

بررسی مشروعیت قراردادهای نامعین در حقوق اسلامی*

دکتر غلامرضا ذاکر صالحی

استادیار دانشگاه امام حسین (ع)

چکیده

ماده ۱۰ قانون مدنی ایران اشعار می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». حقوقدانان از مفاد این ماده اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها و نفوذ و صحت قراردادهای نامعین را استفاده نموده‌اند.

مبحث اصلی این نوشتار پیرامون مشروعیت قراردادهای نامعین در فقه و حقوق اسلامی است. فرضیه نگارنده این است که این گونه قراردادها در صورتی که واجد شرایط اساسی صحت معاملات باشند و منافاتی با نظم عمومی و اخلاق حسنه نداشته باشند، دارای مشروعیت و صحت خواهند بود. روش تحقیق در این مقاله، «استنباطی» و مبتنی بر بررسی موضوع در منابع چهارگانه حقوق اسلامی است.

برای اثبات این فرضیه، ابتدا عمومات کتاب و آیات مرتبط را مرور می‌کنیم. سپس سراغ دومین منبع حقوق اسلامی یعنی سنت می‌رویم. در ادامه میزان دلالت بنای عقلا و اجماع را مورد بررسی قرار می‌دهیم. به عنوان نتیجه، مقاله حاضر توانسته است مشروعیت قراردادهای نامعین را با سه منبع نخست مستند سازد و به اشکال‌های طرح شده در این زمینه نیز پاسخ دهد. اما اجماع دلیل مناسبی برای اثبات فرض تشخیص داده نشد. در نهایت استناد به شروط ابتدایی (با حفظ شرایط خاص) راهکار مناسبی برای مشروعیت دادن به اینگونه قراردادها تلقی شد. اما عقد صلح به دلیل تفاوتی که با قراردادهای نامعین دارد قابل تطبیق با آنها نیست.

کلید واژه ها: قرارداد نامعین، عمومات کتاب، تراضی، نفی عسر و حرج، سیره

عقلا، صلح، شروط ابتدایی.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۵/۸/۲۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۵/۱۱/۲۰

مقدمه

حقوق اسلامی تأمین کننده مصلحت فرد و جامعه در کنار یکدیگر است. از این رو، اسلام ضمن پذیرش اراده آزاد افراد در روابط اقتصادی و اجتماعی، ضوابط کلی ای را نیز که تأمین کننده مصالح جمع است ارائه کرده و به نحو شایسته ای این دو حوزه از حقوق و تکالیف را با هم گره زده است و چیزهایی از قبیل بیع ربوی یا معاملاتی که متضمن ضرر است یا با اصول اخلاقی منافات دارد را که خود برای جامعه و نسل های آینده زیانبار است از دایره آزادی قراردادها استثنا کرده است.

در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران مصالح فردی و مصالح جمعی در قالب یک عبارت کوتاه در کنار یکدیگر تلفیق شده اند و ضمن مشروعیت دادن به قراردادهای خصوصی و آزاد میان افراد تأکید شده است که این قراردادها نباید با قوانین آمره منافات داشته باشند. حقوقدانان در تفسیر این ماده و مواد مشابه آن در قوانین مدنی سایر کشورها، صحت و مشروعیت قراردادهای نامعین (Uncertain Contract) را استفاده کرده اند.

قراردادهای نامعین قراردادهایی هستند که قانون نام معینی به آن ها اختصاص نداده و عهده دار تنظیمات قانونی آن ها نشده است (سنهوری، ۱۳۵۵/۱).

از آن جا که برخی از فقهای امامی معاملات را نیز توقیفی می دانند و الفاظ و تشریفات خاص آن ها را با ترتیبات ویژه مد نظر قرارداده اند و برخی از علمای اهل سنت از قبیل ظاهریه (اتباع داود ظاهری و ابن حزم اندلسی) اصل را در معاملات بر منع می دانند مگر این که دلیلی بر جواز و حلّیت از ناحیه شارع برسد، درباره این موضوع چالش ها و سؤال های مهم و دقیقی رخ می نماید.

موضوع مورد بحث در مقاله حاضر این است که آیا در اسلام، قراردادهای نامعین و غیر معهود صحیح و مشروعند؟

بدیهی است در صورتی که قراردادهای نامعین که از اهم مفاد ماده ۱۰ قانون

مدنی است صحیح و مشروع نباشند ناگزیریم در مورد عقود مستحدثه‌ای که به تناسب موضوع برخورد می‌کنیم در هر مورد، آن را با عقود معین منطبق کنیم و به این عقود بازگردانیم و در صورتی که این عقد مرکب باشد آن را به اجزایی تقسیم و هر جزء آن را که شباهتی به عقود معهود دارد به آن عقود برگردانیم و آثار و ضوابط آن‌ها را در عقد جدید جاری کنیم. اما چنانچه قراردادهای نامعین در قالب عقود مستقل و عرفی صحیح و مشروع باشند به تکلف ورزیدن نیازی نیست و مفاد و محتوای تراضی بین طرفین ملاک عمل خواهد بود و شرایط اختصاصی قراردادهای معین در آن جا مورد توجه قرار نخواهد گرفت.

از طرفی پذیرش قراردادهای نامعین، خود موجب بسط و تکامل فقه اسلامی پا به پای تحولات و نیازهای جدید زمان می‌شود و آن را با حقوق جدید همسو و سازگار می‌کند.

اکنون به بررسی موضوع با اتکا به چهار منبع حقوق اسلامی می‌پردازیم. یادآور می‌شود در این مقاله به منظور پرهیز از طولانی شدن، از بررسی اصول عملی و میزان دلالت آن‌ها خودداری کرده‌ایم.

۱- عمومات کتاب

۱-۱ آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»؛ «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به پیمانها وفا کنید» (مانده/۱).

ابتدا به معنای لغوی و اصطلاحی برخی واژگان آیه شریفه می‌نگریم و سپس دلالت آیه را از دیدگاه برخی مفسران و فقهای امامیه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

معنی لغوی عقد و وفا

«عقد» در مقابل حل است. گفته می‌شود عقد بست او را. عقد می‌بندد او را عقد بستنی. معاهد محل‌های بستن است و معقد محل بستن ریسمان است و جمع آن

عقد است (ابن منظور، ۲۹۶/۳).

جوهری نیز (۵۱۰/۲) گفته است: ریسمان و بیع و پیمان را بستم. پس بسته شد. رب و غیر آن بسته شد؛ یعنی غلیظ شد. پس آن بسته شده است.

در برخی منابع واژه عقد به معنی عزم و اراده آمده است: «لك من قلوبنا عقد الندم». در این عبارت مراد عزم و اراده بر توبه و ندامت و پشیمانی باطنی یا همان حقیقت توبه است (ابن اثیر، ۲۷۰/۳).

بسیاری از فقها معنای عقد را با مطلق عهد مترادف دانسته (فاضل مقداد، ۲۴۴) و برخی نیز آن را عهد موثق دانسته‌اند (نراقی، ۱).

آنچه در عقد معتبر است همان ربط اعتباری است که باعث به وجود آمدن نوعی ارتباط بین دو طرف شود و پیدایش آثار حقوقی خاص بین آن‌ها را در پی آورد (امام خمینی، ۷۳/۱).

«العقود» جمع محلی به الف و لام است و تا زمانی که قرینه‌ای بر عهد نباشد افاده عموم می‌کند و ناظر به جنس پیمان و قرارداد است و لذا شامل کلیه افراد خود می‌شود (همان).

«وفا»: برای وفا چند معنی ذکر شده است که از آن جمله «عمل و اجرا کردن» و «استمرار دادن» است. معنی دیگر آن عمل کردن و تمام کردن است (غروی اصفهانی، ۳۵/۱). بدین ترتیب، آیه شریفه این گونه معنا می‌شود: ای کسانی که ایمان آورده‌اید به پیمان‌های خود عمل کنید و آن‌ها را به اتمام برسانید.

در این صورت، «صحت» و «لزوم» عقود را می‌توان از آیه برداشت کرد؛ زیرا عمل کردن به عقد، مساوی صحت، یعنی «ترتیب اثر دادن به آن» است.

تعریف اصطلاحی عقد

مشهور فقهای امامیه ایجاب و قبول لفظی را عقد می‌دانند. تراضی ایجاب و قبولی است که در آن لفظ به کار نرفته است. تراضی آثار عقد را ندارد. عقد به این معنا

ایجاب و قبول لفظی و در مقابل ایقاع است.

برخی هم عقد را این گونه تعریف کرده‌اند: گفتار (لفظ) هر کدام از دو طرف معامله یا گفتار یکی و عمل دیگری (که حاکی از رضایت باشد). در این صورت شارع اثر مقصود را بر آن مترتب می‌کند (نجفی، ۲۲/۳).

دلالت آیه

علامه جرجانی در تفسیر آیه گفته است: وفا و ایفا هر دو به یک معنی است و آن عمل کردن به عهد و وعده است. عقد در لغت، عهد محکم و مراد از عقود، عهد و پیمان هاست که میان مردم واقع شود، یا عهدهاست که در ضمن تکالیف شرعی میان خدای تعالی و بنده‌های او واقع شده و یا مقصود عقدهای شرعی است (حسینی جرجانی، ۱۷۲).

شارح در حاشیه این مبحث متذکر می‌شود که جامع‌ترین قول در مراد از عقد که از نظر شمول و مقتضای شأن نزول بهتر و جامع‌تر است این است که مراد از عقد، مطلق عهدی است که عقلاً میان خود می‌بندند، خواه نسبت به افعال و تکالیف الهی که مقتضای اعتقاد به وجود باری تعالی و تصدیق به رسالت است، خواه نسبت به حقوق اجتماعی و اقتصادی، خواه نسبت به حقوق انفرادی و خواه نسبت به معاملات، مادامی که در شرع مقدس قدغن نشده است.

مقتضای امر به وفا به عقود، ترتیب امر مقتضی بر مقتضی است. پس اگر عهد لازم است باید طبق آن عمل کرد و گرنه بر آن بازخواست خواهد شد؛ اگر جایز است، عمل به آن مستحب خواهد بود؛ اگر مباح باشد که در میان عقلاً مرسوم است و نهی از شرع صادر نشده است آن وقت صحیح خواهد بود؛ اگر هم فاسد باشد که شرع از آن عهد منع کرده است پس وفا به آن عهد لازم نیست و انجام دادن آن منهی عنه و حرام است (همان، ۱۷۲).

مفسری دیگر (طباطبایی، ۲۴۹/۹) می‌نویسد: غرض کلی آیه این است که مردم را

به وفای به عهد و نگهداشتن انواع و اقسام پیمان های درست دعوت کند و آنان را کاملاً از شکستن پیمان و بی اعتنایی به آن بترساند.

