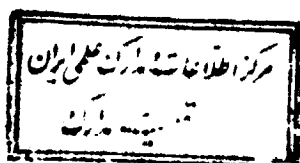


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

۲۷۷۶



۱۰ / ۲ / ۱۳۷۹



دانشگاه قم

دانشکده علوم انسانی

پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی

موضوع

بررسی تطبیق شرط تنجیز در عقود و تطور تاریخی آن

استاد راهنما

۵۴۸۸

حضرت آیه الله حاج شیخ حسین کریمی

استاد مشاور

حضرت حجت الاسلام والمسلمین جناب آقای سیدعلی اصغر موسوی رکنی

نگارنده

محمد بهمن آبادی

پاییز ۱۳۷۸

۲۷۷۷۰

## مقدمه

فقه، یکی از شریفترین و وسیعترین علوم اسلامی است و بالطبع حاملان آن که امانت داران پیامبر می‌باشند از موقعیت و اعتبار خاصی برخوردارند، از آغاز طلوع اسلام تا به امروز نقش ارزنده‌ای در روند فکری و تکاملی جامعه اسلامی داشته و تحولات عمیقی را به خود دیده است بطوریکه از مرحله روائی به مرحله استنباطی و اجتهادی رسیده است و همواره همانند سایر پدیده‌ها دستخوش تطور و دگرگونی بوده و خواهد بود.

یکی از ابواب مهم فقه، بحث معاملات و عقود می‌باشند عنوانی که حاوی بسیاری از مسائل مبتلا به زندگی و نظام اجتماعی بشر است در این خانواده بشری بایستی یک سلسله مقررات بعنوان ضابطه و قانون مورد توجه و عنایت واقع شوند تا با این انتظام بتوانند از مناقشات و جدال دوری گزینند. و از بررسی کتب فقهی در بحث از شرایط بیع و عقود دریافت میشود که بدون تردید بیع بیش از تشریح دین مقدس اسلام نیز وجود داشته و نیز این حقیقت ثابت است که در معاملات و داد و ستدهای مالی و غیرمالی انسان همواره علاوه بر دستورات دینی، عرفهای عقلانی شبیه قانون حاکم بوده است. گرچه این عرفها و سنن و دستورات دینی ثابت و لایتغیر نبوده و نیستند بلکه به تناسب نیاز، درک و شعور و پیشرفت انسان تغییر و اصلاح شده است. و در هر دوره‌ای تکامل بیشتری یافته‌اند. و اینجاست که میگوئیم باید فقه ما، در پرتو عرف، پویا باشد یک فقیه و مجتهد نیز در آراء فقهی خود، جامعه‌ای را که در آن زندگی میکند، ورنه از کند، و نیازهای جامعه را بسنجد، عوامل و موضوعات مستحدثه را در آراء خود موثر بداند و آنگاه بر اساس نیاز جامعه و عرف عقلا و با در نظر گرفتن دو عنصر زمان و

مکان فتوا دهد چون در غیر اینصورت نه تنها پاسخی به نیازهای جامعه داده نخواهد شد بلکه فتوای مزبور امکان پیاده شدن و اجراء در جامعه را نیز نخواهد داشت مضافاً به اینکه، معتقدیم اسلام آخرین دین و محمد آخرین پیامبر الهی است در شریعت اسلام هم، نباید هیچ موضوعی بدون حکم بماند.

و همچنین پیدا است که دین اسلام نیز همان روش مبادله‌ای را که در عرف و جامعه آن زمان به عنوان بیع رایج بوده مورد تایید قرار داده است ضمن آنکه ضوابط و مقرراتی از سوی شارع مقدس برای تضمین و پاسداری از منابع فرد و جامعه و برقراری روابط سالم اقتصادی بین آنها وضع نموده است.

منهای مقرراتی که شریعت اسلام پای بندی و التزام به آن را متذکر گردیده است عرف و نظر عقلا مهمترین محل رجوع و عاملی هستند که در معاملات و تجارت از آن سخن می‌رود. و آنجا که بین شرع و عرف تباینی نباشد. عقل عرف و بازار میتواند رهگشای و گشاینده گره‌کور معاملات باشند. آنچه در فقه اسلام راجع به معاملات ابراز شده اینست که تجارتی که واقع گردیده، باید رضایت طرفین در آن ملحوظ شود، تا آکل مال، به باطل نباشد و از نظر شرع این نکته دقیق است، که حلالی را حرام، و حرامی را حلال ننمایند.

