

## قوانین فقه اسلامی

### ترجمه

الموجبات والعقود علی ضوء القوانین الحدیثه  
تألیف استاد دکتر صبحی محمصانی

جلد دوم

### مختار شریعت اسلام

صاحب هدایه گفته کتاب کا الخطاب و همچنین است مراسله و حتی در تمامیت عقد مجلس و مکان بلوغ کتاب و ابلاغ رسالت را معتبر دانسته و معنی آن این است که کتاب بمنزله شخص موجب است و وصول مکتوب بطرف برای تمامیت عقد کافی است. و همچنین در تمامیت عقد رسالت کلام رسول را معتبر دانسته و آنرا بمنزله کلام مرسل میدانند و گفته بقبول مرسل الیه عقد تمام است مثل اینکه خود مرسل انشاء ایجاب نموده بنا بر این بمجرد اینکه مرسل الیه و مکتوب الیه اعلان قبول نماید عقد در مکان قبول منعقد میشود و در زمان اعلام قبول عقد تمام است و شرط اتحاد مجلس مطلوب در عقود حاصل میشود بنحوی که توضیح داده شد و این اتحاد بطوریکه ملاحظه میکنید اتحاد حکمی است زیرا ما مقصودی جز ارتباط لازم بین امر ایجاب و قبولی نداریم برای حصول تقاعد که با این حال ارتباط حاصل شده بنا بر این نظریه شریعت اسلام در تمامیت عقد با اعلان قبول است که بیان آن قریباً خواهد آمد.

و متفرع میشود بر این مبنی عدم رجوع کاتب و مرسل بعد از اعلان قبول از بلوغ کتاب و رسول بطرف رجوع از ایجاب نمایند.

و شرط نیست علم مرسل الیه بر جوع موجب باین معنی که قبول مرسل الیه بعد از رجوع موجب مؤثر نیست اعم از اینکه عالم بر جوع باشد یا نباشد.

## نظریات علمای حقوق معاصر در دنیا و قوانین جدید و انطباق آنها با قوانین اسلامی

آراء و اجتهادات علمای حقوق و قضاة معاصر و قوانین جدید در مسئله انعقاد عقد بوسیله مکاتبه و مراسله مختلف است اجمالا نظریات مزبور بچهار نظریه تقسیم شده که هر یک از آن نظریات بطور مختصر تعریف و بیان میشود.

اول نظریه تبلیغ است بنا بر این نظریه تمامیت عقد در عقود بمکاتبه و مراسله به قبول طرف و ابلاغ آن بموجب میباشد و این نظریه موجه و معقول است زیرا همانطوریکه موجب لازم است ایجاب را بطرف لازم است قبول قابل هم بموجب ابلاغ شود تا ارتباط ایجاب بقبول حاصل و عقد متحقق و تمام شود و طرفین ایجاب و قبول هم از رضایت یکدیگر مطلع شوند مبنی بر نظریه تبلیغ است قوانین بسیاری از کشورهای لاتینی مانند قوانین اسپانیا و ایتالیا و پرتغال و روم و بعضی دول آمریکای جنوبی و تبعیت از این نظریه کردند قضاة بلژیکی و بعضی ممالک دیگر در اجتهادات قضائی خود.

دوم - نظریه تسلیم است بنا بر این نظریه عقد بمکاتبه و ارسال رسول هنگامی تمام است که مرسل جواب مرسل الیه را تسلیم موجب نماید ولو قبل از اطلاع موجب بمضمون آن و از این نظریه تبعیت کرده قانون مدنی آلمان چنانچه در ماده ۱۳۰ قانون مزبور مقرر شده که بمجرد تسلیم جواب بموجب عقد تمام است و در ماده ۱۵۱ تصریح شده باینکه مگر آنکه موجب حق تبلیغ را ساقط کرده باشد یا آنکه عرف عدم لزوم تبلیغ را تأیید کند در این صورت عقد به قبول مرسل الیه تمام است.

سوم - نظریه ارسال است بنا بر این نظریه عقدی که بمکاتبه جریان دارد تمامیت آن بسته به قبول طرف و دادن نامه قبولی بدفتر پست میباشد بنحویکه استرداد

نامه از پست ممکن نباشد تبعیت از این نظریه کردند علمای حقوق انگلیس و ولایات متحده آمریکا در اجتهادات قضائی خود .

بطوریکه ملاحظه میشود این نظریه عملی و مفید است در معاملات تجاری زیر ارسال نامه قبولی بدفتر پست دلیل واضح و ثابت براراده قابل است و او را در وضعی قرار میدهد که قادر باسترداد قبول خود نیست علاوه وقت قبول را هم میتواند بوسیله دفتر پست و شهادت حامل نامه ثابت نمود و اگر موجب بخواهد از ایجاب عقد بوسیله مکاتبه رجوع کند طبق اجتهادات علمای حقوق انگلیس باید قبل از اینکه طرف قبولی خود را اعلام کند رجوع باو ابلاغ شود برخلاف آنچه در نظریه اسلامی بیان شده است .

