



بوهنتون سلام
بوهنځی شریعات و قانون
برنامه ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلامی رساله ماستری

محقق: محمد اسلام "محمدی"

استاد رهنما: پوهندوی دوکتور عبدالله "حقبار"

سال: ۱۴۰۲ هـ.ش. ۱۴۴۵ هـ.ق



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
برنامه ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلامی

رساله ماستری

محصل: محمد اسلام "محمدی"

استاد رهنما: پوهندوی دوکتور عبدالله "حقیار"

سال: ۱۴۰۲ هـ.ش ۱۴۴۵ هـ.ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

پوهنځی شرعیات و قانون




دیارتمنت فقه و قانون

بورده ماستری

تصدیق نامه

محترم محمد اسلام ولد عیدی محمد: ID: SH-MSF-s1400-841 محصل دور نهم فقه و قانون
که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلامی
به روز سپتامبر تاریخ ۲۶ / ۱۰ / ۱۴۰۲ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس
بررسی هیات تحکیم مستحق ۸۷ (نمره به عدد) حسنار و حسن (نمره به حروف) گردید،
موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	استاد وزیر محمد سعیدی	عضو هیات	
۲	دکتور محمد یونس ابراهیمی	عضو هیات	
۳	دکتور عبدالله حقیار	استاد رهنا و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... امر بورده ماستری

تقدیم

تقدیم به والدین و اعضای فامیلم به پاس اینکه تمامی زحمات و مشقت‌هایی را که برای به ثمر رسیدن من به دوش کشیده اند، همچنین تقدیم به تمامی آزاداندیشان شهدای راه عدالت خواهی کشورم و به تمام کسانی که بنده را چه از لحاظ معنوی و چه از لحاظ مادی در دوران تحصیل ام همکاری نموده اند، برای همه ایشان از بارگاه خداوند منان، طول عمر، خوشبختی و سعادت دنیوی و اخروی آرزو دارم.

سپاسگزاری

رسول الله (صلی الله علیه وسلم) می فرماید: (من لم یشکر الناس لم یشکر الله). کسی که پاس داری نعمت مردم را نکند هیچگاه سپاسگزاری نعمت الله متعال را نخواهد کرد.

با پیروی از این حدیث رسول اکرم صلی الله علیه وسلم، جا دارد تا اولاً، از وزارت تحصیلات عالی که مرجع اصلی علم و دانش، از همه استاتید پوهنتون سلام و بوررد ماستری پوهنخی شرعیات، کمیته فقه و قانون از اعماق قلب اظهار سپاس و شکرگزاری نموده؛ ثانیاً، از تمام اشخاصی که به هر نحوی در تکمیل نمودن این پایان نامه همکاری نموده و یا در پیشبرد زمینه ای فراگیری علم و آموزش دوره ای ماستری مرا همراهی کرده اند سپاسگزاری نمایم.

ثالثاً، از جناب استاد گرانقدر و مهربان محترم دکتور عبدالله "حقیار" سپاسگزارم که همیشه با سعت صدر و جبین باز رهنمای های لازم را انجام دادند، و غلطی های کتبی و نوشتاری بنده را تصحیح نموده اند. رابعاً، از استادان مناقشین رساله ام هریک دکتور محمدیونس «ابراهیمی» و استاد بزرگ وزیر محمد "سعیدی" که با وجود مصروفیت های زیاد شان باز هم اوقات با ارزش خود را برای مناقشه رساله ای بنده اختصاص داده و در زمینه ی تهیه ی معیاری این رساله من را دلسوزانه رهنمای و مساعدت کرده اند سپاسگزاری نمایم.

چکیده

عقود یکی از منابع تصرفات حقوقی و تصرفات حقوقی یکی از اسباب مهم تعهدات بوده که این احکام در فقه به نام فقه معاملات نامیده می‌شود؛ فقها با استفاده از قواعد عقد بیع قواعد عمومی عقود را نام گذاری نموده اند پس یکی از این عقود در معاملات، عقود معاوضه می‌باشد که از اصول خاصی برخوردار بوده که شرط و تعلیق در آن معیار اساسی قرار داده شده، همچنان، شرط و تعلیق، شرط عبارت است از یک امر که مکلف آن را معتبر نموده، و تصرفات خود را بر آن معلق می‌نماید، اما تعلیق با کلمه ای شرط یا به دلالت کلمه آن می‌باشد.

فقها، در خصوص تعلیق در عقود به شرط اختلاف دارند، فقهای احناف، شافعیه و مالکیه به یک نظرند، اما فقهای حنابله برعکس نظریه سه گروه دیگر اند؛ هدفمندی تحقیق حاضر هم روی همین مسئله بوده، که تلاش کرده شده است، بحث احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلام بخصوص فقهای کرام به بررسی گرفته شود.

روش تحقیق حاضر، تحلیلی-توصیفی می‌باشد، تلاش گردیده که از منابع موثق کتابخانه‌ای استفاده نماید. اهمیت تحقیق حاضر این است که موضوع (احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلامی) واضح گردیده؛ همچنان، اختلاف نظریات فقهای کرام در این رابطه به بیان گرفته شده است.

بنابراین، یافته‌ها و نتایج نشان می‌دهد که احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه در شریعت اسلام با اختلاف نظرهای فقهای کرام به بررسی گرفته شده است، فقهای حنابله تعلیق تصرف به شرط را در کلیه عقود اعم از بیع، اجاره، کفالت، ازدواج و غیره جایز دانسته در تأیید این نظر به حدیث پیامبر صلی الله علیه وسلم استناد می‌نمایند که فرموده است: «المسلمون عندهم شروطهم، إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»^۲ اما نظریات فقهای احناف، شافعیه و مالکیه برعکس فقهای حنابله، عقود را از ناحیه تعلیق به شرط و عدم آن به سه دسته تقسیم نموده اند.

کلید واژه‌ها: شرط، تعلیق، عقود، معاوضه، فقها، اسلام

۱. رواه أبو داود شماره حدیث: ۳۵۹۴، حدیث صحیح.

فهرست مطالب

صفحات	عناوین
۱	مقدمه
۲	۱. بیان مسأله
۲	۲. سوالات تحقیق
۳	۳. فرضیه تحقیق
۳	۴. پیشینه تحقیق
۵	۵. جنبه نوآوری تحقیق
۵	۶. ضرورت و اهمیت تحقیق
۷	۷. روش تحقیق
۷	۸. اهداف تحقیق
۷	۹. سازمان دهی تحقیق

فصل اول

مفاهیم و کلیات

۱۰	مبحث اول:- مفاهیم
۱۰	مطلب اول- مفهوم حکم
۱۴	مطلب دوم- مفهوم شرط
۱۶	مطلب سوم- مفهوم تعلیق
۱۷	مطلب چهارم- مفهوم عقود
۱۹	مبحث دوم:- کلیات
۱۹	مطلب اول- انواع حکم شرعی
۲۶	مطلب دوم- فرق عقد با معامله
۲۶	مطلب سوم- بیان مصطلحات مشابه به شرط
۲۸	مطلب چهارم- شرایط تعلیق
۳۱	مطلب پنجم- انواع و شرایط عقود

مطلب ششم - ارکان عقد ۳۸

فصل دوم

شرط و تقسیمات به اعتبار حکم آن

مبحث اول: - تقسیمات شرط ۴۲

مطلب اول - شرط محض ۴۲

مطلب دوم - شرط در حکم علل ۴۵

مطلب سوم - شرطی که حکم اسباب را دارد ۴۶

مطلب چهارم - شرطی که اسم است نه حکم ۴۶

مطلب پنجم - شرط به معنای علامه خالص ۴۷

مبحث دوم: - تقسیم شرط به اعتبار احکام ۴۷

مطلب اول - شروط صحیحہ ۴۸

مطلب دوم - شروط فاسده ۵۱

مطلب سوم - شرط باطل ۵۷

مبحث سوم: - انواع شرط به اساس تعلیق ۶۲

مطلب اول - شرط تعلیقی و شرط فاسخ ۶۲

مطلب دوم - انواع (اجل تعلیقی و اجل فاسخ) ۶۳

مبحث چهارم: - استدلال به مفهوم شرط ۶۴

مطلب اول - تعلیق حکم به شرط توسط کلمه إن ۶۴

مطلب دوم - امر معلق به شرط و صفت ۶۵

فصل سوم

نظریات فقها و دانشمندان در رابطه به احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه

مبحث اول: - بیان اقسام عقود به اعتبار تعلیق ۶۹

مطلب اول - عقود که تعلیق را مطلقا قبول نمی کند ۶۹

مطلب دوم - عقود که تعلیق را مطلقا قبول می کند ۷۶

مطلب سوم - عقود که شرط مناسب را قبول می کند ۷۸

مبحث دوم:- احکام شرط مقترن بر عقد	۸۵
مطلب اول- شروطی که در عقود گذاشته می شود	۸۵
مطلب دوم- شروط منصوصه	۸۷

فصل چهارم

اسباب مفسدت و طریقه تصحیح عقود آن

مبحث اول:- اسباب عامه و خاصه	۹۲
مطلب اول- اسباب عامه	۹۲
مطلب دوم- اسباب خاصه	۹۸
مبحث دوم:- طریقه تصحیح عقود فاسده	۱۰۴
مطلب اول- مشروعیت تصحیح عقود	۱۰۴
مطلب دوم- شروط تصحیح عقود	۱۰۸
مطلب سوم- تصحیح عقود که به اثر جهالت فاسد شده است	۱۱۴
مطلب چهارم- تصحیح عقود که به اثر اکراه فاسد شده است	۱۱۹
مطلب پنجم- تصحیح عقود که به سبب غرر فاسد شده است	۱۲۱
نتیجه گیری	۱۲۴
پیشنهادهات	۱۲۸
فهرست ها	۱۲۹
فهرست آیات	۱۲۹
فهرست احادیث نبوی	۱۳۱
فهرست اعلام	۱۳۳
فهرست منابع	۱۳۴
خلاصه البحث	۱۳۸
SUMMARY OF THE RESEARCH	۱۳۹

مقدمه

الحمد لله العلی العظیم، حمدا مبارکا کما ینبغی لجلال وجهه الکریم، والصلاة والسلام علی أشرف الخلق أجمعین، سیدنا محمد المبعوث رحمة للعالمین، وصلى الله وسلم علی آله وعترة الطاهرين الطيبين، وصحبه السادة المقربين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

اما بعد: دین مبین اسلام دین فطرت ودارای نظام جهانی و فراگیر است؛ لهذا از تمام جوانب زنده گی بشریت سخن گفته و تمام نیازمندی های بشری را بررسی نموده است. بناء برای تکمیل نمودن ضرورت های انسانی به اسباب و وسائل مختلف نیاز است که بدون فراهم نمودن آن تصور زنده گی انسان ممکن نیست، لذا: الله تبارک و تعالی برای انسان طریقه ی تبادل و معاوضه را به واسطه پیامبران خود ارشاد و رهنمای کرده است، و به اساس آن انسان می تواند که عقد صحیح و درست را از عقد غیر صحیح و نادرست تفکیک نماید، اشخاص در زنده گی، برای رفع حوایج و رسیدن به اهداف مورد نظرشان به انعقاد عقود و ایقاعاتی، تحت عناوین مختلف مبادرت می ورزند، ولی با وجود وسعت معاملات و کثرت مبادلات و حجم روز افزون قراردادهای، به آثار و احکام این عقود آگاهی ندارند. لذا بر آن شدیم تا مطالبی نسبتا جامع در این زمینه و به خصوص در مورد عقود معاوضه و شرط تعلیق ارائه دهیم، چون که تبادل و معاوضه ضرورت بنیادی جانبین بوده مگر بسا اوقات احتیاج و ضرورت یک گروه بیشتر می باشد، به نسبت گروه دیگر؛ لذا، فقهای کرام در روشنای قرآن و سنت اصول قواعد و ضوابطی را تعیین نموده اند که می تواند باعث رفع ضرورت گردیده و مشکلات را حل و فصل نماید.

پس برای وضاحت و روشن شدن این موضوع «احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلامی» با استناد و استدلال از آیات قرآن کریم، احادیث نبوی (صلی الله علیه و سلم)، آراء و نظریات فقهاء و اندیشمندان اسلامی را برای نیل به درجه تحصیلی ماستری و خدمت به نسل آینده انجام دهم. و از بارگاه رب ذو الجلال استدعا دارم که برداشتن این گام مثبت را شرف قبولیت نصیب فرموده و توفیق اتمام آنرا ارزانی فرماید. وما ذالك علی الله بعزیز.

۱. بیان مسأله

کلمه عقود یکی از منابع تصرفات حقوقی و تصرفات حقوقی یکی از شاخصه‌های مهم تعهدات است. اهمیت عقود به اندازه ای است که قسمت اعظم قواعد مدنی و تجارتي را عقود تشکیل می‌دهد. زیرا، در زندگی روزمره طبق اصول شریعت اسلام، افراد روابط خصوصی خویش را از طریق عقود تنظیم می‌نمایند مانند: ازدواج، بیع، وکالت، کفالت، رهن، قرض، اجاره و نظیر این‌ها حکم نشده. بنابراین، اساس بسیاری از اعمال تجاری را که در ساحه خرید و فروش انجام واقع می‌گردد عقود تشکیل می‌دهد. از همین رو، فقه و شریعت اسلام قواعد معینی را جهت تنظیم عقود وضع نموده اند. عقود نیز دارای قواعد عمومی است که در صورت سکوت قانون در مورد یک عقد معین و یا نامعین، این قواعد بر آن عقد قابل تطبیق است، این احکام در فقه به نام فقه معاملات نامیده می‌شود، در گذشته، فقهاء راجع به قواعد عمومی بحث نکرده اند. اما، فقهای معاصر با استفاده از قواعد عقد بیع قواعد عمومی عقود را انشاء نموده اند.

به همین ترتیب، یکی از این عقود، عقود معاوضه می‌باشد، که در آن شرط وجود دارد، اگر این شرط به تعلیق در آورده شود، از نظر بعضی صاحب نظران و فقها باطل اعلام می‌شود، چنانچه که در عقد تبرعی، در عقود توثیقی و اسقاطات این امر در تعلیق آن باطل اعلان شده است.

بنابراین، شرط تعلیق در عقود معاوضه را برخی از فقها و صاحب نظران معتقدند که تعلیق در عقود معاوضه راه ندارد و در راستای توجیه نظر خود به دلایلی تمسک جسته‌اند. در مقابل، برخی دیگر بر این باورند، که تعلیق همانند سایر عقود، در این دسته از عقود نیز جریان دارد.

بناءً، تحقیق حاضر، در تلاش پاسخ به این سوالات است: احکام شرط در عقود معاوضه چگونه است؟ آیا تعلیق در عقود معاوضه راه دارد؟ فقها در رابطه به شرط و تعلیق در عقود چه نظر دارند؟ در چه حالت عقود معاوضه فاسد می‌شود؟

۲. سوالات تحقیق

سوال اصلی تحقیق: احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلام چگونه تبیین

یافته است؟

سوالات فرعی:

۱. ماهیت تعلیق و مراد از عقود معاوضه چیست؟

۲. شرط و تقسیمات به اعتبار حکم چگونه است؟

۳. نظریات فقها و دانشمندان در رابطه به احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه چگونه تبیین یافته است؟

۴. اسباب مفسدت و طریقه تصحیح عقود آن چگونه است؟

۳. فرضیه تحقیق

در این تحقیق به نظر می‌آید که احکام شرط و بحث تعلیق در عقود معاوضه یکی از مباحث مهم در قواعد مدنی و تجارتی می‌باشد؛ اما در بعضی از موارد اختلاف میان فقها و صاحب نظران وجود دارد، زیرا، احکام شرط را فقها در مباحث فقهی نظریه پردازی کرده اند، ولی بحث تعلیق را در عقود معاوضه برخی فقها معتقدند و در راستای توجیه نظر خود را به دلایلی مشخص ساخته اند. اما بعضی فقها به این معتقد نیستند.

۴. پیشینه تحقیق

قسمی که بیان گردید احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلامی که در ادوار مختلف فقهاء در آن توجه خود را مبذول داشته و از آن بحث به عمل آورده اند، و همچنان باحثین از معاصرین نیز به توضیح و تحقیق آن پرداخته اند، اما به طور منتشر و پراکنده بوده، و کسی از دانشمندان نیز به تألیف مستقل پیرامون این موضوع نه پرداخته اند و از طرف دیگر همه این مراجع به زبان عربی نوشته شده است، اما تا اکنون بحث فراگیر و همه جانبه که به زبان فارسی صورت گرفته باشد و بخصوص در کشور عزیز ما افغانستان دریافت نگردیده و یا هم دست کم نگارنده آن را نیافته است. اما منابع عربی وجود دارد که بحث احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه را به طور پراکنده در متن کتاب خویش به بررسی گرفته اند، و یا اگر تحقیق صورت گرفته است، تنها بحث موضوع احکام شرط عقود و یا برعکس احکام تعلیق موضوع به بررسی گرفته شده است. به طور مثال از آنجایی که از منابع عربی در تحقیق حاضر استفاده صورت گرفته است قرار ذیل اند:

۱- حسن علی، الشائلی، نظریه الشرط فی الفقه الإسلامی دراسة مقارنة فی الفقه الإسلامی مع المقابلة بالقوانین الوضعیه: السعودیه، دارالنشر، دارکنوز إشبیلیا، ۱۴۳۰هـ-۲۰۰۹. به چاپ رسیده است، از این اثر در خصوص بحث، احکام شرط استفاده صورت گرفته است.

- ۲- عثمان بن علی الزیلعی فخر الدین، احمد الشلبی شهاب الدین، تبیین الحقائق، نشر، مطبعه الکبر، ۱۳۱۴، که این اثر در ۶ جلد بوده، در جلد ۴ آن بیشتر توجه در رابطه به تعلیق در عقود معاوضه صورت گرفته است، از این اثر در تحقیق حاضر، بکاربرده شده است.
- ۳- محمد ابن محمد امین بن عمر، مشهور به ابن عابدین، ردالمحتار علی، بیروت: نشر، دارالفکر، بی تا، از این اثر که در تحقیق حاضر، استفاده شده است، به زبان عربی بوده که ترجمه شده و بحث احکام شرط تحقیق در این اثر بیشتر مورد توجه نویسنده بوده است.
- ۴- کتاب بدائع الصنائع از: أبو بکر بن مسعود الکاسانی الحنفی علاء الدین، محقق: علی محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، که در مصر: نشر، دارالکتب العلمیه، در سال ۱۴۲۴، به چاپ رسیده است، که مجموع ۱۰ جلد می باشد، این اثر به زبان عربی بوده که به فارسی ترجمه گردیده است. از این اثر در تحقیق حاضر استفاده صورت گرفته است.
- ۵- کتاب فتح الغفار (شرح المنار المعروف بمشکاة الأنوار فی أصول المنار وعلیه بعض حواشی البحر اوی) از: زین الدین بن ابراهیم بن محمد بن نجیم الحنفی، در سال ۱۴۲۲، در مصر، در دارالکتب العلمیه که یک جلد است به چاپ رسیده است، این اثر به زبان عربی بوده که به فارسی ترجمه شده و از اثر در تحقیق حاضر به کار برده شده است.
- ۶- کتاب فتح القدير از: محمد بن علی بن محمد بن عبد الله الشوکانی الیمنی، که در دمشق-بیروت در مطبعه دارابین کثیر در سال ۱۴۱۴ به چاپ رسیده است، این اثر همچنان به زبان عربی است که به فارسی ترجمه و در تحقیق حاضر به کار برده شده است.
- ۷- علی ابن محمد ابن علی الجرجانی، التعریفات، تحقیق: ابراهیم الایاری، بیروت: ناشر، دارالکتاب العربی، اول، این هم از جمله آثار عربی است، که ترجمه به فارسی شده و در تحقیق حاضر به کار برده شده است.
- ۸- مصطفی احمد الزرقاء اثرش تحت عنوان: المدخل الفقهی العام، که در سال ۱۴۲۵، در بیروت، در مطبعه، دارالفکر به چاپ رسیده است. این اثر به زبان عربی بوده که به فارسی ترجمه و ازین کتاب در تحقیق حاضر به کار برده شده است.

بناء ضرورت پیدا می‌شود که احکام و مسائل مربوط بر شرط و تعلیق در یک جای جمع کرده شود، تا اینکه معیار شرایط جایز و ناجایز و دلایل جواز و عدم جواز و اسباب صحت و فساد برای اهل علم و طلبه آسان گردد، پس خواستم که در این زمینه تحقیقی را ارائه نموده و خدمت هموطنان عزیز تقدیم نمایم.

۵. جنبه نوآوری تحقیق

با توجه به اینکه محقق به تحقیق آغاز می‌نماید مواردی را به عنوان شاخص متمایز کننده در تحقیق خود نسبت به دیگران در نظر می‌گیرد. بنابراین، مواردی که به عنوان یک بحث تازه در چارچوب علمی مطرح می‌شود عاری از اهمیت و مؤثریت نیست و در تحقیق حاضر کوشیده شده است تا شاخص‌های زیادی در نظر گرفته شود که به عنوان یک تحقیق علمی و مؤثر نسبت به سایر تحقیقات انجام شده متمایز باشد. بنابراین، مهم‌ترین شاخص‌هایی که می‌تواند جنبه نو بودن و یا جدید بودن این تحقیق را ثابت سازد قرار ذیل اند:

۱. بررسی ماهیت تعلیق و عقود معاوضه؛

۲. مشخص ساختن نظریات فقها و دانشمندان در رابطه به شرط و تعلیق در عقود معاوضه؛

۳. بیان احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه؛

۴. مشخص ساختن اسباب مفسدیت در عقود.

۶. ضرورت و اهمیت تحقیق

اهمیت بحث از خلال موضوع آن (احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلامی) واضح می‌گردد؛ زیرا که الله تعالی طریقه مشروع سپری نمودن زندگی را بیان فرموده و آن را به اسم شریعت مسمی نموده است، در شریعت مطهره شعبه‌های مختلف وجود دارد که یکی مهمترین آن شعبه‌های آن معاملات محسوب می‌شود و اهمیت معاملات در شریعت اسلامی آن قدر زیاد است که رزق بیشتر به عقود و معاملات تعلق می‌گیرد و اگر درآمد انسان در این زمینه حلال و پاک باشد، آن در عبادات و اخلاقیات بسیار موثر است؛ زیرا که خوراک پاک سبب تقویت روحانیت بوده بلکه رفاه و ترقی ملت در آن نهفته است، به سبب خوراک حرام در قلب این طور ظلمات و تاریکی‌ها پیدا می‌شود که در همه بخشهای زنده گی انسان تأثیر عمیق می‌گذارد و این در تماماً حالات انسان در حیاتش یکسان می‌باشد، برابر

است که قوی باشد یا ضعیف، مسالم باشد یا محارب، مسافر باشد یا مقیم، در وطن خود باشد و یا در غیر آن، زیرا الله سبحانه و تعالی این شریعت مبارکه را سهل خالص حنیف وضع نموده است، توان و طاقت انسان، امکانات و مشاغل وی در حیاتش در آن رعایت شده است و از همین رو شریعت اسلام از بقیه شرائع سماوی متمایز دانسته شده است، آنگونه که در آنها احکام شاقه را الله متعال متناسب اوضاع امم سابقه مشروع نموده بود و این خود نشان دهنده‌ی اهمیت این موضوع است. پس وضاحت اهمیت موضوع در چند نقطه زیر خلاصه می‌شود:

- ۱- شرط و تعلیق از اساسات و مبانی در عقود به شمار می‌رود.
- ۲- دامنه‌ی شرط و تعلیق در اسلام منحصر به امور عبادی نیست.
- ۳- شرط و تعلیق در تمام احکام اسلام از قبیل معاملات مدنی، رفتار شخصی، مجازات های کیفری، تشریحات قضایی و مانند آن تسری می‌یابد.
- ۴- مظاهر شرط و تعلیق واضح است.
- ۵- شرط و تعلیق از جمله اموری است که عقلاً و شرعاً مدار اعتبار است.
- ۶- علمای سلف و خلف در مورد شرط و تعلیق توجه داشته و آنرا جزء از تحقیقات علمی شان قرار داده اند.
- ۷- در کتب فقه و حدیث شرط و تعلیق مورد بحث قرار گرفته است.
- ۸- مصنفین از گروهها و مذاهب مختلف شرط و تعلیق در عقود را مورد توجه قرار داده و از آن بحث به عمل آورده اند.
- ۹- اسلام شروط فاسد و باطل را ممنوع قرار داده است.
- ۱۰- شرط و تعلیق در اسلام وجود دارد که به عملی کردن آن تشویق و ترغیب شده است.
- ۱۱- شرط و تعلیق به ادله‌ی قطعی ثابت گردیده است
- ۱۲- بررسی من از این مسایل انجام یک تحقیق و مطالعه فقهی است نه تحقیق قضایی و دادگاهی.

۷. روش تحقیق

این تحقیق بر اساس روش توصیفی - تحلیلی مورد تحقیق و مطالعه قرار گرفته و در جمع آوری اطلاعات این پژوهش از منابع کتابخانه‌ای بهره گرفته شده است که منابع اصلی این تحقیق را کتاب‌های از دانشمندان بزرگ خارجی مرتبط به موضوع تشکیل داده و مورد استفاده صورت می‌گیرد.

۸. اهداف تحقیق

اساس هر تحقیق آشنایی و دریافت حقایق و پرده برداری از ابهامات است. بنابراین، اساس تحقیق حاضر را بررسی همه جانبه احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلام تشکیل داده است. بنابراین، در ذیل به مهم ترین اهداف تحقیق حاضر پرداخته می‌شود:

۱. فقهاء در مورد احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلامی توجه خاصی رامبدول داشته اند؛ بنابراین، بنده هم به مثابه ریزه خواران خوان دانش آنها خواستم که موضوع رابه بررسی بگیرم؛
۲. نظریات اندیشمندان در عرصه فقه در کتب فقهی مختلف به روش‌های مختلف و به بحث‌ها مختلف بوده است، خواستم این دیدگاه‌ها را در ذیل یک مجموعه بحث نمایم؛
۳. احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه فقه اسلامی مورد بحث بوده؛ بنا برین خواستم که درین رساله از مسایل و مباحث هر دو بخش بحث داشته باشم؛
۴. خواستم پیرامون احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه و مسایل متعلق بر آن به شکل واضح و علمی کسب معلومات نمایم.

۹. سازمان دهی تحقیق

هر تحقیقی علمی دارای سازمان دهی تحقیق می‌باشد بناً طرح تحقیق این رساله دارای چهار فصل است که فصل اول آن دارای مفاهیم و کلیات می‌باشد که در این مفصل، مفاهیم و کلیات یعنی تعاریفات و بحث‌های پیشینه را به صورت مفصل مورد بررسی قرار گرفته است، در فصل دوم شرط و تقسیمات به اعتبار حکم آن که مشتمل از مباحث: (مبحث اول، تقسیمات شرط، مبحث دوم، تقسیم شرط به اعتبار احکام، مبحث سوم، انواع شرط به اساس تعلیق و در مبحث آخری استدلال به مفهوم شرط) می‌باشد مورد بررسی قرار گرفته شده، فصل سوم این رساله نظریات فقها و دانشمندان در رابطه به احکام شرط و تعلیق در

عقود معاوضه که مشتمل از مباحث: (مبحث اول، بیان اقسام عقود به اعتبار تعلیق و مبحث دوم، احکام شرط مقترن بر عقد) مورد ارزیابی و روشنایی قرار گرفته شده، فصل چهارم این رساله اسباب مفسدیت و طریقه تصحیح عقود آن که مشتمل از مباحث: (در مبحث اول، اسباب عامه و خاصه و در مبحث دوم، طریقه تصحیح عقود فاسده) موشگافی قرار گرفته و در آخر نتیجه گیری و پیشنهادات به بررسی گرفته شده است.

فصل اول

مفاهیم و کلیات

این فصل دارای مباحث ذیل می باشد

۱. مبحث اول: مفاهیم

۲. مبحث دوم: کلیات

مبحث اول:- مفاهیم

در آغاز هر تحقیقی نیاز است تا در اول از مفاهیم و کلیات آغاز گردد، چون برای خوانندگان، موضوع مورد مطالعه باید معرفی گردد تا شخص مطالعه کننده از ماهیت و مفهوم موضوع آگاه شود. با توجه به این، مهم ترین مفاهیم بحث حاضر قرار ذیل اند:

مطلب اول - مفهوم حکم

الف: مفهوم حکم در لغت

معنی حکم، منع برای اصلاح،^۱ -^۲ قضاوت،^۳ قید اصلاح،^۴ داوری،^۵ اتقان و استوار کردن^۶ و حکیم کسی است که مانع از فساد^۷ باشد.

الأحكام جمع حکم، قال الجوهري: الحكم مصدر قولك: حكم بينهم يحكم حكما، إذا قضى - ومعناه في اللغة: المنع، وإليه ترجع تراكيب مادة «ح ك م» فمن ذلك قولك: حكمت الرجل تحكيما، إذا منعتة مما أراد، وحكمت السفیه - بالتخفيف - وأحكمته، إذا أخذت على يده. وسمى القاضى حاكما لمنعه الخصوم من التظالم.^۸

ترجمه: احکام جمع حکم است جوهری گفته است حکم مصدر این سخن است که فیصله صورت بگیرد در بین ایشان زمان که فیصله صورت گرفته باشد و در لغت بمعنای منع نمودن آمده است. واز ریشه (ح، ک، م) ترکیب شده از همین قول تو که در این مورد من حکم کردم شخصی را به حکم کردن زمان

۱. علی اکبر، قرشی بنایی، قاموس قرآن، بیروت: نشر، دارالکتب، الاسلامیه، ۱۳۵۲، ج ۲، ص ۱۶۰.
۲. احمد ابن فارس، بن زکریا، القزوينی الزاری، ابوالحسین، معجم مقانیس اللغة، بیروت: نشر، دارالفکر، ۱۳۹۹ هج ۲، ص ۹۱.
۳. حسین بن محمد، راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، بیروت: نشر، دارالقلم، بی تا، ص ۲۴۸.
۴. سعید، شرتونی، اقرب الموارد فی فصیح العربیه و الشوارد، تهران: نشر، اداره کل حج و اوقاف و امور خیریه
۵. مجدالدین، فیروز آبادی، قاموس المحيط، بیروت: نشر، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۹۸.
۶. اسماعیل بن حماد، جوهری، صحاح تاج اللغة، بیروت-لبنان: نشر، دارالعلم الملايين، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۹۰۱.
۷. فضل بن حسن، طبرسی، مجمع البیان، بیروت: نشر درالفکر، ۱۴۱۹، ج ۱، ص ۱۵۴.
۸. اسماعیل ابن حماد جوهری، ابونصر: متولد سال (۳۳۲) وفات (۴۲۳) اولین کسیکه به پرواز کردن سعی نمود و در همین راه وفات کرد، وایشان یکی از امامان اهل لغت بوده، واز کتابهای مشهوروی (الصحاح) است که در دو جلد بوده، وایشان نیز در علم عروض، و علم نحو کتاب تألیف نموده است و در اصل از فاراب بوده، در سن صغارت به عراق رفته، و بعد به حجاز سفر نموده، و آن بادیه را گردش کرده، و دوباره به خراسان آمده، و در نسا بور مسکن گزین شده است. این معرفی از کتاب: الاعلام للزکلی، ج ۱، ص ۳۱۳.

آنها از اراده اش باز داری، و باز داشتم بی خرد را (به تخفیف) و زمان که اور از دستش گرفتم. و نیز قاضی را حاکم می نامند از این جهت که او خصومت گران را از ظلم نمودن باز می دارد.

جوهری و غیره از جریر این تعریف را نقل نموده اند. و سمیت هذه المعانی، نحو:

(الوجوب والحظر و غیرهما أحكاماً، لأن معنی المنع موجود فیها، إذ حقیقة الوجوب مركبة من استدعاء الفعل والمنع من الترك، والحظر مركب من استدعاء الترك والمنع من الفعل).^۱

ترجمه: وجوب، حظر و غیره به احکام مسمی گردیده اند، زیرا معنای منع در اینها موجود است، چراکه حقیقت وجوب مرکب است از استدعاء فعل و منع از ترک، و حظر مرکب است از استدعاء ترک و منع از فعل.

أما الندب والكراهة، فمعنی المنع فیهما موجود، لكنه أضعف منه فی الوجوب والحظر.

ترجمه: هر چه ندب و کراهت، معنای منع در اینها موجود است، ولی ضعیف است از آنکه در وجوب و حظر است.

ب: مفهوم حکم نزد جمهور اصولیان

الحکم الشرعی فی اصطلاح الأصولیین: هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفین، طلباً أو تخییراً، أو وضعاً^۲

ترجمه: حکم شرعی در اصطلاح اصولیان عبارت است از: خطاب خداوند متعال به گونه اقتضا، یا تخیر و یا وضع. که متعلق به افعال مکلفین می باشد.

شرح تعاریف:

خطاب خداوند جل جلاله: خطاب در لغت: سخن در بین دو نفر است و به آنچه که مقصد از آن افهام است، اطلاق می شود، و در اینجا هم مراد همین است. با این قید (خطاب الله جل جلاله) خطاب غیر خارج شد، افعال مکلفین: عبارت است از: سخن، عمل و یا اعتقاد صادر شده از مکلف و مکلف: شخص بالغ و عاقل و دانای است که سخنی را که متوجه اوست می فهمد. به گونه اقتضا: طلب را گویند و شامل طلب فعل

۱. سلیمان ابن عبدالقوی، ابن الکریم الکوفی الصرصری، ابوالربیع، نجم الدین، متوفی (۵۷۱۶) شرح مختصر الروضة، محقق: عبدالله ابن عبدالمحسن ترکی، بیروت: ناشر، مؤسسه رساله، طبع: اول، ۱۴۰۷هـ / م ۱۹۸۷، ج ۱، ص ۲۴۷ - ۲۴۸.

۲. عبدالوهاب خلاف (متوفی: ۱۳۷۵هـ)، علم اصول الفقه، مصر: نشر، مکتبه دعوت شباب الازهر، ج ۸، ص ۱، بی تا، ص ۱۰۰ - ۱۰۵.

می‌گردد، که با امر صورت می‌گیرد، و طلب ترک است که با نهی محقق می‌شود. یا تخییر: معنای تسویه (برابر ساختن) فعل و ترک است و اباحت هم گفته می‌شود. یا وضع: عبارت است از خطاب الله که به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد، از آن جهت که شارع چیزی را سبب یک چیزی دیگر یا شرط آن و مانع آن قرار می‌دهد. به طور مثال در قرآن کریم چنین بیان شده است:

۱- طلب فعل: خداوند فرموده است:

﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^۱

ترجمه: ای مؤمنان! به پیمانها و قراردادها وفا کنید.

این خطاب از جانب شارع است که به وفا به عقدها و پیمانها تعلق می‌گیرد که از فعل مکلفین است.

۲- طلب ترک: خداوند فرموده است:

﴿لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِّنْ قَوْمٍ﴾^۲

ترجمه: مؤمنان هرگز نباید قومی قوم دیگر را مسخره و استهزا کنند.

این خطاب از جانب الله جل جلاله است که به تمسخر تعلق می‌گیرد که از فعل مکلفین است و خواسته

شده است تا آن را ترک نمایند.

۳- تخییر، که در آیه کریمه چنین بیان شده است:

﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوا نِسَاءَ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾^۳

ترجمه: و باکی نیست که شما با آنان نکاح کنید در صورتی که اجر و مهرشان را بدهید.

این آیه کریمه خطاب متعلق به نکاح زنان مؤمن است و در این باره اختیار داده می‌شود.

۴- وضع: در یک حدیث صحیح از ابو عیسی محمد بن الترمذی^۴ روایت است، که پیامبر صلی الله

علیه وسلم فرموده است:

﴿القاتل لا يرث﴾^۵

ترجمه: قاتل میراث نمیبرد.

۱. قرآن کریم، سوره، المائده، آیه ۱.

۲. قرآن کریم، سوره، الحجرات، آیه ۱۱.

۳. قرآن کریم، سوره، الممتحنه، آیه ۱۰.

۴. الترمذی، ابو عیسی محمد بن، عیسی السلامی، خربری البوغی، محقق، فقیه، راوی، عالم، محدث و دانشمند زمان اش، متولد (۲۰۹) در خراسان می‌باشد، متوفی (۲۷۹) است، از جمله اثرات وی، مهم ترین آن، سنن ترمذی است. این معرفی از کتاب: ابوزکریا یحیی بن شرف نووی، ج ۱، ص ۵۳.

۵. الترمذی، سنن ترمذی، بیروت: الناشر، دارالغرب الاسلامی، ۱۹۹۶، شماره حدیث، ۲۱۰۹، حدیث صحیح است.

بنابراین، این خطابی است که از جانب نبی کریم صلی الله علیه وسلم و ایشان بدون شک از زنده سخن می گوید و این خطاب متعلق به قتل است که فعل مکلف می باشد شارع آن را وضع نموده است تا مانع از میراث باشد. پس نفس نص که از شارع صادر شده است بر طلب، یا تخیر، یا وضع دلالت می کند، و آن در اصطلاح اصولیان عبارت از حکم شرعی است، و این اکنون موافق اصطلاح قضات است که آنها نفس نصیکه از قاضی صادر می شود حکم مراد می نمایند، از همین خاطر می گویند که منطلق الحکم.

ج: مفهوم حکم نزد فقها

(وَأَمَّا الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ فِي اصطلاح الفقهاء: فهو الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل، كالوجوب والحرمة والإباحة)^۱

ترجمه: حکم شرعی در اصطلاح فقهاء عبارت است از: اثر خطاب الله جل جلاله که به افعال مکلفین تعلق دارد مانند: وجوب، حرمت، و اباحت.

پس حکم نزد جمهور اصولیان در مثال اول: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۲ ترجمه: همانا ایجاب وفا به عقد است، و نزد فقها وجوب وفا به عقد است. زیرا خطاب ایجاب است و اثر آن وجوب. و همچنان خطاب در مثال دوم تحریم تمسخر است و اثر آن حرمت تمسخر. و خطاب در مثال سوم ابا حنکاح است و اثرش مباح بودن نکاح. و خطاب در مثال چهارم قراردادن قتل به عنوان مانع از میراث است و اثر آن مانع شدن قتل از میراث. بنابراین، کسی گمان نکند که تنها آنچه از قرآن ثابت است، همان حکم شرعی است؛ زیرا قرآن خطاب الله است و آنچه با آن ثابت شده اثر آن است و آنچه که با سنت یا اجماع یا قیاس و غیره ثابت شده است حکم شرعی نیست، چون اثر خطاب الله نیست. آنچه که به سنت ثابت شده است نیز حکم شرعی است؛ چون ما می گوئیم: مرجع و تکیه گاه دلایل شرع در نهایت همان خطاب الله است؛ زیرا ما سنت و اجماع و قیاس و غیره را بدان جهت قبول داریم که الله جل جلاله ما را به قبول کردن آن دستور داده است، پس آنچه توسط آنها ثابت شده باشد، در واقع از کتاب الله ثابت شده است.

۱. عبدالوهاب، خلاف، علم و اصول فقه، مصر: نشر، مکتبه الدعوة الاسلامیه شباب لاهر، ۱۹۵۶، ج ۱، ص ۱۰۰.

۲. قرآن کریم، سوره، المائده، آیه ۱.

مطلب دوم - مفهوم شرط

شرط در لغت به معنی شرط کردن، شرط بستن، پیمان بستن، مقید و معلق کردن به شرطی است. در اصطلاح حقوق مدنی، به هر نوع التزام، پابندی، تعهد و شرطی که شخص به موجب عقد یا در ضمن آن می پذیرد، اشتراط گویند.^۱

الف: الشرط: معروف وكذلك الشریطة، والجمع شروط و شرائط، والشرط: إلزام الشیء والتزامه فی البیع ونحوه، والشرط: با التحریک: العلامة والجمع أشراف، وأشراف الساعة: أعلامها، وهومنه وفی التنزیل العزیز: فقد جاء أشرافها.^۲

^۳ ترجمه: شرط مشهور است همچنین شریطه، وجمع آن شروط و شرایط می آید و شرط بمعنای لازم نمودن و التزام آن در بیع و همانند آن، و شرط به حرکت بمعنای علامت آمده است و جمع آن اشراف می باشد و اشراف الساعة: یعنی علامت های قیامت. طوریکه در قرآن کریم آمده است. به تحقیق علایم قیامت فرارسیده است.

وفی الرد المحتار: أما الشرط هو فی اللغة العلامة وفی الاصطلاح ما یلزم من عدمه العدم ولا یلزم من وجوده وجود ولا عدم.^۴ محمد ابن محمد^۵، در اثرش، رد المحتار چنین تعریف: نموده که شرط در لغت به معنی علامه است، و در اصطلاح: آن است که از عدمش عدم، لازم می شود و از وجودش نه وجود لازم می شود و نه عدم.

۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، پژوهشگر، نویسنده، استاد، سیاستمدار ایرانی، که متولد، (۱۳۰۲) در شهر تهران است، از جمله آثار وی: محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، تهران: نشر، گنج دانش، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۹۱. این معرفی از: دائرة المعارف بزرگ اسلامی که در سایت: | دائرةالمعارف بزرگ اسلامی | مرکز دائرةالمعارف بزرگ اسلامی (cgie.org.ir)

۲. لسان العرب، محمد بن مکرم ابن منظور الافریقی المصری، ج ۴، ص ۱۰. ناشر، دار صادر/ بیروت، طبع اول

۳. محمد بن مکرم بن منظور الأفریقی المصری، لسان العرب، بیروت: ناشر، دار صادر، طبع اول ج ۴، سال، بی تا، ص، ۱۰.

۴. محمد ابن محمد امین بن عمر، مشهور به ابن عابدین، ردالمحتار علی، بیروت: نشر، درالفکر، بی تا، ج ۱، ص ۲۳۷.

۵. محمد ابن محمد امین بن عمر، مشهور به ابن عابدین، ولادت: ۱۲۳۸هـ ق، وفات: ۱۳۰۷ هـ، ق، دردمشق تولد و وفات یافتند حدود بیست ۲۰ کتاب و رساله تالیف نمودند که مشهور آن به قرار ذیل است: "ردالمحتار علی درالمختار المشهور به حاشیه ابن عابدین" العقود الدریه فی تنقیح الفتاوی الحامدیه " شرح العقیده الاسلامیه" شرح قصة الملوک لالن حجرالمکی و ردالمحتار ج ۱، ص ۴۰۰.

وعرفه البيضاوي^١ في المنهاج بأنه: ما يتوقف عليه تأثير المؤثرا وجوده، ومثل له با الإحصان في إن تأثير الزنا في الرجم متوقف عليه كما ذكر الأسنوي^٢، وأما نفس الزنا فلا، لأن البكر قد تنزني^٣. ترجمه: علامه بیضاوی در منهاج چنین تعریف نموده است، که شرط آن است که تأثیر مؤثر بر آن موقوف باشد و نه وجودش، مثال احصان، زیرا تأثیر زنا در رجم موقوف بر احصان است، چنانچه اسنوی ذکر کرده است، اما نفس زنا مؤثر نیست، زیرا بکر گاه گاهی زنا می کند.

