

مؤسسه عالی فقه و علوم اسلامی

مدرسه عالی فقه‌های تخصصی

ماهنامه داخلی گروه‌های تخصصی

ویژه‌نشر تحقیق‌های درسی طلاب

ساختار مباحث فقه معاملات / محمدامین کبیری

جایگاه اخافه در موضوع جرم محاربه / محسن کرانی

بررسی روایات ناهی از فساد بر لزوم دفع مفسده / حسین معصومی

ولایت مالی بر صبی، در فرض تعارض ولایت جد پدری با پدر / اسماعیل شیخ هادی

جریان اصول مرخصه در تمام اطراف علم اجمالی / مهدی عباس

فسخ نکاح به زمانه / مهدی احمدی

تأثیر الخصاء فی فسخ النکاح / مجید فتحی

شماره دهم - فروردین ۱۴۰۰



نوشتاری از طلاب:

گروه فقه معاملات

گروه فقه الجزاء

گروه فقه تربیت

گروه فقه اقتصاد

گروه فقه خانواده

۷ ساختار مباحث فقه معاملات، محمدامین کبیری
۸ واژگان کلیدی
۸ مقدمه
۹ گفتار اول: معرفی کلی ساختارهای طرح مباحث عقود و مقایسه آن ها
۹ طرح مرحوم شیخ انصاری
۱۰ طرح آیت الله حائری
۱۱ طرح سنهوری در کتاب الوسیط
۱۱ طرح دکتر کاتوزیان
۱۳ طرح دکتر شهیدی
۱۴ جمع بندی
۱۵ گفتار دوم: ارزیابی ساختارهای سه گانه
۱۵ طرح مرحوم شیخ در مکاسب
۱۶ نقد طرح مرحوم شیخ
۱۶ اشکال اول
۱۸ اشکال دوم
۱۸ اشکال سوم
۱۸ اشکال چهارم
۱۸ طرح جناب سنهوری
۲۱ طرح سنهوری در کتاب نظریه العقد
۲۲ نقد طرح سنهوری
۲۲ اشکال اول
۲۲ اشکال دوم
۲۳ اشکال سوم
۲۳ اشکال چهارم
۲۳ اشکال پنجم
۲۴ اشکال ششم
۲۴ طرح مرحوم کاتوزیان
۲۸ نقد طرح دکتر کاتوزیان

۲۰	فهرست
۲۸	اشکال اول
۲۸	اشکال دوم
۲۹	اشکال سوم
۲۹	گفتار سوم: معرفی طرح مختار
۳۱	ویژگی های طرح
۳۲	جمع بندی
۳۳	جایگاه اخافه در موضوع جرم محاربه، محسن کرانی
۳۴	مقدمه
۳۴	۱. دیدگاهها
۳۴	دیدگاه نخست: شرط نبودن تحقق ترس
۳۵	دیدگاه دوم: شرط بودن تحقق ترس
۳۵	۲. ادله دیدگاهها
۳۵	۱-۲ ادله دیدگاه نخست (شرط نبودن تحقق ترس)
۳۵	دلیل اول: آیه شریفه محاربه
۳۵	دلیل دوم: عموم روایات محاربه
۳۶	۲-۲ ادله دیدگاه دوم: (شرط بودن تحقق ترس)
۳۶	دلیل اول: آیه محاربه
۳۷	دلیل دوم: انتفاء ملاک حکم با نبود ترس
۳۸	دلیل سوم: مرسله تفسیر عیاشی
۳۹	دلیل چهارم: اصل براءت
۳۹	جمع بندی
۴۱	بررسی روایات ناهی از فساد بر لزوم دفع مفسده، حسین معصومی
۴۲	مقدمه
۴۲	فصل اول: کلیات
۴۲	دایرة شمول روایات ناهی از فساد
۴۲	معنای فساد و مفسده
۴۴	تاثیر مبانی سه گانه در بحث
۴۴	مصادیق لا تفسدوا
۴۵	فصل دوم: دلالت روایات ناهی از فساد بر لزوم دفع مفسده
۴۵	حیثیات مختلف لزوم دفع مفسده

۳	فهرست
۴۷	سوال دوم
۴۷	روایات باب
۴۷	دسته اول: روایاتی که اوامر و نواهی شارع را تابع مصالح و مفاسد و علت و حکمت می داند
۴۸	دسته دوم: روایاتی که مفسده‌ای خاص را برای هر حرامی معرفی می کند و علت تحریم را آن مفسده می داند
۴۹	دسته سوم: برخی روایات ابواب اسباب ضمان
۵۰	دسته چهارم: روایات حرمت فتوا به غیر علم و حرمت تغریر جاهل
۵۱	صور مختلف القاء دیگری در حرام (مفسده)
۵۳	جمع بندی
۵۵	ولایت مالی بر صبی، در فرض تعارض ولایت جد پدری با پدر، اسماعیل شیخ هادی
۵۶	چکیده:
۵۶	مقدمه
۵۷	واژه شناسی
۵۷	ولایت
۵۷	أب
۵۸	جد
۵۸	صبی و صبیه
۵۸	طرح مسئله
۵۹	احتمالات و اقوال در مسئله و ادله آن
۵۹	الف: فرض تقدم زمانی یک تصرف بر تصرف دیگر
۵۹	احتمال اول؛ اختیار تصرف مقدم
۶۰	احتمال دوم؛ تقدم تصرف جد
۶۰	احتمال سوم؛ تقدم تصرف پدر
۶۰	ب: فرض هم‌زمانی دو تصرف
۶۰	دیدگاه اول؛ تقدم تصرف پدر
۶۰	دلیل اول؛ شدت اتصال پدر
۶۱	مناقشات:
۶۱	دلیل دوم؛ وساطت پدر در ولایت جد
۶۲	دلیل سوم؛ تمسک به سیره
۶۲	دیدگاه دوم؛ تقدم تصرف جد
۶۳	دلیل اول؛ روایات
۶۳	۱. روایت «عبید بن زرارة»

۶۷	۲. روایت «علی بن جعفر»
۶۸	جمع بندی
۶۸	دلیل دوم؛ قیاس اولویت
۷۰	دلیل سوم؛ لزوم اطاعت از پدر
۷۱	دلیل چهارم؛ تمسک به سیره
۷۲	دلیل پنجم؛ تقدم اصل سببی بر مسببی
۷۲	دلیل ششم؛ مرجحات باب تراحم
۷۲	جمع بندی
۷۳	احتمال سوم؛ رجوع به قرعه
۷۳	احتمال چهارم؛ بی اثر شدن هر دو تصرف
۷۳	احتمال پنجم؛ تخییر حاکم
۷۴	احتمال ششم؛ رعایت جانب احتیاط
۷۷	جمع بندی
۷۹	جریان اصول مرخصه در تمام اطراف علم اجمالی، مهدی عباس
۸۰	مقدمه
۸۰	جهت اول: امکان ثبوتی جریان اصول مرخصه در تمام اطراف علم اجمالی
۸۰	قول اول: وجود مانع ثبوتی
۸۰	تقریب اول: لزوم تناقض بین واقع معلوم بالاجمال و ترخیص در تمام اطراف:
۸۱	اشکال شهید صدر ره:
۸۱	بیان مرحوم نائینی و خوئی ^{۲۰} :
۸۱	اشکال شهید صدر ^{۲۱} :
۸۲	بیان آقا ضیاء:
۸۴	اشکال شهید صدر ره:
۸۵	قول دوم: امکان ثبوتی جعل ترخیص در تمام اطراف علم اجمالی
۸۵	بیان آخوند خراسانی
۸۶	اشکال محقق اصفهانی ^{۲۲} :
۸۷	بیان امام خمینی ^{۲۳} :
۸۸	جهت دوم: امکان اثباتی جریان اصول مرخصه در اطراف علم اجمالی
۸۸	بیان امام خمینی ^{۲۴} :
۸۸	بیان شهید صدر ^{۲۵} :
۸۹	جمع بندی

٥	فهرست
٩١	فسخ نكاح به زمانة، مهدى احمدى
٩٢	چكیده
٩٢	کلید واژه:
٩٢	مقدمه:
٩٢	مفهوم زمانة
٩٦	مفهوم ظاهرة
٩٧	حكم زمانة
٩٧	بررسى روايات
٩٧	روایت اول
٩٨	روایت دوم
٩٨	روایت سوم
١٠٢	بررسى محدوده جواز فسخ با زمانة
١٠٣	ثمره‌ای مهم
١٠٣	جمع بندی
١٠٥	تأثیر الخصاء فى فسخ النكاح، مجید فتحى
١٠٦	المقدمة
١٠٧	المسألة الاولى: ثبوت الفسخ بالخصاء السابق على العقد:
١٠٧	أدلة ثبوت حق الفسخ
١٠٧	الروايات
١٠٧	الأول (حديث ضرار)
١٠٧	الثانى: (صحيحة ابن مسكان)
١٠٧	الثالث: (موثقة ابن بكير)
١٠٧	الرابع: (موثقة شماعة)
١٠٨	الخامس: (رواية على بن جعفر)
١٠٨	السادس: (الفقه الرضوى)
١٠٩	أدلة عدم ثبوت حق الفسخ
١٠٩	الأول: اصالة اللزوم
١٠٩	الثانى: الروايات
١٠٩	الأول: (ما روى غياث الضبى)
١١٠	الثانى: (صحيحة حلبى)

- ١١١ المسألة الثانية: ثبوت الفسخ بالخصاء المتجدد بعد العقد، اذا كان قبل الدخول.
- ١١١ ادلة ثبوت حق الفسخ.
- ١١١ الأول: قياس الأولوية.
- ١١١ الثانية: إطلاق الروايات الآنفه.
- ١١١ الأول: (صحيحه ابن مسكان).
- ١١١ الثاني: (موثقة ابن بكير).
- ١١٢ الثالث: (موثقة سماعه).
- ١١٢ الرابع: (رواية على بن جعفر در قرب الاسناد).
- ١١٢ ادلة عدم ثبوت حق الفسخ.
- ١١٢ الأول: استصحاب بقاء اللزوم.
- ١١٣ الثانية: اختصاص التصوص بالخصاء السابق على العقد، دون المتجدد بعد العقد.
- ١١٣ الثالثة: ضعف الروايات الدالة على ثبوت حق الفسخ.
- ١١٣ المسألة الثالثة: ثبوت الفسخ بالخصاء المتجدد بعد العقد، اذا كان بعد الدخول.
- ١١٣ ادلة ثبوت حق الفسخ.
- ١١٣ الروايات.
- ١١٣ الأول: (صحيحه ابن مسكان).
- ١١٣ الثاني: (موثقة ابن بكير).
- ١١٤ الثالث: (موثقة سماعه).
- ١١٤ الرابع: (رواية على بن جعفر).
- ١١٤ ادلة عدم ثبوت حق الفسخ.
- ١١٤ الأول: استصحاب بقاء اللزوم.
- ١١٤ الثاني: اختصاص التصوص بالخصاء السابق على العقد، دون المتجدد بعد العقد و الدخول.
- ١١٤ اختصاص التصوص بالخصاء السابق على العقد، دون المتجدد بعد العقد و الدخول.
- ١١٥ التتيجه.

ساختار مباحث فقه معاملات

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

محمد امین کبیری^۱

^۱. دانش پژوه گروه فقه معاملات، سال تحصیلی ۹۹ - ۴۰۰

واژگان کلیدی

ساختار، طرح، معاملات، عقود، مباحث عقد

مقدمه

رایج ترین تقسیم بندی ابواب فقه در حال حاضر، تقسیم مباحث آن به عبادات، عقود، ایقاعات و احکام است که در کتاب شرائع الاسلام محقق حلی بیان شده است. مرحوم شهید اول در وجه حصر این تقسیم می فرماید: احکام شرعی، غرض مهم از آن‌ها یا آخرت است (عبادات) و یا دنیا. قسم دوم که هدف اصلی دنیاست، یا احتیاج به تعبیر دارند و یا ندارند (احکام). قسمی که احتیاج به تعبیر دارد، یا دو طرفه است (عقد) و یا یک طرفه (ایقاع) (القواعد و الفوائد ج ۱ ص ۳۰). به نظر می رسد بیان دقیق تر در فرق بین عقود و ایقاعات با سایر مباحث، این است که گفته شود عقود و ایقاعات از امور انشائی و اعتباری هستند. این نکته در کلام بسیاری از فقهاء در قالب عنوان تصرفات اعتباری و تصرفات خارجی مورد توجه قرار گرفته است (حاشیه کتاب المکاسب اصفهانی ج ۲ ص ۱۰۴). مستمسک العروه الوثقی ج ۱۴ ص ۲۸۹. مراد از تصرفات اعتباری، مواردی است که فعل انشائی دارای اثر است، مثل عقود و ایقاعات، لذا مباحثی که این خصوصیت را ندارند مثل بحث احیاء موات، غصب، لقطه را در باب احکام قرار داده اند. در بین حقوقدانان نیز این بحث در قالب مقایسه عنوان «واقع حقوقی» و «عمل حقوقی» مطرح شده است. در اعمال حقوقی، اعلام اراده به منظور ایجاد اثر حقوقی خاص صورت می گیرد، قانون نیز اثر دلخواه را بر آن بار می کند. انشاء یا عمل حقوقی اگر با دو اراده متقابل واقع شود، عقد و اگر با یک اراده صورت پذیرد، ایقاع است. مجموع این سه امر (واقع حقوقی، عمل حقوقی عقدی، عملی حقوقی ایقاعی) به عنوان اسباب ایجاد تعهد و دین مطرح است (اعمال حقوقی کاتوزیان ص ۲۳). تفاوت مهم و اصلی عمل حقوقی با واقع حقوقی، این است که عمل حقوقی ماهیتی است که در عالم اعتبار و منحصر به وسیله فعل ارادی انسان ایجاد می شود، برخلاف واقع حقوقی که امری واقعی است (نه اعتباری) و متکی به اراده نمی باشد (تشکیل قراردادهای و تعهدات ص ۳۳). عقد به عنوان تصرفی اعتباری یا عملی حقوقی، مراحل مختلفی را طی می کند. در بیانی کوتاه، ابتدا عقد تشکیل شده، سپس نوبت به آثار و اجراء آن می رسد و در نهایت از بین رفته و منحل می شود. به تبع این مراحل، مباحث مربوط به فقه العقود، متعدد می شود و ما را با مجموعه قابل توجهی از بحث های مهم عقود و قراردادهای مواجه می سازد. می توان گفت در کتب فقهی غالب توجهات و اهتمام فقهای عظام مصروف محتوی و تعمیق و تحقیق مطالب شده و به ساختار و ترتیب مباحث توجه بسیار کمی شده است. اما نظام و شیوه ترتیب منطقی مباحث، اهمیت به سزائی داشته و در انتقال از کلیات به جزئیات و از اصول به فروع به شکل منطقی و نظام مند، تاثیر قابل توجهی دارد. البته برخی از فقهاء معاصر به این مطلب توجه داشته و آن را نقطه ضعف مهم کتب فقهی دانسته اند، لذا سعی کرده اند طرح متفاوتی برای مسائل عقد اجاره ارائه دهند (کتاب الاجاره شاهرودی ج ۱ ص ۶). اما به نظر می رسد این تلاش ها نیاز به تکمیل دارد.

در بین حقوقدانان نیز وحدت و انسجام قابل مشاهده ای وجود ندارد و هر گروهی مباحث کلیات عقود و قراردادهای را به ترتیب و شکل خاصی مطرح کرده اند. طبیعتاً ساختار و نظام مباحث، صرفاً یک شکل نیست، بلکه ناشی از فکری است که وراء این ساختار وجود دارد. همان طور که بیان خواهد شد، بحث هایی مثل تعلیق در عقود، عقد فضولی، شروط ضمن عقد، اختیارات و غیره جایگاه ثابت و مناسبی نداشته، ولذا در هر کتاب در موضع خاصی مطرح شده اند. در این مقاله، به بررسی انواع مدل های طرح مباحث عقود پرداخته، مزایا و معایب هر کدام را بیان کرده و در نهایت طرح پیشنهادی خود را بیان خواهیم کرد. غرض از این بحث این است که هر کدام از مباحث کلی مربوط به عقود، جایگاه مناسب خود را در بین سایر مباحث پیدا کنند تا نظام معقولی در شیوه طرح مباحث فقه العقود ارائه شود.

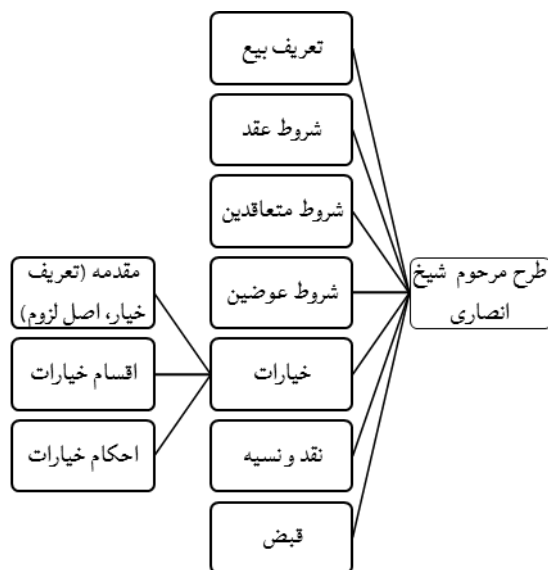
بعد از معرفی و مقایسه طرح های موجود، در بحث بررسی تفصیلی و جزئی طرح ها، ابتدا طرح مرحوم شیخ انصاری، سپس طرح جناب سنهوری در دو کتاب الوسیط و نظریه العقد، و در آخر طرح جناب دکتر کاتوزیان را مورد نقد و بررسی قرار خواهیم داد. وجه این کار این است که غالب فقهاء بعدی، ترتیب مباحث خود را بر مبنای ترتیب مرحوم شیخ در مکاسب قرار داده اند. البته لزوماً به این معنی نیست که این ترتیب را قبول داشته اند، بلکه صرفاً مباحث خود را طبق طرح رائج مطرح کرده اند.^۱ در میان حقوقدانان داخلی و خارجی نیز، طرح جناب سنهوری و دکتر کاتوزیان، همین خصوصیت را دارد و سایر طرح ها یا تفاوت زیادی با این دو طرح ندارند و یا به این نحو گستردگی ندارند. در پایان طرح مختار را بیان کرده و ویژگی های آن را بیان خواهیم کرد. بنابراین مقاله مشتمل است بر معرفی و مقایسه طرح های موجود، نقد و بررسی آنها و ارائه طرح مختار.

گفتار اول: معرفی کلی ساختارهای طرح مباحث

عقود و مقایسه آنها

طرح مرحوم شیخ انصاری

مرحوم شیخ در کتاب مکاسب روش خاصی در ارائه مطالب مربوط به عقد بیع دارد. هرچند مطالب ایشان راجع به خصوص عقد بیع است، اما می توان از آن طرح کلی مربوط به مطلق عقود استخراج کرد. غالب فقهاء بعدی مباحث خود را بر اساس همین ساختار مطرح کرده اند. طرح کلی مرحوم



^۱. کتاب البیع ج ۱ ص ۷: و لما كان بحثنا على طبق كتاب «البيع» للشيخ الأعظم (قدس سره)، اقتفينا أثره، وإن كان الترتيب يقتضي غير ذلك.

شیخ برای مباحث عقد به این نحو است:

در طرح مرحوم شیخ انصاری، در مقام تشکیل عقد، ارکان عقد منحصر در سه رکن صیغه عقد، متعاقدين و عوضین است. برخی از مباحث مربوط به آثار و احکام عقد، مثل مقبوض به عقد فاسد، در لا به لای سایر مباحث مطرح شده و فصل مستقلی ندارند، و برخی از آنها مثل نقد و نسیه و قبض، در آخر کتاب بحث شده اند. در نهایت، بحث انحلال عقد در قالب بحث خیارات بیان شده و شروط ضمن عقد نیز به طور مفصل در آخر خیار عیب و قبل از احکام خیارات ذکر شده است.

مرحوم امام خمینی فرموده است ترتیبی که مناسب بود مرحوم شیخ در کتاب بیع رعایت کند، ترتیبی است که به

حسب آن مباحث مربوط به بیع، در این

چهار فصل خلاصه می شود (کتاب بیع ج ۱

ص ۷؛ کتاب بیع (تقریرات خرم آبادی) ص ۱۲). از

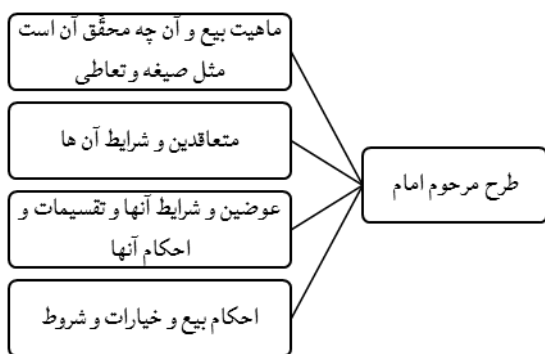
تفاوت های طرح ایشان این است که

مباحث مربوط شرایط صیغه در کنار

معاطات، در ضمن فصل مربوط به

ماهیت بیع مطرح می شود. بحث هایی

از قبیل نقد و نسیه، قبض، ربوی،



صرف و سلم در فصل مربوط به عوضین مطرح شده است؛ زیرا احکام و اقسامی است که مربوط به عوضین

است، در حالی که در طرح شیخ به طور پراکنده ذکر

شده بود. همچنین امتیاز دیگر این است که فصل

مستقلی تحت عنوان احکام بیع قرار داده شده و

خیارات و شروط ذیل آن قرار گرفته اند.

طرح آیت الله حائری

از ویژگی های این طرح این است که قبل از ورود به

مباحث عقد، چهار عنوان مهم و کلیدی به عنوان

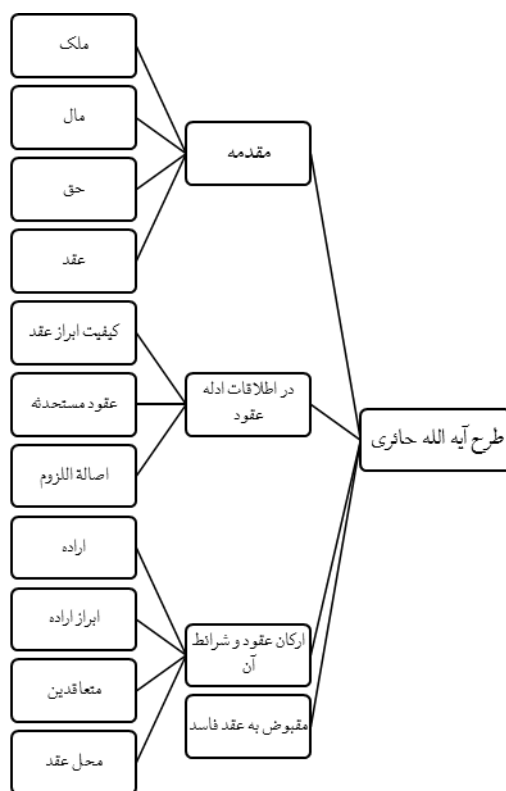
مقدمه مورد بررسی قرار گرفته است. همچنین قبل از

ورود به ارکان عقد، در مورد اطلاعات ادله عقود بحث

شده است. در بیان ارکان عقد، تا حدی از حقوق

وضعی پیروی کرده و اراده را از ارکان عقد حساب

کرده اند. هرچند در مورد متعاقدين، با فقه سنتی

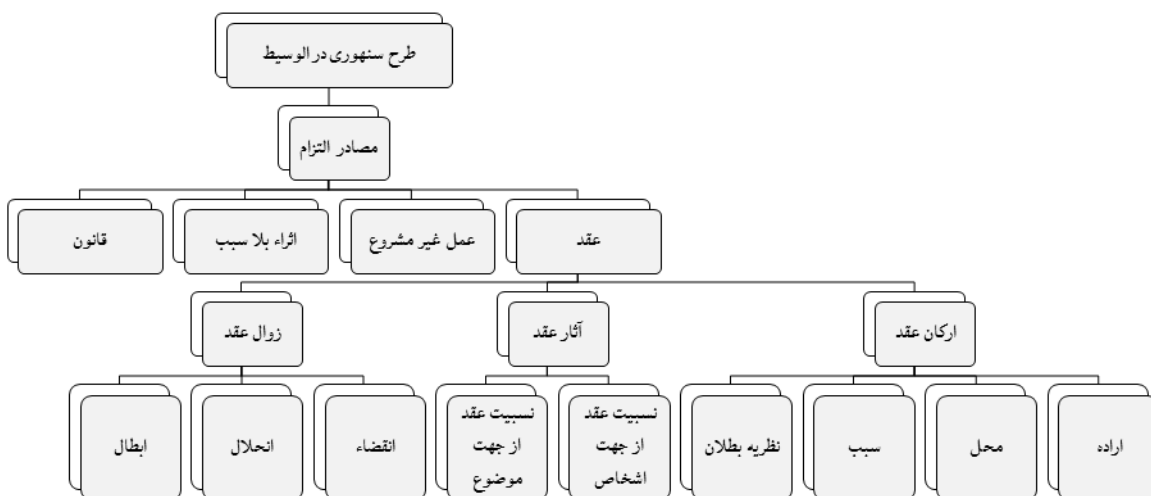


موافقت کرده‌اند و متعاقدين را رکن عقد دانسته‌اند. از فارق‌های این طرح، این است که ابراز اراده را به عنوان رکن عقد دانسته‌اند و در بیان وجه این کار نکاتی فرموده‌اند که باعث می‌شود بحث‌هایی مثل تعلیق و اکراه در جایگاه مناسب خود قرار گیرند. (فقه العقود ج ۱ ص ۲۲۴)

برخی دیگر از فقهاء معاصر متعاقدين را نه از ارکان بلکه شرط عقلی تحقق عقد می‌دانند. ایشان فرموده‌اند صحیح آن است که ارکان عقد را منحصر در سه مورد بدانیم: ۱. انشاء (اراده ظاهره) ۲. معقود معاملی جدی (اراده باطنه) ۳. محل عقد. در هر یک از این ارکان، ابتدا باید از شروط عقلی تحقق آنها و سپس از شروط شرعی و قانونی ترتیب اثر آنها بحث شود. (کتاب الاجاره شاهرودی ص ۵۹)

بعد از معرفی طرح مباحث عقود در فقه، به معرفی ساختارهای کلی در حقوق می‌پردازیم:

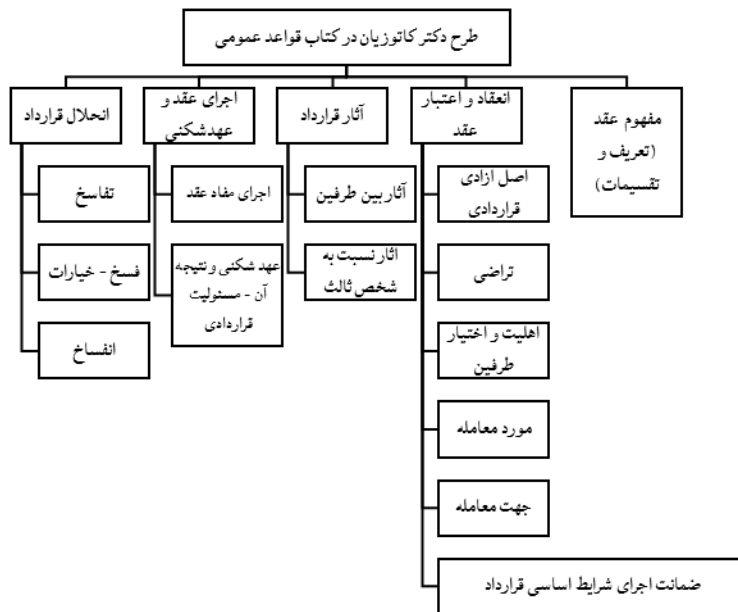
طرح سنهوری در کتاب الوسیط



از نکات قابل توجه این طرح، این است که بحث عقد، ذیل منابع التزام و به عنوان منبعی از منابع ایجاد تعهد ذکر شده است، که محل تأمل است. در عین حال، ترتیب منطقی ایجاد عقد، آثار عقد و زوال عقد تا حدی مناسب به نظر می‌رسد. ارکان عقد منحصر در تراضی، محل و سبب دانسته شده و در آخر بحث ارکان عقد، نظریه بطلان مطرح شده است؛ زیرا به تعبیر ایشان بطلان نتیجه عدم وجود ارکان و شرایط ارکان است.

طرح دکتر کاتوزیان

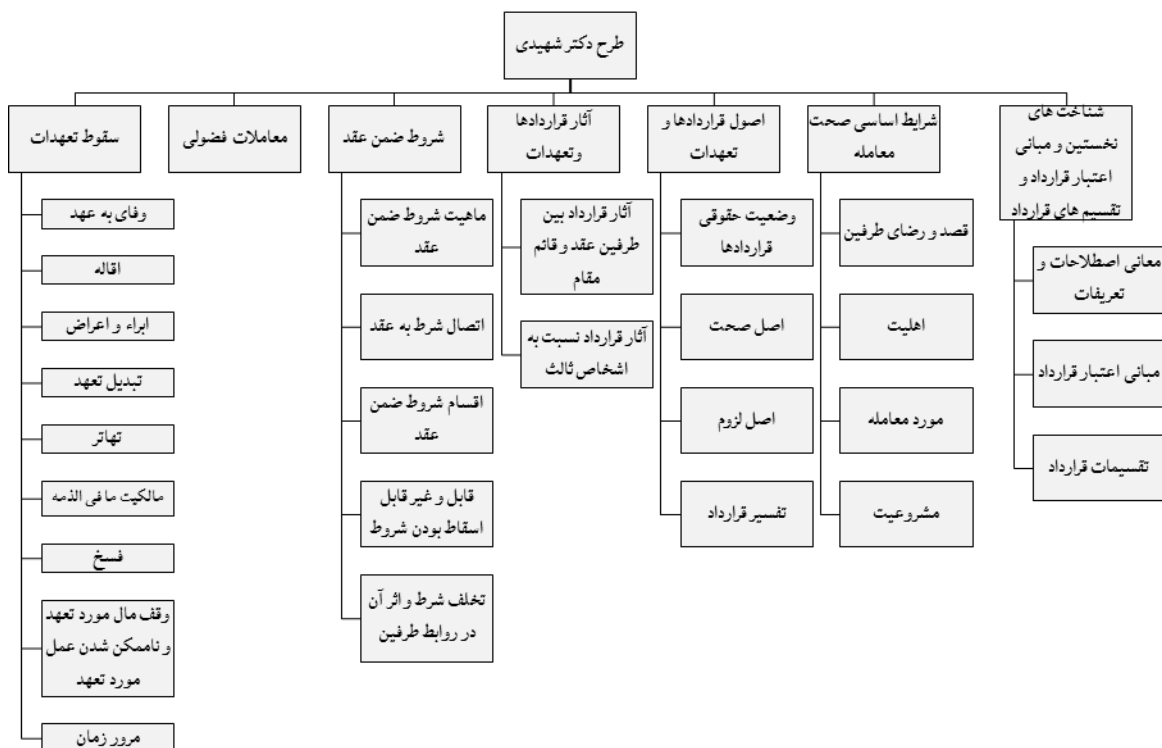
از امتیازات این طرح نسبت به سایر طرح ها، جامعیت آن نسبت به بسیاری از مباحث عقد است. هرچند باز هم این طرح اشکالاتی دارد که در آینده به بیان آن ها خواهیم پرداخت. ایشان در دو کتاب قواعد عمومی قراردادها و کتاب اعمال حقوقی این مباحث را مطرح کرده اند. تنها تفاوت مهمی که بین این دو کتاب وجود دارد، این است که در کتاب اعمال حقوقی، بحث شروط ضمن عقد در فصل مستقلی بعد از اجرای عقد و قبل از انحلال عقد ذکر شده است. این در حالی است که در کتاب قواعد عمومی قراردادها، بحث شروط ضمن عقد را، ضمن فصل آثار قرارداد و ذیل آثار قرارداد بین طرفین آورده است.



طرح دکتر شهیدی

از ویژگی های این طرح این است که مباحث مربوط به قراردادها و تعهدات، در هم آمیخته شده و با هم مطرح می شوند. ویژگی دیگر این است که بعد از تشکیل قراردادها، فصل مستقلی تحت عنوان اصول قراردادها و تعهدات باز شده است که در بقیه طرح ها وجود نداشت. در این فصل، از چهار بحث (وضعیت حقوقی قراردادها، اصل صحت، اصل لزوم و تفسیر قرارداد) بحث شده است. اما به نظر می رسد این کار وجهی ندارد؛ زیرا هر کدام از این مباحث مطرح شده به یکی از فصل های قبلی یا بعدی باز می گردند. مضافا به این که جایگاه مناسب اصول و قواعد کلی، قبل از تشکیل و انعقاد قرارداد است نه بعد از آن.

از دیگر ویژگی های این طرح این است که بحث شروط ضمن عقد، و همچنین بحث معاملات فضولی در فصل مستقلی مطرح شده اند. در مقابل، فصلی مربوط به اجرای قرارداد وجود ندارد و در آثار قرارداد ادغام شده است. در نهایت بحث سقوط تعهدات به طور مفصل تری با بررسی نُه مورد از اسباب سقوط، مورد بررسی قرار گرفته است.



جمع بندی

از مقایسه مجموع طرح های مذکور به دست می آید که تفاوت های زیادی بین این طرح ها در شیوه ترتیب مباحث وجود دارد. همچنین برخی مباحث مهم قراردادهای، جایگاه ثابتی نداشته و در نظر هر نویسنده، در مواضع متفاوتی ذکر می شوند. برخی از این مباحث عبارت اند از:

۱. معاملات فضولی: معاملات فضولی در طرح اکثر فقهاء در شروط متعاقدين و ذیل شرط مالکیت و ولایت بحث شده است. همچنین در طرح دکتر کاتوزیان ذیل شرط دوم معاملات یعنی اهلیت و اختیار طرفین بحث شده است. اما این بحث، در طرح سنهوری ذیل بحث تراضی و اراده و به عنوان تعبیر نایب از اراده آمده است. در طرح دکتر شهیدی فصل مستقلی برای آن قرار داده شده و بعد از بحث شروط ضمن عقد و قبل از سقوط تعهدات آمده است. از طرف دیگر دکتر صفائی این بحث را در فصل آثار عقد مطرح کرده است (قواعد عمومی قراردادها صفائی ص ۱۹۶). به نظر می رسد تناسب بحث معاملات فضولی، با این است که در شرائط متعاقدين بحث شود همان طور که فقهاء این کار را کرده اند.

۲. شروط ضمن عقد: این بحث در طرح مرحوم شیخ انصاری در بحث اختیارات و ذیل خیار عیب بحث شده است. اما به نظر مرحوم امام، مناسب است فصلی به نام احکام بیع باز شده و این بحث در آن فصل مطرح شود. کتاب بیع ج ۱ ص ۷؛ کتاب بیع (تقریرات خرم آبادی) ص ۱۳ چنانچه گذشت، در میان حقوقدانان برخی این بحث را ذیل فصل آثار عقد مطرح کرده اند (دکتر کاتوزیان در کتاب قواعد عمومی قراردادها) و برخی فصل مستقلی برای آن قرار داده اند مثل دکتر شهیدی، دکتر صفائی و دکتر کاتوزیان در کتاب اعمال حقوقی. اما در طرح سنهوری، این بحث جایگاهی ندارد.

۳. آثار عقد و اجرای آن: بحث آثار و احکام عقد نیز همان طور که مشاهده شد، گاه فصل مستقلی داشت و گاه در لابلای سایر مباحث مطرح شده بود. همچنین بحث اجراء عقد در طرح دکتر کاتوزیان فصل مستقلی دارد، اما در طرح دکتر شهیدی ضمن بحث آثار قرارداد طرح شده بود.

۴. ارکان عقد: در این که ارکان عقد چیست و تعداد آن چند مورد است نیز، بین این طرح ها اختلاف زیادی وجود دارد. از کلام مرحوم شیخ به دست می آید که ارکان عقد عبارت اند از: صیغه عقد، متعاقدين، عوضین. از نظر مرحوم هاشمی شاهرودی ارکان عقد عبارت است از: ۱. انشاء (اراده ظاهره) ۲. معقود معاملی جدی (اراده باطنه) ۳. محل عقد. آیت الله حائری ارکان عقد را چهار مورد می دانند: اراده، ابراز اراده، متعاقدان، محل عقد.

از طرف دیگر سنهوری ارکان عقد را اراده، محل و سبب می داند و به جای متعاقدين، سبب را رکن می داند. در کلمات حقوقدانان نیز مرحوم کاتوزیان فرموده است رکن اساسی عقد، اراده و تراضی است و بقیه موارد مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، شرط صحت اند نه رکن. (اعمال حقوقی ص ۵۳ و ۵۴) لذا سایر حقوقدانان مثل دکتر شهیدی و

صفائی از این چهار مورد (قصد، اهلیت، مورد معین، جهت مشروع) تعبیر به شرایط اساسی صحت قرارداد کرده‌اند، نه رکن.

طبیعتاً این که ارکان عقد را شامل چه مواردی بدانیم (که تابع تعریف دقیق از رکن عقد است) در نحوه ترتیب سایر مباحث نقش دارد.

۵. معاملات مکره: این بحث در طرح مرحوم شیخ انصاری در بحث شرائط متعاقدين و ذیل شرط اختیار آمده است. اما در طرح آیه الله حائری در رکن اراده و ذیل عنوان شرائط صحت اراده مطرح است. (فقه العقود ج ۲ ص ۸) در طرح حقوقدانان نیز غالباً در همین موضع و تحت عنوان عیوب اراده قرار گرفته است.

۶. تعلیق در عقود: مرحوم شیخ انصاری این مبحث را ذیل شرائط عقد آورده و فرموده است از شرائط عقد این است که منجز باشد. اما در طرح آیه الله حائری ذیل رکن اراده و تحت عنوان شرائط صحت اراده ذکر شده است. این بحث، در طرح حقوقدانانی مثل دکتر کاتوزیان و دکتر شهیدی تحت عنوان شرائط مطرح نشده، بلکه در تقسیمات عقد و ذیل تقسیم عقد به عقد معلق و عقد منجز مطرح شده است.

۷. مقبوض به عقد فاسد: این بحث در طرح مرحوم شیخ انصاری بعد از شروط عقد و قبل از شروط متعاقدين ذکر شده است. اما در طرح آیه الله حائری بعد از ارکان عقد، تحت فصل مستقلی مطرح شده و کتاب فقه العقود با آن ختم شده است. به نظر می‌رسد مناسب است که این بحث، زیرمجموعه احکام و آثار عقد قرار بگیرد.

۸. بحث انحلال عقد: این مبحث در طرح مرحوم شیخ طرح مستقلی ندارد و فقط از خيارات که یکی از اسباب انحلال عقد است بحث شده است. در طرح آیه الله حائری نیز جای این بحث خالی است. در بیان حقوقدانان غالباً این بحث در آخر مباحث قراردادها مطرح شده و دارای فصل مستقل است.

۹. اصاله اللزوم: در طرح مرحوم شیخ این اصل، ابتدا در بحث معاطات و سپس در بحث خيارات و قبل از ورود به اقسام خيار آمده، و در طرح محقق حائری قبل از ارکان عقد و ذیل فصل مستقلی به عنوان «اطلاقات أدله العقود» مطرح شده است. در طرح دکتر کاتوزیان نیز در فصل مربوط به آثار قرارداد و ذیل آثار قرارداد بین دو طرف مطرح شده است. در طرح دکتر شهیدی نیز ذیل فصل اصول قراردادها و تعهدات که فصل مستقلی است بحث شده است.

گفتار دوم: ارزیابی ساختارهای سه گانه

طرح مرحوم شیخ در مکاسب

همان طور که گفته شد ساختار کلی طرح مرحوم شیخ انصاری مشتمل بر تعریف بیع، شروط عقد، شروط متعاقدين، شروط عوضین، خيارات، نقد و نسیه و قبض است. ایشان بعد از تعریف عقد بیع، اولین بحثی که بیان می‌کند، شرائط صیغه بیع (شرائط عقد البیع) است. ذیل این عنوان مطالبی را مطرح می‌کند از جمله کفایت

اشاره و کتابت در عقد بیع، عدم احتیاج به لفظ، الفاظ ایجاب و قبول، اشتراط عربیه، ماضویت، اشتراط ترتیب و موالاه بین ایجاب و قبول و غیره. سپس بحث اشتراط تجبیز در عقد و بحث تطابق بین ایجاب و قبول را مطرح کرده و در آخر احکام مقبوض به عقد فاسد را بیان می کنند.

بعد از بیان شرایط عقد، نوبت به شرایط متعاقدين می رسد. در مجموع پنج شرط برای متعاقدين ذکر می کند که عبارت اند از: ۱. بلوغ، ۲. قصد مدلول کلمات عقد، ۳. اختیار به معنای طیب نفس (در مقابل اکراه)، ۴. اذن مولی در صورتی که مبیع عبد باشد ۵. مالک بودن عاقد یا ماذون بودن از طرف مالک یا شارع. ذیل شرط پنجم هم بحث مفصلی راجع به بیع فضولی و ملحقات آن مثل اجازه و رد می کنند و در آخر از مسائل متفرقه ای مربوط به شرایط متعاقدين بحث می کنند که ۹ مورد است و از جمله آنها بحث ولایت فقیه است.

بعد از شرایط متعاقدين، شرایط عوضین را بیان می کنند که عبارت اند از: ۱. مالیت ۲. طلق بودن ۳. قدره بر تسلیم ۴. علم به مقدار عوضین. در این جا بحث از ارکان و شرایط تشکیل عقد تمام می شود، لذا در انتها به بیان چند مسأله می پردازند که ارتباطی به شروط عوضین ندارد و مباحث کلی مربوط به بیع اند. از جمله آنها می توان به استحباب تفقه در مسائل مربوط به تجارات، بحث تلقی رکنان، نجش و احتکار اشاره کرد.

بعد از بحث های مربوط به ماهیت بیع و شرایط صحت آن، از خبایات بحث می کنند و در مجموع هفت مورد از خبایات و شرایط و مباحث مربوط به آنها را بررسی می کنند. در جلد آخر کتاب مکاسب در آخر خیار عیب، به طور مفصل در مورد شروط بحث می کنند و بعد از بیان معنای شرط، حکم شرط صحیح و فاسد را بیان می کنند. سپس احکام خبایات را بررسی می کنند مثل بحث ارث رسیدن خیار، و بعد از احکام خیار، از نقد و نسبه بحث می کنند. آخرین بحثی که مطرح می شود بحث قبض و ماهیت و آثار و احکام آن است و بدین ترتیب کتاب مکاسب به پایان می رسد.

نقد طرح مرحوم شیخ

اشکالاتی در مورد این طرح به نظر می رسد. اشکالات مربوط به ساختار کلی طرح ایشان عبارت اند از این که بخشی برای «احکام و آثار عقد» در این طرح وجود ندارد. همچنین مباحث مربوط به فسخ و انحلال عقد نیاز به تکمیل دارد. اما اشکالات تفصیلی و جزئی تر این طرح را به ترتیب از بحث شرایط عقد ذکر می کنیم:

اشکال اول

ذکر بحث اشتراط تجبیز در عقود و همچنین بحث تطابق بین ایجاب و قبول در ضمن شرایط صیغه عقد صحیح به نظر نمی رسد. توضیح این که همانطور که بعداً خواهیم گفت باید بین اراده و ابراز اراده (اعم از ابراز لفظی و غیرلفظی) تفکیک قائل شد و شرایط و مباحث هر کدام را ذیل همان مطرح کرد. بحث تعلیق در عقود، ناظر به مقام قصد و اراده عاقد است نه مرحله ابراز اراده. لذا باید تفاوتی ماهوی بین بحث شرط تجبیز و سایر شروط مثل ماضویت، عربیت، موالاه بین ایجاب و قبول که ناظر به شرایط شکلی صیغه عقد هستند قائل شد و این تفاوت را در طرح مباحث مربوط به عقود در نظر داشت. هر چند دلیل اشتراط تجبیز در عقد محل بحث و

مناقشه است و مرحوم شیخ تنها دلیل قابل اعتماد را اجماع می‌داند، اما به هر حال به نظر می‌رسد که حتی محل بحث در کلام ایشان نیز مبطلیت تعلیق در اراده است نه صرفاً تعلیق در صیغه. البته مخفی نیست که تعلیق در صیغه اگر موجب بطلان عقد باشد قطعاً از این باب است که کاشف از تعلیق در اراده است. طبیعی است راهی برای کشف معلق یا منجز بودن اراده جز ابراز آن نیست. در کلمات خود مرحوم شیخ در بحث تعلیق، عباراتی وجود دارد که شاهد بر این مدعی است که محل بحث، تعلیق در قصد و اراده منشی است. به پنج مورد اشاره می‌کنیم:

۱. و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنجيز في العقد بأن لا يكون معلّقاً على شيء بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء، لا في غيرها. این عبارت به خوبی شاهد این است که تعلیق در صیغه عقد، نزد قائلین به مبطلیت آن، از جهت تعلیق در اراده موجب بطلان است.

