

بررسی و تحلیل مفهوم، ادله، ضوابط و موانع «پویایی در عقود»

ghasemi2561@anjomedu.ir

محمدجواد قاسمی اصل اصطهباناتی / دانشجوی دکتری فلسفه اقتصاد مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

پذیرش: ۹۹/۰۳/۱۳

دریافت: ۹۹/۰۱/۲۹

چکیده

ضرورت طراحی سازوکارهای مشروع در راستای اهداف شریعت در حوزه قراردادهای مالی، اهمیت پویایی در عقود را نشان می‌دهد. این تحقیق، با استفاده از تحلیل‌های فقهی، اقتصادی و جامعه‌شناسانه، مفهوم، انواع، ضرورت، ادله، ضوابط و شبیهات پویایی در عقود را برمی‌رسد و در مورد متصدی طراحی عقود به قضاوت می‌نشیند.

طبق یافته‌های تحقیق، عقود بخش پویای توزیع ثروت در اقتصاد اسلامی است. سه سنخ دلیل بر پویایی قابل ارائه است: ۱. ادله اجتماعی - اقتصادی مبتنی بر تحلیل نیازهای پویای اجتماعی منجر به شکل‌گیری عقود. ۲. تحلیل‌های فقهی، چون امضائی و غیرابتدائی بودن عقود و وجود منطقه‌الفراغ در فقه معاملات. ۳. ادله لفظی، چون آیات ۱ مائده؛ ۳۴ اسراء؛ ۱۷۷ بقره؛ ۲۹ نساء و حدیث شرط. ضوابط پویایی در ابداع، تضمین اهداف و ساختارهای شریعت و در ترکیب عقود، عدم مخالفت با کتاب‌الله و مقتضای عقد است. رکود در شکل‌دهی عقود نوین، ناشی از عدم احساس نیاز به طراحی عقد جدید با وجود عقود پیشین، وجود موانع علمی چون تصور توقیفی بودن عقود یا موانع عملی چون عدم وجود مسئولیت اجتماعی برای فقهاست. متصدی امین جهت طراحی عقود نوظهور، نظام ولایت است.

کلیدواژه‌ها: پویایی، عقود، پویایی در عقود، احکام امضائی، منطقه‌الفراغ، ابداع و ترکیب عقود.

مقدمه

مذهب اقتصادی اسلام، طبق تعبیر شهید صدر، متصدی بیان نظریات اساسی اسلام در جهت حل مشکلات اقتصادی زندگی بشر است. اگر یک اندیشه مذهبی بخواهد کمال و جامعیت خود را حفظ کند، باید علاوه بر ابتنا بر مبانی استوار و منسجم، دارای اهداف، راهبردها و ساختارهای صحیح، منسجم و کارآمد باشد. این قاعده کلی را می‌توان در نظریات گوناگون اقتصادی تطبیق داد. یکی از حوزه‌های واجد اهمیت در دانش اقتصاد که ارتباط مستقیم و وسیعی با بُعد اجتماعی دانش اقتصاد دارد، نظریه اسلام درباره توزیع ثروت است که لازم است دیدگاه مذهبی و هنجاری اسلام در مورد آن به تفصیل تبیین شود.

توزیع ثروت در فقه و اقتصاد اسلامی دارای ابعاد گوناگون است که در زوایای کتب فقه و اقتصاد اسلامی مورد توجه بوده است؛ توزیع قبل و بعد از تولید، توزیع درون نسلی و بین نسلی، توزیع تعدی همچون خمس و زکات و توفیق همچون عقود، و... در این بین، یکی از ملاک‌های واجد اهمیت در تبیین و دسته‌بندی توزیع ثروت، ایستایی یا پویایی ابزارهای توزیع ثروت است که در طراحی، مدیریت و سیاست‌گذاری نهادهای پولی و مالی اسلامی یک مبنای مهم و اثرگذار است. براین اساس، ابزار توزیع ثروت براساس عقود اسلامی قابلیت گسترش و ابداع دارد، اما بخش‌هایی از ساختار توزیع ثروت، همچون توزیع‌های عبادی مثل خمس و زکات یا توزیع‌های بین‌نسلی چون ارث، جزء احکام و شرایط ابتدائی و تأسیسی است و گسترش‌پذیر نیست.

به دلیل اهمیت و اهتمام به عنصر پویایی در توزیع ثروت، این مقاله همت خود را بر تبیین و تشریح ویژگی پویایی در عقود قرار داده است. این بررسی شامل چهار گام است و به چهار پرسش بنیادین درباره «پویایی عقود» پاسخ می‌دهد: ۱. «مفهوم پویایی در عقود»، با تفکیک انواع پویایی در عقود و شناخت تفصیلی موارد تحقق پویایی در عقود. ۲. «ادله و شواهد پویایی در عقود»، با تشریح دلیل لمّی، مبتنی بر مقدمات جامعه‌شناختی - اقتصادی، دلیل تحلیلی، مبتنی بر تحلیل‌های فقهی و دلیل لفظی، مستند به نصوص قرآنی و روایی است. ۳. «ضوابط پویایی عقود»، با بررسی تفصیلی ضوابط پویایی در ترکیب و ابداع عقود. ۴. «موانع و شبهات پویایی در ابداع عقود»، با بررسی، سه مانع و شبهه طرح و نقد می‌شود.

تاریخچه مباحث فقهی بر محور «توقیفی یا امضائی بودن عقود»، پیشینه غنی برای موضوع تحقیق فراهم می‌کند که در کتب فقه در تشریح قواعد عمومی معاملات قابل ردیابی است (ر.ک:

مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۷-۲۷؛ حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۲۷۱). علاوه بر این پیشینه عام، برخی تحقیقات خاص به ابعاد خاصی از چهار پرسش بنیادین مدنظر مقاله پرداخته‌اند. انواع پویایی، مدنظر تحقیقات پیشین نبوده، اما ادله پویایی در تحقیقات پیشین مطرح شده است. در آخرین تحقیقات، حائری (۱۴۲۳ق) و موسویان (۱۳۹۱)، ضمن بحث از مشروعیت عقود مستحدث به برخی ادله لفظی پرداخته‌اند (حائری، ۱۴۲۳ق؛ موسویان، ۱۳۹۱، ص ۴۶-۷۰). ضوابط پویایی در ابداع عقود، ذیل بحث از امضائی بودن عقود و مشروعیت عقود مستحدث مطرح شده (حائری، ۱۴۲۳ق)، اما ضوابط پویایی در ترکیب عقود، عمدتاً ذیل شرط چهار و پنج از شروط صحت شرط آمده که در مکاسب شیخ انصاری و حواشی آن قابل ردیابی است (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶ ص ۲۱-۵۱). در تحقیقات فقهی، بر دو عنوان «توقیفی بودن عقود» و «اصالت فساد در معاملات» تمرکز شده که می‌تواند مبدأ شبهه درباره پویایی در عقود باشد. این اشکالات که در تحقیقات پیشین پاسخ یافته، ذیل عنوان «موانع علمی در پویایی عقود» در مقاله مطرح خواهد شد.

نوآوری مقاله، اولاً تفکیک بین پویایی در ابداع و پویایی در ترکیب، ثانیاً تفکیک ادله پویایی به سه نوع، تفکیک ضوابط ابداع و ترکیب، تفکیک تفصیلی بین موانع و شبهات پویایی و نقد شبهه عدم مشروعیت تصدی ولی فقیه در طراحی عقود است.

۱. مفهوم و انواع پویایی

تأسیس عقود برای برطرف کردن نیازهایی بوده که به تبع زندگی اجتماعی به وجود آمده، یا باعث شکل‌گیری زندگی اجتماعی شده است. این نیازها به تدریج شکل گرفته و رخ نموده است. اصول نیازهای بشر همواره ثابت، اما راه‌کارهای تحقق آن، نوبه‌نو مورد توجه انسان قرار می‌گیرد. کامل بودن دین اقتضا دارد که برای این نیاز ذاتاً متغیر و متحول و نوشونده راه‌کارهای ذاتاً متحول، متغیر، و نوشونده قرار دهد. علت به وجود آمدن عقود، علت بقا، تغییر و تبدیل عقود نیز خواهد بود؛ یعنی مجموعه عقود موجود و بالقوه ابزارهایی در دست مردم و متصدیان تنظیم زندگی اقتصادی مردم است. سیاست‌گذار اقتصادی، در هر زمان از هر کدام عقود با هر ترکیبی که اهداف مکتب را بهتر تأمین می‌کند، استفاده خواهد کرد.

