

Original Principle in Suspension Contracts in Terms of Necessity and Permission

Sadeq Tahouri (Nowruzi)¹, 'Abbas Ya'qoubzadeh Mojarrad^{2}*

1. Professor of Jurisprudence and Principles, Qom seminary, Qom, Iran
2. Student of Jurisprudence at level 3 of Seminary, Qom, Iran

(Received: January 12, 2021; Accepted: May 16, 2021)

Abstract

Although the principle of necessity in all contracts has been stipulated in the article 219 of civil code, an examination of the principles and arguments shows that the acceptable evidence to prove the necessity does not include suspension contracts. For necessity, it has been relied upon both ijthadi reasons included in the Quranic verses and Islamic narrations as well as the manners of the wise, and upon juridical reasons of partial istishab¹ and second type of the general istishab². The use of the manners of wise and the second type of general istishab in the necessity principle is due to a misunderstanding of the necessity and permission nature. This research shows that the necessity and permission are neither concluded from the self-requirements of the contract (reason) nor the attributes of the ownership (cause), but it is a religious rule which is governing the contract (reason). However, there is no problem with using the ijthadi reasons included in the general Quranic verses and Islamic narrations in the doubts concerning the presence of duty as well as the principle of partial istishab of the continuation of the ownership of the current owner in doubts concerning the presence of duty and partial objective doubts for proving the necessity. The more correct opinion is that the scope of the general flow indicating the principle of necessity and the principle of partial istishab does not include suspension contracts. If the situational law is abstracted from the positive law, this opinion will be valid and the necessity principle will not apply to suspended contracts.

Keywords: Necessity and Permission Principle, Suspension Contracts, Second Type of General Istishab, Partial Istishab.

* Corresponding Author, Email: a.yaghoobzadeh.87@gmail.com

1. Partial istishab means the istishab of a certain person that is in contrast to the general istishab the mostashab of which is implied in its individuals.

2. i.e., istishab mostashab is general, and the doubt in the general continuation arises from the doubt as to whether the general is created from the person with a longer lifespan which in the following case it has continued or created from the person with shorter lifespan which is discontinued.

اصل اولی در عقود تعلیقی از حیث لزوم و جواز

صادق طهوری (نوروزی)^۱، عباس یعقوب‌زاده مجرد^{۲*}

۱. استاد درس خارج فقه و اصول حوزه علمیه، قم، ایران

۲. دانش‌پژوه فقه سطح ۳ حوزه علمیه، قم، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۲۶)

چکیده

هرچند در ماده ۲۱۹ قانون مدنی به اصل لزوم در تمامی قراردادها تصریح شده است، اما بررسی مبانی و ادله اصل لزوم نشان می‌دهد ادله قابل قبول برای اثبات لزوم، شامل عقود تعلیقی نمی‌شود. برای لزوم، به دلایل اجتهادی آیات و روایات و همچنین سیره عقلا و به دلایل فقهی استصحاب جزئی^۱ و استصحاب کلی^۲ قسم دوم^۳ تمسک شده است. به‌کارگیری سیره عقلا و استصحاب کلی قسم دوم در اصل لزوم، ناشی از برداشت نادرست نسبت به ماهیت لزوم و جواز است. این تحقیق نشان می‌دهد که لزوم و جواز، نه از مقتضیات فی‌نفسه عقد (سبب) و نه از صفات ملکیت حاصل شده (مسبب) است، بلکه یک حکم شرعی ناظر بر عقد (سبب) است. اما استفاده از دلیل اجتهادی عمومات آیات و روایات در شبهات حکمیه و همچنین اصل استصحاب جزئی بقای ملکیت مالک فعلی در شبهات حکمیه و موضوعیه برای اثبات لزوم بدون اشکال خواهد بود. نظر اصح این است که دامنه جریان عمومات دال بر اصل لزوم و اصل استصحاب جزئی، شامل عقود تعلیقی نمی‌شود. چنانچه احکام وضعی منتزع از احکام تکلیفی باشد، این نظر وجیه خواهد بود و در عقود تعلیقی، اصل لزوم جاری نمی‌شود.

واژگان کلیدی

استصحاب جزئی، استصحاب کلی قسم دوم، اصل لزوم و جواز، عقود تعلیقی..

Email: a.yaghoobzadeh.87@gmail.com

* نویسنده مسئول:

۱. یعنی استصحاب فرد معین و در مقابل استصحاب کلی است که مستصحب آن، کلی در ضمن افراش است.
۲. یعنی مستصحب آن کلی است و شک در بقای کلی ناشی از تردید در آن است که آیا کلی در ضمن فرد طویل به‌وجود آمده تا در حالت لاحق، قطع به بقای آن باشد، یا در ضمن فرد قصیر به‌وجود آمده تا قطع به ارتفاع آن باشد.

۱. مقدمه

به موجب ماده ۱۸۵ قانون مدنی: «عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشند مگر در موارد معینه» و مطابق ماده ۱۸۶ همان قانون: «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند». پس با توجه به تعاریف مذکور می‌توان گفت عقد لازم، قراردادی غیرقابل فسخ ولی عقد جایز، قراردادی قابل فسخ است. قانون مدنی در بیشتر عقود به صراحت به لازم یا جایز بودن آنها اشاره کرده، ولی در برخی موارد سکوت اختیار کرده و حکم به لازم بودن یا جواز آن نداده است (بیاتی و حشمتی، ۱۳۹۴: ۸).

هرچند مشهور در قوانین فقهی و حقوقی، آن است که در صورت تردید در جواز و لزوم قراردادی، باید به لزوم آن حکم کرد و نیز ماده ۲۱۹ قانون مدنی، اصل لزوم را در تمامی قراردادها پذیرفته است (آهنگران، ۱۳۹۷: ۳۰۲)، ولی بررسی تفصیلی استدلال‌های اصل لزوم در عقود و مبانی آن، این امکان را فراهم می‌آورد تا به این پرسش پاسخ داده شود که آیا ادله اجتهادی و فقهی اثبات‌کننده لزوم در انواع عقود، اعم از عقود تنجیزی و عقود تعلیقی جاری است یا خیر؟ عقود تعلیقی، عقود هستند که تحقق آنها متوقف بر امر دیگری است، مثل عقد مسابقه، مسابقات و جعاله و غیره.

برای اصل لزوم، به ادله اجتهادی و همچنین فقهی تمسک شده است. عمومات آیات و روایات و همچنین بنای عقلا، ادله اجتهادی بر لزوم و اصل استصحاب هم دلیل فقهی در مسئله است. بیاتی و حشمتی معتقدند مبانی اصل لزوم در قراردادها، بنای عقلاست و آیات و روایات و همچنین اصل استصحاب دلالتی بر اصل لزوم ندارند (بیاتی و حشمتی، ۱۳۹۴: ۲۰). اما شکاری بیان می‌کند عمومات آیات و روایات، دلیل اجتهادی اثبات‌کننده لزوم هستند، البته در شبهات مصداقیه از آنجا که نمی‌توان به عمومات ادله اجتهادی استناد کرد، می‌توان از استصحاب کلی قسم دوم برای اثبات لزوم در عقود استفاده کرد. البته ایشان برای اثبات لزوم، دامنه اصل استصحاب را شامل عقود تعلیقی نمی‌داند (شکاری، ۱۳۸۷: ۱۸۶).