۲. دلیلی که از قائلین به اشتراط تنجیز نقل می‌کند این است که تعلیق منافات با جزم در انشاء دارد و این تعلیل صریح در این است که مشکل، تعلیق در قصد است نه در صیغه:

و أما الكلام في وجه الاشتراط، فالذي صرح به العلامة في التذكرة: أنه منافع للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرغ عليه عدم جواز التعليق، قال: الخامس من الشروط: الجزم، فلو علق العقد على شرط لم يصح وإن شرط المشيئة.

۳. ... و لهذا احتمل العلامة في النهاية و ولده في الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن حياته؛ معللاً بأن العقد وإن كان منجزاً في الصورة إلا أنه معلق، و التقدير: إن مات مورثي فقد بعتهك.

۴. ... بل الظاهر أنه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقّق القصد إلى التمليك العرفي. و قد صرح بما ذكرنا بعض المحققين؛ حيث قال: لا يخلّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد

۵. نعم، ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية أو الشكّ فيها في إنشاء الطلاق، فإنه لا يتحقّق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية، و كذا الرقية في العتق. (کتاب المكاسب ج ۳ ص ۱۶۲ تا ص ۱۷۵)

بحث مطابقت بین ایجاب و قبول نیز از همین سنخ است و مربوط به مقام اراده و قصد است نه مقام ابراز آن. البته قطعاً مقام ابراز، کاشف از کیفیت قصد و اراده است، اما نمی‌توان این گونه شروط را شروط عقد یا ابراز قرار داد، بلکه نهایتاً صیغه عقد مثل سایر امارات می‌تواند در طریق کشف و اثبات اراده قرار بگیرد. در کلمات خود مرحوم شیخ این مطلب به روشنی بیان شده است که از آن فهمیده می‌شود بحث مطابقت بین ایجاب و قبول، بحثی شکلی و مربوط به صیغه عقد نیست، بلکه مربوط به مقام اراده است:

و وجه هذا الاشتراط واضح، و هو مأخوذ من اعتبار القبول، و هو الرضا بالإيجاب، فحينئذ لو قال: «بعته من موكلك بكذا» فقال: «أشتريته لنفسي» لم ينعقد. (کتاب المكاسب ج ۳ ص ۱۷۵)

بنابراین باید بین شرائطی مثل شرط تنجیز و شرط مطابقت ایجاب و قبول، با شرائط مربوط به عالم ابراز اراده مثل شرط ماضویت، تقدم ایجاب بر قبول و غیره تفکیک کرد.

نقصان دیگری که در طرح مباحث مرحوم شیخ انصاری وجود دارد این است که در کلام ایشان در مورد شرایط ابراز غیرلفظی (مثل شرایط فعل) بحث نشده است. لذا باید ابراز لفظی و ابراز غیرلفظی را در دو فصل مستقل مطرح و از شرایط هرکدام به طور مستقل از دیگری بحث کنیم.

اشکال دوم

ذکر بحث مقبوض به عقد فاسد ذیل بحث شروط عقد و قبل از شروط متعاقدين، وجهی ندارد؛ زیرا اساساً این بحث مرتبط به بحث ارکان و شرایط عقد نیست. این امر نشان می‌دهد لازم است فصل مستقلی با عنوان احکام عقد باز شده و مطالبی از این دست در ذیل آن آورده شود.

اشکال سوم

نحوه طرح بحث شرایط متعاقدين در کتاب مکاسب نیز اشکالاتی دارد از جمله این که عقل جزء شرایط متعاقدين ذکر نشده است. قصد مدلول کلمات نیز نباید از شروط متعاقدين دانسته شود زیرا مربوط به بحث اراده و از ارکان عقد است و نقش آن از شرط متعاقدين بودن، بسیار پررنگ تر است. اساساً این شرط مخصوص جایی است که عقد به صورت لفظی انجام می‌شود، اما اگر بحث را به موارد غیرلفظی تعمیم دهیم، باید تعبیر به قصد انشاء کنیم. به هر حال قصد مدلول کلمات یا قصد انشاء، امری است که قوام عقد به آن است نه این که از شرایط باشد، لذا در فرض عدم قصد، عقدی محقق نیست نه این که عقد فاسد باشد.

همچنین ایشان یکی از شرایط متعاقدين را اذن مولی در صورتی که مبیع عبد باشد می‌داند، در حالی که وجهی برای آن نیست؛ زیرا اولاً این از شرایط کلی متعاقدين در بیع نیست و ثانیاً نقض می‌شود به این که باید شرایط دیگری نیز اضافه می‌شد مثل «مسلمان بودن بائع در صورتی که مبیع مصحف باشد یا عبد مسلم باشد». اشکال دیگر این که برخی مباحث مطرح شده در ادامه شرایط متعاقدين ارتباطی به بحث و جایگاه ندارند، مثل بحث «بیع ما یقبل التملیک و ما لا یقبل التملیک بثمان واحد». (کتاب المکاسب ج ۳ ص ۵۳۱)

اشکال چهارم

برخی مباحث مطرح شده بعد از بحث اختیارات، جایگاه مناسب خود را ندارند و نظام و ارتباطی به بابی که در آن واقع شده‌اند ندارند مثل: بحث نقد و نسبه و بحث قبض. همچنین ذکر بحث شروط در پایان اقسام خیار مناسب به نظر نمی‌رسد. بعلاوه قبل از آن از خیار شرط و خیار اشتراط بحث شده در حالی که ماهیت و تعریف شرط بعداً بیان شده است.

طرح جناب سنهوری

سنهوری در دو کتاب الوسیط و نظریه العقد مباحث فقه عقود را مطرح کرده است که البته مباحث ایشان در این دو کتاب تفاوت زیادی با هم ندارند. در کتاب الوسیط مباحث مربوط به عقد به سه بخش کلی تقسیم می‌شوند: ارکان عقد، آثار عقد، زوال عقد. قبل از بیان مطالب مربوط به هر بخش، ذکر این نکته خالی از فائده نیست که

ایشان به تبع قانون فرانسه از دریچه بحث التزام، به بحث عقد ورود پیدا می‌کند. موضوع و محور اصلی بحث، التزام است و در بحث مصادر التزام (منابع یا اسباب التزام) یکی از مصادری که ذکر می‌شود، عقد است و از این باب مباحث مربوط به عقد مطرح می‌شود. به طور کلی برای مصادر التزام، چهار مورد نام می‌برد: عقد، عمل غیر مشروع، اثر بلاسبب و قانون. سنهوری ابتدا تعریف عقد و تقسیمات مختلف عقد را بیان کرده و سپس وارد مباحث خود عقد می‌شود.

همانطور که اشاره شد مباحث مربوط به عقد در کلام سنهوری عبارت‌اند از ارکان، آثار و محل عقد. در بحث ارکان، سه رکن مطرح می‌شود: تراضی، محل و سبب. البته در حاشیه کتاب الوسیط و همچنین در متن کتاب نظریه العقد می‌گوید در عقود شکلی که برای صحت آن‌ها شکل و تشریفات خاصی لازم است (مثل بیع اموال غیر منقول) آن شکل مخصوص، جزء ارکان عقد خواهد بود، بنابراین عقود شکلیه، چهار رکنی هستند (الوسیط ص ۱۷۰ نظریه العقد ج ۱ ص ۱۴۸).

در مورد رکن اول، تعبیر دیگر ایشان از تراضی، اراده است. لازم به ذکر است که تراضی در کلام سنهوری و بسیاری از حقوقدانان متفاوت با تعبیر رضایت در کلام فقهاء از جمله مرحوم شیخ انصاری است. رضایت که در کلمات فقهاء در بحث بیع مکره مطرح می‌شود به معنای طیب نفس و راضی بودن به مضمون معامله در مقابل اکره است. اما تعبیر به تراضی در کلمات حقوقدانان به عنوان یکی از ارکان عقد، به معنای توافق دو اراده بر عقد است که مضمون و ماهیت عقد متقوم به آن است.

به تعبیر ایشان وجود تراضی به وجود دو اراده متوافق بر عقد است، اما صرفاً وجود این دو اراده متوافق موجب وجود عقد می‌شود نه صحت عقد، و برای صحت عقد لازم است که این دو اراده متوافق، صحیح هم باشند. بنابراین مباحث مربوط به تراضی، به دو بحث وجود تراضی و صحت تراضی تقسیم می‌شوند. در بحث وجود تراضی مباحثی مثل تعبیر از اراده، بحث اراده ظاهری و باطنی و مرحله تمهیدیه در تعاقد مطرح شده و در بحث صحت تراضی، اهلیت و سپس عیوب اراده (غلط، تدلیس، اکره، غبن) مطرح می‌شود. مباحث مربوط به عقد فضولی در طرح ایشان، در ضمن مبحث وجود تراضی و ذیل عنوان تعبیر از اراده مطرح می‌شود؛ زیرا تعبیر از اراده مالک گاهی به وسیله خود او و گاهی به وسیله دیگری ابراز می‌شود اعم از فضولی و وکیل. در حالی که در مکاسب مرحوم شیخ، بحث بیع فضولی در شرایط متعاقدین و ضمن شرط پنجم متعاقدین یعنی «مالک بودن عاقد یا ماذون بودن از طرف مالک یا شارع» طرح شده است.

رکن دوم عقد، محل است و مراد از محل، آن چیزی است که مدیون و متعهد به آن ملتزم می‌شود. شروطی که برای محل عقد ذکر می‌شود، سه مورد است. شرط اول این است که محل عقد، موجود باشد (اگر متعهد به نقل حق عینی ملتزم شده است) و یا این که ممکن باشد (اگر به انجام عمل یا امتناع از عملی ملتزم شده است). شرط دوم محل این است که معین یا قابل تعیین باشد. شرط سوم هم این است که محل، قابلیت معامله بر آن را داشته باشد. اما اگر محل قابل تعامل نباشد معامله صحیح نیست، حال این عدم قابلیت تعامل به خاطر طبیعت

شیء باشد مثل خورشید، یا این که با توجه به غرضی که مخصوص به آن شده قابل تعامل نباشد مثل مال وقفی، و یا این که به خاطر غیر مشروع بودن قابل تعامل نباشد (الوسیط ص ۳۷۵ به بعد).

در مورد محل عقد، ذکر این مطلب مناسب است که به بیان ایشان محل در حقیقت، رکن التزام است نه رکن عقد. اما وجه این که در زمره ارکان عقد ذکر می شود، این است که اهمیت بحث محل، در التزامات ناشی از عقد ظاهر می شود؛ زیرا در این نوع التزامات است که متعاقدين خود به تعیین محل و ملتزم به می پردازند، لذا جای این بحث است که آیا محل مورد تعیین متعاقدين، شرائط لازم را دارد یا نه. اما در التزامات غیر ناشی از عقد، قانون است که محل را تعیین می کند لذا بحث از شروط محل و مطابق قانون بودن آن معنی ندارد (الوسیط ص ۱۷۰؛ نظریه العقد ج ۱ ص ۱۳ و ص ۱۴۷ و ۱۶۳).

رکن سوم عقد سبب است. مراد از سبب را این طور بیان می کنند که: « غرضی است که ملتزم در صدد است که از التزام خود به آن برسد ». در تفاوت بین محل و سبب می گوید محل آن است که در جواب سوال «بماذا التزم» واقع می شود، در حالی که سبب آنی است که در جواب «لماذا التزم» واقع می شود. در بحث سبب، به تطورات مختلفی که در مفهوم سبب در طول زمان و در قوانین مختلف کشورها ایجاد شده است، اشاره می کند.

ایشان در ضمن ارکان عقد و قبل از ورود به آثار عقد، فصلی را با عنوان «الجزاء» یا «نظریه البطلان»؛ آورده اند. بطلان، نتیجه فقدان شرائط ارکان عقد است. ابتدا فرق بین بطلان و موارد مشابه آن (مثل عدم سریان و فسخ) را بیان می کند: بطلان عقد به خاطر عیب در یکی از ارکان عقد است، اما در فسخ، ارکان عقد به درستی واقع شده اند و در اثر عدم انجام تعهد یکی از طرفین، حق فسخ به وجود می آید (الوسیط ص ۴۸۸). مطالب این بخش در سه مبحث آمده است: آثار عقد باطل و عقد قابل ابطال، اجازه و تقادم (مرور زمان)، تقریر بطلان. در مبحث اول آثار عرضی و آثار اصلی عقد باطل آمده است. آثار عرضی در مقابل اصلی، آثاری است که بر عقد فاسد از جهت واقعه مادی بودن مترتب است نه از جهت عقد بودن، مثل وجوب مهر یا وجوب عده در نکاح فاسد در برخی موارد. اجازه و تقادم در مورد عقد قابل ابطال مطرح است که یکی از متعاقدين حق مطالبه ابطال عقد را دارد. اگر این حق با اسقاط او از بین رود مصداق اجازه است و اگر با گذشت مدت معینی از بین رود تقادم است (الوسیط ص ۵۱۴). در بحث تقریر بطلان (دعوی بطلان) هم دو مطلب مطرح می شود: ۱- کسی که صلاحیت استناد به بطلان عقد را دارد، ۲- چگونگی تمسک به بطلان؟ اما همان طور که خواهیم گفت مناسب است این مباحث در بخش آثار و احکام عقد، و ذیل بحث آثار عقد فاسد مطرح شوند، نه ذیل بحث ارکان عقد. بخش دوم به آثار عقد صحیح می پردازد. در این بخش، اصل نسبی بودن آثار که مبنای اصلی بحث آثار عقد است، مطرح می شود. مراد از نسبییت آثار، این است که آثار و التزامات ناشی از عقد ابتداء متوجه متعاقدين است نه اشخاص دیگر زیرا آن ها ملتزم به آثار عقد شده اند نه دیگران، همانطور که صرفا به مضمون عقد ملتزم شده اند نه التزامات خارج از مفاد عقد. لذا مطالب مربوط به بخش دوم، به دو قسمت تقسیم می شود: اثر ملزم عقد از جهت اشخاص، و اثر ملزم عقد از جهت موضوع. ملزم بودن عقد از جهت اشخاص، مشتمل بر دو

بخش است: اثر عقد نسبت به متعاقدين، و اثر عقد نسبت به غيرمتعاقدين. ملزم بودن عقد از جهت موضوع نيز مشتمل بر دو مبحث است: تحديد موضوع عقد، و مسئوليت قراردادی.

پس از ارکان عقد و آثار عقد، نوبت به بخش سوم يعنی زوال عقد می‌رسد. طبق بیان ایشان، عقد با یکی از اسباب سه گانه انقضاء، انحلال و ابطال زائل می‌شود. انقضاء در جایی است که همه تعهدات ناشی از عقد اجراء شود، اما انحلال قبل از این مرحله انجام می‌شود. از طرف ديگر انحلال با ابطال متفاوت است؛ زیرا هرچند هر دو موجب زوال عقدانند اما انحلال بر عقد صحيح وارد می‌شود، در حالی که ابطال بر عقد غير صحيح وارد می‌شود و آن را کأن لم یکن می‌کند^۱. انحلال عقد نيز، گاهی به اتفاق طرفین است (تفایل) و گاهی به سببی که قانون معین کرده که مهم ترین آنها الغاء به اراده منفرد و فسخ است. در کنار فسخ عنوان ديگری مطرح می‌شود به نام وقف التنفيذ. در عقود ملزم جانبین، اگر یکی از متعاقدين به تعهدات خود عمل نکند، طرف مقابل می‌تواند از قاضی مطالبه فسخ عقد کند، همانطور که می‌تواند از انجام تعهدات خود امتناع کند تا زمانی که طرف مقابل به تعهداتش عمل نکرده است. اولی فسخ و دومی وقف تنفيذ است (یا امتناع مشروع از وفاء به عقد).

طرح سنهوری در کتاب نظریه العقد

اما در کتاب نظریه العقد مباحث مربوط به عقد را در دو بخش کلی ارکان عقد و احکام عقد مطرح می‌کند. در بخش ارکان، به سه عنصر رضاء، محل و سبب اشاره می‌کند. در ابتداء بحث بیان می‌کند که در نگاه دقیق، از شروط چهارگانه مذکور در قانون مدنی فرانسه (رضاء، اهلیت، محل و سبب) تنها رضاست که رکن عقد است. وجه مطلب این است که اهلیت شرط رضاست نه رکن مستقل، و محل و سبب نیز رکن التزاماند نه رکن عقد. اما مباحث کتاب را به طریق مألوف طرح می‌کنیم از باب ترجیح فائده عملی بر فائده علمی (نظریه العقد ج ۱ ص ۱۴۷). بحث رضا را با اندک تفاوتی نسبت به کتاب الوسیط مطرح می‌کند: دو فصل تحت عنوان وجود رضاء و صحت رضاء مورد بررسی قرار می‌گیرد. در ذیل وجود رضاء، سه فرع مطرح می‌شود: تعبیر از اراده، تعدد اراده و تراضی دو اراده. در فرع تعبیر از اراده، مباحثی مثل کیفیت تعبیر از اراده و همچنین بحث اراده ظاهری و باطنی مطرح می‌شود. در فرع تعدد اراده نیز از اراده منفرد، نیابت در تعاقد و تعاقد شخص با خود، بحث می‌شود. در فرع سوم نیز از توافق دو اراده بحث می‌شود اعم از این که متعاقدان در مجلس واحد باشند یا نه. بعد از فصل اول (وجود رضاء) در فصل دوم مباحث مربوط به صحت رضاء مطرح می‌شود، که مباحث این فصل، در ضمن بحث اهلیت و سپس عیوب رضاء بررسی می‌شود. سپس نوبت به دو عنصر ديگر از ارکان عقد یعنی محل و سبب می‌رسد و مباحث مربوط به آنها از جمله شرایط آنها، مشابه مباحث کتاب الوسیط مطرح می‌شود. بنابراین بخش اول یعنی ارکان عقد به پایان می‌رسد.

^۱ الانحلال یرد علی عقد ولد صحیحا ثم ینحل باثر رجعی أو دون اثر رجعی اما الابطال یرد علی عقد ولد غیر صحیح ثم یرد باثر رجعی فی جمیع الاحوال. و العقد فی حاله الابطال و فی حاله الانحلال باثر رجعی لایزول فحسب بل یعتبر کان لم یکن.

مباحث بخش دوم یعنی احکام عقد را نیز در ضمن دو باب مطرح می کند. باب اول انحلال عقد و باب دوم اثر قوه ملزمه عقد است. به انحلال عقد در سه فصل پرداخته می شود. اول، بطلان عقد که در آن از بطلان مطلق و بطلان نسبی و احکام هر یک بحث می شود. دوم، فسخ عقد و تبعات آن. سوم، انحلال عقد به غیر بطلان و فسخ.

باب دوم یعنی اثر قوه ملزمه عقد نیز مثل مباحث کتاب الوسیط طرح می شود. در این باب ابتداء اثر عقد نسبت به اشخاص و سپس اثر عقد نسبت به موضوع عقد بررسی می شود و اثر عقد به نسبت اشخاص نیز به دو قسمت تقسیم می شود: اثر عقد نسبت به متعاقدين، اثر عقد نسبت به غیر.

نقد طرح سنهوری

اشکالاتی در مورد این طرح به نظر می رسد:

اشکال اول

گفتیم که اهلیت در نظر ایشان، رکن عقد نیست بلکه شرط رضا و اراده ست (نظریه العقد ج ۱ ص ۱۴۷). در نظر ایشان، اموری مثل اکراه، غبن، تدلیس و همچنین مباحث مربوط به اهلیت، تحت عنوان عیوب تراضی مطرح شوند. مباحث مربوط به عقد فضولی نیز با این نگاه که تعبیر از تراضی گاهی از اصیل است و گاهی از فضولی، ذیل بحث تراضی ذکر شده است. برخی حقوقدانان نیز بحث نمایندگی به معنای عام که شامل بحث فضولی هم هست، را تحت عنوان «اعمال اراده توسط دیگران» در بحث اراده مطرح کرده اند.

با وجود این، قرار دادن بحث اهلیت و سایر شرایط متعاقدين در ضمن بحث اراده و رضا مناسب به نظر نمی آید. یکی از ارکان مستقل برای عقد، خود متعاقدان هستند و چنین نیست که وجود متعاقدين، امری فرعی باشد و زیرمجموعه بحث رضا و اراده قرار بگیرد. شرایطی که مربوط به متعاقدين است، شروطی مستقل اند و ارتباط دادن همه ی آنها به بحث اراده صحیح نیست. در کلام جناب سنهوری شروط متعاقدين تحت عنوان اهلیت و ذیل بحث صحت اراده مطرح شده است، حال آن که برخی از این شروط مثل بلوغ و رشد، شرط مستقلی هستند و وجهی ندارد که آن را فرعی از فروع بحث اراده بدانیم و فقدان آنها را از باب عیب اراده بدانیم. برخی شرایط دیگر متعاقدين نیز (که در کلام مرحوم شیخ انصاری بیان شده بود) مثل شرط مالک بودن یا مأذون بودن و به تبع آن بحث عقد فضولی، از مباحث مربوط به متعاقدين است و وجهی ندارد که در بحث اراده مطرح شود. بنابراین مباحث عقد فضولی مناسب است زیرمجموعه بحث متعاقدين قرار بگیرد و این که گفته شود تعبیر از اراده مالک گاهی توسط خود اوست و گاهی توسط دیگری، مناسب به نظر نمی رسد. بنابراین مراد از رکن عقد چیزی است که عقد بدون آن قابل تحقق نیست و در هر عقدی وجود دارد. خود ایشان در عبارتی، رکن عقد را به معنای «ما لا یقوم العقد بدونها» دانسته است. (نظریه العقد ص ۸۵).

اشکال دوم

در ترتیب مباحث ایشان تهافتی به چشم می‌خورد. مباحثی مثل جنون، غفلت و سفه در بحث عوارض اهلیت طرح شده اند (الوسیط ص ۲۷۹)، و خود بحث اهلیت در کلام ایشان زیرمجموعه بحث صحت اراده و تراضی است. از طرف دیگر واضح است که در موارد جنون و غفلت، اساساً اراده وجود ندارد و از قبیل فقدان اراده است نه عیب اراده. بنابراین حتی اگر از اشکال قبل صرف نظر کنیم و اهلیت را زیرمجموعه بحث تراضی قرار دهیم، نباید همه مباحث مربوط به آن را تحت عنوان صحت تراضی ذکر کرد. پس در شرایط متعاقدین باید بین شرط عقل و مثل شرط بلوغ فرق قائل شد؛ زیرا با فقدان شرط اول، وجود اراده از بین می‌رود نه صحت آن. این تفکیک طبق قانون مصری، اثر مهمی دارد و به گفته خود ایشان در موارد فقدان اراده، عقد موجود نیست یا باطل است اما در موارد اراده معیوب، عقد موجود شده منتهی قابل ابطال است.

اشکال سوم

ذکر بحث سبب به عنوان رکن مستقل در کنار سایر ارکان عقد نیز صحیح نیست. از کلمه سبب در این بحث، معانی مختلفی ممکن است اراده شود و این که مراد از رکنیت سبب چیست و آیا صحیح است یا نه، موضوع مقاله ای مستقل است. اجمالاً اشاره می‌کنیم که سبب اگر به معنای غرض و داعی باشد که از آن تعبیر به سبب دافع یا جهت می‌شود، اساساً رکن عقد نیست بلکه یکی از شروط عقد این است که انگیزه آن مشروع باشد. اما سبب به معنای سبب انشائی یا سبب قصدی (فقه العقود ج ۱ ص ۳۳۵) در این بحث قطعاً مراد نیست و یا این که معنای محصلی ندارد. بنابراین تنها معنای صحیح از سبب، انگیزه و جهت است، اما وجود جهت مشروع، نهایتاً از شرایط صحت معامله است مثل سایر شرایط صحت، نه از ارکان معامله. لذا بحث سبب، به بحث اراده یا موضوع عقد بازگشت دارد. جالب این است که عناوینی که رکنیت مستقل داشته و ارتباط کمتری به اراده دارند (مثل متعاقدین و برخی شروط آن) ذیل بحث اراده مطرح شده، اما سبب که به اعتراف خود ایشان ارتباط وثیقی با اراده دارد و ملازم با آن است (الوسیط ص ۴۱۴ و ۴۱۵)، رکن مستقل عقد دانسته شده است. همچنین این که در عقود شکلیه مثل بیع اموال غیرمنقول، آن شکل و تشریفات خاص را رکن عقد بدانیم صحیح به نظر نمی‌رسد، بلکه صرفاً شرطی از شرایط صحت است مثل سایر شرایط که در هر عقد خاصی وجود دارد.

اشکال چهارم

اشکالات دیگری نیز به این طرح وارد است؛ زیرا برخی از مباحث ارتباطی به جایگاهی که ذیل آن قرار گرفته‌اند ندارند. به عنوان مثال آثار عقد باطل، مناسب است ضمن بخش آثار و احکام عقد مطرح شود نه ضمن بحث ارکان عقد. همچنین بحث وقف و التفیذ (جواز امتناع از انجام تعهدات عقدی قبل از انجام تعهدات توسط طرف مقابل)، در کنار فسخ و ذیل بخش زوال عقد مطرح شده است، در حالی که ارتباطی با زوال عقد ندارد.

اشکال پنجم

بحث شروط ضمن عقد، از مباحث مهم و اساسی مربوط به عقود است، اما در مباحث ایشان دیده نمی‌شود.

اشکال ششم

اساساً طرح بحث عقد ذیل بحث تعهد و به عنوان منبعی از منابع تعهد، صحیح نیست. همانطور که خواهیم گفت و در کلمات دکتر کاتوزیان هم خواهد آمد، عقد باید مستقیماً مورد مطالعه قرار گیرد نه این که آن را در شمار منابع تعهد قرار دهیم. اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نیست، بلکه عقد ممکن است آثار متنوعی داشته باشد مثل انتقال مالکیت، ایجاد شخصیت حقوقی، ایجاد حق انتفاع و ارتفاق و زوال آنها، انتقال و زوال تعهد، ایجاد اذن و اباحه. مضافاً به این که برخی عقود معین، مستقیماً ایجاد تعهد نمی کنند (قواعد عمومی قراردادها ج ۱ ص ۱۸ و ج ۳ ص ۹). البته این اشکال به قانون مدنی فرانسه است والا جناب سنهوری به این مطلب ملتفت است و می گوید تفکیک بین نظریه العقد و نظریه الالتزام از نظر علمی دقیق تر است، هرچند از نظر عملی محل تردید باشد (نظریه العقد ج ۱ ص ۱۴۴).

طرح مرحوم کاتوزیان

دکتر کاتوزیان در دوره قواعد عمومی قراردادها، قواعد و احکام مربوط به عقد را در پنج فصل، مورد بررسی قرار داده است: ۱. مفهوم عقد، ۲. انعقاد و اعتبار عقد، ۳. آثار عقد، ۴. اجرای عقد و عهد شکنی، ۵. انحلال عقد.

در فصل اول، ابتدا تعریف عقد و سپس برای روشن شدن عقد، برخی از اقسام آن بیان می شود. تعریف پیشنهادی ایشان از مفهوم عقد: «توافق دو یا چند اراده که به منظور ایجاد اثر حقوقی انجام می شود». اما تقسیمات عقد که به آن‌ها می پردازد، عبارت‌اند از تقسیم عقود بر حسب آثار آن، تقسیم عقود بر حسب شرایط انعقاد، تقسیم عقود بر حسب حاکمیت اراده طرفین، و تقسیم عقود به اعتبار موضوع و هدف اقتصادی. در فصل دوم (انعقاد و اعتبار عقد) از شرایطی که برای انعقاد قرارداد ضرورت دارد بحث می شود، بدون تفکیک بین رکن عقد و غیر رکن. مباحث این فصل طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی طرح شده است. این ماده بیان می کند: برای صحت هر معامله، شرایط ذیل اساسی است ۱- قصد طرفین و رضای آنها ۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد - ۴. مشروعیت جهت معامله.

اما طبق بیان ایشان، این شرایط، نفوذ عقد را از نظر درونی تحلیل می کنند و قبل از آن، باید شرط مربوط به همگامی و سازگاری عقد با مصالح اجتماعی و قلمرو عقد را بررسی کرد که در «اصل آزادی قراردادها» مورد بحث قرار می گیرد. بنابراین مطالب مربوط به فصل دوم، در پنج مبحث مورد بررسی قرار می گیرد:

در مبحث اول از اصل آزادی قراردادی بحث می شود که این اصل در حقوق ما توسط ماده ۱۰ قانون مدنی اعلام شده است. به تعبیر ایشان مفاد این ماده در فقه نیز پیشینه دارد و ابداع نویسندگان قانون یا تقلید از حقوق اروپایی نیست. برای روشن شدن قلمرو اصل آزادی قراردادی، مطالب این مبحث، در دو گفتار خلاصه می شود. گفتار اول عوامل محدود کننده آزادی (قانون، نظم عمومی، اخلاق حسنه) و گفتار دوم انواع محدودیتهای آزادی قراردادهاست. برای وجه طرح بحث آزادی قراردادی قبل از بیان شرایط عقد، دو دلیل از

مجموع عبارات ایشان قابل استفاده است. دلیل اول: شروط متداول مثل رضا و اهلیت، شروط درونی صحت عقداند، اما شرط خارجی و بیرونی نفوذ قرارداد که مقدم بر سایر این شروط است عبارت است از «همگامی عقد با مصالح اجتماعی» که ضمن بحث اصل آزادی قراردادی مطرح می‌شود (قواعد عمومی قراردادها - تشکیل قراردادها ص ۱۴۲). دلیل دوم: هرچند رضایت و تراضی برای نفوذ عقد لازم است، اما نقش اراده در انعقاد و آثار قراردادها، منوط به آزادی طرفین در تصمیم گرفتن است (قواعد عمومی قراردادها - تشکیل قراردادها ص ۲۱۲).

مبحث دوم تحت عنوان تراضی مطرح می‌شود. ایشان فرموده است رکن اساسی عقد توافق دو طرف است و سایر شرایط نیز لازم اند. قصد و رضا هم از ارکان این توافق اند اما کافی نیستند؛ زیرا اراده باید سالم باشد و به یک مفهوم واحد تعلق بگیرد.^۱ مباحث تراضی با توجه به این که برای عقد بستن سه مقدمه لازم است (وجود، اعلام و توافق دو اراده) و برای نفوذ تراضی، سالم بودن اراده شرط است، به چهار گفتار تقسیم می‌شود. در گفتار اول، وجود اراده و ضمن آن مطالبی مثل ماهیت اراده، قصد و رضا، قصد ظاهری و باطنی بحث می‌شود. در گفتار دوم (اعلام اراده) ابتدا بحث مفهوم اعلام اراده و لزوم آن، سپس چگونگی اعلام اراده، و در آخر تشریفات اعلام اراده عنوان می‌شود. در گفتار سوم (توافق اراده) ابتدا از ارکان توافق یعنی ایجاب و قبول، موضوع و شرایط توافق، سپس زمان و محل وقوع عقد و در آخر از وعده قرارداد بحث می‌شود. در گفتار چهارم (عیوب اراده) نیز دو مورد اشتباه و اکراه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

مبحث سوم که طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی، شرط دوم صحت هر معامله ای است، عبارت بود از اهلیت طرفین. ایشان عنوان این مبحث را «اهلیت و اختیار» قرار می‌دهد تا بحث را تعمیم دهند. اختیار در این جا به معنای سبب داشتن است نه اختیار در مقابل اکراه، یعنی این که شخص اگر مالک نیست، حق انجام معامله را داشته باشد اعم از این که وکیل باشد یا ولی و غیره. در کتاب اعمال حقوقی سه معنی برای واژه اختیار بیان می‌کند و می‌فرماید در این بحث، معنای سوم مراد است یعنی داشتن نیابت و سمت معامله کردن برای دیگران (اعمال حقوقی ص ۱۱۱). در بخش مربوط به اهلیت، بحث های مربوط به بلوغ، رشد و جنون بررسی می‌شود. در بخش مربوط به اختیار یا سبب، سه مطلب مطرح می‌شود: نظریه نمایندگی (که اعم از وکالت است)، معاملات فضولی، و تعهد به فعل ثالث؛ زیرا اینها از مواردی هستند که معامله بدون داشتن نمایندگی انجام می‌شود.

مبحث چهارم در مورد شرایط اساسی معامله همانطور که گفته شد، مورد معامله است. ایشان معتقد است که در قانون مدنی خلطی از قانون فرانسه و از فقه، به ارث برده شده است و آن خلط بین مورد عقد و مورد تعهد است. بلکه اساسا خلط بین عقد و تعهد، هم در تعریف عقد و عهد، هم در موضوع آنها و هم در جهت آنها دیده می‌شود. در مبحث سوم از شرایط اساسی معامله (مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶) قانون مدنی از احکامی سخن می‌گوید که مربوط به مورد تعهد است. در حالی که عقد، مبنا و سبب تعهد است لذا موضوع آن باید جدا از موضوع تعهد

۱. البته در پاورقی کتاب به اختلاف نظر در ترجمه صحیح concentement اشاره می‌کند که برخی آن را به معنای حقوقی توافق دو اراده گرفته اند و برخی به معنای متعارف آن یعنی رضا ص ۱۴۳

باشد. البته توجیهاتی ذکر می‌کند مثل این که موضوع معامله، ایجاد تعهد است، لذا مال یا عملی که مورد تعهد قرار می‌گیرد، با واسطه موضوع عقد نیز هست. به هر حال ایشان معتقد است باید بین این دو تفکیک قائل شد، لذا مطالب این بخش را به دو گفتار تقسیم می‌کند: گفتار اول مورد تعهد، و گفتار دوم موضوع عقد. موضوع عقد در نظر ایشان، مجموعه عملیات و تحولات حقوقی است که تراضی برای وقوع آنها صورت می‌گیرد. در نتیجه‌ی توافق بر این موضوع ها، برای طرفین معامله یا یکی از آنها تعهداتی به وجود می‌آید که مورد آن تعهد، تسلیم مال یا انجام کار معین است. بنابراین، در بیع، موضوع عقد، تملیک مبیع در برابر ثمن است و در ودیعه موضوع عقد، اذن در تصرف است و تعهدهای امین مبنی بر حفظ و رد مال، مورد دیگری دارد.

مبحث پنجم و آخرین شرط از شرایط اساسی معامله در قانون مدنی، مشروعیت جهت معامله است. ابتدا بیان می‌کند که جهت گاهی به معنای سبب غائی به کار می‌رود و گاهی به معنای سبب فاعلی یعنی سبب و مبنای دین یا حق. سپس اشاره ای به جهت تعهد می‌کند و این سوال را مطرح می‌کند که با توجه به این که در قانون مدنی مشروع بودن جهت معامله در زمره شرایط اساسی صحت معامله آمده، آیا مراد جهت معامله به معنای دقیق آن است یا مثل بحث قبل به جهت تعهد نظر داشته است. بنابراین، مطالب مبحث پنجم به سه گفتار مستقل تقسیم می‌شود: گفتار اول جهت معامله است با همان عنوان قانون مدنی. گفتار دوم جهت تعهد، و گفتار سوم معامله به قصد فرار از دین.

در پایان فصل مربوط به انعقاد و اعتبار عقد، ضمیمه‌ای مطرح می‌شود تحت عنوان ضمانت اجرای شرایط اساسی قرارداد. در این ضمیمه چهار گفتار مطرح می‌شود: بطلان، عدم نفوذ، دعوای ابطال، اصل صحت قراردادها.

فصل سوم، آثار قرارداد است. طبق بیان ایشان، از لحاظ نظری باید بین اثر عقد و اثر تعهد تفاوت گذاشته شود. اثر عقد عبارت است از تعهدهایی که بین طرفین ایجاد می‌شود، در حالی که اثر تعهد، ایجاد الزامی است که در مورد اجرای مفاد آن بر متعهد تحمیل می‌گردد. همچنین بیان می‌کند که عقد باید مستقیماً مورد مطالعه قرار گیرد نه این که آن را در شمار منابع تعهد قرار دهیم. زیرا اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نیست، بلکه عقد ممکن است آثار متنوعی داشته باشد مثل انتقال مالکیت، ایجاد شخصیت حقوقی، ایجاد حق انتفاع و ارتفاق و زوال آنها، انتقال و زوال تعهد، ایجاد اذن و اباحه. مضافاً به این که برخی عقود معین، مستقیماً ایجاد تعهد نمی‌کنند. مباحث مربوط به فصل سوم، به دو مبحث اصلی تقسیم می‌شوند. مبحث اول اثر عقد بین طرفین آن، و مبحث دوم اثر عقد نسبت به اشخاص ثالث که در واقع استثنائاتی است برای قاعده نسبی بودن قراردادها. در مورد مبحث اول می‌فرماید اثر اصلی قرارداد بین دو طرف، در پایبند شدن آنان به مفاد عقد خلاصه می‌شود. اما شناسایی این اثر اصلی، منوط به این است که مفاد عقد معین شود؛ زیرا الفاظ متعاقدین همیشه صریح در مقصود نیست بلکه باید لوازم عرفی و قانونی گفته‌ها و نوشته‌ها را نیز در نظر داشت. از سوی دیگر برای شناختن مفاد قرارداد باید علاوه بر متن اصلی، شروط ضمن عقد نیز در نظر گرفته شوند. در آخر در مورد نیروی الزام آور

قرارداد باید مورد بررسی قرار گیرد. بنابراین، مطالب مربوط به بحث اول به سه گفتار تقسیم می‌شود: گفتار اول تعیین مفاد عقد (مشمول بر مباحث تفسیر قرارداد، تکمیل قرارداد و تعدیل قرارداد)، گفتار دوم شروط ضمن عقد (مشمول بر مفهوم و ماهیت حقوقی شرط، اقسام شرط، صحت و فساد شرط، اجرای شرط و نتیجه تخلف از آن)، گفتار سوم نیروی الزام آور عقد (مشمول بر قواعد عمومی، اصل لزوم قراردادها، قلمرو اجرا، عقد ظاهری و پنهانی). مبحث دوم یعنی اثر عقد نسبت به شخص ثالث نیز به دو گفتار تقسیم می‌شود: تعهد به نفع شخص ثالث، معامله فضولی و قرارداد جمعی.

فصل چهارم کتاب، اجرای عقد و عهدشکنی است. مباحث این فصل مربوط به اجرای تعهد قراردادی است، اما به دلیل ارتباط تعهد با منبع آن، اجرای عقد شامل مسائل مربوط به وفای به عهد نیز می‌شود. آثار عقد بر دو قسم اند: آثاری که همراه عقد و بی درنگ به وجود می‌آید و با نفوذ عقد ملازمه دارد مثل تملیک، اسقاط و انتقال دین؛ دوم آثاری که بر عهده طرفین باقی می‌ماند و به ذمه تعلق می‌گیرد مثل تعهداتی که در اثر عقد به وجود می‌آید. طبیعتاً بحث اجراء عقد، نسبت به آثار اول معنی ندارد. مطالب فصل چهارم به دو مبحث تقسیم می‌شود: اجرای مفاد عقد، عهد شکنی و نتیجه آن (مسئولیت قراردادی). مبحث اول به دو گفتار اجرای اختیاری (وفای به عهد) و اجرای اجباری تقسیم می‌شود. مبحث دوم نیز به دو گفتار شرایط عمومی تحقق مسئولیت قراردادی (عهد شکنی، تقصیر قراردادی، خسارت ناشی از عهد شکنی، رابطه تقصیر مدیون و خسارت، تصریح به جبران خسارت در عقد یا حکم عرف و قانون) و گفتار دوم اثر قرارداد در مسئولیت قراردادی تقسیم می‌شود. مسئولیت قراردادی عبارت است از التزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف مقابل وارد می‌شود.

در نهایت فصل پنجم مربوط به انحلال قرارداد یا خاتمه آن است. انحلال در جایی مطرح است که سببی، عقد موجود را از بین برد در فرضی که جایی برای اجراء داشته باشد، بنابراین انحلال را با بطلان نباید مخلوط کرد همانطور که آن را با اتمام عقد به اجراء تعهدات ناشی از آن نباید اشتباه گرفت. انحلال قرارداد از جهت نقش اراده طرفین در آن به سه قسم تقسیم می‌شود: ۱. انحلال به تراضی یعنی دو اراده راجع به انحلال عقد به توافق برسند که اقاله یا تفاسخ نامیده می‌شود، ۲. انحلال ارادی که به تصمیم یکی از طرفین انجام می‌شود که همان فسخ به سبب خیارات است، ۳. انحلال قهری که خود به خود انجام می‌شود بدون این که نیاز به عمل حقوقی اضافی باشد و حق انتخابی باقی بماند که انفساخ نامیده می‌شود^۱. بنابراین مطالب فصل پنجم به سه مبحث تقسیم می‌شود. در مبحث اول (اقاله) ماهیت و مبنای اقاله، قلمرو اقاله، شرایط صحت اقاله و آثار اقاله بحث می‌شود. مبحث دوم مشتمل بر دو بحث است یکی اقسام خیارات و دوم احکام عمومی خیارات. ایشان معتقد

^۱ در بخشی از عبارت ایشان انحلال قهری این طور تعریف شده است: انحلالی که خود به خود انجام می‌شود و اراده هیچ کس در آن دخالت ندارد. اما همانطور که از بقیه مطالب ایشان به دست می‌آید، این تعریف صحیح نیست و مراد هم نیست. مواردی که طرفین نسبت به انحلال عقد در آینده توافق می‌کنند یا در موارد شرط فاسخ، انحلال قهری است اما چنین نیست که اراده طرفین نقشی در آن نداشته باشد. بنابراین تعریف صحیح انحلال قهری همان است که در متن ذکر شد.

است برخلاف قانون مدنی (همچنین برخلاف مرحوم شیخ در مکاسب) باید بحث دوم را مقدم کرد همان طور که قبل از بحث عقود معین باید قواعد عمومی معاملات مطرح شوند. مبحث سوم (انفساخ) نیز به دو قسمت انفساخ ناشی از تراضی و انفساخ ناشی از قانون تقسیم می شود.

نقد طرح دکتر کاتوزیان

اشکال اول

همان طور که بیان شد در طرح ایشان تفکیک صریحی بین ارکان عقد و غیرارکان مطرح نشده است و شروط عامه‌ی مذکور در ماده ۱۹۰ که در تمام قراردادها باید موجود باشند، مبنای تقسیم بندی مباحث ایشان قرار گرفته است. اما در کتاب اعمال حقوقی، (در مقام بیان این که رکن اساسی عقد، تراضی است و ذکر بقیه موارد وجهی ندارد) اشکالی به ماده ۱۹۰ مطرح می کنند که از آن استفاده می شود این موارد در قانون مدنی به عنوان رکن عقد مطرح شده اند. در مورد مشروعیت جهت معامله می نویسند:

«... مشروعیت جهت معامله نیز وسیله سازگار کردن قراردادهای خصوصی با اخلاق حسنه و نظم عمومی است، نه از ارکان عقد. به بیان دیگر، نامشروع بودن جهت معامله مانع از نفوذ حقوقی تراضی است. پس ماده ۱۹۰ ق.م به شکلی که تدوین شده خالی از مسامحه نیست و از نظر منطقی قابل انتقاد به نظر می رسد» (اعمال حقوقی ص ۵۳)

به هر حال آن چه نظم منطقی مباحث اقتضاء می کند، این است که اموری به عنوان رکن عقد (به معنای اموری که عقد برای تحقق به آن ها نیاز دارد) مطرح شود و سایر شرایط عقد به هر یک از این ارکان برگردد. با این نگاه، معین بودن موضوع، یکی از شروطی است که باید تحت رکن موضوع معامله مطرح شود، و مشروعیت جهت معامله نیز باید به یکی از مباحث اراده برگردد.

