جلسه شصت و چهارم ـ معاملات مستحدثه ـ 15/10/98 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

## امر چهارم : عقد

امر چهارم از اموری که میبایست بعنوان مقدمه ورود در قواعد عامه در خصوصیات آن بحث بکنیم ، عنوان « عقد » است. بنا بر این شد که ما در مورد خصوصیات چهار عنوان بحث بکنیم ، عنوان اول عنوان « ملک » بود عنوان دوم ، عنوان «مال» بود ، عنوان سوم عنوان «حق » بود و حال امر و عنوان چهارمی که میبایست در آن بحث بکنیم که جزء مطالب عام و کلیدی در بحث معاملات و ترتیب احکام معاملات است عنوان « عقد » است. در بحث عقد هم در این قسمت مقدمه جهاتی از بحث مطرح میشود چرا که بسیاری از مباحث در قسمت مقصد که بحث از قواعد عامه مربوط به عقود است مطرح میشود مانند ادله صحت عقود ، ارکان عقد ، و کیفیت ابراز مضمون عقدی و .... این مطالب که عمده مطالب هستند در آن قسمت مقصد بیان میشوند.

ولی در این قسمت امر و عنوان چهارم که بعنوان مقدمه ورود به مقصد است جهات مطرح شده در این قسمت مربوط است به تعریف عقد و اینکه ماهیت عقد چه چیزی است و فرق عقد با عهد و عناوین مشابه با آن مانند عنوان وعد چیست؟ و همچنین بحث میشود از ارکان و مقومات عقد ؛ و همچنین بحث دیگری که در اینجا جای طرح دارد تقسیمات عقد است مثلاً تقسیم عقد به عقود اذنیه و عقود عهدیه که فی الجمله در کلام مرحوم نائینی با این عنوان مطرح شده است و همچنین در کلمات اعلام بعدی هم آمده است که آیا این تقسیم صحیح است یا نه؟ اضافه براین تقسیم ، تقسیمات عقد از زوایای مختلف دیگر هم مطرح میشود.

بر این اساس مطالب در این امر و عنوان چهارم در این چهار جهت مطرح میشود : 1\_تعریف عقد ، 2\_فرق عقد با عهد و عناوین مشابه با آن ، 3\_مقومات عقد و قسمت و 4\_ به تقسیمات عقد .

### جهت اول : تعريف عقد وبيان ماهيت آن

در جهت اول از بحث عقد که مربوط به تعریف عقد است و اینکه خصوصیت و حقیقت عقد چه چیزی هست ؟ در اینجا بحث اول اینست که آیا اصولاً لازم هست که ما یک تعریف منضبط و واضحی نسبت به عقد داشته باشیم یا اینکه بحث در تعریف عقد و بیان حقیقت و ماهیت عقد مجرد بحث علمی ای است که لایترتب عليه اثر من حیث العمل ؟ این قسمت جای توضیح دارد و توضیح آن هم اینست که : اینگونه نیست که بحث در تعریف عقد مجرد بحث تحلیلی باشد که لایترتب علیه اثر عملی ، چرا که عنوان عقد موضوع در ادله شرعیه و خطابات شارع مانند « اوفوا بالعقود » قرار گرفته است و نوع فقهاء به این آیه برای صحت و لزوم عقود استدلال میکنند و گفته اند که با استناد به این آیه قاعده اولیه در هر عقدی لزوم است و برای رفع ید از آن نیاز به دلیل داریم و إلا میبایست ملتزم به لزوم عقد بشویم. پس عنوان عقد در ادله و خطابات موضوع حکم و اثر واقع شده است و با توجه به اینکه در تعریف عقد اختلاف هست ، این اختلاف منجر به این میشود که در تطبیق این حکمی که در مثل آیه شریفه بیان شده است در قسمت تطبیق هم اختلاف در نتیجه پیدا بشود. مواردی هست که متیقن است که آنها از موارد عقد هستند مانند بیع و اجاره و امثال اینها ولی بعضی از مصادیق هست که در عقد بودن و عقد نبودن آنها شبهه و تردید و اختلاف است که آیا آنها عقد هستند یا نه ؟ اگر ما تعریف واضحی از عقد نداشته باشیم در این مصادیق مشکوک نمیتوانیم حکم را بدست بیاوریم. بر این اساس میبایست تعریف عقد بصورت واضح معلوم بشود تا اینکه در تطبیقش بر مصادیق مورد را با آن معنای تعریف شده بسنجیم و ببینیم که آن معنای تعریف شده در اینجا صادق است یا نه؟ مواردی محل اختلاف است ؛ مثلاً قراردادهایی که مضمونشان اذن است مانند وکالت و عاریه و مضاربه و ...که مضمونشان اینست که مالک اذن به دیگری میدهد برای تصرفات و اینگونه نیست که تعهدی در آنها باشد ، حال آیا اینها مصداق عقد هستند تا اینکه حکمی که در آیه « اوفوا بالعقود » ذکر شده که همان صحت و لزوم وفاء باشد بر اینها مترتب بشود یا اینکه مصداق عقد نیستند؟

اگر تعریف واضحی از عقد داشته باشیم ، بر اساس آن تعریف می آییم و خصوصیات این عقود اذنیه را تحلیل میکنیم و میبینیم که آیا آن عنوان موضوع حکم که عقد باشد در اینجا منطبق است یا نه؟

یا مواردی که افراد با یکدیگر تبانی میکنند بر اینکه مالشان را نقل به دیگری بدهند مثلاً قرار بر معامله را امروز میگذارند ولی مضمون قرارشان اینست که در یک هفته آینده کارشان انجام بشود ، حال آیا بر این تبانی اولی عنوان عقد صادق است تا اینکه از آیه شریفه صحت و لزوم آن استفاده بشود یا اینکه این تبانی مصداق عقد نیست ؟ که این بحث در بعضی از عقود مستحدثه که از آنها تعبیر به «قرار داد آتی » میشود هم اثر دارد.

پس در این موارد تعریف عقد در تشخیص اینکه این موارد مشمول ادله ای که حکم را به روی عقد برده اند هستند یا نه؟ کمک میکند.

همچنین نسبت به قراردادهای مستحدث دیگری که در زمان شارع نبوده اند مانند عقد بیمه با توجه به مضمونی که در این تبانی و قرار داد وجود دارد ، هم این بحث اثر دارد که آیا خود این امر مصداق یک عقد مستقل از عقود دیگر است به این شکل که شخص ماهانه پولی بدهد تا اینکه بیمه در زمان خسارت و یا بیماری هزینه را بپردازد ، آیا خود این یک قرار داد و عقد مستقلی در مقابل عقود معهوده در زمان شارع است یا نه؟ تشخیص این امر هم تابع اینست که ما تعریف واضحی از عقد واقسام آن داشته باشیم.

پس اینگونه نیست که بحث از تعریف عقد مجرد یک بحث تحلیلی و بدون اثر عملی باشد بلکه این بحث به غرض اینست که در مرحله ترتیب آثار و در مرحله تمسک به ادله ای که در موضوع آنها عنوان « عقد » اخذ شده ، در این مقامها راه و وظیفه ما در تمسک و عدم تمسک معلوم و واضح بشود.

براین اساس جهت اول در این امر رابع ، تعریف « عقد » است. در این قسمت با توجه به اینکه کلمه « عقد » که موضوع خطابات قرار گرفته است ، یک کلمه عربی است و از جهت لغت هم دارای ریشه لغوی است ابتدا میبایست معنای لغوی « عقد » معلوم و مشخص بشود و بعد به سراغ معنای اصطلاحی و یا به تعبیر دیگر معنای متفاهم از عقد در خطابات برویم که از آن تعبیر به « متفاهم عرفی » میشود البته اگر از آن تعبیر به معنای اصطلاحی بکنیم از این جهت که در مقابل معنای لغوی است مشکلی وجود ندارد.

#### تعريف لغوی عقد

در این که ریشه لغوی کلمه « عقد » چه چیزیست؟ در این مقام امور متعددی ذکر شده است. هر چند در بعضی از کتب معاملاتی که مؤلفین عامه نوشته اند نسبت به معنای عقد بنحو عام گفته اند که : « عقد » در لغت معانی متعددی دارد که در همه آنها ربط و شدّ و توثیق اخذ شده است و حالت بستن و ارتباط در همه آنها اخذ شده است. بر این اساس ریشه لغوی کلمه عقد را منحصر کرده اند به « عقد الحبل » و گفته اند که مورد اصلی معنای عقد همانیست که در مورد ریسمان است زمانیکه در ریسمان گره ایی ایجاد میشود. یعنی ما یک عُقده ایی ـ گره ـ داریم که نتیجه ربط است و یک ربطی داریم که سبب برای ایجاد این عُقده است. در حبل که طناب باشد ، آنچیزی که بوسیله آن عُقده ایجاد میشود و یا آن کاری که نتیجه آن بوجود آمدن عُقده باشد از آن تعبیر به « عقد الحبل » میکنند. در کلمات مؤلفین عامه نوعاً به این شکل مطرح شده است.

در کلمات فقهاء امامیه هم در نوع موارد گفته شده است که مستعملٌ فیه اصلی عنوان « عقد » همان حبل است. ولی در این قسمت در کلام بعضی دیگر از فقهاء امامیه وارد شده است که : بحسب ریشه لغوی کله « عقد » موارد استعمال « عقد » مختلف است منتهی اینکه ما در امور اعتباریه و انشائات و قراردادها کلمه عقد را بکار میبریم ، این بکار بردن از کدامیک از آن موارد اخذ شده است ؟ ممکن است که گفته بشود که این مأخوذ از همان « عقد الحبل » است ولی اینگونه نیست که عنوان عقد بمعنای اصلی و حقیقی اش اختصاص به عقد الحبل داشته باشد. بلکه عنوان عقد معانی متعددی دارد یک معنایش همین گره زدن به ریسمان است ولی در کنار این معنا کلمه عقد یک استعمالات دیگری هم دارد از جمله در کلام مرحوم امام در کتاب البیع [[1]](#footnote-1) در مقابل آنچه که از مرحوم اصفهانی و اعلام دیگر استفاده میشود ایشان فرموده اند که : عنوان عقد یک مورد استعمال حقیقی دارد و یک مورد استعمال ادّعایی و استعاره ایی و مِن باب التجوّز دارد. در استعمال عقد در امور اعتباریه لا إشکال که این استعمالات از باب تجوّز و عنایت است ولی مصدر اصلی اش که مورد استعمال حقیقی باشد در کجا است ؟ سه امر میتواند به عنوان مصدرو ريشه آن قرار بگیرد : چرا که عقد هم در مورد گره بر حبل استعمال میشود که مورد معروفش همین مورد است. ولی در کنار این مورد ، عقد را در معنای غلظت هم استعمال میکنند مثلاً در مورد عسل ، تعبیر « عَقَد العسل أی : غَلُظَ » را بکار میبرند. احتمال و مورد سوم استعمال حقیقی اینست که ماده « ع ، ق ، د » به کسر « ع» بکار برده شود یعنی « عِقد » بکار برده میشود و نسبت به قلاده که به گردن شخصی گذاشته میشود از آن تعبیر به « عِقد » میکنند.

حال ما این معانی سه گانه را که در نظر بگیریم و بعد بخواهیم آن را در مورد امور اعتباریه هم در نظر بگیریم ؛ این کلمه عقد جاری در اعتباریات یعنی در قراردادهایی که بین اشخاص است قابلیت استعاره از هر یک از این سه معنای اصلی را دارد. هم میشود عقد را از « عقد الحبل » گرفت به اعتبار اینکه در عقد الحبل و گره ریسمان ما یک حبل و ریسمانی داریم و یک ربطی داریم و یک عقده ایی داریم که بوسیله ربط ایجاد میشود. حبل آن چیزی است که در آن عقده ایجاد میشود و ربط هم عملی است که نتیجه آن تحقق عقده است. این معنای اول لغوی میتواند بعنوان مورد استعاره در معنای اعتباری قرار بگیرد و عنوان عقد در اعتباریات از این معنا اخذ بشود با این توجیه که در مورد اعتباریات و در جاییکه مثلاً شخص مالک کتابی هست و میخواهد آن را به دیگری بفروشد از این قرارداد فروش تعبیر به عقد میشود این بخاطر اینست که ما در اینجا یک اضافه اعتباریه داریم که عبارتست از ملکیتی که صاحب کتاب نسبت به کتاب دارد ، این ملکیت همان اضافه اعتباری است که قبلاً در بحثهای ملک بیان شده است این اضافه اعتباریه موجود در اینجا بمنزله حبل و ریسمان است در این اضافه اعتباریه در مقام فروش و نقل چه اتفاقی می افتد؟ اتفاقی که در اینجا می افتد تبادل اضافتین است یعنی در اینجا اضافه ملکیتی که قبل از بیع بین بایع و مبیع بود ، بعد از بیع این اضافه عوض میشود و این مبیع وارد در ملک مشتری میشود و ثمن داخل در ملک بایع میشود و این اضافه ها تبادل پیدا میکنند؛ این تبادل الاضافتین مناسب با همان عُقده در حبل و ریسمان است. در عقد الحبل ، یک اصل الحبل داشتیم ، یک عُقده حاصل در آن داشتیم و یک ربطی داشتیم که بوسیله آن این عقده ایجاد میشود. در اینجا هم خود اضافه ملکیت شیء به شخص میشود حبل ، تبادل الاضافتین میشود عُقده و آن سببی که موجب ایجاد این تبادل شده است میشود عقد ؛ یعنی طبق این بیان عقد همان ایجاب و قبول میشود. این نسبت به معنای اول اصلی بود.

لکن این ارتباط اختصاص به معنای اول ندارد و ما میتوانیم عقدی که در اعتباریات مجازاً و استعارةً بکار میرود را مأخوذ از « عقد العسل أی : غَلُظ » هم بگیریم. به جهت اینکه علت بکار بردن عقد در عسل غلظتی است که در عسل وجود دارد. در مورد قراردادها هم بخاطر اینکه این التزام و میثاقی که در بین اتفاق می افتد شدّت دارد تشبیهاً للمعقول بالمحسوس میشود در اینجا هم تعبیر به عقد کرد و اینگونه نیست که بی مناسبت با « عقد العسل » باشد و اگر ما آن معنای اول را هم نداشتیم و تنها همین معنا را داشتیم استعاره کلمه عقد در امور اعتباریه بیجا نبود و قابلیت اخذ از این مورد را هم داشت. این هم معنای دوم بود.

معنای سوم هم که« عِقد بمعنای قلاده » بود ممکن است عقد در امور اعتباریه مجازاً و استعارةً از آن گرفته شده باشد. اینکه این عِقد بمعنای قلاده چه مناسبتی با قراردادها و امور اعتباریه دارد ؟ گفته اند که مناسبتش اینست که در حقیقت این دو نفری که پیمان میبندند با این پیمان و التزامشان در حقیقت چیزی را به گردنشان آویخته اند. تا بحال آزاد بودند ولی از این به بعد به بند کشیده شده اند و کاری را به گردن گرفته اند. و در حقیقت این قرارداد بین الطرفین تعاقدی است که انجام داده اند و هرکدام از اینها در حقیقت با این قراردادش قلاده به گردن دیگری انداخته است. یا اینکه میتوان گفت که خود آن شخص با این قرارداد راضی شده است که بر گردنش قلاده باشد بخاطر عوضی که از دیگری میگیرد.

