

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 16, Consecutive Number 37, Winter 2024
Issn: 2717-0330

Pages 257-284 (Research Article)

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.

journal of
Studies in Islamic Law & Jurisprudence



Investigating the rational criteria for the contract or unilateral legal act of compositions with an approach to Imam Khomeini's point of view

Javan. Abdollah ¹

1. Assistant Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, University of Tehran, Tehran, Iran: a.javan@ut.ac.ir

Abstract: In Islamic jurisprudence and, accordingly, in law, their creation is divided into two general categories of contracts and agreements, the realization of which requires acceptance and the latter does not require acceptance. of course, the jurists disagree on the validity of some constructions, which considering the rationality and signature of the transaction rulings, discovering a clear rational criterion and rule for the need or lack of acceptance can resolve the differences of opinion. Imam Khomeini is one of the contemporary jurists who have raised this issue independently and while presenting a rational rule, they have applied it to two of the controversial creations, endowment and will. In this article, after taking a look at the development of the concept of marriage and marriage in Imami jurisprudence, we examine and evaluate the view of Imam Khomeini in the rule of contract with the title (possession within the scope of the control of others). Also, two other points of view that were used from the statements of Martyr Sadr and Ayatollah Khoei, titled (Relating to the affairs of others) and (Mutual obligation) were examined and the ratio between the three precepts was measured and after presenting the acceptable precepts, the Imam's view on endowment and will have been criticized and validity of both contracts has been proven with different expressions.

Keywords: Contract - Unilateral legal act - Rational criteria - Imam Khomeini - Endowment – Will.

- A. Javan (2024), Investigating the rational criteria for the contract or unilateral legal act of compositions with an approach to Imam Khomeini's point of view, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 16(37), 257-284.

[Doi: 10.22075/feqh.2022.25416.3113](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.25416.3113)

فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۶ - شماره ۳۷ - زمستان ۱۴۰۳

صفحات ۲۵۷ - ۲۸۴ (مقاله پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۰/۰۹/۱۰ - بازنگری ۱۴۰۱/۰۵/۰۲ - پذیرش ۱۴۰۱/۰۵/۳۱

ملاک عقلانی عقد یا ایقاع بودن انشائات با رویکرد به دیدگاه امام خمینی (ره)

عبدالله جوان^۱

a.javan@ut.ac.ir

۱: استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

چکیده: در فقه اسلامی و به تبع آن در حقوق، انشائات به دو دسته کلی عقود و ایقاعات تقسیم می‌شوند که اولی برای تحقق، نیازمند قبول و دیگری از قبول بی‌نیاز است. البته فقها در عقد یا ایقاع بودن برخی از انشائات اختلاف نظر دارند که با توجه به بنای احکام معاملات بر مبانی عقلایی و رویکرد امضایی شارع در این حیطه، دقت در کشف ضابطه و ملاک عقلایی متن و واضح برای نیاز یا عدم نیاز انشاء به قبول می‌تواند برای حل صحیح این اختلاف نظرها راهگشا باشد. از آنجایی که امام خمینی (ره) از معدود فقهای معاصر هستند که بحث از ضابطه عقود و ایقاعات را به صورت مستقل مطرح کرده و بعد از ارائه ضابطه ای عقلایی آن را در مورد دو عنوان از انشائات مورد اختلاف، یعنی وقف و وصیت تطبیق داده‌اند، در این مقاله بعد از نگاهی به سیر شکل‌گیری و تطور مفهوم عقد و ایقاع در فقه امامیه، به بررسی و ارزیابی دیدگاه امام خمینی (ره) در ضابطه عقد تحت عنوان «تصرف در حیطه سلطه غیر» و دو دیدگاه دیگر تحت عنوان «ارتباط با شأن غیر» و «الترام متقابل» که از کلمات شهید صدر و آیه الله خوئی (ره) قابل استنباط است، و سنجش نسبت این سه با یکدیگر پرداخته و بعد از ارائه و تبیین ملاک قابل قبول، نظر امام (ره) در مورد وقف و وصیت نیز مورد نقد و بررسی قرار گرفته و ایقاع بودن هر دو انشاء با تبیین متفاوت اثبات شده است.

کلیدواژه: عقد، ایقاع، ضابطه عقلایی، امام خمینی (ره)، وقف، وصیت.

- جوان، عبدالله (۱۴۰۳) ملاک عقلانی عقد یا ایقاع بودن انشائات با رویکرد به دیدگاه امام خمینی (ره)، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۷، صفحات ۲۸۴-۲۵۷.

[Doi: 10.22075/feqh.2022.25416.3113](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.25416.3113)

مقدمه

به تبع تقسیم مشهوری^۱ که در فقه برای انشائات صورت گرفته، در حقوق امروز نیز اعمال حقوقی به دو دسته اصلی عقد و ایقاع تقسیم می شوند و گروهی مانند بیع، نکاح و ... در دسته اول، و برخی مانند طلاق در دسته دوم جای می گیرند؛ اما در مورد عقد یا ایقاع بودن گروهی از انشائات و اعمال حقوقی مانند وصیت تملیکی، جعاله، وکالت و ... اختلاف نظر وجود دارد که این اختلاف، نشانگر فقدان وجود ملاک واضح و یکسانی در این زمینه است.

هر یک از این عناوین اگر عقد تلقی گردند بدون قبول فاقد اثر خواهند بود، به خلاف آن که آنها را ایقاع بدانیم. همچنین اجرای برخی از قواعد عمومی عقود در ایقاعات مورد اشکال و اختلاف است؛ مثلاً صحت ایقاع فضولی، ایقاع مشروط، جریان خیار در ایقاع و اموری از این دست، بر خلاف عقود، در ایقاعات با تردید مواجه است؛^۲ از اینرو تعیین عقد یا ایقاع بودن عناوین مورد اختلاف، در این موارد هم تأثیرگذار است.

این پژوهش سعی ما بر این است که بعد از باز شناسی مفهوم عقد و ایقاع در فقه، به این پرسش اصلی پاسخ دهیم که معیار و ضابطه اصلی که موجب می شود یک انشاء، جزو عقود و انشاء دیگر، جزو ایقاعات طبقه بندی شود، و در برخی قبول را شرط تحقق انشاء بدانیم اما در برخی صرف ایجاب را کافی بدانیم، چیست؟ در واقع پس از آن که

۱. البته به نظر می رسد برخی از فقهای معاصر به وجود برزخ میان عقد و ایقاع در انشائات قائل شده اند (به عنوان نمونه ر.ک: نجفی (کاشف الغطاء)، ۱۳۵۹: ۵/۵۷؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۳/۲۲)، و از برخی از حقوقدانان نیز چنین دیدگاهی گزارش شده است (ر.ک: نعمت اللهی و مسعودیان زاده، ۱۳۹۴: ۳۰۲؛ طالب احمدی، ۱۳۹۰: ۶۵). اما به دلیل این که احتیاج یا عدم احتیاج انشاء به قبول، امری دائر بین نفی و اثبات است، بر اساس تعریف مشهور از عقد و ایقاع، توجیه وجود برزخ بین این دو مشکل می نماید.

۲. به عنوان نمونه امام خمینی (ره) هرگونه شرط و خصوصاً شرط خیار را در ایقاعات باطل می داند، و از آنجایی که برخلاف مشهور، به طور کلی وقف را از ایقاعات به شمار می آورند، صحت اشتراط را در آن نمی پذیرند (ر.ک: خمینی، ۱۴۲۱: ۴/۳۷۳-۳۷۸).

نیازمندی انشاء عقدی به قبول و دخالت دو اراده در تحقق آن را به عنوان فارق عقد از ایقاع مفروض دانسته ایم، بحث را به لایه قبلی برده و از ملاک و علت عقلایی این نیازمندی یا عدم نیاز به قبول و توافق دو اراده بحث می کنیم. طبیعتاً پس از یافتن یک ضابطه و ملاک مشخص در اینباره، می توان نسبت به صحت یا عدم صحت اندراج برخی از انشائات در هر یک از این دو گروه در کتاب های فقه، و نیز مواردی که در اینباره میان فقها اختلاف نظر وجود دارد به قضاوت درستی رسید، چراکه مباحث در اینباره عمدتاً بر مبانی عقلایی استوار است و شارع در اینگونه مسائل کمتر ورود تعبّدی داشته است.

