

بررسی انتقادی تعاریف عقد در فقه امامیه

و ارائه نظریه تفاوت بنیادین «ماهیت عقد» با «انعقاد عقد»*

- عطاء الله بیگدلی^۱
- محمدرضا محمدی^۲

چکیده

ماهیت و نحوه کشف (یا بر ساخت) نهادهای اجتماعی و رابطه آن‌ها با اراده‌های انسانی، از مسائل مهم در مطالعات علوم انسانی هستند. پرسش اصلی این پژوهش، پرسش از ماهیت «عقد» به مثابه نهادی اجتماعی و نسبت اراده متعاملین با این نهاد است. در مورد چیستی نهاد عقد در طول تاریخ حقوق غربی و سنت اسلامی فقهای امامیه، نظریات و رویکردهای مختلفی وجود داشته است. مرور نظریات نشان می‌دهد که فقها عقد را به صور متعددی تعریف کرده‌اند. این تعاریف دارای سیری تاریخی بوده و دستخوش تغییراتی شده است؛ عده‌ای عقد را به مثابه «امر لفظی» و عده‌ای نیز آن را به مثابه «انشاء» و برخی دیگر آن را به مثابه «ربط» تعریف کرده‌اند. فرضیه این تحقیق آن است که در تمامی این

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. استادیار دانشگاه جامع امام حسین (علیه السلام) (نویسنده مسئول) (ataollah.bigdeli@gmail.com).

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (علیه السلام) (mohammadymr1997@gmail.com).

تعاریف، یک مسئله اساسی نادیده انگاشته شده است و آن عدم تفکیک بین مفهوم «عقد» و «عقد بستن» است. در این تعاریف، عقد به مثابه یک نهاد اجتماعی مورد توجه واقع نشده است. به عبارتی، عقد در دو معنا می‌تواند مراد ما باشد: اولاً به مثابه یک ماهیت و نهاد اجتماعی که در فقه امامیه برآمده از اراده شارع بوده و ماهیت آن توسط فقیه کشف می‌گردد و ثانیاً به مثابه عملی توافقی بین دو اراده انسانی برای الحاق به چهارچوب شرعی که از قبل موجود می‌باشد. برای این کار سعی داریم با روش استنباطی و تفسیری و استدلالی به بررسی جدی‌تر متون فقهی و حقوق‌دانان بپردازیم.

واژگان کلیدی: ماهیت عقد، انعقاد عقد، عقد به مثابه لفظ، Obligation.

عقد به مثابه عهد.

مقدمه

عقد، بنیادین‌ترین نهاد هر نظام حقوق مدنی برای ایجاد رابطه بین اشخاص و اموال است و هر تغییری در ماهیت و ذات آن، منجر به تغییراتی گسترده در نظام حقوقی می‌گردد، به ویژه که عقد محل اعلام اراده طرفین است و تغییر در نحوه اعلام اراده، منجر به تغییر نتیجه مورد نظر متعاملین خواهد شد. حساسیت نهاد عقد، حقوق‌دانان و فقها را بر آن داشته است که عقد را «تعریف» نمایند. اما آیا تعاریف ارائه‌شده توانسته‌اند ماهیت عقد را نشان دهند؟

مسئله اساسی ما در این تحقیق، پیگیری این پرسش است که آیا تعاریفی که در کتب حقوقی و فقهی ارائه شده و البته تطورات فراوانی نیز در طول تاریخ داشته‌اند، می‌توانند ابعاد نهاد عقد را به درستی روشن کنند؟ یا اینکه برخی از این ابعاد در سایه مانده‌اند؟ در مراحل انجام این پژوهش، به تدریج فرضیه‌ای نظر نگارندگان را به خود جلب نمود و آن عدم توجه به تفکیک بنیادین معنایی در حوزه عقد است. ما به تدریج دریافتیم آنگاه که از عقد سخن به میان می‌آید، در واقع از دو مفهوم سخن گفته می‌شود: «نهاد عقد» و «عقد بستن».

فرضیه این تحقیق آن است که ما با دو مقوله کاملاً متفاوت مواجهیم و نهاد عقد کاملاً با انعقاد عقد متفاوت است؛ نهاد عقد، نهادی اجتماعی - قانونی است که مقنن

و در نظام‌های دینی شارع) بر اساس علل و غایاتی (از مصالح و مفاسد حقیقی تا مصالح عمومی) آن را ایجاد می‌کند و مانند یک شکل و قالب در قانون، آن را ایجاد می‌نماید. در واقع ماهیت عقد با ارادهٔ مقنن ایجاد می‌گردد و مقنن/شارع با ارادهٔ خود عقد بیع را ایجاد می‌نماید و با ارادهٔ او وجود عقد کامل و قطعی است. به عبارتی این مصادیق، ترجمهٔ علل مذکور به زبان فقه یا حقوق هستند. از این جهت، ایجاد خودِ عقد (نهاد) با مباحث کلامی و فلسفه حقوقی گره می‌خورد.

اما عقد بستن، امری بین متعاقدین است که کاملاً فردی و وابسته به ارادهٔ طرفین است و از این جهت با مباحثی چون قصد و رضای طرفین، نحوهٔ ابراز اراده، نقص یا فقدان اراده (عقود فضولی یا نسبی و...) گره می‌خورد. در عقد بستن، طرفین با ارادهٔ خود به نهاد عقد ملحق می‌شوند و در واقع عمل حقوقی آنان، الحاق به نهاد از پیش موجودِ عقد است. با این تفکیک روشن می‌گردد که غالب فقها و حقوق‌دانان در تعریف عقد، در واقع عقد بستن را تعریف نموده‌اند؛ لذا بسیاری از فقهای متقدم عقد را از مقولهٔ لفظ می‌دانستند. اینان عقد را دالی می‌دانند که مدلولش نسبت به هر عقدی متفاوت است. این نظر همواره مورد نقد متأخران بوده است؛ چرا که آنان عقد را امری معنوی و از مقولهٔ اراده می‌دانند و لفظ را حاکی از آن. بسیاری از متأخران نیز عقد را ربطی می‌دانند که بین دو اراده برقرار می‌گردد. برخی فقها نیز عقد را به مثابهٔ انشا تعریف نموده‌اند. برخی دیگر عقد را به مثابهٔ عهد یا به مثابهٔ قول یا فعل شرعی تعریف کرده و برخی نیز تعاریفی شبیه تعریف تعهد در نظام فرانسوی (obligation) را برگزیده‌اند.