در مجموع این آیه، ناظر به هر عقدی است که با شرع و اخلاق مخالف نباشد و امر زشتی را مباح نگرداند. بنابراین، به عقود معین اختصاص نخواهد داشت. طبری در *مجمع البیان*، فاضل مقداد در *کنز العرفان*، میبدی در *کشف الاسرار*، مقدس اردبیلی در *آیات الاحکام*، نراقی در *عوائد*، محقق قمی در *جامع الشتات* و سید محمد کاظم یزدی در *عروة الوثقی* و سید ابوالقاسم خوبی در *مصباح الفقاهه* با نظر موافق با این معنی برخورد کرده‌اند (به نقل از کاتوزیان، *حقوق ملئی*، ۱/۱۴۴).

صحت عقود توسط شارع گاهی به بیان خاص وارد شده و گاهی شارع به صورت عام قراردادهایی را تأیید کرده است، مانند اصالة الاباحه و اصالة الصحه. اما قلمرو و حدود تمسک به این اصول و عمومات محل بحث است. این بحث‌ها و مجادلات در مبحث معاطات به تفصیل مورد توجه فقها قرار گرفته است.

معاطات یا داد و ستد عملی، از موارد معاملات مشکوک الصحه است. در این نوع معامله، متعاملان بدون آن که لفظی به کار ببرند ثمن و مثن را مبادله می‌نمایند و آثار ملکیت را بر آن بار می‌کنند.

برخی از فقها معتقدند معاطات از مصادیق بیع و تجارت است. سیره و بنای عقلا و عموم مسلمانان بر آن دلالت دارد و هیچ گونه ردعی از طرف شارع مقدس در این مورد نرسیده است. صحیح دانستن معاطات نیز لازمه‌اش انطباق صلح بر آن نیست و ضرورتی برای این کار وجود ندارد، گرچه امکان‌پذیر است. استحکام معاملات اقتضا می‌کند که اگر توافقی با یکی از عقود معین منطبق نبود، آن را به استناد عمومات و اطلاعات یا صلح درست و نافذ تلقی کنیم. بدین ترتیب نفوذ قراردادهای عرفی و صحت آن‌ها موجب نادیده گرفته شدن شرایط قراردادهای خاص و عقود معین نیست و نباید آثار آن‌ها را در موارد خاص خودشان متفی دانست. این امر، همچنین، موجب

نمی‌شود که عقد فاسد، بدون مفهوم باشد (خوانساری، ۷۱/۳).

دیگر فقیه می‌گوید: آنچه مقتضای عمومات است و خوب و فسا به هر عهد و پیمانی است که انسان نسبت به غیر، بدان ملتزم شده است. در این مورد اجماعی بر خلاف این نظر ظاهر نشده و تبعیت از این گونه قراردادها لازم است (نراقی، ۴۶).

همچنین در *عروة الوثقی* پیرامون ضمانت دین در زمان آینده آمده است: اگر گفته شود چنانچه به فردی مبلغی اعطا شود و من پرداخت آن را به عهده می‌گیرم و آن از مصادیق ضمان مصطلح نباشد می‌توان آن را به استناد عمومات، صحیح تلقی کرد (یزدی، سیدمحمدکاظم نقل از حائری، ۱۶۸).

همان طور که می‌دانیم ضمان شرعی برای بدهی ای است که برعهده فرد مستقر گردیده است. اما دینی که در آینده محقق می‌شود مشمول ضمان معهود در فقه نیست. تصحیح این قرارداد تنها از طریق تمسک به عموم «أوفوا بالعقود» میسر می‌شود؛ زیرا یک معامله عقلایی است و تمام شرایط عمومی قراردادها و عقود را دارد.

سید احمد خوانساری در مورد صحت معاطات معتقد است که معاطات مشمول ادله بیع یعنی «أحلَّ اللهُ التَّيْبِعَ» است؛ چون بیع امری عرفی است و همچنین مشمول ادله تجارت است و سیره عام مسلمانان و مشرعان و بنای عقلا به اضافه عدم ردع شارع دلیل صحت آن است. لذا اگر صدق بیع عرفی برای معاطات بتواند آن را مشمول ادله بیع کند باید صدق معامله و عقد عرفی روی هر قرارداد نوظهور و متعارفی بتواند ادله وفا به عقود را نسبت به آن‌ها شامل شود و وفا به چنین قراردادهایی را لازم کند (خوانساری، ۷۱/۳).

فقیهی دیگر معتقد است هر عقد طرفینی یا صلح یا شرطی که عنوان عرفی عقد یا صلح یا شرط بر آن صدق کند بر مبنای عموماتی چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «الصلح جایز بین المسلمین» و «المؤمنون عند شروطهم» لازم الاجراست. پس قول به عدم وجوب وفا به این گونه معاملات بر خلاف مفاد این عمومات و اطلاقات است (امام خمینی، ۲۹).

همچنان که برخی محققان معاصر بر آنند که براساس مفاد آیه «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ» تحریم هرگونه عقد یا شرطی که مردم برای تحقق مصالح اجتماعی خود با آن تعامل می‌کنند - در صورتی که دلیل شرعی برای آن موجود نباشد - تحریم امری است که خداوند آن را حرام نکرده است و بدین ترتیب اصل در عقود و شروط اباحه است... آیه علاوه بر این که وفای انسان به کلیه عقود را می‌رساند التزام به کلیه نتایج آن‌ها را نیز نتیجه می‌دهد (زحیلی، ۱۹۹/۴).

میرزای نائینی می‌گوید: عموم «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ» به عقود شناخته شده و معاملات رایج اختصاص ندارد. بلکه هر عقدی را شامل می‌شود؛ زیرا ظاهر از الف و لام در «العقود» این است که برای عموم و شمول هستند، نه برای خصوص عقود شناخته شده. علاوه بر آن، در صحت معاملات به نص و دلیل خاص نیاز نداریم. بلکه عدم ثبوت نهی از معاملات کفایت می‌کند. خلاصه این که معاطات و معاوضاتی که زندگی اجتماعی آن‌ها را طلب می‌کند به حساب و شماره در نمی‌آید و این‌ها در بستر تکامل زندگی اجتماعی گسترده‌تر می‌شوند. امضای هر معامله عرفی، چه قدیم و چه جدید، برحسب مفادی که متعاملین قصد کرده‌اند واجب است به شرط آن که با چیزی از مبادی شریعت اسلام منافات نداشته باشد (خوانساری، آقاموسی، ۱۰۴/۱).

ایشان در جای دیگری می‌فرمایند: تمسک به اطلاقات در هنگام شک در اسباب صحیح است. در شک در مسیبات نیز این تمسک صحیح است. پس هرگاه مسیبه در زمان شارع مقدس اسلام متعارف و رایج نباشد و بعداً رایج شود مانند انداختن متاع در دریا و تعهد شخص امرکننده به ضمان آن و مانند این مثال، تمسک به عموم «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ» صحیح است و ادعای اختصاص آیه به عقود شناخته شده و معاملات رایج وجه و اعتبار ندارد، مگر آن که از الف و لام، اراده عهد شود و این امر خلاف ظاهر الف و لام در هر مقامی خصوصاً در موارد مشابه این احکام است (همان).

صاحب *عروة الوثقی* آورده است: انحصار عمومات را در عقود شناخته شده

نمی‌پذیریم و برای مشروعیت عقد مغارسه نیازی به دلیل خاص نیست. بلکه به مقتضای عمومات، هر معامله عقلایی‌ای صحیح است مگر این که دلیل خاص بر عدم صحت آن داشته باشیم (یزدی، ۱۵/۲).

فقیهی دیگر می‌نویسد: پس اگر شک کنیم عقد مغارسه یا مسابقه که نزد عرف از قدیم تا به امروز انجام می‌شود شرعاً صحیح است یا فاسد یعنی آیا شارع مقدس آن را امضا نموده است یا خیر، بنا را بر صحت آن می‌گذاریم، زیرا عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و مانند آن شامل چنین موردی می‌شود (کاشف الغطاء، ۴۸/۲).

دیگر فقهای معاصر برای صحت عقود عرفی (که عقود نامعین هم مصداقی از آن هاست) به عموم این آیه استدلال کرده‌اند: «در دلالت آیه کریمه بر لزوم بیع معاطاتی بلکه لزوم هر عقدی تردید وجود ندارد. بنابراین، معنای آیه این است که وفا به هر آنچه که عنوان عقد بر آن صدق کند واجب است و روشن است که معاطات مانند دیگر عقود، عقد عرفی و مشمول عموم آیه می‌باشد» (توحیدی، تقریرات درس آیت الله خویی، ۱۴۲/۲).

مطابق قواعد موجود در فقه در موارد معاملات مشکوک الصحه می‌توان به عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» استناد جست. صاحب‌العناوین در جواب کسانی که مفاد آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را ناظر به عقدهای شناخته شده زمان شارع دانسته‌اند می‌گوید: این احتمال‌های نادرست نمی‌تواند آیه شریفه را از دلالت بر عقود جدید باز بدارد. چنین تفکری از فرد متفقه هم شایسته نیست تا چه رسد به فقیه. چنین برداشتی دقت در فهم و غور در مطلب به حساب نمی‌آید. بلکه انحراف از ذوق و طبع سلیم، به واسطه دچار شدن به تخیلاتی است که شایسته اصحاب فن نیست (میرفتاح مراغه‌ای، بخش معاملات، ۳۴).

آیا «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل قراردادهای نامعین می‌شود؟

پاسخ به پرسش یاد شده مورد اختلاف فقهاست.

مولی احمد نراقی با ذکر چند دلیل بر شمول آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نسبت به قراردادهای نامعین و مشکوک‌الصحة اشکال‌هایی وارد کرده است که به ترتیب آن‌ها را ذکر می‌کنیم:

۱- از آن‌جا که قبل از نزول آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، عقود دیگری در لسان شرع مطرح بوده است (تقدم طلب داشته است) و نسبت به آن‌ها احکامی وارد شده است، این مطلب قرینه است که مقصود شارع از «العقود»، معنای حقیقی عقود نیست (عموم استغرافی نیست). بلکه به عقودی برمی‌گردد که در زمان شارع متعارف بوده است.

۲- عمومیت داشتن «العقود» نسبت به همه عقود مستلزم استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد است و این امر از شارع صادر نمی‌شود، زیرا اگر «العقود» شامل عقود پیشین و جدید شود لازمه‌اش این است که در مورد عقود قبلی جنبه تأکیدی و در مورد عقود جدید جنبه تأسیسی داشته باشد و این همان استعمال لفظ در اکثر از یک معناست. اگر این خطاب بخواهد با فرض فراموش کردن شارع نسبت به عقود گذشته صورت پذیرد، امری خلاف اصل خواهد بود که خود محتاج دلیل است.

