

# اصل آزادی قراردادها و دلیل فقهی آن

احمد جمالی زاده

استاد یار گروه الهیات دانشگاه سیستان و بلوچستان

## چکیده

تحولات اجتماعی و اقتصادی نیازهای جدید حقوقی و معاملاتی را به دنبال دارد که در محدوده قرار دادهای شناخته شده، نمی‌گنجد، محدود ساختن حاکمیت اراده افراد در انشای قراردادها به عقود معین با نیازهای واقعی زندگی اجتماعی انسان، سازگاری ندارد با توجه به نیازهای جدید، فقیهان نگاهی دوباره به منافع فقهی و دله عقود و معاملات داشته و دیدگاه ایشان تحت عنوان «حصری نبودن عقود معاملات در مباحث فقهی معروف است که در اصطلاح امروزی به اصل آزادی قراردادها شناخته می‌شود یعنی افراد در ایجاد الزام و التزام در حدود قوانین و اخلاق و نظم عمومی، آزادند و اختیار دارند به هر شکل که مایلند پیمان ببندند و هر نامی را که می‌خواهند بر آن بگذارند، در این مقاله بر درستی اصل آزادی قراردادها به دو دلیل اجتهادی از کتاب و سنت استدلال شده است.

## مقدمه

از آنجا که فقه اسلامی مبتنی بر اجتهاد، نقش پاسخگویی به نیازهای نو و پرسشها و موضوعات مستحدث و عقود جدید را بر عهده دارد فقیهان با تکیه بر روش و منطق

مال، واگذاری حق و منفعت، تضمین پرداخت دین، اجازه انتفاع از مال، اباحه تصرف، مشارکت در سرمایه و کار، تسالم و سازگاری، پیوند همسری و مانند آن موجب شده است که عناوین معاملات و عقود مانند بیع، اجاره، عاریه، ضمان، مضاربه، شرکت، صلح و نکاح پدید آیند. در گذشته به دلیل تحولات کند اجتماعی و اقتصادی و محدود بودن روابط، نیازهای معاملاتی به همان عقود و قراردادهای معین، محدود بوده است اما با جریان متحول زندگی در عرصه‌های اجتماعی، اقتصادی و روابط متقابل بین ملتها و دولتها، نیازهای جدیدی در پهنه حقوق و عقود پدید آمده که در گذشته مطرح نبوده است. در رویارویی با نیازهای جدید معاملاتی و قراردادهای نو، در میان فقیها بطور عمده دو نظر کلی وجود دارد:

**فصل اول:** این نظر بر این اصل اصرار دارد که عقود صحیح شرعی، منحصر به عقود معهود و معینی است که در فقه سابقه دارد و در عناوین شناخته شده‌ای مانند بیع، اجاره، رهن، شرکت، صلح، نکاح و مانند آن که در ابواب فقه مضبوط است محدود می‌باشد. هر نیاز جدید حقوقی و معاملاتی چنانچه تحت عنوان عقدی از عقود معهود مانند صلح یا در ضمن عقد دیگری مانند شرط ضمن عقد قرار گیرد صحیح است و گرنه به عنوان عقد مستقل، باطل و بلا اثر است. و افراد باید قراردادهای مورد نظر خود را در محدوده عقود متعارف شکل دهند، زیرا صحت و فساد در معاملات و عقود موقوف بر نظر شارع است و به عبارتی، عقود نیز مانند عبادات توقیفی اند و بر حسب توظیف شرعی بر مکلفان تعیین شده‌اند و تخطی از محدوده و شکل عقود معهود و معین روا نیست از این دیدگاه به نظریه "حصری بودن عقود" تعبیر می‌شود.

**فصل دوم:** با توجه به این که عقود و معاملات اموری عرفی اند و شارع در تأسیس معاملات و قراردادهای نقش ندارد و نیاز و اعتبار عرفی سبب پیدایش آنها شده است، معتقد است که عقود صحیح به عقود معین در فقه، منحصر نیست. چون از ناحیه شارع محدودیتی

در انشا عقود به جز موارد استثنایی ایجاد نشده است و مردم در انشای عقود و قراردادهای آزادند. یعنی به هر کیفیت بخواهند می توانند اراده خود را در انشای عقود، بیان دارند و اثر حقوقی آن بر آن انشا مترتب می گردد. جز آنکه توافق دو اراده در انشای عقود نباید با اهداف و حدود کلی شریعت و مصالح اجتماع و نظم و اخلاق عمومی مبیانت داشته باشد. بر اساس این نظر، معاملات اموری امضایی هستند، به این معنا که شارع مقدس کلیه توافقی که این را که عنوان عقد و قرارداد بر آنها صادق است و مشمول ادله کلی صحت عقود قرار گیرند امضا نموده است. از این دیدگاه به نظریه "عدم حصری بودن عقود و معاملات" تعبیر می شود.

بنابراین، دو دیدگاه کلی راجع به عقود و معاملات وجود دارد:

- ۱- نظریه حصری بودن عقود و قراردادها؛ یا به عبارت دیگر عقود مانند عبادات تشریفاتی اند.
- ۲- نظریه عدم حصری بودن عقود؛ یا اینکه مردم در انشای عقود و قراردادهای آزادند. این مقاله به حکم شرعی و استدلال فقهی بر "اصل آزادی قراردادها" نظر دارد. از آنجا که بیان حکم، متأخر از تحقق عنوان موضوع است در ابتدا به ماهیت عقد از دیدگاه حقوق اسلامی اشاره دارد و سپس به مستند فقهی و حکم بر "اصل آزادی قراردادها" می پردازد.

### تحقق عقد و اعتبار آن

تحقق عقد و اعتبار آن در حقوق اسلامی بر اصول زیر استوار است.<sup>(۱)</sup>

**اصل نفست:** اعتبار نفسانی: یعنی بنای طرفین قرارداد بر این باشد که آنچه را که در نفس و درون خود قصد کرده اند از قبیل تملیک و تملک عین یا منفعت در مورد بیع و اجاره، ایجاد علقه زوجیت در باب نکاح و تمهد پرداخت دین دیگری، در مورد ضمان، و اموری از این قبیل تحقق پیدا کند با توجه به لزوم اعتبار نفسانی و نقش قصد و اراده در تحقق

عنوان عقد، معاملات را عناوین قصدی می‌گویند. زیرا عنصر قصد و اداره در تحقق این عناوین که اموری اعتباری اند، دخالت تام دارد و این عناوین هرگز بدون قصد و اراده تحقق نمی‌یابند.

**اصل دوم:** انشای اعتبار مذکور، یعنی طرفین آنچه را که در درون خویش قصد کرده‌اند به شکلی برای یکدیگر ابراز دارند اگر آن کسی که خانه خود را می‌فروشد یا اجاره می‌دهد یا قصد ازدواج دارد به طرف مقابل نگوید خانه خود را به فلان مقدار به تو فروختم یا اجاره دادم یا خود را به همسری تو درآوردم و یا بر فرض یک طرف بگوید و طرف دیگر آن را نپذیرد از نظر عرف صادق نیست که او خانه خود را فروخت یا آن را اجاره داد یا خود را به همسری فلان شخص درآورد. بنابراین اراده باطنی تا زمانی که اعلام نشده اثر حقوقی ندارد. قصد ستانلین پس از ابراز، منشأ اثر و محقق عنوان عقد است<sup>(۲)</sup> ابراز و اظهار قصد درونی ممکن است به واسطه قول یا کتابت یا فعل و اشاره باشد.<sup>(۳)</sup>

در هر عقدی دو انشا وجود دارد که یکی ایجاب و دیگری قبول نام دارد.

**۱- ایجاب:** انشایی است که بیان‌کننده مقصود اصلی عقد است به عبارت دیگر هر عقد را هدف و غایتی است که ایجاب ابراز اعتبار همان هدف و غایت است. لذا از طرفین عقد، آن کسی باید ایجاب را انشا کند که اعتبار مذکور در شأن و صلاحیت اوست.

