

## بررسی فقهی اصل حاکم بر عقود و قراردادها: آزادی یا توقیف؟!

اسماعیل پرور

عضو هیئت علمی

فرهنگستان علوم اسلامی قم

### چکیده

انسان یک موجود اجتماعی است و همواره با هم نوعان خود در ارتباط و تعامل است. بخشی از ارتباطات انسان‌ها به عنوان معامله یا مبادلات اقتصادی و به منظور جا به جا کردن کالاها و خدمات صورت می‌گیرد. دین مبین اسلام همان گونه که به برنامه‌های عبادی مردم توجه دارد، برای تنظیم معاملات آنها نیز برنامه‌های خاصی را ارائه نموده است. در این زمینه از گذشته‌های دور این پرسش مطرح بوده که آیا معاملات باید در قالب عقود و قراردادهای معین و مشخص صورت گیرد یا مردم آزاد هستند هرگونه که مایل باشند قرارداد تنظیم کنند و چارچوب خاصی برای این کار وجود ندارد؟ به عبارت دیگر آیا عقود و قراردادها توقیفی و محدود و معین هستند و یا اصل بر حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست؟ در این باره دو دیدگاه مختلف وجود دارد که در این گفتار به بررسی آنها خواهیم پرداخت.

**واژگان کلیدی:** عقود، قراردادها، توقیفی بودن، حاکمیت اراده، آزادی قراردادها.



## مقدمه: ماهیت و ضرورت بحث

**معنای توقیفی بودن:** توقیفی بودن به معنای «نیاز به بیان شرعی داشتن» است. وقتی گفته می‌شود این امر توقیفی است، یعنی شکل و نحوه آن را دین باید بیان کند. اموری که توقیفی نیستند نیاز به بیان شرعی ندارند و مردم بدون نیاز به وحی می‌توانند آنها را انجام دهند.

«هر حکم یا موضوعی که عقل بدان راه ندارد و منوط به بیان شارع مقدس است توقیفی نامیده می‌شود، مانند نماز و روزه از عبادات و نیز احکام تکلیفی: وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه، همچنین احکام وضعی نظیر: صحت، فساد، طهارت و نجاست»

توقیفی بودن امور، در حوزه عبادت مورد اختلاف نیست و همه فقها و صاحب نظران قبول دارند که احکام و مناسک عبادی را از دین باید گرفت. لذا هیچکس حق ندارد که مثلاً یک نوع نماز جدید اختراع کند یا یک دعای مخصوص برای یک وقت معین ابداع نماید. ولی در حوزه معاملات و قراردادها، این امر مورد اختلاف واقع شده و دو جریان موافق و مخالف توقیفی بودن عقود شکل گرفته است.

از نظر موافقان، فقط عقود و قراردادهایی که شارع بیان کرده است صحیح بوده و به رسمیت شناخته می‌شوند. لذا همان گونه که اختراع یک نماز جدید جایز نیست، ابداع قراردادهای نو که مصداق هیچ یک از عقود شرعی، یعنی بیع، اجاره، جعاله، ضمان، شرکت، قرض، مضاربه، هبه، صلح، مزارعه و مانند آن نباشد، نیز صحیح نیست.

از نظر مخالفان، مردم می‌توانند در کنار عقود شرعی رایج، قراردادهای جدید دیگری اختراع کنند و معاملات خود را در قالب این قراردادهای جدید انجام دهند. این کار هیچ منع شرعی و عقلی ندارد.

از نظریه توقیفی بودن گاه به عنوان «حصری بودن قراردادها» و از نظریه توقیفی نبودن به عنوان «اصل حاکمیت اراده» یا «اصل آزادی قراردادها» یاد می‌شود.

**پیشینه:** پیشینه تاریخی بحث توقیفی بودن دقیقاً روشن نیست، ولی از دیرباز این بحث در سه حوزه علم تفسیر، کلام و فقه مطرح بوده است. در مباحث تفسیری یک سوال مهم این است که آیا نام سوره‌های قرآن و نحوه ترتیب و تنظیم این سوره‌ها از ابتدا تا انتها و نیز ترتیب

آیات هر سوره، یک امر توقیفی است که خود شارع مقدس بیان کرده است یا این امر توقیفی نیست و مسلمانان طبق رای و نظر خودشان آیات و سوره‌های این کتاب را تنظیم کرده اند؟ در پاسخ به این سوال دو جریان موافق و مخالف توقیفی بودن شکل گرفته است.

در مباحث عرفانی یک پرسش مهم این است که آیا اسما و صفات خداوند یک امر توقیفی است یا خیر؟ یعنی آیا اسما و صفاتی که می‌توان با آنها خدا را خواند منحصر به همان نام‌ها و صفاتی است که در منابع دینی ذکر شده است، یا چنین انحصار و محدودیتی وجود ندارد و هر نامی که مستلزم ضعف و نقص نباشد، می‌توان برای خداوند به کار برد؟ در این رابطه نیز دو جریان موافق و مخالف توقیفی بودن اسما پدید آمده است.

آیا می‌توانیم خدا را عاقل بنامیم یا صحیح است که بگوییم هو المعشوق یا هو العشق یا هو الطیب؟ اگر بگوییم توقیفیه است یعنی فقط همان اسما و صفاتی که در کتاب و سنت است می‌توانیم به کار ببریم و اگر بگوییم توقیفی نیستند، یعنی می‌توانیم اسمایی را که در کتاب و سنت نیامده‌اند بر خداوند اطلاق کنیم.

نظر نهایی مرحوم علامه طباطبایی در میزان این است که دلیلی بر توقیفیت اسما نداریم. اگر کسی اسمی پیدا کند که بر کمال دلالت کند و همچنین این کمال، شرط محدودیت نداشته باشد و بتواند بر بی‌نهایت دلالت کند، قابل اطلاق بر خداوند است. البته ایشان در ادامه فرمایش خود در ذیل آیه ۱۸۰ سوره اعراف می‌فرماید: احتیاط این است (چون گفتند در امر دین احتیاط بورزید) و ادب دینی چنین حکم می‌کند که در تسمیه و نامیدن خداوند به اسما و صفات، به همان چیزی که در قرآن و روایات است اکتفا کنیم و از آن تجاوز و تعدی نکنیم.<sup>۱</sup>

در علم فقه بحث توقیفی بودن به شکل بسیار جدی تری مطرح است. برخی معتقدند از همان صدر اسلام که شارع برخی از عقود رایج در آن زمان مانند «ربا» یا «نکاح شغار»<sup>۲</sup> را باطل

۱. ن. ک. توقیفی بودن اسما و صفات الهی، پایگاه اطلاع رسانی حوزه Hawzeh.net ۸۹/۳/۱۸

۲. نکاح شغار که گاه از آن به عنوان «ازدواج متقابل» نیز یاد می‌کنند، به این شکل است که نکاح یا بضع زنی را مهر دیگری قرار دهند. یعنی دو زن را برای دو مرد تزویج نمایند که بضع هر یک از آنها مهر دیگری باشد. این نوع ازدواج در زمان جاهلیت بین مردم رواج داشت، ولی اسلام آن را باطل اعلام کرد.



اعلام کرد نخستین پایه‌های نظریه توقیفی بودن عقود بنا نهاده شده است. با این حال نشانه‌های اختلاف فقها درباره این نظریه از زمانی علنی شد که یک قرارداد جدید به نام «مغارسه» مطرح گردید و فقها شروع به صدور فتوا درباره این قرارداد کردند.