وعرفه الجرجانی^٤: ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده. ترجمه: علامه جرجانی رحمه الله چنین تعریف نموده است: شرط آن است که وجود یک چیز بر آن موقوف^٥ باشد؛ اما شرط در حقیقت آن چیز، داخل نیست، یعنی در وجود آن چیز مؤثر نیست، به طور مثال: طهارت برای نماز شرط صحت نماز است، و وجود نماز بر آن موقوف است، ولی در حقیقت نماز طهارت داخل نمی باشد، و همچنان در وجود نماز طهارت مؤثر نمی باشد.

واین تعریف جامع ترین تعریف است، در تماما تعریف های که علما کرده اند؛ ازین خاطر جامع است که به سبب این تعریف فرق می شود در بین شرط و رکن.

ب: وفي الاصطلاح ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم^٦.

ترجمه: و در اصطلاح: آن است که از عدمش عدم لازم می شود. واز: وجودش نه وجود لازم می و نه

عدم.

١. ناصرالدین أبو سعید أو أبو الخیر عبدالله بن أبی القاسم عمر بن محمد بن أبی الحسن علی بیضاوی شیرازی، یکی از فقهای اهل سنت، که در شیراز ایران می زیست، او متولد ٦٠٠ هجری قمری به دنیا آمد، او: محدث، مفسر، فقیه، محقق و قاضی دوران اش بود، گفته شده است که او طی سال های ٦٨٢ الی ٦٩٢ هجری قمری در گذشت.

٢. عماد الدین بن محمد بن الحسن بن علی قرشی امی اسنوی و اشعری، متولد ٦٩٥ ق. در شهر اسنا در جنوب مصر علیا در خانه علم و فضیلت به دنیا آمده است. او فقیه، عالم دین، استاد، محقق، در عصر زمان اش بوده است، او در سال ٧٦٤ ق. در قاهره در گذشت.

٣. وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ٢٥ ج، الطبعة الثانية، کویت: ١٢٠٢ ه. ق، ١٩٨٣ ه. ش، ج ٢٦، ص ٥.

٤. علی بن محمد بن علی جرجانی، معروف به میر سید شریف، متولد ٧٤٠، در قریه طاغو، از توابع استرآباد زاده شد او فقیه، محقق، نامداران علم کلام، ادب منطقی و غیره... بوده است. در بعضی منابع گفته شده است که او در قاهره می زیست ولی در بعضی از منابع آمده است که او در شیراز به دنیا آمده است. وفات وی در سال ٨٤٦ میلادی بوده است.

٥. علی ابن محمد ابن علی الجرجانی، التعريفات، تحقیق: ابراهیم الایاری، بیروت: ناشر، دارالکتاب العربی، اول، ١٤٠٥، ج ١، ص ١٢٥.

٦. عابدین، ردالمحتار، پیشین، ج ١، ٢٣٧.

بنابراین، تعریف همه فقها قرین همدیگراند، با اندک تفاوت و آن اینست که بعضی به معنی الزام، والتزام گرفته، یعنی یک چیز تکمیل نمی گردد مگر بر آن، و بعضی به معنای علامه، و بعضی فقها تأثیر مؤثر را بر آن موقوف نموده است، ولی جامع ترین تعریف؛ تعریف علامه جرجانی رحمه الله است، که به آن فرق می آید در بین رکن و شرط. و خلاصه آن این است که رکن در یک چیز داخل می باشد، اما شرط داخل نیست. به طور مثال: رکوع و سجده که در نماز داخل است، ولی وضو در نماز داخل نمی باشد.

مطلب سوم - مفهوم تعلیق

در این شکی نیست که عقد معلق، مانند سایر عقدها از خود شروط و مقاصد ی دارد که بیان گر آن بوده و می باشد، اما بحث در این است که در کدام امور تعلیق درست است، و در کدام درست نیست. بنابراین، اولاً مفهوم تعلیق را در لغت و ثانیاً، در اصلاح فقها به بررسی می گیریم:

الف: تعلیق در لغت

آویزان کردن، چیزی در زیر کتاب یا نوشته ای نوشتن، نام یکی از خطوط اسلامی منشعب از نسخ باشیوه ایرانی آویزان بودن، آویختگی، انجام نشدن کاری یا بلا تکلیف ماندن امری بدون مشخص بودن زمان قطعی انجام یافتن آن.^۱ همچنان، در جای دیگر آمده است که، تعلیق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویختن، آویزان کردن و آویزش است.^۲

ب: تعلیق در اصلاح فقها

كما قال ابن نجيم: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى.^۳
و فسر الحموی بأنه ترتيب أمر لم يوجد علی أمر سیوجد یان أو إحدى أدوات الشرط الأخری.^۴

۱. علی اکبر، دهخدا، فرهنگ بزرگ دهخدا، تهران: نشر، دهخدا، ۱۳۷۲، ج ۵، ص ۴۵۲.

۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱، ص ۷۰۷.

۳. شیخ زین العابدین ابن ابراهیم ابن نجیم متولد و متوفی (۹۲۶ - ۹۷۰)، اثرش: الاشباه والنظائر، بیروت: ناشر، دارالکتب العلمیه، طبع: ۱۴۰۰ هـ،

۱۹۸۰م، ج ۱، ص ۳۶۷. این معرفی از کتاب: الاعلام للزرکلی، ج ۳، ص ۶۴.

۴. الاشباه والنظائر ج ۱، ص ۳۶۸.

ترجمه: تعلیق در اصطلاح فقهاء چنانچه ابن نجیم گفته است، عبارت است از: ربط حصول مضمون یک جمله بر حصول مضمون جمله دیگر. و حموی رحمه الله آن را بر این طور تفسیر نموده است که ترتیب یک امر که موجود نباشد، بر یک امر که موجود خواهد شد، به آن، یا بر یکی از ادوات دیگری شرط. همچنان، تعلیق، به منوط و معلق ساختن تحقق امری به امری دیگر و یا ربط دادن حصول چیزی به چیزی دیگر، تعلیق گویند مانند اینکه شخصی به دیگری بگوید: در صورتی که مسافرت نمایم، شما وکیل من هستید! یا در صورتی که فلان شخص بیاید این شی را به شما به فروش می‌رسانم!^۱

مطلب چهارم - مفهوم عقود

در این مطلب تلاش شده که در خصوص مفهوم عقود آنهم در لغت و در اصلاح موضوع پرداخته شود که قرار ذیل اند.

الف: عقود در لغت

عقد که در دری به آن قرارداد و به ندرت مقوله نیز می‌گویند در لغت به معنای گره بستن، ربط دادن، پیوند دادن ابرام، استوار داشتند و عهد و پیمان بستن به کار رفته است.^۲ از همین رو، اعراب از گره زدن طناب به «عقد الحبل» و قصد کردن، عقد نیت و از بستن سوگند به «عقد الیمین» تعبیر کرده اند، چنانچه عقد یمین اراده انسان را با تنفیذ التزام و عقد ازدواج اراده شخص را به اراده شخص دیگر ربط می‌دهد. بنابراین، عقد دو نوع است: حسی مانند: عقد الحبل و معنوی مانند: عقود فقهی و قانونی از قبیل: بیع، اجاره و نظیر این‌ها.^۳ در عربی چنین تعریف شده است:

الربط والشد والضمن والعهد، قال في القاموس: عقد الحبل والبيع والعهد: شده.^۴

ترجمه: عقد در لغت: بستن، محکم کردن، ضمان و پیمان را گفته می‌شود. در قاموس گفته است: که بستن ریمان، بیع و عهد، محکم کردن آن است. خلاصه اینکه عقد عبارت است از بستن و محکم کردن، دو شخص یا اضافه از دوبا لای یک چیز عهد و پیمان بسته می‌کنند، به آن عقد و یا قرارداد گفته می‌شود.

۱. محمد بن علی بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليميني، فتح القدير، دمشق-بيروت: مطبعة دارابن كثير، سال ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۱۱۵.

۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۱۳۷۲.

۳. همان اثر، ج ۲، ص ۲۱۳۷.

۴. فیروز آبادی، قاموس المحيط، ج ۱، ۳۸۳.

والجمع عقود ومنه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.^۱

ترجمه: «ای کسانی که ایمان آورده اید به پیمان های خویش وفا کنید.».

ب: در اصطلاح فقها

در رابطه به عقد در فقه تعاریف مختلف به ترتیب ذیل وجود دارد:

۱. در فقه عقد با در نظر داشت عامل تعداد اراده اشخاص در انشاء آن به دو صورت: عام و خاص تعریف شده است: فقهای مالکیه، شافعیه، حنبله و آنان که یک اراده را برای صحت پاره ای از عقود کافی می دانند، هر آنچه را شخص مصمم به انجام آن می شود، عقد می دانند اعم از اینکه از یک اراده صادر شده باشد مانند: وقف، ابراء، طلاق و سوگند و یا اینکه در انشاء یا پیدایش آن دو یا چند اراده دخیل بوده باشد مانند: اجاره، بیع و نظیر این ها. ولی، بیشتر فقهاء اعمال حقوقی نیازمند به یک اراده را «ایقاع» می دانند و بر این عقیده اند که: «عقد عبارت از بسته شدن شرعی کلام هر یک از متعاقبین به کلام دیگری است به نحوی که در همان محل ایجاد اثر کند.» به عنوان مثال، هرگاه شخصی به دیگری بگوید: فلان چیز را به تو فروختم (ایجاب) و جانب مقابل بگوید: آن را خریدم (قبول) و در چنین موارد اسباب پیوند این دو سخن مانند: شرایط لازم شرعی عقد از قبیل اهلیت تعاقدی در هر یک از طرفین وجود داشته باشد، این ایجاب و قبول منجر به ایجاد اثر می گردد.^۲

۲. فقهاء توافق دو اراده برای ایجاد اثر حقوقی از قبیل: ایجاد التزام، انتقال، تعدیل یا پایان دادن آن را عقد می دانند.^۳

۱- المعنی العام، وهو کل ما یعقده (یعزمه) الشخص أن یفعله هو، أو یعقد علی غیره فعله علی وجه إلزامه إیاه، كما یقول الجصاص.^۴ ترجمه: به معنای عام: و آن عبارت است از هر آنچه چیزی که یک شخص قصد انجام نمودن آن را نماید، و آن را انجام دهد، و یا یک شخص همراهی شخصی دیگری برانجام دادن یک امر به طریقه الزام قرارداد نماید.

۱. قرآن کریم، سوره، المائده، آیه ۱.

۲. نظام الدین، عبدالله، فرهنگ اصطلاحات حقوقی، کابل: نشر، سعید، ۱۳۹۷، ص ۳۰۳.

۳. القره داغی، علی محی الدین، المقدمه فی المال، والاقتصاد والعقد المکیه، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیه، ۱۴۰۳ هـ. ق. صص

۲۸۴-۲۸۷ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۱۳۷۳.

۴. احکام القرآن للتهانوی، ج ۲، ص ۳۹۴.

۲ - المعنى الخاص، وبهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن ارادتين لظهور أثره الشرعي في المحل قال الجرجاني: العقد ربط أجزاء التصرف باليجاب والقبول شرعاً. ترجمه: معنای خاص، به معنی خاص عقد بر آنچه که ازدو اراده ایجاد می گردد اطلاق می شود، از جهت ظهور اثر شرعی آن در یک محل. وبهذا المعنى عرفه الزركشي بقوله: ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما.^۳ وبرهمن معنای زرکشی رحمه الله تعریف نموده است، ووی می گوید که بستن ایجاب و قبول به طریقه الزام مانند: عقد بیع، و نکاح و غیر از این دو.

مبحث دوم: - کلیات

با توجه به اینکه یک تحقیق علمی لازمه بحث و بررسی به موضوعات مرتبط به بحث را دارد، ایجاب می کند تا در خصوص مباحث اساسی که با موضوع تحقیق همخوانی داشته باشد پرداخته شود تا برای مطالعه کننده سهولت هرچه بیشتر فراهم گردد. بنابراین، در تحقیق حاضر کوشیده می شود تا به مباحث کلی ذیل پرداخته شود:

مطلب اول - انواع حکم شرعی

احکام شرعی به دو بخش تقسیم می شود:

الف: احکام تکلیفی، حکم تکلیفی، تعریف آن: هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف، أو كفه عن فعله أو تخييره بين فعل والكف عنه.^۴ ترجمه: حکم تکلیفی عبارت از حکمی است که تقاضای طلب فعل، یا منع فعل، و یا تأخیر در بین فعل و منع را از مکلف می کند.
۱- طلب فعل: از مکلف الله جل جلاله فرموده است:

﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً ۝﴾

۱. التعريفات ج، ۱ ص ۱۵۳.

۲. ابو عبدالله، بدرالدین محمد بن عبدالله زرکشی، متولد ۷۴۵ ق. در شهر قاهره مصر است، او فقیه، مفسر، محدث و محقق قرن هشتم ق. می باشد. سال وفات ولی، ۷۹۴ ق. در قرافة الصغری، قبرستان مشهور به قاهره به خاک سپرده شده است.

۳. همان اثر، ص ۱۵۴.

۴. عبدالوهاب، علم و اصول فقه، ج ۱، ص ۱۰۱.

۵. قرآن کریم، سوره، توبه، آیه ۱۰۳.

ترجمه: تو از اموال مؤمنان صدقات را دریافت دار. و همچنان الله متعال فرموده است:

﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^۱

ترجمه: و مردم را حج و زیارت آن خانه به امر خدا واجب است بر هر کسی که توانایی برای رسیدن به آنجا دارد.

و غیره از نصوصیکه از مکلف طلب انجام افعال را می نماید.

۲- طلب ترک: الله متعال فرموده است:

﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَا﴾^۲

ترجمه: و هرگز به عمل زنا نزدیک نشوید.

و نیز الله جل جلاله فرموده است:

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَحَلْمُ الْخِنْزِيرِ﴾^۳

ترجمه: برای شما مؤمنان گوشت مردار و خون و گوشت خوک و آن ذبیحه‌ای که به نام غیر خدا کشتند.

و غیر از آن نصوصی که طلب ترک افعال را از مکلف می نماید.

۳- تعخیر مکلف بین انجام فعل و ترک آن: الله متعال فرموده است:

﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾^۴

ترجمه: و چون از احرام بیرون شدید (می توانید) صید کنید.

و همچنان الله جل جلاله فرموده است:

﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾^۵

ترجمه: پس آن گاه که نماز پایان یافت (بعد از ظهر جمعه باز در پی کسب و کار خود رفته و) روی زمین منتشر شوید.

۱. قرآن کریم، سوره، آل عمران، آیه ۹۷.

۲. قرآن کریم، سوره، بنی اسرائیل، آیه ۳۲.

۳. قرآن کریم، سوره المائده، آیه ۳.

۴. قرآن کریم، سوره المائده، آیه ۲.

۵. قرآن کریم، سوره الجمعه، آیه ۱۰.

﴿وَإِذَا صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾^۱.

ترجمه: و هنگامی که در سفر باشید باکی بر شما نیست که نماز را کوتاه به جای آرید (چهار رکعت را دو رکعت کنید) هر گاه بیم آن داشته باشید.

و غیر از آن، آن نصوصی که تقاضا می کند تخیر مکلف را بین فعل یک چیز و ترک آن، از این جهت این نوع را حکم تکلیفی گفته می شود که متضمن تکلیف مکلف به فعل یا ترک فعل و یا تخیر وی بین فعل و ترک آن است.

فقها در تقسیم حکم تکلیفی اختلاف دارند:

جمهور گفته است: حکم تکلیفی پنج قسم است: واجب، مندوب، مباح، مکروه و حرام.
حنفی ها گفته اند: هفت نوع است: فرض، واجب، مندوب، مباح، مکروه تنزیهی، مکروه تحریمی و حرام. و این هم اندکی تفصیل آن:

۱- واجب: الواجب في اللغة: اسم فاعل من وجب يجب وجوبا: لزوم.^۲

ترجمه: در لغت: اسم فاعل از باب وجب يجب به معنی لازم است. عربها می گویند: «وجب البيع» وقتی که لازم شد؛ و به معنی ساقط است. عرب ها می گویند: «وجب الحائط» دیوار افتاد.

وفي الاصطلاح قال الحنفية: الواجب ما لازم بدليل فيه شبهة.^۳

ترجمه: احناف می گویند که واجب آن است لازم شده باشد بر دلیل که در آن شبه باشد.

وعند الجمهور: هو ما يذم تاركه شرعا على بعض الوجوه.^۴

ترجمه: نزد جمهور آن است که تارک آن در شریعت مستحق ذم می گردد بر بعض وجوه، یعنی انجام دهنده آن ثواب داده می شود و تارک آن مستحق عقاب می گردد. و نزد آنها واجب همان فرض است، پس هر دو برابری و در حکم و معنی اختلافی ندارند.

و اما احناف از لحاظ دلیلی که لزوم فعل توسط آن ثابت شده است بین آن دو، فرق قایل اند، یعنی هر گاه دلیل ظنی باشد؛ مانند: خبر آحاد که وجوب قربانی به آن ثابت شده است، فعل هم واجب است، و

۱. قرآن کریم، سوره النساء، آیه، ۱۰۱.

۲. لسان العرب، ج ۱، ص ۳۳۴.

۳. کشف الاسرار، ج ۲، ۵۵۱.

۴. احمد بن ادریس، بن عبدالرحمن، الصناهیجی، نفائس الاصول فی شرح المحصول، بیروت-لبنان، مکتبه، نزار مصطفی الباز، ج ۱، ۲۳۴.

در صورتی که دلیل قطعی بود؛ مانند: نصوص قرآن در لزوم نماز بر مکلف، فعل هم فرض است. این فرق نزد حنفی ها اثر خود را هم دارد، از این رو لزوم در واجب کمتر است، نسبت به فرض، و به همین دلیل عقاب ترک واجب کمتر است از عقاب ترک فرض؛ و بر علاوه منکر فرض کافر می شود و منکر واجب کافر نمی شود.

۲- مندوب: اسم مفعول من الندب وهو: الدعوة والحث والتوجيه، واصطلاحا: ما يمدح فاعله، ولا يذم تاركه.^۱ ترجمه: مندوب اسم مفعول است ازند گرفته شده، به معنای دعوت، تیزی دادن و توجیه است. و در اصطلاح: مندوب عملی است که انجام دهنده اش قابل ستایش و تا رکش قابل مذمت نمی باشد.

بنابراین، مندوب مراتبی دارد: عالی ترین آن سنت مئوكد است پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم بر آن پابندی نموده و جز به ندرت آن را ترک نکرده است که از این جمله است: دور کعت سنت قبل از فریضه صبح، تارک این سنت ملامت می شود؛ اما مستحق عقاب نمی باشد. و از بی آن مرتبه سنت غیر مئوكد است که رسول اکرم صلی الله علیه وسلم بر آن مداومت و پابندی نکرده است، مانند: چهار رکعت نماز قبل از عصر. و بعد از این مرتبه مندوب قرارداد که به نام فضیلت و ادب و سنت زوائد یاد می شود؛ مانند: اقتداء به پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم در امور عادی یی که به صفت یک انسان از ایشان صادر شده است؛ مانند آداب خوردن و نوشیدن و خواب.

۳- مکروه: المكروه، ضد المحبوب، وما نفر منه الطبع والشرع ويطلق ايضا على الشدة والمشقة.^۲

تعریف: ضد محبوب به معنای مبغض و بد پنداشته شده است، و نیز اطلاقش به شدت و مشقت می شود.

اصطلاحا: ما يثاب على تركه ولا يعاقب على فعله^۳

و در اصطلاح: نزد جمهور آن است که تا رکش ثواب داده می شود و انجام دهنده اش مستحق عقاب

نمی باشد. و مکروه نزد احناف دو نوع است:

۱. القاموس المحيط، ج ۱، ۳۳۴.

۲. همان اثر، ج ۱، ۳۱۸.

۳. زکریا ابن محمد ابن زکریا انصاری ابو یحیی، الحدود الأیفة والتعريفات الدقیقة، تحقیق: د، مازن المبارک، بیروت: ناشر، دارالفکر المعاصر، ج ۱،

۱۴۱۱، ج ۱، ص ۷۶.

الف: مکروه تنزیهی: آن است که تارکش ثواب داده می‌شود و انجام دهنده اش مستحق عقاب نمی‌باشد. و نظر جمهور هم چنین بود.

به طور مثال: نهی از نوشیدن در حالت ایستاده که مسلم^۱ این حدیث را در صحیح المسلم آورده است: عن أبي سعيد الخدري، «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشرب قائماً»^۲
ترجمه: ابو سعید خدری رضی الله عنه از نبی اکرم صلی الله علیه وسلم روایت کرده است که آن حضرت از نوشیدن در حالت ایستاده نهی فرمودند.

ب: مکروه تحریمی: آن است که شارع خود داری از آن را حتمی دانسته است؛ اما با دلیل ظنی.
این نوع مکروه نزد احناف در مقابل واجب قرار می‌گیرد، و الزام ترک در آن کمتر از حرام است و منکر آن کافر نمی‌شود. به طور مثال:

بیع بر بالای بیع دیگری، و خواستگاری بر بالای خواستگاری دیگری، به دلیل این فرموده پیامبر صلی الله علیه وسلم «لا یبیع الرجل علی بیع أخیه ولا یخطب علی خطبة أخیه»^۳. ترجمه: پس این حدیث خبر واحد و این دلیل ظنی است.

۴ - محرم (حرام): الحرام فی اللغة، الممنوع، واصطلاحاً: الحرام عند الجمهور: ما یذم شرعاً فاعله. وعند الحنفية: ما ثبت الکف عنه بدلیل قطعی لا شبهة فيه.^۴

الف: تعریف آن به معنای ممنوع است. و در اصطلاح، نزد جمهور آن است که فاعلش مستحق عقاب می‌گردد. نزد احناف نیز چنین است بر علاوه اینکه ثبوتش با دلیل قطعی است شبهه در آن نیست. به طور مثال:

۱. مسلم، بن حجاج بن ورد بن کرشان نیشابوری قشیری (از طایفه‌ی بنی قشیر قبیله‌ای از عرب) مشهور به مسلم نیشابوری (منسوب به زادگاهش نیشابور)، یکی از رجال برجسته و از نامداران علم حدیث است. در سال ۲۰۴ یا ۲۰۶ هجری قمری متولد شد در سال ۲۶۱ در سن ۵۵ یا ۵۷ سالگی زندگی را بدرود گفت، از جمله اثر این راوی: مسلم بن الحجاج، النیشابوری، الجامع الصحیح.

۴. مسلم بن الحجاج، النیشابوری، الجامع الصحیح، قاهره - مصر: نشر، موسسه المختار، ۲۰۰۵م، شماره حدیث: ۲۰۲۵. اسناد صحیح.

۳. ابو عبدالله محمد بن اسماعیل بن ابراهیم بن مغیره بن بردزبه‌ی جعفی بخاری، ملقب به شیخ و حافظ و محدث؛ یکی از رجال برجسته و مهم در اخبار و احادیث نبویه بوده است، به حدی که در زمان خود، او را «امیر المؤمنین فی الحدیث» نامیدند؛ این دانشمند ربانی، سال ۱۹۴ هجری در «بخارا» به دنیا آمد، شمار احادیث صحیح بخاری - که منتخب از جامع الصحیح اوست - بدون محاسبه‌ی تکراری‌ها، چهار هزار حدیث می‌باشد چنان که امام نووی / بدان تصریح کرده است. و در شب عید فطر در سن ۶۳ سالگی در سنه ۲۵۶ دار فانی را ودا گفت، اثر این راوی: الجامع مسند صحیح البخاری، محقق: محمد زهیر، بن ناصر، الناصر، بیروت: نشر، دار طوق النجاة، ۱۴۲۲، شماره حدیث: ۲۰۳۳.

۴. الامام جمال الدین عبدالرحیم، السنوی، نهایة السؤل شرح منهاج الاصول، بیروت - لبنان: نشر، دارالکتب العلمیة، ۱۴۲۰هـ. ج ۱، ۳۶.

مثال های زیادی در این باره وجود دارد، چنانکه خداوند متعال شرک، زنا، ربا و دیگر انواع محرمات را حرام کرده است.

ب: حکم وضعی، تعریف آن: فهو ما اقتضى وضع شيء سببا لشيء، أو شرطاً له، أو مانعاً منه.^۱
ترجمه: حکم وضعی عبارت است از آن چیزی که تقاضای می کند یک چیز برای یک شی سبب، شرط و یا مانع قرار گیرد. بنابراین، معنی این سخن این است که الله جل جلاله اشیا یی را مشروع ساخته و دلایلی را بر اثبات و یا نفی حکم آنها تعیین فرموده است؛ لذا حکم با موجودیت سبب و فراهم بودن شرط و نبود مانعش به وجود می آید، و با نبود سبب، فراهم نبودن شرط و یا موجودیت مانعش منتفی می شود. به طور مثال:

۱- وضع یک چیز که سبب از برای چیزی دیگری باشد: الله متعال فرموده است:
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾.^۲
ترجمه: ای مؤمنان! چون به نماز برخاستید، پس روهای خود را بشوید و دستهای خود را تا مرفق (مرفق: مفصلی است میان مچ دست و بازو که آرنج نامیده می شود).

وضع اراده اقامه نماز سبب ایجاب وضو است، و نیز وضو شرط صحت نماز است. و همچنان الله جل جلاله فرموده است:

﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾.^۳
ترجمه: دست زن و مرد دزد را به کیفر اعمالشان ببرید.
وضع سرقت سبب در ایجاب قطع دست سارق است، یعنی اوست مقرر کرده است که سرقت سبب قطع دست می گردد. رسول الله صلی الله علیه وسلم فرموده است:
(من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه)^۴

۱. علم اصول فقه، ج ۱، ص ۱۰۲.

۲. قرآن کریم، سوره المائدة، آیه ۶.

۳. قرآن کریم، سوره المائدة، آیه ۳۸.

۴. صحیح البخاری، ج ۱، ص ۱۱۱.

تقاضا می کند وضع قتل مقتول سبب در استحقاق اسباب او است، و غیره از نصوص که تقاضا می کند وضع اسباب را برای مسیبت.

۲- وضع یک چیز که شرط از برای چیزی دیگری باشد: الله م تعال فرموده است:

﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾^۱

ترجمه: و مردم را حج و زیارت آن خانه به امر خدا واجب است بر هر کسی که توانایی برای رسیدن به آنجا دارد.

این مقتضی آن است توان رفتن به خانه کعبه شرط است برای وجوب حج. و همچنان ابن ماجه در

سنن نقل کرده است که این حدیث صحیح است و رسول الله صلی الله علیه وسلم فرموده است:

(لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوَلِيٍّ)^۲

این تقاضا می کند حضور ولی و دو شاهد شرط است از برای صحت ازدواج. و نیز أبو بکر البیهقی

در سنن الکبری، روایت کرده است که رسول الله صلی الله علیه وسلم فرموده است:

(لَا مَهْرَ أَقْلَ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ)^۳

این مقتضی آن است که اندازه مهر شرعی از ده درهم کم نمی باشد، و غیر از آن: نصوص دیگری که

دلالت می کند به شرط بودن شروطی برای ایجاب فعل، یا صحت عقد و یا هر مشروط که باشد.

۳- گردانیدن یک چیز که مانع از برای چیزی دیگری باشد: رسول الله صلی الله علیه وسلم فرموده است:

(لَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ)^۴

و این تقاضا می کند که اگر وارث مورث خود را کشت، ازارت محروم می شود، و از آن جهت وضعی

گفته شده است که از جانب شارع وضع گردیده است.

۱. قرآن کریم، سوره آل عمران، آیه ۹۷.

۲. أبو عبد الله ابن ماجه محمد بن یزید القزوینی (المتوفی: ۲۷۳هـ)، تحقیق: شعیب الارنؤوط-عادل مرشد، محمد کامل قره بللی، عبد الطیف، حرز الله، شرح کتاب: حاشیة السندی علی سنن ابن ماجه، بیروت: الناشر، دارالحیاء، بی تا، شماره حدیث: ۱۵۳۷.

۳. البیهقی، أحمد بن الحسین بن علی بن موسی أبو بکر البیهقی، (متوفی: ۴۵۸هـ)، السنن الکبری، تحقیق کننده: محمد عبد القادر عطا، بیروت: دار الکتب العلمیة، سال ۱۴۲۴ هـ حدیث ضعیف، شماره حدیث: ۱۴۷۷.

۴. الزرقانی، محمد بن عبد الباقي بن یوسف المصری الأزهری، شرح الزرقانی علی الموطأ الإمام مالک، تحقیق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مکتبة الثقافة الدینیة - القاهرة، ج ۱، سال: ۱۴۲۴هـ ق، شماره حدیث: ۱۵۸۶، حدیث: حسن.

مطلب دوم - فرق عقد با معامله

معامله که مصدر باب مفاعله است و از ریشه «عمل» گرفته شده و به معنای با همدیگر کار کردن، عمل کردن دو جانبه، داد و ستد و تجارت کردن است^۱ با عقد فرقی ندارد. ولی، چنانچه رایج است در بسیاری از موارد در عقودی که از طرف هر یک از طرفین عقد نسبت به دیگری تعهد و یا تملیک شده باشد، استعمال می گردد.^۲ به بیان دیگر، معامله بیشتر به معنای معاقد و تصرفات حقوقی دو جانبه و در مفهومی کاملاً خاصتر به معنای خرید و فروش به کار برده می شود.^۳ از همین رو، به عقدی که موضوع آن ازدواج باشد، عقد و به عقدی که موضوع آن خرید و فروش باشد، معامله می گویند.

مطلب سوم - بیان مصطلحات مشابه به شرط

الف: رکن شرط

۱. مالا وجود لذالك الشيء إلا به، وهو الجزء الذاق الذي تتركب الماهية منه ومن غيره بحيث يتوقف قيامها عليه، والفرق بينه وبين الشرط: هو أن الشرط يكون خارجاً عن الماهية، والركن يكون داخلاً فيها فهما متباينان،^۴ ترجمه: رکن به چیزی گفته می شود که وجود یک چیز بر آن موقوف باشد، و در حقیقت آن چیز داخل باشد، و آن جزء ذاتی یک چیز است که حقیقت از آن، و از غیر آن، ترکیب می شود که قیام حقیقت بر آن موقوف است.

و فرق بین رکن و شرط این است که شرط در ذات یک چیز داخل نیست، و رکن در آن داخل است، پس هر دو از یک دیگر جدا می باشد.

۲- وفي الدر: ثم الركن ما يكون فرضاً داخل الماهية وأما الشرط فما يكون خارجاً. در الدر المختار این طور تعریف نموده است که رکن عبارت از آنچه است که بودنش در داخل حقیقت فرض است، ولی شرط هم خارج حقیقت نمی باشد.

۱. انصاری مسعود، طاهری محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، پیشین، ص ۱۸۸۳.

۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۶، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۷۷ ه. ش، ج ۱، ص ۱۵۹.

۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، پیشین، ج ۳، ص ۱۸۸۳.

۴. التعریفات، ص ۱۴۹.

۵. الدر المختار، ج ۱، ص ۹۴.

۳- وقوله فما يكون خارجها، بيان للمراد به هنا والمراد ما يجب تقديمه عليها واستمرارها فيها حقيقة أوحكما فالشرط والركن متباينان، كذا في الحلية^۱، وابن قول: كه شرط از حقيقت خارج نمی باشد، بیان مراد آن است، ومراد تقديم شرط بر حقيقت، واستمرارش در آن حقیقه یا حکما پس شرط و رکن متباينان هستند، چنانچه در حلیه ذکر شده است.

ب: سبب

۱. السبب لغة: ما يتوصل به إلى غيره.^۲ ترجمه: سبب در لغت هر آن چیزی است که توسط آن به غیرش دسترسی حاصل می شود.

۲. السبب في الاصطلاح: ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته. فالسبب والشرط يلزم من عدمهما العدم. ولكن السبب يلزم من وجوده الوجود ولا يلزم من وجود الشرط الوجود، كصلاة الظهر سببها زوال الشمس وشرطها الطهارة.^۳ در اصطلاح: آن است که از وجودش وجود لازم می شود و از عدمش عدم لازم می گردد. یعنی اینکه اگر سبب موجود باشد، حکم موجود است و در صورت نبود آن حکم هم نیست.

به طور مثال: خداوند متعال فرا رسیدن ماه رمضان سبب برای واجب شدن روزه قرار داده است، آنجا که فرموده است:

﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾^۴

ترجمه: پس هر که در یابد ماه رمضان را باید آن را روزه بدارد، و هر که ناخوش یا در سفر باشد (به شماره آنچه روزه خورده است) از ماهای دیگر روزه دارد.

پس هر که در یابد ماه رمضان را باید آن را روزه بدارد.

بنابراین، سبب و شرط از عدمشان عدم لازم می شود، لکن سبب از وجودش، وجود لازم می شود، اما از وجود شرط وجود لازم نمی شود. مانند: نماز ظهر: سبب آن زوال آفتاب است، و شرطش طهارت است.

۱. حاشیه ابن عابدین ج، ۱ ص ۹۴.

۲. الحدود الاثنية والتعريفات الدقيقة ج، ۱ ص ۷۲.

۳. الفروق للقرافي، ج، ۱ ص، ۶۲

۴. قرآن کریم، سوره البقره، آیه ۱۸۵.

ج: مانع

در لغت بازدارنده، منع کننده و حایل در بین دو چیز را گویند.^۱

ومعناه في الاصطلاح كما ذكر القرافي في الفروق: هو ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته، فهو بهذا المعنى عكس الشرط لأن الشرط ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.^۲ ترجمه: و در اصطلاح: آن است که از وجودش عدم لازم می شود و از عدمش نه وجود لازم می شود و نه عدم لذاته، پس آن بر این معنی بر عکس شرط است، زیرا شرط از عدمش عدم لازم می شود، اما از وجودش نه وجود لازم می شود و نه عدم لذاته.

وقال ابن السبكي: المانع: هو الوصف الوجودي الظاهر المنضبط المعروف نقيض الحكم كالأبوة في القصاص.^۳ ابن سبکی: گفته است که مانع عبارت است از وصف وجودی ظاهر منضبط و معروف که نقيض حکم است. مانند: پدر بودن در باب قصاص، به گونه ای که اسباب حکم فراهم می گردد، و مقتضی آن هم موجودیت حکم است؛ اما مانع می آید و از حکم جلوگیری می کند.

بنابراین، اگر پدری فرزندش را قصدا کشت، از او قصاص گرفته نمی شود؛ زیرا مانعی در برابر آن قرار گرفته است که پدر بودن است، و این امر مانع قصاص می شود.

مطلب چهارم - شرایط تعلیق

الشرط هو، أمر يعتبره المكلف ويعلق عليه تصرفا من تصرفاته والتعلیق إما أن يكون بكلمة الشرط كإن، وإذا، وإذا ما، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما أو بدلالة كلمة الشرط. مثال الأول أن يقول: إن سافرت إلى الخارج فقد وكلتكم في بيع داري. مثال الثاني أن يكون التعلیق بدلالة كلمة الشرط وذلك بأن يدل الكلام على التعلیق دلالة كلمة الشرط عليه كقوله: المكافأة التي أنا لها العام صدقة على الفقراء كأنه قال: إن نلت مكافأة في هذا العام فهي صدقة على الفقراء.^۴ ترجمه: شرط عبارت است از یک امر

۱. دهخدا، پیشین، ج ۴۳، ص ۳۶۵.

۲. الفروق للقرافی، ج ۱، ص ۶۲

۳. الفروق للقرافی، ج ۱، ص ۶۲ ط. المعرفة.

۴. حسن علی، السائلی، نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، المدینه-الریاش، نشر، دار کنوز إشبیلیا، بی تا، ص ۶۰.

که مکلف آن را معتبر نموده، و تصرفات خود را بر آن معلق می‌نماید، اما تعلیق با کلمه ای شرط یا به دلالت کلمه ای شرط می‌باشد، مانند: إن، وإذا، وإذاما، وغیره.

مثال اول: شخصی به کسی بگوید که اگر به خارج سفر کردم ترا وکیل بیع خانه خود میگردانم.

مثال دوم: که تعلیق بر کلمه شرط دلالت کند، و آن این است که کلام بر تعلیق دلالت کند، به دلالت کلمه شرط بر آن.

مانند: اینکه کسی بگوید امسال مکافات که حاصل کردم، صدقه است برای فقراء، گویا اینکه بگوید: اگر معاش و تنخواهی خود را سال آینده بدست آوردم، برای فقراء صدقه است.

در مثال اول: مکلف فعل خود را به سفر کردن به خارج معلق نموده است، یعنی سفری خارج به نزد مکلف یک امر معتبر است که صدور فعل دوم که عقد توکیل است بر آن معلق نموده است، در آن کلام، کلمه شرط (ان) استعمال شده است، اگر سفر کردن به خارج تحقق پیدا کند، عقد توکیل نیز تحقق پیدا می‌کند.

اما در مثال دوم: حکم صدقه را بر حصول تنخواهی سال آینده معلق کرده است، یا حکم صدقه را بر یک حالت خواص معلق نموده است.

الف: خصائص تعلیق شرط

الف - شرط از اصل تصرف بر یک امر زائد باشد: همان طور که در مثال بالا ذکر گردید که سفر بر خارج امری است که از عقد و کالت خارج است، وجود عقد و کالت، وعدم وجود آن در ذات خود، در آن کدام تأثیری ندارد، و یا سفر کردن به خارج بدون توکیل هم شده می‌تواند، چونکه مکلف آن را اعتبار نموده است، تصرف خود را بر آن معلق نموده است، پس سفر یک امر زائد است که بر تحقق آن، عقد و کالت نیز تحقق پیدا می‌کند.

ب - شرط به امر مستقبل باشد: همچنان در مثال مذکور، سفر بر خارج در زمان آینده پیش بیاید، اگر تصرف بر یک امر موجود معلق شود، عقد معلق نمی‌شود، بلکه منجز واقع می‌گردد.

ج - شرط معدوم، لکن محتمل الوقوع باشد: چنانچه در مثال بالا سفر کردن بر خارج به اعتبار تعلیق و قتش معدوم است اما هر لحظه احتمال وقوع را دارد که در زمان آینده پیش بیاید.

ب: بیان تقييد شرط

يعنى يكي از عاقدین، در يك عقد، در وقت تصرف بالاي عاقد ديگرازاصل تصرف، برای اتمام آن عقد بريك امرزائد معدوم شرط نمايد. أن يقترن التصرف با لتزام أحد الطرفين با الوفاء بأمرزائد عن أصل التصرف وغير موجود وقت التعاقد وذلك بكلمة بشرط كذا، أو على أن يكون كذا، أو ما شابه ذلك.... مثلاً لوقال شخص لأخر: بعث منك هذه الدار بألف جنيه إلى أجل كذا بشرط أن تعطيني رهنا أو كفيلاً معيناً بالثمن، فقبل الآخر.^١

تصرف مقترن به لازم نمودن يكي از طرفين بوده، بروفا نمودن يك امرزائد از اصل تصرف كه در وقت تعاقد موجود نباشد، و آن به كلمه شرط باشد، مانند: چنین و چنان، و یا آنچه كه بر آن مشابه باشد، مثلاً يك شخص برای شخص ديگر بگويد كه من همين خانه را برای تو به يك هزار درهم می فروشم، والی این تاريخ به شما وقت می دهم به شرط اینکه شما در مقابل پول آن يك چیز را به من گرو بتي، و یا ضامنی را بر ايم بتي، پس آن شخص قبول نمايد.

ج: فرق میان شرط معلق و مقيد

الف - شرط معلق: إن التعليق لا عمل له في آثار العقد وأحكامه، فعند تحقق الشرط الذي علق عليه العقد يصبح العقد كأنه لم يكن به شرط وينتج جميع آثاره وأحكامه، فعمل شرط التعليق إنما هو في المرحلة التي تبدأ بصيغة العقد وتنتهي بتحقيق الشرط، وبعد أن يتحقق الشرط يكون العقد قد تخلص من أثر الشرط التعليق وأصبح نافذاً منتجاً لآثاره وأحكامه. شرط معلق در آثار عقد واحكام آن مؤثر نمی باشد، پس در وقت تحقق شرطی كه عقد بر آن معلق گردیده، عقد طوری می شود كه گویا بر آن هیچ شرطی نشده باشد.

ب - شرط مقيد: أما الشرط المقيد للعقد، فإن عمله يكون في آثار التصرف وأحكامه، فإذا صدر العقد مقيداً بشرط، فإن عمل هذا الشرط يكون في المرحلة التي تلي تمام العقد، هذه المرحلة التي تبدأ بتحقيق أحكام العقد وآثاره.^٢

١ . نظريه الشرط في الفقه الاسلامي، همان اثر، ص ٦٢.

٢ . همان اثر، ص ٦٧.

اما شرط مقيد در آثار تصرف واحكام آن مؤثر مي باشد، پس وقتي كه يك عقد مقيد بر قيد شرط صادر شود، پس عمل اين شرط در مرحله نژديك بر اتمام عقد مي باشد، واين مرحله است كه احكام و آثار عقد بر آن تحقق پيدا مي كند.

مطلب پنجم - انواع و شرايط عقود

ان التصرفات القولية ومنها العقود لها من حيث الاطلاق والتقييد حالتان عامتان: فهي إما أن تصدر من المتكلم منجزة ومطلقة أى خالية عن كل قيد وشرط وعندئذ يوجد التصرف أو العقد في الاعتبار الشرعي تترتب عليه أحكامه وآثاره من فور إنشائه.... وإما ان تصدر من المتكلم مربوطة بأمر يقصد به: تعليق وجود العقد أى ربط وجوده بوجود شيء آخر بحيث لا يوجد العقد مالم يوجد ذلك الشيء..... وهذا يسمى تعليقا على الشرط أو تقييد حكمه وآثاره..... وهذا يسمى تقييدا بالشرط أو تأخير مفعوله إلى زمن معين... وهذا يسمى إضافة إلى المستقبل.^١

تصرفات قوليه من جمله از آنها عقود است كه به اعتبار اطلاق و تقييد دو حالت عام دارند:

١- مطلق: پس آن ها اگر از متكلم بدون قيد شرط صادر شود، در اين وقت تصرف يا عقد به اعتبار شريعت كه مرتب شده بر آن احكام و آثار عقد فوراً بدون تأخير ايجاد مي شود.

٢- مقيد: يا از متكلم صادر مي شود، ولي مقيد بريك امر خارجي است، يعنى عقد مرتبط بريك امر خارجي است كه تا زمانيكه آن امر موجود نگردد، عقد موجود نمي شود، واين را تعليق بر شرط گفته مي شود. يا مقيد حكم و آثار عقد: واين را تقييد بر شرط گفته مي شود. يا تاخير تأثير آن بريك زمان معين: واين مسمي است بر اضافت الي مستقبل.

ينقسم العقد بحسب ترتب أثره عليه بمجرد انعقاده وعدم ترتب أثره في الحال إلى انواع ثلاثة: هي منجز، ومضاف ومعلق.^٢

عقد به اعتبار ترتب اثرش به مجرد منعقد شدن آن، وعدم ترتب اثرش في الحال به سه نوع ذيل تقسيم مي شود: منجز، مضاف، معلق. اصل بر اين است كه عقود در صورت تحقق ارکان، آثار و احكام آنها فوراً بدون تراخي و تأخير دنبال مي شود، اما گاهي پيش مي آيد كه اين آثار به دليل افزودن به زمان آينده به

١ . مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، بيروت: نشر، دارالفكر ١٤٢٥، ص ٥٧١-٥٧٣

٢ . فتح القدير، ج ٥، ص ١١٨.