و طی بررسی مدارک و مستندهای شروط بیع در کتب فقهی به دو شرط عمده که از جمله ضوابط شارع مقدس بشمار رفته و اساس و مستند فتاوی اغلب فقهاء اسلامی در نافذ شمردن معاملات و یا عدم نفوذ آن قرار گرفته است، برخورد می‌نمائیم و آن عبارتست از

۱- تراضی طرفین در معامله

## ۲- عدم غرر در معامله

موضوع الفاظ و صیغه عقود، موضوع مهمی است که در کتب فقهی صفحات چندی را به خود اختصاص داده است و علماء عظیم الشان بسیاری این موضوع را با ذره بینی خاص فقهی مورد دقت و بررسی و نقد قرار داده‌اند. طبق تعریف عقد، برای منعقد شدن آن، لازم است که اراده دو طرف یا چند طرف عقد، با یکدیگر توافق داشته و رضایت افراد در اطراف عقد حاصل شود. و با توجه به اینکه این اراده امری قلبی و قابل رویت و درک نیست مگر با وسیله‌ای که آن را اظهار و ابراز و آشکار ساخت و به اثبات رساند و لذا بهترین وسیله و آئینه نشان دهنده و کشف کننده این اراده (اراده‌ها) الفاظ صریح و روشنی است که منظور و مقصود هر یک از طرفهای عقد را نشان می‌دهد.

و به این جهت بسیاری از دانشمندان و فقهای عظام را بر آن داشته است که وجود این الفاظ صریح و روشن را شرط صحت عقد دانسته و حقیقت عقد را منوط به انشاء لفظی بدانند و بدینجهت برای هر عقدی لفظ یا الفاظی مخصوص را ذکر کرده و از این الفاظ تعبیر به صیغه عقد نموده و شرطهای را برای آن ذکر کرده‌اند از جمله، این است که، عقد باید منجز باشد.

پس هرگاه عقدی انشاء شده بلافاصله باید اثر عقد بر آن مترتب شود (منجز) در غیر اینصورت معلق خواهد بود. به طوریکه نفیاً و اثباتاً تصمیمی راجع به آن گرفته نشده و امر معلق از آن حیث معلق است که نه معدوم کامل نه موجود کامل بلکه وجودی است ناقص. به عبارتی اثر حاصل از عقد در همان حال عقد موجود میشود ولی بعلت نحوه مذاکرات طرفین بطور ناقص ایجاد می‌گردد و زوال آن نقص، بسته به

پیدایش عامل یا عوامل جدید می‌باشد که آن عامل و عوامل را معلق علیه گویند چنانچه بایع در عقد بیع بگوید: این کتاب را بر تقدیریکه بیمار خوب شود، می‌فروشم. و مشتری هم این فروش معلق را قبول کند، با فرض خوب شدن بیمار (حصول معلق علیه) بیع محقق می‌شود پس چنین نیست که در عقد معلق آثار عقد در حین عقد موجود نگردد. والا لازم می‌آید که بین انشاء و منشاء فاصله زمانی حاصل شود. و این حتی در ایجاد موجودات اعتباری هم محال است. بهرحال تعلیق عقد بمعنی فوق از کیفیت انشاء متعاقدین به وجود می‌آید.

#### درباره موضوع رساله

آشنایی با قواعد و ضوابط معاملات از موضوعهای مهمی است که از جنبه‌های مختلف می‌توان آن را بررسی کرد با انتخاب موضوع پایان نامه تحت عنوان:

#### «بررسی تطبیقی شرط تنجیز در عقود و تطور تاریخی آن»

گامی در جهت شناخت و آگاهی هر چه بیشتر از دیدگاههای فقهای اسلامی و موارد اتفاق و اختلاف بین آنها درباره این شرط برداشته شده است و مراد از فقهای اسلامی در این بحث فقهای شیعه و مذاهب چهارگانه اهل سنت بوده که دیدگاهشان درباره موضوع مورد بحث مطرح شده است.

ما در این رساله مختصر، سیری اجمالی در لابلای کتب فقهای بزرگ از گذشتگان همانند: شیخ طوسی و تلامذ ایشان، محقق حلی، علامه حلی، محقق ثانی، شهیدین و خاصه شیخ انصاری و از متاخرین ایشان بزرگانی چون، میرزای نائینی، سیدمحمدکاظم یزدی، آقا سیدابوالحسن اصفهانی، مرحوم حکیم و امام خمینی و

آیت الله خوئی (قدس الله اسرارهم) داشته‌ایم و سعی شده است که از خرمن دانش کمالاتشان بقدر بضاعت مزجاة نگارنده نفایسی به ارمغان آوریم.

