

## جایگاه پیشینه خصومت و نزاع در عقد صلح

مجتبی مسعودی<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup> استاد سطوح عالی حوزه علمیه قم و مدرس جامعه المصطفی - دکترای تخصصی فقه و اصول (نویسنده مسئول)

نویسنده مسئول: mm.masoodi1427@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۰۶

### چکیده

از منظر فقهاء امامیه مشروعیت عقد صلح مشروط به سبق خصومت نیست. از طرفی، آن را عقدی مستقل و اصیل می‌دانند که در احکام و شرائط تابع هیچ یک از عقود دیگر نیست. لذا این عقد می‌تواند فوائد بیشتر عقود و ایقاعات شناخته شده یا حتی قراردادهای نوپدائی را که تحت هیچ یک از عقود دیگر جای نمی‌گیرد به بار آورد. نباید چنین انگاشت که ظهور لغوی و متفاهم عرفی و واژه صلح اقتضای سبق خصومت دارد چرا که دلیل بر مشروعیت عقد صلح منحصر در ادله‌ای که واژه صلح در آنها به کار رفته نیست. تعاریف فقهای پیشین برای عقد صلح که مشروعیت صلح را به جهت رفع خصومت می‌دانند نیز افاده انحصار عقد صلح در جهت رفع خصومت نمی‌کند چرا که در این تعاریف فقط اشاره به حکمت مشروعیت شده نه علت آن. مشروعیت صلح ابتدائی به معنای بر هم زدن نظم قوانین حاکم بر معاملات نیست بلکه راه کاری ویژه برای در چارچوب قرار دادن معاملات نوظهور در حیطه شریعت است و از طرفی با مشروعیت صلح ابتدائی توقیفیت عقود نیز حفظ شده و انحصار معاملات در عقود متعارفه شکسته نخواهد شد.

کلیدواژه: مشروعیت، صلح ابتدائی، علت و حکمت، توقیفیت عقود

### مقدمه

مشهور میان فقهای امامیه سبق خصومت و یا احتمال بروز خصومت را از عناصر عقد صلح نمی‌دانند لذا عقد صلح در نظر آنان عقد عامی است که می‌توان وسعت زیادی برای آن قائل شد به گونه‌ای که برخی بزرگان چون امام راحل در مقام تعریف عقد فرموده‌اند:

«عقد صلح عبارت است از تراضی و تسالم بر امری مثل تملیک عین یا منفعت یا اسقاط حق و غیر اینها، و مسبوق بودن به نزاع در آن معتبر نیست و بر هر امری به جز مواردی که استثناء شده است جایز است و در هر مقامی می‌توان از آن استفاده کرد مگر در مواردی که عقد صلح حرام کننده‌ی حلالی یا حلال کننده‌ی حرامی باشد».

اما در مقابل گروهی با تمسک به واژه‌ی صلح و اثبات وضع لغوی و متفاهم عرفی آن پیشینه‌ی خصومت را اثبات می‌کنند و از سویی دیگر صلح را خلاف مذاق شارع دانسته‌اند به این بیان که چگونه ممکن است شارع از سویی برای هر یک از معاملات بر اساس مصالح و مفاسد واقعی احکام و مقرراتی خاص تشریح نماید و از سوی دیگر به اهل تکلیف اجازه دهد برای فرار از این احکام و مقررات خاص قالب ظاهری عقد خوش را به عنوان صلح تغییر دهند تا هیچ یک از مقررات خاص آن عقد با این تغییر ظاهری جاری نگردد به تعبیر دکتر کاتوزیان از حقوقدانان معاصر در کتاب حقوق مدنی (مشارکت‌ها و صلح ص ۳۰۲): صلح ابتدایی وسیله‌ای برای انواع تقلب‌ها و حیل‌های قانونی و موجب برهم ریختن نظم قوانین و بی فایده شدن بسیاری از مقررات می‌باشد.

طبیعی است اگر ما توقیفی بودن و انحصاری بودن عقود را بپذیریم و از طرفی در مشروعیت صلح، لزوم سبق خصومت را شرط بدانیم نسبت به مشروعیت عقود نوظهور و نوپیدا با چالش روبرو می‌شویم. در حالی که مشروعیت بخشی به عقود نوظهور در گرو یکی از این دو امر است:

۱. عقود را اموری توقیفی ندانیم و قائل بر مشروعیت هر عقدی شویم که بنای عقلاء بر جریان آن باشد و با قواعد مسلمة شرعی در عموم معاملات منافاتی نداشته باشد.

۲. صلح ابتدائی در مقام معاملات را مشروع بدانیم که در این صورت می‌توان عقود نوظهور را از مصادق صلح بدانیم که در این صورت می‌توان عقود نوظهور را از مصادیق صلح دانست و از این رهگذر با توقیفی بودن عقود نیز مخالفت نکرده باشیم.

## پیشینه

فقه‌های شیعه در آثار و کتب فقهی و روایی خویش فروع مختلفی ضمن باب صلح بیان کرده‌اند. در کتب روایی «کافی» و «من لا یحضره الفقیه» و «تهذیب الاحکام» بابتی مستقل به عنوان صلح آمده است (کلینی، ۱۳۶۳ ش، ج ۵، ص ۲۵۸ / صدوق، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۲ و ۳۲ / طوسی، ۱۳۶۴ ش، ج ۶، ص ۲۰۶).

در میان کتب فقهی قدهاء در «مقنعه‌ی» شیخ مفید و «انتصار» سید مرتضی گرچه برای صلح باب مستقلی گشوده نشده است ولی به برخی از فروع آن اشاره شده است (مفید، ۱۴۱۰ ق، ص ۶۰۲ و ۶۲۲ و ۶۳۲ / علم الهدی، ۱۴۱۵ ق، ص ۴۷۲).

گویا برای اولین بار در میان کتب فقهی در آثار ابوالصلاح حلبی و سلار دیلمی و شیخ طوسی که معاصر یکدیگر بودند باب مستقلی برای مسائل مربوط به صلح قرار گرفته است (حلبی، بی‌تا، ص ۴۵۳ / دیلمی، ۱۴۱۴ ق، ص ۲۰۰ / طوسی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۸۸). و از آن پس تا زمان حاضر کتاب صلح در بخش معاملات فقه مورد بحث و آراء و انظار واقع شده است.

در میان آثار قدهاء در مورد این که آیا پیشینه‌ی خصومت در عقد صلح ضرورت دارد یا نه؟ مطلبی به چشم نمی‌خورد و از آن بحثی به میان نیامده است. فقط در باب صلح تعاریفی داده‌اند که فقط به حکمت مشروعیت صلح اشاره شده است و آن حکمت را قطع نزاع و کشمکش بین طرفین بیان نموده‌اند. به ظاهر اولین فقیه‌ی که به صراحت بحث اشتراط و عدم اشتراط سبق خصومت را مطرح کرده است علامه‌ی حلی در تذکره است و بعد از آن این مسأله مورد نظر فقهاء قرار گرفته است و در آثار فقهائی از جمله شهید ثانی، مقدس اردبیلی در «مجمع الفائدة والبرهان» سید علی طباطبائی در «ریاض المسائل» و ... تا رسد به معاصرین که همه، این مسأله را مطرح نمودند و اکثریت آنها تصریح به عدم اشتراط سبق خصومت در مشروعیت صلح ابتدائی نمودند. اما در این کتب به صورت مفصل و مبسوط پیرامون این موضوع آن طور که باید، مسأله به صورت کامل مورد بررسی قرار نگرفته است.

در آثار معاصر مقاله ای پیرامون صلح ابتدائی از سوی محقق ارجمند مسعود امامی نگاشته شده که در مجله‌ی فقه اهل بیت علیهم السلام به چاپ رسیده است که البته نگارنده‌ی آن مقاله درصدد اثبات عدم مشروعیت صلح ابتدائی برآمده و مشروعیت صلح را فقط در چارچوب وجود خصومت و نزاع سابق یا احتمال آن دانسته است.

ما در مقاله حاضر کوشیده ایم ادله‌ی مشروعیت صلح ابتدائی را مورد بررسی قرار داده و دلالت آنها بر مشروعیت صلح ابتدائی را اثبات کنیم و ادله ای که بر عدم مشروعیت آن اقامه شده است را پاسخ دهیم.

البته این نکته نیز لازم به ذکر است که واژه‌ی «صلح ابتدائی» در کلمات فقهاء از زمان علامه به بعد استعمال نشده است و گویا اولین کسی است که این واژه را استعمال نموده است. مرحوم نراقی در «عوائد الایام» است (نراقی، ۱۴۱۷ ق، ص ۱۸).

## ۱. صلح

واژه‌ی صلح در لسان فقهاء که برگرفته شده از آیات و روایات است، اصطلاحی بیگانه از معنای لغوی آن نمی‌باشد و شارع برای این لفظ مانند بسیاری دیگر از الفاظ معاملات معنایی برخلاف معنای عرفی و لغوی اختراع نکرده است یعنی صلح همچون عبادات دارای حقیقت شرعیه نمی‌باشد. لغویان پیرامون واژه‌ی صلح چنین اظهارنظر کرده‌اند:

جوهری در صحاح چنین آورده است: «الصلاح ضد الفساد تقول صلح الشيء يصلح صلوحاً والصلاح بكسر الصاد المصالحة والاسم الصلح» (جوهری، ۱۴۰۷ ق، ج ۱، ص ۳۸۴). راغب اصفهانی در تبیین این واژه چنین می‌نگارد: «الصلاح ضد الفساد و هما مختصان فی اکثر الاستعمال بالافعال و قوبل فی القرآن تارةً بالفساد و تارةً بالسيئة، قال تعالى: خلطوا عملاً صالحاً و آخر سيئاً..... والصلح يختصُ بإزالة النفاق بين الناس يقال: اصطلحوا و تصالحو» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ق، ص ۴۹۰). ابن منظور در لسان العرب چنین می‌نویسد: «الصلاح ضد الفساد... و الصلح تصالح القوم بينهم والصلح: السلم» (ابن منظور افریقی مصری، ۱۴۰۵ ق، ج ۲ ص ۵۱۶). فیومی در مصباح المنیر چنین اظهار می‌دارد: «صلح الشيء صلوحاً من باب قعد و صلاحاً و صلح بالضم لغةً و خلاف فسد... و الصلح اسم منه و هو التوفيق» (فیومی، ۱۳۴۷ ق، ج ۲ ص ۳۴۵).