قرارداد «مغارسه» شبیه «مزارعه» است با این تفاوت که در مزارعه، مالک زمینش را به منظور کشت زراعت به مدت ۶ ماه یا ۱ سال در اختیار دیگری قرار می‌دهد تا او در زمینش زراعت کند و در آمد حاصله را بین هم تقسیم کنند، ولی در مغارسه، مالک زمینش را به منظور کشت درخت و به مدتی نسبتاً طولانی، مثلاً ده یا بیست سال، در اختیار دیگری قرار می‌دهد تا سود حاصل از کاشت درخت را با هم استفاده کنند. البته مزارعه یک عقد شرعی است که نام آن در منابع دینی آمده است، ولی مغارسه یک قرارداد اختراعی است که توسط خود مردم ابداع شده است. به همین دلیل فقهای طرفدار این نظریه فتوا به بطلان مغارسه داده‌اند. برای مثال میرزای قمی می‌نویسد: «از آنجا که شارع مقدس به عقد مغارسه اذن نداده و از عقود معین و معهود شرعی نیست، در زمره عقود باطل قرار می‌گیرد» (میرزای قمی، جامع‌الشتات، ۲: ۴۱).

بررسی فقهی اصل حاکم  
بر عقود و قراردادها:  
آزادی یا توقیف؟! \*

اما پس از گذشت مدتی کم‌کم جریان مخالفان توقیفی بودن به راه افتاد و به تدریج برخی از فقها فتوای صحت عقد مغارسه را صادر کردند و علاوه بر این سایر قراردادهای جدید و اختراعی را نیز به رسمیت شناختند. بدین ترتیب دو جریان موافقان و مخالفان توقیفی بودن عقود در علم فقه شکل گرفت و هر یک از این دو جریان به طرح دلایل و دیدگاه‌های خود پرداختند.

**ضرورت:** پرسش مهم دیگری که در اینجا قابل طرح است این که اهمیت بحث توقیفی بودن در چیست و پی‌گیری این بحث چه ضرورتی دارد؟ به عبارت دیگر ثمره این بحث کجاست و بی‌توجهی و غفلت از آن چه مشکلی پدید می‌آورد؟

این بحث به چند دلیل از اهمیت زیادی برخوردار است:

۱. هم اکنون در نحوه تنظیم روابط اقتصادی و تجاری جامعه به نحو گسترده‌ای از عقود و قراردادهای جدید، مانند بیمه و سرقفلی، استفاده می‌شود. اگر عقود توقیفی باشند و این قراردادهای اختراعی، باطل محسوب شوند نیاز جدی به اصلاح و تغییر الگوی کلان تنظیم روابط اقتصادی پدید می‌آید. شاید به دلیل اهمیت همین مسأله است که فقها و پژوهشگران در جریان

بررسی قراردادهای جدید ابتدا به بحث توقیفی بودن یا نبودن عقود می‌پردازند و پس از اظهار نظر درباره این مسأله به ادامه بحث خود می‌پردازند.

برای مثال استاد شهید مرتضی مطهری در سخنانی که در مورد عقد بیمه داشته‌اند، تأکید کرده‌اند که قبل از پرداختن به بحث بیمه، ابتدا باید تکلیف توقیفی بودن عقود روشن شود: «اولین بحثی که در باب بیمه مطرح است، این است که آیا بیمه داخل در یکی از عقود معهود در فقه است یا نه؟ یعنی ما در فقه یک سلسله عقود و معاملات داریم. آیا بیمه داخل در یکی از آنها است یا نه؟ ممکن است شما بپرسید این بحث چه ضرورتی دارد؟ ولی این بحث ضرورت دارد. چون هر یک از عقود شرعی، احکام خاصی دارد و اگر بیمه داخل در یکی از آنها باشد ناچار باید در همه خصوصیات از احکام آن عقد پیروی کند. ولی اگر داخل در هیچ یک از آن عقود نباشد، آزادی بیشتری دارد. بحث دیگر این است که اگر بیمه از همه عقود متعارف فقهی خارج بود، آیا می‌تواند درست باشد؟ و اصلاً آیا ما می‌توانیم معاملاتی داشته باشیم که داخل در هیچ یک از عقود و ایقاعاتی که در فقه مطرح است نباشد و در عین حال درست باشد؟ یا باید این طور بگوییم که هر معامله‌ای اگر داخل در یکی از ابواب متعارف فقه شد درست است و اگر داخل نشد، می‌شود من در آوردی و در نتیجه قطعاً باطل است» (مطهری، رب‌البیمه، بانک: ۲۹۲).

۲. در تنظیم نظام حقوقی و قوانین مدنی کشور، نظریه توقیفی بودن یا توقیفی نبودن عقود، نقش ویژه‌ای ایفا می‌کند. به این معنا که انتخاب هر یک از این دو نظریه منجر به شکل‌گیری دو نظام حقوقی متفاوت خواهد شد. برخی صاحب نظران مدعی‌اند که قوانین مدنی کشور هم اکنون بر پایه هیچ یک از این دو نظریه استوار نشده و یا به تعبیری این دو نظریه را با هم مخلوط کرده است. لذا در این قوانین، یک نحوه تعارض و ناهماهنگی پدید آمده است: «اصل حاکمیت اراده در نظام رومی ژرمنی مدرن به معنای مبنا بودن اراده انسان (طرفین تعهد) در مشروعیت تعهدات و حقوق است. این تنها و تنها اراده طرفین است که اصل عقد را ایجاد و مشروع می‌نماید و اگر قیدی هست این قید نیز امری قانونی است که بر آمده از اصل حاکمیت اراده در سطح ملی و عمومی است. قانون بروز اراده در سطح عمومی و تعهد بروز اراده در سطح خصوصی است. اما در فقه امامیه عقد امری شرعی است که شارع آن را ایجاد نموده و مشروعیت آن از سوی خداوند است. این نگاه منجر به نوعی شکل‌گرایی، اصالت نظر شارع و



توقیفی دیدن عقود می‌گردد. مشکل اصلی حقوق ایران آن است که قصد نموده این دو رویکرد متفاوت را با هم جمع نماید و لذا در قانون مدنی دو دسته مواد متعارض پدید آمده است. ادعای این مقاله آن است که اصل حاکمیت اراده به معنای دقیق و اصطلاحی آن با رویکرد فقهی سازگاری ندارد و قانون ایران یا باید به تمامه اصل آزادی اراده را بپذیرد و یا به رویکرد توقیفی بودن عقود (به معنای وسیع آن) روی آورد و از سردرگمی و وضع مواد متعارض اجتناب نماید» (بیگدلی، حاکمیت اراده در فقه امامیه، ۱۳۹۴).

هر یک از موافقان و مخالفان توقیفی بودن عقود، دلایلی را برای اثبات نظر خود ارائه کرده اند. این دلایل به دو دسته عقلی و نقلی قابل تقسیم است.

## ۱. موافقان

طیف گسترده‌ای از فقها معتقد به توقیفی بودن عقود هستند و هر قراردادی را که مصداق عقود شرعی نباشد، باطل می‌دانند.

### ۱،۱. دلایل نقلی

این گروه به چند آیه و روایت استناد کرده‌اند تا صحت نظریه خود را اثبات نمایند. از جمله این آیه شریفه که می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» (مائده: ۱)؛ ای کسانی که ایمان آوردید به عهد و پیمان‌ها وفا کنید. منظور از «وفوا» عمل کردن به مقتضای عقد و وفادار بودن به مضمون آن و «عقود» نیز جمع «عقد» (جمع همراه با الف و لام) است.

از نظر موافقان، واژه «عقود» فقط ناظر به عقدهایی است که خود شارع در آیات و روایات دیگر بیان کرده است لذا بر اساس این آیه فقط وفا کردن به عقود شرعی واجب است، ولی پایبندی به سایر قراردادها لازم نیست. برای مثال میرزای قمی در این باره می‌نویسد: «عموم اوفوا بالعقود و امثال آن محمول است بر عقود معهوده در زمان شارع، نه هر کس آنچه خواهد اختراع کند» (نراقی، عوائد الایام: ۷).