با توجه به اینکه موضوع رساله بررسی تطبیقی شرط تنجیز در عقود و تطویر

تاریخی آن می‌باشد مباحث کلی رساله بطور کلی در پنج مبحث و عنوان ذیل:

۱- فصل اول: بیان کلیه واژه‌ها و محل بحث، که در ابتدای بحث به تعریف لغوی و اصطلاحی تنجیز پرداخته شده و از واژه‌های انشاء و منشاء که نقش عمده‌ای در بحث و موضوع رساله دارد به طور دقیق تعریف شده و در نهایت به بیان این موضوع می‌پردازیم که محل بحث حول کدام محور دور می‌زند؟

فصل دوم: در بیان سیر تاریخی در اقوال فقها که این فصل شامل دو قسمت است قسمت اول از شیخ طوسی تا شیخ انصاری و قسمت دوم از شیخ انصاری تا امام خمینی (ره) و پایان این فصل اختصاص به اقوال مذاهب دیگر دارد. فصل سوم: در بیان امکان تعلیق و یا استحاله آن و ذکر ادله طرفین.

مهمترین بحث رساله در بیان دلایل عقلی و ثبوتی شرط تنجیز به این فصل اختصاص داشته و بحث تخلف انشاء و منشاء مربوط به این بخش است. فصل چهارم: در بیان اشکالاتی که در مقام اثبات وارد شده است و اجماع مربوط به این بخش است.

فصل پنجم: در استنتاج و خاتمه و کتابنامه به رشته تحریر درآمده‌اند که بر اساس ارشادات استاد بزرگوار حضرت آیت ا... کریمی تنظیم گردیده است.

همچنین در خلال این مباحث و یا بعضاً پاورقی به حقوق مدنی ایران و نیز به آراء فقهای اهل تسنن پرداخته شده و چند سطری را به نظراتشان اختصاص داده‌ایم. در مورد اقوال فقها که از نظراتشان در این پایان نامه استفاده شده آنجا که بحث فنی و استنباط بوده و به لحاظ اهمیت ایجاب می‌کرده است ترجمه مطابق متن عربی

صورت گرفته و در دیگر موارد ترجمه‌ای آزاد ارائه شده است. در این مجال از نقصان و کاستی‌ها پوزش می‌طلبیم تا چه قبول افتد و چه در نظر آید.

### درباره منابع

منابع فقهی که در این تحقیق مورد استفاده قرار گرفته‌اند به دو دسته تقسیم میشوند الف) منابع فقهی شیعه ب) منابع فقهی اهل سنت  
درباره استفاده از منابع نیز توضیح چند نکته را ضروری می‌داند.

۱- در استفاده از منابع فقهی شیعه سعی گردیده با توجه به موضوع مورد بحث از منابع مهم استفاده شود. از قبیل مکاسب شیخ انصاری، جواهرالکلام، البیع امام خمینی، مصباح الفقاهه آقای خوئی، ضمن آنکه از کتاب مکاسب به دلیل مشتمل بودن آن بر طرح نظریه‌های مهم فقه‌های شیعه استفاده بیشتری شده است.

۲- در استفاده از منابع فقهی اهل سنت عموماً از کتابهای الفقه الاسلامی وادلته دکتر الزهیلی و المغنی ابن قدامه و الفقه علی المذاهب الاربعه تالیف عبدالرحمن جزیری استناد جسته‌ام.

۳- جهت رعایت اختصار به هنگام نقل اقوال علماء و دیدگاه فقه‌های بزرگوار از ذکرالقاب و عناوین رایج هر یک خودداری شده و فقط به ذکر نام یا لقب آنها بسنده شده است.

۴- ذکر منابع در پاورقی به اختصار نقل شده است اما مشخصات کامل آن در فهرست منابع رساله بطور جداگانه ضمیمه گردیده است.