امام خمینی (ره) از معدود فقهای هستند که ملاک و ضابطه عقلایی عقد و ایقاع را به صورت مستقلّ مورد بحث قرار داده اند. ایشان همچنین با استفاده از تعیین ضابطه، در مورد عقد یا ایقاع بودن وقف و وصیت تملیکی - که از انشائاتی هستند که فقها در ماهیت عقدی یا ایقاعی آن اختلاف نظر دارند - بحث کرده و تطبیق ضابطه موردنظرشان را تبیین کرده اند. به همین جهت، در این مقاله بررسی دیدگاه ایشان در این زمینه به صورت ویژه مورد توجه قرار گرفته و از این رهگذر سعی شده است به پرسش اصلی پاسخ داده شود. البته برای شناخت بهتر ملاک و ضابطه عقلایی عقد و ایقاع با فحص در کلمات فقها دو عنوان دیگر را که در اینباره از سوی آیه الله خوئی و شهید صدر (ره) مطرح شده بررسی کرده و با مقایسه و نسبت سنجی بین سه ضابطه، تفاوت های آنها را نشان می دهیم؛ مثل آن که خواهیم دانست که عقد دانستن برخی از انشائات مانند هبه بر اساس برخی از این دیدگاه ها توجیه پذیر نیست. همچنین با بیان دیدگاه مختار و نقد دیدگاه امام (ره) درباره وقف و وصیت تملیکی کوشیده ایم تبیین صحیح تری از ایقاع بودن این دو انشاء ارائه دهیم.

با وجود اهمیت دیدگاه امام خمینی (ره) در خصوص تبیین ملاک عقد و ایقاع، پژوهشی در اینباره نیافتیم، بلکه حتی در مورد تبیین ملاک عقلایی برای عقد یا ایقاع

بودن انشائات هم پژوهشی که دیدگاه های فقها را در اینباره پی بسته باشد ملاحظه نشد؛ هرچند در خصوص عقد یا ایقاع بودن برخی از انشائات مورد اختلاف مانند جعاله، وکالت، وقف و وصیت تملیکی پژوهش هایی وجود دارد. البته مقاله ای با عنوان «معیار بازشناسی عقد از ایقاع» به قلم اسماعیل نعمت الهی و سید رضا مسعودیان زاده در سال ۱۳۹۴ در شماره یازدهم نشریه فقه و حقوق اسلامی منتشر شده که چهار معیار «لزوم وجود یک یا دو اراده»، «لازم بودن یا نبودن قبول»، «ارتباط با شأن یک یا دو نفر» و «تشخیص ماهیت بر اساس عناصر تشکیل دهنده» را به عنوان معیارهای تمایز بین عقد و ایقاع مورد بررسی قرار داده است؛ در حالی که بر اساس آن چه گفتیم معلوم می شود که این چهار عنوان در عرض یکدیگر نیستند و مثلاً ارتباط با شأن غیر، علت لزوم وجود دو اراده و لازم بودن قبول است و نمی توان این عناوین را قسیم یکدیگر و یا ملاک هایی عقلایی برای عقد یا ایقاع بودن انشائات به شمار آورد. نقدهای دیگری نیز به این مقاله وارد است که قصد پرداختن به آن را نداریم.

جدای از بررسی تحلیلی دیدگاه امام خمینی (ره)، پیجویی از دیدگاه های متفاوت در زمینه ملاک عقلایی عقد یا ایقاع بودن انشائات در بیانات فقیهان معاصر و تطبیق و مقایسه آنها، تحلیل و نقد دیدگاه های فقها و نشان دادن برخی از ناسازگاری ها و تبیین دقیق معیار مختار که می تواند موجب بازنگری در عقد یا ایقاع دانستن برخی انشائات از قبیل وکالت، ودیعه، عاریه، حواله، جعاله، رهن و ... بوده و نیازمندی به قبول و اجرای احکام و قواعد عمومی عقود را در مورد برخی از آنها زیر سؤال ببرد، از مهم ترین وجوه نوآوری در این پژوهش به شمار می رود که مشابه آن را در کتاب ها و مقالات فقهی نیافتیم.

۱- مفهوم عقد و ایقاع در فقه

به نظر می رسد اصطلاح عقد و ایقاع در نزد فقها به تدریج رایج شده و با تحولاتی مفهومی نیز همراه بوده است.

تقسیم و طبقه بندی ابواب و مباحث فقهی در چهار دسته (عبادات، احکام، عقود و ایقاعات) از ابتکارات محقق حلی (م ۶۷۶ ق) است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/۲؛ ۲/۳). اگرچه پیش از محقق، ریشه های این تقسیم بندی و توجه به تمایز عقود و ایقاعات، در کلمات سلار دیلمی (م ۴۴۸ یا ۴۶۳ ق) و تا حدی هم در کلمات ابوالصلاح حلبی (م ۴۴۷ ق) و ابن ادریس حلی (م ۵۹۸ ق) دیده می شود.^۱ شهید ثانی در توضیح این تقسیم چنین می گوید: «آن چه در کتاب شرائع الاسلام مورد بحث قرار می گیرد یا غایت و مقصود اصلی آن آخرت است و یا دنیا؛ اولی «عبادات» است و دومی یا حکم آن بر صیغه متوقف نیست که «احکام» گفته می شود، و یا متوقف است؛ در صورت دوم نیز یا در آن به یک نفر اکتفا می شود که «ایقاع» نامیده می شود و یا به دو نفر - و لو حکماً - نیاز است که به آن «عقد» گفته می شود» (شهید ثانی، ۱۴۲۲: ۲۰).

۱. سلار در دسته بندی مباحث فقهی چنین می گوید: «إن الرسوم الشرعیه تنقسم قسمین: عبادات و معاملات. فالعبادات تنقسم سته أقسام: طهاره، و صلاه، و صوم، و حج، و اعتكاف، و زكاه. و المعاملات تنقسم قسمین: عقود و أحكام. فالعقود: النكاح و ما يتبعه، و البيوع و ما يتبعها، و الإجازات و أحكامها، و الإيمان، و النذر، و العتق، و التدبير، و المكاتبه، و الرهون، و الوديعه، و العاريه، و المزارعه، و المساقاه، و الضمانات، و الكفالات، و الحوالات، و الوكالات، و الوقوف، و الصدقات، و الهبات، و الوصايا. فإن قيل إن العقود التي هي الإيمان و النذر إيقاعات، دخل مع هذا الطلاق و العتاق، و ما في حكمها. و ما عدا ذلك أحكام» (سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۲۸). ابوالصلاح حلبی پس از تقسیم مباحث فقهی به سه گروه عبادات، محرمات و احکام، در تقسیم دسته سوم می گوید: «و الأحكام ضروب ثمانية: منها أحكام العقود المبيحه للوطء و منها أحكام الإيقاعات الموجبه لتحريمه و منها أحكام الذكاه و ما يناسبها و منها أحكام العقود و الأسباب الموجبه للاستحقاق و اباحه التصرف في ملك الغير و منها ...» (حلبی، ۱۴۰۳: ۲۹۱)؛ و ابن ادریس در عبارتی می گوید: «و يصح التوكيل في الخلع، لأنه عقد بعوض و الأولى أن يقال أنه إيقاع بعوض» (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۸۳/۲).

واضح است که احتیاج به دو نفر در اینجا، به لزوم دو عنصر «ایجاب» و «قبول» در عقد اشاره دارد، چنان که در برخی عبارات به آن تصریح شده است.^۱

این نکته قابل توجه است که محقق (ره) در شرائع الاسلام برخی از امور غیر انشائی مانند «اقرار» را نیز در بخش ایقاعات مورد بحث قرار داده است (ر.ک: محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۱۰/۳). توضیح آن که اگرچه در اقرار باید قصد نسبت به مضمون وجود داشته باشد، اما اقرار از جنس اخبار است و نه انشاء، و لزوماً وجود قصد نسبت به ایجاد اثر شرعی مترتب بر اقرار، مانند ضمان، ثبوت حدّ و ... در آن شرط نیست؛ به خلاف انشائات که در آن منشیء باید قصد ایجاد اثر شرعی مانند ملکیت یا زوجیت و ... را داشته باشد. این نشان می دهد که در نظر محقق حلّی، هر لفظ دارای اثر شرعی و بی نیاز از قبول - حتی اگر انشاء نباشد - ایقاع است؛ اما شهید ثانی در توضیح عقد و ایقاع، مفهوم «صیغه» را مطرح کرده است که تا حدّی به انشائی بودن این دو اشاره دارد، منتها انشای لفظی.