عقود، خود را با زمان هماهنگ می‌کند؛ یعنی به تبع نیازهای

ترکیب غلط، دارای ناکارایی و مفسده خواهد بود. این ویژگی، نشان می‌دهد که ترکیب عقود قابل تحویل و تقلیل به یکایک عقود ذیل آن ترکیب نیست و نمی‌توان با استناد به صحت و کارایی یکایک عقود، بر صحت و کارایی ترکیب ایجاد شده از عقود استدلال کرد. بنابراین، پویایی در ترکیب عقود، ضوابطی دارد که در هر ترکیبی از عقود باید احراز شود. در ادامه، ضوابط ترکیب عقود مطرح می‌شود.

۱-۲. پویایی در ابداع

در گذر زمان، می‌توان با ازدیاد و تکثیر عقود به برطرف کردن نیازهای جدید اقدام کرد؛ نیازهایی که پیش از این مورد توجه و التفات نبوده یا با وجود احساس نیاز و مشکل، تصور نمی‌کرده که می‌تواند سازوکاری مشروع، کارآمد و قابل تحقق برای رفع آن مشکل و تأمین آن نیاز طراحی کند. تغییرات در سطح دانش و فناوری موجود در جامعه یا تصدی مسئولیت‌های اجتماعی و فهم ظرفیت‌های موجود در جامعه برای حل مشکلات، از اسبابی است که می‌تواند منشأ ادراک مشکل و سازوکارهای اعتباری حل آن مشکل باشد. پویایی در ابداع، دو نکته اساسی دارد:

۱. پویایی ثبوتی؛ یعنی در علم و تشریح خداوند، عقود به‌گونه‌ای جعل شده که باب اعتبار عقود و قراردادهای، طبق قواعدی، باز است. این بحث، در سابقه فقهی، ذیل عنوان «توقیفی یا امضائی بودن عقود» مطرح شده است. فرضیه این تحقیق امضای استمراری است؛ یعنی در برخی عقود تا زمان صدر اول اسلام امضا محقق شده، و در زمان‌های بعد نیز این امضا مجدداً امکان تحقق دارد.
۲. پویایی اثباتی؛ یعنی فقیه می‌تواند، طبق ضوابط عمومی عقود و قراردادهای، عقود جدید را تأسیس یا امضا کند.

۲. ادله پویایی در عقود

سه نوع استدلال بر پویایی در عقود قابل ارائه است: دلیل اول، بر ضرورت عقلایی پویایی برای حیات اجتماعی تکیه دارد. دلیل دوم، متکی به تحلیل‌های فقهی است. دلیل سوم، متکی به ادله لفظی، یعنی قرآن و سنت است.

۲-۱. دلیل اجتماعی - اقتصادی بر پویایی عقود

توجه به سه واقعیت در زندگی اجتماعی، ضرورت پویایی در عقود را آشکار می‌کند:

جدیدی که برای تسهیل و ارتقای زندگی اجتماعی شکل می‌گیرد، می‌تواند خود را به روز کند، و ابداعات و ترکیب‌های جدیدی را طبق جهت‌گیری‌های کلی مکتب ارائه دهد. عقود، زمان را با خود هماهنگ می‌کند؛ یعنی ضوابط ابداع و ترکیب را از منابع شریعت می‌گیرد و جهت درست حرکت اجتماعی را از مکتب اقتصادی اسلام می‌گیرد. بنابراین نه در برابر تغییرات مقاومت کورکورانه می‌کند و نه دچار وادادگی، انفعال، و توجیه واقعیت‌های فاسد می‌شود. بنابراین عقود پویاست و این پویایی دو بُعد دارد:

۱-۱. پویایی در ترکیب

- بین عقود تعامل برقرار است. می‌توان با ترکیب عقود، یعنی استفاده همزمان، روشمند و هدفمند از تعدادی عقود، کارکردهای بیشتری را از چند عقد به دست آورد؛ یعنی عقود مستقل از یکدیگر عمل نمی‌کند و نمی‌توان با تحلیل عملکرد منفرد هر عقد، عملکرد مجموعه عقود را فهمید. تجزیه عقود، مقدمه لازم اما ناکافی فهم ترکیب عقود است. پویایی در ترکیب، مصادیق یا انواع متنوعی دارد:
۱. پذیرش مشروعیت شروط ضمن عقد، یکی از مصادیق پویایی در ترکیب است؛ زیرا هر شرطی باعث پیوند بین شرط و مشروط و تقیید محتوای عقد می‌شود.
 ۲. برخی عقود مثل عقد صلح خاصیت طفیلی دارد؛ یعنی می‌تواند پیوست هر عقدی واقع شود و نواقص ناشی از عملکرد سایر عقود را پوشش دهد.
 ۳. استفاده از مجموعه‌ای از عقود در قالب یک بسته منسجم؛ شبیه کاری که در روابط پیچیده نهادهای پولی مثل بانک انجام می‌شود.
- پویایی در ترکیب، دارای سه مفهوم است:

۱. پویایی ثبوتی، یعنی در علم و جعل الهی، عقود و ضوابط آن به‌گونه‌ای تشریح شده که استفاده همزمان، مرتبط و متداخل دو یا چند عقد خاص در حالات گوناگونی مورد لحاظ قرار گرفته است؛ یعنی فواید و کارکردهایی بر عقود با لحاظ حیثیت ترکیبی آنها وجود دارد، که در حالت انفرادی موجود نیست.
۲. پویایی اثباتی، یعنی فقیه می‌تواند با ترکیب عقود، سازوکار و کاربرد نوینی ارائه دهد، که قبل از ترکیب، آن سازوکار و کاربرد وجود نداشت.
۳. کارایی پویایی، یعنی هر ترکیبی از عقود، دارای ویژگی‌ها و امتیازاتی متفاوت با دیگر ترکیب‌ها است. از آنجاکه هر ترکیبی دارای کارایی و مصلحت ویژه است، اگر شرایط ترکیب رعایت نشود،

با شکل‌گیری مشکلات جدید و احساس نیاز به عقود جدید در زمان حضور شریعت اسلام، نحوه مواجهه اسلام صرفاً اصلاح و امضا نخواهد بود. نظام اسلامی می‌تواند و باید در راستای تحقق هرچه بیشتر، بهتر و سریع‌تر اهداف و آرمان‌های اقتصادی و غیراقتصادی خود، در تدوین و تأسیس عقود جدید حضور مؤثر و فعال داشته باشد. شریعت ملزم نیست صرفاً از شیوه انفعالی در اصلاح و امضا پیروی کند و این شیوه شریعت در صدر اسلام ناشی از وضعیت خاص ناشی از تولد اسلام و مواجهه اسلام با عقود موجود بوده است.

۲-۲-۲. ادله تحلیلی؛ تحلیل‌های فقهی در پویایی عقود

۲-۲-۱. احکام امضائی و ابتدائی

تکالیف شرعی به دو دسته امضائی و ابتدائی تقسیم می‌شود. احکام ابتدائی، به جهت مصلح یا مفسده‌ای که در آن موجود بوده، در ابتدا توسط شارع مقدس مورد امر یا نهی قرار گرفته است. برای نمونه، وجوب نماز یا حرمت شرب خمر. طبیعتاً در حکم به وجوب نماز یا حرمت شرب خمر، اراده مکلفان هیچ نقشی ندارد. احکام امضائی به احکامی گفته می‌شود که تکلیف و الزام موجود در آن، ناشی از التزامی است که مکلفان بر خود تحمیل می‌کنند. قاعداً الزام در چنین مواردی، انفعالی است و مربوط به جنبه‌های متغیر، نو به نو و متحول حیات بشر است. مثلاً، وجوب وفای به عقد، عهد، نذر و اموری از این قبیل وقتی محقق می‌شود که مکلفان خود را ملتزم به عقد، عهد یا نذری خاص کنند «لأن الوفاء بالنذر لیس واجباً ابتدائياً نظیر وجوب الصلاة والصوم ونحوهما من الواجبات الإلهیة، وإنما هو واجب امضائی بمعنى أنه إلزام من الله تعالى بما التزم المكلف به على نفسه كالعقود» (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص ۱۱۷). در این محدوده که فارغ از حکم شرعی است، نهاد صاحب صلاحیتی که متصدی تدوین و طراحی عقود نوین است، مجاز به طراحی التزام‌هایی است که در راستای اهداف شریعت باشد. شارع مقدس افراد حقیقی و حقوقی را الزام به رعایت این التزام‌ها می‌کند.

