فصل اوّل: نظریّه ساختار درختی عقود؛ مقدّمات و تبیین

- مدخل
- مقدمه ۱: بررسی واژه ی «عقد»
- مقدمه ۲: عقود≠ حقیقت شرعیه
- دیدگاه‌های مختلف نسبت به عقود
- سوالات کلّی مورد بحث

مدخل

[1]گاهی شما برخوردتان با عقود یک برخورد نسبتاً صوری است. یک وقتی هم نه، بیشتر تعمیق می‌کنید. می‌خواهیم ببینیم واقعاً این عقد ارتکازی که عرف دارند و فهم حقوقی که از یک عقد دارند، تفاوتش با یک عقد دیگر چیست؟ پیجویی جوهره حقوق از نظر آن لُبِّ حقوقی و فقهی که دارند، به گمانم خیلی پر فایده است. اگر از ابتدا این طور به عقود نگاه کنیم، یک فضای جدیدی برای ما فراهم می‌شود. ما نباید در عقود، یک نگاه اقناعی ـ سطحی داشته باشیم.

---

[1] گردآوری و تنظیم مطالبی که با موضوع «ساختار درختی عقود»در جلسات فقه النکاح، در تاریخ ۱۴/ ۱۱/ ۱۳۹۷ و ۲۳/ ۱۱/ ۱۳۹۷ و ۱۹/ ۱۲/ ۱۳۹۷ و ۲۱/ ۱۲/ ۱۳۹۷ افاده شده است.

در این زمینه همچنین مراجعه به کتاب نفیس «البضاعة المزجاة فی فقه المعاملات» سودمند است.

مقدمه ۱: بررسی واژه ی «عقد»

تفاوت عقد و عهد

«**اوفوا بالعقود**[1]» عقد داریم و عهد .تفاوتش به «هاء» است و «قاف». شاید با توجه به قاف ، عقد از عهد محکم تر باشد.عهد هم قوی است، اما قاف از حیث ریخت حرفیتّش، از قوّت بیشتری برخوردار است؛ چون «هاء» یک معنای سبکی و نرمی در کلمه ایفا می کند[2]. اما در عقد قاف است .جهتش را محکم تر میکند.تشدیدش میکند.لذا می توانیم بگوییم عقد، عهدِمحکم است.میثاق ؛ وثوق که در این ها هم قاف است، شاید به این معنا باشد.

معنای «عهد»

عهد یک معنای عرفی وسیعی دارد. عهد یعنی قرار، وعده، معاهده.عقلا در مراودات اجتماعیه خیلی وعدهها میکنند. زیاد هم هست، دو تا رفیق هم میگویند مثلاً شب مسجد بیا. میلیون ها معاهدات در بینشان است که آن ها عقد نیست. عقلا جایی که میخواهند آثار حقوقی، اجتماعی بعداً برایش بار بشود، محکمکاری میکنند. پس همه عهود مردم، عقد نیست؛بلکه عهودی است که برایش قسم میخورند و می نویسند.

ریشه معنایی «عقد»

عقد به معنای گره هم در لغت استعمال میشود. «**الثّيابُ في العُقُدَ**»[3]. «عُقَد» جمع عقده است. عقد هم گره است. «**عقدة النكاح**[4]»، گره، چیزی است که محکمش میکند. وقتی میخواهند چیزی را محکم کنند میگویند گره بزن. گره بزن یعنی محکم کن. در کلمه ی عقد، محکم کاری خوابیده است.درست است که وقتی ما به کتاب لغت عرب مانند لسان العرب و العین مراجعه کنیم، میبینیم عقد به معنای گره زدن است[5]، اما اصل معنای عقد گره نیست، اصل معنای عقد همان شدّتش است[6]. گره، معنای موضوع له ابتدایی لغت نیست. معنای استعمالیِ مأنوس و از مصادیق آن است. عَقَدَ ای شدّ، محکم کرد. این معنا را در کتب لغت دیده ام که العقد یعنی «العهد المشدّد»؛ عهدی که محکمکاری در آن است[7]. مشدّد نه یعنی یک چیزی را به چیز دیگر گره زدیم.

---

[1] سوره المائدة، آیه ۱

در این زمینه به مقاله «بررسی مفاد آیه شریفه واوفوا بالعقود» مراجعه فرمایید.

