

بررسی نظریه توقیفی بودن عقود

محمد حاتمی کیا^۱

چکیده

متن حاضر تلاش کوچکی در بررسی نظریه توقیفی بودن عقود می باشد که در دو بخش تنظیم شده است. بخش اول بررسی نظرات فقهی و حقوقی در باب عقود نامعین که خود شامل شش مبحث و یک نتیجه گیری می باشد و بخش دوم در مورد توجیه نظریه غیر حصری بودن عقود و معاملات و نتیجه گیری کلی می باشد که فی الواقع نگارنده سعی بر آن دارد عقود و روابط قراردادی که بر اساس اقتضائات زمان به وجود می آید و با قانون و شرع مخالفی ندارد توجیه نماید که البته این نظریه مخالفینی نیز دارد. امید است که با تبیین این دو بخش زوایای موضوع روشن تر شود.

کلیدواژه ها: عقود معین، نظرات فقهی، نظرات حقوقی، توقیفی بودن، غیر حصری بودن عقود

۱. مقدمه

هدف از این متن همان طور که از عنوان آن پیداست بررسی نظریه توقیفی بودن عقود است به بیان دیگر این که معاهدات و قراردادهایی که اشخاص با یکدیگر منعقد می کنند، باید در چارچوب عقود پیش بینی شده در قوانین باشد یا اینکه مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی می تواند تحت این عناوین هم نباشد و به عبارتی خارج از عقود معین باشد منظور از عقود معین، عقودی است که یا توسط شارع تأسیس شده است یعنی قبلاً وجود نداشته است و شارع آن ها را به وجود آورده است و یا توسط شارع امضاء شده است یعنی از قبل از زمان شارع (معصوم) وجود داشته است و شارع بنا بر اقتضائات زمان آن را امضا کرده است. ورود به بحث از طریق بررسی متون و نظرات فقهی می باشد و خروج از آن با نگاهی به دکترین حقوقی خواهد بود. امید است که متن حاضر چیزی باشد که برای جویندگان موضوع این متن راهگشا باشد.

۱-رییس شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان اردستان

۲. بررسی نظرات فقهی و حقوقی در باب عقود نامعین

در ابتدا بر اصل آزادی قراردادها «تحت عنوان ماده ۱۰ قانون مدنی» مستندات ذکری کنیم:

۱-۲. اصل اباحه

میرزای قمی در جامع الشتات مرقوم می‌دارند که: «اصل اباحه به معنی عام در اثبات مشروعیت عقود بی نام مثل عقد بیمه کاربرد دارد.»

موضوع نزاع در مسأله اباحه این است که انتفاع از اشیاء موجود در طبیعت در مواردی که شارع نسبت به آن حکمی بیان نفرموده جایز است یا نه؟ هرگاه در حلال و حرام بودن چیزی تردید کنیم اصل اباحه را جاری کرده حکم به عدم حرمت می‌کنیم.

بحث در اصاله الاباحه از این نظر است که آیا می‌توان از اشیاء موجود در طبیعت استفاده برد و آیا این استفاده در هر مورد محتاج به اذن شارع است یا نه؟ اصل می‌گوید هرگاه در مورد چیزی شک در حلال یا حرام بودن آن داریم اصل اباحه جاری می‌گردد. استدلال حقوقی در این باب این گونه است: پس معلوم می‌گردد که اثبات مشروعیت عقود مشکوک الصحه از قلمرو این اصل خارج است، زیرا صرف نظر از ادله لفظی اصل اولی در معاملات «که حکایت از فساد دارد» آثار هر عقدی امور حادثی هستند که همه مسبوق به عدم اند و مقتضای حالت سابقه، عدم همه آنهاست و صحت از امور شرعی و محتاج جعل شارع است، بایستی احراز گردد و الا عقد مزبور تأثیری در نقل و انتقال ندارد، بنابراین اباحه که موضوعاً تساوی فعل و ترک مکلفین در انتفاع از اشیاست، قادر به اثبات صحت (و مشروعیت) معاملات مشکوک نمی‌باشد. (حائری، ۱۳۸۵، ۴۰) همان طور که از نظرات حقوقی برمی‌آید، این اصل نمی‌تواند مبنای ماده قرار گیرد، چرا که قلمرو اباحه ترخیص تکلیفی از بهره برداری اشیاء موجود در طبیعت است و نمی‌تواند تصحیح کننده قراردادهای مشکوک الصحه که احکام وضعی هستند، باشد.