نکته مهم آن است که تمسک به بنای عقلا برای تأسیس اصل لزوم در موارد مشکوک، ناشی از آن است که لزوم و جواز، مقتضای فی نفسه عقد باشد و از اراده عقلا در انعقاد عقد تبعیت کند؛ یعنی غرض عقلا از انعقاد عقد، لزوم و جواز آن را مشخص می‌کند. از طرف دیگر، استفاده از استصحاب کلی قسم دوم هم ناشی از این برداشت است که ملکیت، دارای دو قسم لزوم و جواز باشد؛ یعنی لزوم و جواز از صفات متعلق به ملکیت ایجادشده از عقد باشد و پس از رجوع یکی از متعاقدين، هرچند قطع به انتفای فرد قصیر (جواز) وجود دارد، ولی به دلیل شک در بقای ملکیت کلی، می‌توان از استصحاب کلی قسم دوم استفاده کرد.

تحقیق حاضر نشان می‌دهد لزوم و جواز، نه از مقتضیات فی نفسه عقد است و نه از اقسام ملکیت ایجادشده از عقد؛ بلکه لزوم و جواز یک حکم شرعی ناظر بر عقد است و به همین دلیل تمسک به بنای عقلا و همچنین استفاده از استصحاب کلی قسم دوم، نمی‌تواند دلیل برای اصل لزوم باشد. البته برای اثبات اصل لزوم می‌توان از عمومات آیات و روایات و همچنین اصل استصحاب جزئی استفاده کرد.

پس از بررسی ادله اصل لزوم و با پذیرش دلیل عمومات امارات اجتهادی و همچنین اصل استصحاب جزئی، هرچند در قانون مدنی اصل لزوم به‌طور مطلق در عقود مطرح شده است، نظر مختار آن است که دامنه عمومات دال بر اصل لزوم و همچنین محدوده اصل استصحاب، شامل عقود تعلیقی نمی‌شود، به خلاف شکاری که معتقد است این عدم شمولیت نسبت به عقود تعلیقی، فقط منحصر در دامنه اصل استصحاب است (شکاری، ۱۳۸۷: ۱۸۶). البته عدم جریان اصل لزوم در عقود تعلیقی، متوقف بر آن است که احکام وضعی، منتزعه از احکام تکلیفی باشد که در صورت پذیرش این مبنا، اصل لزوم در این‌گونه عقود طبق نظر اصح جاری نیست.

۲. معنای عقد در لغت و فقه

عقد، در لغت به معنای عهد مشدد است که می‌توان از لغت‌نامه القاموس کمک گرفت: «عَقَدَ الحَبْلَ وَ البَيْعَ وَ العَهْدَ یَعْقِدُهُ: شَدَّهُ» (فیروزآبادی، ۱۴۱۵ق، ج ۱: ۴۳۷) که در آن، ماده عقد در

کنار عهد، به صورت عهد مشدد به کار رفته است. همچنین در لغت‌نامه تاج العروس من جواهر التاموس آمده است: «عَقَدَ الْعَهْدَ، وَ الْيَمِينَ، يُعَقِّدُهُمَا عَقْدًا وَ عَقْدَهُمَا: أَكَّدَهُمَا. قَالَ أَبُو زَيْدٍ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى وَ الَّذِينَ عَقَدْتُمْ أَيْمَانَكُمْ وَ عَاقَدْتُمْ أَيْمَانَكُمْ. وَ قَدْ قُرِئَ: عَقَّدْتُمْ، بِالتَّشْدِيدِ، مَعْنَاهُ التَّوَكُّيدُ وَ التَّغْلِيظُ» (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ۱۱۵) که عقد را بیانگر عهد مؤکد می‌داند. شیخ انصاری این معنای لغویون از ماده عقد را معنایی عرفی هم می‌داند (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۵: ۱۸). ولی صحیحۀ عبدالله بن سنان که در تفسیر علی بن ابراهیم روایت شده است، «العقود» در آیه را «العهود» تفسیر کرده است (قمی، ۱۳۶۳، ج ۱: ۱۶۰). روایت، معنای عرفی عقد را توسعه داده است. البته در برخی کتب لغت مثل التاموس، عقد به معنای مطلق عهد هم آمده است.

در اصطلاح فقهی، عقد عبارت است از التزام مرتبط به التزام دیگر. خوبی، عقد را ربط دو التزام می‌داند (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۱۸۳). اما عهد، مطلق التزام است بدون تقید به ارتباط به التزام دیگر. بنابراین در اصطلاح فقهی، عقد اخص از عهد خواهد بود.

۳. معنای لزوم و جواز در عقد

گاهی منظور از جواز یا لزوم عقد، جواز یا عدم جواز فسخ عقد به وسیله خیار است که در این صورت خیار و فسخ، یک حق خارج از عقد است که قابلیت اسقاط و انتقال دارد (حق جواز فسخ). طبق این معنا هر گاه متعاقدین از حق خیار خود صرف‌نظر کرده و آن را اسقاط کنند، عقد قابل فسخ نخواهد بود و به لزوم خود باقی می‌ماند و در اصطلاح عقد لازم می‌گردد. اما گاهی منظور از جواز یا لزوم عقد، حکم شرعی شارع به جواز یا عدم جواز رجوع در عقد است که در این صورت جواز و لزوم، حق مجعول شرعی قابل اسقاط نخواهد بود، بلکه یک حکم شرعی مربوط به عقد است (حکم جواز رجوع) که طبق این معنا به محض انعقاد عقد، حکم شرعی لزوم و جواز متناسب با عقد جاری می‌شود. پس جواز و لزوم مشترک لفظی است و در دو معنا به کار رفته است.

با توجه به توضیح قبل روشن می‌شود که برای مثال، ثبوت خیار مجلس در اولین زمان انعقاد بیع، منافاتی با لازم بودن فی نفسه عقد بیع ندارد، چراکه خیار یک حق خارج از عقد

و انفکاک‌پذیر از آن است. ولی چنانچه شارع در اولین زمان انعقاد عقد، حکم به جواز رجوع می‌داد، در این صورت جواز حکمی رجوع با لازم بودن عقد منافات پیدا می‌کرد (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۵: ۱۵). بنابراین اصل لزوم و جواز در عقود، ناظر بر اعمال یا عدم اعمال خیار است؛ بلکه اساساً بحث خیار خارج از دامنه اصل لزوم است و تأثیری در لزوم و جواز حکمی عقد ندارد. یکی از سؤالات اصلی این تحقیق، آن است که در صورت شک در حکم شرعی لزوم و جواز عقد (معنای دوم)، اصل بر چیست؟

۴. ادله قائلان به لزوم در عقود

۴. ۱. غلبه خارجی

علامه حلی اصل را در بیع بر لزوم می‌داند و می‌فرماید: «الاصل فی البیع اللزوم؛ لأن الشارع وضعه لنقل الملك و الاصل الاستصحاب و الغرض تمکن کل من المتعاقدين من التصرف فیما صار الیه، و انما يتم باللزوم لیامن من نقض صاحبه علیه» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱: ۵). محقق کرکی در تفسیر عبارت علامه، اصل مذکور را به معنای غلبه خارجی می‌داند، زیرا معتقد است بیشتر افراد معاملات در عرف به صورت لازم منعقد می‌شود. حتی معاملاتی که در آنها خیار وجود دارد، متفرع بر لازم بودن آن عقد است. پس اگر در لزوم و جواز عقدی شک شود می‌بایست بر فرد غالب آن یعنی لزوم حمل شود (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۲۸۲).