[2] استاد در مورد معنای اصلی حرف هاء می‌فرمایند:«هاء وهی انشقّ- ضعف- اه خذ» و در مورد معنای حرف قاف: «ق وقی صان»

دکتر حسن جبل نیز معنای اصلی حرف قاف را اینگونه توضیح می‌دهد: والقاف: تعبر عن تجمع (متعقد) ذي حدة في باطن الشيء أو عمقه (قد ينفذ منه). وذلك أخذا من "القوقة: العقي الذي يخرج من بطن الصبي حين يولد، والقوقة أيضا: حدث الصبي كالقوقة -بالتحريك. والمعنى فيه واضح، ومن اليقوقة- بالتحريك: جمارة النخلة (وهي قلبها وشحمها: تقطع قمة رأس النخلة ثم يكشط عن جمارة في جوفها بيضاء، كأنها قطعة سنام ضخمة، وهي رخصة تؤكل .. والكافور يخرج من الجمارة بين مشق السعفتين) - والتجمع المتعقد في الجوف واضح هنا أيضا، وحدتها أنها يخرج منها الكافور الذي يضم جنين تمر النخل، ومن "القوق والقاق: الطويل القبيح الطول، والقوقة: الصلعة) (حدة باطنية تنتج الطول، ونفي شعر الرأس)، ومن "القيقاءة: مكان ظاهر غليظ كثير الحجارة / الأظرة .. (الظرار: حجر له حافة حادة يمكن أن تستعمل للذبح) ال تكاد تستطيع المشي فيها .. وتحت الحجارة الأظرة حجارة عاض بعضها ببعض ال تقدر أن تحفر فيها. والقيقة -بالكسر أيضا: القشرة الرقيقة التي تحت القيض من البيض " (غلظ ام بالباطن هنا وهو كتلة البيضة المتماسكة بالسلق ونحوه / وأ وأنها توحي جنينا)، وقشرة البيضة الداخلية متينة نسبيا (وهذا وهو غلظها)، إذ يمكن نزعها متماسكة بعد سلق البيض وأ شيه. وهذا المعنى اللغوي للقاف يلتقي مع الشعور بتكون صوت القاف بالتقاء أقصى اللسان بما فوقه من الحنك اللين (أي في عمق الفم) التقاء شديدا محكما في سبيل الصوت الزامر، مشعرا بكتلة معقدة شديدة في جوف جاز النطق.(كتاب المعجم الاشتقاقي المؤصل ، ج ١، ص35-٣٦)

او معنای طبیعی هاء را متفاوت توضیح می‌دهد:

والهاء تعبر عن فراغ الجوف وأ إفراغ ما فيه بقوة "وذلك أخذا من قولهم: "هه الرجل: لثغ واحتبس لسانه " (هذا الاحتباس انقطاع لما يتوقع صدوره من المتكلم يوحي بفراغ جوفه كأنه ليس عنده (في جوفه) كلام، ومن "الهوهاة- بالفتح: البئر التي ال متعلق بها، والموضع فيها لرجل ان لها لبعد جالها، (= جوانبها من الداخل) (كأنها جب ال قاع له، فهذا فراغ كامل). وهذا المعنى يلتقي مع الشعور بتكون صوت الهاء بإخراج هواء الرئتين دفعة كبيرة إلى الخارج بلا عائق؛ إذ يكون مجرى الهواء متسعا ونحس بإفراغ الهواء من الجوف بقوة.(كتاب المعجم الاشتقاقي المؤصل ، ج ١، ص37 - ٣٨)

[3] سوره الفلق، آیه 4

[4] سوره البقره، ایه ۲۳۷

[5] بسیاری از کتب لغت، بررسی معنای ریشه عقد را با عقد الحبل آغاز کرده اند:

الأعقاد و العقود: جماعة عقد البناء. و عقده تعقيدا أي جعل له عقودا. و عقدت الحبل عقدا، و نحوه فانعقد(کتاب العین ؛ ج1 ؛ ص140)

و عقدت الحبل و العهد و غيرهما أعقده عقدا.(جمهره اللغة ؛ ج2 ؛ ص661)

عقدت الحبل فهو معقود، و كذلك العهد.(جمهره اللغة ؛ ج2 ؛ ص661)

عقدت الحبل و البيع و العهد، فانعقد. و عقد الرب (الصحاح ؛ ج2 ؛ ص510)

عقد البناء و الحبل، و الجميع:الأعقاد و العقود.(شمس العلوم ؛ ج7 ؛ ص4641)

(عقد) الحبل (عقدا)، و هي (العقدة)، و منها: عقدة النكاح*، و (العقد): العهد.(المغرب ؛ ج2 ؛ ص73)

