دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی-پژوهشی

فقه و اصول

(مطالعات اسلامی سابق)

ISSN-Print:2008-9139 ISSN-Online:2538-3892

سال ۴۹، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۱، زمستان ۱۳۹۶

بازپژوهی ادله جواز تصرفات زوجه در مهر پیش از استقرار
دکتر سیف اله احدی- دکتر محمد تقی فخلعی- دکتر محمد حسن حائری

پژوهشی پیرامون شرط خیار به موجب استیمار/ دکتر محمدعلی خورسندیان-دکتر مجید سربازیان- سجاد برزگری

گونه‌های دلالت تقریر بر احکام شرعی/ عطیه علیزاده نوری - دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر علیرضا عابدی سرآسیا

بررسی تأثیر جهت نامشروع در صحت و فساد معاملات/ دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی- معصومه حمیدی

واکاوی ادله فقهی شیعه درباره شرطیت بلوغ در صحت معاملات/ دکتر رضاعلی کرمی

بررسی قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل» از دریچه حقوق و اقتصاد/ شادی کسنوی

آثار سوگند نفی علم در فقه و حقوق ایران/ دکتر همایون مافی - رضا رضایی مقدم

چگونگی مواجهه شیخ طوسی با گفتمان مفید و مرتضی در مسئله «حجیت خبر واحد»
دکتر حامد مصطفوی فرد - دکتر سید کاظم طباطبایی پور- دکتر غلامرضا رئیسیان

فقه و اصول

نشریهٔ دانشکدهٔ الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی ـ پژوهشی

سال ٤٩– شماره۴ – شماره پیاپی ١١١ـ زمستان ١٣٩۶

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده به انگلیسی: احمد رضوانی

هیأت تحریریه

دکتر علی‌اکبر ایزدی‌فرد

استاد گروه حقوق دانشگاه مازندران

دکتر احمد باقری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

دکتر محمد حسن حائری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر حسین صابری

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد گروه فقه و مبانی حقوق‌اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل قنواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر سیدمصطفی محقق‌داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین ناصری‌مقدم

دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق‌اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

این نشریه بر اساس نامه رئیس مرکز برنامه ریزی و سیاست گذاری پژوهشی وزارت علوم تحقیقات و فناوری در بهمن ماه ١٣٩٠، واجد اعتبار علمی پژوهشی شناخته شد.

شماره ثبت پروانه انتشار: ١٧٤٤٥

یادآوری

١ ـ نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی ارسال شود.

٢ ـ مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

٣ ـ چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یك تا ١٠ سطر ضمیمه باشد.

٤ ـ این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

٥ ـ مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

٦ ـ زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در مواردی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقالات ارزندهٔ عربی نیز قابل چاپ است.

٧ ـ مقالات ارسالی بازگردانده نمی‌شود.

چاپ و صحافی: مؤسسه چاپ و انتشار دانشگاه فردوسی مشهد

شمارگان: ٥٠٠ نسخه

بهای این شماره: ٣٠٠٠٠ ریال

نشانی: مشهد، میدان آزادی، پردیس دانشگاه فردوسی، دانشکده الهیات شهید مطهری (ره)، کدپستی ٩١٧٧٩٤٨٩٥٥

تلفن: ٠٥١ ٣٨٨٠٣٨٧٣

نشانی اینترنتی :

http://jfiqh.um.ac.ir/

این نشریه در مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری و پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی نمایه می شود.

بسم‌اللّه الرّحمن الرّحیم

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی).

۲ ـ اعلام وصول پس از دریافت مقاله.

۳ ـ بررسی شکلی و صوری مقاله (در صورتی که موارد ذکر شده در «راهنمای تدوین مقالات» رعایت نشده باشد، مقاله به منظور اصلاح به نویسنده برگشت داده می‌شود و در صورتی که مقاله فاقد معیار پژوهشی باشد، مردود می‌شود).

۴ ـ در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا دربارهٔ ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.

۵ ـ نتایج داوری‌ها در جلسات هیأت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتّخاذ می‌شود.

۶ ـ نظر نهایی هیأت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.

۷ ـ پس از چاپ، ده نسخه از مقاله و یک نسخه از مجلّه به نویسندگان اهدا خواهد شد. چنانچه نویسندگان به نسخه‌های بیشتری نیاز داشته باشند، می‌توانند به شیوه‌ای که در «برگ درخواست اشتراک» توضیح داده شده است نسبت به خرید مجلّه اقدام کنند.

راهنمای تدوین مقالات

حوزه فعالیت فصلنامه فقه و اصول عبارت است از فقه، اصول فقه، فلسفه فقه و موضوعات میان رشته‌ای، چون فقه و حقوق. این نشریه فقط مقاله‌هایی را منتشر خواهد کرد که حاوی یافته‌های نو و اصیل در زمینه‌های پیش گفته باشد. هیأت تحریریه همواره از دریافت نتایج تحقیقات استادان، پژوهندگان و صاحب نظران استقبال می‌کند. پژوهشگرانی که مایلند مقاله‌هایشان در نشریه فقه و اصول انتشار یابد، شایسته است به نکات زیر توجه کنند:

۱- هیأت تحریریه فقط مقاله‌هایی را بررسی خواهد کرد که قبلاً در جای دیگر چاپ نشده و هم زمان برای نشریه‌ای دیگر نیز فرستاده نشده باشد. بدیهی است پس از تصویب، حق چاپ مقاله برای مجله محفوظ است.

۲- زبان غالب نشریه فارسی است؛ ولی در موارد کاملاً استثنایی بنا به تشخیص هیأت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحهٔ مجله (۸۰۰۰ کلمه در نرم افزار word) بیشتر باشد.

۴- چکیدهٔ مقاله (شامل اهداف، روش‌ها و نتایج) به سه زبان فارسی، عربی و انگلیسی حداکثر در ۱۰ سطر ضمیمه باشد و کلید واژه‌های مقاله (حداقل ۳ و حداکثر ۷ واژه) به دنبال هر چکیده بیاید.

۵- رعایت «دستور خط فارسی» مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی(قابل دسترس در سایت فرهنگستان) الزامی است.

۶- هیأت تحریریه در اصلاح و ویرایش علمی و ادبی مقاله‌ها آزاد است.

۷- شکل لاتینی نام‌های خاص و واژه‌های تخصصی و ترکیبات خارجی با ذکر شماره در پاورقی درج شود.

۸- نام کامل نویسنده، رتبهٔ دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسهٔ متبوع وی به دو زبان فارسی و انگلیسی قید و همراه با نشانی پستی، شماره تلفن و نشانی الکترونیکی ارسال گردد.

۹- ارجاع به منابع، حاوی حداقل اطلاعات وافی به مقصود، بلافاصله پس از نقل مطلب یا اشاره به آن در درون متن و میان دو کمان( ) بیاید.

۹-۱- منظور از حداقل اطلاعات، نام صاحب اثر و شمارهٔ جلد و صفحهٔ منبع یا کد متداول آن است؛ مثال: (شهید ثانی،۱۱/۲-۱۲؛ مفید،۸۷)

۹-۲- در مورد منابع لاتین اطلاعات داخل پرانتز به زبان اصلی نوشته شود؛ مثال: (Gadamer,85)

۹-۳- در صورتی که از یک نویسنده چند اثر مورد استناد قرار گیرد، لازم است با درج نام اثر پس از نام مؤلف در هر مورد رفع ابهام شود.

۹-۴- یادداشت‌های توضیحی شامل توضیحات بیشتری که به نظر مؤلف ضروری به نظر می‌رسد، با ذکر شماره در پاورقی همان صفحه درج شود. در یادداشت‌ها چنانچه به مأخذی ارجاع یا استناد شود، از همان شیوهٔ ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.

۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام اشهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانهٔ ملی) در انتهای مقاله بیاید. عناصر کتابشناختی در مورد مقاله‌ها، کتاب‌ها و گزارش‌ها و سایر مراجع به شرح زیر است:

۱۰-۱- مقاله‌ها: نام نویسنده، عنوان کامل مقاله (داخل گیومه)، نام مجله یا مجموعه مقالات (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، جلد یا دوره، شماره، سال انتشار، شمارهٔ صفحات آغاز و انجام مقاله.

۱۰-۲- کتاب‌ها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام مترجم یا مصحح، نوبت چاپ، نام ناشر، محل انتشار، سال انتشار.

۱۰-۳- گزارش‌ها و سایر مراجع: اطلاعات کافی و کامل داده شود.

۱۱- تاریخ‌های ذکر شده در مقاله اگر مربوط به هجری شمسی باشند بدون هیچ نشانه‌ای ذکر شوند. در غیر این صورت برای تاریخ هجری قمری از علامت اختصاری ق. و برای میلادی از نشانهٔ م. استفاده شود.

۱۲- برای ارجاع به آیات قرآنی اسم سوره و شماره آیه در داخل پرانتز نوشته شود؛ مثال: (کوثر:۲).

۱۴- پرانتز ()، و آکولاد [] نسبت به بعد آن با فاصله و نسبت به قبل و نیز محتوای داخل آن بدون فاصله تایپ شود. در مورد گیومه «» نیز همین قاعده رعایت می‌شود مگر آن که نسبت به ماقبل نیز با فاصله نوشته می‌شود.

۱۵- علائمی نظیر ویرگول (،)، نقطه (.)، نقطه ویرگول (؛)، و دو نقطه (:)، نسبت به ماقبل خود بدون فاصله تایپ شوند؛ حتی اگر ماقبل آن‌ها نشانه‌هایی نظیر پرانتز و گیومه باشد.

۱۶- پیشوندهایی نظیر «می» و «نمی» و نیز مجموعه «ام، ای، ایم، اید و اند» باید به صورت جدا و با «نیم فاصله» نوشته شوند؛ نظیر: می‌روم؛ خسته‌ام.

۱۷- در میان نشانه‌های ثانوی خط فارسی گذاردن تنوین (ـً ـٍ و ـٌ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافٌ الیه، بعبارةٍ اخری)، مدّ روی الف (نظیر آردً، مآخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامهٔ من) الزامی است و در بقیهٔ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین/ معیّن؛ علی/ عِلّی؛ بنا/ بنّا؛ عُرضه/عَرضه؛ حَرف/ حِرَف.

۱۸- ضروری است مقاله بر روی نرم افزار word حروفچینی شده و برای بارگذاری آن از طریق نرم افزار سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد اقدام شود.

۱۹- پذیرش اولیه مقاله منوط به رعایت راهنمای تدوین مقالات و برخورداری از حداقل استاندارد پژوهشی و پذیرش نهایی آن منوط به تأیید داوران و هیأت تحریریه است.

۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. احمد احمدپور (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)

۲. مجتبی الهی خراسانی(استادیار دفتر تبلیغات اسلامی مشهد)

۳. دکتر جواد ایروانی (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

٤. دکتر علیرضا باریکلو(استاد دانشگاه تهران)

٥. دکتر محمدحسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

٦. دکتر محمود حکمت نیا (دانشیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی)

۷. دکتر عباسعلی سلطانی(دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

۸. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

۹. دکتر علیرضا عابدی سرآسیا(استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)

۱۰. دکتر محمدجواد عنایتی راد(استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)

۱۱. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

۱۲. دکتر سید محمدهادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)

۱۳. دکتر سید محمدتقی قبولی درافشان (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

۱۴. دکتر جلیل قنواتی(دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی)

۱۵. سید علی جبار گلباغی ماسوله(استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)

١٦. دکتر محمد محسنی دهکلانی (دانشیار دانشگاه مازندران)

۱۷. آیة الله موسوی بجنوردی (استاد دانشگاه تربیت معلم تهران)

۱۸. دکتر حسین ناصری‌مقدم (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)

۱۹. دکتر سعید نظری توکلی (دانشیار دانشگاه تهران)

فهرست مندرجات

عنوان	صفحه
بازپژوهی ادله جواز تصرفات زوجه در مهر پیش از استقرار دکتر سیف اله احدی – دکتر محمد تقی فخلعی– دکتر محمد حسن حائری	۹
پژوهشی پیرامون شرط خیار به موجب استیمار دکتر محمدعلی خورسندیان – دکتر مجید سربازیان– سجاد برزگری	۳۱
گونه‌های دلالت تقریر بر احکام شرعی عطیه علیزاده نوری – دکتر حسین ناصری مقدم - دکتر علیرضا عابدی سرآسیا	۵۱
بررسی تأثیر جهت نامشروع در صحت و فساد معاملات دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی– معصومه حمیدی	۶۹
واکاوی ادله فقهی شیعه درباره شرطیت بلوغ در صحت معاملات دکتر رضاعلی کرمی	۸۹
بررسی قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل» از دریچه حقوق و اقتصاد شادی کسنوی	۱۱۱
آثار سوگند نفی علم در فقه و حقوق ایران دکتر همایون مافی – رضا رضایی مقدم	۱۳۵
چگونگی مواجهه شیخ طوسی با گفتمان مفید و مرتضی در مسئله «حجیت خبر واحد» دکتر حامد مصطفوی فرد – دکتر سید کاظم طباطبایی پور– دکتر غلامرضا رئیسیان	۱۵۳
چکیده مقالات به زبان انگلیسی (Abstracts)	۱۸۲

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۴، شمارهٔ پیاپی ۱۱۱
زمستان ۱۳۹۶، ۳۰-۹

بازپژوهی ادله جواز تصرفات زوجه در مهر پیش از استقرار*

دکتر سیف اله احدی
دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
Email: ahadi.seifollah1251@yahoo.com
دکتر محمد تقی فخلعی[1]
استاد دانشگاه فردوسی مشهد
Email: fakhlaei@ferdowsi.um.ac.ir
دکتر محمد حسن حائری
استاد دانشگاه فردوسی مشهد
Email: haeri-m@ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

با وقوع عقد نکاح، زوجه مالک تمام مهر می‌گردد. این مالکیت نسبت به نیمی از مهر، مستقر و نسبت به نیم دیگر متزلزل است و او با تسلیم نفس، استحقاق مطالبه همه آن را خواهد یافت. مسأله مهم قابل طرح، جواز یا عدم جواز تصرفات زوجه در مهر، پیش از استقرار آن است. فقها و حقوقدانان بدون تفکیک بحث در حالت‌های مختلف، پس از حصول مالکیت زوجه، بر اساس ادله عام دال بر جواز تصرفات مالک در ملک خود و روایات دال بر جواز تصرفات زوجه نسبت به زوج، قائل به جواز تصرفات شده‌اند.

راقمان این سطور به روش توصیفی- تحلیلی با تتبع در ادله و عبارات فقها و قابل خدشه دانستن ادله عام، تنها تصرفات زوجه نسبت به زوج و نیز تصرفاتی که با اذن یا اجازه زوج باشد را صحیح دانسته‌اند و در غیر این صورت به سبب تزلزل مالکیت زوجه نسبت به نصف مهر و جهت رعایت حق زوج، تصرفات او را غیر موجه یافته‌اند.

کلیدواژه‌ها: زوجه، مهر، ملکیت متزلزل، تصرف.

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۱۲/۲۱؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۹۵/۰۵/۱۷.

DOI: 10.22067/jfu.v49i4.45213

۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

بسیاری از فقها پس از مطرح نمودن بحث مالکیت زوجه بر مهر به مجرد وقوع عقد، او را مجاز به انواع تصرفات در تمام مهر دانسته‌اند (طوسی، خلاف، ۴/ ۳۷۰؛ محقق حلی، شرائع الإسلام، ۲/ ۲۷۴؛ شهید اول، ۱۸۴؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۸/ ۲۶۰؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۷/ ۴۴۶؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۲۴/ ۵۴۷؛ نجفی، جواهر الکلام، ۳۱/ ۱۰۹؛ امام خمینی، تحریر الوسیلة، ۲/ ۳۰۰). اما مراد، تصرفی نیست که نافذ باشد؛ به گونه‌ای که در معرض انحلال و ضمان نباشد؛ چراکه مشهور فقها بر اساس آیه کریمه «و إن طلقتموهنّ من قبل أن تمسّوهنّ و قد فرضتم لهنّ فریضة فنصف ما فرضتم» (بقره: ۲۳۷) و معتبره ابوبصیر از امام صادق (علیه السلام) که در آن آمده است: «إذا طلق الرّجل امرأته قبل أن یدخل بها فقد بانت و تزوج إن شاءت من ساعتها- و إن کان فرض لها مهراً فلها نصف المهر- و إن لم یکن فرض لها مهراً فلیمتعها» (حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۱/ ۳۱۴) و سایر روایات باب تنصیف مهر با طلاق قبل از دخول (همان، ۳۱۴-۳۱۵)، تصرفات زوجه در تمام مهر پیش از استقرار آن را بدون ضمان ندانسته؛ بلکه در صورت وقوع طلاق قبل از دخول، زوجه را به بازگرداندن نصف مهر مکلف نموده‌اند[1] (طوسی، خلاف، ۴/ ۳۶۹؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۷/ ۱۷۲؛ ابن فهد حلی، مهذب البارع، ۳/ ۳۹۴؛ فاضل هندی، کشف اللثام، ۷/ ۴۴۹؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۲۴/ ۵۴۵) و برخی آن را موضع وفاق دانسته‌اند (موسوی عاملی، نهایة المرام، ۱/ ۳۸۵؛ سبحانی، نظام النکاح، ۲/ ۲۳۵).

به نظر می‌رسد مسأله مشروعیت تصرفات زوجه در تمام مهر قبل از استقرار مالکیت او، یک مسأله چالشی و قابل تأمل است؛ چراکه پس از وقوع عقد نکاح، مالکیت زوجه تنها نسبت به نصف مهر مستقر بوده و نسبت به نصف دیگر آن متزلزل است و ممکن است با تحقق عواملی؛ مانند: طلاق قبل از دخول یا فوت احد زوجین قبل از دخول (بنا بر قول به عدم استقرار تمام مهر با فوت هر یک از زوجین[2]) اعاده آن به زوج لازم گردد؛ به عبارتی؛ سؤال اساسی تحقیق این است که آیا تعلق حق زوج به نصف مهر موجب عدم نفوذ تصرفات زوجه می‌شود یا خیر؟ از این رو رسالت نوشتار حاضر تحلیل و بررسی جوانب مشروعیت

۱- بحث لزوم بازگرداندن نصف مهر در صورت وقوع طلاق قبل از دخول، متفرع بر بحث حصول مالکیت زوجه بر مهر است، در مقابل مشهور فقها که قائل به حصول مالکیت زوجه بر تمام مهر به مجرد عقد هستند، (شرایع الإسلام، ۲/ ۲۷۴؛ مهذب البارع، ۳/ ۳۹۵؛ مسالک الأفهام، ۸/ ۲۵۸؛ کشف اللثام، ۷/ ۴۴۶؛ انوارالفقاهة، ۲۱۳؛ جواهر الکلام، ۳۱/ ۱۰۷؛ خوئی، منهاج الصالحین، ۲/ ۲۷۹؛ فقه الصادق، ۲۲/ ۱۰۷) از ابن جنید نقل شده است که نصف مهر با عقد و نصف دیگر با دخول و آنچه به منزله دخول است، به ملکیت زوجه در می‌آید (مختلف الشیعة، ۷/ ۱۷۲؛ مسالک الأفهام، ۸/ ۲۵۹؛ مجموعه فتاوی ابن جنید، ۲۵۵؛ زنجانی، کتاب نکاح، ۲۳/ ۷۳۵۲).

۲- در خصوص استقرار تمام مهر با فوت یکی از زوجین میان فقها اختلاف است، برخی از فقها فوت هر یک از زوجین را موجب استقرار تمام مهر دانسته (ابن ادریس، ۲/ ۵۸۵؛ محقق حلی، نکت النهایة، ۲/ ۳۲۳؛ کشف اللثام، ۷/ ۴۱۵؛ انوار الفقاهة، ۲۴۷) و برخی دیگر آن را همانند طلاق موجب ساقط شدن نصف مهر دانسته‌اند (خمینی، تحریر الوسیلة، ۲/ ۳۰۰؛ خویی، منهاج الصالحین، ۲/ ۲۷۹؛ مهذب الأحکام، ۲۵/ ۱۶۷).

تصرفات زوجه در تمام مهر در حالت تزلزل ملکیت و بیان تأملاتی است که در این مسأله وجود دارد. از آنجا که مواردی از دعاوی خانوادگی مربوط به دوران پس از عقد که هنوز تمام مهر مستقر نشده، در خصوص مهر است، تبیین مبانی فقهی و حقوقی مسأله اهمیت زیادی داشته و لازم است ابعاد آن مورد کنکاش دقیق قرار گیرد.

مفهوم شناسی واژگان

قبل از ورود به اصل بحث لازم است معنای لغوی و اصطلاحی واژه‌های «تصرف» و «ملک متزلزل» تبیین گردد.

۱- تصرف

تصرف کلمه‌ای عربی از باب «تفعل» و از ریشه «صرف» است، کلمه صرف از نظر لغت‌شناسان به معنای «چیزی را از حالت اولیه آن برگرداندن» بوده (راغب اصفهانی، ۴۸۲؛ مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۶/ ۲۳۲؛ عبدالرحمان، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة، ۱/ ۴۵۵؛ سعدی، القاموس الفقهی، ۲۱۰). از این رو تصرف نیز در کتب لغت به معنای «چیزی را از یک حالت به حالت دیگر درآوردن» به کار رفته است (ابن منظور، لسان العرب، ۹/ ۱۸۹).

در اصطلاح فقهی، تصرف عبارت است از هر اقدام ارادی منتسب به شخص در مالی- اعم از عین و غیر عین- که دارای اثر شرعی است؛ بنابراین تصرف اعم از التزام است (عبدالرحمان، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة، ۱/ ۴۵۶؛ هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه، ۴/ ۴۹۸).

در متون حقوقی نیز مشابه همین مضمون، چنین آمده است: تصرف عبارت است از این‌که مالی در اختیار شخصی باشد و او بتواند در مورد آن مال هر تصمیمی که بخواهد بگیرد. این تعریف، شامل تصرف در مطالبات و تصرف در اسناد در وجه حامل نیز است (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۴۶؛ جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۲/ ۱۲۳۰). در متون مذکور به تصرف، ید نیز گفته می‌شود (امامی، حقوق مدنی، ۱/ ۵۱).

تصرف از جهات گوناگون تقسیم‌پذیر است:

تصرف به لحاظ فعلی از افعال؛ گاهی فعلی بوده و گاهی قولی است؛ تصرف قولی نیز یا عقدی است، مانند بیع، و یا غیر عقدی، مانند ابراء.

تصرف به لحاظ تصرف کننده؛ گاهی مستقیم بوده (تصرف مالک در مال خود بدون واسطه) و گاهی غیر مستقیم؛ مانند: تصرف فضولی و وکیل؛ هم‌چنین تصرف گاهی عدوانی بوده (تصرف در مال دیگری

بدون رضایت او) و گاهی غیر عدوانی (مالکی یا امانی) است.

و این‌که تصرف به لحاظ آثار تصرف؛ گاهی ناقل بوده و گاهی تنها مسقط خیار است (هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه، ۴/ ۴۹۸).

۲- ملکیت متزلزل

ملک از منظر لغت‌شناسان به معنای «دربرگرفتن چیزی، تسلط و استیلاء داشتن بر آن چیز است.» (ابن منظور، لسان العرب، ۱/ ۴۹۲؛ مشکینی، مصطلحات الفقه، ۵۱۴) که این تسلط؛ گاهی نسبت به اصل و فرع ذات آن شیء است؛ مانند مالکیت خدا بر مخلوقاتش، و گاهی نسبت به ذات آن شیء از حیث اعتبار است؛ چنان‌که در مملوک و مبیع این‌گونه است؛ هم‌چنین این تسلط گاهی نسبت به امور و وظایف اجتماعی است؛ مانند تسلط حاکم و سلطان، و گاهی نسبت به نفس و هوای نفس است (مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ۱۱/ ۱۶۳).

در اصطلاح فقهی، ملک و ملکیت یک امر اعتباری است که با لفظ و غیر آن قابل انشاء است که این لحاظ کردن اعتبار، بر چند وجه می‌تواند باشد، اما ملک و ملکیت در ابواب مختلف فقه به یکی از دو اعتبار زیر استعمال شده است:

اول: اعتبار کردن تسلط و استیلاء به منزله قدرت تکوینی بر شیء، که جواز تصرف خارجی از شؤون این امر اعتباری است؛ مانند مالکیت والی بر مردم.

دوم: اعتبار کردن نسبت و ارتباط بین مالک و مملوک؛ مانند مالکیت غایبین؛ مثل جنین، بر اموالی که از طریق ارث به آن‌ها می‌رسد.

ملکیت از جهات مختلف قابل تقسیم است:

گاهی به ملکیت فعلی و شأنی (یعنی مقتضی تحقق یافته، اما شرط وجود نداشته یا مانع موجود است؛ مانند مالکیت زوجه نسبت به تمام مهر قبل از دخول)؛ گاهی به ملکیت اختیاری و قهری (مالکیت وارث نسبت به ترکه میت پس از فوت او)؛ گاهی به ملکیت دائم و موقت، و گاهی به ملکیت مستقر و متزلزل (مالکیت متبایعان نسبت به عوضین در زمان خیار، مالکیت زوجه نسبت به تمام مهر قبل از دخول) تقسیم می‌شود (مشکینی، مصطلحات الفقه، ۵۱۴- ۵۱۶).

در اصطلاح حقوقی، مالکیت عبارت از رابطه‌ای است که بین شخص و چیز مادی تصور شده و قانون آن را معتبر شناخته و به مالک حق می‌دهد که انتفاعات ممکنه را از آن ببرد و کسی نتواند از او جلوگیری کند؛ بنابراین مالکیت؛ حقی مطلق، انحصاری و دائمی است. رابطه ملکیت را به اعتبار دارنده حق، مالکیت و به اعتبار موضوع آن، مملوکیت گویند (امامی، حقوق مدنی، ۱/ ۴۲).

پس از تبیین معنای ملکیت، لازم است مراد از ملک متزلزل نیز تبیین گردد؛ گفتنی است تزلزل به معنای قرار و ثبات نداشتن بوده و در کلمات فقها نسبت به وجوب، عقد، ملک و غیر آن به کار رفته و مراد از آن- با توجه به آنچه بدان اضافه می‌شود- متفاوت است (هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه، ۴/ ۴۹۸). اما تعریفی از ملک متزلزل در کتب فقهی و حقوقی ارائه نشده است؛ بلکه آنچه در کلمات فقها آمده چنین است: ملکیت، حقیقت اعتباری است و مختلف بودن آن، از این جهت که گاهی با رجوع غیر از بین می‌رود و گاهی با رجوع از بین نمی‌رود، تنها اختلاف در مرتبه ملکیت و سلطنت است (ایروانی، حاشیة المکاسب، ۱/ ۸۰). بنابراین تزلزل و استقرار از ناحیه اختلاف در حقیقت ملک نیست؛ بلکه از حکم شارع به جواز فسخ و عدم آن انتزاع شده است (خوئی، مصباح الفقاهة، ۲/ ۱۲۴).

از تتبع در عبارات فقها می‌توان گفت که ملک متزلزل عبارت است از حصول ملکیت (یا بقاء آن) به انضمام تعلق حق غیر که به موجب آن حق، او قدرت رفع سبب آن ملکیت را دارد؛ به عبارتی، تزلزل ملکیت گاهی مربوط به مرحله حدوث ملک و عدم تمامیت اسباب ملک است؛ چنان‌که شیخ انصاری در موصی‌به قبل از قبول موصی و در مبیعی که به عقد فضولی به فرد منتقل شده است، ملکیت فرد قبل از اجازه مالک را از مصادیق ملک متزلزل دانسته است. (انصاری، کتاب الزکاة، ۱۱۲) و گاهی مربوط به مرحله بقاء ملکیت پس از حصول آن است؛ مانند مالکیت موهوب‌له پس از قبض مال هبه شده (در جایی که واهب حق رجوع دارد.) و مالکیت زوجه نسبت به تمام مهر قبل از دخول.

تحلیل تصرفات زوجه در مهر پیش از استقرار

صورت‌های مختلفی برای مسأله تصرفات زوجه در مهر قابل تصور است؛ چراکه گاهی زوجه استحقاق قبض تمام مهر را داشته و گاهی استحقاق آن را ندارد و در هر یک از این حالت‌ها، گاه قبض انجام گرفته و گاه قبضی صورت نگرفته است؛ بنابراین چهار حالت قابل فرض است و تبیین حکم هر یک، نیازمند وارسی دقیق است.

۱- تصرف در حالت استحقاق تسلم مهر و قبض آن

فرض اول این است که زوجه به واسطه آمادگی برای تمکین، استحقاق مطالبه تمام مهر را داشته و آن را اخذ نموده است. در فرض مذکور بسیاری از فقها بر این عقیده‌اند که زوجه در تمام مهر می‌تواند تصرف کند و تزلزل مالکیت مانع نیست[1] (طوسی، خلاف، ۴/ ۳۷۰؛ شرائع الإسلام، ۲/ ۲۷۴؛ شهید اول، لمعه،

۱- حقوقدانان نیز به تبع مشهور فقها، زوجه را پس از وقوع عقد نکاح، مالک تمام مهر و او را مجاز به انواع تصرفات در آن دانسته‌اند (امامی، حقوق مدنی، ۴/ ۳۸۸؛ کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ۱/ ۱۳۸-۱۳۹؛ صفایی، حقوق خانواده، ۱/ ۱۷۵). قانون مدنی جمهوری اسلامی

۱۸۴؛ موسوی عاملی، نهایة المرام، ۱/ ۳۸۵؛ بحرانی، ۲۴/ ۵۴۷؛ جواهر الکلام، ۳۱/ ۱۰۹؛ تحریر الوسیلة؛ ۲/ ۳۰۰؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- النکاح، ۴۴۴؛ مکارم، کتاب النکاح، ۶/ ۷۲) و برای جواز انواع تصرفات زوجه به ادله‌ای استناد کرده‌اند. این ادله را ذیلاً ذکر و به دقت مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

ادله عام جواز تصرف مالک

ادله عامی که برای قول به جواز انواع تصرفات زوجه در مهر پیش از قبض آن، استناد شده عبارت است از:

دلیل اول: مطابق قاعده بودن جواز تصرفات زوجه

برخی از فقها تصرفات زوجه در تمام مهر را مطابق با اصل دانسته‌اند (نجفی، جواهر الکلام، ۳۱/ ۱۰۹) در این‌که مقصود از اصل چیست؟ برخی از فقها آورده‌اند: «با توجه به این‌که مورد بحث در این‌جا اعم از احکام تکلیفی- مثل جواز یا حرمت- و احکام وضعی- مثل صحت یا بطلان- است، پس اصل برائت (عقلی) که فقط جواز تکلیفی را دلالت می‌کند، نیست. اما برائت شرعی و دو حدیث رفع «قال رسول الله (ص): رفع عن أمتی تسعة أشیاء الخطأ و النسیان- و ما أکرهوا علیه و ما لا یعلمون و ما لا یطیقون و ما اضطروا إلیه و الحسد و الطیرة و التفکر فی الوسوسة فی الخلوة ما لم ینطقوا بشفة.» (حر عاملی، وسائل الشیعة، ۱۵/ ۳۶۹) و حدیث «قال ابا عبدالله (ع): کل شیء فیه حلال و حرام فهو لک حلال أبدا حتی تعرف الحرام منه بعینه فتدعه.» (همان، ۱۷/ ۸۸) اگر مفادشان اعم از احکام تکلیفی و وضعی باشد، مقتضای آن جواز و صحت تصرفات است، ولی طبق تحقیق، مفاد ادله برائت بیش از جواز تکلیفی نبوده و نسبت به حکم وضعی دلالتی ندارند؛ لذا فقها در بسیاری از موارد که نقل و انتقال معلوم نیست به اصالة الفساد قائل شده‌اند. و شاید مراد از اصل، بنای عقلا باشد؛ یعنی این‌که بنای عقلا در مورد مالکان، جواز تکلیفی و صحت وضعی تصرفات، در ملک خود است، و اینکه این اصل و بنای عملی عقلا از طرف شارع مورد ردع واقع نشده، با اینکه یک قانون جهانی و عقلایی است، حاکی از امضای آن توسط شارع است.» (زنجانی، کتاب نکاح، ۲۳/ ۷۳۶۴).

به نظر می‌رسد مراد از اصل، مطابق قاعده بودن باشد؛ با این بیان که جایز بودن تصرفات زوجه در تمام مهر قبل از استقرار آن مطابق قاعده است؛ چراکه مقتضی؛ یعنی ملکیت موجود بوده و تزلزل مالکیت او نسبت به نصف و تعلق حق زوج به آن مانع نیست؛ چنان‌که در بحث تصرفات «من علیه الخیار» گفته

ایران به پیروی از نظر مشهور فقها در ماده ۱۰۸۲ مقرر می‌دارد: «به مجرد عقد زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید».

شده: شأن ملک متزلزل این است و «من علیه الخیار» مجاز به انواع تصرفات می‌باشد (انصاری، کتاب المکاسب، ۶/ ۱۵۰؛ یزدی، حاشیة المکاسب، ۲/ ۱۵۷؛ اصفهانی، حاشیة کتاب المکاسب، ۵/ ۲۸۰؛ امام خمینی، کتاب البیع، ۵/ ۴۳۱؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۷/ ۴۶۹)؛ به عبارتی این تصرف از فردی که اهلیت تصرف را داشته صادر و در محل خود واقع شده است؛ نهایت امر این‌که در بعضی موارد؛ مثل وقوع طلاق قبل از دخول، زوج می‌تواند به مثل یا قیمت نصف مهر المسمی، رجوع کند.

نقد و بررسی

دلیل مذکور قابل مناقشه است؛ چراکه تزلزل ملکیتی که در ما نحن فیه مطرح است با تزلزلی که در باب بیع و هبه و .... وجود دارد از جهاتی متفاوت است:

۱- تزلزل در بحث جاری به جهت عدم وقوع عوامل استقرار بوده و ما به ازای ملکیت (= استمتاع) هنوز تحقق نیافته است؛ در حالی‌که در بیع به شرط خیار که برخی از فقها قائل به جواز تصرفات «من علیه الخیار» شده‌اند (انصاری، کتاب المکاسب، ۶/ ۱۵۰؛ یزدی، حاشیة المکاسب، ۲/ ۱۵۷؛ اصفهانی، حاشیة کتاب المکاسب، ۵/ ۲۸۰؛ امام خمینی، کتاب البیع، ۵/ ۴۳۱؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۷/ ۴۶۹). عوضین انتقال یافته؛ نهایت این‌که استقرار آن، در گرو سپری شدن مدت خیار و عدم استیفای حق خیار از سوی مشروط له است؛ بلکه مشهور فقها در آنجا نیز تصرفات ناقل و متلف او را جایز ندانسته‌اند (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/ ۷۰؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ۱/ ۴۸۹؛ جامع المقاصد، ۴/ ۳۱۲؛ مسالک الأفهام، ۱/ ۳۶۰؛ مفتاح الکرامة، ۱۱/ ۶۴؛ ریاض المسائل، ۸/ ۳۲۲).

۲- تزلزل در بحث مهر به واسطه تصرف زوجه، استقرار نمی‌یابد؛ در حالی‌که در موردی؛ هم‌چون مال هبه شده پس از قبض متهب؛ در صورتی که او از خویشاوندان واهب نبوده و در مقابل آن عوضی نداده باشد، مشهور فقها بر آن‌اند که تزلزل مالکیت متهب به واسطه تصرف او استقرار یافته و حق رجوع برای واهب باقی نمی‌ماند (مختلف الشیعة، ۶/ ۲۷۳؛ شهید اول، اللمعة، ۵۹؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۹/ ۱۵۹؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۳/ ۲۰۴؛ نجفی، جواهر الکلام، ۲۸/ ۱۸۷).

آنچه مؤید این نظر است، قول تفصیلی برخی از فقها است در حصول استطاعت مالی حج با ملک متزلزلی که تزلزل آن با تصرف استقرار می‌یابد و عدم حصول استطاعت با ملک متزلزلی که تزلزل آن با تصرف استقرار نمی‌یابد (یزدی، العروة الوثقی، ۱/ ۴۴۱؛ روحانی، المرتقی، ۱/ ۹۹؛ صافی گلپایگانی، ۱/ ۱۷۹).

دلیل دوم: روایت دال بر سلطه مالک بر اموال خود

بسیاری از فقها به روایت نبوی: «الناس مسلطون علی أموالهم» (عوالی اللئالی، ۱/ ۲۲۲؛ بحار

الأنوار، ۲/ ۲۷۲) استناد کرده و عموم آن را شامل ما نحن فیه دانسته‌اند (مسالک الأفهام، ۸/ ۲۶۰؛ الحدائق الناضرة، ۲۴/ ۵۴۷؛ جواهر الکلام، ۳۱/ ۱۰۹؛ سبحانی، نظام النکاح، ۲/ ۲۶۳).

نقد و بررسی

چنان‌که فقها آورده‌اند: روایت مزبور ضعیف السند بوده و در کتب حدیثی مذکور به صورت مرسل ذکر شده است؛ از این رو مشمول ادله حجیت خبر نخواهد بود (حسینی حائری، ۴/ ۶۱۶ و ۶۲۸؛ خویی، مصباح الفقاهه، ۲/ ۹۹؛ تبریزی، ارشاد الطالب، ۲/ ۳۷). اما بسیاری از فقها عمل مشهور قدما را موجب جبران ضعف سند دانسته‌اند (محقق کرکی، جامع المقاصد، ۹/ ۱۵۹؛ حیدری، اصول استنباط، ۳۱۸؛ سبحانی، المختار فی احکام الخیار، ۲۲) زیرا عمل مشهور قدما به خبر موجب اطمینان به صدور آن می‌گردد و مناط در حجیت خبر حصول اطمینان است (مظفر، اصول الفقه، ۳/ ۲۵۳؛ موسوی اردبیلی، ۵۸) هرچند برخی از فقها معتقدند که دلیلی بر انجبار ضعف سند با عمل مشهور وجود ندارد؛ چراکه ضم لاحجت (= شهرت) به لاحجت (= خبر ضعیف) مفید اعتبار نیست (خویی، مصباح الفقاهة، ۲/ ۱۰۰).

بر فرض پذیرفتن انجبار ضعف سند با عمل مشهور، مطلب حائز اهمیت در ما نحن فیه این است که، آیا روایت مذکور اطلاق داشته و هر نوع مالکیتی را شامل می‌شود؛ و لو آن مالکیت با تعلق حق دیگری تقارن پیدا کند؟! یا این‌که تنها مقتضی جواز تصرف مالک بوده و منافاتی با مانعیت تعلق حق غیر ندارد؟

نظیر بحث تصرفات زوجه در تمام مهر، بحث تصرفات راهن در عین مرهونه است؛ چراکه در ما نحن فیه با این‌که زوجه مالک تمام مهر شده، اما حق استرجاع نصف آن در صورت تحقق عواملی؛ مانند وقوع طلاق قبل از دخول، وجود دارد؛ چنان‌که در رهن نیز در صورت عدم تأدیه دین با فرا رسیدن مهلت، مرتهن می‌تواند مطالبه فروش عین مرهونه کرده تا طلب خود را از فروش آن استیفا نماید (شرایع الإسلام، ۲/ ۷۳؛ شرح اللمعة، ۴/ ۵۵ و ۸۳؛ جواهر الکلام، ۲۵/ ۲۱۷).

در بحث تصرفات راهن در عین مرهونه، میان فقها اختلاف وجود داشته و برخی قائل به بطلان آن شده‌اند. (مفید، المقنعة، ۶۲۲؛ سلار، المراسم، ۱۹۲؛ طوسی، المبسوط، ۲/ ۲۰۰؛ ابن براج، المهذب، ۲/ ۵۲؛ ابن ادریس، السرائر، ۲/ ۴۱۷) و بسیاری از فقها قائل به صحت تأهلی[۲] تصرفات راهن بوده و نفوذ آن را متوقف بر اجازه مرتهن دانسته‌اند (طوسی، النهایة، ۴۳۳؛ ابوالصلاح حلبی، ۳۳۴؛ شرائع الإسلام، ۲/ ۷۳؛ علامه حلی، ارشاد الأذهان، ۱/ ۳۹۳؛ شرح لمعه، ۴/ ۸۳؛ جامع المقاصد، ۵/ ۷۴؛ مفتاح الکرامة،

۲- صحت تأهلی در مقابل صحت فعلی، عبارت است از صحت عملی که در صورت الحاق ضمیمه‌ای به آن عمل، آثار قانونی آن ظاهر شود؛ مثلاً ایجابی که واجد شرایط قانونی باشد صحت تأهلی داشته و وقتی قبول به آن پیوسته شود اثر قانونی ایجاب و قبول (عقد) ظاهر می‌شود و صحت خود عقد را صحت فعلی می‌نامند. اصل صحت در عقد بیع سلم قبل از قبض به این معنی است که صرف‌نظر از قبض، سایر جهات بیع سلم واقع شده درست است و اگر قبض هم به آن ملحق شود منشأ اثر قانونی خود می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۴۰۴).

۱۵/ ۳۵۹؛ جواهر الکلام، ۲۵/ ۱۹۸؛ انصاری، کتاب المکاسب، ۴/ ۱۵۴؛ یزدی، حاشیة المکاسب، ۱/ ۱۳۲؛ بجنوردی، القواعد الفقهیة، ۱/ ۲۹۹؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- المضاربة، ۲۵۶) برخی از فقهای متأخر نیز بر این عقیده‌اند که برای بطلان تصرفات راهن یا توقف آن بر اجازه مرتهن دلیلی وجود نداشته؛ بلکه مطلق تصرفات (خارجی و اعتباری) او صحیح و لازم است (ایروانی، حاشیة المکاسب، ۱/ ۱۹۰) یا این‌که تنها بخشی از تصرفات او جایز نیست که با حقیقت رهن، منافات داشته باشد؛ چراکه این گونه از تصرفات موجب زوال عین یا نقصان قیمت آن می‌گردد؛ مانند اتلاف مال مرهون یا ذبح گوسفندی که رهن گذاشته شده است (همدانی، مصباح الفقیه، ۱۴/ ۶۴۷؛ اصفهانی، حاشیة کتاب المکاسب، ۳/ ۲۶۱؛ خوئی، مصباح الفقاهة، ۵/ ۲۳۸؛ روحانی، فقه الصادق (ع)، ۲۰/ ۷۷؛ همو، منهاج الفقاهة، ۴/ ۴۵۰).

به نظر می‌رسد سخن حق، قول مشهور بوده و اقوال دیگر با اشکالاتی مواجه است. توضیح، این‌که قول به بطلان از این جهت صحیح نبوده که وقتی تصرفات فضولی با اجازه مالک صحیح باشد؛ به طریق اولی تصرفات راهن با اذن سابق یا الحاق اجازه مرتهن صحیح خواهد بود. اما مستمسک متأخرین برای قول به جواز مطلق تصرفات راهن، صحت رهن گذاشتن شیء عاریه‌ای می‌باشد، این استدلال در صورتی تمام است که با رهن گذاشتن، آن شیء از عاریه بودن خارج نشود؛ در حالی‌که فقها به واسطه رهن گذاشتن شیء، آن را از دایره عاریه خارج دانسته و تا زمانی‌که در رهن بوده، حق رجوع برای مالک قائل نیستند (ابن براج، المهذب، ۲/ ۵۰؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین، ۱۱۰؛ شرح اللمعه، ۴/ ۶۸ و ۲۶۰؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ۳/ ۱۴۲). بنابراین استناد به صحت رهن شیء عاریه‌ای نه تنها دلیلی به نفع ایشان نیست؛ بلکه دلیلی علیه ایشان بوده و بیانگر لزوم رعایت حق مرتهن می‌باشد. هرچند قول به جواز تصرفات اعتباری در صورتی‌که موجب ضرر یا نقصی بر رهن نباشد، خالی از قوت نیست؛ بنابراین می‌توان تصرفاتی را جایز دانست که مقرون به اذن یا اجازه مرتهن بوده و یا این‌که موجب نقص و ضرر مال مرهون نگردد.

اما ادعای این‌که عدم جواز تصرفات راهن به خاطر وجود ادله خاص بوده، مانند روایت نبوی «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» (نوری، مستدرک الوسائل، ۱۳/ ۴۲۶) و چنین ادله‌ای در بحث جاری موجود نیست، صحیح نیست؛ بدین جهت که روایت مزبور ضعیف السند بوده و بر فرض جبران ضعف آن با عمل مشهور، چنان‌که برخی از فقها (روحانی، فقه الصادق (ع)، ۲۰/ ۷۸) نیز گفته‌اند، استناد مشهور به آن ثابت نیست؛ لذا ایشان برای منع به ادله دیگری استناد کرده‌اند و اگر این روایت نبوی نزدشان حجت بود قطعاً بدان استناد می‌کردند؛ از این رو برخی از فقها بر این عقیده‌اند که عدم جواز تصرفات راهن به جهت رعایت حق مرتهن بوده است و رعایت چنین حقی و عدم جواز تصرف در متعلق حق غیر، عقلایی بوده؛

بلکه مفهوم عبارت معصوم (ع): «لا یحل لأحد أن یتصرف فی مال غیره بغیر إذنـه» (حـر عـاملی، وسـائل الشیعة، ۹/ ۵۴۰-۵۴۱) نیز با الغای خصوصیت مال، همان اسـت؛ بنـابراین تصـرف در ملـک غیـر جـایز نیست و لو آن ملک، مال نباشد (امام خمینی، کتاب البیع، ۳/ ۲۷۱-۲۷۲).

بنابراین اطلاق روایت مزبور و شمول آن نسبت به ملکیتی که توأم با تعلق حق دیگری باشد محل تأمل و تردید است؛ بلکه برخی از فقها اطلاق روایت نبوی را ناصواب دانسته‌اند؛ با این تعلیـل کـه؛ «مسـتفاد از روایات، سلطنت مالک در مقابل قانون حجری که بر سفیه و امثال او جعل شده می‌باشد؛ بنـابراین روایـت مزبور بر اصل اولی؛ یعنی غیر محجور بودن انسان بر مال خـود، دلالـت می‌کنـد؛ لـذا هـر گـاه در جـواز تکلیفی یا وضعی تصرف، شک شود نمی‌توان به این روایت استناد کرد. و یا این‌که مفهـوم روایـت، اعطـای سلطنت بر مال است؛ یعنی تجویز تصرفات مالکانه است؛ نه این‌که جواز آن تصرفات فی نفسه و در مرتبـه سابق مفروغ‌عنه باشد و به تعبیر دیگر حدیث در مقام نفی مانع؛ یعنی اسباب حجر است؛ در ایـن صـورت نیز می‌گوییم استدلال به اطلاق حدیث در ما نحن فیه ممکن نیست؛ زیرا متفـاهم عرفـی از آن، ایـن نکتـه است که در مقابل اراده مالک؛ بر خلاف سایر افراد، هیچ عامـل محـدود کننـده‌ای وجـود نـدارد؛ امـا اگـر احتمال محدویت برای سلطنت مالک؛ نه به لحاظ مال؛ بلکه به اعتبار منجر شدن به اضرار غیـر (شـوهر)، وجود داشته باشد؛ روایت مزبور برای رفع این احتمال کارسـاز نمی‌باشـد.» (حسـینی حـائری، ۴/ ۶۲۸-۶۲۹).

افزون بر آن، همانطوری که افراد بر اموال خود تسلط دارند، بر حقوق خود نیز تسلط دارند؛ لذا برخـی از فقها بر عبارت «الناس مسلطون علی أموالهم»، عبارت «الناس مسلطون علی حقوقهم» را نیز افـزوده یـا تسلط مردم بر حقوق خود را همانند تسلط آنان بـر امـوال خـود قـرار داده‌انـد (حسـینی مراغـی، العنـاوین الفقهیة، ۲/ ۳۸۶؛ جواهر الکلام، ۲۵/ ۲۲۸؛ همـان، ۳۷/ ۳۳۲؛ مامقـانی، نهایـة المقـال، ۱۰۴؛ یـزدی، حاشیة المکاسب، ۲/ ۴۲). گویا افزودن این عنوان به موجب بنای عقلا بوده که ایشان سلطنت هر ذی‌حقی را بر حقوقش قبول کرده و شارع نیز ردعی از آن به عمل نیاورده است[۳]؛ یا این‌که تمسک بدان از باب قیـاس اولویت است؛ چراکه وقتی انسان بر اموال خود تسلط داشته باشد، به طریق اولی بر حقوق خود نیز تسـلط خواهد داشت (مکارم، القواعد الفقهیة، ۲/ ۳۶). از این رو برخی از فقها فرموده‌اند: همانطوری که تصـرف

۳- دیدگاه رایج اصولیان امامیه بر نیازمندی سیره عقلا به امضای شارع استوار شده است، اما برای احراز امضای شارع سه طریق مختلف بیـان شده است: برخی از اصولیان، حجیت سیره را منوط به علم یافتن به امضـای شـارع دانسـته و طریـق عـدم ردع را بـرای اثبـات امضـای شـارع نپذیرفته‌اند (حائری یزدی، ۲/ ۳۵۹؛ اراکی، مقالات الاصول، ۲/ ۱۱۰) و برخی دیگر، طریق عدم ردع را برای اثبات امضای شارع کافی دانسته، اما احراز عدم ردع را لازم دیده‌اند. (هاشمی شاهرودی، ۴/ ۲۴۴) و برخـی، صـرف عـدم ثبـوت ردع را بـرای حجیـت سـیره کـافی دانسـته‌اند (آشتیانی، ۱/ ۱۷۱؛ اصفهانی، نهایة الدرایة، ۲/ ۲۳۳). برخی نیز عدم وصول ردع را در مسائل عام البلوی قرینه ای بر نبود ردع واقعی یافته‌انـد؛ زیرا اگر ردعی در کار بود حتماً واصل می‌شد (آخوند خراسانی، ۲۸۱). (برای اطلاعات بیشتر: ر.ک: فخلعی، ۲-۷).

در اموال دیگران حرام است، تصرف در حقوق دیگران نیز حرام و غیر نافذ می‌باشد (امام خمینی، کتاب البیع، ۳/ ۲۷۲؛ موسوی خلخالی، فقه الشیعة- کتاب الإجارة، ۱۰۰۸).

چنان‌که ملاحظه گردید ادله عام جواز تصرف مالک عمومیت نداشته و در صورت تعلق حق دیگری بر ملک مالک دلالتی ندارد؛ بنابراین تصرفات زوجه با سلطه زوج بر حق خویش منافات دارد؛ نهایت امر این‌که برای جمع بین حق صاحب حق و مالکیت مالک لازم است تصرفات مالک با اذن و یا اجازه صاحب حق، مقرون باشد و تصرفات استقلالی او نافذ نیست.

دلیل سوم: اجماع

برخی از فقها ادعای اجماع کرده‌اند بر این‌که زوجه در صورت قبض مهر می‌تواند در تمام آن تصرف کند و تزلزل مالکیت مانع نیست (طوسی، خلاف، ۴/ ۳۷۰؛ جواهر الکلام، ۳۱/ ۱۰۹).

نقد و بررسی

با توجه به وجود روایات در ما نحن فیه، اجماع مذکور، اجماع تعبدی کاشف از رأی معصوم (ع) نیست؛ بلکه اجماع مدرکی بوده و منشأ آن ادله خاص باب نکاح و یا روایاتی است که تصرفات مالک را در مال خود جایز دانسته است.

افزون بر آن، بنا بر نظر برخی از فقها (مکارم، کتاب النکاح، ۲/ ۷۱) در اجماع مدرکی لازم نیست علم پیدا کنیم که اجماع کنندگان حتماً استناد به مدارک دیگری غیر از اجماع کرده‌اند؛ بلکه اگر احتمال آن را هم بدهیم کفایت می‌کند؛ زیرا شرط اجماع، کاشفیت از رأی معصوم بوده و این کاشفیت زمانی است که احتمال مدرک دیگری را در مسأله ندهیم و حال آن‌که این مسأله مدارک دیگری هم دارد که ممکن است، مدرک اجماع کنندگان، همان‌ها باشد.

ادله خاص (باب نکاح)

فقها، افزون بر ادله عام، به روایاتی در باب مهر نیز برای جواز تصرفات زوجه قبل از استقرار آن تمسک جسته‌اند که لازم است این ادله نیز مورد تحقیق و بررسی قرار گیرد.

دلیل اول: روایات دال بر جواز هبه تمام مهر برای زوج

در روایت شهاب آمده است: از امام صادق (ع) در مورد مردی سؤال کردم که زنی را بر هزار درهم به عقد خود درآورده و آن مقدار مهر را به او داده؛ سپس زوجه آن را به او برگردانده و به او هبه کرده است و خطاب به مرد گفته است: علاقه من به تو بیشتر از علاقه من به این هزار درهم است و این مقدار برای تو باشد و مرد آن را پذیرفته، آن‌گاه قبل از عمل دخول او را طلاق داده است، حضرت (ع) فرمودند: هیچ مقدار برای زوجه نخواهد بود و لازم است پانصد درهم به زوج بدهد (طوسی، تهذیب، ۷/ ۳۷٤؛ حر عاملی،

وسائل الشیعة، ۲۱/ ۳۰۱).

دلیل دوم: روایات دال بر جواز ابراء زوج از تمام مهر

در موثقه سماعه که به صورت مضمره است چنین آمده: از معصوم (ع) در مورد مردی پرسیدم که زنی را به عقد خود درآورده؛ آن‌گاه زوجه او را نسبت به مهر ابرا کرده است، آیا جایز است قبل از دادن چیزی دخول کند؟ معصوم (ع) فرمودند: آری، ابرای زوجه به معنای قبض مهر بوده؛ لذا اگر قبل از دخول او را طلاق دهد بر زوجه لازم است که نصف مهر را به زوج برگرداند (حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۱/ ۳۰۱).

واضح است که صحت هبه و ابراء زوجه در روایات مذکور، بیانگر جواز تصرفات او است.

دلیل سوم: روایت دال بر جواز دفع برده فراری و حبره در عوض همه مهر

در صحیه فضیل آمده است: از امام صادق (ع) در مورد مردی پرسیدم که زنی را با مهر هزار درهم به عقد خود درآورده، آن‌گاه به جای هزار درهم که مهر اوست، عبد فراری و برد حبره‌ای را به او داده است، حضرت (ع) فرمودند: در صورتی که زوجه به عبد راضی بوده و به (فراری بودن) او شناخت داشته باشد اشکالی ندارد؛ زیرا لباس را گرفته و به عبد نیز راضی شده است. (سپس) گفتم اگر او را قبل از دخول طلاق دهد (حکم مسأله چیست؟) فرمودند: هیچ مهری برای او نیست و بایستی پانصد درهم به مرد برگرداند و عبد برای زوجه خواهد بود (همان، ۲۸۲-۲۸۳).

تقریر استدلال به روایت مزبور به این صورت است که مهر تعیین شده در عقد، هزار درهم بوده، ولی زوج به جای مهر المسمی یک عبد آبق و برد حبره‌ای به زوجه داده است و رضایت زوجه به چنین معاوضه‌ای نشانه جواز تصرف او در همه مهر است.

دلیل چهارم: روایت دال بر استحباب صدقه دادن مهر بر زوج قبل از دخول

در روایت سکونی از امام صادق (ع) آمده است: پیامبر اکرم (ص) فرمودند: هر زوجه‌ای قبل از دخول، مهر خود را به زوجش صدقه دهد، خداوند برای هر دینار آن، ثواب آزاد کردن یک برده را برای او مقدر می‌کند (همان، ۲۸۴).

بدیهی است که صحت صدقه منوط به جواز تصرف صدقه دهنده است.

نتیجه

از تأمل و دقت در ادله عام و خاص بدست می‌آید که جواز تصرفات استقلالی زوجه در تمام مهر خلاف قاعده بوده؛ لذا لازم است بر قدر متیقن و مورد خود اکتفا گردد و ادله خاص (ادله باب نکاح) تنها جواز هبه و ابراء و صدقه به زوج را بیان می‌کنند؛ بنابراین تعدی از آن و استفاده اطلاق جواز تصرفات او

صحیح نیست.

۲- تصرف در حالت استحقاق تسلم مهر و عدم قبض آن

تفاوت فرض مذکور با حالت قبل، در تأثیر قبض در تصرفات مالک است؛ لذا لازم است بررسی شود که آیا مالک قبل از قبض مال خود می‌تواند در آن تصرفاتی کند؟ به عبارتی؛ آیا قبض مال در تصرفات مالک مدخلیتی دارد یا خیر؟

چنانچه صرفاً تصرفات زوجه به نفع زوج را جایز و صحیح بدانیم در این صورت در جواز تصرفات او میان قبض و عدم قبض مهر تفاوتی وجود ندارد؛ چراکه فقها در عقودی که قبض در آن‌ها شرط است از قبیل هبه، در صورتی‌که مال در ید موهوب‌له باشد، قبض جدید را لازم ندانسته و بالاتفاق آن‌را صحیح می‌دانند (محقق حلی، ۲/ ۱۷۹؛ شرح لمعه، ۳/ ۱۹۲-۱۹۳؛ جواهر الکلام، ۲۸/ ۱۷۳)؛ چنان‌که روایات ذکر شده در بحث قبلی دال بر این امر بودند.

اما اگر در جواز مطلق تصرفات زوجه، اذن زوج را شرط بدانیم یا این‌که طبق مبنای مشهور، تصرفات او را مطلقاً جایز بدانیم، بحث قبض و اعتبار آن در تصرفات زوجه مطرح خواهد شد.

قبض در عقود عینی[٤] فی‌الجمله شرط است؛ از این رو اگر تصرفات زوجه قبل از قبض به صورت این عقود واقع گردد بر آن ترتیب اثر داده نمی‌شود. اما در سایر تصرفات او، مشهور فقها به شرطیت قبض قائل نشده و مانند فرض تصرفات بعد از قبض، انواع تصرفات او را جایز دانسته‌اند (شرائع الإسلام، ۲/ ۲۷۴؛ لمعه، ۱۸۴؛ موسوی عاملی، نهایة المرام، ۱/ ۳۸۵؛ الحدائق الناضرة، ۲۴/ ۵۴۷؛ جواهر الکلام، ۳۱/ ۱۰۹؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- النکاح، ۴۴۴؛ مکارم، کتاب النکاح، ۶/ ۷۲)، تنها مخالف در مسأله، شیخ طوسی است (خلاف، ۴/ ۳۷۰).

ادله عدم جواز تصرف در صورت عدم قبض و تحلیل آن

شیخ طوسی آورده است: «زوجه قبل از قبض مهر حق تصرف در آن ندارد، دلیل این حکم عبارت است از:

۱- جواز تصرف زوجه در مهر بعد از قبض مورد اجماع فقهاست، اما بر جواز تصرف او قبل از قبض هیچ دلیلی وجود ندارد.

۲- روایاتی که در آن پیامبر اکرم (ص) از بیع شیء قبض نشده نهی کرده است.» (همان)

---

٤ ـ عقد از لحاظ چگونگی انعقاد به رضایی و تشریفاتی تقسیم می‌شود. عقدی که صرف اراده طرفین برای تحقق آن کفایت کند، آن‌را رضائی نامند. در مقابل، عقدی که افزون بر شرایط اساسی صحت معامله، تشریفات صوری الفاظ مخصوص یا تسلیم مورد معامله نیز شرط وقوع یا نفوذ آن باشد، آن‌را عقد تشریفاتی نامند، حال عقد عینی نوعی عقد تشریفاتی است که برای صحت یا نفوذ آن، افزون بر شرایط عمومی صحت معاملات، بایستی مورد معامله به قبض داده شود؛ مانند: هبه، رهن، وقف، قرض، بیع سلم و صرف (محقق داماد، ۱/ ۲۲۰ - ۲۲۳).

ادله عامی که بر جواز تصرفات مالک در ملک خود دلالت دارد، شامل صورت عدم قبض ملک نیز می‌شود؛ بنابراین تنها دلیل شیخ طوسی، روایات نهی کننده از بیع شیء قبض نشده می‌تواند باشد؛ پس بایستی بحث را پیرامون همان روایات مطرح کنیم:

دسته‌ای از روایات باب «بیع ما لم یقبض» بر جواز چنین بیعی دلالت دارد: مانند؛ روایت جمیل بن دراج از امام صادق (ع) که در آن آمده است: مردی طعامی خریداری نموده و قبل از این‌که آن را قبض کند می‌فروشد، حضرت (ع) فرمودند: اشکالی ندارد و (اگر) آن مرد مشتری خود را وکیل در قبض و کیل کند (چطور؟) حضرت (ع) فرمودند: هیچ ایرادی ندارد (کافی، ۵/ ۱۷۹؛ تهذیب الأحکام، ۷/ ۳۶).

و دسته دیگر از چنین بیعی نهی کرده است: مانند؛ صحیحه حلبی از امام صادق (ع) در مورد مردی که طعامی خریده، سپس قبل از این‌که کیل کند می‌فروشد، حضرت (ع) فرمودند: این کار برای او به صلاح نیست (کلینی، ۵/ ۱۷۸؛ وسائل الشیعه، ۱۸/ ۶۶).

در جمع بین این دو دسته روایات؛ و لو قائل به حرمت باشیم، بایستی اذعان داشت که قدر متیقن از روایات مانع، نهی از بیع مبیع غیر مقبوض است؛ لذا فقها اجماعاً بیع آنچه را که به سببی جز بیع به فرد منتقل شده؛ مانند: میراث، عوض خلع و صداقی که هنوز قبض نشده است، از حکم بیع ما لم یقبض استثناء کرده‌اند (علامه حلی، ارشاد الأذهان، ۱/ ۳۸۲؛ جامع المقاصد، ۴/ ۳۹۸؛ مسالک الأفهام، ۳/ ۲۴۹؛ مجمع الفائدة، ۸/ ۳۴۳ و ۵۲۳؛ الحدائق الناضرة، ۱۹/ ۱۷۹؛ جواهر الکلام، ۲۳/ ۱۷۰؛ انصاری، کتاب المکاسب، ۶/ ۲۹۹؛ اصفهانی، حاشیة کتاب المکاسب، ۵/ ۴۱۵؛ تبریزی، ارشاد الطالب، ۴/ ۶۰۴). پس تصرفات زوجه در مهر تخصصاً از روایات باب «بیع ما لم یقبض» خارج می‌باشد، اما ممکن است چنین فرض کنیم که اگر زوج چیزی را که خریده، ولی هنوز آن‌را قبض نکرده است، مهر زوجه قرار دهد، آیا تصرفات زوجه در آن مشمول نهی از بیع ما لم یقبض خواهد شد یا خیر؟

برخی از فقها جواز چنین تصرفی را از اتفاق ذکر شده فقها استثناء نموده‌اند (فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ۲/ ۶۷). برخی دیگر در استثناء مذکور اشکال وارد کرده‌اند؛ با این تعلیل که انتقال آن شیء به عنوان مهر برای زوجه، واسطه بین دو بیع بوده است؛ در حالی‌که ادله منع، ظهور در مواردی دارد که هیچ واسطه‌ای بین ابتیاع و بیع نباشد. (مسالک الأفهام، ۳/ ۲۴۹- ۲۵۰؛ مفتاح الکرامة، ۱۴/ ۶۸۵؛ جواهر الکلام، ۲۳/ ۱۷۰) و برخی دیگر، اختلاف مذکور در بحث جواز یا عدم جواز تصرف در مکیل و موزون قبل از قبض آن را در این جا نیز جاری دانسته‌اند (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/ ۸۷؛ جامع المقاصد، ۴/ ۴۰۱؛ انصاری، کتاب المکاسب، ۶/ ۲۹۹؛ امام خمینی، کتاب البیع، ۵/ ۶۰۸).

نکته قابل تأمل این است که در بحث تصرفات زوجه در مهر پیش از قبض آن، بایستی تصرفات در

ثمن قبل از قبض مورد تحقیق قرار گیرد؛ زیرا از روایت: «أن الزوج یشتریها بأغلی الثمن» (حر عاملی، وسائل الشیعة، ۲۰/ ۸۸) که زوج را مشتری و مهر را ثمن قرار داده است، و این‌که ایجاب عقد نکاح بایستی از طرف زوجه باشد، چنین استفاده می‌شود که مهر، حکم ثمن را دارد، و بر اساس عمومات و اطلاقات حلیت بیع، تصرفات در ثمن قبل از قبض صحیح بوده و دلیلی بر عدم صحت آن وجود ندارد؛ بنابراین قبض مهر، مدخلیتی در جواز انواع تصرفات زوجه در مهر نداشته و قول شیخ طوسی مبنی بر عدم جواز تصرف در مهر پیش از قبض، فاقد دلیل بوده؛ بلکه با مبنای ایشان در سایر ابواب نیز سازگاری ندارد.

۳- تصرف در حالت عدم استحقاق تسلم مهر

پس از تبیین این نکته که در جواز تصرفات مالک هیچ تفاوتی میان قبض مملوک و عدم آن وجود ندارد، بحث تصرفات زوجه در مهر را در حالت عدم استحقاق مطالبه آن؛ بدون تفکیک میان حالت قبض و عدم آن مورد تحلیل و بررسی قرار می‌دهیم.

بحث مذکور در فرضی است که زوجه آمادگی برای تمکین نداشته و خلوت تامی که در آن، هیچ محذوری از مباشرت نباشد میان زوجین اتفاق نیفتاده است، در فرض مذکور، تسلیم مهر لازم نبوده و زوجه، استحقاق مطالبه آن را ندارد. اما مسأله این است که آیا در فرض مذکور، زوجه که به مجرد عقد، مالک تمام مهر شده است حق تصرف در مهر را دارد یا این‌که عدم استحقاق او موجب محجوریت او می‌گردد؟

از تأمل در عبارات فقها ممکن است بگوییم که قول فقها مبنی بر جواز تصرفات زوجه در مهر بعد از عقد اطلاق داشته و شامل صورتی که زوجه استحقاق تسلم مهر را ندارد نیز می‌شود؛ بلکه برخی از فقها (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة- کتاب النکاح، ۴۴۴) لازمه مالکیت زوجه به مجرد عقد را جواز تصرفات او در تمام مهر بعد از عقد قرار داده‌اند.

از طرف دیگر ممکن است بگوییم که لزوم تسلیم نفس و تمکین زوجه به مجرد عقد، نزد فقها مفروغ‌عنه بوده؛ لذا قول بر جواز تصرفات او متفرع بر تمکین او می‌باشد که در این صورت عبارات ایشان مبنی بر جواز تصرفات زوجه به مجرد عقد، شامل حالت عدم تحقق تمکین از سوی زوجه نخواهد بود.

علاوه؛ تقابل مهر و تمکین زوجه از حیث لزوم تسلیم و جواز تصرف، تابع قانون معاوضات می‌باشد و فقها در باب بیع، بایع را قبل از تسلیم مبیع و مشتری را قبل از تسلیم ثمن از تصرف در ثمن و مبیع منع کرده‌اند (القواعد و الفوائد، ۱/ ۳۷؛ نضد القواعد، ۶۱؛ المهذب البارع، ۲/ ۵۱۲؛ الروضة البهیة، ۴/ ۱۰۱؛ الحدائق الناضره، ۲۰/ ۳۴۳؛ مفتاح الکرامة، ۱۶/ ۹).

افزون بر آن، در مواردی نظیر ما نحن فیه نیز فقها صرف مالکیت مالک را برای جواز تصرفات او کافی ندانسته؛ بلکه افزون بر مالکیت، استحقاق مطالبه او را نیز برای جواز تصرفات، لازم دانسته‌اند؛ چنان‌که

بسیاری از فقها در خصوص این‌که اگر فردی شیءای را به صورت سلم، خریداری کرده باشد، نقل اجماع کرده‌اند که بیع آن شیء قبل از فرا رسیدن مدت مطلقا جایز نیست (غنیة النزوع، ۲۲۸؛ کشف الرموز، ۱/ ۵۲۵؛ محقق حلی، ۲/ ۵۹؛ علامه حلی، تذکره، ۱۱/ ۳۵۹؛ التنقیح الرائع، ۲/ ۱۴۵؛ جامع المقاصد، ۴/ ۲۴۱؛ کفایة الأحکام، ۱/ ۵۲۳؛ ریاض المسائل، ۹/ ۱۲۸؛ مفتاح الکرامة، ۱۳/ ۷۷۴؛ جواهر الکلام، ۲۴/ ۳۱۹؛ خمینی، تحریر الوسیلة، ۱/ ۵۴۵)؛ چراکه هرچند بایع در عقد دوم به واسطه عقد اول مالک مسلم‌فیه شده است و فرا رسیدن مدت دخالتی در حصول ملکیت ندارد، اما قبل از سر رسید مدت، استحقاق مطالبه آن را ندارد و لذا این عدم استحقاق، مانع از جواز تصرفات او است (شرح اللمعة، ۳/ ۴۲۲؛ مجمع الفائدة، ۸/ ۳۶۰) و مردم نسبت به این ملکی که مالک آن از هر حیثیت و جهتی تسلط ندارد و استیلاء کامل بر آن حاصل نشده است اقدام به معاوضه نمی‌کنند (موسوی، مهذب الأحکام، ۱۸/ ۳۷).

بنابراین ظهور عبارت کتاب الوسیله در این‌که اگر مسلم قبل از فرا رسیدن مدت، مسلم‌فیه را به مسلم‌الیه به غیر جنس ثمن بفروشد جایز است (ابن حمزه، ۱۴۰۸؛ الوسیله، ۲۴۲)، ایرادی وارد نمی‌کند؛ چراکه مسبوق به اجماع بوده و بعد از آن نیز اجماع وجود دارد (جواهر الکلام، ۲۴/ ۳۱۹) و وجهی برای تمسک به اطلاقات و عمومات بیع باقی نمی‌ماند (همان، موسوی، مهذب الأحکام، ۱۸/ ۳۷). هم‌چنین این‌که «مالک حق مالی دارد؛ پس بیع او صحیح بوده و عدم استحقاق او منافاتی با آن ندارد؛ چراکه عدم استحقاق به مطالبه تعلق دارد؛ نه به ملکیت، و نیز این‌که قدرت بر تسلیمی که در صحت معاملات معتبر است؛ فی الجمله شرط است؛ نه حین اجراء عقد؛ و گرنه لازم می‌آمد که فروختن حیوان غائب تنها بعد از حاضر کردن و قدرت بر تسلیم آن هنگام معامله صحیح باشد»، بنا بر اجماع منقول و ضرورت، وجهی نداشته و فساد آن معلوم است (ریاض المسائل، ۹/ ۱۲۸؛ مفتاح الکرامه، ۱۳/ ۷۷۴-۷۷۵).

چنان‌که ملاحظه می‌گردد، ادله‌ای که فقها بر عدم جواز تصرفات مسلم قبل از سر رسید مدت استدلال کرده‌اند، در ما نحن فیه نیز قابل استناد است؛ بنابراین می‌توان بر اساس اتحاد ملاک در باب مذکور و ما نحن فیه، عدم جواز تصرفات زوجه در مهر را در صورت عدم استحقاق مطالبه آن، موجه و مستدل دانست.