چنانچه غلبه خارجی به عنوان دلیل لزوم بیع مدنظر باشد، با بیان علامه که فرموده است: «انما یخرج من الاصل لامرین: ثبوت الخیار او ظهور عیب» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۶۴)، سازگاری نخواهد داشت، زیرا معنی ندارد که علامه بفرماید با ثبوت خیار یا عیب، عقد مشکوک از این غلبه خارج می‌شود. چون فرد نادر از افراد غالب محسوب نمی‌شود تا فرد نادر بتواند از آن خارج شود (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۵: ۱۴). چنانچه دلیل غلبه خارجی هم پذیرفته شود، باز هم در موارد مشکوک فایده‌ای ندارد، چراکه در نهایت، ظن آور است و ظن قابل استناد نیست. نائینی صغری (وجود غلبه خارجی لزوم) و کبری (استناد به ظن حاصل از غلبه) این وجه را قبول ندارد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۴).

۴.۲. بنای عقلا

غرض از بیع، تمکن هریک از متعاقدين در تصرف در کالا است که این غرض فقط با لزوم تأمین می‌شود تا از نقض بیع توسط طرف مقابل ایمن بماند. قائلان به لزوم، این استدلال را در سایر عقود هم به کار گرفته‌اند. صاحب عروه، این وجه را اکمل و اتمّ می‌داند (صاحب عروه، ۱۴۲۱ق، ج ۲: ۳). بیاتی و حشمتی نیز معتقدند تنها دلیل اصل لزوم بنای عقلاست (بیاتی و حشمتی، ۱۳۹۴: ۲۰).

در جواب باید گفت این دلیل فقط برای اثبات لزوم در بیع مفید است، ولی چنانچه در لزوم و جواز عقدی غیر از بیع شک شود، نمی‌توان از آن استفاده کرد، زیرا هنگام شک و تردید در لزوم یا جواز عقدی اولاً بنای عقلایی وجود ندارد که بتوان به آن تمسک کرد، چراکه با توجه به ماهیت عقد، اراده و غرض عقلا از انعقاد عقود می‌تواند متفاوت باشد و در نهایت اصل اولیه‌ای برای تشخیص آن اراده وجود ندارد. البته اگر فسخ عقد توسط خیار به‌عنوان یک حق خارج از عقد، مورد لحاظ باشد، می‌توان غرض و هدف متعاقدين را به‌عنوان دلیل اقامه کرد، زیرا پس از انعقاد عقد، فسخ عقد خلاف رفتار عرفی محسوب می‌شود. اما همان‌طور که ذکر شد، محل بحث در اعمال یا عدم اعمال حق خیار نیست، بلکه فسخ عقد به معنی رجوع به عقد به‌عنوان یک حکم فی‌نفسه در عقد مطرح است. ثانیاً لزوم و جواز عقد اساساً یک حکم شرعی ناظر به خود عقد است، نه آنکه تابع اراده متعاقدين در انعقاد عقد و به تبع صفتی برای ملکیت حاصل شده از عقد باشد (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۵: ۱۷). به بیان دیگر، انقسام ملک به متزلزل و مستقر، در حقیقت ملک اخذ نشده است، بلکه تزلزل و استقرار ملک به اعتبار حکم شارع برای سبب ملکیت یعنی خود عقد است و ربطی به اختلاف در حقیقت ملک ندارد. دلایلی بر این مدعا قابل ذکر است:

۱. وجدان، تفاوتی را بین ملکیت حاصل از انشای عقد جایزی مثل هبه و ملکیت حاصل از انشای عقد لازمی مثل بیع نمی‌بیند و این عدم تفاوت نزد وجدان، محسوس است. چنانچه ملکیت از امور واقعی یا از تعبدیات شرعی می‌بود، ممکن بود گفته شود که به حقیقت آن بالوجدان نمی‌توان دسترسی پیدا کرد، اما از آنجا که ملکیت از امور اعتباری

است که مالک، آن را برای دیگری اعتبار می‌کند، بالوجدان برای اعتبارکننده آن روشن است. شک و تردید عرف در لزوم و جواز یک عقدی بیانگر آن است که لزوم و جواز از امور اعتباری عقلایی نیست، چراکه امور اعتباری عقلایی کاملاً برای جاعل آن روشن است و شک در آن راه ندارد (روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳: ۸۲).

۲. اگر لزوم و جواز از خصوصیات ملکیت عرفی باشد، نتایج فاسدی را به دنبال دارد؛ با این توضیح که تخصیص کلی قدر مشترک (کلی ملکیت) به فرد خاص (جواز یا لزوم)، یا به جعل مالک است یا به جعل شارع. اگر تخصیص به جعل مالک باشد، مستلزم تفصیل بین انواع و اقسام ملکیت به حسب قصد مالک است؛ پس اگر مالک، قصد رجوع داشت، نتیجه می‌دهد ملکیت ایجادشده، جایز بوده است و اگر قصد عدم رجوع داشت، نتیجه می‌دهد ملکیت حاصل شده، لازم است و اگر قصد هیچ‌کدام را نداشت، ملکیت حاصل شده، نه لازم است و نه جایز. درحالی‌که این مطلب، واضح‌البطلان است، زیرا قصد شخصی مالک در رجوع و عدم رجوع، تأثیری ندارد و همچنین ملکیت همواره با یکی از دو نوع خودش یعنی لزوم یا جواز، ملازم است؛ یعنی ملکیت بدون فصل ممیز آن شکل نمی‌گیرد (روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳: ۸۴) و این‌طور نیست که هر مالکی بستگی به قصد خاصی که از انعقاد عقد داشته باشد، بتواند به آن عقد رجوع کند. برای مثال اگر شخصی حین عقد هبه، نسبت به جواز رجوع آن غفلت داشت و آن را لحاظ نکرد، به این معنا نخواهد بود که هبه، عقد لازمی گردد.

اما اگر تخصیص به جعل شارع باشد، مستلزم آن است که شارع مقدس، عقد را بر غیر آنچه مقصود متعاقدين است، امضا کند. پس ممکن است مالک، قصد ملک لازم کرده باشد، ولی شارع حکم به تزلزل ملکیت کند. درحالی‌که این مطلب در خصوص عقود، باطل است، چراکه «العقود تابعه للقصد» و با وجود این تبعیت، ضرورتی در مقام وجود ندارد که بخواهیم به عدم تبعیت عقد از قصد متعاقدين، حکم کنیم (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۳: ۵۲-۵۱). این اشکالات مطرح شده نشان می‌دهد که بنای عقلا نمی‌تواند بر لزوم عقد مشکوک دلالت داشته باشد.