همچنین فاضل نراقی بحث مفصلی را در ارتباط با این آیه مطرح کرده و با ذکر چند دلیل مختلف نتیجه گرفته است که این آیه فقط لزوم پایبندی به عقود شرعی را یادآوری می‌کند و قراردادهای جدید و اختراعی را در بر نمی‌گیرد. ایشان در استدلال اول خود با بیان این مقدمه که

بررسی فقهی اصل حاکم  
بر عقود و قراردادها:  
آزادی یا توقیف؟! ◆

اصل بر استعمال حقیقی الفاظ است، مگر این که قرینه‌ای وجود داشته باشد که ظن استعمال مجازی لفظ را تقویت کند، می‌نویسد: «آیه وفای به عهد در اواخر عمر پیامبر اکرم (ص) نازل شده است، حال آن که در تمامی این دوره مسلمین به انجام عهد و پیمان‌هایی چون عهد انسان با پروردگار یا قراردادهایی بین خودشان امر شده بودند. لذا جمع محلی به الف و لام این آیه صلاحیت عموم را ندارد و فقط شامل قراردادهای عصر شارع است» (قمی، تفسیر قمی، ۱: ۱۶۸).

برخی دیگر از موافقان با طرح بعضی از نکات تفسیری همین مطلب را دنبال کرده اند. از نظر آنها مسأله محوری سوره مائده بحث ولایت امیرالمومنین (ع) است و این آیه نیز اشاره به وفای مؤمنین به همین عهد بزرگ الهی دارد. در این رابطه روایتی نیز از امام جواد (ع) نقل شده که آن حضرت فرمودند: «همانا پیامبر اکرم (ص) در ۱۰ موضع با اصحاب خویش راجع به جانشینی حضرت علی (ع) پیمان بست. آن گاه این آیه نازل شد» (قمی، جامع‌الشتات، همان: ۴۱).

ضمن این که اگر آیه نخست سوره مائده را به طور کامل در نظر بگیریم و قسمت اول این آیه را از بقیه آن تفکیک نکنیم، سیاق کلی آیه مربوط به احکام شرعی است. لذا منظور از عقود در این آیه فقط عقود شرعی است. افزون بر این چون در ابتدای آیه خطاب «یا ایهاالذین آمنوا» آمده است، احتمال این که منظور از عقود، فقط عقود شرعی باشد تقویت می‌شود، در حالی که اگر ابتدای این آیه خطاب «یا ایهاالناس» آمده بود این گمانه که واژه عقود ناظر به همه انواع قراردادها باشد، بیشتر مورد توجه واقع می‌شد.

#### الف. صحت یا عدم صحت شرط ابتدایی

قراردادهای جدید و اختراعی گاه به عنوان یک «شرط ابتدایی» معرفی شده اند. لذا این سؤال پیش می‌آید که آیا شرط ابتدایی صحیح بوده و پای‌بندی به آن لازم است یا خیر؟

برای مثال آیت ... جوادی آملی در مورد بیمه، که یک قرارداد جدید است، با اشاره به این نکته که بیمه زیرمجموعه هیچ یک از عقود شرعی نیست، آن را به عنوان یک شرط ابتدایی معرفی می‌کند: «بیمه، بیع نیست، اجاره نیست، صلح نیست، عقود دیگر نیست، بلکه یک شرط یا تعهد ابتدایی است» (جوادی آملی، خارج فقه، ۹۱/۲۳۰).



در علم فقه، شروط به دو دسته «شرط ضمن عقد» و «شرط ابتدایی» تقسیم شده اند. شرط ضمن عقد آن شرطی است که یکی از طرفین یا هر دوی آنها در حین انعقاد یک عقد شرعی، مانند بیع، اجاره، مضاربه و ... تعیین می کنند. شرط ضمن عقد از نظر همه فقها صحیح بوده و پای بندی به آن لازم است.

شرط ابتدایی در ضمن هیچ عقدی نیست، بلکه همان طور که از نام آن پیدا است، به صورت ابتدایی و بالبداهه از سوی یک نفر نسبت به دیگری مطرح می شود. مثلاً زید با عمرو شرط می کند که هفته آینده، هدیه ای به او تقدیم کند: «شرط ابتدایی، تعهدی است که یکی از طرفین در مقابل دیگری به عهده می گیرد، بدون این که ضمن عقدی از عقود باشد یا عقد مبتنی بر آن واقع شود. مثلاً اگر فردی تعهد کند که زمین یا اتومبیل خود را در تاریخ معینی به دیگری منتقل کند و این تعهد به نحو قولی یا فعلی مورد قبول طرف قرارداد واقع شود، چنین تعهدی را ابتدایی یا شرط بدوی می نامند» (ن.ک. شرط ابتدایی، ویکی فقه).

شرط ابتدایی مورد اختلاف واقع شده، ولی بیشتر فقها با آن مخالفت کرده اند. شیخ اعظم انصاری نیز که بحث شرط ابتدایی را نسبتاً مفصل طرح کرده است، در نهایت آن را نمی پذیرد: «یکی از بحث های مهم که نشان می دهد شیخ انصاری همچنان به نظر مشهور مقید است بحث شروط ابتدایی است. به عبارتی در فقه فرد اجلای آزادی قراردادی، بحث شروط و به صورت خاص شروط ابتدایی است. هر چند ورود شیخ به بحث شروط ابتدایی نسبت به گذشتگان انتقادی است اما به هر ترتیب شیخ نیز سرانجام شروط ابتدایی را نمی پذیرد و از مشهور تبعیت می کند (انصاری، المکاسب، ۵: ۲۱). ضمن آن که در بین فقها تعداد محدودی شروط ابتدایی را می پذیرند» (بیگدلی، همان).

امام خمینی (ره) نیز در این باره می نویسد: «شرط به معنای تعهد ضمن معامله است، نه مطلق الزام و التزام، لذا شرط ابتدایی از مفهوم شرط در فقه، خروج موضوعی دارد» (امام خمینی، البیع: ۸۶).

ایشان همچنین در پاسخ به سئوالی که در مورد شرط ابتدایی شده است، چنین پاسخ می دهند: «شرط ابتدایی لزوم وفا ندارد» (امام خمینی، استفتائات، ۶: ۷۰۱۸).



بنابراین در مجموع به نظر نمی‌رسد صحت و حجیت قراردادهای اختراعی از طریق بحث شرط ابتدایی قابل اثبات باشد.

### ب. اصالت الفساد در معاملات

این سؤال از دیرباز در فقه مطرح بوده است که اصل در تحقق معاملات، صحت است یا فساد؟ یعنی اگر دو نفر معامله‌ای انجام دادند که اصل آن مورد تردید بود، آیا این معامله مورد قبول واقع می‌شود یا خیر؟

در پاسخ به این سؤال فقیهان می‌گویند: «بنابر اصل اولی، حکم چنین معامله‌ای فساد و بطلان است و بر این امر ادعای اجماع شده است. یعنی بنابر اصالت الفساد، در معامله‌ای که صحت آن مورد تردید است، بطلان آن معامله مورد اجماع و اتفاق فقیهان است» (مراغی، عناوین، ۲: ۶).

مرحوم وحید بهبهانی نیز در این باره می‌نویسد: «ان الاصل فی المعامله الفساد و عدم الصحه الا ان یتثبت الصحه بدلیل من اجماع اونص خاص او عام» (بهبهانی، الرسائل الفقہیہ: ۴۲۴).

اصل در معامله فساد است، مگر آن که صحت معامله از راه دلیلی مانند اجماع یا نص خاص یا عام اثبات شود. البته شک در اصل صحت معامله با شک در برخی از اجزاء و شرایط معامله، متفاوت است. چون شک در اجزاء و شرایط معامله موجب بطلان آن نمی‌شود. مثلاً اگر شک کنیم که این بیع یا اجاره‌ای که انجام داده ایم از همه شرایط لازم برخوردار بوده و صیغه آن را درست تلفظ کرده ایم یا نه، باید اصل را بر صحت معامله قرار دهیم.<sup>۱</sup> ولی اگر معامله‌ای که انجام شده قالب کلی آن مشخص نبوده و معلوم نیست که اساساً آیا به شکل بیع انجام شده و یا اجاره یا صلح، یعنی اصل صحت معامله مورد تردید است، در اینجا باید بنا را بر فساد و بطلان معامله گذاشت.

اکنون پرسش مهمی که در اینجا طرح می‌شود این است که چه ربطی بین بحث توقیفی بودن عقود با اصالت الفساد در معاملات وجود دارد و چرا طرفداران توقیفی بودن عقود گاه به اصل فساد در معاملات استناد می‌کنند تا باطل بودن قراردادهای جدید و اختراعی را اثبات نمایند؟

۱. منظور فقهای اهل سنت که از اصلی به نام «اصاله الصحه فی المعاملات» یاد می‌کنند، نیز در واقع همین است که در صورت شک در اجزاء و شرایط یک معامله، باید اصل را بر صحت آن گذاشت.



در پاسخ به این پرسش باید توجه داشت که قراردادهای جدیدی چون بیمه، سرقفلی، انتقال حق اختراع، عضویت در شرکت‌های هرمی و مانند آن، اصل صحت شان مورد تردید است و مشخص نیست که آیا واقعا این نوع قراردادها از نظر شرعی معتبرند یا خیر، لذا این گروه از فقها در برخورد با این نوع قراردادها، اصل فساد در معاملات را جاری کرده و مدعی بطلان این قراردادها می‌شوند. در مقابل کسانی که معتقد به توقیفی بودن عقود نبوده و قراردادهای جدید را به رسمیت می‌شناسند، باید به این اشکال پاسخ گفته و از اجرای این اصل در برخورد با عقود جدید و اختراعی جلوگیری کنند.

## ۱،۲. دلایل عقلی

برای اثبات نظریه توقیفی بودن عقود چند دلیل عقلی بیان شده است که در این قسمت به آنها اشاره می‌کنیم.

### الف. جامعیت دین

جامعیت دین یک بحث کلامی است که آثار و لوازم گسترده‌ای دارد و از جمله بر مسأله توقیفی بودن عقود به شدت تاثیر گذار است. اهمیت این بحث موجب شده تا تفسیر و تحلیل جامعیت دین مورد اختلاف واقع شود و تفسیر موافقان از این مسأله با تفسیر مخالفان کاملا متفاوت باشد.

از نظر موافقان، دین اسلام جامع و کامل است. جامعیت دین به این معناست که برای تمامی حوزه‌های حیات بشر، اعم از فردی و اجتماعی یا روحی و جسمی، برنامه دارد و هیچ حوزه‌ای را به حال خود واگذار نکرده است. کامل بودن دین هم به این معناست که نسخه هدایتی که برای هر حوزه ارائه کرده بهترین و مناسب ترین برنامه هاست و هیچ برنامه دیگری قابلیت مقایسه و رقابت با آن را ندارد.

بر این اساس اولاً: عقود شرعی برای تامین همه نیازهای اقتصادی و تمامی داد و ستدها و مبادلات، اعم از مبادله کالا و خدمات، کافی است و هیچ نیاز اقتصادی و مبادلاتی نیست که توسط این عقود قابل تامین نباشد، ثانياً: این عقود بهترین قالب و ساختاری است که مبادلات بشری از طریق آنها صورت می‌گیرد و هرگز نباید عقود دیگری را جایگزین آنها کرد.

موافقان توقیفی بودن در پاسخ به کسانی که مدعی اند قراردادهای جدیدی چون مغارسه یا بیمه جزء نیازهای ضروری و اجتناب ناپذیر زندگی کنونی است، می‌گویند هرگز چنین نیست. چون قرارداد مغارسه به راحتی در قالب عقود دیگری چون اجاره، جعاله، شرکت و صلح قابل انجام است. اما در رابطه با بیمه نیز هرگز نباید تصور کرد که چون اسلام، ظاهراً برنامه‌ای برای تامین اجتماعی و حمایت از اقشار محروم ندارد پس ما نیازمند بیمه هستیم، بلکه دین برای تحقق این مسأله مهم و حمایت از محرومین بهترین و کامل ترین برنامه‌ها را ارائه کرده است، اگر چه شناسایی و معرفی این برنامه‌ها به تحقیق و تتبع بیشتر در منابع دینی نیاز دارد.

البته برای تامین نیازهای جامعه در شرایط کنونی باید روش اجتهاد و شیوه تفقه ما در کتاب و سنت ارتقاء یافته و نسبت به گذشته کامل تر شود. اگر منطق استنباط تکامل یابد و روش فهم و تفسیر متون دینی بهینه شود می‌توان نسخه جامع هدایت بشر و الگوی کامل اداره جامعه را از منابع دینی استخراج کرد و بدون آن که نیازی به قراردادهای جدید و اختراعی باشد برنامه‌های توسعه دینی را به مدیران ارائه نمود. البته ضعف‌ها و کوتاهی هایی در این زمینه وجود دارد که قابل انکار نیست، اما این کم کاری‌ها نباید شبهه عدم جامعیت دین را در اذهان پدید آورد.



شماره سوم  
پاییز و زمستان  
۱۳۹۹

### ب. عادلانه بودن عقود و قراردادهای شرعی

قراردادهایی که بر اساس عقود شرعی تنظیم می‌شوند قراردادهایی عادلانه اند. به این معنا که حقوق و مسئولیت هایی را که برای طرفین تعیین می‌کنند متناسب با شأن و جایگاه هر یک از آنهاست. مثلاً عقد بیع، حقوقی را برای بایع و حقوقی را برای مشتری تعیین می‌کند. عقد اجاره، وظایفی را برای اجیر و وظایفی را برای موجر مشخص می‌سازد. عقد نکاح، مسئولیت هایی را برای زن و مسئولیت هایی را برای مرد بیان می‌نماید. این توزیع حقوق و مسئولیت‌ها به شکلی کاملاً عادلانه و متناسب با جایگاه و موقعیت هر یک از طرفین است.

اصل کلی حاکم بر این عقود «لا تظلمون و لا تظلمون» (بقره: ۲۷۹) است. یعنی نه به دیگری ظلم کنید و نه مورد ظلم و ستم واقع شوید.

این ویژگی، یعنی عادلانه بودن، فقط مخصوص عقود شرعی است ولی قراردادهای جدیدی که مردم اختراع می‌کنند هرگز نمی‌تواند از چنین وصف مهم و دقیقی برخوردار باشد، چون عقود شرعی ریشه در علم و حکمت الهی دارند و از آن سرچشمه ناب نشأت گرفته اند. اساساً مقایسه

عقود شرعی با قراردادهای اختراعی به هیچ وجه صحیح نیست. عقود شرعی، ضوابط و ساختارهای عامی هستند که در هر نقطه از جهان و هر مرحله از زمان قابل استفاده‌اند و به دلیل تناسب و سازگاری فوق‌العاده‌ای که با دیگر اصول زندگی اجتماعی و اخلاق و روحیات انسانی دارند، همواره زمینه ساز رشد، توسعه، امنیت و انسجام بیشتر جمع‌های کوچک و بزرگ انسانی اند.

ولی قراردادهای اختراعی، می‌توانند جلوه‌ای از تمایلات و هواهای نفسانی باشند. متأسفانه هر کجا که انسان، مستقل از وحی، اقدام به جعل قانون یا ابداع قراردادهای اجتماعی می‌کند، نتیجه‌ای جز ظلم، ناهماهنگی و ترجیح ناعادلانه منافع یک طرف بر طرف دیگر ندارد.

### ج. لزوم حاکمیت فقها بر دستگاه قضایی

در جامعه‌ای که روابط اقتصادی و تجاری آن بر پایه احکام و عقود شرعی شکل گرفته، مسأله قضاوت و رسیدگی به دعاوی و اختلافات بر عهده فقیهان است و فقط مجتهدان حق صدور حکم قضایی دارند. یکی از دلایل این امر، آشنایی بیشتر فقیهان با احکام و عقود شرعی است. اما اگر این چارچوب به هم بریزد و مبادلات و معاملات بر اساس قراردادهای جدید و به تبع اراده آزاد طرفین تنظیم شود، دیگر نمی‌توان حق قضاوت را در همه موارد فقط به فقها سپرد. چون آنها صاحب نظر در این قراردادهای جدید نیستند، بلکه درچنین شرایطی حق قضاوت بر عهده عرف و کارشناسان حقوقی آشنا به این نوع روابط قرار می‌گیرد.

از نظر طرفداران توقیفی بودن عقود، نظام حقوقی و قوانین مدنی کشور اسلامی فقط باید قراردادهای معهود شرعی را به رسمیت بشناسد تا حاکمیت دین بر دستگاه قضایی تثبیت شود و نظم و هماهنگی این دستگاه مهم به خوبی تأمین گردد.

یکی از نویسندگان از زاویه دیگری به بررسی تأثیر توقیفی بودن یا نبودن عقود بر امر قضاوت پرداخته است. به این معنا که اگر روابط اقتصادی و تجاری مردم در چارچوب عقود شرعی شکل گیرد، امر قضاوت در شعبه‌های متخلف دادگاه‌ها از یک نحو وحدت رویه نسبی برخوردار می‌شود و ملاک‌های مشترکی برای قضاوت مورد استفاده قرار می‌گیرد، اما اگر «اصل حاکمیت اراده» بر روابط و معاملات حاکم شود این وحدت رویه به هم می‌خورد و هر پرونده‌ای باید به صورت خاص و با ملاک‌هایی متفاوت و تفسیر و تحلیلی اختصاصی مورد

بررسی فقهی اصل حاکم  
بر عقود و قراردادها:  
آزادی یا توقیف!؟

بررسی قرار گیرد: «مصلحت بزرگی که عقود معین فقهی در پی دارند، شفاف سازی احکام قانونی و ایجاد وحدت رویه نسبی در دادگاه هاست. اگر مواد پر شمار قانون مدنی درباره احکام و آثار عقود معین نبود در هر پرونده، دادگاهها مجبور به احراز اراده مشترک طرفین می شدند. طبیعی است که در این حالت، اختلافات فراوانی میان طرفین برانگیخته می شد، کار دادرسان دشوار می گردید و ضمناً ممکن بود هر دادرسی تفسیر خاصی از اراده طرفین داشته و حکمی متفاوت صادر کند» (اسماعیلی، اصل حاکمیت اراده در حقوق غرب و اسلام، ۱۳۹۷).

## ۲. مخالفان

در مقابل کسانی که طرفدار توقیفی بودن عقود هستند، طیف گسترده‌ای از فقها و حقوقدانان با این امر مخالف اند. اگر چه بیشتر مخالفان توقیفی بودن را فقهای عصر حاضر تشکیل می دهند، ولی در میان فقهای گذشته نیز برخی به این دیدگاه گرایش داشته اند. برای مثال مقدس اردبیلی از جمله کسانی است که مایل است عقد «مغارسه» را که در آن زمان یک عقد جدید و اختراعی به شمار می آمده، بپذیرد ولی چون اجماع بر بطلان این عقد وجود داشته، از پذیرش آن صرف نظر کرده و می نویسد: «اگر اجماع نبود، می توانستیم به استناد برخی عموماً حکم به صحت مغارسه نماییم» (اردبیلی، مجمع الفوائد، ۱: ۱۴۴).

پس از آن محقق سبزواری (متوفی ۱۰۹۰ ه.ق) نیز اعلام کرد که می توان نظر مشهور را رد کرد و قائل به اذن عام برای تشکیل هر نوع قرارداد شد (سبزواری، کفایه الاحکام، ۱: ۶۴۵). محمد حسین آل کاشف الغطاء نیز با اشاره به این که چنین عقدی از نیازهای انکار ناپذیر زندگی جدید است، از استناد به اصل توقیفی بودن قالبهای معاملاتی و ادعای اجماع، اظهار شگفتی نموده و حکم به صحت این عقد کرده است (آل کاشف الغطاء، تحریر المجله، ۱: ۲۹۸).

سرانجام باید از مرحوم سید کاظم یزدی یاد کرد که نه تنها مغارسه را صحیح می داند، بلکه هر قرارداد عقلایی را صحیح و مشروع تلقی کرده و می نویسد: «برای صحت یک قرارداد نیازی به دلیل خاص و قانونی و شرعی نداریم، بلکه طبق قواعد عمومی هر معامله خردمندانه‌ای صحیح است مگر آن که دلیل خاصی بر بطلان آن داشته باشیم» (یزدی، عروه الوثقی، ۲: ۷۱۱).



پس از مرحوم سید کاظم یزدی جبهه مخالفان توقیفی بودن عقود کم کم تقویت شد به نحوی که امروزه تقریباً همه فقها با توقیفی بودن عقود مخالف بوده و قراردادهای جدیدی را که بین مردم رواج دارد، پذیرفته‌اند.

همان‌گونه که اشاره شد نظریه توقیفی نبودن عقود در جهان غرب به عنوان «اصل حاکمیت اراده» معروف است. برخی صاحب نظران معتقدند که «اصل حاکمیت اراده» از زمان رنسانس در جهان غرب مطرح شد و به تدریج در میان دانشمندان رواج یافت: «در همه سیستم‌های حقوقی قدیمی قبل از اسلام، فکر عقود توقیفی وجود داشت و علت آن به احتمال قوی نظام دادن به عقود و معاملات بود. فکر عقود توقیفی پس از رنسانس اروپا اعتبار خود را از دست داد و اصل آزادی اراده جایگزین آن شد. چون با توسعه روابط تجاری دیگر نمی‌شد جامعه را بر پایه عقود توقیفی اداره کرد. در فرهنگ اسلامی نیز مخالفان نظریه توقیفی بودن به مبارزه پرداختند و مستندات اصل اباحه در فقه را به اصل آزادی اراده پیوند زدند. در مورد پذیرش اصل آزادی قراردادها میان فقها اختلاف نظر وجود دارد و این اصل میدان تاخت و تاز نظریات مختلف میان فقها، اصولیون، حقوقدانان و دیگر صاحب نظران اقتصادی گشته است. فقهای متاخر و برخی مفسران با درک واقعیات جامعه و پیشرفت‌ها و ضرورت‌های موجود، کلیه معاملات عقلایی را که توسط شارع منعی از آن نرسیده، لازم الوفاء دانسته‌اند. خارج از عناوین شناخته شده عقود، هرگونه مراضات و عقود را عقود مخترعه نامیده‌اند. این عقود مخترعه عیناً با مدلول ماده ۱۰ قانون مدنی ترجمه شده از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه مطابق است» (آهنگران، بازخوانی مبانی مشروعیت قراردادهای نامعین، ۱۳۹۵).

## ۲،۱. دلایل نقلی

بیشتر دلایل نقلی مخالفان توقیفی بودن عقود همان آیات و روایاتی است که مورد استناد موافقان قرار گرفته است، با این تفاوت که برداشت آنها از این آیات و روایات با برداشت موافقان تفاوت دارد. از نظر مخالفان مجموعه آیات و روایاتی که بر پای‌بندی به عقود و پیمان‌ها دلالت دارند، علاوه بر عقود رایج فقهی، قراردادهای جدید و اختراعی را نیز شامل می‌شوند: «مهمترین دلیلی که برای اثبات نظریه غیر حصری بودن عقود و اصل آزادی قراردادها می‌توان بدان تمسک کرد دلیل‌های لفظی است. مانند آیه شریفه یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل بنابر

بررسی فقهی اصل حاکم  
بر عقود و قراردادها:  
آزادی یا توقیف؟!\*

این که ملاک صحت در عقود، وقوع تراضی بین متعاقدین است، و آیه شریفه اوفوا بالعقود که از العقود جنس و عمومیت عقد استظهار می‌شود نه عقود معهود، و نیز احادیثی مانند المؤمنون عند شروطهم که بیانگر این است که همه تصرفات مالکانه صحیح است و مردم می‌توانند به هر گونه که بخواهند در اموالشان تصرف کنند، مگر در مواردی که شرع به صورت خاص آن را ممنوع کرده باشد» (جمالی‌زاده، بررسی فقهی عقد بیمه: ۲۳۲).

در ضمن برخی از این فقها اصل فساد در معاملات را نیز نمی‌پذیرند و در مقابل از اصل صحت در معاملات یاد می‌کنند: «بسیاری از فقها از عمومات و اطلاقات آیات بیانگر وفای به عقود و عهود، همچون آیه شریفه اوفوا بالعقود، احل الله البیع، تجاره عن تراض و نیز احادیث و روایاتی چون المؤمنون عند شروطهم و لایحل مال امری مسلم الا بطیب نفسه اصل لزوم و اصل صحت را استخراج کرده‌اند و این اصول را ناظر بر عقود مشکوک الحال نیز دانسته‌اند، که از جمله این عقود مشکوک الحال، عقود مخترعه یا همان عقود نامعین مانند قبالة، تراز و بیمه است» (لنگرودی، الفارق، ۴: ۱۱۲).



شماره سوم  
پاییز و زمستان  
۱۳۹۹

علاوه بر این برخی مخالفان به عرف و بنای عقلا نیز استناد کرده‌اند. لازم به یادآوری است که عرف و بنای عقلا در علم اصول و فقه از جایگاه خاصی برخوردار هستند: «عرف و بنای عقلا به صحت این عقود مخترعه حکم می‌کنند. عرف غالباً مبتنی بر نیازها و ضرورت‌های اجتماعی و اقتصادی و سایر موارد مربوط به زندگی انسان است و احکام صادره از خدای متعال نیز قابل تطبیق بر همه زمان‌ها و مکان‌هاست و هدف احکام نیز تسهیل و رفع حرج در زندگانی اجتماعی بشر است. بنابراین اگر احکام مبتنی بر عرف و عادت مورد پذیرش نباشند، مردم در حرجی می‌افتند که به وسیله قرآن کریم نهی گردیده است. همچنین بنای عقلا بر این قرار گرفته که هر معامله جدیدی به شرط دارا بودن شرایط اساسی صحت معامله صحیح باشد و عقلای عالم در روابط اقتصادی خود بر طبق آن رفتار می‌کنند. مانند عقد بیمه که به اشکال مختلف در کشورهای مختلف جهان وجود دارد و زندگی امروز بشر بسیار به آن محتاج است. بنابراین نظر عرف و مبنای عقلا بر صحت و لزوم معاملات عقلایی اعم از معهود در زمان شارع و غیر معهود، ناشی از طبع و هویت اولیه آنهاست که طرفین ملزم و متعهد به وفای به شروط خود هستند (آهنگران، همان).

## ۲,۲. دلایل عقلی

از میان دلایل عقلی متعددی که مخالفان توقیفی بودن عقود مطرح کرده‌اند دو دلیل بیش از همه جلب توجه می‌کند.

### الف. توقیفی بودن موجب عسر و حرج می‌شود

همان گونه که اشاره شد جریان مخالفت با توقیفی بودن عقود از زمانی شدت گرفت که زندگی ساده مردم دچار تحول شد و با پیشرفت علم و تکنولوژی، انواع جدیدی از معامله در میان جامعه رواج یافت و به طول کلی سطح روابط و تعاملات اجتماعی بسیار پیچیده و گسترده شد.

در این وضعیت جدید که نسبت به قبل بسیار متفاوت است، نیازهای جدیدی پدید آمد که تا آن زمان سابقه نداشت.

از نظر مخالفان، مشکل اصلی عقود معهود و معین آن است که نمی‌تواند پاسخگوی نیازهای جدید مردم باشد، اگر چه آن عقود تا قبل از این تحولات برای تنظیم روابط اجتماعی کافی بود، اما در این شرایط جدید پاسخگوی همه نیازها نیست و نمی‌توان تمامی معاملات و داد و ستدها را در قالب آنها انجام داد. لذا اصرار ورزیدن بر حصر عقود و قراردادهای به همان عقود معین موجب عسر و حرج اجتماعی می‌شود: «در مورد قراردادهای نامعین و عقود مستحدثه که امروزه قوام زندگی اجتماعی به وجود بعضی از آنها وابسته است می‌توان گفت که عدم مشروعیت و وجود نداشتن آنها مستلزم حرج افراد در معاملات تجاری و مبادلات اقتصادی می‌شود. این در حالی است که این گونه قراردادهای به تناسب پیشرفت زندگی اجتماعی انسان رو به فزونی دارند و نظام‌های اقتصادی کشورهای مختلف بر پایه عرف و سیره عقلا آنها را پذیرفته‌اند. امروز روابط تبادلی در اثر پیشرفت و توسعه اجتماعی، اقتصادی، صنعتی و فرهنگی در هر جامعه و در صحنه بین‌الملل آن قدر پیچیده و دگرگون شده است که عقود معین و مضبوط در فقه، پاسخگوی حل معضلات و روابط مبادلی نیست و امروزه نمی‌توان جمیع مناسبات و معاملات بین مردم و دولت‌ها را در قالب آن عقود محقق ساخت و با اصرار ورزیدن بر آنها جامعه دچار عسر و حرج و تنگنا خواهد گردید» (سلیمان پور، معاملات مالی جدید اسلام: ۷۹).

پرسی فقهی اصل حاکم  
بر عقود و قراردادها:  
آزادی یا توقیف؟! \*



البته مخالفت با توقیفی بودن عقود به معنای کنار گذاشتن عقود شرعی نیست، بلکه فقط به معنای لزوم پذیرش و استفاده از قراردادهای جدید و اختراعی در کنار آن عقود رایج است تا نیازهای تازه‌ای که در جامعه پدید آمده است، به خوبی تأمین شود: «گذشت زمان و جریان متحول زندگی انسان‌ها، بروز نیازهای اجتماعی و اقتصادی جدید و صورت‌های نواز مبادلات و معاملات در عرصه قراردادها و عقود، موجب گردید تا فقیهان متأخر به موضوع عقود و معاملات مستحدثت پردازند و حکم شرعی آنها را بیان کنند و نگرشی نو نیز به ادله شرعی داشته باشند. معاملات و قراردادها بر حسب نیاز و ضرورت‌های زندگی اجتماعی انسان‌ها شکل می‌گیرند و عرف و عقلا، اصول و مقررات مربوط به آنها را تدوین می‌کنند. بازداشتن مردم از عقود مستحدث و جدید، که متضمن یا مستلزم فسادی نیستند و با اهداف و اصول و مبانی تعریف شده شرعی مابینت نداشته باشند، در واقع بازداشتن مردم از نیازهای نو در روابط لازم و حاکم بر جامعه است، زیرا عقود معمولاً از ضرورت‌های کلی اجتماعی و اقتصادی نشأت می‌گیرند و بازداشتن از ضرورت‌ها و نیازهای کلی جامعه، به معنای نادیده انگاشتن حرکت تمدن جامعه بشری است» (جمالی‌زاده، همان: ۳۲۲).