**۲- قبول:** انشای پذیرش ایجاب است. نیز آن کسی انجام می‌دهد که در مقابل ایجاب کننده است.

**اصل سوم:** اینکه اعتبار متعاقبین مورد پذیرش عرف<sup>(۴)</sup> و عقلا باشد چه قراردادها اموری هستند که ضرورت عرفی سبب پیدایش آنها شده و تا مورد پذیرش عرف نباشد ادله شرعی صحت که موضوع آن، همان عقود عرفی است شامل آنها نمی‌شود و این پذیرش عرف و عقلا را اعتبار عقلا گویند. آنچه در صل سوم راجع به تحقق و اعتبار عقد گفته شد.

عرف عقلا، منظور است عرف عقلا دارای سه ویژگی است:  
 نخست: آنکه مبدأ و جهت پیدایش عرف، توافق و هماهنگی عقل جمعی است.  
 دوم: آنکه عرف عقلا امری پایدار و بادوام است.  
 سوم: آنکه پذیرش عرف جنبه عمومی یا غالبی دارد و صاحبان طبع سلیم آن را پذیرفته‌اند.<sup>(۵)</sup>

عقلایی بودن مورد عقد به این معناست که آنچه مورد معامله قرار می‌گیرد دارای فایده و ارزش باشد و عقلا بر آن اقدام کنند و آن را نافع و مفید بدانند و نسبت به معامله آن استنکاری نداشته باشند. از این رو خرید و فروش و اجرت گرفتن بر کارهایی که از غرض عقلایی خالی باشد و کاری بیهوده به شمار آید باطل و حرام است و موردی که نزد عقلا اعتبار ندارد مورد معامله قرار نمی‌گیرد.<sup>(۶)</sup>

اصل چهارم: این که اعتبار عرفی مشمول ادله صحت عقود هم باشد چه در غیر این صورت نمی‌توان به اعتبار شرعی عقدی، حکم کرد. تنفیذ و امضای اعتبار مذکور از ناحیه شارع صحت عقود است.<sup>(۷)</sup> اعتبار متعاقدین که مطابق با عرف باشد در صورتی نافذ و مؤثر است که ادله شرعی صحت عقود، شامل آن شود. بنابراین معاملات ربوی علی‌رغم متعارف بودن در زمان عرب جاهلی از نظر حقوق اسلامی و ادله صحت شرعی واجد اثر حقوقی نیست.

### اصل اولی در عقود و معاملات

همان‌گونه که در اصل چهارم گفته شد اعتبار شرعی هر عقد و معامله‌ای پس از آنکه مشخص شد عقلایی است بستگی به این دارد که مورد تأیید و امضای شارع باشد و مشمول ادله صحت عقود قرار گیرد، حال چنانچه دلیل شرعی بر اعتبار آن عقد نباشد یا فرض شود دلیلی بر اعتبار آن نیست، در چنین صورتی آن عقد و معامله محکوم به بطلان و

فساد است یعنی آثار مورد انتظار از تحقق آن عقد مانند تملیک و تملک و انتقال مال و عین یا منفعت و مانند آن بر آن عقد مترتب نیست.

عقود و معاملات مستحدث مانند عقد بیمه، انتقال سرقفلی و مانند اینها در فرض فقدان دلیل معتبر شرعی، اعتبار شرعی ندارد و آثار معامله صحیح بر آن مترتب نیست و این حکم، مقتضای اصل اولی در عقود و معاملات است فقیهان می‌گویند، بنابر اصل اولی حکم معاملات و عقود، فساد و بطلان است و بر آن ادعای اجماع شده است.<sup>(۸)</sup> زیرا مشروعیت و صحت عقد بدین معناست که آثار منظور از عقد، بر آن مترتب است و ترتیب اثر بر عقد متوقف بر این است که از جانب شارع صحت آن عقد ثابت شود و موردی که ثابت نشده، اصل عدم اقتضا می‌کند که اثری بر آن عقد مترتب نیست.<sup>(۹)</sup> منظور از اصل عدم، استصحاب عدم است یعنی همان‌گونه که اصل عقد، امری حادث و مسبوق به عدم است آثار و نتایج آن عقد نیز، حادث و مسبوق به عدم است حال چنانچه پس از انشا و ابراز اعتبار عقد، شک کنیم آثار و نتایجی که از نظر شرع اعتبار دارد آیا بر آن عقد حادث، مترتب است یا نه؟ چون ملازمه‌ای عقلی و عرفی بین تحقق عنوان عقد و ترتیب آثار صحت عقد وجود ندارد، اصل عدم حکم می‌کند که آن آثار، مترتب نباشد مگر آنکه دلیلی بر صحت و ترتیب آثار وجود داشته باشد.<sup>(۱۰)</sup>

### خروج از اصل اولی

مقتضای اصل اولی در عقود و معاملات، فساد و بطلان است مگر آنکه دلیل معتبر شرعی ولو امضایی بر صحت معامله وجود داشته باشد. چون مشروعیت معامله و صحت آن، بر دلیل شرعی متوقف است اگر چه آن دلیل عام و کلی باشد. زیرا انتساب حکمی از احکام به شارع مقدس از جمله صحت که حکمی وضعی است متوقف بر بیان حکم یا تأیید شارع نسبت به حکم عرفی و عقلا است و اگر چنین دلیلی نباشد اصل عدم یا

اصالة الفساد جاری است. حلیة بئانه بقه نا متفاح القنا عوبه بلا رجوعت سا انا

اصلی که بر اصالة الفساد حاکم است اصل صحت است و منظور از اصل صحت در این مبحث اصیل عملی (دلیل فقاهتی) نیست. که در عداد اصول عملیه قرار دارد. بلکه منظور از اصل، قاعده‌ای است که از ادله اجتهادی استفاده می‌شود و بنابر مفاد قاعده صحت، حکم عقود از اصل اولی یعنی اصالة الفساد خارج می‌شود، زیرا دلیل اجتهادی بر اصل عملی حاکم و مقدم است. مأخذ اصل صحت، ادله اجتهادی مانند کتب و سنت است.

در این مقاله به دو دلیل اجتهادی از قرآن و حدیث بر اصل صحت استدلال شده است که بر صحت عقود و معاملات عرفی به طور عام و کلی دلالت دارند و عقود مستحدث و نامعین را شامل می‌شود. اعتقاد به اینکه شارع مقدس کلیه توافق‌هایی را که عنوان عقد و قرار داد بر آنها صادق است، امضا نموده و تعمیم دلیل صحت به عقود جدید، اثبات همان اصل آزادی قراردادهاست که در اصطلاح امروزی معروف است.

### دلیل بر صحت عقود مستحدث (اصل آزادی قراردادها)

بر درستی نظریه اصل آزادی قراردادها، استدلال‌های گوناگونی شده که قبل از بیان ادله لفظی به آنها اشاره می‌شود.

۱- نیاز عرفی: معاملات و قراردادها بر حسب نیاز و ضرورت‌های زندگی اجتماعی انسانها شکل گرفته و می‌گیرند و عقلا، اصول و مقررات مربوط به آنها را تدوین تعیین می‌نمایند. همان‌گونه که شارع مقدس در گذشته عقد و معامله‌ای را تأسیس نکرده و مردم را به عقد خاصی فراخوانده است، بنای شارع این نبوده که در آینده نیز، معامله و عقودی را تأسیس نماید، شیوه شارع نسبت به عقود مستحدث و جدید همان شیوه برخورد با عقود سابق و رایج در آن دوره بوده است.

چنانچه عقود مستحدث، داخل اصول ممنوعه شرعی نباشد دارای اعتبار قانونی است

شارع شیخ وقت راجع به عقود جدید منعی صادر نکرده است که مثلاً مردم نباید عقد و معامله‌ای را تأسیس نمایند یا گفته باشد عقود عرفی به جز آنچه قبلاً بوده بی اعتبار است. چنانچه شارع نظری بر منع عقود عرفی می داشت قطعاً صریحاً بیان می کرد، همان گونه که راجع به برخی از عقود متداول و متعارف آن دوران مانند بیع غرری، معامله ربوی، نکاح سفار و ظهار و مانند آن صریحاً نهی نمود: است. عدم نهی کلی شارع از معاملات جدید دلیل بر تأیید و اعتبار عقود مستحدث است.