عقدت: الحبل (عقدا) من باب ضرب (فانعقد) و (العقدة) ام يمسكه و يوثقه(المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ؛ النص ؛ ص421)

برخی از آن ها به معنای معهود و روشن اکتفا نکرده اند و معادل عقد را «شدّ» برشمرده اند:

عقد الحبل و البيع و العهد يعقده: شده،(القاموس المحيط ؛ ج1 ؛ ص437)

عقده- كضربه- عقدا و تعقادا:شده و أوثقه(الطرازالأول ؛ ج6 ؛ ص88)

برخی دیگر عقد را نقیض الحل(بازکردن گره)برشمرده اند:

العقد: نقيض الحل عقده يعقده عقدا و تعقادا، و عقده(المحكم و المحيط الأعظم ؛ ج1 ؛ ص165)

العقد: نقيض الحل.(كتاب الماء ؛ ج3 ؛ ص911)

العقد: نقيض الحل؛ عقده يعقده عقدا و تعقادا و عقده(لسان العرب ؛ ج3 ؛ ص296)

عقد الحبل و البيع و العهد يعقده عقدا فانعقد:شده.

و الذي صرح به أئمة الاشتقاق: أن أصل العقد نقيض الحل، عقده يعقده عقدا و تعقادا، و عقده، و قد انعقد، و تعقد، ثم استعمل في أنواع العقود من البيوعات، و العقود و غيرها، ثم استعمل في التصميم و الاعتقاد الجازم. و في اللسان: و يقال: عقدت الحبل فهو معقود، و كذلك العهد، و منه عقدة النكاح، و انعقد [عقد] الحبل انعقادا. و موضع العقد من الحبل: معقد، و جمعه:

المعاقد. و عقد(تاج العروس ؛ ج5 ؛ ص115)

راغب در مفردات، اصل معنای این ریشه را متخذ از گره زدن بیان کرده است: (جمع کردن بین سر و ته چیزی):

العقد: الجمع بين أطراف الشيء، و يستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل و عقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو: عقد البيع، و العهد، و غيرهما، فيقال: عاقدته، و عقدته، و تعاقدنا، و عقدت يمينه.(مفردات ألفاظ القرآن ؛ ص576)

در مجمع البحرین نیز آمده است:

قوله: اي أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود [5/ 1] هي جمع عقد بمعنى المعقود، و هو أوكد العهود. و الفرق بين العهد و العقد أن العقد فيه معنى الاستيثاق و الشد و ال يكون إلا من متعاقدين، و العهد قد يتفرد به الواحد، فكل عهد عقد و ال يكون كل عقد عهدا، و أصله عقد الشيء بغيره و هو وصله به كما يعقد الحبل. (مجمع البحرين ؛ ج3 ؛ ص103)

التحقیق نیز اصل ریشه را به معنای گره زدن برگردانده است:

أن الأصل الواحد في المادة: انضمام جزئين أو أجزاء و شدها في نقطةمعينة، و يقابله الحل و هو فك العقدة، مادياً أو معنوياً.

و من مصاديقه: البناء المعقود. و الحبل المعقود. و البيع و العهد و اليمين و البيعة إذا انعقدت. و العسل و الدبس و الجص و الزهر إذا غلظت و اشتدت. و العقدة في اللسان و التكلم و الخلق. و العقيدة في الآراء و الأفكار القلبية، و هكذا.

و أما مفاهيم- الإحكام و الإبرام و الشدة و الغلظة و الوثوق و الإيجاب و العسر و التصلب و الإمساك: فمن الآثار و اللوازم.(التحقيق في كلمات القرآن الكريم ؛ ج8 ؛ ص229)

در کتب لغت عربی-فارسی نیز از قدیم تا به حال معادله عقد گره زدن عنوان شده است:

عقد العقدة ببست كره را (مقدمة الأدب ؛ متن ؛ ص89)

عقد: بستن. گره زدن «عقد الحبل عقدا: شده» راغب گفته: عقد جمع كردن اطراف شیء است، در اجسام صلبه بکار میرود مثل بستن ریسمان ... و در معانی بطور استعاره آید مثل عقد بیع و عهد و غیره.(قاموس قرآن ؛ ج5 ؛ ص24)

[6] ابن فارس در مقاییس اللغة مینویسد: راغب در مفردات اصل معانی این ریشه را متخذ از گره زدن بیان کرده است: (جمع کردن بین سر و ته چیزی):

العقد: الجمع بين أطراف الشيء، و يستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل و عقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو: عقد البيع، و العهد، و غيرهما، فيقال: عاقدته، و عقدته، و تعاقدنا، و عقدت يمينه.(مفردات ألفاظ القرآن ؛ ص576)

العين و القاف و الدال **أصل واحد يدل على شد و شدة ووثوق**، و إليه ترجع فروع الباب كلها.

