



فصلنامه علمی
(مطالعات اسلامی سابق)

انفقه‌ور

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

سال ۵۱، شماره ۱، شماره پیاپی ۱۱۶
بهار ۱۳۹۸



عناوین مقالات

- بررسی حکم فقهی اخراج متاع از حرز در حال هیپنوتیزم
دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر سید مجتبی حسین نژاد - حسین شکریان
- شرط خیار در عقد کفالت از منظر فقه تطبیقی
دکتر حیدر باقری اصل - دکتر سعیده باقری اصل
- معنا شناسی سبّ النبی (ص) و نحوه تحقق آن با نگاه به قانون مجازات اسلامی ۹۲
دکتر عبدالله بهمن پوری - دکتر حسین حقانی خواه - دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی
- پرداخت خمس، از حکم تکلیفی محض تا حکم وضعی اشاعه در ملکیت
دکتر نصراله جعفری خسروآبادی - دکتر اردوان ارژنگ - محمدعلی فلاح علی‌آباد
- «قدرت تامه» شرط انشاء، فعلیت یا تنجز؟
دکتر سیدابوالقاسم حسینی زیدی
- بررسی چیستی سیاق با رویکرد فقهی و اصولی
دکتر مریم صباغی ندوشن - دکتر محمدحسن حائری - دکتر حسین صابری
- واکاوی تاریخی قاعده تنجیز با رویکرد به آراء محقق یزدی در نقد دیدگاه مشهور
دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله - دکتر عباسعلی سلطانی - دکتر محمدتقی فخلعی
- تحلیل مقتضای اطلاق قرارداد از حیث زمان اجرا از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و مصر
رسول مخصوصی - دکتر علیرضا عالیپناه



فقه و اصول

نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد

فصلنامه علمی

سال ۵۱ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۱۶ - بهار ۱۳۹۸

صاحب امتیاز: دانشگاه فردوسی مشهد

مدیرمسئول و سردبیر: دکتر محمدتقی فخلعی

مدیر اجرایی: حسین ذکاوتی زاده

ویراستار: علی کشاورز

مترجم چکیده به انگلیسی: دکتر محمد هادی قبولی

هیئت تحریریه

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

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 حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

دکتر جلیل قنواتی

دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی

دکتر سیدمصطفی محقق داماد

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین مهرپور

استاد گروه حقوق دانشگاه شهید بهشتی

دکتر حسین نصری مقدم

استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

یادآوری

۱ - نسخه حروفچینی شده بر روی نرم افزار Word از طریق سیستم مدیریت مجلات دانشگاه فردوسی مشهد ارسال شود.

۲ - مقاله ارسالی نباید در جای دیگر چاپ شده باشد.

۳ - چکیده مقاله به دو زبان فارسی و انگلیسی حداکثر هر یک تا ۱۰ سطر ضمیمه باشد.

۴ - این نشریه در ویرایش و احیاناً مختصر کردن مطالب آزاد است.

۵ - مقالات مندرج در این نشریه، بیانگر آرا و نظرهای نویسندگان آنها است.

۶ - زبان غالب نشریه فارسی است، ولی در مواردی بنا به تشخیص هیئت تحریریه مقالات ارزنده عربی نیز قابل چاپ است.

۷ - مقالات ارسالی بازگردانده نمی شود.

چاپ و صحافی: چاپخانه دانشگاه فردوسی مشهد

شماره ثبت پروانه انتشار: ۱۷۴۴۵

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

بهای این شماره: ۳۰۰۰۰ ریال

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

۹۱۷۷۹۴۸۹۵۵

تلفن: ۰۵۱ ۳۸۸۰۳۸۶۳

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.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

مراحل بررسی و انتشار مقاله‌ها

- ۱- دریافت مقاله (فقط به روش الکترونیکی از طریق سیستم مدیریت مجلات وب سایت دانشگاه فردوسی مشهد).
- ۲- اعلام وصول پس از دریافت مقاله.
- ۳- 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- در صورتی که مقاله با معیارها و ضوابط نشریه مطابقت داشته باشد، برای داوران فرستاده می‌شود تا درباره ارزش علمی و شایستگی چاپ آن در نشریه قضاوت کنند.
- ۵- نتایج داورها در جلسات هیئت تحریریه مطرح و تصمیم نهایی اتخاذ می‌شود.
- ۶- نظر نهایی هیئت تحریریه به اطلاع نویسندگان مقاله‌ها می‌رسد.

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. هیئت 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- هیئت 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 هیئت تحریریه مقاله‌های ارزنده عربی و انگلیسی نیز قابل چاپ است.

۳- حجم مقاله نباید از ۲۵ صفحه مجله (۸۵۰۰ کلمه در نرم افزار word) بیشتر باشد.

۴- چکیده 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- هیئت 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، رتبه دانشگاهی یا عنوان علمی و نام مؤسسه 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 شماره جلد و صفحه 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 شیوه ارجاع درون متنی تبعیت می‌شود.
- ۱۰- ضروری است فهرست منابع به ترتیب الفبایی نام خانوادگی یا نام شهر نویسندگان (منطبق با مستند مشاهیر ایران یا فهرست کتابخانه 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، شماره صفحات آغاز و انجام مقاله.
- ۱۰-۲- کتاب‌ها: نام نویسنده، عنوان کتاب (با حروف ایرانیک یا ایتالیک)، نام مترجم یا مصحح، محل انتشار، نام ناشر، نوبت چاپ، 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 نشانه 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 (ـَ و ـُ) (در کلماتی نظیر: اولاً، قبلاً، واقعاً، مضافاً الیه، بعبارۀ آخری)، مدّ روی الف (نظیر آرد، مأخذ) و یای کوتاه روی های غیرملفوظ (نظیر نامه من) الزامی است و در بقیۀ موارد (تشدید، فتحه، کسره و ضمه) غیرالزامی است مگر آن که موجب ابهام و التباس شود؛ نظیر: معین/ معین؛ علی/ علی؛ بنا/ بنا؛ عَرَضه/عَرَضه؛ حَرَف/ حَرَف.
- 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 هیئت تحریریه است.
- ۲۰- مقاله‌های ارسال شده بازگردانده نمی‌شود.

مشاوران علمی این شماره

۱. حجت الاسلام مجتبی الهی خراسانی (استادیار دفتر تبلیغات اسلامی مشهد)
۲. دکتر محسن جهانگیری (دانشیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۳. دکتر محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۴. حجت الاسلام حمید درایتی (مدرس حوزه علمیه مشهد)
۵. دکتر رضا دانشور ثانی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۶. حجت الاسلام علی رحمانی (عضو هیئت علمی دانشگاه باقرالعلوم)
۷. دکتر محمد علی سعیدی (استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی)
۸. دکتر عباسعلی سلطانی (دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۹. حجة الاسلام علی شفیعی (مدیر گروه فقه کاربردی پژوهشکده اسلام تمدنی)
۱۰. دکتر حسین صابری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۱. دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی (دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج)
۱۲. دکتر محمدتقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۳. دکتر سید محمدهادی قبولی درافشان (استادیار دانشگاه فردوسی مشهد)
۱۴. دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله (استادیار دانشگاه آزاد واحد لاهیجان)
۱۵. دکتر محسن ملک افضلی اردکانی (دانشیار جامعه المصطفی العالمیه)
۱۶. دکتر ناصری مقدم (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

فهرست مندرجات

صفحه	عنوان
۹	بررسی حکم فقهی اخراج متاع از حرز در حال هیپنوتیزم دکتر علی اکبر ایزدی فرد - دکتر سید مجتبی حسین نژاد - حسین شکریان
۳۱	شرط خیار در عقد کفالت از منظر فقه تطبیقی دکتر حیدر باقری اصل - دکتر سعیده باقری اصل
۵۹	معنا شناسی سبب النبى (ص) و نحوه تحقق آن با نگاه به قانون مجازات اسلامی ۹۲ دکتر عبدالله بهمن پوری - دکتر حسین حقانی خواه - دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی
۷۷	پرداخت خمس، از حکم تکلیفی محض تا حکم وضعی اشاعه در ملکیت دکتر نصراله جعفری خسروآبادی - دکتر اردوان ارژنگ - محمدعلی فلاح علی آباد
۹۳	«قدرت تامه» شرط انشاء، فعلیت یا تنجز؟ دکتر سیدابوالقاسم حسینی زیدی
۱۱۱	بررسی چیستی سیاق با رویکرد فقهی و اصولی دکتر مریم صباغی ندوشن - دکتر محمدحسن حائری - دکتر حسین صابری
۱۳۵	واکاوی تاریخی قاعده تنجیز با رویکرد به آراء محقق یزدی در نقد دیدگاه مشهور دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله - دکتر عباسعلی سلطانی - دکتر محمدتقی فخلعی
۱۵۹	تحلیل مقتضای اطلاق قرارداد از حیث زمان اجرا از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و مصر رسول مخصوصی - دکتر علیرضا عالی پناه



بررسی حکم فقهی اخراج متاع از حرز در حال هیپنوتیزم*

دکتر علی اکبر ایزدی فرد

استاد دانشگاه مازندران

Email: izadifard@umz.ac.ir

دکتر سید مجتبی حسین نژاد^۱

استادیار مؤسسه آموزش عالی پارسا - بابلسر

Email: mojtaba@writeme.com

حسین شکریان

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

Email: mohamadtahash@yahoo.com

چکیده

از جمله شرائط اجماعی سرقت موجب حد، علاوه بر محرز بودن اموال مسروقه، آن است که سارق به تنهایی یا به مشارکت دیگری مال را از حرز خارج کند. یکی از مهم ترین مصادیق مشتبه اخراج متاع از حرز سرقت های هیپنوتیزمی است. نگارندگان پس از تحلیل و بررسی با مد نظر قرار دادن ضابطه اخراج متاع از حرز به این نتیجه رسیده اند که اخراج متاع از حرز به نحو هیپنوتیزم در بعضی از صورت ها بر هیپنوتیزور (هیپنوتیزم کننده) صادق است و آن در صورتی است که هیپنوتیزور صلاحیت اسناد عمل اخراج متاع از حرز به خود را دارا باشد و عمل وی از مصادیق اخراج تسبیبی شمرده شود و در بعضی از صورت ها نیز حد قطع بر سوژه (هیپنوتیزم شده) اجرا می شود و آن در صورتی که سوژه صلاحیت اسناد عمل اخراج متاع از حرز به خود را داشته باشد و اگر احیاناً در تحقق اخراج متاع از حرز شک حاصل شود؛ اگرچه شبهه مفهومی و امر دائر بین اقل و اکثر است؛ منتها شرطیت اخراج متاع از حرز نیز مانند محرز بودن اموال با توجه به روایت صحیحه محمد بن مسلم، داخل در مفهوم سرقت است و به تبع آن آیه سرقت، عموم خود را از دست می دهد و دیگر تمسک به آن جایز نیست. لذا در این صورت به خاطر حیرت و سرگردانی با تمسک جستن به مقتضای قاعده درء، حد قطع از سارق ساقط می شود.

کلیدواژه ها: مباشرت، تسبیب، سرقت هیپنوتیزمی، قصد سرقت، قاعده درء.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۳/۰۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۱۰/۲۷.

۱. نویسنده مسئول

A Study on the Religious Percept of Removing Goods from the Place of Safe Custody while under Hypnosis

Ali Akbar Izadi Fard, Ph.D., Professor, University of Mazandaran.

Sayyed Mojtaba Hossein Nejad (Corresponding Author), Ph.D., Assistant Professor, Parsa Higher Educational Institute, Babolsar.

Hossein Shokriyan, Ph.D Student of Jurispudence and Foundations of Islamic Law, University of Mazandaran

Abstract

A requirement of Hadd theft on which there is consensus, in addition to the requirement that the stolen goods are kept in a place of safe custody, is that the thief, alone or with another's participation, removes the goods from the place of safe custody. One of the most important doubtful instances of removing the goods is theft while under hypnosis. The authors, after analyzing the criterion of removing the goods from the place of safe custody, have concluded that, in certain instances, it applies to the hypnotist's act, i.e. where they have the capacity that the act of removing the goods from the place of safe custody is attributed to them and their act is an example of contributory removal. In some other instances, the Hadd of imputation is executed against the hypnotized person i.e. where they have the capacity that the act of removing the good from the place of safe custody is attributed to them. If there is doubt whether removal from the place of safe custody has taken place, although there is dubiety concerning concept and over the least and the most of one thing, given Mohammad Ibn Muslim's sahiha (authentic) tradition, the requirements of removing the good from the place of safe custody, as well as the requirement that the goods are kept in a place of safe custody, are included in the concept of theft and accordingly, the theft verse loses its generality and may not be invoked. Therefore, in such case, due to astonishment and wander, by invoking the requirement of Dar rule (no Hadd is executed in case of dubiety), Hadd of imputation is not executed against the thief.

Keywords: direct act, contributory act, theft under hypnosis, intention to steal, Dar rule (no Hadd is executed in case of dubiety).

مقدمه

با توجه به پیشرفت علم و دانش بشری، جرائم نیز، شکل‌های نوین و تازه‌ای را به خود گرفته است. از جمله این جرائم، سرقت‌های هیپنوتیزمی است که شخص در حالت خواب مصنوعی، مرتکب آن می‌شود به این صورت که هیپنوتیزور (هیپنوتیزم کننده) با استفاده از یک مجموعه اعمال، با روان شخص بازی می‌کند و وی را به خواب مصنوعی فرو می‌برد و آنگاه از وی در جرم سرقت مانند یک طفل و معجون بدون اراده، برای خروج متاع از حرز استفاده ابزاری می‌کند. این نوع از ربایش شاید جدیدترین شگرد مورد استفاده سارقان باشد. در طی گزارشی آمده است: در کشور ایتالیا سرقت به نحو هیپنوتیزم نیز رخ داده است. این عمل به مباشرت یک مرد خارجی با سر و وضع شیک و یک زن انجام شده است. آن‌ها به یک بانک مراجعه و درخواست اسکناس‌های درشت می‌کنند و صندوقدار بانک بدون کوچک‌ترین مقاومتی (بعلت هیپنوتیزم) تسلیم آن‌ها می‌شود و بدون درک و تشخیص، کلیه وجوهی را که در صندوق داشته است، به آن‌ها می‌دهد (قربانی، جرم شناسی و جرم‌یابی سرقت، ۴۶).

توجه به این نکته لازم است که اگرچه فقها ضابطه اخراج متاع از حرز و تعداد زیادی از مصادیق مشتبه اخراج متاع از حرز همچون بلعیدن مال مسروقه از حرز را مورد بررسی قرار داده‌اند، منتها حکم سرقت‌های هیپنوتیزمی را به صورت مستقل و یا حتی در ضمن بحث، بررسی نکرده‌اند و در مجموع می‌توان این نوع از جرم را در زمره جرائم مستحدثه تلقی کرد. حال ما در این جستار حاضر با توجه به ضابطه‌هایی که فقها در موضوع شناسی اخراج متاع از حرز و تبیین مصادیق مشتبه آن بیان داشته‌اند، حکم سرقت‌های هیپنوتیزمی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مفاهیم کلی

برای روشن شدن بحث، در ابتدا لازم مفاهیم کلی بحث تبیین شود.

۱- اخراج متاع از حرز

قبل از ورود به بحث باید در نظر داشت که یکی از شرایط سرقت مستوجب حد مرتبط با حرز، آن است که سارق به تنهایی یا به مشارکت دیگری مال را از حرز خارج کند. در کتاب‌هایی چون وسیله (۴۱۷)، غنیه (۴۳۰)، اصباح الشیعه (۵۲۳)، شرایع الاسلام (۱۶۰/۴)، قواعد الاحکام (۵۶۴/۳)، اللمعة الدمشقیه (۲۶۱) از این شرط با چنین مضمونی تعبیر کرده‌اند: «أن یخرج المتاع من الحرز بنفسه او بمشارکه غیره» یعنی یکی از شرایط ثبوت حد سرقت بر سارق آن است که سارق خود به تنهایی یا به مشارکت دیگری متاع را از حرز خارج کند.

صاحب کشف اللثام (۶۱۲/۱۰) و صاحب جواهر (۴۸۷/۴۱)^۱ در مورد اعتبار این شرط ادعای اجماع کردند بلکه چه بسا اعتبار این شرط در میان فقهای اهل سنت نیز مورد اتفاق است (جزیری و جمعی از نویسندگان، ۱۷۹/۵؛ زحیلی، ۱۰۹/۶)، به طوری که ابن قدامه حنبلی در این مورد معتقد است که اکثریت فقها این شرط را به عنوان یکی از شرایط سرقت مستوجب حد پذیرفته‌اند (المغنی و شرح الکبیر، ۲۴۹/۱۰-۲۵۰ و ۲۶۰)^۲ با اعتبار این شرط، اگر سارق حرز را بشکند و وارد آن شود، منتها پس از جمع آوری اموال در حرز به علل مختلفی همچون اطلاع پیدا کردن صاحب مال، نتواند آن را از حرز خارج کند، حد قطع بر وی نمی‌شود (طوسی، النهایة، ۷۱۵).

با معتبر بودن اخراج متاع از حرز به عنوان یکی از شرایط مربوط به حرز در سرقت مستوجب حد، این نکته را باید در نظر داشت که این اخراج یا به صورت مباشرتی صورت می‌گیرد و یا به صورت تسبیبی که ما هر یک از آن دو را به صورت مختصر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

صورت اول: اخراج مباشرتی

با تتبع در عبارات فقها دانسته می‌شود که مراد از اخراج مباشرتی؛ یعنی سارق خود به تنهایی و یا به کمک دیگری متاع را مستقیمه و بدون کمک گرفتن از واسطه بلکه بنفسه، از حرز خارج کند (طوسی، المسبوط، ۲۷/۸؛ ابن براج، ۵۳۹/۲؛ محقق حلی، ۱۶۰/۴؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۵۶۴/۳؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۲۴۰/۹-۲۴۱).

صورت دوم: اخراج تسبیبی

اخراج تسبیبی یعنی سارق به کمک وسیله‌ای این اخراج را انجام دهد مثل اینکه کالا را به طنابی ببندد آنگاه بیرون حرز برود و از آنجا کالا را با طناب به بیرون بکشد یا اینکه آن را بر پشت چهارپایی بگذارد و بوسیله آن، کالا را خارج کند و یا اینکه آن را بر پشت پرندۀ ای که معمولاً و برحسب عادت، پس از بیرون بردن متاع از حرز به سوی سارق بر می‌گردد^۳؛ ببندد یا اینکه به شخص غیرممیزی (مانند بچه یا دیوانه) دستور دهد که کالا را از حرز بیرون ببرد که در این صورت حد قطع بر کسی که دستور اخراج کالا را داده، اجرا می‌شود و بر بچه و دیوانه حد قطع اجرا نمی‌شود چرا که در این موارد مباشر در مقایسه با سبب، ضعیف است، زیرا بچه و دیوانه به مثابه آلت و ابزار برای شخص دستور دهنده هستند (همو).

۱. ناگفته نماند که صاحب جواهر پس از نفی هرگونه خلافتی از حیث نص و فتوی، هم ادعای اجماع منقول و هم ادعای اجماع محصل می‌کند.

۲. الشرط الرابع: أن يسرق من حرز و يخرج منه، و هذا قول أكثر أهل العلم.

۳. از این رو در صورتی که پرندۀ برحسب عادت برنگردد- اگرچه به صورت اتفاقی نیز برگردد- در این فرض حد قطع بر سارق اجرا نمی‌شود (صاحب جواهر، ۴۸۷/۴۱).

با توجه به مطالب فوق، معیار در اخراج تسیبی آن است که مباشر نباید از جمله چیزهایی باشد که صلاحیت برای اسناد عمل اخراج را به خود به نحو حقیقت داشته باشد و در مقایسه با سبب، ضعیف‌تر تلقی شود (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۴۸۶/۱۴).

توجه به این نکته لازم است که اگرچه روایاتی وجود دارند که اخراج متاع از حرز را در سرقت مستوجب حد معتبر دانسته‌اند و تمامی فقها نیز بالاتفاق این شرط را در سرقت مستوجب حد به دلیل وجود این روایات، قبول دارند، منتها در این روایات گفته نشده که مراد از حرز و اخراج متاع از آن چیست؟ در نتیجه از آنجایی که در این موارد هیچ قرینه و حقیقت شرعیه‌ای وجود ندارد که بتمامه مراد از حرز و اخراج متاع از آن را مشخص کند، چاره‌ای نیست جز اینکه به عرف مراجعه کنیم. زیرا اگر شارع مقدس معنای خاصی را از یک لفظ اراده و آن را بیان کرده باشد، باید همان معنای شرعی را مورد توجه قرار داد و در این صورت معنای شرعی واژه بر معنای عرفی و لغوی آن مقدم خواهد بود (علم الهدی، ۱/ ۱۵-۱۶). در غیر این صورت، به عقیده همه صاحب نظران، برای فهم معنای واژه‌ها باید به عرف مراجعه کرد (خویی، مصباح الاصول، ۳/ ۲۳۸؛ موسوی بجنوردی، ۲/ ۴۸۷؛ فاضل لنکرانی، درس خارج فقه الحدود؛ تبریزی، درس خارج فقه الحدود؛ گلبایگانی، درس خارج فقه الحدود)، زیرا هر قانون‌گذاری در ابلاغ قانون به شهروندان و مکلفان آن قانون باید به اصول و قواعد محاوره رایج در میان مخاطبان خویش پایبند باشد و چنانچه اصطلاح یا شیوه خاصی دارد یادآوری کند وگرنه باید مطابق رویه عرف مردم، محاوره خویش را سامان دهد. شارع مقدس نیز از همین رویه متابعت کرده و روش خاصی در تشریح و ابلاغ احکام شرعی به کار نبرده است (خمینی، روح الله، تهذیب الاصول، ۳/ ۱۳۸؛ خمینی، مصطفی، ۴/ ۱۳۶). در رابطه با معنای حرز و اخراج متاع از آن نیز همین‌طور است. حکم شرعی روی آن آمده اما معنای حرز و اخراج متاع از آن را به طوری که مورد یقین قرار گرفته شود، روشن نساخته است. لذا در مورد معنای حرز و اخراج متاع از آن نیز، از آنجایی که هیچ حقیقت شرعیه‌ای برای آن وجود ندارد، چاره‌ای نیست جز اینکه به عرف مراجعه شود.

۲- مفهوم هیپنوتیزم

هیپنوتیزم نوعی خواب است که می‌توان به صورت مصنوعی در شخص ایجاد کرد. این کار از طریق تلقین خیال و تصور خواب و سپس تأثیر مستقیم در عقل باطن و درونی صورت می‌گیرد (یحیی، ۱۵۵؛ مصباح یزدی، ۱/ ۱۸۳؛ رضایی مهر، نشریه معرفت، ۹) که ماهیت آن بر پایه اصول و شیوه‌های مشخصی چون شیوه برید^۴ و روش شناختی استوار است (فرجی، ۲-۱۴؛ محدثی، ۹۲-۹۷). در کتاب «راز درون»

آمده است که اولین بار، این نام را دکتر «جیمز برید» به کار برده است (زمردیان، ۱۳۱-۱۳۲). اصل واژه هیپنوتیزم از واژه یونانی «hypno» به معنای «خواب» مشتق شده است، ولی در هیپنوتیزم قدرت تفکر، امکان محبت، قضاوت، راه رفتن و غیره نیز وجود دارد. فکر هیپنوتیزم شونده بر روی موضوع خاصی (صحبت‌های هیپنوتیزم کننده) تمرکز فوق العاده‌ای می‌کند و بین او و فرد هیپنوتیزور ارتباط عاطفی خاصی برقرار می‌شود که در خواب نظیر آن را مشاهده نمی‌کنیم. تعریفی که می‌توان برای هیپنوتیزم ارائه کرد چنین است: هیپنوتیزم یک حالت روحی خاص شبیه خواب آلودگی، القایی و ارادی است و در آن هوشیاری و آگاهی سوژه (هیپنوتیزم شونده) فوق العاده افزایش می‌یابد. این آگاهی معمولاً بر روی مطالبی تمرکز می‌کند که توسط هیپنوتیزور (هیپنوتیزم کننده) به او ارائه می‌شود. در حالت هیپنوتیزم، تلقین پذیری فرد و قدرت تخیلات و تصویر سازی ذهن افزایش می‌یابد و هر چه درجه هیپنوتیزم عمیق‌تر شود این خصوصیات نیز قوی‌تر می‌شوند (اورماند، ۱۴۹). از این نوع خواب معمولاً برای درمان برخی امراض روانی به کار گرفته می‌شود تا مریض پس از خواب به علل مرض روانی خود آگاه شده و پس از آن به عقل و شعور خود برگردد به طوری که می‌توان گفت خواب مصنوعی در علاج مرض روانی مانند مواد بی‌حس کننده در عمل جراحی است (یحیی، ۱۵۵).

از آنجا که پدیده هیپنوتیزم یکی از مسائل نسبتاً جدید در منابع دینی است، سخن از آن در میان علمای گذشته کمتر به چشم می‌خورد و علمای معاصر نیز این موضوع را بیشتر ذیل بحث از سحر و جادو آورده‌اند. بنابراین اساس، این علم می‌تواند از علوم مثبتی در نظر گرفته شود که می‌تواند در بسیاری از شئون زندگی مورد بهره برداری صحیح قرار گیرد ولی استفاده سوء از آن بنا بر دلایل متعددی همچون موجب کشف و افشای اسرار دیگران شدن و تصرف غیر اختیاری در نفوس دیگران (برای تبیین این مطلب، ر.ک: نرم افزار پرسمان، نهاد نمایندگی مقام معظم رهبری در دانشگاه‌ها)، جایز نیست به طوری که بعضی از فقها همچون امام خمینی در استفتائات خود با توجه به این دلایل، هیپنوتیزم را به صورت مطلق حرام دانسته‌اند (۲۲/۲)° و بعضی دیگر از فقها استفاده از آن را به غرض عقلانی حلال و قابل ملاحظه، جایز شمرده، مشروط بر اینکه با رضایت و موافقت کسی باشد که می‌خواهد به خواب مصنوعی برود و ضرر قابل اعتنایی هم برای او نداشته باشد (خامنه‌ای، ۲۷۰).

۳- مفهوم سرقت

با مطالعه در نوشته‌های فقهی روشن می‌شود که فقها در اکثر ابواب فقه (خصوصاً در ابواب فقه

۵. پرسش این گونه است: آیا هیپنوتیزم از نظر اسلام حرام است؟ اگر هیپنوتیزم در جهت انجام عمل خیر و نیکو انجام شود چه حکمی دارد؟

جزایی)، پیش از ورود در اصل بحث ابتدا به تعریف موضوع بحث پرداخته‌اند ولی در خصوص جرم سرقت بدون پرداختن به تعریف آن، به بیان شرایط سرقت مستلزم حد پرداخته و تنها تعداد اندکی از آن‌ها متذکر تعریف سرقت شده‌اند. تبیین ماهیت سرقت و تحلیل و بررسی آن بسیار مفصل است که خود نیازمند مقاله مستقلی است، ولی به صورت خلاصه در تبیین ماهیت سرقت می‌توان گفت: با تتبع در روایات وارده در جرم سرقت و همچنین با مطالعه ابواب دیگر از جرائم و روایات وارده در آن ابواب به طور کلی می‌توان ارکان و اجزاء تشکیل دهنده جرم سرقت را بر سه قسم تقسیم کرد: رکن قانونی، رکن مادی و رکن روانی.

در مورد رکن اول باید گفت: پدیده‌هایی همچون جرم از امور اعتباری هستند که بر مبنای قانون شکل می‌گیرند در نظام حقوقی کشورمان، اعتبار قانون‌گذار، یعنی پیش‌بینی عنوان مجرمانه و مجازات آن، از ارکان ماهوی تشکیل دهنده جرم محسوب می‌شود و مانند ارکان مادی و معنوی برای تحقق جرم ضروری است. با توجه به اصل ۴ قانون اساسی، ملاک قانون‌گذار در تدوین همه قوانین، از جمله قوانین مربوط به جرم‌انگاری، موازین اسلامی است. لذا در بحث رکن قانونی جرم سرقت، ابتدا باید موازین اسلامی و سپس مقررات قانونی راجع به آن مورد بررسی قرار گیرد که تفصیل آن خارج از فرصت این بحث با توجه به موضوع تحقیق است.

عناصر تشکیل دهنده رکن مادی جرم سرقت نیز با توجه به عبارات فقها و روایات وارده در جرم سرقت به صورت خیلی خلاصه و کلی عبارت‌اند از:

عنصر اول: برداشتن و بردن شیء (این عنصر خود متشکل از رفتار مجرمانه- وضع ید بر مال غیر- و موضوع جرم- یعنی شیء- و نتیجه مجرمانه- بردن مال غیر- در جرم سرقت است. لذا خود این عنصر در واقع از سه عنصر تشکیل شده است)؛ عنصر دوم: از آن دیگری بودن؛ عنصر سوم: پنهانی بودن؛ عنصر چهارم: محرز بودن مال مسروقه.

در سه عنصر اول هیچ‌یک از فقها اختلاف نظر ندارند (طوسی، المبسوط، ۸/۲۳؛ همو، التبیان، ۶/۱۶۹؛ ابن ادریس، ۳/۴۹۶؛ ابن زهره، ۴۳۴؛ سیدقطب، ۲/۸۸۳؛ فاضل هندی، ۱۰/۵۶۸)، منتها در عنصر چهارم اختلاف نظر دارند؛ چرا که ظاهر عبارات بعضی از فقها همچون مشکینی، عدم اعتبار حرزیت اموال در مفهوم سرقت است؛ زیرا وی معتقد است که واژه «سرقت» دارای معنای اصطلاحی خاص شرعی یا متشرعه نیست بلکه در معنای لغوی و عرفی خود استعمال شده است. با حفظ این مطلب با مراجعه به اهل لغت دانسته می‌شود که مفهوم سرقت از دیدگاه اکثریت اهل لغت، دارای سه جزء تشکیل دهنده یعنی برداشتن و بردن شیء از روی ناحق، از آن دیگری بودن و پنهانی بودن عمل است (فیومی، ۱/

۲۷۴؛ ابن منظور، ۱۵۵/۱۰؛ ابن فارس، ۱۵۴/۳؛ زمخشری، ۲۹۴؛ ابن اثیر، ۳۶۲/۲) و حرزیت اموال از اجزای تشکیل دهنده آن محسوب نمی‌شود همانطوری که مقتضای عرف نیز در صدق مفهوم سرقت، خصوص ربودن از حرز نیست.

از نظر نگارندگان با ملاحظه روایتی همچون صحیحہ محمد بن مسلم، همانطور که خواهد آمد؛ دانسته می‌شود که عنصر چهارم نیز از عناصر تشکیل دهنده رکن مادی جرم سرقت محسوب می‌شود (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعہ، ۵۳۳-۵۳۵؛ همو، درس خارج فقه الحدود).

گذشته از این چهار عنصر، عنصر دیگری نیز تحت عنوان اخراج متاع از حرز در زمره عناصر فوق با توجه به روایت صحیحہ محمد بن مسلم قرار می‌گیرد که تبیین آن خواهد آمد به طوری که با توجه به این روایت می‌توان گفت متبادر از کلمه «اخذ» در تعریف سرقت در قول اول، بردن و اخراج متاع از حرز است. لذا در صورتی که اگر شخص، موفق به اخراج متاع از حرز نشود، نمی‌توان اصطلاحاً او را سارق نامید.

علاوه بر عناصر مزبور که به عنوان رکن مادی جرم سرقت محسوب می‌شوند، عناصر دیگری نیز در جرم سرقت لازم است که عبارت‌اند از:

عنصر اول: سوء نیت عام که تصویر این رکن در جرم سرقت عبارت است از قصد ربودن. یعنی اراده خود آگاه شخص در ارتکاب رفتار مجرمانه یا تعلق اراده فاعل به اجرای رفتار ممنوعه است. از آنجا که رفتار مجرمانه جرم سرقت، ربودن (وضع ید بر مال غیر) است، سارق باید در هنگام تصرف مال غیر و وضع ید بر آن، قاصد باشد و اراده او به ربودن مال غیر تعلق گیرد.

عنصر دوم: سوء نیت خاص که تصویر این رکن در جرم سرقت عبارت است از قصد بردن یا تصاحب. این سوء نیت یا قصد تحقق نتیجه مجرمانه در سرقت، عبارت از قصد بردن مال دیگری یا خارج کردن آن از تصرف مال باخته است.

عنصر سوم (علم موضوعی) و عنصر چهارم (علم حکمی) نیز در جرم سرقت عبارت است از: علم به تعلق مال به غیر (علم موضوعی) و علم به حرمت عمل (علم حکمی) که البته از هر یک از این دو عنصر در جای خود به صورت مفصل بحث شده است.

باید در نظر داشت که چهار عنصر مزبور در علم حقوق از آن به عناصر تشکیل دهنده رکن روانی یاد می‌شود که به عنوان رکن عمومی در تمامی ابواب حدود - با توجه به حاکمیت دلالتی همچون قاعده «انما الاعمال بالنیات» و قاعده «تدرا الحدود بالشبهات» و «حدیث رفع» - در نظر گرفته می‌شود. البته در مبانی فقهی چهار رکن مزبور جای نقد و بررسی مفصل دارد که فقها آن را در جاهای مختلف خصوصاً در بحث

اشتراط ارتفاع شبهه و شراکت- که از شرائط سرقت مستوجب حد است- مورد بحث قرار داده‌اند که به دلیل دوری از اطاله کلام، به یک نقل قول، اکتفا می‌کنیم. یکی از فقهای معاصر در این زمینه می‌نویسد: «این شرط (فقدان شبهه)- در سرقت مستوجب حد- یک شرط خارجی نیست تا در اثباتش نیاز به دلیل باشد بلکه این شرط مقوم مفهوم سرقت است. زیرا تا وقتی که شخص قصد سرقت نکند، سرقت محقق نمی‌شود و در صورتی می‌تواند قصد سرقت کند که در موقع برداشتن مال، بداند مال متعلق به غیر است» (خویی، مبانی تکملة المنهاج، ۴۱/۳۴۴؛ برای مطالعه بیشتر در این مورد ر.ک: طوسی، النهایة، ۷۱۵؛ ابن ادریس، ۴۸۴/۳ - ۴۸۵؛ محقق حلی، ۴/۱۶۱ و ۱۸۱؛ علامه، ارشاد الاذهان، ۱۶۱/۲ و ۱۸۱؛ صاحب جواهر، ۴۱/۴۹۴-۴۹۵).

با توجه به مطلب پیش‌گفته در معنای اصطلاحی سرقت، می‌توان قصد و اراده سرقت و محرز بودن اموال مسروقه و اخراج متاع از حرز به عنوان رکن‌های جرم سرقت ثابت دانست که ثمره آن در مواردی همچون سرقت‌های هیپنوتیزمی و تمسک به عموومات در موارد مشتبه حرزیت و اخراج متاع از حرز همان‌طور که خواهد آمد، ظاهر می‌شود.

صورت‌های مختلف سرقت‌های هیپنوتیزمی و تطبیق حکم بر آن

سرقت‌های که از طریق هیپنوتیزم شکل می‌گیرد، دارای صورت‌های مختلفی است که با توجه به ضابطه بیان شده در اخراج مباشرتی و تسبیبی و تبیین ماهیت هیپنوتیزم و سرقت، می‌توان حکم این صور را استنتاج نمود. این صور عبارت‌اند از:

صورت اول: اگر شخصی، دیگری را هیپنوتیزم کند و آن دیگری نیز هدفش از هیپنوتیزم شدن، سرقت نباشد، آنگاه هیپنوتیزور با ترفندهای خاص به شخص هیپنوتیزم شده دستور دهد که کالا را از حرز خارج کند و او نیز کالا را از حرز بیرون ببرد، حد قطع در این هنگام در بعضی از موارد بر شخص هیپنوتیزور (هیپنوتیزم کننده) و در بعضی موارد نیز بر سوژه (هیپنوتیزم شده) اجرا می‌شود، تفصیل این مطلب از این قرار است:

از آنجایی که قصد فعل (ربودن) و قصد نتیجه مجرمانه (ربایش) از جمله ارکان (رکن روانی) جرم سرقت در نظر گرفته می‌شود در فرض مسئله می‌توان گفت: کسی که دیگری را به خواب مصنوعی فرو ببرد و در حالت خواب بر اساس فنونی که وجود دارد، شخص خوابیده را تحت فرمان خود در آورد و به او دستور دهد که متاع را از حرز خارج کند و مرتکب عمل سرقت شود، در این موارد سبب (هیپنوتیزور) قوی‌تر از مباشر (هیپنوتیزم شده) است و شخص مباشر فاقد اراده و به مثابه وسیله و ابزار بوده و به خاطر

نداشتن قصد و اراده مانند طفل و مجنونی که هیچ‌گونه اراده‌ای ندارد، در واقع مرکب هیچ‌گونه جرمی نشده است بلکه به خاطر وجود معیار اخراج تسببی (قوی‌تر بودن سبب نسبت به مباشر)، شخص دستور دهنده (هیپنوتیزور) مباشر اصلی بوده و عمل او از مصادیق اخراج تسببی است و در نتیجه مسئولیت سرقت متوجه اوست و به تبع آن حد قطع نیز بر او اجرا خواهد شد.

توضیح اینکه شخصی که هیپنوتیزم شده، با توجه به اینکه این حالت باعث سلب و تسلط انسان بر خودش است و ادراک و آزادی اختیار او را از بین می‌برد، در واقع به صورت مصنوعی به خواب رفته است (عمر راشد، ۴۸۹) به طوری که حتی بعضی از صاحب‌نظران در رابطه با هیپنوتیزم معتقدند: فردی که به خواب مصنوعی فرو رفته حالتش بدتر از فردی است که با خواب طبیعی به خواب رفته است؛ زیرا در فردی که به صورت طبیعی به خواب رفته، سطره و تلقین خارجی وجود ندارد، برخلاف خواب مصنوعی که فرد در آن تابع دست کسی است که او را به خواب فرو برده است. افعال و بیانات صادر شده از فرد فقط بازتاب تلقین اوست، لذا افعال و بیانات صادره از وی از روی رضایت و اختیار نیست (ر.ک: یحیی، ۱۵۶-۱۵۷). لذا برداشته شدن قلم تکلیف از فردی که به طور طبیعی خوابیده است، به طریق اولی از باب اخذ به مفهوم موافق می‌تواند دلالت بر برداشته شدن قلم تکلیف از شخصی که به صورت مصنوعی از طریق هیپنوتیزم به خواب رفته است، کند. در نتیجه قلم تکلیف از وی برداشته می‌شود. از جمله روایات دلالت‌کننده بر برداشتن قلم تکلیف از شخص خواب، عبارت‌اند از:

از ابن‌ظبیان نقل شده که امام (ع) می‌فرماید: در زمان عمر زن دیوانه‌ای زنا کرده بود و او را نزد عمر آوردند عمر نیز دستور به سنگسار کردن وی داد در این هنگام حضرت علی (علیه السلام) به عمر فرمود: ای عمر مگر نمی‌دانی که قلم تکلیف از سه گروه برداشته شد و آن سه گروه عبارت‌اند از: ۱- بچه تا زمانی که محتمل شود ۲- شخص دیوانه تا زمانی که بهبود یابد ۳- شخص خوابیده تا اینکه بیدار شود^۶ (ابن بابویه، الخصال، ۹۳؛ حر عاملی، ۱/۴۵).

در باب حدود نیز آمده است:

امام صادق (ع) از امام باقر (ع) و ایشان نیز از امام علی (ع) نقل می‌کند که آن حضرت می‌فرماید: بر دسته‌هایی از افراد حد اجرا نمی‌شود که آن دسته‌ها عبارت‌اند از: ۱- شخص دیوانه تا زمانی که بهبود یابد. ۲- بچه تا زمانی که مدرک شود. ۳- شخص خوابیده تا اینکه بیدار شود^۷ (ابن بابویه، من لا یحضره

۶ «عن ابن‌ظبیان قال أتى عمرُ بائراً مجنوناً فدانت فأمراً برحمتها فقال علي (ع) أ ما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى يستيقظ»

۷ «عن حماد بن عيسى عن جعفر بن محمد عن أبيه (ع) عن علي (ع) قال لا حد على مجنون حتى يفيق و لا على صبي حتى يدرك و لا على النائم حتى يستيقظ»

الفقیه، ۵۱/۴؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۰/۱۵۲؛ حر عاملی، ۲۸/۲۲-۲۳).

همانطوری که در این روایات ملاحظه می‌شود قلم تکلیف از شخص خواب که در حین ارتکاب جرم در حالت جنون بوده‌اند، برداشته شده است.

قانون مجازات اسلامی در کتاب اول که درباره کلیات و قواعد عمومی حقوق جزاست، در بخش چهارم در بیان احکام مربوط به حدود مسئولیت جزایی، در مورد ارتکاب جرم به هنگام خواب یا بیهوشی حکم خاصی با پیروی از فقها و التزام به این دسته از روایت و متناسب با روش جزایی اسلام در ماده ۱۵۳، ارتکاب جرم به هنگام خواب و بیهوشی را مستلزم مجازات ندانسته است. قانون‌گذار در این ماده آورده است:

هرکس در حال خواب، بیهوشی و مانند آن‌ها، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، مجازات نمی‌گردد، مگر اینکه شخص با علم به اینکه در حال خواب یا بیهوشی مرتکب جرم می‌شود، عمدتاً بخواهد و یا خود را بیهوش کند.

بر این اساس در نظام کنونی حقوق موضوعه ما اگر کسی در حالت خواب یا بیهوشی مرتکب جرمی شود، اقدام او به علت فقدان قصد فعل و قصد نتیجه، باعث زوال نسبی مسئولیت جزایی مرتکب جرم خواهد شد.

لذا در این فرض، کسانی که تحت تعلیمات خاص و یا با استعداد بالقوه قدرت بر تأثیر روی اراده سایر افراد را دارا باشند، هرگاه شخص دیگری را به خواب مصنوعی هیپنوتیزمی فرو ببرند و در اثر این حالت فرد هیپنوتیزم شده مرتکب جرم سرقت شود، چون شخصی که به خواب مصنوعی فرو رفته قدرت تمیز خوب و بد اعمال خود را مرتکب جرمی چون سرقت شود، طبق قاعده (سبب اقوی از مباشر) فرد هیپنوتیزم شده مسئولیتی ندارد، بلکه اجرای مجازات حد قطع تنها بر شخص هیپنوتیزم کننده، خواهد بود.

همچنین در این فرض عدم اجرای حد قطع بر سارق هیپنوتیزم شده و اجرای حد قطع بر هیپنوتیزم کننده را می‌توان از ماده ۱۵۱ قانون مجازات اسلامی نیز استنتاج نمود، چرا که قانون‌گذار در این ماده مقرر داشته است:

هرگاه کسی بر اثر اکراه غیرقابل تحمل، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، مجازات نمی‌گردد. در جرائم موجب تعزیر، اکراه کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود. در جرائم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط رفتار می‌شود.

حال اگر قدرت و قوه واقعی خواب کننده به اندازه‌ای باشد که از مرتکب سلب اراده کند، این امر نوعی اکراه معنوی محسوب و به همین علت هم مرتکب از مجازات معاف می‌شود و اکراه کننده که فاعل معنوی

جرم است، باید به همان مجازات که در فرض مسئله حد قطع است، محکوم شود. البته توجه به این نکته نیز لازم است که مراتب هیپنوتیزم متفاوت است چه بسا اینکه در بعضی از مواقع شخص هیپنوتیزم شده هنوز دارای قدرت بر فهم و شعور قباحت عمل خواسته شده از ناحیه وی را داراست و آن را درک می‌کند که مطابق با ضابطه با توجه به اینکه در این فرض، واسطه صلاحیت برای اسناد عمل اخراج متاع از حرز را به خود به نحو حقیقت داراست، نمی‌تواند در اسناد عمل در مقایسه با سبب ضعیف‌تر تلقی شود، لذا معیار در اخراج تسببی در این فرض محقق نیست. بنابراین در این مسئله، نمی‌توان به صورت مطلق حکم به اجرای حد قطع بر هیپنوتیزور داد بلکه باید بین هیپنوتیزم شونده‌ای که دارای استقلال در رأی است به طوری که اگر هیپنوتیزور او را به سرقت امر نمی‌کرد هرگز به انجام سرقت مبادرت نمی‌ورزید و بین هیپنوتیزم شونده‌ای که این‌گونه نیست، تفصیل داد و در اولی با توجه به اینکه هیپنوتیزم شونده در حکم آلت و وسیله اخراج متاع از حرز برای هیپنوتیزور به حساب می‌آید، حکم به اجرای حد قطع بر هیپنوتیزور و در دومی نیز با در نظر گرفتن اینکه هیپنوتیزم شونده هنوز دارای استقلال در رأی است و از نظر شرعی با توجه به اینکه تمامی ملاکات سرقت و اخراج مباشرتی متاع از حرز را داراست، حکم به اجرای حد قطع بر هیپنوتیزم شونده داده شود. البته تشخیص موضوع در این خصوص از اینکه آیا اراده شخص هیپنوتیزم شده به طور کلی مسلوب است یا نه، با قاضی رسیدگی کننده است که با رسیدگی‌های لازم و اخذ نظر کارشناس تعیین می‌کند که آیا اراده مرتکب زائل گردیده است یا خیر.

صورت دوم: از آنجایی که هیپنوتیزم ممکن است به صورت غیر ارادی و به قصد انجام جرم نباشد و نیز می‌تواند به صورت ارادی و به قصد ارتکاب جرم سرقت صورت گیرد، حکم صورت اول (بودن عمل سرقت از مصادیق اخراج تسببی) فقط زمانی است که مباشر (هیپنوتیزم شده) قصد و اراده ارتکاب جرم را بواسطه هیپنوتیزم نداشته باشد. لذا در صورتی که شخص هیپنوتیزم شده با اراده خود به هیپنوتیزم و خواب رفته و این امور را به انگیزه و قصد ارتکاب جرم سرقت و خروج متاع از حرز انجام دهد، حد قطع بر هیپنوتیزم کننده جاری نمی‌شود، بلکه شخص هیپنوتیزم شده محکوم به اجرای حد قطع خواهد بود. بر این اساس باید موضوع را تفکیک کرد و میان حکم صورت اول و دوم فرق قائل شد و تنها صورت اول را از مصادیق اخراج تسببی دانست و حد را بر سبب (هیپنوتیزور) اجرا کرد و در صورت دوم به خاطر اینکه معیار اخراج تسببی در آن وجود ندارد، حد قطع بر شخص هیپنوتیزم شده اجرا خواهد شد؛ زیرا اجرای حد بر هیپنوتیزم شونده در صورت دوم و شمردن نشدن اخراج در این صورت از جمله مصادیق اخراج تسببی، بر حسب مقتضای قاعده «الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار» است. توضیح اینکه این قاعده در مواردی هم چون تجری، اجتماع امر و نهی و ترتب در علم اصول به کار می‌رود و در فقه نیز برخی از مشکلات از

طریق این قاعده حل می‌شود. کاربرد این قاعده در جایی است که مکلفی با اختیار خویش کاری انجام دهد که به سلب اختیار از او و مضطر شدن وی منجر گردد. به عبارت دیگر کاری که انسان به دست خود به واسطه انجام مقدمات آن، خود را در آن بی‌اختیار و مضطر کرده باشد، با اختیاری بودن، منافات ندارد. اصولیان بر این اعتقادند که این اضطرار با مسئول بودن او در نظر عقل و شرع منافات ندارد؛ یعنی اگر اساس و ریشه اضطرار شخص مکلف، سوء اختیار او باشد، این امر موجب معذوریت او نمی‌گردد و هم چنان مسئولیت عدم انجام تکلیف خویش را بر عهده دارد (خراسانی، ۱۷۳ - ۱۷۴؛ طباطبایی قمی، ۱/۱۵۱ و ۱۹۶؛ نانینی، أجدود التقريرات، ۱/۱۵۰؛ مظفر، ۱/۳۴۱؛ صدر، بحوث فی علم الأصول، ۱۲۱/۵). مستند این قاعده گذشته از عقل و تسالم و اجماع اصولیان بر آن، مهم‌تر از همه، آیه «إِنَّ اللَّهَ لَا يَظْلِمُ النَّاسَ شَيْئًا وَ لَكِنَّ النَّاسَ أَنْفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ» است. در پرتو این آیه می‌توان گفت: که انسان در سایه انجام یک رشته کارهای اختیاری، در خود حالتی را به وجود می‌آورد که نتیجه آن جز ضلالت و گمراهی، کج روی و لغزش و واژگون بینی و بد فهمی، چیزی نیست و همه این حالات، مرهون کارهای اختیاری و ابتدائی اوست. لذا عقاب و ظلمی که مترتب بر این گمراهی است، مستند به خود اوست و خداوند هرگز به کسی ظلم نمی‌کند (مصطفوی، ۶۹).

در فرض مسئله نیز چنانچه شخصی که تحت تأثیر هیپنوتیزم به خواب مصنوعی فرو می‌رود، با سبق تصمیم و آگاهانه و وحدت قصد مجرمانه با شخص هیپنوتیزم کننده، خود را آزادانه در معرض تلقینات او قرار دهد و جرمی مرتکب شود، نمی‌تواند از مسئولیت جزایی مبرا شناخته شود، بلکه هر دو مسئول خواهند بود. منتها با توجه به اینکه شخص هیپنوتیزم شده متاع را از حرز خارج ساخته است، مجازات اجرای حد قطع تنها بر وی جاری است. لذا اگر شخص هیپنوتیزم شده پیش از آن که به خواب مصنوعی فرو رود، بداند که در خواب به ارتکاب جرم سرقت وادار خواهد گردید و با این حال با اراده خود به قصد انجام سرقت، هیپنوتیزم شود، در این صورت نمی‌توان گفت جرم ارتكابی او در خواب فاقد مسئولیت جنایی است، زیرا به حکم «الامتناع بالاختیار، لاینافی الاختیار»، چون او با اراده خود، خود را در اختیار خواب کننده قرار داده، و در نتیجه از خود سلب اختیار کرده است، قانونه مختار تلقی می‌شود و کارهای مجرمانه‌ای که مرتکب شده است فاقد عنصر روانی و فاقد مسئولیت جنایی نخواهد بود.

قانون مجازات اسلامی نیز در ضمن ماده ۱۵۳ چنانکه گذشت، پس از اینکه ارتکاب جرم در حالت خواب و بیهوشی را مستلزم مجازات ندانست، در ادامه با تبعیت از این قاعده، استثنایی را متذکر شده است از اینکه: «مگر اینکه شخص با علم به اینکه در حال خواب یا بیهوشی مرتکب جرم می‌شود، عمداً بخوابد و یا خود را بیهوش کند.»

لذا بر حسب مفاد ماده ۱۵۳ قانون مجازات اسلامی، حد قطع در صورت دوم بر شخص هیپنوتیزم شده جاری می‌شود.

صورت سوم: اگر شخصی، دیگری را هیپنوتیزم کند و آن دیگری نیز شخص دیگری را هیپنوتیزم کند، آنگاه آن شخص (شخص سوم) نیز متاع را از حرز اخراج کند، حکم این صورت از مسأله، با توجه به فرض‌های مختلف تغییر پیدا می‌کند:

فرض اول: اگر شخص هیپنوتیزم شده اول، هنوز دارای استقلال در رأی و قدرت بر درک و فهم قباحت عمل خواسته از وی را دارا باشد در حالی که شخص هیپنوتیزم شده دوم قدرت بر درک زشتی عمل خواسته شده از وی را نداشته باشد و همچنین علم به وقوع جرم سرقت در حالت هیپنوتیزم نداشته باشد، گرچه با اراده خود هیپنوتیزم شود، در این فرض حد قطع تنها بر شخص هیپنوتیزم شده اول جاری می‌شود؛ چرا که وی به نحو حقیقت، صلاحیت برای اسناد عمل اخراج متاع از حرز را به خود داراست و در مقایسه با سبب ضعیف‌تر تلقی نمی‌شود. همچنین شخص هیپنوتیزم شده دوم نیز از آنجایی که هیچ درکی نسبت به قباحت عمل خواسته شده را ندارد، صلاحیت برای اسناد عمل را دارا نیست بلکه در حکم آلت و وسیله برای شخص هیپنوتیزم شده اول در اخراج متاع از حرز است.

نیز اگر فرد هیپنوتیزم شده اول قدرت بر درک فعل خواسته شده از وی را دارا نباشد، ولی با علم به اینکه در حالت هیپنوتیزم، دیگری را برای انجام سرقت هیپنوتیزم می‌کند، با اراده خود هیپنوتیزم شود، و شخص هیپنوتیزم شده دوم نیز قدرت بر درک عمل خواسته شده را نداشته و همچنین علم به وقوع جرم سرقت در حالت هیپنوتیزم نداشته باشد، گرچه با اراده خود هیپنوتیزم شود، باز هم فقط با توجه به «قاعده الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار» و ماده ۱۵۳ قانون مجازات اسلامی، حد قطع تنها بر شخص هیپنوتیزم شده اول جاری است.

فرض دوم: اگر شخص هیپنوتیزم شده دوم، واجد قدرت بر درک زشتی عمل خواسته از وی باشد، بدون شک تنها حد قطع بر وی جاری می‌شود. حتی اگر در این فرض شخص هیپنوتیزم شده اول نیز قدرت بر درک قباحت عمل خواسته شده از وی را دارا باشد و یا اینکه شخص هیپنوتیزم شده اول با علم به اینکه در حالت هیپنوتیزم، شخص دیگری را برای سرقت هیپنوتیزم می‌کند و در عین حال با اراده خود هیپنوتیزم شود، باز هم حد قطع بر شخص هیپنوتیزم شده دوم جاری می‌شود؛ زیرا وی در مقایسه با سبب، ضعیف‌تر تلقی نمی‌شود بلکه صلاحیت برای اسناد عمل اخراج متاع از حرز را به نحو مباشرتی به خود داراست.

همچنین اگر در این فرض، فرد هیپنوتیزم شده دوم، با علم به اینکه در حالت هیپنوتیزم، مرتکب سرقت می‌شود، با این حال با اراده خود هیپنوتیزم شود، حد قطع با توجه به مواد با توجه به «قاعده الامتناع

بالاترین لایحه اختیاری» و ماده ۱۵۳ قانون مجازات اسلامی، قانون مجازات اسلامی تنها بر وی جاری می‌شود چرا که وی در این هنگام از آنجایی که با اختیار خود، از خود سلب اختیار کرده است، نمی‌توان گفت که فاقد عنصر روانی و مسئولیت جنایی است.

فرض سوم: شخص هیپنوتیزم شده دوم و سوم هدفشان از هیپنوتیزم شدن، سرقت نباشد و هیچ گونه شعور و درکی نسبت به عمل خواسته شده از آن‌ها نداشته باشند. در این فرض حد قطع تنها بر هیپنوتیزور (شخص اول) جاری می‌شود چرا که شخص هیپنوتیزم شده اول و دوم تنها به مثابه آلت و وسیله برای خروج متاع از حرز است و از خود اختیاری ندارد تا اینکه صلاحیت برای اسناد عمل اخراج متاع از حرز را به خود داشته باشند. لذا با توجه به برداشته شدن قلم تکلیف از شخص خواب و با در نظر گرفتن ماده ۱۵۱ و ۱۵۳ قانون مجازات اسلامی، شخص هیپنوتیزم شده مسئولیت جنایی نخواهد داشت، بلکه طبق قاعده طبق قاعده (سبب اقوی از مباشر) مسئولیت جرم سرقت بر فرد هیپنوتیزم کننده است، لذا حد قطع با توجه به استناد اخراج متاع از حرز به او، تنها بر وی اجر خواهد شد. لازم به ذکر است که در صورت سوم، تنها در این فرض، حد قطع بر هیپنوتیزور (شخص اول) جاری می‌شود.

با توجه به مطالب گفته شده در حکم صورت اول و دوم سرقت‌های هیپنوتیزمی، می‌توان حکم صورت‌های دیگر از سرقت‌های هیپنوتیزمی مشابه را استنتاج نمود که از باب رعایت حفظ کمیت مقاله از آوردن تفصیل حکم آن‌ها پرهیز کرده و تنها به صورت فهرست‌وار به برخی از این صور اشاره می‌کنیم. صورت اول: شخصی، دیگری هیپنوتیزم کند و آن دیگری نیز شخص دیگر را هیپنوتیزم کند و شخص هیپنوتیزم شده دوم نیز شخص دیگری را هیپنوتیزم کند و آنگاه آن شخص هیپنوتیزم شده سوم متاع را از حرز خارج نمایند.

صورت دوم: شخصی، دو نفر را هیپنوتیزم کند و آن دو نفر نیز شخص دیگر را هیپنوتیزم کند و آنگاه آن شخص متاع را از حرز خارج کنند.

صورت سوم: شخصی، دیگری را هیپنوتیزم کند و آن دیگری نیز دو نفر دیگر را هیپنوتیزم کند و آنگاه آن دو نفر به صورت مشارکتی متاع را از حرز خارج کنند.

بر این اساس با معیار قرار دادن ضابطه اخراج متاع از حرز در مجموع باید گفت: در سرقت هیپنوتیزمی، اگر شخص هیپنوتیزم شده، صلاحیت برای اسناد عمل اخراج متاع از حرز دارا باشد، بدون شک حد قطع تنها بر وی جاری می‌شود، ولی اگر به دلایل مختلفی صلاحیت برای این اسناد را دارا نباشد، حد قطع بر وی جاری نشده بلکه فقط بر هیپنوتیزم کننده جاری می‌شود.

حکم موارد مشتبّه اخراج متاع از حرز در سرقت‌های هیپنوتیزی

نکته مهم اینکه در سرقت‌های هیپنوتیزی، اگر در مواردی به دلایل مختلفی شک حاصل شود در اینکه آیا اخراج متاع از حرز به عنوان یکی از شرایط سرقت مستوجب حد رخ داده است یا نه، با توجه به اینکه شبهه مفهومی است و امر نیز دائر بین اقل و اکثر است علی القاعده باید تمسک به عموم آیه سرقت (المائده: ۳۸) در این زمینه شود و به تبع آن حد قطع اجرا گردد منتها با توجه به اینکه تحقق اخراج متاع از حرز با در نظر گرفتن روایت صحیحه محمد بن مسلم در مفهوم سرقت دخالت دارد، آیه سرقت عموم خود را از دست داده و دیگر نمی‌توان به آن تمسک کرد. لذا از جهت اینکه تمسک به عموم آیه سرقت امکان ندارد، با وجود حیرت و سرگردانی و شبهه به مقضای قاعده درء تمسک بسته می‌شود و در نتیجه حد قطع اجرا نمی‌گردد.^۸

تبیین این مطلب به صورت خیلی خلاصه از این قرار است:

مطابق با مضمون این روایت، محمد بن مسلم می‌گوید: از امام صادق (ع) سؤال کردم، در چه مقداری دست دزد قطع می‌شود؟ فرمودند: در ربع دینار، عرض کردم: دو درهم؟ فرمود: در ربع دینار، قیمت دینار به هر اندازه برسد. عرض کردم: آیا بر کسی که کمتر از ربع دینار سرقت کرده عنوان دزد صدق می‌کند؟ و نزد خداوند سارق محسوب می‌شود؟ فرمودند: هر کسی از مال مسلمانی، چیزی را که در حرز و محفظه‌ای نگهداری می‌کند، بدزدد عنوان سارق بر او اطلاق می‌شود و نزد خداوند سارق است ولی برای او کیفر قطع ید نیست مگر در ربع دینار یا بیشتر. اگر دست سارقین در کمتر از ربع دینار، بریده می‌شد عموم مردم را دست بریده می‌یافتی (کلینی، ۲۲۱/۷؛ طوسی، تهذیب، ۹۹/۱۰؛ همو، الاستبصار، ۴/۲۳۸؛ حر عاملی، ۲۴۳/۲۸).

اگر از سند^۹ آن بگذریم، در مورد دلالت این روایت می‌توان گفت که ضمیر در «قد حواه و أحرزه» ظاهراً به مسلم (المسروق عنه) بر می‌گردد (فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۵۳۳-۵۳۵) زیرا اگر این

۸. البته توجه اکید به این نکته نیز لازم است که اگر شمولیت در آیه شریفه سرقت به واسطه دلالت الف و لام در «السارق و السارقة» نباشد از جهت اینکه این الف و لام بر روی سارق در آیه شریفه مفید استغراق نیست، در این صورت عموم نه بر حسب وضع، بلکه به صورت اطلاقی و مستفاد از مقدمات حکمت است.

۹. سند این روایت در کافی عبارت است از: «محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن أبي أيوب عن محمد بن مسلم قال قلت لأبي عبد الله (ع)... قال...» و در تهذیب و استبصار عبارت است از: «محمد بن الحسن عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن أبي أيوب عن محمد بن مسلم قال قلت لأبي عبد الله (ع)... قال...». حسن بن محبوب سراد (نجاشی، الرجال، ۱۴۰ و ۱۶۰؛ طوسی، الفهرست، ۱۲۳؛ همو، الرجال، ۳۳۴ و ۳۵۴؛ علامه حلی، خلاصه، ۳۷)، محمد بن یحیی ابو جعفر عطار قمی (نجاشی، ۳۵۴؛ علامه حلی، خلاصه، ۱۵۷؛ ابن داود، ۳۴۰)، ابراهیم ابو ایوب خراز کوفی (طوسی، الفهرست، ۱۹؛ کشی، ۳۶۶؛ نجاشی، ۲۰؛ علامه حلی، خلاصه، ۵)، احمد بن محمد بن عیسی اشعری (نجاشی، ۵۹ و ۸۳؛ کشی، ۵۹۶؛ طوسی، الفهرست، ۶۱؛ همو، الرجال، ۳۵۱؛ علامه حلی، خلاصه، ۱۴) و محمد بن

ضمیر مطابق با احتمال بعضی از فقها (خوانساری، ۱۳۶/۷-۱۳۹) به سارق (من سرق) بر گردد از آنجایی که امام در مقام بیان ماهیت عمل سرقت و عنوان سارق است، لازمه‌اش آن است که مخفی کردن مال مسروقه پس از سرقت توسط سارق، جزئی از مفهوم سرقت در نظر گرفته شود و به تبع آن یکی از شرائط سرقت مستوجب حد محسوب شود به طوری که حد سرقت به واسطه فقدان این شرط از باب سالبه به انتفاء موضوع (سرقت) برگردن شخص رباینده ثبوت پیدا نکند. حال با حفظ این مطلب با تتبع در عبارات فقها و با امعان نظر در سخنانشان می‌توان گفت که هیچ‌یک از فقها نه این شرط را جزء مفهوم سرقت ذکر کرده‌اند و نه آن را در زمره شرائط سرقت مستوجب حد می‌دانند علاوه بر اینکه در روایات نیز غیر از روایت محمد بن مسلم با فرض پذیرفتن ارجاع ضمیر به سارق، هیچ اشاره‌ای به بودن آن نه به عنوان جزئی از مفهوم سرقت و نه به عنوان یکی از شرائط سرقت مستوجب حد، نشده است. حتی یک روایت نیز نمی‌تواند موید این احتمال در نظر گرفته شود در نتیجه با مرجع ضمیر دانستن سارق (من سرق) در روایت محمد بن مسلم مخالفت با سخنان تمامی فقها و روایات وارده در زمینه سرقت حاصل می‌شود در حالی که با مرجع ضمیر دانستن مسلم (المسروق عنه) در این روایت نه تنها موافقت با روایات زیاد دال بر اعتبار حرز حاصل می‌شود بلکه با سخن تمامی فقها از جهت اینکه حرز را از شرائط سرقت مستوجب حد دانسته‌اند نیز موافقت شده است. بنابراین مرجع ضمیر قطعاً مسلم (المسروق عنه) است و به تبع آن حرزیت اموال با توجه به این روایت از جمله ارکان مفهوم سرقت و داخل در ماهیت آن است. در نتیجه تعریف سرقت با توجه به روایت صحیحه محمد بن مسلم می‌شود: «ربودن اموال به نحو پنهانی از حرز به صورت ناحق».

حال با حفظ این مطالب چیزی که از مفهوم سرقت (ربودن اموال به نحو پنهانی از حرز به صورت ناحق) با در نظر گرفتن مناسبت حکم (ربودن) و موضوع (اموال درون حرز) به ذهن تبادر پیدا می‌کند، آن است که شخص متاع را از حرز نیز باید خارج کند.

گذشته از اینکه امام در روایت صحیحه فوق در مقام بیان تعریف سرقت آن را ربودن اموال از حرز می‌داند. بنابراین شکی نیست که امام با آوردن شرطیت حرزیت اموال در مفهوم سرقت در مقام بیان هر چیزی که مربوط به حرز و در عین حال در مفهوم سرقت دخیل باشد، است. با حفظ این نکته امام پس از تعریف مفهوم سرقت در ادامه می‌فرماید: «و لکن لا یقطع إلا فی ربع دینارٍ أو أكثر» که مفهوم این جمله آن است که این طور نیست که سرقت- که ربودن از حرز است- در تمامی اموال موجب حد قطع شود بلکه این سرقت تنها در ربع دینار و یا بالاتر از آن موجب اجرای حد قطع می‌شود. لذا مستفاد از این جمله آن

مسلم تقفی (برقی، ۱۷؛ نجاشی، ۳۲۳ - ۳۲۴) همگی امامی ثقه و از اجلاً محسوب می‌شوند و محمد بن مسلم تقفی (کشی، ۲۳۸) و همچنین حسن بن محبوب البته بنا بر قولی (کشی، ۵۵۶) در این روایت از اصحاب اجماع نیز هستند.

است که صدق مفهوم سرقت (ربودن اموال از حرز) به علاوه ارزش داشتن اموال سرقتی به اندازه یک چهارم دینار، مستوجب حد است. شکی نیست که اخراج متاع از حرز نیز به اجماع فقها از شرائط سرقت حدی است. لذا اخراج متاع از حرز نیز - با توجه به اینکه امام در مقام بیان هر چیزی است که مربوط به حرز است و در عین حال در مفهوم سرقت دخیل است - داخل در مفهوم سرقت است و به ناچار مستفاد از کلمه سرق است وگرنه لازم می‌آید که اخراج متاع از حرز جزء شرائط سرقت حدی نباشد. بنابراین با معتبر بودن اخراج متاع از حرز در سرقت حدی و در عین حال در مقام بیان بودن امام در مورد حرز در تعریف مفهوم سرقت و بودن اجزای مفهوم سرقت به عنوان جزئی از شرائط سرقت مستوجب حد در این روایت به ناچار می‌تواند کاشف از آن باشد که اخراج متاع از حرز جزئی از مفهوم سرقت و متبادر از کلمه «سرق» در این روایت است. حال با حفظ معتبر بودن حرزیت اموال و اخراج متاع از حرز در مفهوم سرقت، در هنگام شک در حرزیت اموالیا تحقق اخراج متاع از حرز اگرچه شبهه مفهومی است و امر نیز دائر بین اقل و اکثر است و به تبع آن می‌بایست به عموم آیه سرقت تمسک شود (آخوند خراسانی، ۲۲۰؛ تبریزی، ۴۹؛ بروجردی، ۴۹۲/۱؛ حسینی فیروزآبادی، ۲۶۰/۲؛ نائینی، فوائد الأصول، ۵۲۴/۲؛ سبحانی، درس خارج اصول) و حد قطع را بر سارق اجرا کرد منتها با معتبر بودن تحقق اخراج متاع از حرز در مفهوم سرقت آیه عموم خود را از دست داده و دیگر نمی‌توان به عموم آن تمسک جست لذا به خاطر حیرت، سرگردانی و شبهه در این هنگام به مقتضای قاعده درء تمسک بسته می‌شود و نتیجتاً حد قطع از سارق دفع می‌شود.

