

آقای سید علی محمد مدرس وکیل محترم دادگستری اصفهان

پس از وصول نامه آن وکیل محترم به پیوست مقاله راجع بحسن و قبح که مرقوم داشته بودید الحق قابل تقدیر و تمجید بود و مقاله نامبرده برای چاپ آماده و پس از طبع بنظر آن همکار محترم خواهد رسید .
اما موضوع دیگر که لازم بود همکار محترم در اطراف آن با احاطه کامل خود اظهار نظر فرمایند این بود که :

۱- آیا عقود و ایقاعات محصورند یا غیر محصور و دلایل آن ؟

۲- آیا معاظاة در تمام عقود و ایقاعات جاری است ؟

۳- آیا با تکامل تمدن بشری بر عقود و ایقاعات میتوان افزود ؟

بدیهی است بانظر دقیق ووشکاف خودتان این مسئله علمی را تشریح ویرامتان این اداره بیفزائید .

محمود سرشار

سید علی محمد مدرس وکیل دادگستری اصفهان

مبحث اول

(آیا عقود و ایقاعات محصورند یا غیر محصور و دلایل آن)

اولاً باید دانست مراد از عقد و ایقاع چیست . عقد بمعنای لغوی عبارتست از بند و بست بین دو نفر یا چند نفر که موجب حدوث تعهدی گردد و بعضی عقد را عبارت از عهد موثق گرفته که بین الله و بین العباد بوده و مراد از اوفوا بالعقود را همان عهدی دانسته که در حلال و حرام و اداء فرائض گرفته شده استناداً بقوله تعالی الذین یتقضون عهدالله من بعد میثاقهم و بعضی آیه اوفوا بالعقود را تفسیر نموده اند که مراد ولایت علی علیه السلام است . عن الجواد علیه السلام ان رسول الله صلی الله علیه و آله عقد لعلی بالخلافة فی عشر مواطن ثم انزل الله تعالی یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود و بعضی گفته اند مراد از اوفوا بالعقود عقودی بوده که قبل از نزول آیه شریفه بین الناس بوده است و بعضی عقود باضیه و عقود مستقبله را در حکم واحد دانسته و لذا کلیه روابط و تعهداتی را که در زمان جاهلیت بوده و میثاق بر آن بسته شده با عقود بعدی را مشمول آیه شریفه دانسته و لازم الوفا میدانند و بعضی مراد از عقودیکه امر تکلیفی بر وفاء بان شده عبارت از تعهدات معاملاتی دانسته اعم از اینکه عقود تملیکیه باشد یا عقود لازمه و جایزه و تعلیقیه و عقود عرفیه و اذنیه میگویند تماماً مشمول اوفوا بالعقود است که وفاء بهر عقدی از عقود را واجب و لازم دانسته اند مگر آنکه دلیل خاصی بر عدم لزوم وفاء رسیده باشد اعم از اینکه دلیل دلیل خاص باشد مثل جواز در معاطات قبل التصرف فی العوض و جواز رجوع در هبه و وصیت و وکالت و سایر عقود جایزه یا بموجب دلیل عامی رسیده باشد مثل قاعده نفی ضرر در مورد