پس بحسب مقام ثبوت استعاره عقد در امور اعتباریه با هریک از این سه معنا سازگاری دارد و همّ ایشان یعنی مرحوم امام در این بحث هم اینست که : در مقابل آنچه که در کلام مرحوم اصفهانی و اعلام دیگر وارد شده است که عنوان عقد وعهد را در عرض همدیگر قرارداده اند و هر دو را در مورد امور اعتباریه علی حدٍ سواء قرار داده اند ایشان میخواهند بفرمایند که اینچنین نیست و عقد موطن اصلی اش امور حقیقیه است و بالاستعاره در امور اعتباریه اطلاق میشود ولی عهد اینگونه نیست بلکه عنوان عهد از همان ابتدا برای به ذمّه گرفتن که امر اعتباری است وضع شده است نه اینکه وضع اولی اش چیزی باشد و بعد بالاستعارة و المجاز در جای دیگر استعمال شده باشد. البته این قسمت عهد موکول به بعد است ولی آنچه که فعلاً مورد نظر است مربوط به عقد است و ایشان فرمودند در عقد سه معنای لغوی وجود دارد که عنوان عقد بکار رفته در امور اعتباریه قابلیت اخذ از هر یک از این معانی سه گانه را دارد ولی ما در میان این احتمالات ملتزم به این هستیم که استعمال عنوان عقد در مورد معاملات به اعتبار معنای اول لغوی است یعنی به اعتبار همانی است که در باب حبل و در گره زدن حبل اتفاق می افتد. و دلیل بر اختیار این مطلب هم فرموده اند که فهم عرفی است ، ما اگر از عرف بپرسیم که چرا این معاملات راعقد میگویند ، میگویند : چون گره ای در اینجا ایجاد شده است ( از جهت تبادل اضافتین یک گره ای ایجاد شده است) . پس فهم عرفی اقتضاء میکند که عقد در اعتباریات استعاره باشد از عقد بمعنای اول یعنی همان عقد الحبل ، و غیر از استظهار عرفی فرموده اند که ما میتوانیم دو آیه را هم شاهد بیاوریم که بحسب این دو آیه شریفه هم عقد در همان معنای اول یعنی عقد الحبل بکار رفته است. هر دو آیه در سوره بقره هستند و یکی از آنها مربوط به عدّه وفات است که میفرماید « والذین یتوفون منکم و یذرون ازواجاً »، زنهای اینها میبایست چهار ماه و ده روز عدّه نگه بدارند و در این فاصله نبایست نکاح و ازدواجی با شخص دیگر داشته باشد و بعد از انقضاء عدّه دیگر اشکالی ندارد که ازدواج بکنند اضافه بر این در این اثناء چهار ماه و ده روز زن نمیتواند با مرد جدیدی در خفاء با یکدیگر صحبت بکنند مگر اینکه قول معروف باشد و در ذیل آیه دارد « و لا تعزموا عُقده النکاح حتی یبلغ الکتاب أجله» [[2]](#footnote-2) ؛ در اینجا از ازدواج زن با شوهر دوم تعبیر شده است به اینکه : نباید عزم بر عُقده النکاح بکنيد. یعنی در مورد ازدواج کلمه عُقده بکار رفته است و عُقده لفظی است که در مورد « عقد الحبل » بکار میرود و در مورد غلظت عسل تعبیر « عُقده » بکار برده نمیشود و همچنین در مورد قلاده تعبیر« عُقده » بکار برده نمیشود بلکه از « عِقد » استفاده میشود. پس عنوان « عُقده » اشاره به همان عقد الحبل دارد. لذا با مراجعه به این آیه شریفه بدست می آید که استعمال کلمه عقد در امور اعتباریه مأخوذ از آن عقد در عقد الحبل است نه معانی دیگر. این یک آیه بود.

آیه دیگر هم آن آیه ایست که فرموده است « أو یعفوا الذی بیده عُقده النکاح » [[3]](#footnote-3)؛ نسبت به مهریه گفته است که باید پرداخت بشود مگر اینکه کسی که عقدة النکاح به دست او است او عفو بکند. در اینجا هم از ازدواج تعبیر به « عُقده » شده است و عُقده هم لایستعمل إلا فی الحبل ، لذا از اینجا معلوم میشود که اطلاق عقد در مورد قراردادهای اعتباری و منها النکاح از همین معنای اول گرفته شده است.

این بحث در کلمات مرحوم امام باین صورت مطرح شده است. ولی این قسمت جای بحث دارد که : آیا بحسب معنای لغوی، عقد معنای جامعی بین موارد دارد یا اینکه معنای عقد بحسب اصل لغت مختلف است؟ آیا تجوز وعنایتی که در معنای عقد بحسب معنای اصطلاحی اش بکار رفته است بلحاظ معنای خاصی از این معانی ثلاثه است یا اینکه این تجوز و استعاره به لحاظ معنای مشترک بین این معانی ثلاثه است ؟ یعنی آیا یک حیثیت مشترکی بین این معانی سه گانه وجود دارد که بتوان گفت که عقد بحسب معنای لغوی همان حیثیت مشترکه است و یا اگر بحسب معنای لغوی هم همان حیثیت مشترکه نباشد ولی بحسب مقام استعاره و تجوز استعمال عقد در امور اعتباریه بلحاظ حیثیت مشترک بین این معانی سه گانه است ؟ این قسمت جای بحث دارد .

فرمایش امام این بود که اختلاف وجود دارد و کأنّ فرموده اند که جامعی بین این موارد نیست و این عقد مستعمل در امور اعتباریه از آن معنای اول اخذ شده است.

لکن ممکن است که در این قسمت کسی ملتزم به این بشود که اینچنین نیست بلکه همانطور که بیان شد آنچه که در میان عامه و خاصه مطرح است ، اینست که : استعمال عقد بحسب موارد متعدد دارای یک معنای جامعی است که از آن معنای جامع برای بکار بردن و اطلاق کلمه عقد در امور اعتباریه استفاده شده است و آن معنای جامع ربط و حالت ارتباط داشتن است. بعضی از این حالت به حالت ربط تعبیر کرده اند و بعضی از این حالت تعبیر به إحکام در امر کرده اند و گفته اند که این معنا ، معنای جامع مستعمل در موارد متعدد است بر این اساس اگر ما این ادعا را بپذیریم معنایش اینست که موارد سه گانه ایی که در کلام مرحوم امام وارد شده است از این موارد سه گانه میتوان یک جامعی را انتزاع کرد. یعنی ممکن است که گفته شود که : عقد الحبل ، و عقد العسل که بمعنای غلظت بود ، و عِقد بمعنای قلاده ؛ عنوان جامعی دارند و عنوان جامعشان همین عنوان إحکام و حالت تأکّد و استحکامی است که در این موارد سه گانه وجود دارد. در معنای اول اگر که حبل و ریسمان با قطع نظر از گره در نظر گرفته بشود إحکام و استحکامی در او نیست و گره ایی که در حبل بوجود می آید إحکام در مورد آن است. نسبت به مورد دوم هم که غلظت عسل باشد ، غلظت هم موجب تأکّد و استحکام است در مقابل رقّت و آبکی بودن یک شیء ، و در مورد سوم هم که عِقد بمعنای قلاده باشد در اینجا هم اگر ما حالت قبل از انداخته شدن قلاده و بعد از انداخته شدن قلاده را در نظر بگیریم ، در حالت بعد از انداخته شدن قلاده سلطنت شخص مثلاً بر آن حیوان أقوی است نسبت به موردی که قلاده وجود ندارد پس در حقیقت گذاشتن قلاده نشانۀ سلطنت أقوای بر آن موجودی است که به گردن او قلاده است ، نسبت به انسان هم اگر به گردن او قلاده انداخته بشود که این هم در حقیقت از باب استعاره و مجاز است چنانچه معنای مجازی در نظر گرفته بشود این استعمال بجهت سلطنت اکثر و شدید تری است که در این مورد وجود دارد و این شدت و إحکام در مورد قلاده وجود دارد منتهی شدت و استحکام بلحاظ سلطنتی است که بدست گیرنده قلاده نسبت به موجودی که قلاده به گردن او انداخته شده است ، دارد. یعنی به هر حال میتوان با تأمل همه این معانی را به یک معنای جامع بر گردانیم و آنچه که در استعمال عقد در امور اعتباریه و قانونیه مورد نظر است همین حیثیت جامع است. بله هر کدام از این موارد ثلاثه غیر از معنای جامع یک خصوصیات اضافه ای هم دارند ولی آن نکته ایی که در اطلاق استعاره ای و مجازی ملاحظه شده است همان معنای جامع است و اگر کسی در این مورد اینچنین چیزی بگوید این کلام ، کلامی دور از ذهن عرفی نیست بلکه آنچه که عملاً در کلمات نسبت به عقد وارد شده است هم همین امر است.

بله اینکه بصورت کلی ما در همه مواردی که در لغت برای الفاظ معانی متعددی ذکر میشود همه آن موارد را بگوییم که به معنای جامعی برمیگردد و در حقیقت یک اصل واحدی در همه موارد استعمال کلمات داشته باشیم ، این ادعا تمام نیست و قبولش محل اشکال است ولی بصورت فی الجمله جای انکار ندارد که ما در بعضی از موارد ملتزم به این بشویم که این امور متعددی که بعنوان معنای لفظ ذکر کرده اند در حقیقت یک حیثیت جامع در آنها ملاحظه شده است و بخاطر آن حیثیت اثر بار شده و یا آن را ملاحظه کرده اند و با ملاحظه آن استعمال بالعنایه و بالمجاز تحقق پیدا کرده است. این بصورت فی الجمله مشکلی ندارد ولی بصورت بالجمله نمیتوان اینچنین ادعایی کرد. بر این اساس بعضی از لغویین مانند صاحب مقاییس اللغه که بدنبال معنای واحدی بحسب استعمال کلمات هستند و در کثیری از موارد معانی يک لفظ را بمعنای واحد برمی گردانند و از آن تعبیر به الاصل الواحد می کنند ولی در بعضی از موارد نتوانسته اند که یک معنای جامع پیدا بکنند و در آن موارد گفته اند که اینها بحسب اصل دارای دو معنا هستند. مقصود اینکه ما نمیتوانیم بگوییم که در همه الفاظ آنها به حیثیات مشترکه برمیگردند ولی بنحو فی الجمله چنین چیزی ممکن است. حال در مانحن فیه که بحث استعمال عقد است ، این مورد از مواردی است که ممکن است که استعمال عقد بلحاظ معنای حقیقی اش دارای حیثیت مشترکه باشد که آن حیثیت مشترکه همان حالت استحکام است که این استحکام گاهی به ربط حاصل میشود و گاهی به غیر ربط حاصل میشود.

با توجه به این مطلب بعد از اینکه مبدأ و اصل لغوی مشخص شد که استحکام است میبایست به معنای اصطلاحی از عقد بر گردیم چرا که آنچیزی که موضوع اثر ومهم است همین معنا است چون عناوین معاملی تقسیم میشود به عقود و ایقاعات و ما میبایست عقد را بگونه ای تعریف بکنیم که مضمونش غیر از مضمون ایقاع باشد تا اینکه احکام مترتب بر عقد بر ایقاعات بار نشود.

#### تعريف اصطلاحی عقد

در این قسمت همانطور که در فقه العقود آمده است : در تعریف و بیان ماهیت عقد بین آنچه که در فقه قانونی و حقوق و قوانین کشورها ، وآنچه در فقه عامه و آنچه که در فقه امامیه ذکر شده است یک اختلافی وجود دارد بر این اساس ما میبایست هر کدام را جداگانه مطرح بکنیم و ببینیم که محل اختلاف اینها در کجا هست و بعد از آن قول صحیح را بدست بیاوریم. ایشان ابتدا از کلمات قانونیین شروع میکنند واز سنهوری نقل می کنند که در کتاب الوسيط عقد را تعريف کرده است به: اتفاق الارادتین علی انشاء حقٍ أو علی نقل حقٍ أو علی تعدیل حقٍ أو علی انهاء حقٍ. البته ايشان درکتاب نظرية العقد اش گفته است که : عقد عبارتست از اتفاق ارادتین بر انشاء حق یا نقل حق و یا انهاء حق يعنی تعدیل را ذکر نکرده است. ولی در کتاب الوسیط چهار امر را ذکر کرده است و گفته است که : عقد توافق ارادتین است علی احداث و ایجاد امر قانونی چه آن امر قانونی و اعتباری انشاء التزام باشد و یا نقل التزام باشد و یا تعدیل التزام و یا انهاء التزام باشد .

این چهار امر را هم اينطور توضیح داده اند که : انشاء التزام همانست که در عقد بیع رخ میدهد. یعنی اینکه بایع مبیع را به دیگری میفروشد این توافق دو اراده است بر اینکه برای هریک از متعاقدین التزام به امری است بایع التزام به نقل مبیع به مشتری پیدا میکند و مشتری هم ملتزم به نقل ثمن به او میشود.

نقل التزام را هم تفسیر ومعنا کرده اند به امثال حواله که در موارد حواله و جاهایی که دینی وجود دارد این التزامی که در اینجا در بین است به شخص آخری منتقل میشود.

تعدیل التزام را هم گفته اند در موارد تأجیل دین است در جاییکه شخص مدیون به دیگری باشد که در موعد مقرر بخواهد دین را بپردازد اگر این دین را به تاخیر بیندازد و آن طلبکار بگوید که به توی بدهکار شش ماه دیگر هم مهلت میدهم ، این میشود تعدیل التزام. یعنی در اینجا انشاء و احداث التزام نیست بلکه در اینجا التزام در گذشته محقق بوده است ولی این التزام محقق از سابق را تعدیل میکنند. مثال برای تعدیل التزام در کلام خود آنها تأجیل الدین ذکر شده است ولی همانطور که قبلا اشاره شد بعضی از مصادیق مستحدث از تعدیل التزام هم در این زمانها مطرح است مواردی که معامله ایی انجام میدهند ولی بنا است که در وقت تفاوت قیمت یعنی بالارفتن و پایین آمدن قیمت احدالطرفین بتواند همان قرارداد قبلی و فروش قبلی را با ثمن جدید برقرار بکند بدون اینکه طرف مقابل راضی باشد. مثلاً اگر کسی آهن را به یک مبلغی میفروشد ولی حق تعدیل برای خودش قائل بشود معنای آن اینست که در موعد مقرر و بعد از شش ماه که میخواهد آهن را تحویل بدهد چنانچه قیمت آن بالارفته باشد او در حقیقت قرار داد قبلی را به قیمت جدید که مناسب با قیمت روز باشد تعدیل بکند. اینها مصادیق جدید تعدیل التزام و تعدیل قراردادها است. این هم مورد سوم بود.

مورد چهارم که انهاء التزام بود ، گفته اند که انهاء التزام یعنی التزام مورد توافق را به نهایت برسانند. چنانچه شخصی در ضمن عقد بیع و ... مدیون شده باشد ، اگراو دینش را اداء بکند (و وفاء به دین بکند )با وفاء به دین التزام قبلی منتفی میشود و به نهایت میرسد. پس در الوسیط برای مورد توافق ارادتین چهار عنوان ذکر شده است، ودرکتاب نظریه العقد سه عنوان را ذکر کرده است (يعنی تعدیل را ذکر نکرده است) ، بعضی هم ـ همانطور که در فقه العقود آمده است ـ گفته اند : درست است که شما در تعریف عقد توافق الارادتین را می آورید ولی تنها به همان دو قسمت و دو مورد اول که انشاء و احداث الالتزام و نقل الالتزام باشد بايد اکتفاء بکنید و دو مورد بعدی که تعدیل و انهاء باشد را نباید ذکر کنید چرا که شما دارید عقد را معنا میکنید و در خود عقد وارد شده است که یا باید التزام ایجاد شده باشد و یا باید التزام سابق الان و بر اساس عقد جدید به دیگری منتقل شده باشد ولی آن قسمتی که شما در مورد تعدیل انجام میدهید و یا التزام سابق را انهاء میکنید ، در اینها که چیزی حادث نشده است. بعبارت دیگر: اینجا از موارد توافق الارادتین هست ولی از موارد عقد نیست. عقد که مساوی با توافق نیست توافق الارادتین نسبتش با عقد ، أعم و أخص مطلق است به این معنا که هر عقدی توافق دارد ولی اینگونه نیست که همه مصادیق توافق عقد حساب بشود بر این اساس گفته اند که آن مواردی که اشخاص قبل از معامله با همدیگر گفت گو و مقاوله میکنند، این مقاوله توافق الارادتین هست ولی عقد نیست ، عقد در آینده اتفاق می افتد. مثلاً پنج شنبه با همدیگر گفت و گو و توافق میکنند که امروز یعنی مثلاً یک شنبه با همدیگر عقد را انجام بدهند. در اینجا اگر ما به امری که اتفاق افتاده است نگاه بکنیم هم در پنج شنبه توافق الارادتین بوده است و هم در یکشنبه توافق الارادتین وجود دارد ولی بر توافق ارادتین در پنج شنبه عنوان عقد صادق نیست ولی بر توافق الارادتین در یکشنبه عنوان عقد صادق هست. اینها گفته اندکه ما که در صدد معنا کردن توافق الارادتین نیستیم بلکه در صدد معنا کردن عقد هستیم و عقد توافق ارادتین به نحو خاصی است که التزام در آن ایجاد شده باشد و ایجاد التزام یا به اینست که ابتدائاً التزام ایجاد بشود و یا به اینست که در حالیکه التزام قبلی وجود داشت الان آن التزام به مورد دیگر نقل پیدا بکند که اين هم درواقع التزام جديدی است . در موارد حواله که شخص دین بر عهده خودش را به دیگری نقل میدهد در حقیقت در اینجا التزام جدیدی پیدا میشود. پس در قسمت حواله و بیع توافق الارادتین مصداق عقد هست ولی در قسمت تعدیل و در قسمت انهاء این توافق الارادتین ها مصداق عقد نیستند. بر این اساس بعضی اینچنین اشکال کرده اند و گفته اند در مقام تعریف عقد بايد به همان دو مورد اول اکتفاء کرد و نبایست دو مورد اخیر را اضافه کرد.