نتیجه‌گیری

۱. سرقت به نحو هیپنوتیزم با توجه به ضابطه اخراج متاع از حرز، در بعضی از صور مستوجب اجرای حد قطع بر هیپنوتیزور است و آن زمانی که اخراج متاع از حرز به عنوان یکی از مصادیق اخراج تسبیبی، به وی نسبت داده شود. به این صورت که هیپنوتیزور، شخص را به خاطر سرقت و اخراج متاع از حرز هیپنوتیزم کند و یا اینکه آن شخص را به خاطر اینکه شخص دیگری را برای انجام سرقت هیپنوتیزم می‌کند، با تلقینات و فنون خاصی هیپنوتیزم کند و شخص یا اشخاص هیپنوتیزم شده نیز اولاً دارای قدرت بر درک قباحت عمل خواسته از وی را نداشته باشند و ثانیاً علم به وقوع جرم در حالت هیپنوتیزم نداشته باشند؛ زیرا در این صورت سوژه به منزله وسیله و آلت برای خروج متاع از حرز محسوب شده و در مقایسه با سبب ضعیف‌تر تلقی می‌شود. اما اگر شخص یا اشخاص هیپنوتیزم شده قدرت بر درک عمل خواسته شده را دارا باشند و یا با علم به اینکه در حالت هیپنوتیزم، عمل سرقت و اخراج متاع از حرز را انجام می‌دهند، با اراده خود هیپنوتیزم شوند، در این حالت با توجه به فقدان ضابطه اخراج تسبیبی و شمرده شدن مورد از مصادیق

اخراج مباشرتی توسط سوژه، حد قطع تنها بر سوژه اجرا می‌شود. البته در صورت تعدد سوژه‌ها، حد قطع تنها بر سوژه ای اجرا می‌شود که صلاحیت برای اسناد اخراج مباشرتی یا تسبیبی متاع از حرز را به خود داشته باشد.

۲. در موارد مشتبه اخراج متاع از حرز، با توجه به مدخلیت اخراج متاع از حرز در مفهوم سرقت، تمسک به عموم عام صحیح نبوده، بلکه در این هنگام برای خروج از حیرت و شک و شبهه، به مقتضای قاعده درء تمسک جسته و اجرای حد قطع منتفی می‌شود.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية فی غریب الحدیث و الاثر*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول، بی‌تا.
- ابن‌ادریس، محمد بن‌احمد، *السرائر*، قم، جامعه مدرسین، چاپ دوم، ۱۴۰۶ ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *الخصال*، قم، جامعه مدرسین، بی‌تا.
- _____، *کتاب من لایحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.
- ابن‌براج، عبدالعزیز بن‌نحیر، *المهذب*، قم، جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- ابن‌حمزه، محمد بن علی، *الوسيلة*، قم، انتشارات کتابخانه آیه‌الله مرعشی‌نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- ابن‌زهرة، حمزة بن علی، *غنية النزوع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- ابن‌فارس، احمد بن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- ابن‌قدامه المقدسی، عبد الرحمن بن محمد، *شرح کبیر المعنی*، بیروت، دارالکتب العلمیة، بی‌تا.
- ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد، *المعنی*، بیروت، دارالکتب العلمیة، بی‌تا.
- ابن‌منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
- اورماند، مک‌گیل، *دائرة المعارف هیپنوتیزم*، ترجمه رضا جمالیان، تهران، انتشارات جمال‌الحق، چاپ اول، ۱۳۷۲.
- بجنوردی، حسن، *منتهی الاصول*، قم، مکتبه بصیرتی، چاپ اول، بی‌تا.
- برقی، احمد بن محمد، *الرجال*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳.
- بروجردی، حسین، *الحاشیة علی الكفایة*، بی‌جا، انتشارات انصاریان، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- بیهقی نیشابوری کیدری، محمد بن حسین، *اصباح الشیعة*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- تبریزی، جواد، *درس خارج فقه الحدود*، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.
- تبریزی، غلامحسین، *اصول المهذب*، بی‌جا، چاپ طوس، چاپ اول، بی‌تا.
- تقی‌الدین حلی، حسن بن علی، *الرجال*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۳ ق.

- جزیری، عبدالرحمن، *الفقه على المذاهب الأربعة*، بیروت، دارالثقلین، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- خامنه‌ای، علی، *أجوبة الاستفتاءات (فارسی)*، قم، دفتر معظم له، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- خمینی، روح الله، *استفتاءات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۶.
- _____، *تهذیب الأصول*، مقرر: جعفر سبحانی، قم، دار الفکر، چاپ اول، ۱۳۶۷.
- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، تهران، مؤسسه نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، بی‌جا، بی‌نا، چاپ اول، بی‌تا.
- _____، *مصباح الاصول*، قم، نشر الفقاهة، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- رضایی مهر، حسین، «معجزه و پدیده‌های خارق العاده و فراروان‌شناختی»، *نشریه معرفت*، شماره ۱۱۳، ۱۳۸۶، ص ۹.
- زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- زمخشری، محمود بن عمر، *اساس البلاغة*، بیروت، دار صادر، چاپ اول، ۱۹۷۹ م.
- زمردیان، احمد، *حقیقت روح*، بی‌جا، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۶۸.
- سبحانی، جعفر، *درس خارج اصول*، مقرر: مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة با حاشیه کلاتر*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- _____، *مسالك الافهام*، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.
- صدر، محمد باقر، *بحوث فی علم الاصول*، بیروت، الدار الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- طباطبایی قمی، تقی، *آراؤنا فی أصول الفقه*، قم، محلاتی، چاپ اول، ۱۳۷۱.
- طوسی، محمد بن حسن، *الاستبصار*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۳۹۰ ق.
- _____، *التبیان*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی‌تا.
- _____، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- _____، *الرجال*، قم، جامعه مدرسین، چاپ سوم، ۱۴۲۷ ق.
- _____، *الفهرست*، نجف اشرف، المكتبة الرضویة، چاپ اول، بی‌تا.
- _____، *المبسوط*، تهران، المكتبة المرتضویة، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- _____، *النهاية*، بیروت، دارالکتب العربی، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.
- _____، *تهذیب الاحکام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.

- علامه حلی، حسن بن یوسف، *ارشاد الاذهان*، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- _____، *خلاصة الاقوال*، نجف اشرف، منشورات المطبعة الحیدریة، چاپ دوم، ۱۳۸۱ ق.
- _____، *تحریر الاحکام*، بی جا، بی نا، چاپ اول، بی تا.
- _____، *قواعد الاحکام*، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، *الذریعة الی اصول الشریعة*، تهران، دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۶۳.
- عمر راشد، محمد، *اصول التحقیق الجنائی فی الشریعة الاسلامیة دراسة فقهیة مقارنه*، دمشق، دارالنوادر، چاپ اول، ۱۴۲۹ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله (الحدود)*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *درس خارج فقه الحدود*، مقرر: مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام*، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- فرجی، جمال، *آشنایی با هیپنوتیزم*، قم، مؤسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان، ۱۳۹۳ ق.
- فیروزآبادی، مرتضی، *عناية الأصول*، قم، انتشارات فیروزآبادی، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.
- فیومی، احمد بن محمد، *مصباح المنیر*، قم، منشورات دارالرضی، چاپ اول، بی تا.
- قربانی، علی اصغر، *جرم شناسی و جرم یابی سرقت*، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۷۱.
- قطب، سید، *فی ظلال القرآن*، بی جا، بی نا، چاپ اول، بی تا.
- کشی، محمد بن عمر، *الرجال*، مشهد، مؤسسه نشر دانشگاه مشهد، چاپ اول، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- گلیپایگانی، محمد رضا، *درس خارج فقه الحدود*، مقرر: سید مجتبی حسین نژاد، نسخه خطی.
- محدثی، قاسم، «آموزش هیپنوتیزم، القاء و تلقین در هیپنوتیزم»، *تازه های روان درمائی*، شماره ۷ و ۸، ۱۳۷۷ ش، ص ۹۲-۹۷.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- مشکینی، علی، *مصطلحات الفقه*، بی جا، بی نا، چاپ اول، بی تا.
- مصباح یزدی، محمد تقی، *بهترین ها و بدترین ها از دیدگاه نهج البلاغه*، قم، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، چاپ پنجم، ۱۳۹۲.
- مظفر، محمد رضا، *أصول الفقه*، قم، اسماعیلیان، چاپ پنجم، ۱۳۷۵.
- نائینی، محمد حسین، *أجود التقریرات*، قم، مطبعة العرفان، چاپ اول، ۱۳۵۲.
- _____، *فوائد الأصول*، قم، جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- نجاشی، احمد بن علی، *الرجال*، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۰۷ ق.

یحیی، بندر بن عبدالعزیز، *التحقیق الجنائی فی الفقه الاسلامی*، ریاض، دار کنوز اشبیلیا للنشر و التوزیع، ۱۴۲۷ق.

یزدی، محمد، *فقه القرآن*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۱۵ق.

نرم افزارها:

نرم افزار *پرسمان*، نهاد نمایندگی مقام معظم رهبری در دانشگاه‌ها.



شرط خیار در عقد کفالت از منظر فقه تطبیقی*

دکتر حیدر باقری اصل^۱

استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

Email: bagheriasl@tabrizu.ac.ir

دکتر سعیده باقری اصل

دکترای حقوق خصوصی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران

Email: S.bagheriasl@yahoo.com

چکیده

عقد کفالت یکی از عقود لازم است. هر چند طبق اصول حاکم بر عقود لازم، اشتراط خیار در این عقود، جایز است، ولی قانون‌گذار به صحت یا بطلان شرط خیار در عقد کفالت تصریح نکرده، بلکه ساکت مانده و این سؤال اساسی همچنان مطرح است که: «حکم شرط خیار در عقد کفالت چیست؟». نظریه‌های متعددی در این مسأله از سوی فقیهان مذاهب اسلامی ارائه شده و ضرورت دارد از طریق بررسی تطبیقی و نقد نظریه‌های مطرح شده، نظریه معتبر فقهی و به تبع آن وضعیت قانونی تعیین گردد. تحقیق حاضر در صدد است تکلیف صحت یا بطلان شرط خیار در عقد کفالت را در جهت فتوای معتبر فقیهان امامیه با روش توصیفی و استنباط از منابع فقهی و با ابزار استنادی کتابخانه‌ای تعیین کند. به عنوان مهم‌ترین یافته تحقیق می‌توان گفت که اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح است و علاوه بر شرط، عقد کفالت نیز صحیح است. بنابراین، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار به جواز و صحت اشتراط خیار در عقد کفالت طی ماده‌ای تصریح کند و به مناقشات موجود پایان دهد.

کلیدواژه‌ها: شرط خیار، کفالت، لزوم، عهدی، تبعی.

* مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۱۰/۱۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۸/۱۷.

۱. نویسنده مسئول

Stipulation of Option in the Bail Contract (Kafala) from the Perspective of Comparative Jurisprudence

Haidar Bagheri Asl, (Corresponding author) Ph.D., Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran

Saeideh Bagheri Asl, Ph.D., Private Law, Tabriz Branch, Islamic Azad University, Tabriz, Iran

Abstract

Bail (Kafala) is an irrevocable contract. Although under the principles applicable to irrevocable contracts, stipulation of option in these contracts is permitted, the legislator has not declared whether such stipulation is valid or void. Therefore, the main question remains what is the remedy of stipulation of option in bail contract? Different opinions have been suggested by Islamic jurists and it is necessary to determine the valid opinion and accordingly, the legal status through comparative study and criticizing the suggested opinions. The purpose of the present paper is to determine whether stipulation of option in bail contract is valid or void according to valid fatawi (verdicts) through descriptive method and destruction of valid jurisprudence sources and library tools. As the most important result of this research we can say that stipulation of option in bail contract is valid and in addition to the stipulation, the contract is valid as well. Therefore, the legislator is recommended to enact an article and declare the validity of stipulation of option in bail contract and end the current controversies.

Keywords: stipulation of option, bail contract, irrevocability, promissory contract, collateral

مقدمه

کفالت عقدی است که به موجب آن، احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند (قانون مدنی، ماده ۷۳۴). عقد کفالت، عقدی معین، لازم (امامی، ۳۰۴/۲)، تبعی (جعفری لنگرودی، ۴۵۵)، عهدی (همو، ۴۵۹) و تبرعی است (همو، ۴۵۶). هرکدام از ویژگی‌های مذکور در امکان اشتراط خیار یا بطلان آن در کفالت مؤثر است. بدین توضیح که: اولاً، مطابق قواعد حاکم بر عقود لازم، شرط خیار در هر عقد لازم و از جمله عقد کفالت، جایز است. به این استدلال که هرچند عقد کفالت نیز از عقود معین، لازم و تبعی است و مانند سایر عقود لازم، از قواعد و اصول حاکم بر عقود لازم تبعیت می‌نماید، ولی با این وصف، احتمال می‌رود عدم تصریح به اشتراط خیار در عقود لازم، به منزله تصریح اشتراط خیار در عقد کفالت نباشد و عقد کفالت در این خصوص، مقررات دیگری داشته باشد. قانون‌گذار نیز به صحت یا بطلان شرط خیار در عقد کفالت تصریح نکرده، بلکه ساکت مانده و موجب این سؤال اساسی تحقیق شده است که: «حکم شرط خیار در عقد کفالت چیست؟» و ثانیاً، هرچند این احتمال وجود دارد که عدم امکان اشتراط خیار در عقد کفالت به سه ویژگی عهدی، تبعی و تبرعی بودن آن مربوط باشد، ولی جواب نقضی ادعای مذکور این است که عقد حواله نیز دارای اوصاف مذکور است ولیکن قانون مدنی در ماده ۷۳۲، شرط خیار را در آن پذیرفته است. بنابراین، ادعای مذکور تام نیست و باید دلیل سکوت قانون‌گذار در جواز و بطلان اشتراط خیار در عقد کفالت معلوم گردد. متأسفانه تاکنون محققان حقوق موضوعه بحثی را در جواز و بطلان اشتراط خیار در عقد کفالت به میان نیاورده و پاسخ سؤال مذکور را مورد بررسی حقوقی قرار نداده و تکلیف قانونی مسأله را تعیین نکرده‌اند.

مشکل دیگر مسأله آن است که اشتراط خیار در عقد کفالت محل مناقشه فقیهان مذاهب اسلامی نیز شده و نظریه‌های متعددی در این مسأله ارائه شده است، ولی تاکنون محققان حقوق اسلامی صحت و سقم نظریه‌های مطرح شده فقیهان مذاهب اسلامی را مورد بررسی فقهی قرار نداده‌اند که خود موجب طرح این سؤال شده که: «کدام نظریه از میان نظریه‌های مطرح شده مذاهب اسلامی معتبر است؟»

بنابراین، در این زمینه خلأ علمی وجود دارد و ضرورت دارد نظریه معتبر فقیهان در تعیین «حکم شرط خیار در عقد کفالت» از طریق بررسی و نقد نظریه‌های مطرح شده تحصیل گردد. ضرورت بررسی حقوقی مسأله در فقدان قانون در این مورد است و ضرورت بررسی فقهی مسأله در مرجع دانستن فتوای معتبر فقیهان امامیه در موارد سکوت، ابهام، اجمال و فقدان قانون وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده سوم قانون آئین دادرسی مدنی است. تحقیق حاضر این مسأله مهم را با روش توصیفی و استنباط از منابع فقهی و با ابزار استنادی کتابخانه‌ای انجام داده و برای نیل به این مقصود، ابتدا سؤالات

تحقیق، سپس نظریه‌های موجود در مسأله و بعد ادله هرکدام از آن‌ها را طرح کرده و آنگاه هرکدام از ادله نظریه‌ها را مورد نقد و ارزیابی قرار داده و در نهایت، نظریه منطبق با حقوق امامیه را برگزیده است.

نظریه‌های موجود در مسأله

فقیهان مذاهب اسلامی سه نظریه را در اشتراط خیار در عقد کفالت طرح کرده‌اند: نظریه نخست: در مسأله، بطلان عقد کفالت را علاوه بر بطلان شرط خیار اعلام نموده و هم شرط و عقد را باطل دانسته؛ نظریه دوم: بطلان شرط تنها را با شرط خیار در عقد کفالت ارائه داده، ولی عقد کفالت را صحیح اعلام کرده؛ نظریه سوم: علاوه بر صحت شرط، بر صحت عقد کفالت نیز تاکید کرده است. هرکدام از این سه نظریه، ادله خاصی را در توجیه نظریه خود آورده‌اند، به طوری که لازم است ضمن طرح هرکدام از نظریه‌های مذکور و ادله مربوط آن، به نقد و ارزیابی ادله هرکدام پرداخته شود تا حکم منطبق با حقوق اسلام و ایران و به ویژه امامیه تعیین گردد.

نظریه اول: بطلان شرط و عقد

مذهب شافعی بر بطلان عقد کفالت در صورت، اشتراط خیار در آن قائل شده و سخن امام شافعی، بنیان‌گذار مذهب شافعی، بدین شرح مورد نقل قرار گرفته است:

«اگر شرط خیار در عقد کفالت شود، [علاوه بر بطلان شرط] عقد کفالت باطل می‌گردد» (ماوردی، ۱۷۰/۶؛ ابواسحاق شیرازی، ۱/۳۵۰؛ الشاشی، ۵/۷۴؛ ابن قدامه، ۵/۹۶؛ رافعی قزوینی، ۵/۱۶۷؛ ابن قدامه مقدسی، ۵/۱۰۰-۱۰۱). علامه حلی نیز با نقل مطلب مذکور از قول شافعی نوشته است:

«اگر در عقد کفالت، شرط خیار گردد، عقد کفالت باطل می‌شود، زیرا کفالت عقدی است که شرط خیار در آن جایز نیست» (حلی، تذکره الفقهاء، ۱۴/۳۹۰).

ادله نظریه بطلان شرط و عقد و ارزیابی آن‌ها

ادله متعددی در نظریه بطلان شرط و عقد کفالت در صورت اشتراط خیار در آن، قابل طرح است، ابتدا آنها را ذکر می‌کنیم و سپس مورد نقد و ارزیابی قرار می‌دهیم.

دلیل اول: تشبیه کفالت به بیع صرف و سلم در اشتراط خیار

امام شافعی در توجیه عدم جواز شرط خیار در عقد کفالت، مقرر کرده است:

«اگر خیار را در عقد کفالت شرط کند، عقد کفالت مانند عقد بیع سلم و صرف باطل می‌گردد»

(ماوردی، ۱۷۰/۶؛ ابواسحاق شیرازی، ۱/۳۵۰؛ الشاشی، ۵/۷۴؛ ابن قدامه، ۵/۹۶؛ رافعی قزوینی، ۵/

۱۶۷؛ ابن قدامه مقدسی، ۵/۱۰۰-۱۰۱).

ابن ادریس حلی مطلبی در اشتراط خیار در بیع صرف و سلف دارد که مقصود اهل سنت را در تشبیه کفالت به بیع صرف در عدم اشتراط خیار در آن توضیح می‌دهد، هرچند وی اشتراط خیار در بیع سلم را پذیرفته و در نتیجه، تشبیه مذکور را بی مورد دانسته است. ایشان آورده است:

«خیار شرط به اجماع فقیهان در بیع صرف وارد نمی‌شود، زیرا یکی از شرایط صحت بیع صرف، قبض مورد آن قبل از تفرق از مجلس معامله است، ... ولی مانعی از دخول خیار شرط در بیع سلم نیست و عموم خبر [المؤمنون عند شروطهم] اقتضای ورود آن در بیع سلم دارد» (ابن ادریس، ۲/۲۴۴).

نقد و ارزیابی

هرچند قول مذکور ابن ادریس مطابق قول اهل سنت در اشتراط خیار در بیع صرف است، به طوری که برخی ادعا کرده‌اند که فقیهان امامیه بر این قول اجماع دارند، ولی تحقیق از حال اجماع مذکور نشان می‌دهد که چنین اجماعی در بین فقیهان امامیه وجود ندارد و باید قائل این قول را منفرد تلقی نمود. توضیح این که بسیاری از فقیهان امامیه با این نظر مخالفت کرده و دخول شرط خیار در بیع صرف را نظیر دخول آن در بیع سلم پذیرفته و ادعای اجماع مذکور را موهوم دانسته‌اند، به طوری که صاحب جواهر می‌نویسد:

«شرط خیار در هر عقد بیعی جریان دارد، مگر این که عقد بیع موجب عتق شود، اعم از این که بیع سلم یا صرف یا غیر آن دو باشد، زیرا عمومات ادله اقتضای صحت شرط خیار مذکور را دارند؛ بلی هرچند علامه حلی در دو جای از کتاب تذکره و نیز کتاب غنیه، محکی مسبوط و خلاف و سرائر در بیع صرف با این قول مخالفت کرده و به اقتضای اعتبار قبض در مجلس معامله استدلال کرده و گفته‌اند: اقتضای آن افتراق بدون علقه است، درحالی که اشتراط خیار در آن علقه ایجاد می‌کند، ولی گفتار آن‌ها ایراد آشکار دارد و عده‌ای از فقیهان امامیه، ادعای اجماع سه تن از فقیهان مذکور در مورد عدم صحت اشتراط خیار در بیع صرف را منع کرده و اثبات ادعای اجماع مذکور را بر عهده مدعی آن نهاده‌اند، بلکه شهید ثانی در مسالک، قول متأخرین را در منع ادعای اجماع مذکور اعلام و خود از نظر متأخرین تبعیت نموده است ... بنابراین، به نظر می‌رسد منشأ و مبنای اجماع مذکور، اشتراط قبض در مجلس معامله بیع صرف باشد که مدعی گمان کرده اشتراط خیار در بیع صرف منافات با قبض مذکور دارد و از آنجایی که عدم تنافی بین آن دو وضوح دارد، لذا این وضوح نیز در رفع گمان مذکور کفایت خواهد نمود [و به توضیح بیشتری نیاز نیست]» (صاحب جواهر، ۲۳/۶۱-۶۲).

دلیل دوم: تشبیه بطلان عقد کفالت در شرط خیار به تعلیق بیع صرف

ابن نجیم بطلان شرط خیار در عقد کفالت را به بطلان تعلیق در بیع صرف تشبیه کرده و نوشته است:

«بیش از سه بار بیان کردیم که صحت اشتراط خيار در عقد کفالت مانند صحت تعلیق بیع صرف است. بنابراین، هر جا تعلیق صحیح باشد یا باطل، آنجا نیز اشتراط خيار صحیح یا باطل خواهد بود» (ابن نجیم، ۲۲۱/۶).

نقد و ارزیابی

برای نقد و ارزیابی نظریه ابن نجیم، ابتدا باید اصطلاحات انشا، منشاء، انشای منجز، انشای معلق، عقد منجز، عقد معلق، تعلیق در انشا و تعلیق در منشاء، تعریف شوند.

هر عقدی با انشای مربوط به خود تحقق می‌یابد. انشا عبارت از لفظی است که موجد معنی در نفس الامر باشد، به طوری که قابل صدق و کذب نباشد؛ مثل این که فروشنده به اراده جد برای خریدار بگوید: این خانه را به فلان مبلغ بر تو تملیک کردم و خریدار نیز به اراده جدی بگوید: قبول نمودم. این معنای انشا، مقابل خبر قرار می‌گیرد. خبر عبارت از لفظی است که حکایت از تحقق معنی و ثبوت آن در ذهن یا خارج می‌کند تا قابل صدق و کذب باشد (امامی، ۱/۱۶۴). انشا مانند عقد به منجز و معلق تقسیم می‌شود. انشا اگر موکول به امر دیگری نشود، منجز و در صورتی که موکول به امر دیگری گردد، معلق است.

عقد منجز آن است که تأثیر آن عقد بر حسب انشا، موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود (قانون مدنی، ماده ۱۸۹)؛ برای مثال، اگر پدر به فرزند ورزشکار خود بگوید: اسبم را به تو بخشیدم. هبه در این مثال به هیچ قید و شرطی معلق نشده، بلکه هبه به طور مطلق انجام گرفته است؛ اما عقد معلق آن است که تأثیر آن عقد بر حسب انشا، موقوف به امر دیگری باشد؛ برای مثال، اگر پدر به فرزند ورزشکار خود بگوید: اسبم را به تو بخشیدم؛ مشروط بر این که در مسابقات اسبدوانی، نفر اول تا سوم شوی. اینجا هبه به طور مطلق انجام نگرفته، بلکه به شرط پیروزی در مسابقات مشروط شده است.

بنابراین، هر عقد منجزی دارای اثر مخصوصی است که بلافاصله پس از عقد به وجود می‌آید و از این اثر مخصوص به منشاء یا مقتضای عقد نیز تعبیر می‌شود که در مثال عقد هبه فوق، تملیک بلافاصله اسب به پسر توسط پدر است، ولی طرفین عقد می‌توانند به وسیله تعلیق پیدایش آن اثر مخصوص (منشاء یا مقتضای) عقد را منوط بر وجود امر دیگری بنمایند؛ برای مثال، پدر به فرزند دانشجوی پزشکی خود بگوید: ماشینم را به تو بخشیدم؛ مشروط بر این که از کنکور دوره فوق التخصیص قبول شوی. اینجا اثر مخصوص (منشاء یا مقتضای) عقد بلافاصله پس از عقد به وجود نمی‌آید، بلکه تأثیر آن بر حسب انشا، موقوف به امر دیگری شده است که همان قبولی در کنکور مذکور است.

ابن نجیم صحت و بطلان اشتراط خيار در عقد کفالت را مانند صحت و بطلان تعلیق بیع صرف معرفی کرده و احکام این دو را در صحت و بطلان واحد دانسته است. بنابراین، اگر به موجب قرارداد

کفالت، احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد نماید؛ مشروط بر این که مدت مضبوطی حق فسخ داشته باشد. تحلیل حقوقی صحت و بطلان عقد کفالت و انشای تعلیقی در مثال فوق، دو فرض به شرح ذیل دارد:

فرض نخست این است که اشتراط خیار در عقد کفالت به صورت شرط متأخر بر وجه کشف تفسیر شود. طبق این فرض، تأثیر عقد به پیدایش شرط بستگی دارد، بدین نحو که شرط اگرچه از حیث زمانی، مؤخر بر عقد حاصل می شود، ولی در عقد، مقدم، تأثیر می نماید و از وجود شرط کشف می شود که مقتضای عقد از زمان پیدایش عقد موجود بوده است، نه از زمان حصول شرط. بنابراین، هنگام اتمام مدت شرط یا اسقاط خیار کشف می شود که کفیل از زمان انعقاد عقد کفالت، ضامن احضار مکفول به بوده است، چنانکه اجازه در عقد مکروه بعد از رفع اکراه، کاشف از پیدایش مقتضای عقد از زمان انعقاد است. اصولیان در صحت و بطلان شرط متأخر اختلاف جدی دارند (مظفر، ۱/ ۲۹۱-۲۹۲) و حاصل کلام آنان در بطلان شرط متأخر آن است که شرط در احکام شرعی اعم از عبادی و وضعی مانند (و به قیاس) شرط متأخر در احکام عقلی است و از آنجایی که شرط متأخر در احکام عقلی باطل است، لذا شرط متأخر به همین قیاس در احکام شرعی نیز باطل است؛ اما حاصل سخن آنان در صحت شرط متأخر در احکام شرعی، وقوع شرط متأخر در احکام شرعی عبادی نظیر غسل شب برای صحت روزه روز قبلی مستحاضه کثیره (بنی هاشم خمینی، ۱/ ۲۶۰) و در احکام وضعی صحت عقد فضولی قبلی با اجازه بعدی مالک بنابر نظریه کشف است (مظفر، ۱/ ۲۷۵). به نظر می رسد ابن نجیم نیز تابع چنین نظریه ای در صحت و بطلان اشتراط خیار در عقد کفالت طبق تفسیر شرط متأخر مذکور است (ابن نجیم، ۶/ ۲۲۱).

فرض دوم این است که اشتراط خیار در عقد کفالت به صورت واجب مشروط (معلق) تفسیر گردد. در واجب مشروط (معلق)، پیدایش وجوب منوط به موجود شدن شرط است. به این نحو که در واقع وجوب و طلب قبل از تحقق شرط، موجود نیست، چنانکه ظاهر عبارت «هرگاه مستطیع شدی، حج بگزار» از نظر ادبی آن است که شرط از قیود هیئت است و خواستن انجام حج، معلق به آمدن موسم حج است؛ نه آن که طلب و ایجاب و خطاب فعلی و مطلق باشد و واجب، مقید. بر اساس این فرض، اگرچه عقد آلان تلفظ می شود، ولی انشای کفالت، در آن زمان به وجود نمی آید، بلکه انشا مانند منشأ (انتقال ضمان به ذمه کفیل) در زمان اتمام و یا اسقاط مدت خیار حاصل می شود. مثال مذکور طبق تفسیر فوق، مثال تعلیق در انشا است. اصولیان در صحت و بطلان واجب مشروط (معلق) اختلاف دارند (مظفر، ۱/ ۸۹). هر چند صاحب فصول هم به امکان واجب معلق و هم به وقوع آن نظر داده و مثال آن را در احکام شرعی عبادی، حج دانسته است، لیکن مشهور به محالیت آن رأی داده و بین انجام مقدمات حج و انجام خود حج به قول تفصیل قائل

شده و گزاره: «هرگاه مستطیع شدی، حج بگزار» را پیش از آمدن موسم حج به وجوب انجام مقدمات حج و بعد از ورود به موسم حج به انجام اعمال خود حج تفسیر کرده‌اند (همو). بنابراین، طبق تفسیر صاحب فصول از واجب معلق، اشتراط خيار در عقد كفالت تنها به معنای مخیر بودن كفیل در احضار مكفول به است، زیرا لزوم احضار مكفول به برای وی تنها به اتمام زمان خيار و یا اسقاط آن معطوف است؛ چنانکه مطابق تفسیر مشهور از واجب معلق، اشتراط خيار در عقد كفالت باطل است. به نظر می‌رسد نظر ابن نجیم با قول مشهور مطابقت دارد. در دفاع از نظر مشهور چنین می‌تواند گفت که در فرض مذکور، انشا از منشأ تفکیک خواهد شد و آن غیر معقول است. به این بیان که: اولاً، طلب قبل از پیدایش شرط وجود ندارد و ثانیاً، به نظر می‌رسد در شرط خيار در كفالت، فرقی میان انشا و منشأ نیست و هر دو در نتیجه به یک امر برگشت می‌کند؛ برای مثال، اگر كفیل بگوید: من كفیل فلانی هستم؛ مشروط بر این که تا ده روز برای من حق فسخ باشد. این عبارت که به ظاهر تعلیق در منشأ می‌باشد، همان تعلیق در انشاست. به این معنی که من تا ده روز اصل كفالت فلانی را معلق کردم؛ ثالثاً، فائده كفالت - که ضمانت است - حداقل در مدت خيار تحقق نمی‌یابد. به این بیان که اشتراط خيار در عقد كفالت در حقیقت به این معناست که «من ضامن احضار مكفول به هستم؛ مشروط بر این که تا ده روز برای من حق فسخ باشد» و این عبارت بدان معناست که كفیل تا ده روز نسبت به احضار مكفول به ضمانتی نداشته باشد، بلکه بین مدت مذکور مخیر باشد که ضامن باشد یا خیر؛ و این با اشتراط خيار در عقد مانند بیع فرق دارد، زیرا در فرض اخیر، معامله انجام شده و آثار آن تحقق می‌یابد! چنانکه در دفاع از نظر صاحب فصول می‌توان بیان نمود: ایرادهای فوق وارد نیستند. به این استدلال که در واجب مشروط، فرض آن است که منشأ عبارت از است از طلب بنابر تقدیر پیدایش شرط؛ بنابراین، ناچار قبل از تحقق شرط، بعث و طلبی نمی‌تواند موجود شود و الا هرگاه موجود گردد، انفکاک بین انشا و منشأ حاصل خواهد شد که به اتفاق عالمان باطل است؛ علاوه بر آن که انشای امر بنابر تقدیری - مانند اخبار به آن بنابر تقدیری - معقول و متصور است. به این توضیح که در قرارداد اشتراط خيار در عقد كفالت به صورت واجب معلق چنانکه اگر انشای عقد فعلی تلفظ بشود، منشأ، یعنی انتقال ضمانت از ذمه مكفول به ذمه كفیل نیز در آن زمان خواهد شد، ولی اگر انشای عقد فعلی نباشد، بلکه تقدیری باشد و انشای عقد به اشتراط مدت مضبوط خيار تلفظ گردد؛ در این صورت، انتقال ضمانت از ذمه مكفول به ذمه كفیل بعد از گذشت مدت خيار و یا اسقاط خيار قطعی خواهد شد و انتقال ضمانت مذکور در دوران خيار متزلزل خواهد بود. این فرض، مثال برای تعلیق در منشأ می‌باشد. ماده ۱۸۹ قانون مدنی این نوع تعلیق را در تشکیل عقد مشروع اعلام کرده است، لذا اثر چنین عقدی آن است که در صورت پیدایش معلق علیه، مقتضای عقد حاصل می‌گردد و هرگاه معلق علیه موجود نشود مانند آن است که

عقدی واقع نشده است. بنابراین، اشکال عدم فائده عقد کفالت در اشتراط خیار نیز منتفی می‌شود. نتیجه بحث آن است که هرچند مشهور فقیهان امامیه تعلیق در انشا را محال دانسته‌اند. به این استدلال که انشا به معنای ایجاد است و ایجاد معلق معقول نیست؛ اما تعلیق در منشأ (آنچه مورد انشا قرار می‌گیرد؛ مانند ملکیت در عقد بیع) را بی اشکال اعلام کرده‌اند. به این استدلال که: اولاً، تعلیق در منشأ معقول است و ثانیاً، در شرع نیز واقع شده است و بهترین مثال آن، عقد وصیت است که موصی فعلاً مالکیت بعد از حیات خود را برای موصی له انشأ می‌نماید.

ممکن است کسی بگوید: برخی از فقیهان اشکال کرده‌اند: منشأ هم مانند انشأ نمی‌تواند معلق بر امری باشد. به این استدلال که معلق علیه در صورتی که در زمان عقد موجود باشد، منشأ هم در اثر عقد بدون تعلیق موجود می‌گردد و در صورتی که در زمان عقد موجود نباشد، منشأ هم که وجودش معلق بر آن است، موجود نخواهد شد و پس از پیدایش معلق علیه نیز نمی‌تواند حاصل گردد، زیرا لازم می‌آید بین انشا و منشأ تفکیک حاصل شود، لذا تعلیق در منشأ نیز مبطل عقد است (امامی، ۱/ ۱۶۷-۱۶۸)!

لیکن پاسخ ایراد آن است که باید یکی از سه راه را در اینجا پذیرفت. توضیح این‌که: از یک‌سو، منطق سادۀ اجتماع (در وضع احکام وضعی)، عقد معلق را پذیرفته و در روابط اقتصادی خود به کار برده است، به طوری که، نظام‌های حقوقی مختلف، عقد معلق را در قوانین خود گنجانده و مقررات و احکام آن را مکتوب کرده (قانون مدنی، ماده ۱۸۹) و نیز عده‌ای از فقیهان تعلیق را در رد ثمن پذیرفته‌اند، زیرا ظاهر عبارت بسیاری از فقیهان در بیع خیار به شرط رد ثمن، آن است که شرط خیار مذکور بر رد ثمن، معلق است، ولی کسی از فقیهان به آن اشکال نگرفته است (انصاری، [ط.ج.، ۶/ ۱۲۹-۱۳۳]؛ همچنین فقیهان وقوع تعلیق را در وصیت پذیرفته‌اند و از سوی دیگر، فقیهان یکی از شرایط صحت شرط را منجز بودن آن اعلام نموده‌اند (مظفر، ۱/ ۸۸)، لذا اگر کسی اشتراط شرط را به صورت معلق بیان نماید، آن شرط را باطل اعلام کرده‌اند (انصاری، [ط.ج.، ۶/ ۵۷]). منظور از تعلیق شرط آن است که متعاقدين اشتراط موجود شدن حقی را به نفع دیگری در فرض واقع شدن امری در آینده مجهول نمایند (جعفری لنگرودی، ۳۸۱-۳۸۲)؛ علت بطلان شرط تعلیقی، غیر معلوم بودن تحقق زمان شرط است که موجب جهالت به شرط می‌شود و جهالت به شرط، موجب غرر است و شرط غرری در اسلام، باطل است. بدین توضیح که فقیهان، شرط را جزو یکی از دو عوض می‌دانند و از آنجایی جهل به یکی از دو عوض موجب جهالت دو طرف عقد می‌شود و چنین امری موجب بطلان شرط می‌گردد، لذا ممنوع بودن تعلیق شرط به دلیل سرایت شرط تعلیقی به عقد است با این بنا و عنایت که شرط به جزو یکی از دو عوض، رجوع می‌کند و به این ترتیب حتی موجب فساد عقد مذکور هم می‌گردد (انصاری، [ط.ج.، ۶/ ۵۸]). بنابراین، شرط باید منجز باشد تا

چنین جهل و غرری پیش نیاید. بنابر دو مطلب مذکور باید یکی از سه راه حل را برای جمع کردن سخنان به ظاهر متعارض فقیهان در مسأله واحد به شرح ذیل ارائه داد:

راه حل نخست این است که معقول نبودن عقد معلق و محالیت تعلیق در انشا و منشأ به موجودات مادی و خارجی معطوف شود، نه به امور اعتباری و قراردادی. به این استدلال که در امور اعتباری و قراردادی، تعلیق در منشأ و نیز تعلیق در انشا معقول تلقی می‌شود و بهترین دلیل بر آن، وقوع تعلیق در شرع (مثل عقد وصیت و تعلیق در رد ثمن) و نیز حقوق موضوعه است (قانون مدنی، ماده ۱۸۹). بنابراین، موردی برای گفتگو در امکان تصور آن باقی نمی‌ماند، زیرا به تعبیر شیخ الرئیس: «ادلی دلیل علی امکان شیئ وقوعه»، یعنی بهتری دلیل بر امکان چیزی، وقوع آن است. در این صورت، اگر آن امر، در آینده واقع گردد، حق از تاریخ عقد - نه از تاریخ تحقق آن - واقع و حاصل می‌شود؛ برای مثال، منافع خانه‌ای را در عقد اجاره به شرطی برای دیگری واگذار گردد که آن شخص ظرف ده سال از تاریخ این عقد به گرفتن درجه دکترا موفق گردد. گرفتن آن درجه، منافع ده سال منزل را از تاریخ عقد به مشروطه تعلق خواهد داد و به این ترتیب، شرط مذکور، اثر رجعی و قهقرایی خواهد داشت (جعفری لنگرودی، ۳۸۱-۳۸۲).

راه حل دوم آن است که گفته شود: هرچند اصل و کبرای «بطلان شرط تعلیقی در صورت غیر معلوم بودن تحقق زمان شرط» مورد تشکیک فقیهان نمی‌توان باشد، ولی صغرای آن، یعنی «رجوع شرط به جزو یکی از دو عوض معامله» می‌تواند مورد مناقشه باشد، به‌ویژه این که عقد کفالت از نوع تبرعی است و در آن عوض مطرح نیست. از این رو، عده‌ای از فقیهان تعلیق را در رد ثمن بیع خیاری مشروط بر رد ثمن پذیرفته‌اند، زیرا ظاهر عبارت بسیاری از فقیهان در بیع خیاری به شرط رد ثمن، آن است که شرط خیار مذکور بر رد ثمن، معلق است، ولی کسی از فقیهان به آن اشکال نگرفته است (انصاری، [ط.ج.]. ۱۲۹/۶-۱۳۳). بنابراین، هرچند فقیهان بعضی از مصادیق و مثال‌های کبرای قضیه مذکور را به خاطر وجود تعلیق با اشکال مواجه دانسته‌اند، برای مثال «اگر بایع شرط کند که در صورت فروش مشتری، او احق در خرید باشد». آن‌ها این مثال را با تعلیق مواجه دیده‌اند (همو/ ۵۷)، ولی در عین حال، آنان یا تعلیق را به اصل قرارداد معطوف نکرده‌اند و یا تعلیق بعضی از مثال‌ها را از مصادیق کبرای مذکور تلقی نکرده‌اند؛ برای مثال، شیخ انصاری صغرای مذکور، یعنی رجوع شرط به جزو یکی از دو عوض را مورد مناقشه قرار داده و تحقق تعلیق شرط را در این مورد نپذیرفته و گفته است:

اگر کسی بگوید: این درهم‌ها را با این شرط به تو می‌فروشم که اگر زید آمد، لباس مرا بدوزی. اینجا شرط در صورتی معلق است که معاوضه بین مبیع و بین درهم‌های مقرون به خیاطی لباس در فرض آمدن زید واقع شده باشد، ولی اگر معاوضه بر بیع دو ثمن با دو فرض، منجر گردد، به این بیان که مبیع را تنها به

درهم‌ها در صورت آمدن زید بفروشد (به درهم‌های مقرون به خیاطی لباس در صورت آمدن زید بفروشد)، تعلیق مندفع خواهد شد، زیرا شرط عبارت از خیاطی با فرض آمدن زید است، نه خیاطی مطلق تا تعلیق به اصل معاوضه، رجوع کند. بنابراین، مجرد رجوع این دو فرض به یک معنای واحد، موجب بطلان نمی‌شود. از این رو، هر چند بعضی از فقیهان اعتراف کرده‌اند که مرجع این دو گفتار واحد است: «تو وکیل من در فروش هستی، اگر کالا در رأس ماه برسد» و «تو وکیل من در فروش هستی، زمانی که کالا در رأس ماه برسد»، ولی آنان در صحت دوم و بطلان اول، اتفاق دارند (همو/ ۵۷-۵۸).

راه حل سوم آن است که بین تعلیق در انشا و تعلیق در منشأ به قول تفصیل قائل شویم و تعلیق در انشا را محال و تعلیق در منشأ را جایز تلقی نمایم. در تعلیق منشأ عقد، بین قصد انشا و آثار ناشی از آن قصد (که نام آن آثار، منشأ است) فاصله زمانی وجود دارد. به همین جهت در ماده ۱۰۰۹ قانون مدنی، تأثیر قصد انشا به وجود امر دیگری موقوف شده است. تعلیق محال در تعلیق انشای عقد اتفاق می‌افتد. تعلیق در انشا یعنی بلا تکلیف بودن انشای عقد، به طوری که قصد انشای عقد کامل نباشد و کمال آن محتاج به پیدایش عامل دیگر و مجهول باشد و چنین تعلیقی در انشا محال است، زیرا انشا بعد از تصور و تصدیق حاصل می‌شود و تصدیق معلق، محال است و بعد از حصول تصدیق کامل، قصد انشای کامل قهری حاصل می‌گردد، پس قصد انشای معلق، تصور ندارد (همو)، فقیهان مثال تعلیق محال عقد را تعلیق عقد به اموری غیر ارادی متعاقبین دانسته‌اند، برای نمونه، شرط آمدن مسافر از سفر را در عقد، تعلیق محال معرفی نموده‌اند. بنابراین، اگر بایع در انشای بیع بگوید: به شرط آمدن مسافر از سفر می‌فروشم، بیع به دلیل تعلیق انشای عقد مذکور باطل است (جعفری لنگرودی، ۱۶۵). اهمیت فرض سوم آنگاه معلوم می‌شود که توجه داشته باشیم، امکان تطبیق تعلیق در انشای عقد در صورت اشتراط خیار در عقد کفالت وجود ندارد و تطبیق تعلیق در منشأ عقد کفالت نیز باطل نیست، لذا علامه حلی در جواب ادعای امام شافعی در تشبیه بطلان عقد کفالت در شرط خیار به بطلان تعلیق عقد آورده است: «مقدمة اول و حکم در مقیس علیه، هردو ممنوع است» (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۴/ ۳۹۰). توضیح ممنوعیت دو مطلب مذکور چنین است: تعلیق مطلق، باطل نیست، بلکه تعلیق دو نوع است: یکی تعلیق محال و دیگری تعلیق جایز؛ و تعلیق محال همان تعلیق در انشای عقد است و تعلیق جایز همان تعلیق در منشأ عقد است و از آنجایی که در شرط خیار در عقد کفالت، تعلیق از نوع تعلیق منشأ عقد است، نه تعلیق از نوع تعلق در انشای عقد، لذا تعلیق عقد کفالت به شرط خیار شبیه به تعلیق محال در انشای عقود نیست و شایسته است شرط خیار در عقد کفالت را به اشتراط عقد کفالت تعبیر کنیم، نه تعلیق عقد کفالت تا شبهه تعلیق محال پیش نیاید، همان کاری که فقیهان در عقد کفالت انجام داده و اشتراط خیار در عقد کفالت را به اشتراط

خيار تعبير نموده‌اند، نه تعليق كفالت به شرط خيار. بنا بر اين، تشبيه بطلان عقد كفالت در شرط خيار به تعليق عقد كه در سخن ابن نجيم مذكور است، مطابق تمام مباني درست نيست. به خصوص اين كه هم جواب نقضی و هم جواب حلی در بطلان تشبيه مذکور وجود دارد. جواب نقضی بطلان تشبيه فوق، صحت اشتراط خيار در ساير عقود لازم است و جواب حلی بطلان تشبيه فوق در تفكيك تعليق صحيح از تعليق باطل است.

دليل سوم: تشبيه بطلان عقد كفالت در اشتراط خيار به بطلان نذر

برخی از فقيهان اهل سنت بطلان عقد كفالت در صورت اشتراط خيار را به بطلان نذر در صورت اشتراط خيار تشبيه کرده و آنچه در اين مورد گفته‌اند چنين خلاصه مي‌شود:

«خيار در عقد كفالت داخل نمي‌شود، زيرا كفالت در دخول خيار مانند نذر است، چنانكه در نذر اشتراط خيار صحيح نيست، اشتراط خيار در عقد كفالت نيز صحيح نيست» (ابن قدامه، ۸۸/۷).

نقد و ارزيابي

هر چند يکي از شرايط نذر اين است كه نذرکننده قاصد باشد و انشای عقد نذر او نيز معلق نباشد و يکي از موارد تعليق نذر آن است كه نذرکننده شرط خيار در عقد و انجام نذر قرار بدهد و اين امر موجب بطلان نذر مي‌شود، ولي در نقد و ارزيابي بطلان تشبيه بطلان عقد كفالت در اشتراط خيار به بطلان نذر بايد گفت: اولاً، به يك معنی نذر هميشه معلق است، يعنی از مصاديق تعهد معلق است، هر چند در نذر تبرعی چنين تعليقی وجود ندارد، زيرا نذرکننده در نذر تبرعی ملتزم به انجام فعل راجح مي‌شود، نظير اين كه نوشتن كتاب در صلح جهانی از دیدگاه اسلام را تعهد نمايد، ولي در نذر زجری و نذر مجازات هميشه نذر معلق به شرطی است، زيرا نذر زجری آن است كه نذرکننده كف نفس و خودداری از ارتكاب جرم يا مكروه يا ترك مكروه نمايد، يعنی نذر كند كه در صورت ارتكاب حرام و مكروه يا ترك مستحب، يك روز روزه بگيرد يا يك بیمارستان بسازد و نذر مجازات آن است كه منظور نذرکننده شكر نعمت يا دفع بليه باشد، چنانكه نذر كند اگر از امتحان قبول شود، نوشتن به يك بيسواد بياموزد، يا اگر از ناخوشي خوب شود، فلان قربانی را در راه خيرات بنمايد (جعفری لنگرودی، ۷۱۰). بنا بر اين، تعليق در نذر هم وجود دارد، ولي به عقد نذر صدمه نمی‌زند؛ ثانیه طبق توضیح پیشین، تعليق دو نوع است، يکي تعليق در منشأ كه جايز است و ديگري تعليق در انشای عقد كه باطل و محال است و از آنجايی كه تعليق نذر گاهی از نوع تعليق در منشأ و گاهی از نوع تعليق در انشای عقد است، ولي شرط خيار در عقد كفالت از نوع تعليق در منشأ است، نه از نوع تعليق در انشای عقد، لذا تشبيه اشتراط خيار در عقد كفالت به عقد نذر به دليل اعم بودن تعليق نذر و اخص بودن تعليق كفالت در شرط خيار غلط است. اعم بودن تعليق نذر اين است كه تعليق آن گاهی در

منشأ عقد و گاهی در انشای عقد است، در حالی که شرط خیار در عقد کفالت همیشه و تنها از نوع تعلیق در منشأ عقد است. بنابراین، تشبیه آن دو به یکدیگر مع الفارق است؛ ثالثاً، حتی اگر فرض شود: تعلیق نذر همیشه از نوع تعلیق منشأ عقد نذر است و حتی تعلیق در منشأ عقد نذر نیز باطل است، ولی جواب بطلان شرط خیار در نذر این است که: بطلان نذر با اشتراط خیار در آن به دلیل خارجی مربوط است که همان جنبه عبادی بودن نذر است. بنابراین، از این جهت نیز قیاس اشتراط خیار در عقد کفالت به اشتراط خیار در عقد نذر مع الفارق است.

دلیل چهارم: عدم فایده شرط خیار در عقد کفالت

بطلان عقد کفالت با شرط خیار به دلیل عدم فایده شرط خیار در عقد کفالت مربوط می‌شود، زیرا صاحب خیار از خیار خود بهره می‌برد و آن را به منظور جلب نفع یا دفع ضرر قرار می‌دهد، در حالی که کفیل در عقد کفالت به دنبال بهره نیست. بنابراین، شرط خیار در عقد کفالت فایده‌ای ندارد (ابن قدامه، ۷/ ۸۸)، بلکه کفالت برای کفیل، غرر و خطر اقتصادی دارد. وجود غرر و خطر اقتصادی برای کفیل در عقد کفالت توسط ابوحنیفه، بنیان‌گذار مذهب حنفی نیز تأیید شده است (رافعی قزوینی، ۱۶۷/۵). فقیهان امامیه نیز وجود عدم نفع اقتصادی در عقود ضمانی را برای متعهد پذیرفته‌اند (حسینی عاملی، ۳۵۳/۵). بنابراین، با وجود قبول این غرر و خطر اقتصادی، فلسفه اشتراط خیار در عقد کفالت برای کفیل منتفی است.

نقد و ارزیابی

در پاسخ ادعای عدم بهره‌مندی کفیل از اشتراط خیار در عقد کفالت باید گفت: اولاً، اشتراط خیار در عقد کفالت خود نفع اقتصادی است و فایده روانی دارد. بنابراین، ادعای عدم بهره‌مندی مطلق از اشتراط خیار صحیح نیست. برای مثال، اگر کفیل بعد از عقد کفالت پشیمان گردد، اشتراط خیار وضعیت وی را به حالت سابق باز می‌گرداند. بنابراین، ادعای مذکور اخص از منافع اشتراط خیار است؛ ثانیاً، ممکن است کفیل در شتاب تصمیم قرار گیرد و عواطف انسانی و خانوادگی و دوستی وی تحریک شود و بعد از پذیرفتن کفالت در غرر و خطر مالی یا آبروی مضاعف‌تر از غرر و خطر اقتصادی پیش‌بینی شده قرار گیرد؛ در این صورت، با اشتراط خیار در عقد کفالت می‌تواند جبران خسارت نماید و ضررهای مذکور را از خود دور کند. این تحلیل حقوقی اثبات می‌کند که ادعای عدم فایده مطلق اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح نیست؛ ثالثاً، تمام مطلب ضرر و خسارت مالی و اقتصادی نیست، بلکه گاهی ضرر معنوی غیرقابل پیش‌بینی رخ می‌دهد و اشتراط خیار در عقد کفالت می‌تواند آن را از کفیل دور نماید؛ رابعاً، پیش‌بینی عدم ورود به ضررهای مادی و معنوی غیر قابل پیش‌بینی حاصل از کفالت تنها با اشتراط خیار در عقد کفالت

ممکن است و از آنجایی که چنین قرارداد شرط خیار در عقد کفالت عقلانی است، لذا ایرادی بدان وارد نیست و ادعای پذیرش غرر در عقد کفالت، تحمل ضرر و حداقل ضرر مضاعف را توجیه نمی‌کند. شاید به این دلیل است که محقق ثانی به ادعای پذیرش غرر و خطر توسط کفیل یا قبول عقد کفالت جواب داده و اشکال این مسأله را در باب عقد ضمان به ایراد واضح یا قابل رؤیت تعبیر نموده است (محقق ثانی، ۵/۳۱۰).

دلیل پنجم: قیام اجماع بر بطلان خیار در عقد کفالت

برخی مدعی شده‌اند که اجماع بر بطلان عقد کفالت در صورت اشتراط خیار قایم شده است. ابن قدامه ابتدا قول به بطلان کفالت در صورت اشتراط خیار را به ابوحنیفه و شافعی نسبت داده، سپس اجماع فقیهان دو مذهب مذکور را چنین آورده است: «از احدی خلاف قول آنان را نمی‌شناسیم» (ابن قدامه، ۷/۸۸). این اجماع از قول قاضی، یکی از فقیهان شافعی، چنین نقد شده است: «پیش من، عقد کفالت با اشتراط خیار باطل می‌شود و قول بطلان کفالت در شرط خیار، قول مذهب شافعی است» (همو).

نقد و ارزیابی

در نقد و ارزیابی ادعای اجماع در مسأله توسط اهل سنت باید پاسخ داد که: اولاً، بسیاری از فقیهان در این مسأله وارد نشده و حتی مطلب مختصری نیز ننوشته‌اند، بلکه تنها برخی از فقیهان شافعی و حنفی وارد این بحث شده‌اند. بنابراین، نسبت اجماع به آنان صحیح نیست؛ ثانیاً، فقیهان مالکی و حنبلی مطلبی را در این مورد بیان نکرده‌اند که خود ادعای اجماع را تضعیف می‌کند؛ ثالثاً، حقیقت آن است که در مسأله اجماعی وجود ندارد، بلکه تنها امام شافعی عقد کفالت را در صورت اشتراط خیار باطل اعلام نموده و بعضی از فقیهان شافعی نیز همان گفتار وی را به تبعیت از وی تکرار کرده‌اند؛ رابعاً، نباید تعبیر «اجماع» را با تعبیر «عدم خلاف» و «خلافی پیدا نکردم» یکسان تلقی کرد، زیرا هرکدام از تعبیرات مذکور، معنای خاص خودش را دارد و یکی از آن‌ها به جای دیگری استعمال نمی‌شود. بنابراین، صحیح است گفته شود: عده‌ای از فقیهان شافعی «عدم خلاف» را در مسأله ادعا کرده‌اند، نه «اجماع» فقیهان را. تعبیر «عدم خلاف» به معنای این است که اگر کسی در این مورد سخن گفته است، نظریه بطلان عقد کفالت را در صورت اشتراط خیار اعلام کرده است و از آنجایی که چنین فقیهان بسیار اندک است و حتی به تعداد انگشتان دست هم نمی‌رسد، لذا نمی‌توان نظر سایر فقیهان را در سکوت به اظهار نظر حمل کرد، زیرا شاید سخن دیگری را در مقام اظهار نظر بیان نمایند؛ خامساً، اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده سوم قانون آئین دادرسی مدنی، موارد ابهام و اجمال و فقدان قانون را به فتوای معتبر ارجاع داده و آن را عبارت از فتوای

فقیهان امامیه اعلام کرده است. بنابراین، با توجه به این که در میان تمام مذاهب اهل سنت «اجماع» وجود ندارد و تنها در میان مذهب شافعی ادعای «عدم خلاف» در بطلان عقد کفالت در اشتراط خیار شده است، لذا باید مسأله از دیدگاه فقیهان امامیه بررسی شود و نظر آنان در مسأله تحصیل و جهت حل مشکل ارائه گردد.

دلیل ششم: منافات داشتن اشتراط خیار با مقتضای ذات عقد کفالت

مقتضای ذات عقد، اثری است که هدف اصلی عقد را تشکیل می‌دهد، مانند انتقال مبیع و ثمن در عقد بیع که هدف اساسی آن است، چنان که مقاربت هدف اصلی نکاح است. این تعبیر مقابل مقتضای اطلاق عقد، قرار می‌گیرد. مقتضای اطلاق عقد، اثری از آثار عقد است که هرگاه در عقد نسبت به آن ذکری به میان نیاید، خود عقد موجب حصول آن اثر باشد (جعفری لنگرودی، ۶۷۷)، برای مثال اگر در عقد بیع راجع به محل تسلیم مبیع چیزی گفته نشود، مبیع باید در محل وقوع عقد، تحویل داده شود (قانون مدنی، ماده ۲۸۰) و این شرط از اطلاق عقد مستفاد است که عرف آن را گواهی می‌کند.

اشترط عقد به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، عبارت از شرطی است که برخلاف ذات و ماهیت عقد باشد؛ برای مثال، اشتراط عدم مقاربت در عقد نکاح، شرط برخلاف ذات عقد است. این اصطلاح مقابل اشتراط خلاف مقتضای اطلاق عقد قرار دارد و آن عبارت از شرطی است که با مقتضای اطلاق عقد، مخالف باشد، برای مثال شرط عدم فروش در عقد بیع به ضرر مشتری برخلاف مقتضای عقد است، نه برخلاف ذات آن (جعفری لنگرودی، ۳۸۲).

دلیل بطلان عقد کفالت در صورت اشتراط خیار، آن است که اشتراط خیار در عقد کفالت برخلاف مقتضای ذات عقد است. اشتراط خیار مذکور نظیر این است که شرط شود مکفیل مکفول به را احضار نکند. به این بیان که کفالت به معنای لزوم احضار مکفول به برای کفیل است و اشتراط خیار در آن با لزوم کفالت مذکور منافات دارد (ابن قدامه، ۸۸/۷).

نقد و ارزیابی

پاسخ این ایراد آن است که: اولاً، جواب نقضی این مسأله در اشتراط خیار در هر عقد لازم داده شده است، برای مثال، تمام حقوقدانان و فقیهان تصریح کرده‌اند که حالت لزوم عقود با خالت خیاری بودن آن منافات ندارد (امامی، ۱/۵۶۲)؛ ثانیاً، اشتراط خیار به معنای اعمال خیار نیست تا ایراد مذکور پیش بیاید؛ ثالثاً، ماهیت عقد کفالت بعد از تحقق با تمام شرایط ضمن عقد متولد می‌شود، نه پیش از آن. بنابراین، اگر کفیل در ضمن عقد کفالت اشتراط خیار نماید، عقد کفالت با این ماهیت، یعنی ماهیت متزلزل متولد خواهد شد. بنابراین، اشتراط خیار در عقد کفالت با مقتضای عقد کفالت منافاتی نخواهد شد. این است که

علامه حلی در اشتراط خيار در عقد كفالت تصريح فرموده است:

« اشتراط خيار منافاتی با مقتضای عقد ندارد، چنانکه اشتراط خيار در سایر عقود نیز منافاتی با مقتضای عقد ندارد» (علامه حلی، ۱۴ / ۳۹۰).

دلیل هفتم: اشتغال ذمه شخص ثالث در اشتراط خيار در عقد كفالت

پذیرش جواز و صحت شرط خيار در عقد كفالت موجب اشتغال ذمه شخص ثالث است. قبول این مطلب به معنای اشتغال ذمه شخص ثالث بدون وجود سبب آن است. بدین توضیح که تحقق ذمه و تعهد بر اساس وجود و تحقق اسباب آن است و اگر سبب تعهد و اشتغال ذمه وجود نداشته باشد، محال است که کسی اشتغال ذمه پیدا کند. بنابراین، پذیرش شرط خيار در عقد كفالت به معنای اشتغال ذمه شخص ثالث در صورت فسخ عقد با بازگشت عقد اصلی به حالت خود است و چنین امری نسبت به بیگانه از عقد كفالت ممکن نیست و برخلاف اصول و قواعد حاکم بر حقوق ایران و اسلام و امامیه است. این است که آقای سیدمحمدتقی خویی در مورد شرط خيار در عقد ضمان نوشته است:

« حق با مخالفان شرط خيار در عقد ضمان است، زیرا حقیقت ضمان نقل ذمه به ذمه دیگری است. بنابراین، اشتراط خيار در آن موجب اشتغال ذمه شخص اصیل بعد از برائت ذمه اوست و این مسأله به دلیل خاص نیاز دارد و چنین دلیل در مقام بحث وجود ندارد» (خویی، ۲ / ۷۴).

نقد و ارزیابی

در نقد و ارزیابی ایراد مذکور باید گفت: اولاً، اگر اشکال مذکور پذیرفته شود می توان اعمال اشتراط خيار كفیل را به اجازه مكفول منوط نمود؛ ثانیاً، اگر عقد كفالت همراه جعل اشتراط خيار تحقق یابد، مكفول به بر عهده كفیل متزلزل می گردد و فسخ عقد كفالت به سبب وجود خيار شرط دیگر موجب ادعای اشتغال ذمه شخص ثالث در اشتراط خيار در عقد كفالت نمی شود؛ ثالثاً، اگر كفیل مكفول به را از طرف مكفول، مشروط به خيار مذکور بپذیرد، كفالت او مطلق و عام نمی شود، بلکه مكفول به حتی با تحقق عقد كفالت به صورت مشروط می شود و كفیل اگر عقد كفالت را با خيار مذکور فسخ نماید، هر چند مكفول به مجدد در ذمه مكفول عودت می کند، ولی اشتغال ذمه وی به معنای اشتغال شخص ثالث و بیگانه از عقد كفالت نیست، بلکه مطابق قرارداد كفالت، احضار مكفول به، به صورت متزلزل به ذمه كفیل نقل یافته است و در صورتی به ذمه كفیل انتقال قطعی می یابد که وی خيار خود را از عقد كفالت اسقاط نماید. بنابراین، مكفول، به طور کامل، شخص بیگانه و ثالث از قرارداد كفالت نیست تا در صورت فسخ عقد كفالت توسط كفیل و عودت اشتغال ذمه كفیل به اشتغال ذمه مكفول، شخص ثالث تلقی گردد، زیرا سبب عودت مجدد كفالت به ذمه خود مكفول، طبق قرارداد كفالت تعریف شده و در متن قرارداد كفالت گنجانده شده است.

بلی اگر قرارداد کفالت همراه با شرط خیار نبود، بلکه قرارداد قطعی تلقی می‌شد، اشکال مذکور طبق نظر مشهور امامیه در ماهیت ضمان، یعنی در نظریه نقل ذمه به ذمه ضمان وارد بود، زیرا مکفول بعد از قطعی شدن قرارداد کفالت از قرارداد کفالت بیگانه و شخص ثالث می‌شود و عودت ضمان به ذمه او در مخالفت با نظریه نقل ذمه به ذمه در ماهیت ضمان اتفاق می‌افتد.

دلیل هشتم: تفاوت عقد کفالت با سایر عقود لازم در اشتراط خیار

بطان عقد کفالت در اشتراط خیار به تفاوت آن با سایر عقود بازگشت می‌کند. این تفاوت را در جریان اقاله توضیح می‌دهیم. طبق تصریح فقیهان اقاله در تمامی عقود لازم جریان دارد و حتی بدان توصیه شده است، ولی در عقد کفالت جاری نمی‌شود. دلیل این کار آن است که جریان اقاله موجب برگشتن عقد اصلی می‌شود و تصمیم طرفین عقد تبعی کفالت در اشتراط خیار در آن، علیه شخص ثالث تمام می‌شود و از آنجایی که تعهد شخص ثالث در عقد کفالت به کنار گذاشته شده و اقاله موجب بازگشت تعهد شخص ثالث می‌گردد، لذا اقاله در عقد کفالت برخلاف سایر عقود جریان ندارد، عین همین بحث در اشتراط خیار در عقد کفالت نیز پیش می‌آید. بدین توضیح که اگر طرفین عقد کفالت شرط خیار را در عقد کفالت نمایند و صاحب خیار عقد کفالت را با استناد به خیار مذکور فسخ نماید، عقد کفالت تبعی از بین رفته و عقد اصلی بازگشت پیدا می‌کند و این تصمیم طرفین در اشتراط خیار علیه شخص ثالث از عقد کفالت بوده و چنین اثری نسبت به اشخاص ثالث توجیه حقوقی ندارد و به همین جهت اشتراط خیار در عقد کفالت باطل است.

نقد و ارزیابی

در نقد و ارزیابی این اشکال می‌توان گفت: اولاً، سخن مذکور در اثر اقاله وارد است، زیرا مکفول هیچ نقشی در آن ندارد، ولی قیاس عدم جریان اقاله در عقد کفالت به عدم جریان اشتراط خیار در عقد کفالت، قیاس مع الفارق است. بدین توضیح که در اشتراط خیار در پیش‌تر از تحقق عقد کفالت و یا هنگام تحقق عقد کفالت و پذیرش این شرط از سوی مکفول و مکفول له به معنای پذیرش تعهدات سابق مکفول به همان حالت سابق در صورت فسخ عقد کفالت توسط کفیل است؛ ثانیاً، در عقد تبعی اطراف عقد کفالت قبول نموده‌اند که عقد اصلی و آثار آن در صورت فسخ عقد کفالت، بازگشت نماید. بنابراین، اگر کفیل شرط خیار را در عقد کفالت نمایند و وی عقد کفالت را با استناد به خیار مذکور فسخ نماید، عقد کفالت تبعی از بین رفته و عقد اصلی بازگشت می‌کند. بنابراین، تصمیم طرفین عقد کفالت در اشتراط خیار در عقد کفالت، علیه شخص ثالث از عقد کفالت نبوده و چنین اثری نسبت به اشخاص ثالث توجیه حقوقی دارد و به همین جهت اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح و عقلانی است.

دلیل نهم: منافات اشترط خیار با اقتضای لزوم عقد کفالت

ممکن است، کسی اشکال شرط خیار در عقود لازم و از جمله عقد کفالت را به بیان دیگری طرح نماید و لزوم عقد را از مقتضای عقد، تلقی نماید، در این صورت، اشترط خیار در عقد کفالت، منافی لزوم آن خواهد بود و به منافات چیزی با مقتضای عقد نمی توان تن داد، زیرا آن موجب مخالفت با کتاب و سنت می شود!

نقد و ارزیابی

این اشکال چند جواب دارد: اولاً، صحت جعل شروط دیگر در ضمن عقود، جواب نقضی این اشکال است، زیرا اگر جعل شرط ضمن عقد، چنین مشکلی داشت و مخالف با مقتضای عقد می شد، نباید شروط ضمن عقد، صحیح تلقی می گردید؛ ثانیاً، در پاسخ حلی اشکال باید گفت: ما نباید مقتضای عقد را همان اطلاق عقد تلقی نماییم، بلکه بحث مخالفت امری را با مقتضای عقد و بحث مخالفت امری با اطلاق عقد را باهم خلط نکنیم، زیرا مخالفت امری با مقتضای عقدی محال است، ولی منافات چیزی با اطلاق عقد، مشکلی ندارد. به این استدلال که اگر مخالفت امری با اطلاق عقدی مشکل داشت، جعل هیچ شرطی در حقوق اسلامی، ممکن نمی شد. حال بعد از اثبات این کبرای کلی، بحث این است که آیا لزوم عقود از مقتضای آنهاست و یا از اطلاق آنها؟ در پاسخ باید گفت: لزوم عقود از اطلاق عقد است، نه از مقتضای ذات آنها. دلیل ادعای مذکور، صحت جعل شروط در تشریح اسلامی است. به این بیان که صحت شروط ضمن عقد در حقوق اسلامی نشان می دهد که لزوم از اطلاق عقد است، نه از مقتضیات عقد، زیرا اگر لزوم از مقتضای عقد بود، جعل شروط در تشریح اسلامی غیرممکن می شد (صاحب جواهر، ۳۳/۳۲).