فرضیه ما این است که تعاریف موجود، هیچ یک در واقع عقد را تعریف نکرده‌اند؛ زیرا توجه خود را معطوف به «انعقاد عقد» کرده و توجهی به «ماهیت عقد» ندارند. لذا سعی داریم با ارائهٔ نظریهٔ تفاوت بنیادین «ماهیت عقد» با «انعقاد عقد»، این دو وجه را از هم متمایز نموده و مغفول ماندن «ماهیت عقد» را متذکر شویم.

برای این کار با روش استنباطی و تفسیری و استدلالی به صورت اسنادی و رجوع گسترده به متن و اقوال فقها و حقوق‌دانان و تقریر و نقد این نظریات، روایی بیشتر نظریه فوق‌الذکر را در تبیین عقد و احکام آن توضیح دهیم.

گفتار اول: عقد به مثابه لفظ

بند اول: تقریر نظریه

بسیاری از فقهای متقدم، عقد را از مقوله ایجاب و قبول و نوعی لفظ می‌دانستند؛ از جمله صاحب شرایع عقد را لفظ می‌داند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷/۲؛ همو، ۱۴۱۸: ۱۱۸/۱). به عبارتی این دست از فقها، عقد را یک دالّ می‌دانند که ماهیتاً لفظ است و به یک مدلولی دلالت دارد و آن مدلول به نسبت هر عقدی متفاوت است؛ مثلاً مدلول در بیع انتقال است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۴/۲۷؛ کاشف الغطاء نجفی، ۱۴۲۲؛ مصطفوی، ۱۴۲۳: ۱۸۳؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱/۵). در این نگاه در واقع به زبان منطقی، جنس عقد ایجاب و قبول لفظی و فصل آن در مورد هر عقدی متفاوت است. نکته مهم آنکه در این نگاه، نقل ملکیت یا التزام خود عقد نیست، بلکه از لوازم عقد است؛ حال یا لوازم عقلی یا لوازم شرعی، و به تعبیری، حکمی از احکام عقد است و نه ماهیت آن (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۲/۱؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۰۴؛ همو، ۱۴۱۷: ۱۱۹/۳؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷: ۳۵۵/۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۲۲۱/۳ و غالب فقها تا قرن سیزدهم).

بند دوم: بررسی نظریه

متأخران معتقدند که عقد از قبیل امور معنوی است و نه لفظی، و تعریف عقد به لفظ، تعریف خود عقد نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۷/۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۶/۳). چرا مشهور فقها عقد را از مقوله لفظ می‌دانستند؟ به نظر می‌رسد که مسئله، بازگشت به نوعی شکل‌گرایی و اصالت اراده ظاهری، و شرعی دیدن عقود دارد و نظر اصالت اراده ظاهری حداقل در مقام اثبات در بین فقهای شیعه مخصوصاً فقهای قدیم طرفدار بیشتری داشته است (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۲۶۰/۱)؛ ضمن آنکه الفاظ و رعایت شکل عقود در بین فقها بسیار مهم بوده است (همان: ۷۷/۱). لذا به نظر می‌رسد بین تمایل به اراده ظاهری به عنوان مبنای صحت عقود و شکل‌گرایی شرعی و بین تعریف عقد به لفظ، ارتباط وجود دارد. در پی دفاع از این قول نیستیم، اما با توجه به

۱. صاحب جوهر اجاره را نه عقد، بلکه نقل منفعت می‌داند: «أنها ما شُرعت لنقل المنفعة بعوض من آخر ولو حکماً» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۴/۲۷).

فضای غالب در آن دوران، آن را موجه می‌دانیم. عقد آنگاه عقد است که از قصد و رضا و حالتی نفسانی خارج شود و با مبرزی ظهور نماید. در این تعریف، فقها عقد را به جزء آخرش، که قوام‌بخش آن نیز هست، تعریف کرده‌اند.

گفتار دوم: عقد به مثابه ربط

بند اول: تقریر نظریه

این نظریه طرفداران فراوانی در بین متأخران دارد. این دسته از فقها قائل‌اند که عقد حیثیت ارتباطی طرفین و یا دو قرار تعهدی و ربط یک تعهد به تعهد دیگر است. به عبارتی، عقد دو قرار را با هم پیوند می‌دهد. به نظر کسانی چون محقق اصفهانی (متوفی ۱۳۶۱ ق.) در حاشیه کتاب المکاسب، ماهیت عقد همین ربط است: «أَنَّ الْعَقْدَ عِبَارَةٌ عَنِ الرَّبْطِ وَالْوَصْلِ» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۸۳/۱). محقق اصفهانی در ماهیت عقد، بین عهد و عقد تفاوت می‌گذارد و معتقد است که عهد، یا التزام قلبی است و یا جعل و قرار معاملی؛ اما عقد، ربط دادن یک التزام به دیگری یا ربط یک قرار به قرار دیگر است. لذا ماهیت و حیثیت عهدیه با حیثیت عقدیه متفاوت است و حقیقت عقد، ربط است نه وصل (همان: ۲۸۴/۱).^۱ به عبارتی، عقد در معنای لغوی، ربط و گره زدن دو چیز به هم است؛ عهد نیز در لغت به معنای جعل و قرار دادن است. اما در اصطلاح، معنای عهد اعم شده است؛ در نتیجه «فکَلَّ عَقْدَ عَهْدٍ وَلَا عَكْسَ» و برای همین است که محقق اصفهانی حیثیت عقدیه و عهدیه را در مقام اصطلاح اصحاب، غیر از هم می‌داند. حیثیت عهدیه قرار است که طرفین با هم می‌گذارند و هر گاه این قرار منعقد شود و حیثیت ارتباطی به خود بگیرد، عقد ایجاد شده است (همان: ۱۴۴/۱؛ حسینی حائری، ۱۴۲۶: ۱۸۴/۱).

این نظر با اختلافاتی اندک در غالب حواشی بر مکاسب مانند حاشیه آقاضیاء‌الدین عراقی (متوفی ۱۳۶۱ ق.) پیگیری شده است.^۲

۱. «أَنَّ الْعَهْدَ عِبَارَةٌ عَنِ الْإِلتِزَامِ الْقَلْبِيِّ أَوْ الْجَعْلِ وَالْقَرَارِ الْمَعَامَلِيِّ» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۸۴/۱).

۲. «أَنَّ الْعَقْدَ يَنْتَزِعُ مِنْ تَبَعِيَّةِ جَعْلِ الْقَابِلِ إِرَادَتَهُ تَبَعًا لِإِرَادَةِ الْمَوْجِبِ، وَمَطَاوَعَةِ إِرَادَتِهِ» (نجم‌آبادی، بی‌تا: ۲۶۶/۲).