تأخیر می افتد، یا به سبب تعلیق عقد بر ایجاد یک امریکه احتمال وقوع را در زمان آینده داشته باشد، عقد را در حالت اول منجز گفته می شود، و در حالت دوم مضاف گفته می شود، و در حالت سوم معلق گفته می شود.^۱

أما العقود فیری جمهور الفقهاء أن الأصل فيها أن تكون منجزة وعلى وجه الخصوص في التمليكات والنكاح الخ.^۲

جمهور فقها بر این نظر اند که اصل در عقود این است که منجز باشد، و خصوصا در تملیکات و نکاح الی اخره

الف: عقد منجز

العقد المنجز: حقيقة هو ما صدر على وجه تترتب عليه آثاره في الحال، وذلك بأن تكون صيغته غير مضاف إلى المستقبل، أو معلقة على شرط.^۳

عقد منجز بر آن عقدی گفته می شود که به مجرد صدورش، فورا احکام و آثار آن مرتب می شود، و نه به زمان آینده مضاف می شود و نه معلق به شرط می باشد.

العقد المنجز: وهو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل وحكمه ترتب الآثار عليه في الحال ما دام مستوفيا لأركانه وشروطه المطلوبة فيه.^۴

عقد منجز آن است که صادر شده باشد به صیغه ای که نه معلق به شرط باشد و نه مضاف بر زمان آینده، و حکمش آن است که فی الحال آثارش مرتب می شود، و قتیکه ارکان و شروطش پوره باشد.

مثال: اگر بایع بگوید که این زمین را برای تو به یک هزار افغانی فروختم، و مشتری قبول کند، فورا احکام عقد مرتب می شود، و آن انتقال ملکیت است در عوضین، یعنی مشتری مالک زمین، و بایع مالک پول و یا وجوب آن حق گردیده و عقد فورا متحقق می گردد.

۱. نظریة الشرط في الفقه الاسلامی، ص ۱۷۴

۲. همان اثر، ص ۱۵۴.

۳. نظریة الشرط في الفقه الاسلامی، ص ۱۷۴

۴. فتح القدير، ج ۵، ص ۱۱۰.

بنابراین، اصل در تمام عقود، اگر تملیکات باشد و یا غیر تملیکات این است که منجز باشد، به جز عقد وصیت، و یا وصی گرفتن، زیرا وصیت تملیک مضاف بر ما بعد مرگ است، و ایضا: تفویض تصرف به غیر در مصالح اطفالش بعد از موت موصی است، پس احکام این دو عقد موجود نمی‌گردد، مگر بعد از وفات موصی، لذا این دو عقد تنجیز را اصلاً قبول نمی‌کنند.

ب: عقد مضاف

العقد المضاف للمستقبل هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل مثل آجرتک داری لسنة من مطلع الشهر القادم. العقد المضاف حقيقة هو ما صدر بصيغة فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل.^۱

عقد مضاف الی مستقبل آن است که به صیغه صادر شده باشد که در آن ایجاب به زمان آینده نسبت شده باشد. عقد مضاف در حقیقت آن است که به صیغه صادر شده باشد که ایجاب در آن منسوب به زمان آینده باشد. مثال: شخص بگوید که من خانه ای خود را برای توبری یک سال به اجاره می‌دهم، اما از شروع ماه آینده.

حكم آن: وحكمه أنه ينعقد في الحال ولكن أثره لا يوجد إلا في الوقت المحدد الذي أضيف إليه. ينعقد هذا العقد علة لحكمه في الحال، ولكن لا يترتب عليه حكمه إلا عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه.^۲

و حکمش آن است که فی الحال منعقد می‌شود، ولی اثری آن موجود نمی‌گردد، مگر در آن وقت مشخصی که بر آن منسوب شده باشد. این عقد حکمش این است که فی الحال منعقد می‌شود، اما حکم بر آن مرتب نمی‌شود، مگر در وقت آمدن آن تاریخ که بر آن نسبت شده باشد.

ج: فرق بین عقد مضاف و عقد موقوف

عقد موقوف به آن عقد گفته می‌شود که: از شخصیکه صادر شده باشد، آن شخص اهلیت تصرف را داشته باشد، و نه ولایت را، و این عقد موقوف به اجازه ای ولی می‌باشد.

۱. همان اثر، ص ۱۱۰.

۲. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۴۳.

العقد الموقوف وهو العقد الذي يصدر ممن له اهلية التصرف دون الولاية.^١ عقد موقوف آن است كه: از كسيكه صادر شده باشد، آن شخص اهليت تصرف را داشته، ولي اهل ولايت نباشد. اين دو عقد براي اعتبار مشابه يكديگراند، اما از چند وجه به هم فرق دارند، و آن قرار ذيل است:

١. در عقد مضاف، ايجاب منسوب به زمان آينده مي باشد، اما حكم در عقد موقوف، موقوف به اجازه اي ولي مي باشد.

٢. در عقد مضاف، مضاف اليه، پيش از آمدني وقت تعيين شده متحقق نمي گردد، اما در عقد موقوف بعد از صدور اجازه حكم در آن مرتب گرديده و عقد نافذ مي گردد.

٣. وقوع عقد موقوف صحيح مي باشد، اما زمانيكه صاحب ولايت اجازه اي آن را ندهد، آن باطل مي گردد، ولي در عقد مضاف، ايجاب بر آن زمانيكه نسبت شده باشد، قبل از فرا رسيدن آن حكم مرتب نمي شود، اما نفس عقد منعقد مي گردد، لهذا، احتمال بطلان از طرف ولي موجود نمي باشد.^٢

د: فرق بين عقد معلق وعقد مضاف

حكم عقد معلق واضح است كه مخالف عقد مضاف است، براي معنى كه در عقد معلق در وقت وجود شرط معلق عليه عقد منعقد مي گردد، اما در حاليكه در عقد مضاف، في الحال عقد منعقد مي گردد، لكن احكام آن در زمان آينده جاري مي گردد.

ثم الفرق بين التعليق والإضافة هو: أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم، فإن نحو أنت طالق سبب للطلاق في الحال، فإذا قال أنت طالق إن دخلت الدار منع انعقاده سببا للحال وجعله متأخرا إلى وجود الشرط، فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه وهو الطلاق. وأما الإيجاب المضاف مثل أنت طالق غدا فإنه ينعقد سببا للحال لانتهاء التعليق المانع من انعقاد السببية، لكن يتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه، فالإضافة لا تخرجه عن السببية بل تنوخر حكمه بخلاف التعليق، فإذا قال أن جاء غد فله على أن أتصدق بكذا لا يجوز له التصديق قبل الغد لأنه لا تعجيل قبل السبب، ولو قال فله على أن أتصدق بكذا غداه التعجيل قبله لأنه بعد السبب لأن الإضافة دخلت على الحكم

١. همان اثر، ص ٤٣.

٢. ملخص از حاشية نظرية الشرط في الفقه الاسلامي ص: ١٧٦.

لا السبب، فهو تعجيل للمثوجل وتفزع عليه ما لو حلف لا يطلق امرأته فأضاف الطلاق إلى الغد حث وإن علقه لم يحنث، هذا حاصل ما ذكره في كتب الأصول. وللمحقق ابن الهمام في التحرير أبحاث في الفرق بينهما ذكرها ابن نجيم في شرح المنار في فصل الأدلة الفاسدة. وقال: والفرق بينهما من أشكال المسائل.^۱

فرق بین تعلیق و اضافت قرار ذیل است:

۱. تعلیق مانع معلق می گردد از سببیت برای حکم یعنی شرط مانع مشروط می گردد مانند: اینکه شوهر به خانم خود بگوید تو طلاق هستی، پس این کلام سبب واقع شدنی طلاق فی الحال می گردد، اما وقتیکه بگوید اگر در خانه داخل شدی طلاق هستی، پس این کلام سبب منع واقع شدنی طلاق فی الحال می گردد، زیرا وقوع طلاق را متاخر گردانیده است الی وجود شرط، پس وقتیکه شرط موجود گردد، مشروط نیز موجود می گردد که طلاق است.

۲. ایجاب مضاف: اما ایجاب مضاف مانند: اینکه شوهر برای خانم خود بگوید که تو صبح طلاق هستی، پس این کلام سبب انعقاد طلاق فی الحال می گردد، از جهت انتفای تعلیق که آن مانع انعقاد سببیت است، لکن حکمش متأخر می شود الی آن زمان که بر آن نسبت شده باشد، پس اضافت از سببیت خارج نمی گردد، بلکه که حکمش به تأخیر می افتد، برخلاف تعلیق، پس وقتیکه شخصی بگوید که صبح آمد، به خاطر الله جل جلاله یک مقدار پول را صدقه می کنم، قبل از صبح صدقه کردن برای وی جایز نمی باشد، زیرا تعجیل قبل از سبب نیست، و اگر بگوید که به خاطر الله متعال صبح این قدر پول را صدقه می کنم، در این صورت تعجیل برای وی درست است قبل از فرارسیدن صبح، زیرا آن بعد از سبب است، و اضافت بر حکم داخل می شود نه بر سبب، پس آن تعجیل برای مئوجل است. تفریع می شود بر آن مسائل دیگری، من جمله اگر شوهر قسم بخورد که خانم خود را طلاق نمی دهد، اما طلاق را منسوب بر صبح نماید حانث می شود، و اگر آن را معلق نماید حانث نمی گردد، و این خلاصه ای آنچه است که در کتابهای اصول علماء آن را ذکر کرده اند. و نیز محقق ابن همام در تحریر پیرامون فرق بین عقد موقوف، و عقد مضاف بحث نموده است که ابن نجیم در شرح منار در فصل ادله فاسده آن را ذکر نموده و گفته است که فرق در بین این دو از مسائل بسیار مشکل است. عقد معلق منعقد نمی گردد، مگر در وقت وجود شرطی که بر آن معلق گردیده است، اما

۱. رد المحتار ج: ۲۰ ص: ۴۰۲

عقد مضاف بر مستقبل فی الحال منعقد می گردد، ولی آثار آن مؤثر واقع نمی گردد، مگر در زمان آینده، آن زمانیکه بر آن منسوب شده است.^۱

هـ: عقد مشروط

عقد مشروط عبارت از آن عقدی است که در آن یک عاقد بالای عاقد دیگر در ضمن آن برای اتمام عقد یک امر زائد معدوم را شرط نماید، یعنی عقدی است که ضمن آن شروطی برای انجام قرارداد درج شود. و اما التقیید بالشرط أو لاقترانه به فهو التزام فی التصرف القولی لا یستلزمه ذلك التصرف فی حالة اطلاقه و ذلك كما لو باع الانسان بضاعة علی شرط أن تكون محمولة علی حسابه إلى محل المشتري، فالبايع هنا قد التزم بالشرط فی ضمن عقده وجبیه حمل المبيع إلى محل المشتري وهذا الالتزام لم یکن لیتقضیه البیع المطلق أی الخالی عن الشرط لأن البیع المطلق إنما یوجب مجرد انتقال الملكية بعوض، وإن التقیید یصاغ عادة بعبارة: علی أن، أو علی شرط أن، أو بشرط أن، ونحو ذلك مما یفید معنی التقیید نحو: وهبتک هذا الشئ علی أن تهبني فی مقابله کذا.^۱

عقد مشروط، ویا عقد مقترن بر شرط: وآن عبارت از الزام تصرف قولی است که آن تصرف آن عقد را مستلزم نمی گرداند، در حالت اطلاق آن. مثال: اگر یک چیز را انسان بر این شرط بفروشد که حمل آن را به بازار بردوش خود بیگردد، پس بائع این سامان در ضمن عقد حمل مبیعه را بر جای خریداری بالای خود شرط گردانیده است، در حالیکه این التزام را بیع مطلق متقاضی نمی باشد - یعنی خالی از شرط، زیرا بیع مطلق به مجرد انتقال ملکیت در مقابل عوض لازم می گردد. تقیید یعنی محدودیت معمولاً بر این عبارات (علی أن، أو علی شرط أن، أو بشرط أن)، ومانند: اینها از آن عباراتیکه افاده ای معنای محدودیت را می کند مانند: این سخن شخصیکه به کسی بگوید که من این چیز را برای تو بخشش می کنم، به شرط اینکه در مقابل آن چیزی را برای من بخشش نماید.

و: حکم عقد مضاف بر زمان

قبلاً تعریف عقد مضاف ذکر شد، و حکم عقد مضاف این است که عقد در آن فی الحال منعقد می گردد، لکن حکم عقد در آن تا آن وقت مرتب نمی گردد که آن وقت تعیین شده فرا نرسیده باشد، زیرا

۱. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی ص: ۱۷۷

عقد به طرف آن مضاف شده است، همان طوریکه در مثال قبلی ذکر گردید که عقد اجاره شروع نمی شود، تا زمانی که ماهی آینده شروع نشود.^۱

ز: عقود قابل اضافه

عقود قابل اضافه چهارده قسم است:

(وما تصح إضافته إلى الزمان المستقبل) (الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصال والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف) فهي أربعة عشر.^۲

عقودیکه درست است اضافه شدن به زمان آینده، و آن چهارده اند که قرار ذیل است. اجاره (۲) فسخ اجاره (۳) مزارعت (۴) مساقات (۵) وکالت (۶) کفالت (۷) ایصال (۸) وصیت (۹) قضاء (۱۰) طلاق (۱۱) اماره (۱۲) عتاق (۱۳) مضاربت (۱۴) وقف.^۳

عقود تصح منجزه ومضافة للمستقبل، فإذا كانت منجزه ترتب عليها أثرها في الحال وإن كانت مضافة تأخر أثرها إلى زمن الإضافة وهي: أولاً: العقود الواردة على المنافع، كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة. ثانياً: الالتزامات أو التوثيقات كالکفالة والحوالة. ثالثاً: الاطلاقات كالوكالة والقضاء والوظائف والإدارات والإذن بالتجارة. رابعاً: الاسقاطات كالطلاق والخلع من جانب الزوج والوقف.^۴

صحيح است که عقود منجز و منسوب به زمان آینده باشد، اما وقتی که عقد منجز باشد، فوراً اثری آن مرتب می گردد، و اگر عقد مضاف باشد، اثری آن متأخر گردیده الی آن زمانیکه بر آن نسبت شده است، و آن قرار ذیل است:

۱. عقودیکه بر منافع وارد می گردد: مانند: اجاره، عاریت، مزارعت، مساقات.

۲. التزامات یا توثیقات: مانند: کفاله، وحواله.

۳. اطلاقات: مانند: وکالت، قضاء، وظائف، ادارات، اذن به تجارت.

۴. اسقاطات: مانند: طلاق، خلع، از طرف زوج، ووقف.

۱. ردالمحتار ج، ۲۰ ص ۴۰۲.

۲. الدائع، ج ۵، ص ۲۶۴.

۳. تبیین الحقائق، ج ۴، ص ۱۳۴.

۴. البدائع، ج ۵، ص ۲۷۸ و تبیین الحقائق ج ۴ ص ۱۳۴.

خلاصه اینکه این چهار نوع از جمله عقود هستند که منسوب به زمان هستند تا به زمانیکه آن وقت تعیین شده فرا نرسد عقود متذکره منعقد نمی گردند، زیرا انعقاد آنها منحصر به آن زمان مشخص است.

ح: عقود غیر قابل اضافه

عقود غیر قابل اضافه عبارت از عقود هستند که نسبتشان به زمان آینده درست نیست، و آنها در مجموع ده قسم هستند.

(وما لا تصح إضافته إلى المستقبل) عشرة: (البيع، وإجازته، وفسخه، والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين) لأنها تملیکات للحال فلا تضاف للاستقبال كما لا تعلق بالشرط^۱.

عقود غیر قابل اضافه عبارت است: (۱) بیع (۲) اجازة ای بیع (۳) فسخ بیع (۴) تقسیم (۵) شرکت (۶) هبه (۷) نکاح (۸) رجعت (۹) صلح از مال (۱۰) ابراء از دین، زیرا آنها تملیکات حالی هستند، پس به زمان آینده نسبت کرده نمی شوند، چنانچه معلق بر شرط هم نمی شوند.

قلت: ویظهر من هذا ومما ذکرناه أنفا عن الدرر أن الإضافة تصح فيما لا يمكن تملیکه للحال وفيما كان من الإطلاقات والإسقاطات والإلتزامات والولايات، ولا تصح في كل ما أمکن تملیکه للحال تأمل^۲.

علامه شامی رحمه الله بعد از تفصیل متذکره می فرماید: که اضافه درست می گردد در آنچه که تملیکش فی الحال ممکن نیست، یا آن عقودیکه: اطلاقها، اسقاطات، التزامات، و ولایات، هستند در آن عقود اضافه درست است، یا هر عقودی که در آن فی الحال تملیک ممکن باشد، اضافه در آن ها به زمان آینده صحیح نمی شود.

مطلب ششم - ارکان عقد

در مورد ارکان عقد سه سؤال مطرح است: نخست این که منظور از ارکان چیست؟ دوم این که ارکان عقد کدام ها اند؟ و سوم این که اهمیت تشخیص و تعیین ارکان عقد چیست؟ در پاسخ به سؤال اول باید

۱. درالمختار ج ۵، ص ۲۵۶.

۲. همان اثر، ج ۷، ص ۵۱۹.

گفت که: ارکان جمع رکن است و رکن در لغت به معنی جزء بزرگتر و قوی تر یک چیز، عضو عمده، آنچه که به آن قوت گیرند و تکیه دهند و پایه و ستون است و در اصطلاح به نظر فقه حنفیه رکن امری است که وجود شی [امر/ پدیده] متوقف بر آن، و جزء حقیقت شی و داخل در شی باشد. بنابراین، در عبادات رکوع، سجده و قرائت قرآن کریم ارکان نماز تلقی می گردد و در معاملات ایجاب و قبول و یا آنچه قایم مقام ایجاب و قبول اعم از قول، فعل اشاره و نوشته باشد. به عنوان مثال، رکن عقد: عبارت است از هر آنچه که دلالت بر اتفاق اراده طرفین عقد و یا آنچه قایم مقام آن اعم از فعل، اشاره و یا کتابت باشد، است. اما، به نظر غیرحنفیه رکن امری است که وجود شی متوقف بر آن است خواه داخل شی باشد و یا نه.^۱ به عبارت ساده تر، ارکان اجزای عمده یک امر است به گونه ای هرگاه یکی از این اجزاء وجود نداشته باشد، امر به وجود نمی یابد. در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که: در فقه میان فقهای حنفیه و جمهور فقهاء در مورد ارکان عقد اختلاف نظر وجود دارد. ارکان عقد در فقه حنفیه همان ایجاب و قبول یا صیغه است و عاقدان و موضوع عقد از جمله مقومات و لوازم عقد است. اما، ارکان عقد به نظر غیراحناف سه است که عبارت اند از: صیغه (ایجاب و قبول) عاقدین و محل عقد.^۲ به نظر می رسد علت این اختلاف بر می گردد به تعریف رکن، زیرا رکن به نظر احناف داخل در امر یا پدیده است و به نظر جمهور فقهاء رکن امری است که وجود پدیده متوقف بر آن است تفاوت نمی کند که داخل در پدیده باشد و یا خارج از آن. با توجه به این تفاوت، ارکان عقد [در همه عقود] در فقه حنفیه همان ایجاب و قبول یا صیغه است و عاقدان و موضوع عقد از جمله مقومات و لوازم عقد است. اما، ارکان عقد به نظر غیراحناف سه است که عبارت اند از: صیغه (ایجاب و قبول) عاقدین و محل عقد. همچنان، پرسش این است که تفاوت رکن با شرط چیست؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که: فرقی که بین رکن و شرط وجود دارد این است که رکن اجزای داخلی و شرط اجزای خارجی یک امر است. به عنوان مثال، قیام، قرائت، سجده و قعده ارکان نماز اند، اما پاک بودن بدن و محل شرط نماز اند. اما، در عقود رکن اجزای عقد اند و شروط اموری اند که باید در هر یک از این اجزاء وجود داشته باشد. به عنوان مثال، عاقدین ارکان عقد و واجد اهلیت بودن

۱. فتح القدیر، ج ۵، ص ۱۲۱؛ مصطفی احمد الزرقاء، المدخل الفقہی العام، ج ۱، صص ۳۰ و ۳۰۱؛ و القره داغی، علی محی الدین، المقدمه فی المال، والاقتصاد والعقد والمکیه، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، ۱۲۰۳ هـ. ق، صص ۲۱۵-۲۱۹.

۲. Alaeddin Kharofa. Transactions in Islamic law, p. ۱۲.

عاقدان شرط عقد و یا شرط رکن اند. همچنین، صیغه رکن عقد و عدم آینده بودن شرط صیغه است. در پاسخ به سؤال سوم باید گفت که: اهمیت تشخیص و تعیین ارکان عقد این است که با تشخیص و تعیین ارکان عقد، مسأله به وجود آمدن و یا عدم به وجود آمدن عقد مطرح می گردد؛ به این توضیح که: هرگاه ارکان عقد متحقق شود، عقد به وجود می یابد، اما در صورتی که یکی از این ارکان، متحقق نشود، عقد به وجود نمی یابد. به حیث مثال، هرگاه طرفین عقد (مثلاً: بایع و مشتری) موجود باشند و صیغه عقد (ایجاب و قبول) را انجام دهند، اما موضوع عقد (مثلاً: مبیع در عقد بیع) وجود نداشته باشد، عقد به وجود نمی یابد، و یا هرگاه طرفین و موضوع وجود داشته باشد، اما میان طرفین ایجاب و قبول صورت نگیرد، عقد به وجود نمی یابد. از همین رو، عقدی که فاقد یکی از ارکان باشد، فقهاء (به ویژه جمهور) به آن عقد باطل می گویند.^۱

۱. نظام الدین، عبدالله، حقوق و جایب (عقود معین) کابل: نشر، سعید، ۱۳۹۵، ج ۲، ص ۲۴.

فصل دوم

شرط و تقسیمات به اعتبار حکم آن

این فصل بر مباحث ذیل مشتمل است:

۱. مبحث اول: تقسیمات شرط

۲. مبحث دوم: تقسیم شرط به اعتبار احکام

۳. مبحث سوم: انواع شرط به اساس تعلیق

۴. مبحث چهارم: استدلال به مفهوم شرط

مبحث اول: - تقسیمات شرط

در این مبحث به تقسیمات شرط می پردازیم که قرار شرح ذیل اند:

مطلب اول - شرط محض

شرط محض عبارت از آن شرطی است که وجود علت بر وجود آن موقوف است، پس وجود مضاف بر شرط می گردد و نه بروجوب، مثال: شرط نمودن طهارت برای نماز، و یا شرط کردن رهن در بیع. شرط محض همچنان به دو بخش ذیل تقسیم گردیده است.^۱

الف: شروط شرعی

تعریف آن؛ شروط شرعی عبارت از شرطی است که شارع آن را شرط کرده باشد، و آن از چند حالت خالی نیست، یا برای وجوب است، مانند: بلوغ برای وجوب نماز و غیر از آن از امور تکلیفی، یا برای صحت است، مانند: شرط کردن طهارت برای نماز.^۲

همچنان، در جای دیگر چنین آمده است که، شرط شرعی عبارت از شرطی است که توسط شرع مقرر گردیده است که بدون موجودیت آن عقد منعقد نمی گردد، مانند: داشتن اهلیت عاقد برای انعقاد عقد. به عبارت دیگر: شرطی که مصدر اشتراط آن شارع باشد، به آن شرط شرعی گویند مانند: حضور شهود حین انعقاد عقد ازدواج که شرط صحت عقد تلقی می گردد و این امر از طرف شارع مقرر گردیده است، به نحوی که اگر عقلاً و یا عادتاً به موضوع نگریسته شود، معمولاً اشکالی در عدم انجام شرط ملاحظه نمی شود، مگر اینکه شارع آن را برای رعایت مصلحت و یا دفع مفسدتی مقرر کرده است. شروط صحت، لزوم، نفاذ و انعقاد عقد شروط شرعی است.^۳

شرط انعقاد مانند: شرط بودن اهلیت برای انعقاد تصرف و صلاحیت محل، از جهت ورود عقد بالای آن، یعنی عاقد از اهل تصرف بوده و محل صلاحیت آن را داشته باشد. یا برای لزوم باشد، مانند: شرط کردن عدم خیار در لزوم بیع، و یا برای نفاذ باشد، مانند: شرط نمودن ولایت و آنچه که در معنای آن می باشد برای نفاذ تصرف. لازم می گردد از عدم یک شرطی از همین شروط، عدم حکم مشروط پس وقتیکه یک شرط

۱. کشف الاسرار، ج ۴، ص ۲۸۸.

۲. همان اثر، ص ۳۰۷.

۳. مصطفی احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ۱، صص ۳۰۶ و ۳۰۷.

از همین شروط وجوب فاقد گردد، عدم وجوب فعل بالای مکلف لازم می‌گردد، لازم می‌شود از عدم یک شرط از شروطی صحت، عدم صحت فعل و همین طور، و لازم می‌گردد از عدم یک شرط از شروطی انعقاد باطل شدن تصرف حتی حکم مرتب نمی‌گردد.

ب: شروط جعلی

شروط جعلی تعریف آن: عبارت از شروط است که مکلف آن را در عقود و غیره شرط کرده باشد، مانند: طلاق، عتاق، و وصیت، و آن به دو نوع است.

الف - شرط تعلیقی مثال: شخصی برای خانم خود بگوید که اگر تو در خانه داخل شدی طلاق هستی، طلاق را شوهر معلق به دخول گردانیده است.

ب - شرط تقییدی مثال: شخصی این طور بگوید که وقف نمودم برای پسران خود، و به کسی از آنها که طالب علم باشد.^۱

همچنان، در جای دیگر چنین بیان شده است که، شرط جعلی عبارت از شرطی است که عاقد آن را جهت نیل به هدف خاص در عقد شرط می‌گذارد، مانند اینکه شوهر خطاب به زوجه اش بگوید: «هرگاه با فلان شخصی صحبت نمایی، و یا فلان کار را انجام دهی مُطلقه هستی!»، یا مانند اینکه: انسان کفالت خویش را معلق به امری نماید و به داین بگوید: اگر مدیون تو مسافرت نماید، و یا مدیون تو امروز از سفر برنگردد، من کفیل دین تو که بر وی داری، هستم که در چنین حالات در صورت عدم تحقق شرط، مشروط به وجود نمی‌یابد.^۲

به همین ترتیب، شروط جعلی به اعتبار خود بر سه نوع ذیل تشسیم می‌گردد:

۱- شرطی که منافی شریعت نباشد: بلکه تکمیل کننده ای شروط باشد، مثال: قرض دهنده برای قرض گیرنده این شرط را نماید که یک چیزی را برش به رهن دهد، و یا ضامن بدهد.

۱ . کشف الأسرار، ج ۴، ص ۲۰۲ - ۲۰۳ و التلویح علی التوضیح ج ۱، ص ۱۲۰.

۲ . مصطفی احمد الزرقاء، المدخل الفقہی العام، ج ۱، صص ۳۰۶ و ۳۰۷؛ و رد المحتار، ج ۴، ص ۵۱. عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقہ، ص ۶۱؛ و وهبة الزحیلی، اصول الفقہ الاسلامی، ج ۱، ص ۱۰۱.

۲ - شرطی که غیر مناسب به مشروط باشد: بلکه منافی مقتضای مشروط باشد، مثال: شوهر در عقد ازدواج این شرط را نماید که برای خانم خود نفقه نمی دهد، پس چنین شرط منافی مقتضای عقد بوده، و مناسب عقد نمی باشد.

۳ - شرطی که منافی شریعت نباشد: ولی در عقد شرط شده باشد، و در آن مصلحتی برای یکی از عاقدین، یا هر دو، و یا غیر از اینها باشد لکن عقد تقاضای آن را نکند، پس مناسب بودن و غیر مناسب بودنش برای عقد معلوم نباشد، مثال: کسیکه خانه ای خود را بر این شرط به فروش برساند که فروشنده برای یک مدت معین در آن سکونت نماید، و یا شخصی دیگری را در آن ساکن نماید.^۱

بنابراین، اینکه شروط جعلی از سه حالت خالی نمی باشد، مناسب و تکمیل کننده ای عقد، منافی مقتضای عقد، منافی شریعت نبوده بلکه در آن منفعت و مصلحتی برای یکی از عاقدین و غیره باشد که این نوع شرط محل اختلاف ائمه ای اربعه بوده است.

همچنان، در جای دیگر چنین بیان شده است که، شروط جعلی مقید به حدودی است که شرع معین نموده است. بنابراین، انسان نمی تواند هر شرطی که بخواهد در عقد بگذارد، بلکه لازم است شرط منافی حکم عقد نباشد. پس، در صورتی که شرط منافی حکم عقد باشد، شرط لغو و باطل است.^۲

فقهاء اتفاق نظر دارند که هرگاه عقدی با رعایت ارکان و شرایط منعقد گردد، از نیروی الزام آور برخوردار است؛ به این توضیح که: هرگاه شخصی بر اساس اراده آزاد عقد را منعقد نماید، ملزم به ایفای آثار آن است. زیرا، خداوند عز و جل می فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.^۳

ترجمه: «ای کسانی که ایمان آورده اید به پیمان های خویش وفا کنید.».

همچنین خداوند جل جلاله می فرماید:

﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾.^۴

ترجمه: به پیمان های خود وفا کنید، چرا که از پیمان ها پرسش خواهد شد.

۱. همان اثر کشف الاسرار، ج ۴، ص ۲۰۳.

۲. وهبة الزحیلی، اصول الفقه الاسلامی، ج ۱، ص ۱۰۱.

۳. قرآن کریم، سوره المائده، آیه ۱.

۴. قرآن کریم، سوره الاسراء، آیه ۳۴.

با توجه به آیات فوق، فقهاء استدلال کرده اند که نیروی الزام آور عقود از اراده شارع ناشی می شود نه از اراده و عمل متعاملین. زیرا، اراده متعاملین تنها عقد را به وجود می آورد. ولی، الزام را به آن شارع و قانونگذار می بخشد. در نتیجه، سؤالی که مطرح می گردد این است که آیا متعاملین می توانند با مقرر کردن شرطی از نفوذ تأثیر عقود جلوگیری کنند یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش، فقهاء به دو دسته تقسیم شده اند: فقهای ظاهریه بر این عقیده اند که اصل در شروط منع است. بنابراین، هر شرطی که در حقوق اسلام مقرر نشده باشد، باطل است. البته، امروزه چنین نظر هیچ طرفداری ندارد. ولی، سایر فقهاء در این باره به این عقیده اند که اصل در عقود و شروط اباحه است. با وجود این، این ها نیز به دو دسته فرعی تقسیم شده اند: فقهای حنابله بر این نظر اند که اصل در شروط عقدی، که در مبحث بعدی تفصیل آن خواهد آمد، اطلاق است؛ یعنی؛ تمام شروطی که در حقوق اسلام حکم به تحریم آن نشده باشد، جایز است. برعکس، بقیه فقهاء بر این نظر اند که اصل در شروط عقدی تقیید است؛ بدین معنی که: هر شرطی که مخالف حقوق اسلام و یا مقتضای عقد باشد، باطل است. بنابراین، در صورتی که شرطی مخالف حقوق اسلام و یا مقتضای عقد نباشد، جایز است.^۱

مطلب دوم - شرط در حکم علل

شرط در حکم علل: آن عبارت از شرطی است که علت معارض آن نمی باشد، صلاحیت دارد که حکم بر آن مضاف شود؛ زیرا به شرط وجود معلق می باشد و نه وجوب، پس مشابه به علل می گردد، مثال آن: کندن چاه، کسی که در ملک خود چاه کنده باشد، شخصی برود در آن چاه بی افتد و بمیرد در این صورت تاوان به چاه کن نمی باشد؛ زیرا، تلف شدن نسبت به رفتن اش می شود که آن سبب است و نه به کندن چاه که آن شرط است؛ و علت سقوط در چاه ثقل است لکن زمین مانع افتیدن در چاه می باشد، پس زایل نمودن مانع به سبب حفر شرط می گردد و این علت صلاحیت ندارد که حکم به طرف آن مضاف شود که ضمان است، زیرا ثقل یک امر طبیعی است، و رفتن مباح است، پس این دو صلاحیت ندارند که ضمان به سوی آنها مضاف شود، پس ضمان بر شرط مضاف می شود زیرا صاحب اش متجاوز است که چاه کن می باشد،

۱. جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: مصطفی احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ۱، صص ۴۶۱-۵۰۰.

چراکه ضمان در صورتی است که در غیر ملک خود چاه کنده باشد، به خلاف اینکه خود را در چاه باندازد.

۱

خلاصه ای این عبارت اینست که شرط در حکم علل، در مثال متذکره علت سقوط در چاه ثقل است، زمین مانع، ازاله ای مانع به سبب حفر شرط می باشد حکم عبارت است از ضمان، پس ثقل که علت است این صلاحیت ندارد که حکم بر آن منسوب شود که ضمان است، بناء در مثال فوق ضمان و تاوان وجود ندارد، از این جهت که چاه کن، چاه را در ملک خود کنده است، و تاوان در صورتی میبود که در ملک غیر چاه را کنده باشد. والله اعلم

مطلب سوم - شرطی که حکم اسباب را دارد

شرطی که حکم اسباب را دارد: شرطی که حکم اسباب را دارد، عبارت از شرطی است که حاصل شده است بعد از حصول همین شرط، فعل فاعل مختار، و آن فعل منسوب بر این شرط نمی باشد، مثال: (کسی که قفس را باز کند و پرنده ای که در آن قفس بوده و پرواز نماید، در این صورت تاوان نیست؛ زیرا، پرواز کردن پرنده فعل اختیاری است و آن فعل از قبل در پرنده موجود می باشد). بنابراین، در نزد امام ابوحنیفه رحمه الله تاوان نیست؛ و خلاف ثابت است امام محمد رحمه الله را که وی قائل به ثبوت تاوان است، زیرا باز کردن علت تلف می باشد، و آن به منزله ای سبب می گردد، پس سبب مقدم است بر صورت علت، و شرط از علت مؤخر می باشد.^۲

مطلب چهارم - شرطی که اسم است نه حکم

شرطی که اسم است نه حکم: فخر السلام^۳ آن شرط را چنین تعریف نموده است: آن شرط عبارت از اولی آن دو شرطی است که حکم بر آخر آن ها مضاف می شود یعنی: حکم بر شرط دوم مضاف می شود؛ پس هر حکمی که تعلق بر دو شرط بگیرد پس در آن دو شرط؛ شرط اول آن اسم است نه حکم، به طور

۱. فتح الغفار، ج ۳، ص ۷۴.

۲. فتح الغفار، ج ۳، ص ۷۴ - ۷۵ و کشف الأسرار، ج ۴، ص ۲۱۲.

۳. البزدوی، علی ابن محمد، ابن الحسین، ابن عبدالکریم، ابوالحسن، فخر اسلام، متولد (۴۰۰) هـ در سمرقند به دنیا آمد، وی از فقیه، محقق، یکی از دانشمندان اهل سنت. اثرات وی: المبسوط، کنزالوصول و غیره... می باشد. وی در سال (۴۸۲) هـ در سمرقند وفات نمود. این معرفی از کتاب: الاعلام للزرکلی، ج ۴، ص ۳۲۸.

مثال: شخصی که برای خانم خود بگوید که اگر این خانه و این خانه را داخل شدی طلاق استی، در این مثال طلاق حکم است و بر دو شرط معلق گردیده است در این صورت شرط اول را اسم گفته می‌شود نه حکم؛ زیرا حکمی شرط اینست که وجود بر آن موقوف است و آن حکم مضاف بر آخر آن دو شرط است؛ یعنی حکم مضاف به شرط دوم است؛ آن دو شرط، شرط اول آن حکماً شرط نیست بلکه اسم است.^۱

مطلب پنجم - شرط به معنای علامه خالص

شرطی که به معنای علامه ای خالص باشد: و آن مثال: احصان درباب زنا که آن علامه است زیرا حکم شرط مانع انعقاد علت است الی وجود شرط و این در هیچ حالتی درباب زنا نمی‌باشد، زیرا زنا وقتیکه موجود شده باشد حکمش متوقف بر احصانیکه بعد از او پیدا می‌شود نمی‌شود، لکن احصان وقتیکه ثابت شده باشد حکم زنا به واسطه ای آن شناخته می‌شود پس هر چه زنا بر صورت خود موجود شده باشد، پس انعقاد علت بر وجود احصان موقوف می‌گردد، پس ثابت نمی‌شود که آن شرط علامه است و شرط نمی‌باشد، پس همین شرط صلاحیت علت شدن برای وجود و وجوب را ندارد به همین خاطر آن شرط حکم علت شدن را در هیچ حالتی ندارد، بناء شهود احصان ضامن نمی‌باشند وقتیکه رجوع نمایند در هر حالت یعنی برابر است که تنها رجوع نمایند، و یا به همراهی شهود زنا رجوع نمایند.^۲

مبحث دوم: - تقسیم شرط به اعتبار احکام

در باره تقسیمات شروط در فقه دو نظر وجود دارد: نظر حنفیه و حنابله. نظر فقهای شافعیه مشابه نظر حنفیه و نظر فقهای مالکیه مشابه نظر فقهای حنابله است. بنابراین، این مبحث مشتمل از سه مطلب می‌باشد، که در مطلب اول، تلاش می‌گردد که بحث در رابطه به شروط صحیحیه پرداخته شود، ادامه در مطلب دوم، شروط فاسده و در مطلب سوم شرط باطل که قرار ذیل اند:

۱. اصول السرخسی، ج ۲، ص ۳۲۳-۳۲۴.

۲. فتح الغفار، ج ۳، ص ۷۵ و کشف الأسرار، ج ۴، ص ۲۱۹.

مطلب اول - شروط صحیحہ

شرط صحیح: شرط صحیح عبارت از شرطی است که موافق با مقتضای عقد و یا در مقام تأکید آن باشد، یا شرع آن را مقرر نموده و یا در عرف جاری باشد.^۱

فقه حنفیہ در این باره تصریح می نماید که: «شرط مناسب با عقد یا شرطی که عقد مقتضی آن بوده یا حکم عقد را مؤکد گرداند، همچنین شرط موافق با تعامل جاریہ بوده یا منافی اقتضای عقد، صحیح پنداشته می شود». از تعاریف فوق به خوبی نتیجه گرفته می شود که: شرط صحیح شرطی است که طبیعت عقد آن را اقتضاء نماید، شرع آن را اجازه داده باشد و در عرف معروف باشد برای شرح بیشتر می پردازیم:

۱- طبیعت عقد آن را اقتضاء کند: مانند: اشتراط بایع مبنی بر تسلیم مبیعہ یا حبس مبیعہ، مگر اینکه مشتری ثمن را تسلیم وی نماید، اشتراط مشتری مبنی بر تسلیم و تملک مبیع، اشتراط زوجه مبنی بر انفاق توسط زوج و اشتراط زوج بر زوجه مبنی بر استمتاع جنسی در صورت پرداخت مهر و نظیر اینها که چنین شروط بیانگر مقتضای عقد است. زیرا، چنین شروطی از نظر شرعی واجب التحقق است هر چند یکی از طرفین عقد آنها را شرط نگذاشته باشد. زیرا، ثبوت ملک برای مشتری، تسلیم و تسلیم و حبس مبیع از مقتضیات عقود معاوضی، و انفاق بر زوجه و زفاف با وی از مقتضیات عقد ازدواج است.

۲- حکم عقد را مؤکد گرداند: مانند اشتراط بایع مبنی بر تقدیم کفیل و یا رهن در مقابل ثمنی که تأجیل آن در زمان آینده شرط شده باشد. زیرا، کفالت و رهن پرداخت ثمن را تضمین می نمایند.

۳- شرط زمانی صحیح است که شریعت آن را معین نموده باشد: مانند اشتراط خیار و پرداخت دین در موعد معین توسط یکی از عاقدین و امثال اینها که در شریعت مشروع اند.

۴- شرط زمانی صحیح است که در عرف جاری باشد: مانند: اشتراط مشتری بر بایع مبنی بر اصلاح شی مانند ساعت، موتر و نظیر اینها در مدت معین که در عرف قابل تعامل اند.^۲

بنابراین، احناف بر این ذهاب نموده است که فرق است بین فاسد و باطل، ایشان شرط تقییدی را به سه نوع تقسیم نموده اند صحیح، فاسد، و باطل. اما غیر از احناف دیگر فقها، بر این ذهاب نموده اند که در بین

۱. عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقه، ص ۶۲؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۱۱۳۳.

۲. البدائع، ج ۵، ص ۱۹۸.

فاسد و باطل فرق وجود ندارد، و ایشان می گویند که هر دو یکی اند، یعنی شرط تقییدی بردو قسم است صحیح و باطل، یا صحیح و فاسد.^۱

الف: ضابطه این شرط

ضابطه ای شرط صحیح نزد احناف: این است که شرط نمودن یک صفتی که قائم بر محل عقد باشد در وقت صدور آن، یا شرط نمودن شرط که عقد آن را تقاضا می کند، و یا شرطی که مناسب مقتضای عقد باشد، یا شرط نمودن شرطی که در شریعت وارد گردیده باشد دلیل است به جواز شرط کردن آن، یا شرط کردن آنچه که تعامل بر آن جاری شده باشد.^۲

ضابطه نزد مالکیان: ضابطه نزد مالکیان این است شرط کردن یک صفتی که قائم بر محل عقد باشد در وقت صدور آن، یا شرط نمودن شرطی که عقد آن را تقاضا می کند، و یا شرط کردن آنچه که عقد آنرا تقاضا نمی کند و نه منافی آن می باشد.^۳

ضابطه در نزد شوافعی: ضابطه نزد شوافعی این است که شرط نمودن یک صفتی که قائم بر محل عقد باشد در وقت صدور آن، یا شرط نمودن شرطی که عقد آن را تقاضا می کند، شرط کردن شرطی که یک مصلحت مشروع برای عاقد را ثابت می سازد. و یا شرط کردن عتق از جهت دید شارع بر آن.^۴

ضابطه نزد حنابله: ضابطه نزد حنابله این است که شرط نمودن یک صفتی که قائم بر محل عقد باشد در وقت صدور آن، یا شرط نمودن آنچه که عقد آن را تقاضا می کند، یا تأکید برای مقتضای عقد باشد، یا شرط کردن آنچه که شارع شرط نمودن آنرا جایز نموده است، و یا شرط کردن آنچه که مصلحت مشروع برای عاقد را ثابت می سازد، و تفصیلش در ذیل خواهد آمد.^۵

۱. همان اثر، ص ۱۹۸.

۲. بدائع الصنائع ج ۵ ص ۱۷۱-۱۷۴.

۳. حاشیه الدسوقی علی شرح الکبیر ج ۳ ص ۶۵.

۴. مغنی المحتاج ج ۲ ص ۳۳-۳۴.