و بنا بر آنچه گفته شد می‌توان ادعا کرد: روایاتی که بر ابراء، هبه، عفو و صدقه دادن زوجه دلالت دارد، انصراف به مواردی دارد که زوجه استحقاق تسلم و مطالبه مهر را داشته است؛ بنابراین جواز تصرفات زوجه در مهر، در صورت عدم استحقاق مطالبه آن فاقد دلیل بوده؛ بلکه ادله بر عدم جواز آن قائم است.

نتیجه‌گیری

از تتبع در آرای فقها و حقوق‌دانان و ادله ایشان در خصوص تصرفات زوجه در مهر پیش از استقرار آن، نتایج زیر بدست می‌آید:

از آنجا که به مجرد وقوع عقد نکاح، مالکیت زوجه نسبت به نصف مهر مستقر و نسبت به نصف دیگر متزلزل است، و با تحقق عواملی، اعاده آن به زوج لازم می‌گردد، استدلال به ادله عام جواز تصرفات مالک در ملک خود، بر جواز تصرفات زوجه در تمام مهر قابل خدشه بوده و این ادله با ادله عدم جواز تعدی به حق دیگری در تعارض است.

آن دسته از تصرفات زوجه که به نفع زوج یا با اذن و اجازه او باشد، در صورتی که زوجه استحقاق مطالبه مهر را داشته باشد، بنابر ادله‌ای که هبه، عفو، ابرا، معاوضه و صدقه دادن مهر به زوج را صحیح دانسته، جایز است؛ ولی تعمیم آن و مطلق یافتن جواز تصرفات، صحیح نیست.

در مواردی که تصرفات زوجه در مهر صحیح است، میان مرحله قبل از قبض و مرحله بعد از قبض تفاوتی وجود ندارد.

در صورت عدم استحقاق مطالبه مهر، جواز تصرفات زوجه فاقد وجه بوده؛ بلکه ادله بر عدم جواز آن قائم است. و روایاتی که بر ابرا، هبه، عفو و صدقه دادن زوجه دلالت دارد، انصراف به مواردی دارد که زوجه استحقاق تسلم و مطالبه مهر را داشته است.

منابع

قرآن کریم.

ابن ابی الجمهور، محمد بن زین‌الدین، ***عوالی اللئالی العزیزیة***، قم، دار سیدالشهداء، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

ابن ادریس، محمد بن احمد، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی***، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۱۸ ق.

ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر، ***المهذب***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.

ابن حمزه، محمدبن علی، ***الوسیلة إلی نیل الفضیلة***، قم، مکتبة آیةالله المرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.

ابن زهره، حمزةبن علی، ***غنیة النزوع إلی علمی الأصول و الفروع***، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

ابن سعید، یحیي بن احمد، ***الجامع للشرائع***، قم، مؤسسه سید الشهداء، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

ابن فهد حلی، احمدبن محمد، ***المهذب البارع فی شرح المختصر النافع***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.

ابن منظور، محمد بن مکرم، ***لسان العرب***، بیروت، دار الفکر- دار صادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.

ابوالصلاح حلبی، تقی‌بن نجم، ***الکافی فی الفقه***، تحقیق: رضا استادی، اصفهان، مکتبة الإمام علی (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

اشتهاردی، علی پناه، ***مجموعه فتاوی ابن الجنید***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

اصفهانی، محمد حسین، ***حاشیة کتاب المکاسب***، قم، انوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

_____، ***نهایة الدرایة فی شرح الکفایة***، قم، سیدالشهداء، چاپ اول، ۱۳۷۴ ق.

امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، تهران، انتشارات اسلامیة، بی‌تا.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***کتاب الزکاة***، قم، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری چاپ اول، ١٤١٥ ق.

_____، ***کتاب المکاسب***، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ١٤١٥ ق.

_____، ***کتاب النکاح***، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

ایروانی، علی، ***حاشیة المکاسب***، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ ق.

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، ***کفایة الأصول***، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.

آشتیاني، محمدحسن بن جعفر، ***بحرالفوائد فی شرح الفرائد***، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی، ۱۴۰۳ ق.

بجنوردی، حسن، ***القواعد الفقهیه***، تحقیق: مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ١٤١٩ ق.

بحرانی، یوسف بن احمد، ***الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤٠٥ ق.

تبریزی، جواد بن علی، ***إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ***ترمینولوژی حقوق***، تهران، کتاب‌خانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۶۸.

_____، ***مبسوط در ترمینولوژی حقوق***، تهران، کتاب‌خانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.

حائری یزدی، عبدالکریم، ***درر الفوائد***، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.

حر عاملی، محمد بن حسن، ***تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة***، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، چاپ اول، ١٤٠٩ ق.

حسینی حائری، کاظم، ***مباحث الأصول***، تقریرات شهید صدر، قم، مکتب الإعلام الإسلامی، چاپ اول، ١٤٠٨ ق.

حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، ***العناوین الفقهیة***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.

حیدری، علی نقی، ***اصول الاستنباط***، قم، لجنة ادارة الحوزة العلمیة، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

خمینی، روح‌الله، ***تحریر الوسیله***، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

_____، ***کتاب البیع***، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

خویی، ابوالقاسم، ***مصباح الفقاهة***، مقرر: محمدعلی توحیدی، بی‌تا.

_____، ***منهاج الصالحین***، چاپ بیست و هشتم، قم، نشر مدینة العلم، ۱۴۱۰ ق.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ***مفردات ألفاظ القرآن***، لبنان، دار العلم- الدار الشامیة، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

روحانی، محمد صادق، ***فقه الصادق (ع)***، قم، دارالکتاب، چاپ سوم، ۱۴۱۳ ق.

_____، ***منهاج الفقاهه***، قم، انوار الهدی، چاپ پنجم، ۱۴۲۹ ق.

روحانی، محمد، ***المرتقی إلی الفقه الأرقی- کتاب الحج***، تهران، مؤسسة الجلیل للتحقیقات الثقافیة (دار الجلی)، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

زنجانی، موسی، ***کتاب نکاح***، قم، مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

سبحانی تبریزی، جعفر، ***المختار فی أحکام الخیار***، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

_____، ***نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء***، قم، بی‌نا، چاپ اول، بی‌تا.

سبزواری، عبد الأعلی، ***مهذب الأحکام***، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱٤۱۳ ق.

سعدی، ابو جیب، ***القاموس الفقهی لغة و اصطلاحا***، دمشق، دار الفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

سلار دیلمی، حمزة بن عبدالعزیز، ***المراسم العلویة و الأحکام النبویة***، قم، منشورات الحرمین، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.

شهید اول، محمد بن مکی، ***القواعد و الفوائد***، قم، کتابفروشی مفید، چاپ اول، بی‌تا.

_____، ***اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة***، بیروت، دار التراث- الدار الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ***الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة***، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

_____، ***مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام***، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، چاپ اول، ۱٤۱۳ ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام***، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، ۱٤۰٤ ق.

صافی گلپایگانی، لطف الله، ***فقه الحج***، قم، مؤسسه حضرت معصومه (س)، چاپ دوم، ۱۴۲۳ ق.

صفایی، حسین و اسدالله امامی، ***حقوق خانواده***، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.

طباطبایی، علی بن محمد، ***ریاض المسائل***، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

طوسی، محمد بن حسن، ***الخلاف***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.

_____، ***المبسوط فی فقه الإمامیة***، تهران، المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.

_____، ***النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی***، بیروت، دار الکتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.

_____، ***تهذیب الاحکام***، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

عاملی غروی، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

عاملي، محمد بن علي، ***نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.

عبدالرحمان، محمود، ***معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية***، بی‌تا، بی‌نا.

عراقی، ضیاءالدین، ***مقالات الأصول***، تحقیق: محسن اراکی و منذر حکیم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۴ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***إرشاد الأذهان إلی أحکام الإیمان***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

_____، ***تبصرة المتعلمین فی أحکام الدین***، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.

_____، ***تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة***، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.

_____، ***تذکرة الفقهاء***، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

_____، ***قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱٤۱۳ ق.

_____، ***مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، ***کشف الرموز فی شرح مختصر النافع***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.

فاضل لنکرانی، محمد، ***تفصیل الشریعة- المضاربة ...***، قم، مرکز فقه ائمه اطهار (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.

_____، ***تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة- النکاح***، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله، ***التنقیح الرائع لمختصر الشرائع***، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.

_____، ***نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة***، قم، انتشارات کتابخانه آیةالله مرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

فاضل هندی، محمد بن حسن، ***کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

فخلعی، محمدتقی و مجتبی ولی‌اللهی، «بررسی شرط معاصرت سیره عقلا با عصر معصومان»، ***فصلنامه***

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال ۴۲، شماره ۸۵/۱، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۸۵-۱۰۴.

فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، ***مفاتیح الشرائع***، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی، چاپ اول، بی‌تا.

کاتوزیان، ناصر، ***حقوق مدنی: خانواده***، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۱.

_____، ***قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی***، تهران، نشر میزان، چاپ هجدهم، ۱۳۸۷.

کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، ***انوار الفقاهه- کتاب النکاح***، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، ***الکافی***، تهران، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.

مامقانی، عبدالله، ***نهایة المقال فی تکملة غایة الآمال***، قم، مجمع الذخائر الإسلامیة، چاپ اول، ۱۳۵۰ ق.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، ***بحار الأنوار***، بیروت، مؤسسة الطبع و النشر، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***المختصر النافع فی فقه الإمامیة***، قم، مؤسسه مطبوعات دینی، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.

_____، ***شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

محقق داماد، مصطفی، ***حقوق قراردادها در فقه امامیه***، با همکاری جلیل قنواتی، حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی دانشگاه‌ها، چاپ ششم، ۱۳۹۳.

محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، ***کفایة الأحکام***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.

مشکینی، علی، ***مصطلحات الفقه***، بی‌تا، بی‌نا.

مصطفوی، حسن، ***التحقیق فی کلمات القرآن الکریم***، تهران، مرکز الکتاب للترجمة و النشر، چاپ اول، ۱۴۰۲ ق.

مظفر، محمد رضا، ***أصول الفقه***، قم، انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق.

مفید، محمد بن محمد، ***المقنعه***، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ق.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، ***مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

مکارم شیرازی، ناصر، ***القواعد الفقهیة***، قم، مدرسه امام امیر المؤمنین (ع)، چاپ سوم، ۱۴۱۱ ق.

_____، ***کتاب النکاح***، قم، انتشارات مدرسه امام علی (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.

موسوی اردبیلی، عبد الکریم، ***فقه الشرکة و کتاب التأمین***، قم، منشورات مکتبة أمیرالمؤمنین (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

موسوی خلخالی، محمد مهدی، ***فقه الشیعة- کتاب الإجارة***، تهران، مرکز فرهنگی انتشارات منیر، چاپ اول، ۱۴۲۷ ق.

نوری، حسین بن محمد تقی، ***مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل***، بیروت، مؤسسه آل البیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.

هاشمی شاهرودی، محمود، ***بحوث فی علم الأصول***، تقریرات شهید صدر، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

_____، ***فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام***، جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.

همداني، رضا بن محمدهادي، ***مصباح الفقیه***، قم، مؤسسة الجعفرية لإحياء التراث و مؤسسة النشر الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، ***العروة الوثقی***، بیروت، مؤسسة الأعلمی، چاپ دوم، ١٤٠٩ ق.

_____، ***حاشیة المکاسب***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۴، شمارهٔ پیاپی ۱۱۱
زمستان ۱۳۹۶، ۵۰-۳۱

پژوهشی پیرامون شرط خیار به موجب استیمار*

دکتر محمدعلی خورسندیان[1]
دانشیار دانشگاه شیراز
Email: khorsand@shirazu.ac.ir
دکتر مجید سربازیان
استادیار دانشگاه شیراز
Email: sarbazian@shirazu.ac.ir
سجاد برزگری
دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شیراز
Email: barzegarisajad@yahoo.com

چکیده

شرط مؤامره نوعی خیار شرط است؛ بدین گونه که شرط می‌شود در مدتی معین با ثالث مشورت شود و چنانچه وی نظر به فسخ داد مشروط‌له بتواند عقد را فسخ کند. قانون مدنی جعل خیار برای ثالث را پیش‌بینی کرده اما درباره شرط مؤامره ساکت است. این تحقیق با روش تحلیلی به دنبال مستند سازی این نوع از خیار و روشن کردن ماهیت و آثار آن است. مطالعه انجام شده نشان می‌دهد که این شرط ضمن عقد از نوع شرط نتیجه است و به صرف اشتراط برای مشروط له حق فسخ به‌بار می‌آورد؛ لیکن اعمال این حق مشروط به این است که با ثالث مشورت شود. این شرط مفید نوعی تحکیم و تابع قواعد عمومی شرط است. تعیین مدت نیز در آن لازم است. مشاور باید اهلیت داشته باشد اما معلوم بودن و قبول وی شرط نیست. مشاور امین، ملزم به رعایت مصلحت و مستحق اجرت است و این شرط قابلیت انتقال دارد.

کلیدواژه‌ها: شرط مؤامره، استیمار، خیار شرط، تعهد برای ثالث، فسخ عقد

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۱۲/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۹۵/۱۱/۱۸.
DOI: 10.22067/jfu.v49i4.45064

۱ .نویسنده مسئول

مقدمه

یکی از مراحل مهم تکوین هر پیمان مذاکرات پیش از عقد است. در این مرحله طرفین به بررسی کارشناسی و سنجش سود و زیان خود می‌پردازند و مصلحت خود را در انعقاد پیمان و شرایط ضمن آن تعیین می‌کنند. اما گاه این کار نیازمند زمانی طولانی و فرصتی برای یافتن کسانی است که بتوانند به آنان یاری رسانند. از سوی دیگر، گاه تأخیر موجب از دست دادن فرصتی مهم یا کندی گردش اقتصادی خواهد شد. فقه اسلامی از دیرباز در بخش خیار شرط برای چنین وضعیتی پیش‌بینی کرده است که طرفین بتوانند پیمان خود را با شرطی به نام شرط مؤامره منعقد نمایند و سپس به مشورت بپردازند و اگر پیمان را به مصلحت خود تشخیص دادند آن را ابرام نموده و گرنه با فسخ عقد، خود را از بار پیمان نسنجیده برهانند. همچنین این کار می‌تواند موارد پیمان‌شکنی را کاسته و مرافعات قضایی را کمتر نماید. هرچند مدونین قانون مدنی نتوانسته‌اند با ذکر این شرط راه‌های استفاده از آن را در روابط معاملاتی شهروندان نشان دهند، اما پژوهش حاضر نشان خواهد داد چگونه می‌توان از این شرط در پیمان‌ها بهره جست و چه آثاری بر این شرط مترتب است. این پژوهش نخست به تعریف این شرط و سپس به بیان ماهیت آن خواهد پرداخت. بعد شرایط صحت آن بررسی می‌گردد و پس از آن نحوه فسخ ذکر می‌شود و در واپسین بخش به انتقال قهری شرط و عزل مشاور و اجرت وی و ضمانات حاصل از عمل وی می‌پردازد:

بیان مفهوم: مؤامره مصدر باب مفاعله از ماده امر است. معنای لغوی آن مشورت کردن، رأی زدن، تحقیق و مطالعه است (معین، ٢٦٤). در اصطلاح حقوقی خیار مؤامره خیار مشاوره مشتری است با ثالث (جعفری لنگرودی، وسیط در ترمینولوژی حقوق، ۸۵). از شرط مؤامره با تعابیری مختلف سخن به میان آمده است، از جمله: بیع المؤامره (موسسه دائره‌المعارف فقه فارسی، ۲/ ۲۰۱) و خیار استیمار (نجفی، جواهر الکلام، ۳۵/۲۳). به شخص ثالث طرف مشورت نیز مستأمر یا مستشیر می‌گوییم. در اصطلاح فقها چنین استعمال شده که شرط شود متعاقدین یا یکی از آن‌ها در معامله با شخصی دیگر مشورت کند؛ پس می‌گوید این متاع را من می‌خرم مشروط به اینکه بعد از خریدن از فلانی (ثالث) صلاحدید می‌طلبم و اگر مصلحت دید امضا و در غیر این صورت معامله را به هم می‌زنم (شهید ثانی، الروضه البهیه، ۳/ ٤٥٢؛ عاملی، الزبده الفقهیه، ٤/ ٥٨٥؛ بحرانی، ۱۱/ ۳۹).

جواز: شرط مؤامره به عنوان یکی از اقسام خیار شرط (نجفی، جواهر الکلام، ۲۳/ ۳۵؛ هاشمی‌شاهرودی، معجم فقه الجواهر، ٥٠٥) با توجه به عموم ادله جواز شرط (انصاری، المکاسب، ٥/ ۱۲۵؛ نجفی، جواهر الکلام، ۲۳/ ۳۵) جایز است. در تقسیم‌بندی شروط ضمن عقد، شرط مؤامره از نوع شرط نتیجه به حساب می‌آید (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق ایران، ٤٢٣) چراکه

حق خیار که نتیجه شرط مؤامره است به صرف شرط حاصل می‌شود. از نظر حقوقی ماده ۳۹۹ ق.م. -که به نظر می‌رسد ترجمه‌ای از یک عبارت فقهی است (مفتاح الکرامه، ۱۰/ ۹٦٦)- تنها جعل خیار را برای طرفین و ثالث پذیرفته است و اشاره‌ای به شرط مؤامره ننموده است. اما باید گفت این ماده مفید حصر نیست زیرا این شرط در زمره خیار شرط که در ماده ۳٦٦ ذکر شده قرار می‌گیرد شاهد بر این مطلب آن است که یکی از اقسام خیار شرط یعنی بیع شرط نیز در جای دیگری از قانون یعنی ماده ٤٥٨ ذکر شده است.

قلمرو: شرط مؤامره ویژه بیع نیست و مانند خیار شرط می‌تواند در همه معاملات لازم جریان داشته باشد. اما همچون خیار شرط در نکاح، وقف (طوسی، المبسوط، ۲/ ۸۱)، ضمان یا ایقاعات (نجفی، پیشین، ۹٤؛ بهمن‌پوری و دیگران، ۲۳۰) جاری نیست.

از آنجا که مجرای شرط خیار به صورت کلی عقود لازم است و بیشتر فقیهان جریان خیار را در عقود جایز نپذیرفته‌اند (نجفی، پیشین، ۳٦، شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳/ ۳۱۱) شرط مؤامره نیز به عنوان یکی از اقسام شرط خیار در عقود لازم جریان پیدا می‌کند. البته در فقه گاه تعبیر کرده‌اند که خیار شرط، عقد لازم را جایز می‌گرداند (شهید ثانی، الروضه البهیه، ۳/ ٤٥۲)؛ اما درست آن است که شرط تأثیری بر لزوم عقد ندارد.

ماهیت اشتراط مؤامره

شرط مؤامره از سویی حقی برای مشروط له ایجاد می‌کند تا بتواند با تحقق شرط عقد را فسخ کند و از سویی به مشاور حق امر به فسخ یا امضا می‌دهد. واگذاری حق به ثالث از لحاظ ماهیت در عنوان تفویض جای می‌گیرد. تفویض اقسام مختلفی دارد از جمله: توکیل، (ابن‌حمزه، ۲۸۲؛ خویی، مصباح الفقاهه، ٦/ ۷۳؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ۲/ ۳۷) تحکیم، انتقال و نصب. مؤامره از نظر توکیل یا تحکیم بودن چنین بررسی می‌شود:

نحوه دخالت ثالث در جریان شرط مؤامره و خیار حاصل از آن، نوعی واگذاری است اما در نوع و ماهیت این عمل، سخنی به صراحت دیده نمی‌شود. با این وجود در بحث مشابه جعل خیار برای ثالث اظهار نظر شده و اختلاف وجود دارد: عده‌ای آن را تفویض (نائینی، ۲/ ٤۲)، عده‌ای وکالت (ابن‌قدامه، ۳/ ٥۰۰) و عده‌ای تحکیم (شهید ثانی، الروضه البهیه، ۳/ ٤٥٤) دانسته‌اند. برخی هم از تملیک سخن رانده‌اند اما مقصود از تملیک ایجاد حق برای ثالث است نه معنی اصطلاحی آن (امام خمینی، کتاب البیع، ٤/ ۲۹۷). در آنجا علت این اختلاف آن است که ثالث به طور مستقل اقدام به فسخ یا امضا عقد می‌کند.

به هر روی نظر چیره تحکیم دانستن این عمل است (انصاری، المکاسب، ۵/ ۱۲۳؛ نجفی، پیشین، ۲۳/ ۳٤؛ طباطبایی، ریاض‌المسائل، ۱/ ۵۲۵). در حقوق هم جعل خیار برای اجنبی را که در ماده ۳۹۹ آمده تحکیم می‌دانند. (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۵/ ۱۱۷؛ امامی، حقوق مدنی، ۱/ ۲۳۵) اما در مورد شرط مؤامره چنین اختلافی وجود ندارد. چراکه در این جا تنها شرط می‌شود که با ثالث مشورت شود و ثالث حق فسخ ندارد. این مشروط‌له است که پس از نظر ثالث به حیات عقد پایان می‌دهد. ذکر شد که مشهور جعل خیار برای ثالث را تحکیم می‌دانند. در آنجا برخی چنین استدلال کرده‌اند که چون هیچ نفعی از فسخ یا امضاء عقد نصیب ثالث نمی‌شود، بنا بر این ثالث تنها داور طرفین در انتخاب فسخ یا امضاء به حساب می‌آید (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۵/ ۱۵٦). با این حال این تردید می‌توانست طرح گردد که چون در این فرض برای ثالث حق مستقل خیار به وجود می‌آید لذا ممکن است نوعی توکیل باشد نه تحکیم. اما در مقابل، در شرط مؤامره این تردید قابل طرح نیست چون حق فسخ برای ثالث جعل نمی‌شود و نماینده طرفین در فسخ و امضاء محسوب نمی‌شود و لذا می‌توان قائل به تحکیم و داور قرار دادن ثالث شد.

ممکن است اشکال شود که هدف از تحکیم پایان دادن به اختلاف و منازعه است تا از رفتن پرونده به مراحل دادرسی جلوگیری شود از این رو دخالت داور باید به گونه‌ای باشد که رأی او برای طرفین لازم باشد؛ بنابراین شاید نتوان به سادگی دخالت را تحکیم دانست زیرا در استیمار نظر ثالث در خصوص فسخ یا امضا بر مشروط‌له لازم نمی‌شود. اما باید گفت به هر روی این اعلام نظر ثالث چیزی جز نوعی داوری نیست. این نوع تحکیم که نظر داور تنها در فرض امضاء عقد متبع است هم در فقه و هم در حقوق داخلی نمونه دارد. برای مثال رجوع به داوری در هنگام شقاق چنین است. در مورد ماهیت داوری در شقاق که وکالت است یا قضاوت و تحکیم، اختلاف نظر دیده می‌شود. مشهور فقها با توجه به ظاهر آیه ۳۵ سوره نساء و نصوص عقیده دارند که اقدام حکمین تحکیم است نه وکالت (طوسی، التبیان، ۱۹۱/۳-۱۹۲؛ نجفی، جواهر الکلام، ۳۱/ ۲۱۳-۲۱۵). اختلاف به احادیثی بر می‌گردد که نقل شده است. از جمله امام صادق فرمودند: «برای داوران جایز نیست بدون اجازه مرد یا زن (در طلاق خلع) آن‌ها را طلاق دهند و داوران باید با زن و شوهر شرط کنند که هر حکمی که کردند آن دو قبول کنند: اگر حکم کردند که باید از هم جدا شوند، بپذیرند و اگر حکم کردند باید با هم باشند بپذیرند» (کلینی، ٦/ ۱٤٦). در حقوق هم بر اساس نظر مشهور فقها پذیرفته شده است که داوران از صدور حکم به طلاق ممنوع باشند (کاتوزیان، حقوق خانواده، ٦/ ۱٤٦). بدین ترتیب قائل شدن به تحکیم در مؤامره نیز بی‌سابقه و مشکل نیست، اما این تحکیم از معنای اصطلاحی خود جدا شده است و بدین معناست که: طرفین توافق می‌کنند ثالث حکم

باشد گرچه حکم او نافذ نباشد.

زمان به وجود آمدن خیار در شرط مؤامره

برخی از فقهای پیشین گمان کرده‌اند همانند اشتراط خیار برای ثالث، در مؤامره نیز برای شخص مشاور حق خیار ایجاد می‌شود نه برای مشروطله (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳/ ۲۰۲؛ علامه، تذکره الفقهاء، ۱۱/ ٥٦). اما دیگران متوجه تفاوت شرط مؤامره با اشتراط خیار برای ثالث شده و خیار را به مشروطله نسبت داده‌اند. البته در شرط مؤامره باید به وجود آمدن دو حق را در نظر گرفت: اول حق داوری است که برای ثالث به صورت منجز به نفس شرط کردن (شرط نتیجه) به وجود می‌آید (محقق داماد و صادقی، ٨٤) و دیگری حق خیاری است که برای مشروط له به وجود می‌آید. آنچه محل اختلاف است زمان به وجود آمدن این حق خیار برای مشروطله است. بعضی زمان ایجاد حق را پس از اعلام نظر مشاور می‌دانند و بعضی ایجاد حق را از زمان اشتراط دانسته و نظر ثالث را شرط اجرای حق می‌دانند:

نظر نخست: زمان ایجاد خیار برای مشروطله زمانی است که با ثالث مشورت کند و او نظر به فسخ دهد (حسینی‌شیرازی، ۱۱/ ۳٤۲؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ۲/ ۲۸). طبق این نظر خیار مشروطله، مشروط به نظر ثالث است و به صرف شرط کردن مؤامره خیار به وجود نمی‌آید. همچنین ممکن است ظاهر عبارت فقها در جایی که گفته‌اند مشروطله نمی‌تواند قبل از مشورت با ثالث عقد را فسخ کند (امام‌خمینی، کتاب البیع، ٤/ ۲۲۱؛ سبزواری، ٤٦٥). بر این معنا حمل شود که پیش از نظر مستأمر، خیار پدید نیامده است. شایان ذکر است در باب شروط پذیرفته شده است که تنجیز شرط ضروری نیست و شرط می‌تواند به صورت معلق بیاید. لذا هر چند در استیمار برخی اشکال تعلیق در جعل خیار برای مستامر را مطرح نموده‌اند (یزدی، ۲/ ۲٦). اما دیگران پاسخ داده‌اند که تعلیق امری نیست که عقلاً باطل باشد بلکه در جای خود، بطلان به خاطر ادعای اجماع بوده است و معتقدند که در اینجا این اجماع صحیح نیست بلکه ادله شرط حاکم بر قضیه خواهد بود (امام‌خمینی، کتاب البیع، ۲۲۱/٤). یکی از حقوقدانان نیز اعمال خیار فسخی را که با شرط مؤامره به وجود می‌آید «ایقاع معلق» می‌داند (نهرینی، ۱۱۹).

نظر دوم: در مؤامره شرط می‌شود که مشروطله خیار فسخ دارد، اما برای اعمال این خیار لازم است که نظر ثالث را نیز جلب کند. ایجاد خیار با نظر خواهی از ثالث دو صورت دارد: یا «شرط نتیجه معلق» است -که در جای خود مشکل تحلیلی ندارد (شهیدی، حقوق مدنی، ٤/ ۷۷)- بدین معنی که حصول نتیجه (خیار) به امری وابسته شده است. صورت دوم مشورت‌خواهی، شرط «اجرای» حق خیاری است که قبلاً با شرط برای مشروطله به وجود آمده است نه آنکه خیار بعد از نظر مستأمر پدید آید؛ بنابراین باید گفت تعلیق

در اجرای خیار است نه تعلیق در به وجود آمدن خیار. نظر دوم تحلیل اخیر را انتخاب می‌کند. مطابق این نظر چنان که حقی که برای ثالث به وجود آمده است به صورت منجز به نحو شرط نتیجه پدید آمده است حق خیار برای مشروط له نیز با جعل شرط، از ابتدای عقد مورد توافق طرفین قرار گرفته است و این طور شرط شده که مشروط‌له دارای حق خیار است اما برای اینکه آن را اعمال کند باید با ثالث مشورت کند و اگر او نظر به فسخ داد می‌تواند حق خود را اعمال کند. چنین چیزی در خیار شرط دور از ذهن نیست؛ چراکه این خیار از اراده طرفین نشأت می‌گیرد (کاتوزیان، پیشین، ۱۵۵؛ شهیدی، سقوط تعهدات، ۵۷-۵۹) و آن‌ها می‌توانند در خصوص زمان به وجود آمدن خیار تصمیم بگیرند.

نظیر همین بحث در بیع شرط که یکی از اقسام خیار شرط است دیده می‌شود در این حالت شرط می‌شود که اگر بایع در مدت زمان معلومی ثمن را برگرداند حق فسخ داشته باشد. در این بحث بیع شرط فقها در مورد اینکه ماهیت رد ثمن چیست یا به عبارتی چه زمانی خیار ایجاد می‌شود نظراتی طرح نموده‌اند. یکی از نخستین تحلیل‌ها، لحاظ کردن رد ثمن را در خیار را به پنج وجه قابل تصور می‌داند:

۱) فروشنده شرط کند فسخ عقد، معلق بر بازگرداندن ثمن یا موقت به زمان رد ثمن باشد در این صورت چون رد ثمن قید خیار بر وجه تعلیق یا توقیت است پیش از فرا رسیدن وقت برگرداندن ثمن، خیار وجود ندارد.

۲) رد ثمن قید فسخ باشد، بدین معنا که صاحب شرط خیار داشته باشد، اما اعمال خیار وابسته به رسیدن زمان رد ثمن باشد.

۳) رد ثمن، فسخ عملی عقد بیع باشد و هدف از آن تملیک مجدد ثمن به خریدار باشد تا از این رهگذر بتواند مبیع را از او تملک کند.

٤) رد ثمن، قید انفساخ عقد باشد؛ یعنی فروشنده بر خریدار انفساخ عقد در هنگام رد ثمن را شرط کند.

۵) رد ثمن، شرط وجوب اقاله بر خریدار باشد، بدین معنا که خریدار ملتزم شود در صورتی که فروشنده ثمن را بدهد او بیع سابق را اقاله کند.

اما این دیدگاه اشتراط به وجه چهارم را درست نمی‌داند (انصاری، المکاسب، ۵/ ۱۲۹). بعضی نیز یک حالت دیگر افزوده‌اند که: فروشنده به خریدار شرط کند با رد ثمن، خریدار مبیع را به او منتقل کند و همه این حالت‌ها را ممکن می‌دانند (اصفهانی، ٤/ ۱۸۷- ۱۸۸؛ امام خمینی، کتاب البیع، ٤/ ۲۲۲). اما برخی صورت‌های دوم، سوم و چهارم را در واقع گونه‌ای متمایز از نوع نخست تلقی نمی‌کنند و از این روی، تنها به دو صورت برای اعتبار رد ثمن و دخالت آن در فسخ عقد قائل‌اند: یکی اینکه خیار منوط به رد ثمن

باشد، بدین معنا که فروشنده حق داشته باشد هرگاه بخواهد ثمن را باز گرداند و مبیع را پس بگیرد؛ و دیگری آنکه بر خریدار به نحو شرط نتیجه شرط شود که چون فروشنده ثمن را بازگرداند او نیز عقد را اقاله کند. در نتیجه، اگر خریدار اقاله کرد مقصود حاصل است، وگرنه فروشنده از خیار تخلف شرط استفاده می‌کند و با استناد به آن، عقد خود به خود منفسخ می‌شود (خویی، مصباح الفقاهه، ٤/ ٢٥٧). برخی از حقوقدانان نیز در بیع شرط به همین موضوع اشاره نموده و رد ثمن را شرط اعمال خیار شمرده‌اند. (امامی، حقوق مدنی، ١/ ٥٣٩) در هر حال مطابق با همه نظریات، وابسته نمودن فسخ در خیار استیمار نیز به مشورت و اعلام نظرثالث، هیچ‌گونه اشکال نظری نخواهد داشت.

شرایط صحت شرط مؤامره

شروط اساسی صحت معاملات و شروط عمومی صحت شروط: شرط مؤامره از جمله شروط ضمنی و اعمال حقوقی به حساب می‌آید و متذکر شده‌اند که در شروط نیز باید شرایط اساسی صحت معاملات (ماده ۱۹۰ ق.م.) احراز گردد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ٣/ ١٦٨؛ عابدیان، ١٥٠) لذا در شرط مؤامره باید قصد طرفین و رضای آن‌ها همچون هر شرطی دیگر (شهیدی، حقوق مدنی، ٤/ ٩٠-٩١؛ امام خمینی، کتاب البیع، ١/ ١٦٨) تحقق یابد. درباره لزوم مشروعیت جهت در شروط نیز برخی این شرط را لازم ندانسته (شهیدی، حقوق مدنی، ٤/ ٩٣) و به ماده ١٠ ق. م. استناد کرده‌اند (امامی، پیشین، ٢٧٢). در مقابل برخی (کاتوزیان، پیشین، ١٦٧) مشروعیت جهت شرط را لازم می‌دانند. می‌توان گفت دلایلی که شرط نامشروع را رد می‌کند (ماده ٢٣٢ ق.م.) شرط با جهت نامشروع را نیز در بر می‌گیرد.

اما در باب لزوم اهلیت باید گفت: بی‌گمان مشروط‌له و مشروط‌علیه که با توافق یکدیگر شرط مؤامره را در ضمن عقد قرار می‌دهند باید برای این عمل حقوقی اهلیت داشته باشند. تنها بحثی که باقی می‌ماند لزوم اهلیت ثالث است. به جز قانون در فقه نیز در مورد لزوم اهلیت ثالث به صراحت بحث نشده است. به جز قاعده کلی حاکم بر هر عمل حقوقی می‌توان به موارد مشابه رجوع کرد. گفته شد اقدامی که توسط مستامر صورت می‌گیرد به گونه‌ای داوری محسوب می‌شود هرچند از معنای اصطلاحی داور جدا شده است. ماده ٤٦٦ قانون آئین دادرسی مدنی برای داور اصطلاحی اهلیت را لازم دانسته و مقرر داشته: «اشخاص ذیل را هر چند با تراضی نمی‌توان به عنوان داور انتخاب نمود: ١- اشخاصی که فاقد اهلیت قانونی هستند. ٢- ...». هم‌چنین، برای اثبات تحکیم بودن شرط مؤامره این مورد با تحکیم در شقاق مقایسه و دارای ماهیتی یکسان دانسته شد. در انتخاب حکم برای رفع اختلاف در شقاق شرایطی ذکر شده است از جمله اینکه حکم باید اهلیت داشته باشد و در موضوعی که به او ارجاع داده می‌شود اهتداء داشته باشد. در بحث جعل

خیار برای ثالث نیز که برخی از فقیهان که آن را تحکیم دانستند، گفته‌اند کـه چـون ثالـث امـین محسـوب می‌شود، باید رعایت مصلحت کند پس بلوغ و عقل و اهتداء نیز در او شرط است (نجفی، جواهر الکـلام، ۲۳/ ۳۵). در خصوص شرط مؤامره چنین تصریحی دیده نمی‌شود. اما از مجموع موارد مشابه، لزوم اهلیت وی استنباط می‌شود.

در ارتباط با لزوم تعیین موضوع، سؤال جایی طرح می‌شود که ضمن معامله‌ای بر دو یـا چنـد شـیء یـا دارای چند جزء، شرط مؤامره قرار دهند. در چنین فرضی نیز باید تعیین مورد شـرط رعایـت شـود بـه دیگـر سخن باید معین شود که در مورد کدام جزء از معامله شرط مـؤامره وجـود دارد؛ درسـت ماننـد زمـانی کـه نمی‌دانیم چه کسی حق خیار دارد (نجفی، پیشین، ۹۲).

همچنین با تعیین ثالث نیازی به قبول او نیست زیرا این شرط مشابه جعل خیار برای ثالث است کـه در آنجا هم قبول وی شرط نیست (طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ۱/ ۲۵۲)؛ زیرا در ماهیت، نوعی تعهـد به نفع ثالث است (محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق ایران، ٤۲۳؛ کاتوزیـان، قواعـد عمومی قراردادها، ٥/ ١٥٦) و از آنجا که مطابق مادتین ۲۳۱ و ١٩٦ قانون مـدنی، تعهـد بـه نفـع ثالـث از استثنائات اصل نسبی بودن اثر قراردادها به حساب می‌آید لزومی بـه قبـول ثالـث نیسـت (محقـق دامـاد و صادقی، ۱۷؛ محمدی، ۲۷۵).

به جز شرایط یاد شده شرط مؤامره باید سایر شرایط عمومی شروط از جمله: مقـدور بـودن و دارا بـودن نفع عقلایی را نیز داشته باشد (مادتین ۲۳۲ و ۲۳۳).

معلوم نمودن: در باب لزوم معلوم نمودن سه بحث مطـرح اسـت: معلـوم کـردن مسـتأمر، موضـوع و مدت:

۱-در شرط مؤامره، معلوم کردن طرف مشورت (مستامر) لازم نیست (نجفی، جواهر الکلام، ۲۳/ ٣٦؛ محقق ثانی، ٤/٢٩٠؛ جعفری‌لنگرودی، الفارق، ۲/ ۳۵۲) بر خلاف شرط خیار برای ثالث که تعیین نشدن ثالث موجب بطلان است (نجفی، پیشین، ٣٤) چراکه اینجا حق خیار برای طرفین اصلی معامله قـرار داده می‌شود، از این رو ذوالخیار معین است و خللی به وجود نمی‌آید. برخی دلیل آورده‌اند که عدم لزوم تعیـین مشاور به جهت شباهت ماهیت مؤامره با صلح است اما این دلیل را رد کرده‌اند، چون سـایر شـرایط صـلح مانند عدم تعیین مدت در اینجا وجود ندارد (مامقانی، ۵۷).

۲- در باب معلوم نمودن موضوع شرط مؤامره باید خاطر نشان کرد که اگر موضوع شرط مجهول مطلق باشد، به دلیل اینکه شرط امکان اجرا ندارد باطل خواهد بود. زیرا برای این شرط نفع عقلایی متصور نیست (شهیدی، حقوق مدنی، ٤/ ۹۳) می‌توان گفت ازآنجاکه نمی‌توان بر اساس چنین شرطی، تعهـدی را بـرای

مشروط‌علیه تصور نمود و او را بدان ملزم ساخت، شرط باطل است؛ اما با توجه به خصیصه فرعی بودن شرط باید گفت علم اجمالی برای آنکه شرط در محدوده تعهدات عقلایی قرار گیرد کافی است و دلیلی بر لزوم علم تفصیلی نیست.

۳-اما در مورد لزوم معلوم نمودن مدت در شرط مؤامره اختلاف وجود دارد: برخی از فقها امامیه (علامه‌حلی، تحریر، ۱/ ١٦٦) و عامه (ابن‌قدامه، ١٠٢/٤ به نقل از شافعی در یکی از دو نظر) تعیین مدت را لازم ندانسته‌اند چون دلیلی بر آن وجود ندارد. اما مشهور معتقدند مدت شرط مؤامره مانند شرط خیار باید تعیین شود (شهید ثانی، الروضه البهیه، ۳/ ٤٥٧؛ علامه حلی، مختلف‌الشیعه، ۲/ ٦٦؛ همو، تذکره الفقهاء، ۱۱/ ٥٦؛ نجفی، پیشین، ۳۵؛ طباطبایی، ریاض‌المسائل، ۱/ ٥٢٥؛ فخرالمحققین، ۱/ ٤٨٤؛ وجدانی فخر، ۷/ ۲۱۷)، در غیر این صورت به جز شرط، معامله نیز غرری و باطل خواهد بود (طباطبایی، ریاض‌المسائل، ۱/ ٥٢٥؛ حائری، ۳۳۱) برخی گمان کرده‌اند اگر مدت ذکر نشود حمل بر سه روز می‌گردد (علامه‌حلی، تحریر، ۱/ ١٦٦) اما دلیلی بر این حکم در مشاوره وجود ندارد چنین حکمی در جاهایی دیگر که خیار شرط متصل به عقد بوده است ابراز شده و به اینجا قیاس نمی‌گردد (نجفی، پیشین).

نحوه فسخ با شرط مؤامره

در اصطلاح حقوقی فسخ عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث (شهیدی، سقوط تعهدات، ۱۹۵). در این مبحث چگونگی اعمال فسخ در شرط مؤامره در دو بخش بررسی می‌شود. در این خصوص مهم این است که چه زمانی حق فسخ به وجود می‌آید و نفوذ حقوقی فسخ چگونه است:

۱- فسخ قبل از مشورت خواهی

مطابق ظاهر عبارت جمعی از فقها در استیمار، خیار زمانی به وجود می‌آید که با مستامر مشورت شود و وی نظر به فسخ بدهد (انصاری، المکاسب، ٥/ ١٢٦؛ شهید ثانی، الروضه البهیه، ۳/ ٤٥٢)؛ در این زمان است که مستامر (مشروط‌له) حق پیدا می‌کند که عقد را فسخ کند. و روشن شد که مقتضای شرط برای ثالث فقط نظر دادن و مورد مشورت قرار گرفتن است نه امر به فسخ کردن که سبب متعین شدن فسخ برای مشروط‌له گردد. لذا مستشیر الزام به فسخ نمی‌شود همان‌طور که هیچ ذوالخیاری ملزم به اختیار نمی‌شود (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۰/ ۹۷۰) در اینجا پاسخ دو سؤال باید روشن شود: نخست، اگر مشاور پیش از مشورت‌خواهی اعلام نظر نموده و امر به فسخ کند برخی طرح کرده‌اند که خیار از بین می‌رود چون شرط آن حاصل نشده است و نظر دیگر آن است که مشروط‌له می‌تواند فسخ کند چون هدف

او از شرط به هر صورت حاصل شده است. نظر اخیر از منطقی قوی‌تر برخوردار است (مامقانی، ٥٨). پرسش دوم که باید روشن شود این است که اگر مشروط‌له قبل از اینکه با ثالث مشورت کند عقد را فسخ کند، عمل انجام شده چه وضعیتی دارد؟ پاسخ به این سؤال وابسته به دانستن زمان به وجود آمدن خیار است. همان‌گونه که بیان شد در خصوص اینکه چه زمانی خیار به وجود می‌آید دو نظریه وجود دارد. لذا پاسخ متفاوت خواهد بود:

الف: خیار معلق به نظر مستامر باشد- برابر این نظریه، تا زمانی که با ثالث مشورت نشود و او نظر به فسخ ندهد حق خیار به وجود نمی‌آید، لذا مشروط‌له حق فسخ ندارد. چرا که تا آن زمان اصلاً حقی برای او به وجود نیامده است. (نجفی، پیشین، ٣٥) لذا این فسخ باطل است و نباید آثار فسخ از جمله انتقال منافع و نماآت مترتب شود.

ب: خیار به محض شرط مؤامره به وجود آید- در بحث پیشین این نظر تائید شد که طرفین به صورت ضمنی خیار را برای مشروط‌له قرار داده‌اند اما اجرای آن را منوط به نظر ثالث نموده‌اند؛ حال اگر وی بدون مشورت با ثالث عقد را فسخ کند؛ بعضی پذیرفته‌اند که فسخ قبل از امر مستامر جایز است (علامه حلی، تحریر، ١/ ١٦٦؛ جزیری، ٢/ ١٧٥) و این نظر را به یکی از اقوال شافعی نیز نسبت داده‌اند زیرا وی شرط مؤامره را از باب احتیاط می‌داند (نجفی، پیشین، ٣٦؛ ابن‌قدامه، ٣/ ٥٠٠)؛ اما برخی گفته‌اند عمل او غیر نافذ است (حسینی شیرازی، ١١/ ٣٤١). بنا بر این اگر مشروط‌له قبل از مشورت عقد را فسخ کند نمی‌توان فسخ صورت گرفته را کأن لم یکن فرض کرد. در تائید این نظر می‌توان این‌گونه استدلال کرد که در این حالت مقتضی خیار موجود است، مانعی هم وجود ندارد تنها شرط مشورت حاصل نشده است. لذا نمی‌توان به این خاطر که شرط حاصل نشده است عمل انجام شده را باطل فرض کرد؛ در چنین حالتی باید فسخ صورت گرفته را غیر نافذ دانست که با حصول شرط، نفوذ حقوقی پیدا می‌کند. بنابر این نظریه یاد شده درست به نظر می‌رسد.

٢- فسخ بعد از مشورت خواهی

بعد از اینکه با ثالث مشورت شد موضع ثالث از سه حالت خارج نیست؛ یا فسخ عقد را به مصلحت می‌داند یا اینکه امضاء عقد را مصلحت می‌داند و یا اینکه سکوت می‌کند: آورده شد اگر مستامر نظر به فسخ بدهد مشروط‌له مخیر است که عقد را فسخ یا امضاء کند. در فرضی که مستامر نظر به امضاء عقد بدهد، برخی از فقها گفته‌اند باز هم مشروط له می‌تواند عقد را فسخ کند زیرا او با شرط مشاوره برای خودش حق خیار قرار داده است و شرط ضمن عقد فقط نظر خواهی بوده است نه التزام به قول مشاور. (نظر مالکیه، نقل از الجزیری، ٢/ ١٧٥؛ بحرانی، ١٩/ ٣٩) اما این نظر صحیح نیست زیرا با اقتضای شرط

سازگار نیست به مقتضای شرط حق اعمال خیار معلق به امر مشاور بوده است. برخی هم گفته‌اند اگر التزام به عقد به مصلحت نباشد حتی با امر به التزام نیز عاقد می‌تواند فسخ کند (طباطبایی، ریاض‌المسائل، ۱/ ۵۲۵) این نظر هم حتی از طرف کسانی که رعایت مصلحت را لازم می‌دانند مورد قبول قرار نگرفته است چون دلیل و مقتضای فسخ که شرط باشد تنها فسخ در صورت امر مستامر بوده است. (محقق ثانی، ٤/ ۲۹۲؛ حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ٤/ ٥٦٤) اما فقهای دیگر گفته‌اند در این صورت قطعاً عقد لازم می‌شود (شهید ثانی، الروضه البهیه، ۳/ ٤٥٦) و چنین استدلال شده است که اصل اولیه در عقود لزوم است و برای بر هم زدن این پیوند نیاز به دلیل داریم. لذا وقتی‌که موافق این اصل نظر داده می‌شود همه چیز جای اول خودش قرار دارد و عقد به حیات خود ادامه می‌دهد (همان). برخی تعبیر کرده‌اند که اگر مستشار قائل به التزام به عقد شد، چون مقتضای عقد است، مستشیر حق مخالفت ندارد حتی اگر به مصلحت نباشد؛ زیرا مستشیر تسلط بر عقد ندارد مگر به مقتضای شرط و شرط نیز خیار را برای مشروطله قرار نداده است (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۰/ ۹٦۹). در حالتی هم که مستامر سکوت می‌کند دلیلی بر اجبار او به اعلام نظر وجود ندارد و عقد تثبیت می‌شود؛ زیرا با توجه به شرط، طرفین لزوم عقد را پذیرفته‌اند و بر هم زدن آن را منوط به نظر مشاور قرار داده‌اند؛ بنابراین با سکوت مستامر اصل لزوم و مقتضای شرط حاکم خواهد بود و عقد مورد نظر لازم است (همان، ۹۷۰).

شایان ذکر است اگر مشاور تغییر نظر بدهد احتمالاتی وجود دارد که نظر مقدم یا نظر نهایی و یا تقدم فسخ بر امضا را ترجیح دهیم (نجفی، پیشین، ۳٦؛ مامقانی، ٥٧). به گمان، تقدم فسخ ارجح است زیرا با غرض از اشتراط مؤامره و مقتضای توافق بر ایجاد فرصت اندیشیدن برای مستشیر سازگار است. در مورد مشابه اگر هم مشاوران متعدد باشند و یکی حکم به فسخ و دیگری به امضا بدهد نظر فاسخ مقدم است (نجفی، همان)، چون شرط حاصل شده است. اگر مشروط له چند تن باشد نیز باید نظر فاسخ را مقدم داشت. اگر مشروطله واحد نخست نظر به فسخ و سپس تأیید عقد بدهد، بی‌شک عقد فسخ خواهد شد (طباطبایی یزدی، حاشیه کتاب المکاسب، ۲/ ۱۷۲). چنانکه در فضولی نیز اجازه مسبوق به رد پذیرفته نیست (م ۲٥۰ ق.م.) در حالتی هم که نخست نظر به تأیید بدهد و سپس فسخ کند، باید فسخ را در صورتی که مدت توافق شده برای اعمال خیار باقی باشد مقدم داشت زیرا حق به وجود آمده استصحاب می‌گردد.

پیش از انتهای این بخش باید خاطر نشان نمود یکی از نتایج پذیرش وجود خیار قبل از مشورت‌خواهی اجرای ضمان تلف در زمان شرط مؤامره است. می‌دانیم که قاعده شرعی: «تلف در زمان خیار از مال کسی است که خیار ندارد»؛ قاعده‌ای استثنایی و مستند به روایات است (نجفی، پیشین، ٨٤؛

نـائینی، ٢/ ١٧٥؛ مامقـانی، ١٩٤؛ شـهید ثـانی، مسـالک الأفهـام، ٣/ ٢١٦-٢١٧) و در مـاده ٤٥٣ ق.م. منعکس شده است. این قاعده خاص بیع عین معین است و جایی به کار می‌رود که مبیع تلف شـده باشـد. حال اگر شرط مؤامره به نفع مشتری باشد، چون خیار را پیش از مشورت‌خواهی موجود مـی‌دانیم، تلـف از مال فروشنده خواهد بود. البته اجرای این قاعده جایی است که مبیع توسط بایع اتلاف نشده باشد (حسینی روحانی، ٦/ ٤٤١؛ شهید ثانی، ٣/ ٢١٧).

لزوم جبران خسارت

اعمال حق خیار ممکن است در شرایطی سبب ورود خسارت شود. خسارت در صورتی قابـل مطالبـه است که ضرری به مدعی وارد شده باشد و این امر ناشی از فعل زیان‌بار عامل زیان بوده و توسط مدعی نیز ثابت گردد؛ در اینجا موضوع با توجه به اینکه کدام‌یک از سه طـرف مشـروط علیـه و مشـروط‌له و شـخص ثالث (مستامر) مؤثر باشند بررسی می‌شود:

١- جبران خسارت توسط ذوالخیار

اصولاً نمی‌توان کسی را که در صدد اعمال حق قانونی خویش است به عنـوان مسـبب یـا مباشـر ورود خسارت به شمار آورد؛ این نوع از اعمال حق، به کیفیتی مشمول اصل تسلیط است کـه بـه صـورت عمـل حقوقی متجلی می‌شود. (نهرینی، پیشین، ٢٦٠) همچنین گفته شده کـه محـدودیت اعمـال حـق فقـط در مقابل حقوق اشخاص دیگر و یا حقوق عمومی است و مستند آن قاعده لاضرر است وگرنـه اگـر زیـانی بـه دیگری وارد نگردد، این محدودیت بلا وجـه اسـت (همـان، ٢٦٢). ایـن سـخن را بایـد تکمیـل کـرد کـه محدودیت اعمال حق ممکن است ناشی از لاضرر، لاحرج یا سایر قواعد ترخیصی و یا اقدام باشد. به هـر روی در تحلیل موضوع باید گفت در مورد خیاراتی که منشاء آن، تخلف مشروط علیه از شرط ضمن عقد یا تعهد و یا حکم قانون یا اقدام وی به پذیرش حق فسخ برای دیگری باشـد، نمی‌تـوان ذوالخیـار را بـه دلیـل اعمال حق، ملزم به جبران خسارت طرف مقابل نمود.

٢- جبران خسارت توسط شخص ثالث

در نگاه نخستین بعید می‌نماید که بتوان شخصی غیر از متعاملین را مسـئول خسـارتی شـناخت کـه از عقد برآمده است. حتی توافق طرفین عقد نیز نمی‌تواند چنین مسئولیتی را بر عهـده شخصـی خـارجی کـه رابطه‌ای در قرارداد ندارد و تعهدی را نپذیرفته است بگذارد. از این رو بایـد دیـد بـرای حکـم بـه مسـئولیت مستأمر برای جبران خسارت ناشی از انحلال عقد که با نظر ناصواب و تقصیر وی حاصل شـده اسـت چـه مبانی وجود دارد؟ قانون حتی در موردی که خیار برای ثالث قرار داده می‌شود در خصوص مسئولیت ساکت است. مورد مشابه مسئول شناختن ثالث را ممکن است در تعمیم ماده ٣٤٨ ق.م. در باب مسئولیت تدلیس

کننده دانست (نهرینی، پیشین، ٢٤٨). اما در فقه به اجمال در این مورد سخن به میان آمده است. برخی از فقها در مسئله لزوم مراعات کردن مصلحت توسط مستامر گفته‌اند که اقتضای اطلاق عقد آن است که چنین وظیفه‌ای وجود نداشته باشد (حسینی شیرازی، ١١/ ٣٤٥؛ انصاری، المکاسب، ٥/ ١٢٥). برخی چنین اظهار نظر کرده‌اند که در شرط مؤامره باید رعایت مصلحت را بر ثالث واجب بدانیم زیرا وی امین است (محقق ثانی، ٢٩٢/٤) و دیگران گفته‌اند سیاق چنین عملی رعایت مصلحت است چون همانند توکیل است. (نجفی، پیشین، ٣٥) برابر این نظر اگر مستامر را امین محسوب کنیم وی ملزم به رعایت مصلحت است اما طبق قواعد کلی بدون تعدی و تفریط ضامن نخواهد بود. لذا در بحث مورد نظر اگر مستامر در مصلحت اندیشی دچار کوتاهی و سهل انگاری گردد باید در برابر خسارت وارد شده مسئول شناخته شود.

به نظر می‌رسد اقتضای عرفی استیمار آن است که مستأمر به مصلحت طرف مشورت ملتزم باشد. به عبارتی قرینه حالیه مانع اطلاق می‌گردد. در تأیید این نظریه که مستامر را امین محسوب می‌نماید می‌توان به روایاتی که در مورد استشاره وجود دارد اشاره نمود. از جمله روایت نبوی معروف: «المستشار مؤتمن» که از طرق عامه نقل شده است (احسایی، ١/ ١٠٤؛ سیوطی، ٢/ ٦٦٧؛ ابن ماجه، ٢/ ١٢٣٣). همچنین روایاتی متعدد که در طرق شیعه وجود دارد (محمدی ریشهری، ٥/ ٢١٠-٢٢٣) نمایانگر الزام عرفی و اخلاقی است که از ظاهر مشاوره بر می‌آید. ممکن است گفته شود با شرط مؤامره طرفین بر علیه خود اقدام کرده و نظر ثالث را برای خود محترم شمرده‌اند بنابراین اگر از نظر مستامر ضرری متوجه طرفین شود او مسئول نیست. اما این سخن پذیرفته نیست زیرا همان‌گونه که گفتیم مشروط‌له به نحوی اقدام می‌کند که ثالث امین باشد، در واقع فلسفه این شرط مصلحت‌اندیشی بوده و مشروط‌له خواستار این است که ثالث در پیش‌بینی مصلحت امانت‌دار باشد، نه اینکه تنها نظر ثالث را جویا باشند وگرنه خود طرفین در نظر دادن اولی از ثالث بودند.

مسئولیت پرداخت اجرت و هزینه‌ها

از دلایل اصلی گنجانیدن شرط مؤامره استفاده از دانش و تخصص فردی دیگر است که در زمینه مورد معامله حرفه‌ای و دارای تجربه است. بسیاری از اوقات در بازار ارائه خدمات، فراهم نمودن چنین خدمتی دارای ارزش اقتصادی است. بهره بردن از کارشناسی نمی‌تواند بی‌بها باشد. پرسش این است که آیا عمل مستامر دارای اجرت است. افزون بر این، گاه مستامر برای بررسی درست ابعاد تعهد و مصلحت اندیشی ناچار است هزینه‌هایی بپردازد یا به محل اجرای تعهد سفر کند یا اینکه شخصی حقوقی باشد که برای کارشناسی کسانی را به کار گیرد. در این حالت عهده‌دار این هزینه‌ها چه کسی است؟

١- پرداخت اجرت به مستامر

در حالتی که برای عمل ثالث اجرت تعین نشود اما عرفاً عمل او اجرت داشته باشد، بر مبنای استیفا از عمل غیر یا ضمان امری، آمر مسئول پرداخت اجرت‌المثل است و این ضمان در زمره الزامات خارج از قرارداد است (ماده ٣٣٦ قانون مدنی). در خصوص مسئول پرداخت اجرت، ممکن است طرفین در قرارداد شرط کرده باشند یا اینکه عرفی وجود داشته باشد که پرداخت کننده را تعیین نماید. در غیر این صورت، بر اساس قواعد کلی، آمر مسئول پرداخت اجرت به عامل است. اما گاه تشخیص آمر دشوار است. در این هنگام به نظر می‌رسد باید کسی را مسئول شناخت که درخواست گنجانیدن شرط را داشته و در نهایت خیار فسخ معامله را دارد. او کسی است که با این شرط فرصت اندیشیدن می‌یابد و از تخصص مشاور بهره‌مند می‌شود لذا باید عهده‌دار هزینه‌های آن نیز باشد (من له الغنم فعلیه الغرم).

٢- پرداخت هزینه‌ها

در باب مسئول پرداخت هزینه‌های مؤامره اشاره‌ای در منابع یافت نمی‌شود. در این باب می‌توان به مواردی که عملی توسط ثالث به سود یکی از طرفین تعهد انجام می‌شود رجوع کرد. به عنوان مثال هزینه‌هایی که دلال متقبل می‌شود. در خصوص هزینه‌های انجام شده توسط دلال قانون تجارت در ماده ٣٥١ این‌چنین تعیین تکلیف کرده است: «اگر شرط شده باشد مخارجی که دلال می‌کند به او داده شود دلال مستحق اخذ مخارج خواهد بود ولو آنکه معامله سرنگیرد. همین ترتیب در موردی نیز جاری است که عرف تجارتی محل به پرداخت مخارجی که دلال کرده حکم کند». در توضیح این ماده بیان شده است که هزینه و مخارجی که دلال برای وساطت معامله، متحمل می‌شود از لوازم اجرای تعهدات ناشی از قرارداد دلالی است که منعقد کرده است. لذا دلال نمی‌تواند غیر از حق دلالی -در صورت استحقاق- مبلغ دیگری مطالبه کند، مگر اینکه بر خلاف ترتیب مزبور تراضی شده باشد (دمرچیلی، ٦٨٩). بر این اساس در دلالی زمانی هزینه‌ها قابل پرداخت است که یا شرط شده باشد یا عرف تجاری آن را لازم بداند. می‌توان گفت این ماده حکمی خاص برای دلالی نیست، بلکه بر اساس قواعد کلی تعهدات وضع شده است لذا در شرط مؤامره نیز در صورت شرط یا وجود عرفی مبنی بر قابل پرداخت بودن هزینه‌ها می‌توان خواستار پرداخت هزینه‌های انجام شده بود اما اگر شرط یا عرفی وجود نداشت اصل عدم لزوم پرداخت هزینه‌ها است.

انتقال و اسقاط شرط مؤامره

١- انتقال شرط مؤامره

خیار، حق مالی و مانند سایر حقوق قابل انتقال است (کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ٢٨٧) اما خیار شرط را قابل انتقال ارادی نمی‌دانند چون اختیار ثالث در فسخ عقد را حق نمی‌شمارند (کاتوزیان، قواعد

عمومی قراردادها، ٥/ ١٠٤). در ارث خیار هم خیار ثالث به وراث او منتقل نمی‌شود (م.٤٤٧ ق.م.؛ انصاری، المکاسب، ٢/ ٢٤٩؛ نراقی، ١٤/ ٣٨٣؛ حسینی عاملی، پیشین، ٥٩٢) در شرط مؤامره گرچه بگوییم مشاور حقی پیدا می‌کند اما با توجه به اهمیت شخصیت ثالث به عنوان مشاور، نباید قائل به انتقال ارادی این حق شد. در مورد انتقال قهری این خیار به وراثان، چون خیار برای مشروطله است به وراث او انتقال می‌یابد. در اینجا باید دو حالت را در نظر گرفت: حالت قبل از استیمار از ثالث و حالت بعد از مشورت خواهی. در حالت اول آنچه مهم به نظر می‌رسد چگونگی مشورت کردن وراث با ثالث است. مشکل زمانی ایجاد می‌شود که وراث متعدد باشند در این صورت باید دید چگونه باید با ثالث مشورت کنند؟ در مورد اعمال حق خیار، باید تمام وراث به اتفاق اقدام به فسخ کنند. اما در مورد نحوه مشاوره چندین وراث با یک مشاور سخنی به میان نیامده است. پاسخ به این پرسش نیز با نگاه به نهادهای مشابه دیگری که چندین تن اقدامی مشترک را انجام می‌دهند اما نحوه مشارکت آنان تعیین نشده است، حاصل می‌گردد:

برای نمونه، نهاد وصایت در فرضی که چند وصی مأمور اجرای وصیت می‌شوند قابل بررسی است. جایی که چند وصی مأمور به انجام کاری می‌شوند ممکن است نحوه اقدام آن‌ها به چند شیوه تعیین گردد: گاه هر کدام به استقلال کاری انجام می‌دهد و گاه تقسیم کار بین آن‌ها به نحو ترتیب است. به عبارتی عامل زمان مبنای تقسیم کار میان اوصیا است؛ و گاه نیز به حالت اجتماع که نیاز به همکاری میان اوصیا دارد؛ و ممکن است وظیفه اوصیا به صورت اطلاق گذارده شود یعنی موصی درباره شیوه همکاری آنان سخنی نمی‌گوید.

بحث مورد نظر با حالت اطلاق وصایت نزدیک است؛ چرا که انتقال شرط مؤامره به آن‌ها به صورت قهری صورت می‌گیرد، لذا هیچ بیانی در مورد نحوه اقدام آن‌ها وجود ندارد. بنابراین نسبت به اقدام وارث مطلق است. در حقوق، چنین حالتی حمل بر اجتماع می‌شود، مگر اینکه قرینه‌ای بر انفراد وجود داشته باشد (امامی، حقوق مدنی، ٣/ ١١٣). در حالت اجتماع، تصمیم‌ها باید به نحو جمعی باشد. اما در این حالت، به وجود آمدن اختلاف امری عادی خواهد بود. در وصایت برای ایجاد نظم، موصی می‌تواند اکثریت خاصی را تعیین کند وگرنه حاکم با شنیدن دلایل دو طرف، اوصیا را به توافق اجبار می‌کند و راه حل جامع را تعیین و به آن‌ها تحمیل می‌کند (کاتوزیان، حقوق مدنی، ١٢٢) و در صورت لزوم می‌تواند امینی را جانشین آنان سازد تا به ویژه به اعمال ضروری بپردازد (نجفی، جواهر الکلام، ٢٨/ ٤١٣؛ امامی، پیشین، ١١٤) در بحث مورد نظر در حالتی که همه وراث به صورت اجتماعی حاضر به مشورت با ثالث در مورد فسخ کردن عقد نیستند، می‌توان مشورت عده‌ای را که به ثالث مراجعه کرده‌اند و نظریه‌ای که مشاور در نهایت ارائه داد است را برای اعمال خیار کافی دانست زیرا اجبار به مشورت‌خواهی با درخواست کسانی که

حاضر به مشورت هستند؛ متصور نیست. به هر روی اعمال خیار در این حالت، تنها زمانی امکان دارد که وراث مجتمع شوند. اما در مورد حالتی که مورث با ثالث مشورت کرده است و بعد فوت می‌کند نیز خیار طبق اصول کلی به وراث می‌رسد. منتها چون خیار یک حق بسیط است باید توسط وراث به اجتماع اعمال شود (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ٥/ ١٢٨).

٢- اسقاط شرط مؤامره و سقوط آن

اگر در ضمن عقدی از یک سو شرط مؤامره قرار داده شده باشد و از سویی اسقاط کافه خیارات شرط شده باشد ظاهر آن است که شرط مؤامره باقی می‌ماند و شرط اسقاط منصرف از شرط مشاوره است. اما در خصوص اسقاط شرط پس از عقد چون شرط استیمار به صورت شرط نتیجه برای ثالث نیز ایجاد حق می‌کند قابل اسقاط نیست. بیان خواهد شد که در صورتی که مشاور سودی از مشاوره ببرد نمی‌توان حق او را اسقاط کرد اما مشروطله می‌تواند از حق خیاری که دارد صرف‌نظر کند. برای اسقاط خیار هم باید اقدامی صورت بگیرد که ممکن است صریح باشد (مانند اینکه در یک سند از حق خیار بگذرد) یا ضمنی، مانند اینکه کالا را پس از عقد به دیگری بفروشد. در اسقاط صریح گفت‌وگویی وجود ندارد ولی در دلالت اعمالی که به منظوری دیگر انجام می‌شود و در ضمن دلالت بر فسخ می‌کند، اختلاف وجود دارد. آنچه باید مورد توجه قرار گیرد ارتباط دلالت افعال با اوضاع و احوالی است که در آن رخ می‌دهد (همان، ١٣٢).

از جمله مواردی که ممکن است دلالت بر سقوط شرط مؤامره کند؛ عزل مستامر و فوت مستامر است. اینک هر یک از این دو حالت بررسی می‌شود:

الف: عزل مشاور- ممکن است گمان شود که ثالث هیچ نفعی از فسخ قرارداد نمی‌برد و منتفع اصلی مشروطله است؛ و چون ثالث با اراده مشروطله انتخاب شده است او به تنهایی حق عزل مشاور را دارد. اما این ایراد مطرح می‌شود که ممکن است مشاور نیز از معامله نفعی ببرد همچنان که مثلاً شریک مشروطله باشد. علاوه بر این مشاور تنها با اراده مشروطله انتخاب نمی‌شود بلکه با تراضی طرفین انتخاب می‌شود. لذا برخی چنین اظهار نظر کرده‌اند که اختیار و سمت ثالث برای هر یک از طرفین الزام‌آور است؛ زیرا از شرطی پایه می‌گیرد که هر دو در آن نفع دارند. پس هیچ یک نمی‌توانند داور را عزل کنند (همان، ١٥٦). به عبارتی تنها تراضی دو طرف است که توان انحلال شرط و حذف اختیار ثالث را دارد. آن‌هم در صورتی که مشاور نفع خاصی در استقرار و پایداری اختیار نداشته باشد.

می‌توان شرح داد که شرط مؤامره به نحوی تعهد به نفع ثالث به حساب می‌آید، بنابراین باید دید که آیا تعهد به نفع ثالث قابل اقاله هست یا خیر؟ در این خصوص چنین نظر داده شده که چون مبنای تعهد، قرارداد میان دو طرف است لذا حق ثالث نیز از این منبع سرچشمه می‌گیرد و نیروی الزام آور خود را از عقد می‌گیرد پس طبیعی است که با انحلال عقد، آن شرط نیز از بین برود (طباطبایی یزدی، حاشیه کتاب

المکاسب، ۲/ ۱۳۵؛ امامی، حقوق مدنی، ۱/ ۲۵۷)؛ اما در این که اقاله بتواند حق منتفع را از بین ببرد اشکال است زیرا امکان ایجاد حق به سود ثالث با توانایی اسقاط آن ملازمه ندارد به همین دلیل نیز دیگر نویسندگان، اسقاط حق ثالث را به‌وسیله اقاله دشوار یا ممنوع دانسته‌اند (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۱/ ٤١١؛ صفایی، ١٩٤). با این توضیح، در فرض مسأله اگر بتوان برای ثالث (مشاور) حقی متصور شد که با اقاله طرفین اصلی به آن لطمه‌ای وارد می‌شود، عزل وی حتی با توافق طرفین ممکن نیست اما جایی که ثالث از فسخ عقد نفعی نمی‌برد طرفین اصلی می‌توانند با تراضی او را عزل کنند.

ب: فوت مستامر و سکوت مشاوران، یا مشاور- ممکن است در فاصله زمانی بین شرط مؤامره تا انتها این مهلت مستامر فوت کند. این اتفاق ممکن است در حالتی که هنوز مشروط‌له با او مشورت نکرده است یا اینکه مشورت کرده اما ثالث هنوز نظر خود را در مورد معامله بیان ننموده، رخ بدهد. سؤالی که پیش می‌آید این است که در این حالت تکلیف طرفین عقد چیست و آیا با فوت، خیار از بین می‌رود؟ در منابع فقهی پاسخی دیده نمی‌شود. با این وجود در حالتی که با ثالث مشورت می‌شود اما او سکوت می‌کند و نظر نمی‌دهد چنین گفته‌اند که همان مقتضای اولیه عقد که لزوم است حاکم می‌شود (شهید ثانی، پیشین، ٤٥٤). بدین معنی که خیار از بین می‌رود. از سویی ممکن است در حالت فوت مستامر این گمان به ذهن برسد که شرط متعذر می‌شود و مشروط‌له خیار تعذر تسلیم دارد. زیرا در صورت تعذر شرط، مانند تعذر یکی از ارکان اصلی عقد، خیار تعذر وجود خواهد داشت؛ اما این گمان وجهی ندارد زیرا آنجا که تعذر شرط را موجب خیار دانسته‌اند، زمانی است که شرط فعل باشد اما در موضوع بحث شرط مشاور بودن و حق خیار مشروط‌له، به صورت شرط نتیجه است. در هر حال در فرض فوت مشاور و بقای مهلت خیار، ممکن است بتوان از قواعد حاکم بر داوری کمک گرفت. زمانی که داور فوت می‌کند قرارداد داوری منتفی نمی‌گردد، بلکه طرفین می‌توانند یک نفر دیگر را به عنوان داور انتخاب کنند. ممکن است بین طرفین در خصوص انتخاب داور اختلاف شود که در چنین حالتی دادگاه، یک نفر را به عنوان داور انتخاب می‌کند. در فرض ما نیز می‌توان نظر داد که اصل بر بقای حق مشاوره است لذا با درخواست مشروط له، طرفین اصلی عقد باید یک نفر را به عنوان جانشین ثالث انتخاب کنند و در صورت اختلاف، مشروط‌له می‌تواند انتخاب یک نفر را به عنوان داور از دادگاه درخواست کند.

نتیجه‌گیری

شرط استیمار از شرایط مفید ضمن عقد است که می‌تواند با اعطای فرصت کارشناسی به طرفین، معاملات را تسهیل بخشیده و در نهایت از پیمان‌شکنی و مرافعات قضایی پیشگیری نماید. بهتر است در اصلاحات قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه، این شرط به مبحث خیار شرط افزوده گردد.

محل این شرط عقود لازم است و از لحاظ ماهوی با توجه به نمونه‌های آن در فقه نوعی تحکیم ارزیابی شد نه توکیل. اما از نوع تحکیم اصطلاحی در باب فصل خصومت نیست. با توافق بر شرط مؤامره، مشروطله خیار فسخ معامله را به دست می‌آورد اما اجرای این خیار معلق بر مشورت با شخص ثالث است و زمانی می‌تواند عقد را فسخ کند که با مشاور مشورت کند و او نظر به فسخ داشته باشد.

