

مبانی تصحیح قراردادهای غیرمعهود با تمسک به اطلاقات و عمومات شرعی

سید علیرضا امین*^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۳۰

چکیده

قراردادهای جدید و تأسیسات حقوقی که ناشی از رشد تکنولوژی و متأثر از پیچیدگی‌های روابط اقتصادی، شکل گرفته‌اند و بر هیچ یک از عقود رایج در عصر تشریح، قابل انطباق نیستند، به قراردادهای غیرمعهود موسوم هستند. از یک سو مشروعیت این سنخ قراردادها محتاج دلیلی معتبر است و الا ناگزیر عمل به آنها محکوم به اصل اولی فساد خواهد بود. از سوی دیگر به نظر می‌رسد تصحیح قراردادهای غیرمعهود از طرقی غیر از عمومات و اطلاقات شرعی، هموار نیست. لذا ضرورت دارد، تمامیت یا عدم تمامیت تمسک به عمومات و اطلاقات لفظی به عنوان یکی از موثرترین طرق برای خروج قراردادهای غیررایج در عصر نزول، از اصاله الفساد بررسی گردد. از این رو مبانی مورد نیاز برای کارآمدی تمسک به اطلاقات و عمومات شرعی به منظور تصحیح قراردادهای غیرمعهود به شیوه‌ی توصیفی - تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای و اکاوی خواهد شد. نتایج حاکی از آن است که سعه‌ی مطلقات و عمومات نسبت به مصادیق مستحدثه قابل پذیرش است.

واژگان کلیدی: قراردادهای غیرمعهود، اطلاقات و عمومات، انصراف، تخصیص اکثر، شرط ابتدایی.



مقدمه

با رشد تکنولوژی و پیچیده‌تر شدن تبادلات اقتصادی، قراردادهایی نوین و غیر مسبوق به سابقه در عصر تشریح، فراروی بشر قرار گرفته است. چنانچه این قراردادهای مستحدثه در باطن به یک یا چند عقد معهود در زمان پیامبر گرامی اسلام (ص)، بازگشت نداشته باشد، تصحیح آنها، متوقف بر تمسک به طریقی معتبر است که آن را از اصاله الفساد خارج کند. چرا که اثری شرعی، وقتی بر موضوعی مترتب می‌گردد که مجعول یا ممضی از ناحیه‌ی شارع باشد. در فرض تردید در حدوث جعل یا امضاء نسبت به موضوعی مستحدث نیز، مقتضی اصل اولی، عدم حدوث است (نجفی، ۱۴۰۰ق، ج ۲۳، ۳۴۰؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ۱۱). لذاست که اصل اولی از نظر تمامی فقها اصاله الفساد است. چنانچه مستنداتی تام بر صحت عقود غیرمعهود، اقامه گردد، بر اصل فساد حاکم خواهد بود.

در این راستا، تلاش‌هایی صورت گرفته است. برخی، با تمسک به سیره عقلاء، تلاش‌هایی در جهت تصحیح عقود جدید صورت داده‌اند. به نظر می‌رسد سیره عقلایی در فرض وجود، اتصالش به عصر معصوم (ع) محرز نباشد و از این جهت، حجیت آن مخدوش باشد. همچنین عقود غیرمعهود در اعصار پیشین، تعارف و تداول نداشته‌است تا اجماع بر آن متوقع باشد. افزون بر این، وجود ادله‌ی لفظی، اجماع را مدرکی می‌سازد. تمسک به اصاله الصحه برای تصحیح قراردادهای غیرمعهود، نیز تمسک به عام در شبهه مصداقیه است که صحیح نمی‌باشد. چرا که معلوم نیست آیا موضوع عمومات و اطلاعاتی که اصل ثانوی لفظی اصاله الصحه از آن‌ها استفاده شده‌است، معاملاتی است که اصلش به تنفیذ شارع رسیده است و از معاملات معهود در عصر تشریح محسوب می‌گردد یا خیر (شیخ انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ۳۴۷-۳۸۰؛ ذاکر صالحی، ۱۳۹۵ش، ۱۵۵). اصاله الاباحه هم نزد فقهای که بر خلاف میرزا قمی، اصل در اشیا را منع و حظر دانسته‌اند، به عنوان اصلی شرعی و موثر در تصحیح معاملات، کارساز نیست (میرزا قمی، ۱۴۱۳ق، ۵۳). اصل برائت نیز که مجرایش شک در اصل تکلیف است، قابلیت اثبات صحت وضعی قراردادهای غیر معهود را ندارد (ذاکر صالحی، ۱۳۹۵ش، ۱۶۰ و ۱۶۱). قاعده‌ی العقود تابعه للقصود نیز مشرع نمی‌باشد و در مقام اثبات مشروعیت قراردادهای مستحدثه نیست. چرا که در مقام بیان واقع نشدن معاملات امضایی شارع در صورتی است که همه‌ی شرایط صحت آن‌ها جز قصد، محقق باشند. نه اینکه اگر شارع معامله‌ای را امضا نکرده باشد، با قصد طرفین، شرعاً واقع شود (همان، ۱۶۲ و ۱۶۳).



به نظر می‌رسد مهم‌ترین دلیل برای اثبات مشروعیت قراردادهای غیر رایج در عصر نزول، عمومات و اطلاعات هستند. از این رو قابلیت این طریق برای اثبات مشروعیت قراردادهای غیر رایج در عصر نزول، بررسی می‌گردد.

۱- اقوال در مساله

اقوال فقها نسبت به کارآمدی عمومات و اطلاعات به منظور تصحیح یا عدم تصحیح عقود غیر متداول، در دو نظریه کلی طبقه‌بندی می‌شود. برخی با جریان اصل اولی فساد در عقود غیر معهود، مشروعیت این عقود را انکار می‌کنند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ۱۱۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ۱۴۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ۱۶۶؛ طباطبایی، مناهل، بی تا، ۲۹۰). بخش قابل توجهی از فقهاء، عقود غیر متداول در عصر شارع را همچون عقود متعارف، مشمول عمومات و اطلاعات ادله دانسته و از این طریق عقود غیر متعارف را تصحیح می‌کنند (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ۲۰۰؛ نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ۱۰۴؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ۷۰؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ۱۷۴؛ مامقانی، ۱۳۵۰ق، ۶؛ طباطبایی، مناهل، بی تا، ۲۹۲).

۲- مناشی اختلاف اقوال

در دیدگاه فقهای که برای تصحیح معاملات مستحده به عمومات و اطلاعات تمسک می‌کنند (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ۳۷۳؛ نهج الفقاهه، بی تا، ۹۹؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ۱۵؛ حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ۲۷۱؛ امام خمینی، ۱۳۹۲ش، ج ۲، ۶۴۵)، قرینه‌ای بر انصراف ادله به مصادیق معهود، وجود ندارد. چرا که شارع عالم به تحول موضوعات در طول زمان و قادر بر تخصیص عمومات و تقیید مطلقات، اکثر احکامش از قبیل قضایای حقیقیه بوده که موضوعشان مفروض الوجود است و به عرف خاصی، منحصر نیست. لذا چنانچه قرینه‌ای بر قضیه خارجی بودن حکم یا تخصیص و تقیید بیان نکرده باشد، عمومیت و اطلاق ادله باب نسبت به مصادیق مستحده تمام خواهد بود. در مقابل، قائلین به عدم ظرفیت عمومات و اطلاعات برای دربرگرفتن موضوعات نوظهور، به ادله‌ای از قبیل انصراف الفاظ مطلق و عموم به موضوعات متعارف و رایج در عصر حضور به جهت نبود برخی از مصادیق در زمان صدور تمسک می‌کنند. چنانچه انحصار مشمول عمومات و اطلاعات عصر صدور را نسبت به مصادیق متعارف آن عصر، از باب قدرمیتین در مقام مخاطب بدانیم، از دیدگاه علمایی همچون آخوند خراسانی که عدم قدرمیتین در مقام مخاطب را در شمار مقدمات حکمت محسوب کرده‌اند، عمومات و اطلاعات عصر تشریح، ظرفیت دربرگیری مصادیق و عناوین مستحده را نخواهد داشت. بله چنانچه براساس مسلک سایر اصولیون، مشی کنیم و مصادیق متعارف در عصر صدور



را از قبیل قدرمتیقن خارجی خطابات شرعی لحاظ نماییم، چنین انصرافی، قابلیت نخواهد داشت که شمول اطلاعات و خصوصاً عمومات را نسبت به عناوین مستحدثه، مخدوش سازد (مبلغی، ۱۳۷۹، ۷۰-۱۰۸؛ موسوی، ۱۳۹۷، ۳۷-۳۹).