۲-۲-۲. نظریه منطقه الفراغ

نظریه منطقه الفراغ، در بسط و گسترش دامنه عملکرد و کارایی ولایت و رهبری فقها در جامعه اسلامی کاملاً دست فقیه را در طراحی نهادهای موردنیاز برای نیازهای موقت و متغیر باز می‌کند. ورود

۱. اصل تدریج در شکل‌گیری کارکردهای عقود، ناشی از تدریج در تحولات و پیشرفت‌ها در حیات بشر است که منجر به پیچیده و مرکب شدن نیازهای بشر می‌شود. این نیاز تدریجی، منجر به شکل‌گیری تدریجی ابزارهایی برای برطرف کردن آن نیاز می‌شود. این ابزارها، با تدریج و روند کندتری نسبت به احساس نیاز کشف می‌شود؛ زیرا دانش حقوقی بشر که متصدی ایجا عقود جدید است، دانشی ابزاری در خدمت نیازهای موجود، مورد التفات و قابل تحقق جامعه انسانی است.

۲. رفع نیازهای ثابت، نیازمند ابزارهای ثابت و رفع نیازهای متغیر، محتاج به ابزارهای متغیر است. بشر پس از ورود به جامعه و برای توفیق در روابط اجتماعی، اعتباراتی ایجاد کرد که می‌توان از آنها به معاملات یا اعتباریات بعد از اجتماع تعبیر کرد. در عقود می‌توان از هر دو نوع نیازها و ابزارهای ثابت و متغیر صحبت کرد. البته، ثابت بودن یک نیاز، لزوماً به معنی بالفعل بودن آن از اول حیات (اجتماعی) بشر نیست و ممکن است در روند تکامل حیات اجتماعی بشر، با طراحی سازوکاری نوین، یک نیاز ثابت بشر پاسخ داده شود.

۳. در حیات اجتماعی بشر، برخی تغییرات دفعی است؛ یعنی پس از رخ دادن، دیگر بازگشت ندارد. در مقابل، در تغییرات تناوبی، برخی نیازها برای یک جامعه پس از یک دوره رخوت و رکود، دوباره احیا می‌شود. در مواجهه با تغییرات دفعی لازم است که ابزارهای متغیر قبلی کنار گذاشته شود و ابزار نوینی برای برطرف کردن نیازهای جدید کشف و طراحی شود. در مواجهه با تغییرات تناوبی، لازم است نظام تصمیم‌ساز و سیاست‌گذار، برخی ابزارها را به تناسب از چرخه خارج و غیرفعال کند و دسته دیگری از ابزارها را مجدداً فعال کند. تغییرات تناوبی در منظومه عقود، اقتضا می‌کند که دستگاه سیاست‌گذار به تناسب نیازهای اجتماعی و اقتصادی، برخی عناصر (عقود) را فعال و برخی دیگر را غیرفعال کند.

بنابراین، اولاً، شکل‌گیری عقود جدید ناشی از شکل‌گیری تدریجی نیازهای جدید یا شناخت تفصیلی نیازهای شناخته شده است. ثانیاً، این روند تدریجی متوقف نشده است. ثالثاً، مواجهه اسلام با عقود موجود در صدر اسلام، از نوع مواجهه با واقعیت موجود بوده و به اصلاح و امضای آن اقدام کرده است. نتیجه اینکه سیره شریعت در مواجهه با نیازهای جدید، نیز طبق سیره قبلی استمرار خواهد داشت. بنابراین، همچنان ممکن است عقود جدید شکل بگیرد و اسلام نیز درباره آن اعلام موضع خواهد کرد.

بنابراین، اولاً، مؤمنان مبتلا به رابطه مالی هستند و اصل رابطه مالی محل بحث نیست؛ ثانیاً، شکل رابطه مالی موضوعیت ندارد و به توافق اجتماعی بستگی دارد. ثالثاً، آنچه باعث اشکال در صحت رابطه مالی و بطلان آن می‌شود فقدان یکی از دو قید «تجارت» و «تراض منکم» است. قید «تجارت» اشاره به عدم بطلان ذاتی نوع رابطه دارد که باید تناسب و سنخیت در رابطه حفظ شود؛ یعنی از حیث اقتصادی جابه‌جایی مفید عقلایی رخ دهد. در روایت معتبری، امام علیه السلام هر چیزی را که باعث افتتاح رزق باشد، تجارت شمرده است: «كُلُّ مَا افْتَتَحَ بِهِ الرَّجُلُ رِزْقَهُ، فَهُوَ تِجَارَةٌ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۵۱۵). طبق این روایت، که مبین (و شاید توسعه‌دهنده) مفهوم تجارت است، معیار صدق تجارت، افتتاح و گشایش رزق بر فرد است. طبیعتاً، این افتتاح رزق نباید به باطل باشد و باطل نبودن آن منوط به صدق افتتاح و گشایش است که حاکی از ایجاد یک مسیر تبادل مالی واقعی است. گو اینکه در روایتی دیگر، «اکل مال به باطل» را بر قمار تطبیق داده که در آن، تبادل حقیقی و مفید اقتصادی رخ نمی‌دهد: «و قول الله (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) قال: ذلك القمار» (اشعری قمی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۶۲).

قید «تراض منکم» با پیش کشیدن توافق «تراض» در سطح اجتماعی «منکم»، ضرورت اعتبار و توافق اجتماعی را می‌رساند، که اشاره به عدم بطلان عرضی، یعنی پذیرش اجتماعی دارد. با پذیرش و توافق اجتماعی، راه منازعه و اختلاف بسته می‌شود. در نتیجه، روابط به جای اتکا به سلايق شخصی و امور نسبی غیرقابل اثبات، به ضوابط و شرایط شناخته شده مقبول متکی می‌شود. اتکا به امور اجتماعی، حتی اگر منشأ توافق یک امر نفسانی باشد، یا موضوع توافق واجد مصلحت تام نباشد، از آن حیث که باعث انضباط اجتماعی و ضابطه‌مند شدن روابط می‌شود، مطلوب فقه اسلامی است، چنان‌که امیرمؤمنان علی علیه السلام در پاسخ به شبهه‌افکنی و مغالطه خوارج، ضرورت حکومت راه هر چند حاکم فاجر باشد، در جهت تثبیت نظام اجتماعی و جریان یافتن امور اجتماعی زندگی مردم، مورد تأکید قرار می‌دهند (ر.ک: نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، خطبه ۴۰). شاید به همین جهت باشد که فقه اسلامی در مواجهه با سایر نظام‌های حقوقی و فقهی به قاعده الزام ملتزم است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۱۵۷). توافق ایجادشده منجر به تحدید گزینه‌های پیش‌روی مردم و در نتیجه امکان شناخت پیشین از رفتارهای آینده مردم می‌شود؛ شناختی که هزینه‌های روابط اقتصادی و اجتماعی را کاهش می‌دهد. بین مفهوم امضائی در مقابل ابتدائی، با این بحث ارتباط نزدیکی وجود دارد و فهم هریک، درک ما را از دیگری غنی‌تر و شهودی‌تر می‌کند.

ولی فقیه به حوزه الزامیات (واجب و حرام) و اجازه توقف برخی الزامیات در مواقعی که مصلحتی اهم اقتضا می‌کند، حداقل شأنی است که فقیه در اداره امور اجتماعی دارد؛ زیرا رفع تراحم در امور فردی و اجتماعی و تقدیم فریضه اهم بر مهم و فدا کردن الزام مهم به پای الزام اهم نیاز به مؤونه اثبات ولایت فقیه ندارد و ضرورت عقل سلیم است. بنابراین چیزی که ولایت فقیه را با مسمی و واجد محتوا می‌کند، اطلاق در ولایت و قدرت بر طراحی نهادهای مورد نیاز در هر برهه زمانی برای تأمین نیازهای موقت و متغیر است. نظریه «منطقه الفراغ»، نظریه و الگویی برای تبیین این شأن برای ولی فقیه است. در حوزه اقتصاد، ظرفیت تأسیس و تدوین نهادهای التزام‌ها و عقود، در راستای اهداف شریعت اسلامی، برای فقیه وجود دارد. این شأن ولی فقیه در حوزه روابط اقتصادی در منطقه الفراغ است.

۲-۳. ادله لفظی؛ پویایی عقود در قرآن و سنت

در قرآن به صورت متکرر و متعدد بر التزام به میثاق‌ها و عهدها تأکید شده است. بخشی از این آیات مربوط به میثاق‌های الهی و رابطه بین مردم و خداوند است: «إِذِ اتَّخَذْتُمْ بِرَبِّكُمْ كَيْفَ تَكُونُونَ قَالُوا لَنْ نَجْعَلَ لَكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا قَالُوا وَمِنْ دَرِيَّتِي قَالَ لَا يَنْبَأُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ» (بقره: ۱۲۴؛ همچنین، ر.ک: بقره: ۴۰؛ آل عمران: ۸۱). بخشی از این آیات به گونه‌ای است که مطلق میثاق‌های بین مردم و خدا و بین مردم و مردم را شامل می‌شود (ر.ک: رعد: ۲۰). دسته دیگری از آیات نیز دلالت مستقیم بر میثاق‌های بین مردم دارد. در این بخش، چهار مورد از این آیات و یک روایت، مطرح می‌شود.