اکثر متأخرین با همین رویکرد به ارائه تعاریفی مشابه از عقد و ایقاع پرداخته اند، اگرچه دقت در مثال های ذکر شده در کلمات برخی فقها نشانگر عدم اختصاص این دو به انشائیات در نظر ایشان است. به عنوان نمونه، محقق کرکی عقد و ایقاع را چنین تعریف نموده است: «عقد صیغه ای شرعی است که در آن باید دو شخص متخاطب وجود داشته باشد - اگرچه بالقوه - و در نتیجه آن انتقال ملکیت یا سقوط حقّ یا حلیّت زناشویی یا تسلّط بر نوعی از تصرّف ایجاد گردد. اما ایقاع، صیغه ای شرعی است که در آن یک نفر کافی بوده و در نتیجه آن قطع نوعی از رابطه یا انتقال ملکیت یا استحقاق حقّ یا مجازات یا سقوط آن ایجاد می گردد» (کرکی، ۱۴۰۹: ۱۷۵/۱).

۱. شهید اول در بیان قاعده ای می نویسد: «قاعده ۲۶۲: کلّ عبارة لا یتّم مضمونها إلّا بإيجاب و قبول، فهی عقد، و ما لا یحتاج إلى القبول من العبارات، فهو إیقاع، أو إذن مجرد» (شهید اول، بی تا: ۲۷۱/۲).

اما فقهای معاصر با توجه به این که صیغه لفظی را در تحقق بیشتر عقود و ایقاعات شرط نمی دانند، برای تعریف از مفهوم «انشاء» بهره جسته اند که در آن «قصد» و «ابراز» معتبر است، و ابراز غیر لفظی را نیز شامل می شود. همچنین در نتیجه اندراج ایقاع ذیل مفهوم انشاء، به وضوح اموری مانند اقرار از شمول ایقاع خارج می شود. به عنوان نمونه آیت الله مشکینی چنین می گوید: «عقد عبارت است از دو انشاء متلازم که یکی ابتدایی و دیگری مطاوعی است و در عالم اعتبار به هم گره خورده و یکی بدون دیگری تمام نبوده و اثر ندارد ... و ایقاع عبارت است از انشاء مستقل که صحّت و نفوذ آن متوقّف بر انشاء پذیرنده نیست»^۱ (مشکینی، ۱۳۷۷: ۹۷ و ۳۹۶).

آیه الله خوئی نیز حقیقت عقد را چنین بیان می کنند: «عقد عبارت است از ضمیمه کردن یک التزام به التزامی دیگر و ربط آن دو با هم»^۲ (خوئی، ۱۴۱۸: ۲۳/۲۹۶). البته در اینباره این نکته قابل تأمل است که در عقود غیر معاوضی مانند هبه غیر معوّض و ودیعه و عاریه، آیا در هر دو طرف ایجاب و قبول، التزامی وجود دارد یا خیر؟ اساساً برخی از فقها عقود را به دو گروه عقود عهدی و عقود اذنی تقسیم کرده و تصریح دارند در عقود اذنی مانند وکالت، عاریه و ودیعه التزامی نبوده و این عقود چیزی جز اذن موجب نیست، چنان که در ایقاعات هم التزام وجود ندارد (ر.ک: نائینی، ۱۳۷۳: ۵۵/۲). با صرف نظر از بررسی صحّت این تقسیم و این که آیا این عقود نیز ایقاعات به طور کلی فاقد تعهد و التزام هستند یا خیر، به نظر می رسد دستکم این اشکال بر تعریف پیش گفته وارد است که در برخی از عقود، التزام دو طرفه وجود ندارد و حداقل در مورد یکی از متعاقدين، تعهد و التزامی مطرح نیست؛ مانند هبه که در آن متّهب نسبت به واهب تعهد و التزامی ندارد.

۱. «العقد انشاءین متلازمین، ابتدائی و مطاوعی، معقود احدهما بالآخر فی وعاء الاعتبار لایتمّ و لا یؤثّر واحد منهما الا بالآخر ... و الايقاع الانشاء المستقل الذی لا یتوقّف صحّته و نفوذه علی انشاء مطاوع».

۲. «العقد ضمّ التزام بالتزام و ربط أحدهما بالآخر».

به هر حال، بنابر تمامی تعاریف در عقد تحقّق و تأثیر، متوقّف بر انشاء از دو طرف است؛ برخلاف ایقاع که با انشاء از یک طرف تحقّق یافته و متوقّف بر قبول نیست.

۲- ضابطه و ملاک عقلایی در عقد و ایقاع

دانستیم که فرق اصلی عقد با ایقاع این است که عقد نیاز به قبول دارد، بر خلاف ایقاع، اما این که ملاک نیاز یا عدم نیاز به قبول چیست، و با چه ضابطه‌ای می‌توان ادّعا کرد که انشائی نیازمند قبول است و انشاء دیگر نیست، جای بررسی دارد. در صورتی که بخواهیم در این زمینه به روایات مراجعه نمائیم و یا کتاب‌های فقها را مدنظر قرار داده و هر جا روایت یا اجماع بر لزوم یا عدم لزوم قبول بود، آن انشاء را عقد یا ایقاع بدانیم، در واقع از روشی تعبّدی بهره جسته‌ایم که به نظر نمی‌رسد در این زمینه چندان صحیح و مفید باشد، چراکه شرع در زمینه معاملات به روش تأسیس وارد نشده و رویکرد غالب شرع در این موارد، رویکرد امضاء روش عقلایی و بناء عقلاء است. در نتیجه، در مورد بسیاری از معاملات نصّوصی که به احتیاج یا عدم احتیاج آن معامله به قبول تصریح داشته باشد وجود ندارد چنان که در موارد عدم وجود نصّ حتی اگر اجماع نیز وجود داشته باشد، نمی‌توان آن را کاشف از وجود نصّ دانست، چراکه احتمال دارد اجماع مستند به ارتکازات عقلایی بوده باشد که در این صورت، اجماع، مدرکی بوده و دلیل معتبر و مستقلّی محسوب نمی‌گردد. پس باید دید که عقلاء در چه مواردی تأثیر انشاء را متوقّف بر قبول دانسته و در چه مواردی انشاء از یک طرف، بدون نیاز به قبول را مؤثر می‌دانند؟

در اینباره کمتر ضابطه و معیار مشخص و دقیقی در کتاب‌های فقها مطرح شده و اصولاً این بحث به صورت بحثی مستقلّ در کتب فقهی مطرح نشده است. تا جایی که نویسندگان تفحص نموده، شاید تنها موردی که بحثی مستقلّ در این زمینه به چشم می‌خورد در کتاب «الرسائل العشره» امام خمینی (ره) است که به آن خواهیم پرداخت.

۲-۱- دیدگاه امام خمینی (ره) در ملاک عقد: (تصرف در حیطه تسلط غیر)

یکی از رساله های کتاب «الرسائل العشره» به بیان وجه تمایز عقد و ایقاع اختصاص یافته و امام (ره) بعد از بیان این که فرق میان این دو در احتیاج به قبول در عقد و عدم آن در ایقاع است، چنین می گویند: «... سرّ این که در عقد به قبول احتیاج است و در ایقاع چنین نیست، این است که هر کس تنها حقّ تصرف در مورد خودش و اموالی که متعلق به او است را دارد و نمی تواند در نفس و یا مال دیگران تصرف نماید. در نتیجه، اگر مفاد انشاء تصرف در حیطه تسلط شخص در مورد نفس و مالش بوده و تحقق آن چه انشاء می شود متوقف بر تصرف در حیطه تسلط دیگری نباشد، مفاد انشاء ایقاع است نه عقد، و تحقق انشاء متوقف بر قبول دیگری نخواهد بود» (خمینی، ۱۴۲۰: ۲۰۹).