حال این اشکال وارد هست یا نه؟ ممکن است در قسمت تعديل جواب بدهند که درست است که ما حقیقت عقد را ایجاد التزام میگیریم ولی موارد تعدیل هم به یک معنا و از باب مسامحه مصداق ایجاد التزام است. درست است که التزام مِن بدو الامر ایجاد نمیشود ولی همین تعدیل التزام گذشته خودش یک التزام جدیدی حساب میشود بر اساس توافق قبلی . حال این مهم نیست که این دو قسم اخیر یعنی تعدیل و انهاء را در آن تعریف باقی بگذاریم و یا اینکه در تعریف عنوان عقد به همان دو مورد اول اکتفاء بکنیم. بهر حال این چیزیست که سنهوری ازاهل قانون نقل کرده است که اهل قانون عقد را توافق ارادتین به کیفیت خاصی گرفته اند. در بعضی از قوانین کشورها اساساً تعريفی از عقد وارد نشده است ولی دربعضی دیگر از قوانین کشورهای عربی عقد به همین شکل تعریف شده است که عقد توافق ارادتین است.

در قانون مدنی ایران هم ، در ماده یکصد و هشتاد و سوم تعریفی که برای عقد ذکر شده اینست که : عقد عبارتست از اینکه یک نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر یک امری بکند بگونه ایی که مورد قبول همه قرار بگیرد. در حقیقت عقد توافق یک یا چند نفر بر التزام نسبت به امری معنا شده است. این تعریف با تعریف عقد در قانون کشورهای عربی فرقی ندارد.

پس از جهت قانونی توافق ارادتین در تعریف عقد أخذ شده است چه بحسب آنچه که در عبارات سنهوری وارد شده است و چه بحسب آنچه که در قانون مدنی ايران با عبارات فارسی وارد شده است.

ولی در فقه عامه همانطور که در کتاب مصطفی زرقاء (المدخل الفقهی العام ( که الفقه الاسلامی فی ثوب الجدید ، اسم قبلی اش است) ، آمده است : عقد عبارتست از : ارتباط ایجاب به قبول علی وجه مشروع یثبت أثره فی محلّه. حال از جهت اینکه این تعریف در کدام کتب وارد شده است در بعضی از کتب عامه آدرس داده اند که مثلاً در کتاب العنایه شرح علی الهدایه این تعریف وارد شده است همچنین در مادّۀ دویست و شصت و دو از کتاب المرشد الحیران الی معرفه احوال الانسان في المعاملات الشرعية که بر اساس فقه حنفیه نوشته شده است هم این تعریف وارد شده است همچنین در مجله الاحکام العدلیه این تعریف وارد شده است. گفته اند که : عقد عبارتست از اینکه ایجاب از یک طرف با قبول از طرف دیگر ارتباط پیدا بکند و این ایجاب مرتبط با قبول در یک محلی واقع بشود که اثر مطلوب در آن مورد را نتیجه بدهد. البته در بعضی از تعاریف قید « علی وجه مشروع » ذکر نشده است ولی عبارت کلی اش اینست که « علی وجه یظهر أثره فی المحل » این قسمت در تعاریف وجود دارد.

در این تعریف یک عناوینی بکار رفته است که خود مصطفی زرقاء در همان کتاب المدخل الفقهی العام آنها را توضیح داده است. عبارت تعریف این بود : « ارتباط ایجاب به قبول بنحوی که اثرش در محل ظاهر بشود » در اینجا اینگونه گفته اند که : ما یک محل عقد داریم و یک اثر عقد داریم.

در حقیقت یک غرضی در معاملات وجود دارد که عقد برای تحقق آن غرض ایجاد میشود.مثلاً در باب بیع گفته اند که غرض متوقع از این عقد اینست که ملکیت مبیع منتقل به مشتری بشود و در مقابل ثمن از ملک مشتری خارج بشود و به ملک بایع در بیاید. این غرضی است که در این موارد وجود دارد و از آن گاهی تعبیر میکنند به اثر معامله.

و محل عقد آن امری است که این عقد در آن ایجاد میشود به غرض رسیدن به آن اثر. مثلاً در بیع مبیع مورد و محل عقد است و عقد بر آن واقع میشود به غرض رسیدن به آن اثر و اثر همان غرض مورد نظر از آن عقد است. گفته اند که عقد ارتباط ایجاب به قبول است به وجهی که اثر این عقد که مثلاً در بیع انتقال ملکیت است ، این انتقال ملکیت در محلش که همان مبیع و ثمن باشد ظاهر میشود. این تعریف عقد در فقه عامه است.

حال بحث در اینست که بین این تعریف وارد در کتب عامه با تعریف وارد در کتب قانونی چه اختلافی وجود دارد؟

در کلام مصطفی زرقاء گفته شده است که تعریف فقهی ما أدّق و أحکم است ولو که تعریف قانونی بحسب عباراتی که دارد أوضح است. و خود ایشان گفته است که به دو جهت تعریف فقهی بر تعریف قانونی امتیاز دارد. جهت اول اینست که گفته اند : در تعریف قانونی عقد معنا شده است به مطلق توافق ارادتین بر انشاء و نقل و ... ، چه اینکه این توافق ارادتین صحیح واقع بشود بگونه ای که مورد اعتناء شارع باشد و یا فاسد واقع بشود بگونه ای که لایعتني به الشارع ، این تعریف شامل هر دو قسم میشود. بعبارت دیگر ایشان گفته است که تعریف قانونی هم عقد فاسد را شامل میشود وهم عقد صحیح را ،ولی در تعریف فقهی عبارت این بود که : ایجاب با قبول مرتبط بشود به وجهی که اثرش در محل عقد ظاهر بشود. این ارتباط پیدا کردن به وجهی که اثرش ظاهر بشود اختصاص دارد به عقدی که در نظر شارع مؤثر باشد وإلا عقدی که در نظر شارع مؤثر نباشد دیگر ارتباط ایجاب و قبول به وجه مؤثردر مورد آن صادق نیست. پس تعریف قانونی عقد فاسد را شامل میشود در حالیکه تعریف فقهی عقد فاسد را شامل نمیشود. این یک جهت امتیاز است که ایشان ذکر کرده اند.

جهت دیگر امتیاز تعریف فقهی اینست که گفته اند در تعریف فقهی به آن عناصری که عقد با آن تشکیل میشود و موجب تکوین عقد میشود اشاره شده است چرا که در تعریف آمده است که ايجاب با قبول ارتباط پيدا کند ، و عقد هم با ایجاب و قبول درست میشود. لذا مقومات عقد در تعریف فقهی ذکر شده است ولی در تعریف قانونی این مقومات ذکر نشده است چرا که تعریف قانونی « توافق الارادتین بر التزام » است و اینکه این توافق به چه نحوی صورت میگیرد و اینکه یک شخص میبایست ایجاب بخواند و دیگری میبایست قبول بکند اینها دیگر در تعریف قانونی نیامده است و تعریف قانونی از ذکر عناصر مکوّن عقد خالی است. این هم جهت دوم امتیاز است که در کلام ایشان بالصراحه وجود دارد.

جهت فرق دیگری هم که میتوان آن را از کلام مصطفی زرقاء در آورد اینست که : در تعریف قانونی عقد عنوان « اتفاق الارادتین علی الالتزام » است و این شامل وعد هم میشود وحال اینکه وعد از عنوان عقد خارج است ولی درتعریف فقهی عامه تنها ایجاب و قبول وارد شده است که اين عنوان فقط شامل عقد میشود و وعده را شامل نمیشود. این هم جهت سومی است که بعنوان امتیاز تعریف فقهی بر تعریف قانونی از کلام عامه بدست می آید.

در فقه العقود گفته اند که میتوان غیر از این فرقهایی که در کتاب مصطفی زرقاء وارد شده است فرق دیگری را هم میتوان ذکر کرد و آن عبارتست از اینکه در تعریف عقد بحسب تعریف قانونی عنوانش اختصاص دارد بجائیکه مضمون عقد انشاء التزام باشد ولی اگر مضمون عقد انشاء التزام نباشد بلکه مجرد نقل باشد مثلاً اگر در مورد بیع توافق بر این بکنند که تملیک بکنند و شخص بگوید که من این مال را به شمادر مقابل ثمن تملیک میکنم و اسمی از التزام به میان نیاید. در اینجا مضمون عقد مجرد تملیک است فلذا تعریف قانونی برای عقد این مورد را شامل نمیشود چرا که عنوان التزام در آن اخذ شده است. ولی تعریف فقهی اینگونه نیست چراکه در تعریف فقهی آمده است که عقد ایجاب و قبولی است که مرتبط به همدیگر باشند بنحوی که اثرش در محلش ظاهر بشود. بر این اساس اگر در مقام انشاء بیع منشأ به این کیفیت باشد که تنها نقل و انتقال انشاء بشود نه التزام به نقل ، این مصداق عقد بحسب تعریف فقهی میشود در حالیکه مصداق عقد بحسب تعریف قانونی نمیشود. اینها فارقهایی بود که بین تعریف قانونی و تعریف به حسب فقه عامه برای عقد ذکر شد.

در کتب فقهی ما هم در بعضی از کلمات که درمقام تعریف عقد بر آمده اند ، در نوع این کلمات عقد تعریف شده است به « شدّ أحدالالتزامین به التزام آخر » یا « ربط قرار دادن بین دو التزام » را تعریف عقد قرار داده اند. این تعریف ر در کلمات مرحوم خویی وارد شده است و از کلمات مرحوم نائینی هم استفاده میشود که عقد اختصاص دارد به جاییکه التزامی به التزام دیگر پیوند بخورد. اینکه در قانون مدنی ایرانی هم آمده است موافق با همین چیزی است که در نوع کلمات فقهاء ما وارد شده است که عقد یعنی پیوند یکی از التزامین به التزام آخر. منتهی تعبیر در عبارت قانون مدنی توافق یک یا چند نفر بر تعهد به امری بود یعنی عنوان توافق هم در آن ذکر شده ولی این حیثیت پیوند التزام ها بعنوان یک نکته مشترک است بین آنچه که در قانون مدنی ایران وارد شده است و آنچه که در نوع کلمات فقهاء امامیه مانند مرحوم خویی و مرحوم نائینی وارد شده است.

در مقابل در بعضی از کلمات از جمله کلام مرحوم اصفهانی حقیقت عقد بحسب معنای اصطلاحی اینگونه تعریف شده است که عقد عبارتست از ارتباط داشتن یک قرار با قرار دیگربه این معنا که یک انشاء معاملی با انشاء دیگر ارتباط داشته باشد. بعبارت دیگر : امر قانونی و اعتباری اگر انشاء بشود و این انشاء دو طرفه باشد و ارتباط با قرار انشائی از طرف دیگر داشته باشد عنوان عقد برآن صادق است . بعبارت ثالثه ایشان میفرمایند ما در تعریف عقد التزام نمیخواهیم بلکه عنوان عقد صادق است ولو در جاییکه در مضمون انشاء شده التزام وجود نداشته باشد ، بر این اساس همانطور که بعداً هم در تقسیمات عقد گفته میشود اینکه در کلام مرحوم نائینی وارد شده است که عقد مصداق حقیقی اش عقود عهدیه و عقودیست که در آنها التزام باشد ولی عقود اذنیه که مضمون آنها تنها مجرد اذن است و در آنها التزام اخذ نشده است مانند عقد عاریه و ودیعه اینها از مصادیق عقد نیستند ولذا ما برای اثبات صحت ولزوم این عقود نمیتوانیم به « اوفوا بالعقود » استدلال بکنیم چرا که « اوفوا بالعقود » در مورد التزامات صادق است ولی در مورد عاریه و مضاربه که التزامی در کار نیست عنوان عقد در این موارد صادق نیست. این اختلاف از اینجا پیدا شده است که در عنوان عقد مرحوم نائینی حیثیت التزام را اخذ کرده اند. در مقابل بحسب آنچه که در کلام مرحوم اصفهانی و بعضی از محققین دیگر وارد شده است عقد مشتمل بر التزام نیست بلکه اگر یک قرار معاملی با قرار دیگر ارتباط پیدا بکند با همین امر عقد درست میشود.لذا بحسب این تعریف همانطور که عقود عهدیه مصداق واقعی عقد هستند عقود اذنیه مانند ودیعه و عاریه هم مصداق عقد هستند.

#### بررسی تعاریف سه گانه عقد

باتوجه به اينکه بحسب معنای اصطلاحی در مقابل معنای لغوی برای عقد تعاریف مختلفی ذکر شده است ( قانونیین و اهل حقوق برای عقد تعریفی ذکر کرده اند که تقریباًبه این مضمون برمیگشت که : عقد عبارتست از توافق ارادتین بر انشاء التزام نسبت به امری یا توافق ارادتین بر احداث و ایجاد امر قانونی. در کلام فقهاء عامه هم عقد تعریف شده بود به اینکه : عقد ایجاب و قبولی است که با یکدیگر مرتبط هستند و اثرشان را در محل و مورد عقد ایجاد میکنند علی وجه یقتضی أثره فی المحل.در کتب فقهیه ما هم دو تعبیر وجود داشت ، یکی عبارت بود از اینکه : عقد عبارتست از شدّ و ربط أحدالالتزامین به التزام آخر. و تعبیر دیگر هم این بود که : عقد عبارتست از ربط احد القرارین به قرار آخر. که این تعریف اخیر در کلام مرحوم اصفهانی وجود داشت ) در اين قسمت سه مطلب بايد مورد بررسی وپیگیری قرار بگيرد :

مطلب اول : آیا آن فوارق و امتیازاتی که برای بعضی از این تعریفها نسبت به بعضی ديگر ذکر شده ، ثابت هستند یا اینکه از جهت بعضی از فوارق مذکوره تعاریف علی حدٍ سواء هستند و فرقی با هم ندارند؟

مطلب دوم : در صورت وجود آن فوارق بين تعريفها آیا موجب امتیاز وترجيح بعضی از تعریفها بر تعریف دیگر میشود یا نه؟

مطلب سوم : در نهایت با توجه به خصوصیاتی که در معاملات عندالعقلاء وجود دارد و همچنین با توجه به معنای لغوی عقد ، معنای اصطلاحی صحیح برای عقد در میان این تعاریف متعدد چه چیزی است ؟ و عقد را به چه معنایی باید تعریف کرد ؟

اما نسبت به مطلب اول همانطور که اشاره شده بود از کلام مصطفی زرقاء در کتاب المدخل الفقهی العام سه فارق بین تعریف قانونی و تعریف فقهی عامه استفاده می شود و در فقه العقود هم یک فرق دیگر اضافه شده است.

اما نسبت به فارقهایی که در کلام خود مصطفی زرقاء وارد شده بود ، فرق اول این بود که گفته بودند : بحسب تعریف قانونی عنوان عقد شامل عقد فاسد هم میشود ولی در تعریف فقهی تعبیر اینچنین است که : عقد ایجاب و قبولی است که موجب اثری در محل بشود و یقتضی ثبوت اثرش در محل که این شامل عقد فاسد نمیشود بلکه اختصاص به عقد صحیح پیدا میکند.

اینکه بین این دو تعریف این فرق وجود دارد ، این تمام است و اصل فرق ثابت است چرا که اگر ما عقد را تعریف به توافق بر ایجاد التزام بکنیم و یا اینکه همانطور که در کلمات فقهاء ما وارد شده عقد را تعریف بکنیم به شدّ أحدالالتزامین به التزام آخر و ربط بین الالتزامین ، و یا حتی اگر عقد را به همان نحوی که در کلمات مرحوم اصفهانی وارد شده تعریف بکنیم و بگوییم که عقد ربط احدالقرارین به قرار آخر است ؛ این تعابیر شامل عقد فاسد هم میشود چرا که آنچه که در این تعابیر مورد نظر است واقع آنچیزیست که از متعاملین و متعاقدین ایجاد میشود.آنچه که از متعاملین در زمان عقد سَر میزند اینست که دو طرف معامله التزام دارند و این التزام ها با همدیگر متوافق هست و یا اینکه احدالالتزامین به التزام دیگر ربط داده میشود. پس این چیزیست که بحسب واقع در زمان اجراء عقود بین طرفین اتفاق می افتد و بر اساس این تعریف عنوان عقد هم در مورد عقد فاسد صادق است و هم در مورد عقد صحیح صادق است و شامل هر دو میشود.

ولی آن تعریفی که در فقه عامه برای عقد آمده که گفته اند عقد ایجاب و قبولی است که یقتضی اثره فی المحل ، این تعریف اختصاص به عقد صحیح دارد و شامل عقد فاسد نمیشود.

بر این اساس این فرق اولی که در کلام مصطفی زرقاء ذکر شده است ثابت است ولی اینکه آیا این فارق موجب امتیاز تعریف فقهی عامه میشود یا نه ؟ خود عامه گفته اند که این امر موجب امتیاز تعریف فقهی عامه است و باعث میشود که ما آن را بر تعاریف دیگر ترجیح بدهیم. لکن بنظر می رسد که این فارق امتیاز حساب نمیشود بلکه بحسب قاعده ما میبایست تعریف را أعم قرار بدهیم که شامل عقد فاسد هم بشود. البته توضیح بیشتر در مطلب دوم از بحث خواهد آمد. پس اصل این فرق بین دو طرف ثابت است.