نظریه دوم: بطلان شرط

مذهب حنفی در صورت، اشترط خیار در عقد کفالت تنها بر بطلان شرط قائل است و عقد را صحیح می داند. ابوحنیفه بنیان گذار مذهب حنفی این نظریه را داده و گفته است: «اگر شرط خیار در عقد کفالت کند، عقد صحیح است، ولی شرط باطل می باشد» (شاشی، ۷۷/۵؛ رافعی قزوینی، ۱۶۷/۵).

استدلال ابوحنیفه در توجیه بطلان شرط تنها چنین است:

«زیرا کفالت کفیل توأم با غرر و خطر است، لذا عقد کفالت با شرط فاسد، باطل نمی گردد».

توضیح این که کفیل کفالت را در هنگام کفالت با قبول غرر و خطر اقتصادی می پذیرد و احتمال غرر و

خطر اقتصادی در کفالت همیشه وجود دارد، به طوری که در عدم جواز شرط خیار در عقد کفالت گفته شده است:

«زیرا خیار برای دفع غبن و جلب منفعت است و کفیل با آگاهی به این عقد وارد شده است و می‌داند که در عقد، مغبون است. به این دلیل گفته شده است که اول کفالت، پشیمانی و وسط آن، ملامت شنیدن و آخرش، غرامت کشیدن است» (نوی، ۲۷۵/۱۴؛ ابواسحاق شیرازی، ۱/۴۴۴؛ شیخ طوسی، مبسوط، ۳/۳۵).

ابن قدامه نیز در این مورد نوشته است:

«احتمال بطلان شرط تنها نیز وجود دارد، چنانکه در شروط فاسد توضیح دادیم. براین اساس، اگر شخصی به کفالت با شرط خیار اقرار نماید، کفالت بر او لازم شده و شرط خیار باطل می‌گردد، زیرا وی چیزی را بر اقرار خود وصل نمود که باطل است و این شبیه به استثنای از کل است» (ابن قدامه، ۸۸/۷).

نقد و ارزیابی نظریه دوم

بخشی از نقد و ارزیابی این نظریه: اولاً، در ضمن نظریه قبلی گذشت و معلوم شد که شرط خیار در عقد علاوه بر این که مبطل عقد کفالت نیست، بلکه باطل هم نیست و ثانیاً، صحت شرط خیار در عقد کفالت در ضمن نقد و ارزیابی نظریه صحت شرط و عقد به طور مشروح به شرح مورد بررسی قرار خواهد گرفت، لذا از تکرار آن پرهیز می‌کنیم.

نظریه سوم: صحت شرط و عقد

مذهب امامیه اشتراط خیار در عقد کفالت را صحیح دانسته و شرط این قرارداد را تعیین مدت معین برای شرط خیار اعلام نموده است. علامه حلی در این مورد نوشته است:

«دخول خیار در عقد کفالت صحیح است، مشروط بر این که مدت خیار را در آن تعیین نماید» (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۴/۳۹۰).

ابتدا ادله قرآنی و روایی این نظریه را ذکر می‌کنیم، سپس به طرح و تحلیل اقوال فقیهان می‌پردازیم.

دلیل اول: آیه وفای به عقود

عموم آیه یک سوره مانده در لزوم وفای به عقود، نخستین دلیل صحت شرط خیار در عقد کفالت است. این آیه شریفه بیان می‌کند: «یا ایها الذین آمنوا لوفوا بالعقود: ای کسانی که ایمان آورده‌اید به قراردادها [ی خود] وفا کنید». نحوه استدلال به آیه مذکور برای اثبات جریان شرط خیار در عقود لازم و از جمله در عقد کفالت، به نوع معنی و تفسیر ما از واژه «العقود» و «اوفوا» وابسته است (نراقی، ۲/۳۶۶).

مامقانی، ۸):

اولاً، واژه «عقود» جمع عقد است. «عقد» در کتب لغت به معنای بستن، گره زدن و مشدود کردن یا گره زدن یک طرف چیزی به طرف دیگر آن و یا دو طرف دو چیز به یکدیگر آمده است (ابراهیم انیس و دیگران، ۶۱۱-۶۱۲)؛ به گونه ای که به آسانی باز نشود؛ گویی هرکدام از آن دو چیز به دیگری بسته و ملازم آن است (علامه طباطبایی، ۱۹۷/۵؛ عمید زنجانی، ۱۵۶). «عقد» مقابل واژه «حل» به کار می رود. حل به معنای مطلق گشودن و باز کردن عقد و گره است. انحلال عقد نیز از این واژه است (ابراهیم انیس و دیگران، ۱۹۴)، لذا عقد که مقابل آن است باید به معنای مطلق گره زدن دو چیز باشد. البته این بستن در عقد مجای است، نه حقیقی (علامه طباطبایی، ۱۹۷/۵).

ثانیله الف و لام کلمه «العقود» در این آیه بر معنای استغراق دلالت دارد و هر عقدی را شامل می شود (خراسانی، ۱/۳۳۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۵۶/۶-۱۵۷). از این رو، برخی از اصولیان گفته اند: الف و لام در کلمه «العقود» الف و لام جنس است و چون بر جمع وارد شده است، افاده عموم می کند (نابینی، ۱/۲۳۸).

ثالثه «اوفوا» به معنای وفای کامل است. وقتی عرب بگوید: «او کیل را وفا کرد یا حق فلانی را وفا نمود» به معنای آن است که کیل را کامل پرداخت یا تمام حق فلانی را به او پرداخت (ابراهیم انیس و دیگران، ۱۰۴۷) و از آنجایی که متعلق «اوفوا» در آیه مذکور، «العقود» است، لذا آیه شریف به معنای وفای کامل به تمامی عقود می باشد. بنابراین، «اوفوا بالعقود» در لزوم وفای کامل به عموم عقود ظهور دارد، زیرا بی گمان ظهور «العقود» در معنای عموم عقد و ظهور «اوفوا» در بیان اصل لزوم وفای به هر عقدی راجح ترین احتمال در میان احتمالات آیه به شمار می رود و بر اساس آن، اصل لزوم در همه عقود که عرفاً عنوان عقد قابل صدق بر آنهاست به عنوان یک اصل حاکم و مرجع در موارد مشکوک از آیه به دست می آید (عمید زنجانی، ۱۶۴-۱۶۵).

رابعه، عقود، امور توقیفی شرعی نیستند، بلکه عرفی هستند و شارع مقدس این امر عرفی، یعنی هر عقدی را که عرف عقد می داند، امضا فرموده است. این است که در روایت صحیح ابن سنان وارد شده است که مراد از عقد در این آیه، مطلق عهد است (قمی، ۱/۱۶۰) یا همان طوری که برخی فقیهان تصریح کرده اند: مقصود از عقد در آیه، عقدی است که در لغت و عرف، عقد نامیده می شود (انصاری، [ط.ق.]، ۲۱۵). با این معنا برای عقد، شایسته توجه است که بپذیریم: اولاً، در معنای لفظ عقد، حقیقت شرعی ثابت نشده و عقد در شریعت اسلام در معنای عرفی و لغوی خود باقی مانده است و ثانیله جمع محلاهی به الف و لام مادامی که قرینه بر معنای عهد ذکری و معرفه اقامه نگردد، به معنای استغراق بوده و افاده عموم

می‌کند و شامل هر نوع عقد لازم و از جمله عقد کفالت می‌شود، لذا این آیه، صحت و لزوم وفای به هر نوع عقدی را اثبات می‌کند و این استدلال، توافق‌های مشروع طرفین عقد را محترم و شرعی می‌شمارد و اصل حاکمیت اراده بر عقود را اثبات می‌کند و ثبات قراردادهایی که بر اساس تراضی بین طرفین امضا می‌گردد را اعلام می‌نماید و به این ترتیب، اگر دو طرف عقد، شرط خیار در عقد کفالت را برای هر دو یا یکی از آن دو یا برای شخص اجنبی قرار دهند، آیه مذکور لزوم وفای چنین شرط و قراردادی ضمن عقد را در هر عقدی و از جمله کفالت، اثبات می‌کند، لذا جریان شرط خیار در انواع عقود لازم، اعم از معاوضی و غیر معاوضی و از جمله عقد کفالت اثبات می‌شود. از این رو، شیخ انصاری اطلاق کلام علامه حلی در واژه «معاوضه» را به «معاوضه لازم» تفسیر و یا تأویل می‌کند و در مورد گفتار علامه که نوشته است: «اقرّب پیش من، برخلاف جمهور، در دخول خیار شرط به هر عقد معاوضه است» (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱/ ۵۲۲)، می‌نویسد: «مراد علامه از معاوضه، معاوضه لازم است، زیرا او به عدم دخول شرط خیار در وکالت، جعاله، قراض، عاری، ودیعه، تصریح کرده است. به این استدلال که خیار در آن‌ها به صورت دائم وجود دارد، لذا برای دخول شرط خیار بر آن‌ها، معنایی وجود ندارد» (انصاری، [ط.ج.]، ۱۴۷/۵). این قول مطابق نظر خود شیخ انصاری در مسأله نیز می‌باشد، زیرا او در این مورد می‌نویسد: «اشکال و اختلافی در عدم اختصاص خیار شرط به بیع و جریان شرط خیار در هر معاوضه لازم مانند اجاره، صلح، مزارعه و مساقات نیست» (همو).

دلیل دوم: حدیث شرط

دلیل دوم صحت شرط خیار در عقد کفالت روایت صحیح و مستفیض نبوی مشهور است: «لغ المسلمین عند شووظم» (حرعاملی، ۱۲/ ۳۵۳-۳۵۴، حدیث ۱، ۲ و ۵) یا «لغ المؤمنین عند شووظم» (همو، ۱۵/ ۳۰، حدیث ۴).
مؤمنان یا مسلمانان بر تعهدات خود پایبندند یا واجب و لازم است که مؤمنان و مسلمانان بر تعهدات خود پایبند باشند.

نحوه استدلال به این روایت برای اثبات جریان شرط خیار در همه عقود و از جمله عقد کفالت، چنین است: از آنجایی که این روایت از پیامبر اکرم، صلی الله علیه و آله، به طور صحیح (شهید، دروس، ۳/ ۲۶۸) و مستفیض نقل شده است، یعنی راویان متعددی - حداقل سه نفر و حداکثر کمتر از تواتر - آن را نقل کرده‌اند (حرعاملی، ۱۲/ ۳۵۳-۳۵۴، باب ۶، احادیث ۱، ۲ و ۵ و ج ۳۰/۱۵، باب ۲۰، حدیث ۴) و نیز عالمان شیعه و سنی، این روایت را در منابع و مصادر خود نقل و به مفاد آن عمل کرده‌اند (موسوی بجنوردی، ۳/ ۲۱۹) و حتی شیخ انصاری در سند این روایت نوشته است «بعید نیست که بر آن ادعای

تواتر کنیم» (انصاری [ط.ج.]، ۱۱۲/۵)، لذا سند آن، مشکلی ندارد، بلکه به صدور این روایت طبق ادعای تواتر شیخ انصاری می‌توان اطمینان و یقین نمود و مقتضای آن لزوم و وجوب پابندی مؤمنان و مسلمانان بر تعهدات خودشان را ثبات می‌کند. این پای‌بندی به‌طور عام است، لذا اگر دو طرف عقد مؤمن و مسلمان باشند و شرط خیار را در هر نوع عقد و از جمله عقد کفالت مقرر نمایند، روایت مذکور دلالت می‌کند که مؤمنان و مسلمانان بر تعهدات خود باید پای‌بند باشند و به صورت لزوم و وجوب به تعهد خود عمل کنند. به این ترتیب، حدیث مذکور بر صحت جریان شرط خیار در عموم عقود و از جمله عقد کفالت دلالت دارد. از این رو، شهید - بعد از حکایت قول شیخ در منع دخول شرط خیار در بیع صرف - می‌نویسد: وجه این منع با توجه به عموم روایت صحیح ابن‌سنان «المؤمنون عند شروطهم» معلوم نیست (شهید، دروس، ۲۶۸/۳).

به این دلیل است که مؤلفان شرائع الاسلام (محقق، ۲۳/۲)، ارشاد (علامه حلی، ۱/۳۷۵)، مجمع الفائده (اردبیلی، ۸/۴۱۱) و کفایة الاحکام (سبزواری، ۹۲) نیز دخول شرط را در هر عقدی غیر از نکاح، وقف، ابراء، طلاق و عتق پذیرفته‌اند (حسینی عاملی، ۴/۵۶۸) و ظاهر بیانشان، عقود غیر جایز است (انصاری، [ط.ج.]، ۱۴۸/۵).

از این رو، علامه حلی مانند این عبارت را - بعد از این‌که خیار عقود جایز را منع کرده - آورده است (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۱/۱۶۸)؛ همچنین محقق ثانی در ضمان، هبه و غیر این دو جامع المقاصد (محقق ثانی، ۴/۳۰۴)، سیدمحمد مجاهد در مناهل (طباطبایی مجاهد، ۳۳۶) و شوشتری در مقابس الانوار (شوشتری، ۲۴۸) نیز به دخول شرط خیار در عقود لازم ولو از یک طرف تصریح کرده‌اند (حسینی عاملی، ۴/۵۶۹). شیخ انصاری اطلاق کلام آن‌ها را مضمول عقود جایز هم دانسته است؛ مگر این‌که به دلیل خارجی چون عدم معنای خیار در عقود جایز ولو از یک طرف، ادعا شود (انصاری، [ط.ج.]، ۱۴۷/۵). وی در این مورد می‌نویسد:

«ظاهر عدم خلاف میان فقیهان در مقتضای عموم ادله شرط بر صحت شرط خیار در همه عقود است و هر عقدی که از عموم این ادله خارج شود به علت وجود مانع است» (همو).
موارد خروج از این اصل در کتب مربوط توضیح داده شده است و طالبان بحث را به آن‌ها ارجاع می‌دهیم.

دلیل سوم: اجماع فقیهان امامیه

فقیهان امامیه در شرط خیار در هر عقد لازم ادعای اجماع نموده و یا ادعای اجماع را در این مسأله نقل کرده‌اند، برای مثال سیدمرتضی در انتصار (۴۳۴)، شیخ طوسی در خلاف (۳/۱۱ و ۲۰)، ابن زهره

درغنیه (۲۱۸) در شرط خیار در تمامی عقود لازم، ادعای اجماع کرده‌اند و سید جواد عاملی، این اجماع را از آن‌ها در مفتاح الکرامه (۵۶۰/۴) نقل کرده است. شیخ انصاری نیز هم مدعی اجماع شده و هم آن را نقل کرده است:

«اختلافی میان فقیهان در صحت این شرط نیست و آن در پیش ما [فقیهان امامیه] به حدی محدود نشده است و نقل اجماع بر شرط خیار، مستفیض است» (انصاری، [ط.ج.]. ۱۱۱/۵).

همچنین صاحب جواهر عدم خلاف فقیهان را در جواز شرط خیار در عقود معاوضی ادعا کرده است (۶۳/۲۳) و اردبیلی این عدم خلاف فقیهان امامیه در شرط خیار را به عقود معاوضی اختصاص و خلاف در این مسأله را به عالمان سنی نسبت داده و اقرب را دخول خیار در عقود معاوضی دانسته است (اردبیلی، ۴۱۲/۸).

ممکن است کسی اشکال کند و بگوید: آیا اجماع با این همه استدلال، مدرکی نمی‌شود؟ پاسخ اشکال مذکور این است که باید به قول تفصیل قائل شد. به این بیان که اگر در سایر ادله پیش گفته خدشه شود و تنها دلیل اثبات مسأله، اجماع باشد؛ در این صورت، اجماع مدرکی نخواهد شد؛ بلی اگر سایر ادله را برای اثبات مطلب کافی تلقی کنیم؛ در این صورت، اجماع مدرکی خواهد بود. با این وصف، نباید اجماع مدرکی را برای استدلال به اثبات مطلب خالی از فائده دانست، زیرا معنای اجماع فقیهان در صورت اخیر آن است که همه آنان، تفسیر و برداشت واحدی از آیه و روایت پیش گفته در اثبات اشتراط صحت خیار در عقد کفالت دارند.

همچنین هر چند در شمولیت اجماع مذکور نسبت به اشتراط خیار در عقد کفالت می‌توان ایراد وارد کرد، بدین بیان که عقد کفالت از نوع عقود معاوضی نیست، بلکه از عقود تبرعی است؛ ولی جواب این ایراد آن است که محل بحث فقیهان در تمام عقود لازم اعم از معاوضی و غیر معاوضی است و اختصاص بحث آنان به عقود معاوضی خارج کردن بحث از عقد غیر معوض و تبرعی چون هبه است و سایر عقود غیر معاوضی چون عقد کفالت داخل در اجماع آنان است. بنابراین، اجماع مذکور در دخول شرط خیار در هر عقد لازمی، اعم از معاوضی و غیر معاوضی (غیر از هبه غیر معوض)، شامل شرط خیار در عقد کفالت نیز می‌شود. از این رو، علامه حلی نوشته است:

اشترط خیار به مدت معین در عقد کفالت صحیح است و حدیث معصوم علیه السلام: «المومنون عند شروطهم» و قول خدای متعال در «اوفوا بالعقود» که امر وفای به عقد است، شرط خیار در عقد کفالت را نیز شامل می‌شود، زیرا عقد کفالت بر شرط خیار مذکور واقع شده است و چون شرط خیار، منافی عقد کفالت نیست، چنانکه شرط خیار منافی سایر عقود هم نیست، بنابراین شرط خیار در عقد کفالت نظیر

سایر عقود صحیح است (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۴/۳۹۰).

صاحب جواهر نیز اینگونه به مناقشه خاتمه می‌دهد:

«اشتراط خیار در هر عقد لازم ثابت است، اعم از این که معاوضی باشد یا غیر معاوضی، غیر از نکاح و وقف. من خلافی را از فقیهان در مستثنی منه نیافتیم، مگر در ضمان از علامه حلی در یکی از دو قولش و صلح مطلق وفق محکی از مبسوط و خلاف، به ویژه، محقق کرکی در صلحی که مفید برای ذمه است، به تبعیت از علامه حلی در کتاب تحریر و طبق محکی از صیمری، در خصوص صلح در امر مجهول، و ادعای غیر ثابت به اقرار، لکن تمام این موارد نادر و ضعیف است. به این استدلال که عموماً ادله اقتضای اشتراط خیار در تمام موارد مذکور دارد و نیز ادعای این که آنچه در ذمه است هنگامی که انتقال یافت دیگر عود نمی‌کند ثابت نشده است، بلکه این مسأله در مواردی نقض شده است» (۲۳/۶۱-۶۲).

بنابراین، می‌توان در ضمن عقد کفالت، شرط خیار برای کفیل قرار داد تا در مدت معنی بتواند آن را فسخ نماید، چنانکه می‌توان در ضمن عقد کفالت، شرط فعل یا شرط نتیجه به نفع هریک از طرفین یا شخص ثالث قرار داد، زیرا کفالت عقد است و مقررات مربوطه به شروط عمومیت دارد و در هریک از عقود جاری است، مگر این که از شروط فاسد یا مفسد باشد (امامی، ۲/۳۰۴).

نتیجه‌گیری

اشتراط خیار در عقد کفالت مشروط بر این که سایر مقررات - مربوط به اشتراط خیار نظیر تعیین مدت معین آن - رعایت گردد، صحیح است و آیه وفای به عقود، حدیث شرط و نیز اجماع فقیهان امامیه در اشتراط خیار در هر عقدی و از جمله در عقد کفالت دلالت دارد، به ویژه این که اشتراط خیار در عقد کفالت منافات با مقتضای عقد کفالت یا لزوم آن ندارد و ادعای عدم فایده شرط خیار در عقد کفالت یا تشبیه بطلان عقد کفالت در اشتراط خیار به بطلان نذر یا تشبیه کفالت به بیع صرف در اشتراط خیار یا تشبیه بطلان عقد کفالت در شرط خیار به تعلیق عقد یا اشتغال ذمه شخص ثالث در اشتراط خیار در عقد کفالت توجیه حقوقی ندارند، لذا تحقیق حاضر به این نتیجه رسید که اشتراط خیار در عقد کفالت صحیح است و علاوه بر شرط، عقد کفالت نیز صحیح است. به ویژه این که علاوه بر اجماع فقیهان، جعل شرط در عقود و از جمله اشتراط خیار در عقد کفالت بر اساس قاعده یا اصل آزادی اراده اشخاص بر مقررات قراردادهایی است که دو طرف عقد پدید می‌آورند. ادله مختلفی با تأیید اصل مذکور بر آن گواهی می‌دهند و ماده ۱۰ قانون مدنی ایران نیز این اصل را پیش‌تر از همه ادله اثبات می‌کند، زیرا ماده ۱۰ قانون مدنی ایران، اصل آزادی اراده متعاقدين را بر قراردادهای خصوصی اشخاص پذیرفته است، مشروط بر این که

برخلاف قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد و اشتراط خيار در عقد كفالت نیز بر اساس ماده مذکور است. بنابراین، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار به جواز و صحت اشتراط خيار در عقد كفالت طی ماده‌ای تصریح نماید تا به مناقشات موجود پایان دهد.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، محشی ابوالحسن مشکینی، کتابفروشی اسلامی، چاپ نهم، ۱۳۶۶.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۱۰ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنية النزوع الى علمی الاصول والفروع*، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه الامام الصادق، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ق.
- ابن قدامه مقدسی، عبدالرحمن بن قدامه، *الشرح الكبير على متن المقنع*، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۳ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی على مختصر الخرقی*، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۹۸۸م.
- ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم، *البحر الرائق فی شرح کنز الدقائق*، دارالکتب العلمیه، ۱۹۸۳م.
- ابواسحاق شیرازی، ابراهیم بن علی، *المهذب*، دمشق، ابن کثیر، ۲۰۰۱م.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامی، چاپ یازدهم، ۱۳۷۱.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، تنظیم گروه تحقیق آثار شیخ انصاری، قم، مجمع فکر الاسلامی، الطبعة الاولى [ط.ج.]، ۱۴۲۰ق.
- _____، *المکاسب*، تبریز، اطلاعات، چاپ سنگی [ط.ق.]، چاپ دوم، ۱۳۷۵ق.
- أنیس ابراهیم، عبد الحلیم المنتصر، عطیه الصوالحی و محمد خلف الله احمد، *المعجم الوسيط*، قم، مکتب نشر الثقافة الاسلامیه، الطبعة الرابعة، ۱۴۱۲ق.
- بنی هاشم خمینی، محمدحسین، *توضیح المسائل مراجع عظام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.
- جرعاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الى تحصیل المسائل الشریعة*، تصحیح محمد رازی، بیروت، احیاء دار التراث، ۱۳۸۷ق.
- خویی، محمد تقی، *الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود*، بیروت - لبنان، دار العربی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۴ق.
- رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد، *العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الكبير*، تحقیق و تعلیق علی محمد، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۷ق.

- سبزواری، عبدالاعلی، **کفایة الاحکام فی بیان الحلال و الحرام**، قم، مكتبة آية الله سبزواری، الطبعة الرابعة، ١٤١٣ق.
- الشاشی القفال، محمد بن احمد، **حلیة العلماء فی معرفة مذاهب الفقهاء**، حققه و علق عليه: یاسین احمد ابراهیم درادکه، دار الارقم، عمان، الاردن الهاشمی، مكتبة الرسالة الحديثة، الطبعة الاولى، ١٤٠٠ق.
- شوشتری، اسدالله بن اسماعیل، **مقاییس الانوار و نفائس الأسرار فی احکام النبی المختار و عترته الأطهار**، تهران، چاپ سنگی، ١٣٢٢ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، **الدروس الشرعية**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ١٤١٢ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، تحقیق و تعلیق محمد القوچانی، بیروت، دار إحياء التراث العربی، الطبعة السابعة، ١٩٨١م.
- طباطبایی، محمد حسین، **المیزان فی تفسیر القرآن**، دار الکتب الاسلامی، تهران، بی تا.
- طوسی، محمد بن حسن، **الخلاف**، تحقیق سیدعلی خراسانی، سیدجواد تهرانی و محمد مهدی نجفی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ١٤١٧ق.
- _____، **المبسوط فی الفقه الامامیة**، تصحیح و تعلیق محمدتقی کشفی، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفری، ١٣٨٧ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، **مفتاح الکرامه**، تحقیق محمدباقر خالصی، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ١٤١٩ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، **تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامه**، مشهد، مؤسسة آل البيت، چاپ سنگی، بی تا.
- _____، **تذکرة الفقهاء**، قم، المكتبة الرضوية لاحیاء التراث الجعفری، الطبعة الحجریة، بی تا.
- _____، **ارشاد الاذهان الی احکام الايمان**، تحقیق: الشیخ فارس الحسون، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ١٤١٠ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، **الانتصار**، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الاولى، ١٤١٥ق.
- عمید زنجانی، عباسعلی، **آیات الاحکام**، تهران، مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی، چاپ اول، ١٣٨٢.
- فاضل لنکرانی، محمد، **اصول فقه شیعه**، تقریر محمود و سعید ملکی اصفهانی، قم، مرکز فقهی ائمة اطهار، چاپ اول، ١٣٨١.
- قمی، علی بن ابراهیم، **تفسیر قمی: تصحیح سیدطیب جزائری**، قم، مؤسسه الكتاب، چاپ سوم، ١٤٠٤ق.
- مامقانی، عبدالله بن محمدحسن، **نهایة المقال فی تکملة غایة الامال**، قم، مجمع الذخائر الاسلامیة، بی تا.
- ماوردی، علی بن محمد، **العاوی الكبير فی الفقه الشافعی**، دار الکتب العلمیة، بی تا.
- مجاهد طباطبایی، محمد، **المناهل**، قم، مؤسسة آل البيت، الطبعة الحجریة، بی تا.

- محقق حلي، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام*، بيروت، المؤسسة المعارف الاسلاميه، الطبعة الاولى، ١٤١٥ ق.
- محقق كركي، علي بن حسين، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، قم، تحقيق و نشر مؤسسه آل البيت، الطبعة الاولى، ١٤٠٨ ق.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، النجف الاشرف، دارالنعمان، الطبعة الثانية، ١٣٨٦ ق.
- ناييني، محمد حسين، *منية الطالب في حاشية المكاسب*، تقريرات خوانساري، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، الطبعة الاولى، ١٤١٨ ق.
- نراقي، احمد بن محمد مهدي، *مستند الشيعة*، تهران، المكتبة المرتضوية، چاپ اول، ١٣٦٩ ق.
- نووي، يحيى بن شرف، *المجموع شرح المهذب*، بيروت، دارالفكر، ١٩٩٤ م.



معنا شناسی سبّ النبی (ص) و نحوه تحقق آن با نگاه به قانون مجازات اسلامی ۹۲*

دکتر عبدالله بهمن پوری^۱

استادیار دانشگاه یاسوج

Email: bahmanpouri10@gmail.com

دکترحسین حقانی خواه

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه یاسوج

Email: hossinhaghanh@yahoo.com

دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی

دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج

Email: alishahi@yu.ac.ir

چکیده

جرم سبّ النبی به عنوان یکی از مهم‌ترین جرائم علیه مذهب در متون فقهی مطرح است تا جایی که مجازات آن قتل است و اجرای مجازات می‌تواند توسط هر مسلمان شنونده سبّ اجرا شود. قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ در ماده ۲۶۲ و ۲۶۳ و ماده ۵۱۳ تعزیرات به بیان این جرم پرداخته است، با این حال، پرسش‌ها و ابهاماتی در مورد جرم مذکور وجود دارد، از جمله اینکه عنصر مادی جرم مذکور که از جرائم لفظی است چگونه و با چه الفاظی محقق می‌شود. دیگر اینکه آیا صرفه «لفظ»، موضوع جرم است یا اینکه فعل، کاریکاتور، نقاشی، کلیپ، فکاهه، پویانمایی و رمان نیز می‌تواند محقق جرم مذکور باشد؟ پژوهش پیش رو با تکیه بر ادله فقهی و آرای فقها و استدلال‌ها و براهین عقلی در پی معناشناسی سبّ النبی و ارائه ملاک تحقق عنصر مادی در جرم مذکور است.

کلیدواژه‌ها: سبّ النبی، قذف، توهین، ایذاء، عنصر مادی سبّ النبی.

* مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۹/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۳/۰۶.
۱. نویسنده مسئول

Semantics of blasphemy against the holy Prophet and how it is realized with a view to the Islamic Penal Code 2013

Abd Allah Bahman Pouri, (Corresponding Author) Ph.D., Assistant Professor, Yasuj University

Hossein Haghani Khah, Ph.D Graduate, Islamic Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Yasuj University

Abalfazl Ali Shahi Ghale Jughi, Ph.D., Associate Professor, Department of Theology, Yasuj University

Abstract

The crime of blasphemy against the holy Prophet is a significant crime against religion in the recognized literature of Islamic jurisprudence in a way that it leads to capital punishment and each Muslim hearing the blasphemy can execute the penalty. The Islamic Penal Code, in articles 262 and 263 and 513 of the discretionary penalties (Tazirat) has described this crime. Nevertheless, there are questions and ambiguities about this crime, e.g. how and with what words, this verbal crime is committed? In addition, is the word the mere object of the crime or act, caricature, drawing, clip, joke, animation and novel may result in the above said crime? The present paper, through relying on Islamic jurisprudence evidence and Islamic jurists' opinions and rational arguments and reasons, is intended to study the semantics of blasphemy against the holy Prophet and offer a criterion of the realization of its actus reus.

Keywords: blasphemy against the Prophet, false charge of fornication, insult, annoyance, actus reus of blasphemy against the holy Prophet.

مقدمه

فقیهان حکم اعدام را سزاوار کسی می‌دانند که به پیامبر، سب کند. لذا موضوع، «سب النبی» و حکم، «کشتن یا اعدام» است و تا موضوع محرز نشود حکم بر آن بار نمی‌شود. اگر چه ممکن است در زمان خود ائمه (ع) و زمان‌های بعد از آن، واژه سب و واژه‌های هم‌معنای آن، برای مخاطبان مشخص بوده باشد، اما در حال حاضر نیاز است که معنای سب از جهت لغوی، اصطلاحی و عرفی کاملاً روشن شود تا فعلی یا سخنی از کسی صادر شد؛ مجتهد یا قاضی به راحتی بتواند تشخیص دهد که آیا فعل و گفتار وی مصداق سب است تا حکم بر آن بار شود یا خیر.

برخی توجیه کرده‌اند که شاید چون معنای واژه سب و مشتقات آن نزد عرف مشخص بوده است، فقها ضابطه‌ای برای آن تعیین نکرده‌اند (موسوی اردبیلی ۲/ ۴۲۴). اگر این توجیه صحیح باشد نباید هیچ اختلاف اساسی در درک و بیان معنای سب وجود داشته باشد حال آنکه چنین اختلاف‌هایی وجود دارد. گفتنی است با بررسی در ادله روشن خواهد شد که نه صرفاً «لفظ» بلکه فعل، کاریکاتور، نقاشی، کلیپ، فکاهه، پویانمایی و رمان نیز می‌تواند موجب تحقق جرم مذکور شود چرا که موضوع جرم، تنقیص و توهین به ساحت قدسی معصومان (ع) است که با این اعمال نیز محقق می‌شود. به تعبیر بهتر هر چند الفاظ خاصی در لسان ادله برای تحقق موضوع بیان شده است، اما لفظ موضوعیت ندارد و حکم دایر مدار تنقیص و توهین است به هر طریقی که واقع شود.

دیدگاه قانون مجازات اسلامی ۹۲

سب النبی در قانون مجازات اسلامی چنین تعریف شده است: هر کس پیامبر اعظم صلی اله علیه و آله و سلم و یا هر یک از انبیاء عظام الهی را دشنام دهد یا قذف کند سبب النبی است و به اعدام محکوم می‌شود (ماده ۲۶۲).

در ماده ۵۱۳ قانون مصوب سال ۱۳۷۵ تعزیرات چنین آمده است: هر کس به مقدسات اسلام و یا هر یک از انبیای عظام یا ائمه طاهرین (ع) یا حضرت صدیقه طاهره (س) اهانت نماید اگر مشمول حکم سبب‌النبی باشد اعدام می‌شود و در غیر این صورت به حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد.

چنانکه ملاحظه می‌شود، ماده مزبور حکم سبب‌النبی را مرگ قرار داده است. با وجود این، ماده مجمل است و بدون رجوع به منابع فقهی نمی‌توان درک صحیحی از آن داشت. قانون‌گذار نه در این ماده و نه در هیچ ماده و قانون دیگری مشخص نکرده است که اهانت‌کننده در چه صورتی مشمول عنوان سبب‌النبی است و در چه صورتی مصداق سبب‌النبی نیست. افزون بر اینکه معنا و تعریف روشنی نیز از سب

ارائه نکرده است. اینکه سب با چه الفاظی محقق می‌شود و اینکه آیا صرفاً با لفظ محقق می‌شود یا فعل هم می‌تواند مثبت آن باشد از سؤالات اساسی در مورد ماده مذکور است. مشخص است که در این ماده قانونی عنوان جرم به خوبی تبیین نشده است و در آن ابهامات زیادی وجود دارد. عنوان سب النبی در ماده ۲۶۲ به سه کلمه: دشنام، قذف و اهانت تعریف شده است.

الف: شباهت سب با اهانت

در کتب فقهی، جرم توهین اصولاً طی دو عنوان مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. یکی توهین‌های حدی و دیگری توهین تعزیری. توهین‌های حدی در فقه اسلامی را می‌توان تحت دو عنوان یافت: «قذف» و «ساب النبی». اهانت عبارت است از خوار و تحقیر کردن کسی یا چیزی با گفتار یا کردار. اهانت در افعال مشترک که قابلیت اهانت بودن و غیر اهانت بودن را دارد، با قصد محقق می‌شود مانند پشت کردن به ضریح امام علیه السلام یا دراز کردن پا به سمت قرآن. چنین افعالی اگر به قصد اهانت سرزند، توهین به شمار می‌رود، ولی در کردارهایی که بر حسب عرف و عادت در مقام اهانت به کار می‌روند- مانند زیر پا نهادن قرآن- بدون قصد نیز محقق می‌شود (مراغی، ۱/ ۵۵۶). گفته شده است که جرم سب النبی اگر چه در بسیاری از قواعد عمومی شبیه اهانت است، اما تفاوت‌هایی نیز با اهانت دارد از جمله اینکه در جرم اهانت هر فردی ممکن است مورد اهانت قرار گیرد؛ درحالی که اهانت شونده در جرم سب النبی منحصر در پیامبر اسلام (ص) و افراد خاص دیگری است، بنابراین جرم سب النبی از جهت فرد اهانت شونده اخص از جرم اهانت است. تفاوت دیگر سب النبی و اهانت در مجازات آن است که در ماده ۵۱۳ بیان شده و این تفاوت بسیار است. در مورد قصد مرتکب، ابهام وجود دارد؛ زیرا در جرم اهانت گفته شده است که این جرم، از نظر عنصر معنوی، علاوه بر سوء نیت عام به سوء نیت خاص هم نیاز دارد که همان قصد تحقیر و کوچک کردن دیگری است اما در مورد اهانت به پیامبر (ص) از ظاهر روایات چنین بر می‌آید که حتی اگر چنین سوء نیتی هم وجود نداشته باشد، جرم سب النبی محقق می‌شود (زراعت، ۸۴). در مورد تفاوت سب و اهانت از جهت شمولی می‌توان گفت اگر سب را به تنهایی نیز مد نظر داشته باشیم شامل سب مؤمنین نیز می‌شود و شمولش عام می‌شود و در مورد شمول لفظ اهانت نیز اگر مضاف به نبی شود؛ شمول لفظ اهانت نیز خاص و محدود می‌شود. اما در مورد اینکه از روایات برداشت می‌شود که حتی اگر چنین سوء نیتی هم وجود نداشته باشد، جرم سب النبی محقق می‌شود هیچ فقیهی چنین مطلبی را بیان نکرده است و حتی فقها تصریح به این دارند که در سب، قصد اهانت و توهین و نقص آبرو، معتبر است (انصاری، ۱/ ۲۵۵). به دلیل همین عدم تفاوت نیز صاحب مفتاح الکرامه سب و اهانت را به

یک معنا دانسته و آن دورا همراه هم آورده است (عاملی، ۲۳/۴۵۰).

ب: تفاوت سبّ و قذف

دو واژه سب و قذف از جهت معنای لغوی و اصطلاحی با هم متفاوت هستند زیرا قذف به معنای انداختن، گذاشتن و آن را رها کردن است (قرشی، ۲۵۹/۵). شباهت این دو جرم تا جایی است که اکثر فقها جرم سب النبی را در ذیل جرم قذف بررسی کرده‌اند و حتی صاحب جواهر آن را ملحق به جرم قذف دانسته است. قذف در اصطلاح فقها عبارت است از نسبت دادن کسی به زنا یا لواط (صاحب جواهر، ۴۱/۴۰۲). در حالی که سب معنای واحدی ندارد و به هر آنچه که سبب کم شدن شخصیت و ریختن آبرو شود می‌گویند. مخاطب قذف عام است و ممکن است که هرکسی واقع شود ولی در بحث سب، فقط پیامبر و پیامبران و امامان معصوم (ع) و حضرت فاطمه (ع) است. اما اگر مخاطب قاذف پیامبر باشد حتماً سب النبی نیز می‌باشد زیرا نسبت زنا و لواط هم نوعی دشنام به حساب می‌آید. پس مفهوم سب عام‌تر و قذف پیامبر زیر مجموعه سب است. به همین دلیل اگر کسی پیامبر را قذف کند احکام سب النبی در مورد وی جاری می‌شود نه احکام قذف. چنانکه صاحب جواهر می‌نویسد: گاه جریان حکم مرتد بر قذف پیامبر (ص) نیز مشکل می‌شود، در قذفی که به سب وی برگردد. زیرا از آن چه گذشت دانسته شد که حکم دشنام دهنده به حضرت در هر حال اعدام است. البته در قذفی که به سب منجر نشود آن حکم پسندیده است (همو، ۴۱/۴۳۸).

ج: سبّ و دشنام

واژه دشنام از دش = دژ، (بد + نام) از نظر لغوی به معنی اسم بد. در پهلوی، دوشنام، به معنی با نام بد، شهرت بد. در اصل دشت نام است، دشت به معنی زشت و نام عبارت از القاب و خطاب. نام زشت، فحش، سرزنش، طعنه، بهتان و لعنت. با لفظ گفتن، کردن، دادن، زدن، فرستادن و کشیدن مستعمل است. وجم. سب. سبیل. شتم. شتیمه. فحش (لغتنامه دهخدا). از نظر اصطلاحی چنین تعریف شده است که نام یا نسبت زشتی است که هنگام ناراحتی و تنفر از کسی به او داده می‌شود. بنابر این، کلماتی که مفاد آنها هتک و اهانت به دیگری است، مصداق دشنام یا سب به شمار می‌روند، مانند قذف (نسبت زنا یا لواط دادن به کسی) و کسی را با لقب زشت خواندن، از قبیل فاسق، پست، نجس، سگ و خوک (محقق کرکی، ۴۱۴ق، ۴/۲۷) کاشف الغطاء در بحث از سب مؤمنین می‌گوید: سب و شتم مومن، هر دو به یک معنا می‌باشد (کاشف الغطاء، ۵۵) و این نشان دهنده این مطلب است که واژه سب و دشنام به یک معنا است.

البته در فروق اللغه چنین آمده است: «تفاوت بین شتم و سب: همانا شتم زشت شمردن امر مورد سرزنش با قول و لفظ است. و اصل این کلمه از واژه شتامه گرفته شده است و آن زشتی صورت است و مرد شتیم یعنی کسی که صورتش زشت است و به شیر شتیم گفته می‌شود چون قیافه‌اش زشت است و سب زیادی در شتم است و زیادی در آن است و از شب مشتق می‌شود و آن قسمت طولانی است و به آن سیب نیز می‌گویند و سیب به اسب گفته می‌شود که موهای دم او بر خلاف عرف بلند است و سب در مورد عمامه به خاطر طولانی بودن آن است و این اصل است و در موارد دیگر توسعه یافته است»^۱ (عسکری، موقع یعسوب، ۱/۲۹۴).

بررسی مفهوم سب

۱. معنای لغوی: اغلب لغت شناسان سب را به معنای شتم و فحش و ناسزا آورده‌اند (ابن منظور، ۱/۴۵۶؛ واسطی، ۲/۶۳؛ جوهری، ۱/۱۴۴) اصل کلمه سب به معنای قطع کردن است سپس معنای دشنام به خود گرفته است زیرا سب به معنای از بین بردن آبرو است (مصطفوی، ۵/۱۴) و حتی گفته شده که هیچ قطع کننده‌ای به مانند فحش نیست (احمد بن فارس، ۳/۶۳) و آن را به معنای دشنام دردآور و سخت نیز گفته‌اند (راغب اصفهانی، ۳۹۱).

نویسنده کتاب ترمینولوژی حقوق، سب را چنین تعریف کرده: «سب یعنی دشنام و بدگویی با جملات انشایی و آن عبارت است از ذکر الفاظ یا نوشته‌های ناخوش به کسی به قصد تحقیر و اهانت به صورت هجو و غیر آن. مجرم را سب گویند. از بزه‌های ضد شرف و عرض است. مجنی علیه را مسبوب گویند شتم نیز سب است. سب از مصادیق ایذاء است (۳/۲۱۲۸). اینکه سب باید به قصد انشاء باشد را محقق ایروانی مطرح کرده‌اند (ایروانی، ۱/۲۸) که البته این قید نه از معنای لغوی آن و نه از متفاهم عرفی آن به دست نمی‌آید (مکارم شیرازی، أنوار الفقاهة، ۲۱۹).

۲. الفاظی که موجب تحقق جرم سب النبوی می‌شود (عنصر مادی): حاصل این که علاوه بر واژه «سب» که عنوان اصلی این جرم است و صراحت در این جرم دارد؛ واژه‌های دیگر مانند «ذکر»، «نال»، «وقیعه» و «شتم» نیز محقق موضوع جرم سب النبوی هستند. البته بررسی واژگان نشان می‌دهد که تحقق سب النبوی با این واژگان محصور نیست و واژگان این چنینی از باب مثال است. لذا معنای جامع همه این واژه‌ها تحقق «اهانت و ایذاء» به ساحت پیامبر (ص) و ائمه (ع) و فرقی نمی‌کند که با چه لفظی باشد.

۱ «الفرق بین الشتم والسب: أن الشتم تقييح أمر المشتوم بالقول وأصله من الشتامه وهو قبح الوجه ورجل شتم قبيح الوجه وسمى الاسد شتما لقبح منظره، والسب هو الاطتاب في الشتم والاطالة فيه واشتقاقه من السب وهي الشقة الطويلة ويقال لها سبب أيضا، وسبب الفرس شعر ذنبه سمي بذلك لطوله خلاف العرف، والسب العمامة الطويلة فهذا هو الاصل فإن استعمل في غير ذلك فهو توسع»

واژه نال و ذکر: در روایات واژه نال و ذکر نیز آمده است از جمله: امام صادق (ع) فرمود: پدرم به من خبر داد که رسول الله فرمود: «أَنْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ قَالَ الْفَاسِ فِي أَسْوَأِ مَنْ سَمِعَ أَحَدًا يَذْكُرُنِي فَالْوَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَقْتُلَ مَنْ شَتَمَنِي وَلَا يُوَفِّعُ إِلَى السُّلْطَانِ وَالْوَجِبُ عَلَى السُّلْطَانِ إِذَا وَفَّعَ إِلَيْهِ أَنْ يَقْتُلَ مَنْ نَالَ مَعِي»؛ مردم درباره من یکسان هستند. هر کسی بشنود دیگری از من بدگویی می کند، بر او واجب است - اگر به او مراجعه شد - کسی که مرا دشنام داده است به قتل برساند (کلینی، ۲۶۷/۷) و در لسان العرب آمده است: واژه نال هنگامی که در مورد آبروی کسی به کار رود؛ معنای سب می دهد (ابن منظور، ۶۸۵/۱۱) و در شرح حدیث نیز به همین معنا آمده است (مجلسی، ۲۰۴/۱۰).

نقد: با کمی دقت می توان دریافت کرد که پیامبر فرمودند: اگر کسی از من به بدی یاد کند؛ فرد او را به قتل برساند اگر به من دشنام دهد. یعنی اگر آن بدگویی او به حد دشنام رسید وی به قتل می رسد و واژه «نال» در ادامه حدیث نیز (با توجه به واژه شتم که قبل از آن آمده است) در صورتی سب قتل می شود که به حد دشنام برسد. کشی نیز می گوید: نال اگر در معنی اضرار و شتم استعمال شود به معنای بدگویی کردن و عیب دیگران را گفتن و دشنام دادن است (کشی، ۱۵۱/۱).

آقا ضیاء عراقی و امام خمینی نیز می نویسند: اگر پیامبر و ائمه (ع) بدنامی و بدگویی شود ولی به سب و دشنام نرسد در اینصورت بر طبق صلاحدید حاکم تعزیر می شود (عراقی، ۳۵۲/۴؛ خمینی، ۵۰۲/۲) و این معنا فهمیده می شود که در بحث از سب النبی، گفته ها و افعالی قابل تصور است که اگرچه از پیامبر و امام (ع) به بدی یاد می شود اما به حد سب، که سبب بار شدن حکم قتل شود؛ نمی رسد. و شاید ماده ۵۱۳ قانون مصوب سال ۱۳۷۵ تعزیرات به این مطلب اشاره داشته باشد: هر کس به مقدسات اسلام و یا هر یک از انبیای عظام یا ائمه طاهرین (ع) یا حضرت صدیقه طاهره (س) اهانت نماید اگر مشمول حکم سب النبی باشد اعدام می شود و در غیر این صورت به حبس از یک تا پنج سال محکوم خواهد شد. البته می شود تفسیری دیگری نیز از این ماده برداشت کرد و آن این است که اگر فرد مرتکب این جرم شود اما دیگر شرایط وجود نداشته نباشد؛ فرد تعزیر می شود. در واقع این نبود شرایط گاه به تحقق موضوع بر می گردد و گاه به شرایط حکم بر می گردد.

واژه شتم: با بررسی روایات به واژه شتم به عنوان یکی از واژگان مولد معنای سب می رسیم، چنانچه از عبدالله بن سلیمان عامری وارد شده است: «به امام صادق علیه السلام گفتم: «أَيُّ شَيْءٍ تَقُولُ فِي رَجُلٍ سَمِعْتَهُ يَشْتُمُ عَلَيْهِ وَ تَبَوُّأُ مِنْهُ فَقَالَ لِي هُوَ وَاللَّهِ حَلَالُ الدَّمِ وَ مَا أَلْفَ رَجُلٍ مِنْهُمْ بِرَجُلٍ مِنْكُمْ دَعَا»، نظر شما درباره مردی که از او شنیده ام که امیرالمؤمنین علیه السلام را دشنام می دهد و از او بیزار می جوید، چیست؟ عبدالله بن سلیمان گوید: امام به من فرمود: به خدا سوگند! خورش حلال است و هزار نفر از آنان

برابر با یک نفر از شما نیست. او را واگذار و متعرض او مشو» (طوسی، ۱۰/۸۶). واژه شتم به معنای کراهه (بدی) و دشمنی سخت (احمد بن فارس، ۳/۲۴۴) و کلام زشت (ابن منظور، ۱۲/۳۱۸) آورده شده است. به طور کلی وصف کردن چیزی که به وسیله آن تحقیر و سرزنش و نقض باشد (طریحی، ۶/۹۸). البته گفته شده است که شتم عرفا، مخصوص سب اقارب است که به فارسی دشنام گویند و سب مطلق به معنای ذم است که به فارسی ناسزا می گویند و سب و ذم به یک معنا هستند (لاری، ۱/۱۴۱). اما ظاهر لاد عرف بین ناسزا و دشنام تفاوتی وجود ندارد و آن‌ها را باهم و به یک معنا به کار می‌برند، لذا با این واژه و معنای آن نیز سب محقق می‌شود.

وقیعه: واژه وقیعه در ارتباط با بحث سب النبى در روایات ما وجود ندارد؛ اما در بحث اهل بدعت و شک آمده که پیامبر می‌فرماید: «إِذَا رَأَيْتُمْ أَهْلَ الْوَيْبِ وَالْبِدْعِ مِنْ بَعْدِي، فَأَظْهَرُوا الْبِرَاءَةَ مِنْهُمْ، وَأَكْثَرُوا مِنْ سَبِّهِمْ، وَالْقَوْلُ فِيهِمْ وَالْوَقِيْعَةُ، وَبَاهْتُوهُمْ كَيْلًا يَطْمَعُوا فِي الْفَسَادِ فِي الْإِسْلَامِ، وَيَحْذَرُهُمُ الْفَاسِقُ، وَلا يَتَعَلَّمُوا مِنْ بَدْعِهِمْ؛ يَكْتُبُ اللَّهُ لَكُمْ بِذَلِكَ الْحَسَنَاتِ، وَ يُوَفِّعُ لَكُمْ بِهَ الدَّرَجَاتِ فِي الْآخِرَةِ» هرگاه پس از من اهل شک و بدعت را دیدید، بیزاری خود را از آن‌ها آشکار کنید، و به آن‌ها بسیار دشنام دهید، و درباره آن‌ها زیاد بدگویی کنید، و عیوبشان را زیاد بگویید، و آن‌ها را مبهوت سازید، تا به فساد در اسلام طمع نکنند و مردم از آن‌ها بر حذر شوند و از بدعت‌های آنان (چیزی) نیاموزند. خداوند در برابر این کارهایتان برای شما حسنات می‌نویسد و درجاتتان را در آخرت بالا خواهد برد» (کلینی، ۴/۱۲۳). اما در بحث از سب النبى در روایات اهل سنت چنین آمده است: «وروی أبو داود عن علی (ع): أن یهودیة كانت تشتم النبى صلی الله علیه وسلم وتقع فیہ فختقها رجل حتی ماتت فأبطل رسول الله صلی الله علیه وسلم ذمتها»، از ابو داود از علی (ع) روایت شده است که یک فرد یهودی به پیامبر (درود خدا بر او باد) ناسزا می‌گفت و در مورد وی وقیعه می‌کرد، پس فردی آن مرد را خفه کرد تا اینکه مرد یهودی مرد، پس پیامبر (درود خدا بر او باد) ذمه فرد را بری کرد (نووی، ۱۹/۴۲۶).

وقیعه از نظر لغوی یعنی غیبت کردن (طریحی، ۴/۴۰۸) و سب و دشنام دادن (مصطفوی، ۱۳/۱۷۹؛ فیومی، ۲/۶۶۸) و ذکر نقص دیگران (صاحب بن عباد، ۵/۲۶۹) که در کلمات فقها نیز به معنای بدگویی و هم معنای سب آمده است (علم‌الهدی، ۴۸۲؛ گلپایگانی، ۲/۱۸۲).

۳. مفهوم جامع همه الفاظ: اگرچه جامع همه الفاظ، تنقیص شخصیت پیامبر (ص) و ائمه (ع) است و لفظ خاص موضوعیت ندارد و طریقت دارد و بیان این موضوع در روایات از باب غلبه است. اما فقها، لغت سب را که مفهوم عرفی دارد، به چهار عنوان تحلیل کرده‌اند:

الف. توصیف همراه با نقص آبرو: صاحب مفتاح الکرامه در تعریف سب می‌نویسد: شتم، نام یا

نسبت زشتی است که هنگام ناراحتی و تنفر از کسی به او داده می‌شود. بنابراین، کلماتی که مفاد آن‌ها هتک و اهانت به دیگری است، مصداق دشنام یا سبب به شمار می‌روند، مانند قذف (نسبت زنا یا لواط دادن به کسی) و کسی را با لقب زشت خواندن، از قبیل فاسق، پست، نجس، سگ و خوک (عاملی، ۱۲/۲۲۲) و توصیف ممکن با قول یا فعل یا کاریکاتور و... باشد. صاحب جامع المقاصد فرمودند: هر آنچه که اسنادش (نسبت دادنش) سبب نقص شود مانند وضع (پست) و ناقص و موارد دیگر (محقق کرکی، جامع المقاصد، ۲۷/۴).

کاشف الغطاء در بحث از سبب مؤمنین می‌گوید: سبب مؤمنین و دشنام دادن به آن‌ها به معنای واحدی است و شامل لعنت فرستادن، زخم زبان زدن، قذف، فحش دادن، کوچک شمردن و تحقیر می‌شود (کاشف الغطاء، ۵۵) و مرحوم مشکینی سبب را تعریف می‌کند: برای سبب و دشنام در فقه اصطلاح خاصی نیست و نزد فقها عبارت است از توصیف به آنچه که در آن سرزنش و تحقیر و نقص به قصد توهین و اهانت باشد و در نقص داخل می‌شود هر آنچه که سبب اذیت و آزار شود (مشکینی، ۲۹۱). قاضی عیاض از عالمان اهل سنت این مطلق گرفتن مفهوم سبب را به خوبی چنین بیان می‌کند: همه افرادی که پیامبر را دشنام داده یا عیبی به او نسبت داده یا نقصی به خود پیامبر یا نسب او یا دین او یا ویژگی‌های او وارد کرده یا متعرض آن شده یا او را به چیزی تشبیه کردن به نحوی که سبب و دشنام به او باشد، یا تحقیر وی یا کوچک کردن شأن و مقام او، یا کاستن منزلت او، و عیبی به وی وارد کردن، پس او سبب کننده پیامبر است و حکم سبب کننده پیامبر در مورد وی اجرا می‌شود. همچنین کسانی که وی را لعنت کنند یا نفرین کند یا برای او چیزی را بخواهد که برای او ضرر داشته باشد، یا چیزی را که پیامبر شایسته آن نیست بر طریق ذم به پیامبر نسبت دهد و شخصیت عزیز را با کلمات سخیف و پست مسخره کند (شوخی کند) و قول بدی یا دروغی را نسبت دهد یا به بلاء و سختی به او توهین کند یا به بعضی از عارضه‌های مرسوم و عادی او را خوار و تحقیر کند. همه این‌ها نزد صحابه و صاحبان فتوا مورد اجماع است (عیاض، ۲/۵۳۹).

ب. گفتار اهانت‌آمیز و نقص کننده آبرو: محقق خوبی سبب را چنین تعریف می‌کند: ظاهر از لغت و عرف، اعتبار اهانت و تعبیر در مفهوم سبب است، و سبب، نقص و سرزنش کردن بر مسبوب است و آن با شتم از نظر معنا یکی هست و به همین علت داخل در معنای سبب می‌شود هر آنچه که سبب اهانت مسبوب و هتک حرمت آن می‌شود مانند قذف او و توصیف به پست، لاشی، الاغ، سگ، خوک، کافر، مرتد، ابرص (پسی)، جذام، اعور (یک چشم) و غیر از الفاظی که سبب نقص و اهانت شود. (خویی، ۱/۲۸۰).

با دقت در تعریف محقق خوبی به خوبی فهمیده می‌شود که در تعریف وی عبارت «کلمای یوجب» و عبارت «التوصیف» نشانگر برداشت مطلق وی از واژه سبب است. همچنین گفته شده: هر قولی که از آن

تحقیر و اهانت و نقص آبروی دیگری در آن باشد (مکارم شیرازی، أنوار الفقاهة، ۲۱۹). از این تعریف معلوم که فقط کلام را در تعریف سب مؤثر می‌داند. طبق نظر گلپایگانی، سب اخص از توهین است. یعنی فقط الفاظ و عباراتی که دلالت بر تنقیص و تحقیر کند سب محسوب می‌شود و لذا افعال هر چند موهن باشد تحت عنوان سب قرار نمی‌گیرند (فتحی، ۱۴۱). اما باید دانسته شود که گلپایگانی در صدد مطرح کردن این مطلب نیست که سب فقط بر لفظ اطلاق می‌شود نه بر فعل؛ بلکه وی تصریح می‌کند که واژه‌های به کار رفته در روایات مانند: «سب»، «شتم»، «نیل» و «ذکر» به کار رفته که همگی به یک معنا هستند و یک مطلب را می‌رسانند و بر اداء عباراتی که نشانگر ناسزاگویی، بدگویی، دشنام، تنقیص، تضعیف و استخفاف دلالت می‌کنند (الدر المنصود، ۲/ ۲۴۵).

ج. اهانت نقص کننده آبرو: در مورد این مبنا گفته شده: «الاهانة بالتنقیص» اهانتی که سبب نقص و کم شدن آبرو و شود ملاک تحقق سب است (سبحانی، ۴۷۶). در این تعریف «تنقیص» در برگرنده عنصر مادی جرم سب النبى است که مطلق بوده و اعم از قول و فعل است. پس این تعریف در واقع به نوعی بازگشت به همان تعریف اول دارد.

با تصریح فقها به این که در سب، قصد اهانت و توهین و نقص آبرو معتبر است (انصاری، ۱/ ۲۵۵). باید گفت یک وقت فعل صادره از فرد به قصد اهانت است اگرچه خود فعل به خودی خود مصداق اهانت نباشد مانند تخریب مسجد (نه به قصد تعمیر). ولی گاهی فعل به خودی خود نشانگر اهانت است اگرچه فرد قصد اهانت را نکرده نباشد و از نظر عرف، هتک حرمت فرد به حساب می‌آید مانند فحش و سب ائمه (ع). این افعال از نظر عرف به قصد اهانت هستند مگر اینکه قرینه قطعیه اقامه شود که فعل صادر شده به قصد اهانت صادر نشده است و اینکه اهانت و هتک از عناوین قصدیه هستند؛ با این موضوع که بعضی افعال ذاته و عرفاً هتک حرمت هستند منافاتی ندارد زیرا واضح است که قصد اهانت در صدق اهانت بر افعالی که در نظر عرف بر توهین و اهانت دلالت دارند دخلی ندارد و عرف حکم می‌کند که این افعال توهین به حساب می‌آید و کار با قصد فاعل ندارد بر خلاف افعالی که به خودی خود دلالت بر اهانت ندارند؛ که تا محرز نشود که به قصد اهانت صادر نشده است بلکه بر اغراض عقلائی و مصلحت‌های معلوم برای شخصی که آن را انجام داده است و این موارد از مصادیق حمل فعل بر صحت است (مازندرانی، ۱/ ۱۵۱). به عبارتی دیگر قصد در بعضی از عناوین قصدیه، قهری است و امکان ندارد که نباشد مثلاً هرکس دیگری را در جمع سب و فحش دهد به فرد توهین کرده است و از کار او قصدش جدا نیست و در این موارد عنوان فعل در خارج محتاج و ارتباطی به قصد خود فرد ندارد. مثلاً اگر کسی از روی غفلت کتاب قرآن را نجس کند یا فرد به ائمه (ع) دشنام دهد فعل او توهین و هتک حرمت به حساب می‌آید

هر چند که به خاطر نبود بعضی شرایط فرد مجازات نشود (مکارم شیرازی، القواعد الفقهية، ۱/ ۱۳۵). پس سبب النبی از افعالی است که اهانت آن به همراهش است و نیاز به قصد فرد نیست، مگر اینکه قرینه قطعیه اقامه شود که فعل صادر شده به قصد اهانت صادر نشده است (مازندرانی، ۱/ ۱۵۱). ناگفته نماند که در شرع مقدس احکام بسیاری بر روی الفاظ رفته همچون دروغ، فحش، غیبت، سب، کفر، این الفاظ تنها به دروغ عربی، فحش عربی و ... انصراف ندارد هر چند عرب زبان از دروغ- مثلا- در نگاه تصویری بدوی الفاظ عربی به ذهنشان خطور می کند ولی اگر از آن‌ها بپرسند، آیا دروغ به فارسی هم اشکال دارد، بی تردید پاسخ می دهد که فرقی بین عربی و فارسی در کار نیست (زنجانی، ۹/ ۳۱۳۹).

بر طبق نظر کسانی که معنای سب را مطلق به حساب آورده اند، رکن مادی جرم سب، هم از طریق نرم افزارهای رایانه ای و هم از طریق اینترنت، متصور و محقق است؛ به این ترتیب که مرتکب اقدام به تهیه سی دی که مشتمل بر سب و ناسزاگویی به پیامبر و ائمه (علیهم السلام) است، در قالب شعر، سخنرانی، طنز، سرود و غیره بپردازد. همچنین ممکن است شخصی با نوشتن مطالب مشتمل بر سب پیامبر و امامان معصوم، در وبلاگ خود مصداق سبب النبی گردد، و یا جرم ناسزاگویی را در تالارهای گفتگو، مرتکب گردد و کاریکاتور، به تصویر کشیدن و حتی نمایش پاتومیم نیز داخل در مفهوم سب می شود.

د: تفسیر سب به دشنام: در مقابل کسانی که سب را «مطلق توصیف با تنقیص» معنا و تفسیر کرده اند گروهی از فقها نیز سب را به معنای دشنام معنا کرده اند. چنانکه گفته شده است هر چند سب به معنای آنچه سبب آزار و اذیت و کم شدن آبرو شود ولی هر اذیتی سب نیست، بلکه نیاز به الفاظ خاصی وجود دارد که مرجع آن برای اینکه آیا سب بر آن صدق کند یا نه؟ عرف است (موسوی اردبیلی، ۲/ ۲۸۷). گفته شده که مقصود از «سب» ناسزاگویی و فحش دادن است و شامل هر اهانتی نمی شود (منتظری، ۲/ ۵۴۰). حتی گفته شده است که سب دشنام است و اعم از فحش است زیرا فحش دشنام است بالفاظ رکبیک مثل ذکر مادر، خواهر، زن، اسامی عورت، نسبت زنا، لواط و امثال این‌ها و در حدیث است (طیب، ۵/ ۱۶۶) و نسبت فحش با سب عموم من وجه است، سب خصوص قول و کلام است چه رکبیک و غیر رکبیک، و فحش خصوص رکبیک است چه در قول و چه در عمل (طیب، ۳/ ۳۶۱).

نقد: با دقت در روایات چنین برداشتی که سب باید حتماً با الفاظ خاص باشد به دست نمی آید بلکه هر آنچه که سبب کم شدن آبروی پیامبر و توهین به ایشان باشد عنوان سب بر آن بار می شود، از جمله روایت: یونس بن یعقوب از مطر بن ارقم نقل کرده است: شنیدم امام صادق (ع) فرمود: عبدالعزیز بن عمر نزد من فرستاد و زمانی که پیش او رفتم دیدم دو تن نزد او هستند و یکی از آن دو چهره دیگری را زخمی کرده است. عبدالعزیز گفت: ای اباعبدالله! درباره این دو مرد چه نظری دارید؟ گفتم: چه گفته اند؟ پاسخ

داد: یکی از آن دو گفته است: برای رسول الله فضیلتی بر هیچ یک از بنی امیه در حسب نیست! و دیگری گفته است: رسول الله در هر خیر و خوبی بر همه مردم برتری و فضیلت دارد. آن که مدافع و یاور رسول الله است چهره دیگری را همان گونه که می بینی زخمی کرده است، آیا بر او چیزی است و مجازات دارد؟ گفتم: «کان ینبغی لمن زعم ان احده مثل رسول الله (ص) فی الفضل ان یقتل ولا یستحیی»؛ سزاوار است کسی که گمان دارد شخصی در فضیلت همانند رسول الله است، بی شرم و خجالت کشیده شود. پرسید: آیا حسب همه یکی است؟ گفتم: حسب مثل نسب نیست... زمانی که حسب و نسب با هم جمع شوند و به حضرت آدم برسد نسب یکی است، همانا رسول الله آلوده به شرک و بغی و تجاوز نبوده است. پس عبدالعزیز دستور داد مرد اموی را کشتند (کلینی، ۲۶۹/۷). براساس این روایت، هرکس رسول الله را با دیگری به ویژه بنی امیه در حسب، کرامت و فضل، مساوی و برابر بداند قتلش واجب است. بنابراین، اگر کسی فضیلت های قطعی و مشهور پیامبر (همانند عصمت، علم لدنی، رسالت جاویدان و علم غیب) را انکار کند، مشمول سب النبی خواهد بود. در این حدیث، با روشنی تمام، سزاواری و شایستگی استحقاق قتل سب النبی بیان شده است؛ چراکه دشنام به پیامبر، قطعاً زشت تر از اظهار ادعای عدم فضیلت رسول الله بر بنی امیه است. پس برای صدق عنوان دشنام، فقط باید دقت شود که آیا نسبت داده شده سب کسرشان و منزلت پیامبر شده است و نیازی به الفاظ خاص نیست. نتیجه اینکه برای سب و دشنام در فقه اصطلاح خاصی نیست و نزد فقها عبارت است از توصیف به آنچه که در آن سرزنش و تحقیر و نقص به قصد توهین و اهانت باشد و در نقص (آبرو) داخل می شود هر آنچه که سبب اذیت و آزار شود (مشکینی، ۲۹۱). اما در جواب تفاوت فحش از دشنام گفته می شود که واژه فحش در لغتنامه دهخدا چنین تعریف شده است: از حد درگذشتن در بدی. درگذشتن از حد در جواب و ستم کردن در آن. دشنام، سقط. ناسزا. با دادن یا شنیدن صرف شود (دهخدا، ذیل واژه فحش) و بهجت ذیل واژه فحش می گوید: حرام است دشنام دادن [به] اهل ایمان، مگر در صورت مزاحمت با مصلحت لازمه راجحه بر مفسده سب و ستم (بهجت، ۴۷۲/۲). ایشان نیز سب و دشنام و فحش را همگی به یک معنا می دانند. پس مشخص می شود که معنای تخصصی فحش در زبان عربی، با معنای عرفی و زبان فارسی آن متفاوت است و در تعریف سب نیز گذشت که به هر نسبتی که سب کسر شأن شود و این تفاوتی ندارد که با لفظ یا فعل باشد.

دلایل مطلق بودن مفهوم سب

ادله ای که بر این مطلب که مفهوم سب شامل کلام، فعل، نقاشی، فکاهه، رمان، کاریکاتور و... که حاوی اهانت باشند؛ می شود عبارت اند از:

۱. از نظر لغوی: در کتب معتبر لغوی معنای عامی بیان شده است. از جمله در مجمع البحرین آمده است: شتم به معنای سب است که عبارت است از وصف کردن چیزی به آنچه که در آن کم کردن آبرو و حقارت و تحقیر کردن باشد. در مصباح المنیر (فیومی، بی تا، ۳۰۴۱۲) آمده است که: گفتار «اگر دشنام دادند بگو من گنگ هستم» جایز است که حمل شود بر کلام زبانی، پس آن را با زبانش گفت. و جایز است که بر کلام نفسانی نیز حمل شود و معنا نیاز نیست که با زبان باشد، بلکه از قلب است و حالت او مانند کسی است که آن را با زبان بیان کرده است (طریحی، ۹۸/۶).