فلسفه شرط مؤامره و ظاهر عرفی از این شرط مصلحت اندیشی است لذا ثالث باید دارای اهلیت باشد. همچنین وی امین محسوب شده و باید در تشخیص مصلحت مشروطله بکوشد. اگر ثالث در سنجش مصلحت دچار تقصیر شود که حاصل آن ضرر مشروطله باشد، مسئول خواهد بود. معلومیت مشاور و قبول وی ضروری نیست اما مدت باید معلوم باشد.

اگر مشروطله پیش از نظرخواهی عقد را فسخ کند عمل او غیر نافذ است. با سکوت مشاور نیز حق فسخ از میان می‌رود. در صورت تعدد مشاوران یا مشروط له، نظر فاسخ مقدم است.

در شرط مؤامره دو حق به وجود می‌آید: ١- حق خیار مشروطله که اجرای آن منوط به نظر ثالث است ٢- حق داوری که به صورت شرط نتیجه برای ثالث به وجود می‌آید. خیاری که برای مشروطله وجود می‌آید همانند سایر حقوق مالی قابلیت انتقال دارد. لذا اگر مشروطله فوت کند وراث او می‌توانند با ثالث مشورت کنند البته این مشورت باید به اتفاق صورت گیرد. حق داوری که برای مشاور به وجود آمده قابل اسقاط نیست و مشاور را اگر در مشاوره دارای نفعی باشد نمی‌توان عزل کرد. با فوت مشاور اگر مهلت اظهار نظر باقی باشد، می‌توان کسی را جایگزین او نمود.

منابع

ابن ابی جمهور، محمد بن زین‌الدین، ***عوالی الثالی العزیزیه***، قم: دار سیدالشهدا للنشر، چاپ اول، ١٤٠٥ ق.

ابن ماجه، محمد بن یزید، ***السنن***، چاپ اول، بیروت، دارالفکر للطباعه و النشر، بی‌تا.

ابن‌حمزه، محمدبن علی، ***الوسیله الی نیل الفضیله***، قم: مکتبه آیت‌اله مرعشی نجفی، چاپ اول، ١٤٠٨ ق.

ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد، ***المغنی***، قاهره، مکتبه قاهره، چاپ اول، ١٣٨٨ ق.

اصفهانی، محمدحسین، ***حاشیه کتاب المکاسب***، قم: انوار الهدی، چاپ اول، ١٤١٨ ق.

امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، ج ١، تهران: کتابفروشی اسلامیه، چاپ بیست و سوم، ١٣٨٢.

_____، ***حقوق مدنی***، ج ٣، تهران: کتابفروشی اسلامیه، چاپ سوم، ١٣٦٤ .

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***المکاسب***، ج ٢، قم: مطبوعات دینی، چاپ پنجم، ١٣٧٩.

_____، ***المکاسب***، ج ٥، قم، کنگره بزرگداشت شیخ انصاری، چاپ اول، ١٤١٥ ق.

بحرانی، یوسف ابن احمد، ***الحدائق الناضره***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤٠٥ ق.

بهمن‌پوری، عبداله، محمد حسن حائری و محمد تقی فخلعی، «نقد و بررسی ادله بطلان خیار شرط در ایقاعـات»، ***نشریه فقه و حقوق اسلامی***، شماره دوم، سال ٤٦، ۱۳۹۲.

ترحيني، محمد حسن، ***الزبده الفقهيه***، قم: دارالفقه للطباعه و النشر، چاپ چهارم، ١٤٢٧ ق.

جزیری، عبدالرحمن، ***الفقه علی المذاهب الاربعه***، بیروت، داراحیاءالتراث‌العربی، چاپ اول، بی‌تا.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ***الفارق***، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۵.

_____، ***وسیط در ترمینولوژی حقوق***، تهران: گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۹.

حسینی شیرازی، محمد، ***ایصال الطالب الی المکاسب***، تهران: منشورات الاعلمی، بی‌تا.

خمینی، روح‌الله، ***تحریر الوسیله***، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار، ۱۳۷۹.

_____، ***کتاب البیع***، ج ۱، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار، چاپ اول، ١٤١٨ ق.

_____، ***کتاب البیع***، ج ٤، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ چهاردهم، ١٤١٠ ق.

خویی، ابوالقاسم، ***مصباح الفقاهه***، ج ٤، قم: مطبعه سیدالشهدا، چاپ سوم، ١٣٧٤.

_____، ***مصباح الفقاهه***، ج ٦، قم، انتشارات حاجیانی، چاپ اول، ١٣٦٦.

دمر چیلی، محمد، و علی حاتمی و محسن قرائی، ***قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی***، تهـران: دادسـتان، چـاپ شانزدهم، ۱۳۹۱.

سیوطی، عبدالرحمن‌بن ابی‌بکر، ***الجامع الصغیر***، بیروت، دارالفکر للطباعه و النشر، چاپ اول، ١٤٠١ ق.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ***الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه***، تعلیقه کلانتر، قـم، کتابفروشـی داوری، ١٤١٠ ق.

_____، ***مسالک الأفهام الـی تنقـیح شـرائع الاسـلام***، قـم، تحقیـق و نشـر موسسـه‌المعارف الاسلامی، ١٣٦٩.

شهیدی، مهدی، ***حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)***، تهران: انتشارات مجد، ١٣٨٦.

_____، ***سقوط تعهدات***، تهران: نشر حقوقدان، چاپ چهارم، ۱۳۷۷.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام***، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ١٣٦٦.

صفایی، حسن و اسدالله امامی، ***مختصر حقوق خانواده***، تهران: نشر میزان، چاپ هشتم، ١٣٨٤.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، ***حاشیه المکاسب***، ج ۱، قم، نشر اسماعیلیان، ۱۳۷۸.

_____، ***حاشیه کتاب المکاسب***، ج ۲، قم: دار المصطفی لاحیاء التراث، چاپ دوم، ١٤٢٣ ق.

طباطبایی، محمد بن علی، ***کتاب المناهل***، قم، موسسه آل البیت، چاپ اول، بی‌تا.

طباطبائي كربلايي، علي بن محمدعلي، ***رياض المسائل***، چاپ قديم، قم موسسه آل‌البيت، بی‌تا.

طوسی، محمد بن حسن، ***التبیان فی تفسیر قرآن***، بیروت: مکتب نشر اسلامی، چاپ اول، ١٤٠٩ ق.

_____، ***المبسوط فی فقه الامامیه***، تهران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷.

عابدیان، میرحسین، ***شروط باطل و تأثیر آن در عقد***، تهران: انتشارات جاودانه، چاپ دوم، ۱۳۸۷ .

عاملی غروی، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه***، بیروت: دارالتراث، ۱٤۱۸ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***تحریر الاحکام***، قم، دارالعلم، چاپ اول، بی‌تا.

_____، ***تذکره الفقهاء***، قم، موسسه آل البیت، چاپ اول، ۱٤۱٤ ق.

_____، ***مختلف‌الشیعه***، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱٤۱۳ ق.

فخرالمحققین، محمد بن حسن، ***ایضاح الفوائد***، قم: موسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷.

کاتوزیان، ناصر، ***حقوق خانواده***، تهران: شرکت انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۲.

_____، ***حقوق مدنی- درس‌هایی از وصیت، شفعه و ارث***، تهران نشر میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۷.

_____، ***قواعد عمومی قراردادها***، ج ۳، تهران: شرکت انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۸۳.

_____، ***قواعد عمومی قراردادها***، ج ۵، تهران: شرکت انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷٦.

_____، ***مقدمه علم حقوق***، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷٤.

کلینی، محمد بن یعقوب، ***الکافی***، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳٦۷.

مامقانی، عبداللهبن محمد، ***نهایه المقال***، قم، بی‌نا، چاپ اول، ۱۳۵۰.

محقق داماد، مصطفی و محمود صادقی، «مبانی و آثار حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث در فقه امامیه»، ***مدرس علوم انسانی***، شماره چهار، دوره ٤، ۱۳۷۹.

محقق داماد، مصطفی، ***نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق ایران***، تهران، مرکز نشر علوم انسانی، چاپ اول، ۱۳۸۸.

محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، ***کفایه الاحکام***، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱٤۲۳ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قم، موسسه آل‌البیت، چاپ دوم، ۱٤۱٤ ق.

محمدی ریشهری، محمد، ***میزان الحکمه***، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱٤۰٤ ق.

محمدی، سام، «ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث»، ***فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (حقوق- مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)*** ، شماره یک، دوره ۳۹، ۱۳۸۸.

معین، محمد، ***فرهنگ فارسی*** (متوسط)، تهران انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۳.

موسسه دائره‌المعارف فقه فارسی، ***فرهنگ فقه فارسی***، انتشارات موسسه دائره‌المعارف فقه فارسی، ۱۳۸۷.

نائینی، محمد حسین، ***منیه الطالب***، تهران: المکتبه المحمدیه، چاپ اول، ۱۳۷۳.

نهرینی، فریدون، ***ماهیت و آثار فسخ قراردادها در حقوق ایران***، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۳.

وجدانی فخر، قدرت‌الله، ***الجواهر الفخریه فی شرح الروضه البهیه***، قم، انتشارات سماءالقلم، ۱٤۲٦ ق.

هاشمی‌شاهرودی، محمود، ***معجم فقه الجواهر***، بیروت، لبنان، الغدیر للطباعه و النشر و التوزیع، ۱٤۱۷ ق.

_____، ***موسوعه الفقه الاسلامی***، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱٤۲۳ ق.

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۴، شمارهٔ پیاپی ۱۱۱
زمستان ۱۳۹٦، ۶۸-۵۱

گونه‌های دلالت تقریر بر احکام شرعی*

عطیه علیزاده نوری
دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
Email: atiyealizadeh4@gmail.com
دکتر حسین ناصری مقدم[1]
دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد
Email: Naseri1962@ferdowsi.um.ac.ir
دکتر علیرضا عابدی سرآسیا
استادیار دانشگاه فردوسی مشهد
Email: a-abedi@ ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

تقریر، به عنوان یکی از اقسام سنت، عبارت است از اینکه سخنی در محضر حضرات معصوم بیان شود، یا رفتاری در حضور ایشان سر زند، یا عقیده‌ای در برابرشان ابراز گردد، و به‌رغم تمکن از ردع، موضعی اتخاذ گردد که حاکی از رضایت ایشان باشد؛ در انگاره فقیهان، سنت تقریری در عرض قول و فعل معصوم از حجیت برخوردار بوده و به عنوان یکی از ادله استنباط احکام در فرآیند استنباط، به‌شمار می‌رود.

مسائل مختلفی در باب تقریر معصوم قابل بحث است؛ از جمله آن‌ها، بررسی قلمرو دلالی این قسم از سنت است که تاکنون به تفصیل بدان پرداخته نشده است. نوشته پیش رو با هدف تبیین این گستره و قلمرو، به بررسی دلالت تقریر بر انواع احکام، اعم از تکلیفی و وضعی پرداخته است.

کلیدواژه‌ها: تقریر، سنت تقریری، سکوت، عدم ردع، حکم تکلیفی، حکم وضعی.

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۳/۳۰؛ تاریخ تصویب نهایی۱۳۹٤/۰۳/۱٦.

DOI: 10.22067/jfu.v49i4.22973

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

بررسی نوشته‌های اصولی، بیانگر کم‌توجهی اصولیان شیعه به بحث سنت تقریری و عدم غنای کتب ایشان در پرداختن به جزئیات این امر است. تنها نوشته‌ای که تا حدی مبسوط به بحث در این باب پرداخته، کتاب مفاتیح الاصول مرحوم مجاهد است (باب التقریر، ۲۸۷- ۲۹۲) که ایشان نیز بعضاً در مواردی به آرای اهل سنت استناد نموده‌اند؛ از این رو مقاله حاضر با الهام از منابع اصولی اهل سنت، به بحث دلالت تقریر بر احکام شرعی روی آورده است؛ لیکن فرضیه موجود در این پژوهش، مخالف آرای اهل سنت بوده و بنابراین، با نگاهی انتقادی نسبت به مبانی اهل سنت، با ارائه مصادیقی از روایات، اعم از شیعی و سنی، در جهت اثبات نظر مختار برآمده است.

اهمیت سنت در استنباط احکام

هر فردی، اندک آشنایی با فقه اسلامی داشته باشد، تصدیق خواهد کرد که قسمت اعظم فقه، بر اساس سنت و روایات حاکی از سنت، شکل گرفته است؛ بنا بر این، شناخت ابعاد سنت و وجوه حجیت و قلمرو اعتبار آن، تأثیر به سزایی در فرآیند استنباط احکام شرعی، به جای خواهد گذاشت؛ زیرا علی‌رغم اینکه «اساس و زیربنای تمام دستورهای اسلامی را قرآن و سنت [و عقل] تشکیل می‌دهد، ولی در این میان، احتیاج مسلمانان نسبت به سنت، بیش از [بقیه] است؛ چرا که آیات مربوط به قوانین و احکام در قرآن، بسیار محدود و بنا بر قول مشهور، پانصد آیه است و اکتفا نمودن به این آیات بدون مراجعه به سنت و حدیث، کافی نیست؛ به این دلیل که اولاً، این آیات، دارای اجمال، اطلاق و... بوده که توضیح و تبیین آن‌ها در سنت و احادیث موجود است؛ ثانیاً احکام و قوانین اسلام بسیار گسترده است، در حالی‌که آیات الاحکام بسیار محدود بوده و در نتیجه جوابگوی آن احکام گسترده نخواهد بود؛ [و عقل نیز به تنهایی نمی‌تواند پاسخ تمام مسائل تعبدی را بیابد]؛ از این رو دانشمندان شیعه و سنی در این باره هم‌عقیده‌اند که حدیث صحیح، بر تمام مسلمانان حجت است و مانند قرآن، متابعت از آن بر هر مسلمانی واجب است. شافعی در این باره می‌گوید: «از یک طرف، در قرآن همه امور مورد نیاز نیامده؛ از طرف دیگر، مواردی هم که آمده، بسیاری از آن‌ها نیازمند بیان و تبیین است؛ (و در این جهت، فرقی بین عبادات و معاملات نیست)،... (شافعی، ۳۲-۳۳) و اگر به کلی سنت را مردود بشماریم، به مشکل بزرگی گرفتار خواهیم آمد» (ولایی، ۲۱۶- ۲۱۷) لذا گفته‌اند: انکار حجیت سنت، انکار ضروریات دین است، [بدین لحاظ که انکار سنت، در تلازم با انکار خود معصوم است که با ادله قطعی، مأمور به تبعیت از آن شده‌ایم] و با کسی که منکر ضروری دین باشد، حسابی نخواهیم داشت؛ چرا که خارج از اسلام است (حکیم، ۱۲۶؛ خضری، ۲۳۹).

به نظر می‌رسد تا کنون در باب قلمرو تقریر، کار درخوری صورت نپذیرفته است و نگارندگان بر این باورند که تلاش پیش رو، کاری است که چندان مسبوق به سابقه نیست.

بحث پیش رو راجع به سنت تقریری و بررسی انواع دلالات این قسم از سنت است؛ بنا بر این، اگر بخواهیم بر مبنای مسئله محور بودن، این کار را در رده تحقیقات علمی- پژوهشی به‌شمار آوریم، پرسش اصلی این تحقیق، بیان نحوه دلالت تقریر بر احکام شرعی خواهد بود.

تعریف تقریر

به طور کلی در مورد تقریر می‌توان به دو دسته از تعاریف اشاره نمود:

اول: سکوت[1]

«سنت تقریری، آن است که کسی در منظر و مسمع معصوم کاری انجام دهد و یا سخنی درباره یک حکم شرعی به‌زبان آورد و یا اعتقاد خاصی را بیان کند و معصوم با علم و التفات، سکوت نموده و جلوی این عمل یا گفتار یا پندار را نگیرد؛ این سکوت به معنای صحه گذاشتن و امضای آن فعل، قول و یا عقیده است» (محمدی، ۳/ ۱۱۱ و نیز ر.ک: میرزای قمی، ٤٩٥؛ صدر، ۱/ ۹۷).

دوم: عدم ردع

«تقریر، عبارت است از اینکه معصوم از اعتقاد شخص یا جماعتی یا از انجام فعل توسط ایشان یا از جریان سیره آن‌ها بر عملی، آگاهی یافته [و در عین حال] عملشان را انکار ننموده و ایشان را از آن [عقیده، عمل و یا سیره] منع نفرماید؛ [البته به شرطی که] ترس یا تقیه‌ای وجود نداشته باشد. [عدم ردع معصوم در اینجا] به منزله تقریر چیزی است که از آن‌ها صادر شده و حجت و دلیل بر صحت آن عقیده و جایز بودن آن اعمال و عادات است» (مشکینی اردبیلی، ١٤٢).

این تعریف گرچه نسبت به تعریف قبل، از عمومیت بیشتری برخوردار است، اما باید اذعان نمود که هر عدم ردعی، دال بر تقریر نبوده و مشخصه اصلی تقریر، یعنی نشانه رضایت بودن نیز باید در آن لحاظ شود.

نسبت تقریر با قول و فعل

نسبت تقریر با قول:

گرچه شاید در ظاهر امر، بین قول و تقریر، رابطه‌ای جز تباین متصور نباشد و آن دو، بیگانه از هم انگاشته شوند، اما باید اذعان نمود که در مواردی، تقریر به وسیله قول، محقق می‌شود؛ و استعمال تعابیری

---

۱ - نگارندگان نوشته حاضر، در مقاله دیگری با عنوان «گونه‌شناسی تقریر در فقه مذاهب» در این رابطه مطالبی را یادآور گشته و پس از آن به بحث از انواع تقریر پرداخته‌اند. (مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹، زمستان ۱۳۹۳، صص ۹۹-۱۱۱).

مانند «قال احسنت»، «قال بارک الله»، «قال صدق»، «قال بخ بخ» و عباراتی از این قبیل در کلام ائمه مؤید چنین ادعایی است. به بیان دیگر می‌توان نسبت منطقی عام و خاص من وجه را بین قول و تقریر در نظر گرفت.

شاهد مثال فقهی این مطلب، تقریری است که از سوی پیامبر نسبت به معامله‌ای صورت گرفته است؛ آنچنان که در حدیث مشهوری می‌خوانیم: «از عروه بارقی نقل شده که گفت: رسول‌الله دیناری به من داد تا برای ایشان گوسفندی بخرم. من دو گوسفند خریدم و یکی از آن دو را به دیناری فروختم و با یک دینار و یک گوسفند نزد پیامبر بازگشتم؛ سپس آنچه را برایم اتفاق افتاده بود، برای پیامبر بازگوکردم؛ پس حضرت به من فرمودند: خداوند به معامله تو برکت دهد» (نوری، ١٣/ ٢٤٦؛ ترمذی، ٢/ ٣٦٥). در این مورد از آنجا که مدلول مطابقی کلام، حکم شرعی نیست، نمی‌توان آن را در شمار سنت قولی حساب کرد؛ و چون مدلول مطابقی آن تأیید و امضا، و مدلول التزامی آن، حکم شرعی است، در زمره سنت تقریری محسوب می‌شود.[٢]

فقیهان نیز به این روایت برای جواز و صحت بیع فضولی استناد کرده‌اند (علامه حلی، نهایة الاحکام فی معرفة الاحکام، ٢/ ٤٧٥؛ همو، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، شرح ٢/ ٣٤٥؛ خویی، ٢/ ٧٣٨).

نسبت تقریر با فعل:

بیان شد که تقریر، عبارت است از: «سکوت یا خودداری یا امساک معصوم از انکار نمودن قولی که گفته شده یا فعلی که انجام شده است». (مرداوی، ٣/ ١٤٣٥) کف و امساک و سکوت به معنای واحد هستند (فاروقی، ٢/ ٦٤٦).

اصولیان در اینکه آیا تقریر، فعلی از افعال است یا نه، بر دو قول اختلاف نظر دارند:

قول اول: کف، فعلی از افعال و نوعی فعل جوانحی است و این قول بسیاری از اصولیان اهل سنت است. (اسنوی، ٢/ ١٠؛ ابن‌همام، ٣/ ١٤٢؛ سبکی، ٢/ ٧٤؛ شوکانی، ارشاد الفحول، ١/ ١٤٠) این گروه بر مطلوب خویش چنین استدلال نموده‌اند:

أ) آیه «کانوا لا یتناهون عن منکر فعلوه لبئس ما کانوا یفعلون» (مائده/٧٩)؛ خداوند، نهی نکردن ایشان از منکر را فعل نامیده است (شنقیطی، ١/ ٤٦؛ عبدالقادر، ٢٠٩).

ب) آیه «لو لا ینهاهم الربانیون و الأحبار عن قولهم الإثم و أکلهم السحت لبئس ما کانوا یصنعون» (مائده/٦٣)؛ خداوند، ترک نمودن نهی در برابر منکر توسط علما را صنع می‌نامد و صنع همان فعل و بلکه

---

٢ - توضیح بیشتر این مطلب، در بیان معیار تمایز تقریر از قول و فعل خواهد آمد.

اقوی از آن است (شنقیطی، ۱/ ٤٦)؛ زیرا فعل، تنها زمانی صناعت نامیده می‌شود که مستقر، استوار و ثابت گردد (فخر رازی، ۱۲/ ۳۹- ٤۰).

ج) قول پیامبر که فرمودند: «مسلمان، کسی است که مسلمانان از دست و زبان وی در امـان باشـند»؛ (کلینی، ۲/ ۲۳٤؛ مجلسی، ۱/ ۱۱۳؛ بخاری، ۱/ ۸؛ مسلم بن حجاج، ۱/ ٤۸) در ایـن حـدیث تـرک آزار و اذیت، اسلام نامیده شده است (شنقیطی، ۱/ ٤۷).

بر طبق این نظر، عده‌ای از اصولیان، سنت را چنین تعریف کرده‌اند: «آنچه از قـول یـا فعـل از معصـوم صادر شده است» (سبکی، ۲/ ۲٦۳؛ عطار، ٤/ ۱٤٤).

برخی از اصولیان نیز در تعریف سنت، به افعال معصوم اکتفا نموده با این توجیه که ایشـان قـول را نیـز نوعی فعل به‌شمار آورده‌اند (ابن‌همام، ۲/ ۲۹۷).

قول دوم: اکثر اصولیان شیعه و برخی از اصولیان اهل سنت (شاطبی، ٤/ ۵۸؛ فوزان، خلاصة الاصـول، ۱/ ٤)، سنت را بر سه قسم دانسته و فعل و تقریر را قسیم یکدیگر و در عرض هم قرار داده‌اند.

شاید برای این قول بتوان چنین استدلال نمود که: کف، انتفای محض است، پس فعل نیسـت (آمـدی، ۱/ ۱٤۷؛ شاطبی، ٤/ ٤۱۹).

«این احتمال نیز وجود دارد که شاید اصولیان از باب اهمیت و توضیح بیشتر، تقریر را بـه عنـوان قسـم مستقلی از انواع سنت بیان کرده‌اند؛ زیرا بسیاری از احکام، با تقریر ثابـت شـده اسـت؛ و نیـز در اسـتقلال تقریر، اشاره‌ای است به اینکه برای معصوم جایز است امانتی را که بر عهده اوست و امر به تبلیغ آن شده، به هر شکلی بپردازد؛ در نتیجه سکوت ایشان خالی از فایده نیست.

همان‌گونه که امام علی فرمودند: «و صمته لسان» یعنی سکوت ایشان به منزلـه سـخن گفـتن اسـت و خالی از فایده نیست (ابن‌ابی‌الحدید، ۷/ ٦۹، خطبه ۹٦). و به همـین دلیـل، اصـولیان در تعریـف سـنت، تقریر را به عنوان قسم جداگانه‌ای ذکر نموده‌اند» (راشد، ٤٦).

معیار تمایز تقریر از قول و فعل[۳]

تا کنون برای تشخیص سنت قولی و فعلی از سنت تقریری معیاری ارائه نشده اسـت، امـا شـاید بتـوان گفت: در حقیقت، در سنت قولی و فعلی، گزاره‌های حاکی از سنت، به طور مطـابقی یـا تضـمنی و گـاهی التزامی (مانند دلالت تنبیه و ایماء) دلالت بر حکم شرعی دارنـد؛ امـا در سـنت تقریـری، حکـم شـرعی، مدلول مطابقی یا تضمنی عبارت نیست و این مدلول، به طـور مسـتقیم یـا غیـر مسـتقیم حـاکی از تأییـد و

۳ - در ارتباط با معیار تمایز تقریر از قول و فعل، در مقاله پیشین به تفصیل توضیحاتی بیان شده است. «گونه‌شناسی تقریر در فقـه مـذاهب»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و ششم، شماره پیاپی ۹۹، زمستان ۱۳۹۳، صص ۹۳- ۹۹.

امضاست، اما این امضا به دلالت التزامی، حکم شرعی را نشان می‌دهد.[٤]

دلالت تقریر بر احکام تکلیفی و وضعی

شاید بتوان چنین ادعا نمود که در باب سنت تقریری مهم‌ترین مطلب بعد از اثبات حجیت تقریر، بحث از نحوه دلالت آن بر احکام شرعی است؛ از این رو ضروری است تا با بررسی دلالت تقریر بر انواع احکام شرعی، اعم از تکلیفی و وضعی بحث را دنبال نماییم؛ البته باید اذعان نمود که اصولیان در این بخش از مباحث، دچار اختلاف نظر گشته و نظر یکپارچه‌ای ارائه ننموده‌اند.

پرسش اصلی در اینجا این است که آیا تقریر، فقط بر اباحه دلالت می‌کند یا احتمال دلالت بر سایر احکام تکلیفی و وضعی را نیز دارد؟ در این مسئله پنج قول وجود دارد:

«قول اول: تقریر پیامبر فقط بر استحباب، حمل می‌شود؛ ابن‌سریج در کتاب الودائع بر خلاف قول و فعل، در باب سنت تقریری به این نظر معتقد است» (زرکشی، ٣/ ٢٧٠).

قول دوم: تقریر، بر اباحه [به معنای اعم][٥] حمل می‌شود؛ و این نظر اکثر اصولیان است. (همان، ٣/ ٢٧١؛ ابن‌حمید، ١/ ٦٣)

حکیم، در این باره می‌نویسد: «ظاهرا مفاد تقریر و امضا از طرف پیامبر و به طور کلی معصوم، نسبت به عملی بیشتر از جواز و اباحه به معنای عام کلمه نخواهد بود،... البته بیان فوق، در صورتی است که قرینه‌ای برای تعیین نوع حکم عمل انجام شده وجود نداشته باشد؛ ولی به هر حال، اقرار مردم بر ترک فعل نیز به بیشتر از عدم وجوب، نمی‌تواند دلالت کند و نیز تقریر نمی‌تواند به اباحه به معنای خاص دلالت کند؛ چون تعیین آن در میان احکام پنج‌گانه، محتاج دلیل است...» (حکیم، ٢٣٦- ٢٣٧).

زرکشی نیز این مسئله را به نقل از ابی‌نصر بن قشیری ذکر کرده و قول اباحه را ترجیح داده است؛ چرا که وی بنای اصل را بر اباحه می‌داند؛ زیرا قدر متیقن از انجام فعل یا تقریر، آن است که فعل، حرام نباشد (زرکشی، ٣/ ٢٧١).

ابن‌حزم می‌گوید: «اقرار پیامبر بر آنچه بدان علم یافته وآن را انکار ننموده، فقط آن شی را مباح می‌کند و آن را واجب یا مستحب نمی‌گرداند؛ زیرا خداوند، تبلیغ را بر پیامبر واجب گردانده[٦] و به وی خبر داده که

---

٤ - تذکر: مفاهیم نیز که مدلول التزامی کلام محسوب می‌شوند در ضمن سنت قولی جای می‌گیرند و تفاوت آن‌ها با سنت تقریری، آن است که در مفاهیم، مدلول مطابقی کلام نیز حکم شرعی است؛ بر خلاف سنت تقریری که تنها مدلول التزامی آن، حکم شرعی است.

٥ - گاهی به آن ترخیص در مقابل وجوب و حرمت گفته می‌شود. اباحه به این معنا علاوه بر مباحات به معنای اخص، شامل مستحبات و مکروهات نیز می‌گردد؛ چون همه این‌ها در الزامی نبودن، مشترک‌اند (صدر، ١/ ١٤٧).

٦ - «یا أیها الرّسول بلغ ما أنزل إلیک من ربک» (مائده/٦٧).

او را از خطرات احتمالی مردم نگاه می‌دارد؛[۷] و تبیین آنچه که بر مردم نازل شده را بر ایشان واجب گردانده است؛[۸] پس کسی که ادعا نماید که ایشان به منکری علم پیدا کرده ولی آن را انکار ننموده، مرتکب کفر شده است؛ زیرا منکر گشته که ایشان [آن حکم را] آن گونه که مأمور بوده ابلاغ کرده است...» (ابن‌حزم، ۲/ ۱۳۸- ۱۳۹).

قول سوم: اباحه به معنای اخص[۹]؛ سبکی در رد اباحه بالمعنی الاعم می‌نویسد: «نقلی در این رابطه نیافتم» و نمی‌پذیرد که تقریر، علاوه بر اباحه، دلالت‌گر حکم استحباب و کراهت نیز باشد؛ خود او در این قضیه قائل به صرف اباحه بالمعنی الاخص است (عطار، ۲/ ۷۰).

«قول چهارم: توقف، یعنی حکم نمی‌شود به اینکه مباح، واجب و یا مستحب باشد. این نظر قاضی باقلانی است» (زرکشی، ۳/ ۲۷۱).

قول پنجم: تقریر بر جمیع احکام شرعی خمسه تکلیفیه (وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه) و احکام وضعیه می‌تواند دلالت داشته باشد (طباطبائی، ۲۹۰).

عبارتی از مرحوم اصفهانی به این مطلب اشعار دارد؛ آنجا که در کتاب الفصول الغرویه می‌نویسد: «اگر فردی در محضر معصوم، عملی از عبادات یا معاملات[۱۰] را به قصد شرعی بودن آن انجام دهد، به گونه‌ای که معصوم به عمل و نیت او علم یابد و آنجا مانعی از انکار نبوده باشد، دلالت می‌کند بر اینکه عمل، مشروع و صحیح بوده است؛ چرا که در غیر این صورت آن را انکار می‌کرد...» (اصفهانی، ۳۱۵).

مرحوم مظفر نیز در این رابطه می‌فرماید: «هرگاه تقریر با شرایطش تحقق پذیرد، مسلماً در آنجا که احتمال حرمت آن می‌رود، ظاهر در جواز فعل خواهد بود؛ چنان‌که در آنجا که عبادت یا معامله است ظاهر در مشروعیت و صحت فعل است؛ زیرا اگر آن عمل در واقع، حرام باشد یا خلل و نقصانی در آن وجود داشته باشد، معصوم وظیفه دارد که از باب امر به معروف و نهی از منکر در صورتی که فاعل آگاهانه مرتکب آن شده باشد، وی را نهی کند و از ارتکاب آن باز دارد؛ و در صورتی‌که فاعل، جاهل به حکم آن باشد، این وظیفه از باب وجوب تعلیم جاهل خواهد بود» (مظفر، ۳/ ۷۰).

اما آنچه از عبارت صاحب فصول به دست می‌آید اثبات حکم تکلیفی و وضعی به وسیله تقریر به

۷- «و الله یعصمک من الناس» (مائده/٦٧).

۸- «و أنزلنا إلیک الذکر لتبین للناس ما نزل إلیهم» (نحل/٤٤).

۹- اباحه به معنای اخص، نوع پنجم احکام تکلیفی به حساب می‌آید و از آن به مساوات فعل و ترک در نظر مولی تعبیر می‌شود (صدر، ۱/ ۱٤۷).

۱۰- باید توجه داشت که تقریر یک معامله، علاوه بر مشروعیت و حلیت، دلالت بر صحت آن نیز دارد و اگر معامله‌ای که در مرآی و منظر معصوم انجام می‌شود باطل باشد، همان وظیفه تبلیغی که در صورت نامشروع بودن معامله، بیان را ایجاب می‌کرد، در مورد باطل بودن نیز بیان را ایجاب می‌کند.

صورت فی‌الجمله است. اما اینکه آیا سایر احکام تکلیفی و وضعی نیز قابلیت اثبات به وسیله تقریر را دارند، به نظر می‌رسد که از این جهت هیچ تفاوتی میان صحت و سایر احکام وضعی یا حتی تکلیفی وجود نداشته باشد و اینکه چه حکمی از تقریر مستفاد شود، بسته به این است که مقرّ به، چه بوده باشد؛ اگر مردم، عملی را واجب بدانند و معصوم آن را تقریر نماید، وجوب آن عمل مستفاد می‌گردد؛ همچنین است اگر معامله‌ای را صحیح یا لازم بدانند. پس تمامی احکام تکلیفی و وضعی در صورتی‌که مقرّبه، قرار گیرند، از تقریر، قابل استفاده می‌باشند. البته آنچه در مسئله تقریر، بسیار اهمیت دارد این است که باید دقیقاً بتوان احراز کرد که مقرّ به چه بوده است و اگر نتوان به این مسئله پی برد، از آنجا که تقریر در شمار ادله لبیه محسوب می‌شود (انصاری، ٦٠٥)، باید به قدر متیقن آن اکتفا نمود؛ یعنی در مورد حکم تکلیفی اگر مقرّ به، فعل باشد، باید حکم مستفاد از تقریر را اباحه دانست و چنانچه مقرّ به، ترک باشد، حکم کراهت قابل برداشت است؛ و در مورد حکم وضعی (مثلاً صحت و بطلان)، در صورتی که مقرّ به، فعل باشد، قدر متیقن، صحت عمل، و در صورت ترک بودن مقرّ به، تقریر، دلالتی بر حکم وضعی نداشته و تنها می‌تواند به حکم تکلیفی کراهت اشاره داشته باشد.

از مجموع مطالب فوق چنین به نظر می‌رسد که قول پنجم قابل تأیید است.

مثال برای هر یک از احکام خمسه تکلیفیه و احکام وضعی:

دلالت بر وجوب:

در مورد برخی از آداب و رسوم که جنبه الزامی دارند، به این معنا که مردم یا به تعبیری همان مقرّ له، آن عمل را به عنوان واجب انجام می‌داده و یا اعتقاد به وجوب آن داشته باشد، در این صورت، تقریر نمودن معصوم، نسبت به آن امور، بیانگر الزامی بودن آن خواهد بود. به عبارت دیگر، هرجا که مقرّ به، وجوب یک چیز باشد، این تقریر دلالت بر وجوب می‌کند. این مسئله به دو صورت قابل تصور است:

صورت اول اینکه مقرّ له، اعتقاد به وجوب آن عمل داشته باشد. در این صورت، این تقریر، در حقیقت تقریر آن اعتقاد، یعنی وجوب آن عمل است و از این رو دلالت بر وجوب می‌کند.

صورت دوم اینکه مقرّ له در مورد وجوب یک چیز تردید دارد و به نحو پرسش، از وجوب آن سؤال کرده یا به نحو تردید، اعتقاد دیگران نسبت به وجوب آن را برای معصوم نقل می‌کند و حضرت با تقریر خود، بر وجوب آن عمل یا صحت آن اعتقاد صحه می‌گذارند.

از عبارات بالا روشن می‌شود که شرط استفاده وجوب از تقریر معصوم، این است که احراز گردد مقرّ به، وجوب آن چیز بوده است و بنا بر این، اگر نتوان چنین چیزی را احراز کرد، نمی‌توان از صرف تقریر، چنین چیزی را برداشت کرد. برای نمونه، اگر معصوم، فعلی که توسط دیگران انجام شده تقریر نموده و ما

نمی‌دانیم که آن شخص، فعل را به عنوان واجب انجام می‌داده یا خیر، و یا اگرچه می‌دانیم که به عنوان واجب انجام می‌داده اما نمی‌دانیم که آیا تقریر معصوم، (علاوه بر تقریر نفس عمل)، شامل تقریر وجوب نیز می‌شود یا خیر، در این صورت نمی‌توان از مجرد تقریر، حکم وجوب استفاده کرد.

مصادیقی از دلالت تقریر بر وجوب در ذیل، بیان گردیده است:

۱- شیخ در تهذیب از محمد بن علی بن شجاع نیشابوری روایت کرده که: «وی از امام هادی در مورد مردی سؤال نمود که از طریق شغلش به مقدار صد کر گندم دست پیدا کرد. یک دهم (ده کر) آن را به عنوان زکات پرداخت کرد و سی کر آن را به واسطه تعمیرات، هزینه کرد و برایش شصت کر باقی ماند. [سپس از امام سؤال نمود:] چه مقدار، حق واجب شما است؟ و آیا برای اصحاب نیز حق واجبی [نسبت به آن مال] وجود دارد؟ پس امام در نامه نوشتند: یک پنجم از مقداری که از هزینه آن اضافه آمده بود را برای من قرار ده» (طوسی، ٤/ ١٦).

این حدیث در گرفتن یک دهم از تمام محصولات زمین، و اینکه هزینه، فقط بعد از آن خارج می‌شود صراحت دارد؛ اگرچه این مطلب در کلام سؤال‌کننده بود، اما امام آن را تقریر نموده و انکار نفرمودند؛ و تقریر ایشان نیز اجماعاً حجت است (بحرانی، ١٢/ ١٢٤).

با توجه به توضیحات بالا، باید گفت از آنجا که در این حدیث، مقرٌ له در کلام خود تصریح به وجوب آن کرده، مقرٌ به، وجوب آن عمل است.

۲- روایت شده که: «مردی از امیر مؤمنان سؤال کرد: من در حال احرام بودم که ماده شتر من، تخم شترمرغی را زیر پا، له کرد. آیا بر من کفاره‌ای است؟ حضرت فرمودند: در این مورد از پسرم حسن سؤال کن؛ و خود حضرت در جایی بود که سخن پسرش را می‌شنید. پس مرد به سوی امام حسن روی آورد و این مطلب را از ایشان سؤال نمود؛ حضرت فرمودند: «بر تو واجب است که شتر نر را به تعداد تخم‌هایی که شکسته شده، بر شتر ماده بجهانی و بچه شترهای حاصل از آن را برای خانه خدا قربانی کنی». امام علی به امام حسن فرمودند: «پسرم، چگونه این مطلب را گفتی در حالی که می‌دانی که شاید شتر، بچه‌اش را افکنده باشد یا در او چیزی بوده که موجب افتادن بچه شده باشد؟» امام حسن فرمودند: «چه بسا تخم، تباه باشد»؛ امیر مؤمنان لبخند زدند و به امام حسن فرمودند: «راست می‌گویی پسرم» سپس این آیه را تلاوت نمودند: «ذرّیة بعضها من بعض و الله سمیع علیم»[11] (طوسی، تهذیب الاحکام، ٥/ ٣٥٤- ٣٥٥؛ حر عاملی، ١٣/ ٥٣).

---

۱۱ - آن‌ها فرزندان و (دودمانی) بودند که (از نظر پاکی و تقوا و فضیلت،) بعضی از بعض دیگر گرفته شده بودند و خداوند، شنوا و داناست (و از کوشش‌های آن‌ها در مسیر رسالت خود، آگاه است). (آل عمران/٣٤).

تصدیق امام علی نشانه درستی کلام امام حسن و تأیید آن است و از آنجا که مقوّ به، وجـوب پرداخـت کفاره می‌باشد، این تقریر دلالت بر وجوب می‌کند. فقها به این تقریر در همـین مسـئله (وجـوب پرداخـت کفاره به نحو مذکور)، استناد نموده‌اند (برای نمونه ر.ک: مفیـد، المقنعـه، ٤٣٦ - ٤٣٧؛ صـاحب جـواهر، ٢٠/ ٢١٣).

دلالت بر حرمت:

در مواردی ممکن است مخاطـب معصـوم (ع)، عملـی را حـرام بدانـد و معصـوم (ع) وی را بـر ایـن اعتقادش تقریر نماید؛ و یا معصوم (ع) جز از طریق قول صریح، حرمت عملی را یادآور شود.

١- «از سعد بن ابی‌وقاص نقل شده که گفت: بیمار شدم؛ کسی را پیش پیامبر فرستادم؛ گفتم: مرا رهـا کن (اجازه بده) تا مالم را هر طور می‌خواهم تقسیم کنم؛ قبول نکرد؛ گفتم نصف مالم را؟ نپذیرفت؛ گفتم: یک سوم؟ پس ایشان سکوت نمود». (ابن‌مبارک، ١٣٤) سکوت حضرت، بیانگر حکم عدم جواز وصیت به بیش از یک سوم اموال، در مرض منجر به مرگ است. البته این مثال می‌تواند ناظر به حکم وضـعی بطـلان تصرفات مریض در بیش از ثلث نیز تلقی شود.

٢- «از حسین بن عبدالله نقل شده که گفت: معلی بن خنیس و ابن أبی‌یعفور، در سفر بـا هـم همـراه شدند؛ پس یکی از ایشان (معلی) از ذبیحه یهود و نصاری خـورد و دیگـری (ابن‌أبی‌یعفـور) از خـوردن آن امتناع ورزید. سپس هر دو نزد امام صادق گرد آمده و بـه ایشـان [از آنچـه اتفـاق افتـاده بـود] خبـر دادنـد؛ حضرت پرسید: کدام یک از شما از خوردن ابا نمود؟ گفتم: من، فرمودند: آفرین بر تو» (کلینـی، ٦/ ٢٣٩؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ٩/ ٦٤).

تحسین امام نسبت به ابن‌ابی‌یعفور، عمل وی را تأیید نموده و دلالت ضمنی بر عدم تجویز عمل معلی دارد. همانگونه که شیخ مفید (حرمة ذبائح اهل الکتاب، ٢٩) این روایت را به عنوان یکی از ادله قـائلان بـه تحریم ذبائح اهل کتاب ذکر کرده و این نظر را به جمهور شیعه منتسب دانسته است (همان، ٢٠).

البته شاید بتوان گفت اینکه امام تنها ابن‌ابی‌یعفور را تحسین کردند و معلی را توبیخ نفرموده و در مـورد عمل وی سکوت نمودند، نشان از این باشد که عمل معلی حرام نبوده است و از این رو، از این تقریر، تنهـا استحباب اجتناب از ذبائح اهل کتاب استفاده می‌شود.

٣- سلیمان بن خالد روایت کرده که: «به امام موسی بن جعفر گفـتم: مـا حـدیثی از حضـرت صـادق روایت کردیم، دوست دارم که آن را از (زبان) شما بشنوم. حضرت فرمودند: کدام حدیث؟ گفتم: حـدیث، این‌گونه به من رسیده که ایشان در مورد فردی که سر مرد مرده‌ای را قطع کرده بود، فرمودند: پیـامبر در ایـن مورد بیان داشته‌اند که: خداوند نسبت به مسلمان مرده، همان چیزی را حرام کـرده کـه نسـبت بـه مسـلمان

زنده، حرام است؛ پس هر کس نسبت به میت، عملی را انجام دهد که به وسیله آن، نفس زنده از بین می‌رود، بر عهده او دیه خواهد بود. حضرت فرمودند: امام صادق راست گفت...» (شهید ثانی، شرح، ١٥/ ٤٩١).

در این حدیث، امام کاظم کلام منقول از پدرشان را تأیید فرمودند که در آن اشاره به حرمت قطع اعضای بدن شخص مرده شده و گویا این حکم تحریمی و ضمان شخص جانی، مورد تقریر واقع شده است.

دلالت بر استحباب:

١- جابر بن یزید جعفی از امام باقر نقل می‌کند که شنیدم حضرت می‌گفتند: «روزی پیامبر مردی را دیدند که از بامداد تا شامگاه دنبال دیگری بود، سپس پیامبر نزد ایشان آمده و فرمودند: چه چیزی شما را اینجا نشانده است؟ یکی از آن دو گفت: ای رسول خدا، من حقی بر گردن او دارم. دیگری گفت: ای پیامبر خدا او بر گردن من حقی دارد، اما من معسر هستم و به خدا سوگند که چیزی ندارم. پیامبر در باب مهلت دادن به معسر (در پرداخت دینش) حدیثی فرمودند؛[١٢] مرد با شنیدن این کلام حضرت، گفت: یک سوم مال را به تو بخشیدم؛ یک سوم آن را تا سال دیگر برایت به تأخیر انداختم؛ و یک سوم را به من بده؛ پیامبر فرمودند: چه کار خوبی» (نوری، ١٣/ ٤١١؛ بروجردی، ١٨/ ٣٠٥ ـ ٣٠٦).

حضرت، با تحسین مرد طلبکار، عمل وی را که فراتر از سفارش حضرت در به تأخیر انداختن طلب بود، تأیید نمودند. از طرفی باید توجه داشت که به اتفاق فقها، بخشیدن طلب یا قسمتی از آن، وجوب ندارد و از این رو تقریر پیامبر (که در حقیقت تقریر مجموع عمل آن شخص، اعم از به تأخیر انداختن ثلث، و بخشیدن ثلث دیگر و مطالبه ثلث آخر بود) دلالت بر استحباب آن عمل دارد.

٢- سکونی به نقل از امام صادق می‌گوید: غلامی که به سن بلوغ نرسیده بود، نزد رسول الله عطسه نمود و الحمدلله گفت؛ حضرت به وی فرمودند خداوند به تو برکت دهد (کلینی، ٢/ ٦٥٥).

این روایت، بر استحباب تسمیت[١٣] غلام با عبارت «بارک الله فیک» در زمانی که حمد خداوند را بر زبان جاری می‌کند، دلالت دارد. (بحرانی، ٩/ ٩٦) این دلالت، از باب دلالت فعل معصوم است.

همچنین این روایت، بر استحباب حمد گفتن پس از عطسه دلالت دارد که این دلالت از باب تقریر می‌باشد؛ زیرا پیامبر با گفتن بارک الله وی را تشویق کردند. البته دلالت آن بر استحباب از آن رو است که در این مورد، تحسین معصوم دلالت بر ترجیح فعل دارد و عدم بلوغ شخص (یا اجماع بر عدم وجوب

١٢ - هر کس بخواهد که خداوند وی را در روزی که سایه‌ای جز سایه پروردگار وجود ندارد، از شدت گرمای ساطع از جهنم، حفظ نموده و بر وی سایه افکند، به معسر (در پرداخت دینش) مهلت داده، یا به وی ودیعه دهد.

١٣ - تسمیت العاطس: القول لمن عطس «یرحمک الله» [و امثاله]. (فتح‌الله، ١١١).

تحمید) خود، قرینه‌ای است که آن عمل، واجب نیست و از این رو این تقریر، دلالت بر استحباب می‌کند.

۳- انس (بن مالک) نقل کرده که: ما با پیامبر به سفر رفتیم؛ پس عده‌ای از ما روزه گرفته و عده‌ای دیگر، افطار نمودند؛ حضرت هیچ‌یک را سرزنش ننمودند (ابوداود، ۱/ ۵۳۸؛ ابن‌سعد، ۲/ ۱۳۸؛ سیوطی، ۱/ ۱۹۰).

علامه حلی در ذیل این روایت می‌نویسد: «افطار نمودن روزه در سفر، رخصت[۱۴] است [نه عزیمت[۱۵]]؛ و کسی‌که برای او افطار جایز باشد، همچنین برایش جایز است که مانند شخص مریض با مشقت روزه بگیرد؛ و به علاوه در صورت صحت این حدیث می‌توان از باب جمع بین ادله، آن را حمل بر روزه مستحبی نمود؛ زیرا تخییر با افضلیت منافات دارد، در حالی‌که بر افضلیت یکی از فعل یا ترک، اتفاق نظر وجود دارد؛ اگرچه در تعیین فرد افضل اختلاف است...» (علامه حلی، تذکرة الفقها، ٦/ ١٥٤).

دلالت بر کراهت:

۱- یونس بن عبدالرحمن از امام رضا چنین نقل می‌کند که: «به ایشان گفتم: فدایتان شوم رأی شما در باره شکار پرندگان در آشیانه‌هایشان و حیوانات وحشی در لانه‌هایشان به صورت شبانه چیست؟ مردم نسبت به چنین عملی کراهت دارند. حضرت فرمودند: این کار اشکالی ندارد». (طوسی، الاستبصار، ٤/ ٦٥) مرحوم خوانساری در ذیل این روایت می‌نویسد: «چیزی که بر نهی از شکار حیوانات وحشی در لانه‌هایشان دلالت کند جز آنچه مستفاد از تقریر امام است نیافتیم؛ امام کراهت شناخته شده بین مردم را نفی ننمودند و نفی بأس تنها در برابر حرمت بوده؛ چرا که در غیر این صورت نفی کراهت نیز لازم می‌بود». (حسینی خوانساری، ٥/ ١١٣) بنا بر این، حکم کراهت مورد تقریر امام واقع شده است.

۲- بر اساس روایتی که در ذیل مصادیق حکم تکلیفی حرمت از حسین بن عبدالله راجع به ذبایح اهل کتاب ذکر گردید، شهید ثانی برای استنباط حکم کراهت به آن حدیث استناد نموده با این بیان که:

«[نوع برخورد امام با معلی] ظهور در کراهت عمل وی دارد؛ چرا که در غیر این صورت حضرت، برای شخصی که ذبیحه اهل کتاب را خورده بود، حکم حرمت را بیان می‌فرمود و وی را از تکرار آن عمل، نهی می‌نمود؛ علاوه بر این، اخبار دال بر حلیت، از لحاظ سند، صحیح‌تر و دارای دلالت واضح‌تری هستند...» (شهید ثانی، شرح ١١/ ٤٦٥).

۳- در باب حکم پوشاندن قبر با لباس، جعفر بن کلاب در روایتی به نقل از امام صادق می‌گوید شنیدم که حضرت فرمودند: «قبر زن با لباس پوشانده می‌شود، اما قبر مرد پوشانده نمی‌شود. [این در حالی

١٤- رخصت به معنای جواز ترک است (بجنوردی، حسن، منتهی الاصول، ٢/ ٤٠٦).

١٥- عزیمت، یعنی وجوب و لزوم ترک و عدم جواز فعل (همان).

بود که] بر قبر سعد بن معاذ لباسی کشیده شد و پیامبر این صحنه را دیدند، لیکن آن را انکار و منع نکردند» (بروجردی، ۳/ ۴۰۹-۴۱۰).

نهی پیامبر به واسطه جمله خبریه در مقام انشاء، همراه با عدم ردع، ظهور در کراهت عمل انجام گرفته دارد و گویا حضرت، عمل مکروهی را تقریر نمودند (ر.ک: سبزواری، ۴/ ۱۸۲)؛ هر چند می‌توان از این تقریر، حکم اباحه و حتی استحباب را نیز برداشت نمود.

دلالت بر اباحه:

گفتنی است که طبق نظر اکثر اصولیان، «علت جواز قول یا فعل مقرّ به، آن است که معصوم، از اینکه خود، مرتکب فعل منکری شود و نیز اینکه فردی را بر انجام فعل منکری تقریر نماید، مصون است»؛ (جصاص، ۳/ ۲۳۵؛ فوزان، جمع المحصول، ۱/ ٦٣؛ همو، تیسیر الوصول، ۱/ ۸۱) «در نتیجه، تقریر ایشان دال بر جواز (اباحه) فعل یا قول بوده» (صدر، ۱/ ۲۳۳؛ مظفر، ۳/ ۷۰؛ جصاص، ۳/ ۲۳۵؛ زرکشی، ۳/ ۲۷۰)، و نیز بر رفع حرج، نسبت به چیزی که آن را جایز می‌داند، دلالت می‌کند (ابن‌تیمیه، ۱/ ۷۰؛ امام الحرمین، ۱/ ۱۸۷).

۱- از عمرو بن عاص نقل شده که گفت: «شب سردی در غزوه ذات سلاسل محتلم شدم و ترسیدم اگر غسل کنم از سرما هلاک شوم؛ پس تیمم نمودم و [به عنوان امام جماعت] نماز صبح را با همراهانم خواندم. همراهانم قضیه را برای پیامبر نقل کردند؛ حضرت فرمودند: آیا در حالی که جنب بودی با همراهانت نماز خواندی؟ من هم از کسی که مرا از غسل کردن منع کرده بود، خبر دادم و گفتم من شنیدم که خداوند عزّ و جلّ می‌فرماید: «و لا تقتلوا أنفسکم إنّ الله کان بکم رحیما»؛[1] پس پیامبر خندیدند و چیزی نگفتند» (دارقطنی، ۱/ ۱۸۷).

سکوت توأم با خنده پیامبر، دلالت بر رضایت و صحت عمل انجام یافته می‌کند.

علامه حلی در کتاب منتهی المطلب این روایت را دال بر جواز می‌داند (۱/ ۳۷۳).

۲- برقی در کتاب المحاسن از پدرش از صفوان از عبد الرحمن بن حجاج از علی بن حنظله نقل کرده که گفت: «از امام صادق در باره ماهی‌ای به نام ربیثا[2] سؤال کردم؛ حضرت فرمودند: در این مورد افراد افراد دیگری نیز از من سؤال پرسیدند که در مورد صفت آن اختلاف نظر داشتند. راوی می‌گوید برگشتم و سپس ماهی را در ظرفی نزد ایشان آوردم و دوباره همان سؤال را پرسیدم و حضرت دوباره همان جواب را تکرار فرمودند. من به حضرت گفتم: ماهی را که برایتان آوردم! حضرت هم خندیدند و فرمودند: اشکالی

۱- و خودکشی نکنید! خداوند نسبت به شما مهربان است. (نساء/۲۹).

۲- ربیثا نوعی ماهی کوچک دارای پولک‌های ظریف است که در مناطق گرمسیری، آن را ماهی اشته خوانند (دهخدا).

ندارد» (مجلسی، ٦٢/ ٢١١؛ حر عاملی، ٢٤/ ١٤١- ١٤٢) (برای مصادیق بیشتر ر.ک: همان، ١٦/ ٣٧٦ - ٣٧٧).

خنده امام و نفی بأس توسط ایشان،[1] دلیل جواز اکل این نوع ماهی است.

٣- «از عایشه نقل شده که گفت: ما همراه پیامبر [از مدینه] به سمت مکه خارج می‌شدیم. نوعی عطر خوشبو را قبل از احرام به پیشانی‌هایمان زدیم؛ هر گاه یکی از ما عرق می‌کرد، بر روی صورتش جاری می‌شد. پس پیامبر آن را می‌دید و نهی نمی‌نمود» (ابوداود، ١/ ٤١١).

بر اساس مفاد این روایت، سکوت و نهی ننمودن پیامبر، دلالت می‌کند بر اینکه بوی خوش باقی‌مانده بر لباس، قبل از احرام، مشکلی برای پوشیدن آن لباس بعد از احرام ایجاد نمی‌کند (عظیم‌آبادی، ٥/ ١٩٤).

در اینجا می‌توان گفت سکوت پیامبر حداقل، دلالت بر جواز فعل می‌کند؛ زیرا وی بر باطل سکوت نمی‌کند.[2]

دلالت بر صحت:

١- از عبدالله بن ابی‌اوفی نقل شده که گفت: «ما به طریقه مردم شام[3] در گندم و جو و روغن، در کیل معلوم تا زمان معین، معامله سلف انجام می‌دادیم. به وی گفته شد: آیا با کسی‌که مال سلم در نزد او بود چنین می‌کردید؟ گفت: از آنان در این باره نمی‌پرسیدیم» (بخاری، ٣/ ٤٤).

ابن‌حجر از جمهور علما نقل کرده که: مراد از عبارت «از آنان در این باره نمی‌پرسیدیم»، استفاده حکم، از عدم استفصال[4] است و تقریر رسول الله دلالت بر جواز و صحت بیع سلم در چیزی که در وقت معامله موجود نیست، می‌کند (ابن‌حجر عسقلانی، ٤/ ٣٥٦- ٣٥٧؛ عظیم‌آبادی، ٩/ ٢٥٢؛ شوکانی، نیل الاوطار، ٥/ ٣٤٥).

٢- «سلیمان بن خالد از امام صادق نقل کرده که: امام علی در باره سه نفر که با زنی در طهر واحد مجامعت نمودند (مربوط به دوران جاهلیت قبل از ظهور اسلام)، چنین عمل فرمود: بین آن سه نفر، قرعه

---

١ - همانگونه که فقها نیز در مواردی بعد از استناد به احادیثی که در بردارنده تعبیر «لا بأس» بوده، اشاره به تقریر معصوم (ع) نموده‌اند: [اصفهانی (مجلسی اول)، ١/ ٣٨٢؛ میلانی، ٢/ ١٦٤-١٦٥؛ سبزواری، ١٦/ ٧٩-٨٠].

٢ - البته به نظر می‌رسد این موارد تماماً از نوع اباحه به معنای اعم باشند؛ اما اینکه حکم آن عمل، کدام یک از چهار حکم تکلیفی دیگر باشد، باید به سایر ادله مراجعه شود؛ کما اینکه خود علامه در مورد مثال اول، با توجه به ادله‌ای که از چنین عملی منع کرده‌اند، وجه جمع بین این دو دسته ادله را حکم به کراهت امام شدن شخص متیمم برای شخص متوضی دانسته است. (علامه حلی، منتهی المطلب فی تحقیق المذهب، ١/ ٣٧٣). اساساً به نظر می‌رسد اثبات اباحه به معنای اخص با تقریر، ممکن نباشد؛ زیرا اثبات این معنای اباحه یا با تصریح صورت می‌گیرد (که از ویژگی‌های سنت قولی است) و یا با نفی چهار حکم تکلیفی دیگر که این نیز از سنت تقریری به تنهایی بر نمی‌آید.

٣ - نبیط اهل شام، قومی از اعراب بودند که داخل عجم و روم شدند و انسابشان مختلط گردیده و زبانشان از فصاحت خارج شد. (ابن‌حجر عسقلانی، ٤/ ٣٥٦).

٤ - عدم ذکر صورت‌های مختلف یک مسئله هنگام بیان حکم.

انداخت و فرزند را به کسی داد که قرعه به نام او افتاده بود؛ و دو سوم دیه را برای دو نفر دیگر، بر عهده او قرار داد. پس پیامبر خندیدند به گونه‌ای که دندان‌هایشان پدیدار گشت و فرمودند: در این باره چیزی جز آنچه علی قضاوت نمود، نمی‌دانم» (حر عاملی، ۲۱/ ۱۷۱؛ ابن‌حنبل، ٤/ ۳۷۳).

گرچه فعل امام علی به جهت عصمت و امامت، به تنهایی برخوردار از حجیت است، ولی در این مسئله می‌توان به تقریر پیامبر نیز، استناد نمود.

نتیجه‌گیری

رابطه تقریر با سکوت، عموم و خصوص من وجه است؛ یعنی هر سکوتی، تقریر نبوده و هر تقریری الزاماً با سکوت محقق نمی‌شود.

گونه‌های دیگر تقریر، غیر از سکوت نیز بر اثبات احکام شرعی دلالت دارند.

تمامی احکام شرعی اعم از تکلیفی و وضعی در صورتی‌که مقرّ به، قرار گیرند، از تقریر، قابل استفاده می‌باشند.

منابع

قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی.

ابن همام، محمد بن عبدالواحد، ***التقریر و التحبیر***، محمد بن محمد ابن امیرحاج، بیروت، دار الفکر، ١٤١٧ ق.

ابن‌ابی‌الحدید، عبدالحمید بن هبةالله، ***شرح نهج البلاغه***، بی‌جا، دار إحیاء الکتب العربیة، عیسی البابی الحلبی و شرکاه، چاپ اول، ١٩٦٢ م.

ابن‌تیمیه، احمد بن عبدالحلیم، ***المسودة فی اصول الفقه***، بی‌جا، دار الکتاب العربی، بی‌تا.

ابن‌حجر عسقلانی، احمد بن علی، ***فتح الباری بشرح صحیح الامام ابی‌عبدالله محمد بن اسماعیل البخاری***، بیروت- لبنان، دار المعرفة للطباعة و النشر، چاپ دوم، بی‌تا.

ابن‌حزم، علی بن احمد، ***الاحکام فی اصول الاحکام***، بی‌جا، زکریا علی یوسف، بی‌تا.

ابن‌حمید، احمد، ***الشرح علی شرح جلال الدین المحلی للورقات***، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

ابن‌حنبل، احمد بن محمد، ***المسند***، بیروت- لبنان، دار صادر، بی‌تا.

ابن‌سعد، محمد بن سعد، ***الطبقات الکبری***، بیروت، دار صادر، بی‌تا.

ابن‌مبارک، عبدالله بن مبارک، ***مسند عبدالله بن المبارک و یلیه کتاب آلبر و الصلة***، بیروت - لبنان، دار الکتب العلمیة، چاپ اول، ١٤١١ ق.

ابوداود، سلیمان بن اشعث، ***سنن ابی‌داود***، بیروت، دار الفکر، چاپ اول، ١٤١٠ ق.

اسنوی، عبدالرحیم بن حسن، ***نهایة السول شرح منهاج الوصول الی علم الاصول و علیه حاشیة سلم الوصول لشرح نهایة السول***، محمد بخیت مطیعی، بیروت- لبنان، دار الکتب العلمیة، چاپ اول، ١٤٢٠ ق.

اصفهانی، محمدحسین، ***الفصول الغرویة فی اصول الفقهیة***، قم، دار احیاء العلوم الاسلامیة، ١٤٠٤ ق.

امام الحرمین، عبدالملک بن عبدالله، ***البرهان فی أصول الفقه***، بیروت- لبنان، دار الکتب العلمیة، ١٤١٨ ق.

انصاری، مرتضی، بن‌محمد امین، ***اوثق الوسائل فی شرح الرسائل***، موسی بن جعفر تبریزی، قم، انتشارات کتبی نجفی، ١٣٦٩.

آمدی، علی بن محمد، ***الاحکام فی اصول الاحکام***، بی‌جا، المکتب الإسلامی، چاپ دوم، ١٤٠٢ ق.

بجنوردی، حسن، ***منتهی الاصول***، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

بحرانی، یوسف بن احمد، ***الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة***، بی‌جا، مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین بقم المشرفة، بی‌تا.

بخاری، محمد بن اسماعیل، ***صحیح البخاری***، بیروت، دار الفکر، ١٤٠١ ق.

بروجردی، حسین، ***جامع الاحادیث الشیعه فی احکام الشریعة***، قم، بی‌نا، ١٣٩٩ ق.

ترمذی، محمد بن عیسی، ***الجامع الصحیح و هو سنن الترمذی***، بیروت، دار الفکر، ١٤٠٣ ق.

جصاص، احمد بن علی، ***اصول الجصاص المسمی: الفصول فی الاصول***، بی‌جا، بی‌نا، ١٤٠٥ ق.

حر عاملی، محمد بن حسن، ***وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة***، بیروت- لبنان، دار احیاء التراث العربی،١٤٠٣ ق.

حکیم، محمدتقی، ***الاصول العامه للفقه المقارن***، چاپ دوم، مؤسسة آل البیت للطباعة و النشر، ١٩٧٩ م.

خضری، محمد، ***اصول الفقه***، بی‌جا، المکتبه التجاریه الکبری، چاپ ششم، ١٣٨٩ ق.

خویی، ابوالقاسم، ***مصباح الفقاهة فی المعاملات***، قم، مکتبة الداوری، چاپ اول، بی‌تا.

دارقطنی، علی بن عمر، ***سنن الدارقطنی***، بیروت- لبنان، دار الکتب العلمیة، چاپ اول، ١٤١٧ ق.

دهخدا، علی اکبر، **لغت نامه**، تهران، دانشگاه تهران، چاپ دوم، ١٣٧٧.

راشد، ایاد محمد، ***تقریرات الرسول صلی الله علیه و سلم و دلالتها علی الاحکام: دراسة مقارنة***، عمان، دار الفاروق، چاپ اول، ١٤٢٨ ق.

زرکشی، محمد بن بهادر، ***البحر المحیط فی اصول الفقه***، لبنان- بیروت، دار الکتب العلمیة، ١٤٢١ ق.

سبزواری، عبدالاعلی، ***مهذب الأحکام***، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ١٤١٣ ق.

سبکی، علی بن عبدالکافی، ***الابهاج فی شرح المنهاج علی منهاج: الوصول الی علم الاصول القاضی اللبیضاوی***، بیروت، دار الکتب العلمیة، ١٤١٦ ق.

سیوطی، عبدالرحمن بن ابی‌بکر، ***الدر المنثور فی التفسیر بالماثور***، بیروت - لبنان، دار المعرفة للطباعة و النشر، بی‌تا.

شاطبی، ابراهیم بن موسی، ***الموافقات فی اصول الشریعه***، بیروت، دار المعرفة، بی‌تا.

شافعی، محمد بن ادریس، ***الرساله***، بیروت- لبنان، المکتبة العلمیة، بی‌تا.

شمس‌الائمه سرخسی، محمد بن‌احمد، ***اصول السرخسی***، بیروت، دار الکتب العلمیة، چاپ اول، ١٤١٤ ق.

شنقیطی، محمد امین، ***مذکرة فی اصول الفقه***، مدینه منوره، مکتبة العلوم و الحکم، چاپ پنجم، ٢٠٠١ م.

شوکانی، محمد بن علی، ***ارشاد الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول***، بی‌جا، دار الکتاب العربی، چاپ اول، ١٤١٩ ق.

_____، ***نیل الاوطار: شرح منتقی الاخبار من احادیث سید الاخیار***، بیروت- لبنان، دار الجیل، ١٩٧٣ م.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ***مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام***، قم، مؤسسة المعارف الإسلامیة، چاپ اول، ١٤١٣ ق.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام***، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ دوم، بی‌تا.

صدر، محمد باقر، ***دروس فی علم الاصول***، بیروت - لبنان، دار الکتاب اللبنانی/ مکتبة المدرسة، چاپ دوم، ١٤٠٦ ق.

طباطبائی، محمد بن علی، ***مفاتیح الاصول***، بی‌جا، مؤسسه آل البیت، بی‌تا.

طوسی، محمد بن حسن، ***الاستبصار فیما اختلف من الاخبار***، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ١٣٦٣.

_____، ***تهذیب الاحکام***، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ١٣٦٤.

عبدالقادر، محمد عروسی، ***افعال الرسول صلی الله علیه و سلم و دلالتها علی الاحکام***، جده، دار المجتمع للنشر و التوزیع، چاپ دوم، ١٤١١ ق.

عطار، حسن بن محمد، ***حاشیة العطار علی شرح الجلال المحلی علی جمع الجوامع فی اصول الفقه الشافعی***، بی‌جا، دار الکتب العلمیة، بی‌تا.

عظیم‌آبادی، محمداشرف بن امیر، ***عون المعبود: شرح سنن ابی‌داود***، بیروت- لبنان، دار الکتب العلمیه، چاپ دوم، ١٤١٥ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد***، محمد بن حسن فخرالمحققین، قم، بی‌نا، ١٣٨٧ ق.

_____، ***تذکرة الفقها***، بی‌جا، منشورات المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، بی‌تا.

_____، ***منتهی المطلب فی تحقیق المذهب***، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیة، ١٤١٢ ق.

_____، ***نهایة الاحکام فی معرفة الاحکام***، مؤسسة إسماعیلیان للطباعة و النشر و التوزیع، ١٤١٠ ق.

فاروقی، حارث سلیمان، ***المعجم القانونی***، بیروت- لبنان، مکتبة لبنان، چاپ سوم، ١٩٩١ م.

فتح‌الله، احمد، ***معجم الفاظ الفقه الجعفری***، بی‌جا، بی‌نا، چاپ اول، ١٤١٥ ق.

فخر رازی، محمد بن عمر، ***تفسیر کبیر مفاتیح الغیب***، بی‌جا، بی‌نا، چاپ سوم، بی‌تا.

فوزان، عبدالله بن صالح، ***تیسیر الوصول إلی قواعد الأصول و معاقد الفصول***، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

_____، ***جمع المحصول فی شرح رسالة ابن سعدی فی الأصول***، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

_____، ***خلاصة الاصول***، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

کلینی، محمد بن یعقوب، ***الکافی***، تهران، دار الکتب الاسلامیة، چاپ پنجم، ١٣٦٣.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، ***بحار الانوار: الجامعة الدرر اخبار الائمه الاطهار***، بیروت- لبنان، مؤسسة الوفاء، چاپ دوم، ١٤٠٣ ق.

مجلسی، محمدتقی بن مقصودعلی، ***روضة المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه***، دوم، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانبور، ١٤٠٦ ق.

محاسن حسن الفضل، عبدالله، ***دراسات اصولیة فی السنة التقریریة***، ریاض، مکتبة الرشد، ١٤٢٩ ق.

محمدی، علی، ***شرح اصول فقه***، دهم، قم، دار الفکر، ١٣٨٧.

مرداوی، علی بن سلیمان، ***تحبیر شرح التحریر فی اصول الفقه الحنبلی***، اول، عربستان سعودی- ریاض، مکتبة الرشد، ١٤٢١ ق.

مسلم بن حجاج، ***صحیح مسلم***، بیروت، دار الفکر، بی‌تا.

مشکینی اردبیلی، علی، ***اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها***، پنجم، قم، نشر الهادی، ١٣٧١.

مظفر، محمدرضا، ***اصول فقه***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین بقم المقدسة، بی‌تا.

مفید، محمد بن محمد، ***المقنعه***، قم، مؤسسة النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسین بقم المشرفة، چاپ دوم، ١٤١٠ ق.

_____، ***تحریم ذبائح اهل الکتاب***، بیروت - لبنان، دار المفید للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ دوم، ١٤١٤ ق.

موسوي خوانساري، احمد، ***جامع المدارک فی شرح المختصر النافع***، تهران، مکتبه الصدوق، ١٤٠٥ ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، ***قوانین الاصول***، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

میلانی، محمدهادی حسینی، ***محاضرات فی فقه الإمامیة - کتاب الزکاة***، مشهد، مؤسسه چاپ و نشر دانشگاه فردوسی، چاپ اول، ١٣٩٥ ق.

نوری، حسین بن محمدتقی، ***مستدرک الوسایل و مستنبط المسائل***، بیروت، آل البیت لاحیاء التراث، چاپ دوم، ١٤٠٨ ق.

ولایی، عیسی، ***فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول***، تهران، نشر نی، چاپ اول، ١٣٧٤.

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۴، شمارهٔ پیاپی ۱۱۱
زمستان ۱۳۹۶، ۸۸-۶۹

بررسی تأثیر جهت نامشروع در صحت و فساد معاملات*

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی[۱]
دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج
Email: alishahi@yu.ac.ir
معصومه حمیدی
دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه یاسوج
Email: m63hamidi@yahoo.com

چکیده

یکی از مسائل مهم فقهی و حقوقی در خصوص معاملات، بحث از تأثیر جهت نامشروع در صحت یا بطلان معامله است. جهت نامشروع به علت غایی معامله‌ای گفته می‌شود که به تضییع حق الناس یا حق الله می‌انجامد. در این نوشتار تلاش شده است با جداسازی میان انواع جهات نامشروع و نیز توجه به عناوین قصدی و غیر قصدی در معاملات، طرحی کلی از جهات نامشروع ارائه شود که مصادیق مختلف آن را در بر گیرد و جایگاه انواع معاملات دارای جهت نامشروع در آن مشخص گردد. به نظر می‌رسد در معاملات دارای جهت نامشروع، تنها معاملاتی که صرفاً تضییع حق الناس را به دنبال دارند غیر نافذ و دیگر معاملات به دلیل صدق عنوان «اعانه بر اثم و عدوان» و نیز محذور «ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع» باطل هستند.