من ذلك عقد البناء، و الجمع أعقاد و عقود. قال الخليل: و لم أسمع له فعلا.

و لو قيل عقد تعقيدا، أي بنى عقدا لجاز. و عقدت الحبل أعقده عقدا، و قد انعقد، و تلك هي العقدة.(معجم مقاييس اللغة ؛ ج4 ؛ ص86)

[7] معانی عقد و عهد بسیار به هم نزدیک است. به همین خاطر برخی از لغویون این دو را معادل هم بیان کردهاند:

و العقد مثل العهد، عاقدته عقدا مثل عاهدته عهدا. و عقد القلادة: ما يكون طوارا(كتاب العين ؛ ج1 ؛ ص141)

و عاقدته عقدا: مثل عاهدته عهدا.(المحيط في اللغة ؛ ج1 ؛ ص151)

و عاقدته مثل عاهدته، (معجم مقاييس اللغة ؛ ج4 ؛ ص86)

و العقد: العهد، و الجميع: العقود، قال الله تعالى: أوفوا بالعقود(شمس العلوم ؛ ج7 ؛ ص4641)

و عقد العهد و اليمين: يعقدهما عقدا، و عقدهما: أكدهما. و العقد: العهد، و الجمع:

عقود.(المحكم و المحيط الأعظم ؛ ج1 ؛ ص166)

و العهد: العقد و الميثاق،(المغرب ؛ ج2 ؛ ص91)

(عقد) الحبل (عقدا)، و هي (العقدة)، و منها: عقدة النكاح، و (العقد): العهد و (عاقده): عاهده،(المغرب ؛ ج2 ؛ ص73-٧۴)

و في حديث ابن عباس في قوله تعالى «و الذين عاقدت أيمانكم» المعاقدة: المعاهدة و الميثاق.(النهاية في غريب الحديث و الأثر ؛ ج3 ؛ ص270)

و عاقده: حالفه و عاهده، و تعاقدوا: تعاهدوا.(الطراز الأول ؛ ج6 ؛ ص89)

این در حالی است که برخی دیگر به بررسی تفاوت این دو پرداخته و عقد را عهد موکد برشمرده اند:

و العقود العهود، واحدها عقد، و **هي أوكد العهود**.

يقال: عهدت إلى فلان في كذا و كذا، فتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت عاقدته أو عقدت عليه، فتأويله أنك **ألزمته ذلك باستيثاق**.(تهذيب اللغة ؛ ج1 ؛ ص134)

أن العقد أبلغ من العهد تقول عهدت الى فلان بكذا أي ألزمته إياه و عقدت عليه و عاقدته ألزمته باستيثاق و تقول عاهد العبد ربه و ال تقول عاقد العبد ربه اذا ال يجوز أن يقال استوثق من ربه و قال تعالى (أوفوا بالعقود) و هي ما يتعاقد عليه اثنان و ما يعاهد العبد ربه عليه و أوعاهده ربه على لسان نبيه عليه السلام(الفروق في اللغة ؛ ص47)

و **عقد العهد** و اليمين يعقدهما عقدا و عقدهما: **أكدهما**.(لسان العرب ؛ ج3 ؛ ص296)

و العقد: العهد، و الجمع عقود، **و هي أوكد العهود**. و يقال: عهدت إلى فلان في كذا و كذا، و تأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق. و المعاقدة: المعاهدة. و عاقده: عهده. و تعاقد القوم: تعاهدوا. و قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود؛ قيل: هي العهود، و قيل: هي الفرائض التي ألزموها؛(لسان العرب ؛ ج3 ؛ ص297)

قوله: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود [5/ 1] هي جمع عقد بمعنى المعقود، و هو أوكد العهود. و **الفرق بين العهد و العقد أن العقد فيه معنى الاستيثاق و الشد و ال يكون إال من متعاقدين**، و العهد قد يتفرد به الواحد، **فكل عهد عقد و ال يكون كل عقد عهدا،** و أصله عقد الشيء بغيره و وصله به كما يعقد الحبل. (مجمع البحرين ؛ ج3 ؛ ص103)

عقد العهد، و اليمين، يعقدهما عقدا و عقدهما:أكدهما(تاج العروس ؛ ج5 ؛ ص115)