چهارم نظریه مختلطه است و این نظریه واسطه بین نظریه تسلیم و نظریه ارسال میباشد بنابراین نظریه تمامیت عقد هنگام تسلیم جواب قبول بموجب است لکن آثار مترتبه از عقد از زمان ارسال جواب میباشد .

از این نظریه تبعیت نموده قانون کشورهای سوئیس و بعضی کشورهای دیگر نظریه پنجمی هم میباشد که گفته اند تمامیت عقد با اعلام رضایت طرف در قبول ایجاب قبل از ارسال جواب و وصول آن بموجب است بمحض ابراز رضایت و قبول طرف عقد تمام است و علم موجب هم بقبول طرف بنابراین نظریه لازم نیست .

و بطوریکه ملاحظه میشود این نظریه منطبق با نظریه شرع اسلام میباشد و تبعیت از این نظریه کرده قانون موجبات و عقود لبنانی چنانچه در ماده ۱۸۴ مقرر داشته اگر معاملات بمراسله یا بواسطه فرستاده بین دو طرف غائب جریان داشته باشد انشاء عقد در وقت و مکانی تمام است که قبول از طرف صادر شده .

### قانون فرانسه

در این مسئله علمای حقوق و قضاة فرانسوی در اجتهادات قضائی خود اختلاف نظر داشتند حتی تامدتی محاکم تمیز فرانسه نتوانستند تصمیم واحدی در این مسأله

اتخاذ نمایند و همواره حل و فصل آن در هر قضیه تابع نظر محاکم بود که با شروط و احوال بخصوص مورد حکمی صادر نمایند تا اینکه بالاخره در سال ۱۹۳۳ باتفاق آراء نظریه اعلان را که منطبق با قوانین اسلام است قبول نمودند.

بنابراین قوانین اسلام و لبنان و فرانسه در این مسأله خلافی متفق میباشند و این نظریه در جنبه علمی با قوانین انگلیس و آمریکا چندان فاصله ندارد.

### انعقاد عقد بوسیله تلفن

در خاتمه ضرر ندارد اشاره بحکم عقود معاملاتی که بوسیله تلفن جریان مییابد بشود در این مسأله دائماً بین علمای حقوق و قوانین از لحاظ محل انعقاد عقد و آثار مترتبه بر آن از این جهت اختلاف بوده و هست بعضی از علمای حقوق مکان قابل را مناط دانسته اند و بعضی دیگر مکان موجب را جمعی نظر قاضی را در مسأله معتبر دانسته اند قانون موجبات لبنانی در ماده ۱۸۵ چنین مقرر داشته عقدی که بوسیله تلفن انجام میشود بمنزله عقدی است که دو نفر حاضر منعقد نمودند و اگر ضمن عقد محل انعقاد تعیین نشده باشد نظر قاضی در مسأله مناط اعتبار است.

## فصل چهارم

### در موضوع عقد

### قسمت اول

## در موضوع و شروط عقد

### کلیات

هر عقدی باید دارای موضوعی باشد که عقد نسبت بدان واقع شود و این

موضوع در اصطلاح عربی محل عقد یا معقود علیه نامیده میشود شکی نیست در اینکه موضوع عقد در حقیقت آن التزام ناشی از عقد است و لذا ماده ۱۶۸ قانون موجبات لبنانی موضوع عقد را انشاء موجبات دانسته .

موضوع عقد متنوع بانواع متعدد است مثلاً موضوع عقد بیع انتقال مبیع بمشتری و ثمن بیایع میباشد و در اجاره انتقال منفعت بمستاجر و اجرت بموخر و در اعاره انتقال منفعت بمستعیر است مجازاً و هکذا در کتاب مرشد الحیران موضوع عقدا چنین بیان کرده در هر عقدی ناچار از وجود محلی است که عقد بآن منسوب شود و لازم است که معقود علیه مال باشد اعم از عین یا دین یا منفعت یا عمل .

از عبارت مرشد الحیران اولاً معنی موضوع عقد که التزام ناشی از عقد است فهمیده نمیشود ثانیاً متذکر نشده که ممکن است موضوع عقد امتناع از عمل معینی باشد بنا بر این تعریف قانون موجبات لبنانی در ماده ۱۸۷ واضح تر از تعریف مرشد الحیران است زیرا چنین مقرر شده که موضوع عقد ممکن است فعل باشد که آنرا موجب فعل گویند یا امتناع از عدل معینی باشد که آنرا موجب امتناع نامند یا آنکه انتقال ملك یا انشاء حق عینی باشد که آنرا موجب اداء نامند .