۳- عقد در لغت به معنی عهد موثق است لذا توثیق آن باید عرفاً یا شرعاً ثابت شود. اگر این امر توسط خود آیه اثبات شود مستلزم دور خواهد بود و اثبات جداگانه آن ما را از آیه بی‌نیاز می‌کند. علاوه بر این، عرف در بسیاری از موارد چنین توثیقی را تأیید نمی‌کند و مدعی توثیق باید دلیل اقامه کند.

۴- چنانچه بپذیریم معنی العقود، العهود باشد، عهد در معانی مختلف استفاده شده است. از آن جمله به معنی امر، ضمان، یمین، وصیت و... آمده است. هیچ یک از این معانی با عقود مشکوک‌الصحة مطابقت ندارد. لذا این احتمال که منظور سایر معانی باشد صرفاً محتمل است و با وجود احتمال، امکان استدلال به آیه برای اثبات مدعا دچار خدشه است.

۵- بسیاری از عقود، عرفاً عقد محسوب می‌شوند. اما لزوماً دارای شرایط

صحت عقد نیستند. حال چنانچه «العقود» شامل قراردادهای مشکوک الصحه شود، مستلزم آن است که آن موارد را با تخصیص خارج کنیم. این امر مستلزم تخصیص اکثر است که از جانب مولی حکیم امری قبیح و وقوع آن محال است (نراقی، ۸-۷).
 برخی دیگر نیز گفته‌اند: عقود جایزه و معاطات نیز از تحت عموم آیه خارج‌اند و این مسأله موجب تخصیص اکثر می‌شود که مستهجن است (موسوی بجنوردی، سیدمحمد، ۲۱۲).

۶- اشکال ششم را میرزای قمی (۸۳/۱) مطرح نموده و فقهای دیگری (آل بحرالعلوم، ۱۰۶/۲) به عنوان معنای دوم آیه از آن یاد کرده‌اند. از نظر آنان معنای آیه این است که به مقتضای عقد از حیث لزوم و جواز پایبند باشید. اگر عقد لازم است، آن را بدون رضای طرف مقابل فسخ نکنید و اگر جایز است، مانع فسخ او نشوید. براساس تفسیری دیگر، آیه می‌گوید به عقود که در زمان جاهلیت و قبل از اسلام بسته‌اید پایبند باشید. یا به عقیده برخی دیگر نیز خطاب آیه به اهل کتاب است که به پیمانشان با خدا وفادار باشند و... (موسوی بجنوردی، ۲۱۰/۱۱). طبق این معانی مختلف، آیه مجمل است و بر اثر اجمال، ظهور منعقد نمی‌شود.

پاسخ اشکال ها

فقهای چون امام خمینی ره و میرفتاح مراغه‌ای به این اشکال ها پاسخ هایی داده‌اند که به صورت اجمال و به ترتیب این پاسخ ها را ارائه می‌کنیم:

۱- پاسخ اشکال اول: عام به عمومیت خود نزد عقلا حجت است و تنها زمانی می‌توان از عموم آن رفع ید کرد که قرینه‌ای وجود داشته باشد که عقلا به آن تکیه کنند. از طرفی، هرگونه تقدم طلب را نمی‌توان قرینه دانست؛ زیرا در مورد بحث، شارع بعضی از عقود مانند اجاره، صلح و ضمان را تنفیذ کرده و سپس در سالیان دراز پس از آن، به طور کلی به وفای به همه عقود امر کرده است. نمی‌توان گفت عموم مذکور در آیه، منصرف به عقود متداول قبل از این خطاب است؛ زیرا عقلا پس از گذشت سال ها

از تنفیذ عقود مزبور، آن‌ها را قرینه یا صالح برای قرینه بودن در اراده خصوص نمی‌دانند. علاوه بر این‌ها، سوره مبارکه مائده آخرین سوره‌ای است که بر پیامبر اکرم (ص) نازل شده و همین امر مؤید عموم مذکور در آیه است؛ زیرا فرض بر این است که پس از آن وحی قطع می‌شود و خداوند اراده کرده که قوانین کلی که بشر در تمام ادوار و تا ابد به آن نیازمند است، بیان کند (امام خمینی ۱/۷۳-۷۲).

از سوی دیگر، باید اذعان کرد که صرفاً مسبوق بودن ذکر بعضی از عقود بیع، و اجاره و رهن برای اثبات عهدی بودن «العقود» کافی نیست. بلکه لازم است مخاطبان نیز به این مسبوق بودن، علم داشته باشند. چون معنی عهد بودن این است که موضوع بین متکلم و مخاطبان شناخته شده است و در موضوع مورد بحث معلوم نیست که مخاطبان که در مجلس وحی حاضر بوده‌اند از آن آگاهی داشته‌اند (مراغه‌ای، مبحث اصالة الصحه فی العقود، ۷۱).

مطلب دیگر این است که عهدی بودن العقود در صورتی است که «خطاب سابق» و «خطاب لاحق» مطابق باشد. اما با توجه به اختلاف احکام خطاب‌های سابق و لاحق، انصراف قابل پذیرش نیست و ثابت نشده است که قبل از نزول آیه شریفه امر به وفای به عقود (به طور مطلق) از شارع صادر شده باشد. البته، صحت و فساد بعضی از عقود و حلیت و حرمت افعال مکلفان، بیان شده، اما حکم و جوب به وفا حکم جدیدی است که قبلاً به این صورت وجود نداشته است (همان).

۲- پاسخ اشکال دوم این است که لفظ امر در تأسیس و تأکید استعمال نمی‌شود. بلکه استعمال آن برای مفهوم کلی «بعث» و برانگیختن است. سپس، از درون این مفهوم، تأکید یا تأسیس استخراج و انتزاع می‌شود. از این رو، برای عقودی که احکام آن‌ها در گذشته بیان شده است تأکید و برای عقود جدید بر تأسیس حمل می‌شود. بنابراین، در مورد بحث آیه شریفه جز بعث معنای دیگری ندارد (امام خمینی، ۱/۷۳).

از سوی دیگر باید اضافه کرد که احکام شرع در قالب «قضایای حقیقی منطقی» بیان شده است. بر این اساس، شارع هنگام صدور خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقودی را که در آن هنگام متداول بوده، مورد لحاظ قرار نداده است. بلکه آنچه مد نظر بوده مطلق عقود و قراردادها بوده است. در این صورت، معنی آیه این است: در هر زمان که یکی از افراد موضوع عقد محقق شود، حکم لزوم وفای به آن نیز ثابت خواهد بود.

۳- پاسخ اشکال سوم: همه اهل لغت قید «توثیق» را در معنی عقد لحاظ نکرده‌اند. ما همصدا با فقهای چون میرفتاح مراغه‌ای و امام خمینی (ره) عقد را به «ربط اعتباری خاص» تعریف می‌کنیم. این معنا در کلیه عقود و عهود وجود دارد. اگر منظور از وثاقت لزوم عقد باشد باید گفت لزوم و جواز، خارج از ماهیت عقد هستند و آنچه ما در صدد اثبات آن هستیم، صحت معاملات عقلایی جدید است نه اثبات لزوم آن‌ها. از طرفی حتی اگر بپذیریم که در همه عقود، موثق بودن ملاک است به روشنی می‌توان گفت به محض تحقق عهد و عقد از نظر عرفی این وثاقت محقق می‌شود. بنابراین، چنانچه وثاقت و لزوم در معنی عقد شرط نباشد صحت کلیه معاملات را می‌توان از آیه دریافت و اگر وثاقت و لزوم در معنی عقد شرط باشد، برای صحت کلیه معاملات که در محیط عرف لازم هستند، می‌توان به آیه شریفه تمسک جست (همان، ۷۵).

به اعتقاد فقهی دیگر، صحت و لزوم معاملات به دلیل احتیاج ندارد. آنچه محتاج دلیل است «فساد» و «جواز» است. جایز بودن عقود مانند وکالت، مضاربه و شرکت نیز به دلیل وجود مخصص است و گرنه می‌گفتیم این عقود هم لازم هستند (میرزای قمی، ۵۲۹).

۴- پاسخ اشکال چهارم: در پاسخ این اشکال می‌گوییم، اولاً، این که اهل لغت، عقد را به عهد معنی کرده‌اند، بدان معنا نیست که شامل تمام شقوق عهد مانند امر، وصیت، ایمان و از این قبیل بشود. بلی، اگر به جای لفظ عقود در آیه شریفه، «عهد» استعمال شده بود، امکان این که شامل همه معانی عهد بشود وجود داشت. بنابراین،

تفاوت بسیاری بین استعمال دو لفظ عقد و عهد وجود دارد. ثانیاً، به فرض این که معنی عقد شامل کلیه شقوق عهد باشد باید گفت دلیلی بر انحصار معنی عهد در وصایا، ضمانت، سوگند و نظایر آن وجود ندارد؛ زیرا لفظ عقد عام است و شامل تمام مصادیق عهد می‌شود. پس هر عهد و التزامی و همچنین کلیه عقود از مصادیق عموم مذکور در آیه است و اجمالی در آن وجود ندارد. مضافاً این که اهل لغت و مفسران نیز عقود شرعی را از موارد مذکور در آیه ذکر کرده‌اند (مراغه‌ای، نقل از حائری، ۱۸۶).

۵- پاسخ اشکال پنجم: ما نمی‌پذیریم که اکثر عقودی که مردم منعقد می‌کنند فاسد باشد. بلکه اکثر قراردادهای مردم از عقود صحیح است. به فرض این هم که تعدادی از آن‌ها فاسد باشند و از تحت عموم خارج شوند، این امر به حد تخصیص اکثر نمی‌رسد. در مورد خروج عقود جایز نیز می‌گوییم: عقود جایز بالاصل مانند وکالت اصولاً اذن هستند و ماهیثاً عقد نیستند و حقیقت آن‌ها همان اذنی است که داده می‌شود. البته، چون اذن به شکل ایجاب است طرف هم باید قبول کند. لذا شکل عقد درست شده و معلوم است که عقد با اذن سازگار نیست. اما در عین حال، این گروه از عقد تخصصاً و موضوعاً خارج هستند. در مورد معاطات هم بنای مشهور [قدماء] این است که اصلاً معاطات عقد نیست. علاوه بر این‌ها، معتقدیم در این جا تخصیص وجود ندارد. بلکه مسأله از باب حکومت است و ما گاهی التزام را تضییق می‌کنیم (موسوی بجنوردی، ۱۴-۲۱۲). بدین ترتیب، تخصیص اکثر و استهجان وجود خارجی ندارد.