با توجه به ملاکی که ارائه شد این پرسش به ذهن می رسد که در ایقاعی مثل طلاق که موجب سلب زوجیت از هر دو طرف است این ضابطه چگونه قابل تطبیق خواهد بود؟

امام (ره) در اینباره چنین می گویند: «... طلاق نیز همین طور است، زیرا اگرچه طلاق موجب گسست رابطه زوجیت و در حقیقت تصرف در غیر (نیز) محسوب می شود، اما چون شارع با دلیل خاص (روایات) آن را در اختیار زوج قرار داده در حکم عتق است و (به دلیل اعتبار شرعی) تصرفی در محدوده تسلط زوج محسوب می شود و ایقاع است (و به قبول نیاز ندارد)» (همان: ۲۱۰).

در اینجا امام (ره) در واقع بیان می کنند که اگر در موردی عرف و عقلاء تصرفی را دخالت در حیطه تسلط غیر بدانند اما شارع مقدّس آن را از حیطه سلطه غیر خارج نماید، باز اینجا ضابطه پیش گفته صادق خواهد بود و تخصیصی در آن ایجاد نمی شود؛ بنابراین ملاک در تعیین حیطه تسلط اشخاص حکم شرع است. مثلاً ممکن است

ملاک عقلایی عقد یا ایقاع بودن انشائات با رویکرد به دیدگاه امام خمینی (ره) ————— ۲۶۷

عرف تصرفات مالی کودک ممیز یا شخص مفلس را در حیطه سلطه او بدانند ولی شارع حکم کند که این تصرف از حیطه تسلط او خارج است. البته در مقام اثبات، تا هنگامی که شارع نظر عرف و عقلاء را در تعیین محدوده تسلط تخطئه نکرده باشد، همان نظر مورد امضاء شارع بوده و ملاک عمل خواهد بود.

این مطلب که کسی نمی تواند بدون پذیرش دیگری در حیطه سلطنت او دخالت کند در واقع نتیجه مطلبی عقلایی است که در کلام برخی از فقها هم تحت عنوان «قاعده سلطنت بر نفس» به آن اشاره شده (ر.ک: حکیم، ۱۴۱۶: ۵۷۶/۱۴) و لازمه آن نفی دخالت غیر در شئون مرتبط با اشخاص بدون پذیرش آنان است.

برای تبیین و بررسی دقیق تر دیدگاه امام (ره) در این باره، مناسب است اشاره ای به دیدگاه سایر فقیهانی که در اینباره اظهار نظر کرده اند داشته باشیم.

۲-۲- دیدگاه دوم: (ارتباط با شأن غیر)

از معاصرین، شهید صدر (ره) نیز در ضمن بحثی پیرامون حواله، ضابطه ای برای عقد و ایقاع مطرح کرده اند که تا حدود زیادی با ضابطه بیان شده از سوی امام (ره) مشابه است. ایشان در این باره می گویند: «... ملاک نوعی در این که قانون معامله را در تصرف دو نفر قرار داده و در نتیجه معامله عقد باشد، این است که آن تصرف با شأن دو نفر یا بیشتر ارتباط داشته باشد. در این صورت به حسب ارتکاز عقلایی و اطلاق مقامی آن معامله عقد بوده و برای اثبات عقد بودن به دلیلی غیر از دلیل صحّت اصل معامله نیاز نیست و قاعده عقلایی به عقد بودن حکم می کند. البته در مواردی مانند طلاق، نصّ موجب تخصیص قاعده و تقیید اطلاق مقامی است؛ اما اگر تصرف تنها با شأن یک نفر مرتبط باشد قانون آن را ایقاع می داند و (در مقام اثبات شرعی) دلیل عقلایی و اطلاق مقامی ایقاع بودن را اثبات می کند مگر آن که دلیلی بر تخصیص و تقیید وجود داشته باشد...» (جمعی از مؤلفان، بی تا: ۵/۲۴).

در مقایسه میان بیان امام (ره) و بیان شهید صدر (ره) باید گفت اگرچه در تعیین ضابطه عقد و ایقاع مراد هر دو در حقیقت یکی است، اما تعبیر «التصرف فی سلطان الغیر فی نفسه و ماله» که امام (ره) بیان کردند از تعبیر «ارتباط با شأن غیر» از وضوح و دقت بیشتری برخوردار است. مثلاً در مورد عتق - که از روشن ترین مصادیق ایقاع به شمار می آید - به راحتی نمی توان گفت آزادی با شأن بنده ارتباط ندارد، اما این که این امر در حیطه تسلط بنده نیست به روشنی صدق می کند. همچنین در بسیاری از ایقاعات نتیجه ایقاع با شأن دیگران نیز بی ارتباط نیست.

۲-۳- دیدگاه سوم: (التزام متقابل)

پیشتر دانستیم که برخی از فقها در تعریف عقد گفته اند: «العقد ضمّ التزام بالتزام و ربط احدهما بالآخر» (خوئی، ۱۴۱۸: ۲۹۶/۲۳) شاید بتوان با توجه به این تعریف ملاک دیگری را برای عقد و ایقاع تبیین کرد. به این معنا که در عقد هر دو طرف تعهد و التزامی نسبت به دیگری می سپارد و هر یک انجام تعهد خود را به انجام تعهد طرف مقابل پیوند می دهد؛ در نتیجه، هر انشائی که در آن تعهد متقابل و دو طرفه وجود داشت عقد است و در غیر این صورت ایقاع خواهد بود.

اگرچه فقها به این مطلب به عنوان ضابطه عقلایی در تعیین عقد و ایقاع تصریح نکرده اند، اما چه بسا فقیهانی چون صاحب عروه که در عقد بودن و کالت و مانند آن - که عقود اذنی گفته می شوند - تردید نموده اند، همین ضابطه را در نظر داشته اند؛ چرا که بدواً به نظر می رسد در این موارد التزام و تعهد وجود ندارد. به طور مثال، موکل تنها به وکیل اذن می دهد که معامله ای را از طرف او انجام دهد اما وکیل به جهت این انشاء متعهد به انجام کاری نیست. پیشتر هم از محقق نائینی (ره) ذکر شد که گفتند در عقود اذنی و نیز در ایقاعات التزام و تعهدی وجود ندارد (ر.ک: نائینی، ۱۳۷۳: ۵۵/۲).

البته این مطلب قابل تأمل است، زیرا در ایقاعاتی مانند قسم، عهد، نذر و ... قطعاً التزام و تعهد وجود دارد. اگرچه طرف تعهد شخص نیست و متعهد در برابر خداوند تعهد می‌سپارد. در مانند عتق و طلاق هم موجب متعهد به وفای به مقتضای ایقاع و رهاکردن بنده یا زوجه در عمل است. حتی در آن چه به عنوان عقود اذنی - در برابر عقود عهدی - نامیده شده، مانند وکالت، ودیعه و عاریه نیز نمی‌توان وجود التزام و تعهد را به کلی منکر شد. مثلاً در این عقود موجب (اذن دهنده) در واقع با اذن خود متعهد می‌شود که در صورت تصرف مأذون در حیطه اذن، او را مورد پیگرد قرار ندهد و به مقتضای آن تصرف ملتزم باشد. مثلاً بیع مال خود توسط وکیل را بپذیرد یا تصرف قابل در عاریه و ودیعه را در حیطه اذن، در عمل هم مجاز بشمارد. حتی در عقودی مثل ودیعه و عاریه به نظر می‌رسد از طرف قابل نیز نوعی از التزام و تعهد وجود دارد و او با این قبول متعهد می‌شود که مسئولیت حفظ عین مورد ودیعه یا عاریه و بازگرداندن به موقع آن را به عهده بگیرد. در وکالت هم چه بسا بتوان پذیرش امانت و مسوولیت در قبال حفظ مصالح موکل در صورت اقدام وکیل در مورد وکالت را تعهد قابل در برابر موجب به شمار آورد که به صورت اختیاری با انشاء وکالت ایجاد می‌گردد و قابل رد و قبول بوده و از تعهدات ناشی از امانت‌های شرعی قهری متمایز است.