آیا عقود و ایقاعات محصورند یا غیر محصور

عقد ضروری که در اینصورت اینگونه عقود را لازم الوفاء ندانسته و حتی در مورد عقدی که از حیث لزوم و جواز مورد شک شود بمقتضای اصل اولی حکم بلزوم مینماید تادللی بر جواز ثابت شود مگر اینکه سابقه جواز آن عقد ثابت بوده و شک در بقاء جواز نمانیم که در اینصورت استصحاب بقاء جواز وارد است و بعضی گفته اند عقود فاسده بهیچوجه مشمول اوفوا بالعقود نیست و حق در مقام این است که العقود جمعی است محلی بالف و لام و افاده عموم مینماید و کلیه عقود را شامل میشود ولی عقود فاسده من باب تخصیص یا عدم تخصیص از تحت عموم خارج شده که آنچه را در نزد عرف اطلاق عقد بر آن شود واجب الوفاء است الا ما خرج بدلیل اعم از اینکه عقد ذاتاً لازم باشد یعنی مشتمل بر ایجاب و قبول باشد یا آنکه از عقود جایزه و عقود عرفیه باشد لازم الوفاء است باین توضیح که اگر عقد ذاتاً لازم بوده و فاء بان هم علی سبیل اللزوم واجب است و اگر عقد از عقود جائزه است علی سبیل الجواز مادامیکه فسخ نشده و فاء بان لازم است و همچنین در عقودیکه از یک طرف جائز است مثل رهن که نسبت برهن لازم و نسبت بمرتحن جائز است در و فاء بان هم نسبت برهن لازم الوفاء و نسبت بمرتحن جائز الوفاء خواهد بود که هر گونه بست و بندی در عصری از اعصار بین الناس بشود که اطلاق عقد بر آن شود لازم الوفاء است چه آنکه شارع عقود و ایقاعاتی اختراع نکرده بلکه همان عقود متداوله بین الناس را در نظر گرفته بعضی آنرا تقریر نموده و بعضی را نهی فرموده است بنا براین نمیتوان گفت مراد از عقودیکه لازم الوفاء است همین عقودی است که مصطلح عند الفقهاء است بلکه اینها افراد شایعه هستند و کلیه عقود و عهود که معنای حقیقی آن بند و بست است اعم از اینکه بطریق عقود معروفه متداوله باشد یا بطریق شبه عقد باشد لازم الوفاء است مگر آنکه از طریق شرع موجبات جواز و بهم زدن آن ثابت گردد و اگر عقود را منحصر بهمان عقود مصطلح عند الفقهاء بدانیم تخصیص اکثر وارد میشود بسیاری از عهود و عقود تجارתי و قرارداد و بست و بندهای خصوصی که بر حسب متفاهم عرفی اطلاق عقد بر آن میشود و همچنین عقود جائزه و فاسده و غیره را باید خارج کنیم و حال آنکه اوفوا بالعقود افاده عموم مینماید و الف و لام آن الف و لام عهد خارجی نیست بلکه عموم استغراقی است هر عقدی واجب الوفاء است الا ما خرج بالدلیل - و بعضی گفته اند الفاظ متصرف یا افراد معلوم است و از این جهت نمیتوان گفت تمام عقود لازم الوفاء است این بیان هم مخالف با قواعد علمیه است زیرا الفاظ در باب معاملات را باید حمل بر معنای لغوی نمود زیرا معاملات توقیفی نیست عقد عبارتست از بند و بست عرفی و شارع فقط معاملات صحیحه را تحدید نموده صحت و فساد معاملات و عقود را بیان فرموده برای لفظ عقد نه حقیقت شرعیه است و نه حقیقت متشرعه بلکه نظر بمصالح و مفساسدی بعضی شرائط برای صحت عقود مقرر فرموده و بعضی از عقود را منهی عنه قرار داده است. بیع غرری را نهی فرموده معامله ربوی را حرام نموده عقد تعلیقی را بلا اثر دانسته نکاح مسلمه را با غیر مسلم اجازه نداده شرط فاسد را مفسد عقد قرار داده معاملات سفهی را حکم به بطلان فرموده بیع غدره و اعیان نجسه و سایر عقودیرا که نهی فرموده حرام دانسته که این حرمتها و معاملات منهی عنها از روی دلخواه