مقدمه ۲: عقود≠ حقیقت شرعیه

گمان نمی کنم کسی بگوید عقود شرعی است. نماز حقیقت شرعیه دارد، اما بیع و اجاره و قرض واین ها حقیقت شرعیه ندارند. این ها همان الفاظ است که عرف عام دارند و شارع امضا فرموده ای در بعض موارد حکم خاص شرعی را برای آن ها بیان فرموده است وچون حقیقت متشرعه ندارد الفاظی هم که به کار برده است ، این طور نبوده که شارع بیایی توضیح بدهد.«**احل الله البیع و حرّم الربا**[1]». آیه ی قرآن، بیع را به فهم عرف واگذار کرده.«**من ذا الذی یقرض الله قرضا حسنا**[2]» «**ای ابت استأجره ان خیرمن استئجرت القوی الامین**[3]» «**استأجر**» یعنی چه؟ یعنی همین که عرف می فهمد. در فقه، امر غیر عرفی که حقیقت شرعیه باشد سراغ نداریم، حتی وقف. وقف هم یک امر عرفی است. وصایا،حتی نذر؛ نذر صبغه ی شرعی دارد اما مفهومش به عنوان یک ایقاع عرفی است.

تعریف معاملات در لسان شارع

بنای شارع برتعریف این عناصر عرفی نبوده است. در مورد نماز الان اگر بروید در وسائل نگاه کنید، اولین باب، باب «توصیف الصلاة و ابوابه» است[4].امام فرموده است بیا نماز بخوان ببینم. بعد فرموده اند 60 سالت است و نمیتوانی؟! خود حضرت پاشدند[5]. به اینها می گویند ادله تعلیمیّه. گفته اند این طور نماز بخوان. چرا؟ چون نماز مال شرع است. شارع هم خودش یاد می دهد. اما یک جا داریم که بگویند بیع این است، اجاره این است و تعریف کنند؟ نمی شود بگوییم نیست، اما بنا این نبوده است .شیوه و سیره شارع براین نبوده که الفاظ عرفی را برایش از ناحیه خودش تعریفی ارائه بدهد. اگر بود خوب بود. متشرعه این اندازه می دانند که بنای شارع بر تعریف نیست. اما این که به‌صورت جزمی به شارع نسبت بدهیم که نیست، این خیلی زود است. خیلی کمکاری کرده ایم .علمای بزرگ ما خیلی کارها کرده اند که ما نه تنها پیش نبرده ایم بلکه از زحمات آن ها هم متأسفانه استفاده نکرده‌ایم؛ لذا نمی شود بگوییم نیست[6].

---

[1] سورة البقرة، آیه ۲۷۶

[2] سورة البقرة، آیه ۲۴۵

[3] سورة القصص، آیه ۲۶

[4] مرحوم صاحب وسائل، پس از بیان مقدمات نماز از قبیل اوقات و مکان و قبله و... به بیان «ابواب افعال الصلاة» می‌پردازد. اولین باب از این مجموعه باب کیفیتها و جمله من احکامها و آدابها است: وسائل الشیعة، ج ۵، ص ۴۵۹- ۴۷۳