لازم به ذکر است اصل فساد به این معناست که قراردادی بی نام بین متقاعدین بسته می‌شود و ما شک می‌کنیم که آیا عقد مزبور تأثیری در نقل و انتقال دارد یا نه؟ با استناد به اصل عدم نقل حکم به فساد عقد مزبور می‌کنیم.

۲-۲. اصل صحت

این اصل به دو معنای تکلیفی و وضعی به کار می‌رود و قلمرو این دو اصل این دو مورد می‌باشد:

معنای تکلیفی: منظور از اصل صحت در این معنا آن است که اعمال دیگران را اصولاً باید صحیح و مشروع تلقی کرد و مادام که دلیلی بر عدم صحت و وجود حرمت پیدا نشده هیچ کس حق ندارد در صورت دوران بین احتمال صحت و مشروعیت از یک طرف و عدم مشروعیت از طرف دیگر اعمال افراد را نامشروع و غیر صحیح بپندارد. (محقق داماد، ۱۳۷۰، ۲۰) برای اجرای این اصل بیش از آنکه افراد ناصالح پنداشته شوند، آثاری مرتبط نیست یا به عبارتی از اصل صحت به مفهوم تکلیفی نمی‌توان اصل آزادی قراردادهای را به دست آورد.

معنای وضعی اصل صحت: به این معنا که عقد یا ایقاعی (که مشروعیت و قانونی بودن آن احراز شده) صورت داد تردید می‌کنیم که آیا این عمل حقوقی صحیح واقع شده یا نه؟ هنگام بروز شک و تردید، حکم اصل صحت در معنای وضعی باید عقد یا ایقاع را محمول بر صحت بدانیم و بر اساس این برداشت می‌توانیم با اعتبار بخشیدن به آن عقد یا ایقاع رابطه حقوقی خود را تنظیم نماییم، بدیهی است که با این قلمرو که برای اصل صحت بیان شد استفاده کردن آن در تصحیح عقود مشکوک الصحه وجهی ندارد و اگر بخواهد مستند قرار بگیرد، به این معنا در شبهه‌های حکمی خواهد بود، یعنی هرگاه منشأ شک در صحت و فساد در چگونگی حکم باشد؛ مثلاً عقد بیمه یا فروش سرقتی یا انتقال حق تألیف که از عقود جدید است و در زمان شارع وجود نداشته در فرض وقوع در صحت یا فساد آن تردید حاصل شود. حال چنان چه قائل به اصل صحت و تقدم آن بر استصحاب باشیم این عقود محکوم به صحت هستند و در غیر این صورت محکوم به فساد خواهند بود، کسانی که صرفاً عقود معین را صحیح و نافذ می‌دانند قائل به این اصل نیستند و لذا فقط آن دسته از عقود را که شرع نفوذ آن‌ها را امضا کرده صحیح و مابقی را با استناد به استصحاب محکوم به فساد می‌دانند ولی گروهی مقابل با استناد به عمومات، کلیه عقود عرفی را تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده صحیح و نافذ می‌شمارند. بنابراین نفوذ و صحت قراردادهای عام مستند به عمومات لفظی است و ربطی به اصله الصحه ندارد. لذا ماده ۲۲۳ قانون مدنی به هیچ وجه به اصل صحت به این معنا ندارد و صرفاً معترض اصل صحت به معنای نخستین است، به عبارتی قانون مدنی ایران از اصل صحت معنای مورد بحث یعنی از صحت قراردادهای معلوم را پذیرفته است نه عقود مشکوک الصحه.

در تأیید این نظر به نظرات برخی از فقها اشاره می‌کنیم:

میرزا حسن بجنوردی در کتاب قواعد فقهیه خود در مورد قلمرو این ماده می‌فرماید: «ان هذا الاصل لا یجری الا بعد احراز عنوان العمل ... مثل لو علم بانه صدر منه عملاً و لم یعلم او اجاره او هبه او غیر ذلک فلا مورد لجریان اصله الصحه. این اصل فقط بعد از احراز عنوان (حقوقی) عمل (که مثلاً بیع است) اجرا می‌شود و مثلاً اگر اجمالاً بدانیم از کسی عملی صادر شده است ولی ندانیم که اجاره است یا هبه یا... جایی برای اجرای اصل صحت نیست.»