در هر صورت محل یا موضوع عقد دارای شروطی است که از این قرار است اول آنکه موضوع عقد باید ممکن و غیر مستحیل باشد دوم آنکه معین باشد و مجهول نباشد سوم آنکه موجود باشد و معدوم نباشد چهارم آنکه مباح باشد و حرام نباشد . ما در این قسمت دو شرط اول را بیان میکنیم لکن شروط دیگر را هر يك در بخش علیحده بیان خواهیم کرد زیرا آن شروط محتاج بتفصیل و بیان بیشتر است .

### اول امکان موضوع عقد

از قواعد مسلمه در اصول فقه اسلامی است که شرط تکلیف قدرت بر مکلف به میباشد عملاً بایه کریمه لایکفاله نقساً الاوسعها بنا بر این لازم است در عقود که معقود علیه یا موضوع عقد ممکن باشد و لذا تعهد بر عمل محال یا تعهد بر تسلیم چیزی

که غیر مقدورالتسلیم است جائز و صحیح نیست.

چنانچه المجله در دو ماده ۱۹۸ و ۲۰۹ مقرر داشته لازم است مبیع مقدورالتسلیم باشد بیع غیر مقدورالتسلیم باطل است مانند بیع کشتی غرق شده که مقدور نباشد خروج آن از دریا یا بیع حیوان وحشی که ممکن نیست نگاهداری و تسلیم آن.

این حکم اختصاص بعقد بیع تنها ندارد بلکه شامل جمیع عقود میشود چنانچه در ماده ۴۵۷ المجله تصریح شده که شرط صحت اجاره آنست که منفعت مقدورالاستیفا باشد و لذا صحیح نیست اجاره حیوان وحشی فراری و نیز در ماده ۸۰۸ متذکر است باید مال مستعار صالح برای انتفاع باشد و نیز شرط صحت عقد رهن آنستکه عین مرهونه مقدورالتسلیم در وقت رهن و قبض باشد و همچنین ودیعه باید قابل قبض و اقباض باشد ماده ۷۰۹ المجله و نیز در ماده ۷۷۵ مقرر داشته شرط است در ودیعه که قابل تصرف و صالح برای قبض باشد بنا بر این صحیح نیست ایداع پرنده در هوا و از امثله تعاقد بر فعل محال روایتی است که از ابن حزم و دیگران نقل شده جائز نیست باطیب شرط شود که مریض سالم گردد زیرا سلامت بدست خدا میباشد.

و اما قانون لبنانی تصریح نموده باینکه هر عقدی که بر شیئی یا فعل محال بسته شود باطل است ماده ۱۹۱ شبیه باین بیان کلی است مفاد ماده ۶۴ قانون اصول محاکمات حقوقی عثمانی که اگر معقود علیه غیر ممکن الحصول باشد پذیرفته نمیشود دعوی بسبب بطلان عقد.

### تعیین موضوع عقد

از شروط صحت عقد نیز تعیین موضوع آنست بنحویکه معلوم و غیر مجهول باشد. و این شرط را المجله در موارد بسیاری متذکر شده و در باب بیع مقرر داشته که لازم است مبیع نزد مشتری و ثمن نزد بایع معلوم باشد و نیز در اجاره شرط صحت آن تعیین ماجور و منفعت و اجرت میباشد بنحوی که مانع نزاع و

اختلاف بوده باشد و همچنین شرط است تعیین معقود علیه در کفالت و حواله و رهن و اعاده و هبه و صلح و لکن این شرط نیز خالی از مستثنیات نیست در مذهب ابوحنیفه بر خلاف مذهب شافعی جایز است ابراء حقوق مجهوله صفت جهالتی که ناشی از عدم تعیین موضوع عقد باشد نزد فقهای حنفی موجب بطلان عقد نیست بلکه موجب فساد عقد است بر خلاف عقیده شافعی که عقد باطل و فاسد را مرادف یکدیگر میدانند مگر در بعض عقود .

مثل اینکه در ماده ۲۱۳ المجله<sup>۱</sup> مقرر شده که بیع مجهول فاسد است اگر بایع بهشتی بگوید فروختم جمیع اشیائی را که ملک من است و مشتری در مقابل بگوید خریدم در حالیکه مشتری اشیائی که ملک بایع است تفصیلاً نداند بیع فاسد است .