[5] 7077- 1-محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن حماد بن عيسى أنه قال: قال لي أبو عبد الله ع يوما تحسن أن تصلي اي حماد قال قلت اي سيدي أنا أحفظ كتاب حريز في الصلاة- قال فقال ع قم صل قال فقمت بين يديه متوجها إلى القبلة فاستفتحت الصلاة و ركعت و سجدت فقال ع اي حماد ال تحسن أن تصلي ما أقبح بالرجل أن يأتي عليه ستون سنة أو سبعون سنة فما يقيم صلاة واحدة بحدودها تامة قال حماد- فأصابني في نفسي الذل فقلت جعلت فداك فعلمني الصلاة فقام أبو عبد الله ع مستقبل القبلة منتصبا فأرسل يديه جميعا على فخذيه قد ضم أصابعه و قرب بين قدميه حتى كان بينهما ثلاثة أصابع مفرجات و استقبل بأصابع رجليه جميعا لم يحرفهما عن القبلة بخشوع و استكانة فقال الله أكبر ثم قرأ الحمد بترتيل و قل هو الله أحد- ثم صبر هنيئة بقدر ما تنفس و هو قائم ثم قال الله أكبر و هو قائم ثم ركع و ملأ كفيه من ركبتيه مفرجات و در ركبتيه إلى خلفه حتى استوى ظهره حتى لو صب عليه قطرة ماء أو دهن لم تزل لاستواء ظهره و تردد ركبتيه إلى خلفه و نصب عنقه و غمض عينيه ثم سبح ثلاثا بترتيل و قال سبحان ربي العظيم و بحمده- ثم استوى قائما فلما استمكن من القيام قال سمع الله لمن حمده- ثم كبر و هو قائم و رفع يديه حيال وجهه و سجد و وضع يديه إلى الأرض قبل ركبتيه فقال سبحان ربي الأعلى و بحمده ثلاث مرات و لم يضع شيئا من بدنه على شيء منه و سجد على ثمانية أعظم الجبهة و الكفين و عيني الركبتين و أنامل إبهامي الرجلين و الأنف فهذه السبعة فرض و وضع الأنف على الأرض سنة و هو الإرغام ثم رفع رأسه من السجود فلما استوى جالسا قال الله أكبر- ثم قعد على جانبه الأيسر و وضع ظاهر قدمه اليمنى على باطن قدمه اليسرى و قال أستغفر الله ربي و أتوب إليه- ثم كبر و هو جالس و سجد الثانية و قال كما قال في الأولى و لم يستعن بشيء من بدنه على شيء منه في ركوع و سجود و كان مجنحا و لم يضع ذراعيه على الأرض فصلى ركعتين على هذا ثم قال اي حماد هكذا صل و تلتفت و ال تعبث بيديك و أصابعك و ال تبزق عن يمينك و ال يسارك و بين يديك.

و رواه في المجالس عن أبيه عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن حماد بن عيسى إلا أنه قال و سجد و وضع كفيه مضمومتي الأصابع بين ركبتيه حيال وجهه و ترك قوله و الأنف (وسائل الشيعة ؛ ج5 ؛ ص459-۴۶۰)

[6] در ادامه مباحث به تعریف شارع از نکاح متعه به عنوان یکی از مصادیق تعریف معاملات اشاره خواهد شد.

دیدگاه‌های مختلف نسبت به عقود

۱. رویکرد عرضی به عقود

جوهره ی عقود چیست؟ یک دید نسبت به عقود، دید عرْضی است که معمولاً استقرایِ عقود و استیعاب احکامش این طور شکل گرفته است. عرف، عقود را می شمارد. شمارش ها هم ابتدای امر عَرَضی می‌شود. می گوییم چند تا عقد بشمار؛ می گویید: بیع و اجاره و قرض و رهن و وقف و ضمان و صلح و شرکت و مضاربه و مساقات و ودیعه و عاریه واجاره و وقف و هبه و وصیت ونکاح .این ها می شود عقود. مرحوم صاحب شرایع 19تا عقد شمرده اند من شماره گذاشته ام. ایشان خودش گفته است: « **خمسه عشر**» اما وقتی شمارش می کنیم می شود 19تا[1].

این می شود شمارش عرضی، در کنار هم[2] .

۲.رویکرد طولی به عقود

اما وقتی که وارد بحث شدید و به زوایای جوهره ی عقود از جهت علم حقوق و فقه توجه کردید، آن وقت امکانش فراهم می شود که ذهنمان از این عرْضیّت فاصله بگیرد.، یعنی در همین عرضیّت، یک نحوه طولیّت و ترکیب ببینیم و عرضیّت وطولیّت را در آن ها کاملاً حس کنیم.

جرقه ابتدایی این دیدگاه

من دید عرضی را نسبت به کتابها داشتم، راجع به مضاربه فکر کرده بودم، بحث کرده بودم،

المضاربه؛ نوع من الوکاله

تا این که به عبارتی در جواهر رسیدم.یک جا دیدم صاحب جواهر وقتی میخواهند یک چیزی را بگویند و استدلال کنند، میگویند: «**ان المضاربه هی نفسها نوع من الوکاله**[3]»؛ این یعنی چه؟ یعنی میگویی تو وکیل من باش. من خودم نمیتوانم بروم کسب کنم. پول از من؛ وکیلِ من! برو با پول من کسب کن! شراکت هم مزد وکالت است. من دیدم این خیلی جالب است. اگر مضاربه نوعی از وکالت است پس رابطه‌ی بین وکالت با مضاربه طولی میشود. یعنی وکالت یک عنوان عامی میشود که با یک قیودی میشود مضاربه. پس خیلی قشنگ شد.

[1] ایشان در ابتدا می فرمایند: القسم الثاني في العقود و فيه خمسة عشر كتابا(شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۲)

اما با مراجعه به کتب مختلف می بینیم گاهی یک کتاب، بیش از یک عقد را دربرگرفته است.