آیه‌الله خویی نیز عقد را پیوند دادن یک التزام به التزامی دیگر با وجود مظهر خارجی برای دو التزام و اراده می‌داند (موسوی خویی، ۱۴۱۹: ۳۰۹/۲) و عقد بیع را نیز همین گونه تحلیل می‌نماید^۱ (همان: ۷۶۷/۲).

جزائری نیز همین تعریف را تقویت نموده و معتقد است که عقد عبارت است از ربط خاصی که بین دو التزام ایجاد می‌شود؛ لذا وقتی فروشنده می‌گوید: «بعت»، و مشتری جواب می‌دهد: «قبلت»، سه امر به وجود می‌آید:

۱- التزام هر یک از طرفین به مبادله ثمن و مثنی ایجاد می‌شود، این دو التزام واقعی است. عقد این ربط بین دو التزام است.

۲- امری اعتباری که اضافه به ثمن و مثنی است که ما از آن به مبادله تعبیر می‌کنیم که در عالم واقع وجود ندارد و در واقع موضوع التزام و امر معهود به است.

۳- صیغه‌ای که حاکی از ایجاب و قبول است که خود حاکی از التزام نفس‌الامری طرفین است (مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۶/۱). این قول بین فقهای معاصر نیز رایج است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۰۵/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۲۲/۲؛ همو، ۱۴۲۵: ۱۲۲).^۲ این قول تأکید دارد که هرچند عقد نیازمند مبرز است، ولی ماهیت عقد وسیله ابراز نیست (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۱۲۹/۲؛ همو، ۱۴۲۶: ۳۶۷/۷).

بند دوم: بررسی نظریه

اگر منظور از این قول آن باشد که عقد، صرف رابطه بین دو نفر است، این قول به اصالت رویکرد شخصی در حقوق غربی نزدیک است و نمی‌توان بسیاری از عقود تملیکی و اذنی را در فقه امامیه با آن توجیه نمود (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۴/۱)؛ اما اگر منظور قائلان به خصوص در تقریری که محقق اصفهانی ارائه داده است، ایجاد ربط بین دو قرار معاملی باشد یا به عبارتی منظور آن باشد که جهت مشترک عقود آن است که دو اراده با هم توافق می‌کنند تا اثری حقوقی را ایجاد نمایند، این قول به قول

۱. «البيع فإنَّ الالتزام بالتعليق فيه مربوط بالالتزام الطرف الآخر بذلك بحيث يرتبط أحد الالتزامين بالالتزام الآخر وينضم أحدهما بالآخر حتى يترتب عليه وجوب الوفاء». ایشان در محاضرات نیز به همین مضمون عقد را تعریف می‌کند: «شَدُّ أحد الالتزامين وعقده بالآخر» (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۲/۱).

۲. امام خمینی در کتاب البيع متعرض قول محقق اصفهانی شده و آن را توضیح داده و اجمالاً تأیید می‌کند.

عقد به مثابه عهد بسیار نزدیک می‌شود. ولی ظاهر برخی عبارات این سخن را نمی‌رساند و گویی قائلان معتقدند که عقد، ربط ذمه دو فرد و شخص است؛ البته موضوع این ربط می‌تواند انتقال مال باشد، همچنان که خود این فقها سعی نموده‌اند عقد بیع را نیز با این تلقی موجه سازند. اما به نظر این باور از ابهام خالی نیست؛ عقد بالاخره یا ربط دادن دو التزام هست یا نیست و اگر هست، در عقودی مانند بیع و اجاره که موضوع آن تملیک است، موجه نمودن نهاد ملکیت بر اساس صرف ربط دو ذمه مشکل است و لذا باید به دنبال تعریف عام‌تری برای عقد بود.

گفتار سوم: عقد به مثابه انشاء

بند اول: تقریر نظریه

این نگاه، ماهیت عقد را ایجاد و انشاء در مقابل اخبار می‌داند. عقد جعل است؛ جعلی که از سوی متعاقدین انجام می‌شود (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۸۰/۱۲؛ عراقی، ۱۴۲۱: ۲۶۷). برخی فقها (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۸۲/۱۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۷/۳) بیع را به انشاء تملیک مال به عین تعریف نموده بودند و از این جمله می‌توان استظهار نمود که ماهیت عقد را انشاء می‌دانند و البته ایجاب و قبول را به عنوان مبرز پذیرفته‌اند؛ اما عقد را از مقوله معنا می‌دانند و نه لفظ (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱/۳).

بند دوم: بررسی نظریه

توجه به این نکته که عقد از مقوله انشاء است، توجه خوبی است؛ اما به نظر انشاء تمام ماهیت عقد نیست و در عالم حقوقی، اموری چون حکم قاضی نیز از سنخ ایجاد و انشاء است. همچنین این بیان در واقع تعریف نیست و مشکلی را حل نمی‌کند؛ چون بقیه اقوال نیز منکر انشاء بودن عقد نیستند. مسئله آن است که عقد، انشاء چه چیزی است؟ آیا انشاء یک رابطه است؟ یا ایجاد یک عهد؟ یا... ضمن آنکه انشاء ظاهراً فعل طرفین است و نه ماهیت خود عقد، و این تعریف بیشتر به تعریف عقد بستن شبیه است نه خود عقد.

گفتار چهارم: عقد به مثابه عهد

بند اول: تقریر نظریه

این قول عقد را به معنای عهد یا عهد مؤکد و موثق می‌داند. از فقهای قائل به این تعریف، صاحب *عناوین* است: «أنَّ العقد هو العهد الموثق» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۲/۲). همچنین به اعتقاد میرزای نائینی، عقد موجودی اعتباری است که الزام و التزام در آن وجود دارد. از سویی عقد، عهدی موثق است که ناشی از ایجاب و قبول است و نه خود ایجاب و قبول. الفاظ در واقع آلات ایجاد معانی انشاییه هستند^۱ (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱۱۲/۱). قابل ذکر است که از منظر میرزا، امور اعتباری اموری هستند که بین امر واقع (عین) و امور صرفاً انتزاعی قرار گرفته‌اند (همو، ۱۳۷۳: ۱۶/۱).