۲. اعم بودن عناوین سبب از قول و فعل: مشخص است که سبب و عناوین مرتبط با آن مانند شتم، نال و ذکر به نحوی داخل یک جنس اعمی است که آن جنس اعم، اختصاص به قول ندارد و اعم از قول است و عناوین مختلفی آمده است که در همه آنها تقیص و کم کردن آبرو مقصود است مثلاً گاهی نال و گاهی ذکر و گاهی شتم آمده است که اینها مجموعه عناوینی هستند که فراتر از قول هستند و همه این عناوین حاوی و حاکی کم کردن آبروی دیگری است.

۳. تنقیح مناظ: و آن در جایی است که به همراه موضوع، حالات و خصوصیات باشد که قطعاً دخالت در حکم ندارند و لذا آنها را الغا و از آن خصوصیات صرف نظر می کنیم (مکارم شیرازی، دائرة المعارف فقه مقارن، ۱۹۷). اگر در شمول لفظی و تحت اللفظی سبب النبى نسبت به مصادیق مختلف تردید شود، الغاء خصوصیت از واژه سبب قطعی است. لذا هیچ فرقی ندارد که کسی در رادیو و تلویزیون بگوید یا در مقاله یا روزنامه بنویسد و پیامبر را به صفتی وصف کند که مصداق سبب است.

۴. اطلاق روایات: روایات و ادله و اطلاقات سبب و اهانت اختصاص به کلام ملفوظ ندارد بلکه مکتوبات یا حتی اشارات را هم شامل می شود. و لذا اگر کسی در خفاء نیز مقاله بنویسد و در آن به پیامبر توهین کند مشمول حکم سبب النبى می شود در حالی که شاید هیچ زمان بر زبانش جاری نشده باشد و در مورد اشارات نیز همیگونه است مثل اشاراتی که برای گنگ هاست. چنانکه در فقه الوضأ آمده است: «و وى أفة من ذكر الصید محمد ص أو واحداً من أهل بيته [بالشوء و] بما لا يليق بهم أو الطعن فيهم ص و جب عليه القتل»، همانا هرکس که پیامبر اکرم حضرت محمد (ص) یا یکی از اهل بیت را به بدی یاد کند و به آنچه که شایسته آنها نیست یا از آنها به بدی یاد کند کشته می شود (۲۸۵). در این حدیث عبارت «ذكر بالسوء» و عبارت «ما لا يليق بهم» و «الطعن فيهم» اطلاق دارد و شامل هر نوع نقص آبرویی را شامل می شود. یا در روایت آمده: «قلت لأبى عبد الله ع إن لنا جارا من همدان يقال له الجعد بن عبد الله و هو يجلس إلينا فنذكر عليه أمير المؤمنين ع و فضله فيقع فيه أفتأذن لي فيه فقال لي يا أبا الصباح أ فكننت فاعلا فقلت إي و الله لنن أذننت لي فيه لأوصدنه فإذا صار فيها اقتحمت عليه بسيفي فخبطته حتى أقتله قال فقال لي

أبا الصباح هذا الفتك و قد نهى رسول الله ص عن الفتك»، حدیث ابو صباح کنانی می‌گوید به امام صادق علیه السلام گفتیم: همسایه‌ای از قبیله همدان به نام جعد بن عبدالله داریم. او با ما می‌نشیند و ما از امیرالمؤمنین علی علیه السلام و برتری ایشان یاد می‌کنیم ولی او از امام بدگویی می‌کند. آیا در مورد [کشتن] او به من اجازه می‌دهید؟ حضرت فرمود: تو انجام می‌دهی؟ گفتیم: آری، به خدا سوگند! اگر در مورد او به من اجازه دهید، برایش کمین می‌گذارم و چون در کمین قرار گرفت، با همین شمشیرم بر او در می‌آیم و به شدت به او می‌زنم تا آن که او را بکشم. ابوالصباح گوید: حضرت فرمود: ای ابوالصباح، این، ترور [غافلگیر کردن] است و رسول خدا صلی الله علیه و آله از ترور [فتک] نهی فرموده است. (کلینی، ۱/۳۷۵). در این حدیث که صدر آن مورد نظر است نیز عبارت «فندکوه علیه‌الأمیر المؤمنین ع» حاکی و نشاندهنده اطلاق روایت نسبت به هر نوع بدی یاد کردن است و محصور در نوع خاصی نیست.

۵. مذاق شارع: آنچه از مذاق شارع فهمیده می‌شود این است که این حکم به منظور جلوگیری از کسر شأن پیامبر (ص) و ائمه (ع) و ممانعت از توهین به مقام عالی آن بزرگواران است. و چه بسا یک کاریکاتور توهین و سب آن خیلی زشت‌تر و رساتر باشد نسبت به یک کلام. پس دشنام همانگونه که با لفظ محقق می‌شود با نوشتن و کتابت اعم از الکترونیکی و غیر الکترونیکی نیز محقق می‌شود و ملاک تبصره ماده ۲۴۶ در اینجا نیز جاری است. تبصره مزبور مقرر می‌دارد: «قذف علاوه بر لفظ با نوشتن، هرچند به شیوه الکترونیکی نیز محقق می‌شود.» (فتحی، ۱۴۶) ارتکاب این جرم از طریق اینترنت به دلیل گستردگی مخاطبان و کثرت افرادی که با این عمل قبیح مواجه می‌شوند، می‌تواند عکس‌العمل شدیدتری را از سوی مقتن - در مواردی که مجازات توهین، مرگ نیست - در پی داشته باشد و متنوع و گسترده بودن کاربران اینترنت موجب می‌شود که عمل مرتکب نسبت به دینداران، احساسات و عواطف بیشتری را جریحه‌دار کرده و در افراد متزلزل‌الایمان، ایمان آن‌ها را سست‌تر کند.

۶. وجود روایات هم عرض: چنانکه قبلاً نیز گفته شد در بحث از اهانت به پیامبر در روایات فقط واژه سب به کار نرفته است بلکه واژه‌های «نال»، «ذکر»، «وقیعه»، «شتم» به کار رفته است. با دقت در روایات مشخص است که «سب»، «شتم»، «نیل» و «ذکر» همگی به یک معنا هستند و یک مطلب را می‌رسانند و بر ناسزاگویی، بدگویی، دشنام، تقیص، تضعیف و استخفاف دلالت می‌کنند (مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة، ۱۳/۱۷۱؛ گلپایگانی، ۲/۲۴۵).

۷. عرف: با توجه به اینکه لفظ سب تعریف و محدوده شرعی ندارد مرجع تشخیص، عرف است و هر چیزی که از نظر عرف بر آن سب صدق کند؛ سب به حساب آید و آن نیز به اختلاف اشخاص و زمان‌ها و مکان‌ها متفاوت است. پس چه بسا لفظی نزد قومی سب باشد ولی نزد قومی دیگر سب نباشد. از طرفی

تفاوتی بین لغت‌های مختلف وجود ندارد و با هر زبانی محقق می‌شود و اطلاق ادله این مطلب را نیز می‌رساند. در نظر عرف نیز بین قول و فعل در کم کردن آبروی دیگری تفاوتی وجود ندارد و نظر عرف بر نقص آبرو است نه وسیله‌ای که این فعل با آن انجام می‌شود. در مقابل استناد شده که عرفاً بر فعل دشنام گفته نمی‌شود (فتحی، ۱۴۱) ولی واضح است که اگر کسی به دیگری با حرکات دستش یا با نقاشی، نسبت زشتی به دیگری دهد، باز هم از نظر عرف وی به آن فرد، دشنام و فحش داده است. البته با توجه به اینکه مفهوم سب از جهتی اجمال دارد قدر متیقن آن است که لفظ و عملی سب است که هم از جهت عرف و هم از جهت لغت، سب بر آن صدق کند (روحانی، ۱۴/۲۹۵) البته هر چیزی که شک شود که آیا سب بر آن صدق می‌کند یا نه، به دلیل اصالت برائت و نقلیه، احکام سب بر آن صدق نمی‌کند (سبزواری، ۱۶/۹۷).

نتیجه‌گیری

با بررسی معنای لغوی و اصطلاحی و دقت در روایات می‌توان نتیجه گرفت:

۱. سبّ النبی و اهانت به پیامبر هر دو دارای یک معنا هستند و بر گفتار و عملی صدق می‌کند که سبب نقص آبروی پیامبر و ائمه (ع) شود.
۲. هم در سبّ النبی و هم در اهانت به پیامبر نیاز به قصد توهین است اما در افعالی که توهین‌آمیز باشند قصد فعل همرا خود فعل است. به بیان بهتر آن الفاظ و افعالی که در انسان‌های عادی به جز نبی موجب قذف است (چه قذف حدی و چه قذف تعزیری)، نسبت به نبی سب محسوب می‌شود و مجازات سب را دارد.
۳. فعل و قولی که نسبت بدی را به پیامبر و امام (ع) نسبت دهد اما به حد سب نرسد، سبب تعزیر می‌شود.
۴. هر فعلی که سبب اهانت و نقص آبروی پیامبر و ائمه (ع) شود، تحت عنوان جرم سبّ النبی بررسی می‌شود نه ارتداد و قذف.
۵. با تنقیح مناظروایات و اطلاق این دسته از روایات و مذاق شارع سبّ النبی به هر عمل و گفتاری که سبب نقص آبروی پیامبر و ائمه (ع) شود؛ اطلاق می‌شود و شامل کاریکاتور، مطالب الکترونیکی، مقالات و نوشته‌های روزنامه‌ای و... می‌شود.
۶. با توجه به اینکه مفهوم سب از جهتی اجمال دارد قدر متیقن آن است که لفظ و عملی سب است که هم از جهت عرف و هم از جهت لغت، سب بر آن صدق کند.

منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والأثر*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول، بی تا.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- ایروانی، علی، *حاشیة المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.
- بهجت، محمد تقی، *جامع المسائل*، قم، دفتر معظم له، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية*، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیلة*، قم - ایران، مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول، بی تا.
- خویی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهة*، بی جا، بی نا، بی تا.
- دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه دهخدا*، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۷، دوم
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات ألفاظ القرآن*، لبنان - سوریه، دار العلم - الدار الشامیة، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- روحانی، صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- زراعت، عباس، «بررسی فقهی و حقوقی جرم سب النبی»، *مطالعات اسلامی*، پاییز ۱۳۸۱، شماره ۵۷، ص ۷۵-۱۰۴.
- سبحانی جعفر، *المواهب فی تحریر أحكام المکاسب*، قم - ایران، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- سبزواری، عبد الأعلى، *مهذب الأحكام*، قم، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر، *مبانی الفقه الفعّال فی القواعد الفقهیة الأساسیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.
- شبییری زنجانی، موسی، *کتاب نکاح*، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد، *المحیط فی اللغة*، بیروت، عالم الکتب، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.

طریحی، فخر الدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تهران، کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.
طوسی، محمد بن حسن، *تهذیب الأحکام*، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
طیب، عبد الحسین، *اطیب البیان فی تفسیر القرآن*، تهران، انتشارات اسلام، چاپ دوم، ۱۳۷۸.
عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

عراقی، ضیاء الدین، *شرح تبصرة المتعلمین*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
علم الهدی، علی بن حسین، *الانتصار فی انفرادات الإمامیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
فتحی، حجت الله، *شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی*، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۳.
فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم، منشورات دار الرضی، چاپ اول، بی تا.

قاضی عیاض، عیاض بن موسی، *الشفاء بتعریف حقوق المصطفی*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۲۳ ق.
قرشی، علی اکبر، *قاموس قرآن*، تهران - ایران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ ششم، ۱۴۱۲ ق.
کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، *شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر*، مؤسسه کاشف الغطاء - الذخائر، ۱۴۲۰ ق.

کشی، محمد بن عمر، *رجال الکشی*، مع تعلیقات المیرداماد، دو جلد، قم، چاپ اول، بی تا.
کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
گلبایگانی، محمد رضا، *الدر المنضود فی أحكام الحدود*، قم، دار القرآن الکریم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
لاری، عبد الحسین، *التعلیقة علی مکاسب*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول*، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.

مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

مشکینی، علی، *مصطلحات الفقه*، بی جا، بی نا، بی تا.
مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، مرکز الکتب لترجمة و النشر، چاپ اول، ۱۴۰۲ ق.

مكارم شيرازى، ناصر، *أنوار الفقاهة - كتاب التجارة*، قم، انتشارات مدرسة الإمام على بن أبى طالب عليه السلام، چاپ اول، ١٤٢٦ ق.

_____، *دائرة المعارف فقه مقارن*، در يك جلد، قم، انتشارات مدرسة امام على بن ابى طالب عليه السلام، چاپ اول، ١٤٢٧ ق.

_____، *القواعد الفقهية*، قم، مدرسة امام امير المؤمنين عليه السلام، چاپ سوم، ١٤١١ ق.

منتظرى، حسين على، *رساله استفتاءات*، قم، چاپ اول، بى تا.

منسوب به امام رضا، على بن موسى، *الفقه - فقه الرضا*، مشهد، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ١٤٠٦ ق.

موسوى اردبيلى، عبدالكريم، *فقه الحدود و التعزيرات*، قم، مؤسسة النشر لجامعة المفيد رحمه الله، چاپ دوم، ١٤٢٧ ق.

نووى، يحيى بن شرف، *المجموع شرح المهذب*، دار الفكر، نرم افزار شامله.

هاشمى شاهرودى، محمود، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بيت عليهم السلام*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه

اسلامى بر مذهب اهل بيت عليهم السلام، چاپ اول، ١٤٢٦ ق.



پرداخت خمس، از حکم تکلیفی محض تا حکم وضعی اشاعه در ملکیت*

دکتر نصراله جعفری خسروآبادی^۱

استادیار گروه حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه میبد، میبد، ایران

Email: nasrjafari@meybod.ac.ir

دکتر اردوان ارژنگ

دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه میبد، میبد، ایران

Email: arzhang@meybod.ac.ir

محمدعلی فلاح علی آباد

دانشجوی دکتری تخصصی فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه میبد، میبد، ایران

Email: mfallah193@gmail.com

چکیده

وجوب پرداخت خمس و تصرف در مال متعلق خمس، از حیث آثار وضعی و تکلیفی شایسته بازبینی است. واکاوی آن به ماهیت حکم و نحوه تعلق آن به مال بستگی دارد. در خصوص حکم مزبور، چند صورت، از حکم تکلیفی محض گرفته تا حکم وضعی اشتغال ذمه و اشاعه در ملکیت (اشاعه حقیقی، اشاعه در مالیت و اشاعه کلی در معین) قابل تصور است. به نظر اغلب فقها، ماهیت این حکم، تکلیفی محض نیست و بدون تردید حکمی وضعی نیز به تبع حکم تکلیفی در مسئله جریان دارد اما در ماهیت این حکم وضعی اختلاف نظر است. از نظرگاه مشهور، حکم وضعی مزبور تحقق مالکیت مشاعی برای صاحبان خمس است و جز در صورت اتلاف مال و یا تعدی و تفریط به ذمه مکلف تعلق نمی‌گیرد؛ ولی این قول با برخی دیگر از مؤلفه‌های حکم، سازگاری ندارد. با استخراج مؤلفه‌های مسئله خمس و با توجه به ظاهر آیات و روایات، می‌توان نتیجه گرفت که اگر چه حکم اولیه در این باب، تعلق به عین به نحو ملکیت مشاعی است؛ ولی این مالکیت برای صاحبان خمس متزلزل است و با تصرف مالک، در ذمه مالک قرار می‌گیرد و تصرفات شخص در مال متعلق خمس، نافذ و صرفاً ضامن ارزش و قیمت خمس خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: خمس، حکم تکلیفی، حکم وضعی، اشاعه در ملکیت، اشاعه در مالیت.

* مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۳/۱۲؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۸/۱۶.

۱. نویسنده مسئول

The Duty to Pay Khums, from Pure Imperative Rule to Positive Rule of Joint Ownership

Nasr Allah Jafari Khosrow Abadi, Ph.D. (Corresponding Author)

Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Theology, Meybod University, Meybod, Iran.

Ardavan Arzhang, Ph.D. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Faculty of Theology, Meybod University, Meybod, Iran

Mohammad Ali Fallah Ali Abad, Ph.D. Student, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Faculty of Theology, Meybod University, Meybod, Iran

Abstract

The duty to pay Khums and possession of its subject matter deserve reconsideration from the viewpoint of positive and imperative consequences. Such reconsideration depends on the nature of this rule and how it applies to property. The above said rule may be conceived in three ways: pure imperative rule, positive rule of indebtedness and joint ownership (real joint ownership, joint ownership of property and joint ownership of a whole out of a specific aggregate of goods). The majority of Islamic jurists maintain that this rule is not of a pure imperative nature and evidently, a positive rule is applicable to the case as a result of the imperative rule. Nonetheless, the nature of this positive rule is contentious. According to the famous opinion, such positive rule is the realization of joint ownership for Khums owners and unless the property is destructed or there is excessive use or failure of due care, it does not indebt the duty-bound person. However, this opinion is in contrast with certain other elements of the rule. By extracting the elements of Khums and given the literal meaning of Quran verses and hadiths (traditions), one may conclude that although the initial rule in this field is its application to the physical property in the form of joint ownership, such ownership is instable for Khums owners and the property owner's possessory acts make him indebted and his possessory acts as to Khums subject-matter are valid and he is merely responsible for the value and price of Khums.

Keywords: Khums, imperative rule, positive rule, joint ownership, joint ownership of property

مقدمه

خمس، حقی مالی است که خداوند در مواردی خاص بر بندگانش واجب کرده است. این حق مالی برای خداوند، پیامبر و ذریه علیهم السلام ایشان است؛ آنان که از گرفتن صدقات منع شده‌اند اینگونه با خمس مورد اکرام قرار گرفته‌اند (سیحانی، ۱۴). فریضه خمس به عنوان یک وظیفه مالی از ضروریات دین اسلام است (صاحب جواهر، ۵/۱۶) و خداوند در قرآن به آن تصریح می‌کند «و اعلموا أنما غنمتم من شیء فإن لله خمسُه وللرسول ولذی القربی و الیتامی و المساکین» (انفال: ۴۱). هر چند مورد آیه تنها غنائم دارالحرب است و تعبیر «خمس» نه حقیقتی شرعیه بلکه در معنای لغوی یعنی کسر یک پنجم به کار رفته است (بروجردی، ۳۳۴) ولی فقیهان با الغای خصوصیت، حکم خمس را به سایر موارد نیز تسری داده‌اند (همان).

فریضه خمس به عنوان یک حق مالی از جمله عباداتی معرفی شده است که امتثال آن تنها با قصد تقرب حاصل می‌شود. به این معنا عبودیت دارای دو بعد مادی و معنوی است. بنابراین حقوق مالی تجلی‌گاه حقیقت ایمان به الله است. ایمان حقیقی زمانی در فرد متجلی خواهد شد که توان مقاومت در برابر جذبه دنیوی را در خویش متجلی سازد که مهم‌ترین جلوه آن پرداخت حقوقی مالی است که در قرآن، جهاد در راه خداوند معرفی شده است «انفوا خفافه و ثقالا و جاهدوا بأموالکم و أنفسکم فی سبیل الله ذلکم خیر لکم إن کنتم تعلمون» (توبه: ۴۱) تا وجود انسانی را از آلودگی‌ها و تعلقات مادی تطهیر کند «خذ من أموالهم صدقة تطهروهم و تزکیهم بها و صل علیهم إن صلاتک سکن لهم و الله سمیع علیم» (توبه: ۱۰۳).

با توجه به جایگاه و اهمیت وجوب حقوق مالی، سوالاتی مطرح می‌شود از جمله اینکه در صورت تعلق حقوق الهی به یک مال، چه سرنوشتی در انتظار آن مال است؟ آیا پرداخت حقوق مالی تنها یک وظیفه شرعی و الهی است و اثری در مال ندارد یا اینکه وضع این حقوق، وضعیت حقوقی اموال و حدود مالکیت و تصرفات مالکانه را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد؟ از سویی دیگر آیا الزام به پرداخت خمس در حقوق کنونی و جاهتی دارد یا اینکه این حکم صرفه‌دارای جنبه شرعی است و ثمره حقوقی در بر ندارد؟ بنابراین ضروری است تا با نگاهی دوباره به ماهیت حکم و بررسی آرای فقیهان، در این مسئله به رفع ابهام پرداخت.

این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی به بررسی آرای اندیشمندان اسلامی در نحوه تعلق تکالیف شرعی به اموال می‌پردازد و وضعیت حقوقی اموال متعلق حق مالی خمس را مورد واکاوی قرار می‌دهد تا به راه‌حلی برای مشکل اموالی که بدون پرداخت حقوق مالی آن‌ها در جامعه دست به دست می‌شود، دست

یابد.

ماهیت حکم پرداخت خمس

درباره نحوه تعلق حکم الهی خمس به اموال، حالات متعددی قابل تصور است و بسته به نحوه تعلق حق به مال، حکم تصرفات متفاوت می‌شود. در برخی متون تا نه مورد بیان شده (منتظری، ۲/۲۲۱) که در این مقاله، انواع مشهور آن در چهار قسم ذکر می‌شود و در قالب نحوه تعلق حکم، به وضعیت تصرفات نیز اشاره خواهد شد.

۱. تکلیفی محض

از جمله فروض حکم وجوب خمس بر اموال، این است که صرفاً حکم تکلیفی محض باشد بدون اینکه حقی به ذمه مالک و یا بر عین خارجی تعلق گیرد. مانند حکم «هدی» در حج که یک حکم تکلیفی محض است (به نقل از شاهرودی ۲/۳۲۳). مطابق این صورت، اگر بر کسی خمس واجب گردد و او نپردازد، حکم تکلیفی را امتثال نکرده و مرتکب معصیت شده است و هیچ ضمان مالی متوجه وی نخواهد بود.

بی تردید در صورت پذیرش این دیدگاه، تصرفات مادی و حقوقی در مال متعلق خمس جائز و صحیح است چرا که حکم وجوب تکلیفی محض است و ضمانت اجرا و اثر وضعی ندارد اما ظاهراً این احتمال قائلی نداشته و ظواهر نصوص دینی بر خلاف آن است (منتظری، ۲/۲۲۱) و قائلان به وجوب حکم تکلیفی زکات و خمس، به ایجاد حکم وضعی به تبع حکم تکلیفی اذعان دارند. از این رو اگر اموالی از راه کسب برای طفل نابالغی جمع شود بر ولی طفل لازم است تا خمس اموال وی را بپردازد (لنکرانی، جامع المسائل، ۱۵۴).

بنابراین اگر چه حکم وجوب پرداخت خمس ماهیتاً حکم تکلیفی است لیکن به تبع آن، حکم وضعی نیز وجود دارد که در این خصوص فقها اختلاف نظر دارند و در ادامه به مشهورترین نظریات در این باب می‌پردازیم.

۲. تعلق حکم وضعی به ذمه

با پذیرش آثار وضعی حکم تکلیفی خمس، این سؤال مطرح می‌شود که آیا این حکم وضعی، بدون در نظر گرفتن عین مال، به ذمه تعلق گرفته است به گونه‌ای که پیش از جداسازی آن حق مالی، مالکیت مکلف بر همه مال باقی باشد و صاحبان خمس پس از جداسازی در مال جدا شده صاحب حق شوند و پیش از آن تنها ذمه صاحب مال به پرداخت خمس مشغول باشد؟ در واقع آیا حکم مال متعلق خمس مانند نذر است

که مال نذر شده تنها در هنگام وفاء به نذر با قصد تقرب، از ملک صاحب مال خارج می‌شود و تنها برای منذورله استحقاقی در آن مال ایجاد می‌شود و نه ملکیت فعلیه؟

در دیدگاه برخی از محققان، تعلق حکم وضعی به ذمه قائلی ندارد (به نقل از شاهرودی ۲/ ۳۲۴). لیکن شهید اول در ضمن شمارش اسباب افاده ملک، قبض زکات و خمس و نذر را از اسباب ایجاد کننده مالکیت شمرده است (القواعد و الفوائد، ۱/ ۳۶). این مطلب نشان می‌دهد که صاحبان خمس همانند نذر، پیش از قبض خمس مالکیتی در مال متعلق خمس ندارند. از برخی از حواشی شهید نیز این گونه نقل شده است که ایشان تعلق خمس در مکاسب را در ذمه دانسته است (الحاشیة النجاریة به نقل از عاملی، مفتاح الکرامة، ۱۱/ ۳۶۶). برخی نیز با توجه به وجود سیره مستمره در تصرف در معادن و مکاسب، تعلق خمس به ذمه را بعید ندانسته (کاشف الغطاء، ۱۸۹) و برخی دیگر از فقها نیز تعلق خمس در ارباح مکاسب به ذمه را تقویت کرده‌اند (ابن طی، ۱۷۳) و گروهی در خمس زراعتی که هنوز درو نشده صراحتاً بر تعلق خمس به ذمه فتوا داده‌اند (عراقی، ۳/ ۸۹) و برخی با تسری آن به سود تجارت نوشته‌اند: «أما الخمس الواجب فی أرباح التجارات و الزراعات فهو واجب فی الذمة دون العین» (صیمری، ۱/ ۳۱۱).

لازمه این قول تحقق حکم وضعی اشتغال ذمه به محض وجوب تکلیفی است به نحوی که تلف شدن مال رافع اشتغال ذمه نخواهد بود. این حکم متناقض با دیدگاهی است که حکم پرداخت خمس را به عین مال سرایت داده و اثر وضعی حکم وجوب پرداخت خمس را اشاعه در ملکیت می‌داند چراکه در صورت تلف، تلف به نسبت سهم صاحبان شریک توزیع می‌شود و چیزی بر عهده مکلف باقی نمی‌ماند. بنابراین چنانچه بتوان از ادله شرعی جواز تعلق به ذمه را برداشت کرد، طبعاً تلف مال در وجوب پرداخت خمس تأثیری نخواهد داشت.

در استفتائی از یکی از مراجع اینگونه سؤال شده که «این جانب از درآمد سالیانه خود زمینی برای محل کسب خریداری کردم اکنون سال خمسی ام فرا رسیده و زمین مذکور در مسیر خیابان قرار گرفته است، آیا این زمین متعلق خمس است؟ در پاسخ آمده است: اگر قبل از اینکه در مسیر خیابان قرار گیرد خمس به آن تعلق گرفته و استقرار یافته باشد و آن را نپرداخته‌اید، باید اکنون بپردازید، زیرا که مدیون شده‌اید.» (لنکرانی، جامع المسائل، ۲۰۱).

۳. تعلق حکم وضعی به عین به نحو استحقاق

از منظری دیگر، حکم وضعی ناشی از خمس، ماهیته اشتغال ذمه است لیکن مال موضوع خمس نیز متعلق حق صاحبان خمس قرار می‌گیرد (نجم آبادی، ۲۲۵؛ حکیم، ۵۵۹/۹؛ اراکی، ۱۳؛ اشتیاردی، ۳۸۷/۲۳؛ سبزواری، ۱۱/ ۴۵۵) و پیش از پرداخت حق ایشان تصرف در مال جایز نیست و مال متعلق

خمس نظیر عین مال مرهونه خواهد بود به نحوی که حقی برای مرتهن ایجاد می‌شود که دینش را از آن مال مرهونه استیفا نماید. در این قول مال از ملک صاحب آن خارج نشده بلکه ذمه صاحب مال به حق صاحبان مشغول شده است به نحوی که با پرداخت این حق، مال از رهنیت خارج می‌شود لکن پیش از آن صاحب مال تنها در چهارپنجم مال حق تصرف دارد (روحانی قمی، ۲۴۳). در واقع همانند تصرف در عین مرهونه تصرف در مال متعلق خمس را جایز ندانسته و بیع آن را فضولی پنداشته‌اند (سبحانی، ۳۶۴).

بر اساس این دیدگاه، در واقع حکم وضعی ناشی از حکم وجوب پرداخت خمس، ابتدائاً حکم وضعی اشتغال ذمه است و به تبع این اشتغال ذمه، اموال مکلف، نیز پشتوانه و وثیقه دین مزبور است و صاحبان خمس، بر مال متعلق خمس نیز حق عینی پیدا کرده‌اند لیکن حق ایشان از جنس مالکیت نیست و اشاعه در ملکیت ایجاد نمی‌شود.

ناگفته نماند در صورت پذیرش این دیدگاه، همانند فرض سابق، تلف مال موضوع خمس، تأثیری در اشتغال ذمه ندارد و در هر حال مدیون خمس مکلف است ذمه خود را از سایر اموال بری سازد.

البته احتمالی دیگر نیز وجود دارد که بدون مشغول الذمه شدن مکلف، حق صاحبان خمس تنها به عین مال تعلق گیرد که از باب تقاص می‌توانند از عین بهره گیرند؛ مانند حق مجنی علیه بر عبد جانی که مالک عبد، مشغول الذمه نخواهد بود و حق اولیای مجنی علیه، جامعی بین نفس عبد و قیمت اوست. در این صورت قوام به شخص عین نیست بلکه به مالیت آن است که جامعی بین عین و قیمت است و ورثه ملکیت فعلیه ندارند بلکه می‌توانند عین یا قیمت آن را مالک شوند (منتظری، ۲/۲۲۳). در این صورت همه تصرفات در مال متعلق خمس صحیح خواهد بود.

۴. تعلق حکم وضعی به عین به نحو ملکیت

صورت دیگر تعلق حکم خمس به عین مال است به این صورت که صاحبان خمس، مالک مقدار نصاب خمس (یک پنجم مال) هستند. از این رو هر یک صاحبان خمس با مالک مال، به نسبتی شریک خواهند بود؛ اما این شراکت خود صورت‌های مختلفی دارد که در ادامه تحلیل خواهد شد.

صورت اول: مشارکت در مالیت

برخی از فقهاء، شراکت صاحبان خمس را مشارکت در مالیت مال متعلق خمس دانسته‌اند (خویی، المستند، ۲۸۹؛ شاهرودی، ۲/۳۳۳؛ روحانی قمی، ۲۴۸) به نحوی که صاحبان خمس در مالیت مال متعلق خمس شریک‌اند. بنابر این قول هر چند تصرف در عین مال نیز غضب و حرام است ولی دفع قیمت سهم شریک به عنوان ادای مالکیت او خواهد بود چراکه متعلق حق او مالیت مال بوده و حقی در مطالبه نفس عین نخواهد داشت یعنی خصوصیات عینیه ملک تماماً بر ملک صاحب آن باقی خواهد ماند و

خمس تنها به مالیت خارجی آن مال تعلق گرفته است (شاهرودی ۲/۳۳۳))

شرکت در مالیت باعث منع از تصرف در مقداری از مال نخواهد شد (خویی، المستند ۲۸۷)، بیع آن دیگر فضولی نیست و نیاز به اجازه ارباب خمس نخواهد داشت و مکلف ذاته اجازه تبدیل آن به عین دیگر یا قیمت را خواهد داشت چراکه مهم حفظ مالیت مال متعلق خمس است (روحانی قمی، ۲۴۲).

در واقع در این دیدگاه اولاً شخص قدرت انتقال به ذمه را خواهد داشت (سیفی مازندرانی، ۲۲۸). ثانیاً شراکت در تمام مال تحقق یافته و در صورت تلف به نسبت سهم صاحبان توزیع می‌شود؛ مانند مشارکت زوجه با ورثه در مالیت مال غیر منقول که اولاً معامله در چنین مالی، تازمانی که به اعدام موضوع (مثل هبه و اتلاف) منتهی نشود، جایز و تلف قهری نیز در ملکیت وی مؤثر است. ثالثاً مکلف در پرداخت خمس از عین مال یا قیمت آن مختار است (سبحانی، ۳۶۵).

صورت دوم: مشارکت به نحو کلی در معین

برخی دیگر از فقیهان، شراکت صاحبان خمس با صاحب مال را به نحو کلی در معین دانسته‌اند، یعنی خمس هرچند به مال خارجی تعلق گرفته است، لیکن مقدار خمس در خارج دارای تعیین نیست بلکه بین اجزای مال مردد است تا اینکه صاحب مال فردی از آن را معین سازد و پرداخت نماید و یا اینکه خود به خود در خارج تعیین پیدا کند. در این صورت صاحبان خمس، به نحو کلی در معین در یک‌پنجم با صاحب مال شراکت دارند و صاحب مال می‌تواند در چهارپنجم مال بدون کسب اجازه تصرف کند و در صورت بیع کل مال متعلق خمس، تنها یک‌پنجم مال فضولی خواهد بود و در صورت تلف مال و باقی ماندن یک‌پنجم، همان خمس محسوب خواهد شد (یزدی، ۲/۴۰۰). در واقع اصل بر بقاء ولایت مالک بر مال خود است و صرف تعلق حق خمس به نحو اجمالی مانع تصرف در بعض نخواهد بود (سبزواری، ۱۱/۴۶۰).

اثر متمایز این فرض با نظریه اشاعه حقیقی در عین این است که اولاً تصرفات مادی مالک در مال نیازمند اذن صاحبان خمس نیست (صافی گلپایگانی، ۱۰/۲۱۵) و بر اساس فرض مزبور، تلف بعض مال تأثیری در ملکیت صاحبان خمس ندارد و بر فرض تلف چهار پنجم، یک پنجم باقی مانده به عنوان ملک صاحبان خمس خود به خود تعیین پیدا می‌کند؛ در حالی که در اشاعه حقیقی به نسبت شرکت تلف، از آن همه محسوب می‌شود.

این نظریه مورد انتقاد بسیاری از فقها قرار گرفته (منتظری، ۲/۱۰۰۹؛ روحانی قمی، ۲۵۰؛ فیاض، ۷/۱۷۹؛ حکیم، ۹/۵۵۸؛ صافی گلپایگانی، ۱۰/۲۱۵) و بر اساس ادله خمس، نظریه مالکیت و اشاعه حقیقی ارائه شده که در ادامه به تحلیل آن خواهیم پرداخت.

صورت سوم: مشارکت حقیقی

از منظر مشهور فقها حکم وضعی خمس باعث خارج شدن مقدار مال متعلق خمس به میزان خمس از مالکیت شخص می‌شود و صاحبان خمس با صاحب مال شریک می‌شوند و این مشارکت، حقیقی و در همه اجزای مال خواهد بود یعنی در هر جزئی از مال، یک پنجم آن متعلق به صاحبان خمس خواهد بود. به عنوان مثال این گروه در باب خمس معادن معتقدند که از همان ابتدا استخراج کننده تنها مالک نسبت چهار پنجم از معدن استخراج شده می‌شود و یک پنجم آن، ملک صاحبان خمس خواهد بود (شیخ طوسی، المبسوط، ۲/۲۳۷؛ طبرسی ۲/۳۰۶؛ ابن ادریس، ۱/۴۸۸؛ محقق حلی، ۲/۶۲۱؛ علامه حلی، ۱/۴۳۵). مهم‌ترین ادله مشهور فقهاء، روایات و آیات باب خمس است چرا که تعابیر «خمسه، فیه الخمس، الخمس علیه، الخمس فیه» به نحو مشارکت حقیقی است و دلالت بر تعلق خمس به عین دارد. به عنوان مثال تعبیر «خمسه» در «فَلَنْ لِلَّهِ خَمْسَةٌ» (انفال: ۴۱) ضمیر راجع به غنیمت است یعنی یک پنجم از عین غنیمت، متعلق حکم است و تعبیر خمس در ادله در کسر مشاع ظهور دارد (فیاض کابلی، ۷/۱۷۷). تعبیر «فیه الخمس» نیز اینگونه است. تعبیر «فیما یخرج من المعادن ... الخمس» (ابن بابویه، ۱/۲۹۰) و روایتی از امام صادق علیه السلام: «حتی الخیاط لیخیط قمیصا بخمسة دوانیق فلنا منه دانق» (شیخ طوسی، الإستبصار، ۲/۵۵).

البته در باب زکات، تعبیر «فی کل اربعین شاة شاة» (حمیری، ۲۲۹) ظهور در فرد کلی مردد در مال معین خارجی دارد (سینی مازندرانی، ۲۲۹) و یا تعبیر «فی کل خمس من الابل شاة» (شیخ مفید، ۱۹۶) صریح در شرکت در مالیت است (خویی، المستند، ۲۸۹)، لیکن ظهور روایت فوق، اشاعه در ملکیت است.

در هر حال لازمه قول مشهور، عدم جواز تصرف در مال متعلق خمس خواهد بود به نحوی که تصرف در آن بدون اذن شرکاء، حرام و حکم غصب اموال دیگران را خواهد داشت (لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۱/۶۳۸؛ تبریزی، ۱/۱۴۲). نمای آن مال نیز تابع ملک خواهد بود و به نسبت سهم باید توزیع شود و فروش آن بیع فضولی پنداشته می‌شود و صحت آن متوقف بر اجازه حاکم شرع دانسته شده است (یزدی، ۲/۳۹۹؛ جوادی آملی، ۱۷۷) و در صورت اتلاف و تفریط، مالک ضامن سهم صاحبان خمس خواهد بود و در صورت تلف مقداری از مال، این تلف به میزان شراکت شرکاء در سهم همه خواهد بود.

نقد و بررسی دیدگاه مشهور

در نقد دیدگاه مشهور در خصوص مالکیت حقیقی صاحبان خمس می‌توان به دلایل و مؤلفه‌های

دیگری از احکام خمس اشاره نمود که با مالکیت حقیقی سازگار نیست که در این بخش به تحلیل آن خواهیم پرداخت.

۱. اشکال در ظهور نصوص

برخی از محققان ظهور نصوص دینی، در تعلق به عین به نحو اشاعه حقیقی را نپذیرفته‌اند با این توضیح که ظهور تعبیر «خمس» یا «الخمس» در کسر مشاع به نحو ملکیت، مبتلا به اشکال است چراکه به قرینه تباین ظرف و مضمون، اینکه خمس مضمون عین قرار داده شده منظور مقداری از مال است که با خمس برابر است خصوصاً اینکه در برخی از نصوص ظرفیت به استعلا و ابتدا تبدیل شده و از حروف «علی» و «من» استفاده شده است (حکیم، ۵۵۹/۹) مؤید دیگر اینکه در تعبیر «ان الله اشرك الفقراء فی أموال الأغنیاء» (حکیمی، ۶۲/۵) از آنجا که شرکت حقیقی در نفس اعیان وجود ندارد به ناچار شراکت در مالیت خواهد بود (خویی، المستند، ۲۸۹).

خالی از ذکر نیست که تعبیر «فی» در برخی موارد به معنای سببیت است مانند تعبیر «فی القتل خطأ الدیة» و در مواردی دیگر تعبیر «فی» متعلق به فعل ظاهر یا محذوف «یجب» و «یفرض» است (منتظری، ۲۲۶/۲) از این رو این روایات در مقام بیان موارد خمس است نه بیان آنچه ملک صاحبان خمس است. تعبیر «لام» نیز مفید مطلق اختصاص است که شامل حق نیز می‌شود و ملکیت نیاز به قرینه است که در مقام وجود ندارد (سبزواری، ۴۵۶/۱۱) مانند تعبیر «الجل للفرس» تنها ظهور در اختصاص دارد (اشتهاردی، ۳۸۸/۲۳) و تعبیر «الخمس من خمسة اشیاء» (کلینی، ۵۳۹/۳) احتمالاتی است که با توجه به قرینه سایر روایات به معنای «علی» باشد یا به معنای «فی» یا بیان مجرد منشأ خمس باشد و همگی محتمل است (اشتهاردی، همان) تعبیر «علی» نیز ظهور در اصل جعل دارد و نه ملکیت استفاده می‌شود و نه حقیقت. نهایت اینکه تعبیر «فی» و تعبیر «خمس» که ظهور در اشاعه دارد اعم از ملکیت و حقیقت است. لکن باید توجه داشت که در برخی از موارد اموال متعلق خمس چون دارای افراد نیست اصلاً اشاعه معنا ندارد لذا در آن موارد، قطعه مقدار خمس منظور است (اشتهاردی، ۳۸۶/۲۳).

۲. انتقال ضمان خمس به ذمه

انتقال ضمان خمس به ذمه، مورد تردید فقهاء قرار گرفته چرا که هیچ دلیلی بر آن دلالت ندارد که صاحب مال چنین ولایتی داشته باشد (خویی، المستند، ۲۸۴) لکن می‌توان در باب زکات به آن ملتزم شد به نحوی که مالک ولایتی مبنی بر تعیین زکات را داراست چنانکه روایاتی در صحت عزل و جواز جداسازی وارد شده است (همان، ۲۸۷). بر فرض اثبات، این ولایت فرد را قادر می‌سازد خمس را بر ذمه، ضامن شود در این صورت تصرف در مال متعلق خمس در صورت ضمانت آن، با مشکلی مواجه نیست و در

نتیجه جایز است.

هر چند وجود ولایت برای انتقال حق خمس از عین به ذمه مورد تردید فقیهان قرار گرفته است و در خمس، صراحت روایات باب زکات وجود ندارد لکن علاوه بر احتمال امکان سریان حکم زکات به خمس بوسیله تنقیح مناط، می توان در کلام فقهاء و برخی از روایات، چنین اشعاری را یافت. به عنوان مثال عموم برخی از روایات دال بر جواز انتقال به ذمه با تصرف در مال متعلق خمس است «فإن اتجوت بها فلأنت لها ضامنٌ و لها الویج» (حر عاملی، ۳۰۸/۹). صاحب «وسائل الشیعه» فتوای خویش را تحت عنوان باب «کسی که گنجی را بیابد و آن را بفروشد خمس آن برعهده بایع است و نه مشتری» وارد کرده (همان، ۹/۴۹۷) که گویای این است در صورت فروش مال متعلق خمس، ضمان خمس در ذمه بایع خواهد بود و عین مال کاملاً به مشتری منتقل خواهد شد. این فتوا می تواند حاکی از انتقال حکم خمس به ذمه باشد. دیگر اینکه تصرف در ترکه میتی که متعلق خمس و زکات بوده است در صورتی که بنا داشته باشند بدون مسامحه بپردازند جایز خواهد بود (خمینی، توضیح المسائل، ۱۹۴).

محقق کرکی در صورت بر ذمه گرفتن ضمان خمس، فروش حصه یکی از شرکاء که با فرد نابالغی شریک است را جایز (۲/۲۶۳) و صاحب جواهر نیز با اذعان به تعلق خمس به عین اموال، جواز بیع معادن را مبتنی بر ضمان خمس بر ذمه مالک آن (۱۶/۲۲) و اراکی جواز بیع مال متعلق خمس در نظر شیخ انصاری را همراهی آن با ضمان آن مال دانسته اند (۲۷۳). این امر در دیدگاه شیخ انصاری به دلیل وجود سیره قطعیه و مقتضای جمع بین نصوص معجزه و مانعه است (بنی فضل، ۵۹۱). لذا این امر نیز نافی اشاعه حقیقی در خصوص حکم خمس است زیرا در صورت اشاعه حقیقی امکان به ذمه گرفتن آن وجود ندارد.

۳. اختیار مکلف هنگام پرداخت بین اصل مال و قیمت آن

از نظر برخی فقهاء، مالک مال متعلق خمس، مخیر است که یا خمس عین مال را بپردازد یا از مالی دیگر خمس را بپردازد (یزدی، ۲/۳۹۹؛ شیخ انصاری، ۲۷۸). سیره قطعیه متشرعه بر کفایت دفع قیمت در مقام وفای خارجی به خمس وجود دارد به نحوی که نمی توان مالک را مجبور ساخت از عین مال تنازل کند بلکه غرض اصحاب خمس بر مالیت عین متعلق خمس قرار گرفته و چه بسا الزام به پرداخت عین مستلزم سختی و عسر و حرج و اجحافی در حق مالکان دانست به نحوی که ادله خمس از آن منصرف (شاهرودی، ۲/۳۳۵) و در مسأله زکات به وسیله برخی از روایات مورد تایید قرار گرفته است (کلینی، ۳/۵۵۹ ح ۱). مخیر بودن مالک در پرداخت مالی دیگر غیر از عین مال متعلق خمس، منافی با اشاعه حق خمس به نحو ملکیت است چراکه در صورت پذیرش شراکت حقیقی، عین مال متعلق آنان است و نمی توان مالی

دیگر را به آنان تسلیم نمود.

۴. شرطیت قصد قربت در امتثال خمس

از دیگر مؤلفه‌های مهم در تعلق خمس، عبادی بودن این حکم است به نحوی که بدون قصد قربت امتثالی محقق نخواهد شد (گلپایگانی، ۱۳۸۹/۱۰). در واقع پرداخت خمس همانند زکات، از عبادات است و قصد قربت در صحت آن معتبر است و در موارد عدم امکان- مثل ولی یتیم و ممتنع- حاکم یا امام یا ولی، نیت می‌کند. همچنین خمس مأخوذ از کفار با نیت امام یا نایب عام یا خاص، صورت می‌گیرد (بهجت، ۱۳۶۶/۲).

این امر نافی تعلق حکم خمس به عین به صورت مشارکت حقیقی و مالکیت برای ارباب خمس است چراکه اگر عین مال متعلق خمس، ملک فقیر باشد به هر عنوان که مالش را تحویل بگیرد مجزی خواهد بود از این رو معقول نیست تکلیف همچنان باقی باشد در صورتی که بدون قصد قربت مالش را تحویل بگیرد (منتظری، ۲۲۲).

۵. عدم وجوب پرداخت خمس در مال غیر مخمس از سوی منتقل الیه

هر چند فتوای فقیهان بر حرمت معامله بر مال متعلق خمس قرار گرفته است لکن چنانچه با آن مال معامله شود حکم به صحت نموده‌اند یعنی حتی اگر آن را ببخشد خمس به ذمه بخشنده مستقر می‌شود. این امر بنا بر این قاعده است که «کل ما ينتقل إلى المؤمن ممن لا يخمس أمواله لأحد الوجوه المتقدمة بمعاملة أو مجاناً يملكه فيجوز له التصرف فيه» یعنی هر آنچه که از اموال غیر مخمس به شیعه مؤمن منتقل شود برای او جایز است که در آن تصرف نماید چراکه ائمه آن را بر شیعه از روی تفضل و امتنان، حلال کرده‌اند (ابن ادریس، ۱/۴۹۸؛ فاضل مقداد، ۱/۳۴۵؛ شهید اول، الدروس الشرعية، ۱/۲۶۳؛ شیخ انصاری، ۳۸۴؛ صاحب جواهر، ۱۶/۱۴۹؛ خویی، منهاج الصالحین، ۱/۳۴۷؛ وحید خراسانی، ۲/۳۸۶؛ تبریزی، ۱/۳۵۳؛ سیستانی، ۱/۴۱۱). این فتوا به روشنی با قول مشهور در تعلق اموال حکم خمس به نحو ملکیت اشاعی در تنافی است. البته این احتمال وجود دارد که حکم خمس ابتدائاً به نحو ملکیت مشاع به عین تعلق گرفته باشد اما به دلیل خاص، تصرف در آن نیز جائز باشد و صاحبان مال، اجازه تصرف در آن را داده باشند لیکن نگارندگان دلیل و مستندی بر این احتمال پیدا نکردند و هیچ‌یک از فقهای ناقد نظریه مشهور نیز این احتمال را بیان نداشته‌اند بلکه به دلایل مطروحه فوق حکم خمس را متعلق به عین مال ندانسته‌اند.

صاحب مفتاح الکرامه نیز علت چنین قاعده‌ای را عدم تعلق خمس به عین دانسته است سپس به قول شهید در حواشی اشاره می‌کند که خمس در مکاسب را به نحو تعلق در ذمه دانسته بود (جواد عاملی، ۱/۱۲).

(۶۶۷).

بنابراین دلایل و مؤلفه‌های فوق دیدگاه مشهور را با مناقشه جدی مواجه می‌سازد و می‌بایست در پی راه حل دیگری برآمد.

تحلیل نگارندگان

شاید بتوان دیدگاه شیعه را در باب خمس و نحوه تعلق آن به اموال را از طریق ملاک قرار دادن خصوصیات و ویژگی‌های حکم خمس به دست آورد. سیره مستمره تا عصر معصوم وجود دارد که صاحبان اموال مخمس خویش اعم از معدن، غوص و یا گنج‌ها را تبدیل کرده و ارزش و قیمت آن را به امام معصوم داده‌اند علاوه بر اینکه برخی از روایات نیز در این مسئله وجود دارد. همچنین سنجش نصاب در خمس با ارزش و قیمت آن حاصل می‌شده است به عنوان مثال در غوص یا معادن مواد استخراج شده زمانی که در قیمت و ارزش به یک دینار و بیشتر می‌رسید خمس بدان تعلق می‌گرفت (ابوالصلاح حلبی، ۱۷۰) مانند روایت «محمد بن علی بن الحسین قال: سئل أبو الحسن موسى بن جعفر ع عما يخرج من البحر من اللؤلؤ و الياقوت و الوجود و عن معادن الذهب و الفضة هل فيها زكاة فقال إذا بلغ قيمته دینارا ففيه الخمس» (حر عاملی، ۹/۴۹۹)، یا در زمان برخی از فقها که عقیده به نگهداری خمس و رساندن آن به دست حضرت ولی عصر داشتند (ابوالصلاح حلبی، ۱۷۳) هیچ‌گاه اصل خمس و یا زکات خویش را نگهداری نمی‌کردند چراکه در غالب موارد اصلا چنین امکانی وجود نداشت بلکه بدون هیچ شک و شبهه‌ای مال متعلق خمس را شخصه به قیمت مبدل کرده و آن را نگهداری می‌کردند. این ویژگی‌ها نافی قول به مالکیت عین به نحو اشاعه است. از سویی دیگر ظواهر آیات و روایات در تعلق به عین بسیار با اهمیت است و شاخصه‌هایی نظیر عدم ضمان در صورت تلف، حرمت تصرف در مال متعلق خمس، در تأیید تعلق خمس به نحو مالکیت اشاعی قابل اشاره است. البته سایر اقوال نیز سعی در تطبیق سازی مؤلفه‌های خمس برآمده‌اند. در نهایت هریک از اقوال به توجیه و تأویل مؤلفه‌هایی پرداخته است که با مبنای اتخاذی در تعارض است. بنابراین می‌توان ادعا نمود هیچ‌یک از اقوال بیانگر تمام ماهیت خمس نزد شیعه نیست.

نتیجه‌گیری

از جمع‌بندی ویژگی‌ها و شاخصه‌های مسئله خمس در روایات و نصوص دینی، و ارائه دیدگاهی جامع در مورد خمس، می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که خمس در ابتدا به عین تعلق می‌گیرد لکن در مقام وفای به خمس می‌توان آن را تبدیل و ارزش آن را پرداخت کرد یعنی در صورت عدم تصرف در آن مالک مخیر به

پرداخت عین یا قیمت آن خواهد بود و در صورت تصرف در آن، ضامن مقدار خمس است. در واقع نحو تعلق خمس به عین یا ذمه به نحو بدلی است و اگر چه ابتداء خمس به عین تعلق گرفته است اما این تعلق و مالکیت صاحبان خمس مستقر نیست و می تواند به ذمه منتقل شود. در این صورت تصرفات در مال متعلق خمس با ضمان مقدار خمس جایز خواهد بود؛ یعنی هر چند در ابتدا خمس به ذمه تعلق نگرفته است لکن می تواند در ذمه مستقر شود.

منابع

- ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن بابويه، محمد بن علی، *الخصال*، قم، جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۳۶۲.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الكافي في الفقه*، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- اراکي، محمدعلی، *رسالة في الإرث*، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۳ ق.
- اشتهدادی، علی پناه، *مدارك العروة*، تهران، دار الأسوة للطباعة و النشر، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب الخمس*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- بروجردی، حسین، *رسالة في الخمس*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.
- بنی فضل، مرتضی بن سیف علی، *مدارك تحرير الوسيلة - الزكاة والخمس*، بی تا.
- بهجت، محمدتقی، *جامع المسائل*، قم، دفتر معظم له، چاپ دوم، ۱۴۲۶ ق.
- تبریزی، جواد بن علی، *منهاج الصالحین*، قم، مجمع الإمام المهدی (عج)، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.
- جوادی آملی، عبدالله، *توضیح المسائل*، قم، انتشارات اسراء، ۱۳۹۴.
- حرعاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی سیستانی، علی، *منهاج الصالحین*، قم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.
- حکیم طباطبایی، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مؤسسه دار التفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- حکیمی، محمدرضا، و حکیمی، محمد و حکیمی، علی، *الحیة*، ترجمه احمد آرام، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- حمیری، عبدالله بن جعفر، *قرب الإسناد (ط - الحدیثة)*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- خمینی، روح الله، *استفتاءات*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۲۲ ق.
- _____، *العروة الوثقی مع تعالیق الإمام الخمينی*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس

سره، چاپ اول، ١٤٢٢ ق.

_____، توضیح المسائل، چاپ اول، ١٤٢٦ ق.

خویی، ابو القاسم، المستند فی شرح العروة الوثقی، بی تا.

_____، منهاج الصالحین، قم - ایران، نشر مدینه العلم، ١٤١٠ ق.

روحانی قمی، محمد، المرتقى إلى الفقه الأرقی - کتاب الخمس، قم، مؤسسه مولود الکعبه، چاپ اول، ١٤٢٢ ق.

سبحانی، جعفر، الخمس فی الشریعة الإسلامیة الغراء، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ١٤٢٠ ق.

سبزواری، عبد الأعلى، مهذب الأحكام، قم، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، چاپ چهارم، ١٤١٣ ق.

سیفی مازندرانی، علی اکبر، دلیل تحریر الوسیلة - الخمس، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس

سره، چاپ اول، ١٤١٧ ق.

شاهرودی، محمود، کتاب الخمس، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، چاپ

دوم، ١٤٢٥ ق.

شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه

مدرسین حوزة علمیه قم، چاپ دوم، ١٤١٧ ق.

_____، القواعد و الفوائد، قم، کتابفروشی مفید، چاپ اول، بی تا.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی،

چاپ هفتم، ١٤٠٤ ق.

صافی گلپایگانی، علی، ذخیره العقبی فی شرح العروة الوثقی، قم، گنج عرفان، چاپ اول، ١٤٢٧ ق.

صیمری، مفلح بن حسن، تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف - منتخب الخلاف، قم، انتشارات کتابخانه آیه

الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ١٤٠٨ ق.

طبرسی، فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بین أئمة السلف، مشهد، مجمع البحوث الإسلامیة، چاپ اول،

١٤١٠ ق.

طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران، دار الکتب الإسلامیة، چاپ اول، ١٣٩٠ ق.

_____، المبسوط فی فقه الإمامیة، تهران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم،

١٣٨٧ ق.

عاملی غروی، جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط - الحدیثة)، قم، دفتر انتشارات اسلامی،

چاپ اول، ١٤١٩ ق.

عراقی، ضیاء الدین، شرح تبصرة المتعلمین، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ١٤١٤ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)، قم، مؤسسه امام

صادق علیه السلام، چاپ اول، ١٤٢٠ ق.

- فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الصلاة*، قم، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- _____، *جامع المسائل* (عربی - للفاضل)، قم، انتشارات امیر قلم، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *التقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- فقہانی، علی بن محمد بن طی، *مسائل ابن طی - المسائل الفقہیة*، بی تا.
- فیاض کابلی، محمد اسحاق، *تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقی*، قم، انتشارات محلاتی، چاپ اول، بی تا.
- کاشف الغطاء، جعفر، *شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر*، مؤسسه کاشف الغطاء - الذخائر، ۱۴۲۰ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی* (ط - الإسلامية)، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *المعتبر فی شرح المختصر*، قم، مؤسسه سید الشهداء علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *رسائل المحقق کرکی*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- مفید، محمد بن محمد، *الفصول المختارة*، قم، کنگره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- منتظری، حسین علی، *کتاب الخمس و الأنفال*، قم، چاپ اول، بی تا.
- نجم آبادی، ابوالفضل، *الرسائل الفقہیة*، تقریرات نایینی و عراقی، تصحیح مؤسسه آیه الله العظمی بروجردی انتشارات مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- وحید خراسانی، حسین، *منهاج الصالحین*، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، چاپ پنجم، ۱۴۲۸ ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبد العزیز، *العروة الوثقی*، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 51, No. 1, Issue 116

Spring 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v51i1.59145>



انفوسور

سال پنجاه و یکم، شماره ۱، شماره پیاپی ۱۱۶

بهار ۱۳۹۸، ص ۹۳-۱۱۰

«قدرت تامه» شرط انشاء، فعلیت یا تنجز؟*

دکتر سید ابوالقاسم حسینی زیدی

استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: abolghasem.6558@yahoo.com

چکیده

قدرت از شرایط عامه تکلیف محسوب می‌گردد که گاه به لحاظ عجز از جمع امثال بین تکالیف در نظر گرفته می‌شود و از آن به عنوان قدرت تام (قدرت شرعی) نام برده می‌شود. پرسش این است که عجز از جمع بین دو تکلیف در مقام امثال در چه مرحله‌ای از مراحل حکم (انشاء، فعلیت و تنجز) تأثیر دارد. در این خصوص سه مسلک عمده در بین اصولیان شکل گرفته است: مرحوم آخوند و شهید صدر قائل‌اند که قدرت شرعی، شرط برای مرحله انشاء است، مرحوم نائینی قدرت شرعی را مربوط به مرحله فعلیت می‌داند؛ امام خمینی، شیخ حسین حلی و محقق تهرانی برآنند که قدرت شرعی محدود مرحله تنجز است و در دو مرحله سابق اثری ندارد. در این جستار، ضمن بیان نظرات و تقریرات مختلف در مورد مسأله سه‌گانه و بیان اشکالات مربوط به هر یک از این نظرات، به این نتیجه رسیده‌ایم که اولاً در قدرت عقلی باید در مرحله جعل و انشاء تصرف نمود و این مرحله را محدود کرد زیرا خطاب مطلق نسبت به عاجزین، دارای عنوان داعویت و زاجریت نیست و به تکلیف ما لا یطاق و لغویت می‌انجامد؛ ثانیاً قدرت تامه و شرعی که همان جمع بین دو تکلیف متزاحم است در مرتبه تنجز دخیل است؛ چراکه در موارد تزاحم، سیره عقلا بر آن است که تکالیف را متوجه خود می‌بینند و در پی علاجی در مقام امثال برمی‌آیند.

کلیدواژه‌ها: قدرت تامه، قدرت شرعی، تزاحم، مرحله انشاء، مرحله فعلیت، مرحله تنجز.

*. مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۷/۰۷؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۸/۱۶.

“Perfect ability” the requirement of creation, actuality or non-contingency?

Abolghasem Hosseini Zeidi, Ph.D., Assistant Professor, Razavi Islamic Sciences University

Abstract

Ability is a general requirement of duty which is sometimes considered due to non-ability to fulfill the duties simultaneously and is known as perfect (legal) ability. The question is at what stage of percept (creation, actuality and non-contingency); non-ability to fulfill two duties simultaneously is effective? In this regard, three main doctrines have developed among Usulis: Akhund and Shahid Sadr maintain that legal ability is a requirement for the creation stage, Naeini believes that legal ability is a requirement for the actuality stage, Imam Khomeini, Sheikh Hassan Helli and Mohaghegh Tehrani are of the opinion that legal ability delimits the non-contingency stage and has no effect on the two previous stages. In this paper, after explaining different opinions concerning the above said three doctrines and the problems related to each opinion, the authors have concluded that: first, the rational ability must be altered at the creation stage and this stage must be restricted; since absolute speech as to incapables does not have the excitation and deterrence titles and leads to burdensome duty and absurdity; second, perfect and legal ability i.e. fulfilling two inconsistent duties, is of significance at the non-contingency stage; since in cases of inconsistency, usages of the wise is to consider themselves liable and attempt to find a way to obey.

Keywords: perfect ability, legal ability, inconsistency, creation stage, actuality stage, non-contingency stage

مقدمه

در میان اصولیان، مشهور است که قدرت از شرایط عامه تکلیف محسوب می‌گردد؛ یعنی اگر مکلف عاجز باشد و نتواند مأمور به را در خارج انجام دهد، هیچ تکلیفی متوجه او نیست^۱ زیرا با فقدان شرط، مشروط نیز محقق نمی‌شود (ر.ک: نائینی، فوائد الاصول، ۱/ ۳۱۴؛ مظفر، ۱/ ۳۰۵).

قدرت به معنای توانایی انجام فعل و یا ترک آن، از روی اراده و اختیار است: «هی الصفة ألتی یتمکن الحی من الفعل و ترکه بالإرادة» (جرجانی، ۷۴).

قدرت سه نوع لحاظ دارد که احکام هر یک متفاوت است:

۱. گاهی منظور از قدرت، در مقابل عاجز بودن از متعلق تکلیف است (تکلیفی که گاهی مقدور است و گاهی غیر مقدور) مثلاً مولا امر به استهلال کرده است؛ حال نسبت به این تکلیف شخص نابینا عاجز است و فرد بینا هم قادر است. از این قدرت با عنوان اصل قدرت یا قدرت به درجه اولی یاد می‌شود.

۲. نوع دوم جایی است که قدرت به لحاظ عجز از جمع امثال بین تکالیف در نظر گرفته می‌شود. از قدرت در این قسم، به عنوان قدرت تام یا قدرت شرعی نام برده می‌شود.

۳. نوع سوم قدرت به لحاظ عجز از به دست آوردن موافقت قطعیه یا مخالفت قطعیه است یعنی هرچند که مکلف از اصل موافقت یا مخالفت عاجز نیست لکن عاجز از یقین به موافقت قطعیه یا مخالفت قطعیه یا هر دو است. مانند دوران بین محذورین که شخص می‌داند فعلی یا واجب است یا حرام که در این جا نه یقین به موافقت ممکن است و نه یقین به مخالفت امکان دارد.

در این که قسم سوم از عجز در مرحله تنجز تأثیرگذار است (و ربطی به مرحله انشاء و فعلیت ندارد) شبهه‌ای وجود ندارد چراکه عجز مربوط به علم و جهل مکلف است و لذا گفته می‌شود: علم اجمالی در این صورت منجز تکلیف است.

اما در صورت اول و دوم از قدرت و عجز اختلاف است که این دو صورت در کدام یک از مراحل حکم (انشاء یا فعلیت یا تنجز) دخالت دارند؟

محل بحث این مقاله در قسم دوم از قدرت است؛ در حالتی که مکلف در صورت تراحم^۲ متحیر گردد و نتواند هر دو تکلیف را امثال نماید، اگرچه قدرت عقلی بر انجام هر دو تکلیف را دارا باشد ولی در مقام

۱. البته اشاعره چون استطاعت انسان به افعال خود، پیش از شروع به فعل را نفی کردند، تکلیف ما لایطاق را که لازمه این نفی بود، جایز دانسته‌اند (ر.ک: تفتازانی، ۴/ ۲۹۶).

۲. تراحم، در اصطلاح عبارت است از تنافی دو حکم دارای ملاک در مقام امثال، به سبب آن که مکلف، به انجام هر دو در یک زمان قادر نیست (صدر، بحوث ۲۶/۷؛ مکارم شیرازی، ۳/ ۴۶۳؛ حکیم، محمدسعید، ۶/ ۲۲؛ مغنیه، ۴۲۸).

امثال، تکلیف به یکی از متزاحمین امکان ندارد زیرا انجام هر کدام از متزاحمین مقید به قدرت شرعی است و در صورتی تکلیف به یکی از متزاحمین فعلی است که متزاحم دیگر را ترک کند.

حال بحث در این است این عاجز بودن مکلف در جمع میان دو امثال در چه مرحله‌ای از مراحل حکم^۳ تأثیرگذار می‌باشد؟ آیا مرحله انشاء و جعل را مقید می‌نماید یا مرحله فعلیت یا مرحله تنجز را محدود می‌سازد؟ اگر هیچ کدام از این مراحل محدود نگردد لازمه اش وجود دو تکلیف فعلی است که مکلف قدرت بر انجام هر دو را ندارد و چنین تکلیفی، تکلیف به ما لایطاق است.

در پاسخ به این سؤال سه مسلک عمده در بین اصولیان شکل گرفته است که در این جستار به بررسی و واکاوی این مسالک و تقریرهای مختلف آن خواهیم پرداخت. البته این نکته هم قابل تذکر است که با توجه به این که این بحث در ارتباط با مراحل جعل حکم است، تنها ثمره علمی بر آن مترتب است.

مسلک اول: قدرت شرعی شرط برای مرحله انشاء

این گروه از اصولیان قائل هستند: قدرت تامه شرط برای مرحله انشاء است و عدم قدرت بر جمع بین امثالین، باعث عدم انشاء تکلیف می‌شود. در نتیجه نبود قدرت بر جمع بین امثالین (قدرت تامه یا شرعیه) مؤثر در مرحله انشاء است و اگر چنین قدرتی نباشد، اصلاً تکلیف انشاء نمی‌شود.

در مورد این مسلک یک سؤال بسیار مهم مطرح است که بنا بر این مسلک تفاوت بین تراحم و تعارض^۴ چیست؟ از طرفداران این نظریه در پاسخ به این سؤال دو تقریب وارد شده است:

تقریر مرحوم آخوند از مسلک اول

خلاصه فرمایش آخوند در تفاوت بین تعارض و تراحم این است که: در تعارض ملاک‌ها هم تعارض دارند، اما در تراحم بین ملاک‌ها تنافی نیست بلکه در دیگر جوانب تنافی وجود دارد. خصوصیت تراحم آن است که در دو دلیل متزاحم، مناط موجود است بر خلاف تعارض که ملاک و مصلحت در هر دو دلیل یکی از آن‌ها موجود نیست (آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۵۵).

این دیدگاه، بر پایه نظریه متکلمان شیعه در مورد تبعیت احکام از مصلحت و مفسده استوار است (ر.ک: ایوان کیفی، ۱۴۹/۲؛ حسینی فیروزآبادی، ۲۴۹؛ خمینی، تهذیب الاصول، ۳۹۵/۲) و بدون این

۳. محقق خراسانی برای حکم چهار مرحله قائل هستند: اقتضاء، انشاء، فعلیت و تنجز (در الفوائد، ۱/ ۷۰) محقق اصفهانی فرموده‌اند: مراحل حکم سه تا می‌باشد: اقتضاء، انشاء، فعلیت و تنجز (اصفهانی، ۴/ ۲۳۵) صاحب منتقی الاصول بر این کلام اشکال کرده‌اند (روحانی، ۴/ ۹۵). آیت الله خوئی برای حکم دو مرحله قائل هستند: جعل و انشاء، فعلیت (ر.ک: خوئی، ۵/ ۳۲۸؛ خوئی، مصباح الاصول، ۲/ ۴۶).

۴. در اصطلاح اصول فقه، تعارض، تنافی داشتن مقتضای دو یا چند دلیل با یکدیگر است بطوری که با هم متضاد یا متناقض باشند مانند آن که دلیلی بر وجوب کاری دلالت کند و دلیلی دیگر بر حرمت یا واجب نبودن آن (ر.ک: حائری اصفهانی، ۴۳۵؛ صدر، دروس فی علم الاصول، ۲/ ۵۴۱).