تفصیل موارد به این شرح است:

در کتاب البیع و در ذیل بحث از سلم، بحث قرض هم مطرح شده است: المقصد الخامس في القرض و النظر في امور ثلاثة(همان، ج ۲، ص ۶۱)

ایشان کتابی با عنوان کتاب الضمان طرح فرموده اند که خود شامل ضمان المال و عقد حواله و عقد کفالت نیز می باشد: (همان، ج ۲، ص ۹۳ و ص ۹۶)

عقد مزارعه و مساقاة در یک کتاب(همان، ج ۲، ص ۱۱۸) و عقد وقف و صدقه نیز در یک کتاب مطرح شده است.(ج ۲، ص ۱۶۵)

با احتساب این موارد، پنج عقد به عدد کتب موجود در شرائع الاسلام افزوده می شود. البته با عنایت به این که ایشان با وجود کتاب الحجر در شرائع، کتابی را اختصاص به مفلّس داده اند می توان از این مجموعه یک عدد را کم کرد و گفت: مجموع عقود مطرح شده در ضمن پانزده کتاب فقهی بحث معاملات، نوزده عقد می باشد.

[2] شاید بتوان از این رویکرد با عنوان «**تباین العقود**» نیز یاد کرد. مرحوم صاحب جواهر به این مطلب قائلند. ایشان در ذیل بحث از عقد «سکنی» و تفکیک آن از «رقبی» و «عمری» به بیان دیدگاهی می پردازد که این دو مورد را به منزله بیع سلم و صرف نسبت به کلی بیع برمی شمرند:«بل ستسمع فيما يأتي التصريح منه بأن العمرى و الرقبى المتعلقة بالمسكن هما كالسلم و الصرف بالنسبة إلى البيع، أي قسم خاص من السكنى.»(جواهر الکلام (ط. القدیمة)، جلد: ۲۸، صفحه:۱۳۶)

ایشان در رابطه طولی سکنی نسبت به دو عقد دیگر مناقشه می کنند:

«لكن لا يخفى عليك أولا: أن مقتضاه إطلاق السكنى عليهما و إن كانت الصيغة بلفظهما، كإطلاق البيع على السلم و الصرف.

و ثانيا: **أن المعلوم من النص و الفتوى تباين العقود، و أنه لا يجتمع عقدان في عقد واحد، ضرورة كون كل منهما سببا مستقلا في نفسه،** كما أن المعلوم منهما هنا أن هذه العقود الثلاثة كغيرها من العقود، بدليل - اختلاف مواردها في كثير من المقامات - و غيره، و مع فرض اتحاد موردها و اتحاد الصيغة القابلة لكن منها يجب التمييز بالنية و القصد، كالصلة و البيع و الهبة المعوضة.»(همان)

حال نوبت بیان شواهد این مدعا در کلمات اصحاب است. اما نکته اینجاست که کلمات یک دست نیست و جمع قابل توجهی از اعلام متقدمین اختلاف بین این عقود را صرفاً لفظی می شمرند و حقیقت این عقود را واحد:

«و عن المبسوط و الخلاف و المهذب و فقه القرآن للراوندي و الغنية و السرائر أن صورة الرقبى صورة العمرى، إلا أن **اللفظ يختلف**، فإنه يقول: أعمرتك هذه الدار مدة حياتك أو حياتي، و الرقبى يحتاج أن يقول أرقبتك هذه الدار مدة حياتك أو حياتي بل عن المبسوط لا فرق بينهما

عندنا، و عن المذهب و ما يفرق به بعض الناس ليس مذهبا لنا.

و في محكي التذكرة عن علي (عليه السلام)«الرقبى و العمرى، سواء» و في محكي الخلاف أن العمرى عندنا سكنى، و عن الجامع أن العمرى و الرقبى بحكم السكنى، و عن صيغ العقود أن **العبارات شتى و المقصود واحد**، و عن المختلف بعد أن ذكر كلام المبسوط و المذهب و الوسيلة و الكافي و السرائر قال: و **هذه اختلافات لفظية**.»(همان، ص ۱۳۷)

کلام این دسته از اصحاب نیز صاحب جواهر را راضی نمی سازد و ایشان با تمسک به استقلال عقود، وحدت و ارجاع و طولیت را منکر می شوند:

قلت: لا إشكال في أن المفاد واحد مع فرض كون المورد المسكن، إلا أنه تظهر الثمرة مع فرض التباين بلزوم القصد مع فرض العقد باللفظ الصالح للجميع، كما في كل مشترك، و قضى القدر المشترك غير كاف، لعدم ثبوت مشروعيته لنفسه، نحو قصد النقل المطلق من دون تشخيص كونه بيعا أو صلحا أو هبة معوضة، و الفرض صلاحية المورد، فإن كان المراد من الوحدة التسوية بالنسبة إلى النتيجة أو بالنسبة إلى أكثر الأحكام الثابتة لهما، فكذلك، و إن أريد بالوحدة الاتحاد بالعقد و إن تكثرت أسماؤه باعتبار ألفاظه فخلاف ظاهر النص و الفتوى أنها عقود مستقلة مختلفة المعاني، بل لو أريد من مورد أحدها الآخر بطل، نحو ما يراد من البيع الصلح، و بالعكس، إلا بناء على جواز إنشاء العقد اللازم بالمجاز، و الفرض قصد المعنى المجازي، أما مع عدمه فلا ريب في بطلانه ضرورة كونه حينئذ كإرادة الإجارة بالبيع، و بالعكس، فتأمل.

و من ذلك يظهر أن الأولى قصد السكنى و العمرى في اللفظ المشتمل عليهما، و كذا اللفظ المشتمل على المدة المعينة و ربما تسمع لذلك تتمة إن شاء الله تعالى. (همان)

برای مشاهده تفصیلی دیدگاه صاحب جواهر در این زمینه به پیوست شماره ۱ مراجعه فرمایید.

[3] عبارت ایشان چنین است: بل مشروعية المضاربة حجة عليه، **فإنها من الوكالة أيضا** (جواهر الکلام،ج:۲۷،ص: ۳۸۵)

در جای دیگر نیز می فرماید: لا إشكال في جواز مضاربة الذمي، و إن باع من مسلم و طالب بالثمن، و **هي متضمنة للوكالة** (همان،ص: ۳۹۷)

این مطلب در کلام بسیاری از فقهای سابق بر ایشان نیز دیده می شود.

صاحب شرایع مضاربه را فی المعنی وکاله می داند: لانها فی المعنی وکاله(شرائع الاسلام،ج:۲،ص:۱۱۱)

در ادامه ولی علامه حلی تصریح می کند که مضاربه نوعی وکالت است:لانها فی الحقیقه نوع وکاله(تذکره الفقهاء،ج:۱۷،ص:۶۲)

فاضل مقداد نیز صریحاً می‌فرماید:لان عقد المضاربه وکاله(التنقیح الرائع،ج:۲،ص:۲۲۴)

در حدائق هم آمده است که القراض فی المعنی وکاله بل هو وکاله(الحدائق الناضره،ج:۲۱،ص:۲۰۷)

در مقابل،گروهی از فقها وکالت را نه در طول ،بلکه در عرض مضاربه می دانند. فقهایی از قبیل مرحوم محقق کرکی: في القراض معنى الوكالة و ليس وكالة (جامع المقاصد في شرح القواعد؛ ج8، ص: 71)،

و سید مجاهد در المناهل: ان ارادوا انّ المضاربة فرد من افراد الوكالة حقيقة فهو ظاهر البطلان لأنّه يصح سلب اسم الوكالة عنها و اسم الوكيل عن العامل و اسم الموكّل عن رب المال لغة و عرفا و شرعا و يؤيّده عدم التّبادر و عدم صحّة التقسيم و التقييد و الاستثناء و حسن الاستفهام و غير ذلك من الامارات الدالّة على وضع اللفظ فلا يندرج المضاربة تحت العمومات و الاطلاقات الدالة على احكام الوكالة(المناهل،ص: ۲۰۵)

برای مطالعه بیشتر به پیوست شماره ۲ این مقاله مراجعه کنید.

سوالات کلّی مورد بحث

آیا در کلّ عقوود می شود چنین فکری بکنیم یا نه؟ این سؤال کلی مطرح است، انشاءالله خودتان هم بعداً روی آن فکر می‌کنید.

۱. وجود ساختار درختی عقود

آیا واقعاً ما ساختار درختی داریم یا نه؟

۲. فصل شاخه های درخت عقود

و اگر داریم، آن شعبه‌ای که از یک ساختار درختی، از یک ساقه، از یک بنیه، شاخه‌های مختلف پدید می‌آید، فصل آن شاخه‌ها در عقود چیست؟

۳. ترکیب در ساختار درختی عقود

و یکی دیگر اینکه آیا ما ترکیب داریم یا نه؟ این سؤال مهمتر است.