۶- پاسخ اشکال ششم: ما معتقدیم خصوصیت مورد نمی‌تواند عموم ما را تخصیص بزند و ظهورش را خراب کند؛ چون در اکثر عموماًتی که وارد می‌شود، یک خصوصیت مورد وجود دارد که به آن هم نظر هست. ما از «العقود» که جمع محلی به الف و لام است، استفاده عموم کردیم و اوفوا صیغه امر حاضر دلالت بر وجوب دارد. بنابراین سخن مفسران با سخن ما منافاتی ندارد. ما می‌گوییم علاوه بر آن موارد، به

عقود و پیمان های خود نیز عمل کنید(همان).

در مجموع از این بحث می توان نتیجه گرفت که با توجه به معنایی که برای «عقد» و «وفا» ذکر شد و با عنایت به این که در لفظ عقد «حقیقت شرعی» ثابت نشده، ناگزیر این واژه بر معنای لغوی و عرفی خود باقی است. از سویی «جمع محلی به الف و لام» تا زمانی که قرینه ای بر عهد نباشد به صورت وضعی بر عموم دلالت دارد و از این جهت که این موضوع متفق علیه است مخالف آن باید دلیل اقامه کند. این در حالی است که چنین دلیلی در دست نیست. از این رو، عموم در این جا «عموم استغراقی» است و شامل کلیه عقود می شود. بنابراین، کلیه قراردادها و پیمان هایی که در نظر عرف، عقد (قرارداد) تلقی می شوند و مخالفتی با مقررات شرعی ندارند، صحیح و لازم الوفا هستند. در نتیجه طرف های معامله ملزم نیستند که اراده خود را از طریق یکی از عقود معین عملی کنند. بلکه کلیه قراردادهایی که براساس ضرورت اقتصادی و اجتماعی صورت تحقق می یابد و قالبها و اشکال جدیدی دارد نیز نافذ و صحیح است. از این رو، در کلیه زمان ها، فعلیت، حکم و جوب وفا در آیه، مشروط به وجود و تحقق موضوع است و همین که یکی از مصادیق موضوع (عقد) چه معهود و معین و چه غیر معهود و نامعین، محقق شود ناگزیر محکوم به حکم و جوب وفا خواهد بود.

۱-۲- آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منکم ولا تقتلوا أنفسکم إن الله کان بکم رَحیمًا»؛ «ای اهل ایمان: اموال یکدیگر را به ناحق نخورید، مگر آن که با داد و ستدی از روی تراضی با یکدیگر باشد و همدیگر را به قتل نرسانید. به درستی که خداوند نسبت به شما مهربان است» (نساء / ۱۸).

آیه مشتمل بر نهی از خوردن اموال به سبب باطل است. پس شامل همه چیزهایی مانند غصب، سرقت، خیانت و عقود فاسد که شارع مقدس مباح نکرده است، می شود. واژه اکل به لحاظ این است که خوردن کنایه از بهره مندی از بیشترین منفعت

است یا ممکن است شارع مقدس ملزوم (اکل) را گفته و لازم (تصرف) را اراده کرده است. از این رو، آیه شریفه شامل انواع تصرفات می‌شود (فاضل مقداد، ۳۳/۲).

از این آیه، اباحه هر چیزی که به سبب تجارت حاصل شود استفاده شده است. عنوان شدن تجارت در این جا نیز به خاطر این است که رایج‌ترین روش کسب بوده است. شاهد آن روایت نبوی است که فرمود: «رزق و روزی ده جزء دارد که نه جزء آن در تجارت است» (همان، ۳۴/۲).

در تجارت نیز رضایت طرفین شرط است و تجارتمی که خالی از این شرط باشد مباح نیست. همچنین، رضایت در سایر عقود و قراردادهای به خاطر اجماع بر عدم فرق بین تجارت و سایر عقود، شرط است (همان).

دلالت آیه از نظر فقهای امامیه

در آیه شریفه اکل، کنایه از تصرف و تملک است و این معنی در غیر ماکولات هم می‌تواند مصداق داشته باشد (خوئی، ۱۰۲/۲). از آن جا که نهی در معاملات (لاتاکلوا) دلالت بر فساد دارد معنی آیه این خواهد بود: هرگونه داد و ستد که از روی رضایت طرفین نباشد فاسد و باطل است.

«بَيْنَكُمْ» ناظر به معاملاتی است که در آن‌ها تصرف و تبادل صورت می‌گیرد و مقصود از «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ» این است که هیچ کس مال دیگری را به باطل نخورد. حرف «ب» در «بِالْبَاطِلِ» ادات سببیت است و منظور از باطل تصرفاتی است که ناشی از غیر تراضی بوده و مورد نهی شارع قرار گرفته است. ظاهر این است که شارع در مقام بازشناساندن اسباب صحیح از فاسد در معاملات چنین حکمی را جعل نموده است. استثنا در «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» استثنا از «بِالْبَاطِلِ» است، نه استثنا از خود باطل و معنای آن چنین می‌شود: اموال یکدیگر را به سببی از اسباب باطل مورد تصرف قرار ندهید مگر این که تجارت از روی تراضی طرفین باشد. معنی تجارت هر چند خرید و فروش برای بردن سود و منافع است، لکن مناسب مقام در این

جا شمول آن به کلیه طرق اکتساب و معاملات است. بنابراین، شامل اجاره، رهن و امثال این ها می‌شود. ذکر تجارت و اراده آن معانی، از باب غلبه یک مصداق بر سایر مصادیق و یا از باب اطلاق مقید و اراده مطلق است.

«عن تراض» می‌رساند که تحقق عنوان تراضی در حصول ملک و تحقق ملکیت کفایت می‌کند (شهید ثانی، ۳/۳۲۲). البته، استفاده این حصر از آیه که تنها راه تملک صحیح، تجارت از روی تراضی است منوط به این خواهد بود که استثنای موجود در آن متصل باشد، نه منقطع. یعنی تجارت همراه با رضایت از «بنا» بالباطل استثنا شده باشد. بدین صورت که تمامی اسباب تملک اموال مردم باطل است مگر به سبب تجارت از روی تراضی. اگر استثنا منقطع تلقی گردد آیه تنها دلالت می‌کند که تجارت از روی تراضی از اسباب باطل تملک اموال نیست و آیه نسبت به اسباب صحیح دیگر ساکت خواهد بود. لکن باتوجه به این که شارع در مقام بیان اسباب مشروع معاملات است و قرینه مقامیه وجود دارد می‌توان آیه را در این صورت نیز مقید حصر دانست. براین اساس، آیه شامل قراردادهای جدید و مشکوک الصحه نیز می‌گردد؛ زیرا کسی بین این امور و تجارت تفاوتی ننهاد و ملاک در هر دو تراضی است. همان طور که صاحب کتاب *العقود* (۱۷۱) می‌گوید آیه بر صحت هر چیزی که تجارت عرفی نامیده می‌شود دلالت می‌کند. پس شامل معاملات مشکوک هم می‌شود. در هر حال، حتی اگر دلیلی بر حصر هم وجود نداشته باشد می‌توان کلیه قراردادهای عرفی را که نشأت گرفته از توافق طرفین است صحیح تلقی کرد؛ زیرا وقتی «تجارة عن تراض» از مصادیق اکل مال به باطل نباشد، معاملات عقلایی و عرفی نیز که مصداق تجارت و همراه با تراضی است اکل مال به باطل نخواهد بود (حائری، ۱۶۰).

برخی محققان معتقدند «اینکه قانونگذار، باطل را در مقابل تراضی به کاربرده چنین دانسته می‌شود که هر جا پای تراضی در بین باشد، علی الاصول مقتضی نفوذ معامله وجود دارد، مگر این که صریحاً مقنن، یک یا چند نوع از تراضی یا قرارداد را

منع نموده باشد. پس اصل، نفوذ تراضی است. در قانون مدنی هم ماده ۱۰، همین معنا را بیان می‌کند» (جعفری لنگرودی، رهن و صلح، ۱۰۲/۱).

محقق دیگری می‌گوید: منظور از اکل در آیه فوق، تصرف است. اعم از تصرف حقیقی و حقوقی و مقصود از قید «بَيْنَكُمْ» معاملاتی است که از آن‌ها تصرف اموال یکدیگر و به عبارت دیگر، تبادل اموال صورت می‌گیرد. مقصود از تجارت در آیه فوق، خصوص معاملات است که به قصد سود بردن انجام می‌شود، نیست. بلکه مقصود، هر معامله‌ای است که چنین صلاحیتی را دارد، اعم از آن که به این قصد انجام شده باشد یا خیر (گرچی، ۹-۳۸).

البته، برخی از فقها معتقدند صرف وجود تراضی و تسلیم مبیع مستلزم تحقق عقد و لوازم آن از جمله لزوم عقد نمی‌شود. از این رو، برای تحقق عقد نمی‌توان به چنین اطلاقاتی مثل آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» تمسک کرد؛ زیرا عدم اراده شارع از تحقق عقد و احکام آن از مضمون آیه فهمیده می‌شود (نجفی، ۱۲/۲۲-۲۱۰).

در این جا هر چند بحث صاحب جواهر پیرامون معاطات است اما سخن ایشان ناظر به یک ضابطه کلی است. سایر فقها فهم دیگری از این عمومات دارند و تمسک به چنین عموماتی را برای صحت معاملات و هر آنچه تحت عموم عقود قرار می‌گیرد جایز می‌دانند و در نهایت بحث لزوم و جواز را مسأله‌ای ثانوی می‌دانند که با اصل صحت عقد ارتباطی ندارد. برای مثال صاحب العناوین برای دلالت آیه اوفوا بالعقود می‌نویسد: شک نیست که آیه شریفه با امر به وفا بر صحت آنچه تحت عموم «العقود» قرار گیرد دلالت می‌کند، هر چند اشکال مربوط به جواز و لزوم باقی می‌ماند (مراغه‌ای، ۵-۳۴).

اشکال دیگری نیز به تمسک به عمومات آیه و آیات مشابه وارد شده است و آن این که اگر عنوان و آثار هر توافق صرفاً به استناد تراضی طرف‌های عقد صحیح تلقی گردد، لازم می‌آید تمامی عقود معین داخل در چنین عناوین عامی (مثل تجارة عن

تراض) قرار گیرند. در نتیجه، امکان تغییر مقررات امری مربوط به آن‌ها فراهم و راه برای فرار از این مقررات باز می‌شود. به عبارت دیگر، شروط شرعی عقود معین که از طرف شارع بیان شده، امری زائد خواهد بود و ادله شروط عقد بی‌نتیجه تلقی خواهد شد.