و در سابق بیان شد که عقد فاسد بزوال صفت فساد منقلب بصحت میشود و در بعض عقود مانند بیع و قرض و رهن عقد فاسد بقبض تبدیل بصحت میشود در ماده ۳۶۶ المجله تصریح شده باینکه بیع فاسد بقبض بیع منقلب بصحت میشود و همچنین در بعض عقود دیگر مانند اجاره و شرکت و امثال اینها عقد فاسد بدون اثر شرعی نیست بلکه صحیح است لکن اجرت المسمی تبدیل باجرت المثل میشود بشرط آنکه اجرت المثل زائد بر اجرت المسمی نگردد بقرض و وجود اجرت المسمی در عقد مثل اینکه در دو ماده ۴۶۱ و ۴۶۲ المجله مقرر شده که اجاره فاسد نافذ است لکن موجر مستحق اجرت المثل میباشد و گاهی فساد عقد اجاره ناشی از آن است که در عقد اجاره بدل مجهول بوده و گاهی فساد ناشی از فقدان سایر شروط صحت است در صورت اول موجر مستحق اجرت المثل است بهر مقدار که باشد و در صورت دوم موجر مستحق اجرت المثل است بشرط آنکه تجاوز از اجرت المسمی نکند .

---

۱ - تفصیل المجله مطرد نیست زیرا در صورت جهل ببدل شکی در لزوم اجرت المثل نمیباشد اما در صورت دوم اگر فساد عقد اجاره ناشی از عدم رضایت باشد مثل اینکه اجاره کرها یا غفلتاً واقع شده باشد در اینصورت موجر مستحق اجرت المثل میباشد مگر آنکه فساد ناشی از عدم تعیین موضوع باشد مثل اینکه موجر بگوید اجاره دارم یکی از دو دکان را به پنجاه ریال در اینجا ملک اقل الامرین میباشد اگر اجرت المثل هفتاد ریال باشد همان پنجاه ریال خواهد بود چون موجر بآن مبلغ راضی بوده نقل از تحریر المجله در شرح ماده - مترجم .

ثردیدی نیست که پس از تصویب ماده ۶۴ قانون اصول محاکمات حقوقی عثمانی مواد نامبرده از المجله دارای اهمیت قانونی نیست زیرا در ماده مزبور مقرر شده که اگر بعضی شروط فرعیه عقد ساکت بماند و از آن جهت نزاعی بین متعاقدين حاصل شود نظر قاضی مناط اعتبار است مخصوصاً در قسمت اخیر ماده مزبور تصریح شده باینکه اگر متعاقدين بر جهات اصلیة عقد اتفاق کنند عقد تمام است ولو اینکه بعض شروط و جهات فرعی عقد ذکر نشده باشد و چنانچه در جهات فرعی اختلافی بین متعاقدين روی دهد محکمه پس از رسیدگی بماهیت قضیه آن جهات را تعیین میکند .

لکن ماده ۱۹۰ قانون موجبات لبثانی پس از تصریح باینکه واجب است تعیین ماهیت موضوع و مقدار آن در عقود اضافه نموده است که کافی است تعیین نوع شیئی و اینکه عقد متضمن مقدار موضوع عقد بقدر امکان باشد و این ماده مبتنی بر قاعده مایمکن تعینه بمنزله المعین است .

## قسمت دوم

### در وجوب موضوع عقد

#### وجود معقود علیه

اصل در عقود آنست که واقع شود بر شیئی موجود و لذا تعاقد بر معدوم باطل است و لکن این قاعده در تمام انواع عقود کلیه ندارد و منطبق باموردی است که معقود علیه عین باشد .

مثلاً در مواردی که معقود علیه عمل یا منفعت باشد در حقیقت موضوع عقد هنگام عقد امر معدومی است که بتدریج و مرور زمان بوجود میآید .

مثالی که موجب توضیح بیشتر باشد عقد اجاره اشیاء است موضوع عقد اجاره



انتفاع موخره است منافع هنگام عقد موجود نیست بلکه معدوم است و باستیفای مستاجر تدریجاً حادث میشود در اینصورت باقیاس باصل مزبور باید اجاره باطل باشد لکن بقاعده استحسان اجاره اشیاء جایز است نظر بحاجت مردم و ثبوت آنهم بدلیل کتاب و سنت و اجماع میباشد و همچنین است حکم عقود دیگری که موضوع و متعلق آنها منفعت است مانند اعاره یا عقودیکه متعلق آنها عمل است مثل وکالت و اجاره عمل و کفالت و جعاله و امثال اینها نزد کسانی که قائل بصحت جعاله میباشند. تعجب عزالدین عبدالسلام بجا است از کسانی که عقد معاوضه بر معدوم را خلاف اصل دانسته اند با اینکه در قوانین اسلام متعلق و موضوع بسیاری از عقود بنحویکه بیان شد معدوم است.

پس بنا بر آنچه ذکر شد شرط وجود در عقود علیه محدود بمواردی است که موضوع عقد عین باشد چنانچه المجله در باب بیع مقرر داشته که در بیع لازم است مبیع موجود باشد و بیع معدوم باطل است بنا بر این بیع ثمره که بروز نکرده باطل است و همچنین در هبه شرط میباشد که موهوب هنگام انعقاد هبه موجود باشد بنا بر این صحیح نیست هبه انگور بستانی که بعداً بثمر خواهد رسید یا ولداسبی که بعداً تولد خواهد یافت.