اشکال دوم

در خصوص مورد معامله، نسبت دادن خلط بین مورد عقد و مورد تعهد به قانون مدنی، صحیح به نظر نمی رسد. مورد و موضوع عقد یا تعهد، به معنای چیزی است که عقد یا تعهد بر آن وارد شده و به آن تعلق می گیرد. در نگاه دقیق، در عقود تملیکی مورد عقد، مال است و آن چه مورد تعهد است، از مقوله فعل است مثل تسلیم مال. در ماده ۲۱۴ قانون مدنی، این تفکیک به خوبی لحاظ شده و نمی توان گفت «این ماده طوری تنظیم شده که گویا هیچ تفاوتی بین مورد عقد و مورد تعهد وجود ندارد» (قواعد عمومی قراردادها ج ۲ ص ۱۶۷). ماده ۲۱۴: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین، تعهد تسلیم یا ایفاء آن را می کنند». بنابراین مورد معامله مال یا عمل (به معنای اسم مصدری) است و مورد تعهد، تسلیم مال و انجام عمل است، و هیچ خلطی بین مورد معامله و مورد تعهد صورت نگرفته است.

در ماده ۲۱۵ (مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد) و ماده ۲۱۶ (مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است)، نیز این اصطلاح به درستی به کار رفته

است. این که گفته شد «قانون مدنی در مواد ۲۱۴ تا ۲۱۶ از شرایط و احکامی سخن می‌گوید که در واقع مربوط به مورد تعهد است» (همان) مطلب ناتمامی است.

اما این که ایشان مورد عقد را به معنای عملیات و تحولات حقوقی دانست که برای وقوع آنها تراضی صورت می‌گیرد، خلط بین مورد عقد و محتوای عقد است. در عقد بیع، تملیک مبیع در برابر ثمن، مورد عقد بیع نیست بلکه مفاد و محتوای بیع است.

اشکال سوم

برخی مباحث ایشان، در جایگاه مناسب خود مطرح نشده اند. مثلاً بحث زمان و محل وقوع عقد، ذیل مبحث توافق اراده مطرح شده اند، در حالی که ارتباط روشنی به آن ندارند. مناسب است بحث زمان محل وقوع عقد، در بخش احکام و آثار عقد مطرح شود. همچنین بحث تعیین مفاد عقد (مشمول بر مباحث تفسیر قرارداد، تکمیل قرارداد و تعدیل قرارداد) در بحث آثار عقد مطرح شده است، در حالی که مناسب است ذیل بحث ابراز اراده مطرح شود.

به علاوه این که بحث شروط ضمن عقد از مباحث مهم و مستقل مربوط به عقود است، و مناسب تر است فصل جداگانه ای داشته باشد، نه این که ذیل آثار قرارداد بحث شود. شاید به دلیل همین اشکال است که ایشان در کتاب اعمال حقوقی همین کار را کرده است، یعنی بعد از فصل آثار قرارداد، فصل مستقلی تحت عنوان شروط ضمن عقد باز کرده است (اعمال حقوقی ص ۲۸۱).

گفتار سوم: معرفی طرح مختار

مباحث مربوط به عقد در پنج فصل کلی قرار می‌گیرد: ۱. مفهوم عقد و تقسیمات آن ۲. تحقق عقد ۳. آثار مترتب بر عقد ۴. شروط ضمن عقد ۵. زوال عقد

ویژگی های طرح

۱. در بحث ارکان عقد، بین اراده و ابراز اراده (اراده ظاهره) تفکیک واقع شده و شرایط و احکام هر کدام در ذیل آن بحث شده است تا هر بحث جایگاه مناسب خود را دارا شود. با توجه به این تفکیک، مباحثی مثل تعلیق ذیل بحث اراده رفته و مباحثی مثل صراحت و کنایه ذیل بحث ابراز قرار می‌گیرد. در حالی که در سایر طرح‌ها به این تفکیک توجه نشده بود و همه این مباحث در یک ردیف قرار گرفته بودند.

۲. در این طرح به تبع مرحوم شیخ انصاری، «متعاقدين» رکن مستقلی برای عقد دانسته شده؛ زیرا قوام عقد به وجود طرفین آن است و عقد بدون متعاقدين واقع نمی‌شود. لذا این که در کلام برخی حقوقدانان شرایط متعاقدين مثل اهلیت، زیرمجموعه بحث اراده و شرط صحت اراده دانسته شده، مورد اشکال است، مضافاً که برخی از شرایط متعاقدين مثل بلوغ اساساً ربطی به صحت اراده ندارند بلکه شرطی مستقل برای متعاقدين هستند.

۳. سبب یا جهت از ارکان عقد برداشته شد؛ زیرا رکن مستقل بودن آن برای عقد وجهی ندارد، بلکه از شئون بحث اراده است. سبب اگر به معنای غرض و باعث بر انجام عقد باشد، واضح است که رکن معامله نیست و صرفاً مشروعیت آن از شرایط صحت است. بنابراین از این حیث که انگیزه عقد باید مشروع باشد، بحث جهت به بحث اراده برگشته و از این جهت که موضوع معامله نباید نامشروع باشد این بحث به مورد عقد بر می‌گردد. اما اگر سبب به معنای غرض قانونی و معاملی باشد مثل این که گفته می‌شود در بیع سبب التزام بائع، استیفاء ثمن است (نظریه العقد ج ۱ ص ۱۳)، باز هم واضح است که این امر عامی است و دخلی در مقومیت عقد ندارد. طبیعت عقود که مشتمل بر تعهدات دو طرفه هستند، این است که هر کدام از طرفین عقد، به تعهداتی ملتزم می‌شوند تا به امتیازاتی دست پیدا کنند، اما این ربطی به رکنیت عقد ندارد.

۴. در فصل آثار مترتب بر عقد، بین آثار اصلی و آثار تبعی عقد تفکیک شده و هر کدام در بخش جداگانه‌ای مطرح شده‌اند. لذا بحث زمان وقوع اثر عقد، در این قسمت مطرح می‌شود، در حالی که در سایر طرح‌ها معمولاً در بحث تشکیل عقد مطرح شده بود که مناسبت نداشت. این ایده از طرح مرحوم آیه الله شاهرودی در بحث اجاره تقلید شد (کتاب الاجاره ص ۶). همچنین مباحث مربوط به اجراء عقد و عهد شکنی (مسئولیت قراردادی و غیره) با توجه به ارتباط نزدیک آن به بحث آثار عقد، در فصل آثار عقد ادغام شده است.

۵. بحث شروط ضمن عقد به دلیل مستقل بودن آن از سایر مباحث و همچنین اهمیت و کثرت مباحث، ذیل فصل مستقلی بعد از تشکیل عقد طرح شده است. لذا گفتیم این که برخی حقوقدانان در کتاب قواعد عمومی قراردادهای بحث شرط را ضمن بحث آثار عقد مطرح می‌کنند (قواعد عمومی قراردادهای آثار قرارداد ص ۱۱۱)، مناسب به نظر نمی‌آید.

۶. فصل آخر تحت عنوان زوال عقد نام گرفت تا عنوان عامی باشد و همه صورت‌های «تمام شدن عقد» را شامل شود. گاهی تشکیل عقد در حد وجود مقتضی برای صحت است (مثل عقد فضولی و عقد مکره) که در

این صورت اتمام آن به رد آن است. گاهی عقد به نحو صحت فعلی موجود شده و اتمام و زوال آن، به انقضاء آن است مثل این که عقد اجاره به اجراء تعهدات ناشی از آن زائل شود. حالت سوم زوال عقد، منحل شدن آن است که انحلال عقد، خود سه حالت دارد؛ زیرا یا به تفاسخ است یا به فسخ و یا به انفساخ. این نکته از امتیازات طرح جناب سنهوری است که در این طرح حفظ شد. بحث خیارات و احکام و اقسام آن، زیرمجموعه بحث فسخ واقع می‌شود.

جمع بندی

مباحث متنوع و پراهمیت عقود در عین این که در کتب فقهی از عمق زیادی برخوردارند، اما نظام و ترتیب طرح این مباحث کمتر مورد توجه قرار گرفته است. غالب فقها ترتیب مباحث خود را طبق ترتیب کتاب مکاسب مرحوم شیخ انصاری پیش برده‌اند که در خصوص عقد بیع پیاده شده است. استفاده از این طرح برای مباحث کلی عقد، ما را به طرحی می‌رساند که از تعریف عقد، شروط عقد، شروط متعاقدين، شروط عوضین و خیارات و نقد و نسیه و قبض تشکیل می‌شود. این طرح اجمالاً طرح مناسبی است، هرچند نیاز به تکمیل و تنقیح دارد. در میان فقهاء معاصر هم آیه الله حائری در کتاب فقه العقود و مرحوم آیه الله شاهرودی در کتاب الاجاره تلاش کرده‌اند با توجه به بحث های مربوط به قراردادها در فقه وضعی و اصلاح آن، طرح جدیدتری برای مباحث فقه عقود ارائه کنند. به نظر می‌رسد این تلاش های ارزنده نیاز به تکمیل بیشتری دارد تا بتوان به ساختار جامع و دقیقی از مباحث عقود و قراردادها رسید. در این مقاله سعی شده است نقطه ضعف های هر یک از طرح های موجود کنار گذاشته شده و امتیاز های آنها حفظ شود، و طرح پیشنهادی جامعی به فقه ارائه شود تا هر یک از مباحث مهم عقود، در جایگاه مناسب و منطقی خود قرار بگیرند و نظام متناسبی برای این مباحث بیان شود

جایگاه اخافه در موضوع جرم محاربه

استاد راهنما: استاد واعظی

نویسنده:

محسن کرانی^۱

^۱. دانش پژوه گروه فقه جزاء، سال تحصیلی ۹۹ - ۴۰۰

مقدمه

از حدودی که فقیهان در کتاب حدود به آن پرداخته اند حد محاربه است. برای تحقق موضوع محاربه نیز شرط‌های گوناگونی ذکر نموده‌اند. از این شمار می‌توان به شرایطی همچون تشهیر سلاح، اهل ریه بودن محارب، قصد ترساندن و... اشاره نمود. بسیاری از فقیهان قصد ترساندن را از شرایط محاربه دانسته‌اند، (الکافی فی الفقه، ص: ۲۵۱. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، ص: ۵۰۵. المختصر النافع فی فقه الإمامیه، ج ۱، ص: ۲۲۶. اللعة الدمشقیة فی فقه الإمامیه، ص: ۲۶۳. مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۳. معالم الدین فی فقه آل یاسین، ج ۲، ص: ۵۱۶. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص: ۹۸) مسئله‌ای که پس از مطرح شدن قصد ترساندن به ذهن می‌رسد، و موضوع نوشتار حاضر را به خود اختصاص داده، این است که آیا افزون بر قصد مزبور تحقق ترس (فعلی) نیز لازم است تا در نتیجه بتوان گفت چنانچه به‌رغم وجود قصد یادشده، ترس تحقق نیابد موضوع جرم محاربه محقق نمی‌گردد یا برای تحقق ترس فعلی لازم نیست و وجود ترس شأنی برای پیدایش جرم محاربه کفایت می‌کند؟ همان‌گونه که اشاره شد این نوشته در صدد بررسی شرط بودن یا نبودن تحقق ترس در جرم محاربه می‌رسد. بدین منظور ابتدا دیدگاه‌های فقیهان امامیه را می‌آوریم، سپس با طرح ادله دیدگاه‌های آنان به نقد و بررسی آن می‌پردازیم و در پایان جمع بندی و نتیجه‌گیری تحقیق و بیان دیدگاه برگزیده ارائه خواهد شد.

۱. دیدگاه‌ها

نسبت به شرط بودن تحقق ترس در میان فقیهان دو دیدگاه مطرح شده است.

دیدگاه نخست: شرط نبودن تحقق ترس

بسیاری از فقیهان همچون محقق حلی، علامه حلی، فخرالمحققین، شهید اول، صمیری، شهید ثانی، فیض کاشانی و صاحب‌ریاض هرچند قصد ترساندن را برای تحقق جرم محاربه لازم می‌دانند و از آن به اشتراط «قصد الاخافه» تعبیر کرده‌اند، اما تحقق ترس را در زمره شرایط محاربه نپذیرفته‌اند و بدون تحقق ترس نیز تحقق جرم محاربه را ممکن دانسته‌اند. به همین خاطر درباره فرد ضعیفی که قصد ترساندن دارد اما قابلیت ترساندن در او وجود ندارد محاربه را صادق دانسته‌اند (شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، ص ۱۶۷؛ قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۵۶۸؛ تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه ط - الحدیث، ج ۵، ص ۳۸۰؛ ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۴، ص ۵۴۳؛ اللعة الدمشقیة فی فقه الإمامیه، ص ۲۶۳؛ غایة العرام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۳۴۹؛ مسالك الأفهام الی تفتیح شرائع الإسلام، ج ۱۵، ص ۷؛ مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۹۹؛ ریاض المسائل ط - الحدیث، ج ۱۶، ص ۱۴۹). برخی فقیهان معاصر نیز هر چند در برخی متون فقهی خویش در اشتراط تحقق ترس تردید نموده‌اند و شاید بتوان گفت متمایل به پذیرش آن شده‌اند، که در ادامه به آن اشاره می‌شود، لیکن در پاسخ به استفتایی مبنی بر این‌که: «آیا در محاربه علاوه بر قصد اخافه و تشهیر السلاح، تحقق خوف در مردم نیز شرط است؟» نوشته‌اند: «شأنیت ایجاد خوف کافی است.» (گنجینه استفتانات قضایی (نرم‌افزار)، مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه، قم، سؤال ۵۰۸). مطابق این پاسخ، خوف فعلی و به دیگر سخن، تحقق ترس، شرط پیدایش عنوان محاربه نمی‌باشد.

دیدگاه دوم: شرط بودن تحقق ترس

از عبارات برخی از فقیهان همچون محقق اردبیلی، امام خمینی و آیت الله موسوی اردبیلی استفاده می‌شود که تحقق ترس یکی از شرایط پیدایش عنوان محاربه، بوده و چنانچه به خاطر ضعف شخصی که سلاح می‌کشد، هیچ گونه ترسی ایجاد نشود، محاربه نیز محقق نخواهد شد (مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۳، ص: ۲۸۷. تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۴۹۲؛ فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۵۲۰).

۲. ادله دیدگاه‌ها

صاحبان هریک از دو دیدگاه پیش‌گفته برای اثبات درستی نظریه خویش دلایلی آورده‌اند که در ادامه ادله آنان همراه با دلایلی که چه بسا قابلیت استدلال داشته باشند مطرح خواهد شد.

۱-۲ ادله دیدگاه نخست (شرط نبودن تحقق ترس)

فقیهانی که تحقق ترس را در پیدایش محاربه شرط نمی‌دانند برای اثبات دیدگاه خویش به دو دلیل تمسک کرده‌اند.

دلیل اول: آیه شریفه محاربه

خداوند متعال می‌فرماید: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأُجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» (۳۳/مانده) موضوعی که در آیه شریفه برای مجازات‌های چهارگانه در نظر گرفته شده است محارب است. محارب برگرفته از ماده حرب بوده و حرب در لغت، نقیض سلم و به معنای جنگیدن است، (کتاب العین، ج ۳، ص ۲۱۳؛ قاموس قرآن، ج ۲، ص ۱۱۴) و از آنجا که برای صدق جنگیدن نیز تحقق ترس شرط نیست بلکه اگر کسی به قصد ترساندن دیگری سلاح بکشد حرب صادق بوده و نیازی به تحقق ترس نمی‌باشد (کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، ج ۳، ص ۶۵۵؛ غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، ج ۴، ص ۲۷۲؛ التتقیح الرابع لمختصر الشرائع، ج ۴، ص ۳۹۲؛ مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۹۹؛ کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۰، ص ۶۳۵) می‌توان نتیجه گرفت که، به مقتضای اطلاق آیه شریفه تحقق ترس شرط صدق محاربه نخواهد بود.

دلیل دوم: عموم روایات محاربه

باتوجه به این‌که در بسیاری از روایاتی که از معصومین علیهم السلام درباره محاربه وارد شده، و در مقام بیان ماهیت، مصادیق و تبیین شرایط پیدایش عنوان محاربه بوده‌اند؛ از تحقق ترس سخنی به میان نیامده (وسائل الشیعه، ج ۲۸، ص ۳۰۷). می‌توان برداشت نمود که عنوان محاربه بدون تحقق ترس نیز محقق می‌یابد. از این شمار می‌توان به صحیححه (مسائل الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ۱۵، ص ۶) محمدبن مسلم اشاره نمود که امام علیه السلام می‌فرماید: «مَنْ شَهَرَ السَّلَاحَ فِي مِصْرٍ مِنَ الْأَمْصَارِ فَعَقَرَ أَقْتَصَّ مِنْهُ وَ نَفِيَّ مِنْ تِلْكَ الْبَلَدَةِ وَ مَنْ شَهَرَ السَّلَاحَ فِي غَيْرِ الْأَمْصَارِ وَ صَرَبَ وَ عَقَرَ وَ أَخَذَ الْمَالَ وَ لَمْ يُقْتَلْ فَهُوَ مُحَارِبٌ فَجَزَاؤُهُ جَزَاءُ الْمُحَارِبِ.» (الكافي - ط - الإسلامية)، ج ۷، ص ۲۴۵)

همان‌طور که ملاحظه می‌شود امام علیه‌السلام در مقام ویژگی‌های یکی از مصادیق محارب بوده‌اند و نسبت به تحقق ترس سخنی نفرموده‌اند، این خود می‌تواند بیانگر شرط نبودن تحقق ترس در محاربه باشد.

۲-۲ ادله دیدگاه دوم: (شرط بودن تحقق ترس)

برای اثبات دیدگاهی که تحقق ترس را شرط پیدایش عنوان محاربه می‌داند، چهار دلیل قابل ذکر است که در ادامه بیان خواهد شد.

دلیل اول: آیه محاربه

صاحبان دیدگاه دوم برای اثبات نظریه خویش به دو فقره از آیه شریفه محاربه، که متن آن پیشتر آمد، استدلال کرده‌اند: واژه حرب و فقره «یسعون فی الارض فسادا» که به ترتیب به آن می‌پردازیم.

الف: (استدلال به واژه حرب)

همان‌طور که بیان شد موضوع در آیه شریفه، محارب است و محارب نیز برگرفته از ماده حرب به معنای جنگیدن است، در دل جنگ نیز ترس نهفته است؛ زیرا، بدون تحقق ترس جنگ صادق نخواهد بود؛ با این توضیح که، هرچند ممکن است ترس شخصی، در مورد خاص محقق نشود اما بدون ترس نوعی، جنگ صدق نخواهد کرد پس باید گفت ماده حرب که در آیه شریفه به کار رفته است بر اشتراط تحقق ترس دلالت دارد (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۴، ص ۵۴۳. کشف اللتام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۰، ص ۶۳۶. فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۵۲۰. الدر المنضود فی أحكام الحدود، ج ۳، ص ۲۲۸). بر فرض که گفته شود در ماده حرب تحقق ترس نهفته نیست باتوجه به اینکه بیشتر موارد جنگیدن همراه با تحقق اخافه است می‌توان گفت لفظ حرب انصراف دارد به مواردی که اخافه محقق شود.

نقد

اولاً: اگر منظور استدلال کنندگان به آیه شریفه این است که قصد ترساندن، از شخصی که توانایی ایجاد ترس ندارد محقق نمی‌شود، همان‌گونه که پیشتر اشاره شد قصد ترساندن خود شرط مستقلی است که بر فرض تحقق نیافتن، عدم صدق محاربه به خاطر نبود شرط قصد ترساندن است و به خاطر محقق نشدن ترس نیست (الدر المنضود فی أحكام الحدود، ج ۳، ص ۲۲۹). اما برای صدق جنگ همان‌طور که پیشتر نیز بیان شد تحقق ترس شرط نیست بلکه قصد ترس برای صدق محاربه کفایت می‌کند.

ثانیاً: اگر معیار در تحقق ترس، تحقق ترس شأنی باشد نه ترس فعلی همان‌طور که برخی به این مطلب تصریح کرده‌اند (تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - الحدود، ص ۶۴). به هر حال هرچند شخص محارب ضعیف باشد و در برخی موارد ایجاد ترس برای او ممکن نباشد اما بازهم افرادی یافت می‌شوند که از او ضعیف‌تر باشند و قابلیت ترساندن داشته باشند و همین مقدار در تحقق ترس شأنی کفایت می‌کند (الدر المنضود فی أحكام الحدود، ج ۳، ص: ۲۲۹).

ثالثاً: ادعای انصراف نیز پذیرفته نیست؛ زیرا نهایت چیزی که می‌توان گفت این است که مصادیقی که در آن ماده حرب همراه با تحقق ترس به کار رفته است زیاد هستند اما همان‌طور که در علم اصول ثابت شده است کثرت

وجود منشا انصراف نیست بلکه کثرت استعمال موجب انصراف است (اجود التقريرات ج ۱ ص ۳۳. مباحث الاصول ج ۱ ص ۴۱۶). و کاربرد حرب در این موارد همراه با در نظر گرفتن قید تحقق ترس نیست بلکه تحقق ترس فقط در مصادیق خارج وجود دارد.

ب: استدلال به فقره (یسعون فی الارض فسادا)

مرحوم فاضل اصفهانی در مقام استدلال برای شرط بودن تحقق ترس به فقره (یسعون فی الارض فسادا) استناد کرده‌اند (کشف اللتام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۰، ص ۶۳۶: «مع التقييد في الآية بالسعي في الفساد»). ولی در مورد چگونگی استدلال به این فقره توضیحی ارائه ننموده‌اند. به نظر می‌رسد در مقام تبیین استدلال بتوان گفت سعی در فساد زمانی صادق است که ترس محقق شود و در فرض تحقق نیافتن نشدن ترس اصلا سعی در فساد رخ نداده است در حالی که آیه شریفه سعی در فساد را از شرایط محاربه می‌داند. بنابراین، بدون تحقق ترس موضوع محاربه تحقق نخواهد یافت.

نقد

به نظر می‌رسد سعی در فساد ملازم با تحقق ترس نیست؛ زیرا سعی در فساد به معنای تلاش کردن در ایجاد فساد در روی زمین است و تلاش در ایجاد فساد ممکن است منتهی به تحقق ترس شود و نیز ممکن است به تحقق ترس منتهی نشود؛ همانند فرد ضعیفی که سلاح می‌کشد و سعی در ایجاد فساد و ناامنی دارد اما کسی از او نمی‌ترسد و در نتیجه ترس محقق نمی‌شود. از این رو، نمی‌توان از فقره (یسعون فی الارض فسادا) نیز اشتراط لزوم تحقق ترس را در محاربه استفاده کرد.

دلیل دوم: انتفای ملاک حکم با نبود ترس

پیر واضح است که، احکام اجتماعی همچون محاربه، برای ایجاد امنیت در جامعه و جلوگیری از اختلال در امنیت جامعه قرار داده شده است و در جایی که کسی سلاح بکشد اما هیچ‌گونه ترس و ناامنی ایجاد نشود ملاک حکم که اختلال در امنیت است منتفی خواهد بود و با نبود ملاک حکم، حکم نیز جاری نخواهد بود. بنابراین، باید گفت یکی از شرایط پیدایش عنوان محاربه تحقق ترس در جامعه می‌باشد (فقه الحدود و التعزیرات، ج ۳، ص ۵۲۰).

نقد

در اینکه وجود و عدم حکم، دائر مدار بود و نبود ملاکی است که در حکم وجود دارد تردیدی نیست، (مجله فقه أهل البيت عليهم السلام (بالعربیة)، ج ۲، ص ۲۵۵) اما بیان ملاک توسط شارع تنها راه به دست آوردن ملاک حکم است، (حاشیه علی درالفوائد ص ۵۰) در حالی که در ادله محاربه، اعم از آیه شریفه و روایات نسبت به چیستی ملاک بیانی مطرح نشده است و ملاکی که توسط مستدل بیان گردیده نیز ظنی و استنباطی است و این‌گونه ملاک‌یابی در فقه شیعه جایگاهی نداشته و مورد پذیرش نمی‌باشد (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۴، ص ۲۲۲).

دلیل سوم: مرسله تفسیر عیاشی

مُحَمَّدُ بْنُ مَسْعُودٍ الْعِيَّاشِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْفَضْلِ الْحَقَائِيٍّ مِنْ آلِ رَزِينٍ قَالَ: قُطِعَ الطَّرِيقُ بِجَلُولَاءَ عَلَى السَّابِلَةِ مِنَ الْحَاجِّ وَغَيْرِهِمْ - وَ أَفَلَتِ الْقُطَاعُ إِلَى أَنْ قَالَ - وَ طَلَبَهُمُ الْعَامِلُ حَتَّى ظَفِرَ بِهِمْ - ثُمَّ كَتَبَ بِذَلِكَ إِلَى الْمُعْتَصِمِ - فَجَمَعَ الْفُقَهَاءَ وَ ابْنَ أَبِي دَاوُدَ - ثُمَّ سَأَلَ الْأَخْرِيَّ عَنِ الْحُكْمِ فِيهِمْ - وَ أَبُو جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ الرِّضَاعِ حَاضِرٌ - فَقَالُوا قَدْ سَبَقَ حُكْمُ اللَّهِ فِيهِمْ فِي قَوْلِهِ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ - وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا - أَنْ يَقْتُلُوا أَوْ يُصَلِّبُوا - أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ - أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ وَ لِأَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ أَنْ يَحْكُمَ بِأَيِّ ذَلِكَ شَاءَ مِنْهُمْ - قَالَ فَالْتَمَتْ إِلَى أَبِي جَعْفَرٍ ع - وَ قَالَ أُخْبِرُنِي بِمَا عِنْدَكَ - قَالَ إِنَّهُمْ قَدْ أَصَلُوا فِيمَا أَفْتُوا بِهِ - وَ الَّذِي يَجِبُ فِي ذَلِكَ أَنْ يَنْظُرَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ - فِي هَؤُلَاءِ الَّذِينَ قَطَعُوا الطَّرِيقَ - فَإِنْ كَانُوا أَخَافُوا السَّبِيلَ فَقَطَّ - وَ لَمْ يَقْتُلُوا أَحَدًا وَ لَمْ يَأْخُذُوا مَالًا - أَمَرَ بِإِدَاعِهِمْ الْحَبْسَ - فَإِنَّ ذَلِكَ مَعْنَى نَفْيِهِمْ مِنَ الْأَرْضِ بِإِخْفَاتِهِمْ السَّبِيلَ - وَ إِنْ كَانُوا أَخَافُوا السَّبِيلَ وَ قَتَلُوا النَّفْسَ أَمَرَ بِقَتْلِهِمْ - وَ إِنْ كَانُوا أَخَافُوا السَّبِيلَ وَ قَتَلُوا النَّفْسَ وَ أَخَذُوا الْمَالَ - أَمَرَ بِقَطْعِ أَيْدِيهِمْ وَ أَرْجُلِهِمْ مِنْ خِلَافٍ وَ صَلْبِهِمْ بَعْدَ ذَلِكَ - فَكَتَبَ إِلَى الْعَامِلِ بِأَنْ يَمْتَثِلَ ذَلِكَ فِيهِمْ. (تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۳۶۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۸، ص ۳۶۱).

سند روایت

این روایت همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در تفسیر عیاشی آمده است و با توجه به اینکه نسخه موجود تفسیر عیاشی ابتدای سند روایات را حذف کرده است روایات مرسل بوده و قابل استناد نمی‌باشد. (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۲۳، ص ۷۳۸).

مفاد روایت

همانطور که ملاحظه می‌شود در این روایت «اخافه السبیل» جزئی از موضوع در نظر گرفته شده است. که به معنای ناامن کردن راه و ایجاد ناامنی در راه است. این روایت بر خلاف بسیاری از روایات دیگر که نسبت به محارب بیان شده است صرف سلاح کشیدن را موضوع محاربه قرار نداده است بلکه نتیجه سلاح کشیدن که ایجاد ناامنی در راه است به عنوان موضوع محاربه بیان شده است و این روایت حتی معارض روایات دیگر نیز نخواهد بود بلکه مفید روایات دیگر است؛ زیرا با توجه به این روایت باید گفت سلاح کشیدن در صورتی که موجب ناامنی و ایجاد ترس شود محقق موضوع محاربه خواهد بود و اطلاق روایات دیگر توسط این روایت مفید خواهد شد. پس با توجه به این روایت باید شرطی به شروط محاربه افزود و آن هم تحقق ترس و ناامنی است.

نقد

اولاً: همان‌طور که در اعتبار سنجی سند بیان شد این روایت مرسل بوده و قابلیت استناد ندارد. ثانیاً: به فرض آن‌که از اشکال سندی پاسخ داده شود، ممکن است بتوان گفت قید در این روایت، حمل بر غالب می‌شود به‌ویژه این‌که بیان قضیه خارجی در این روایت می‌تواند قرینه‌ای بر غالبی بودن قید باشد؛ زیرا در این

روایت آن چیزی که در خارج رخ داده است بیان می‌شود و در خارج نیز با توجه به راهزنی که صورت گرفته است رهگذران ترسیده‌اند و ترس در خارج محقق شده است.

دلیل چهارم: اصل برائت

برخی برای اثبات نظریه شرط نبودن تحقق ترس به اصل برائت ذمه تمسک کرده‌اند. به نظر می‌رسد منظور جریان اصل برائت نسبت به وظیفه حاکم باشد؛ (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۴، ص: ۵۴۳) زیرا در فرضی که شخصی سلاح کشیده است اما سلاح کشیدن او منجر به تحقق ترس نشده، برای حاکم این تردید پدید می‌آید که آیا می‌توان حد محارب را بر او جاری نمود یا نه؟ اقتضای اصل برائت آن است که حد محارب جاری نشود.

نقد

اگر منظور از اصل برائت، آن است که در فرض مزبور موضوع حکم احراز نگردیده و با احراز نشدن موضوع، حکم نیز به فعلیت نخواهد رسید؛ چون نمی‌دانیم در تحقق موضوع محارب وجود ترس نیز لازم است یا حتی بدون وجود ترس هم موضوع محقق می‌شود؟ با تردید در تحقق موضوع، حد جریان نمی‌یابد. در پاسخ می‌توان گفت: همان‌گونه که پیشتر بیان شد موضوع حد، محارب است و محارب نیز برگرفته از ماده حرب به معنای جنگیدن است و برای صدق جنگیدن، بیش از قصد ترساندن لازم نبوده و نیازی به تحقق ترس نمی‌باشد. پس در واقع شکی نسبت به شمول ادله وجود ندارد و با نبود شک جایی برای تمسک به اصل برائت نیست. و اگر مقصود مستدل از اصل برائت، اصل عملی در مقابل اصل اجتهادی است؛ همان‌طور که در علم اصول آمده است با وجود دلیل اجتهادی نمی‌توان به سراغ دلیل فقاهتی رفت. (إرشاد العقول الی مباحث الأصول، ج ۱، ص ۴۰۱). در اینجا نیز همان‌گونه که پیشتر اشاره شد آیه شریفه و برخی از روایات بر شرط نبودن تحقق ترس دلالت دارند. و با وجود ادله مزبور جایی برای استناد به اصل عملی برائت نخواهد بود.

جمع بندی

نسبت به شرط بودن تحقق ترس در محاربه دو دیدگاه در بین فقیهان مطرح شده است برخی تحقق ترس را از شروط محاربه شمرده‌اند و برخی نیز در موضوع محاربه تحقق ترس را لازم ندانسته‌اند. فقیهانی که تحقق ترس را شرط تحقق محاربه ندانسته‌اند به دو دلیل آیه محاربه و عموم روایات تمسک کرده‌اند. برای نظریه شرط نبودن تحقق ترس نیز چهار دلیل ذکر شده است اما ادله چهارگانه مورد پذیرش نبوده و نمی‌تواند نظریه دوم را اثبات کند. به همین خاطر به نظر می‌رسد نظریه قابل اثبات دیدگاه اول بوده و تحقق ترس در زمره شرایط محاربه قرار نخواهد داشت.

بررسی روایات ناهی از فساد بر لزوم دفع مفسده

استاد راهنما: استاد مقیمی

نویسنده:

حسین معصومی^۱

^۱. دانش پژوه گروه فقه تربیت، سال تحصیلی ۴۰۰ - ۹۹

مقدمه

از مباحث مهمی که در علوم تربیتی و مباحث فقهی مرتبط با آن اثرگذار است و روایات فراوانی در موردش وجود دارد مسئله اثبات لزوم دفع مفسده بوسیله روایات ناهی از فساد است. اگر بتوان از روایات ناهی از فساد، علاوه بر لزوم امتثال نهی، لزوم دفع مفسده به طور مطلق را اثبات کرد، در مواردی که مفسده‌ای از دیگران نیز صادر می شود تکلیف زاندی متوجه مکلف می شود یعنی بر او لازم است که علاوه بر مفاصدی که بر عمل خودش مترتب است، مفسده‌ای را که از دیگران صادر می شود یا مفاصدی که دیگران بدان مبتلا شده‌اند نیز دفع کند. اثبات این مدعا در مباحث مرتبط با تعلیم و تربیت بخصوص در نحوه تربیت متریبان اثر مستقیم دارد زیرا گستره وظایف مربی نسبت به متریبی را قاعده وار توسعه می دهد یعنی اگر وجوب دفع مفسده از غیر را بپذیریم، بر مربی لازم است در تمام مواردی که مفسده‌ای متوجه متریبی است اقدام به دفع آن نماید.

در این نوشتار ضمن تبیین نحوه دلالت این روایات بر اصل لزوم دفع مفسده با توجه به اثر گذاری گسترده این بحث در مباحث فقه تربیت به لزوم دفع مفسده از دیگران نیز پرداخته خواهد شد. ابتدا باید برخی مبانی و پیش فرض‌ها را پذیرفت. زیرا طبق برخی مبانی امکان استفاده از روایات برای لزوم دفع مفسده به عنوان یک قاعده وجود ندارد.

نوشتار حاضر ابتدا به اختصار به بیان برخی مبانی و پیش فرضها مانند دیدگاه های مطرح در زمینه تبعیت احکام از مصالح و مفاصد و نقش آنها در مدعا پرداخته و سپس به اصل بحث وارد شده است. قابل ذکر است که مسئله مورد بحث، دلالت روایات بر لزوم دفع مفسده از غیر به عنوان یک قاعده کلی است و الا لزوم دفع مفسده در مواردی که شارع به وجود مفسده ملزمه در آنها تصریح نموده یا دفع مفسده ای را لازم دانسته مانند امر به معروف، امری مسلم است.

فصل اول: کلیات

دایره شمول روایات ناهی از فساد

روایات ناهی از فساد در این بحث، شامل تمامی روایاتی است که به نحوی از فساد نهی نموده‌اند ولو ماده «فسد» در آنها به کار نرفته باشد. نهی از فساد در این روایات می تواند در قالب های مختلفی از جمله نهی صریح از فساد و مفسده یا بیان مصداقی از مصادیق آن بیان شده باشد و یا فساد در آنها به عنوان علت یا حکمت تحریم، یا اعلام عدم محبوبیت یا مبعوضیت و مانند اینها ذکر شده باشد.^۱ بنابر این، کلیه روایاتی که به نحوی از فساد و مصادیق آن - مانند ضرر و اضرار - نهی کند داخل در روایات ناهی از فساد است. البته در این تحقیق فقط روایاتی که بتوان از آنها وجوب دفع مفسده از غیر را هم اثبات کرد مورد بحث بوده و روایاتی که فقط بر وجوب دفع مفسده از خود دلالت دارند از محل بحث خارج اند.

معنای فساد و مفسده

۱. در قسمت «روایات باب» مثال هایی از انواع نهی از فساد خواهد آمد.

در لغت تعریف مشخصی از فساد و مفسده ارائه نشده است بلکه لغویین همواره این دو را تعریف به ضد کرده اند. فساد را ضد صلاح (کتاب العین، ج ۲، ص ۲۳۱) و مفسده را ضد مصلحت (الصحاح، ج ۲، ص ۵۱۹، مصباح العنبر، ج ۲، ص ۴۷۲) تعریف کرده و سپس به ذکر مصادیق این مفاهیم پرداخته اند. گویا مصلحت و مفسده از مفاهیمی است که هرچه آنها را توضیح دهی بر وضوح معنایی شان افزوده نمی شود. در قرآن هم صلاح و فساد در موارد متعدد به کار رفته است این موارد - که هم در تکوینیات مطرح شده و هم در تشریعیات - همگی از قبیل بیان مصداق است. مانند «وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ» (قصص / ۷۷) «وَوَكَانَ فِي الْمَدِينَةِ تِسْعَةُ رَهْطٍ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ وَلَا يُصْلِحُونَ» (نمل / ۴۸) «لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا.» (انبیاء / ۲۲)

به نظر می رسد که تبیین پیش رو از مصلحت و مفسده خالی از اشکال است: در امور تکوینی مفسده، حالتی است که شی را از رسیدن به هدفش بازدارد. یعنی مانع از تحقق غرضی می شود که شی برایش طراحی شده است و مصلحت حالتی است که شی را برای رسیدن به هدفی که برایش طراحی شده یاری دهد. در امور تشریحی مفسده، وضعیتی است که بر خلاف هدف عالی انبیا باشد و در تحقق آن هدف اخلال ایجاد کند و مصلحت، آن چیزی است که در تحقق آن هدف عالی شارع دخیل باشد. بنابراین اعمالی نظیر شرک، انجام محرمات و رذایل اخلاقی اموری دارای مفسده هستند زیرا خلاف هدف عالی انبیا هستند. با این بیان مصلحت و مفسده دو ضدی هستند که حالت ثالث هم دارند یعنی عملی می تواند نه دارای مصلحت باشد و نه دارای مفسده، به نظر می رسد که اباحه های لا اقتضایی از این دست باشند. (رک: فقه و مصلحت، ص ۸۲ الی ۹۵)

مبنای تبعیت احکام از مصالح و مفاسد

پرداختن به بحث از این مبنا از آن جهت اهمیت دارد که اگر انسان قائل به عدم تبعیت احکام از مصالح و مفاسد شد فقط باید به موارد منصوص اکتفا کند و دیگر اثبات لزوم دفع مفسده در همه موارد به عنوان یک قاعده میسر نخواهد بود اما اگر مبنای تبعیت احکام از مصالح و مفاسد پذیرفته شود هر جا مفسده ملزمه ای وجود داشته باشد حتی اگر نهی هم از جانب شارع وارد نشده باشد حرمت قابل اثبات است زیرا وجود مفسده مناط اصلی است و مفاسد به منزله علت نهی خواهند بود.

در مورد تبعیت احکام شرعی از مصالح و مفاسد سه دیدگاه عمده وجود دارد:

- انکار تبعیت احکام از مصالح و مفاسد
- اثبات تبعیت احکام از مصالح و مفاسد^۱
- تبعیت نسبی

۱. به نظر می رسد که طبق مسلک مشهور عدلیه هر عملی را که شارع بدان امر کرده باید دارای مصلحت شرعی یا عقلی دانست و هر چیزی را که شارع از آن نهی کرده دارای مفسده شرعی یا عقلی. اما طبق قول دقیق تر (قول سوم) همواره از وجود امر و نهی نمی توان به وجود مصلحت یا مفسده ای در متعلق رسید.

بررسی این سه نظریه در این مجال نمی گنجد اما به نظر می رسد قول سوم قابل دفاع تر از دو نظریه دیگر است. توضیح این که طبق مسلک مشهور عدلیه هر عملی که شارع بدان امر کرده دارای مصلحت شرعی یا عقلی و هر چیزی را که شارع از آن نهی کرده دارای مفسده شرعی یا عقلی است. اما طبق قول دقیق تر (قول سوم) از وجود امر و نهی نمی توان همیشه به وجود مصلحت یا مفسده ای در متعلق رسید.

تاثیر مبانی سه گانه در بحث

ارتباط اتخاذ هر یک از این مبانی در بحث ما آنجا روشن می شود که قائلین به مسلک اول تنها در موارد منصوص که شارع به صراحت از فساد نهی کرده دفع مفسده از غیر را لازم می دانند و استفاده و جوب دفع مفسده به عنوان یک قاعده از روایات ناهی از فساد برایشان ممکن نیست. اما طبق مبانی دوم در مورد تمام نواهی و طبق مبانی سوم حداقل در بخش زیادی از نواهی چنین ادعایی به عنوان یک قاعده قابل اثبات است زیرا طبق مبانی دوم که مسلک مشهور است همه اوامر و نواهی مستند به مصلحت و مفسده در متعلقشان هستند ولو آن مصالح و مفاسد از دید ما مخفی باشد به عبارت دیگر طبق این مبنا هرگونه نهی ای در حقیقت نهی از فساد است. و طبق دیدگاه سوم بخش زیادی از اوامر و نواهی شارع تابع مصلحت و مفسده ای در متعلقشان (ورای امر و نهی) هستند ولی در برخی موارد که شارع به انگیزه هایی مانند انقیاد و امتحان و تهدید و یا تسهیل و جلوگیری از اضطرار حکمی را جعل کرده، این احکام تابع مصالح و مفاسد در متعلق نیستند. البته تعداد آنها نادر است. بنابراین بحث ما و مطالب پیش رو متکی به این دو دیدگاه است.

مصادیق لا تفسدوا

به طور کلی در مورد مصادیق این نهی فروض زیر وجود دارد:

۱- لا تفسدوا یعنی افساد نکنید (فساد را ایجاد نکنید).

۲- لا تفسدوا یعنی فساد موجود را از بین ببرید (مانع استمرار آن شوید)

مصادیق این احتمال به این جهت است که فردی که قبلا فسادی را ایجاد کرده است و الان از آن دست برداشته بالفعل مفسد محسوب می شود مثلا کسی که زمینی را غصب کرده و همچنان آن را در اختیار خود نگه داشته است آنآ فآنا در حال افساد است بنابراین خطاب «لا تفسد» از او می خواهد که از استمرار این غصب دست بکشد و زمین را به صاحبش برگرداند. بنابراین اطلاق خطاب شامل این فرد نیز می شود هرچند که جلوگیری از فساد موجود، نسبت به آینده معنا دارد اما با توجه به تحقق فعلی فساد در این فرض و عدم تحقق فساد در فرض قبلی، این دو مستقل از یکدیگر آورده شد.^۱

۳- لا تفسدوا یعنی مقدمات تحقق فساد را فراهم نکنید.

برای مثال اگر ظالمی بخواهد برای قتل مظلومی از یک آهنگر شمشیر بخرد. آیا آهنگر بر فرض علم به قصد ظالم حق فروش سلاح به او را دارد؟ و یا تنها در صورتی حرام است که او هم از فروش سلاح، قصد قتل بکند یعنی به این خاطر سلاح را به ظالم بفروشد که او مظلوم را به قتل برساند و الا اگر علم به قصد او دارد ولی او

^۱. به زودی وجهی مطرح می شود که طبق آن، احتمال دوم به احتمال اول بازگشت می کند.

برای کسب در آمد سلاح را می فروشد ایرادی ندارد؟ فردی که ابزار آلات ساخت سلاح را به آهنگر می فروشد (مقدمات بعیده) چطور؟ آیا در صورتی که می داند فلان ظالم از آهنگر قصد خرید سلاح برای قتل مظلومی را دارد می تواند به آهنگر مواد اولیه تولید شمشیر را بفروشد؟

هر چند بحث تفصیلی در این باره باید ذیل قاعده «حرمت تعاون بر اثم و عدوان»^۱ و «مقدمه حرام» مطرح شود اما به طور مختصر ذیل عنوان «انحاء مختلف الغاء دیگری در مفسده» در این باره مطالبی بیان خواهید شد. ناگفته نماند که در تمامی این صور، لزوم دفع مفسده نسبت به عملی که در آینده قرار است اتفاق بیافتد مصداق دارد و الا لزوم دفع مفسده نسبت به فسادی که انجام شده و از بین رفته است معنا ندارد. در مواردی مانند غصب هم که فساد قبلا ایجاد شده و الان استمرار دارد، نسبت به آن میزان غصبی که قبلا صورت گرفته امکان دفع مفسده وجود ندارد و گرفتن خسارت بابت آن نیز نوعی تکلیف نسبت به آینده است. با این توضیح احتمال دوم به احتمال اول برمی گردد یعنی درخواست جلوگیری از استمرار فساد، در حقیقت طلب جلوگیری از ایجاد فساد جدید است.

تا کنون مباحث مقدماتی بیان شد. اکنون لازم است که اصل مدعا مورد بررسی قرار گیرد.