در چستی عهد بین این دسته از فقها اختلاف است:

۱- برخی مانند موسوی بجنوردی در *القواعد الفقهیه* معتقدند که عقد همان تعهد یک فرد در برابر فرد دیگر است، در امری از امور؛ چه امور مالی و معاوضی مانند بیع یا مثلاً در نکاح. این تعهد اعتباری و موجد آثاری در عالم خارج است و الفاظ صرفاً برای دلالت به این قصد متعاهدین است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۶/۳) یا به عبارتی عقد عبارت است از تعهد به امری برای شخص یا اشخاصی در مقابل چیزی یا بدون وجود مقابل (عوض) (همان: ۱۴۳/۳).^۲

۲- عهد به معنای التزام به مفاد عقد است. پس منشأ عقود حقیقی، مدلول مطابقی خود عقد یا مدلول التزامی عقود است؛ مثلاً در عقد بیع، مبادله مال به مال مدلول مطابقی است و تعهد به آنچه انشا شده و التزام به مفاد قرارداد (منشأ) مدلول التزامی است. در نتیجه منظور از عهد موثق، معنای مطابقی حاصل از عقد نیست؛ بلکه مدلول

۱. میرزای نائینی در کتاب *المکاسب و البیع* بحث مبسوطی در مورد معنای مصدری و اسم مصدری عقود و سبب یا مسبب بودن ذوات عقود و نسبت آن با الفاظ و دو سنخ ارتباطی که ماهیت عقد بنفسه و ماهیت عقد بالنسبة الی الموجد، یعنی موجب عقد و قابل عقد برقرار می‌کنند، دارد که برای تکمیل بحث می‌توان به آن رجوع نمود (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱۱۲/۱-۱۱۶).

۲. موسوی بجنوردی در جایی دیگر از کتاب *القواعد*، قول ربط بودن عقد را نقد هم کرده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۰۱/۵).

التزامی عقد است. میرزای نائینی از این سخن نتیجه جالبی می‌گیرد. ایشان معتقد است که این دلالت التزامی (التزام) ناشی از بنای عقلاست؛ پس در عقودی که مبتنی بر معاوضه هستند، این التزام جزء ذات آنهاست و در عقودی که این الزام در ذات آنهاست، التزام خود به خود برای این عقود مؤکد است؛ مانند نکاح و ضمان. همچنین عقودی که جواز در ذات آنهاست، مانند هبه، تخصصاً از عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» خارج‌اند و موضوع آیه صرفاً عقودی هستند که نسبت به لزوم و جواز بلاقتضا هستند، مانند بیع. دلیل بلاقتضا بودن آن است که آیه ناظر به دلالت التزامی است و نه مطابقی؛ زیرا وجوب وفا در بیع به لحاظ معنای مطابقی آن صرفاً حرمت تصرف در مال غیر است و نه از این باب که عقد و عهد موثق است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۳/۲).

بند دوم: نقد نظریه

این نظر به خصوص با تقریر موسوی بجنوردی، به معنای غربی از Obligation نزدیک است و قائل به آن در تبیین ماهیت غالب عقود و مخصوصاً عقودی مانند بیع و اجاره مشکل دارد. تعهد اثر مستقیم عقود تملیکی نیست (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۵/۱). عقد تملیکی، ملکیت چیزی را به دیگری منتقل می‌کند و در آن تعهدی در کار نیست. آری، پس از انتقال ملکیت بایع و مشتری، هر یک تعهداتی مانند تسلیم ثمن و مثن دارند که از ثمرات عقد است و باز خود عقد نیست. با الهام از حقوق فرانسه، اساتید پیشنهاد داده‌اند که در اینجا نیز فرض کنیم اثر مستقیم همه عقود تعهد است؛ ولی در عقود تملیکی، این تعهد بلافاصله اجرا و ملکیت منتقل می‌شود (همان). این راه حل نمی‌تواند مورد قبول واقع شود. مخالف این نیستیم که هر عقدی متضمن نوعی تعهد است و حتی شاید بتوان به اعتبار تعهدی که بعد از عقد ایجاد می‌شود، تمامی عقود را عهدی دانست و تعارض بین عقود تملیکی را با تعریف عقد به مثابه تعهد در مقابل تعهد حل کرد (همان). اما این سخن که هر عقدی متضمن عهدی است، با این ادعا که ماهیت عقد همان عهد است، بسیار متفاوت است.

برای حل تعارض تعریف با واضحات عقود تملیکی، برخی در معنای تعهد واکاوی کرده‌اند؛ مثلاً موسوی بجنوردی پس از ارائه تعریف عقد به عهد، بلافاصله مثال به بیع

و نکاح می‌زند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳۶/۳). در توجیه این نظر گفته‌اند که مراد از تعهد در این نظر، «قرار گذاشتن» است؛ یعنی طرفین با هم قرار می‌گذارند که مبیع از آن مشتری و ثمن از آن بایع باشد (دادمرزی، ۱۳۷۹: ۶۱). مثلاً در بیع، بنا می‌گذاریم که زین پس ملکیت شیئی برای مشتری باشد. به عبارتی، عهدی بودن عقد و التزام، به معنای پایبندی طرفین و ملتزم بودم آن‌ها به حفظ عقد و عمل به مفاد آن است (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۵/۱). در عقود تملیکی، مفاد عقد تملیک است و در عقود عهدی، دین یا عهد است.

اما به نظر، این توجیحات لازم نیست. اگر ماهیت عقد تعهد است، این تعهد موضوعی دارد و فرقی نمی‌کند که شما تعهد را به چه معنایی در نظر بگیرید. اگر بگوییم که موضوع تعهد ایجاد یا انتقال ملکیت است، این خروج از مفهوم عقد تملیکی است و اگر بگوییم که منظور ما از عهد، بنا نهادن امری است، یعنی قرار می‌گذاریم که زین پس این شیء متعلق به کسی باشد، این سخن شبیه تعهد به نتیجه است و ناظر به عمل دو فرد است و نه ماهیت خود عقد بما هو عقد. عقد بما هو عقد دارای یک تعریف و ماهیت است که وابسته به قرار متعاملین نیست. اگر منظور آن است که تعهد، خود این قرار است، در واقع عقد را به ربط تعریف نموده‌ایم. از دیگر سو چرا ما باید عقد را به عهد تعریف کنیم که دچار چنین ناهمخوانی‌هایی بشویم. شاید بتوان عقد را به گونه‌ای تعریف نمود که چنین مشکلاتی را نداشته باشد تا مجبور شویم تعهد را به معانی بعید و غریب آن در نظر بگیریم.

نکته مهم تحلیل تعهد به قرار گذاشتن آن است که تعهد در لسان فقهای چون مراغی و بجنوردی، نسبتی با مفهوم Obligation در حقوق غربی ندارد. به این سخن بازمی‌گردیم.