۵. کشف القناع ج ۳ ص ۱۸۸-۱۹۰.

ب: انواع آن

نوع اول: شرط کردن صفتی که قائم به محل عقد باشد در وقت صدور آن، به جواز این نوع فقهاء اتفاق نموده اند، اگر این شرط فوت شود از برای مشتری خیار باقی است از جهت فوت شدن وصف مرغوب فیه، مثال: شرط کردن در گاو خرید شده که شیردار باشد، این نوع شرط جایز است.^۱

نوع دوم: شرط نمودن آنچه که عقد آن را تقاضا می کند، و جواز آن همچنان محل اتفاق فقهاء است زیرا که آن به مثابه ای تأکید است، و از مثال های آن یکی شرط کردن تسلیم مبیعه است برای مشتری، زیرا بیع درست است و این شرط یکی از مقتضیات عقد است، من جمله از مثال دیگری آن شرط نمودن رد مبیعه به سبب عیب آن، و نیز رد نمودن عوض که آنها امور لازمی برای عقد بوده و منافی عقد نمی باشد بلکه از مقتضیات عقد می باشد.^۲

نوع سوم: شرط کردن آنچه که مناسب مقتضای عقد است و این عبارت از احناف است.^۳ صاحب بدائع گفته است که عقد این را تقاضا نمی کند بلکه مناسب مقتضای عقد است، پس آن عقد را فاسد نمی کند و آن به اعتبار معنی تثبیت کننده و تأکید کننده حکم عقد می باشد، پس ملحق کرده می شود به شرطی آن از مقتضیات عقد می باشد. و عبارت مالکیان: شرط نمودن شرطی که مناسب مقتضای عقد بوده و نه منافی آن. و عبارت شوافعی، و حنابله: شرط کردن شرطی که عقد مطلق متقاضی آن نمی باشد، لکن مناسب عقد بوده و ثابت کننده مصلحتی برای عاقد می باشد و مثال آن: اینست که بایع بر این شرط مبیعه را به فروش برساند که مشتری در عوض پول یک چیزی را به رهن دهد و یا ضامنی برش بدهد، اگر رهن معلوم باشد، و ضامن حاضر باشد، این عقد استحساناً در نزد احناف جایز است و همچنان در نزد مالکیان، شوافعی، و حنابله نیز جایز است.^۴

نوع چهارم: شرط کردن شرطی که در شریعت وارد گردیده است و دلیل است به جواز عقد.^۵

۱. ابی بکر سعود الکاسانی حنفی، علاء الدین، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ۶ ج، پشاور: چاپ مکتب حقانیه، [بدون تاریخ]، ج ۵، ص ۱۷۲. الجمالیة ()، کشف القناع (۳ / ۱۸۸ ط . النصر) .
۲. همان اثر، کشف القناع، ص ۱۸۹.
۳. حنفی، بدایع، ج ۵، ص ۱۷۱. الجمالیة ()، الدسوقی (۳ / ۶۵ ط . الفکر)
۴. همان اثر، البدائع، ص ۱۷۳.
۵. همان اثر، ص ۱۷۳.

نوع پنجم: شرط کردن شرطی که تعامل دربینی مردم بر آن جاری باشد، این نوعی از شرط را احناف ذکر کرده است غیر از امام زفر رحمه الله، و آن عبارت از شرطی است که نه عقد آنرا تقاضا می کند و نه منافی مقتضای عقد می باشد بلکه عادت مردم بر آن جاری می باشد. مثال آن: اگر نعل بخرد به شرطی که فروشنده آنرا بپوشد یا جورابی که برایش بدوزد، پس این شرط جایز است زیرا که مردم بر آن در بیع تعامل می کنند، چنانچه که در استصناع تعامل مردم بر آن جاری است، پس قیاس ساقط می گردد، قیاس تعامل مردم را جایز نمی داند.^۱

نوع ششم: شرط نمودن باینکه منفعت مباح و معلوم را، این شرط در نزد حنابله است، و از مثالهای آن یک مثال اینست که خانه را بر این شرط به فروش برساند که برای مدت یک ماه خود وی در آن سکونت نماید.^۲

مطلب دوم - شروط فاسده

شرط فاسد شرطی است که یکی از انواع مصادیق چهارگانه صحیح در آن نباشد.^۳ فقه حنفیه در این باره مقرر می دارد که: «شرط غیر مناسب با عقد یا شرطی که عقد مقتضی آن نبوده یا حکم عقد را مؤکد نگرداند، همچنین شرطی که موافق با تعامل جاریه نبوده و یا در آن فریب به کار رفته باشد، شرط فاسد پنداشته می شود».

از تعاریف فوق به خوبی نتیجه گرفته می شود که: شرط فاسد شرطی است که عقد مقتضی آن نبوده، در مقام تأکید عقد مقرر نگردیده، شریعت آن را مقرر ننموده و در عرف مردم جاری نباشد، اما در آن منفعت زایدی برای یکی از متعاقدین متصور باشد: مانند فروش تکه به مشتری مشروط بر این که مشتری آن را به بایع جهت دوختن جامه و پرداخت اجرت بدهد، یا فروش زمین مشروط بر این که برای مدت مثلاً یک ماه در ملک بایع باشد و بایع از آن انتفاع بگیرد، یا فروش خانه مشروط بر این که مدت مثلاً یک ماه یا بیشتر در ملک بایع باشد و بایع از آن انتفاع بگیرد، یا فروش موتر مشروط بر این که موتر مدت یک ماه و یا بیشتر در ملک بایع باشد و بایع از آن انتفاع بگیرد، یا در عقد ازدواج اشتراط زوجه بر زوج مشروط بر این

۱. مغنی المحتاج ۲ / ۳۳ ط. حلب، و کشاف القناع ۳ / ۱۹۰ ط. النصر

۲. همان اثر، مغنی المحتاج، ص ۳۳.

۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۱۱۳۳. البدائع، ج ۵، ص ۲۸۱.

که زوج وی را به شهر دیگر انتقال ندهد، یا وی را هیچگاه طلاق ندهد و نظیر ینها. اثری که بر عقد با توجه به شرط فاسد مرتب می گردد.^۱

شروط فاسده نیز بردو قسم تقسیم می شود:

قسم اول: آن عبارت از شرطی است که عقد را فاسد و یا باطل می کند، و به آن شرط فاسد گفته می شود.

قسم دوم: آن عبارت از شرطی است که عقد را فاسد و یا باطل کرده نمی تواند، بلکه آن شرط خودش باطل می گردد، و به آن شرط باطل گفته می شود. همچنان، شرط فاسد و یا باطل بردو قسم است، قسم اول آن است که عقد را فاسد و یا باطل می کند.^۲

به همین ترتیب، در جای دیگر اقسام شروط فاسده را چنین بیان کرده است:

۱- شرط فاسد در عقود معاوضی: شروط فاسد در عقود معاوضی مالی مانند: بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و نظیر اینها موجب فاسد شدن عقد می گردد. علت این امر این است که شرط فاسد منافی اساس تعاملی است که بر مبنای آن مبادلات مالی استوار است.^۳

۲- شرط فاسد در عقود تبرعی: در عقود تبرعی مانند: هبه و عاریت نیز شرط فاسد اثری ندارد و در نتیجه عقد صحیح و شرط فاقد اعتبار و بدون اثر تلقی می گردد. زیرا، پیامبر ﷺ به تصحیح چنین عقود و الغاء شروط فاسد امر نموده است.^۴

۳- شرط فاسد در عقود توثیقی و اطلاقات: شرط فاسد در عقود توثیقی مانند: کفالت، حواله و رهن، و در اطلاقات مانند: وکالت و نظیر آن هیچ اثری ندارد و در نتیجه عقد صحیح و شرط فاقد اعتبار و بدون اثر تلقی می گردد.^۵ بنابراین از منظر فقه حنفیه در این باره مقرر می دارد که: «عقودی که اطلاقات شناخته شود، تعلیق آن به شرط مناسب و شروط فاسد صحیح بوده، شرط فاسد ملغی پنداشته می شود».

۱. نظام الدین عبدالله، حقوق و جایب، پیشین، ص ۱۳۷.

۲. کشف القناع، ج ۳، ص ۱۹۰.

۳. مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳۳

۴. همان، ج ۲، ص ۳۳

۵. همان، ج ۲، ص ۳۴

۴- **شروط فاسد در عقود اسقاطات:** شرط فاسد در عقود اسقاطات مانند: ازدواج هیچ اثری ندارد و در نتیجه عقد صحیح و شرط فاقد اعتبار و بدون اثر تلقی می گردد. زیرا، پیامبر ﷺ به تصحیح چنین عقود و الغاء شروط فاسد امر نموده است.^۱

بنابراین، فقه حنفیه در این باره مقرر می دارد که: «عقودی که اسقاطات محض شناخته شده، با وجود تعلیق آن به شرط مناسب یا غیر مناسب منعقد گردیده و یا اقتران آن به شرط فاسد صحیح پنداشته می شود، شرط در این صورت ملغی می گردد.».

الف: ضابطه شرط فاسده

ضابطه این قسم نزد احناف: این است، شرط کردن یک کاریکه مفضی به غرر غیر یسیر است، یا شرط کردن یک امر محظور، و یا شرط کردن آنچه که عقد متقاضی آن نمی باشد، و در آن منفعت برای یکی از عاقدین، و یا معقود علیه باشد، و نه مناسب مقتضای عقد باشد، و نه تعامل در بین مردم بر آن جاری شده باشد، و نه از شروط باشد که دلیل به جواز آن در شریعت وارد گردیده باشد.^۲

ضابطه در نزد مالکیان: شرط کردن یک امر محظور، یا امریکه مفضی بر غرر باشد، و یا شرط نمودن شرطی که منافی مقتضای عقد باشد.^۳

ضابطه نزد شوافعی: شرط کردن یک امریکه در شریعت وارد نگردیده باشد، یا شرط کردن یک امریکه مخالف مقتضای عقد باشد، و یا شرط کردن یک امریکه مفضی بر جهالت باشد.^۴

ضابطه نزد حنابله: شرط کردن دو عقد در یک عقد، یا شرط کردن دو شرط در یک عقد، و یا شرط کردن شرطی که مخالف مقصود عقد باشد.^۵

۱. همان، ج ۲، ص ۳۴.

۲. مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳۳.

۳. کشاف القناع، ج ۳، ص ۱۹۰.

۴. مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳۳.

۵. کشاف القناع، ج ۳، ص ۱۹۰.

ب: انواع شرط فاسده

این قسم اول که عقد را فاسد و یا باطل می کند به هفت قسم تقسیم می شود که از ضوابطش گرفته شده است:

نوع اول: شرط کردن یک امریکه مفضی بر غرر یسیر باشد، این نوعی است که احناف و مالکیان: آنرا ذکر نموده اند، مثال آن در نزد احناف اینست که شخصی شتر را برای شرط بخرد که شتر باردار باشد، زیرا آن احتمال وجود و عدم هر دو را دارد، وقوف بر آن در هیچ حالتی ممکن نیست پس در وقت وجود آن تاوان خواهد بود و این موجب فساد بیع می گردد. و مالکیان: این طور مثال ذکر کرده اند که اسپ نر را به خاطر باردار کردن اسپ ماده به اجاره گرفته شود تا اینکه بار دار شود، این نوع عقد درست نمی باشد از جهت جهالت زیرا آن مفضی بر تاوانی شدن صاحب اسپ ماده می گردد در صورتیکه آن اسپ به زودی حمل بگیرد، و اگر به زودی حمل نگیرد تاوان متوجه صاحب اسپ ماده خواهد شد.^۱

نوع دوم: شرط کردن یک امر ممنوع.^۲

نوع سوم: شرط کردن یک امریکه مخالف شریعت باشد.^۳

نوع چهارم: شرط کردن شرطیکه مخالف، یا مناقضی مقتضای عقد بوده و یا منافی مقصود عقد باشد، مثال: شخصی خانه ای خود را به این شرط به فروش برساند که خود وی در آن برای یک مدتی سکونت نماید، بیع باطل می گردد، یا این طور شرط نماید که آنرا نمی فروشد، این صحیح نمی باشد، و یا خانمی را به این شرط ازدواج کند که برش حلال نباشد، این عقد درست نمی باشد، زیرا این شرط منافی مقتضای عقد می باشد.^۴

نوع پنجم: شرط کردن شرطی که مفضی بر جهالت باشد، و از مثال های آن: یک مثال اینست که یک چیز را به پول نقد به فروش برساند الی محصولی محصول پس این بیع درست نمی باشد، زیرا وقت در آن مجهول است.^۵

۱. البدائع، ج ۵، ص ۱۶۸ و الجمالیة، الدسوقی، ج ۳، ص ۵۸.

۲. البدائع، ج ۵، ص ۱۶۹.

۳. مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳۳.

۴. الدسوقی ۳ / ۳۰۹ - ۳۱۰ (ط. الفكر)، المهذب ۱ / ۲۷۵ (ط. حلب)، كشف القناع، ج ۵، ص ۹۷.

۵. مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۲۰.

نوع هشتم: شرط کردن یکی از متعاقدين بالای صاحب خود عقد ديگر، و یا شرط کردن فروشنده شرطی را که بیع بر آن معلق باشد، مثال آن: چنانچه در کشف القناع ذکر گردیده است که اگر شرط نماید سلم را، یا بیع به قرض، یا اجاره، یا شرکت، یا بیع به نقد، یا نقد غیر آن، یا غیر پول، پس شرط نمودن چنین شروط بیع را باطل می گرداند، چنانچه حنابله تصریح نموده است، از جهت بودن آن از قبیل دوبیع دریک بیع منهی عنه، ونهی تقاضای فساد را می کند مانند: این قول که برای تو این چیز را می فروشم اگر اینقدر پول بیاروری، و یا این طور بگویند که اگر فلانی را ضی شد برای تومی فروشم، درین صورت بیع درست نمی شود، زیرا مقتضای بیع انتقال ملک است درحالت بیع باع کردن، و شرط مانع آن می گردد.^۱

نوع هفتم: شرط نمودن شرطی که عقد تقاضای آنرا نمی کند، اما در آن منفعتی برای بائع و یا مشتری خواهد بود، ونه از شروطی می باشد که تعامل بر آن در بین مردم جاری شده باشد، مثال: فروشنده بر این شرط خانه ای خود را به فروش برساند که برمدتی یک ماه خود وی در آن سکونت نماید، وبعد آنرا برای مشتری تسلیم نماید، یا زمین را بر این شرط به فروش برساند که یک سال آنرا زراعت نماید، یا مرکبی را بر این شرط به فروش برساند که برای یک ماه آنرا سواری نماید، یا لباسی را بر این شرط به فروش برساند که به مدت یک هفته آنرا بپوشد، یا مشتری برای وی قرض بدهد، یا چیزی را برای وی هبه نماید، یا دخترش را به وی ازدواج کند، یا برای وی بر اینقدر بفروشد، و مانند: این ها، یا لباس را بر این شرط بخرد که فروشنده آنرا برای وی کالا جور کند، و یا گندم را بر این شرط بخرد که آنرا آرد جو رکند و از قبیل این شروط. پس بیع در تمام این شروط فاسد می گردد، چنانچه که احناف بر آن تصریح نموده است، زیرا زیادت منفعت مشروطه در بیع ربا می باشد، زیرا زیادتیکه در مقابل آن در عقد بیع عوضی نمی باشد، و آن تفسیر ربا می باشد، و بیعیکه در آن ربا و یا شبه ای ربا باشد، آن بیع، بیع فاسد است.^۲

ج: قسم دوم از اقسام دوگانه شرط فاسد

قسم دوم از اقسام دوگانه شرط فاسد: آن عبارت از آن است که تصرف با آن شرط درست باقی بماند، با توجه به اینکه شرط کننده آنرا ساقط کرده باشد، یا تصرف با آن شرط صحیح باشد برابر است که شرط کننده آنرا ساقط کرده باشد و یا ساقط نکرده باشد. از این تعریف واضح می گردد که این نوع نیز بر دو قسم

۱. کشف القناع، ج ۳، ص ۱۹۳.

۲. البدائع، ج ۵، ص ۱۶۹. مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳۳.

تقسیم می‌گردد، یکی آن است که با آن شرط حکم به صحت آن کرده می‌شود، و قتیکه شرط کننده تصرف را ساقط نماید، مالکیان: آنرا در اقسام شرط باطل ذکر نموده اند، و ضابطه نزد ایشان اینست؛ شرط کردن یک امریکه مناقض مقصود بیع باشد، یا در آن خللی در پول ایجاد شود، و یا مفوضی به غرر در هبه باشد، بنا بر این ضابطه بر سه نوع تقسیم می‌شود.

نوع اول: شرط کردن یک امریکه منافی مقصود بیع باشد، مثال: بایع بالای مشتری این شرط را نماید که مشتری نه می‌فروشد، و نه هبه می‌نماید، و مانند: این‌ها قتیکه شرط کننده این شرط را ساقط نماید پس بیع درست می‌گردد.^۱

نوع دوم: شرط کردن امریکه مخل به ثمن بوده و مفوضی بر جهالتی باشد که در آن زیادت باشد اگر شرط سلم از مشتری باشد، یا به نقص اگر از طرف بائع باشد، مانند: بیع و شرط کردن سلم از یکی آنها زیرا انتفاع به سلم از جمله ای پول، و یا مبیعه، آن مجهول است، پس شرط کننده اگر این شرط را حذف نماید عقد صحیح می‌گردد.^۲

نوع سوم: شرط کردن امریکه مفوضی به غرر باشد، مثال: آن در هبه آنست که یک شخص یک اسپ را به شخصی دیگری بدهد که سالها بر آن جهاد نماید، و اهب این شرط را نماید که موهوب له بر آن اسپ در آن سالها خرج نماید بعدا اسپ ملک کسی شود که برای وی داشته است، پس چنین عقد جایز نیست، از این جهت که در آن غرر است.^۳

در قسم دوم: شرطی که توسط آن به صحت تصرف حکم کرده می‌شود، برابر است که شرط کننده آنرا ساقط کرده باشد، و یا ساقط نکرده باشد، و این قسم شامل می‌شود آن شروطی را که ساقط می‌گردد و تصرف با آن صحیح می‌شود در نزد احناف، و شروطی باطله ای که تصرف با آن نزد مالکیان: صحیح می‌گردد، و شروطی فاسده ای که تصرف با آن نزد شوافعی، و حنابله رحمهم الله صحیح می‌گردد، و ضوابط آن قبلا گذشت.^۴

۱. الدسوقی، ج ۳، ص ۵۹-۶۶.

۲. همان اثر، ص ۶۶-۶۷.

۳. جواهر الإکلیل ۲ / ۲۱۵ (ط. المعرفة)، التاج والإکلیل هامش مواهب الجلیل (۶ / ۶۱ - ۶۲ ط. النجاح

۴. مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۳۲-۴۵.

مطلب سوم - شرط باطل

تعریف شرط باطل بر آن شرطی گفته می‌شود که غیر از شرط صحیح و شرط فاسد می‌باشد؛ نه عقد آنرا تقاضا می‌کند، نه مناسب عقد می‌باشد، نه نصی بر آن وارد شده باشد، نه متعارف می‌باشد، و نه در آن منفعتی برای یکی از متعاقدين، و یا معقود علیه از اهل استحقاق می‌باشد.^۱

در جای دیگر چنین بیان شده است که، شرط باطل عبارت از شرطی است که فاقد انواع شروط صحیح باشد و در آن برای متعاقدين و اشخاص ثالث فایده نباشد و موجب تضرر یکی از عاقدین گردد، مانند: اشتراط بایع بر مشتری مبنی بر عدم فروش مبیعه و عدم هبه آن به شخص دیگر، یا اشتراط بایع بر مشتری مبنی بر متروکه و غیر سکنی گذاشتن خانه فروخته شده برای مدت معین، یا اشتراط بایع بر مشتری مبنی بر منع راندن موتر توسط شخص معین در اوقات معین و نظیر این‌ها. در صورت شرط باطل، عقد صحیح و شرط باطل پنداشته می‌شود اعم از اینکه عقد معاوضی و یا غیر معاوضی باشد.^۲ بنابراین، انواع آن قرار ذیل است:

نوع اول احناف: آنرا ذکر نموده است، و آن عبارت است از شرط کردن شرطی که عقد تقاضای آن را نمی‌کند، نه مناسبی مقتضای عقد باشد، نه در شرع وارد شده باشد، نه در عرف جایز باشد، نه در آن منفعتی باشد برای یکی از متعاقدين، و نه از برای معقود علیه از اهل استحقاق. و مثالش: همان طوریکه در بدائع ذکر است، اگر شرط نماید یکی از مزارعین در مزارعت که من سهم خود را به شما نمی‌فروشم، و نه هبه می‌کنم، در این صورت مزارعت جایز است و شرط باطل. زیرا درین شرط منفعتی برای کسی نمی‌باشد، لذا موجب فساد نیست، چرا؟ زیرا فاسد شدن بیع در چنین شروط متضمن ربا خواهد بود، و این به سبب زیادتی منفعتی که در عقد شرط گردیده است که در مقابل آن عوضی نمی‌باشد و نه در این شرط موجود می‌باشد، زیرا در آن منفعتی برای کسی نمی‌باشد، مگر در ذات خود شرط فاسد است، ولی در عقد مؤثر نمی‌باشد لذا عقد جائز است و شرط باطل.^۳

۱. البدائع، پیشین، ج ۵، ص ۱۷۰.

۲. همان اثر، ج ۴، ص ۳۰۵۵؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۱۱۳۳.

۳. الدسوقی، ج ۳، ص ۱۱۲.

نوع دوم مالکيان: آن را ذکر نموده اند که شرط نمودن برائت مبیعه از عیوب، و یا از استحقاق، پس اگر شخصی سامان یا حیوانی را به شرط برائت از عیوب به فروش برساند، و در بعدی مشتری از عیب قدیمی که در مبیعه بوده اطلاع یابد مشتری می تواند که آن مبیعه را برگرداند و شرط برائت معتبر نمی باشد.^۱

نوع سوم: شرط کردن شرطی که مخالف و یا منافی مقتضای عقد باشد، بدون کدام نقصان بر مقصود عقد و این نوعی است که مالکيان، شوافعی، و حنابله آن را ذکر نموده اند. و از مثالهای این نوع یک مثال اش نزد مالکيان: این است که اگر صاحب ودیعت بالای مودع تاوان را شرط نماید پس تاوان بالای وی نمی باشد و قتیکه تلف شود در محلیکه در آن تاوان بالای وی نمی باشد، زیرا دست مودع، دست امانت است، بناء تاوان نمی باشد مگر به تجاوز کردن در ودیعت و اما انتها پس تاوان نمی باشد درین صورت و قتیکه تلف شود پس شرط ملغی گردیده و دیعت درست می شود. و از مثالهای این نوع نزد شوافعی: یک مثال این است که اگر شخصی بگوید که این خانه را برای تو در مدت یکسال اعمار می نمایم پس در قول جدید اگر همراهی قول خود اینطور گفته باشد که اعمار مینمایم آنرا پس و قتیکه وفات شدم دوباره برای من برگردد، یا برای وارث من پس این هبه و اعمار صحیح است در قول اصح و به آن اکثر علماء فیصله نموده اند چنانچه در روضه ذکر گردیده است، و شرط را ملغی قراردادند. و از مثالهای این نوع نزد حنابله: یک مثال این است که اگر شرط نماید که تاوان بالای من نیست، یا این طور شرط نماید و قتیکه مبیعه را خرج نماید، و اگر خرج نکند آن را بر می گرداند، پس این شرط بیع را باطل نمی کند.^۲

نوع چهارم: شرط کردن یک امریکه مفضی بر جهالت باشد، و یا شرط کردن یک امر غیر مشروع مثال: گاو را بر این شرط به فروش برساند که روزی یک پیمان شیر بدهد، پس چنین شرط صحیح نمی شود از جهت عدم قدرت بر آن و یا عدم ضبط کردن آن، یعنی هر روز شیر آن یک پیمان باشد، این ممکن نیست. بنابراین، شرط را احناف به اعتبار حکم بر سه نوع تقسیم نموده اند: شرط صحیح، شرط فاسد، شرط باطل، و ایشان فرق نموده اند بین شرط فاسد و باطل از همین جهت ایشان می گویند که بر سه نوع است، اما جمهور فقهاء آنرا بر دو نوع تقسیم نموده: و ایشان در بین فساد و بطلان فرق قائل نمی باشند، بلکه هر دو را یکی می دانند، و هر یک دارای انواع متعدد بوده و ائمه ای اربعه پیرامون هر یکی ظوابطی را وضع نموده اند،

۱. الخرشی ۴ / ۳۲۸ (ط . بولاق) ، مغنی المحتاج ، ج ۲ ، ص ۳۰۸ .

۲. همان اثر ، مغنی المحتاج ، ص ۳۳-۳۴ .

احناف و مالکیان: به این نظر اند که شرط باطل می‌گردد، و تصرف برحالت خود باقی می‌ماند، ایشان بر این قول خود مثال‌ها ذکر کرده‌اند، شوافعی و حنابله درباره‌ی شروط فاسد به یک نظر می‌باشند، ایشان می‌گویند که تصرف به همراهی شرط فاسد صحیح بوده، و شرط فاسد می‌گردد، و ایشان نیز بر این استدلال خود مثال‌ها ذکر کرده‌اند.^۱

نوع پنجم حنابله: فقهای حنابله و به صورت مشخص ابن تیمیه و ابن القیم وسیع‌ترین نظریات را در باره‌ی آزادی اشتراط در عقود ارایه کرده‌اند. فقهای مذکور بر این نظر اند که اصل در شروط اباحه و اطلاق است. بنابراین، هر شرطی که در آن منفعت و یا مصلحت برای عاقدین وجود داشته باشد مانند: اشتراط صفت معین در مبیع و یا در یکی از زوجین، اشتراط در منفعت معقود علیه در عقد بیع مانند: سکونت در منزل مبیعه برای مدت معین بعد از فروش آن، دوختن جامه توسط بایع به مشتری، اشتراط زوجه بر زوج مبنی بر عدم ازدواج دوم، یا عدم مسافرت با وی در شهردیگر و نظیر این‌ها شروط صحیح تلقی گردیده و وفاء به آن واجب است اعم از اینکه در عقود معاوضوی مالی یا در تبرعات و یا در توثیقات یا به تعبیر نویسندگان ق. م تأمینات و یا عقد ازدواج باشد. بنابراین، در صورت عدم وفاء به مفاد عقد، طرف مقابل می‌تواند عقد را فسخ نماید. باوجوداین، فقهای حنابله شرطی که منافی مقتضای عقد و شرطی که از آن نهی شده است را مستثنا قرار داده‌اند^۲ که هر یک ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد:

(۱) شرط منافی مقتضای عقد: فقهای حنابله بر این باور اند که اشتراط هر نوع شرط در عقد جواز دارد، مگر شرطی که منافی مقتضای عقد باشد: مانند اشتراط بایع بر مشتری مبنی بر عدم فروش مبیعه به صورت مطلق، یا عدم وقف آن در امور خیریه و یا عدم اجاره دادن مبیعه جهت سکونت. در چنین موارد، عقد صحیح و شرط باطل است. زیرا، چنین شروطی موجب حرمان مشتری از استفاده از حقوق ناشی از عقد: یعنی، منفعت مبیعه می‌گردد.^۳

(۲) شرطی که از آن نهی شده (منهی عنه): فقهای حنابله بر این نظر اند که اشتراط شرط منهی عنه و یا شرطی که مخالف حکم خداوند عَزَّ وَجَلَّ و پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ او است جواز ندارد مانند: اشتراط بایع بر

۱. العثماني، محمد تقی، فقه البیوع، بیروت: نشر، دارالکتب العلمیه، بی تا، ج ۱، ص ۴۸۸

۲. همان اثر، ج ۱، ص ۴۸۹.

۳. همان اثر، ج ۱، ص ۴۸۹.

مشتری مبنی بر اجاره خانه به شخص معین یا هبه شی معین برای او، یا اشتراط مشتری بر بایع مبنی بر فروش شی معین برای او و یا دادن مبلغ معین از قرض به او، یا اشتراط منع فروش محصول زراعت، مگر برای مشتری، و یا اشتراط زن دومی بر مرد مبنی بر طلاق دادن زن اولی و نظیر این‌ها. شروط مذکور شروط فاسد اند و در نتیجه موجب فاسد شدن عقد می گردند. زیرا، چنین شروط موجب بروز نزاع بین متعاقدین می گردند. مزایای که فقه حنبلی در باب آزادی اشتراط در عقود دارد،^۱ در موارد آتی ظاهر می گردند:

(۱) در ازدواج: فقهای حنابله بر مبنای اصل آزادی اشتراط در عقود، شرط گذاشتن در ازدواج را جایز می دانند. بنابراین، فقهای حنابله بر خلاف، سایر فقهای اهل سنت، اشتراط شرطی را که در آن منفعت برای یکی از طرفین عقد ازدواج متصور باشد و با موضوع عقد ازدواج و نصوص حقوق اسلام متعارض نباشد، جایز می دانند، مانند: اشتراط زوجه مبنی بر عدم سفر با زوج به شهر دیگر، عدم انتقال زوجه در اقامتگاه زوج و زندگی در خانه زوجه، عدم ازدواج با زن دومی و یا طلاق دادن زوجه اولی و اشتراط یکی از زوجین مبنی بر متمول بودن جانب مقابل. برعکس، شرط گذاشتن در ازدواج برای مدت مؤقت، عدم پرداخت مهر، عدم فراهم نمودن نفقه برای زوجه، عدم استمتاع جنسی زوجین از همدیگر و نظیر این‌ها به سبب تعارض با اصول ازدواج و حقوق اسلام به نظر فقهای حنابله صحیح تلقی نمی گردد. در نتیجه، در صورت اشتراط زوجه و عدم وفای زوج به آن، زوجه بین نفاذ و فسخ عقد به سبب عدم وفای جانب مقابل مخیر است و می تواند آن را فسخ و یا نافذ نماید.^۲

(۲) در تبرعات: فقهای حنابله بر این عقیده اند که متبرع می تواند به حصول منافع آنچه تبرع نموده است، شرط نماید. پس، واهب، واقف، متصدق می توانند حصول منفعت آنچه را هبه، وقف و صدقه نموده اند برای مدت معین شرط کنند مانند اینکه: واهب حصول منفعت از خانه موهوبه را برای مدت حیات خویش شرط گذارد.^۳

(۳) در عقود معاوضات: فقهای حنابله بر این عقیده اند که اشتراط در حصول منفعت قسمتی از مبیعه مشروط بر این که منفعت معلوم باشد، جواز دارد مانند: اشتراط بایع بر مشتری مبنی بر سکونت در خانه

۱. البدائع، ج ۵، ص ۲۷۸.

۲. همان اثر، ج ۵، ص ۲۷۸.

۳. همان اثر، ج ۴، ص ۳۰۶۰.

مبیعه برای مدت معین، حصول منفعت از رکوب موتر برای مدت معین و نظیر این‌ها. علت معلوم بودن منفعت در عقود معاوضوی بر خلاف عقود تبرعی استوار بودن معامله بین طرفین بر اساس تعادل به نحوی که یکی موجب رسانیدن غبن فاحش به دیگری نشود است. بنابراین، لازم است تا منفعت معلوم و معین باشد تا موجب بروز نزاع بین طرفین عقد نگردد.

۴) تعلیق تصرفات به شرط: فقهای حنابله تعلیق تصرفات را به شرط در همه انواع عقود، فسوخ، تبرعات و التزامات اعم از بیع، اجاره، کفاله، اقاله، ابراء، ازدواج و نظیر این‌ها جایز می‌دانند، مانند اینکه: زنی به مردی بگوید: «اگر پدر، برادر، کاکا و غیره من تراضی نماید، شما را در برابر این مقدار مهر تزویج می‌نمایم».^۱

خلاصه این بحث: از تعاریفی که در باب شرط ارایه شد، به خوبی استنباط می‌گردد که برخی عناصر هستند که بدون آنها شرط پدید نمی‌آید که در اصطلاح از آنها به مقدمات شرط تعبیر می‌شود، که عبارت اند از:

۱). در زمان آینده یا مستقبل باشد: در موردی که تحقق شرطی در زمان گذشته یا حال شرط شود، گنجاندن آن در ضمن شرط بی‌فایده است و موضوعیت ندارد. بنابراین، شرط باید در زمان آینده باشد. در نتیجه، جایز نیست، شرط امری گذشته و یا حال باشد. زیرا، نمی‌توان به چنین امری شرط گفت.^۲ امر مستقبل خود نیز بر دو قسم است: ۱) ایجابی مانند اینکه واهب در ضمن عقدهبه شرط کند، که موهوب له ازدواج کند. ازدواج کردن (شرط) امری ایجابی است؛ و ۲) سلبی، مانند اینکه واهب در ضمن عقد شرط کند که موهوب له تا یک سال به سفر نرود؛

۲). وقوع شرط باید محقق نباشد: این عنصر به عنوان مقدمات شرط در فقه کاملاً یک اصلی شناخته شده است مانند اینکه: شخصی ناگزیر از انجام کاری باشد و انجام آن کار از وظایف او باشد، شرط تحقق نمی‌یابد. به عنوان مثال، نمی‌توان گفت من این مال را به تو می‌فروشم به شرط اینکه ثمن آن را به من پرداخت نمایی. زیرا، وقوع این امر (پرداخت ثمن) امری محقق است.

۱. رد المحتار، ج ۴، ص ۴۰۰.

۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۱۱۲۹.

۳) شرط باید ناممکن نباشد: به عنوان مثال، شخصی نمی تواند ضمن عقد بیع شرط کند که این کالا را به شرطی به تو می فروشم که اسپِ مرده مرا زنده کنی و یا آسمان را به زمین آوری. در نتیجه، شرط باید ممکن الوقوع باشد.^۱

مبحث سوم: - انواع شرط به اساس تعلیق

مطلب اول - شرط تعلیقی و شرط فاسخ

شرط به دو نوع است: شرط تعلیقی و شرط فاسخ

الف: شرط تعلیقی

شرط تعلیقی عبارت از شرطی است که وجود تعهد وابسته به آن است. شرط تعلیقی را «شرط واقف» نیز می گویند.^۲ به عبارت دیگر: وقتی که وجود تعهد متوقف بر حصول شرط شود، به طوری که به محض تحقق شرط، تعهد به وجود آید و با تخلف از آن، تعهد به وجود نیاید، شرط را در چنین حالتی «شرط تعلیقی» یا «شرط واقف» می گویند. بنابراین، شرط تعلیقی یعنی شرطی که وجود تعهد متوقف بر آن است به طوری که اگر از آن تخلف شود، تعهد به وجود نیاید مانند این که پدری هبه خود به فرزندش را معلق بر ازدواج او نماید. در این مثال، ازدواج یک امر تعلیقی است. اگر این شرط محقق شد و فرزند ازدواج کرد، تعهد پدر به انجام هبه به وجود خواهد آمد. اگر از این شرط تخلف شد و فرزند اقدام به نکاح نکرد، تعهد پدر به هبه وجود نخواهد آمد.

ب: شرط فاسخ

اگر تعهد بالفعل وجود داشته باشد و سقوط آن منوط به وقوع شرط باشد، چنین شرطی را «شرط فاسخ» می گویند.^۳

بنابراین، «شرط فاسخ» شرطی است که سقوط تعهد متوقف بر وجود آن است مانند این که داین قسمتی از دین خویش را به شرط این که مدیون اقساط باقی مانده را در موعد مقرر پرداخت نماید، نادیده

۱. همان اثر، ج ۲، ص ۱۱۲۹.

۲. همان اثر، صص ۲۱ و ۲۲.

۳. نظام الدین، عبدالله، حقوق و جایب، پیشین، ص ۱۴۱.

بگیرد. شرط داین در این مثال شرط فاسخ است که اگر از آن تخلف شود، یعنی مدیون در پرداخت اقساط باقی مانده تأخیر کند، نادیده گرفتن قسمتی از حق توسط داین نیز منتفی خواهد شد. پس، تعهد معلق به شرط فاسخ فوراً به وجود می آید و نافذ می شود، اما سقوط آن معلق به شرط قرار می گیرد. اگر شرط محقق شد، تعهد از بین می رود و اگر شرط محقق نشود، تعهد به یک تعهد قطعی و منجز تبدیل می شود.^۱

مطلب دوم- انواع (اجل تعلیقی و اجل فاسخ)

اجل به دو نوع ذیل تقسیم می شود:

الف: اجل تعلیقی

اجل تعلیقی عبارت از اجلی است که اجرای تعهد معلق و منوط بر آن است، زیرا تا زمانی که اجل سپری نشود، تعهد نافذ و لازم التادیه نمی گردد. مثال های اجل تعلیقی فراوانند. به حیث مثال، تعهد قرض گیرنده به پرداخت قرض، معلق به اجل تعلیقی است. تعهد هر یک از مستأجر، مستعیر و مستودع به رد عین مستأجره، عین معاره و ودیعه، مؤجل به اجل تعلیقی است. هرگاه مشتری، متعهد به پرداخت ثمن به شکل اقساط شود، تعهدی او مؤجل به آجال تعلیقی و پی در پی است. همچنین، تعهد مقاوله کار به تسلیم شی ای که محل عقد مقاوله قرار گرفته است به کارفرما در فراشد زمان معین اجل تعلیقی است.^۲

ب: اجل فاسخ

هرگاه سقوط تعهد، نه نفوذ آن، منوط به فرا رسیدن اجل گردد، آن را «اجل فاسخ» می نامند. اجل فاسخ در عقود تدریجی بیشتر مصداق پیدا می کند. به طور مثال، موجری که در برابر مستأجر متعهد می شود امکان انتفاع از عین مستأجره را در طول مدت اجاره برای او فراهم کند، کارگری که در برابر کارفرما تعهد به انجام کار را در مدتی معین بر عهده می گیرد، کسی که فراهم کردن غذا را به مکتب و یا بیمارستان در طی مدت معین متعهد می شود، شخصی که پرداخت حقوقی را به دیگری در طول حیات او

۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۳۵.

۲. همان، ص ۹۴.

به عهده می‌گیرد، صاحب حق انتفاعی که به مدت عمر خود و یا در زمان معین از عینی منتفع می‌گردد، همه از مثال‌هایی هستند که در مورد عقد تدریجی به کار برده شده‌اند.^۱

مبحث چهارم: - استدلال به مفهوم شرط

این مبحث مشتمل از مطالبی است که عبارتند از: تعلیق حکم شرط توسط کلمه *إن*، اثر شرط جعلی و تعلیقی بر تصرفات و اثر شرط تقییدی بر تصرفات می‌باشد. که قرار ذیل بحث که مرتبط به این مطالب است، به بررسی می‌پردازیم:

مطلب اول - تعلیق حکم به شرط توسط کلمه *إن*

حکم وقتیکه بر شرط معلق شود آن وقت تحقق پیدا می‌کند که شرط موجود گردد، طوریکه از آیات قرآن کریم ثابت است، همچنان امر وقتیکه بر شرط *و یا* به صفت معلق گردد، آیا تقاضای تکرار را می‌کند یا خیر؟ درین باره اختلاف علماء است، البته بحث بالا آن صورت گرفته است. بنابراین، معلق کردن حکم به شرط به واسطه *ای* کلمه *إن* و یا دیگر ادوات شرط، از شروط لغوی در قول الله تبارک و تعالی ذکر است:

﴿وَأِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^۲

ترجمه: و اگر باردار باشند پس بر آنان خرج کنید تا آن که وضع حمل کنند.

بنابراین، آنچه که از آیه مبارکه به دست می‌آید به چهار امر دلالت می‌کند:

۱- ثبوت مشروط در وقت ثبوت شرط.

۲- دلالت کلمه *ای* *إن* بر آن، یعنی *إن* دلالت بر این می‌کند که مشروط بدون شرط موجود

نمی‌شود.

۳- عدم مشروط در وقت عدم شرط

۴- دلالت *إن* بر آن، یعنی دلالت *إن* بر عدم مشروط در وقت عدم شرط.

فهلذا، امریکه به شرط معلق گردیده باشد تقاضای تکرار را می‌کند چنانچه که در این قول الله متعال آمده است (و اگر جنب بودید - و خواستید نماز بخوانید، همه بدن خود را بشوئید). تقاضا می‌کند تکرار

۱. همان، صص ۹۹ و ۱۰۰.

۲. قرآن کریم، سوره الطلاق، آیه ۶.

مأمور به را در وقت تکرار شرط. بنابراین قول که امر مطلق تقاضای تکرار را می‌کند. اما بنابر قول که امر مطلق تقاضای تکرار را نمی‌کند و نه دافع آن می‌باشد، پس در اینجا مقتضی تکرار است از جهت لفظ و نه از جهت قیاس، یا مقتضی تکرار نیست، نه از جهت لفظ، و نه از جهت قیاس، یا از جهت لفظ تقاضای تکرار را نمی‌کند، اما از جهت قیاس مقتضی تکرار است، و این صورت محل اختلاف است.^۱

همچنان، امریکه به شرط معلق گردیده باشد تقاضای تکرار را می‌کند چنانچه که در این قول الله متعال آمده است:

﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا ﴾^۲

ترجمه: و اگر جنب بودید و خواستید نماز بخوانید، همه بدن خود را بشوئید.

تقاضا می‌کند تکرار مأمور به را در وقت تکرار شرط، بنابراین، قول که امر مطلق تقاضای تکرار را می‌کند. اما بنابر قول متذکره، که امر مطلق تقاضای تکرار را نمی‌کند و نه دافع آن می‌باشد، پس در اینجا مقتضی تکرار است از جهت لفظ و نه از جهت قیاس، یا مقتضی تکرار نیست، نه از جهت لفظ، و نه از جهت قیاس، یا از جهت لفظ تقاضای تکرار را نمی‌کند، اما از جهت قیاس مقتضی تکرار است، و این صورت محل اختلاف است.^۳

خلاصه، این عبارت این است که علمای اصول درباره امر مطلق اختلاف نظر دارند، بعضی از احناف به این نظر اند که امر مطلق تقاضای تکرار را می‌کند، جمهور می‌گویند که امر مطلق تقاضای تکرار را نمی‌کند، و ایشان بر این قول خود سه صورت را بیان نموده اند که آخرین صورتش محل اختلاف است.

مطلب دوم - امر معلق به شرط و صفت

وقتیکه امر به شرط یا به صفت معلق گردد، طبق مثال متذکره در بالا: یعنی تعلیق امر به شرط (و اگر جنوب بودید همه بدن خود را بشوئید).

﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾^۴

۱. محب الله بن عبدالکشمور بهاری، هندی، مسلم الثبوت، قاهره: نشر، المطبعة الحسينية المصرية، ۱۳۲۶، ج ۱، ص ۴۲۳-۴۳۲.

۲. قرآن کریم، سوره المائدة، آیه ۶.

۳. همان اثر، ص ۱۰.

۴. قرآن کریم، سوره المائدة، آیه ۳۸.

ترجمه: مرد سارق وزن سارقه پس قطع نمائید دست‌های هردورا.

همچنان، مثال دیگر: اگر تعلیق امر به صفت (مرد سارق وزن سارقه پس قطع نمائید دست‌های هردورا) آیا تقاضای تکرار می‌کند یا خیر؟ در این رابطه علماء اختلاف نموده اند که سه مذهب است.