از این اشکال چنین جواب داده شده است که اگر از نحوه توافق طرفین چنین استنباط شود که عقد معینی را اراده کرده‌اند، ناگزیر قواعد مخصوص همان عقد بر تراضی آنان مترتب می‌شود، هر چند طرف‌های عقد ذکری از آن‌ها به میان نیاورده باشند؛ زیرا عقد تابع قصد طرف‌ها است. لذا چنانچه عنوان قرارداد یکی از عقود معین باشد، ولی طرف‌ها، آثار آن عقد را به نحو دلخواه بر خلاف مقررات قانونی تعیین کرده باشند، اگر مقررات امری قانون تغییر نکرده باشد و برخلاف آن چیزی شرط نگردیده باشد باید توافق را نافذ دانست (حائری، ۱۶۵) و معتبر تلقی کرد. تنها در صورت تعرض به مقررات امری است که آثار توافق شده بی‌اثر و فاقد نفوذ و اعتبار خواهد شد.

بدین ترتیب آشکار می‌شود که ادله شروط عقود معین خالی از حکمت نیست و در صورت بنای طرفین روی عقد خاص اثر خود را ظاهر می‌سازد. همچنین، اگر طرفین نسبت به شرایط و آثار قرارداد سکوت کرده باشند، آثار تعیین شده توسط آن ادله در حق طرفین نافذ خواهد بود.

مطلب دیگر این که اگر تراضی به نحوی باشد که اراده طرفین قابل تطبیق بر یک یا چند عقد از عقود معین باشد ولی از مجموع عبارت‌های قرارداد و قراین و شواهد چنین استنباط گردد که طرفین ماهیت مستقلی را اراده کرده‌اند، نایبستی تکلف به خرج داد و عقد را لزوماً با یکی از عقود که الفت بیشتری با اذهان دارد تطبیق کرد. چنان که بعضی از فقها عقد بیمه را با ضمان یا هبه معوضه و نظایر آن منطبق ساخته‌اند. بلکه باید به توافق طرفین آنچنان که مد نظرشان بوده است ترتیب اثر داد (یعنی توافق را

قرارداد نامعین تلقی کرد).

در تأیید آنچه از این آیه برداشت شد می‌توان از خبر محمد بن مسلم و منصور بن حازم که از صادقین (ع) روایت نموده‌اند استفاده کرد. دو نفر بودند که هر کدام نزد دیگری طعامی داشتند و هیچ یک مقدار آن را نمی‌دانستند. پس هر کدام به دیگری گفتند آنچه از من نزد توست از آن تو باشد. امام در این مورد فرمودند: این کار در صورتی که دو طرف راضی باشند اشکالی ندارند.

گرچه روایت در ادله صحت صلح ذکر شده است، لکن می‌توان طبق آن تراضی مشروع افراد را اگرچه با لفظ صلح نباشد، صحیح تلقی کرد و مشمول روایت دانست (حائری، ۱۶۵، به نقل از مجاهد، ۳۴۳).

بسیاری از فقها برای صحت معاطات به این آیه استناد کرده‌اند و معاطات را مصداقی از تجارت و از این حیث داخل در حکم مستثنی دانسته‌اند (آل بحر العلوم، ۱۰۱/۲). ضمن آن که از این آیه، حکم به مباح بودن جمیع انواع تجارت که مقرون با رضایت طرفینی باشد داده‌اند و آن را در شمار اکل مال به حق (نه باطل) دانسته‌اند، مگر آن که با دلیل شرعی از این شمول خارج شود (همان، ۱۰۳). حکم به اباحه مطلقه موجب حلیت جمیع تصرفات می‌شود (همان، ۱۰۴).

از نظر حقوق عرفی نیز تراضی مهم‌ترین رکن هر قرارداد است. تراضی عبارت از تلاقی دو اراده یا بیشتر است بر احداث اثر قانونی. تراضی باید صحیح باشد و بی عیب و از کسی صادر شود که دارای اهلیت است (شریف احمد، ۴۰).

عنصر الزام‌کننده عقد، تراضی است و اراده مشترک دو انسان آزاد و عاقل چیزی چیزی است که شرع اسلام در برابر آن خاضع است (همان، ۲۴).

در مجموع آیه «تجارة عن تراض» از ارکان مشروعیت و صحت عموم معاملات است و اکثر فقهای شیعه و اهل سنت بدان استناد جسته‌اند، بویژه آن که مفهوم تجارت را به معنای مطلق اکتساب دانستیم.

بدین ترتیب، هر معامله و قراردادی که عرفاً مصداق «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» باشد صحیح و نافذ است، بشرط آن که شرایط اساسی صحت معاملات را دارا باشد. بنابراین، آیه شریفه تنها بر عقود شناخته شده و معین دلالت ندارد. بلکه مشتمل بر عقود نامعهود و غیر معین نیز می‌شود.

۱-۳- آیات مربوط به نفی عسر و حرج در دین

- الف- آیه شریفه «وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» خداوند در دین بر شما تنگنا و محدودیتی قرار نداده است (حج، ۷۸).
- ب- آیه شریفه «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ» خداوند نمی‌خواهد که حرجی بر شما قرار دهد لکن می‌خواهد شما را مطهر کند (مائده، ۶).
- ج- آیه شریفه «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» خداوند بر شما آسان می‌گیرد و نه دشوار (بقره، ۱۸۵).

بررسی آیات

در مورد آیه نخست، معنی جهاد در این آیه اعم از جهاد اصطلاحی است و به قرینه آیه قبل، انجام دادن همه واجبات و ترک تمامی محرمات را شامل می‌شود و معنی واژه «دین» در آیه نیز ظهور در کل احکام و تکالیف دارد و فقط بر حکم ویژه جهاد دلالت ندارد. به علاوه، استعمال کلمه جعل، به این معناست که خداوند احکام حرجی را از مومنان برداشته است، نه آن که مرفوع، موضوع های حرجی باشد.

بدین ترتیب «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» ناظر به کلیه قوانین اسلام است و به برخی احکام ویژه اختصاص ندارد و منظور از آیه این است که هرگاه در اثر عمل و الزامات شرعی مکلف در عسر و حرج واقع شود، این احکام و الزامات از عهده او برداشته می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۹۹/۱-۱۵۱؛ همچنین طباطبایی، ۱۴/۱۴ و ۵/۲۳۰).

در مورد آیه «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» نیز به نظر می‌رسد که نفی حرج مندرج در آیه، ناظر به احکامی است که در این آیه و آیات مقدم بر آن در ابتدای

سوره مائده آمده است. به علاوه، آیه به علت عمومیت و اطلاقی که دارد همه احکام شرع را در بر می‌گیرد و شامل کلیه مقررات اسلامی می‌شود (همان).

آیه « یُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ » نیز اراده شارع را در تسهیل و گشایش امور مردم بیان می‌کند؛ زیرا وجوب و تعیین روزه را که از احکام مسلم اولیه است در روزهای بیماری و سفر از بیمار و مسافر نفی کرده و رخصت داده است که پس از پایان این دوران به این تکلیف عمل شود. به علاوه، چون در این آیه، نفی عسر به صورت علت کلی یک حکم جزئی بیان شده است، جمله « یُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ » عام است و از لحاظ ثبوتی، همه احکام را شامل می‌شود (همان).

دلالت آیات بر مشروعیت قرارداد نامعین

در مورد مبحث نفی عسر و حرج مطالب و مناقشه‌های فراوانی پیرامون مجاری قاعده، کم و کیف حرجی بودن، نوعی یا شخصی بودن حرج و مسائلی از این دست وجود دارد. در این جا تنها به بررسی دو مسأله مهم می‌پردازیم که با بهره‌برداری از این قاعده برای مشروعیت بخشی به قراردادهای نامعین مرتبط است. این دو نکته جاری بودن قاعده در امور عدمی و سپس مبحث شخصی یا نوعی بودن ملاک حرج است.

گاهی ممکن است برخی امور عدمی، موجب عسر و حرج شود. از باب مثال خراب نکردن ساختمان‌هایی که در مسیر خیابان قرار گرفته‌اند، موجب کندی و اختلال در تردد مردم و افزایش ترافیک می‌شود، عریض نکردن کوچه‌ها سبب دیر رسیدن آمبولانس‌ها و نیز دیر رسیدن ماشین‌های آتش‌نشانی یا توقف خدمات آن‌ها می‌شود، تعطیل نکردن برخی دکان‌ها و دست‌فروشی‌ها، سبب راه‌بندان و ازدحام جمعیت می‌شود و از این قبیل.

به نظر می‌رسد این گونه موارد نیز می‌تواند مجرای قاعده نفی حرج باشد؛ زیرا مفاد ادله این قاعده نفی احکام است، خواه این احکام به امور وجودی تعلق بگیرند یا به امور عدمی. براین اساس در مثال‌های بالا می‌توان گفت: حکم به عدم جواز تصرف

در اموال و املاک، مستلزم عسر و حرج فراوان است و چنین حکمی از ناحیه شارع، نفی شده است.

اگر گفته شود ظاهر ادله این قاعده، تنها نفی احکام وجودی است، در پاسخ می‌گوییم آنچه در جمله « وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ » نفی شده مجعول حرجی است و تردیدی نیست در این که حکم عدمی (مانند عدم جواز تصرف در مثال‌های بالا) نیز می‌تواند مجعول باشد. به زبان دیگر، می‌توان گفت: عدم جعل حکم در موضوعی که قابلیت جعل حکم را دارد، در واقع، جعل آن حکم است. بنابراین، عدم حکم در این موارد، خود حکمی مجعول است. بویژه آن که شارع مقدس، هیچ چیزی را بدون حکم باقی نگذاشته و برای همه چیز، حکمی جعل کرده است.

اگر این سخن ناتمام باشد، می‌توان با تنقیح مناط قطعی، حکم به تعمیم نمود؛ چون بی تردید هدف شارع از جعل این حکم امتنانی برطرف نمودن سختی و تنگناهای غیر قابل تحمل از بندگان است و در این زمینه تفاوتی میان احکام وجودی و عدمی نیست. افزون بر این، دلیل قاعده، منحصر به آیه مزبور نیست، بلکه در برخی از روایات دلالت کننده بر این قاعده، به تعبیرهایی مانند «ان الدین لیس بمضیق» یا «الدین اوسع من ذلک» یا «الحنیفیه السهله» بر می‌خوریم که در عمومیت مضمون آن‌ها تردیدی نیست.

علاوه بر موارد یاد شده، برخی فقها در مواردی به استناد قاعده نفی حرج، بعضی احکام عدمی را نفی کرده‌اند، چنان که در موردی که زوج، کمتر از چهار سال مفقود باشد و نفقه زوجه نیز پرداخت نشود، عدم جواز طلاق از سوی حاکم را موجب حرج و ضرر زوجه دانسته و به استناد قاعده نفی حرج، آن ضرر را نفی کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۶۷/۲).