اما خصوصیت دوم مذکور در کلام مصطفی زرقاء این بود که : در تعریف قانونی به ارکان و مقومات عقد و یا عناصر مکوّنه عقد اشاره ای نشده است ولی در تعریف فقهی سنی اشاره به عناصر مکوّنۀ عقد شده است.

ما اگر دو تعریف را حساب بکنیم برای توضیح دادن نسبت به معرَّف گفته اند که تعریف دوم یعنی تعریف فقه سنی اولی است چرا که خصوصیات دخیله و عنصر اصلی در معرَّف را بیان میکند ولی تعریف قانونی میگوید توافق ارادتین بر یک جهتی ، اما اینکه این توافق ارادتین در چه غالبی محقق بشود و از چه طریقی إعمال بشود؟ این وسیله اعمال بیان نشده است وحال اینکه در تعریف فقهی سنی بیان شده است که از طریق ایجاب و قبول است و با ایجاب و قبول است که ما به آن اثر میرسیم. این هم فارق دوم بود.

آیا اصل این فارق بين دو تعريف ثابت است یا نه؟ در این قسمت ممکن است گفته شود که : مشخص است که چنانچه ما در تعریف معرّف خصوصیاتی که دخالت در توضیح ماهیت دارند را بیان بکنیم ، این امتیاز تعریف حساب میشود نسبت به تعریف دیگری که بنحو مبهم آن شیء مورد تعریف را به ما توضیح بدهد و اشاره ایی به آن قسمتهای اصلی که مقومات معرّف است ، نداشته باشد.

لکن ممکن است که در مقام مقایسه بین تعریف اهل حقوق و فقهاء شیعه برای عقد و بین تعریف فقهی سنی از این جهت گفته شود که همانطور که در تعریف فقه سنی اشاره و نظارت به مقومات عقد شده است در تعریف قانونی و در تعریف مذکور در فقه شیعه هم به این جهت اشاره شده است چرا که آنچه که در اینجا مهم است اینست که ما خود آن مضمون اصلی عقد وذات واجزاء اصلی آن را بيان بکنیم ، واين امر در تعریف قانونی و در تعریف فقه شیعی هم رعايت شده است به این نحو که : عقد یک التزامی است که به التزام دیگر گره میخورد. خود این گره خوردن اقتضاء داردکه این توافق بوسیله یک امری ایجاد بشود. آنچه که واقعیت عقد را درست میکند این دو التزام و یا دو قرار در مقابل همدیگر است و در تعریف قانونی و در تعریف فقه شیعی هم بیان شده است که عقد اینست که این دو قرار و یا دو التزام با همدیگر گره بخورد و توافق ارادتین علی انشاء الالتزام که در تعریف قانونی وجود داشت هم همین امر را میخواهد بیان بکند. هرچند که کلمه ایجاب و قبول در تعریف فقه شیعی و تعریف قانونی برای عقد وارد نشده است ولی این امر خصوصیت ندارد و آنچه که مهم است اینست که این دو التزام و یا دو قرار با یکدیگر ارتباط پیدا بکند حال ارتباط پیدا کردن با لفظ باشد و یا با غیر لفظ باشد این امور دخالت در ماهیت عقد ندارد. پس اینگونه نیست که تنهادر تعریف فقهی سنی از عقد ، مقومات عقد بیان شده باشد و در تعریف شیعی و تعريف قانونی نسبت به این مطلب اهمال شده باشد. بر این اساس این فارق دومی که در کلمات آنها وارد شده است ، فارق تمامی نیست. بله اگر ثابت بود امتیاز برای آن تعریف حساب میشد ولی این فرق ثابت نیست. این هم نسبت به فارق دومی که بیان کرده بودند.

گفته شد که از کلام مصطفی زرقا ء یک فرق سومی هم بین تعریف فقهی سنی و تعریف قانونی بدست می آید ماحصل فارق سوم اینست که گفته اند : بحسب تعریف قانونی معرَّف شامل وعد هم میشود ولی بحسب تعریف فقهی سنی دیگر معرَّف شامل وعد نمیشود.

حال اینکه از کجا به این نتیجه میرسیم که این فرق بین این دو تعریف وجود دارد؟ در همان کتاب المدخل الفقهی العام اینگونه توضیح داده شده است که : در تعریف قانونی آن مقداری که اخذ شده است اتفاق الارادتین علی انشاء الالتزام است ولی اینکه این اتفاق الارادتین به چه وسیله ایی تحقق پیدا میکند ؟ عناصر عقدی که معرَّف است در این تعریف بیان نشده است فلذا در حقیقت تلاقی بین الارادتین از تعریف قانونی استفاده نمیشود. ولی به تعریف فقهی سنی که نگاه بکنیم میبینیم که در این تعریف ایجاب و قبول وارد شده است و ایجاب وقبول عنصر ظاهری عقد است چرا که به وسیله آن است که معلوم میشود که هر یک از این دو اراده تحرّک نحو الاخری و تلاقی با او پیدا میکند و متوافق با آن میشود. پس در تعریف فقه سنی چون ایجاب و قبول ذکر شده است این نشان دهنده تلاقی بین الارادتین است بر خلاف تعریف قانونی که در آن نيامده که یکی از ارادتین با اراده دیگر تلاقی پیدا میکند. بر این اساس در جاییکه شخصی به ديگری وعده به بیع ویا رهن و قرض میدهد ، تعریف قانونی شامل این وعده ها هم میشود و حال اینکه بین الطرفین محرز است که عقد شامل وعد نيست. بر این اساس تعریف قانونی مانع اغیار نیست ولی تعریف فقهی سنی مانع اغیار هست. این توضیح فارق سومی است که در کلمات آنها وارد شده است.

نسبت به این فارق هم مانند فارق قبلی گفته میشود که : بله اگر واقعاً اینچنین باشدکه تنها تعریف فقهی سنی مانع اغیار باشد و تعریف قانونی اینچنین نباشد ، معلوم است ترجیح با تعریف فقهی سنی است. لکن اشکال در اینجا اینست که: از این جهت بین دو تعریف فرقی وجود ندارد. بجهت اینکه شما آن نکته ایی را که احتیاج دارید بوسیله آن موارد وعد بالبیع و القرض و نحوها را خارج بکنید اینست که : در تعریف بیان شده باشد که دو اراده با یکدیگر تلاقی دارند و در نظر شما حلال مشکل اینست که در تعریف تحرک احدی الارادتین نحو الاخری و تلاقی ارادتین بیان شده باشد. ولی این خصوصیت از تعریف قانونی هم بدست می آید چرا که در آن آمده است عقد توافق ارادتین بر انشاء التزام نسبت به امر قانونی است. یعنی اگر دو اراده بر ایجاد امر قانونی با یکدیگر متفق باشند ، این عقد است. لذا از خود این اتفاق ارادتین بر انشاء بدست می آید که این دو اراده با یکدیگر تلاقی میکنند و کل منهما معطوف به دیگری است.

بحسب آنچه که در دو تعریف فقه امامیه وارد شده است که یک تعریف شدّ احدلالتزامین به التزام آخر بود و تعریف دوم هم ربط احدالقرارین به قرار آخر بود ، این خصوصیت در این دو تعریف هم ملاحظه و اخذ شده است بجهت اینکه خود همین عبارت شدّ احد الالتزامین به التزام دیگر نشان دهنده اینست که این دو اراده ایی که در دو طرف وجود دارد گسسته از همدیگر نیستند بلکه مرتبط به یکدیگر هستند و تلاقی با هم دارند. بر این اساس این فارق سوم هم فارق تمامی نیست.

اما فارق چهارمی که در فقه العقود به آن سه فارق اضافه کرده بودند. ما حصل فارق این بود که : در تعریف قانونی عقد منحصر در انشاء التزام میشود و اختصاص به مواردی پیدا میکند که مضمون عقد انشاء و اعتبار التزام باشد و شامل مواردی که منشأ و مضمون عقد التزام نباشد بلکه تملیک باشد ، نمیشود چرا که در این موارد التزامی وجود ندارد . ولی تعریف فقه سنی که در آن عقد تعریف شده است به ارتباط ایجاب و قبولی که یقتضی اثره فی المحل ، این تعریف با اینکه مضمون عقد تملیک و تملک باشد ميسازد کما اینکه با إنشاء التزام بودن مضمون عقد هم میسازد.

که البته ما در این قسمت وارد نشدیم که آیا آنچه که در مورد عقد خارجاً اتفاق می افتد التزام است یا اینکه تملیک است؟ در اینجا یک بحث تاریخی وجود دارد که گفته اند که در ابتدا اصلاً خود عقد را موجب تملیک نمیدانستند و مضمون عقد تنها انشاء الالتزام بود ولی در اعصار بعدی به این نتیجه رسیدند که تملیک و تملک با خود عقد محقق بشود بر این اساس بلحاظ ما هو المحقق در اعصار جدید لااشکال که در مورد بیع اینگونه نیست که مضمون قرار داد بیع تنها انشاء الالتزام باشد بلکه مضمون قرار داد بیع ، تملیک مبیع به مشتری است در مقابل ثمنی که تملیک به بایع میشود. به هر حال این فارق چهارمی بود که بیان شد.

حال آیا این فارق چهارم تمام است یا نه؟ اشکالی که به این فارق چهارم وارد میشود اینست که ولو در مورد بیع ما منشأ را تملیک بگیریم و عنواناً در بیع التزامی انشاء نشده باشد ولی به حمل شایع آن کاری که انجام میشود مصداق التزام است. در حقیقت اینکه شخص مالش را از ملک خودش خارج میکند و به ملک دیگری وارد میکند این امر به حمل شایع مصداق التزام است بر این اساس اگر در تعریف قانونی هم گفته شود که عقد توافق ارادتین علی الالتزام است مقصود از انشاء الالتزام ، انشاء الالتزام به معنای اعم از عنوان التزام و واقع التزام ـ به معنای شایع ـ است و شامل آن هم میشود. همانطور که در نوع کلمات فقهاء که عقد را شدّ احدالالتزامین به التزام آخر معنا کرده اند ، اینچنین است که در بیع هر چند اسمی از التزام به میان نمی آید ولی در عین حال چون واقعش التزام است ، این تعریف در مورد بیع هم صادق است. فلذا اینگونه نیست که این امر یک امتیاز برای تعریف فقهی سنی بحساب بیاید .علاوه بر اينکه اگر امتيازی دربين باشد امتياز نسبت به تعريف قانونی وتعريف اول فقه شيعه (شدّ احدالالتزامين بالالتزام الآخر) است ولی اگر تعریف دوم در فقه امامیه یعنی ربط احدالقرارین به قرار آخر (که در کلام مرحوم اصفهانی وارد شده است) را درنظر بگيريم ، اساساً در این تعریف التزام اخذ نشده است و شمولش نسبت به انشاء التملیک واضح است.

**اما مطلب دوم (آيا فوارق مذکوره موجب امتياز می شود) :**

بحث در اینست که : آیا این فوارق موجب امتیاز تعریف میشود و یا اینکه نه تنها این امر موجب امتیاز نیست بلکه امتیاز در عکس آن وجود دارد ، نسبت به فارق اول بنظر می رسد مطلب به عکس است ، یعنی تعریفی که شامل عقد فاسد میشود امتیاز دارد ولذا تعریف قانونی و تعريف فقه شیعی ازجهت فارق اول ترجيح دارد وجه آن اين است که : ما این بحث تعریف اصطلاحی عقد را که مطرح کردیم غرضمان از طرح این بحث این بود که خصوصیات و مقومات و ماهیت العقد معلوم بشود تا اینکه با تعریف صحیحی که از عقد بدست آوردیم به سراغ ادله برویم و ببینیم که آیا آن ادله نسبت به موارد شک تطبیق میکند یا نه؟ پس غرض اصلی از بحث تعریف اصطلاحی عقد اینست که ما عقد را بنحو صحیح تعریف بکنیم تا بتوانیم به ادله مانند آیه اوفوا بالعقود در موارد شک تمسک بکنیم. با توجه به اینکه عنوان عقد در آیه شریفه موضوع حکم قرار گرفته است این عنوان عقدی که موضوع قرار گرفته است و حکم به نفوذ و لزوم وفاء به آن شده است ، مراد از آن که خصوص عقد صحیح نیست بلکه آن عنوان مأخوذ أعم از عقد صحیح و فاسد است و عنوان مطلق العقد است. بله آنچه که خارجاً در قانون شرع بر آن آثار مترتب میشود بیع وعقد صحیح است ولی آنچه که ما بدنبال آن هستیم اینست که آن عناوینی که در ادله موضوع حکم قرار گرفته اند مراد از آنها چیست؟ با توجه به این در آیه اوفوا بالعقود موضوع وجوب وفاء و تنفیذ العقد مطلق عقد است نه خصوص عقد صحیح (چرا که در این صورت همانطور که قبلاً بیان شده این به قضیه به شرط محمول برمیگردد به این معنا که احل الله البیع مثلاً میگوید که من بیع مورد قبول خودم را امضاء کرده ام ، که این نحوه بیان خالی از فایده است.) پس ولو در میان این تعاریف ، تعریف فقهی سنی بگونه ایست که تنها بر عقد صحیح منطبق میشود و عقد فاسد را شامل نمیشود ولی این امر امتیاز این تعریف نیست بلکه امتیاز مربوط به تعاریف دیگریست که نظر به مطلق عقد دارند اعم از اینکه صحیح باشند و یا باطل باشند. این مربوط به فارق اول بود.

نسبت به فارق دوم و سوم و چهارم در مرحله قبلی بیان شد که اینها اساساً فارق بحساب نمی آیند چرا که آن نکته و تقریبی که شما برای فرق گذاشتن ذکر کردید تمام نبود بلکه ما در طرف مقابل هم میتوانیم این خصوصیات را تقریب بکنیم. مثلاً آن فارق دوم این بودکه میگفت در تعریف قانونی برای عقد اشاره ایی به عناصر مکوّن عقد نشده است ولی در تعریف فقه سنی اشاره به این امور شده است چرا که در آن ایجاب و قبول ذکر شده است. و یا آن فارق سوم این بود که میگفت چون در تعریف قانونی برای عقد تلاقی الارادتین و تحرک احدی الارادتین نحو الاراده الأخری بیان نشده است پس بر این اساس این تعریف شامل وعد هم میشود در حالیکه وعد عقد نیست.

گفته شدکه این دو فارق ثابت نیست بلکه میشود که تعریف قانونی عقد هم به نحوی بیان شود که این خصوصیات از آن استفاده شود .

فارق چهارم هم آن فرقی بودکه در فقه العقود اضافه شده بود و آن اشاره به حیثیت جامعیت للأفراد بود که میگفت تعریف فقهی سنی برای عقد جامع افراد هست ولی تعریف قانونی جامع افراد نیست چرا که در تعریف قانونی ترکیز بر روی التزام قرار گرفته است و حال اینکه ما عقودی مانند بیع داریم که در آنها التزام انشاء نمیشود ، بلکه مضمون آن تملیک مبیع به دیگری است و در آن التزامی درکار نیست.

ولی همانطورکه اشاره شد این اشکال و فارق نسبت به بیع وامثال آن قابل جواب است چرا که در بیع ولو عنواناً التزام انشاء نشده باشد ولی آنچه که به حمل شایع محقق است در حقیقت یک نحوه تعهد و التزام است هرچند که عنوان التزام انشاء نمیشود. بر این اساس اگر این جامع افراد بودن تعریف فقهی سنی برای عقد را بخواهیم بلحاظ عقود تملیکیه حساب بکنیم ، این فارق وجود ندارد. یعنی اگر کسی عقد را توافق الارادتین علی الالتزام هم بداند میتواند این تعریف را شامل عقد بیع وامثال آن هم بداند چرا که در آن هم التزام به حمل شایع وجود دارد.

ولی در اینجا یک توضیحی نسبت به این فارق چهارم لازم است و آن اینست که : این التزامی که در اینجا مورد بحث است مقصود از آن التزام به خصوص عمل نیست تا اینکه کسی بگوید که حقیقت بیع تملیک مبیع در مقابل ثمن است و در اینجا شخص به فعلی ملتزم نشده است ، برخلاف مواردی که در عقد انشاء التزام بشود و شخص ملتزم بشود که کاری را انجام بدهد.

اگر مقصود از التزام ، التزام به خصوص عمل باشد ممکن است اشکال شود که تعریف قانونی شامل بیع وامثال آن نمیشود چرا که در آن التزام در ناحیه عمل وجود ندارد و مجرد تملیک مبیع در مقابل ثمن است. ولی مقصود از التزام و تعهدی که در تعریف عقد مطرح است خصوص تعهد و التزام به عمل نیست بلکه همین که برای شخص یک تضییقی پیدا بشود ولو که آن تضییق بلحاظ آنچه که در مورد اضافه ملکیت و یا در مورد اضافه حقیتش باشد ، التزام و تعهد این مورد را هم شامل میشود. در بیع ، شخص مالک مبیع بود و مبیع در ملک او بود الان با عقد بیع مبیع را از ملک خودش خارج کرده است و دائره ملکیت اوضيق می شود ، اموال در ملک او قبلاً شامل این مبیع مثلاً کتاب هم میشد ولی الان با این بیع این مبیع و کتاب از دائره ملکیت او خارج میشود. پس همین تضییقی که برای اشخاص بملاحظه اضافه ملکیت یا اضافه حقیت پیدا میشود، این هم مصداق التزام است ولو که عنوان التزام بکار نرفته است. و وقتی که التزام و تعهد به این معنای اعم بود ، در بیع هم به حمل شایع التزام محقق است هرچند به حمل اولی و عنواناً التزام وجود ندارد. این توضیحی است نسبت به اینکه چگونه در عقد بیع التزام محقق است و تعاریف از این جهت نقض نمیشود.