۴.۳. عموماً آیات قرآن کریم و روایات

اولین آیه‌ای که برای اصل لزوم به آن تمسک شده است، آیه مبارکه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/ ۱) است. مقصود از عقود براساس تفسیر روایت عبدالله بن سنان از آیه، مطلق عهد و براساس لغت و عرف، عهد مشدد است. ولی مدلول آیه، در هر صورت، عقود اصطلاحی را که التزام در مقابل التزام است، در برمی‌گیرد. به نظر می‌رسد ظهور جمع محلی به الف و لام در عمومیت است و مدلول آیه شامل همهٔ پیمان‌هاست. از آنجا که هدف عمدهٔ بحث، اثبات لزوم در معاملات بالمعنی الاعم است؛ عقد به هر معنایی تفسیر شود، به‌طور مسلم معاملاتی از قبیل بیع، اجاره، نکاح، یمین، عهد و سایر ایقاعات، داخل در عنوان عقد است و امر به وفا، دلیل وجوب عمل بر طبق عقد است که لازمهٔ آن، عدم تأثیر فسخ و لزوم عقد است (مظهر قراملکی، ۱۳۸۴: ۳۹). شیخ انصاری مراد از وجوب وفا به عقد را عمل به مقتضای فی نفسه عقد و به حسب دلالت لفظی آن می‌داند، مانند وفای به نذر. مثلاً اگر عقد بر تملیک مالی به دیگری دلالت کند، شخص می‌بایست به مقتضای تملیک به ملکیت مال برای طرف مقابل ترتیب اثر دهد. پس اخذ کالا از دست طرف مقابل و تصرف در آن بدون رضایت او، نقض مقتضای آن عهد محسوب می‌شود و حرام است. این حرمت به سبب اطلاق آیه، شامل همهٔ مواردی که نقض مضمون عقد باشد، می‌شود. شیخ انصاری به صراحت می‌فرماید از حکم تکلیفی، حکم وضعی برداشت می‌شود؛ یعنی از حکم حرمت تکلیفی، فساد فسخ یکی از متعاقبین بدون رضای طرف دیگر، برداشت می‌شود که همان معنای لزوم است (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۵: ۱۸).

آیه دیگری که برای اصل لزوم به آن تمسک شده است، آیه «احلَّ اللهُ الْبَيْعَ» (بقره/ ۲۷۵) است. در دلالت آیه می‌توان گفت کلمهٔ «احلَّ» دو احتمال دارد: ۱. حلیت تکلیفی و ۲. حلیت وضعی. البته به قرینهٔ ادامهٔ آیهٔ مذکور «حرّم الرّبا» می‌توان گفت مراد از «احلَّ» حلیت و اباحه تکلیفی است (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۳: ۴۰). کلمهٔ «البيع» نیز سه احتمال دارد: ۱. انشای بیع به قرینهٔ «حرّم الرّبا» در ادامهٔ آیه؛ ۲. تحقق خارجی بیع، که حاصل از سبب شرعی آن است؛ ۳. تصرفات مترتب بر بیع. بعید است حکم تکلیفی به انشای بیع

تعلق بگیرد، زیرا در مورد حلّیت تکلیفی انشای بیع، شک و شبهه‌ای وجود ندارد و امر به آن حتی به صورت ارشادی هم دور از مقام شارع است. از طرف دیگر، حلّیت بیع خارجی از طریق اسباب مخصوص به خود است و با تعبد شرعی حاصل نمی‌شود. پس احتمال سوم متعین می‌شود و باید در کلمه «البیع» تصرف کرده و آن را به تصرفات مترتب بر بیع حمل کرد. مدلول آیه، بنابراین تقریر، حلّیت جمیع تصرفات را مطلقاً شامل می‌شود و یکی از این تصرفات، تصرفی است که مشتری پس از فسخ با بیع در مبیع انجام می‌دهد و به اطلاق آیه، حکم به حلّیت و جواز آن می‌شود و چون این تصرفات، حلال است، کاشف از این است که فسخ با بیع، لغو و باطل و بی‌اثر است و وجودش کالعدم است و لزوم هم غیر از این نیست که بیع با فسخ باطل نمی‌شود. پس آیه بر اصل لزوم در بیع دلالت دارد (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۵: ۱۹).

انصاف این است که دلالت آیه بر لزوم، خالی از اشکال نباشد، زیرا هرچند این آیه بر صحت بیع و حلّیت تصرفات دلالت دارد، اطلاق گیری نسبت به حلّیت تصرفات حتی پس از فسخ یکی از متعاقدین، روشن نیست، زیرا اطلاق گیری فرع بر کامل بودن مقدمات حکمت است. یکی از این مقدمات، آن است که کلام در مقام بیان و اشاره به آن قید باشد تا بتوان از سکوت متکلم نسبت به آن، اطلاق گرفت. همان‌طور که در برخی از نسخه‌های کتاب مکاسب آمده است، شیخ انصاری نیز در مورد اینکه آیه نسبت به حلّیت تصرفات حتی بعد از فسخ یکی از متعاقدین در مقام بیان باشد، تردید کرده است (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۵: ۱۹). صاحب عروه، آخوند خراسانی و ایروانی نیز آیه را در مقام بیان لزوم و جواز عقد نمی‌دانند (صاحب عروه، ۱۴۲۱ق، ج ۲: ۴؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ۱۴۷؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۴). همچنین تعمیم دلالت این آیه از بیع، برای اثبات لزوم در عقود دیگر مشکل است.

آخرین آیه مورد استناد برای اصل لزوم، آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ» (بقره / ۸۸) است. در توضیح باید گفت که اکل، اعم از اکل اعتباری و اکل خارجی است و منظور، مطلق تصرف در مال غیر است. برخی فقها، از مستثنای «إِلَّا

أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ» در آیه استفاده می‌کنند و معتقدند رجوع مالک قبلی به عقد، نه تجارت است و نه رضایت طرفینی. درحالی که حصر موجود در آیه، جواز تصرف در مال یکدیگر را فقط از طریق «تجاره عن تراض» می‌داند. پس رجوع به عقد جایز نیست و به دلالت التزامی، لزوم عقد اثبات می‌شود. البته استثنای به‌کاررفته در آیه، ظهور در استثنای منقطع دارد (شیخ طوسی، بی‌تا، ج ۳: ۱۷۸؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳: ۵۹؛ زمخشری، ۱۴۰۷ق، ج ۱: ۵۰۲)، زیرا «تجاره عن تراض»، فردی از افراد باطل نیست تا بخواهد از حکم عام خارج شود. استثنای منقطع، حصر ادعاشده در دلالت آیه را رد می‌کند. پس، نمی‌تواند مورد استفاده برای اثبات لزوم باشد (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۳: ۳۶۴).

البته لزوم عقد به روش دیگری از آیه نیز قابل استنباط است. چنانچه استثنا در آیه منقطع باشد، در هر صورت، «تجاره عن تراض» سبب حلیت تصرف برای طرفین معامله خواهد بود. حلیت تصرف برای مالک فعلی، حتی بعد از فسخ یکی از طرفین بدون رضایت طرف دیگر هم حاصل است. این حلیت مطلق به دلالت التزامی دال بر عدم تأثیر فسخ یکطرفه است که این همان معنای لزوم است. البته اینکه آیه از حیث لزوم و حلیت تصرف حتی بعد از فسخ یک طرف در مقام بیان باشد، محل تردید و اشکال است.