برای اینکه آیات یاد شده بتواند صحت و مشروعیت قراردادهای نامعین را اثبات نماید لازم است مراد از حرج در این گروه از آیات «حرج نوعی» باشد نه

«حرج شخصی».

آنچه از عناوین رسیده در لسان آیات آمده این است که مراد از حرج همان حرج شخصی است، به این معنا که هر فردی از مکلفان هرگاه ببیند تکلیفی برای او حرجی شده آن را از عهده خود ساقط بداند. حرج نوعی این است که مکلف فقط در صورتی تکلیف را از خود ساقط بداند که بر نوع مردم حرجی باشد. در غیر این صورت باید بدان عمل کند، گرچه برای وی سخت و حرجی باشد.

شیخ انصاری از حدیث لاضرر، ضرر شخصی را استظهار نموده است (انصاری، *فرائد الاصول*، ۳۱۶).

باید اذعان کرد انضباط و ملاک خاصی در حرج نوعی وجود ندارد تا مشخص کند که آیا ملاک در آن در نوع مکلفان در همه زمان ها و مکان هاست یا اهل عصر واحدی یا اهل مکان واحد یا صنف خاصی از آن ها مراد است (مکارم شیرازی، ۹۰-۸۹). از سوی دیگر، اراده حرج نوعی در این آیات احتیاج به قرینه ای دارد که در این مقام دیده نشده است. ناچار حمل بر حرج شخصی می شود.

در نهایت اضافه می کنیم که در مورد حکم حرج، تعدی از آن به غیر جایز نمی باشد. بلکه اقتضای بر مورد حکم واجب است. با عنایت به دلایل یاد شده آیات نفی عسر و حرج از این حیث نمی توانند ناظر به نفی حرج نوعی باشد و در نتیجه اثبات نفوذ قراردادهای نامعین از این طریق با مشکل مواجه است.

۲- سنت

حدیث مشهور «ان الناس مسلطون علی اموالهم» (مجلسی، ۲/۲۷۳، حدیث ۷).

این حدیث مرسل است و سلسله راویان آن کامل نیست. اما علی رغم ضعف، به دلیل آن که اکثر علمای امامیه از قبیل شیخ طوسی (۱/۲۲۳)، ابن ادریس حلی، شهید ثانی (شرح لمعه، ۱/۴۵۱)، صاحب جواهر، شیخ انصاری (مکاسب، ۵۹ و ۸۵) و دیگران

به آن استناد کرده‌اند این ضعف جبران شده است، به گونه‌ای که اکنون از این حدیث قاعده فقهی تسلیط استفاده و پایه گذاری شده است.

برخی گفته‌اند مراد از تسلط انسان بر مال خود، قدرت بر آن و نفوذ کلیه تصرفاتی است که در مال خود انجام می‌دهد، و مقتضای عموم سلطنت نیز نفوذ جمیع تصرفات است. دلیل آن‌ها این است که منع از این تصرفات سلب قدرت صاحب مال است که با عموم منافات دارد و از طرفی موجب حذف متعلق حدیث بدون دلیل و قرینه است (آل بحر العلوم، ۱۰۸۲).

در مورد مفاد این حدیث که تحت عنوان قاعده تسلیط از آن نام می‌برند، سه نظریه ارائه شده است:

۱- این جمله در مقام تشریح بیان شده و مفادش این است که مردم حق هرگونه تصرف مادی و حقوقی در اموال خود را دارند و می‌توانند این حق را به هر کیفیتی که بخواهند اعمال کنند. به عبارت دیگر، هرگونه تصرف، تا زمانی که عدم مشروعیت آن از سوی شرع اثبات نشده، توسط مالک مجاز و مشروع است. بر این مبنا، اگر تردید کنیم که تصرف خاصی از لحاظ شرعی جایز است یا نه، می‌توان برای اثبات مشروعیت آن به قاعده مزبور تمسک کرد (مراغه‌ای، ۱۷۷، همچنین کمپانی (محقق اصفهانی) ۱۰۹/۱). اما این نظریه مورد قبول بسیاری از فقیهان واقع نشده؛ زیرا مستلزم آن است که حدیث یادشده در مقام تشریح باشد و بر جواز هر تصرفی که مشروعیت آن از ناحیه شارع ثابت نشده باشد، دلالت کند (خویی، ۵۸۳).

۲- مردم بر اموال خود هر نوع سلطنتی دارند. اما در کیفیت و شیوه اعمال این سلطنت تابع مقرراتند.

از این رو، اگر در مشروعیت نوعی از تصرف تردید شود باید به عموم قاعده تمسک جست و به ثبوت آن نوع سلطنت حکم کرد. اما اگر به مقدار سلطنت و کمیت آن علم داریم و مثلاً می‌دانیم مالک سلطنت خاصی همانند حق فروش مال خود را

داراست لکن در کیفیت این سلطنت تردید داریم، مثل اینکه نمی‌دانیم بیع به صورت معاطات درست است یا نه، تمسک به قاعده برای اثبات مشروعیت آن شیوه از تصرف جایز نیست؛ زیرا این قاعده نه در مقام تشریح، بلکه در مقام اثبات سلطنت مالک در جهات قانونی وارد شده است (انصاری، ۸۳). به تعبیر دیگر، این قاعده صرفاً بر صحت تصرفات انجام شده در مال در مرحله مسببات (همانند بیع، صلح و مانند آن‌ها) دلالت می‌کند و بر سلطنتی که به مرحله اسباب برگشت دارد دلالت نمی‌کند. سلطنت مالک و حق او برای اعمال تصرفات حقوقی خاص همانند بیع مقید به آن است که به واسطه سببی که شارع جعل کرده است یا امضا می‌کند انجام گیرد (آملی، ۱۳۵/۱).

به هر حال، نتیجه نظریه دوم آن است که مردم همه‌گونه سلطنت و حق هر نوع تصرفی را در اموال خود دارند و می‌توانند هر نوع معامله عقلایی ای را درباره آن‌ها انجام دهند. اما کیفیت انجام یافتن تصرفات باید به شیوه‌ای باشد که توسط شارع جعل یا امضا شده است. به موجب این نظریه، هر چند اصل جواز انجام دادن معاملات ناقله نسبت به اموال از این قاعده مستفاد می‌گردد، ولی چنانچه تردید کنیم که آیا در انتقال محتاج به ایجاب و قبول لفظی هستیم یا از طریق معاطات نیز امکان انتقال وجود دارد، نمی‌توان برای اخذ مجوز به این قاعده تمسک کرد؛ چرا که قاعده صرفاً در مقام بیان وجود اصل سلطنت و قدرت بر تصرف در اموال است، نه نحوه اعمال این تصرف.

۳- این قاعده نه در مقام بیان اختیار مردم نسبت به عموم تصرفات است، نه بیانگر مجاز بودن در نحوه و کیفیت تصرف. بلکه مفاد دلیل سلطنت صرفاً بیان عدم محجوریت مالکان است و همین مقدار بیان می‌کند که مردم نسبت به اموالشان حق تصرف دارند. بدیهی است این سخن به هیچ وجه تجویز کننده انواع تصرف نیست، بلکه انواع تصرف‌ها و نحوه آن‌ها جملگی منوط به اجازة جداگانه شارع است.

در صورت پذیرش نظریه اول صحت و مشروعیت قراردادهای نامعین قابل تردید نیست. حتی در صورتی که نظریه نخست را رد کنیم و نظریه دوم را بپذیریم باز

هم این صحت و مشروعیت به قوت خود باقی است زیرا در قرارداد نامعین، شیوه اعمال سلطنت تابع شرایط اساسی صحت معاملات در شرع و قانون است و جواز این گونه معاملات برای فرار از این شرایط نیست. نظریه سوم که معتقد است این حدیث در مقام بیان اختیار مردم نسبت به عموم تصرفات نیست و صرفاً ناظر به عدم محجوریت مالکان است هم با روح حدیث و هم با ظاهر و الفاظ آن انطباق ندارد؛ زیرا روایت بیانی ایجابی دارد نه سلبی.

به هر حال، عموم حدیث مشهور پیشگفته اشعار دارد که لازمه مسلط بودن بر اموال این است که همه قراردادهای راجع به آن نیز به اجمال درست باشد. به بیان دیگر، معنای تسلط مردم بر اموالشان این است که می‌توانند هر تصرفی را که مایلند در آن بنمایند.

ممکن است ایراد شود که معنی تسلیط بر مال این است که مالک می‌تواند از راه‌هایی که شرع پیش‌بینی و مقرر داشته است در آن تصرف کند و از عموم تسلط نمی‌توان برای صحت معامله مشکوک استفاده کرد؛ چرا که قانونگذار در مقام بیان اصل تسلط بوده است، نه اذن در تصرفات گوناگون.

صاحب‌العناوین نیز خود به این ایراد توجه دارد و در پاسخ آن اظهار می‌دارد مفهوم لفظ تسلیط ظهور دارد که مالک می‌تواند به دلخواه خود در مال تصرف کند و شارع آنچه را که او اراده کند مباح می‌سازد. پس محدود ساختن مالک به شیوه‌های پیش‌بینی شده در قوانین، نیاز به قرینه‌ای ویژه دارد که حکم را از معنای عرفی خود منصرف کند. بنابراین، اگر پذیرفته شود که در امور مالی، اصل صحت حکومت دارد در زمینه‌های دیگر نیز باید آن را قبول کرد؛ زیرا درباره اجرای اصل صحت کسی تبعیض نکرده و اثبات آن در بعض عقود، به منزله قبول اصل، در همه قراردادهاست (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۳۵۶/۲).

بدین ترتیب، برای صحت معاملات مشکوک از جمله قراردادهای نامعین

می‌توان به حدیث تسلیط تمسک جست.

به منظور پرهیز از طولانی شدن نوشتار، از بررسی روایات واحادیث دیگر چون «المسلمون (المؤمنون) عند شروطهم» خودداری می‌شود.

۳- سیره عقلا

سیره قطعی جاری بین مردم اعم از عوام و خواص در گذشته و حال این است که هر قرارداد و معامله‌ای که جنبه عقلایی دارد و با اصول کلی شرع و شرایط عمومی صحت معاملات منافات ندارد منعقد می‌سازند و آن را صحیح تلقی می‌کنند. بنای آن‌ها در این مسأله حلیت و جواز این گونه قراردادها و معاملات است. از طرفی آنان این عمل را از سر بی‌اعتنایی انجام نمی‌دهند و از سوی شارع مقدس نیز ردع و منعی برای این گونه معاملات عقلایی وارد نشده است.