آیت الله مشکینی در اصطلاحات الاصول آورده است: «مورد جریان القاعده مازاکان الشک فی الصحه موضوعیا ناشیاً من امور الخارجیه لا حکمیا ناشیاً من ناحیه الدلیل... و ما اذا علم الشخص بان اشتری شیئاً بالمعاطات و شک فی الصحه المعاطات شرعاً فلیس ذلک مورد جریان هذه الاصل.»

البته باید توجه داشت که اجرای اصل صحت در همین موارد هم شرایطی برای خود دارد.

حال با این مقدمات اگر در ارکان اصلی معامله ای شک شود جایی برای اجرای اصل نیست، در معامله ای که خودش محرز نیست و مشروعیت و قانونی بودن آن احراز نشده است، آیا واقعاً جایی برای اجرای اصل صحت باقی می ماند؟ کسی که می خواهد اصل صحت را جاری کند بر چه عنوانی می خواهد این کار را انجام دهد؟! به عبارتی مجرای اصل پس از احراز عنوان عمل و شک در برخی شرایط آن است و نمی تواند پشتوانه این ماده قرار گیرد.

تا زمانی محقق ثانی میان فقیهان با استناد به استصحاب عدم رابطه که قبل از انعقاد عقد متیقن بوده اصل فساد حاکمیت داشته است ولی پس از آن میان فقها اصل صحت عقود، طرفداران بیشتری داشته است، مستند صاحبان این نظریه عمومات لفظی نظیر (اوفوا بالعقود) و (احل الله البیع) است که آن را حاکم بر استصحاب محسوب می دارند.

بنابر مراتب فوق نفوذ قراردادهای عام مستند به عمومات لفظی است و ربطی به اصاله الصحه ندارد.

۲-۳. عقد صلح

با اینکه بعضی از بزرگان فقها نظیر شیخ طوسی به فرعی بودن عقد صلح معتقد هستند این عقد اصالت یافت و به عنوان وسیله گسترش انواع قراردادها و حاکمیت اراده به کار گرفته شد برای نفوذ عقد صلح کافی است که متضمن (تحلیل حرام یا تحریم حلال نباشد). در این صورت از قصد طرفین پیروی می کند که این از حدیث گرفته شده است. (الصلح جائز بین المسلمین الاصلحاً احل حراماً و حرم حلالاً) و به نظر فقهای امامیه صلح با اقرار و انکار جایز است.

«و هو اصل فی نفسه علی اصلح القولین اشهرهما لاصاله عدم الفرعیه لا فرع البیع و لا هبه و لا اجاره و العاریه. الابرء كما ذهب الیه الشیخ (طوسی).»

دکتر جعفری لنگرودی در ترمینولوژی در تعریف صلح آورده است: «عقدی است که طرفین توافق برآمدی از امور کنند بدون اینکه توافق آنها معنون به یکی از عناوین معروف از قبیل: بیع، اجاره و ... باشد.» که این تعریف از عقد

صلح دقیقاً همان اصل آزادی قراردادها یعنی مدلول ماده ۱۰ قانون مدنی می‌باشد. بنابراین باید گفت که این عقد می‌تواند مبنای شرعی ماده قرارگیرد و به این ماده مشروعیت ببخشد.

جواب: عقد صلح را به دو صورت می‌توان تصور کرد اینکه به عنوان عقد صلح بین مردم منعقد شود و جزء عقود باشد که از اصل فساد خارج گشته است و مبنای شرعی آن عموماً می‌باشد که ذکر شد (حدیث منقول) و به صورت ابتدایی هم منعقد شود و با اقرار و انکار جایز باشد بدیهی است که در این صورت جزء عقود معین قرار خواهد گرفت و ربطی به ماده ۱۰ قانون مدنی ندارد. یعنی بگوییم که آزادی قراردادها در محدوده خود عقد صلح مورد تأیید شارع قرار گرفته است ولی هر چه باشد عقدی است معین. یا نه بگوییم چون در عقد صلح اراده طرفین در محدوده ای که محلل حرام نباشد و محرم حلال، عقود یا ایقاع مشکوک الصحه را در این محدوده نافذ و صحیح بدانیم، یا به عبارتی با تنقیح مناط و الغاء خصوصیت از عقد صلح، همه عقود یا ایقاعات را در این محدوده نافذ و صحیح بدانیم که باز تحصیل حاصل است، سؤالی که ممکن است اینجا پیش آید این است که اصلاً با وجود عقد صلح چه نیازی به ماده ۱۰ قانون مدنی داریم؟ در اینجا به نظر برخی از حقوقدانان در پاسخ به این سؤال می‌پردازیم:

دکتر جعفری لنگرودی در ترمینولوژی حقوق ذیل واژه صلح آورده است: «با وجود عقد صلح در ماده ۷۵۲ قانون مدنی رعایت کردن ماده ۱۰ از حقوق خارجی زائد است.» و مقرر می‌دارد که حقوق فرانسه و مذاهب چهارگانه اهل سنت باید برای عقود بی نام چاره جوئی کنند نه فقط امامیه که صلح را ویژه دعوی نمی‌داند، فقه اهل سنت هم از راه «نذر تبرر» راه را برای عقود بی نام گشوده است. بنابراین اگر مدلول ماده ۱۰ را همان مدلول عقد صلح بگیریم، دیگر نیازی به ماده ۱۰ نخواهیم داشت. اما از دید دکتر کاتوزیان مدلول این دو ماده یکی نیستند ایشان در این زمینه مرقوم می‌دارند: «مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی عقد صلح را بیهوده نمی‌کند و عقد صلح نیز باعث بی نیازی از استناد به ماده ۱۰ نمی‌شود.»

۲-۴. اصل صحت شروط

برخی، عقود بی نام را به عنوان شروط ضمن عقود با نام می‌آورند و می‌گویند که در این صورت عقود بی نام توجیه می‌شوند، شروط ضمن عقد را باید یکی از مبانی آزادی قراردادها دانست، زیرا طرفین مقاصد خود را بدین وسیله تحقق می‌بخشند. از نظر میرزا حسن بجنوردی در صحت شروط ضمن عقد تردیدی وجود ندارد، بلکه برخی از فقها شروط ابتدایی (خارج از متن عقد) را صحیح دانسته اند آنچه ممکن است مورد بحث قرار گیرد، این است که فقها حسب مفاد ادله برای گنجاندن شروط در ضمن عقد شرایطی را لازم می‌دانند که از آن به شرط صحت تعبیر

می‌شود، حال چنانچه تعبیر شود که شروط مذکور در عقد یا کتاب یا سنت یا مقتضای عقد مخالف است یا نه؟ (به خصوص در مخالفت با کتاب، سنت که قرابت بیشتری با بحث ما دارد) آیا می‌توان به اصل صحت شرط استناد نمود و بر این اساس شروط مشکوک الصحه را نافذ دانست؟ نظر صاحب جواهر و میرزای قمی این است که از شروط آنچه مخالفتش با شرع محرز باشد، مستثنی است و آنچه مخالفتش محرز باشد واجب الوفاست و چنانچه در مخالفت با شرع تردید شود اصل عدم منع است. طبق این نظر چنانچه در صحت شرطی تردید شود بایستی به تردیدها پایان داد و آن را نافذ دانست این نظر دقیقاً در جهت توسعه قلمرو آزادی اراده است ولی باید اذعان کرد که اجرای اصل صحت در شروط مشکوک الصحه بدین سهولت امکان پذیر نیست.

۲-۵. الناس مسلطون علی اموالهم

مفاد قاعده این است که هر مالکی، نسبت به مال خود تسلط کامل دارد و می‌تواند در آن هرگونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی بکند و هیچ کس نمی‌تواند او را بدون مجوز شرعی از تصرفات منع کند. به عبارت دیگر، اصل بر آن است که همه گونه تصرفات برای مالک مجاز است مگر اینکه به موجب دلیل شرعی خلاف آن ثابت گردد.

مفاد قاعده تسلیط، تثبیت حق مالکیت و مشروعیت عموم تصرفات است، ولی روش اجرای تصرفات و احکام و شرایط آنها را باید شرع ارائه کند و این قاعده نسبت به آزادی در روش و اجرایی ساکت است، بنابراین هرگاه به طور مثال تردید شود که آیا مالک حق انتقال یا واگذاری یا اذن در تصرف در مال خود را دارد یا خیر، بی‌تردید جای اجرای قاعده است، ولی در مورد روش و شرایط یا اذن در تصرف، قاعده ساکت است و راه و روش را باید از ادله شرعی به دست آورد و دیگر، سخن از این قاعده نمی‌توان اصل آزادی اراده یا اصل آزادی قراردادها را به دست آورد.

