز باشد.

بنظر می‌رسد این اندازه از شرح و توضیح واژه «بیع» بقدر کافی بوده باشد، چه مراد رفع شبهه و تردید احتمالی اهل حقوق است در خصوص مورد، که حرفه شان ملازمه با وسواس و دقت فوق العاده دارد، در گزینش واژه های مناسب در جای خود و آثاری که گزینش و ارائه هر واژه، مثلاً از ناحیه یک وکیل دادگستری به هنگام نوشتن لایحه‌ای می‌تواند بر جای بگذارد و چنان نوشتنی قطعاً و یقیناً باید متفاوت و اصولاً غیر قابل قیاس باشد با نحوه نگارش هر آدم غیر حقوقی که اگر در گزینش واژه یا بکار بردن آن دچار خطا هم باشد، ناگزیر با نظر حاکی از مسامحه به آن نگریسته خواهد شد. حق یا امتیازی که به یک حقوقدان داده نخواهد شد و اشتباه یک حقوقدان کاستی فاحش حرفه‌ای و دانستنی‌های اوست و هیچگاه با غمض عینی روبه‌رو نخواهد شد. در این مبحث به ذکر بیان مفهوم عقد بیع و بیعانه در حقوق ایران و فقه خواهیم پرداخت.

گفتار اول. بیان مفهوم لغوی و اصطلاحی عقد

واژه عقد از لحاظ لغوی،^۱ به معنای «رَبَطَ» یعنی بستن و گره زدن ریسمان، به کار می‌رود و از جهت اصطلاح حقوقی و فقهی، نظریه‌پردازان پیرامون آیه شریفه «اوفوا بالعقود» به شرح ذیل اظهار نظر کرده‌اند:

شیخ انصاری عقد را مطلق تعهد دانسته است و عقد در آیه فوق را نیز به معنای هر عقدی قلمداد کرده است نه عقد معین و به خصوص؛ «فمنها قوله تعالى "اوفوا بالعقود" دل علی وجوب الوفاء بكل عقدٍ و المراد بالعقد مطلق العهد كما فسره فی صحیحہ ابن سنان المرویه فی تفسیر علی بن ابراهیم او ما یسمى عقداً لغهً و عرفاً».^۲

یعنی شیخ انصاری معنای لغوی و عرفی عقد را در آیه ملحوظ داشته است و هر آنچه را که از دید عرف، عقد باشد، مشمول آیه «اوفوا بالعقود» دانسته است.

ماده ۱۸۳ قانون مدنی عقد را چنین توصیف می‌کند: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد».

به‌رغم اینکه تعریف عقد در ماده فوق جامع نمی‌باشد و فقط عقود عهده را شامل می‌شود، چنین استنباط می‌شود که واژه عقد، واژه‌ای است که افاده عموم می‌کند و هرگونه عقدی را شامل می‌شود، زیرا در این قسمت ماده بیان می‌کند: «...یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». این تعریف، اثر عقد را که بین طرفین عقد ایجاد می‌شود، بیان کرده است که لازمه تعهد نیز، پابندی به آن می‌باشد. پس هر عقدی که ایجاد تعهد کند، مشمول این ماده می‌شود و تعریف عقد، شامل آن می‌شود؛ خواه آن عقد با صیغه خاص و شرایط ویژه منعقد شده

۱. بندر ریگی، محمد، ترجمه: منجد الطلاب، تابستان ۱۳۶۸، انتشارات اسلامی، ج ۶، واژه «عقد».

۲. انصاری، مرتضی، المکاسب، موسسه امام خمینی (ره)، قم، «[بی تا] ص ۵۶».

باشد، خواه با داد و ستد (معاطات)، که این الزام، به حاکمیت اراده برمی‌گردد و ماده ۲۲۴ قانون مدنی نیز که بیان می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه»، برداشت فوق از عقد را می‌رساند، زیرا این ماده بیان می‌کند که الفاظ عقود را باید با توجه به معانی عرفیه آنها تفسیر نمود، نه معانی که حقیقت شرعیه دارند که خود لفظ عقدنیز از این قاعده و ماده مستثنا نمی‌باشد و همان‌طور که پیش از این بیان شد، معنای عقد نیز چون حقیقت شرعیه ندارد و قبل از شرع مقدس اسلام نیز در میان عقلا مورد استفاده بوده است و عقلا معاطات و داد و ستد را نیز سبب ایجاد تعهد می‌دانسته‌اند؛ فلذا از بنای عقلا و خردمندان نیز می‌توان استنباط نمود که لفظ عقد، عام است و ماده فوق‌الذکر نیز امضایی بر بنای عقلا در معاطات و تعاطی آنها است.

ماده ۱۰ قانون مدنی نیز بی‌تردید، اعتبار قراردادهایی را که دارای الگوی عقود معین نیستند و مخالفی با موازین قانونی ندارند، بیان می‌کند.

رای فوق‌الذکر نیز بر این مطلب تأکید دارد که الفاظ عقود محمول بر معانی عرفی آنهاست، زیرا منظور از لیره در معاملات تجارتي و برواتی، لیره رایج هر محل دانسته شده است.

و درجای دیگر، دیوان عالی کشور، عدم رعایت معانی عرفیه را موجب نقض دادنامه دانسته است. به گونه‌ای که در رأی شماره ۱۳۷۱/۱/۲۵-۱۴۵۱۰/۲۴۲ مشاهده می‌شود: «مطابق ماده ۲۲۴ قانون مدنی، الفاظ عقود و قراردادها باید حمل بر معانی عرفیه شود و تخلف از آن موجب نقض دادنامه است».^۱

عقد، محدود به مفاد تصریحی آن نمی‌باشد. مطابق ماده ۳۵۶ قانون مدنی: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن، دلالت بر دخول آن در مبیع

۱. همان، ج. ۲، ص ۸۳.