افزون بر این، می‌توان از مستثنی‌منه «لا تاكلوا اموالكم بالباطل» در آیه، برای اثبات مدعا استفاده کرد. کلمه «الباطل» در آیه، مستعمل در معنای عرفی خودش است. باطل در عرف به معنای عملی است که غرض صحیح و عقلایی در آن نباشد (علامه طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۴: ۳۱۷). تصرف در مال معاوضه شده بدون رضایت مالک آن، عرفاً تصرف به باطل محسوب می‌شود و به حکم آیه، حرام است. از حرمت تصرف، کشف می‌شود که فسخ و رجوع بایع باطل است و معنای لزوم، همین است که قابل فسخ نباشد (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۵: ۱۹).

همچنین برای اثبات اصل لزوم به برخی از روایات هم تمسک شده است. روایت «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُّسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵ق، ج ۲: ۱۱۳) از جمله این روایات است که در بیان فقها آمده است. این روایت از کتاب عوالی اللئالی است که کتاب

معتبری نیست، اما به سبب آنکه در روایت شحام که در اعتبارسنجی، صحیحه شمرده می‌شود، همین مضمون با عبارت «فَأَنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَ لَا مَالُهُ إِلَّا بِطِيبَةِ نَفْسِهِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ۲۷۳) آمده است، ضعف حدیث مزبور را جبران می‌کند و در نتیجه قابل استناد می‌شود. در این روایت، سبب یا جزء سبب حلیت تصرف، منحصر در رضایت مالک است. مال هیچ مسلمانی بدون رضایت و طیب نفس او برای دیگری حلال نیست. از این حرمت تصرف، کشف می‌شود که فسخ مالک قبلی بی‌تأثیر است و معنای لزوم هم چیزی جز این نیست (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۳: ۵۴).

روایت مورد استناد دیگر برای اثبات لزوم، روایت «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵ق، ج ۱: ۴۵۷) است. این روایت نیز مبتلا به اشکال روایت قبلی است، ولی به سبب عمل فقها ضعفش منجبر و به صورت یک قاعده فقهی درآمده است. پس این روایت نیز از نظر سندی می‌تواند قابل استناد باشد. اما از حیث دلالت باید گفت که حذف متعلق سلطنت در روایت، مفید عموم انواع سلطنت است. پس انسان‌ها سلطنت عامه بر اموالشان دارند و کسی حق مزاحمت در اموال آنها را ندارد و هر آنچه با این سلطنت عامه منافات داشته باشد، باطل و مردود است. یکی از امور منافی با سلطنت مالک عبارت است از جواز فسخ طرف مقابل که با سلطنت عامه مالک منافی است. پس فسخ مردود و باطل خواهد بود و مالک قبلی، حق فسخ و اخذ و تملک و تصرف ندارد و معنای لزوم جز این نیست. در همین زمینه، محقق حلی و علامه حلی در خصوص قرض، فتوا داده‌اند که پس از تحقق قرض، قرض‌دهنده حق رجوع ندارد و استدلال کرده‌اند به اینکه قرض، تملیک‌کننده است و قرض‌گیرنده، مالک قرض می‌شود و بر ملک خود تسلط دارد. لذا قرض‌دهنده حق ندارد آن را پس بگیرد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۶۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳: ۴۴). البته یک اشکال در عدم دلالت این روایت بر لزوم وجود دارد که تقریب آن چنین است که حداکثر مدلول روایت، سلطنت شخص بر ملک خویش است. اما در صورت رجوع مالک قبلی، ملکیت مالک فعلی روشن نیست و اینکه تحت موضوع روایت یعنی «اموالهم» قرار گیرد، محرز نمی‌شود و در نتیجه تمسک به روایت، تمسک به

عام در شبهه مصداقیه خواهد بود. در جواب می‌توان گفت ملکیت مالک فعلی به وسیله عقدی که صورت گرفته، محرز است و رجوع مالک قبلی، موجب شک در ملکیت مالک فعلی نخواهد بود (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۳: ۵۳).

۴. ۳. ۱. دامنه و محدوده دلالت آیه «اوفوا بالعقود» و روایات مذکور

پس از بیان تک‌تک مستندات آیات و روایات بر اصل لزوم و پذیرش آیه «اوفوا بالعقود» و همچنین روایت «فَإِنَّهُ لَا يَجِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيْبَةٍ نَفْسِهِ» و «النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» به عنوان ادله قابل قبول بر اصل لزوم، می‌بایست نسبت این مستندات به عقود تعلیقی سنجیده شود که آیا این عمومات مذکور در بالا، شامل عقود تعلیقی می‌شود یا خیر؟ علامه حلی در مسئله لزوم و جواز عقد مسابقه، می‌فرماید: «اصل عدم لزوم است». دلیل علامه حلی فقط آن است که عقد مسابقه نوعی از جعاله است و عقد جعاله هم که از عقود جایز است. موافقان اصل لزوم، کلام علامه را با عمومیت آیه «اوفوا بالعقود» رد کرده‌اند، زیرا عقود تعلیقی هم یکی از انواع عقود است و ذیل عمومیت العقود قرار می‌گیرد. علامه حلی در پاسخ معتقد است «اوفوا بالعقود» یعنی عمل به مقتضای عقد، پس اگر عقد لازم باشد عمل به مقتضای عقد، لازم خواهد بود و اگر عقد جایز باشد، عمل به مقتضای عقد جایز است. پس منظور از عقود در آیه، مطلق عقود نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۶: ۲۵۵؛ فاضل مقداد، ۱۴۲۵ق، ج ۲: ۷۱). در جواب علامه باید گفت همان‌طور که ذکر شد، لزوم و جواز از مقتضیات عقد فی نفسه نیست؛ یعنی این‌طور نیست که جواز و لزوم داخل در اجزای عقد باشند، به این صورت که متعاقدين با غرض و اراده‌ای که از عقد دارند، لزوم و جواز عقد را مشخص کنند، بلکه متعاقدين با انعقاد عقد، تملیک را قصد می‌کنند، ولی لزوم و جواز، حکم شارع برای عقد است با توجه به خصوصیات عقد (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۵: ۱۸). پس این جواب علامه قابل قبول نخواهد بود. البته شیخ انصاری در موافقت با علامه حلی، اصل اولی در عقد مسابقه را جواز می‌داند. اما برای خروج این‌گونه عقود از عمومات «اوفوا بالعقود»، راه دیگری را ارائه