فصل دوم: دلالت روایات ناهی از فساد بر لزوم دفع مفسده

حیثیات مختلف لزوم دفع مفسده

وقتی شارع از فساد به طور مطلق یا از فساد موجود در عملی خاص نهی می کند حتما پای مفسده ملزمه ای در متعلق نهیش وجود دارد. مثلا وقتی خداوند در قرآن می فرماید: «و لا تبغ الفساد فی الارض ان الله لا یحب المفسدین» (قصص / ۷۷) به این معنا است که آن کارهایی که در آنها فساد وجود دارد - نظیر اعمال قارون - را انجام ندهید نه اینکه در خود این نهی مفسده وجود داشته باشد. البته گاهی تمام ملاک برای تحریم همان مفسده مذکور است و گاهی هم آن مفسده در حد حکمت است و مفسده اصلی که علت تحریم بوده در نص ذکر نمی شود.

سوالاتی که باید درباره حیثیات مختلف لزوم دفع مفسده به آنها پاسخ داده شود بدین شرح است:

۱. آیا روایات ناهی از فساد بر لزوم دفع مفسده دلالت می کند؟

۱. در ادله، هم در مورد کسانی که به قصد تحقق ظلم به ظالم کمک کرده اند نهی وارد شده است مانند فراز زیارت عاشورا (و شایعت و بایعت و تابعت علی قتله) و هم در مورد جایی که قصد تحقق معصیت را نداشته بلکه عمل از مقدمات بسیار بعید بوده است مانند قضیه صفوان کاروان دار و کرایه شتران به هارون که امام حتی از کرایه دادن شتر برای حج رفتن هارون هم نهی کردند هر چند کرایه دادن در قبالت انجام عمل صالح ظالم (انجام حج) بوده چه برسد به اعمال فاسد او! بلکه بالاتر از اینها اهل بیت از رضایت به عمل ناپسند نیز نهی کرده اند مانند الراضی بعمل قوم کالداخل فیه معهم. یعنی حتی اگر شخصی نه خودش ظلم کرد و نه اعانه بر ظلم کرد اما به کار ظالم و فاسد راضی بود مانند خود او محسوب می شود و مورد لعن و نفرین و مستحق ذم است (و لعن الله قوما سمعت بذلک فرضیت به). بنابراین حتی بر فرض عدم شمول اطلاق ادله نهی از فساد، ادله عدم جواز تعاون بر اثم و عدوان، دلالت دارند که در هر نوع کمکی به ظلمه فساد وجود دارد ولو آن کمک مانند سکوت بر ظلم یا رضا به بقای طاغوت باشد.

۲. بر فرض دلالت، آیا روایات ناهی از فساد از مکلف می خواهد که مفسده صادره از دیگران را نیز

دفع کند و از ابتلای دیگران به مفسده جلوگیری کند؟

در پاسخ به پرسش اول باید گفت به نظر می رسد که ادله ناهی از فساد از مکلف می خواهد که مفسد را دفع کنند. توضیح اینکه از آنجا که غرض شارع از صدور نهی، عدم تحقق فساد است و امتثال امر و نهی شارع به ایجاد متعلق در امر و عدم ایجاد متعلق در نهی است، ادله ناهی از فساد به دلالت التزامی بر لزوم دفع مفسده دلالت می کنند و الا اگر نهی شارع از فساد بر دفع مفسده دلالت نکند لغویت پیش می آید.

به این مثال توجه کنیم: وقتی پدری به فرزندش می گوید «آب کثیف نخور.» این دستور ملازمه دارد با اینکه «اگر بخوری مریض می شوی» پس نخور تا دچار مفسده (مریضی) نشوی. در واقع این نهی پدر ملازم با جمله «مریضی را از خودت دفع کن» می باشد و اگر وقوع در مفسده (مریضی) بدون ایراد باشد اصل نهی پدر نیز وجهی نخواهد داشت.

در نواهی شرعی نیز همین ارتکاز و ملازمه برقرار است یعنی وقتی خدا می فرماید: «لَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ» (اعراف، ۵۶) و می خواهد فساد نه به نحو ایجاد و نه به نحو استمراری محقق نشود، این دستور به عدم ایجاد فساد با لزوم دفع مفسده ملازمه دارد. در ادامه مثال هایی از روایات به عنوان شاهد آورده می شود:

۱. در روایت متواتره نبوی «ما من شيء يقربكم من النار و يباعدكم من الجنة إلا و قد نهيتكم عن» (

الکافی، ج ۲، ص: ۷۴) وقتی حضرت می فرماید: از آنچه شما را به جهنم نزدیک می کند نهی کردم، این مضمون در آن نهفته است که اگر با نواهی من مخالفت کنید دچار عذاب می شوید پس لازم است که با اجتناب از محرّمات، خود را از وقوع در مفسده (عذاب) مترتب بر آنها حفظ کنید و الا اگر بنا باشد پیامبر از چیزی نهی کند ولی بر انجام آن نیز ثمره و فسادی مترتب نشود (وقوع در مفسده آن اشکالی نداشته باشد) نهی ایشان لغو خواهد بود.

۲. در روایت محمد بن سنان از امام رضا علیه السلام «حَرَّمَ الزَّوْنَاءَ لِمَا فِيهِنَّ مِنَ الْفَسَادِ مِنْ قَتْلِ الْأَنْفُسِ وَ

دَهَابِ الْأَنْسَابِ» (من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۶۵) که حضرت علت حرمت زنا را فساد در تحلیل آن از قبیل (ترتب) قتل نفس و اختلاط انساب معرفی می کند، در واقع از بندگان می خواهد زنا نکنند تا دچار مفسد مترتب بر آن از قبیل قتل نفس و اختلاط انساب نشوید و اگر قرار بود امام از زنا نهی کند ولی دفع مفسده مترتب بر آن لازم نباشد نهی شارع لغو می شد.

مشاهده سایر روایات مرتبط همین برداشت را نتیجه می دهد. یعنی شارع و اهل بیت همواره با تذکر نسبت به فساد موجود در محرّمات ضمن آگاهی دادن به علت و حکمت داشتن جعل آنها، مردم را از مفسد آن آگاه می

۱. البته به این روایت ممکن است اشکال شود که مراد از فساد در روایات، فساد در متعلق است نه فساد به معنای عقاب اخروی.

کردند و از ایشان می خواستند که با اجتناب از محرمان؛ دچار مفاسد مترتب بر آن نشوند. دفع مفسده مترتب بر آنها نیز لازم است زیرا هدف غایی از جعل نواهی، عدم وقوع در آن مفاسد است.^۱ توجه به این نکته هم لازم است که از حیث لزوم اجتناب از مفاسد، فرقی بین مفسادی که شخص فعلا مرتکب آن نشده و مفسادی که در حال ارتکاب آن است وجود ندارد، بلکه این ادله به طریق اولی از مکلفین می خواهد با مفاسد موجود مبارزه کنند و به رفع آنها بپردازند زیرا وقتی که هنوز فسادی شکل نگرفته شارع از ما می خواهد که مرتکب آن نشویم به طریق اولی در صورت ارتکاب در مفاسد از ما می خواهد نسبت به از بین بردن آن و رهایی بخشی خود از آن فساد اقدام کنیم نظیر جایی که مولی به عبدش می گوید: «مراقب باش که فرزندم در آتش گرفتار نشود.» این دستور مولی به طریق اولی جایی را که فرزند مولی در آتش گرفتار شده را نیز شامل می شود و از عبد می خواهد که فرزند را از آتش نجات دهد و رفع مفسده نماید.

سوال دوم

سوال دوم این بود که بر فرض دلالت، آیا صرفا فرد را مکلف به دفع صدور مفسده از خودش می کند یا از او می خواهد که مفسده صادره از دیگران را نیز دفع کند؟ اثبات دلالت روایات باب بر لزوم دفع مفسده از غیر نیاز به بررسی ادله مرتبط با موضوع دارد. بنابراین لازم است دسته هایی از روایات که به نحوی برای لزوم دفع مفسده از دیگران قابل استناد هستند، طرح و نحوه دلالت آنها را بررسی گردد.

روایات باب

به طور کلی روایاتی که از آنها به نحوی لزوم دفع مفسده از غیر استفاده می شود را می توان به چهار دسته تقسیم کرد.^۲

- ۱- روایاتی که اوامر و نواهی شارع را تابع مصالح و مفاسد و علت و حکمت می داند.
 - ۲- روایاتی که مفسده ای خاص را برای هر حرامی معرفی می کند و علت تحریم را همان مفسده می داند.
 - ۳- روایاتی که بر لزوم دفع مفسده از غیر دلالت دارند و هرچند صراحتا از فساد نهی نکرده اند اما مشتمل بر نهی ضمنی هستند.
 - ۴- روایات حرمت فتوا به غیر علم و حرمت تغیر جاهل.
- دسته اول: روایاتی که اوامر و نواهی شارع را تابع مصالح و مفاسد و علت و حکمت می داند.

^۱ . امکان دارد بگوییم که شواهد فوق به دلالت مطلق بر لزوم دفع مفسده دلالت می کند به این بیان که نهی شارع از فساد موجود در متعلق نهی مساوی با لزوم دفع مفسده است و لزوم دفع مفسده چیزی غیر از امتثال همان نهی اولیه صادر از شارع نیست. از نظر عرفی چنین احتمالی قریب به ذهن است اما به دقت عقلی، نهی از فساد مساوی با لزوم دفع مفسده نیست و دلالت، الزامیه است.

^۲ . هرچند لزوم دفع مفسده با لزوم جلب مصلحت ملزمه از یک سنخ هستند اما ما با توجه به موضوع بحث بیشتر نگاهمان معطوف به لزوم دفع مفسده است.

با توجه به این روایات، فساد موجود در متعلق، علت تحریم است و لزوم اجتناب دارد که باتوجه به اطلاق فساد آنها نسبت به اعمال خود شخص و دیگران، می توان شمول نهی نسبت به فساد صادره از دیگران را به دست آورد. برخی از این روایات از این قبیل اند:

۱. خطاب امیرالمؤمنین در نامه معروفش به امام حسن علیه السلام: «فإنه لم يأمرک إلا بحسن و لم ینهک

إلا عن قبیح» (نهج البلاغه (للصحبی صالح)؛ ص ۳۹۶)

این روایت گویا است که اوامر و نواهی شارع بسته به حسن و قبحی که در متعلق آن است صادر می شوند. از طرفی حسن و قبیحی که در روایت بدان اشاره شده مطلق اند و شامل انجام مصالح و مفاسد توسط دیگران نیز می شود. حال که ارتکاب مفسده توسط دیگران مصداق فساد شد و شارع هم از هرگونه فسادی نهی کرده است، لازم است علاوه بر اجتناب از فساد نسبت به خود، از ارتکاب مفسده توسط دیگران هم جلوگیری نمود.

۲. روایت معروف تحف العقول: «کل أمر یكون فیه الفساد مما هو منهي عنه من جهة أكله و شربه أو

كسبه أو نکاحه أو ملكه أو إمساكه أو هبته أو عاريته أو شيء یكون فیه وجه من وجوه الفساد نظیر

البيع بالربا لما فی ذلك من الفساد... فهذا كله حرام و محرم» (تحف العقول؛ ص ۳۳۳)

در این روایت که شیخ انصاری هم به تفصیل در مورد آن بحث کرده است، دلیل نهی از اکل یا شرب یا عاریه یا امساک برخی چیزها، وجود فساد در آنها عنوان شده است. هرچند معمولاً فقها این روایت را در بحث تجارات و معاملات استفاده می کنند اما با توجه به تعلیل مطرح در روایت (یکون فیه الفساد، لما فی ذلك من الفساد) می توان گفت که مواردی که در روایت آمده از باب مثال بوده و همواره دلیل حرمت، وجود فساد است که قابل توسعه به ابواب غیر معاملات و تکالیف نیز هست.

در تقریب ارتباط این روایت به بحث ما می توان از همان وجه مطرح در روایت قبلی استفاده کرد. به این بیان که انجام مفاسد توسط دیگران قطعاً از اموری است که در آن فساد وجود دارد و طبق متن روایت هر آنچه در آن فساد وجود دارد منهی شارع است. بنابراین انجام مفسده توسط دیگران نیز منهی شارع است و باید دیگران را از ارتکاب مفاسد باز داشت.

دسته دوم: روایاتی که مفسده ای خاص را برای هر حرامی معرفی می کند و علت تحریم را آن مفسده می داند.

با مراجعه به کتاب علل الشرایع^۱ به خیل عظیم روایات از این دست برمی خوریم. این روایات عمدتاً سیاق واحد دارند و در تمامی آنها امام علیه السلام با بیان علت یا حکمت تحریم یا وجوب برخی اعمال، به ما می فهماند که احکام، تابع مصلحت و مفسده ای است. در این دسته به ذکر روایت محمد بن سنان (من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص:

۱. نمونه های زیادی از این دسته در منابع به ویژه در کتاب علل الشرایع آمده و علاوه بر احکام تکلیفی، در مورد علت برخی رفتارها و تکوینیات مانند عدم امکان تعدد آلهه نیز علت و حکمت هایی وارد شده.

۵۶۵) از امام رضا علیه السلام که در آن علت برخی احکام بیان شده است اکتفا می کنیم. برخی از فراز های این روایت بدین شرح است:

- حَرَّمَ اللَّهُ قَتْلَ النَّفْسِ الَّتِي لِعَلَّةٍ فَسَادِ الْخَلْقِ فِي تَحْلِيلِهِ لَوْ أَحَلَّ وَفَنَائِهِمْ وَفَسَادِ التَّدْبِيرِ.
- حَرَّمَ الزَّوْءَ لِمَا فِيهِ مِنَ الْفَسَادِ مِنْ قَتْلِ الْأَنْفُسِ وَذَهَابِ الْأَنْسَابِ وَتَوَكُّرِ التَّرْبِيَةِ لِلْأَطْفَالِ وَفَسَادِ الْمَوَارِيثِ وَ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنْ وُجُوهِ الْفَسَادِ.
- حَرَّمَ أَكْلَ مَالِ الْيَتِيمِ ظُلْمًا لِعَلَّلٍ كَثِيرَةٍ مِنْ وُجُوهِ الْفَسَادِ... وَ لِقَوْلِ أَبِي جَعْفَرٍ ع إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ وَعَدَّ فِي أَكْلِ مَالِ الْيَتِيمِ عُقُوبَتَيْنِ عُقُوبَةً فِي الدُّنْيَا وَ عُقُوبَةً فِي الْآخِرَةِ.
- عِلَّةُ تَحْرِيمِ الرِّبَا إِنَّمَا نَهَى اللَّهُ عَنْهُ لِمَا فِيهِ مِنْ فَسَادِ الْأَمْوَالِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا اشْتَرَى الدَّهْرَ بِالدَّهْرَيْنِ كَانَ تَمَنُّ الدَّهْرَ دِهْمًا وَ تَمَنُّ الْآخِرِ بَاطِلًا.
- حُرِّمَ غَضَبُ الْأَمْوَالِ وَ أَخْذُهَا مِنْ غَيْرِ حِلِّهَا لِمَا فِيهِ مِنْ أَنْوَاعِ الْفَسَادِ وَ الْفَسَادُ مُحَرَّمٌ لِمَا فِيهِ مِنَ الْفِتْنَاءِ وَ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ وُجُوهِ الْفَسَادِ.

هرچند در ظاهر، این دسته روایات ارتباطی به بحث لزوم دفع مفسده از غیر ندارند اما چه بسا بتوان با تقریب پیش رو به آنها استناد کرد:

با توجه به فراوانی این روایات و جنبه اجتماعی فسادی که در بسیاری از آنها وجود دارد با انضمام اینکه شارع در برخی از آنها - از جمله روایت فوق - از مطلق فساد نهی کرده است^۱ می توان چنین نتیجه گرفت که هدف شارع از تحریم اعمالی نظیر زنا، سرقت، غصب و ... عدم تحقق خارجی آنها بوده و اینکه از جانب چه کسی سر بزند برای شارع موضوعیت نداشته است. به عبارت دیگر شارع به منظور گرفتار نشدن جامعه به چنین مفاسدی از مکلفین می خواهد مرتکب آنها نشوند و از آنجا که نیل به این هدف (تحقق جامعه خالی از مفاسد) بدون جلوگیری از انجام این اعمال توسط دیگران امکان پذیر نیست، از مکلفین می خواهد علاوه بر اینکه خودشان اعمال مزبور را انجام ندهند، در صورت ارتکاب دیگران، مانع ایشان شوند یعنی هم مفسده را از خودشان دفع کنند و هم از دیگران تا اجتماع عاری از مفاسد و مدینه فاضله شکل بگیرد.

دسته سوم: برخی روایات ابواب اسباب ضمان

این روایات - که برخی از صاحبان کتب قواعد فقهیه (القواعد الفقهية في فقه الإمامية، ج ۲، ص ۱۷۳) آنها را دال بر قاعده تسبیب دانسته اند - بر لزوم دفع مفسده از غیر در باب اسباب ضمان دلالت دارند و هرچند در باب خاصی وارد شده اند و در آنها صراحتا از فساد نهی نشده است اما مشتمل بر نهی ضمنی از فساداند و مشتمل بر نکته ای هستند که می توان از آن لزوم دفع مفسده از غیر را به عنوان یک قاعده اثبات نمود. از جمله این روایات می توان به صحیح حلی اشاره کرد:

۱. الْفَسَادُ مُحَرَّمٌ

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الشَّيْءِ يُوَضَعُ عَلَى الطَّرِيقِ فَتَمُرُ الدَّابَّةُ فَتَنْزُرُ بِصَاحِبِهَا فَتَعْتِزُّهُ فَقَالَ كُلُّ شَيْءٍ يُضَرُّ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَصَاحِبُهُ ضَامِنٌ لِمَا يُصِيبُهُ. (وسائل الشيعة، ج ۲۹، ص: ۲۴۳)

حلبی می گوید از امام صادق علیه السلام در مورد چیزی (مانعی) که در مسیر گذاشته می شود سپس چهارپایان از آنجا عبور می کنند و می روند و صاحبش را زمین می زنند و او را زخمی می کنند. ایشان فرمود: هر چیزی که در مسیر مسلمانان ایجاد شود و کسی آسیبی ببیند، ایجادکننده ضامن آسیبی است که به مجروح رسیده است.

طبق این روایت اگر کسی در راه عبور و مرور مانعی ایجاد کرد که باعث وارد آمدن صدمه (مفسده ای) بر دیگران شد، ضامن است و امام علیه السلام با اثبات ضامن بر عهده ایجاد کننده مانع، این نکته را می فهمانند که کسی حق ندارد بر سر راه دیگران ایجاد مانع کند و باید مانعی را که ایجاد کرده از سر راه بردارد (دفع مفسده از غیر کند) تا به دیگران آسیبی وارد نشود در غیر این صورت اگر ضرر و مفسده ای به سبب این مانع متوجه دیگران شود، ضامن است. و با توجه به فقره «كُلُّ شَيْءٍ يُضَرُّ بِطَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ» اینکه لزوم دفع مفسده مختص به بحث ایجاد مانع در راه عبور و مرور باشد منتفی می گردد بلکه هر جا شخصی عملی انجام دهد که سبب اضرار به مسلمین ولو در غیر راه عبور و مرور شود، ضامن است. به عبارت دیگر، ملاک ثبوت ضامن، وارد آمدن اضرار است نه اینکه آن اضرار حتما باید در راه رفت و آمد صورت پذیرد.

دسته چهارم: روایات حرمت فتوا به غیر علم و حرمت تغریر جاهل

این روایات در ابواب مختلف صفات القاضی، نماز جماعت (وسائل الشيعة، ج ۸، ص: ۳۷۳) و اطعمه و اشربه (وسائل الشيعة، ج ۲۵، ص: ۳۰۹) وارد شده است از جمله صحیحه ابی عبیده: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ ابْنِ رَبَّابٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ ع مَنْ أَفْتَى النَّاسَ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَ لَا هُدًى مِنَ اللَّهِ لَعَنَتْهُ الْمَلَائِكَةُ الرَّحْمَةُ وَ الْمَلَائِكَةُ الْعَذَابِ وَ لَحِقَهُ وُزْرٌ مِنْ عَمَلِ بَيْتِيَاءَ. (وسائل الشيعة ج: ۲۷ ص: ۲۰)

طبق این روایت امام صادق علیه السلام فرموده اند: هرکس فتوای به غیر علم و هدایت از جانب خدا بدهد ملائکه رحمت و ملائکه عذاب او را لعنت می کنند و وزر و گناه کسانی که به فتوای او عمل کرده اند بر گردن اوست.

در واقع طبق این روایت امام علیه السلام ضمن تحریم فتوای به غیر علم و معرفی آن به عنوان «ما فيه الفساد» مفسده مترتب بر آن را متذکر شده و از مخاطب می خواهد با عدم افتا به غیر علم، مفسده مترتب بر آن را از خود و دیگران دفع کند زیرا وقوع دیگران در مفسده باعث معاقب شدن مفتی و وقوع خود مفتی در مفسده (لحقه وزر من عمل بفتواه) خواهد شد. احتمال خصوصیت این مسئله به باب افتا هم منطقی نیست زیرا از طرفی روایات مشابه روایت فوق که دال بر حرمت یا کراهت تغریر جاهل هستند در سایر ابواب نیز وارد شده است و از طرف دیگر فهم فقها از روایاتی از این دست، تعمیم حرمت به تمام مواردی است که انسان به نحوی باعث تغریر جاهل شود یا کاری کند که دیگران به مفسده دچار شوند. (المکاسب، ج ۱ ص ۷۴)

مرحوم شیخ، القاء دیگران در حرام را در ضمن چهار وجه تصویر کرده است (همان) که ما برخی را به دو قسم تقسیم کرده و به بررسی آنها می پردازیم.

صور مختلف القاء دیگری در حرام (مفسده)

۱. فعل شخص علت تامه وقوع دیگری در حرام باشد. در این مورد شکی در حرمت عمل و اینکه تمام گناه آن حرام بر عهده آن شخص است وجود ندارد. مانند اینکه به اجبار، انسانی را به شرب خمر وادار نمایند که فاعل (مباشر) گناهی ندارد.

۲. فعل شخص سبب صدور حرام از دیگری باشد مثل اینکه گوشت میته را برای خوردن به دیگری بدهد. در این که عمل سبب، حرام است یا نه؟ مرحوم شیخ با توجه به اقوایت سبب نسبت به مباشر در استناد فعل، قائل به حرمت عمل سبب شده اند و ثبوت ضمان بر سبب را شاهد بر استناد حرام به سبب می دانند.

به نظر می رسد در این باره نیز حق با مرحوم شیخ باشد و روایات ناهی از فساد شامل این صورت می شود زیرا برای شارع عدم تحقق فساد (در مثال فوق نخوردن میته) مهم است و هر کس که در وقوع این فساد چه به نحو سبب و چه به نحو مباشر، نقش علت دارای قصد را داشته باشد، مورد خطاب «لا تفسد» است و با توجه به علم سبب بر میته بودن و جهل مباشر بر آن، خطاب بالفعل تنها شامل سبب می شود.

۳- فعل شخص شرط صدور حرام توسط دیگری باشد که خود دو صورت دارد:

الف: از قبیل ایجاد داعی بر معصیت باشد که خود دو فرض دارد:

ایجاد رغبت در دیگری برای انجام حرام.

ایجاد عناد در دیگری که منجر به صدور حرام از او شود.

در این دو مورد نیز شیخ مدعی تحریم عمل ایجاد کننده داعی است.

به نظر می رسد نتوان در صورت اخیر (ایجاد عناد در دیگران) به نحو مطلق، تحریم را پذیرفت و آن را مصداق روایات ناهی از فساد دانست، زیرا گاهی حتی با اینکه عناد در دیگران ایجاد می شود اما عمل انسان نه تنها حرام نیست بلکه رجحان یا وجوب نیز دارد مانند قرائت آیات براءت توسط امیرالمؤمنین علیه السلام که هر چند باعث ایجاد عناد در کفار و وقوع بیشتر آنها در مفسده شده باشد بازهم عمل آن حضرت ممنوع نبود. همچنین گاهی با وعظ خطبا نیز فساق ناراحت شده و در دلشان نسبت به احکام الهی ایجاد نفرت و عناد می شود ولی نمی توان گفت وعظ ایشان حرام یا مکروه باشد.

ب: ایجاد شرطی دیگر غیر از داعی مانند فروش انگور به کسی که می دانیم آن را تبدیل به خمر می کند.

مرحوم شیخ این فرض را هم حرام می دانند.

به نظر می رسد از روایات ناهی از فساد نتوان قول به تحریم را اثبات کرد زیرا در بیع انگور فسادی وجود ندارد بنابراین ادله ناهی از فساد موضوع ندارند. بلی از باب حرمت اعانه بر اثم و عدوان یا مقدمه حرام می توان تحریم را پذیرفت، به ویژه که فروشنده، علم دارد که خریدار آن را برای تبدیل کردن به خمر می خواهد.

۴- فعل شخص از قبیل عدم مانع باشد. که خود دو صورت دارد:

الف: عمل صادر شده از فاعل نیز حرام است مانند اینکه انسان می بیند که منکری در حال وقوع است ولی او در قبال آن منکر سکوت می کند. که به نظر شیخ در صورت تحقق شرایط نهی از منکر، این حالت نیز حرام است.

مرحوم آقا ضیا در شرح تبصره فرعی را مطرح نموده اند که به نظر مصداق فرض بالا باشد. ایشان در مورد حمله دو گروه از مسلمین به یکدیگر آورده است: «اگر هریک از مسلمین به دیگری حمله کند، بر شخص ثالث دفع دشمنی و شعله فساد واجب است»^۱ عبارت ایشان صراحت در وجوب دفع مفسده از غیر و عدم جواز سکوت دارد. بلکه ظاهر عبارت ایشان اجماعی بودن وجوب دفع فساد بر شخص ثالث است. ضمناً از آنجا که ایشان دلیل وجوب دفع تخاصم را وجوب دفع فساد عنوان نموده اند، می توان ادعا کرد که در تمام مواردی که فسادی متوجه دیگران باشد، وجوب دفع آن بر شخص ثالث جریان دارد.

بررسی: مصداقیت این مورد برای روایات ناهی از فساد متوقف بر تساوی سکوت با فساد است که اگر اثبات شود حتی در صورت عدم تحقق شرایط نهی از منکر، ادله ناهی از فساد، از سکوت نهی می کنند.

به نظر می رسد که انطباق فساد بر سکوت تمام باشد مگر اینکه در سکوت مصلحت اقوایی وجود داشته باشد. موید این ادعا سیره عقلا و متشرعه بر تقبیح کسی است که با وجود قدرت بر نهی، در برابر وقوع دیگران در مفسده سکوت کرده است هرچند راضی به عمل فاعل نبوده است.

حتی اگر ادعای فوق پذیرفته نشود و شرایط نهی از منکر هم تمام نباشد، گاهی لازم است که در برابر ظلم ایستاد و از وقوع دیگران در مفسده جلوگیری کرد حتی اگر به قیمت جان انسان تمام شود شبیه آنچه در قضیه عاشورا اتفاق افتاد.^۲

ب: عمل صادر شده از فاعل حرمت فعلی ندارد مانند اینکه جاهل - به حکم یا موضوع - قصد انجام حرامی را دارد ولی عالم در قبال آن سکوت می کند. در این فرض، عدم صدور حرام از جاهل مشروط، به عدم اعلام حرام بودن عمل وی توسط عالم است. مرحوم شیخ برای بیان حکم مسئله تفصیل زیر را مطرح کرده اند:

اگر مسئله از اموری باشد که به خاطر وجود فساد در عمل جاهل، علم به وجوب دفعش داشته باشیم،^۳ لازم است که عالم، با ترک سکوت یا ردع جاهل، مانع از تحقق حرام شود. اما اگر مسئله از حقوق الله باشد و جهل به موضوع باشد وجوب اعلام دشوار است زیرا ادله وجوب نهی از منکر شامل چنین فرضی نمی شود. اما اگر جهل به حکم باعث صدور حرام از جاهل شده باشد به خاطر وجوب تبلیغ احکام بر عالم لازم است که حرمت عمل جاهل را به وی گوشزد کند.

بنابراین شیخ در تمام صور قائل به تحریم شدند مگر در مورد حقوق الله آن هم در صورت جهل به موضوع.

۱. لو هاجم كل طرف علی غیره، فیجب علی الثالث دفع نائرة الفساد، و كان الطرفان حینئذ من مصادیق من یرید فی الأرض علوا و فسادا. فمع توقف دفعهم علی المقاتلة مع الطرفين یجب، لهدر دم الطرفين و وجوب دفع الفساد، حیث ان الله لا یحبه. شرح تبصرة المتعلمین، ج ۴، ص: ۴۴۴

۲. برخی معاصرین از این وجوب، تعبیر به وجوب ذبی نموده اند که در آن شرایط امر به معروف شرط نیست. آیت الله محمد جواد فاضل، درس خارج اصول

۳. مراد شیخ، با توجه به مثال هایی که مطرح نموده است (دم و عرض) ظاهراً امور مهمه است.

بررسی: از آنجا که در روایات ناهی از فساد مانند روایت معروف تحف (تحف العقول؛ ص ۳۳۳) و روایت ابن سنان از امام رضا علیه السلام (من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۵۶۵) از مطلق فساد نهی شده است و تفصیلی بین جهل به حکم یا موضوع یا بین امور مهم و غیر مهم و بین حق الله یا حق الناس بودن در آنها وارد نشده است می توان ادعا کرد که در تمامی این موارد، فساد وجود دارد بنابراین مصداق روایات ناهی از فساد هستند. همچنین از آنجا که از مذاق شارع، عدم تحقق فساد در خارج برداشت می شود و از این حیث فرقی بین اینکه فاعل، جاهل باشد یا عالم وجود ندارد، بنابراین فرقی بین جهل به حکم و موضوع وجود ندارد بنابراین اگر انسان ببیند که دیگری شراب را به زعم آب بودن می نوشد با تمسک به ادله ناهی از فساد و عدم رضایت شارع به تحقق فساد، نباید سکوت کند بلکه باید او را از شرب خمر نهی کند و در صورت عدم توجه وی، او را منع کند.

این شمول ادله ناهی از فساد بر سکوت در صورتی است که سکوت ناشی از رضایت نباشد در غیر این صورت برخی ادله بر شراکت سکوت کننده در گناه فاعل و عقاب هردو آنها دلالت دارد مانند صحیح هروی از امام رضا علیه السلام: «... مَنْ رَضِيَ شَيْئًا كَانَ كَمَنْ أَتَاهُ وَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا قَتَلَ بِالْمَشْرِقِ فَرَضِي بِقَتْلِهِ رَجُلٌ بِالْمَغْرِبِ لَكَانَ الرَّاظِي عِنْدَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ شَرِيكَ الْقَاتِلِ وَ إِنَّمَا يُقْتَلُهُمُ الْقَائِمُ عَلَيْهِ السَّلَامُ إِذَا خَرَجَ لِرِضَاهُمْ بِفِعْلِ آتَابِهِمْ...» (وسائل الشیعة، ج ۱۶، ص: ۱۳۹)

نکته پایانی اینکه اگر بپذیریم که تعاون بر اثم ولو در کمترین مراتب آن مانند سکوت و کمک به تحقق مقدمات حرام خودش مصداقی از فساد است، اثبات لزوم دفع مفسده از دیگران با تمسک به قاعده حرمت تعاون بر اثم و عدوان و تمسک به ادله حرمت مقدمه حرام نیز به نوعی تمسک به ادله ناهی از فساد است بنابراین با تمسک به ادله این دو باب نیز لزوم دفع مفسده از غیر قابل اثبات است هرچند اظهار نظر قطعی در این باره نیاز به بررسی بیشتر دارد.

جمع بندی

از مجموع آنچه نگاشته شد چنین نتایج حاصل می شود:

اولا اوامر و نواهی شارع دائما دائر مدار مصلحت و مفسده نیست بلکه اوامر تعبدی، امتحانی، تهدیدی و مانند اینها فراوانند در نتیجه ملازمه بین وجود مفسده و نهی شارع ملازمه ای یک سویه است یعنی تنها از وجود مفسده به نهی شارع پی می بریم ولی از وجود نهی، وجود مفسده در متعلق اثبات نمی شود.

ثانیا: از روایات ناهی از فساد، هم نهی از ایجاد فساد استفاده می شود و هم نهی از استمرار فساد اما اثبات نهی از مقدمات فساد دشوار است.

ثالثا: با توجه به این روایات لزوم دفع مفسده از خود شخص قطعی است ولی در مورد دلالت بر لزوم دفع مفسده از دیگران حالات مختلفی متصور است که به نظر می رسد می توان با توجه به مبعوض بودن وجود فساد در بین بندگان نزد خداوند، لزوم دفع مفسد از دیگران را نیز اثبات کرد.

و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین

ولایت مالی بر صبی، در فرض تعارض ولایت جد پدری با پدر

استاد راهنما: استاد مقیمی

نویسنده:

اسماعیل شیخ هادی^۱

^۱. دانش پژوه گروه فقه تربیت، سال تحصیلی ۱۴۰۰ - ۹۹

چکیده:

حکم تعارض اعمال ولایت جد پدری و پدر در مورد صبی گرچه در مسئله نکاح از وضوح بیشتری برخوردار است اما نسبت به اموال صبی این حکم واضح نیست. در صورت تقدم اعمال ولایت هریک از جد و پدر نسبت به دیگری، تقدیم تصرف مقدم قابل قبول است، اما اگر این تصرفها تقارن زمانی داشته باشد مسئله دارای پیچیدگی بوده و شش احتمال اساسی در آن مطرح شده است. مطابق این تحقیق، هیچ یک از فروض تقدیم تصرف جد یا پدر و یا تخییر حاکم یا قرعه و یا بطلان هر دو تصرف بخاطر ورود اشکالات متعدد، متعین نمی باشد، هر چند احتمال تقدیم تصرف جد از سایر احتمالات قوی تر است. بنابر این، بر اساس فلسفه جعل ولایت برای اولیاء صبی تامین بیشترین منفعت برای صبی است و نیز بخاطر احتیاط، باید تصرفی که مصلحت صبی را کاملاً تأمین می کند انتخاب شود. علاوه بر این، اصل در مسئله و احتمال اهمیت تقدیم اصلح نزد شارع این رأی را به غایت تقویت می کند.

کلیدواژه: ولایت، ولایت مالی، تعارض، جد، پدر، صبی، فقه تربیت

مقدمه

ولایت جد و پدر بر اموال صبی از شوون مهم ولایت آنان است و سالانه پرونده های متعدد قضایی نیز به این امر اختصاص دارد. مساله تعارض این دو ولایت با یکدیگر از موضوعات مورد مناقشه در ولایت جد و پدر است. گرچه اصل ثبوت ولایت جد و پدر بر صبی از مشهورات بلکه مسلمات فقهی است ولی به برخی از مسائل این حوزه کمتر پرداخته شده است. از این جمله صورت اعمال ولایت این دو در عرض یکدیگر در مورد برخی یا همه اموال صبی است، به صورت آگاهانه یا اتفاقی، با دلسوزی یا از روی لجبازی و یا هر فرض دیگر. به گونه ای که در نهایت این دو تصرف متعارض گردند و نفوذ هر دو ممکن نباشد. گرچه فرض این تعارض در بحث نکاح صبی محل توجه و آراء علما و تحقیقات مختلف قرار گرفته اما تحقیقات اندکی در مورد این فرض در بحث اموال کودک انجام شده است. و غالباً در فرض بحث احتمالاتی را مطرح کرده و حتی در انتخاب احتمال اصح کمتر نظر قطعی داده اند و همین اندک نیز تفصیلاً به بررسی ادله نپرداخته اند.

در این نوشته سؤال اصلی این است که چنانچه بین اعمال ولایت جد پدری نسبت به اموال صبی با اعمال ولایت پدر تعارض اتفاق بیفتد کدامیک مقدم است؟ گاه متعلق اعمال ولایت پدر و جد پدری یک چیز نیست، مانند آنکه جد پدری چیزی را برای نوهی خود خریداری کند و پدر نیز ملکی از املاک فرزند را بفروشد. در این حالت هیچ تعارض و توافقی ای میان اعمال پدر و جد پدری وجود ندارد؛ اگرچه هر دو عمل در زمان واحد اتفاق بیفتد. اما گاهی متعلق اعمال ولایت پدر و جد پدری واحد است، مانند آنکه پدر و جد پدری هر دو یک مال متعلق به صبی را به دو نفر متفاوت یا با دو قیمت متفاوت بفروشند. در این حالت دو فرض متصور است: الف:

تقدم زمانی یک تصرف بر دیگری. ب: هم‌زمانی دو تصرف. در فرض اول دو و در فرض دوم شش احتمال اساسی را مطرح و بعد از بررسی ادله فقهی آن‌ها قول مختار را بیان می‌کنیم.

از جمله تحقیقاتی که به این موضوع توجه کرده‌اند می‌توان به کتاب «موسوعة احکام الاطفال و ادلتها» نوشته قدرت الله انصاری؛ و نیز مقاله‌ی «هم‌طرازی ولایت پدر و جد پدری در ترازی قواعد اصولی» نوشته مشترک حمید مسجد سرائی، رسول موسوی و زهرا فیض، اشاره کرد. اما آنچه این نوشته را متمایز ساخته توجه ویژه‌تر به مصادر احتمالات مطروحه در بحث در بین علما و نیز گستردگی و تبیین ادله احتمالی هریک از اقوال و احتمالات ذکر شده در آثار فقها و نهایتاً نقد و بررسی این ادله به صورت تفصیلی تر است طوری که برخی ادله - طبق بررسی ما - برای اولین بار طرح و نقد می‌شود اگرچه در کلام علمای اعلام (قدس سرهم) اشاراتی به آن رفته یا به وضوح و آنگذار شده باشد. امید است که ذیل توجهات حضرت ولی عصر (علیه السلام) زمینه‌ای برای پژوهش‌های بعدی باشد.

واژه شناسی

ولایت

ولایت در لغت مصدر و به معنای کار، امارت و سلطنت است (فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، ج ۴، ص ۴۶۵)؛ و در اصطلاح فقهی مقصود از ولایت سلطه و سلطنت است. به تعبیری دیگر ولایت، قدرتی شرعی و قانونی است که شارع آن را به اصالت و یا به صورت عرضی جعل نموده است (ولایت بالاصالة مانند ولایت پدر و جد پدری بر صغار، و ولایت بالعرض، مانند ولایت وصی و یا عدول از مؤمنین در صورتی که پدر و جد پدری نباشند). و به صاحب آن اجازه می‌دهد در امور دیگری (اعم از جان یا مال و یا هر دو) دخالت نماید. (بحرالعلوم، سید محمد، بلغة الفقیة، ج ۳، ص ۲۱۰). (یزدی، سید محمدکاظم، العروة الوثقی، ج ۶، ص ۴۱۳). بنابراین مقصود از ولایت پدر و جد پدری که محل بحث ماست، اقتدار شرعی است، و به عبارت روشن‌تر، سلطه و سرپرستی‌ای است که شارع مقدس به منظور نگهداری، مواظبت، تربیت و اداره امور مالی و غیرمالی کودک یا سفیه و یا مجنونی که حجرشان متصل به صغر آنهاست، به پدر و جد پدری اعطا کرده است.

أب

ظاهر لفظ «الاب» حقیقت در والد است و شاید مختص به پدر مباشر نباشد بلکه اجداد پدری را هم شامل می‌شود کما اینکه در سوره یوسف به نقل از حضرت یوسف (سلام الله علیه) آمده است: «وَ اتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبرَاهِيمَ وَ إِسْحَاقَ» حال آنکه حضرت اسحاق (سلام الله علیه) جد ایشان و حضرت ابراهیم (سلام الله علیه) جد پدر ایشان می‌باشند (موسوعة الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام، ج ۲ ص ۶۴).

در اصطلاح فقها اب دو قسم است: الف) اب نسبی: هرکسی که از نطفه او انسان دیگری به وجود آمده باشد از راه معتبر شرعی و با شروط معینه در آن مثل نکاح صحیح - چه دائمی، چه موقت و...- یا از طریق وطء به شبهه؛ و فرقی هم نمی کند که آن نکاح از طریق طبیعی باشد یا به واسطه تلقیح مصنوعی. ب) اب رضاعی: که منظور فقها از آن صاحب شیری که طفلی که از منی او متولد نشده از آن ارتضاع کرده است (همان، ج ۲، ص ۶۵). منظور ما از استعمال اب در این مقاله اب نسبی است.

جد

جد در لغت به پدر پدر و پدر مادر گفته می شود (راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات ألفاظ القرآن، ص ۱۸۸)؛ و در اصطلاح فقهی جد و جدّه به والدین والدین، و بر هرکسی که فرد را به دنیا آورده - به جز والدینش - اطلاق می شود (یعنی اجداد نزدیک یا دور) (صدر، سید محمد، ماوراء الفقه ۸: ۴۹۵). و در این مقاله که مسئله ولایت جد را بررسی می کند، منظور ما از جد، جد پدری است.

صبی و صبیّة

صبی (در لغت و اصطلاح) به کسی گویند که به بلوغ شرعی نرسیده (اعم از پسر و دختر)؛ که به دو قسم تقسیم می شود: الف) صبی غیر ممیز: به صبی ای گویند که بیع و شراء را نمی فهمد یعنی نمی فهمد که بیع ملک را سلب و شراء آن را جلب می کند، و غبن فاحش ظاهر را از غبن سیر تمیز نمی دهد. ب) صبی ممیز: طفلی که امور مذکوره را تمیز می دهد. (القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً؛ ص ۲۰۷) منظور ما در این مقاله هر دو قسم صبی است.

طرح مسئله

در صورتی که موضوع اعمال ولایت پدر و جدّ پدری واحد باشد دو فرض متصور است: الف) تقدم زمانی یک تصرف بر دیگری. ب) هم زمانی دو تصرف. ابتدا لازم است مقدمتاً به نکاتی اشاره کنیم: نکته اول: ملاک در زمان، هم زمانی عرفی یا تقدم و تأخر عرفی زمان است.

نکته دوم: ولایت جدّ، اختصاص به جدّی که در مرتبه پایین است (پدر پدر) ندارد، بلکه دیگر اجداد، یعنی اجداد عالی (جدّ جدّ) را نیز شامل می شود (شهید ثانی، الروضة البهیة، ج ۵، ص ۱۵۰/ ج ۴، ص ۱۰۵، مسالك الافهام، ج ۴، ص ۱۶۱؛ طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۹، ص ۲۵۵؛ شیخ انصاری، کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۵۴۲؛ امام خمینی، کتاب البیع، ج ۲، ص ۴۴۲). نکته سوم: ولایت اجداد در یک مرتبه قرار دارد و اگر به طور فرض، جدّ اول و دوم هر دو وجود داشته باشند، هیچکدام بر دیگری امتیازی ندارد. به تعبیر جامع تر، هر کدام از اجداد به طور مستقل دارای ولایت می باشند (علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیة، ج ۳، ص ۴۳۳/ قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۳۵؛ شهید اول، الدروس الشرعیة، ج ۳، ص ۹۹۲؛ فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، کنز العرفان، ج ۲، ص ۲۶۵-۲۶۴؛ طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۸، ص ۲۲۰؛ امام خمینی، کتاب البیع، ج ۲، ص ۴۴۰/ ج ۲، ص ۴۴۲).

نکته چهارم: پیش فرض ما این است که هم جد و هم پدر مقتضی اعمال ولایت را دارند و نیز مانعی از اعمال ولایت یکی از آنها نیست؛ لذا هرگاه یکی از اولیاء مثلاً محجور یا کافر و یا مجنون شود و یا به هر علتی ممنوع از تصرف گردد، ولایت او ساقط و بالتبع اعمال ولایت دیگری نافذ است.

نکته پنجم: بسیاری از فقها معتقدند که در نفوذ ولایت ولی شرط است که اعمال ولایت او مفسده‌ای برای صبی نداشته باشد. (نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۳۳۲/ج ۲۸، ص ۲۹۷؛ شیخ انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۵۴۰؛ محقق نائینی، محمدحسین، المکاسب والبیع، ج ۲، ص ۳۳۱؛ امام خمینی، سید روح‌الله، کتاب البیع، ج ۲، ص ۴۵۶؛ خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، ج ۵، ص ۲۳).