با توجه به آن چه گفتیم شاید نتوان پذیرفت که چیزی تحت عنوان عقد اذنی وجود دارد که به کلی در آن التزام و تعهدی وجود ندارد، زیرا در انشائاتی که از عقود اذنی شمرده شده اند وجود التزام و تعهد، دستکم از سوی موجب مسلم است و حتی از سوی قابل هم تصویر تعهد و التزام معقول می‌نماید؛ چنان که ایقاعات نیز فاقد التزام نیستند؛ اگرچه در مورد ایقاعات می‌توان گفت که در ایقاعاتی مانند نذر و قسم و حتی عتق، موجب مستقیماً نسبت به اشخاص (انسان‌ها) تعهد و التزامی نمی‌سپارد بلکه در برابر خداوند متعهد می‌شود. اما در ایقاعی مثل طلاق تعهد در قبال آدمی نیز قابل

تصویر است. پس تفاوت عقد و ایقاع در این خواهد بود که در ایقاع - بر خلاف عقد - التزام دو طرفه و متقابل وجود ندارد. به هر تقدیر اگر تقسیم عقود به عهدی و اذنی را طبق بیان محقق نائینی بپذیریم، نمی توانیم ضابطه «التزام متقابل» برای عقد را صحیح بدانیم و یا باید در ضابطه تجدیدنظر کنیم یا آن که انشائاتی که عقد اذنی فرض شده اند، مانند وکالت، عاریه و ودیعه را از شمول عقود خارج دانسته و ایقاع تلقی کنیم. اما دانستیم که اصل تقسیم عقود به عهدی و اذنی - بر اساس تفسیری که محقق نائینی از عقود اذنی ارائه داشتند - قابل خدشه بوده و از این نظر، اشکالی به ضابطه وارد نیست. نکته مهم دیگر این است که با پذیرش این ضابطه انشائاتی مانند هبه به روشنی از دایره عقود خارج شده و ایقاع تلقی می شوند، چرا که بی تردید کسی که چیزی به او هبه می شود التزام و تعهدی نسبت به واهب ندارد و «التزام متقابل» در آن وجود ندارد. اما بنابر پذیرش ضابطه «تصرف در محدوده تسلط غیر» یا «ارتباط با شأن غیر» قاعدتا هبه جزو عقود خواهد بود، چرا که وارد کردن چیزی در ملک غیر با شأن او مرتبط است و بدو به نظر می رسد نوعی از تصرف در محدوده سلطه او نیز محسوب شود، یا دستکم این مطلب جای بحث و تأمل خواهد بود.

۲-۴- بررسی نسبت ضابطه ها با یکدیگر

با توجه به مطالب پیش گفته اگر بخواهیم نسبت بین این سه ضابطه را بیان کنیم، چه بسا بتوان ضابطه «ارتباط با شأن غیر» را به جهت وسعت و تا حدی ابهامی که در آن وجود دارد، عام ترین ملاک دانست که تعداد بیشتری از انشائات را در معرض اندراج در عنوان عقد قرار می دهد. اما عنوان «التزام متقابل» و «تصرف در سلطان غیر» از جهت مفهومی و ضوح بیشتری دارند و خاص تر محسوب می شوند. همچنین ملاک «التزام متقابل» به روشنی عقد بودن انشائاتی مانند هبه را نفی می کند، زیرا دریافت کننده هبه تعهد و التزامی در قبال واهب ندارد. از طرف دیگر ملاک «تصرف در سلطان غیر» به وضوح عقد بودن انشائی مثل وکالت را نفی می کند زیرا موکل با انشاء

و کالت در مال یا نفس و کیل تصرّفی نکرده بلکه به او اختیاراتی داده که بتواند در حیطه سلطه موکل هم تصرّف کند و تضییقی در حیطه تصرّفات و کیل پدید نیاورده است؛ بنا براین نسبت بین این دو، ضابطه عموم و خصوص من وجه خواهد بود.

ممکن است تصوّر شود که با تسامح و تأویل می توان دو ضابطه اخیر را نیز ناظر به یک معنا دانست و ادعا کرد تصرّف در حیطه تسلّط دیگری در نفس یا مالش وقتی اتفاق می افتد که او به فعل یا ترک یا تغییری - زیاده باشد و یا نقصان - در جسم یا مال خود ملزم گردد و معنای التزام هم همین است، اما واقع این است که اگر چه پذیرش فعل یا ترک و ایجاد نقصان در اموال قطعاً مصداق التزام و تعهد محسوب می شود، اما صدق عنوان «تعهد و التزام» بر اموری مانند «پذیرش اضافه شدن به اموال» - که در هبه اتفاق می افتد - قابل قبول نیست و عرف هیچگاه داخل شدن مالی در ملکیت شخص را تعهد و التزام او در قبال دیگران محسوب نمی کند. پس با این فرض که ایجاد زیاده و داخل کردن مالی در ملک غیر، تصرّف در اموال و حیطه سلطنت او است، اگر بخواهیم نسبت میان «تصرّف در سلطان غیر» و «تعهد و التزام» را بیان کنیم، باید عنوان «تعهد و التزام» را اخصّ تلقی کنیم، زیرا ایجاد هر تعهد و التزامی از ناحیه انشاء برای شخص، تصرّف در حیطه تسلّط او بر نفس یا اموالش به شمار می رود، ولی هر تصرّفی لزوماً با ایجاد تعهد و التزام برای او همراه نیست، چنان که در مثال هبه توضیح داده شد. البته اگر این ادعا را بپذیریم که اموری مانند داخل کردن در ملک غیر، عرفاً تصرّف در حیطه سلطنت غیر نیز محسوب نمی شود - چنان که این ادعا قابل پذیرش می نماید - می توان این دو ضابطه را ناظر به یک مطلب دانست و بین آن دو تطابق و این همانی برقرار کرد. در بررسی دیدگاه امام (ره) پیرامون وقف این مطلب را بیشتر پی خواهیم گرفت.

پس از تبیین دیدگاه امام (ره) و بررسی تطبیقی آن با دو ملاک دیگر و با توجه به عدم وضوح کافی در ملاک دوم (ارتباط با شأن غیر) به نظر می‌رسد با تلفیق دو ملاک دیگر - یعنی ملاک امام (ره) و ملاک سوم - می‌توان به ضابطه ای جامع و عقلایی برای عقد رسید، زیرا عقلاء نیاز به قبول را در هر دو عنوان «تصرف در سلطان غیر» و «التزام و تعهد متقابل» می‌پذیرند. حتی اگر چنان که توضیح دادیم ضابطه بیان شده از سوی امام (ره)، عام تر بوده و مصادیق «التزام متقابل» را نیز شامل گردد، باز هم برای تبیین دقیق تر این ضابطه عام می‌توان از این مفهوم نیز کمک گرفت. البته احتمال مطابقت خارجی بین دو ضابطه نیز وجود دارد که در ضمن بحث از وقف آن را بررسی خواهیم کرد. به هر حال، ضابطه مطرح شده از سوی امام (ره) ضابطه ای عقلایی است و می‌توان گفت که هر جا مفاد انشاء، تصرف در اموال یا حقوق غیر بوده و یا تعهدی را بر او تحمیل نماید، قبول او نیز برای تأثیر و تحقق انشاء شرط است و مفاد انشاء عقد خواهد بود.

۳- بررسی ماهیت وقف و وصیت

با بررسی نظرات فقها در ابواب گوناگون به مواردی برمی‌خوریم که در عقد یا ایقاع بودن آنها در میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. امام خمینی (ره) پس از مطرح کردن ضابطه پیش گفته، ماهیت دو عنوان از انشائاتی که فقها در عقد یا ایقاع بودن آن اختلاف نظر دارند، یعنی وقف و وصیت را مورد بحث قرار داده و تطبیق ضابطه مذکور را در آنها تبیین کرده اند. بررسی این دو عنوان و طرح نظر امام (ره) در مورد آنها به شناخت بهتر اصل ضابطه مورد نظر در دیدگاه امام (ره) و داوری در مورد قوت و ضعف آن نیز کمک می‌کند.