از سویی ظاهراً عهد (به معنای متعارف اگر منظور فقها باشد) نتیجه عقد است و نه خود عقد، و تعریف شیء به اثر، تعریف قابل قبولی نیست. در تعریف تا جایی که امکان دارد، باید ماهیت و ذاتیات امر را مورد توجه قرار داد. تعهد اثر عقد است، بعد از ایجاد ماهیت؛ لذا اگر منظور طرفداران این قول آن باشد که عقد همان عهد به معنای نتیجه عقد است، این تعریف قابل قبول نیست (همان).

گفتار پنجم: عقد به مثابه قول یا فعل شرعی

بند اول: تقریر نظریه

در فقه شیعه، صاحب جواهر به این تعریف متفرد است. صاحب جواهر قبل از ورود به کتاب متاجر، عقد بما هو عقد را این گونه تعریف نموده است:

«وهو لغةً ضدُّ الحَلِّ، وشرعاً قول من المتعاقدين، أو قول من أحدهما وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المقصود عليه» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳/۲۲).

البته صاحب جواهر در ابواب عقود خاص، تعاریفی از عقود داده است که با این تعریف سازگار نیست؛ برای مثال در مورد عاریه می گوید:

«وعلى كل حال فهى عقد يعتبر فيه إنشاء الربط بين الإيجاب والقبول» (همان: ۱۵۶/۲۷).

اما به نظر، قول صریح صاحب جواهر، همان است که در باب عقود گفته و در مقام بیان دقیق مسئله بوده است. این تعریف از چند جهت قابل دقت است؛ اول آنکه ماهیت عقد را قول یا قول و فعل می داند. از آن جهت که لفظ و قول را در ماهیت عقد دخیل می داند، موافق مشهور است و از آن رو که افعال را نیز داخل در ماهیت می کند، وجه تأکید بر برخی عقود تشریفاتی یا معاطات دارد. اما از آن رو که ترتب آثار را مقوله ای شرعی می داند و آن را نیز در ماهیت عقد دخیل می داند، قابل توجه است. این تعریف از عقد ظاهراً در فقه اهل سنت سابقه دارد (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۴/۱).

بند دوم: بررسی نظریه

این قول شبیه قول مشهور است و همان انتقادات و نکات پیرامون لفظی بودن عقود بر آن وارد است (همان: ۶۵/۱). اما توجه به شرعی بودن آثار عقد، ولو اینکه آن را در ماهیت عقد وارد نکنیم، توجه درستی است. عقد ولو دارای حقیقتی شرعی و متشرعه نباشد، دارای شرایط و ضوابطی است که غالباً در ماهیت نیز دخیل می شوند و این شرایط را شارع روشن نموده و بیع را به دو دسته صحیح و فاسد تقسیم کرده است. لذا به دست دادن تعریفی فارغ از آثار شرعی عقد، مشکل است.

گفتار ششم: عقد به مثابه Obligation

بند اول: تقریر نظریه

برخی از اساتید حقوق معتقدند که در حقوق ایران و حتی فقه امامیه، نظریه تعهدات با مفهومی کم و بیش شبیه حقوق تعهدات نوین (Obligation) وجود دارد. مهم‌ترین قائل این قول، محمدجعفر جعفری لنگرودی در کتاب *مکتب‌های حقوقی در اسلام* (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۰۲) و کتاب *حقوق تعهدات* (همو، ۱۳۶۹) است. ایشان بر پایه دلایل زیر معتقد است که نظریه کلی تعهدات از همان ابتدا در فقه امامیه بوده است:

- ۱- روایت عبدالله بن سنان^۱ که عقد را عهد می‌داند.
- ۲- قول نراقی که در هر عقدی، تعهدی هست.
- ۳- قول محقق اصفهانی که عقد را ربط دو قرار معاملی می‌داند و عقود به اعتبار اینکه قرار معاملی به آن‌ها تعلق گرفته است، تعهد هستند.
- ۴- نظر اهل سنت که به نظریه تملیک متمایل شده، معتقدند که باید مالی در خارج وجود داشته باشد تا موضوع معامله و انتقال قرار گیرد. لذا تملیک معدوم را باطل می‌دانند و اجاره را شارع استثنائاً پذیرفته است. اما فقهای امامیه اجاره را تملیک منافع می‌دانند و آن را با قواعد کلی مخالف نمی‌بینند و یا بیع میوه‌ای را که هنوز در نیامده، به صورت تعهد (صلح التزامی) درست می‌دانند و این یعنی فقهای امامیه نظریه عمومی تعهدات را پذیرفته‌اند.
- ۵- کلام میرزای نائینی که عقود را دو دسته می‌داند؛ اذنی و عهدی. عقود عهدی موجب تعهد هستند، مثل بیع؛ در نتیجه میرزا بیع را نیز عهدی می‌داند.
- ۶- قول سید یزدی در حاشیه *المکاسب* که در تملیک، موجود بودن عین خارجی لازم نیست و مقصود از تملیک، سلطه قانونی به نفع طرف مقابل است و این کاری است که متعهدله می‌کند. در ضمن لازم نیست که تملیک کننده در حین عقد بر

۱. روایت در تفسیر القمی ذیل آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است: «فَإِنَّهُ حَدَّثَنِي أَبِي عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُؤَيْدٍ عَنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ إِتْيَالِ قَوْلُهُ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، قَالَ بِالْعَهْدِ». جعفری لنگرودی معتقد است که فقهای امامیه به تبع این روایت، کلاً عقود را به اذنی و عهدی تقسیم کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۱۱۷).

موضوع تملیک تسلط داشته باشد، مانند اجاره کارگر برای ماه‌های آینده، و سید نتیجه می‌گیرد که تملیک دو نوع است؛ تملیک موجب انتقال مال مانند بیع، و تملیکی که موجب نقل مال نیست مانند اجاره افراد. این نشان می‌دهد که سید عقد را نوعی تعهد می‌داند و نه صرف تملیک (همو، ۱۳۷۰: ۲۰۲ به بعد؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۵۴).

۷- در فقه امامیه، تملیک معنای بسیار وسیعی دارد و اختصاصی به غیر منقول، عین خارجی، منافع اعیان و... ندارد و حتی گاه به معنای تسلیط است (بیع سلم) (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۳۶).

جعفری لنگرودی از این مقدمه که عملاً همه عقود، عهدی و بلکه همان تعهد هستند، نتایج مهمی می‌گیرد؛ مثلاً سعی می‌کند کل عقود تملیکی و به ویژه بیع را عهدی تحلیل کند و تملیک را اثر بلافاصله تعهد می‌داند (مانند تحلیل فرانسوی) و بند اول ماده ۳۶۲ ق.م. را نیز مؤید می‌شمارد و حتی معتقد است که انتقال مال بدون تعهد امکان ندارد! (همان: ۵). ایشان اصولاً تقسیم‌بندی عقد به عهدی و تملیکی را قبول ندارد و عقد را تعهد می‌داند.^۲ دلیل اصلی ایشان هم اخذ تعریف عقد از نظام فرانسه است و این نظام بیع را عهدی می‌داند؛ در نتیجه باید عقود را هماهنگ با ماده ۱۸۳ ق.م. تعریف کرد.