کلیدواژه‌ها: معامله، صحت، فساد، جهت نامشروع، حق الله، حق الناس

---

*. تاریخ وصول:۱۳۹۲/۰۵/۱۳؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۹۵/۱۱/۰۳.

DOI: 10.22067/jfu.v49i4.24467

۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

در معاملاتی که میان افراد صورت می‌پذیرد، همواره علتی غایی و هدفی بی‌واسطه وجود دارد که جهت معامله نامیده می‌شود. این جهات بسیار گسترده و قابل احصا نیستند و مثلاً در معامله خرید خودرو ممکن است مسافرکشی، رفت و آمدهای روزانه و یا حمل مواد مخدر، به عنوان جهت معامله لحاظ شده باشد. در یک تقسیم بندی کلی جهات معاملات می‌توانند مشروع و یا نامشروع باشند؛ جهت نامشروع به جهتی گفته می‌شود که به وسیله شرع یا قانون مورد نهی قرار گرفته باشد. حال پرسش اینست که آیا جهات نامشروع موجب بطلان معامله نیز می‌شوند یا خیر؟

قانون مدنی، در این مورد دارای ابهام است تا جایی که برخی از محققان، اصل مواد قانونی مربوط به جهت معامله را برگرفته از قانون مدنی فرانسه دانسته و فقه امامیه را در این مورد ساکت و بی‌نظر دانسته‌اند. این درحالی است که علی‌رغم برخی کاستی‌ها، مسئله جهت معاملات برای فقها مسئله‌ای ناآشنا نبوده و در لابلای مباحث مختلف فقهی می‌توان بحث‌های فراوانی را که مستقیم یا غیر مستقیم اشاره به این مسئله دارند، مشاهده کرد. در این نوشتار تلاش شده است مسئله تأثیر جهت بر صحت و فساد معاملات از دیدگاه فقها و با توجه به قواعد فقهی و اصولی مورد تحقیق قرار گرفته و نتیجه نهایی با مواد قانونی مربوط مقایسه شود. سوالاتی که این پژوهش در پی پاسخ‌گویی به آن‌ها است، عبارت‌اند از:

۱- جهت معامله به چه معنایی است و تفاوت آن با مفاهیم مشابه در چیست؟

۲- جهت نامشروع به چه معنایی است و انواع آن کدامند؟

۳- دلایل بطلان یا صحت معاملات دارای جهت نامشروع کدامند و با توجه به قواعد فقهی و اصولی کدامیک درست است؟

تعریف جهت

«جهت» از نظر لغوی به معنای روی کردن است و معنای آن عبارت است از موضع و محلی که به سمت آن حرکت می‌شود یا مورد قصد و توجه قرار می‌گیرد (ابن فارس، ٦/ ٨٨؛ ابن منظور، ١٣/ ٥٥٦؛ طریحی، ٦/ ٣٦٥). تعریف اصطلاحی «جهت معامله» نیز که توسط فقها و حقوقدانان معاصر بیان شده نزدیک به همین معناست و در بیان آنان جهت به عنوان داعی و انگیزه‌ای است که موجب انجام معامله می‌شود و به هدف بی‌واسطه معامله نیز تعریف شده است (موسوی بجنوردی، ٢/ ٢٦٥؛ امامی، ١/ ٢١٥). برای روشن شدن موضوع نیاز است که مفاهیم مشابه با جهت تعریف شده و وجه تفاوت آن‌ها با آن مشخص گردد. در معاملات صحیح سه عنصر باطنی و مربوط به نیت متعاملین وجود دارند که عبارت

است از:

الف) قصد: قصد از امور قلبی و از ارکان معاملات است؛ بدین معنا که طرفین عقد باید ماهیت عقد را به گونه جدی قصد کنند؛ مثلاً در عقد بیع، بایع و مشتری باید تملیک متقابل مبیع و ثمن را اراده کنند؛ در غیر اینصورت عقد باطل خواهد بود. بنابراین عقودی که از دیوانگان (مجانین)، افراد مست و هازل و... صادر می‌شوند، صحیح نیستند. (مراغی، ۲/ ٤٨؛ بجنوردی، ۳/ ۱۳۳).

ب) علت معامله: «علت معامله» یک امر مادی و نسبتاً ثابت در عقود است و با ماهیت عقد رابطه مستقیم دارد. مثلاً در عقد بیع علت معامله از سوی بایع به دست آوردن ثمن و از سوی مشتری تصاحب مبیع است (امامی، ۱/ ۲۲۲). به طور کلی در عقود مغابنی نوعاً هدف متعاملین کسب سود است و از همین روست که علم به عوضین در آن‌ها شرط می‌باشد. بر خلاف عقود غیر مغابنی که در آن‌ها علم اجمالی نیز کافی شمرده شده و غرر نیز در آن‌ها راه دارد (شهید ثانی، ٤/ ۱۱۵؛ طاهری، ٤/ ٥١٦؛ سؤال و جواب، ۲۳۵). این تقسیم بندی که در کتب فقهی به آن اشاره شده حاکی از توجه فقیهان به مسئله علت معاملات است؛ چرا که تفاوت بارز این دو نوع معاملات به علت معامله بر می‌گردد. از آنجا که علت معامله یک امر مادی است، معاملاتی که علت آن‌ها توجیه عقلایی و شرعی ندارد سفاهتی دانسته شده‌اند. هم‌چنین فردی که عادتاً علت معاملاتش توجیه عقلایی ندارد و مثلاً کالای گران‌بها را به بهای بسیار اندک می‌فروشد و علم به متضرر شدن خود ندارد، سفیه و معاملات او غیر نافذ است (صدر، ۸/ ٥٠٥؛ امامی، ٥/ ۲٥٧). آنچه در حقوق کلاسیک فرانسه به عنوان جهت تعریف شده تقریباً مطابق با «علت معامله» است (صفایی، ٤٩).

ج) جهت معامله: جهت معامله امری معنوی و تصوری است که موجب اقدام نمودن متعاملین به منعقد نمودن معامله است؛ یعنی هر یک از متعاملین قبل از معامله هدفی را در ذهن تصور کرده و برای نیل به آن معامله را انجام می‌دهند. به عنوان نمونه هر گاه کسی خانه خود را بفروشد تا قرضش را ادا کند، جهت معامله او ادای دین است. (امامی، ۱/ ۲۱۵). جهت معامله -بر خلاف علت آن- مسئله‌ای شخصی است و با نوع معاملات رابطه‌ای ندارد؛ مثلاً در عقد بیع جهت معامله از سوی بایع می‌تواند اضرار به طلبکاران، تادیه دیون، کمک به مؤسسات خیریه و دیگر جهات باشد، در حالی‌که علت معامله از سوی بایع به دست آوردن ثمن است. مباحثی مانند معامله و وقف به قصد اضرار به طلبکاران، معاملات مریض مشرف به موت به قصد ضرر زدن به وراث، معامله با قاضی به قصد تأثیر گذاشتن بر حکم او، اجاره دادن ساختمان به قصد تأسیس قمارخانه، فروش انگور به قصد تبدیل شدن به شراب، وقف نمودن بر گناهکاران به عنوان گناهکار بودن و... در کتب فقهی اشاره به این معنا دارند. این معنا از جهت با آنچه در حقوق فرانسه به

عنوان داعی تعریف شده مطابقت دارد (صفایی، ۵۹).

در کتب فقهی مسئله جهت،، ذیل عناوینی همچون «اباحه منافع» و «المقصود بالمحرم» مورد بحث قرار گرفته و گاه نیز از خود واژه جهت استفاده شده است (انصاری، ۲/ ۲۵۵؛ محقق سبزواری، ۱/ ٦٥٧؛ رهپیک، ۷۱). البته در کلام فقها، گاه نتیجه‌ای که نوعاً از برخی معاملات حاصل می‌شود به عنوان جهت آن معامله معرفی شده‌اند؛ مثلاً در بحث فروش اسلحه به دشمنان دین، جهت نامشروع این معامله عبارت است از تقویت دشمنان دین علیه مسلمانان؛ خواه این نتیجه قصد شده باشد یا نه. بنابراین در نگاه فقیهان شیعه، جهت به عنوان انگیزه متعاملین و یا نتیجه قطعی معامله مورد بحث قرار گرفته است (محقق حلی، ۲/ ۳).

همان‌گونه که بیان شد، جهت معاملات در معنای ذکر شده می‌تواند امری حلال یا حرام باشد. در نوشته‌های حقوقی عبارت جهت نامشروع، به جهت‌های مخالف شرع، مخالف قانون و مخالف نظم عمومی اشاره دارد (گلستانی، ۵۷). از آنجا که مخالفت با قانون کشور اسلامی و اختلال در نظم عمومی نیز مخالف با شرع هستند، عملاً تفاوتی میان جهت حرام و جهت نامشروع به معنای یاد شده وجود ندارد. حال پرسش اینجاست که آیا جهت نامشروع می‌تواند منجر به بطلان معامله شود؟

دسته‌بندی جهات نامشروع

از آنجا که در کتب فقهی همه مباحث مربوط به جهت نامشروع تحت یک باب خاص مطرح نشده برای بررسی دقیق آن‌ها لازم است ابتدا این مباحث گردآوری و سپس دسته‌بندی شوند. مواردی را که در بیان فقیهان به عنوان جهت نامشروع بیان شده از نظر موضوع می‌توان چهار دسته دانست:

الف) جهات نامشروعی که مربوط به مسائل حق الله می‌شوند؛ مانند فروش انگور به جهت تبدیل شدن به شراب، فروش آلات موسیق به جهت استفاده در آهنگ‌های حرام (ابن زهره، ۲۸۵).

ب) جهات نامشروعی که مربوط به حق الناس هستند و دلیل حرمت آن‌ها تضییع حق دیگران است؛ مانند وقف نمودن به جهت اضرار به دیان، فروش دارایی به جهت معسر شدن و و عدم توانایی در پرداخت بدهی، تصرفات مریض در شرف مرگ به جهت اضرار به ورثه و... (شهید ثانی، ٤/ ١٠٦؛ نراقی، ۱۱۹؛ ایزدی فرد، ۳۲).

ج) جهات نامشروعی که مرکب از حق الله و حق الناس هستند؛ مانند فروش اسلحه به دشمنان اسلام، معاملات با قضات به جهت تأثیر گذاری در رأی آن‌ها که از جهتی تضییع حق طرف دیگر دعوا و از جهتی در حکم رشوه‌اند (نجفی، ٤٠/ ٣١؛ آشتیانی، ۱/ ۱۳۳).

د) جهات نامشروعی که افزون بر دارا بودن وجه حق اللهی یا حق الناسی، مربوط به نظم عمومی جامعه نیز می‌شود؛ مانند اجاره دادن محلی به منظور ایجاد قمارخانه یا مراکز فساد و ایجاد باندهای سرقت، فروش کالاهای کمیاب به محتکران (ترحینی عاملی، ۵/ ٤٢٢).

همچنین جهات نامشروع را می‌توان از نظر قصدی یا غیر قصدی بودن نیز طبقه‌بندی نمود:

جهات نامشروع غیرقصدی: جهاتی که نوعاً موجب مفسده‌اند؛ چه آن مفسده قصد شود یا نشود؛ مانند فروش سلاح به دشمنان اسلام، معاملات محاباتی میت مشرف به موت، معامله با قضات در حال رسیدگی به پرونده فرد معامله کننده. در این گونه معاملات برای احراز جهت نامشروع نیاز به دلیل خاصی نیست؛ بلکه خلاف آن نیاز به دلیل دارد.

درباره معاملات واقع بر کالاهایی که هیچ استفاده حلالی ندارند (مانند فروش آلات قمار) اختلاف شده که آیا بطلان این معاملات به دلیل جهت نامشروع است یا به دلیل مالیت نداشتن موضوع معامله. در صورتی که نامشروع بودن جهت این معاملات پذیرفته شود، جهت یاد شده «نامشروع غیر قصدی» خواهد بود؛ چرا که نوعاً این معاملات موجب مفسده و ارتکاب حرام خواهند بود. در ادامه به این پرسش پرداخته خواهد شد.

جهات نامشروع قصدی: جهاتی که نوعاً موجب مفسده نیستند و با ضمیمه شدن قصد، نامشروع می‌شوند؛ مانند وقف ساختمان بر شاربان خمر که اگر منظور واقف، کمک نمودن آنان بر گناه باشد جهت این وقف نامشروع است و اگر منظور او دور نگهداشتن این مجرمان از محیط‌های جرم‌زا و تشویق نمودن آنان به ترک شرب خمر باشد، وقف مذکور صحیح خواهد بود. وقف بر اهل کتاب نیز همین حکم را دارد (شهید ثانی، ۳/ ۱۸۰). همچنین تمام معاملات واقع بر وسایلی که استفاده حلال و حرام دارند، اگر به قصد استفاده حرام باشند از همین سنخ‌اند.

در مورد برخی مصادیق جهات نامشروع مانند فروش انگور به کسی که از آن شراب خواهد ساخت، اختلاف شده است که آیا قصد فروشنده انگور در تحقق جهت نامشروع دخیل هست یا نه؛ در واقع این اختلاف نظر بازگشت به این مسئله دارد که آیا فروش انگور به سازنده شراب از جهات نامشروع قصدی است یا غیر قصدی (محقق سبزواری، ۱/ ٦٥٧؛ بحرانی، ۲۱/ ٥٥٢). هر چند برخی فقها مسئله مذکور را با این عنوان که آیا قصد در تحقق اعانه بر اثم دخیل هست یا نه، مطرح نموده‌اند. اما این سؤال بدون توجه به تقسیم بندی گفته شده پاسخ دقیقی نخواهد داشت (منتظری، ۲/ ۲٤۳؛ بجنوردی، ۱/ ۳٦۸). حتی در بیان این دسته از فقیهان نیز می‌توان مشاهده کرد که آنان فروش سلاح به اعداء دین و نیز معاملات طرفین دعوا با قاضی را باطل دانسته‌اند (همان، ۱/ ۳۷۰). چه فروشنده قصد شکست خوردن مسلمانان یا تأثیر بر

رأی قاضی را داشته باشد چه نداشته باشد. بنابراین در ذهن آنان نیز تفکیک یاد شده وجـود داشـته اگـر چـه صراحتاً به آن اشاره نداشته‌اند. حال باید دید تأثیر هر یک از این جهات بر معاملات چیست؟

الف) تأثیر جهت نامشروع منجر به تضییع حق الناس بر معاملات

گفته شد که یکی از انواع جهات نامشروع موردی است که قصد متعاملین یا یکی از آن‌ها تضـییع حـق دیگران است. به عنوان نمونه کسی که دین مؤجلی به گردن اوست، اگر قبل از سر رسیدن زمان ادای دین بـه منظور مفلس شدن تمام دارایی خود را به فرزندان خود انتقال دهد، جهت معامله او نامشروع و از نوع حـق الناسی است. همچنین است معاملاتی که برای فرار از مالیات و مانند آن به نحو صـوری انجـام می‌پـذیرد. همچنین اگر کسی مغازه خود را که در یک مجتمع تجاری مربوط به صـنف کتابفروشـان واقـع شـده بـرای ایجاد مزاحمت نسبت به سایر فروشندگان، به یک آهنگر یا مکانیک و مانند آن اجاره دهد، جهت معامله او از همین نوع است. به طور کلی می‌توان معاملاتی را که جهت آن‌ها تضییع حق الناس دانسته شـده بـه سـه دسته تقسیم کرد:

۱) مواردی که اختلاف نظر در آن‌ها صغروی و وجود حق دیگران در آن مشـکوک اسـت، بـرای صـدق عنوان تضییع حق الناس، نخست باید حقی برای دیگران ثابت باشد وگرنه نمی‌توان به موجب قاعده بطـلان معاملات دارای جهت نامشروع، برای آن موضوع سازی کرد. مثلاً هر گاه شک شود که آیا ورثه قبل از مـرگ مورث، دارای حقی در اموال او هستند یا نه، نمی‌توان معاملات محاباتی او را در مرض مشرف به مـوت بـه موجب جهت نامشروع، غیر نافذ دانست. همچنین است هرگاه شک شود که آیا طلبکـاران قبـل از رسـیدن زمان باز پرداخت دیون نسبت به دارایی بدهکار دارای حقی هستند یا ندارند.

اختلاف نظری که میان فقیهان در مورد نافذ بودن معاملات محاباتی و منجـز بـدهکار وجـود دارد بـه همین مسئله باز می‌گردد (شهید ثانی، ٥/ ٣٦؛ یزدی، ۲۱۰؛ گلستانی، ٦٢). در مورد چنین معاملاتی هرگاه از ادله فقهی دلیلی بر وجود حقی برای دیگران ثابت نشد یا وجود حق، مشکوک باقی ماند بـه دلیـل قاعـده سلطنت و اصل صحت حکم بر صحیح بودن آن‌ها می‌شود. البته این بحث منصرف از مـواردی اسـت کـه درباره آن‌ها دلیل خاصی نظیر روایت وارد شده باشد.

۲) مواردی که سلطنت مالک بوسیله دلیل دیگری تخصیص خورده است: گاه سلطنت مالک بر امـوال خود بوسیله دلیل دیگری تخصیص خورده و محدود شده است؛ مانند سلطنت مفلس بر اموال خـود و نیـز سلطنت راهن بر عین مرهونه (شهید ثانی، ٤/ ١٠١). در چنین مواردی معـاملاتی کـه بـر ایـن امـوال واقـع می‌شوند، دخالت در حق دیگری و تابع احکام معاملات فضولی خواهد بود (علامه حلی، ١١/ ٤٠٠). چـه قصد متعامل تضییع حق دیگری باشد چه نباشد. چرا که تضییع حـق دیگـران از عنـاوین قصـدی نیسـت و

چنین معاملاتی نوعاً در جهت تضور به طلبکاران و مرتهن است. همچنان که کسانی که بـه بـرای ورثـه در اموال مورث مشرف به موت حقی قائل هستند، معاملات زائد بر ثلث او را فضـولی و نیازمنـد تنفیـذ ورثـه دانسته‌اند (شهید ثانی، ٤/ ١٠٦). حکم این دسته از معاملات نیز غیر اختلافی و مورد اتفاق اسـت و علـت برخی اختلاف نظرها به نزاع صغروی وجود مخصص برای سلطنت مالک باز می‌گردد نه اصل مسئله.

۳) مواردی که سلطنت مالک بوسیله دلیل حاکم محدود شده است: هرگاه دلیلی بر سلطنت مالـک بـر اموالش حکومت داشته باشد و مالک معامله‌ای بر آن مال انجام دهد که منافی با دلیل حاکم باشـد، چنـین معامله‌ای صحیح نخواهد بود. این مسئله عموماً ذیل بحث حکومـت قاعـده لاضـرر بـر قواعـد اولیـه، بـه خصوص قاعده تسلیط- مطرح می‌شود که به موجب آن مالک حق ندارد با اسـتناد بـه سـلطه بـر امـوالش، تصرفاتی را انجام دهد که نسبت به دیگران ضرری باشد (بجنوردی، ١/ ٢٤٢؛ مکارم شیرازی، ١/ ٩٤). چـه این ضرر رساندن بوسیله خود مالک انجام شود و چه در قالب عقود صورت پذیرد. پس همانگونه که مالک حق ندارد با گود برداری غیر اصولی در زمین خود زمینه تخریب ساختمان‌های مجاور را فراهم کنـد، حـق ندارد که چنین کاری را به موجب عقودی نظیر اجاره اشخاص، جعاله، صلح و... به دیگران واگـذار کنـد و چنین عقودی غیر نافذ هستند؛ همچنین است در مواردی کـه مـثلاً فـردی مغـازه خـود را در یـک مجتمـع فرهنگی برای کارهایی نظیر آهنگری و مانند آن اجاره دهد یا با ساخت ساختمان چند طبقه حریم خانه‌های مجاور را مورد تعرض قرار دهد (طاهری، ١/ ١٩٨). بلکه از آنجا که قاعده تسـلیط امـری عقلایـی اسـت و عقلا در چنین مواردی تصرفات مالک را جایز نمی‌دانند چنـین عقـودی غیـر نافـذ خواهنـد بـود (موسـوی بجنوردی، ١/ ١٥٦). در این موارد نیز تفاوت ندارد که متعاملین اضرار به دیگران را قصد کرده باشند یا خیر؛ چرا که اضرار از عناوین غیر قصدی است. نهایت امر اینکه اگر متعاملین چنین غـایتی را بـه عنـوان جهـت معامله قصد کرده باشند جهت نامشروع معامله قطعی خواهد بود و اگر آن را قصد نکرده باشند از آنجا کـه جهت چنین معاملاتی نوعاً نامشروع است و در اینگونه موارد احراز جهت نامشروع شخصی لزومی ندارد، حکم به نامشروع بودن جهت معامله خواهد شد.

در قوانین فعلی نیز حکومت قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط پذیرفته شده و حقوقدانان منشـاء مـاده ۱۳۲ قانون مدنی را که بیان می‌دارند: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضور همسایه شود، مگر تصرفی که به مقدار متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد»، برگرفتـه از همـین مسـئله می‌دانند (طاهری، ١/ ١٩٨). البته در این خصـوص اخـتلاف نظرهـایی نیـز وجـود دارد؛ ماننـد اینکـه اگـر تصرفات مالکانه موجب ضرر دیدن دیگران شود و در عین حال عدم تصرف نیز موجب متضرر شدن مالک گردد، حکم مسئله چیست؟ این مسئله، مسئله دامنه دار و مفصلی است اما به طـور کلـی می‌تـوان گفـت:

هرگاه مالک به موجب معامله‌ای در اموال خود تصرفی غیر ضروری نماید که منجر به تضرر دیگران شود، این تصرف غیر نافذ خواهد بود. هرچند این بحث به طور کامل و منقح در کتب فقهی متاخران مورد بحث قرار گرفته، ولی در کتب فقهی متقدمان نیز می‌توان قرائنی بر پذیرش این سخن پیدا کرد. به عنوان مثال مالک حیوان اگرچه مالک منافع آن نیز هست، ولی حق فروش شیر حیوان را در فرضی که موجب ضرر دیدن به بچه حیوان شود، ندارد (شهید ثانی، ۳/ ۲۰۳).

در جمع بندی ازحکم معاملات دارای جهت نامشروعی که به تضییع حق الناس می‌انجامد، می‌توان گفت: عموم این گونه از معاملات از دو جهت غیر نافذند:

۱. به جهت این که تصوف در حق دیگران است، لذا عقد غیر لازم است. ۲. به موجب قاعده لاضرر، لزوم چنین معاملاتی نفی شده است؛ معاملاتی که به انگیزه اضرار بر غیر صورت می‌گیرد، مشمول حکم تحریمی نیز است. طبق مبنای شیخ الشریعه در باب قاعده لاضرر، هرحکمی مانند بیع غبنی در معاملات که مستلزم ضرر می‌باشند، نفی شده است. در باب خیارات به اقتضای عرف معاملات، شرط ضمنی در بیع، اگر مشتری عبدی را با شرط وصف مهارت نویسندگی بخرد؛ التزام مشروط به کتابت در ضمن عقد، در واقع التزام به ذات عقد بیع است. لذا عرف - صرف نظر از حکم شرع- در صورت فقدان شرط سلامت مبیع، حکم به خیار می‌کند و شارع نیز همین روش عرفی را امضا نموده است؛ عموم «أوفوا بالعقود» نیز صلاحیت ردع حکم به خیار را ندارد، زیرا عموم آن بر مبنای اصل لزوم عقدی است که ملتزم به خصوصیات و شروط عرفی و عقلایی مذکور است و گرنه اقدام بر عقود فاقد شرط، غرض عقلایی ندارد و اقدام و تصرف بر طبق چنین عقدی حرام و موجب ضمان است (شیخ الشریعة اصفهانی، ۲۵-۳۱).

ب) معاملات مربوط به حق الله و دارای جهت نامشروع

گاهی انگیزه متعاملین از معامله وقوع امری حرام است و یا اینکه چنین معامله‌ای نوعاً به ارتکاب حرام می‌انجامد؛ مانند فروش انگور به قصد تبدیل شدن به شراب و فروش ادوات موسیقی غنا. در چنین مواردی اختلاف شده است که آیا معاملات مذکور باطل‌اند یا تنها حکم تکلیفی حرمت بر آن‌ها بار شده و معاملات صحیح هستند؟

نخست باید توجه داشت که معاملات یاد شده به سه صورت می‌توانند محقق شوند:

الف) نیت و انگیزه طرفین معامله وقوع امری حرام است؛ مانند اینکه فردی ساختمانی را بر شاربان خمر، به عنوان شاربان خمر، وقف کند و آنان نیز به منظور شرب خمر این وقف را قبول کنند.

ب) یکی از طرفین عقد نیت نامشروعی داشته و دیگری نیز با علم به آن هدف اقدام به معامله نماید، اما قصدش وقوع آن امر نباشد؛ مثلاً هدف خریدار از خرید انگور تبدیل آن به شراب باشد و بایع نیز به این

مسئله آگاهی دارد اما قصدش از معامله وقوع این امر حرام نیست.

ج) معاملاتی که نوعاً موجب ارتکاب حرام خواهند بود؛ چه فروشنده و خریدار آن را قصد کنند یا نکنند. مانند فروش فیلم‌های غیر اخلاقی، فروش ادوات شنود مکالمات تلفنی، فروش وسایل مخصوص ریش تراشی و...

اکثریت قریب به اتفاق فقهای شیعه چنین معاملاتی را حرام و باطل دانسته‌اند. حال باید دید ادله مبطل بودن چنین جهاتی در معاملات چیست و آیا هر سه دسته را فرا می‌گیرد یا خیر؟

دلیل اول: حرمت اعانه بر اثم و عدوان[1]

نخستین دلیلی که قائلان بر بطلان معاملات دارای جهت نامشروع (مربوط به حق الله) ذکر نموده‌اند، استناد به قاعده حرمت اعانه بر اثم و عدوان است (علامه حلی، ١٦/ ٢٤٤؛ مقدس اردبیلی، ١٠/ ٥٤؛ منتظری، ٢/ ٢٢٩). بدین معنا که انجام چنین معاملاتی، مقدمه و از علل ناقصه وقوع امر حرام بوده و خود نیز منهی عنه و حرام‌اند. اگرچه برخی محققان، مصداق بودن چنین معاملاتی را برای عنوان اعانه بر اثم و عدوان- با توجه به آیه مربوطه- مورد تردید قرار داده‌اند، اما باید توجه داشت که اعانه بر اثم امری عرفی و عقلایی است و نمی‌توان با جمود بر الفاظ، مصادیق آن را تعیین نمود (فاضل لنکرانی، ٤٥٧). به علاوه دلیل «حرمت اعانه بر اثم و عدوان» نیز دلیل عقلی است و آیه مربوطه ارشاد به حکم عقل است (منتظری، ٢/ ٢٣٧). بنابراین حرام بودن این معاملات قطعی است اما آیا این حرمت موجب بطلان عقد نیز می‌شود؟ شاید گفته شود که نهی در معاملات و حرمت آن‌ها موجب بطلان نیست و این امر اختصاص به عبادات دارد. اما باید توجه داشت که هرگاه نهی به شرایط صحت یا صلاحیت عوضین بازگشت داشته باشد، مقتضی فساد معامله است. به ویژه آنکه در برخی روایات اجرت چنین معاملاتی حرام دانسته شده و این مسئله جز معنای بطلان عقد معنای دیگری نخواهد داشت (مقدس اردبیلی، ١٠/ ٥٦؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ٢١/ ٥٥٢).

اگر این دلیل پذیرفته شود مسلماً مورد اول و سوم از مصادیق سه گانه گفته شده را در بر می‌گیرد. اما نسبت به مصداق دوم (که فرد علم به وقوع امر حرام دارد اما قصد و نیت آن را ندارد) تردید شده و برخی روایات چنین معاملاتی را اجازه داده‌اند (حر عاملی، ١٧/ ١٧٤). کسانی که چنین معاملاتی را جایز ندانسته‌اند بر صدق عنوان اعانه بر اثم و عدوان بر این معاملات پای فشرده و روایات را توجیه و تأویل نموده‌اند (فیض کاشانی، ٣/ ١٠٦؛ محقق کرکی، ١٩/ ٤٢٥؛ بحرانی، الأنوار اللوامع، ١٢/ ١٤٣).

---

١ - فاضل لنکرانی، ٤٥٧؛ محقق داماد، ٤/ ١٧١؛ مراغی، ١/ ٥٦٣.

اشکال بر عنوان اعانت مقتضی فساد عقد

استفاده حکم وضعی (فساد معامله) از آیه ۲ سوره مائدة مورد مخالفت‌های بسیاری واقع شـده اسـت؛ محقق ثانی در حاشیه بر ارشاد می‌نویسد: اگر صدق اعانت بر اثم (بیع چیزی را که می‌دانیم به طور عـادی وسیله رسیدن به حرام می‌گردد)، صحیح باشد باید بیشتر معاملات مردم را باطل بدانیم و در صورت شـک در اصل جواز و منع چنین بیعی، اصل بر اباحه است. جماعتی از فقهای متأخر با مرحوم محقـق در اعتبـار قصد در مفهوم اعانت موافق می‌باشند. بنابراین صدق اعانت بر بیع عنبی که از آن شراب درست می‌کنند، یا چوبی را که از آن بطور معمول بت می‌سازند؛ چون در بیع قصد حرام نکرده است، طبـق اخبـار صـحیح و فتوای اکثر فقها بر جواز بیع است (انصاری، ۱/ ۱۳۵-۱۳۹)

از نگاه محقق یزدی صدق عرفی اعانت کفایت می‌کند و علم ما بـر مـورد کـاربرد و اسـتفاده از غایـت معامله در حکم اعانت است، هرچند قصد نکرده باشیم؛ لذا اگر کسی را به داخـل آتـش بیندازنـد علـم بـه احتراق مستلزم قصد قهری است هرچند غرض و قصد احتـراق نکـرده باشـد، بنـابراین می‌تـوان ادعـا کـرد «اعانت بر اثم» به قصد ارتباط ندارد (یزدی، ۱/ ۱۰-۷).

مرحوم ایروانی عنوان واقعی اعانت را لازم می‌داند و در این باره می‌نویسد: بیع عنب بر کسـی کـه آن را برای ساختن خمر می‌خرد، حرام است ولی این حرمت مقتضی فساد نیست؛ زیـرا صـرف انشـای عقـد بـر عنوان اعانت منطبق نیست؛ بلکه اعانت به سبب قبض و اقباض و تسلیم مبیع حاصل است، اعم از این کـه بیع را انشا کرده باشد یا نه؛ گویا اعانت، ملازم عرفی اقباض است. بیع عنب بدون شرط مقدمه حرام (شرط تخمیر) امر حلال و مباح است، و قابلیت دارد مقدمه امر حرام باشد «ما یحرم لتحریم ما یقصـد منـه شـأنا بمعنی أنه یحتمل أن یترتب علیه غایة محرمة» (نایینی، ۱/ ۳۱). بـه اعتقـاد مرحـوم ایروانـی عنـوان واقعـی اعانت، نفس انجام و فعل مقدمات فعل غیر برای غیر است، بنابراین اگر کسی می‌داند انجام یک کار سبب وصول به اتیان و انجام کاری است، عنوان اعانت تحقق یافته است و نیـازی بـه قصـد و داعـی نیسـت (أن مفهوم الإعانة عبارة عن فعل ما یتمکن به الغیر من إیجاد ما هو مطلوبه). اگـر مـی‌دانیم فـروختن عنـب بـه ساختن خمر می‌انجامد، حرام است و طبق این قاعـده مقتضـی فسـاد در بیـع اسـت (ایروانـی، ۱/ ۳-۱۶؛ نایینی، ۱/ ۲۷).

دلیل دوم: قاعده «العقود تابعه للقصود»[۲] و قاعده «شروط»[۳]

دلیل دومی که برای بطلان معاملات دارای جهت نامشروع بیان شده ترکیبـی از قاعـده «العقـود تابعـه

۲- بجنوردی، ۳/ ۱۳۳؛ مراغی، ۲/ ٤۷؛ مصطفوی، ۱۷۱.

۳- مصطفوی، ۲٦۳؛ موسوی بجنوردی، ۲/ ۳۵؛ بجنوردی، ۳/ ۲٤۷؛ مراغی، ۲/ ۲۵.

للقصود» و قاعده «المومنون عند شروطهم الا ما خالف الکتاب» است. بدین معنا کـه هرگـاه مـثلاً کسـی خانه‌ای را به دیگری اجاره دهد یا وقف کند و جهت این معامله آن باشد که خریـدار در آن محـل کارخانـه مشروب سازی بنا کند، از سویی نمی‌توان خریدار را مجاز به انجام این شرط نمود، چـرا کـه امـر حـرام بـا اشتراط تغییر ماهیت نمی‌دهد و مباح نمی‌شود. بنابراین اگر عقد مزبور صحیح باشد، ناچـار بایـد خریـدار تصرفات دیگری در آن کند که در این صورت چنین تصرفاتی مورد قصد نبوده در حالیکه عقـد تـابع قصـد است. به بیان دیگر اگر مستأجر بخواهد از منافع حلال عین مورد اجاره استفاده کند، چنین تصرفاتی بـدون اذن مالک است و اگر بخواهد تصرفات مورد اذن مالک را انجام دهد این تصرفات از سوی شارع مورد منـع قرار گرفته‌اند. بنابراین برای آن عین هیچ منفعتی باقی نمی‌مانـد تـا عقـد اجـاره نسـبت بـه آن محقـق شـود (طباطبایی، ۱۰/ ۳٦؛ نجفی، ۲۷/ ۳۰۷؛ بجنوردی، ۷/ ۱٤٦؛ محقق سبزواری، ۱/ ٦٥۷).

البته باید توجه داشت که این دلیل تنها می‌تواند دسته اول از مصادیق سه گانه را در بر بگیرد، چرا که در دو مورد دیگر اصولاً طرف عقد قصد محقق شدن امر حرام را نداشته تا گفته شود آنچـه واقـع شـده خـلاف قصد طرفین است.

از طرف دیگر ادعا شده است که این دلیل با قبول یـا عـدم قبـول مفسـدیت شـروط فاسـد پیونـد دارد. تابعیت عقد بر قصد، به معنای تبعیت در لوازم و احکام عقد است، اصل عقد محقق نمی‌شود مگر این کـه قصد انتقال ثمن و مثمن را به دنبال دارد. اقتضای عقد وقفی، حبس اصل عین و استفاده از منافع آن اسـت. قصد اولی از بیع، سلامت عین از عیب است؛ معامله مغشوش، اجاره خانه‌ای که جهـت معاملـه آن بـرای مشروب سازی است، اگر مستأجر بخواهد از منافع حلال عین مورد اجاره استفاده کند، تصـرف بـدون اذن مالک است و اگر بخواهد همراه با اذن مالک انجام دهد، از سوی شارع مورد منـع قـرار گرفته‌انـد. بنـابراین برای آن عین هیچ منفعتی باقی نمی‌ماند تا عقد اجاره نسبت به آن محقق شود (مراغی، ۲/ ٤۹-٥۳؛ کاشف الغطـاء، ۱۳؛ انصـاری، ۳/ ۱۳۸؛ طباطبـایی، ۱۰/ ۳٦؛ نجفـی، ۲۷/ ۳۰۷؛ بجنـوردی، ۷/ ۱٤٦؛ محقـق سبزواری، ۱/ ٦٥۷). البته باید توجه داشت که این دلیل تنها می‌تواند دسته اول از مصادیق سه گانه را در بـر بگیرد، چرا که در دو مورد دیگر، از طرف عاقد قصد محقق شدن امر حرام وجود نداشته تا گفته شـود آنچـه واقع شده خلاف قصد طرفین است. از طرف دیگر ادعا شده اسـت کـه ایـن دلیـل بـا قبـول یـا عـدم قبـول مفسدیت شروط فاسد پیوند دارد.

حکم شرط فاسد در عقود

شرط در عرف نوعی الزام به مفاد و نتیجه عقد است، اگر شرط شود که طلاق بدست زوجه باشد، یا در بیع مسلط بر اموال خود نباشد، و... شرط مخالف کتاب و سنت است (نراقی، ۱٤۰-۱٤٤؛ نجفی گیلانـی،

۵۲-۵۵). کسانی که اذعان دارند شرط فاسد مفسد عقد نیست، رجوع به عموم صحت بیع می‌کنند، زیرا عقد در ذات خود به دلیل عموم وجوب وفای به عقد صحیح است و ارتباطی بین وجود شرط و بیع از جهت صحت و فساد وجود ندارد و هیچ گاه فساد شرط موجب فساد مشروط نیست. اگر کسی اشکال کند که شرط در قبال جزئی از ثمن است، چگونه در این صورت فساد آن موجب فساد عقد نمی‌گردد؟ در جواب گفته شده است که در اغلب معاملات ثمن در مقابل ذات مبیع قرار می‌گیرد وجود شرط فقط موجب زیادی قیمت است ولی در مقابل اصل مال واقع نمی‌شود (شهیدی تبریزی، ۱/ ۳۲؛ مصطفوی، ۱۰۹-۱۱۱). از نظر شیخ انصاری، فساد شرط - در متن عقد یا خارج از عقد- موجب فساد عقد نیست، بلکه فساد عقد به حقیقت اکل مال به باطل در مقابل منفعت محرمه است، لذا معاوضه بر وسایل و ادوات حرام به دلیل فقدان منفعت محلله عقلائی و عدم تملک ثمن موجب فساد است. بنابراین از نظر شیخ انصاری، قول به صحت دارای قوت می‌باشد؛ زیرا عموم ادله جواز سالم از معارضه می‌باشد (انصاری، ۱/ ۱۲۵-۱۵۵ و ۳/ ۵۰-۵۱). چنان چه برخی از فقها مانند اسکافی، شیخ، قاضی، عجلی و ابن سعید و ... قائل به صحت بیع مذکور شده‌اند؛ زیرا برای شرط فاسد، غرضی در عقد بیع بر آن مترتب نیست (جمعی از پژوهشگران، ۳/ ۳۸۷). صاحب جواهر قائل به صحت بیع با شرط فاسد هستند، مگر این که جهالت در شرط موجب جهل در ثمن و مثمن گردد، در این صورت هر شرط باطلی مستلزم نفی شرطی از شرائط عقد معلوم یا وجود مانعی سبب بطلان عقد می‌گردد. اگر بدانیم شرط در عقد، صرف الزام بدون تعلیق است فساد شرط موجب فساد عقد نمی‌باشد و اگر صحت عقد بر ملکیت شرط هست در این صورت غرضی بر وجود شرط در ضمن عقد تعلق گرفته، فساد شرط مقتضی فساد عقد است (همو، ۳/ ۳۸۸).

دلیل قائلان به فساد

۱. شرط در مقابل جزئی از ثمن قرار می‌گیرد و وقتی شرط به جهت فسادش ساقط می‌شود موجب مجهول بودن عوض می‌شود. جواب از دلیل اول اینست که این دلیل دارای جواب نقضی است در مورد عقد نکاحی که شرط به منزله جزئی از صداق است که فساد عقد را در پی ندارد و رجوع به مهر المثل می‌شود. در عرف و شرع، شرط مقابل هیچ یک از ثمن و مثمن نیست، زیرا مدلول عقد همان وقوع معاوضه بین ثمن و مثمن است، سرانجام وجود شرط دخالت در زیادی و کاستی قیمت دارد. لذا در صورت فقدان شرط، مشتری با اعمال حق خیار می‌تواند عقد را فسخ و یا امضای مجانی نماید. فساد شرط موجب مجهول بودن عوض نیست، زیرا عوض در معامله ضمیمه شرط است و مجرد از شرط نمی‌باشد، لذا اگر در بیع مملوک عتقی صورت نگیرد، قائل به وجوب آرش شده‌اند و نه بطلان عقد.

۲. رضایت متعاقدین بر عقد خاصی واقع است و وقتی تراضی حاصل نشد، در واقع عقدی برقرار نشده

است لذا معاوضه بین ثمن و مثمن نیازمند به تراضی و انشای جدید است و بدون آن، تصرف اکل مال به باطل است (انصاری، ۳/ ۵۱-۵۳). در جواب به این دلیل گفته‌اند: عقد و شرط دو نوع التزام مستقل است، لذا گفته شده است شرط به نوعی التزام در التزام است. بر این اساس، فساد شرط به دلیل این که دخیل در ماهیت عقد نیست، موجب فساد عقد نمی‌گردد، شرط فاسد در محل نزاع، فساد نفسی است و این غیر از شرط فاسدی است که ناشی از غرر یا به دلیل نص خاصی است که از محل نزاع خارج است (مصطفوی، ۱٤۷). رأی مشهور فقها در باب شرط فاسد، صحت معامله است، به دلیل قاعده باب تعدد مطلوب، از جهت این که دو نوع انشا و التزام جمع شده است. آنچه باطل است، شرط فاسد است اما بر انشای اصل عقد، آثار ملکیت مترتب است؛ اینکه فقها، فتوی به فساد عقد بیع ربوی به جهت شرط فاسد داده‌اند به این جهت است که شرط طلب زیادی و هر منفعتی در قرض، موجب بطلان اصل قرض می‌شود و ربا محسوب می‌گردد (مکارم شیرازی، ۱۱۹-۱۲۲؛ همو، ۲/ ۳۷۹- ۳۸۱).

کسانی که مفسدیت چنین شروطی را پذیرفته‌اند در این موارد به طریق اولی بطلان چنین معاملاتی را خواهند پذیرفت. اما می‌توان بین دو این قضیه به تفاوت قائل بود؛ چرا که بین اجاره دادن خانه‌ای برای مثلاً تعلیم موسیقی حرام و اجاره دادن به شرط تعلیم موسیقی حرام تفاوت وجود دارد و بظه نظر می‌رسد، مورد نخست قطعاً باطل است؛ چرا که اباحه منفعت از شروط صحت چنین عقودی است و حتی قائلان به عدم مفسدیت شروط فاسد نیز بر مفسدیت شروطی که شرایط صحت معاملات را مورد خدشه قرار می‌دهند اتفاق نظر دارند (منتظری، ۲/ ۲۳۷).

دلیل سوم: عدم ملکیت منافع حرام

این دلیل در مورد عقود واقع بر کالاهای فاقد قابلیت استفاده حلال و نیز عقود دارای جهت نامشروع و واقع بر منفعت است؛ بدین بیان که منافع حرام اشیاء، در تملیک مالک آن اشیاء نیست و چیزی که به تملک در نیامده، قابل تملیک نیز نخواهد بود (بجنوردی، ۷/ ۱٤٦؛ مرعشی نجفی، ۲/ ۳۱).

در مقابل گفته شده است که این موضوع زمانی درست است که مثلاً کسی خودش را برای کار حرامی اجاره دهد و از آنجا که در چنین مواردی اجیر مالک آن منافع نیست، مستأجر نیز مالک آن‌ها نخواهد بود. اما در مواردی مانند اجاره دادن خانه برای ساخت شراب، حرمت استفاده از منفعت مربوط به فعل مستأجر است نه عین مورد اجاره و دلیل ذکر شده در اینجا کامل نیست (خویی، المستند فی شرح العروة الوثقی، ٤۳؛ همو، موسوعة الإمام الخوئی، ۳۰/ ۳۹). در جواب این استدلال گفته شده است که حرمت برخی از منافع، مستلزم نفی مالکیت از آن‌ها نیست (خلخالی، ۷۸). چنانکه اگر کسی از عین دیگری بدون اجازه او استفاده حرامی ببرد، مالک می‌تواند عوض آن منافع را بگیرد (خویی، المستند فی شرح العروة الوثقی-

الإجارة، ٤٥).

با این حال می‌توان گفت: حتی اگر مالکیت مالک بر منافع محرمه نیز پذیرفته شود، چنین منافعی قابل تملیک نیستند و در استدلال مورد بحث فرقی نمی‌کند که قائل به عدم ملکیت منافع شویم یا با وجود قابلیت تملک، قابلیت تملیک آن‌ها نفی شود. در هر دو صورت قطعاً منافع حرام به ملکیت طرف مقابل عقد در نیامده و بنابراین اصلاً عقدی صورت نپذیرفته است. با این بیان می‌توان گفت: در نهایت طرفداران هر دو نظریه بر عدم تحقق عقد اتفاق نظر دارند: اگرچه وجه این عدم تحقق را گروهی عدم تملک و گروهی دیگر عدم قابلیت تملیک دانسته‌اند. زیرا خرید و فروش مثل مردار، منفعت محلله ندارد و عموم نهی از اکل مال به باطل، شامل آن می‌شود، مگر این که منفعت غالبی داشته باشد. ملاک در جواز و منع به ترتیب، به وجود منفعت غالب محلله و غلبه حرمت محرمه بر منفعت نادر وابسته است، لذا معاوضه بر وسایل و ادوات حرام به دلیل فقدان منفعت محلله عقلائی موجب فساد عقد است (انصاری، ۱/ ۳۱- ۳۲ و ۱/ ۱۵۸-۱۲۵ و ۵/ ۲۰ و ۳/ ۵۰-۵۱). برخی دلالت آیه نهی از اکل مال به باطل را، بر جواز تصرفات می‌دانند و نه ملکیت و شناسایی سبب استحقاق مالکانه، نیازمند بیان دیگری از سوی شارع است، لذا آیه تاکید بر تجارت دارد که منشأ آن، تراضی طرفینی است که سبب حلیت تصرف است، اما دلیل بر مصداق حلیت ناشی از تملک و تملیک نیست (همدانی، ۲۹- ۳۰؛ مامقانی، ۳/ ۳٦۱؛ جزایری، ۱/ ۵۲۷). نفس تجارت ناشی از تراضی برای خروج از اکل مال به باطل، کافی است، زیرا اکل مال به باطل در عرف از نوع تجارت نیست، تجارت ناشی از تراضی مورد امضای شارع است، اما دلالت بر لزوم عقد نمی‌کند، بلکه دلالت بر عدم لزوم می‌کند. لذا با وجود غبن فاحش و تراضی از طرف متبایعین و عدم برابری ثمن و مثمن در قیمت، عقد غیر لازم است و در صورت تراضی به نفس عقد، معامله با وجود غبن در عقد صحیح و غیر لازم است (مظفر، ۲/ ۱٤۷-۱٤۸). بنابراین، آیه اکل مال به باطل، ملاک تجارت را بر اساس تراضی طرفین می‌داند اما دلالت بر اباحه عقد خاصی نمی‌کند، لذا آیه از جهت دلالت بر فساد عقد خاصی ساکت است. به نظر می‌رسد دلایل یاد شده از مهم‌ترین دلایل بطلان معاملات دارای جهت نامشروع (مربوط به حق الله) است، و توان اثبات بطلان چنین معاملاتی را دارا هستند. همچنین باید توجه داشت تمام این دلایل در مواردی که نامشروع بودن جهت مربوط به حقوق مشترک حق الله و حق الناس می‌شوند جریان دارد و روایتی که در مورد حرمت معاملات در جهت فرار از زکات بیان شده، مؤید این سخن است (حر عاملی، ۹/ ۱٦۳).

ج) معاملات دارای جهت نامشروع مربوط به حق الناس و نظم عمومی

پیش‌تر گفته شد که معاملاتی که جهت نامشروع آن‌ها به دلیل تضییع حق الناس مرتبط با اخلاق ونظم

عمومی جامعه است حکومت و دولت اسلامی به نمایندگی از جامعه در چنین مواردی تصمیم می‌گیرد و به نظر می‌رسد، اصل اولی آنست که چنین معاملاتی باطل و غیر قابل تنفیذ هستند (صفایی، ٤٨، امامی، ١/ ٢٢٧؛ موسوی بجنوردی، ٢/ ٢٦٩، ایزدی فرد، ٤٦). و ادله بطلان معاملات دارای جهت محرمه در این موارد نیز جاری خواهد بود. حبس و احتکار طعام برای افزایش قیمت - که در صورت نیاز مردم - موجب اختلال در امور معیشتی مردم می‌گردد جایز نیست، زیرا سهل انگاری در این امور از سوی امور اجرایی و حاکمیتی، موجب اختلال در نظم عمومی جامعه است (کابلی، ٢/ ١١٩؛ حر عاملی، ١/ ٣٠). و فقها اتفاق بر حرمت تحریم احتکار هر چیزی را دارند که مورد نیاز مردم است، بلکه احتکار به قصد اضرار به غیر به جهت گران شدن، هرچند مورد نیاز مردم نباشد نیز حرام است (مغنیه، ٣/ ١٤٣).

ملاک و دلیل حفظ نظام

بخشی از افعال به دلیل مستقلات و غیر مستقلات عقلی، دلالت بر حسن و قبح دارد، که بقای نوع و حفظ نظام بدون آن‌ها ممکن نیست (انصاری، ٢٤٦). اما لعب و لهو، زندگی مصرفی و اشتغال صرف خواب و تنبلی و بیکاری از جمله اموری است که هیچ گونه ثمره و آثار دنیایی برای حفظ نظام و بقای جامعه بشری ندارد. ملاک اختلال نظام اموری است که در نزد عقل، مفاسد آن اکثر از مصالحش است و هیچ‌گونه فائده و نفعی ندارد، بنابراین اولین دلیل موجبات بقا و انگیزه اختلال نظام از نگاه عقلا به ملاک‌های حسن و قبح فاعل افعال مثل احسان وحسن عدل، قبح ظلم و نافرمانی مولی بر می‌گردد، که به سبب نافرمانی استحقاق مذمت و عقاب را به دنبال دارد، لذا ظلم به نوع بشر و حقوق اجتماعی، منجر به اختلال نظام می‌گردد. از سوی دیگر عدالت، فرمانبری و اطاعت‌پذیری، موجب بقا و حفظ نظام و سازکارهای اجتماعی است (مرعشی، ٥٦؛ مازندرانی، ٥/ ٥٦؛ اصفهانی، ٣/ ١٢٠). ملاک کلی در اختلال و سامان‌مندی نظام به نحو واجب کفایی است که ترک همه امور واجب و ضروری و عدم اشتغال به آن‌ها از سوی همه مردم موجب اختلال نظام می‌گردد (بجنوردی، ٢/ ١٧٦-١٧٧). مصلحت تسهیلی در شریعت اسلامی بخشی ازمصلحت نوعی مردم است که به خاطر رعایت سهولت عمل به احکام شرعی منظور گردیده است. این نوع از مصلحت بطور عمده، در موارد رفع ضرر و حرج و توسعه قلمرو مباحات دیده می‌شود. مصلحت تسهیل، بسیاری از مصالح شخصی افراد را از بین می‌برد لکن مصالح تقویت شده به وسیله مصلحت تسهیلی جمعی جبران می‌گردد. ملاک مصلحت نوعیه در حق عالم و جاهل و اثر واقعی آن تسهیل در حق مکلف است و در این مصلحت تسهیل فرقی بین زمان حضور و غیبت امام - علیه السلام- نیست، لذا در سلوک اماره برای جاهل به حکم نوعی سهولت و آسان‌گیری و معذور بودن در مخالفت با واقع است و الزام به سلوک طرق علمی و تحصیل واقع به نحو قطع و یقین نوعی مشقت و حرج

است و در صورت رفع جهل، حکم عقل در حق مکلف امتثال واقع است. قاعده مصلحت تسهیل همانند سایر قواعد و اصول معتبره در فقه امامیه حجت ظاهری هستند، وقتی که حکم واقعی برای مکلف پنهان باشد. از جمله مصداق‌های قاعده تسهیل، قاعده مورد ابتلا و فراگیر تجاوز است (آشتیانی، ۹۰-۹۱؛ سبزواری، ٤/ ۳۳۹؛ همو، ۸/ ۲۲٤-۲۳۵). قواعدی که در فقه برای احکام ثانوی مورد استفاده قرار می‌گیرد، مبتنی بر مصلحت است مانند «تقدیم فاسد بر افسد» و «تقدیم امر اهم بر مهم». اگر اطلاق حکمی، مستلزم اختلال نظام و حرج نوعی در افراد و جماعتی بشود، چنین اختلالی را شارع جایز نمی‌داند، لذا هر حکمی که نتیجه آن به اختلال نظام می‌انجامد، به کمک ادله ثانویه استفاده می‌شود که چنین اطلاقی مورد تشریع و قانون‌گذاری شریعت نیست (بحرانی، ۱۳٤؛ عمید زنجانی، ۱۸٦-۱۸۹). دلیل و مستند اجرای اصل صحت در عمل غیر، به جهت تسهیل امر مکلف می‌باشد (بروجردی، ٤٦۲/۲). همان طوری که اگر شهادت بر اثبات دعوای سابق که مستند به اصل استصحاب است، قبول نگردد موجب عسر و حرج بزرگ و اختلال در نظام می‌گردد؛ زیرا در بسیاری از امور، مثل عدالت، ملکیت، زوجیت، رشد و... علم قطعی (بدون مستند به اصل استصحاب) حکم به بقای آن‌ها تا آن لحظه لاحق دشوار است و بی‌تردید قوام نظام بشری به قطع و فصل خصومات وابستگی تلم دارد، لذا اگر بینه مستند به استصحاب مقبول محکمه قاضی نباشد، تبعات منفی از جمله رایج شدن و فتح باب ابطال دعاوی صادقه با قسم‌های دروغ است (انصاری، ۲۷۹- ۲۸۰). عقل به طور مستقل بر ضرورت توسعه صناعات جهت رفع نیازهای مادی و معیشتی مردم را واجب می‌داند. لذا وصول به این هدف با انگیزه‌های تبرعی موجب تسهیل برای مکلف، موجب رغبت در تولید وفن آوری و شکوفایی صنعت است و بدون اخذ اجرت موجب اختلال نظام فردی و اجتماعی و ابتلای اکثریت به معصیت می‌گردد (نجفی گیلانی، ۱/ ۹۱؛ انصاری، ۲/ ۱۳۸-۱۳۹). از جمله اموری که موجب حفظ نظام می‌گردد، حکم به اعاده اعمال سابق از عبادات و معاملات است، زیرا در صورت عطف به گذشته هیچ گونه داد و ستدی پایدار و پابرجا نمی‌ماند و معقول نیست امور اجتماعی مسلمانان تعیین تکلیف نشود و خدا راضی به هرج و مرج و اختلال نظم نیست و همچنین ضرورت حکومت برای بسط عدالت و حفظ نظم و رفع سلطه اجانب می‌باشد (خمینی، ۱/ ۳۱۵؛ همو، ۲/ ٦۱۹). تصدی برای رفع مشکلات نظام اجتماعی در اولویت اول از آن ولی فقیه است که به امور حسبیه نام می‌برند (نائینی، ۲/ ۳۳۹)

نتیجه‌گیری

در بحث از معاملات دارای جهت نامشروع، عدم تفکیک میان انواع جهات و نیز میان امور قصدی و

غیر قصدی منجر به خلط مبحث و پراکندگی گفتار می‌شود. در این نوشتار چند گونه از جهات نامشروع، مشخص و پیرامون آن‌ها بحث گردید. از خلال این مباحث به خوبی پیداست که مباحث جهت معاملات در فقه شیعه دارای پیشینه طولانی است و فقها با این مفهوم آشنایی داشته‌اند. با توجه به استدل‌های ذکر شده می‌توان گفت: بطلان معاملات دارای جهت نامشروع مربوط به حق الله و نیز غیر نافذ بودن معاملات دارای جهت نامشروع مربوط به حق الناس قوت و استحکام بیشتری دارند؛ در سایر موارد نیز بطلان معاملات موجه‌تر است.

منابع

قرآن کریم.

ابن زهره، حمزه بن علي، ***غنية النزوع إلى علمى الأصول و الفروع***، در یک جلد، قم - ایران، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ١٤١٧ ق.

ابن فارس، احمد بن فارس، ***معجم مقائيس اللغة***، قم - ایران، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤٠٤ ق.

ابن منظور، محمد بن مکرم، ***لسان العرب***، بیروت - لبنان، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، چاپ سوم، ١٤١٤ ق

امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، تهران - ایران، انتشارات اسلامیة، ۱۳۹۰ ق.

انصاری، مرتضی بن محمد أمین، ***کتاب المکاسب*** (المحشی)، ۱۷ جلد، قم - ایران، مؤسسه مطبوعاتی دار الکتاب، چاپ سوم، ١٤١٠ ق.

ایزدی فرد، علی اکبر، «معامله به قصد فرار از دین»، ***مجله تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی***، زمستان ۱۳۸۹، شماره ۲۲.

آشتیانی، محمد حسن بن جعفر، ***کتاب القضاء***، انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی قدس سره، قم - ایران، چاپ اول، ١٤٢٥ ق.

آل عصفور، حسین بن محمد، ***الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع***، قم - ایران، مجمع البحوث العلمیة، چاپ اول، بی‌تا.

بجنوردی، حسن، ***القواعد الفقهية***، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ١٤١٩ ق.

بحرانی، یوسف بن احمد، ***الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة***، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤٠٥ ق.

ترحینی عاملی، محمد حسین، ***الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة***، قم - ایران، دار الفقه للطباعة و النشر، چاپ چهارم، ١٤٢٧ ق.

حو عاملی، محمد بن حسن، ***وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه***، قم - ایران، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ١٤٠٩ ق.

حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، ***العناوین الفقهیة***، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤١٧ ق.

خلخالی، محمد مهدی، ***فقه الشیعة - کتاب الإجارة***، در یک جلد، تهران - ایران، مرکز فرهنگی انتشارات منیر، چاپ اول، ١٤٢٧ ق.

خویی، ابو القاسم، ***المستند فی شرح العروة الوثقی***، بی‌تا، بی‌جا.

_____، ***موسوعة الإمام الخوئی***، قم - ایران، مؤسسة إحیاء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول، ١٤١٨ ق.

رشتی، حبیب الله بن محمد علی، ***کتاب الإجارة***، بی‌جا، بی‌نا، چاپ اول، ١٣١١ ق.

_____، ***کتاب القضاء***، دار القرآن الکریم، قم، چاپ اول، ١٤٠١ ق.

ره پیک، حسن، «واژه شناسی جهت اعمال حقوقی»، ***دیدگاه‌های حقوق قضایی***، بهار ١٣٧٥، شماره ١.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ***الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*** (المحشی - کلانتر)، قم - ایران، کتابفروشی داوری، چاپ اول، ١٤١٠ ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام***، بیروت - لبنان، دار إحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ١٤٠٤ ق

صدر، محمد، ***ما وراء الفقه***، بیروت - لبنان، دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول، ١٤٢٠ ق.

صفایی، حسین، «نظریه جهت در قراردادها»، ***نشریه حقوق***، ١٣٥١، شماره ٩.

طاهری، حبیب الله، ***حقوق مدنی***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ١٤١٨ ق.

طباطبائي کربلايي، علي بن محمدعلي، ***رياض المسائل***، قم - ايران، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ١٤١٨ ق.

طريحي، فخرالدين بن محمد، ***مجمع البحرين***، تهران - ايران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ١٤١٦ ق.

عاملی غروی، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة***، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤١٩ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***تذکرة الفقهاء***، قم - ایران، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ١٤١٤ ق.

فاضل لنکرانی، محمد، ***القواعد الفقهیة***، قم - ایران، چاپخانه مهر، چاپ اول، ١٤١٦ ق.

فیاض کابلی، محمد اسحاق، ***منهاج الصالحین***، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، ***مفاتیح الشرائع***، قم - ایران، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ١٢٣٥ ق.

کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر، ***أنوار الفقاهة - کتاب الوقف***، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف اشرف، چاپ اول، ١٤٢٢ ق

گلستانی، اسماعیل، «مشروعیت جهت معامله و منجزات مریض»، ***مجله کانون وکلا***، شماره ۱۱۹، بهار ۱۳۵۱، ص ٥٥-٦٨.

مازندراني، محمد هادي بن محمد صالح، ***شرح الكافي***، المكتبة الإسلامية، تهران، چاپ اول، ١٣٨٢ ق.

مامقانی، عبد الله، ***غاية الآمال فی شرح كتاب المكاسب***، مجمع الذخائر الإسلامية، قم، چاپ اول، ١٣١٦ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، قم- ایران، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ١٤٠٨ ق.

محقق داماد، مصطفی، ***قواعد فقه***، تهران - ایران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ١٤٠٦ ق.

محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، ***كفاية الأحكام***، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤٢٣ ق.

مرعشی نجفی، شهاب الدین، ***منهاج المؤمنين***، قم - ایران، انتشارات کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی - ره، چاپ اول، ١٤٠٦ ق.

مرعشی، محمد حسینی، ***خير الكلام فی الغناء الحرام***، نشر مرصاد، قم، چاپ اول، ١٤١٨ ق.

مصطفوی، محمد کاظم، ***فقه المعاملات***، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ١٤٢٣ ق.

_____، ***مائة قاعدة فقهية***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ چهارم، ١٤٢١ ق.

مظفر، محمد رضا، ***حاشية المظفر على المكاسب***، حبیب، قم، چاپ اول، بی‌تا.

مغنیه، محمد جواد، ***فقه الإمام الصادق عليه السلام***، مؤسسه انصاریان، قم، چاپ دوم، ١٤٢١ ق.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، ***مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان***، قم - ایران، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤٠٣ ق.

مکارم شیرازی، ناصر، ***الربا و البنک الإسلامی***، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم، چاپ اول، ١٤٢٢ ق.

_____، ***القواعد الفقهية***، مدرسه امام امیر المؤمنین - علیه السلام، قم، چاپ سوم، ١٤١١ق.

منتظری نجف‌آبادی، حسین‌علی، ***دراسات فی المكاسب المحرمة***، قم - ایران، نشر تفکر، چاپ اول، ١٤١٥ ق.

موسوی بجنوردی، محمد، ***قواعد فقهی***، تهران - ایران، مؤسسه عروج، چاپ سوم، ١٤٠١ ق.

نایینی، محمد حسین، ***المكاسب و البيع***، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول، ١٤١٣ ق.

نراقی، محمد بن احمد، ***مشارق الأحكام***، قم - ایران، کنگره نراقیین ملأ مهدی و ملأ احمد، چاپ دوم، ١٤٢٢ ق.

نراقي، احمد بن محمد مهدي، ***عوائد الأيام فی بيان قواعد الأحكام***، دفتر تبليغات اسلامی، قم، چـاپ اول، ١٤١٧ ق.

همداني، رضا بن محمدهادي، ***حاشية كتاب المكاسب***، قم، چاپ اول، ١٤٢٠ ق.

يزدي، محمد كاظم بن عبدالعظيم، ***حاشية المكاسب***، مؤسسه اسماعيليان، قم، چاپ دوم، ١٤٢١ ق.

_____، ***سؤال و جواب***، تهران، مركز نشر العلوم الإسلامی، چاپ اول، ١٤١٥ ق.

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۴، شمارهٔ پیاپی ۱۱۱
زمستان ۱۳۹٦، ۱۱۰-۸۹

واکاوی ادله فقهی شیعه
درباره شرطیت بلوغ در صحت معاملات*

دکتر رضاعلی کرمی
استادیار دانشگاه پیام نور
Email: Ra_karami@pnu.ac.ir

چکیده

بلوغ متعاملین در معاملات، از جمله شرایط صحت یا نفوذ معامله در همه نظام‌های حقوقی است. به رغم این‌که اصل شرطیت بلوغ در معاملات، نزد عقلای عالم پذیرفته شده است، احکام و مقررات آن یکسان و شبیه به یکدیگر نیستند. در مقاله حاضر سعی شده است مفهوم بلوغ و علایم و نشانه‌های آن بررسی شود و این نکته به اثبات برسد که بلوغ عنوان شده در فقه، که شرط صحت معامله است، به دلیل انحصار به مکانیزم جسمانی انسان نمی‌تواند در معاملات، که از امور عقلی و عرفی است، شرط صحت قلمداد شود.

کلیدواژه‌ها: بلوغ متعاملین، شرط صحت معامله، شرطیت بلوغ در معاملات.

---

*. تاریخ وصول:۱۳۹۳/۱۱/۱۳؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۹۵/۱۱/۰۳.

DOI: 10.22067/jfu.v49i4.43686

مقدمه

فقها در باب عقود و معاملات عمدتاً در خصوص سه موضوع بحث می‌کنند: شروط عقد، شروط متعاقدین و شروط عوضین.

در بحث شروط متعاقدین، فقها، عمدتاً پنج شرط برای صحت معامله ذکر کرده‌اند که عبارت است از: بلوغ، عقل، قصد و اراده، اختیار، مالکیت یا مأذون بودن از جانب مالک (حلی، ارشاد الاذهان، ۱/ ۱۲؛ انصاری، ۳/ ۲۹۵؛ امام خمینی، البیع، ۲/ ۷).

بلوغ متعاملین در عقد بیع، از جمله مواردی است که شرطیت آن در صحت معاملات مورد تسالم و اجماع فقهای امامیه و عامه است. قانون‌گذار نیز در مواد ۲۱۰ تا ۲۱۲ (تحت عنوان اهلیت) به این مطلب اشاره کرده و نشانه‌های بلوغ را ذکر کرده است. با این حال تعدد سن‌هایی که در قانون برای پذیرفتن مسئولیت‌های مختلف اجتماعی و سیاسی تعیین شده است، تبعات منفی در پی داشته است. برای مثال در امور و مسائل عبادی، سن بلوغ شرط است؛ در مسئولیت کیفری نیز عمدتاً سن بلوغ شرط است؛ در مساله ازدواج ۱۳ سال؛ برای شرکت در انتخابات ۱۵ سال یا ۱۶ یا حتی ۱۸ سال تمام شمسی در دوره‌های مختلف و برای تصرف در امور مالی قبل از ۱۸ سال، اثبات رشد نیاز به حکم قضایی دارد که قانوناً در ۱۸ سال نیاز به اثبات ندارد. مطالعه آثار و تألیفات فقها نشان می‌دهد که منظور فقها از «بلوغ»، همان بلوغ طبیعی و جسمی است (نجفی، ۹/ ۲۳٦). حال پرسش اساسی این است که آیا بلوغ جسمی و طبیعی مورد نظر فقها، می‌تواند شرط صحت پدیده عقلایی مانند معاملات شود، یا این که بلوغی که می‌تواند شرط صحت در معاملات باشد، به بعد عقلانی و رشد معاملی افراد مربوط می‌شود و علایم و آثار مذکور (آثار جسمی بلوغ) شاید بتواند برای این نوع بلوغ، اماره‌ای محسوب گردد؟

اقوال فقها درباره تصرفات افراد غیربالغ بر چهار نوع است:

۱. تصرفات افراد نابالغ که به صورت مستقل از ولی انجام می‌شود: مشهور فقها به بطلان چنین تصرفاتی رأی داده‌اند. بر خلاف رأی مشهور، عده قلیلی از آن‌ها مانند محقق اردبیلی به صحت تصرفات افراد نابالغ تمایل دارند (اردبیلی، ۸/ ۱۵۲) و عده‌ای نیز به صحت چنین تصرفاتی اشکال کرده‌اند، ولی به بطلان آن تصریح نکرده‌اند (سبزواری، ۱/ ٤۹۹).

۲. تصرفات افراد نابالغ که با اذن ولی انجام می‌شود: در این نوع تصرفات نیز مشهور فقها به بطلان بیع فرد نابالغ قائل‌اند؛ زیرا آن‌ها به استناد احادیثی چون «رفع قلم» و «عمد صبی و خطاه سیان» (حرعاملی، ۱/ ٤۲ و ۹۰) به مسلوب‌الاراده بودن صبی معتقد هستند. البته فقهایی چون محقق اردبیلی و مرحوم حکیم در این رأی مناقشه کرده‌اند و بعضاً آن را رد کرده‌اند (اردبیلی، ۸/ ۱۵۲؛ حکیم، نهج الفقاهه، ۲/ ٤۲).

مرحوم خویی نیز بین اجازه و اذن قائل به تفصیل شده است؛ به این معنی که اگر از جانب صبی معامله‌ای بدون اذن ولی انجام شود و سپس اجازه ولی به معامله ملحق گردد، معامله صحیح است؛ چرا که اقدام صبی در این‌جا در حکم فضولی است؛ اما اگر ولی در ابتدا به معامله اذن داده باشد، معامله صبی باطل است؛ زیرا نسبت به اعطا اموال یتیم به وی نهی شده است (خویی، مصباح الفقاهه، ۳/ ۳٦۰).

۳. این‌که صبی ممیز، به‌صورت وکالت از ولی خود و یا غیر از آن به انجام معامله مبادرت کند. آرای فقها در این قسمت نیز دو دسته می‌شود: رأی به عدم صحت معامله مبنی بر مسلوب‌الاراده بودن صبی ممیز و رأی به صحت معامله آنان مبنی بر عدم مسلوب‌الاراده بودن آن (خمینی، البیع، ۲/ ۳۰).

٤. کسانی که به بطلان معامله افراد نابالغ قائل هستند، مستثنیاتی را در این مورد ذکر کرده‌اند، مانند:

الف) معامله اشیای کوچک و جزئی که آن اشیا قیمت زیادی ندارند؛ مثل نان و خربزه که عادتاً اطفال به انجام دادن آن مبادرت می‌کنند (کاشف‌الغطا، ۱/ ۲٥٦) و علت آن را دفع عسر و حرج ذکر می‌کنند. شیخ انصاری معتقد است منع افراد نابالغ از این دسته از معاملات مستلزم عسر و حرج نیست (انصاری، ۳/ ۲۸۷).

ب) جایی که صبی ممیز به مثابه آلتی برای ایصال ثمن یا مثمن به بایع یا مشتری باشد، چرا که سیره مسلمین در تمامی اعصار بر این عمل قائم بوده است (طباطبایی، ریاض المسائل، ۸/ ۱۱٦).

در این مقاله، ضمن بررسی مفهوم بلوغ و علایم آن در شرع، دلایل قائلین به شرطیت بلوغ طبیعی در افراد در صحت معاملات را بررسی می‌کنیم.

بلوغ در لغت

بلوغ از ماده «ب ل غ» و در لغت به معنای رسیدن و وصول به انتهای چیزی است (ابن منظور، ۱/ ٤۸٦؛ زبیدی، ۲۲/ ٤٤٤). صاحب مفردات الفاظ قرآن برای واژه بلوغ چنین تعریفی آورده است:[1] بلوغ رسیدن به انتهای مقصد است؛ اعم از اینکه مکان یا زمان یا امری معین باشد (راغب اصفهانی، ۱٤٤).

با توجه به دلالت مذکور می‌توان گفت واژه بلوغ، فی‌نفسه معنای مطلقی دارد و به موضوع خاصی مختص و منحصر نیست؛ می‌تواند به هر عنوان و موضوعی که تدرج و تکامل برای آن لحاظ می‌شود، تعلق بگیرد و تعریف جداگانه‌ای برای خود بطلبد؛ مثلاً اگر بلوغ را به همراه اقتصاد به کار ببریم، ترکیب بلوغ اقتصادی را می‌سازد که در این صورت هم تعریف آن با معنای لغوی واژه بلوغ فاصله گرفته و هم به تعریفی جدید و متفاوت نیازمنداست. بلوغ سیاسی، بلوغ فرهنگی و بلوغ اجتماعی نیز همین‌طور است.