۱- قول اول اینست که تقاضای تکرار را می‌کند اما از جهت لفظ، یعنی لفظ امر که معلق به شرط یا به صفت باشد، از برای تکرار وضع گردیده است. و این قول بسیاری از اصحاب مالک و شافعی رحمهم الله است؛ زیرا شروط لغوی اسباب است، و به تکرار سبب، حکم نیز تکرار می‌گردد، پس دو امر جمع می‌گردد از جهت تکرار وضع و سببیت.

۲- قول دوم اینست که امر تقاضای تکرار را نمی‌کند نه از جهت لفظ و نه از جهت قیاس، و این قول کسی است که می‌گوید حکم بروصف مرتب گردد بر علت دلالت نمی‌کند.

۳- قول سوم اینست که امر تقاضای تکرار را نمی‌کند به اعتبار لفظ و از جهت قیاس متقاضی آن است، و این قول در نزد احناف و حنابله صحیح بوده، رازی، آمدی، بیضاوی، و ابن حاجب مالکی این قول را اختیار کرده اند، ایشان می‌گویند که امر تکرار می‌گردد، و قتیکه شرط و یا صفت علت باشد؛ زیرا به تکرار علت معلول نیز تکرار می‌گردد، و راجح هم همین است، لذا کسی که به خانم خود بگوید، و قتیکه در خانه داخل شدی طلاق هستی، به این لفظ فقط یک طلاق واقع می‌گردد، اگر چه خانمش دخول را تکرار نماید، ولی یک طلاق واقع می‌گردد، اگر چه اضافه از یک طلاق را هم نیت کرده باشد؛ زیرا معلق به شرط در وقت وجود شرط مانند: منجز می‌باشد، و این صیغه که از مرد صادر شده برای خانمش در وقت تنجیز احتمال عدد و تکرار را ندارد، همچنان در وقت تعلیق بر شرط و قتیکه شرط موجود باشد.^۱

۱. عبدالوهاب، خلاف، علم و اصول فقه، پیشین، ص ۲۲۸-۲۲۹.

فصل سوم

نظریات فقها و دانشمندان در رابطه به احکام شرط و

تعلیق در عقود معاوضه

این فصل دارای مباحث ذیل می باشد:

۱. مبحث اول: بیان اقسام عقود به اعتبار تعلیق

۲. مبحث دوم: احکام شرط مقترن بر عقد

عقد تعلیق به شرط در زمان انعقاد آن منعقد نمی‌گردد، مگر اینکه شرط معلق علیه موجود گردد. برعکس، عقد مضاف به زمان آینده منعقد گردیده، ولی اثر بر آن در زمان آینده مترتب می‌گردد. در خصوص تعلیق عقود به شرط معلق در فقه اختلاف وجود دارد: حنا بله تعلیق تصرف به شرط را در کلیه عقود اعم از بیع، اجاره، کفالت، ازدواج و غیره جایز می‌دانند: مانند اینکه شخصی بگوید: اگر کالاهایم امروز برسند آن را به تو فروختم! فقهای حنا بله در تأیید این نظر به حدیث پیامبر ﷺ استناد می‌نمایند که فرموده است:

«المسلمون عندهم شروطهم، إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً».^۲

ترجمه: «مسلمانان باید در شرط‌های که می‌بندند، پایبند باشند، مگر شرطی را که حرامی را حلال و یا حلالی را حرام کند».

برعکس، فقهای حنفیه عقود را از ناحیه تعلیق به شرط و عدم آن به سه دسته تقسیم نموده‌اند، که در ادامه این فصل به تمام موارد آن خواهیم پرداخت.

در جای دیگر، تعلیق حکم شرط این است که عقد در آن بزرگ امری معلق شده باشد که بعد از تحقق آن امر، عقد موجود می‌شود، لهذا وقتی که آن امر تحقق پیدا کند، عقد تمام می‌گردد، یا از وقت متحقق شدن آن امر، در آن عقد، احکام شرط ثابت می‌گردد. چنانچه که گفته شده است:

هو التعلیق يمنع المعلق عن السببیه للحکم فإن نحو: أنت طالق سبب لطلاق فی الحال، فإذا قال أنت طالق إن دخلت الدار، منع انعقاده سبباً للحال، جعله متأخراً إلى وجود الشرط فعند وجوده ینعقد سبباً مفضیاً إلى حکمه فهو الطلاق.^۳

ترجمه: یعنی، تعلیق مانع معلق می‌گردد از سببیت برای حکم یعنی شرط مانع مشروط می‌گردد مانند: اینکه شوهر به خانم خود بگوید تو طلاق هستی، پس این کلام سبب واقع شدنی طلاق فی الحال می‌گردد، اما وقتی که بگوید اگر در خانه داخل شدی طلاق هستی، پس این کلام سبب منع واقع شدنی طلاق فی الحال

۱. البدائع، ج ۵، ص ۲۸۶.

۲. رواه أبو داود شماره حدیث: ۳۵۹۴، حدیث صحیح.

۳. رد المحتار ج: ۲۰ ص: ۴۰۲.

می‌گردد، زیرا وقوع طلاق را متاخر گردانیده است الی وجود شرط، پس وقتیکه شرط موجود گردد، مشروط نیز موجود می‌گردد که طلاق است. در نزد علمای احناف عقد بر تعلیق مرتب می‌گردد، بر اینکه عقد موجود نمی‌گردد مگر بعد از ثبوت آن امریکه عقد بر آن معلق گردیده باشد، پس وقتیکه ثابت گردد آن امریکه عقد بر آن معلق گردیده است عقد موجود گردیده، و نیز احکام و آثار عقد بر آن از وقت ثبوت شرط مرتب می‌گردد.^۱

بنابراین، در این، فصل تلاش می‌گردد که موارد را طبق عنوان فصل در دو مبحث جداگانه، مورد بررسی قرار دهد که در مبحث اول: بیان اقسام عقود به اعتبار تعلیق و در مبحث دوم: حکم شرط مقترن بر عقد می‌باشد.

مبحث اول: - بیان اقسام عقود به اعتبار تعلیق

این مبحث مشتمل بر سه مطلب می‌باشد که در مطلب اول: عقود که تعلیق را مطلقاً قبول نمی‌کند، ولو که شرط صحیح باشد، در مطلب دوم: عقود که تعلیق را مطلقاً قبول می‌کند و در مطلب سوم: عقود که شرط مناسب را قبول می‌کند. جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مطلب اول - عقود که تعلیق را مطلقاً قبول نمی‌کند

نوع اول عقود یکه تعلیق را مطلقاً قبول نمی‌کند، مطلبش اینست که آن عقود به شرط فاسد، فاسد می‌شود و یا معلق کردنش به کدام شرطی درست نمی‌شود، آن عقودیکه تعلیق را مطلقاً قبول نمی‌کند، آن عبارت از عقود تملیکات اند، و عقود تملیکات عقود معاوضات، و عقود تبرعات هر دو را شامل می‌شود. چنانچه که بیان شده است:

ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به.^۲

ثم إعلم أن قوله: لا يصح تعليقه، ليس المراد به بطلان نفس التعليق مع صحة المعلق، لأن ما كان من التمليكات يفسد بالتعليق، بل المراد أنه لا يقبل التعليق بمعنى أنه يفسد به.^۳

۱. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۱۷۷.

۲. الدر المختار، ج ۵، ص ۲۴.

۳. همان اثر، ج ۸، ص ۴۹۷.

عقود لا تقبل التعليق على الشرط ويشمل هذا النوع عقود التمليكات وهي إما عقود معاوضات أو عقود تبرعات^۱.

ترجمه: عقودیکه بر شرط فاسد باطل می‌گردد، و تعلیقشان به آن درست نمی‌باشد. باز بدان، این قول که تعلیق اش به شرط فاسد صحیح نمی‌باشد، مراد از آن باطل شدنی نفس تعلیق نمی‌باشد با صحیح بودن معلق، زیرا آنچه که از تملیکات باشد به سبب تعلیق فاسد می‌گردد، بلکه مراد این است که تعلیق را قبول نمی‌کند بر این معنی که به سبب تعلیق فاسد می‌گردد. عقود یکه تعلیق بر شرط را قبول نمی‌کند و این نوع عقود تملیکات را شامل می‌گردد که آن عبارت از عقود معاوضات و یا عقود تبرعات می‌باشد.

در جای دیگر می‌آید که عقودی که تعلیق را نمی‌پذیرند قرار شرح ذیل اند:

۱- تملیکات مالی به استثنای وصیت: عقود تملیکی به استثنای وصیت تعلیق به شرط را نمی‌پذیرند اعم از اینکه عقود مذکور بر اعیان از قبیل: بیع، ابراء و یا منافع از قبیل: اجاره، عاریت واقع گردد خواه در برابر عوض باشد یا بدون آن؛

۲- مبادلات غیر مالی: در مبادلات غیر مالی مانند: ازدواج و خلع تعلیق عقد به شرط، صحیح تلقی نمی‌گردد، مانند اینکه: مرد خطاب به زن بگوید: اگر از این جنگ نجات یافتم ترا نکاح می‌نمایم! یا اینکه بگوید: اگر برادرم رضایت نشان بدهد ترا مخالعت می‌نمایم! زیرا، در عقد ازدواج و خلع باید اثر و نتیجه در زمان حال ایجاد گردد.

۳- تقییدات: در تقییدات مانند: رجعت به زوجه مطلقه رجعیه، عزل و کیل و حجر صبی مأذون به تجارت.

۴- رهن و اقاله: معلق نمودن عقد رهن به شرط صحیح نیست مانند اینکه: شخص به دیگری بگوید: اگر پدرم راضی شود، این خانه را به شما به رهن می‌دهم!
همچنین، معلق نمودن اقاله به شرط مانند اینکه شخص به دیگری بگوید: اگر مشتری پول بیشتری بدهد، بیع را اقاله می‌نمایم! جواز ندارد.^۲

۱. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۱۷۵.

۲. نظام الدین، عبدالله، حقوق وجایب، پیشین، ص ۱۷۶.

الف: اقسام عقود معاوضات و حکم تعلیق آن

اقسام عقود معاوضات و احکام تعلیق آنها به سه بخش تقسیم بندی شده است که قرار ذیل اند:

الف - هر دو عوض مال باشد، مثلاً (بیع).

ب - یک عوض مال باشد و جانب دیگر منفعت باشد، مثلاً (اجاره).

ج - یک عوض مال باشد و عوض دیگر نه مال باشد و نه منفعت، مثلاً (نکاح و خلع).

عقود معاوضات، عبارت از معاوضه مال به مال، یا به منفعت، و یا مالیکه در مقابل آن نه مال باشد و نه منفعت، یعنی در اقسام سه گانه قسم اول که معاوضه مال در مقابل مال است، آن عقود به شروط فاسد، نیز فاسد می شود، به این طور که معلق کردنش بر شرط فاسد این عقد نیز فاسد می گردد، یعنی تعلیقش درست نمی باشد، بنا برین، این از قبیل تملیکات است، و مقتضای تملیکات این است که آثار آن فی الحال مرتب شود، لذا معلق کردن آن بر شرط مخالف مقتضای عقد بوده و تعلیقش بر شرط فاسد صحیح نمی باشد.^۱ نوع اول عقود معاوضات، و آن عبارت از تبدیل نمودن مال بر مال می باشد، ولی بر شرط فاسد، نیز فاسد می گردد، و تعلیقش همچنان باطل می گردد از جهت داخل شدنی آن در تملیکات زیرا تملیکات عام است.^۲ یعنی نوع اول که مبادله مال بر مال می باشد این از قبیل تملیکات بوده که آثار آن فی الحال ثابت می گردد، و معلق نمودن آن بر شرط منافی مقتضای عقد بوده پس تعلیق آن صحیح نمی باشد.^۳

تعلیق و شرط و یا بیع به خیار شرط صحیح می باشد به خلاف قیاس: در کتب عربی چنین بیان گردیده است: *إلا فی صورة واحدة وهی أن یقول: بعت منک هذا إن رضی فلان فإنه یجوز إن وقته ثلاثة أيام، لأنه اشتراط الخیار إلى أجنبي وهو جائز.*^۴

ترجمه: نوع اولی عقود معاوضات که مبادله ای مال در مقابل مال می باشد، تعلیقش بر شرط درست نمی باشد مگر در یک صورت و آن این است که شخصی این طور بگوید که این نمی چیز را برای تو می فروشم اگر فلان کس راضی شود، پس این قسم بیع جایز می باشد اگر الی سه روز وقت بدهد، زیرا

۱. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۷۲.

۲. رد المحتار، ج ۷، ص ۴۹۶.

۳. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۷۹.

۴. رد المحتار، ج ۷، ص ۴۹۹.

در این بیع سپردن خیار شرط به شخص اجنبی بوده و آن جایز می‌باشد، اما قیاس می‌گوید که تعلیقی این عقد هم درست نمی‌باشد، یعنی تقاضای قیاس این است که از جهت خیار شرط این بیع نیز فاسد می‌گردد. صلح به مال در مقابل مال، تعلیقی این عقد نیز درست نمی‌باشد؛ زیرا، صلح کردن به مال در مقابل مال، معلق کردن آن نیز صحیح نمی‌باشد، چنانچه یک شخص این طور بگوید که اگرزید آمد من با تو صلح می‌نمایم، زیرا معاوضه ای مال در مقابل مال بوده و این نیز بیع می‌باشد، بناء تعلیقش درست نمی‌باشد، چرا که در صلح هر دو جانب مال بوده و از جهت معاوضه ای مالی در حکم بیع می‌باشد.^۱

تقسیم مال و زمین مشترک نیز در حکم بیع بوده و احکام بیع در آن جاری می‌گردد، بناء شرط فاسد، و یا تعلیق در این عقود موجب فساد می‌گردد؛ من جمله از آن تقسیم کردن مال و زمین نیز می‌باشد، مثال: چند اشخاص خانه را تقسیم نمایند و رضای یک نفر را در این تقسیم شرط نمایند، پس چنین تقسیم بر شرط تعلیق درست نمی‌باشد؛ زیرا تقسیم در آن معنای مبادله است پس آن مانند بیع می‌باشد. بناء شرط تعلیق در چنین عقد موجب فساد عقد می‌گردد.^۲

قسم دوم عقود معاوضات که مال در مقابل منفعت می‌باشد، معلق کردن آن به شرط درست نمی‌باشد یعنی در تعلیق آن بر شرط عقد فاسد می‌گردد؛ در هر عقدی که معامله ای مال در عوض منفعت باشد تعلیق آن بر شرط در زمان آینده درست نمی‌باشد مانند: عقد اجاره. چنانچه در عقد اجاره مال در عوض منفعت می‌باشد، بناء معلق کردن آن بر شرط درست نمی‌باشد، زیرا در آن تملیک منفعت و اجرت می‌باشد، تعلیق در تملیکات صحیح نمی‌باشد.^۳

همچنان، معلق کردن عقد اجاره بر شرط درست نمی‌باشد؛ زیرا در آن تملیک منفعت و اجرت بوده تعلیق تملیکات درست نمی‌باشد، مثال: اگر یک شخص، برای شخص دیگر این طور بگوید که اگرزید بیاید، من خانه ای خود را برای تو به اجاره میدهم اجاره فاسد گردیده درست نمی‌شود.^۴

عقد مزارعت و عقد مساقات نیز از قبیل عقد اجاره است، لذا تعلیق آنها بر شرط صحیح نمی‌باشد؛ مزارعت و مساقات مانند: اجاره است و تعلیقشان جایز نمی‌باشد؛ زیرا آن دو اجاره می‌باشند، لذا اگر شخصی

۱. ردالمحتار، ج ۷، ص ۵۰۲.

۲. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی ص ۷۳.

۳. همان اثر، ص ۷۳.

۴. ردالمحتار، ج ۷، ص ۵۰۰.

برای شخص دیگر بگوید که اگر زید بیاید من زمین خود را و یا انگور خود را برای تو به اجاره می‌دهم، مزارعت و مساقات هر دو فاسد گردیده درست نمی‌شوند.^۱

قسم سوم، عقود معاوضات که تبادله‌ای مال در مقابل آنچه که نه مال می‌باشد و نه منفعت: عقودی که معامله‌ی مال در مقابل آنچه باشد، که نه مال باشد و نه منفعت؛ پس تعلیق آن‌ها مطلقاً درست نمی‌باشد. یعنی برابر است که شرط مناسب عقد باشد و یا مخالف عقد در هر دو حالت تعلیقشان صحیح نمی‌باشد.^۲

مثال: عقد نکاح از همین قبیل می‌باشد معلق کردنش بر شرط درست نمی‌باشد: معلق کردن نکاح به شرط صحیح نمی‌باشد، مثال: کسی برای یک کسی دیگر این طور بگوید که اگر پدرم راضی شود با تو ازدواج می‌کنم نکاح منعقد نمی‌گردد از جهت تعلیق آن به خطر چنانچه در عمادیه و غیره ذکر شده است، آنچه که در درر ذکر گردیده است در آن نظر یعنی شبه‌ای وجود دارد، و همچنان مضاف بر زمان آینده نمی‌شود، مثال: این طور بگوید که فردا و یا پس فردا با تو ازدواج می‌کنم این قول هم صحیح نمی‌باشد.^۳

همچنان، در رد المحتار: و در این طور گفته است که: تعلیق نکاح بر شرط صحیح نمی‌باشد مثال: پدر برای دختر خود بگوید که اگر به خانه داخل شدی تو را به نکاح فلان شخص میدهم و فلانی گفت که من باوی ازدواج می‌کنم، پس تعلیق صحیح نمی‌گردد اگر چه نکاح صحیح شود، و آن قول که در آن نظر و شبه‌ای وجود دارد، زیرا به عدم صحت نکاح معلق در فتح، خلاصه، بزازیه، خانیه، تاتارخانیه، و فتاوی ابی لیث، جامع الفصولین، و قنیه تصریح گردیده است، و صاحب درر ممکن که باوی نکاح معلق بر شرط با نکاح مشروط به شرط فاسد خلط شده باشد، در حالیکه در بین این دو فرق واضح و روشن وجود دارد.^۴

بنابراین، تعلیق نکاح به شرط، و اضافت اش به زمان آینده درست نمی‌باشد، یعنی نفس تعلیق درست نمی‌باشد اگر چه نکاح درست شود، و این مطلب را فقهاء در کتب متعدد ذکر کرده اند.

عقد خلع نیز از قبیل عقد نکاح بوده، تملیک در آن نیز وجود دارد و تعلیق اش به شرط صحیح نمی‌باشد: هر چه در جانب آن: یعنی عقد خلع از قبیل عقد نکاح است زیرا آن هم معاوضه‌ای مال است و

۱. رد المحتار، همان اثر، ج ۷، ص ۵۰۶.

۲. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۷۴.

۳. الدر المختار، ج ۳، ص ۵۳.

۴. همان اثر، ج ۴، ص ۱۵۱.

در آن تملیک مال در مقابل عوض بوده و احکام معاوضه ای مال در آن نیز رعایت کرده شود مانند: بیع و امثال آن.^۱

ب: اقسام عقود تبرعات و حکم تعلیق آن

عقودیکه تعلیق بر شرط را مطلقاً قبول نمی کند، آن عبارت از عقود تبرعات است؛ بنابراین، اقسام عقود تبرعات و حکم تعلیق آن قرار ذیل به بررسی گرفته می شود:

الف - قسم اول: و آن اینست که اثرش در زنده گی متبرع مرتب می شود مانند: وقف هبه و غیره تعلیق آن بر شرط صحیح نیست.

ب - قسم دوم: و آن اینست که اثرش بعد از مرگ متبرع واقع می گردد مانند: وصیت

عقود تبرعات و آن اینست که اثرش در زنده گی متبرع مرتب می شود مانند: وقف هبه و غیره یا بعد از وفات وی مانند: وصیت، و این نوع اول نظر به صحت تعلیق نوع دوم را نیز شامل می شود زیرا وصیت عبارت از تملیک مضاف به ما بعد موت است یعنی مالک گردانیدن یک شخص را در یک چیز بعد از مرگ، و قسم دوم تعلیقش بر شرط درست است چرا که در وصیت تملیک بعد از مرگ واقع می شود.^۲

۱ - قول وقف: تعلیق وقف درست نمی باشد، زیرا آن از جمله ای آنچه که بر آن قسم خورده می شود نمی باشد، پس کسی بگوید که فرزندم اگر بیا ید خانه اش وقف نمی گردد، زیرا شرط وقف این است که منجز باشد یعنی خواهم نمود، پس فرزندش بیا ید خانه اش وقف نمی گردد، زیرا شرط وقف این است که منجز باشد یعنی مطلق باشد و به کدام شرطی معلق نباشد، ولی وقف در این قول معلق گردیده است، و احتمال تعلیق را ندارد.^۳

هبه نیز از قبیل وقف بوده و معلق کردنش بر شرط درست نمی باشد، هر چه اول: یعنی هبه، پس آن اینست که معلق نباشد بر آنچه که از برای آن خطر وجود و عدم باشد و نه مضاف بروقت باشد، به این طور

۱. ردالمحتار، ج ۵، ص ۸۹.

۲. همان اثر، ج ۵، ص ۸۹.

۳. ردالمحتار، پیشین، ج ۷، ص ۵۰۷.

که شخصی برای شخص دیگر بگوید که این چیز را برای تو فردا هبه می‌کنم و یا در سری فلان ماه، زیرا هبه تملیک عین فی الحال را گفته می‌شود، و آن احتمال تعلیق با الخطر و اضافت الی وقتی را ندارد مانند: بیع.^۱

۲- بیان: روایت دوم درباره ای وقف این است که معلق کردنش بر شرط درست می‌باشد، ولی مطلب آن این است که شرط مناسب را قبول می‌کند و روایتی که صحت تعلیق وقف را ثابت نموده است در آن روایت بیان نکرده است آن شرطی را که تعلیق اش بر آن صحیح می‌باشد آیا فقط شرط مناسب عقد است و یا شرط مطلق، یعنی مناسب عقد و یا غیر مناسب؟^۲

قول به جواز تعلیق وقف بر شرط، محصور بر شرط مناسب است، یعنی شرطیکه مناسب مقتضای عقد باشد، چنانچه شأن هبه است پس هر دو عقد تبرع اند و مرتب شده بر آن خارج شدن ملک فی الحال برای موهوب له، و به این تعبیر این دو فرق دارند از وصیت، آنکه تملیک مضاف به ما بعد موت است، یعنی مالک گردانیدن یک شخص را در یک چیز بعد از وفات مالک آن چیز، و بر این اعتبار معلق کردن وصیت به شرط مطلقاً صحیح می‌باشد. یعنی دروقف و هبه تعلیق بر شرط جایز است به شرطیکه مناسبی آن دو باشد، و نه بر مطلق شرط، اما در وصیت جایز است که مطلقاً معلق کرده شود برابر است که شرط مناسب باشد و یا غیر مناسب.^۳

بنابراین، تقاضا عبارتی که بار دوم از اسعاف نقل شده است و آن این است وقف به شرط فاسد باطل می‌گردد، با وجودی اینکه وقف معامله مال بر مال نمی‌باشد، درحالی که به جواز شرط استبدال فتوا داده شده است، یعنی تبدیل نمودن شرط فاسد با شرط مناسب؛ و لازم نمی‌گردد از ذکر مصنف آنرا در اینجا که وقف از قبیل آن عقود است به شرط فاسد باطل می‌گردد. از این جهت که ما قبلاً تذکر داده ایم که وقف به شرط فاسد باطل نمی‌گردد بلکه در عزمیه ذکر گردیده است که قاضی خان تسریح نموده است که وقف به شروط فاسد باطل نمی‌گردد.

ولی توفیق ممکن است در بین آن، و در بین آنچه که در اسعاف ذکر گردیده است، و آن این است که شرط فاسد عقد تبرع را باطل کرده نمی‌تواند و قتیکه موجب آن نقض عقد نباشد از اصل آن، پس اینطور

۱. بدائع الصنائع، ج ۵، ص ۳۲۱.

۲. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۸۴.

۳. همان اثر، ص ۸۴.

شرط کردن که اصل زمین از واقف باشد و یا ملک وی از مال موقوفه زایل نگردد، و یا اینکه آنرا به فروش برساند بدون استبدال یعنی: بدون تبدیل نمودن این شروط به شرط مناسب در این صورت عقد نقض می گردد از این جهت که عقد تبرع است.^۱

بنابراین، تعلیق بر شرط و یا تقیید بر شرط هر دو بشمار است، در آن دو از جهت خلطیت شبه پیدا می شود، دروقف و غیره تعلیق بر شرط درست نمی باشد، و حال اینکه تقیید بر شرط مناسب درست می باشد.

مطلب دوم - عقود که تعلیق را مطلقاً قبول می کند

عقود که تعلیق را مطلقاً قبول می کند عبارت اند از:

۱- اسقاطات محض: مانند طلاق و تنازل از حق شفعه؛

۲- وکالت و وصیت؛

۳- التزاماتی که موجب تقویت اراده ملتزم می گردد مانند: نذر و سوگند. چنانچه، به عنوان مثال، شخص بگوید: اگر در امتحان کامیاب شوم چند روز روزه می گیرم، یا این مقدار پول را صدقه می دهم، یا بگوید: اگر به دشمن غلبه حاصل نمایم فلان کار را می نمایم!^۲

همچنان، قسم دوم از اقسام سه گانه ای عقود به اعتبار قبول کردن تعلیق و نه کردن آن، عقودی است که تعلیق با الشرط را مطلقاً قبول می کند، و آن دو قسم عقود مراد است. که طبق قرار ذیل به بررسی گرفته می شود:

الف - عقود الولایات الخاصه مانند: وکالت و ایصاء

عقودیکه معلق کردن آنها بر شرط مطلقاً درست می باشد و آن عقود ولایات خاصه است مانند: وکالت و ایصاء، و عقود تبرع آنکه آثارش بعد از مرگ متبرع مرتب می گردد مانند: وصیت.^۳

بنابراین، آن عقودیکه در آن ولایت خاص می باشد مانند: وکالت، معلق کردن آن بر شرط مطلقاً درست می باشد، برابر است که شرط مناسب باشد و یا غیر مناسب مثال: شخصی برای شخص دیگر بگوید که اگرزید بیاید تو وکیل من خواهی بود در بیع این غلام، در این مثال: وکالت را معلق بر شرط کرده است که

۱. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۸۵

۲. نظام الدین، عبدالله، حقوق و جایب، پیشین، ص ۱۷۷.

۳. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۸۵

آن قدوم زید است، شرط کردن به قدوم زید صحیح می‌باشد، بنابراین، توکیل از اطلاقات است، اطلاقات از قبیل آن چیزهای است که احتمال تعلیق با الشرط را دارند، لهذا معلق کردن وکالت بر شرط صحیح می‌باشد.

همچنان، آن دو عقد، یعنی وکالت و ایصاء اگرچه از عقود ولایات اند، مگر ولایت در اینجا خاص است، مانند: ولایت عامه نیست مثال: تولیت قضاء و امارت، زیرا اثر ولایت خاص از متعاقدین تجاوز نمی‌کند، به خلاف ولایت عامه، زیرا اثر آن بر اجتماع بر می‌گردد، بنابراین، معلوم می‌گردد که آن سبب جواز تعلیق آخیر فقط بر شرط مناسب است.^۱

بنابراین، از این عبارت فرق پیدا می‌شود در بین ولایت خاصه و ولایت عامه، ولایت خاصه اثرش فقط بر متعاقدین متعدی است، ولایت عامه اثرش بر اجتماع و مردم متعدی می‌شود.

به همین ترتیب، عقود ولایات! یا خاص می‌باشد و یا عام پس اگر خاص در بین دو شخص باشد، چنانچه در وکالت و ایصاء که تعلیق آنها بر شرط مطلقاً درست می‌باشد برابر است که شرط مناسب باشد و یا غیر مناسب.^۲

بنابراین، عقود ولایات بر دو قسم است خاص و عام، در عقود ولایت خاص تعلیق بالشرط مطلقاً جائز است، برابر است که شرط مناسب عقد باشد، و یا مخالف عقد.

بازرکن توکیل گاهی مطلق می‌باشد و گاهی معلق بر شرط مانند: اینکه یک شخص برای شخص دیگر بگوید: که زید اگر بیاید شما وکیل من خواهی بود در فروختن این غلام، زیرا وکیل گردانیدن یک شخص، این تصرف مطلق است، و اطلاقات از جمله ای آن چیزهای اند که احتمال تعلیق بر شرط را دارند.^۳ و در برزازیة: ذکر شده است که وکالت بر شروط فاسد باطل نمی‌گردد هر شرطی که باشد، و در آن معلق کردن وکالت بر شرط جائز است.^۴

اطلاقات، به آن عقود گفته می‌شود که به ذریعۀ آن عقود در اختیار خود دوم را شریک کردن مقصود باشد.^۱

۱. همان اثر، ص ۷۶.

۲. همان اثر، ص ۸۴.

۳. بدائع الصنائع، ج ۵، ص ۱۵.

۴. رد المحتار، ج ۷، ص ۵۱۲.

عقد ایصاء نیز از قبیل عقد وکالت است لهذا معلق کردنش بر شرط صحیح می‌باشد. و ایصاء، آن عبارت از وصی ساختن شخصی یعنی شخصی را وصی گردانیدن، و وصیت بر مال، پس آن دو مفید نمی‌باشند مگر بعد از مرگ مالک بناء تعلیق و اضافتشان جائز است.^۲

ب - عقودیکه مطلقاً تعلیق بر شرط را قبول می‌کند، قسم دوم آن عقود تبرعات است مانند وصیت. وصیت، مثال شخصی برای شخص دیگر بگوید که اگر فلانی اجازه بدهد من ثلث مال خود را برای شما وصیت می‌کنم، و در بزازیه ذکر شده است که معلق کردن وصیت بر شرط جائز است، زیرا آن در حقیقت اثبات خلافت در وقت موت است، و معنای صحت تعلیق این است که اگر شرط موجود شود موصی باید مال داشته باشد، و اگر موصی مال داشته باشد، موصی له مستحق ثلث مال می‌گردد، و اگر موصی مال نداشته باشد هیچ چیزی برای موصی له نمی‌باشد.^۳

بنابراین، معلق کرن وصیت به مطلق شرط جائز است برابر است که شرط مناسب عقد باشد و یا مخالف عقد، لهذا در وقت تحقق شرط موصی له ثلث مال را مستحق می‌گردد، و اگر شرط موجود نشود برای وی هیچ چیزی نمی‌باشد.

مطلب سوم - عقود که شرط مناسب را قبول می‌کند

عقود که شرط مناسب را قبول می‌کند، از نظر عرفی و شرعی با اقتضای عقد مناسب باشد؛ بدین معنی که: برای وجود عقد اساس و یا برای ثبوت آن سبب قرار بگیرد، مانند اینکه: شخص بگوید: مثلاً اگر شخصی مرا قرض بدهد، من کفیل او می‌شوم، یا بگوید: اگر امور تجارت را به خوبی پیش ببری، به تجارت اجازه می‌دهم. بنابراین، عقودی که تعلیق آن به شرط ملایم صحیح است.^۴

همچنان، در جای دیگر می‌آید که، قسم سوم از اقسام سه گانه ای عقود به اعتبار قبول کردن تعلیق و عدم قبولیت آن، آن عقود است که معلق کردن آن بر شرط مناسب درست می‌باشد، و این چنین عقود سه نوع عقود مراد است.

۱. قاموس الفقه، ج ۴، ص ۴۰۶.

۲. ردالمحتار، ج ۷، ص ۵۱۸.

۳. همان اثر، ج ۷، ص ۵۱۰.

۴. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۴، ص ۳۱۳۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱، ص ۷۰۸.

الف - التزامات مثل: كفاله، وحواله

ب - اطلاقات مثل: اذن به تجارت

ج - ولايات عامه مثل: قضاء و امارت^۱

عقود که شرط مناسب راقبول می کند عبارت از عقودی است که معلق کردنشان صرف به شرط مناسب صحیح می باشد، داخل می شود در تحت این نوع التزامات من جمله از آنها كفاله و مانند: آنها حواله، اطلاقات مثال اذن به تجارت، و ولايات مانند: قضاء و امارت.^۲

همچنان شرط مناسب به آن شرط گفته می شود که تأکید کننده مقتضای عقد می باشد، گویا اینکه سبب ظاهر کردن حق می باشد، یا واجب کننده حق می باشد، و یا وسیله ای حق می باشد.^۳

الف: التزامات

از اقسام سه گانه مذکور قسم اول آن در التزامات كفاله است. وقتی که كفاله بر شرط معلق کرده شود پس شرط مذکور سبب از برای ظاهر کردن حق باشد، یا واجب کننده حق باشد و یا در جمله وسیله ای ادای حق باشد جائز است، مثال: شخصی برای شخص دیگر اینطور بگوید که اگر میباید به استحقاق برده شود من ضامن هستم زیرا استحقاق میباید سبب ظاهر کردن حق است، و همچنان بگوید که وقتی که زید آمد من ضامن هستم زیرا قدوم زید وسیله برای ادای حق می باشد. از این جهت جایز است که مکفول عنه باشد، و یا مضاربت باشد، پس اگر شرط سبب ظاهر کردن حق نباشد، نه از وجوب آن، و نه وسیله ای برای ادای حق، تعلیق اش بر شرط جایز نمی باشد، مثال اینطور بگوید که وقتیکه باران ببارد، یا باد وزید و یا زید در خانه داخل شد من کفیل هستم زیرا در كفاله معنای تملیک است و قبلا آنرا ذکر نمودیم که تعلیق عقود تملیکات درست نمی باشد.^۴

۱. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۷۶، ۷۷.

۲. ردالمحتار، پیشین، ج ۹، ص ۱۸.

۳. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۷۶.

۴. بدائع الصنائع، پیشین، ج ۴، ص ۶۰۲.

وقاعده اینست که معلق کردن کفاله بر شرط جایز نمی‌باشد، مگر شرطیکه ملحق بر آن باشد و به ظهور تعلق گیرد، یا وسیله ای حق باشد در مجموع مناسب عقد باشد، پس تعلیق بر چنین شرط جایز می‌باشد، زیرا جواز کفاله به سبب عرف است و عرف در مثل این نوع شرط می‌باشد و نه در غیر آن.^۱

ب: اطلاقات

از اقسام سه گانه ای مذکور قسم دوم اطلاقات است که تعلیقشان به شرط مناسب صحیح می‌باشد. اطلاقات مثل اذن به تجارت: و قتیکه اذن به تجارت به شرط مناسب معلق کرده شود جائز است، مثال: اگر کسی برای طفل بگوید که اگر تو به سن پانزده سالگی رسیدی برای تو اجازه ای تجارت را می‌دهم، تعلیق بر چنین شرط جائز بوده و این شرط مناسب مقتضای عقد است، اما اگر تعلیق بر شرط غیر مناسب باشد یعنی اذن به تجارت را بر شرط غیر مناسب معلق کند مثال: این طور بگوید که اگر باد بوزد و یا باران بیبارد برای تو اجازه ای تجارت را می‌دهم پس تعلیق بر چنین شرط درست نمی‌باشد، زیرا این شرط مناسب مقتضای عقد نمی‌باشد.^۲

ج: ولایت عامه

از قبیل آن عقود که معلق کردنش صرف بر شرط مناسب درست می‌باشد عقد ولایت عامه است. قضاء و امارت ولایت عامه است پس معلق کردن آن بر شرط مناسب صحیح می‌باشد، مثال: اگر کسی بگوید که من به فلان شهر وصل شدم، قضاوت آن شهر را برای تو می‌سپارم و یا اینطور بگوید که امارت آن شهر بر تو می‌دهم پس این تعلیق درست می‌باشد، از این خاطر که این شرط، شرطی مناسب است، چرا که قاضی و یا امیر ساختن آن شخص در آن شهر می‌باشد، اما بعد از وصل شده نش بر آن شهر، و نه قبل از وصول، بناء این شرط مناسب مقتضای عقد بوده، و تعلیق بر چنین شرط درست می‌باشد، به خلاف این که اینطور عقو در بر شرط غیر مناسب معلق نماید، پس این نوع تعلیق درست نمی‌باشد، مثال: اگر کسی بگوید که اگر باد بوزد، شما را متولی قضاوت و یا امارت آن شهر می‌گردانم این صحیح نمی‌باشد.^۳

۱. همان اثر، ص ۶۰۲.

۲. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۷۸.

۳. همان اثر، ص ۷۸.

به همین ترتیب، قبلا عقود را به اعتبار قبول کردن تعلیق و عدم قبول آن بر سه قسم ذکر نمودیم، ولی از اقسام سه گانه، قسم اولی آنها اینطور عقود اند که مطلقا تعلیق بر شرط را قبول نمی کنند، و آن عقود تملیکات اند که شامل دونوع عقود می باشند، عقود معاوضات و عقود تبرعات، البته در کتب فقه مسائل و جزئیات آنها ذکر گردیده اند، و قتیکه در آنها دیده شود معلوم می گردد که در این عقود در بعضی صورتها معلق کرده نشان بر شرط درست می باشد با وجود عدم تعلیق، بنا بر این در اینجا درباره آن وضاحت و تفصیل مزید ذکر خواهیم نمود، به این طور که اکنون ذکر نمودیم که عقود تملیکات بر دو قسم است (۱) عقود معاوضات (۲) عقود تبرعات، در عقود تملیکات اگر معاوضه ای مال بر مال باشد مثال: بیع، یا در عوض مال منفعت باشد مثال: اجاره، و یا در عوض مال علاوه از مال و منفعت چیزی دیگری باشد مثال: نکاح، در آنها تعلیق بر شرط درست نمی باشد، از این جهت که آنها از قبیل عقود تملیکات اند، و اثری (حکم) آنها به طوری فوری ثابت می گردند، مطلب تعلیق بر شرط این است که در وقت پوره شدن شرط حکم آن عقود مرتب می گردد، پس در آن صورت معنای قمار متحقق می شود، به همان طور احتمال وجود شرط و عدم آن هر دو وجود دارد.^۱ البته از آن حکم چند صورت مستثنی می گردد:

۱ - بیعی که معلق کردن آن بر شرط مناسب صحیح می باشد.

مثال: اگر کسی بیع را معلق کند به رضای یک شخص اجنبی، این خیار برای سه روز موقت باشد، به طور خیار شرط این تعلیق درست بوده و معلق کردن بیع بر اینطور شرط صحیح می باشد و عقد تقاضای آنرا می کند، و این شرط مطابق مقتضای عقد می باشد، مثال: اگر کسی اینطور بیع کند که اگر پول برایش داده شود می فروشم، اگر مشتری در مجلس پول مبیعه را ادا نماید، این بیع استحسانا جائز می باشد، در صورت اول با وجود تعلیق شرط بیع درست می شود و بعضی فقهاء این صورت را استثنائی می گویند، یعنی این تعلیق در معنای خیار شرط بوده از همین خاطر خلاف قیاس درست می باشد. و درباره صورت دوم فقهاء می گویند که این تعلیق در اصل تعلیق نیست، بلکه مقتضای عقد می باشد در تعلیق بر شرط الفاظ تعلیق ذکر می گردد:^۲

۱. همان اثر، نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ۷۹.

۲. همان اثر، ص ۷۹.

إلا في صورة واحدة وهي أن يقول: بعت منك هذا إن رضی فلان فإنه يجوز إن وقته ثلاثة أيام، لأنه اشتراط الخيار إلى أجنبي وهو جائز!

وأما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساد، كما إذا اشترى بشرط أن يملك المبيع، أو باع بشرط أن يملك الثمن.... فالبيع جائز، لأن البيع يقتضى هذه المذكورات من غير شرط، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد.

بنابراین، تعلیق برچنین شرط، عقد تقاضای آنرا می کند چرا که اگر در این قسم بیع شرط نباشد بعد از اتمام بیع ادا کردن پول برای بائع ضروری می باشد، لهذا آنرا به طور شرط ذکر کردن تاکید و محکم کننده ای مقتضای عقد بوده، و عقد تقاضای آن را می کند.

۲- اجاره ای که معلق کردن آن بر شرط مناسب صحیح می باشد.

مثال: غاصب خانه ای کسی را غصب کند و بعد مغضوب منه برای وی بگوید که آن خانه را فارغ کن ورنه همراه باید اجرت آن را پردازی این عقد صحیح می گردد با وجود اینکه این عقد بر عدم تفریغ معلق کرده شده و عدم تفریغ احتمال وقوع را هم دارد، او می تواند که آن را فارغ کند و یا نکند و یا به ذریعه ای اجاره رضایت بر بقاء پیدا می شود.^۳

علامه شامی رحمه الله برای صحیح شدن مثال مذکور بالا این وجه را تحریر فرموده است که به طور فوری بالای غاصب فارغ نمودن خانه ضروری است؛ لکن وقتیکه او خانه را فارغ نکند معلوم می شود که او فی الحال به اجاره راضی شده است، گویا که مغضوب منه عقد اجاره را به قبول کردن وی معلق کرده است یعنی این تعلیق بر قبول بوده و این درست است.^۴

بنابراین، گفتار علامه شامی رحمه الله این است که این تعلیق (فرغها والا فاجرتها ألخ) در حقیقت از قبیل تعلیق بر قبول یا تعلیق بر عدم تفریغ است این دو ازامور جداگانه است، چرا که تعلیق عقد بر قبول در مجلس عقد شده است، بلکه در مجلس عقد شده معتبر است، وقتیکه بر عدم تفریغ معلق کرده باشد آن مختلف است، بنا برین (قول غاصب و مغضوب منه فارغ بساز خانه را ورنه باید اجرت آنرا ماهانه این مقدار پول

۱. ردالمحتار، پیشین، ج ۷، ص ۴۹۹.

۲. بدائع الصنائع، ج ۴، ص ۳۷۹.

۳. درمختار، پیشین، ج ۷، ص ۵۰۰.

۴. ردالمحتار، پیشین، ج ۷، ص ۵۰۶.

بپردازی) بعد بگوید که قبول کردم این قبول در دو چیز به طرف یکی آن منسوب می‌شود، یعنی اونمی خواهد که اجاره کند. و یا به طرف عدم تفریغ یعنی اجاره را قبول می‌کند در این وقت این واضح نمی‌گردد که کدام یکی را اختیار کرده است بناء اجاره منعقد نمی‌گردد. پس وقتیکه شرط عدم تفریغ متحقق نشود، عقد اجاره به اتمام نمی‌رسد، معلوم می‌گردد که عقد اجاره فی الحال منعقد نمی‌گردد بلکه در این وقت واضح می‌گردد که غاصب بر اختیار نمودن عدم تفریغ در اجاره راضی شده است. پس اگر او در مجلس عقد عدم تفریغ یعنی بر قبول کردن اجاره وضاحت بدهد یقیناً اجاره صحیح می‌گردد، و اگر بعد از مجلس عقد وضاحت کند، مثلاً مجلس عقد بدون وضاحت ختم گردد، و در بعدی معلوم شود که وی سامان خود را خالی نکرده است و به اجرت دادن را رها کرده است، در این صورت اجاره درست می‌شود مگر یقینی گفته می‌شود که قبول اجاره در مجلس عقد نشده است، بلکه بعد از مجلس یعنی عدم تفریغ واضح گردیده است، و اگر در مجلس قبول کردم نگفته باشد، و خاموش باشد آن خاموشی و عدم تفریغ به قول علامه شامی رحمه الله به قبول اجاره دلیل گرفته می‌شود، بناء از خاموشی وی دلیل قبول شدن بعد از مجلس عقد ظاهر و ثابت می‌گردد، از تفصیل مذکور معلوم می‌گردد که در آن صورت ها عقد اجاره بریک شرط معلق گردیده است و بعد از آن تمام می‌گردد یعنی بعد از تحقق آن عقد اجاره درست می‌شود، خلاصه این می‌شود که معلق کردن اجاره بر شرط درست می‌باشد.