در این مورد، نظر یکی از فقیهان بزرگ مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی قابل توجه و عنایت است، ایشان ملاک صحت عقد را، عقلایی بودن آن می داند و می گویند اعتبار عقود عقلایی به دلیل خاص شرعی نیاز ندارد، بلکه فقط فساد معامله به دلیل شرعی نیاز دارد. وی می گوید: "یمكن ان یقال بصحة معامله عقلانیة متداولة بینهم الا ما منعه الشارع فالفساد منها یحتاج الی المنع لان یكون الصحیح محتاج الی الاذن و الامضاء و بعبارة اخرى یکفی الامضاء بمعنی عدم المنع"<sup>(۱۱)</sup> و در جای دیگر صحت عقود عرفی را به عنوان یک اصل مطرح می کند و می گوید:

"یمكن ان یقال الاصل صحة جميع ما یبدا العرف فی المعاملات الا ما منعه الشارع فلا حاجة الی الامضاء منه بل یکفی عدم المنع عنها"<sup>(۱۲)</sup>

همچنین در مورد امضایی بودن عقود عرفی، بیان جالبی از مرحوم آیت... سید محمد محقق داماد، نقل شده که ذیلاً به آن اشاره می شود.

"رسول خدا (ص) و اهل بیت، زندگی فردی و اجتماعی مردم را متن قرار می دادند و خود بر آن حاشیه می زدند هر جا که می دیدند این رفتار یا این معامله یا فلان سنت مردم صحیح نیست تذکر داده و آن را اصلاح می کردند، بنابراین هر معامله‌ای که از زبان شرع منعی بر آن وارد نشده مشروع است و رسمیت دارد."<sup>(۱۳)</sup>

۲- بازداشتن مردم از عقود و معاملات جدید که متضمن یا مستلزم فسادی نیست و با

مبانی و اصول و اهداف تعریف شده شرعی، مبنایت ندارد در واقع بازداشتن مردم از نیازهای نو در روابط لازم و حاکم بر زندگی آنهاست. زیرا عقود و معاملات معمولاً از ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی زندگی انسانها برمی‌خیزد بازداشتن از ضرورت‌ها و نیازها، موجب عسر و حرج و مانع حرکت و تحول جامعه بشری می‌گردد.

۳- سیره مسلمین در مورد معاملات بجز در موارد ممنوع و استثنایی با عرف تطابق دارد. و این تطابق دلیل بر مشروعیت عقود مستحدث است قطعاً علاوه بر قراردادهایی که با عناوین معین و مشخص در آغاز اسلام مطرح بوده. قراردادهایی با به نیاز مردم در دوران متأخر، پدید آمده و مردم مطابق نیازهای خود از آنها بهره می‌گرفته‌اند این رویه عرفی از گذشته همچنان ادامه داشته و دارد و رد و منعی درباره رویه عرف به ما نرسیده است، سیره و عملکرد مسلمانان کاشف از این میناست که امور عرفی، مورد عمل آنها بوده است، مسلمانان در جوامع اسلامی به قراردادهایی که می‌بستند ترتیب اثر می‌دادند و تنها در صورتی از قراردادهای عرفی دست می‌کشیدند که به منع و نهی صریح شرعی دست می‌یافتند و بطلان شرعی آن را احراز می‌کردند و در غیر این موارد، شیوه عرفی مورد عمل مسلمانان بوده، و مطابقت سیره مسلمانان با عرف در محدوده معاملات و عقود، کاشف از اعتبار امور عرفی نزد متشرعین است.

۴- مهمترین دلیلی که بر نظریه غیر حصری بودن عقود و اصل آزادی قراردادها می‌توان بیان کرد، دلیل‌های لفظی مستفاد از کتاب و سنت مانند آیه تجارت<sup>(۱۴)</sup> و آیه عقود<sup>(۱۵)</sup> و حدیث "المؤمنون عند شروطهم"<sup>(۱۶)</sup> و حدیث "الناس مسلطون علی اموالهم"<sup>(۱۷)</sup> است. بدلیل رعایت اختصار و تمامیت استدلال تنها به ذکر دو دلیل اجتهادی یکی آیه "یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود" و دیگری مفاد حدیث "المؤمنون عند شروطهم" اکتفا می‌شود.

### دلیل اول آیه شریفه "اوفوا بالعقود"

از جمله دلیل‌هایی که بر صحت عقود به آن استدلال شده آیه شریفه "یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود"<sup>(۱۸)</sup> است. در ابتدا به مفردات آیه که مربوط به بحث است به لحاظ ماده و هیأت آن می‌پردازیم.

"اوفوا" صیغه امر از ماده "وفا" است و فا در لغت به معنای تمام و کمال است مانند "الدرهم الوافی" که به معنای درهم تمام است<sup>(۱۹)</sup> و فا بر هر چیز تمام و بی نقص اطلاق می‌شود. "اوفو" هیأت صیغه امر است و صیغه امر ظهور در وجوب دارد مگر آنکه قرینه و دلیلی بر خلاف ظهور آن باشد. بنابراین معنای "اوفوا بالعقود" این می‌باشد که باید به مقتضا و لوازم قراردادهای خود پایبند باشید و به صورت کامل به آنها عمل کنید. از این رو فقیهان از امر به ایفاء، لزوم نفس عقد (اصالة للزوم) و التزام به مفاد آن را استفاده نمودند.<sup>(۲۰)</sup> در کلمه العقود نیز دو بحث وجود دارد؛ اول به لحاظ معنای عقد (ماده عقد) و دوم به لحاظ هیأت آن.

عقد در لغت به معنای بستن در مقابل حل به معنای گشودن، ربط، وثیقه، و مطلق عهد و همچنین به معنای جمع کردن اطراف دو چیز به گونه‌ای که انفصال و جدایی بین آن دو سخت باشد، آمده است.<sup>(۲۱)</sup> از این رو گفته‌اند: عقد به معنای بستن چیزی به چیز دیگر است به گونه‌ای که به خودی خود از یکدیگر جدا نشود مانند بستن و گره زدن طناب و یک ریسمان به طناب و ریسمانی دیگر مانند خودش، لازمه گره خوردن این است که هر یک ملازم دیگری باشد و از آن جدا نشود، این کلمه در ابتدا در امور محسوس مانند بستن دو طناب به کار می‌رفت و بعداً به صورت استعاره نسبت به امور غیر محسوس مانند معاملات از قبیل خرید و فروش، اجاره، پیوند همسری و امثال آن و بر عهدها و پیمان تعمیم یافت و گفته می‌شود، عقد بیع و عقد اجاره و عقد نکاح و از این قبیل، از آن نظر که اثر معنای عقد یعنی لزوم و التزام در این موارد وجود دارد.<sup>(۲۲)</sup>

معنای اصطلاحی عقد با معنای لغوی آن ارتباط دارد چون "عقد هر کار یا گفتاری است که معنای لغوی عقد (گروه‌زدن و بستن را) را ممثل می‌کند و عبارت از نوعی ربط دادن چیزی به چیزی دیگر است به گونه‌ای که لازم و همراه آن گردد و از آن جدا نشود. مثل عقد بیع که مبیع را از نظر مالکیت به مشتری مربوط و وابسته می‌کند که هر طور بخواهد می‌تواند در آن تصرف کند و فروشنده بعد از عقد، مالکیت و حق هیچگونه تصرفی را در آن ندارد." (۲۳)

بنابراین در مفهوم عقد، نوعی بستن وجود دارد با این تفاوت که در اجسام و محسوسات مانند دو طناب، بستن حقیقی است و در غیر اجسام مانند پیمانها بستن، اعتباری است. با توجه به معنای لغوی عقد، معاملاتی که حصول آنها بر انشای دو طرف متوقف است عقد نامیده می‌شود مانند بیع، وکالت، وصایت و هبه و مانند آن و معاملاتی که بر انشای دو طرف متوقف نیست ابقاع نامیده می‌شود مانند طلاق، عتاق و ابراء دین. در عقد، عاقد چیزی مانند ملکیت، نیابت و همسری را به طرف مقابل می‌بندد و او هم باید این بستن را که امری اعتباری است قبول نماید تا بسته گردد. مثلاً عاقد در بیع، مالکیت خانه یا ماشین خود را به مشتری مرتبط و متصل می‌سازد و مشتری نیز این مالکیت را می‌پذیرد.