با بررسی عبارات لغویان به دو مطلب می‌توان دست یافت:

۱. برخی لغت شناسان صلح را به سلم و توفیق که در فارسی به سازش ترجمه می‌شود معنا کرده‌اند و اتفاقاً در توضیح واژه‌ی سلم آن را به صلح معنا نموده‌اند (جوهری، ۱۴۰۷ ق، ج ۵ ص ۱۹۵۱ / ابن منظور افریقی مصری، ۱۴۰۵ ق، ج ۲ ص ۴۲۸). این مقابله در تفسیر و دور آشکار به خاطر وضوح معنای صلح در نزد عرب زبانان می‌باشد. همچنین برخی از لغت شناسان در معنای حرب گفته‌اند که ضد و نقیض سلم است (جوهری،

۱۴۰۷ ق، ج ۱ ص ۱۰۸ / ابن منظور افریقی مصری، ۱۴۰۵ ق، ج ۱ ص ۳۰۲) و از این امر می‌توان دریافت که در معنای صلح ضدیت و تقابل با جنگ نهفته است.

۲. برخی از لغت‌شناسان تصریح کرده‌اند که صلح سازش و توافق بعد از خصومت و نزاع است چنان که در تعریف راغب اصفهانی در مفردات مشاهده کردید همچنین طریحی در مجمع البحرین در توضیح این حدیث: الصلح جائز بین المسلمین گوید: اراد بالصلح التوافق بین المتنازعين یعنی پیشینه‌ی نزاع و خصومت مفروغ عنه گرفته شده است.

## ۲. واژه صلح در آینه آیات و روایات

### ۲-۱. آیات

استعمال واژه صلح در آیات و روایات به تبع همان معنای لغوی است که در آن پیشینه خصومت مفروغ عنه گرفته شده است برای نمونه به آیات زیر توجه داشته باشید:

وَإِنْ أُمَّرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ (نساء: ۴، آیه ۱۲۸)<sup>۱</sup>  
 يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ (انفال: ۸، آیه ۱)<sup>۲</sup>  
 وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (نساء: ۴، آیه ۳۵)<sup>۳</sup>  
 وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَت إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَ مَا قَاتَلْتُمَا لِلَّذِينَ قَاتَلُوا مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَقْسَطُ لِلَّذِينَ قَاتَلُوا مِنَ الْمُؤْمِنِينَ (حجرات: ۴۹، آیه ۹)<sup>۴</sup>

إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأصْلِحُوا بَيْنَ أَخْوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ (حجرات: ۴۹، آیه ۱۰)<sup>۵</sup>

لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ (نساء: ۴، آیه ۱۱۴)<sup>۶</sup>

نکته‌ای که حائز اهمیت است این می‌باشد که آیا می‌توان به این آیات برای اثبات مشروعیت صلح عقدی استدلال نمود یا خیر؟

مرحوم شیخ محمدحسن نجفی در جواهرالکلام چنین می‌نگارد: «در دلالت آیات ذکر شده غیر از آیه‌ی اول اشکال و تأمل نزد علماء امامیه وجود دارد بلکه حتی برخی گفته‌اند در آیه‌ی اول نیز جای تأمل هست» (نجفی، ۱۳۷۳ ش، ج ۲۶ ص ۲۱۰).

همچنین مرحوم مقدس اردبیلی در «زبدۀ البیان فی احکام القرآن» چنین آورده است:

«واعلم أن فی دلالة الكل على الصلح الشرعی الذی ذکره الفقهاء فی کتاب الصلح تأملاً واضحاً» (اردبیلی، بی‌تا، ص ۴۶)

گرچه خود ایشان در ابتدای کتاب الصلح از کتاب «مجمع الفائدة والبرهان» برای اثبات مشروعیت صلح به دو آیه از آیات ذکر شده تمسک می‌نماید:

۱. آیه‌ی ۱۲۸ سوره‌ی نساء.

۲. آیه‌ی ۹ از سوره‌ی حجرات (اردبیلی، ۱۴۰۹ ق، ج ۹ ص ۳۲۹)

به نظر می‌رسد وجه تأمل در آیات صلح غیر از آیه‌ی اول این باشد که تمامی آنها از باب افعال و اصلاح می‌باشند و اصلاح نقطه‌ی مقابل افساد است به این معنا که اگر رابطه‌ی بین زن یا شوهر یا دو برادر ایمانی یا دو گروه و دو فرقه به تباهی و نابودی کشیده شده بود شما آن را ترمیم کنید و به صلح برسائید و این هیچ ارتباطی به صلح عقدی بر مال یا منفعت یا حق و ... ندارد بلکه برای ترمیم رابطه‌ی از بین رفته است. اما پیرامون آیه‌ی اول باید گفت ظاهراً بسیاری از فقهاء آیه‌ی که مشتمل بر جمله‌ی (وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ) هست را به عنوان یک قاعده‌ی کلیه برای اثبات صلح عقدی پذیرفته‌اند.

<sup>۱</sup> اگر زنی بيم آن داشت که شوهرش با وي مخالفت و بد سلوكي کند يا از او دوري گزيند باكي نيست که هر دو تن به راه سازش دهند که صلح به هر حال از نزاع بهتر است.

<sup>۲</sup> درباره‌ی انفال از تو سوال می‌کنند (ای رسول ما) در پاسخ چنین بگو: انفال مخصوص خدا و رسول است لذا باید از خدا بترسید و به اصلاح بین خودتان پردازید و از خدا و رسولش اطاعت نمایید اگر اهل ایمانید.

<sup>۳</sup> اگر از اختلاف میان زن و شوهری آگاه شوید داورى از خویشان مرد و داورى از خویشان زن برگزینید اگر آن دو قصد اصلاح داشته باشند خدا میانشان موافقت پدید می‌آورد، همانا خدا دانای آگاه است.

<sup>۴</sup> اگر دو طائفه از اهل ایمان با هم به دشمنی برخیزند بین آنها سازش برقرار کنید و اگر یک قوم بر دیگری ظلم کرد با آن طایفه ظالم قتال کنید تا به فرمان خدا باز آیند پس هر گاه به حکم حق برگشتند میانشان صلح عادلانه برقرار کنید و عدالت پیشه کنید که خدا عادلان را دوست می‌دارد.

<sup>۵</sup> قطعاً مؤمنان برادر یکدیگرند پس بین برادران ایمانی خود آشتی برقرار سازید و از خدا پروا کنید باشد که مشمول رحمت الهی شوید.

<sup>۶</sup> در بسیاری از سخنان سري آنها هیچ فائده و خیري نيست مگر آن کسي که در صدقه دادن و نيکي کردن و اصلاح میان مردم سخن سري بگويد.

مثلاً مرحوم طبرسی در کتاب «المؤتلف من المختلف بین ائمه السلف» برای اثبات مذهب امامیه پیرامون صحت صلح در فرض انکار و اقرار چنین فرموده است: «و يدلّ علی مذهبنا قوله تعالی (وَ الصَّلْحُ خَيْرٌ) و لم یفرق بین الانکار والاقرار» (طبرسی، ۱۴۱۰ ق، ج ۱ ص ۵۷۳).

یا مرحوم سید عبدالاعلی سبزواری در کتاب مهذب الاحکام می‌فرماید:

«ای عموم و اطلاق اعم و اکثر توغلاً فی الاطلاق من قوله تعالی (وَ الصَّلْحُ خَيْرٌ) فعلق طبیعته الخیر علی طبیعته الصلح بای نحو و جهة تحقق» (سبزواری، ۱۳۸۸ ش، ج ۱۸ ص ۱۷۴).

## ۲-۲. روایات

در روایات به چند نمونه که فقها به آنها به عنوان قواعد عامه باب صلح نگاه کرده اند اشاره می‌کنیم:

روایتی که از پیامبر اکرم صلی الله علیه وآله و سلم به واسطه‌ی طرق عامه نقل شده و همچنین مرحوم شیخ صدوق در کتاب «من لایحضره الفقیه» به صورت مرسله نقل کرده است: «الصلح جائز بین المسلمین الا احلّ حراماً او حرّم حلالاً» (صدوق، بی‌تا، ج ۳ ص ۲۱ / حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۳ ص ۱۶۴).

محمد بن یعقوب بن علی بن ابراهیم بن ابیه عن ابن ابی عمیر عن حفص بن البختری عن ابی عبدالله علیه السلام قال: الصلح جائز بین المسلمین (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۳ ص ۱۶۴).

محمد بن الحسن باسناده عن الحسین بن سعید عن ابن ابی عمیر عن حماد بن الحلّی عن ابی عبدالله علیه السلام فی الرجل یکون علیه الشیء فیصلح فقال: اذا کان بطیبة نفسٍ من صاحبه فلا بأس (طوسی، ۱۳۶۴ ش، ج ۶ ص ۲۰۶).

## ۳. عقد صلح از منظر فقهاء امامیه

شیخ طوسی از بزرگان طائفه امامیه عقد صلح را در کتاب مبسوط تعریف نمی‌کند و فقط مبنای خود پیرامون عقد صلح را بیان می‌کند ایشان می‌فرماید:

«الصلح لیس باصل فی نفسه و آتما هو فرع لغیر و هو علی خمسۀ اضرب احدها فرع البیع و ثانیاً فرع الایراء ثالثها فرع الأجاره و رابعها فرع العاریه و خامسها فرع الهبه... و یقوی فی نفسی ان یکون هذا الصلح اصلاً قائماً بنفسه و لا یکون فرع البیع فلا یحتاج الی شروط البیع» (طوسی، بی‌تا، ج ۲ ص ۲۸۸).