محمد بهمن آبادی

آبان ۱۳۷۸

مصادف با عید مبعث



## چکیده

اصطلاحات، تنجیز، تعلیق، انشاء، منشاء

«بررسی تطبیقی شرط تنجیز در عقود و تطور تاریخی آن» موضوع پژوهش حاضر است که در ۵ فصل تنظیم گردیده است. که ابتدا درباره ماهیت مفردات عنوان عقود، شرط و تنجیز بحث می‌شود. تنجیز در برابر تعلیق قرار دارد و معنی لغوی آن آزادکردن امری از قید وابستگی و در اصطلاح یعنی، آن است که بر عقد، یا ایقاع به مجرد انشاء آن، آثار آنها بار شود، و به صفت و یا شرطی وابستگی و تعلیق پیدا نکند. پس تنجیز یکی از شرایط صحت عقد است و عقد، نباید به صفت یا شرطی، معلق باشد. صفت آن است که محققاً فرا می‌رسد و وجود پیدا می‌کند. اما شرط، محقق الوقوع نیست ناگفته نماند که محل بحث انشاء در عقد است. انشاء عبارتست از ایجاد امری از امور به سببی از اسباب که قبلاً موجود نبوده و به نفس این سبب ایجاد میشود پس مطابق و ما بازائی ندارد که با آن سنجیده شود و متصف به صدق و کذب گردد بدین معنا در مقابل اخبار قرار دارد.

قول مشهور بین فقهاء این است که قائل به بطلان عقد معلق هستند. اما جمعی دیگر از فقهاء تعلیق در عقد را بطور مطلق صحیح دانسته‌اند شافعی‌ها معتقدند که عقد قابل تعلیق نیست ولی حنفیه، مالکیه و حنابله عقیده دارند که عقد معلق صحیح است و حقوق مدنی آنرا از شرایط عمومی عقد نمی‌داند بلکه قانونگذار صرفاً در بعضی عقود خاص شرطیت آن را متذکر شده است.

دلیل عقلی که در مورد این شرط بیان شده این است که، انشاء اگر به طور معلق واقع شود دائر مدار وجود و عدم میباشد به همین خاطر در ایجاد معلق نوعی تناقض

نهفته است و همانطوریکه امور تکوینی نمی‌تواند معلق بر چیزی شود امور انشائی هم نمی‌تواند. خلاصه آنچه محال است، تعلیق در انشاء است نه منشاء زیرا در عرف و شرع بسیاری از عقود هستند که اثر آنها به طور معلق واقع شده‌اند از جمله وصیت، جعاله، دلائل دیگر مثل سبب بودن عقود در ترتب اثر شرعی، توفیقی بودن اسباب شرعی ... و در بخش دوم فصل سوم، تفکیک انشاء و منشاء مورد بحث قرار گرفته که اگر تعلیق به انشاء برگردد بین انشاء و منشاء فاصله زمانی ایجاد نخواهد شد. که البته در این مورد دو نظر وجود دارد ۱- تعلیق و شرط به ماده برمی‌گردد ۲- تعلیق و شرط به هیئت مربوط است. که بنا بر نظر دوم تا حصول معلق علیه هیچ‌گونه عقدی و ایجابی صورت نمی‌گیرد. بدین ترتیب بین انشاء و منشاء تفکیکی حاصل نمی‌گردد. ولی اگر وجوب حالی و واجب استقبالی باشد. تفکیک بین انشاء و منشاء به وجود می‌آید.

خلاصه اینکه تمام دلائل عقلی مورد مناقشه قرار می‌گیرد و تنها دلیلی که می‌توان به آن تمسک نمود اجماع است. که این اجماع هم به خاطر مدرکی بودن خالی از اشکال نیست به طور کلی، مفاد عقود و ایقاعات عبارتست از یک سلسله امور اعتباری که به وسیله الفاظ و یا افعال ابراز می‌گردد. و این امور اعتباری نوعاً می‌توان گفت از مجعولات عرفی است که عقلاً برای تنظیم معاش خودشان دائر کرده‌اند و شارع آنها را با اصطلاحی پذیرفته است پس محل بحث الفاظ و افعال نیستند زیرا شکی نیست که نفس الفاظ و افعال موجودات خارجی‌اند. و وجود خارجی با تعلیق سازگاری ندارد بلکه محل بحث نفس اعتبارات و مجعولات است. یا در معتبر و مجعول است مثل ملکیت در بیع.

به بیان دیگر معانی عقود از امور اعتباریه عقلانی بوده و زمام اختیار آنها در

دست انشاء کننده است و میتواند آنها را بهر کیفیت که بخواهد انشاء نماید می تواند آنرا  
برای هر یک از زمانهای حال و آینده انشاء نماید همانطوریکه بایع ملکیت زمان حال و  
موصی ملکیت زمان آینده را انشاء می کند.