اما ابقاع به معنای طرح و انداختن و القاء کردن است، القای طرف مقابل ندارد تا از جانب او نیاز به قبول باشد، گویا ابقاع‌کننده اعتباراً چیزی از خود جدا می‌سازد و به خارج می‌اندازد مثلاً مالکیت و حق خود را نسبت به دین و رقبه بنده و همسری سلب می‌کند، از این رو از جانب مدیون و بنده و همسر، به قبول نیاز ندارد.

کلمه "العقود" به لحاظ هیأت آن، جمع همراه با الف و لام است، هیأت جمع محلی به الف و لام بر عموم آزمانی و افرادی دلالت دارد. (۲۴)

دلیل بر عمومیت العقود نسبت به تمام عقود و قراردادها، این است که اصل در الف و

لام جنس است نه عهد و هیأت چنین جمعی مفید عموم است.

نتیجه آنکه آیه شریفه "یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود" بر لزوم وفا و پابندی به مقتضای هر عملی که تحت عنوان عام "العقود" داخل باشد ظهور دارد. اعم از آنکه گفته شود آیه شریفه، عقود و عهود و پیمان‌ها و تکالیف الهی را از حلال و حرام بطور عام دربرگیرد چنانکه گفته‌اند.<sup>(۲۵)</sup> یا آنکه فقط عقود و قراردادهای عرفی را شامل می‌شود.

در هر دو صورت قدر متیقن از "العقود" عقود و عهودی که بین مردم متداول است و مردم آن را ایجاد می‌کنند، می‌باشد و احتمال اینکه قرینه صارفه‌ای وجود داشته باشد تا موجب انصراف آیه به عقود خاص و معین باشد بدون وجه است. زیرا دلالت آیه بر عموم، وضعی است نه اطلاقی، و احتمال قرینه نمی‌تواند مانع ظهور وضعی یا موجب ابهام آن گردد چنانکه برخی گفته‌اند.<sup>(۲۶)</sup>

### شمول آیه نسبت به عقود اختراعی

آیه شریفه ظهور و دلالت دارد که به مقتضای آنچه تحت عنوان "عقد" قرار می‌گیرد عمل کنید. در اینجا پرسشی وجود دارد که آیا "اوفوا بالعقود" شامل عقودی که مردم بر حسب نیازهای عرفی تأسیس می‌نمایند و سابقه‌ای در فقه و حقوق ندارد نیز می‌شود یا فقط عقود متعارف و معهود را در بر می‌گیرد.

همان طور که گفته شد دلیل بر عمومیت و شمول آیه نسبت به تمامی عقود اعم از معهود و غیرمعهود و معین و نامعین و عقود قدیم و جدید، همان ظهور وضعی "العقود" بر عموم استغراقی است. یعنی تمام مواردی که بر حسب نظر عرفی "عقد" نامیده می‌شود موضوع حکم و جوب و فاء و مشمول آیه شریفه است، چنانکه گفته شد احتمال قرینه صارفه مانع از انعقاد ظهور وضعی "العقود" نیست و قرینه قطعی نیز وجود ندارد تا موجب تخصیص آیه به عقود معهود و متعارف شود.

بنابراین هر قرارداد و ایجاب و قبولی که به لحاظ عرف، عنوان عقد بر آن صادق باشد بر صحت آن عقد می‌توان به عموم آیه استدلال نمود مگر آنکه به واسطه دلیل خاصی، مواردی از شمول آیه خارج شده باشد مانند بیع ربوی و معامله غرری و قرارداد مخالف مصالح و اهداف کلی شریعت.

آنچه مدعا را تأیید می‌کند این است که، عقد دارای معنای عرفی است نه حقیقت شرعی تا تعیین معنای عقد از جانب شارع باشد و همچنین ظهور هیأت "اوفوا" بر وجوب، عرفی است. لزوم و صحت مستفاد از آن نیز عرفی است. تطبیق قاعده "وفا به عهد" بر مصادیق و افراد آن نیز موقوف به نظر عرف است. از این رو آنچه در عرف عنوان عقد بر آن منطبق است و به تعبیر دیگر آنچه در عرف به حمل شایع، مصداق عقد است مشمول آیه و مورد تأیید و امضای شریعت است فقط کافی است که توافق دو طرف در تلقی عرف "قرارداد" و "عقد" نامیده شود و با اصول و اهداف کلی شریعت که در جای دیگر بیان شده مخالفت نداشته باشد و منع خاصی بر آن معامله و عقد نیامده باشد تا مشمول عموم آیه شریفه و موضوع حکم صحت قرار گیرد.

نتیجه آنکه، حکم عقود در آیه شریفه "اوفوا بالعقود" به صورت قاعده کلی و به تعبیر محققان به مفاد قضیه حقیقیه، اعتبار و بیان شده است و بر هر عقدی که تحقق یابد، آیه منطبق است<sup>(۲۷)</sup>، تنها عقودی از شمول قاعده خارج است که به دلیل خاص استثنا شده است. بنابراین تمام عقود جدید که در عصر شارع متداول نبوده و از نظر اعتبار عقلاً دارای منفعت است و مفسده‌ای که منشأ نهی شارع باشد در آن نباشد، مشمول آیه و صحیح و بلااشکال است.

### دلیل مخالفان

گروهی از فقیهان عقود را بر عقود معهود و متداول با پیشینه فقهی مانند: بیع، نکاح، اجاره، صلح مساقات، مضاربه، هبه، وکالت و مانند اینها حمل نموده و گفته‌اند جای

استدلال به آیه تنها در مواردی است که احتمال دخالت قید یا وصفی به صورت شرط یا مانع باشد که با تمسک به آیه احتمال مدخلیت آن الفا می‌شود. تنها مورد استدلال به آیه شک در شرطیت یا مانعیت چیزی نسبت به عقود معهوده می‌باشد، در نتیجه بر صحت هر عقدی از جمله تصحیح عقود مستحدث نمی‌توان استدلال کرد، عمده‌ترین دلیل برای این دیدگاه این است که گفته‌اند:

درست است که هیأت جمع همراه به الف و لام مانند "العقود" به لحاظ وضع حقیقی دلالت بر عموم دارد و حمل الف و لام بر عهد، خلاف است لکن حمل آیه بر عموم قراردادها در صورتی صحیح است که قرینه‌ای برخلاف نباشد و یا حداقل چیزی که صلاحیت بر قرینه بودن را دارد در حین ادای کلام، موجود نباشد. لکن قرینه‌ای وجود دارد که الف و لام در آیه جنس نیست بلکه عهد است و حکم در آیه ناظر به عقود متداول در زمان صدور آیه است بنابراین الف و لام "العقود" از معنای حقیقی به معنای مجازی منصرف است و قرینه انصراف همان پیشینه عقود و تکالیفی است که مردم آنها را می‌شناختند و همین پیشینه ذهنی و خارجی موجب این گمان می‌گردد که چه بسا مراد از "أوفوا بالعقود" همان‌ها باشد که مردم آنها را می‌شناسند یا حداقل این پیشینه، صلاحیت قرینه بودن را دارد که موجب انصراف ظهور عام گردد بنابراین نمی‌توان "العقود" را بر عموم قراردادها حمل کرد.<sup>(۲۸)</sup>

جواب - اولاً پیشینه برخی عقود قبل از نزول این آیه، موجبی برای انصراف آیه نیست. با توجه به اینکه این عقود و تکالیف در مدت طولانی تشریح احکام (در یک دوره حدود بیست ساله) به تدریج بیان شده و مورد تنفیذ قرار گرفته است زیرا عرف با توجه به گذشت چندین سال از بیان احکام و تنفیذ عقود مزبور در گذشته، آنها را قرینه یا صالح برای قرینه بودن جهت انصراف در اراده عموم نمی‌داند.