۲-۳-۱. آیه ۲۹ نساء

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا»؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را به باطل (و از طرق نامشروع) نخورید، مگر اینکه تجارتي با رضایت شما انجام گیرد و خودکشی نکنید! خداوند نسبت به شما مهربان است.

از پیش فرض‌های این آیه، وجود رابطه مالی بین مردم است. طبق آیه، آنچه باعث نهی از رابطه مالی «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ» می‌شود، صرفاً باطل بودن آن است «بالباطل» و آنچه از باطل بودن رابطه مالی استثناء شده و حق است، تجارت مبتنی بر پذیرش عمومی مؤمنان «تجاره عن تراض منکم» است.

۲-۳-۲. آیه ۱ مائده

همان استدلالی که بر آیه عقد شد، برای این آیه نیز برقرار است. با این مزیت که «العهد» در اینجا مفرد است و شبهه رجوع به عهدهای زمان تشریح در مورد آن کمتر قابل طرح است. همچنین، از آنجاکه «العهد» عمدتاً حاکی از تعهدات نفسانی است و شکل و ساختار خاصی را حکایت نمی‌کند، شبهه دوم نیز کمتر در مورد آن وارد است.

۲-۳-۴. آیه ۱۷۷ بقره

«لَيْسَ الْبِرُّ أَنْ تُولُوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَ لَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَ آتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ وَ الْمَسَاكِينَ وَ ابْنَ السَّبِيلِ وَ السَّائِلِينَ وَ فِي الرِّقَابِ وَ أَقَامَ الصَّلَاةَ وَ آتَى الزَّكَاةَ وَ الْمُؤْفُونَ بَعْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَ الصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَ الضَّرَّاءِ وَ حِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ»؛ نیکی، (تنها) این نیست که (به هنگام نماز، روی خود را به سوی مشرق و (یا) مغرب کنید (و تمام گفت و گوی شما، در باره قبله و تغییر آن باشد و همه وقت خود را مصروف آن سازید) بلکه نیکی (و نیکوکار) کسی است که به خدا، و روز رستاخیز، و فرشتگان، و کتاب (آسمانی)، و پیامبران، ایمان آورده و مال (خود) را، با همه علاقه‌ای که به آن دارد، به خویشاوندان و یتیمان و مسکینان و واماندگان در راه و سائلان و بردگان، انفاق می‌کند نماز را برپا می‌دارد و زکات را می‌پردازد و (همچنین) کسانی که به عهد خود - به هنگامی که عهد بستند - وفا می‌کنند و در برابر محرومیت‌ها و بیماری‌ها و در میدان جنگ، استقامت به خرج می‌دهند، اینها کسانی هستند که راست می‌گویند و (گفتارشان با اعتقادشان هماهنگ است) و اینها هستند پرهیزکاران.

این آیه، وفای به عهد را از جمله اقتضائات عملی نیل به مقام «بر» شمرده است. همان شیوه استفاده از آیه عهد در اینجا نیز قابل استفاده است، با این مزیت که با مقید کردن وفای به عهد به «اذا عاهدوا» عهدهای ابتدائی خداوند از مردم را از شمول بحث خارج کرده و عهد را منحصر در عهدهای بین مردم (و عهدهای مردم با خداوند که در قالب نذر و قسم محقق می‌شود) مطرح کرده است؛ زیرا عهدهای الهی مشروط به پذیرش و التزام از طرف مردم و مکلفان نیست. در واقع، این قید را می‌توان حاوی مضمون امضائی در مقابل ابتدائی دانست.

نزدیک به مضمون و لفظ این آیه را می‌توان در آیه ۱۰۰ سوره

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُجِّلَتْ لَكُمْ بِهَيْمَةِ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يَتْلُو عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُجَلَّى الصَّيِّدِ وَ أَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ»؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! به پیمان‌ها (و قراردادهای) وفا کنید! چهارپایان (و جنین آنها) برای شما حلال شده است، مگر آنچه بر شما خوانده می‌شود (و استثنا خواهد شد)؛ و به هنگام احرام، صید را حلال نشمرید! خداوند هر چه بخواهد (و مصلحت باشد) حکم می‌کند. در این آیه شریفه، دستور خداوند به مؤمنان این است که به عقود وفا کنند و ملتزم باشند. از آنجاکه «العقود» جمع محلی به الف و لام است، در زبان عربی افاده عموم می‌کند؛ یعنی الف و لام جنس عقود را نشان می‌دهد.

بر دلالت این آیه بر مقصود، اشکالات متعددی تا شش اشکال وارد شده و پاسخ‌های درخور یافته است (ر.ک: موسویان، ۱۳۹۱، ص ۶۳-۵۳). در این مجال، صرفاً دو اشکال که پاسخ آن حاوی نکات مفیدی برای بحث حاضر است، مطرح می‌شود:

یک. ادعا شود الف و لام در «العقود» به معنای عهد است و اشاره به عقود موجود در زمان نزول آیه شریفه دارد.

بررسی: طبق توضیحات پیشین، زمان تشریح هیچ خاصیتی در تشریح و امضای عقود ندارد. به عبارت دیگر، نه تنها مناسبت حکم و وجوب وفا «لوفوا» و موضوع عقود «بالعقود» هیچ اقتضایی نسبت به انحصار عقود به آنچه تا عصر تشریح اعتبار شده، ندارد؛ بلکه اقتضا برخلاف آن است و رعایت تناسب بین حکم و موضوع، مقتضی استمرار امضا [در چارچوب مدنظر شریعت] برای همیشه است. دو. این آیه بر لزوم [در مقابل جواز] وفا به عقود صحیح دلالت دارد و بر صحت عقود مشکوک دلالت ندارد.

بررسی: طبق توضیحات ذیل آیه ۲۹ نساء و مفهومی که از احکام امضائی غیرابتدائی در بخش ۲.۲.۱ مطرح شد، آیه درصدد امضای اموری است که عقلاً برای رفع نیازهای اجتماعی - اقتصادی خود به آن ملتزم می‌شوند (ر.ک: خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص ۱۱۷).

۲-۳-۳. آیه ۳۴ اسراء

«وَ أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا»؛ و به عهد (خود) وفا کنید، که از عهد سؤال می‌شود! این آیه شریفه بر وجوب وفای به عهد دلالت دارد و مورد بازخواست قرار گرفتن نسبت به آن تأکید شده است. عهد نیز مانند عقد رابطه‌ای دو طرفه است. با توجه به تحلیل‌های پیشین،

۱. عدم مشروعیت شرط مغایر با مقتضای عقد: طبق این شرط، در یک عقد شرعی تا جایی می‌توان شروطی قرار داد، که منجر به تغییر ماهیت عقد و مخالفت با مقتضای طبیعی عقد نشود (خوئی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۴۲). شروط ضمن عقد، یا با طبیعت عقد هم‌جهت و سازگار است؛ یعنی جواز یا رجحان موجود در عقد را تبدیل به الزام می‌کند یا با طبیعت عقد مغایر و ناسازگار است؛ یعنی عدم جواز موجود در عقد را تبدیل به جواز یا وجوب می‌کند. شروط سازگار، همواره با مقتضای عقد موافق است، اما شروط ناسازگار دو دسته است: برخی اوقات، متعلق شرط با اطلاق عقد (یعنی وقتی که عقد مقید نشده) ناسازگار است؛ اما در فرض تقييد عقد به شرط، ناسازگاری برطرف می‌شود. برخی اوقات، متعلق شرط با مطلق عقد (یعنی عقد در هر حالتی) ناسازگار است که در این فرض، تقييد به شرط نافذ نیست و شرط کارایی ندارد. تغییر ماهیت عقد، ممکن است در سطح خرد یا کلان رخ دهد؛ یعنی ممکن است جعل شرط در قرارداد بین دو نفر، منجر به مخالفت با مقتضای عقد نشود، اما گسترش این شرط در سطح عمومی و رویه شدن آن، منجر به مخالفت با غرض از آن عقد شود.