علامه حلّی در کتاب تحریر تعریفی از عقد صلح ارائه نمی‌دهد و می‌پردازد به این که صلح عقدی مستقل است و متفرع بر عقود دیگر نیست (حلّی، ۱۴۲۰ ق، ج ۳، ص ۷). ابن قطّان حلّی در کتاب «معالم الدین فی فقه آل یس» صلح را این چنین معرفی می‌کند:

«انفع العقود الصلح لعموم فائده لانه یفید فائده البیع و الهبه والاجاره والعاریه و الایراء و لیس فرعاً علیها بل هو اصل فی نفسه... و لا یشرط سبق الخصومه و لا ذکر العوض لانّ مناط هذا العقد الرضا مع الایجاب والقبول من اهله» (انصاری، ۱۴۲۴ ق، ج ۱، ص ۳۱۹).

در کتاب مسالک الافهام شهید ثانی تعریفی از عقد صلح ارائه می‌دهد و می‌فرماید:

«لاصل فی عقد الصلح انه موضوع لقطع التجاذب والتنازع بین المتخاصمین... لکنه عندنا قد صار عقداً مستقلاً بنفسه لا یتوقف علی سبق خصومه بل لو وقع ابتداءً علی عین بعوض معلوم کان کالبیع فی افاده نقل الملک... لا طلاق النصوص بجوازه من غیر تقيید بالخصومه» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۴ ص ۲۵۹).

سید محمد طباطبائی معروف به سید محمد مجاهد در کتاب مناهل پیرامون عقد الصلح بعد از تعریف عقد صلح چنین می‌نگارد:

«لایقال قد صرح جمله من العبارات بانّ الصلح شرّع لقطع التجاذب والخصومه و هو یقتضی اشتراط سبق الخصومه كما عن بعض العامه لان القاطع للتجاذب مسبوق بالتجاذب لانا نقول هذا مندفع بما نبه علی فی جامع المقاصد و المسالک و الریاض فی مقام دفع الایراد المذكور من انه لا یلزم من کون اصل مشروعیه لذلك ثبوته فی کل فردٍ من افراده لانّ القواعد الحکمیه لا یجب اطرادها فی کل فردٍ کالقصر فی السفر... و کالعهده... و بالجمله المرجع فی اثبات حکم شرعی الی الدلیل الدال علیه لا الی الحکمه الی شرع لاجلها كما نصّ علیه فی المسالک» (طباطبائی، بی‌تا، ص ۳۴۲).

از عباراتی که از فقهاء نقل شد، می‌توان اموری را برداشت کرد:

امر اول: صلح عقدی مستقل است و در عرض سائر عقود محسوب می‌شود و آثار مختص به خودش را دارد و این مطلب که به شیخ طوسی نسبت داده شده که او قایل به فرعیّت صلح است، نسبت صحیحی نیست البته مفصل در خصوص این مسأله در بخش دوم پیرامون اصالت یا فرعیّت عقد صلح سخن خواهیم گفت.

امر دوم: اصل مشروعیت صلح برای قطع کشمکش بوده است ولی از آنجا که ادله‌ی مشروعیت صلح اطلاق دارند حتی مواردی را که پای خصومت و نزاع هم مطرح نباشد را شامل می‌شود برخلاف برخی از فقهاء عامه که مشروعیت صلح را مشروط به سبق خصومت می‌دانند. امر سوم: در کلام برخی از فقهاء مشاهده کردید که رفع خصومت و نزاع در عقد صلح به عنوان حکمت مطرح شده است نه علت، لذا لازم نیست که حکمت در تمام موارد وجود داشته باشد.

امر چهارم: گستردگی دائره‌ی عقد صلح که می‌توان از آن به عنوان ابزاری برای مشروعیت عقود نوظهور استفاده کرد لذا مرحوم امام تصریح کردند که در هر مقامی می‌توان از آن استفاده کرد مگر مواردی که عقد صلح حلال کننده‌ی حرام یا حرام کننده‌ی حلال باشد.

#### ۴. تفاوت علت‌ها و حکمت‌ها در احکام

فقیهان در فرآیند استنباط حکم شرعی گاه به ملاک‌هایی که در روایات برای احکام شرعی ذکر شده استدلال می‌کنند و آنها را مخصّص یا معمم احکام می‌دانند گاهی نیز می‌گویند ملاکی که در روایت به صورت تعلیل ذکر شده است علت نیست بلکه حکمت است و نمی‌توان برای تخصیص و یا تعمیم حکم شرعی به آن استدلال کرد و استفاده از علت و حکمت در علم فقه بسیار گسترده است.

علت حکم به ملاکی گفته می‌شود که حکم بدان وابسته است و مراد از وابستگی حکم به علت، این است که هر جا که علت باشد حکم نیز خواهد بود و هر جا علت نباشد حکم هم نخواهد بود. برای مثال مست‌کنندگی علتی است که سبب حرمت نوشیدن شراب در عبارت «لا تشرب الخمر لانه مسکر» و یا در مورد آب چاه در روایت آمده است که این آب با ملاقات نجاست نجس نمی‌شود «ماء البئر واسع لا یفسده شیء الا ان یتغیر ریحه او طعمه فینرح منه حتی یذهب الريح و یطیب لان له ماده» (طوسی، ۱۳۶۴ ش، ج ۱ ص ۲۳۴).

لذا گفته‌اند هر آبی که دارای منبع و سرچشمه باشد چنین ویژگی را خواهد داشت یعنی هم طاهر است و هم با ملاقات نجس در صورتی که رنگ، بو و مزه‌ی آن تغییر نکند نجس نخواهد شد.

در این گونه موارد اگر علت ذکر شود تابع همان علت مذکور خواهیم بود اما اگر علت ذکر نشد معمولاً دسترسی به فهم علت و مناطات احکام وجود ندارد و فقط ما صرفاً به صورتی اجمالی می‌دانیم که احکامی که جعل شده‌اند قطعاً دارای پشتوانه مصالح و مفاسدی است اما این که مصلحت و ملاک این حکم عیناً چیست و یا مفسده‌ی آن عمل چیست چیزی نیست که بتوانیم با عقل خود آن را تشخیص دهیم فلذا در روایات از امام سجاد علیه السلام نقل شده که فرمودند: «انّ دین الله لا یصاب بالعقول» (مجلسی، ۱۴۰۳ ق، ج ۲ ص ۳۰۳).

یا در توهّم تساوی دیه زن و مرد امام صادق علیه السلام به ابان بن تغلب فرمودند:

«مهلاً یا ابان هکذا حکم رسول الله انّ المرأة تعادل الرجل الی ثلث الدیه فاذا بلغت الثلث رجعت المرأة الی النصف یا ابان انک اخذتني بالقیاس والسنة اذا قیست محق الدین» (صدوق، بی‌تا، ج ۴ ص ۱۱۹).

در روایت مذکور ابان به امام عرضه داشت اگر شخصی یکی از انگشتان زنی را برید دیه‌ی او چقدر است؟ امام فرمود: ده شتر. دوباره سؤال کرد اگر دو انگشت را برید چقدر است؟ امام فرمود: بیست شتر. برای بار سوم سؤال کرد اگر سه انگشت او را برید چقدر باید به عنوان دیه بپردازد؟ امام فرمود: سی شتر. در سوال چهارم ابان بن تغلب پرسید اگر چهار انگشت او را برید دیه اش چقدر است امام فرمود: بیست شتر.

ابان از پاسخ امام بهت زده شد و عرض کرد چه طور اگر سه انگشت او بریده شود باید سی شتر پرداخت شود اما اگر چهار انگشت بریده شد، بیست شتر؟ در اینجا ابان بن تغلب گرفتار لغزش شد و حتی به امام عرضه داشت این حکم وقتی در عراق به ما رسید آورنده آن را شیطان نامیدیم. امام نهیبی به ابان بن تغلب زد و فرمود: «مهلاً یا ابان» صبر کن ای ابان این حکم، حکم رسول خداست که دیه‌ی مرد با زن تا یک سوم برابر است اما وقتی به صلح رسید دیه زن نصف دیه مرد می‌شود. سنت نبوی نباید آلوده به انواع و اقسام قیاس‌ها شود که اگر چنین شد دین از بین می‌رود.

و اما حکمت حکم به ملاکی گفته می‌شود که حکم بدان وابسته نیست مثلاً گفته می‌شود حکمت وجوب عده برای زنانی که از شوهر خود طلاق می‌گیرند یا شوهر آنان فوت کرده و هنوز یائسه نشده‌اند روشن شدن وضعیت حاملگی آنان است ولی از این ملاک نمی‌توان استفاده کرد که زنانی که به وسیله‌ی جراحی رحم خود را برداشته و دیگر قابلیت بچه دار شدن را ندارند نیز عده لازم ندارند. یا در مسأله شکسته خواندن نماز درباره‌ی شخص مسافر حکمت آن، مشقت و سختی نماز کامل برای مسافر معرفی شده است در حالی که حکم دائر مدار مشقت نیست بلکه در سفر بدون مشقت نیز نماز شکسته خواهد بود یا مثل فسخ در خیار عیب که حکمت تشریح آن نقصان قیمت بیان شده است، ولی در عیوبی که نقصان در آن نیست بلکه گاهی سبب افزایش قیمت در آن هم باشد باز خیار و فسخ به موجب عیب جریان دارد.

آیت الله سید کاظم حائری در مقام ضابطه برای تشخیص علت از حکمت فرموده‌اند:

«اگر تعلیلی که موجب تعمیم و سرایت دادن حکم است، تعلیل به صفت مشترک میان موضوع حکم و موضوعات دیگری که قرار است حکم بدان‌ها سرایت داده شود، باشد، باید حکم به علیت نمود چرا که عرف چنین استظهار می‌نماید که در حقیقت آن صفت مشترک موضوع حکم است و موضوع ذکر شده مصداقی از مصادیق آن موضوع حقیقی است مثلاً در جمله‌ی «لاتأکل الرمان لآنه حامض می‌فهماند که موضوع حقیقی «کل حامض» است نه فقط رمان یا در جمله‌ی «لاتشرب الخمر لانه مسکر» که عرف چنین استظهار می‌کند که موضوع «کل مسکر» است اما اگر در دلیلی تعلیل به نتیجه‌ای از نتایج عمل باشد استظهار عرف حکمت بودن است مثلاً اگر در دلیلی گفته شود: «ان الله اوجب الزکاه لانها ترفیه للفقراء بفضل مال الاغنیاء» یعنی وجوب زکات به این خاطر است که نوعی گشایش برای فقرا با زیادی اموال اغنیاء حاصل می‌شود حال نمی‌توان چنین نتیجه گرفت که هر امری که به نوعی گشایش امر فقراء با آن حاصل می‌شود با زیادی اموال اغنیاء، مشروع باشد هر چند که در قالب زکات نباشد چون این امر یاد شده فقط نتیجه‌ی وجوب زکات است پس حکمت تلقی می‌شود. یا در روایت «صوموا تصحوا» نمی‌فهماند که هر امری که صحت بدن به آن وابسته است واجب است هر چند صیام نباشد (حائری، ۱۴۱۵ ق، ص ۳۱۵ و ۳۱۴).