ثانیاً، احتمال قرینه چنانچه به اطلاق دلیلی، اخلال کند و موجب تقیید یا انصراف یا ابهام آن شود چون انعقاد ظهور اطلاق بر مقدمات حکمت مبتنی است این سخن در مورد

ظهور عام، درست نیست زیرا الفاظ عموم یا هیأتی که وضعاً دلالت بر عموم دارد مانند هیأت جمع همراه با الف و لام، تخصیص یا انصراف آن به مخصص و قرینه قطعی نیاز دارد و صرف احتمال تخصیص و انصراف مانع از ظهور عام نمی‌گردد.

ثالثاً اینکه سوره مائده آخرین سوره‌ای است که بر پیامبر اکرم (ص) نازل شده و این مؤید عمومیت آیه مذکور است زیرا قطع بر این است که پس از آن وحی قطع می‌شود و خداوند اراده نموده که قوانین کلی بشر در تمام دورانهای بعد که به آن نیاز می‌باشد بیان فرماید.

شاهد بر اینکه احتمال قرینه بودن موجب انصراف نیست و قرینه قطعی و عقلایی بر انصراف لازم است، این است که تعداد زیادی از مفسران و فقیهان عمومیت را از آیه استظهار کرده و به عموم آیه تمسک و استدلال نموده‌اند.<sup>(۲۹)</sup>

### دلیل دوم حدیث "المؤمنون عند شروطهم"

از جمله دلیل‌هایی که بر صحت عقود به آن استدلال شده چند روایات است که با عنوان "المؤمنون عند شروطهم" و "المسلمون عند شروطهم" نقل شده است مضمون این روایات از چنان شهرت اعتباری برخوردار است که به صورت قاعده فقهی مورد استناد فقیهان قرار گرفته و می‌گیرد.<sup>(۳۰)</sup> در مورد این روایات همچون سایر ادله روایی از دو جهت کلی بحث می‌شود:

۱- به لحاظ سند و اعتبار

۲- به لحاظ متن و دلالت

عنوان روایت فوق به لحاظ سندی دارای اعتبار قوی هست که از آن به روایت صحیحه و موثقه تعبیر می‌شود به سه نقل معتبر از روایات در این زمینه اکتفا می‌شود.

۱- صحیحه عبدالله بن سنان: عن ابي عبدالله (ع) قال: "قال المسلمون عند شروطهم

الاكل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز"<sup>(۳۱)</sup>

۲- صحیحہ عبدالله بن سنان: عن ابی عبدالله (ع) قال: "المسلمون عند شروطهم مما وافق کتاب الله عز و جل" (۳۲) این دو روایت را کلینی و شیخ طوسی به سند صحیح نقل کرده‌اند.

۳- مؤتفه اسحاق بن عمار: عن جعفر عن ابیه (ع): "ان علیاً (ع) کان یقول من شرط لامراته شرطاً فلیف لها به، فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً" (۳۳)

همچنین عنوان "المؤمنون عند شروطهم" در جوامع و منابع حدیثی شیعه و اهل سنت از پیامبر اکرم (ص) نیز نقل شده است. (۳۴) در اعتبار سندی این روایات و صدور آنها از پیامبر (ص) و امامان (ع) جای هیچ خدشه‌ای نیست.

### تحلیل حدیث "المؤمنون عند شروطهم"

در ابتدا به شرح مختصری از الفاظ حدیث می‌پردازیم:  
 "المؤمنون" و "المسلمون" جمع همراه با الف و لام، بیانگر شمول و عموم است چون الف و لام در اصل بر جنس دلالت دارد، در مورد این الفاظ می‌توان الف و لام را برداشت و جای آن واژه "کل" را گذاشت و به معنای آن خدشه‌ای وارد نمی‌شود و این دلیل بر افاده "المؤمنون" و "المسلمون" بر عموم و استغراق است.

"عند" از ادات ظرف است و به تنهایی نمی‌تواند خبر برای مبتدا باشد و نیاز به متعلق دارد و آن کلمه "ثابتون" است و حدیث در واقع چنین است "المسلمون ثابتون عند شروطهم".

"شروط" نیز چون جمع مضاف است افاده عموم در معنای خودش می‌نماید و با توجه به آنچه ذکر شد. معنای حدیث چنین است "جمع المسلمین ثابتون عند جمیع شروطهم" بنابراین ترجمه حدیث چنین است "همه افراد باایمان باید به تمام شروط و تعهدات و التزامات خود پایبند باشند". آنچه در این مبحث و ارتباط آن با موضوع مقاله اهمیت دارد

معنای واژه "شرط" است.

### معنای شرط

شرط گاهی به سکون "را" خوانده می شود و گاهی به حرکت "را" یعنی شرط به معنای علامت و جمع آن اشراط است مانند اشراط الساعة: ای علامات<sup>(۳۵)</sup>

شرط به سکون "را" گاهی در معنای مصدری و حدثی یعنی شرط کردن به کار می رود و از آن شارط، مشروط له و مشروط علیه اشتقاق می یابد و گاهی اسم جامد است و در این صورت معنای شرط چنین است "الشرط ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود ام لا".<sup>(۳۶)</sup>

منظور از شرط در معنای دوم این است: "آنچه نبودش موجب نیستی چیزی شود (یعنی با نبود شرط، مشروط منتفی می گردد) بدون این لحاظ که آیا وجودش مستلزم وجود دیگری هست یا نه؟ (وجود شرط اعم است از اینکه: مستلزم هستی مشروط بشود یا نشود)."

شرط به شروط جمع بسته می شود و شرایط جمع شریط به معنای شرط است.<sup>(۳۷)</sup> شرط در اصطلاح علم نحو عبارت از گزاره ای است که پس از ادات شرط می آید و آنچه پس از شرط می آید جزای شرط نامیده می شود شرط در این اصطلاح جمله ای است که ادات شرط بر آن داخل می شود.<sup>(۳۸)</sup>

در اصطلاح علم اصول معنای شرط آن است که از عدمش، عدم چیز دیگری بر آن متوقف باشد مانند استطاعت نسبت به وجوب حج، که چنانچه استطاعت حاصل نشود حج واجب نمی گردد و یا مانند طهارت نسبت به صحت نماز، که صحت نماز متوقف بر تحصیل طهارت است، اما از وجود استطاعت یا حصول طهارت، لزوماً وجوب حج یا صحت نماز پدید نمی آید.<sup>(۳۹)</sup>

برای شرط در لغت و عرف چند معنا ذکر شده است:

۱- شرط به معنای مطلق الزام و التزام *ما یلزم به الغیر و یلتزم به* مانند این عبارت، فلان امر را بر او شرط کردم یعنی او را به آن کار الزام نمودم. (۴۰)

شرط به این معنا به اعتبار انتساب به مشروط له، متضمن معنای الزام و به اعتبار انتساب به مشروط علیه متضمن معنای التزام است، الزام به جنبه ناعلی تعهد و شرط و التزام به جنبه انفعالی آن توجه دارد. (۴۱)

البته برخی از اهل لغت، شرط را به معنای التزام خاص نه مطلق التزام معنا نموده‌اند مانند *الشرط: الزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه* (۴۲) یعنی شرط عبارت است از الزام و التزام کاری در ضمن عقد بیع و مانند آن.