مبنا دیگر فرضی برای در نظر گرفتن مصلحت در یکی از دو دلیل باقی نمی ماند تا بر اساس آن میان این دو اصطلاح فرق گذاشته شود. بنابراین در متعارضین، مقتضی و ملاک حکم در احد الدلیلین وجود دارد نه آن که هر دو دلیل دارای ملاک باشند؛ برای مثال فرض کنید یک دلیل می گوید: نماز جمعه، واجب است و دلیل دیگر می گوید: نماز جمعه حرام است و فرضه حکم هم منحصر به وجوب و حرمت است؛ در این مورد، واضح است که یکی از این دو دلیل، دارای ملاک است و امکان ندارد هر دو، واجد ملاک باشند. در این جا که متعارضین هستند باید به آن دلیلی مراجعه کرد، که از نظر دلالت - از جهت سند یا دلالت و غیره - رجحان دارد. اما در متزاحمین، ملاک حکم در هر دو وجود دارد مانند وجوب انقاذ دو غریق که هر کدام مصلحت ملزمه دارند؛ در مورد متزاحمین کاری به دلیل آن نداریم که کدامیک از نظر سند یا دلالت و امثال آن ها قوی تر است بلکه باید ببینیم ملاک و مقتضی کدامیک قوی تر است و مصلحت کدام بیشتر است؛ هر کدام که ملاک و مقتضی قوی تر داشت، طبق آن، عمل می کنیم گرچه دلیل دیگر از نظر دلالت، ارجح باشد و اگر مقتضی هر دو مساوی بود، در انتخاب یکی از متزاحمین مخیر هستیم.

نتیجه این که اگر دو دلیل در برابر یکدیگر قرار گرفتند چنان چه از قبیل متعارضین بودند، به هر کدام که دلالتشان قوی تر بود عمل می کنیم و اگر از قبیل متزاحمین بودند، به هر کدام که مقتضی و ملاکش قوی تر بود، عمل می نماییم (فاضل لنکرانی، ۱۹۵/۵).

اشکالات کلام مرحوم آخوند

اولاً این تقریب بنا بر مسلک عدلیه است که احکام را تابع مصالح و مفاسد می داند؛ ولی نباید تراحم را به نوعی تفسیر کنیم که فقط مسلک عدلیه را شامل گردد؛ (سبحانی، المحصول، ۴/۴۰۸) در مسالک دیگر هم تراحم و تعارض وجود دارد.^۵

ثانیاً این که گفته شد که ما بعد از سقوط دو خطاب کشف ملاک می کنیم، این کشف ملاک بعد از سقوط دو خطاب چگونه ممکن است؟ در فرمایش مرحوم عراقی آمده است از راه مدلول التزامی کشف خطاب صورت می پذیرد (عراقی، ۱/۴۱۴)؛ ولی بر فرمایش ایشان این اشکال وارد می گردد که بحث است آیا بعد از سقوط مدلول مطابقی، مدلول التزامی ثابت خواهد بود؟ یا بعد از سقوط مدلول مطابقی مدلول التزامی نیز ساقط می گردد؟ (ر ک: خوبی، مصباح الاصول، ۳/۳۷۰؛ صدر، بحوث فی علم الاصول، ۷/۲۶۳؛ همو، مباحث الاصول، ۵/۶۳۴).

۵. البته بر اساس دیدگاه آیت الله خوبی این مسأله هیچ ربطی به مسأله تبعیت احکام از مصالح و مفاسد ندارد زیرا مسأله تراحم بر پایه عدم توانایی مکلف بر جمع میان دو تکلیف متوجه او در ظرف اطاعت بنا شده است، بدون این که وجود ملاک یا عدم آن، تأثیری در تحقق مزاحمت داشته باشد. هم چنین مسأله تعارض بر اساس تنافی دو حکم در مقام جعل و واقع بنا نهاده شده است و این نیز ربطی به وجود ملاک و عدم آن ندارد؛ بنابراین مسأله تبعیت احکام از مصالح و مفاسد هیچ دخالتی در دو مسأله تراحم و تعارض ندارد (خوبی، محاضرات ۲۲۰/۳).

تقریر شهید صدر از مسلک اول

شهید صدر هم قائل هستند که قدرت بر جمع بین امثالین مرحله انشاء را محدود می‌کند و اگر مکلف نتوانست مثلاً بین نماز و ازاله را جمع کند، هر دو قابل جعل و انشاء نیست. البته ایشان بر خلاف مرحوم آخوند که تفاوت بین تعارض و تراحم را در ملاکات دانسته‌اند، تفاوت را در این می‌دانند که در تراحم ورود^۶ است (اشتغال به اهم بر امر به مهم وارد است) و در تعارض ورود مطرح نیست.

در دیدگاه ایشان خطابات شرعی هم چنان که مقید به قدرت عقلی هستند و اگر قدرت بر آن نباشد حکم انشاء نمی‌شود، مقید به قدرت شرعی هم هست؛ مراد به قدرت شرعی در اصطلاح ایشان این است که مکلف به ضد آن واجب اشتغال نداشته باشد. فرض کنید در آخر وقت هم ازاله واجب است و هم نماز واجب است و فرض آن است که نماز در آخر وقت اهم است؛ در این جا شرط انشاء وجوب ازاله این است که مکلف مشغول به نماز نباشد و اگر اشتغال به نماز پیدا شد، شرط محقق نخواهد بود و اصلاً انشاء وجوب نسبت به ازاله مرتفع می‌گردد. در نتیجه وقتی بعد اشتغال به نماز پیدا کرد، موضوع وجوب ازاله مرتفع می‌شود.

حاصل آن که در وجوب ازاله یک قدرت عقلی شرط است و آن هم این که اگر برای کسی امثال ازاله ممکن نبود، وجوبی بر عهده‌اش نیست؛ اما در این جا یک قدرت شرعی هم مطرح است و آن این که اگر کسی به ضدی مشغول گردد که از نظر اهمیت از رتبه کمتری نسبت به ازاله برخوردار نباشد (حال یا مساوی است یا بیشتر) در این صورت نیز ازاله واجب نیست.

حال همین مطلب فارق بین باب تراحم و تعارض خواهد بود؛ به این معنا که در باب تراحم مسأله به ورود بازگشت می‌کند و همان طور که در باب ورود بیان نمودیم: منافاتی بین دو دلیل وارد و ورود وجود ندارد، در تراحم هم بین متزاحمین تنافی وجود ندارد به دلیل آن که تکلیف از همان ابتدا به صورت مشروط جعل شده است؛ بر خلاف تعارض که در آن دیگر ورود مطرح نیست و در نتیجه دو دلیل با همدیگر دارای تنافی هستند (صدر، دروس فی علم الاصول، ۶۴/۷).

دلایل شهید صدر برای ورود در تراحم

ایشان دو دلیل اقامه می‌کنند:

الف) دلیل عقلی

اهمال در مقام خطاب معنی ندارد و لذا در مقابل خطابی که به واجب تعلق می‌گیرد، دو صورت

۶. ورود، به معنای خروج حقیقی یک شیء از موضوع حکم دیگر است که منشأ این خروج، تعبد شرعی است (رک: نائینی، اجود التقریرات ۵۱۱/۲؛ منتظری، ۴۸۹؛ حکیم، محسن، ۵۳۲/۲).

متصور است: یا باید به اطلاق قائل شد به این معنا که نماز واجب است اگرچه در حال مشغول بودن به واجب دیگر؛ یا باید قول به تقیید را انتخاب نمود به این صورت که امر به نماز باید مقید به عدم مشغول شدن به واجب اهم یا برابر بوده باشد.

اگر قائل به این شرط در مقام جعل نشویم و بگوییم: انشاء ازاله اطلاق دارد، سؤال می‌شود به چه دلیل مولا امر به ازاله را مطلق آورده است؟ منظور از این اطلاق یا مکلف کردن بنده به انجام ضدین است که تکلیف به ضدین ممتنع است و یا منظور مولا منصرف کردن مکلف از نماز و وادار نمودن به انجام ازاله است که موجب خلف می‌گردد زیرا فرض آن است که یا نماز اهم است که ترجیح مرجوح بر راجح خواهد شد و اگر هر دو مساوی هستند، در این صورت ترجیح بلا مرجح خواهد بود.

بنابراین اگر امر به ازاله مطلق است و شامل صورت اشتغال به نماز هم می‌شود، یکی از سه اشکال رخ می‌دهد:

الف) امر به ضدین: وادار کردن مکلف به ازاله حتی در حین اشتغال به نماز.

ب) ترجیح مرجوح بر راجح: زیرا فرض آن است که امر به نماز اهم است.

ج) انصراف مکلف از مساوی به مساوی^۷: که ترجیح بدون مرجح است.

بنابراین عقل حکم می‌کند که باید در تراحم قائل به اشتراط عدم اشتغال به غیر شد.

ب) ارتکاز عقلا

اگر اطلاعات خطابات به عرف عرضه شود عرف این خطابات را مشروط به عدم اشتغال می‌داند؛ ایشان چنین می‌آورند: «ارتکازی بودن این قید و بدیهی بودن قید مذکور در نظر عرف و واضح بودن این امر که ملاکات احکام از نظر اهمیت با هم تفاوت دارند، مانع از تمسک به اطلاق خطال می‌شود» (صدر، دروس فی علم الاصول، ۶۵ / ۷).

اشکالات کلام شهید صدر

۱) ورودی که در بین اصولیین تعریف شده است آن است که دلیلی وارد شود و ما متعبد به آن دلیل شویم و با ورود آن دلیل موضوع دلیل دیگر خود به خود منعدم شود (ر.ک: أنصاری، ۱ / ۷۵۰؛ مغنیه، ۴۳۲)؛ ولی ورودی که شهید صدر در باب تراحم بحث کردند، ورود دلیل نبود بلکه عبارت بود از عدم اشتغال مکلف به اهم؛ بنابراین در این جا انعدام موضوع است ولی نه با ورود دلیل، بلکه با اشتغال و امثال مکلف موضوع منعدم می‌شود.

۷. نکته قابل توجه آن‌که در صورتی که تراحم دیگر اهم باشد ورود از یک جانب است؛ اما اگر هر دو تراحم مساوی باشند و هیچ‌یک اهم بر دیگر نبود در این صورت ورود از جانبین است یعنی اگر نجات زید غریق با نجات عمرو غریق مساوی باشد خطاب به مکلف این‌گونه خواهد بود: «إنقذ زیداً بشرط عدم اشتغال بإنقاذ عمر و إنقذ عمرواً بشرط عدم اشتغال بإنقاذ زید»

البته شهید صدر با التفات به این اشکال، ورود را به پنج قسم تقسیم می‌کنند که در ذیل قسم پنجم آورده‌اند: «پنجمین مورد آن است که دلیل وارد، متکفل بیان حکمی باشد که با امثال آن موضوع حکمی که در دلیل مورود ثابت شده است، برداشته و رفع گردد و مثال این مورد در جایی است که دو دلیل متزاحم دلالت بر دو حکم داشته باشند و ما قائل به ترتب باشیم که در این صورت با امثال حکم اهم یا مساوی موضوع دیگر مرتفع شده و از بین می‌رود» (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۶۵/۷).

۲. تعریف شما از تزاحم و ارجاع آن به ورود در تعارض هم وجود دارد؛ تعارض در جایی که تضاد دائمی هم باشد را می‌توان به ورود برگرداند. مثال بارزش آن است که شخصی بگوید: «تحرک نحو المغرب» و «تحرک نحو المشرق» این را هم می‌توان به ورود برگرداند به این صورت که خطاب این گونه باشد: به سمت مشرق برو به شرط آن که به سمت مغرب نروی.

ایشان در تقریب خودشان فرقی بین تضاد دائمی و اتفاقی قائل نشدند؛ پس در این جا نیز باید بگوییم: عرف و عقلا چنین موردی را داخل در بحث تزاحم می‌داند ولی آیا عقلا چنین موردی را از باب تزاحم می‌داند یا می‌گوید در چنین موردی تعارض وجود دارد؟ بله، ممکن است عرف بین این دو دلیل جمع نماید لکن این جمع بعد از تعارضی است که در دو دلیل می‌بیند (رک: خوبی، محاضرات فی الاصول الفقه، ۲۰۱/۳؛ آملی، ۶۷).

۳. این تقریب بنا بر قبول ترتب است و بر طبق نظر کسانی که ترتب را قبول ندارند، وارد بودن یکی از متزاحمین معنا نخواهد داشت.

مسلك دوّم: قدرت شرعی شرط برای مرحله فعلیت

مرحوم نائینی به این مسلك قائل شده‌اند. نتیجه کلام ایشان این است که اگر کسی قدرت ندارد، در حقیقت هیچ حکمی در حق او فعلیت نمی‌یابد و به طریق اولی منجز نمی‌گردد.

تقریب مرحوم نائینی از مسلك دوم

در أجود التقریرات تصریح شده است: «إن مورد التصادم و التنافی فی مورد التعارض هو مقام الجعل و التشریح فان جعل الوجوب مثلاً لشيء ینافی جعل الإباحة أو حکم آخر له فی حد نفسه و هذا بخلاف باب التزاحم فان التصادم و التنافی فیہ لیس فی مقام الجعل و التشریح بل هو فی مقام الفعلية» (نائینی، أجود التقریرات، ۵۰۲/۲).

توضیح کلام ایشان متوقف بر ۲ مقدمه است:

مقدمه اول) هیچ اشکالی در این امر وجود ندارد که تکالیفی که مجعول است به صورت قضایای

حقیقیه هستند اگر در مقام امتثال با هم تراحم داشته باشند، موجب تنافی در مقام جعل نمی‌گردد؛ به تعبیر دیگر عجز مکلف در مقام امتثال ربطی به مرحله جعل ندارد. مثلاً تعیین غریقی که باید نجات یابد، که برای مکلف نجات هر دو در آن واحد میسر نیست، بر عهده مکلف است و به شارع و جاعل حکم مربوط نمی‌شود (ر.ک: روحانی، ۷/ ۳۰۵).

مقدمه دوم) در تراحم یک قدرت بیشتر قابل تصور نیست. قدرت واحده‌ای که متعلق به احد الضدین به صورت علی البدل است و در واقع مکلف می‌تواند فقط یک تکلیف را انجام دهد. مفروض هم این است که قدرت از شرائط تکلیف است و مولا در مرحله انشاء تکلیفش را مقید به قدرت نموده است و لذا از شرائط فعلیت تکلیف، وجود قدرت است (مانند: إذا دخل الوقت وجب الصلوة؛ فعلیت متوقف بر دخول وقت است) نمی‌توان قائل شد هر دو تکلیف فعلی است.

حال ناچاریم به این طریق متوسل شویم که یکی از دو خطاب از فعلیت ساقط می‌گردد؛ نتیجه این معالجه این می‌گردد که حکم، با انتفاء موضوعش مرتفع می‌شود یعنی در صورت مشغولیت مکلف به اهم تکلیف به مهم منتفی خواهد بود (نائینی، فوائد الاصول، ۴/ ۷۰۴)؛ اما در صورت تعارض «نفی الحکم عن موضوعه» است و با تحفظ بر موضوع، حکم نفی می‌گردد (همو، اجود التقریرات، ۲/ ۵۰۲).

اشکالات کلام مرحوم نائینی

۱) آیا اطلاق هر کدام از دو خطاب به لحاظ اشتغال به خطاب دیگر، در مرحله انشاء مصححی دارد یا خیر؟ اگر جعل خطاب در مرحله انشاء به صورت مطلق مصحح دارد و اشکالی ندارد، پس چرا در مرحله فعلیت از آن رفع ید نموده و مقیدش می‌نمایید؟ اما اگر در مرحله جعل اطلاق معنی ندارد (همان‌طور که شهید صدر فرمودند) پس باید قائل به تقیید در همین مرحله گردیم، نه این‌که بگویید: تقیید مخصوص مرحله فعلیت است (ر.ک: صدر، بحوث فی علم الاصول، ۲/ ۳۶۴).

۲) چرا می‌فرمایید: یک قدرت بیشتر وجود ندارد؟ همان‌طور که در مسلک سوم هم خواهد آمد مکلف هم قدرت بر ازاله و هم قدرت بر نماز دارد و تنها محذور آن است که بر جمع بین این دو تکلیف، قدرت ندارد. در نتیجه قدرتی که شرط تکلیف است در مقام متعدد است یعنی قدرت نسبت به هر دو علی‌حده و مستقلاً وجود دارد لکن آن چه مقدور نیست جمع بین دو تکلیف است

۳) چه چیز باعث تقیید خطاب در مرحله فعلیت می‌گردد؟ آیا خطاب تقنینی و شرعی موجب تقیید است؟ یا این‌که مقید، حکم عقل است؟

اگر گفته شود: حکم شرعی موجب تقیید می‌گردد، معنایی ندارد چراکه قانون‌گذار در تحقق و ثبوت موضوع دخالتی نمی‌کند و تصرفش مخصوص مرحله انشاء است.

اما اگر می‌گویید: مقید عقل است، اگر عقل نظری مراد باشد شأن عقل نظری کشف است، یعنی کشف می‌نماید مقنن در مرحله انشاء خطاب را مقید کرده است؛ ولی اگر منظور عقل عملی باشد که این عقل در مقام تنجز و امثال وارد می‌گردد نه مقام فعلیت؛ یعنی در مرحله امثال از نظر عقل قبیح است که شارع، مکلف را بر ترک هر دو تکلیف عقات نماید؛ و معنای این مطلب این می‌شود که هر دو خطاب اگرچه فعلی هستند اما منجز نیستند.

مسلك سوّم: قدرت تامه شرط برای مرحله تنجز

جمعی از محققان بر این باورند که قدرت، محدود کننده مرحله تنجز است و در دو مرحله سابق اثری ندارد. سالکان مسلك سوم همه قائل هستند که قدرت تامه شرط برای تنجز است ولی در قدرت به درجه اولی اختلاف دارند:

الف) امام خمینی و شیخ حسین حلی: هم قدرت تامه شرط برای تنجز است و هم قدرت به درجه اولی (قدرت عقلی و تکوینی برای انجام عمل) شرط برای تنجز است.

ب) صاحب محجة العلماء: قدرت تامه شرط برای تنجز است و قدرت به درجه اولی شرط برای فعلیت است ولی انشاء می‌شود.

نظریه اول در مسلك سوم

برای این مدعا دو تقریب ذکر شده است:

تقریر اول: شیخ حسین حلی

حکم تکلیفی به معنای جعل و جوب نیست بلکه مرجع حکم تکلیفی به حکم وضعی است یعنی معنای حکم تکلیفی «ثابت شدن تکلیفی بر عهده مکلف» است. همان‌طور که در احکام وضعی گفته می‌شود قدرت شرط نیست (مثلاً اگر شخصی دینی بر عهده‌اش باشد، بدهی مشروط به قدرت نیست بلکه وجوب وفا به شرط داشتن قدرت است)، باید بگوییم: احکام تکلیفی نیز مشروط به قدرت نیست بلکه منجز شدن تکلیف، مقید به قدرت خواهد بود.

بله، اگر علم و قدرت در خارج تحقق پیدا کند از این حکم عنوان باعثیت و زاجریت انتزاع می‌گردد اما خود حکم وضعی و تکلیفی مشروط به قدرت نیست (حلی، ۳/ ۱۷۴).

اشکال نظریه اول

شبهت حکم تکلیفی با حکم وضعی در این موضوع خلاف ارتکازات و عرف عقلاست چراکه در ارتکاز عقلا بین احکام وضعی و تکلیفی فرق وجود دارد و این دو دارای حیثیت و حقیقت متفاوت هستند

به ویژه بر مبنای کسانی که حقیقت حکم تکلیفی را جعل عقوبت در فعل و ترک می دانند (ر.ک: علامه حلی، ۱/ ۸۴؛ حکیم، محمدتقی، ۵۷) - در نتیجه این که وجوب را به معنای وقوع و تحقق بر ذمه بدانیم صحیح نخواهد بود.

در هر حال ظاهر این است که حکم تکلیفی با توجه به مفاد اولیه اش زاجر و باعث است نه این که مفاد اولی احکام تکلیفی، اشتغال بر ذمه باشد و بعد عنوان باعثیت و زاجریت انتزاع گردد (ر.ک: نائینی، اجود التقریرات، ۲/ ۳۸۳).

تقریر دوم: امام خمینی

به نظر ایشان شخص عاجز، مخاطب به خطاب شارع نیست و در این مسأله اختلافی هم وجود ندارد که تکلیف مشروط به قدرت است؛ ولی چیزی که اهمیت دارد تفصیلی است که ایشان میان تکالیف شخصی و قانونیه مطرح کرده اند.

توضیح این که توجه خطاب شخصی به عاجز صحیح نیست اما توجیه خطابات قانونی به نحوی که عاجز را شامل گردد، اشکال ندارد؛ معنای خطابات قانونی این است که عقلا در مدون کردن قوانین فقط افراد حاضر را مورد خطاب قرار نمی دهند بلکه مخاطب ایشان، تمام افراد هستند. خطابات خداوند نیز از جمله خطابات قانونی است و در نتیجه حکم نسبت به عاجز فعلی است ولیکن به خاطر عجز منجز نمی گردد همان طور که در جاهل نیز چنین است. ایشان بر انکار انحلال تکالیف قانونی به تکالیف شخصی تأکید می نمایند (خمینی، انوار الهدایه، ۲/ ۲۱۵؛ و نیز ر.ک: سبحانی، ارشاد العقول، ۴/ ۲۵۴).

ایشان در ادامه کلامشان اشکالی بیان می کنند مبنی بر این که باید حکم صلاحیت تأثیر در نفس مکلف را داشته باشد ولیکن نسبت به عاجز این تأثیر تصور ندارد؛ و در پاسخ می آورند: صحیح است که حکم باید تأثیر داشته باشد لکن در خطابات شخصی مطلب چنین است که بیان نمودید ولی در احکام قانونیه لازم نیست که حکم شرعی نسبت به همه مؤثر باشد بلکه اگر نسبت به جمع معتدبه هم مؤثر باشد، کافی خواهد بود (خمینی، تهذیب الاصول، ۱/ ۲۴۴؛ همو، مناهج الوصول، ۲/ ۲۳؛ تقوی اشتهاردی، ۲/ ۲۱).

خلاصه آن که در نظریه امام خمینی هر حکم قانونی یک خطاب است که به عامه مکلفان تعلق می گیرد و هیچ تعدد و تکراری در ناحیه خطاب وجود ندارد بلکه تعدد و تکرار در ناحیه متعلق (مکلفان) وجود دارد.

شواهد نظریه امام خمینی

ایشان برای نظریه خود به شواهدی استناد می نمایند:

الف) وجدان: اگر فردی قومی را برای امری دعوت و فراخوانی کند، در این جا به خطاب واحد همه را دعوت کرده است، نه این که هر فردی دارای خطاب مستقل باشد ولو به نحو انحلال.

ب) لغویت: وقتی بدون انحلال، غرض برآورده می‌شود چه حاجتی به انحلال است؟ و بعد از این که یک خطاب کافی است، خطاب متعدد لغو خواهد بود.

ج) مورد نقض: اگر در خطابات انشائی (اوامر و نواهی) قائل به انحلال باشیم، باید در اخبار هم قول به انحلال را پذیرفت در حالی که قطعه در خبر انحلال جایز نیست زیرا در این صورت لازمه این که خبر کاذب باشد این قول است که در این مورد دروغ‌های متعددی وجود داشته باشد (خمینی، تهذیب الاصول، ۳۳۸/۲).

تأمل در شواهد کلام امام

مراد از انحلال مشهور، کثرتی اعتباری است که به حکم عقلا عارض بر حکم می‌شود و این اعتبار به خاطر آن است که حکم مرتبط با امری متکثر است.

کثرت گاهی در قلمرو موضوع (مکلف) و گاهی در قلمرو متعلق است. تکثر در ناحیه متعلق مانند امر به مرکبات است که مثلاً وقتی مولا به نماز امر می‌کند به دلیل آن که نماز دارای اجزائی است، امر نیز متکثر شده و شامل اجزاء هم می‌گردد؛ و گاهی در قلمرو متعلق المتعلق است مانند «اکرم الفقهاء» که وجوب، حکم است و اکرام متعلق است و فقهاء متعلق المتعلق هستند و به دلیل آن که فقهاء دارای کثرت‌اند، امر هم به تعداد آن‌ها متکثر خواهد شد (ر ک: خویی، محاضرات، ۱۵۱/۵؛ نائینی، فوائد الاصول ۵۱۵/۲).

اما قسم اول (تکثر در قلمرو موضوع) که مورد بحث است به دلیل آن که موضوع دارای تکثر است، یک حکم به تعداد موضوعات متکثر خواهد شد و لذا هر موضوعی خطابی واحد دارد. بنابراین در مانند «یا ایها ائذین آمنوا» اگرچه از جهت خطاب و ابراز واحد است، لکن به لحاظ منشاء و مبرز متکثر است.

مشکلی که سبب شده است که برخی از علمای علم اصول این قول را بپذیرند که خطابات شرعی باید به تعداد مکلفان انحلال پیدا کند، محذوری عقلی است که در صورت عدم قائل شدن به انحلال دچار خواهیم شد؛ بایستی احکام شرعی به تعداد افراد متعدد باشد و بر حسب هر فرد باید اراده بعث هم وجود داشته باشد و باید عقاب و ثواب نیز به تعداد مکلفان متعدد گردد و در غیر این صورت لازم می‌آید که قائل گردیم که مکلفان دارای تکلیف نباشند و در مورد هر فرد، ثواب و عقاب متصور نباشد و برائت عقلی در شبهات موضوعیه جاری نگردد و این لوازم قابل پذیرش نخواهد بود و در عین حال توجه تکلیف به عاجزان و غافلان نیز صحیح نخواهد بود و باید گفته شود که این افراد مورد تکلیف فعلی نباشند و از تحت عموم تکلیف خارج گردند (خمینی، مصطفی، تحریرات فی الاصول، ۴۵۰/۳ و ۴۵۴).

حال با این مطلب آیا شواهدی که امام خمینی بیان نمودند قادرند که از انحلال مانع گردند؟ اولین شاهد، شهادت وجدان بود که باید اذعان نمود با توضیحی که داده شد معلوم گردید که وجدان بر تکثر

خطاب و انحلال شهادت خواهد داد.

لغویت نیز در جایی رخ خواهد داد که احکام متعدد جعل گردد ولی در این جا تعدد جعل نیست و تنها یک جعل مطرح است که بر حسب طبیعتش باید انحلال یابد و این منحل شدن دارای فائده است که همان متعدد بودن اطاعت و عصیان است.

اما در مورد شاهد سوم و نقض انحلال با اخبار باید گفت: صادق و کاذب بودن از صفات کلام است نه از صفات واقعی که کلام از آن حکایت می کند. در نتیجه واحد بودن دروغ یا بیشتر بودن آن، بستگی به کلام خواهد داشت که واحد باشد یا متعدد. بدون تردید اخبار از سردی آتش، تنها یک کلام است و در نتیجه دروغ واحد خواهد بود نه آن که دروغ های زیاد باشد (ساعدی، ۱۸۹).

نظریه دوم در مسلک سوم

محقق تهرانی در کتاب محجه العلماء قائل است: اصل قدرت داشتن نسبت به متعلق مربوط به مقام فعلیت است و قدرت به معنای دوم (یعنی قدرت بر جمع بین متزاحمین) شرط در مقام تنجز است.

ایشان سه مرحله حکم را طور دیگری ترسیم کرده و با بقیه اصولیان اختلاف اساسی دارد؛ مشهور سه مرحله را بعد از مرحله اقتضاء این گونه تصویر می کنند: جعل و انشاء - فعلیت - تنجز؛ ولی محقق تهرانی می گوید: حکم در مرحله اولی عبارت است از یک نسبت واقعیه بین مولی و عمل؛ وجود چنین نسبتی بر انشاء مولی و مکلف توقف ندارد؛ مرحله دوم عبارت است از انطباق حکم کلی بر شخص که بر شخص موجود بالغ عاقل قادر منطبق می شود که از آن به فعلیت تعبیر کرده است و مرحله سوم همان مرحله تنجز است (تهرانی نجفی ۲/۱۸۳).

با توجه به کلام ایشان اصل قدرت (قدرت به درجه اولی) در مرحله انشاء و تنجز (اطلاع مکلف)

نقشی ندارد.

اشکال نظریه دوم

اولاً ترسیم مراحل حکم، خارج از اصطلاح معروف و مشهور اصولیان است.

ثانیاً این که در این مسلک بین درجات قدرت تفکیک شد ادعایی بدون شاهد و غیر قابل تصدیق است. در تراحم بحث در مورد قدرت داشتن نسبت به متعلق است که منظور همان داشتن قدرت بر خود عمل است و دیگر جمع نمودن میان دو فعل به تکلیف مربوط نمی شود زیرا بحث در باب جمع کردن میان ذات دو عمل است.

چرا شما می فرمایید: قدرت بر خود عمل، در مرحله فعلیت دخالت دارد اما در تراحم قدرت دخیل در مرحله تنجز است؟ حکم یک امر انشایی است و تا زمانی که انشاء نشود حکم معنا ندارد و به نسبت واقعیه

که بر آن انشاء صورت نگرفته است، حکم نمی‌گویند.

نتیجه‌گیری

به نظر ما مسلک اول و دوم قابل پذیرش نیست و تنها مسلک سوم قابل قبول است ولی - همان‌طور که اشاره گردید - هر دو نظریه‌ای که در این مسلک مطرح کرده‌ایم دارای اشکال هستند و باید به طریقه دیگری این مسلک تقریر گردد؛ در نتیجه باید گفته شود: قدرت به درجه دوم شرط در مرحله انشاء و قدرت تامه شرط برای تنجز است.^۸

اما این ادعا که اصل قدرت (قدرت ناقصه) شرط در مرحله انشاء است با چهار دلیل قابل اثبات است: ۱. اگر تکلیف شامل غیر قادر باشد تکلیف به ما لا یطاق است (ر ک: شبر، ۳۰۵) زیرا حقیقت تکلیف انشاء داعی جعل و زجر است؛ زمانی این داعی وجود دارد که مکلف قادر بر انبعاث و انزجار باشد وگرنه انشاء محقق نمی‌شود. حکم عقلایی به قیح تکلیف عاجز ولو در ضمن تکلیف به قادرین به نحو حکم قانونی، کفایت می‌کند در این که خطاب از حکیم تنها نسبت به قادرین محدود گردد.

این ملاک همان‌طور که در اصل خطاب قانونی اعتبار، در محدوده تکلیف نیز معتبر خواهد بدین معنا که برخی اوقات اصل حکم دارای ملاک است ولی در عموم آن ملاکی وجود ندارد و در نتیجه خطاب مطلق درست نیست چراکه ملاک قانونی مشمول مکلفان عاجز نخواهد بود و خطاب مطلق هم در مورد عاجزان عنوان داعی و زاجریت ندارد.

۲. در محل کلام که مکلف قدرت بر جمع بین دو تکلیف را نداشته باشد، شامل شدن این دو خطاب برای مکلف مصححی ندارد یعنی اگر در صورتی که جمع بین نماز و ازاله ممکن نباشد باز هم قائل باشیم خطاب نماز متوجه مکلف است این اطلاق دارای ملاک و داعی نخواهد بود.

به بیان دیگر، صرف قدرت نسبت به هر یک از دو حکم به لحاظ اشتغال به امثال مورد دیگر به چه داعی است؟ دو حالت قابل تصور است:

الف) اگر منظور مولا از این اطلاق وادار کردن مکلف به انجام دو ضد به صورت هم‌زمان است که تکلیف به ضدین محال و ممتنع است.

ب) اگر هم منظور مولا آن است که مکلف را از یکی از متزاحمین منصرف کرده و به متزاحم دیگر وادار نماید که منجر به خلف و ترجیح مرجوح بر راجح (در صورتی که امر به انجام مهم نماید) یا ترجیح

۸ این مطلب را صاحب عروه در رساله تعادل و تراجیح به صورت اشاره مطرح کرده‌اند (ر ک: بزدی، التعارض، ۳۹).

بلا مرجح (در صورتی که مکلف را از مساوی به مساوی منصرف سازد) خواهد شد؛ و لذا اطلاق بلا داعی خواهد بود. در نتیجه باید در مرحله جعل و انشاء تصرف نمود و این مرحله را محدود کرد.

۳. آیه «لا یکلف الله نفسه إلا وسعها» (بقره، ۲۸۶) محدود به قدرت شده است و بلکه محدود به معنایی شده است که اوسع از قدرت است زیرا محدود به سعه و عدم مشقت شده است و لذا حتی اگر به عجز هم نرسد و تنها مشقت باشد باز هم خداوند تکلیف نمی‌کند (هم‌چنین از این آیه برداشت می‌شود که تکالیف قانونی منحل می‌شود - بر خلاف نظر امام خمینی - به دلیل کلمه نفسه).

۴. در این زمینه روایاتی هم وجود دارد که یکی صحیح‌ه هشام بن سالم است: «عن أبي عبد الله عليه السلام» قال: ما كلف الله العباد كلفة فعل ولا نهام عن شيء حتى جعل لهم الاستطاعة ثم أمرهم و نهامهم فلا يكون العبد أخذًا و لا تاركًا إلا باستطاعة متقدمة قبل الأمر و النهي و قبل الأخذ و الترك و قبل القبض و البسط» (ابن بابویه، التوحيد، ۳۵۲؛ مجلسی، ۳۸/۵).

اما این ادعا که قدرت تامه که همان جمع بین دو تکلیف است دخیل در مرتبه تنجز است - و قدر مشترک بین دو نظریه از مسلک سوم بود - به این دلیل است که: عقلا در موارد تکالیف متزاحمه، تکالیف را متوجه خود می‌بینند و در پی علاجی در مقام امثال می‌گردند و نمی‌توان عقلا را بدون ردع و منعی از طرف شارع تخطئه نمود.

علاوه بر این، بنای عقلای مزبور مورد امضاء شارع هم قرار گرفته است؛ مانند روایتی که در باب تراحم غسل جنابت و میت آمده است که در این روایت راوی - که در زمره عقلا محسوب می‌شود - تکلیف را متوجه خود دانسته و از امام می‌پرسد چه کنم و امام «عليه السلام» هم این امر را تقریر کرده و جواب می‌دهند: «و ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن علي عن أحمد بن محمد عن الحسن التغلبي قال: سألت أبا الحسن عن ميت و جنب اجتماعا و معهما ما يكفي أحدهما أيهما يغتسل؟ قال إذا اجتمعت سنة و فريضة بدئ بالفوضى^۹» (طوسی، تهذیب الأحكام، ۱۰۹/۱).

بنابراین همه عقلا در موارد تراحم، تکالیف را متوجه خود می‌بینند و در پی علاجی در مقام امثال می‌گردند که مهم‌ترین این راه‌ها، پیدا کردن اهم در مقابل مهم است که ضوابط خاص مربوط به خود را داراست.

منابع

ابن بابویه، محمد بن علی، *التوحيد*، تصحیح و تعلیق: سید هاشم حسینی طهرانی، قم، منشورات جماعة المدرسين

۹. هم‌چنین روایت حسین بن نصر از امام رضا «عليه السلام» هم بر این امر دلالت دارد: «عن الحسين بن النضر الأرميني قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام: القوم يكونون في السفر فيموت منهم ميت و معهم جنب و معهم ماء قليل قدر ما يكفي أحدهما أيهما يبدأ به قال يغتسل الجنب و يشرك الميت لأن هذا فريضة و هذا سنة» (ابن بابویه، عيون أخبار الرضا، ۸۸/۱؛ طوسی، الاستبصار، ۱۰۲/۱)

في الحوزة العلمية، بي تا.

_____، *عيون أخبار الرضا* «عليه السلام»، تحقيق و تصحيح: شيخ حسين أعلمى، بيروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ١٤٠٤ ق.

اصفهانى، محمد حسين، *نهاية الدراية في شرح الكفاية*، بيروت، مؤسسة آل البيت «عليهم السلام» لاهياء التراث، چاپ دوم، ١٤٢٩ ق.

انصارى، مرتضى بن محمد امين، *فرائد الأصول*، قم، مجمع الفكر الإسلامى، چاپ اول، ١٤١٩ ق.

ايروانى، على، *نهاية النهاية في شرح الكفاية*، قم، دفتر تبليغات اسلامى حوزة علميه قم، چاپ اول، ١٣٧٠.

ايروانى، محمدباقر، *الحلقة الثالثة في اسلوبها الثانى*، تهران، قلم، چاپ اول، ٢٠٠٧ م.

ايوان كيفى، محمدتقى بن عبدالرحيم، *هداية المسترشدين*، قم، مؤسسه النشر الإسلامى، چاپ دوم، ١٤٢٩ ق.

آخوند خراسانى، محمد كاظم بن حسين، *درر الفوائد في الحاشية على الفرائد*، تهران، مؤسسة الطبع و النشر التابعه لوزارة الثقافة و الارشاد الاسلامى، چاپ اول، ١٤١٠ ق.

_____، *كفاية الاصول*، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، چاپ اول، ١٤٠٩ ق.

آملی، هاشم، *منتهى الأفكار*، نجف، مطبعة النجف، چاپ اول، ١٣٨٠.

تفتازانى، مسعود بن عمر، *شرح المقاصد*، تحقيق و تعليق: عبدالرحمن عميره، الشريف الرضى، چاپ اول، ١٤٠٩ ق.

تقوى اشتهاردى، حسين، *تفحيح الأصول*، تهران، مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خمينى «رحمه الله»، چاپ اول، ١٤١٨ ق.

تهرانى نجفى، هادى بن محمد امين، *محجة العلماء*، تهران، ١٣٢٠.

جرجانى، محمد بن على، *التعريفات*، تهران، ناصر خسرو، ١٣٧٠.

حائرى اصفهانى، محمد حسين بن عبدالرحيم، *الفصول الغروية في الأصول الفقهية*، قم، دار احياء العلوم الاسلاميه، چاپ اول، ١٤٠٤ ق.

_____، *قاعدة لا ضرر ولا ضرار*، قم، مكتب آية الله العظمى السيد السيستانى، ١٤١٤ ق.

حسينى فيروزآبادى، مرتضى، *عناية الأصول في شرح كفاية الاصول*، قم، كتاب فروشى فيروزآبادى، چاپ چهارم، ١٤٠٠ ق.

حكيم، محسن، *حقائق الأصول*، قم، كتابفروشى بصيرتى، چاپ پنجم، ١٤٠٨ ق.

حكيم، محمدتقى، *الاصول العامة للفقه المقارن*، قم، مجمع جهانى اهل بيت (ع)، چاپ دوم، ١٤١٨ ق.

حكيم، محمدسعيد، *المحكم في اصول الفقه*، قم، مؤسسة المنار، چاپ اول، ١٤١٤ ق.

حلى، حسين، *اصول الفقه*، قم، مكتبه الفقه و الاصول المختصة، چاپ اول، ١٤٣٢ ق.

- خمینی، روح الله، *أنوار الهدایة*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی «رحمه الله»، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ق.
- _____، *تهذیب الاصول*، مقرر: جعفر سبحانی، قم، دارالفکر، چاپ اول، ۱۳۸۲.
- _____، *مناهج الوصول إلى علم الأصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی «رحمه الله»، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الأصول*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- خویی، أبو القاسم، *محاضرات فی الأصول الفقه*، قم، دار الهدای، للمطبوعات، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *مصباح الاصول*، مقرر: محمدرور واعظ الحسینی، قم، مکتبه الداوری، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ ق.
- روحانی، محمد، *منتقى الاصول*، قم، دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- ساعدی، جعفر، «نظریه خطاب های قانونی»، *مجله فقه اهل بیت*، شماره ۲۶، تابستان ۱۳۸۰ ق.
- سبحانی، جعفر، *إرشاد العقول إلى مباحث الأصول*، قم، مؤسسه امام صادق «علیه السلام»، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- _____، *المحصول فی علم الاصول*، مقرر: محمود جلالی مازندرانی، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- شبر، عبدالله، *الاصول الاصلية والقواعد الشرعية*، قم، مکتبه المفید، ۱۴۰۴ ق.
- صدر، محمداقرا، *بحوث فی علم الاصول*، مقرر: سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دایره المعارف الفقه الاسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.
- _____، *دروس فی علم الاصول*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۱۸ ق.
- _____، *مباحث الاصول*، مقرر: سید کاظم الحائری، قم، مکتب الإعلام الإسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
- طباطبایی یزدی، محمداکرم بن عبدالعظیم، *التعارض*، قم، مؤسسه انتشارات مدین، چاپ اول، ۱۴۲۶ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *الإستبصار فیما اختلف من الأخبار*، تحقیق و تعلیق: سید حسن موسوی خراسان، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۶۳.
- _____، *تهذیب الأحکام*، تحقیق و تعلیق: سید حسن موسوی خراسان، تهران، دارالکتب الإسلامیة، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.
- عراقی، ضیاء الدین، *نهاية الأفكار*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۳۶۲.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، *مبادئ الوصول إلى علم الاصول*، بیروت، دار الأضواء، ۱۴۰۶ ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، *ایضاح الکفایة*، قم، نوح، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
- مجلسی، محمداقرا بن محمد تقی، *بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار*، بیروت، مؤسسه الوفاء (دار إحياء التراث العربی)، چاپ دوم، ۱۴۰۳ ق.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ چهارم، ۱۳۷۰.
- مغنیه، محمداقرا، *علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید*، بیروت، دار العلم للملایین، چاپ اول، ۱۹۷۵ م.

- مکارم شیرازی، ناصر، *أنوار الاصول*، قم، مدرسه الإمام علی بن أبی طالب «علیه السلام»، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.
- منتظری، حسین علی، *نهاية الاصول*، قم، انتشارات القدس، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- نائینی، محمدحسین، *أجود التقریرات*، مقرر: ابوالقاسم خویی، قم، مطبعة العرفان، چاپ اول، ۱۳۵۲.
- _____، *فوائد الاصول*، مقرر: محمدعلی کاظمی خراسانی، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول، ۱۳۷۶.



بررسی چیستی سیاق با رویکرد فقهی و اصولی*

دکتر مریم صباغی ندوشن

دانش آموخته دکتری دانشگاه فردوسی مشهد، مدرس حوزه و دانشگاه

Email: m-sabbaghi@mail.um.ac.ir

دکتر محمدحسن حائری^۱

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: haeri-m@um.ac.ir

دکتر حسین صابری

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: saberi@um.ac.ir

چکیده

سیاق به عنوان چارچوب و قالب ذهنی کلام و ظرف تحقق قرائن در دریافت مرام و مقصود از کلام ایفای نقش می‌کند که در بستر قرائن لفظی متصل و مترابط به گونه مسبوق یا ملحق سامان می‌یابد. قرائن منفصل نیز در صورتی که در کلام متکلمی چون شارع باشد که عادت او بر نصب قرائن به گونه منفصل و اعتماد به آن‌ها باشد، به مثابه قرینه متصل است و از همین رو فصل در کلمات او به منزله لا فصل به شمار می‌آید. قرینه حالیه نیز به لحاظ مقارنت و پیوند آن با کلام، ملحق به قرینه متصل بلکه از همان سنخ و همسان با آن است. اما غرض و غایت منظور از کلام نیز گرچه به عنوان عنصری اساسی در این راستا مدد می‌رساند؛ لکن به جهت قصور در اشتغال بر تمام موارد دلالت سیاق، از جمله موارد عدم تعلق اراده چون دلالت اشاره؛ فاقد ظرفیت لازم برای وقوع در مقام تعریف است. همچنین تعریف سیاق به گونه‌ای که مشتمل بر قرائن لفظی سابق یا قرائن حالی نباشد، تعریفی مضیق از سیاق است که با موارد کاربرد وسیع آن ناسازگار است. از طرف دیگر احتساب قرائن گسسته در مطلق کلام ولو غیر شارع، تعریف موسع از سیاق و ناتمام است.

کلیدواژه‌ها: سیاق، قرائن، پیوسته، گسسته، مقالیه، حالیه.

* مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۲/۰۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۵/۰۷/۱۸.
۱. نویسنده مسئول

A Study on the Nature of Context from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Usul al-Fiqh

Maryam Sabbaghi Nodoshan, Ph.D. Graduate, Ferdowsi University of Mashhad, Lecturer at Howza and University

Mohammad Hassan Haeri, (Corresponding Author) Ph.D., Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Hossein Saberi, Professor, Ph.D., Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

Context, as the mental framework and format of speech and the place where evidences are realized, plays a role in understanding the intention of speech and is arranged in the form of either previous or future attached and connected verbal evidences. Detached evidences are considered as attached evidences if applied in the speech of a speaker like the divine lawgiver whose habit is to apply evidences separately and rely on them; hence, attachment in his words constitutes detachment. Textual evidence, due to its closeness and connection to the speech, is considered as attached evidence; even one may say the former is of the latter's type or identical to it. The intention and termination of the speech, although helpful as an essential element in this regard, lack the necessary capacity to be included into the definition, since they fail to cover all instances of context conveyance including instances not intended by the speaker such as implicit conveyance. In addition, a definition of context which does not include previous verbal evidences or contextual evidences is a strict definition which is in contrast with its wide cases of application. On the other hand, consideration of detached evidences in all speeches even in the divine lawgiver's is an extended and defective definition of context.

Keywords: context, evidences, attached, detached, verbal, contextual

مقدمه

از موضوعات مهمی که جایگاه ویژه‌ای در اصول و فقه، افزون بر تفسیر و علوم قرآنی دارد، سیاق است زیرا قرآن و سنت از اساسی‌ترین منابع جهت استنباط احکام شرعی به شمار می‌آیند که در بسیاری از موارد این فرآیند بر اساس ظهور استوار است. اهمیت سیاق از حیث نقش‌آفرینی آن در پیدایش ظهور به جهت لحاظ نشانه‌هایی است که در معنادگی به واژگان در ابعاد مختلف تأثیرگذارند. بدون شک ویژگی‌های موجود در سیاق موجب شکل گرفتن ظهور می‌شود که تمسک به آن در میان خردمندان در امور محاوره جهت استنباط، امری مقبول و مرسوم است. از همین رو فقیهان و اصولیان همواره در فهم و استدلال خود بسان مفسران به آن توجه داشته‌اند تا معارف مستفاد از سیاق در مسیر استنباط قرار بگیرد و مورد استناد واقع شود. لکن با وجود گستردگی کاربرد آن، تعریف جامع و معتبری که قابل تطبیق در علوم فوق‌الذکر باشد، از سوی آنان ارائه نشده است و اندک تعاریف موجود هم به لحاظ عدم استقراء موارد استعمال آن در متون اصولی و فقهی و صرفاً التفات - نه چندان کامل - به متون تفسیری، مبتلا به ضعف است چراکه تعاریف موجود نوعاً مبتنی بر الفاظ حکایت‌گر مرتبط با کلام است که به پدیده دلالت منتهی می‌شوند و ارتباطات فراواژه‌ای را با وجود تأثیر در نوع معنای القایی فرو می‌گذارند که به ارائه فهمی ناقص و نامعتبر منجر می‌شود به گونه‌ای که حیثیت واقعی و عینی کلام را مخدوش می‌سازد.

در پژوهش پیش رو سعی بر آن است که ماهیت سیاق را به گونه‌ای جامع، از طریق کاوش در موارد استعمال و احصاء آن موارد و سپس تحلیل آن‌ها، مورد مذاقه قرار دهد تا با واکاوی از مسیر طرح و طرد نظریات ممکن، دامنه کاربردی و حد و مرز آن را باز یابد.

معنای لغوی سیاق

سیاق، مصدر مأخوذ از ماده «سوق» و مقلوب از «سواق» (ابن اثیر، ۲/۴۲۴؛ واسطی زبیدی، ۱۱۳/۲۲۸) است که مشتقات مختلف آن در لغت در معانی مختلفی چون، روانه ساختن شتران (واسطی زبیدی، همان؛ ابن منظور، ۱۰/۱۶۷)؛ مهریه و صدق (ابن فارس، ۳/۱۱۷؛ راغب اصفهانی، ۴۳۶)؛ از پیش راندن لشکر (واسطی زبیدی، همان)، حث و برانگیختن بر حرکت از پشت سر با لحاظ نظم و ترتیب در آن (مصطفوی، ۵/۲۷۱)، نزع روح و جان‌کندن (فراهیدی، ۵/۱۹۱؛ صاحب بن عباد، ۵/۴۷۳)، زایمان پشت سرهم متوالی پسران (جوهری، ۴/۱۴۹۹)، تعاقب و تتابع (فیومی، ۲/۲۹۶؛ ابن منظور، ۱۰/۱۶۷)، اسلوب گفتار و سخن (ابراهیم مصطفی، ۱/۴۶۵)، دنباله و پایان یک شیء (زمخشری، اساس البلاغه، ۳۱۴) و نیز در فقه به معنای مقارنت و معیت دو خطبه بدون سبق یکی بر دیگری (فیومی، همان)

آمده است.

موارد مختلف کاربرد این واژه کاشف از چند ویژگی است:

۱- اطلاق اصل این واژه در اشیاء حسی چون راندن شتر و سپس کاربرد آن در امور معنوی چون سخن و کلام، فرض وجه انحصار گستره مفهوم سیاق را در قرینه مقال و نه حال نزد برخی محققان تقویت می‌کند.

۲- مفهوم راندن با شمول آن نسبت به امور محسوس و نامحسوس متضمن مفاهیم عقلانی دیگری چون تدبیر، راهبری و تنظیم امور است که پیوند میان حس و عقل را مکشوف و موجه می‌نماید.

۳- جریان و حرکت توأم با نظم و ترتیب که در کلام بر اساس سبک و شیوه خاص در مجموعه کلام به عنوان یک متن مرتبط و منسجم تنظیم می‌یابد، در راستای وصول به غرض مقصود قابل فرض و توجیه است و همین مهم موجبات اخذ غرض مقصود به عنوان تمام موضوع برای مفهوم اصطلاحی سیاق را محتمل می‌کند.

۴- ملاحظه معنای لغوی دنباله و جزء اخیر شیء، تنها احتمال مطرح در اختصاص اعتبار قرینه لاحق و نه سابق در سیاق در مقابل سیاق است.

۵- اعتبار مقارنت یا تتابع، ضمن آنکه عنصر پیوستگی و عدم گسستگی اجزاء کلام صادر را تحت مقوله سیاق جهت اصطیاد مراد ماتن در تفسیر و احکام شرعی در فقه مورد لحاظ قرار می‌دهد؛ به جهت انتظام مستور در آن ظرفیت معنوی لازم را برای تحول از یک واژه کاربردی صرف به یک اصطلاح علمی نزد اندیشمندان مهیا می‌سازد.

سیاق در اصطلاح

با وجود آنکه دانشمندان علوم تفسیر، اصول و فقه از سیاق و مشتقات آن چون: مسوق، مسوقه، مساق، سوق، سیق، سیق، منساق به وفور یاد کرده و آن را مورد استناد قرار داده‌اند؛ لکن در خصوص تبیین ابعاد ماهوی آن دچار تشتت آراء شده‌اند و به فراخور حال خود در مطالعه موردی، هر یک از منظری آن را باز یافته‌اند. گوناگونی آراء و تعابیر نشأت یافته از مبنای آنان به لحاظ پذیرش گستره تأثیر یا عدم تأثیر قرائن دخیل در این خصوص از حیث اتصال، انفصال، حال و مقال از جهتی و نظارت به قالب ساختار کلام یا مقصود از قالب از جهتی دیگر است. گفتار مختلف آنان را می‌توان به پنج تعریف کلی دسته‌بندی کرد.

۱. تعریف بر اساس قرینه پیوسته قولی لاحق و نه سابق

ضابط تعریف فوق که قابل اصطیاد از تعبیر برخی فقیهان است، عنایت به اسلوب چینش کلام به

لحاظ صرفاً قرآنی پیوسته لفظی آن هم خصوص کلمه یا جمله‌ای است که ملحق به متن مورد بحث می‌شود، بی‌آنکه عناصر سابق لفظی در این خصوص مورد عنایت واقع شود. چنانکه امام خمینی در خصوص جواز وطی همسر بعد از پاک شدن از خون حیض و قبل از غسل با استناد به آیه شریفه: «و یسنلونک عن المحیض قل هو اذی فاعتزلوا الفساء فی المحیض و لا تقربوهن حتی یطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حیث أمرکم الله إن الله یحبّ التوابین و یحبّ المتطهرین» (بقره: ۲۲۲)، در رد نظریه کسانی که مراد از «تطهر» را غسل یا وضو یا شستن محل حیض قلمداد کرده‌اند، می‌نویسد: «یدفعه السیاق و التفریع^۱، و ینافی صدر الآیه» (کتاب الطهاره، ۱/ ۲۴۶) که مقتضای مقابله میان دو جمله تغایر بین صدر آیه و سیاق و نتیجه آن معرفی دو مانع است، مانعیت سیاق تفریع و مانعیت صدر آیه. این خود گویای عدم شمول صدر در گستره مفهوم سیاق است. با این توضیح که تفریع فقره «فإذا تطهرن» بر «لا تقربوهن» در: «و لا تقربوهن حتی یطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حیث أمرکم الله...» که دال بر عدم استیناف (= استقلال) و مستفاد از سیاق است، مفید معنای صیورت از تطهر به عنوان یکی از معانی-ولو غیر مشهور- باب تفعل است. و ظاهر از صدر آیه: «و یسنلونک عن المحیض قل هو اذی فاعتزلوا الفساء فی المحیض»، علیت محیض که نوعی تأذی به شمار می‌آید، در حکم به وجوب اعتزال و حرمت نزدیکی است و برطرف شدن حیض به عنوان علت نیز، مفید زوال حرمت قرب خواهد بود، بی‌آنکه متوقف بر غسل یا وضو باشد. یکی دیگر از شواهد بر این معنا و مبنا، تعبیر شهید ثانی در شرح الفیه در خصوص وجازت عبارت شهید اول: «فهذه رساله فی فرض الصلاه اجابه لالتماس من طاعته حتم» در جواب از اشکال محقق کرکی (رسائل المحقق الکرکی، ۳/ ۶۶) بر حذف برخی قیود موجود در بعضی از حواشی - که از منظر ایشان موجب فساد معنا می‌باشد- است. آنجا که در دفاع از شهید اول عنوان می‌دارد: «حذف مثل ذلك مع دلالة السیاق و السباق علیه من قوله (فهذه رساله فی فرض الصلاه)..... جائز» (المقاصد العلیه، ۱۳). چه، تصنیف رساله پاسخی برای خواهش درخواست‌کننده و دیگران بوده است و این قرینه سباق^۲ است که قابل

۱. ممکن است در بادی رأی به نظر برسد که تفریع مذکور در عبارت به جهت اقتضای عطف در تغایر، خارج از حوزه سیاق قابل بررسی باشد، لکن از آنجا که مراد از سیاق در اینجا تفرع و ترتب مطلبی بر مطلب دیگر است، لذا قرینه سیاق در تفریع متمثل شده و بدین ترتیب احتمال غیریت دو طرف عطف در خصوص این جمله زایل می‌شود.

۲. بر خلاف نظر برخی اندیشمندان (جوادی آملی، درس خارج فقه، ۱۳۸۸) که سباق را به معنای انسباق از باب انفعال و همان تبادر اصولی یعنی تبادر معنا از لفظ به ذهن معرفی کرده‌اند، مطابق تصریح اهل لغت سباق، مصدر از باب مفاعله (فیومی، ۲/ ۲۶۵؛ ابن منظور، ۱۰/ ۱۵۱) مأخوذ از سبق و در اصل به معنای تقدم در راه رفتن است که در غیر آن به طور مجاز به کار می‌رود (راغب اصفهانی، ۳۹۵) و دلالت بر تقدیم (ابن فارس، ۳/ ۱۲۹) و پیش افتادن (فراهیدی، ۵/ ۸۵) در جریان امور می‌کند. اصل این ماده در مقابل لحوق و تقدم در مسیر به منظور معین است (مصطفوی، ۵/ ۴۰). بی‌آنکه در معنای انفعال که معنای غالبی آن اثرپذیری است به کار رود. زیرا احدی از علمای ادب معنای انفعال را در عداد معانی باب مفاعله به شمار نیاورده است. افزون بر آنکه حسب نظر راغب، استعمال آن در غیر معنای سیر مجاز است. که مطابق قاعده: «إذا تعدرت الحقیقه أقرب المجازات أولى» نزدیک‌ترین معنای مجاز در خصوص کلام، تقدم لفظ یا ترکیبی بر لفظ یا ترکیب دیگر است که به منظور معنی صورت پذیرفته باشد و طرف مقابل آن لحاق و نه سباق است. بنابر این وجهی برای تفکیک سباق از سیاق در مقام

برداشت از صدر کلام است. چنانکه سیاق ذیل نیز در همین راستا مدد می‌رساند. این استفاده به جهت تصریح ایشان در معرفی مغایرت به عنوان مقتضای عطف است (همان، ۴۱) که گویای دوگانگی سیاق و سباق و در نتیجه ملاک ملحق بودن قرینه از حیث اطلاق سیاق است.

صاحب مقامات السالکین در خصوص تأویل «لم یتغن» (به معنای تزیین صوت) به «لم یستغن» (به معنای غنا) در حدیث منقول از طریق عامه راجع به یکی از آداب قرائت قرآن از علامه طبرسی: «... فتغنوا به فمن لم یتغن بالقرآن فلیس منی» (مجمع البیان، ۱۶/۱) ابراز می‌دارد: «سیاق و سباق حدیث اباء از تأویل دارد» (دارابی، ۶۵). مستمسک ممنوعیت تأویل از نظرگاه وی، سیاق افزون بر سباق به شمار آمده است که ظهور در همین اساس دارد، با همان بیانی که گذشت. همچنین عطف صدر بر سیاق در تعبیر: «... مقتضی ظهور نفس الآیه و سیاقها و صدرها...» (خویی، مصباح الفقاهه، ۸۵/۵) و نیز عبارت: «فظاهرها لاسیما بعد ملاحظه سیاقها [آیه] و صدرها...» (روحانی، فقه الصادق، ۳۲۳/۱)، می‌تواند ناظر بر مبنای فوق الذکر باشد.

۲. تعریف بر اساس قرینه پیوسته قولی محیط بر کلام اعم از سابق و لاحق

ضابط تعریف در این مبنا احتساب تمامی عناصر مقالیه متصل به کلام به عنوان نشانه‌ای درون‌متنی است، که در قالب ترکیب صدر و ذیل کلام نمودار می‌شود و تقدم و تأخر الفاظ دخیل در متن هیچ یک امتیازی بر یکدیگر ندارد و هر دو به یک میزان تأثیرگذارند. شواهد و دلایل بر این قالب از معنا عبارت‌اند از:

شافعی که در کتاب «الرسالة» خویش، بایی را تحت عنوان «باب الصنف یبین سیاقه معناه» (۱۱) گشوده، با اشاره به یکی از اسالیب عرب که ذکر لفظ به نحو اطلاق است بی آنکه ظاهر آن اراده شود، شناخت مورد آن را از طریق سیاق میسر می‌داند و در این خصوص مقرر می‌دارد: «کل هذا موجود علمه فی اول الکلام أو وسطه أو آخره» (همو، ۱۰). که قرینه لفظی در آن به مجموع کلام مورد بحث تعمیم داده شده و مدخلیت سبق و لحوق در آن به میزانی واحد است.

زرکشی نیز بعد از معرفی مراعات سیاق به عنوان یکی از بایسته‌های حوزه تفسیر و بزرگ‌ترین قرینه برای دست یابی به مراد متکلم (۲/۲۰۰) با ذکر معانی مختلف نکره، چون تعظیم، تکثیر، تحقیر و تقلیل، عامل تعیین خصوص هر یک را قرائن و سیاق ذکر می‌کند و بر همین اساس تحقیر را از آیه: «من آی شیء خلقه» (عبس: ۱۸)، به موجب آیه بعد از آن: «من نطفه خلقه» (عبس: ۱۹) و تعظیم را در آیه: «لأی یوم أجلت»

فهم معنای متن و تقدم آن بر سیاق با این تعبیر که تاب مقاومت در برابر سیاق را ندارد (همان)، وجود ندارد. بلکه چنانکه خواهد آمد، خصوصیات ساختاری هر لفظ و معنای متبادر از آن باتوجه به محل وقوع آن در ترکیب و با نظارت به صدر و ذیل کلام و لحاظ تمام مقارنات پیرامونی، همگی تحت مقوله سیاق مورد مطالعه واقع می‌شود.

(مرسلات: ۱۲) از کلام خداوند که بعد از آن آمده استفاده نموده است (همان، ۹۳/۴). نیز ذلت و حقارت را از دو وصف «العزیز» و «الحکیم» در شریفه: «ذق إنک أنت العزیز الحکیم» (دخان: ۴۹)، مدلول ساختار واژگان و تراکیب قبل و بعد مسمی به سیاق عنوان می‌دارد (همو، ۲۰۱/۲-۲۰۰).

در همین راستا سیوطی ضمن نقل قول زرکشی بدون هیچ تعلیقی - که نشان از هم‌سویی با وی دارد - در خصوص فهم آیاتی از قرآن که روایات تفسیری در خصوص آن‌ها وارد نشده، طریق فهم آن‌ها را نظر به مفردات الفاظ و مدلولات و استعمال آن‌ها به حسب سیاق می‌داند (۴۸۴/۲)، چراکه مینا قرار دادن الفاظ با متعلقاتش در مقام فهم به نحو اطلاق، کاشف از آن است که مقصود از سیاق، قرینیت الفاظ مورد استفاده در کلام اعم از صدر و ذیل در فرض اتصال است.

مستفاد از کلام برخی دانشوران فقه و اصول نیز مبنای فوق است، آنجا که دلیل یا گواه خود را در حکم مستنبط سیاق آیات یا روایات معرفی و در مقام تبیین، سیاق را به صدر و ذیل عبارت تفسیر می‌کنند (ر.ک: ایروانی، ۱۵۶/۱؛ خویی، موسوعة الامام الخویی، ۲۷۵/۸ و ۸۹/۶؛ کاشف الغطاء، مهدی، ۷/۱؛ قزوینی، ۵۰۰/۲؛ امامی خوانساری، ۲۴۳؛ خرازی، ۱۶۸-۱۶۹؛ صنقور، ۱۳۵/۱).^۳ حتی عده‌ای از آنان، از سلف تا خلف، با وجود اعتماد بر مبنای مزبور به جهت ارتکازی بودن، از ذکر نام سیاق نیز فرو می‌گذارند (ر.ک: محقق حلی ۲۳/۱؛ شهید اول، ۵۶/۱؛ بحرانی، ۴۹۲/۲۳؛ عاملی، ۲۱۴/۱۲؛ نراقی، احمد، ۷۳۶؛ آملی، ۲۰۶/۷؛ خمینی، کتاب البیع، ۹۰/۱؛ منتظری، ۱۱۴/۳). گویا به جهت بداهت، خود را مستغنی از چنین تسمیه‌ای یافته‌اند.

تعبیر برخی از محققان که صریحاً صرف قرائن پیوسته مقالیه به معنای گسترده آن را - به لحاظ صدر و ذیل - در سیاق کلام معتبر می‌دانند، چنین است: «سیاق ساختاری کلی است که بر مجموعه‌ای از کلمات، جملات، و یا آیات سایه می‌افکند و بر معنای آن‌ها اثر می‌گذارد... شایان ذکر است که در مواردی، به کلمه‌ها و جمله‌هایی که پیرامون واژگان یا عبارت مورد تفسیر قرار گرفته است، به لحاظ آنکه خصوصیت یاد شده را پدید می‌آورند، سیاق گفته می‌شود که در این صورت سیاق همان قرائن لفظی متصل به کلام خواهد بود» (رجبی، ۹۲-۹۳). قرائن به هم پیوسته‌ای که در تکوین ساختار کلام تأثیرگذار است. این تعریف مورد وفاق عده‌ای دیگر نیز واقع شده با این تفاوت که دو ضابطه موجود در تعریف، نه صریحاً بلکه

۳. برای مطالعه بیشتر ر.ک: (اردبیلی، ۳۸/۸؛ اراکی، نظریه الحکم، ۱۹۰؛ رحمان ستایش، ۵۲۰؛ قندهاری، ۸۳/۲) که جملگی با کمی اختلاف در تعبیر اساس را الفاظ سابق و لاحق مقرون به کلام می‌دانند. تعبیر محقق خویی چنین است: «سیاقها [آیه] بملاحظه سابقها و لاحقها...» و در عبارت کاشف الغطاء «أولها و آخرها»، بدل از «سابقها و لاحقها» آمده است و قزوینی اینگونه اظهار می‌دارد: «بل ظاهر سیاقها و ماقبلها و ما بعدها من الآيات...» (همان). و ایروانی منصوص می‌دارد: «... ملاحظه السیاق و ملاحظه الصدر و الذیل». تعبیر خوانساری نیز در همین راستا است: «ان سیاق الآیه بملاحظه صدرها و ذیلها...». و در کلام محقق اردبیلی «سوق الکلام»، بدل از «سیاق» آمده است. تعابیر دیگر نیز همسان با تعابیر مذکور است.

ضمنه قابل برداشت است: سیاق نوعی خصوصیت و فضای معنایی است که از قرار گرفتن کلمات و جملات در کنار یکدیگر به دست آمده و در مفهوم واژگان و یا عبارات تأثیرگذار است (سلوی، ۶۲-۷۸؛ أسعدی، ۱/۶۶؛ بابائی، ۱۲۰). که از منظر برخی محدود کننده معنا است (گرامی، ۵۹) و در نظر عده‌ای دیگر نه تنها محدد معنا نیست، بلکه گاهی مفید معنایی افزون بر معنای هر یک از کلمات و سپس جمله است (خامه‌گر، ۱۱۹).

اتباع این نظر با تأکید بر مقالیه بودن دلالت سیاق، آن را نشانه‌ای درون‌متنی می‌دانند که از برآیند الفاظ گزینش شده در صدر و ذیل کلام، به منصفه ظهور رسیده و در کاشفیت از مقصود مدد می‌رساند. بدین ترتیب هر گونه نشانه فرامتنی تخصصاً از مقوله سیاق خارج می‌شود.

۳. تعریف بر اساس قرینه پیوسته قولی و حالی محیط بر کلام اعم از سابق و لاحق

معیار فوق با تأکید بر عنصر پیوستگی مجال را برای به شمار آوردن هرگونه قرینه اعم از لفظی و لیبی واسع دیده و نشانه را صرفه در لفظ دنبال نمی‌کند. چنانکه شهید صدر در تعریف آن می‌نویسد: سیاق هرگونه دال و نشانه‌ای است که به نحوی با لفظی که فهم آن مقصود است، همراه باشد، خواه آن دال و نشانه، لفظیه باشد به گونه‌ای که با لفظ مورد نظر کلام واحد مرتبگی را تشکیل دهد یا آن دال و نشانه، حالیه باشد، مانند موقعیت و شرایطی که به نوعی بر کلام احاطه دارند و نسبت به موضوع مورد بحث نقش دلالت‌گری ایفاء می‌کنند (صدر، دروس فی علم الاصول، ۱/۱۰۳-۱۰۴). به عبارت دیگر سیاق عبارت است از: «قرائنی که مفسر را در شناساندن معنای لفظ یاری می‌رساند. قرائن یاد شده گاه همراه با لفظ بوده و قرائن لفظی محسوب می‌شود و گاه از بیرون در رساندن معنا ایفای نقش می‌کند، مانند چگونگی‌هایی که پیرامون سخن شکل گرفته است و در نشان دادن معنا مؤثر هستند» (اوسی، ۲۰۲-۲۰۸) که گاهی از خصوصیات کلمه و نه کلام به شمار آمده است. چنانکه علامه فضل الله با تعرض به خصوصیت سیاق آن را وصف کلمه قرار داده و اظهار می‌دارد: «إن الكلمة تأخذ مضمونها من خلال السياق الذي يحيط بها» (۱۴/۲۴۶ و ۱۰/۲۸) و با عبارت موجز «الذی یحیط بها»، مطلق قرائن لفظیه و حالیه را در حالت اتصال مورد لحاظ قرار می‌دهد چراکه درصدد اتخاذ مضمون کلمه از خلال سیاق با مقارنات پیرامونی برآمده است که ظاهر از آن فرض اتصال است. عنصری که در تعریف آقای معرفت نمود بیشتری می‌یابد. زیرا زمینه‌ساز شکل‌گیری سیاق را ارتباط ذاتی بین آیات و پیوستگی آن‌ها معرفی می‌کند چراکه خاصیت نزول تدریجی قرآن در مناسبت‌های مختلف و خاص، ارتباط ذاتی آن‌ها را بایسته می‌سازد (معرفت، ۵/۲۴۰).^۴

۴. تعبیر ایشان چنین است: «كان القرآن نزل نجوماً، و فی فتراتٍ لمناسباتٍ قد یختلف بعضها عن بعض و كانت كل مجموعة من الآيات تنزل لمناسبةٍ تخصها فتستدعی وجود رابطٍ بينها بالذات، وهو الذی یشکل سیاق الآیه فی مصطلحهم»

این پیوستگی مجموعه‌ای از آیات دارای سیاق واحد به عنوان یک کل متشکل از اجزاء، متکی بر دلالت‌گرهایی است که در تلائم با پارامترهای بیرونی افزون بر پارامترهای درونی سابق و لاحق است. البته عبارت صریح در این مبنا نیست، بلکه توأم با ابهام است، اما به جهت عدم بیان محدوده ارتباط ذاتی بین آیات، ظرفیت حمل قرینه لفظیه و حالیه را توأمان دارد.