تشخیص این شروط، منوط به ادراک درجه سازگاری و ناسازگاری بین عقد و شرط و راه اثبات آن، رجوع به ادله شرعی است. در فرضی که دلیل خاصی بر جواز یا عدم جواز شرط خاصی در عقد خاصی داریم، وظیفه روشن است. در فرضی که دلیل خاصی نداریم، اگر دلیل عامی بر نفوذ یا عدم نفوذ شرط در عقد وجود داشت، تبعیت می‌شود. اگر دلیل خاص یا عام وجود نداشت، باید به اصل عملی رجوع شود که تکلیف را در فرض شک در حکم واقعی روشن می‌کند. اصل حکمی، تعیین می‌کند که آیا مشروط‌علیه نسبت به رعایت شرط، تکلیفی و مشروط‌له نسبت به استیفای شرط، حقی دارد؟ اصل موضوعی، تعیین می‌کند که آیا شرط مدنظر، ناسازگاری کلی با عقد مورد نظر دارد؟ با وجود اصل موضوعی، نوبت به اصل حکمی نمی‌رسد. اصل موضوعی، با عدم ناسازگاری مطلق هماهنگ است. بنابراین در مواقع شک، شروط نافذ است.

بر عدم اعتبار شرط مغایر با مقتضای عقد، چند استدلال اقامه شده است: ۱. شرط مغایر با مقتضای عقد، غیرمقدور است؛ زیرا جمع بین وفای به عقد و وفای به شرط مغایر با مقتضای عقد، محال است. این استدلال، از سنخ استدلال اقتصادی است که برای استدلال فقهی

«بقره» نیز مشاهده کرد: «أَوْ كَلَّمَا عَاهَدُوا عَهْدًا نَبَذَهُ فَرِيقٌ مِّنْهُمْ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ» (و آیا چنین نیست که هر بار آنها [یهود] پیمانی (با خدا و پیامبر) بستند، جمعی آن را دور افکندند (و مخالفت کردند). آری، بیشتر آنان ایمان نمی‌آورند)، که در آن، بخشی از بنی‌اسرائیل را به سبب عادت زشت عهدشکنی در هر عهدهی سرزنش می‌کند و آن را ناشی از بی‌ایمانی آنها برمی‌شمارد.

۲-۳-۵. حدیث «المسلمون عند شروطهم»

در حدیث مشهور بین مسلمانان، التزام به شروطی که موافق با کتاب خدا باشد، از شرایط ایمان یا اسلام شمرده شده است: «مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا مُخَالَفًا لِكِتَابِ اللَّهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ وَ لَا يَجُوزُ عَلَى الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فِيمَا وَفَّقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۶۹). طبق این روایت، آنچه در طراحی و تنظیم عقود و شروط موضوعیت دارد، موافقت و مخالفت با کتاب الهی است و شکل و صورت عقد موضوعیت ندارد. این مضمون، با توجه به روایت دیگری تقویت می‌شود که در آن، امام می‌فرماید: «فِي الْمَكَاتِبِ إِذَا أَدَى بَعْضَ مَكَاتِبَتِهِ، فَقَالَ: «إِنَّ النَّاسَ كَانُوا لَا يَشْتَرِطُونَ، وَ هُمْ الْيَوْمَ يَشْتَرِطُونَ، وَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، فَإِنْ كَانَ شَرْطٌ عَلَيْهِ أَنْهُ إِنْ عَجَزَ رَجَعَ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ عَلَيْهِ لَمْ يَرْجَعْ» (همان، ج ۱۲، ص ۳۸)؛ مردم پیش از این، چنین شرطی نمی‌کردند، اما امروزه شرط می‌کنند و هر مسلمانی در گرو شروطی است که پذیرفته است.

۳. ضوابط پویایی در عقود

از آنجاکه پویایی در عقود، شامل دو بخش ابداع عقود نوین و ترکیب عقود موجود می‌شود، ضوابط پویایی در عقود به صورت مجزا مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۳-۱. ضوابط پویایی در ترکیب عقود

مشروعیت ترکیب عقود، منوط به حفظ اهداف مدنظر شریعت در تشریح عقود است؛ یعنی باید احراز شود که اولاً ترکیب موردنظر از عقود، منجر به قلب ماهیت و کارکردهای یکایک عقود نشود. احراز این شرط، با بررسی نسبت اهداف، با یکایک عقود است که در ترکیب استفاده می‌شود. ثانیاً نتایجی مغایر با اهداف تشریح عقود ایجاد نکند. در ادامه، این دو شرط براساس ادبیات فقهی بررسی می‌شود:

ساختاری، شبکه‌مندی و تعیین جایگاه عقد نوین در شبکه و مجموعه عقود ضرورت دارد. از حیث اهداف، هر عقد نوینی باید در نصاب قابل قبولی اهداف شریعت از تشریح عقود را تأمین کند. مقدمتاً این توضیح شایسته است که عقود به‌مثابه بخش سیال و منعطف نهاد توزیع ثروت در اقتصاد اسلامی، بخشی از مجموعه کامل نهاد توزیع ثروت در اسلام است. عقود در اسلام، مجموعه‌ای از اهداف کلان را دنبال می‌کند، براساس راهبرد یا راهبردهایی خاص عمل می‌کند و دارای ساختار و شبکه منضبطی است. بنابراین به اختصار می‌توان گفت پویایی در ابداع عقود، دو شرط اساسی دارد:

۱. تناسب و سنخیت با ساختار یا شبکه مطلوب اسلام از عقود به‌گونه‌ای که تافته‌ای جداافتاده و عنصری ناسازگار با مجموعه عقود شرعی نباشد؛ یعنی سازگاری درونی بین مجموعه عقود را تأمین نماید.
 ۲. پیگیری و تأمین نصاب کافی از اهداف مدنظر شریعت از تشریح عقود، به‌گونه‌ای که به‌خودی‌خود و در کنار سایر عقود بتواند در تأمین اهداف اقتصادی اسلام مشارکت و نقش فعال و مثبت داشته باشد؛ یعنی سازگاری بیرونی با اهداف نهایی اقتصاد اسلامی داشته باشد.
- احراز این دو شرط در عقود نوظهور، منوط به بحث تفصیلی از کیفیت شبکه عقود اسلامی و نظام اهداف اسلامی در عقود است.

۴. موانع پویایی در ابداع عقود

در زمان صدر اسلام، مجموعه‌ای از عقود وجود داشته که نیازهای عرفی آن زمان را تأمین کرده است. شریعت اسلام در مواجهه با میراث موجود به برخوردی ترکیبی دست زد؛ بسیاری را تأیید یا اصلاح و برخی را رد کرد. پس از صدر اسلام، به‌ندرت عقد جدیدی شکل گرفته و بخشی از معدود عقود شکل گرفته نیز قابل تحویل به عقود سابق است. این وضعیت، با دیدگاهی فقهی - حقوقی همراه شده که هر عقد جدیدی را در صورت ارجاع به عقود سابق معتبر می‌داند. پرسش این است: چرا چنین رکودی بر ابداع عقود جدید حاکم شده است؟

عقودی که تا پیش از این شکل گرفته، نیازهای پایه و اساسی زندگی بشر را نشانه گرفته است. همین که این عقود در مراحل اولیه‌تر حیات اجتماعی شکل گرفته، نشانه این است که این نیازها بسیط‌تر، فطری‌تر و اولی‌تر بوده است. نباید از این حادثه تاریخی نتیجه فقهی و حقوقی گرفت و تصور کرد باب عقود جدید دچار انسداد است. قاعدتاً نیازهای تازه و عقود نوظهور به اندازه عقود اولیه

موضوع‌سازی می‌کند. ۲. شرط مغایر با مقتضای عقد، مخالف با کتاب و سنت است؛ زیرا کتاب و سنت ما را از مخالفت با اقتضائات عقود نهی می‌کند. این استدلال، مبتنی بر ضابطه دوم پویایی در ترکیب عقود است که در ادامه می‌آید. اینکه شروط نباید با چارچوب‌های حقوقی پذیرفته شده مغایرت داشته باشد، ضرورت عقلایی هر نظام حقوقی است. ۳. عدم مغایرت با مقتضای عقد، اجماعی است. استدلال به اجماع، از سنخ استدلال فقهی محض است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶ ص ۴۴).

بنابراین، اصل عدم مغایرت شرط با مقتضای عقد، یک ضرورت اقتصادی، شرعی و عقلایی است؛ اما دشواری کار در تشخیص موارد مغایرت است. طبیعتاً ممکن است هر شرطی با محتوای عقد درجه‌ای از ناسازگاری را داشته باشد و آن را از جهاتی مقید کند. تشخیص اینکه در مقایسه یک شرط با یک عقد، آیا مغایرت با مقتضای عقد رخ داده یا نه؛ قسمت دشوار کار است. صورت فنی اشکال این است که در مورد هر عقد، کدام شروط با عقد مطلق، یعنی عقد بدون تقید به هر قیدی، منافات دارد و کدام شروط با مطلق عقد، یعنی همه مصادیق آن عقد، مغایرت دارد؟ مغایرت با عقد مطلق اشکالی ندارد؛ اما مغایرت با مطلق عقد مشکل‌ساز است.