۲- برخی گفته‌اند شرط به معنای ربط و تعلیق است و این معنا از لفظ شرطی متبادر است و بر همین معنا، شرط در اصطلاح علم نحو و علم اصول را توجیه کرده‌اند چون شرط در اصطلاح علم نحو به معنای ارتباط و تعلیق بین دو جزء کلام، و در علم اصول به معنای تعلیق بین دو چیز مانند وجوب و شرط آن، یا صحت و شرط آن، است.

۳- شرط به معنای عهد و پیمان است مانند فرازی در دعای ندبه و توبه، که شرط به معنای تعهد آمده است و عنوان شرط بر عهد و نذر و مطلق تعهد نیز به کار می‌رود. (۴۳)

۴- شرط به معنای قرار خاصی که التزام مشروطه علیه را به دنبال می‌آورد. صاحب عروة در یک نظریه رسا و کوتاه، شرط را چنین بیان کرده است *الشرط جعل خاص و هو ما یکون مستتبعا للالتزام* یعنی شرط اعتبار و قرار خاصی است که التزام (بر مشروط علیه) را به دنبال می‌آورد و همچنین سایر موارد استعمال شرط در اصطلاح و عرف را به همین معنا توجیه می‌کند. (۴۴)

آنچه از موارد استعمال و اطلاق شرط، بر حسب فهم عرفی استفاده می‌شود، این است که شرط به معنای مطلق الزام و التزام و همچنین ربط و تعلق است اعم از آنکه مستقلاً ذکر شود یا در ضمن عقدی دیگر آید و اینکه برخی شرط را به معنای عهد و التزام و برخی به معنای ربط و تعلیق ذکر کرده‌اند. برمی آید همه معانی شرط به یک معنا می‌گردد، زیرا در

معنای عهد و التزام همانند ربط و تعلیق، وابستگی و ارتباط به چیزی نهفته است، وقتی کسی شرط می‌کند و به چیزی ملتزم می‌شود در واقع بر خود، چیزی تعهد کرده، ذمه خود را به آن مرتبط و وابسته ساخته؛ اعم از آنکه این التزام و شرط مستقل باشد یا در ضمن عقد و عهدی دیگر باشد.

و مرحوم سید محمد کاظم یزدی نیز که شرط را به معنای "جعل خاص" دانسته، تمام معانی و موارد اطلاق شرط را به همین معنا برگردانده، منظورش همین است که شارط چیزی را اعتبار و جعل می‌کند و تقریر و تثبیت می‌نماید و در پی آن اعتبار التزام و تعهد پدید می‌آید. بنابراین التزام با تعلیق و جعل خاص، در معنای شرط با یکدیگر متقارند.

### مفاد حدیث "المؤمنون عند شروطهم"

حدیث، جمله خبری است که در مقام انشای حکم، وارد شده است نه اخبار از وقوع امری در خارج، منظور از جمله خبری در مقام انشا بعث به سوی انجام کاری است زیرا انشا، طلب برای ایجاد بعث برای انجام دادن کار است. دلالت جمله خبری بر انشا، از جمله طلبی و امری، مؤکدتر است. زیرا جمله خبری از وقوع کاری در مقام طلب خبر می‌دهد گویی گوینده جمله خبری، جز به وقوع مدلول آن راضی نیست. از این رو جمله خبری مؤکد، در انشا طلب است. (۴۵)

از طرفی تعلیق حکم بر عنوان "المؤمنون" و "المسلمون" مشعر بر علیت است، یعنی ایمان و اسلام منشأ و انگیزه ایفاء نسبت به تعهدات است یعنی مسلمان و مؤمن چنین است که به تعهدات خویش باید عمل کند و بزرگترین دلیل بر انشایی بودن مفاد حدیث، استدلالی است که امامان (ع) بر وجوب وفا نسبت به شروط کرده‌اند. (۴۶)

فقیهان نیز در همه دورانها و عصرها در ابواب فقه به حدیث "المؤمنون عند شروطهم" بر وجوب وفاء بر شروط و تعهدات استدلال نموده‌اند و این بزرگترین شاهد است که ایشان نیز از حدیث، انشا را فهمیده‌اند نه اخبار. (۴۷)

با توجه به عنوان "المؤمنون" جمع همراه الف و لام و اضافه "شروط" به ضمیر جمع که هر دو افاده عموم می‌نماید مفاد این حدیث نسبت به شروط نظیر "یا ایها الذین امنوا بالعقود" نسبت به عقود و پیمان‌هاست. یعنی هر مسلمان باید نسبت به تمام تعهدات خود و آنچه از امور و کارها بر عهده گرفته عمل نماید و عهده خود را فارغ سازد و این ممکن نیست جز از راه وفاء به عهد و پیمان. البته از شمول حدیث مواردی مانند شرط در مورد معصیت و مخالفت با کتاب خداوند استثنا شده که این گونه شروط اعتبار ندارد.

### شمول حدیث نسبت به شروط ابتدایی

نکته اساسی در استدلال به حدیث نسبت به قراردادهای عرفی این است که عنوان شرط شامل تمامی شروط اعم از شروط ضمنی و ابتدایی باشد.

شرط بر دو قسم است:

شرط ضمنی

شرط ابتدایی

الف- شروط ضمن عقد: شرط ضمن عقد عبارت از الزام و التزامی است که در ضمن عقد و قرارداد دیگری مانند بیع و نکاح گنجانده شود، مانند اینکه در عقد بیع شرط شود، مشتری به مدت یکساله مزرع بایع را آبیاری کند یا در ضمن عقد نکاح شرط شود که حق انتخاب مسکن با زن باشد.

ب- شرط ابتدایی: عبارت از الزام و التزامی است که در ضمن عقد دیگری گنجانده نشده و قرارداد و توافق مستقلی می‌باشد.

به بیان دیگر شرط ابتدایی تعهدی است که یکی از طرفین (مشروط علیه) در مقابل دیگری (مشروط له) به عهده می‌گیرد بدون اینکه در ضمن عقدی از عقود باشد یا عقدی مبتنی بر آن واقع شود به عنوان مثال اگر شخصی تعهد کند که زمین یا اتومبیل یا حق تلفن خود را در تاریخ معینی یا مبلغ معلوم، به دیگری منتقل کند و این تعهد قولاً یا فعلاً مورد

قبول طرف دیگر قرار گیرد چنین تعهدی را تعهد ابتدایی یا شرط بدوی می نامند. بنابراین که شرط به معنای مطلق التزام و تعهد باشد قطعاً حدیث شروط ابتدایی را در بر می گیرد، به این حدیث همانند آیه شریفه "أوفوا بالعقود" بر صحت کلیه قراردادهای عقلایی و عرفی که شرط و عقد بر آنها عرفاً اطلاق می شود می توان استناد نمود. زیرا شرط همانند عقد، توافقی است بر ایجاد یک ماهیت و وضعیت حقوقی که لازمه آن ایجاد تعهد برای طرفین یا یکی از آنهاست.

### ادله ترجیحی شرط به معنای مطلق التزام

- ۱- آنچه از شرط متبادر است جعل و تقریر، یا ربط و تعلیق، یا الزام و التزام است بدون اینکه ضمن عقد دیگری لازم باشد آورده شود.
- ۲- در عرف شرط به معنای الزام و التزام مطلق به کار می رود مانند اینکه کسی بگوید: بر خود شرط کردم که فلان کار را انجام دهم یعنی به انجام کاری ملتزم شدم و به آن متعهد گردیدم بدون اینکه لازم باشد در ضمن عقد دیگری ذکر شود.
- ۳- شرط در احادیث و روایات بر اموری اطلاق شده که در ضمن عقد دیگری نیامده، مانند خیار حیوان که حکمی شرعی و وضعی است بدون اینکه شرط خیار در ضمن عقدی به لحاظ انشایی گنجانده شود بلکه حکم مستقل شرعی است اگرچه در ضمن عقد بیع ذکر نشود مانند روایت علی بن رناب که از امام صادق (ع) نقل می کند که فرمودند: "الشرط فی الحيوان ثلاثاً ایام للمشتري اشترط ام لم یشرط".<sup>(۴۸)</sup>
- ۴- بر احکام الهی، شرط اطلاق شده که جعل مستقل دارد مانند اطلاق شرط الله بر حکم الله در داستان بُریره. در داستان بُریره آمده است: عایشه کنیزی به نام بُریره خریداری کرد صاحب آن شرط کرد که ولاء بریره برای فروشنده باشد. پیامبر (صلی اله علیه و اله و سلم) در مورد شرط بایع چنین فرمود: "قضاء الله احق و شرط الله اوثق و انما الولاء لمن اعتق".<sup>(۴۹)</sup> در این حدیث بر حکم "الولاء لمن اعتق" شرط خداوند اطلاق شده بدون اینکه

این حکم در اصل، شرط ضمنی باشد، بلکه حکم مستقل الهی است.