۳- قسم سوم عقود و معاوضات

قسم سوم عقود معاوضات که در آن یک جانب مال و جانب دیگر علاوه از مال و منفعت چیزی دیگر باشد، مثال: نکاح و غیره که معلق کردن آن با وجود شرط ملائم صحیح می‌باشد، مثال: یک زن برای یک مرد بگوید که اگر پدرم برای من اجازه بدهد، و یاراضی شود من همراهی شما ازدواج می‌کنم در خانه ذکر نموده است که این تعلیق است، و عقد نکاح احتمال تعلیق را ندارد، لهذا این تعلیق صحیح نمی‌گردد، لکن در ظهیریه ذکر نموده است که اگر پدر دختر آنجا حاضر باشد، و یا در مجلس قبول کردن را اظهار نماید، این عقد نکاح جائز می‌گردد، این سخن را امام ابی یوسف رحمه الله تحسین نموده است.^۱

بنابراین، مثال که ذکر گردید، خانم نکاح خود را به اجازه و رضای والد خود معلق کرد، این شرطی است که عقد نکاح تقاضای آنرا می‌کند، و این شرط محکم و پخته کننده عقد نکاح نیز می‌باشد، بنا برین

۱. رد المحتار، همان اثر، ج ۷، ص ۵۰۹.

اگر خانم به غیر از کف خود نکاح کند پدر حق اعتراض را دارد، لهذا این، وبه مثل این دیگر شروطیکه مطابق مقتضای عقد باشد در آن هیچ شکی نمی باشد.

همچنان، قسم دوم عقود تملیکات عقود تبرعات است، بعد در تبرعات بعضی تبرع اینطور است که حکم آن بعد از موت متبرع مرتب می گردد، مثال: وصیت؛ تعلیق آن بر شرط درست می باشد چنانچه قبلا هم ذکر کردیم؛ لکن آن تبرعات که در زندگی متبرع واقع می گردد مثال: هبه و وقف؛ در آن عقود هم تعلیق بر شرطیکه مناسب عقد باشد صحیح می باشد، مثال: هبه تعلیق آن به شرط مناسب درست می باشد، اگر شخصی برای شخص دیگر بگوید که اگر کنیز را خریداری کردم شما را مالک آن میگردانم این هبه درست می باشد، با وجودیکه این تعلیق است، مطلب این می شود که موهوب له به سبب مالک ساختن وی بر چیز موهوب قبض کرده می تواند، پس معلوم می شود که تعلیق آن بر شرط مناسب نیز صحیح می باشد.^۱

ویصح تعلیق هبه بملائم. چنانچه در عربی آمده است: قال الشامی تحت قوله (ویصح تعلیق هبه) فی البزازیة من البیوع تعلیق الهبة بان باطل وبعلی إن ملائما کهبته علی أن یعوضه یجوز، وإن مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة، اه بحر وهذا مخالف لما ذکره الشارح، لأن کلامه فی صحه التعلیق بأداء الشرط لا فی التقیید بالشرط، لأن هذا تقدم فی المتن حیث ذکر الهبة فیما لا یبطل بالشرط الفاسد، فافهم لکن فی البحر أيضا عن المناقب عن الناصحی: لوقال إن اشتریت جاریه فقد ملکتها منک یصح ومعناه: إذا قبضه بناء علی ذلك اه: أی إذا قبض الموهوب له الموهوب بناء علی التملیک یصح مع أنه معلق بان، وهو خلاف ما فی البزازیة من اطلاق بطلانه ولعله قول آخر یجعل التعلیق بالملائم صحیحا کالتقیید تأمل.^۲

همان طور که در عقود تبرعات قبلا در متعلق وقف این تفصیل گزشت اگر چه مطابق یک روایت معلق کردن وقف بر شرط درست نمی باشد؛ لکن مطابق دیگر روایت معلق کردن آن بر شرط درست می باشد.

بنابراین، در ابتدا ما سه قسم را به این طور ذکر کردیم که (۱) بعض عقود تعلیق را مطلقا قبول نمی کند (۲) بعض مطلقا تعلیق را قبول می کند (۳) بعض عقود به شرط مناسب تعلیق را قبول می کند، البته از تفصیل مذکور بالا معلوم شد که در متعلق قسم اول عقود هم همین طور جزئیات موجود می گردد، از آن ثابت می شود که آن عقود را نیز بر شرط مناسب معلق کردن درست می باشد، گرچه این طور مثال بسیار کم است،

۱. همان اثر، ص ۵۰۹.

۲. همان اثر، ص ۵۱۷.

یا به طور عموم اینطور مثالها مستثنی قرار داده می‌شود، و یا در آن کدام تاویل کرده می‌شود، بهر حال تفصیل مذکور بالا را که مد نظر گرفته شود این را هم گفته می‌توانیم که عقود به اعتبار تعلیقشان بر شرط دو قسم است:

۱- آن عقود یکه تعلیق آنها صرف بر شرط مناسب صحیح است، مثال: در عقود معاوضات بیع، اجاره و انواع آن. عقود تبرعات که در زنده گی متبرع واقع می‌گردد مثال: هبه وقف وغیره، در عقود التزامات کفاله، حواله یا اطلاعات، مثال: اذن بر تجارت و یا عقود ولایات عامه مثال: قضاء و امارت.

۲- آن عقود یکه تعلیق آنها مطلقا با شرط مناسب صحیح است مثال: در عقود ولایت خاصه و کالت ایصاء وغیره. آن عقود تبرعات که وقوع آنها بعد از موت متبرع می‌شود مثال: وصیت.^۱

مبحث دوم: - احکام شرط مقترن بر عقد

بحث احکام شرط مقترن بر عقد در این مبحث مشتمل از دو مطلب می‌باشد که در مطلب اول، شروطی که در عقود گذاشته می‌شود، مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد در ادامه در مطلب دوم بحث شروط منصوصه به بررسی قرار خواهد گرفت.

مطلب اول - شروطی که در عقود گذاشته می‌شود

عقود وقتیکه بر شروط مختلف مشروط کرده شود، بر آنها شرط مجازی گفته می‌شود و حقیقی نمی‌باشد، ولی برای آن شرط حقیقی ضروری می‌باشد که آن از قبیل امر مستقبل می‌باشد، تا به زمانیکه شرط تحقق پیدا نکند عقد منعقد نمی‌گردد؛ اما در فقه به طور عموم بر آن امور شرط مقترن بر عقد گفته می‌شود، چنانچه که شیخ مصطفی الزرقاء بیان کرده است: ومن ثم نرجح تسمیة هذا النوع (تقییدا) كما هو اصلاح الحنفیة لا (اقترانا) كما یسمیة بعضهم لأن الاقتران معنی ینطبق علی التعلیق والإضافة أيضا فلا یدل علی الخاصة یتمیز بها هذا النوع.^۲

شیخ مصطفی الزرقاء میگوید که بر اینطور عقود، عقد مقید گفته می‌شود، و یا شرائط تقیید گفته می‌شود به نسبت اقتران، چرا که معنای اقتران تعلیق، تقیید و اضافت؛ هر سه را شامل می‌شود. شروطی که در عقود

۱. همان اثر، ص ۵۱۸.

۲. حاشیة المدخل الفقہی العام، پیشین، ص ۵۷۶.

گذاشته می‌شود از دو حالت خالی نمی‌باشد یا حرام است یعنی بر معصیت تعلق می‌گیرد، و یا حلال می‌باشد، اگر آن شروط حرام باشد پس راهی وجود ندارد که به صحت آنها قول کرده شود یعنی به اتفاق همه فقهاء حرام می‌باشد، لکن اگر آن شروط حلال باشد از دو اعتبار خالی نمی‌باشد یا عقد تقاضای آن شرط را می‌کند، مثال: در متعلق آن کمی تفصیل قبلاً گذشت، و یا عقد تقاضای آن را نمی‌کند، اگر عقد تقاضای آنرا نکند آن شرط از سه حالت خالی نمی‌باشد؛ یا در آن شرط کدام منفعتی می‌باشد، یا کدام ضرر می‌باشد، و یا نه کدام منفعت و ضرر می‌باشد، اگر در آن شرط کدام منفعتی باشد باز آن از سه حال خالی نمی‌باشد، یا آن شرط مناسب عقد می‌باشد، یا ثبوت آن در نص وارد گردیده باشد، و یا عرف شده باشد، پس اگر چنین نباشد یعنی انواع مذکور هیچ یکی هم نباشد، در آن شرط منفعتی باشد، باز از سه حالت خالی نمی‌باشد، یا منفعت برای یکی از متعاقدین می‌باشد، یا برای معقود علیه، و یا علاوه از متعاقدین، و معقود علیه برای شخص اجنبی یعنی خارج از عقد باشد، باز منفعت مشروطه تحقق آن امری قینی است و یا نمی‌باشد، بلکه متردد باشد باین طور که شرط کردن آن مفضی بر غیر باشد.^۱

بنابراین، از تفصیل مذکور بالا این سخن معلوم می‌شود که شروطیکه در عقود گذاشته می‌شود در مجموع یازده قسم است.

- ۱- شرطیکه مطابق مقتضای عقد باشد قبلاً ذکر آن گذشت
- ۲- مخالف مقتضای عقد باشد البته شرط کردن آن در منفعت
- ۳- در شرط کردن آن نه منفعت باشد و نه مضرت
- ۴- در شرط کردن آن منفعت بوده و آن شرط مناسب عقد باشد
- ۵- در منفعت آن شرط نص وارد شده باشد
- ۶- منفعت آن شرط در عرف باشد یعنی شرط متعارف شود
- ۷- منفعت آن شرط برای یکی از متعاقدین باشد
- ۸- منفعت آن شرط برای معقود علیه باشد
- ۹- منفعت آن شرط برای شخص اجنبی باشد
- ۱۰- در شرط نمودن آن ضرر باشد

۱. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۲۱۰.

۱۱- آن شرط سبب غرر شود.^۱

مطلب دوم- شروط منصوصه

این شرط نه مطابق مقتضای عقد می‌باشد و نه مناسب مقتضای عقد، از این جهت که نص بالای آن وارد گردیده است آن را خلاف قیاس جائز قراردادده شده است، مثال: خیار شرط که مانع انعقاد عقد فی الحال می‌گردد. چنانچه که در منابع عربی ذکر گردیده است: والأصل فيه أن شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال فكان شرطاً مغيراً مقتضى العقد وأنه مفسد للعقد في الأصل وهو القياس إلا أننا عرفنا جواز استحساناً بخلاف القياس بالنص وهو ما^۲ روی ابن ماجه منقذ كان يغبن في التجارات فشكا أهله إلى رسول الله فقال له إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام.^۳

ترجمه: قاعده در آن اینست که خیار شرط مانع منعقد شدن بیع می‌گردد در حق حکم فی الحال یعنی در مدت خیار شرط حکم انتقال ملک در عوضین جاری نمی‌گردد، پس خیار شرط مغایر مقتضای عقد گردیده و آن مفسد عقد می‌شود، لهذا تقاضای قیاس این است که خیار شرط جائز نمی‌باشد، مگر جواز آن از جهت نص استحسانا شده است، چنانچه از حضرت حبان ابن منقذ روایت شده است که وی در خرید و فروخت فریب می‌خورد، پس خوانواده ای وی به رسول الله صلی الله علیه وسلم شکایت کردن، حضور صلی الله علیه وسلم برای ایشان گفت: به وی بگوید که وقتیکه تو بیع می‌کنی اینطور بگو که فریب نباشد و از برای من سه روز خیار است.

بنابراین، تقاضای قیاس این است که خیار شرط مطابق مقتضای عقد نمی‌باشد، زیرا تقاضای عقد ثبوت ملکیت در عوضین برای متعاقدين به طور فوری می‌باشد، اما خیار شرط مانع آن قرار گرفته و تقاضای عقداً تبدیل می‌کند، بناء عقد فاسد می‌گردد.

۱. همان اثر، ص ۲۱۱.

۲. بدائع الصنائع، ج ۵، ص ۱۷۴.

۳. رواه ابن ماجه، شماره حدیث: ۲۳۵۵، حدیث صحیح.

همچنان، خيار شرط مخالف مقتضای عقد می‌باشد، و مقتضای عقد لزوم است به طور فوری، و خيار شرط مانع آن می‌باشد، و جواز خيار شرط به خلاف قیاس است، یعنی قیاس می‌گوید که جائز نیست، اما جائز شده از جهت ورود نص صاحب هدایه می‌گوید که قبلا آن حدیث شریف را روایت نمودیم.^۱

شرط کردن خيار در عقد مانع انعقاد عقد می‌گردد در ثبوت حکم فی الحال؛ زیرا خيار شرط در مدت خيار ثبوت ملک را نفی می‌کند و مغایر مقتضای عقد واقع می‌گردد، شرط کردنی شرطیکه بر آن مرتب می‌گردد تغییری موجب عقد، آن عقد را فاسد می‌گرداند، پس تقاضای قیاس اینست که شرط نمودنی خيار شرط جائز نیست، مگر استحسان شرط کردنی آنرا جایز می‌داند، از جهت ورود نص، از حبان ابن منقذ روایت شده است که وی در خرید و فروخت فریب می‌خورد، پس خوانواده ای وی به رسول الله صلی الله علیه وسلم شکایت کردن، حضور صلی الله علیه وسلم برای ایشان گفت: به وی بگوئید که وقتیکه تو بیع می‌کنی اینطور بگو که فریب نباشد و از برای من سه روز خيار است.^۲ شرط کردن اجل و تاریخ در عقود در منابع عربی چنین تذکر یافته است:

فإن الشارع لما شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقاً فعملنا بإطلاقه، وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيداً بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده، حتى أنه لو شرع الأجل أيضاً مقيداً بمدة كنا نقول لا يزداد عليها أيضاً.^۳

ترجمه: محققاً شارع هنگامیکه اجل را به خلاف قیاس مشروع گردانید، مطلقاً آن را مشروع گردانیده است پس ما به اطلاق آن عمل مینمائیم، اما هنگامیکه خيار مشروع گردید مقید به قید سه روز و یاسه شب مشروع گردیده است، بناء در خيار به تقييد آن عمل می‌کنیم، حتی اگر مشروعیت اجل هم مقید به قید مدت میبود، همچنان می‌گفتیم که زیادت بر آن صورت نمی‌گیرد، یعنی از آن مدت اضافه نمی‌شود.

بنابراین، تقاضای استحسان اینست که شرط نمودن اجل جائز است، چرا که اینطور گفته می‌توانیم که اگر فی الحال در نزد مشتری پول نباشد، یا در مدت متعین، و یا فی الحال امکانات باشد؛ اما به طور شفقت می

۱. علی بن ابی بکر، مرغیانانی، هدایه فی شرح البدایه، پاکستان: نشر، مطبعه علم و فرهنگ، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۷.

۲. نظریه الشرط فی الفقه الاسلامی، ص ۲۱۸.

۳. فتح القدير، ج ۱۴، صص ۲۹۷-۲۹۸.

تواند که برای وی اجازه بدهد و در بعدی آن را بپردازد، و در همین باره نص وارد گردیده است، الله متعال فرموده است:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^۱

ترجمه: ای اهل ایمان، چون به قرض و نسیه معامله کنید تا زمانی معین، سند و نوشته در میان باشد. همچنان، از قبیل خیار شرط، شرط کردنی مدت و تاریخ در مبیعه ای عین، و پول عین نیز می‌باشد، و آن اینست که در تسلیم نمودن هر یکی از اینها مدتی را بیان نموده و تعیین نماید، اما قیاس تأجیل و تاریخ را اصلاً جائز نمی‌داند، زیرا در تعیین آن تاغیر مقتضای عقد می‌آید، و تقاضای عقد اینست که مبیعه و پول به طور فوری تسلیم کرده شود، زیرا در عقد معاوضه تملیک در مقابل تملیک است و تسلیم در مقابل تسلیم و تعیین نمودن وقت مانع و خوب تسلیم فی الحال گردیده و مغاير مقتضای عقد می‌باشد، مگر شرطیکه در آن مصلحت و منفعت برای صاحب اجل باشد یعنی در نزد وی پول نباشد برای وی به طور شفقت وقت داده می‌شود که در مدتی متعینه پول کمائی کرده و برای بائع آن را ادا کند، اما در اعیان ضروری نیست زیرا تعیین وقت در اعیان تاغیر محض است برای مقتضای عقد پس موجب فساد عقد می‌گردد.^۲

بنابراین، فقهاء می‌گویند که همانطوریکه خیار شرط استحساناً جائز است، تعیین اجل هم استحساناً جائز است، و قیاس هیچ یکی را جائز نمی‌داند، زیرا تعیینی خیار شرط و تعیین اجل هر دو مخالف مقتضای عقد بوده و موجب فساد عقد می‌گردد.

به همین ترتیب، کسی که یک چیز معین را به فروش برساند بر این شرط که آن را الی آغاز ماه تسلیم نمی‌کند پس چنین بیع فاسد است؛ زیرا تعیین وقت در مبیعه ای عین موجب بطلان بیع می‌گردد و این چنین شرط، شرط فاسد است، چرا؟ زیرا تعیین وقت مشروع گردیده است از خاطر رفاه و آسایش پس آن در دیون است؛ و نه در اعیان، زیرا دیون در بیع معین نمی‌باشد پس در تعیین وقت راحت و آسایش حاصل می‌شود، به خلاف مبیعه ای که عین باشد پس آن معین و حاضر است فایده ای در الزام آن نمی‌باشد تاخیر در تسلیم آن

۱. قرآن کریم، سوره البقره، آیه ۲۸۲.

۲. بدائع الصنائع، ج ۶، ص ۳.

وقتیکه فایده اش طلب حصول آن باشد و آن حاصل شده است پس ضرر برای بائع خواهد بود و هیچ نفع برای مشتری نخواهد بود.^۱

۱. فتح القدير، ج ۱۵، ص ۱۲۱.

فصل چهارم

اسباب مفسديت و طريقه تصحيح عقود آن

این فصل دارای مباحث ذیل می باشد:

۱. مبحث اول: اسباب عامه و خاصه

۲. مبحث دوم: طريقه تصحيح عقود فاسده

مبحث اول:- اسباب عامه و خاصه

این مبحث مشتمل بر دو مطلب است، که در مطلب اول، اسباب عامه مورد بررسی قرار گرفته است، به ترتیب، در مطلب دوم اسباب خاصه؛ که به طور ذیل می‌باشد:

مطلب اول - اسباب عامه

وقتی که متعاقدين يك عقد را انجام دهند، احياناً با عقد چیزهای شامل می‌شود که سبب فساد عقد می‌گردند، در آنها بعضی اسباب عام است و بعضی خاص. سببی که عقد را فاسد می‌کند وقتی که آن سبب عام باشد یعنی هر قسم عقد را فاسد کرده بتواند آن سه قسم است - (۱) جهالت (۲) غرر (۳) اکراه.

عالم مشهور حنفی محقق وقانون دان شیخ مصطفی الزرقاء^۱ می‌فرماید:

الأسباب العامة للفساد، فيما يظهر لنا با لإستقراء، لاتعدو ثلاثة: الجهالة، والغرر، والإكراه على رأی من یری الإكراه موجبا لفساد العقد لا لتوقفه.^۲

ترجمه: علل عام فساد چنانکه برای ما به استقراء معلوم شده است، از سه علل خالی نمی‌باشد، جهل، غرر، و اجبار بر نظر کسانی که اکراه را لازمه فساد عقد می‌دانند، نه موقوف بودن آن. در اسباب عامه سبب اول: جهالت است، جهالت بر دو قسم است.

الف: جهالت فاحشه

در اسباب عامه اول سببی که عقد را فاسد می‌کند جهالت است و مراد از جهالت، جهالت فاحش است که سببی نزاع بین متعاقدين عقد می‌گردد. چنانچه که در عبارت عربی در کتاب المدخل الفقهي العام به اینطور ذکر شده است:

الجهالة المفسدة للعقود في الإجتهد الحنفی إنما يراد بها الجهالة الفاحشة وهي التي تفضی- إلى نزاع مشكل، والنزاع المشكل، هو الذي يتعذر حسمه لتساوی حجة الطرفين فيه استناداً إلى تلك الجهالة.^۳

۱. مصطفی احمد الزرقاء، عالم دین، محقق، علمای فقه در عصر حاضر و استاد، به نام سوری، در سال ۱۹۰۴، متولد شده است، در گذشت او در سال ۱۹۹۹ بوده او در زمینه فقه، حدیث، و منهج فعالیت داشت.

۲. المدخل الفقهي العام، ج ۲، ص ۷۴۱.

۳. همان اثر، ص ۷۴۲.

منظور از جهل فاسد کننده ای عقود در فقه حنفی، جهل فاحش است که باعث منازعه و مشکل می شود و نزاع مشکل از آن، آن است که قابل حل نیست، زیرا استدلال دو طرف در آن بر اساس آن جهل مساوی است.

وكل جهالة تفضي إلى المنازعة فهي مفسدة للعقد^۱.

وهرجهالتي که منجر به نزاع گردد پس آن مفسد از برای عقد واقع می گردد.

به طور مثال: لوباع انسان شاة غير معينة من قطع غنم: فالبائع قد يريد إعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين، والمشتري كذلك يريد الحيدة بحجة عدم التعيين أيضا.^۲

ترجمه: اگر یک شخص برای شخصی دیگر یک گوسفند غیر معین را از رمه ای گوسفندها به فروش برساند: پس فروشنده منظورش دادنی گوسفند ردی باشد به دلیل عدم تعین و مشتری هم منظورش همان طور باشد یعنی منظورش جید باشد به دلیل عدم تعین.

بنابراین، این بیع فاسد می گردد، بر این معنا که در

مبیعه جهالتي است که سببی نزاع جور می شود و ختم کردنی آن مشکل است؛ چرا که بائع در این بیع هدف اش ردی می باشد، و مشتری هدف اش جید و در وقت نزاع هر دو این دلیل را پیش خواهند نمود که در عقد مبیعه را تعین نکرده بودیم، اگر این طور جهالت فاحش در عقد باشد سببی فساد عقد می گردد.

ب: جهالت یسیره

جهالت یسیره بر آن جهالتي گفته می شود که فاحش نباشد یعنی مفضی بر نزاع نباشد یا سببی نزاع باشد اما نه نزاع که قابل حل نباشد، بلکه حل کردن و ختم کردن آن ممکن باشد. به همین ترتیب، در عبارت عربی در کتاب المبسوط السرخسی چنین بیان شده است:

أما الجهالة التي لا تؤدي إلى نزاع مشكل فلا تضر العقد، وذلك كما لوباع الإنسان كل ما في صندوقه أو في بيته دون معرفة ما فيه فيصح العقد لأن المبيع، وإن كان مجهولاً، هو معين بالذات بحد حاصله متفق عليه وهو الصندوق أو البيت وهذا التعيين حجة صالحة لإلزام المتبايعين وحسم النزاع.^۱

۱ . شمس الدين أبوبكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط السرخسي، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، ناشر: دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، طبع اول، ۱۴۲۱هـ - ۲۰۰۰م، ج ۱۳، ص ۲.

۲ . المدخل الفقهي العام، پیشین، ج ۲، ص ۷۴۲.

ترجمه: جهالت که منجر به اختلاف و مشکل نمی‌شود، ضرری به عقد نمی‌رساند، مثال: اگر کسی همه آنچه که در صندوق اش است و یا در خانه اش است بدون معرفتی آنچه که در آن دو است به فروش برساند پس عقد صحیح می‌گردد زیرا میبایع، اگرچه مجهول است، به ویژه با یک حد محدود توافق شده، که صندوق یا خانه است، مشخص است.

بنابراین، اگر نزد بایع یک چیزی سامان از صندوق برون باشد، مشتری برای وی بگوید که آنچه که در آن صندوق است برای من بفروش؟ اما آنچه که در صندوق است بر آن علم ندارد، باز هم این عقد صحیح است اگرچه آن میبایع که در آن صندوق است مجهول است، ولی یک چیزی ناچیز مشخص است بناء این طور جهالت مفسد عقد نمی‌گردد، بلی اگر این احتمال باشد که در صندوق و یا در خانه هیچ سامان نباشد یا سامان بی قیمت و یا نهایت کم باشد این چنین جهالت باز مفسد عقد می‌گردد.

ج: سبب دوم از اسباب عامه غرر می‌باشد

الف - غرر در لغت

معنای لغوی: غرر (غ-ر) به فتحه هردوم مصدر اسم تغریر است، معنای آن خطر، فریب دادن و غیره است، گفته می‌شود که "غرته الدنيا غرورا" یعنی زینت دنیا اورا فریب داد و یا پیش نمودن یک شخص خود و یا مالش را به هلاکت، و تغریر حمل کردن نفس بر غرر یعنی فریب خو در به فریب می‌رساند.

الغرر (بفتحین) هو فی اللغة بمعنی التغریر، ای الإبهام والتوریط.^۱

غرر در لغت: به فتح ای (غ ر) به معنای تغریر، یعنی ابهام و پوشیده، یعنی انجام آن پوشیده باشد

ب - غرر در اصطلاح

وَعَرَفَهُ الْجُرْجَانِيُّ: بِأَنَّهُ مَا يَكُونُ مَجْهُولَ الْعَاقِبَةِ لَا يُدْرَى أَيُّ كُونٍ أَمَّ لَا.^۲

و در اصطلاح: جرجانی آن را چنین تعریف کرده است: چیزی که نتیجه اش مجهول است، نمی‌داند

که هست یا نه. لکن تعریف بهتر آنست که مصطفی احمد زرقاء کرده است:

۱. همان اثر، ص ۷۴۳.

۲. التعریفات للجرجانی، ص ۱۵۷.

۳. هدایه، ج ۳، ص ۵۳.

والمراد به عند الفقهاء أن يعتمد التعاقد على أمر موهوم غير موثوق وسمى كذلك لأن ظاهره يغمر العاقد ويورطه في نتيجة موهومة.^١

ترجمه: مراد از غرر نزد فقها این است که عاقدین در عقد بربیک امر موهوم و غیر موثوق اعتماد کند، و همچنین به این دلیل نا مگذاری شد که ظاهر آن عاقد را فریب می دهد، و او را در بیک نتیجه ای وهم برانگیز دخیل می کند.

وقتی که در عقود غرر متحقق گردد به دو طریقۀ تحقق پیدا می کند که به طور ذیل به بررسی می پردازیم:

١. غرر در اصل معقود علیه باشد: مثال: غرر در اصل معقود علیه مانند: بیع حمل در بطن حیوان، در آن حمل بر معقود علیه است و وقتی که در شکم جانور باشد به وجود آن علم نمی باشد.

والإجتهاد الحنفی یمیز فی هذا الصدر بین نوعین من الغرر، الأول: غرر فی أصل المعقود علیه، وهذا یوجب بطلان العقد، وذلك کبیع الحمل فی بطن أمه فإنه باطل لإحتمال أن یکون انتفاخاً، أو یولد میتاً ولا بیع الحمل ولا النتاج لنهی النبی عن بیع الحبل وحبل الحبله ولأن فیہ غرراً.^٢

ترجمه: فقه حنفی در این مقام بین دو نوع فریب فرق می گذارد، فریب در اصل معقود علیه، و آن موجب فساد عقد می گردد، و آن مانند: بیع حمل در بطن مادرش، پس آن باطل است از این جهت که احتمال دارد به سببی کدام بیماری در شکم جانور پوله و پاره شده باشد که چیزی نباشد، یا اگر حمل هم باشد ولی معلوم نیست که مذکراست یا مؤنث یا زنده است و یا مرده. و نبی کریم صلی الله علیه وسلم از این قسم بیع منع کرده است، لهذا از جهت این قسم غرر و فریب عقد باطل می گردد.

٢. غرر در اوصاف و یا مقدار معقود علیه باشد: وقتی که غرر در اوصاف و یا مقدار معقود علیه باشد بیع فاسد می گردد، و این موضوع بحث ما است.

والثانی: غرر فی الأوصاف والمقادیر ونحوها من النواحی الفرعیة وهذا یوجب فساد العقد.^٤

١. المدخل الفقهی العام، ج ٢، ص ٧٤٥.

٢. المدخل الفقهی العام، ج ٢، ص ٧٤٤.

٣. هدایه، ج ٣، ص ٥٣.

٤. المدخل الفقهی العام، ج ٢، ص ٧٤٥.

ترجمه: دوم طریقه تحقق فریب آنست که غرور فریب در اوصاف و مقدار و مانند: آنها از جهات فرعی باشد، و این مستلزم فساد عقد است.

به طور مثال، کسی یک جانور را به این شرط بیکرد که آن حامله باشد، وصف حامله بودن در جانور غرور فریب است، زیرا که حمل در آن احتمال وجود و عدم هر دو را دارد در وقت عقد واقف شدن بر آن هم ممکن نمی باشد.

د: در اسباب عامه سوم سبب اکراه

در متعلق تأثیر اکراه ائمه احناف آراء مختلف دارند، ائمه ای ثلاثه قائل بر این هستند که به اثر اکراه عقد فاسد میگردد؛ امام زفر رحمه الله قائل بر این است که به سببی اکراه عقد فاسد نمی گردد بلکه عقد موقوف واقع می شود.

وأما النوع الذي يحتمل الفسخ فالبیع والشراء والهبة والإجارة ونحوها فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله يوجب توقفها على الإجازة كبيع الفضولي وعند الشافعي رحمه الله يوجب بطلانها أصلاً ووجه قولهما أن الرضا شرط البيع شرعاً قال الله تعالى:

﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾^۱

ترجمه: مگر آنکه تجارتي باشد که از روی رضا و رغبت کرده (و سودی برید).

والإكراه يسلب الرضا يدل عليه أنه لو أجاز المالك يجوز والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة كسائر البياعات الفاسدة فأشبهه بيع الفضولي وهذه شبهة زفر رحمه الله ولنا ظواهر نصوص البيع عاماً مطلقاً من غير تخصيص وتقييد ولأن ركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقاً من أهل البيع في محل وهو مال مملوك البائع فيفيد الملك عند التسليم كما في سائر البياعات الفاسدة ولا فرق سوى أن المفسد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك وهذا الفساد (الفساد) لعدم الرضا طبعاً فكان الرضا طبعاً شرط الصحة لا شرط الحكم وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما في سائر البياعات

۱ . بدائع الصانع، ج ۷، ص ۱۸۶.

۲ . قرآن کریم، سوره النساء، آیه ۲۹.

الفاسدة إلا أن سائر البياعات لا تلحقها الإجازة لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد وههنا (وهنا) الفساد لحق العبد وهو عدم رضا فيزول بإجازته ورضاه.^۱

ترجمه: آن نوع که احتمال فسخ را دارد؛ پس بیع، شراء، هبه، اجازة ومانند: آنها ائمه ای ثلاثه قائل براین هستند که به اثر اکراه عقد فاسد میگردد؛ امام زفر رحمه الله قائل براین است که به سببی اکراه عقد فاسد نمی گردد بلکه عقد موقوف واقع می شود، و نزد امام شافعی رحمه الله دراصل موجب بطلان آنها میگردد، ووجه قول آنها اینست که رضا شرعا شرط بیع است الله متعال فرموده است « ترجمه: مگر این که تصرف شما در اموال دیگران از طریق داد و ستدی باشد که از رضایت باطنی دوطرف سرچشمه بگیرد».

امام زفر رحمه الله می گوید که در عقد رضا شرط است و به سببی اکراه رضا سلب شده است، در مذهب ائمه ثلاثه هم اگر مکره در بعدی اجازة دهد به آن اجازة ای لاحقه عقد نافذ می شود، در حالیکه در بیع فاسد از جهت اجازة دادن در بعدی هم عقد درست نمی شود، گویا که مکره مشابه به بیع فضولی است، ثمه ثلاثه می گویند که رکن بیع مبادله ای مال به مال است، از همین جهت در وقت تسلیم، آن افاده ملکیت را می کند، و این در بیع فاسد هم می باشد؛ البته در بیع فاسد سببی فساد جهالت، ربا یا غرر و غیره می باشد، و در اکراه سببی فساد عدم رضا است، و آن در حقیقت شرط صحت عقد است، حکم نیست، از سببی معدوم شدن شرط صحت که رضا است معدوم شدن حکم لازم نمی آید چنانچه در سائر بیوعات فاسده. و این سخن که اجازت لاحقه؛ در دیگر بیوعات (بیوعات فاسده) اجازة لاحقه در آنها معتبر نمی باشد؛ چرا که آنجا فساد عقد از وجه شرع است، از جهت حرمت ربا و مانند آن: لهذا آن به رضایت بنده زائل نمی شود؛ در بیع مکره فساد از وجه حق عید می آید، و آن عدم رضایت او است، بناء آن به رضایت و اجازة ای وی زائل میگردد و بیع درست می گردد.^۲

بنابراین، علامه سرخسی رحمه الله در تأثیر اکراه بر عقد قول ائمه ای ثلاثه را ترجیح می دهد، و نزد علامه شامی رحمه الله رجحان نیز همو جانب است؛ لکن شیخ مصطفی احمد زرقاء می فرماید که در تأثیر اکراه بر عقد قول امام زفر رحمه الله راجح است و ایشان در تأیید قول خود عبارت مجله را پیش کرده است، چنانچه صاحب مجله می فرماید: لا يعتبر البيع الذى وقع یا كراه معتبر ولا الشراء ولا الإيجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا

۱. همان اثر، ص ۱۸۶.

۲. بدائع الصانع، همان اثر، ص ۱۸۷.

الصلح والإقرار والإبراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا إسقاط الشفعة، و ملجئاً كان الإكراه أو غير الملجئ، ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه يعتبر.^۱

ترجمه: عقد که به سببی اکراه واقع شده باشد معتبر نیست، نه خرید و نه اجاره و نه هبه و نه خلأ و نه سازش و اقرار و اسقاط و تأخیر دیون و رد شفعه، برابر است که اکراه اجباری باشد و یا غیر اجباری، و بعد از زوال اکراه به اجازه ای مکره عقد معتبر می شود.

بنابراین، عقود که به سببی اکراه واقع شده باشد کدام اعتبار ندارد، لکن بعد از زائل شدن اکراه، مکره اجازه دهد عقد معتبر واقع می شود.

مطلب دوم - اسباب خاصه

قبلاً در اسباب فساد عقد اسباب عامه را ذکر کردیم، اکنون در اسباب فساد عقد اسباب خاصه را نیز ذکر می کنیم.

اسباب خاصه فساد عقد اقسام مختلف دارد، مثال: (۱) شرط فاسد در عقد (۲) صفة فی صفة (۳) خیار شرط خلاف شرع (۴) در عوضین یکی یا هر دو چیز حرام باشد (۵) ضرر در تسلیم مبیعه (۶) در دو مبیعه یکی جائز و دیگر ناجائز باشد یعنی در یک عقد چند چیز را به فروش برساند که یکی جائز و دیگر ناجائز باشد.^۲

الف: شرط فاسد در عقد

شروط صحیح و شروط فاسده قبلاً به تفصیل بیان شد، بناء در اینجا به طور اجمال ذکر خواهد شد. در شروط صحیحه عموماً چهار چیز ذکر می گردد، آنها را قبلاً نیز ذکر کردیم، مطابق مقتضای عقد، مناسب عقد، شرط متعارف، شرط منصوص علیه، همچنان قبلاً ذکر کردیم صورتهای شروط فاسده را که قرار ذیل است: شرط مستلزم غرر، شرط ممنوع، شرط خلاف مقتضای عقد، شرط که مخالف مقتضای عقد باشد بر پنج نوع تقسیم گردیده است: شرط که برای منفعت باشد، شرط که برای منفعت مشتری باشد،

۱. در الاحکام شرح مجلة الاحکام، ماده، ۱۰۰۶.

۲. المبسوط للرخسی، ج ۱۳، ۲۸.

شرط که برای منفعت اهل استحقاق معقود علیه باشد، شرط اجل در صورت که میعه معین باشد و یا ثمن، شرط تأدیه ای ثمن، و قتیکه ثمن عین باشد.^۱

ب: صَفَقَةٌ فِي صَفَقَةٍ

یعنی عاقدین این طور عقد را انجام دهند که در یک عقد دو عقد شامل باشد، و به الفاظ دیگر در یک بیع دوبیع کردن و آن را نیز صَفَقَةٌ فِي صَفَقَةٍ گفته می‌شود، به همراهی بیع قرض، اجاره یا چیزی شامل عقد باشد، آن چیز برای عقد مفسد می‌باشد چرا که نبی کریم صلی الله علیه وسلم از آن منع فرموده است.

(عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة وعن بيع وسلف وعن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما ليس عندك تعليق شعيب الأرنؤوط.^۲)

ترجمه: عمر بن شعیب از پدر خود و او از بابای خود روایت نموده است که گفت: رسول الله خدا صلی الله علیه وسلم ازدو بیع در یک بیع، بیع و قرض، و ربح که ضمانت نداشت، و بیع آنچه را که ندارید، نهی کرد. صَفَقَةٌ فِي صَفَقَةٍ دو مصداق دارد به طور مثال: کسی غلام را بر این شرط بفروشد که مدت یک ماه برای فروشنده خدمت کند، یا خانه را بر این شرط بفروشد که من در آن الی یک ماه سکونت می‌کنم، این عقد، عقد دیگر را متضمن است، باین طور که اگر از غلام خدمت بگیرد و یا از خانه اجرت بگیرد این بیع به همراهی خود اجاره را شامل است یا اگر در مقابل آن اجرت نباشد این بیع عاریت را متضمن می‌گردد، لهذا که صَفَقَةٌ فِي صَفَقَةٍ بوده از این خاطر این بیع فاسد می‌گردد.^۳

مثلاً: بیع و قرض، اگر باین شرط عقد نماید که مشتری برای وی قرض دهد یا هدیه یا صدقه دهد و غیره؛ پس بیع در تمام آنها بر حکم حدیث شریف فاسد می‌گردد.

وإذا اشتراه على أن يقرض له قرضاً أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن فالبيع في جميع ذلك فاسد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة وكل شيء فسد فيه البيع.^۴

۱. همان اثر، ص ۲۸.

۲. رواه احمد، شماره حدیث: ۶۶۲۸، إسناده حسن.

۳. هدایه، ج ۳، ص ۶۲.

۴. المبسوط للسرخسی، ج ۱۳، ص ۲۹.

ترجمه: وقتی که مشتری یک چیز را از بائع به شرط قرض، هبه و یا صدقه بخرد، یا بر این شرط که آن را در بدل یک مقدار از پول بائع برایش مبیعه را به فروش برساند در تمام این صورت ها بیع فاسد می باشد. از این جهت که رسول الله صلی الله علیه وسلم منع فرموده است از بیع و قرض و از دو بیع نمودن در یک بیع و هر چیزیکه در آن بیع فاسد گردیده باشد.

بدون وضاحتی نقد و قرض مجلس عقد ختم شود: در آن صورت هم شامل دو عقد می شود، مثال: کسی این طرز عقد نماید که یک چیز را به پول نقد بگوید که قیمت اش اینقدر است و به قرض بگوید که قیمت اش بر این مقدار است این بیع فاسد است بر دو وجه، یکی اینکه ثمن در آن مجهول است، و دیگر وجه اینست که در آن دو عقد (قرض و نقد) است از جهت اینکه یک بیع در دو بیع بوده و آن مفسد عقد می گردد.

عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما عن أبيه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة واحدة قال أسود قال شريك قال سماك الرجل يبيع البيع فيقول هو بنساء بكذا وكذا وهو بنقد بكذا وكذا تعليق شعيب الأرنؤوط.^۱

ترجمه: عبد الرحمن بن عبد الله ابن مسعود از پدر خود روایت نموده است که وی گفت: رسول الله صلی الله علیه وسلم ازدو معامله در یک معامله نهی کرد.

اسود، شریک، سماک، ایشان گفته اند که یک شخص یک چیز را بیع می کند، و می گوید که قیمت این چیز به نسیئه بر این مقدار است و به نقد بر این مقدار است.

بنابراین، خلاصه: اسود، شریک، و سماک ایشان این حدیث شریف را این طور تفسیر کرده اند.

ج: خیار شرط خلاف شرع

در اسباب خاصه فساد عقد سوم: سبب خیار شرط است که این طور مدت را بیان کند که شرعا بر آن اجازه نبوده و منع باشد. امام ابوحنیفه رحمه الله می گوید که خیار شرط مخالف مقتضای عقد است که آن لزوم است؛ لیکن خلاف قیاس از وجه نص آن را جائز نموده ایم پس آن منحصر به مدت مذکوره در نص است که الی سه روز است و اضافه از آن نمی باشد. البته صاحبین می گویند که اضافه از سه روز هم جواز دارد وقتی که مدت معلوم را مسمی نماید، و ایشان به حدیث عبد الله ابن عمر رضی الله عنهما استدلال نموده

۱. رواه، احمد، شماره حدیث: ۳۷۸۳، إسناده لضعف.

اند که وی الی دوماه آن را جائز نموده است، زیرا خیار فقط برای نیاز به مشورت به منظور دفع ظلم تشریح شد و نیاز به بیشتر ممکن است فوری باشد.^۱

درالحکام شرح مجله الحکام در ماده ۳۰۰ قول صاحبین را اختیار نموده است و معلوم می شود که راجح نزد وی قول صاحبین است.^۲

ومفتی محمد تقی صاحب می فرماید که بر مشروعیت خیار شرط نظر کنی نص صحیح در نفی آن وارد نگردیده است که اضافه از سه روز نباشد، پس معلوم می شود که راجح این است که اضافه از سه روز نیز جائز است، به اعتبار مبیعه ای مختلف مدت نیز مختلف می گردد، البته در ابتدا این طور مدت را تعیین کردن مناسب نیست که در آن مبیعه غور و فکر کند آن قدر مدت ضرورت نباشد.^۳

د: در عوضین یکی یا هر دو چیز حرام باشد

در اسباب خاصه فساد عقد یک سبب این است که در عوضین یکی اش یا هر دو حرام باشد، مثال: کسی شراب را بفروشد و یا خنزیر را بفروشد، چون که بیع در حقیقت مبادله المال بمال است، به این طور که شراب و خنزیر در نزد مسلمانان مال نمی باشد، لیکن در نزد بعضی آنها مال هستند، لهذا بیع حقیقه موجود است؛ البته در وصف بیع خرابی است از این جهت بیع فاسد می گردد.

وإن كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا إذا كان غير مملوك كالحر..... فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لإنعدام ركن البيع وهو مبادلة مال بمال فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة مال بمال فإنه مال عند البعض..... أما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانتها وترك إعزازها وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزازها وهذا لأنه متى اشترها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة وأما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً بخلاف ما إذا

۱. هدایه، ج ۳، ص ۳۰.