نمونه این گونه معاملات، عقد بیمه است که هم اکنون در کلیه کشورهای جهان و در انواع و اقسام مختلف جاری و مورد عمل است. در مورد این گونه معاملات هیچگونه ردعی از سوی شارع مقدس وارد نشده و برای مثال مواردی که برای بیمه اشکال شده در تطبیق این عقد بر عقود است که مشتمل بر جهل در عوضین است، در عین حال که اکثریت جامعه این تطبیق را صحیح نمی‌دانند.

خلاصه آن که بنا و عرف عقلا بر صحت و لزوم معاملات عقلایی اعم از معین و نامعین ناشی از طبع و هیت اولیه آن‌هاست (الزام و پای بندی به تعهدات)، نه حکمی خارج از معاملات که شرع آن را ایجاد کرده باشد.

تنها یک نکته در این جا باقی می‌ماند و آن این که با توجه به حادث بودن قراردادهای نامعین، دلیل سیره عقلا می‌بایست شامل سیره‌های پس از عصر تشریح نیز بشود. اکثر فقهای معاصر به سمت پذیرش سیره عقلا تمایل نشان داده‌اند.

شهید سید محمد باقر صدر بر تحلیل وجدانی تأکید می‌کند و می‌نویسد: وقتی

انسان رفتاری را بر وجدان و مرتکبات عقلایی خویش عرضه می‌کند می‌بیند خود به خود به طبع عقلایی‌اش به سوی این گونه رفتار رانده می‌شود. از این رو درمی‌یابد که این رفتار سیره تمام عقلاست. البته، استقلال مجتمعات عقلایی نیز می‌تواند مؤید این امر باشد (۷/۳-۳۶). دیگران اضافه کرده‌اند که برای حجیت بنای عقلا و تقریر معصوم عدم ردع کفایت می‌کند (حکیم، محمد تقی ۴۲۳ و ۱۹۸؛ امام خمینی، ۱۲۰).

امام خمینی (ره) متذکر می‌شوند که رجوع جاهل به عالم سستی است که انمه اطهار (س) از آن آگاه بوده و از آن ردع نفرموده‌اند و این دلیلی است بر این که سیره عقلا مختص زمان آنان نیست (امام خمینی، رساله اجتهاد و تقلید، ۳ - ۱۲۰).

یکی دیگر از محققان نیز معتقد است فطرت تنها عامل مشترک در میان انسان‌ها در همه مناطق جهان است. پس، اگر بنای مشترک عقلای عالم از فطرت سرچشمه گرفته باشد، این ناشی از اراده تکوینی خداوند است. حال آیا می‌توان تصور کرد که خداوند به این عمل برخاسته از فطرت راضی نباشد و از طریق شریعت درصدد نفی و الغای آن بر آید؟ (موسوی بجنوردی، سید محمد، تقریرات درس اصول).

۴- اجماع

از نظر امامیه، اجماع در ردیف کتاب و سنت، منبع مستقلی برای استنباط احکام شرعی محسوب نمی‌شود، بلکه فقط به عنوان کاشف از سنت معصوم (ع) معتبر شناخته می‌شود.

در مورد مشروعیت عقود مستحدث با وجود آیات و روایات متعدد در این باب اولاً، بررسی اجماع به عنوان یکی از مبانی، واجد اهمیت چندانی نیست و اصولاً نوبت به بررسی اجماع نمی‌رسد؛ ثانیاً، در زمان‌های گذشته، این نوع معاملات، تداول و زواج چندانی نداشته است تا فقهای معظم در این موارد موضعی اتخاذ کنند.

در هر حال مدرک ما برای صحت و مشروعیت قراردادهای نامعین، آیات و

روایات و سیره عقلاست و نظر مساعد فقها در این باب که قبلاً به برخی از آن‌ها اشاره شده با اتکا به همین منابع است. از این رو، حتی چنانچه اجماعی یافت شود اجماع مدرکی خواهد بود که باید برای بررسی آن به اصل مدارک رجوع شود.

۵- شروط ابتدایی و قراردادهای نامعین

شروط ابتدایی مانند عقد، التزامی است که فرد نسبت به نفس یا مال خود در محدوده‌ای که صلاحیت آن را دارد برعهده می‌گیرد (مدرسی، ۲۱۶). به تعبیر حقوقدانان، شرط ابتدایی تعهدی است که یکی از طرفین (مشروط علیه) در مقابل دیگری (مشروط له) برعهده می‌گیرد، بدون این که در ضمن عقدی از عقود باشد یا عقد مبتنی بر آن واقع شود (حائری، ۱۹۰).

فقها در مورد نفوذ شروط ابتدایی به دو گروه تقسیم می‌شوند: فقهای چون شیخ انصاری (مکاسب، ۲۸۲) و میرزای قمی (جامع الشتات، ۴۶۵/۱) حکم به عدم نفوذ شرط ابتدایی داده‌اند. همچنین، از اهل سنت، اهل ظاهر، ابوحنیفه و شافعی و گروهی از اصحاب مالک و احمد بن حنبل بر این اعتقادند (ابن تیمیه، ۷۶/۴) ابن تیمیه و ابن حزم نیز شرط را منحصر به شروط مأمور به از طرف شارع می‌دانند (ابن حزم ۲۴۴/۷). در مقابل، فقهای چون طباطبایی یزدی (حاشیة المكاسب، ۱۰۵) و مولی احمد نراقی (۴۴) و امام خمینی (البیع، ۹۳/۵) قایل به نفوذ شروط ابتدایی شده‌اند.

نگارنده در مقاله مستقلی به بررسی ادله موافقان و مخالفان پرداخته است و از این رو در این جا به منظور پرهیز از اطالة سخن به ذکر یک جمع‌بندی کلی اکتفا می‌کنیم.

چنانچه بخواهیم قراردادهای نامعین در حقوق عرفی را به مثابه شروط ابتدایی (شروط مستقل) تلقی کنیم و مشروعیت آن‌ها را از این طریق اثبات کنیم، می‌بایست چنین داوری کنیم:

۱. نخست آن که در معنای واژه شرط، پیروی از اهل لغت را لازم ندانیم و آن را به مطلق تعهد و الزام و التزام معنا کنیم (در اکثر کتب اهل لغت، شرط به الزام و التزام امری در ضمن بیع و مانند آن، معنا شده است). در این صورت ادله شرط مانند «المؤمنون عند شروطهم» شامل شرط ابتدایی نیز می‌شود (نراقی، ۴۴ و طباطبایی یزدی ۱۰۶-۱۰۵).

۲. متبادر از لفظ شرط را نزد عرف عامه همین معنا (مطلق الزام و التزام) بدانیم.

۳. اجماع منقول از صاحب ریاض مبنی بر عدم وجوب التزام به شروط قبل از نکاح را نپذیریم. همچنان که امام خمینی (۲۲/۵) و خوئی (۳۵۳/۷) در وجود این اجماع تشکیک نموده‌اند.

۴. در نهایت برای آن که بتوانیم قرارداد نامعین را مصداقی از مشروط ابتدایی بدانیم، علاوه بر اثبات صحت و نفوذ شروط ابتدایی باید لفظ شرط بر عقد (قرارداد) منطبق شود. شرط ابتدایی تعهدی است لازم که شخص با قصد انشای یک طرفه علیه خود به وجود می‌آورد. اگر در قبال چنین شرطی شخص دیگری نیز چنین شرطی بنماید که در قبال شرط آن طرف معامله قرار گیرد، به نحوی که تصویری از بیان اراده انشایی دو طرف به توافق در ایجاد تعهد در برابر یکدیگر باشد، در واقع شرط ابتدایی حالت شرط ضمن عقد را پیدا می‌کند و نفوذ پیدا می‌کند. به نظر برخی حقوقدانان این نظریه بیشتر منطبق با حقیقت و ماهیت شرط است تا نظریه آنان که شرط ابتدایی را باطل می‌دانند؛ زیرا شرط ابتدایی فاقد شرایط اساسی صحت برای معامله نیست تا باطل گردد، بلکه عیب آن یک طرفه بودن تعهد است که در صورت الحاق تعهد موافق طرف دیگر به آن، عیب مذکور مرتفع می‌شود و شرط ابتدایی نفوذ پیدا می‌نماید (افتخاری، ۲۲۷).

۶- تطبیق قراردادهای نامعین با عقد صلح

چنانچه قراردادهای نامعین را با عقد صلح در حقوق اسلامی مترادف بدانیم،

مبنایی شرعی برای مشروعیت این گونه قراردادها به دست آورده‌ایم. دو تن از حقوقدانان مشهور کشور در این باره دیدگاه‌هایی مخالف و موافق دارند.

کاتوزیان در این باره می‌نویسد: عقد صلح عنوانی است که باید به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. به بیان دیگر، صلح نیز خود قالبی است که از سوی قانونگذار برای تجلی حاکمیت اراده تأسیس شده است (کاتوزیان، مشارکت، صلح، عطایا، ۲۲۶).

بعضی دیگر از حقوقدانان معاصر، صلح را یک عقد نامعین دانسته‌اند و متذکر شده‌اند در فقه امامیه عقد صلح به جای سایر معاملات واقع می‌شود و از آن جا که هر توافقی را می‌توان در قالب عقد صلح برد، موضوع آن عام است. بدین ترتیب، می‌توان آن را یک عقد نامعین تلقی کرد. وی می‌نویسد: در فقه اسلامی عقد صلح، تنها عقدی است که می‌تواند هر گونه توافقی را که در قالب سایر عقود (به علت موانع قانونی) در نمی‌آید شکل دهد و محقق سازد و همان کاری که امروزه از ماده ۱۰ انتظار دارند در فقه از عقد صلح داشتند» (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۷۷۵).

به نظر نگارنده، عقد صلح عقد بی‌نام نیست، زیرا در زمان شارع مقدس وجود داشته است و شارع با جملاتی از قبیل: «الصلح جایز بین الناس الا صلحا احل حراماً او حرّم حلالاً» این عقد را امضا فرموده و مواردی را که با اصول کلی احکام اسلامی مغایرت داشته استثناء فرموده است.

عقد صلح با این قالب وسیع و آزادی عمل برای انتخاب موضوع آن قابلیت و استعداد پذیرش هر قرارداد و توافقی را دارد. اما اصرار بر این که عقد صلح بی‌نام است و تا نتیجه مفاد ماده ۱۰ به وسیله ماده ۷۵۸ تکرار شود نه با تاریخ فقه و دیدگاه‌های فقهای اسلام سازگاری دارد و نه آن را ضرورتی است؛ زیرا مفاد این دو ماده با یکدیگر متفاوت است و نسبت آن‌ها تساوی مطلق نیست؛ چرا که در برخی موارد هر یک از دو ماده دارای آثاری است که ماده دیگر فاقد آن اثر می‌باشد.