نکته ششم: دیدگاه مشهور فقیهان این است که باید تصرفات ولی در امور مالی صغار علاوه بر عدم مفسده، دارای مصلحت باشد و چنان که برخلاف مصلحت، تصرفی انجام شود باطل است. (طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، ج ۲، ص ۲۰۰؛ محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۳۳۳/ج ۲، ص ۴۰۸؛ علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۳۵/ارشاد الازدهان، ج ۱، ص ۳۶۰؛ شهید اول، محمد بن جمال‌الدین، اللمعة الدمشقیة، ص ۱۱۸؛ همان، الدروس الشرعیة، ج ۳، ص ۳۱۸/ج ۳، ص ۴۰۳؛ شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، ج ۳، ص ۱۶۶/ج ۴، ص ۳۳/ج ۴، ص ۳۵/ج ۵، ص ۱۳۶؛ محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد، ج ۵، ص ۷۲؛ مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان، ج ۴، ص ۱۴؛ محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، ج ۱، ص ۴۵۴/ج ۱، ص ۵۵۸/ج ۲، ص ۴۴۳؛ طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل، ج ۹، ص ۲۰۹) ابن ادریس در سرائر این دیدگاه را مقتضای مذهب تشیع می‌داند (السرائر، ج ۱، ص ۴۴۱). قابل توجه است که علی‌القاعده تمام کسانی که رعایت مصلحت را شرط می‌دانند به طریق اولی عدم مفسده را نیز شرط نفوذ ولایت می‌دانند گرچه همه آنها به این شرط تصریح نکرده باشند.

احتمالات و اقوال در مسئله و ادله آن

الف: فرض تقدم زمانی یک تصرف بر تصرف دیگر

در این فرض هر یک از جد و پدر در مال صبی تصرف کرده اند اما یکی از این دو تصرف معارض، بر تصرف دیگر از نظر زمان مقدم است. در این فرض چند احتمال مطرح است:

احتمال اول؛ اختیار تصرف مقدم

بسیاری از فقها اعمال ولایت مقدم را نافذ دانسته‌اند، طوری که صاحب جواهر می‌گوید: «در این مسئله مخالفی نیافتیم و حتی ظاهر عبارت مسالک در باب نکاح (مسالک الافهام: ج ۷، ص ۱۱۷-۱۱۹)، اجماع بر این حکم است» (نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۰۲).

استدلال: با نخستین تصرف ولی مستقل، موضوعی برای تصرف معارض دوم باقی نمی‌ماند (نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۰۲).

احتمال دوم؛ تقدم تصرف جد

این دیدگاه به علامه حلی نسبت داده شده است^۱ ولی نه تنها سندی برای این مطلب موجود نیست، بلکه برخی کلمات ایشان ظاهر در قول اول است، ایشان در باب نکاح کتاب شریف قواعد الاحکام می‌فرمایند: «ولو اجتمع الأب و الجد و اختلفا فی الاختیار قدّم اختیار الجدّ، فإن عقدا قدّم اختیار السابق، فإن اقترنا قدّم عقد الجدّ» (قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۲). و همان‌طور که در ادامه مباحث خواهد آمد، در فرض تعارض، در روایات باب نکاح ولایت جد مقدم شده است و با این حال علامه در این عبارت در فرض تقدم زمانی تصرف پدر، آن را مقدم بر تصرف جد می‌داند با اینکه ولایت جد جایگاه بالاتری در فرض تقارن زمانی دارد باز اهمیت سبق زمانی بیشتر است، چه برسد به مسائل مالی که تقدم ولایت جد حتی در فرض تقارن هم محل اختلاف و اشکال علما است؛ لذا علی القاعده علامه در امور مالی به طریق اولی تقدم تصرف مقدم را قائل خواهد بود. و چنانچه عبارت مطلق مبنی بر تقدم ولایت جد - ولو مؤخر از ولایت پدر - از ایشان وجود داشته باشد این عبارت مقید آن خواهد بود. قابل ذکر است که برای این دیدگاه استدلالی اقامه نشده است.

احتمال سوم؛ تقدم تصرف پدر

برای این احتمال هم نه قائلی یافتیم و نه وجه قابل توجهی.

ب: فرض هم‌زمانی دو تصرف

در صورتی که جد و پدر عرفاً در زمان واحدی نسبت به مال واحدی اعمال تصرف معارض کنند؛ مسئله از پیچیدگی بیشتری برخوردار است و در مورد آن احتمالات متعددی مطرح است:

دیدگاه اول؛ تقدم تصرف پدر

عبارت مرحوم علامه حلی ره چنین است: «أن ولاية الأب مقدّمة علی ولاية الجدّ» (تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۱۰).

دلیل اول؛ شدت اتصال پدر

شدت اتصال پدر نسبت به فرزند از جد نسبت به نوه بیشتر است. «قیل بتقدیم ولاية الأب لشدّة اتّصاله و کون

ولاية الجدّ بواسطته» (نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۰۲؛ فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة (کتاب الحجر)، ص ۳۰۳).

^۱ در یکی از مقالات علمی - پژوهشی (مسجد سرائی، ص ۱۵۱) نسبتی به علامه حلی (ره) داده شده که ایشان تصرف جد را مطلقاً مقدم می‌دانند چه پیش از اعمال ولایت پدر انجام شده باشد و چه پس از آن،

مناقشات:

اولاً: صرف اشد بودن اتصال پدر به فرزند دلیل بر اقدمیت اعمال ولایت او نخواهد بود چرا که ملاک در اصل ولایت نسبت به فردی نیز معلوم نیست به دلیل شدت اتصال به او بوده باشد، و ما به ملاکات احکام دسترسی نداریم. کما اینکه در میزان نزدیکی و اتصال به فرزند مادر از جهاتی بر جد مقدم است درحالی که مسلماً ولایت جد بر او مقدم است.

ثانیاً: چنانچه مناط در مقدمیت شدت اتصال باشد در تمامی موارد تعارض بین ولایت جد و پدر باید همین حکم را کرد حال آنکه روایات باب نکاح دال بر مقدم بودن ولایت جد نسبت به پدر در فرض تعارض است (بخشی از این روایات در ادامه خواهد آمد).

ثالثاً: دلیلی بر اشدیت اتصال پدر نیست زیرا ما در این موضع باید از دیدگاه شرع این اشدیت را اثبات کنیم، و چنانچه منبع شما احکام شرع موید این مطلب مثل طبقات ارث و ... باشد، در مواردی نیز احکامی موید طرف مقابل خواهد بود مثل فرض تعارض باب نکاح که گذشت.

دلیل دوم؛ وساطت پدر در ولایت جد

ولایت جد بر نوه به واسطه ولایت پدر بر فرزند است. (نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶ ص ۱۰۲؛ فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة (کتاب الحجر)، ص ۳۰۳)

اشکال: اگر مراد شما از این دلیل این باشد که ولایت پدر واسطه در ثبوت ولایت جد است بدین معنا که جد به وجود آورنده پدر است و پدر به وجود آورنده نوه پس ولایت جد بر نوه به واسطه وجود پدر بوده است و انتساب نوه به جد نیز از طریق پدر است. فلذا ولایتش بر جد مقدم است؛ می‌گوییم همانطور که در ابتدای مقاله بیان شد ولایت جد در عرض ولایت پدر و مستقلاً جعل شده است و این مطلب به وضوح از ظاهر روایات ثبوت ولایت برای جد قابل برداشت است.

اما اگر مراد واسطه در اثبات - که به معنی واسطه علم به ثبوت عرض برای معروض - و یا واسطه در عروض - که مستلزم اسناد ولایت به صورت مجازی به جد می‌باشد - باشد، با توجه و التفات نسبت به ادله ذکر شده این دو معنی مردود می‌باشند، چراکه هم علم ما به ولایت جد به دلیل ادله متعدد روایی و ... است - نه به واسطه علم به ولایت پدر -، هم اسناد ولایت به جد حقیقی است. بعلاوه که واسطه در اثبات یا عروض بودن ربطی به اثبات تقدم ندارد و دلیل بر مقدمیت تصرف پدر نمی‌باشد.

طبق بررسی ای که انجام پذیرفت، اصل این استدلال مربوط به عامه و در باب نکاح مطرح شده است و از باب تعمیم علت در اینجا تطبیق داده شده همان طور که صاحب حدائق (ره) به آن اشاره دارد: «و خالفنا العامة فی هذا الحكم، فجعلوا الأب أولى من الجد علی معنی أن الجد لا ولاية له مع وجود الأب، لأن الأب يتولى بنفسه،

والجد يتولى بواسطة الأب» (بحرانی، یوسف بن احمد، الحقائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۷۴) و چنانچه این منشأ یابی صحیح باشد همان طور که از عبارت مشخص است منظور عامه واسطه در ثبوت است، که البته اشکال آن گذشت.

دلیل سوم؛ تمسک به سیره

دلیل دیگری که ممکن است گفته شود، تمسک به سیره عقلا نسبت به تقدیم ولایت پدر است.

اشکالات:

اولاً: اصل وجود چنین سیره ای در بین عقلاى عالم مسلم و محرز نیست.

ثانیاً: اثبات وجود چنین سیره ای در عصر ائمه علیهم السلام مورد مناقشه و بعید است، به خصوص که ارتباطات اجتماعی و خانوادگی در آن زمان به گونه ای بوده که احترام به بزرگان قوم و تقدم ولایت جد را بیشتر به ذهن نزدیک متبادر می کند چه برسد به تقدم ولایت پدر در فرض تعارض.

ثالثاً: حجیت سیره ی عقلا برفرض که در مرئی و منظر معصوم بوده باشد، مشروط به شرائطی است از جمله اینکه مشهور در صورت امضای معصوم (ع) آنرا حجت می دانند و عدم ردع شارع را کاشف از رضایت و امضای او می دانند؛ اما در محل بحث به علت قلت ابتلاى به مسئله در بین مسلمین، عدم وصول ردع از شارع نمی تواند دلیل عدم وجود ردع او باشد و حتی ادله باب نکاح نیز خود می تواند نشانه ردع شارع - برفرض وجود سیره - و یا حداقل سخت بودن اثبات آن باشد.

نکته: باتوجه به بیانی که گذشت تمسک به سیره متشرعه نیز مردود است. خصوص اینکه احتمال مسامحه و کم مبالائی در این موضوعات در سیره متشرعه، احتمال قابل توجهی است؛ همان طور که ظاهر کلام شیخ اعظم (ره) می باشد: «... فهی کسائر سیراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة فی الدین ممّا لا یحصی فی عباداتهم و معاملاتهم و سیاساتهم، كما لا یخفی» (المکاسب، ج ۳، ص ۴۲).

دیدگاه دوم؛ تقدم تصرف جد

از جمله قائلین این نظریه مرحوم علامه حلی (ره) است، عبارت ایشان چنین است: «فإن كان الأب للصبي والجد موجودین اشتراكاً فی الولاية وكان حکم الجد أولى لو عارضه حکم الأب» (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۸۰). این عبارت نظر علامه نسبت به مقدم بودن تصرف جد را نشان می دهد درحالی که همان طور که در احتمال اول گذشت ایشان در کتاب وصایای تذکره الفقهاء ولایت پدر را مقدم دانستند. مرحوم شهید ثانی بعد از نقل هر دو نظر جناب علامه در این مسئله نهایتاً قولی را ترجیح نمی دهد، اما کلام ایشان خود شهادتی است بر تفاوت رأی علامه نسبت به مسئله مورد بحث؛ ایشان میفرمایند: علامه در این باب تقدم تصرف جد را مقدم کرده و در کتاب

وصایا تذکری الفقهاء ولایت پدر را مقدم دانسته است. (مسالك الافهام، ج ۴، ص ۱۶۱-۱۶۲)

دلیل اول؛ روایات

۱. روایت «عبید بن زرارة»

از کلمات مرحوم امام (ره) ذیل روایت عبید بن زرارة این استدلال قابل برداشت است (کتاب البیع، ج ۲، ص ۶۲۴):
مضمون روایت چنین است: «عبید بن زرارة گوید: امام صادق علیه السلام فرمود: روزی نزد زیاد بن عبیدالله حارثی بودم، در همان حال مردی آمد و علیه پدرش شکایت کرد و گفت: خداوند کارهای امیر را اصلاح کند! پدرم، دخترم را بدون اجازه من به عقد جوانی درآورده است. زیاد بن عبیدالله به اطرافیانش گفت: درباره سخن این مرد چه می‌گویید؟ همه گفتند: عقدش باطل است. سپس زیاد بن عبیدالله به من رو کرد و گفت: شما چه می‌گویید ای اباعبدالله؟ هنگامی که از من سؤال کرد به آنهایی که جواب داده بودند رو کردم و گفتم: آیا در روایت‌هایی که از پیامبر خدا صلی الله علیه و آله نقل می‌کنید چنین نیست که روزی مردی نزد رسول خدا صلی الله علیه و آله آمد درحالی که از پیامبر صلی الله علیه و آله بر علیه پدرش مانند همین جریان شکوه کرد؟ پس رسول الله صلی الله علیه و آله فرمود: «أنت ومالك لأبيك»؟! اطرافیان زیاد بن عبیدالله گفتند: آری. امام صادق علیه السلام فرمود: گفتم: پس این چگونه است درحالی که او و اموالش از آن پدرش می‌باشد، اما عقد پدرش (بر او) لازم نیست؟! امام فرمود: اما زیاد بن عبیدالله به قول آنها عمل کرد و قول مرا ترک کرد.»
بررسی سندی روایت:

اصل روایت مربوط است به کتاب شریف کافی (ج ۵، ص ۳۹۵) که مرحوم کلینی (ره) با این سند نقل فرموده:
«عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي نَضْرٍ عَنْ أَبِي الْمُغْرَاءِ عَنْ عَبْدِ بْنِ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام)»، برخی فقها این روایت را ضعیف می‌دانند برای مثال مرحوم علامه مجلسی در مورد این روایت می‌فرماید: «ضعیف علی المشهور» (مرآة العقول، ج ۲۰، ص ۱۳۲) اما برخی دیگر از فقها مثل مرحوم امام (ره) و آیت الله شبیری زنجانی این روایت را صحیح می‌دانند. (کتاب البیع (امام)، ج ۲، ص ۶۳۳/کتاب نکاح (شبیری)، ج ۱۱، ص ۳۸۰۷).
یکی از عده من اصحابنا در سند روایت «علی بن ابراهیم بن هاشم» است که از ثقات جلیل‌القدر است، باقی افراد سند نیز همگی از ثقات مسلم هستند به جز سهل بن زیاد که محل بحث است، و اصل اختلاف در تضعیف و تصحیح سند نیز به او برمی‌گردد چراکه وثاقت او محل اختلاف است. ما به جهت رعایت اختصار در اینجا به آنچه مرحوم ترحینی (ره) در مورد او فرموده اکتفا می‌کنیم، مضمون کلام ایشان در مورد سهل چنین است: «مرحوم نجاشی و ابن الغضائری او را تضعیف کرده‌اند و نقل است که احمد بن محمد بن عیسی (بزرگ اهل قم) به غالی و دروغ‌گویی او شهادت داده و او را از قم به ری تبعید کرد و مردم را از استماع احادیث او نهی کرد و در مورد او گفته شده که به مجاهیل و مراسیل اعتماد می‌کرده. از طرفی مرحوم شیخ طوسی در رجالش او را

توثیق کرده و همچنین ابن طاووس در التحریر و علامه مجلسی و مرحوم وحید بهبهانی و جماعت دیگری از علما به جهت اینکه او از مشایخ اجازه بوده او را موثق می‌دانند. نکته دیگر در مورد او این است که تضعیف او غالباً به جهت غالی دانستن او بوده است درحالی که [مضمون] روایات او هم‌اکنون از ضروریات امامیه شماره شده می‌شود، در مورد دروغگو بودن او نیز کسی شهادت به کذبش نداده مگر ابن الغضائری که همان‌طور که معروف است به تضعیف‌های او اعتمادی نیست. فلذا در مورد سهل گفته شده: «إن الأمر فی سهل سهل» (الزبدۃ الفقهیة فی شرح الروضة البهیة، ج ۱، ص ۲۷۶) تحقیق نگارنده این مقاله نیز این است که سهل بن زیاد نه تنها از ثقات است بلکه از خواص و از اهل معرفت نسبت به مقام ولایت ائمه (علیهم‌السلام) بوده است؛ بنابراین سند این روایت تمام است. لازم به ذکر است که این روایت بنا بر مبنایی که قائل به حجیت تمام روایات کتاب الکافی است نیز حجت خواهد بود.

دلالت روایت:

در این استدلال توجه به دو مطلب لازم است:

مطلب اول: علتی که امام صادق (علیه‌السلام) - در احتجاجی که در روایت آمده - نسبت به صحت تصرف جد آورده‌اند، روایت نبوی است که در مورد کسی که نوه‌اش را بدون اجازه پدرش عقد کرده بود، خطاب به پدر دختر فرمود: «أنت ومالک لأبیک» تو و مال تو برای پدرت (پس در برابر او ولایتی نداشته و مقهور ولایت او می‌باشی).

آیت‌الله شبیری زنجانی در این باره می‌فرمایند: «پدری می‌پرسد که پدر من بدون اجازه من دخترم را به عقد ازدواج کسی درآورده است، حضرت علت تقدیم ولایت جدّ در این مورد را بیان کرده‌اند» (کتاب نکاح (شبیری)، ج ۱۱، ص ۲۸۰۷). سؤال: آیا استدلال روایت به کلام «أنت و مالک» جدلی نیست؟ پاسخ: این که حضرت در پایان می‌فرمایند؛ امیر «اخذ بقولهم و ترک قولی» معلوم می‌شود که این حکم شرعی واقعی بوده است نه امری جدلی که من خودم هم قبول ندارم (همان).

بنابراین، این تعلیل یک قاعده است که حضرت از آن استفاده کرده‌اند و از آنجایی که العلة تعمیم و تخصص، در هر جایی که بتوان از آن استفاده کرد - مثل محل نزاع ما - ولو در باب نکاح نباشد، حجت است. خصوصاً این که کلمه «مالک» جواز استفاده از آن در باب اموال را تقویت می‌کند.

مطلب دوم: این مطلب مربوط به معنای فراز «أنت و مالک لأبیک» است. مضمون کلام مرحوم امام خمینی (ره) در مورد معنی این عبارت چنین است: «اگر چاره‌ای نباشد جز اینکه این عبارت را ظاهر در «مملوکیت ابن و ملک او برای پدرش» بدانیم - که البته امکان انکار این ظهور هست، خصوصاً در مثل این مورد که فرزند حر است و اینکه مال، ملک ابن است - باید عبارت را حمل بر معنای کنایی کنیم، کما اینکه عرف در مورد صحت

یا جواز تصرف غیر می‌گوید: «أَنَّ الْعَبْدَ وَمَا فِي يَدِهِ لِمَوْلَاهُ» (یعنی برده و آنچه در دست اوست برای مولایش است). بنابراین از این عبارت یکی از این معانی اراده شده: ۱. نفوذ تصرف پدر؛ ۲. نفوذ تصرف پدر فقط در مورد روایت که البته بعید است؛ ۳. نفوذ تصرف پدر در هر موردی که ابن ولیّ تصرف در آن باشد مثل مال فرزندش - نه مال خودش - که این خلاف اطلاق عبارت است؛ ۴. نفوذ تصرف پدر در هر موردی که ابن نافذ التصرف و جائز التصرف در آن باشد - حتی در مال خودش - که این موافق اطلاق عبارت هم هست. در ادامه ایشان باتوجه به این اطلاق چنین نتیجه می‌گیرند که ولایت جد در تراحم با ولایت اب بر آن مقدم است، عبارت ایشان چنین است: «فَتَدُلُّ عَلَى وِلَايَةِ الْجَدِّ، وَتَقَدِّمُهَا عِنْدَ التَّرَاحُمِ عَلَى وِلَايَةِ الْأَبِّ فِي كُلِّ مَوْجِدٍ لَهُ الْوِلَايَةُ» (کتاب البیع، ج ۲، ص ۶۲۴) (عمده اشکالات بعدی ما متوجه این نتیجه گیری خواهد بود).

نتیجه: باتوجه به این دو مطلب می‌توان نتیجه گرفت که از آنجایی که مراد از فقره «أنت ومالك لأبيك»، معنای کنایی نفوذ تصرف جد است، پس در هر جایی که پسر نفوذ تصرف دارد - از جمله در اموال فرزند صبی اش - پدر نیز نفوذ تصرف دارد؛ و از طرفی این یک قاعده است و اختصاص به مورد روایت که باب نکاح است ندارد؛ پس تصرف جد بر اب نسبت به صبی در فضای تراحم مقدم است.

مناقشات:

اولاً: این دو مطلب نهایتاً بتوانند اثبات کنند در هر جایی که فرزند نفوذ تصرف دارد - ولو اموال - جد هم ولایت دارد، اما اینکه در فرض تراحم ولایت کدامیک مقدم است را نمی‌توانند اثبات کنند.

ثانیاً: چنانچه از حکم مورد روایت بخواهید تقدم را اثبات کنید، می‌گوییم مورد روایت هم لزوماً در فضای تراحم اعمال ولایت جد و اب در زمان واحد نیست، بلکه ممکن است مربوط به فرض تقدم وتأخر تصرفین باشد و چون جد مقدم بر پدر اعمال ولایت کرده و از طرفی در این مسئله استقلالاً حق تصرف هم داشته - همان‌طور که قبل‌تر گفتیم - لذا امام (علیه السلام) تصرف او را نافذ دانسته است.

ثالثاً: اساساً این روایت در فرض تراحم تصرفین نیست - چه تصرفین هم‌زمان، چه مقدم و مؤخر - چون قرینه‌ای بر اینکه مربوط به این فرض باشد وجود ندارد و از ظاهر روایت هم برمی‌آید که اصلاً پدر اعمال ولایتی نکرده است و تنها به اعمال ولایت جد اعتراض دارد. به نظر ما فضای روایت این‌گونه بوده است که اصل ولایت جد در مورد نوه در فرض حیات پدر برای اهل مجلس مسلم نبوده است، چراکه اگر مسلم بود و شک آنها در صحت و بطلان نکاح صبی بوده، دیگر استشهاد امام (علیه السلام) به قول پیامبر (صلی الله علیه و آله) تناسبی با این نزاع نداشت، لذا از استشهاد امام (علیه السلام) فهمیده میشود که آنها در اصل ولایت جد با وجود پدر شک داشته‌اند. بنابراین نزاع در مورد این بوده که آیا جد اساساً حق تصرف در مورد عقد نکاح صبی را داشته که تصرفش نافذ باشد یا نه؟، بعد حضرت در پاسخ (باتوجه به تفسیری که از مرحوم امام نقل شد) فرموده: که هر جا

پدر حق تصرف دارد، جد هم حق تصرف دارد کما اینکه رسول خدا (صلی الله علیه و آله) در مورد مشابه به این حق اذعان فرموده اند.

پاسخ به مناقشه سوم:

بر فرض که روایت در مورد تراحم نباشد، دلیل ما بر اینکه اگر تصرفین هم زمان واقع شود تصرف جد مقدم است اطلاق عبارت می باشد. بدین معنا که هر جا که تصرف ابن نافذ باشد تصرف اب نافذ است حتی در اموال خود ابن - چه برسد به اموال فرزند صبی ابن - و از جمله این موارد جایی است که ابن در اموال فرزندش تصرف کرده و اب در آن اموال تصرف مزاحمی می کند که در این مورد هم تصرف اب نافذ است و مقدم هم هست، چراکه گویا اب در تصرف ابن، تصرف کرده و آن را از نفوذ انداخته است، زیرا وقتی اب در اموال ابن حق تصرف دارد - کما اینکه در کلام مرحوم امام گذشت - در تصرفات مالی او نیز حق تصرف دارد.

به بیان دیگر پیامبر (صلی الله علیه و آله) فرموده تو و مال تو برای پدرت هستی پس ولایت پدر (جد) بر تو و مال تو نافذ است و تو حق مخالفت با او را نداری، لذا همانطور که جد میتواند در نفس و مال فرزند خود تصرف کند پس در مال نوهی خود نیز ولایت داشته و تصرفش نافذ است، خواه پدر تصرف معارضی کرده باشد یا نه و خواه پدر راضی باشد یا نه.

مناقشه در پاسخ:

اولاً: همان طور که گفتیم چنانچه معنای کنایی از عبارت، مراد باشد معنا این است: هر جا که تصرف ابن نافذ باشد تصرف اب نافذ است. خب شما در فرض تراحم مدعی هستید تصرف ابن نافذ نیست؛ لازمه ی این کلام این است که باید بگویید تصرف اب هم نافذ نیست و هر دو تصرف از نفوذ می افتند، چرا؟ زیرا هر جا تصرف ابن در مورد فرزندش نافذ باشد تصرف اب نافذ است و اینجا تصرف ابن نافذ نیست پس تصرف اب نیز نافذ نیست. ثانیاً: عبارت روایت این است که «أنت ومالک لأبیک» و تصرفات مالی ابن که جزء اموال ابن نیست که اب حق تصرف در آنها را داشته باشد.

رد مناقشه:

نکته اول شما مردود است زیرا که درست است که معنی عبارت این است که هر جا که تصرف ابن نافذ باشد تصرف اب نافذ است اما از این نمی توان طرف مقابل را نتیجه گرفت که هر جا تصرف ابن در مورد فرزندش نافذ نباشد تصرف اب (جد) نافذ نیست. بلکه همان طور که در مقدمات مقاله گذشت ولایت جد و اب نسبت به صبی، استقلالی و در عرض هم است. به علاوه این نکته نقض می شود به مواردی که پدر صبی، مجنون یا محجور است و طبیعتاً تصرفاتش نافذ نیست، اما با این حال تصرفات جد صبی نسبت به او نافذ است.

اما نکته دوم شما در فرضی درست است که ما کلمه «مائلک» را در عبارت «أنت ومالک لأبیک» مضموم العین بخوانیم، اما چنانچه آن را مفتوح العین «مائلک» بخوانیم، معنی عبارت این می شود که تو و آنچه متعلق به توست - اعم از اموال و جایگاه و حقوق و ... - برای پدر توست. و در این صورت تصرفات تو نیز می تواند مورد پذیرش یا رد پدر تو واقع شود و متعلق تصرف پدر تو واقع شود؛ لذا در فرض تراحم جد در تصرف اب تصرف کرده و نفوذ آن را ساقط می کند و نهایتاً این تصرف جد است که مقدم می شود.

پاسخ:

جواب از اشکال اول درست است اما جواب که با اشکال دوم داده شد نادرست است، زیرا احتمال اینکه کلمه «مالک» مفتوح العین باشد بعید است؛ و ما ندیدیم که در میان فقها کسی از این روایت این نحو قرائت را پسندیده باشد. عبارت مرحوم امام در این خصوص چنین است: «ویحتمل - علی بُعد - قراءة «ما لک» بفتح اللام، وإرادة أن کل ما کان للابن فلائیه».

برفرض هم که این احتمال قابل تصویر باشد از آنجایی که عبارت ذو احتمالی می شود و ترجیحی برای هیچ یک از طرفین نیست لذا استدلال به آن برای محل بحث ناتمام است.

۲. روایت «علی بن جعفر»

در کتاب شریف علی بن جعفر عریضی وارد شده که: «از برادرم موسی بن جعفر (علیه السلام) درباره مردی که دو نفر از دخترش خواستگاری کرده اند و او می خواهد که دختر را به یکی از این دو بدهد و پدرش دیگری را می خواهد، پرسیدم که کدامین يك از پدر و جدّ به شوهر دادن دختر مقدم ترند؟ حضرت فرمود: آن کس که جدّ، او را می خواهد چراکه دختر و پدرش برای جدّ هستند (لِأَنَّهَا وَ أَبَاهَا لِحَدِّهَا)» (مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها، ص ۱۰۹).

بررسی سند:

در اینکه جناب علی بن جعفر (علیه السلام) از ثقات و علمای جلیل القدر است شکی نیست، اما روایات او دو دسته اند: الف) روایاتی که در کتبی مثل قرب الاسناد و کافی نقل شده اند ب) روایاتی که تنها در کتاب موسوم به «مسائل علی بن جعفر» نقل شده است؛ در مورد دسته اول نیز چنانچه طریق صحیح باشد اختلافی نیست اما در مورد دسته دوم - از این جهت که این نسخه ای که در دست ما است شاید همان کتاب منسوب به علی بن جعفر است نباشد - اختلاف وجود دارد و عده ای از علما این کتاب را همان کتاب مشهور دانسته اند و عده ای مخالف اند؛ و باتوجه به این که روایت محل بحث در کتاب قرب الاسناد آمده است ما به این اختلاف نمی پردازیم؛ چراکه حتی اگر انتساب نسخه موجود کتاب مسائل علی بن جعفر را تام ندانیم روایاتی که حمیری از علی بن جعفر نقل می کند را می پذیریم، آیت الله شبیری زنجانی (حفظه الله) در این باره می فرماید: «منقولات حمیری

از کتاب علی بن جعفر به نظر ما صحیح است، چون هر چند در نسخه آن نوه علی بن جعفر؛ عبدالله بن الحسن واقع شده که توثیق صریحی ندارد ولی اگر نتوانیم این راوی را هم توثیق کنیم ضرری نمی‌رساند، چون کتاب علی بن جعفر به طرق مختلف نقل شده بوده، و این که حمیری در قرب الاسناد طریق عبدالله بن الحسن را برگزیده به دلیل موضوع کتاب خود (قرب الاسناد) و کم واسطه بودن این طریق می‌باشد» (شبیروی زنجانی، موسی، کتاب نکاح، ج ۱، ص ۴۰۶۹) البته نسخه قرب الاسناد تفاوت مختصری در عبارت محل بحث دارد، عبارت ایشان چنین است: «... لِأَنَّهَا وَ أَبَاهَا لِلْجَدِّ» (حمیری، عبدالله بن جعفر، النص، ص ۲۸۵).

بررسی دلالی:

استدلال به این روایت را می‌توان این‌گونه تقریب کرد: امام (علیه السلام) در جواب سائل حکم می‌کنند که آن خواستگاری که جد او را انتخاب کرده مقدم است بعد حضرت علت این حکم را بیان می‌کنند که دختر و پدر او هر دو برای جد هستند؛ و از آنجایی که العلة تعمّم این دلیل در هر جایی - از جمله مسائل مالی - که اعمال ولایت جد با پدر تراحمی داشته باشد، ولایت جد مقدم است.

همان‌طور که روشن است بسیاری از اشکالات وارده ذیل روایت قبل اینجا مطرح نیست؛ تنها مسئله‌ای که مانع تمسک به این روایت در مسئله محل بحث می‌باشد این است که این تعمیم علت در مورد سایر مسائل - غیر باب نکاح - واضح نیست و احتمال خصوصیت باب در آن قوی می‌باشد، چرا که این دلیل در مسائل و صور مختلف تصرفات معارض جد و پدر در باب نکاح مطرح و توسط معصومین (علیهم السلام) به آن استدلال شده است، اما در باقی ابواب فقهی - خصوصاً مسائل مالی - علی‌رغم وجود چنین تعارضی بدان استدلال نشده است و نزد فقها نیز این تقدم در غیر باب نکاح روشن نیست و محل اختلاف است. بنابراین احتمال خصوصیت مسئله ازدواج و مسائل پیرامونی آن مثل خاستگاری و... نسبت به این تعلیل، احتمالی قابل توجهی است که مانع تعمیم علت به سایر ابواب خواهد بود؛ و انگهی حتی اگر این احتمال را خیلی قوی هم ندانیم، صرف وجود این احتمال مانع استدلال به این روایت خواهد بود.

جمع بندی

بنابراین ما نتوانستیم از طریق روایات تقدم ولایت جد بر پدر را ثابت کنیم.

دلیل دوم؛ قیاس اولویت

باتوجه به تتبع انجام شده اولین کسی که به این دلیل برای تقدم ولایت جد بر اب نسبت به اموال صبی و در فرض تقارن تمسک کرده است، مرحوم سید علی طباطبایی کربلایی می‌باشد، عبارت ایشان چنین است: «و أما مع التقارن ففي تقديم الأب، أو الجدّ، أو البطلان، احتمالات، بل و أقوال، أوسطها الوسط، لفحوى ما دلّ على ثبوته في التزويج من الإجماعات المحكية والنصوص المستفيضة» (رياض المسائل، ج ۹، ص ۲۵۶) بعد از ایشان برخی فقها

این دلیل را مطرح کرده و به آن استدلال نموده‌اند. (نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۰۲؛ فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة (کتاب الحجر)، ص ۳۰۲-۳۰۳).

تقریر استدلال همان‌طور که از کلام صاحب ریاض برمی‌آید چنین است: تقدم ولایت جد نسبت به پدر در فرض تقارن و نسبت به نکاح صبی از مسلمات فقه است و اجماعات محکیه و نیز نصوص مستفیضة دال بر این مطلب است و فقها بسیاری به این مطلب اذعان کرده‌اند. (محقق حلی، شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۲؛ محقق سبزواری، کفایة الفقه، ج ۲، ص ۱۰۲؛ فاضل لنکرانی، همان) ما برای نمونه عبارت مرحوم شیخ انصاری را می‌آوریم که در ضمن آن به متن یکی از روایاتی که صریح در این مطلب می‌باشد نیز اشاره کرده باشیم: «فإن اقترنا بالفراغ من قبولهما فی زمان واحد قدّم عقد الجّد؛ لصحیحة هشام بن سالم و محمد ابن حکیم عن أبی عبد الله علیه السلام، قال: «إذا زوّج الأب و الجدّ كان التزویج للأول، فإن كانا جميعاً فی حالة واحدة فالجدّ أولى» (الوسائل ۱۴: ۲۱۸، الباب ۱۱ من أبواب عقد النکاح، الحدیث (۳)» (کتاب النکاح، ص: ۱۷۹).

حال با توجه به آنکه شارع در باب نکاح که حساس‌تر است و محل احتیاط بیشتری است حکم به تقدم ولایت جد بر پدر داده است، در مسئله اموال که مسلم کم‌اهمیت‌تر از مسائل عرض و ناموس است به طریق اولی حکمش چنین خواهد بود. به علاوه که خصوصیت خاصی در باب اموال نسبت به نکاح وجود ندارد که آن را در حکم متمایز سازد. این اولویت برای مرحوم صاحب ریاض آن قدر مسلم است که ایشان حتی یکی از ادله را برای اصل ثبوت ولایت برای جد و اب نسبت به صبی، همین مطلب قرار داده است: «و الأب و الجدّ للأب و إن علا یتلیان علی الصغیر و المجنون بلا خلاف، كما فی المسالک، بل إجماعاً، كما عن التذکرة و فی غیرها؛ و هو الحجة، كالنصوص المستفیضة، بل المتواترة الواردة فی التزویج، الصریحة فی ثبوت ولایتها علیهما فیه، المستدل بها بالفحوی و الأولویة فی المسألة» (همان، ص ۲۵۵).

اشکالات:

اولاً: قیاس اولویت، قیاسی است که در آن از راه اقوی و اشد بودن وجود علت (مناطق حکم اصل) در فرع، حکم اصل به فرع سرایت داده می‌شود (فرهنگ‌نامه اصول فقه، ص ۶۵۲؛ انوار الأصول، ج ۲، ص ۴۷۴) سؤال اینجاست که مگر ما می‌دانیم که ملاک تقدیم تصرف جد بر پدر در باب نکاح چیست، تا اشدیت آن را در باب اموال ثابت کنیم و آنگاه به طریق اولی حکم تقدیم را در آن ثابت کنیم؟! ما چنین علمی نداریم.

ثانیاً: بر فرض علم به ملاک، اقوی بودن این ملاک در فرع نیاز به اثبات دارد.

ثالثاً: همان‌طور که در اصول فقه مطرح شده (اصول الفقه، ج ۳، ص ۲۰۴)، حجیت قیاس اولویت چنانچه از باب حجیت ظواهر نباشد محل مناقشه است و چنانچه از باب ظواهر آن را حجت بدانیم، محل بحث ما مصداق آن نیست

زیرا ما بالوجدان از تقدیم تصرف جد در باب نکاح، تقدیم در ابواب دیگر را استظهار نمی‌کنیم؛ و شاید نکته آن هم همین باشد که احتمال تفاوت ملاک این دو باب نسبت به این مسئله در ذهن قوی می‌باشد. قابل ذکر است که در این باب، قیاس اولویت به نحوی دیگری نیز بیان شده است و آن اینکه وقتی جد نسبت به پدر ولایت پدری دارد نسبت به نوه که به طریق اولی ولایت دارد لذا در حین تعارض ولایتش بر پدر مقدم است. و همان‌طور که واضح است اولاً این استدلال به محل بحث ما ربطی ندارد چراکه نهایتاً اصل ولایت جد بر پدر را ثابت می‌کند نه تقدم آن را؛ ثانیاً در محل خودش هم این استدلال ناتمام است (چراکه ارکان و شرایط قیاس اولویت را ندارد).

دلیل سوم؛ لزوم اطاعت از پدر

از آنجایی که اطاعت از جد بر پدر تحت عنوان لزوم اطاعت فرزند از پدر لازم است؛ و در محل نزاع - مثل سایر مواضع - جد بر پدر هم ولایت دارد لذا تصرف او در فرض تقارن نسبت به پدر مقدم است و بر پدر است که از جد اطاعت کرده و ولایت او را مقدم شمارد. مرحوم بحرانی (ره) همین استدلال را در جواب به قائلین به تقدم ولایت پدر در تراحم عقد نکاح آورده‌اند که البته تعلیلی عمومی می‌باشد بیان ایشان چنین است: «أن للجد ولاية على الأب لوجوب طاعته و امتثال أمره فيكون أولى» (الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۷۴).

اشکالات:

اولاً: لزوم اطاعت از پدر با این اطلاقی که مرحوم صاحب حدائق (ره) مطرح کرده‌اند نه تنها مورد تسالم فقها نمی‌باشد بلکه مشهور این اطلاق را نپذیرفته و با شروطی این اطاعت را واجب می‌دانند مثل اینکه فرموده‌اند اگر مستلزم ایذاء والد باشد یا چنانچه عدم اطاعت موجب عاق شود طاعت پدر واجب می‌باشد؛ و پرواضح است که در محل نزاع فروض زیادی وجود دارد که عدم اطاعت پدر از جد ایذاء یا عاق او را در پی ندارد بلکه ممکن است خود جد نسبت به تقدم تصرف پدر بی‌میل نباشد؛ لذا حداقل اشکال این است که این دلیل اخص از مدعای عام مطرح شده است.

ثانیاً: لزوم اطاعت و امتثال امر در فرضی است که از جانب جد امری در میان باشد وگرنه که امتثال آن معنا ندارد. حال آنکه در محل بحث لزوماً چینی امری وجود ندارد بلکه صرفاً تصرف‌های دو ولی تراحم پیدا کرده است.

ثالثاً: بر فرض که امری باشد و عدم طاعت منجر به ایذاء جد شود، لزوم اطاعت پدر از جد یک حکم تکلیفی است و ربطی به تقدم ولایت او ندارد به این معنا که نهایتاً چنانچه پدر اطاعت نکند معصیت کرده اما تصرف او را از نفوذ نمی‌افتند.

رابعا: فروضی از بحث وجود دارد که تخصصاً از ذیل این دلیل خارج اند فلذا کماکان تراحم پابرجا خواهد بود مثل فرضی که اطاعت از جد و قبول نفوذ تصرف او مصداق معصیت الهی یا مستلزم معصیت الهی باشد که به اجماع امامیه اطاعت از پدر در این فرض واجب نیست.

قابل توجه این که می توان تبیین دیگری از کلام مرحوم صاحب حدائق داشت - اگرچه تقریب قبل با عبارت سازگارتر است - که مبتلی به اشکالات کمتری است و آن این که بگوییم: ایشان می خواهند بگویند که از مسئله وجوب اطاعت پدر و امتثال امر او فهمیده می شود که جایگاه جد نسبت به پدر بالاتر است؛ لذا در مقام تراحم، تصرف جد بر پدر مقدم است، زیرا جد اهمّ و اولی است.

به این تقریب نیز دو اشکال وارد است: اول اینکه همان طور که گذشت مسئله ی وجوب طاعت و امتثال پدر - خصوصاً به طور مطلق - مسلم نیست تا از آن کشف اولویت کنیم - گرچه بالا بودن جایگاه جد فی الجملة قابل قبول است؛ - و اشکال دوم که مهم تر است این است که بالاتر بودن جایگاه جد نسبت به پدر، دلیل بر تقدم تصرف او نیست، زیرا آن که در تراحم سبب تقدیم احد الطرفین است اهم بودن یک طرف است و این که جد از پدر جایگاهش بالاتر است، فعل او که تصرف در مال صبی باشد را اهمّ و اولی از تصرف پدر نمی کند؛ به تعبیر دیگر جایگاه جد سبب اولویت او نیست؛ و بر فرض که خود او در مسائلی اولی باشد، این دلیل بر اولویت و اهم بودن فعل او نیست.

دلیل چهارم؛ تمسک به سیره

دلیل دیگر برای تقدم ولایت جد بر پدر سیره متشرعه می تواند باشد، به این تقریب که سیره متشرعه در زمان ائمه (علیهم السلام) چنین بوده است که به آراء بزرگان قوم احترام می گذاشته اند و در فرض تراحم حتماً رأی جد را بر پدر مقدم می کرده اند و این یک سیره کلی بوده است و مختص اموال صبی نیست. و روایت مستفیضه دال بر تقدم تصرف جد در مسئله نکاح خود موید همین مطلب و به نحوی امضای همین سیره است.

اشکالات:

اولاً: گرچه وجود چنین سیره ای احتمال بعیدی به نظر نمی رسد اما در این حد هم نیست که ما علم به وجود این سیره در زمان معصومین (علیهم السلام) در همه مسائل داشته باشیم خصوص در باب حقوق و مسائل این چنینی.

ثانیاً: امضاء و عدم ردع معصوم (علیه السلام) نیز برای ما ثابت نیست، چراکه دلیل خاصی که این سکوت را نقل کند نداریم و قاعده لو کان لبان هم در موردی مطرح است که مسئله به حدی مبتلابه باشد که علم پیدا کنیم در مرئای معصوم (علیه السلام) بوده و آن قدر پرتکرار بوده که لااقل می بایست یکی از موارد ردع به ما می رسید؛ اما

محل بحث ما نه تنها مورد ابتلای زیادی نبوده بلکه عادتاً فرض نادری است که هم زمان هم جد و هم اب در مورد صغیری اعمال تصرف کنند.

ثالثاً: همان طور که قبلاً اشاره کردیم منشأ این سیره لزوماً تدین متشرعه نبوده و ممکن از در بعضی شئون به فرهنگ قبیله ای و آداب قومی اعراب آن زمان برگردد لذا کم مبالاتی در این موضوعات در سیره متشرعه، احتمال قابل توجهی است، همان طور که از شیخ اعظم نقل کردیم (المکاسب، ج ۳، ص ۴۲).
قابل ذکر است که تمسک به سیره عقلا در این مجال نیز ناتمام است به دلیل دو اشکال اولی که در مورد سیره متشرعه گذشت، خصوصاً که اصل وجود این سیره بین عقلا قابل تشکیک تر، بلکه معلوم العدم است.

دلیل پنجم؛ تقدم اصل سببی بر مسببی

با رد ادله گذشته نهایتاً شک داریم در نفوذ تصرف پدر، اما منشأ این شک، شک در نفوذ تصرف جد است و حیث آنکه ثبوت ولایت جد بر ولایت پدر نسبت به صبی زمانا مقدم است پس استصحاب ولایت جد بر استصحاب ولایت پدر مقدم است؛ لذا در فرض نزاع تصرف جد مقدم است.

اگرچه این دلیل اساساً در محل بحث، فرض جریان ندارد، اما چون برخی آن را به عنوان دلیل مستقل طرح کرده اند (مسجد سرائی، ص ۱۵۱)، تنها به جهت تکمیل ادله به آن اشاره ای شد.

اشکالات این استدلال هم واضح است: اولاً در فرض تقارن که اصل سببی و مسببی تصویر ندارند و هر دو اصل در عرض هم جریان دارند و همان طور که گفتیم ولایت جد و پدر نسبت به صبی مستقل و هم طرازند. ثانیاً: اقدمیت ثبوت ولایت جد نسبت به پدر در مورد صبی ناصحیح است چراکه به محض تولد فرزند هم جد و هم پدر ولی قهری اویند و این منسب در یک زمان به هر دو تعلق می گیرد.