شیخ انصاری در جلد سوم مکاسب می‌فرماید: «لان عموم باعتبار انواع السلطنه فهو انما تجری فیما از اشک فی ان هذالنوع من السلطنه ثابہ للمالک و ما فیه شرعاً فی حقه ام لا.»

و نیز دکتر لنگرودی در ترمینولوژی نظرشان در مورد این قاعده این است: «هر کس به مایملک خود مسلط است به نحوی که حق هرگونه تصرف و انتفاع در آن را دارد مگر مواردی که قانون استثنا کرده باشد.» پس این قاعده نمی‌تواند اصل آزادی قراردادها را ثابت کند چرا که در مورد اصل حق تصرف که آیا چنین حقی را دارد یا نه؟ مجرای قاعده است ولی درباره روش اعمال این حق ساکت است. برای تقریب به ذهن می‌توان نسبت بین قوانین ماهوی و شکلی را در نظر گرفت. بنابراین باید برای اثبات مشروعیت آن به سراغ ادله دیگر رفت، گذشته از این بازگشت

اصل صحت مشروط به نوعی به اصل صحت است که گفتیم نمی‌تواند در مورد عقود مشکوک الصحه جاری شود و تصحیح کننده آن‌ها باشد.

۲-۶. اصل براءت

ممکن است سؤال شود که اصل براءت بتواند پشتوانه خوبی برای این ماده باشد با این تفسیر وقتی افراد خصوصی قرارداد می‌بندند و شک داشته باشند که آیا شارع حکمی بر خلاف آن دارد یا نه؟ با اجرای اصل براءت حکم به صحت قراردادهای خودشان نمایند. همچنان که در جامع الشتات عبارتی شبیه این آمده است. و برای تصحیح عقود مشکوک الصحه به این اصل استناد شده است: «ان الصحه التي هي من احكام الوضع بتوقف على التوظيف من قبل الشارع و كون الاصل اباحه العقد و براءه الذمه عن العقاب و المواخذة عليه معنى ترتيب الاثر الذي هو معنى الصحه و المبعوث عنه هنا.»

جایگاه اصول جایی است که فحص و بررسی وافی و کامل در احکام و ادله شده باشد و بعد از آن اگر دلیلی بر حرمت یا عدم مشروعیت نیافتیم می‌توانیم اصول را جاری کنیم چرا که «اصل دلیل حیث لا دلیل» این قاعده نه تنها در اصل براءت بلکه در سایر اصولی که اینجا برشمردیم نیز جاری می‌شود...

قلمرو اصل: اولاً براءت قادر به اثبات معاملات مشکوک الصحه نمی‌باشد و صحت از امور، وضعی است که نیازمند امضای شارع می‌باشد. ثانیاً در فرضی که بتوان اثبات کرد در این فرض استصحاب عدم النقل هم جاری است و باید دید در تعارض دو اصل استصحاب و براءت کدام یک مقدم هستند؟ به نظر می‌آید در این موارد اصل استصحاب مقدم باشد چرا که مفاد استصحاب شک را برطرف می‌کند و به اصطلاح اصولیان، استصحاب حاکم یا وارد بر براءت است. (حیدری، ۱۳۸۶، ۸۰) به این تعبیر عقدی را منعقد می‌کنیم و شک داریم که آیا این عقد مخالف قانون یا شرع است یا خیر؟ با اجرای اصل براءت حکم به عدم مخالفت و عدم فساد آن می‌دهیم ولی استصحاب می‌گوید یقیناً قبل از اجرای عقد رابطه حقوقی منعقد نبوده که بخواهیم استصحاب نماییم.