۲. درالحکام شرح مجله الاحکام، ماده، ۳۰۰.

۳. عثمانی، فقه البيوع، ج ۲، ص ۹۰۴.

اشتری الثوب بالخمیرلان مشتری الثوب إنما یقصد تملک الثوب بالخمروفیه اعزاز الثوب دون الخمر فبقی ذکر الخمر معتبرا فی تملک الثوب لا فی حق نفس الخمر حتی فسدت التسمیه ووجبت قيمة الثوب دون الخمر.^۱

ترجمه: واگر یکی عوضین ویا هر دو حرام باشد، پس بیع فاسد میگردد مانند: بیع خود مرده، خون، شراب، و خوک، و همچنان مبیعه وقتیکه غیر مملوک باشد مانند: شخص آزاد و غیره، پس بیع خود مرده، خون جاری و همچنان بیع شخص آزاد را بیع باطل گفته می توانیم ازوجه معدوم بودن رکن بیع که آن عبارت از مبادله مال بر مال است، پس این چیزها نزد هیچ کس مال شماریده نمی شود، اما بیع شراب و خوک بیع فاسد است از این جهت که بیع در حقیقت موجود است که آن مبادله مال بر مال است پس آن دو در نزد بعضی مال است، اما فروش شراب و گوشت خوک اگر باقرض بود مانند: درهم و دینار پس بیع باطل است و اگر با عین بود پس بیع فاسد است حتی مقابل آن را مالک میگردد، و گرچه عین شراب و گوشت خوک را مالک نمی شود، و فرق این است که شراب و گوشت خوک در نزد اهل ذمه مال است مگر غیر متقوم است زیرا شریعت به اهانت و ترک اعزاز آن امر نموده است، و در تملیک آن به سببی عقد مقصود اعزاز آن است، و آن از این خاطر است وقتیکه آنها را به درهم و دینار خریداری کند پس درهم غیر مقصود است از این وجه که آن وسیله است و در ذمه واجب می شود، اما مقصود شراب این است که اصلا متقوم نمی باشد به خلاف اینکه لباس را با شراب خریداری کند، زیرا کسیکه لباس را خریداری می کند مقدش تملیک لباس می باشد با شراب و در این صورت اعزاز لباس است و نه شراب پس شراب در تملیک لباس معتبر است و نه در حق نفس شراب حتی که تسمیه فاسد گردیده قیمت لباس واجب میگردد و نه شراب.

بنابراین، فساد در بیع شراب و خنزیر در این صورت است که آن را کسی در بدل عین کالا و غیره خریداری کند، چرا که در آن صورت مقصد بیع کالا شمار می شود، ولی ازوجه حرام بودن عوض دیگر بیع فاسد میگردد، لیکن اگر در بدل شراب یا خنزیر درهم و دینار یعنی خلقی یا عرفی ثمن خریداری شود، در آن صورت بیع باطل میگردد، چرا که مقصد آن بیع شراب و خنزیر میگردد، شریعت به اهانت آن امر نموده است از این جهت که مال متقوم نیست انسان مالک آن شده نمی تواند.

۱. هدایه، ج ۳، ص ۵۰-۵۱.

هـ: ضرر در تسلیم مبیعه

مثلا بائع این طور چیز را بفروشد که قادر نباشد به تسلیم آن بدون تحمل ضرر، مثال: بائع چوبی که در سقف یا خشتی را که در دیوار و یا گزی را که در برابرشم و یا کرباس قرار دارد بفروشد، در این صورت بائع قادر بر تسلیم آنها نمی باشد بدون الحاق ضرر لهذا بیع فاسد میگردد.^۱

جذع فی السقف، وذراع فی ثوب ذکر القطع أولم یذکراه لأنه لا یمکن تسلیمه إلا بضرر.^۲
ترجمه: یک کنده در سقف، و یک گز در لباس، خواه تکه ها را ذکر کرده باشند یا نه، زیرا نمی توان آن را تحویل داد، مگر اینکه آسیب دیده باشد. یعنی در بیع این طور چیزها بر بائع ضرر است، بناء بیع درست نمی شود، و اگر بائع این نوع ضررها را متحمل شود، در آن صورت بیع درست می شود.

و: در دو مبیعه یکی جائز باشد و دیگر ناجائز

مثال: کسی شخص آزاد و غلام هر دو را یک جا بفروشد، و یا همچنان کسی گوسفند خود مرده و یا مذبوحه را یک جا بفروشد، این چنین عقد را فاسد و یا باطل گفته می شود.

ومن جمع بین حر و عبد أو شاة ذکوة أو میتة بطل البیع فیهما وهذا عند أبی حنیفة (وفي حاشیة قوله بطل الخ فی المبسوط بلفظ الفساد فیهما حیث قال فإذا أحدهما حر فالبیع فاسد فیهما ولا شک فی أن البیع باطل فی الحر أما فی القن فما ذکر فی أصول الفقه لشمس الأئمة یدل علی أن العقد فی القن فاسد لا باطل حیث قال أبو حنیفة فیما إذا باع حرا و عبدا و سمي ثمن کل واحد منهما لم ینعقد العقد صحیحا ولم یقل لم ینعقد العقد فی العبد أصلا..... ولأبی حنیفة وهو الفرق بین الفصلین أن الحر لا یدخل تحت العقد أصلا لأنه لیس بمال و البیع صفقة واحدة فكان القبول فی الحر شرطاً للبیع فی العبد وهذا شرط فاسد.^۳

ترجمه: شخص که در بین شخص آزاد و غلام یا گوسفند مذبوحه و خود مرده در بیع جمع نماید، بیع در هر دو باطل می گردد و این نزد امام ابو حنیفه رحمه الله است، و در حاشیه ای مبسوط در جای باطل لفظ فساد ذکر شده است که بیع در هر دو فاسد است این طور گفته است که وقتی که یکی آنها آزاد باشد بیع

۱ . بدائع الصنائع، ج ۴، ص ۳۷۳.

۲ . هدایه، ج ۳، ص ۶۴-۶۵.

۳ . هدایه، ج ۳، ص ۶۵.

در هر دو فاسد می گردد، و شك نیست که بیع در شخص آزاد باطل است، اما در غلام آنچه که در اصول فقه شمس الأئمه ذکر گردیده است دلالت بر این می کند که بیع در غلام فاسد است و نه باطل، امام ابوحنیفه رحمه الله گفته است که در صورتیکه شخص آزاد و غلام هر دو را یکجا بفروشد و پول هریکی را مسمی نماید عقد صحیح منعقد نمی گردد، و این طور نگفته است که بلکه عقد در عبد منعقد نمی شود بلکه گفته است که در هر دو منعقد نمی شود، و امام ابوحنیفه رحمه الله در بین هر دو به این طور فرق نموده است که شخص آزاد اصلاً در تحت عقد داخل نمی گردد، زیرا که وی مال نمی باشد، و بیع در یک چیز است که غلام است، پس قبول در شخص آزاد شرط بیع در عبد می باشد و این شرط، شرطی فاسد است.

مبحث دوم: - طریقه تصحیح عقود فاسده

این مبحث مشتمل بر پنج مطلب است، که در مطلب اول، مشروعیت تصحیح عقد، در مطلب دوم، شروط تصحیح عقود، در مطلب سوم، تصحیح عقود که به اثر جهالت فاسد شده باشد، در مطلب چهارم، تصحیح عقود که به اثر اکراه فاسد شده باشد و در مطلب پنجم، تصحیح عقود که به سبب غرر فاسد شده باشد می باشد، که قرار ذیل به بررسی این مطالب می پردازیم:

مطلب اول - مشروعیت تصحیح عقود

مشروعیت تصحیح عقود، در آیات و احادیث نبوی ثابت است که نخست، مشروعیت تصحیح را در قرآن کریم بیان کرده ثانیاً، احادیث نبوی را که در بیان مشروعیت تصحیح ثابت است بیان می داریم که قرار ذیل اند:

الف: قرآن کریم

الله متعال در قرآن کریم می فرماید:

﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾^۱

ترجمه: اعمال خود را باطل نکنید .

۱. قرآن کریم، سوره محمد، آیه ۳۳.

لا تبطلوا نکره تحت نفی داخل است، هر قسم ابطال را شامل می‌گردد، معلوم می‌شود که آیت کریمه به طور عموم به ابطال هر قسم اعمال و تصرفات دلالت نمی‌کند، لهذا مطابق طریقه شرعی با وجود امکان تصحیح بعض عقود در تصحیح آن عقود کوشش نکردن، یا گذاشتن عقد فاسد، یا درفسخ نمودن باطل کردن عقد جائز لازم می‌شود، یاد آیت کریمه از آن منع آمده است، لهذا معلوم می‌شود که اگر به طریقه ای شرعی تصحیح عقد ممکن باشد، آن عقد را تصحیح کرده می‌شود، بلکه علامه سرخسی رحمه الله می‌فرماید که احتراز از باطل کردن عمل واجب می‌باشد، چنانچه که در این رابطه الله تبارک و تعالی می‌فرماید:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾^۱

ترجمه: ای اهل ایمان، خدا را اطاعت کنید و رسول او را اطاعت کنید و اعمال خود را ضایع و باطل نگردانید.

قلت: المصدر فی قوله تعالی "ولا تبطلوا" منکر تحت النفی فی شمل کل ابطال.^۲ فإن التحرز عن إبطال العمل واجب.^۳

ب: مشروعیت تصحیح عقد از احادیث شریف

همانطوریکه مشروعیت تصحیح عقد از قرآن کریم ثابت گردیده است، از احادیث شریف نیز ثابت گردیده است چنانچه در احادیث ذیل مشروعیت آن ذکر شده است.

(عن عروه: أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له به شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه).^۴

ترجمه: از حضرت عروه بارقی روایت شده است که نبی کریم صلی الله علیه وسلم برای وی یک دینار داد که برای نبی علیه السلام یک گوسفند را خریداری کند، و عروه رضی الله عنه به بازار رفته با آن یک دینار دو گوسفند را خریداری کرد، باز از آن دو یکی را به یک دینار فروخت و بعد بایک دینار باقی مانده و

۱. قرآن کریم، سوره محمد، آیه ۳۳.

۲. احکام القرآن للتهانوی، ج ۴، ص ۲۳.

۳. المبسوط للسرخسی، ج ۳، ص ۶۹.

۴. رواه، البخاری، شماره حدیث: ۳۴۴۳، حدیث صحیح.

یک گوسفند نزد نبی کریم صلی الله علیه وسلم آمد؛ یعنی با دو چیز، نبی علیه السلام برای وی دعای برکت نمود در بیع وی و اگر خاک را هم میخرد در آن ربح و فایده می نمود. یعنی بعد از این اگر عروه رضی الله عنه خاک را هم میخرد در آن حتما فایده می کرد.

بنابراین، در حدیث مذکور رسول الله صلی الله علیه وسلم حضرت عروه بارقی رضی الله عنه را برای خریدن یک گوسفند و کیل ساخت، و وی دروکالت بالشراء مخالفت نموده به جای یک گوسفند دو گوسفند را خریداری کرد و مخالفت مزیدش این بود که نبی علیه السلام او را و کیل بیع نساخته بود، باوجود آن هم وی از آن دویکی را باز فروخت؛ لکن باوجود آن همه نبی کریم صلی الله علیه وسلم تصرف وی را درست قرار داده و برای وی در تصرف اش دعای خیر و برکت نمود، و اگر تصرف وی درست نمی بود نبی علیه السلام برای وی دعای برکت نمی کرد، چرا که آن عمل وی یک عمل منکر و ناپسندیده بود، و باید از آن منع می شد؛ لکن نبی کریم صلی الله علیه وسلم اینطور منع نکرد، چرا که تصرف عاقل و بالغ تاحد امکان به طریقه ای صحیح حمل کرده می شود در اینجا هم نبی علیه السلام همین طور کرد. چنانچه که در بدائع الصنائع بیان شده است: با استدلال از حدیث مذکور:

و معلوم أنه لم یکن حکیم مأمورا ببیع الشاة فلو لم ینعقد تصرفه لما باع ولما دعا له رسول الله بالخیر والبرکة علی ما فعل ولا (ولأنکر) أنکر علیه لأن الباطل ینکر ولأن تصرف العاقل محمول علی الوجه الأحسن ما أمکن وقد أمکن حمله علی الأحسن ههنا.

ترجمه: و معلوم می شود که حکیم مامور به فروختن گوسفند نبود پس اگر تصرف وی منعقد نمی شد گوسفند را به فروش نمیرساند و نبی علیه السلام برای وی دعای خیر و برکت نمی کرد بر آن عملیکه وی انجام داد و اگر انکار می کرد، انکار میکرد بروی زیرا از تصرف باطل انکار کرده می شود اما نکرد از این جهت که تصرف شخص عاقل و بالغ تاحد امکان به طریقه ای احسن حمل کرده می شود و در اینجا حمل کردن آن به طریقه ای احسن ممکن است.

در حدیثی دیگری این حرف ثابت است که از:

عن عمران بن حصین. أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديدا^۱.

ترجمه: از عمران ابن حصین رضی الله عنه روایت شده است که یک شخص در وقت مرگ خود شش غلام خود را آزاد نمود و به غیر از آنها وی مال دیگری نداشت، بعد رسول الله صلی الله ایشان را خواست و به اندازه ای یک ثلث عمل آن شخص را درست قرار داد، باز نبی علیه السلام در بین ایشان قرعه اندازی کرد، و در آنها نام دونفر بر آمد و آن دو را آزاد نمود، و باقی چهار غلام را در تحت ملکیت آن شخص غلام باقی گذاشت، البته نبی علیه السلام برای آن شخص از جهت این عملش سخن سخت گفت.

بنابراین، در حدیث مذکور نبی علیه السلام آن شخص را از این جهت که عمل اش ناپسند بود سخن سخت گفت: و در یک روایت تا این حد نیز آمده است که نبی علیه السلام فرمود که اگر من بر عمل آن شخص علم می‌داشتم نماز جنازه وی را هم نمی‌خواندم، با وجود این هم نبی کریم عمل آن شخص را با لکل باطل نکرد؛ بلکه آن را تصحیح نموده به اندازه ای یک ثلث وی را درست قرار داد، و باقی را باطل قرار داد. چنانچه که در عبارت عربی در کتاب، المبسوط للسرخی آمده است: ان تصحیح العقد بازاله المفسد نظیر الاجازة فی البیع الموقوف^۲.

قول علامه سرخی: این سخن مشهور است که بیع فضولی به طور کلی باطل نمی‌شود، بلکه در بین بطلان و نفاذ دایر می‌گردد، اگر مالک اجازه دهد بیع نافذ می‌گردد و اگر اجازه ندهد بیع باطل می‌گردد، به الفاظ دیگر بیع فضولی موقوف واقع می‌شود و مقصد آن اینست که تصرف شخص عاقل و بالغ از باطل شدن محفوظ بماند، بر این حالت عقود فاسده تصحیح می‌شود که تصرف شخص عاقل و بالغ از باطل شدن محفوظ بماند، از این خاطر علامه سرخی رحمه الله در مبسوط فرموده است که تصحیح عقد به سبب ازاله ای مفسد نظیر اجازه در بیع موقوف است؛ لهذا اگر به کدام طریقه ای شرعی در عقد فاسد تصحیح عقد فاسد ممکن باشد گذاشتن آن جائز نمی‌باشد؛ بلکه در تصحیح عقد سعی کرده می‌شود.

۱. رواه، مسلم، شماره حدیث: ۴۴۲۵، حدیث صحیح.

۲. المبسوط للسرخی، ج ۱۳، ص ۵۰.

مطلب دوم- شروط تصحیح عقود

قبلا مشروعیت تصحیح عقود را ذکر کردیم که اگر در کدام عقد به طریقه ای شرعی تصحیح ممکن باشد آن عقد را مهمل گذاشته نمی شود، بلکه آن را تصحیح کرده می شود چنانچه مصداق این آیه ای مبارکه (لا تبطلوا اعمالکم) است، ولی هر عقد قابل تصحیح نمی باشد بلکه برای آن چند شروط است، که اگر آن شروط در آن عقود موجود شوند آن عقود قابل تصحیح می باشد.

الف: برای تصحیح عقد

شروط اول این است که عقد فاسد باشد باطل نباشد؛ چرا که عقد فاسد به اعتبار اصل بنا به مشروع بودنش منعقد می شود البته به اعتبار وصف فاسد می شود، اما عقد باطل به اعتبار اصل و وصف با هردو اعتبار مشروع نمی باشد، گویا آن شرعا معدوم می باشد و تصحیح معدوم ممکن نمی باشد، بناء برای تصحیح عقد ضرور است که عقد فاسد باشد و نه باطل. همچنان، در جای دیگر چنین بیان شده است:

أما الحنفية فإنهم يفرقون بين البيع الباطل والبيع الفاسد بأن الباطل ما لا يكون صحيحاً أصلاً ووصفاً والفساد هو ما لا يصح وصفاً والذي يظهر من كلام الفقهاء الحنفية أن البطلان بهذا المعنى إنما يحصل بخلل في ركن البيع أو في محله والمراد من ركن البيع الإيجاب والقبول ومن محل البيع المبيع والضمن فالبيع الباطل عند الحنفية إلى قسمين الأول: ما بطل بسبب قصور في الإيجاب أو القبول والثاني: ما بطل بسبب انعدام مالية المبيع أو الضمن شرعاً^۱.

ترجمه: احناف در بین بیع باطل و بیع فاسد فرق نموده اند به اینطور که ایشان می گویند بیع باطل به اعتبار اصل و وصف صحیح نمی باشد، اما بیع فاسد به اعتبار وصف صحیح نمی باشد و به اعتبار اصل صحیح می باشد، از کلام فقهاء حنفیه معلوم می گردد که بطلان بر این معنی است که خلل در رکن بیع و یا در محل آن باشد، مراد از رکن بیع ایجاب و قبول است، و از محل بیع مبیعه و ثمن است، پس بر این تعبیر بیع باطل در نزد احناف بر دو قسم است.

۱- بیع باطل، عبارت از آن بیع است که بسبب تقصیری که در ایجاب و قبول آمده است باطل گردیده است.

۱. عثمانی، فقه البیوع، پیشین، ج ۲، ص ۹۳۸-۹۴۰.

۲- بسبب اینکه میباید پول هر دو شرعا مال نمی باشند باطل گردیده است.

به ترتیب، در منبع دیگری چنین بیان شده است:

أما البيع الفاسد عند الحنفية فالبيع الذي عرضه الفساد في الوصف دون الأصل ومعنى صحة الأصل أن العاقدين من أهل الإيجاب والقبول والعوضان مما هو مال في الجملة والمبيع مال مملوك للبائع ولكن الفساد إنما جاء بسبب آخر^۱

اما بيع فاسد در نزد احناف عبارت از آن بیع است که فساد در وصف اش باشد و نه در اصل اش یعنی به اعتبار وصف درست نمی باشد اما به اعتبار اصل درست می باشد، و معنای صحت اصل این است که عاقدین از اهل ایجاب و قبول باشند، و عوضین هر دو مال بوده و میباید مال مملوک که ای بائع باشد، ولی فساد از دیگر سبب آمده باشد.

همچنان آمده است: والتصرف الشرعي إذا خرج من أن يكون مشروعاً (مروعا) لا وجود له شرعا

فلا يصح ضرورة^۲

ترجمه: تصرف شرعی وقتیکه به طریقه ای مشروع صادر شده باشد یعنی از این جهت که طریقه ای مشروع در آن رعایت شده باشد، اما شرعا وجود نداشته باشد، یعنی آن تصرف به طریقه ای شرعی نباشد، پس به طریقه ای ضرورت درست نمی باشد.

بحث دیگری که برخلاف این موضوع است چنین بیان شده است:

بخلاف الجذع فإنه عين محسوسة قائمة، وإنما يفسد للزوم الضرر فإذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح؛ لأن الغرض أن البيع قائم لكن بوصف الفساد، فإذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهو معنى الصحيح^۳

ترجمه: به خلاف تنه زیرا آن عین محسوس و قائم است، و آن از جهت لزوم ضرر فاسد می گردد، اما وقتیکه بائع آن ضرر را تحمل نماید و آنرا قبل از فسخ تسلیم نماید، تسلیم در بیع صحیح می شود؛ زیرا مقصد

۱. همان اثر، ص ۹۵۲.

۲. بدائع الصنائع، ج ۳، ص ۱۴۲.

۳. فتح القدير، ج ۱۵، ص ۴۳.

این است که بیع درذات خود قائم است اما بر وصف فساد، پس وقتیکه مفسد قبل از زوال بیع زائل گردد، بیع به طریقه ای ضرورت بیع می گردد بدون فساد و آن معنای صحیح است.

ب: شرط دوم تصحیح عقد

دوم شرط تصحیح عقد اینست که در آن عقد تصحیح ممکن باشد، بنا برین هر عقد فاسد قابلیت تصحیح را ندارد، چراکه در بسیاری حالات رفع کردن فساد در عقد فاسد ممکن نمی باشد.

قال: وإن استهلكه المشتري قبل أن يجزئه فعليه القيمة لأنه في يده بحكم عقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعذر الرد وبعد الاستهلاك لا يمكن تصحيح العقد فيه بإعدام رأس ماله لانعدام المحل^۱.

ترجمه: واگر مشتری مبیعه را قبل از اجازه ای بائع هلاک نماید پس قیمت مبیعه بالای مشتری لازم می گردد، زیرا مبیعه در دست مشتری بر حکم عقد فاسد بوده و مضمون بالقیمه می باشد در وقت تعذر رد کردن آن یعنی در این صورت قیمت بالای مشتری لازم می گردد چراکه رد مبیعه ممکن نمی باشد، و بعد از استهلاك تصحیح عقد در آن ممکن نمی باشد، از جهت معدوم شدن رأس المال وی زیرا محل که مبیعه است معدوم گردیده است، در این حالت تصحیح عقد ممکن نمی باشد.

ج: شرط سوم تصحیح عقد

شرط سوم تصحیح عقد این است که در عقد موجود فساد قوی و مضبوط نباشد، و اگر فساد قوی و مضبوط باشد در آن عقد تصحیح ممکن نمی باشد.

والأصل عند زفر أن البيع إذا انعقد على الفساد لا يَحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد والأصل عندنا أنه ينظر إلى الفساد فإن كان قويا بأن دخل في صلب العقد وهو البديل أو المبدل لا يَحتمل الجواز برفع المفسد^۱.

ترجمه: اصل نزد امام زفر رحمه الله این است که بیع وقتیکه بر فساد منعقد شود بعد از آن به رفع مفسد احتمال جواز را ندارد، و اصل نزد ما این است که بر فساد دیده می شود اگر فساد قوی باشد به این معنا که

۱. المبسوط للسرخسی، ج ۱۳، ص ۹۱.

فساد در صلب عقد داخل باشد یعنی آن تعلق به بدل و یا مبدل داشته باشد به رفع مفسد احتمال جواز را ندارد.

بنابراین، در بیع فاسد قاعده نزد امام زفر رحمه الله این است بیع وقتیکه برفساد منعقد گردد بعد از زوال مفسد هم احتمال جواز را ندارد، برابر است که فساد قوی باشد و یا ضعیف، اما قاعده در بیع فاسد نزد احناف این است که به فساد دیده شود اگر فساد قوی باشد بر این معنا که در اصل عقد داخل باشد به زائل کردن مفسد هم احتمال جواز را ندارد یعنی تصحیح عقد ممکن نمی‌باشد.

د: شرط تصحیح در عقد صرف

شرط تصحیح در عقد صرف: در آن عقود در مجلس عقد تقابض ضروری است، بعد از تحقق پیدا کردن فساد در آن، تصحیح آن ممکن نمی‌باشد، فساد در آن به دو طریقه متحقق می‌گردد:

الف. قبل از زائل کردن مفسد: مجلس عقد به انتها برسد، مثال: در عقد صرف کسی خیار را شرط کرده باشد، در عقد صرف قبض کردن عوضین در مجلس عقد ضروری می‌باشد، تا اینکه ملکیت عاقدین در عوضین ثابت گردد، و شرط خیار مانع و مخل قبض می‌باشد، بلی اگر وی شرط خیار را قبل از انتهای مجلس عقد ختم کند عقد درست می‌گردد، لکن اگر الی انتهای مجلس آن را ختم نکند عقد فاسد گردیده، و تصحیح آن ممکن نمی‌باشد.^۱

والشرط الثالث أن يكون عقد الصرف خاليا عن خيار الشرط لأن الخيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على القولين كما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى وذلك يخل بتمام القبض^۱

شرط سوم در تصحیح عقد، در عقد صرف؛ و آن این است که عقد صرف از خیار شرط خالی باشد، زیرا شرط خیار مانع ثبوت ملک و یا اتمام آن می‌گردد بنا بر دو قول چنانچه در موضع خود خواهد آمد إن شاء الله و آن خلل را وارد می‌کند در اتمام قبض یعنی خیار شرط در قبض عوضین خلل را وارد می‌کند.

وإذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار واشترط الخيار فيه يوما فإن بطل الخيار قبل أن يتفرقا جاز البيع وإن تفرقا قبل أن يبطله وقد تقابضا فالبيع فاسد لأنهما تفرقا قبل تمام القبض.^۲

۱. بدائع الصنائع، پیشین، ج ۵، ص ۱۷۸.

۲. همان اثر، ص ۱۷۹.

ترجمه: وقتیکه یک شخص از شخص دیگر یک هزار درهم را به صد دینار بیخرد و خیار را در آن برای یک روز شرط نماید یعنی مشتری برای بایع این طور بگوید که برای من یک روز اختیار باشد در این بیع، پس اگر اختیار را قبل از جدا شدن از یک دیگر باطل سازند بیع جائز می گردد، و اگر قبل از ابطال خیار و تقابض بایع و مشتری از یک دیگر جدا گردند بیع فاسد می گردد زیرا قبل از تمام شدن قبض عاقدین از یک دیگر جدا شده اند از این جهت بیع فاسد می گردد.

ب. قبض نکردن بدل صرف: اگر در عقد صرف متعاقدین بدون قبض بدل صرف از یک دیگر جدا شوند عقد فاسد می گردد، چرا که تقابض بدل صرف در مجلس عقد ضروری است، خواهی هر دو جنس متحد باشند و یا مختلف، پس در عقد صرف افتراق قبل از قبض سبب فساد عقد می گردد، بناء در آن عقد تصحیح ممکن نمی باشد.^۱

قوله (فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح إن تقابضا في المجلس) لأن المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضره الجزاف ولو افتراقا قبل قبضهما أو قبض أحدهما بطل لفوات الشرط قيد ببيع الجنس بخلاف الجنس لأنه لو باع الجنس بالجنس مجازفة فإن علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا.^۲

ترجمه: اگر شخصی طلا را به نقره به طور تخمین به فروش برساند و اگر تقابض در مجلس عقد صورت گرفته باشد این بیع صحیح می گردد، زیرا در بیع صرف قبض شرط است قبل از افتراق، و نه مساوات از این جهت که قبلا روایت نمودیم پس تخمین مضر نمی باشد یعنی چیزی را به تخمین به فروش رساندن ضرری را در بیع وارد نمی کند، و اگر قبل از تقابض عوضین و یا یکی از عوضین بایع و مشتری از یکدیگر جدا شوند بیع باطل می گردد از جهت فوت شدنی آن شرطیکه قید شده است در بیع جنس به خلاف جنس زیرا اگر جنس بر جنس را به طور تخمین به فروش برساند پس اگر مساوات را در آنها دیده شود قبل از افتراق، آن بیع صحیح و درست است، اما بعد از افتراق درست نمی باشد.

۱. عثمانی، فقه البیوع، ج ۲، ص ۷۰۷.

۲. البحر الرائق، ج ۶، ص ۲۱۱.

هـ: شرط تصحیح عقد

شرط پنجم برای تصحیح عقد اینست که در تکمیل کردن عقد ضرری برای عاقدین ملحق نشود و مبیعه قابل تسلیم باشد بدون الحاق ضرر برای بائع، و اگر ضرری برای عاقدین و یا برای بائع در تسلیم نمودنی مبیعه ملحق گردد چنین بیع جائز نمی‌باشد.

ومنها أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع فإن لم يمكن تسليمه إلا بضرر يلزمه فالبيع فاسد لأن الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد إلا ضرر تسليم المعقود عليه فأما ما وراءه فلا وعلى هذا يخرج ما إذا باع جدعا له في سقف أو آجرا له في حائط أو ذراعا في ديباج أو كرباس أنه لا يجوز لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غير مستحق بالعقد فكان هذا على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعا فيكون فاسدا فإن نزع البائع أو قطعه وسلمه إلى المشتري قبل أن يفسخ المشتري البيع جاز البيع^۱.

ترجمه: واز قبیل آن یعنی برای تصحیح عقد شرط دیگر این است که مبیعه قابل تسلیم باشد بدون اینکه ضرری برای بائع ملحق گردد، پس اگر تسلیم آن ممکن نباشد مگر بر ضرری که بالای بائع لازم شود پس در این صورت بیع فاسد می‌گردد، زیرا ضرر و خساره وارد عقد نمی‌گردد و نه به التزام عاقد لازم می‌گردد به جز خساره ئیکه ناشی از تحویل قرارداد باشد و نه ماورائی آن، بنا بر این خارج می‌گردد بیع تنه و چوب در سقف یا خشت در دیوار و یا گز در ابرشم و یا کرباس یعنی بیع این اشیاء جائز نمی‌باشد زیرا تسلیم آنها ممکن نمی‌باشد به جز قطع کردن و کشیدن، و در قطع و نزع آنها خساره لازم می‌گردد بر بائع، و ورود خساره در عقد درست نمی‌باشد پس آن بر این تعبیر از قبیل بیع آن چیزهای است که شرعا تسلیم آنها جائز نبوده و فاسد می‌باشد، پس اگر بائع آنها بیرون کند و یا قطع نماید و بعد تسلیم نماید آنها برای مشتری قبل از اینکه مشتری بیع را فسخ نماید البته بیع جائز می‌گردد یعنی در صورتیکه بائع تاوان و خساره را متحمل شده و آن اشیاء را نزع و یا قطع نماید در این صورت بیع جائز می‌گردد.

۱. بدائع الصنائع، پیشین، ج ۵، ص ۱۶۸.

مطلب سوم - تصحیح عقود که به اثر جهالت فاسد شده است

قبلا ذکر کرده بودیم که به سبب جهالت در چهار چیز عقد فاسد میگردد. ۱. جهالت در مبیعه ۲. جهالت در ثمن ۳. جهالت در اجل ۴. جهالت در رهن و کفیل.^۱

بنابراین، هر یک را به طور خلاصه طبق قرار شرح ذیل به بررسی می گیریم:

الف: جهالت در مبیعه

طریقه ای تصحیح عقد که به سبب جهالت در مبیعه فاسد گردیده است مثلا بائن در وقت عقد مبیعه ای مجهول را نشان دهد به سبب جهالت در مبیعه عقد فاسد می گردد، همانطوریکه قبلا ذکر کردیم؛ بلی طریقه ای تصحیح این عقد اینست که عاقدین قبل از جدا شدن از یکدیگر، بائن مبیعه را تعیین نماید و مشتری به آن راضی شود در این صورت بیع صحیح میگردد.^۲

إذا قال بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوبا من هذا العدل فالبيع فاسد لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب فيوجب فساد البيع فإن عين البائع شاة أو ثوبا وسلمه إليه ورضي به جاز ويكون ذلك ابتداء بيع بالمرأضة ولأن البایعات (البایعات) للتوسل إلى استيفاء النفوس إلى انقضاء آجالها والتنازع يفضي إلى التفاني فيتناقض ولأن الرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق إلا بالمعلوم.^۳

ترجمه: وقتیکه یک شخص برای شخصی دیگر بگوید که از همین رمه گوسفندان یک گوسفند را برای تو میفروشم و یا از همین بار یک لباس را برای تو میفروشم پس چنین بیع فاسد است، زیرا که گوسفند، و لباس هر دو مجهول است به جهالت که منجر بر منازعه بوده از جهت زیادت فاحش بین گوسفند ها و لباس ها پس چنین زیادت موجب فساد بیع میگردد، پس اگر بائن گوسفند، و یا لباس هر دو را تعیین نموده و بعد برای مشتری تسلیم نماید، و مشتری بر آن راضی شود درین صورت بیع جائز است و این از ابتدا بیع به رضایت جانبین است، زیرا فروشات برای توسل تا پوره کردنی نفس ها الی پایان مهلتشان است، و تعارض

۱. همان اثر، ۱۵۶.

۲. همان اثر، ص ۱۵۶.

۳. بدائع الصنائع، همان اثر، ص ۱۵۷.

منجر به فداکاری می شود پس تناقض است، زیرا رضایت شرط بیع است و رضایت به معلوم تعلق میگیرد و نه بر مجهول.

ب: جهالت در ثمن

اگر در بیع ثمن مجهول باشد، به طور مثال: کسی بگوید که فلان چیز را میخرم اما در بدل پول آن به چیزیکه مردم خریداری میکنند، یا به پولیکه در شهر مروج است، یا مقدار پول را بیان کند، اما در شهر دراهم مختلف مروج باشد و هیچ نوعی متعین نباشد این بیع فاسد بوده و صحیح نمی باشد. بنابراین، در زبان عربی نویسنده چنین بیان کرده است:

إذا قال إنسان لآخر: بعتك هذا المال برأس ماله أو بقيمته الحقيقية أو بالقيمة التي يقدرها المخمنون أو بالثمن الذي شري به فلان فإذا لم تقدر القيمة ويعين ثمن المبيع في المجلس فالبيع فاسد ما لم يكن المبيع مالا تتفاوت قيمته كالخبز. أما إذا عين الثمن أو قدر ولو بعد الإيجاب والقبول فالبيع صحيح.^۱

ترجمه: وقتیکه یک شخص برای شخصی دیگر بگوید که این مال را برای تو در مقابل رأس المال یا به قیمت حقیقی و یا به قیمتیکه تخمین کننده گان آنرا تعیین و اندازه میکنند و یا به پولیکه فلان شخص بر آن خریداری می کند به فروش می رسانم، پس وقتیکه قیمت اندازه نشود و پول مبیعه در مجلس تعیین نشود بیع فاسد است، مادامیکه مبیعه مالی نباشد که قیمتش متفاوت باشد مانند: نان. اما وقتیکه پول را تعیین و اندازه نماید اگر چه بعد از ایجاب و قبول باشد باز بیع صحیح میگردد.

ج: جهالت در اجل

در بیع معلوم کردن مدت اداء پول ضروری است، و اگر آن مجهول باشد به سبب آن بیع فاسد میگردد. بنابراین، جهالت بر دو قسم است:

الف - جهالت فاحشه یعنی اینطور مدت را بیان کند که وجود و عدم آن هیچ معلوم و علم بر آن نباشد، اگر چه وقت آنرا تعیین کرده می تواند، گویا در ختم آن هدفش فریب باشد مثال: وزیدن باد نزول مطر یا قدم فلان وغیره.

۱. دررالحکام، ج ۱، ص ۱۸۶.

ب - جهالت متقاربه: این طور مدت را بیان کند که نفس وقوع و یا به وجودش علم باشد، لکن درختم آن مدت ها تقدیم و یا تأخیر کرده می شود، یا وجود و وقوع آن زمانه طویل را دربر میگیرد مثال: حصاد، دیاس، قدوم حاج، وغیره به اعتبار اصل این دو مفسد عقد می باشند، تصحیح جهالت فاحشه صرف درمجلس عقد گنجایش دارد، اما تصحیح جهالت متقاربه بعد از مجلس عقد هم گنجایش دارد.

۱- طریقه تصحیح جهالت فاحشه

طریقه تصحیح آن اینست که عاقدین درمجلس عقد جهالت را ختم نمایند یعنی قبل از افتراق، عقد درست می شود. که بیان این مسئله در زبان عربی چنین است:

وإن كانت الجهالة متفاحشة فأبطل المشتري الأجل قبل الافتراق ونقد الثمن جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز ولو افتراقا قبل الإبطال لا يجوز بالإجماع وعلى هذا إذا باع بشرط الخيار ولم يوقت للخيار وقتا معلوما بأن قال أبدا أو أيا ما أو لم يذكر الوقت حتى فسد البيع بالإجماع^۱

ترجمه: و اگر جهالت فاحشه باشد براین معنا که عاقدین دربیع اینطور مدت را برای اداء ثمن بیان کنند که در آن جهالت فاحش بوده و منجر بر نزاع گردد این طور جهالت مفسد عقد میگردد، پس اگر مشتری قبل از افتراق مدت را باطل نموده ختم کند به اینطور که پول را نقد کند یا اینطور مدتی را مقرر نماید که در آن جهالت نباشد بیع صحیح و جائز میگردد در نزد ما و نه در نزد امام زفر رحمه الله و اگر بائع و مشتری قبل از ابطال از یکدیگر جدا گردند به اتفاق همه بیع جائز و درست نمی شود، بنابراین وقتیکه یک شخص به شرط خیار چیزی را به فروش برساند و درخیار وقت معلوم را تعیین نکند اینطور بگوید که به طور دائمی یا چند روز و یا وقت را هیچ ذکر نکند بیع به اتفاق همه فاسد میگردد.

۲- طریقه تصحیح جهالت متقاربه

یعنی عاقدین دربیع مدتی را بیان کنند که در آن جهالت باشد، اما قبل از حلول اجل یعنی قبل از آمدن آن مدت یکی از عاقدین بیع را فسخ نمایند، یعنی جهالت را ختم نمایند عقد صحیح میگردد.

ولو أسقط الأجل قبل حلوله صح (أي لو أسقط من له الأجل وهو المشتري الأجل المفسد للبيع قبل الحصاد والدياس والقطاف وقدوم الحاج انقلب البيع صحيحا لأن الفساد كان للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرر^۱

۱ . بدائع الصنائع، ج ۵، ص ۱۷۸.

ترجمه: واگراجل قبل از حلول آن ختم کرده شود بیع صحیح می گردد، یعنی اگر مشتری که صاحب مدت است آن مدتیکه مفسد از برای بیع است قبل از حصاد، دیاس، قطاف، و قدوم حاج اگر این مدت را مشتری ساقط کند بیع صحیح میگردد، زیرا فساد از جهت منازعه به وجود آمده بود، اما قبل از ثبوتش مرفوع گردیده، لهذا بیع درست می شود.

ولو باع العین بثن من دین إلى أجل مجهول جهالة متقاربة ثم أبطل المشتري الأجل قبل محله وقبل أن يفسخ العقد بينهما لأجل الفساد جاز العقد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ولو لم يبطل حتى حل الأجل وأخذ الناس في الحصاد ثم أبطل لا يجوز العقد بالإجماع؟

واگر کسی یک چیز متعین و معلوم را به فروش برساند در مقابل پول که دین باشد الی یک مدت نامعلوم که آن جهالت متقاربه باشد، و بعد مشتری آن مدت را قبل از حلول آن، و قبل از اینکه عاقدین عقد را در بین خود فسخ نمایند ختم نماید از جهت فسادیکه منجر به منازعه است عقد جائز میگردد در نزد اصحاب ثلاثه و نزد امام زفر رحمه الله جائز نمی گردد و اگر مدت را باطل نکند تا اینکه اجل حلول نماید و مردم به درو شروع نمایند و بعد آنرا باطل نماید به اتفاق همه عقد جائز نمیگردد.

بنابراین، جهالت متقاربه به اینطور تصحیح میگردد که قبل از حلول آن به یک طریقه ختم کرده شود یا به اینطور که آن مدت مقرر را ختم نماید، و یا یکی از عاقدین بیع را فسخ نمایند، در این صورت بیع صحیح میگردد.

۴ - جهالت در رهن، و کفیل

مثال: اگر بائع در عقد بیع بالای مشتری این شرط را نماید که تو برای من الی وقت اداء پول به طور وثیقه رهن یا کفیل باید بدهی ولی آن چیزها باید معلوم و موجود باشند و وجود آنها ضروری است، و اگر آنها مجهول باشند و یا در وقت عقد متعین نباشند از آن جهت بیع فاسد میگردد، چرا که بائع به غیر از آن راضی نمی شود بناء این سبب منازعه جور می شود. البته طریقه تصحیح اینطور عقود مختلف است. عقد یکه به سبب جهالت رهن فاسد شده است بر دو طریقه تصحیح میگردد:

۱. بدائع الصنائع، ج ۵، ص ۱۷۸.

۲. همان اثر، ص ۱۷۸.

۱- درابتداء عقد مجهول باشد اما قبل از اینکه عاقدین از یکدیگر جدا شوند درمجلس عقد چیزی مرهونه را تعیین نمایند در آن وقت بیع صحیح میگردد.^۱

ولو اتفقا علی تعیین رهن فی المجلس جاز البیع لأن المانع هو جهالة الرهن وقد زال فكأنه كان معلوما معينا من الابتداء لأن المجلس له حکم حالة واحدة وإن افترقا عن المجلس تقرر الفساد.^۲
ترجمه: واگر بائع و مشتری هر دو اتفاق نمایند بر تعیین نمودن رهن درمجلس عقد یعنی قبل از افتراق ازمجلس عقد بیع درست میگردد زیرا مانع منعقد شدن عقد نا معلوم بودن رهن بود و آن به تعیین رهن زائل گردید پس گویا که رهن از ابتداء معلوم و مشخص باشد، زیرا مجلس واحد است و اگر عاقدین ازمجلس عقد جدا شوند فساد تقرر پیدا کرده ثابت میگردد و عقد درست نمی شود.

۲- در ابتداء عقد رهن مجهول باشد، لکن عاقدین قبل از اینکه از یکدیگر جدا گردند مشتری پول را به طور نقد ادا نماید در این صورت بیع صحیح میگردد، چراکه مقصد از تقدیم رهن بدست آمدن پول می باشد و آن حاصل می شود.

وكذا إذا لم يتفقا علی تعیین الرهن ولكن مشتری نقد الثمن جاز البیع أيضا لأن المقصود من الرهن هو الوصول إلى الثمن وقد حصل فيسقط اعتبار الوثيقة.^۳

عقد یکه به سبب جهالت کفیل فاسد شده است بر دو طریق تصحیح میگردد.

۱. از طرف بائع بالای مشتری کفیل را شرط کرده شود اما مشتری کفیل غیر معین را بیان نماید، چونکه این در بعدی سبب نزاع جور می شود، بناء در صورت غیر معین بودن کفیل بیع فاسد میگردد، ولی اگر مشتری کفیل را درمجلس حاضر کند، و بائع بر آن راضی شود در این وقت بیع صحیح میگردد، چراکه جهالت کفیل ختم شده است.

۲. همان طور کفیل را در وقت عقد بیع تعیین نماید، اما درمجلس عقد غائب باشد در آن صورت بیع فاسد میگردد، چرا که معلوم نیست که وی عقد کفالت را قبول می کند و یا خیر؟ لکن اگر عاقدین قبل از جدا شدن ازمجلس عقد وی را حاضر نمایند و وی کفاله را قبول نماید بیع صحیح میگردد، چراکه در آنوقت

۱. همان اثر، ۱۹۰.

۲. همان اثر، ص ۱۹۰.

۳. بدائع الصنائع، همان اثر، ص ۱۷۱.