دلیل ششم؛ مرجحات باب تراحم

دلیل دیگری نیز در مقام توسط برخی علما مطرح شده است مبنی بر اینکه تصرف جد ترجیح دارد چراکه جد در بعضی احوال نسبت به پدر ولایت دارد و در فرض تراحم تصرفین این مرجحی است برای تقدیم تصرف جد:

«وقد قيل: بترجیح الجد لثبوت ولایته علی الأب فی بعض الأحوال» (نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۰۲).

اشکال این بیان نیز روشن است، چراکه به صرف این که در بعضی احوال جد بر پدر ولایت دارد، نمی توان اثبات کرد که تصرف او نزد شارع در فرض تراحم ترجیح داشته باشد زیرا ممکن است در هر مسئله ای ملاکات و شرایط متفاوت باشد.

جمع بندی

باتوجه به اشکالاتی که نسبت به ادله مذکور اقامه شد، دلیل قابل قبولی برای تقدم تصرف جد نسبت به پدر در فرض تقارن وجود ندارد.

احتمال سوم؛ رجوع به قرعه

این احتمال را مرحوم سید مجاهد طباطبایی (ره) مطرح فرموده است (المناهل، ص ۱۰۵)؛ تقریر آن چنین است: قرعه در تمامی اموری که مجهول هستند و ما طریقی به شناخت واقعیت آن نداریم، جاری می شود (المصطفوی، محمدکاظم، مائة قاعدة فقهية، ج ۱، ص ۱۹۱). در اینجا نیز امر برای ما مشتبه شده و راهی هم برای تعیین تصرف مقدم - بعد از نقد ادله دیگر - نداریم؛ لذا قرعه به نفع هر یک از جد یا پدر که بود او مقدم است.

اشکال:

اولاً: همان طور که خودتان گفتید قرعه در جایی است که راه دیگری نباشد و درحالی که چنین راهی وجود دارد (خواهد آمد).

ثانیاً: قرعه در مواردی که شبهات موضوعیه است جاری می شود چون بنای عقلا مختص به این دسته از مشکوکات است و در شبهات حکیمه جاری نمی شود. (مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۳۶۲) و محل بحث از قسم شبهات حکیمه است چراکه ما حکم فرض تقارن تصرفین را نمی دانیم نه اینکه به خاطر التباس امور خارجیه شبهه موضوعیه داشته باشیم.

احتمال چهارم؛ بی اثر شدن هر دو تصرف

هر دو تصرف باطل و غیر نافذ است، چراکه ولایت هر دو پذیرفته شده و هیچ یک از این تصرفها بر دیگری ترجیح ندارد و ترجیح بدون مرجح نیز محال است. این احتمال را تعداد زیادی از علما مطرح کرده اند (شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة، ج ۴، ص ۱۰۵-۱۰۶؛ نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۰۲؛ ترحینی عاملی، محمدحسن، الزبدة الفقهیه، ج ۵، ص ۱۲۳؛ فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة (کتاب الحجر)، ص ۳۰۲-۳۰۳) و برخی نیز آن را پذیرفته اند.

اشکال: این احتمال چنانچه به دلیل و مرجحی در مسئله دست پیدا نکردیم صحیح است، اما چنانچه چنین مرجحی وجود داشته باشد (همان طور که در احتمال ششم خواهد آمد) این احتمال منتفی است.

احتمال پنجم؛ تخییر حاکم

این احتمال در کلام مرحوم طباطبایی مجاهد (ره) چنین بیان شده: «و ان وقع التعارض بین الاب والجد له ... و وقع عقدهما فی آن واحد فهل يقدم عقد الجد او عقد الاب او یقرع بینهما او یحکم ببطلان العقدین معا او

یتخییر الحاکم بینهما احتمالات» (المناهل، ص ۱۰۵)

در تقریر این دلیل می توان گفت که در مورد تخییر در اینجا چند احتمال ممکن است:

۱. اصل عملی تخییر که طبق آن، در دوران بین محذورین، مکلف در انتخاب هر یک از دو طرف محذور آزاد است. این احتمال مردود است چراکه محل بحث اساساً دوران بین محذورین نیست.

۲. تخییر در مبحث تعارض ادله که بعضی معتقدند هرگاه دو خبر با هم تعارض کنند و هیچ گونه مرجحی وجود نداشته باشد، باید به مضمون اخبار تخییر که مکلف را در اخذ به هریک از دو خبر مخیر نموده است، عمل کرد. مشهور، این تخییر را تخییر فقهی مقابل تخییر اصولی می دانند. این احتمال نیز صحیح نیست چون اینجا خبرین متعارضینی وجود ندارد.

۳. تخییر در مبحث تراحم دو دلیل در مقام امتثال و عجز مکلف از امتثال هر دو، که اصولیون در فرض عدم وجود مرجح در مقام، او را در امتثال هریک از آن دو مخیر دانسته اند. این احتمال گرچه با محل بحث سازگارتر به نظر می رسد اما اولاً: این تخییر در مورد جایی است که احتمال ترک هر دو دلیل نباشد درحالی که در محل بحث همان طور که گذشت یکی از احتمالات قابل توجه بطلان هر دو عقد است. ثانیاً: این تخییر در صورتی است که مرجحی نباشد و حال آنکه همان طور که خواهیم گفت احتمال ترجیح در بسیاری از موارد هست.

۴. احتمال دیگر در کلام صاحب مناهل وجود دارد که مراد از تخییر، تخییر اصولی و فقهی نباشد و آن این است که باتوجه به مطالبی که گذشت چون امکان تقدیم ولایت جد و پدر نیست، نوبت به اولیاء دیگر می رسد و با فرض حیات این دو رجوع به وصی هم که معنا ندارد، پس نوبت به حاکم می رسد که هر طور صلاح می داند یکی از دو تصرف را انتخاب کند. اشکال این احتمال نیز این است که: همان طور که محقق حلی فرموده: «ولایت در اموال طفل و مجنون برای پدر و جد پدری است و اگر این دو نباشند، وصی آنها و اگر وصی نیز نباشد، برای حاکم شرع است» (شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۳۵۴)، ولایت حاکم در فرضی است که جد و پدر نباشند درحالی که در محل بحث هر دو ولی موجودند. مرحوم محقق کرکی این مسئله را مورد اتفاق فقها می داند (رساله صلاة الجمعة، ج ۱، ص ۱۴۲)؛ برخی نیز آن را از ضروریات فقه دانسته اند به نحوی که نیاز به دلیل ندارد (نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۰۳). احتمال دیگری نیز در کلام ایشان ممکن است، و آن اینکه یتخیر به معنای حق انتخاب در فضای تشخیص اصلح باشد که در بحث بعد به آن اشاره می کنیم. و در صورتی که منظور این معنا از تخییر باشد، احتمال پنجم احتمالی در عرض باقی احتمالات نخواهد بود.

احتمال ششم؛ رعایت جانب احتیاط

مرحوم امام بعد از نقل برخی اقوال، حکم به رعایت احتیاط در مسئله کرده اند: «ولو اقترنا ففی تقدیم الجد أو الأب أو عدم الترجیح وبطلان تصرف کلّیهما وجوه بل أقوال، فلا یترک الاحتیاط» (تحریر الوسيلة، ج ۲، ص ۱۳-۱۴، مسئله ۷).

شاگرد امام آیت الله فاضل لنکرانی در شرح کلام ایشان می فرماید: امام از ترک احتیاط نهی کرده اند زیرا ادله متقدمه هیچ کدام تمام نبودند؛ حتی دلیل اولویت (که ذیل فرض تقدم ولایت جد گفتیم) چون قطعی نبود و گمان هم حجیت ندارد. سپس در توضیح احتیاط در مقام می فرمایند که باید طوری که منفعت بیشتری و مصلحت

کامل به صغیر برسد عمل شود. عبارت ایشان چنین است: «نهی عن ترک الاحتیاط لعدم تمامیة شیء من الأدلة المتقدمة حتى الأولیة المذكورة؛ لعدم قطعیتها و عدم حجیة الظنیة و هو الظاهر، لكن الاحتیاط

یحصل بما فیہ النفع الأكثر و الغبطة الكاملة، كما لا یخفی.» (تفصیل الشریعة (کتاب الحجر)، ص ۳۰۲-۳۰۳).

در تقریر این قول می توان گفت که فلسفه جعل ولایت برای اولیاء صبی جلب مصالح اوست؛ لذا در محل بحث تصرفی را باید انتخاب کرد که این فلسفه را بهتر تأمین می کند زیرا این به غرض شارع نزدیک تر است، خواه تصرف جد باشد خواه پدر، کما اینکه در فضای تراحم اهمّ مقدم می شود: «الأهمّ عنده (الشارع) هو الأرجح فی التقدیم» (مظفر، محمدرضا، أصول الفقه، ج ۳، ص: ۲۱۷). از جمله فقهای که فلسفه جعل ولایت بر صبی را تأمین مصالح او می داند مرحوم شیخ (ره) است، ایشان می فرمایند: «من یلی أمر الصغیر و المجنون خمسة: الأب و الجد و وصی الأب أو الجد و الإمام أو من یأمره الإمام ... فكل هؤلاء الخمسة لا یصح تصرفهم إلا علی وجه الاحتیاط، و الحظ للصغیر المولی علیه لأنهم إنما نصبوا لذلك فإذا تصرف علی وجه لا حظّ له فیہ كان باطلاً لأنه خالف ما نصب له» (المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۲، ص ۲۰۰).

اشکال:

مرحوم خوبی به این نظریه اشکال دارند که ما بدون شک این احتمال را هم می دهیم که شارع در جعل ولایت فقط صلاح مولی علیه را لحاظ نکرده باشد و حال ولی را نیز لحاظ کرده باشد لذا مانعی نیست که ما به اطلاعات ادله جعل ولایت برای پدر و جد تمسک کنیم حتی نسبت به صورتی که مصلحتی در تصرف آنها برای صبی نباشد: «هذا و إن كان بحسب نفسه تماماً، و لكن لا یتّم فی جمیع الموارد؛ لإمكان أن يكون الصلاح فی ذلك الجعل راجعاً إلى الولی. و بعبارة أخرى: تارةً یلاحظ فی جعل الولاية للأب و الجد صلاح المولی علیه فیجری فیہ ذلك الحکمة، و اخرى یلاحظ حال الولی، فلا شبهة أننا نحتمل الثانی أيضاً، فإذن لا دافع للإطلاقات الدالة علی جعل الولاية لهما علیه حتی فی صورة عدم المصلحة فی تصرفهم» (مصباح الفقاهة، ج ۵، ص ۲۲).

جواب:

این احتمالی که جناب آقای خوبی مطرح کرده اند ضعیف است، زیرا این که خداوند متعال ولایت بر اموال طفل را به خاطر مصلحتی که به غیر طفل برمی گردد جعل کرده باشد، بعید است (انصاری، قدرت الله، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، ج ۲، ص ۲۱۲). علاوه بر این همان طور که در مقدمه مقاله نقل کردیم علمای بسیار زیادی رعایت مصلحت مولی علیه را شرط کرده اند و گفتیم برخی این را ضروری مکتب می دانند و بر این مطلب از کتاب و سنت و اجماع اقامه ادله کرده اند (که نقل آنها در این مقاله نمی گنجد)؛ این تسالم و ادله مانع تمسک به اطلاق ادله جعل

ولایت برای شمول فرض عدم مصلحت می شود و فلسفه مذکور در جعل ولایت برای جد و پدر را تقویت می کند.

نکته دیگر در این باب این است که اصل در مسئله هم با این مطلب موافق است چراکه: اصل اولیه اقتضا دارد که هیچ کس حق دخالت در اموال دیگری ندارد مگر این که یقین برخلاف این اصل پیدا شود، و یقین برخلاف اصل اولی در صورتی پیدا می شود که دخالت با رعایت مصلحت صورت پذیرد، زیرا دلیلی که بتواند اثبات نماید رعایت مصلحت لازم نیست، وجود ندارد. (شهیدی تبریزی، میرفتاح، هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب، ج ۲، ص ۳۲۵).

قابل توجه اینکه: تبیین دیگری نیز از این قول می توان داشت که البته مبتنی بر این است که قائل باشیم در منظر عرف عدم منفعت زائد هم ضرر محسوب میشود، با این نگاه چنانچه در انتخاب بین مصلحت اکثر و مصلحت اقل، مصلحت اقل انتخاب شود، مصلحت و نفع زائد از صبی سلب شده و نتیجتاً رعایت مصالح صبی نشده بلکه به صبی ضرر نیز وارد شده است. بنابراین تصرفی که بدواً به نظر مصلحت داشته است چون در قیاس با تصرف دیگر لحاظ شود مصلحت ندارد بلکه به ضرر صبی می باشد؛ و چنانچه مکرراً گفتیم تصرف بدون مصلحت یا لااقل تصرف ضرری و مفسده دار به نظر مشهور علما نافذ نیست، در نتیجه حتماً باید بین این دو تصرف، تصرف اصلح و انفع را انتخاب کنیم.

بنابراین احتمال ششم که توسط مرحوم امام (قدس سرّه) مطرح شد، قول قابل توجهی خواهد بود. از جمله مواردی که به عنوان تأیید این نظر می توان به آن اشاره کرد کلام برخی فقها در مسئله ی اموال یتیم است (در برخی احکام اموال یتیم، از یتیم بودن الغای خصوصیت شده و برخی احکام آن در باقی موارد مثل مطلق صبی تسری داده شده است) چراکه معتقدند در دوران بین مصلحت و اصلحیت (رعایت مصلحت و سود بیش تر برای یتیم) لازم است، اصلح انتخاب شود، بنابراین در جایی که تصرف خاصی در اموال ایتم دارای مصلحت و سود است، ولی ممکن است به صورت دیگری دارای سود بیش تر باشد، در این گونه موارد لازم است آنچه اصلح است صورت پذیرد و صرف مصلحت کفایت نمی کند، زیرا معامله با سود کم تر موجب نادیده گرفتن بخشی از منافع یتیم می گردد که دلیلی بر جواز آن وجود ندارد. (شهید اول، محمد بن جمال الدین، القواعد والفوائد، ج ۱، ص ۳۵۲، قاعده ۱۳۳؛ محقق اصفهانی، محمدحسین، حاشیة کتاب المكاسب، ج ۲، ص ۴۳۳-۴۳۴؛ حکیم، سید محسن، نهج الفقاهة، ص ۳۱۱-۳۱۲؛ شیخ انصاری، مرتضی، کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۵۸۰)

باتوجه به مطالبی که گذشت احتمال ششم به نظر موجه ترین نظر در مقام می باشد.

چند نکته:

۱. از آنجایی که نه خود صبی صلاحیت تشخیص مصلحت اهم را دارد نه جد و پدر (چون ذی نفعند) و نه در فرض حیات آنها وصی ایشان، انتخاب تصرف با مصلحت اهم برعهده حاکم اسلامی می باشد. قابل تذکر اینکه احتمالی که در انتهای احتمال پنجم مقاله اشاره کردیم به این فرض برمی گردد.

۲. یک نکته کاربردی در مقام این است که: اگر اهمیت یکی از دو متزاحم، محتمل باشد، احتیاط اقتضا می‌کند که آن را بر دیگری مقدم بداریم... بنابراین، احراز اهمیت یکی از دو متزاحم، واجب و لازم نیست، بلکه صرف احتمال اهمیت، کافی است؛ و این، اصلی است که در بسیاری از فروع فقهی نافع است (مظفر، محمدرضا، أصول الفقه، ج ۳، ص: ۲۲۱).

۳. چنانچه اعمال ولایت جد و پدر نسبت به صبی دارای مصلحت مساوی بود یا تشخیص مصلحت اهم ممکن نبود و احتمال اهمیتی هم نداشتیم باید قائل به تخییر شد و این تخییر همان‌طور که گفتیم برای حاکم است.

جمع بندی

باتوجه به بررسی ادله در احتمالات بحث به این نتیجه می‌رسیم که در فرض تقدم تصرف هر یک از جد و پدر بر تصرف دیگری، تصرف مقدم نافذ است و در فرض تقارن تصرفین باید تصرفی را انتخاب کرد که بیشترین منفعت برای صبی را داشته باشد و یا احتمال منفعتش بیشتر باشد.

جریان اصول مرخصه در تمام اطراف علم اجمالی

استاد راهنما: استاد واعظی

نویسنده:

مهدی عباس^۱

^۱. دانش پژوه گروه فقه اقتصاد، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

مقدمه

یکی از مسائلی که در بحث علم اجمالی به آن پرداخته شده است، مسئله جریان اصول مرخصه در تمام اطراف علم اجمالی می باشد. این مسئله از این جهت مورد توجه اصولیون قرار گرفته که بعد از آن که حقیقت علم اجمالی به تکلیف را تبیین کردند و نتیجه بحث ها این شد که در موارد علم اجمالی به تکلیف، اصل تکلیف و حکم الزامی معلوم است تفصیلاً ولی شک در خصوصیات آن تکلیف و حکم الزامی داریم. و لذا اصل تکلیف که معلوم بالتفصیل باشد در حق مکلف منجز می شود. و اما خصوصیات تکلیف مشتبه هست، آیا اصول مومن شرعی یا همان اصول مرخصه در اطراف علم اجمالی جاری می شوند یا نه؟ چون هر کدام از اطراف علم اجمالی را که نگاه می کنیم، علم تفصیلی به آن وجود ندارد و موضوع اصول مرخصه شرعی نیز موارد مشکوک و مشتبه می باشد. مثلاً اگر علم اجمالی داشته باشیم که مولی در ظهر روز جمعه یک نمازی را از مکلف خواسته ولی شک داریم که آیا آن نماز، نماز جمعه است یا نماز ظهر. در این مورد ما علم تفصیلی به اصل تکلیف که وجوب یک نمازی باشد داریم ولی به هر کدام از خصوصیات که نماز ظهر و جمعه باشد که نگاه می کنیم، می بینیم که شک در وجوب خصوص آن داریم. پس آیا امکان دارد که هم در طرف نماز جمعه اصل برائت را جاری کنیم و هم در طرف نماز ظهر؟

در این مقاله سعی شده است که اهم اقوال اصولیون در این مسئله مورد بررسی قرار بگیرد. این بحث را از دو جهت مقام ثبوت و اثبات، می توان بررسی کرد.

جهت اول: امکان ثبوتی جریان اصول مرخصه در تمام اطراف علم اجمالی

این که اصول مرخصه در تمام اطراف علم اجمالی که منجز تکلیف بوده است جاری می شود یا نه، بستگی به این دارد که این امر از حیث عقلی مشکلی نداشته باشد و به عبارت دیگر مانعی در کار نباشد، که اگر از جهت ثبوتی مانعی نداشت نوبت به بحث از وجود و عدم وجود مانع اثباتی می رسد. در این جهت دو قول عمده وجود دارد:

۱. وجود مانع ثبوتی

۲. عدم وجود مانع ثبوتی

قول اول: وجود مانع ثبوتی

قائلین این مطلب برای اثبات این مطلب بیاناتی را مطرح فرموده اند.

تقریب اول: لزوم تناقض بین واقع معلوم بالاجمال و ترخیص در تمام اطراف:

این مطلب را شهید صدر به آخوند خراسانی نسبت داده است و به عنوان یکی از تقریبهای بیان مانع ثبوتی جریان ترخیص در تمام اطراف بیان کرده است. طبق این تقریب اصول مرخصه در تمام اطراف علم اجمالی نمیتواند جاری شود چون بین جعل ترخیص ظاهری در تمام اطراف و بین واقعی که معلوم بالاجمال است و به مرتبه

حکم فعلی رسیده است، تناقض و تضاد وجود دارد. وجه تناقض این است که حکم فعلی در یکی از اطراف حاکی از اراده فعلیه مطلقه مولی در آن طرف است و اگر در تمام اطراف علم اجمالی اصول ترخیصی جاری شود معنایش این است که در بعض اطراف علم اجمالی، هم اراده مولی به تکلیف عبد فعلیت پیدا کرده و هم فعلیت پیدا نکرده است. البته این شبیه همان اشکالی است که در جمع بین حکم واقعی و ظاهری نیز مطرح میشود و فرقی با موارد شبهات بدویه در این است که در آنجا احتمال تناقض است ولی در ما نحن فیه اگر ترخیص در تمام اطراف جاری شود، و معلوم بالاجمال یک حکم فعلی من جمیع الجهات باشد، قطع به تناقض پیش می آید. (بحوث فی علم الاصول، ج ۵، ص: ۱۷۶)

اشکال شهید صدر^{ره}:

شهید صدر می فرماید که اگر مراد آخوند خراسانی از فعلیت مطلق تکلیفی که معلوم بالاجمال است این است که به نظر مولی این تکلیف به نحوی است که در هیچ صورت از آن دست بردار نیست و حتی در موارد شبهه و شک نیز از فعلیت ساقط نمی شود، معنایش این است که مولی در مورد این تکلیف حتی در مواردی که شک و شبهه وجود داشته باشد، احتیاط را واجب کرده است و لذا نوبت به بحث از جریان اصول ترخیصی نمی رسد، ولی معلوم است که بحث در این گونه تکلیف نیست.

و اگر مراد از فعلیت تکلیف، فعلیت ذاتی باشد یعنی آن تکلیف فی نفسه و به لحاظ مبادی و جعل و موضوع، فعلی است، این معنای فعلیت با ترخیص ظاهری در تمام اطراف علم اجمالی منافاتی ندارد چون نکته جعل حکم ظاهری عبارت از اعمال قوانین تراحم در مقام اغراض و تقدیم اغراض اهم بر مهم در موارد اشتباه و تردید است. و در موارد علم اجمالی هم که اشتباه و تردید وجود دارد. لذا اگر آن غرض الزامی که معلوم بالاجمال است و به خاطر علم اجمالی بین اطراف مشتبه شده است، نسبت به غرض ترخیصی که آن هم معلوم بالاجمال است، اهم باشد مولی احتیاط را جعل میکند و گرنه ترخیص ظاهری را در تمام اطراف جاری می کند همان طور که در موارد شبهات بدویه جعل می کند و این مطلب از حیث عقلی هیچ مشکلی ندارد (بحوث فی علم الاصول، ج ۵، ص ۱۷۷).

بیان مرحوم نائینی و خوئی^{ره}:

ترخیص در تمام اطراف علم اجمالی، ترخیص در معصیت تکلیفی است که واصل شده است و ترخیص در معصیت هم که قبیح است و لذا از مولی حکیم صادر نمی شود. (فوائد الاصول، ج ۳، ص ۷۵) و به عبارت دیگر بین ترخیص ظاهری در تمام اطراف و حکم عقل به قبح معصیت تضاد وجود دارد، نه بین حکم ظاهری ترخیص و حکم واقعی. و همین بیان را آقای خوئی^{ره} نیز دارند (مصباح الاصول، ج ۱، ص: ۴۰۴).

اشکال شهید صدر^{ره}:

اینکه حکم عقل معلق نباشد اول الکلام است و به نظر شهید حکم عقل به وجوب اطاعت و قبح معصیت نیز

حکم تعلیقی است که مشروط به عدم ترخیص شرعی و عدم اذن در مخالفت تکلیف از طرف مولی می باشد. و وجه این که مولی می تواند چنان اذنی بدهد این است که حکم مولی از جانب خود او است نه این که بر علیه مولی باشد تا نتواند اذن مخالفت بدهد. و این معنایش ترخیص در معصیت نیست، بلکه عین اعمال مولویت است. بلکه اگر ما قائل بشویم که مولی نمی تواند ترخیص بدهد دائره مولویت مولی را محدود کرده ایم (بحوث فی علم الاصول، ج ۵، ص ۱۷۸).^۱

بیان آقا ضیاء:

ایشان در صدد اثبات این مطلب است که علم اجمالی علت تامه برای منجزیت است و فقط مقتضی نیست تا منجزیتش متوقف بر عدم ورود ترخیص ظاهری در مخالفت باشد. ایشان اول از یک بیان نقضی شروع می کند که علم اجمالی با علم تفصیلی چه فرقی می کند؟ اگر علم تفصیلی علت تامه برای حرمت مخالفت قطعیه است نه مقتضی و معلق بر عدم ورود ترخیص ظاهری بر مخالفت، علم اجمالی هم همین طور باید باشد چون علم اجمالی نسبت به علم تفصیلی از این جهت که هر دو علم است قصوری ندارد. و اگر قصوری است در ناحیه متعلق علم اجمالی است و آن هم تاثیری در منجزیت تنجیزی ندارد چون آنچه که منجزیت می آورد، در موارد علم اجمالی نیز وجود دارد و آن علم به اصل الزام می باشد (مقالات الاصول، ج ۲، ص: ۲۳۴).

بعد خودشان از این نقض جواب داده می فرماید که ممکن است گفته شود که منجزیت علم تفصیلی تعلیقی است و حرمت مخالفت قطعیه در علم تفصیلی نیز معلق بر عدم ورود ترخیص می باشد، منتها در علم تفصیلی می دانیم که ترخیصی نیامده است و لذا آن معلق که عبارت است از حرمت مخالفت قطعیه، فعلی می شود. و دلیل این مطلب این است که موضوع حکم ظاهری شک است و چون در موارد علم تفصیلی به تکلیف، شک نداریم لذا موضوع حکم ظاهری منتفی است و منجزیت علم تفصیلی فعلی می شود. اما در علم اجمالی موضوع حکم ظاهری که شک باشد وجود دارد و آن شک در خصوصیات است، پس امکان ورود ترخیص است و معلق علیه منجزیت علم اجمالی محرز نیست و لذا در حد مقتضی برای حرمت مخالفت قطعیه باقی است (مقالات الاصول، ج ۲، ص ۲۳۴-۲۳۵).

بعد ایشان از این جواب هم جواب می دهند که این بحث ما فعلا بحث ثبوتی است نه اثباتی، که اگر بحث اثباتی بود امکان داشت که کسی بگوید که در موارد علم اجمالی نیز جعل ترخیص ظاهری ممکن است چون موضوع حکم ظاهری شک است و در لسان ادله نیز شک اخذ شده و گفته شده است که رفع ما لا یعلمون، یا کل شیء لک حلال حتی تعلم انه حرام. و چون در علم تفصیلی شک وجود ندارد لذا امکان ترخیص ظاهری هم نیست ولی در علم اجمالی چون شک وجود دارد ولو در خصوصیات پس امکان ترخیص ظاهری وجود دارد. ولی بحث ما اثباتی نیست بلکه ثبوتی است یعنی می خواهیم بحث کنیم که آیا برای شارع جائز است که در موارد علم

^۱ استاد: آیا میتواند حکم عقل به تنجز تعلیقی باشد؟ چون قطع نظر از مبنای شهید صدر در جمع بین حکم واقعی و ظاهری، مولی چطور میتواند ترخیص در مخالفت بدهد. لذا این یک جواب مبنایی خواهد بود نه بنایی.

ترخیص بدهد یا نه؟ یا به عبارت دیگر آیا ممکن است شارع بگوید که رفع ما یعلمون؟ یعنی آیا امکان عقلی برای چنین کاری وجود دارد؟ و چون فرقی بین علم اجمالی و تفصیلی نیست لذا اشکال نقضی ایشان بر عدم امکان جعل ترخیص ظاهری در تمام اطراف علم اجمالی سر جای خودش هست (مقالات الاصول، ج ۲، ص ۲۳۵ - ۲۳۶).

بعد از این آقا ضیاء عراقی جواب حلی را مطرح میفرماید که مبتنی است بر این که در بحث جمع بین حکم واقعی و ظاهری چه مبنائی اختیار شده باشد. و لذا باید دید که در موارد شک بدوی بین حکم واقعی و حکم ظاهری، وجه جمع چه بوده است تا ببینیم که همان جواب در جعل حکم ظاهری ترخیص در اطراف علم اجمالی نیز میآید یا نه؟ در مورد شک بدوی گفته شده است که جعل ترخیص ظاهری بر خلاف حکم واقعی مشکلی ندارد چون حکم ظاهری در این موارد با حکم واقعی تضادی ندارد. چون تضاد حکم ظاهری با اصل محبوبیت شارع در حکم واقعی که نیست، چون ترخیص مربوط به عالم امتثال است و محبوبیت مولی در باره یک عملی مربوط به عالم اراده و کراهت است و ربطی به عالم امتثال ندارد. بلکه ممکن است گفته شود که اگر حکم واقعی به مرحله ابراز برسد و مولی بگوید که ادع عند رویت الهلال یا اجتنب عن شرب التتن، و بعد بیاید ترخیص ظاهری جعل کند معنایش این است که مولی هم یک چیز را خواسته است و عبد را به سوی چیزی تحریک کرده است و هم گفته که تحرک لازم نیست، و این تضاد است و آن دعوت و این عدم دعوت با هم جمع نمیشود. ولی حقیقت این است که تضاد در این مرحله هم وجود ندارد چون ابراز مولی و خطاب او اهتمام مولی را نشان می‌دهد و به ما می‌رساند که اهتمام مولی به محبوب خودش به همان اندازه است که خطاب او نشان می‌دهد و به عبد را تحریک می‌کند. پس اگر ترخیص ظاهری در محدوده محرکیت خطاب حکم واقعی باشد، تضاد پیدا می‌شود. ولی اگر ترخیص ظاهری خارج از محدوده محرکیت خطاب حکم واقعی باشد، این جا تضادی به وجود نمی‌آید. مثل این که مولی به عبد بگوید که اگر زید پیام مرا آورد داروئی را برای من تهیه کن ولی اگر پیام من به تو نرسد لازم نیست تهیه کنی، بعد مولی زید را بفرستد ولی برای زید مانعی پیش آید و او نتواند پیام را به عبد برساند. در اینجا محبوبیت مولی برای تهیه دارو وجود دارد و محرکیت هم هست ولی محرکیتش به اندازه‌ی رساندن پیام از طریق زید بود و بیش از این محرکیت نداشت تا با ترخیص مولی در صورت عدم رسیدن پیام از طریق زید، تضاد داشته باشد. و لذا اگر مولی اهتمام بیشتری برای تهیه دارو داشته باشد باید ده نفر را به سوی عبد می‌فرستاد و به عبد میگفت که هر کدام از این ده نفر به تو پیام دادند، دارو را برای من تهیه کن. و در موارد شک در حکم واقعی مثل شک در حکم اجتناب از شرب تنن اگر مولی حکم ظاهری ترخیص جعل کند نه با کراهیت مولی از شرب تنن تضاد دارد و نه با خطاب اجتناب چون اگر عبد بعد از فحص هم به حکم مولی دسترسی پیدا نکرد نشان می‌دهد که اهتمام مولی به همین اندازه بوده و حالا که خطاب به او نرسیده معلوم می‌شود مولی نیز نخواسته عبد را بیش از این تحریک کند (مباحث الاصول، ج ۴ ق ۲، ص ۴۴).

حالا باید دید همان مبنای جمع بین حکم واقعی و ظاهری در ما نحن فیه نیز میآید یا نه؟ در مورد علم اجمالی و تفصیلی یک عنصر سوم هم در کار است و آن عنصر تنجیز است چون علم منجز است، چه علم تفصیلی باشد یا

اجمالی. و این عنصر سوم در موارد شبهه بدویه نبود. و اینجا است که باید دید که این تجزیه چه نوع تجزیه است؛ تجزیه فعلی است یا تجزیه تعلیقی و معلق بر عدم ورود تریخ است؟ البته این منجزیت در علم تفصیلی حتما هست چون ما تضاد را بین علم تفصیلی به خطاب و بین تریخ در خلاف وجدانا احساس میکنیم. و این نشان می دهد که منجزیت در علم تفصیلی فعلی و تجزیه است نه تعلیقی و چون این منجزیت در علم تفصیلی فعلی است پس در علم اجمالی هم فعلی است چون علم اجمالی هم علم تفصیلی است منتها علم تفصیلی به اصل الزام است. و آنچه که باعثیت خطاب می شود، خطاب الزامی است و وقتی این خطاب برای مکلف کشف شد، فرقی بین علم اجمالی و تفصیلی در منجزیت غیر تعلیقی و فعلی باقی نمی ماند. و لذا تضاد و تناقض منجزیت فعلی با تریخ ظاهری ثابت می شود ولو در علم اجمالی.

اشکال شهید صدر ره:

این که در هر دو، نفس الزام منجز است صحیح است ولی این منجزیت از لحاظ ثبوتی در هر دو علم تفصیلی و اجمالی تعلیقی است و تفاوت این دو علم از حیث مقام اثبات است که در علم تفصیلی مولی نمی تواند به مخالف معلوم بالتفصیل تریخ بدهد ولی در علم اجمالی این امکان وجود دارد. و به عبارت دیگر معلق علیه منجزیت که عدم تریخ باشد، در علم تفصیلی وجود دارد ولی در علم اجمالی وجود ندارد. و دلیل عدم تریخ در مورد علم تفصیلی هم این است که تریخ از دو حال خارج نیست، یا نفسی است یا طریقی. اگر نفسی باشد که تضاد لازم می آید و اگر طریقی باشد و به خاطر حفظ ملاکات اهم باشد باز هم در این مورد معقول نیست چون در نظر کسی که علم تفصیلی به حکم دارد شبهه ای وجود ندارد تا نوبت به تراحم برسد. ولی در علم اجمالی چون شبهه وجود دارد لذا مسئله تراحم اغراض و حفظ ملاکات اهم پیش می آید و لذا امکان تریخ حفظا لملاک الایم وجود دارد (بحوث فی علم الاصول، ج ۵، ص ۱۷۹).

اشکال استاد: آقا ضیاء همین حرف را در باره علم اجمالی هم می تواند بزند که در علم اجمالی نیز علم تفصیلی به اصل الزام دارید. و به عبارت دیگر به نظر ایشان معلق علیه منجزیت در علم اجمالی هم موجود است چون وقتی علم تفصیلی به الزام موجود باشد هر چه به مکلف بگوئیم که تریخ دارید قبول نمی کند. پس عین آن ملاک که علم تفصیلی است در علم اجمالی هم هست. پس همان طوری که تریخ در مخالفت علم تفصیلی موجب می شود که مکلف تناقض را وجدانا حس کند همان تناقض را در صورت تریخ در تمام اطراف علم اجمالی نیز حس می کند، و وقتی تناقض در صورت علم تفصیلی دلیل بر منجزیت فعلی است، تناقض در علم اجمالی نیز دلیل بر فعلی بودن منجزیتش است و لذا با تریخ در اطراف منافات پیدا می کند.

شهید صدر از این مطلب جواب می دهند که علی رغم این که علم اجمالی نیز علم تفصیلی به جامع است ولی منجزیتش معلق بر عدم تریخ است چون تضادی که ادعا می شود بین تریخ و خطاب واقعی است. چون این خطاب برای تحریک به سوی غرض صادر شده و لذا با تریخ ظاهری تضاد پیدا می کند. ولی چون خطاب کاشف از اهتمام مولی است به غرض واقعی و مکلف به آن خطاب علم پیدا کرده است حالا چه اشکال

دارد که در موارد علم اجمالی مولی به غرض واقعی اهمیت ندهد و خطاب هم مقدمه باشد که دائره محرکیتش بیشتر از اهمیتش به آن غرض واقعی باشد و وقتی ترخیص می‌دهد ترخیصش منافات با اهمیتش به آن غرض واقعی ندارد ولو منافات با خطاب داشته باشد. در ما نحن هم ممکن است که منجزیت علم اجمالی بیشتر از اهمیتش به آن خطاب باشد و وقتی ترخیص می‌دهد یعنی بدان که اهمیت غرض واقعی آن قدر نیست و گسترده خطاب خیلی بیشتر از اهمیت غرض واقعی است. در این صورت معلق بودن منجزیت علم اجمالی بر عدم ترخیص معقول خواهد بود. پس این درست نیست که هیچ فرقی بین علم تفصیلی و علم اجمالی نیست (بحوث فی علم الاصول، ج ۵، ص ۱۸۰).

محقق حائری می‌فرماید که اگر منظور آقا ضیاء این باشد که حکم واقعی همان خطاب است که مقدمه برای رسیدن به غرض واقعی است به همان وسعتی که این خطاب تاثیر و محرکیت دارد. و بعد مولی بیاید ترخیص بدهد در مخالفت با حکم واقعی و این ترخیص کاشف از این باشد که اهتمامش به غرض واقعی اقل از دائره تاثیر آن خطاب بوده، این معنایش این خواهد بود که ترخیص ظاهری موجب تغییر حکم واقعی میشود و بازگشت این مطلب به تصویب است که باطل است (مباحث الاصول، ج ۴، ص ۴۵).

ولی اگر منظور آقا ضیاء از حکم واقعی محبوبیت و مبعوضیت و اراده و کراهت باشد این اشکال محقق حائری وارد نخواهد بود همان طور که در بیان شهید صدر توضیح داده شد.

قول دوم: امکان ثبوتی جعل ترخیص در تمام اطراف علم اجمالی

بیان آخوند خراسانی

ایشان می‌فرمایند که چون در علم اجمالی معلوم بالاجمال تمام منکشف نشده است لذا مرتبه حکم ظاهری به خاطر وجود موضوع حکم ظاهری که شک در حکم واقعی است محفوظ است و لذا اذن شارع در مخالفت با حکم واقعی غیر از همان مشکلی که در مسئله جمع بین حکم واقعی و ظاهری وجود دارد، ایجاد نمی‌کند و لذا هر جوابی که برای تفصی از اشکال اذن در مخالفت با حکم واقعی در مسئله جمع بین حکم واقعی و ظاهری داده شود در ما نحن فیه نیز همان جواب می‌آید. و بر فرض پذیرش تناقض، فرقی میان احتمال ثبوت متناقضین و قطع به آن نیست و اگر اذن را در موارد محتمل جایز دانستید در موارد قطع هم باید جایز بدانید (کفایة الاصول، ص: ۲۷۲).

استاد: اگر به نظر آخوند راه حل عدم تناقض در موارد ترخیص در تمام اطراف علم اجمالی همان مطلبی است که در جمع بین حکم واقعی و ظاهری بیان شد، اشکالش این است که در موارد جمع بین حکم واقعی و ظاهری، حکم واقعی به خاطر عدم وصول به مکلف فعلی نیست، در حالیکه در علم اجمالی این طور نیست و جامع معلوم بالتفصیل است و لذا همان جوابی که آنجا داده شده است در ما نحن فیه نمی‌آید. و ثانیاً اگر آن جواب بیاید باید گفت که چون تنجز تکلیف منوط به وصول تفصیلی است که در شبهات بدویه وجود ندارد، و ما نحن فیه نیز مثل همان مقام است چون وصول تفصیلی نداریم، پس اصلاً تنجزی وجود ندارد تا نوبت به جریان

اصل در اطراف برسد.

اشکال محقق اصفهانی^۱:

محقق اصفهانی^۲ می‌فرماید که این که آخوند می‌فرماید که چون در علم اجمالی معلوم بالاجمال ما تماما منکشف نشده است لذا مرتبه حکم ظاهری نیز محفوظ است و مولی می‌تواند اذن در ترخیص در تمام اطراف علم اجمالی بدهد، باید دید که منظور ایشان از محفوظ بودن مرتبه حکم ظاهری چیست؟

اگر مقصود از حفظ مرتبه حکم ظاهری به لحاظ این است که حکم عقل به استحقاق عقاب معلق بر عدم ترخیص از جانب شارع است، این مطلب ربطی به حفظ مرتبه حکم ظاهری ندارد چون التزام به تعلیقی بودن حکم عقل برای دفع تنافی بین آثار حکم واقعی و حکم ظاهری است که حکم واقعی در صورت منجز بودن استحقاق عقاب را به دنبال دارد و حکم ظاهری ترخیصی اثر معذرت دارد، در حالیکه آخوند می‌خواست با این مطلب اشکال تنافی بین خود حکم واقعی و ظاهری را حل کند و این درست نیست چون تعلیقی بودن حکم عقل مشکل تنافی بین خود حکم واقعی و حکم ظاهری را حل نمی‌کند.^۱

علاوه بر این، مخالفت تکلیف معلوم با منبعث نشدن به سوی انجام مامور به و منجز نشدن از ترک منهی عنه، ظلم بر مولی است که قبح ذاتی دارد و چون تخلف ذاتی از ذات محال است لذا حکم عقل هم منجز است و معلق نیست و به عبارت دیگر به نحو علیت است نه به نحو اقتضاء تا امکان ترخیص راه داشته باشد (نهایة الدراية في شرح الکفایة، ج ۳، ص: ۹۶).

و اما اگر انحفاظ مرتبه حکم ظاهری به لحاظ منوط بودن انشاء واقعی به واصل شدن به نحو تفصیلی برای مکلف باشد تا در این صورت بعث و زجر داشته باشد، معنایش این است که این علمیکه شما مدنظر دارید علم موضوعی است نه طریقی در حالیکه بحث ما در علم طریقی است نه موضوعی.^۲ و اگر علم مورد نظر از قبیل علم موضوعی بود ممکن بود که علم تفصیلی نیز منجز نباشد چون امکان دارد که مولی انشائی که باعثیت و زاجریت دارد را به منوط به علم تفصیلی قرار دهد که از یک سبب خاص یا در مورد خاص حاصل شود (نهایة الدراية، همان).

و اگر حفظ مرتبه حکم ظاهری به لحاظ این است که در مورد علم اجمالی، حکم واقعی فعلیت فی الجملة دارد

^۱. استاد: این که حکم عقل معلق بر عدم ترخیص شارع باشد، مشکل را حل نمیکند چون خود ترخیص دادن شارع منافات دارد با حکم واقعی. و شارع وقتی حکم الزامی دارد در باره یک مطلبی در مرتبه ظاهر نمیتواند ترخیص بدهد چون این تناقض در همان مرتبه جعل حکم واقعی و ظاهری است نه بین حکم واقعی و حکم عقل. یعنی ولو حکم عقل معلق بر عدم ترخیص شارع در حکم واقعی باشد ولی وقتی شارع نتواند ترخیص بدهد اصلا نوبت به حکم عقل به تعلیق بر عدم ترخیص نمیرسد.

^۲. استاد: این مطلب از محقق اصفهانی عجیب است چون ایشان قائل است که قوام حکم فعلی به وصول است نه این که تنجز منقوم به وصول باشد. و دلیلش هم به نظر ایشان این است که ماهیت حکم بعث است و بعث و تحریک وقتی فعلی است که به عبد واصل شود والا اگر یک حکم واقعی باشد و انشاء هم شده باشد ولی به عبد واصل نشود که موجب انبعاث عبد نمیشود. و به خاطر همین است که ایشان اصلا مرحله تنجز به عنوان مرتبه حکم قبول ندارد. و لذا طبق مبنای آقای اصفهانی این اشکال بر آخوند وارد نیست. و کلام آخوند مبتنی بر این نیست که این علم را موضوعی بگیریم تا محقق اصفهانی بر ایشان اشکال کند و اگر این اشکال باشد اشکال مبنائی خواهد بود.

و از بعض جهات فعلی است و حکم ظاهری فعلیت بالجمله دارد و از جمیع جهات فعلی است، و چون فعلیت از بعض جهات با فعلیت از جمیع جهات قابل جمع است، لذا منافاتی بین حکم ظاهری و حکم واقعی نیست، اشکالش این است که معنای حکم فعلی از بعض جهات این است که یک انشائی است که به داعی جعل داعی انشاء شده است و باعثیت و زاجریت ندارد. و وقتی بر چنین جعل و انشاء حجت اقامه می‌شود مصداق بعث و زجر نیز قرار می‌گیرد و از جمیع جهات فعلی می‌شود. و فقط در صورتی می‌توان یک حکم فعلی من جمیع جهات را مخالف یا موافق آن جعل کرد که به حکم اول علم تفصیلی نداشته باشیم و فقط محتمل یا مظنون باشد. ولی اگر بر حکم اول حجت اقامه شد، فعلی من جمیع جهات می‌شود و دیگر حکم فعلی من جمیع جهات را نمی‌شود مخالف آن وضع کرد. و چون علم اجمالی نیز از حیث علمیت مثل علم تفصیلی است، لذا بین حکمیکه با علم تفصیلی اصل شود هیچ فرقی با حکمیکه با علم اجمالی اصل شود ندارد و هر دو به یک اندازه باعثیت و زاجریت دارند، و لذا امکان جعل ترخیص از حکمیکه باعثیت و زاجریت دارد و از جمیع جهات فعلی است وجود ندارد (نهاية الدراية، همان)^۱

بیان امام خمینی^۲:

ایشان می‌فرماید که دو صورت برای علم اجمالی وجود دارد: علم به تکلیف فعلی غیر قابل ترک و علم به ثبوت حجت بر حکم شرعی که جایگاه بحث از اولی در مباحث قطع است و از دومی در اصول عملیه است. در صورت دوم نیز محل بحث تنها جایی است که علم به لزوم امتثال و عدم رضایت به ترک بر فرض ثبوت تکلیف نداشته باشیم و تراحم ملاک الزامی با ملاک ترخیصی محتمل باشد و علم به ثبوت تکلیف فعلی و تاّم حتی به نحو تقدیری وجود نداشته باشد (تهذیب الأصول؛ ج ۳؛ ص ۱۷۸).

ایشان در مورد امکان ثبوتی جعل ترخیص در اطراف علم اجمالی می‌فرماید که حجت اجمالی هر چند تتجیز فی نفسه دارد اما ترخیص با توجه به ملاکات ممکن است و تناقضی پیش نمی‌آید و ترخیص در معصیت نیز نیست، بلکه تنها به معنای تقیید ادله حجیت طریق و رفع ید از تکلیف واقعی به سبب تراحمات است (تهذیب الأصول؛ ج ۳؛ ص ۱۸۳).^۲

^۱ .استاد: ممکن است گفته شود که حکم واقعی که به صورت اجمال اصل شده را نباید فعلی من جمیع الجهات فرض کرد چون فعلیت حکم به نظر محقق اصفهانی متقوم بر وصول است و چون علم اجمالی همراه با شک است، وصول من جمیع الجهات صدق نمی‌کند. ولی در جواب گفته میشود که درست است که نسبت به اطراف علم اجمالی حکم فعلی من جمیع الجهات نیست ولی نسبت به جامع این طور نیست چون جامع معلوم بالتفصیل است و لذا اگر ترخیص در تمام اطراف بیاید، تناقض بین دو تا حکم فعلی جمیع الجهات لازم می‌آید چون ترخیص در تمام اطراف ترخیص در آن جامع است که فعلی من جمیع الجهات است.

^۲ .استاد: بالآخره آن ملاکی که اینجا به کار می‌برند این است که شاید آن حکم واقعی ترخیصی ملاکش اهم باشد از حجتی که ما به آن علم اجمالی پیدا کردیم. و اگر این ملاک باشد این مطلب در مورد علم اجمالی هم می‌آید و اختصاص دادن آن به حجت اجمالی معنی ندارد. و به عبارت دیگر در موارد علم اجمالی به تکلیف نیز علم نداریم که ملاک تکلیف معلوم بالاجمال از ملاک ترخیص اهم باشد بلکه ممکن است قضیه بر عکس باشد و لذا چه لزومیدارد که دایره بحث را به موارد حجت اجمالی محدود کنیم؟

جهت دوم: امکان اثباتی جریان اصول مرخصه در اطراف علم اجمالی

بعد از بیان و بررسی قول امکان ثبوتی جریان اصول ترخیصی در اطراف علم اجمالی، نوبت به بحث از مقام اثبات می‌رسد که آیا در مقام اثبات مانعی برای جریان اصول مرخصه وجود دارد یا نه؟

بیان امام خمینی^۱:

ایشان شمول اخبار عام و خاص برائت نسبت به علم اجمالی در شبهه محصوره را نمی‌پذیرند و بر فرض ثبوت اطلاق، ارتکاز عقلائی بر تناقض را موجب انصراف از اطراف علم اجمالی می‌دانند.

ایشان روایات خاص را با قرائتی حمل بر تقیه یا شبهه غیر محصوره و مانند آن می‌کنند و نسبت به طائفه دوم نیز شمول آن نسبت به موارد علم اجمالی به حجت را غیر عرفی می‌دانند (تهذیب الأصول؛ ج ۳؛ ص ۱۹۳). در نهایت نیز بر فرض وجود اطلاق، اشکال وجود انصراف را به واسطه قرینه لبی عقلایی نسبت به همه روایات وارد می‌دانند (تهذیب الأصول؛ ج ۳؛ ص ۱۹۳).^۱

بیان شهید صدر^۲:

شهید صدر^۲ برای مانع اثباتی جریان اصول ترخیصی در اطراف علم اجمالی دو تقریب را بیان می‌کنند.

تقریب اول:

در نظر عقلاء مجرد احتمال غرض ترخیصی موجب نمی‌شود که دست از اغراض الزامی محرز برداشته شود. و ترخیص در تمام اطراف علم اجمالی را منافی غرض الزامی می‌دانند.^۲ و این ارتکاز عقلاء مخصص لبی برای اطلاق ادله اصول می‌باشد و مانع اثباتی جریان اصول در اطراف علم اجمالی می‌شود (بحوث فی علم الأصول، ج ۵، ص: ۱۸۱).

۱. استاد: اگر به وسیله یک خبر واحد نقه ای که احتمال خلاف هم دارد ولی حجت است تعبداً یک حکمیثبات شود، و این حکم مردد شود در شبهه محصوره، آیا نمیتوان گفت که مولی در این چنین جاها ترخیص داده است؟ چون وقتی اصل حکم هم ثابت نیست و بعد مردد هم شد بین چند تا حکم چه اشکالی دارد که مولی ترخیص بدهد و به عبد بگوید که خودتان را در چنین جاهائی به زحمت نیاندازید. چه دلیلی دارد که بگوئیم عرف اینجا تناقض مبینند تا موجب انصراف اطلاق این روایات به موارد شبهات غیر محصوره بشود؟ بله اگر مورد، مورد علم وجدانی بود این ارتکاز جا داشت موجب انصراف شود ولی وجود چنین ارتکاز در موارد حجت اجمالی واضح نیست. ان قلت که سیره بر حجیت خبر واحد وجود دارد لذا اگر حکمیز طریق آن به ما برسد اجمالاً و این اخبار دال بر ترخیص بخواهند حجیت اخبار حاوی احکام را تقیید بزنند و اطلاق رفع ما لا یعلمون بر آن مقدم بشود، عرف این را نمیپذیرد.

قلنا که در موارد علم وجدانی شاید بشود چنین ارتکازی را ادعا کرد ولی در حجیت اخبار مخصوصاً اگر حجیتش از باب سیره نباشد بلکه از طریق اطلاق اخبار باشد، در این صورت چه فرقی بین روایات مشتمل بر احکام و روایات دال بر ترخیص مثل رفع ما لا یعلمون میباشد؟ هر دو اطلاق دارند، چرا یک اطلاق اقوی از اطلاق دیگری باشد؟

۲. استاد: ترجیح احکام الزامیبر ترخیصی شاید از این جهت باشد که احکام ترخیصی حیثی هستند بر خلاف احکام الزامیکه من جمیع الجهات هستند. مثل اگر حکم اباحه برای آب است من حیث این که آب است میباشد نه از جهات دیگر مثل مشتبه بودن یا غصبی بودن وغیره. ولی حکم حرمت که برای خمر است مثل من جمیع الحیثیات است حتی اگر مشتبه شد یا یک عنوان ثانویه پیدا کرد.

تقریب دوم:

عناوین روایات مالم یعلم و... در صدد ترخیص در قبال اغراض الزامیه غیر معلومه است نه اغراض الزامیه معلومه مانند علم اجمالی. این تقریب مربوط به ظهور خود روایات است. البته در روایاتی که تعبیر "کَلْ شِیْء لک حلال حتی تعرف الحرام منه بعینه" آمده است، تقریب دوم جاری نیست ولی تقریب اول جاری است و لذا اختصاص به علم اجمالی غیر محصوره پیدا می‌کند.

جمع بندی

بنا بر این آخوند خراسانی، شهید صدر و امام خمینی قائل به امکان ثبوتی جریان اصول مرخصه در تمام اطراف علم اجمالی می‌باشند ولی برای آن مانع اثباتی قائل هستند. البته اشکالات محقق اصفهانی بر بیان آخوند خراسانی وارد می‌باشد. ولی به نظر می‌رسد که بیان امام خمینی و شهید صدر که قائل به امکان ثبوتی جعل ترخیص در تمام اطراف علم اجمالی هستند و حکم عقل به منجزیت جامعی که معلوم بالاجمال است را معلق بر عدم جعل ترخیص از طرف خود شارع می‌دانند که با توجه به مقایسه ملاکات و ترجیح ملاکات و اغراض اهم بر مهم صورت می‌گیرد، بیانی است که ایرادات قائلین به عدم امکان جعل ترخیص بر آن وارد نیست. در نتیجه لازم است که در مقام اثبات نیز این مطلب بررسی شود همانطور که مرحوم امام^{ره} و شهید صدر^{ره} این مسئله را در مقام اثبات مورد بحث قرار دادند. نتیجه این بررسی این شد که چون در ارتکاز عقلاء ترخیص در تمام اطراف ترخیص در معصیت شمرده می‌شود یا طبق این ارتکاز اغراض ترخیصی بر اغراض الزامیترجیح داده نمی‌شود، لذا این ارتکاز قرینه لیبی متصل برای اطلاعات ادله اصول مرخصه می‌باشند و آنرا به غیر موارد علم اجمالی مختص می‌کند. و لذا گرچه ترخیص در تمام اطراف علم اجمالی ثبوتاً مشکلی ندارد ولی در مقام اثبات به این مطلب نمی‌توان ملتزم شد.

فسخ نکاح به زمانه

استاد راهنما: استاد فاضل

نویسنده:

مهدی احمدی^۱

^۱. دانش پژوه گروه فقه خانواده، سال تحصیلی ۹۹-۱۴۰۰

چکیده

این مقاله تحقیقی در موضوع زمانه ظاهره است. زمانه در روایت به ظاهره مقید شده و بعضی از فقهای که بحث عیوب مجوز فسخ را مطرح کرده اند آن را زمینگیری آشکار معنا کرده اند و بعضی نیز بیماری آشکار؛ اما این تحقیق پس از بررسی کلمات لغویین مدعی است زمانه ظاهره به معنی «عیب جسمی آشکار غیر موقت» است.

کلید واژه:

زمانه، زمانه ظاهره، عیب

مقدمه:

از دیر باز عیوب موجب فسخ عقد نکاح از حیث تعداد و حصر در آن، معرکه آراء و نظرات فقها بوده است. زمانه زوجه یکی از این عیوب و موضوع مهمی است که در روایات عیوب مجوز فسخ، سخن از آن به میان آمده و از عیوب منصوصه است. این تحقیق می‌کوشد با اثبات محصور نبودن عیوب مجوز فسخ و نیز ارائه معنای حقیقی «زمانه ظاهره» و بررسی روایی آن از زاویه‌ای دیگر به مسأله نگاه کند. در این میان، مسأله شناسی و مفهوم شناسی دقیق، کمک موثری به ما در تشخیص صحیح حکم عیوب مجوز فسخ کرده است.

اصل اولی هنگام بروز شک در بقای زوجیت - به جهت وجود عیبی قبل از عقد، در زن یا مرد - استصحاب لزوم است، ولی این تحقیق فارغ از منع جریان اصل به سبب روایات تدلیس و لاضرر^۱، بدنبال آن بوده که آیا روایات خاص «زمانه» مانع جریان اصل می‌باشند یا نه؟

بررسی واژگان مطرح در روایات و نیز رفع اختلاف مدالیل آن در این نوشتار مورد اهتمام ما بوده است.

مفهوم زمانه

لغویون عبارت «زمانه» را بین معانی آفت حیوان (الصحاح؛ ج ۵؛ ص ۲۱۳)، آفت (المحکم و المحيط الأعظم؛ ج ۹؛ ص ۶۷؛ کتاب الماء؛ ج ۲؛ ص ۵۸۹؛ القاموس المحيط؛ ج ۴؛ ص ۲۲۵)، دوستی (القاموس المحيط؛ ج ۴؛ ص ۲۲۵)، بلا^۱، بیماری، و مرض طولانی

۱. علی المبنی، روایات تدلیس در موارد صدق عرفی تدلیس و قاعده لاضرر در تمامی مواردی که عیب قبل از عقد وجود داشته است، حق فسخ در عقد نکاح را اثبات می‌نمایند.

برشمرده‌اند؛ در جستجوی انجام شده نُه کتاب لغت (العین، ج ۷، ص ۵۲ و ص ۳۷۵: تهذیب اللغة، ج ۱۳، ص ۱۵۹؛ صحاح اللغة، ج ۵، ص ۲۱۳۱ و ج ۶، ص ۲۱۵۶: المحکم و المحيط الاعظم، ج ۹، ص ۶۷: الماء، ج ۲، ص ۵۸۹؛ شمس العلوم، ج ۵، ص ۲۸۴۲؛ القاموس المحيط، ج ۴، ص ۲۲۵: اساس البلاغة، ص ۲۷۶ و لسان العرب، ج ۱۳، ص ۱۹۹) زمانه را مرض معنا کرده‌اند^۱ و چهار کتاب (مقاییس اللغة، ج ۳، ص ۲۳؛ مصباح المنیر، ج ۲، ص ۲۵۶؛ مجمع البحرین، ج ۶، ص ۳۶۰؛ الافصاح (تلخیص کتاب المخصص ابن سیده)، ج ۱، ص ۴۸۰) نیز مرض طولانی را زمانه دانسته‌اند. با بررسی موارد استعمال زمانه، معتقدیم از طرفی الآفة و البلا معادل واژه «عیب» در فارسی است و نیز مرض طولانی اخص از مطلق مرض است، که با توجه به لزوم قدر متیقن‌گیری در مجمل^۲ و نیز استصحاب^۳ و لزوم احتیاط در امر نکاح^۴، باید از این دو، «مرض مزمن» را موضوع جواز فسخ قرار داد. و از طرفی دیگر تناسب حکم و موضوع، هم سبب می‌شود مطلق آفت و بلا مجوز فسخ نباشد و مقید به آفت مزمن و بالای زمانبر باشد - که اعم از مرض مزمن است - و هم آفت و بلا را مختص به عیب جسمانی می‌کند. پس تا اینجا زمانه، «عیب جسمانی غیر موقت» است چه بیماری باشد یا نه و چه چیره بر بدن باشد یا خیر. بعلاوه از بررسی استعمالات متعدد - علاوه بر شواهد لغوی که ذکر شد - می‌توان نتیجه گرفت که قدر متیقن از لفظ زمانه، همان «عیب جسمانی غیر موقت» است؛ بنگرید:

در تفسیر منسوب به امام عسکری (ص ۲۴۴، ۱۴۰۹ق): «فأمر الله تلك البنات کما راہن ریب من ذلك، صلین علی محمد و آله الطیبین فکان الله یرد عنهن أولئک الرجال، إما بشغل أو مرض أو زمانة أو لطف من أطفاه فلم یفتشر منهن امرأة»^۵ در این استعمال، زمانه، غیر از مرض است چون عطف به مرض شده است، البته دلالت بر عیب ذکر شده ندارد.

۱. لسان العرب، ج ۱۳، ص ۱۹۹. نیز طبق نقل شیخ صدوق در کمال الدین (ج ۲؛ ص ۵۸۹، ۱۳۹۵ق) بر زمانه، اطلاق بلا شده است: «إن هذا المورم من سقم باطن و هذا الأعمی من زمانة فقال ابن الملك و إن هذا البلاء لیصیب غیر واحد».

۲. صحاح و المحکم معنای زمانه را بلا دانسته‌اند که مرض مصداق آن است برای همین در شمار کتب قائل به مطلق مرض آورده شد.

۳. لفظ زمانه مجمل است بین مرض و مرض مزمن، و قدر متیقن از مرض موجب فسخ، مرض مزمن است.

۴. با شک در جواز فسخ نکاح با مطلق مرض، استصحاب لزوم نکاح و عدم جواز فسخ آن جاری می‌شود.

۵. مراد از احتیاط در نکاح، قاعده احتیاط در فروج است و تمسک به آن علی المبنی است.

طبق نقل شیخ کلینی (ج ۶، ص ۱۸۱، باب عتق الصغیر، ح ۱، ۱۴۰۷ ق) زمانه در مطلق عیب ماندگار به کار رفته است: «عن ابن محبوب قال: كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام و سألته عن الرجل يعتق غلاماً صغيراً أو شيخاً كبيراً أو من به زمانة و من لا حيلة له فقال الخ»، و از استعمالاتی نظیر نقل شیخ مفید (باب ۴، ص ۷۳۲، ۱۴۱۳ ق) می فهمیم زمانه در زمینگیر شدن - که عیب بزرگ جسمی است - نیز به کار می رود: «فإن كانت المرأة ممن لم تجر لها عادة بالخروج عن منزلها إلى مجمع الرجال أو كانت مريضة أو بها زمانة تمنعها من الخروج إلى مجلس القضاء أنفذ الحاكم إليها من ينظر بينها وبين خصمها». اما عبارت ابن ابی الحدید (ج ۱۶، ص ۹۲، ۱۴۰۴ ق) به روشنی دلالت دارد که زمانه مختص به عرج و نیز مرض نیست و بلا و آفت جسمانی است: «و هو مع ذلك عاجز عن استدامة سلامة عقله من زوال و سمعه من صمم و بصره من عمى و لسانه من خرس و سائر جوارحه من زمانة و نفسه من تلف.» و همچنین نقل عوالی اللنالی (ابن ابی جمهور، ج ۲، ص ۳۰۴، ح ۲۱، ۱۴۰۵ ق): «روي عن أمير المؤمنين ع أنه إذا أصابته زمانة في جوارحه و بدنه فهو حر».

از آنچه بیان گشت مشخص می شود که زمانه اعم است از اینکه موجب ابعاد و زمینگیری بشود یا نشود. پس زمانه با «عرج» مفهوماً دو عیب مختلف هستند و با هم نسبت عام من وجه دارند؛ لنگ بودن اعم از دارا بودن عیب طولانی است^۱ و عیب طولانی داشتن نیز اعم از لنگ بودن است.

همچنین احدی از لغویین زمانه را به معنی ابعاد نگرفته است و تنها کسی که شاید از عبارت شکننده اش بتوان معنای ابعاد را برگرفت ابن فارس است؛ او می گوید: «فأما الزمانة التي تصيب الإنسان فتقعده، فالأصل فيها الضاد، و هي الضمانة. و قد كتبت بقياسها في الضاد.» اما شاید بتوان گفت مراد ابن فارس دخالت ابعاد در معنای زمانه نبوده و این مدعا - علاوه بر اینکه احدی از لغویین زمانه را به معنی ابعاد نگرفته است - دو شاهد دیگر هم دارد؛ اول آنکه ابعاد نگفته و با جمله «فتقعده» مرض طولانی را شرح عرفی کرده و می خواسته مرض

^۱ .ممکن است شخصی در اثر اتفاقی پایش بشکند و موقتاً چند ماهی لنگ شود.

بودن زمانه را بیان کند، چرا که در تعریف زمانه نگفته: المرض التي... و دوم آنکه در ادامه، اصل زمانه را «ضمانه» دانسته و در جای خود، ضمانه را زمانه و بیماری دانسته، نه زمانه همراه با ابعاد^۱.

آیت الله شبیری زنجانی، برای مدعای خود مبنی بر مشترک لفظی بودن زمانه بین مرض و ابعاد، به تاج العروس نیز استناد کرده (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۲۰، ص: ۶۵۳۱) که البته این استدلال صحیح نمی باشد چون تاج العروس^۲ نیز زمانه را به معنای ابعاد نگرفته و مصادیق زمن را ابعاد یا ذو عاهه دانسته است^۳ مانند بقیه که زمن را مطلق مرض و شامل ابعاد نیز می داند و شاهدش کلمات خود زبیدی در واژه قعد است^۴. بلکه او در اواخر کتابش زمانه را چنین توضیح داده و اشاره ای به ابعاد نکرده است: «الزمانة: العاهة. وفي الصحاح: آفة في الحيوانات. زمن، كفرح، زمنا، بالتحريك، و زمنة، بالضم، و زمانة، فهو زمن و زمين، ككتف و أمير، ج زمنون و زمنى، فيه لف و تشر مرتب، و الأخيرة نحو جريح و جرحى و كلیم و كلمى لأنه جنس للبلايا التي يصابون بها و يدخلون فيها و هم لها كارهون، فيطابق باب فعيل الذي بمعنى مفعول.» (تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۸، ص: ۲۶۳) مسجل شد که نظر زبیدی مانند سایر لغویین است. ازهری نیز بر فرض قائل به ابعاد باشد نمی تواند مقابل قاطبه لغویین بایستد و قید ابعاد را در معنای زمانه داخل سازد^۵.

همانطور که بسیاری از فقها به این نکته توجه کرده اند که زمانه به معنای مطلق عیب بلند مدت است و ابعاد را نمی توان از آن استظهار نمود (مفاتیح الشرائع؛ ج ۲، ص: ۳۰۷؛ أنوار الفقاهة - كتاب النكاح (لكاشف الغطاء، حسن)؛ ص: ۱۸۶؛ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۰، ص: ۳۳۷؛ الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۲۴، ص: ۳۶۵؛ نظام النكاح في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۲، ص: ۱۳۴ و فقه الصادق عليه السلام (للروحاني)؛ ج ۲۲، ص: ۸۴). نیز عدّه قابل توجهی از فقها، (السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ج ۲، ص: ۶۱۵. الكافي في الفقه؛ ص: ۲۹۵. غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، ص: ۳۵۴. و تلخیص المرام في معرفة الأحكام، ص: ۲۰۳) نه زمانه را ذکر کرده اند و نه ابعاد را؛ و عده ای دیگر که از زمان صاحب شرایع به بعد هستند حرفی از زمانه نزده و عرج بالغ به حدّ ابعاد را

۱. معجم مقاییس اللغة؛ ج ۳، ص: ۳۷۲: «أَمَّا الضَّمَانَةُ، وَ هِيَ الزَّمَانَةُ وَ الضَّمِين: الزَّمِين، فَإِنَّهُ عِنْدِي مِنْ بَابِ الْإِبْدَالِ كَأَنَّ الضَّادَ مَبْدَلَةٌ مِنْ زَايٍ. وَ فِي الْحَدِيثِ: «مَنْ أَكْتَبَ ضَمِينًا بَعَثَهُ اللَّهُ تَعَالَى ضَمِينًا»، أَيْ مِنْ كَتَبَ نَفْسَهُ مِنَ الزَّمِينِ.»

۲. بر فرض از لشکال متأخر بودن زبیدی و متأثر بودنش از لسان العرب چشم پوشیم

۳. تاج العروس، ج ۱۸، ص ۲۶۴: «زَمَنَ اللَّهُ فَلَانًا: جَعَلَهُ زَمِينًا، أَيْ مُفْعَدًا، أَوْ ذَا عَاهَةٍ وَ هُمْ زَمَنَةٌ»

۴. تاج العروس، ج ۵، ص ۱۹۵: «أُقْعِدَ الرَّجُلُ: لَمْ يَنْهَضْ، وَ قَالَ ابْنُ الْقَطَّاعِ: مُنِعَ الْقِيَامَ، وَ بِهِ قُعَادٌ، بِالضَّمِّ، وَ إِقْعَادٌ أَيْ، ذَاءٌ يُقْعَدُهُ، فَهُوَ مُقْعَدٌ، إِذَا أَرْمَنَهُ ذَاءٌ فِي جَسَدِهِ حَتَّى لَا حَرَكَتَ لَهُ، وَ هُوَ مَجَازٌ» عبارت ازمنه داء...، تفسیر عبارت «داء يقعه» است و عبارت «لاحراك به» تفسیر ابعاد است نه زمانه و همانطور که لفظ داء، مطلق مرض است عبارت ازمنه نیز مطلق است.

۵. فراموش نشود که ابعاد یکی از مصادیق زمانه است. بحث در این است که قید معنای زمانه نیست.

مجوز فسخ دانسته‌اند (شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام؛ ج ۲، ص: ۳۶۴؛ قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام؛ ج ۳، ص: ۶۶؛ کنز الفوائد في حل مشکلات الفوائد، ج ۲، ص: ۴۵۶) و عده‌ای دیگر که از متأخرین هستند از زمانه، ابعاد برداشت کرده‌اند^۱ یا ابعاد به شکل مطلق را مجوز فسخ دانسته‌اند (وحید بهبهانی در مقام الفضل؛ ج ۲، ص: ۳۷۲). و ظاهراً اولین کسی که زمانه را عیب مجوز فسخ دانسته، شیخ صدوق در مقنع است.^۲

مفهوم ظاهره

فهم معنای عبارت «ظاهره» که در روایت، به عنوان صفت برای زمانه آمده است در فهم حکم تأثیر شایانی دارد؛ ظاهر به معنای آشکار در مقابل پنهان است؛ البته اصل معنای ظهر همانطور که معجم المقاییس گفته «قوت و بروز» است (معجم مقاییس اللغة، ج ۳، ص: ۴۷۱)؛ در هر شیء یا شخص آشکار، بنوعی قوت وجود دارد و از این رو به چیره، قوی، محکم، سربلند، سرافراز، دارای علو و برجستگی و تسلط و غلبه نیز «ظاهر» گویند.

در قرآن کریم، مومن آل فرعون خطاب به قومش آنها را دارای غلبه مقطعی در زمین برمی‌شمرد: «يَا قَوْمِ لَكُمْ الْمُلْكُ الْيَوْمَ ظَاهِرِينَ فِي الْأَرْضِ» (سوره غافر، آیه ۲۹) و خداوند، با یادآوری کمک به مومنان زمان حضرت عیسی ع، آنان را بر کفار غالب ساخته است. «فَأَيُّدْنَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَىٰ عَدُوِّهِمْ فَاصْبِحُوا ظَاهِرِينَ»^۳. پس اصل معنای ظاهر، «قوی و نمایان» است؛ ابن فارس در ادامه، اصل در تمام اشتقاقات ظهر را ظهر الانسان برمی‌شمرد که جامع قوت و بروز است.^۴ برای همین برای مرد قوی عبارت «رجل مظهر» به کار رفته است (معجم مقاییس اللغة، ج ۳، ص: ۴۷۱ و المحيط في اللغة، ج ۳، ص: ۴۶۳) و به شتر سالم قوی محکم، «الظهير» گفته شده (کتاب العين؛ ج ۴، ص: ۳۷ و المحيط

۱. کشف اللثام، ج ۷، ص ۳۷۰. او ظاهر زمانه غیر ظاهره را عرج غیر بالغ به حد ابعاد و معهود از زمانه را بالغ به حد ابعاد دانسته است.
 ۲. المقنع (للشيخ الصدوق)؛ ص: ۳۱۱: «وإن تزوج الرجل امرأة فوجدها قرناء أو عفلاء أو برصاء أو مجنونة، أو كان بها زمانة ظاهرة، كان له أن يردّها إلى أهلها بغير طلاق». گرچه احتمال هست که شیخ صدوق نیز ابعاد را مجوز دانسته و زمانه را به معنای ابعاد؛ اما همین ذکر زمانه مشعر به موضوعیت قائل شدن برای زمانه بمعنی مرض مزمن است. صاحب حدائق (م ۱۱۸۶ه) پس از نقل این مدعا، به غالب اصحاب خرده می‌گیرد که چرا به جای زمانه، ابعاد را مجوز فسخ دانسته و به زمانه اشاره نکرده‌اید؟ الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة؛ ج ۲، ص: ۳۶۵. او گر چه در ادامه زمانه را صادق بر ابعاد می‌داند اما این اشکال بر ایشان وارد است که به اکثر فقها نسبت داد به جای زمانه، ابعاد را به عنوان مجوز فسخ ذکر کرده‌اند در حالیکه در متقدمین بر ایشان، احدی از فقها ابعاد به تنهایی را مجوز فسخ ندانسته و عرج بالغ به حد ابعاد را مجوز دانسته‌اند. بله از معاصرین ایشان بعضی مانند محقق اصفهانی (م ۱۱۳۷ه) در کشف اللثام، ج ۷، ص ۳۷۰ معهود از زمانه را رسیدن به حد ابعاد دانسته است.

۳. سوره صف، آیه ۱۴: «فَأَمَّتْ طَائِفَةٌ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَكَفَرَتْ طَائِفَةٌ فَأَيُّدْنَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَىٰ عَدُوِّهِمْ فَاصْبِحُوا ظَاهِرِينَ».

۴. معجم مقاییس اللغة، ج ۳، ص: ۴۷۱: «الأصل فيه كله ظهر الإنسان، ... و هو يجمع البروز والقوة».

في اللغة، ج ۳، ص: ۴۶۳) و زمين محکم و فشرده را «ظاهرة»^۱ و قسمتهاى مرتفع، فشرده و محکم زمين را «ظهر» گویند. (کتاب العين؛ ج ۴، ص: ۳۷ و المحيط في اللغة، ج ۳، ص: ۴۶۳ و ۴۶۴) همانطور که به چشمی که از حدقه بیرون زده یا دارای حدقه بزرگ است «ظاهرة» گویند (کتاب العين، ج ۴، ص: ۳۸: «الظاهرة: العين الجاحظة، وهي خلاف الغائرة»؛ نیز: کتاب العين؛ ج ۳، ص: ۷۳؛ المحيط في اللغة؛ ج ۲، ص: ۳۹۷؛ المحيط في اللغة؛ ج ۳، ص: ۲۵۹؛ الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية؛ ج ۳، ص: ۱۱۷۱؛ شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکاموم؛ ج ۲، ص: ۹۹۶؛ النهاية في غريب الحديث و الأثر؛ ج ۱، ص: ۲۴۱ و در نهایت: معجم مقانيس اللغة؛ ج ۱، ص: ۴۲۷: «الجيم [و الحاء] و الظاء كلمة واحدة: جَحَظَت العينُ إذا عَظُمَتْ مُقْتَنًا و برَزَتْ.» پس در اینجا زمانة ظاهرة، عیب آشکار بدن است که در خود آشکار بودنش، قوت نهفته است؛ چرا که هر عیب آشکاری انسان را درگیر خود می‌کند و برایش مشکل ایجاد می‌کند. بحث بیشتر ذیل روایت خواهد آمد.

حکم زمانة

پس از بحث مفاهیم، اینک با بررسی روایات، به حکم زمانة ظاهرة می‌پردازیم.

بررسی روایات

روایت اول

شیخ کلینی نقل می‌کند: «عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد و محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد جميعا عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن أبي عبيدة عن أبي جعفر قال: في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها قال فقال إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونة و المفوضة و من كان بها زمانة ظاهرة فإنها تردّ على أهلها من غير طلاق و يأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلّسها فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه و تردّ إلى أهلها قال و إن أصاب الزوج شيئا مما أخذت منه فهو له و إن لم يصب شيئا فلا شيء له قال و تعتدّ منه عدة المطلقة إن كان دخل بها و إن لم يكن دخل بها فلا عدّة لها و لا مهر لها.» (الكافي ط - الإسلامية)، ج ۵، باب المدالسة في النكاح و ما ترد منه المرأة، ص: ۴۰۷، ح ۱۶؛ شيخ طوسی و شيخ حرّ، هر دو این حدیث را از شیخ کلینی نقل کرده‌اند: تهذيب الأحكام ج: ۷ ص: ۴۲۶، باب ۳۸، ح ۱۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱ ص ۲۰۸ ح ۲۶۹۰۹)

۱. کتاب العين، ج ۴، ص: ۳۸: «و الظاهرة: كل أرض غليظة مشرفة كأنها على جبل.»

طبق این روایت صحیح در صورتی ردّ زوجه ای که تدلیس کرده جایز است که به برص و امثال آن مبتلا و یا دارای زمانه ظاهره باشد و طبق توضیحی که گذشت یعنی عیب جسمی او آشکار باشد. در آن زمان ندیدن زوجه قبل از عقد نکاح، امری نادر نبوده پس گاه مرد پس از عقد متوجه عیب آشکاری در زوجه می‌شد که موجب وهن او و گاه تفرش می‌گشت و در واقع، آشکار بودن عیب مزید بر علت می‌شده و به این جهت به مرد اجازه فسخ نکاح داده شد. بنابر این، علاوه بر اصل مرض، آشکار بودن مرض آن نیز در تداوم زندگی مشترک زن و مرد و حکم به جواز فسخ دخالت دارد و در دخال دارد. به عبارت دیگر ظاهره در اینجا در مقابل باطنه نیست چرا که اگر قرار بود حکم فسخ نکاح، مقید می‌شد باید به باطن بودن عیب مقید می‌شد، نه آشکار و ظاهر بودن آن، چرا که عیب آشکار در معامله معمولاً فهمیده می‌شود و بائع نباید تاوان بی‌دقتی مشتری در ندیدن عیب علنی مبیع را بدهد. و نیز تقیید مرض به آشکار لغو بنظر می‌آید چرا که عیب چه آشکار و چه پنهان، مجوز فسخ عقد است، اگر زوج جاهل به آن باشد.^۱

روایت دوم

روایت دیگر را مرحوم شیخ نقل کرده است: «عَنْهُ [الحسين بن سعيد] عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ وَيُؤْتِي بِهَا عَمِيَاءَ أَوْ بَرَصَاءَ أَوْ عَرَجَاءَ قَالَ تُرَدُّ عَلَيَّ وَلِيَّهَا وَبَكُونُ لَهَا الْمَهْرُ عَلَيَّ وَلِيَّهَا وَإِنْ كَانَ بِهَا زَمَانَةٌ لَا يَرَاهَا الرَّجَالُ أُجِيرَتْ شَهَادَةُ النِّسَاءِ عَلَيْهَا.» (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۲۱۶، باب ۴، ح ۱) به نقل از الاستبصار فيما اختلف من الأخبار؛ ج ۳، ص: ۲۴۶، ح ۵) در این روایت، عبارت «لا يراها الرجال» اشاره به مخفی بودن عیب زن دارد، یعنی عیب در قسمت‌هایی از بدن که در معرض دید مردان است، نباشد.

روایت سوم

و روایت سوم که کلمه زمانه در آن نیامده را احمد بن محمد بن عیسی در نوادرش آورده است: «و قال [ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله ع] في رجل تزوج امرأة برصاء أو عمياء أو عرجاء قال ترد علي

^۱. ممکن است قبح و سرشکستگی زوج ناشی از آشکار بودن عیب، مجوز ذکر قید دانسته شود. در حالی که آشکار بودن عیب تلازم با سرشکستگی ندارد.

ولیهها و یرد علی زوجها مهرها الذی زوجها علیه قال و إن کان بها ما لا یراه الرجال جازت شهادة النساء علیها» (همان، ح ۲ به نقل از النوادر (للأشعری)؛ ص: ۸۰، ح ۱۷۸) این دو روایت نیز صحیح السند می‌باشند اما حکمی که در آن دو ذکر شده جواز شهادت نساء است؛ موضوع روایت داود بن سرحان، زمانة پنهان و موضوع روایت حلبی، مای موصوله که مراد از آن با توجه به سایر ادله، عیبهای مجوز فسخ است.

با توضیح گذشته رابطه زمانة و زمانة ظاهرة مشخص می‌شود که زمانة ظاهرة موضوع جواز فسخ است و زمانة پنهان، موضوع جواز شهادت نساء بر عیب. حال اگر بگوییم روایت زمانة (داود بن سرحان) در مقام بیان عیب مجوز فسخ نیست و مانند روایت نوادر در مقام دعوی و حل آن است، حکم جواز فسخ، فقط بر زمانة ظاهرة بار می‌شود و حکم جواز شهادت نساء بر زمانة پنهان. بلی، اگر روایت زمانة را در مقام بیان عیب مجوز فسخ هم بدانیم، در این صورت باید ابتدا با شهادت نساء نزد حاکم، وجود عیب مخفی محرز شود و سپس مرد اگر خواست فسخ کند.

با توجه به آنچه گذشت معلوم شد معنای ظاهرة از خود کتب لغت و استعمالات فهمیده می‌شود و دو صحیحه سرحان و حلبی، قرینه بر معنای ظاهر در مقابل باطن نمی‌شود؛ چون حضرت علیه السلام، صحیحه ابی عبیده را با این دو، با هم ذکر نفرموده و ممکن است دو حکم جدا از هم باشند و ربطی به هم نداشته باشند؛ بدین شکل که عیب آشکار موجب فسخ است و نیز اگر عیب مخفی است شهادت نساء در اثبات عیب نافذ است. پس نمی‌توان عبارت «لا تراها الرجال» را مفسر ظاهرة دانست و ظاهرة در روایات، تبیین نشده است و عرف معیار تشخیص عیب آشکار است.

از طرفی مانعی در عمل به این روایات نیست جز اطلاعات انحصار عیوب مجوز فسخ و نیز آنچه از اجماع یا شهرت بر انحصار ادعا می‌شود.

۱. همین احتمال، متعین است؛ به دلیل اینکه اگر هدف شهادت نساء، اثبات عیب برای جواز فسخ نباشد شهادت آنها لغو خواهد بود، جمله «و إن کان بها ...» در مقام بیان عیب نیز هست. سیاق جمله نیز که عطف به جملات قبلی شده که در مقام بیان عیبند، مؤید خواهد بود.

اما اطلاقات عبارتند از صحیحه رفاعه: «عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن أحمد بن محمد عن رفاعة

بن موسى عن أبي عبد الله ع قال: ترد المرأة من العفل والبرص والجذام والجنون وأما ما سوى ذلك فلا.» (

وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص: ۲۰۹، ح ۲۶۹۱۰) و صحیحه حلبی: «محمد بن علي بن الحسين يأسناده عن حماد عن الحلبي عن

أبي عبد الله ع أنه قال: في الرجل يتزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال لا ترد وقال إنما يرد

النكاح من البرص والجذام والجنون والعتل الحديث.» (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص: ۲۰۹، ح ۲۶۹۱۳) که اولی با «انما» و

دومی با «ما سوى ذلك فلا» دلالت بر حصر عیوب مجوّز فسخ در چهار مورد می کنند؛ اما شیخ کلینی هیچیک

از این دو عبارت را ذکر نکرده است، یعنی روایات را دال بر حصر نمی داند. بعلاوه عبارت «إنّما» در صورت

وجود قرینه، دلالت بر حصر حقیقی ندارد. مانند عیب افضاء که در دو صحیحه محل بحث نیامده است و در

سایر روایات ذکر شده (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۲۰۸، ح ۲۶۹۰۹) و اتفاقی است؛ مشهور نیز در مواردی غیر از موارد

منصوص، قائل به حق فسخ شده اند، مانند عقد با حرّة و سپس معلوم شود که أمة است، یا عقد باکره که معلوم

شود قبل از عقد بکارتش زائل شده است. پس در صحیحه، قطعاً حصر، حقیقی نیست و ظاهراً در مقابل عیب

عور که در سؤال راوی آمده ذکر شده است (ر: نظام النکاح في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۲، ص: ۱۱۳۲). مانند مفطرات روزه که

۱. الكافي (ط - الإسلامية)؛ ج ۵؛ ص: ۴۰؛ ح ۶: «علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن أبي عبد الله ع قال: سألت عن رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعتل». قابل توجه آنکه عبارت دال بر حصر در هیچیک از نسخه های کافی - که کافی دارالحديث گردآوری کرده - ذکر نشده است و روایت «ما سوى ذلك فلا» را فقط شیخ و آنها در استنبصار، ج ۳، ص ۲۴۶، ح ۳ ذکر کرده و آنها به نقل از شیخ کلینی: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ تَرُدُّ الْمَرْأَةَ مِنَ الْعُفْلِ وَالْبَرَصِ وَالْجُذَامِ وَالْجُنُونِ وَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا.»؛ در حالی که چنین روایتی با چنین سندی در کافی نیست و آنچه در کافی نقل شده بدین گونه است که در ج ۵، ص ۴۰۷، باب المدالسة، حدیث ۹، همین سند «سهل عن أحمد بن محمد عن رفاعة بن موسى» آمده اما متن حدیث ۹ چیز دیگری است: «سألت أبا عبد الله ع المحدث والمحدود و المحدودة هل ترد من النكاح قال لا قال رفاعة و سألت عن البرص فقال قضی أمير المؤمنین ع في امرأة زوجها وليها و هي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها و أن المهر على الذي زوجها و إنما صار المهر عليه لأنه دلستها و لو أن رجلاً تزوج امرأة و زوجها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء و كان المهر يأخذه منها.» و حدیث قبلی یعنی حدیث ۸ همین باب با سندی دیگر، متنی شبیه به نقل استنبصار دارد: «عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي جميلة عن زيد الشحام عن أبي عبد الله ع قال: ترد البرصاء و المجنونة و المجدومة قلت العوراء قال لا.» پس ظاهراً شیخ در تطبیق سند با متن اشتباه کرده است. همچنین فهمیده شد که شیخ کلینی عبارت «ما سوى ذلك فلا» را اساساً نقل نکرده و این شیخ است که به او نسبت داده است.

ظاهرش حصر است اما فقط سه یا چهار مفطر را ذکر کرده است^۱، پس حصرش اضافی است. عبارت «ما سوی ذلك فلا» نیز نسبت به عبارت «زمانة ظاهرة» ظاهر و اظهر است و قابل حمل بر حصر اضافی (در مقابل زنای پس از عقد که در سؤال راوی مطرح شده) (ر: نظام النکاح في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۲، ص: ۱۳۲)، بر خلاف زمانة ظاهرة که قابل حمل نیست. بعلاوه عیب آشکار غیر از آن چهار عیب است؛ چون زمانة ظاهرة عطف بر آن چهار عیب شده و عطف ظهور در مغایرت دارد و عطف عام بر خاص نیست چون عفل و افضاء همیشه پنهان است و جنون و برص گاهی، و در چنین حالتی عطف بی اشکال است. پس نمی توان زمانة ظاهرة را مقید به همان چهار عیب دانست و باید آن را مشتمل بر عیوبی غیر از آن چهار عیب دانست.

اجماع و حتی شهرت نیز در حصر عیوب مجوز فسخ به چهار عیب وجود ندارد؛ همانطور که صاحب ریاض، حصر را أشهر در طائفه دانسته است. (ج ۱۱، ص: ۴۵۱، ۴۶۸ هـ ق)

همچنین حکم جواز فسخ در صحیحه ابی عبیده، مقید به تدلیس شده است اما قید تدلیس اشاره به فرد رایج و غالب در جهل زوج به عیب زوجه است از باب حرمت ربیبه در حجور^۲؛ چرا که عرف الغاء خصوصیت از تدلیس می کند و جهل زوج را مجوز فسخ می داند چه فریب خورده باشد یا نه؛ و قاعده اقدام^۳ را در مورد عالم به عیب جاری می سازد. همچنین احدی از فقها تدلیس را قید حکم ندانسته است. و نیز اینکه در روایات عمی و نیز عرج قید تدلیس نیامده^۴ شاهد خوبی است بر عدم دخالت تدلیس در حکم. البته ممکن است اخذ صداق در این روایات، مشعر به تدلیس دانسته شود که ایرادش عدم نقش إشعار در استدلال فقهی است.

۱. مانند صحیحه محمد بن مسلم: «الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُمَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع يَقُولُ: «لَا يَضُرُّ الصَّائِمَ مَا صَنَعَ إِذَا اجْتَنَبَ ثَلَاثَ خِصَالٍ: الطَّعَامَ، وَالشَّرَابَ، وَالنِّسَاءَ، وَالْإِرْتِمَاسَ.» التَّهْذِيبُ، ج ۴، ص ۲۰۲، باب ۵۴، ح ۲

۲. سوره نساء، آیه ۲۳: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ... رَبَائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي كَتَلْتُم بِهِنَّ» قید در حجور و نزد ما بودن دخیل در حرمت ربیبه نیست.

۳. زوج با علم به عیب زوجه، خودش به نکاح اقدام کرده و من اقدام علی نفسه فهو ضامن.

۴. مانند وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص: ۲۰۷، أبواب العیوب و التدلیس، باب ۱، ح ۲: «عن أبي عبد الله ع قال: ترد المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون و أما ما سوی ذلك فلا.»

صحیحہ ابو عبیدہ، مقید صحیحہ حلبی و صحیحہ محمد بن مسلم نیز هست که در آن دو، مطلق عیب، مجوز فسخ نکاح قلمداد شده است؛ پس آن دو را مقید به عیب آشکار می‌کند، البته در غیر عیوب منصوص که مطلقاً مجوز فسخ نکاحند. نیز طبق صحیحہ داود بن سرحان و نیز حلبی در عیب مخفی، باید ابتدا با شهادت نساء نزد حاکم، وجود عیب محرز شود و سپس مرد اگر خواست فسخ کند.