۵- بسیاری از فقیهان بر صحت و لزوم عقد به حدیث *المؤمنون عند شروطهم* استدلال نموده‌اند و این نشان می‌دهد که شرط ابتدایی (عقد و قرارداد مستقل) نیز مشمول عنوان *المؤمنون عند شروطهم* می‌باشد.

نظر تعدادی از فقیهان بزرگ مانند شیخ مرتضی انصاری در مکاسب و محقق نراقی در عوائد الایام و سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی در حاشیه مکاسب و صاحب کتاب العناوین در مبحث *اصالة الصحة فی العقود* (عنوان ۲۷) و میرزای قمی در جامع الشتات این است شرط در *المؤمنون عند شروطهم* به معنای عام است و شامل شروط ابتدایی نیز می‌شود. (۵۰)

۶- راجع به شمول عنوان شرط نسبت به عقد، می‌توان گفت در معنای عقد به لحاظ معنای لغوی آن، گفته شده، که عقد به معنای بستن و ربط و تعلیق است. (۵۱) از طرفی در معنای شرط نیز گفته شده که به معنای ربط و تعلیق است که ذکر آن گذشت. با توجه به تقارب معنای عقد و شرط می‌توان گفت عقد و شرط در مواردی به یکدیگر تصادق دارند مانند قراردادهای مستقل که هم اطلاق شرط بر آن صحیح است و هم اطلاق عقد. زیرا بستن قرارداد بین دو طرف، دو التزام را به یکدیگر مرتبط و معلق می‌سازد. با توجه به معنای عقد (بستن) و شرط که به معنای ربط (وابسته نمودن) است می‌توان گفت بر هر عقدی اطلاق شرط نیز صحیح است. از آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت شرط شامل عقود و قراردادهای مستقل (شروط ابتدایی) نیز می‌شود و می‌توان به حدیث *المؤمنون عند شروطهم* علاوه بر شروط الزامی ضمن عقد بر صحت عقد و معاملات نیز استدلال نمود. این حدیث بیانگر تأسیس حکم و انشاء لزوم و صحت عقود و شروط است و تمام شروط و قراردادهای ابتدایی و ضمن العقد را شامل می‌شود. خلاصه بحث در این بخش آنکه: در عرف مسلمانان و مجامع گوناگون حقوقی، شرط در معنای مطلق التزام به کار می‌رود و استعمال آن در مطلق التزام بدون اندراج در ضمن عقد نیاز به قرینه ندارد.

یعنی استعمال شرط در مطلق التزام استعمال مجازی نیست و این حدیث در معنای عام شرط (الزام و التزام ابتدایی و شرط ضمن العقد) به کار رفته است و شامل حکم صحت و نفوذ قراردادهای اصل آزادی که در ضمن عقد ملحوظ نشده‌اند نیز خواهد شد.<sup>(۵۲)</sup>

### نتیجه گیری:

از مجموع آنچه ذکر شده می‌توان به نتایج زیر دست یافت:

۱- چنانچه بر تراضی طرفین و توافق دو اراده، عرفاً عنوان عقد صادق باشد و آن قرارداد ممنوع شرعی نباشد، با توجه به ادله کلی صحت عقود، آن عقد صحیح و لازم‌الوفا است.

۲- دیگر آنکه عناوین عقود و قراردادها به عقود معین نظیر بیع و اجاره و صلح و ضمان و مانند اینها منحصر نیست و شرط نیز اعم از شرط ضمن عقد و شرط ابتدایی است و اصل صحت عقود که مستفاد از ادله اجتهادی است نسبت به عقود مستحدث و نو، شمول دارد و عقود معین و نامعین را فرا می‌گیرد.

۳- گرچه اصطلاح "اصل آزادی قراردادها" جدید است لکن مفاد آن در کلام فقیهان سابقه دارد و حکم آن از ادله اجتهادی به دست می‌آید، از این رو می‌توان گفت: مردم در انشای عقود و قراردادها آزادند به هر کیفیت که بخواهند می‌توانند اراده خود را در ابراز و انشای عقود بیان دارند و تعهدات ناشی از قراردادها برای طرفین بنا به ماهیت قرار داد، الزام‌آور است.

۴- وجهی ندارد که عقود مستحدث و جدید از راه اندراج یا انطباق یا عقود معین و معهودی مانند صلح یا از راه شرط ضمن عقد مورد بررسی قرار گیرند آنگونه که برخی از فقیهان حکم بیمه را از راه مقایسه با عقد صلح و هبه مشروط و جعله بیان کرده‌اند بلکه قراردادهای جدید می‌تواند به عنوان عقد مستقل، با توجه به ماهیت آن قرارداد و سایر ادله و عموماً اثباتی و سلبی مانند سایر عقود معهود، مستقلاً مورد بررسی فقهی قرار گیرند.

## منابع و یادداشتها

- ۱- گرجی، ابوالقاسم: مقالات حقوقی، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۲، ص ۱۳
- ۲- خویی، ابوالقاسم: مصباح الفقاهه، دارالصادر، بیروت، جلد ۳، ص ۱۰، ایشان می‌گویند "ان الانشاء ابراز الاعتبار النفسانی بمبرز خارجی"
- ۳- بجنوردی، سیدمحمدحسین: القواعد الفقیه، جلد ۳، ص ۱۱۶
- ۴- الزرقاء، مصطفی احمد: المدخل الفقهی العام، جزء اول، دارالفکر، بیروت ص ۱۲۳  
توضیح اینکه: عرف عبارت است از آنچه بین مردم معروف است و مردم به آن عمل می‌کنند و سلوک و رفتار اجتماعی خود را با آن می‌سنجند، عرف نامیده می‌شود، عرف نزد عرف ممکن است پسندیده باشد یا زشت و نکوهیده، عرف، زمانی محقق می‌شود که عادت مشترکی بین همه یا اکثر مردم پدید آید و جنبه عمومی و غالبی پیدا کند در غیر این صورت عادت، یک رفتار فردی است نه عادت جمعی و عادت فردی، عرف نامیده نمی‌شود.
- ۵- جرجانی، سیدشریف: تعریفات، عالم‌الکتب، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ ق، ص ۱۹۰ و ص ۱۹۴ "العرف ما استقرت النفوس علیه شهادة العقول و نقلته الطباع بالقبول"
- ۶- شهید ثانی، شرح لمعه (کلاتر) جلد ۱۳ ص ۱۱ و ۱۲
- ۷- میرزای قمی: جامع الشتات، انتشارات کیهان، جلد ۲ ص ۴۱ (و من البدیهی توقف صحة المعاملات علی امضاء الشارع لها)
- ۸- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح: العناوین، مؤسسه نشر اسلامی قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ ق، جلد ۲، عنوان ۲۷، ص ۶
- ۹- نراقی، ملا احمد: عوائد الایام، بصیرتی، قم، ص ۵۲ و نیز: نراقی، ملامحمد مهدی: مشارق الاجکام، ص ۳. همچنین: حسینی، مراغی: العناوین، جلد ۲، ص ۶
- ۱۰- خویی، ابوالقاسم: مصباح الفقاهة، جلد ۳، ص ۱۷۷
- ۱۱ و ۱۲- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم: سؤال و جواب، سؤال ۳۱۸، ص ۱۹۲ و سؤال ۴۲۹ ص ۲۷۱
- ۱۳- رضوی، مرتضی: باورقی بر جامع الشتات. میرزای قمی، چاپ اول، کیهان، جلد ۲، ص ۳۶۸