البته در اینجا میبایست نسبت به اینکه این فارق چهارم وجود ندارد یک استثنایی قرار بدهیم و آن اینست که : هرچند ما التزام در حقیقت عقد را اعم بدانیم از التزام عنوانی و التزام به حمل شایع ولی در عین حال بین تعاریف این فرق وجود دارد که : تعریف اول فقه شیعی(که معروف است : شدّ احدالالتزامين بالالتزام الآخر) و تعریف قانونی ـ چه تعریف قانونی عربی وچه تعریف قانونی ایرانی ـ که در آن ترکیز بر التزام و تعهد شده است ، در جایی این تعاریف ثابت هستند که در مضمون عقد یک تعهد و التزامی به حمل اولی و یا به حمل شایع صناعی أخذ شده باشد ولی در جاییکه تعهد و التزامی در کار نباشد بلکه مضمون عقد مجرد اذن باشد دیگر این تعاریف آن موارد را شامل نمیشود. بر این اساس این سه تعریف ـ ای : تعریف قانونی عربی ، تعریف قانونی فارسی ، تعریف معروف شیعی که در کلام مرحوم خویی و مرحوم نائینی هم به آن اشاره شده است و گفته اند که عقد شدّ احدالالتزامین به التزام آخر است ـ در یک سمت قرار میگیرد و در مقابل این تعاریف تعریفی است که در فقه سنی وارد شده است و گفته است که عقد ایجاب و قبولی است که مرتبط به هم میشوند علی وجهٍ یقتضی اثره فی المحل ؛ و تعریفی که در کلام مرحوم اصفهانی وارد شده است که ایشان عقد را تعریف کرده اند : به مجرد ارتباط یک قرار و جعل و عنوان معاملی به قرار آخر. این دو تعریف شامل عقود اذنیه هم میشوند ولی تعاریف سه گانه ابتدائی شامل این عقود نمیشوند.

بر این اساس این امتیاز وجود دارد که تعریف قانونی و آن تعریف فقهی شیعی در کلام مرحوم نائینی و مرحوم خویی نسبت به تعریف فقهی سنی و تعریف فقهی شیعیِ بر اساس تعبیرات مرحوم اصفهانی یک نقیصه ایی دارد که شامل عقود اذنیه نمیشود ولی این دو تعریف شامل عقود اذنیه هم میشود.

آنوقت برای اینکه معلوم بشود که آیا این نکته برای تعریف قانونی و مایشبه به تعریف قانونی نقص حساب میشود یا نه؟ میبایست ببینیم که آیا عقد بحسب آن معنایی که عند العرف دارد آیا در آن التزام اخذ شده است تا اینکه تنها اختصاص به موارد التزام داشته باشد و آنجاییکه عهد بمعنای میثاق اخذ شده است و یا اینکه در عنوان عقد بحسب فهم عرفی که ناظر به معنای لغوی آن هم هست حیثیت التزام اخذ نشده است بلکه مجرد قرارهای قانونی که مرتبط به همدیگر باشند کافی است برای اینکه عنوان عقد را درست بکند.

بر این اساس بحث که به اینجا رسید بايد وارد مرحله سوم از بحث (ومطلب سوم ) شویم که تعریف صحیح از عقد چیست؟ و با توجه به اینکه ما میبایست معنای عرفی عقد را بیان کنیم کدامیک از این تعاریف با معنای عرفی عقد سازگاری دارد؟

در این قسمت باید گفته شود که : بنظرمی رسد آنچه که مرحوم اصفهانی در تعریف عقد بیان کرده اند ، بیان تمام و صحیحی است هرچند که حقیقت عقد حکایت از ارتباط دارد ولی اینگونه نیست که دو طرف ارتباط حتماً التزام باشد بلکه مجرد قرار قانونی بودن برای درست کردن عنوان عقد کافی است. چرا که معنای لغوی عقد ربط بود البته نه هر ربطی بلکه ربطی که در آن استحکام و احکام باشد ـ بر خلاف آنچه که از کلام مرحوم امام استفاده میشود که ایشان فرموده اند : عقد بمعنای مطلق ربط است و وثیق بودن و محکم بودن در معنای لغوی عقد اخذ نشده است ـ وقتی که ما معنای لغوی عقد را ربط محکم بگیریم صدق این ربط محکم در امور معاملی به اینست که این قرارها با همدیگر پیوند بخورد و با پیوند خوردن ارتباط بین دو شیء به نحو محکم حاصل میشود و ارتباط بین دو عنوان قانونی کافی است برای اینکه عنوان عقد را درست بکند چه در اعتبار قانونی التزام اخذ شده باشد و چه اخذ نشده باشد.

مرحوم اصفهانی فرموده اند : عقد ربط احدالقرارین به قرار آخر است. و خصوصیت این تعریف در مقابل تعاریف دیگر اینست که : در این تعریف به عناصر مکوّنه عقد اشاره شده است و حیثیت جامعیت للافراد و مانعیت للأغیار هم در این تعریف حفظ شده است. با توجه به مطالبی که در قسمت فوارق بین تعاریف بیان شده اینگونه نیست که عقد بحسب معنای عرفی در خصوص مواردی باشد که مضمون عقد انشاء تعهد و التزام به امری ـ عنواناً و یا به حمل شایع ـ باشد. بلکه عنوان عقد بحسب معنای عرفی که بکار برده میشود حتی مواردی که در مضمون عقد تعهدی نباشد بلکه مجرد بنا گذاری و قرار قانونی باشد و یا بعبارت دیگر اعتبار امر قانونی و یا احداث یک امر قانونی باشد (ولی اعتبار دو طرفه باشد و به یک طرف اکتفاء نشود) ؛ در این موارد هم عنوان عقد بکار برده میشود و اینگونه نیست که عنوان عقد بحسب معنای عرفی اختصاص به التزامات و مواردی که التزام ـ حال یاعنواناً و یا به حمل شایع ـ انشاء میشود داشته باشد بلکه همین مقدار که قرار و اعتبار قانونی متقوم به دو طرف تحقق پیدا بکند کافی است برای اینکه عنوان عقد اطلاق بشود در مقابل ایقاعات که قرار متقوم به طرف واحد است نه طرفين و در آنها یا تعهدی نیست و یا اینکه تعهد هست ولی تعهد یک طرفه است مواردی مثل نذر ، یمین و یا وقف (بنا بر اینکه از ایقاعات باشد نه از عقود و احتیاج به قبول نداشته باشد) . بر این اساس همانطور که بعداً در تقسیمات عقد هم بیان میشود عقد بحسب معنای عرفی ای که دارد هم شامل عقود مشتمل بر تعهد که از آنها تعبیر به عقود عهدیه میکنند میشود و هم شامل عقود اذنیه که مجرد اذن به طرف آخر است مانند وکالت ، عاریه و امثال آنها میشود.

پس این تعریف ربط یک قرار به قرار آخر ؛ آن حیثیات و خصوصیات لازم عقد را ارائه و تامین میکند برخلاف اینکه ما عقد را تعریف کنیم به شدّ التزامی به التزام آخر ، که در کلمات نوع محققین ما از جمله در کلمات مرحوم خویی و مرحوم نائینی هم عقد اینچنین وارد شده است و در کلمات قانونیین ـ هم قانون بلاد عربی و هم قانون ایرانی ـ هم از عنوان تعهد استفاده شده است. برخلاف این تعاریف که در آنها عنوان التزام بکار رفته است در تعریف مرحوم اصفهانی این عنوان بکار نرفته است و همین امر موجب امتیاز این تعریف نسبت به بقیه تعاریف میشود. و این تعریف از لحاظ جامعیت نسبت به افراد مشکلی ندارد چرا که عقود اذنیه را هم شامل میشود و همچنین عقودی که در آنها تملیک بدون تعهد است را هم شامل میشود. و از جهت دیگر این تعریف نسبت به اغیار که وعد و ایقاعاتی که در آنها تعهد یک طرفه است هم مانع است و شامل آنها نمیشود. پس تعریف مرحوم اصفهانی عناصر مکونه را بیان میکند و اضافه بر این مانع اغیار و جامع افراد هم هست.

### جهت دوم : نسبت بين عقد و عهد

مرحوم اصفهانی که مختارش در تعریف عقد اين بود که عقد قرار مرتبط به قرار آخراست یک بیانی در فرق بین عقد و عهد دارد واین که اين دو چه نسبتی با همدیگر دارند؟ که این قسمت از فرمایش ایشان مورد و محل اشکال واقع شده است. ایشان در بیان فرق بین این دو فرموده است : عقد عبارتست از قرار مرتبط به قرار آخر و ربط احد القرارین به قرار آخر ولی عهد بمعنای مطلق قرار و جعل است. بر این اساس در قرار مرتبط به قرار آخر یعنی در موارد عقد هم حیثیت عقدیت وجود دارد وهم حیثیت عهدیت ، از جهت اینکه این قرارها مرتبط به هم شده اند آن حیثیت عقد تامین شده است و از طرفی آن مرتبط قرار است و قرارها با همدیگر ارتباط برقرار کرده اند لذا چون عهد بمعنای قرار است بر این اساس در عقود حیثیت عهدیت هم وجود دارد. بنابراین عقود مورد تصادق حیثیت عقدیت و حیثیت عهدیت است. ایشان فرموده اند که بحسب معنای اصطلاحی امر اینچنین است ولی بحسب معنای لغوی این دو ـ عقد و عهد ـ با همدیگر فرق دارند. فرموده اند که : بحسب معنای لغوی عقد أعم از عهد است چرا که عقد در لغت به معنای ربط الشیء به شیء آخر است ولی در عهد یک حیثیت اضافه ایی لازم است بر این اساس در مورد حبل و گره ایی که به ریسمان زده میشود بحسب معنای لغوی عنوان عقد بر آن صادق است ولی عنوان عهد بحسب عنوان لغوی صادق نیست و اینگونه نیست که در این موارد تعبیر به عهد بکنند. ایشان این مطلب را در معنای لغوی فرموده اند لکن بحسب معنای اصطلاحی فرموده اند که ما نگاه بکنیم عقد در حقیقت اخص از عهد میشود چرا که عهد بمعنای مطلق قرار است ولی عقد قرارهای مرتبط به همدیگر است طبعاً نسبت بین این ها میشود عموم وخصوص مطلق. و فرموده اند: آنچه هم که ملاک و محل اثر است همان معنای عرفی و اصطلاحی است نه معنای لغوی.

و بعد در ادامه فرموده اند : ما میتوانیم برای عهد بحسب معنای اصطلاحی اش که بمعنای مطلق قرار و جعل بود ، تقسیماتی ذکر بکنیم. گاهی این عهد و قرار در منصب است مانند منصب امامت ، منصب خلافت و ... همانطور که در آیه شریفه نسبت به حضرت ابراهیم (ع) وارد شده است که « إنّی جاعلک للناس اماما » و بعد در ادامه هم فرموده اند « لاینال عهدی للظالمین » یعنی از این امامت تعبیر به عهد شده است. این قرار و عهدی است که بمعنای منصب استعمال شده است.

گاهی هم در مورد تکالیف و اعمالی که مکلفین لازم است انجام بدهند تعبیر به عهد میشود ، مانند آیه شریفه ایی که میفرماید : « و عهدنا الی ابراهیم و اسماعیل أن طهّرا بیتی للطائفین ...» در اینجا تطهیر بیت به عنوان یک فعل مورد قرار خداوند متعال قرار گرفته است و از اسماعیل و ابراهیم خواسته شده است که این کار را انجام بدهند.

و گاهی هم در مورد تعهد نسبت به اعمال خاصه تعبیر به عهد میشود. مانند موارد نذر و عهد و یمین که در این موارد هم در حقیقت شخص یک نحوه قراری را با خداوند متعال قرار میدهد و در اینجا هم کلمه عهد استعمال میشود.

ولی عنوان جامع بین همه این موارد عنوان قرار و جعل است. و جعل و قرار بحسب موارد مختلف میشود. در بعضی از موارد ربطی به امور انشائیه و معاملات ندارد و در بعضی از موارد مرتبط به همین امور معاملات میشود.

پس ایشان ـ مرحوم اصفهانی ـ در تحلیل و توضیح تعریفشان فرموده اند که : ما عقد را که به قرار مرتبط با قرار دیگر معنا کردیم؛ این تعبیر شامل عهد هم میشود. این بیان مرحوم اصفهانی بود.

لکن اگر بخواهیم با توجه به بیان خود ایشان در تعریف عقد حساب بکنیم ، با توجه به اینکه عقد را تعریف کرده اند به قرار مرتبط با قرار آخر و همچنین فرموده اند : هر قراری مصداق عهد است. طبق همین تفسیر خود ایشان عقد اختصاص پیدا میکند به جاییکه عهد در کار باشد چرا که عقد نسبتش به عهد نسبت عموم خصوص مطلق بود یعنی هر عقدی عهد هست ولی هر عهدی عقد نیست. فرموده بودند عهد مطلق القرار است چنانچه این مطلق القرار دو طرفه باشد میشود عقد ولی اگر یک طرفه باشد عهد میشود. خب بر اساس توضیحی که خود مرحوم اصفهانی از تعریفشان ارائه داده اند لازمه این کلام ایشان اینست که : مقصود از عقد خصوص مواردی باشد که در آن عهد بکار رفته است.

لکن این مطلب در کلام مرحوم امام و اعلام دیگر محل اشکال قرار گرفته است و اشکال این اعلام به مرحوم اصفهانی اینست که : کلمه عهد معانی متعددی دارد یک معنای آن« قرار » است که در آیات شریفه ای که شما مثال آوردید عهد به این معنا استعمال شده بود. لکن در کنار این معنای اول ما عهد بمعنای « میثاق و تعهد کردن و به ذمه گرفتن » هم داریم. این معنای دوم از کلمه عهد است که در مقابل معنای اول است. بعضی از اعلام من جمله در فقه العقود اینگونه اشکال کرده اند که : آن عهدی که موضوع وجوب وفاء قرار میگیرد عهد به معنای میثاق ـ یعنی معنای دوم ـ است و آن عهدی که شما رابطه اش را با عقد ، رابطه عموم وخصوص مطلق قرار دادید عهد معنای اول یعنی بمعنای مطلق القرار و الجعل است. ودر کلام شمای مرحوم اصفهانی بین این دو معنای از عهد تفکیک نشده است و شما در همه این موارد گفته اید که عهد به معنای مطلق القرار و مطلق الجعل است و بعد هم گفته اید که نسبت اینها با عقد عموم وخصوص مطلق است. گفته اید که : کل عقدٍ عهدٌ لأنّه مشتمل علی القرار ، ولی کل عهدٍ که بمعنای قرار باشد اینگونه نیست که عقد باشد چرا که قرار ممکن است که بدون ارتباط با قرار آخر باشد وممکن است که به همراه ارتباط با قرار آخر باشد.

این اشکال از اینجا پیدا شده است که مرحوم اصفهانی عهد را در همه موارد به یک معنا گرفته اند و حال اینکه اینگونه نیست و ما یک عهد بمعنای وصیت و مطلق القرار و الجعل داریم و یک عهد بمعنای میثاق داریم. آن عهدی که جزء عقد را درست میکند عهد بمعنای قرار است نه عهد به معنای میثاق ، و عهد به معنای میثاق ارتباطی با عقد ندارد و اینگونه نیست که نسبتشان عموم وخصوص مطلق باشد و با همدیگر تصادق بکنند. بله از جهت موردی و مصداقی ممکن است که در موردی که عقد وجود دارد تعهد به معنای میثاق هم وجود داشته باشد ولی اینگونه نیست که در مورد اینها تصادق عنوانی وجود داشته باشد چرا اینها دو معنای اجنبی نسبت به همدیگرند.

این اشکالی است که به مرحوم اصفهانی وارد کرده اند بخاطر اینکه ایشان تفکیک بین معانی عهد نکرده اند و إلا اگر تفکیک صورت میگرفت بر اساس تعریفی که خود ایشان کرده اند ما نباید عنوان عقد را منحصر به موارد عهد بکنیم. پس در فرمایش مرحوم اصفهانی زمانیکه عقد را معنا کرده اند آن را بمعنای قرار گرفته اند و این امر صحیح است و محل اشکال نیست ولی در توضیح این تعریف که فرموده اند کلمه عهد بمعنای مطلق القرار است و بر این اساس عهد اعم از عقد میشود این قسمت موجب شده است که به فرمایش مرحوم اصفهانی اشکال بشود.