بند دوم: بررسی نظریه

به نظر، این استظهار و استدلال صحیح نیست و فقه امامیه با نظریه عمومی تعهدات به معنای رومی - ژرمنی آن مخالف است و مفهوم Obligation را نمی‌توان در فقه موجه نمود؛ زیرا:

۱- ذیل آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، روایات دیگری نیز وارد شده‌اند که عقود را بیشتر به عقود الله و عهود الله تفسیر کرده‌اند و منظور حضرت، معادل دانستن عقد و عهد در فقه نیست؛ بلکه منظور عهدهای الهی و امانات و امر ولایت است. در باب آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بحث‌های فراوان دیگری طرح شده است که از موضوع بحث خارج است (سیوری حلی،

۱. به مجرد وقوع بیع، مشتری مالک میباید و بائع مالک ثمن می‌شود.

۲. «در فقه امامیه، تقسیم عقد به تملیکی و عهدی معنی ندارد؛ زیرا همه عقود، تعهدات هستند و هر عقدی، عقد عهدی است» (همان: ۵).

۱۴۲۵: ۱۷۱/۲؛ مشکینی، بی‌تا: ۳۸۲؛ عبدالمنعم، بی‌تا: ۵۱۹/۲؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۱۵/۵؛ قرشی بنابی، ۱۴۱۲: ۲۶/۵).

۲- به قول محقق نراقی و محقق اصفهانی در قول به ربط بودن عقد اشاره نمودیم (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۱-۱۲؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱/۲۸۳). نراقی اولین فقیهی است که معنای عهد تفسیری را در فقه وارد کرده است. اما باید توجه داشت که اولاً قول چند فقیه، قول مشهور نیست. ثانیاً معنایی که از عهد می‌شود، نباید به هیچ روی با Obligation خلط گردد و عقد در نگاه محقق نراقی و محقق اصفهانی عهدی دانسته شود؛ زیرا این فقها نیز اصلی‌ترین عقود مانند بیع و اجاره را تملیکی می‌دانند، پس نباید این قول را گونه‌ای تفسیر کرد که با تملیکی بودن عقود ناسازگار باشد. ثالثاً عهد اینجا، همان طور که در قول به عهد بودن عقد گذشت، به معنای بنا گذاردن و ربط معاملی است، در حالی که در نظریه تعهدات اروپایی، تعهد به عنوان ماهیت رابطه حقوقی طرفین است؛ لذا استظهار کلام میرزای نائینی به عهدی بودن بیع، صحیح نیست.

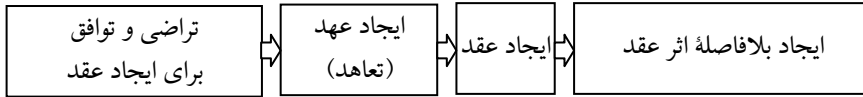
۳- اما در مورد کلام سید صاحب عروه، ایشان در شرح المکاسب ذیل عنوان «فی التکلم فی التعاریف المذكور للبیع»، این بحث را مطرح نموده است و پس از نقل تعاریف بیع و بیان اینکه همگی اجمالی هستند، در صدد تعریف عین در تعریف مختار شیخ برمی‌آید و می‌گوید که عین مورد مبادله در بیع، در مقابل منفعت و حق است و شامل عین شخصی و کلی مشاع و کلی در معین و کلی در ذمه و دین می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱/۵۳). در بیع این عیون اشکالی نیست، مگر در دو مورد اخیر؛ اشکال مشترک و اساسی آن است که مبیع باید چیزی باشد که تعلق ملکیت به آن ممکن باشد و کلی فی‌الذمه این گونه نیست، زیرا وجود ندارد، و این اشکالی است در تمامی عقود مملکه و در بیع میوه‌هایی که هنوز درنیامده که با ضمّ به میوه‌هایی که تازه درآمده، فروخته می‌شود و حتی در عقد اجاره جاری است، چون در اجاره هم منافع آتیه هنوز وجود ندارد، در حالی که بر صحت تمام این عقود اجماع وجود دارد. اما جواب اینکه ملکیت امری اعتباری است و محل این امر اعتباری می‌تواند اعتباری باشد؛ لذا عقلاً کلی در ذمه را شیء موجودی اعتبار می‌کنند که ملکیت به آن تعلق می‌گیرد، و همین گونه است منفعت غیر موجود و میوه معدوم، و لذا در تعلق ملکیت به این

موجودات اعتباری اشکالی نیست. سپس سید پاسخ‌های صاحب *عوائد* را نقل می‌کند و آن‌ها را مناسب نمی‌داند (برای دیدن اشکالات و پاسخ‌ها، ر.ک: محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۱/۱۴۱-۱۴۲؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۱۱۱، عانده ۱۰). سپس اشکال دیگر را مطرح می‌کند که مال کلی، مال نیست، پس چگونه موضوع عقد واقع می‌شود و پاسخ می‌دهد که آنچه در بیع و سایر مملکات معتبر و لازم است، این است که متعلق از چیزهایی باشد که «فی حدّ نفسه» قابلیت ملکیت را داشته باشد، هرچند عرفاً مال قابل تملیک نباشد و روشن است که مثلاً هزار من گندم به این معنا مال است، یعنی قابلیت دارد در مقابل مال قرار بگیرد؛ بلکه اگر قول اعمی را قبول کنیم، این هم لازم نیست و هزار من خاک هم می‌تواند موضوع بیع قرار بگیرد ولو بیع فاسد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱/۵۴).

این خلاصه‌ای از قول سید بود. سید از ملکیت در ذمه و مال بودن کلی دفاع می‌کند و این سخنان دلالتی بر نظریه تعهدات ندارد. بلی، سید می‌گوید که در تملیک، وجود عین خارجی لازم نیست و کلی در ذمه هم می‌تواند موضوع ملکیت قرار گیرد و این نهاد نیز با مفهوم ملکیت و مال توجیه می‌شود و خبری از تعهد رومی - ژرمنی نیست. پس به نظر، سخن جعفری لنگرودی در باب وجود نظریه عمومی تعهدات در فقه امامیه صحیح نیست.