##### ۵. نقش پیشینه‌ی خصومت در صلح

تعریف قدماء و متأخران تا زمان شیخ انصاری از صلح به گونه‌ای بود که جایگاه عقد صلح را فقط منحصر در فصل و قطع خصومت و نزاع موجود یا محتمل معرفی می‌کرد. ابن حمزه در کتاب «الوسیله» عقد صلح را چنین تعریف می‌کند «الصلح فصل الخصومه بین المتداعیین» (طوسی، ۱۴۰۸ ق، ص ۲۸۳) و در ضمن تعاریف دیگر به مشروعیت عقد صلح به جهت قطع منازعه (حلی، ۱۴۱۰ ق، ص ۱۴۴) یا به جهت قطع تجاذب و کشمکش و یا به جهت قطع تنازع بین دو طرف که دارای اختلاف هستند (حلی، بی‌تا، ج ۲ ص ۱۷۶) اشاره شده است.

این تعریف با التزام فقهاء متأخر به مشروعیت صلح ابتدائی و عدم ضرورت پیشینه‌ی خصومت گرفتار مشکل شد و خلاصه عده‌ای از فقهاء را بر آن داشت که این تعاریف را توجیه کنند از جمله این که بگویند قطع منازعه و خصومت در حقیقت علت مشروعیت عقد صلح نبود و حکمت مشروعیت آن است.

اولین فقیه شیعه که به صراحت بحث اشتراط و عدم اشتراط سبق خصومت و نزاع را مطرح کرده است علامه‌ی حلی در تذکره می‌باشد ایشان فرموده است:

«مسأله: لا یشرط عندنا سبق الخصومه فی الصلح لاصالة الصحه فلو کان لواحد ملک فقال غیره یعنی ملک بکذا فباعه صحّ البیع اجماعاً و لو قال له صالحنی عنه بألف ففعل صحّ عندنا انّ الصلح معاوضه و لا فرق بین أن یعقد بلفظ الصلح او بلفظ البیع و اظهرهما عندهم المنع لانّ لفظ الصلح أنّما یستعمل و یطلق اذا سبقت الخصومه و هو ممنوع و لا عبره باللفظ هذا اذا اطلقا لفظ الصلح و لم ینویا شیئاً اما اذا استعملا و نویا البیع فانه یکون کنایه قطعاً و یکون عند الشافعیه مبنیاً علی الخلاف المشهور فی انعقاد البیع بالکنایات و عندنا الاصل عصمه مال الغیر و عدم الانتقال عنه بالکنایه» (حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۷۷).

در بررسی کلام علامه حلی به دو نکته می‌رسیم:

اولاً: این مسأله همان طور که علامه هم اشاره کردند برگرفته از فقه شافعی است ذیل مسأله‌ی که آیا متعاقدان می‌توانند در الفاظ ایجاب و قبول از لفظ صلح استفاده کنند و نیت عقد بیع نمایند در حالی که هیچ سابقه‌ی خصومت و نزاعی میان آنها وجود نداشته باشد در این صورت آیا معاوضه صحیح است یا نه؟ علامه معتقد است معاوضه صحیح می‌باشد و عقد صلح منعقد شده است اما فقهای شافعیه معتقدند چون لفظ صلح تنها در جایی که سابقه خصومت باشد استعمال می‌شود پس این عقد باطل است.

ثانیاً: از مثالی که علامه در عبارت بیان کردند برمی‌آید که موضوع مسأله در تذکره هم همان صلح ابتدائی بدون سابقه‌ی خصومت و نزاعی است نه این که نزاع محقق یا محتمل وجود داشته باشد.

در کلمات فقهاء بعد از مرحوم علامه تا زمان شیخ انصاری این مسأله پذیرفته شده و فرموده‌اند که، عقد صلح شامل معامله‌ی ابتدائی بدون سابقه‌ی خصومت و نزاعی است نه این که نزاع محقق یا محتمل وجود داشته باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۴، ص ۲۵۷ / نجفی، ۱۳۷۳ ش، ج ۲۶ ص ۲۱۱ / طباطبایی، ۱۴۱۹ ق، ج ۹، ص ۳۵).

تنها اشکالی که متوجه آنان می‌شد تعارض میان تعریف آنها از عقد صلح و عدم لزوم پیشینه‌ی خصومت بود. در توجیه این تعارض گروهی از فقهاء همچون مقدس اردبیلی این گونه تعارف ارائه شده در کتب فقهاء را برگرفته از اهل سنت دانستند چرا که آنها سبق خصومت را در صلح معتبر می‌دانند (اردبیلی، ۱۴۰۹ ق، ج ۹، ص ۳۳۳).

گروهی دیگر از فقهاء در پاسخ به تعارض فوق به حکمت بودن سبق خصومت توجه داشته‌اند ظاهراً اولین کسی که این پاسخ را مطرح کرده است محقق کرکی در شرح قواعد است ایشان هنگامی که تعریف علامه‌ی حلی در قواعد الاحکام را ذکر می‌کنند «عقد شرعاً لقطع التجازب» در پاسخ اشکال تعارض چنین می‌نگارد:

«ربما يقال: انّ هذا يقتضى اشتراط سبق الخصومه كما يراه بعض العامه لانّ القاطع للتجاذب مسبوق بالتجاذب. فيجاب بانّ اصل شرعيته لذلك ولا يلزم ثبوت التجاذب في كل فرد من افراد الصلح كما في القصر للمشقه فان قيل: السفر المخصوص مظنة المشقه والقصر تابع ار بخلاف الصلح فانّ الحكم لا يتعلق بما هو مظنة التجاذب كما هو ظاهر فلنا حيث ثبتت شرعية لنقل الملك مع الخصومه تثبت شرعيه و الاصل عدم كون الخصومه شرطاً له» (محقق کرکی، ۱۴۰۸ ق، ۵، ص ۴۰۷).

حاصل کلام ایشان این است که اصل مشروعیت صلح برای فصل خصومت است و این بدین معنا نیست که در تمامی موارد صلح باید خصومت وجود داشته باشد مانند نماز قصر در سفر که به جهت مشقت تشریح شده است ولی حکم قصر دائر مدار مشقت نیست بلکه در سفر بدون مشقت نیز نماز شکسته می‌شود وقتی اگر شک در لزوم سبق خصومت هم نمایم اصل عدم اشتراط پیشینه‌ی خصومت در صحت صلح است. ظاهراً این سخن با مطلبی که سابقاً در معیار تشخیص علت از حکمت بیان شد سازگاری دارد چرا که به عقیده‌ی برخی از محققین تعلیل حکم به نتیجه ظهور در حکمت بودن دارد نه علت بودن. و در مسأله‌ی صلح، تعلیل به رفع خصومت و نزاع، تعلیل به نتیجه است.

این پاسخ محقق کرکی را فقهای بعد از او نیز تکرار کرده‌اند و در حقیقت سخن مرحوم محقق کرکی را با بیانی فنی تکمیل نموده و سبق خصومت را به عنوان حکمت معرف کرده‌اند نه علت آن که حکم شرعی دائر مدار آن باشد (نجفی، ۱۳۷۳ ش، ج ۲۶ ص ۲۱۱ / خوانساری، ۱۴۰۶ ق، ج ۳ ص ۳۹۳).

اما از زمان شیخ انصاری که تعریف جدیدی از صلح ارائه شد دیگر مشکل تعارض بر آن تعریف وارد نشد. چرا که ایشان در تعریف صلح این طور بیان کردند: «انّ حقیقه الصلح و لو تعلق بالعین لیس هو التملیک علی وجه المقابله والمعاضه بل معناه الاصلی التسالم» (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۳، ص ۱۳) از نظر ایشان حقیقت صلح به همان تسالم و تراضی است گر چه در همه‌ی معاملات مشروع تراضی هم باید باشد ولی عقد صلح همان خود تراضی و تسالم به حمل اولی است. طبق این تعریف تصویر صلح ابتدائی ساده‌تر است.

## ۶. ادله مشروعیت صلح ابتدایی

قبل از اقامه‌ی ادله بر مشروعیت صلح ابتدائی باید به این نکته توجه داشت که ادله‌ی مزبور فقط ادله‌ی ای هستند که می‌توانند به عنوان مستند قرار بگیرند و منافاتی با این که برخی از آنها در صورتی می‌توانند دلیل باشند که برخی دیگر از ادله نباشد، ندارد مثلاً تمسک به اصل در صورتی صحیح است که دست ما از دامان دلیل اجتهادی کوتاه باشد و در فرض تمامیت ادله‌ی اجتهادی از قبیل عموماً و اطلاقات و یا روایات خاصه در باب صلح دیگر نوبت به تمسک به اصل نمی‌رسد یا تمسک به اجماع در صورتی به عنوان کاشف تبعیدی از رأی معصوم اعتبار دارد که دلیل خاص بر ثبوت حکم نباشد و با فرض وجود دلیل و تمامیت آن نیازی به اجماع نیست ولی از آن جا که در تمسک به ادله، ممکن است مناقشاتی باشد اجماع یا اصل به عنوان دلیل بر مشروعیت صلح ابتدائی مطرح می‌شود.