نتیجه این بخش این است که اصل اولیه در معاملات فساد است. بنابراین برای خروج از این اصل باید اصول و ادله ای را اقامه کرد ولی با تحلیل جایگاهشان نشان داده شد که آن‌ها قادر به اثبات صحت عقود مشکوک الصحه مورد نظر ماده ۱۰ و ۷۵۲ قانون مدنی نیستند. در مورد اباحه گفته شد که این اصل فقط استفاده از آن چه طبیعت در اختیار بشر نهاده را مجاز می‌داند، البته در صورتی که دلیل بر حرمت نداشته باشیم و تسری دادن آن به باب معاملات صحیح نیست و این که اصل براءت و اباحه نسبت به دو طرف فعل و ترک مساوی هستند و نمی‌توانند تصحیح

کننده معاملات مشکوک الصحه باشند. اصل صحت نیز فقط در مورد عقودی که مشروعیت آن احراز شده و احکام آن بیان گردیده، جاری می‌شود و در عقود مشکوک الصحه جایگاهی ندارد و در مورد عقد صلح هم گفته شد، اگر مستقل در نظر گرفته شود، یعنی به عنوان عقد صلح مطرح باشد، از موضوع بحث خارج است و اگر بخواهیم عقود و معاملات مشکوک را به صلح قیاس کنیم وجهی ندارد. اصل صحت شروط که به نوعی به قاعده تسلیط اشاره داشت گفته شد، که این قاعده نمی‌تواند اثبات مشروعیت کند بلکه فقط عموم تصرفات را برای مالک نافذ می‌داند که شرایط آن تصرفات را شرع مشخص می‌کند به عبارتی در مورد شرایط سلطه ساکت است.

۳. توجیه نظریه غیر حصری بودن عقود و معاملات

نظریه ای در فقه تحت عنوان نظریه انحصاری یا حصری بودن عقود وجود دارد که طرفداران این نظریه فقط عقود زمان شارع را نافذ و صحیح می‌دانند مابقی عقود را که جزء این‌ها نباشند، باطل می‌پندارند و در مقابل آن عده ای هرعقدی که عقلانی و مورد نیاز مردم باشد و با تحقق عنوان عرفی عقد تحت عموماتی نظیر اوفوا بالعقود و آیه تجارت قرار می‌دهند بدین ترتیب حکم به صحت آن می‌کنند، اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که مرجع تشخیص عقلانی بودن و مورد نیاز بودن و... چه کسی است؟ بدیهی است که در این فرض هم باید مجتهد با توجه به پشتوانه علمی و ربط دادن به دلایل و احراز حجیت تک تک آن‌ها این را از اصل فساد خارج کند. مجتهد است که باید احراز کند ال در آیه اوفوا بالعقود ال عهد نیست و ال استغراق است. عقود یا ایقاعات در عمومات حقیقت در معنی صحیح نیست بلکه اعم از صحیح و فساد است و هزاران مشکل که با اندک دقت معلوم می‌شود این‌ها همه کار فقیه است و از طرفی با پیچیده شدن روابط و به تبع آن پیچیدگی قوانین نباید قائل به اصل آزادی قراردادها بود؟ همان‌طور می‌دانیم که در شرع مقدس عنوانی تحت اقتضائات زمان وجود دارد و مجتهد همواره باید با توجه به نیازهای زمان، احکام مورد نیاز را در مورد موضوعات مستحدثه استخراج کند، مثلاً عقد بیمه که یک مسأله مستحدثه است و با توجه به نیاز زمان به وجود آمده است مجتهد باید در توجیه شرعی آن بکوشد و احکام مورد نظر را استخراج کند. البته لازم به ذکر است که هر موضوع مستحدثه قابل توجیه شرعی نیست و ما نباید برای هر موضوعی به دنبال توجیهات شرعی باشیم چرا که بعضی از موضوعات از پایه و اساس غیر شرعی هستند. عقود معینی که در قانون مدنی آمده است قطعاً از نیازهای زمان شارع بوده است و یا قبل از زمان شارع هم وجود داشته است و شارع آن را امضا کرده است و اگر عقودی که امروزه براساس نیاز زمان به وجود آمده در زمان شارع مقدس وجود داشت. شارع مقدس در زمان شرعی بودن آن‌ها، مورد تأیید قرار می‌داد و در عصر حاضر که معصوم حضور

ندارند و در پس پرده غیبت می‌باشند، این کار فقها و مجتهدان است که از دل روایات و قرآن توجیهاتی را برای آن‌ها پیدا کنند چرا که در زمان غیبت معصوم علیه السلام باید به روایان حدیث و فقهای زمان رجوع کرد.^۱