۳- نمونه‌هایی از تمسک به عمومات و اطلاعات برای تصحیح مسائل نوظهور در کتب فقهی

در کتب فقهی، جواز یا عدم جواز تمسک به عمومات و اطلاعات در مسائل مستحدثه، به نمونه‌هایی از قبیل بحث حلیت یا حرمت صید کشته شده با تفنگ ذیل "من قتل (جرح) صیدا بسلاح"، محدود است. برخی (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ۵۷۶؛ اصفهانی (مجلسی دوم)، ۱۴۱۰ق، ج ۶۲، ۲۷۲؛ نراقی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ۱۷۵؛ ۱۴۱۵ق، ج ۱۵، ۳۱۶)، شمول عنوان سلاح در روایت را نسبت به تفنگ پذیرفته‌اند. در مقابل صاحب ریاض (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۳، ۲۷۴)، تمسک به اطلاق سلاح را نسبت به تفنگ مستحدث در زمان خویش نپذیرفته‌است.

از دیگر مواردی که ذیل آن بحث پیرامون عمومیت یا عدم عمومیت نسبت به مصادیق مستحدثه پرداخته شده‌است، سخنی از شهید صدر درباره‌ی شمول قاعده لاضرر نسبت به ارتکازات مستحدثه است. ایشان بر خلاف مشهور، مصادیق نوظهور ضرر را که به ارتکاز عرف جدید، حادث شده‌است، مشمول قاعده-ی لاضرر نمی‌داند. از نظر ایشان، عنوان ضرر ماخوذ در کلام شارع، منحصر در افراد عرفیه در همان عصر صدور است و نسبت به افراد نوظهور ضرر در اعصار بعدی، شمولی ندارد (صدر، قواعد الفقهیه، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ۵۸۳).

شمول یا عدم شمول ادله باب عقود و معاملات نسبت به معاملات غیر متعارف، از دیگر مواضعی است که بحث از تمسک به عمومات، در مصادیق مستحدثه به میان آمده‌است.

به عنوان نمونه، می‌توان نائینی تمسک به اطلاعات و عمومات را هنگام شک در ناحیه‌ی اسباب، همچون شک در ناحیه مسببات، جایز دانسته است. در نظر ایشان، چنان چه مسببی در زمان شارع، معهود نباشد، تمسک به عموماتی همچون اوفوا بالعقود، برای نفوذ آن جایز است. همچنین ایشان، این ادعا را که ال در العقود، ال عهد باشد تا مراد، عقود معهود در زمان تشریح باشد، خلاف ظاهر دانسته و در نتیجه، وجهی برای اختصاص و انصراف این ادله به موارد متعارف، قائل نیست. مرحوم خوئی نیز در جواب امثال شیخ انصاری که در مساله اشتراط ترتیب بین ایجاب و قبول، عقد بدون ایجاب را به دلیل غیر متعارف بودن، خارج از شمول ادله‌ی صحت معاملات معرفی می‌کند (انصاری، ۱۴۴۰ق، ج ۳، ۱۴۰)، بطلان عقد بدین جهت را نمی-پذیرد (خوئی، بی تا، ج ۳، ۴۷).



البته لازم به توضیح است که در باب اشتراط تنجیز در صحت عقد، خود مرحوم خویی به جهات غیر متعارف بودن عقد معلق در نظر عموم مردم، مقتضای اصل فساد و انصراف ادله نفوذ عقود به عقود متعارف، تنجیز در صحت عقد را معتبر می‌داند.

از نظر مرحوم حکیم نیز شمول ادله‌ی صحت معاملات نسبت به مصادیق غیر متعارف، امری واضح بوده است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ۳۷۳؛ حکیم، بی تا، ۹۹).

مرحوم حسینی مراغی نیز در العناوین الفقہیہ، عموم آیه او فوا بالعقود را نسبت به همه‌ی عقود اعم از متعارف و غیر متعارف در عصر تشریح، می‌پذیرد در نظر ایشان او فوا بالعقود نسبت به انواع عقد، شمولیت دارد. کسانی که به منظور انصراف او فوا بالعقود از عقود متعارف، عموم آیه را مفید شمول نسبت به انواع عقد - و نه افراد آن - می‌دانند، به بیراهه رفته‌اند (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ۱۵).

مرحوم حائری (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ۲۷۱) و مرحوم امام خمینی (امام خمینی، ۱۳۹۲ش، ج ۲، ۶۴۵) نیز عقود مستحدثه همچون بیمه و سرقفلی را با تمسک به عمومات و اطلاعات باب معاملات، تصحیح می‌کنند (موسوی، ۱۳۹۷ش، ۳۶ و ۳۷).

۴- تاثیر نوع خطابات شرعی در تمسک به اطلاق و عموم

خطاب شرعی به خطاب صادر شده از شارع به قصد بیان وظایف مکلفان اطلاق می‌شود. چه خطاب شرعی را همان حکم شرعی بدانیم و چه حاکی از حکم شرع (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۵، ۲۷۶)، تمسک به خطابات عام و مطلق برای تطبیق بر مصادیق و موضوعات نوظهوری که در خصوص آن‌ها دلیلی از شارع واصل نشده است، از راه‌های تصحیح و کشف مشروعیت قراردادهای مستحدثه است (نائینی، ۱۳۷۶ش، ج ۳، ۶۸ و ۶۹). از آنجا که تسری دادن احکام اطلاعات و عمومات به موضوعات و عناوین نوظهور در گرو شناخت سعه‌ی موضوعات و متعلقات احکام شرعیه است، بررسی انحاء قضایای شرعیه اهمیت می‌یابد. در یک نگاه قضایا به خارجییه و حقیقیه تقسیم می‌شوند. قضایای شخصییه از محل بحث ما خارج هستند و تنها احکامی قابل تسری دادن به موضوعات و عناوین نوظهور و مستحدث هستند که قضایای حقیقیه باشند (همان، ج ۱، ص ۱۷۷).

در نگاهی دیگر، قضایای شرعیه به نصوص معلل و غیر معلل، تقسیم می‌شوند. شکی در شمول حکم نسبت به مصادیق مستحدث حکم تعلیل شده وجود ندارد. چرا که در نصوص معلل، تعلیلی که برای حکم ذکر شده است، ملاک حقیقی حکم به حساب می‌آید. در نصوص غیر معلل، چنان چه یک عنوان کلی، بدون مقید شدن به شخص و یا زمان خاصی، به عنوان موضوع لحاظ شده باشد، اطلاق و عموم در فرضی که مانعی



در تمسک به آن‌ها نباشد، تمام اعصار و افراد موضوع را می‌گیرد. در خطباتی که مخاطب یا عنوان خاصی به عنوان موضوع حکم ذکر شده است، تمسک به اطلاق یا عموم موضوع برای تسری حکم نسبت به مصادیق مستحدثه یا حتی مصادیق مسبوق با سابقه در عصر تشریح که خارج از موقعیت مکانی و زمانی مخاطب محسوب می‌شود، هموار نیست. در این شرایط، الغاء خصوصیت، تنقیح مناط، قاعده اولویت و قاعده‌ی اشتراک، از جمله شیوه‌های توسعه‌ی احکام موضوعات جزئی محسوب می‌شوند.

۵- مستندات قائلین به سعه مطلقات و عمومات نسبت به مصادیق مستحدثه

در دیدگاه فقهای که برای تصحیح معاملات مستحدثه به عمومات و اطلاعات تمسک می‌کنند، شرایط استدلال به این عمومات تمام بوده و قرینه‌ای بر انصراف ادله به مصادیق معهود، وجود ندارد. چرا که شارع عالم به تحول موضوعات در طول زمان و قادر بر تخصیص عمومات و تقیید مطلقات، اکثر احکامش از قبیل قضایای حقیقه بوده که موضوعشان مفروض الوجود است و به عرف خاصی، منحصر نیست. لذا چنان چه قرینه‌ای بر قضیه خارجی بودن حکم یا تخصیص و تقیید بیان نکرده باشد، عمومیت و اطلاق ادله باب نسبت به مصادیق مستحدثه تمام خواهد بود.