مبنای فوق با کمی تأمل از نوع تعبیر برخی دیگر از مفسران قابل اخذ است، آنجا که در معرفی سیاق به عنوان عامل تعیین‌کننده مضاف محذوف در جایی که تحریم به ذات نسبت داده شده، و در اصول نسبت حلیت و حرمت به اعیان نامیده شده است؛ مقصود از چنین نسبتی را بر سبیل مانع الخلو یا به اعتبار نوع اعیان می‌دانند، مانند «حرمت علیکم المیتة و الدم...» (مانده: ۳)؛ یا به اعتبار قرینه مقام نظیر «حرمت علیکم أمهاتکم»، که در این موارد سیاق، مضاف مقدر را تعیین می‌کند؛ یا از باب تنزیل اسم ذات به منزله فعل مقصود به منظور افاده مبالغه (ابن عاشور، ۲/ ۱۱۴). که در خصوص آیه اخیر، فعل مقصود که مورد منع واقع شده به مقتضای سیاق، ازدواج و توابع آن معرفی شده است (همان). و به لحاظ آنکه اعتبار قرینه مقام به عنوان مصحح حمل اسناد تحریم به امهات به شمار آمده و سیاق معین آن است، ارتباط وثیق سیاق با قرینه مقام به عنوان عنصر دخیل در آن قابل استنباط است. چنانکه آیه تحریم میتة به لحاظ عنوان «دم» به انضمام روایت «إن الله إذا حرم شیئا حرم ثمنه» مستند حکم عدم جواز خرید و فروش خون واقع شده که با تکیه بر سیاق چنین مورد اعتراض واقع می‌شود، که محط نظر در آیه و همچنین روایت، اسناد حرمت نه به تمام انتفاعات بلکه به استفاده خوراکی و اکل آن است که در عصر جاهلیت مرسوم بوده است. با این تعبیر: «کما یشهد بذلک سیاقها و القرائن الموجودة فیها» (منتظری، ۱/ ۲۸۳؛ ۱/ ۳۱۴). اگرچه در ادامه با ذکر برخی قرائن به نوع لفظی آن بسنده شده است (همان)، لکن به قرینه رواج خوردن خون در زمان صدور نص - که خود قرینه برون متنی است - تحریم در خصوص اکل استظهار شده است که تحلیل مزبور نیز گویای مدخلیت هر دو سنخ قرینه در محدوده سیاق است.

مأخوذ از نحوه تعبیر برخی فقیهان و اصولیان نیز تحفظ بر مبنای مزبور است. چنانکه سیاق به قرائن حالیه و مقالیه تبیین یافته است (مکی عاملی، ۷۴؛ مدرسی یزدی، ۲/ ۷۸) و ظهور آن به مدد قرائن خارجی و داخلی میسر (سبزواری، ۲۵/ ۱۷) یا مشخص شده (سیفی، دلیل تحریر الوسیله - فقه الربا،

۵. تعبیر دو محقق نامبرده در کاشفیت از مبنای آنان به لحاظ احتساب هر دو نوع قرینه تحت مقوله سیاق همسان است. عبارت اولی در معرفی قرائن سیاقی به جهت تأثیر در ظهور چنین است: «و هی ما یكون مع الکلام عند سؤقه من قرائن لفظیه أو حالیه». و تعبیر دومی در مقام ایضاح سیاق مورد اشاره در کلام محقق عراقی (مقالات الاصول، ۱/ ۲۲۲)، به عنوان مستمسکی جهت تعیین یکی از معانی تهدید یا تعجیز یا تمسخر از صیغه امر چنین است: «و الدواعی یستفاد من سیاق الکلام و القرائن الحالیه أو مقالیه».

۶. که در مقام استدلال به عدم اعتبار دو سال در حرمت توسط رضاع در فرزند مرضعه ابراز می‌دارد: «لعدم دلیل معتبر علی اعتبار ذلک بعد ظهور سیاق أدله اعتبار الحولین فی خصوص المرتضع بقرائن خارجیه و داخلیه»

۴۸) و قرینه حالیه از سنخ مدلول سیاقی عرفی به شمار آمده (سبزواری، ۱۶/۲۸۱)^۸ و متصرف به سیاق گردیده است (سیفی، مبانی الفقه الفعال، ۳/۸۳؛ صدر، قاعده لاضرر و لاضرار، ۱۱۷). یا اسناد معکوس صورت پذیرفته (آخوند خراسانی، درر الفوائد، الحاشیه الجدیدة، ۴۲۷؛ شیرازی، علی، ۱۶۸)^۹ و سیاق کلام، مفسر دلالت مقام شده (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳/۹۰؛ فیاض، ۱۸/۹)^{۱۱} و معهودیت به جزئی از سیاق به شمار آمده است (نائینی، رساله الصلاه فی المشکوک، ۱۴۹)^{۱۲} و برخی قرائن لبی و ارتکازی و ضوح خود را از مسیر سیاق باز یافته است (شاهرودی، ۱/۳۵۷).^{۱۳} که مستفاد از مجموع تعابیر- با مساعدت توصیف یا تبیین و اسناد و استظهار یا استحصال- آن است که معول در سیاق، برآیند مجموع کلام دارای موضوع واحد یا مشترک در فرض اتصال، با تمام دلالت‌گرهای نهفته در آن است، که در کشف مراد می‌توانند نقش حکایت‌گری را ایفا نمایند.

۴. تعریف بر اساس قرینه پیوسته و گسسته قولی و حالی محیط بر کلام

ضابط در این تعریف لحاظ مطلق قرائن است که با ابتناء بر دو اصل وحدت پیکر و عدم تعارض در قرآن تمام اقسام آن را شامل می‌شود. مطابق این مبنا موضوعات قرآن از آغاز تا فرجام برخوردار از سیاق واحد و دارای هدفی واحد است، گرچه در مواضع و مناسبت‌های متعدد ذکر شده باشد. در الخطاب القرآنی آمده است: سیاق در عرف مفسران بر کلامی اطلاق می‌شود که به طور هماهنگ و یکنواخت صادر

۷. ایشان از رهگذر سیاق جواز تعدی از علت منصوصه را به عنوان یکی از امور معتبر در برداشت از کلام صاحب شرایع می‌داند. متن تعبیر چنین است: «وجود شاهد حال من... اقتضاء سیاق الکلام و قرینه حالیه أو مقامیه أو مقالیه» که قرینه حال یا مقال را با «واو» به سیاق عطف نموده است. و چون قرینه مقالیه خارج از گستره سیاق نبوده و به عنوان قرینه مستقل مطرح نیست، پس قرینه حالیه هم چنین است.

۸. وی در مقام دفع دخل مقدر اشکال بر عدم جواز اعتماد بر قرائن حالیه در عقود لفظی بعد از فقد شاهد بر آن، می‌نگارد: «عنوان الإنشاء لفظیا عرفا و کانت القرینه حالیه من سنخ المدالیل السیاقیه العرفیه».

۹. دو تعبیر چنین است: «کما أن سیاق المقام...»، «کما هو الظاهر من... سیاق المقام».

۱۰. با این توضیح که شهید ثانی مرجع ضمیر «هم» در «علیهم» در عبارت: «ولو أوصی للراهب و القسيس جاز کما تجوز الصدقة علیهم» را، اهل ذمه می‌داند، با وجود آنکه در کلام ذکر نشده است و مطلب را چنین مدلل می‌کند: «لدلالة المقام و سیاق الکلام». که به سبب عدم احتمال اراده نشانه لفظی از سیاق، متعین از آن نشانه مقامی است.

۱۱. ایشان مصحح انصراف را وجود قرائن حالیه یا سیاقیه معرفی می‌کند: «هو [انصراف] بحاجه الی وجود قرائن حالیه أو سیاقیه». و از آنجاکه لفظ صارفیت ندارد بلکه به نظر مشهور انس ذهنی منشأ انصراف است، لذا مراد از سیاق در اینجا مقارنات حالیه است که به سیاق تفسیر یافته است.

۱۲. زیرا از میان دو احتمال مطرح در فقره «مما أحل الله آكله» در ذیل موثقه: «...لا یقبل الله تلك الصلاة حتی یصلیها فی غیره مما أحل الله» که عبارت از بیان بودن برای یکی از افراد غیرمذکور در روایت از باب مثال یا تقیید آن افراد است، احتمال اولی را اظهار معرفی کرده و در جهت اثبات آن با «لو» وصلیه اظهار می‌دارد: «بل بمعونة صدر الکلام و سوجه و معهودیه صحه الصلاة فی القطن و الکتان و نحوهما عند الراوی». که صدر و سیاق کلام به عنوان قرینه داخلی، و معهودیت صحت نماز در غیر ماکول نزد راوی به لحاظ عدم تبادر اراده اعتبار ماکولیت به عنوان قرینه خارجی، موجبات ظهور در مانعیت غیرماکول و نه شرطیت ماکول در صحت نماز را فراهم می‌آورد. و به لحاظ عدم غیریت صدر از سیاق بلکه جزئیت نسبت به آن، جزئیت معهودیت ذهنی راوی نیز نسبت به سیاق به عنوان قرینه لبی، استظهار می‌شود.

۱۳. عبارت چنین است: «بعض القرائن الإرتکازیة واللبیة... الواضحة من سیاق الآیه».

شده و در بردارنده یک هدف یعنی مراد اصلی گوینده باشد و اجزای آن بر یک نظام واحد انتظام یافته باشد. الفاظ دیگری چون مقام، مقتضای حال و تألیف نیز دلالت بر سیاق می‌کند (خلود عموش، ۲۵). که هم گویای دلالت‌گری نشانگرهای خارج از متن با تعبیر جامع مقام و حال و هم هادی به احتساب نشانگرهای درون متن ولو گسسته است. چراکه کل قرآن به عنوان مجموعه‌ای منسجم، مبتنی بر نظامی واحد، بر غرضی واحد انتظام یافته است. تعریف دیگر سازگار با این مبنا، عبارت است از:

«سیاق مفهومی کلی، جامع و مانع است که اجزای سخن را به سوی مفاهیم مقصود و غرض صاحب سخن پیش می‌برد، بنابر این سیاق یک مفهوم اساسی در هنگام تفکر برای تکلم است که ابتدا در ذهن شکل می‌گیرد و بر اساس شفاهی یا نوشتاری ظهور می‌یابد. بدین جهت می‌توان گفت که سیاق به عنوان عامل همبستگی و ارتباط کلام با تفکر آدمی است» (کنعانی، ۱۳۷) که در آن معوف با اشاره به چگونگی تکوین کلام و بازجست سیاق از ذهن متکلم، آن را عامل پیوند کلام - به عنوان فعلی از افعال - با ذهنیت فاعل آن معرفی نموده، که در قالب کلام متشکل از اجزای دلالت‌گر بر مدلول نمودار می‌شود. خواه آن اجزاء به صورت پیوسته راهنمای به مدلول باشند یا به صورت گسسته، زیرا اطلاق کلام از این حیث در مقام تعریف، بدون لحاظ هیچ قیدی در این خصوص که موجب احتراز از غیر آن شود، انواع قرینه حتی از نوع حالی آن را نیز در برمی‌گیرد و این مهم از حیث استحقاق حکایت‌گری نشانه‌های مخفی خارج از کلام است، که کلام مبتنی بر آن القاء می‌شود و متن به مدد آن سامان می‌یابد.

۵. تعریف بر اساس غایت منظور از کلام

قوام این تعریف نه بر اساس آمیخت ساختگانی کلام و دلالت‌گرهای موجود در آن، بلکه به لحاظ مدلول مقصود و منکشف از آن است. آنچه که ساختار کلام به یمن وصول به آن صیانت می‌یابد. چنانکه آمده است: «و السیاق ما سیق الکلام لأجله» (عطار، ۱/ ۳۲۰). مراد از اینکه کلام مسوق بر معنایی باشد، عبارت از آن است که «دلالت بر مفهومش کند مقید به آنکه مقصود باشد» (بزدوی، ۱/ ۱۰۶). خواه مقصود اصلی باشد یا اصلی و تبعی. بنابراین مفهوم سیاق در این حوزه از تعریف مرتبط با مقوله قصد می‌شود. که با ادله موجود در درون یا برون متن بر آن استدلال می‌شود.

و بر همین اساس: **گاه وجه تمایز بین نص و ظاهر، قصد متعلق به کلام از حیث وجود و عدم به شمار آمده است.** چنانکه ابن همام حنفی با وجود وضوح دلالت نص و ظاهر، وجه تسمیه اصطلاح ظاهر را با وجود احتمال معنای غیر ظاهر به صورت مرجوح، فقدان قصد و عدم سوق کلام به خاطر آن می‌داند و نیز تسمیه اصطلاح نص را به جهت سوق کلام و مقصود از آن افزون بر وضوح، وجیه می‌داند (ر.ک: ابن امیرحاج، ۱/ ۱۴۶).

وگاه ضمن پذیرش تعلق قصد به نص و ظاهر، مایز میان آن دو اصالت و تبعیت به حساب می‌آید (ر.ک: حسن خالد، ۳۱۲).

به همین لحاظ از منظری با وجود ظهور آیه شریفه: «أحل الله البيع و حرم الربا» (بقره: ۲۷۴)، در حلیت بیع و حرمت ربا، این دو معنای سیاقی محسوب نشده‌اند (بزودی، ۱/۱۰۶). با این تعلیل که با توجه به صدر: «ذلک بأنهم قالوا إنما البیع مثل الربا»، سیاق آیه در جهت رد کافرانی است که قائل به تماثل بیع و ربا بودند، پس: «أحل الله...» نیز منصوص در فرق بین بیع و ربا است [همان نصی که با تفسیر به قصد سیاق نامیده شده است] (همو). از منظری دیگر هر دو در عداد معنای سیاقی مورد لحاظ واقع شده، با این تفاوت که نفی مماثلت بین بیع و ربا مقصود اصلی است، که سیاق به غرض آن سامان یافته است؛ و حلیت بیع و حرمت ربا مقصود تبعی است، تا با آن وصول به مقصود اصلی میسر شود (حسن خالد، ۱۸۱).

قیمومیت قصد اعم از اصالت و تبعیت، در معنای سیاق در این مبنا تا حدی است که غیر مقصود مطرود اعلام می‌شود (آلوسی، ۱۵/۵۰).^۱ به همین لحاظ با وجود نظارت ظاهری لفظ «نفخه» در کریمه: «فإذا نفخ فی الصور نفخه واحده» (الحاقه: ۱۳۹)، بر اتفاقی بودن موه (= وحدت) و مقصود نبودن آن بنا به تصریح زمخشری و عدم وضع در آن بنا بر نقل ابن حاجب، معتمد با توجه به سوق کلام، موه معرفی شده است. که نتیجه آن است که حدوث امر عظیم به لحاظ وحدت وقوع نفخ باشد نه خود نفخ، ولو ظاهر لفظ مقتضی عکس آن است (ر.ک: آلوسی، ۱۵/۴۹). که عملاً مورد اهتمام بودن موه با وجود ارتکاب خلاف اقتضای ظاهر لفظ بر همین اساس صورت پذیرفته است و بایستگی تجرد کلام از اتصال لفظ مخل به غرض مقصود (=سیاق) (زمخشری، الکشاف، ۴/۲۰۳؛ کاشانی، ۱۸۷/۶)^۲ نیز در همین راستا قابل توجیه است. از همین رو قرینه سیاق با عطف چنین تفسیر شده است: «بقربینه السیاق و بما سیق الکلام لأجله» (حسینی شیرازی، ۳/۷۶) که از سیاق تعبیر به قصد شده یا آنچه که کلام به خاطر آن القاء می‌شود. هر چند فهم آن به مدد عناصر خدومی چون مقال و حال صورت می‌پذیرد. همانطور که در تعیین ارجاع تعلیل در روایت: «ماء البئر واسع لا یفسده شیء إلا أن یتغیر ریحہ أو طعمه، فینزح حتی یذهب الریح و یطیب طعمه لأن له ماده» (طوسی، الاستبصار، ۱/۳۳؛ حر عاملی، ۱/۱۴۱) به صدر (که متضمن حکم به

۱. آلوسی به نقل از زمخشری می‌نگارد: «الذی سیق له الکلام یجعل معتمدا حتی کأن غیره مطروح». که به معنای غایت مقصود از کلام است.

۲. متن عبارت چنین است: «وجب أن یجرد [اللفظ] لما سیق الیه من الغرض و لا یوصل به ما یخلف غرضاً آخر». با این تفاوت که در مستند اخیر واژه «یخیل» بدل از «یخیل» آمده که به نظر می‌رسد خطای در چاپ باشد. به عنوان نمونه در صورت مشاهده لباس بلند بر تن زن قد کوتاه سزاوار است که چنین حکایت شود: «اللباس طویل و اللباس قصیر»، نه آنکه گفته شود: «واللابسه قصیره». این شایستگی بدان جهت است که کلام به غرضی وراء جنسیت القاء شده است. پس آوردن تاء تأنیث لحاظ اضافه است بی آنکه مقصود کلام مذکر یا مؤنث بودن شخصی باشد که لباس را پوشیده است. اضافه‌ای که مخل به غرض مقصود [و خلاف بلاغت] است (همان).

عدم انفعال است)، از میان دو احتمال دیگر - یعنی ارجاع به ذیل (که متضمن حکم به طهارت به مجرد زوال تغیر است)، یا صدر و ذیل هر دو - به تعلق غرض مقصود به آن (=سیاق) استناد شده است و حتی دو احتمال دیگر مذکور خلاف ظاهر معرفی می‌گردد. زیرا با تعلیل فقره اول، فقره دوم از تعلیل مستغنی می‌شود چراکه به مقتضای تفریع فقره «فینزح» بر ماقبل، دومی از شئون و توابع اولی محسوب می‌شود، بلکه اولی خود علت برای دومی به شمار می‌آید. لذا تعلیل صرفاً به اعتبار منشأ (=صدر) صورت پذیرفته که غرض اصلی از سیاق کلام است (حکیم، محمدسعید، ۱/ ۱۷۵-۱۷۶) و از معبر عنصر مقال تمثیل یافته در تفریع، غرض مقصود که روایت بر اساس آن صادر شده شناسایی می‌شود و چنان محکم اعلام می‌شود، که با اعتماد به آن، دو احتمال دیگر ملغی می‌گردد تا مستفاد از آن به انضمام تعلیل، مسببیت عدم انفعال از سبب یعنی ماده به جهت اقتضای اعتصام باشد. عنصر مقالی که مبتنی بر مقتضای حال از سوی حکیم تنظیم می‌یابد، چراکه «بر حکیم واجب است که سوق کلام او مطابق با مقتضای مقام و به اختلاف مقام باشد، به این که کلام او محفوف به قرآنی باشد که مفید مطلوب است» (انصاری، ۳/ ۱۰۰) که فهم مراد و سوق کلام نیز از طریق همین شبکه در هم تنیده مقال و مقام امکان‌پذیر خواهد بود.

ارزیابی تعاریف

تعریف اول تعریفی مضیق است که گستره محدودی از قرائن یعنی لفظی لاحق را شامل می‌شود و الفاظ صادر سابق را از شمولیت خارج می‌داند و در ضمن قواعد دیگری از آن‌ها یاد می‌کند. در حالیکه عنایت به مدلول لغوی سیاق در موارد استعمال آن، هادی به نوع خاصی از جریان است که از تابع، انتظام و تنظیم اجزاء بر اساس تدبیر ناشی می‌شود و اجزاء متصف به سابق و لاحق از حیث تأثیر در جریان کذائی همسان است و هیچ‌یک ترجیحی بر دیگری ندارد. لذا اختیار اجزاء لاحق و اخراج اجزاء سابق ترجیح بلا مرجح و ناموجه است.

امعان نظر به نوع سیره عقلاء به عنوان مناط حجیت، که بر اساس مبانی تخاطب مورد توافق بین آنان صورت می‌پذیرد، حاکی از آن است که کلام صادر از حکیم که به طور یکنواخت و هماهنگ به انگیزه‌ای خاص القاء شده دارای چارچوبی است که هر یک از اجزاء به نحوی چینش می‌یابند که غرض مقصود را منتقل سازند. به عبارتی همانطور که در غالب محاورات بیان مقصود از الفاظ به کار رفته در ذیل، به عنوان تمهید در صدر کلام است، الفاظ وارد در صدر نیز قرینه بر مقصود از ذیل کلام است (ر.ک: سیفی مازندرانی، دلیل تحریر الوسیله، الامر بالمعروف و النهی عن المنکر، ۱۲۹). بنابراین هر قطعه از آن در

ارتباط با قطعات قبل و بعد بوده و قرینیت صدر و ذیل به یک میزان ثابت است. لذا وجهی برای چنین اختصاصی وجود ندارد.

از جهت دیگر اخراج قرائن حالیه از گستره سیاق که در تعریف دوم مشهود است نیز اخراجی بلاموجب است. چه، اغراض تمثیل یافته در قالب کلام براساس ژرف ساخت‌هایی چون قرائن غیر لفظی تنظیم می‌یابد، که روساخت‌های آن الفاظ مورد استعمال در کلام به عنوان قرائن لفظی است و ملحوظ نظر قراردادان هر دو در استکشاف مراد لازم بوده که تحت عنوان جامع سیاق قابل مطالعه است، زیرا دلالت که یک فرآیند ذهنی است از ارکان، اطراف و مراحل مختلفی تشکیل می‌شود. از طرفی متکی بر دال بوده و از طرف دیگر محصول آن مدلول است. دالی که مراد از آن نه صرف لفظ بلکه هر چیزی است که این نقش را ولو از عناصر مبطن که لفظ مبتنی بر آنها ایراد شده، ایفاء نماید. همانطور که لفظ به عنوان علامت قلمداد می‌شود، پاره‌ای دیگر از عناصر نیز در معنادار شدن و دلالت دخیل هستند. به عنوان نمونه اگر علامت باشد و علقه مخصوص نباشد، دلالتی شکل نمی‌گیرد و یا علامت باشد، لکن پاره‌ای اقترا نیات پیرامونی نباشد، دلالت شکل نخواهد گرفت. معنای واژگان در بستر فرهنگ‌ها فهم می‌شود. در واقع دال تنها آن علامت نیست، بلکه نشانه‌های پیرامونی دیگری نیز در کار است که در تعیین معنای واژه و کلام دخیل هستند، زیرا در بسیاری از مواقع «متکلم بر قرینه حالی یا مقامی که معهود بین او و مخاطب است، اعتماد می‌کند» (طباطبایی قمی، ۷۶/۲). به عنوان یکی از عناصر مؤثر در احضار معنا افزون بر لفظ به شمار می‌آید (ر.ک: نجم آبادی، ۱۱۵/۱)، و هر دو در گستره سیاق داخل می‌شوند. از همین رو تمسک به سیاق، جهت استفاده برخی مفاهیم چون تهدید، تعجیز و تمسخر، از هیأت و ماده امر در تعبیر عراقی (مقالات الاصول، ۱/۲۲۲)، به قرائن حالیه و مقالیه تفسیر شده است (ر.ک: مدرسی یزدی، ۷۸/۲). در تعبیری دیگر تمام حسان، مجموع انواع قرائن موجود در کلام را تحت عنوان جامع قرائن سیاقی اعم از لفظی و معنوی، بسان نشانه‌های موجود در یک آدرس می‌داند که همبستگی آن‌ها فهم معنا را موجب می‌شود (ر.ک: البیان فی روائع القرآن، ۲۲۹)، زیرا فهم کلام عملیات پیچیده‌ای است که شناخت جهات لفظی در آن کافی نیست، بلکه ناگزیر از ملاحظه جمیع خصوصیات مقترن به کلام خواهیم بود. در وجه آن آمده است: کلام چون پدیده‌ای زنده از پدیده‌های نفسی یا اجتماعی است که به حسب محتوای آن متأثر از ملاحظات محیط به آن است (سیستانی، قاعده لاضرر و لاضرار، ۱۳۷) که در پناه مجموع آن‌ها عملیات فهم صحیح معنای کلام میسر می‌شود. حتی عوامل لفظی نسبت به سایر عوامل مستور مؤثر در محتوای کلام چون مقام و حال، در مقام تشبیه بسان کوه ظاهر از دریا نسبت به عناصر پنهان تحت آب به شمار آمده است (همان). ادعای الحاق قرینه حالیه به متصله بلکه ادعای عینیت و همسانی (مظفر، ۱۹۴/۱) نیز در همین راستا قابل توجیه

است. حاصل آنکه دلالت عناصر مختلفی را می‌طلبد، که لحاظ مجموع آن‌ها در مقوله سیاق بایسته می‌نماید.

تعریف سوم از حیث مطالعه تمامی عناصر و نشانگرهای بیرونی و درونی سازنده متن در حوزه سیاق، اجمالاً مورد پذیرش است، لکن به جهت غلبه صبغه نظارتی آن به قرینیت سیاق و نه خود سیاق به عنوان ظرف تحقق قرینه، ناگزیر از اصلاح خواهد بود، چراکه سیاق به مجموع دلالت‌گرهای محسوس و نامحسوس نهفته در متن معرفی شده است؛ قرآنی که به پدیده دلالت بینجامد بی آنکه آمیخت ساختگانی کلام به لحاظ نوع ارتباط اجزاء انتظام یافته در آن به عنوان مطروفی مناسب جهت سکنی گزیدن قرائن مذکور و منشأی برای تحقق دلالت مورد عنایت واقع شود. در حالی که در مقام تفکیک میان سیاق و قرینه آن می‌توان سیاق را اجمالاً به ساختار و قالب کلام که لفظ در آن شکل می‌گیرد و قرینه سیاق را به هرگونه دلالت لفظی و غیر لفظی همراه با کلام معرفی نمود.

اما تعمیم در تعریف چهارم به عنوان تعریف موسع سیاق نیز از حیث قید انفصال پذیرفتنی نیست بلکه قول به تفصیل بین کلام شارح و غیر شارح اختیار می‌شود:

در خصوص کلام غیر شارح: مشمولیت قرائن گسسته تحت عنوان سیاق انکار می‌شود. به لحاظ آنکه اهمیت سیاق به جهت تأثیر آن در ظهور برآمده از کلام به دلیل لحاظ تمام نشانه‌هایی است که در معناداری به واژگان و ترکیب حاصل از آن تأثیرگذارند که به عنوان یکی از مصادیق کبرای کلی اصالت ظهور اعتبار خود را از سیره عقلاء در محاورات عرفی در مقام تفهیم و تفاهم به عنوان «میثاقی عقلانی مبنی بر الزام متکلم به ظاهر کلامش در مقام بیان» (سیستانی، الرافد فی علم الاصول، ۱۴۵) باز یافته است. ظهور سیاقی مزبور نیز مبتنی بر شخص کلام القاء شده حول موضوع واحد در مقطع واحد است، نه مجموع کلام صادر در مقاطع مختلف، چراکه «ظاهر حال متکلم هنگام تصدی ابراز معنایی با کلام، حکایت از آن دارد که در مقام بیان تمام مرام با شخص آن کلام است» (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۴۹۱/۷) و با تمامیت شخص کلام ضمن سکوت طولانی و عدم الحاق قرائن و لواحق، دلالت که فعل دال است و به تبع آن ظهور شکل گرفته، بی آنکه حالت منتظره‌ای داشته باشد. زیرا ظهور محصول دلالت‌گری نشانه‌های مختلف در کلام است که با تراکم قرائن، معانی مدلول نزد مخاطب آگاه به لسان، احضار و انتقال حاصل می‌گردد. اگرچه ممکن است نصب قرینه منفصل بر خلاف موجب تکذیب آن ظهور و رفع ید از حجیت آن گردد. که خود عرصه دیگری از بحث و غیر مرتبط با مقام است.

در خصوص شارح: مشمولیت قرائن گسسته ذیل تعریف سیاق تأیید و تثبیت می‌گردد. به اعتبار آنکه شارح مقدس جهت رعایت مصلحت مخاطبان برخی قیود و قرائن کلام را همراه آن بیان نکرده و پس از

مدتی با فراهم آمدن شرایط لازم بدان پرداخته است. ضرورت کاوش در متون وحیانی به منظور یافتن قرائن کلام نیز به جهت رواج همین شیوه از شارع قابل تبیین است. چراکه جریان عادت ائمه بر اعتماد به قرائن منفصل است (نائینی، اجود التقريرت، ۹۳/۲) و اگر از حال متکلم دانسته شود که قرائن کلامش را به گونه اتصال نمی‌آورد، منفصل در کلام او به منزله متصل در کلام دیگران به شمار می‌آید (حائری یزدی، ۲۲۳). لذا در خصوص این قید آمده است: انفصال در کلام شارع در حکم اتصال است زیرا جریان عادت شارع بر احتساب فصل بین اشیاء از قبیل وصل است. بر همین اساس متعین در مواجهه با کلام شارع آن است که فصل بین کلمات را به منزله لافصل به حساب آورده و جملات منفصل را بسان متصل فرض کنیم (صدر، مباحث الاصول، ۶۲۲/۴) که نتیجه عملی آن بلکه «مقتضای احتیاط اتکاء بر تمام قرائن محفوف به کلام [شارع] است. خواه لفظی باشد یا حالی و مقامی... خواه متصل باشد یا منفصل» (عاملی، ۱۷/۴۶۲). از همین رو بیان بودن خاص برای عام نیز به نوعی در قلمرو سیاق قابل مطالعه است و ظهور آن نیز نشأت یافته از فهم عرف به سبب ارتباطات حاکم بین اجزاء کلام واحد است که در خصوص آیات قرآن به عنوان گونه‌ای از تفسیر قرآن به قرآن به شمار می‌آید.

تعریف آخر نیز که براساس غایت منظور از کلام است به لحاظ وانهادن بقیه عناصر دخیل در سیاق جامع نیست و از همین حیث موجه نیست، چراکه افزون بر عنصر غرض عناصر دیگری چون دأب متکلم^۱، حال مخاطب^۲ و نوع عناصر ملفوظ^۳ نیز در سیاق کلام تأثیرگذارند.

۱. تأثیر این عنصر به نحوی است که با وجود عدم تحقق اطلاق در قضایای جزئی و شخصی (حائری، سیدکاظم، ۱/۳۱۱) ادعای تأویل کلیه قضایای شخصی به حقیقه شده است. با این بیان که دأب شارع - که استقرار یافته بر طبق سیره عقلاء در تشریح و قانون‌گذاری است- وضع قوانین به نحو کبرای کلی و بر سبیل قضایای حقیقی است و این خود قرینه حالی مقامی است که با خطابات شرعی گره خورده است و موجب انقلاب قضایای شفاهی شخصی به قضایای حقیقی و شمولش نسبت به همه مکلفان می‌شود (سیفی، مبانی الفقه الفعال، ۳/۲۸).

۲. در خصوص تأثیر عنصر فوق در خصوص امکان استدلال به روایت منقول از پیامبر (ص): «الطواف بالبيت صلاه» (ابن ابی جمهور، ۲/۱۶۷)، جهت اعتبار ستر عورت در طواف آمده است: ظاهر آن است که روایت نبوی مذکور دلالت بر تنزیل به لحاظ تمام احکام مترتب در نماز ندارد، بلکه به لحاظ انس ذهنی متشرعه که تحیت مسجد نماز در آن است، سیاق روایت مفید تبیین خصوصیت مسجدالحرام است که طواف در فضیلت و رعایت تحیت به منزله نماز است (فاضل لنگرانی، تفصیل الشریعه-الصلاه، ۶۰۶؛ تفصیل الشریعه-النجاسات، ۲۸۰). و بدین ترتیب سیاق روایت با امعان نظر به عنصر اعتقاد مخاطبان در طرف نزول بازیابی شده است همچنین استعمال عرفی مخاطبان در باب معاملات به عنوان قرینه حالیه، مؤثر در مدلول سیاق به شمار آمده است (سبزواری، ۱۶/۲۸۰). و در نتیجه قرائن حالیه، مصحح توجیه خطاب به عاقد در صورت انعقاد معامله از سوی غیر بدون ذکر وکالت یا ولایت شده است (همان). بلکه به لحاظ اختلاف [حالات و] مقامات مدلول سیاق هم مختلف شده و لذا لفظ واحدی چون «بعت» گاه کاشف از انشاء بیع شده است و گاه کاشف از اخبار و حکایت (خوانساری، ۲۰۴). لذا در اهمیت آن آمده است: بر حکیم واجب است که سوق کلام را بر طبق مقتضای مقام، به اختلاف مقام و محفوف بر قرائن مفید مطلوب بدون هیچ کوتاهی در بیان بیاورد (انصاری، ۳/۱۰). همه این موارد نشان دهنده ارتباط وثیق سیاق با حال مخاطب است.

۳. تأثیر عنصر مزبور در ابعاد گسترده به لحاظ نوع الفاظ دخیل در کلام اعم از اسم، فعل، حرف و نیز نوع ترکیب کلام از حیث تقدم و تأخر یا اسمیه و فعلیه و نیز کیفیات دیگر قابل مطالعه است. به عنوان نمونه واژه وصیت که به لحاظ اتخاذ از ریشه ثلاثی: وصی یصی، به معنای وصل، یا رباعی: أوصی یوصی و وصی یوصی، به معنای عهد مورد اختلاف واقع شده است؛ با ملاحظه سیاق به جهت موارد استعمال این واژه در قرآن قبل از «یوصین» (نساء: ۱۲)، «توصون» (نساء: ۱۲)، «یوصی» (نساء: ۱۲)، که از مشتقات باب افعال هستند متعین در معنای عهد شده است (حکیم، محسن، ۱۴/۵۳۲) که مجوز استفاده معنای مزبور از وصیت، وقوع در قالب این ساختار صرفی از کلام تحت عنوان سیاق

گرچه اعتبار مقصود متکلم در سیاق کلام امری مهم می‌نماید^۱، لکن از آنجا که مبنا در دلالت کاشفیت است (کلباسی، ۸)، که در غالب موارد کاشف از اراده و قصد است، و در برخی موارد کاشف از اعتقاد متکلم است؛ تعریف به صرف عنصر مزبور در مقام بیان ضابط در تعریف، از سنخ تعریف شیء به بعض مدلول به شمار آمده و از همین حیث موجب قصور در تعریف می‌شود. افزون بر آنکه تتبع در موارد استعمال سیاق در یافته‌های اصولی مفید نوعی از انواع دلالت، به نام دلالت اشاره، تحت عنوان دلالت سیاقیه است (نائینی، اجود التقریرات، ۱/ ۴۱۳؛ مظفر، ۱۳۲؛ تبریزی، ۳/ ۱۲۸)، که برخلاف رأی برخی (شیرازی، محمدحسن، ۳/ ۱۶۵)^۲، به استناد نظر غالب مقصود واقع نشده است (میرزای قمی، ۷۱؛ نراقی، مهدی، ۱/ ۱۴۱؛ انصاری، ۱/ ۳۸۱). در حالی که تعریف فوق موجب عدم اشمال دلالت کذائی در گستره سیاق شده و علاوه بر ضعف قصور مبتلا به اشکال عدم جامعیت هم می‌شود.

قول مختار

بعد از بررسی تعاریف و اشکالات وارد بر آن ضمن مبنا قرار دادن تعریف شهید صدر و عنایت به تفصیل مذکور در مبنای چهارم سیاق چنین تعریف می‌شود:

ساختار و روند کلی کلام مترابط، با اشمال آن بر قرائن که دلالت بر مقصود از کلام می‌کند، هرچند فراتر از آن را موجب شود.

است. و از موارد تأثیر حروف بر سیاق کلام، استعمال کلمه «لام» و «فی»، در آیه: «إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملین علیها والمؤلفه قلوبهم و فی الرقاب والغرمین و فی سبیل الله و ابن السبیل» (توبه: ۶۰)، در خصوص متعلق مصرف زکات است. که در چهار مورد اول از «لام» و در چهار مورد دیگر از «فی» استفاده شده است. زمخشری وجه عدول از «لام» به «فی» را، اولویت چهار گروه اخیر در استحقاق زکات به جهت افاده طریقت «فی» می‌داند (الکشاف، ۲/ ۲۸۲) و صاحب جواهر در صدد تبیین وجه دیگری برآمده و می‌نگارد: کلمه «لام» در چهار مورد اول بدین جهت است که زکات برای آن‌ها است و تصرف در آن به اختیار آنان واگذار شده است، برخلاف چهار مورد اخیر که فقط مال زکات به منظور مصرف و نیاز آنان است؛ از بردگی آزاد می‌شوند و وام به آن‌ها پرداخت می‌شود، ولی در این اموال آزادی تصرف ندارند (صاحب جواهر، ۱۵/ ۳۴۴) که مفید تأثیر جایگاه حروف در سیاق است. بر همین اساس امام صادق (ع) در پاسخ زراره در وجه استفاده تبعیض در مسح، به کلمه «باء» در «وامسحوا برءوسکم» (مائده: ۶)، استناد جسته است (عروسی حویزی، ۱/ ۵۹۶).

۱. و از همین رو در موارد بسیاری غرض مقصود با عنوان سیاق مستمسک محققان به گونه ایجابی جهت اثبات یا تثبیت مدعا واقع شده (ر.ک: زمخشری، الکشاف، ۳/ ۳۸۰؛ آلوسی، ۱/ ۳۲۰؛ شوکانی، ۴/ ۱۴۰؛ طباطبائی، ۲/ ۶۰؛ بروجردی، تفسیر الصراط المستقیم، ۴/ ۲۸۲؛ موسوی سبزواری، ۴/ ۱۸۸؛ مدرسی، ۱۶/ ۶۰؛ ملکی میانجی، ۱۹۳؛ کاشف الغطاء، محمدحسین، ۲۰۵؛ همدانی، ۱۱/ ۱۸۴؛ محقق داماد، ۴/ ۲۳۳). یا به گونه سلبی جهت انکار خلاف ادعا مورد تمسک واقع شده است (ر.ک: آلوسی، ۴/ ۴۲؛ فضل الله، ۵/ ۱۴۲؛ حکیم، محمدسعید، ۱/ ۱۷۶).

۲. ایشان دلالت اشاره را چنین توصیف نموده است: «...دلالة الاشارة المعتبرة المقصودة التي يدرکها العقل» (همان).

۳. برای مطالعه بیشتر ر.ک: (آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ۱۲۲؛ خوبی، مصباح الاصول، ۱/ ۵۳۴؛ مظفر، ۱/ ۱۳۵؛ مکی عاملی، ۲۶۵؛ بروجردی، لمحات الاصول، ۱۴۰؛ روحانی، زبده الاصول، ۳/ ۱۸۹؛ موسوی قزوینی، ۱۱۷).

قید ساختار کلام: به عنوان عنصر اصلی در تعریف مفید موضوعیت جنس کلام به معنای عام آن است، تا از جهتی موجب احتراز از قرائن حاصل از غیر کلام، چون قرائن در باب قضاوت و غیر آن شود و از جهت دیگر موجب تمایز بین سیاق و قرینه سیاق- هرگونه دلالت لفظی و غیر لفظی همراه با کلام- گردد. قید مترابط: مشیر به جهت پیوستگی و اتصال شخص کلام به عنوان قلمرو موضوع سیاق است، که موجب خروج نوع منفصل کلام از این گستره می شود. با این تفصیل که فصل در کلام شارع در حکم وصل است.

قید قرائن: با تعبیری موجز به گونه اطلاق دلالت بر هر دو نوع قرینه اعم از حال و مقال می کند، خواه این قرائن سابق باشند یا لاحق.

قید اخیر: نیز ضمن پذیرش اراده به عنوان منشأ دلالت در غالب موارد، کاشفیت را به عنوان ملاکی عام در دلالت قرار می دهد، که در بسیاری از موارد کاشف از اراده است و گاهی کاشف از اعتقاد، تا مطالعه دلالت اشاره در ضمن سیاق را موجه کند.

لازم است که در پایان یادآور شویم تعریف مزبور تعریف حقیقی منطقی و فراگیرنده ذاتیات معوف اعم از تام و ناقص نیست، تا از این حیث مبتلا به ضعف و متصف به نقصان گردد؛ بلکه تعریفی اصولی است که در صدد ارائه تعریف جامع و مانع و به تعبیر منطقی مطرد و منعکس در قالب بیان ضابطه ممیزات است. زیرا بنا به گفته زرقانی اصولیان جنس و فصل را [به جهت تعسر بلکه تعدد تشخیص آن] در تعریف شرط ندانسته، بلکه تعریف نزد آنان به طور مطلق متصف به دو وصف جامعیت و مانعیت است (زرقانی، ۱/ ۲۳). که به عنوان ضابطه در حوزه نظری، اتخاذ تعریف مختار را در مقام میسر می نماید. به گونه ای که ملائم با تمامی موارد کاربرد سیاق در سه حوزه تفسیر و اصول و فقه باشد و با قابلیت تطبیق بر مصادیق، هیچ یک از موارد را از گستره خود خارج نکند.

نتیجه گیری

از نکات پیش گفته در خلال بحث می توان به نتایج ذیل دست یافت:

۱. سیاق در تفسیر تغایر ماهوی با فقه و اصول ندارد. بلکه سیاق را به لحاظ ماهیت می توان به گونه ای تعریف کرد که ناظر به تمام موارد استعمال این واژه در هر سه حوزه باشد.
۲. تعریف سیاق به صرف قرائن ملفوظ لاحق در مقابل سابق به گونه ای که سیاق در برابر سباق واقع شود و حتی مغلوب آن گردد، فاقد وجاهت بوده، بلکه سباق نیز خود از عناصر دخیل در سیاق است.

۳. گرچه سیاق در حوزه تفسیر در کاربرد شایع مصداق خود را در قرائن لفظی در کلام اعم از سابق و لاحق می‌یابد، اما وجهی برای انحصار در عناصر لفظی و خروج موضوعی عناصر غیر لفظی تحت این مقوله وجود ندارد. بنابراین کسانی که آن را به قرینه لفظی اختصاص داده‌اند، در واقع خلط بین مفهوم و مصداق نموده‌اند.

۴. بر همین اساس اگر در مواردی در اصول یا فقه سیاق متصف به مقام یا حال شده و در مقابل لفظ قرار گرفته است، به این معنا نیست که قرینه لفظیه خارج از مدلول سیاق واقع شده است. بلکه به حسب مورد، آن قسم بیشتر مورد اهتمام واقع شده و تفکیک به لحاظ منشأ دلالت صورت پذیرفته است.

۵. تعمیم در تعریف به گونه‌ای که شامل انواع قرائن حتی از نوع گسسته - افزون بر پیوسته - به لحاظ شخص دیگری از کلام، نسبت به مطلق هر کلامی گردد، نیز مورد پذیرش نیست؛ بلکه اتصال و آنچه در حکم آن است، به عنوان ضابطی جهت احتساب قرائن تحت گستره سیاق است. بنابراین چون در کلام شارع انفصال در حکم اتصال است؛ فصل بین کلمات او به منزله لافصل به حساب آمده و جملات منفصل را بسان متصل فرض می‌کنیم.

۶. تعریف به غایت منظور از کلام نیز از این حیث علیل است که افزون بر فروگذاری عناصر دیگر تعریف، به جهت عدم شمول نسبت به برخی اقسام یعنی دلالت اشاره جامع نیست.

منابع

- ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین، *عوالي اللئالی العزیزیه فی الاحادیث الدینیة*، قم، دار سیدالشهدا، ۱۴۰۵ق.
- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية فی غریب الحدیث و الاثر*، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، بی‌تا.
- ابن امیر حاج، محمد بن محمد، *التقریر و التحبیر*، بی‌جا، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۳ق.
- ابن عاشور، محمد طاهر، *التحریر و التنویر*، بیروت، مؤسسه التاریخ العربی، ۱۴۲۰ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، *معجم مقاییس اللغة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ق.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *درر القوائد فی الحاشیه علی القرائد*، الحاشیه الجدیده، تهران، مؤسسه الطبع و النشر، ۱۴۱۰ق.
- _____، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق.
- اراکی، محسن، *نظریة الحکم فی الاسلام*، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۵ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
- اسعدی، محمد و همکاران، *آسیب شناسی جریان‌های تفسیری*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹.

- آلوسی، محمود بن عبدالله، *روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
- امامی خوانساری، محمد، *تسلید القواعد فی حاشیه الفرائد*، تهران، شیخ محمد قوانینی، ۱۳۵۲.
- آملی، محمدتقی، *مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی*، تهران، مؤلف، ۱۳۸۰ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *مطارح الأنظار (ط-الحدیثه)*، مقرر: ابوالقاسم کلاتر، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۳.
- اوسی، علی، *الطبایطی منهجه و تفسیره*، تهران، المعاونیه للعلاقات الدولیه فی منظمه الاعلام، ۱۴۰۵ ق.
- ایروانی، علی، *حاشیه المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- بابایی، علی اکبر و دیگران، *روش شناسی تفسیر قرآن*، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها، ۱۳۸۰.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- بروجردی، حسین، *تفسیر الصراط المستقیم*، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۶ ق.
- _____، *لمحات الاصول*، مقرر روح الله خمینی، قم، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
- بزدوی، عبدالعزیز، *کشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
- تبریزی، جواد، *دروس فی مسائل علم الاصول*، قم، دار الصدیقه الشهیده سلام الله علیها، ۱۳۸۷.
- جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح- تاج اللغة و الصحاح العربیه*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
- حائری یزدی، عبدالکریم، *درر الفوائد*، قم، مؤسسه الشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق.
- حر عاملی، محمدبن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- حسان، تمام، *البیان فی روائع القرآن*، قاهره، عالم الکتب، ۱۴۲۰ ق.
- حسن، خالد رمضان، *معجم اصول الفقه*، قاهره، مطبعة المدنی، ۱۴۱۸ ق.
- حسینی حائری، کاظم، *فقه العقود*، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- حسینی شیرازی، محمد، *من فقه الزهراء*، قم، رشید، ۱۴۲۸ ق.
- حکیم، محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، قم، مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ ق.
- حکیم، محمدسعید، *مصباح المنهاج- کتاب الطهاره*، قم، مؤسسه المنار، بی تا.
- حویزی، عبد علی بن جمعه، *تفسیر نور الثقلین*، قم، انتشارات اسماعیلیان، ۱۴۱۵ ق.
- خامه گر، محمد، *ساختار هندسی سوره های قرآن*، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، شرکت چاپ و نشر بین الملل، ۱۳۸۲.
- خرازی، محسن، *عمده الاصول*، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۲۲ ق.
- خمینی، روح الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
- _____، *کتاب الطهاره*، مقرر: محمدفاضل لنکرانی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی،

۱۴۲۲ق.

خوانساری، موسی بن محمد، *رسالة في قاعدة نفی الضرر*، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ق.
خویی، ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، مقرر: محمدرور واعظ حسینی بهسودی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۲۲ ق.

_____، *مصباح الفقاهة*، مقرر: محمدعلی توحیدی، بی جا، بی نا، بی تا.

_____، *موسوعة الامام الخویی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی، ۱۴۱۸ ق.

دارابی، محمد، *مقامات السالکین*، قم، نشر مرصاد، ۱۴۱۸ ق.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، لبنان - سوریه، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.

رجبی، محمود، *روش تفسیر قرآن*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۵.

رحمان ستایش، محمدکاظم، *رسائل في ولاية الفقيه*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.

روحانی، صادق، *زبدة الاصول*، تهران، حدیث دل، ۱۳۸۲.

_____، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الكتاب، مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.

زرقانی، محمد عبدالعظیم، *مناهل العرفان في علوم القرآن*، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۴۱۷ ق.

زركشى، محمد بن عبدالله، *البرهان في علوم القرآن*، بی جا، دار احیاء الكتب العربیه، ۱۳۷۶ ق.

زمخشري، محمود بن عمر، *اساس البلاغة*، بیروت، دار صادر، ۱۹۷۹ ق.

_____، *الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل*، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۴۰۷ ق.

سبزواری، عبدالاعلی، *مهذب الاحكام*، قم، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، ۱۴۱۳ ق.

سلوی، محمد العوا، *الوجوه والنظائر في القرآن الكريم*، قاهره، دارالشرق، ۱۴۱۹ ق.

سیستانی، علی، *الرافد في علم الاصول*، مقرر منیر قطیفی، قم، لیتوگرافی حمید، ۱۴۱۴ ق.

_____، *قاعده لا ضرر ولا ضرار*، مقرر محمداقبر سیستانی، قم، بی نا، بی تا.

سیفی مازندرانی، علی اکبر، *دلیل تحریر الوسیله - الامر بالمعروف والنهی عن المنکر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.

_____، *دلیل تحریر الوسیله - فقه الربا*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر اسلامی، ۱۴۳۰ ق.

_____، *مبانی الفقه الفعال في القواعد الفقهیه الاساسیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی،

۱۴۲۵ق.

سیوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر، *الاتقان في علوم القرآن*، لبنان، دارالفکر، ۱۴۱۶ ق.

شافعی، محمد بن ادريس، *الرسالة*، بمبئی، تجارة الكتب، بی تا.

شهید اول، محمد بن مکی، *ذکر الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۹ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، *المقاصد العلیة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۰ ق.

- _____، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ١٤١٣ق.
- شوكاني، محمد بن علي، *فتح القدير*، دمشق-بيروت، دار ابن كثير، دارالكلم الطيب، ١٤١٤ق.
- شيرازي، علي، *تعليقه على فرائد الاصول*، بي جا، بي نا، ١٣٢٨ق.
- صاحب بن عباد، اسماعيل بن عباد، *المحيط في اللغة*، بيروت، عالم الكتاب، ١٤١٤ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام*، بيروت، دار احياء التراث العربي، ١٤٠٤ق.
- صدر، محمدباقر، *بحوث في علم الاصول*، مقرر: محمود هاشمي شاهرودي، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامي، ١٤١٧ق.
- _____، *دروس في علم الاصول*، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤١٨ق.
- _____، *قاعده لا ضرر ولا ضرار*، مقرر: كمال حيدري، قم، دار الصادقين للطباعة والنشر، ١٤٢٠ق.
- _____، *مباحث الاصول*، مقرر: كاظم حسيني حانري، قم، مجمع انديشه اسلامي، ١٤٢٣ق.
- صنقور، محمد، *المعجم الاصولي*، قم، مشورات الطيار، ١٤٢٨ق.
- طباطبائي قمي، تقى، *آراؤنا في اصول الفقه*، قم، محلاتي، ١٣٧١ق.
- طباطبائي، محمد حسين، *الميزان في تفسير القرآن*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٧ق.
- طبرسي، فضل بن حسن، *مجمع البيان في تفسير القرآن*، تهران، انتشارات ناصرخسرو، ١٣٧٢ق.
- طوسي، محمدبن حسن، *الاستبصار فيما اختلف من الاخبار*، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ١٣٩٠ق.
- عاملي غروي، جواد بن محمد، *مفتاح الكرامه (ط-الحديثه)*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٩ق.
- عراقي، ضياء الدين، *مقالات الاصول*، قم، مجمع الفكر الاسلامي، ١٤٢٠ق.
- عطار، حسن بن محمد، *حاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع*، بي جا، دارالكتب العلميه، بي تا.
- عموش، خلود، *الخطاب القرآني: دراسة في العلاقة بين النص والسياق (مثل من سوره البقره)*، *گفتمان قرآني*، ترجمه حسين سيدي، تهران، سخن، ١٣٨٨.
- فاضل لنكراني، محمد، *تفصيل الشريعة-الصلاة*، قم، مؤلف، ١٤٠٨ق.
- _____، *تفصيل الشريعة-النجاسات واحكامها*، قم، مؤلف، ١٤٠٩ق.
- فراهيدي، خليل بن احمد، *كتاب العين*، قم، نشر هجرت، ١٤١٠ق.
- فضل الله، محمد حسين، *تفسير من وحى القرآن*، بيروت، دارالملاك للطباعة والنشر، ١٤١٩ق.
- فياض، محمد اسحاق، *تعاليق مبسوطه على العروه الوثقى*، قم، انتشارات محلاتي، بي تا.
- فيروزآبادي، محمد بن يعقوب، *القاموس المحيط*، بيروت، مؤسسه الرساله، ١٤٢٦ق.

- فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر*، قم، منشورات دار الرضی، بی تا.
- قزوینی، علی، *ینایع الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
- قندهاری، محمد آصف، *الفقه و مسائل طیبیة*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ ق.
- کاشانی، فتح الله بن شکر الله، *زبده التفاسیر*، قم، بنیاد معارف اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- کاشف الغطاء، محمد حسین، *الفردوس الأعلى*، شارح: محمد علی طباطبائی، قم، دار انوار الهدی، ۱۴۲۶ ق.
- کاشف الغطاء، مهدی، *مورد الأنام فی شرح شرائع الاسلام*، نجف اشرف-عراق، مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا.
- کلباسی، محمد، *رساله فی حجیة الظن*، بی جا، بی تا، ۱۳۱۷ ق.
- کنعانی، حسن، «پژوهشی در سياق و سیر تحول کاربرد آن»، *فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن*، سال ششم، شماره بیست و چهارم، تابستان ۱۳۸۹.
- گرامی، محمد علی، *شناخت قرآن*، قم، مؤسسه فرهنگ منہاج، ۱۳۸۳.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *المعتبر فی شرح المختصر*، قم، مؤسسه سید الشهداء علیهم السلام، ۱۴۰۷ ق.
- محقق داماد، محمد، *کتاب الصلاة*، مقرر: محمد مؤمن، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *رسائل المحقق کرکی*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
- مدرسی یزدی، عباس، *نماذج الاصول فی شرح مقالات الاصول*، قم، داوری، ۱۳۸۳.
- مدرسی، محمد تقی، *من هدی القرآن*، تهران، دار محب الحسین، ۱۴۱۹ ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، *تاج العروس*، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر، ۱۴۱۴ ق.
- مصطفوی، حسن، *التحقیق*، تهران، مرکز کتاب و الترجمة و النشر، ۱۴۰۲ ق.
- مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۵.
- معرفت، محمد هادی، *التمهید فی علوم القرآن*، قم، مؤسسه فرهنگی انتشاراتی التمهید، ۱۴۲۸ ق.
- مکی عاملی، حسین یوسف، *قواعد استنباط الاحکام*، قم، مؤلف، ۱۳۹۱ ق.
- ملکی میانجی، محمد باقر، *بدائع الکلام*، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۰ ق.
- منتظری، حسین علی، *دراسات فی مکاسب المحرمة*، قم، نشر متفکر، ۱۴۱۵ ق.
- موسوی قزوینی، ابراهیم، *ضوابط الاصول*، قم، مؤلف، ۱۳۷۱ ق.
- میرزای شیرازی، محمد حسن، *تقریرات آیه الله المجدد الشیرازی*، مقرر: مولی علی روزدری، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ ق.
- میرزای قهی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *قوانین الاصول* (طبع قدیم)، تهران، مکتبه العلمیة الاسلامیة، ۱۳۷۸ ق.
- نائینی، محمد حسین، *اجود تقریرات*، مقرر: ابوالقاسم خویی، قم، مطبعة العرفان، ۱۳۵۲.
- _____، *رسالة الصلاة فی المشکوک*، شارح: جعفر الغروی نائینی، قم، مؤسسه آل البيت علیهم

السلام، ۱۴۱۸ ق.

نجم آبادی، ابوالفضل، *الاصول*، قم، مؤسسه آیه الله العظمی بروجردی، ۱۳۸۰.

نراقی، احمد بن محمد مهدی، *الحاشیة على الروضة البهیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.

نراقی، مهدی بن ابی ذر، *انیس المجتهدین*، قم، مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۸.

هاشمی شاهرودی، محمود، *قراءات فقهیة معاصرة*، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت

علیهم السلام، ۱۴۲۳ ق.

همدانی، رضا بن محمد هادی، *مصباح الفقیه*، قم، المؤسسة الجعفریة لاحیاء التراث، ۱۴۱۶ ق.

پایگاه های اینترنتی:

جوادی آملی، عبدالله، *درس خارج فقه*، مورخ ۸/۹/۸۸، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی مدرسه فقاہت به نشانی:

www.eshia.ir/feqh/archive/text/javadi/feqh/88/880918



واکاوی تاریخی قاعده تنجیز با رویکرد به آراء محقق یزدی در نقد دیدگاه مشهور*

دکتر سید علی جبار گلباغی ماسوله

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد لاهیجان

Email: Pm.sadra87@gmail.com

دکتر عباسعلی سلطانی^۱

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: soltani@um.ac.ir

دکتر محمدتقی فخلعی

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: fakhlai@um.ac.ir

چکیده

به گواهی ادبیات فقه شیعه، قاعده لزوم تنجیز عقود و ایقاعات، یکی از قواعد عمومی فقه معاملات به شمار می‌آید که مورد نقد فقیهان شیعه در دو سده اخیر قرار گرفته است. اینکه قاعده لزوم تنجیز، دارای چه پیشینه تاریخی است؛ چگونه در گذر زمان شکل می‌یابد و به قاعده‌ای عمومی بدل می‌گردد؛ کدام دانشیان فقه شیعه، در این روند، سهم دارند؛ زمینه‌ها و روند نقادی این قاعده چگونه است و با توجه به جایگاه ویژه صاحب عروه، در حوزه نقادی و ارائه آراء ویژه فقهی، وی، در نقد دیدگاه مشهور و رواج دیدگاهی نو، چه نقشی دارد؛ عمده مطالبی هستند که مقاله حاضر با نگاهی تاریخی، در قالب پژوهشی شخص محور، به تبیین آن‌ها اهتمام می‌ورزد، تا از این رهگذر، به بخشی از تاریخ فقه شیعه در حوزه قواعد عمومی فقه معاملات، آگاهی یابد. از این رو، نوشتار حاضر، سخن را با موضوع‌شناسی قاعده تنجیز در ادبیات فقه شیعه و از منظر محقق یزدی آغاز می‌کند و در پی پیشینه‌شناسی این قاعده در فقه شیعه، با بیان دیدگاه صاحب عروه، مبانی و نقد وی بر دیدگاه مشهور، آن را به انجام می‌رساند.

کلیدواژه‌ها: تنجیز، قاعده تنجیز، لزوم تنجیز، تعلیق، تعلیق عقود و ایقاعات، بطلان تعلیق، صاحب

عروه.

* مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۰۱/۱۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۶/۰۹.
۱. نویسنده مسئول

Historical Review of Non-suspension Rule with an Approach to Mohaghegh Yazdi's Opinions Criticizing the Famous Viewpoint

Sayyed Ali Jabbar Gholbaghi Masuleh, Ph.D.Assistant Professor, Islamic Azad University of Lahijan

Abbas Ali Soltani, (Corresponding Author) Ph.D.Associate Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Mohammad Taghi Fakhlaei, Ph.D.Professor, Ferdowsi University of Mashhad

Abstract

According to the Shiite jurisprudence literature, non-suspension of contracts and unilateral legal acts is among the general rules of contracts jurisprudence and has been criticized by Shiite jurists in the last two centuries. The following are the main issues dealt with in this paper: historical background of non-suspension rule, its formation over time and its conversion into a general rule, introduction of the Shiite jurists who have contributed to this conversion, identification of the fields and trends of criticizing this rule, and given Sahib Orvah's special place in the criticism field and in offering particular jurisprudence opinions, discovering his role in criticizing the famous opinion and promoting a new one. The purpose of this paper is to clarify the above said issues through a historical and with a person-centered approach in order to introduce a part of Shiite jurisprudence history in the general rules of contracts jurisprudence area. Therefore, the present paper begins with subjectology of non-suspension rule in the Shiite jurisprudence literature from Mohaghegh Yazdi's viewpoint and after trying to find out the background of this rule in the Shiite jurisprudence, explains Sahib Orvah's opinion, its bases and his critique of the famous opinion.

Keywords: non-suspension, non-suspension rule, necessity of non-suspension, suspension, suspension of contracts and unilateral legal acts, nullity of suspension, Sahib Orva.

مقدمه

بی‌شک، شناخت بهینه هر دانش، به شناسایی و رصد تاریخی قواعد، مسائل، نظریه‌های علمی و نیز تبیین اندیشه‌های دانشیانی وابسته است که در شکل‌گیری و تکامل آن دانش، سهم دارند. بررسی نوشته‌های فقهی دانشیان فقه شیعه، نشان می‌دهد از دیر باز، این پرسش، مورد توجه بوده که آیا می‌توان عقد و ایقاع را به صورت معلق، منعقد ساخت؟ آیا تعلیق عقد و ایقاع، صحت و مشروعیت آن‌ها را ساقط نمی‌سازد؟ تاریخ ادبیات فقه قراردادهای، نشان می‌دهد تا زمان صاحب عروه، پاسخ قاطبه فقیهان شیعه، لزوم تنجیز و بطلان تعلیق عقود و ایقاعات است. محقق یزدی، بر خلاف مشهور دانشیان فقه شیعه، به صراحت، از جواز تعلیق عقد و ایقاع، سخن می‌گوید و به نقد دیدگاه رایج فقیهان پیش از خود، روی می‌آورد. دیدگاه صاحب عروه، پس از وی، چنان رواج می‌یابد که امروزه، تاریخ ادبیات فقه شیعه، دیدگاه صحت عقد و ایقاع معلق را به نام او می‌شناسد.

توجه به این واقعیت که تعلیق در قراردادهای، پدیده مورد ابتلای جامعه است و پذیرش هر یک از دو دیدگاه، اثر متفاوتی بر عقود و ایقاعات دارد، آدمی را به پرسش از روند شکل‌گیری و سیر تاریخی قاعده لزوم تنجیز و بطلان تعلیق عقود و ایقاعات، مستندات پیروان این قاعده، دلایل صاحب عروه برای صحت عقد معلق و نیز نقد وی بر دیدگاه مشهور بر می‌انگیزاند؛ پرسش‌هایی که پاسخ به آن‌ها، فرضیه پژوهشی بنیادین را به سامان می‌آورد که نگاهی تاریخی و ساختاری شخص محورانه دارد و از شیوه کتاب‌خانه‌ای و روش توصیفی تحلیلی بهره می‌گیرد. نوشتار پیش‌رو بر این اهتمام دارد، تا از رهگذر واکاوی تاریخی قاعده عمومی تنجیز و بیان رویکرد صاحب عروه در نقد و ارزش‌سنجی دیدگاه مشهور، به تبیین تاریخ فقه شیعه در حوزه قاعده مذکور، یاری رساند.

موضوع شناسی

در نوشته‌های فقهی دانشیان فقه شیعه، تا مدت‌ها، اثری از موضوع‌شناسی قاعده عمومی تنجیز، دیده نمی‌شود و فقیهان شیعه، بدون تبیین موضوع، تنها، در قالب فرعی فقهی، از شرط بودن تنجیز و حکم تعلیق عقود و ایقاعات سخن می‌رانند. همه آن چیزی که می‌توان دید، کاربرد صفت‌های: متوقع و مترقب، در پی واژه‌های وصف و شرط و نیز صفت‌های متجدد و مستقبل، به همراه واژه وقت است (محقق حلی، ۱۵۱/۲، ۱۷۰؛ ابن سعید حلی، ۳۷۰؛ علامه حلی، قواعد الأحكام، ۲/۳۴۹).

به گواهی ادبیات فقه شیعه، ظاهره شهید اول، در کتاب القواعد والفوائد، نخستین گام را برای تبیین موضوع قاعده عمومی تنجیز، برمی‌دارد. وی، شرط را از تعلیق، جدا می‌سازد و با به کارگیری ترکیب‌های

واژگانی مثل متوقع الحصول، معلوم الوقوع، غیر معلوم الوقت و غیر مقطوع الترقب، به تعریف شرط و وصف روی می آورد و از جواز تعلیق به وصف و شرط قطعی الوقعی سخن می گوید که متعامل، به وقوع آن، علم دارد (شهید اول، القواعد و الفوائد، ۱/ ۶۴ - ۶۶، ۲/ ۲۳۷ - ۲۳۸؛ همو، الدروس الشرعية، ۲/ ۲۶۴).

فقیهان شیعه، تا چند سده پس از شهید اول، در نوشته های فقهی خود، نوعه از شیوه وی، پیروی می کنند (فاضل مقداد، نضد القواعد الفقهية، ۳۴۶؛ همو، التتبیح الرائع، ۲/ ۲۸۱، ۳۰۲ - ۳۰۳؛ محقق کرکی، ۱۸۱/ ۸، ۱۵/ ۹؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۵/ ۲۳۹، ۳۵۷؛ همو، تمهید القواعد، ۵۳۳؛ الروضة البهية، ۳/ ۱۶۹؛ سبزواری، ۲/ ۹ - ۱۰؛ بحرانی، ۲۲/ ۱۴۲ - ۱۴۳؛ آل عصفور، ۱۳/ ۲۷۵؛ طباطبائی، ۱۰/ ۱۰۳).

پس از چند سده، صاحب العناوین، به تکمیل شیوه شهید اول، اهتمام می ورزد. وی، برای تعریف تنجیز و تعلیق و تبیین موضوع قاعده لزوم تنجیز، همانند شهید، شروط ضمنی را از تعلیق، جدا می سازد و مشروط ساختن عقد و ایقاع را به شروط ضمنی، منافی تنجیز نمی داند؛ چه این امر را نه تعلیق انشاء، بلکه تعلیق متعلق عقد و ایقاع و ربط مورد عقد و ایقاع با شیء مشروط و یا بیان اوصاف انشاء و معامله می شمرد (مراغی، ۲/ ۱۹۸).

به باور مراغی، تنجیز، اطلاق از تعلیق و عدم آن است (۲/ ۱۹۵، ۲۰۴). وی، گونه های سه گانه تعلیق انشاء، تعلیق منشأ و تعلیق متعلق انشاء را مورد توجه قرار می دهد و با یادآوری این سخن که فقهاء، تعلیق متعلق انشاء را تعلیق نمی خوانند، بلکه آن را قید تصرف می دانند، در قالب قاعده ای کلی، چنین تعلیقی را جایز و غیر مضر به تنجیز می شمارد و از دایره موضوع بحث، بیرون می آورد.