لکن صحیح اینست که بگوییم : بله عهد بمعنای مطلق القرار نسبتش با عقد عموم وخصوص مطلق است لکن نسبت عهد بمعنای میثاق با عقد عموم خصوص من وجه است. چرا که عقد وقتی که بمعنای مطلق قرار شد ممکن است که آن دو قراری که به هم مرتبط شده است مصداق عهد هم باشند ، در این صورت هم عنوان عقد صادق است و هم عنوان عهد ،اینجا میشود ماده اجتماع عهد و عقد. در جاییکه قرارها مضمونشان التزام نباشد مانند عقد عاریه که از عقود اذنیه است ، اینجا میشود از مواردی که عقد صادق است ولی عهد صادق نیست. و آن مواردی هم که تعهد در کار باشد ولی تعهدها به همدیگر گره نخورده باشند بلکه تعهد یک طرفه باشند مانند نذر و قسم که این موارد مصداق عهد عرفی هستند ولی عنوان عقد بر اینها صادق نیست. بر این اساس از جهت اجتماع موردی من حیث المورد نسبتشان عموم خصوص من وجه میشود. باتوجه به این مطلب اين فرمایش مرحوم اصفهانی که فرمودند : چون عهد بمعنای مطلق قرار است ،این مطلق قرار اعم از عقد میشود که بمعنای قرار مرتبط با قرار آخر است ، این قسمت از کلام ایشان اشکال ندارد ولی اشکال در اینست که این مطلب تنها مربوط به عهد به معنای اول است ولی عهد به معنای دوم که میثاق باشد دیگر ارتباطی با عقد ندارد بلکه بیگانه با عقد است که ممکن است که خارجاً در کنار عقد وجود داشته باشد و ممکن هم هست که خارجاً وجود نداشته باشد. لکن چنانچه تعریف خود مرحوم اصفهانی برای عقد را که فرموده اند عقد ربط احدالقرارین به قرار آخر است ، این تعریف را در نظر بگیریم و عهد را به همین معنای« قرار» بگیریم که به عنوان معنای جامع شامل همه موارد می شود دیگر اشکالی به کلام مرحوم اصفهانی وارد نمیشود اشکال بر اساس جدا کردن معنای ميثاق از معنای مطلق القرار وارد می شود .

**فرق عقد وعهد از جهت استعمال در امور اعتباری**

بمناسبت این بحث که عقد چه نسبتی با عقد دارد ، و بمناسبت اشکالاتی که به مرحوم اصفهانی شده است ؛ یکی از اشکالاتی که به مرحوم اصفهانی شده (وقبلاً ازمرحوم امام نقل شده بود) اینست که شما عقد و عهد را بحسب معنای لغوی یکسان حساب کرده اید و بحسب معنای اصطلاحی در مقام نسبت گیری بین اینها بر آمدید و حال اینکه در اینجا یک نکته ایی وجود دارد که شما از آن غفلت داشته اید و آن نکته اين است که: عقد ـ تبعاً لبعض اللغویین ـ موطن اصلی اش و محل استعمال حقیقی اش امور واقعیه و حقیقیه است و استعمالش در امور اعتباریه بالمسامحه و از باب استعاره است ولی کلمه عهد اینگونه نیست بلکه کلمه عهد از همان اول بحسب معنای لغوی در خصوص امور اعتباریه وضع شده است. بنابراین اینگونه نیست که عقد و عهد بحسب معنای لغوی با همدیگر یکسان باشند.

ولی همانطور که قبلاً توضیح داده شد ممکن است گفته شود که آن معنای ربطی که در مورد عقد بکار میرود یک معنای اعمی است که شامل امور اعتباریه هم میشود و مجاز آخری در کار نیست. اگر استعاره و عنایت و مجازی در کار باشد در اعتبار وجود برای امور اعتباریه است نه اینکه بعد از اعتبار وجود یک مجاز دیگری در قسمت ربط بین الاعتبارین هم وجود داشته باشد. پس این قسمت از کلام مرحوم امام محل اشکال است .

پس در این قسمت که مقصد اصلی این بود که ماتعریف صحیح و جامعی از عقد ارائه بکنیم که وظیفه ما در تمسک به ادله احکام که در آنها عنوان عقد بکار رفته است معلوم بشود. مشخص شد که تعریف صحیح بین تعاریف همان تعریف مرحوم اصفهانی است که عنوان عقد را بمعنای قرار مرتبط به قرار آخر معنا کرده اند.

ولی اشکالی که در اینجا نسبت به این تعریف عقد از جهت تمسک به آیه شریفه اوفوا بالعقود باقی میماند اینست که : ما در ذیل این آیه شریفه روایت معتبره ایی داریم که آن روایت کلمه « عقود »که در آیه شریفه بکار رفته است را به «عهود» تفسیر کرده است. مقتضای این روایت اینست که : این آیۀ دالّ بر صحت و نفوذ عقد ، مدلول و مفاد آن همان نفوذ عهد است نه عقد بمعنای اصطلاحی و عرفی( که همان قرار مرتبط به قرار آخر باشد). مقصود از عهد هم یعنی همان مواردی که اشخاص تعهد به یک امری میکنند ملتزم میشوند که یک کاری را انجام بدهند کما هو الحال در مثل نذر و عهد اصطلاحی و یمین که در این موارد شخص متعهد به انجام کاری میشود يا قراردادهای عقلائی که درآنها تعهد والتزام وجود داشته باشد . بر این اساس ما نمیتوانیم از این آیه شریفه صحت و نفوذ هرچیزی که عنوان عقد عرفی برآن صادق باشد را استفاده کنیم.

مقصود از روایت معتبره هم ، روایت عبدالله بن سنان است که در تفسیرقمی وارد شده است و علی بن ابراهیم از پدرش از نضر بن سوید از عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) فی قوله تعالی « اوفوا بالعقود » ، و در جواب امام (ع) فرموده باشند که : ای بالعهود. در روایت سوال از آیه شریفه بود که مقصود از عقود در آیه شریفه چه چیزیست؟ در جواب عبدالله بن سنان امام (ع) فرموده اند که مراد از عقود در آیه عهود است.

این روایت من حیث سند معتبر است و هیچ مشکلی در افراد واقع در سند وجود ندارد. هرچند که بعضی در تفسیر علی بن ابراهیم مناقشه کرده اند که : آیا آنچه که موجود و در دست ما است همان نوشته خود علی بن ابراهیم است یا اینکه این موجود در دست ما کتابی است که بوسیله شاگردِ شاگردِ علی بن ابراهیم جمع آوری شده است و اینگونه نیست که همه کتاب تألیف خود علی بن ابراهیم باشد بلکه یک مجموعه مؤَلَّف و مرکب از نوشته های خود علی بن ابراهیم و بقیه است.

هرچند که بعضی این اشکال را در تفسیر علی بن ابراهیم گفته اند و گفته اند تمام روایات وارد در این کتاب برای ما حجت نیست ، ولی این اشکال در مثل این روایت جاری نمیشود چرا که این اشکال در جایی استدلال را از بین میبرد که امر مشتبه باشد که آیا آن مورد نوشته خود علی بن ابراهیم است یا اینکه نوشته شاگردِ شاگردِ علی بن ابراهیم است مثل اينکه در متن تفسیر آمده باشد که : « روی فلانٌ عن فلان این مطلب را » اینکه این مطلب و «روی فلانٌ » را چه کسی نوشته است در این موارد معلوم نمیشود و محل اشکال میشود. ولی آن مواردی که در متن کتاب وارد شده است که « حدّثنی أبی عن فلان ...» از این عبارت مشخص است که گوینده او علی بن ابراهیم است. بر این اساس نظر صحیح در تفسیر علی بن ابراهیم اینست که روایات این کتاب دو قسم هستند یک قسمش ثابت است که از علی بن ابراهیم نقل شده اند و یک قسمش محل تردید است و مانحن فیه جزء مواردیست که اشکالی در آن نیست. و اگر در بعضی تعبیرات وارد شده است که این روایت در قسمت ثابت از تفسیر علی بن ابراهیم است در مقابل قسمت غیر ثابت ، این تعبیر ناظر به این مطلب است که بیان شد. بر این اساس استدلال به این روایت من حیث السند مشکلی ندارد.

اما من حیث الدلاله آیا این روایت دلالت بر اختصاص میکند یعنی عقدی که در آیه وارد شده است تنها بمعنای عهد است و غیر آن را شامل نمیشود یا اینکه ذکر کلمه عهود در تفسیر این آیه بعنوان بعض المصادیق و تطبیق عنوان مذکور در آیه بر مصادیق است و از آن انحصار و حصر استفاده نمیشود. این مطلبی است که در نوع تفسیرهای ائمه (ع) راجع به آیات گفته میشود که آن مقداری که از این روایات استفاده میشود اینست که : اگر آن عنوان یک مفهوم عرفی داشته باشد غیر از آن مصداقی که امام (ع) در روایت بیان کرده است و در کنار آن مصادیق عرفی امام (ع) یک مصداقی را بیان بفرماید این بیان امام (ع) از باب تطبیق آن عنوان بر مصداق میشود نه اینکه حصر معنای عنوان دراین مورد باشد.

پس جواب دوم از اشکال این است که : آنچه که در این روایت تفسیری وارد شده است مانند بقیه روایاتی است که در تفسیر آیات وارد شده است. روایاتی که در تفسیر آیات وارد شده است در مواردی که عناوین وارد در آیات دارای معانی عرفی واضحی هستند در این موارد اگر یک روایتی وارد بشودکه مضمون آن اشاره به مصادیق خاصی باشد ، در اینصورت از این روایات انحصار استفاده نمیشود بلکه غایه ما یستفاد از این روایات اینست که مذکور در این روایت هم از مصادیق آن عنوان مذکور در آیه است و آن عنوان بر این مصداق هم منطبق هست اما اینکه عنوان منحصر در همین مصداق باشد ما نمیتوانیم در روایات تفسیری ملتزم به این مطلب بشویم مگر در جاییکه قرینه خاصه در روایت ما را به این نتیجه برساند از باب مثال روایاتی که در تفسیر آیه شریفه « اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم » وارد شده است از اين قبيل است در آن روایات آمده است که مقصود از « اولی الامر » تنها ما اهل بیت (ع) هستیم. اینکه در روایات وارد شده است که مقصود از این عنوان تنها ما هستیم این قرینه خاصه است بر اینکه این عنوان میبایست حمل بر همین مصداق بشود چرا که انحصار از خود روایت بدست می آید و در خود روایت به آن تصریح شده است ؛ این به آن معناست که کلمه « اولی الامر » در آيه به معنای لغوی استعمال نشده است بلکه در این آیه شریفه مقصود خصوص دوازده امام (ع) است. پس در جاییکه چنین قرینۀ واضحی در خود روایت باشد بايد عنوان را حمل بر مصداق منحصر بکنیم ولی روایاتی که بصورت نوعی در تفسیر آیات وارد شده اند لسانشان ، لسان حصر نیست بلکه لسانشان ، لسان بيان مصداق است به این معنا که این عنوان مذکور بر فلان مصداق هم صادق است.

در مانحن فیه هم فرض اینست که مقصود از عقود در آیه شریفه با توجه به معنای عرفی و لغوی اش و با قطع نظر از صحیحه عبدالله بن سنان ، قرار مرتبط به قرار آخر است. با توجه به این مطلب صحیحه عبدالله بن سنانی که « عقود » در آیه را به « عهود » تفسیر کرده است دلالت بر انحصار نمیکند بلکه از آن استفاده میشود که عهود هم هر چند یک طرفه باشند مصداق آیه شریفه « اوفوا بالعقود » است و وفاء به آن لازم است.

شبیه این صحیحه عبدالله بن سنان از نظر جوابی که به آن داده میشود ـ از جهت جواب اول و جواب دومی که بیان شد ـ روایت دیگری است که از تفسیر علی بن ابراهیم نقل شده است و مرحوم مجلسی هم در بحار این روایت را آورده است. در این روایت وارد شده است که : این آیه شریفه « اوفوا بالعقود » در مورد عهد و تعهدی که مربوط به ولایت امیرالمومنین (ع) است نازل شده است. در جلد سی و ششم بحار صفحه نود و دوم حدیث شماره بیست ، ایشان از تفسیر قمی نقل میکنند از حسین بن محمد عن معلی بن محمد عن ابن عمر ـ که گفته اند این اشتباه است و مراد از او ابن ابی عمیر است ـ عن ابی جعفر الثانی (ع) فی قوله « یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود » ؛ در ذیل این آیه شریفه بحسب روایت اینگونه از امام جواد (ع) نقل میکنند قال « إنّ رسول الله (ص) عقد علیهم لعلیٍّ (ع) فی الخلافه فی عشرهِ مواطن ـ یعنی رسول الله (ص) از مردم در مورد ولایت امیرالمومنین (ع) در ده موطن و محل پیمان گرفت ـ ثمّ أنزل الله عزوجل « یا أیها الذین آمنوا اوفوا بالعقود التی عقدت علیکم لأمیرالمومنین (ع) » یعنی مقصود از این عقود همان تعهد و التزامی است که توسط پیامبر (ص) برای ولایت امیرالمومنین (ع) گرفته شده است. در این روایت « عقود » در آیه شریفه به جعل منصب امامت برای امیرالمومنین (ع) تفسیر شده است و بحسب این روایت دیگر عنوان عقود در آیه شامل معاملاتی همچون بیع و نکاح و هبه و ... نمیشود.

این روایت دوم در مورد آیه شریفه از جهت اشکال و از جهت جوابهایی که به آن داده میشود مانند همان روایت اول یعنی صحیحه عبدالله بن سنان است. این روایت هم من حیث السند با توجه به رجالش مشکلی ندارد و ولو که در مورد معلی بن محمد توثیق خاصی وارد نشده است و از این راه نمیتوان اعتبارش را تصحیح کرد ولی بر اساس بعضی از مبانی عامه در توثیقات مانند مبنای معاریف و یا مبنای شیخ اجازه بودن و امثال این مبانی میتوان حکم به اعتبار این روایت بکنیم.

واز نظر جواب دوم هم صحيحه عبدالله بن سنان با معتبره ابن ابي عمير علی حدٍ سواء هستند از این جهت که : در هر دو آیه شریفه « اوفوا بالعقود » به موردی تطبیق شده است ولی تطبیق عنوان در آیه بر یک مورد که دلالت بر حصر مفهوم آیه ندارد. بله روایت میگوید که یکی از مصادیق آیه عهد است و یا ولایت امیرالمومنین (ع) است ولی اینکه مضمون « اوفوا بالعقود » عقود معاملی نیست ، این دیگر از این دسته از روایات بدست نمی آید.

جواب سومی که از استدلال به صحیحه عبدالله بن سنان داده میشود اینست که : در این صحیحه نهایتش اینست که عقد به معنای « عهد » است و ما حتی اگر از جواب دوم غمض عین بکنیم و تسلیم بشویم که این روایت ظاهر در حصر است ولی نهایت چیزی که در آیه شریفه ذکر شده است اینست که عقد بمعنای عهد است ولی خود اینکه مراد از «عهد» چیست ؟ قبلاً بیان شده است که عهد میتواند معانی متعددی داشته باشد. ممکن است گفته شود که عهد در این صحیحه بمعنای مطلق قرار و جعل و اعتبار قانونی است چه اینکه این اعتبار قانونی متقوم به دو طرف باشد و چه اینکه اعتبار قانونی متقوم به یک طرف باشد.چون عهد دارای دو معناست یک معنای آن مطلق اعتبار و جعل است که از آن تعبیر به وصیت هم کرده اند ، مواردی وجود دارد که از عنوان وصیت تعبیر به عهد شده است مثلاً در صحیحه ابی بصیر در روضه کافی عبارت اینست که : فأخرج الیه صحیفهً که در آن صحیفه این عبارت بود ـ که وصیت حضرت فاطمه زهرا (س) بوده است ـ : « هذا ما عهدت فاطمهُ بنت محمد (ص) ....» پس در این صحیحه از وصیت تعبیر به عهد شده است. حال جواب سوم اینست که : عنوان عهد و عهود اختصاص به التزامات و تعهدات ندارد بلکه در کنار این تعهد و التزام معنای دیگری هم برای عهد است که همان قرار و اعتبار و وصیت و جعل است. با توجه به دو معنا بودن عهد هرچند که در صحیحه عبدالله بن سنان عقود را به عهود تفسیر کرده باشد ولی عهد در اینجا بمعنای مطلق قرار است نه آن قراری که در آن التزام و میثاق و تعهد وجود دارد.