مویدات شمول عمومات اطلاعات نسبت به مصادیق جدید در دو گستره قرآن و فراتر از قرآن، قابل طرح هستند. شمول برخی از آیات بر ظرفیت عمومات و اطلاعات قرآنی برای یافتن حکم هر مسأله‌ای از جمله احکام مصادیق مستحدثه، اشعار دارد.

(نزلنا علیک الکتاب تبیاناً لكل شیء و هدی و رحمه و بشری للمسلمین): این کتاب را که بیانگر همه چیز است و رهنمود و رحمت و بشارتی است بر تو نازل کردیم (نحل، آیه ۸۹).

(تفصیل لكل شیء): {قرآن} شرح و بیان هر چیز است (یوسف، آیه ۱۱۱).

(ما فرطنا فی الکتاب من شیء): ما در این کتاب از توضیح چیزی فروگذار نکردیم (انعام، آیه ۳۸).

طبق برخی از روایات نیز خداوند تعالی چیزی را از امور مورد نیاز امت اسلامی تا دامنه‌ی قیامت وانهاد، جز اینکه در کتاب خود (قرآن) فرود آورده و برای پیامبرش بیان نموده است.

أَنَّ اللَّهَ أَنْزَلَ فِي الْكِتَابِ كُلِّ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَجَعَلَ لَهُ دَلِيلًا يَدُلُّ عَلَيْهِ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ۱۷۵).

إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَمْ يَدَعْ شَيْئًا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْأُمَّةُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ إِلَّا أَنْزَلَهُ فِي كِتَابِهِ وَبَيَّنَّهُ

لِرَسُولِهِ... (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ۵۹؛ ج ۷، ۱۷۶).

از این طایفه از روایات و سایر روایاتی که در آن‌ها تعبیراتی همچون یجری مجری الشمس (بحرانی،

۱۴۰۳ق، ۵؛ خویی، بی تا، ج ۱، ۲۵۶) یا غضبٌ إلى يوم القيامة (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ۴۹۷) در مورد قرآن به کار



رفته است، جاودانگی، دربرگیرندگی و جامع بودن قرآن کریم استفاده می‌شود. از این مویدات چنین برداشت می‌شود که آیات قرآن دربرگیرنده‌ی احکام مکلفین در تمام اعصار و امصار و حاوی هر آنچه در نظام شریعت معتبر است، می‌باشد. البته به نظر می‌رسد بخشی از این تعالیم قرآنی در باطن قرآن و نیازمند تفسیر ائمه علیهم‌السلام باشد. لذا عمومات و اطلاقات قرآن هم نسبت به مصادیق نوظهور، استیعاب و شمول دارد. گستره‌ی تایید این دسته از مویدات، به عمومات و اطلاقات مندرج در قرآن محدود می‌گردد. در منابع فقهی، روایاتی با این مضمون داریم که برای هر مسأله‌ای، نشانی در قرآن یا اخبار وجود دارد. طبق این روایات، مجموعه کتاب و سنت مشتمل و محیط بر همه مسائل و موضوعات از جمله موضوعات مستحدث می‌باشد. گستره‌ی این موید بر خلاف موید قبل، فراتر از قرآن بوده و اخبار و روایات را نیز در برمی‌گیرد. از جمله این اخبار، روایاتی با این مضمون است که خداوند به واسطه‌ی ائمه معصومین (علیهم‌السلام)، اصول و قواعد کلی را بیان فرموده و تطبیق جزئیات و مصادیق بر آن‌ها بر عهده‌ی مردم می‌باشد.

۶- مستندات قائلین به عدم سعه مطلقات و عمومات نسبت به مصادیق مستحدثه

عدم ظرفیت عمومات و اطلاقات از حیث شمول نسبت به مصادیق مستحدثه به جهاتی از قبیل انصراف به مصادیق متعارف در عصر صدور یا عدم امکان تخصیص و تقیید در کنار وجود روایاتی که شمول نسبت به مصادیق مستحدثه را نفی می‌کنند، از مهم‌ترین مستندات قائلین به نظریه‌ی عدم سعه مطلقات و عمومات نسبت به مصادیق مستحدثه است.

۶-۱- عدم ظرفیت شمول عمومات و اطلاقات به جهت انصراف به مصادیق متعارف در عصر

صدور

یکی از ادله‌ی قائلین به عدم ظرفیت عمومات و اطلاقات برای دربرگرفتن مصادیق مستحدثه و موضوعات نوظهور، انصراف الفاظ مطلق و عموم به موضوعات متعارف و رایج در عصر حضور است. تبادر بعضی از افراد طبیعت به ذهن در هنگام استعمال لفظی که معنای وضعی موسّعی دارد، انصراف نامیده می‌شود. در دیدگاه اغلب اصولیون (نراقی، ۱۴۱۷ق، ۷۷۸؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ۴۳)، انصراف تنها مانع شمول اطلاقی است و به عموم وضعی ضرری وارد نمی‌کند. بر این اساس، طبق نظر اغلب اصولیون، انصراف نمی‌تواند مضر به عمومات باب معاملات باشد و صرفاً مانعی برای شمول اطلاقات نسبت به مصادیق مستحدثه، تلقی می‌گردد. البته اصولیونی که عمومیت عام را همچون اطلاق مطلق، برخاسته از



مقدمات حکمت یا به جهت قرائن دیگری غیر از وضع می‌دانند، تفاوتی بین عمومات و مطلقات از این حیث قائل نیستند (خراسانی (آخوند)، ۱۴۰۹ق، ۲۱۸؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۳، ۸۵).

۶-۱-۱- اقسام انصراف

انصراف در یک نگاه کلی به دو دسته عارضی و غیر عارضی منقسم می‌شود. انصرافی که لفظ با قطع نظر از این که موضوع حکم شده، واجد می‌شود، به انصراف غیر عارضی موسوم است. در مقابل، انصراف عارضی، به انصرافی اطلاق می‌شود که برای لفظ پس از قرار گرفتن به عنوان موضوع حکم، پدید می‌آید. انصراف غیر عارضی، چهار قسم دارد که عبارتند از: ۱- انصراف ناشی از چیرگی وجود، ۲- انصراف ناشی از فزونی استعمال، ۳- انصراف ناشی از شرایط ویژه و تبدیل مصداق به شان نزول و ۴- انصراف ناشی از نبود برخی از مصادیق در زمان صدور (مبلغی، ۱۳۷۹ش، ۷۰-۱۰۸). از میان این اقسام مذکور، تنها قسم چهارم از انصراف غیر عارضی یعنی انصراف ناشی از نبود برخی از مصادیق در زمان صدور، مربوط به بحث ما است.

۶-۱-۲- انصراف ناشی از نبود برخی از مصادیق در زمان صدور

چنانچه موضوع از منظر مخاطبان عصر نزول، قابلیت پذیرش مصادیق و حالت‌های متنوعی را داشته باشد، عدم تقیید از جانب شارع، کاشف از اطلاق و عموم موضوع نسبت به افراد و احوال مختلف است. در فرضی که قابلیت مزبور، مفقود باشد، اطلاق منتفی خواهد بود (همان).

۶-۱-۳- بررسی اعتبار انصراف ناشی از نبود برخی از مصادیق در زمان صدور

چنانچه انحصار شمول عمومات و اطلاقات عصر صدور را نسبت به مصادیق متعارف آن عصر، از باب قدر متیقن در مقام مخاطب بدانیم، از دیدگاه علمایی همچون آخوند خراسانی که عدم قدر متیقن در مقام مخاطب را در شمار مقدمات حکمت محسوب کرده‌اند، عمومات و اطلاقات عصر تشریح، ظرفیت دربرگیری مصادیق و عناوین مستحدثه را نخواهد داشت. بلکه چنانچه بر اساس مسلک سایر اصولیون، مشی کنیم و مصادیق متعارف در عصر صدور را از قبیل قدر متیقن خارجی خطابات شرعی لحاظ نماییم، چنین انصرافی، قابلیت نخواهد داشت که شمول اطلاقات و خصوصاً عمومات را نسبت به عناوین مستحدثه، مخدوش سازد (همان؛ موسوی، ۱۳۹۷ش، ۳۷-۳۹).



۶-۲-۲- عدم ظرفیت شمول عمومات و اطلاعات به جهت عدم امکان تخصیص و تقیید

با وجود روایاتی با این مضمون که ائمه تنها نسبت به عصر خویش عهده دار بیان احکام شرعی هستند، تمسک به عمومات و اطلاعات عصر ائمه علیهم السلام برای تصحیح مصادیق مستحدثه در اعصار آینده، تمام نیست. چرا که از نظر اصولیون، کاشفیت شمول عام یا مطلق فرع بر عدم منحصر یا مقید منفصل است و فحص از مقید یا منحصر قبل از تمسک به عموم یا اطلاق، لازم است (مظفر، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ۱۵۴؛ خراسانی (آخوند)، ۱۴۰۹ق، ۲۲۶). نبود منحصر، از طریق عدم بیان شارع، احراز می‌شود. بله اگر همچون ما نحن فیه، منحصر و مقیدی بیان شده بود، امکان اخذ به عموم یا اطلاق نیست.

از طرف دیگر، طبق مسلک مشهور اصولیون که رابطه تقیید و اطلاق را ملکه و عدم ملکه می‌دانند هر جا که اطلاق به جهت مخدوش بودن مقدمات حکمت، تمام نبود، تقیید نیز ممکن نمی‌باشد و بالعکس اگر تقیید ممکن نباشد، اطلاق شکل نمی‌گیرد (مظفر، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ۱۶۸؛ صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ۲۳۷؛ نائینی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ۵۲۰). چنان چه نظریه‌ی آخوند خراسانی (خراسانی (آخوند)، ۱۴۰۹ق، ۲۱۸) و محقق خویی (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۳، ۸۵) را که عمومیت عام را متفرع بر وضع لغوی نمی‌دانند بلکه همچون مطلق، مقدمات حکمت یا قرائن دیگری را برای افاده‌ی شمول آن دخالت می‌دهند، بپذیریم، تفاوتی بین عام-خاص و مطلق-مقید از حیث نسبت عدم ملکه و ملکه نیست. بر این اساس، عدم امکان تخصیص عمومات نیز همچون عدم امکان تقیید مطلقات، کاشف از عدم انعقاد شمول خواهد شد.

۶-۲-۱- تطبیق بحث در ما نحن فیه (مصادیق مستحدثه)

اگر در مطلقاتی همچون احل الله البیع یا عموماتی مثل اوفوا بالعقود عنوان بیع یا عقد، موضوع حکم کلیت یا وجوب و فاء قرار گیرد، از آنجا که تقیید عناوین عقد و بیع با ابزارهای کنونی، برای عرف عصر صدور این عمومات و اطلاعات، ممکن نبوده است، اطلاق و عمومی نسبت به عقود مستحدثه، شکل نمی‌گیرد.

۶-۲-۲- بررسی عدم امکان تخصیص و تقیید

به نظر می‌رسد که ظهور این روایات در نفی هدایتگری ائمه علیهم السلام نسبت به نسل‌های بعدی تمام نباشد و مراد از روایات، اتمام حجت امام هر عصری نسبت به احتیاجات شرعی عصر خود باشد. ضمن اینکه روایاتی که دال بر اتحاد احادیث همه‌ی اهل بیت هستند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ۵۳) یا مردم را به ائمه پیشین در عصر غیبت، ارجاع می‌دهند (ابن ابی زینب، ۱۳۹۷ق، ۱۵۹) یا آنها را به کتابت و حفظ روایات امر می‌کنند (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷، ۵۹)، حاکی از شمول مرجعیت و اعتبار روایات ائمه معصومین علیهم السلام



برای تمامی اعصار و امصار می‌باشد. به نظر می‌رسد نسبت به رویکرد دوم، اشکال جدی وارد نیست (موسوی، ۱۳۹۷، ش، ۳۹-۴۷).

۳-۶- روایات مشعر به عدم شمول عمومات و مطلقات نسبت به مسائل مستحدثه

برخی از روایات (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۹، ۵۴) بر این اشعار دارند که گستره‌ی اطلاعات و عمومات، منحصر به مصادیق همان عصر است و مشتمل بر مصادیق مستحدثه در اعصار آتی نمی‌گردد (موسوی، ۱۳۹۷، ص ۴۷). سائل در این روایات، علت عدم وجوب زکات در مواردی همچون ارزن و برنج را جویا می‌شود که امام رضا (ع) پاسخ می‌فرماید که با وجود اینکه این موارد در عصر پیامبر (ص) رواج داشت، ایشان زکاتشان را واجب نفرمود. این نحوه پاسخ امام (ع) در این روایات اشعار دارد بر تایید ارتکاز عرفی سائل که پیامبر (ص)، نسبت به آنچه در عصر ایشان وجود خارجی نداشته است، در مقام بیان نبوده است. اما انصاف آن است که با توجه به اینکه امام (ع) در مقام پاسخ به سائلی است که عدم وجود برنج و ارزن را از موارد زکات، مستند به فقدانشان در عصر نبوی می‌کند، پاسخشان منافاتی ندارد با فرضی که مورد سوال، موضوعی مستحدثه و غیر مسبوق به سابقه در عصر تشریح باشد و امام رضا (ع)، به عمومیت عفو زکات در غیر از موارد نه گانه، تمسک فرماید (همان، ص ۴۷ و ۴۸).

۷- شمول عمومات و مطلقات کتاب و سنت نسبت به مسائل مستحدثه

در این بخش عموم و اطلاق آیات اوفوا بالعقود، تجاره عن تراض، آیات مربوط به نفی عسر و حرج و روایت الناس مسلطون علی اموالهم نسبت به عقود مستحدثه، بررسی می‌گردد.

۷-۱- آیه‌ی اوفوا بالعقود

یکی از عمومات مطرح برای اثبات تصحیح قراردادهای مستحدثه در فرض عدم انطباقشان بر هیچ‌یک از عقود معهود در زمان تشریح، آیه «اوفوا بالعقود» است. برخی از فقهاء هنگام تمسک به آیه اوفوا بالعقود در بحث اصالة ال لزوم یا صحت معاطات، به صحت عقود غیر معین اشاره کرده‌اند (سلیمان پور، ۱۳۸۲، ش، ۷۹-۹۶). فقهاء با این آیه، مواجهه‌ی یکسانی نداشته‌اند. عده‌ای به جهت مجمل دانستن آیه، آن را فاقد قابلیت برای استدلال تلقی نموده‌اند (نراقی، ۱۳۶۹ق، ج ۲، ۳۶۶). برخی دیگر، با تمسک به این آیه، هر آنچه را که از حیث لغت و عرف به آن عقد اطلاق می‌شود جز عقودی که با دلیل استثنا شده است، حلال دانسته‌اند. طبق این دیدگاه آیه نسبت به عقود معهود و مستحدث شمول دارد (نراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴). برخی مانند



صاحب ریاض تنها نظارت آیه را نسبت به عقود معهود و متداول در صدر اسلام پذیرفته‌اند (طباطبایی، ریاض المسائل، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۱۱۴)؛ منشاء تفاوت در برداشت فقها از این آیه برای صحّت یا نفوذ عقود جدید، اختلاف در مفهوم عقد و وفا است. لذا پس از کنکاش در معنای لغوی عقد و وفاء، استدلال به آیه بیان می‌گردد.

۷-۱-۱- تنقیح معانی لغوی و اصطلاحی مفردات

برخی از لغویون، عقد را مرادف با عهد می‌دانند (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ۵۱۰). در نظر برخی دیگر از لغویون، عقد معنایی اخص از عهد دارد و به عهدی موثق و مشدد اطلاق می‌شود (زمخشری، ۱۳۹۱ش، ج ۱، ۶۰۰). برخی از فقها، وجوهی را برای اخذ عنوان توثیق در صدق مفهوم عقد - که اخصیت معنای عقد را نسبت به عهد موجب گردیده است - ذکر نموده‌اند. به عنوان نمونه، حقیقت عقد متقوم به دو نفر است و عرف، عقد را استوارتر از عهدی که با یک طرف محقق می‌شود، تلقی می‌کند؛ از دیگر مناشیء اشاره شده در کلام فقها برای اخصیت عقد از عهد این است که بر خلاف عهد که به مجرد التزام قلبی، حاصل می‌شود، عقد منوط به ابراز در قالب لفظ یا فعل می‌باشد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ۲۴). در مقابل در نظر برخی دیگر که عهد را به معنای جعل و قرار می‌دانند، معنای لغوی عقد اعم از عهد است. این اعمیت یا بدین جهت است که عهد بر خلاف عقد، مختص به ارتباط با متعلق قرار است یا به این جهت است که ربط بین دو شیء در مفهوم عقد، به حسب معنای لغوی اختصاصی به اعتباریات ندارد و امثال "عقد الإزار" را نیز در برمی‌گیرد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ۱۴۳).

تطبیق عقد بر حلف، یمین، نذر در برخی از روایات (نعمان بن محمد، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ۲۷)، مویذ این معناست که عقد در مورد یک نفر نیز استعمال می‌شود. البته به جهت اینکه استعمال اعم از وضع است، حقیقی بودن این استعمالات محل تامل است. هرچند در برخی از روایات از قبیل «يَقُومُ الْقَائِمُ وَ كَيْسَ لِأَحَدٍ فِي عُنُقِهِ عَهْدٌ وَ لَا عَقْدٌ وَ لَا بَيْعَةٌ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ۳۴۲)، غیر تاسیسی بودن معنای عقد در جایگاهی که بر واژه‌ی عهد عطف گردیده است، خلاف ظاهر است.

در علم معانی، تاسیس در مقابل تاکید و در موضعی است که معنای جدیدی، غیر از معنای کلمه یا کلام سابق، افاده می‌شود. در دوران امر بین تاکید و تاسیس، اصل تاسیسی بودن معانی است. عبارت «التأسيس اولى من التأکید» در کلمات علمای بلاغت همچون تفتازانی، مبین این اصل است (مسعود بن عمر تفتازانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ۱۲۱).

اما با این وجود در بسیاری از آیات قرآن، در مفهوم عهد رابطه طرفینی لحاظ گردیده است. از جمله:



(وَ كَلَّمَا عَاهَدُوا عَهْدًا نَبَذَهُ فَرِيقٌ مِّنْهُمْ): آیا هر بار که یهود پیمانی بستند، گروهی از ایشان آن را دور افکندند؟ (بقره، آیه ۱۰۰).

(وَ الْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا): آن‌ها چون تعهد دهند به عهد خود وفا کنند (بقره، آیه ۱۷۷).

(أَفَأْتَمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ): پس پیمان آنان را تا پایان مدتشان تمام کنید (توبه، آیه ۴)

لذا بعید نیست که با اختیار ترادف عقد و عهد، عقد را به معنای مطلق عهد بدانیم. مویذ این مطلب روایتی است که در تفسیر علی بن ابراهیم آمده و عهدی را که عقد نیستند مشمول آیه دانسته است.

«حدثني ابي عن النضر بن سويد عن عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله (عليه السلام) قوله: أوفوا بالعقود قال: أي بالعهود

البتة این مطلب در حد تایید است. چرا که ممکن است گفته شود چون منصرف از عقد، غیر ایقاعات می‌باشد، حضرت در این روایت در مقام بیان این مطلب می‌باشد که معنای انصرافی عقد، در این آیه مراد نیست.

حتی می‌توان گفت عاهد، تنزیلاً در مقابل خود، طرفی را اعتبار می‌کند و عهد را با آن منعقد می‌سازد. در نهایت اگر این تنزیل مورد پذیرش قرار نگیرد، می‌توان تنزیل محقق اصفهانی را پذیرفت. ایشان معتقد است که ربط یک شیء به شیء دیگر به عنوان معنای حقیقی عقد، در عهد نیز موجود است و ارتباط عهد کننده با متعلق عهد نیز تصویری از ارتباط بین دو شیء است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ۱۴۴). به عبارت دیگر، نسبت عقد و عهد بسان نسبت ایجاد و وجود است. همان گونه که ایجاد در گرو لحاظ فاعل و وجود در گرو لحاظ قابل می‌باشد، در عقد و عهد هم با دو لحاظ، ربط بین دو شیء، متصور است. البته از تنزیل ایشان ترادف دو مفهوم عقد و عهد نتیجه نمی‌شود. همان طور که ایشان به صراحت این مطلب را تصریح فرموده است.

فقها، احتمالاتی در معنای اصطلاحی عقد، مطرح فرموده‌اند. برخی از فقها (طبرسی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ۵)، عهد مؤکد یا مشدد را به عنوان معنای اصطلاحی عقد پسندیده‌اند.

اکثر فقهاء مراد از عقد را عقد فقهی معهود در عصر تشریح می‌دانند که در کتاب‌های فقهی ضبط شده - است (نجفی، ۱۴۰۰ق، ج ۲۲، ۲۱۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ۱۷۴). مرحوم نراقی، عقود را غیر از عقود متداوله فقهی تعریف می‌کند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ۵). برخی با دست‌آویز قراردادادن شواهدی از قبیل روایت ابن عمیر از ابی جعفر الثانی علیه‌السلام (بحرانی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ۴۳۱)، آیه را بر عهدی که بر ولایت امیرمؤمنان گرفته شده، حمل کرده‌اند (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ۱۷). طبرسی مقصود از عقود را در نظر ابن عباس و مجاهد، عهود اهل جاهلیه که با غرض یاری رساندن به مظلومی صورت می‌گرفت، می‌داند. تکالیف



الاهیّه و میثاق خداوند از اهل کتاب از دیگر احتمالات مطرح در خصوص معنای عقد است (طبرسی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ۱۵۳). از نظر امام خمینی، عقد بر هر معامله‌ای که در آن ربط مبادلی، اعتبار شود، اطلاق می‌شود (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ۶۹). شیخ انصاری نیز مقصود از عقد را مطلق عهد یا آن چه در عرف و لغت بدان عقد اطلاق می‌شود، می‌داند (انصاری، ۱۴۴۰ق، ج ۳، ۲۱۵). استدلال به آیه اوفوا بالعقود برای تصحیح عقود مستحدثت، در گرو اثبات احتمال اخیر است.

در نظر برخی از فقها، لفظ خاص دال بر نقل ملک به دیگری، عقد نامیده می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ۲۶۷). برخی دیگر از فقیهان، عقد را ربط بین دو التزام می‌دانند (اصفهان‌کی (کمپانی)، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ۲۵). معنا اخیر به جهت مناسبت تنگاتنگی که با معنای لغوی آن، یعنی ربط و استیثاق (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ۵۱۰) دارد، پسندیده تر است. ضمن اینکه از آنجا که لفظ، مبرز تراضی طرفین است، تعریف عقد به لفظ، مبتلا به مسامحه در تعبیر می‌باشد.

معنای لغوی وفاء، تمام و کامل بودن است. بر این اساس به درهم کامل «الدّرهم الوافی» اطلاق می‌شود (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ۵۳۱). همچنین در شرایطی که عملی به صورت تامّ و کامل صورت پذیرفته باشد، تعبیر «وفی بالوعد و العهد» استعمال می‌شود (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ۲۵۲۶). در معنای اصطلاحی وفاء به عقد، تحلیل‌های مختلفی ارائه شده است. در نظر برخی از فقها، مراد از وفاء به عقد، ترتیب اثر حدوثاً و بقائاً بر عنوان مجعول است. به این معنا که در عقد جایز، ترتیب اثر در مرحله ی حدوث اثر مثل مالکیت کفایت می‌کند؛ ولی در عقد لازم، ترتیب اثر در دو مرحله ی حدوث و بقاء لازم است (حکیم، بی تا، ۴۹). این معنا توسط شیخ انصاری نیز مورد اشاره قرار گرفته است (شیخ انصاری، ۱۴۴۰ق، ج ۱، ۱۴۵). ایجاد در عالم خارج، وجوب ترتیب اثر به نحو عام استغراقی، عمل به مقتضای عقد و حرمت تصرفات ناقض آن، التزام خارجی به مقتضای عقد به عنوان جامع عقود لازمه و جایزه، از دیگر معانی است که در لسان فقها مطرح شده است. وجوب وفاء به هر معنا که باشد، اگر عقود را مطلق گرفتیم، آیه بر صحت عقود غیر معهود دلالت خواهد کرد.

۷-۱-۲- نحوه‌ی استدلال به آیه اوفوا بالعقود

اما به نظر می‌رسد تمسک به این عمومیت با اشکالاتی مواجه باشد. به عنوان نمونه، حمل آیه بر عموم، سبب می‌شود اکثر تبادلات اقتصادی با آنکه عنوان عقد بر آنها صدق می‌کند، واجب الوفاء نباشند (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ۷۵؛ مامقانی، بی تا، ۱۳۵۰ق، ۱۱). چنانچه قرارداد غیر معهود بر هیچ‌یک از عقود معهود در زمان شارع، منطبق نباشد، برای اثبات صحت آن، می‌توان به ادله‌ای همچون آیه «اوفوا بالعقود» تمسک نمود. به این



بیان که جمع محلی به «ال و لام» افاده عموم می‌کند. لذا «اوفوا بالعقود» مشتمل بر همه عقود معهود و عقود مستحدثه که صراحتاً مورد ردع شارع قرار نگرفته است، خواهد شد.

لذا برای گریز از تخصیص اکثر، لازم است آیه را به عقود متعارف در عصر شارع، منصرف دانست. همچنین شمول نسبت به عقود معهود و مستحدثه، تأکیدی بودن عهدی که قبل از صدور، واجب الوفا بوده- اند و تاسیسی بودن سایر موارد را به دنبال دارد. لذا برای گریز از استعمال لفظ در اکثر از معنا، می‌بایست آیه را بر تأکید حمل نمود. چرا که تاسیسی بودن خلاف اصل و محتاج قرینه است. در این صورت، مقصود آیه، وجوب وفا به عقود متداول در زمان خطاب خواهد بود، نه عقود جدید (سلیمان پور، ۱۳۸۲ش، ۷۹-۸۲).

اما حق آن است که تمسک به عمومیت آیه برای تصحیح عقود جدید، تمام است. چون اولاً برای خروج از اشکال تخصیص اکثر، راه کارهایی در کلمات برخی از فقهاء، ارائه شده است. به عنوان نمونه در نظر برخی همچون فاضل مجلسی، قمی یا صاحب ریاض، عموم العقود، عموم افرادی و نه عموم نوعی است. لذا مراد آیه وجوب وفا به فرد فرد خارجی عقود متداول عصر شارع می‌باشد که قلیل نیست (مامقانی، بی تا، ۱۳۵۰ق، ۹). امام (ره) نیز آیه را به وجوب وفا به وجود عقد یعنی فرد خارجی و نه نوع و طبیعت آن، ناظر می‌داند. زیرا از نظر ایشان الف و لام در العقود، دال بر تکثیر طبیعت فرد - و نه نوع - است. ضمن اینکه کثرت نوع بر خلاف کثرت فرد محتاج قرینه است (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ۷۶). برخی همچون مرحوم بجنوردی که عقود جائز و اذنی را عقد نمی‌دانند، قائل به خروج تخصصی این موارد از عموم آیه هستند. لذا از نظر آنها تخصیص اکثر لازم نمی‌آید (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ۱۷۷). ثانیاً استظهار عمومیت از آیه، مستلزم استعمال لفظ در بیش از یک معنا نیست. به این جهت که لفظ امر در معنایی واحد یعنی بعث و برانگیختن - و نه در تأسیس و تأکید - ظهور وضعی دارد (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ۷۳).

ثالثاً این ادعا که «الف و لام» در «العقود»، عهدی بوده و تنها ناظر به عقود متعارف در زمان شارع است، خلاف ظاهر است. چون اوفوا بالعقود در مقام بیان احکام فعلی عقود و نه اصل تشریح آنها است. لذا آیه بر وجوب وفا نسبت به جمیع عقود اعم از عقود معهود در زمان شارع و عقود مستحدثه در زمان بعد از شارع، دلالت می‌کند. امام (ره) نیز این معنای عام را برای عقد می‌پذیرد (همان). محقق خوئی (ره) نیز در مصباح الفقاهة (خویی، بی تا، ج ۱، ۱۶۸) طبق روایاتی که وارد شده است می‌فرماید چه عقد را به معنای «مطلق العهد» و چه به معنای «عهد مشدد» لحاظ کنیم، آیه، عمومیت خواهد داشت.



۷-۲-آیه "لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارۃ عن تراض" (نساء، آیه ۲۹)

این آیه در دو مرحله بررسی می‌گردد؛

۷-۲-۱- مقصود از مفردات

واژه‌ی اکل کنایه از تصرف مالکانه است. لذا اختصاصی به ماکولات ندارد (خویی، بی‌تا، ج ۲، ۱۰۲). مال از دیدگاه شیخ انصاری، هر آنچه است که واجد "منفعه محلله مقصوده عند العقلا" باشد (انصاری، المکاسب، ۱۴۴۰ق، ج ۱، ص ۱۷، ۱۹، ۲۶، ۴۴، ۵۷ و ...). در لغت، هر چه حق نباشد، باطل محسوب می‌گردد (ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۱۳۹۹ق، ج ۱، ص ۲۵۸؛ ابن منظور، لسان العرب، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص ۵۶). بسیاری از مفسرین به شمول باطل نسبت به همه‌ی مصادیق محتمل آن، تصریح کرده‌اند (طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۱۳۴). از جمله‌ی آن‌ها، تصرف باطل در اموال و دارایی‌ها است که براساس این آیه منهی عنه است. مصادیقی همچون ربا، قمار، ظلم و غصب که از ناحیه شرع بر بطلان آن تصریح شده باشد، باطل شرعی نامیده می‌شود. آیت الله خویی، تنها نظارت آیه را نسبت به این قسم از باطل، پذیرفته است (خویی، مصباح الفقاهه، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۴۱). اما از نظر فقهای همچون شیخ انصاری (شیخ انصاری، کتاب مکاسب، ۱۴۴۰ق، ج ۵، ص ۲۰) و امام خمینی (امام خمینی، کتاب البیع، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۰۱) که فهم عرف را در تشخیص مصادیق باطل معتبر می‌دانند، باطل در آیه‌ی شریفه، منحصر به باطل شرعی نیست. بلکه نسبت به باطل عرفی نیز شمول دارد. البته در این دیدگاه، در فرض تفاوت در تشخیص عرف و شرع، نظر شرع، مقدم خواهد بود تجارت نیز به معنای مطلق اکتساب است و ذکر آن در آیه صرفاً به جهت اغلیت و رواج بوده است.

۷-۲-۲- استدلال به آیه

این آیه بر اباحه‌ی هر آنچه که به سبب تجارت حاصل شده است، دلالت دارد. در تجارت هم به عنوان فرد شایع کسب درآمد، رضایت طرفین شرط است. نهی «لا تأکلوا» در معاملات، مقتضی فساد است. چرا که حرمت تکلیفی اکل، اناً از بطلان معامله کشف می‌کند. لذا معامله‌ای که فاقد شرط رضایت باشد، محکوم به فساد و بطلان است. در مورد بقاء در بالباطل دو احتمال سببیت و مقابله مطرح است. اگر «باء» سببیت باشد، آیه نظارتی به عوضین معامله ندارد، بلکه می‌گوید پولی که به دست می‌آید نباید از طرق و اسباب باطل همچون قمار و ربا باشد. اگر «باء» مقابله لحاظ شود، آیه در مقام بیان شرایط عوضین خواهد بود که مثلاً در مقابل شیئی همچون صنم که فاقد مالیت محلله مقصوده عند العقلاء است، عوضی قرار ندهید. نظر به قرائنی



همچون سنخیت مستثنی و مستثنی منه در آیه و نیز روایاتی که ذیل این آیه وارد شده است احتمال سببیت بآه تقویت می‌گردد. از جمله این روایات عبارت است از:

قال سألت أبا عبد الله (ع) عن قول الله عز وجل: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل «فقال: كانت قریش تقامر الرجل بأهله و ماله فنهاهم الله عز وجل عن ذلك... (کلینی، کافی، ۱۴۰۷ق، ج ۹، ص ۶۷۲).

طبق این روایت، قریش با یکدیگر قمار بازی می‌کردند، و اموال و زن خودشان را به عنوان نتیجه قمار قرار می‌دادند. خداوند متعال، آن‌ها را از این قمار به عنوان سبب باطل، نهی فرموده است. این قرینه ای است بر اینکه آیه ناظر به اسباب است.

طبق این آیه، در صورتی که اکتسابی شرایط صحت را داشته باشد، به هر سبب و در هر قالبی که عرفاً مصداق "تجاره عن تراض" باشد، نفوذ نیز خواهد داشت. بر این اساس، دلالت آیه، بر عقود غیرمعهود نیز مشتمل است.

۷-۳- آیات مربوط به نفی عسر و حرج

آیاتی از قبیل ما جعل علیکم فی الدین من حرج (حج، آیه ۷۸)، ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج و لکن یرید لیطهرکم (مائده، آیه ۶)، یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر (بقره، آیه ۱۸۵) بر این معنا دلالت دارند. هر چند برخی همچون مرحوم نراقی ضیق حرج را شدیدتر از عسر قلمداد نموده است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ۶۱)؛ ولی می‌توان معنای جامعی برای عسر و حرج لحاظ نمود و آن‌ها را مشتمل بر مواردی دانست که خارج از قلمرو تحمل عادی محسوب می‌شوند. تکلیف ما لایطاق و غیر مقدر و اموری که موجب اختلال نظام و ضرر می‌شوند، تحت شمول نفی عسر و حرج مستفاد از آیات، قرار نمی‌گیرند. لذا محدوده‌ی نفی عسر و حرج، امور مقدوری است که به جهت ضیق و مشقت، عرفاً قابل تحمل نباشند (مکارم، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ۱۵۱).

در مورد شمول قاعده نفی عسر و حرج نسبت به احکام وجودی و عدمی دو نظریه در کلمات فقهاء یافت می‌شود. برخی معتقدند که این قاعده فقط نسبت به احکام وجودی نظارت دارد. در این صورت، معنای لا حرج، نفی حکم مجعول شرعی مستلزم حرج خواهد بود و چون عدم حکم، حکم مجعول شرعی محسوب نمی‌شود، به استناد قاعده نفی حرج مرتفع نمی‌گردد (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۳، ۴۲۳). در مقابل، برخی دیگر از فقهاء که عدم جعل حکم را در موضوعی که قابلیت جعل حکم دارد، در واقع جعل آن حکم تلقی می‌کنند، احکام عدمی را نیز تحت شمول قاعده نفی عسر و حرج می‌دانند. طبق این نظریه، شارع برای همه چیز، حکمی جعل کرده است که برخی وجودی و برخی دیگر عدمی است و از لحاظ کبروی، هیچ مانعی



نیست که دلیل لا ضرر و نفی حرج شامل احکام عدمی هم شود؛ هر چند که قائلین این نظریه خود معترف هستند، از لحاظ صغروی، موردی که عدم حکم، موجب حرج و ضرر باشد، یافت نمی‌شود (مکارم، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ۱۵۱).

چنان چه قاعده‌ی نفی عسر و حرج را در امور عدمی جاری بدانیم، می‌توان با استناد به این قاعده، مشروعیت قراردادهای مستحدثه‌ای را که اثری از آن‌ها در عصر شارع نبوده‌است، نتیجه گرفت. چرا که عدم مشروعیت این قبیل معاملات نوظهور که حجم قابل توجهی از قراردادهای اقتصادی هر جامعه‌ای را تشکیل می‌دهد، کلفت و مشقت بسیاری از افراد را در تبادلات اقتصادی به دنبال دارد. لذا نفی حرج مستفاد از این آیات، مستلزم مشروعیت عقود غیر معهود در عصر شارع است.

۷-۴- روایت الناس مسلطون علی اموالهم

ضعف ناشی از ارسال این حدیث با عمل فقهاء، جبران شده‌است (انصاری، ۱۴۴۰ق، ۵۹). طبق این حدیث، انسان این حق را داراست که آزادانه در جان، مال و حقوق خویش هرگونه تصرفی را که مخالف صریح شریعت نباشد، صورت دهد. همچنین تصرف در مال غیر بدون رضایت مالک، جایز نیست. مقتضای عموم سلطنت، نفوذ جمیع تصرفات در هر قالب و تحت هر نوع عقدی می‌باشد. هر چند آن عقد در شمار عقود متعارف و معهود نباشد. چرا که منع از این تصرفات، سلب قدرت صاحب مال است که با عموم حدیث، منافات دارد.

ممکن است این اشکال مطرح باشد که مراد از تسلط بر مال، آن است که مالک نسبت به هرگونه تصرفی که از طرق شرعی و در قالب عقود معهود، تعبیه شده‌است، مختار است و عموم این آیه در حدی نیست که ظرفیت تصحیح قراردادهای مستحدثه را داشته‌باشد. چرا که بیان شارع ناظر به جواز اصل تسلط و تصرف بوده‌است و نسبت به کیفیت و انواع مجاز تصرفات در مقام بیان نیست. به نظر می‌رسد همان طور که مرحوم مراغی معتقد است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ۹ و ۱۰)، انحصار محدوده‌ی مجاز به تصرف از جانب مالک به شیوه‌های متعارف و معهود، مستلزم وجود قرینه‌ای قوی است که قابلیت انصراف حکم را از ظهور عرفی داشته‌باشد. چرا که ظهور لفظ تسلط در معنایی اعم از طرق معهود و غیر معهود است.

۷-۵- المسلمون (المؤمنون) عند شروطهم

یکی از اقسام شرط، شرط ابتدایی است. شرط ابتدایی عبارت است از تعهد و قراری که ضمن عقد نیست بلکه مستقل از عقد می‌باشد. فقها شرایطی را برای صحت شروط ذکر کرده‌اند (انصاری، ۱۴۴۰ق، ج ۶،



۱۵؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۴۸؛ نراقی، عوائد الایام، ۱۴۱۷ق، ۴۶ و ۴۷). در ماده ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی نیز به برخی از شرایط صحت شروط، اشاره شده است.

در کلمات فقها نسبت به اینکه بر چنین تعهداتی که از آنها تحت عنوان شروط ابتدای یاد می‌شود، شرط حقیقی صدق می‌کند، تردید وجود دارد (انصاری، کتاب المکاسب، ۱۴۴۰ق، ج ۶، ۱۱؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ۱۳۶ و ۱۳۷). علاوه بر شیخ انصاری و مرحوم امام خمینی، برخی دیگر از فقها (خویی، بی‌تا، ج ۲، ۱۴۲) نیز، تعهدی را که ضمن عقد نباشد، شرط حقیقی محسوب نمی‌کنند. هر چند اطلاق عنوان شرط بر آن را به صورت مجازی بپذیرند. در حقیقت چنین تعهدی وعده به شمار می‌رود. بنابر قول مشهور، وفا کردن به شرط ابتدایی واجب نیست (انصاری، ۱۴۴۰ق، ج ۶، ۵۵ و ۵۶). لیکن برخی وفا به شرط ابتدایی را نیز واجب دانسته‌اند (حائری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ۱۶۱).

برای آنکه بتوان عقود غیر متعارف را شرط ابتدایی دانست، می‌بایست پس از اثبات مشروعیت شروط ابتدایی، انطباق لفظ شرط را بر قرارداد ثابت نمود. چنان چه طبق مسلک فقهای همچون سید یزدی (یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ۱۰۵ و ۱۰۶) و احمد نراقی (نراقی، ۱۴۱۷ق، ۴۴)، واژه‌ی شرط را مرادف مطلق الزام و التزام دانست و بتوان شمول "المومنون عند شروطهم" را نسبت به شرط ابتدایی ثابت نمود، نتیجه گرفته می‌شود که هر شرط ابتدایی لازم الوفاء است. اثبات صحت و نفوذ معاملات با این فراز از روایت، فرع بر آن است که عرفاً شرط بر عقد صدق نماید. در این صورت، شروط ابتدایی به عنوان تعهد طرفینی خارج از عقد، می‌تواند در قالب قراردادی غیر معهود، نمود یابد. لذا از طریق حکم به وجوب وفاء شروط ابتدایی، می‌توان قراردادهای غیر معهود را تصحیح نمود.



نتیجه‌گیری

قضایای شخصیه از محل بحث ما خارج هستند. همچنین در خطابات غیر معللی که مخاطب یا عنوان خاصی به عنوان موضوع حکم ذکر شده‌است، تمسک به اطلاق یا عموم موضوع برای تسری حکم نسبت به مصادیق مستحدثه یا حتی مصادیق مسبوق با سابقه در عصر تشریح که خارج از موقعیت مکانی و زمانی مخاطب محسوب می‌شود، هموار نیست.

به نظر نویسنده، مطلقات و عموماًت نسبت به مصادیق مستحدثه سعه دارند. چرا که :

اولاً طبق نظر اغلب اصولیون، انصراف نمی‌تواند مضر به عموماًت باب معاملات باشد و صرفاً مانعی برای شمول اطلاعات نسبت به مصادیق مستحدثه، تلقی می‌گردد و این حاکی از عدم تمامیت طریق انصراف برای نفی اطلاق است.

ثانیاً عدم تمکن شارع از بیان مخصصات و مقیدات احتملی که مربوط به موضوعات مستحدث در اعصار پسین است، مانع از تمسک به عموماًت و اطلاعات اعصار پیشین نخواهد شد. ثالثاً روایات مشعر به عدم شمول عموماًت و مطلقات نسبت به مسائل مستحدثه، علاوه بر آن‌که به حد ظهور نمی‌رسند، قابل توجیه نیز هستند.

رابعاً تمسک به عمومیت آیه اوفا بالعقود برای تصحیح قراردادهای غیر معهود، تمام است. چرا که این ادعا که "الف و لام" در "العقود"، عهدی بوده و تنها ناظر به عقود متعارف در زمان شارع است، خلاف ظاهر است. ضمن اینکه اشکال‌های تخصیص اکثر و استعمال لفظ در بیش از یک معنا وارد نیستند.

خامساً طبق آیه لا تأکلوا اموالکم، نیز در صورتی که اکتسابی شرایط صحت را داشته‌باشد، به هر سبب و در هر قالبی که عرفاً مصداق "تجاره عن تراض" باشد، نفوذ نیز خواهد داشت. بر این اساس، دلالت آیه، بر عقود غیر معهود نیز مشتمل است. چنان چه ما جعل علیکم فی الدین من حرج را در امور عدمی جاری بدانیم، می‌توان با استناد به آن، مشروعیت بعد از مرحله‌ی تاسیس را نسبت به قراردادهای مستحدثه که اثری از آن‌ها در عصر شارع نبوده‌است، نتیجه گرفت.

سادساً مقتضی عموم روایت الناس مسلطون علی اموالهم، نفوذ جمیع تصرفات در هر قالب و تحت هر نوع عقدی می‌باشد. هر چند آن عقد در شمار عقود متعارف و معهود نباشد. انحصار محدوده‌ی مجاز به تصرف از جانب مالک به شیوه‌های متعارف و معهود، مستلزم وجود قرینه‌ای قوی است که قابلیت انصراف حکم را از ظهور عرفی داشته‌باشد. حال آنکه چنین قرینه‌ای در میان نیست.



سابقاً برای تمسک به المسلمون (المومنون) عند شروطهم می‌بایست پس از اثبات مشروعیت شروط ابتدایی، انطباق عرفی لفظ شرط را بر قرارداد ثابت نمود. در این صورت، شروط ابتدایی به عنوان تعهد طرفینی خارج از عقد، می‌تواند در قالب قراردادی غیر معهود، نمود یابد. لذا از طریق حکم به وجوب وفاء شروط ابتدایی برآمده از المسلمون (المومنون) عند شروطهم، می‌توان قراردادهای غیرمعهود را تصحیح نمود.



فهرست منابع

قرآن کریم

- ابن ابی زینب (نعمانی)، محمد بن ابراهیم (۱۳۹۷ق)، *الغیبه للنعمانی*، چاپ اول، تهران، نشر صدوق.
- ابن فارس، احمد (۱۳۹۹ق)، *معجم مقاییس اللغه*، محقق: عبد السلام محمد هارون، قم، دارالفکر.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، *لسان العرب*، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- اصفهانی (مجلسی دوم)، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۱۰ق)، *بحار الانوار*، چاپ اول، بیروت، موسسه الطبع و النشر.
- اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، *حاشیه کتاب المکاسب*، چاپ اول، قم، انوار الهدی.
- امام خمینی، سیدروح الله (۱۳۹۲ق)، *تحریر الوسیله*، چاپ اول، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه
- امام خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۱ق)، *کتاب البیع*، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۴۰ق)، *کتاب المکاسب*، چاپ ۲۷، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق)، *قواعد الفقهیه*، چاپ اول، قم، نشر الهادی.
- بحرانی، سیدهاشم (۱۴۰۳ق)، *البرهان فی تفسیر القرآن*، چاپ اول، تهران، نشر اسماعیلیان.
- تفتازانی، مسعودبن عمر (۱۴۱۶ق)، *المطول فی شرح تلخیص المفتاح*، چاپ چهارم، قم، مکتبه الداوری.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، *صحاح- تاج اللغه و صحاح العربیه*، چاپ اول، بیروت، دارالعلم للملایین.
- حائری طباطبایی، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ق)، *ریاض المسائل*، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام.
- حائری، سیدکاظم (۱۴۲۳ق)، *فقه العقود*، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ق)، *عناوین الفقهیه*، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق)، *مستمک العروه الوثقی*، چاپ اول، قم، موسسه دارالتفسیر.
- حکیم، سیدمحسن (بی تا)، *نهج الفقاهه*، چاپ اول، قم، انتشارات ۲۲ بهمن.



- خراسانی (آخوند)، محمد کاظم (۱۴۰۹ق)، کفایه الاصول، چاپ دوم، قم، موسسه آل البيت.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، المحاضرات فی الاصول، محرر: سید اسحاق فیاض، چاپ اول، قم، انصاریان.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی تا)، مصباح الفقاهه، مقرر: محمد علی توحیدی، چاپ اول، قم، موسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- ذاکر صالحی، غلامرضا (۱۳۹۵)، مبانی قراردادهای نامعین، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
- زمخشری، محمود بن عمر (۱۳۹۱ش)، کشف، مترجم: مسعود انصاری خوشابر، چاپ دوم، تهران، ققنوس.
- سبزواری، محمد باقر بن محمد (۱۴۲۳ق)، کفایه الاحکام، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- سلیمان پور، محمد جواد (زمستان ۱۳۸۲)، قراردادهای مالی جدید در اسلام، مجله اقتصاد اسلامی، سال سوم، شماره ۱۱، ص ۷۹-۹۶.
- شیخ انصاری، رسائل، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۳۴۷-۳۸۰.
- صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷ق)، بحوث فی علم الاصول، مقرر: سید محمود هاشمی شاهرودی، چاپ دوم، قم، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه.
- صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۸ق)، قواعد الفقهیة (مباحث الاصول)، مقرر: سید کاظم حائری، چاپ اول، قم، دفتر آقای حائری.
- طباطبایی حائری، سید محمد مجاهد (بی تا)، مناهل، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۲۵ق)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، چاپ هشتم، قم، ناصر خسرو.
- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرین، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی.
- عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام.
- عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الکرامه، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، کافی، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.



- مامقانی، عبدالله بن محمد(۱۳۵۰ق)، *نهایه المقال فی تکمله غایه الآمال*، چاپ اول، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه.
- مبلغی، احمد(بهار ۱۳۷۹)، *وجدان فقهی و راههای انضباط بخشی به آن در استنباط*، فقه اهل بیت، شماره ۲۱، ص ۷۰ تا ص ۱۰۸.
- محقق حلی، جعفر بن حسن(۱۴۰۸ق)، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، موسسه اسماعیلیان.
- مظفر، محمدرضا(۱۴۱۵ق)، *اصول الفقه*، چاپ دوم، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
- مغربی، نعمان بن محمد(۱۳۸۵ق)، *دعائم الاسلام*، چاپ دوم، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام.
- مکارم شیرازی، ناصر(۱۴۱۱ق)، *قواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب(ع).
- موسوی، سید سجاد(پاییز و زمستان ۱۳۹۷)، *حجیت اطلاعات و عمومات شریعت در موضوعات نوظهور*، دو فصلنامه‌ی فقه و اجتهاد، سال پنجم، شماره ۱۰، ص ۳۶ و ۳۷.
- میرزاقمی، ابوالقاسم بن محمدحسن(۱۴۱۳ق)، *جامع الشتات فی اجوبه السوالات*، چاپ اول، تهران، موسسه کیهان.
- نائینی، محمدحسن(۱۴۱۰ق)، *اجودالتقریرات*، مقرر: سیدابوالقاسم خوبی، چاپ دوم، قم، کتابفروشی مصطفوی.
- نائینی، محمدحسین(۱۳۷۳ق)، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، مقرر: موسی بن محمد خوانساری، چاپ اول، تهران، المکتبه المحمديه.
- نائینی، محمدحسین(۱۳۷۶ش)، *فوائد الاصول*، مقرر: محمدعلی بن حسن کاظمی خراسانی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نجفی، محمدحسن(۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی(۱۴۱۵ق)، *مستند الشیعه فی أحكام الشریعه*، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی(۱۴۱۷ق)، *عوائد الایام*، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.



-نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۲۲ق)، *رسائل و مسائل*، چاپ اول، قم، کنگره فاضلین ملامهدی و ملا احمد نراقی.

-نراقی، محمد بن احمد (۱۴۲۲ق)، *مشارق الاحکام*، چاپ دوم، قم، کنگره فاضلین ملامهدی و ملا احمد نراقی.

-یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹)، *عروه الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.

-یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، *حاشیه مکاسب*، چاپ دوم، قم، نشر اسماعیلیان.