و این قاعده مستند است بحديث شریفی که از پیغمبر (ص) رسیده است که نهی فرموده بیع **حبل الحبله** را (حبل، بچه شتر است که در شکم مادر میباشد) زیرا مبیع در این بیع معدوم است. شکوه غلام انسانی و مطالعات فرهنگی  
و نیز از حکیم بن حزام روایت شده که سؤال کرد از رسول خدا (ص) مردی آمده از من بخرد مالی را که در اختیار ندارم آیا بفروشم آنمال را از بازار فرمود فروش مالی را که در اختیار نداری.

### بیع اشیاء مستقبله

از آنچه بیان شد نتیجه گرفته میشود که تعاقب نسبت باموالی که بعداً بوجود

خواهند آمد صحیح نیست زیرا در حال انعقاد عقد معدوم است و بیع معدوم باطل است لکن بسیاری از فقها مستثنیاتی از این قاعده نقل کردند که اهم آنها عقد استصناع و عقد سلم است .

### عقد استصناع

استصناع مقوله ایست که واقع میشود با اهل صنعت که چیزی درست کنند در این عقد عامل صانع و مشتری را مستصنع و موضوع را مصنوع مینامند بنا بر این عقد شیئی مصنوع نتیجه عمل و عینی است که صانع تسلیم مستصنع میکند و بطوریکه ملاحظه میشود مصنوع در هنگام انعقاد عقد موجود نیست در آینده درست شده تحویل میشود معدالک این عقدا را فقها استحسانا و استنادا بدست و اجماع تجویز نمودند .

### بیع ثمار

در این جا مسئله ایست که بحث آن مربوط به موضوع ما میباشد و آن مسئله بیع ثمار است .

فقها متفقاً بیع ثمره را قبل از بروز کامل بدرخت جایز دانسته اند اعم از اینکه صالح برای خوردن باشد یا نباشد و همچنین اتفاق دارند بر اینکه بیع ثمره قبل از ظهور صلاح باطل است و لکن اختلاف در این است که پس از بروز ثمره و قبل از ظهور صلاح و اطمینان بعدم فساد بیع آن صحیح است یا باطل .

در صحیحین و غیر آنها روایت شده از نبی اکرم (ص) که نقر و شید ثمره را قبل از اطمینان بعدم فساد و نیز مسلم نیشابوری از پیغمبر (ص) روایت کرده که نبی فرمود از بیع نخل تا آنکه ظاهر شود و از بیع سنبل تا متمایل بسفیدی گردد و اینکه پیغمبر (ص) فرمود معامله نکنید ثمره را تا اطمینان بعدم فساد آن پیدا کنید و فرمود

صلاحیت و عدم فساد ثمره به تغییر لون آن بقرمزی یا زردی است.

علت نهی رسول خدا ص از خود حدیث مستفاد میشود چنانچه روایت کردند مالک و غیر آن از فقها که آیا ملاحظه نکردید که خدا شما را منع کرده از بیع ثمره پس برای چه میخورید یکی از شما مال برادر خود را یا عبارت دیگر علت نهی بیع تلف ثمره قبل از رسیدن آن میباشد که نتیجه آن اکل مال بباطل است چنانچه بر مشتری هم نهی از خرید آن شده زیرا شرکت در عمل حرام است.

با توجه بتفسیر احادیث مزبور رأی اکثر فقها بر صحت بیع قبل از ظهور صلاح میباشد بشرط قطع مبیع در حال و تسلیم آن ب مشتری در صورتیکه مبیع مقطوع قابل انتفاع باشد مانند قوره انگور و نیز فقها اتفاق بر بطلان بیع ثمره قبل از ظهور صلاح و اطمینان بعدم فساد دارند بشرط بقای آن بدرخت تا هنگام رسیدن و لکن در حکم بیع ثمره بطور اطلاق و بدون شرط بقای قطع اختلاف است. سه نفر از ائمه مالکی و شافعی و ابن حنبل بیع ثمره را بطور اطلاق و بدون شرط جائز ندانستند باستناد حدیث شریفی که اطمینان بعدم فساد را شرط نموده و معنی صلاح و اطمینان بعدم فساد ظهور نضج و حلاوت در ثمره میباشد.

اما بمذهب حنفی بیع ثمره جایز است زیرا صلاحیت در ثمره و تأمین از فساد ب بروز ثمره حاصل میشود ولذا در ماده ۲۰۸ المجله تصریح شده باینکه چیز هائیکه اجزاء تکمیلی آن تدریجاً بوجود میآید و وقفه بروز نمیکند بلکه بتدریج اجزاء کمالیه آن بروز میکنند مانند فوا که که از گل شروع میشود تا بمرتبۀ کمال برسد و سبزیجات اگر قسمتی از آنها بروز کرده باشد صحیح است بیع آنچه بروز کرده بانضمام آنچه بعداً بروز میکند بصفقه واحد<sup>۱</sup>

---

۱- علامه فقیه شیخ محمد حسین الکاشف النطاء در ذیل ماده ۲۰۶ و ۲۰۷ چنین بیان کرده که برای بیع ثمره سه حالت است. بیع ثمره اشجار یا قبل از ظهور است یا بعد از ظهور و قبل از بدو صلاح میباشد و یا بعد از ظهور و بدو صلاح میباشد.