آیا عقود و ایقاعات محصورند یا غیر محصور

نبوده بلکه نظر بمصالحی بعضی معاملات و عقود را بلااثر نموده و برای ارکان صحت و مشروعیت معاملات شروط و قیودی مقرر فرموده که هر یک دارای مصالحی بوده مصلحت و مفسده نوعی را منظور نظر قرار داده هر عقدی که قابل ترتیب اثر قرار داده تقریر او کاشف از مصلحت نوعیه است و هر عقدی را که نهی کرده نهی او کاشف از مفسده نوعی است و برای معاملات و عقود شرائط و ارکانی قرار داده است البته این قیود و شروط مربوط بتأثیر عقد است و بدیهی است در مقام عمل بعام اگر مخصص نباشد بدون تأمل عمل بعام میشود و البته فحص از مخصص هم باید بشود اگر مخصص پیدا شد صرف نظر از عام میشود ولی اگر شک در تقیید و تخصیص نمائیم اصالة عدم تخصیص و یا تقیید وارد است و اخذ بعام خواهد شد بنا بر این با اینکه میدانیم شارع برای هر حادثه حکمی قرار داده حتی ارش الخدش معذک اگر از جهت شبهه حکمیه یا شبهه موضوعیه در باب عقد و یا ایقاعی شک نمائیم مرجع این شک شک در شرطیت یا مانعیت است یعنی نمیدانیم برای چنین عقدی قیدی یا تخصیصی قرارداده یا خیر از این جهت با تسک باصالت عدم تقیید و تخصیص میگوئیم عقد واقع مشکوک بحکم اوفوا بالعقود لازم الوفاء خواهد بود. دلیل این قسمت یکی آیه اوفوا بالعقود است که افاده عموم میکند و یکی المؤمنون عند شروطهم و یکی لا یحل مال امرء الا بطیب نفسه و یکی لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض که باین دلائل قویه ثابت است هر گونه عقود و عهود و مواتیق که برضایت و طیب نفس بین افراد بسته شود محترم و لازم الوفاء است مگر اینکه بدلیل خاصی خارج شود. بنا بر این ذکر افراد شایعه عقود مثل بیع و صلح و هبه و اجاره و عاریه و شرکت و مضاربه و حواله و نکاح انحصار عقود را بهمین افراد ثابت نمینماید بلکه سایر افراد بندو بستها که بین افراد میشود شامل است و مقتضای هر عقدی لزوم وفاء بمندول آن است و مادامیکه بدلیل کافی مانعیت محرز نشود باقتضای مقتضی عمل خواهد شد و خلاصه کلام آنستکه عقود را اگر بمعنای لغوی بگیریم که مطلق بست و بندهای بین افراد باشد غیر محصور است ولی اگر عقود مصطلح عندالفقها را بخوانیم محصور است ولی بحصر افرادی بلکه بحصر نوعی و اما ایقاع هم اصطلاحی است بین متشرعه که ایقاعات را عبارت میداند از آن عقودیکه بیک طرف محقق میشود مثل طلاق و ظهار و عتق و امثال آن که عقد وقتی اطلاق میشود که بند و بست بین طرفین مقرون بايجاب و قبول باشد ولی ایقاع یکطرفی است و محتاج به قبول نیست و در جریان اصول هم بین عقد و ایقاع فرقی هست مثلاً اگر موردی را در عقد شک در صحت و فساد آن کنیم یا از جهت شبهه حکمیه یا از جهت شبهه موضوعیه اصالةالصحة جاری میشود زیرا برگشت این شک از جهت شبهه حکمیه یا است که از جهت احتمال مانعیت و احتمال تخصیص و تقیید است که از جهت اصالة عدم تقیید و تخصیص و عدم مانعیت اصالةالصحة جاری میشود ولی در ایقاعات اگر شک در صحت و فساد آن شود اگر از جهت شبهه حکمیه باشد چون برگشت شک در تقیید و تخصیص میشود بطوریکه گفته شد اصالة عدم تقیید جاری است ولی اگر از جهت شبهه موضوعیه باشد که ندانیم بر وجه صحیح ایقاعی واقع شده یا خیر اصالةالفساد جاری میکنند هر چند

آیا معاطات در تمام عقود جاری است

مطابق عقیده جمعی از نحول در کلیه ایقاعات هم اگر شک در صحت و فساد آن شود اعم از اینکه شک از جهت شبهه موضوعیه باشد یا از جهت شبهه حکمیة اصالةالصحة را جاری مینمایند - و نیز در بعضی احکام بین عقود و ایقاعات فرق است مثلاً عقدی که از روی اکراه واقع شود متعقب برضای متعاقدين شد صحت آن مسلم و خالی از اشکال است ولی در ایقاعات مثل شفعه و طلاق وظهار و لعان و نذر و عهد و یمین و عتق اگر از روی اکراه واقع شد و لو اینکه بعداً رضایت حاصل گردد ایقاعات مذکور بلا اثر است .