الف - وقف: به گفته شهید ثانی، فقها عموماً وقف را در زمره عقود بر شمرده اند (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵/۳۱۴) بسیاری از فقها مانند محقق، علامه، شهیدین و دیگران در وقف بر جهات عامه قبول را شرط نمی‌دانند اما در وقف بر اشخاص آن را

ملاک عقلایی عقد یا ایقاع بودن انشائات با رویکرد به دیدگاه امام خمینی (ره) ————— ۲۷۳

شرط می دانند و صاحب جواهر در وقف بر جهات عامّه هم قبول را شرط دانسته اند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۷/۲۸) امّا برخی معاصرین از جمله آیه الله حکیم و خوئی و مشکینی (ره) وقف را ایقاع دانسته اند (ر.ک: حکیم، ۱۴۱۰: ۲۴۰/۲؛ خوئی، ۱۴۱۰: ۲۳۳/۲؛ مشکینی، ۱۳۷۷: ۵۶۶).

با قطع نظر از ادله خاصّ تعبّدی و با نظر به سه ضابطه عقلایی پیش گفته برای عقود، به نظر می رسد وقف با شأن موقوفّ علیهم مرتبط است، اما التزام و تعهّد متقابل نیست؛ پس بنابر ضابطه دوم از سه ضابطه پیش گفته باید وقف را عقد بدانیم و بنا بر ضابطه سوم، باید وقف را ایقاع دانست. اما بنا بر ضابطه اول، در صورتی که ادخال در ملک غیر را تصرّف در حیطه تسلّط او بدانیم و طبق تلقّی مشهور، وقف موجب انتقال ملکیت به موقوفّ علیهم باشد، باید وقف خاص را موجب تصرّف در سلطان غیر به شمار آورده و در نتیجه از عقود بدانیم.

۳-۱- دیدگاه امام خمینی (ره)

به نظر امام (ره) وقف به طور کلی ایقاع است و حتی در وقف خاصّ به قبول نیاز نیست، هرچند بهتر است قبول تحقّق پیدا کند، که در وقف بر اشخاص خاصّ این قبول توسط آنان و در وقف عامّ توسط حاکم شرع یا نماینده او محقّق می شود (امام خمینی، بی تا: ۶۳/۲؛ همو، ۱۴۲۱: ۳۸۶/۴)؛ ایشان در توضیح این مطلب در کتاب «الرسائل العشره» چنین می گویند: «... وقف بر جهات عام در نظر عقل و شرع تصرّف در محدوده تسلّط دیگری نیست، بلکه وقف برای اشخاص نیز همین طور است؛ چراکه وقف در اعتبار، عبارت است از نگهداشتن (ایقاف) عین بر سر موقوفّ علیهم تا منافع را بر ایشان بیارد، چنان که گویی (واقف) ابری بارنده را بر سرشان گرفته است. از اینرو می گوید «وقف علیهم» یعنی عین را بر سر ایشان ایستاد قرار دادم تا منافع را بر ایشان فروریزد؛ پس وقف خاصّ هم از قبیل ایقاعات بوده و تصرّف در حیطه سلطه غیر نیست» (امام خمینی، ۱۴۲۰: ۲۱۰).

همچنین در کتاب «البيع» پس از آن که بیان می کنند که ماهیت وقف - یعنی حبس عین و رهاسازی (در اختیار قرار دادن) منفعت - مطلقاً ایقاع است و حتی در وقف بر اشخاص نیز نیازی به قبول نیست، چنین می گویند: «... حتی اگر بگوئیم در وقف قبول لازم است این موجب عقد بودن وقف نیست، چرا که قبول به خاطر این نیست که وقف یک معاهده (قرار دو طرفه) بین واقف و موقوف^۱ علیهم است، بلکه به این خاطر است که تملک منفعت - بنا بر آن چه گفته شده - متوقف بر قبول است و ملکیت قهری معنا ندارد. اما این به معنای عقد بودن وقف نیست. به علاوه، اساساً دلیلی بر این مدعا (نیازمندی ملکیت به قبول) وجود ندارد؛ پس ممکن است که وقف مانند ارث باشد (و ملکیت قهری و بی نیاز از قبول را ایجاد کند) ...» (خمینی، ۱۴۲۱: ۳۸۷/۴).

نقد و بررسی

در توضیح مطلبی که از «الرسائل العشره» ذکر شد، باید دانست در تبیین ماهیت وقف و این که در وقف آیا ملکیت عین موقوفه از واقف به غیر منتقل می شود یا تنها ملکیت منافع انتقال می یابد و یا اساساً انتقالی نبوده و نتیجه وقف اباحه تصرف است؟، و نیز در این که در فرض انتقال ملکیت، مالک کیست؟ خداوند یا موقوف علیهم؟ دیدگاه های متفاوتی وجود دارد که دارای برخی ثمرات عملی نیز هست. شهید ثانی به این احتمالات و برخی از نتایج فقهی آنان اشاره کرده و بیان می کند که مشهور فقها معتقدند در وقف، ملکیت عین از واقف انتقال می یابد و در وقف بر اشخاص معین به ملکیت موقوفص علیهم و در وقف عام^۲ به ملکیت خداوند متعال در می آید (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۷۵/۵-۳۷۹).

از بیان امام (ره) دو مطلب استفاده می شود:

- ۱) تبیین ماهیت وقف از نظر نحوه انتفاع موقوف^۳ علیهم، در این که آن را عقد بدانیم یا ایقاع تأثیرگذار است.

۲) در وقف انتقال ملکیت عین به موقوف علیهم وجود ندارد و واقف در عالم اعتبار عین را به دست موقوف علیهم نمی دهد بلکه آن را بر سر آنها نگه می دارد. حتی از تشبیهی که امام(ره) بیان کردند انتقال ملکیت منافع به موقوف علیهم نیز استفاده نمی شود و این تشبیه با اباحه تصرف نیز سازگار است.

اگر مراد امام(ره) از این تشبیه این باشد که در وقف حتی انتقال ملکیت منافع به موقوف علیهم نیز اتفاق نمی افتد و وقف در واقع اباحه استفاده از منافع و چیزی در حدّ اذن به بهره برداری از عین است، مسلماً جایی برای احتمال احتیاج وقف به قبول موقوف علیهم باقی نمی ماند و استدلال امام(ره) تمام است؛ اما اگر مراد این باشد که موقوف علیهم تنها مالک عین نمی شوند اما ملکیت منافع به آنها منتقل می گردد، این تبیین از ماهیت وقف نمی تواند عدم احتیاج به قبول را توجیه کند، زیرا اگر اساساً داخل کردن در ملک غیر را تصرف در محدوده سلطه غیر بدانیم و انتقال ملکیت را نیازمند قبول منتقل علیه تلقی نمائیم، تفاوتی نخواهد داشت که آن چه منتقل می شود عین باشد یا منفعت و در هر دو صورت باید قبول را شرط بدانیم. البته این دو احتمال نتایج عملی متفاوتی هم دارند، مثلاً مطابق احتمال اخیر - به خلاف احتمال قبل - قاعدتاً موقوف علیهم اجازه انتقال منافع به غیر را هم خواهند داشت. به هر حال، بیان امام(ره) در اینجا از وضوح و صراحت کامل برخوردار نیست و نمی توان به طور قطع گفت کدام یک از این دو احتمال را در تبیین ماهیت وقف برگزیده اند، اما اگر احتمال دوم را مدنظر داشته باشند استدلال به این تبیین برای ایقاع بودن وقف صحیح نیست.

از بیان امام(ره) در کتاب «البيع» هم به روشنی نمی توان گفت که آیا در نظر ایشان در وقف، ملکیت منافع به موقوف علیهم انتقال می یابد یا تنها اباحه و اذن در استیفای منافع برای ایشان ایجاد می شود، اما از این بیان نیز دو مطلب قابل تأمل استفاده می شود:

۱) برای عقد بودن یک انشاء صرفاً توقف ایجاد اثر بر قبول، کافی نیست بلکه باید معاقد و قرار دو طرفه میان موجب و قابل تحقّق پیدا کند که در وقف این مطلب صدق نمی کند.

۲) این مطلب که داخل شدن چیزی در ملک شخص (تملیک) بدون قبول او ممکن نیست، ادعایی بی دلیل است.