بنظر فقهای امامیه اشکالی در صحت بیع ثمره بعد از ظهور و بدو صلاح نیست اعم از اینکه شرط قطع ثمره یا بقای ثمره بشود یا نشود چنانچه المجله در ماده ۲۰۶ مقرر داشته و این فرد واضح از حقوق مسئله است لکن المجله متذکر فرد واضح و روشن مسئله شده ولی واگذارده بقیه زیر صفحه ۲۰

این ماده مستند بقاعده استحسان است بنا بر فتوای بعض فقهای حنفی مانند حلوانی و محمد بن فضل بر خلاف مذهب بعض دیگر از فقها که مثل این بیع را منع کردند حاصل آنکه در شریعت اسلام سوای آنچه ذکر شد تعاقد بر اشیائی که در حال عقد موجود نیست و بعداً بوجود خواهد آمد باطل است باعتبار اینکه موضوع عقد هنگام انعقاد باید موجود باشد.

در ماده ۲۰۷ المجله بموجب ماده ۶۴ قانون اصول محاکمات حقوقی عثمانی از این جهت تعدیل شده است زیرا مقرر داشته مقاولاتی که منعقد میشود بر اشیائی که بعداً بوجود خواهد آمد معتبر است.

و اخیراً ماده ۱۸۸ قانون موجبات لبنانی پس از آنکه اشاره نموده باینکه عدم وجود موضوع عقد موجب انتفاء عقد است تجویز نموده که موضوع عقد از اشیائی باشد که بعداً بوجود آید

### حکم معامله سهم الارث قبل از فوت مورث

از مسائل خلافی در قوانین جدید غربی مسأله تعاقد بر تر که غیر مستحقه در حال انعقاد میباشد مثل اینکه کسی بفرود شد تمامی یا قسمتی از سهم الارث خود را قبل از فوت مورث.

است فرض مشکل و مهم مسئله را و لازم بود متعرض دو حالت دیگر مسئله بشود و آن بیع ثمره است بعد از ظهور و قبل از بدو صلاح که مشهور صحت است شرط قطع یا ابقاء ثمره تا آنکه نضج بگیرد و مشکل تر از این فرض که محل خلاف است بیع ثمره است قبل از ظهور اقوال در این فرض متعدد است نسبت بشمره در یکسال و یا بیشتر بیع یا ضمیمه باشد یا بدون ضمیمه جمعاً میتوان اقوال را بچهار دسته تقسیم نمود :

۱- قول بصحت در همه احوال. ۲- قول بعدم صحت در همه احوال. ۳- قول بصحت در دو سال و بالاتر و بطلان در سال واحد. ۴- قول بصحت با ضمیمه مطلقاً در سال واحد یا بیشتر. بر حسب قاعده قول چهارم است زیرا مقتضای قاعده بطلان بیع ممدوم است و اعتبار وجود مبیع شخصی از شرط مهمه است در خروج از قاعده باید اقتصار بقدر متیقن نمود و قدر متیقن صورتی است که بیع ثمره قبل از ظهور صلاح ضمیمه باشد یا مورد معامله از دو سال کمتر نباشد خلاصه آنکه اشهر اقوال در مذهب امامیه آنست که بیع ثمره بعد از ظهور صلاح منعی ندارد اما قبل از ظهور صلاح جواز بیع آن مشروط باینکه منضم بچیز دیگری باشد یا کمتر از دو سال نباشد ولو ضمیمه هم نداشته باشد محل کلام است. مترجم.

اولین قانونی که این نوع عقد را تحریم کرده قانون روم است با استناد اینکه تعاقد برتر که مستقبلاً مانند سهم الارث مخالف با اخلاق و مصلحت عمومی است و حرام می باشد زیرا در این معامله قرارداد مبتنی بر فوت مورث است و ملازم با تمنای هر گه مورث می باشد ولی چون تحریم این عقد بمصلحت و نفع مورث است در صورتیکه مورث رضایت بمعامله بدهد در آن صورت در قانون مزبور تجویز شده .

قانون مدنی فرانسه تبعیت از قانون رومیان کرده و در ماده ۱۱۳۰ مقرر داشته که وارث نمیتواند حق الارث خود را از ترکه مورثی که در حال حیات است بفروشد حتی با رضایت خود مورث .