مراغی، به روشنی بیان می کند: پرسش اصلی قاعده عمومی تنجیز، از امکان تعلیق انشاء، به اوصاف موضوع و یا امور خارج از موضوع عقد و ایقاع است (۲/ ۱۹۸ - ۱۹۹، ۳۳۶). وی، برخلاف بسیاری از فقیهان پس از خود که تعلیق منشأ را موضوع بحث می سازند، به خروج آن از موضوع سخن، باور دارد. مراغی، پس از تصریح به موضوع بودن تعلیق انشاء، به بیان گونه های تعلیق انشاء می پردازد و در کنار تعلیق به شرط تحقق و شرط صحت، از تعلیق به اموری خارجی سخن می راند که تحقق و صحت معامله به آن ها وابسته نیست.

وی، تعلیق به شرط تحقق را تعلیقی صحیح و مؤکد مقتضای عقد و ایقاع می شمارد؛ چه اینکه تحقق هر عقد و ایقاعی، بر وجود عین و منفعتی وابسته است که عقد و ایقاع بر آن واقع می شود؛ مثلاً اگر ایقاع کننده طلاق بگوید: «زوجتی طالق این کانت موجودة» تردیدی نیست که طلاق در عالم نفس الامر، بر

وجود زن، معلق است؛ چه ایقاع کننده طلاق، طلاق را به وجود زن، معلق دارد و چه از چنین تعلیقی، پرهیز کند.

افزون بر این، تعلیق، وابسته ساختن اثر معامله به چیزی غیر از خود معامله است و چنین چیزی در تعلیق به شرط تحقق، مشهود نیست. وی، وابستگی به شرط تحقق را نه تعلیق، بلکه تعلق می‌نامد و آن را از دایره موضوع قاعده عمومی تنجیز، بیرون می‌داند (۱۹۳/۲ - ۱۹۵).

مراغی، تعلیق به شرایط صحت را نیز تعلق، نام می‌نهد و آن را از دایره موضوع قاعده تنجیز، خارج می‌شمارد؛ چه اینکه شرایط صحت، اموری نیستند که معلوم بودن آن‌ها به هنگام انشاء عقد و ایقاع، شرط باشد، بلکه شرط صحت، از شرایط واقعی، به شمار می‌آید که اگر وجود آن در عالم نفس الامر، محقق باشد، معامله، صحیح و اگر محقق نگردد، معامله، باطل است؛ از این رو، تعلیق به شرط صحت و یا فقد مانع، چیزی جز بیان واقع نیست و به تعلیق به شرط وجود بر می‌گردد و همانند آن، با مقتضای تنجیز عقود و ایقاعات، در تنافی نیست. این تعلیق، قید قصد متعامل نیست، بلکه قید متعلق عقد یا ایقاع است (۱۹۵ - ۱۹۷).

وی، آن‌گاه، به بیان گونه‌های تعلیق به امور خارجی روی می‌نهد و این تعلیق را بدین اعتبار قابل قسمت می‌داند که معلق علیه خارجی، وصف یا شرط باشد؛ این وابستگی، به طریق التزام باشد یا تعلیق؛ متعامل، به وجود معلق علیه، عالم باشد یا جاهل؛ معلق علیه در زمان حال باشد یا آینده؛ در یکی از عوضین و متعاملان باشد و یا در چیزی که به منزله آن‌ها است؛ از جهت وقوع و عدم، معلوم، مظنون یا مشکوک باشد. وی، با یادآوری این سخن که فقهاء، به امر مستقبل مقطوع و مترتب، صفت، و به امر مستقبل مشکوک الوجود و العدم، شرط می‌گویند، به تعریف شرط و وصف می‌پردازد (۱۹۷/۲ - ۲۰۰).

مراغی، همانند شهید اول، تعلیق به معلق علیه مقطوعی که متعامل به آن علم دارد، از دایره موضوع قاعده عمومی تنجیز، بیرون می‌شمارد؛ زیرا چنین تعلیقی به تنجیز و عقد، آسیبی وارد نمی‌سازد؛ چه اینکه معلق علیه، امری موجود است که متعامل، پس از علم به وقوع آن، به انجام معامله مبادرت می‌ورزد و از این رو، معامله، به صورت جزمی، واقع می‌شود و وابسته ساختن آن به معلق علیه مذکور، تعلیقی صوری است.

وی، تعلیق به امر خارجی معلوم العدمی که متعامل به عدم وقوع آن، علم دارد، از شمول موضوع قاعده تنجیز بیرون می‌شمارد و در توجیه بطلان این معامله، در کنار اجماع، به فقدان قصد برای انشاء و نیز تنافی آن با وضع عقد و ایقاع، دست می‌یازد. وی، اقدام متعامل را نه عقد، بلکه چیزی جز وعده و وعید نمی‌خواند.

به باور مراغی، موضوع قاعده لزوم تنجیز، تعلیق عقد و ایقاع، به امری خارجی، در گذشته، حال یا آینده است که متعامل به وقوع آن، علم ندارد، قید متعلق موضوع نیست و از شرائط تحقق و یا صحت عقد و ایقاع، به شمار نمی‌آید (۲/ ۲۰۰ - ۲۰۴).

تقریری که مراغی، در تبیین موضوع قاعده عمومی تنجیز، بیان می‌دارد، آن هنگام اهمیت خود را نمایان می‌سازد که به گواهی ادبیات فقه شیعه، بازخوانی تقریر وی، متن موضوع‌شناسی این قاعده را در نوشته‌های فقهی فقیهان پس از او، سامان می‌دهد.

شیخ انصاری، از جمله فقیهانی است که به باز خوانی تقریر مراغی، دست می‌یازد؛ هرچند وی، اشاره‌ای به مراغی ندارد، اما سبک‌شناسی تقریری که شیخ در تبیین موضوع قاعده تنجیز ارائه می‌دهد، گمانه بازخوانی بودن تقریر او را تأیید می‌کند.

وی شانزده گونه را برای تعلیق عقد و ایقاع، ترسیم می‌نماید؛ بدین بیان که تحقق معلق علیه یا معلوم است و یا محتمل؛ این تحقق، یا در حال انجام معامله است و یا در آینده؛ معلق علیه، در هر یک از این حالت‌های چهارگانه، یا مصحح عقد است و یا چنین نیست؛ در هر یک از این حالت‌های هشت‌گانه، متعامل، یا به تعلیق، تصریح می‌کند و یا تعلیق را لازم سخن خود می‌سازد.

شیخ، چهارگونه را که تحقق معلق علیه، به هنگام انجام معامله، معلوم است، قاذح تنجیز نمی‌داند و از موضوع قاعده تنجیز، بیرون می‌دارد و دوازده گونه باقی مانده را موضوع قاعده می‌شمارد؛ هر چند درباره چهارگونه‌ای که تحقق معلق علیه در آینده، معلوم است، به این نکته، تصریح می‌کند که در آن‌ها، ملاک فقهاء، برای ممنوعیت تعلیق، وجود ندارد (انصاری، ۳/ ۱۶۶ - ۱۶۸).

تقریر شیخ انصاری، به وضوح، نمایان می‌سازد که وی، برخلاف شهید اول و مراغی، غیر قاذح بودن تعلیق بر واقع را به علم متعامل، مشروط نمی‌داند و چنین شرطی را توهمی بیش نمی‌خواند (همو، ۳/ ۱۶۹)؛ چنان‌که محل بحث را به تعلیق منشأ - و نه تعلیق انشاء - مختص می‌دارد (همو، ۳/ ۱۷۰).

گرایش شیخ به موضوع ساختن تعلیق در منشأ، در کنار سخن فقیهان پیش از وی، درباره تعلیق در انشاء، باعث گردید امروزه، در ادبیات فقه قاعده تنجیز، دو گرایش، درباره موضوع ساختن تعلیق در انشاء یا منشأ، شکل گیرد.

بسیاری از فقیهان سده اخیر، ظاهره، به پیروی از شیخ انصاری، تعلیق در منشأ را موضوع قاعده عمومی تنجیز می‌دانند (یزدی، حاشیه المکاسب، ۱/ ۴۴۱؛ نایینی، منیه الطالب، ۱/ ۲۵۴؛ المکاسب و البیع، ۱/ ۲۹۲؛ حکیم، نهج، ۱۰۸؛ مستمسک، ۱۴/ ۲۲۹ - ۲۳۰؛ خوبی، مصباح الفقاهة، ۲/ ۳۲۷، ۳۳۵؛ مبانی العروة، ۲/ ۱۱۲ - ۱۱۳؛ روحانی، ۳/ ۲۳۱) و گاه، در کنار اشاره به وقوع خارجی تعلیق در منشأ، امکان این

تعلیق را امری بدیهی می‌شمرند (خویی، مصباح الفقاهة، ۲/۳۳۵ - ۳۳۶).

پیروان تعلیق در منشأ، نوعه، از این رو، تعلیق در انشاء را نمی‌پذیرند که ایجاد اعتباری را با ایجاد تکوینی، قیاس می‌گیرند؛ بدین بیان که انشاء از قبیل ایجاد است و چون ایجاد حقیقی، پذیرای تعلیق نیست - چه اینکه تعلیق، عدم تحقق را در پی دارد - انشاء و ایجاد اعتباری نیز نمی‌تواند از این قاعده، مستثنی باشد و بدین جهت، نمی‌توان از تعلیق در انشاء امور اعتباری، سخن راند (یزدی، حاشیة المکاسب، ۱/۴۴۱؛ نایینی، منیة الطالب، ۱/۲۵۳؛ المکاسب و البیع، ۱/۲۹۲؛ حکیم، نهج الفقاهة، ۱۰۸؛ مستمسک العروة، ۱۴/۲۲۹ - ۲۳۰؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۲/۳۳۵؛ روحانی، ۳/۲۳۱).

در مقابل، شماری از فقیهان، از امکان تعلیق در انشاء، سخن می‌گویند (عراقی، حاشیة المکاسب، ۱۸۲؛ خمینی، روح الله، البیع، ۱/۳۴۷ - ۳۴۹؛ مکارم شیرازی، ۱۲۸) و قیاس گرفتن ایجاد اعتباری را به ایجاد تکوینی، قیاسی مع الفارق می‌شمارند؛ چه اینکه امتناع تعلیق در عالم تکوین را مستلزم امتناع تعلیق در عالم تشریح نمی‌دانند و باور دارند تعلیق در منشأ، مستلزم تعلیق مفاهیم و جمل تصوری است؛ حال اینکه تنها، جمل تصدیقی هستند که قابلیت تعلیق را دارا می‌باشند (خمینی، روح الله، البیع، ۱/۳۴۷ - ۳۴۹).

ادبیات فقه قاعده تنجیز، در کنار دستاویزها و نقض و ابرام‌های دیگری که برای هریک از گرایش‌ها، بیان می‌کند (حکیم، نهج الفقاهة، ۱۰۸ - ۱۰۹؛ خمینی، مصطفی، البیع، ۱۶۹ - ۱۷۳)، از وجود تفکری گزارش می‌دهد که با ظاهری نمایاندن اختلاف میان دو گرایش مذکور، بر یگانه‌سازی آن‌ها اهتمام دارد (حائری، ۲/۷۰ - ۷۱).

موضوع قاعده تنجیز از منظر صاحب عروه

درنگ در حاشیه محقق یزدی، بر تقریر شیخ انصاری که از چند تک نگاری توضیحی یا نقد واره، فواتر نمی‌رود، نمایان می‌سازد که وی، درباره موضوع‌شناسی قاعده تنجیز، سخنی متفاوت از تقریر شیخ، بیان نمی‌دارد و همانند او، به موضوع ساختن تعلیق در منشأ، گرایش دارد؛ از عدم تعلیق در انشاء، سخن می‌گوید و به قیاس ایجاد تشریحی با ایجاد تکوینی، دست می‌یازد؛ هر چند بر پایه باور خویش، معلق بودن منشأ را در عالم تشریح، بر خلاف عالم تکوین، امری نادرست نمی‌داند.

وی، تمامی امثله تعلیق عقد و ایقاع را که در نوشته‌های فقهی، بیان می‌شود، از گونه تعلیق در منشأ به شمار می‌آورد و تعلیق منشأ را در معاملات، به واجب مشروط، همانند می‌سازد و بر این سخن است: همان‌گونه که تعلیق در واجب مشروط، نه در نفس انشاء، بلکه در مدلولی است که همان منشأ و طلب

است، در عقد و ایقاع معلق نیز تعلیق در منشأ است (حاشیة المکاسب، ۱/ ۴۴۰ - ۴۴۱).

پیشینه‌شناسی

بررسی احادیث فقهی شیعه، از وجود روایاتی گزارش می‌دهد که می‌توان از آن‌ها، برای جواز تعلیق، سود جست (کلینی، ۱۰۴/۵، ح ۳؛ ابن بابویه، ۳/ ۹۶ ح ۳۴۰۳؛ طوسی، التهذیب، ۶/ ۲۰۹ - ۲۱۰، ح ۵، ۱۰).

در نوشته‌های فقهی پیش از شیخ طوسی، اثری از شرط تنجیز و بطلان تعلیق عقود و ایقاعات، دیده نمی‌شود؛ واقعیتی که برخی از پیروان قاعده تنجیز نیز به آن، اذعان می‌کنند (عاملی، ۲۱/۲۱). گزارشی که در نخستین نوشته‌های فقه تطبیقی فقیهان شیعه درباره تعلیق عقود در فقه اهل سنت دیده می‌شود (طوسی، الخلاف، ۳/ ۳۵۴ - ۳۵۵)، این گمانه را فرا روی می‌نهد که گویی بحث تعلیق عقود، از این طریق به فقه شیعه راه یافته است.

شیخ طوسی در ابواب فقهی: کفالت، وکالت، وقف و رجعت، از تعلیق، در قالب فرعی فقهی سخن می‌گوید و عدم جواز تعلیق را به کفالت، وکالت، وقف، رجعت، بیع و هبه، محصور می‌دارد؛ چه اینکه در دیگر ابواب فقهی، از تعلیق، سخنی به میان نمی‌آورد. وی، فقدان دلیل شرعی را دستاویز ناروایی تعلیق می‌سازد (همان و نیز المبسوط، ۲/ ۳۸۵، ۳۹۹، ۳/ ۲۹۶، ۲۹۹، ۵/ ۱۰۶)؛ از این رو، ظاهرله وی، نخستین فقیه شیعی است که به بحث تعلیق، توجه نشان می‌دهد و از عدم جواز آن سخن می‌راند.

شیخ، بر خلاف فقیهان دوره‌های بعد، در هیچ یک از ابواب، لزوم تنجیز را برای عقود و ایقاعات، شرط نمی‌نهد. این نکته، در کنار فقدان فرع فقهی عدم جواز تعلیق، در نوشته‌های فقیهان معاصر و پیش از او، نشان می‌دهد که تا زمان شیخ، لزوم تنجیز و بطلان تعلیق، از قواعد عمومی عقود و ایقاعات به شمار نمی‌آید و مورد اتفاق فقیهان معاصر و متقدم بر وی نیست؛ می‌توان تصریح به این واقعیت را در برخی از سخنان شیخ نیز رصد نمود؛ هر چند که او، برای نشان دادن هم‌گرایی بین دیدگاه مخالف و دیدگاه خویش، با پذیرش تعلیق به امری که اطلاق عقد و ایقاع، مقتضی آن است، به توجیه تعلیقی روی می‌نهد که فقیهان معاصر و پیش از وی، از جواز آن، سخن می‌رانند (همو، المبسوط، ۲/ ۳۸۵)؛ توجیهی که دستاویز برخی از فقیهان پس از وی قرار می‌گیرد (علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱۰/ ۱۰؛ همو، نهایة الأحکام، ۲/ ۴۱۵؛ شهید اول، القواعد و الفوائد، ۲/ ۲۳۷).

شیخ طوسی، به هنگام بیان عدم جواز تعلیق وقف، به ادعای عدم خلاف می‌گراید (المبسوط، ۳/ ۲۹۶) و بدین سخن، زمینه ادعای اجماع را برای فقیهان پس از خود، فراهم می‌سازد؛ هرچند که تا

مدت‌ها، این اجماع‌ها، نوعاً برای عدم جواز تعلیق برخی از عقود و ایقاعات و نه همه آن‌ها، ادعا می‌شود. اینکه چرا شیخ با وجود روایات موثقه‌ای که می‌توان از آن‌ها جواز تعلیق عقود را استنباط نمود، از عدم جواز تعلیق، سخن می‌راند، در حالی که خود، آن‌ها را روایت (همو، التهذیب، ۶/۲۰۹ - ۲۱۰، ح ۵، ۱۰) و به آن‌ها نیز عمل می‌کند (همو، نه‌ایة الأحکام، ۳۱۵؛ ابن ادریس، ۲/۷۶)، شاید بتوان در گمانه، باورمندی وی، به توقیفی بودن و اصل فساد در عقود و ایقاعات، رصد کرد؛ چنان‌که ظاهر برخی عبارات وی، در توجیه ناروایی تعلیق بعضی از عقود، نیم‌نگاهی به این اصل دارد (الخلاف، ۳/۳۵۵)؛ همان‌گونه که برخی از فقیهان پس از وی نیز از این اصل برای تقویم تنجیز و عدم جواز تعلیق سود می‌جویند (فخر المحققین، ۲/۹۸؛ عمیدی، ۱/۵۸۴؛ محقق کرکی، ۵/۳۸۶؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۵/۲۴۱؛ عاملی، ۱۲/۵۳۴، ۱۶/۳۵۳، ۲۱/۲۴، ۴۵۰).

ابن ادریس، منتقد اندیشه‌های شیخ طوسی، تنها در کتاب‌های وکالت و طلاق، به صورت فرعی فقهی، از عدم جواز تعلیق، سخن می‌راند. وی، درباره باورمندی شیخ به عدم جواز تعلیق، به اظهار نظر نمی‌پردازد (۲/۹۹، ۶۶۵).

محقق حلی، ظاهره نخستین فقیه شیعی است که واژه تنجیز را برای بیان عدم تعلیق، مصطلح می‌سازد و زمینه تبدیل آن را به قاعده عمومی عقود و ایقاعات، فراهم می‌آورد. وی، فرع فقهی لزوم تنجیز و عدم امکان تعلیق را در ابواب: وقف، وکالت، هبه و طلاق، محصور می‌دارد (محقق حلی، ۲/۱۵۱، ۱۷۰، ۳/۱۹/۱۷۹) و بر خلاف فقیهان پس از خود، از لزوم تنجیز عقد بیع سخن نمی‌گوید و این عقد را کانون بحث شرط تنجیز، قرار نمی‌دهد.

علامه حلی، در بسیاری از نوشته‌های فقهی خود و نوعاً در بخش بیان شرایط، از تنجیز و عدم جواز تعلیق، سخن می‌راند (تحریر الأحکام، ۲/۵۶۹، ۳/۷۱، ۲۲، ۲۷۳، ۲۹۱؛ همو، تذکرة الفقهاء، چاپ سنگی، ۲/۴۱۵، ۴۳۳؛ همو، قواعد الأحکام، ۲/۱۵۵، ۳۴۹، ۱۶۷، ۳۸۸، ۳/۱۰؛ همو، تلخیص المرام، ۱۲۱، ۱۵۱؛ همو، تبصرة المتعلمین، ۱۲۳؛ همو، ارشاد الأذهان، ۱/۴۱۷، ۴۵۱؛ همو، تذکرة الفقهاء، ۱۰/۹، ۱۳/۱۴؛ همو، نه‌ایة الأحکام، ۲/۴۱۵). ظاهره وی، نخستین فقیهی است که در کتاب بیع - که شاید بی‌تأثیر از مواجهه با فقیهان اهل سنت نیست - به بحث از تعلیق و تنجیز روی می‌آورد.

به استناد ظاهر برخی از عبارات علامه حلی که تنجیز را شرط صحت و تعلیق را سبب بطلان همه عقود و ایقاعات می‌شمارد (تذکرة الفقهاء، ۱۰/۹، ۱۴/۱۵؛ چاپ سنگی، ۲/۴۱۵)، می‌توان گفت: در تاریخ ادبیات فقه شیعه، نخستین بار، اوست که از شرط تنجیز و بطلان تعلیق، به صورت قاعده‌ای کلی، سخن می‌راند و آن را از قواعد عمومی عقود و ایقاعات بیان می‌دارد.

علامه، از سه دلیل برای اثبات قاعده عمومی تنجیز سود می‌جوید؛ وی، در باب وقف، همانند شیخ طوسی، عدم خلاف را دستاویز خویش می‌سازد (تحریر الأحكام، ۲۹۱/۳) و در عقد بیع، گاه از استصحاب بقاء ملکیت، سخن می‌راند (همو، نهایة الأحكام، ۴۱۵/۲) و دیگر گاه، به جزم در انشاء و فقدان آن در صورت تعلیق عقد، تمسک می‌جوید (همو، تذکره الفقهاء، ۹/۱۰).

هرچند، علامه، به استناد قاعده لزوم تنجیز، به بطلان کفالت معلق، می‌گراید، لیک، با بیان جمله: «فلو قال: إن جئت فأنا كفيل به لم يصح علی إشکال» (قواعد، ۱۶۷/۲)، نخستین تردید را درباره قاعده تنجیز، روا می‌دارد. وی، توضیح نمی‌دهد که چرا عدم جواز تعلیق کفالت را با إشکال مواجه می‌داند. شارحان او، منشأ إشکال را وجود اصل صحت (عمیدی، ۵۸۴/۱) و روایاتی (فخر المحققین، ۹۸/۲؛ محقق کرکی، ۳۸۶/۵) می‌دانند که به جواز و صحت تعلیق کفالت، گواهی می‌دهند. از آنجا که این شارحان، به قاعده لزوم تنجیز، باور دارند، با بیان دلایل عقلی چندی، به ایجاد معارض برای صحت تعلیق عقد کفالت و ترجیح دلایل لزوم تنجیز و بطلان تعلیق، اهتمام می‌ورزند. فاضل جواد، از باورمندان قاعده لزوم تنجیز، این شیوه شارحان مذکور را مورد انتقاد قرار می‌دهد و به ناتوانی دلایل عقلی مورد استناد آنان و بقاء إشکال علامه، اذعان می‌نماید (عاملی، ۵۶۹/۱۶).

درباره علامه و دیگر فقیهانی که در فروع فقهی، به روایاتی با مفاد جواز تعلیق عقد کفالت (حر عاملی، ۴۳۲/۱۸، ب ۱۰ ح ۱، ۲)، عمل می‌کنند، این پرسش، مطرح است که چرا این روایات را در خصوص جواز تعلیق کفالت نمی‌پذیرند و مخصص قاعده لزوم تنجیز نمی‌سازند؟

پس از علامه حلی، تا ظهور مسلک اخباری‌گری، قاعده لزوم تنجیز و بطلان تعلیق، گستره بخش معاملات ادبیات فقه شیعه را از خود آکنده می‌سازد. هرچند شهید ثانی، از باورمندان به قاعده تنجیز، فی الجملة، از فاقد دلیل بودن این قاعده، سخن می‌راند (مسالک الأفهام، ۳۵۷/۵)؛ جازم بودن متعامل به هنگام انعقاد، توقیفی بودن اسباب و موجبات عقود و ایقاعات و لزوم ترتب اثر سبب حین وقوع آن، در کنار سخن راندن از عدم خلاف و اجماع (علامه حلی، تحریر الأحكام، ۲۹۱/۳؛ تذکره الفقهاء، ۹/۱۰ - ۱۰؛ فخر المحققین، ۹۸/۲؛ صیمری، ۳۳۷/۲؛ شهید اول، القواعد و الفوائد، ۶۵/۱، ۲۳۸/۲؛ فاضل مقداد، نضد القواعد الفقهية، ۳۴۶؛ محقق کرکی، ۳۸۶/۵، ۱۵/۹، ۱۸۰/۸، ۷۷/۱۲؛ شهید ثانی، تمهید القواعد، ۵۳۳؛ مسالک الأفهام، ۲۴۱/۵، ۳۵۷؛ سبزواری، ۹/۲)، عمده‌ترین دستاویزهایی است که در این دوره، برای اثبات قاعده عمومی تنجیز، شکل می‌گیرد. اهمیت این دستاویزها، آن‌گاه آشکار می‌گردد که در گذر زمان، دانشیان فقه شیعه، همواره، از آن‌ها برای اثبات قاعده تنجیز، سخن می‌گویند.

بر خلاف قاطبه فقیهان این دوره، اردبیلی و سبزواری، به جواز تعلیق، گرایش دارند، اردبیلی و به تبع

وی، سبزواری، با یکسان دانستن مآل تعلیق عقد و تعلیق متعلق عقد، که مشهور، صحت آن را می‌پذیرد، تفاوت بین این دورا ناپذیرفتنی می‌خوانند. اردبیلی با قابل تأمل شمردن نظریه توقیفی بودن عقود و ایقاعات، به نقد ادله پیروان قاعده تنجیز، روی می‌نهد و همانند سبزواری، تصریح می‌نماید: پیروان لزوم تنجیز و بطلان تعلیق، جز اجماع، هیچ دستاویزی برای اثبات سخن خویش ندارند؛ اجماعی که تحقق و اعتبار آن، درخور تردید است. وی، استناد به اصل صحت و نیز عموم ادله عقود را برای جواز تعلیق، کافی می‌شمارد (اردبیلی، ۵۳۳/۹، ۵۳۴، ۵۳۷؛ سبزواری، ۶۷۱/۱، ۹/۲ - ۱۰)؛ از این رو، باید اردبیلی را نخستین دانشی فقه شیعه، دانست که با نقد قاعده عمومی تنجیز و فاقد دلیل شمردن آن، به جواز تعلیق عقود و ایقاعات می‌گراید.

میان فقیهان اخباری، درباره قاعده عمومی تنجیز، دو گرایش را می‌توان دید؛ برخی، همچون: فیض کاشانی، در همان مسیر مجتهدان اصولی، گام می‌پویند. فیض، لزوم تنجیز را به مشهور، نسبت می‌دهد و از عدم خلاف و نیز جواز تعلیق بر واقع، سخن می‌راند (فیض، ۱۸۹/۳، ۲۰۷)؛ در دسته‌ای دیگر از اخباریان، کسانی همچون بحرانی و آل‌عصفور قرار دارند که به مخالفت با مشهور برمی‌خیزند و با فقیهانی همچون اردبیلی، در نقد قاعده عمومی تنجیز، هم‌سخن می‌شوند.

بحرانی، تفاوت بین تعلیق عقد و تعلیق در تصرف را مخالف نگاه محققانه می‌شمارد. وی، دستاویز ساختن اموری همچون: استصحاب و توقیفی بودن عقود و ایقاعات را برای بطلان تعلیق، ناپذیرفتنی می‌خواند و بیان می‌دارد که اگر این امور، دلایلی برای نادرستی تعلیق به شمار آیند، در این صورت، دیگر نمی‌توان بین تعلیق به واقع با تعلیق به شرط و وصف، تفاوتی نهاد و باید به بطلان تعلیق به واقع نیز حکم کرد.

بحرانی، با ذکر اعتراف شهید ثانی به فاقد دلیل بودن اشتراط تنجیز و نیز یادآوری این واقعیت که در کتب فقهی اقدم، اثری از لزوم تنجیز عقود و ایقاعات یافت نمی‌شود، به تکمیل نقد قاعده عمومی تنجیز می‌پردازد. به باور وی، قاعده تنجیز، فاقد نصی است که یارای دلالت بر آن باشد و تنها دستاویز پیروان این قاعده را اجماعی می‌داند که وجود و اعتبار آن، محل تردید است و در مقابل، اطلاق و عموم برخی از روایات، مقتضی جواز تعلیق است؛ اطلاق و عمومی که هیچ مخصص و مقیدی برای آن، موجود نیست (بحرانی، ۱۰/۲۲ - ۱۲، ۱۴۲ - ۱۴۳؛ آل‌عصفور، ۱۶۷/۱۳ - ۱۶۸، ۲۷۵).

بررسی نوشته‌های فقهی پس از تفوق مجتهدین اصولی بر مسلک اخباری‌گری، تا زمان صاحب عروه، از باور همگانی دانشیان فقه این دوره به لزوم تنجیز و عدم جواز تعلیق، گزارش می‌دهد. با این همه، برخی از پیروان قاعده تنجیز، با بیان سخنانی متفاوت درباره تعلیق متعلق، تعلیق به واقع، تعلیق به مشیت و ادله

لزوم تنجیز عقود و ایقاعات، بروز دو گرایش را بین فقیهان پیرو قاعده عمومی تنجیز، رقم می‌زنند. صاحب ریاض از باورمندان لزوم تنجیز، تعلیق متعلق عقد را در معنی، همان تعلیق عقد به شمار می‌آورد و برای اثبات جواز تعلیق متعلق، تعلیق به واقع و قاعده لزوم تنجیز، در کنار استناد به اجماع و اصل، از تمسک به اطلاقات کتاب و سنت، سود می‌جوید و متبادر از این اطلاقات را تنها، جواز تعلیق متعلق، تعلیق به واقع می‌داند (طباطبائی، ۵۶/۱۰، ۱۰۳).

فاضل جواد، از پیروان لزوم تنجیز که سخن وی در تعلیق انشاء، ظهور دارد (عاملی، ۵۳۲/۱۲)، این واقعیت را که بحثی از لزوم تنجیز، در آثار فقهی فقهای اقدم، مذکور نیست، قادح اعتبار قاعده عمومی تنجیز نمی‌داند؛ زیرا او، این فقه نوشته‌ها را خلاصه نویسی‌هایی می‌پندارد که تنها به بیان متون اخبار بسنده می‌کنند (همو، ۲۱/۲۱). وی، برای تأیید توجیه خود، بیان می‌دارد: در بسیاری از کتب فقهای پیشین، سخنی از عدم جواز تعلیق عقد بیع، مشاهده نمی‌شود، در حالی که بطلان تعلیق عقد بیع، محل وفاق است (همو، ۴۵۱/۲۱). عاملی، با این سخنان، اعتراف می‌کند که نزد فقیهان پیشین، قاعده تنجیز، رایج نیست و متون روایی نیز از اشاره به آن، خالی است.

صاحب مفتاح الکرامه، تعلیق بر مشیت را نمی‌پذیرد (همو، ۴۳۲/۱۲)؛ تعلیق در تصرف را در معنی، همان تعلیق عقد می‌خواند و به استناد توقیفی بودن عقود و ایقاعات، آن را باطل می‌شمارد (همو، ۲۱/۲۴). وی، از وجود دو دیدگاه درباره تعلیق به واقع، گزارش می‌دهد؛ دیدگاه جواز و دیدگاه بطلان تعلیق به واقع که خود به آن، باور دارد (همو، ۱۲۰/۲۲). او، دلیل شهید ثانی را برای جواز تعلیق به واقع که تعلیق را علت برای وقوع و یا مصاحب آن می‌داند و نه معلق علیه وقوع عقد و ایقاع، علیل می‌خواند؛ چه صرف مقارنت را برای صحت تعلیق، کافی نمی‌داند و اجماع را تنها دلیلی بر می‌شمرد که پیروان دیدگاه مذکور برای اثبات سخن خود در دست دارند (همو، ۵۳۳/۱۲). وی، برای نشان دادن بطلان تعلیق به واقع، از فقدان جزم و نیز توقیفی بودن عقود و ایقاعات، سخن می‌راند و تصریح می‌کند: در صورت بروز تردید، اصل عدم، برای اثبات عدم اعتبار این عقد معلق، کافی است (همو، ۴۵۰/۲۱).

عاملی، در تأصیل اصل برای مبحث تعلیق، دو احتمال متقابل را بیان می‌دارد؛ از یک سو، به استناد توقیفی بودن الفاظ عقود و ایقاعات، اصل را عدم قبول تعلیق می‌پندارد و از دیگر سو، به جهت اطلاق و عموم ادله عقود که عقد معلق را نیز در بر می‌گیرد، اصل را قبول تعلیق می‌داند، مگر در عقود که به دلیلی خارجی، از شمول این اصل، بیرون هستند (همو، ۵۳۴/۱۲، ۳۵۳/۱۶ - ۳۵۴).

وی، که مدار اعتبار قاعده عمومی تنجیز را اصل و اجماع می‌داند، از شمول اطلاقات و عمومات نسبت به عقد معلق، سخن می‌راند و بیان می‌دارد: عموم اوفوا بالعقود، همه دلایل لزوم تنجیز را منهدم

می‌سازد، جز اجماع که مقید و منحصص این اطلاعات و عموماً است (همو، ۲۱/۲۲).

میرزای قمی، از فقیهان نامدار این دوره، پس از اجماعی دانستن صحت تعلیق متعلق، مآل آن و تعلیق عقد را یکی می‌داند و تغایر بین این دورا تنها تغایر لفظی می‌شمارد و پس از گزارش ادعای اجماع بر بطلان عقد وکالت معلق، به مخالفت اردبیلی و سبزواری، با دیدگاه مشهور، اشاره می‌کند و بدین بیان از وجود مخالف، برای این اجماع، گزارش می‌دهد و تصریح می‌نماید: اگر ادعای اجماع در میان نباشد، گفته اردبیلی و صاحب کفایه، سخن متینی است؛ چه اینکه تعلیق، با انشاء، منافاتی ندارد و وجود تعلیق در نذر زجری، نیز خود، مؤیدی بر این واقعیت است (قمی، ۳/۵۱۸ - ۵۱۹).

نراقی، از دیگر فقیهان باورمند به قاعده تنجیز، مستندات این قاعده را وجوهی غیر تام می‌داند و به تبیین عدم تمامیت برخی از این وجوه روی می‌نهد و اذعان می‌دارد: به جز اجماع، دلیلی برای قاعده عمومی تنجیز نمی‌توان یافت؛ هر چند که خود، از تلاش برای ارائه دلیلی جدید، دریغ نمی‌ورزد. وی، درباره عدم تنافی تعلیق با انشاء و نیز یگانگی تعلیق متعلق با تعلیق عقد می‌نویسد: به هیچ رو، در نمی‌یابم که بین جمله: «أنت وکیلان جاء زید» با دو جمله: «أكرم عمران جاء زید» و «إن لم تجدوا ماء فتميموا» چه فرقی است که انشاء در اولی منافاتی تعلیق است، اما در دو جمله اخیر این گونه نیست؟ (نراقی، ۱/۳۴۴ - ۳۴۷).

اجماع و عدم خلاف، تنافی تعلیق با جزم، تنافی تعلیق با وضع عقود و ایقاعات بین مردم، تنافی تعلیق با انشاء، توقیفی بودن اسباب و موجبات عقود و ایقاعات، لزوم ترتب اثر سبب حین وقوع آن و ممتنع بودن قرار گرفتن معلق علیه جزء سبب، دستاویزهایی هستند که به تناوب، در نوشته‌های فقهی این دوره، برای اثبات قاعده عمومی تنجیز، قابل رصد است (طباطبائی، ۱۰/۵۶، ۱۰۳؛ عاملی، ۱۶/۵۶۸؛ مراغی، ۲/۲۰۴ - ۲۰۶، ۳۳۳؛ کاشف الغطاء، ۳؛ صاحب جواهر، ۲۲/۲۵۳؛ انصاری، ۳/۱۷۰ - ۱۷۲؛ قزوینی، ۲/۶۱۸ - ۶۲۰).

اینکه چرا برخی از دانشیان فقه، همچون شیخ انصاری، که به عدم کفایت دلایل قاعده عمومی تنجیز، اذعان می‌کنند و به صراحت بیان می‌نمایند: لزوم تنجیز عقود و ایقاعات به جز اجماع - که تحقق و اعتبار آن، از تردید، مصون نیست - دستاویز دیگری ندارد (انصاری، ۳/۱۶۳ - ۱۶۴؛ مامقانی، ۲/۲۵۹)، همچنان به دفاع از قاعده عمومی تنجیز بر می‌خیزند و بر لزوم تنجیز عقود و ایقاعات، اصرار می‌ورزند، شاید بتوان در گمانه اعتماد وثیق این فقیهان به اجماع، همگرایی با شهرت و رعایت احتیاط در مخالفت با مشهور، جستجو کرد.

درنگ در پیشینه قاعده عمومی تنجیز، نمایان می‌سازد که چگونه در گذر زمان، عوامل مؤثر در ادبار به

این قاعده، یکی پس از دیگری، بروز می‌یابند و زمینه‌های لازم برای پذیرش همگانی دیدگاه صحت تعلیق عقود و ایقاعات، فراهم می‌آیند؛ دیدگاهی که صاحب عروه پرچم‌دار آن است و تاریخ ادبیات فقه شیعه، این دیدگاه را به نام وی می‌شناسد.

دیدگاه صاحب عروه

تا پیش از محقق یزدی، قاطبه فقیهان شیعه، به قاعده عمومی تنجیز، باور دارند؛ به گونه‌ای که گاه، لزوم تنجیز عقود و ایقاعات را از امور مسلم فقهی می‌پندارند و به هنگام بروز اختلاف درباره برخی از شقوق تعلیق، به جهت رعایت جانب احتیاط، آن را به مشهور نسبت می‌دهند و به طور کلی و یا موردی، از ادعای اجماع محصل یا منقول، برای لزوم تنجیز و بطلان تعلیق عقود و ایقاعات سخن می‌رانند. فقیهانی نیز که تاریخ ادبیات فقه شیعه، از آهنگ متفاوت نواخت سخن آنان گزارش می‌دهد، در بیان دیدگاه خویش، جانب احتیاط را نگاه می‌دارند و بیشتر با ادبیات تردید و نه تصریح، از جواز تعلیق عقود و ایقاعات سخن می‌گویند.

در این میان، صاحب عروه، با همه فقیهان پیش از خود متفاوت است. وی، در ابواب مختلف فقه، در پی بیان دیدگاه مشهور، بر این دیدگاه خورده می‌گیرد و قاعده عمومی تنجیز را فاقد دلیل می‌خواند و به صراحت از جواز تعلیق عقود و ایقاعات، به صورت قاعده‌ای کلی، سخن می‌راند (العروة الوثقی، ۴۰۴/۵، ۴۵۷، ۱۸۷/۶، ۲۹۷). محقق یزدی، همچنین، توقیت و شرط تأخیر در تصرف را از گونه‌های تعلیق به شمار نمی‌آورد و تفاوت بین تعلیق عقد و تعلیق متعلق را همانند تفاوت بین واجب مشروط و واجب معلق می‌داند (حاشیة المکاسب، ۴۳۸/۱ - ۴۳۹).

آری، نواخت سخن صاحب عروه درباره تعلیق عقد نکاح، آهنگ دیگری دارد. وی، به تعلیق عقد نکاح، به گونه‌ای دیگر می‌نگرد و گویی اهمیت و احتیاط در مسأله فروج، او را بدین سو می‌راند که عقد نکاح را فی‌الجمله، مستثنای قاعده کلی جواز تعلیق عقود قرار دهد.

به باور مشهور، هیچ تعلیقی در عقد نکاح، روا نیست. مشهور، حتی تعلیق به واقع و امر محقق الحصول معلوم را که از جواز آن در دیگر عقود، سخن می‌گوید، در عقد نکاح نمی‌پذیرد. محقق یزدی، هر چند، در اصل لزوم تنجیز عقد نکاح، با مشهور هم‌نوایی می‌کند، ولی در خصوص تعلیق این عقد به امر محقق الوقوعی که متعاقد نیز به آن علم دارد، با مشهور، هم‌صدا نمی‌گردد و بر خلاف مشهور، چنین تعلیقی را در عقد نکاح، صحیح می‌شمارد (العروة الوثقی، ۶۰۱/۵).

مبانی دیدگاه صاحب عروه

بررسی نوشته‌های فقهی محقق یزدی نشان می‌دهد که وی، برای اثبات دیدگاه خود، به دو دسته دلیل، دست می‌یازد؛ از یک سو، با روی نهادن به نقد دلایل دیدگاه مشهور و اثبات عدم کفایت آن‌ها، از فاقد دلیل بودن قاعده عمومی لزوم تنجیز سخن می‌گوید و از دیگر سو، با توسل به اطلاقات و عمومات ادله عقود، به اثبات جواز تعلیق عقود، نائل می‌آید.

الف) نقد دلایل دیدگاه مشهور

پیروان دیدگاه مشهور، برای اثبات قاعده تنجیز، به وجوه عقلی چندی دست می‌یازند که در نوشته‌های پیروان لزوم تنجیز، پنج وجه از اقبال بیشتری برخوردار است. شیخ اعظم که خود به پیروی از مشهور برمی‌خیزد، این وجوه پنج‌گانه را بیان و مورد نقض و ابرام می‌سازد. به جهت تفوق علمی شیخ انصاری و محوریت یافتن کتاب مکاسب، امروزه، نوعاً همان وجوهی ادله مشهور شناخته می‌شود که شیخ اعظم، به بیان آن‌ها می‌پردازد. محقق یزدی نیز در تمام نوشته‌های فقهی خود، به هنگام بیان و نقد دلایل دیدگاه مشهور، به همان وجوهی روی می‌نهد که شیخ انصاری به بیان آن‌ها اهتمام دارد.

۱. اجماع

ادعای اجماع و عدم خلاف، مهم‌ترین دلیلی است که مشهور برای اثبات دیدگاه خود به آن، دست می‌یازد و از وقوع آن برای همه و یا برخی از عقود، سخن می‌راند (علامه حلی، تحریر الأحکام، ۳/۲۹۱؛ صیمری، ۲/۳۳۷؛ محقق کرکی، ۸/۱۸۰؛ شهید ثانی، تمهید القواعد، ۵۳۳؛ مسالک الأفهام، ۵/۳۵۷؛ سبزواری، ۲/۹؛ فیض، ۳/۲۰۷؛ عاملی، ۱۶/۳۵۲، ۲۱/۴۴۹، ۴۵۰؛ نراقی، ۱/۳۴۵؛ مراغی، ۲/۲۰۴، ۲۰۶؛ انصاری، ۳/۱۶۳؛ عراقی، شرح تبصرة المتعلمین، ۵/۱۶؛ حاشیه مکاسب، ۱۸۲، ۱۹۰).

اهمیت استناد به اجماع، تا به آنجا است که بسیاری از دانشیان فقه، اعم از پیروان و مخالفان دیدگاه مشهور، یک صدا، آن را عمده‌ترین و بلکه تنها دستاویز اعتبار قاعده عمومی تنجیز می‌خوانند و همه دیگر دستاویزها را وجوهی ضعیف و غیر تام می‌شمارند (اردبیلی، ۹/۵۳۴؛ عاملی، ۱۲/۵۳۴، ۲۱/۴۵۰؛ نراقی، ۱/۳۴۵؛ انصاری، ۳/۱۷۰؛ مامقانی، ۲/۲۵۹؛ شهیدی، ۲/۲۲۵، آخوند خراسانی، ۲۹؛ نایینی، مکاسب و البیع، ۱/۲۹۲؛ منية الطالب، ۱/۲۵۳؛ عراقی، شرح تبصرة المتعلمین، ۵/۱۶؛ حکیم، مستمسک العروة، ۱۳/۲۲۲، ۱۴/۲۲۹، ۲۳۰، خویی، مصباح الفقاهة، ۲/۳۳۹؛ مبانی العروة، ۲/۲۵۱؛ روحانی، ۳/۲۳۵، ۲۳۸؛ حائری، ۲/۶۸)؛ از این رو، برخی از فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، اجماع را به تنهایی، برای اثبات لزوم تنجیز، کافی می‌دانند و بر این باور است که به سبب آن، اصل عدم اشتراط تنجیز، ساقط می‌شود (نراقی، ۱/۳۴۵). فراوانی استناد به اجماع در نوشته‌های فقهی، برخی را بر این پندار و

می‌دارد تا گامی فراتر از اجماع پویند و قاعده عمومی تنجیز را از مسلماتی به شمار آورند که نمی‌توان در آن، تردید و مناقشه‌ای روا داشت (عراقی، حاشیه المکاسب، ۱۹۰؛ حکیم، مستمسک، ۱۳/۱۵۲).

نقد و بررسی

محقق یزدی، استدلال به اجماع را به دو ایراد مهم مبتلا می‌داند:

۱) عدم امکان تحقق اجماع

صاحب عروه، تحقق اجماع را برای لزوم تنجیز عقود، منتفی می‌شمارد (حاشیه المکاسب، ۱/۴۴۱؛ العروة الوثقی، ۵/۴۰۴)؛ چه به باور وی، چگونه می‌توان از چنین اجماعی سخن راند، در حالی که از یک سو، به اعتراف پیروان دیدگاه مشهور، فقیهانی چند، به مخالفت با قاعده عمومی تنجیز برخاسته‌اند و از دیگر سو، وجود تشتت و اختلاف اقوال، بین پیروان این قاعده، مشهود است.

۲) مدرکی بودن اجماع

محقق یزدی، ایراد دوم اجماع بیان شده را مدرکی بودن آن می‌داند؛ چه به باور وی، توجه به وجوهی که پیروان دیدگاه مشهور، برای اثبات لزوم تنجیز، دستاویز می‌سازند، خود، مستند این اجماع را کلاً یا بعضاً، نمایان می‌سازد و دیگری، تردیدی در غیر تعبدی بودن آن باقی نمی‌گذارد (حاشیه المکاسب، ۱/۴۴۱).

پس از صاحب عروه، بسیاری از دانشیان فقه شیعه - اعم از موافقان و مخالفان قاعده تنجیز - ایرادهای دو گانه وی را بر مهم‌ترین دلیل مشهور، مورد توجه قرار می‌دهند و به بیان و بازخوانی آن‌ها روی می‌نهند و بدین شیوه، به وارد بودن ایرادهای صاحب عروه بر اجماع ادعایی مشهور، اذعان می‌دارند (آخوند خراسانی، ۲۹؛ ابروانی، ۲/۱۰۲؛ شهیدی، ۲/۲۲۵؛ نایینی، المکاسب و البیع، ۱/۲۵۵، ۲۹۵؛ خمینی، مصطفی، البیع، ۱/۱۶۸؛ خمینی، روح الله، البیع، ۱/۳۵۱؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۲/۳۳۴؛ حائری، ۲/۶۸؛ مکارم شیرازی، ۱۲۵).

۲. تنافی تعلیق با جزم

برخی از فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، برای اثبات لزوم تنجیز و بطلان تعلیق، از تنافی تعلیق با جزم در حال انشاء عقد، سخن می‌رانند؛ چه به باور اینان، جزم از شروط عقد است و از این رو، اگر عقدی به امری معلق گردد، نمی‌توان به درستی آن عقد گرایید؛ هرچند این تعلیق، با خواست طرفین قرارداد، هماهنگ باشد؛ زیرا به پندار ایشان، در صورت تعلیق، ثبوت خواست طرف قرارداد، در حال عقد، و بقای خواست او، در طول مدت عقد، مجهول است؛ چه اینکه تعلیق، در معرض عدم حصول است (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۰/۹؛ شهید اول، القواعد و الفوائد، ۱/۶۵، ۲۳۸؛ شهید ثانی، تمهید القواعد، ۵۳۳؛ فاضل مقداد، نضد القواعد الفقهية، ۳۴۶؛ محقق کرکی، ۵/۳۸۶، ۱۵/۹، ۷۷/۱۲؛ عاملی، ۱۶/۳۵۲، ۵۶۸).

نقد و بررسی

صاحب عروه، با بیان اینکه متعاقد به هنگام انعقاد عقد معلق، این عقد را به صورت جزمی انشاء می‌کند و نیز با فاقد دلیل خواندن لزوم جزم در معاملات، به نقد تنافی تعلیق با جزم، روی می‌نهد و بدین شیوه، اشکال دستاویز ساختن تنافی تعلیق را با جزم، از جهت صغری و کبری، نمایان می‌سازد. وی، با روی آوردن به تفسیر جزم در معاملات، نقد خویش را چنین می‌آغازد: بی‌تردید، جزمی که پیروان دیدگاه مشهور، از آن، سخن می‌رانند، از دایره گمانه‌های سه‌گانه: جزم در انشاء، جزم به حصول منشأ و جزم به حصول اثر به حسب انشاء، بیرون نیست.

اگر از جزم، جزم در انشاء، مراد باشد، یعنی: جزم در انشائی که فعل منشی است، در این صورت، بی‌تردید، در انعقاد عقد معلق نیز چنین جزمی حاصل است؛ چه اینکه در هر عقد معلق، همانند عقد بیع معلق، متعاقد، ملکیت را بر تقدیر تحقق معلق علیه، به صورت جزمی، انشاء می‌کند.

اگر مشهور، از جزم، جزم به حصول منشأ، به معنای ترتب اثر را منظور دارد، بی‌شک، شرط دانستن چنین جزمی در معاملات، ناپذیرفتنی است؛ زیرا پذیرش این شرط، بطلان عقود منجزی را در پی دارد که متعاقد آن، به همه شرایط شرعی آن، جاهل است.

اگر مراد مشهور، از جزم، جزم به حصول اثر، به حسب انشاء اثر عقد است، در این صورت، این سخن، ملازم پذیرش بطلان عقود همانند عقد بیعی می‌باشد که متعاقد آن، به جهت انکار توکیل خویش آن را چنین منعقد می‌سازد: اگر این کالا از آن من است، به تو فروختم؛ حال اینکه فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، به بطلان چنین عقدی باور ندارند و آن را محکوم به صحت می‌دانند.

وی، در ادامه می‌افزاید: درنگ در استناد به تنافی جزم با تعلیق، نمایان می‌سازد که بین ادعای مشهور و دستاویز تنافی جزم با تعلیق، نسبت عموم من وجه برقرار است؛ از این رو، استناد به تنافی جزم با تعلیق، برای اثبات لزوم تنجیز و بطلان تعلیق، فاقد طرد و عکس است؛ زیرا بر پایه دستاویز مذکور، از یک سو، باید به صحت عقود معلق گواهی داد که متعاقد، به وقوع معلق علیه آن، علم دارد؛ هر چند که معلق علیه، امری قطعی الوقوع نیست، همانند: تعلیق عقد به آمدن حاجی؛ و از دیگر سو، باید به بطلان عقد معلق امری قطعاً که متعاقد به وقوع معلق علیه آن، جاهل است؛ هر چند که وقوع معلق علیه، به هنگام انعقاد عقد، امری قطعی است؛ همانند موردی که فروشنده به مالکیت خود بر مبیع جاهل است و عقد بیع را چنین منعقد می‌کند: اگر این کالا از آن من است، به تو فروختم؛ حال اینکه مشهور، عقد معلق نخست را باطل و عقد دوم را صحیح به شمار می‌آورد (حاشیة المکاسب، ۱ / ۴۳۹).

۳. لزوم ترتب اثر عقد به هنگام انعقاد آن

برخی از دانشیان فقه، برای اثبات قاعده عمومی لزوم تنجیز و بطلان تعلیق، به این توجیه، دست می‌یازند که شرط صحت عقد، ترتب اثر عقد به هنگام انعقاد آن است. حال اینکه تعلیق، مقتضی عدم قصد ترتب اثر عقد به هنگام انعقاد آن است؛ زیرا ادله سببیت عقد، در این، ظهور دارد که باید مسبب و اثر عقد، به هنگام وقوع و انعقاد عقد، بر عقد، مترتب گردد؛ نه اینکه اثر عقد، مدتی پس از انعقاد عقد، تحقق یابد و در نتیجه، بین عقد و اثر آن، فاصله افتد و درنگ در ماهیت تعلیق عقد، تنافی تعلیق را با ظواهر این ادله، نمایان می‌سازد (محقق کرکی، ۵/۳۸۶؛ نراقی، ۱/۳۴۵؛ عاملی، ۱۶/۵۶۸؛ صاحب جواهر، ۲۲/۲۵۳، ۲۳/۱۹۸، ۲۷/۳۵۲، ۳۲/۷۹؛ انصاری، ۳/۱۷۰).

نقد و بررسی

صاحب عروه، سخن راندن از عدم امکان فاصله بین عقد و اثر آن و اینکه تعلیق، مقتضی عدم قصد ترتب اثر عقد به هنگام انعقاد آن است، برای اثبات قاعده عمومی تنجیز و بطلان تعلیق، دستاویزی ناپذیرفتنی می‌داند. این، واقعیتی است که پیش از وی، برخی از باورمندان به قاعده عمومی تنجیز نیز به آن، اذعان می‌دارند (نراقی، ۱/۳۴۵؛ عاملی، ۱۶/۵۶۹؛ انصاری، ۳/۱۷۰ - ۱۷۱).

محقق یزدی، برای آشکار ساختن اشکال صغروی و کبروی این دستاویز پیروان قاعده عمومی تنجیز، به بیان انحاء محتمل در تعلیق عقد می‌پردازد. به باور وی، می‌توان تعلیق عقد را در یکی از انحاء زیر، محتمل دانست:

(۱) به نحو شرط متأخر، بر وجه کشف

(۲) به نحو واجب معلق

(۳) به نحو واجب مشروط

وی، از میان این انحاء سه‌گانه، تنها، تعلیق به نحو واجب مشروط را که حصول اثر عقد، بعد از تحقق معلق علیه می‌باشد و نه به هنگام انشاء عقد، بستر فرض اشکال تأخیر اثر از سبب می‌داند؛ چه اینکه در تعلیق به نحو شرط متأخر، بر وجه کشف، به روشنی آشکار است که بین عقد و اثر آن، فاصله‌ای وجود ندارد. اثر عقد، از هنگام انشاء عقد، بر آن، مترتب است و تحقق معلق علیه، کاشف از چنین واقعیتی است. در تعلیق عقد به نحو واجب معلق نیز نمی‌توان از تأخیر اثر، سخن راند؛ زیرا منشأ و اثر عقد، خود امری معلق است که به هنگام انشاء عقد، حاصل می‌گردد (العروة الوثقی، ۶/۲۹۷ - ۲۹۸).

صاحب عروه، اشکال تخلف اثر عقد را از عقد، در تعلیق به نحو واجب مشروط نیز منتفی می‌داند و برای اثبات این سخن، به بیان دو دلیل، یکی نقضی و دیگری حلی، روی می‌نهد.

وی، در دلیل حلی خود که به نقد صغرای دستاویز مشهور، توجه دارد، چنین می‌گوید: در مواردی که مقتضای انشاء، وجود منشأ، پس از انشاء و به هنگام حصول شرط است، تخلف، هنگامی روی می‌دهد که منشأ، پیش از شرط، تحقق یابد؛ از این رو، همانند تعلق اراده به امر آتی، تحقق اثر عقد پس از حصول معلق علیه نیز تخلف اثر عقد را از عقد، در پی ندارد و این، حقیقتی به وضوح آشکار است.

محقق یزدی، در دلیل نقضی خود، نقد کبرای دستاویز مشهور را هدف قرار می‌دهد و به نفی وجود قاعده لزوم ترتب اثر عقد به هنگام انعقاد آن می‌گراید. وی، در بیان دلیل نقضی خود می‌نویسد: قاعده لزوم ترتب اثر عقد به هنگام انعقاد آن، با عقود همانند: وصیت، نقض می‌شود؛ چه اینکه بی‌تردید و بدون هیچ اشکالی، در وصیت تملیکی، ملکیتی که اثر این عقد است، تنها، پس از حصول معلق علیه، یعنی: مرک موصی، تحقق می‌یابد و حال، بر پایه قاعده مذکور، باید در عقود همانند: وصیت، نیز به تخلف اثر عقد از عقد و تخلف معلول از علت، حکم داد؛ به دیگر سخن، به باور وی، عقد، سبب تام نیست تا به محض انشاء و وقوع آن، ترتب اثر و مسبب، واجب باشد و در نتیجه، تعلیق و وقوع اثر پس از تحقق معلق علیه، تخلف مسبب از سبب به شمار آید (حاشیة المکاسب، ۱/ ۴۴۲).

ناگفته نمی‌توان نهاد، از آنجا که صاحب عروه، در حاشیه خود بر مکاسب شیخ انصاری، نوعی، بر نقدهای شش‌گانه‌ای که شیخ اعظم بر دستاویز اخیر مشهور می‌نگارد، اشکالی وارد نمی‌سازد، می‌توان چنین اصطیاد کرد که ایرادهای شش‌گانه شیخ، مورد نظر وی نیز است؛ چنان‌که درنگ در نقد محقق یزدی بر دستاویز اخیر مشهور، هماهنگی برخی از فقرات نقد وی را با بعضی از موارد شش‌گانه نقد شیخ، تأیید می‌کند؛ هرچند که او، در دیگر نوشته‌های فقهی خود، به بازگویی نقدهای شش‌گانه شیخ نمی‌پردازد.

همچنین، اندک درنگ در در نقد نوشته‌های صاحب عروه بر دستاویزهای مشهور، این واقعیت را نمایان می‌سازد که وی، به دو دستاویز: توقیفی بودن عقود و ایقاعات و نیز عدم امکان تعلیق در انشاء، وقعی نمی‌نهد، در حالی که شیخ انصاری به نقد آن‌ها اهتمام دارد. به نظر می‌رسد محقق یزدی، از این رو، رویه مذکور را برمی‌گزیند که باور دارد عقود و ایقاعات، اعتباراتی عقلانی و دارای ماهیتی عرفی هستند که به امضاء شارع رسیده‌اند؛ چنان‌که تعلیق در انشاء را نیز از دایره موضوع بحث بیرون می‌داند.

ب) دلایل صاحب عروه

محقق یزدی برای اثبات جواز تعلیق در عقود و ایقاعات، افزون بر نقد مهم‌ترین دلایل مشهور، به بیان

دو دلیل زیر نیز روی می‌نهد:

۱. فقدان دلیل

صاحب عروه، با نقد دستاویزهای مشهور برای اثبات قاعده عمومی تنجیز، از فقدان دلیل برای لزوم

تنجیز و بطلان تعلیق، سخن می‌گوید و عدم دلیل را دلیل عدم می‌خواند (العروة الوثقی، ۴۰۴/۵، ۶/۱۸۷، ۲۹۷) و گویی که بدین بیان، به اصل عدم اشتراط تنجیز، تمسک می‌جوید؛ اصلی که برخی از باورمندان قاعده عمومی تنجیز نیز پیش از وی، به آن، اذعان می‌دارند (نراقی، ۳۴۵/۱، عاملی، ۵۳۴/۱۲). اعتراف به فقدان دلیل برای لزوم تنجیز و بطلان تعلیق، واقعیتی است که پس از محقق یزدی، شماری از فقیهان مخالف و موافق قاعده لزوم تنجیز، از آن، سخن می‌رانند (نابینی، منیة الطالب، ۲۵۳/۱؛ عراقی، حاشیة المکاسب، ۱۹۰؛ خویی، مبانی العروة، ۲۵۱/۲؛ روحانی، ۲۳۵/۳؛ صادقی، ۷۱/۲)؛ چنان‌که برخی از فقه‌های پیش از صاحب عروه نیز از بیان این واقعیت، برای همه و یا بعضی از ابواب عقود، روی گردان نیستند (شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۳۵۷/۵؛ سبزواری، ۶۷۱/۱، ۹/۲؛ بحرانی، ۱۱/۲۲، ۱۴۲؛ آل عصفور، ۲۷۵/۱۳؛ مامقانی، ۲۵۹/۲).

۲. اطلاعات و عمومات صحت و لزوم عقود و ایقاعات

استناد به عمومات و اطلاعات صحت و لزوم عقود و ایقاعات، دومین دلیلی است که محقق یزدی، به آن، برای اثبات جواز تعلیق، استدلال می‌آورد؛ بدین بیان که در صدق عنوان عقد و ایقاع بر عقد و ایقاع معلق، تردیدی وجود ندارد و بسی بدیهی است که اطلاعات و عمومات صحت و لزوم عقود و ایقاعات، بر صحت و لزوم هر عمل فقهی حقوقی دلالت می‌کند که عنوان عقد و ایقاع بر آن، صادق است؛ از این رو، در جواز تعلیق عقود و ایقاعات و صحت عقود و ایقاعات معلق، تردیدی باقی نمی‌ماند (العروة الوثقی، ۵/۴۰۴).

هرچند، پیش از صاحب عروه، برخی از پیروان قاعده لزوم تنجیز، به استدلال مذکور، التفات دارد، ولی به دلیل پابندی به اجماعی که بی‌اعتباری آن، آشکار است، از پذیرش این استدلال، روی برمی‌گرداند و شمول این عمومات را به جهت اجماع ادعایی مذکور، ساقط می‌شمارد (نراقی، ۳۴۵/۱). استدلال به شمول اطلاعات و عمومات صحت و لزوم عقود و ایقاعات که امروزه، یکی از مهم‌ترین دلایل جواز تعلیق عقود و ایقاعات، به شمار می‌آید، مورد توجه معاصران و فقیهان پس از محقق یزدی قرار می‌گیرد و در نوشته‌های فقهی راه می‌یابد و بخشی از ادبیات فقه مبحث مذکور را سامان می‌دهد (آخوند خراسانی، ۲۹؛ خمینی، مصطفی، البیع، ۱۶۸/۱؛ خویی، مصباح الفقاهة، ۳۳۴/۲، ۳۳۸، ۳۳۹؛ صادقی، ۷۱/۲؛ حائری، ۶۹/۲).

نتیجه‌گیری

از مطالب بیان شده، به دست می‌آید که بنیاد قاعده عمومی تنجیز، در مکتب بغداد، وارد ادبیات فقه

شیعه می‌گردد و به صورت فرعی فقهی و تنها در چند باب محدود، جای می‌یابد. فرع عدم جواز تعلیق، در مکتب حله، مورد توجه جدی قرار می‌گیرد؛ جوانب آن کاویده می‌شود و ادبیات خاص خویش را پیدا می‌کند؛ ادله‌ای عقلی برای آن بر پا می‌گردد و به صورت قاعده عمومی عقود و ایقاعات رسمیت می‌پذیرد؛ در حالی که هر دو مکتب بغداد و حله، بر ادله لفظی و لبی دیدگاه جواز تعلیق آگاهی دارند و وقعی بر آن نمی‌نهند. با رو به فریگی نهادن قاعده تنجیز، از اندکی پیش از دوران اخباری‌گری، تردیدها و نقدهایی بر این قاعده هموار می‌گردد. پس از تفوق مجتهدان اصولی، در پی موضوع شناسی و بازخوانی این قاعده و نمایان شدن اختلاف‌ها درباره تفریعات و شقوق آن، به عدم کفایت مستندات آن اذعان می‌شود و این خود زمینه را برای ادبار به قاعده تنجیز فراهم می‌سازد و در نتیجه، صاحب عروه، به مخالف با مشهور بر می‌خیزد و با اتکای به ادبیات و مدرسه فقهی خویش، ترویج دیدگاه جواز تعلیق را باعث می‌گردد.

منابع

- آل عصفور، حسین بن محمد، *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع*، قم، مجمع البحوث العلمیة، چاپ اول، بی‌تا.
- ابن ادريس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ابن سعید، یحیی بن احمد، *الجامع للشرایع*، قم، مؤسسه سید الشهداء، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- ایروانی، علی، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، ذوی القربی، چاپ سوم، ۱۴۳۱ ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل‌البیته (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- حکیم، محسن، *مستمسک العروة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۳۰ ق.
- _____، *نهج الفقاهة*، قم، انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، بی‌تا.
- خمینی، روح‌الله، *البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- خمینی، مصطفی، *البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- خویی، ابوالقاسم، *مبانی العروة*، قم، مدرسه دارالعلم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- _____، *مصباح الفقاهة*، قم، انتشارات داوری، چاپ اول، ۱۳۷۷ ق.

- روحانی، صادق، **منهاج الفقاهة**، قم، انوار الهدی، چاپ پنجم، ۱۴۲۹ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، **الدروس الشرعية**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ق.
- _____، **القواعد والفوائد**، قم، کتاب فروشی مفید، چاپ اول، بی تا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، **الروضة البهیة**، قم، داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- _____، **تمهید القواعد**، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- _____، **مسالك الأفهام**، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- شهیدی تبریزی، میرفتاح، **هدایة الطالب الی اسرار المكاسب**، قم، سماء قلم، چاپ اول، ۱۴۳۰ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، **جواهر الکلام**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بی تا.
- صادقی تهرانی، محمد، **تبصرة الفقهاء**، قم، انتشارات فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- صیمری، مفلح بن حسن، **غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام**، بیروت، دار الهادی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی، **ریاض المسائل**، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، **المبسوط**، تهران، المكتبة المرتضوية، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
- _____، **النهاية**، بیروت، دار الكتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.
- عاملی غروی، جواد بن محمد، **مفتاح الكرامة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- عراقی، ضیاء الدین، **حاشیة المكاسب**، قم، انتشارات غفور، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- _____، **شرح تبصرة المتعلمین**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف، **إرشاد الأذهان**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- _____، **تبصرة المتعلمین**، تهران، مؤسسه چاپ و نشر، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
- _____، **تحریر الأحكام**، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- _____، **تذكرة الفقهاء (چاپ سنگی)**، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۳۸۸ ق.
- _____، **تذكرة الفقهاء**، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.
- _____، **تلخیص المرام**، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
- _____، **قواعد الأحكام**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- _____، **نهاية الأحكام**، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- عمیدی اعرجی، عبدالمطلب بن محمد، **کنز الفوائد**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، **التنقیح الرائع**، قم، کتابخانه مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.
- _____، **نضد القواعد الفقهية**، قم، کتابخانه مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- فخر المحققین، محمد بن حسن، **ایضاح الفوائد**، قم، اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، **مفاتیح الشرایع**، قم، کتابخانه مرعشی نجفی، چاپ اول، بی تا.

- قزوینی، علی بن اسماعیل، **ینابیع الأحكام**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- قمی، ابو القاسم، **جامع الشتات**، قم، مؤسسه کیهان، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، **أنوار الفقاهة-البیع**، نجف، مؤسسه کاشف الغطاء، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الإسلامية، ۱۴۰۷ ق.
- مامقانی، محمد حسن بن عبدالله، **غایة الآمال**، قم، مجمع الذخائر الإسلامية، چاپ اول، ۱۳۱۶ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، **شرايع الإسلام**، قم، اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، **کفایة الأحكام**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد**، دوم، مؤسسه آل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۴ ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهة-کتاب البيع**، قم، مدرسه امام علی (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۵ ق.
- نایینی، محمد حسین، **المکاسب و البيع**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- _____، **منية الطالب**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۱۳ ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، **رسائل و مسائل**، قم، کنگره نراقیین، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، **حاشیة کتاب المکاسب**، قم، طلیعه نور، چاپ دوم، ۱۴۲۹ ق.
- _____، **العروة الوثقی**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.



تحلیل مقتضای اطلاق قرارداد از حیث زمان اجرا از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و مصر*

رسول مخصوصی^۱

دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری

Email: makhsosi@gmail.com

دکتر علیرضا عالی پناه

استادیار دانشگاه شهید بهشتی

Email: a_alipanah@sbu.ac.ir

چکیده

وجوب ایفای تعهدات، به ویژه تعهدات ناشی از عقود و قراردادها، از اصول مسلم فقهی - حقوقی است که در آیه «لوفوا بالعقود» نیز تأکید شده است. در خصوص این حکم و آثار و لوازم آن مسائل بسیاری وجود دارد که یکی از آن‌ها پرسش از زمان اجرای تعهدات قراردادی است. بی‌گمان، در موردی که متعاملین زمان تسلیم را صریحاً یا ضمنی تعیین کرده باشند، زمان اجرای قرارداد، به پیروی از اصل وجوب وفای به عقد، همان زمان تعیین شده است و در صورتی که زمان تسلیم در متن قرارداد تصریح و تعیین نشده باشد، چنانچه در مورد آن عرف و عادت وجود داشته باشد، همان متبع است و در غیر این صورت، شاید حمل اطلاق عقد بر اجرای فوری قرارداد در فقه مشهورتر باشد. در قانون مدنی ایران نیز در فرض نخست با استناد به مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی، در فرض دوم با عنایت به مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ همان قانون و در فرض سوم با استناد به ماده ۳۴۴ قانون مدنی نتایج پیشین را می‌توان گرفت. قانون مدنی مصر و حقوق دانان مصری نیز در این فرض چنین دیدگاهی دارند. با این همه، روایی این استنباط در فرض سوم و نیز مفهوم فوریت بر فرض روایی محل مناقشه است. نوشتار حاضر بررسی این مناقشات را به روش توصیفی - تحلیلی مطمح نظر دارد و طبق بررسی‌های انجام شده اطلاق عقد را باید بر وجوب فوری وفا پس از مطالبه حمل کرد.