مبحث دوم

آیا معاطات در تمام عقود جاری است یا خیر؟

در مسئله معاطات مسلماً عقد قلبی کافی نیست بلکه در معاطات لازم است بالفعل باشد یا بقول بشرطی که فعل هم اختیاری باشد و صریح در مقصود باشد و معاطات تارة بطریق معاوضه است و تارة بطریق مجانی است و علی ای حال سیره مستمره بر جواز معاطات بوده و هست و چیزی که مورد بحث است اینست که آیا معاطات در تمام عقود و ایقاعات سریان دارد یا بعضی دون بعضی و این مسئله ظاهراً جمع علیها است که معاطات در تمام عقود و ایقاعات جاری نیست بدلیل آنکه الفاظ مخصوصه و شروط لازمه و قیودی قید شده که بقصد یا بفعل و وقوع نخواهد یافت پس اگر زوج بقصد طلاق زوجه خود را از خانه بیرون کرد طلاق واقع نشده و تفریق حاصل نشده و بزوجیت باقی است زیرا باید بلنظ طلاق و هی مطلقه و با قصد و معنی و اختیار در حضور عدلین صیغه جاری شود و در طهر غیر موانعه باشد با رعایت شرایط و قیود دیگر طلاق واقع شود تا تفریق حاصل گردد و زوجه از قید زوجیت یله و رها شود و مجرد فعل کافی برای حصول تفریق نیست و همچنین درظهار با رعایت شروط مقرر و یا قصد بگوید انت علی کظهرامی ناظهار واقع گردد و هكذا در ایلاء و عتق که مجرد فعل کافی نیست از این جهت معاطات را در اینگونه عقود سریان نمیدهند ولی در عقود معاوضه اعم از اینکه در مقام بیع باشد یا صلح یا اجاره معاطات جاری و ساری است و در این جهت اختلافی نیست بلکه اختلاف فقهاء در اینست که آیا معاطات افاده ملکیت مینماید برای متعاملین یا اباحه تصرف برای آنها میکنند جمع کثیری از فقها قائل باباحه شده میگویند معاطات فقط مفید اباحه تصرف است در عوض ولی محققین از علماء امامیه میگویند معاطات افاده ملکیت هم مینماید و ادله این دسته قوی است زیرا اگر معاملات معاطاتی را صرفاً مفید اباحه بدانیم فقط متعاملین شخصاً میتوانند در عین معوض تصرف نمایند و قائم مقام آنها را حق تصرف نباشد و خودشان هم فقط حق تصرف در اعیان معوضه داشته باشند و در نما آت حاصله از آن حق مداخله و تصرف نداشته باشند یا اگر اسوال معاوضه بورثه متعاطین برسد ملک و ارث نشود و این مطلب یقیناً مخالف مقصود متعاملین معاطاتی است و عقود همیشه تابع مقصود است - و کسانیکه معاطات را عبارت از اباحه تصرف در عوض میدانند ناچارند معاطات را در کلیه عقود جاری و ساری بدانند حتی در نکاح دائم یا منتقطع زیرا همین طور که در مورد اجاره معاطاتی برای مستاجر اباحه تصرف در عین مستاجر میشود در نکاح معاطاتی هم تصرف در بضع را باید بلا مانع دانند و حال آنکه اجماع فرقه امامیه است که در نکاح دائم و انقطاع صیغه ایجاب و قبول شرط است بلکه قید عربیت را نیز شرط حتمی و ضروری

آیا معاطات در تمام عقود جاری است

دانسته‌اند برای احتیاط در امر فروج بلکه الفاظ مخصوصه را با شرایط مقررہ لازم دانسته‌اند و در سایر معاملات و معاوضه چون عنصر مهم آن تراضی متعاملین است هر گونه لفظی که دال بر تراضی باشد جایز شده است لکن در خصوص نکاح برای احتراز از هرج و مرج قید عربیت و الفاظ مخصوصه شرط شده و بدون رعایت شرائط مقررہ اصالۃ‌التحریم جاری است بنابراین در نکاح معاطاتی هم اصالۃ‌التحریم جاری است و هر گاه بخواهیم معاطات را در عقد نکاح جاری و ساری بدانیم لابد و ناچار می‌شویم بگوئیم قبل‌التصرف نکاح قابل فسخ است زیرا در کلیه معاملات معاطاتی قبل‌التصرف قابل فسخ و بهم‌زدن است ولی در نکاح دائم اگر شرط فسخ نکاح هم شود بموجب ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی عقد نکاح باطل است و فسخ نکاح فقط و فقط در موارد مواد ۱۱۲۱ و ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ قانون مدنی ممکن است علیهذا مسلماً معاطات در نکاح جاری نیست. و اما عقود معاوضیه معاطات جاری و ساری است و قائم‌مقام هر عقدی می‌شود هر چند سیره مستمره که دلیل عمدہ جواز معاطات است در موضوعات جزئیہ بمعاملات معاطاتی ناظر و معمول بها است و در معاملات کلی معامله معاطاتی نمی‌شود ولی از نظر اینکه مدلل گردید که کلیه عقود و ایقاعات از مجعولات و مخترعات شارع نیست و شارع معاملات متعارفه را امضاء و تقریر نموده و بعضی را نهی نموده و برای عقود من حیث الصحه شروط و ارکانی مقرر داشته از بلوغ و رشد و اختیار و برای شروط هم احکامی مقرر فرموده که این شروط و قیود اعتبارات شرعی است و دخلی بمفهوم عقود و ایقاعات ندارد و مدلل گردید که عقود معاوضه توفیقی نیست و اینطور نیست که شارع از روی اراده یک عملی را عقد و دیگری را ایقاع قرار داده باشد بلکه بیع شرعی و لغوی مفهوماً یکی است و آن نقل ملک است از مالکی بدیگری بعوض معلوم پس با این بیان می‌گوئیم این معنی در معامله معاطاتی در امور جزئی و کلی وارد است و چون قصد متعاطیین بر حدوث تملیک است لذا بمعامله معاطاتی ملکیت هم حاصل می‌شود و فرقی که با سایر معاملات دارد این است که مادامیکه تصرف در عوضین معامله معاطاتی نشده قابل بهم‌زدن است ولی باتصرف و تلف یکی از عوضین معامله معاطاتی هم محکوم بلزوم می‌گردد و علی‌ای حال معاطات هم در مقام عقود لازمه ممکن است واقع شود و هم در عقود جائزه باستثناء مواردی که فوقاً اشعار گردید و اگر معاطات در مقام بیع واقع شود تمام شرائط و احکام بیع غیر از صیغه در آن ملحوظ است همینطور که می‌گوئیم البیعان بالخیار مانم یفتقرتا در معاطات مذکور هم این خیار ثابت است. و همچنین سایر خیارات مثل خیار عیب و خیار غبن. مرحوم شهید ثانی فرموده یا باید گفته شود معاطات عقد مستقلی است یا باید تمام احکام بیع را در آن جاری نمود و در باب اینکه آیا قصد تملیک و تملک در معاطات لازم است یاخیر اختلافی شده بعضی از علما قصد تملیک و تملک را شرط دانسته‌اند و قصد انشاء و اباحه را قید نموده‌اند ولی بقیه فحول از علماء همان فعل متعاطیین و رضای جانبین باخذ عوضین کافی است چنانچه سیره مسلمین و غیر مسلمین بر همین نهج بوده و هست و عموم الناس مسلطون علی اموالهم و عموم لایحل مال امرء الا بطیب نفسه دلیل مثبت بر صحت این معامله است.

مبحث سوم

در صورت تکامل تمدن بشری ممکن است
بر عقود و ایقاعات افزوده شود یا خیر؟

هر چند با تکامل تمدن بشری آنچه اختراع شود تحت عنوان معنونه شرعی است باین معنی که یا دلیلی شرعی بر صحت آن موجود است یا دلیل شرعی بر فساد آن موجود است یا آنکه نه دلیلی بر صحت و نه دلیلی بر فساد در دست است البته اگر دلیل شرعی بر صحت و فساد در دست باشد حکم بصحت و یا فساد آن میشود و الا بمقتضای عموم او فو ابا لعقود و فاء بچنین عقدی را لازم میدانیم - و شک در شرطیت شرطی یا مانعیت مانعی را باصل عدم شرطیت و مانعیت مرتفع میکنیم و نیز با عموم او فو ابا لعقود شک در تخصیص و تقييد را باصالت عدم تقييد رفع بینمائیم و اصاله الصحه را در چنین عقدی جاری میکنیم - بنابراین هر عقدی یا ایقاعی احداث شود یا معلوم الحکم است یا مجهول الحکم است برای هر یک قواعدی در شرع مقرر گردیده اصول عملیه که بمنزله سرمشق است بدست داده اند . در بعضی از بند و بستها هم که معلوم نیست در تحت کدام یک از عقود و ایقاعات محسوب میشود باز حکمش معلوم است مثلاً اشکالاتی شده که استحمام در حمام یا بند و بست نمودن با مرضعه و امثال آنها آیا داخل در عقد اجاره است یا عقد مستثلی است که سیره جاریه بر جواز آن است - بعضی را عقیده آنست که چون اجاره برای استیفاء منافع است و استعمال آب حمام یا استرضاع از مرضعه تصرف در عین است و از این جهت داخل عقد اجاره محسوب نیست و بعضی را عقیده آنست که منفعت مقصود در اجاره منفعت بمعنای اعم است و عرفاً استیفاء منفعت از حمام از مرضعه اطلاق میشود و از این جهت داخل در عقد اجاره میدانند و ظاهر اینست که این گونه عقود و ایقاعات بهمان معنای لغوی است و سیره جاریه بر آن بوده و هست و لازم الوقاء خواهد بود و هر گونه بند و بستهایی که در نتیجه تمدن بشری حادث شود بهمین معنی ممکن است و مادامیکه منهی عهه شرعی نباشد متبع خواهد بود .

پرتال جامع علوم انسانی