می‌دهد. توضیح آنکه عقود تعلیقی عقودی هستند که با انعقاد عقد، ملکیت بالفعل حاصل نمی‌شود، بلکه ملکیت، فرع بر تحقق معلق‌علیه خواهد بود. در عقود تعلیقی مثل جعله، مسابقه و غیره، با فسخ یکی از متعاقدين قبل از تحقق عنوان معلق‌علیه، هیچ‌گونه حرمت تکلیفی برای شخص رجوع‌کننده به عقد، نخواهد بود، زیرا به محض انعقاد عقد، ملکیتی برای طرفین شکل نمی‌گیرد تا فسخ عقد، تصرف در مال دیگری محسوب نشود (شیخ انصاری، ۱۴۳۶ق، ج ۵: ۲۳). از آنجا که حرمت تکلیفی تصرف در مال غیر وجود ندارد، فسخ عقد هم حرام نخواهد بود و به تبع، حکم وضعی لزوم هم برداشت نمی‌شود. اصفهانی کلام شیخ را این‌طور توضیح می‌دهد که آنچه موجب خروج عقود تعلیقی - مثل مسابقه، مسابقات، جعله و امثال آن - از اصل لزوم است، انتزاع حکم وضعی لزوم از حرمت تکلیفی تصرف در مال غیر است. در عقود تعلیقی به مجرد عقد، تملیک بالفعل صورت نمی‌گیرد. پس تصرف متعاقدين در مال انتقال داده شده حرام نیست و به تبع حکم وضعی لزوم هم برداشت نخواهد شد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴: ۴۸). از آنجا که شیخ انصاری احکام وضعی را منتزاع از احکام تکلیفی می‌داند و در خصوص مسئله، حکم وضعی لزوم را از مطلق حرمت تکلیفی تصرف غیر یا از مطلق حلیت تکلیفی مالک فعلی در ثمن و مثنی انتزاع می‌کند، باید گفت آیه «اوفوا بالعقود» و روایات مذکور شامل عقود تملیکی تعلیقی نیست.

۴.۴. استصحاب ملکیت

چهارمین دلیل برای اثبات اصل لزوم، تمسک به استصحاب جزئی است. استصحاب جزئی یعنی استصحاب فرد معین، که در مقابل استصحاب کلی است که مستصحاب آن، وجود کلی در ضمن افرادش است؛ با این توضیح که اصل ملکیت مالک فعلی با عقد حاصل است و با رجوع مالک قبلی، در زوال ملکیت مالک فعلی شک می‌شود. با استصحاب بقای ملکیت، حکم به بقای ملکیت مالک فعلی می‌کنیم. اصل استصحاب می‌تواند هم در شبهات حکمیه و هم در شبهات موضوعیه مورد استناد قرار گیرد. البته بر این استصحاب دو اشکال وارد شده است.

۴. ۱. اشکال اول: تقدم استصحاب سببی بر استصحاب مسببی

اصل سببی (استصحاب بقای علقه مالک قبلی) با اصل مسببی (استصحاب بقای علقه مالک فعلی) تعارض می‌کند و در این تعارض، اصل سببی بر اصل مسببی مقدم است، زیرا شک در بقای علقه مالک فعلی ناشی از شک در بقای علقه مالک قبلی است و با جاری شدن اصل در ناحیه سبب، دیگر نوبت به جاری شدن اصل در ناحیه مسبب نمی‌رسد.

این اشکال مخدوش است؛ به این بیان که منظور از اصل سببی یا استصحاب بقای علقه ملکیت قبلی است که در این صورت باید گفت یقیناً با تحقق عقد، این ملکیت برای مالک قبلی، زائل شده است. پس رکن دوم استصحاب یعنی شک لاحق، موجود نیست. یا منظور از اصل سببی، استصحاب سلطنت اعاده عین در ملکیت مالک قبلی است که این بیان هم مخدوش است، زیرا درست است که مالک قبلی، قبل از انعقاد قرارداد، مالک عین بوده است، اما پیش از انعقاد قرارداد، سلطنت اعاده عین در مورد او بی‌معناست. پس رکن اول استصحاب یعنی یقین سابق، موجود نیست، پس اصل سببی نخواهیم داشت.

۴. ۲. اشکال دوم: عدم جریان استصحاب جزئی

استصحاب جاری مانند استصحاب کلی قسم دوم است نه استصحاب جزئی. استصحاب کلی قسم دوم، به استصحابی گفته می‌شود که مستصحاب آن کلی است و شک در بقای کلی ناشی از تردید در آن است که آیا کلی در ضمن فرد طویل به وجود آمده تا در حالت لاحق، قطع به بقای آن باشد، یا در ضمن فرد قصیر به وجود آمده تا در حالت لاحق، قطع به عدم بقا و ارتفاع آن باشد. البته اصل یقین سابق به کلی محفوظ است و شک در بقای آن کلی در ضمن یکی از دو فرد آن وجود دارد.

در محل بحث، متعلق یقین سابق در استصحاب، ملکیت مشترک بین ملکیت متزلزل و ملکیت مستقر است؛ یعنی در حالت سابق، روشن است که ملکیت برای مالک فعلی ایجاد شده است. اما این ملکیت، مردّد بین ملک لازم و جائز است. به این بیان که ملکیت دو فرد دارد. یک فرد ملکیت، ملکیت مستقر (لزوم) است که قابل فسخ نیست. فرد دیگر، ملکیت متزلزل (جواز) است که با رجوع مالک قبلی، از بین می‌رود. محل بحث این است که

به سبب انعقاد قرارداد، ملکیتی حاصل شده است که فرد آن ملکیت از ابتدا روشن نیست. از طرفی مالک قبلی رجوع به قرارداد کرده است. پس حتماً ملکیت متزلزل منتفی شده است. ولی شک در فرد دیگر (ملکیت مستقر) همان طور که از ابتدا وجود داشت، در حال لاحق هم وجود دارد. پس مسئله از قبیل استصحاب کلی قسم دوم است (شکاری، ۱۳۸۷: ۱۸۶) و می توان ملکیت کلی سابق را استصحاب کرد.

اشکال وارد بر استصحاب مذکور آن است که اولاً در صورت یقین سابق به وجود ملکیت کلی و شک لاحق در آن، می توان ملکیت کلی را استصحاب کرد، ولی با استصحاب ملکیت کلی نمی توان وجود فرد باقی مانده از آن کلی یعنی ملکیت مستقر را اثبات کرد (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۲: ۱۸۴)، چراکه اصل مثبت خواهد بود؛ ثانیاً نکته مهم آن است که اساساً استصحاب جاری در مقام، مانند استصحاب کلی قسم دوم نخواهد بود، زیرا همان طور که گفتیم، ملکیت به دو قسم ملکیت متزلزل و ملکیت مستقر تقسیم نمی شود، بلکه تزلزل و استقرار ملکیت، یک حکم شرعی ناظر بر عقد است. بنابراین تطبیق مسئله بر استصحاب کلی قسم دوم صحیح نیست و استصحاب جاری در مسئله همان استصحاب جزئی خواهد بود که جریان آن بی اشکال است.

۴. ۳. دامنه و محدوده دلالت استصحاب جزئی

بیشتر فقها قائل اند که اگر استصحاب تعلیقی به طور مبنایی مورد قبول باشد، در آن صورت می بایست استصحاب بقا اثر عقد را هم در عقود تنجیزی و هم عقود تعلیقی جاری دانست. یعنی نسبت به تعلیقی بودن عقد، استصحاب جزئی مطلقاً جریان دارد. برای مثال آخوند معتقد است که پس از انعقاد عقد، آثاری بر آن عقد مترتب می شود که در صورت شک در بقای آن اثر، استصحاب جاری می گردد (آخوند، ۱۴۰۶ق: ۱۵۰). در راستای نظر آخوند، نائینی هم معتقد است فقهای مثل شیخ انصاری که استصحاب تعلیقی را پذیرفته اند، می بایست در صورت رجوع متعاقدين، اثر معلق در عقود تعلیقی را استصحاب کند و گریزی از جریان استصحاب در عقود تعلیقی ندارد و در نتیجه در عقود تعلیقی، اصل بر لزوم است (نائینی، ۱۳۷۶، ج ۴: ۶۶۲). شکاری با اینکه معتقد است اصل استصحاب شامل

عقود تعلیقی نمی‌شود، ولی معتقد است این عدم شمولیت فقط مبنی بر آن است که استصحاب تعلیقی فاقد پایه و اساس باشد (شکاری، ۱۳۸۷: ۱۸۴).