بطوریکه ملاحظه میشود قانون مدنی فرانسه قانون رومی را تشدید کرده زیرا بموجب قانون روم معامله وارث با رضایت مورث جایز بوده لکن قانون مدنی فرانسه آنرا هم منع کرده .

چون قانون فرانسه نظر بفرسفه قانون رومی ندارد که رعایت مصلحت مورث باشد بلکه مصلحت وارث هم در انعقاد چنین عقدی نیست چون این نوع معامله موجب غرور وارث و تبذیر مال او خواهد بود .

قانون موجبات لبنانی در ماده ۱۸۸ مقرر داشته که جایز نیست انشاء عقد بر سهم الارث از ترکه مورث که در حال حیات است ؛ هیچ یک از انواع عقود ولو بر رضایت مورث و اصولاً این عمل باطل است .

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

### طبق قوانین اسلام

در شریعت اسلام انعقاد هر گونه عقدی بر سهم الارث وارث از ترکه مورث قبل از فوت مورث ممنوع و باطل است زیرا اولاً حق الارث از حقوقی است که قابل اسقاط نمی باشد ثانیاً وارث مستحق ارث نیست مگر بعد از فوت مورث در این قبیل موارد قبل از فوت موضوع عقد معدوم می باشد و عقد باطل است ثالثاً سهم الارث وارث عادتاً مجهول است و معلوم نیست حین نفوت مورث چه خواهد داشت و ترکه او چه خواهد بود لذا معامله

غرری است و شارع اسلام نهی از غرر فرموده.

لکن بعد از فوت مورث تعاقب و تصالح نسبت به سهم الارث بین ورثه جایز است که آنرا در اصطلاح شرعی تخارج میگویند و از اشباه این قاعده منع قبول وصیت ورد آن قبل از موت موعی و جواز قبول وصیت پس از موت او.

در بعض قوانین این عقد را که بعقد ارثی مینامند یعنی عقدی که متعلق بارث است با شروطی تجویز نمودند مثلاً قانون مدنی آلمان در مواد ۳۱۲ و ۲۲۷۴ و ۲۲۷۶ مقرر داشته که گرچه انعقاد عقد نسبت به سهم الارث در حال حیات مورث ممنوع است مع الوصف جائز است با موافقت مورث در محضر قاضی یا محضر رسمی عقد واقع شود.

## قسمت سوم

### اباحه موضوع عقد و مشروعیت معقود علیه

شرط چهارم و اخیر در معقود علیه آنست که شرعاً مباح باشد و چنانچه موضوع عقد مباح نباشد عقد باطل است.

اولاً در قوانین و مذاهب نسبت بحالات عدم اباحه معقود علیه اختلافاتی است که برای ما ممکن نیست احصاء تمامی آن حالاتی که مورد اختلاف است بلکه مجال ذکر قسمت مهم آنها هم نیست و لذا برای توضیح مطلب بدکر بعض امثله مهم اکتفا میکنم.

اولاً باید دانست که در بیشتر قوانین و شرایع قسمتی از احکام میباشند که بالذات دارای صفت الزامیه میباشند که متعاقدين نمیتوانند از حدود آن صفات - الزامیه تجاوز یا توافق بر مخالفت نمایند و از آن جمله احکام است در شریعت اسلام احکام اوقاف و اهلیت متعاقدين و احکام نکاح و طلاق و غیر اینها از احوال

شخصیه و احکام ارث و فرایض و امثال اینها که تمامی آن احکام معروف و تفصیل آنها در ابواب خاصه هر یک مذکور است .

ثانیاً متعاقدين گاهی ضمن عقود شروطی میکنند بعضی آن شروط مربوط بانعقاد عقد است و بعضی مربوط بسقوط عقد است که باین قسمت شروط تعلیق میگویند و بعضی شروط دیگر است که متعلق به نتایج حاصله از عقد است مانند امور اضافی بر موضوع عقد یا کسر از موضوع عقد که اصطلاحاً باین نوع از شروط شروط تقییدی میگویند .

بعضی از شروط اعم از تعلیقی یا تقییدی جایز است و بعضی فاسد و بعضی دیگر از شروط در جواز و فساد آنها اختلاف است باختلاف عقود و بسیار اتفاق میافتد که این شروط باطل و حرام است در این صورت موضوع عقد غیر مباح میباشد و باطل است . ثالثاً از امثله تقیید عقد وعدم اباحه موضوع آن در شریعت اسلام قاعده تحریم ربا میباشد و این تحریم مستند بایه کریمه **واحد الاله البیع و حرم الربا و آیه ی محق الاله الربا و یری الصدقات** بانضمام احادیث نبویه بسیاری میباشد که در مجال ذکر آن احادیث در اینجا نیست .

ربا عاده در صرف میباشد که عبارت از مبادلات نقود با نقود میباشد و عبارت المجله بیع نقد بنقد است ماده ۱۲۱ .