### ۵-۱. اجماع

از مهم ترین دلایل صحت صلح ابتدائی نزد فقهاء اجماع است، ادعای اجماع و ثبوت اتفاق بین فقهاء بر صحت صلح ابتدائی به دو صورت حکایت شده است.

#### ۵-۱-۱. اجماع بسیط

اجماع بسیط که مراد از آن اتفاق یکپارچه‌ی فقهاء بر یک فتوا می‌باشد، در بحث صلح ابتدائی اولین فقیه‌ی که مسأله لزوم و عدم لزوم پیشینه‌ی خصومت و نزاع را مطرح کرده است علامه‌ی حلی در تذکره است که در بحث جایگاه صلح ابتدائی کلام ایشان نقل شد، ایشان با واژه‌ی «عندنا» در حقیقت مشروعیت صلح ابتدائی و عدم لزوم سابقه‌ی خصومت را به شیعه نسبت می‌دهند، این تعبیر نوعاً برای حکایت اجماع به کار برده می‌شود و در حقیقت بیانگر این است که مسأله از مختصات شیعه است.

فقهاء پس از علامه نیز همین ادعای اجماع را داشته‌اند، شهید ثانی در کتاب شریف «مسالك الافهام» با واژه‌ی «عندنا» به اجماعی بودن مسأله اشاره کرده است، محقق اردبیلی در کتاب گرانسنگ «مجمع الفائدة والبرهان» بعد از این که به روایات استدلال می‌نماید و آنها را مورد بررسی قرار میدهد در انتها می‌فرماید: «... وغير ذلك من الاخبار والاجماع كاف في ذلك مع عدم ظهور المخالف متاً» (اردبیلی، ۱۴۰۹ ق، ج ۹، ص ۳۳۳).

## ۵-۱-۲. اجماع مرکب

اجماع مرکب که در حقیقت همان قول به عدم فصل است مرحوم سید علی طباطبایی در کتاب شریف «ریاض المسائل» بر مشروعیت صلح ابتدائی از این نوع اجماع بهره بسته و فرموده است:

«می‌توان از اشکال تعارض تعریف و مشروعیت صلح ابتدائی رهایی یافت بدین شکل که در میان امت احدی قائل بر تفصیل نشده است و هر کس صلح را در نزاع متوقع جاری ساخته است در آن فرضی که نه خصومت محقق است و نه نزاع متوقع، نیز جاری دانسته است» (طباطبایی، ۱۴۱۹ ق، ج ۹، ص ۳۶).

گرچه تعاریف فقهاء سابق از صلح بیانگر این است که آنها صلح را برای رفع نزاع محقق یا محتمل تعریف کرده‌اند و گروهی از فقهاء درصدد توجیه آن تعاریف برآمده‌اند ولی آنچه که به نظر می‌رسد این است که اصل مشروعیت صلح منحصر در رفع نزاع و خصومت نیست و تعریف فقط بیانگر نمایی از عقد صلح می‌باشد و اشاره به قطع تجاذب و نزاع در حقیقت اشاره به غالب افراد و قیود غالبی هم مفید مفهوم نیستند به این بیان که نمی‌توان به صرف اشاره به قطع خصومت و تجاذب تمسک کرد و نفی مشروعیت از صلحی که مسبوق به نزاع نیست نمود چرا که شرط دلالت بر مفهوم انحصار است در حالی که قید «قطع تجاذب» در تعاریف فقهاء صرفاً اشاره به مصادیق غالب است که در آنها فصل خصومت داده می‌شود (خراسانی، ۱۴۰۹ ق، ص ۲۰۷).

## ۵-۲. اصل عملی

برخی از فقهاء برای اثبات مشروعیت صلح ابتدائی به اصل عدم اشتراط سبق خصومت در عقد صلح استناد کرده‌اند (محقق کرکی، ۱۴۰۸ ق، ج ۵، ص ۴۰۸ / سبزواری، ۱۳۸۸ ش، ج ۱۸، ص ۱۶۶).

در تقریب اصل مذکور باید چنین گفت: در صورت عدم تمامیت ادله‌ی طرفین مبنی بر مشروعیت یا عدم مشروعیت صلح ابتدائی مکلف در اشتراط سبقت نزاع و خصومت در جواز صلح شک می‌نماید با تمسک به اصل عدم اشتراط در فرض شک، لزوم سبقت نزاع و خصومت نفی می‌شود. به عبارتی شک در صحت و فساد صلح ابتدائی در حقیقت ناشی از شک در شرطیت سبقت نزاع در جواز صلح است و وقتی اصل عدم اشتراط پیشینه‌ی نزاع جاری شد حاکم بر اصل فساد در باب معاملات است لذا از این رهگذر می‌توان صلح ابتدائی را ثابت کرد. به عبارتی گرچه در باب معاملات اصلی اولی فساد و عدم نقل و انتقال مال می‌باشد و در مسأله مشروعیت صلح ابتدائی مکلف در صحت و فساد صلح ابتدائی شک دارد و منشأ شک هم شک در لزوم سبقت گرفتن نزاع و عدم آن است و در جای خود ثابت شده است که در صورت تعارض شک در اصل سببی و مسببی اصل سببی مقدم است (خراسانی، ۱۴۰۹ ق، ص ۴۳۱).

نقد :

به نظر می‌رسد اصل مذکور نتواند حاکم بر اصل فساد در باب معاملات از جمله صلح ابتدائی باشد چرا که آنچه که در باب معاملات موضوع برای صحت است نفوذ و امضاء آن عقد است نه عدم جعل اشتراط سبق خصومت در عقد صلح یعنی شارع باید معامله ای را امضاء نماید تا موضوع صحت شرعی قرار گیرد و صرف عدم جعل شرطیت به معنای صحت معامله نیست چرا که عدم جعل شرطیت حتی با سالبه‌ی بانتفاء موضوع هم سازگار است یعنی ممکن است شارع اصلاً صحت معامله ای را جعل نکرده باشد تا شرطیت را جعل کند یا نکند، آنچه اثر دارد جعل نفوذ و صحت است نه عدم جعل شرطیت و اگر منظور از عدم جعل شرطیت این است که شارع نفوذ را برای صلح به صورت مطلق جعل کرده است اصل مثبت خواهد بود و اثبات جعل نفوذ غیرمشروط با اصل عدم جعل شرطیت از مصادیق اصل مثبت است لذا به نظر می‌رسد اصل مذکور قابل تمسک نباشد.

## ۵-۳. ادله‌ی عام صحت عقود و تجارات

از مهمترین دلایل اثبات مشروعیت صلح ابتدائی که برخی از فقهاء به آن تمسک کرده‌اند ادله‌ی عام صحت عقود است همچون «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ» (مانده: ۵، آیه ۱) و «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء: ۴، آیه ۲۹) و «الناس مسلطون علی اموالهم» (احسائی، ۱۴۰۲ ق، ج ۱، ص ۲۲۲ و ۴۵۷) و «المسلمون عند شروطهم» (کلینی، ۱۳۶۳ ش، ج ۵، ص ۴۰۴).



### ۱-۳-۵. اَوْفُوا بِالْعُقُودِ

در تقریب دلالت آیه چنین باید گفت: کلمه «اوفوا» فعل امر است و ظهور در وجوب دارد از طرفی کلمه «العقود» هم جمع محلی به الف و لام است و در جای خود ثابت شده است که جمع محلی به الف و لام مفید عموم است (خراسانی، ۱۴۰۹، ق، ص ۲۱۷) از سوی دیگر عقد یا مطلق عهد است چه مشدد باشد و چه غیرمشدد و یا خصوص پیمانی است که لغتاً و عرفاً بر آن عقد گفته شود که خصوص عهد مشدد است و آن هم دارای دوطرف ایجاب و قبول است.

معنای وفای به عقد عبارت است از عمل نمودن به مفاد و مقتضای آن، یعنی آنچه صیغه عقد دلالت لفظی بر آن دارد حال در ما نحن فیه که صلح ابتدائی در حقیقت انشاء تسالم و تراضی بین طرفین است و از مصادیق عقد صلح به حساب می آید پس قطعاً وفاء به مضمون و مفاد آن واجب است و باید آثار خارجی بر این تسالم و تراضی مترتب شود طبعاً تا عقدی صحیح نباشد لزوم وفاء هم نخواهد داشت. به نظر برخی فقهاء آیه (اَوْفُوا بِالْعُقُودِ) می تواند شامل هر گونه قراردادی که شارع به طور خاص نهی ننموده است باشد حتی اگر این قراردادها عقود نوظهور و نوپیدائی باشند که هیچ سابقه ای در خصوص کتاب و سنت بر آنها یافت نمی شود. به عبارتی کسانی که توقیفیت عقود را قبول ندارند و معاوضات را منحصر در عناوین خاص نمی کنند با دلیل فوق مشروعیت عقود نوظهور را ثابت می کنند.

حال طبق نظریه مشروعیت صلح ابتدائی، چه ما قائل بر توقیفیت عقود باشیم یا نباشیم می توانیم به واسطه ادله عام ذکر شده مشروعیت صلح ابتدائی را ثابت کنیم چون اگر هم ادعا کنیم که عقد صلح به خاطر ظهور واژه صلح در مسبقیت به نزاع در بین قدماء برای فصل خصومت به کار می رفته است اما رفته رفته در فقه امامیه دامنه اش توسعه پیدا کرده است و چهره جدیدی به خود گرفته است حال اگر ما توقیفیت عقود را نپذیریم می توانیم ادعا کنیم که عقد صلح فعلی که در میان فقهاء توسعه یافته است یک عقد نوظهور و جدید است که ردعی از سوی شارع بر منع از آن نیامده است و مشمول دلیل (اَوْفُوا بِالْعُقُودِ) است هر چند نتوانیم با ادله عامه و خاصی خود عقد صلح مشروعیتش را ثابت کنیم. اما اگر توقیفیت عقود را بپذیریم، که ظاهر کلمات قدماء هم پذیرش انحصاری بودن عقود و معاملات است و برای همین هم سعی کردند دامنه عقد صلح را توسعه دهند و به گونه ای که مصالحه های غیر مسبوق به نزاع را در یکی از عناوین متعارف داخل کنند، در این که صلح ابتدائی هم از مصادیق عقود است شک و شبهه ای وجود ندارد لذا می توان آن را مشمول دلیل (اَوْفُوا بِالْعُقُودِ) دانست.