در مورد مطلب نخست باید دانست که ظاهر آن با آن چه ایشان در «الرسائل العشره» در تمایز بین عقد و ایقاع گفتند و وجه تمایز را احتیاج به قبول در عقد و عدم آن در ایقاع دانستند، تنافی دارد و اساساً هم معقول نیست که انشائی با وجود آن که قراری دو جانبه محسوب نمی شود نیازمند ایجاب و قبول باشد.

از طرفی به نظر می رسد نزد عرف معاقد و قرار دوطرفه در شرایطی صدق می کند که دو طرف نسبت به یکدیگر تعهدی را بپذیرند و این بر ضابطه سومی که پیشتر برای عقد بیان شد یعنی ضابطه «التزام و تعهد متقابل» منطبق است. حال آن که امام (ره) ضابطه «تصرف در سلطان غیر» را به عنوان ملاک عقد بودن انشاء مطرح کردند.

با توجه به آن چه گفته شد شاید بتوان راهی برای رفع اشکال و تبیین بهتری از دیدگاه امام (ره) ارائه داد به این ترتیب که این دو ضابطه در واقع به یک امر واحد ناظر بوده و نسبت میان آن دو تساوی است نه عام و خاص. چه بسا بتوان گفت نزد عرف و عقلاء انشاء هنگامی موجب تصرف در حیطه سلطه غیر محسوب می شود که التزام و تعهدی را برای غیر موجب گشته و او به واسطه آن به دست کشیدن از مال، انجام یا ترک عمل یا پذیرفتن وظایف یا مانند آن به نفع طرف مقابل ملزم گردد. اما اموری مانند داخل کردن چیزی در ملک غیر، همان گونه که التزام و تعهدی برای او به شمار نمی آید، عرفاً تصرف در حیطه تسلط او نیز محسوب نمی شود. در نتیجه میان

دو ضابطه «التزام و تعهد متقابل» و «تصرف در سلطان غیر» تلازم و تصادق وجود داشته و نسبت تساوی برقرار است.

البته این که امام (ره) از یک سو وقف را به دلیل این که معاهده بین دو طرف نیست، ایقاع تلقی می کنند و از طرفی احتمال لزوم پذیرش موقوف علیهم را برای انتقال ملکیت منافع به ایشان مطرح می نمایند نشان می دهد در اینجا این مطابقت بین دو ضابطه را به وضوح مدنظر نداشته اند و مفروضشان این است که ملکیت غیر نیازمند به قبول است. پس به هر حال، اشکال تنافی در مبنا و ضابطه در این کلام وجود دارد؛ اگرچه تعبیر «بنا بر آن چه گفته شده» نشان می دهد این فرض در نگاه ایشان از قوت و استحکام کافی برخوردار نیست.

اما امام (ره) در مطلب دوم تصریح دارند که اساساً این که تملیک نیاز به قبول غیر داشته باشد ادعایی بی دلیل است. در اینجا احتمال دارد مراد این باشد که - صرفنظر از روش عقلاء و ارتکازات عرفی - تملیک قهری عقلاً ممکن است و اگر دلیل شرعی تبعیدی اقتضای آن را داشته باشد - چنان که در ارث این چنین است - قابل پذیرش خواهد بود و در وقف هم مقتضای اطلاق ادله روایی این است که تبعداً وقف به قبول نیاز ندارد. اما احتمال دیگر این است که مراد همان چیزی باشد که پیشتر گفتیم مبنی بر این که نزد عرف و عقلاء تملیک به غیر نیازمند قبول او نیست؛ چرا که اهل عرف صرف تملیک و اموری که تعهد و التزامی برای غیر موجب نمی شود را تصرف در محدوده سلطه غیر به شمار نمی آورند بلکه تصرف در حیطه سلطه غیر در نفس یا مالش تنها وقتی صدق می کند که چیزی از ملک او خارج شده یا وظیفه یا محدودیتی بر او تحمیل شود و زیاد شدن مال مصداق تصرف محسوب نمی شود. اگر این مطلب پذیرفته شود تنافی بین ضابطه مورد تصریح امام (ره) در مورد عقد یعنی «التصرف فی سلطان الغیر فی نفسه و ماله»، و آن چه در کتاب «البیع» گفته اند برطرف خواهد شد و بین دو ضابطه این همانی برقرار خواهد گشت. البته از آنجایی که امام (ره) در مورد

وصیت هم - چنان که خواهیم گفت - انتقال مال به ملک موصی له را متوقف بر قبول او دانسته اند، احتمال این تلقی تضعیف می شود و به نظر می رسد باید بین دیدگاه امام (ره) در «الرسائل العشره» و دیدگاه ایشان در «کتاب البیع» تمایز قائل شد. صرف نظر از آن که چنین این همانی مورد نظر امام (ره) بوده یا نه، به نظر می رسد این با ارتکازات عرفی و عقلایی سازگار است و عنوان «تصرف در سلطان غیر» با «التزام و تعهد او در قبال دیگران» تلازم دارد. در نتیجه، در برخی از مواردی که فقها در عقد یا ایقاع بودن انشائات تردید دارند یا صرف انتقال ملکیت را دلیل بر نیاز به قبول دانسته اند باید بازنگری کرد.

ب) وصیت: بسیاری از فقها در وصیت عهدی قبول را شرط نمی دانند اما وصیت تملیکی را جزو عقود دانسته و قبول را در آن شرط می دانند (ر.ک: طالب احمدی، ۱۳۹۰: ۶۱)، اگرچه برخی مانند شهید ثانی بین وصیت بر اشخاص معین و غیر معین تفکیک قائل شده اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۱/۶؛ در مقابل، معاصرانی مانند صاحب العروه الوثقی و آیات حکیم، خوئی، مشکینی و مکارم شیرازی، وصیت را ایقاع قلمداد کرده اند و در وصیت تملیکی بر اشخاص معین نیز قبول را لازم نمی دانند. البته برخی احتمال داده اند که پس از وصیت اگر موصی له وصیت را رد کند این، مانع از تأثیر وصیت و انتقال ملکیت است و برخی حتی رد کردن را هم مانع نمی دانند. نهایتاً به تعبیر آیه الله مکارم این رد در حکم اعراض موصی له از مالی است که با وصیت به ملکیت او در آمده و ارتباطی با تأثیر وصیت ندارد (ر.ک: طباطبائی یزدی، ۱۴۲۸: ۸۷۱/۲؛ حکیم، ۱۴۱۶: ۵۳۸/۱۴؛ خوئی، ۱۴۱۰: ۲۰۷/۲؛ مشکینی، ۱۳۷۷: ۵۵۵).

مسئلاً وصیت تملیکی نیز مانند وقف با شأن موصی له مرتبط است، اما تعهد و التزامی را بر او تحمیل نمی کند. پس، بنا بر ضابطه دوم از سه ضابطه پیش گفته باید آن را عقد، و بنا بر ضابطه سوم ایقاع دانست، اما بنا بر ضابطه «تصرف در سلطان غیر» از آنجایی که مالی را در ملک او وارد می کند و این تلقی در میان فقها وجود دارد که

این امر تصرف در حیطه تسلط غیر است، عقد یا ایقاع بودن آن - با صرفنظر از ادله خاص نقلی - جای بحث دارد.

۳-۲- دیدگاه امام خمینی (ره)

امام (ره) در «تحریر الوسیله» و نیز در تعلیقه بر «العروه الوثقی» در مورد وصیت تملیکی چنین می گویند: «... ظاهر آن است که تحقق یافتن وصیت و احکام آن مانند حرمت تبدیل وصیت و مانند آن متوقف بر قبول نیست، اما مالک شدن موصی له متوقف بر قبول است و او به صورت قهری مالک نمی شود. در نتیجه، وصیت از ایقاعات است اما در این فرض (وصیت تملیکی) جزئی از سبب ملکیت خواهد بود» (خمینی، بی تا: ۹۴/۲؛ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۸: ۸۷۲/۲).