به نظر می‌رسد جعفری لنگرودی دچار اشتراک لفظی بین «عهد» در فقه و Obligation شده است. فقهایی که عقد را عهد می‌دانند، ناظر به ماهیت معاملی ذات عملی بوده است که بین متعاملین انجام می‌شده است و نه ذات عقد. متعاقدین با هم تراضی می‌کنند تا بیع کنند. این تراضی همواره نوعی تعاهد و قرار معاملی است، اما ذات خود عقد بیع، تعهد نیست بلکه تملیک است و نه حتی تعهدی که بلافاصله اجرا شود. بین عقد و ایجاد اثر تملیکی آن فاصله نیست، بلکه تعاهد فاصله بین متعاقدین و ذات عقد است:

۱. سیدعلی بهبهانی در *فوائد* جمله‌ای دارد که نقل آن خالی از لطف نیست، می‌فرماید: «... إذا الكلي قبل تشخصه وصيرورته جزئياً لا وجود له في الخارج فلا يعقل أن يصير مالكا. بدهاة أن المعدوم لا يقبل التملك وإن قلنا بأنه يقبل المملوكية. بل التحقيق أنه لا يقبل المملوكية أيضاً ومرجع ملك الكلي إلى ملك اللذمة واستحقاق شخص على ذمة آخر استيفاء عين أو عمل منها ولذا لا يتصور تحقق ملك الكلي من دون ذمة» (بهبهانی، ۱۴۰۵: ۱/۹۰).



هر عقدی مانند بیع، موجد پاره‌ای تعهدات است (مانند تعهد به تسلیم که البته آن نیز نوعی ملکیت ذمه است) و شاید تسمیه عقد به تعهد، از باب تسمیه کل به اجزاء باشد.

لذا در فقه می‌توانیم این موضوعات را با مبنای ملکیت حل کنیم و نیازی به نظریه تعهدات فرانسوی نداریم.

نظریه برگزیده در ماهیت عقد

هدف ما یافتن فهم فقهای شیعه از ماهیت عقد بود. برخی اساتید قائل اند که تمامی نظرات بالا با تفسیری با هم قابل جمع هستند (محقق داماد و همکاران، ۱۳۷۹: ۶۶/۱). نقطه مشترک تمامی این تعاریف، گره خوردن دو قرار معاملی با هم هستند؛ یعنی ایجاب و قبول مرتبط با هم، ربط دو قرار معاملی، توافق دو اراده برای ایجاد اثر حقوقی و... همه در اینکه طرفین می‌خواهند دو قرار را با هم مرتبط سازند، مشترک‌اند. مثلاً در عقود تملیکی مانند بیع، فروشنده تملیک مبیع و خریدار تملیک ثمن را اعتبار کرده و این دو اعتبار را با هم گره می‌زنند و پیوند می‌دهند. در نتیجه قرار امری اعتباری است که مفاد آن در برخی عقود، تملیک عین و در برخی موارد، تملیک منفعت و در بعضی دیگر، تعهد به انجام یک عمل و... است (همان: ۶۷/۱-۶۸). در نتیجه در این دیدگاه، عقد همان ربط و اتصال معاملی است.

برای پی بردن به ماهیت عقد باید به چند سؤال پاسخ داد:

- ۱- عقد حقیقتی شرعیه است یا عرفیه؟ آیا این تفکیک صحیح است یا خیر؟ اگر عقد اعتبار عقلاء بما هم عقلاء باشد، حجیت این اعتبار تا کجاست؟ نظام تأیید یا رد این اعتبار از سوی شارع چیست؟
- ۲- آیا تعریف عقد ممکن است؟ منظور از «تعریف» چیست؟ آیا تعریف اجمالی عقد کافی است؟

۳- چه آثاری بر تعریف عقد جاری است؟ اگر تعریف را مهمل رها کنیم (مانند قرون ابتدایی) چه می‌شود؟

۴- اصلی‌ترین محور عقد چیست؟ آیا تعریف عقد به بنیادین‌ترین جوهر تشکیل‌دهنده آن کافی است؟

پاسخ این سؤالات در حوصله این جستار نیست و تنها اشاره نمودیم که این سؤالات را باید به عنوان پیش‌فرض روشن کنیم و در مورد هر یک اعلام موضع نماییم. به نظر، «انعقاد عقد» (عقد بستن؛ فعل انجام عقد از سوی طرفین) مانند هر عمل انسانی، یک «فرایند» است. انسان با دیدن یک شیء یا مال (اجمالاً) در دست فردی دیگر، به آن میل «پیدا» می‌کند و برای برآوردن این میل (نیاز) «اقدام» می‌کند. اقدام شامل طیف گسترده‌ای از امور است. در نظام‌های دینی، این اقدامات باید در چهارچوب‌هایی باشد که شارع ایجاد و جعل کرده است.^۱ در نظام‌های سکولار و بشری، این چهارچوب‌ها با سوگیری نظم عمومی از سوی خود انسان‌ها ایجاد و خلق می‌شوند تا همه افراد بتوانند به حداکثر میل ممکن خود دست یابند و نظم اجتماعی نیز حفظ شود. اگر این اقدامات داخل این چهارچوب باشد، مؤثر است؛ ولی اگر این چهارچوب‌ها و شکل‌ها و اسباب رعایت نشود، عمل شخص بی‌اثر و در ضمن حرام (و در نظام‌های غیر دینی جرم) است. توجه داریم که خود شارع گاه جعل عقلاء بما هم عقلاء را دارای حجت می‌داند. در این مرحله، فرض آن است که بین مجعولات شارع با بنای عقلا تعارضی نیست؛ اما حجیت این جعل‌ها نیز در چهارچوبی از سوی شارع معلوم می‌شود و ضوابط آن باید رعایت شود، وگرنه حجت نخواهد بود. لذا بنای عقلا نیز با واسطه حکم شرعی است.

در بحث از ماهیت عقود باید دو مقام را از هم جدا نماییم؛ مقام ایجاد اصل عقد از سوی شارع (یا بنای عقلا) و مقام الحاق به این عقد از سوی متعاقدین. به عبارتی باید مقام ایجاد چهارچوب و مقام اعمال چارچوب را تفکیک کرد. لذا عقد یک بار معنای نهاد و چهارچوبی را دارد (عقد) که جاعل آن شارع است و یک بار معنای انعقاد عقد

۱. لذا به نظر، تعاریفی چون تعریف کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۲۱/۱) و تعریف محقق داماد به دلیل عدم توجه به ذات عقد در مقام جعل از سوی مقنن یا شارع، کامل نیست.