۲. عدم مشروعیت شرط مغایر با کتاب خدا؛ طبق این شرط، در یک عقد شرعی نمی‌توان شروطی قرار داد که با الزام‌ها و اهداف شریعت مخالف و ناسازگار باشد. تحقق مخالفت با شریعت، ممکن است در سطح خرد، کلان (در جامعه اسلامی) یا بین‌المللی (در تعامل با سایر جوامع) رخ دهد. طبیعتاً اگر شرطی در هر سطحی منجر به نقض اغراض تشریح شود، آن شرط باطل است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱۰، ص ۷۰؛ ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶ ص ۲۱-۴۴).

بنابراین، هر الزامی که منجر به انقلاب ماهیت عقد یا استحاله اهداف شریعت شود، باطل است. ترکیب عقود، یعنی ضمیمه کردن تعدادی عقود برای دستیابی به برخی مقاصد اقتصادی، منجر به محدود کردن دامنه آن عقود می‌شود و در حکم شرط کردن است. بنابراین، اگر ترکیب عقود، منجر به یکی از این دو مشکل شود، آن ترکیب فاقد مشروعیت است. در غیر این صورت، دستیابی به اهداف اقتصادی با استفاده از ترکیب بین عقود، مانند ابداع عقود جدید، فاقد اشکال و صحیح است.

۲-۳. ضوابط پویایی در ابداع عقود

برای ابداع عقود نوین باید دو شرط اساسی تأمین شود؛ از حیث

عقود، برفرض شک در مشروعیت عقد جدید، با لحاظ سایر شرایط، اصل بر صحت است.

براساس توقیفی بودن عقود، عناوین عقود باید در شریعت مورد تأیید قرار گرفته باشد و هر عقد جدیدی را باید بتوان به یکی از عقود سابق ارجاع داد. اگر چنین ارجاعی ممکن نباشد، عقد جدید باطل است. اگر عقود را توقیفی ندانیم، هر عقد جدیدی، مشروط بر اینکه واجد قواعد عمومی معاملات باشد، صحیح است.

در فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت^{علیهم السلام} ذیل بحث از ماهیت و مشروعیت بیمه آمده است: «بیمه از عقود و قراردادهای عقلایی است که در موضوعات مختلف کاربرد دارد؛ لیکن در اینکه عقدی مستقل است و چنانچه تحت هیچ‌یک از عناوین معهود همچون صلح، ضمان و هبه مشروط داخل نشود، محکوم به صحت می‌باشد؛ یا تنها در صورتی حکم به مشروعیت آن می‌شود که مندرج در یکی از عناوین معهود باشد؛ اختلاف است» (هاشمی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۲۱۳).

منشأ اختلاف یادشده این است که آیا تنها معاملاتی محکوم به صحت هستند که در عصر شارع (زمان نزول وحی) متعارف و رایج بوده‌اند، یا هر معامله‌ای که در هر زمان بین عقلا رواج یابد به شرط برخورداری از شرایط کلی صحت، صحیح است، هرچند تحت هیچ‌یک از عناوین معهود در عصر شارع مندرج نباشد؟ بنا بر قول نخست، قرارداد بیمه تنها در صورتی صحیح است که با یکی از عناوین معاملات مانند صلح، ضمان و هبه مشروط انطباق داشته باشد؛ لیکن بنا بر قول دوم، عقدی مستقل است و حکم خاص خود را دارد (همان، ص ۲۱۴).

طبق بیان محقق مامقانی (۱۳۵۰ق)، اولاً، توقیفی بودن عقود مربوط به جایی است که بیان شرعی در کار نباشد و نتوان برای مشروعیت یک عقد دلیل شرعی به دست آورد؛ ثانیاً، دلیل عامی چون قاعده «المؤمنون عند شروطهم»، بیان شرعی محسوب می‌شود که برای مواجهه با قاعده توقیفیت عقود به آن نیازمندیم؛ ثالثاً، قاعده «المؤمنون عند شروطهم» بر قاعده توقیفیت عقود حکومت دارد؛ زیرا قاعده شروط ضرورت بیان شرعی را مطرح می‌کند و قاعده شروط بیان شرعی است که می‌تواند مستندی برای مشروعیت قرارداد نوین باشد (مامقانی، ۱۳۵۰ق، ص ۶۸).

۴-۲. اصالت فساد در معاملات

معنی قاعده «اصالت فساد در معاملات» چیست؟ طبق توضیحاتی

و مادر، عمومیت ندارد و شاید عقود نوظهور، عمدتاً در حکم کارکردهای فرعی عقود اولیه باشد.

اتفاقاً، اقتضای حرکت طبیعی نیز همین است که اولین اعتبارات ناظر به اولین نیازهای عرفی و اجتماعی بشر باشد و اگر بشود با اعتبار سابق، نیازی را برطرف کرد، انگیزه چندانی وجود ندارد که برای رفع نیازی که تا حدودی متفاوت است، عقد جدیدی تأسیس شود. اما این واقعیت، در مقابل اصل جواز پویایی در ابداع یا ترکیب عقود مانعی ایجاد نمی‌کند.

در مجموع می‌توان علل ذیل را برای رکود در شکل‌گیری عقود جدید عنوان کرد:

۱. فقدان مقتضی: مقتضی برای شکل‌گیری عقود جدید وجود ندارد؛ زیرا نیازهای مادر و اصلی با قراردادها و اعتبارات پیشین برطرف شده و شکل‌گیری نیاز جدیدی که نتوان با قراردادهای پیشین آن را برطرف کرد، دور از ذهن است. همچنین، امکان ترکیب عقود، زمینه‌ساز رفع نیازهایی می‌شود که از تک‌تک عقود به‌تنهایی بر نمی‌آید.

۲. وجود موانع: دو دسته موانع عملی و علمی، پویایی در شکل‌دهی به عقود نوین و ترکیب عقود در چارچوبی نظام‌مند را دچار اختلال و رکود کرده است:

۲-۱. موانع عملی: فقه شیعه درگیر با اداره جامعه اسلامی شکل نگرفته و در موقعیت دفاع از اصل موجودیت خود بوده است. این وضعیت با روحیه نوآوری و ابتکار عملی سازگار نیست.

۲-۲. موانع علمی: مقصود از مانع علمی، مبانی و دیدگاه‌های فقهی است که در مسیر پویایی عقود مانع ایجاد می‌کند: ۱. توقیفی بودن عقود؛ ۲. اصالت فساد در معاملات؛ ۳. عدم مشروعیت تصدی ولی فقیه در طراحی عقود؛ در ادامه، این سه شبهه و اشکال پاسخ داده می‌شود.

۴-۱. شبهه توقیفی بودن عقود

پویایی در عقود، مستلزم امضائی و غیرتوقیفی بودن عقود است. توقیفی بودن عقود، یعنی پذیرش مشروعیت هر عقدی، مشروط به وجود بیانی در تأیید آن در شریعت است. توقیفی نبودن عقود، یعنی رد مشروعیت یک عقد در شریعت، مشروط به وجود نهی از آن عقد در شریعت است، ولی پذیرش مشروعیت یک عقد، به مجوز خصوصی برای آن عقد از طرف شریعت نیازمند نیست. طبق مبنای توقیفی بودن عقود، اگر در مشروعیت عقد جدید شک کنیم، باید آن عقد را باطل بدانیم، اما طبق مبنای توقیفی نبودن

اصل بر عدم تحقق آن شرط است. بنابراین، مضمون این قاعده چیزی جز «اصل عدم، در مواقع شک در تحقق شروط قطعی» نیست.