---

۱. البلوغ: الانتهالی اقصی المقصد و المنتهی، مکاناً کانا او زماناً او امرامن الامور المقدره.

هر یک از این دو بعد، شامل ساحات و ابعاد مختلفی می‌شوند (اعرافی، ۱/ ۱۴۳). از طرفی هر یک از این ساحات بشری، قابلیت بالغ‌شدن و یا به اصطلاح، از یک مرحله، وارد مرحله دیگرشدن را دارد و می‌تواند به طور جداگانه متعلق بلوغ قرار بگیرد؛ چنان که می‌توان بلوغ را برای هریک از ابعاد جسمی و معنوی و ساحات مربوط به آن (از آن‌جا که قابلیت رشد، تکامل و تدرج را دارد) نسبت داد. در این صورت تعریف بلوغ در ساحت آدمی با تعریف بلوغ در و ساحت دیگر او فرق می‌کند. مثلاً تعریف بلوغ معنوی با بلوغ جسمی متفاوت است و هر یک علایم مخصوص به خود را دارند.

کلمه بلوغ همان‌طورکه از نصوص اهل لغت و ارتکازات و تبادرات ذهنی عامه مردم بر می‌آید، از معنای لغوی و عام خود فاصله گرفته و به معنای جزیی‌تری نقل شده است. اهل لغت و عامه، مردم بلوغ را به طور مطلق بیشتر برای بلوغ آدمی و آن هم در بعد جسمی و جنسی او به کار می‌برند. در کتاب المعجم الوسیط، کلمه بلوغ این‌گونه معنا شده است: «البلوغ نضج الوظایف الجنسیه» (المعجم الوسط، ۱/ ۷۰)؛ یعنی بلوغ، رسیدن و پختگی در وظایف جنسی است. همین معنا از لسان العرب ابن منظور (۸/ ۴۱۹)، تاج العروس زبیدی (۲۲/ ۴۵۰)، نهایه ابن اثیر (۱/ ۱۵۷) و سایر کتاب‌ها استفاده می‌شود. فقها نیز بلوغ را عمدتاً برای تکامل قوای جسمی به‌کار می‌برند و می‌توان گفت مراد فقها از بلوغ، همان بلوغ طبیعی است (صاحب جواهر، ۹/ ۲۳۶).[۲] همین مسئله سبب شد که بلوغ در معنای اخیر، شرط صحت امور عقلی چون معاملات و تصرف در اموال خویشتن قرار بگیرد.

آثار و نشانه‌های بلوغ از دیدگاه فقها

فقها و محدثان در کتب روایی و فقهی به مناسبت‌های مختلف از بلوغ سخن به میان آورده‌اند و آن را محور بحث خود قرار داده‌اند. فقها در کتاب‌های روایی در قسمت کتاب طهاره و حجر و در کتاب‌های فقهی در باب عبادات، نظیر روزه و حج. در باب معاملات نکاح، حجر، مضاربه، مزارعه و... و همچنین در قسمت جزا، نظیر باب اجرای حدود و قصاص، در موردبلوغ بحث کرده‌اند. اهمیت بلوغ در فقه به اندازه‌ای است که فقها تمامی احکام اسلام اعم از عبادات و معاملات به سه شرط بلوغ، عقل و قدرت مشروط می‌دانند،[۳] اما هیچ یک از آن‌ها بلوغ را تعریف نکرده‌اند و تنها به ذکر علایم و نشانه‌های آن بسنده کرده

۲. هم‌چنین آوردن دو شرط «بلوغ» و «عقل» در کنار هم به به صورت مجزا، به عنوان شرط صحت بسیاری از عبادات و معاملات؛ شاهدی است بر انحصار بلوغ به جنبه مادی انسان از دیدگاه فقها.

۳. البته بلوغ در صحت و یا تأثیر بعضی از امور در نظر فقها هیچ نقشی ندارد، مانند جنابت، نکاح و اسباب تحریم آن مثل زنا و مصاهره، توارث، ضمان، تذکیه و صید، اخذ ضاله و لقطه و بسیاری از اعمال توصلی (ر.ک: جواهرالکلام، نجفی، ج ۳ و ۴۲ و ۳۷ و ۳۸ و ۳۶:۲۶ و ۱۷۸ تا ۱۸۲ و ۱۶۶ تا ۱۶۷ و ۲۵۵ و ۳۵۲ و ۲۷ و ۹۰؛ عناوین، فتاح مراغی، ۲/ ۶۶۰).

است. علایم و نشانه‌هایی که فقها به آن اشاره کرده‌اند نیزمأخوذ از احادیث است که به قرار زیر هستند:

۱. احتلام: احتلام از ماده «ح ل م» است و اهل لغت در بیان معنای لغوی آن احتمالاتی را مطرح کرده‌اند. صاحب قاموس قرآن می‌گوید: «حلم بر وزن عنق و قفل، چیزی است که در خواب دیده می‌شود» (قرشی، ۱٦۱)؛ لکن غالباً در خواب پریشان و قبیح به‌کار می‌رود؛ چنان‌که رؤیا در خواب خوب (اقرب الموارد، ذیل ماده) آیه شریفه «قالوا أضغاث أحلامٍ وما نحن بتأویل الأحلام بعالمین»(یوسف/ ٤٤)؛ به همین معنی ناظر است.

اما احتلام مصدر افتعال، به معنی لذت دیدن در خواب است؛ خواه این موجب انزال منی شود، خواه نشود (مجمع البحرین). فقها نیز از احتلام تعریفی اصطلاحی داده‌اند که احتلام را به معنای خروج منی، چه در خواب و چه در بیداری گرفته‌اند (طوسی، الخلاف، ۲/ ۲۸۲؛ حلی، ١٤/ ۱۹۱؛ نجفی، ۱۱/ ۲٦). بنابر ظاهر کلام فقها، معیار بلوغ، خروج منی است که از آن به احتلام یاد می‌کنند. احادیثی فراوان در باب آن نقل شده است که برای نمونه یکی از آن‌ها را می‌آوریم:

فقد روی هشام عن ابی عبدالله (ع) قال: «انقطاع یتم الیتیم بالاحتلام و هو اشده وان احتلم ولم یونس منه رشده و کان سفیها او ضعیفا فلیمسک عنه ولیه ماله»(حر عاملی، ۱۳/ ۱٤۱، ح ۱)؛ هشام از امام جعفر صادق (ع) روایت کرده که آن حضرت فرمودند: «پایان کودکی (صغیر) به‌واسطه احتلام است و احتلام اشد بلوغ است و اگر محتلم شد و رشادت او فهمیده نشد و سفیه یا ضعیف بود، ولی او اموالش را می‌گیرد».

از آرای فقها و احادیث وارد شده استظهار می‌شودکه بر سر علامت بودن احتلام برای بلوغ هیچ اختلافی نیست (طوسی، الخلاف، ۲/ ۲۸۲؛ نجفی، ۹/ ۲٤۰؛ بحرانی، ۲۰/ ۳٤٥؛ بروجردی، ۲/ ۳٥۱). اما پرسش این است که آیا احتلام از نشانه‌های بلوغ مخصوص پسران است و یا دختران را نیز شامل می‌شود؟ این موضوع بین فقها اختلافی است. عده‌ای مانند شیخ طوسی بر این باورند که درخروج منی‌ای که موجب بلوغ است، بین زن ومرد فرقی نیست (طوسی، الخلاف، ۱۰/ ۲۷) و گروهی نیز مانند شیخ صدوق رأی به عدم احتلام زن می‌دهند و آن را مخصوص مردان می‌دانند (صدوق، المقنع، ۱۹٦).

۲. **حیض:** یکی دیگر از نشانه‌های بلوغ، قاعدگی یا همان عادت ماهیانه زنان است. بحثی است بین فقها که آیا شروع قاعدگی و دیدن خون حیض دلیل بر آغاز دوره بلوغ و تحقق آن در خانم‌هاست و یا بر این دلالت دارد که بلوغ قبل از آن شروع شده و یا به عبارتی حیض دلیل بر سبق بلوغ است؟ مشهور فقها معتقدند که حیض، دلیل بر سبق بلوغ است. سبزواری در الکفایه می‌نویسد: «والحمل و الحیض دلیلان

علی سبق البلوغ عند الاصحاب» (سبزواری، ۱/ ۵۸۲). [٤]

از جمله روایاتی که بر علامیت حیض دلالت می‌کند، روایت حمیری در قرب الاسناد است که نقل می‌کند:

عن محمدبن مسلم عن ابی جعفر (ع) قال: «لا یصلح للجاریه اذا حاضت الا ان تختمر الا ان لا تجده» (حر عاملی، ١٤/ ١٦٨).

۳. **انبات و اشعار:** یکی دیگر از نشانه‌های بلوغ روییدن موی خشن بر شرمگاه است که از آن در بین نصوص به انبات یاد می‌شود: «الانبات، والمراد انبات الشعر الخشن علی العانه» (جزایری، ۲/ ۳٥٤). قیدزدن مو به خشن بودن، برای احتراز از موی نرم و ضعیفی است که ممکن است در دوران کودکی بروید. البته به این قید در نصوص و احادیث اشاره نشده است. همچنین رویش مو بر روی عانه (شرمگاه) برای بلوغ معتبر است نه بر قسمت‌های دیگر. از نشانه‌هایی که بیش‌تر فقها رأی به عمومیت آن بین زن و مرد داده‌اند، همین انبات است و حتی در کتاب تذکره علامه حلی (حلی، ۲/ ۷٤) و خلاف شیخ طایفه (طوسی، الخلاف، ۲/ ۱۲۰) بر آن ادعای اجماع شده است؛ اما آن‌چه از ظاهر روایات مربوط به این موضوع استنباط می‌شود، این است که روایات، انبات را نشانه بلوغ مردان عنوان کرده‌اند. برای مثال در صحیحه ابو خالد قماط (یا همان یزید کناسی) از امام محمد باقر (ع) آمده است: «ان الغلام اذا زوجه ابوه ولم یدرک، کان بالخیار اذا ادرک وبلغ خمس عشره سنه، او یشعر فی وجهه او ینبت فی عانته قبل ذلک» (حر عاملی، ١٤/ ۲۰۹) که امام انبات یا اشعار را از علایم بلوغ پسر (غلام) می‌داند. سایر روایات در این زمینه نیز به همین شکل است. [٥]

صاحب جواهر عمومیت دادن این علامت را به زن‌ها مشکل می‌داند و در این زمینه می‌نویسد: «نعم قد یشکل عمومه للاناث بظهور النصوص فی الذکر خاصه...» (نجفی، ٢٦/ ۷).

ادعای اجماعی نیز که دو تن از فقها ذکر کرده بودند، بنا بر قول صاحب جواهر، با تتبع در آثار فقها تأیید نشده است. اما جای تأمل دارد که چرا بیش‌تر فقها بی توجه به شمول دایره احادیث، به عمومیت آن حکم داده‌اند؟

یکی دیگر از علایم بلوغ که به مردان اختصاص دارد و همچنین احادیث به آن اشاره دارد، روییدن موی لحیه (ریش) است که از آن با «اشعار» یاد می‌شود. علامه حلی در التحریر می‌نویسد: «والاقرب ان انبات اللحیه دلیل علی البلوغ» (حلی، ۲/ ۵۳۵). همچنین علامه در تذکره (حلی، ۲/ ۷۵). شهید در مسالک و

---

٤. برای دیدن نظرات موافق ر.ک: شهید ثانی، ٤/ ١٤٥؛ بحرانی، ۲۰/ ۳۵۰؛ نجفی، ٢٦/ ٤٢؛ حلی، ١٢٥)

٥. برای ملاحظه احادیث دیگر ر.ک: وسایل الشیعه (همان، ج ١٥: ١٤٧، باب ٦٥، ح ۲؛ ج ۱: ٤٣، باب ٤، ح ۲؛ ج ۱: ۳۱، ح ۸؛ ج ۱۳: ۳۱، ح ۸؛ ج ۱۳: ١٤٣، ح ٥).

روضه (به نقل از طباطبایی، ریاض المسائل، ۵/ ۳۸۰)؛ صاحب ریاض (طباطبایی، ریاض المسائل، ۵/ ۳۸۰) و صاحب جواهر (نجفی، ۲٦/ ۵)، به همین نظر قائل‌اند. اما جای سؤال دارد که چرا فقهای معاصر از جمله امام خمینی آن را در شمار علایم بلوغ نمی‌دانند.

البته شافعی، از علمای عامه بر این باور است که انبات، تنها برای مسلمانان به نسبت کفار، از نشانه‌های بلوغ شناخته می‌شود، ولی به نسبت بین مسلمانان علامت بلوغ نیست (ابن قدامه، ٤/ ٥١٣). مستند فتوای او، روایت نبوی است در جریان جنگ با قبیله بنی قریظه وارد شده است (بیهقی، ٦/ ٥٨).

٤. **سن:** علایم بلوغ در یک تقسیم‌بندی کلی به دو قسم خلاصه می‌شوند: یکی علامات طبیعی و ذاتی که انبات، انزال (احتلام)، حمل و... در این قسم هستند. دیگری علامات وضعی یا جعلی که سن یا طول عمر تنها علامت وضع شده از جانب شرع برای بلوغ است. علامه شیخ محمد حسین کاشف الغطاء در کتاب تحریر المجله در این‌باره آورده است: «واما البلوغ یعرف بعلامات بعضها طبیعیه و ذاتیه و بعضها جعلیه شرعیه واما الطبیعیه فهی الاحتلام..... و اما الشرعیه فهی اکمال الخمسه عشر فی الذکور و التسع فی الاناث».

فقها هر کدام با استفاده از روایات، سن بلوغ را تحدید کرده وهر کدام مطابق برداشت خود، سن خاصی را در مردان و زنان علامت بلوغ قرار دادند. عمده آرای فقها در خصوص سن بلوغ در مردان به دو گروه تقسیم می‌شوند[٦]: تحدید سن بلوغ به پانزده سال و تحدید آن به ١٤ سال.

قسم اول، نظر مشهور فقهای امامیه است. شیخ طوسی در المبسوط و الخلاف (طوسی، المبسوط و الخلاف، ۲/ ۲٤۷)، ابن‌ادریس در سرایر (حلی ابن ادریس، السرائر الحاوی، ۲/ ٤۲٥)، محقق در شرایع (محقق حلی، ۲/ ۱۰۰)، علامه در ارشاد، شهید در لمعه (شهید اول، ١٤)؛ صاحب جواهر (۲٦/ ۲۸ - ۳٥)، شیخ انصاری در مکاسب (انصاری، ۲/ ۳۰۱)، امام خمینی در تحریر الوسیله (خمینی، ۲/ ۱۸) به این نظر قائل هستند. اما قسم دوم دو تفسیر دارد: یکی این‌که شاید منظور از چهارده سال، اکمال سیزده سال و ورود به چهارده سال باشد که قول قوی همین است. محقق اردبیلی در مجمع الفائده و البرهان (اردبیلی، ۹/ ۱۹۰)؛ فیض کاشانی در المفاتیح (کاشانی، ۱/ ١٤) و محقق سبزواری در کفایه الاحکام (سبزواری، ۱/ ۸٥۲)، این نظر را تقویت کرده‌اند. تفسیر دیگر این‌که اکمال چهارده سال و ورود به پانزده سال باشد که این، نظر ضعیف و شاذی است. ظاهر کلام صاحب حدائق نشان می‌دهد که او به نظر محقق اردبیلی و فیض کاشانی قائل است؛ چرا که او در این‌باره می‌نویسد: «بان اکثر الاخبار آلتی ذکرناها دال علی

٦. روایاتی نیز وجود دارند که سن بلوغ را به هشت سال یا دوازده سال تقلیل می‌دهند؛ مثل «إذابلغ الغلام ثم انسنینف جائزأمره» (جامع احادیث شیعه، ج ۱، باب ۱۱-و «فاذا بلغوا اثنتی عشرةسنةکتبت لهم الحسنات» (وسائل الشیعه، ج ۱، باب ٤، ح ۷۱). اما تا آن‌جا که نگارنده اطلاع دارد، فتوای فقیهی به این دسته از روایات تعلق نگرفته است.

البلوغ بکمال ثلاث عشره و الدخول فی الرابعه عشره و هی داله علی ما ذهب الیه ابن الجنید» (بحرانی، ۱۳/ ۱۸٤).

البته علمای عامه درباره سن بلوغ مردان نظرات متفاوتی دارند؛ چنان که بر این باورند: «یعرف البلوغ من الذکر بالاحتلام و انزال المنی و احبال المرأه و فی الأنثی بالحیض والحبل فاذا لم یعلم شئ من ذلک عنهما فان بلوغها یعرف بالسن فمتی بلغ سنهما خمس عشره سنه فقد بلغا الحلم علی المغتی به و قال ابوحنیفه إنما یبلغان بالسن إذا أتم الذکر ثمانی عشره سنه و الأنثی سبع عشره سنه» (الفقه علی المذاهب الأربعه، ۲/ ۳۵۰).

اقوال فقها در باب سن بلوغ زنان نیز دو دسته است: دسته اول و مشهور به بلوغ دختران در ۹ سالگی فتوا داده‌اند و آنقدر این موضوع برایشان بدیهی بوده که برخی مانند صاحب جواهر در این‌باره می‌نویسند: «واما الانثی فبلوغها کمال تسع علی المشهور بین الاصحاب بل هو استقر علیه المذهب»، یعنی بلوغ زنان، بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه در پایان نه سالگی است، بلکه بر این رأی مذهب مستقر شده است (نجفی، ۲٦/ ۳۸).

نظر دوم که رأی بعضی از فقها است، به این ناظر است که دختران در ده سالگی بالغ می‌شوند. از میان فقهای شیعه، شیخ طوسی، ابن حمزه و ابن سعید به بلوغ دختران در سن ده سالگی معتقد هستند. (طوسی، الخلاف، ۱/ ۲٦٦؛ ابن حمزه حلی، کتاب الخمس، ۱۳۷). همچنین باید اضافه کرد که دو فقیه اول در همان کتاب از رأی خود بازگشته و نه‌سالگی را برای دختران سن بلوغ در نظر گرفته‌اند (همان، کتاب حجر، ۳/ ۲۸۲).

از علمای عامه، به ابو حنیفه نسبت داده شده که وی بلوغ دختران را هفده سالگی می‌داند (الفقه علی المذاهب الأربعه، ۲/ ۳۵۰).

در این میان، محقق کاشانی نسبت به سن بلوغ نظری در خور توجه دارد. وی در مفاتیح الشرائع می‌نویسد:

«جمع میان اخبار اقتضا می‌کند بلوغ سنی نسبت به تکلیف‌های گوناگون مختلف باشد؛ چنان‌که از پاره‌ای روایات باب روزه ظاهر می‌شود، روزه گرفتن بر دختر پیش از سیزده سالگی کامل واجب نیست، مگر این که پیش از این سن خون حیض ببیند».

از پاره‌ای روایات باب حدود استفاده می‌شود، حدود کامل بر دختر و به سود دختر جاری می‌گردد؛ آنگاه که ۹ سال او کامل شود. نیز در پاره‌ای دیگر از روایات آمده است: وصیت شخص ده ساله و برده آزاد کردن او درست است (کاشانی، ۱/ ۱٤، مفتاح دوم). ایشان شرطیت بلوغ را در مراتب و موضوعات مختلف

یکسان نمی‌دانند و به تفصیل در این‌باره قائل هستند. تفصیل سخن ایشان چنین است:

۱. در مورد اعتقادات و امور قلبی، مثل بر زبان جاری ساختن شهادتین، صرف آگاهی و درک کافی است؛ گرچه پسر به پانزده سالگی و دختر به نه سالگی نرسیده باشد. بر این اساس، اگر فرزند شخص کافری اسلام آورد و به سان دیگران شهادتین را بر زبان جاری کند، محکوم به مسلمان بودن است و از این که پیرو والدین خود باشد، بیرون می‌رود.

۲. در باب عقود و معاملات، مانند بیع، اجاره، رهن، وصیت، آزاد کردن برده و طلاق، رسیدن به ده سالگی به شرط «رشد فکری و عقلانی» کافی است.

۳. در باب حدود و تعزیرات، کافی است دختر به حد زنان برسد؛ گرچه هنوز ده ساله نباشد و از جمله نشانه‌های آن، این است که ازدواج کند و بنیه بدنی‌اش رشد کند.

٤. در مورد عبادات، یکی از دو چیز کافی است: عادت شدن، یا رسیدن به سیزده سالگی، به‌ویژه در باب روزه (کاشانی، ۱/ ١٦).

به این ترتیب، محقق کاشانی بر خلاف دیگر فقها، به این امر پی برده‌اند که بلوغ را می‌توان برای موضوعات مختلفی لحاظ کرد. لذا بلوغ در مراتب گوناگون درآثار و نشانه‌های مختلفی ظاهر می‌شود و نمی‌توان بلوغ در یک معنا و مفهوم را شرط صحت کارها و تکالیف متفاوت فرض کرد.

غیر از چهار موردی که برای علایم بلوغ ذکر شد، سه نشانه دیگر از بعضی روایات و نصوص می‌توان استظهار کرد که مشهور فقها به آن عمل نکرده‌اند. طول قامت، بوی زیر بغل و دخول (برای زنان) از جمله علایمی است که روایات معتبره و صحیحه آن را در شمار علایم بلوغ آورده‌اند (حر عاملی، ۲۹/ ۹۰؛ باب ۳٦ از ابواب قصاص؛ صدوق، المقنع، ۱۸٦).

اختصاص علایم مذکور به بلوغ جسمی و جنسی

از میان نشانه‌هایی که در احادیث آمده، فقهای امامیه تنها به انبات، انزال و سنبه عنوان علایم بلوغ، فتوا داده‌اند. «یعرف البلوغ فی الذکر والانثی باحد امور ثلاثه: الاول نبات الشعر الخشن علی العانه.... الثانی خروج المنی... الثالث السن» (خمینی، تحریر الوسیله، ۲/ ۱۸). در واقع نظر مشهور فقها به همین سه مورد به عنوان علایم بلوغ تعلق گرفته است.

تمامی علایمی که در بالا گفته شده، از نشانه‌های بلوغ جنسی و جسمی انسان هستند، اما انسان دو بعد جسمی و روحی دارد و هر یک از این دو، ساحات مختلفی دارند. همچنین هر یک از این ابعاد و ساحات قابلیت بالغ شدن، تکامل و تدرج دارند. اما فقها تعریفی که از بلوغ ارائه می‌دهند و علایم

ونشانه‌هایی که برای آن احصاء می‌کنند، منظورشان از بلوغ، تنها بلوغ در بعد جسمی و جنسی ویا همان نضج وظایف جنسی است و حال آن‌که فعالیت‌های انسان در اجتماع، تنها به امور جسمی و جنسی ختم نمی‌شود وبخش وسیعی از کارهای او به امور عقلی و معنوی مربوط است اینک که شاخصه‌های بلوغ از منظر فقه محدود به عوامل انبات، انزال و سن شد، آیا شایسته و حکیمانه است که تحقق امور عقلی و معنوی را به بروز این علایم و نشانه‌هایی مشروط کنیم که مخصوص بلوغ جنسی در آدمی است؟ باید توجه شود که معامله و بستن قرارداد از امور عقلی و عرفی است که عقلای عالم، احکام و دستوراتش را مناسب با پیشرفت و تحول جامعه وضع می‌کنند. امور عقلی از ساحات بعد معنوی انسان است و بلوغ خاص خود را می‌طلبد. آیا شگفت‌انگیز نیست که حکم کنیم، معامله کسی که موی خشن بر شرمگاه وی نروییده باشد و یا توانایی انزال منی نداشته باشد، صحیح نیست؟[۷] برای این‌که معامله شخصی را صحیح بدانیم، باید دید چه اموری در بلوغ و رشد معاملی دخیل هستند، نه این‌که این امر را به تغییر قوای فیزیکی و جنسی وابسته کنیم.

الغای خصوصیت از سن

پیش‌تر گفتیم که سن، از جمله معیارها و ضابطه‌هایی است که فقها به علت کثرت نصوص و احادیث شرعی نتوانسته‌اند از آن صرف نظر کنند و آن را در کنار دو عامل دیگر، یعنی انبات و انزال از جمله شاخصه‌های تمییز و تشخیص فرد بالغ قرار می‌دهند. اما سن، تنها اماره و طریقی برای فهمیدن بلوغ در بعضی ساحات وجودی انسان‌هاست؛ یعنی اماریت دارد، نه موضوعیت. امام خمینی در باره بلوغ انسان در سایر کرات فتوایی دارند که از آن می‌توان الغای خصوصیت از سن وعدم تعبد بر سنی خاص را استنتاج کرد: «لو بلغ الاطفال هناک حد الرجال فی سنه مثلاً فان بلغوا بالاحتلام او انبات الشعر الخشن علی العانه فلا اشکال فی الحکم بالبلوغ و ترتیب آثاره و اما سقوط اعتبار السن فمشکل و ان لایبعد ان علم انه بحد الرجال. ولو لم یبلغوا الا بعد ثلاثین سنه بحیث علم انه طفل غیر بالغ حد الرجال فالظاهر عدم الحکم بالبلوغ»؛ اگر کودکان در کرات دیگر در یک سال به حد مردان برسند، در صورتی که با احتلام یا روییدن موی خشن بر زهار همراه باشد؛ اشکالی در حکم بلوغ و آثار آن نیست؛ اما این‌که سن ساقط شود، دشوار است؛ گرچه بعید نیست که سن ساقط شود، اگر دانسته شود که به حد مردان رسیده است؛ واگر تا سی سالگی به حد مردان نرسیدند و می‌دانیم که هنوز طفل نابالغ هستند، ظاهراً حکم به بلوغ آن‌ها نمی‌شود.»

---

۷. نکته جالب توجه این‌جاست که در ازدواج که بخش زیادی از آن به شکل گیری و بلوغ کامل قوای جنسی و جسمی وابسته است یا حتی دوام ازدواج به این موضوع منوط است، طبق نظر فقها بلوغ شرط نیست.

(خمینی، ۲/ ٦٤١).

امام در این فتوا معیار رسیدن به بلوغ جنسی را انبات و انزال دانسته‌اند و بـا الغـای خصوصـیت سـن و عدم تعبد به آن، به اماریت سن حکم دادند. با وحدت ملاک و تنقیح مناط می‌توان گفـت کـه اگـر در کـره زمین نیز به واسطه شرایط محیطی و جوی، آدمی در سنین بالاتر و یا پایین‌تر از آنچه تعیـین شـده، بـه حـد بلوغ برسد؛ شاید بتوان همین حکم را به او تعمیم داد. از طرفی اگر متقاعد شویم که بلوغ همیشه و در همـه جا، با سن خاصی در زن و مرد توأم است، باز تعیین سن بلوغ در حوزه تخصص فقها است و دخالت فقیـه در این امور نارواست؛ چرا که بلوغ در هر بعد از انسان، امری تکوینی و طبیعی است نه تعبـدی و شـرعی: «فان البلوغ من الامور الطبیعیه المعروفه فی اللغه و العرف و لیس من الموضوعات الشرعیه آلتـی لا تعلـم الا من جهه الشرع کالفاظ العبادات» (نجفی، ٢٦/ ٥). از طرفـی امـور تکـوینی تـابع قـانون علیـت و رأی عقلای عالم است و شارع نیز در این امور از آرای پسـندیده عقـلا تبعیـت می‌کنـد و این‌کـه در احادیـث و نصوص اشاره به سن خاصی شرعی شده، شاید جنبه ارشادی و پیشنهادی داشـته باشـد و یـا ایـن طایفـه از روایات، معرّف بلوغ مردان و زنان در شبه جزیره عربستان یا به طور کلی بلوغ اعراب است و پر واضح است که نمی‌تواند برای بلوغ همه انسان‌ها در همه جای جهان معیار و ضابطه باشد.

در نظر فقها، بلوغ با این علایم، یکی از شرایط اساسی صحت و سلامت معامله است. ادعای شـهرت (شهید اول، ۳/ ۱۹۲) و اجماع (ابن زهره، ۲۱۰) نیز برای این مسئله در کتاب‌های فقهی آورده شـده اسـت. قانون مدنی ایران نیز در مواد ۲۱۱، ۲۱۰، ۱۹۰ و ۲۱۲ این موضوع را صراحتاً بیان کرده است. البته قانون‌گذار ایران نه تنها بلوغ را تعریف نکرده، بلکه برای تشخیص بلوغ ضابطه یا شاخصه‌ای ارائه نکرده است. در ایـن مواقع، باید برای یافتن غرض قانون‌گذار به فتاوای معتبر فقها رجوع کرد (اصل ١٦٧ قـانون اساسـی). پـس نظر قانون‌گذار در باره بلوغ همان است که فقها ذکر کرده‌اند.

در این قسمت به بررسی ادله فقها در باب چگونگی اعتبار بلوغ در متعاملین می‌پردازیم تا بدانیم که چه بلوغی از نظر قانون‌گذار شرط صحت معامله است.

کتاب:[۸]

۱. آیه ابتلاء: «وابتلوا الیتامی حتی إذا بلغوا النکاح فإن آنسـتم مـنهم رشـدا فـادفعوا إلـیهم أمـوالهم ولا تأکلوها إسرافا وبداوا...» (نساء، ۶)

امام خمینی در باب نحوه دلالت این آیه به شـرطیت بلـوغ و رشـد در معـاملات صـبی، احتمـالات و

۸. در قرآن درباره بلوغ سه تعبیر به کار رفته است:۱. بلوغ نکاح (نساء، آیه ۷) ۲. بلوغ حلم (نور، آیه ۵۸ و ۵۹) ۳. بلوغ أشد (یوسف، آیه ۲۲، انعام، آیه ۱۵۲، قصص آیه ١٤، احقاف، آیه ۱۵، اسراء آیه ۳٤)

مختلفی را بیان کرده چهار احتمال را در تفسیر آیه ابتلا مطرح می‌کند که به اختصار عبارت‌اند از:

احتمال اول: این‌که رشد، ملاک تام در لزوم دفع اموال یتامی به آن‌ها باشد و بلوغ در آن هیچ نقشی ندارد؛ یعنی باید یتامی را مورد ابتلا، اختبار و آزمایش قرار داد؛ به طوری که به قبل یا بعد بلوغ اختصاص نداشته باشد و هر گاه قبلیا بعد از بلوغ، رشد آن‌ها تحصیل شد، اموالشان باید مستردگردد. پس تمام معیار در دفع اموال به یتامی، رشد آن‌هاست و بلوغ هیچ موضوعیتی ندارد. بنا بر این احتمال، قهراً ذکر کلمه «حتی» در صدر آیه برای تصریح به دخول مابعد، در حکم ماقبل «حتی» است؛ یعنی غایت داخل در حکم مغیا است؛ مثل جمله «اکلت السمکه حتی رأسها».

البته احتمال فوق با این اشکال مواجه است که بنا بر این تفسیر، لازم می‌آید کلمه «یتیم» حتی در زمان بلوغ اشخاص به آن‌ها اطلاق شده باشد؛ چرا که صدر آیه، لزوم وجوب اختبار و آزمایش را به یتامی مربوط می‌داند: «وابتلوا الیتامی». امام خمینیه این اشکال چنین پاسخ می‌دهدکه اطلاق یتیم در مورد اشخاصی که تازه به سن بلوغ رسیده‌اند، مجاز شایع است و استعمال می‌شود. «و وقت البلوغ و ان کان زمان انقطاع الیتم، فلا یقال للبالغ انه یتم، لکنه مجاز شایع فی اول البلوغ» (خمینی، البیع، ۲/ ۱۰). این تفسیر را طبرسی در جلد سوم مجمع‌البیان، بیان کرده است (طبرسی، ۳/ ١٦).

احتمال دوم: احتمال دومی که امام خمینی در تفسیر آیه شریفه ذکر کرده‌اند، این است که «حتی» برای غایت باشد، به صورتی که غایت از حکم مغیا خارج است. طبق این تفسیر، معنای آیه این می‌شود؛ باید یتامی را تا زمان بلوغ امتحان کرد، اگر در این مدت، رشد آن‌ها معلوم شد، اموالشان را به آن‌ها بدهید. اما در مورد زمان بعد از بلوغ، ایشان می‌فرمایند بدواً دو احتمال وجود دارد: یکی این‌که بلوغ اماره رشد باشد. به عبارت دیگر، معیار اصلی فقط رشد است و چون افراد بالغ نوعاً رشید هستند، بلوغ اماره رشد قرار داده شده است. از این رو به استرداد اموال افراد بالغ حکم شده است، مگر عدم رشد آن‌ها ثابت شود. احتمال دوم این‌که بگوییم، بلوغ خود برای وجوب دفع مال عنوان مستقلی است و شخص بالغ اگر چه رشید نباشد، باید اموالش را به او داد.

احتمال سوم: سومین احتمال در مدلول آیه ابتلا این است که «حتی» در آیه شریفه برای غایت بوده، به صورتی که بر استمرار دلالت بکند؛ یعنی حکم مغیا، استمرار ابتلا است؛ نه خود ابتلا. به این ترتیب، امتحان یتامی لازم است که تازمان بلوغ استمرار داشته باشد و شرط استرداد مال، موفق درآمدن از آزمایش‌های مستمر تا زمان بلوغ است. معنای شرطیت استمرار ابتلا و آزمایش تا زمان بلوغ این است که اعطای مال به یتامی قبل از بلوغ، ولو این‌که به‌واسطه امتحان، رشید بودشان احراز شده باشد، جایز نیست، بلکه باید این امتحان تا زمان بلوغ استمرار یابد؛ چرا که ممکن است در هر زمان رشدشان را از دست

بدهندو اگر تا زمان بلوغ، رشد آن‌ها در طی مراحل مختلف امتحان احراز شد، مالشان را به آن‌ها بدهید. در نتیجه معیار دفع اموال افراد یتیم، به مجموع دو امر، یعنی هم رشد و هم بلوغ تعلق گرفته است. در این، وجوب، آغاز ابتلاء از زمانی است که احتمال رشد در صبی احتمال داده می‌شود و تا زمان بلوغ ادامه دارد. امام خمینی اساس اختبار استمراری در این فرضیه را احتیاط در مورد مال یتیم گرفته است و این معنا را در تقسیر آیه استظهار کرده است.

احتمال چهارم: چهارمین احتمالی که امام خمینی در تفسیر آیه شریفه ذکر می‌کند و مرحوم صاحب جواهر نیز همین احتمال را تقویت نموده (نجفی، ۲٦/ ۱۸؛ کتاب حجر) این است که «حتی» حرف ابتدا و برای تعلیل باشد. همچنین «اذا» در این جا، شرطیه است. «فان آنستم» جمله شرطیه و «فادفعوا» جزای آن است؛ به این که دلیل«اذا» هایی که بعد از حتی به کار می‌رود، غالباً شرطیه و خلاف این استعمال نادر است. به این ترتیب، معنای آیه این است که «امتحان و ابتلای یتامی واجب است، به دلیل این که اگر به حد بلوغ رسیدند و ایناس رشد از آن‌ها شد، اموالشان را به آن‌ها بدهید.» این احتمال از نظر نتیجه با احتمال سوم یکسان است و طبق هر دو احتمال هم رشد شرط است، هم بلوغ (نجفی، ۲/ ۱۰-۲٦).

نقل کلام مرحوم حکیم در باره آیه ابتلا: مرحوم حکیم معتقد است که آیه ابتلا نه تنها بر بطلان عقد صبی و غیر بالغ دلالت نمی‌کند؛ بلکه دلیل بر صحت معاملات آن‌ها با اذن ولی است. نظر ایشان آن است که آیه شریفه به ابتلا و امتحان امر کرده و ظاهر از ابتلای یتامی برای ایناس رشد معاملی، سنجیدن آن‌ها با خود معامله است، نه با مقدمات معامله و همچنین آزمودن با معاملات واقعی، نه با معاملات صوری. پس لازم می‌آید که معاملات اشخاص صغیر صحیح باشد که شارع به آن امر کرده است. بنا بر نظر او کلمه «اموالهم» در ذیل آیه «فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالهم» استرداد بقیه اموال یتامی به آن‌هاست (حکیم، نهج الفقاهه، ۱۸/۲).

روایات

یکی دیگر از منابع و مستندات فتاوای فقها درباره بطلان معاملات افراد نابالغ، احادیث و روایاتی است که در کتاب‌های روایی آمده است. امام خمینی در کتاب البیع این روایات را به پنج طایفه تقسیم کرده که چهار طایفه از آن را ناظر به آیه ابتلا می‌داند و طایفه دیگر را که شامل روایت ابوالبختری و «رفع قلم» می‌شود، جداگانه بحث می‌کند. حال به بررسی این روایات می‌پردازیم:

طایفه اول: آن دسته از روایاتی که میزان و معیار صحت معاملات را بلوغ جنسی اشخاص قرار داده و نسبت به حصول رشد اطلاق دارند؛ مثل روایت حمزه بن حمران از امام محمد باقر (ع):

حمزه بن حمران عن الباقر (ع) قال: «.... والغلام لایجوز امره فی الشراء والبیع ولایخرج عن الیتم حتی

یبلغ خمس عشره سنه، او یحتلم او یشعر او ینبت قبل ذلک» (عاملی، ١٤/ ١٩٤).

شیخ انصاری درباره دلالت این حدیث بر این باور است که عدم جواز صبی در معاملات ظهور در عدم استقلال او در در تصرفاتش دارد واین مسئله منافاتی با این ندارد که صحت معاملات صبی را به اذن و اجازه ولی موقوف کنیم؛ مانند معاملات فضولی که صحت آن به اجازه مالک موقوف است. شاهد او این است که در بعضی از روایات، این حدیث به جمله «الا ان یکون سفیها» مستثنا شده است که ثابت می‌کند صبی عاقل مسلوب الاراده نیست (انصاری، ۱/ ۳۰۷). پس با این سنخ احادیث نمی‌توان به بطلان معامله صبی حکم کرد.

طایفه دوم: در بعضی از روایات رشد و یا همان بلوغ معاملی افراد برای صحت معاملات ملاک تام است؛ مانند روایت اصبغ بن نباته از امیرالمؤمنین (ع): «انه قضی ان یحجر علی الغلام المفسد حتی یعقل» (صدوق، من لایحضره الفقیه، ۳: باب ۱۹، ح ٤٣)

در این روایت منظور از غلام مفسد، بچه‌ای است که به بلوغ عقلی نرسیده و کارهایش تباه و فاسد است؛ که روایت به محجور بودن او حکم می‌کند تا به بلوغ عقلی برسد. از ظاهر روایت معلوم است که این روایت در صدد بیان حکم کلی است و به قضایا و احکام شخصیه مربوط نمی‌شود.

طایفه سوم: گروهی از روایاتی که تحقق یکی از دو امر بلوغ و رشد را حد رفع حجر از اشخاص قرار داده است؛ مانند صحیحه عیص‌بن قاسم از امام جعفر صادق (ع) قال: سالته عن الیتیمه متی یدفع الیها مالها؟ قال: «اذا علمت انها لاتفسد ولا تضیع. فسالته ان کانت قدزوجت؟ فقال: اذا زوجت فقد انقطع ملک الوصی عنها»؛ «از امام (ع) پرسیدم، چه زمانی اموال دختر صغیر باید به او مسترد شود؟ امام فرمود زمانی که علم پیدا کردی که در تصرف اموال خویش آن‌ها را تباه و ضایع نمی‌کند (عاقل و رشید شده باشد). سپس از او سؤال کردم: اگر ازدواج کرده باشد، چه‌طور؟ امام فرمودند: هرگاه ازدواج کند، سلطه و استیلای وصی از او قطع می‌شود» (صدوق، من لایحضره الفقیه، ٤/ ١٦٤؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۹/ ١٨٤؛ حرعاملی، ١٨/ ٤١٠).

امام خمینی در باب دلالت این حدیث است بر این باور که از آن‌جا که نفس ازدواج هیچ خصوصیتی در صدور حکم ندارد؛ پس مراد از «زوجت» تزویج فعلی نیست؛ بلکه این تعبیر کنایه از رسیدن به حد بلوغ نکاح است اما احتمال این‌که کنایه از رشد باشد، به دلیل تکرار مردود است؛ چرا که امام معصوم در سؤال و جواب قبلی حکم رشد را بیان کردند. لذا ایشان با این بیان مفاد این روایت را اعتبار احد آمرین دانسته است.

طایفه چهارم: به نظر امام خمینی، دسته چهارم روایات ناظر به دخیل بودن هر دو عامل رشد و بلوغ

جنسی در معاملات صبی است؛ مثل روایت صحیحه هاشم از امام جعفر صادق (ع): «قال انقطاع یتم الیتیم بالاحتلام و هو اشده و ان احتلم و لم یونس منه رشده وکان سفیهاً او ضعیفاً فلیمسک عنه ولیه ماله» (همان).

به نظر می‌رسد این روایت در صدد معتبر دانستن بلوغ جنسی به همراه رشد و بلوغ عقلی در معاملات صبی نیست؛ بلکه فقط در اعتبار رشد عقلی صراحت دارد. در روایت مذکور صدر و ذیل روایت، به دو موضوع و دو مسئله متعلق است. در صدر روایت امام معصوم در صدد بیان نشانه‌ای از بلوغ جنسی است و می‌خواهد بفرماید افراد زمانی از صباوت و صغارت بیرون می‌آیند که به حد احتلام رسیده باشند: «قال انقطاع یتم الیتیم بالاحتلام و هو اشده». در ذیل حدیث معصوم (ع) به استرداد اموال یتیم پرداخته و فرموده است: اگر بچه‌ای به حد احتلام (بلوغ جنسی) رسید، ولی از او ایناس رشد نشد و با آزمایش و اختبار رشید بودن آن محرز نگردید (یعنی سفیه بود یا ضعف عقلانی داشت)، این‌جاست که سرپرست او نباید اموال او را به وی مسترد کند. این حدیث تحویل اموال یتیم را به رشد مشروط و معلق کرده و بلوغ جنسی هیچ به این موضوع ارتباطی ندارد.

امام خمینی در مورد جمع این روایات می‌فرماید: «در جمع روایات دسته اول و دوم با دو دسته اخیر از باب حمل مطلق بر مقید است؛ چرا که مبنای ایشان هنگام جمع دو دلیل که هر دو اثباتی والزامی هستند، حمل مطلق بر مقید است: «ما کان الدلیلان مثبتین الزامیین.... فلابد فی الحمل فیها» (خمینی، البیع، ۲/ ۳۳۵).

اما در باب جمع دسته سوم و چهارم می‌فرماید: «این وجه از اشکال خالی نیست؛ چرا که دسته سوم روایات ظهور در مقابله رشد با بلوغ دارد و هرکدام از آن‌ها تمام‌الموضوع است؛ ولی روایات دسته چهارم در اعتبار مجموع‌الامرین صریح است و هر کدام از رشد و بلوغ جزء موضوع است، لذا به واسطه صراحت دسته چهارم از ظهور دسته سوم صرف نظر می‌کنیم.

در نتیجه باید گفت تعارضی میان روایات نیست که به جمع آن‌ها از طریق حمل مطلق بر مقید نیاز داشته باشیم.

تمسک به حدیث رفع قلم

از جمله روایاتی که قائلان به بطلان معاملات افراد نابالغ جنسی، به آن استناد می‌کنند و ناظر به آیه ابتلا نیست، حدیث «رفع قلم» است:

عن الخصال باسناده عن ابی ظبیان قال اتی عمر بامرأه مجنونه قد زنت فأمر برجمها. فقال علی (ع):

«اما علمتان القلم یرفع عن ثلاثه، عن الصبی حتی یحتلم وعـن المجنـون حتـی یفیـق و عـن النـائم حتـی یستیقظ؟». کتاب الخصال با اسنادی که دارد از ابی‌ظبیان نقل می‌کند زن دیوانه‌ای را نـزد عمـر آوردنـد کـه مرتکب زنا شده بود. پس عمر دستور بـه سنگسـار زن داد. در ایـن هنگـام حضـرت علـی (ع) فرمـود: آیـا نمی‌دانی که همانا قلم (مجازات یا مواخذه) از سه کس برداشته شده است: از بچه تا محتلم شود (رسـیدن به بلوغ جنسی)، از دیوانه تا عاقل شود و از کسی که خواب است تا وقتی که بیدار شود (صدوق، الخصـال، ۹۳).

ظاهراً استدلال به این حدیث پیشینه قدیمی دارد و قدمایی مثل شـیخ طوسـی (طوسـی، المبسـوط، ۲/ ۲٤۷) و ابن ادریس (ابن ادریس، السرائر الحاوی، ۲/ ٤٥۲) به این حدیث تمسک جسته‌اند.

طرفداران بطلان معاملـه صـبی، از ایـن حـدیث مسـلوب‌الاراده بـودن آن را اسـتنباط کرده‌انـد؛ یعنـی همان‌طور که دیوانه و انسان نائم در افعال و الفاظ خود هیچ قصد و اراده‌ای ندارند؛ صبی در این امور مانند آن‌هاست و از آن‌جا که صبی در کارهایش هیچ قصد و اراده‌ای ندارد، برای کارهایش نمی‌توان اثـر خـارجی لحاظ کرد. از این رو اجازه ولی نمی‌تواند به فعل غیر ارادی او ترتیب اثر بدهد؛ فلذا به بطلان معامله صـبی حکم کرده‌اند؛ ولو با اذن ولی (فاضل مقداد، ۲/ ٤؛ حلی، ارشاد الاذهان، ۱/ ٤٦۲؛ شهید اول، ۲/ ۱۹۸).

شیخ انصاری استدلال به این حدیث را با اشکالات و ایراداتی توأم می‌داند و در نهایت سـه اشـکال بـر دلالت این حدیث به بطلان معاملات صبی وارد می‌کنـد. ایشـان می‌گویـد: اولاً ظـاهر رفـع قلـم در ایـن حدیث، رفع قلم مؤاخذه است، نه قلم جعل احکام. لذا همان‌طور که مشهور قائـل شـدند، عبـادات صـبی صحیح و شرعی‌اند، نه تمرینی. این بدان معناست که احکام شرعی در حق صبی ثابت هستند. البته مرحوم خویی به این اشکال شیخ ایراد می‌گیرند که عقوبـت و مؤاخـذه، همچـون ثـواب و پـاداش از امـور جعلـی نیستند که شارع بتواند این امور را رفع کند. شان شارع اصـولاً رفـع امـور جعلـی اسـت، نـه امـور عقلـی و تکوینی. البته رفع مؤاخذه با رفع حکم صورت می‌گیرد؛ ولی رفع مؤاخذه بدون واسطه که ظاهر کلام شـیخ است، صحیح نیست (خویی، تکمله المنهاج، ۳/ ۲٥۰-۲٥۱). البته بـه نظـر می‌رسـد صـغرای اسـتدلال ایشان ناتمام باشد. درست است که نفس پاداش و مؤاخـذه از امـور جعلـی نیسـت، ولـی نـوع پـاداش یـا مؤاخذه‌ای را که شارع برای افعال مکلفین به‌واسطه احکام بیان می‌کند، جعلی و تشریعی است و رفع شدنی است. از طرفی چه اشکالی دارد که من بیده الوضع و الاعتبار، رفع قلم و مؤاخذه اعتباری را بالملازمه و بـا واسطه انجام دهد؟

دومین اشکالی که شیخ می‌گیرد، این است که اگر قبول کنیم رفع قلم، رفع احکام است، باید همان‌طور که مشهور گفته‌اند آن را رفع احکام تکلیفی بگیریم، نه احکام وضعی؛ چرا که احکام وضعی مطابق مشهور

در حق صبی ثابت است. مثلاً جماع برای صبی ثابت است؛ ولی این حکم وضعی در زمان صباوت، حکم تکلیفی برای صبی ندارد. همچنین این حکم وضعی مستتبع حکم تکلیفی برای سایر بالغین است. مثلاً بالغین نباید صبی جنب را تمکین کنند که مصحف را مس کند. بنابراین، اشکالی ندارد که بگوییم معامله صبی، هر چند حکم تکلیفی برای خوش در آن زمان نمی‌آورد؛ مستلزم حکم تکلیفی (وجوب وفا) برای او پس از بلوغ یا برای ولی او (که عقد با اذن یا اجازه او واقع شده) است.

سوم این‌که بر فرض این‌که حدیث رفع قلم را دال بر رفع مطلق احکام بدانیم؛ این دلیل نمی‌شود که فعل صبی موضوع برای تکالیف بالغین قرار نگیرد. همان‌طور که گاهی فعل یک حیوان موضوع قرار می‌گیرد برای تکلیفی که متوجه انسان‌ها می‌شود (انصاری، ۱/ ۳۰۷).

اشکال دیگر امام این است که مسئله بطلان معامله صبی موضوعاً از مدلول این حدیث خارج است؛ چرا که حدیث به موضوع سنگسار زانیه مجنونه اشاره دارد و نمی‌توان اطلاق را از ظاهر حدیث استنباط کرد:

«الا ان یقال لا اطلاق لقوله اما عملتان القلم یرفع.... الوارد فی ذیل قضیه المجنونه. لانه اشاره الی امر معهود وارد عن رسول الله.... فهو خارج عن الحدیث موضوعاً» (خمینی، البیع، ۲/ ۳۳).

این همان ایرادی است که مرحوم خویی پیش‌تر به آن متعرض شده است (خویی، مصباح الفقاهه، ۲/ ۵۳۱).

روایت ابوالبختری

از دیگر روایاتی که قائلان به بطلان معامله صبی، به آن استناد می‌کنند، حدیث ابوالبختری است. ابوالبختری از امام صادق (ع) و ایشان نیز از پدر بزرگوارشان و ایشان نیز از حضرت علی (ع) روایت کرده است: عبد الله ابن جعفر فی قرب الاسناد عن علی بن السندی عن ابی البختری عن جعفر عن ابیه عن علی (ع) انه کان یقول: «فی المجنون والمعتوه الذی لایفیق والصبی الذی لم یبلغ عمدهما خطاء تحمله العاقله وقد رفع عنها القلم».

چنان که اشاره شد، این صنف از احادیث صراحتاً افرادی را که به بلوغ جنسی نرسیده‌اند، در ردیف مجانین و مسلوب‌الاراده‌ها قرار می‌دهد. بنابراین روایات، اعمالی که در میان بالغین، بین عمدی و سهوی بودن آن از جهت حکم شرعی تفاوت دارد، در مورد نابالغین بین عمدی و سهوی بودن آن هیچ تفاوتی وجود ندارد؛ یعنی افعال عمدی شخص نابالغ، حکم افعال سهوی و غیرعمدی افراد بالغ را دارد. بنابراین، همان‌طور که اگر اشخاص بالغ عقد بیعی را سهواً و از روی غیر عمد انجام دهند، اثری بر آن مترتب نیست

وآن عقد به بطلان محکوم است، نابالغ اگر عقدی را ولو از روی عمـد انجـام دهنـد، باطـل اسـت و اثـری ندارد.

اشکال خویی به روایت ابوالبختری

مرحوم خویی، استدلال به روایت عمدالصبی، خطا را برای اثبات بطلان معاملات صبی تمام نمی‌داند و با بیان مخصوص به خود این دسته از روایـات را مخصـوص بـاب جنایـات می‌دانـد. ایشـان می‌فرماینـد استفاده اطلاق از روایات مذکور هم به علت عدم وجود مقتضی و هم به خاطر وجود مانع، صحیح نیست. از جهت عدم تمامیت مقتضی برای استفاده از اطلاق می‌فرماید: دلیل این‌که بتوان شیئی را نازل منزله شیء دیگر قرار می‌داد، یکی این است که در مقام اثبات احکام وجـودی مترتـب بـر منـزل علیـه را بـرای منـزل، به‌واسطه اثبات موضوع به صورت تعبدی به کار بریم؛ مثل «الطواف بالبیت صلاه»؛ یعنی در مقـام اثبـات، کلیه خصایص و احکام مربوط به نماز را برای طواف لحاظ کردیم. یکی دیگر این‌کـه شـارع در مقـام نفـی احکام و آثار از منزل علیه است که توسط نفی تعبدی آثار موضوع ذی اثر، این کار را انجام می‌دهـد؛ مـثلاً می‌فرماید: «عمد الصبی لیس بعمد»؛ یعنی یک موضوع وجودی را ناز منزله امری عدمی قرار می‌دهد.

تفاوت میان این دو نحو از تنزیل این است که در قسم اول، غرض از تنزیل، اثبات آثار منزل علیه بـرای منزل است. پس، منزل علیه باید خود دارای آثار و احکامی باشد تا بتواند آن آثار برای منزل ثابت شـود. بـر خلاف قسم دوم از تنزیل در آن لازم نیست که منزل علیه دارای آثار و احکام ویژه‌ای باشد؛ چـون تنزیـل در ناحیه رفع اثر و حکم از منزل است؛ لذا این غرض با نفی موضوع حاصل می‌شود.

در کتاب مانحن فیه نیز ایشان می‌فرماید: ظاهر از روایت عمد الصبی خطا این است که شارع در صدد این است که افعال عمدی صبی را نازل منزله آثار و احکام افعال خطایی بالغین قرار دهد (قسم اول تنزیل). پس، باید ملاحظه کرد که در چه جاهایی برای افعال خطایی بالغین آثاری مترتب شده که شارع بتواند افعال عمدی نابالغین را نازل منزله آن بکند. آنچه مسلم است این که اموری مثل عقد بیع و سایر معاملات اگر به صورت خطایی توسط بالغین انجام شود، هیچ اثری بر آن مترتب نیست، پس روایت مـذکور نمی‌توانـد بـه این موارد یعنی معاملات ناظر باشد. بلی؛ در باب عبادات و جنایات شارع برای افعال خطایی بالغین آثار و احکامی مترتب کرده است. مثلاً در باب صید در حال احرام اگر محـرم بـه صـورت خطـایی و اشـتباه نیـز مرتکب صید شود؛ باید کفاره مخصوصی را بدهد؛ ولیکن با تأمل بیشتر معلوم می‌شود کـه مـراد از روایـت عمد الصبی و خطا واحد فقط خطا در باب جنایات را شامل می‌شود؛ زیرا در سـایر مـوارد مثـل محرمـات احرام، کفاره بر خود شخص خاطی مترتب شده است؛ یعنی اگر شخص بالغی از روی خطا سـلام نمـاز را

بدهد یا مرتکب صید در حال احرام شود، وظیفه خودش سجده سهو یا کفاره است؛ اما در ذیل روایت عبارت «تحمله العاقله» دلالت بر این دارد که اگر خطا و اشتباهی از سوی صبی سر بزند، سرپرست صبی عهده‌دار جبران آن خطا است. در نتیجه این به اطلاق روایت نمی‌توان عمل کرد؛ چرا که این روایت به باب جنایت اختصاص دارد.

مرحوم خویی در این باره نیز می‌فرماید: بر فرض وجود مقتضی اطلاق و شمول حدیث، این اطلاق مبتلا به مانع است و با ملاحظه آن مانع نمی‌توان به اطلاق و شمول این حدیث حکم نمود. آن مانع عبارت از این است که اخذ به اطلاق این روایات مخالف ضرورت مذهب و موجب تأسیس فقه جدیدی خواهد شد؛ زیرا اگر قرار باشد مطلق افعال عمدی صبی در حکم افعال خطایی بالغین باشد، لازم می‌آید که اگر صبی عمداً مرتکب مبطلات روزه شد، روزه او باطل نباشد، و یا اگر عمداً جزیی از نماز را ترک کرد، نماز او صحیح باشد (خویی، تکمله المنهاج، ۳/ ۲۵۷).

مسلوب الاراده نبودن صبی

علت رأی به بطلان تصرفات صبی، از جمله معاملات وی از جانب فقها این است که آنان به «مسلوب الاراده» بودن افراد نابالغ در تصرفات خود از جمله معاملات معتقد هستند. منشاء این نگرش، روایاتی است که «جواز امر صبی» را متوقف بر بلوغ، نظیر روایات قبلی دانسته است. البته نمی‌توان نقش عرف و زمینه‌های ذهنی ناشی از محیط را در این نگرش بی‌تأثیر دانست. شیخ انصاری این استدلال را ناتمام می‌داند و معتقد است مراد از «جواز امر صبی» که در روایات آمده و آن را به بلوغ منوط کرده؛ استقلال صبی در تصرفات است که پیش از بلوغ وجود ندارد؛ و این امر با صحت عقد صبی با اذن ولی یا اذن خود وی پس از بلوغ منافات ندارد (انصاری، ۲/ ۳۰۷).

امام خمینی با تفسیر شیخ از جمله «جواز امر» موافق نیست. بنا بر استدلال ایشان، چون ورود استثنا بر جمله مذکور صحیح است (مثلاً لصبی لایجوز امره الا باذن الولی)، معلوم می‌گردد که مراد از جواز امر، خصوص استقلال صبی نیست، وگرنه استثنای مذکور معنا ندارد (خمینی، البیع، ۲/ ۲۹).

اجماع

شیخ انصاری از صاحب غنیه اجماعی را مبنی بر بطلان عقد صبی نقل می‌کند که به نظر می‌رسد دلیل عمده این دسته از فقها همین اجماع معتضد با شهرت فتوایی است (بجنوردی، ۲/ ۱۲۶).

«المشهور کما عن الدروس و الکفایه بطلان عقد الصبی بل عن الغنیه الاجماع علیه» (غایت الآمال،

۱/ ۳۲۱)؛ اما باید گفت تحقق و صحت این اجماع با تتبع در آثار فقهای متقدم نه تنها بـه دسـت نمی‌آیـد؛ بلکه خلاف آن اثبات می‌شود. شیوه شیخ طائفه در کتاب الخلاف (همان‌طور کـه در آغـاز کتـاب تصـریح کرده) این است که هر مسئله‌ای که مورد اجماع و اتفاق فقها بوده باشد، به آن متذکر می‌شود (شیخ طوسی، الخلاف، ۱/ ٤٥)؛ اما شیخ در ضمن مطرح کردن صحت یا بطلان معامله صبی وآوردن اقوال فقهای امامیه و عامه اصلاً به اجماع اشاره نکرده است (شیخ طوسی، الخلاف، ۳/ ۱۷۸). پس می‌توان استظهار کـرد کـه مسئله بطلان عقد صبی در عصـر شـیخ اجمـاعی نبـوده کـه بـه آن اشـاره نشـده اسـت. همچنـین نظـرات فخرالمحققین (ایضاح‌الفوائد، ٥٢) و محقق ثانی (کرکی، ٤/ ٦٢) دال بر عدم تحقق اجماع است.

نتیجه‌گیری

بلوغ، پدیده‌ای است متعلق به تمام ابعاد وجـودی انسـان، و بـه بعـد جسـمی و جنسـی اختصـاص و انحصار ندارد و به اقتضای تعلقش به بعدی خـاص از وجـود انسـان تعریـف و علایـم متفـاوتی بـه خـود می‌گیرد.

تعریف فقها از بلوغ و علایم ذکر شده برای آن در فقه تنها به بلوغ جسـمی آدمـی مربـوط می‌شـود و از آنجا که معاملات از امور عقلی و عرفی است، منوط کردن این نوع از بلوغ به صحت معـاملات بـه تأمـل و بررسی جدید نیاز دارد.

ادله‌ای که فقها برای شرطیت بلوغ جسمی و جنسی در معاملات ذکر کرده‌اند، نمی‌تواند دلیل محکمی بر این مدعا باشد.

منابع

ابن اثیر، مبارک بن محمد، ***النهایه***، بیروت، دارالکتاب العربی، بی‌تا.

ابن ادریس، محمد بن احمد، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی***، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱٤۱۰ ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، ***الخصال***، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱٤۰۳ ق.

_____، ***المقنع***، قم، موسسه امام هادی (ع)، ۱٤۱٥ ق.

_____، ***من لایحضره الفقیه***، تهران، دار الکتب الاسلامی، ۱۳۹۰ ق.

ابن زهره، حمزه بن علی ***غنیه النزوع***، تهران، مدرسه امام صادق (ع)، ۱۳۹۰.

ابن عربی، محمد بن عبدالله، ***احکام القران***، لبنان، دارالفکر، بی‌تا.

ابن قدامه، عبدالله بن احمد، ***المغنی***، بیروت، دارالکتاب العربی، بی‌تا.

ابن منظور، محمد بن مکرم، ***لسان العرب***، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱٤۰۸ ق.

اعرافی، علی رضا، ***فقه تربیتی مبانی و پیش‌فرض‌ها***، موسسه فرهنگی هنری اشراق، ۱۳۹۱.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***المکاسب المحرمه***، قم، موسسه نشر اسلامی، ١٤١٦ ق.

آخوند خراساني، محمد كاظم بن حسين، ***حاشيه كتاب المكاسب***، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ١٣٦٤.

بحرانی، یوسف بن احمد، ***حدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره***، قم، موسسه نشر اسلامی، ١٤٠٩ ق.

بروجردی، حسین، ***جامع احادیث الشیعه***، تهران، نشر فرهنگ سبز، ۱۳۹۹ ق.

بیهقی، احمدبن حسین، ***السنن الکبری***، بیروت، لبنان، دارالفکر، ١٤١٩ ق.

جزائری، احمد، ***قلائد الدرر فی بیان آیات الاحکام بالاثر***، نجف، دار احیاء تراث، ١٤٢٢ ق.

جزیری، عبدالرحمن، ***الفقه علی المذاهب الأربعه***، قاهره، المکتبه التجاریه الکبری بمصر، بی‌تا.

حر عاملی، محمد بن حسن، ***وسائل الشیعه***، قم، موسسه آل البیت، ١٤٠٩ ق.

حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، ***العناوین الفقهیة***، موسسه نشر اسلامی، ١٤٢٥ ق.

حکیم، محسن، ***نهج الفقاهه***، قم، ۲۲ بهمن، ١٤٢١ ق.

خمینی، روح الله، ***البیع***، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ و نشر عروج، ۱۳۸۸ ق.

_____، ***تحریر الوسیله***، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ و نشر عروج، بی‌تا.

خویی، ابوالقاسم، ***تکمله المنهاج***، دار احیاء تراث امام خویی، ١٤٢٢ ق.

_____، ***مصباح الفقاهه***، تهران، انتشارات وجدانی، ۱۳۷۱ ق.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد، ***المفردات فی غریب القران***، قم، ذوالقربی، ۱۳۷۵ ق.

شرتونی، سعید، ***اقرب الموارد الی فصیح العربیه و الموارد***، قم، مکتبه آیت الله مرعشی، ١٤٠٣ ق.

شهید اول، محمد بن مکی، ***الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه***، قم، موسسه نشر اسلامی، ١٤١٤ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ***مسالک الافهام***، قم، موسسه معارف اسلامی، ١٤١٨ ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام***، دار احیاء تراث عربی، ١٢٥٦ ق.

طباطبائي كربلايي، علي بن محمدعلي، ***رياض المسائل فی بيان الاحكام بالدلائل***، قم، موسسه آل بيت (ع)، ١٤٠٤ ق.

طبرانی، سلیمان بن احمد، ***معجم الاوسط***، جلد ۷، قاهره، دارالحرمین، ۱۹۹۵ م.

طبرسی، فضل بن حسن، ***مجمع البیان لعلوم القران***، بیروت، دارالمعرفه، بی‌تا.

طریحی، فخر الدین بن محمد، ***مجمع البحرین***، بیروت، مکتبه الهلال، ۱۹۸۵ م.

طوسی، محمد بن حسن، ***الخلاف***، قم، موسسه اسماعیلیان، ١٤٠٧ ق.

_____، ***المبسوط***، ایران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.

_____، ***تهذیب الاحکام***، تهران، دارالکتب الاسلامی، ١٣٦٥ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***ارشاد الاذهان***، قم، موسسه نشر اسلامی، ١٤١٠ ق.

_____، ***تحریر الاحکام***، تهران، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷۹ ق.

_____، ***تذکره الفقهاء***، قم، آل‌البیت، ۱٤۰۰ ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، ***کنز العرفان فی فقه القران***، انتشارات مرتضوی، ۱٤۲۵ ق.

فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، ***مفاتیح الشرایع***، جلد ۱، تهران، انتشارات مهدی رجایی، بی‌تا.

قرشی، علی اکبر، ***قاموس قرآن***، بیروت، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۱ ق.

کاشف الغطاء، محمد حسین، ***تحریر المجله***، تهران، مجمع جهانی تقریب بین المذاهب الاسلامی، ۱٤۲٦ ق.

کرکی، علی بن حسین، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قم، موسسه آل البیت (ع)، ۱٤۰۸ ق.

محقق حلی، جعفربن حسن، ***شرایع الاسلام***، نجف، مطبعه الآداب، ۱۳۸۹ ق.

محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، ***کفایه الاحکام***، قم، انتشارات اسلامی، ۱٤۲۳ ق.

مرتضي زبيدي، محمد بن محمد، ***تاج العروس فی شرح القاموس***، بیروت، دارالهدایه، ۱۳۸۵ ق.

مفید، محمد بن محمد، ***المقنعه***، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱٤۱۰ ق.

مقدس اردبيلي، احمد بن محمد، ***مجمع الفائده و البرهان***، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱٤۱٤ ق.

موسوی بجنوردی، محمد ***فقه مدنی***، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۸.

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۴، شمارهٔ پیاپی ۱۱۱
زمستان ۱۳۹٦، ۱۳۴-۱۱۱

بررسی قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل» از دریچه حقوق و اقتصاد*

شادی کسنوی
دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز دانشگاه تهران
Email: shadikasnavi@ut.ac.ir

چکیده

قاعده فقهی حرمت اکل مال به باطل به عنوان یک اصل کلی حقوقی که مبدأ بسیاری از قواعد فقهی و مواد قانونی است، ریشه در مبانی اخلاقی و اقتصادی دارد. ضرورت دارد در کنار مبانی اخلاقی و نگاه از دریچه حقوق سنتی، بعد اقتصادی و لزوم کارایی اعمال این قاعده نیز از زاویه میان رشته‌ای حقوق و اقتصاد مورد ارزیابی قرار گیرد. توجه به این مسئله که تا چه حد نیازهای اقتصادی جامعه در ایجاد این قاعده فقهی نقش داشته‌اند، آیا به طور مطلق اعمال این قاعده و مواد قانونی که ریشه در قاعده مذکور دارند، از لحاظ اقتصادی توجیه‌پذیر است یا اینکه ضرورت کارایی اقتصادی این قاعده فقهی، دامنه اعمال این قاعده را محدود می‌سازد، سوالاتی هستند که این مقاله با تحلیل اقتصادی کیفی قاعده مذکور، به آن‌ها پرداخته و پاسخ به آن‌ها به شفافیت کارکرد عملی قاعده حرمت اکل مال به باطل در بازار و جامعه کمک خواهد کرد.

کلیدواژه‌ها: قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل»، کارایی اقتصادی، هزینه- فایده.

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹٤/۰۹/۲۹؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۹۵/۰۷/۲٦.

DOI: 10.22067/jfu.v49i4.52307

مقدمه

معیار موفقیت قواعد حقوقی میزان دستیابی آن‌ها به اهداف اجتماعی بوده (calabresi, 2003, 2119) و رسالت حقوقدانان جدا از تولید قواعد حقوقی، دقت در سنجش کارآمدی قواعد حقوقی و توجه به گسترش رفاه اجتماعی است (دادگر، در آمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق، ۲۳۷ به نقل ازCooter). این دیدگاه از نظریات پیامدگرایان (نتیجه گرایان) نشأت می‌گیرد که حقوق را نه از بعد داخلی بلکه از بعد خارجی و به عنوان ابزاری در جهت رسیدن به اهداف اجتماعی می‌نگرند (Posner, 1987, 726). تحلیل اقتصادی حقوق[1] نیز که منبعث از این دیدگاه است هدف قواعد و نهادهای حقوقی را رسیدن به کارایی و افزایش رفاه اجتماعی می‌داند (بادینی، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، ۲۵).

با وجود اینکه ارزیابی حقوق از دریچه اقتصاد ریشه در حقوق کامن لا دارد، در حقوق اسلامی نیز دانش فقه منفک از اقتصاد نبوده و اقتصاد در موضوع شناسی فقه و چگونگی استنباط و اجتهاد فقهی تاثیرگزار بوده (بادینی، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، ۳۱-۳۲ به نقل از مهدی مهریزی) و در قلمرو فقه نیز زمینه‌های فراوانی وجود دارد که پذیرش ارتباط و همبستگی حقوق اسلامی و جامعه و ابزار بودن حقوق در جهت حفظ نظم اجتماعی به رسمیت شناخته شده است (بادینی، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، ۳۳ به نقل از عبدالرضا علیزاده).

لذا در این مقاله قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل» به عنوان یک اصل کلی حقوقی نه از دریچه حقوق سنتی و در چارچوب تأمین عدالت بلکه از دریچه حقوق و اقتصاد و بر اساس میزان کارایی‌اش ترسیم می‌شود و به این مسئله پرداخته می‌شود که چگونه این قاعده می‌تواند موجب بهبود و افزایش رفاه اجتماعی شود. در خصوص علت تحلیل اقتصادی این قاعده از میان سایر قواعد فقهی، سه دلیل عمده وجود دارد: دلیل اول جامعیت و کلیتی است که این قاعده در میان دیگر قواعد فقهی از آن برخوردار است به نحوی که به عنوان یک اصل کلی حقوقی پیش‌زمینه بسیاری از مواد قانونی و مبنای وضع بسیاری از قواعد حقوقی جزئی‌تر است. دلیل دوم آثار این قاعده فقهی است که با جلوگیری از کسب ثروت‌های نامشروع، رکن آشکاری در نظام مالی و معاملاتی کشور ایفاء می‌کند و دلیل سوم فقدان منبع مستقل تعهد در این خصوص در قانون مدنی است؛ چرا که قانون مدنی ایران در خصوص شناسایی مسئولیت ناشی از استیفاء نامشروع و دارا شدن به هزینه و زیان دیگری به عنوان منبع مستقل تعهد ساکت بوده واسباب سنتی ضمان قهری نیز به تنهایی قادر به پوشش همه مصادیق متنوع استیفای نامشروع نیستند. لذا این مقاله در

---

۱. منظور از تحلیل اقتصادی، تحلیل و بررسی موضوعات حقوقی با کمک ابزارها، تئوری‌ها، تکنیک‌های اقتصادی (مانند تکنیک هزینه-فایده) و معیارهای اقتصادی (مانند کارایی) و یافتن راههای حقوقی برای کاهش هزینه معاملاتی است تا به کارایی اقتصادی بیانجامد

تلاش است با اثبات کارآمدی این قاعده فقهی و با توجه به این امر که یکی از کارکردهای حقوق و اقتصاد ایجاد قاعده حقوقی کارآمد است، لزوم شناسایی این قاعده فقهی را به عنوان منبع مستقل تعهد نشان دهد.[۱]

روند این مقاله بدین ترتیب است که پس از آشنایی کلی با قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل» و معادل سازی آن با دیگر نهادهای حقوقی، در ادامه با استفاده از معیار کارایی و تکنیک هزینه-فایده و سایر اصول اقتصادی، کارآمدی مصادیقی[۲] که مشمول این قاعده می‌شوند مورد تحلیل اقتصادی قرار گرفته و در نهایت در جهت اصلاح قاعده فقهی برای نیل به کارایی بیشتر شروطی ارائه می‌شود که در صورت تحقق این شرایط اعمال قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل» کارا بوده و موجب افزایش رفاه اجتماعی می‌شود. بدین ترتیب هدف این مقاله که ارائه راهکاری در جهت کارآمدی قاعده فقهی است تحقق یافته و این قاعده فقهی- چه در موارد سکوت و چه در مقام تفسیر قانون - به عنوان ابزاری درجهت ایجاد حقوق زنده و کارآمد قابلیت اعمال پیدا کرده و به موجب آن حقوق و تکالیفی به افراد بار می‌شود که موجب تشویق فعالیت اقتصادی و در نهایت تحقق رفاه اجتماعی شوند.

آشنایی کلی با قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل»

قاعده «حرمت اکل مال به باطل»[۳] به عنوان یک قاعده مسلم فقهی در بیان فروعات فقهی غالباً به عنوان مستند حکم مورد استناد قرار می‌گیرد (عامری و نوابی، ۱۱۲). مستند این قاعده برخی آیات قرآنی است و از همین جاست که پای این قاعده در تمام ابواب فقه و به تبع آن در حقوق ایران که ملهم از فقه امامیه است، باز می‌شود و با استناد به این اصل مهم و قاعده کلی، از استفاده بدون مجوز شرعی و قانونی افراد جلوگیری شده و رکن آشکار نظام مالی و معاملاتی اسلام است.

مفهوم قاعده «حرمت اکل مال به باطل»: در تبیین واژه به واژه این قاعده لازم به توضیح است که مراد از «اکل» مطلق تصرفات است، تصرفات مالکانه‌ای که باعث قطع تسلط غیر شود (علامه طباطبایی، ۱۴۸/۸) و این اطلاق در تمام السنه متعارف است که گفته می‌شود «خوردن مال غیر» منظور مطلق تصرفات و انتفاعات و تملک در اموال دیگران است و بدان سبب از خوردن که یکی از انحاء تصرفات است، نهی شده که خوردن اهم و اتم تصرفات می‌باشد (مدیر شانه چی، ۱۶۸).

منظور از واژه «مال» ضرورتاً چیزی نیست که دارای عینیت و وجودی طبیعی و مادی باشد؛ به بیان

---

۱. با توجه به انواع تحلیل اقتصادی (تحلیل کمی و تحلیل کیفی) این مقاله کارایی اقتصادی را از نگاه تحلیل کیفی مورد نقد و بررسی قرار داده است.

۲. این مصادیق جنبه حصری ندارند.

۳. هیچکس نباید بدون سبب مشروع، مال دیگری را بخورد.

دیگر هر آن چیزی است که از نگاه اعتبار کننده مال باشد اگر چه این چیز، امری فکری یا معنوی باشد (جعفری تبار، ۱۴).

مراد از واژه «باطل» در این قاعده «نامشروع» است. بعبارتی با وجود اینکه اصولاً باطل در مقابل حق بکار می‌رود ولی در اینجا مراد از آن غیر مشروع، غیرشرعی، بدون استحقاق و بدون سبب شرعی است (القواعد فقهیه، ۵/ ۱۸۱ - ۱۸۰). پس منظور هر آن چیزی است که شرع آن را مباح ندانسته است (طبرسی، ۵۸۷). با این وصف معنای قاعده به اختصار «نهی از تصرف در مال بطور نامشروع» است.

نهادهای حقوقی معادل با قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل»: نزدیک‌ترین اندیشه به قاعده فقهی حرمت اکل مال به باطل، اصل حقوقی «دارا شدن بلاجهت» است. این مفهوم در نظام‌های حقوقی مختلف تحت عناوین متفاوت استرداد (restitution)[1]، شبه قرارداد (quasi-contract)[2]، دارا شدن غیرمنصفانه

(unjust enrichment یا illegal enrichment)[3] آورده شده است. این مفاهیم تا حدی متفاوت هستند اما در غالب نظام‌ها یک اصل عمومی است که دربردارنده مجموعه‌ای از مقررات ناپیوسته است که تنها در یک منطق مشترک یکی هستند و آن منطق مشترک این است که هر کس باید از دسترنج خود استفاده کند و هیچکس حق ندارد بدون سبب قانونی از مال یا کار دیگری بهره ببرد. این قاعده که ریشه در حقوق روم دارد، امروزه جای خود را در نظام حقوقی بسیاری از کشورها گشوده است و کشورها با عناوین متفاوتی که برای آن گزیده‌اند، به عنوان بخشی از نظام حقوقی خود در دادگاه‌ها به آن استناد می‌کنند (عامری و نوابی، ۹۶).

برای بررسی تفاوت این دو قاعده، بر شروط تحقق هر یک از دو قاعده و تفاوت‌های آن‌ها متمرکز می‌شویم. برای اعمال قاعده «منع دارا شدن بلا جهت» تحقق حداقل سه شرط: دارا شدن بدون سبب، کاهش دارایی و وجود رابطه بین دارا شدن و کاهش دارایی ضروری است. در مقایسه شروط قاعده فوق با قاعده «حرمت اکل به باطل» لازم به توضیح است که در خصوص شرط «دارا شدن» واژه اکل با این شرط همخوانی دارد اما آنچه ملاک اصلی تفاوت این دو قاعده است مربوط به شرط «کاهش دارایی» است و پذیرفتن شرط کاهش دارایی به عنوان شرط تحقق ضمان ناشی از «اکل مال به باطل» قابل تردید به نظر می‌رسد. چه، اولاً مبانی قاعده دلالتی بر آن ندارد. در آیه شریفه واژه «بینکم» ظاهراً دلالت بر خروج تصرفات نامشروع (مانند اسراف و تبذیر) از مال خود دارد و نمی‌توان کاهش دارایی در نتیجه اکل مال به

1. Common law
2. Roman law
3. common law

باطل را از آن نتیجه گرفت. چه بسا عقل نیز هرگونه استیفاء به سبب نامشروع را باطل می‌داند صرفنظر از اینکه استیفاء موجب کاهش دارایی دیگری شده باشد یا خیر. از اینجا می‌توان نتیجه گرفت که قاعده «حرمت اکل مال به باطل» جمع دو قاعده اخلاقی است. در جائیکه اکل مال به باطل منجر به کاهش دارایی شخص ثالث می‌گردد معادل با قاعده «منع دارا شدن بلاجهت» و در جائیکه استیفاء مال دیگری منجر به کاهش دارایی شخص ثالث نمی‌شود معادل با منع سواری مجانی[1] است. این امر اصولاً در استیفاء از اموال غیرمادی شخص ثالث محقق می‌شود. در نتیجه با وجود عدم پذیرش نظریه سواری مجانی در همه کشورها، عام الشمولی قاعده فقهی اکل مال به باطل، هر دو مورد را در بر گرفته و به تبع مشمول ضمان می‌داند.

مبنای قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل» در حقوق ایران: در قوانین ایران صراحتاً اشاره‌ای به قاعده حرمت اکل مال به باطل نشده است اما با وجود این روح کلی این قاعده در بسیاری از مواد قانونی مشهود است. مصادیقی از این قاعده ذیل عنوان کلی «در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود» در مواد ۳۰۱ تا ۳۰۵ مشهود است و علاوه بر مواد فوق رد پای این قاعده در مواد ۳۳ و ۱۷۲ و ۳۳۶ و ۳۲۷ و ۴۱۶ و ۴۲۷ قانون مدنی نیز دیده می‌شود. در این بین قانون تجارت به عنوان تنها قانون معترض عنوان قاعده در ماده ۳۱۹ در بحث مرور زمان اسناد تجاری از آن تحت عنوان «استفاده بلا جهت» یاد کرده است.

در دکترین حقوقی نیز بحثی از ماهیت این قاعده به میان نیامده است اما از آنجایی که در نظام حقوقی ایران این قاعده با مسامحه معادل اصل حقوقی «منع دارا شدن ناعادلانه» است در ادامه معدود نظریات ارائه شده در خصوص رابطه ایجاد شده بین دارنده مال و استفاده کننده بلاجهت از مال را بررسی کرده و همین رابطه را به طرفین قاعده فقهی بسط می‌دهیم.

برخی از حقوقدانان به تبعیت از نظام کامن لا نظریه شبه قرارداد[2] را حاکم بر رابطه ایجاد شده بین طرفین می‌دانند و رابطه ایجاد شده و استفاده بلا جهت را متمایز از مسئولیت مدنی می‌دانند با این استدلال که مسئولیت مدنی در اکثر نظام‌های حقوقی مبتنی بر تقصیر است در حالیکه در استفاده بلاجهت چنین شرطی مطرح نیست و بعلاوه اینکه در مسئولیت مدنی تمام خسارات باید جبران شود در حالیکه دارا شدن بلا جهت مبتنی بر سود است و شخص فقط تا حدی که به دارایی‌اش افزوده شده ضامن است (صفایی، ۳۷۱). برخی حقوقدانان به نقد این نظریه پرداخته و معتقدند: جوهر عقد که تراضی کامل است در اینجا وجود ندارد و نمی‌توان الزام و مسئولیت را ناشی از آن تراضی ناقص دانست و در ثانی استیفاء شامل مواردی

---

۱. Free riding: این نظریه که بیشتر جنبه اخلاقی و اقتصادی دارد و کمتر مورد استناد دکترین حقوقی قرار گرفته است، اصولاً در استیفاء از اموال غیر مادی محقق می‌شود.

2. Quasi Contract

که تراضی درباره ایجاد دین وجود ندارد هم می‌شود (کاتوزیان، ۱۵۶ - ۱۵۵) و لذا معتقد به نظریه دیگری با عنوان تحصیل نامشروع ثروت هستند که به موجب آن عامل اصلی در ایجاد تعهد به باز گرداندن مالی که به ناروا بدست آمده، ارزیابی اخلاقی چگونگی تحصیل آن است. لذا باید بدنبال اثر این تکلیف اخلاقی یا ندای انصاف در وجدان قانونگذار و نظام حقوقی کشور بود و به جای تکیه بر شخص استفاده کننده و تحلیل تکلیف اخلاقی او باید به مشروع بودن چگونگی تحصیل مال و راه کسب ثروت توجه داشت و اینکه این راه‌ها در قوانین خلاصه نمی‌شود و وظیفه رویه قضایی و نظریه‌های حقوقی کشف مسیر این راه و شناسایی روح حاکم بر آن نظام است. خلاصه اینکه دارا شدن اگر از راه مشروع و منطبق با نظام حقوقی باشد مباح است، هر چند به زیان دیگری تمام شود. بر عکس هرگاه خوردن مال دیگری یا استفاده از کار او در این ترازو ظلم و ناحق جلوه کند باید معادل استیفاء به صاحب آن برگردانده شود (کاتوزیان، ۲۱۶ - ۲۱۵).

ارزیابی کارایی قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل»

قاعده «حرمت اکل مال به باطل» یک اصل کلی حقوقی است که پیش‌زمینه بسیاری از موارد قانونی و مبنای وضع بسیاری از قواعد حقوقی جزئی‌تر است. در این بخش از مقاله به چهار دسته از شایع‌ترین مصادیقی که بیانگر ضرورت استرداد سودی که بلاجهت بر دارایی شخص افزوده شده می‌باشند، اشاره خواهد شد.

الف: مهم‌ترین اثر اقتصادی قاعده «حرمت اکل مال به باطل» بر بازار، منع استفاده بلاجهت از نتایج عمل دیگری است. از نگاه اقتصادی این امر معادل درونی‌سازی آثار خارجی[1] مثبت فعالیت‌های اقتصادی است (گریگوری منکیو، نظریه اقتصاد خرد، ۲۴۱). بدین ترتیب پیامدها و نتیجه فعالیت اقتصادی هر شخص تنها متوجه خودش می‌شود و اشخاص نمی‌توانند بدون جهت و بدون پرداخت از آثار خارجی مثبت فعالیت دیگری سود ببرد. در تبیین واژه «آثار خارجی مثبت» لازم به توضیح است که آثار خارجی زمانی بوجود می‌آید که فعالیت یک شخص بر رفاه شخص بی‌طرف و یا شخص ثالث اثر بگذارد بدون آنکه هیچ دریافت و یا پرداختی برای جبران آن اثر انجام شود. لذا آثار خارجی به معنای منافع و زیان‌های جانبی ناشی از فعالیت‌های اقتصادی است که به افراد دیگر خارج از چارچوب بازار وارد می‌شود. حال اگر فعالیت فرد نخست برای شخص ثالث زیان‌بار باشد، اثر خارجی منفی و اگر برای شخص ثالث منافعی

1. Extenalities

بهمراه داشته باشد اثر جانبی مثبت نام دارد. آثار جانبی چنانچه در نتیجه فعالیت‌های تولیدی عاملان اقتصادی به بار آمده باشد اثر جانبی تولید و چنانچه در رفتار مصرفی مصرف کنندگان ایجاد شده باشد اثر جانبی مصرف نام دارد (گریگوری منکیو، نظریه اقتصاد خرد، ۲۴۰).

طبق نظریه «انسان عاقل اقتصادی» در اقتصاد نئوکلاسیک، فرض بر عاقلانه بودن انتخاب فعالان اقتصادی است. این فرض یک فرد عاقل و منطقی زمانی مبادرت به انجام امری می‌کند که منافع انجام آن کار بیشتر از منافع انجام سایر گزینه‌های پیش رو باشد و تا جایی پیش می‌رود که منفعت نهایی ناشی از انجام عمل مساوی با هزینه نهایی آن گردد. در این مرحله کارایی تحقق یافته؛ چرا که اگر منفعت نهایی یک عمل بیشتر از هزینه نهایی باشد، همچنان می‌توان با انجام بیشتر آن عمل به پیشرفت پارتویی رسید (صاحب، «مبانی حقوق مالکیت فکری از دیدگاه اقتصادی»، ۸۴).

حال در جایی‌که آثار خارجی وجود داشته باشد اعم از آنکه این آثار ناشی از فعالیت تولید و یا فعالیت مصرفی عاملان اقتصادی باشد، منجر به عدم تعادل بین تطبیق هزینه‌های خصوصی تولید و هزینه‌های اجتماعی آن و یا بین منافع خصوصی و منافع اجتماعی تولید می‌شود (Swancey, 1981, p 615) و در نتیجه بازار از برقراری تعادل و برابری میان منافع نهایی اجتماعی و هزینه نهایی اجتماعی که یکی از پیش شرط‌های ضروری تحقق کارایی اجتماعی است ناتوان مانده و منجر به نارسایی و شکست بازار[1] می‌شود (صاحب، «مبانی حقوق مالکیت فکری از دیدگاه اقتصادی»، ۱۰۶). حال با توضیحات ارائه شده می‌توان ادعا کرد که قاعده «حرمت اکل مال به باطل» با به رسمیت شناختن حق استرداد سود حاصله و درونی سازی آثار خارجی مثبت از شکست بازار جلوگیری می‌کند.

برای اثبات کارایی قاعده مذکور در فعالیت‌های اقتصادی، بازار اقتصادی دانش و اطلاعات را که پایه تئوری مهمی در اموال فکری است را مورد بررسی قرار می‌دهیم. طبق یکی از اصول مهم اقتصادی «اشخاص به انگیزه‌های خود پاسخ می‌دهند». از آنجا که مردم با مقایسه منافع و هزینه‌های هر اقدامی تصمیم‌گیری می‌کنند، با تغییر هزینه‌ها و منافع تصمیم آن‌ها نیز تغییر می‌کند. انگیزه کسب سود، دلیل اصلی حضور و اشتغال و تداوم فعالیت بنگاه‌ها در بازار یک کالای خاص است (گریگوری منکیو، مبانی علم اقتصاد، ۱۷۳) عمده‌ترین مشکل نارسایی و شکست بازار در تولید دانش و اطلاعات، مشکل انگیزه است و این مشکل در تولید دانش منبعت از دو عامل است. اول آثار جانبی مثبت دانش و اطلاعات که موجب نابرابری منافع نهایی خصوصی تولید و منافع نهایی اجتماعی تولید و در نتیجه کاهش سطح تولید

---

۱. Market Failure: ناتوانی نهادهای بازار در دستیابی به اهداف مطلوب اقتصادی یا اجتماعی مانند حداکثر سازی رفاه اجتماعی (Rao, 2003, p 43)

دانش می‌شود. دوم استثناء ناپذیری دانش و اطلاعات به عنوان کالای عمومی که موجب تشویق سوارکاران مجانی به استیفاء دسترنج دیگران می‌شود. تمایل به سواری مجانی از دانش و اطلاعات به جهت هزینه بالای تولید این کالا و در عین حال هزینه پایین کپی برداری از این آثار است که در نهایت منجر به عدم تخصیص بهینه منابع [۱] و عدم تحقق کارایی پارتو[۲] می‌شود.

با همه این اوصاف، جبران خسارت و استرداد سود ناشی از آثار خارجی مثبت کمتر از سوی دکترین حقوقی مورد توجه قرار گرفته است. از نگاه فقهی قاعده حرمت اکل مال به باطل و احترام عمل مسلم هم راستا با درونی سازی آثار خارجی مثبت هستند. اما در مواد قانون مدنی صرفاً می‌توان با مسامحه به مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی متوسل شد. در ماده ۳۳۷ این قانون، استیفاء از منافع عمل دیگری را اذن ضمنی تلقی شده و صاحب منافع مستحق اجرت المثل منافع است. لذا بدلیل نقص قانون در این خصوص باید بدنبال راهکاری برای حل این نقص برآمد. برای این منظور می‌توان مجدداً از تئوری‌های اقتصادی کمک گرفت. با تفسیری که از قضیه معروف «هزینه اجتماعی» ارائه شده ثابت می‌شود در جایی‌که هزینه معاملاتی[۳] صفر نیست شناسایی حق مالکیت موجب تخصیص بهینه منابع می‌شود (شریف زاده و نادران، ۸). پس قابل توجیه است که برای اینگونه آثار، حق مالکیت قائل شویم. البته در قائل شدن حق مالکیت می‌توان به قاعده فقهی احترام عمل مسلم نیز استناد کرد (محقق داماد، ۲۱۳- ۲۲۰).

ب: همچنین اصل حقوقی «هیچکس نباید از عمل خلاف خویش سود ببرد» نیز از قاعده حرمت اکل مال به باطل قابل استنباط است؛ چرا که سود بردن از عمل خلاف، اکل مال به باطل (خوردن مال بصورت غیر قانونی) محسوب می‌شود. با وجود اینکه اصل حقوقی مذکور رد پای کمرنگی در دکترین دارد اما به عنوان یک اصل مسلم اخلاقی و قانونی قابل استناد است. ماده ۳۱۴ قانون مدنی نیز در همین راستا غاصب را مستحق کسب سود از عمل خود نمی‌داند. اما پذیرش این اصل از دیدگاه اقتصادی وابستگی

---

۱. Efficient Allocation of Resource: اصل تخصیص بهینه منابع به عنوان یکی از اصول بنیادین اقتصاد بدین معناست که چون منابع، کمیاب و متقاضیان زیادند، لذا به منظور حداکثر سازی بهره‌وری از منابع و جلوگیری از اتلاف آن‌ها، منابع به شخصی اختصاص یابد که حاضر است بیشترین هزینه را بابت تحصیل آن پرداخت کند یعنی بیشترین ارزش را برای آن منبع، قائل است. این تخصیص، باعث حداکثر سازی ثروت جامعه نیز می‌شود؛ زیرا هم از اتلاف منابع کمیاب جلوگیری می‌کند و هم انگیزه تولیدکنندگان اموال اعم از اموال فیزیکی و اموال فکری را برای خلق دارایی جدید و توزیع اموال بیشتر و بهتر میان مصرف کنندگان ارتقاء بخشیده و نهایتاً موجبات ارتقای رفاه عمومی را فراهم می‌سازد.

۲. Pareto پارتو یا بهره‌وری تخصیصی بیانگر حالتی است که در آن منابع به صورتی اختصاص یافته که امکان تغییر آن به نحوی که حداقل یک نفر (بنابر ارزیابی و مطلوب‌های خودش) نتواند در موقعیت بهتری قرار گیرد بدون آنکه دیگران در موقعیت بدتری قرار گیرند. به این شکل هرگاه موقعیتی را بتوان فرض کرد که در آن کسی مطلوبیت بیشتری کسب کند بدون آنکه از مطلوبیت افراد دیگر کاسته شود، موقعیت جدید نسبت به قبلی دارای کارآیی بیشتری خواهد بود تا آنکه به نقطهای منتهی شود که امکان تغییری در این جهت نباشد. (بابایی، ٤١- ٤٢).

۳ هزینه معاملاتی متشکل از سه عنصر ۱-هزینه جستجو و ۲-هزینه چانه زنی و ۳-هزینه هر آن چیزی است که موانع چانه زنی محسوب می‌شود. (کوتر و یولن، ۱۱۸- ۱۲۰).

زیادی به تعریفی دارد که از عمل خلاف یا آنچه باطل است، ارائه می‌شود. اگر عمل خلاف را رفتاری قابل اجتناب که به روشنی ناکارآمد بوده و ضرری بیش از سود به جامعه تحمیل می‌کند در نظر گرفته شود، قطعاً این اصل از نگاه اقتصادی قابل توجیه خواهد بود چرا که قطعاً تحقق کارایی[1] ایجاب می‌کند که به استناد اصل تناسب هزینه- فایده[2] از فعالیتی که هزینه‌اش از سودش بیشتر است، جلوگیری شود. نکته در اینجاست که در این وضعیت حقوق باید استرداد سود حاصله را به عنوان حداقل مجازات قرار دهد؛ زیرا در غیر اینصورت مرتکب در منحنی بی‌تفاوتی[3] بین عمل درست و نادرست قرار می‌گیرد که تحلیل اقتصادی هیچ توجیهی برای آن ندارد. با وجود این قانونگذار ایرانی کمتر به این موضوع در تدوین قوانین توجه کرده است. برای اثبات این ادعا می‌توان به مواد ۷ و ۸ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲ و ماده ۱۳ قانون حمایت از حقوق پدید آورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای مصوب ۱۳۷۹ و یا ماده ۷ قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی مصوب ۱۳۵۲ اشاره کرد که در تمامی موارد مذکور صرفاً به جبران خسارت اشاره شده، صرفنظر از سودی که از نقض حق بدست آمده است و در خصوص نقض اموال فکری تنها ماده‌ای که شاید بتوان از آن استرداد سود حاصله را استنباط کرد ماده ۶۰ قانون ثبت اختراعات و طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب ۱۳۸۶ است که به موجب آن دست قاضی را برای جبران خسارت و یا تصمیم‌گیری جهت احقاق حق باز گذاشته شده است و می‌توان از تصمیم‌گیری جهت احقاق حق تکلیف استرداد سود را استنباط شود در حالیکه به موجب ماده ۲۳ و ۲۴ و ۲۵ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۳۴۸ صرفاً به حبس تعزیری به عنوان مجازات بازدارنده اشاره شده و حتی جبران خسارت نیز در قانون مقرر نشده است.

بنابراین در جایی‌که عمل به وضوح ناکارآمد است (یعنی ضرر وارده بیشتر از سود حاصله است) اعمال حقوق مسئولیت مبتنی بر ضرر (مسئولیت مدنی)، مناسب‌تر از اعمال مسئولیت مبتنی بر سود است. چون در اینجا در صورت شناسایی مسئولیت مبتنی بر ضرر، استرداد سود حاصله از عمل غیر قانونی نیز در دل جبران خسارت شدیدتر نهفته است. در واقع مسئولیت مبتنی بر ضرر به مرتکب فعل این انگیزه را می‌دهد که تنها اگر منفعت بیش از ضرر است مسئولیت فعل خود را بر عهده بگیرد در حالی‌که مسئولیت مبتنی بر سود مرتکب را نسبت به هزینه‌های تحمیل شده به خواهان (چون این ضررها میزان خسارت را

---

۱. منظور از کارایی در اینجا کارایی کالدور- هیکس است که معیار تحققش افزونی فایده بر هزینه (سود بر ضرر) است.

۲. Cost-benefit: به موجب اصل تناسب هزینه- فایده با فرض انتخاب عقلایی انسان‌ها، افراد بیش از شروع به کاری ابتدا هزینه و فایده آن کار را می‌سنجند و تنها در صورتی اقدام بدان می‌کنند که فواید آن کار بیش از هزینه‌های آن باشد لذا کاری که هزینه‌هایی بیش از منافع داشته باشد، غیر اقتصادی تلقی می‌شود.

۳. Indifference curve: نشان دهنده ترکیبات مختلفی از دو کالاست که مطلوبیت یا رضایت خاطر یکسانی برای مصرف کننده ایجاد می‌کند (سالواتوره، ۱۰۱).

تحت تأثیر قرار نداده‌اند) و نسبت به منافعی که فرد مرتکب تحصیل کرده (چون این منافع در هر صورت مسترد خواهد شد) بی‌تفاوت می‌سازد.

به‌علاوه نمی‌توان انتظار داشت که اصل استرداد هر سود حاصل از عمل دیگری کارآمد باشد؛ چرا که سودها به خودی خود محل ایراد نیستند (Wonnell, 1999, p 805) و هر دارا شدنی که بر پایه تلاش‌های دیگری باشد باطل نیست. کسب منفعت به هزینه دیگران چنانچه در کل به نفع جامعه باشد تجویز می‌شود. با توجه به زیر بنا بودن رقابت در اقتصاد مبتنی بر بازار و تقدم اصل آزادی اطلاعات و اصل آزادی رقابت بر اصل دارا شدن بلا جهت (Sakulin, 2010, P 60) اصولاً ضررهای ناشی از رقابت تجارتی مشروع تلقی می‌شوند. کالابرسی معتقد است که تمایز اساسی بین محق بودن و جبران خسارت وابسته به فهم صحیحی از قاعده دارا شدن بلاجهت است. (calabresi, 1937) در فعالیت‌های اقتصادی مرز بین رقابت مشروع (منصفانه) و غیر مشروع (غیر منصفانه) استحقاق جبران خسارت را مشخص می‌کند. از دید فقهی مستند قرآنی تفکیک سودهای ناشی از فعالیت‌های اقتصادی، بخش دوم آیه ۲۹ سوره نساء است. اما آنچه در این آیه ایجاد ابهام می‌کند تعریف دقیقی از باطل در فعالیت‌های اقتصادی است. شیخ انصاری معتقد به فهم عرف در تبیین کلمه باطل است و هر آنچه را عرف باطل بداند مصداقی از اکل‌مال به باطل می‌داند (اسماعیلی، ۱۳۵) که به جهت تحولات عمیق و گسترده جوامع در درک عرف ناگزیر به رجوع به اصل زمان و مکان هستیم (اسماعیلی، ۱۳۷). البته این ابهام همچنین در بسیاری از نظام‌های حقوقی در تفسیر unjust در قاعده Unjust Enrichment وجود دارد. قلمرو این مسئولیت در نظام‌های حقوقی متفاوت است در برخی از نظام‌های حقوقی (ایالت متحده) به صراحت کارایی اقتصادی و بیشتر بودن منافع نسبت به ضرر مرز مشروعیت را مشخص می‌کنند (بادینی، بررسی تطبیقی میئولیت مدنی ناشی از رقابت نامشروع تجاری، ۷۷- ۷۶).

ج: سومین دسته از مواد قانونی که ریشه در قاعده «حرمت اکل‌مال به باطل» دارند، در جایی است که شخص به موجب قاعده احسان شخصی را از ضرر اقتصادی نجات می‌دهد و تحت شرایطی به موجب قاعده فقهی «احترام عمل مسلم» مستحق دریافت پاداش است. به این ترتیب آنچه در این قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد مواردی است که شخصی خدمتی را بدون قرارداد یا رضایت قبلی طرف مقابل انجام می‌دهد. اما تحت شرایطی به جهت کاهش هزینه معاملاتی، قرارداد فرضی را بین طرفین متصور شده و به موجب آن پاداشی را برای انجام دهنده عمل در نظر می‌گیریم. این راهبرد به جهت قاعده فقهی «احترام عمل مسلم» نیز قابل توجیه است؛ چرا که در این موارد شخص به موجب قاعده احسان عمداً اما فضولتاً موجب ایجاد منفعت و کسب سود برای شخص دیگر شده است. نمونه شایع آن پزشک اورژانسی است که

به بیمار بیهوشی که به بیمارستان انتقال پیدا کرده خدمات پزشکی ارائه می‌دهد. دیدگاه اقتصادی اینگونه توجیه می‌کند که حقوق باید به نحوی این انگیزه را ایجاد کند که ارائه دهندگان، خدماتی ارائه دهند که به موجب تکنیک هزینه- فایده ارزش آن نزد دریافت کننده خدمات بیش از هزینه‌ای باشد که ارائه دهنده متحمل شده است، اما بخاطر بالا بودن هزینه معاملاتی امکان مذاکره برای انعقاد قرارداد وجود نداشته است.

در این موارد قائل شدن مسئولیت مبتنی بر سود منطقی به نظر نمی‌رسد. به عنوان مثال در فرضی که پزشک خدمات پزشکی اورژانسی ارائه می‌دهد، واقعاً خواستار جبران خسارت مبتنی بر سود نیست؛ زیرا حتی در فرض مؤثر نبودن خدمت همچنان می‌تواند جبران خسارت بگیرد و اگر خدمت ارائه شده مؤثر باشد سودی که ایجاد می‌شود چه بسا به قیمت ارزش زندگی فرد است که قابل پاداش دادن نیست. از لحاظ کارایی هم نباید احتمال مؤثر نبودن خدمت، انگیزه نجات افراد را از بین ببرد. به این ترتیب پرونده‌های نجات را می‌توان قراردادهای فرضی در نظر گرفت که به جهت پایین بودن هزینه معاملات به دریافت کننده خدمت تحمیل می‌شود. در اینجا رضایت دریافت کننده خدمت و این که در صورت زمان کافی قرارداد را منعقد می‌کرد مفروض گرفته می‌شود. (Long, 1984, pp. 415-416)

لازم به توضیح است که جبران خسارت هر خدمتی توجیه اقتصادی ندارد. خصوصاً در جایی‌که از قبل ناکارآمدی خدمت ارائه شده واضح است، جبران هزینه‌های صرف شده حتی به تحقق کارایی لطمه می زند. به‌علاوه در برخی مواقع با مشکل نبود انگیزه کافی برای ارائه خدمت نیز مواجه هستیم. چه، ممکن است ارائه دهنده خدمت با احتساب هزینه فرصت[1]، انگیزه کافی برای صرف هزینه و ارائه خدمت نداشته باشد. دو پارادایم اخیر می‌تواند توجیه قوانینی همچون ماده ۲۹۵ قانون مجازات باشد. این ماده ارائه خدمت را در جایی‌که هم مانع خوبی در مقابل ضرر و هم تضمینی بر عدم وقوع نتایج نامشخص باشد، کارا فرض کرده و به همین دلیل، تحمیل وظیفه نجات به این دسته افراد - به جهت احتمال بالای کارا بودن نجات- از لحاظ اقتصادی توجیه پذیر است (Posser and Keeton, 1984, pp, 376-377).

علاوه بر نجات، اداره مال غیر نیز مشمول این دسته می‌شود. اداره مال غیر در جایی تحقق می‌یابد که شخص بدون اجازه مالک یا قائم مقام او به اداره مال غایب یا محجور و امثال آن می‌پردازد. برای مشروعیت تصرفات مدیر در مال غیر، اعمال او باید در جهت مصالح مالک، با قصد احسان به وی و برای رفع یک ضرورت اقتصادی صورت پذیرد به نحوی که عدم دخالت یا تأخیر در دخالت به ضرر صاحب مال

۱. هزینه یک فعالیت جایگزین که بخاطر انتخاب وضع موجود فراموش شده است. (کوتر و یولن، ۵۲) تکنیک هزینه فرصت زمینه‌ای را فراهم می‌کند که نوعی انضباط اقتصادی اعمال گردد و اموری که توجیه علمی و اقتصادی ندارند کنار گذاشته شوند (دادگر، پیش درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد، ۱۶۶)

بیانجامد (عامری، «اداره مال غیر در حقوق ایران»، چکیده رساله). مستند آنچه بیان شد مـاده ۳۰۶ قـانون مدنی است. این تأسیس حقوقی که ظاهراً از حقوق فرانسه به قانون مدنی راه یافته است در حقوق اسلام نیز ریشه دارد. از جمله قواعدی که برای بیان مشروعیت اداره مال غیـر می‌تـوان مـورد اسـتناد قـرار داد، قاعـده «الضرورات تبیح المحظورات» است (عامری، مبانی اداره مال غیر در اسلام، ۶۴).

از مصادیق اداره امور غیر می‌توان به موردی اشاره کرد که شـخص بـرای جلـوگیری از خسـارت بیشـتر خانه همسایه غایبی که در معرض آتش‌سـوزی قـرار دارد، متحمـل هزینـه می‌شـود. همچنـین در جائی‌کـه اشخاص به قصد احسان و خیرخواهی به نیت جلوگیری از حراج یا مصادره اموال مدیون غایب و محجور، به پرداخت دین او اقدام می‌کنند و یا برای جلوگیری از قطع برق یا تلفن منزل همسایه، مبلغ قبض یا بـرق را پرداخت می‌کند. همچنین در اداره اموال مشاع که غالباً باعث بروز اختلاف در میان مالکان مشاع می‌گـردد نیز بحث اداره مال غیر مطرح است. مالکان ملک مشاع اغلب مجازنند تعمیرات ضروری را انجام داده و یا برای نگهداری از ملک مشاع هزینه کنند و هزینه متقبل شده را از مالکین دیگر مسترد کنند. توجیه اقتصادی پرداخت هزینه و حق استرداد آن، از یک سو هزینه معاملاتی بالا و از سوی دیگر ریسک پایین عدم پذیرش جبران خسارت از سوی قاضی است. شرط کارا بودن این جبران خسارت، تحقـق اصـل اقتصـادی هزینـه- فایده و بعبارتی بیشتر بودن منافع ناشی از مدیریت فضولی نسبت بـه هزینـه متحمـل شـده از سـوی مـدیر فضول است.

البته این امر به معنای توجیه اقتصادی جبران خسارت هر مدیریت فضولی مال غیـر کـه مطـابق اصـل اقتصادی هزینه- فایده صورت گرفته باشد، نیست و درجایی‌که بدلیل پایین بودن هزینه معاملاتی (مـثلاً در جایی‌که امکان دسترسی به صاحب مال وجود دارد) انعقاد قرارداد ممکن باشد، از لحاظ اقتصادی توجیهی برای تصور انعقاد قرارداد فرضی و جبران خسارت مدیر فضول وجود ندارد.

د: در نهایت چهارمین مورد مربوط به دارا شدن بلاجهت افراد به جهت فسخ قـرارداد یـا عـدم اجـرای قرارداد است. این مورد انتقال‌هایی را مورد توجه قرار می‌دهد که کاملاً اختیاری یا آگاهانـه نبوده‌انـد. ماننـد جایی‌که پرداخت پول به اشتباه یا به موجب قراردادی که انجام آن غیر ممکن بوده، صورت گرفته اسـت. در این موارد اصولاً پرداخت کننده قادر به استرداد و جبران خسارت می‌باشد هز چند طـرف مقابـل می‌تواننـد ادعاهایی از قبیل تغییر شرایط در خصوص پرداخت‌های صورت گرفته، داشته باشد. همانطور این حـق بـه استناد مواد ۳۰۱ و ۳۰۲ قانون مدنی نیز شناسایی شده است. از نگاه اقتصادی سپردن کامل عواقب اشتباه و سهل انگاری بر دوش خود شخص می‌تواند هم راستا با اصل مقابله با مخاطره اخلاقی[1] بوده و مشوقی برای

۱. به موجب این اصل نباید یک طرف آنقدر احساس اطمینان و امنیت کند که او را در ورطه بی‌احتیاطی قرار دهد.

برای احتیاط بیشتر و جلوگیری از اشتباه باشد. البته نباید فراموش کرد که در جائی‌که هزینه اجتماعی این اشتباه کم است به استناد اصل هزینه-فایده توجیهی برای تحمیل هزینه خصوصی بیش از هزینه اجتماعی به فرد وجود ندارد.

فرضی را در نظر بگیرید که شخص به اشتباه پولی را پرداخت می‌کند - چه به دلیل اشتباهی که در محاسبه مبلغ مرتکب شده و چه به جهت پرداخت به یک شماره حساب اشتباه- از آنجائی‌که فرد در تصمیم‌گیری در مورد مال خویش است قانون باید بدنبال راه‌حلی باشد که برای افراد انگیزه کافی جهت بهینه‌سازی تصمیم‌گیری‌هایشان ایجاد کند؛ زیرا افراد با بی‌احتیاطی در مدیریت اموالشان- هم در مرحله شناسایی اشتباه و هم در مرحله تصحیح اداری و قضایی اشتباه- اصولاً هزینه اجتماعی به جامعه تحمیل می‌کنند. با وجود این این ضرورت که صاحب مال در جهت احتیاط کافی و اجتناب از اشتباه باید مسئول هزینه‌های وارده باشد به معنای مجازات شخص در حد نادیده گرفتن حقوق صاحب مال نیست. چه بسا هزینه خصوصی وارده بر صاحب مال بسیار بیشتر از هزینه اجتماعی است که تحمیل می‌شود. بعلاوه این حد مجازات انگیزه منفی برای مستوفی از اشتباه در جهت تصحیح نکردن اشتباه و حتی بطور بالقوه ایجاد اشتباه ایجاد می‌کند.

پرداخت اشتباه پول ممکن است هزینه اجتماعی پایینی نسبت به هزینه خصوصی داشته باشد و استرداد پول توجیه اقتصادی داشته باشد اما اگر بجای پول کاری به اشتباه انجام شده باشد و برای طرف مقابل ایجاد ثروت کرده باشد آیا همچنان هزینه اجتماعی استرداد منفعتی که ناخواسته وارد دارایی شخص شده، توجیه اقتصادی دارد؟ مثالی را در نظر بگیرید که شخص به اشتباه ساختمانی را در ملک دیگری بنا کرده است. جبران خسارت در اینجا به چه نحو است؟ رویه قدیم ایالت متحده تمایل به رد جبران خسارت داشت با این استدلال که فرد نباید با الزام به پرداخت برای وضعیت بهتری که نمی‌خواسته در وضعیت بدتری قرار گیرد. (Producers Lumber & Supply Co. v. Olney Bldg. Co.) اگر چه این رویه انگیزه زیادی برای احتیاط افراد در اجتناب از اشتباه و ایجاد هزینه اجتماعی ایجاد می‌کند اما در مقابل انگیزه‌ای هم برای طرف مقابل به عدم جلوگیری از تحقق اشتباه ایجاد می‌کند. امروزه این دیدگاه تغییر کرده و حق جبران خسارت برای کسیکه اشتباه کرده قائل شده‌اند. البته مشکل دشواری محاسبه هزینه اجتماعی این رویکرد همانطور که در ابتدای بحث بیان شد، وجود دارد. چون از یک طرف ثروت ایجاد شده همواره قابل تقویم به پول نیست و از سوی دیگر هزینه‌های مختلفی را بسته به ترجیحات کلی و موقعیت مالی دو طرف، تحمیل می‌کند. شاید بهترین رویکرد برای دادگاه‌ها، دست بالا گرفتن ضرری است که به خاطر عدم قابلیت تقویم به پول ایجاد خواهد شد. بدیت ترتیب مبلغ در حدی به عنوان جبران خسارت مسترد می‌شود

که بتوان با اطمینان ادعا کرد طرف مقابل را در وضعیت بدتری قرار نداده است.

قراردادها عامل دیگری هستند کـه در معـرض قاعـده «حرمـت دارا شـدن بلاجهـت» قـرار می‌گیرنـد. خصوصاً در جائی‌که ضرر و هزینه اجرای قرارداد بیش از منافع اجرای قرارداد است ممکن اسـت منجـر بـه دارا شدن بلاجهت یکی از طرفین قرارداد شود. در این وضعیت استرداد سود بلااشکال نیست چون ممکـن است با مبنای تخصیص خطر که طرفین بر طبق آن قرارداد را منعقـد کرده‌انـد، در تعـارض باشـد (Kull, 1994, pp. 1465-1470) . بعلاوه اینکه برای شخص انگیزه‌ای بـرای تحریـک طـرف مقابـل بـه نقـض قرارداد و یا اعمال مواردی که منجر به فسخ قرارداد می‌شود، ایجاد می‌کند. با وجود این در مواردی پـذیرش دارا شدن بلاجهت در اراده هر دو طرف دیده می‌شود. بطور مثال در وضعیتی که خوانـده موفـق بـه اجـرای قرارداد نشده، محاسبه سود قابل برگشت به خواهان آسان‌تر از محاسبه سودی است کـه انتظـار می‌رفتـه در خاتمه قرارداد حاصل شود.

در برخی شرایط ممکن است ناقض قرارداد مجبور به جبران خسارت آنچه بلاجهـت دارا شـده اسـت، شود[1]. در واقع این اصل تضمینی برای طرف دیگر قرارداد است تا حداقل به سـودی مـورد انتظـار از نقـض قرارداد برسد. از نگاه اقتصادی که معتقد به خسارت‌های قابل پیش‌بینی بجای خسارت‌های تنبیهی[2] اسـت این مسئله براساس اصل نقض کارآمد قرارداد و اجتناب از هزینه معاملاتی بـالاتر از هزینـه نقـض قـرارداد توجیه می‌شود. (posner, 1986, pp 106-107) برعکس در بعضی شرایط دشواری محاسبه سود مورد انتظار طرف غیر ناقض منجر به عدم جبران خسارت کافی طرف قرارداد و مانعی بـرای تحقـق یـک نقـض کارآمد در قـرارداد اسـت. (wonnell, 1999, p 803) همچنـین ممکـن اسـت طـرفین بـدون توجـه بـه خسارت واقعی به پرداخت جریمه‌ای کمتر از خسارت واقعی در قرارداد توافـق کننـد کـه منجـر بـه جبـران خسارت ناکافی طرف غیر ناقض قرارداد می‌شود. این بحث بیشـتر در جـایی مطـرح می‌شـود کـه قـرارداد آگاهانه منعقد شده و طرفین با فرض کارا بودن قرارداد آن را منعقد کرده‌اند.

در نهایت جبران خسارت در صورت نقض قرارداد اعطاء می‌شود. به عنوان مثال در جائیکـه بـه جهـت اینکه ماهیت قرارداد کلاهبرداری است، قرارداد قابل اجرا نیست یـا جائیکـه قـرارداد بخـاطر وقـوع شـرایط خاص یا قوانین آمره قابلیت اجرایی ندارد. به عنوان مثال در موردی که در قرارداد غبن فاحش وجود دارد و به موجب ماده ۴۱۶ قانون مدنی قانونگذار برای طرف قرارداد حق فسخ قائل شده است. در اینجا نیـز بـا یـک معامله ناقص (واگذاری ناقص مال) روبرو هستیم. طرفین کالا یا خدماتشان را با معاملـه‌ای کـه مشـخص

---

۱. در ماده ۱۰۸ (b) بازنگری استرداد ایالت متحده مصوب ۱۹۳۷ این موضوع پیش بینی شده است.

2. Punitive damage

شد غیر قانونی است، از دست داده‌اند. حال اگر دادگاه نیز آن‌ها را به حال خود رها کند، طرفین تمایل دارند که براساس آنچه به نفعشان است و در عین حال غیر اقتصادی است انتقال فیزیکی آنچه مورد معامله است را به تأخیر بیاندازند. (Bouckaert & Degeeot, 1995, p 475) به منظور وادار کردن طرفین قرارداد به رعایت زمان بهینه قرارداد - در صورت عدم وجود ضرر اجتماعی - انتقالات صورت گرفته باید قابل بازگشت باشد. (به عنوان مثال از طریق ضمیمه کردن سرمایه و دارایی به پروژه‌ای که دیگر اعتباری ندارد) و اگر ضرر وارد شده باشد، این مسئله پیچیده‌تر می‌شود؛ زیرا این سؤال مطرح شود که آیا امکان داشت با هزینه کمتر از بروز ضرر جلوگیری کرد (Posner and Rosenfied, 1977, P 83).

تک تک مصادیق این گفتار موید قابلیت بالقوه قاعده «حرمت اکل مال به باطل» در تحقق کارایی و بالا بردن سطح رفاه اجتماعی هستند؛ چرا که این قاعده در افراد ایجاد انگیزه می‌کند. از طرفی به موجب اصل پایه‌ای اقتصاد «اشخاص به انگیزه‌های خود پاسخ می‌دهند»؛ بدین معنا که افراد با مقایسه منافع و هزینه‌های هر اقدامی تصمیم‌گیری می‌کنند. همچنین به عنوان یک پیش‌فرض اقتصادی تمام انسان‌ها عاقل بوده و رفتار و تصمیم‌گیری آن‌ها عقلایی در نظر گرفته شده است. در نتیجه آنچه بیان شد، انسان‌ها پیش از شروع هر کاری ابتدا هزینه و فایده آن کار را می‌سنجند و تنها در صورتی اقدام می‌کنند که فواید آن کار بیش از هزینه‌های آن باشد. پس افراد در زندگی روزمره - خودآگاه یا ناخودآگاه- براساس اصل «تناسب هزینه- فایده» اقدام به فعالیت می‌کنند. همانطور که در مصادیق بیان شد برخی فعالیت‌ها دارای اثر جانبی مثبت هستند و بر دارایی سایر افراد تأثیر مثبت می‌گذارد، در این وضعیت لازم است در صورت وجود شرایط (که در بحث آتی بررسی می‌شوند) کارا بودن استرداد، سود حاصله به فردی که متحمل هزینه شده مسترد گردد تا شخص به موجب اصل تناسب هزینه- فایده، از نتیجه عمل ضرر نکند. چه، در غیر این‌صورت عمل انجام شده غیر اقتصادی تلقی می‌شود و شخص انگیزه‌ای برای انجام آن ندارد. با وجود این نبای فراموش کرد که به موجب اصل «پیامد محوری» ضرورتی ندارد تا هر تأثیر مثبت روی منافع ثالث مسترد و درونی شود و تنها زمانی ضرورت جبران احساس می‌شود که در صورت عدم جبران آن، فعالیت برای شخص توجیه اقتصادی نداشته باشد و منجر به حذف این گونه فعالیت‌ها از جامعه شود و بدین ترتیب اصل «پیامد محوری» به ضرورت تحقق کارایی اجتماعی به عنوان مهم‌ترین دغدغه اقتصادانان می‌پردازد.

بعلاوه اصل اقتصادی «لزوم کاهش هزینه معاملاتی» نیز لزوم استرداد و به رسمیت شناختن مسئولیت مبتنی بر سود را توجیه می‌کند. چه بسا انعقاد قرارداد از طرف فردی که دیگران از نتیجه عملش بهره می‌برند، با تک تک منتفعین از سود - چه به لحاظ عدم دسترسی به همه افراد و چه به جهت عدم توافق با اکثر افراد به جهت تمایل به سواری مجانی- هزینه معاملاتی بالایی داشته باشد. درحالیکه با الزام

قانونگذار به جبران خسارت، گویی قرارداد فرضی بین تولیدکننده و منتفع از سود وجود دارد که بـه موجـب آن منتفع ملزم به پرداخت می‌شود و با این فرض می‌توان با هزینه معاملاتی کم آثار خارجی مثبت فعالیـت را درونی سازی کرد. در نهایت این امر منجر به تحقق اصل اقتصـادی «تخصـیص بهینـه منـابع» و تحقـق کارایی پارتو می‌شود؛ زیرا به موجب اصل «تخصیص بهینه منابع»، منابع باید به شخصی اختصـاص یابـد که حاضر است بیشترین هزینه را بابت تحصیل آن پرداخت کند و در اینجا کسی که با فعالیت اش موجـب انتفاع سایرین شده، بیشترین هزینه را - چه از لحاظ مالی و چه از لحاظ زمانی- صرف کرده و با تخصیص سود ناشی از عمل فرد، به شرط بازار رقابت کامل، کارایی محقق می‌شود.

همانطور که بیان شد تکنیک هزینه-فایده و اصول اقتصادی مطرح شده قابلیت بـالقوه کـارا بـودن ایـن قاعده را اثبات می‌کنند اما برای اینکه این قابلیت بصورت بالفعل درآید وجود شرایطی ضرورت دارد کـه در گفتار بعد بطور مبسوط مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

قید شروطی در راستای کارایی اقتصادی قاعده «حرمت اکل مال به باطل»

افراد با فعالیت‌های روزمره منافع خود را ارتقاء می‌دهند و غالبا بدون رضایت از دیگران - چه بصـورت مثبت، چه بصورت منفی- منافع دیگران را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهند. از نگاه اقتصادی اثبات شده اسـت که برای رسیدن به کارایی باید آثار خارجی اعم از مثبت یا منفی درونی‌سازی شوند یعنی همانطور که ضرر وارده بر افراد از طریق مسئولیت مدنی جبران می‌شود، سود وارده به دارایی افراد نیز باید به موجب مسئولیت مبتنی بر سود مسترد شود. با وجود این نگاه حقوقـدانان بـه ایـن مسـئله متفـاوت از اقتصـاددانان اسـت در حالی‌که پاسخی نیز برای توجیه این اختلاف رویکرد ارائه نداده‌اند. (porat, 2008, p 4) در واقع حقـوق به آسیب زننده اجازه می‌دهد که با ایجاد ریسک و جبران خسـارت وارده معـاملاتی را بـه فـردی کـه محـق آسیب خوردن نیست تحمیل کند در حالی‌که در همین موقع فردی که فعالیت‌اش منجر به ایجاد سود بـرای دیگران می‌شود اجازه ندارد تا معاملات مشابهی را به دریافت کننده سود تحمیل کند. شاید بتوان در توجیـه این رفتار اینگونه پاسخ داد که ایجاد ریسک و خطر از سوی آسیب زننده از یـک طـرف و هزینـه معـاملاتی بالای بین آسیب زننده و قربانی از سوی دیگر، ضرورت درونی‌سازی آسیب وارده را ایجاد می‌کند. چه بسـا در غیر اینصورت آسیب زننده انگیزه‌ای برای محدود کردن فعالیت‌هایش ندارد. در حالیکه چنین نگرانی‌ای در جایی‌که فعالیت شخص منجر به سود می‌شود وجـود نـدارد. (porat, 2008, p 5) کـه البتـه می‌تـوان اینگونه پاسخ داد که عدم توجه به استرداد سودهای ناخواسته‌ای که ثالث دریافت کرده و منع سواری مجانی می‌تواند منجر به کاهش اینگونه فعالیت‌های کارا در جامعه شود.

ادعای مقاله این است که نحوه برخورد متفاوت حقوق با دو مسئله فوق منطقی نیست و لذا در این بخش با توجه به اصل پیامد محوری و با استفاده از تکنیک هزینه- فایده شرایطی بیان می‌شود که می‌توان ادعا کرد که در صورت تحقق این شرایط، درونی‌سازی سود ناخواسته‌ای که ایجاد شده، از لحاظ اقتصادی قابل توجیه است:

الف: شرط اول هزینه‌های معامله آنقدر بالا باشد که مانع توافق طرفین شود: اهمیت هزینه معاملاتی از این جهت است که هزینه معامله می‌تواند مانعی برای تخصیص بهینه منابع توسط بازار باشد. لذا در موارد بالا بودن هزینه معاملاتی نظام حقوقی می‌تواند با تخصیص منابع به افراد در تحقق کارایی اقتصادی تاثیرگذار باشد (باقری، ۳۶). چه بسا در صورت نبود نظام حقوقی الزام به استرداد انتفاعی که از آثار خارجی مثبت حاصل شده، سواری مجانی مانعی برای انجام فعالیت‌هایی که دارای اثر خارجی مثبت هستند، شود.

مثالی را در نظر بگیرید که یکی از مالکین کوچه ملک خود را به مدرسه اجاره می‌دهد و باعث سلب آسایش ساکنین دیگر می‌شود. «الف» یکی از ساکنان با هدف برگرداندن وضیت عادی به آن منطقه بعد از دوندگی‌های فراوان با پرداخت مبلغی به صاحب ملک یا از طریق حکم دادگاه موفق به تغییرمکان مدرسه از آن منطقه می‌شود. تلاش «الف» باعث برگشت آسایش و جبران تنزل قیمت املاک آن منطقه که وجود مدرسه موجب آن شده بود، می‌شود. آیا الف بابت هزینه‌هایی که متحمل شده مستحق جبران خسارت از سوی دیگر همسایه‌هاست؟

در این مثال اگر هزینه وارده بر الف از منافعی که قرار است حاصل شود بیشتر باشد، تلاشی در جهت تغییر مکان مدرسه صورت نمی‌گیرد، حتی اگر این تلاش باعث افزایش رفاه شود. مگر اقدام کننده قادر باشد حداقل بخشی از هزینه‌ها را از دیگر ساکنین مسترد کند. به دلیل دشواری در دسترسی به همه ساکنان و مشکل سواری مجانی سایر ساکنین، جمع‌آوری هزینه‌ها بسیار دشوار است. در اینجا با فرض وجود دیگر شرایط بیان شده در ادامه بحث الزام به جبران خسارت می‌تواند مشکل را حل کند. مثال ارائه شده در جهت حمایت از حق موجود منتفعین از سود است. در مثال بعدی اقدام فرد منجر به ایجاد حق جدید برای ثالث است. فرضی را در نظر بگیرید که املاک منطقه‌ای وقفی هستند و حال الف یکی از مالکین با تحقیقاتی که انجام داده متوجه شده که املاک این منطقه به اشتباه در محدوده وقف قرار گرفته‌اند و با گرفتن وکیل و صرف زمان و هزینه‌های زیادی موفق به گرفتن حکم طلق املاک این منطقه شده است. به این ترتیب علاوه بر افزایش ارزش اقتصادی ملک خود باعث افزایش قیمت سایر املاک آن منطقه با ضریب ۳۰% شده است. در اینجا هیچ کس در وضعیت بدتری قرار نگرفته آیا الف برای هزینه‌هایی که متحمل شده مستحق

بازپرداخت از سایر مالکین منطقه است؟

مثال سوم در جایی است که فرد در جهت حفاظت از تمامیت جسمانی و اموال خود و سایر افراد هزینه می‌پردازد. محله‌ای متشکل از چندین خانه مسکونی را در نظر بگیرید که آمار سرقت در این محله بالاست در این حالت اینکه هر یک ساکنین این کوچه نگهبان مجزا داشته باشند و یا از سیستم امنیتی قوی استفاده کنند هزینه بالایی دارد. مطلوب‌ترین گزینه استخدام یک نگهبان برای حفظ امنیت کل کوچه است. «الف» پس از شکست در حصول توافق با سایر ساکنین، شخصاً برای اخذ مجوز قرار دادن نگهبان در کوچه و سپس استخدام نگهبان اقدام می‌کند. با این اقدام ریسک سرقت در این محله به میزان قابل توجهی کاهش یافته و بعلاوه سایر ساکنین، با این اقدام دیگر مجبور به پرداخت هزینه هنگفتی برای نصب سیستم امنیتی در ملک خود نیستند. آیا هزینه الف باید توسط ساکنین بازپرداخت شود؟

ب: شرط دوم ریسک ارزیابی بیش از حد انتفاع آنقدر بالا نباشد که به کارایی جبران خسارت و یا اختیار منتفع از سود لطمه بزند: در جائیکه ریسک و احتمال زیادی وجود دارد که ثالث از سود منتفع نشده باشد نباید الزام به جبران خسارت را به رسمیت شناخت. ریسک ارزیابی کمتر از حد انتفاع ثالث از لحاظ اقتصادی به همان اندازه ریسک ارزیابی بیش از حد انتفاع آن‌ها ناکارآمد است. با وجود این قائل شدن احتمال کمتر برای منتفع شدن سایرین ارجحیت دارد؛ چرا که اولاً قائل شدن ریسک پایین در ارزیابی، برای ایجاد کننده سود از طریق عدالت توزیعی توجیه می‌شود؛ چرا که ایجاد کننده سود، طرف فعال است که در حال ارتقاء منافع خود است و در این اثناء، بر منافع دیگران نیز تأثیر می‌گذارد در حالیکه دریافت کننده سود طرف منفعل است که منافع اش ناخواسته توسط دیگری تحت تأثیر قرار گرفته است. بنابراین باید ریسک ارزیابی بیش از حد انتفاع به حداقل برسد حتی اگر به قیمت افزایش خطر ارزیابی کمتر از حد معمول بیانجامد. ثانیاً ارزیابی کمتر از حد، این نگرانی را که جبران خسارت سود حاصله آزادی عمل منتفع را نقض کرده، کاهش می‌دهد ثالثاً ارزیابی کمتر از حد منافع این انگیزه را برای اقدام کننده ایجاد می‌کند که در زمانیکه توجیه اقتصادی معقولی وجود دارد اقدام به فعالیت اقتصادی کند. (parot, 2008, p 37)

در جهت کاهش ریسک ارزیابی بیش از حد، بهتر است مسئولیت مبتنی بر سود به یکی از دو روش زیر محاسبه شود: «منافع مسلمی که دریافت کننده سود کسب کرده» و یا «هزینه‌های معقول تولید آن منفعت» در بعضی موارد این سود به میزان اجرت‌المثل و حتی بعلاوه مبلغی در ازاء ریسکی که در تولید سود وجود داشته محاسبه می‌شود. (parot, 2008, p 37) اما همانطور که بیان شد این محاسبات نباید منجر به قائل شدن بیشرین احتمال انتفاع از سود تمام شود.

همچنین دادگاه‌ها در محاسبه منافع مسلم و هزینه‌های معقول تولید، فرصت‌های از دست رفته را نیز

باید به حساب بیاورند. به خصوص باید این مسئله را که آیا امکان جایگزینی منفعتی بیش از منفعت تولید شده یا تولید همین منفعت با هزینه کمتر وجود داشته یا خیر را نیز مد نظر قرار دهند. در نتیجه تولید کننده سود نباید بیش از هزینه معقول- نه هزینه واقعی - دریافت کند. بنابراین هر فردی که اقدام به فعالیت اقتصادی می‌کند باید قبل از انجام فعالیت اطمینان حاصل کند که می‌تواند به کاراترین روش فعالیت را انجام دهد[۳] (parot, 2008, p 38)

برای نحوه جبران خسارت سود حاصله می‌توان پرداخت را تا زمان تحقق یافتن سود حاصل از فروش ملک به تأخیر انداخت و برای تضمین جبران خسارت اقدام کننده حق رهنی را روی ملکی که ارزش افزوده پیدا کرده، قرار داد. مثالی را در نظر بگیرد که شخصی در منطقه‌ای که از رونق مطلوبی بر خوردار نبوده مرکز تفریحی احداث می‌کند و باعث رونق گرفتن مغازه‌های آن منطقه می‌شود. در حالتی که مغازه‌ها به اجاره داده می‌شوند باعث بالا رفتن مبلغ اجاره می‌شود که در اینجا می‌توان مبلغ مذکور را از ما به التفاوت حق‌الاجاره‌های پرداختی مطالبه کرد. این نحوه جبران در مثال اول و دوم (به ترتیب مدرسه و طلق ملک) که باعث ارزش افزوده روی ملک می‌شود نیز قابل اعمال است؛ چرا که نباید به بهانه جبران خسارت، منتفعی را که ناخواسته دارا شده در وضعیت بدتر قرار داد.

در راستای کاهش ریسک ارزیابی بیش از حد انتفاع، دو راه حل پیشنهاد می‌شود که البته در موارد خاص قابل اعمال هستند. اولین راه‌حل استفاده از مجوز بهره‌برداری است، از این مکانیزم در جایی استفاده می‌شود که خطر ارزیابی بیش از حد انتفاع وجود دارد و احتمال دارد منتفعین ملزم به پرداخت مبلغ بالایی بابت سودی که دریافت کرده‌اند، شوند. در اینجا باید قانون صرفاً با اجازه دادگاه قائل به حق جبران خسارت شود. راه‌حل دوم رأی‌گیری است. رأی‌گیری قبل از اقدام به تولید سود، هم ریسک ارزیابی بیش از حد انتفاع را کم می‌کند و هم آزادی عمل اقدام کننده را کاهش می‌دهد. (parot, 2008, p 40) البته در این راه حل همچنان مشکل سواری مجانی به حال خود باقی است.

ج: شرط سوم هزینه اثبات و جمع آوری سود بیش از سود ایجاد شده نباشد: در جایی‌که اثبات انتفاع از سود و جمع‌آوری جبران خسارت‌ها مستلزم پرداخت هزینه بالایی است اما در مقابل دریافتی از هر منتفع کم است، جبران خسارت به جهت تحلیل اقصادی هزینه-فایده و عدم تحقق کارایی کالدور هیکس توجیه اقتصادی ندارد. (parot, 2008, p 40)

بطور کلی زمانی‌که افراد نامشخصی از سود منتفع می‌شوند و این سود بطور غیر یکنواخت بین افراد تقسیم شده و در عین حال ارزش افزوده کمی نیز ایجاد شده است به جهت بالا بودن هزینه استرداد سود،

---

۳ به عنوان مثال در جائی‌که یکی از ساکنین منطقه وقفی پیگیر طلق املاک است باید به اقتصادی‌ترین روش قضیه را حل و فصل کند.

الزام به جبران توجیه اقتصادی ندارد. اما بر عکس در جائیکه تعداد منتفعین معین می‌باشد و ارزش افزوده و یا بعبارتی سود دریافتی زیاد است و در عین حال سهم هر فرد به راحتی قابل تشخیص است، استرداد سود حاصله توجیه‌پذیر است.

د: شرط چهارم بازار مکانیزمی برای استفاده از آثار خارجی مثبت ایجاد نکرده باشد: در مواردی حتی زمانی‌که طرفین بدلیل بالا بودن هزینه معاملاتی به توافق نمی‌رسد بازار مکانیسمی در جهت تسهیل ایجاد منافع خاص از سوی تولید کننده دارد. چنین مکانسیمی جایگزین الزام به جبران خسارت است. (parot, 2008, p 40)

یکی از انواع سیاست‌های فناوری، حمایت از ثبت اختراع است. قوانین ثبت حق انحصاری اختراع، از حقوق مخترعین حمایت می‌کند و به آن‌ها اجازه می‌دهند تا در یک دوره زمانی از منافع جاری اختراع خود بهره مند شوند. اگر سایرین بخواهند از این اختراع استفاده کنند باید با اجازه مخترع و یا پرداخت حق امتیاز آن را بکار ببرند (گریگوری منکیو، مبانی علم اقتصاد، ۲۴۶).

مورد دیگر سازمان‌هایی است که در جهت منع سواری مجانی در بازار بوجود آمده‌اند. به عنوان مثال در کشورهای مختلف، سازمان‌هایی به نام سازمان مدیریت جمعی[4] جهت اداره حقوق صاحبان متعدد حق کپی رایت شکل گرفته است. بدین ترتیب تولید کنندگان اثر با این سازمان‌ها قرار داد منعقد می‌کنند و باید منتفعین جهت استفاده از این آثار به این سازمان‌ها رجوع کنند. در صورت وجود این سازمان‌ها هزینه معاملاتی پایین آمده و می‌توان جهت استفاده از آثار خارجی مثبت دیگران قرارداد منعقد کرد و نیاز به تحمیل قرارداد فرضی برای جبران خسارت وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

رسالت حقوق تحقق اهداف اجتماعی است و وظیفه حقوقدانان ایجاد قواعد حقوقی کارآمد است. در این مقطع است که حقوق به اقتصاد گره خورده و نیاز به تحلیل اقتصادی حقوق آشکار می‌شود. دانش فقه نیز که حقوق اسلامی از آن نشأت گرفته منفک از اقتصاد نبوده و تحلیل اقتصادی در موضوع شناسی فقه و چگونگی استنباط و اجتهاد فقهی مؤثر است. به همین منظور گامی به عقب برداشته و به جای تحلیل اقتصادی قواعد حقوقی، قواعد فقهی را که منشأ سایر قواعد هستند مورد تحلیل اقتصادی قرار می‌دهیم. به این منظور قاعده فقهی «حرمت اکل مال به باطل» را به جهت جامعیت و گستردگی‌اش در سایر قواعد فقهی و مبانی حقوقی، تأثیر چشمگیرش روی اقتصاد جامعه و فقدانش به عنوان منبع مستقل تعهد در قانون

4. collective management organizations

مدنی ایران مورد ارزیابی قرار داده و خروجی این تحلیل، کارآمدی این قاعده به جهت رعایت اصول اقتصادی و از همه مهم‌تر ایجاد انگیزه برای انجام فعالیت‌های دارای پیامد مثبت در جامعه است.

با وجود این به موجب اصل اقتصادی تناسب هزینه- فایده و اصل پیامد محوری، کارآمدی ضامن دانستن مستوفی از منفعت موکول به تحقق شرایطی است که در مقاله به آن اشاره شده است. به موجب آنچه بیان شد شرایط کارآمدی استرداد و جبران خسارتی که در این قاعده نهفته است بالا بودن هزینه معاملاتی توافق با مستوفی و وجود درصد احتمال بالایی از تحقق استیفاء است. بعلاوه به موجب اصل تناسب هزینه- فایده رعایت این مسئله که آنچه قرار است مسترد گردد بیش از هزینه فرصتی باشد که در طی روند استرداد تحمیل می‌شود، ضروری است. در نهایت اینکه لازم است در جایی به استرداد ناشی از این قاعده استناد شود که راهکاری از سوی جامعه برای تسهیل استیفاء از پیامدهای مثبت فعالیت افراد اتخاذ نشده باشد. در صورت احراز این شرایط می‌توان ادعا کرد که جبران خسارت منبعث از این قاعده فقهی از کارایی برخوردار بوده و موجب افزایش رفاه اجتماعی که هدف اصلی ایجاد این قواعد است، می‌شود.

منابع

اسماعیلی، اسماعیل، «اکل مال به باطل در بینش فقهی شیخ انصاری»، ***فصلنامه فقه***، شماره ۱، پاییز ۱۳۷۳، صص ۱۲۷ - ۱۴۷.

بابایی، ایرج، «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، ***فصلنامه حقوق و سیاست***، ۱۳۸۶، دوره ۹، شماره ۲۳، صص ۱۳- ۶۰.

بادینی، حسن، «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از رقابت نامشروع تجاری»، ***فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی***، دوره ۴۲، ۱۳۹۰، شماره ۴، صص ۷۸- ۵۹.

_____، «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، ***مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی***، ۱۳۸۲، دوره ۶۲، شماره صفر، صص ۹۱- ۱۳۵.

باقری، محمود، «در جستجوی مطلوبیت: تحلیلی از قضیه کاوز در تعامل حقوق و اقتصاد»، ***مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران***، ۱۳۸۹، دوره ۴۰، شماره ۱۰۱، صص ۱۹- ۳۸.

بجنوردی، محمدحسن، ***القواعد الفقهیه***، قم، دلیل ما، ١٤٢٦ ق.

جعفری تبار، حسن، ***ملک معنی درکنار***، تقریرات فلسفه مالکیت فکری دانشگاه تهران، ۱۳۹۱ -۱۳۹۲.

دادگر، یدالله، «پیش درآمدی بر سنتز حقوق و اقتصاد»، ***مجله تحقیقات حقوقی***، ۱۳۸۵، شماره ۴۳، صص ۱۶۳- ۲۰۶.

ـــــــــــــــ، ***درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق***، انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و نور علم، ۱۳۹۰.

سالواتوره، دومینیک، ***تئوری و مسائل اقتصاد خرد***، ترجمه حمید رضا ارباب، نشر نی، ۱۳۹۳.

شریف زاده، محمد جواد و الیاس نادران، «تحلیل اقتصادی حقوق مالکیت در اسلام (با تاکید بر مفهوم هزینه‌های مبادله)»، ***فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی***، ۱۳۸۹، سال نهم، شماره ۳۶، صص ۵- ۳۱.

صاحب، طیبه، «تأثیر کارایی بر ساختار حقوق مالکیت فکری»، ***فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی***، ۱۳۹۱، شماره ۳، صص ۲۱۵- ۲۲۹.

ـــــــــــــــ، ***مبانی حقوق مالکیت فکری از دیدگاه اقتصادی***، رساله دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.

صفایی، سید حسن، ***مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی***، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۷۵.

طباطبایی، محمد حسین، ***المیزان فی التفسیر القرآن***، ترجمه سیدمحمد خامنه، قم، موسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۳۸۹.

طبرسی، فضل بن حسن، ***جوامع الجامع***، موسسه چاپ و انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۷۷.

عامری، پرویز و سید مهدی نوابی، «ضمان ناشی از استیفای نامشروع درحقوق ایران و فرانسه»، ***مجله مطالعات حقوق دانشگاه شیراز***، ۱۳۸۸، دوره اول، شماره سوم، صص ۹۵- ۱۲۴.

عامری، پرویز، «مبانی اداره مال غیر در اسلام»، ***مجله فقه و اصول***، ۱۳۸۱، شماره ۱، صص ۴۵- ۶۸.

ـــــــــــــــ، ***اداره مال غیر در حقوق ایران***، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۶.

کاتوزیان، ناصر، ***حقوق مدنی: الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)***، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.

کاویانی، کوروش، «درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق»، ***فصلنامه حقوق و سیاست***، ۱۳۸۶، دوره ۹، شماره ۲۳، صص ۶۱- ۱۰۲.

کوتر، رابرت و تامس یولن، ***حقوق و اقتصاد***، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان، نشر نور علم، چاپ هشتم، ۱۳۹۲.

محقق داماد، مصطفی، ***قواعد فقه: بخش مدنی (مالکیت- مسئولیت)***، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ بیست و دوم، ۱۳۸۸.

مدیر شانه چی، کاظم، ***آیات الاحکام***، نشر سمت، چاپ اول، ۱۳۷۸.

منکیو، گریگوری، ***مبانی علم اقتصاد***، ترجمه حمیدرضا ارباب، نشر نی، چاپ هفتم، ۱۳۹۲.

ـــــــــــــــ، ***نظریه اقتصاد خرد***، ترجمه حمیدرضا ارباب، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۷.

Ariel Porat, "Expanding Restitution: Liability for Unrequested Benefits" John M. Olin Program in ***Law and Economics*** Working Paper No. 388, 2008.

Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit," Private takings, private taxes, private compulsory services: The economic doctrine of quasi contracts", ***International Review of Law and Economics***, Volume 15, Issue 4, December 1995, pp. 463-487.

Calabresi, Guido, "An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts", ***Stanford Law Review***, Vol. 55, No. 6 (Jun., 2003), pp. 2113-2151.

Calabresi,G. & A. D. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", ***Harvard Law Review***, Vol. 85, No. 6 (Apr., 1972), pp. 1089-1128.

Long, Robert A., "A Theory of Hypothetical Contract", ***The Yale Law Journal***, Vol. 94, No. 2 (Dec., 1984), pp. 415-434.

Posner, Richard A. and Rosenfield, Andrew M., "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis", ***Journal of Legal Studies***, 1977.

Posner, Richard A., "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", 100 ***Harvard Law Review*** 761 (1987).

_____, ***Economic Analysis of Law***, Boston, Little Brown, 1986.

_____, ***Economic Analysis of Law***, (3rd edn), Boston, Little Brown,1986.

Producers Lumber & Supply Co. v. Olney Bldg. Co., 333 S.W.2d 619 (Tex. App. 1960)

Prosser, William and Keeton, W., ***The Law of Torts***, 5th edn, St. Paul, West Publishing Company, 1984.

Rao, P.K, ***The Economics of Transaction Costs: Theory, Methods and Application***, palgrave (uk) , 2003.

Sakulin,Wolfgang, ***Trademark Protection and Freedom of Expression: An Inquiry Into the Conflict Between Trademark Rights and Freedom of Expression Under European Law***, Kluwer Law International, 2011.

Swaney, James.A, "An Externality and Community ***", Journal of Economic Issues***, Volume 15, 1981 - Issue 3, pp. 615-627.

Wonnell, Christopher T., "Unjust Enrichment and Quasi-Contract", ***Contract Law and Economics***, ed: Gerrit de Geest, 1999

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۴، شمارهٔ پیاپی ۱۱۱
زمستان ۱۳۹٦، ۱۵۲-۱۳۵

آثار سوگند نفی علم در فقه و حقوق ایران*

دکتر همایون مافی[1]
دانشیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
Email: hmynmafi@yahoo.com
رضا رضایی مقدم
کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه مازندران
Email: reza.rezaeimoqadam@gmail.com

چکیده

دلایلی که به منظور اثبات یا دفاع از دعوا به دادگاه ارائه می‌گردد در صورت مؤثر واقع شدن دارای آثاری است که ضرورت شناخت این آثار در جهت استفاده به موقع از «دلیل» و توفیق در دادرسی امری غیر قابل اغماض است. از جمله این دلایل، سوگند نفی علم است که با توجه به سکوت قانونگذار و تشتت آرای فقها، مطالعه آثار آن در جهت نیل به گزاره‌های فوق الذکر نیازمند ژرف نگری بیشتری است. سوگند نفی علم در واقع یک سوگند بتی است که می‌تواند متضمن آثار ویژه‌ای بر دعوا اعم از دعوای علم و دعوای اصلی باشد. همچنین در صورت نکول می‌تواند آثار قابل ملاحظه‌ای از حیث رد سوگند و ادای سوگند مردوده توسط مدعی بر دعوا ترتب یابد. همچنین با قبول وجود برخی آثار مشابه میان سوگند نفی علم با سایر اقسام سوگند، معاف شدن از اتیان سوگند بتی و عدم قابلیت اثبات دعوای اصلی با سوگند از جمله آثار اختصاصی سوگند نفی علم تلقی شده‌اند.

کلیدواژه‌ها: آثار، سوگند، نفی علم، فقه، حقوق ایران.

---

*. تاریخ وصول:۱۳۹۲/۱۲/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۹۵/۰۷/۲٦.
DOI: 10.22067/jfu.v49i4.33384

۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

موفقیت در هر دعوایی معلول عوامل متعددی است کـه از جملـه ایـن عوامـل می‌تـوان بـه ارائـه دلیـل مناسب و مؤثر اشاره نمود. بدیهی است انتخاب و ارائه چنین دلیلی در وهله نخست مستلزم شناخت ادله و آثار آن می‌باشد. از میان ادله مصوح قانونی، سوگند از طرفی بـه عنـوان آخـرین دلیـل در تعیـین سرنوشـت دعاوی حائز جایگاه ویژه‌ای است و از طرف دیگر برخی از آثار نسبتا متفاوت آن با سـایر ادلـه ماننـد عـدم پذیرش اظهار منافی، بر اهمیت آن می‌افزاید. از این رو لازم است که استفاده از سوگند در دادرسی مسـبوق به شناخت دقیق آثار آن اعم از اثر انقطاعی، نکول و رد سوگند، قابلیـت پـژوهش و فرجـام آرای مسـتند بـه سوگند صورت گیرد. تدقیق و تشریح آثار تمامی اقسام سوگندها مستلزم پژوهش‌های مجزاست. آنچه که در نوشتار پیش رو در صدد تبیین آثار آن هستیم، تنها یکی از اقسام سوگند یعنی سوگند بر نفی علم اقامه دعـوا نموده و طرف مقابل نیز علم خویش را نسبت به موضوع دعوا نفی نماید، استحلاف از مدعی‌علیه مشـروط به ادعای علم بر اوست و سوگند مشارالیه نیز بر نفی علم خواهد بود. به این نوع سـوگند در قـانون مـدنی و قانون آیین دادرسی مدنی اشاره‌ای نگردیده و تنها در ماده ۵ آیین نامه ترتیب اتیان سوگند از آن نام برده شـده است. در میان فقها و حقوق‌دانان تشتت آرای شدیدی در زمینه آثار سـوگند نفـی علـم مشـاهده می‌گـردد و سکوت مقنن نیز ابهامات بی‌شماری را در این زمینه به دنبال داشته است. در پژوهش حاضر بـا اسـتمداد از منابع کتابخانه‌ای اعم از کتب فقهی و حقوقی و با هدف رفع ابهامات موجود و ارائه راه حل عملـی واحـد، آثار سوگند نفی علم در سه مبحث تحت عنوان بررسی اثر انقطاعی سوگند نفی علم، آثار نکول و آئین ادای سوگند مردوده توسط مدعی و سایر آثار سوگند نفی علم مورد بررسی قرار گرفته است.

بررسی اثر انقطاعی سوگند نفی علم بر دعوا

ماده ۱۳۳۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قسم قاطع دعواست و هیچ‌گونه اظهاری که منافی با قسم باشد از طرف پذیرفته نخواهد شد.» حال پرسشی که مطرح می‌گردد این است که آیـا سـوگند نفـی علـم نیـز بـه ترتیب مذکور، قاطع منازعه خواهد بود یا خیر؟ همچنین صرفنظر از تأثیر سوگند نفـی علـم در قطـع نـزاع، باید دید که پس از ادای سوگند بر نفی علم، قاضی چه وظیفه‌ای بر عهـده دارد و لازم اسـت چـه تصـمیمی اتخاذ نماید. در راستای پاسخگویی به دو پرسش فوق، مبحـث جـاری را در دو گفتـار تحـت عنـوان تـأثیر سوگند نفی علم بر خاتمه دعوا و کیفیت دادرسی پس از ادای سوگند بر نفی علم پی می‌گیریم:

۱- تأثیر سوگند نفی علم بر خاتمه دعوا

از جمله مسائلی که در بحث سوگند نفی علم در میان فقها، کانون تشتت آراء واقع گردیده این است که

آیا سوگند نفی علم از جمله سوگندهای قاطع دعوا به شمار می‌رود یا خیر؟ ادای سوگند بر نفی علم باید مسبوق به ادعای علم بر مدعی‌علیه باشد. لذا، در این دسته از دعاوی در حقیقت با دو دعوا روبرو هستیم؛ یکی دعوای اصلی و دیگری دعوای درایت. در اینکه سوگند نفی علم، دعوای درایت را ساقط می‌نماید تردیدی وجود ندارد. بلکه تمامی اختلاف نظرات پیرامون پاسخگویی به این پرسش است که آیا سوگند نفی علم به دعوای اصلی نیز پایان می‌بخشد یا خیر؟ به تعبیر دیگر، از آنجایی که در باب بررسی تأثیر سوگند نفی علم در قطع نزاع، همواره دعوای اصلی ملاک اظهارنظر قرار می‌گیرد نه دعوای علم، لذا پرسش جاری از منظر فقیهان پاسخ واحدی ندارد. در این زمینه در فقه چهار نظریه مشاهده می‌گردد:

۱- برخی از فقها بر این باورند که سوگند نفی علم، تنها دعوای علم را ساقط می‌نماید و قاطع دعوای اصلی نمی‌باشد. (تبریزی، إرشاد الطالب، ۴/ ۳۳۰؛ روحانی، منهاج الفقاهة، ۶/ ۱۵۳؛ خویی، ۷/ ۲۰۲) به طوری که بعد از سوگند بر نفی علم، بینه بر دعوای اصلی پذیرفته می‌شود. زیرا، لازمه سوگند بر نفی علم، عدم استماع بینه بر علم است نه بر اصل دعوا (نراقی، مستند الشیعة، ۱۷/ ۲۸۶). اهم ادله طرفداران این نظریه به قرار ذیل است:

الف) اگرچه شأن سوگند این است که پس از آن بینه شنیده نشود، لکن آنچه که بر اسقاط دعوا توسط یمین دلالت می‌کند، منصرف به یمین قطعی (بتی) است نه نفی علم. (حسینی شیرازی، ۱۳/ ۲۶۰) به گونه‌ای که اگر گفته شود که سوگند نفی علم مسقط بینه‌ای است که بعد از آن اقامه می‌شود، مخالف متیقن نص و فتوی خواهد بود. زیرا در نصوص و فتاوی دلیلی بر سقوط دعوا با سوگند نفی علم وجود ندارد و متبادر از سوگند قاطع دعوا، خاصه سوگند بتی است و مقتضی آن عدم اکتفاء به سوگند بر نفی علم می‌باشد. (طباطبایی حائری، ۱۵/ ۱۱۴) لذا، نخستین دلیل قائلین به نظریه جاری، اشاره به انصراف و تبادر است.

ب) دلیل دیگر این دسته از فقها تمسک به اصل است. با این توضیح که سوگند مدعی‌علیه بر نفی علم، اثر بینه‌ای که بعد از آن بر دعوای اصلی اقامه می‌شود را ساقط نمی‌کند. زیرا، ظاهراً آنچه که دلالت می‌کند بر قطع دعوا و عدم استماع بینه، سوگندی است که متعلق آن نفی واقع در نفس‌الامر باشد نه نفی علم. لذا در رویارویی با این تردید که سوگند نفی علم نیز می‌تواند مانند سوگند بر نفی حق، قاطع دعوای اصلی باشد یا خیر، اصل بر عدم است (اسماعیل پور قمشه‌ای، ۱/ ۴۰۱). به این ترتیب، دلیلی بر اکتفاء به سوگند نفی علم در این حالت وجود ندارد و اصل، عدم انقطاع دعوای مسموعه با سوگند نفی علم است. بنابراین، سوگندی که موجب سقوط دعوا می‌شود مطلقاً سوگند بتی است (صاحب جواهر، ۴۰/ ۲۱۳).

ج) آنچه که موجب عدم قابلیت استماع بینه بعد از یمین می‌گردد این است که بینه لاحق، یمین سابق

را تکذیب می‌نماید و لذا چنین بینه‌ای غیرقابل پذیرش است. اما، در ما نحن فیه هیچ‌گونه منافاتی میان تصدیق سوگند نفی علم و عمل به بینه‌ای که بعد از آن بر دعوای اصلی اقامه می‌شود، مشاهده نمی‌گردد. در حقیقت، مناط سقوط دعوا و سقوط اعتبار بینه بعد از آن، تنافی مفاد بینه با یمین است. لکن، در مورد سوگند نفی علم چنین تعارضی وجود ندارد. به این ترتیب، سوگند نفی علم از این حیث، مانند سوگند استظهاری در دعوا بر غائب می‌باشد که اثر آن، متارکه دعوا و انقطاع سلطنت فعلی است (نجفی گیلانی، ۱/ ۳۰۹؛ آشتیانی، ۱/ ۵۰۸).

۲- بر خلاف نظریه نخست، برخی از فقیهان معتقدند که سوگند نفی علم قاطع دعوای اصلی است و می‌تواند نزاع را قطع نماید (اراکی، ۳۸۶). این دیدگاه را برخی از فقها بصورت احتمال مطرح نموده‌اند (اردبیلی، مجمع الفائدة، ۱۲/ ۱۹۱) و اغلب ذیل بحث اختلاف بایع و مشتری در سبق و لحوق عیب ارائه گردیده است؛ به گونه‌ای که اگر بایع از وضعیت سابق مبیع آگاهی نداشته باشد، اقرب این است که به سوگند او بر نفی علم اکتفاء می‌شود (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۱/ ۲۱۱)؛ زیرا، اصل بر عدم تقدم عیب بر عقد است (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳/ ۲۹۹). در مجموعه استدلال‌های معتقدان به نظریه جاری دو دلیل عمده مشاهده می‌گردد:

الف) قاعده‌ای در باب قضاء وجود دارد که سوگند باید بر نفس چیزی که ادعا می‌شود تعلق گیرد. همچنین قاعده دیگری نیز وجود دارد و آن اینکه در دعوا بر عمل غیر، تنها سوگند نفی علم متوجه مدعی‌علیه می‌شود مانند دعوا بر وارث. لذا، قاعده اولیه بوسیله قاعده دوم تخصیص می‌خورد و اگر سوگند نفی علم ادا گردد واجد همان اثر بوده و دعوا رأساً ساقط می‌شود (عراقی، حاشیة المکاسب، ۵۲۸). زیرا، شارع اثر نفی حق را بر چنین سوگندی مترتب ساخته است. لکن، از آنجایی که حکم آن (حکم مخصص) مخالف قاعده اولیه است، تعدی از مورد نص مجاز نبوده و سایر آثار سوگند قطعی مانند تقاص بر آن مترتب نمی‌باشد. در حقیقت، وضعیت چنین سوگندی مانند وضعیت سوگندی است که در امور مالی به شاهد واحد ضمیمه می‌گردد (آقاضیاء عراقی، حاشیة المکاسب، ۲۷۹ - ۲۷۸)؛ زیرا، اثر سوگندی که خواهان در امور مالی به شاهد واحد ضمیمه می‌نماید در قطع نزاع و صدور حکم، مانند شهادت است؛ اما، سایر آثار شهادت بر آن مترتب نیست.

ب) بر اساس عموم «و الیمین علی من أنکر» و «إنما أقضی بینکم بالبینات و الأیمان»، هر سوگندی می‌تواند معیاری برای قضاوت و صدور حکم باشد. به گونه‌ای که اگر ادعای علم مدعی‌علیه شود و او سوگند بر نفی علم یاد نماید، حکم صادره فاصل خصومت اصلی بوده و بعد از آن بینه بر دعوای اصلی مسموع نخواهد بود. زیرا، هنگامی که مدعی فاقد بینه بوده و ادعای علم مدعی‌علیه را نماید، ظاهراً به

سوگند مدعی‌علیه در نفی دعوایش راضی است و بر اساس دلالت قول معصوم (ع)، کسی که راضی به یمین طرف مقابل است حقش ساقط می‌گردد (حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲۷/ ۲۴۵). به عبارت دیگر، اگرچه سوگند نفی علم، رأساً و در وهله نخست دعوای علم را ساقط می‌نماید، لکن متعاقباً برای مدعی، مجالی برای اقامه بینه بر دعوایش باقی نمی‌ماند. یعنی سوگند نفی علم اولاً و بالذات، دعوای علم و ثانیاً و بالعرض، دعوای اصلی را ساقط می‌نماید و اقامه بینه بر آن قابلیت استماع ندارد (موسوی گلپایگانی، کتاب القضاء، ۱/ ۴۱۲). در واقع، به نظر می‌رسد اساس استدلال مذکور بر این فرضیه استوار است که ادعای علم طرف مقابل، آخرین دلیل در اثبات یا دفاع از دعوا به شمار می‌رود.

۳- در نظریه سوم محور سوگند باید چیزی باشد که اگر بینه آن را ثابت کرد، حجت شود. زیرا سوگند نیز کار بینه را انجام می‌دهد. بنابراین، به عنوان ضابطه می‌توان گفت آنجا که بینه مؤثر و کارساز است، همان باید مصب و مدار سوگند قرار گیرد (جوادی آملی، ۹۰/۱۲/۱۳). از این رو، در هر مورد لازم است عاملی که تمرکز بینه بر آن به فصل خصومت می‌انجامد مدار سوگند واقع شود و ادای چنین سوگندی در حقیقت، سوگند به موضوع واقعی دعوا و قهراً قاطع منازعه خواهد بود (آخوند خراسانی، ۲۲۹). به عنوان مثال، در دعوای بایع و مشتری در مورد وقوع تبری از عیوب در فرض فقدان ظاهر حال، سه مؤلفه مجزا قابل تصور است: اول آنکه بایع تبری از عیوب کرده باشد. دوم آنکه مشتری راضی بوده باشد. سوم آنکه مشتری عالم به تبری از عیوب باشد. حال اگر بینه بر قسم اول وارد شود، یعنی بایع نسبت به وقوع تبری از عیوب اقامه بینه نماید کافی نیست و دعوا خاتمه نخواهد یافت. زیرا تبری از عیوب، ایقاع نیست؛ بلکه تعهد متقابل بوده و برای مؤثر واقع شدن، نیازمند آگاهی و رضایت مشتری نسبت به آن است. لذا، هنگامی که استقرار بینه بر تبری از عیوب به قطع نزاع نمی‌انجامد، ادای سوگند بر وقوع یا نفی آن نیز نمی‌تواند تأثیری در خاتمه دعوا داشته باشد. عامل دوم نیز به طور ضمنی از مبادرت مشتری به خرید، قابل احراز است. زیرا اقدام مشتری نسبت به انجام معامله را می‌توان کاشف از رضایت فعلی او نسبت به جمیع عیوب احتمالی مبیع تلقی نمود و نتیجتاً نیازی به اثبات آن احساس نمی‌گردد. اما، توجه به مؤلفه سوم در این بین حائز سهم کلیدی است. به گونه‌ای که اگر بینه بر علم مشتری نسبت به تبری از عیوب اقامه گردد، سرنوشت دعوا تعیین خواهد شد. بنابراین، سوگند نیز باید بر وجه مذکور ادا شود تا قاطع دعوای اصلی باشد. در حقیقت، رفع و وضع در مدار علم و عدم علم می‌باشد. به این ترتیب مشتری مکلف به سوگند بر نفی تبری از عیوب نیست. زیرا در ما نحن فیه وجود و عدم تبری از عیوب از جانب بایع در نفس‌الامر، هیچ‌گونه کارایی ندارد، بلکه سوگند مشتری بر نفی علم نسبت به تبری از عیوب، مثبت خیار عیب و قاطع دعوای اصلی خواهد بود (جوادی آملی، ۹۰/۱۲/۱۳).

به هر صورت، به نظر می‌رسد نظریه اخیر فقها از قابلیت پذیرش بیشتری برخوردار است. زیـرا اگرچـه سوگند نفی علم علی‌القاعده به واسطه اختلاف موضوع آن با موضوع دعـوای اصـلی، نمی‌توانـد تـأثیری در خاتمه آن داشته باشد؛ لکن، در مواردی که اثبات یا اسقاط دعوای اصلی دایر مدار احراز علم طرف باشـد، نظر به اینکه در این موارد، اثبات علم به اثبات دعوای اصلی می‌انجامد، آنگاه عدم اثبات علم در اثر سوگند بر نفی علم نیز موجب سقوط دعوای اصلی خواهد شد. علاوه بر مثال اخیرالذکر در قوانین نیز مصادیقی از این حالت به چشم می‌خورد. مثلاً وفق ماده ۲۶۳ قانون مدنی، در صـورتی کـه مالـک، معاملـه فضـولی را اجازه ننماید، عامل تعیین سرنوشت دعوای مطالبه خسارت که مشتری علیه بایع فضـولی اقامـه می‌نمایـد، علم مشتری به فضولی بودن معامله است. لذا، در صورتی که مشتری، سوگند بر نفـی علـم یـاد نمایـد، بـا اجتماع شرایط، مستحق دریافت خسارت وارده بوده و دعوای وی به اثبات خواهـد رسـید. در حقیقـت، در چنین حالتی سوگند نفی علم با اثبات حق مدعی منجر به فصل خصومت در دعوای اصلی خواهد شد. بـه این ترتیب، می‌توان گفت که سوگند نفی علم اصولاً از جمله سوگندهای قاطع دعوا به شمار نمی‌رود؛ مگـر در مواردی که فرجام دعوا نفیاً یا اثباتاً متوقـف بـر احـراز یـا نفـی علـم طـرف مقابـل باشـد. آنچـه از ایـن نتیجه‌گیری به ذهن متبادر می‌گردد این است که احکامی که در قانون، خاصه برای سوگندهای قـاطع دعـوا وضع شده است سوگند نفی علم را شامل نمی‌شود. به عنوان مثال، بر اساس بنـد ۳ مـاده ۳۶۹ قـانون آئـین دادرسی مدنی، احکام مستند به سوگند قاطع، قابل فرجام‌خواهی نخواهد بود. لکن با التفات به اسـتدلال و نتیجه مارالذکر، شمول حکم فرجام‌خواهی بر احکام مستند به سوگند نفی علم، بـا اجتمـاع سـائر شـرایط، عاری از خدشه است.

۲- کیفیت دادرسی پس از ادای سوگند بر نفی علم

گفتیم که سوگند نفی علم قاعدتاً نمی‌تواند منازعه را قطع نماید. حال در پی یـافتن پاسـخ ایـن پرسـش هستیم که پس از ادای سوگند بر نفی علم، دادرسی چگونه ادامه می‌یابد و سرنوشت دعوا بـه کجـا خواهـد رسید؟ در این زمینه میان فقها اتفاق‌نظر وجود ندارد:

۱- برخی از فقها بر این باورند که در این شرایط سوگند باید به مدعی رد شود و لازم اسـت کـه مـدعی ادای سوگند نماید و به موجب آن حقش به اثبات خواهد رسید. در غیر این صورت، حق او ساقط می‌گردد؛ به گونه‌ای که اگر موضوع دعوا دین باشد، حکم به برائت ذمه مدعی‌علیه داده می‌شـود و اگـر عـین و در یـد مدعی‌علیه باشد، حکم به مالکیت مدعی‌علیه داده خواهد شد (روحانی، فقه الصادق، ۲۵/ ۱۷۲).

در توجیه این دیدگاه گفته شده که اگر ادله یمین، سوگند نفی علم را شامل شود، وجهی برای بقای دعوا نخواهد بود و اگر شامل نشود توجیهی برای سقوط دعوا حتی سقوط موقت، وجود نخواهد داشت. لـذا، بـا

عنایت به اینکه در ما نحن فیه، ادله یمین، سوگند نفی علم را شامل نمی‌شود، لازم است که به قواعد اولیه مراجعه نماییم و اقتضای چنین رجوعی، رد سوگند به مدعی است (حسینی شیرازی، ۱۳/ ۲۶۱). بعضی از فقیهان آن را موافق قاعده دانسته‌اند، (شیخ انصاری، ۵/ ۳۴۲) در پاسخ به این دیدگاه گفته شده که اینگونه نیست که وقتی مدعی‌علیه سوگند نفی علم ادا نماید، سوگند به مدعی رد شود. زیرا، مجرای یمین مردوده هنگامی است که مدعی‌علیه، اصل حق را انکار و از ادای سوگند امتناع نموده و آن را به مدعی رد کند و لذا در ما نحن فیه رد سوگند به مدعی وجهی نخواهد داشت. به عبارت دیگر، سوگند نفی علم با یمین مردوده مانعة الجمع می‌باشد مگر آنکه شخص، حق خود را با سوگند مدعی مصالحه نماید که به آن «یمین معاملی» می‌گویند نه نفی علم (تبریزی، أسس القضاء و الشهادة، ۲۱۱).

۲- بر خلاف نظر اول بعضی از فقها در مسئله جاری قائل به این هستند که دعوا تا زمان اقامه بینه از جانب مدعی باز می‌ماند. زیرا، هم در موارد شک در اثبات حق با یمین نفی علم و هم هنگام تردید در سقوط حق مدعی با یمین مدعی‌علیه بر نفی علم، اصل عدم است. بنابراین، دعوا تا زمان اقامه بینه از جانب مدعی ادامه می‌یابد (اسماعیل پور قمشه‌ای، ۱/ ۴۰۱). اگرچه به عقیده عده‌ای از فقها پذیرش نظریه فوق تحت عنوان سقوط دعوا تا زمان اقامه بینه خالی از اشکال است (شیخ انصاری، ۵/ ۳۴۲)، لکن، برخی دیگر از فقها با بیان اینکه اولاً در اینجا وجهی برای سقوط دعوا تا زمان اقامه بینه وجود ندارد (آخوند خراسانی، ۲۲۸)؛ زیرا قاضی حالت منتظر ندارد و پس از ادای سوگند بر نفی علم باید ترتیبی برای خاتمه دعوا اتخاذ گردد و ثانیاً با عنایت به اینکه پرونده یا مختوم است یا مفتوح و فرض سومی تحت عنوان پرونده مسکوت متصور نیست، این دیدگاه را نقد نموده‌اند (جوادی آملی، ۹۰/۱۱/۱۶). در میان حقوقدانان به عقیده برخی از اساتید، پس از ادای سوگند بر نفی علم، دعوا مطابق اصول دادرسی و بر پایه دو اصل برائت یا استصحاب رسیدگی می‌شود (کاتوزیان، ۲/ ۱۹۴). ظاهراً بر اساس نظریه مذکور منظور از «اصول دادرسی» این است که پس از سوگند نفی علم، اگر مدعی بر دعوای اصلی اقامه بینه نماید از او پذیرفته می‌شود. در غیر این صورت، از آنجایی که سوگند بر نفی حق متوجه مدعی‌علیه نیست، تمسک به اصول عملیه تنها راه تعیین سرنوشت چنین دعوایی خواهد بود. این نظر که نظیر آن در کلام برخی از فقها[1] نیز مورد اشاره قرار گرفته است مصون از خدشه نیست. ایرادی که به این نظریه وارد می‌شود این است که طریق قطع منازعه و تصمیم‌گیری نهایی در آن مسکوت و مبهم است؛ زیرا، معلوم نیست دعوا باید به موجب حکم خاتمه یابد یا قرار قاطع. یعنی پس از ادای سوگند بر نفی علم، باید حکم به اسقاط یا اثبات دعوا داده

۱- در دعوای بایع و مشتری در سبق و لحوق عیب، پس از سوگند بایع بر نفی علم می‌توان بر اساس اصالة اللزوم و اصل عدم ضمان بایع نسبت به آرش، به دعوا رسیدگی نمود. (حسینی شیرازی، ۱۳/ ۲۶۱)

شود یا به موجب قرار قاطع، دعوا از چرخه رسیدگی خارج گردد.

آثار نکول و آئین ادای سوگند مردوده توسط مدعی

از جمله مباحثی که تشریح آن ذیل مبحث مربوط به آثار سوگند نفی علم ضروری به نظر می‌رسد این است که اگر مدعی‌علیه از ادای سوگند بر نفی علم نکول نماید تکلیف چیست؟ در میان مؤلفان حقوقی، عده‌ای تصریح نموده‌اند که سوگند نفی علم قابل رد شدن به طرف مقابل نیست (مدنی، ۲۴۳) و تمایل به این وصف در بین برخی اساتید دیگر با بیان اینکه نکول از سوگند نفی علم، اماره وجود حق به نفع مدعی است، نشان داده شده است (کریمی، ۷۸). علاوه بر این، توجه به ظاهر کلام برخی از فقها نیز همین نتیجه را افاده می‌نماید (علامه حلی، تحریر الأحکام، ۴/ ۵۸۴). اگرچه در زمینه عدم قابلیت رد سوگند نفی علم، دلیلی از سوی قائلان به آن ارائه نشده است، لکن می‌توان گفت از آنجایی که سوگند نفی علم یک حکم استثنایی است که بدلیل محدودیت دایره علم مدعی‌علیه نسبت به اموری که نوعاً امکان آگاهی از آن وجود ندارد، وضع شده و مخصوص مشارالیه است، لذا رد آن به مدعی با ملاحظه جایگاه مدعی و انتظار محکمه مبنی بر آگاهی او از حق خود که غالباً بر نفی و اثبات فعل خویش سوگند ادا می‌نماید، خالی از وجه است. اما این توجیه احتمالی با در نظر گرفتن عموم «البینة علی المدعی و الیمین علی من أنکر» و اینکه سوگند در حقیقت مبنایی برای صدور حکم است و همچنین با ملحوظ داشتن تحلیلی که فقها از «یمین مردوده» ارائه می‌دهند صحیح نیست. همچنین گفته شده که اگر دعوای مدعی دعوای قطعیه باشد رد سوگند مجاز خواهد بود؛ اما اگر دعوای ظنیه باشد رد سوگند مجاز نیست (میرزای قمی، ۲/ ۷۰۰). به تعبیر دیگر، از آنجایی که عالم بودن، از شرایط لازم برای ادای هر سوگندی می‌باشد، لذا هنگامی که مدعی دعوای ظنی اقامه کرده باشد، رد سوگند به وی به دلیل عدم امکان ادای سوگند، متعذر خواهد بود. اگرچه برخی از فقها به عدم اشتراط عامل جزمیت در دعوای علم تصریح نموده‌اند، (شوشتری، ۶/ ۲۴۴) لکن، این حکم خاص نظر به ماهیت ویژه ادعای علم، وضع گردیده و نافی عامل قطعیت در طرح سایر دعاوی نیست. بر اساس نصوص قانونی موجود نیز، در صورتی که دعوا جزمی نبوده بلکه ظنی و احتمالی باشد با ایراد خوانده قرار رد دعوا صادر خواهد شد (بند ۹ ماده ۸۴ قانون آئین دادرسی مدنی).

به این ترتیب، می‌توان گفت سوگند نفی علم ماهیتاً یک سوگند بتی است که با ملاحظه لزوم ادای سوگند بر اساس علم و ماهیت ویژه حاکم بر موضوع دعوا که امکان آگاهی از آن دشوار است، با اجتماع سایر شرایط، متوجه مدعی‌علیه می‌گردد و این تغییر شکل نمی‌تواند قابلیت رد آن را در صورت نکول، منتفی سازد. به بیان دیگر، سوگند نفی علم در واقع یک «سوگند بتی تغییر شکل یافته» است که در قالب

سوگند نفی علم مختص به مدعی‌علیه دعوای علم و از حیث نکول و قابلیت رد همانند سوگند بتی است (آشتیانی، همان، ۱/ ۵۰۵).

سایر آثار سوگند نفی علم

تاکنون برخی از آثار سوگند نفی علم از جمله اثر انقطاعی آن را بررسی نموده‌ایم؛ لکن مجموعه آثار این رویداد فراتر از موارد مذکور می‌باشد. برخی از این آثار، ویژه سوگند نفی علم و برخی دیگر مشترک با سایر سوگندها است. بحث جاری در دو گفتار با نام آثار اختصاصی و آثار عمومی سوگند نفی علم بررسی می‌گردد.

۱- آثار اختصاصی سوگند نفی علم

از جمله آثار ویژه سوگند نفی علم اثر انقطاعی آن است. زیرا، بر خلاف سایر اقسام سوگندهای قضایی که قاطع دعوا هستند، سوگند نفی علم اصولاً قاطع دعوا نیست. در این بخش دو اثر دیگر که ویژه این نوع سوگند است با عنوان معاف شدن از اتیان سوگند بتی و عدم قابلیت اثبات دعوای اصلی با سوگند، مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

اثر اول: معاف شدن از اتیان سوگند بتی

از جمله شرایط ادای هر سوگندی، علم حالف به موضوع آن است. هنگامی که در دعوا بر فعل غیر، علم مدعی‌علیه به موضوع دعوا به بوته نزاع نهاده می‌شود، با سوگند مشارالیه بر نفی علم، از منظر دادگاه چنین شخصی جاهل بوده و لذا از ادای سوگند بتی بر نفی حق معاف خواهد بود. این در حالی است که اگر دعوای علم به نحوی از انحاء به سود مدعی پایان پذیرد، علم مدعی‌علیه از دید محکمه امری محرز تلقی گردیده و مسبوق به درخواست مدعی، تکلیف مدعی‌علیه بر ادای سوگند بر نفی حق، اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. با این توضیح می‌توان گفت «سوگند نفی علم مقدمه معاف یا مکلف شدن به سوگند بتی و قاطع دعوا است. به بیان دیگر، اثر سوگند نفی علم منفی و معاف‌کننده است.» (کاتوزیان، همان، ۲/ ۱۹۴) اثر مزبور که نظر به ماهیت ویژه سوگند نفی علم بر آن مترتب می‌شود، اختصاص به این نوع سوگند دارد و ترتب آن بر سایر اقسام سوگندهای قضایی خالی از وجه است.

اثر دوم: عدم قابلیت اثبات دعوای اصلی با سوگند

در باب پذیرش سوگند در انواع دعاوی، دو صلاحیت باید احراز گردد. اول صلاحیت شخصی که سوگند یاد می‌نماید و سپس صلاحیت دعوایی که طرح شده است. در مورد نخست باید گفت که سوگند از کسی پذیرفته می‌شود که با اجتماع سایر شرایط، اگر اقرار کند اقرارش نافذ باشد (ابن براج و شیخ طوسی،

۸۴؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۵/ ۱۶۸) اما، در مورد صلاحیت دعوای مطروحه مطابق ماده ۱۳۲۵ قانون مدنی «در دعاوی که به شهادت شهود قابل اثبات است، مدعی می‌تواند حکم به دعوای خود را که مورد انکار مدعی‌علیه است منوط به قسم او نماید». سابقاً با وجود مواد ۱۳۰۶ و ۱۳۰۸ قانون مدنی برخی از دعاوی مانند عقود، ایقاعات و تعهداتی که موضوع آن‌ها عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال باشند، به شهادت شهود قابل اثبات نبوده‌اند. لکن، با حذف مادتین مذکور از قانون مدنی، دایره شمول قابلیت اثبات انواع دعاوی با شهادت، گسترش وسیعی یافته و به استثنای موارد منصوص (مانند ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی) تقریباً تمام دعاوی با شهادت شهود قابل اثبات است. به تبع این گستردگی و با عنایت به ماده ۱۳۲۵ قانون مدنی، حکم مذکور را می‌توان در مورد سوگند نیز مجری دانست؛ مگر در مواردی که قانون خلاف آن را تصریح کرده باشد. (مانند ماده ۲۸۰ قانون آئین دادرسی مدنی) به دیگر سخن، «درباره سوگند نیز حکم عام - ماده ۱۳۲۵ قانون مدنی - با رعایت شرایط ویژه پذیرش سوگند، صادق است و سوگند در تمام دعاوی مالی و مدنی کاربرد دارد، خواه دعوا راجع به اعمال حقوقی باشد یا وقایع.» (کاتوزیان، همان، ۲/ ۲۰۳).

گفتیم که یکی از شرایط ادای سوگند، علم به موضوع آن است. لذا، در صورتی که مدعی‌علیه با اجتماع شرایط، مبادرت به ادای سوگند بر نفی علم نماید، اطلاع و آگاهی او از موضوع دعوا در نگاه دادرس امری منتفی محسوب می‌گردد و به شرح اخیرالذکر، تکلیف به ادای سوگند بر نفی حق از او برداشته می‌شود.

با این توضیح می‌توان گفت که اگرچه به تصریح ماده ۱۳۲۵ قانون مدنی، سوگند از حیث دلالت بر اثبات دعوا تابع شهادت است، لکن تخلف سوگند از شهادت نیز امری دور از ذهن نیست. زیرا در صورتی که مدعی‌علیه سوگند بر نفی علم یاد نماید، چنین دعوایی در ادامه به دلیل فقدان یکی از شرایط ادای سوگند (عدم علم حالف) -که پیش از آنکه متأثر از شخص حالف باشد، معلول ماهیت ویژه دعواست- با سوگند قابل اثبات نیست. در حقیقت، رسیدگی به دعوای علم، نه تنها تحقیقی در زمینه وجود یا عدم اماره‌ای به نفع مدعی در دعوا بر عمل غیر است، بلکه کوششی در راه رسیدن به پاسخ این پرسش است که آیا دعوای اصلی قابلیت اثبات با سوگند را دارد یا خیر؟ از این رو اعتقاد به ادای سوگند بر نفی علم در این مقطع معنایی جز پاسخ منفی به پرسش مذکور و خروج سوگند از مجموع ادله اثبات دعوا نخواهد داشت که چنین اثری در میان سوگندهای قضایی، تنها بر سوگند نفی علم مترتب می‌باشد. به این ترتیب، در مقایسه شهادت و سوگند در اثبات انواع دعاوی باید اذعان نمود که میان آن‌ها نه رابطه تساوی بلکه رابطه عموم و خصوص مطلق حاکم است. زیرا، هر آنچه که سوگند آن را اثبات می‌کند با شهادت قابل اثبات است؛ اما هر آنچه که با شهادت شهود اثبات می‌شود، لزوماً با سوگند قابل اثبات نیست.

۲- آثار عمومی سوگند نفی علم

در بحث گذشته آثار ویژه سوگند نفی علم را بررسی نموده‌ایم. در این بخش، آن دسته از اهم آثار سوگند نفی علم که مشترک با سایر اقسام سوگندهای قضایی است را در سه بند با عنوان عدم استماع اظهار منافی با سوگند، نسبی بودن سوگند میان طرفین و مجازات سوگند دروغ از نظر می‌گذرانیم:

اثر اول: عدم استماع اظهار منافی با سوگند

در مبحث مربوط به بررسی اثر انقطاعی سوگند نفی علم، گفتیم که از آنجایی که در باب بررسی تأثیر سوگند نفی علم در قطع نزاع، همواره دعوای اصلی ملاک اظهارنظر قرار می‌گیرد، لذا سوگند نفی علم اصولاً از جمله سوگندهای قاطع دعوا به شمار نمی‌رود. لکن، آنچه مسلم به نظر می‌رسد این است که سوگند نفی علم موضوع مستقیم خود یعنی ادعای علم خوانده را ساقط می‌نماید (تبریزی، إرشاد الطالب، ۴/ ۳۳۰). برخی از اساتید از آن به عنوان اثر مثبت سوگند نفی علم یاد نموده‌اند (کاتوزیان، همان، ۲/ ۱۹۵). لذا، پس از آن بینه بر علم، قابلیت استماع ندارد (نراقی، رسائل و مسائل، ۱/ ۳۷۶). در حقیقت، علت عدم پذیرش بینه پس از سوگند این است که بینه لاحق، یمین سابق را تکذیب خواهد کرد. بدیهی است، در صورتی که چنین منافاتی وجود نداشته باشد، پذیرش بینه پس از یمین وجیه خواهد بود (آشتیانی، همان، ۱/ ۵۰۸). همچنان که پس از ادای سوگند نفی علم، بینه بر علم مسموع نیست؛ اما بینه بر دعوای اصلی شنیده می‌شود.

به این ترتیب، می‌توان گفت که اطلاق واژه «قسم» در ماده ۱۳۳۱ قانون مدنی سوگند نفی علم را نیز شامل می‌شود و هیچگونه اظهار منافی با سوگند نفی علم از طرف پذیرفته نخواهد شد. البته به رغم صراحت قانون مدنی مبنی بر عدم پذیرش اظهار منافی با سوگند و با وجود حذف ماده ۴۶۸ قانون سابق آئین دادرسی مدنی که قائل به پذیرش اقرار منافی با سوگند بود، نظرات مخالفی هم در فقه و هم در حقوق، میان صاحبنظران ایجاد شده است که جهت اجتناب از اطاله کلام از تشریح آن خودداری می‌کنیم.[۲]

اثر دوم: نسبی بودن اثر سوگند میان طرفین

ماده ۱۳۳۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «قسم فقط نسبت به اشخاصی که طرف دعوا بوده‌اند و قائم مقام آن‌ها مؤثر است.» مفاد این ماده حاکی از نسبی بودن اثر سوگند است. در این مورد، گفته شده است که

۲- در ماده ۲۰۹ قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است: «هرگاه ثابت شود سوگند، دروغ و یا اداکننده فاقد شرایط قانونی بوده است به سوگند مزبور ترتیب اثر داده نمی‌شود.» به نظر می‌رسد با وضع چنین قوانینی می‌توان تمایل مقنن نسبت به تعدیل قاعده عدم پذیرش اظهار منافی با سوگند- که نظر غالب در فقه است- را استفاده نمود. برای مطالعه بیشتر در زمینه پذیرش اظهار منافی با سوگند ر.ک: شیخ انصاری، القضاء و الشهادات، ۲۲۲؛ صاحب جواهر، ٤٠/ ۱۷۳ به بعد؛ کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ۲/ ۲۰٦ - ۲۰۷؛ امامی، حقوق مدنی، ٦/ ۲٤٠.

«این وصف با صلح بودن مبنای اثر سوگند تناسب دارد. زیرا، اگر اثر سوگند، ناشی از قرارداد ضمنی بین دو طرف دعوا باشد، طبیعی است که این اثر باید محدود به همان کسانی شود که در انعقاد آن شرکت داشته‌اند؛ در واقع، نسبی بودن اثر سوگند نتیجه نسبی بودن سبب آن است.»[۳] (کاتوزیان، همان، ۲/ ۲۰۷) سوگند نفی علم نیز از این قاعده مستثنی نیست؛ یعنی هنگامی که سوگند نفی علم ادا می‌گردد، دایره اثرگذاری آن نمی‌تواند خارج از محدوده ارتباط بین مدعی و مدعی‌علیه در دعوای مطروحه باشد. در مورد مبنای حکم ماده فوق‌الذکر گفته شده که «اشخاص ثالث نباید از فعل دیگران متحمل زیان گردند.» (مدنی، همان، ۲۵۱) لکن، ظاهراً این برداشت نمی‌تواند صحیح باشد. زیرا آنچه از عموم حکم جاری مستفاد می‌گردد این است که قانونگذار بدون ملاحظه سود و زیان، آن را وضع نموده و به موجب آن مطلق تأثیر سوگند نسبت به ثالث نفی گردیده است. به تعبیر دیگر، آنچه در حکم ماده ۱۳۳۲ قانون مدنی موضوعیت دارد، نسبیت سوگند و عدم هرگونه تأثیر آن به ثالث است نه منفعت و زیان او.

آنچه که التفات به آن ذیل بحث جاری ضروری به نظر می‌رسد این است که در مواردی که حق واحد، اطراف متعددی داشته باشد، حکم فوق محل تردید واقع می‌گردد. زیرا، در صورت استحلاف از احد افراد مذکور و سوگند او، معلوم نیست که حکم مسأله به لحاظ وحدت حق یا تکلیف، به سایر افراد تسری پیدا می‌نماید یا خیر؟ مثلاً در مورد مسئولیت تضامنی، در دعوا بر یکی از مسئولان پرداخت وجه برات در صورتی که موضوع دعوا، «اصل دین» باشد، آیا سوگندی که حسب مورد بر اثبات یا اسقاط دین ادا می‌گردد نسبت به سایر مسئولان نیز مؤثر می‌باشد یا خیر؟ برخی از اساتید با بیان اینکه اثبات یا سقوط دعوا تنها نسبت به خواهان و خوانده اثر دارد و دیگران را از حق دفاع و اقامه دلیل، محروم نمی‌سازد، تأثیر سوگند یک طرف نسبت به سایرین را در حقوق کنونی منتفی می‌دانند (کاتوزیان، همان، ۲/ ۲۰۸). در این موارد، به نظر می‌رسد اگر مسئولیت برخی از افراد، فرع بر مسئولیت طرف دیگر باشد، با منتفی شدن مسئولیت اصلی، مسئولیت فرعی نیز منتفی خواهد شد. مثلاً از آنجایی که مسئولیت ضامن در طول مسئولیت متعهد اصلی می‌باشد، در صورت انتفای مسئولیت متعهد اصلی با سوگند، ضامن نیز بری خواهد شد. لکن، این پرسش همچنان باقی است که آیا سوگند احد متعهدینی که مسئولیت آن‌ها در عرض یکدیگر قرار دارد می‌تواند مسئولیت سایرین را نیز تحت تأثیر قرار دهد یا خیر؟ ظاهراً جهت اظهارنظر در این زمینه لازم است که دو فرض از یکدیگر منفک گردند:

۳- در مورد ماهیت سوگند اتفاق‌نظر وجود ندارد. برای مطالعه بیشتر ر.ک: قاضیاء عراقی، کتاب قضاء (تقریرات نجم‌آبادی)، ۲٦۷ به بعد؛ موسوی اردبیلی، فقه‌القضاء، ۲/ ۱۲۹؛ سبحانی، نظام‌القضاء و الشهادة، ۱/ ۳۹۳ به بعد؛ جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (بالعربیة)، ٦/ ۱۹۳ به بعد؛ کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، ۲/ ۱۸۷ به بعد.

حالت اول هنگامی است که دعوای اصل دین علیه احد یا بعض افراد اقامه می‌گردد و سایرین اساساً طرف دعوا نیستند. در این فرض، به نظر می‌رسد سوگند افراد حاضر در دعوا نمی‌تواند نسبت به کسانی که طرف دعوا نبوده‌اند تأثیری داشته باشد زیرا اگرچه دین، واحد بوده و تعدد، مربوط به مسئولان پرداخت است، لکن از آنجایی که اولاً افرادی که طرف دعوا نمی‌باشند از حق دفاع محروم بوده و چه بسا به دلیل عدم آگاهی از جریان دادرسی حتی از سایر طرق قانونی مانند ورود ثالث و غیره نیز بی‌بهره‌اند؛ ثانیاً حتی در صورتی که سوگند فرد یا افراد حاضر در دادرسی به نفع افراد خارج از آن باشد، باز هم مشارالیهم نمی‌توانند در مقابل مدعی، این طریق دفاعی را به کار گیرند. زیرا از جمله شرایط تحقق اعتبار امر قضاوت شده، وحدت اصحاب دعواست که در ما نحن فیه افراد خارج از دعوا، نه اصحاب دعوای اولیه می‌باشند نه قائم مقام آن‌ها؛ ثالثاً در صورت تردید نسبت به اینکه آیا اثر سوگند یک شخص بر دیگران تسری دارد یا خیر اصل بر عدم است. همچنین، در صورت تردید در زوال حق رجوع مدعی به سایر مسئولان، اصل بر بقای حق است؛ لذا، در چنین وضعیتی که بعضی از متعهدین داخل در دعوا و بقیه خارج از آن هستند، تأثیر سوگند دسته اول نسبت به گروه دوم، بعید بلکه ابعد است.

لکن در حالت دوم مفروض این است که اگرچه تمامی مسئولان در دادرسی حضور دارند اما استحلاف از احد یا بعضی از آن‌ها صورت می‌گیرد و این تردید به ذهن متبادر می‌گردد که آیا نسبت به سایرین نیز تسوی دارد یا خیر؟ در این فرض، به نظر می‌رسد در صورت رضایت افرادی که از آن‌ها تقاضای سوگند نشده مبنی بر تعیین سرنوشت دعوا به موجب سوگند مستحلف، تسوی اثر سوگند نمی‌تواند محل تردید باشد. لکن، عمده بحث به این موضوع بر می‌گردد که در صورت عدم احراز رضایت سایرین، آیا باز هم اثر سوگند به آنان قابل تسوی است یا خیر؟ اگرچه پاسخ به این پرسش با دشواری روبروست و نمی‌توان به طور قطع اظهار عقیده نمود، اما بنا به دلایلی می‌توان از قابلیت تسری اثر سوگند مستحلف به سایرین دفاع کرد. زیرا اولاً به دلالت ماده ۱۳۳۲ قانون مدنی دایره تأثیر سوگند، «اشخاصی که طرف دعوا بوده‌اند» را شامل می‌شود نه صرف سوگند خورنده و سوگنددهنده. به تعبیر دیگر، آنچه که با قید مزبور از شمول حکم خارج می‌گردد، افرادی است که اساساً طرف دعوا نیستند نه افرادی که در دادرسی حاضر بوده ولی استحلاف از آنان صورت نگرفته است و جز این هیچ قرینه‌ای دال بر استفاده اختصاص از عبارت مذکور وجود ندارد.

ثانیاً مستفاد از ماده ۳۵۹ قانون آئین دادرسی مدنی در صورتی رأی دادگاه تجدیدنظر قابل تجزیه و تفکیک نباشد نسبت به اشخاص دیگر که مشمول رأی بدوی بوده و تجدیدنظرخواهی نکرده‌اند تسری خواهد داشت. بدیهی است کسانی که از ماده مذکور خروج حکمی دارند، افرادی هستند که مشمول رأی

بدوی نیستند. به این ترتیب، در فرضی که موضوع دعوا قابل تجزیه و تفکیک نبوده و بعضی از افراد نسبت به آن تجدیدنظرخواهی نمایند و سرنوشت دعوا در دادگاه تجدیدنظر با سوگند تعیین گردد، تسوی اثر این سوگند به سایرین نه تنها جایز است، بلکه وفق توضیح پیش‌گفته، لازم نیز می‌باشد. همچنین، حکم ماده ۳۵۹ قانون آئین دادرسی مدنی را می‌توان با وحدت ملاک در مورد حکم دادگاه بدوی نیز مجری دانست؛ به گونه‌ای که در صورت غیرقابل تجزیه بودن دعوا چنانچه سوگند بعضی از اصحاب دعوا عامل تعیین سرنوشت دعوا باشد، شمول حکم سوگند به سایر افراد حاضر در دادرسی عاری از خدشه به نظر می‌رسد.

به هر وجه، اگرچه به شرح مزبور، فرض شمول آثار سوگند یک طرف به دیگری امری دور از ذهن نمی‌باشد، لکن باید توجه داشت از آنجایی که سوگند در حقیقت نوعی توثیق وجدان است، به سختی می‌توان پذیرفت که یک طرف وجدان خود را وثیقه صحت گفتاری قرار دهد و آثار آن متوجه دیگران باشد. در صورت پذیرش این امر نیز خاصه در موارد تصریح سایرین به عدم رضایت خویش مبنی بر تسوی اثر سوگند به ایشان یا در مواردی که ماحصل امر، تجوی زیان به دیگران باشد باید بر اساس احتیاط عمل نمود. نکته لازم‌الذکر این است که سوگند نفی علم منصرف از احکام فوق بوده و فرض تسوی اثر آن به دیگران در جمیع انحاء ممکنه اساساً منتفی است و سایرین را از حق تمسک به سوگند در اثبات یا دفاع از دعوای اصلی محروم نمی‌سازد.

زیرا اولاً جواز ادای سوگند نفی علم پیش از آنکه به نحوه رسیدگی به دعوا وابسته باشد، تابع جایگاه و موقعیت شخص حالف است که به دلیل عدم علم به موضوع سوگند، تکلیف به ادای سوگند بتی از او برداشته شده است و لذا این حکم اضطراری ویژه «مدعی‌علیه جاهل به حق» است. ثانیاً سوگند نفی علم تنها مسقط ادعای علم شخص حالف و فاقد اثر انقطاعی در دعوای اصلی است. بنابراین، حق اقامه دلیل به منظور اثبات دعوای اصلی یا دفاع از آن از سایر اصحاب دعوا سلب نمی‌گردد. به این ترتیب، می‌توان گفت که عدم تسوی اثر سوگند نفی علم به دیگران به دلیل وضعیت ویژه حالف، شخصی بودن آن و آثار منحصر به فرد این سوگند می‌باشد که در حقیقت می‌توان آن را مصداق تخلف‌ناپذیر اصل نسبیت در اثرگذاری سوگند دانست.

اثر سوم: مقید بودن سوگند

در ارتباط با چهره مذهبی و ماورایی سوگند آمده است: «قسم یعنی مقید کردن خبر یا انشاء به موجود شریفی که اگر یادکننده سوگند در خبر دادن و سخن گفتن دروغ بگوید و یا در انشاء نمودن بر خلاف آن عمل نماید، شرافت آن چیز را خدشه‌دار کرده است. مثلاً اگر کسی قسم بخورد به جان خودش که فلانی چنین کرده است، آن را به شرافت عمرش مقید نموده است. حال اگر این سخن دروغ باشد بدین معنی

است که عمرش را بی‌ارزش دانسته است.» (طباطبایی، ۱/ ۳۳۹).

در حقیقت، صحت تمامی سوگندها به وجود امری مقدس مقید می‌گردد و سوگند، همه اعتبار و ارزش خود را از همین امر مقدس و ارزشمند می‌گیرد و پیوند عمیقی با وجدان، عقاید و باورهای حالف دارد. در سوگندهای عرفی برای حالف محدودیتی در گزینش این امر مقدس و تقیید کلام خود به آن وجود ندارد. لکن مطابق نص ماده ۲۸۱ قانون آئین دادرسی مدنی، سوگندهای قضایی باید به نام خداوند قادر متعال ادا گردند. حال در صورتی که کذب بودن سوگند قضایی آشکار گردد به دلالت شرح اخیر، کاشف از این است که حالف، وجود خداوند یکتا را- نعوذبالله- بی‌ارزش دانسته است که این گستاخی و تعدی در برابر معبود در ادوار مختلف قانونگذاری از منظر مقنن، جرم تلقی گردیده و برای آن مجازات تعیین شده است. از آن جمله می‌توان به ماده ۲۲۱ قانون مجازات عمومی و ماده ۱۰۷ قانون تعزیرات سابق اشاره نمود. در حال حاضر، مجازات سوگند دروغ در ماده ۶۴۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تنصیص شده است. ماده مذکور اشعار می‌دارد: «هر کس در دعوای حقوقی یا جزایی که قسم متوجه او شده باشد سوگند دروغ یاد نماید به شش ماه تا دو سال حبس محکوم خواهد شد.» مسلم است که واژه «قسم» در این ماده اطلاق داشته و جمیع انواع سوگندها از جمله سوگند نفی علم را نیز شامل می‌شود. زیرا، ظاهراً آنچه که عنصر روانی جرم اخیر را تشکیل می‌دهد این است که شخص با علم به کذب بودن، مبادرت به ادای سوگند نموده و خداوند متعال را گواه صدق اظهارات خود قرار دهد. این امر مشترک میان تمامی سوگندهای قضایی است. لذا، به تبع این اشتراک، اثر مزبور را نیز باید بر کلیه سوگندهای قضایی مجری دانست.

نتیجه‌گیری

اصلی‌ترین خصیصه‌ای که وجه فارق سوگند نفی علم از سایر اقسام سوگند بوده و از حیث ترتب آثار سوگند آن را در انزوا قرار می‌دهد این است که این نوع سوگند اگرچه به گونه‌ای قاطع، دعوای درایت را پایان می‌بخشد، لکن علی‌الاصول فاقد اثر انقطاعی بر دعوای اصلی است. به گونه‌ای که پس از آن بینه بر دعوای اصلی قابلیت استماع دارد. لکن اقامه بینه دارای مهلتی است که بسته به نظر دادگاه بوده و در صورت عدم توفیق مدعی در این امر، حکم به بی‌حقی او داده خواهد شد. در صورتی که مدعی‌علیه از ادای سوگند بر نفی علم نکول نماید، این سوگند نیز همانند سوگند بتی قابل رد به طرف مقابل بوده و در چنین شرایطی بر اساس ادله موجود، لازم است سوگنده مردوده توسط مدعی بر اثبات علم مدعی‌علیه ادا گردد و ادای سوگند بر اثبات حق فاقد وجاهت خواهد بود. اگرچه سوگند نفی علم کم و بیش آثار مشترکی با سایر اقسام سوگند دارد که از آن جمله می‌توان به عدم پذیرش اظهار منافی با سوگند و نسبیت اثر سوگند میان طرفین اشاره

نمود، لکن آثار اختصاصی این نوع سوگند را نیز نمی‌توان در اقلیت دانست. به طوری که علاوه بر عدم تأثیر آن در خاتمه نزاع اصلی می‌توان گفت نه تنها ادای سوگند نفی علم موجب می‌شود که مدعی از ادای سوگند بتی بر نفی حق مدعی معاف گردد؛ بلکه دعوای اصلی نیز قابلیت اثبات با سوگند را از دست خواهد داد. به این ترتیب با توجه به بررسی‌های معمول، آنچه که طرح آن به عنوان پیشنهاد در اولویت قرار دارد ناظر به دو نکته ذیل است:

۱- توجه بیشتر به آثار سوگند نفی علم از سوی مؤلفان حقوقی با برجسته نمودن تشتت آراء در متون فقهی که می‌تواند به عدم انزوای این سوگند کمک شایانی نموده و متضمن نتایج مطلوبی از جمله ایجاد رویه قضایی واحد در گذر زمان باشد.

۲- بیان آثار سوگند نفی علم و احکام راجع به آن از سوی قانون‌گذار در قانون آئین دادرسی مدنی است تا با خاتمه مباحث اختلافی موجود در متون فقهی، بتوان نسبت به تعیین تکلیف قاطع و منطبق با خلأهای موجود، همگام با مسیر اقتضائات یک دادرسی منظم و منصفانه اقدام نمود.

منابع

ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر و طوسی، محمد بن حسن، ***جواهر الفقه - عقاید الجعفریة***، در یک مجلد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱٤۱۱ ق.

آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، ***حاشیة المکاسب***، در یک مجلد، تهران، نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱٤۰٦ ق.

اراکی، محمدعلی، ***الخیارات***، در یک مجلد، قم، مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱٤۱٤ ق.

اسماعیل‌پور قمشه‌ای، محمدعلی، ***البراهین الواضحات - دراسات فی القضاء***، جلد ۱، قم، بی‌نا، چاپ اول، بی‌تا.

آشتیانی، محمد حسن بن جعفر، ***کتاب القضاء***، جلد ۱، قم، انتشارات زهیر، کنگره علامه آشتیانی قدس سره، چاپ اول، ۱٤۲٥ ق.

امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، جلد ٦، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۷.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***القضاء و الشهادات***، در یک مجلد، قم، نشر کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱٤۱٥ ق.

تبریزی، جواد بن علی، ***إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب***، جلد ٤، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱٤۱٦ ق.

_____، ***أسس القضاء و الشهادة***، در یک مجلد، قم، نشر دفتر مؤلف، چاپ اول، بی‌تا.

جمعی از مؤلفان زیر نظر هاشمی شاهرودی، محمود، ***مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام*** (بالعربية)، جلد ٦، قم، مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ اول، بی‌تا.

جوادی آملی، عبدالله، ***تقریرات درس خارج فقه***، مبحث بیع، ١٣٩٠/١١/١٦ و ١٣٩٠/١٢/١٣.

حر عاملی، محمد بن حسن، ***تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة***، جلدهای ٦ و ٢٧، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، چاپ اول، ١٤٠٩ ق.

حسینی شیرازی، محمد، ***إيصال الطالب إلى المكاسب***، جلد ١٣، تهران، منشورات اعلمی، چاپ اول، بی‌تا.

خویی، ابوالقاسم، ***مصباح الفقاهة***، جلد ٧، بی‌نا، بی‌تا.

رشتي، میرزا حبیب‌الله، ***كتاب القضاء***، جلد ١، قم، نشر دارالقرآن الكريم، چاپ اول، ١٤٠١ ق.

روحانی، صادق، ***فقه الصادق عليه السلام***، جلد ٢٥، قم، نشر دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ١٤١٢ ق.

_____، ***منهاج الفقاهة***، جلد ٦، قم، انتشارات أنوارالهدی، چاپ پنجم، ١٤٢٩ ق.

سبحانی، جعفر، ***نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء***، جلد ١، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ١٤١٨ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ***مسالک الأفهام إلى تنقيح شرايع الإسلام***، جلد ٣، قم، مؤسسه معارف الإسلامية، چاپ اول، ١٤١٣ ق.

شوشتری، محمدتقی، ***النجعة فی شرح اللمعة***، جلد ٦، تهران، کتابفروشی صدوق، چاپ اول، ١٤٠٦ ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الكلام فی شرح شرايع الإسلام***، جلد ٤٠، بیروت، دارالإحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ١٤٠٤ ق.

طباطبائي كربلايي، علي بن محمدعلي، ***رياض المسائل فی تحقيق الأحكام بالدلايل***، جلد ١٥، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ١٤١٨ ق.

طباطبایی، محمدحسین، ***الميزان فی التفسير القرآن***، ترجمه محمدباقر موسوی همدانی، جلد ٦، انتشارات بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی با همکاری مرکز نشر فرهنگی رجاء، بی‌تا.

طوسی، محمد بن حسن، ***المبسوط فی فقه الإمامية***، جلد ٢، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، چاپ سوم، ١٣٨٧ ق.

عراقی، آقاضیاءالدین، ***حاشية المكاسب*** (تقریرات نجم‌آبادی)، در یک مجلد، قم، انتشارات غفور، چاپ اول، ١٤٢١ ق.

_____، ***كتاب القضاء*** (تقریرات نجم‌آبادی)، در یک مجلد، قم، انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، چاپ اول، ١٤٢١ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة***، جلدهای ۲ و ۵، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱٤۲۰ ق.

_____، ***تذکرة الفقهاء***، جلدهای ۱۱ و ۱۵، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱٤۱٤ ق.

کاتوزیان، ناصر، ***اثبات و دلیل اثبات***، جلد ۲، تهران، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۵.

کریمی، عباس، ***تقریرات درس ادله اثبات دعوا***، دانشگاه پیام نور، بی‌تا.

گلپایگانی، محمدرضا، ***کتاب القضاء***، جلد ۲، قم، نشر دارالقرآن الکریم، چاپ اول، ۱٤۱۳ ق.

مدنی، جلال‌الدین، ***ادله اثبات دعوی***، در یک مجلد، تهران، انتشارات پایدار، چاپ پنجم، ۱۳۷۹.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، ***مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان***، جلد ۱۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱٤۰۳ ق.

موسوی اردبیلی، عبدالکریم، ***فقه القضاء***، جلد ۲، قم، بی‌نا، چاپ دوم، ۱٤۲۳ ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، ***رسائل المیرزا القمی***، جلد ۲، دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، چاپ اول، ۱٤۲۷ ق.

نراقی، احمد بن محمدمهدی، ***رسائل و مسائل***، جلد ۱، قم، نشر کنگره نراقیین ملامهدی و ملااحمد، چاپ اول، ۱٤۲۲ ق.

_____، ***مستند الشیعة فی أحکام الشریعة***، جلد ۱۷، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱٤۱۵ ق.

فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۴، شمارهٔ پیاپی ۱۱۱
زمستان ۱۳۹٦، ۱۷۲-۱۵۳

چگونگی مواجهه شیخ طوسی با گفتمان مفید و مرتضی در مسئله «حجیت خبر واحد»*

دکتر حامد مصطفوی فرد
دانش آموخته دکتری علوم قرآن و حدیث دانشگاه فردوسی مشهد
Email: hamed_amf@yahoo.com
دکتر سید کاظم طباطبایی پور [1]
استاد دانشگاه فردوسی مشهد
Email: tabatabaei@ferdowsi.um.ac.ir
دکتر غلامرضا رئیسیان
دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد
Email: raeisian@ ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

از عصر شیخ مفید (م ٤١٣) تا محقق حلی (م ٦٧٦) ما شاهد حاکمیت رویکردی در درون گفتمان امامیه هستیم که با عدم پذیرش اخبار آحاد، به اخبار متواتر و محفوف به قرائن بسنده می‌کند. در این بین شیخ طوسی نه تنها در کتاب «العده فی أصول الفقه» اخبار آحاد را حجت دانسته، بلکه در این زمینه ادعای اجماع هم کرده است، ادعایی که در تضاد با اجماع ادعایی سیدمرتضی قرار داد. برای رفع این تناقض، الگوهای متعددی از جانب علمای امامیه ارائه شده است. نگاهی اجمالی به مجموعه آثار شیخ طوسی نشان می‌دهد که وی نیز به اجماع ادعایی خود پایبند نبوده و در اکثر آثار خویش قول به عدم حجیت اخبار آحاد را برگزیده است. شواهدی از این دست، حکایت از این دارند که به جای تأویل گفتار سیدمرتضی، باید به تبیینی نو از نظریه شیخ طوسی درباره نحوه مواجهه با اخبار آحاد روی آورد. به نظر می‌رسد طوسی نیز درون گفتمان مفید و مرتضی قرار دارد، از آنجا که رویکرد استادان وی منجر به کنارگذاشتن بخش عظیمی از سنت و در نتیجه روی آوردن به حکم عقل و اصول عملیه می‌شد، وی قرائتی جدید از «مکتب اصالت قرائن» (مکتب مفید و مرتضی) ارائه داده تا با تکیه بر آن در پذیرش روایات توسعه‌ای ایجاد کند.

کلیدواژه‌ها: شیخ طوسی، شیخ مفید، سیدمرتضی، خبر واحد، اصالت قرائن.

---

*. تاریخ وصول:۱۳۹٤/۰۲/۱٦؛ تاریخ تصویب نهایی:۱۳۹٤/۱۰/۲٦.
DOI: 10.22067/fiqh.v0i0.42907

۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

ابوجعفر محمد بن حسن طوسی (م ٤٦٠)، از بزرگان امامیه و صاحب تالیفات متعددی است. در اهمیت تالیفات وی همین بس که دو کتاب از کتب چهارگانه شیعه به دست وی به نگارش در آمده است. همچنین سه کتاب از کتب اربعه رجالی شیعه نیز حاصل تلاش‌های وی است. در حوزه فقه، اصول، تفسیر و ... نیز دارای کتاب‌های مهمی از جمله النهایة، المبسوط، الخلاف، عدة الأصول، التبیان و ... است. در حوزه مواجهه با خبر واحد، جمهور بر این عقیده‌اند که وی به تقابل با جریانی پرداخته است که اساتیدش شیخ مفید و سید مرتضی سردمدار آن بودند. این جریان اخبار آحاد را فاقد حجیت دانسته و بر پذیرش اخبار متواتر و محفوف به قرائن تاکید دارد و عالمان بعد از مفید (م ٤١٣) و مرتضی (م ٤٣٦) نیز همچون ابن براج (م ٤٨١)، طبرسی (م ٥٤٨)، ابن زهره حلبی (م ٥٨٥)، ابن شهرآشوب (م ٥٨٨)، ابن ادریس حلی (م ٥٩٨)، محقق حلی (م ٦٧٦) و ... تا زمان پیدایش مکتب حله بر این رویه اصرار ورزیدند (برای مطالعه در این زمینه ر.ک: حب الله، نظریه السنه، ٦٥-٩٦). ظواهر کلام شیخ طوسی در برخی از آثارش نه تنها مشعر به این است که به تقابل با این جریان پرداخته است، بلکه درست در مقابل سیدمرتضی که ادعای اجماع امامیه بر عدم حجیت اخبار آحاد را مطرح می‌کند؛ شیخ طوسی نیز سخن از اجماع امامیه بر حجیت اخبار آحاد به میان آورده است.

در این مختصر قصد داریم تا به این مهم بپردازیم که آیا شیخ طوسی پیرو گفتمان اساتید خود (مفید و مرتضی) بوده است یا اینکه به تقابل با این جریان پرداخته و یا اینکه راهی میانه را در پیش گرفته و قصد داشته تا قرائتی متفاوت از نظریه مفید و مرتضی را ارائه کند؟ با این مقدمه باید گفت: از ظواهر مجموع گفتارهای شیخ طوسی آشکار می‌شود که وی دو نظر درباره مسئله حجیت اخبار آحاد ارائه داده است، که به تبیین این دو دیدگاه می‌پردازیم:

نظریه شیخ طوسی در باب حجیت اخبار آحاد

نظریه شیخ در الاستبصار:

شیخ طوسی در آغاز کتاب «الاستبصار» اخبار را دو دسته می‌داند: متواتر و غیرمتواتر. ایشان اخبار متواتر را موجب علم می‌داند و همچنین اخبار غیرمتواتر محفوف به قرائن موجب علم را نیز ملحق به قسم نخست دانسته و تنها اخبار غیرمتواتر خالی از قرینه را در صورت احراز برخی از شروط دارای حجیت می‌داند و این دسته را «خبر واحد» می‌نامد. از دیدگاه شیخ طوسی، قرائنی که موجب علم‌آوری اخبار آحاد می‌شوند و آن‌ها را ملحق به اخبار متواتر می‌کنند، بسیارند، که برخی از آن‌ها از این قرارند: مطابقت با أدلة

عقل و مقتضای آن، مطابقت با ظاهر قرآن، مطابقت با سنت قطعی و مطابقت با اجماع (طوسی، الاستبصار، ۱/ ۳).

سپس درباره اخبار آحادی که متواتر نیستند و از قرائن نیز خالی‌اند، می‌گوید، با شرایطی عمل به این اخبار جایز است: اگر یک خبر واحد با خبر واحد دیگری در تعارض نباشد، عمل به آن واجب است، از باب اینکه اجماع در نقل آن وجود دارد، مگر اینکه معلوم شود فتاوای ایشان بر خلاف آن است و اگر خبری دیگر معارض با این خبر باشد، پس به دو خبر متعارض نظر می‌شود، بر طبق روایتی که راویان آن اعدل هستند، عمل می‌شود؛ و اگر در عدالت مساوی باشند، بر طبق روایتی که راویان آن بیشترند، عمل می‌شود و ... (طوسی، الاستبصار، ۱/ ٤).

نظریه شیخ در العده:

شیخ طوسی در کتاب «العدة فی أصول الفقه» نظریه مختار خود را اینگونه تبیین می‌کند: «خبر واحد موجب علم نمی‌شود و عقلا ورود عبادت به سبب آن جایز است و جواز عمل به آن در شرع وارد شده است، اما این مطلب متوقف بر طریق مخصوص (راوی باید از طائفه امامیه، عادل و ... باشد) است (طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۱/ ۱۰۰). سپس شیخ طوسی به نقد استدلال‌های صاحبان دیگر رویکردها نسبت به خبر واحد پرداخته (طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۱/ ۱۰۰- ۱۲٦) و خبر واحد را در صورت احراز برخی از شرایط حجت می‌داند (طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۱/ ۱۲٦).

بعد از این شیخ طوسی با توسل به اجماع امامیه، در صدد تأیید و اثبات مدعای خود برمی‌آید و به شبهات و اشکالات مخالفان پاسخ می‌دهد (طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۱/ ۱۲٦). همچنین شیخ طوسی یکی از دلائل صحت مدعای خود را این می‌داند که طائفه امامیه بین رجال ناقل اخبار تمایز قائل شده‌اند، ثقات آن‌ها را توثیق کرده‌اند و ضعفای آن‌ها را تضعیف کرده‌اند و در این‌باره کتاب‌هایی را تصنیف کرده‌اند (طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۱/ ۱٤۱).

نظریه شیخ طوسی در باب عدم حجیت اخبار آحاد

نظریه شیخ در التبیان:

شیخ طوسی در تفسیر آیه «ولا تقف ما لیس لک به علم ان السمع والبصر والفؤاد کل اولئک کان عنه مسئولا» می‌آورد: «به این آیه استدلال شده است بر اینکه عمل به قیاس و خبر واحد جایز نیست، زیرا این دو موجب علم نمی‌شوند و خداوند نهی کرده است از اینکه انسان از چیزی که به آن علم ندارد، پیروی کند.» (طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ٦/ ٤٧٧). و نیز در تفسیر آیه «نبأ» می‌گوید: «در آیه دلالتی است

بر اینکه خبر واحد نه موجب علم می‌شود و نه عمل. زیرا آیه دستور می‌دهد کـه بایـد دربـاره خبـری کـه از کذب بودن در امان نیست، توقف کرد و این تعلیل در خبر عادل نیز موجود اسـت.» (طوسـی، التبیـان فـی تفسیر القرآن، ۹/ ۳٤۳). و نیز در تفسیر آیه نفر (طوسی، التبیان فی تفسـیر القـرآن، ٥/ ۳۲۲) و آیـه کتمـان (طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ۲/ ٤٦ و نیز رک: طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۱/ ۱۰۹ و ۱۱۱) استدلال قائلان به وجوب عمل به خبر عادل را رد کرده است.