نکته اساسی آن است که قائلان به جریان اصل لزوم در عقود تعلیقی، بقای آثار یک عقد ولو آثار تعلیقی را در صورت رجوع متعاقدين به معنای اصل لزوم برداشت کرده‌اند. در حقیقت، اصل لزوم به‌عنوان یک حکم وضعی مستقل لحاظ شده است که با استصحاب تعلیقی در عقود تعلیقی می‌توان بقای آن را اثبات کرد.

در جواب باید گفت که اگر حکم وضعی منتزع از حکم تکلیفی باشد، برای اثبات لزوم باید از حرمت تکلیفی بالفعل استفاده شود. درست است که طبق نظر مشهور، استصحاب تعلیقی جریان دارد، اما جریان استصحاب تعلیقی و بقای آثار معلق عقد، منافاتی با جواز فسخ یکی از متعاقدين ندارد، چراکه در صورت رجوع، حرمت تکلیفی بالفعل متوجه او نمی‌شود. در نتیجه از عدم حرمت تکلیفی بالفعل، عدم لزوم عقد تعلیقی برداشت می‌شود. بنابراین بین پذیرش استصحاب تعلیقی با اصل لزوم در عقود تعلیقی ملازمه‌ای وجود ندارد و این تصور که اثبات اصل لزوم در عقود تعلیقی فقط متوقف بر اثبات جریان استصحاب تعلیقی است، نادرست است. در صورت فسخ عقد، از آنجا که حرمت بالفعلی وجود ندارد، اگر حکم وضعی لزوم را منتزع از حرمت تکلیفی تصرف غیر بدانیم، به تبع می‌توان اثبات کرد که در عقود تعلیقی اصل لزوم جاری نمی‌شود. اما اگر حکم وضعی را مستقل از احکام تکلیفی بدانیم، با جریان استصحاب تعلیقی در عقود تعلیقی، قائل به اصل لزوم خواهیم بود.

۵. نتیجه

ادله اجتهادی در محل بحث، شامل عمومات آیات و روایات و همچنین بنای عقلاست و ادله فقاهتی، استصحاب است. تحقیق در ادله لزوم و جواز نشان می‌دهد که اولاً لزوم و جواز، خارج از ماهیت فی نفسه عقد است و این‌طور نیست که عقد فی نفسه لازم یا جایز باشد و ثانیاً حکم شرعی متعلق به مسبب (ملکیت) نیست و این‌طور نیست که صفتی از ملکیت حاصل شده باشد، بلکه لزوم و جواز، یک حکم شرعی ناظر به سبب ملکیت (عقود) است. بنابراین تمسک به بنای عقلا و همچنین استصحاب کلی قسم دوم ممنوع

است. در بین آیات، دلالت آیه «أوفوا بالعقود» برای اثبات لزوم عقود، در شبهات حکمیه تام است، ولی اطلاق‌گیری برای لزوم عقد در آیات دیگر دچار خدشه است. نکته مهم آن است که محدوده عمومات دال بر لزوم در عقود تعلیقی جریان ندارد؛ یعنی مادامی که عنوان معلق‌علیه در خارج محقق نشده است، در صورت رجوع یکی از متعاقدین، حرمت تکلیفی برای شخص رجوع‌کننده به عقد وجود ندارد و اگر حکم تکلیفی را منتزع از احکام وضعی بدانیم، در این صورت از حرمت تعلیقی، صفت لزوم برای عقد اثبات نمی‌شود.

اما استصحاب جزئی ملکیت مالک فعلی در شبهات حکمیه و موضوعیه قابل استفاده است. البته هرچند استصحاب تعلیقی طبق نظر مشهور قابل پذیرش باشد، اصل لزوم در عقود تعلیقی مثل مسابقه و جعاله جریان ندارد و این دو منافاتی با یکدیگر نخواهند داشت، زیرا هرچند استصحاب تعلیقی (بقای اثر تعلیقی عقد) جریان دارد، اما پیش از تحقق عنوان معلق‌علیه، حرمت تکلیفی برای شخص رجوع‌کننده به عقد وجود ندارد تا بتوان از آن، لزوم را برداشت کرد. حکم به عدم لزوم در صورتی صحیح است که مبنای انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی مورد پذیرش قرار گیرد.

کتابنامه

- قرآن کریم.
- قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.
۱. آهنگران، محمدرسول (۱۳۹۷). «واکاوی مبانی فقهی اصل لزوم در قراردادهای به‌منظور ارزیابی چارچوب شرعی ماده ۲۱۹ قانون مدنی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۴۸، ص ۳۱۸-۳۰۱.
۲. ابن ابی جمهور، محمد بن زیدالدین (۱۴۰۵ق). *عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة*، ج ۱ و ۲، قم: دار سیدالشهداء للنشر.
۳. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). *حاشیه کتاب المکاسب (ط- الحدیثه)*، ج ۴، قم: انوار الهدی.
۴. انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۳۶ق). *کتاب المکاسب*، ج ۳ و ۵، چ بیست و یکم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۵. _____ (۱۴۳۷ق). *فرائد الاصول*، ج ۳، چ بیست و یکم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۶. ایروانی، علی بن عبدالحسین (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*، ج ۲، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۷. بیاتی، محمدحسین؛ حشمتی، ابوالفضل (۱۳۹۴). «مبانی بارگذاری لزوم و جواز در قراردادهای پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت، شماره ۴، ص ۳۰-۸.
۸. حسینی حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ق). *فقه العقود*، ج ۱، چ دوم، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
۹. حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، ج ۶، چ دوم، قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. _____ (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۱۱. _____ (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقهاء*، ج ۱۳ و ۱۱، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۱۲. *حلی (فاضل مقداد)*، مقداد بن عبدالله (۱۴۲۵ق). *کنز العرفان فی فقه القرآن*، ج ۲، قم: مرتضوی.
۱۳. *حلی (محقق حلی)*، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۲، چ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۴. خراسانی (آخوند خراسانی)، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۵. روحانی، سید صادق (۱۴۲۹ق). *منهاج الفقاهه*، ج ۳، چ پنجم، قم: انوار الهدی.
۱۶. زبیدی، سید محمد مرتضی (۱۴۱۴ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*، ج ۵، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۱۷. زمخشری، محمود (۱۴۰۷ق). *الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل*، ج ۱، چ سوم، بیروت: دار الکتاب العربی.
۱۸. شکاری، روشنعلی (۱۳۸۸). «استصحاب و اصاله اللزوم»، *فصلنامه حقوق*، شماره ۳۹، ص ۱۸۷-۱۷۷.
۱۹. طباطبایی (علامه)، سید محمدحسین (۱۴۱۷ق). *المیزان فی تفسیر القرآن*، ج ۴، چ پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۰. طباطبایی یزدی (صاحب عروه)، سید محمدکاظم (۱۴۲۱ق). *حاشیه المکاسب*، ج ۲، چ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۱. طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). *مجمع‌البیان فی تفسیر القرآن*، ج ۳، چ سوم، تهران: ناصر خسرو.
۲۲. طوسی (شیخ طوسی)، محمد بن حسن (بی تا). *التبیین فی تفسیر القرآن*، ج ۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