حاصل جواب سوم اینست که : در این صحیحه عقود به عهود تفسیر شده است ولی اگر مقصود از عهود مطلق قرارات وجعل و اعتبار قانونی باشد ـ نه اینکه مقصود از عهد میثاق باشد ـ این عنوان هم شامل عهود یک طرفه میشود و هم شامل عهود دو طرفه. بر این اساس این صحیحه به استدلال به آیه شریفه برای صحت تمام عقود وقردادهای عقلائی ضرری نمیزند بلکه یک توسعه و مطلب اضافه ایی از آن استفاده میشود. این هم جواب سوم بود.

ممکن است در این جواب سوم مناقشه بشود : مناقشه اول اینست که : هرچند که کلمه عهد معانی متعددی دارد ولی ظاهر در میان این معانی همان معنای میثاق است و اگر ما بخواهیم این لفظ عهد را بر معنای آخری غیر از معنای میثاق حمل بکنیم ، این قرینه میخواهد. و در اینحالت دوباره اشکال برمیگردد و جواب از بین میرود چرا که در اینصورت صحیحه میگوید شما تنها به میثاق ها و عهدها وفا بکنید نه به عهودی که در آنها تعهد و التزام اخذ نشده است. این یک مناقشه است.

منتهی این مناقشه قابل رد است چرا که با فرض اینکه شما قبول کردید که عهد درمعانی متعددی بکار رفته است وقتی در یک مورد لفظ عهد بکار رفته باشد آن مورد میشود از موارد اشتراک لفظی و همانطور که اگر در غیر این مورد ، یک لفظ وضع شده برای معانی متعدد به اشتراک لفظی در یک موردی وارد بشود معنای آن مجمل میشود در مانحن فیه هم همینطور است. پس خاصیت اشتراک لفظی اجمال است مگر در جاییکه قرینه وجود داشته باشد و در اینجا هم فرض اینست که قرینه ایی ذکر نشده است. در نتیجه این روایت عبدالله بن سنان مجمل میشود و دیگر نمیتوان از آن چیزی که برخلاف معنای عرفی آیه است را استفاده بکنیم.

مناقشه دوم اینست که : مراد از عهد در این روایت میثاق است لکن نه بخاطر اینکه کلمه عهد فی حد نفسه ظاهر در میثاق است بلکه بخاطر وجود قرینه است که ما میگوییم مراد از عهد در این روایت عبدالله بن سنان میثاق است نه مطلق قرار. قرینه اینست که : در آیه شریفه بيان شده است که به عقد وفاء بکنید ، صحیحه هم میگوید مراد از عقد ، عهد است. بنابر اين معنای این صحیحه اینست که آیه دلالت میکند بر وجوب وفاء به عهد ؛ اما این عهد چه عهدی است که موضوع وجوب وفاء قرار گرفته است ؟ طبعاً عهدی است که قابلیت وفاء را دارد ،وعهدی که قابليت وفاء را دارد عهد بمعنای میثاق باشد و إلا عهد بمعنای قرار که قابلیت وفاء را ندارد.

اين مناقشه دوم برجواب سوم از مطالبی که در فقه العقود در اشکال به مرحوم اصفهانی در این بحث که عهد چه نسبتی با عقد دارد بدست می آید که ایشان فرموده اند : مرحوم اصفهانی که عهد را به معنای مطلق القرار گرفته اند ، این مطلب صحیح نیست بلکه عهد دو معنا دارد یکی بمعنای میثاق و دیگری بمعنای جعل و قرار است و آن معنایی که قابلیت تعلق وفاء را دارد همین عهد بمعنای میثاق است نه عهد بمعنای قرار وجعل .

بر این اساس هم در محل بحث اشکال مسجل میشود و در نتيجه جواب سوم کارساز و تمام نمی شود چرا که گفته می شود : وقتی شما پذیرفتید که کلمه عقد طبق صحیحه عبدالله بن سنان منحصر در معنای عهد است این متعلق قرار گرفتن عهد برای وفاء اقتضاء میکند که مراد از عهد در اینجا خصوص همین میثاق باشد. این هم مناقشه دوم است.

آیا این مناقشه تمام است یا نه ؟ جوابی که از این مناقشه داده میشود اینست که: هرچند که ما معانی عهد را متعدد هم فرض کنیم ولی نسبت به همه معانی ، عهد قابلیت تعلق وفاء را دارد. بعبارت دیگر: همانطورکه دربحث خیارات در کلام مرحوم تبریزی درارشادالطالب آمده است، چون عهد به اعتبار متعلقش متعدد میشود وفاء به هر مورد از موارد اطلاق عهد متناسب با آن حساب میشود. گاهی عهد متعلق به فعل للغیر میشود به این معنا که شخص تعهد میکند که کاری را برای غیر انجام بدهد ، وفاء به این عهد عبارتست از اینکه شخص آن کار را برای دیگری انجام بدهد. چرا که معنای لغوی وفاء انهاء الامر یعنی به نهایت رساندن عمل و انجاز امر است. انجاز عهد متعلق به افعال که از آن تعبیر به تعهد و میثاق یک نفر در مقابل نفر دیگر و یا میثاق یک نفر در مقابل خداوند متعال میشود که در موارد یمین و نذر و عهد اصطلاحی ـ که شخص میگوید عاهدت الله که فلان کار را انجام میدهم ـ وجود دارد. در این موارد وفاء به اینست که شخص آن کاری را که به ذمه گرفته است اتیان کند و انجام بدهد.

ولی اگر متعلق عهد امر وضعی اعتباری باشد و آن قرار مطلق و مطلق الجعل که معنای اول عهد بود به امر وضعی و اعتباری تعلق بگیرد کما اینکه در مورد بیع این قرار معاملی اینست که بایع مبیع را در مقابل عوض به مشتری تملیک میکند و یا در مورد هبه واهب این مال مورد هبه را بدون عوض و مجاناً به شخص آخری تملیک میکند. در این مواردی که متعلق و مورد عهد امر اعتباری وضعی باشد وفاء به این عهد هم معنا دارد و آن به این معناست که شخص کارش را به نهایت برساند و بر آن قراری که انجام داده است ترتیب اثر بدهد و آن را الغاء نکند ، در مقابل جاییکه شخص بخواهد عهدش را نقض بکند. پس همانطور که عهد بمعنای میثاق قابلیت تعلق وفاء را دارد و وفاء در آنجا به معنای اتیان عمل مورد تعهد است ، عهد بمعنای مطلق القرار و الجعل هم قابلیت تعلق وفاء را دارد و وفاء در آن به این معناست که شخص قرارش را الغاء نکند و آن را به همان حالی که جعل کرده است باقی بگذارد و بر آن ترتیب اثر بدهد. مثلاً در هبه که شخص مالش را مجاناً به دیگری تملیک میکند ، در اینجا وفاء به این قرار و جعل عبارتست از اینکه او دیگر مالی را که به دیگری تملیک کرده از او پس نگیرد بلکه این امر اعتباری ایجاد شده را بحال خودش باقی بگذارد.[[4]](#footnote-4)

بر این اساس آنچه که نسبت به صحیحه عبدالله بن سنان وجود دارد اینست که بجای کلمه عقود ، کلمه عهود بکار رفته است لذا چنانچه این صحیحه در مقام حصر هم باشد مضمونش اینست که : آیه امر به وفاء به عهود میکند و مقصود از عهود هم مطلق قرار است. با توجه به اینکه معنای مطلق القرار اعم المعانی است نسبت به عهد به معنای میثاق ، لذا لفظ حمل بر این معنا میشود. پس طبق این بیان این جواب ثالث هم تمام میشود.

این جوابها بنا بر این بود که ما برای عهد معانی متعددی قرار بدهیم ولی در اینجا یک جواب دیگری هم وجود دارد و آن اینست که : اساساً عهد بحسب موارد استعمالش تنها یک معنا دارد. همانطور که نسبت به عقد در کلام عده ایی از لغویین از جمله در کلام مقاییس اللغه وارد شده است که « ع ق د » برای معنای واحدی وضع شده است و اصل واحدی در موارد استعمال عقد وجود دارد که همه معانی به آن برمیگردد و آن معنا همان ربط و استحکام و قوت است در مورد عهد هم گفته اند که آن هم تنها یک معنا دارد و همه معانی ای که برای آن ذکر میشود از قبیل وصیت و عهد در امور تکلیفی ـ در همان قضیه حضرت ابراهیم و اسماعیل (ع) که مامور به تطهیر خانه خداوند عزوجل شدند ـ و عهد بمعنای میثاق ؛ در همه این موارد استعمال عهد یک معنای جامع و مشترک وجود دارد و آن عبارتست از اینکه : یک امری قرار داده میشود که مورد احتفاظ است و لزوم الاحتفاظ در مورد آن ثابت است پس اصل معنای عهد احتفاظ و اهتمام نسبت به یک امری است لکن این اهتمام به امر و حفظ کردن شیء تطبیقات مختلفی دارد و این با همان معنايی از عهد که مرحوم اصفهانی فرمودند که مطلق قرار و مطلق جعل است یکی است. یعنی اینگونه نیست که عهد معانی متعددی داشته باشد بلکه معنای آن یک معنای واحد است که تطبیقات متعددی دارد. همان معنای واحد را در مورد وصیت بخواهیم حساب بکنیم این وصیت مصداق عهد هست چرا که مورد احتفاظ است از جهت اینکه کسی که یک امری را وصیت میکند ینبغی الاحتفاظ به ، و اساساً در ذات وصیت اخذ شده است که میبایست حفظ شود و رعایت بشود. و یا عهدی که برای ولات نوشته میشود مانند عهد امیرالمومنین (ع) به مالک اشتر ، این هم یعنی جعل اموری که احتفاظ و رعایت آنها لازم است. پس معنای واحد کلمه عهد امر قابل احتفاظ است و میثاق هم یکی از این مصادیق امر قابل حفظ و مورد اهتمام است.

اگر ما بگوییم که عهد یک معنای واحد دارد که جامع بین همه موارد است در صحیحه عبدالله بن سنان هم که ما میبینیم عقود تفسیر به عهود شده است این عهود در صحیحه هم حمل بر همان معنای جامع میشود که این معنای جامع هم شامل مصادیق میثاق و تعهد و التزام میشود و هم شامل غیر آن میشود. براین اساس در اینجا اشکالی پیدا نمیشود. و در واقع در اینصورت رابطه اش با عقد اصطلاحی که همان عقود متعارف معاملی باشد رابطه اعم و اخص مطلق میشود چرا که قرار و اعتبارات قانونی عنوان اعمی است که هم شامل عقود مصطلحه میشود و هم شامل غیر آن میشود وآن مواردی که از قبیل میثاق باشد که عهد یک طرفه است و عهد دو طرفه نیست اینها مصداق عهد هستند ولی مصداق عقد نیستند چرا که عقد قرار دو طرفه است.

بر این اساس نسبت به استدلال به آیه شریفه هم مشکلی پیش نمی آید و میتوان گفت که آیه امر به وفاء به عقد بمعنای عهد میکند و عهدی که در آیه ذکر شده است اعم است از عقود مصطلحه و عهدهای یک طرفه مانند قسم خوردن و نذر کردن و اینها هم مشمول « اوفوا بالعقود » میشوند و نتیجه تفسیر عقود در آیه شریفه به عهود توسط صحیحه عبدالله بن سنان این میشود.

البته اینکه کلمه عهود به نحو مطلق باشد که هم شامل عقود اصطلاحی باشد و هم شامل تعهدات یکطرفه مانند حلف و ... بشود ؛ این جای بحث دارد و میبایست دید که آیا جمع بین اینها ممکن هست یا نه؟

در این قسمت مرحوم امام در کتاب البیع شان در بحث خیارات مطلبی را بمناسبت مطرح کرده اند و فرموده اند : عهد دوشق پیدا میکند : یک شقش مصداق عقود مصطلحه است و شق دیگرش مصداق میثاق است. لکن وجوب وفاء در یک قسمت لزوماً بمعنای حکم تکلیفی هست و در قسمت دیگر حتماً بمعنای حکم وضعی است. چنانچه عهد در آیه شریفه ناظر به خصوص میثاقها باشد این امر به وفاء در آیه امر تکلیفی میشود ولی اگر عهد در آیه شریفه ـ که از تفسیر صحیحه عبدالله بن سنان بدست می آید ـ بمعنای عقود اصطلاحیه مانند بیع و هبه و اجاره و .... باشد در اینها ما نمیتوانیم حکمی را که از امر به وفاء استفاده میشود را حکم تکلیفی بگیریم چرا که اگر از آیه شریفه که امر به وفاء به عقد میکند تکلیف وفاء به بیع استفاده بشود این یک محذوری دارد که نمیتوان به آن ملتزم شد و آن عبارتست از اینکه : لازمه دلالت آیه شریفه بر وجوب تکلیفی وفاء به عقد بیع اینست که اگر بایع بعد از فروش مبیع ، آن را به مشتری تحویل ندهد مرتکب دو حرام بشود و دو عقاب داشته باشد. از یک طرف بر او لازم است که وفاء به عقد بکند و این تکلیفی است که از خود آیه بدست می آید و از طرف دیگر از آنجا که با خود عملیه و عقد بیع ، مبیع ملک مشتری میشود لذا با قطع نظر از آیه دلیل « لایحل مال امرء المسلم إلا بطیبه نفسه » که دلیل حرمت غصب است میگوید که تصرف و امساک مال غیر جایز نیست. این دلیل و حکم دوم که ثابت است باقطع نظر از آيه، چنانچه بگوییم که از دلیل وجوب وفاء هم حکم تکلیفی استفاده میشود لازمه این حرف اینست که در این صورت ـ امتناع بايع از تحویل مبیع ـ شخص دو حرام انجام داده باشد و مستحق دو عقاب باشد ، و این امر را کسی ملتزم نمیشود. بر این اساس ایشان فرموده است : چون در مورد عقود مصطلحه تکلیف معنا ندارد بر این اساس امر در آیه شریفه دائر است بین اینکه یا بگوییم که این امر شامل عقود مصطلحه هم میشود و آنچه که از آیه استفاده میشود تنها حکم وضعی است و امر ، امر ارشادی است و اینکه امر به وفا میکند یعنی ارشاد به صحت و لزوم است و جای فسخ نیست نه اینکه تکلیفاً در اینجا تکلیفی درست شده است. و یا اگر که حکم تکلیفی باشد میبایست بگوییم که دیگر عقود مصطلحه را شامل نمیشود. در نتیجه نمیتوان گفت که هم حکم در آیه شریفه حکم تکلیفی است و هم شامل عقود مصطلحه هم میشود. چرا که اگر حکم تکلیفی باشد دیگر در معاملات قابل پیاده شدن نیست به همان بیانی که گذشت.

ولی چون آنچه که معهود از فقهاء از قدیم الایام است اینست که ایشان به این آیه شریفه برای صحت عقود متعارفه استدلال میکردند از اینجا معلوم میشود که ما میبایست مضمون آیه را در حد حکم ارشادی باقی بگذاریم و بالطبع دیگر نتوانیم از آن حکم تکلیفی استفاده بکنیم. بر این اساس نهایت چیزی که از آیه استفاده میشود حکم ارشادی است یعنی ارشاد به صحت و لزوم معامله دارد و دیگر از این آیه نمیتوان وجوب عمل به حلف و یا وجوب عمل به نذر و عهد را استفاده بکنیم.[[5]](#footnote-5) این فرمایش مرحوم امام بود.

ولی نسبت به این بیان ، مرحوم آقای تبریزی در همان بحث خیارات جواب داده اند .