### ۲-۳-۵. إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

در تقریب دلالت آیه فوق بر مشروعیت صلح ابتدائی چنین باید گفت: به حکم مستثنی منه در آیه اهل ایمان حق تصرف در اموال یکدیگر به ناحق و غیرمشروع را ندارند و به حکم استثنا تنها مجوز تصرف در اموال یکدیگر تجارت ناشی از تراضی طرفین است و در این که صلح ابتدائی از مصادیق تجارت محسوب می شود شکی نیست و قوام صلح ابتدائی هم به انشاء تراضی و تسالم طرفینی است پس مشمول مستثنی خواهد بود و تصرفات بعد از صلح ابتدائی در اموال به دست آمده «اکل مال به باطل» محسوب نمی شود.

### ۳-۳-۵. روایت نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم»

تقریب دلالت روایت: مقصود از سلطنت مردم و قدرت ایشان بر اموال خود، نفوذ تصرفات آنها کمأ و کیفاً است لذا به حکم روایت مذکور مردم می توانند بر اموال خویش مصالحه ابتدائی نموده و بر آن آثار بار کرد چون روایت به دو دلیل می تواند دارای عمومیت باشد:

الف) از جهت حذف متعلق سلطنت، افاده ی عموم نماید.

ب) به واسطه ی جریان مقدمات حکمت آن را دارای اطلاق شمولی بدانیم به این بیان که:

۱. از یک طرف متکلم در مقام بیان تمام مراد خود از سلطنت مردم بر اموال خویش می باشد.

۲. قرینه برخلاف ظهور اطلاقی نصب نکرده است.

۳. قدر متیقن در مقام مخاطب هم وجود ندارد (خراسانی، ۱۴۰۹، ق، ص ۲۴۷).

با تمامیت این سه مقدمه می توان برداشت کرد که مردم حق همه نوع تصرفی در اموال خود دارند و می توانند با هر نوع سببی مال خود را به یکدیگر انتقال دهند.

از نظر مرحوم خوئی تمسک به روایت سلطنت برای مشروعیت بخشی به معاملات صحیح نیست، ایشان در نظیر همین بحث در مشروعیت بخشیدن به معاطات و معامله‌ی فعلی تمسک به روایت سلطنت را کافی ندانسته و فرموده‌اند:

«انّ دلیل السلطنه یتکفل ببيان استقلال المالك فی التصرف فی امواله فی الجهات المشروعه و عدم كونه محجوراً عن التصرف فی تلك الجهات و ليس لغيره أن يزاحمه فی ذلك و عليه فشانّ دليل السلطنه شأن الاوامر المسوقه لبيان اصل الوجوب من غير نظر فيها الى تعيين الواجب من حيث الكم والكيف» (خوئی، ۱۳۷۷ ش، ج ۲، ص ۱۰۲).

با توجه به فرمایش ایشان، شرط تمسک به اطلاق، در مقام بیان مراد بودن متکلم است و این امر باید احراز شود لذا در مواردی که در مقام بیان بودن احراز نشود نمی‌توان اطلاق‌گیری نمود حال ایشان در روایت فوق هم می‌فرماید: قدر مسلم و متیقن از روایت فوق عمومیت تسلط مردم بر اموال خود است به عبارتی روایت فقط دلالت دارد بر این که مالکین حق تصرف در اموال خود در جهات مشروع را دارند و منعی از تصرف در اموال خویش ندارند و دیگران نمی‌توانند در انجام تصرفات برای ایشان مزاحمت ایجاد کنند اما این که چه جهاتی دارای مشروعیت هستند روایت بیانگر آن نیست.

پس این روایت از حیث دلالت بر مشروعیت صلح ابتدائی تمام نمی‌باشد.

#### ۴-۳-۵. المسلمون عند شروطهم

تقریب استدلال: شرط در لغت به معنای مطلق التزام است لذا تعهدات ابتدائی از جمله صلح ابتدائی از مصادیق شرط است و لزوماً شرط به معنای التزامات ضمن عقد نیست لذا به مقتضای روایت، در صورت انعقاد صلح ابتدائی پایبندی به آن لازم است.

گرچه در این که واقعاً شرط از دیدگاه فقهاء آیا شامل التزامات ابتدائی می‌شود یا نه؟ اختلافاتی وجود دارد ولی با قرائن لغوی و شواهد روایی این ادعا بعید نیست فلذا شیخ انصاری در بحث معاطات که آیا لازم الوفاء هست یا نه؟ معاطات را لازم الوفاء می‌داند (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۳، ص ۵۶). عمده دلیل ایشان هم استعمال فراوان شرط در نصوص دینی از تعهدات غیرضمن عقدی است که نمی‌توان تمامی آن‌ها را بر استعمال مجازی حمل کرد از این رو ایشان آن دسته از لغویان را که گفته‌اند شرط، الزام و التزام در ضمن عقد است را تخطئه می‌نماید و مدعی می‌شود که حتی به لحاظ لغت هم به همین معنای مطلق التزام است (همان، ج ۶ ص ۱۱).

پس به نظر می‌رسد این دلیل هم بر اثبات مشروعیت صلح ابتدائی تمام است.

#### ۴-۵. ادله‌ی صحت صلح

از مهم‌ترین دلایل اقامه شده بر صحت صلح ابتدائی روایاتی می‌باشد که اطلاق و عموم آنها در اعتبار عقد صلح شامل صلح ابتدائی نیز می‌شود. شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۴، ص ۲۵۹) و مقدس اردبیلی (اردبیلی، ۱۴۰۹ ق، ج ۹، ص ۳۳۲) به این گونه روایات استناد کرده‌اند از جمله:

۱. علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن حفص بن البختری عن ابی عبدالله علیه السلام قال: الصلح جائز بین المسلمین (کلینی، ۱۳۶۳ ق، ج ۵، ص ۲۵۹).

۲. مرسله‌ی شیخ صدوق از پیامبر گرامی اسلام که فرموده‌اند:

البینه علی المدعی والیمین علی المدعی علیه، والصلح جائز بین المسلمین آلاً صلحاً أحلّ حلالاً أو حرماً حراماً (صدوق، بی‌تا، ج ۳ ص ۳۱).

در دو روایت فوق واژه‌ی صلح به صورت مطلق و بدون آن که مقید به خصوصیت و نزاع پیشین شده باشد نافذ و صحیح شمرده شده است و به اعتقاد جمعی از فقیهان این اطلاق برای اعتبار صلح ابتدائی کافی است.

به نظر می‌رسد اطلاق این دو روایت به جهت استعمال واژه‌ی صلح و متفاهم عرفی از آن، شامل صلح ابتدائی نمی‌شود چرا که از نظر لغوی و فهم عرفی اختصاص به صلح مسبوق به نزاع دارد. حتی در صورت شک نیز نمی‌توان به این اطلاقات تمسک کرد چون در بحث «صحیح و اعم» علم اصول برای تمسک به اطلاق در موارد شک در شرطیت و جزئیت بیان شده است که شرط تمسک به اطلاق احراز صدق اسم طبیعت است به این معنا که اگر می‌خواهیم به اطلاق دلیل «الصلح جائز بین المسلمین» برای نفی شرطیت سبق خصوصیت تمسک کنیم باید احراز کنیم که بر صلح ابتدائی، واژه‌ی صلح اطلاق می‌شود یا نه؟ لذا چون صدق اسم صلح بر صلح ابتدائی در روایات مشکوک است نمی‌توان به اطلاق ادله تمسک کرد به عبارتی اصولی، تمسک به دلیل در شبهه‌ی مصداقیه خود دلیل جایز نیست (خراسانی، ۱۴۰۹ ق، ص ۲۸).

لذا جمله‌ای از فقهاء با این که ملتزم به مشروعیت صلح ابتدائی هستند ولی تمسک به ادله‌ی فوق را عاری از اشکال نمی‌بینند.

مرحوم سید احمد خوانساری بعد از ذکر روایات عامه می‌فرماید:

و قد يتأمل في دلالة مثل النبوی و ما فيه لفظ الصلح من الاخبار علی العموم من جهة احتمال ان مفهوم الصلح ما كان مسبوفاً بالنزاع (خوانساری، ۱۴۰۶ ق، ج ۳، ص ۳۹۳).

مضاف بر این که در روایت دوم عبارتی وجود دارد که اگر قرینه‌ی بر اشتراط سبق خصومت نباشد لااقل صلاحیت برای قرینیت دارد و لذا می‌تواند موجب اجمال شود که در این صورت باید به قدر متیقن آن تمسک کرد که آن هم صورت مسبوق بودن به نزاع و خصومت است چرا که در آغاز روایت دوم به قاعده‌ی مسلم قضاوت اسلامی که بینه و دلیل را از مدعی و سوگند را از منکر می‌طلبد اشاره گردیده و این امر گویای آن است که صلح در فراز دیگر، سازش و آشتی بعد از نزاع است.

## ۵-۵. روایات خاص

### ۵-۵-۱. صحیح‌ی محمد بن مسلم

محمد بن علی بن الحسین باسناده عن العلاء عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام انه قال: في رجلين كان لكل واحدٍ منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندى فقال لا بأس بذلك اذا تراضيا و طابت انفسهما (صدوق، بی‌تا، ج ۳، ص ۳۳ / حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۸، ص ۴۴۵).

تقریب استدلال: در روایت از دو مردی سخن گفته شده است که طعام آن‌ها نزد دیگری است و از مقدار آن آگاهی ندارند آن‌گاه راضی می‌شوند که هر یک مالک آن مقدار طعامی باشد که نزدش است.