و دلیل اینکه اکثر فقها زمانه را موضوع حکم قرار نداده‌اند را باید حصر عیوب مجوزه در روایت و عمل بسیاری از اصحاب به آن از طرفی و تطبیق زمانه بر یکی از مصادیقش «اقعاد» و غفلت بعضی از کار لغوی دانست.

بررسی محدوده جواز فسخ با زمانه

زمان علم زوج به عیب اگر قبل از عقد باشد دیگر حکم جواز فسخ بار نمی‌شود و قاعده اقدام جاری است. و اگر بعد از عقد، علم یافت چه قبل از دخول باشد و چه بعد از دخول، حکم جواز فسخ باقی است، حتی اگر بارها دخول صورت گرفته و مدت زیادی از عقد گذشته باشد و دلیل بر آن اطلاق صحیحہ ابی عبیدہ است که در فرض علم بعد از دخول، حکم جواز فسخ را بار کرده است. و صورت علم بعد از عقد و قبل از دخول از باب اولویت و لا اقل الغاء خصوصیت، مانند بعد از دخول است پس جواز فسخ هست.

اما با فرض جهل زوج به زمانه، قدر متیقن از روایات، جواز فسخ با زمانه حادث قبل از عقد است همانطور که زمانه حادثه بعد از دخول از مورد دو روایت سرحان و ابی عبیدہ خارج است، پس اطلاقات لزوم نکاح جاری شده و نیز اصاله اللزوم مانع جواز فسخ می‌شود. تنها صورتی که باقی می‌ماند صورت حدوث زمانه بعد از عقد و قبل از دخول با فرض جهل زوج است، اطلاق صحیحہ ابی عبیدہ بر خلاف ابن سرحان، این صورت را نیز شامل است چرا که موضوع روایت، مردی است که بعد از دخول عیبی در زن یافته^۲ - و این اعم است از اینکه

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۷، باب المدالسه...، ح ۱۰: «سَهَّلَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ وَعَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَادِ بْنِ عَثْمَانَ عَنِ الْحَلْبِيِّ جَمِيعاً عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي رَجُلٍ وَوَلَّتْهُ امْرَأَةٌ أَمْرَهَا أَوْ دَاتِ قِرَائَةٍ أَوْ جَارٍ لَهَا لَا يَعْلَمُ دَخِيلَةَ أَمْرَهَا فَوَجَدَهَا قَدْ دَلَسَتْ عَيْنًا هُوَ بِهَا قَالَ يُؤْعَذُ الْمَهْرُ مِنْهَا وَلَا يَكُونُ عَلَى الَّذِي زَوَّجَهَا شَيْءٌ.»

وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص ۲۱۴، باب ۲، ح ۷: «وَعَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ (بَزِيدٍ) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ فِي كِتَابِ عَلِيِّ ع مَن زَوَّجَ امْرَأَةً فِيهَا عَيْبٌ دَلَسَهُ وَلَمْ يَبَيِّنْ ذَلِكَ لِرَجُلٍ فَاتَّهَ بِكَوْنِ لَهَا الصَّدَاقِ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا وَ يَكُونُ الَّذِي سَأَلَ الرَّجُلَ إِلَيْهَا عَلَى الَّذِي زَوَّجَهَا وَ لَمْ يَبَيِّنْ.»

۲. «فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها»

عیب قبل از عقد حادث شده باشد و یا بعد از عقد و قبل از دخول - و نیز حکم پس گرفتن مهر در فرض قبل از دخول است^۱ چون با دخول مهر مستقر می‌شود^۲ و نیز حکم عده در فرض دخول^۳ وقتی است که زوج با جهل به عیب دخول کرده، اعم از اینکه عیب قبل از عقد حادث شده و یا بعد عقد و قبل از دخول.

ثمره‌ای مهم

یکی از آثار مهم این معنا این است که زمانه، مصادیق گوناگونی دارد و تمامی عیوب و بیماریهای بلندمدت معاصر ما مانند هیپاتیت B و سارس و نیز لوچی چشم و کجی پا را از باب مصادیق حکم، شامل است و دیگر به تسری از باب تنقیح مناط و مانند آن نیازی نیست. و شایان ذکر آن‌که عده ای از فقها با همین عبارت «زمانه» قائل به تسری عیوب مجوز فسخ از عیوب منصوصه شده‌اند. (انوار الفقاهة - کتاب النکاح (لکاشف الغطاء، حسن)؛ ص: ۱۸۶ و مفتاح الشرائع؛ ج ۲، ص: ۳۰۷)

جمع بندی

۱- از بررسی استعمالات متعدد علاوه بر شواهد لغوی می‌توان نتیجه گرفت که زمانه به همان معنی «عیب جسمانی غیر موقت» است زمانه ظاهراً به معنی «عیب جسمی آشکار غیر موقت» است. زمانه با عرج نسبت عام من وجه دارند. نظر زیبایی مانند سایر لغویین است و ازهری نیز بر فرض قائل به اقعاد باشد نمی‌تواند مقابل قاطبه لغویین بایستند و قید اقعاد را در معنای زمانه داخل سازد.

بسیاری از فقها به این نکته توجه کرده‌اند که زمانه به معنای مطلق عیب بلند مدت است و اقعاد را نمی‌توان از آن استظهار نمود. نیز عده قابل توجهی از فقها، نه زمانه را ذکر کرده‌اند و نه اقعاد را و عده‌ای دیگر که از زمان صاحب شرایع به بعد هستند حرفی از زمانه نزده و عرج بالغ به حد اقعاد را مجوز فسخ دانسته‌اند و عده‌ای دیگر که از متأخرین هستند از زمانه، اقعاد را برداشت کرده‌اند یا اقعاد به شکل مطلق را مجوز فسخ دانسته‌اند. و ظاهراً اولین کسی که زمانه را عیب مجوز فسخ دانسته، شیخ صدوق در مقنع است.

۱. چه عیب، قبل از عقد حادث شده باشد و چه قبل از دخول.

۲. مگر بناحق مهر را گرفته باشد

۳. «تعتد منه عده المطلقة ان كان دخل بها»

۲- ظاهر به معنای آشکار در مقابل پنهان است، و در هر شیء یا شخص آشکار، بنوعی قوت وجود دارد. البته اصل معنای ظهر همانطور که معجم المقاییس گفته «قوت و بروز» است.

سه روایت در بحث زمانه هست که این عبارات را دربردارد: «من كان بها زمانة ظاهرة فإنها تردّ على أهلها من غير طلاق»، «إِنْ كَانَ بِهَا زَمَانَةٌ لَا يَرَاهَا الرَّجَالُ أُجِيزَتْ شَهَادَةُ النِّسَاءِ عَلَيْهَا» و «إِنْ كَانَ بِهَا مَا لَا يَرَاهُ الرَّجَالُ جازت شهادة النساء عليها»

۳- زمانه ظاهره موضوع جواز فسخ است و زمانه پنهان، موضوع جواز شهادت نساء بر عیب. پس طبق روایت زمانه ظاهره، مرد در عیب آشکار بلند مدت، مطلقاً حق جواز فسخ دارد؛ اما در عیب مخفی، مرد ابتدائاً حق فسخ ندارد چون روایت زمانه (داود بن سرحان) در مقام بیان عیب مجوز فسخ نیز هست، پس باید ابتدا با شهادت نساء نزد حاکم، وجود عیب محرز شود و سپس مرد اگر خواست فسخ کند.

از طرفی مانعی در عمل به این روایات نیست جز اطلاعات حصر عیوب مجوز فسخ و نیز آنچه از اجماع یا شهرت بر انحصار ادعا می شود؛ اما به دلایلی، حصر، اضافی است و همچنین اجماع و حتی شهرت نیز در حصر عیوب مجوز فسخ به چهار عیب وجود ندارد.

زمان علم زوج به عیب اگر قبل از عقد باشد دیگر حکم جواز فسخ بار نمی شود؛ اما با فرض جهل زوج به زمانه، قدر متیقن از روایات، جواز فسخ با زمانه حادث قبل از عقد است. البته اطلاق صحیحه ابی عبیده، صورت حدوث زمانه بعد از عقد و قبل از دخول با فرض جهل زوج را شامل است.

یکی از آثار مهم این مبنا این است که زمانه، تمامی عیوب و بیماریهای بلندمدت معاصر ما را از باب مصادیق

حکم، شامل است. «و آخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمین

تأثير الخفاء في فسخ النكاح

السّماحة الاستاذ الشيخ فاضل البابلي

المحقق:

مجيد فتحى^١

^١. دانش پژوه گروه فقه خانواده، سال تحصیلی ۴۰۰ - ۹۹

المقدمة

عيوب الخاصة بالرجال الموجبة لتسليط الزوجة على الفسخ، ثلاثة وهى العنن و الحب و الخصاء، و البحث هنا عن الخصاء، و عرف الخصاء لغتاً بخروج الخصيتين؛ يُقال (خَصَيْتُ) العَبْدَ (أَخْصِيهِ) (خِصَاءً) بِالْكَسْرِ و الْمَدِّ سَلَلْتُ (خُصِيَّتَهُ) فَهُوَ (خَصِيٌّ) فَعِيلٌ بِمَعْنَى مُتْعُولٍ (المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: ٢، ١٧١)، فيقال بالفارسيّة؛ (أخته)، و السَّلَّ اصطلاحاً الإخراج (جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ٣٠، ٣٢٢)، و فى اللّغة: سَلَّ الشيء من الشيء: نزعه، كسَلَّ السَّيْفَ من الغمد (مفردات ألفاظ القرآن: ٤١٨). و ألْحَقَّ به بعض الفقهاء (شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ٢، ٢٦٢) الوِجَاءَ حكماً، و عُرِفَ الوِجَاءُ لغتاً؛ بِرَضِّ أنثى الفحل رَضًا شديدًا يذهب شهوة الجماع، و يتنزّل فى قطعه منزلة الخصى. و قد وُجِيَ وِجَاءً فهو مُوْجُوٌّ (النهاية في غريب الحديث و الأثر: ٥، ١٥٢)، فيقال بالفارسيّة (رگمال، كويده)، و حُكى عن بعضهم أنّ الوِجَاءَ من مصاديق الخصاء (الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ٢٤، ٣٤٠).

و اشترك الخصى و الموجه فى التمكن من الإيلاج دون الإنزال. و قبل الخوض فى البحث عن ثبوت حقّ الفسخ بالخصاء، فليبحث عن كون الخصاء عيباً أم لا! لأنّ الاستناد الى بعض الروايات يتوقف على اثبات كونه عيباً و ان كان بعض الطّرق للاستدلال لا يتوقف عليه، و هو حديث لا ضرر، فانه يستدلّ عليه حتى مع عدم كون الخصاء عيباً، كما اعتقده بعض الفقهاء (المبسوط في فقه الإمامية: ٤، ٢٥٠)، فأنّ الخصى قادراً على الإيلاج و هو المراد من النكاح، فلا ينافى استمتاع الزوجة منه، بل هو يباليغ أكثر من الفحل، و إن لا يتمكن من الإنزال، فالعيب هو عدم الوطى لا عدم الإنزال، و الخصى متمكّن من الوطى و هو المهم، أما عدم الإنزال و إن لم يكن عيباً، لكنّه ينجزّ الى ضررٍ عظيم و هو عدم الاستيلاء، كما يمكن ثبوت حقّ الفسخ من جهة التدليس المذكور فى النصوص، لا من جهة كون الخصاء عيباً أو ضرراً، و تظهر الثمرة فيما إذا لم يدلس نفسه لها، كما اذا اعتقد أنّها تعلم خصائنه، أو جهل نفسه خصاءه، أو شبه ذلك، فلم يتحقق التدليس، فلا يكون لها الخيار (جامع المدارك في شرح مختصر النافع، ٤، ٣٦٣)، لكن استشكل عليه بأنّ النصوص الكثيرة تدلّ على أنّ الخصاء، يسأط المرأة على الفسخ، و عمل الأصحاب بها، فالقول بعدم كونه عيباً، إن كان ملازماً لعدم تسليط المرأة على الفسخ فهو مخالفٌ للنصوص الصحيحة (الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة: ٢٤، ٣٤٢)، فالنصوص يُشعر بأنّ الخصاء عيبٌ، و حقّ الفسخ ثابتٌ من هذه الجهة، لا من جهة أنّ أهمّ مقاصد النكاح و هو التناسل، مفقودٌ فى الخصى، فيتوجّه على المرأة ضررٌ عظيم، فهنا و إن امكن الاستدلال على حقّ الفسخ بكون عدم الاستيلاء من مصاديق الضرر، لكنّ الفحل الذى لا ينزل، أيضاً لا يتناسل، مع الإجماع على عدم حقّ الفسخ فيه (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ٨، ١٠٤)، فبيتنى الإستدلال على رواياتٍ فُرِضَ فيها كون الخصاء عيباً، كما عليه المشهور، لكنّ اعتقد بعض الفقهاء أنّ من مقاصد العقد هو التناسل أيضاً، و لا ينحصر المقصود فى الوطى، و اشبه الخصاء بالعتة، فعَدَّ الخصاء من العيوب، كما أنّ العتّين لا يقدر على الجماع، فالخصى لا يقدر على التناسل و كلاهما عيبٌ (مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة، ٧، ٢١٠)، و على أىّ

حال، فالخصاء يمكن حدوثه قبل العقد او بعده، و اذا كان بعد العقد قد يكون قبل الدّخول و قد يكون بعده، فهنا ثلاث مسائل؛

المسألة الاولى: ثبوت الفسخ بالخصاء السابق على العقد:

اعتقد بعض الفقهاء بعدم ثبوت حقّ الفسخ للمرأة، اذا بان خصاء الرّجل، مطلقاً، و هو احد قولى ابن التّراج، و استظهر بعد ذلك أنّ لها الخيار، للإرتكاز على عدم وجود العيب فى الطرفين عند العقد (المهذب لابن البراج)؛ ٢، (٢٣٣)، كما اعتقد المشهور بثبوت حقّ الفسخ للمرأة فى هذا الفرض .

ادلّة ثبوت حقّ الفسخ

التروايات

الأول (حديث ضرار)

(جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ٣٠، ٣٢٢)؛ قال النّبىّ صلى الله عليه وآله، لا صرّز ولا إصرار فى الإسلام .
من لا يحضره الفقيه ٤، ٣٣٤)

فالحديث و إن كان مرفوعاً ضعيفاً، لكن الفقهاء أفتوا على وفقه و وردت مضمونه بأسانيد صحيحة منها المروى فى الكافى . (٥٠، ٢٨٠)

الثانى: (صحيحه ابن مسكان)

الحسّين بن سعيد عن صفوان عن ابن مسكان قال: بعثت بمسألة مع ابن أعين قلت سلّه عن خصي دلس نفسه لامرأة و دخل بها فوجدته خصياً قال يُفترق بينهما و يوجع ظهره و يكون لها المهر بدخوله عليها (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ٧، ٤٣٢)

الثالث: (موثقة ابن بكير)

الحسن بن محبوب عن علي بن رباب عن ابن بكير عن أبيه عن أحدهما ع فى خصي دلس نفسه لامرأة مسلمة فترّوجها قال يُفترق بينهما إن شاءت و يوجع رأسه فإن رضيت و أقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأبأ (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ٧، ٤٣٢)

فالرواة كلهم اماميون، إلا عبد الله بن بكير بن اعين، فإنه فطحى ثقة، فالرواية موثقة (فهرست الطوسي ٣٠٤).

الرابع: (موثقة سماعة)

الحسّين بن سعيد عن الحسن بن زرعة بن محمد عن سماعة عن أبي عبد الله ع أنّ خصياً دلس نفسه لامرأة قال يُفترق بينهما و تأخذ المرأة منه صداقها و يوجع ظهره كما دلس نفسه (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ٧، ٤٣٢)
حسين بن سعيد و حسن بن سعيد الأهوازيان، اماميان ثقتان، إلا أنّ زرعة بن محمد واقفى ثقة (فهرست الطوسي ٢١٠)، و سماعة بن مهران ثقة إلا أنه اختلف فى وقفه (رجال الطوسي ٣٣٧، رجال النجاشي ١٩٣)، فالرواية موثقة.

الخامس: (رواية علي بن جعفر)

وَ سَأَلْتُهُ عَنْ خَصِيٍّ دَلَّسَ نَفْسَهُ لِامْرَأَةٍ، مَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: «يُوجَعُ ظَهْرُهُ، وَيَفْرَقُ بَيْنَهُمَا، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ كَامِلًا إِنْ دَخَلَ بِهَا، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ» (قرب الإسناد (ط - الحديث)، ٢٤٨).

و ذكر بمضمونه في كتاب مسائل علي بن جعفر عليه السلام: وَ سَأَلْتُهُ عَنْ خُنْتِي دَلَّسَ نَفْسَهُ لِامْرَأَتِهِ مَا عَلَيْهِ قَالَ يُوجَعُ ظَهْرُهُ وَ أُذِيقُ تَمْهِينًا وَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ كَامِلًا إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ (مسائل علي بن جعفر و مستدرکاتها؛ ١٠٤).

و في قرب الإسناد: ذُكِرَ (خصي) بدل لفظ الخُنْتِي.

و اعتقد بعض محققي المعاصرين بأن كتاب (مسائل علي بن جعفر) هو نفس (كتاب علي بن جعفر) المعروف و المنقول بطرق عديدة، و رواياته معتبرة، كما أنّ روايات كتاب قرب الإسناد في الجملة معتبرة (كتاب نكاح (زنجاني)، ٢٠، ٦٤٣٣)، و مع ذلك ففي المقام روايات صحيحة و موثقة تغني عن سائرهما.

السادس: (الفقه الرضوي)

وَ إِنْ تَرَوَّجَهَا خَصِيٌّ فَدَلَّسَ نَفْسَهُ لَهَا وَ هِيَ لَا تَعْلَمُ فُرُقٌ بَيْنَهُمَا وَ يُوجَعُ ظَهْرُهُ كَمَا دَلَّسَ نَفْسَهُ وَ عَلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ وَ لَا عِدَّةٌ عَلَيْهِ مِنْهُ فَإِنْ رَضِيَتْ بِذَلِكَ لَمْ يَفْرَقْ مَا بَيْنَهُمَا وَ لَيْسَ لَهَا الْخِيَارُ بَعْدَ ذَلِكَ (الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا عليه السلام، ٢٣٧).

فالروايات من حيث سندها إما صحيحة و إما موثقة، و اعتقد بعض الفقهاء بقصور بعضها سنداً، لكن حيث كانت مستفيضة و مؤيدة بعمل الأصحاب، و سالمة عن المعارض، فوجه العمل بها (نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام، ١، ٣٢٧)، و لا يضّر الإضمار في صحيحة ابن مسكان، حيث صرح الكشي بنقلها عن الصادق عليه السلام (رجال الكشي؛ ٢: ٦٨٠)، و دلالة هذه الروايات على ثبوت حق الفسخ للمرأة تامة، إذ التفريق بينهما يكون بيد المرأة، كما صرح به في موثقة ابن بكير حيث قال عليه السلام (يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا إِنْ شَاءَتْ وَ يُوجَعُ رَأْسُهُ فَإِنْ رَضِيَتْ وَ أَقَامَتْ مَعَهُ لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ رِضَاهَا بِهِ أَنْ تَأْتَا) و ما في المروى عن فقه الرضوي عليه السلام (فَإِنْ رَضِيَتْ بِذَلِكَ لَمْ يَفْرَقْ مَا بَيْنَهُمَا وَ لَيْسَ لَهَا الْخِيَارُ بَعْدَ ذَلِكَ) و هو عبارة أخرى عن حق الفسخ، و يحمل ما في صحيحة ابن مسكان و موثقة سماعة (يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا) على ثبوت حق الفسخ للزوجة، لا على ما هو الظاهر منها من وقوع الطلاق بينهما بحكم الحاكم، جمعاً بين الأدلة، و القدر المتيقن من دلالة هذه الروايات، ثبوت حق الفسخ بالخصاء السابق على العقد، أما خصاء المتجدد بعد العقد، فيقع البحث فيه، اذا كان قبل الدخول أو بعده. و لو استشكل على أنّ الموجود في التصوص هو عنوان التدليس دون العيب، و الأصل في العناوين المأخوذة في لسان الأدلة، هو العلية في ثبوت الحكم للموضوع، فالظاهر من اخذ عنوان التدليس موضوعية نفس التدليس دون العيب، فكيف يثبت حق الفسخ للزوجة من هذه التصوص، مع أنّه لم يُذكر فيه عنوان العيب بما هو عيب؟ فالجواب أنّه لما كان الغالب من افراد الخصاء يقترن مع التدليس، و الخصي كان يدلّس نفسه للنساء غالباً حتى

يتروجه، فذكر عنوان التدليس من باب الفرد الغالب الذي لا مفهوم له، فلا موضوعية للتدليس في ثبوت حق الفسخ للمرأة، والشاهد عليه أنه لم ير أحد من الفقهاء، دخالة للتدليس في ثبوت حق الفسخ للمرأة، فلو أن رجلاً لم يدلس نفسه و لم يخف خصائه، مثل ما إذا لم يقف نفسه بخصائه، و اشتبه الأمر عليه، و زوج امرأة، فافتوا بثبوت الخيار للمرأة أيضاً.

ادلة عدم ثبوت حق الفسخ

و اما القول بعدم حق الفسخ للمرأة، فالستدل لها بامور منها:

الأول: اصالة اللزوم

حيث أن الأصل الأولي في المعاملات هو اللزوم، و ثبوت حق الفسخ يحتاج الى الدليل، و المفروض ضعف أسناد الروايات التي ادعى دالتها على حق الفسخ للمرأة، و إذا ضعف السند، يشك في حجيتها، و المشكوك في حجيتها، كلاحجة، فعدم الدليل على حق الفسخ للمرأة، دليل على عدمه، و عند الشك في ثبوت الدليل، فمرجع القول الى الأصل في المقام و هي اصالة اللزوم في المعاملات.

الثاني: الروايات

و المرجع في هذا الدليل، ايضاً هو الأصل الأولي في المعاملات، و هو اللزوم، لكن بعد فرض التعارض بين الروايات المدعى دالتها على ثبوت حق الفسخ للمرأة، و روايات تدل على عدم حق الفسخ لها، فالتعارض فرع اعتبار الروايات، فاذا تعارض هذه الروايات مع تلك، تساقطت، و المرجع الى الأصل في المقام، و هي:

الأول: (ما روى غياث الصبى)

أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَبَانَ عَنْ عَبْدِ الصَّبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: فِي الْعَيْنِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ عَيْنٌ لَا يَأْتِي النِّسَاءَ فُرَّقَ بَيْنَهُمَا وَإِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا وَقَعَةٌ وَاحِدَةٌ لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا وَ الرَّجُلُ لَا يُرَدُّ مِنْ عَيْبٍ (الكافي (ط - الإسلامية): ٥ : ٤١٠).

و في التهذيب و الاستبصار و الفقيه « غياث الصبى » و ادعى أن الرواية من حيث سندها معتبرة، لأن عباد (غياث) الصبى و إن لم يرد فيه توثيق، لكن روى عنه صفوان مع الوسطة، و هو من اصحاب الإجماع و أحد المشايخ الثلاثة الذين لا يروون و لا يرسلون إلا عن ثقة، مع عمل جماعة من الفقهاء بها، الدال على وثاقة روايتها (كتاب نكاح (زنجانى)، ٢٠، ٦٤١٣)

و الرواية بذيلها (وَ الرَّجُلُ لَا يُرَدُّ مِنْ عَيْبٍ) تدل على عدم حق الفسخ للمرأة فى عيوب الرجل مطلقاً، فتعارض روايات الدالة على ثبوت الحق لها.

الثانی: (صحیحة حلبی)

رَوَى حَمَادٌ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ إِلَى قَوْمٍ فَإِذَا امْرَأَتُهُ عَوْرَاءٌ وَ لَمْ يُبَيِّنُوا لَهُ قَالَ لَا تُرَدُّ إِنَّمَا يُرَدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ وَالْعَقْلِ قُلْتُ أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا كَيْفَ يَصْنَعُ بِمَهْرِهَا قَالَ الْمَهْرُ لَهَا بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا وَيَغْرَمُ وَلِئِذَا الَّذِي أَنْكَحَهَا مِثْلَ مَا سَأَلَ إِلَيْهَا (من لا يحضره الفقيه؛ ۳: ۴۳۳)

هذه الرواية صحیحة سنداً، و تدلّ علی أنّ عیوب الرجل انحصرت فی اربع لیس الخصاء منها، فلا تسلیط للمرأة علی فسخ النکاح، اذا بان الرجل خصیاً، فتعارض بمفهومها، روايات الدّالة علی ثبوت الحقّ لها.

لكن أجب عن ضعف سند الروایات الدّالة علی حق الفسخ للمرأة، باعتبار سندها، فما روى عن ابن مسکان، صحیحة، و ما رواه سماعة و ابن بکیر، موثقتان، و لو ثبت ضعف السند فی الرابعه و الخماسه، تكونان مویدتان لما قبلهما.

و يستشکل علی الروایات الدّالة علی عدم حق الفسخ للمرأة، بضعف سند رواية غیث الصّبّی، لأنّه لم یرد فیهِ توثیق خاصّ، مع عدم دلالتها علی المدعی، لأنّ ال فی (وَ الرَّجُلُ لَا يُرَدُّ مِنْ عَيْبٍ)، یُحتمل أن یرد للجنس، أو یرد للعهد الذکری، و الإحتمال الأوّل خلاف الظاهر، لعدم شمولها للعین الذی صرح نفس هذه الروایة بحق الفسخ للمرأة فیهِ، و ینجرّ الی التهافت بین صدر الروایة و ذیلها، و قرینة الصدر للذیل و تخصیصه به، خلاف الظاهر المتفاهم من (أل) المستعمل للجنس، مع أنّه لو فرض عدم التهافت بین صدرها و ذیلها، فالروایات الكثیره الدّالة علی ردّ الرجل لعیوب منها العین و الجبّ، ینقض الکبری المذكورة فیها من عدم ردّ الرجل لأی عیب، و الإحتمال الثانی، و إن لم یکن خلافاً للظاهر، إلا أنّه یدلّ علی أنّ العین بعد المواقعة، لا یرد من عیب، و لا یرتبط الروایة بالخصاء، فتخرج عن مظانّ الإستدلال و عن مدار التعارض. و اما صحیحة حلبی، فیهِ ثلاثه احتمالات، الأوّل؛ یمکن أن تكون فی مقام بیان عیوب المرأة خاصّة، حیث أنّ العقل منها، الثانی؛ أن تكون فی مقام بیان عیوب الرجل خاصّة، و یرتبط بالخصاء، و یمکن أن تكون فی مقام بیان العیوب الموجبة للفسخ، فارغة عن كونها مشترکةً بین الرجل و المرأة أو مختصاً بأحدهما، أما بناءً علی الإحتمال الأوّل، فالروایة لا ربط لها بعیوب الرجل، إذ لا یمکن من حصر عیوب المرأة، استفادة عدم ایجاب الخصاء للفسخ، أما الإحتمال الثانی، فهو بعید، إذ العقل من عیوب المختصّة بالمرأة و لا یُتصور فی الرجل إلا اذا كان خنثی ذو عقل و كان احتمال رجولیتته راجحاً، فیلزم حمل الروایة الی الفرد التّادر، و اما الإحتمال الثالث؛ فهو و إن ینتج المطلوب، أی انحصار العیوب الموجبة للفسخ فی هذه الأربعة، و بتبعه ینتج عدم حقّ الفسخ للمرأة فی موارد خصاء الرجل، لكن لا مرجح لهذا الإحتمال علی إحتمال الأوّل، فتكون الروایة مجملّة لا یمکن الإستدلال بها.

و فرض بعض الفقهاء ثبوت الخصاء المقارن للعقد (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۳۰، ۳۲۴)، لكن الخصاء أما سابقی علی العقد، و اما یتجدّد بعد العقد، سواءً كان قبل الدّخول أو بعده، ففرض تقارنه مع العقد غیر واضح. و علی کلّ حال فیقع البحث عن الخصاء المتجدّد بعد العقد.

المسألة الثانية: ثبوت الفسخ بالخصاء المتجدد بعد العقد، اذا كان قبل الدخول

احتمل بعض الفقهاء ثبوت حق الفسخ للمرأة في هذا الفرض (المهذب لابن البراج، ٢، ٢٣٥) لأدلة منها:

أدلة ثبوت حق الفسخ

الأول: قياس الأولوية

حيث أن الشارع اثبت حق الفسخ للمرأة في العنن الحادث بعد العقد (اذا كان قبل الدخول)، والحال أن العنن عيب يمكن زواله، فجعل الأمد إلى سنة، ففي الخصاء (و الجب) الذي لا يزول ابداً، الأولى ثبوت حق الفسخ لها، لأن ذاك عيب لا يزول.

و استشكل عليه بأن قياس الخصي بالعنن، مع الفارق، حيث أن العنن لا يقدر على الإيلاج، فلا يستمتع الزوجة منه، بخلاف الخصي، فإنه قادر على الدخول، بل هو يبالغ اكثر من الفحل لعدم الفتور المسبب من الإنزال، فمع ذلك لا يمكن الحكم بالأولوية القطعية بثبوت حق الفسخ للمرأة في الخصي، لإمكان سببية العجز من الجماع للفسخ في العنن، و هو مفقود في الخصاء (كتاب نكاح (زنجاني)، ٢٠، ٦٤٣٨).

الثانية: إطلاق الروايات الآتية

حيث أنه يشمل للخصاء السابق على العقد و كذلك للمتجدد بعد العقد (اذا كان قبل الدخول)، (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ٨، ١٠٣)، فيقع البحث في امكان الاستدلال على حق الفسخ للمرأة في خصاء المتجدد قبل الدخول بهذه الروايات:

الأول: (صحيحه ابن مسكان)

الْحَسَنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ قَالَ: بَعَثْتُ بِمَسْأَلَةٍ مَعَ ابْنِ أَعْيَنَ قُلْتُ سَلُهُ عَنْ خَصِيٍّ دَلَّسَ نَفْسَهُ لِمَرْأَةٍ وَ دَخَلَ بِهَا فَوَجَدَتْهُ خَصِيًّا قَالَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا وَ يُوَجِّعُ ظَهْرَهُ وَ يَكُونُ لَهَا الْمَهْرُ بِدُخُولِهِ عَلَيْهَا (تهذيب الأحكام (تحقيق خرسان)، ٧، ٤٣٢).

فأدعى أن الرواية تدل بإطلاقها على ثبوت حق الفسخ للمرأة، اذ هي علمت بالخصاء بعد الدخول، فالرواية من جهة حدوث الخصاء مطلقاً، سواء كان قبل العقد أو بعد العقد.

الثاني: (موثقة ابن بكير)

الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَاطٍ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَحَدِهِمَا ع فِي خَصِيٍّ دَلَّسَ نَفْسَهُ لِمَرْأَةٍ مُسْلِمَةٍ فَتَزَوَّجَهَا قَالَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا إِنْ شَاءَتْ وَ يُوَجِّعُ رَأْسَهُ فَإِنْ رَضِيَتْ وَ أَقَامَتْ مَعَهُ لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ رِضَاهَا بِهِ أَنْ تَأْبَأَ (تهذيب الأحكام (تحقيق خرسان)، ٧، ٤٣٢).

أدعى أن الموثقة تدل بإطلاقها على ثبوت حق الفسخ سواء كان التدليس قبل العقد وبعده.

لكن استشكل عليه بأنَّ الأمام عليه السّلام فرّع التّزويج على تدليس الرّجل، فكان التّديليس سبباً لخباء الخصاء على المرأة و لذلك رضيت المرأة بالتّزويج، و لا يشمل الخصاء الواقع بعد العقد، فإنَّ المرأة رضيت بزواجه قبل التّديليس، فالخصاء المتجدّد بعد العقد خارج عن مورد الرواية.

الثّالث: (موثّقة سماعه)

الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ الْحَسَنِ عَنِ زُرْعَةَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ سَمَاعَةَ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّ خَصِيًّا دَلَّسَ نَفْسَهُ لِامْرَأَةٍ قَالَتْ يَفْرُقُ بَيْنَهُمَا وَ تَأْخُذُ الْمَرْأَةُ مِنْهُ صِدَاقَهَا وَ يُوجَعُ ظَهْرُهُ كَمَا دَلَّسَ نَفْسَهُ (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ۷، ۴۳۲).
أدعى أنّ هذه الموثّقة تدلّ باطلاقها على ثبوت حقّ الفسخ سواءً كان التّديليس قبل العقد أو بعده، و ليس فيها التفرّيع الموجود في موثّقة ابن بكير، فالخصاء متى تحقّقت و دلّس الرّجل، يثبت للمرأة حقّ الفسخ. و استشكل عليه بأنّه لا داعى على إخفاء الخصاء اذا تحقّق التّكاح، لأنّ الرّجل يدلّس نفسه حتّى أرضى المرأة على التّكاح، فذا نكحها، لا داعى على التّديليس.

و أجيب عنه بأنّ الباعث الى التّديليس هنا، استجلابُ رضى المرأة بالتّمكين، و لو لم يدلّس الخصي نفسه للمرأة، لا تُمكن المرأة له، فكما يمكن تصوّر الدّاعى للتّمكين قبل العقد، يمكن فرضها بعد وقوع العقد، فهذه الرواية تدلّ على ثبوت حقّ الفسخ للمرأة، اذا كان الخصاء بعد العقد.

الرّابع: (رواية على بن جعفر در قرب الاسناد)

وَ سَأَلْتُهُ عَنْ خَصِيٍّ دَلَّسَ نَفْسَهُ لِامْرَأَةٍ، مَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: «يُوجَعُ ظَهْرُهُ، وَ يَفْرُقُ بَيْنَهُمَا، وَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ كَامِلًا إِنْ دَخَلَ بِهَا، وَ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ» (قرب الإسناد (ط - الحديث)، النص، ۲۴۸).

فإنّ الرواية ياطلاقها تدلّ على ثبوت حقّ الفسخ للمرأة حتّى اذا كان الخصاء بعد العقد و قبل الدّخول، اذا تدلّ أنّ الخصي دلّس نفسه و لم تبين متى كان تدليسه، مع أنّ الإمام عليه لسّلام فرض إمكان استحقاق المرأة لبعض المهر، اذا كان قبل الدّخول، أو تمام المهر إذا كان بعده، و على كلا الفرضين خيّر المرأة على الفسخ، و هذا يشعر بأنّ المرأة يمكن أن يطّلع على خصاءه قبل الدّخول أو بعده، فخصاءه يمكن اى يكون قبل الدّخول أو بعده، و فى كلا الفرضين يثبت الخيار لها، إذ إن اطلعت على خصاءه قبل الوطى و مع هذا، رضيت بالوطى، يسقط خياره، فهذا الرواية يكون موردها جهل المرأة بالخصاء، قبل الوطى، سواءً كان خصاءه قبل العقد أو بعده.

ادلّة عدم ثبوت حقّ الفسخ

و استدلّ على عدم حقّ الفسخ للمرأة فى هذا الفرض بأدلّةٍ (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ۸، ۱۰۳) منها:

الأول: استصحاب بقاء اللّزوم

فكلّما شكّ فى ثبوت الفسخ لعقدٍ لازم و لم يدل دليل عليه، فالمرجع فيها هو الأصل و هو بقاء اللّزوم.

الثانية: اختصاص النصوص بالخصاء السابق على العقد، دون المتجدد بعد العقد

حيث أَدْعَى أَنْ التَّدْلِيْسَ أَمَّا يَتَحَقَّقُ قَبْلَ الْعَقْدِ (كتاب النكاح للشيخ الأنصاري): (٤٤١)، فالخصاء بعد العقد لا دليل على ثبوت الخيار به (جامع المدارك في شرح مختصر النافع، ٤، ٣٦٤).

الثالثة: ضعف الروايات الدالة على ثبوت حق الفسخ

و يُجَابُ عَنِ الْأَوَّلِ بِوُجُودِ رَوَايَاتٍ صَحِيْحَةٍ وَ مُوثَّقَةٍ، الشَّامِلَةِ بِإِطْلَاقِهَا لِلْخِصَاءِ الْمَتَجَدِّدِ بَعْدَ الْعَقْدِ، فَمَعَ وَجُودِ الدَّلِيلِ اللَّفْظِيِّ، لَا تَصِلُ التَّوْبَةُ لِلرَّجُوعِ إِلَى الْأَصْلِ الْعَمَلِيِّ وَ عَنِ الثَّانِي يَافْتَرِضُ الدَّاعِي لِلتَّدْلِيْسِ، حَتَّى إِذَا كَانَ الْخِصَاءُ بَعْدَ الْعَقْدِ، وَ هُوَ مُوَافِقَةٌ الْمَرْأَةَ لِلتَّمَكِّيْنِ، وَ عَنِ الثَّلَاثِ يَاعْتَبَرُ رَوَايَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى حَقِّ الْفَسْخِ، وَإِنْ لَا تَدَلُّ بَعْضُهَا عَلَى الْمَدْعَى كَمَا فِي مُوْتَقَّةِ ابْنِ بُكَيْرٍ اللَّتِي فَرَعَ الْإِمَامُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِيهَا التَّزْوِيْجَ عَلَى التَّدْلِيْسِ، فَيَخْتَصُّ دَلَالَتَهَا بِمَا إِذَا كَانَ الْخِصَاءُ قَبْلَ الْعَقْدِ، لَكِنْ تَكُونُ بَعْضُ الرُّوَايَاتِ مُعْتَبَرَةً سِنْدًا وَ ظَاهِرَةً دَلَالَةً، فَتَكْفِي فِي الْمَقَامِ.

المسألة الثالثة: ثبوت الفسخ بالخصاء المتجدد بعد العقد، إذا كان بعد الدخول

أدلة ثبوت حق الفسخ

الروايات

الأول: (صحيحه ابن مسكان)

الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ قَالَ: بَعَثْتُ بِمَسْأَلَةٍ مَعَ ابْنِ أَعْيَنَ قُلْتُ سَلُهُ عَنْ خِصْيٍ دَلَّسَ نَفْسَهُ لِامْرَأَةٍ وَ دَخَلَ بِهَا فَوَجَدْتُهُ خِصِيًّا قَالَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا وَ يُوجِعُ ظَهْرَهُ وَ يَكُونُ لَهَا الْمَهْرُ بِدُخُولِهِ عَلَيْهَا (تهذيب الأحكام (تحقيق خرسان)، ٧، ٤٣٢).

فحدوث الخصاص في الرجل يمكن كونه قبل العقد، أو بعده، و يمكن أن يكون قبل الدخول أو بعده، لكن وجدان المرأة لخصاء الرجل، كان بعد الدخول، فهو لا ينافي الاستدلال بهذه الرواية.

الثاني: (موثقة ابن بكير)

الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَابٍ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَحَدِهِمَا ع فِي خِصْيٍ دَلَّسَ نَفْسَهُ لِامْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ فَتَزَوَّجَهَا قَالَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا إِنْ شَاءَتْ وَ يُوجِعُ رَأْسَهُ فَإِنْ رَضِيَتْ وَ أَقَامَتْ مَعَهُ لَمْ يَكُنْ لَهَا بَعْدَ رِضَاهَا بِهِ أَنْ تَأْتِيَهُ (تهذيب الأحكام (تحقيق خرسان)، ٧، ٤٣٢).

إن قيل أن الموثقة تدل باطلاقها على ثبوت حق الفسخ سواء كان التدليس قبل العقد و بعده، و سواء كان قبل الدخول أو بعده.

لكن استشكل عليه بأنَّ الأمام عليه السّلام فرَعَ التّزويج على تدليس الرّجل، فكان التّدليس سبباً لخباء الخصاء على المرأة و لذلك رضيت المرأة بالتّزويج، فيخرج الخصاء الواقع بعد العقد عن مورد الزّوايه مطلقاً، سواءً كان قبل الدّخول أو بعده.

الثّالث: (موثّقة سماعه)

الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ الْحَسَنِ عَنْ زُرْعَةَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّ خَصِيًّا دَلَسَ نَفْسَهُ لِامْرَأَةٍ قَالَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا وَ تَأْخُذُ الْمَرْأَةُ مِنْهُ صَدَاقَهَا وَ يُوجِعُ ظَهْرَهُ كَمَا دَلَسَ نَفْسَهُ (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)، ۷، ۴۳۲).

الرّابع: (رواية على بن جعفر)

وَ سَأَلْتُهُ عَنْ خَصِيٍّ دَلَسَ نَفْسَهُ لِامْرَأَةٍ، مَا عَلَيْهِ؟ قَالَ: «يُوجِعُ ظَهْرَهُ، وَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا، وَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ كَامِلًا إِنْ دَخَلَ بِهَا، وَ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ» (قرب الإسناد (ط - الحديث)، ۲۴۸).

فأدعى أنّ الزّوايات تدلّ بإطلاقها على ثبوت حقّ الفسخ للمرأة، اذا تحقّق الخصاء، سواءً كان قبل الدّخول أو بعده، فالمثبت للخيار، هو التّدليس، و التّدليس يلزم أن يكون بداع عقلائي، فالتّدليس قبل العقد يكون بداعى إقناع المرأة لقبول العقد، و التّدليس بعد العقد إذا كان الخصاء قبل الدّخول، يكون بداعى تمكين المرأة للوطى، كما أنّ التّدليس للخصاء الحادث بعد العقد و بعد الدّخول يمكن أن يكون بداعى تمكين المرأة لوطى جديد. و استشكل عليه بأنّ هذه الدّاعى الأخيرة فردّ نادراً، لا يمكن الرّكون اليه فى ظهورات الإطلاقى (كتاب نكاح (زنجاني)، ۲۰، ۶۴۴).

و لكن يمكن الذّب عن الإشكال بأنّ ندره الفرد لا يقتضى انصراف الإطلاق عنه، فالدّاعى للتّدليس فى الخصاء الحادث بعد الدّخول، و إن كان نادراً، لكن يصحّ امكان التّدليس، و يثبت حقّ الفسخ للمرأة.

ادلّة عدم ثبوت حقّ الفسخ

و قيل بعدم ثبوت حقّ الفسخ للمرأة فى الخصاء المتجدّد بعد العقد، اذا كان الخصاء بعد الوطء، و الدليل على ذلك:

الأول: استصحاب بقاء اللّزوم

فكلّما شكّ فى ثبوت الفسخ لعقدٍ لازم و لم يدلّ دليلٌ عليه، فالمرجع فيها هو الأصل و هو بقاء اللّزوم (غاية المرام فى شرح شرائع الإسلام، ۳، ۱۱۲).

الثّانى: اختصاص التّصوص بالخصاء السّابق على العقد،

اختصاص التّصوص بالخصاء السّابق على العقد، دون المتجدّد بعد العقد و الدّخول (مسالك

الأفهام إلى تفقيح شرائع الإسلام، ۸، ۱۰۳).

و يُستشكّل عليه بأنّ الرجوع الى الأصل، يكون فى مورد عدم الدّليل على الحكم، فإذا فُرض شمول الإطلاقات للخصاء الحادث بعد الدّخول، فالدّليل هو المتّبّع، واختصاص التّصوص بالخصاء السّابق على العقد، لا دليل عليه، بعد امكان فرض الدّاعى للتّدليس فى الخصاء الحارث بعد العقد و الدّخول.

النتيجة

الزّوايات الصّحيحة و الموثّقة تدلّ على أنّ الخصاء عيبٌ يُسلّط المرأة على الفسخ، سواءً كان الخصاء قبل العقد أو بعده، و سواءً كان قبل الدّخول أو بعده، لكن بشرط أن جهل المرأة بخصاءه، إذ لو تحقّق الخصاء قبل العقد و علمت بتحقيقه، و رضى بالعقد أو تحقّق بعد العقد (سواءً كان قبل الدّخول أو بعده) و اطّلع عليه، و لم يفسخ، يسقط خيارها، و مع وجود هذه الزّوايات و امكان فرض الدّاعى للتّدليس فى الفروض الثلاثة، لا تصل التّوبة باصول العمليّة فى المقام. و اللّهُ العالم.

ماهنامه داخلی حاصل کار طلاب گروه های تخصصی است که با توجه به نظامنامه آموزشی مدرسه باید هر ماه یک تحقیق علمی پیرامون مباحث مطرح شده در درس خارج فقه تدوین نمایند.

امید است این تغییر رویکرد در ارائه دروس خارج تخصصی گام موثری به سوی اهداف مدرسه که همان تولید علم و نظریه پردازی در عرصه فقه های تخصصی است ، باشد.