سبب فساد که (جهالت) است ختم میگردد، پس عقد صحیح میگردد، ولی اگر کفیل بعد از جدا شدن عاقدین حاضر شود در آن وقت بیع صحیح نمیگردد چرا که از تفریق ایشان فساد متحقق می شود.^۱

فإن كان الكفيل مجهولا ففسد البيع وإن كان معينا حاضرا وقبل أو كان غائبا فحضر- قبل التفرق وقبل جاز وكذا إذا كان الكفيل مجهولا فالبيع فاسد لأن كفالة المجهول لا تصح ولو كان الكفيل معينا وهو غائب ثم حضر وقبل الكفالة في المجلس جاز البيع لأنه جازت الكفالة بالقبول في المجلس وإذا حضر بعد الافتراق تأكد الفساد.^۲

بنابراین، وقتی که از طرف عاقدین در عقد کفیل تعیین شود اگر کفیل معلوم نباشد عقد فاسد است، اما میتوان آنرا به دو طریقه تصحیح نمود، یک: کفیل در مجلس عقد تعیین کرده شود، دو: کفیل معین باشد اما غائب باشد و بعد حاضر کرده شود و کفالت را در مجلس عقد قبول نماید، عقد صحیح و درست میگردد، و اگر بعد از جدا شدن عاقدین کفیل حاضر گردد فساد تحقق پیدا کرده عقد صحیح نمیگردد.

مطلب چهارم- تصحیح عقود که به اثر اکراه فاسد شده است

به سبب اکراه رضایت انسان سلب میگردد، درحالی که رضایت شرط صحت بیع می باشد، لهذا از سبب عدم رضایت بیع فاسد میگردد.

اکراه بالای عاقدین و طریقه ای تصحیح آن:

۱- اکراه بر بائع

۲- اکراه بر مشتری

۱. اکراه بر بائع: اگر اکراه بالای بائع صورت گیرد آن ازدو حالت خالی نمی باشد؛ یا اکراه بر بیع محض

می باشد و در تسلیم مبیعه اکراه نمی باشد، و یا اکراه در بیع و تسلیم در هر دو می باشد.^۳

وإذا فسد البيع والشراء بالإكراه فلا بد من بيان ما يتعلق به من الأحكام في الجملة والجملة فيه أن الأمر لا يخلو من ثلاثة أوجه إما إن كان المكروه هو البائع وإما إن كان هو المشتري وإما إن كانا جميعا مكرهين فإن كان المكروه هو البائع فلا يخلو الأمر فيه من وجهين إما إن كان مكرها على البيع طائعا في

۱ . البحر الرائق، ج ۶، ص ۹۳.

۲ . بدائع الصنائع، ج ۵، ص ۱۷۲.

۳ . بدائع الصنائع، ج ۷، ص ۱۸۶.

التسليم وإما إن كان مكرها على البيع والتسليم جميعا فإن كان مكرها على البيع طائعا في التسليم فباع مكرها وسلم طائعا جاز لأن البيع في الحقيقة اسم للمبادلة فإذا سلم طائعا فقد أتى بحقيقة البيع باختياره فيجوز بطريق التعاطي فكان ما أتى به من لفظ البيع بالإكراه وجوده وعدمه بمنزلة واحدة إلا أنه لا يكون التسليم منه طائعا إجازة لذلك البيع بل يكون هذا بيعا مبتدأ بطريق التعاطي^١.

ترجمه: وقتیکه بیع و شراء به سبب اکراه فاسد گردد، پس باید مقررات مربوط به آن را در حکم ذکر کند و جمله در آن این است که امر بدون سه یا یک وجه نیست، یا مکره بائع می باشد، یا مشتری، یا هردو، و اگر مکره بائع باشد ازدو حالت خالی نمی باشد، یا اکراه بر بیع محض است و در تسلیم اکراه نمی باشد، و یا اکراه در بیع و تسلیم در هردو می باشد، پس اگر اکراه بر بیع باشد و در تسلیم اکراه نباشد، پس بر اثر اکراه بفروشد و به رضا تسلیم نماید در این صورت بیع جائز میگردد، زیرا بیع در حقیقت اسم از برای مبادله ای مال است پس وقتیکه به رضا و رغبت تسلیم نماید بیع در حقیقت حاصل شده است به اختیار وی پس به طریقه ای معاملات بیع جائز میگردد، پس آنچه او از اصطلاح بیع اکراه، وجود و عدم آن بدست آورده، با این تفاوت که تسلیم از او به اختیار، جواز آن بیع نیست، بلکه این از ابتدا بیع است با طریق تعاظی.

فأما إذا كان مكرها عليهما جميعا فباع مكرها وسلم مكرها كان البيع فاسدا لأن حقيقة البيع هو المبادلة والإكراه يؤثر فيها بالفساد..... وإذا قال البائع أجزت جاز البيع لأن المانع من الجواز هو الإكراه والإجازة إزالة الإكراه وكذا إذا قبض الثمن لأن قبض الثمن دليل الإجازة^٢.

ترجمه: اگر اکراه بر بائع در هردو باشد یعنی در بیع و تسلیم، در آن وقت بیع فاسد میگردد؛ زیرا بیع در حقیقت مبادله است و اکراه در فساد بیع مؤثر می باشد، اما اگر بائع بعد از زوال اکراه بر آن بیع اجازه دهد در آن وقت بیع صحیح میگردد، چرا که مانع یعنی اکراه و عدم رضا زائل شده است، لهذا عقد به طرف صحت بر میگردد، همان طور اگر بائع پول را قبض نماید، قبض پول دلالت به اجازه می کند به آن هم بیع صحیح میگردد.

وأما المشتري فله حق الفسخ قبل القبض لأنه لا حكم لهذا البيع قبل القبض وليس له حق الفسخ بعد القبض

لأنه طائع في الشراء فكان لازما في جانبه لكن إنما يملك البائع فسخ هذا العقد إذا كان بمحل الفسخ^١.

١ . همان اثر، ص ١٨٦.

٢ . بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٨٧-١٨٨.

البته در صورت مذکور قبل از اجازه ای بایع مشتری حق فسخ کردن بیع را دارد، تا به زمانیکه میبعه را قبض نکرده باشد، چراکه قبل از قبض بر آن بیع هیچ حکم مرتب نمیگردد؛ لکن اگر مشتری قبل از اجازه ای بایع میبعه را قبض نماید باز حق فسخ را ندارد؛ زیرا که به قبض نمودن راضی به خریداری است پس در جانب وی لازمی می باشد، اما بایع به هر صورت حق فسخ را دارا می باشد.

بنابراین، اگر اکراه در بیع و تسلیم در هر دو باشد در آن صورت بیع فاسد میگردد، و اگر مانع زائل شود که اکراه و عدم رضا است عقد صحیح میگردد، اما مشتری حق فسخ را دارد در عقد قبل از قبض و نه بعد از قبض. ۲. اکراه بر مشتری: فأما إذا كان المکره هو المشتري دون البائع فلکل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض وبعد القبض حق الفسخ للمشتري دون البائع لما ذکرنا في إکراه البائع وللمشتري أن یجیز هذا العقد كما للبائع إذا كان مکرها.

ترجمه: پس اگر مکره مشتری باشد و نه بایع، همان طور اگر بالای مشتری در خریدن چیزی اکراه صورت گیرد، در آن صورت به سبب اکراه بیع فاسد میگردد، یا قبل از قبض کردن مشتری هر دو حق فسخ را دارند، اگر مشتری قبض کند در آن وقت صرف مشتری حق فسخ را دارد، نه بایع چراکه او به بیع راضی بود؛ و قبلا آن را ذکر نمودیم لکن اگر مشتری قبل از قبض و یا بعد از قبض بر آن بیع اجازه دهد آن بیع صحیح میگردد، زیرا که از اجازه دادن معلوم میگردد که اکراه زائل گردیده است و به زائل شدن چیزی مفسد بیع صحیح میگردد.

مطلب پنجم-تصحیح عقود که به سبب غرر فاسد شده است

قبلا این سخن را ذکر کرده بودیم که در عقود غرر به دو طریقه تحقق پیدا می کند (۱) در اصل معقود علیه غرر باشد، اگر غرر در اصل معقود علیه باشد سبب بطلان عقد میگردد. غرر در وصف معقود علیه باشد، سبب فساد عقد جور می شود، در اینجا مقصود همین بحث است، غرر در وصف معقود علیه به طریقه های مختلف متحقق میگردد.

ومنها الخلو عن الشروط الفاسدة وهي أنواع منها شرط في وجوده غرر نحو ما إذا اشترى ناقة علی أنها حامل لأن المشروط لا یحتمل الوجود والعدم ولا یمكن الوقوف علیه للحال لأن عظم البطن

۱. همان اثر، ص ۱۸۷.

۲. همان اثر، ص ۱۶۸.

والتحرك یمتمل أن یمكون لعارض داء أو غیره فکان فی وجوده غرر فیوجب فساد البیع لما روی عن رسول الله أنه "نهى عن بیع وغرر" والمنهى عنه فاسد.^۱

الف: گاهی به سبب شرط فاسد غرر تحقق پیدا می کند

یعنی در عقد اینطور شرط را بگذارد که سبب ایجاد غرر در عقد شود مثال: کسی یک حیوان را برای این شرط بیخرد که حامله باشد، چونکه حامله بودن شرط فاسد است و به وصف معقود علیه تعلق می گیرد، و این شرط فاسد سبب ایجاد غرر جور می شود، باین طور شرط در حمل احتمالات متعدد است؛ حتی که احتمال عدم وجود را دارد، وقوف بر آن در هیچ حالتی ممکن نمی باشد، زیرا که شکم جانور بزرگ است و معلوم نیست که از کدام وجه است، می شود که از سبب کدام بیماری باشد، و یا غیر از آن، همان طور نوعیت مذکور بر حقیقت زنده و مرده بودنش هم اطلاع یافتن دشوار است پس در وجود آن غرر است و موجب فساد بیع می گردد.^۲

ب: غرر که به سبب ربا متحقق شده باشد

مثال: اگر کسی خرماى را که در درخت است در بدل خرماى قطع شده به طور تخمین به فروش برساند، چونکه در آن شبهه ای ربا پیدا می شود از جهت عدم مساوات در پیمان، لهذا به سبب زیادت غرر تحقق پیدا می کند و چنین عقد فاسد است.^۳

(والمزابنة) هي بیع الرطب على النخل بتمر مقطوع مثل کیله تقدیرا شروح مجمع ومثله العنب بالزبيب عناية للنهي ولشبهة الربا قال الشامى قوله (ولشبهة الربا) لأنه بیع مکیل بمکیل من جنسه مع احتمال عدم المساواة بينهما بالکیل.^۴

ترجمه: مزابنه: آن عبارت از فروش خرماى تازه در درخت است در مقابل خرماى قطع شده به اندازه آن، شروحات مجتمعه، ومانند: انگور با کشمش، از جهت حرام و شبهه ربا، یعنی در شریعت از آن منع شده است، از جهت احتمال ربا در آن.

۱. همان اثر، ص ۱۸۸.

۲. در المختار ج ۵، ص ۶۵.

۳. همان اثر، ج ۵، ص ۶۷.

۴. همان اثر، ص ۶۷.

شامی گفته: است این قول که شبهه ربا، زیرا پیمانہ ای را به پیمانہ ہم جنس فروخت کہ احتمال نا برابری بین آنها وجود داشت.

وعلى هذا تخرج المزابنة والمحاولة أنهما لا يجوزان لأن المزابنة بيع التمر على رؤوس النخل بمثل كيلة من التمر خرصا لا يدري أيهما أكثر والزبيب بالعنب لا يدري أيهما أكثر والمحاولة بيع الحب في السنبل بمثل كيلة من الحنطة خرصا لا يدري أيهما أكثر فكان هذا بيع مال الربا مجازفة لأنه لا تعرف (يعرف) المساواة بينهما في الكيل.

بنابراین، بیع مزابنه، ومحاقله خارج شد که آن دو جائز نمی باشند، زیرا مزابنه بیع خرما در رأس درخت به اندازه ای آن تخمینا، دانسته نمی شود که کدام یکی اضافه است، و بیع کشمش بانگور دانسته نمی شود که کدام یکی بیشتر است، ومحاقله بیع دانه درخوشه به اندازه ای پیمانہ ای از گندم تخمینا، دانسته نمی شود کدام یکی زیاد است، پس این بیع تخمینا، ربوی است، زیرا مساوات در بین آنها در پیمانہ معلوم شده نمی تواند.

بناءً، اگر قبل از تحقق پیدا کردن فساد، مفسد که غرراست زایل کرده شود، در این صورت عقد صحیح میگردد.

نتیجه گیری

با توجه به مباحث و موضوعات فوق، نتایجی که از فرایند این موضوع حاصل می‌شود، قرار ذیل مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد:

۱. عقود یکی از منابع تصرفات حقوقی و تصرفات حقوقی یکی از اسباب مهم تعهدات است، اهمیت عقود به اندازه ای است که قسمت اعظم قواعد مدنی و تجارتي را عقود تشکیل می‌دهد.
۲. عقود نیز دارای قواعد عمومی است، این احکام در فقه به نام فقه معاملات نامیده می‌شود. فقهای معاصر با استفاده از قواعد عقد بیع قواعد عمومی عقود را انشاء و نام گذاری نموده اند.
۳. پس یکی از این عقود در معاملات، عقود معاوضه می‌باشد که از اصولی خاصی برخوردار بوده که شرط و تعلیق در آن معیاری اساسی قرار داده شده است.
۴. حکم به معنی، منع برای اصلاح، قضاوت، قید اصلاح، داوری، اتقان و استوار کردن و حکم کسی است که مانع از فساد باشد.
۵. حکم شرعی در اصطلاح اصولیان عبارت است از: خطاب خداوند متعال به گونه اقتضا، یا تخیر و یا وضع. که متعلق به افعال مکلفین می‌باشد.
۶. به همین ترتیب، شرط در لغت به معنی شرط کردن، شرط بستن، پیمان بستن، مقید و معلق کردن به شرطی است.
۷. و در اصطلاح: آن است که از عدمش عدم، لازم می‌شود و از وجودش نه وجود لازم می‌شود و نه عدم.
۸. مفهوم تعلیق آویزان کردن، چیزی در زیر کتاب یا نوشته ای نوشتن، در اصطلاح فقهاء، عبارت است از: ربط حصول مضمون یک جمله بر حصول مضمون جمله دیگر.
۹. عقود که در لغت، به معنی عقد که در دری به آن قرارداد و به ندرت مقاوله نیز می‌گویند در لغت به معنای گره بستن، ربط دادن، پیوند دادن ابرام، استوار داشتن و عهد و پیمان بستن به کار رفته است.
۱۰. انواع شرط عقود عبارت از عقد منجز، عقد مضاف، عقد مشروط و عقد قابل اضافه می‌باشد.
۱۱. حکم عقد معلق واضح است که مخالف عقد مضاف است، براین معنی که در عقد معلق در وقت وجود شرط معلق علیه عقد منعقد می‌گردد، اما در عقد مضاف، فی الحال عقد منعقد می‌گردد.

۱۲. ارکان جمع رکن است و رکن در لغت به معنی جزء بزرگتر و قوی تر یک چیز، عضو عمده و ارکان عقد به سه گنگوری مجزا گردیده است.
۱۳. در فقه میان فقهای حنفیه و جمهور فقهاء در مورد ارکان عقد اختلاف نظر وجود دارد. ارکان عقد در فقه حنفیه همان ایجاب و قبول یا صیغه است و عاقدان و موضوع عقد از جمله مقومات و لوازم عقد است. اما، به نظر غیراحناف عبارت اند از: صیغه (ایجاب و قبول) عاقدین و محل عقد.
۱۴. اهمیت تشخیص و تعیین ارکان عقد این است که با تشخیص و تعیین ارکان عقد، مسأله به وجود آمدن و یا عدم به وجود آمدن عقد مطرح می گردد.
۱۵. تعلیق حکم شرط توسط کلمه آن زمانی بر شرط معلق شود آن وقت تحقق پیدا می کند که شرط موجود گردد.
۱۶. تقسیمات شرط عبارت اند از: شرط محض، شرط در حکم علل، شرطی که حکم اسباب را دارد، شرطی که اسم است نه حکم و شرط به معنای خالص تقسیم بندی شده است.
۱۷. عقد تعلیق به شرط در زمان انعقاد آن منعقد نمی گردد، مگر اینکه شرط معلق علیه موجود گردد. برعکس، عقد مضاف به زمان آینده منعقد گردیده، ولی اثر بر آن در زمان آینده مترتب می گردد.
۱۸. بیان اقسام عقود به اعتبار تعلیق عبارتند از: عقود که تعلیق را مطلقاً قبول نمی کند، عقود که تعلیق را مطلقاً قبول می کند و عقود که شرط مناسب را قبول می کند، می باشد.
۱۹. تقسیم شرط به اعتبار احکام شامل سه مورد می باشد، اولاً، شروط صحیحه، ثانیاً، شروط فاسده و ثالثاً شرط باطل می باشد.
۲۰. تقسیم بندی شرط به اساس تعلیق به دو گونه می باشد، اولاً، شرط تعلیقی و شرط فاسخ و ثانیاً، اجل تعلیقی و اجل فاسخ می باشد.
۲۱. نوع اول عقود یکه تعلیق را مطلقاً قبول نمی کند، مطلبش اینست که آن عقود به شرط فاسد، فاسد می شود و یا معلق کردنش به کدام شرطی درست نمی شود، آن عقودیکه تعلیق را مطلقاً قبول نمی کند.
۲۲. نوع دوم، عقودیکه معلق کردن آنها بر شرط مطلقاً درست می باشد و آن عقود ولایات خاصه است مانند: وکالت و ایصاء، و عقود تبرع آنکه آثارش بعد از مرگ متبرع مرتب می گردد مانند: وصیت.

۲۳. نوع سوم، عقود که شرط مناسب را قبول می‌کند، از نظر عرفی و شرعی با اقتضای عقد مناسب باشد؛ بدین معنی که: برای وجود عقد اساس و یا برای ثبوت آن سبب قرار بگیرد.
۲۴. تعلیق عقود به شرط معلق در فقه اختلاف وجود دارد: حنا بله تعلیق تصرف به شرط را در کلیه عقود، جایز می‌دانند.
۲۵. برعکس نظریه حنا بله، فقهای احناف عقود را از ناحیه تعلیق به شرط و عدم آن جایز دانسته و به سه دسته تقسیم نموده‌اند: صیغه (ایجاب و قبول) عاقدین و محل عقد.
۲۶. در نزد علمای احناف عقد بر تعلیق مرتب می‌گردد، بر اینکه عقد موجود نمی‌گردد مگر بعد از ثبوت آن امریکه عقد بر آن معلق گردیده باشد، پس وقتیکه ثابت گردد آن امریکه عقد بر آن معلق گردیده است.
۲۷. تعلیق و شرط و یا بیع به خیار شرط صحیح می‌باشد به خلاف قیاس، همچنان، صلح به مال در مقابل مال، تعلیقی این عقد نیز درست نمی‌باشد: زیرا، صلح کردن به مال.
۲۸. تقسیم مال و زمین مشترک نیز در حکم بیع بوده و احکام بیع در آن جاری می‌گردد، بناء شرط فاسد، و یا تعلیق در این عقود موجب فساد می‌گردد: من جمله از آن تقسیم کردن مال و زمین.
۲۹. عقود معاوضات که مال در مقابل منفعت می‌باشد، معلق کردن آن به شرط درست نمی‌باشد یعنی در تعلیق آن بر شرط عقد فاسد می‌گردد.
۳۰. عقد مزارعت و عقد مساقات نیز از قبیل عقد اجاره است، لذا تعلیق آنها بر شرط صحیح نمی‌باشد.
۳۱. عقود معاوضات که تبادله ای مال در مقابل آنچه که نه مال می‌باشد و نه منفعت؛ یعنی، عقودیکه معامله ای مال در مقابل آنچه باشد که نه مال باشد و نه منفعت، پس تعلیق آنها مطلقاً صحیح نمی‌باشد.
۳۲. عقد خلع نیز از قبیل عقد نکاح بوده، تملیک در آن نیز وجود دارد و تعلیق اش به شرط صحیح نمی‌باشد.
۳۳. عقود وقتیکه بر شروط مختلف مشروط کرده شود، بر آنها شرط مجازی گفته می‌شود و حقیقی نمی‌باشد، ولی برای آن شرط حقیقی ضروری می‌باشد که آن از قبیل امر مستقبل می‌باشد، تا به زمانیکه شرط تحقق پیدا نکند عقد منعقد نمی‌گردد.
۳۴. اسباب مفسدت عقود معاوضه عبارتند از: اسباب عامه و خاصه می‌باشد.

۳۵. اسباب عامه چنین بیان شده است که: وقتی که متعاقدين يك عقد را انجام دهند، در آن وقت به همراهی عقد زیاد این طور چیزها شامل است که سبب فساد عقد میگردند، در آنها بعضی سبب عام است و بعضی خاص.

۳۶. سببی که عقد را فاسد می کند وقتی که آن سبب عام باشد یعنی هر قسم عقد را فاسد کرده بتواند آن سه قسم است - (۱) جهالت (۲) غرر (۳) اکراه.

۳۷. اسباب خاصه فساد عقد اقسام مختلف دارد، مثال: (۱) شرط فاسد در عقد (۲) صفة فی صفة (۳) خيار شرط خلاف شرع (۴) در عوضین یکی یا هر دو چیز حرام باشد (۵) ضرر در تسلیم مبیعه (۶) در دو مبیعه یکی جائز و دیگر ناجائز باشد.

۳۸. مشروعیت تصحیح عقود، در آیات و احادیث نبوی ثابت است که نخست، مشروعیت تصحیح را در قرآن کریم بیان کرده که الله تبارک و تعالی می فرماید: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَكَأ تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ).

۳۹. بنابراین، آنچه که نتیجه گرفته میشود، در خصوص مسئله احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه، نظریات فقهای احناف نسبت به حنا بله محکم تر بوده زیرا، اولاً، نظریات احناف، شافعیه و مالکیه به نظرند، ثانیاً، در احادیث نبوی هم ذکر شده است.

پیشنهادات

هر تحقیق بنابر ضرورتی جامعه‌ای و یا بشری انجام می‌شود؛ و در جریان هر تحقیق چالش‌ها و یا مشکلات به وجود می‌آید، چه در جریان تحقیق باشد و چه در ساحه و یا در بحث که تحقیق انجام صورت گرفته است؛ بناءً، در تحقیق حاضر با در نظر داشت مطالعات که تحت عنوان احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلام انجام صورت گرفت؛ محقق در نظر دارد تا پیشنهادات که زمره این موضوع در ذهن دارد بیان کند که قرار ذیل می‌باشد.

۱. پیشنهاد می‌گردد موضوع احکام شرط تعلیق در عقود معاوضه با در نظر داشت ارزنده بودن آن در شریعت اسلام؛ باید مقننین و یا نهادهای مربوطه آن؛ این موضوع را در متن قوانین مدنی و یا جزایی بیشتر مورد توجه قرار بدهند.

۲. تا آنجایی که در داخل کشور عزیز ما افغانستان اطلاعات دریافتم، بحث موضوع احکام تعلیق در عقود معاوضه تا هنوز در کدام منبع مؤثق که به شکل کتاب در آورده شده باشد، چه از لحاظ قوانین و یا چه از منظر شریعت اسلام وجود ندارد. بنا بر این اصل، نیاز جامعه ما افغانستان است که در این رابطه اطلاعات کافی داشته باشند. به همین ترتیب، پیشنهاد دارم که مؤلفین، دانشمندان حقوقی و یا محققین عزیز در این رابطه کتاب‌ای بیشتری را تألیف کرده و به نشر برسانند.

۳. در رابطه به بحث احکام شرط و تعلیق در عقود معاوضه از دیدگاه شریعت اسلام، پیشنهاد می‌گردد که دانشگاه‌ها، مؤسسات رسمی و غیر رسمی تا آنجایی که توان دارند، اطلاعات کافی را برای محصلین خویش چه به شکل منبع و یا به شکل گفتاری برسانند. زیرا موضوع است که همه روزه مردم ما در این رابط سرکار دارند.

۴. برای دانشگاه‌ها، وزارت اطلاعات فرهنگ و دیگر مؤسسات پیشنهاد می‌گردد که برای محققین عزیز، وقت بیشتر، اینترنت کافی، منابع کافی و غیره... موارد تحقیق را مساعد و مهیا قرار داده تا در رابطه به بحث که تحقیق می‌نمایند. به شکل درست آن تحقیق نمایند.

فهرست‌ها

فهرست آیات

شماره	آیات	سوره	آیه	صفحه
۱	إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ	النساء	۲۹	۹۶
۲	أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	المائدة	۱	۱۲
۳	أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	المائدة	۱	۱۳
۴	حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ	المائدة	۳	۱۹
۵	خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً	توبه	۱۰۳	۱۹
۶	فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ	جمعه	۲	۲۰
۷	فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ	البقره	۱۸۵	۲۷
۸	لَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ	محمد	۳۳	۱۰۴
۹	لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ	الحجرات	۱۱	۱۲
۱۰	وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا	الاسراء	۳۴	۴۸
۱۱	وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا	المائدة	۲	۲۰
۱۲	وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ	النساء	۱۰۱	۲۰
۱۳	وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا	المائدة	۳۸	۲۴
۱۴	وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ	الطلاق	۶	۴۲
۱۵	وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا	المائدة	۶	۴۳
۱۶	وَلَا تَقْرَبُوا الرِّثَا	بنی اسرائیل	۳۲	۱۹
۱۷	وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ	الممتحنه	۱۰	۱۲
۱۸	وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا	آل عمران	۹۷	۱۹

٢٤	٩٧	آل عمران	وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا	١٩
١٧	١	المائدة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	٢٠
٤٨	١	المائدة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	٢١
٨٩	٢٨٢	البقره	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ	٢٢
٢٣	٦	المائدة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ	٢٣
١٠٥	٣٣	محمد	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ	٢٤
١٢٧	٣٣	محمد	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ	٢٥

فهرست احاديث نبوی

شماره	حديث	صفحه
۱	أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي بِهِ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ، فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ، وَكَانَ لَوْ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ.	۱۰۶
۲	القاتل لا يرث	۱۲
۳	المسلمون عندهم شروطهم، إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً	ج
۴	المسلمون عندهم شروطهم، إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً	۶۸
۵	عن أبي سعيد الخدري، «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشرب قائماً»	۲۲
۶	عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما عن أبيه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن صفقتين في صفقة واحدة قال أسود قال شريك قال سماك الرجل يبيع البيع فيقول هو بنساء بكذا وكذا وهو بنقد بكذا وكذا تعليق شعيب الأرئوط : صحيح لغيره وهذا إسناد ضعيف لضعف شريك	۱۰۰
۷	عن عمران بن حصين. أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً	۱۰۷
۸	عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيعتين في بيعة وعن بيع وسلف وعن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما ليس عندك تعليق شعيب الأرئوط .	۹۹
۹	لا مهر أقل من عشرة دراهم	۲۴
۱۰	لا نكاح إلا بولي	۲۴

٢٢	لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه	١١
٢٥	ليس للقاتل شيء	١٢
٢٤	من قتل قتيلا له عليه بينه فله سلبه	١٣
ب	من لم يشكر الناس لم يشكر الله	١٤

فهرست اعلام

شماره	معلومات	صفحه
۱	ابن عابدین: محمد ابن محمد ایمن بن عمر.	۱۴
۲	البزدوی: علی ابن محمد، ابن الحسین، ابن عبدالکریم، ابوالحسن، فخر اسلام.	۱۱
۳	ابن نجیم: شیخ زین العابدین ابن ابراهیم.	۱۶
۴	ابو عبدالله: أبو عبد الله ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني.	۲۵
۵	ابو عیسی: محمد بن عیسی السلامی خریری البوغی الترمذی.	۱۲
۶	اسنوی: عماد الدین بن محمد بن الحسن بن علی قرشی امی و اشعری.	۱۵
۷	انصاری: مسعود، محمد علی طاهری.	۱۴
۸	البخاری: ابو عبدالله محمد بن اسماعیل بن ابراهیم بن مغیره بن بردزبه جعفری.	۲۳
۹	البیضاوی: ناصر الدین ابوسعید او ابو الخیر عبدالله بن ابی القاسم بن محمد بن ای الحسن.	۱۵
۱۰	الزرقاء: مصطفی احمد الزرقاء	۲۳
۱۱	المسلم: مسلم بن الحجاج ابو الحسن القشیری النیشاپوری	۹۳
۱۲	جرجانی: علی بن محمد به علی معروف به میر سید شریف.	۱۵
۱۳	جوهری: اسماعیل ابن حماد مشهور به ابونصر.	۱۰
۱۴	زرکشی: ابوعبدالله بدرالدین محمد بن عبدالله.	۱۹

فهرست منابع

۱. إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزاباذي الشيرازي أبو إسحاق، المهذب في الفقه الإمام الشافعي، محقق، محمد، الزحيلي، بيروت: نشر، دارالكتب، العلمية، ١٤١٢.
٢. ابن عابدين، زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ومعه منحة الخالق، محقق: زكريا، عميرات، بيروت: نشر، دارالكتب العلمية، ١٤١٨.
٣. أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي علاء الدين، بدائع الصنائع از، محقق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، كه در مصر: نشر، دارالكتب العلمية، در سال ١٤٢٤.
٤. أبو عبد الله ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: ٢٧٣هـ)، تحقيق: شعيب الارنوط - عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبدالطيف، حرز الله، شرح كتاب: حاشية السندی علی سنن ابن ماجه، بيروت: الناشر، دارالحياة، بی تا.
٥. ابی الازهری، صالح عبدالسمیع، جواهر الإكليل، بيروت-لبنان، نشر، المكتبة الثقافية، ١٣٤٧.
٦. احمد ابن فارس، بن زكريا، القزويني الزاري، ابوالحسين، معجم مقائيس اللغة، بيروت: نشر، دارالفكر، ١٣٩٩ هـ ج ٢.
٧. اسماعيل بن حماد، جوهری، صحاح تاج اللغة، بيروت-لبنان: نشر، دارالعلم الملايين، ١٤٠٧، ج ٥.
٨. امامی، سيد حسن، حقوق مدنی، تهران: انتشارات كتاب فروشی اسلاميه، ١٣٧٧ هـ. ش، ج ١. ٦ چ ١٥.
٩. بخاری، ابو عبدالله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاری، محقق: محمد زهير، بن ناصر، الناصر، بيروت: نشر، دار طوق النجاة، ١٤٢٢.
١٠. البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن الإقناع، تحقيق و تخريج و توثيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، عربستان سعوديه: نشر، وزارة العدل في المملكة العربية، ١٤٢١، ج ٣.
١١. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، (متوفى: ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، تحقيق كنده: محمد عبد القادر عطا، بيروت: دار الكتب العلمية، سال ١٤٢٤ هـ.
١٢. الترمذی، ابو عيسى محمد بن، عيسى السلامی، خيرى البوغى، سنن ترمذی، بيروت: الناشر، دارالغرب الاسلامی، ١٩٩٦.
١٣. التهانوی، جميل احمد، احكام القرآن، بيروت: نشر، اداره القرآن و العلوم الاسلاميه، ١٤١٣، ج ٤.

١٤. جمعی از نویسندگان، درالحکام شرح مجلة الاحکام، ریاض-عربستان: نشر، دارعالم الکتب، ١٤٢٣.
١٥. الحسن بن أحمد الرباعی، فتح الغفار الجامع لأحكام سنه نبينا المختار، بیروت: نشر، دارعالم الوائد، ١٤٢٧.
١٦. حسن علی، الشائلی، نظریه الشرط فی الفقه الإسلامی دراسة مقارنة فی الفقه الإسلامی مع المقابلة بالقوانين الوضعیة: السعودیه، دارالنشر، دارکنوز إشبیلیا، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩.
١٧. حسین بن محمد، راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، بیروت: نشر، دارالقلم، بی تا.
١٨. خلیل بن إسحاق الجندی المالکی، التوضیح شرح مختصر ابن الحاجب، محقق: أبو الفضل الدمیاطی، بیروت: نشر، مرکز التراث الثقافی المغربی، ١٤٣٣، ج ١.
١٩. دسوقی، محمد، حاشیة الدسوقی علی مختصر السعد، بیروت: نشر، مکتبه العصریه، ١٤٢٨، ج ٣.
٢٠. الرعینی، محمد بن عبد الرحمن المغربی الحطاب، محمد بن یوسف المواق، مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل وبهامشه التاج والإکلیل لمختصر خلیل، محقق: زکریا، عمیرات، عربستان: نشر، دارعالم الکتب، ١٤٢٣.
٢١. الزحیلی، وهبه، الفقه الإسلامی و ادلته، دمشق: دارالفکر، ١٩٨٩م ج ٤.
٢٢. الزرقانی، محمد بن عبد الباقي بن یوسف المصری الأزهری، شرح الزرقانی علی الموطأ الإمام مالک، تحقیق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مکتبه الثقافه الدینیة - القاهرة، ج ١، سال: ١٤٢٤هـ.ق.
٢٣. زکریا ابن محمد ابن زکریا انصاری ابو یحیی، الحدود الأنیقہ والتعریفات الدقیقہ، تحقیق: د، مازن المبارک، بیروت: ناشر، دارالفکر المعاصر، ج ١، ١٤١١، ج ١.
٢٤. زین الدین بن إبراهیم بن محمد بن نجیم الحنفی، فتح الغفار (بشرح المنار المعروف بمشکاة الأنوار فی أصول المنار وعلیه بعض حواشی البحراوی)، مصر: نشر، دارالکتب العلمیه، ١٤٢٢.
٢٥. سعید، شرتونی، اقرب الموارد فی فصیح العربیه و الشوارد، تهران: نشر، اداره کل حج و اوقاف و امور خیریه، بی تا.
٢٦. سلیمان ابن عبدالقوی، ابن الکریم الکوفی الصرصری، ابوالربیع، نجم الدین، شرح مختصرالروضه، محقق: عبدالله ابن عبدالمحسن ترکی، بیروت: ناشر، مؤسسۀ رساله، طبع: اول، ١٤٠٧هـ/م ١٩٨٧م، ج ١.

٢٧. السنوى، الامام جمال الدين عبدالرحيم، نهاية السؤل شرح منهاج الاصول، بيروت-لبنان: نشر، دارالكتب العلميه، ١٤٢٠هـ. ج ١، ٣٦.
٢٨. شمس الدين أبوبكر محمد بن أبى سهل السرخسى، المبسوط للسرخسى، دراسةً وتحقيقاً: خليل محى الدين الميس، ناشر: دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، طبع اول، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ج ١٣.
٢٩. شيخ زين العابدين ابن ابراهيم ابن نجيم، الاشباه والنظائر، بيروت: ناشر، دارالكتب العلميه، طبع: ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م، ج ١.
٣٠. الصناهجى، احمد بن ادريس، بن عبدالرحمن، نفائس الاصول فى شرح المحصول، بيروت-لبنان، مكتبه، نزار مصطفى الباز، ج ١، ٢٣٤.
٣١. عبدالكريم زيدان، الوجيز فى اصول الفقه، ايران-زاهدان: نشر، احسان، ١٣٨٧.
٣٢. عبدالوهاب، خلاف، علم واصول فقه، مصر: نشر، مكتبه الدعوة الاسلاميه شباب لازهر، ١٩٥٦، ج ١.
٣٣. عثمان بن على الزيلعى فخر الدين، احمد الشلبى شهاب الدين، تبين الحقائق، قاهره: نشر، مطبعه الكبر، ١٣١٤.
٣٤. العثمانى، محمد تقى، فقه البيوع، بيروت: نشر، دارالكتب العلميه، بى تا، ج ٢.
٣٥. على ابن محمد ابن على الجرجانى، التعريفات، تحقيق: ابراهيم الاييارى، بيروت: ناشر، دارالكتاب العربى، اول، ١٤٠٥، ج ١.
٣٦. على ابن محمد ابن على الجرجانى، التعريفات، تحقيق: ابراهيم الاييارى، بيروت: ناشر، دارالكتاب العربى، بى تا.
٣٧. على اكبر، دهخدا، فرهنگ بزرگ دهخدا، تهران: نشر، دهخدا، ١٣٧٢، ج ٥، ص ٤٥٢.
٣٨. على اكبر، قرشى بنايى، قاموس قرآن، بيروت: نشر، دارالكتب، الاسلاميه، ١٣٥٢، ج ٢.
٣٩. على بن ابى بكر، مرغيانانى، هدايه فى شرح البدايه، باكستان: نشر، مطبعه علم و فرهنگ، ١٣٩٠، ج ٣، ص ٢٧.
٤٠. فضل بن حسن، طبرسى، مجمع البيان، بيروت: نشر درالفكر، ١٤١٩، ج ١.
٤١. القره داغى، على محى الدين، المقدمة فى المال، والاقتصاد و العقد المكيه، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلاميه، ١٤٠٣ هـ.

٤٢. الكاساني، علاء الدين، ابي بكر سعود الكاساني حنفي، بدايع الصنائع في ترتيب الشرايع، پشاور: چاپ مکتب حقانيه، بدون تاريخ.
٤٣. مجدالدين، فيروز آبادي، قاموس المحيط، بيروت: نشر، دارالكتب العلميه، ١٤١٥، ج ٤.
٤٤. محمد ابن محمد امين بن عمر، مشهور به ابن عابدين، ردالمختار على درالمختار، بيروت: نشر، دارالفكر، بي تا.
٤٥. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، فتح القدير، دمشق-بيروت: نشر، دارابن كثير، ١٤١٤.
٤٦. محمد بن محمد الخطيب الشرييني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محقق: محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، بيروت: نشر، دارالكتب العلميه، ١٤٢١. ج ٢.
٤٧. محمد بن مكرم بن منظور الأفرقيي المصري، لسان العرب، بيروت: ناشر، دار صادر، طبع اول ج ٤، بي تا، ص، ١٠.
٤٨. مسعود انصاري و محمد علي طاهري، محمد علي، دانشنامه حقوق خصوصي، تهران: نشر، گنج داشن، ١٣٨٧، ج ١.
٤٩. مسلم بن الحجاج، النيشابوري، الجامع الصحيح، قاهره- مصر: نشر، موسسه المختار، ٢٠٠٥م، شماره حديث: ٢٠٢٥.
٥٠. مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، بيروت: نشر، دارالفكر ١٤٢٥.
٥١. نسفي، عبدالله بن احمد، كشف الأسرار، لبنان-بيروت: نشر، دارالكتب العلميه، ١٤١٣، ج ٤.
٥٢. نظام الدين، عبدالله، حقوق و جايب (عقود معين) كابل: نشر، سعيد، ١٣٩٥، ج ٢.
٥٣. نظام الدين، عبدالله، فرهنگ اصطلاحات حقوقی، كابل: نشر، سعيد، ١٣٩٧، ص ٣٠٣.
٥٤. وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلاميه، الموسوعة الفقيهه، ٢٥ ج، الطبعة الثانية، كويت: ١٢٠٢ هـ. ق، ١٩٨٣ هـ. ش، ج ٢٦، ص ٥.
٥٥. هندي، محب الله بن عبدالكشور بهاري، مسلم الثبوت، قاهره: نشر، المطبعة الحسينيه المصريه، ١٣٢٦، ج ١.

٥٦. Alaeddin Kharofa. Transctions in Islamic law.

خلاصة البحث

البحث الذي كتبه بمشورة أستاذى الكريم أعني فضيلة الشيخ الدكتور عبدالله "حقيار" تحت عنوان: أحكام الشرط والتعليق فى عقود المعاوضة فى الشريعة الإسلامية" لنيل درجة الماجستير فى جامعة سلام بجماعة كابل، يشتمل على أربعة فصول على النحو التالى:

الفصل الأول فى المفاهيم والكليات ورتبته فى مبحثين، المبحث الأول: تعريف المفاهيم؛ المبحث الثانى: بيان الكليات.

الفصل الثانى: تقسيمات الشرط باعتبار أحكامها، وقسمتها على أربعة مباحث: المبحث الأول: أنواع الشرط، المبحث الثانى: تقسيم الشرط باعتبار أحكامه، المبحث الثالث: أنواع الشرط بأساس التعليق، المبحث الرابع: الاستدلال بمفهوم الشرط.

الفصل الثالث: نظريات الفقهاء فى أحكام الشرط والتعليق فى عقود المعاوضة: وذكرتها تحت مبحثين، المبحث الأول: بيان أقسام العقود باعتبار التعليق، المبحث الثانى: أحكام شرط المقترن بالعقد.

الفصل الرابع: أسباب المفسدة وطريقة التصحيح فى عقودها، ورتبتها ايضا فى المبحثين، المبحث الأول: أسباب العامة والخاصة، المبحث الثانى: طريقة تصحيح العقود الفاسدة.

Summary of the Research

Contracts are one of the sources of legal possessions and legal possessions are one of the important causes of obligations. Jurisprudents have named the general rules of contracts by using the rules of the sale contract, so one of these contracts in transactions is the exchange contract, which has special principles in which condition and suspension are the basic criteria, also, condition and suspension, A condition is a thing that the obligee considers valid, and suspends his possessions on it, but the suspension is by a word condition or by the implication of the word.

The jurists differ regarding the suspension in contracts and the stipulation of suspension, the jurists of Hanaf, Shafi'i and Maliki agree, but the jurists of Hanbali are the opposite of the theory of the other three groups; The purpose of the present research is on this issue, which has been tried to examine the discussion of clauses of condition and suspension in exchange contracts from the perspective of Islamic Shari'ah, especially jurists.

The current research method is analytical-descriptive, it has been tried to use reliable library sources. The importance of the present research is that the issue (terms of condition and suspension in exchange contracts from the perspective of Islamic Sharia) has become clear; Also, the difference of opinion of the jurists in this regard has been expressed.

Therefore, the findings and results show that the rules of condition and suspension in exchange contracts in Islamic Sharia have been examined with the differences of opinion of the jurists, the Hanbali jurists have suspended the condition of possession in all contracts including sale, lease, suretyship, marriage, etc. Considering that it is permissible to confirm this opinion, they cite the hadith of the Prophet, peace and blessings of God be upon him, who said: "Muslims have their stipulations, except on the condition that the ahl al-haram or the haram is halal." and the absence of it have been divided into three categories.

Keywords: condition, suspension, contracts, exchange, jurists, Islam



Salam University

Encyclopedia of Sharita and Law

Master's program in jurisprudence and law



Islamic Emirate of Afghanistan

Ministry of Higher Education

Determination of scientific affairs

Terms of condition and suspension in exchange contracts from the point of view of Islamic Sharia

Master's thesis

Student: Mohammad Islam "Mohammadi".

Instructor: Dr. Abdullah. "Haqyar"

Academic year: ۲۰۲۴



Salam University

Encyclopedia of Sharita and Law

Master's program in jurisprudence and law



Islamic Emirate of Afghanistan

Ministry of Higher Education

Determination of scientific affairs

**Terms of condition and
suspension in exchange contracts
from the point of view of Islamic
Sharia**

Master's thesis

Student: Mohammad Islam "Mohammadi".

Instructor: Dr. Abdullah. "Haqyar"

Academic year: 2024