علاوه بر این، شیخ طوسی در مقدمه تبیان (طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ۱/ ٦) تقلید از مفسران در تفسیر قرآن را باطل دانسته و ادله صحیح را منحصر در ادله عقلـی و ادلـه شـرعی (اجمـاع و نقـل متـواتر) می‌داند و در ادامه اضافه کرده است: «لایقبل فی ذلک خبر واحد، خاصة إذا کان مما طریقه العلم.». از این عبارت وی آشکار می‌گردد که به عقیده شیخ نه تنها در مواضعی که طریق به آن‌ها بایـد علـم و یقـین باشـد (عقائدیات)، اخبار آحاد که ظن‌آورند، پذیرفته نمی‌شوند، بلکه اخبـار آحـاد بـه دلیـل عـدم علـم‌آوری، در شرعیات نیز فاقد اعتبارند. همچنین وی در همین مقدمه با رد زیادت و نقصان در قرآن می‌گوید: «روایـات بسیاری از جانب خاصه و عامه درباره نقصان و یا جابه‌جایی بسیاری از آیات قرآن نقل شده است، اما ایـن روایات اخبار آحادی هستند که نه موجب علم می‌شوند و نه عمل.» (طوسی، التبیان فی تفسـیر القـرآن، ۱/ ۳).

نظریه شیخ در الخلاف:

شیخ طوسی در مقدمه الخلاف انگیزه تألیف خود را بیان کرده و از آن اینگونه برداشـت می‌شـود کـه از شیخ درخواست شده تا به ادله موجب علم از قرآن، سنت و ... احتجاج کند و عدم رد شـیخ نیـز گـواه ایـن است که شیخ خود را ملتزم به طریق علمی و نه ظنی می‌داند؛ اگرچه در این کتاب شیخ به منظور اسکات و الزام خصم ناچار است تا ادله و روایات مخالفان را نیز ذکر کند (طوسی، الخلاف، ۱/ ٤٥). علاوه بر ایـن، شیخ در این کتاب با صراحت برخی از اخبار را به دلیل خبر واحد بودن موجب عمل نمی‌داند و می‌گویـد: «أن هذه الأخبار کلها أخبار آحاد، و نحن لانعمل بها.» (طوسـی، الخـلاف، ٤/ ٤٤٨) و یـا در رد روایـات حرمت متعه می‌آورد: «کلها أخبار آحاد و فیهما مع ذلک اضطراب.» (طوسی، الخلاف، ٤/ ۳٤۱).

نظریه شیخ در المبسوط:

شیخ طوسی در المبسوط در مقام رد اهل سنت عبارتی دارد که از آن آشکار می‌شود وی فتاوای فقهـای شیعه را بر اساس ادله موجب علم می‌داند (طوسی، المبسوط، ۱/ ۲). همچنین وی در موضعی با رد اخبـار دال بر اباحه غنا می‌گوید: «عندنا أن هذه أخبار آحاد لایلتفت إلیها.» (طوسی، المبسوط، ۸/ ۲۲۳) و همـو در این کتاب شرایط قاضی را عبارت می‌داند از: علم، عدالت و کمال و سپس در بیان لزوم آگاهی قاضی به

اصناف پنج‌گانه سنت، علت لزوم آگاهی قاضی به متواتر و آحاد را این می‌داند که «تا به متواتر –و نه آحاد– عمل شود.» (طوسی، المبسوط، ۸/ ۱۰۰).

نظریه شیخ در الاستبصار:

شیخ طوسی در الاستبصار بارها به این مطلب اشاره می‌کند که اخبار آحاد نه موجب علم می‌شوند و نه عمل (لایوجب علما و لا عملا) (برای نمونه رک: طوسی، الاستبصار، ۲/ ۶۹؛ ۲/ ۷۲؛ ۲/ ۷۶؛ ۲/ ٦٦) و یا حتی برخی از اخبار را به دلیل خبر واحد بودن، فاقد توان معارضه با دیگر اخبار می‌داند (رک: طوسی، الاستبصار، ۱/ ۹۲). به عقیده شیخ طوسی، خبر واحد باید علم‌آور باشد و لذا وی به اخبار آحادی که محفوف به قرائن علم‌آور نباشند، عمل نکرده و در موضعی در نقد روایتی بیان می‌کند: «هذا الخبر من اخبار الآحاد آلتی لایوجب العلم و لا العمل فلایجب العمل به.» (طوسی، الاستبصار، ۱/ ۱۱۲).

نظریه شیخ در تهذیب:

شیخ طوسی در کتاب تهذیب الاحکام نیز با صراحت اخبار آحاد را نه موجب علم می‌داند و نه عمل (ر.ک: طوسی، تهذیب الأحکام، ٤/ ۱۷۲؛ ٤/ ۱۷٦؛ ٤/ ۱٦۹) و حتی گاه این مطلب را به امامیه نسبت داده و آورده است: «... اخبار الآحاد آلتی لاتوجب عندنا علما و لا عملا.» (طوسی، تهذیب الأحکام، ۱/ ۵). همچنین وی در بیان احکام مخصوص بانوان اخبار آحاد را برطرف‌کننده عذر ندانسته است (ر.ک: طوسی، تهذیب الأحکام، ۱/ ۱۷۵).

همو در همین کتاب درباره اینکه استدلال خود را بر چه چیزی بنا کرده است، نظریات خود را مبتنی بر ظاهر قرآن، سنت مقطوع بها (اخبار متواتر و یا همراه با قرائن دال بر صحت) و اجماع می‌داند و بعد اضافه می‌کند ما احادیث مشهور اصحابمان را نیز بعد از این‌ها ذکر می‌کنیم (نه اینکه به آن‌ها استدلال می‌کنیم). همین عبارت می‌تواند تأییدی بر دیدگاه ابن ادریس درباره رویکرد شیخ طوسی باشد؛ که می‌گوید: اگرچه برخی از کتب شیخ طوسی دلالت دارند بر اینکه وی به اخبار آحاد عمل می‌کند، اما معظم کتب و تصانیف ایشان بر این مطلب دلالت دارند که او عامل به اخبار آحاد نیست (ابن ادریس، السرائر، ۳/ ۳٦۹). ابن ادریس بیش از یکصد مورد در کتاب «السرائر» این اعتقاد خود را بیان می‌کند که شیخ طوسی به اخبار آحاد در کتاب النهایه معتقد نیست و می‌آورد: «إنما أورد أخبار الآحاد فی هذا الکتاب إیرادا لا اعتقادا» (ابن ادریس، السرائر، ۱/ ۱۷٦ و ۱۹۰ و ۳٦۷ و ۳۷۳ و ۳۹۵ و ٤٤۲ و ...) و یا می‌گوید: «أن کتابه –أعنی نهایته– کتاب خبر، لا کتاب بحث و نظر.» (ابن ادریس، السرائر، ۲۳٤/۱ و ٤٤۲؛ ٤٤٦/۲ و ٤٦۳؛ ٦۳/۳ و ۲٤٦/۵).

نظریه شیخ در الاقتصاد:

شیخ طوسی در کتاب «الاقتصاد الهادی الی طریق الرشاد» عمل به اخبار آحاد و قیاس را رد کرده و

بیان می‌کند: «فأما أخبار الآحاد و القیاس فلایجوز أن یعمل علیهما عندنا، و قد بینا ذلک فی أصول الفقه و غیره من کتبنا.» (طوسی، الاقتصاد، ۱۸۸).

نظریه شیخ در العده:

اگرچه شیخ در کتاب «العدة فی أصول الفقه» به طور مبسوط نظریه حجیت خبر واحد را پذیرفته و بسط می‌دهد، اما در انتهای همین کتاب بیانی دارد که مشعر به قول به عدم حجیت است. وی در بیان نسخ سنت به سنت می‌گوید: «و أما السنة: فإنما تنسخ بالسنة أیضا إذا تساویا فی الدلالة. فإن کانت الأولی من أخبار الآحاد، فعلی مذهبنا ذلک ساقط، لأنا لانعمل بها.» (طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۲/ ۵۳۸).

تحلیل و بررسی نظریه شیخ طوسی

جستاری در سیره علمی شیخ طوسی درباره اخبار آحاد:

درباره نحوه مواجهه شیخ با اخبار آحاد باید به چند نکته توجه کرد:

۱. مجموعه آثار شیخ که در آن‌ها بحث‌ها و گفتارهایی در حوزه خبر واحد مطرح شده است را می‌توان بر اساس تاریخ تألیف و نگارششان بدین ترتیب مرتب کرد: «تهذیب الاحکام»، «الاستبصار»، «العده»، «الخلاف»، «المبسوط»، «التبیان»، «الاقتصاد» (رک: رضاداد، مطالعات اسلامی، ۸۰).

۲. اگر بخواهیم به ظواهر کلام شیخ طوسی اکتفا کنیم باید گفت: وی در زمان تألیف دو اثر «الاستبصار» و «العده» (همزمان با دورانی که سیدمرتضی مشغول نوشتن الذریعه و تنوریزه کردن نظریه عدم حجیت اخبار آحاد است) قائل به حجیت اخبار آحاد بوده است. لذا می‌توان گفت شیخ طوسی در جوانی تحت تأثیر اندیشه‌های استادش شیخ مفید و یا حتی سیدمرتضی -آنگونه که در کتاب «تهذیب الاحکام» نیز آشکار است- قائل به عدم حجیت خبر واحد بوده است؛ اما از مکتب استاد خود عدول می‌کند و در نگارش کتب «الاستبصار» و «العده» به نظریه حجیت اخبار آحاد گرایش پیدا می‌کند و این نیز پایان راه وی نیست، بلکه بعدها وی دوباره با تغییر نگرش به مکتب فکری اساتیدش برمی‌گردد.

۳. اگر بپذیریم که شیخ طوسی در حیات فکری خود سه دوره متفاوت را تجربه کرده است، با این مشکل روبرو می‌شویم که وی حتی در همین آثاری هم که از حجیت اخبار آحاد سخن گفته است («الاستبصار» و «العده»)، به گونه‌ای مردد عمل کرده است و برخی از گفتارهای وی مشعر به عدم حجیت اخبار آحاد است و این دلالت و ظهور الفاظ وی را با تردید مواجه می‌کند.

٤. شیخ طوسی در کتاب «الاقتصاد الهادی الی طریق الرشاد» که جزء آخرین آثار وی به شمار می‌رود، با رد عمل به اخبار آحاد و قیاس گفته است: «قد بینا ذلک فی أصول الفقه و غیره من کتبنا.»

(طوسی، الاقتصاد، ۱۸۸). در این عبارت وی با صراحت بیان می‌کند که ما عدم عمل به اخبار آحاد را در کتاب اصولی خود -که قاعدتاً باید «العدة فی أصول الفقه» باشد- و نیز در سایر کتبمان بیان کرده‌ایم.

۵. اگرچه ظاهر کلام شیخ در کتاب «العده» این است که وی درباره عمل به اخبار آحاد ادعای اجماع می‌کند، اما پیش‌تر از نگارش این کتاب، خود شیخ طوسی در کتاب «تهذیب الاحکام» عبارتی دارد که خلاف این ادعا را ثابت می‌کند و وی عمل نکردن به اخبار آحاد را به امامیه منتسب کرده و می‌گوید: «... اخبار الآحاد آلتی لاتوجب عندنا علما و لا عملاً» (طوسی، تهذیب الأحکام، ۱/ ۵).

٦. برخلاف سیدمرتضی که به ادله متعددی بر اثبات مدعای خود درباره عدم حجیت اخبار آحاد استناد می‌کند، شیخ طوسی به دلیلی جز اجماع امامیه -که آن نیز هم با اجماع ادعایی سیدمرتضی و هم با گفتار پیشین خود وی در کتاب «تهذیب الاحکام» تعارض دارد- تمسک نمی‌کند.

۷. شاگردان شیخ نیز پس از استاد خود، هیچ یک نظریه حجیت اخبار آحاد را بسط ندادند و بلکه جملگی به نظریه عدم حجیت گرایش داشتند. این مطلب با ملاحظه آثار برخی از ایشان همچون أبوالصلاح حلبی، ابن براج، أبوالفتح کراجکی و ... کاملاً مشهود است.

نحوه مواجهه شیخ طوسی با مکتب مفید و مرتضی:

به نظر می‌رسد که شیخ طوسی در تمامی کتب خود از یک نظر واحد برخوردار است و آن نیز چیزی نیست جز نظریه «اصالت قرائن» که همان نظریه اساتید خود (شیخ مفید و سیدمرتضی) است. توضیح اینکه: دو نوع قرائت نسبت به مکتب شیخ مفید و سیدمرتضی می‌توان ارائه داد:

۱. مکتب شیخ مفید و سیدمرتضی، «مکتب یقین» است.

مبتنی بر این قرائت و خوانش از رویکرد و مکتب شیخ مفید و سیدمرتضی، تناقضی آشکار بین نظریه شیخ طوسی با اساتید خود و همچنین اجماع ادعایی آن‌ها با یکدیگر، به چشم می‌خورد؛ چراکه شیخ مفید و سیدمرتضی، با اعتقاد به عدم حجیت ظن، یقین را مبنای عمل خود قرار می‌دهند، اما طوسی (رک: طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۱/ ۱۰۰) خبری را که موجب علم نشود نیز، به شرط دارا بودن برخی شرایط، حجت می‌داند.

۲. مکتب شیخ مفید و سیدمرتضی، «مکتب اصالت قرائن» است.

اگر مکتب شیخ مفید و سیدمرتضی را مکتب «اصالت قرائن» بدانیم، در این صورت طوسی نیز در درون گفتمان ایشان می‌گنجد، با این تفاوت که شیخ طوسی سعی در توسعه دایره نظام قرائن دارد. این نکته‌ای است که پیش‌تر محمدامین استرآبادی به آن توجه داشته و با انتقاد از علامه حلی می‌گوید: «أن خبر

الثقة فی الروایة فرد من أفراد الخبر المحفوف بالقرینة الموجبة للعلم و القطع، و کأن هذه الدقیقة کانت منظورة لقدمائنا فی العمل بخبر الواحد الثقة.» (استرآبادی، الفوائد المدنیه، ۱۰۷).

بنابراین ما از زمان شیخ مفید تا زمان ظهور علامه حلی با مکتبی روبرو هستیم که فصل مقوم آن، «اصالت قرائن» است و نه «اصالت یقین». با این تبیین می‌توان اذعان کرد که شیخ طوسی نیز در درون این مکتب می‌گنجد. باید توجه داشت که شیخ طوسی مطلق خبر واحد ثقه را حجت نمی‌داند، بلکه می‌گوید: «أن خبر الواحد إذا کان واردا من طریق أصحابنا القائلین بالإمامة، و کان ذلک مرویا عن النبی (ص) أو عن واحد من الأئمة (ع)، و کان ممن لایطعن فی روایته، و یکون سدیدا فی نقله ... جاز العمل به.» (طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۱۲٦/۱). به همین سبب است که محقق حلی مراد شیخ طوسی را به اخباری که در مصنفات امامیه وارد شده (و نه هر خبر واحدی را که راوی‌ای امامی نقل کرده باشد)، تخصیص می‌زند (حلی، معارج الاصول، ۱٤۷).

با این مقدمه باید گفت: شیخ طوسی قصد مقابله با مکتب اساتید خود (مفید و مرتضی) را ندارد، بلکه می‌خواهد قرائتی را از آن ارائه دهد تا در پناه آن، روایات بیشتری را دربرگیرد و وی را از تمسک به حکم عقل و اصول عملیه بی‌نیازتر کند. شیخ طوسی برای این امر به ایجاد اصلاحاتی در مفاهیم نظریه شیخ مفید و سیدمرتضی پرداخت. مبتنی بر نظریه اساتید وی، سنت معتبره عبارت است از: «خبر محفوف به قرینه مفید یقین». شیخ طوسی با پذیرش این تعریف، مفاهیم بنیادین آن را بازتولید کرده و لذا هم تبیینی جدید از چیستی قرینه ارائه می‌دهد و هم معیاری متفاوت برای حصول یقین؛ که به تبیین ایندو از نظر شیخ طوسی می‌پردازیم:

چیستی قرائن از دیدگاه شیخ طوسی

برای تبیین نظریه شیخ طوسی در باب «چیستی قرائن» ناگزیر به بیان مقدماتی هستیم:

۱. شیخ مفید و سیدمرتضی خبری را دارای حجیت می‌دانستند که یا متواتر باشد و یا محفوف به قرائن. از نظر ایشان، اخباری دارای این ویژگی هستند که در مصنفات و اصول معتبره شیعه موجود باشند. قرائنی را نیز که در قالب موافقت با کتاب، عمل اصحاب، عقل، اجماع و ... بیان کرده‌اند، موید اصل روایت نیستند، بلکه محتوای آن را تأیید می‌کنند. بنابراین طرح کلی‌ای که سیدمرتضی ارائه می‌دهند و از لابه‌لای نوشتارهای ایشان مشهود است، از این قرار است که عمل در ابتدا باید بر اساس اخبار متواتر (سنت قطعیه) باشد، و در صورت فقدان آن دو به اجماع امامیه، حکم عقل و ...، و در نهایت تخییر در انتخاب یکی از اقوال تمسک می‌کند (ر.ک: مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۳/ ۳۱۲).

۲. شیخ طوسی الگوی اعتبارسنجی ارائه شده از جانب اساتید خود را با یک اشکال عمده مواجه می‌دانست و آن عبارت بود از اینکه: «قرائن همراه با خبر که بر صحت آن دلالت می‌کنند عبارت‌اند از کتاب، سنت، اجماع و تواتر؛ و ما می‌دانیم که این قرائن در جمیع مسائلی که اخبار آحاد در آن‌ها به کار رفته است، موجود نیست؛ زیرا اخبار آحاد بیش از آن هستند که قابل شمارش باشند و در کتب و تصانیف و فتاوای امامیه موجودند و در تمامی آن‌ها ممکن نیست که به قرآن، سنت متواتره و اجماع استدلال کرد و لذا ادعای وجود قرائن در جمیع مسائل ادعایی محال است. و اگر کسی بگوید در نبود قرائن بر اساس مقتضای عقل عمل می‌کنم، باید اکثر اخبار و احکام را ترک کند و این چیزی است که اهل علم از آن رویگردان هستند.» (طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۱/ ۱۳۵). از این عبارت شیخ طوسی آشکار است که وی اشکال عمده رویکرد سیدمرتضی را در این می‌دانست که وی با کنارزدن بسیاری از اخبار به ناچار به عقل و اصول عملیه تمسک می‌کند و شیخ طوسی این دوری از اخبار را نمی‌پسندد.

۳. طبق یک تلقی رایج، کتب اربعه کهن‌ترین جوامع حدیثی شیعه تلقی شده‌اند، حال اینکه وقتی اصحاب ائمه (ع) دست به نگارش اصول زدند، از آنجا که این‌ها حکم چرک‌نویس را داشته و فاقد هرگونه باب‌بندی بودند –و بلکه به دلیل ترس از فراموشی در اولین فرصت، راویان شنیده‌های خود را مکتوب می‌کردند–، با فاصله کمی همین اصول توسط خود راوی و یا دیگران به صورت کتابی مبوب درآمدند و مصنفاتی را شکل دادند[1] (و لذاست که خود اصول به مرور زمان با از دست دادن فلسفه وجودی خود رو به فراموشی گذاردند و احتمالاً به همین دلیل است که اصول شانزده‌گانه باقی‌مانده تا عصر حاضر همچون اصل زید نرسی، اصل زید زراد و ... غالباً در شمار اصول تضعیف شده قرار دارند و به دلیل عدم ورودشان به جوامع تا عصر اخیر محفوظ مانده‌اند) و حتی برخی در این بین جوامعی را پدید آوردند که با نگاهی اجمالی به کتب رجال می‌توان به بسیاری از کتب با نام «الجامع» برخورد.

٤. مصنفات پیش از کتب اربعه را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: یکی جوامع و مصنفات برگرفته از اصول و روایات مورد عمل امامیه و دیگری مصنفات شامل روایات غیرمشهور که غالباً به عنوان کتب «النوادر» شناخته می‌شوند. بنابراین کتب اربعه در حقیقت جوامع ثانویه حدیثی به شمار می‌روند و پیش از این‌ها جوامعی -البته نه به این گستردگی- به رشته تحریر درآمده بود که می‌توان از آن‌ها به عنوان جوامع متقدم (و یا اولیه) حدیثی نام برد. از معاصران می‌توان از آیت الله بروجردی نام برد که به این امر توجه داشته‌اند (ر.ک: واعظ‌زاده خراسانی، نامه آستان قدس، ۷). بنابراین بر خلاف تصور رایج که کتب اربعه را برگرفته از اصول می‌دانند، این کتب عمدتاً حاصل گردآوری مصنفات پیش از خود هستند و این مطلب با

---

۱ برای مشاهده جوامع حدیثی پیش از کافی ر.ک: طباطبایی و رضا داد، «جامع‌نویسان پیش از کلینی»، علوم حدیث، شماره ۵۱، ۸- ۳۳.

نگاهی گذرا به مقدمه کتاب «من لا یحضره الفقیه» آشکار می‌شود (ر.ک: صدوق، من لا یحضره الفقیه، ۱/ ۳).

۵. چنانکه پیش‌تر گذشت، شیخ طوسی اشکال عمده رویکرد اساتیدش را در این می‌دانست که آن‌ها با کنارزدن بسیاری از اخبار به ناچار به عقل و اصول عملیه تمسک می‌کنند و وی این دوری از اخبار را نمی‌پسندد. بنابراین شیخ دست به تألیف جوامعی می‌زند که هم شامل احادیث مشهور و مورد عمل اصحاب باشد و هم احادیث غیرمشهور (نوادر) را در برگیرد. از اینرو صاحبان کتب اربعه مصنفاتی را به رشته تحریر درآوردند که نه تنها از نظمی دقیق‌تر بهره‌مند بودند، بلکه جامعیتی گسترده‌تر از جوامع پیشین را نیز داشتند. لذا فرق عمده طوسی با مفید و مرتضی در این است که شیخ طوسی بر خلاف اساتیدش به احادیث غیرمشهور و به تعبیر بهتر به احادیث کتب نوادر نیز عمل می‌کند. رد پای این مدعا را می‌توان در آثار امثال ابن ادریس دید. وی در کتاب «السرائر» در نقد یکی از مستندات روایی شیخ طوسی اینگونه می‌آورد: «این حدیث را فقط تعداد کمی از اصحاب امامیه آورده‌اند و کسانی نیز که آن را در کتب خود آورده‌اند، در باب نوادر به ذکر آن پرداخته‌اند. شیخ مفید، سیدمرتضی و دیگر محققان امامیه نیز متعرض این روایت نشده‌اند و آن را در کتب خود نیاورده‌اند.» (ابن ادریس، السرائر، ۳/ ۲٦٦). همچنین اگر به مقدمه کتاب «من لایحضره الفقیه» رجوع کنیم، آشکار می‌شود که ایشان نیز همین رویکرد را دنبال می‌کردند.

٦. شیخ طوسی در درون مکتب «اصالت قرائن» تنفس می‌کند و شاگردی شیخ مفید را کرده است و کاملاً طبیعی است که به این مکتب گرایش داشته باشد. اما از طرف دیگر بر خلاف اساتیدش که صبغه کلامی قوی‌تری دارند، شیخ طوسی تمایلات حدیثی عمیق‌تری نسبت به اساتیدش دارد. بنابراین اگرچه تمسک به عقل و اصول عملیه در استنباط‌های فقهی اساتید وی نقشی پررنگ دارد، اما شیخ طوسی این رویه را نمی‌پسندد و قصد دارد مدلی را ارئه دهد تا با تمسک به آن احادیث نقش‌محوری‌تری را در اجتهاد ایفا کنند.

از اینرو «شیخ طوسی صفت راوی را که در حکم معیار پذیرش خبر در نزد پیروان حجیت اخبار آحاد مطرح بود، به عنوان قرینه‌ای در کنار سایر قرائن مطرح می‌کند.». توضیح اینکه:

از دیدگاه سیدمرتضی کسانی که قائل به وجوب عمل به خبر واحدند، صفت راوی از جهت عدالت و امانت برای ایشان مهم است؛ اما کسی که می‌گوید اخبار آحاد حجت نیستند، عمل ایشان تابع علم به صدق راوی است، خواه مؤمن باشد، یا کافر و یا فاسق (مرتضی، الذریعة، ۲/ ۵۵۵) و لذا شرط عدالت مربوط به اخبار آحاد (و نه متواتر) است، چراکه در اخبار متواتر عدالت روای شرط نیست، بلکه تواتر با

روایت فاسق و بلکه کافر نیز ثابت می‌شود (مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۳/ ۳۱۱). از اینرو سیدمرتضی خبر را مقید به علم‌آوری می‌کند و خبر واحد را حتی اگر راوی آن عادل باشد، نمی‌پذیرد (مرتضی، الانتصار، ۳۷۵؛ مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۳/ ۲۶۹)، اما از طرف دیگر خبر محفوف به قرائن علم‌آور را حتی اگر از کافر باشد، تلقی به قبول می‌کند.

شیخ مفید و سیدمرتضی فقط به احادیث مشهور و مورد عمل امامیه عمل می‌کردند و اکثر روایات نقل شده از اصحاب امامیه را متواتر و موجب علم می‌دانستند (مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۱/ ۲۶ و ۳/ ۳۱۲). به نظر می‌رسد اگرچه امروزه ما اخبار وارده در کتب امامیه را به دو دسته مشهور و غیرمشهور (نوادر) تقسیم می‌کنیم، اما در گفتمان مکتب یقین، ایشان روایات اصحاب امامیه را به دو دسته متواتر و مشهور تقسیم می‌کردند. لذا در این مکتب سیدمرتضی معتقد است که عمل در ابتدا باید بر اساس اخبار متواتر باشد، و در صورت فقدان آن به اجماع امامیه، نص کتاب، حکم عقل و در نهایت تخییر بین انتخاب اقوال مختلف مخیر تمسک می‌کنیم (مرتضی، رسائل الشریف المرتضی، ۳/ ۳۱۲). شیخ طوسی نیز که برخاسته از همین گفتمان است، احادیث موجود در کتب النوادر را مشهور دانسته و در هنگام تعارض بین اخبار سایر مصنفات با این اخبار، قائل به تقدم اشهر بر مشهور است.

بنابراین شیخ طوسی بر خلاف سیدمرتضی و شیخ مفید نه تنها روایات متواتر، بلکه روایات مشهور (نوادر) را نیز در کتب خود گردآورده است؛ چنانکه ابن ادریس در مواردی به این مهم توجه داده و به شیخ طوسی اشکال می‌گیرد که چرا بر خلاف اساتید خود از کتب نوادر نیز روایت نقل کرده است (برای نمونه رک: ابن ادریس، السرائر، ۳/ ۲۶۶). باید توجه داشت که سیدمرتضی از آنجا که علم و یقین را در پذیرش اخبار معتبر می‌دانستند، لذا فقط به اخبار متواتر عمل می‌کردند و شهرت را قاطع عذر نمی‌دانستند. اما شیخ طوسی (و همچنین صاحبان سایر کتب اربعه) روایات کتب «النوادر» (و به تعبیر خودشان مشهور و نه متواتر) را نیز در میان سایر احادیث کتاب خود گنجانده‌اند.

شیخ طوسی در مقدمه کوتاهی که بر «تهذیب الاحکام» نوشته است، سخنی درباره شیوه خود و اینکه استدلالش را بر چه چیزی بنا کرده است، آورده (طوسی، تهذیب الاحکام، ۱/ ۳) و نظریات خود را مبتنی بر این ادله می‌داند: ظاهر قرآن، سنت قطعی (اخبار متواتر و اخبار همراه با قرائن دال بر صحت) و اجماع، که جملگی علم‌آور و یقینی‌اند، و بعد اضافه می‌کند: «ثم أذکر بعد ذلک ما ورد من أحادیث أصحابنا المشهورة فی ذلک.»، یعنی بعد از بیان این ادله علمی و قاطع عذر، احادیث مشهور اصحابمان (روایات کتب النوادر) را نیز ذکر می‌کنم (نه اینکه به آن‌ها استدلال می‌کنیم).

اما این تمام ماجرا نیست. شیخ با این کار با یک مشکل بزرگ روبرو می‌شود و آن این است که اخبار

باید علم‌آور و قاطع عذر باشند و هر خبری که موجب علم نشود، ناگزیر موجب عمل هم نخواهد شد؛ حال اینکه به ناچار در این گفتمان اخبار باید یا از شرط تواتر بهره‌مند و یا محفوف به قرائن باشند. در اینجا شیخ باید قرینه‌ای را برای تأیید مستندات روایی خود بیان کند و از اینجاست که مباحث سندی و صفات راوی در گفتمان «اصالت قرائن» مطرح می‌شود.

چیستی یقین از دیدگاه شیخ طوسی

درباره چیستی مفهوم علم و یقین باید به این نکته توجه داشت که ما در مفهوم‌سنجی این لغت با یک منطقه الفراغ روبرو هستیم که این اختیار را به دانشمندان می‌دهد تا دایره مفهومی این لغت را توسعه دهند و یا تضییق نمایند. توضیح اینکه: همانگونه که برخی همچون شهید صدر در کتاب «الاسس المنطقیه للاستقراء» نیز تبیین کرده‌اند (ر.ک: صدر، الاسس المنطقیه للاستقراء، ٣٢٢- ٣٢٧)، سه معنا برای یقین متصور است:

١. یقین روان‌شناختی (روانی- ذاتی)؛ این قسم از یقین عبارت است از جزم انسان به یک گزاره، به نحوی که احتمال هیچ گونه شک یا خلافی داده نشود. چنین یقینی، حالتی روانی در دارنده آن است. در این یقین، مطابقت آنچه مورد یقین است با واقع، شرط نگردیده و از آنجا که فرقی نمی‌کند که از چه طریقی به دست می‌آید، می‌تواند بسیاری از خرافات را نیز دربرگیرد (مهم دستیابی به یقین است و نه طریق دستیابی) و با اینکه یقین دو جنبه دارد، یکی فاعل شناسا و دیگری مدرک و واقعیت، اما در قسم از یقین بر جنبه فاعل شناسا تأکید شده است.

٢. یقین معرفت‌شناختی (عینی- موضوعی)؛ این نوع از یقین مبتنی بر مجموعه‌ای از شواهد و قرائن است و برخلاف مورد پیشین وثاقت مبانی و منابع معرفت مهم هستند. این یقین را باید حاصل قربانی‌شدن احتمالات ضعیف پیش پای احتمالات قوی دانست و لذا برای دستیابی به این یقین باید شواهد لازم را برای اثبات مدعا در اختیار داشت و از آنجا که این یقین بر پایه شواهد و قرائن بنا شده است، و این شواهد و قرائن نیز در اختیار همگان است، اختلاف زیادی در حصول آن بین ابناء بشر متصور نیست و اگر شواهد و مدارک از وثاقت لازم برخوردار باشند، دلیلی برای شک در مضمون آن‌ها وجود ندارد و بالعکس. این نوع از یقین، مورد پذیرش عقل است و کاربرد زیادی نیز دارد.

٣. یقین منطقی- ریاضی؛ این نوع از یقین وصف قضایای یقینی و برهانی است. در این یقین، مقدماتی از نظر منطقی مرتب می‌شوند و موجب یقین به نتیجه می‌گردند. برای تحصیل این نوع از یقین، دو راه معرفی شده است: یکی برهان و دیگری استقراء، و برخی نیز کشف و شهود را نیز به آن افزوده‌اند.

از بین اقسام سه‌گانه مذکور، قسمی که در اینجا مد نظر ما است و در گفتار مفید، مرتضی و طوسی علم، یقین، قطع و واژگان نظیر این‌ها بدان معنا به کار رفته است، معنای دوم (یقین موضوعی) است. این معنای از یقین یک برتری نسبت به معنای نخست (که صرفاً حالتی روانی است) دارد و آن این است که به گونه‌ای روشمند و ضابطه‌مند صورت می‌گیرد و بر پایه شواهد و قرائن، احتمالات ضعیف را پیش پای احتمالات قوی قربانی می‌کند. اما از یک ضعف و کاستی نیز نسبت به معنای سوم برخوردار است. چراکه در سامانه یقین، دو جنبه ارتباط با خارج (وجه منطقی و معرفت‌شناختی) و ارتباط با فاعل شناسا (وجه روان‌شناختی) گردهم می‌آیند. جنبه دوم، حالتی روانی است که دارای مراتب ضعیف و شدید است. حال رسیدن به این حالت روانی، گاه بر اساس اموری است که شایستگی آفریدن چنین جزم و قطعی را ندارند (که باعث پدید آمدن یقین ذاتی و روانشناختی می‌گردد) و گاه نیز معلول عواملی است که صلاحیت کسب این درجه از قطع را دارند (که فراهم آورنده یقین موضوعی است). با این وجود، این نوع از یقین با یک مشکل روبرو است و آن این است که مبتنی بر حساب احتمالات بوده و لذا تحقق خلاف آن احتمال دارد، گرچه این احتمال اندک و ناچیز باشند.

بنابراین فاعل شناسا و به تعبیر دیگر عامل روانشناختی بر روی تحقق این نوع از یقین تاثیرگذار است و از آنجا که نفوس خلائق در این زمینه با هم مختلف‌اند، طبیعی است که در یک مسئله واحد و با یک سلسله شواهد، قرائن و مدارک یکسان، شاهد مراتب مختلفی از ادراک دارای شدت و ضعف متفاوت از هم باشیم. از اینرو ممکن است برخی از گزارش‌ها و روایات محفوف به قرائن، برای برخی یقین حاصل کنند، اما برای برخی دیگر خیر و کاملاً محتمل است که خبری برای عالمان سده چهارم و پنجم علم‌آور قلمداد شود، اما برای متفکران اعصار دیگر خیر؛ خصوصاً اینکه ما از برهه‌ای از تاریخ سخن می‌گوییم که در آن جریان‌های متعددی را شاهدیم که حداقل بخشی از اخبار آحاد وارده در سنت را قطعی و محفوف به قرائن علم‌آور تلقی می‌کنند که در این زمینه می‌توان به فقهای ظاهری (برای نمونه ر.ک: ابن‌حزم آندلسی، الإحکام فی أصول الأحکام، ۱/ ۱۰۸) و اصحاب حدیث (شیرازی، التبصرة فی أصول الفقه، ۱/ ۲۹۸) اشاره کرد و در سده‌های بعد نیز از جانب اخباریان امامیه همین رویکرد تکرار می‌شود.

با این توضیحات کاملاً محتمل است که در گفتمان آن عصر، یقین مراتب مختلفی همچون ظن غالبی، اطمینان، قطع و ... را شامل شود و شیخ مفید، سیدمرتضی و شیخ طوسی نیز از یقین مراتب مختلف و متعددی از ادراک را اراده کرده باشند. باید توجه داشت که با توجه به گفتار شیخ طوسی در کتاب «الاقتصاد الهادی الی طریق الرشاد»، که خبر واحد را در اعتبار همچون قیاس برشمرده و می‌گوید: «فأما أخبار الآحاد و القیاس فلایجوز أن یعمل علیهما عندنا، و قد بینا ذلک فی أصول الفقه و غیره من کتبنا.»

(طوسی، الاقتصاد، ۱۸۸)، معلوم می‌گردد که هیچ‌گاه در اندیشه شیخ طوسی تبدل رأی صورت نگرفته است؛ چراکه این کتاب جزء آخرین آثار وی به شمار می‌رود و لذا گفتار وی در کتاب اصولیشان (العدة فی أصول الفقه) و نیز در سایر کتاب‌هایشان باید به گونه‌ای هماهنگ با نظریه «عدم حجیت اخبار آحاد» تفسیر شود، خصوصاً اینکه اگر بپذیریم که شیخ قائل به عدم حجیت خبر واحد است و در این زمینه ادعای اجماع کرده است، ثمره این قول این است که وی در اکثر آثار خود مخالف اجماعی عمل کرده است که خود مدعی آن است.

بنابراین هرگاه شیخ سخن از عدم حجیت اخبار آحاد به میان آورده است، از یقین و علم آن چیزی را اراده کرده است که استادش سیدمرتضی بیان کرده بود و هرگاه به مخالفت با استاد خود برخاسته، مرتبه متفاوتی از علم با آنچه استادش بیان کرده را قصد کرده است. ظاهراً مراد سیدمرتضی از یقین، اطمینان و سکون نفس بوده است؛ چنانکه شیخ انصاری (انصاری، فرائد الأصول، ۱/ ۳۳۱) به این امر اشاره کرده و این وجه را برای جمع میان کلام شیخ و سید بهترین وجه می‌داند.

در تأیید این برداشت باید به این مطلب اشاره کرد: به عقیده نظام اخبار آحادی که سببی با آن همراه باشد، موجب علم می‌شود (شیرازی، اللمع فی أصول الفقه، ۱/ ۳۹؛ شیرازی، التبصرة فی أصول الفقه، ۱/ ۳۰۰)؛ اما سیدمرتضی با انتقاد از این شیوه نظام معتزلی می‌گوید: اگر خبر به همراه اسبابش موجب علم می‌شد، انکشافش از باطل مجاز نبود (مرتضی، الذریعة، ۲/ ۵۱۷). از این عبارت سیدمرتضی آشکار می‌شود که وی در گفتار نظام، از علم معنای ریاضی-منطقی آن (که غیر قابل نقض است) را برداشت کرده است و لذا این مطلب را که اخبار همراه با قرینه و سبب، علم آورند، را رد می‌کند؛ حال اینکه می‌دانیم در مکتب شیخ مفید و سیدمرتضی، از آنجا که خبر باید علم‌آور باشد، فقط اخبار متواتر و محفوف به قرائن حجت‌اند و قطعاً مراد ایشان از علم، معنایی است غیر از آنچه که نظام معتزلی (البته طبق برداشت سیدمرتضی) اراده کرده است. بنابراین هرگاه شیخ سخن از عدم حجیت اخبار آحاد به میان می‌آورد، همچون سیدمرتضی، از یقین، اطمینان و سکون نفس را اراده کرده است؛ و هرگاه از حجیت اخبار آحاد سخن می‌گوید، مرادش جزم بی هیچ احتمال خلاف در آن است.

چند پرسش بنیادین

چنانکه پیش‌تر گذشت، مبتنی بر اندیشه سیدمرتضی شرط عدالت مربوط به اخبار آحاد (و نه متواتر) است، چراکه در اخبار متواتر عدالت راوی شرط نیست، بلکه تواتر با روایت فاسق و بلکه کافر نیز ثابت می‌شود. اما وقتی شیخ طوسی روایات کتب «النوادر» و به تعبیر خود وی مشهورات (و نه متواترات) را به

مستندات خود اضافه می‌کند، ناگزیر نیاز به قرینه‌ای دارد تا با تمسک بـه آن، آن‌هـا را بـه درجـه علـم‌آوری برساند و از اینجاست که قید «از عدول طائفه بودن» را مطرح می‌کند. بنـابراین شـیخ طوسـی نیـز در درون گفتمان اصالت قرائن قرار دارد و مباحث سندی در کلام وی به عنوان قرینه‌ای در کنـار سـائر قـرائن مطـرح شده است. با پذیرش این مطلب ابهامات و تعارضاتی نیز که در کـلام شـیخ طوسـی بـه چشـم می‌خـورد، مرتفع می‌شود، که در اینجا به پاره‌ای از مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود:

چرایی تناقض در رأی شیخ طوسی

چرا شیخ در پاره‌ای از آثار خود اخبار آحاد را حجت می‌داند و در برخی دیگر از آثار خود آن‌ها را فاقـد حجیت می‌داند؟ در پاسخ باید گفت: شیخ مفید و سیدمرتضی خبری را دارای حجیـت می‌دانسـتند کـه یـا متواتر باشد و یا محفوف به قرائن. از منظر ایشان اخباری دارای این ویژگی هستند که در مصنفات و اصـول معتبره شیعه موجود باشند و دیگر قرائنی نیز که در قالب موافقت با کتاب، عمل اصـحاب، عقـل، اجمـاع و ... بیان کرده‌اند، موید اصل روایت نیستند، بلکه محتوای آن را تأیید می‌کنند. اما شیخ طوسی قرائن را در دو مرحله مورد بررسی قرار می‌دهد و لذا دو دسته قرائن را مد نظر دارد، که از این قرارند:

۱) وجود روایت در مصنفات و اصول معتبره شیعه؛ شیخ طوسی روایـاتی را کـه در ایـن آثـار موجـود باشند، در زمره اخبار متواتر و محفوف به قرائن قرار داده و از دایره خبر واحد خارج می‌داند.

۲) معیارهای سندی؛ شیخ طوسی روایاتی را که از کتب «النوادر» گردآوری کرده اسـت و فاقـد قـرائن علم‌آورند با تمسک به معیارهای سندی و اینکه راوی بایـد از عـدول طائفـه امامیـه باشـد، در زمـره اخبـار محفوف به قرائن می‌گنجاند.

با این مقدمه باید گفت: وقتی شیخ طوسی سخن از این به میان می‌آورد که اخبار آحاد حجت نیسـتند، که دیدگاه ایشان و نیز اساتید وی نیز همین است، به این دلیل است که او اخباری را حجت می‌دانـد کـه یـا متواتر باشند و یا محفوف به قرائن، که البته ایشان قرائن را از لحاظ مصداق توسعه داده و معیارهای سندی را نیز در زمره قرائن می‌گنجاند. اما وقتی شیخ طوسی از این مطلب سخن می‌گوید که اخبار آحاد حجت‌انـد، وی اخبار آحاد خالی از قرائن دال بر صحت آن‌ها را اراده کرده اسـت و ایـن گفتـار وی نـاظر بـه مـدعیات سیدمرتضی است، چنانکه از عبارات وی نیز کاملاً آشکار است که کتاب «العـده فـی الاصـول» نـاظر بـه «الذریعه» سیدمرتضی نگاشته شده است. از اینرو هرگاه شیخ طوسی می‌گوید اخبـار آحـاد (فاقـد قـرائن) حجت‌اند، از قرائن آن چیزی را اراده کرده است که اساتیدش شیخ مفید و سیدمرتضی مد نظـر داشـته‌اند و لذا نظر خود را مقابل نظر اساتیدش قرار می‌دهد. حال اینکه وی با اسـاتید خـود اخـتلاف مبنـایی نـدارد و

دیدگاه وی نقطه مقابل اساتیدش نیست؛ بلکه وی با توسعه مصداقی قرائن، معیارهای سندی را نیز در زمـره قرائن دال بر صحت اخبار قرار می‌دهد تا با این راهکار بتواند با استفاده از روایات وارده در کتب «النـوادر» از روایات بیشتری بهره برده و کمتر به سوی عقل و اصول عملیه، که نقشی پررنگ را در آثار سیدمرتضی ایفا می‌کنند، برود.

به تعبیر دیگر، دو دسته قرائن بر صدور خبر واحد از معصوم (ع) دلالت دارند:

۱) قرائن خارجی همچون وجود روایت در کتابی که به امام (ع) عرضه شده یا در اصلی معتبر موجود باشد و ... که مورد تاکید شیخ مفید و سیدمرتضی هستند.

۲) قرائن داخلی همچون معیار سندی (وثاقت روات) که شیخ طوسی روایاتی را که از کتب «النوادر» گردآوری کرده است و فاقد قرائن خارجی‌اند را با تمسک به ایـن قـرائن در زمـره اخبـار محفـوف بـه قـرائن می‌گنجاند.

چگونگی رفع تعارض اجماع ادعایی طوسی و مرتضی

تعارض بین دو اجماع ادعایی و متناقض از جانب سیدمرتضی و شیخ طوسی، مبتنی بر عدم حجیت و حجیت اخبار آحاد، چگونه مرتفع می‌شود؟ تلاش‌هایی به منظور ایجـاد توافـق بـین اینـدو ادعـای اجمـاع صورت گرفته (ر.ک: حب الله، نظریه السنه، ۱۱۱- ۱۲۹) که اکثر این وجوه جمع بین دو ادعای اجمـاع در یک نکته مشترک‌اند و آن این است که غالباً سعی می‌کنند تا ادعای اجماع شیخ طوسی مبتنـی بـر حجیـت اخبار آحاد را مطابق با واقع فرض کنند و لذا به دنبال ارائه قرائتی از اجماع ادعایی سیدمرتضی هستند که با اجماع ادعایی شیخ طوسی سازگار باشد و از طرف دیگر مؤیدات متعددی برای تأیید اجماع ادعـایی شـیخ طوسی ارائه کرده‌اند. حال اینکه غالب وجوه نه‌گانه پیش‌تر گذشته و نیز مؤیدات ارائه شده، ناکارآمدند و بـا اشکالات متعددی مواجه هستند (رک: حب الله، نظریه السنه، ۱۱۱- ۱٤٥).

در این بین نیز کسانی همچون امام خمینی که به ادعای اجماع شیخ طوسی نگاهی واقع‌بینانه داشته‌اند، به موهون بودن آن تصریح کرده‌اند (ر.ک: تقوی اشتهاردی، تنقیح الأصول، ۳/ ۱۹۰) و برخی دیگر همچون نائینی (کاظمی خراسانی، فوائد الاصول، ۳/ ۱۹۳) نیز ادعای اجماع شیخ را فقط در صورت کشف قطعـی ایشان از رأی معصوم حجت می‌دانند. پیش‌تر از این‌ها نیز برخی مثل شهید اول (شهید اول، ذکری الشیعه، ۱/ ٤۹) و شیخ بهایی (شیخ بهایی، الوجیزه، ۳؛ شیخ بهایی، زبده الاصـول، ۹۱) و ... بـه گـرایش اکثریـت شیعه به عدم حجیت اخبار آحاد تصریح کرده‌اند. از طرف دیگر نگاهی گذرا به تالیفـات عالمـان شـیعه از زمان شیخ مفید تا عصر محقق حلی و پیدایش مکتب حله نشان می‌دهد که جملگی قائل به عـدم حجیـت

اخبار آحادند و برخی از ایشان این مطلب را حتی به جمهور امامیه نسبت داده‌اند.

بنابراین برخلاف رویکرد رایج در ایجاد توافق بین دو اجماع که سعی در تأویل گفتار سیدمرتضی دارند، به نظر می‌رسد اجماع ادعایی از جانب سیدمرتضی با واقع هماهنگ‌تر است و این اجماع ادعایی شیخ طوسی است که نیاز به تأویل دارد، خصوصاً اینکه خود شیخ نیز در غالب آثار خود، نظری متناقض با اجماع ادعایی‌اش دارد و حتی برخی از گفتارهای وی مشعر به اعتراف به اجماع بر عدم حجیت اخبار آحاد در بین امامیه است. بنابراین تأویل کلام شیخ طوسی نزدیک‌تر به صواب است. حتی اگر تناقض اجماع طوسی و مرتضی را بپذیریم، در قضاوت درباره ایندو باید گفت: با توجه به مردد عمل کردن شیخ در رأی خود، آشکار می‌شود که این مساله حتی برای شیخ نیز واضح نبوده و این امر، احتمال استنباطی بودن اجماع وی را تقویت می‌کند و الا اگر مسأله تا این حد واضح می‌بود، چرا شیخ بین نظریات مختلف در گذر بود.

با این مقدمه باید گفت: بین ایندو ادعای اجماع تعارضی در کار نیست. بلکه هر دو در یک سخن با هم همنوا هستند و آن عبارت است از اینکه اخبار متواتر و محفوف به قرائن حجت‌اند. ادعای اجماع سیدمرتضی بر عدم حجیت اخبار آحاد ادعایی صحیح است که هم واقعیت خارجی، شامل آثار نوشته شده از زمان شیخ مفید تا محقق حلی و نیز گزارش‌های معاصران ایشان از مخالفان شیعه درباره اندیشه امامیه در مواجهه با اخبار آحاد (برای نمونه ر.ک: شیرازی، اللمع فی أصول الفقه، ۲۱۱)، آن را تأیید می‌کند؛ و امثال جوینی (م ٤٧٨) با آگاهی نسبت به این اختلاف می‌گویند: «ذهب معظم الروافض و من تبعهم من أهل المذاهب إلی أن خبر الواحد لایقتضی العلم و لایوجب العمل» (جوینی، التلخیص فی أصول الفقه، ۲/ ۳۲٦).

همچنین از برخی از آثار خود شیخ طوسی (ر.ک: طوسی، تهذیب الأحکام، ۱/ ٥) نیز آشکار می‌گردد که وی نیز این مدعا را تأیید کرده است. بنابراین شیخ طوسی نیز مبتنی بر مکتب «اصالت قرائن» قائل به عدم حجیت اخبار آحاد است؛ اما وقتی در «عده الاصول» سخن از حجیت اخبار آحاد به میان می‌آورد و لذا اخبار آحاد را حتی اگر محفوف به قرائن علم‌آور نباشند، حجت می‌داند، از قرائن آن چیزی را اراده کرده است که سیدمرتضی مد نظر داشته است. اما خود ایشان با قرار دادن معیارهای سندی در کنار سایر قرائن، همان اخباری را که از نظر سیدمرتضی در شمار اخبار آحادند را در زمره اخبار محفوف به قرائن قرار می‌دهد و لذا تنها اختلاف ایندو در تضییق و توسعه دایره قرائن است و شیخ با بیان سیره عملی امامیه (طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۱/ ۱٤۱) نشان می‌دهد که معیار سندی نیز در کنار سایر قرائن می‌تواند در تشخیص صحت و سقم یک روایت و در نتیجه حصول علم از آن دخیل باشد.

علت پذیرش اخبار راویان غیرامامی از جانب طوسی

چرا شیخ طوسی علارغم مبنای خود که باید راوی از عدول طائفه باشد (طوسی، العدة فی أصول الفقه، ۱/ ۱۰۰)، در بسیاری از موارد اخبار غیر ایشان را نیز تلقی به قبول می‌کند؟ همین امر موجب شده تا امثال ابن ادریس بارها به این امر اشکال کنند (ر.ک: ابن ادریس، السرائر، ۵/ ٤٤١ و ۱/ ۳۹۲).

تعارضاتی اینگونه در آراء رجالی شیخ نیز یافت می‌شود، اما باید توجه داشت حتی اگر تعارضات در آراء رجالی طبیعی و قابل توجیه جلوه کند، در این موضع چنین ادعایی تا حدودی دشوار است؛ چراکه بعید است که شیخ مبنای خود را در پذیرش اخبار فراموش کرده باشد و گاه دچار سهل‌انگاری شده باشد (چیزی که در جزئیات توثیقات رجالی محتمل است). بنابراین، به نظر می‌رسد حقیقتاً شیخ طوسی در عملکرد دچار تعارض نشده است، بلکه الگوی ارائه شده از جانب شیخ طوسی به خوبی فهم و تفسیر نشده است.

امثال شیخ مفید و سیدمرتضی فقط از روایات وارده در جوامع و اصول معتبره شیعه استفاده می‌کردند و با توجه به متواتر و محفوف به قرائن بودن این روایات، خود را بی‌نیاز از بررسی‌های سندی می‌دانستند. اما شیخ طوسی با توسعه دایره روایات معتبره، از احادیث کتب «النوادر» نیز بهره برد. اما نکته مهم اینجاست که شیخ طوسی از معیار سندی (عادل و امامی بودن) به عنوان قرینه‌ای بر صحت روایات نقل شده از کتب «النوادر» بهره می‌برد. بنابراین اگر گاهی شیخ معیار سندی را مورد توجه قرار نمی‌دهد، به این دلیل است که آن روایت را از اصول معتبره امامیه نقل کرده که روایات آن از نظر ایشان یا متواترند و یا محفوف به قرائن و بی‌نیاز از بررسی سندی‌اند. اما اگر روایتی از کتب «النوادر» نقل شده باشد، حجیت آن منوط به وجود قرینه است و این قرینه چیزی نیست جز اینکه راوی آن از عدول طائفه باشد. از اینرو، از مجموع گفتارهای شیخ می‌توان نتیجه گرفت که وی دو نوع الگو برای تعیین اعتبار روایات ارائه داده است:

۱) عدم توجه به معیارهای سندی (مربوط به موردی که وی روایتی را از اصول و مصنفات مشهوره و مورد عمل اصحاب نقل کند)

۲) احراز عدالت و امامی بودن راوی (مربوط به موردی که وی روایتی را از کتب «النوادر» نقل کند)

باید توجه داشت تمامی قرائنی که در نزد سیدمرتضی موجود بوده است و مبتنی بر آن‌ها حکم به تواتر و محفوف به قرائن بودن اخبار موجود در مصنفات امامیه می‌کند، پیش‌روی شیخ طوسی نیز -که معاصر وی است- قرار دارد و قطعاً شیخ طوسی با بی‌تفاوتی از کنار آن‌ها نمی‌گذرد و با بی‌اعتنایی به آن‌ها سند را مبنای کار خود قرار نمی‌دهد. از اینرو نباید شیخ طوسی را آغازگر راهی دانست که مکتب حله بعدها آن را ادامه داد؛ چراکه همانگونه که از گفتار پیروان مکتب حله نیز آشکار است، ریشه رویکرد ایشان به مباحث سندی و در نتیجه تنویع رباعی، به از دست‌رفتن قرائن در زمانه ایشان و پوشیده بودن آن‌ها بر علمای اعصار بعد

بازمی‌گردد، حال اینکه در زمان شیخ طوسی این مشکل وجود نداشته و وی معیار سندی را قرینه‌ای در کنار دیگر قرائن و بلکه در صورت فقدان سایر قرائن می‌دانسته است.

نتیجه‌گیری

نگاهی گذرا به آثار شیخ مفید، سیدمرتضی، ابن براج، طبرسی، ابن زهره حلبی، ابن شهرآشوب، ابن ادریس حلی، محقق حلی و ... نشان می‌دهد که از زمان شیخ مفید تا زمان پیدایش مکتب حله پارادایمی در درون گفتمان امامیه حاکم است که اخبار آحاد را حجت نمی‌داند.

شیخ طوسی در کتاب‌های «الاستبصار» و «العده» نظریه حجیت خبر واحد را مطرح کرده است، اما در همین کتب نیز عباراتی دارد که حکایت از عدم حجیت اخبار آحاد می‌کند.

شیخ طوسی در اکثر آثار خود همچون التبیان، الخلاف، المبسوط، تهذیب، الاقتصاد و حتی بخش‌هایی از کتاب‌های الاستبصار و العده، نظریه عدم حجیت اخبار آحاد را پذیرفته است.

طوسی با اساتیدش (مفید و مرتضی) در یک گفتمان قرار دارند که سنت معتبره را عبارت می‌داند از: «حجیت خبر محفوف به قرینه مفید یقین»؛ اما شیخ طوسی با پذیرش این تعریف، مفاهیم بنیادین آن را بازتولید کرده، هم تبیینی جدید از چیستی قرینه ارائه می‌دهد و هم معیاری متفاوت برای حصول یقین.

شیخ طوسی معیار سندی را به عنوان قرینه‌ای در کنار سائر قرائن مطرح کرد. بنابراین نباید وی را آغازگر راهی دانست که مکتب حله بعدها آن را ادامه داد؛ چراکه ریشه رویکرد مکتب حله به مباحث سندی به پوشیده بودن قرائن بر علمای آن اعصار بازمی‌گردد.

منابع

قرآن کریم.

ابن ادریس، محمد بن احمد، ***السرائر***، نجف: مکتبة الروضة الحیدریة، ۱٤۲۹ ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، ***من لا یحضره الفقیه***، قم: جامعه مدرسین، ۱٤۰٤ ق.

ابن‌حزم، علی بن أحمد، ***الإحکام فی أصول الأحکام***، بیروت: دار الآفاق الجدیدة، بی‌تا.

ابواسحاق شیرازي، ابراهیم بن علي، ***التبصرة فی أصول الفقه***، دمشق: دار الفکر، ۱٤۰۳ ق.

_____، ***اللمع فی أصول الفقه***، بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱٤۰٥ ق.

استرآبادی، محمد امین، ***الفوائد المدنیة و الشواهد المکیة***، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ۱٤۲٤ ق.

امام الحرمین، عبدالملک بن عبدالله، ***التلخیص فی أصول الفقه***، بی‌جا: دار البشائر الإسلامیة، بی‌تا.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***فرائد الأصول***، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱٤۲۸ ق.

تقوی اشتهاردی، حسین، ***تنقیح الأصول*** (تقریرات درس امام خمینی «ره»)، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ١٤١٨ ق.

حب الله، حیدر، ***نظریه السنه فی الفکر الامامی الشیعی (التکون و الصیروره)***، بیروت: الانتشار العربی، ٢٠٠٦ م.

رضاداد، علیه و سیدکاظم طباطبایی، «گاه شماری آثار شیخ طوسی»، ***مطالعات اسلامی***، شماره ۸۰، تابستان، ۱۳۸۷.

شهید اول، محمد بن مکی، ***ذکری الشیعة فی أحکام الشریعة***، قم: مؤسسة آل البیت (ع) لإحیاء التراث. ١٤١٩ ق.

شیخ بهائي، محمد بن حسین، ***الوجیزة فی علم الدرایة***، نسخه خطی «موقع مرکز الفقیه العاملی لإحیاء التراث»، ناسخ: علی حسینی تفرشی، بی‌تا.

_____، ***زبدة الأصول***، قم: مرصاد، ١٤٢٣ ق.

صدر، محمد باقر، ***الاسس المنطقیه للاستقراء***، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ١٤٠٢ ق.

طباطبایی، سیدکاظم و علیه رضاداد، «جامع‌نویسان پیش از کلینی»، ***علوم حدیث***، شماره ٥١، بهار، ۱۳۸۸.

طوسی، محمد بن حسن، ***الاستبصار***، تهران: دارالکتب الإسلامیة، ١٣٦٣ ق.

_____، ***الاقتصاد***، تهران: منشورات مکتبة جامع چهلستون، ١٤٠٠ ق.

_____، ***التبیان فی تفسیر القرآن***، بیروت: دار إحیاء التراث العربی، ١٤٠٩ ق.

_____، ***الخلاف***، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ١٤٠٩ ق.

_____، ***العدة فی أصول الفقه*** (عدة الأصول)، قم: ستاره، ١٤١٧ ق.

_____، ***المبسوط***، قم: المکتبة المرتضویة لإحیاء آثار الجعفریة، ١٣٥١ ق.

_____، ***تهذیب الأحکام***، تهران: دارالکتب الإسلامیة، ١٣٦٤ ق.

علم‌الهدي، علي بن حسین، ***الانتصار***، قم: مؤسسة النشر الإسلامی، ١٤١٥ ق.

_____، ***الذریعة***، تهران: دانشگاه تهران، ١٣٤٦ ق.

_____، ***رسائل الشریف المرتضی***، قم: دارالقرآن الکریم، ١٤٠٥ ق.

کاظمی خراسانی، محمدعلی، ***فوائد الاصول*** (تقریرات درس محمدحسین نائینی)، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٣٧٦ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***معارج الأصول***، قم: مؤسسة آل البیت (ع)، ١٤٠٣ ق.

واعظزاده خراسانی، محمد، «نخستین جوامع حدیث (تحقیق درباره کتاب کافی)»، ***نامه آستان قدس***، شماره ۷، مردادماه، ١٣٤٠.

676), we have witnessed an approach within the Imāmiyya discourse, which, by non-acceptance of traditions narrated by a single sources (*āḥād*), suffices with traditions narrated by several sources (*mutawātir*) and wrapped in evidences. In the meantime, Shakh Ṭūsī has not only considered as valid the *āḥād* traditions in his book, *Al-'Udda fī Uṣūl al-Fiqh*, but has also claimed consensus in this respect, a claim that is in contradiction to the consensus claimed by Sayyid Murtaḍā. To resolve this contradiction various patterns have been presented by the Imāmiyya scholars. A brief look at the collected works of Shaykh Ṭūsī indicates that he too has not been committed to his claimed consensus and has preferred the view of invalidity of the *āḥād* traditions in most of his works. Such evidences suggest that instead of interpreting the discourse of Sayyid Murtaḍā, one should turn to a new explanation of Shaykh Ṭūsī's view about the way to encounter *āḥād* traditions. It seems that Ṭūsī is also within discourse of Mufīd and Murtaḍā. Since his masters' approach would result in putting aside a great part of the *sunna* and therefore turning to the verdict of intellect and scholarly principles, he has presented a new version of "principality of evidences school" (Mufīd's and Murtaḍā's school) so that by relying on it to make some development in accepting traditions.
Keywords: Shaykh Ṭūsī, Shaykh Mufīf, Sayyid Murtaḍā, isolated tradition, principality of evidences.

of knowledge denial, which due to the silence of the legislator and the jurists' diversity of views, studying its outcomes requires further in-depth consideration to achieve the above-mentioned propositions. The oath of knowledge denial is in fact a decisive (*battī*) oath that can comprise of specific effects on the claim of knowledge and the main claim. Similarly, in case of refusal, it can have considerable effect on the claim in terms of rejecting the oath and swearing rejected oath by the claimant. Also, by accepting the existence of some similar effects between the oath of knowledge denial and other types of oath, the exemption from swearing a decisive oath and the non-provability of the main claim by swearing is considered to be among the specific effects of the oath of knowledge denial.
Keywords: effects, oath, knowledge denial, jurisprudence, Iran's law.

How Shaykh Ṭūsī Encountered the Discourse of Mufīd and Murtaḍā on the "Validity of an Isolated Tradition"

Dr. Hamed Mustafawifard, Ph.D. Graduate of the Qur'ān and Ḥadīth Sciences, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Sayyid Kazem Tabatabaeipour, (Corresponding Author), Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Gholamreza Ra'isiyan, Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad

From the age of Shaykh Mufīd (d. 413) up to Muḥaqqiq Ḥillī (d.

society's economic needs have played a role in creating this legal principle, whether applying this principle and the legal articles rooted in this principle are absolutely justifiable, or whether the necessity of economic efficiency of this legal principle would restrict the range of applying this principle, are the questions that this paper has addressed with economic qualitative analysis of the above-mentioned principle; and answering them will help clarifying the practical function of the principle of the prohibition of consuming property wrongfully in market and society.
Keywords: the legal principle of "prohibition of consuming property wrongfully", economic efficiency, cost-benefit.

The Impacts of Oath of Knowledge Denial in Jurisprudence and Iran's Law

Dr. Homayun Mafi, (Corresponding Author), Assistant Professor, University of Judicial Sciences and Administrative Services

Reza Rezaee Moqaddam, M.A. in Private Law, Mazanderan University

The proofs presented to the court of justice for proving or defending a legal case, if proved effective, have certain impacts that the necessity of knowing them in order to timely use the "proof" in legal procedure and success in it cannot be ignored. Among these proofs is the oath

Despite the fact that the principle of conditionality of puberty in transactions is approved by the intellectuals of the world, its rulings and regulations are not one and the same. It is tried in the present article to study the concept of puberty and its signs and to prove that the puberty mentioned in jurisprudence, which is a precondition for the soundness of transactions, due to its exclusiveness to human physical mechanism, cannot be considered as a condition for soundness in transaction, which is among the rational and conventional matters.

Keywords: puberty of the two parties, condition for the soundness of transaction, conditionality of puberty in transactions.

Studying the Legal Principle of "Prohibition of Consuming Property Wrongfully" from the Perspective of Law and Economy"

Shadi Kasnavi, Ph.D. Student of Oil and Gas Law, Tehran University

The legal principle of prohibition of consuming property wrongfully as a general legal principle, which is the basis for many of the jurisprudential rulings and legal articles, is rooted in ethical and economic principles. It is essential that along with the ethical principles and from the perspective of traditional law, the economic dimension and the necessity of the efficiency of applying this rule to be studied from an interdisciplinary angel of law and economy, as well. Drawing attention to the questions as to what extent the

One of the important jurisprudential and legal issues concerning transactions is discussing the impact of illegitimate aspect in the soundness or invalidity of transaction. The illegitimate aspect is the ultimate cause of an interaction resulting in right of people or right of God. It is attempted in this writing to present a universal outline of the illegitimate aspects that comprising its various referents by distinguishing between various types of illegitimate aspects as well as paying attention to the intentional and unintentional topics in transactions, and to specify the status of various types of transactions having an illegitimate aspect. It seems that in transactions having an illegitimate aspect only the transactions that merely violate right of people are valid and other transactions are invalid due to the verity of the topic "assistance in sins and enmity" as well as the impediment of " What happened was not intended and what intended did not happen".
Keywords: transaction, soundness, corruption, illegitimate aspect, right of God, right of people.

Exploring into Shīʿa Jurisprudential Proofs concerning Conditionality of Puberty in Soundness of Transactions

Dr. Reza Ali Karami, Assistant Professor, Payame Noor University
Puberty of the two parties in transactions is among the preconditions for the soundness or effectuality of transaction in all legal systems.

Tacit approval (*taqrīr*), as one of the types of *sunna* is when a word is uttered, a behavior is observed, or an opinion is expressed in the presence of the Infallibles that despite their capability of hindrance, a position is taken that signifies their consent. In view of the jurists, the tacit approval *sunna* has enjoyed validity in terms of the Infallibles' words and actions and is counted as one of the proofs in inference of rulings in the process of drawing inference.

There are different issues debatable on the Infallibles' tacit approval, among which is studying the evidential jurisdiction of this type of *sunna*, which has not been dealt with in detail so far. Seeking to explain this jurisdiction, the present paper has studied the evidentiary proofs of tacit approval on different types of rulings, including the obligatory or situational.

Keywords: tacit approval, tacit approval *sunna*, silence, non-hindrance, obligatory ruling, situational ruling.

Study of the Impact of the Illegitimate Aspect in the Soundness and Corruption of Transactions

Dr. Abulfazl Alishahi Qal'ajuqi, (Corresponding Author), Associate Professor, Department of Theology, Yasuj University

Ma'soumeh Hamidi, M.A. Graduate of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Yasuj University

this research is seeking the documentation of this kind of option and clarifying its nature and effects. The study indicates that this condition within the contract is of "result precondition" type and the mere stipulating condition would grant the right to cancel the contract to the person in whose favor a condition is made; but applying this condition is subject to consultation with the third party. This condition conveys some kind of strengthening and follows the general rules of condition. Setting time period for it is also necessary. The consultant is to be qualified but his presence and acceptance is not a *sine qua non*. The trusted consultant is obliged to observe exigency and deserve wage and this condition is transferable.
Keywords: condition of *mu'āmira* (counseling), *istīmār* (consultation), option of condition, commitment for the third party, cancellation of contract.

Types of Evidentiary Proofs of Tacit Approval on Legal Judgment

Atiyyeh Alizadeh Nouri, Ph.D. Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad
Dr Husayn Naseri Moqaddam, (Corresponding Author), Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad
Dr Alireza Sarasia, Assistant Professor, Ferdowsi University of Mashhad

appropriations without separation of the discourse in different modes after the wife's attaining ownership, according to the general proofs denoting the permissibility of the proprietor in his/her property and the traditions denoting the wife's permissibility of appropriation related to the husband. In a descriptive-analytical method and by delving into the jurists' proofs and phrases and viewing the general proofs as violable, the writers of this paper have deemed as sound only the wife's appropriations related to the husband as well as the appropriations permitted by the husband; otherwise, they have found her appropriations impermissible due to the unestablishment of the wife's ownership of half of the *mahr* and in order to observe the husband's right.
Keywords: wife, bridal gift, unestablished ownership, appropriation.

A Research on Condition of Option by Virtue of Consultation

Dr. Mohammad Ali Khorsandian, Associate Professor, Shiraz University
Dr. Majid Sarbazian, Assistant Professor, Shiraz University
Sajad Barzegari, M.A. Graduate of Private Law, Shiraz University
Condition of *mu'āmira* (counseling) is a kind of condition of option; that is, a condition is set forth that within a certain period of time one may consult a third party and in case he proposes cancellation, the person in whose favor a condition is made can cancel the contract. The civil law has established provision of option for the third party but is silent about counseling. With an analytical method,

ABSTRACT

Further Research on the Proofs of the Permissibility of the Wife's Appropriation in Bridal Gift Prior to Establishment

Dr. Seifollah Ahadi, Ph.D. Graduate in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muhammad Taqi Fakhlaei, (Corresponding Author), Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Dr. Muhammad Hasan Haeri, Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Upon conclusion of marriage contract, the wife becomes the owner of all the *mahr* (bridal gift). This ownership is established for half of the *mahr* and unestablished (*mutizalzil*) for the other half and she will get the right to own all of it by self-submission. The important issue to be brought up here is the permissibility or impermissibility of the wife's appropriations in the *mahr* prior to its establishment. The jurists and legal experts have maintained the permissibility of the

Table of Contents

Further Research on the Proofs of the Permissibility of the Wife's Appropriation in Bridal Gift Prior to Establishmen 9
Dr. Seifollah Ahadi - Dr. Muhammad Taqi Fakhlaei- Dr. Muhammad Hasan Haeri
A Research on Condition of Option by Virtue of Consultation 31
Dr. Mohammad Ali Khorsandian -Dr. Majid Sarbazian- Sajad Barzegari
Types of Evidentiary Proofs of Tacit Approval on Legal Judgment 51
Atiyyeh Alizadeh Nouri -Dr Husayn Naseri Moqaddam -Dr Alireza Sarasia
Study of the Impact of the Illegitimate Aspect in the Soundness and Corruption of Transactions 69
Dr. Abulfazl Alishahi Qal'ajuqi- Ma'soumeh Hamidi
Exploring into Shīʿa Jurisprudential Proofs concerning Conditionality of Puberty in Soundness of Transactions 89
Dr. Reza Ali Karami
Studying the Legal Principle of "Prohibition of Consuming Property Wrongfully" from the Perspective of Law and Economy" 111
Shadi Kasnavi
The Impacts of Oath of Knowledge Denial in Jurisprudence and Iran's Law 135
Dr. Homayun Mafi- Reza Rezaee Moqaddam
How Shaykh Ṭūsī Encountered the Discourse of Mufīd and Murtaḍā on the "Validity of an Isolated Tradition" 153
Dr. Hamed Mustafawifard- Dr. Sayyid Kazem Tabatabaeipour- Dr. Gholamreza Ra'isiyan
Abstracts of the Papers in English Language 182

In the Name of Allah

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 49, No. 4: Issue 111, Winter 2018

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'ī

Editorial Board

Dr. A. A. Īzadīfard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. 'A. Baqirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, Tehrān Univ

Dr. M. H. Hā'irī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. H. Sābirī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. M.T. Fakhla'ī

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. Jalīl Qanavātī

Associate Prof, Qum Pardis, Tehran University

Dr. S M. Muhaqqiq Dāmād

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Mihrpūr

Prof, Dept of Law, shahīd Bihishtī Univ

Dr. H. Nāsirī

Associate Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Executive Director

Hussain Zekavatizadeh

Translation of Abstracts

Ahmad Rezwani

Printing & Binding: Ferdowsi University Press

Circulation: 500

Price: Rs 30000

Address:

Faculty of Theology
University Campus
Azadi Sq.
Mashhad – Iran

Post Code: 9177948955

Tel: (+9851) 38803873

FERDOWSI UNIVERSITY of MASHHAD

Journal of Fiqh and Usul

ISSN-Print:2008-9139 ISSN-Online:2538-3892

The Research Journal
of the faculty of Theology and Islamic Studies

Vol. 49, No. 4: Issue 111, Winter 2018

FERDOWSI UNIVERSITY of MASHHAD PRESS