۲۳. عاملی (محقق کرکی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۴، چ ۲، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۲۴. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۵ق). *القاموس المحيط*، ج ۱ و ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۵. قمی، علی بن ابراهیم (۱۳۶۳). *تفسیر القمی*، ج ۱، چ سوم، قم: دارالکتب.
۲۶. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی (ط - الاسلامیه)*، ج ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۷. مامقانی، محمدحسن بن الملا عبدالله (۱۳۱۶ق). *غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب*، ج ۲، قم: مجمع الذخایر الاسلامیه.
۲۸. مظهر قراملکی، علی (۱۳۸۴). *دلایل قرآنی اصل لزوم در عقود، مقالات و بررسی‌ها*، شماره ۷۷، ص ۴۹-۳۳.
۲۹. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۶). *فوائد الاصول*، ج ۴، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. _____ (۱۳۷۳ق). *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، تقریر: شیخ موسی خوانساری، ج ۲، تهران: المکتبه المحمديه.

References

- Qur'an
- Civil Law of the Islamic Republic of Iran.
- 1. Ahangaran, M.R. (2019). "Analysis of the jurisprudential principles of the principle of necessity in contracts in order to evaluate the religious framework of Article 219 of the Civil Code", *Journal of Islamic Law*, 48, pp.301-318. (in Persian)
- 2. Ansari (Sheikh), M. (2015). *Al-Makasib*, Vols. 3 & 5. 21th ed. Qom: Islamic Thought Association Publishing. (in Arabic)
- 3. _____ (2016). *Farayid Alosoul*, Vol. 3. 21th ed. Qom: Islamic Thought Association Publishing. (in Arabic)
- 4. Ameli (Mohaqeq Karki), A. (1993). *Jamie Almaqasid in Explaining the Alqawaeid*. Vol. 4, 2 nd ed, AAlulbayt Institute. (in Arabic)
- 5. Bayati, M., Heshmati, A. (2016). "Bases on loaded binding and voidable in contracts", *Journal of Private Justice Law*, Vol.2, No.4, pp.8-30. (in Persian)

6. Firouzabadi, M. (1994). *Al-Qaus Al-Mohit*, Vols. 1&2, Beirut: Dar Al-Kotob Al-Almiyeh. (in Arabic)
7. Hosseini Haeri, S.K. (2002). *Jurisprudence of contracts*, Vol. 1, 2nd ed. Qom: Islamic Thought Association Publishing. (in Arabic)
8. Helli (Allama), H. (1992). *Shiite differences in the rules of Sharia*, Vol. 6, 2nd ed, Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom. (in Arabic)
9. ————— (1992). *Qawa'd al-Ahkam in recognition of Halal and Haram*, Vol. 2, Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Teachers of the Seminary of Qom. (in Arabic)
10. ————— (1993). *Tazkerah alfuqaha'*, Vols. 11 & 13, Qom: AAlulbayt Institute. (in Arabic)
11. Helli (Fazel Miqdad), M. (2004). *Kanz aleurfan in the jurisprudence of the Qur'an*, Vol. 2, Qom: Mortazawy Publishing. (in Arabic)
12. Helli (Mohageg), N. (1988). *The Laws of Islam on the Issues of the Halal and Haram*, Vol. 2, 2nd ed, Qom: Ismailian Publishing. (in Arabic)
13. Ibn Abi Jumhur, M.I.Z. (1985). *Awali al-Laali al-Aziziyya in religious hadiths*, Vols. 1 & 2. Qom: Sayyid al-Shuhada Publishing. (in Arabic)
14. Isfahani, M. (1997). *Comment on the book Al-Makasib (I-Hadith)*, Vol. 4. Qom: Anwar Al-Huda Publishing. (in Arabic)
15. Irawani, A. (1986). *Comment on the book Al-Makasib*, Vol. 2, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance Publishing. (in Arabic)
16. Khorasani (Akhund Khorasani), M.K. (1986). *Comment on the book Al-Makasib*, Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance Publishing. (in Arabic)
17. Koleini, M.i.Y. (1987). *Al-Kafi (P – Al-Islamiyeh)*, Vol. 7, Tehran: Dar Al-Kotob Al-Islamiyeh. (in Arabic)
18. Mamqani, M. (1898). *Gayat Al-Amaml in the explanation of the book of Al-Makaseb*, Vol. 2, Qom: Majmae Al-Zakhayer Al-Islamieh. (in Arabic)
19. Mazhar Gharamaleki, A. (2005). “Quranic Reasons for the Principle of Necessity in Contracts”, *Journal of Articles and Studies*, Vol.38, No. 3, pp.33-49. (in Persian)
20. Naeini, M. (1998). *Favaed Al-Osoul*, Vol. 4, Qom: Qom Seminary Teachers Association Publishing. (in Arabic)
21. ————— (1954). *Monya al-Talib in the coment of the book of Al-Makaseb*, Report: Sheikh Musa Khansari, Vol. 2, Tehran: Al-Muktabah al-Muhammadiyah Publishing. (in Arabic)
22. Qomi, A. (1985). *Tafsir al-Qomi*, Vol. 1, 3th ed. Qom: Dar al-Kitab. (in Arabic)
23. Rouhani, S.S. (2008). *Minhaj al-Fiqhahat*, Vol. 3, 5th ed, Qom: Anwar al-Hada Publishing. (in Arabic)
24. Shekari, R. (2009). “Bindind of The Contract”, *Law Journal*, Vol.39, No. 1, pp.177-187. (in Persian)
25. Tabatabai (Allameh), S.M.H. (1996). *Al-Mizan in Tafsir Al-Quran*, Vol. 4, 5th ed, Qom: Islamic Publications Office of Qom Seminary Teachers Association. (in Persian)

26. Tabatabai Yazdi (Sahib orwa), S.M.K. (2000). *Comment on the book Al-Makasib*, Vol. 2, 2 nd ed, Qom: Ismailian Publishing. (in Arabic)
27. Tabarsi, F.I.H. (1994). *Majma 'al-Bayan in Tafsir al-Quran*, Vol. 3th ed, Tehran: Naser Khosrow Publishing. (in Arabic)
28. Tusi (Sheikh Tusi), M.i.H. (under publication). *Al-Tabyan in Tafsir Al-Quran*, Vol. 3, Beirut: Dar Al-Ahya Al-Tarath Al-Arabi. (in Arabic)
29. Zobeidi, S.M.M. (1993). *Taj Al-Arous on Jawahir alQamus*. Vol. 5, Beirut: Dar Al-Fikr for publishing and distribution. (in Arabic)
30. Zamakhshari, M. (1987). *Al-Kashaf on Haghaegh of Ghavamez al-Tanzil*, Vol. 1, 3th ed, Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi. (in Arabic)