همچنین در «الر سائل العشره» می گویند: «... وقف و وصیت برای جهات عامه در اعتبار عقل و شرع تصرف در سلطان غیر نیست، بلکه وقف خاص و وصیت برای اشخاص نیز چنین است وصیت نیز بعید نیست که ایقاع بوده باشد. وصیت عبارت است از این که موصی چیزی را برای شخصی قرار دهد و موصی له حق دارد که آن را بپذیرد و به سوی خود بگرداند. به همین دلیل، اگر موصی له بمیرد این حق (از بین نمی رود و وصیت باطل نمی شود بلکه) به ورثه او منتقل می شود. با این بیان معلوم می شود که چرا وصیت بعد از مرگ موصی و فاصله طولانی بین آن و قبول نیز باقی می ماند. در واقع وصیت عقد نیست تا این امور در آن اخلاص ایجاد کند، بلکه ایقاعی شبیه عقد است» (خمینی، ۱۴۲۰: ۳۱۰).

نقد و بررسی

از بیانات امام (ره) معلوم می شود که تلقی ایشان از وصیت همان چیزی است که سایر فقها آن را ایجاب و وصیت از سوی موصی تلقی کرده اند. در واقع ایشان معتقدند وصیت یک انشاء یک طرفه است که به مجرد ایجاد، آثاری دارد مانند حرمت تبدیل و ... اما بحث اصلی طرفداران دیدگاه ایقاع بودن وصیت مربوط به عدم لزوم قبول موصی له در وصیت برای انتقال ملکیت است، در حالی که امام خمینی (ره) در اینباره

با دیدگاه مقابل همراه بوده و قبول موصی له را برای انتقال ملکیت لازم می دانند؛ پس اختلاف دیدگاه امام (ره) با مشهور تا حدی بحث لفظی است، زیرا وصیتی محلّ اختلاف و بحث بوده که تأثیر اصلی آن انتقال ملکیت است. تفاوت اصلی دیدگاه امام (ره) با مشهور این است که طبق دیدگاه مشهور که وصیت را عقد می دانند قاعدتاً باید بین ایجاب و قبول فاصله زیادی نباشد و با مرگ موجب عقد باطل باشد ولی دیدگاه امام (ره) این لوازم را ندارد. اما قائلان به عقد بودن وصیت هم ممکن است جواز فاصله و باقی ماندن وصیت بعد از مرگ را توجیه کنند و فاصله بین ایجاب و قبول را اساساً مجاز یا به حسب عقد های مختلف متفاوت بدانند و ...

نکته دیگر این که، ردّ ملکیت قهری در وصیت و نیازمند دانستن انتقال ملکیت به قبول، این احتمال را تقویت می کند که در نظر امام (ره) تملیک به غیر، تصرف در محدوده سلطه او محسوب می شود. در این صورت مطلبی که در کتاب «البيع» در مورد وقف گفتند - مبنی بر این که ادعای توقف انتقال ملکیت بر قبول و عدم امکان ملکیت قهری ادعایی بی دلیل است - را باید بر امکان عقلی ملکیت قهری و فرض اقتضای این امر توسط ادله تعبّدی، حمل کرد، و نه اقتضای ارتکاز عرفی و عقلایی. البته در این صورت هم این اشکال به ذهن می رسد که اگر در وقف اطلاعات روایی را مقتضی انتقال ملکیت قهری و بی نیازی از قبول می دانیم، چرا اطلاعات قرآنی و روایی در وصیت - که قبول موصی له را مطرح نکرده اند - چنین اقتضایی ندارند؟

به هر حال، به نظر می رسد - چنان که پیشتر اشاره شد - اساساً نزد عرف و عقلاء صرف تملیک به غیر، تصرف در حیطه سلطه غیر به شمار نمی رود؛ از اینرو با قطع نظر از ادله نقلی نیز، وصیت تملیکی ایقاع خواهد بود.

نتیجه گیری

برخی از مهم ترین نتایجی که از این پژوهش حاصل شد را می توان چنین بیان

کرد:

۱. ملاک و ضابطه عقلایی عقد و ایقاع این است که اگر انشائی موجب تصرف در حیطه سلطنت غیر و تحمیل تعهد و التزامی بر او بوده باشد، تأثیر آن محتاج به قبول او بوده و آن انشاء عقد خواهد بود و در غیر این صورت، انشاء ایقاع بوده و از قبول بی نیاز است.

۲. از میان سه ضابطه مطرح شده برای عقد، ضابطه «ارتباط با شأن غیر» عام تر است، اما میان دو ضابطه «تصرف در سلطان غیر» و «تعهد و التزام متقابل» تصادق وجود داشته و نسبت تساوی برقرار است.

۳. با توجه به ضابطه عقلایی عقد، دیدگاه معروف محقق نایینی در تقسیم عقود به عقود عهدی و اذنی صحیح نبوده و عقود اذنی را باید ایقاع به شمار آورد.

۴. صرف تملیک و داخل شدن مالی در ملک غیر، نزد عرف تصرف در حیطه سلطنت غیر و تحمیل تعهد و التزام بر او محسوب نمی شود و نیازمند قبول نیست.

۵. با وجود نقدهایی که در مورد دیدگاه امام خمینی (ره) در خصوص تبیین ماهیت وقف و وصیت وجود دارد، نتیجه دیدگاه ایشان مبنی بر ایقاع دانستن این دو انشاء قابل پذیرش است و با توجه به ضابطه مورد قبول برای عقد و ایقاع، وقف و وصیت به طور کلی ایقاع بوده و تأثیر این دو انشاء بر قبول توقف ندارد و نمی توان قواعد و احکام مختص به عقود را در این دو جاری دانست.

۶. بر اساس ضابطه و ملاک عقلایی که بیان شد سایر انشائات نظیر هبه، وکالت، ودیعه، عاریه، رهن، حواله، جعاله و ... نیز از جهت عقد یا ایقاع بودن و لوازم فقهی آن قابل ارزیابی و بازنگری خواهند بود.

منابع

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۲، ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام**، ج ۵ و ۶، قم: مؤسسه معارف اسلامی.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۲۲ق)، **حاشیه شرائع الاسلام**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- جمعی از مؤلفان (بی تا)، **مجله فقه اهل بیت علیهم السلام**، ج ۲۴، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- حلبی، ابوالصلاح (۱۴۰۳ق)، **الکافی فی الفقه**، اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین علیه السلام.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۲ و ۳، قم: اسماعیلیان.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۰ق)، **الرسائل العشره**، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، **کتاب البیع**، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (بی تا)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، قم: دار العلم.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحین**، ج ۲، ج ۲۸، قم: مدینه العلم.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، **موسوعه الامام الخوئی**، ج ۲۳، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، **مهذب الأحكام**، ج ۲۲، ج ۴، قم: مؤسسه المنار- دفتر حضرت آیه الله.
- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزيز (۱۴۰۴ق)، **المراسم العلویه و الأحکام النبویه**، قم: منشورات الحرمین.
- طالب احمدی، حبیب (۱۳۹۰)، **ماهیت حقوقی وصیت تملیکی در فقه و حقوق ایران**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۴، ۴۷-۶۷.
- طباطبائی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق)، **مستمسک العروه الوثقی**، ج ۱۴، قم: دار التفسیر.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۸ق)، **العروه الوثقی مع التعليقات**، ج ۲، قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب علیه السلام.
- طباطبائی حکیم، سید محسن (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحین**، ج ۲، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (بی تا)، **القواعد و الفوائد**، ج ۲، قم: کتابفروشی مفید.
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۹ق)، **رسائل محقق کرکی**، ج ۱، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).

ملاک عقلائی عقد یا ایقاع بودن انشائات با رویکرد به دیدگاه امام خمینی (ره) ————— ۲۸۳

- کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق)، **تحریر المجله**، ج ۵ (ج ۲ از قسم ۳)، نجف اشرف: المکتبه المرتضویه.

- مشکینی، علی (۱۳۷۷)، **مصطلحات الفقه**، قم: الهادی.

- نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳ق)، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، ج ۲، تقریر: موسی نجفی خوانساری، تهران: المکتبه المحمدیه.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۸، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- نعمت اللهی، اسماعیل؛ مسعودیان زاده، سید رضا (۱۳۹۴)، **معیار بازشناسی عقد از ایقاع**، فقه و حقوق اسلامی، ۱۱، ۲۹۹-۳۲۵.