و ایجاد و پیوستن به عقدی که کار متعاملین است. در مقام الحاق به این چهارچوب مثلاً چهارچوب بیع، طرفی که میل به شیئی را احساس می‌کند و خود را ملزم می‌بیند که در قالب قواعد آن را به دست آورد، با تحلیلی عقلانی از امکانات خود با طرف مقابل وارد مذاکره شده، میل و چهارچوب پیشنهادی را به او اعلام می‌دارد (ایجاب) و مثلاً می‌گوید: این کتاب را از شما به این مبلغ خریدم (یعنی میل دارم که این مال به سبب بیع که از قبل می‌دانیم چیست و ضوابط آن در شرع (قانون) وجود دارد، در مقابل این عوض به من منتقل شود). طرف مقابل نیز اگر به آنچه در عوض آن مال دریافت می‌کند، میل پیدا کند، میل خود را ابراز می‌دارد (قبول) و می‌گوید: این کتاب را در مقابل این عوض به شما فروختم (یعنی به این چهارچوب و سبب ملحق شدم). در اینجا با الحاق به این چهارچوب، آثار شرعی (قانونی) آن اعمال می‌شود. اما در مقام جعل، قانون‌گذار در مقام آن است که چه چهارچوب‌هایی (عقود) را وضع نماید تا احتیاجات و امیال فردی و اجتماعی بشر تأمین گردد و این وضع و جعل، ارتباط وثیقی با مبانی و نظام اجتماعی و مبانی فکری و جهان‌شناختی و انسان‌شناختی جاعل و واضع دارد؛ بنابراین نظام‌های مختلف، عقود مختلفی را ایجاد می‌کنند. البته ممکن است که هر نظامی، مقداری از اختیار ایجاد عقد و قالب را به خود افراد واگذارد، اما این اختیار نیز در قالب یک چهارچوب و ضابطه کلی‌تر معنا می‌یابد و در هیچ نظامی مطلق نیست (مانند ماده ۱۰ قانون مدنی ایران یا عقد صلح در فقه و یا نهادهای مشابه در حقوق فرانسه و کامن‌لو).

از سوی دیگر در لسان شرع و عرف، هنگامی که از یک عقد سخن می‌گوییم، یک کل را در نظر می‌گیریم نه یک ماهیت منتزع را؛ مثلاً وقتی طرفین قصد بیع دارند، درست است که محور اصلی تعلق اراده آن‌ها مبادله و انتقال ملکیت است، اما این هسته مرکزی با احکام و آثار پیرامونی، مدّ نظر متعاقدین قرار می‌گیرد. لذا اطراف عقد سعی می‌کنند در قرارداد، تمامی این کل و مجموع را در نظر بگیرند و با توجه به این کل، به آن ملحق شوند؛ مثلاً در بیع توجه می‌کنند که مالکیت منتقل می‌شود، خیارات وجود دارد، ضمان تلف قبل از قبض وجود دارد، کلمات حمل بر معانی عرفی می‌شود و... و همه قصد و رضا و انشا را محقق می‌کند.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش، پس از بررسی انتقادی نظریات فقهی تعریف عقد (لفظ، ربط، انشاء، عهد، قول یا فعل و تعهد)، نشان داده شد که هیچ یک از تعاریف مذکور، تعاریفی جامع و مانع نیستند؛ به ویژه که تفکیک بین مفهوم «عقد» و «انعقاد عقد» غالب تعاریف را با ابهام مواجه نموده است. نظریه این تحقیق آن است که عقد یک فرایند و یک کل است که دو ساحت دارد: یک ساحت ایجاد از سوی شارع که با نحوه زیست و جهان‌بینی و مبانی آن جامعه و نظام فکری نسبت دارد و یکی در مقام الحاق به این عقد و چهارچوب، که دارای یک فرایند است. در نتیجه عقد یک امر کلی دارای فرایند است که طرفین به آن ملحق می‌شوند. به عبارتی عقد در مقام اجرا، توافق دو اراده است برای الحاق به یک چهارچوب از سوی متعاملین، و ساخت و جعل یک قالب است در مقام تقنین (بنا بر نظری که عقود را شرعی می‌داند، عقد کشف چهارچوب و سبب ایجاد اثر است). لذا باید دو مفهوم «عقد» و «عقد بستن» را از هم تمیز داد. غالب اساتید و فقها در واقع عقد را تعریف نکرده‌اند، بلکه عقد بستن را تعریف نموده‌اند؛ اشتباهی که قانون مدنی نیز تکرار کرده است.

کتاب‌شناسی

۱. ابن فهد حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۳. بهرامی احمدی، حمید، *حقوق تعهدات و قراردادهای با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی*، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۰ ش.
۴. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، حاشیه سید محمد کلاتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات (جلد اول)*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۶. همو، *مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۰ ش.
۷. حسینی حائری، سید کاظم، *فقه العقود*، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۸. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۹. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. حسینی واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، تحقیق علی شیری، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۱. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، قم، مرتضوی، ۱۴۲۵ ق.
۱۲. طباطبایی قمی، سید تقی، *عمدة المطالب فی التعلیق علی المکاسب*، قم، کتابفروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
۱۳. همو، *مبانی منهاج الصالحین*، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۱۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۱۵. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۶. همو، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمن، *معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیة*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۱۸. عراقی، آقاضیاءالدین علی کزازی، *حاشیة المکاسب*، قم، غفور، ۱۴۲۱ ق.
۱۹. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۲۰. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۱. همو، *کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۲۲. قرشی بنایی، سید علی اکبر، *قاموس قرآن*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادهای، جلد اول، مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد «تراضی»*، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳ ش.
۲۴. کاشف‌الغطاء نجفی، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب المکاسب*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ق.

۲۵. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ ق.
۲۶. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۲۷. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قناتی، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی‌پورفرد، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران، سمت، ۱۳۷۹ ش.
۲۸. مروج جزائری، سیدمحمدجعفر، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۶ ق.
۲۹. مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات الفقه*، قم، بی‌نا، بی‌تا.
۳۰. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *فقه المعاملات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳۱. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علی‌علیه‌السلام، ۱۴۱۱ ق.
۳۲. همو، *انوار الفقاهة - کتاب البیع*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علی‌علیه‌السلام، ۱۴۲۵ ق.
۳۳. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۳۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۳۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهة فی المعاملات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۳۶. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۳۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جوهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۸. نجم‌آبادی، میرزا ابوالفضل، *حاشیه المکاسب*، تحقیق مؤسسه آیه‌الله العظمی البروجردی، قم، غفور، بی‌تا.
۳۹. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.