همانطور که واضح است در روایت مذکور هیچ گونه نزاعی نبوده و فقط با تراضی و مصالحه هر یک به حق خود رسیده است خصوصاً که در ذیل روایت اصلاً تعبیر به صلح که نشده تا ادعا شود که ظهور لغوی و متفاهم عرفی آن از سبقت نزاع حکایت دارد بلکه در روایت بر روی عنوان تراضی و طیب نفس تکیه شده و دلالت می‌کند بر این که هر جا که انشاء تراضی شده باشد و طرفین دارای طیب نفس باشند کفایت می‌کند و معامله‌ی مذکور غیر از صلح ذیل هیچ عنوان دیگری واقع نمی‌شود.

### ۵-۵-۲. صحیح‌ی عبدالله بن سنان

علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن محبوب عن عبدالله بن سنان قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجلٍ دفع الی رجلٍ غنمه بسمنٍ و دراهم معلومه لكل شاه: كذا و كذا فی كل شهرٍ قال: لا بأس بالدرهم فامّا السمن فما احب ذلك آلا أن يكون حوالب فلا بأس (كلینی، ۱۳۶۳ ش، ج ۵، ص ۲۲۴).

تقریب استدلال: از روایت مذکور و روایات مشابه آن استفاده می‌شود که جایز است مالک گوسفندان گله‌ی خود را در طول مدتی به چوپانی دهد تا آنها را نگاهداری نماید و از منافع آنها همچون پشم و شیر استفاده کند در مقابل مقداری پول و روغن به او بدهد.

اگر چنین فرضی را مصداق عقد اجاره بدانیم بدین صورت که چوپان اجیر مالک گردیده مشکل این خواهد بود که اجرت عمل او که همان شیر و پشم گوسفند باشد معین نمی‌باشد در حالی که در عقد اجاره می‌بایست اجرت معلوم و مشخص باشد اگر فرض کنیم که مالک، گوسفندان خود را به چوپان اجاره داده است تا از منافع آن بهره‌مند گردد مشکل این خواهد بود که چوپان از شیر و پشم گوسفندان که عین می‌باشد بهره‌مند شده در حالی که عقد اجاره تملیک منافع است نه اعیان و فقهاء در باب اجاره فرموده‌اند متعلق اجاره اعیانی است که با بهره‌برداری از منافع آن اصل عین باقی است پس اگر مقصود اصلی از اجاره گوسفندان پشم و شیر آن باشد با استفاده از منافع آنها عین آنها نیز از بین می‌رود (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۳۱).

لذا گروهی از فقهاء همچون شهید اول قرارداد مذکور در روایت را در قالب عقد صلح جایز شمرده‌اند (شهید اول، ۱۳۸۵ ش، ج ۳، ص ۱۹۷) چون با موازین اجاره سازگاری ندارد.

ممکن است ادعا شود «چون در روایت مذکور واژه صلح استفاده نشده است پس نمی‌توان ادعا نمود که روایت مربوط به صلح ابتدائی بوده و فقدان سبق خصومت در آنها دلیل بر عدم لزوم سبق خصومت می‌باشد» (مسعود امامی، ۱۳۸۲ ش، ص ۱۳۴).

در پاسخ به ادعای فوق گوئیم همان طور که در ابتدای استدلال به روایات در نکته دوم اشاره کردیم بحث ما در خصوص صلح ابتدائی به حمل اولی نیست بلکه در مورد مشروعیت صلح ابتدائی به حمل شائع است و عنصر مقوم در روایت فوق نفس تراضی است و صلح ابتدائی هم بر پایه‌ی عنصر تراضی استوار است.

### ۵-۵-۳. صحیح‌های حلبی

عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبي عن ابی عبدالله علیه السلام و غیر واحد عن ابی عبدالله علیه السلام فی الرجل یكون علیه الشی فیصلح فقال: «إذا كان بطیبه نفس من صاحبه فلا بأس» (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۸، ص ۴۴۶).

تقریب استدلال: روایت درباره‌ی مردی بدهکار است که بر بدهی خویش با طلبکار مصالحه می‌کند اما در پاسخ به نکته‌ای که به منزله‌ی ضابطه است اشاره می‌کند و آن رضایت طرفین و این امر هم در صلح ابتدائی وجود دارد چون حقیقت صلح ابتدائی همان انشاء تراضی و تسالم است. ممکن است گفته شود: در روایت مذکور واژه‌ی «فیصلح» آمده است که ظهور لغوی و متفاهم عرفی آن سبقت خصومت است مضاف بر این که در مورد روایت زمینه‌ی بروز نزاع وجود دارد به عبارتی در مورد روایت نزاع متوقع و محتمل وجود دارد که عقد صلح برای رفع آن مشروع شده است (مسعود امامی، ۱۳۸۲ ش، ص ۱۳۵).

در پاسخ باید گفت:

اولاً واژه‌ی «فیصلح» که از مشتقات صلح است در کلام امام نیامده است.

ثانیاً گر چه مورد روایت ظهور در وجود زمینه‌ی بروز نزاع باشد اما پاسخ امام اشاره به قانون کلی است و به عبارتی طبق قاعده‌ی «خصوصیه المورد لا یخصّص العام الوارد» نمی‌توانیم به جهت تطبیق قانون کلی بر فرد و صدیقی، آن قانون را منحصر در آن مورد فرد نمائیم.

### ۵-۵-۴. صحیح‌های عمر بن یزید

عن عدّه من اصحابنا عن احمد بن محمد بن محمد بن اسماعیل عن محمد بن عذافر عن عمر بن یزید عن ابی عبدالله علیه السلام قال: اذا كان لرجل علی رجلٍ دین فمطله حتی مات ثم صالح ورثته علی شیء فالذی اخذ الورثه لهم و ما بقی فللمیت حتی یتوفیه منه فی الآخره و ان هو لم یصلحهم علی شیءٍ حتی مات و لم یقض عنه فهو کله للمیت یاخذ به (کلینی، ۱۳۶۳ ش، ج ۵، ص ۳۵۹ / حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۸، ص ۴۴۶). تقریب استدلال: مورد روایت درباره‌ی بدهکاری است که در پرداخت بدهی تأخیر انداخته است تا این که طلبکار از دنیا رفته است و سپس با ورثه‌ی او مصالحه نموده است، با صرف نظر از واژه‌ی صلح، روایت ظهور در بروز و ظهور خصومت و نزاع ندارد لذا بر این اساس عده‌ای همچون محقق اردبیلی به روایت بر مشروعیت صلح ابتدائی تمسک نموده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۹ ق، ص ۳۳۱).

اما به نظر نگارنده به دلیل وجود واژه‌ی صلح در کلام امام معصوم علیه السلام و ظهور لغوی متفاهم عرفی آن در سبق نزاع محقق یا متوقع استدلال به روایت بر مشروعیت صلح ابتدائی قابل تأمل است.

### ۵-۵-۵. صحیح‌های حلبی

محمد بن علی بن الحسین بسنده عن حماد عن الحلبي عن ابی عبدالله علیه السلام فی الرجل یعطی اقفره من حنطه معلومه یطحنون بالدرهم فلما فرغ الطحان من طحنه نقده الدرهم و قفیزاً منه و هو شیء قد اصطلحوا علیه فیما بینهم قال لا بأس به و ان لم یکن ساعره علی ذلک (صدوق، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۱ / حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۸، ص ۴۴۹).

تقریب استدلال: مورد روایت در جایی است که صاحب گندم و آسیابان برای آرد گندم‌ها توافقی بر مقدار معینی درهم نموده‌اند هر چند در عرف آن روزگار مقدار درهمی که برای آرد هر قفیز گندم داده می‌شد مشخص و معین بود و آن دو بعد از اتمام کار مصالحه می‌کنند که دستمزد آسیابان مقداری درهم و قفیزی گندم باشد و از روایت هم بر نمی‌آید که سابقه‌ی خصومتی بین آنها وجود داشته است تا برای رفع آن از صلح استفاده کرده باشند.

البته گروهی از فقهاء گرچه ملتزم به مشروعیت صلح ابتدائی هستند ولی دلالت صحیح‌ها بر مشروعیت صلح ابتدائی را نپذیرفته و در مقام مناقشه فرموده‌اند: روایت دال بر صلح نیست بلکه دلالت دارد بر این که اگر امری مصطلح در میان گروهی شد و به منزله‌ی قانون و روالی عادی بین

گروهی درآمد و مردم هم طبق همان قانون و روال عمل نمودند مانع شرعی ندارد. به عبارتی اگر در هر صنفی عرفیاتی وجود داشت که طبق همان عمل کردند مشکلی ندارد (بهبهانی، ۱۴۱۷ ق، ص ۴۳۸).

طبق این بیان روایت اجنبی از عقد صلح است چه رسد به این که بخواهد مشروعیت صلح ابتدائی را اثبات کند به نظر نگارنده اگر چنین فرضیه‌ای صادق باشد دلالت روایت بر مشروعیت صلح ابتدائی بهتر قابل اثبات است به این بیان که وقتی امری مورد پذیرش صنف و گروهی واقع شود و به صورت قانونی در آن صنف دربیاید و دیگران هم که با اهل این صنف بخواهند به این کیفیت وارد معامله شوند، قطعاً چون در ذیل عقود دیگر در نمی‌آید پس باید قوامش به تراضی طرفین باشد و معامله مذکور را امام هم بر پایه‌ی چنین تراضی امضا فرموده است. لذا در ذیل روایت امام فرمودند: «لا بأس و ان لم یکن ساعره علی ذلک» یعنی هر چند بر این معامله بیع و شراء و معاملات متعارف دیگر واقع نشده باشد. از طرفی وجود واژه‌ی «اصطلاحوا» نیز می‌تواند شاهد دیگری بر اعتماد بر صرف تراضی باشد چون واژه‌ی «اصطلاح» حکایت از معنای اتفاق و توافق دارد.

از مجموع آنچه که در استدلال به روایات خاصه به دست آمد ثابت شد که استدلال به روایت اول و دوم و سوم بر مشروعیت صلح ابتدائی تمام است و مناقشاتی که در کلام برخی از معاصرین آمده وارد نمی‌باشد.

بنابر این پس این ادعا که «تمامی دلائل لفظی کتاب و سنت که بر مشروعیت عقد صلح دلالت دارند و در آنها ماده‌ی صلح در قالب یکی از مشتقات آن به کار رفته است، به دلیل وضع لغوی این واژه تنها قراردادی را معتبر می‌سازد که نزاع و خصومت سابق و یا متوقع در آن یافت شود. بدین جهت صلح ابتدائی از گستره‌ی دلالت این گونه ادله خارج می‌باشد از سوی دیگر دلایل لفظی دیگری که بر اعتبار عقد صلح اقامه شده است و عاری از واژه‌ی صلح می‌باشند به دلیل فقدان این واژه دلالت تمام و روشنی بر عقد صلح ندارند و به طریق اولی بر خصوص صلح ابتدائی نیز دلالتی نخواهند داشت... حتی می‌توان گفت ترکیب وصفی «صلح ابتدائی» گرفتار یک تهافت و تناقض درونی است و استعمال آن غلط و ناروا می‌باشد زیرا واژه‌ی صلح بر سابقه‌ی خصومت موجود و یا متوقع دلالت دارد و واژه‌ی ابتدائی یا بدوی بر عدم سابقه‌ی این چنین دلالت می‌نماید از این رو توصیف صلح به چنین وصفی صحیح نیست و مانند ترکیباتی چون «نور خاموش» و «دانشمند نادان» می‌ماند...» صحیح نیست (مسعود امامی، ۱۳۸۲ ش، ص ۱۳۴) چون اولاً: برخی از ادله‌ی عام مشروعیت عقود از جمله (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) می‌توانند دلالت بر مشروعیت صلح ابتدائی نمایند از طرفی در میان ادله‌ی مخصوص به صلح ابتدائی، برخی از روایات از دلالت روشنی برای مشروعیت صلح ابتدائی برخوردار بودند هر چند که واژه‌ی صلح ابتدائی در آنها استعمال نشده باشد چون اگر ما قائل بر توقیفیت عقود باشیم موردی که در آن روایات وارد شده بودند جز با صلح و انشاء تراضی قابل تصحیح نبودند و اگر هم قائل بر عدم توقیفیت و انحصار عقود باشیم باز تا بتوانیم معامله‌ای را داخل در یکی از عقود متعارف که بالقطع امضاء شده است بدانیم بهتر است تا این که ملتزم به عقد نوظهور و نوپیدائی شویم. ثانیاً: استعمال واژه‌ی صلح ابتدائی اولین بار از سوی مرحوم نراقی در کتاب «عوائد الایام» صورت گرفته است (نراقی، ۱۴۱۷ ق، ص ۱۸) و قبل از آن استعمال چنین واژه‌ای مرسوم و متداول نبوده است و در کلمات علامه و بعد از آن فقط بحث از اشتراط سبق خصومت و نزاع در مشروعیت صلح و عدم آن بحث شده است پس این که کلمه‌ی «صلح ابتدائی» در بردارنده یک پارادوکس و تناقض است، نمی‌تواند اشکالی بر مسأله باشد اگر استعمال چنین واژه‌ای را بر نمی‌تابید از واژه‌ی «انشاء تراضی و تسالم» استفاده کنید.

### نتیجه‌گیری

به نظر نگارنده عقد صلح در میان عقود شرعی امتیازات و ویژگی‌هایی منحصر به فردی را داراست که جایگاه مهمی به این عقد بخشیده است چرا که از یک طرف عقد مستقل و اصیل است که احکام و شرایط اختصاصی عقود دیگر را ندارد و از طرفی این عقد می‌تواند آثار و فوائد بیشتر عقود و ایقاعات شناخته شده یا قراردادهای نوظهور را که ذیل هیچ یک از عقود در نمی‌آید را مشروعیت بخشد البته در صورتی که مخالف با قواعد مسلمه‌ی مشترک در باب معاملات نباشد و از سویی دیگر این عقد علاوه بر جایگاه اصلی خودش که همان موارد آشتی و رفع نزاع و اختلاف میان طرفین است در معاملات ابتدائی که از هر گونه سابقه‌ی درگیری و نزاع میان طرفین عاری است می‌تواند نقش ایفا کند. دلیل ما بر عدم لزوم سبق خصومت محقق و محتمل هم ادله‌ی عام عقود نظیر (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ) و (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) و همچنین برخی از ادله‌ی خاص روائی است که به تک تک آنها در بحث ادله‌ی مشروعیت صلح ابتدائی اشاره کردیم و با دلالتی روشن می‌توانند مشروعیت بخش صلح ابتدائی باشند و از این رهگذر در پرتو عقد صلح ابتدائی می‌توان آنچه را که قدما به آن معتقد بودند که انحصاری بودن عقود باشد را نیز ملتزم شد و برای اثبات مشروعیت عقود

نوظهور لازم نیست دست از انحصاری بودن عقود و معاملات برداشت. لذا این جایگاه خاص که برای عقد صلح پدید آمده سبب شده است که برخی آن را شایسته لقب «انفع العقود» بدانند (سبزواری، ۱۳۸۸ ش، ج ۱۸، ص ۱۶۶).

### فهرست منابع

#### \* قرآن کریم

۱. ابن منظور افریقی مصری، جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۰۵ ق)، *لسان العرب*، قم: نشر ادب حوزه.
۲. احسائی، ابن ابی جمهور (۱۴۰۲ ق)، تحقیق: عراقی، مجتبی، *عوالی اللئالی*، قم: مطبعه سیدالشهداء.
۳. اردبیلی، مولی احمد (۱۴۰۹ ق)، تحقیق: عراقی، مجتبی و ...، *مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الازدهان*، بی نا، بی جا.
۴. \_\_\_\_\_ (بی تا)، تحقیق: بهبودی، محمدباقر، *زیده البیان فی احکام القرآن*، تهران: المکتبه المرتضویه.
۵. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ ق)، *المکاسب*، قم: مجمع فکر اسلامی.
۶. انصاری، محمد بن شجاع (۱۴۲۴ ق)، تحقیق: سبحانی، جعفر، *معالم الدین فی فقه آل یس*، قم: مؤسسه الامام الصادق.
۷. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ ق)، تحقیق: احمد بن عبدالغفور عطار، *صحاح اللغه*، بیروت: دارالعلم للملایین.
۸. حائری، سید کاظم (۱۴۱۵ ق)، *القضاء فی الفقه الاسلامی*، قم: مجمع فکر اسلامی.
۹. حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۱۴ ق)، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۰. حلبی، ابوالصلاح (بی تا)، تحقیق: استادی، رضا، *الکافی فی الفقه*، بی جا، بی نا.
۱۱. حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۱۰ ق)، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، بیروت: دراسات اسلامیه.
۱۲. حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق)، *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*، قم: مؤسسه الامام الصادق.
۱۳. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر (بی تا)، *تذکره الفقهاء*، قم: منشورات مکتبه مرتضویه.
۱۴. خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ ق)، *کفایه الاصول*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۱۵. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۶ ق)، تحقیق: غفاری، علی اکبر، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، تهران: مکتبه الصدوق.
۱۶. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷ ش)، *مصباح الفقاهه*، قم: مکتبه الداوری.
۱۷. دیلمی، سلار بن عبدالعزیز (۱۴۱۴ ق)، تحقیق: حسینی امینی، سید محسن، *المراسم العلویه*، بی جا، بی نا.
۱۸. راغب اصفهانی (۱۴۱۲ ق)، *مفردات الفاظ القرآن*، دمشق: دارالقلم.
۱۹. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۳۸۸ ش)، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، قم: دارالتفسیر.
۲۰. صدوق، محمد بن علی بن الحسین بن بابویه (بی تا)، *تعلیقات: غفاری، علی اکبر، من لایحضره الفقیه*، قم: منشورات جامعهی مدرسین حوزهی علمیه قم.
۲۱. طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۹ ق)، *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۲. طباطبایی، محمد بن علی (بی تا)، *مناهل الصلوه*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۳. طبرسی، امین الاسلام فضل بن حسن (۱۴۱۰ ق)، *المؤتلف من المختلف بین ائمه السلف*، (بی جا) مجمع البحوث الاسلامیه.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۴ ش)، *تعلیقات: موسوی، سیدحسن، تهذیب الاحکام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۵. \_\_\_\_\_ (بی تا)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تحقیق: کشفی، سید محمد تقی، قم: المکتبه المرتضویه.
۲۶. طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ ق)، تحقیق: حسون، شیخ محمد، *الوسیله*، قم: مکتبه آیت الله مرعشی نجفی.
۲۷. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۳۸۵ ش)، *الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه*، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه.
۲۸. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۳۸۶ ش)، تحقیق: کلانتر، سید محمد، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه*، بی جا، بی نا.
۲۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ ق)، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه معارف اسلامیه.
۳۰. علم الهدی، علی بن الحسین (سیدمرتضی) (۱۴۱۵ ق)، *الانتصار*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

٣١. فیومی، احمد بن محمد (١٣٤٧ ق)، *المصباح المنیر*، مصر: مطبوعات محمد علی صبیح.
٣٢. کرکی، شیخ علی بن الحسین (١٤٠٨ ق)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
٣٣. کلینی، محمد بن یعقوب (١٣٤٣ ش)، *تعلیقات: غفاری، علی اکبر، الکافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
٣٤. مجلسی، محمد باقر (١٤٠٣ ق)، *بحار الانوار الجامعه لدرر الاخبار*، بیروت: مؤسسه الوفاء.
٣٥. مسعود امامی (١٣٨٢ ش)، مقاله‌ی صلح ابتدائی، *فصلنامه فقه اهل بیت فارسی*، شماره ٣٤، صص ٧٨ - ١٣٩.
٣٦. مفید، محمد بن محمد بن نعمان (١٤١٠ ق)، *المقنعه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
٣٧. نجفی، محمد حسن (١٣٧٣ ش)، تحقیق: قوچانی، شیخ عباس، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
٣٨. نراقی، احمد بن محمد (١٤١٧ ق)، تحقیق: مرکز الابحاث و الدراسات العلیا، *عوائد الایام*، قم: مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی.
٣٩. وحید بهبهانی، محمدباقر (١٤١٧ ق)، *حاشیه مجمع الفائده والبرهان*، قم: مؤسسه علامه المجدد الوحید البهبهانی.