ربا بردو قسم است رباء نسیه و رباء فضل :

ربای نسیه تأخیر در تقابض بین بدلین در بعضی عقود است که شرط قبض در آن عقود فوری است .

ربای فضل تفاوت وعدم تساوی بین بدلین است در صورتیکه بدلین از جنس واحد باشند مانند مبادله طلا باطلا .

در قسم دوم از ربا حرمت آن در صورتی است که تفاضل در آن شرط بشود لکن اگر مدیون بدون شرط هنگام ادای دین دین خود را بیشتر پرداخت نماید مستحب و مستحسن است از باب حسن اداء دین که مورد تحسین پیغمبر ص قرار گرفته است .

بسیاری از فقها در این مسئله اتفاق دارند لکن امام مالکی مخالف است و جایز دانسته که مدیون دین خود را نیکوتر اداء کند نه آنکه بیشتر چنانچه بحث آن در باب وفای موجبات خواهد آمد.

رابعاً از امثله دیگر تقیید و عدم اباحه عقد آنست که موضوع عقد حرام باشد مثلاً باجماع فقها بیع مواد سمی حرام است مگر اندکی از آن برای تداوی در اینصورت چون بیع و شرای آن حرام است نمیتواند مورد معامله قرار گیرد و همچنین است اشیائی که شرعاً مالیت ندارند و بین مردم مال متقوم محسوب نمیشود چنانچه در المجله مصرح است که لازم است مبیع مال متقوم باشد معنی مال متقوم و اختلاف مذاهب در آن و مسئله تعاقد بر خمر و خنزیر نزد مسلمین در مباحث پیش گذشت و گفته شد که حرمت معاملات خمر و خنزیر بنا بر مذاهب حنفی و مالکی بین مسلمین فقط میباشد برخلاف مذهب شافعی و حنبلی و ظاهری که مطلقاً نسبت بخمر و خنزیر قائل بمالیت نیستند اعم از اینکه متعلق بمسلمان یا کافر ذمی باشد. و همچنین خلاف است بین فقها در جواز بیع کلب در بعضی از مذاهب مانند مالک بنا بر قول مشهور و شافعی و حنبلی و اوزاعی که بیع کلب را بطور مطلق جایز نمیدانند اعم از اینکه کلب معلم یا هراش باشد و بعض دیگر از فقها مانند جابرو عطاء و نخعی بیع کلب شکاری را فقط جایز دانسته اند و بنا بر قول حنفی بیع کلب مطلقاً جایز است اعم از هراش یا معلم مگر آنچه از ابی یوسف روایت شده که بیع کلب هراش را منع کرده بواسطه عدم انتفاع از آن<sup>(۱)</sup>

و از امثله موضوع محرم در معاملات بیع و شرای آلات لهو میباشد از فقهای اسلامی جز ابوحنیفه که تجویز نموده است و بامتخالف صاحبین خود مواجه شده سایر فقهای مذاهب اسلامی بیع آلات لهو را جایز ندانسته اند فقط فقهای مذهب ظاهری و باندۀ از ابی حنیفه در این مسئله تبعیت کردند.

خامساً عقد باطل است در صورتیکه موضوع عقد عمل غیر مباح باشد مثل اینکه جایز و صحیح نیست اجاره بر عمل محرم مثل ارتکاب سرقت و امثال آن و

۱ - بنا بر مذاهب امامیه بیع کلب هراش صحیح نیست لکن بیع کلب معلم با نواع جایز است. مترجم.



نیز جایز و حلال نیست رشوه و آن پرداخت وجه یا مالی در مقابل عمل حرامی می‌باشد مانند حکم بیاطل با ظلم بانسانی بوجه من‌الوجه زیرا عمل که موضوع عقد می‌باشد حرام است اما پرداخت وجه یا مال فی حد ذاته مباح می‌باشد لکن چون مبتنی بر فرض یا سبب غیره مباح است باطل و حرام می‌باشد چنانچه بحث در مسئله موکول بفضل آینده در سبب عقد خواهد شد و دلیل حرمت رشوه حدیث شریف **لعن الله الراشی والمرتشی والرائش** می‌باشد رایش واسطه بین راشی و مرتشی است.

اخیراً در مسئله موضوع محرم در معاملات ماده ۱۹۲ موجبات و عقود لبنانی بطور کلی مقرر داشته که هر عقدی که موضوع آن مباح نباشد یا منطبق با قانون نبوده باشد یا آنکه بین مردم مالیت نداشته باشد جایز نیست که موضوع عقد واقع شود.

لکن در انطباق مفاهیم این قاعده با مصادیق آن باید توجه شود بر اینکه تجارت دارای معنی نسبی است مثلاً بعضی اموال صحیح نیست موضوع بعض معاملات قرار گیرد با اینکه در بعض معاملات دیگر صحیح است.