حاصل جواب ایشان اینست که : ما عهد را بمعنای اعم میگیریم بگونه ای که هم شامل عقود مصطلحه بشود و هم شامل تعهد به اعمال بشود و وفاء در هر موردی بر اساس خودش است و از جهت اینکه چه حکمی در آن مورد می آید این هم به اختلاف موارد مختلف است. اگر متعهد به و مورد تعهد، فعل للغیر باشد حکم مناسب با این مورد حکم تکلیفی است و اگر مورد تعهد امر اعتباری و وضعی باشد حکم مناسب در این مورد حکم وضعی است و از آنجاییکه امر به وفاء در آیه انحلالی است و بحسب موارد و مصادیق عهد که بعضی از آنها تعهد به عمل است و بعضی دیگر عهد به امر اعتباری و وضعی است نسبت به موارد تعهد به عمل حکم ، حکم تکلیفی است و نسبت به موارد اعتباریات و امور وضعیه حکم میشود حکم ارشادی. و جمع بین اینها هم محذور استعمال لفظ در اکثر از یک معنا را ندارد بخاطر اینکه استعمال اوامر در مورد تکالیف و اعمال مولویت با استعمال صیغه و یا ماده امر در موارد ارشاد به حکم وضعی از نظر معنای مستعمل فيه فرق ندارد ،این ارشادیت و مولویت در مستعمل فیه الفاظ اخذ نشده است بلکه ارشادیت و مولویت غرض از استعمال است و وقتی اینها غرض از استعمال شدند و مستعمل فیه شیء واحد شد که همان انشاء بعث به وفاء باشد، دیگر مشکل حل میشود و محذوری ندارد.[[6]](#footnote-6)

#### نتيجه بحث از جهت اول وجهت دوم ازجهات بحث در عقد :

بنا بود که در مقدمه چهارمی که مربوط به بحث از عقد است جهات مختلفی مورد بحث قرار بگیرد. جهت اول تعریف عقد و بیان خصوصیات عقد بود. جهت دوم هم رابطه بین عقد و عهد بود. جهت سوم مقومات عقد است و جهت چهارم هم تقسیمات عقد از زوایای مختلف است. بحث از دو جهت اول و دوم تمام شد و نتیجه بحث در این دو قسمت این شد که : در قسمت تعریف عقد و بیان ماهیت عقد در مقابل ایقاع نتیجه این شد که : در میان تعاریف مختلفی که برای عقد مطرح شده بود بنظر میرسید که تعریف مرحوم اصفهانی مقدم بر تعاریف دیگر باشد منتهی احتیاج به یک اصلاح و تعدیل دارد ، چون ایشان عقد را تعریف کردند به قرار مرتبط به قرار آخر و یا ربط بین دو قرار. اشکال این تعریف اینست که این تعریف مناسب با مسبب است در حالیکه عقد سبب است و تعریف مناسب اینست که ما عقد را تعریف کنیم به « ایجاد اعتبار قانونی متقوم به طرفین » در مقابل ایقاع که در آن اعتبار قانونی ایجاد میشود ولی متقوم به یک طرف است. بر این اساس بیع و نکاح و ... از مصادیق عقد هستند چرا که در اینها اعتبار قانونی متقوم به دو طرف ایجاد میشود برخلاف طلاق که عبارتست از فسخ و انهاء زوجیت و تنها بدست زوج است و متقوم است به اراده یک طرف ، لذا هرچند از ناحیه زن رضایت و اراده ای وجود نداشته باشد ولی عنوان طلاق بازهم ایجاد میشود. پس فرق بین عقود و ایقاعات این شدکه : مضمون عقد اعتبار متقوم به دو طرف است ولی مضمون ایقاع اعتبار قانونی متقوم به یک طرف است. این مطالب از کلمات مرحوم اصفهانی هم استفاده میشود منتهی مسامحه در کلام ایشان تنها اینست که ایشان از عقد تعبیر کرده است به قرار مرتبط به قرار آخر. در حالیکه میبایست میفرمود عقد ربط احدالقرارین به قرار آخر است. همانطور که در تعریف مشهور بین فقهاء ما عقد تعریف شده است به شدّ احدالالتزامین به التزام آخر ، یعنی در آن حیثیت سبب بودن عقد ملاحظه شده است و عقد را تعریف کرده اند به ربط دادن و بستن یک التزام به التزام دیگر. بعبارت دیگر نفرموده اند : عقد التزام مشدود به التزام آخر است بلکه فرموده اند عقد شدّ احدالالتزامین به التزام آخر است. التزام مشدود مضمون و نتیجه العقد است و مسبب از عقد است ولی خود عقد شدّ بین التزامین است.

پس در معنای اصطلاحی و عرفی عقد با توجه به معنای لغوی آن این خصوصیت اخذ شده است که عقد عبارتست از ارتباط دادن یک قرار قانونی به قرار قانونی آخر.

اما جهت دوم و اینکه نسبت این عقد تعریف شده با عهد چیست ؟ از مطالب قبلی جواب این امر مشخص میشود. چرا که ما در عهد یا ملتزم به دو معنا برای آن میشویم که یک معنا عبارتست از قرار و معنای دوم هم میثاق است. بنا بر این نظر نسبت بین عقد و عهد معلوم میشود چرا که عقد عبارتست از قرار مرتبط به قرار آخر ؛ که در آن ارتباط اخذ شده است ولی سنخ قرار ممکن است که تعهد و التزام در آن باشد و ممکن است که تعهد و التزام در آن نباشد لذا عقد از این حیث عمومیت دارد ولی از حیث ربط هر قراری را عقد نمیگویند و ایجاد هر قراری عقد نیست بلکه عقد قرار متقوم به دو طرف است.

حال میبایست با توجه به این جهت عمومیت و این جهت اختصاص در عقد نسبت آن را با عهد بسنجیم. عهد به معنای اول عبارت بود از مطلق قرار و جعل ؛ نسبت عقد با عهد به این معنا میشود عموم وخصوص مطلق. چرا که عهد بمعنای اول عبارتست از مطلق جعل و قرار ولی عقد اصطلاحی قرار خاص و قرار مرتبط به قرار آخر است لذا نسبتشان میشود عموم خصوص مطلق یعنی عهد میشود اعم و عقد میشود اخص.

عهد بمعنای دوم عبارت بود ازمیثاق ، نسبت آن را با تعریف عقد مرحوم اصفهانی بخواهیم در نظر بگیریم ، نسبت بین این دو میشود عموم خصوص من وجه. چرا که هر کدام از اینها یک ماده افتراق دارند و ماده اجتماع هم برای آن دو وجود دارد. در جاییکه قرارها مرتبط به همدیگر باشند ولی در آن التزام و تعهد و میثاقی در کار نباشد این ماده افتراق از جانب عقد است وعهد اینجا را شامل نمیشود. ماده افتراق عهد هم جائیست که میثاق و تعهد باشد ولی ارتباط به طرف آخر نباشد مانند حلف و نذر و عهد اصطلاحی ؛ که در این موارد دیگر عقد صدق نمیکند.

ماده اجتماعشان هم عقود عهدیه است که هم در آنها حیثیت ارتباط احدالطرفین به طرف آخر وجود دارد و هم پای التزام و تعهد درکار است.

پس بنا بر اینکه عهد دو معنا داشته باشد بحسب معنای اول رابطه اش با عقد عموم و خصوص مطلق است و بحسب معنای دوم رابطه اش با عقد عموم و خصوص من وجه است.

ولی اگر کسی گفت که همه این موارد عهد به یک معنای واحد که همان اصل القرار باشد برمیگردد و در این عهد دیگر حیثیت میثاق اخذ نشده است بلکه معنای جامعی وجود دارد که مشترک در همه موارد استعمالات عهد است ؛ بنا بر این نظر هم نسبت بین عهد و عقد میشود عموم و خصوص مطلق. عهد میشود مطلق قرار چه اینکه با جعل و قرار آخر ارتباط داشته باشد و چه اینکه با جعل و قرار آخر ارتباط نداشته باشد. پس نسبتشان در این فرض میشود عموم و خصوص مطلق. پس در سایه تعریف اصلی برای عقد نسبت بین عقد و عهد هم مشخص شد.

یک بحثی در این قسمت وجود دارد و آن اینست که: با توجه به مطلبی که بعداً گفته میشود و قبلاً هم به آن اشاره شد لزوم وفاء به عقد و ترتیب اثر به عقد را ما میتوانیم از آیه شریفه « اوفوا بالعقود » استفاده بکنیم ولی عهد به معنای ميثاق که غیر از عقد است و ماده افتراق با عقد داشت که عبارت بودند از نذر و یمین و عهد اصطلاحی ؛ چه دلیلی دلالت بر لزوم وفاء به این عهدها دارد؟ آیا وفاء به اين عهد ها لازم است یا نه؟

در این قسمت همانطور که در فقه العقود آمده است ما میتوانیم به ادله ای برای لزوم عهد استدلال کنیم. یکی از آن ادله که برای اثبات لزوم در کل عهدٍ کافی است آیه شریفه در سوره اسراء آیه سی و چهارم است که میفرماید « اوفوا بالعهد إنّ العهد کان مسئولا ». این دلیل به تنهایی برای اثبات این امر کافی است اگر چه در کنار این آیه ادله دیگری هم برای اثبات لزوم وفاء به عهد وجود دارد.

بر این اساس این جهت دوم از مطالب مربوط به عقد که بیان نسبت بین عقد و عهد بود هم تمام شد.

### جهت سوم : مقومات عقد

جهت سوم از بحث بیان مقومات و اموریست که در تحقق عقد مدخلیت دارند و تا آنها نباشند عقد محقق نمیشود، مقصود از مقومات عقد اين است. چرا که در کلمات قانونیین و کتبی که در معاملات مستحدثه بر اساس فقه عامه نوشته شده است اینها یک تعبیر ارکان العقد دارند و یک تعبیر مقومات عقد ، آنها مقومات عقد را بمعنای اعم از ارکان العقد میگیرند. بر این اساس در بعضی از کتابها مانند کتاب المدخل الفقهی مصطفی زرقاء در بیان مقومات و قوام عقد گفته اند که : مقومات عقد چهار امر است که یکی از اموری که مقومات عقد را درست میکند ارکان العقد است. میگویند مقومات عقد (یعنی آنهاییکه برای تحقق یک عقد وجودشان لازم است) چهارتاست : یکی از آنها خود متعاقدین است. مقوم دوم محل عقد است یعنی موردی که این اعتبار قانونی در آن پیاده میشود مثلاً محل عقد بیع مبیع است که از حوزه ملکیت بایع به حوزه ملکیت مشتری منتقل میشود. این میشود محل العقد که عنوان دوم است.

عنوان سوم موضوع العقد است که مقصود از آن همان مضمون و نتیجه قانونی ای است که به سبب ایجاب و قبول میخواهند به آن برسند. مبیع محل العقد است ولی موضوع و مضمون عقد بیع نقل ملکیت این مبیع است. ویا در اجاره موضوع العقد نقل ملکیت منفعت است و یا اگر کسی اجاره را به تسلیط معنا کرد موضوع العقد میشود ایجاد سلطه برای مستاجر در عین. در عقد نکاح هم مضمون آن همان اعتبار زوجیت است و یا اگر کسی گفت که مضمون عقد نکاح اینست که زوجه خودش را در حباله زوج قرار بدهد ویا بضعش را تملیک به زوج بکند در اینصورت موضوع العقد همين درحباله در آوردن يا تمليک بضع میشود که بعنوان مسبب حساب میشود و عقد سبب رسیدن به این مسبب است.

مقوم چهارم هم گفته اند که : ارکان العقد است. یعنی چیزهایی که در عقد بعنوان سبب دخالت دارد. عقد بعنوان سبب که انشائی است که دو طرف انجام میدهند یک اجزائی دارد مثلاً عقد مرکب از ایجاب و قبول است و اینها بعنوان رکن عقد حساب میشود. پس بحسب اصطلاح ارکان العقد با مقوم عقد مختلف است و مقوم عقد یعنی هرچیزی که برای تحقق عقد به آن نیاز و احتیاج است اعم از اینکه در نفس سبب باشد و یا اینکه غیر از سبب باشد. و ارکان العقد بحسب اصطلاح اشاره به اجزاء خود سبب است یعنی آنچیزهایی که سبب بما انه سبب متوقف بر آنهاست.

حال یکی از بحثهایی که در مورد عقد وجود دارد اینست که مقومات عقد چه چیزهایی هستند؟ آیا این تعریفی که مرحوم اصفهانی و اعلام دیگر در مورد عقد ذکر کرده اند از آن استفاده میشود که مقومات عقد چه چیزی است یا نه؟ در اینجا هم ممکن است که کسی بگوید که با تحلیل و تامل در تعریف عقد میتوان مقومات عقد را از آن بدست آورد چرا که اگر ما عقد را تعریف بکنیم به ایجاد اعتبار قانونی ای که متقوم به دو طرف است ؛ از خود این تعریف بدست می آید که ما در عقد دو طرف نیاز داریم که از آنها تعبیر به عاقدین و یا متعاقدین میکنیم. چرا که عقد ایجاد اعتبار مطلق که نیست بلکه ایجاد اعتبار متوقف به طرفین است. لذا از این تعریف مقوم بودن عاقدین و یا متعاقدین استفاده میشود.

مقوم دوم محل العقد است ، ممکن است که بگوییم که این مقوم هم از تعریف عقد بدست می آید ، در تعریف گفته شده است که عقد اعتبار قانونی ای است که گره به اعتبار آخر میخورد ولی آن اعتبار قانونی ای که بخواهد موضوع اثر باشد اعتبار قانونی مطلق نیست چرا که اعتبارات قانونی یا میبایست به جعل در ملکیت و تغییر در ملکیت برگردد ویا باید به جعل در حق و یا تغییر در حق برگردد و یا اینکه میبایست به اعتبار معانی آخری غیر از ملکیت مانند اعتبار علقه زوجیت برگردد. درست است که در تعریف عنوان اعتبار قانونی آمده است ولی چون اعتبار قانونی که در مقام اجراء عقد محقق میشود اعتبار قانونی مطلق نیست چرا که آن ، موضوع اثر نیست و اعتبار نقل ملکیت به نحو مطلق که عقلاء به آن ترتیب اثر نمیدهند بلکه آنچه که عقلاء به آن ترتیب اثر میدهند اعتبار نقل ملکیت این متاع خاص به دیگری است و یا در مورد حق نقل حق متعلق به این عین خاص به دیگری است و یا متعلق به یک عنوان خاص دیگری ، علی ای حالٍ اعتبارات قانونی مطلق چون در نظر عقلاء موجب ترتب اثر نمیشود چنین اعتباری از عقلاء صادر نمیشود که بنحو مطلق حکم به ملکیت شیئی بکنند و یا اینکه بدون اینکه به شیء خاصی نظر داشته باشند علقه زوجیت را اعتبار بکنند. پس چون بحسب اعتبار عقلاء قانونها و جعلهای مطلق محقق نمیشود لعدم ترتب اثر عليه ، پس مقصود از آن اعتبار قانونی ای که در تعریف عقد و ایقاع اخذ شده است ، اعتبار قانونی مقید و مشروط به محل خاص است. بر این اساس میشود محل العقد را هم از این تعریف بدست آورد با این بیان که اگر محل نداشته باشد موضوع اثر حتی عندالعقلاء هم نیست ، پس هرچند در تعريف عقد ذکری از محل العقد نشده ولی می توان لزوم آن را از تعريف بدست آورد .

قسمت بعدی که موضوع العقد باشد ، این قسمت وجودش در تعریف مشخص است چرا که مراد از موضوع العقد نتیجه قانونی بود و نتیجه قانونی حتماً یک نتیجه خاصی در هر عقدی است چرا که عقد تعریف شده است به اين که : جعل واعتبار یک امری را به اعتبار دیگر پيوند بزنیم ، پس این نتیجه در تعریف بخصوصه ذکر شده است.

نسبت به امر چهارم هم که عبارت از ارکان العقد بود هم میبایست بگوییم که : با توجه به اینکه عقد اسم برای سبب است آنچه که عقد را درست میکند و موجب تکوّن عقد میشود همین دو طرفی است که برای عقد وجود دارد چرا که عقد ربط احد القرارین به قرار آخر است از این بدست می آید که دو طرف میبایست یک قراری داشته باشند که این دو قرار به همدیگر جوش بخورد جوش خوردن اينها هم به وسيله دو انشاء مرتبط به هم میشود که ايجاب و قبول باشد که یک جزء به متعاقد اول متقوم است و جزء ديگر به متعاقد دوم متقوم است.

نتيجه بحث در جهت سوم اين است که برای تحقق هر عقدی هم احتیاج به وجود متعاقدین داریم ، هم احتیاج به محل العقد داریم ، هم احتیاج به موضوع العقد یعنی نتیجه العقد داریم و هم احتیاج به اجزاءالعقد و ارکان العقد داریم که بوسیله آن عقد تشکیل میشود. آن مقداری که در اینجا در قسمت مقدمه جای اشاره داشت در همین حد است اما اینکه متعاقدین در هر عقدی چه شرایطی میبایست داشته باشند و هر انسانی آیا هر عقدی ميتواند از او صادر بشود و یا اینکه شرایط خاصی برای صدور عقد وجود دارد من البلوغ و العقل و ... این مطالب بايد در خود مقصد اصلی (قواعد عامه حاکم برعقود) مطرح بشود ، شرایط متعاقدین و شرایط عوضین واینکه ایجاب و قبول و ابراز مضمونهای معاملی چه شرایطی باید داشته باشد و آن قسمت موضوع العقد و مضمون العقد هم شرائطش در آن مقصد باید معلوم بشود و قیود دیگری که در این قسمت وجود دارد هم در آن قسمت اصلی مورد بحث واقع میشوند و عملاً هم این بحثها هم در فقه ما و هم در فقه عامه مورد بحث قرار گرفته است. پس در جهت سوم از جهات مرتبط به عقد آن مقداری که در حد اشاره میتوان گفت اینست که : مقومات عقد این امور چهارگانه است.

و الحمدلله رب العالمین.

1. - کتاب البيع ج1ص102-103 [↑](#footnote-ref-1)
2. - سوره بقره آيه 235 [↑](#footnote-ref-2)
3. - سوره بقره آيه 237 [↑](#footnote-ref-3)
4. -ارشادالطالب ج4 ص24-25 [↑](#footnote-ref-4)
5. - کتاب البيع ج4ص28-29 [↑](#footnote-ref-5)
6. - ارشادالطالب ج4ص26 [↑](#footnote-ref-6)