- ۱۴- قرآن کریم، سوره نساء آیه ۲۹
- ۱۵- قرآن کریم، سوره مائد آیه ۱
- ۱۶- حر عاملی: وسائل الشیعه، جلد ۱۲- باب ۶، ابواب خیار، حدیث ۱ و ۲، ص ۳۵۳ و ص ۳۵۴
- ۱۷- مجلسی، محمد باقر: بحار الانوار. مؤسسه الوفاء، جلد ۲، ص ۲۷۳ و نیز: عوالی اللثالی، جلد ۱، ص ۲۲۳، حدیث ۵۹
- ۱۸- قرآن کریم، سوره مائده، آیه ۱
- ۱۹- قیومی: المصباح المنیر، چاپ ایران، جلد ۲، ص ۹۲۰
- ۲۰- تراقی: ملا احمد. عوائد الایام، ص ۳
- ۲۱- ابن منظور: لسان العرب، دارالصادر، بیروت، جلد ۳، ص ۲۹۶ و نیز: قیومی: المصباح المنیر، جزء اول، ص ۸۲. همچنین: راغب اصفهانی: مفردات، اسماعیلیان- ماده عقد ص ۳۴۱ و نیز جوهری: صحاح اللغة، ماده عقد
- ۲۲ و ۲۳- طباطبائی، سید محمد حسین: المیزان: دارالکتب الاسلامیه، جلد ۵ طهران، چاپ سوم ۱۳۹۴ ق. ص ۱۶۵ و ۱۶۷
- ۲۴- خراسانی، محمد کاظم: کفایة الاصول، چاپ جامعه مدرسین، جلد ۱ ص ۲۵۵ و ص ۲۵۸
- ۲۵- عوائد الایام، ص ۳، محقق تراقی در این کتاب، حدود ۸ احتمال را در معنای "العقود" ذکر نموده است.
- میر عبد الفتاح: العناوین جلد ۲، ص ۱۳. می گوید: فالظاهر من ذلك حيثند ارادة العقود و العهود و التکالیف کلها و الاوول خاصة (العقود العهود) او مع الثاني.
- ۲۶- تراقی، ملا محمد مهدی: مشارق الاحکام ص ۸ و ۹
- ۲۷- برخی فقیهان و مفسرانی که آیه "اوفوا بالعقود" را بر عموم حمل نموده اند.
- فیض کاشانی: تفسیر الصافی. اعلمی. چاپ دوم، بیروت، جلد ۲، ۱۰۴۲ ه. ق. ص ۵
- محقق اردبیلی: زبدة البیان، ص ۲۶۲
- فاضل متداد: کنز العرفان، جلد ۲، ص ۵

- امام خمینی: بیع- اسماعیلیان، قم، جلد ۱، ص ۲۹۳
- علامه خوئی: مصباح الفقاهه، جلد ۳، ص ۹۵
- علامه طباطبائی: المیزان، جلد ۵، ص ۱۵۸
- میرعبدالفتاح: العناوین، جلد ۲، عنوان ۲۷، ص ۲۵
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم: العروة الوثقی بک جلدی، المكتبة العلمية الاسلامية، تهران، ص ۵۸۳، ۵۹۵، ۶۰۲، ۶۰۳
- شیخ حسین حلی: بحوث فقهیه، بیروت، دارالزهراء، چاپ سوم، ۱۴۰۵ هـ.ق، ص ۲۷۵ و ۳۶
- مشهدی میرزا محمد: کنزالدقائق، جلد ۲، ص ۴
- شهابی، محمود: ادوارقه، سازمان چاپ و انتشارات، جلد ۲، چاپ سوم و تهران، ۱۳۶۹، ص ۱۲۸
- ۲۸- نراقی، ملا احمد: عوائد الایام، عائدۀ اول، ص ۷
- ۲۹- به شماره ۲۶ مراجعه شود
- ۳۰- حسینی مراغی: العناوین، جلد ۲، عنوان ۴۵، ص ۲۷۲
- بنجوردی: القواعد الفقهیه، جلد ۳، ص ۲۲۰
- نراقی، ملا احمد: عوائد الایام، ص ۴۱
- ۳۱، ۳۲، ۳۳- خر عاملی: وسائل الشیعه جلد ۱۲، باب ۶، حدیث ۱ و ۲، ص ۳۵۳ و ۳۵۴ وسائل الشیعه، جلد ۱۲، کتاب النکاح، باب ۲۰، ابواب المهور
- ۳۴- عوالی اللثالی جلد ۱، حدیث ۸۴، ص ۲۱۸، به نقل از المستدرک کتاب التجراره باب ۴، از ابواب خیار.
- ناصف، منصور علی: التاج الجامع اصول، بیروت، جلد ۲، ص ۲۰۲
- ۳۵- ابن منظور: لسان العرب، جلد ۷، واژه شرط، ص ۳۲۹
- ۳۶- انصاری، شیخ مرتضی: مکاسب، خیارات، ص ۲۷۵
- ۳۷- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم: حاشیه مکاسب، ص ۱۰۵
- ۳۸- نراقی، ملا احمد: عوائد الایام، ص ۴۱

- محقق داماد، سیدمصطفی: قواعد فقه مدنی، بخش ۲، انتشارات سمت، ص ۳۴
- ۳۹- میرعبالفتاح: العناوین، جلد ۲، ص ۲۷۲ و نیز صناعی، سیدمهدی، ترجمه القواعد والفوائد، ج ۲، ص ۴۲ تحت عنوان قواعد، از انتشارات دانشگاه فردوسی
- ۴۰- نراقی، ملااحمد: عوائد الایام، ص ۴۲
- ۴۱- بجنوردی: القواعد الفقهیه، جلد ۳، ص ۲۲۲
- ۴۲- لسان العرب: جلد ۷، واژه شرط، ص ۳۳۰ و نیز قاموس، جلد ۲، ص ۳۶۸
- ۴۳- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم: حاشیه بر مکاسب، ص ۱۰۶، سطر ۱۳، و در دعای نبدیه می خوانیم: بعد ان شرطت علیهم الزهد فی هذه الدنيا الدنیه
- ۴۴- حاشیه بر مکاسب، ص ۱۰۶
- ۴۵- خراسانی، محمدکاظم: کفایه الاصول، جلد ۱، ص ۷۱
- ۴۶- وسائل الشیعه، جلد ۱۲، ص ۳۵۴، مانند این حدیث "ان علیاً کان یقول من شرط لامرأته شرطاً فلیف لها به فان المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً و او احل حراماً"
- ۴۷- حسینی مراغی، میرعبالفتاح: العناوین، جلد ۲، ص ۲۷۷ و نیز بجنوردی: القواعد الفقهیه، جلد ۳، ص ۲۲۰
- ۴۸- حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۱۵، ص ۳۱۷ حدیث را از تفسیر عیاشی نقل کرده است.
- ۴۹- ناصف، منصورعلی: التاج الجامع الاصول، جلد ۳، ص ۲۰۲
- ۵۰- انصاری، شیخ مرتضی: مکاسب، بخش خیاران، ص ۲۷۵، نراقی، ملااحمد: عوائد الایام، ص ۴۶، طباطبایی، سیدمحمدکاظم: حاشیه بر مکاسب، ص ۱۲۰، سطر ۱۴، حسینی مراغی: العناوین، جلد ۲، عنوان ۲۷، ص ۲۵، میرزای قمی: جامع الشتات، جلد ۳، چاپ اول، ۱۳۷۱، ص ۲۸۸
- ۵۱- ابن العربی: احکام القرآن، جلد ۲، ص ۶، تفسیر آیه اول از سوره مائده
- ۵۲- محقق داماد، سیدمصطفی: قواعد فقه مدنی، سمت، ص ۶۷