شماره سوم  
پاییز و زمستان  
۱۳۹۹

در اینجا ممکن است این سؤال پیش آید که اگر عقود شرعی برای نیازهای این دوره از زمان کافی نیست، پس جامعیت دین به چه معناست و خاتم بودن دین اسلام چگونه توجیه می‌شود؟

مخالفان توقیفی بودن عقود در پاسخ به این سؤال گفته اند: بین توقیفی بودن عقود با جامعیت دین هیچ نوع تلازمی نیست و هرگز نباید جامع و خاتم بودن دین را به گونه‌ای معنا کرد که لازمه آن توقیفی بودن عقود باشد، بلکه دین جامع آن است که با همه شرایط و وضعیت‌ها سازگار بوده و به تمامی نیازهای مردم در هر دوره از زمان توجه کرده باشد.

بر این اساس نظریه توقیفی بودن عقود با جامعیت دین در تعارض است چون دین را محدود و منحصر به یک زمان خاص می‌کند، ولی نظریه توقیفی نبودن عقود با جامع و خاتم بودن دین سازگار است چون امکان تعامل و همراهی دین با مسایل و نیازهای هر زمان را فراهم می‌آورد.

در همین رابطه آیت ... جعفر سبحانی که از مخالفان توقیفی بودن عقود است، در بحثی که در ارتباط با قرارداد بیمه داشتند، جامعیت دین را اینگونه تفسیر می‌کند: «ما از چند راه شرعی بودن عقد بیمه را می‌توانیم اثبات کنیم. یک راه این است که بگوئیم اسلام، دین خاتم و جاودان است و آئین جاودان نمی‌تواند نسبت به مسائلی که امروز مورد نیاز جامعه است بی‌تفاوت باشد. اسلام در متن زندگی است و شریعت آن خاتم شرایع است. لذا باید به همه نیازهای معقول بشر توجه کند و نسبت به آن برنامه داشته باشد. به قول مرحوم امام خمینی (ره) اگر بگوئیم دین به این گونه نیازها توجه ندارد این یک تفکر متحجرانه است» (جعفر سبحانی، درس خارج فقه، مدرسه فقهت، ۸۷/۹/۲).

### ب. اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها

دلیل عقلی دیگری که مخالفان توقیفی بودن عقود ذکر کرده‌اند اصل حاکمیت اراده است. اصل حاکمیت اراده بیشتر توسط حقوقدانان و در ضمن مباحث مربوط به فلسفه حقوق طرح می‌شود. بر پایه این اصل همه مردم آزاد هستند که هر گونه قراردادی که مایل باشند با یکدیگر منعقد سازند مشروط به آن که نظم عمومی جامعه را مختل نکرده و به اصطلاح در چارچوب قانون تصمیم بگیرند: «اصل حاکمیت اراده مفهومی مدرن است که حقوق ایران از صدر مشروطه با آن آشنا شده است. این اصل مقرر می‌دارد طرفین دارای اهلیت، در انعقاد عقد آزادند و می‌توانند هر نوع تعهدی را که بخواهند در مقابل یکدیگر قبول نمایند. از ابتدای ورود این مفهوم به حقوق ایران، فقها و حقوقدانان در نسبت این نظریه با موازین فقهی سخن گفته‌اند اما غالباً به مبانی فکری و فلسفی این اصل نپرداخته‌اند. طبق نظر اساتید فرانسوی، حاکمیت اراده نظریه‌ای فلسفی است که وارد حقوق شده و مبتنی بر آراء فلاسفه قرن هجدهم است که معتقد بودند اراده منبع همه حق هاست. اصل واژه حاکمیت اراده را کانت وارد فلسفه حقوق نمود و از آنجا وارد حقوق تعهدات شد. حاکمیت اراده به این نظریه بسیط فلسفی متکی است که انسان ذاتاً آزاد است اما از زندگی در اجتماع نیز گریزی نیست. لذا هیچ چیز نمی‌تواند انسان را مجبور به انعقاد قرارداد و متعهد شدن نماید مگر اراده و آزادی خود او هر شخص، خود بهترین کسی است که منافع خودش را تشخیص می‌دهد و از طریق بهترین حالت تأمین منافع هر فرد، عدالت ایجاد خواهد شد» (بیگدلی، همان).

بررسی فقهی اصل حاکم  
بر عقود و قراردادها:  
آزادی یا توقیف؟! \*

یکی از پژوهشگران پیشنهاد تاریخی اصل حاکمیت اراده در غرب را این گونه شرح داده است: «گرچه نظریه حاکمیت اراده در حوزه حقوق عمومی سابقه تاریخی طولانی دارد، اما شاید توماس هابز فیلسوف برجسته انگلیسی را بتوان از قدیمی ترین دانشمندانی نامید که مبانی و نشان‌های این نظریه را به صورت مکتوب تبیین کرد و در اثر مشهور خود لویاتان منتشر ساخت. این کتاب در سال ۱۶۵۱ نوشته شده و بنیان بسیاری از نظریه‌های قرارداد اجتماعی را در فلسفه سیاسی به وجود آورده است. هابز در این کتاب منبع مشروعیت حکومت را مردم و اراده آنان می‌داند. پس از او باید از جان لاک یاد کرد که تقریباً از معاصران هابز و از مشهورترین شارحان نظریه قرارداد اجتماعی است. انتشار کتاب معروف قرارداد اجتماعی از سوی ژان ژاک روسو نیز سهم زیادی در همگانی کردن این اندیشه داشت. در ادامه این سیر تاریخی باید از ایمانوئل کانت نام برد که گفته می‌شود اصطلاح حاکمیت اراده را او وارد فلسفه حقوق نموده و از آنجا وارد حقوق تعهدات شد» (اسماعیلی، همان).



شماره سوم  
پاییز و زمستان  
۱۳۹۹

در فرهنگ اسلامی آن گروه از فقها که با منحصر بودن عقود به همان عقود شرعی و مجبور کردن مردم همه زمان‌ها به پیروی از این عقود مخالف بوده اند، در زمره طرفداران اصل حاکمیت اراده به شمار می‌آیند. این گروه از فقها با استناد به آیات و روایاتی که قبلاً بیان شد از اصل اباحه که یک اصل مهم فقهی است، زیاد یاد می‌کنند. اصل اباحه در واقع تجلی حاکمیت اراده در حقوق و قراردادهای اجتماعی است و زمینه را برای پذیرش و به رسمیت شناختن هر نوع قرارداد جدیدی که با اصول شرعی در تعارض نباشد، فراهم می‌سازد.

همچنین قاعده العقود تابعه للقصد که نقش قصد و انگیزه طرفین در انعقاد قراردادها را پررنگ می‌کند، یکی از مؤیدات دیگر اصل حاکمیت اراده است.

### مفهوم عدالت در این دیدگاه

قبلاً به این نکته اشاره شد که طرفداران توقیفی بودن عقود مدعی‌اند که فقط در قراردادهای شرعی، مسأله عدالت به خوبی مورد لحاظ قرار گرفته و حقوق طرفین به دقت رعایت شده است، ولی قراردادهای جدیدی که خود مردم اختراع می‌کنند فاقد چنین ویژگی مهمی است و تعادل و تناسب واقعی بین حقوق طرفین وجود ندارد.

در پاسخ به این ادعا طرفداران اصل حاکمیت اراده به بازنگری در مفهوم عدالت پرداخته و عدالت را به تبع خواست و اراده طرفین قرارداد معنا کرده اند. یعنی نباید این قراردادها را با یک ضابطه ثابت و از پیش تعیین شده مورد ارزیابی قرار داد و حکم به عادلانه یا ناعادلانه بودن آنها کرد، بلکه در اینجا عدالت به تبع میل و اراده افراد معنا می شود. لذا هر قراردادی که مورد پذیرش و میل باطنی طرفین قرار گیرد حتما عادلانه است: «از نظر طرفداران اصل حاکمیت اراده، تعادل قراردادی از طریق تعارض منافع طرفین به بهترین شکل تأمین خواهد شد. مبنای این نظریه سخن معروف کانت است که می گفت: آنچه قراردادی است عادلانه است. وی همچنین می افزاید: هرگاه کسی برای دیگری تصمیم بگیرد همواره محتمل است که بر او بی عدالتی تحمیل کند، اما هر نوع بی عدالتی نامحتمل است آن گاه که او برای خودش تصمیم می گیرد» (بیگدلی، همان).