# فصل اول

## تعاریف و کلیات

امید دارد که این خدمت علمی هر چند اندک، مورد قبول حضرت حق «عزوجل» واقع شود و در پیشگاه استادان ارجمند پذیرفته آید، و خطاهای رفته را به چشم عنایت نگریسته و محبت بفرمایند ارشادات خود را یادآوری فرموده، تا درصدد اصلاح آن برآیم

گر خطا گفتیم اصلاحش توکن مصلحی تو، ای تو سلطان سخن<sup>(۱)</sup>

«جِئْنَا بِضَاعِهِ مُرْجَاةٍ قَاوِفٍ لَنَا الْكَيْلُ»<sup>(۲)</sup>

در خاتمه بر خود فرض می‌دانم که مراتب سپاس و قدردانی خویش را به محضر مبارک کلیه ذوی الحقوق بالاخص اساتید گرانقدری که همچون، شمع پر نور و درخشنده در دوره تحصیل، این حقیر را مانند هزاران شاگرد دیگر ذره پروری نموده و جسم و جان ما را به نور پر فیض خودشان منور ساختند بویژه مقام شامخ استاد راهنما حضرت آیت ... حاج آقا کریمی رئیس هیئت علمی دانشگاه قم و استاد مشاور حجة الاسلام والمسلمین حاج آقا موسوی رکنی (دامت برکاتهما) که تا آنجایی که میسر بود پدروار مرا ارشاد و راهنمایی فرمودند و اقرار می‌کنم که مرهون توجه خاص این بزرگواران علم و اخلاق هستم و امیدوارم هر دو بزرگوار بر مسند فیض بخشی تعلیم، پایدار بمانند.

و همچنین از همه کسانی که در تنظیم این رساله، مرا ارشاد و توجیه نمودند و بهرحال طبق فرموده روایت شده از امیرالمؤمنین «مَنْ عَلَّمَنِي حَرْفًا فَقَدْ صَبَّرَنِي عَبْدًا» از خداوند سبحان درخواست می‌کنم که به همه آنان سعادت دنیا و آخرت، عطا نموده، و به اینجانب توفیق قدردانی از آن بزرگواران و عمل نمودن به ارشادات آنان را عنایت بفرماید. آمین یا رب العالمین.

محمد بهمن آبادی

۱- مولانا جلال الدین رومی

۲- سوره یوسف (۱۲) آیه ۸۸

## پیشگفتار

(رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ) (۱)

بنام نامیت ای خدای دانا، ای ایزد توانا که این بنده ناچیزت با استعانت و مددخواهی از توفیق و احسانت، در راه خدمت به علم و پژوهش توانست قدمی گرچه ناچیز بردارد، و معلوم است که طی این طریق تنها به مدد و توفیق و هدایت از جانب تو امکان پذیر است و لطف و رحمت تو این بنده ضعیف را در این راه دستگیر است و بس.

پروردگارا! همواره سپاسگزارم که علاوه بر نعمتهای گوناگون که بر این حقیر ارزانی نمودی همچنین مرا به این راه هدایت نموده و این توفیق را عنایت فرمودی چرا که علیرغم اینکه لیاقت و توان این کار و امر عظیم را نداشتم ولی لطف تو یار آمد و استفاده از محضر استادان عظیم الشان علم و حلم به بنده عنایت شد.

بدیهی است در طریق آموزش دانشجویان با اساتید مختلف و کتابهای گوناگون برخورد می‌کنند ولیکن هر دانشجویی در دوره تحصیل و تحقیق خود دلبسته استادی خاص و یا کتابی مخصوص میشود بطوریکه حرکات و رفتار آن استاد بر ضمیر او نقش می‌بندد و یا جملات آن کتاب سند گفته‌هایش در جمع علمی می‌گردد.

بنده در طول مطالعات و تحصیلات خود علاوه بر علاقه خاصی که به کتابهای فقهی داشتم و ارادت ویژه‌ای به استاد بزرگوار حضرت آیت الله کریمی (دامت برکاته) داشتم و لذا بر اینکه امثال امر نموده باشم در انتخاب موضوع پایان نامه خود توصیه و دستور ایشان را، مبنی بر «انتخاب بررسی تطبیقی شرط تنجیز در عقود و تطور تاریخی آن» را با جان و دل پذیرفتم.

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱۲۴	اجماع .....
۱۲۹	فصل پنجم: خاتمه و استنتاج .....
۱۳۰	۱- شک در ترتب اثر شرعی .....
۱۳۲	۲- شک در شروط مقومه .....
۱۳۸	۳- اصالة الصحة .....
۱۴۳	نتیجه .....