از دیدگاه دکتر کاتوزیان «نباید چنین پنداشت که در وضع کنونی نیز هیچ فایده ای ماده ۱۰ در کنار عقد صلح ندارد و این دو نهاد حقوقی تکرار یک قاعده است، زیرا عقد صلح عنوانی است که باید به طور صریح یا ضمنی از سوی طرفین قرارداد انتخاب شود. به بیان دیگر، صلح نیز خود قالبی است که از سوی قانون گذار برای تجلی حاکمیت اراده تأسیس شده است، در حالی که مفاد ماده ۱۰ حکایت از لزوم قرارداد خصوصی قطع نظر از هر گونه لباس و قالب ویژه است و دامنه گسترده تر دارد، برای مثال اگر مسافری در مهمان سرایی پانسیون شود، نمی‌توان گفت آنان درباره هزینه‌های مسکن و غذا و خدمات مهمانسرا با هم صلح کرده‌اند ولی نفوذ این قرارداد بر مبنای ماده ۱۰ به آسانی قابل توجیه است، از سوی دیگر، آنچه در قلمرو ماده ۱۰ انجام می‌شود تنها درباره کسانی مؤثر است که در تراضی شرکت داشته‌اند، درحالی که انتخاب عنوان صلح‌گاه درباره دیگران نیز مؤثر است به عنوان نمونه، هرگاه فروشنده سهم مشاع از ملکی پیمان با خریدار را زیر عنوان «صلح» منعقد سازد، نه تنها از قواعد خاص بیع در رابطه خود با خریدار می‌گریزد بلکه شریک آن ملک را نیز از «حق شفعه» محروم می‌سازد. (ماده ۷۵۹ ق.م) از این‌ها گذشته، ماده ۱۰ ق.م اصل «اباحه» را در عقود معین نیز اعلام می‌کند و به استناد آن می‌توان همه شرایط و توافق‌هایی را که مخالفت صریح با قانون و قواعد امری ندارد نافذ شناخت، ولی استناد به اباحه ناشی از صلح، محدود به موردی است که عنوان معامله نیز صلح باشد. بنابراین ماده ۱۰ قانون مدنی حاکمیت اراده را درون «عقد صلح» نیز تأمین می‌کند و نقشی مانند حدیث «المومنون عند شروطهم» در فقه را دارد...» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۷۴)

۴. نتیجه گیری

بنابراین اقتضائات زمان بر این قرار دارد که با توجه به نیاز مردم در زمان‌های مختلف عناوینی که قبلاً در زمان شارع وجود نداشته به وجود آید. البته لازم به ذکر است که مردم در ایجاد این‌گونه عقود و معاملات چاره‌ای ندارند و اگر به این‌گونه موارد رو نیابردند زندگی آن‌ها دچار اختلال می‌شود، پس به ناچار باید این‌گونه عقود و معاملات را مشروع دانسته و تا جایی که خلاف شرع نباشند به آنها عمل نمود.

منابع

۱. قرآن کریم

^۱ -نظر محقق (نگارنده) برگرفته از تعلیمات و آموزه‌های اساتید

۲. انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۳، قم، مجمع الفکر الاسلامی، نهم، ۱۴۲۸
۳. بجنوردی، حسن القواعد الفقهیه، ج اول و پنجم
۴. جبعی عاملی، زین بن علی العاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام ج ۱۴، قم، موسسه معارف اسلامی، دوم
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، رهن-صلح، بی تا، اول، ۱۳۴۹
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، تهران، گنج دانش، دوازدهم، ۱۳۷۸
۷. حائری، مسعود، اصل آزادی قراردادها-تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی، تهران
۸. حیدری، علی نقی، اصول الاستنباط و تاریخچه با اسلوب جدید، زراعت عباس، مسجدسرای حمید، قم، حقوق اسلامی، پنجم ۱۳۸۶
۹. قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، کتاب التجاره، شکاری، روشنعلی، قربانی، حسین، پیشنماز، حسین؛ تهران، حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، اول، ۱۳۷۹
۱۰. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم کنونی، تهران، میزان، هفدهم، ۱۳۸۷
۱۱. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش ۱ مالکیت-مسئولیت، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، شانزدهم، ۱۳۸۶
۱۲. محقق داماد، سید مصطفی، مباحثی از اصول فقه (دفتر سوم تعارض ادله و اصول عملیه)، تهران، نشر علوم اسلامی
۱۳. مشکینی، علی اکبر، اصطلاحات اصول و معظم ابحاثها، قم، الهادی، هشتم، ۱۳۸۱
۱۴. ولایی، عیسی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، تهران نشر نو، دوم، ۱۳۸۰