کلیدواژه‌ها: زمان اجرای تعهد، شرط تأجیل، شرط تعجیل، ایفای تعهد، اطلاق عقد.

* مقاله پژوهشی؛ تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۷/۰۴؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۸/۲۰.

۱. نویسنده مسئول

Analysis of the Requirements of the Absoluteness of Contract Regarding the Performance Time from the Perspective of Imamia Jurisprudence, Iranian Law and Egyptian Law

Rasoul Makhsoosi, (Corresponding author) M.A Graduate, Islamic Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University

Ali Reza Ali Panah, Ph.D., Assistant Professor, Shahid Beheshti University

Abstract

The duty to fulfill obligations, specifically those derived from contracts, is an evident principle in law and Islamic jurisprudence, emphasized on in the “fulfill contracts” verse. Many issues arise with respect to this rule and its effects and implications, among which is the time of performance of contractual obligations. Indeed, where the contracting parties have determined the delivery time either expressly or impliedly, the performance time, as a result of *pacta sunt servanda* is the time agreed upon. In case such time has not been determined by parties, the usage and custom concerning it, if any, shall be obeyed. Otherwise, interpreting the absoluteness of contract as conveying immediate performance may be more famous in the Islamic jurisprudence. In the Iranian Civil Code, in the first case, under articles 10 and 219, in the second case, under articles 220 and 225 and in the third case, under article 334 of the Civil Code, the above said conclusions may be inferred. The Egyptian Civil Code and the Egyptian jurists have the same attitude in such case. However, validity of this construction in the third case and in case of validity, the notion of immediacy are contentious. The purpose of this paper is to study such arguments through a descriptive-analytic method; according to this research, the absoluteness of contract must be understood as leading to obligation to immediate fulfillment after demand

Keywords: time of performance of obligation, postponement condition, acceleration condition, fulfillment of obligation, absoluteness of contract

مقدمه

از مسائل مهم مطرح درباره لوازم عقد، پرسش از زمان اجرای تعهدات قراردادی است. اینکه تسلیم مبیع در چه زمانی باید انجام گیرد، موضوعی است که از دیرباز مورد عنایت فقیهان بوده است و حقوق دانان نیز با توجه به مواد قانونی و مبانی فقهی در این باره وارد بحث شده‌اند. حکم زمان اجرای تعهدات قراردادی را در سه فرض می‌توان بررسی کرد: تصریح به زمان اجراء در متن قرارداد، عدم تصریح به زمان اجراء در متن قرارداد با وجود عرف یا عادت مسلم در خصوص زمان اجراء و عدم تصریح به زمان اجراء در متن قرارداد و فقدان عرف یا عادت مسلم در خصوص زمان اجراء. فقیهان بر مبنای اصل حاکمیت اراده در فرض تعیین صریح یا ضمنی زمان اجرای قرارداد، یعنی شق اول و دوم، همان را متبع می‌دانند و در فرض عدم تعیین، یعنی شق سوم، با تمسک به قاعده «إطلاق العقد يقتضی النقد» بر اجرای فوری تعهد تأکید می‌کنند. مقررات قانون مدنی ایران و مصر و نظریات حقوق دانان ایرانی و مصری نیز کم و بیش بر این مطلب اشعار دارد. با این همه، روایی این استنباط و مفهوم فوریت با اشکالاتی مواجه است که بررسی آن‌ها در دستور کار این نوشتار قرار دارد. حال با عنایت به این که مهم‌ترین دلیل فقیهان در مقام استنباط این حکم قاعده اقتضای اطلاق است، بررسی این قاعده نیز به تبع در دستور کار این مقاله قرار خواهد داشت. بر این اساس، نویسندگان سعی دارند با تبیین و بررسی آرای فقهی و حقوقی موجود تحلیلی نوین در این زمینه ارائه و حکم موردی را که بر اساس سنت تبعیت خلف از سلف مورد اشاره قانون قرار نگرفته است، تبیین و نحوه استنباط حکم مسأله از قاعده «إطلاق العقد يقتضی النقد» را بررسی کنند. بر این اساس، مطالب این مقاله در دو بند ارائه خواهد شد. در بند نخست زمان اجرای تعهد از منظر فقه و در بند دوم، به ترتیب، موضع حقوق ایران و مصر در باب این مسأله مورد کاوش خواهد بود.

زمان اجرای تعهد در فقه

فقیهان عقیده دارند چنانچه طرفین قرارداد زمان تسلیم را تعیین کرده باشند، بر اساس اصل وجوب وفای به عهد، زمان اجرای قرارداد همان زمان معین است (شیخ مفید، المقنعه، ۵۹۵؛ ابن ادریس حلی، ۲/ ۲۸۷؛ شیخ طوسی، المبسوط، ۱۷۱/۲؛ همو، النهایه، ۳۸۷؛ ابن زهره، ۲۲۹؛ محقق حلی، ۱۹/۲؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۴۳/۲؛ همو، تذکره الفقهاء، ۲۵۱/۱۱؛ همو، تحریر الاحکام، ۳۲۳/۲؛ شهید اول، الدروس، ۲۰۲/۳؛ ابن فهد حلی، ۳۸۵/۲؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۲۲/۳؛ سبزواری، ۱/ ۴۸۰). در صورتی که زمان تسلیم در متن قرارداد تصریح نشده باشد، دو حالت وجود دارد: نخست آنکه در باب زمان اجرای قرارداد عرف و عادت مسلمی وجود داشته باشد که همان متبع است و دوم آن که چنین عرف و

عادتی وجود نداشته باشد که در این زمینه، طبق نظر مشهور در فقه، اولین زمان ممکن از نظر عرف با توجه به اوضاع و احوال یا فوریت عرفی مناط اعتبار است (شیخ انصاری، ۱۹۹۶-۱۹۸؛ صاحب جواهر، ۲۳/۹۸؛ شیخ مفید، ۵۹۵؛ شیخ طوسی، النهایه، ۳۸۷؛ ابوالصلاح حلبی، ۳۵۶؛ فاضل مقداد، ۲/۵۲؛ ابن زهره، ۲۲۹؛ ابن ادریس حلی، ۲/۲۸۷؛ محقق حلی، ۲/۱۹؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۴۳؛ همو، تذکره الفقهاء، ۱۱/۲۵۱؛ شهید اول، الدروس، ۳/۲۰۲). حکم اخیر می‌تواند محل مناقشه باشد و لذا بررسی آن خالی از وجه نیست. البته، برخی از فقیهان برای این استنباط خود دلایلی از سنت، بنای عقلاء و اجماع جسته و ارائه کرده‌اند. مع هذا، برخی دیگر از فقیهان ترجیح داده‌اند با عنایت به عموم بلوا در جمیع ابواب عقود قاعده‌ای تأسیس و استنباط‌های خود در باب زمان اجرای قراردادها را به آن قاعده مستند کنند. قاعده مذکور همان قاعده معروف «إطلاق العقد يقتضی النقد» است. در ادامه به تأسی از فقیهان گروه دوم فقط قاعده مذکور را به عنوان اهم مستندات حکم مورد بحث بررسی می‌کنیم.

۱. قاعده «إطلاق العقد يقتضی النقد»

چنان‌که گفته شد، قاعده «إطلاق العقد يقتضی النقد» مهم‌ترین مستند وجوب اجرای فوری قرارداد در فرض اطلاق است. مطابق این قاعده اطلاق عقد مقتضی وجوب اجرای فوری عقد و ایفای تعهدات ناشی از آن است. در توضیح این سخن می‌توان گفت اطلاق عقد در هر مقامی اقتضای خودش را دارد. مثلاً مقتضای اطلاق عقد وجوب تسلیم مبیع و ثمن است (محقق حلی، ۲/۲۳؛ بحرانی، ۱۹/۱۵۲) و در بحث نقد و نسیه حال بودن ثمن مقتضای اطلاق عقد است (علامه حلی، تبصره المتعلمین، ۸۹؛ روحانی، ۱۷/۴۰۵) و در باب عیوب، اطلاق عقد سلامت کالا را اقتضا می‌کند (فاضل آبی ۱/۴۰۵؛ علامه حلی، تحریر الاحکام، ۲/۳۶۸). حال، بنا بر این قاعده، اقتضای اطلاق همه تعهدات ایفای فوری و بدون تأخیر است و با واقع شدن عقد طرفین آن موظف به ایفای تعهد خود هستند (فاضل مقداد، ۲/۶۴). مثلاً، در عقد بیع، به مقتضای عقد، بایع متعهد به تسلیم فوری مبیع و مشتری ملزم به تحویل فوری ثمن است، مگر آنکه در ضمن عقد شرط دیگری شده باشد. بنابراین، مقتضای اطلاق عقد بیع، چنانچه در مبحث نقد و نسیه بحث می‌شود، نقد بودن ثمن و مضمن است. این همان قاعده معروف «إطلاق العقد يقتضی النقد» است و ظاهر عبارت فاضل مقداد، آن است که مفاد این قاعده اجماعی است (همو، ۲/۶۴)؛ یعنی در صورتی که در قرارداد شرط تعجیل یا تأجیل نشود، اطلاق عقد عرفه مقتضی وجوب ایفای فوری تعهدات قراردادی است که وجوب شرعی نیز از آن تبعیت می‌کند (صاحب جواهر، ۲۳/۱۴۴) و لذا مقتضای اطلاق عقد آن است که موضوع تعهد باید در اولین زمان ممکن تسلیم شود. در ادامه به بررسی مفردات و ادله قاعده

۲. تحلیل مفردات قاعده

در اینجا به اختصار و به اقتضای نوشتار به بررسی مفردات این قاعده می‌پردازیم:

اطلاق: اطلاق گاه در مقابل تقييد و گاه در مقابل اشتراط است و مراد از اطلاق عقد در این قاعده عدم اشتراط تعجيل يا تأجيل در عقد است (امام خميني، ۴۹۳/۵؛ فاضل مقداد، ۶۴/۲). محقق اصفهانی در باب مفهوم اطلاق در این قاعده سه احتمال مطرح کرده است. احتمال نخست آن که اطلاق به معنی عدم تقييد و تعليق انشاء بر اجل باشد، احتمال دوم آن که اطلاق به معنی عدم تقييد عوض و مملوک به اجل باشد و احتمال سوم آن که مراد از اطلاق عدم اشتراط اجل برای اداء و ایفاء باشد. در احتمال اول مانند آن که در بیع انشای مبادله را، چون واجب مشروط، بر اجل تعليق نماید و در احتمال دوم مانند آن که در بیع ثمن یا مثنی را، چون واجب معلق، مقید بر اجل کند و مثلاً بگوید که مبیع صدکیلو برنج شش ماهه است، تقييد به اعتبار مدلول مطابقی است، ولی در احتمال سوم که بیع انشاء و عوضه مطلق است و فقط تسلیم عوضین مقید به زمان شده است، تقييد به اعتبار مدلول التزامی است. به عقیده وی مراد از تأجيل شق سوم است و لذا مراد از اطلاق هم جز اطلاق از شرط اجل برای وفاء نمی‌تواند باشد. زیرا، تأجيل انشاء به اجماع فقیهان ممتنع یا باطل است و تأجيل مملوک نیز در اعیان معنی محصلی ندارد. چون، گرچه اعیان در ظرف زمان قرار دارند، لکن، بر خلاف منافع، این مرور زمان موجب تقدر و تقييد اعیان نمی‌شود و شیء امروز با شیء فردا از نظر عرف تفاوتی ندارد (اصفهانی، ۳۳۵/۵). حاصل آن که مراد از اطلاق عقد در این قاعده اطلاق آن از شرط اجل برای وفای به عهد یا تسلیم است، نه تنجز انشاء و نه عدم تقييد مملوک. در خصوص این کلام محقق اصفهانی سه نکته قابل طرح است. اولاً، به نظر می‌رسد که احتمال دیگری را نیز می‌توان به سه احتمال مطرح شده افزود. چه، تقييد ممکن است به اعتبار منشأ باشد و مثلاً در بیع منشأ مبادله به اجل مقید و معلق شده باشد. این حالت نیز از موارد تقييد مدلول مطابقی عقد است. با این همه، اطلاق از قید منشأ را نیز نمی‌توان در معنی اطلاق عقد در قاعده مورد بحث داخل دانست. چه، تعليق منشأ نیز از نظر فقیهان باطل است. ثانیاً، گرچه مرور زمان بر اعیان معین عرفاً موجب تقدر آن‌ها نمی‌شود، لکن در مورد اعیان ذمی احتمال تقدر با مرور زمان جدی است و عرف نیز ابایی از پذیرش آن ندارد. زیرا، ممکن است عرف صدکیلو برنج فی الذمه شش ماهه با اوصاف مشخص را با همان میزان و اوصاف برنج فی الذمه دوماهه یکسان نبیند و دو شیء مختلف بداند. ثالثاً، چنان که خواهیم گفت، از نظر برخی شرط اجل برای اداء تقييد لازمه عقلی یا عرفی کلام نیست و نمی‌توان احتمال سوم را تقييد مدلول التزامی کلام

دانست، مگر این که لازمه شرعی یا عقلایی را نیز داخل در مدلول التزامی کلام بدانیم.

اقتضاء: چنان که خواهیم گفت، اقتضاء در این قاعده دو معنی می تواند داشته باشد. چه، ممکن است مراد از اقتضاء اقتضای عرفی به اعتبار اطلاق مقامی و دلالت التزامی کلام باشد و ممکن است مراد از آن اقتضای عقلایی یا شرعی اطلاق باشد. در صورت اخیر، نقدیت، به مثابه یک حکم، از خارج به عقد تحمیل می شود و مربوط به اراده متعاملین نیست. طبق این دیدگاه، اگر تأجیل و تعجیل در عقد شرط نشده نباشد، عقلاء این عقد را حال می دانند، خواه طرفین آن را اراده کرده یا نکرده یا بدان توجه داشته یا نداشته باشند.

نقد: نقد در لغت به معنی إعطاء آمده است (ابن منظور، ۳/ ۴۲۵) و مراد از آن در این قاعده اعطای فوری است. مع هذا، برخی از فقیهان گفته اند مراد از نقد در بیع این است که مشتری حق به تأخیر انداختن تسلیم ثمن را ندارد (شیخ انصاری، ۶/ ۱۹۸). البته، در تفسیر این اعطای فوری یا عدم جواز تأخیر تسلیم دو دیدگاه وجود دارد. چه، جای این پرسش وجود دارد که آیا مراد از آن عدم تأخیر و اعطای فوری در فرض مطالبه ذیحق است یا بدون مطالبه ذیحق نیز وی مجاز به تأخیر نیست و فوراً مکلف به تسلیم است. مثلاً، اگر بیعی انجام شود و شرط تأجیل و تعجیل ثمن هم نشده باشد، آیا مشتری مکلف است که در اولین زمان ممکن موضوع تعهد (ثمن) را تسلیم کند، خواه مطالبه ای صورت گرفته یا نگرفته باشد، یا وی مکلف به پرداخت نیست، مگر آنکه از جانب بایع مطالبه ای صورت گرفته باشد؟ این سخن از طرف مقابل، یعنی نسبت به تسلیم مبیع، هم قابل طرح است. بنابراین، سؤال این است که آیا اطلاق عقد و نقدیت آن مقتضای فوریت بدون دخالت عنصر مطالبه متعهده است یا فوریت عندالمطالبه؟

به نظر برخی عنصر مطالبه دخیل در مقام نیست. چه، وظیفه متعهد ایفای تعهد به صورت فوری است و بر متعهد است که به محض تحقق تعهد به صورت مطلق عهده خود را از این وجوب تفریغ نماید، خواه متعهده مطالبه کند یا نکند. این مطلب از نظر قائلان آن در مواردی مثل بیع که موضوع تعهد تملیک است، وضوح بیشتری دارد. چه، در بیع مقتضای عقد آن است که هر یک از عوضین به محض عقد به طرف دیگر انتقال یابد و بنابراین، خواه صاحب مال آن را مطالبه کرده یا نکرده باشد، متعهد باید مال غیر را به مالک آن رد کند. بنابراین، مقتضای مالکیت بایع نسبت به ثمن وجوب فوری تسلیم ثمن به بایع است، هر چند او مطالبه نکرده باشد و اینکه علامه حلی وجوب دفع را در تذکره مقید به صورت مطالبه کرده است، بدین سبب است که عدم مطالبه کاشف از رضایت متعهده به تأخیر در تسلیم است. پس، همانطور که مقتضای عقد در ثمن معین آن است که بایع مالک ثمن می شود و بر مشتری واجب است که آن را به بایع بدهد، مگر آنکه حقی ثابت شود یا رضایتی حاصل شود، این اقتضاء در ثمن کلی هم وجود دارد و در این مورد نیز عقد

مقتضی مالکیت ذمه مشتری برای بایع و وجوب فوری تسلیم مصداق ما فی الذمه، بدون مدخلیت عنصر مطالبه، است، مگر این که یکی از جهات سابق الذکر حاصل شود (خویی، ۷/ ۵۴۷-۵۴۸؛ خوانساری، ۵۶۰-۵۶۱). بر این اساس، نه تنها، جواز تأخیر ادای مال غیر در صورت مطالبه نیازمند دلیل است، بلکه ادای مال غیر بدون مطالبه نیز واجب است. زیرا، تفریغ عهده یا ذمه بر متعهد و مدیون واجب است، خواه مطالبه کرده یا نکرده باشد و عدم مطالبه نیز فی نفسه کاشف از رضایت به تأخیر در ادای مال نیست. چه، ممکن است به سبب غفلت بوده باشد. البته، چنانچه جواز تأخیر اداء از قرائن خارجی فهمیده شود و مالک به بقای مال نزد دیگری راضی باشد، پرداخت فوری مال واجب نیست. از اینجا می توان فهمید که رساندن مال به مالک متوقف بر مطالبه وی نیست، بلکه مقتضای اشتغال ذمه یا عهده مدیون یا متصرف و مشمول اطلاق حدیث «لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیبة نفس منه» (حر عاملی، ۱۴/ ۵۷۲) است (خویی، ۷/ ۵۴۷).

با این همه، این دیدگاه خالی از اشکال به نظر نمی رسد. چه، اولاً، از آن حیث که مسأله با ادله وجوب وفای به عهد و ادای دین ارتباط پیدا می کند، دلیلی بر فوریت وجوب وجود ندارد و طبق تحقیقات عالمان اصول نیز امر، نه تنها، دال بر فور یا مقتضی آن نیست که اطلاق مقامی امر جواز تراخی را افاده می کند (آخوند خراسانی، ۱/ ۱۶۳-۱۶۲). بنابراین، اصل بر جواز تراخی، ولو عندالمطالبه، است و قول به فوریت وجوب مع المطالبه نیز مستند به عموماً دیگر، بنای عقلاء یا حتی اجماع فقیهان می تواند باشد. از جمله مؤیدات فوریت وجوب وفاء عند المطالبه تلازم امتناع از وفاء با مزاحمت مالک در این فرض است. ثانیه، فوریت در خصوص وجوب تعبدی و شرعی قابل طرح است و در این باره که وجوب وفاء به نفع متعهدله لحاظ شده است و شبه حق است، فوریت تعبدی معنی محصلی ندارد. چه، حکم به وجوب فوری و تعبدی ایفاء بدون مطالبه و آمادگی متعهدله برای تسلیم و استیفاء و آمادگی متعهد برای ایفاء منطقی به نظر نمی رسد. زیرا، چگونه می توان باور داشت که متعهد و متعهدله خواهان ایفاء و استیفاء فوری نباشند، اما وفای فوری شرعی و تعبدی ثابت باشد؟! تنها نکته قابل تأمل در این باره مدلول موثقه عمار بن موسی از امام صادق (ع) است. مطابق این روایت «شخصی کنیزی را از مردی به قیمت معین خرید و از هم جدا شدند. حضرت فرمودند: بیع واجب [= لازم] شد و چنانچه شرطی نکرده باشند، معامله نقد است» (حرعاملی، ۱۸/ ۳۶). بر این اساس، ممکن است استدلال شود که ظاهر از نقد در این روایت وجوب وفای فوری بدون دخالت عنصر مطالبه است. با این همه، به نظر می رسد نقد فقط به معنی اعطای فوری است و نسبت به مطالبه و عدم آن دلالتی ندارد و از این حیث مجمل است و قدر متیقن از مدلول آن فوریت وجوب وفاء عندالمطالبه است.

حاصل آن که مقتضای اطلاق نمی‌تواند فوریت مطلق باشد و اطلاق فوریت عندالمطالبه را اقتضاء می‌کند.

۳. ادله قاعده

درباره دلیل این قاعده دو رویکرد عمده در میان فقیهان وجود دارد. عده‌ای از فقیهان وجوب فوری ایفای تعهد در صورت اطلاق عقد را مقتضای قصد مشترک طرفین و بنای متعاملین می‌دانند و دسته‌ای دیگر آن را از احکام شرعی یا عقلایی ارزیابی می‌کنند.

از میان قائلان دیدگاه نخست، صاحب عروه به خوبی به تبیین این نظر پرداخته است. وی عقیده دارد اطلاق عقد انصراف به نقد بودن دارد و لذا نقدیت را می‌توان مدلول التزامی اطلاق دانست و به وجود شرط ضمنی در ضمن عقد قائل شد (یزدی، ۱۷۵/۲) و عمل به آن شرط را به دلیل عموم «المؤمنون عند شروطهم» واجب دانست (طوسی، الاستبصار، ۲۳۲/۳). طبق این استدلال در اقتضای حلول بر فرض اطلاق بین ثمن و مثنی فرقی نیست (خوانساری، ۵۶۰). بی‌گمان، مراد از انصراف اطلاق در این مجال نه انصراف لفظ مطلق به برخی از مصادیق آن که اطلاق مقامی یا سکوت در مقام بیان است. بر اساس این دلیل، سکوت طرفین عقد از ذکر اجل یا تصریح بر فوریت به معنی اراده فوریت است و فوریت مدلول التزامی یا لازمه عرفی کلام متعاقدین است، زیرا، مثلاً ظاهر بیع مطلق عرفه به تبادل بالفعل منصرف است و لذا افاده حلول می‌کند.

دیدگاه دوم را عده‌ای دیگر از فقیهان ارائه کرده‌اند. آنان عقیده دارند در این سخن که اقتضای اطلاق عقد حلول و فوریت است، مسامحه وجود دارد. زیرا، خود عقد تنها تبادل بالفعل عوضین را اقتضاء دارد و از این جهت میان نقد و نسبه فرقی نیست و وجوب تسلیم به هنگام مطالبه یا مطلقاً یا در آینده از مقتضیات اطلاق عقد نیست و معنا ندارد که گفته شود اطلاق عقد مقتضی تسلیم فوری یا عندالمطالبه مال غیر است. بنابراین، صحیح آن است که گفته شود هنگامی که شرط تعجیل یا تأجیل ثمن نشده باشد، حکم عقلایی یا شرعی مترتب بر عقد وجوب وفای فوری یا عندالمطالبه است، بدون آنکه این امر از مقتضیات عقد باشد، مگر آن که بنا بر مسامحه و مجازگویی باشد (امام خمینی، ۴۹۳-۴۹۴؛ خویی، ۵۴۷/۷). بر این اساس، فوریت شرعاً مقتضی وجوب فوری یا عندالمطالبه ادای دین است (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۱/۲۵۱). موقه عمار بن موسی نیز که سابقه در مورد آن سخن گفتیم، می‌تواند مؤید این دیدگاه باشد. چه، گویی امام (ع) در فرض جدایی متبایعین بدون ذکر هیچ سخنی درباره زمان تسلیم ثمن به نقد بودن حکم کرده‌اند. البته، پیداست که کلام معصوم (ع) می‌تواند بیان مقصود مشترک طرفین نیز باشد.

۴. نقد ادله قاعده

دو دسته نقد بر این قاعده می‌توان وارد کرد. دسته نخست اشکالات نقضی و دسته دوم اشکالات ماهوی را دربرمی‌گیرد.

دسته اول: اشکال نقضی

مهم‌ترین اشکال نقضی وارد بر قاعده در قالب این پرسش قابل طرح است که در صورت پذیرش این اقتضاء برای اطلاق، شرط تعجیل چه فایده‌ای می‌تواند داشته باشد. به دیگر سخن، چنانچه این سخن پذیرفته شود، شرط تعجیل را باید لغو دانست، در حالی که لغویت این شرط خلاف ارتکازات عقلایی است. پیداست که این اشکال یک اشکال نقضی است و به سهولت می‌توان از آن نقضی جست. در این باره دو رویکرد می‌توان داشت. رویکرد نخست آن که شرط تعجیل را مؤکد اطلاق بدانیم و دیگر آن که شرط مذکور را تأسیسی بدانیم و محملی برای آن بجوییم. بر این اساس، عده‌ای از فقیهان شرط تعجیل را مؤکد مقتضای عقد دانسته‌اند، بدین معنا که این شرط فراتر از اقتضای اطلاق، یعنی فوریت، را افاده نمی‌کند (شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱/۳۳۳؛ روحانی، ۱۷/۴۰۶؛ شهید اول، الدروس، ۳/۲۰۲)، برخی دیگر آن را تأسیس امر جدید و واجد معنی دیگری ارزیابی کرده‌اند (امام خمینی، ۵/۴۹۵) و برخی نیز قائل به تفصیل شده‌اند (اصفهانی، ۵/۳۳۷-۳۳۵). برای فهم دقیق این امر ضروری است محتملات تأسیسی بودن شرط بررسی شود و چنانچه پذیرش هیچ‌یک مقبول نیفتد، چاره‌ای جز التزام به تأکیدی بودن این شرط نیست. روشن است که طبق قاعده «اعمال الکلام اولی من إهماله» التزام به تأکیدی بودن شرط، خلاف اصل است. قائلان به تأسیسی بودن این شرط به دو گروه قائلان مطلق و قائلان به تفصیل تقسیم می‌شوند که تبیین نظر هر دو گروه لازم به نظر می‌رسد.

قول به اطلاق

دسته‌ای از فقیهان عقیده دارند شرط تعجیل مطلقه تأسیسی است بر اساس دو احتمال:

احتمال اول: تعجیل به مثابه شرط تسریع

برخی از فقیهان عقیده دارند که مقتضای اطلاق، مفید تعجیل عندالمطالبه یا تعجیل در اولین زمان ممکن از نظر عرف است و شرط تعجیل می‌تواند این اقتضاء را مقید و به ترتیب ایفای فوری تعهد بدون مطالبه متعهدله یا ایفای تعهد قبل از فوریت عرفی را بر عهده متعهد بگذارد. این دو نظر به ترتیب مورد بررسی قرار می‌گیرند.

ایفای تعهد قبل از مطالبه متعهدله: صاحب جواهر عقیده دارد شرط تعجیل می‌تواند اقتضای اطلاق را تقیید کند. چه، اقتضای اطلاق وجوب وفاء عندالمطالبه است و شارط با این شرط وفای به عهد قبل از

مطالبه را به عهده متعهد می‌گذارد. البته، خود صاحب جواهر بر این تلقی ایراد دارد و معتقد است مقتضای اطلاق، وجوب وفاء بدون نیاز به مطالبه است و لذا طرح این احتمال نمی‌تواند شرط تعجیل را از مؤکد بودن برهاند (صاحب جواهر، ۹۸/۲۳).

علاوه بر این، شیخ انصاری نیز دو ایراد بر این احتمال وارد می‌داند. اولاً، این احتمال خلاف متفاهم از آن شرطی است که محل نظر مشهور بوده است و ثانیاً، عدم مطالبه در زمان استحقاق مطالبه به الغاء و اسقاط این حق مشروط در این مقدار از زمان باز می‌گردد (شیخ انصاری، ۱۹۹/۶). به عبارت دیگر، این شرط لغو است. زیرا، در صورت مطالبه تسلیم واجب است، خواه این شرط باشد، خواه نباشد و در صورت عدم مطالبه، حق ناشی از شرط یعنی پرداخت موضوع تعهد ساقط شده است و لذا اشتراط و عدم اشتراط این شرط لغو، علی السواء و بی فایده است. (یزدی، ۱۷۵/۲) با این همه، این ایرادات وارد به نظر نمی‌رسد. زیرا، در مورد ایراد نخست می‌توان گفت تحلیل صاحب جواهر از مفاد شرط منطبق بر متفاهم عرفی است. چون، بسیاری از تاجران ممکن است به علت امکان غفلت از مطالبه ناشی از کثرت مشغله یا خلاف شأن دانستن مطالبه بعدی تعجیل در تسلیم را به شکل مطلق شرط کنند (سبحانی، ۶۴۹). اما در مورد ایراد دوم نیز می‌توان گفت بر فرض آنکه مفاد شرط پرداخت موضوع تعهد هر چند در صورت عدم مطالبه باشد، نمی‌پذیریم که عدم مطالبه به اسقاط این حق بر می‌گردد. عدم مطالبه به الغاء و اسقاط حق بر نمی‌گردد (یزدی، ۱۷۵/۲). بر این اساس، سید خوبی نیز این احتمال را معقول می‌داند. وی عقیده دارد که در صورت وجود قرینه بر امکان تأخیر در زمان مطالبه شرط تعجیل می‌تواند قرینه را منتفی نماید (خوبی، ۵۴۸/۷).

ایفای تعهد قبل از فوریت عرفی: این را سید خوبی مطرح کرده است. وی عقیده دارد که فوریت عرفی گاه مقتضی تسلیم در بازه زمانی طولانی‌تری است و شرط تعجیل می‌تواند اسراع در ایفای تعهد پیش از فوریت عرفی را بر عهده متعهد بگذارد (همو، ۵۴۸/۷).

احتمال دوم: تعجیل به مثابه شرط خیار در صورت عدم تسریع در ایفای تعهد

برخی از فقیهان معاصر از ظاهر کلام شهید ثانی در مسالک و شرح لمعه استظهار کرده‌اند، شرط تعجیل، خواه در صورت توقیت و خواه در صورت عدم آن، به منزله شرط خیار در صورت اخلال به شرط است و لذا با حالت اطلاق تفاوت دارد (سبحانی، ۶۴۹). این استظهار از عبارت شهید ثانی می‌تواند محل اشکال باشد. چه، مراد از اطلاق در عبارت وی در دو کتاب پیش‌گفته احتمالاً اطلاق از شرط است و نه اطلاق از وقت و مراد وی آن است که در فرض اشتراط تعجیل و عدم آن، چنانچه از تسلیم در اول ازمان

امکان ایفای تعهد نکند، مشروطه^۱ حق فسخ خواهد داشت (شهید ثانی، الروضة البهیه، ۱/۳۳۳). بنابراین، شهید ثانی را باید از قائلان به تأکیدی بودن شرط تعجیل به صورت مطلق دانست. چه، وی ظاهراً در فرض اطلاق و شرط تعجیل به وجوب وفای فوری قائل است و در صورت اخلال به این امر در هر دو حالت خیار را ثابت می‌داند. با این همه، عبارت مسالک^۲ بیش از شرح لمعه تاب تفسیر این فقیه معاصر را دارد (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳/۲۲۳).

به هر حال، این دیدگاه با دو اشکال دیگر نیز مواجه است. اشکال نخست آن است که احتمال بطلان شرط به سبب غرر وجود دارد. زیرا، تعجیل به صورت مطلق ذومراتب است و اطلاق آن از وقت موجب جهل به شرط و بطلان آن می‌گردد و در صورت قول به تلازم بطلان شرط با عقد موجب سرایت فساد به عقد نیز می‌شود (صاحب جواهر، ۲۳/۹۸). البته، دیگر فقیهان با این اشکال هم‌دل نیستند. زیرا، مراد از اطلاق تعجیل ایفای تعهد در اول از منته امکان است و لذا این شرط مصداق شرط مجهول نیست (اصفهانی، ۵/۳۳۷؛ امام خمینی، ۵/۴۹۶). به عقیده محقق اصفهانی مراد از تعجیل در شرط تعجیل لا بشرط قسمی، یعنی تعجیل مطلق از زمان و عدم زمان، نیست، بلکه مراد تعجیل بشرط لا، یعنی تعجیل غیر مقید به زمان، است و لذا ممکن است اثبات زمان خاصی مورد نظر باشد، همان‌گونه که اطلاق امر مقتضی وجوب تعیین عینی نفسی است (اصفهانی، ۵/۳۳۷). با این وجود، امام خمینی ناقد این استدلال است و عقیده دارد مبنای این استدلال، یعنی حمل مطلق بر یکی از اقسام آن، فاسد است و مبنای وجوب ایفاء در اول از منته امکان حمل اطلاق تعجیل بر تعجیل در تعجیل است. چه، فراتر از آن نیاز به تصریح دارد و زیاده در بیان می‌طلبد (امام خمینی، ۵/۴۹۶-۴۹۷). اشکال دوم وارد بر این دیدگاه نیز اطلاق قول به ثبوت خیار در فرض اخلال به شرط است. چه، از نظر برخی فقیهان ثبوت خیار منوط به عدم امکان الزام است (صاحب جواهر، ۲۳/۹۹). ولی به نظر می‌رسد که این اشکال از اختلاف در حمل یا مبنا ناشی شده باشد. چه، اولاً، شهید اول در بحث تخلف از شروط ضمن عقد مطلقه قائل به ثبوت خیار است و الزام به شرط را قبول ندارد و ثانیاً، محتمل است از نظر وی شرط تعجیل موقت محمول بر شرط خیار عند التخلف

۱ (و اطلاق البیع یقتضی کون الثمن حالا و إن شرط تعجیل) فی متن العقد (آکده)، لحصوله بدون الشرط. (فإن وقت التعجیل) بأن شرط تعجیل فی هذا اليوم مثلاً (تخیر) البائع (لو لم یحصل) الثمن (فی الوقت) المعین، و لو لم یعین له زماناً لم یفد سوی التأكيد فی المشهور. و لو قیل بثبوت مع الإطلاق أيضاً لو أخل به عن أول وقته كان حسناً، للإخلال بالشرط. استنباط اطلاق از توقیت از تعبیر اطلاق در جمله اخیر بسیار دشوار است و ظاهر آن است که مراد از اطلاق اطلاق از شرط است.

۲ اشتراط التعجیل مطلقاً یفید تأکید، لحصوله بدون. نعم، لو عین زمانه وأخل به المشتري ولم یمكن إجباره علیه، أفاد تسلط البایع علی الفسخ، وفاقاً للدروس. و یحتمل قویاً جواز مع الاطلاق کثیره من الشروط. این عبارت بر این امر دلالت می‌کند که از نظر شهید ثانی اشتراط تعجیل اصولاً مفید تأکید است، مگر در صورت توقیت تعجیل. حال، با توجه به این که وی پس از بیان فتوی صریح خود جواز فسخ در صورت اطلاق را نیز به عنوان احتمال قوی مطرح می‌کند، ممکن است استشعار شود که مراد وی از اطلاق در جمله اخیر اطلاق معجل از توقیت است، نه اطلاق از تعجیل و تأجیل و این جمله استثناء بر استثنای جمله قبلی است نه استثناء از مستثنی منه نخست.

باشد و لذا خيار ثابت از نظر وی خيار شرط باشد و نه خيار اشتراط يا تخلف شرط. با این همه، چنانچه مراد از خيار مذکور در کلام شهید ثانی خيار اشتراط فعل باشد، ایراد بر وی وارد است. چه، ظاهر شهید ثانی در شرط فعل نظر به ترتب بین الزام و فسخ دارد.

قول به تفصیل

در بین فقیهان در خصوص قول به تفصیل درباره تأکیدی یا تأسیسی بودن شرط تعجیل، دو نظر وجود دارد.

نظر شهید اول: وی در دروس، بین حالت توقیت تعجیل و عدم آن قائل به تفصیل شده و تعجیل غیر موقت را مفید تأکید و تعجیل موقت را مفید حق فسخ در فرض اخلال به شرط دانسته است. بنابراین، از نظر وی چنانچه شرط تعجیل و برای آن وقت معین شده و مشروط علیه به شرط عمل ننماید، مشروط له حق فسخ پیدا خواهد کرد (شهید اول، الدروس، ۳/۲۰۲؛ شهید ثانی، حاشیه الارشاد، ۲/۷۷). ایرادات وارد بر این دیدگاه گذشت.

نظر محقق اصفهانی: وی در خصوص تأسیسی یا توکیدی بودن شرط تعجیل، قائل به تفصیل شده است. وی برای بیان این تفصیل، شرط تعجیل را به پنج قسم تقسیم کرده است. زیرا، شرط تعجیل به دو صورت شرط نتیجه و شرط فعل متصور است و در حالت نخست یا حق تعجیل شرط شده است یا حق عدم تأخیر و در حالت دوم یا تسریع در انجام پس از مطالبه شرط شده است یا بدون مطالبه و در مورد اخیر یا برای تسریع در انجام تعهد زمان در نظر گرفته شده است یا خیر (ر.ک. اصفهانی، ۵/۳۳۷-۳۳۵). بنابراین، مجموعه پنج حالت خواهیم داشت که به ترتیب مذکور در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

حالت اول: اشتراط حق تعجیل برای متعهدله: این شرط مانند آن است که شخصی مالی به دیگری بفروشد و بر خریدار شرط کند که من حق دارم در مطلبه ثمن عجله کنم و آن را سریعاً مطالبه کنم. (این حق تعجیل) محقق اصفهانی عقیده دارد این شرط مؤکد اطلاق نیست. زیرا، اطلاق فراتر از بقای سلطنت مالک بر مال را اقتضاء نمی‌کند و این شرط فراتر از اقتضای مذکور و نیز قابل اسقاط است.

حالت دوم: اشتراط عدم حق تأخیر بر متعهد: این شرط مانند آن است که شخصی مالی به دیگری بفروشد و بر خریدار شرط کند که مطلقاً حق تأخیر در پرداخت ثمن را نداشته باشد. این فرض ظاهر به وسیله محمدتقی شیرازی مطرح و مؤکد اطلاق ارزیابی شده است. محقق اصفهانی عقیده دارد اولاً، این شرط نامعقول است. زیرا، متعلق آن عدمی است و مثبت حق نیست و چیزی نیز که حق تأخیر را برای متعهد اقتضاء نماید وجود ندارد تا شرط نافی آن اقتضاء باشد. ثانیاً، این شرط لغو است. چون، در صورت نبود این شرط نیز مشتری حق تأخیر نداشت و ثالثاً، چنانچه معقولیت شرط پذیرفته شود، مقتضای اطلاق

عدم حق تأخیر برای مشتری نیست که این شرط مؤکد آن باشد. چه، اطلاق مقتضی اطلاق سلطنت مالک بر مطالبه مال خود در هر زمان و شرط تأجیل نیز مقید همین اطلاق است (اصفهانى، ۵/۳۳۷-۳۳۵). البته، به نظر می‌رسد که بتوان این شرط را به نحوی تصویر کرد که ایراد محقق اصفهانى بر میرزا محمدتقی شیرازی وارد نباشد. چه، اگر متعهدله بر متعهد شرط کرده باشد که پس از مطالبه وی حق تأخیر در اجرای تعهد را نداشته باشد، شرط معقول و مؤکد اطلاق خواهد بود.

حالت سوم: اشتراط تسریع در انجام تعهد پس از مطالبه: این شرط مانند آن است که شخصی مالی به دیگری بفروشد و بر خریدار شرط کند که پس از مطالبه فوراً ثمن را بپردازد. به عقیده محقق اصفهانى این شرط فقط از حیث متعلق مؤکد اطلاق است، نه حکم. زیرا، این شرط مقتضی ثبوت خیار عندالتخلف، حق تعجیل و لزوم تعجیل برای مشروط له است، در حالی که اطلاق چنین احکامی ندارد (همان).

حالت چهارم: اشتراط تسریع در انجام تعهد بدون مطالبه و بدون توقیت: این شرط مانند آن است که شخصی مالی به دیگری بفروشد و بر خریدار شرط کند که بدون مطالبه و فوراً من را بپردازد. محقق اصفهانى عقیده دارد این شرط مؤکد اطلاق نیست. زیرا، مدلول التزامی اطلاق فقط وجوب تسریع در اداء عندالمطالبه است و این شرط فراتر از آن است. دلیل این امر آن است که عدم تسلیم فقط در صورت مطالبه با لوازم مالکیت مالک منافات دارد و مزاحمت با سلطان مالک به شمار می‌رود و عدم تسلیم در فرض عدم مطالبه مالک مزاحمت با سلطان مالک شمرده نمی‌شود.

حالت پنجم: اشتراط تسریع در انجام تعهد بدون مطالبه و با توقیت: این شرط مانند آن است که شخصی مالی به دیگری بفروشد و بر خریدار شرط کند که بدون مطالبه و تا یک ماه یا سر یک ماه ثمن را به وی پرداخت نماید. به عقیده محقق اصفهانى این شرط نیز به وضوح مؤکد اطلاق نیست (اصفهانى، ۵/۳۳۷-۳۳۵).

دسته دوم: اشکالات ماهوی

دو اشکال مهم در باب قاعده «إطلاق العقد يقتضى النقد» به نظر می‌رسد که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

اشکال اول این است که اطلاق عقد موجب غرر و مآلاً بطلان عقد است. چه، تعجیل یا تأجیل عرفاً در تعیین میزان ثمن مؤثر است و این امر مدلول قاعده «للأجل قسط من الثمن» نیز است. بنابراین، تأجیل ثمن موجب افزایش آن و تعجیل ثمن موجب کاهش آن است، همان گونه که تأجیل مبیع موجب کاهش ثمن و تعجیل مبیع موجب افزایش ثمن است. بر این اساس، اهمال این امر در عقد موجب جهل به عوض

و غرر و سبب بطلان خواهد بود. تأکید فقیهان بر تعیین اجل تسلیم مبیع در سلف و اجل تسلیم ثمن در نسیئه و قرارداد آن در عداد شروط صحت بیع نیز مؤید این مدعا است.

این اشکال را به دو صورت می‌توان پاسخ گفت. اولین پاسخ این‌که ذکر اجل تسلیم از شرایط اساسی صحت معامله محسوب نمی‌شود و اهمال آن در معامله حاکی از عدم ایجاب غرر در قصد مشترک طرفین یا نزد عقلاء است. این پاسخ در صورتی مقبول خواهد بود که مناط نفی غرر منفی بودن آن در قصد مشترک طرفین یا بنای عقلاء و نه واقع باشد که این کبرا طبق مبنای مشهور در فقه مقبول نیست. از دیگر سو، این پاسخ در صورتی صحیح است که زمان تسلیم به عنوان شرط مصطلح مطرح باشد و چنانچه زمان تسلیم قید عوضین باشد، پذیرش این پاسخ دشوار خواهد بود. البته، قبلاً گفته شد که پاره‌ای از فقیهان در امکان تقیید عوضین به زمان در جایی که از اعیان باشند، تردیدهایی دارند. پاسخ دیگر این است که با توجه به انصراف اطلاق به فوریت غرر منتفی است. در نقد این پاسخ می‌توان گفت این پاسخ در صورتی صحیح است که انصراف اطلاق به نقدیت مدلول التزامی کلام و متعلق قصد مشترک طرفین باشد و اگر این انصراف مقتضای شرعی اطلاق باشد، غرر فقط در صورت توجه متعاقدین به این حکم شرعی منتفی خواهد بود و در صورت جهل ایراد غرر کماکان باقی خواهد بود. زیرا، نفی غرر دائرمدار انتضای جهل یا جهل خطرناک در واقع و علم متعاقدین به آن است و وجود یک عنصر از عنصر دیگر کفایت نمی‌کند.

دومین اشکال وارد بر این قاعده این است که قاعده مذکور فرض انتفاع متعهد یا او و متعهدله از فوریت اجرای تعهد را ندیده گرفته و اطلاق را یکسره به نفع متعهدله تفسیر کرده است. در توضیح این اشکال می‌توان گفت گاهی نفع متعهد یا متعهد و متعهدله به صورت توأمان در تسریع اجرای تعهد است و این گونه نیست که همیشه فقط متعهدله مشتاق اجرای تعهد و متعهد گریزان از آن باشد. چه، متعهد نیز می‌تواند اغراض عقلایی و یا شرعی برای انجام تعهد خویش به صورت فوری در نظر داشته باشد. از جمله این اغراض می‌توان به خوف از بالارفتن هزینه اجرای تعهد و خوف از تلف قبل از قبض در معاوضات که موجب انفساخ معامله است، اشاره کرد. علاوه بر این، انگیزه‌های غیرمادی نیز می‌تواند در لحاظ نفع متعهد در تسریع دخیل باشد. زیرا، ممکن است متعهد بخواهد تمام حساب‌های خود را ببندد و ترک دیار کند. این اشکال را نمی‌توان پاسخ گفت. چه، این قاعده برای قصد مشترک طرفین در تفسیر اطلاق عقد واقعی ننهاده است.

۵. جمع‌بندی مطلب در فقه

با لحاظ مطالب مذکور اینک می‌توان به جمع‌بندی مطلب از نظر فقه پرداخت.

اول اینکه اطلاق عقد از شرط تعجیل و تأجیل موجب غرر نیست و تأثیر زمان اجراء در ارزش فقط مربوط به حیطه دواعی و انگیزه‌ها است، نه قصد طرفین معامله. بنابراین، اهمال شرط به منزله عدم تأثیر این عنصر در تعیین ارزش در قصد مشترک طرفین است و بنای عقلاء نیز بدین قصد مشترک احترام می‌گذارد و همین مقدار را نافی غرر می‌داند.

دوم اینکه اطلاق عقد، نمی‌تواند افاده فوریت کند، مگر این که فوریت از لوازم عقلی، عرفی یا عقلایی - شرعی کلام باشد. زیرا، با انعقاد عقد آن چه واجب می‌شود وفای به عقد است و این وجوب وفاء، در غیاب قرائن، فقط بر نفس وجوب وفاء دلالت می‌کند و دلالتی بر تعیین فور یا تراخی ندارد. البته، در این حالت از آن می‌توان جواز تراخی را استفاده نمود. بنابراین، اصل بر امکان تراخی است.

سوم اینکه گرچه موثقه عمار بن موسی بر نقدیت در فرض اطلاق دلالت می‌کند، ولی می‌تواند مختص بیع یا مملکات یا معاوضات باشد و از دیگر سو، این موثقه فقط افاده فوریت می‌کند و نسبت به تأثیر مطالبه متعهدله معجل است.

چهارم اینکه به نظر می‌رسد فوریت مطلق بدون تأثیر مطالبه نمی‌تواند مقتضای اطلاق باشد. زیرا، هم خلاف اصل جواز تراخی است و هم خلاف اقتضای حقیقت وجوب وفای به عقد.

پنجم اینکه مقتضای اطلاق فقط نمی‌تواند به سود متعهدله تفسیر شود. چه، متعهد و متعهدله هر دو در اجرای قرارداد اغراض عقلایی دارند. اولی به دنبال تفریح ذمه است و دومی به دنبال نیل به مقصود. بنابراین، همان‌گونه که اطلاق عقد وجوب ایفای عندالمطالبه را افاده می‌کند، وجوب استیفاء را نیز می‌تواند از آن فهمید. بر همین اساس است که در صورت امتناع متعهدله از استیفاء در فرض اطلاق متعهد می‌تواند اجبار وی به آن را از دادگاه صالح بخواهد.

ششم اینکه شرط تعجیل مؤکد اطلاق نیست. چه اینکه، اطلاق، همان‌گونه که گفته شد، مفید وجوب ایفای عندالمطالبه و استیفاء عند الایفاء است، در حالی که شرط تعجیل به معنی وجوب تسریع در ایفای تعهد بر متعهد است.

زمان اجرای قرارداد در حقوق ایران

آنچه به عنوان مقدمه در این مبحث ضروری به نظر می‌رسد ذکر این نکته است که مفاد تعهد گاه ناظر بر ایجاد یک نتیجه حقوقی، مانند ملکیت، است و گاه ناظر بر انجام یا ترک یک فعل که هر دو مشمول وجوب وفا هستند. حال، ممکن است گفته شود در صورت نخست، با توجه به این که موضوع تعهد به نفس قرارداد ایجاد می‌شود، پس طرح پرسش از زمان اجرای قرارداد در این موارد اصلاً محتملی ندارد. در

پاسخ به این اشکال می‌توان گفت اولاً، تعهد ناشی از قراردادهای گروه نخست نیز ممکن است به علت تعلیق در منشأ به نفس عقد ایجاد نشود و ثانیاً، تعهد ناشی از عقد به تعهد اصلی محدود نیست و عقد تعهد یا تعهدات تبعی نیز در پی دارد. مثلاً گرچه موضوع تعهد اصلی در بیع مبادله و اثر آن ملکیت است و به نفس معامله محقق می‌شود، لکن تعهد به تسلیم عوضین نیز از تعهدات ناشی از بیع است، ولی نه تعهد اصلی، بل فرعی و تبعی. بنابراین، اگر سؤال از زمان اجرای تعهد اصلی بی‌وجه باشد، پرسش درباره زمان تسلیم معنا دارد و موجه است. بنابراین، پرسش از زمان اجراء در مورد همه قراردادها محتمل طرح می‌یابد که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد. بدین منظور فروض مختلف مسأله باید در نظر گرفته شود. در بیان فروض باید گفت متعاقدین یا به زمان اجرای تعهدات در قرارداد تصریح می‌کنند یا نمی‌کنند و در حالت دوم یا عرف و عادت مسلمی درباره زمان اجرای تعهدات قراردادی وجود دارد یا ندارد. بنابراین، دو حالت کلی وجود خواهد داشت.

۱. تصریح به زمان اجرای تعهدات در قرارداد

صورت اول در جایی است که زمان اجرای تعهد مطابق توافق طرفین در متن قرارداد معین شده باشد. این امر به سه نحو شرط تعجیل، شرط تأجیل و شرط ایفاء عندالمطالبه امکان پذیر است. در این صورت با استناد به مواد ۱۰ و ۲۱۹ ق.م. لزوم پای بندی طرفین و وجوب وفای آنان به این شرط صریح را می‌توان نتیجه گرفت. بنابراین، متعهد باید طبق مفاد قرارداد منعقد شده تعهد را در زمان مقرر به اجرا در آورد. این امر در ماده ۳۹۴ ق.م. نیز در خصوص بیع پیش بینی شده است. تنها شبهه قابل طرح در این مورد تردید در صحت شرط ایفاء عندالمطالبه تعهد است. این تردید در حقوق ایران با توجه به ماده ۲۲۶ ق.م. قابل طرح نیست. چه، این ماده امکان سپردن «اختیار موقع انجام» تعهد به متعهدله را پیش بینی نموده است.

۲. عدم تصریح به زمان اجرای تعهدات در قرارداد

این فرض خود در بردارنده دو فرض است. فرض نخست حالتی است که عرف یا عادت مسلمی درباره زمان اجرای تعهد وجود دارد و فرض دوم حالتی است که چنین عرف یا عادتتی وجود ندارد.

فرض اول: وجود عرف یا عادت مسلم

در این فرض، زمان اجرای تعهدات قراردادی در متن قرارداد مورد تصریح واقع نشده است، لکن عرف یا عادت مسلم اجرای آن در زمان خاصی را اقتضاء می‌کند. مثلاً، چنانچه عرف پیش فروش کنندگان میوه تحویل آن ظرف پانزده روز از تاریخ چیدن اولین محصول باغ (بر فرض معلوم بودن تاریخ مذکور) یا رویه تجارتي دو تاجر واریز وجوه قراردادی حداکثر تا ۷۲ ساعت پس از ارسال کالاها باشد، می‌توان گفت به ترتیب عرف و عادت مقتضی اجرای قرارداد در زمان مذکور است. در این فرض می‌توان اطلاق عقد را به

مقتضای عرف و عادت مذکور منصرف و آن را متعلق قصد مشترک طرفین و لازم الاتباع دانست. بی‌گمان، فرض وجود عرف و عادت مسلم با فرض تصریح متحد الحکم است و این امر در مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م.مورد تصریح قرار گرفته است. مطابق ماده ۲۲۰ ق.م. «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌کند، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم هستند» و به تصریح ماده ۲۲۵ آن قانون «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است».

فرض دوم: فقدان عرف یا عادت مسلم

اما این صورت که مهم‌ترین علت برای انعقاد این نوشته را به خود اختصاص می‌دهد عبارت است از آن که نه شرط صریحی در ضمن عقد وجود داشته باشد و نه عرف و عادت زمان خاصی را اقتضاء کند. دو احتمال در این باره قابل طرح است:

نخست آن که چنین قراردادی را خالی از زمان اجراء بدانیم و ابراز عقیده کنیم که در چنین قراردادی تعیین زمان اجراء به توافق پسینی طرفین موکول شده است. بی‌گمان، چنین توافقی صحیح به نظر می‌رسد و حاکی از فرعیّت زمان اجراء نزد متعاملین و عدم تأثیر آن در ارزش عوضین است. در این صورت، چنانچه توافقی رخ دهد، متبع خواهد بود و الا هریک از طرفین می‌تواند الزام طرف مقابل را به ایفاء یا قبول ایفاء تعهد الزام نماید. این نظر به نحو دیگری نیز قابل توجیه است. این مطلب از مفهوم ماده ۲۲۶ ق.م.م نیز قابل استفاده است. چه، طبق این ماده مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی فقط در دو صورت ممکن است: جایی که برای ایفاء تعهد مدت معینی مقرر و مدت مزبور منقضی شده باشد و موردی که اختیار موقع انجام معامله با متعهدله باشد و ثابت شود وی انجام تعهد را مطالبه کرده است. بنابراین، گویی در غیر این دو صورت امکان مطالبه خسارت ناشی از نقض وجود ندارد و تنها باید توافق کرد یا الزام به اجرای تعهد را از دادگاه صالح خواست. بدین توضیح که نفع متعهدله در اجرای فوری عندالمطالبه و نفع متعهد در استیفای فوری عندالوفاء است و نفی توجه هر دو تکلیف به طرف مقابل موافق اصل برائت است. زیرا، اصل برائت نافی وجوب وفای عندالمطالبه و استیفای عندالوفاء است و عملاً چاره‌ای جز توافق جدید یا صلح قهری وجود ندارد. منظور از صلح قهری نیز حکم دادگاه به وجوب وفاء و استیفاء به صورت هم زمان است که در فقه نیز مورد اشاره قرار گرفته است. صلح قهری یا اجباری در کلام حقوق‌دانان معنون نیست و در فقه نیز اندکی بدان اشاره کرده‌اند. محقق قمی در ضمن پاسخ به پرسشی در باره مصالحه خمس با مجتهد به عنوان نماینده طلبکار، یعنی امام (ع)، می‌نویسد: «مراد فقیهان در مسأله دین هم این است و «صلح اجباری» از این باب است که در بسیاری از مقامات گفته‌اند و مراد از اجبار بر صلح این

است که چون رفع ناخوشی از طرفین در صورت گرفت و گیر ممکن نیست، ایشان را الزام می‌کنند که در یک مرتبه‌ای از مراتب تراضی واقع شود و به جهت رفع فساد و قطع نزاع و تجاذب صلح کنند. و این معنی غیر از مصالحه طلبکار یا مدیون است به هر چه خواهند، هر چند به دست برداشتن باشد. زیرا که در آن جا تجاذب و نزاعی نیست، به جهت این که طلبکار از روی علم دست از حق خود برمی‌دارد و در اینجا حق خود را به صورت کامل گرفته است و این داخل در حکم است و آن محض مصالحه و تراضی و گذشت است، پس ما نحن فیه قسمی است از اقسام مثبت حق، مثل بینة و یمین و اقرار» (میرزای قمی، ۱/۲۰۹). این تعبیر را به گونه‌ای در تعبیر گذشتگان نیز می‌توان یافت که در مواردی که دعوا به گونه‌ای قابل رفع نیست به صلح قهری بین طرفین حکم کرده‌اند (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۱/۲۴۸).

احتمال دیگر آن است که بگوییم محمل اطلاق وجوب اجرای معامله و ایفای تعهد بر متعهد عندالمطالبه و قبول مورد تعهد و استیفای آن بر متعهدله عند الوفاء است و هر یک از دو زمان مطالبه یا وفاء زودتر فرارسد، زمان اجرای عقد فرارسیده است. چنان که گفتیم، این دیدگاه اقرب به صواب است و لزوم اجبار در صورت مطالبه یا امتناع از قبول تعهد نیز مؤید این معنی است.

قانون مدنی مصر در «ماده ۳۴۶» به بحث زمان اجرای قرارداد پرداخته است. مطابق این ماده «به محض ایجاد نهایی تعهد در ذمه متعهد، وفای فوری به تعهد واجب است، مگر این که قرارداد یا نص [قانونی] خلاف آن را مقرر کرده باشد».^۳ بنابراین، در حقوق مدنی مصر در تعهدات اصل بر فوریت وفاء است. معادل این مقرر در قوانین مدنی کشورهای عربی دیگر مانند «ماده ۳۳۳ قانون مدنی لیبی» و «ماده ۳۴۳ قانون مدنی سوریه» نیز وجود دارد. مع هذا، چنانچه تعهد معلق بر شرطی باشد، وفای به آن قبل از حصول شرط واجب نیست. در این مورد، باید انتظار محقق شدن شرط را کشید و در صورت تحقق یافتن شرط وفای به عهد به صورت حال و فوری واجب می‌گردد. اما این اصل با دو استثناء مواجه است: توافق قراردادی یا نص قانونی بر خلاف اصل فوریت. در خصوص مورد نخست باید گفت توافق بر خلاف این اصل به موجب قرارداد بسیار رایج است و بسیار اتفاق می‌افتد که به موجب قرارداد ایفای تعهد در زمانی پس از انعقاد آن مقرر شده باشد. در خصوص مورد دوم با دو حالت مواجه هستیم. چه، مقنن گاه صریحاً زمان اجرای تعهد را مشخص می‌کند و گاه تعیین آن را به عرف واگذار می‌کند. در حقوق مصر برای تعیین صریح زمان پرداخت به موجب قانون به «ماده ۱۰۰۳» قانون مدنی آن کشور استناد می‌کنند. مطابق این ماده در عقد تحکیر که به عقد اجاره موقوفه غیر منقول برای بنای مستحدثات اطلاق می‌شود، «محتکر (یعنی مستأجر) باید اجرت مورد توافق را به محکر (یعنی موجر) بدهد و اجرت باید در پایان هر سال

^۳ «يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمه المدین ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

پرداخت شود، مگر آن که در عقد تحکیر بر خلاف آن تصریح شده باشد». بنابراین، این ماده زمان اجرای تعهد را رأساً به مثابه یک حکم قانونی مشخص کرده است. گاهی نیز قانون تعیین زمان وفای به دین را به عرف واگذار می‌کند، همان‌گونه که در بند اول «ماده ۵۸۶» قانون مدنی مصر در خصوص اجاره چنین مقرر شده است. مطابق این مقرر «پرداخت اجرت در زمان‌های مورد توافق بر مستأجر واجب است. پس، چنانچه توافقی (در این باره) وجود نداشته باشد، عرف جهت آن را معین می‌کند». (سنه‌وری ۷۸۰/۳-۷۷۷). بنابراین، در این قوانین نیز فرض فقدان توافق و عرف و عادت در نظر گرفته نشده است. البته، فرض تعیین زمان اجراء به موجب قانون از ابداعات این قوانین به شمار می‌رود.

نتیجه‌گیری

۱. طبق نظر مشهور در فقه در مورد زمان اجرای تعهدات در قراردادی که زمان تسلیم در آن مشخص نشده است و عرف و عادت نیز مقتضی تسلیم در زمان معینی نیست، تسلیم فوری مورد قرارداد واجب است.
۲. قانون مدنی در این خصوص از نظر مشهور فقیهان تبعیت کرده است.
۳. قانون مدنی مصر در فرض فقدان توافق یا نص قانونی، اصل را وجوب وفای فوری به محض انعقاد قرارداد می‌داند.
۴. طبق نظر مختار وجوب وفای عندالمطالبه و استیفای عندالوفاء مقتضای اطلاق عقد است.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، تحقیق و تعلیق عباس علی زارعی سبزواری، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ هفتم، ۱۴۳۱ ق.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المومنین (ع)، ۱۴۰۳ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، ۱۴۰۳ ق.

- اصفهانى، محمد حسين، *حاشيه كتاب المكاسب*، قم، انوار الهدى، ١٤١٨ ق.
- امامى، حسن، *حقوق مدنى*، تهران، انتشارات اسلاميه، بى تا.
- انصارى مرتضى بن محمد امين، *المكاسب المحرمة و البيع و الخيارات*، قم، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، ١٤١٥ ق.
- بحرانى، يوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فى احكام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ١٤٠٥ ق.
- بروجردى عبده، محمد، *حقوق مدنى*، تهران، كتابخانه گنج دانش، ١٣٨١.
- حر عاملى، محمد بن حسن، *تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤٠٩ ق.
- خمينى، روح الله، *كتاب البيع*، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى قدس سره، ١٤٢١ ق.
- خوانسارى، محمد امامى، *الحاشيه الثانية على المكاسب*، همراه با «الحاشيه الأولى على المكاسب» در يك جلد، بى تا.
- خويى، ابوالقاسم، *المكاسب - مصباح الفقاهة*، بى تا.
- روحانى، صادق، *فقه الصادق (ع)*، قم دار الكتاب - مدرسه امام صادق عليه السلام، ١٤١٢ ق.
- سبحانى، جعفر، *المختار فى احكام الخيار*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٤١٤ ق.
- سنهورى، عبدالرزاق، *الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، نظريه الالتزام بوجه عام*، بيروت لبنان، دار احياء التراث العربى ١٩٥٢ م.
- شهيد اول، محمد بن مكى، *الدروس الشرعية فى فقه الامامية*، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، چاپ دوم، ١٤١٧ ق.
- شهيد ثانى، زين الدين بن على، *الروضه البهيه فى شرح اللمعة الدمشقيه (حاشيه سلطان العلماء)*، قم، دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، ١٤١٢ ق.
- _____، *حاشيه الارشاد، تصحيح رضا مختارى*، قم، دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، ١٤١٤ ق.
- _____، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ١٤١٣ ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام*، بيروت - لبنان دار احياء التراث العربى، چاپ هفتم، ١٤٠٤ ق.
- طوسى، محمد بن حسن، *الاستبصار فيما اختلف من الاخبار*، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ١٣٩٠ ق.
- _____، *المبسوط فى فقه الامامية*، تهران، المكتبه المرتضويه لاحياء الآثار الجعفريه، ١٣٨٧ ق.

بهار ۱۳۹۸ تحلیل مقتضای اطلاق قرارداد از حیث زمان اجرا از منظر فقه امامیه، حقوق ایران و مصر ۱۷۹

_____، *النهاية في مجرد الفقه والفتاوى*، بيروت، دارالكتب العربي، ۱۴۰۰ ق.

عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ق.

عدل، مصطفی (منصور السلطنة)، *حقوق مدنی*، به کوشش محمد رضا بندرجی، قزوین، بحر العلوم، ۱۳۷۳. علامه حلی، حسن بن یوسف، *تبصرة المتعلمين في احكام الدين*، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی تهران، ۱۴۱۱ ق.

_____، *تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامية (ط - الحدیثه)* قم، مؤسسه امام صادق (ع) ۱۴۲۰ ق.

_____، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ ق.

_____، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، *كشف الرموز في شرح مختصر النافع*، قم، دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ سوم، ۱۴۱۷ ق.

فاضل لنکرانی، محمد، *جامع المسائل (فارسی)*، قم، امیر قلم، چاپ یازدهم، بی تا. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *التنقيح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق. محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

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

مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، کنگره جهانی شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، *جامع الشتات في اجوبة السؤالات*، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ ق.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، *حاشية المكاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.

Table of Contents

<p>A Study on the Religious Percept of Removing Goods from the Place of Safe Custody while under Hypnosis</p> <p>Dr. Ali Akbar Izadi Fard - Sayyed Mojtaba Hossein Nejad - Hossein Shokrian</p>	9
<p>Stipulation of Option in the Bail Contract (Kafala) from the Perspective of Comparative Jurisprudence</p> <p>Dr. Haidar Bagheri Asl – Dr. Saeideh Bagheri Asl,</p>	31
<p>Semantics of blasphemy against the holy Prophet and how it is realized with a view to the Islamic Penal Code 2013</p> <p>Dr. Abd Allah Bahman Pouri - Dr. Hossein Haghani Khah - Dr. Abalfazl Ali Shahi Ghale Jughi</p>	59
<p>The Duty to Pay Khums, from Pure Imperative Rule to Positive Rule of Joint Ownership</p> <p>Dr. Nasr Allah Jafari Khosrow Abadi - Dr. Ardavan Arzhang - Mohammad Ali Fallah Ali Abad</p>	77
<p>“Perfect ability” the requirement of creation, actuality or non-contingency?</p> <p>Dr. Abolghasem Hosseini Zeidi</p>	93
<p>A Study on the Nature of Context from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Usul al-Fiqh</p> <p>Dr. Maryam Sabbaghi Nodoshan - Dr. Mohammad Hassan Haeri - Dr. Hossein Saberi</p>	111
<p>Historical Review of Non-suspension Rule with an Approach to Mohaghegh Yazdi’s Opinions Criticizing the Famous Viewpoint</p> <p>Dr. Sayyed Ali Jabbar Gholbaghi Masuleh - Dr. Abbas Ali Soltani - Dr. Mohammad Taghi Fakhlaei</p>	135
<p>Analysis of the Requirements of the Absoluteness of Contract Regarding the Performance Time from the Perspective of Imamia Jurisprudence, Iranian Law and Egyptian Law</p> <p>Rasoul Makhsoosi - Dr. Ali Reza Ali Panah</p>	159

In the Name of Allah



Journal of Fiqh and Usul

Vol. 51, No. 1: Issue 116, Spring 2019

ISSN-Print:2008-9139

ISSN-Online:2538-3892

License Holder

Ferdowsi University of Mashhad

Managing Editor & Editor in Chief

Dr. M.T. Fakhla'i

Editorial Board

Dr. A. A. Īzadifard

Prof, Dept of Law, Māzandarān Univ

Dr. Ā. 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'i

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Dr. Jalīl Qanavāti

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

Prof, Dept of Islamic Jurisprudence, FUM

Executive Director

Hussain Zekavatizadeh

Translation of Abstracts

Dr. Sayyad Mohammad Hadi Ghabooli

Printing & Binding: Ferdowsi University of
Mashhad Publishing House

Circulation: 500

Price: Rs 30000

Address:

Faculty of Theology and Islamic Studies

Ferdowsi University of Mashhad Campus

Azadi Sq. Mashhad – Iran

Zip Code: 9177948955

Tel: +98 (51) 38803863



FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD

Journal of Fiqh and Usul



Faculty of Theology and Islamic Studies

ISSN-Print: 2008-9139

ISSN-Online: 2538-3892

Vol. 51, No. 1: Issue 116, Spring 2019

FERDOWSI UNIVERSITY OF MASHHAD PRESS