۳-۴. شبهه عدم مشروعیت تصدی ولی فقیه در طراحی عقود

مطالعه میراث موجود در منابع شریعت، نشان می‌دهد حجم عمده سنت معصومان علیهم‌السلام مربوط به امور تعبدی است. این وضعیت، یعنی شارع قصد ورود به معاملات را ندارد و آن را به عقلا و بناهای عقلایی واگذار کرده است. بدین جهت، فقها در موارد متعددی در معاملات به آیاتی همچون «وفوا بالعقود» یا «احل الله البيع» استناد می‌کنند، درحالی که هیچ‌گاه برای تعیین تکلیف یک مسئله نماز به «اقیموا الصلاة» در قرآن استناد نمی‌کنند؛ زیرا برای فهم احکام نماز ادله فراوان روایی وجود دارد، درحالی که احکام معاملات فاقد این حجم از ادله روایی است. بنابراین، ورود شریعت و متصدیان عملیاتی کردن شریعت (ولی فقیه، حوزه علوم دینی و نظام اسلامی) به طراحی عقود، نه تنها کاری غیرضروری، بلکه کاری است که مشروعیت آن نیز مورد تردید و دچار خدشه است؛ زیرا کاری بی‌سابقه است و هیچ عقبه فقهی و تاریخی در سیره اهل بیت علیهم‌السلام ندارد.

در رد این شبهه، توجه به چند نکته راهگشاست:

۱. شکل‌گیری بنای عقلا صرفاً به صورت خودجوش یا به تعبیر فقهی از سنخ مقدمه وجوب نیست؛ بلکه در موارد لزوم از سنخ فعالانه، آگاهانه و از سنخ مقدمه واجب است که تأمین و فراهم کردن آن جزئی از وظایف مکلفان (افراد حقیقی یا شخصیت‌های حقوقی) است. بنابراین، بخشی از بناهای عقلایی، در ترتب احکام شرعی مفروض گرفته می‌شود و مکلفان (اعم از افراد حقیقی یا نظام اسلامی) وظیفه‌ای در تحقق بنای عقلایی یا قاعده رفتاری ندارند، اما بخشی از این بناهای عقلایی مطلوب شارع است. به عبارت دیگر، بنای عقلا که می‌توان از آن به قواعد رفتاری تعبیر کرد، به دو صورت خودجوش و آگاهانه محقق می‌شود (قاسمی‌اصل، ۱۳۹۷، ص ۵۰-۵۲). شکل‌دهی به قواعد رفتاری آگاهانه مطلوب شریعت، در حوزه صلاحیت و توانایی نظام اسلامی و ولایت فقیه است؛ زیرا می‌تواند با استفاده از قدرت سیاست‌گذاری، رفتارهای نوبی را شکل دهد و بناهای جدیدی را بین عقلا ترویج دهد و تثبیت کند.

۲. شریعت مقدس به دنبال این است که هنجارهای مطلوب

که از فقها در مورد این قاعده رسیده، مقصود از اصل در این عنوان اصل عملی و مربوط به شک در مقام تحقق شرطی از شروط عقد است. طبق بیان جواهری، اصالت فساد در معاملات عبارت است از: اصل عدم ترتب اثر هنگامی که دلیلی بر صحت معامله یافت نشود که طبیعتاً شامل دلیل خاص یا عام می‌شود (جواهری، ۱۴۰۵ق، ص ۳۰۲). در این موارد، اصل بر عدم تحقق شرط مشکوک است. از آنجا که اصالت فساد در معاملات از اصول عملیه است، امارات شرعی همچون دلیل وجوب وفای به عقد، دلیل وجوب وفای به عهد، دلیل وجوب وفای به شرط و سایر اطلاعات موجود در قرآن (همچون آیه تجارت) و سنت بر این اصل مقدم می‌شود؛ زیرا اصل عملی در جایی است که بیانی شرعی وجود نداشته باشد و امارات شرعی بیانگر اراده شارع است. برای مثال، محقق همدانی از حکومت دلیل وجوب وفای به عقد بر این اصل عملی (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۵۵۴)، محقق خوانساری از تقدم عمومات بر اصل عملی (خوانساری، بی‌تا، ص ۵۶) و مدرسی یزدی از تقدم اطلاعات بر اصل عملی دفاع می‌کند (مدرسی یزدی، ۱۴۱۰ق، ص ۲۵۰). بنابراین، در شریعت ادله‌ای وجود دارد که اصل ثانوی صحت معاملات را ایجاد می‌کند (موسویان، ۱۳۹۱، ص ۴۶).

اگر در جایی در اصل شرطیت شرطی برای صحت یک عقد دچار تردید شویم، قاعده‌ای وجود ندارد که بگوید باید هرچیزی که ممکن است شرط باشد، را شرط به حساب آورد. شبهه حکمیه دو صورت دارد. اگر شک در اعتبار شرعی شرطی در یک عقد خاص باشد، اصل عدم جعل اقتضا می‌کند که آن شرط از شرایط عقد نباشد. اگر شک در اعتبار عرفی شرطی در یک عقد خاص باشد، به‌گونه‌ای که صدق یا صحت عرفی آن عقد، منوط به این شرط نباشد، راه حل مراجعه به عرف است و اگر عرف آن شرط را شناسد، غیرمعتبر است.

در عقود دارای قدمت تا زمان صدر اسلام که شریعت در ایجاد و تدوین آنها نقشی نداشته، شرایط شرعی عقود، همچون نفی «ضرر»، «غرر» و «اکل مال به باطل»، همه بعد از تحقق عرفی عقود مطرح شده. یعنی عقود عرفی، موضوع شروط شرعی بوده، اما شرایط عرفی عقود همه مربوط به مرحله تحقق عقد است و قبل از تحقق شروط عرفی اصلاً عقد محقق نشده است. در شبهات مصداقی، هر جا در تحقق خارجی شرایطی که در اصل شرطیت آن شکی نیست، تردید ایجاد شود،

ضوابط و در راستای آن اهداف، ولی فقیه به انشای احکامی در راستای تأمین نیازهای نوپدید اقدام می‌کند. احکام انشائی ولی فقیه دو صورت دارد: ۱. ایجاد الزام بر مکلفان؛ ۲. طراحی سازوکارها و تعیین نحوه تعاملات اجتماعی. شأن اول از سنخ احکام تکلیفی و شأن دوم از سنخ احکام وضعی است.

براساس شأن دوم، ولی فقیه می‌تواند با طراحی سازوکارها و نهادهای امین و توانمند، طراحی عقود نوظهور را خود به دست گیرد و از حالت انفعالی، اصلاحی و امضایی خارج شود. حرکت فعال دستگاه ولایت در طراحی عقود، منافاتی با حرکت امضایی شریعت در صدر اول ندارد؛ زیرا این هر دو، متناسب با ظرفیت‌های موجود است. در صدر اول که مردم به اندازه نیازهای عرفی خود عقود دارند، شریعت به اصلاحات جهت‌دهنده اکتفا می‌کند؛ زیرا همزمان با ظهور اسلام، نیازهای اجتماعی جدیدی ایجاد نشده و به تشریح و تدوین عقود جدید نیاز نبوده است. هر زمان که شرایط و مقتضیات تحقق عقد جدیدی محقق شود، شریعت و نظام سیاست‌گذار شرعی در طراحی عقود نوین بر هر مجموعه دیگری اولویت دارد.

نتیجه‌گیری

با عنایت به چهار پرسشی که با هدف تحلیل پویایی عقود مطرح شد، نتایج ذیل به دست آمد:

۱. پویایی در خود دارای سه مضمون است: پویایی در زمان به معنای هماهنگی متقابل با زمان و تغییرات زمانه، پویایی در ترکیب بین عقود و ایجاد عقود مرکب با ترکیب‌های متنوع و طراحی ترکیب‌های کارآمدتر و پویایی در ابداع عقود نوین.

۲. می‌توان بر پویایی در عقود به دو نحو لمّی و آنی استدلال کرد. ادله آنی، دلایل و شواهدی است که از متن شریعت قابل دستیابی است و شامل دو بخش ادله تحلیلی و لفظی است. ادله تحلیلی، ذهن را در برداشت از ادله لفظی نظام‌مند می‌کند. ادله لمّی، زمینه‌ساز فهم صحیح ادله آنی است.

۲-۱. استدلال لمّی؛ نیازهای اجتماعی - اقتصادی متنوع و فزاینده جامعه بشری، پویایی عقود را ضروری می‌سازد؛ ضرورتی که شریعت با آن به‌مثابه یک واقعیت اجتماعی مواجه می‌شود.