عقد صلح در موارد زیر با قراردادهای نامعین متمایز و متفاوت است:

۱. ماده ۱۰ ق.م.حکم به نفوذ عقود معین و غیرمعین می‌کند. اما عقد صلح قرارداد و توافقی را نافذ می‌کند که عنوان قرارداد نیز صلح باشد و نفوذ ماده ۱۰ ق.م. شامل عقد صلح نیز می‌شود. اباحه ناشی از ماده ۱۰ ق.م. نسبت به اباحه ناشی از عقد صلح عام است. یکی از حقوقدانان معتقد است ماده ۱۰ ق.م. اصل اباحه را در عقود معین نیز اعلام می‌کند و به استناد آن می‌توان همه شرایط و توافقی‌هایی را که مخالفت صریح با قواعد امری ندارد نافذ شناخت. ولی استناد به اباحه ناشی از صلح محدود به موردی است که عنوان معامله نیز صلح باشد. ماده ۱۰ ق.م. حاکمیت اراده را درون عقد صلح نیز تأمین می‌کند و نقشی مانند حدیث «المؤمنون عند شروطهم» در فقه را دارد (کاتوزیان، ۲۶۷).
۲. با تأکید بر مورد بالا اضافه می‌کنیم که در عقد صلح نیاز به لفظ خاص است و مفهوم آن باید مورد توجه و عنایت طرفین قرار گیرد. اشاره به عنوان صلح، هر چند به صورت ضمنی، لازم است و در این صورت دیگر عقد صلح قرارداد نامعین نیست. بلکه معین است.
۳. قصد تسالم موجب تحقق صلح است، هر چند طرفین به آن اشاره نکنند. قرارداد نامعین چنین قید و محدودیتی ندارد.
۴. آثار مربوط به توافق ناشی از ماده ۱۰ ق.م. محدود به متعاقبین می‌باشد، در حالی که در عقد صلح گاهی این توافق نسبت به اشخاص دیگر نیز اثر دارد؛ به عنوان مثال شخصی که در ملک مشاعی شریک است و سهم خود را تحت عنوان عقد صلح به فروش می‌رساند، شریک خود را از اعمال حق شفعه محروم می‌کند.
۵. برخی قراردادها مانند قرارداد ساخت، بهره‌وری و انتقال (BOT) که هم‌اکنون با استناد به ماده ۱۰ ق.م. انجام می‌شوند با عقد صلح تطابق ندارند.
۶. صلح باید مسبوق به نزاع و مخاصمه باشد و این مطلب در تعریف صلح تصریح

شده است. صلح بدوی نیز از نظر ما مشروعیت ندارد. حتی اگر صلح غیر مسبوق به منازعه را هم بپذیریم این صلح نمی‌تواند قراردادی نامعین تلقی شود. بلکه عنوان صلح را یدک می‌کشد. کما این که برخی محققان تصریح کرده‌اند آنچه ذاتاً از صلح قصد شده است «قطع تنازع» است. اما اگر امری زائد بر این را افاده کند به سبب وجود قرینه است (فاضل مقداد، ۶۸/۲)

بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت با عنایت به تمایزهای یاد شده عقد صلح نمی‌تواند مبنایی برای مشروعیت قراردادهای نامعین و یا مترادف با آن‌ها تلقی شود، هر چند از نظر آثار در بسیاری از جنبه‌ها یکسان باشند.

نتیجه

فرضیه مقاله حاضر این بود که قراردادهای نامعین همچنان که از نظر مبنایی حقوق عرفی صحیح تلقی می‌شوند از نظر آموزه‌های فقه و حقوق اسلامی نیز مشروع، صحیح و نافذند. برای اثبات این فرضیه چهار دلیل مورد بحث و بررسی واقع شد. یکی از مهم‌ترین دلایلی که فقهای معظم برای این گونه قراردادها (به تعبیر آنان عقود عرفی و مستقل یا مستحدثه) داشتند استناد به عمومات کتاب و سنت است که در جایگاه خود یکایک آیات و روایات را بررسی کردیم. سیره عقلا نیز از جمله دلایلی بود که کمتر مورد اختلاف است. سیره قطعی و جاری عقلا در گذشته و حال این است که هر معامله‌ای که جنبه عقلایی دارد و با اصول کلی شرع منافات ندارد، منعقد می‌کنند و هیچ گونه معنی نیز از سوی شارع در این خصوص وارد نشده است. موردی که نتوانستیم دلالت آن بر مشروعیت قراردادهای نامعین را اثبات کنیم اجماع است. در این مورد گفته شد که با وجود آیات و روایات و ادله شرعی برای اثبات فرض نوبت به اجماع نمی‌رسد و اجماع در این مورد چنانچه وجود داشته باشد «اجماع مدرکی» است که در نهایت بررسی آن به همین آیات و روایات بر می‌گردد و فی نفسه یک منبع

مستقل تلقی نمی‌شود.

عقد صلح نیز به دلیل تمایزها و تفاوت‌هایی که با قرارداد های نامعین دارد مبنایی برای مشروعیت بخشی به این گونه قراردادهای محسوب نمی‌شود. اما شروط ابتدایی در صورتی که شرط را مطلق الزام و التزام بدانیم و شرط حالت دو طرفه پیدا کند می‌توانند بر این قراردادها منطبق شوند.

منابع

قرآن کریم

- آل بحرالعلوم، سیدمحمد، بلفه الفقیه، تهران: مکتب الصادق، ۱۳۶۲.
- ابن اثیر، مجدالدین، النهایه، بیروت: مؤسسه الاعلمی، ۱۴۰۸ق.
- ابن تیمیه، تقی الدین، الفتاوی الکبری، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۸ق.
- ابن حزم، المحلی بالآثار، بیروت: دارالآفاق الجدید، بی تا.
- ابن منظور، لسان العرب، بیروت: دارلسان العربی، بی تا.
- افتخاری، جواد، کلیات عقود و حقوق تعهدات، تهران: میزان، ۱۳۸۲.
- انصاری، مرتضی، المکاسب، به خط طاهر خوشنویس، تبریز: بی تا.
- _____، فرائد الاصول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.
- توحیدی، محمدعلی، مصباح الفقاهه، تقریرات درس آیت الله خوئی، قم: وجدانی، بی تا.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تاثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۴۰.
- _____، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۶۷.
- _____، رهن و صلح، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بیروت: دارالعلم الملايين، ۱۴۰۷.
- حائری، مسعود، اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، تهران:

کیهان، ۱۳۷۳.

حرعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت: دار احیا التراث العربی، بی تا.

حسینی جرجانی، ابوالفتح، *تفسیر شاهی از آیات الاحکام*، تهران: نوید، ۱۳۶۲.

حکیم، محمد تقی، *الأصول العامة للفقہ المقارن*، قم: دارالکتب الاسلامیه، بی تا.

خمینی، روح الله، *البیع*، تهران: وزارت ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷ق.

_____، *رساله اجتهاد و تقلید*، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خوانساری، آقا موسی، *صنیة الطالب*، تقریرات درس میرزای نائینی، نجف: مطبع المرتضوی، ۱۳۵۷ق.

خوانساری، احمد، *جامع المدارک*، تهران: مکتب الصدوق، ۱۳۹۴ق.

خوئی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم: وجدانی، بی تا.

دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه*، نسخه الکترونیکی موسسه دهخدا.

راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *المفردات*، بیروت: دارالمعرفه، بی تا.

زحیلی، وهبه، *الفقہ الاسلامی و ادلته*، بیروت: دارالفکر، ۱۴۰۴ق.

سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدني*، بیروت: دار احیا التراث العربی، ۱۹۷۰م.

شریف احمد، محمد، *مصادر الالتزام فی القانون المدني*، عمان: دارالثقافه، ۱۹۹۹م.

شهید ثانی، زین الدین، *شرح لعمه*، قم: تصحیح کلاتر.

_____، *مسالك الأفهام*، قم: موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.

صدر، سید محمد باقر، *دروس فی علم الاصول*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.

طباطبایی یزدی، محمد کاظم، *حاشیة المکاسب*، تهران: چاپ سنگی، بی تا، ۱۳۱۷ق.

طباطبایی، سید محمد حسین، *تفسیر المیزان*، ترجمه سید محمد باقر موسوی، تهران:

مهدیه.

- طوسی، محمدبن حسن، *الخلاف*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- عاطف النقیب، *نظریة العقد*، بیروت: منشورات عویدات، ۱۹۸۸م.
- غروی اصفهانی، محمد حسین، *حاشیة المكاسب*، قم: دارالمصطفی، ۱۴۱۸ق.
- فاضل مقداد، *کنزالعرفان فی فقه القرآن*، تهران: مرتضوی، ۱۳۸۵ق.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی*، جلد اول، چاپ سوم، دانشگاه تهران.
- _____، *مشارکت ها، صلح، عطایا*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۹.
- کاشف الغطا، محمد حسین، *تحریرالمجملة*، قم: مکتب فیروزآبادی، بی تا.
- گرجی، ابوالقاسم، *جزوه درسی آیات الاحکام*، دانشکده حقوق دانشگاه تهران
- مجاهد، سیدمحمد، *مناهل*، چاپ سنگی، مؤسسه آل البيت، ۱۳۷۴ق.
- مجلسی، محمدباقر، *بحارالانوار*، بیروت: داراحیا التراث العربی، ۱۴۰۳ق.
- محمدتقی، ابن حجه الاسلام شیخ محمدباقر، *العقود*، بی تا.
- مدرسی، سید محمد تقی، *الفقه الاسلامی قسم المعاملات*، بیروت: دارالصادق، ۱۳۹۳ق.
- مراغه‌ای، میرفتاح، *العناوین*، چاپ سنگی، تبریز، بی تا، ۱۲۷۴ق.
- مغنیه، محمد جواد، *فقه الامام جعفرالصادق (ع)*، بیروت: دارالجواد، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیة*، مدرسه الامام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳ق.
- موسوی بجنوردی، سید محمد، *تقریرات درس اصول*، دانشگاه تربیت معلم تهران، ۱۳۸۰.
- _____، *قواعد فقهیہ*، تهران: آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۶۸.
- میرزای قمی، ابوالقاسم، *جامع الشتات*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- _____، *جامع الشتات*، با تصحیح مرتضی رضوی، تهران: مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.
- نجفی، محمد حسن، *جواهرالکلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نراقی، مولی احمد، *عوائدالایام*، قم: مکتبه بصیرتی، بی تا.