بنابراین به جای این که عدالت را از قبل تعریف کنیم و سپس قراردادها را بر آن اساس تنظیم نماییم باید به افراد اجازه دهیم که در راستای تأمین منافع خودشان، چارچوب قراردادها را طراحی نموده و از این طریق به عدالت اجتماعی دست یابند: «بهترین راه تأمین عدالت اجتماعی این است که دو شخص بتوانند درباره امری که سود و منفعت هر دو را تضمین می کند آزادانه و به اشتراک تصمیم بگیرند» (کاتوزیان، حقوق مدنی: ۳۸).

بررسی فقهی اصل حاکم  
بر عقود و قراردادها:  
آزادی یا توقیف؟! \*

## جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

بحث «توفیقه العقود» نیاز به بررسی بیشتری دارد و لازم است فضلا و محققین گرامی در زمینه تبیین دقیق تر دلایل و نظرات موافقان و مخالفان، مطالعات گسترده تری انجام دهند.

آنچه که مسلم است این که موافقت با توقیفی بودن عقود نباید به مخالفت با تمدن، تکنولوژی و نفی دستاوردهای علمی بشر منجر شود. به هر حال این یک واقعیت است که شیوه زندگی و ارتباطات مردم در این دوره از زمان نسبت به گذشته بسیار متفاوت شده است و اگر کسی این تفاوت را نادیده بگیرد نمی تواند در امر اداره جامعه موفق باشد.

از سوی دیگر مخالفان نیز نباید تصور کنند هر نوع قرارداد جدیدی که در میان مردم رواج یافت حتماً از نیازهای قطعی زندگی انسانی بوده و روابط اجتماعی بدون این قرارداد مختل می ماند. وقتی اسلام، ربا را که به این شکل گسترده در اقتصاد جهان رواج دارد، حرام کرده است،

تکلیف مسائل ساده تری، چون مغارسه و یا حتی بیمه، روشن است. ضمن این که امروزه روابط و قراردادهای در قالب «نظام های اجتماعی» تحقق یافته اند و به شکل یک مجموعه هماهنگ و گسترده در امر اداره جوامع مورد استفاده قرار می گیرند. لذا اکنون دیگر مسئله اصلی این نیست که آیا این عقد یا آن قرارداد صحیح است یا نه، بلکه پرسش مهم این است که آیا اسلام، یک نظام اجتماعی منسجم و کارآمد برای اداره جوامع در این دوره از زمان دارد یا خیر؟

اگر پاسخ مثبت است باید برای استنباط و استخراج این نظام از منابع دینی تلاش کرد و امر اداره جامعه اسلامی و تنظیم روابط اجتماعی را برپایه این نظام سامان داد. البته روشن است که این کار نیاز به تلاش و مجاهدت های علمی فراوان دارد و از جمله نیازمند تکامل اصول و روش های اجتهاد است تا فقهای معظم بتوانند کلیات «نظام اجتماعی و اقتصادی اسلام» را از منابع دینی استخراج کرده و در اختیار پژوهشگران علوم دینی و مدیران سطوح مختلف جامعه قرار دهند.



<p>دلائل نقلی:</p> <p>آیه شریفه «اوفوا بالعقود» دلالت بر این دارد که فقط وفای به عقود شرعی معین واجب است.</p> <p>- قراردادهای جدید و اختراعی، مصداق شرط ابتدایی هستند و وفای به شرط ابتدایی واجب نیست.</p> <p>- اصل در معاملات مشکوک الحال، فساد است و قراردادهای جدید مشکوک الحال هستند.</p> <p>دلائل نقلی - جامعیت دین به این معناست که همان عقود شرعی برای تنظیم روابط اقتصادی مردم در همه زمانها کافی است.</p> <p>- فقط عقود شرعی عادلانه هستند و همه حقوق طرفین را به خوبی تأمین می کنند ولی عقود اختراعی چنین نیستند.</p> <p>- اگر عقود توقیفی نباشند در هنگام بروز اختلاف، فقها نمی توانند قضاوت کنند، بلکه داوری بر عهده عرف و کارشناسان قرار می گیرد.</p>	<p>موافقان: عقود و قراردادهای اقتصادی، توقیفی اند و محدود به همان عقود هستند که در منابع دینی و کتابهای فقهی ذکر شده اند. مانند بیع، اجاره، مضاربه و امثال آن</p>
<p>دلائل نقلی:</p> <p>آیه شریفه «اوفوا بالعقود» دلالت بر این دارد که وفای به هر نوع عقدی لازم است.</p> <p>- شرط ابتدایی، صحیح و وفای به آن واجب است.</p> <p>- اصل در معاملات بر صحت است.</p> <p>دلائل عقلی:</p> <p>- توقیفی بودن عقود موجب عسر و حرج و در تنگنا قرار گرفتن مردم برای انجام معاملات جدید می شود.</p> <p>- جامعیت دین به این معناست که با همه شرایط اجتماعی سازگار و همه لوازم ضروری زندگی بشر (از جمله عقود اختراعی) را به رسمیت می شناسد.</p> <p>- اصل حاکمیت اراده بر روابط اجتماعی حاکم است و عدالت براساس تراضی طرفین حاصل می شود.</p>	<p>مخالفان: عقود و قراردادها، توقیفی نیستند و مردم طبق «اصل حاکمیت اراده» آزاد هستند هرگونه قراردادی را که مایل باشند بین خودشان برقرار کنند. مانند قرارداد مغارسه، بیمه، سرقتی، حق ثبت اختراع و امثال آن</p>

## منابع

- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳)؛ مجمع الفائده، قم، انتشارات اسلامی.
- اسماعیلی، محسن (۱۳۹۷)؛ اصل حاکمیت اراده در حقوق غرب و اسلام، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره دوم (تابستان ۹۷).
- آل کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۳۵۹)؛ تحریر المجله، نجف اشرف، المكتبه المرتضویه.
- امام خمینی، سید روح‌الله (۱۳۹۲)؛ استفتائات، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- امام خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا)؛ البیع، قم، انتشارات اسماعیلیان، قم.
- آهنگران، محمد رسول و مهدی سعیدی (۱۳۹۵)؛ بازخوانی مبانی مشروعیت قراردادهای نامعین با رویکرد تطبیقی در حقوق اسلامی، دو فصلنامه دانش حقوق مدنی، شماره دوم (پائیز و زمستان ۹۵).
- بیگدلی، عطاء... (۱۳۹۴)؛ حاکمیت اراده در فقه امامیه، نظام رومی ژرمنی و حقوق ایران، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره اول (بهار و تابستان ۹۴).
- جعفری لنگرودی، جعفر (۱۳۷۸)؛ الفارق، تهران، انتشارات گنج دانش.
- جمالزاده، احمد (۱۳۷۹)؛ بررسی فقهی عقد بیمه، قم، بوستان کتاب.
- سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳)؛ کفایه الاحکام، قم، انتشارات جامعه مدرسین.
- سلیمان پور، محمد جواد (معاملات مالی جدید اسلام، مجله اقتصاد اسلامی، شماره ۱۱، ص ۷۹)
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱)؛ جامع الشتات، تهران، انتشارات کیهان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)؛ حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر بلدنا.
- مراغی، میر فتح حسینی (۱۴۱۸)؛ العناوین، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- مطهری، مرتضی (بی‌تا)؛ ربا - بانک - بیمه، قم، انتشارات صدرا.
- نراقی، احمد (بی‌تا)؛ عواید الایام، قم، مکتبه بصیرتی.
- وحید بهبهانی، محمد باقر (بی‌تا)؛ الرسائل الفقهیه، بی‌جا، مؤسسه علامه بهبهانی.
- یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹)؛ العروه الوثقی، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.