۲-۲. ادله تحلیلی؛ عنوان، ضوابط، قواعد و ابزارهایی که از رویه شریعت و مجموع ادله شرعی به دست آمده است. در این تحقیق،

خود را به صورت قواعد رفتاری تثبیت شده در بین مردم درآورد. در راستای تحقق این هدف، تقویت و تعمیق قواعد رفتاری مطلوبی که در بین مردم موجود است؛ تغییر قواعد رفتاری که حالت مخالف آن در بین مردم موجود است؛ و ایجاد قواعد رفتاری که در بین مردم سابقه ندارد (قاسمی‌اصل، ۱۳۹۷، ص ۴۶-۴۷)؛ وظایف کلی سیاست‌گذاری است که بر دوش اهل‌بیت^{علیهم‌السلام} و جانشینان ایشان سنگینی می‌کند. از آنجاکه عبادات جزء هنجارها و قواعد رفتاری مطلوبی است که یا در بین مردم سابقه نداشته و عقلاً نسبت به آن ارتکازی نداشته‌اند یا در مواردی، به جهت غلبه خرافات و حواشی شرک‌آلود، به صورت نامطلوب وجود داشته است. بنابراین در هر شبهه یا پرسشی به شریعت مراجعه می‌کردند؛ اما در معاملات، اصل رفتار در بین عقلاً به صورت ارتکازی موجود بوده و نیازی به پرسش نبوده، مگر در مواردی که شریعت تغییر یا اصلاحی ایجاد کرده باشد. بنابراین، معاملات کمتر از عبادات در معرض شبهه و پرسش بوده است. طبیعتاً سیاست‌گذار، یعنی پیامبر و اهل‌بیت^{علیهم‌السلام} می‌بایست تمرکز خود را بر ایجاد یا تغییر قواعد رفتاری عبادی قرار می‌دادند.

قاعدتاً در گذر زمان، با تثبیت و تعمیق شناخت افراد از قواعد عبادی شریعت و تحقق نیازهای جدید در تعاملات اجتماعی و اقتصادی، این تفاوت نسبت معکوس می‌شود.

۳. معاملات و تعاملات اصالتاً یک حقیقت اجتماعی است که طراحی و عملیاتی شدن آنها مربوط به نهاد قدرت و نظام سیاسی اسلام است. از آنجاکه اهل‌بیت^{علیهم‌السلام} مجال و فرصت اندکی، در حد ۱۵ سال، حاکمیت جامعه اسلامی را در دست داشته‌اند، انصاف علمی نیست که براساس نسبت موجود، به قضاوت درباره مشی و روش شریعت پرداخت.

بنابراین، برای رسیدن به یک نگاه واقعی‌تر در مورد رویه و دیدگاه شریعت، اولاً، باید بر متونی که از سیره اهل‌بیت^{علیهم‌السلام} در فرصت‌های محدود فعالیت حکومتی حکایت می‌کند، تمرکز کرد؛ ثانیاً، در مواجهه با سایر روایات، با ملاحظه وجود تنگناهای سیاسی و اجتماعی در آن عصر قضاوت کرد؛ ثالثاً، در قضاوت درباره روایات، با ملاحظه امضائی (غیرابتدائی) بودن معاملات و تدریجی بودن تحولات در قواعد رفتاری و بناهای عقلایی، نتیجه‌گیری شود.

۴. در مواجهه با اموری که طبعاً و ذاتاً تدریجی است، شریعت مقدس مجموعه‌ای از ضوابط و اهداف قرار داده و در چارچوب آن

براساس دو تحلیل پویایی در عقود تبیین شد:

۲-۲-۱. براساس تحلیل احکام امضائی، برخی الزام‌های شریعت ناشی از التزام مکلفان و اراده پیشین ایشان است. این الزام‌ها در واقع امضای تعهدات جمعی است و عقود از این سنخ است. این تحلیل، بر «اراده جمعی مردم» به عنوان عامل تعهدات متمرکز است.

۲-۲-۲. براساس تحلیل منطقه‌الفرغ، محدوده‌ای از غیر الزامیات در شریعت وجود دارد که زمینه را برای اعمال نظر قدرت سیاسی مشروع در جهت برطرف کردن نیازهای متغیر اجتماعی فراهم می‌کند. عقود و قراردادها از این سنخ نیازهاست. این تحلیل، بر «ولایت» به عنوان متصدی طراحی تعهدات متمرکز است.

۲-۳. ادله لفظی، مستنداتی است که در منابع اولیه شامل قرآن و سنت وجود دارد و مستقیماً بر پویایی در عقود دلالت دارد. آیات ۱ مائده؛ ۳۴ اسراء؛ ۱۷۷ بقره؛ ۲۹ نساء و حدیث «المؤمنون عند شروطهم»، از جمله ادله لفظی است که می‌توان دلالت آن را بر پویایی در عقود تبیین کرد.

۳. پویایی عقود، ضوابطی دارد: ابداع عقود، منوط به حفظ ساختار و شبکه عقود و ملاحظه اهداف مدنظر شریعت در تشریح عقود است. ترکیب عقود، مشروط به عدم مخالفت با کتاب الهی و عدم مغایرت با مقتضای هر یک از عقود است.

۴. رکود در شکل‌گیری عقود نوین ممکن است ناشی از نبود مقتضی یا وجود مانع برای ایجاد عقود نوین باشد:

۴-۱. نبود مقتضی، یعنی برای طراحی قراردادها و عقود نوین احساس نیاز نشود و این ممکن است به جهت اکتفا به عقود موجود و مسامحه در تمایز نیازها باشد که باعث می‌شود نیازهای متنوعی را با یک ابزار تأمین کند.

۴-۲. وجود مانع عملی، یعنی انزوای دستگاه توانمند در طراحی عقود از دخالت در امور اجتماعی که به صورت تاریخی مانع شکل‌دهی به عقود نوین می‌شود.

۴-۳. وجود مانع علمی که منطقی مانع شکل‌دهی به عقود نوین می‌شود. در این مقاله، سه مانع علمی طرح و بررسی شد:

۴-۳-۱. شبهه: توقیفی بودن عقود. پاسخ: آنچه توقیفی است، قواعد عمومی، ساختارها و اهداف تشریح عقود است. مصادیق و عناوین عقود، امضائی است، یعنی ابتدائی نیست، اما ممکن است تأسیسی باشد یا نباشد. چنین امضائی، استمراری است و انحصاری

به زمان حضور پیامبر ﷺ ندارد.

۴-۳-۲. شبهه: اصالت فساد در معاملات. پاسخ: این اصل، یک اصل عملی در شبهات موضوعیه است؛ یعنی در مواقع شک در تحقق شروط قطعی یک معامله، بنا بر عدم تحقق آن شرط گذاشته می‌شود و ربطی به قاعده ابداع و ترکیب عقود ندارد.

۴-۳-۳. شبهه: عدم مشروعیت تصدی ولی فقیه در طراحی عقود. پاسخ: اولاً، ارتكازی بودن معاملات در عصر تشریح و در مقابل نوین بودن موضوعات و احکام عبادی؛ ثانیاً، امضائی، یعنی غیرابتدائی بودن شکل‌گیری معاملات و در مقابل ابتدائی بودن احکام عبادی.

منابع.....

- نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، ترجمه محمد دشتی، قم، مؤسسه نهج البلاغه.
- اشعری قمی، احمد بن محمد بن عیسی، ۱۴۰۸ق، النوادر، قم، مدرسه امام مهدی (عج).
- انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- جواهری، حسن، ۱۴۰۵ق، رسائل فقهیه «الریا فقهیه و اقتصادیا»، قم، بی‌نا.
- حائری، سید کاظم، ۱۴۲۳ق، فقه العقود، چ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی.
- خونساری، محمد، بی‌تا، الحائسیة الأولى علی المکاسب، قم، بی‌نا.
- خوئی، سید محمد تقی، ۱۴۱۴ق، الشروط او الاتزامات التبغیه فی العقود، بیروت، دارالمورخ العربی.
- خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۸ق، موسوعة الإمام الخوئی، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.
- قاسمی اصل، محمد جواد، ۱۳۹۷، «قواعد رفتاری در اقتصاد اسلامی؛ مفهوم، ویژگی‌ها، رویکردهای نظری و مبانی عملی»، پژوهشنامه سبک زندگی، سال چهارم، ش ۷، ص ۴۱-۶۴.
- کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ق، الکافی، چ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- مامقانی، ملا عبدالله، ۱۳۵۰ق، نهیة المقال فی تکملة غایة الامال، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه.
- مدرسی یزدی، سید عباس، ۱۴۱۰ق، نموذج فی الفقه الجعفری، قم، کابرفروشی دآوری.
- مراغی، سید عبدالفتاح، ۱۴۱۷ق، العناوین الفقیهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۱۱ق، القواعد الفقهیه، چ سوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب ﷺ.
- موسویان، سید عباس، ۱۳۹۱، ابزارهای مالی اسلامی (صکوک)، چ پنجم، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، ۱۴۲۶ق، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت ﷺ، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت ﷺ.
- همدانی، آقارضا، ۱۴۱۶ق، مصباح الفقیهیه، قم، مؤسسه الجعفریة لإحیاء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی.