

مدرسه عالی فقه‌های تخصصی

ماهنامه داخلی گروه‌های تخصصی

ویژه نشر تحقیق‌های درسی طلاب

موضوع‌شناسی عیوب جنسی زن عقل، قرن و افضاء / مهدی سعادت‌ی نسب

تاثیر عنن در ایجاد حق فسخ نکاح / مجید فتحی

بررسی شبهات پیرامون بیع الخيار به عنوان راهکار تأمین مالی / محمدعلی فراهانی‌فرد

بررسی فقهی حکم قرض پول اسکناس / مهدی عباس

اراده باطنی و ظاهری در فقه / مهدی فرهنگ‌دلیر

شرط بازخرید در بیع العینه / سجاد دادخواه



نوشتاری از طلاب:

گروه فقه خانواده

گروه فقه اقتصاد

موضوع‌شناسی عیوب جنسی زن عفل، قرن و افضاء، مهدی سعادت‌ی نسب	۵
مقدمه	۵
اهل لغت	۶
قرن، عفل	۶
افضاء	۷
دیدگاه فقهاء	۸
عفل و قرن	۸
افضاء	۱۰
دیدگاه علم تشریح (پزشکی قانونی)	۱۶
عفل و قرن	۱۶
افضاء	۱۸
جمع‌بندی	۲۱
تاثیر عنن در ایجاد حق فسخ نکاح، مجید فتحی	۲۳
مقدمه:	۲۳
تعریف لغوی و اصطلاحی عنن	۲۴
تاثیر عنن در انفساخ عقد یا ثبوت حق فسخ برای زن	۲۴
صور مساله حدوث عنن	۲۵
مساله اوّل: حدوث عنن قبل از عقد	۲۵
اوّل: اجماع منقول و محصل	۲۶
دوّم: روایات	۲۶
بررسی سندی مجموع روایات	۳۲
بررسی دلّالی روایات	۳۲
مساله دوّم: حدوث عنن بعد از عقد (قبل از دخول)	۳۴
اوّل: اجماع محصل و منقول	۳۴
دوّم: روایات	۳۴
مساله سوّم: حدوث عنن بعد از عقد (بعد از دخول)	۳۶
روایات خاصّ باب عنن	۳۷
ادّله عدم حق فسخ برای زن	۳۸
اوّل: اصالت اللّزوم	۳۸
دوّم: روایات	۳۸

فهرست	۲
جمع‌بندی.....	۴۰
بررسی شبهات پیرامون بیع الخيار به عنوان راهکار تأمین مالی، محمدعلی فراهانی فرد.....	۴۳
چکیده	۴۳
مقدمه	۴۴
انواع بیع الخيار.....	۴۵
خيار مقيد	۴۵
خيار معلق و زمان دار	۴۵
خيار غير مقيد ولي فسخ مقيد به رد ثمن	۴۵
فسخ عملی به وسیله رد ثمن	۴۶
شرط نتیجه	۴۶
اشترای اقاله	۴۶
اشترای بیع جدید و یا نقل مبیع	۴۶
شرط ملزم شدن مشتری به فسخ	۴۶
ادله خاصه صحت بیع الخيار	۴۷
موثقہ اسحاق بن عمار	۴۷
صحیحہ سعید بن یسار	۴۹
روایت معاویه بن مسیره	۵۱
روایت ابی الجارود	۵۳
روایت دعائم	۵۴
ادله عامه بطلان بیع الخيار	۵۴
جهالت و غرر در صورت جعل تعلیقی خيار	۵۴
بیع الخيار، شرط خلاف مقتضای عقد است	۵۵
بیع الخيار حيله ربا است	۵۵
جمع‌بندی.....	۵۹
بررسی فقهی حکم قرض پول اسکناس، مهدی عباس	۶۱
مقدمه	۶۱
قرض چه چیزهایی صحیح است؟	۶۲
ضمان در قرض	۶۳
ماهیت پول	۶۴
تاریخچه پول	۶۴

۶۷	پول اعتباری؛ مال یا سند؟
۶۸	شواهد سند مال بودن
۶۸	شواهد مال بودن پول اسکناس
۷۰	ماهیت پول
۷۰	نظریه کالایی پول
۷۱	نظریه اعتباری پول
۷۲	تقد و بررسی
۷۲	ارزش پول
۷۲	نظریه مالیت اعتباری (یا نظریه قدرت خرید)
۷۳	تقد و بررسی
۷۴	نظریه ارزش اسمی
۷۵	تقد و بررسی
۷۵	مثلی و یا قیمی بودن پول و اسکناس
۷۶	جمع بندی
۷۹	ارادة باطنی و ظاهری در فقه، مهدی فرهنگ دلیر
۷۹	مقدمه
۸۰	تفسیر فقهی ارادة باطنی و ظاهری
۸۳	دیدگاه فقهاء در تقدم ارادة باطنی یا ظاهری
۸۴	ادله تقدم ارادة باطنی بر ظاهری
۸۴	آیه تراض
۸۴	روایات
۸۵	قواعد فقهی
۸۵	ملاحظات ادله تقدم باطنی بر ظاهری
۸۶	شبهات وارده بر تقدم ارادة باطنی بر ظاهری
۸۶	(۱) انقلاب عقد موقت به دائم، در صورت عدم ذکر اجل
۸۸	(۲) حیل الربا
۸۹	(۳) طلاق بدون قصد
۸۹	(۴) عقد فضولی و کشف مالکیت بایع
۹۰	(۵) بیع معاطات
۹۰	(۶) عقد مشروط به عقد فاسد

فهرست	۴
۷) تخلف در تعیین مالک عوضین	۹۱
ادله تقدم ارادة ظاهري بر باطنی	۹۱
جمع بندی	۹۳
شرط بازخريد در بيع العينه، سجاد دادخواه	۹۵
چکیده	۹۵
کلید واژه	۹۶
مقدمه	۹۶
معنای عینه	۹۶
انواع بيع العينه	۹۷
حكم شرط بازخريد در بيع العينه	۹۸
ادله بطلان بيع العينه	۹۸
دلیل اول ثبوتی: استلزام دور	۹۸
مناقشات	۹۸
دلیل دوم ثبوتی بر حرمت	۹۹
مناقشات	۹۹
ادله اثباتی بطلان: روايات	۱۰۰
۱-روایت حسين بن منذر	۱۰۰
۲-روایت علی بن جعفر	۱۰۴
۳-روایت یونس شیبانی	۱۰۶
جمع بندی	۱۰۹

موضوع‌شناسی عیوب جنسی زن عقل، قرن و افضاء

استاد راهنما: استاد فاضل

نویسنده:

مهدی سعادت‌ی نسب^۱

مقدمه

یکی از اسباب انحلال عقد نکاح، فسخ نکاح است. چنانچه یکی از زوجین دارای برخی عیوب جنسی و یا غیرجنسی باشند، طرف مقابل دارای حق فسخ خواهد بود. در فقه و قانون عیوبی را شمارش کرده‌اند که برخی از این عیوب، مشترک میان زوجین بوده و برخی هم به یکی از آن دو اختصاص دارد. موضوع‌شناسی این عیوب از جهات مختلفی حائز اهمیت است. صرف نظر از اینکه تا موضوع به طور کامل منقح و روشن نشود، دایره جریان حکم نیز شفاف نخواهد شد، در خصوص این مسئله یکی از ابهامات مطرح، امکان تسری حکم به جواز فسخ در عیوب نوپدید و یا دارای عناوین جدید است که موضوع‌شناسی دقیق می‌تواند بخشی از ابهام را برطرف نماید؛ چرا که برخی از عناوین جدید و غیرمذکور در نصوص، چه بسا بتواند در ذیل یک موضوع واحد که در نص بیان شده است قرار بگیرند و دیگر نیازی به تعمیم علت (در صورت وجود علت) و یا تسری حکم از طریق تنقیح مناط نباشد. به عنوان نمونه عیب چسبندگی لبه‌های واژن، ممکن است مصداقی از همان عقل و یا قرن و یا رتق باشد که این عناوین در نصوص، مذکور است. در این نوشتار به موضوع‌شناسی سه عنوان عقل، قرن و افضاء پرداخته می‌شود و دیدگاه لغوی و فقهی و فیزیولوژی آن بیان و مورد بررسی قرار می‌گیرد.

^۱. دانش پژوه گروه فقه خانواده، سال تحصیلی ۹۰-۹۹

اهل لغت

قرن، عفل

قرن در لغت به سکون راء و فتح راء آمده است، لکن مشهور میان اهل لغت سکون راء است و در مصباح المنیر گفته است که قرن به فتح، مصدر بوده که البته استعمال مصدر در موضع اسم امری جائز است (المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی؛ ج ۲، ص: ۵۰۰).

از جهت معنا نیز اختلاف است، صاحب العین قائل است که قرن قابل رؤیت می باشد و از ثغر زن، خارج می شود (ج ۵، ص: ۱۴۱). همچنین از تعبیر معجم مقانیس اللغة استفاده می شود که قرن همراه با شدت و قوت رشد می کند (ج ۵، ص: ۷۶)، بنابراین، این احتمال وود دارد که شامل شیئی که از قوت و رشد برخوردار نباشد نمی شود. و این تعبیر راغب که گفته است «تَأْذِي عَضْوِ الرَّجُلِ عِنْدَ مَبَاضِعَتِهَا بِهِ» و اذیت را در ناحیه عضو رجل بیان کرده است (مفردات ألفاظ القرآن؛ ص: ۶۶۷)، موید همین مطلب است که قرن باید به اندازه ای باشد که موجب اذیت عضو رجل گردد. همچنین از این تعبیر راغب می توان فهمید که صرف اذیت روانی زوج از اینکه زوجه اش دارای شیئی ریز و کوچکی در فرجش می باشد، چنین اذیتی کفایت در صدق عنوان «قرن» نمی کند. از اصمعی نقل شده است که قرن مانند «أُدْرَة» در مردان است، یعنی دارای ورم بوده و خیلی کوچک نیست (لسان العرب؛ ج ۱۳، ص: ۳۳۵)، بنابراین می توان گفت که همچون ادره (همان فتق) خارج از فرج می باشد. صاحب مجمع نقل می کند که قرن را قرن گفتند؛ چرا که در خارج از فرج مقارن با ذکر می شود (مجمع البحرین؛ ج ۶، ص: ۲۹۹). دیگرانی قرن را به عفلة صغیره معنا کرده اند (تاج العروس من جواهر القاموس؛ ج ۸، ص: ۴۴۴). اما جنس قرن را برخی به غده، لحم و یا استخوان بیان کرده اند (تهذیب اللغة؛ ج ۹، ص: ۸۸)، لکن ممکن است گفته شود که مطلق مانع، مصداق قرن خواهد بود (النهاية فی غریب الحديث و الأثر؛ ج ۴، ص: ۵۴).

اما در ماده عفل برخی از اهل لغت قائل به اتحاد آن با قرن شده اند (المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی؛ ج ۲، ص: ۵۰۰ و مجمع البحرین؛ ج ۶، ص: ۲۹۹) و از تعابیر برخی تغایر آن فهمیده می شود (مفردات ألفاظ القرآن؛ ص: ۶۶۷؛ لسان العرب؛ ج ۱۳، ص: ۳۳۵) و نیز گفته شد که برخی قرن را همان عفله صغیره دانسته اند. در خصوص عفل نیز اختلاف در تعابیر اهل لغت است که آیا در داخل رحم ظاهر می شود (کتاب العین؛ ج ۲، ص: ۱۴۵؛ المحيط فی اللغة؛ ج ۲، ص: ۵۲) و یا بیرون آن (الصاحح - تاج اللغة و صحاح العربیة؛ ج ۵، ص: ۱۷۶۹)، همچنین نقل کرده اند که عفل در میان ابکار نیست و تنها بعد از ولادت ظاهر می گردد (المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی؛ ج ۲، ص: ۴۱۸).

بنابراین میان تعبیر اهل لغت، از جهات گوناگونی تعیین مصداق قرن و عفل مختلف می‌شود. اینکه آیا عفل و قرن یک چیزاند و یا دو امر مستقل از یکدیگر، آیا در درون رحم است یا بیرون آن یا شامل هر دو حالت می‌گردد، آیا حتماً باید تورم و درشتی داشته باشد یا خیر، آیا منحصر در مانند غده یا گوشت و یا استخوان است یا مطلق مانع که زیاده در خلقت است و موجب اذیت و اشکال در مجامعت می‌باشد که در این صورت چه بسا مواعی همچون جوش‌هایی که ممکن است درون واژن و یا بیرون و لبه‌های واژن به وجود آید، شامل گردد.

افضاء

افضاء به معنای «انتهاء» است و در آیه شریفه «وَ كَيْفَ تَأْخُذُوهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ» (النساء: ۲۱) به همین معنا به کار رفته است (لسان العرب: ج ۸۵، ص: ۱۵۷). افضى المرأةً فیهی مفضاة به معنای مجامعت می‌آید به وجهی که میان دو مسلک زن اتصال برقرار شود. اما این پرسش قابل طرح است که دو مسلک چیست؟ آیا مسلک بول و غائط، مسلک حیض و غائط و یا مسلک بول و حیض است. سخن اهل لغت متفاوت است، برخی به صورت مبهم گفته و مشخص نکرده‌اند که مرادشان کدام یک از دو مسلک است و برخی هم آن را معین کرده‌اند.

ا کسانی مانند ابن فارس، حمیری و ابن منظور تصریحی نیاورده‌اند (معجم مقاییس اللغة: ج ۱، ص: ۴۷؛ شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلام: ج ۱، ص: ۱۶۷؛ لسان العرب: ج ۸۵، ص: ۱۵۷) و صرفاً با تعبیری همچون «جعل مسلکها مسلکاً واحداً» ابهام‌گویی کرده‌اند. در مقابل صاحب مجمع البحرین تصریح می‌کند که مفضاة به زنی گفته می‌شود که مسلک بول و غائط او یکی شده باشد (ج ۱، ص: ۳۳۱). فیومی آورده است که «أَفْضَاهَا جَعَلَ مَسْلَكَيْهَا بِالْإِفْتِضَا ضَاحِ وَاحِداً وَ قِيلَ جَعَلَ سَبِيلَ الْحَيْضِ وَ الْغَائِطِ وَاحِداً فَهِيَ مُفْضَاةٌ» (المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی: ج ۲، ص: ۴۷۶). ممکن است مراد وی اتحاد مسلک بول و حیض و یا اتحاد مسلک بول و غائط باشد. از تعبیر زبیدی صاحب تاج العروس نیز فهم می‌شود که مراد وی از اتحاد مسلکین، اتحاد دو مسلک حیض و غائط می‌باشد (تاج العروس من جواهر القاموس: ج ۸۵، ص: ۷۹۵ و ج ۸۶، ص: ۴).^۱

هر چند در میان کلمات اهل لغت به معنای اتحاد سه مسلک بول و حیض و غائط اشاره نشده، ولی روشن است که تحقق اتحاد دو مسلک بول و غائط به اتحاد سه مسلک است؛ چرا که مسلک حیض در میان دو مسلک دیگر قرار دارد. همچنین ظاهر تعبیر اهل لغت چنین است که

۱. «مُفْضَاةٌ وَ هِيَ الَّتِي أَفْضَى قُبْلَهَا وَ ذُبْرَهَا؛ الْمُفْضَاةُ مِنْ شَأْنِهَا سَعَةُ الْفَرْجِ وَ كَثْرَةُ وَ اتِّصَالُهُ إِلَى الْمَسْلُوكِ الثَّانِي»

افضاء در صورتی اطلاق می شود که این اتحاد مسلکین ناشی از آمیزش باشد ولی می توان گفت که منشأ بودن آمیزش در تحقق افضاء چه بسا از باب بیان مصداق بارز و آشکار باشد. بنابراین نمی توان به ایشان نسبت داد که تحقق افضاء را تنها به واسطه آمیزش می دانند.

دیدگاه فقهاء

عفل و قرن

مشهور در لسان فقهاء قرن به فتح راء است (جامع المقاصد في شرح القواعد؛ ج ۱۳، ص: ۲۳۷) و میان آنان در جهات متعددی همچون اتحاد و تغایر، داخل فرج و یا خارج فرج بودن و جنس آن اختلاف نظر دیده می شود. شیخ طوسی قائل به تغایر بوده و قرن را استخوانی در داخل فرج دانسته و عقل را از جنس لحم و البته این هم در داخل فرج بیان کرده است (المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ۴، ص: ۲۵۰). وی با استناد به کلام اهل خبره گفته است: « و قال أهل الخبرة العظم لا يكون في الفرج لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في فرجها، وهو الذي يسمى العفل ». این بیان مشتمل بر دو نکته است: اول، اینکه تحقق عقل در میان ابرکار ممتنع است و دیگر، اینکه قرن در حین رویش عقل شکل می گیرد که لازمه این ادعا امتناع تحقق قرن در میان ابرکار می باشد. در مقابل اکثر فقهاء قائل به اتحاد این دو می باشند. اما در مقابل کسانی که قائلند قرن استخوانی در داخل فرج است، محقق حلی چنین گفته است: « و أما القرن فقد قيل هو العفل - و قيل هو عظم ينبت في الرحم يمنع الوطء و الأول أشبه » (شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام؛ ج ۲، ص: ۲۶۳). در این بیان دو وجه محتمل است. یکی اینکه از نظر وی قرن و عقل هر دو از جنس گوشت می باشند که چه بسا ظاهر عبارت چنین باشد و وجه دوم و اقرب (با توجه به مجموع کلمات فقهاء و اهل لغت که استخوان زائد را مصداق قرن دانسته اند)^۱ این است که قرن و عقل به مطلق مانع اعم از گوشت و استخوان گفته می شود و نه اینکه قرن در خصوص استخوان زائد در میان فرج باشد.

البته صیمری در شرح خود بر شرائع یعنی غایة المرام وجه اول را تقویت کرده است و استدلال کرده است که چون استخوان در داخل فرج نمی روید، لذا مختار مصنف چنین است و این رای را به ابن جنید نیز نسبت می دهد (ج ۳، ص: ۱۲۴). صاحب جواهر نیز همین استظهار را از عبارت محقق کرده است و لکن ایشان در ادامه نسبت به معنای قرن دو احتمال دیگر نیز مطرح کرده است:

۱. شیخ طوسی، ابن ادریس، شهید ثانی، عاملی، سبزواری، شیخ انصاری و ... قائل اند که قرن یا خصوص عظم است و یا اینکه عظم مصداقی از مصادیق قرن می باشد.

«نعم، يمكن دعوى عمومه لهما... كما أنه يمكن دعوى مشاركة نبات العظم له في الحكم المعلوم وإن لم يكن قرناء ولا عفلاء» یعنی صرف نظر از رای محقق می‌توان گفت که چه بسا قرن اعم از لحم و استخوان باشد و شواهدی از اهل لغت بر این احتمال بیان می‌کند. احتمال دوم هم این است که اگر چنانچه طبق نظر محقق بگوئیم که قرن در خصوص لحم زائد درون فرج است، اما استخوان زائد نیز در حکم با قرن متحد است هر چند که مصداق قرن و یا عقل نباشد (ج ۳۰، ص: ۳۳۳).

علامه حلی (تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية ط - الحديث: ج ۳، ص: ۵۳۴)، شهید ثانی (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۸، ص: ۱۱۵)، عاملی (نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام؛ ج ۱، ص: ۳۲۱)، محقق سبزواری (كفاية الأحكام؛ ج ۲، ص: ۲۰۱) و صاحب جواهر (ج ۳۰، ص: ۳۳۳) قائل به اتحاد شده‌اند. اما آیا مراد ایشان از اتحاد، اتحاد موضوعی و یا حکمی است؟ در عبارتی که از صاحب جواهر گذشت، وی دو احتمال را مطرح کرده که اولی با اتحاد موضوعی سازگار و دومی با اتحاد حکمی تناسب دارد، اما سایر افراد نام‌برده کلامشان ظاهر یا صریح در اتحاد موضوعی است.

با آن که تمام فقهاء قائلند که قرن و عقل در داخل فرج محقق می‌شود، اما برخی همچون شیخ انصاری - که در معنای قرن توسعه قائل شده - قرن را شامل شی‌ای که همانند فتق در مردان بوده و خارج از فرج است، دانسته است (کتاب النکاح (للشیخ الأنصاري)؛ ص: ۴۳۵). اما مراد فقهاء از این کلام که آورده‌اند «فی الفرج» چیست؟ محتمل است مرادشان این باشد که این مانع در محل فرج است و نه در جای دیگری از بدن. ولی تعبیر و تفصیل شیخ انصاری روشن می‌کند که به نظر ایشان «فی الفرج»، وجود مانع درون و داخل فرج است. بنابراین هر دو معنا درباره این تعبیر محتمل است.

احتمال دارد اختلاف میان فقهاء ناشی از اختلاف میان اهل لغت باشد و ممکن است منشأ اصلی اختلاف، تفاوت در مصادیق خارجی باشد، بنابراین باید مشخص کرد که در برداشت از روایات آیا وضع لفظی معتبر است یا واقعیت خارجی؟ که در صورت اول مساله، مساله‌ای لغوی بوده و از عهده فقیه خارج است و وجه دوم هم باز مساله بر دوش فقیه نیست و این علم تشریح است که عهده‌دار تعیین مراد از این عناوین است. طبق هر دو صورت آنچه بر عهده فقیه می‌باشد، تسلیم حاصل وضع و یا واقعیت خارجی و سپس بیان احکام قدر مشترک آن است که بعید نیست قدر مشترک در میان این اختلافات، مانعیت از وطئ باشد. یعنی قرن و عقل با هر تفسیری که لحاظ کنیم (حتی طبق تفسیر موسّع شیخ انصاری که شامل شی خارج از فرج نیز می‌دانست) آن چیزی است که مانع از آمیزش و وطئ شود حال چه استخوان باشد و یا لحم یا غده و غیره. البته این

مانعیت نیز محل بحث است که آیا مانعیت تکوینی مراد است، بدین بیان که وطنی به طور کلی ممتنع باشد و یا مانعیت عرفی مراد است، یعنی عیب به نحوی است که عرفا مانع از وطنی مطلوب می گردد، یعنی ممکن است که منع تکوینی در میان نباشد لکن تحقق آمیزش همراه با تعذر و تعسر ممکن باشد و یا حتی تکوینا مشقتی هم در میان نیست اما وجود چنین عیبی منشأ تنفر در زوج گردیده و از این جهت مانع وطنی مطلوب عرفی می شود. همه این موارد، مباحثی است که در استنباط حکم این عیوب، محل بحث و بررسی قرار می گیرد.

افضاء

همانطور که در بحث لغوی واژه افضاء گذشت، مراد از افضاء اتحاد حداقل دو مسلک و یا سه مسلک در اعضای تناسلی زن می باشد. در میان فقهاء نیز همچون اهل لغت نظرات مختلف است. با بررسی کلمات ایشان روشن می گردد که هر یک از سه احتمال در معنای «اتحاد المسلکین» قائل دارد، بلکه قول چهارمی نیز وجود دارد. برخی قائل به اتحاد مسلک بول و مسلک حیض^۱ شده اند که قول مشهور^۲ چنین است. برخی قائل به اتحاد مسلک غائط و مسلک حیض شده اند و دیگرانی نیز افضاء را به اتحاد مسلک بول و غائط تفسیر کرده اند و در میان متاخرین نیز قائل شده اند که معنای افضاء، معنای عام و شامل نسبت به تمام اقسام است.

قبل از بیان اقوال و قائلین آن ها لازم به ذکر است که دو مقام باید از یکدیگر تفکیک شود. مقام اول بحث از مصداق و یا مصادیق موضوعی افضاء است، یعنی آنچه که موضوعا به نحو حقیقت در ذیل واژه افضاء قرار می گیرند و مقام دیگر بحث از مصادیقی است که هر چند ذیل عنوان افضاء به لحاظ موضوعی قرار نمی گیرند، اما به لحاظ حکمی مصداقی از عنوان افضاء می باشند. بنابراین در میان کلمات فقهاء باید توجه به این نکته بشود؛ چرا که در برخی عبارات ایشان ابهام وجود دارد و این احتمال می رود که مراد ایشان الحاق حکمی باشد و نه موضوعی. به عنوان نمونه اینکه مرحوم علامه در تحریر بعد از نقل دو قول در تفسیر افضاء فرمودند: «و کلاهما عندی وجه» (تحریر الأحکام الشرعية علی مذهب الإمامية ط - الحديث؛ ج ۵، ص: ۵۸۴)، چه بسا این کلام، قول چهارمی در تفسیر واژه افضاء نباشد، بلکه ایشان فردی را از باب الحاق حکمی اضافه کرده اند.^۳ البته ظاهر

^۱. روشن است که مدخل حیض، همان مدخل ذکر یا مدخل منی و یا مدخل ولد است.

^۲. نسبت به مشهور در جامع المقاصد ج ۱۲، ص ۳۳۱ و کشف اللثام ج ۷، ص ۱۹۳ و جواهر الکلام ج ۲۹، ص ۴۲۱ آمده است

^۳. ظاهر بیان آقای شبیری این است که کلامه علامه را قول مستقلی لحاظ کردند. کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۵، ص: ۱۵۹۱

کلام مرحوم خوئی و آقای شبیری چنین است که ایشان قائل به قول چهارم می‌باشند که بدان اشاره خواهد شد.

شیخ طوسی (الخلاف؛ ج ۴، ص: ۳۹۵)^۱، ابن ادریس (السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، ص: ۶۰۴ و ج ۳، ص: ۳۹۳)، علامه حلی (قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۳، ص: ۶۶ و ج ۳، ص: ۶۸۳)، محقق کرکی (جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۱۲، ص: ۳۳۱)، صاحب ریاض (ریاض المسائل (ط - الحديثة)؛ ج ۱۶، ص: ۴۸۴)^۲، صاحب جواهر (ج ۲۹، ص: ۴۲۱) و نیز دیگرانی (المؤلف من المختلف بین أئمة السلف؛ ج ۲، ص: ۱۶۹؛ كشف الرموز فی شرح مختصر النافع؛ ج ۲، ص: ۶۶۱؛ إضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۳، ص: ۷۷؛ مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۷، ص: ۶۸؛ نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام؛ ج ۱، ص: ۳۳۲؛ كفاية الأحكام؛ ج ۲، ص: ۲۰۲؛ كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام؛ ج ۱۱، ص: ۴۰۲؛ أنوار الفقهاء - كتاب النکاح (لکشف الغطاء، حسن)؛ ص: ۱۸۵؛ كتاب النکاح (للشیخ الأنصاري)؛ ص: ۷۴ و ۴۲۷) آورده‌اند که مراد از افضاء اتحاد دو مسلک بول و حیض است.

در میان فقهاء تنها ابن سعید حلی در الجامع للشرائع قائل است که افضاء، رفع حاجز میان مدخل حیض و غائط است و قول مشهور را در قالب «قیل» مطرح کرده است (ص: ۴۶۲). همچنین صاحب حدائق بعد از نقل قول طریحی که همان رأی به اتحاد مسلک بول و مسلک غائط باشد، نظر وی را اقرب می‌داند و در میان فقهاء منفرد در این رأی است (الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة؛ ج ۲۳، ص: ۹۴).

اما بیان محقق حلی در شرائع مبهم است و برداشت‌های مختلفی از آن شده است. ایشان آورده است: «و أما الإفضاء فهو تصییر المسلمین واحدا» (ج ۲، ص: ۳۶۴). شهید ثانی رأی محقق را همچون مشهور می‌داند (مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۸، ص: ۱۱۶)، اما به قرینه بیان خود محقق در مختصر النافع (ج ۲، ص: ۳۰۹) روشن می‌گردد که ایشان با مشهور هم نظر نبوده و مراد ایشان اتحاد مسلک بول و حیض نیست؛ چرا که وی در این کتاب در مقابل تعبیر مجمل «هو أن یصیر المسلمین واحدا» قول مشهور (اتحاد دو مسلک بول و حیض) را با تعبیر «قیل» آورده است.^۳ اما اینکه آیا هم رأی با ابن سعید حلی است و یا همان نظر صاحب حدائق را دارد، این محل تردید و اختلاف است. فاضل مقداد در شرح خود بر مختصر النافع می‌گوید: «و یظهر من کلام المصنف

۱. همچنین در: المبسوط فی فقه الإمامیة؛ ج ۴، ص: ۳۱۸

۲. البته وی در دو شرح کبیر (ریاض المسائل) و شرح صغیر خود بر مختصر النافع محقق حلی، نسبت اشتباهی به طریحی صاحب مجمع البحرین داده و قول به اتحاد مسلک حیض و مسلک غائط را به او نسبت می‌دهد. ریاض المسائل ج ۱۶، ص ۴۸۴ و الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع ج ۳، ص ۴۹۵

۳. با توجه به اینکه کتاب المختصر النافع موخر و با نگاه به شرائع نوشته شده است، بنابراین موید خوبی بر مدعای مذکور خواهد بود. آقای شبیری به این تاخر تألیف اشاره کرده‌اند. کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۲۰، ص: ۶۴۳۲

اختیار الأول» (التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۴، ص: ۵۰۶)، یعنی محقق قائل به اتحاد مسلک حیض و مسلک غائط است و صاحب جواهر هم همین معنا را موجه می‌داند (ج ۲۹، ص: ۴۲۰)^۱، اما فاضل آبی در کشف الرموز که این نیز شرح بر مختصر النافع محقق حلی است، آورده است که مراد محقق، اتحاد مسلک بول و مسلک غائط است و البته گذشت که خود ایشان قائل به مسلک مشهور است (ج ۲، ص: ۶۶۱).

در میان اقوال، بنظر می‌رسد که قول صاحب حدائق که غیر از او و صاحب مجمع البحرین قائل دیگری ندارد، مردود است و شواهدی بر رد آن مطرح شده است. از جمله اینکه فاضل مقداد به جهت بُعد میان این دو مسلک، این نظر رأی را بعید دانسته است (التنقیح الرائع لمختصر الشرائع؛ ج ۳، ص: ۲۶). صاحب جواهر نیز آورده است که مقتضای این قول از بین رفتن دو حاجز با هم هست؛ چرا که مسلک حیض میان این دو مسلک واقع شده است، بنابراین این دو مسلک با یکدیگر متحد نمی‌شوند مگر اینکه مسلک حیض نیز با آن‌ها یکی شود و «هذا شیء غریب بعید الوقوع فی العادة» (ج ۲۹، ص: ۴۱۹). حتی کسانی که قائل به معنای عام شده‌اند و ذکر این موارد را از باب بیان مصداق می‌دانند، تحقق این مصداق را خیلی بعید و بلکه ممنوع دانسته‌اند (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص: ۱۳۴؛ کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۵، ص: ۱۵۹۳).

اما نسبت به سایر اقوال، ادله و یا شواهدی در رد و یا اثبات آن بیان شده است. شیخ طوسی و به تبع وی ابن ادریس در رد قول اتحاد دو مسلک حیض و غائط آورده است: «و الإفضاء أن يجعل مدخل الذكر و هو مخرج المنی و الحيض و الولد و مخرج البول واحدا، فان مدخل الذكر و مخرج الولد واحد و هو أسفل الفرج، و مخرج البول من ثقبه كالأحلیل^۲ في أعلى الفرج، و بین المسلكین حاجز دقیق و الإفضاء إزالة ذلك الحاجز. و قال كثير من اهل العلم الإفضاء أن يجعل مخرج الغائط و مدخل الذكر واحدا، و هذا غلط، لان ما بينهما حاجز غلیظ قوی» (المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۷، ص: ۱۴۹). ابن ادریس نیز این قول را با تعبیر «قد يتوهم كثير من الناس» بیان کرده و آن را «غلط عظیم» می‌داند (السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ۳، ص: ۳۹۳). شیخ طوسی شاهدهی بر ادعای خود نیز بیان کرده و فرموده است: «ثم الفقهاء فرعوا على الإفضاء إذا كان البول مستمسكا و غیر مستمسك

^۱. صاحب ریاض نیز همین وجه را برداشت کرده است. ریاض المسائل (ط - الحدیثه)؛ ج ۱۶، ص: ۸۴.

^۲. ثقبه كعرفة خرق لا عمق له؛ الإحلیل: بكسر الهمزة مخرج اللبّن من الضرع و الثدي و مخرج البول أيضاً. المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، ج ۲، ص: ۸۲ و ص: ۱۴۸.

و إنما یصح هذا التفریع علی ما قلناه من رفع الحاجز الذی بین مخرج البول و مدخل الذکر، و علی ما قالوه فلا صنع لمخرج البول ههنا» (المبسوط، همان). دیگرانی نیز به وجود حاجز غلیظ بین مسلک حیض و مسلک غائط اشاره کرده (قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۳، ص: ۶۸۳؛ مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۷، ص: ۶۸) و برخی بُعد مکانی میان این دو مسلک را شاهد بر ضعف این قول عنوان نموده‌اند (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۳، ص: ۷۷؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۱۲، ص: ۳۳۱).

صاحب ریاض مدعی است که اتحاد مسلک بول و مسلک حیض غلبه و قوعی دارد لذا اطلاق لفظ افضاء را حمل بر آن می‌نماید (ریاض المسائل (ط - الحديثه)؛ ج ۱۱، ص: ۶۸). این حمل ایشان متفرع بر این است که اولاً احراز غلبه و قوعی بشود، در حالی که در ادامه خواهد آمد برخی معتقدند نه تنها اتحاد مسلک بول و مسلک حیض شیوع ندارد، بلکه اتحاد مسلک حیض و مسلک غائط است که در خارج غلبه و قوعی دارد. ثانیاً در فرض احراز غلبه و قوعی، باید این غلبه منشأ کثرت استعمالی این واژه در این معنا بشود تا وجه انصراف تصحیح گردد. بنابراین دلالت این دلیل تمام نیست.

اما صاحب جواهر در تأیید قول مشهور به چندین دلیل اشاره دارد (ج ۲۹، ص: ۴۲۱). اول اینکه معنای لغوی افضاء که همان توسعه دادن است، چون در روایات این معنای عام اراده نشده است، لذا باید حمل بر معنایی بشود که معمولاً اتفاق می‌افتد، بنابراین حمل این عنوان بر اتحاد مسلک حیض و مسلک غائط صحیح نیست؛ چرا که امری نادر و وجود خارجی آن کالعدم است^۱، در مقابل اتحاد مسلک بول و مسلک حیض امری شائع بوده و مخصوصاً در مورد صغیره امری معمول بوده است. تعبیر ایشان از این دلیل به «تعارف الوقوع» است. ظاهر این بیان چنین است که همچون صاحب ریاض با توجه به غلبه و قوعی در خارج، ادعای انصراف عنوان افضاء به معنای مشهور شده است که نقد آن گذشت.

دلیل دوم صاحب جواهر شهرت است. عبارت ایشان چنین است: «هو المشهور نقلاً و تحصیلاً». اینکه مراد ایشان از شهرت چه قسمی از اقسام شهرت است، آقای شبیری آن را به شهرت فتوایی معنا کرده‌اند، بدین بیان که مشهور فقهاء قائل‌اند که افضاء مختص به صورت اتحاد مسلک حیض و مسلک بول است و چون مستند معلومی ندارد، لذا شهرت، شهرت فتوایی

^۱. شیخ انصاری نیز تحقق اتحاد مسلک حیض و مسلک غائط را بعید الوقوع می‌داند. کتاب النکاح (للشیخ الأنصاري)؛ ص:

خواهد بود. اما آنچه محل تامل است این است که استدلال به شهرت در تشخیص موضوعات خارجی و مصداقی جایگاهی ندارد و ناصحیح است و به تعبیر فخرالمحققین این مساله از مسائل فقه نیست، بلکه معنای لغوی آن مربوط به علم لغت است و کیفیت تحقق خارجی آن مربوط به فن تشریح و جراحی است و فقیه نظر آنان را تسلّم کرده و بر آن حکم جاری می کند (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات الفوائد؛ ج ۳، ص: ۷۷). این امر را چه بسا بتوان تشبیه کرد به مواردی که مدرک اجماع یا شهرت وجود دارد و ما به خود مدرک باید مراجعه کنیم و اجماع و شهرت کارایی ندارد، اینجا نیز چنین است. بله اگر شهرت اطمینان بیاورد، چنین اطمینانی برای شخص حجت خواهد بود و این دیگر حجت اطمینان است که اثر دارد و نه شهرت. بنابراین تصویر تحقق شهرت فتوائی مصطلح در این مساله مبهم است.

سومین دلیل صاحب جواهر در تأیید قول مشهور، تمسک به اجماع منقول است و فرموده اند که «یظهر من محکی الخلاف الاجماع علیه». با بررسی کلمات شیخ در الخلاف و المبسوط چنین ادعایی یافت نشد، بلکه شیخ در المبسوط قائلین به قول غیرمشهور را با تعبیر «کثیر من اهل العلم» بیان نموده است (ج ۷، ص ۱۴۹). بله شیخ در الخلاف برای احکام مترتب بر افضاء امرأة، بعد از تفسیر واژه افضاء به اجماع الفرقة تمسک می کند (ج ۴، ص: ۳۹۵) و چه بسا چنین برداشت شده است که این اجماع دلیل بر تفسیر معنای واژه افضاء است، در حالیکه روشن است که این استدلال، دلیل بر احکام افضاء است که میان امامیه و عامه اختلاف وجود دارد. و چنانچه شیخ چنین استدلالی هم کرده باشد، باز هم ناتمام است و اشکالات مطرح در شهرت فتوائی، اینجا هم قابل طرح است.

صاحب جواهر بعد از بیان ادله فوق فرموده است: «و غیرها». گویا در ذکر شریفشان دلیل و یا ادله دیگری نیز وجود داشته است که تصریح بدان نکرده اند. اینکه مراد ایشان از «غیرها» چیست، محتمل است که همان استدلال شیخ طوسی و ابن ادریس را مدنظر داشته اند. بدین بیان که بسیاری از فقهاء این مسأله را مطرح کرده اند که اگر در اثر افضاء، زن دچار استرسال بول شود و کنترل آن از اختیار خارج گردد، چه احکامی بر آن مترتب می شود. این مسأله روشن می کند که افضاء به معنای اتحاد مسلک بول و مسلک حیض است؛ چرا که اگر تفسیر به اتحاد مسلک حیض و مسلک غائط صحیح می بود، باید امساک و عدم امساک غائط مطرح شود. این بیان ایشان هر چند شاهد خوبی بر مدعا می تواند باشد، لکن منافاتی با برخی اقوال دیگر نیز ندارد که در ادامه بدان اشاره خواهد شد. همچنین ممکن است که مراد ایشان از تعبیر «غیرها» اشاره به برخی شواهد دیگر از جمله وجود حاجز و مانع رقیق میان مسلک بول و مسلک حیض و حاجز

غلیظ و شدید میان مسلک حیض و مسلک غائط باشد و یا اشاره به فاصله مکانی میان مسلک حیض و مسلک غائط باشد که چنین فاصله‌ای میان مسلک بول و مسلک حیض نیست. این‌ها شواهدی است که برخی دیگر از فقهاء نیز بدان استشهاد کرده‌اند.^۱

ظاهر کلمات مرحوم خوئی قول چهارم است. ایشان آورده‌اند که در روایات هیچ جایی برخورد نمی‌کنیم که متعرض مفهوم افضاء شده باشد و کسی هم از ائمه در این مورد سوالی نکرده و ایشان نیز توضیحی در تحدید این کلمه نفرمودند، بنابراین روشن می‌شود که این مفهوم، مصطلح خاصی در بین ائمه (علیهم‌السلام) نداشته و حقیقت شرعیه شکل نگرفته است، بلکه مطابق با معنای عرفی خودش استعمال شده است، پس باید به خود عرف رجوع کنیم و نظر عرف را با مراجعه به متخصصین از اهل لغت همچون زمخشری کشف می‌کنیم. زمخشری می‌گوید که افضاء به معنی فضوة و وسعت ایجادکردن است (الفاقی فی غریب الحدیث: ۳، ۴۴۳) و این معنا شامل تمام اقسام می‌شود (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص: ۱۳۴).

البته همانطور که صاحب جواهر آورده است (ج ۲۹، ص: ۴۲۱) روشن است که اصطلاح عرفی این واژه در مساله محل بحث یعنی مسائل و عبارات پیرامون عیب زن، قطعاً به معنای کلی وسعت نیست تا شامل مثلاً پاره کردن گوش و غیره نیز بشود، بلکه توسعه در عضوی خاص از اعضای زن مدنظر است. بنابراین باید عبارت مرحوم خوئی را حمل بر این معنای خاص نمائیم.

آقای شبیری نیز همانند مرحوم خوئی قائل به شمولیت معنای افضاء نسبت به حالات سه‌گانه‌اند. ایشان در ابتداء نسبت به دلیل اول مشهور و ادعای شیوع و غلبه خارجی اتحاد مسلک بول و مسلک حیض مخالفت نمودند و آورده‌اند که ما از اهل اطلاع سوال کردیم و تایید نمودند که آنچه شیوع زیاد دارد، اتحاد مسلک حیض و مسلک غائط است و نه اتحاد مسلک بول و مسلک حیض و ضمن اشاره به موقعیت مکانی مخرج بول و حیض و غائط و اینکه فاصله میان مخرج بول و حیض بیش از فاصله میان مخرج حیض و غائط است، عمده دلیل بر رد قول مشهور را چنین گفته‌اند: «مخرج بول يك استخوانی است که وسط آن سوراخ است و بول از آن سوراخ خارج می‌شود. بنابراین اگر افضاء اتحاد مسلک بول و حیض باشد ناگزیر باید این استخوان بشکند تا افضاء حاصل شود. اما بین مخرج حیض و مخرج غائط استخوانی وجود ندارد بلکه فقط حاجز لحمی در بین است». در نهایت ایشان قائل‌اند که «تفاهم عرفی از کلمه افضاء اتساع محل وقاع

^۱. در سطور قبل، ذکر قائلین به این شواهد مطرح شد.

است و مصادیق آن را علم تشریح معین می‌کند و عرف که علم تشریح نخوانده و نمی‌تواند در حد مفهومی‌افضاء معلومات تشریحی را اخذ نماید. بنابراین این معنا شامل تمام اقسام می‌گردد» (کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۵، ص: ۱۵۹۲).

در نهایت چنین به نظر می‌رسد از آنجایی که غلبه خارجی و کثرت استعمال این واژه در معنای مشهور روشن نیست، لذا اثبات قول مشهور دشوار است و معنای عام و شامل نسبت به تمام اقسام اقرب به ذهن است. خصوصاً با توجه به کلام اهل لغت که برای ماده افضاء معنای عام بیان کردند، به عنوان نمونه ابن فارس آورده است: «(فَضَى) الْفَاءُ وَالضَّادُ وَالْحَرْفُ الْمُعْتَلُّ أَصْلُ صَحِيحٌ يَدُلُّ عَلَى اتِّسَاعٍ فِي شَيْءٍ وَاتِّسَاعٌ» (معجم مقاییس اللغة، ج ۴، ص: ۵۰۸) و گفته شود که تفسیر آن‌ها به اتحاد یکی از دو مسلک، به جهت بیان مصداق خارجی بوده است و نه بیان مفهوم عرفی این واژه. معنای عرفی این واژه همان معنای عام است که در خصوص مساله محل نظر، خصوص اتساع محل وقاع می‌باشد و چه بسا بتوان گفت که دلالت این واژه بر دو معنای عام (مطلق وسعت‌دادن) و معنای خاص (خصوص اتساع محل وقاع) از باب اشتراک لفظی باشد، همان‌طور که صاحب جواهر و آقای شبیری بدان اشاره کرده‌اند (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۹، ص: ۴۲۱؛ کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۵، ص: ۱۵۹۵). با توجه به این معنا، آن استشهداد شیخ طوسی و دیگران مبتنی بر تفریع مساله استرسال بول نیز ناتمام می‌شود؛ چرا که آن تفریع با معنای مختار نیز سازگاری دارد.

دیدگاه علم تشریح (پزشکی قانونی)

عفل و قرن

در علم پزشکی تفکیکی بین این دو اصطلاح نشده است و آنچه مشهور است، تعبیر به قرن می‌باشد. قرن در اصطلاح پزشکی چنین تعریف شده است: شاخی بودن و یا نسوج سخت فیبری غضروفی در مجرای مهبل که مانع از انجام اعمال زناشویی است. در این مورد با جراحی ترمیمی احتمال بهبود می‌رود. امروزه اختلالات خلفی مهبل را که مانع از دخول باشد تحت این عنوان بررسی می‌نمایند (پزشکی قانونی، ص: ۶۰۰).

^۱. نیز رجوع شود به: لسان العرب؛ ج ۱۵، ص: ۱۵۷؛ مجمع البحرین؛ ج ۱، ص: ۳۳۱؛ تاج العروس من جواهر القاموس؛ ج ۲۰، ص: ۵۱؛ التحقيق فی کلمات القرآن الکریم؛ ج ۹، ص: ۱۱۰

برخی کارشناسان^۱ علم تشریح چنین می‌گویند: آنچه خارجا محقق شده است و تا به امروزه مورد معاینه و کارشناسی قرار گرفته است بیانگر آن است که در مجرای حیض (واژن تا رحم) مانعی از جنس استخوان نداریم، بلکه ممکن است تومور یا غده‌هایی در ناحیه تناسلی به وجود آید که البته مانعیتی برای مقاربت ندارند و مصداق قرن یا عفل نمی‌باشند. تنها دو مصداق خارجی وجود دارد که البته محل اختلاف است که آیا از مصادیق قرن که مصطلح فقهی است، می‌باشند یا خیر. مورد اول پرده بکارت دخترانی است که از ابتداء شکل‌گیری پرده، با کیفیتی شکل می‌گیرد که حتی مانع جریان خون مریضی ماهانه زنان می‌گردد. (توضیح اینکه پرده بکارت زن هر چند سالم است و لکن روزه‌های ریزی دارد که خون مریضی ماهانه از آن‌ها نفوذ کرده و به خارج منتقل می‌شود.) چنین پرده بکارت‌هایی قبل از بلوغ وجود دارد و به جهت عدم نفوذ خون، با شروع مریضی دختران که در سنین ۹ تا ۱۱ سالگی آغاز می‌شود، شخص دچار مشکل شده و باید به پزشک مراجعه نماید که قابل درمان می‌باشد. بنابراین چنانچه چنین اشخاصی قبل از ۹ سالگی و شروع مریضی ماهانه ازدواج کنند، این می‌تواند مصداق قرن باشد که البته مشکوک و محل اختلاف است. حالت دیگر همین مورد بدین صورت است که چنین شخصی در ابتدای بلوغ اقدام درمانی کرده و پرده بکارت را عمل نموده است، حال بعد از ازدواج، همسر وی با توجه به اسناد پزشکی مدعی می‌شود که زوجه او در گذشته دچار چنین مشکلی بوده و به او اطلاع ندادند، لذا تقاضای حق فسخ می‌نماید. این مورد نیز مصداق مشکوک و اختلافی قرن می‌باشد که البته به نظر ما خیلی بعید می‌باشد؛ چرا که ظهور اولیه عناوین در ادله، فعلیت آن‌هاست و بنابراین اگر حقی برای زوج ثابت بشود، باید از طریق عناوینی همچون تدلیس مورد بررسی قرار بگیرد.

مورد دوم چنین است که ناحیه تناسلی خارجی شخص و ابتدای مهبل به هم وصل است و مهبل دیگر ادامه‌ای ندارد. حال یا فرد رحم ندارد و یا اگر دارد، از مهبل به رحم او راه ارتباطی نیست و بین مهبل و رحم یک بن‌بستی وجود دارد. یک مانع گوشتی و یا نسج نرمی که نسجی عضلانی است در اینجا وجود دارد. این یک آنومالی^۲ مادرزادی است که البته از موارد نادر است و ممکن است از مصادیق قرن باشد. البته این مساله متفرع بر تفسیر مقاربت نیز می‌باشد. اگر مقاربت را به دخول به مقدار حشفه^۳ دانستیم، چنان‌که در زنا این مقدار مورد نظر است، معمولاً طول این

۱. مطالب پیش رو حاصل مصاحبه با سرکار خانم دکتر جعفری است که از پزشکان پزشکی قانونی قم با سابقه بیش از ۱۵ سال می‌باشند.

۲. Anomaly: ناهنجاری

۳. سرآلت: Glans.

بن بست به اندازه ۳ تا ۴ سانتی متر می باشد و به ندرت است که مقدار عمق این بن بست، ۱ یا ۲ سانتی متر باشد، لذا به مقدار حشفه غالباً دخول صورت می گیرد. اما اگر مقاربت مورد نظر در تفسیر قرن و عفل را به معنای مقاربت عرفی دانستیم، قطعاً این مقدار از عمق کافی در صدق و تحقق عنوان مقاربت نمی کند و می تواند مصداق قرن قرار گیرد.

اینکه در تعابیر برخی از فقهاء آمده است که عفل و قرن بعد از زایمان به وجود می آید، ممکن است که اشاره شده باشد به کیست هایی که برخی مواقع پس از زایمان بین لب های کوچک و بزرگ ناحیه تناسلی پیش می آید که چنانچه عفونی شوند، ممکن است خیلی بزرگ شود، بطوری که مانع انجام مقاربت گردد. لکن این امری موقتی است و به راحتی قابل درمان است. امروزه با مصرف مقداری آنتی بیوتیک یا جراحی مختصری جهت خروج عفونت ها، این مانع از میان می رود. ممکن است که در گذشته به جهت کمبود دانش و امکانات پزشکی، گاهی این مانع به وجود می آمده است و فقهاء اشاره بدان داشته اند.

نسبت به درمان موارد مذکور، توده و تومور و غده قابل درمان است، همچنین پرده بکارتی که فاقد مجرای نفوذی است نیز درمان می شود. اما نسبت به بن بست که در ناحیه تناسلی به وجود می آید و توضیح آن گذشت، اقدامات ترمیمی انجام می شود و مجرا را عمق می بخشند.

افضاء

پیرامون این عنوان دو صورت وجود دارد که باید از یکدیگر تفکیک شود؛ چرا که ممکن است احکام هر یک متفاوت از دیگری باشد. یکی شدن دو مجرا و ارتباط دو مجرا. آنچه که در فقه و لغت مطرح شده است، صورت اول است، یعنی اتحاد دو مجرا، اما ارتباط دو مجرا به طوری که دو مجرا با یکدیگر متحد نشوند، آیا حکم صورت اول را دارد یا خیر، این محل تامل است.

در بیان فقه های معاصر نسبت به استبعاد اتحاد مخرج بول و حیض، گذشت که فرمودند چون مخرج بول از میان استخوانی عبور می کند و از طرفی لازمه اتحاد مخرج بول با مخرج دیگر این است که این استخوان شکسته شود، لذا قول مشهور را بعید دانستند و در این مطلب به برخی از کارشناسان علم تشریح نیز استناد کردند. اما آنچه حاصل نظر کارشناس پزشکی قانونی^۱ است خلاف این مطلب است و گفته می شود که در میان این سه مجرا هیچ ساختار استخوانی وجود ندارد، بنابراین اتحاد هر یک از این سه مجرا با دیگری ممکن است.

^۱. شخصی که با وی این مصاحبه صورت گرفته است.

اما نسبت به یکی شدن مجاری، یکی از مواردی که وجود دارد، یک اختلال مادرزادی است که در دوران جنینی آن هنگام که باید دو مجرای حیض و بول از یکدیگر افتراق پیدا کنند، این افتراق رخ نمی‌دهد و دو مجرای حیض و بول یکی می‌شود. این یک ناهنجاری بسیار سخت است و تقریباً قابل درمان نیست. منتها برای اینکه شخص زنده بماند، لوله‌هایی را جهت دفع ادرار به شکم او وصل می‌کنند و عمل‌های جراحی متعددی انجام می‌دهند که نهایتاً هم به نتیجه نمی‌رسد و شخص قبل از اینکه به مرحله ازدواج برسد، فوت می‌کند. همچنین ممکن است که به جهت آزار جنسی یا ضربه و تصادف و غیره، پارگی برای مجاری رخ دهد و آن دیواره‌ای که به عنوان فاصل میان دو مجرا است از بین می‌رود و یکی می‌شوند.

اما نسبت به ایجاد ارتباط میان دو مجرا و نه اتحاد آن‌دو، یعنی مواردی که پارگی نیست، لکن به دلالتی همچون اقدامات پزشکی (که ممکن است ناشی از قصور پزشکی باشد و گاهی ممکن است اقتضاء ذات خود اقدام درمانی چنین باشد) راهی میان دو مجرا به وجود می‌آید که از آن تحت عنوان فیستول یا فیسچول^۱ یاد می‌کنند. فیستول یک عنوان کلی است که چنین تعریف می‌شود: « یک مسیر تونل‌مانند یا چاله یا حفره‌ای که بین دو عضو بدن یا یک عضو و پوست بدن ایجاد می‌شود» این عنوان بر اساس محل ایجاد آن دارای اقسامی است که یکی از آن اقسام، فیستول واژن است. فیستول واژن مانند سایر انواع فیستول‌ها حفره‌ای جدا از اندام‌های طبیعی بدن است که در قسمت ناحیه تناسلی زنان و در نتیجه یک سبک زندگی پرعارضه یا وراثتی به وجود می‌آید. فیستول واژن خود دارای اقسامی است که البته همه انواع آن در دیواره واژن تشکیل می‌شود ولی با توجه به محل دهانه فیستول (که به کجا منتهی می‌گردد) از یکدیگر متمایز می‌شوند.

فیستول وزیکوواژینال که به مجاری ادراری باز می‌شود.

فیستول رکتواژینال که به راست روده باز می‌شود.

فیستول کولواژینال که به روده بزرگ باز می‌شود.

فیستول انترواژینال که به روده کوچک باز می‌شود.^۲

^۱. Fistula

^۲. توضیح: روده بزرگ غیر از روده کوچک است، مواد غذایی بعد از معده، ابتداء وارد روده کوچک شده و سپس وارد روده بزرگ می‌شود که به قسمت انتهایی روده بزرگ که به مقعد متصل می‌شود، راست روده می‌گویند.

گفته می‌شود که شایع‌ترین علت ایجاد فیستول واژن، آسیب‌های مربوط به زایمان‌های طولانی و دشوار و عمل جراحی جهت برداشتن رحم است. علل دیگری همچون بیماری کرون که یک بیماری التهابی روده است یا تومورهای سرطانی در راست روده و غیره می‌تواند باعث این بیماری بشود، حال اینکه به این حالت هم افضاء گفته می‌شود یا خیر، محل تامل است، زیرا همانطور که گفته شد، افضاء به یکی شدن و اتحاد دو مجرا اطلاق شده است، اما در این عنوان، دو مجرا یکی نمی‌شود و فقط راهی میان آن‌دو به وجود می‌آید و البته بلحاظ عملکردی، عملکرد یکسانی پیدا می‌کنند.

به نظر می‌رسد که چه بسا مراد اهل لغت و فقهاء از اتحاد مجاری، شامل ایجاد راه ارتباطی و در اصطلاح پزشکی فیستول نیز باشد و شواهدی بر این ادعا می‌توان ذکر نمود. اول اینکه گفته شد به لحاظ آماری افضاء به معنای اتحاد و یکی شدن دو مجرا، وقوع خارجی ندارد و یا بسیار ناپیچ است که این ندرت موارد، با روایات متعددی که در این زمینه آمده است تناسب ندارد. اما در مقابل به وجود آمدن راه ارتباطی میان مجاری، امری شایع و علل متعددی دارد، خصوصا که در گذشته به جهت کمبود امکانات پزشکی (نسبت به امروزه منظور است و الا در گذشته امکانات پزشکی به معنای طب سنتی رائج بوده است)، زایمان‌های طولانی و دشوار، می‌توانسته است که منجر به ناهنجاری فیستول بشود. امروزه که امکانات پزشکی پیشرفته‌ای وجود دارد تا وقت مناسب زایمان تشخیص داده شود، همچنین وضعیت جنین درون شکم جهت خروج مناسب و امور دیگری که در داشتن زایمانی راحت و بدون آسیب و یا همراه آسیب حداقلی دخالت دارد مورد بررسی قرار می‌گیرد، با این حال زایمان‌های دشوار یکی از مهمترین علل ایجاد فیستول‌ها شناخته شده است، در گذشته که چنین امکاناتی با این گستردگی نبوده است، زایمان کردن می‌توانسته به راحتی منجر به ایجاد فیستول بشود.

شاهد دوم این است که امروزه امکانات پیشرفته پزشکی وجود دارد که با آن وضعیت فیزیکی درون بدن را مشاهده می‌کنند، لکن اگر بگوئیم افضاء منحصر در معنای یکی شدن دو مجرا است، در گذشته از کجا و چگونه متوجه می‌شدند که حاجز و مانع میان دو مجرا از بین رفته است؟ آیا جز این است که بر اساس شواهد خارجی حکم به افضاء می‌کرده‌اند؟ به عنوان نمونه و شاید مهمترین

شاهد بر تحقق افضاء این بوده است که زن در هنگام خروج ادرار، خون مشاهده می‌کرده است.^۱ این امر ممکن بوده است که ناشی از ایجاد فیستول بوده باشد و گذشت که در فیستول هر چند اتحاد فیزیکی دو مجرا رخ نمی‌دهد، لکن اتحاد عملکردی وجود دارد. بنابراین شاید بتوان گفت که مراد از عنوان «اتحاد» اتحاد فیزیکی نباشد، بلکه مراد اتحاد عملکردی بوده باشد که در این صورت شامل هر دو مصداق خواهد بود و البته قدر متیقن از اتحاد نیز همین اتحاد عملکردی است (چرا که در اتحاد فیزیکی هم اتحاد عملکردی وجود دارد).

بلحاظ آماری و مراجعه به پزشک قانونی، مواردی که تحت عنوان افضاء جهت فسخ نکاح به پزشکی قانونی مراجعه کنند، بسیار نادر است، زیرا عمده موارد افضاء یا فیستول، بعد از ازدواج است و تحقق افضاء و فیستول قبل از ازدواج نادر است. البته نسبت به مواردی که شخص این عارضه را داشته است و لکن با مراجعه به پزشک درمان شده است و سپس ازدواج کرده است، این ابهام وجود دارد که آیا اینکه زوج با ارائه اسناد پزشکی، عیب سابق زوجه را ثابت کند و به جهت عدم اطلاع‌رسانی به وی، اعتراض نماید و تقاضای اخذ حق فسخ نماید، آیا این حکم مفضضة بر او صادق است یا خیر؟ این محل اختلاف است. لکن به نظر می‌رسد که حکم مساله روشن باشد، چرا که ظهور عناوین در ادله، فعلیت آنهاست، لذا وقتی شخص به معصوم رجوع کرده است و سوال از حکم زن افضاء شده می‌پرسد، ظهور اولیه در این دارد که زن بالفعل افضاء شده است و نه اینکه سابقا افضاء شده و الان درمان شده است. بله در محل فرض، می‌توان از باب تدلیس امکان جریان حق فسخ را برای زوج مورد بررسی قرار داد، لکن از جهت صدق عنوان «افضاء» دشوار است.

جمع‌بندی

برخی از عیوب زنان که محل جریان حق فسخ قرار گرفته است، عقل، قرن و افضاء می‌باشد. اینکه عقل و قرن دو ماهیت متفاوت‌اند و یا متحدند در میان فقهاء و اهل لغت اختلافی است، اکثریت ایشان قائل به اتحاد شده‌اند. معنای این دو عنوان، وجود شی‌ای در فرج است که مانع مقاربت می‌شود. این مانع ممکن است که درون فرج باشد و یا بیرون فرج، لکن ظاهر کلمات اهل لغت و فقهاء صورت اول است و بلحاظ مصادیق خارجی نیز همین صورت تایید می‌شود. اینکه

^۱. البته از طریق لمس و حس نیز چه بسا افضاء تشخیص داده شود، بدین صورت که متوجه اتساع و توسعه غیرعادی در محل واژن شوند، لکن لمس چنین اتساعی متفرع بر این است که عرض مجرای بول به ضمیمه اندازه حاجز میان مجرای حیض و مجرای بول بقدری باشد که از بین رفتن آن حاجز موجب چنین اتساعی بشود.

جنس این مانع چیست، آیا استخوان است و یا گوشت و یا شامل غدد و جوش و غیره نیز می‌گردد، میان لغویین و فقهاء مختلف است، چنانچه موارد خارجی را ضمیمه کنیم، روشن می‌شود که قطعا این شیء درونی از جنس استخوان نیست، بلکه تومورها و یا غدد گوشتی است که در ناحیه تناسلی به وجود می‌آید و مانعیتی جهت دخول به وجود نمی‌آورد. بنابراین چه بسا بتوان نظر اهل لغت و فقهاء را حمل نمود بر وجود پرده‌های بکارت بدون منفذ و یا بن‌بست‌هایی که راه واژن به رحم را مسدود می‌کند. شکل‌گیری کیست‌های عفونی پس از زایمان نیز می‌تواند مصداق این عناوین (صرف نظر از جریان حکم) قرار گیرد. همچنین از آنجایی که در اخبار این دو عنوان معلل شده‌اند به عدم امکان مقاربت، لذا باید موضع خود را نسبت به تفسیر مقاربت نیز روشن نمود. چنانچه مقاربت را به معنای مجامعت مطلوب و عرفی تفسیر نمائیم، ممکن است که وجود تومورها و یا غددی که مانع تکوینی دخول نیستند، لکن مقاربت مطلوب را حاصل نمی‌کنند، از مصادیق این عیوب قرار گیرند.

افضاء در کلمات لغویین و فقهاء به اتحاد دو مسلک تفسیر شده است و در تعیین دو مسلک اختلاف وجود دارد. مشهور میان فقهاء اتحاد مسلک بول و مسلک حیض است و قول به اتحاد دو مسلک حیض و غائط نیز خالی از وجه نیست. لکن با توجه به اصل معنای لغوی این واژه، تفسیر موسع که شامل همه اقسام شود، انسب می‌باشد. با رجوع به موارد خارجی، صورت دیگری نیز وجود دارد که حقیقت اتحاد مجاری در آن نیست، بلکه حفره یا تونلی است که دو مسلک را به یکدیگر مرتبط کرده است و بعید نیست که رأی اهل لغت و فقهاء نیز شامل این مورد نیز بشود. در این عارضه که به فیستول تعبیر می‌شود دو مجرا به لحاظ عملکردی متحد می‌شوند به گونه‌ای که آنچه باید از مجرای خاص خارج گردد، از مجرای دیگر نیز خارج می‌شود.

تأثیر عنن در ایجاد حق فسخ نکاح

استاد راهنما: استاد فاضل

نویسنده:

مجید فتحی^۱

مقدمه:

یکی از عیوب منصوصه مربوط به مردان که باعث ایجاد حق فسخ نکاح برای زوجه می‌شود، عنن (نعوظ نیافتن آلت تناسلی) است، این نوشتار در صدد اثبات این نکته است که، پیدایش عنن خواه قبل از عقد باشد و خواه بعد از آن، همچنین خواه قبل از وطی باشد و خواه بعد از آن، باعث پیدایش حق فسخ برای زن خواهد بود، دلیل این مطلب روایات صحیحه و منجیره است، هر چند به خاطر تقابل این روایات با اصالة اللزوم در معاملات، باید به قدر متیقن از موارد آن بسنده نمود و آن موردی است که عین، تمام قیود مطرح شده در روایات را داشته باشد، در ادامه به بررسی ادله و قیود مطرح شده در آن پرداخته خواهد شد.

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

تعریف لغوی و اصطلاحی عنن

در برخی از کتب لغوی علاوه بر ناتوانی از جماع، قید عدم تمایلات جنسی نیز در تعریف عنن مطرح شده است؛ جوهری در کتاب صحاح، عنن در مرد را اینگونه تعریف نموده است: «رَجُلٌ عَنِینٌ: لَا یَرِیدُ النِّسَاءَ» (۶، ۲۱۶۶)، ابن منظور نیز عنصر بی میلی نسبت به زنان را در مفهوم عنن دخیل دانسته است: «العَنِینُ: الَّذِی لَا یَأْتِی النِّسَاءَ وَلَا یرِیدَهُنَّ» (لسان العرب: ۸۳، ۲۹۰)، چنانکه همین مطلب از عبارات قیومی در مصباح المنیر استفاده شده است، وی بی میلی از جنس مخالف را در تعریف عنن در زنان نیز موثر دانسته است: «رَجُلٌ عَنِینٌ: لَا یَقْدُرُ عَلَی إِثْبَانِ النِّسَاءِ أَوْ لَا یَشْتَهِی النِّسَاءَ وَ امْرَأَةٌ عَنِینَةٌ لَا تَشْتَهِی الرِّجَالَ» (۲، ۴۳۳). اما در عبارات اکثر فقهاء سخنی از تاثیر بی میلی جنسی در تحقق عنوان عنن، به میان نیامده است، بلکه توان یا ناتوانی جسمی مرد در مجامعت با زنان، به عنوان تنها عامل تاثیر گذار در پیدایش حق فسخ برای زن مطرح شده است، بنابراین ناتوانی مرد در ایجاد رابطه جنسی، نوعی ضعف عضو (مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۸، ۱۰۴) و بیماری جسمی قلمداد شده که به معنای عدم نعوظ و نشر آلت مذکر است به گونه ای که در اثر آن، آمیزش ممکن نشود (شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۲، ۲۶۳)، بلکه برخی با صراحت، دخالت قید بی میلی را در تحقق مفهوم عنن منتفی دانسته اند (جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ۳۰، ۳۲۴)، البته امور مختلفی می توانند منشأ پیدایش این بیماری جسمی به شمار آیند چنانکه برخی از فقهاء حتی سحر را نیز یکی از اسباب تحقق عنن دانسته یا ناتوانی جنسی حاصل از سحر را نیز در حکم عنن تلقی نموده اند (کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ۷، ۳۶۳)، در اینباره اشاراتی در روایات نیز وجود دارند که در ادامه بررسی شده است، در مقابل، برخی از فقهای معاصر همسو با معنای لغوی عنن، قید فقدان تمایلات جنسی را در ماهیت آن دخیل دانسته اند (کتاب نکاح، ۲۰، ۶۴۴۶)، دلیل ایشان این است که در تعدادی از کتاب های لغت در مورد بعضی از زن ها نیز تعبیر (عَنِینَة) به کار برده شده است (الصحاح، ۶، ص: ۲۱۶۶)، و این بدان معناست که عنن، صرفاً به معنای ناتوانی جنسی ناشی از نشر عضو مذکر نیست، زیرا اساساً چنین تعریفی در مورد زنان صدق نمی کند، پس منظور از عنن چیز دیگر است، بنابراین هر چند در فرض عنن هیچ گاه حالت نعوظ برای مرد رخ نمی دهد، اما صرف عدم نعوظ را نمی توان به عنوان تنها عامل تعیین کننده در تحقق عنوان عنن دانست.

تاثیر عنن در انفساخ عقد یا ثبوت حق فسخ برای زن

اگر اثبات شود که عنن از اسباب قهری بطلان عقد و در اصطلاح موجب انفساخ آن باشد، در آن صورت برای جدایی زن از مرد نیازی به انشاء فسخ نخواهد بود، به خلاف وقتی که عنن موجب پیدایش حق فسخ باشد، در این صورت با وجود شرایطی، صرفاً حق فسخ عقد برای زن ایجاد خواهد شد، بنابراین وی می تواند از حق خود استفاده کند یا آنرا اسقاط نماید، به نظر بعضی از فقهاء از بررسی برخی روایات استفاده می شود که وجود عنن در مرد، موجب انفساخ قهری عقد می شود، از جمله:

(موتّقه عَمَّارِ ساباطی) مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُصَدِّقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارِ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَخَذَ عَنِ امْرَأَتِهِ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى اثْبَاتِهَا فَقَالَ إِنْ كَانَ لَا يَقْدِرُ عَلَى اثْبَاتِهَا مِنْ النِّسَاءِ فَلَا يُمْسِكُهَا إِلَّا بِرِضَاهَا بِذَلِكَ وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى غَيْرِهَا فَلَا بَأْسَ بِأُمْسَاكِهَا. (الكافي (ط - الإسلامية) ۵: ۴۱۱)

روایت از نظر سندی موتّقه است، از نظر دلالتی، مکلف در این روایت، خود عتّین است، امام علیه السلام فرموده‌اند: اگر مرد توان مجامعت با سایر زنان را ندارد، نباید همسر خود را نگه دارد، این جمله بیانگر این است که عقد خود به خود منفسخ شده است و احتیاجی به فسخ از سوی زن نیست، چرا که گاهی زن راضی به ادامه دادن زندگی با شوهر خودش نیست، اما نمی‌داند که حق فسخ دارد، به همین خاطر فسخ نمی‌کند، در حالیکه فسخ متوقّف بر این است که زن از داشتن چنین حقی اطلاع داشته باشد، بنابراین روایت در صدد بیان این نکته است که پس از اثبات عنن، آن زن، همسر او نیست تا بتواند او را نگه دارد، بلکه اگر زن ناراضی است مرد باید او را رها کند و اصراری بر ادامه زندگی با وی نداشته باشد، در حالیکه اگر بحث در مورد اثبات حق فسخ بود، باید خود زن، محلّ بحث در این روایت قرار می‌گرفت که اگر خواست حق فسخ خود را اعمال کند و اگر نخواست، آنرا اسقاط نماید، در واقع اعمال یا اسقاط حق فسخ ارتباطی به مرد ندارد تا بخواهد از این ناحیه مکلف به تکلیفی باشد (کتاب نکاح ۲۰، ۶۴۴هـ)، البته چنانکه در ادامه ذکر خواهد شد، اکثر فقهاء از این روایت نیز ثبوت حق فسخ برای زن را برداشت کرده‌اند، بنابراین بر فرض اینکه ادله مطرح شده در این بحث در صدد اثبات حق فسخ برای زن هستند و ارتباطی به انفساخ قهری عقد ندارند، به بیان صورت‌های مختلفی که برای تحقّق عنن قابل تصویر هستند پرداخته خواهد شد.

با توجه به اینکه حدوث عنن ممکن است قبل از عقد یا بعد از آن (خواه قبل از وطی یا بعد از وطی) رخ دهد، بنابراین صورت‌های فرضی در ضمن سه مساله مطرح خواهند شد، در مورد عنن حادث قبل از عقد و همچنین عنن حادث بعد از عقد (و قبل از دخول) تقریباً تمام فقهاء، با شرایطی حق فسخ برای زن را ثابت دانسته‌اند و نظریه مخالفی در این زمینه یافت نشده است، اما نسبت به عنن حادث بعد از عقد (و بعد از دخول) برخی مثل شیخ مفید حق فسخ را برای زن ثابت ندانسته‌اند (المقنعة، ۵۲۰)، اما برخی از فقهاء از جمله شهید ثانی (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ۸، ۱۰۵)، معتقد به اثبات حق فسخ شده‌اند، در ادامه ادله هر نظریه و نقدهای احتمالی آن بیان خواهد شد.

صور مساله حدوث عنن

مساله اوّل: حدوث عنن قبل از عقد

فقهاء عنن سابق بر عقد را با شرایطی موجب پیدایش حق فسخ برای زن دانسته‌اند، برای این مدّعا به ادله‌ای استناد شده است از جمله:

اَوَّل: اجماع منقول و محصل

صاحب جواهر برای این ادعا که پیدایش عنن قبل از عقد قطعاً موجب پیدایش حق فسخ برای زن خواهد شد، به اجماع منقول و محصل استدلال فرموده است (۳۰: ۳۲۴)

دَوَم: روایات

به طور کلی روایاتی که در مورد عنن وارد شده‌اند را می‌توان به دو طایفه کلی تقسیم نمود:
طایفه اوّل: روایاتی که وجود عنن را باعث انفساخ قهری عقد دانسته‌اند، و طایفه دوّم: روایاتی که بیانگر ثبوت حق فسخ برای زن هستند، برای طایفه اوّل می‌توان به این روایت اشاره نمود:

(موتّقه عَمَّار ساباطی) مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُصَدِّقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارِ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَخَذَ عَنْ امْرَأَتِهِ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى إِثْبَانِهَا فَقَالَ إِنْ كَانَ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِثْبَانِ غَيْرِهَا مِنَ النِّسَاءِ فَلَا يُمَسِّكُهَا إِلَّا بِرِضَاهَا بِذَلِكَ وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى غَيْرِهَا فَلَا بَأْسَ بِأَمْسَاكِهَا. (الكافي (ط - الإسلامية) : ۵ : ۴۱۱)

چنانکه بیان شد، روایت از نظر سندی موتّقه است، و به کیفیت استفاده انفساخ عقد از این روایت اشاره شد.

طایفه دوّم را می‌توان به هفت دسته تقسیم نمود؛

دسته اوّل: روایاتی که در فرض عنن، حق فسخ برای زن را، به صورت مطلق ثابت دانسته‌اند از جمله:
(صحیحه ابی بصیر) عَنْهُ عَنْ صفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ امْرَأَةٍ ابْتُلِيَ زَوْجُهَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ أَثْقَارُ فَقَالَ نَعَمْ إِنْ شَاءَتْ. قَالَ ابْنُ مُسْكَانَ وَ فِي حَدِيثٍ آخَرَ تَنْتَظِرُ سَنَةً فَإِنْ أَتَاهَا وَإِلَّا فَارْقَتْهُ فَإِنْ أَحَبَّتْ أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ فَلْتَقِمِ. (الكافي (ط - الإسلامية) : ۵ : ۴۱۱)
چنانکه صاحب جواهر نیز اشاره نموده، روایت صحیحه است (۳۰: ۳۲۵).

(روایت ابوالصباح کنانی) عَنْهُ (الحسين بن سعيد) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضِيلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ امْرَأَةٍ ابْتُلِيَ زَوْجُهَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ أَبَدًا أَثْقَارُ فَقَالَ نَعَمْ إِنْ شَاءَتْ. (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان) : ۷ : ۴۳۱)

صاحب جواهر در مورد سند این روایت تعبیر به (صحیح) فرموده است (۳۰: ۳۲۵)، حسین بن سعید اهوازی و ابراهیم بن نعیم (أبو الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ) هر دو توثیق خاص دارند، اما مُحَمَّد بن فضیل (محمّد بن فضیل بن کثیر الصیرفی الأزدي أبو جعفر الأزرق) توثیق خاص ندارد، بلکه شیخ طوسی وی را تضعیف کرده است (رجال الطوسی ۳۴۳)، و با توجّه به اینکه صفوان بن یحیی فقط یک روایت از او نقل کرده است (من لا یحضره الفقیه، ۵۱، ۳)، نمی‌توان از طریق کثرت نقل مشایخ ثلاثه از وی، وثاقتش را اثبات نمود، اما در مجموع ۲۸۲ روایت از وی در کتب اربعه ذکر شده است که غالب آنها در کتاب شریف کافی موجودند، بنابراین طبق مبنای وثاقت راویان موجود در کتاب کافی و با توجّه به کثرت نقل کلینی از مُحَمَّد بن فضیل،

می‌توان وثاقت وی را اثبات نمود، به هر حال حتّی در صورت ثابت نشدن وثاقت وی، روایات مطلقه و صحیحیه دیگری مانند صحیحیه ابو بصیر (الکافی (ط - الإسلامية)؛ ۵: ۴۱۱) در این زمینه وجود دارند.

(روایت غیاث بن ابراهیم) ابن عیسی، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى، عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ جَعْفَرٍ، عَنْ أَبِيهِ "أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام لَمْ يَكُنْ يَرُدُّ مِنَ الْحَقِّ وَيَرُدُّ مِنَ الْعَنَنِ. (الوافي؛ ج ۲۲؛ ص ۵۷۷).

صاحب جواهر با تعبیر (خبر) در مورد این روایت، اشاره به ضعف آن داشته است (۳۰: ۳۲۵)، این در حالی است که ابن عیسی (أحمد بن محمد بن عیسی) و محمد بن یحیی الخزاز و غیاث بن ابراهیم التمیمی، همگی امامی و ثقة هستند، بنابراین روایت صحیحیه است،

البته به نظر می‌رسد که صاحب جواهر این روایت را از وافی نقل فرموده، زیرا در نسخه وافی (ج ۱۲ ص ۸۴) عبارت (يَرُدُّ مِنَ الْعَنَنِ) آمده است، در حالیکه وافی این روایت را از کتاب تهذیب نقل کرده است، و چنانکه در نقل وسایل از تهذیب نیز ذکر شده است (وسائل الشیعه، ۲۱، ۲۲۶)، در نسخه اصلی روایت در کتاب تهذیب (۷، ۴۳۲) عبارت (يَرُدُّ مِنَ الْعُسْرِ) وارد شده است، بنابراین می‌توان ادعا کرد مرحوم فیض در نقل خود دچار اشتباه شده و به تبع ایشان صاحب جواهر به این روایت تمسک کرده است، در حالیکه روایت مربوط به مورد جنون و خارج از محل بحث خواهد بود.

دسته دوم: روایاتی که ثبوت حق فسخ برای زن را مشروط به مواقعه نکردن مرد با وی نموده‌اند، از جمله:

(روایت غیاث ضبی) أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَبَانَ عَنْ عَبْدِ الصَّبِيِّ^۱ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: فِي الْعِنَنِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ عِنْنٌ لَا يَأْتِي النِّسَاءَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَإِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا وَقَعَةً وَاحِدَةً لَمْ يَفْرَقْ بَيْنَهُمَا وَالرَّجُلُ لَا يَرُدُّ مِنْ غَيْبٍ. (الکافی (ط - الإسلامية)؛ ۵: ۴۱۰).

صاحب جواهر با تعبیر (خبر) در مورد این روایت، اشاره به ضعف آن داشته است (۳۰: ۳۲۴)، غیر از غیاث ضبی همه راویان حدیث، امامی و ثقة هستند، اما غیاث ضبی توثیق خاص یا عام مورد قبولی ندارد، بنابراین روایت ضعیف است. از نظر دلالتی با توجه به اینکه کبرای کلی که در آخر این روایت ذکر شده است (وَالرَّجُلُ لَا يَرُدُّ مِنْ غَيْبٍ) باعث خروج مورد خود روایت (الْعِنْنُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ عِنْنٌ لَا يَأْتِي النِّسَاءَ) از حکم خودش (فَرَّقَ بَيْنَهُمَا) خواهد شد، و با توجه به موارد نقض دیگری که حق فسخ برای زن را در صورت وجود عیوب منصوصه مانند خصاء در مرد اثبات می‌نمایند، دلالت روایت دچار اجمال است، بنابراین برای استدلال مفید نیست

(روایت سکونی) عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام مَنْ أَتَى امْرَأَتَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً ثُمَّ أَخَذَ عَنْهَا فَلَا خِيَارَ لَهَا. (الکافی (ط - الإسلامية)؛ ۵: ۴۱۲)

^۱ .في التهذيب والاستبصار والفتاوى «غياث الطي»

صاحب جواهر با تعبیر (خبر) در مورد این روایت نیز، اشاره به ضعف آن داشته است (۳۰: ۳۲۵)، در حالیکه هر چند حسین بن یزید النوفلی و إسماعیل بن أبي زياد السكوني، توثیق خاص ندارند، اما مشهور فقهاء روایات سکونی را مقبول دانسته‌اند، نوفلی نیز به واسطه اینکه راوی کتاب و روایات سکونی بوده است، مورد قبول متأخرین قرار گرفته است، بنابراین روایت معتبر است.

(موتّقه اسحاق بن عمار) مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كَلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عليه السلام أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَقُولُ إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَقَعَ عَلَيْهَا مَرَّةً ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهَا فَلَيْسَ لَهَا الْخِيَارُ لِتَصْبِرَ فَقَدْ ابْتُلِيَتْ. (تهذيب الأحكام، ۷: ۴۳۰)

غیاث بن کلوب بن فیهس، ثقه عامی مذهب است، سایر راویان همگی امامی مذهب و ثقه هستند بنابراین روایت موثقه است

البته مرحوم نوری این روایت را با یک جمله بیشتر ذکر کرده است، عبارت وسایل چنین است:

و يَأْسُنَادُهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كَلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عليه السلام أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَقُولُ إِذَا زَوَّجَ الرَّجُلَ امْرَأَةً فَوَقَعَ عَلَيْهَا ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهَا فَلَيْسَ لَهَا الْخِيَارُ لِتَصْبِرَ فَقَدْ ابْتُلِيَتْ وَ لَيْسَ لِمَهَّاتِ الْأَوْلَادِ وَ لَا الْإِمَاءِ مَا لَمْ يَمَسَّهَا مِنَ الدَّهْرِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً خِيَارًا. (۲۱: ۲۳۱)

اما جمله‌ای که این محقق در پایان روایت ذکر فرموده در واقع قسمتی از عبارت شیخ طوسی رحمه الله است، مرحوم شیخ بعد از ذکر روایت در تهذیب این عبارت را بیان فرموده است:

«و لَيْسَ لِمَهَّاتِ الْأَوْلَادِ وَ لَا الْإِمَاءِ مَا لَمْ يَمَسَّهَا مِنَ الدَّهْرِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً خِيَارًا فَأَمَّا الَّذِي ذَكَرَهُ رَحِمَهُ اللَّهُ مِنَ التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْعَتَةِ إِذَا حَدَّثَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ وَ بَيْنَهُ إِذَا كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ إِنَّمَا حَمَلَهُ عَلَى ذَلِكَ عُمُومُ الْأَخْبَارِ الَّتِي رُوِيَ فِي ذَلِكَ مِثْلَ مَا رَوَاهُ» (۷: ص ۴۳۱)

دسته سوم: روایاتی که ثبوت حق فسخ برای زن را مشروط به گذشت یک سال (بصورت مطلق) دانسته‌اند، از جمله:

(صحيحه محمد بن مسلم) الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: الْعَيْنُ يُتَرَبَّصُ بِهِ سَنَةً ثُمَّ إِنْ شَاءَتْ امْرَأَتُهُ تَزَوَّجَتْ وَ إِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ. (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان): ۷: ۴۳۱)

همه راویان حدیث، امامی مذهب و ثقه هستند بنابراین حق با صاحب جواهر است که در مورد سند این روایت تعبیر به (صحیح) فرموده است (۳۰: ۳۲۵).

دسته چهارم: روایاتی که ثبوت حق فسخ برای زن را مشروط به گذشت یک سال (به جهت درمان) دانسته‌اند، از جمله:

(روایت ابو الصباح کنانی) عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْقُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ قَالَ: إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَهُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى النَّسَاءِ أَجَلَ سَنَةٍ حَتَّى يُعَالِجَ نَفْسَهُ. (تهذيب الأحكام ۷: ۴۳۱)
بررسی سندی این روایت ذیل روایات دسته اول ذکر شد.

دسته پنجم: روایاتی که ثبوت حق فسخ برای زن را مشروط به گذشت یک سال از زمان مرافعه وی نزد حاکم دانسته‌اند، مانند:

(روایت ابو البختری) أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبِي الْبُخْتَرِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ أَبِيهِ عليه السلام أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَقُولُ يُؤَخَّرُ الْعَيْنُ سَنَةً مِنْ يَوْمِ تَرَفَعَهُ امْرَأَتُهُ فَإِنْ خَلَصَ إِلَيْهَا وَ إِلَّا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَإِنْ رَضِيَتْ أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ ثُمَّ طَلَبَتْ الْخِيَارَ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَدْ سَقَطَ الْخِيَارُ وَلَا خِيَارَ لَهَا. (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان): ۷: ۴۳۱)

صاحب جواهر با تعبیر (خبر) در مورد این روایت، اشاره به ضعف آن داشته است (۳۰: ۳۲۶)، وهب بن وهب القرشي معروف به أبوالبختري، عامی مذهب بوده و توثیق خاص ندارد، بلکه نجاشی وی را کذاب معرفی نموده است (رجال النجاشي ۴۳۰)

دسته ششم: روایاتی که ثبوت حق فسخ برای زن را مشروط به ناتوانی مرد از وطی سایر زنان غیر از زوجه خود دانسته‌اند، از جمله:

(موثقه عمار ساباطی) مُحَمَّدُ بْنُ يُحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُصَدِّقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارِ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَنَّهُ سِئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَخَذَ عَنِ امْرَأَتِهِ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى إِثْبَانِهَا فَقَالَ إِنْ كَانَ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِثْبَانِ غَيْرِهَا مِنَ النِّسَاءِ فَلَا يُمَسِّكُهَا إِلَّا بِرِضَاهَا بِذَلِكَ وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى غَيْرِهَا فَلَا بَأْسَ بِمَا سَاكَبَهَا. (الكافي (ط - الإسلامية): ۵: ۴۱۱)

روایت موثقه است، در نسخه کافی (۵: ۴۱۱) و من لا يحضر (۳: ۵۵۱) و تهذيب (۷: ۴۲۹) تعبیر (أَخَذَ) با صیغه مجهول و از باب تفعیل وارد شده است، اما در نسخه استبصار (۳: ۲۵۰) تعبیر (أَخَذَ) با صیغه معلوم و از ثلاثی مجزء آمده است، با توجه به اینکه مرحوم شیخ طوسی در استبصار این روایت را از کافی نقل کرده است، تعبیر (أَخَذَ) صحیح است، واژه أَخَذَ (تاخید) به معنای سحر نمودن مرد برای ناتوان کردن وی از مجامعت با غیر همسر خود است، زمخشری در این زمینه نوشته است:

«و ضبطه مجازاً عن الاختيال لزوجه بحيل من السحر تمنعه بها عن غيرها، و يقال: لفلانة أخذة تؤخذ بها الرجال عن النساء» (الفاق في غريب الحديث: ۱، ۲۴).

واسطی نیز در تاج العروس تاخید را اینگونه معنا نموده است:

«و التأخيد: أن تحال المرأة بحيل في منع زوجها عن جماع غيرها، وذلك نوع من السحر، أو هي خردة يؤخذ بها النساء الرجال» (۵، ۳۴۶)

چنانکه در پاورقی کتاب کافی نیز تاخیز در همین معنای محدود به کار رفته است:

«التأخیز: حبس السواحر ازواجهن عن غیرهن من النساء» (۴۱۱: ۵).

نکته قابل تأمل این است که اگر تاخیز به معنای سحر نمودن مرد از مباشرت با غیر همسر خود باشد (که معمولاً این اقدام نیز توسط خود زوجه صورت می‌پذیرفته است)، موضوع عجزی که حاصل از سحر باشد از بحث فعلی خارج خواهد بود، زیرا عنن مورد بحث در جایی است که مرد از مباشرت با همسر خودش عاجز باشد، و پس از اینکه اثبات شد از مباشرت با دیگر زنان نیز عاجز است، با شرایطی حق فسخ برای همسر وی ایجاد شود، اما اگر مرد از مباشرت با همسر خود عاجز نیست و فقط در اثر تاخیز از مباشرت با سایر زنان ناتوان شده باشد، وجهی برای شکایت زن و مراجعه وی به حاکم و پیدایش حق فسخ برای وی نخواهد بود و این فرض از مصادیق مورد بحث خارج است، بنابراین نباید تاخیز را به معنای سحر کردن مرد برای ناتوانی وی از آمیزش با سایر زنان معنا نمود بلکه اگر تاخیز به معنای سحر نمودن مرد از مطلق آمیزش با هر زنی اعم از همسر خودش یا سحر نمودن وی از آمیزش با خصوص همسر خودش باشد، چنین فرضی داخل در محل بحث خواهد بود، چنانکه مورد روایت نیز مربوط به سحر نمودن مرد در جهت ناتوانی از مجامعت با همسر خودش است.

(روایت ابو الصباح کنانی) عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ قَالَ: إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَهُوَ

لَا يَقْدِرُ عَلَى النِّسَاءِ أَجَلَ سَنَةٍ حَتَّى يُعَالِجَ نَفْسَهُ. (تهذیب الأحکام ۷: ۴۳۱)

بررسی سندی این روایت ذیل روایات دسته اول ذکر شد.

دسته هفتم: روایاتی که ثبوت حق فسخ برای زن را مشروط به علم به ناتوانی مرد از وطی سایر زنان غیر از زوجه خود دانسته اند، بنابراین ظاهر روایت بیانگر این نکته است که علم به ناتوانی مرد نوعی طریق برای اثبات تحقق عنن در مرد است، از جمله:

(روایت غیاث ضبی) أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَبَانَ عَنْ عَبْدِ الصَّبَّاحِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: فِي الْعِنَيْنِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ عِنَيْنٌ لَا يَأْتِي النِّسَاءَ فُرْقٌ بَيْنَهُمَا وَإِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا وَقَعَةٌ وَاحِدَةٌ لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَهُمَا وَالرَّجُلُ لَا يُرَدُّ مِنْ عَيْبٍ. (الكافي ۵: ۴۱۰).

بررسی سندی این روایت ذیل روایات دسته دوم ذکر شد.

(روایت علی بن جعفر) وَ سَأَلْتُهُ عَنْ عِنَيْنٍ دَلَسَ نَفْسَهُ لِمَرْأَةٍ، مَا حَالُهُ؟ قَالَ: «عَلَيْهِ الْمَهْرُ، وَيَفْرُقُ بَيْنَهُمَا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَأْتِي النِّسَاءَ» (قرب الإسناد ۲۴۹)

۱. فی التهذیب والاستبصار و الفقیه «غیاث الظبی»

به نظر برخی از فقهای معاصر حفظه الله، به جهت غلط‌های فراوانی که در نسخه موجود از کتاب قرب الاسناد وجود دارد، نمی‌توان به روایات این کتاب اعتماد کرد (کتاب نکاح (زنجان)، ۲، ۵۹۱)، اما همین روایت در کتاب مسائل علی بن جعفر علیه السلام نیز وارد شده است (مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها، ص: ۲۷۶)، و با توجه به اینکه مرحوم کلینی و شیخ طوسی طریق معتبر به کتاب علی بن جعفر دارند (کتاب نکاح (زنجان)، ۵، ۱۷۲۹)، می‌توان به روایات آن اعتماد نمود، صاحب وسایل سند این روایت را اینگونه ذکر کرده است:

عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ طَرِيفٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلْوَانَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام أَنَّهُ كَانَ يَقْضِي فِي الْعَيْنِ أَنَّهُ يُؤَجَّلُ سَنَةً مِنْ يَوْمِ تَرَفُّعِهِ الْمَرْأَةِ. (وسائل الشيعة؛ ۲۱: ۲۳۲).

در سلسله این سند حسین بن علوان قرار دارد که عامی مذهب بوده (رجال النجاشی ۵۲) و هیچ توثیق خاص یا عامی ندارد، بنابراین حتی در فرض امکان اعتماد به روایات کتاب علی بن جعفر، اما خصوص این روایت قابل استناد نخواهد بود، البته مرحوم آیت الله خویی با بررسی کلام نجاشی در مورد حسین بن علوان، به این نتیجه رسیده است که توثیق موجود در کلام وی مربوط به حسین بن علوان است نه حسن بن علوان، عبارت نجاشی اینست:

«الحسين بن علوان الكلبي؛ مولا هم كوفي عامي، وأخوه الحسن يكنى أبا محمد ثقة، روى عن أبي عبد الله عليه السلام، وليس للحسن كتاب، والحسن أخص بنا وأولى روى الحسين عن الأعمش و هشام بن

عروة»، (رجال النجاشی، ۵۲، ش ۱۱۶)

مرحوم آیت الله خویی با اعتقاد به معترضه بودن جمله (و أخوه الحسن يُكنى أبا محمد)، کلمه (ثقة) را مربوط به حسین بن علوان دانسته است، دلیل ایشان این است که نجاشی در مقام بررسی وضعیّت وثاقت حسین بن علوان بوده است نه برادرش حسن، پس اوصاف به کار رفته در عبارت همگی به حسین مربوط خواهند بود، البته از عبارت نجاشی در خط بعد (و الحسن أخص بنا وأولى)، توثیق حسن بن علوان نیز قابل اثبات است (معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة، ۵، ۳۷۶، ش ۲۹۲۹)، سپس مرحوم خویی مؤیداتی را از کلام ابن عقده ذکر کرده است (معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة؛ ۷: ۳۴، ش ۳۵۰۸)، در صورت پذیرش کلام مرحوم خویی، وثاقت حسین بن علوان ثابت و روایت قابل استناد خواهد بود.

بررسی اجماع: با توجه به نصوص متعدّدی که در این زمینه وارد شده‌اند و احتمال استناد مجمعین به همین نصوص، اجماع محتمل المدرك است و طبق نظر مشهور فقهاء، بی اعتبار خواهد بود، البته برخی از فقهای معاصر، محتمل المدرك بودن اجماع را باعث سقوطش از درجه اعتبار ندانسته‌اند، بنابراین در صورتی که اجماع بدون کمک گرفتن از مدارک موجود، کاشف از قول معصوم باشد، به آن در کنار سایر ادله روایی استناد فرموده‌اند (کتاب نکاح (زنجان)، ۲۰، ۶۴۲۰)

بررسی سندی مجموع روایات

برخی از روایات ذکر شده از نظر سندی معتبرند مانند صحیحہ ابوبصیر و محمد بن مسلم و موثقہ اسحاق بن عمار، و برخی دیگر از این روایات که معمولاً در دسته روایات مقیّده هستند، ضعیف‌اند، اما با توجّه به اهمیّت این روایات و تاثیر آن در تعیین محدوده موضوع و حکم مسأله، باید راهی را برای اعتبار بخشی به آنها پیدا نمود، چنانکه بعضی از فقهاء مثل مرحوم صاحب جواهر، عمل اصحاب را جابر ضعف سندی این روایات دانسته است، بنابراین ضعف سندی برخی از روایات، مانع از تمسّک به مدلول آنها نخواهد شد (۳۰؛ ۳۶).

بررسی دلالتی روایات

اغلب روایات، دلالت نصّی یا اطلاقی در ثبوت حقّ فسخ برای زن دارند، البته چنانکه اشاره شد، برخی از این روایات، ثبوت حقّ فسخ را به صورت مطلق و برخی دیگر مقیّد به وجود قیود یا شرایطی نموده‌اند، از میان روایات ذکر شده، در ضمن دسته اوّل صحیحہ ابوبصیر هر چند از سایر جهاتی که در دسته‌های بعدی مطرح گردیده مطلق است، مانند اینکه مرد با همسر خود واقعه کرده باشد یا خیر، یکسال از زمان مرافعه زن نزد حاکم گذشت باشد یا خیر، ولی ظاهراً از جهت قبل یا بعد از عقد بودن عنن اطلاق ندارد، زیرا ظهور روایت در مورد حدوث عنن بعد از عقد است، چنانکه ابتلاء به زوج نسبت داده شده است (عَنْ امْرَأَةٍ ابْتُلِيَ زَوْجُهَا) و ظهور اوّلیه عناوین در فعلیّت داشتن آنها است، بنابراین مرد وقتی دچار عنوان عنن شده که متّصف به زوجیّت بوده است، همچنین موثقہ اسحاق بن عمار که در ذیل دسته دوّم روایات مطرح شد، ظهور در عنن حادث بعد از عقد دارد، زیرا بر فرض اعراض از زوج به معنای عنن تفسیر شود، اما فرض خود روایت (إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَقَعَ عَلَيْهَا مَرَّةً ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهَا) مربوط به عنن بعد از عقد است، پس این دو روایت با اینکه از نظر سندی معتبر هستند، اما برای استدلال به حقّ فسخ در فرض عنن حادث قبل از عقد مفید نیستند، مگر اینکه ادّعا شود، این دو روایت با اثبات حقّ فسخ در عنن حادث بعد از عقد، آنرا در عنن قبل از عقد نیز به طور اولی اثبات می‌نمایند، چنانکه برخی دیگر از روایات، حقّ فسخ زوج در فرض عنن حادث قبل از عقد را اثبات می‌نمایند، مانند صحیحہ محمد بن مسلم که ذیل دسته سوّم از روایات مطرح شد، در آن روایت اطلاق عنوان (الْعَنْيُنُ يُتَرَبِّصُ بِهِ سَنَةً)، عنن حادث قبل از عقد را نیز شامل می‌شود، همچنین روایات دیگری که هر چند از نظر سندی ضعیف هستند اما بنابر مبنای جبران ضعف سند آنها بوسیله عمل اصحاب، نسبت به عنن حادث قبل از عقد نیز شمول خواهند داشت، مانند روایت ابوالصّباح کنانی که ذیل دسته چهارم روایات ذکر شد، زیرا تعبیر موجود در آن (إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَهُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى النِّسَاءِ) اشاره به ناتوانی مرد از آمیزش در ابتدای ازدواج دارد که معمولاً مربوط به قبل از عقد است، یا روایت ابوالبختری که اطلاق عنوان عَتْنِ (يُؤَخَّرُ الْعَنْيُنُ سَنَةً مِنْ يَوْمِ تَرَأَفَعُهُ) عنن قبل از عقد را نیز شامل است، همچنین روایت عمار ساباطی که عنوان (رَجُلٍ أَخَذَ عَنِ امْرَأَتِهِ) شامل سحر مرد و ناتوانی او از قبل از ازدواج نیز می‌شود، به جهت اینکه مسأله

تاخیز برای برخی از مردان از زمان کودکی اتفاق می‌افتاده است، و هر چند موضوع روایت تاخیز از خصوص همسر است، اما این قید موضوعیتی ندارد، چنانکه در ادامه روایت امام علیه السلام معیار برای ثبوت حق فسخ را ناتوانی مرد از آمیزش با تمام زنان عنوان فرموده‌اند و تأثیر این کبرای کلی انحصار به تاخیز بعد از عقد ندارد، امام نیز سوال فرموده‌اند که آیا قبل از عقد تاخیز شده یا بعد از عقد؟ خود حضرت هم تفصیلی از این جهت نداده‌اند، بنابراین احتمال شمول این روایت نیز برای عنن قبل از عقد بسیار قوی است.

البته در مورد روایت (اسحاق بن عمار) مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كُلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عليه السلام أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَقُولُ إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَقَعَ عَلَيْهَا مَرَّةً ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهَا فَلَيْسَ لَهَا الْخِيَارُ لِتَصْبِرَ فَقَدْ ابْتُلِيَتْ. (تهذيب الأحكام، ۷، ۴۳۰) که ذیل دسته دوم روایات بیان شد، ذکر این نکته لازم است که ممکن است ادعا شود که این روایت ارتباطی به بحث عنن ندارد، زیرا تعبیر (ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهَا) عنوانی عام است که لزوماً به معنای عنن نیست، بلکه شاید منظور اعراض اختیاری شوهر از همسر خود باشد، پس معلوم نیست به عجز مرد از وطی همسرش اشاره داشته باشد، چنانکه در این روایت، تعبیر ابتلاء نیز به زن نسبت داده شده است، زیرا کم‌توجهی مرد نسبت به زن یک بلا و امتحان محسوب می‌شود، در حالیکه اگر بنا بود به عنن موجود در مرد به عنوان یک بیماری و ابتلاء اشاره شود، باید ابتلاء را به مرد نسبت می‌داد، چنانکه این تعبیر در روایت ابوالصباح کنانی ذکر شده است؛ «امْرَأَةٌ ابْتُلِيَ زَوْجُهَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ» (تهذيب الأحكام، ۷، ۴۳۱)، بنابراین روایت در صدد بیان این نکته است که صرف کم‌توجهی از زن موجب حق فسخ برای وی نیست (فَلَيْسَ لَهَا الْخِيَارُ)، بلکه باید در برابر این امتحان صبر کند (لِتَصْبِرَ فَقَدْ ابْتُلِيَتْ)، از سویی ممکن است ادعا شود که منظور از اعراض، مطلق اعراض اعم از اختیاری و غیر اختیاری است، با این بیان اعراض همیشه موجب حق فسخ برای زن خواهد بود، که در ضمن آن، حق فسخ آور بودن اعراض غیر اختیاری (عنن) نیز اثبات خواهد شد، پس دلالت همین روایت هم برای فرض عنن ثابت خواهد بود.

اما این ادعا پذیرفتنی نیست زیرا حتی اگر حکم روایت مبنی بر فسخ آور بودن، شامل اعراض غیر اختیاری بشود، باز هم به قرینه سایر روایات، فسخ آور بودن اعراض اختیاری مردود است، زیرا هیچیک از فقهاء در موارد اعراض اختیاری حق فسخ را برای زن ثابت ندانسته‌اند، و بر فرض ثبوت حق فسخ در این موارد، منشأ آن، ادله تحدید زمان وطی به چهارماه، یا دلیل لاضرر یا امثال آن است، آنهم در صورتی که زن نزد حاکم شرع مرافعه کند، و پس از اینکه قاضی نتوانست مرد را مجبور به آمیزش با همسرش نماید، وی را مختیر به اجابت خواسته زن یا اجبار به طلاق دادن وی خواهد نمود، در حالیکه محل بحث در جایی است که با خود همین اعراض، بخواهد حق فسخ برای زن اثبات شود، نه دخالت عناوین دیگر، بنابراین صرف اعراض اختیاری و بی‌اعتنایی طولانی به زن موجب اثبات حق فسخ برای وی نیست، پس

حتّی اگر ادّعی ظهور روایت در اعراض اختیاری ثابت نشود، لا اقلّ معنای روایت اسحاق بن عمّار مجمل و این روایت از قابلیت استدلال خارج خواهد شد (کتاب نکاح ۲۰، ۶۴۷۰).

پس علیرغم اینکه برخی مثل علامه حلّی عنن را به معنای اعراض دانسته است (تحریر ۲، ۲۸)، چنانکه برخی از لغویین نیز عنن را به همین معنا دانسته‌اند (معجم مقاییس اللغة؛ ۴، ۱۹)، امّا اثبات اینکه اعراض روایات، به معنای عنن (اعراض غیر اختیاری) باشد، مشکل است، زیرا بر فرض پذیرش اطلاق اعراض برای مفهوم عنن، هر عننی اعراض است، امّا هر اعراضی عنن نیست.

نظر مختار در مورد مساله اوّل: اثبات حقّ فسخ برای زن در فرض عنن حادث قبل از عقد از طریق روایات صحیح و منجربه به وسیله عمل اصحاب است، چنانکه قیاس اولویّت با کمک روایات مربوط به عنن بعد از عقد، می‌تواند حقّ فسخ را در مورد عنن قبل از عقد نیز اثبات نماید.

مساله دوّم: حدوث عنن بعد از عقد (قبل از دخول)

برخی از فقهاء با شروطی، عنن حادث بعد از عقد را نیز موجب اثبات حقّ فسخ برای زن دانسته‌اند از جمله اینکه بعد از عقد و قبل از عنن با زوجه‌اش مواجهه نکرده باشد، همچنین اگر بعد از عقد دچار عنن شد، از همبستری با زنان دیگر نیز عاجز باشد، امّا در صورتی که بعد از عقد توانسته باشد با همسر خود همبستری کند و سپس دچار عنن گردیده یا فقط از وطی همسر خود ناتوان باشد امّا توان وطی زنان دیگر را داشته باشد، حقّ فسخ برای زن ثابت نخواهد شد، به هر حال در فرض عدم امکان و عدم فعلیّت وطی زوجه و سایر زنان حقّ فسخ برای زوجه ثابت خواهد بود (شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۲، ۲۶۳)، بنابراین برای اثبات حقّ فسخ برای زن در این فرض نیز، به ادله‌ای استناد شده است، از جمله:

اوّل: اجماع محصّل و منقول

صاحب جواهر در مورد این فرض نیز ادّعی اجماع منقول و محصّل فرموده است (۳۰: ۳۲۶)

دوّم: روایات

با توجّه به بررسی سندی روایات در ضمن مساله اوّل، در این مساله فقط به بررسی دلّالی آن‌ها در فرض عنن بعد از عقد و قبل از دخول پرداخته خواهد شد، بنابراین غیر از روایت غیاث ضبّی (الکافی ط - الإسلامية؛ ۵: ۴۱۰) که از نظر دلّالی دچار اجمال است و روایت ابو الصّباح کنانی (تهذیب الأحکام ۷: ۴۳۱) که ظهور در حدوث عنن قبل از عقد داشت، سایر روایات از این ناحیه مطلق هستند و بنا بر فرض جبران ضعف سندی موجود در آنها می‌توان اطلاق آن‌ها را شامل عنن حادث بعد از عقد نیز دانست، صاحب جواهر نیز اطلاق روایاتی که بیانگر حقّ فسخ برای زن در فرض عنن مرد هستند را شامل عنن حادث بعد از عقد (قبل از دخول) نیز دانسته است، بلکه معتقد به ظهور اوّلّیه اطلاقات در عنن متجدّد بعد از عقد بوده است (۳۰: ۳۲۶)، چنانکه مرحوم شهید ثانی در این زمینه به اطلاق صحیح محمد بن مسلم

تمسّک کرده است (مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۸، ۱۰۴)

روایت اول: (صحيحه محمد بن مسلم) الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: الْعَنْيُنُ يَتَرَبَّصُّ بِهِ سَنَةٌ ثُمَّ إِنْ شَاءَتْ امْرَأَتُهُ تَزَوَّجَتْ وَإِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ. (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)؛ ۷: ۴۳۱)

بنابراینکه عنوان عَنین مطلق و هم شامل عنن حادث قبل از عقد و هم عنن حادث بعد از عقد است، روایت در صدد بیان این نکته است که اگر ثابت شد مرد عَنین است (خواه عنن قبل از عقد باشد و خواه بعد از عقد) به مرد یکسال فرصت داده خواهد شد تا درمان شود و پس از آن زن حق دارد که به ازدواج مرد دیگری در آید (بدین معنا که از حق فسخ خود استفاده نماید) یا اینکه با همین شرایط به زندگی با او ادامه دهد.

روایت دوم: (روایت ابو البختری) أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنُ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبِي الْبُخْتَرِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ أَبِيهِ عليه السلام أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَقُولُ يُؤَخَّرُ الْعَنْيُنُ سَنَةً مِنْ يَوْمِ تَرَفُّعِهِ امْرَأَتُهُ فَإِنْ خَلَصَ إِلَيْهَا وَإِلَّا فُرَّقَ بَيْنَهُمَا فَإِنْ رَضِيَ أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ ثُمَّ طَلَبَتْ الْخِيَارَ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَدْ سَقَطَ الْخِيَارُ وَلَا خِيَارَ لَهَا. (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)؛ ۷: ۴۳۱)

بلکه ظهور برخی روایات در خصوص عنن بعد از عقد است، مانند:

روایت سوم: (روایت ابوالصباح کنانی) عَنْهُ (الحسين بن سعيد) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْقُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِتَانِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ امْرَأَةٍ ابْتُلِيَ زَوْجُهَا فَلَا يَثْبُرُ عَلَى الْجَمَاعِ أَبَدًا أَ تَقَارِقُهُ قَالَ نَعَمْ إِنْ شَاءَتْ. (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان)؛ ۷: ۴۳۱)

ظهور این روایت در فرض عنن حادث بعد از عقد است، زیرا عنن در روایت به زوج نسبت داده شده است (ابتلی زوجه) که بیانگر سابق بودن عقد بر حدوث عنن است، زیرا فرض سوال این است که وقتی مرد دچار عنن شده، دارای عنوان زوجیت برای زن بوده است.

روایت چهارم: (روایت سکونی) عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام مَنْ أَتَى امْرَأَتَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً ثُمَّ أَخَذَ عَنْهَا فَلَا خِيَارَ لَهَا. (الكافي (ط - الإسلامية)؛ ۵: ۴۱۲)

روایت پنجم: (موتقه اسحاق بن عمار) مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كُلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عليه السلام أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَقُولُ إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَقَعَ عَلَيْهَا مَرَّةً ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهَا فَلَيْسَ لَهَا الْخِيَارُ لِتَنْصُرَ فَقَدْ ابْتُلِيَتْ. (تهذيب الأحكام، ۷: ۴۳۰)

بررسی اجماع: با توجه به وجود روایات متعدّد در بحث عنن، طبق نظر مشهور، اشکال سابق مبنی بر محتمل المدرك بودن اجماع، در این فرض نیز وارد خواهد بود، علاوه بر اینکه اشکال دیگری نیز به ذهن می‌رسد زیرا مرحوم شهید ثانی در مسالک این قول را به مشهور نسبت داده است (۸، ۱۰۴)، و با توجه به اینکه اصطلاح مشهور در جایی به کار برده می‌شود که قول شاذی در مقابل آن وجود داشته باشد،

بنابراین ادّعای اجماع صاحب جواهر همچنین به خاطر وجود مخالف در بین اصحاب، مخدوش خواهد شد.

بررسی روایات در فرض عنن بعد از عقد (قبل از دخول): چنانکه ذکر شد اطلاق برخی از روایات صحیحه مانند صحیحه محمد بن مسلم (تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان) : ۷ : ۴۳۱) شامل فرض عنن بعد از عقد نیز خواهد بود، و بلکه روایت معتبر دیگر نیز مانند موثقه اسحاق بن عمار (بر فرض پذیرش صدق معنای اعراض برای عنن)، ظهور در خصوص عنن بعد از عقد دارند، پس حقّ فسخ را برای زن اثبات می‌نماید (تهذیب الأحکام، ۷، ۴۳۰)، از سوی دیگر برخی از روایات که از نظر دلالتی مربوط به خصوص عنن بعد از عقد هستند، مانند روایت ابوالصّباح کنانی (تحقیق خراسان) : ۷ : ۴۳۱) و روایت سکونی (تهذیب الأحکام، ۷، ۴۳۰)، بر فرض پذیرش مبنای جبران ضعف سندی روایات توسط عمل اصحاب، بیانگر حقّ فسخ برای زن در فرض عنن بعد از عقد و قبل از دخول خواهند بود، در واقع همین روایات که از نظر دلالت مخصوص به عنن حادث بعد از عقد هستند، از نظر قبل یا بعد از دخول بودن عنن اطلاق دارند، بنابراین همین روایات در مورد اثبات حقّ فسخ بعد از دخول نیز مفید خواهند بود. نظر مختار در مساله دوّم: اثبات حقّ فسخ برای زن در فرض عنن حادث بعد از عقد و قبل از دخول، توسط روایات صحیحه و منجبره است

مساله سوّم: حدوث عنن بعد از عقد (بعد از دخول)

برای اثبات حقّ فسخ برای زن در فرض حدوث عنن بعد از دخول نیز به ادّله‌ای استناد شده است از جمله:

اوّل: روایات

(روایات عامّ)، (حدیث لا ضرر) (قَالَ النَّبِيُّ ﷺ، لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ فِي الْإِسْلَامِ)^۱ (من لایحضره الفقیه ۴، ۳۳۴)، البته حدیث لا ضرر اگر چه با سندی مرفوعه و ضعیف در روایات ذکر شده است، اما عمل فقهاء به آن و ورود مضمونش با سندهای صحیح (الکافی (ط - الإسلامية)، ۵، ۲۸۰) موجب جبران ضعف سند آن شده است. به اعتقاد شیخ مفید رحمه الله، عنن حادث قبل از دخول و بعد از آن، هر دو باعث اثبات حقّ فسخ هستند (المقنعة، ۵۲۰)، برخی از فقهاء، دلیل شیخ مفید بر این مدّعا را عمومات نفی ضرر دانسته‌اند، زیرا

^۱ من لایحضره الفقیه ج: ۴ ص: ۳۳۴، فالحدیث وإن کان مرفوعاً ضعیفاً، لكن الفقهاء أفتوا علی وفقه و وردت مضمونه بأسانید صحیحة منها: (الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص: ۲۸۰)

وجود عنن در مرد باعث فوت فایده نکاح (وطی) برای زن است (غایه المرام ج ۳ ص ۱۲۲)، اما در عبارت مرحوم شیخ مفید استدلالی بر عمومات نفی ضرر نشده است^۱ به اعتقاد مرحوم شهید ثانی (مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۸، ۱۰۵) و محقق کرکی (جامع المقاصد ۱۳، ۲۳۰) میتوان برای فتوای شیخ مفید، به اطلاق روایات گذشته تمسک کرده و حق فسخ زن در فرض عنن بعد از وطی را نیز اثبات نمود مانند این روایات:

روایات خاص باب عنن

روایت اول: (صحيحه محمد بن مسلم) الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: الْعِنَيْنِ يُتَرَبِّصُ بِهِ سَنَةٌ ثُمَّ إِنْ شَاءَتِ امْرَأَتُهُ تَزَوَّجَتْ وَإِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ. (تهذيب الأحكام (تحقیق خراسان): ۷: ۴۳۱)

خواه حدوث عنن قبل از عقد باشد و خواه بعد از آن، و خواه قبل از دخول باشد و خواه بعد از آن، در همه این فرض ها عنوان (العینین) صادق است، قید (ثُمَّ إِنْ شَاءَتِ امْرَأَتُهُ تَزَوَّجَتْ) ظهور در حق فسخ برای زن دارد، زیرا اگر اشاره به انفساخ قهری عقد می داشت، زن هیچ حق انتخابی برای ادامه زندگی با مرد نداشت، بلکه به محض اتمام یکسال مهلت مقرر برای مرد، باید از یکدیگر جدا شوند، مگر اینکه دوباره ازدواج نمایند یا قید (وَ إِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ)، کنایه از رجوع برای ادامه زندگی پس از جدایی تفسیر شود، که البته هر دو خلاف ظاهر هستند، بنابراین منظور از تزوجت، حق فسخ زن است نه انفساخ قهری عقد.

روایت دوم: (روایت ابوالصباح کنانی) عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْقُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ امْرَأَةٍ ابْتُلِيَ زَوْجُهَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ أَبَدًا أَ تَفَارِقُهُ قَالَ نَعَمْ إِنْ شَاءَتْ. (تهذيب الأحكام (تحقیق خراسان): ۷: ۴۳۱)

این روایت نیز از این ناحیه که حدوث عنن در زوج قبل از دخول باشد یا بعد از آن، مطلق است، بدین معنا که قید (ابدأ) مربوط به بعد از دخول مرد و ناتوانی وی در مورد آمیزش در آینده باشد نه به معنای ناتوانی قبل از جماع، بنابراین ممکن است مردی با همسرش یک یا چند بار آمیزش کرده باشد اما از آن پس برای ابد دچار عنن شود، پس وجود قید (ابدأ) ضرری به استدلال بر حق فسخ در فرض عنن بعد از دخول وارد نخواهد کرد.

روایت سوم: (روایت ابو البختری) أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيْسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبِي الْبُخْتَرِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ أَبِيهِ عليه السلام أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَقُولُ يُؤَخَّرُ الْعِنَيْنِ سَنَةً مِنْ يَوْمِ تَرَافَعُهُ امْرَأَتُهُ فَإِنْ خَلَصَ

^۱ و إن تزوجت به علی أنه سليم فظهر لها أنه عنین انتظرت به سنة فإن وصل إليها فيها و لو مرة واحدة فهو أملك بها و إن لم يصل إليها في مدة السنة كان لها الخيار فإن اختارت المقام معه علی أنه عنین لم يكن لها بعد ذلك خيار، فإن حدث بالرجل عنة بعد صحتها كان الحكم في ذلك كما وصفناه تنتظر به سنة فإن تعالج فيها و صلح و إلا كانت المرأة بالخيار (المقنعة (للشيخ المفيد): ص: ۵۲۰).

إِلَيْهَا وَإِلَّا فُرَّقَ بَيْنَهُمَا فَإِنْ رَضِيَتْ أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ ثُمَّ طَلَبَتِ الْخِيَارَ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَدْ سَقَطَ الْخِيَارُ وَلَا خِيَارَ لَهَا.
(تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان) : ۷ : ۴۳۱)

این روایت نیز مطلق و شامل عنن بعد از دخول خواهد بود.

ادله عدم حق فسخ برای زن

در مقابل نظریه اثبات حق فسخ برای زن در فرض عنن حادث بعد از دخول، مشهور فقهاء در این فرض حق فسخ برای زن را ثابت ندانسته اند، برای این مدعا به ادله ای استناد شده است از جمله:

اول: اصالت اللزوم

به این بیان که ماهیت نکاح، عقد لازم است و اثبات حق فسخ در آن خلاف اصالة اللزوم در عقود است. (مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ۸، ۱۰۵).

دوم: روایات

روایت اول: (روایت غیاث ضبی) أَبُو عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَبَانَ عَنْ عَبْدِ الصَّبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: فِي الْعَيْنَيْنِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ عَيْنٌ لَا يَأْتِي النِّسَاءَ فُرَّقَ بَيْنَهُمَا وَإِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا وَقْعَةٌ وَاحِدَةٌ لَمْ يَفْرَقْ بَيْنَهُمَا وَالرَّجُلُ لَا يُرَدُّ مِنْ عَيْبٍ. (الكافي (ط - الإسلامية) : ۵ : ۴۱۰).

روایت دوم: (روایت اسحاق بن عمار) مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْحَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كُلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عليه السلام أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَقُولُ إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَقَعَ عَلَيْهَا مَرَّةً ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهَا فَلَيْسَ لَهَا الْخِيَارُ لَتَضُبِرَ فَقَدْ ابْتُلِيَتْ. (تهذيب الأحكام (تحقيق خراسان) : ۷ : ۴۳۰).

روایت سوم: (روایت سکونی) عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام مَنْ أَتَى امْرَأَتَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً ثُمَّ أَخَذَ عَنْهَا فَلَا خِيَارَ لَهَا. (الكافي (ط - الإسلامية) : ۵ : ۴۱۲)

بررسی اصالة اللزوم: چنانکه در اصول فقه مطرح شده است، مجاری اصول در فرض شک و مربوط به موارد عدم دلیل شرعی بر حکم الله واقعی است، در حالیکه در بحث حاضر، ادله روایی بر حق فسخ برای زن وجود دارند که از نظر سندی، دارای اعتبار اولیه اند یا به واسطه عمل اصحاب به آنها، معتبر شده اند، و از نظر دلالت نیز تام هستند، بنابراین با فرض انتفای شک در حکم الله واقعی، نوبت به جریان اصل لفظی یا عملی نخواهد رسید.

بررسی روایات: مرحوم شیخ طوسی در این فرض، با استناد به روایت غیاث ضبی و اسحاق بن عمار، و سایر روایات ذکر شده، حق فسخ برای زن را منتفی دانسته است، عبارت استبصار چنین است:

وَالْأَوَّلَى عِنْدِي الْأَخْذُ بِالْخَبَرِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ آخِرًا وَأَنَّهُ إِذَا حَدَّثَتِ الْعَتَّةُ بَعْدَ الدُّخُولِ فَلَا يَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ وَتَكُونُ مُبْتَلَاةً حَسَبَ مَا تَضَمَّنَتْهُ حَدِيثُ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ وَحَسَبَ مَا تَضَمَّنَتْهُ حَدِيثُ غِيَاثِ الصَّبِيِّ مِنْ أَنَّهُ

إِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا وَقْعَةٌ وَاحِدَةٌ لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَهُمَا وَالرَّجُلُ لَا يَزِدُّ مِنْ غَيْبٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَخْبَارِ الَّتِي قَدَّمْنَاهَا.

(تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان) : ۷ : ۴۳۱)

اما به نظر می‌رسد روایت غیاث ضبی در مقام بیان عدم حق فسخ برای زن نیست، بلکه در صدد بیان نکته دیگری است، و آن اینکه مردی که دچار عنن شده باشد، (إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ عَنِینٌ لَا یَأْتِی النِّسَاءَ) و در حالت عادی (یعنی با فرض اینکه عنن وی ادامه دار باشد) همسرش حق فسخ خواهد داشت (فُرِّقَ بَيْنَهُمَا)، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود، یعنی اثبات شود که مرد عَنِین نیست، و آن در صورتی است که (در مدت یک سال) بتواند با همسرش مواجهه کند، (وَ إِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا وَقْعَةٌ وَاحِدَةٌ) در این صورت از یکدیگر جدا نمی‌شوند (لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَهُمَا)، پس این روایت مربوط به حدوث عنن قبل از دخول است که در صورت وطی در مدت زمان یکساله، حق فسخ زن اسقاط می‌شود، نه اینکه عنن بعد از وطی حادث شده باشد و وطی سابق بر آن حق خیار زن را ساقط کرده باشد، بنابراین اگر مطالبی که مرحوم شیخ نوشته‌اند، درست برداشت شده باشد، ظاهراً ایشان بین دو مساله با هم خلط فرموده‌اند.

بحث در این است که عنن قبل از دخول حادث شده باشد و حق فسخ را برای زن ایجاد کرده است و مواجهه لاحق این حق فسخ را اسقاط نماید، یا اینکه مساله مربوط به جایی است که عنن در حالت عادی موجب پیدایش حق فسخ است، ولی اگر قبل از عنن یکبار مواجهه صورت پذیرفته باشد، اصلاً حق فسخی برای زن ایجاد نمی‌شود، مرحوم شیخ معنای اخیر را برداشت کرده‌اند بنابراین در فرض عنن حادث بعد از مواجهه اصلاً حق فسخ را برای زن ثابت نمی‌داند، ولی به نظر می‌رسد اولاً روایت در مورد عنن حادث قبل از دخول است (چنانکه عطف گرفتن جمله (وَ إِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا وَقْعَةٌ وَاحِدَةٌ) نیز بیانگر تأخر دخول از عنن است)، و اگر هم این نظر پذیرفته نشود، لااقل باید روایت را از نظر دلالت بر تعیین یکی از این دو معنی، مجمل دانست، بنابراین روایت از گردونه استدلال برای هر دو فرض خارج خواهد شد.

روایت دوم (اسحاق بن عمار) نیز اگر چه مربوط به عنن بعد از دخول است، (إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَقَعَ عَلَيْهَا مَرَّةً ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهَا) اما چنانکه قبلاً اشاره شد، احتمال اینکه این روایت در مورد اعراض اختیاری شوهر باشد، بسیار قوی است، شواهدی هم اقامه شد که اعراض به معنی بیماری و عنن مرد نیست، از جمله اینکه ابتلاء را به زن نسبت داده است (لِتَضَيَّرَ فَقَدْ إِبْطَلَتْ) بنابراین روایت یا هیچ ارتباطی به عنن ندارد و یا از ناحیه اعراض اختیاری یا اعراض غیر اختیاری (عنن)، مجمل است و نمی‌توان از آن برای عدم حق فسخ زن در مورد عنن حادث بعد از عقد استفاده نمود.

اما دلالت روایت سکونی بر عدم حق فسخ زن در فرض عنن بعد از دخول واضح است، منتهی تنها مشکل این روایت ضعف سندی آن است که در صورت پذیرفتن مبنای جابریّت عمل اصحاب، آن نیز حل خواهد شد، بنابراین مدّعی مرحوم شیخ طوسی مبنی بر عدم حق فسخ در فرض عنن بعد از دخول ثابت خواهد بود، البته نه از طریقی که خود مرحوم شیخ با استناد به روایت غیاث ضبی و اسحاق بن

عمّار پیموده است، (تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان) ۷: ۴۳۱)، بلکه این نتیجه با استناد به روایت سکونی محقق خواهد شد، بنابراین روایت سکونی پس از جبران ضعف سند، می تواند به عنوان مقید اطلاقات روایی، فرض ثبوت حق فسخ برای زن را به موارد عنن قبل از عقد و عنن قبل از دخول منحصر نموده و موارد عنن بعد از دخول را از دایره حکم خارج نماید، اما با توجه به اینکه در کلمات بسیاری از فقهاء اشاره ای به عمل به روایت سکونی نشده است، ادعای عمل مشهور بر طبق آن و جبران ضعف سندی اش قابل اثبات نیست، در نتیجه اطلاقات روایات حق فسخ به ضمیمه حدیث لاضرر، حق فسخ را حتی در فرض عنن حادث بعد از دخول نیز برای زن اثبات می نمایند.

نظر مختار در مساله سوّم: شمول اطلاقی روایات، حق فسخ برای زن در فرض عنن حادث بعد از دخول را نیز اثبات می نماید، و همچنین به نظر می رسد ادله عنن در مقام ارشاد به قابل درمان بودن عنن بوده اند که در این صورت، معیار برای اثبات یا عدم اثبات حق فسخ، درمان پذیر بودن یا نبودن عنن در افراد است، بنابراین اگر مردی حتی یکبار با همسرش همبستری کرد اما بعد از آن برای همیشه از همبستری عاجز شود، از مصادیق عنن است، و از باب ادله ضرر، باز هم حق فسخ برای زن ثابت خواهد شد.

جمع بندی

بعد از احتمال مدرکی بودن اجماعاتی که در بحث مطرح شد و سقوط اصاله اللزوم به واسطه وجود روایات معتبر و منجبر در محل بحث، تنها عامل تعیین کننده برای اثبات حق فسخ برای زن در فرض عنن مرد، روایات باب هستند، در مورد حدوث عنن خواه قبل از عقد یا بعد از عقد و خواه قبل از دخول یا بعد از آن باشد، اطلاق و گاهی تصریح روایات صحیح و منجبره در هر سه فرض باعث ثبوت حق فسخ برای زن هستند، اما توجه به این نکته نیز لازم است که تجمیع گزاره های موجود در روایات مقیده، مبنی بر کفایت یکبار آمیزش نمودن توسط عنین، یا کفایت آمیزش با سایر زنان برای ثابت نشدن خیار زن، یا تعیین زمان یکساله برای درمان عنین، روشن می کند که روایات باب عنن در مقام ارشاد به قابل درمان بودن عنن هستند، بنابراین این روایات ارشاد می کنند که اگر مردی قبل از عقد یا بعد از آن، قبل از دخول یا بعد از آن، عنین شود، بیماری او قابل درمان است، و چنانکه قبل از این تاریخ لااقل یکبار با همسرش مجامعت کرده باشد، بعد از این هم میتواند مجامعت کند، و بر فرض به واسطه تحقق وطی، ادله عنن شامل عنن حادث بعد از عقد نباشند، اما بواسطه سایر اطلاقات مانند لاضرر، می توان حق فسخ برای زن را ثابت دانست، اما اگر احراز شد که وی دیگر توان مجامعت ندارد، مثل اینکه از تاریخ حدوث عنن، یکسال بگذرد و او همچنان قادر بر مجامعت با همسر خود یا سایر زنان نباشد، می توان ادعا کرد وی عنین است، و در صورت بازگشت ناتوانی، خود ادله عنن، حق فسخ برای زن را حتی بعد از دخول نیز ثابت می نمایند. نسبت به قیود موجود در روایات نیز دو احتمال وجود دارد؛ یکی اینکه قیود، طریق برای تحقق عنن باشند، و دیگر اینکه به صورت قیود لازم در موضوع دلیل اخذ شده باشند، برخی از روایات ظهور در تعیین احتمال اول دارند، مانند روایت (غیاث ضبی)، (الکافی ۵: ۴۱۰)، و روایت

(علی بن جعفر)، (قرب الإسناد ۲۴۹)، زیرا مجرد علم به ناتوانی مرد از وطی سایر زنان را موجب پیدایش حق فسخ برای زن دانسته است، و ظاهر سایر روایات نیز موضوعیت قیود است، اما به هر حال با توجه به اینکه ثبوت حق فسخ برای زن بر خلاف اصالت اللزوم در معاملات است، بنابراین لازم است در مورد خروج از اصل به قدر متیقن از آن اکتفاء شود و آن در موردی است که عنین بالفعل همسر خود یا زن دیگری را وطی نکرده باشد، همچنین توان وطی هیچ زنی را نیز نداشته باشد، و نیز از زمان مرافعه زن نزد حاکم، یک سال سپری شده باشد، پس تنها در صورت تجمیع همه این شرایط حق فسخ برای زن ثابت خواهد بود، ضمن اینکه عرف با الغاء خصوصیت از عننی که مسبب از سحر باشد، عنن را به هر دلیلی که محقق شده باشد، موجب ثبوت حق فسخ برای زن می‌بیند.

بررسی شبهات پیرامون بیع الخيار به عنوان راهکار تأمین مالی

استاد راهنما: استاد نجفی بستان

نویسنده:

محمدعلی فراهانی فرد^۱

چکیده

بیع الخيار معامله‌ای است که در آن فروشنده شرط می‌کند که با آوردن ثمن تا زمان معین بتواند کالای خود را پس بگیرد. این معامله به شکل شرط نتیجه و شرط خيار قابل انشاء است. شبهاتی درباره صحت این بیع از جهت غرری بودن و حيله ربا بودن این معامله مطرح شده است. این نوشته ضمن بررسی این شبهات به این نتیجه می‌رسد که هیچکدام از اشکالات مذکور بر بیع الخيار وارد نیست و این معامله مطابق قواعد عامه و ادله خاصه صحیح است. این معامله تنها در صورتی باطل است که پوششی برای قرض ربوی قرار گیرد. یکی از نشانه‌های پوشش بودن و صوری بودن این معامله، بقای ضمان تلف بر عهده فروشنده در مدت خيار و فروش مبیع به قیمت غیر واقعی است.

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

مقدمه

بیع الخیار یکی از انواع بیع مشروط است که در آن شرط می شود اگر فروشنده ثمن را تا زمان معینی پس بیاورد، مبیع را پس بگیرد. این بیع در عبارات فقهای عامه و فقهای شیعه با تعابیر مختلفی مانند بیع الوفاء، بیع الثنیا، بیع و شرط، الرهن المعاد، بیع العهده، بیع الامانه، بیع الجائز، بیع المعامله، بیع الخیار و بیع الشرط آمده است (میرمعزی، ۱۳۸۷، ص ۱۹-۲۴).

فقهای عامه درباره این معامله دارای اختلاف نظر هستند و آن را مستحدث و از نوازل و واقعات می دانند و علت اختلاف را نیز پیدایش آن بعد از زمان تشریع عنوان می کنند. حنفی ها اقوال مختلفی درباره بیع الوفاء دارند. مالکی ها این عقد را «بیع الثنیا» یا «بیع و شرط» می نامند و آن را فاسد می دانند. شافعی ها به آن بیع العهده می گویند و در فساد آن اختلاف دارند. حنبلی ها به این بیع، بیع الامانه می گویند و آن را فاسد می دانند.

نزد شیعیان، مسأله اختلافی نیست و صحت آن اجماعی است. فقهای شیعه این بیع را از زمان شیخ طوسی ره در کتب فقهی خود مطرح نموده و آن را بیع الخیار و بیع الشرط می نامند. شیخ طوسی، قاضی ابن براج، علامه حلی ره، محقق کرکی و شهید ثانی ادعای اجماع بر صحت این بیع نموده اند (طوسی، الخلاف، ج ۳، ص ۱۹؛ ابن براج، ص ۵۴؛ حلی، تذکره، ج ۱، ص ۵۲۱؛ کرکی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۹۲؛ الشهید الثانی، مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۰۲). صاحب جواهر نیز ادعای اجماع محصل و منقول بر صحت این شرط می کند (نجفی، ج ۲۳، ص ۳۶).

با این وجود، شبهاتی درباره بیع الخیار وجود دارد که آن را نیازمند بررسی بیشتر می کند. برخی بیع الخیار را به عنوان حيله ربا قلمداد می کنند و در برخی فروض آن اشکالات دیگری وارد است. به این منظور لازم است انواع این معامله و ادله عامه و خاصه آن به تفصیل مورد بررسی قرار گیرد.

آقای معصوم زاده بیع شرط را از نظر فقهی و حقوقی بررسی نموده و آن را یکی از معاملات با حق استرداد دانسته است (معصوم زاده، ۱۳۷۷).

آقای میرمعزی ادله این معامله ای را بیعی صحیح می داند و آن را راهکاری مناسب برای قراردادهای بانکی در بانکداری اسلامی به حساب می آورد (میرمعزی، ۱۳۸۶؛ همو، ۱۳۸۷).

آقای رعیتی دماوندی، تأثیر قانون ثبت را در الغای مملکت معاملات با حق استرداد بررسی نموده است. قانون گذار ثبت طبق یک قاعده امری مقرر نموده است هر گاه شرطی که اثر استرداد را داشته باشد در هر عقدی در هر اسم و عنوان گنجانده شود این عقد اثر تملیکی خود را از دست می دهد. در این معاملات قانون گذار بدهکار را مالک می شناسد و برای طلبکار / مرتهن حق عینی در نظر می گیرد (رعیتی، ۱۳۸۸).

آقایان امیرا قدم و برجی معاملات با حق استرداد را با عقد رهن مقایسه نموده اند و معتقدند اگرچه قانون گذار اثر تملیکی را از معاملات با حق استرداد گرفته است ولی علیرغم شباهت با عقد رهن نباید این دو را یکی دانست (امیرا قدم و برجی، ۱۳۹۲).

آقای مبلغی و همکاران ضمن بررسی نظریه فقهای شیعه و عامه درباره بیع شرط پیشنهاد می‌دهند در شرائط امروزی باید میان بیع شرط صوری و حقیقی تفاوت قائل شد و این را وجه جمعی برای نظریات فقهی فقهای دو طائفه و سیستم حقوقی اسلام دانسته‌اند (مبلغی و همکاران، ۱۳۹۳).
آقای صادقی‌خانی بیع‌الخیار را نوعی معامله می‌داند که فروشنده در آن برای خود، اختیار فسخ شرط نموده است. وی این معامله را بهترین روش برای اعطاء تسهیلات بانکی می‌داند. زیرا در همه زمینه‌های شخصی، تولیدی و ... دارای کاربرد است و ریسک نابودی سرمایه و سود را کاهش می‌دهد (صادقی‌خانی، ۱۳۹۳).

از نظر آقایان کاظمی و محمدی اگرچه بیع شرط نزد امامیه و بیع الوفاء نزد عامه به لحاظ ماهیت (عقد بیع و آثار آن) دارای شباهت‌های فراوانی هستند ولی به لحاظ احکام متفاوت هستند. بر اساس بررسی ایشان، توقیت اختیار به زمان معین در بیع الوفاء نزد عامه حرام است ولی توقیت اختیار به زمان معین در بیع شرط نزد امامیه لازم است (کاظمی و محمدی، ۱۳۹۸).
نوشتار حاضر این معامله را بر اساس روش استنباط اجتهادی از لحاظ اشکالات مطرح درباره آن بررسی و تحلیل می‌کند. بر این اساس، ابتدا انواع بیع الخيار و سپس ادله عامه و خاصه صحت بیان می‌گردد. در ادامه ادله مانعه عامه و خاصه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

انواع بیع الخيار

در کتب فقهی صور و فروض مختلفی برای بیع الخيار بیان شده است. این صور و فروض از این قرار است:

خیار مقید

در این فرض، بازگرداندن ثمن قید خود اختیار است نه ثبوت آن؛ یعنی اگرچه از ابتدا اختیار دارد ولی دارای خیار مقید است و پس دادن ثمن، قید اختیار است. این جعل به نحو شرط و تعلیق نیست، بلکه جعل خیار از ابتدا مضیق است و حصه‌ای از خیار جعل شده است (امام خمینی، کتاب البیع، ج ۴، ص ۳۳۸).

خیار معلق و زمان‌دار

در این فرض، ثبوت خیار معلق و مؤقت به ردّ ثمن در زمان معینی است و در نتیجه، خیار منفصل از عقد است و تا ردّ ثمن نکند خیار ثابت نمی‌گردد. لازم است توضیح داده شود که تعلیق در خیار اشکالی ندارد؛ زیرا تعلیق در امور اعتباری محال نیست و دلیل اجماع، دلیلی لّبی است. قدرمقیّن از این دلیل، بطلان تعلیق در خود عقد است و بطلان تعلیق در خیار، دلیلی ندارد (همان).

خیار غیر مقید ولی فسخ مقید به ردّ ثمن

در این فرض، بایع از ابتدا دارای خیار است و خیار وی نیز مقید نیست، ولی فسخ او مقید به ردّ ثمن است. این فرض، در صورتی صحیح است که مراد شرط ترک اعمال بدون ردّ ثمن باشد. تفاوت این

صورت با صورت اول، این است که در صورت اول، خيار مضیق و مقید است ولی در این صورت خيار مقید نیست و تنها فسخ مقید به ردّ ثمن است.

فسخ عملی به وسیله ردّ ثمن

در این فرض، ردّ ثمن، فسخ فعلی است و مانند معاطات، ایقاع و انشاء فسخ با ردّ ثمن انجام می‌گردد. این فرض در صورت قصد فسخ با ردّ صحیح است.

شرط نتیجه

در این فرض با ردّ ثمن، عقد به شکل شرط نتیجه منفسخ می‌شود. سبب انفساخ در این فرض، تحقق شرط است و لذا اشکال انفساخ بلا سبب و اقتضاء الشيء عدم نفسه من دفع خواهد شد (همان).^۱

اشترای اقاله

در این فرض، با بیع شرط می‌کند که با آوردن ثمن مشتری بیع را اقاله نموده و لذا مبیع را پس دهد.

اشترای بیع جدید و یا نقل مبیع

در این فرض، با بیع شرط می‌کند که با آوردن ثمن مشتری مبیع را به خود او بفروشد و یا به شکلی به او منتقل کند.

شرط ملزم شدن مشتری به فسخ

در این فرض، با بیع شرط می‌کند که با آوردن ثمن، مشتری ملزم به فسخ شود و اگر او فسخ نکرد با بیع دارای خيار تخلف شرط می‌گردد.

این موارد صوری است که برای بیع الخيار بیان شده است و در این نوشته به همین مقدار اکتفا می‌شود. اگرچه ممکن است بتوان صور دیگری نیز برای آن مطرح نمود.

ادله عامه صحت بیع الخيار

در ادامه نوشتار به بررسی ادله عامه صحت بیع الخيار پرداخته می‌شود. بیع الخيار همان گونه که از اسم آن روشن است، عقد بیع است. این عقد بر اساس آیه اوفوا بالعقود به دو بیان صحیح است. بیان اول این است که اوفوا شامل مجموع عقد مشروط (عقد همراه با شرط) می‌شود و وفاء وقتی صدق می‌کند که به عقد همراه با شرط آن عمل شود. بیان دوم این است که آیه اوفوا با روایت المؤمنون عند شروطهم تکمیل گردد؛ یعنی صحت عقد از آیه اوفوا استفاده می‌شود و وجوب وفاء به شرط بر اساس المؤمنون عند شروطهم اثبات می‌گردد. بر اساس هر دو بیان، شارع در مقام اثبات، امر به وفاء نسبت به توافق‌هایی که

^۱. كما أنَّ الإشكال: بأنَّه يرد عليه أحد المحذرين، وهو إمَّا انفساخ العقد بلا سبب، وإمَّا اقتضاء الشيء عدم نفسه، ساقط؛ لأنَّ السبب فيه هو الشرط، كما في سائر شروط النتيجة، وليس للانفساخ سبب خاص كالطلاق، حتَّى لا يقوم الشرط مقامه، ولأنَّ العقد لا يقتضي عدم نفسه، بل الشرط يقتضي انفساخه بعد تحققه، ولا محذور فيه، فاندفع بما ذكر إشكال الشيخ الأعظم قدس سره

عقد هستند نموده است و لازمه چنین امری صحت این عقود است. آیه احل الله البيع و تجارت عن تراض نیز در صورت دلالت بر صحت، نیازمند تکمیل با دلیل وجوب وفاء به شرط هستند. زیرا این دو در مقام بیان صحت شرط و یا عقد مشروط نیستند.

از سوی دیگر، اگرچه برخی المؤمنون عند شروطهم را به عنوان دلیل مستقلى برای وفای به عقد گرفته‌اند، اما اطلاق کلمه شرط بر یک عقد کامل صحیح نیست و لذا این استدلال تمام نیست.

ادله خاصه صحت بیع الخيار

پس از ادله عامه، نوبت به بررسی ادله خاصه صحت بیع الخيار می‌رسد. روایات خاصه صحت بیع الخيار شامل پنج روایت است که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

موثقہ اسحاق بن عمار

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْتِيهِ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ حَدَّثَنِي مَنْ سَمِعَ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام وَ سَأَلَهُ رَجُلٌ وَ أَنَا عِنْدَهُ فَقَالَ: رَجُلٌ مُسْلِمٌ اِخْتِاجَ إِلَى بَيْعِ ذَاةٍ فَجَاءَ إِلَى أَخِيهِ فَقَالَ أَيْعُكَ دَارِي هَذِهِ وَ تَكُونُ لَكَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ تَكُونَ لِيَغْيِرَكَ عَلَى أَنْ تُشْتَرِطَ لِي إِنْ أَنَا جِئْتُكَ بِثَمَنِهَا إِلَى سَنَةٍ أَنْ تَرُدَّ عَلَيَّ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهَذَا إِنْ جَاءَ بِثَمَنِهَا إِلَى سَنَةٍ رَدَّهَا عَلَيْهِ قُلْتُ فَإِنَّهَا كَانَتْ فِيهَا غَلَّةٌ كَثِيرَةٌ فَأَخَذَ الْغَلَّةَ لِمَنْ تَكُونُ الْغَلَّةُ فَقَالَ الْغَلَّةُ لِلْمُشْتَرِي أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اخْتَرَقَتْ لَكَانَتْ مِنْ مَالِهِ. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ يَأْتِيهِ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: قَالَ سَأَلَهُ رَجُلٌ وَ ذَكَرَ الْحَدِيثَ (وسائل، ج ۱۸، ص ۱۸).

بررسی سندی: مرحوم کلینی این روایت را معنعن نقل می‌کند ولی مطابق سبک کتاب کافی، کتابی را به عنوان مأخذ معرفی نمی‌کند و ممکن است این روایت به ایشان مشافهه کابر عن کابر رسیده باشد و ایشان نیز همین گونه آن نقل کرده باشد. شیخ طوسی ره این روایت از کتاب حسین بن سعید نقل می‌کند. اما هر دو، این روایت را مرسله نقل می‌کنند. ولی روایت صدوق که از کتاب اسحاق بن عمار ذکر شده، مرسله نیست و طریقی که مرحوم صدوق به وی در مشیخه فقیه ذکر می‌کند صحیح است.^۱

^۱ در اینجا به بررسی طریق صدوق ره به اسحاق ابن عمار می‌پردازیم. شیخ صدوق ره در مشیخه طریق خود را چنین معرفی می‌کند: «و ما کان فیہ عن إسحاق بن عمار فقد رويته عن أبي - رضي الله عنه - عن عبد الله بن جعفر الحميري، عن علي بن إسماعيل، عن صفوان بن يحيى، عن إسحاق بن عمار» (صدوق، فقیه، ج ۴، ص ۴۲۳). علی بن اسماعیل مردد بین چند راوی ثقه است: (۱) علی بن اسماعیل بن عمار: او برادرزاده اسحاق ابن عمار است و از وجوه راویان حدیث و مروی عنه ابن ابی عمیر در کافی و تهذیب است (کلینی، کافی، ج ۵، ص ۲۸۸؛ طوسی، تهذیب، ج ۷، ص ۲۱۳). (۲) علی بن اسماعیل بن شعیب بن میثم التمار: به تعبیر نجاشی از وجوه متکلمین شیعه بوده که با ابوالهذیل و نظام بحث کلامی نموده است (نجاشی، رجال، ص ۲۵۲) و به تعبیر شیخ طوسی اولین متکلم بر مذهب امامیه بوده است (طوسی، الفهرست، ص ۲۶۳) و مطابق نقل کشی، همراه با محمد بن سلیمان نوفلی در زندان هارون بوده است (کشی، رجال، ج ۱، الجزء الثالث، ص ۲۶۲). اما طبقه او با راوی در طریق صدوق سازگار نیست: زیرا او را وی مروی عنه مباشر حسین بن سعید است در حالی که در روایت شیخ طوسی ره، حسین بن سعید به واسطه صفوان از او روایت می‌کند. ثانیاً علی بن

اما مشکل این است که مرحوم کلینی و شیخ طوسی ره نیز همین روایت را از اسحاق بن عمار به شکل مرسل نقل کرده‌اند. لذا به نظر می‌رسد یک نفر در سلسله سند اشتباه کرده است. در دوران بین اشتباه کلینی و صدوق، گفته می‌شود که کلینی اضطرب است و در نتیجه روایت مرسل می‌گردد. اما اگر بگوییم مشکل در نسخه این دو بوده است، در دوران بین زیاد و نقضیه دو نظریه وجود دارد. مطابق نظریه اول، اصل عدم زیاده می‌گوید فقره «حدّثی من سمع» زاید نیست و لذا روایت مرسل می‌شود؛ اما مطابق نظریه دوم، هیچ کدام حجت نیست که در این صورت نیز اسناد روایت ثابت نمی‌شود و نتیجه کلی، مرسل بودن روایت است.

برخی صاحب‌نظران مانند مرحوم مرتضی حایری و شهید صدر ره نفر اول سند صدوق را صاحب کتاب می‌دانند. در این صورت، نظر مرحوم صدوق مقدم است؛ زیرا مرحوم صدوق، این روایت را از کتاب مشهور اسحاق ابن عمار استخراج کرده است. در حالی که مرحوم شیخ آن را از کتاب حسین بن سعید نقل نموده و مرحوم کلینی نیز معلوم نیست این روایت را از کتاب استخراج کرده باشد. البته این راه مورد پذیرش مشهور نیست؛ زیرا مشهور قبول ندارد که نفر اول در سند فقیه، صاحب کتاب باشد. در مجموع با توجه به دوران بین ارسال و عدم ارسال، و همچنین عدم ثبوت صاحب کتاب بودن نفر اول سند در کتاب فقیه، اسناد روایت ثابت نمی‌گردد ولی در صورت پذیرش اسناد، روایت مؤثقه به اسحاق ابن عمار خواهد بود.

بررسی دلّالی: در این روایت فروشنده شرط می‌کند که اگر تا یک سال، ثمن را پس بیاورد، خریدار خانه را به او بازگرداند. این روایت با قیدیت ردّ ثمن برای فسخ، فسخ فعلی بودن ردّ ثمن و شرط نتیجه و اقاله سازگار است اما ظهور در اشتراط فسخ بر مشتری در صورت بازگرداندن ثمن توسط بایع دارد. ممکن است گفته شود که در متن روایت اگر غیر از فسخ فعلی، تحمل موارد دیگری را هم داشته باشد، ترک استفصال امام علیه السلام از کلام راوی موجب اطلاق در همه موارد می‌شود. اما در این روایت به نظر می‌رسد که کلام راوی دارای ابهام نبوده تا به ترک استفصال امام علیه السلام در پاسخ راوی استدلال گردد؛ بلکه صورت خاصی مورد نظر راوی بوده است و امام علیه السلام همان را پاسخ داده است و الا امام علیه السلام کلام راوی را عوض می‌کرد. در این صورت، روایت برای ما دارای اجمال است و نمی‌توان بوسیله ترک استفصال،

اسماعیل مذکور در مشیخه راوی از صفوان است. لذا مراد در مشیخه فقیه، میثمی نیست. (۳) علی بن اسماعیل سندی بن عیسی الاشعری: او به نقل کشی از نصر بن صباح، ثقه است (کشی، رجال، ج ۱، الجزء السادس، ص ۵۹۸). صاحب وسائل از قرب الاسناد حمیری از علی بن سندی روایتی را نقل می‌کند که معلوم می‌شود مروی عن عبدالله بن جعفر همین سندی است (وسائل، ج ۲۹، ص ۹۰). (۴) علی بن اسماعیل الدغشی: وی در تهذیب مروی عن صفوان بن یحیی واقع شده است (طوسی، تهذیب، ج ۷، ص ۳۲۵). (۵) علی بن اسماعیل الدهقان: به تعبیر شیخ طوسی ره، «زاهد خیر فاضل من اصحاب العیاشی» است. چنین تعبیری عرفاً ملازم وثاقت است (طوسی، رجال، ص ۴۲۹). صفوان یکی از مشایخ ثلاثه است و اسحاق ابن عمار فطحی ولی ثقه است (طوسی، فهرست، ص ۳۹). در نتیجه این طریق صحیح است.

اطلاق‌گیری کرد. نظر شیخ انصاری و مرحوم اصفهانی و مرحوم امام ذیل صحیحہ سعید بن یسار بررسی می‌گردد.

صحیحہ سعید بن یسار

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام إِنَّا نَخَالِطُ أَتَاسًا مِنْ أَهْلِ السَّوَادِ وَغَيْرِهِمْ فَنَبِيعُهُمْ وَتَرْيَحُ عَلَيْهِمْ لِلْعَشْرَةِ اثْنَيْ عَشَرَ وَالْعَشْرَةَ ثَلَاثَةَ عَشَرَ وَتُؤَخَّرُ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَنَا وَبَيْنَ السَّنَةِ وَنَحْوِهَا وَيَكْتُبُ لَنَا الرَّجُلُ عَلَى دَارِهِ أَوْ عَلَى أَرْضِهِ بِذَلِكَ الْمَالِ الَّذِي فِيهِ الْفَضْلُ الَّذِي أَخَذَ مِنَّا شِرَاءً قَدْ بَاعَ وَقَبَضَ الثَّمَنَ مِنْهُ فَنَعِدُهُ إِنْ هُوَ جَاءَ بِالْمَالِ إِلَى وَقْتٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُ أَنْ نَرُدَّ عَلَيْهِ الشِّرَاءَ فَإِنْ جَاءَ الْوَقْتُ وَلَمْ يَأْتِنَا بِالذَّهَابِ فَهُوَ لَنَا فَمَا تَرَى فِي الشِّرَاءِ فَقَالَ أَرَى أَنَّهُ لَكَ إِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَإِنْ جَاءَ بِالْمَالِ لِلْوَقْتِ فَرُدَّ عَلَيْهِ.

وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ: مِثْلُهُ؛ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ وَعُثْمَانَ بْنِ عِيسَى جَمِيعاً عَنْ سَعِيدِ بْنِ يَسَارٍ: نَحْوَهُ (وسائل، ج ۱۸، ص ۱۸).

بررسی سند کلینی ره: سند کلینی بواسطه ابی علی اشعری است. ابوعلی اشعری، احمد بن ادريس قمی جلیل‌القدر است. محمد بن عبدالجبار ابی‌الصهبان از اصحاب امام جواد و امام هادی علیهما السلام است و شیخ وی را توثیق نموده است (طوسی، رجال، ص ۳۹۱). علی بن النعمان الاعلم توسط نجاشی، (ثقه وجه ثبت صحیح واضح الطریقه) معرفی شده است (نجاشی، رجال، ص ۲۹۱). سعید بن یسار ضعیفی نیز ثقه است (نجاشی، رجال، ص ۱۸۱).

بررسی طریق مرحوم صدوق و مرحوم شیخ ره: «محمد بن الحسن رضي الله عنه عن محمد بن الحسن الصفار عن أحمد بن محمد بن محمد بن عيسى عن أحمد بن محمد بن أبي نصر البرزطي عن المفضل عن سعيد بن يسار العجلي الأعرج الكوفي». آقای خویی ره در معجم این طریق را ضعیف دانسته است (خویی، معجم، ج ۸، ص ۱۴۳). مسأله اصلی درباره این طریق، مفضل است.

مراد از مفضل بن عمر با توجه به قرینه راوی و مروی عنه، مفضل بن عمر جعفی است که محل اختلاف بین فقها است. شیخ طوسی توثیقی برای وی نقل نمی‌کند ولی مرحوم نجاشی و ابن غضائری وی را تضعیف می‌کنند (نجاشی، ص ۴۱۶؛ ابن غضائری، ص ۸۷). کتاب ابن غضائری ثابت نیست؛ لذا مهم بررسی تضعیف نجاشی است. در مقابل این تضعیف، چند راهکار برای وثاقت مفضل می‌توان بیان نمود:

۱) مرحوم شیخ مفید در ارشاد، مفضل بن عمر را به عنوان اولین نفر از خواص، بطانه و ثقات امام صادق علیه السلام معرفی می‌کند که جزء فقها و صالحین هستند (شیخ مفید، الارشاد، ج ۲، ص ۲۱۶). ممکن است اشکال شود که این وجه در نهایت با تضعیف نجاشی تعارض و تساقط می‌کند. در پاسخ می‌توان گفت تضعیف ایشان، به لحاظ نقل از اساتید وی که ثقه هستند می‌تواند حجت باشد. اما شیخ مفید ره این مطلب را به

امام صادق علیه السلام نسبت می دهد و مفضل را ثقه از نظر امام علیه السلام معرفی می کند. بر این اساس دیگر، کلام نجاشی معارضه ای با نقل شیخ مفید ره نخواهد داشت و مقدم است. زیرا خبر ثقه ای که قول معصوم را نقل می کند بر خبری که کلام غیر معصوم را نقل می کند مقدم است.

(۲) ابن شهر آشوب نیز مفضل را جزء ثقاتی که نص بر امامت امام کاظم علیه السلام را از پدرش نقل می کنند معرفی می کند (ابن شهر آشوب، المناقب، ج ۳، ص ۴۳۵-۴۳۶). این وجه تنها معارض با کلام نجاشی ره است.

(۳) وجه دیگر اعتماد مرحوم صدوق به ایشان و وقوع مفضل در آغاز اسناد فقیه است. افرادی که در کتاب فقیه در آغاز اسناد واقع می شوند و مرحوم صدوق به آن ها در مشیخه طریق دارد به شهادت مرحوم صدوق، صاحبان کتب مشهوره، مرجع و معول علیه بوده اند. لازمه مرجع و معول علیه بودن این کتب، اعتماد فقها نسبت به صاحبان این کتب است. در نتیجه بالملزمه وثاقت آن ها ثابت می گردد (صدوق، الفقیه، ج ۱، ص ۳).

(۴) اعتماد امام صادق علیه السلام و ذکر روایتی مفصل در باب توحید برای او نشان از اعتماد امام علیه السلام به این راوی دارد. این روایت چنان با عظمت است که مرحوم نجاشی این روایت را کتاب الفکر معرفی می کند (نجاشی، ص ۴۱۶).

(۵) مرحوم شیخ طوسی ره در کتاب الغیبه، مفضل را از سفرای ممدوح ائمه علیهم السلام معرفی می کند. با توجه به ممدوح بودن مفضل از نظر شیخ طوسی ره می توان گفت نمی شود فردی وکیل و متولی کسی باشد ولی مورد اعتماد او نباشد (طوسی، ص ۳۴۶).

(۶) روایت ابن ابی عمیر و بنظری از مشایخ ثلاثه از مفضل (حرعاملی، ج ۱۴، ص ۴۱۰؛ همان، ج ۳، ص ۴۵۹)؛

(۷) مفضل ابن عمر جزء ۴۰۰۰ شاگرد امام صادق علیه السلام است که ابن عقده آن ها را ثقه می داند. زیرا شیخ طوسی ره در رجال در بخش مرتب نام وی را آورده است (طوسی، ص ۳۰۷).

(۸) روایات فراوانی که مرحوم کشی در رجال (کشی، ص ۳۲۱)، شیخ طوسی ره در الغیبه (ص ۳۴۶)، شیخ مفید در اختصاص (مفید، ص ۲۱۶) و مرحوم کلینی در روضه کافی (کلینی، ج ۸، ص ۳۷۳) در عظمت و جلالت مفضل بن عمر نقل کرده اند. مجموع این روایات و کثرت آن ها موجب این اطمینان می شود که مفضل از اجلاء ثقات بوده است و لذا نیازی به بررسی سندی هم ندارد.

از کنار هم گذاشتن این وجوه روشن می گردد تضعیفاتی که درباره مفضل وارد شده صحیح نیست و ناشی از اشتباه بوده است. لذا طریق مرحوم صدوق به این روایت نیز صحیح است.

طریق مرحوم شیخ به حسین بن سعید صحیح است و در ادامه سند علی بن نعمان و عثمان بن عیسی واقع شده اند. اگرچه عثمان ابن عیسی اختلافی است ولی چون توثیق دارد و از واقفی بودن برگشته است ثقه است و لذا اشکال ندارد. از طرف دیگر، با توجه به این که این روایت همزمان به وسیله علی بن نعمان از علی بن یسار نقل شده است اشکال در عثمان بن عیسی خدشه ای به سند وارد نمی کند و لذا طریق مرحوم شیخ طوسی نیز صحیح است.

بررسی دلالتی: بر اساس این روایت، اهل عراق کالاهایی را نسبه می‌خرند و سود فروش نسبه، ده دوازده و ده سیزده است. سپس فروشنده خانه آن‌ها را در مقابل مبلغ بدهی‌شان از آن‌ها می‌خرد با این شرط که اگر تا زمان مقرر، آن مال را بیاورند خرید خانه را به آن‌ها بازگرداند. امام علیه السلام می‌فرماید اگر مال را آوردند معامله را بازگردان و اگر نیاوردند خانه برای تو است.

از نظر شیخ انصاری، موثقه اسحاق بن عمار و صحیحه حسین بن سعید با فرض انفساخ^۱ و وجوب اقاله سازگار است (انصاری، مکاسب، ج ۵، ص ۱۳۰ و ۱۳۱). اما مرحوم ایروانی این دو روایت را به اشتراط این که مشتری معامله را فسخ کند و یا معامله جدیدی انجام دهد، اقرب می‌داند (ایروانی، علی، ۴۰۶، حاشیه‌المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج ۲، ص ۲۳).

از نظر مرحوم اصفهانی، ظاهر این دو روایت، اشتراط مشتری است و چون او خیابار ندارد پس مراد از ردّ مبیع هم فسخ او نیست زیرا او خیابار ندارد بلکه یا التزام مشتری به معاوضه جدید به شکل ردّ معاطاتی مبیع است و یا التزام به اقاله است. و حمل ردّ مبیع، بر ردّ متفرع بر اقاله اولی از حمل آن بر تملیک جدید است (اصفهانی، حاشیه‌المکاسب، ج ۴، ص ۱۸۷).

از نظر مرحوم امام، یک احتمال در روایت فسخ فعلی است. این احتمال اگرچه با فهم عرفی در امثال مقام، سازگار است ولی با لفظ روایت سازگار نیست؛ احتمال دوم، اشتراط فسخ بر مشتری است و مراد ردّ اعتباری حاصل با ردّ خارجی است و اگر او فسخ نکند بایع خیابار تخلف پیدا می‌کند. این احتمال با الفاظ روایت سازگارتر است. سایر احتمالات شامل شرط انفساخ، اقاله و یا تملیک جدید است. با الغای خصوصیت از احتمال مورد نظر در روایت استفاده می‌شود که جهالت و غرر در شروط به این نحو مضرّ نیست. همین احتمالات در صحیحه سعید بن یسار نیز وجود دارد (امام خمینی، کتاب‌البیع، ج ۴، ص ۳۴۴). در مجموع به نظر می‌رسد این روایت و مرسله اسحاق بن عمار اظهر در شرط فسخ بر مشتری است.

روایت معاویه بن مسیره

و يَسْتَدِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ أَبِي بَشِيرٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ مَيْسَرَةَ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا الْجَزُودِ يَسْأَلُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ رَجُلٍ بَاعَ دَارًا لَهُ مِنْ رَجُلٍ وَ كَانَ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ الرَّجُلِ الَّذِي اشْتَرَى مِنْهُ الدَّارَ حَاصِرٌ فَشَرَطَ إِنَّكَ إِنْ أَتَيْتَنِي بِمَالِي مَا بَيْنَ ثَلَاثِ سِنِينَ فَالِدَّارُ دَارُكَ فَاتَاهُ بِمَالِهِ قَالَ لَهُ شَرْطُهُ قَالَ لَهُ أَبُو الْجَزُودِ فَإِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ قَدْ أَصَابَ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ قَالَ هُوَ مَالُهُ وَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ الدَّارَ اخْتَرَقَتْ مِنْ مَالٍ مَنْ كَانَتْ تَكُونُ الدَّارُ دَارَ الْمُشْتَرِي (وسائل، ج ۸، ص ۲۰).

بررسی سندی: شیخ طوسی ره در تهذیب این روایت را از حسن بن محمد بن سماعه نقل می‌کند (طوسی، تهذیب، ج ۷، ص ۱۷۶). نجاشی وی را ثقه اما از سران واقفه و معاند در وقف معرفی می‌کند (نجاشی، رجال، ص ۴۱).

^۱، ظاهر عبارت شیخ انصاری، فرض انفساخ است ولی ممکن است مراد ایشان فسخ فعلی باشد.

شیخ طوسی ره در فهرست دو طریق به حسن بن محمد بن سماعه دارد: «أخبرنا (بجميع كتبه و رواياته) أحمد بن عبدون عن أبي طالب الأنباري عن حميد بن زياد النينوي عن الحسن (بن محمد) بن سماعه». «و أخبرنا أحمد بن عبدون عن علي بن محمد بن الزبير عن علي بن الحسن بن فضال عن الحسن بن محمد بن سماعه» (شیخ طوسی، ص ۱۳۴).

شیخ ره در مشیخه استبصار نیز دو طریق به حسن بن محمد بن سماعه ذکر می کند: «(و ما ذكرته) عن الحسن بن محمد بن سماعه فقد أخبرني بن أحمد بن عبدون عن أبي طالب الأنباري عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه، و أخبرني أيضا الشيخ أبو عبد الله و الحسين بن عبيد الله و أحمد بن عبدون كلهم عن أبي عبد الله الحسين بن علي بن سفيان البزوفري عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه» (شیخ طوسی، مشیخه استبصار، ص ۳۲۸)؛ البته شیخ ره مشیخه تهذیب، راوی طریق دوم را حسین بن سفيان بزوفری بیان می کند که ممکن است ناشی از تفاوت نسخ باشد (تهذیب، مشیخه، ص ۷۵). در طریق استبصار، حسین بن علی بن سفيان بزوفری دارد. ولی در تهذیب حسین بن سفيان دارد که توثیق خاص ندارد. آقای خویی می فرماید حسین بن علی بن سفيان بزوفری همان حسین بن سفيان است. اما اگر اتحاد پذیرفته نشود، تصحیح این طریق از این جهت دارای اشکال خواهد بود.

با این وجود، اگرچه برخی از روات این طرق، توثیق خاص ندارند ولی این طرق با توثیقات عامه قابل تصحیح است. مطابق شهادت شهید ثانی، تمام مشایخ مشهور از زمان کلینی ره تا زمان ایشان همه ثقه هستند و این متواتر است. حسین بن سفيان صاحب کتاب بوده و در طرق متعددی واقع شده است. احمد بن عبدون و ابو طالب انباری و محمد بن زبیر همه همین طور هستند. لذا طریق تهذیب و استبصار و دو طریق فهرست بر اساس همین مبنا قابل تصحیح است. اگرچه این مبنا مورد پذیرش مشهور نیست.

احمد بن ابی بشر السراج واقفی و ثقه است (نجاشی، رجال، ص ۷۵؛ طوسی، فهرست، ص ۵۱). معاویه بن میسره بن شریح، نوه شریح قاضی است و توثیق خاص ندارد ولی وجوه عامه وثاقت درباره او نیز موجود است. اولاً او مروی عنه بزنطی (کلینی، کافی، ج ۵، ص ۱۷۷؛ طوسی، تهذیب، ج ۷، ص ۸۶) و صفوان (طوسی، تهذیب، ج ۱، ص ۲۲۵؛ استبصار، ج ۱، ص ۱۹) و ابن ابی عمیر (کافی، ج ۳، ص ۵۱۴ و ص ۵۶۴؛ تهذیب، ج ۴، ص ۱۶؛ استبصار، ج ۲، ص ۱۵) واقع شده است. ثانیاً وی از اصحاب امام صادق علیه السلام در قسمت مرتبه رجال شیخ طوسی ره است و لذا مستخرج از رجال ابن عقیله و ثقه است. ثالثاً او ابتدای سند مرحوم صدوق واقع شده است و لذا صاحب کتاب است. بر اساس این مبنا او ثقه است. در مجموع با تصحیح طرق مذکور در فهرست و تهذیب و استبصار و وجوه عامه توثیق سایر روات، این روایت موثقه است.

بررسی دلالتی: از نظر شیخ انصاری، ظاهر این روایت شرط نتیجه است؛ اگرچه احتمال فسخ فعلی هم در آن وجود دارد (انصاری، مکاسب، ج ۵، ص ۱۳۰). صاحب ریاض نیز احتمال فسخ فعلی را ظاهر می داند (ریاض، ج ۸، ص ۱۸۹). از نظر مرحوم اصفهانی این روایت ظاهر در شرط نتیجه به نحو ملکیت خانه برای بایع و یا

انحلال است، اگرچه متعارف بین مردم، انحلال است (اصفهانی، حاشیه‌المکاسب، ج ۴، ص ۱۸۸). از نظر امام خمینی ره، اگرچه ظاهر لفظ روایت شرط نتیجه است ولی این شرط، متعارف نیست و همچنین احتمال دارد کنایه از ثبوت خيار باشد (خمینی، کتاب البیع، ج ۴، ص ۳۴۵). در مجموع به نظر می‌رسد این روایت، ظهور در شرط نتیجه و یا فسخ فعلی بوسیله پس دادن ثمن دارد.

روایت ابی الجارود

وَعَنْهُ عَنْ فَضَالَةَ عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي الْجَارُودِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: إِنْ بَعْتَ رَجُلًا عَلَى شَرْطٍ فَإِنْ أَتَاكَ بِمَالِكَ وَإِلَّا فَالْبَيْعُ لَكَ. (تهذيب، ج ۷، ص ۲۳).

بررسی سندی: ضمیر عنه به حسین بن سعید بازمی‌گردد و طریق شیخ به او صحیح است. فضاله ابن ایوب ثقة است و ابان بن عثمان احمر، ناووسی است ولی از اصحاب اجماع دوم است و اقل دلالت کلام کشی بر وثاقت خود آن‌ها است (کشی، رجال، ص ۳۷۵). ابوالجارود زیاد بن منذر، رئیس زیدیه و برخی اخبار ذمّ درباره او وارد شده است. اما آقای خویی این ضعف‌ها را پاسخ داده است و روایات ذمّ را ضعیف می‌داند. زیرا اولاً روایت مکفوف اعمی‌القلب مرسل است و مرحوم کشی تعبیر به حکمی نموده است. ثانیاً خروج زید، هفت سال بعد از وفات امام باقر عليه السلام بوده است و نسبت مکفوف توسط امام باقر عليه السلام به او نمی‌تواند صحیح باشد زیرا او در زمان امام باقر عليه السلام منحرف نبوده است. ثالثاً این روایات دلالت بر گمراهی می‌کند نه بر ضعف. تنها روایتی که دلالت بر ضعف می‌کند روایت کذابون مکذبون ملعونون است که ضعیف است. رابعاً پذیرفته نیست که هر کس بعد از زید قیام کرده باشد زیدی است و روایت اسماء ائمه عليهم السلام را خود ابوالجارود نقل کرده است. از سوی دیگر، زید دارای توثیقات عامه است: ۱) اول سند فقیه واقع شده و در مشیخه مرحوم صدوق آمده است؛ ۲) جزء اصحاب امام صادق عليه السلام در مرتبه (نفر دوم) است. ۳) در کامل الزیارات آمده است. ۴) در تفسیر قمی آمده است. ۵) مرحوم شیخ مفید ره در رساله عدویه، می‌فرماید این روایات را رؤسای اعلام نقل کرده‌اند که لایطعن علیهم بشیء و ابوالجارود جزء راویان این روایات است. ۶) احمد بن ادریس و احمد بن محمد بن عیسی با واسطه از او روایت نقل کرده‌اند. در حالی که اگر ابوالجارود ضعیف بود، طعن برای ابن ادریس و ابن عیسی به حساب می‌آمد. ۷) در کافی آمده است؛ ۸) اصحاب اجماع (حسن بن محبوب) از او روایت نقل کرده‌اند. ۸) روایت اجلاء مانند حسن بن محبوب و ابان بن عثمان ... از او؛ ۹) صاحب اصل (مطابق برخی از مبانی) شیخ طوسی ره می‌فرماید له اصل و له کتاب التفسیر. اگرچه این طور نیست که تک تک این مبانی مورد پذیرش باشد ولی برخی از آن‌ها مورد پذیرش است و با پاسخی که از روایات تضعیف داده شد، اطمینان به وثاقت او پیدا می‌شود.

بررسی دلالتی: از نظر مرحوم اصفهانی، این روایت مجمل است و تطبیق آن بر مانحن فیه متوقف بر این است که: ۱) حمل «بعت رجلاً» بر شراء شود؛ ۲) مراد از مالک در عبارت «فان اتاک بمالک»، مال

سابق تو باشد و مراد از عبارت این باشد که ثمن را بیاورد؛ (۳) مراد از «فالبیع لک» این باشد که المبیع لک و یا خود بیع برای تو مستقر است و زائل نشده است. در نتیجه به قرینه مقابله، اگر بایع مال تو یعنی ثمن را بیاورد مبیع برای بایع خواهد بود و الا مبیع برای خریدار باقی می ماند (فأن اتاک بمالک و الا فالبیع لک).

در غیر این صورت، (۱) بعت به معنای ظاهریش خواهد بود، و (۲) فان اتاک بما لک یعنی اگر آنچه بالفعل برای توست (ثمن معجل) را بیاورد بیع تمام است؛ (۳) و الا فالبیع لک یعنی امر عقد به لحاظ فسخ و ترک آن بدست تو است و یا اینکه مبیع به لحاظ حق استرداد آن برای تو است. در نتیجه روایت اجنبی از مانحن فیه خواهد بود و مربوط به تعجیل ثمن است (اصفهانى، حاشیه المکاسب، ج ۴، ص ۱۸۸). در مجموع به نظر می رسد این روایت اجنبی از مانحن فیه است و حمل آن بر مانحن خلاف ظاهر بلکه خلاف نص روایت است.

روایت دعائم

عن أبي عبد الله عليه السلام: «أُتِيَ سَئِلٌ عَنْ رَجُلٍ بَاعَ دَارَهُ، عَلَى شَرْطِ أَنَّهُ إِنْ جَاءَ بَثْمَنُهَا إِلَى سَنَةِ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ. قَالَ: «لَا بَأْسَ بِهَذَا، وَهُوَ عَلَى شَرْطِهِ» (دعائم الإسلام ۲/۱۰۷: ۴۴؛ مستدرک الوسائل ۳/۱۳: ۳۰، کتاب التجارة، أبواب الخيار، الباب ۶، الحديث ۱).

از نظر امام خمینی ره، این روایت ظاهر در شرط بایع بر مشتری است و لعل که اظهر در شرط خيار باشد (خمینی، کتاب البیع، ج ۴، ص ۳۴۵). در نتیجه این روایت به لحاظ دلالتی مانند موثقه اسحاق ابن عمار است؛ اما به لحاظ سندی، روایت مرسله است.

جمع بندی: روایات فوق دو دسته هستند. دسته اول ظاهر در وجوب فسخ بر مشتری در صورت پس دادن ثمن توسط فروشنده است و دسته دوم ظاهر در انفساخ بیع با پس دادن ثمن است و بر اساس روایات فوق تصحیح می گردد. با توجه به این که دو صورت مذکور خصوصیتی نسبت به سایر فروض ندارد، با الغای خصوصیت از این دو صورت می توان قائل به صحت بیع الخيار در تمام صور صحیح فی نفسه گشت. البته این در صورتی است که ادله عامه بطلان شامل این صور نگردد.

ادله عامه بطلان بیع الخيار

با توجه به عدم وجود دلیل خاص بر بطلان بیع الخيار تنها ادله و وجوه عامه قابل طرح در این مسأله بیان می گردد:

جهالت و غرر در صورت جعل تعلیقی خيار

یکی از صور بیع خيار، جعل توقیتی و یا تعلیقی خيار است. در این صورت، اشکال قابل طرح بحث غرر و جهالت در شروط بیع است. زیرا معلوم نیست این شرط در چه زمانی محقق می شود و صرف اینکه در بازه زمانی معینی واقع شود رافع جهالت نیست. بر اساس این اشکال این فرض چه به نحو توقیت (ظرفیت) و چه به نحو تعلیق (شرطیت) باشد مشمول ادله غرر و باطل است. از نظر امام خمینی

درمانحن فیه، اصل حصول خيار مجهول است؛ زیرا خيار، معلق بر امری مجهول الحصول است (کتاب البیع، ج ۴، ص ۳۴۰).^۱ و این اشکال بر اکثر صور وارد است و مطابق قواعد، این صور باید باطل باشد و لذا برای تصحیح آن باید به دلیلی مانند اجماع و یا اخبار خاص استدلال نمود (کتاب البیع، ج ۴، ص ۳۴۲).^۲

پاسخ: جهالت مذکور موجب جهالت در بیع نمی‌گردد و عرف این را جهالت به حساب نمی‌آورد. زیرا همانطور که در صورت داشتن خيار از ابتدا، زمان اعمال آن نامشخص است و احدی در آن اشکال نکرده است؛ اگر اصل حصول خيار هم مجهول و معلق باشد مضرّ نیست. زیرا جهالت این صورت، بیشتر از سایر حالات جعل خيار نیست و مشکلی ایجاد نمی‌کند.

بیع الخيار، شرط خلاف مقتضای عقد است

اشکال دیگری که بر بیع الخيار مطرح شده این است که شرط مذکور چون موجب بطلان و از بین رفتن عقد می‌شود خلاف مقتضای عقد است. پاسخ این اشکال روشن است زیرا در این صورت سایر عوامل از بین بردن عقد مانند اقاله و فسخ و تمام صور شرط خيار باید باطل باشد در حالی که احد از فقها این را مبطل دانسته است. ثانیاً اقتضای عقد بقای دائمی و عدم امکان فسخ آن ولو با خيار نیست. بلکه اقتضای اطلاق عقد، بقای آن است و با تقیید به خيار این اقتضا از بین می‌رود ولی مقتضای ذات عقد چنین نیست.

بیع الخيار حيله ربا است

روشن است که بیع الخيار ربا نیست و ربای قرضی و معاملی در مورد آن صادق نیست و لذا ادله حرمت ربا به شکل مستقیم شامل بیع الخيار نمی‌گردد. اما این بیع می‌تواند به عنوان راهکاری برای فرار از ربا مورد استفاده قرار گیرد و هر عقدی که حيله ربا باشد اگرچه موجب تغییر عنوان گردد، باطل است. بر اساس این بیان، فردی که می‌خواهد قرض ربوی بدهد، یک کالا از خریدار به قیمت مبلغ قرض می‌خرد. در این مدت خریدار می‌تواند خودش از منافع آن کالا بهره‌مند شود و یا اینکه آن کالا را به فروشنده و یا شخص دیگری اجاره دهد و در پایان مدت تعیین شده، با پس گرفتن پول خود کالا را بازمی‌گرداند و اگر پول خود را نتواند بگیرد آن کالا را در بازار می‌فروشد. در نتیجه، خریدار اصل پول خود و زیاده یعنی منافع مبیع را بدست آورده است و لذا بیع الخيار با این تبیین، باطل است.

^۱ و إن أراد: أنَّ التحديد بالسنة، موجب للخروج عن الغرر، ففيه منع؛ لأنَّ المَجْعُولَ الخيار المعلق على أمر مجهول في ظرف سنة أو أكثر.

^۲ ثم إنَّ إشكال الجهالة و الغرر، يأتي في أكثر الصور، فما فيها الغرر بالوجه الذي مرَّ بيانه، تبطل على القواعد، ولا بدَّ في صحتها من التماس دليل؛ من إجماع، أو أخبار خاصة

در پاسخ می توان گفت غیر از شمول مستقیم ادله تحریم ربا که از آن پاسخ داده شد، حيله ربا بودن بيع الخيار در چند صورت می تواند مبطل باشد:

یک) حيله مذکور موجب صوری بودن عقد شود. در این صورت، در واقع حيله موجب خروج حيله از حيله بودن و تبدیل معامله به یک قرارداد صوری شده است. روشن است که چنین فرضی باطل است ولی در بيع الخيار، فرض این است که طرفین جدی طرفین نسبت به عقد و انتقال واقعی مبيع به مشتری دارند. بلکه اگر واقعا چنین قصدی در کار نباشد بيع الخيار باطل است. یکی از نشانه های صوری بودن عدم تناسب جدی مبلغ پرداختی با مبيع است و این ها اماره صوری بودن عقد در شرائط مذکور و بطلان آن است.

دو) این عقد مشمول یکی از حکمت های ربا باشد. بر این اساس اولاً بيع الخيار موجب ظلم به خریدار است و او نمی تواند مبيع را در این مدت بفروشد و فروشنده نیز ممکن است مبيع خود را برای همیشه از دست بدهد. ثانياً عده ای از مردم کار و تجارت را رها نموده و به کسب درآمد از این طریق روی می آورند. ثالثاً بيع الخيار موجب از بيع رفتن کار نیک می گردد. و بطور کلی هر عقدی که حکمت های ربا در آن جاری باشد باطل است ولو عنوان ربا بر آن صادق نباشد. زیرا اگرچه حکم دائر مدار عنوان ربا است ولی از سوی دیگر حکمت های ربا مبعوض شارع بوده و تحریم بر اساس آن شکل گرفته است. در نتیجه اگر جایی این عناوین فرعی هم صادق باشد، مبعوض شارع و باطل است.

پاسخ از این مسأله به دو شکل کبروی و صغروی امکان پذیر است. به لحاظ کبروی اگرچه حکمت های ربا منشأ تحریم ربا قرار گرفته است ولی در سایر عناوین روشن نیست مصلحت و مفسده مزاحمی در کار نباشد. در ربا این حکمت ها موجب تحریم شده است ولی در سایر عناوین ممکن است این حکمت ها معارض با مصلحت و یا مفسده ای اقوی باشد و تحریم شکل نگیرد. البته اگر جایی وجود این حکمت ها احراز گشت ولی مانعی احراز نگشت می توان قائل به ترتب آن عناوین بدون مزاحم گشت. این فرض اگرچه نادر است ولی معمولاً در چنین مواردی، عقل حکم به عدم فرق میان ربا و عنوان جدید می کند. به عبارت دیگر، جریان حکمت ها می تواند منشأ حکم به عدم فرق میان ربا و عنوان جدید گردد. اما به لحاظ صغروی نه جریان حکمت ها در بيع الخيار احراز می شود و احتمال فرق و وجود مانع محقق است. لذا نمی توان با تمسک به حکمت ها مبعوضیت بيع الخيار را احراز نمود. از سوی دیگر، همانطور که گذشت با توجه به وجود روایات خاصه در مسأله، مغلوبه بودن ملاکات جعل تحریم ربا بر فرض صدق آن ها در مانحن فیه احراز می گردد. در ادامه این حکمت ها جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد.

اولاً این معامله موجب ظلم نیست؛ زیرا این معامله بر اساس معاملات عادی بازار است و هر کدام از فروشنده و بایع از منافع این معامله بهره مند می شوند و فروشنده نیز با پس دادن ثمن می تواند مبيع خود را پس بگیرد. ثانياً این معامله نه تنها موجب کساد تجارت نیست؛ بلکه برخی از افراد املاک خود را به منظور بيع الخيار در بازار عرضه می کنند و لذا معاملات جدیدی بر املاک واقع می شود و نه تنها موجب

کسادی تجارت می‌شود بلکه عرضه ملک را در بازار افزایش می‌دهد. از سوی دیگر افرادی هم که می‌خواهند از طریق سرمایه خود گذران زندگی کنند مجبور هستند آن را با انجام معاملات واقعی در بازار و تحمل ریسک خرید و فروش و یا استفاده از منافع آن در مدت خيار محقق هستند. لذا این راهکار موجب رونق تجارت نیز می‌گردد. ثالثاً ترک کار نیک در مواردی مطرح است که موضع آن باشد مثلاً در جایی که فرد می‌تواند قرض حسن بدهد آن را ترک کند و ربا بدهد، ربا موجب از بین رفتن کار نیک و احسان می‌گردد. ولی در جایی که فرد با پول خود مضاربه، مشارکت و یا معامله می‌کند و متحمل ریسک‌های بازار می‌گردد و درآمد کسب می‌کند، این حکمت از آن منصرف است و روشن است که مراد از ترک کار خیر این موارد نیست. والا تمام تجارات و کارهای اقتصادی موجب ترک کار خیر به حساب خواهد آمد. در حالی که احدی به این مطلب ملتزم نیست. پس روشن می‌شود که مراد جایی است که کار فرد، مصداق تجارت نباشد.

سایر موارد حکمت‌های ربا را نیز به همین شکل می‌توان پاسخ داد و روشن می‌شود که جریان حکمت‌های ربا در بیع الخيار منتفی است.

سه) آن حيله تنها موجب تفاوت ظاهري در عنوان گردد و عقل آن را میان صورت مذکور و ربای قرضی فارق نبیند. در این صورت به ملاک عدم الفرق می‌توان گفت اگرچه در ظاهر از عنوان دیگری استفاده شده است ولی در عمل تفاوتی با ربای قرضی ندارد و همه ویژگی‌های ربای قرضی در عنوان جدید نیز برقرار است. برای مثال جایی که فرد به جای قرض گرفتن به شرط زیاده، هبه به شرط قرض کند فقها آن را به علت عدم فرق با ربای قرضی حرام دانسته‌اند. اما در مانحن فیه، چنین مسأله‌ای صادق نیست و خریدار با خرید خانه مالک حقیقی آن می‌شود و در این مدت از امتیازات مالکیت برخوردار است و می‌تواند از منافع مبیع استفاده کند؛ در صورت تلف نیز تلف از مال خریدار به حساب می‌آید. از این گذشته ممکن است فروشنده نتواند در موعد مقرر ثمن را بازگرداند و خریدار پس از آن می‌تواند مبیع را بفروشد. بنابر این، بیع الخيار از این جهت مانند ربای قرضی نیست.

چهار) استفاده از آن حيله موجب لغویت حرمت تحریم ربا گردد. بر اساس این تبیین، شارع حيله‌ای را که موجب لغویت ادله ربا شود جعل نمی‌کند و چنین جعلی نقض غرض است. اگر همه مردم سراغ بیع الخيار بروند، جعل حرمت ربا لغو می‌گردد و لذا مشروعیت بیع الخيار با حرمت ربا سازگار نیست و لذا باطل است.

در پاسخ می‌توان گفت اگرچه کبرای مذکور در محلّ خود مورد مناقشه نیست ولی تطبیق آن بر مانحن فیه محلّ اشکال است. زیرا اولاً این راهکار، یک راهکار فراگیری نیست و دارای لوازمی است که برای همه مقدور نیست. اولین مطلب این است که فروشنده باید کالایی به ارزش مبلغ مورد نیاز خود داشته باشد تا آن را با این شرط بفروشد. دومین لازمه این است که اگر فروشنده نتواند مبلغ را در مدت خيار پس بدهد، بیع قطعی شده و مبیع برای همیشه از دست او خارج می‌گردد. پس این راهکار موجب

لغویت حرمت ربا نمی‌گردد. ثانیاً مراد از لغویت تحریم ربا، مواردی نیست که تماماً از عنوان ربا خارج است. زیرا قصد شارع این است که مردم بتوانند معاملات و نیازهای خود را در چارچوب و قالب شرعی انجام دهند و فرار از ربا به این چارچوب‌ها و قالب‌ها مورد رضایت شارع است.

پنج) **مطلق حيله ربا مبطل باشد:** برای استدلال به حرمت حیل به روایات و آیاتی استدلال شده است. یکی از این روایات، فرمایش امیرالمؤمنین (ع) در نهج البلاغه است که کلامی از پیامبر ص خطاب به ایشان نقل می‌کند: «یا علیّ انّ القوم یفتنون بعدی باموالهم ... و یستحلّون حرامه بالشبهات الکاذبه و الاهیاء الساهیة فیستحلّون ... الربا بالبیع» (نهج البلاغه، ص ۱۸۰). روایت فوق با توجه به شهرت و کثرت نقل آن در منابع مختلف مورد به لحاظ سندی مورد پذیرش است (مجلسی، بحار، ج ۳۲، ص ۲۴۳؛ ابن ابی الحدید، ج ۹، ص ۲۰۶). مطابق این روایت تحلیل ربا با عنوان بیع از مصادیق تحلیل حرام با شبهات کاذبه دانسته شده و مورد مذمت واقع شده است. عنوان بیع دارای اطلاق است و شامل بیع مشروط نیز می‌گردد و بیع الخيار از مصادیق تحلیل ربا بوسیله بیع است و لذا جایز نیست.

روایت دیگر در مسأله، روایت اصبع بن نباته است که در آن امیرالمؤمنین (ع) می‌فرماید: «وَاللّٰهُ لَلرَّبَا فِی هَذِهِ الْأُمَّةِ أَخْفٰی مِنْ دَیْبِ الثَّمْلِ عَلَی الصَّافَا» (کلینی، ج ۵، ص ۱۵۰). روایت به لحاظ سندی تنها از ناحیه ابوالجارود محل اشکال واقع است که در ضمن بررسی ادله خاصه اشکالات آن پاسخ داده شد. مرحوم بهبهانی اختصاص ربا به زیاده عینیّه در قرض را مخالف این روایت می‌داند (بهبهانی، الرسائل الفقهیه، ص ۲۶۱). زیرا اگر ربا و حکم آن با کوچک‌ترین تغییر در عنوان از بین برود، دیگر پنهان‌تر بودن ربا از حرکت مورچه بر سنگ صاف معنا نخواهد داشت. بیع الخيار نیز از مصادیق بارز تغییر در عنوان برای رسیدن به مقصود غرض ربوی است.

در این مقام به آیه اعتداء فی السبب (اعراف، ۱۶۳) نیز استدلال شده که با توجه به دلالت آن در بهترین حالت برابر با دلالت لفظی روایت نهج البلاغه (یستحلّون الحرام بالشبهات الکاذبه) است از بررسی خودداری می‌گردد.

در پاسخ می‌توان گفت که اولاً با توجه وجود روایات صحیحه مبنی بر صحت بیع الخيار، حکم مذکور به اطلاّش باقی نمانده و تقیید خورده است. ثانیاً حلال شمردن ربا به وسیله بیع مربوط به جایی است که عرف ولو بعد از تنبیه و تذکر متوجه ربا بودن آن شود و استفاده از قالب بیع تنها توجیه و صورت‌سازی برای رسیدن به همان مقصود قرض ربوی باشد در حالی که بیع الخيار چنین نیست و عرف آن را یک معامله مستقل و دارای آثار مستقل و منافع متفاوت می‌داند. تلف مبیع در زمان خيار از مال خریدار و بهره‌مندی خریدار از منافع در طول مدت تعیین‌شده از شواهد تفاوت این بیع با حیل مذکور در روایات است. ثالثاً همانطور که اشاره شد بیع الخيار صرفاً تغییر در عنوان ظاهری قرض ربوی نیست و دارای تفاوت ماهوی با آن است و لذا دلیل اخفی بودن ربا نیز شامل آن نمی‌گردد.

جمع‌بندی

همانطور که گذشت صور مختلف بیع الخيار فی نفسه دارای اشکال نیست و مطابق قواعد عامه و همچنین ادله خاصه بیع الخيار این بیع صحیح است. ادله خاصه صحت بیع الخيار دو دسته است. دسته اول ظاهر در وجوب فسخ بر مشتری در صورت پس دادن ثمن توسط فروشنده است و دسته دوم ظاهر در انفساخ بیع با پس دادن ثمن است. با توجه به این که دو صورت مذکور خصوصیتی نسبت به سایر فروض ندارد، با الغای خصوصیت از این دو صورت می‌توان قائل به صحت بیع الخيار در تمام صور صحیح فی نفسه گشت.

از نظر امام خمینی ره، روایات دلالت بر صحت شرط همراه با جهالت در مجعول و زمان خيار، یا زمان لزوم ردّ و یا فسخ و یا انفساخ می‌کند (خمینی، کتاب‌البیع، ج ۴، ص ۳۴۵).^۱ اما همانطور که گذشت این موارد از جهالت مضّر نیست و ادله غرر از آن منصرف است. لذا نیازی به تصحیح آن با روایات خاصه وجود ندارد و مفاد روایات خاصه مؤید ادله عامه صحت است.

یکی از وجوه عامه بطلان، حيله ربا بودن بیع الخيار بود که به لحاظ کبروی و صغروی پاسخ آن مورد بررسی قرار گرفت و روشن شد که بیع الخيار به لحاظ ماهوی با قرض ربوی متفاوت است و حکمت‌های ربا نیز در آن جاری نیست و تحلیل آن نیز به علت شرائط و ویژگی‌های مختصّ آن، موجب لغویت جعل تحریم ربا نمی‌گردد. از سوی دیگر، ادله بطلان مطلق حیل نیز علاوه بر برخی اشکال‌های داخلی شامل بیع الخيار نمی‌گردد و نکته اصلی همان تفاوت ماهوی بیع الخيار با قرض ربوی است و تفاوت میان آن دو به تفاوت جزئی صوری منحصر نیست تا تحلیل ربا به واسطه بیع و مانند آن پیش نیاید.

در نتیجه بیع الخيار از جهات مختلف دارای اشکال نیست و می‌تواند به عنوان راهکاری حلال برای تأمین نقدینگی در بازار به حساب آید و تنها در فرضی که بیع الخيار صوری باشد و پوششی برای قرض ربوی قرار گیرد باطل است. از نشانه‌های صوری بودن بیع الخيار، لحاظ تلف مبیع از مال فروشنده و فروش مبیع به مبلغی ناسازگار به قیمت بازاری آن است. روشن است که این صورت از محل کلام نوشته حاضر خارج است و در بطلان آن شکی نیست.

^۱. وکیف کان: تدلّ هذه الروایات على صحّة الشرط مع الجهالة في المجعول و زمان الخيار، أو زمان لزوم الردّ، أو الفسخ، أو الانفساخ.

بررسی فقهی حکم قرض پول اسکناس

استاد راهنما: استاد نجفی بستان

نویسنده:

مهدی عباس^۱

مقدمه

یکی از معاملات مهم که در امور اقتصادی جوامع بشری در همه زمانها بسیار مهم بوده است، معامله قرض می باشد. قرض انواع چیزها بین مردم رائج بوده است و یکی از مهم ترین و رائج ترین موارد آن قرض پول می باشد. در زمانهای گذشته که پول کالائی و فلزی مثل نقره و طلا به صورت درهم و دینار بین مردم رائج بود، قرض پول نیز یکی از موارد رائج قرارداد قرض بوده است و در عصر معصومین علیهم السلام نیز فراوان دیده شده است. و اما پول اسکناس را می شود قرض داد یا نه و در صورت جواز ضمانش به چه صورت خواهد بود؟ جواب این سوال بستگی به دانستن ماهیت پول اسکناس دارد چون اموری که در حکم صحت و ضمان قرض یک چیزی دخیل اند مثل مال بودن آن شیئی، مثلی یا قیمی بودن یا نبودن آن شیئی، و در صورت مثلی بودن نوعیت مثلیت آن شیئی، به ماهیت آن شیئی بر می گردند و این امور ماهیت پول اسکناس را برای ما مشخص می کند. با توجه به این امور در تحقیق پیش رو به جوابات این سوالات پرداخته می شود البته بعضی از امور مثل پاسخ به این سوال که قرض چه چیزهایی صحیح است و همین طور تعریف اشیاء مثلی و قیمی که در حکم مسئله دخیل اند مفروض گرفته شده است و توجه بیشتر روی شناخت خود ماهیت پول اسکناس مبذول شده است تا بعد از دانستن ماهیت پول اسکناس، سوالات مورد نظر تحقیق را بر آن بتوانیم تطبیق کنیم.

^۱. دانش پژوه گروه فقه اقتصاد، سال تحصیلی ۹۰-۹۹

قرض چه چیزهایی صحیح است؟

در کتب فقهی تحت عنوان ما یصح اقراضه به این سوال که چیزی قرض دادن آن صحیح است پاسخ گفته شده است.

در ارتکاز عرف، اشیایی قرض داده می‌شوند که تلف آنها قطعی و یا احتمالی باشد و در نتیجه، آنچه در قرض برای عرف مهم است امکان پس دادن و ضمان آن شیء است و عرف مردم کالایی را قرض می‌دهند که بتوان در آن ضمان جاری کرد. این مطلب در کالاهای مثلی روشن است زیرا دارای مثل هستند و می‌توان مثلش را پس داد. اما اگر مثل نداشت باید طوری باشد که قیمت آن روشن باشد تا بتواند قیمت آن را بدهد. و اگر انضباط وصف هم نداشت عرف تنها در صورتی اقدام به قرض می‌کند که پیش از قرض، ارزش آن تعیین شده باشد و موقع ادای قرض مثل یا قیمت آن شیء را در حدی که مورد تسامح عرفی واقع شود بتوان ادا کرد. بنابر این در نگاه عرف هیچکدام از مثلی و قیمی و یا انضباط وصف ملاک نیست و امکان ضمان معین هر جا برقرار باشد قرض می‌دهد.

روایت صریحی درباره اشیایی که قرض دادن آن صحیح است نداریم. صاحب جواهر ره ادعای اطلاق ادله قرض نموده است ولی با مراجعه به روایات باب قرض اطلاق لفظی در مایصح اقراضه یافت نشد. لسان این روایات بیان مشروعیت به لسان استحباب است:

عَنْ شَيْخٍ كَانَ عِنْدَنَا قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يَقُولُ لَأَنْ أَقْرِضَ قَرْضًا أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِمِثْلِهِ (حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۳۰).

قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام مَا مِنْ مُسْلِمٍ أَقْرِضَ مُسْلِمًا - قَرْضًا حَسَنًا يُرِيدُ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ - إِلَّا حُسِبَ لَهُ أَجْرُهَا كَحِسَابِ الصَّدَقَةِ حَتَّى يَرْجَعَ إِلَيْهِ (همان، ح ۲).

در کلمات فقها نیز برخی قرض را تنها در صورت انضباط وصف جایز دانسته‌اند و صاحب مسالک این را مختص مثلی دانسته است (عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۶۶). در حالی که در قیمی نیز ممکن است انضباط وصف برای ادای قیمت مطرح شود. لذا صاحب جواهر ره قرض را شامل مثلی و قیمی دانسته است و حتی قید انضباط وصف را نیز نپذیرفته است (نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۱۶). علامه در تذکره می‌فرماید که انضباط وصف ملاک نیست زیرا اجماع بر جواز اقراض خبز داریم در حالی که قیمی است.

صاحب جواهر ره تنها استدلال قابل پذیرش در انضباط وصف را اجماع و تعلیلی می‌داند که بر اساس آن، شارع معاملات منوط به تراضی که منجر به نزاع شود را تشریع نکرده است و اگر منضبط بالوصف نباشد منجر به نزاع می‌شود. پاسخ صاحب جواهر ره از این استدلال چنین است که قرض قسمی از ضمانات است که فرقی بین مجهول و معلوم در آن نیست؛ لذا بحث انضباط وصف مطرح نیست؛ الا ان

یقال: اگرچه قرض شباهت به ضمانات دارد ولی از معاوضات است و اقتضای معاوضه این است که منضبط باشد تا عوض شناخته شود. (نجفی، جواهر، ج ۲۵، ص ۱۶-۱۷).

با توجه به تعلیل مذکور، اجماع مدرکی است. با این وجود، اگرچه شارع معاملات منجر به نزاع را تشریع نکرده است ولی همانطور که گذشت اگر قیمت مال قرضی پیش از قرض روشن باشد و توافقی بر آن وجود داشته باشد، منجر به نزاع نخواهد گشت و لذا ملاک انضباط وصف تمام الماک نخواهد بود و صرف امکان قیمت‌گذاری کافی است. اما اگر بعدا چنین امکانی وجود نداشته باشد و قیمت یوم الاداء ملاک باشد، قرض دچار مشکل می‌شود مگر این که مصالحه کنند و این نوع قرض دادن عقلایی باشد. ثابا در قرض تنها نوعی ضمان متقابل وجود دارد و بنای آن بر تسهیل و حتی تا حدی ایثار است. زیرا قرض دهنده از منافع و حتی عین کالای خود در زمان قرض صرف نظر می‌کند و فقط می‌خواهد در مقابل آن ضمانی وجود داشته باشد.

ضمان در قرض

ضمانی که در قرض مطرح است ضمان غرامی می‌باشد که با مجرد تحقق عقد قرض، عین بر عهده مقترض می‌آید به نحوی که اگر عین تلف شود ذمه مقترض به بدل آن مشغول می‌شود، چه بدل آن مثل باشد یا قیمت (اصفهان، حاشیه المکاسب، ج ۵، ص ۳۸۸).

از این جا سوال دیگر پیش می‌آید که در قرض پول، ضمان به چیست؟ به مثل یا قیمت؟ البته یک راه دیگر برای یافتن جواب این سوال این است که بدانیم پول مثلی است یا قیمی، تا در صورت مثلی بودن مثل آن پرداخت شود و در صورت قیمی بودن قیمتش. با مراجعه به ارتکاز عرف و کلمات فقها به نظر می‌رسد که مدار در مثلی بر کثرت مماثل است که علاوه بر مماثلت در حقیقت، در مالیت و اوصافی که موجب تفاوت قیمت و رغبت به آن شیئی می‌شوند، نیز مماثلت داشته باشد، البته این تفاوت قیمت و رغبت به نحوی باید باشد که در آن مسامحه نمی‌شود. البته تطبیق این مطلب به حسب زمان و مکان فرق می‌کند و مثلا اگر لباس در زمان قدیم قیمی محسوب می‌شد در زمان ما بسیاری از اصناف لباس مثلی شمرده می‌شود. بنا بر این اعتباری به اجماعاتی که در باره مثلی یا قیمی بودن اشیا شده است نیست چون مثلی یا قیمی بودن یک چیزی نیست که از طرف شارع به عنوان یک حکم تعبدی به ما رسیده باشد بلکه ملاکش همان است که بیان شد، لذا اگر در یک زمانی یک شی بر خلاف اجماع یافت شود، پیروی از اجماع معنا نخواهد داشت. البته این مطلب نیز زمانی اهمیت داشت که عنوان مثلی و قیمی یا ضمان به مثل یا قیمت در نصوص شرعی وارد شده بود، در حالیکه چنین نیست. و لذا آنچه حائز اهمیت است رجوع به فهم عرفی در اخبار وارده در باب ضمان است در موارد مختلف که ضمان در قرض هم از جمله این موارد است چون قرض هم تملیک به ضمان است و فهم عرفی از آن این است که در مثلیات ادای مثل و در قیمیات ادای قیمت برای فراغ از ذمه کفایت می‌کند. و این نیست مگر به خاطر این که ضمان به معنای ثبوت عهده است و خروج از عهده یک شیئی با اعطای عوض و بدل است و عرف در مواردی

که یک شیئی نوعاً مماثل داشته باشد، حکم می‌کند که بدل آن مثل است و در مواردی که این چنین نیست بدل را قیمت می‌داند. و علتش هم این است که بدل یعنی چیزی که به منزل شیئی اصلی قرار می‌گیرد، لذا اگر در بدل حفظ اوصاف و مالیت شیئی اصلی را می‌توان نگهداشت، همانطور که در مثلیات چنین است، که چه بهتر و گرنه حداقل مالیت شیئی اصلی باید حفظ شود که در اغلب موارد با پرداخت قیمت به صورت نقد امکان پذیر است. تا این جا بحث از اصل ضمان و توضیح راجع به مثل و قیمت بود و اما این که ضمان در قرض پول به چیست، بعد از بررسی ماهیت پول مورد بحث قرار می‌گیرد.

ماهیت پول

برای درک صحیح از ماهیت پول، توجه به تاریخچه پول از اهمیت زیادی برخوردار است. و همینطور فهم بعضی از مطالب، مثل ارزش پول، وظایف پول و مال بودن پول، که در فهم دقیقتر از ماهیت پول دخیل است، نیز در بستر تطور تاریخی پول بهتر و آسانتر می‌شود. لذا قبل از بیان نظریات در باره ماهیت پول اعتباری مانند اسکناس، به ادوار تاریخی پول می‌پردازیم.

تاریخچه پول

تبادل کالا و خدمات یکی از پایه های زندگی بشری می‌باشد. این تبادل کالا و خدمات در ابتدا به این صورت بوده که مردم با دادن کالائی که در اختیار داشتند یا انجام دادن خدمتی، کالا یا خدمت مورد نظر را با دیگران رد و بدل می‌کردند. این روش مبادله، مبادله پایاپای نام دارد. این روش گرچه ساده ترین روش مبادله و معاوضه بود ولی در عین حال با مشکلاتی هم روبرو بود که مهم ترین آن عبارت بودند از: عدم هم آهنگی بین کالای عرضه و کالای تقاضا شده؛ به این معنی که همیشه این طور نیست که اگر یک طرف گندم داشته باشد و نیاز به نخود داشته باشد بتواند از کسی که نخود دارد با اعطای گندم نخود دریافت کند چون کسی که نخود دارد لازم نیست نیاز به گندم داشته باشد و لذا با رد و بدل کالاها مسئله حل نمی‌شود. علاوه بر این ناهمگونی و ناهمسانی ارزشهای مختلف انواع کالاها، مشکل دیگر این روش می‌باشد. بنا بر این، بعضی از اجناس که بیشتر مورد عرضه و تقاضا بودند و علاوه بر کالا بودن جنبه معیار و وسیله سنجش نیز پیدا کرده بودند، به تدریج به عنوان معیار ارزش در مبادلات به کار گرفته شدند. کالاهائی که در مناطق مختلف جهان به عنوان وسیله مبادله شناخته شده بودند عبارت اند از: نمک، برنج، چای، تمباکو، گوسفند، ماهی خشک، پارچه، برده ها و غیره. بنا بر این علت به وجود آمدن چنین کالائی، ضرورت یک معادل همگانی بود که ارزش مبادله‌ای همه کالاهای دیگر به کمک ارزش مبادله‌ای آن کالا بیان شود. این معادل همگانی، علاوه بر این که برای همسان سازی یا آسان سازی مقایسه ارزشهای اقتصادی مختلف، وارد مبادلات شد، به عنوان ذخیره کننده ارزشهای اقتصادی نیز پذیرفته شد. این معادل همگانی نام «پول» به خود گرفت (یوسفی، ۱۳۷۷، ص ۱۲۱). این نوع پول علاوه بر ارزش مبادله‌ای، ارزش استعمالی نیز داشت. مقصود از ارزش استعمالی، فائده مصرفی‌ای

است که اشیاء با صرف نظر از جنبه پولی، واجد آن بودند، مثلاً اگر خوردنی بود به عنوان خوراکی، پوشیدنی بود به عنوان پوشاکی و اگر هم زینتی بود به عنوان زینت، استعمال می‌شد (همان). پول در این مرحله، به خاطر داشتن ارزش استعمالی، پول کالائی نام گذاری شده است.

پول کالائی گرچه موجب سهولت در امر مبادله شد، ولی با گذر زمان هم فاسد می‌شد و هم ذخیره آن به علت داشتن حجم زیاد نیاز به مکانهای وسیع داشت و نیز نقل و انتقال آنها غالباً با دشواری همراه بود. این مشکلات سبب شد که انسان فلزات، مخصوصاً طلا و نقره را به عنوان وسیله مبادله یا پول انتخاب کند، و این نوع پول، پول فلزی نام گرفت. در بین پول های فلزی، پولهای طلا و نقره به خاطر تراکم ارزش فراوان در حجم کم، دارای دوام زیاد، عدم زنگ زدگی، یکنواخت بودن از نظر ارزش و قابلیت تقسیم پذیری، رواج بیشتری پیدا کرد (بخش فرهنگی جامعه مدرسین، ۱۳۷۵، ص ۲۷-۲۸).

رواج پول های فلزی تاثیر بسزائی بر آسان شدن مبادلات و گسترش دامنه آن داشت اما بتدریج این پولها دچار مشکلات شدند از قبیل تقلب در آلیاژ و ماده فلزاتی به کار گرفته شده، تنوع فراوان پولهای فلزی، وجود یک نوع پول با آلیاژ و وزنهای متفاوت که توده مردم قدرت تشخیص ارزش واقعی آنها را نداشتند و به خاطر این خسارت زیادی را متحمل می‌شدند. علاوه بر این نگهداری و حمل و نقل پولهای فلزی گرانها، از لحاظ امنیتی امر دشواری بود. یک اشکال اساسی در مورد پولهای فلزی این بوده که بین حجم پولهای فلزی در گردش و میزان فعالیتهای تولیدی در یک نظام اقتصادی، ایجاد تناسب و تعادل بموقع، امکان پذیر نبوده است (همان، ص ۳۰-۳۳). از طرف دیگر، انقلاب صنعتی موجب افزایش شتابنده درمآزاد تولید بر مصرف خانوارها و بنگاهها شد و نرخ رشد تولیدات کالاها و خدمات قابل مبادله، به مقدار قابل توجهی در مقایسه با نرخ رشد استخراج و عرضه پول، بیشتر بود. این امر در کنار سایر معایب نظام پول فلزی، موجب گردید که انسان در فکر معادل همگانی دیگری به جای طلا و نقره باشد (یوسفی، ۱۳۸۱، ص ۵۴).

به همین دلایل، وسیله دیگری به نام رسید پول تمام عیار و اسکناسهایی با ۱۰۰٪ تعهد بازپرداخت، بر حسب طلا و نقره رواج پیدا کرد. منشأ پیدایش این نوع پول به این نحو بوده که ابتدا مردم پولهای فلزی یا همان سکه طلا و نقره خود را نزد صرافان به امانت می‌گذاشتند آنان نیز در قبال دریافت آن، به مشتری رسید یا حواله می‌دادند و چنانچه صراف از اعتبار و حسن شهرتی برخوردار بود، رسید او هم معتبر محسوب شده و به عنوان پول در معاملات دست به دست می‌گشت و این دوره اول پول است که اسکناس ها سند ودیعه بود.

استمرار و گسترش دامنه این عمل، به تشکیل بانکها منتهی شد. در حقیقت بانکهای اولیه صرافیهای بودند که به دلیل صداقت در عمل اعتبار فراوانی کسب کرده و توانسته بودند دامنه کار خود را توسعه دهند. سپردن پول به صرافان و بانکهای معتبر و دریافت رسید از آنان و استفاده از آن به جای پول، تا حدود زیادی مشکلات مبادلات را حل می‌کرد. و بعد از آن که صرافان معتبر شهرهای مختلف با یکدیگر رابطه برقرار نموده و رسیدهای یکدیگر را پذیرفتند، سهولت قابل توجهی در این امر ایجاد شد.

در ابتدای رواج این نوع رسیده‌ها، مردم نسبت به تضمین بازپرداخت آنها بر حسب طلا و نقره آگاهی داشتند و می‌دانستند که در هنگام معامله با این نوع رسیده‌ها، در واقع طلا و نقره‌ای که این سندها رسید آن بود، را معامله می‌کنند. بنا بر این، در این مرحله آن طلا و نقره در ذمه پول تمام عیار بدهی بوده و سندها صرفاً رسید بدهی تلقی می‌شدند. و این دوره دوم از ادوار تاریخی پول می‌باشد. تدریجاً با گسترش رواج این نوع رسیده‌ها، و تضمین معاوضه سریع رسیده‌ها با مسکوکات طلا و نقره، اطمینان و اعتماد کافی در بین مردم نسبت به استرداد اصل پولها و اعتبار رسیده‌ها به وجود آمده بود. این امر مراجعه مکرر مردم به صرافان را کاهش داد تا این که مردم نسبت به قابلیت تبدیل رسیده‌ها به طلا و نقره غفلت ورزیدند و هر چند این قابلیت هنوز حفظ شده بود، ولی مردم به این رسیده‌ها، مستقلاً به عنوان وسیله مبادله نگاه می‌کردند که زمینه ترویج اسکناسهای اولیه را هم فراهم می‌ساخت (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۷۴، ص ۳۷-۳۸).

پس از مدتی، صرافان و بانکدارها به این امر پی بردند که به طور طبیعی، همه مردم در یک زمان برای مطالبه سکه های خود مراجعه نمی‌کنند بلکه همیشه مقداری از مسکوکات به صورت راکد و بدون استفاده در صندوق باقی می‌ماند. از طرف دیگر معمولاً در جامعه نیازمندی یافت می‌شوند که به دنبال دریافت وام هستند. بانکها و صرافان دیدند که می‌توانند تمام یا بخشی از وجوه باقی مانده را به متقاضیان قرض بدهند، بدون این که این امر سبب بروز مشکلی گردد. و چون این وام ها معمولاً برای سرمایه گذاری در کارهای تولیدی می‌باشد، میتواند موجب رونق اقتصاد گردد. رفته رفته بانکدارها به این نکته پی بردند که متقاضیان وام حاضرند به جای پول به صورت سکه های طلا و نقره، رسید بگیرند. از آن پس بانکها رسیده‌های بیشتری صادر می‌کردند، و این رسیده‌ها به صورت اسکناس قابل تبدیل به پولهای فلزی و مسکوکات طلا و نقره، به کار گرفته می‌شد. حکومت های مرکزی نیز همین کار را می‌کردند، بانک تاسیس کردند و طلا و نقره مردم را گرفتند و رسید دادند. و با رواج رسیده‌ها به طور پول، دولت خودش را بدهکار پرداخت طلا و نقره نمی‌دانست و اسکناس ها فقط سند تعهد دولت به پرداخت معادل از طلا و نقره بود. و این دوره سوم از ادوار تاریخی پول می‌باشد. در این دوره، مجموع ارزش این اسکناسها خیلی بیشتر از سکه های موجود نزد آنان بود و در بعضی مواقع چندین برابر آن می‌شد (بخش فرهنگی جامعه مدرسین، ۱۳۷۵، ص ۳۷). اسکناس هم که سند طلا و نقره بود، هیچ گونه ارزش ذاتی نداشت و هر دو ارزش استعمالی و مبادله ای در فلز طلا و نقره تبلور می‌یافت. و علت این که عرف و عقلا اسکناس را در نقش واسطه مبادله پذیرفته بودند این بود که هم دارایی آنها به وسیله تعهد پرداخت طلا و نقره محفوظ می‌ماند و هم مبادلات از طریق اسکناس به مراتب آسان تر صورت می‌گرفت.

با مقبولیت یافتن اسکناسها و نگاه استقلالی مردم به آن، صرف نظر از طلا و نقره که پشتوانه آن بود و عواملی همچون هزینه های هنگفت نظامی، افزایش هزینه های دولت و منافع بیشمار ناشی از نشر پول بدون هر گونه تضمین پرداخت بر حسب طلا و نقره، این اجازه را به مسئولین حکومتها داد که تعهد

پرداخت این رسیده‌ها و اسکناسها را بر حسب طلا و نقره بتدریج کاهش دهند و در نهایت قطع کنند. و این دوره چهارم از ادوار تاریخی پول است که در آن عدم تبدیل اسکناس به پول فلزی گرانها، تغییر عمده ای در ماهیت اسکناس در پی داشت. اسکناسها که ارزش آن به عنوان پول از ارزش ماده اولیه‌اش بالاتر بود، به جریان افتاد. سکه‌ها نیز در این مرحله به تدریج ارزش پولی بالاتری نسبت به ارزش کالایی خود پیدا کردند. این اسکناسها و سکه‌ها هم واسطه مبادلات، هم معیار سنجش و هم ذخیره ارزش سایر دارایی‌های مردم واقع شدند. عرف و عقلا هم که از هر شیئی در جایگاه پول، بیش از این انتظار نداشتند. آنها با اعتبار ارزش مبادله‌ای محض برای کاغذ پاره ای که با صرف نظر از آن اعتبار هیچ گونه ارزش مبادله‌ای نداشت، تمام جنبه‌های خصوصی آن را لغا کردند و آنگاه آن را معادل همگانی سایر کالاها و خدمات تولیدی قابل مبادله قرار دادند. این نوع پول، اعم از اسکناس و سکه، پول اعتباری محض نامیده شد. (دقتر همکاری، ص ۳۸-۳۹، یوسفی، ۱۳۸۱، ص ۵۵-۵۶).

با توجه به این تاریخچه پول، اگر در دوره ای پول سند طلا و نقره بوده، الان دیگر این گونه نیست. در دوره سابق اگر کسی اسکناس می‌گرفت طلا طلبکار می‌شد، الان دیگر این گونه نیست و اسکناس خودش مالیت دارد. البته این که گفته شد که اسکناس مال اعتباری است که تعبیر رایجی هم است معنایش این است که منشاء اعتبار اسکناس اعتبار دولت است، اما در طول اعتبار دولت اسکناس مال حقیقی است چرا که عقلا برای تحصیل آن تنافس و رغبت می‌کنند. و این اسکناسها دو نحو ارزش دارند؛ ارزشی اسمی و ارزشی واقعی، که ارزش اسمی که همان عددی است که روی اسکناس نوشته شده است مثلاً صد یا هزار واحد از یک نوع پول مثل ریال یا دینار و غیره، ولی ارزش واقعی آن بستگی به قدرت و توان اقتصادی دولت و کشور دارد که این دولت از عهده نیازهای اقتصادی مردم برآید و این امر قدرت خرید برای اسکناس ایجاد می‌کند.

با توجه به ادواری که پول گذرانده، قضاوت این مسئله که پول اعتباری مثل اسکناس، مال است یا سند مال، راحت تر می‌شود، ولی با توجه به این که قائلین به هر دو مطلب برای ادعای خودشان شواهدی را نیز مطرح کرده اند، به این مسئله می‌پردازیم.

پول اعتباری؛ مال یا سند؟

شهید بهشتی^{۲۶} در کتاب ربا در اسلام می‌فرماید که اسکناس سند مال و مثل چک است (شهید بهشتی، ۱۳۹۰، ص ۱۰۶). برخی مثل شهید مطهری^{۲۷} نیز در کتاب ربا و بانک تمایل به این دارند که اسکناس سند مال است نه خود مال (مطهری، ص ۹۲). ایشان می‌فرماید همانطوری که تمبر سند و رسید دادن مقداری پول به دولت است، اسکناس هم بعید نیست سند باشد. البته نظر مقابل در تمبر هم این است که عرف با چسپاندن تمبر بر پاکت‌نامه مثلاً، نمی‌گوید که اداره پست را اجیر برای پست نامه اجیر کرده است و تمبر هم سند پرداخت مال الاجاره است. و لذا اگر تمبر بسوزد دولت موظف نیست جایگزینش را بدهد.

غرض این که در این مورد اختلاف نظر جدی وجود دارد و هر طرف برای تقویت نظر خود شواهدی را ذکر کرده است.

شواهد سند مال بودن

- یک شاهد برای سند مال بودن اسکناس سابقه تاریخی است که ذکر گردید و طبق آن در دوره دوم پول اسکناس به عنوان سند بدهی تلقی می شد. ولی پاسخ این شاهد از مطالعه تاریخچه پول پیدا روشن است که در دوره های بعدی این رویکرد به پول اعتباری مثل اسکناس، تغییر کرده است.

- شاهد دیگر هم اینست که اگر دولت بدون پشتوانه اسکناس چاپ کند گفته نمی شود که دولت ثروتمند و دارای اموال زیادی شده است. در حالی که اگر اسکناسها خودش مال بود، این مطلب اشکالی نداشت. ولی همین که با چاپ اسکناس بدون پشتوانه، مردم دولت را ثروتمند نمی دانند معلوم می شود که عرف اسکناس را سند تعهد یا بدهی دولت می داند و با افزودن بدهی بیشتر دولت را بدهکار تر می دانند نه ثروتمند تر.

پاسخ این شاهد این است که دولتی که اسکناس چاپ می کند ولو تعهد به پرداخت طلا و نقره ندارد ولی نسبت به قدرت خرید آن تعهد دارد، ولی همین اسکناسها وقتی در دست مردم باشد برای آنها تعهد ایجاد نمی کند بلکه آنها با داشتن اسکناس قدرت خرید پیدا می کنند و ثروتمند تلقی می شوند؛ چون بر خلاف دولت مردم هیچ تعهدی نسبت به این اسکناسها نداده اند. البته باید توجه داشت که این که پشتوانه پولهای اعتباری مثل اسکناس به اعتبار دولت است، معنایش این نیست که دولت حق دارد بدون هیچ قید و شرط و بی حساب و کتاب اسکناس چاپ کند. بلکه هر دولتی به میزان اعتبار خودش می تواند جعل اعتبار برای اسکناسها کند. اگر دولت ضعیف باشد اعتبار دهی آن نیز به همان اندازه محدود است لذا اگر بیش از این مقدار اسکناس چاپ کند این خیانت به مردم است، گرچه مردم متوجه نمی شوند که این پولها بدون پشتوانه است و از این جهت مثل پول تقلبی است. و چون این پولهای اسکناس را که دولت بدون پشتوانه قدرت اقتصادی چاپ کرده است و این اسکناس ها در ظاهر مثل اسکناس های معتبر با پشتوانه واقعی است، نتیجه اش رواج اینها بین مردم و انجام معاملات با این اسکناس ها است ولی در حقیقت با مخلوط شدن چنین اسکناس هایی با اسکناس های قبلی با پشتوانه واقعی اقتصادی، ارزش کل پول یک کشور پائین می آید و این درحقیقت خیانت به مردم است چون ارزش پولهایی که در دست مردم است را کاهش می دهد.

شواهد مال بودن پول اسکناس

- شاهد اول این است که دولت می تواند تا یک زمان معین برای تعویض اسکناسها با اسکناسهای جدید فرصت بدهد و بعد اسکناس های قدیمی را اسقاط کند. در حالیکه اگر اسکناس سند مال

بود یا در حقیقت بدهکار بود معنا نداشت که بگوید بعد از تاریخ معین بدهی را پرداخت نمی‌کند، چون بدهی با مرور زمان از بین نمی‌رود. و لذا اگر اسکناسها بسوزد و این مطلب اثبات هم بشود، بانک اسکناس جدید نمی‌دهد ولی اگر صاحب اسکناس در عرف عقلا طلبکار محسوب می‌شد، دولت نمی‌توانست این گونه عمل کند. و این یکی از شواهد مهم است که خودش مال است بر خلاف چک. البته با این شاهد ثابت می‌شود اسکناس سند بدهکاری دولت نیست، اما این احتمال که سند تعهد دولت باشد نفی نمی‌شود چون تعهد می‌تواند مضیق باشد و تاریخ داشته باشد.

● شاهد دوم هم این است که در مقام ادای دین، اعطای اسکناس به طلبکار، عرفا ادای دین است در حالی که اگر اسکناس سند دین بود، تا وصول نشود عرفا بدهی اداء نشده است. لازمه این مطلب این است که اگر بعنوان ادای دین سند داده شود و طلبکار وصول نکند، بدهکار باید خمس این مال را بدهد چون هنوز از ملک او خارج نشده است. البته ممکن است از این شاهد جواب داده شود که بر فرض که پرداخت اسکناس مثل چک باشد، در اداء دین مشکلی پیش نمی‌آید؛ چرا که چک در وجه حامل را هم اگر طلبکار گم کرد، بدهکار مسئولیتی ندارد. ولی جواب این پاسخ این است که در چک به وجه حامل نیز این مطلب مفروض است که در حساب بدهکار موجودی کافی به انداز دین طلبکار وجود دارد و الا اگر این طور نباشد و چک پاس نشود، بدهی ادا نشده است. پس معلوم می‌شود که عدم مسئولیت بدهکار در صورت گم شدن چک نیز جنبه قانونی دارد، نه جنبه واقعی و عرفی، و نه به خاطر این که عرف چک را که سند بدهی است در ادای دین کافی بدانند، بلکه چون در غالب مواقع فرض بر این است که موجودی در حساب بدهکار به اندازه دین وجود دارد و احتمال برگشت چک نادیده گرفته می‌شود، لذا عرفا چک به وجه حامل نیز ادای دین تلقی می‌شود در صورتی که بعدا طلبکار بتواند با اعطای چک مبلغ بدهی را بدست بیاورد.

● شاهد سوم بر این که اسکناس مال است این است که اگر اسکناس سند مثل چک سند بود، طلبکار در مقام وصول دین می‌توانست از قبول آن به عنوان پرداخت بدهی امتناع بورزد. و اگر کسی بگوید که شرط عدم جواز امتناع از قبول چیزی به عنوان ادای دین، متعارف بودن آن است نه مال بودن، لذا این که در مورد پول اسکناس کسی حق امتناع از قبول آن در مقام پرداخت دین ندارد در حقیقت به خاطر متعارف بودن بین مردم است نه به خاطر مال بودن، به این مطلب جواب داده می‌شود که برای امتناع از قبول یک شیئی به عنوان ادای دین علاوه بر متعارف بودن آن، مال بودن هم لازم است و لذا اگر به جای مال، سند مال به عنوان ادای دین پرداخت شود، تا وقتی که خود مال وصول نشود، ادای دین صدق نخواهد کرد.

● شاهد چهارم این است که امروز اسکناس قطعا سند مقداری از طلا نیست و همان طوری که در بیان تاریخ تطورات پول گذشت، امروز بانکهای مرکزی در جهان، در مقابل اسکناس طلا پرداخت

نمی‌کنند، بلکه نهایتاً می‌شود گفت اسکناسها سند قدرت خرید است که این قدرت سابقاً بیشتر بود و الان کمتر است یا بالعکس. ولی این هم قابل التزام نیست چرا که در صورت افزایش قدرت خرید پول، اگر بدهکار، به تناسب افزایش قدرت خرید اسکناس کمتر به طلبکار بدهد مورد قبول واقع نمی‌شود و مثلاً اگر طلبکار موقع دادن قرض ده هزار تومان به بدهکار داده بود و بعداً ارزش تومان دو برابر بشود، موقع ادای دین بدهکار نمی‌تواند پنج هزار تومان به طلبکار بدهد چون طلبکار می‌گوید که من ده هزار تومان به صورت اسکناس به تو داده بودم نه پنج هزار تومان. و این نشان دهنده این است که خود پول اسکناس موضوعیت دارد.

- شاهد دیگر بر این که پشتوانه پول اعتباری اسکناس و غیره، قدرت خرید هم نیست، این است که قدرت خرید امری انتزاعی است نه عرفی و عرف قدرت خرید را مستقل از پول اسکناس لحاظ نمی‌کند، بلکه تولید ناخالص ملی را می‌توان به عنوان یک امر حقیقی و مستقل پذیرفت. با توجه به تطورات تاریخی پول و شواهدی که بر مال بودن پول اعتباری در قالب اسکناس اقامه شده است، معلوم می‌شود که به نظر عرف، پول اسکناس خودش مال است نه سند مال. با توجه به این مطلب به نظریاتی که در باره ماهیت پول ارائه شده است پرداخته می‌شود.

ماهیت پول

سوال اساسی که درباره ماهیت پول مطرح است این است که:

- آیا پول مثل سکه های طلا یا نقره یک کالا در عرض سایر کالاها است؛ یا خودش کالا نیست بلکه فقط پشتوانه کالائی دارد، مثل اسکناس که پشتوانه اش طلا یا نقره یا مجموع تولید ناخالص ملی است؟ یا پول یک امر اعتباری است و حتی در صورتی که به صورت طلا یا نقره باشد، ماهیتش همان امر اعتباری است؟

- و در صورتی که یک امر اعتباری باشد ارزش آن به چیست؟ در پاسخ به سوال اول دو نظریه عمده در باره ماهیت پول از جهت کالا بودن (یا پشتوانه کالائی داشتن) و عدم آن، مطرح می‌شود که در ذیل بیان می‌گردد.

نظریه کالایی پول

«فلزگرایی» تبیین کالایی از پول توضیحی درباره پول است که مورد علاقه لیبرال های اقتصادی - اعم از لیبرال های کلاسیک و متأخر (مکتب اتریش) - بوده و نظریه متعارف اقتصاد نیز به طور عمده در چارچوب لوازم آن می‌اندیشد. نظریه کالایی به بیان ساده پول را کالایی مشابه دیگر کالاها می‌بیند که فقط به سبب داشتن ویژگی هایی، تحت تحول های تاریخی بدل به واسطه مبادله شده است. بنا بر این نظریه، پول به این علت قادر است نقش واسطه مبادله را ایفا کند که خود کالایی قابل مبادله است.

کالابودن پول دو صورت یا سطح دارد: الف) پول خود کالای خاص است؛ ب) رسیدی از پشتوانه کالایی است. ریکاردو با پیشگامی در این عرصه بر صحت و لزوم شیئیت فیزیکی پول تأکید می‌ورزد و می‌گوید: «هیچ معیار خطاناپذیری از طول، زمان، وزن و ارزش نمی‌تواند وجود داشته باشد؛ مگر آنکه شیئی در طبیعت باشد که آن استاندارد را بتوان به آن ارجاع داد» (سبحانی، حسن؛ درودیان، حسین؛ ۱۳۹۴، ص ۱۱۵ - ۱۱۶).

نظریه اعتباری پول

این نظریه در واکنش به عدم انطباق تبیین نظریه کالایی با واقعیت‌های پولی نظریه‌ای در قرن بیستم شکل گرفت که پول نه تنها ظاهر کالایی (طلا و نقره) را از دست داد بلکه حتی رسیدی دال بر مطالبه از یک پشتوانه کالایی نیز شمرده نمی‌شد. این نظریه گامی بلند در شناخت دقیق از پول شمرده می‌شود که عبارت است از تفکیک بین پول و عینیتی (ماده پولی) که کارکرد پولی بر آن وضع شده است. بر اساس این نظریه ماده فیزیکی پول آن را بهتر قادر می‌کند تا در بین دیگر کالاها کارکرد خود را ایفا کند؛ اما جوهره پول ماده فیزیکی ملموس نیست، بلکه پول نمایشگر ارزش انتزاعی است. طبق این نظریه ارزش پول بر قوه قهریه دولت مبتنی است و امکان‌پذیری بسیاری از رفتارهای جمعی متکی بر قوه قهریه دولت است. اگر ما به خرید بسیاری از محصولات‌های غذایی مبادرت می‌کنیم، اطمینان به سلامت و صحت آنها تا حد فراوانی به سبب باور به وجود قدرتی است که ناظر بر سلامت و کیفیت این محصول هاست. کم و بیش تمام رفت و آمدها و حضور ما در اماکن عمومی متکی است بر اعتماد ما به وجود نظام قدرتی که تهدیدکنندگان امنیت و تعرضکنندگان به حریم دیگران را مورد پیگرد قرار می‌دهد. همین‌طور اگر ما در عین ناآگاهی و ناتوانی از تشخیص خلوص فلزهای گران بها به ویژه طلا، به خرید آن در بازار اقدام می‌کنیم مبتنی بر این اطمینان است که قانون و نظام قدرت در صورت بروز تخلف از متضرر حمایت خواهد کرد. پس اگر دولت به عنوان دارنده قوه قهریه وجود نمی‌داشت، بسیاری از این مراوده‌ها ممکن نمی‌شد. اساس این نظریه آن است که پول رابطه اجتماعی مستقل از هر ماده‌ای است که به وسیله ارتباطات اجتماعی تأسیس شده است به طوری که مستقل از تولید و مبادله کالا‌های وجود دارد. در این دیدگاه پول به طور تاریخی به عنوان واحد محاسبه شکل گرفته و مقدم بر مبادله‌های بازار است و پول همان چیزی است که بدهی و قیمت‌ها بر حسب آن بیان می‌شود. لذا در بین کارکردهای پول آنچه قابل جایگزینی نیست، نقش پول به عنوان واحد محاسبه است. از ادعاهای مهم طرفداران نظریه اعتباری درباره ماهیت پول عدم تفاوت ماهوی بین پول‌های فلزی (طلا و نقره) و پول مدرن است که تمام انواع پول را دارای ارزش اعتباری می‌داند. و از بین رفتن شکل مادی پول در مبادله‌های امروز که طی آن فقط اعدادی بین حساب‌ها کم و زیاد می‌شود، به خوبی ماهیت حقیقی پول که بیان انتزاعی ارزشها است، را نمایان می‌کند.

نقد و بررسی

ناسازگاری نظریه کالایی پول با واقعیت های پولی متأخر که پول در قالب اسکناس بدون پشتوانه ظاهر شد و سرانجام به پول الکترونیکی دیجیتالی کنونی رسید، و ناتوانی صاحبان این نظریه از پاسخ به این سوال که چرا و چگونه کالاها می توانند با کاغذ بی پشتوانه و اعداد و ارقام جایگزین شوند و چرا ماهیت پول دیگر فیزیکی نیست و چرا و چگونه ارزش پول تحت قدرت منتشرکننده آن است نه تحت ارزش ذاتی ماده ای که از آن ساخته میشود، و توان نظریه اعتباری پول به جواب قانع کننده و سازگار با ماهیت پول های تمام اعصار، موجب شده است که نظریه اعتباری پول مورد قبول واقع شود. و طبق این نظریه اعتبار دولت در مالیت پول دخالت دارد، البته این اعتبار مقید به این است که با قدرت اقتصادی واقعی مناسبت داشته باشد. و لذا اگر یک دولت، بیش از قدرت واقعی اقتصادی پول اعتبار کند در حقیقت یک خیانت به مردم و اقتصاد آن کشور است.

البته یک مطلب در مورد وظیفه اصلی پول است که آیا واحد محاسباتی بودن به تنهایی کفایت می کند یا علاوه بر آن ذخیره ارزش نیز در کنار وسیله مبادله بودن، نقش اصلی پول می باشد. به نظر می رسد که لازمه پذیرفتن وظیفه وسیله مبادله بودن پول این است که پول ذخیره ارزش هم باشد یعنی حرکت یک مقدار ارزش و انتقال آن به زمان آتی؛ به عبارت دیگر وظیفه ذخیره ارزش بودن پول و واسطه مبادله بودن آن در عمل از یک دیگر تفکیک پذیر نیستند (داودی، ۱۳۷۰، ص ۴۷). بلکه آنچه که در مورد پول مد نظر عرف است مقدار ذخیره ارزش است نه صرف اصل ذخیره ارزش. و چون در تورم طولانی، پول مقدار ارزش را نگهداری نمی کند مردم پس اندازهای خود را با پول دیگر ذخیره می کنند، با این که اصل ذخیره ارزش به حال خود باقی می ماند (امینی، علی رضا؛ سماواتی، عباس؛ ۱۳۸۶، ص ۲۰۹).

ارزش پول

بعد از بیان این که ماهیت پول از نوع اعتبار است نوبت به پاسخ سوال دوم می رسد که در باره ارزش پول می باشد. در بین اندیشهوران اسلامی دو نظریه اصلی را میتوان از هم تفکیک کرد: الف) نظریه قدرت خرید؛ ب) نظریه ارزش اسمی.

نظریه مالیت اعتباری (یا نظریه قدرت خرید)

تعداد قابل اعتنائی از این اندیشه وران با تفاوت اندکی در تعبیرها به نظریه قدرت خرید باور داشته و به تبیین و اثبات آن پرداخته اند. شهید صدر^۲ پولهای کنونی را در حکم پولهای کاغذی الزامی می داند؛ یعنی ارزش آن توسط صادر کننده که دولت باشد به آن داده می شود و از طرف حکومت با الزام قانون به جریان می افتد. به نظر ایشان پول مثلی است و مثل آن از ارزش اسمی آن نیست، بلکه مثل قدرت خرید قبلی است. پس اگر قدرت خرید پول در طول زمان کم شد یعنی پول کاهش ارزش پیدا کرد ملاک پرداخت، مقدار قدرت خرید قبلی پول است، لذا اگر بانک هنگام بازپرداخت سپرده ها به سپرده گذاران

قیمت حقیقی آنچه که دریافت کرده است، پرداخت کند مرتکب ربا نشده است. (صدر، ۱۴۰۳، ص ۲۲۵) وی قیمت حقیقی یا قدرت خرید را جزو ویژگی اصلی و صفت حقیقی و ذاتی پول کاغذی می‌بیند؛ زیرا آن را در مثلیت پول دخیل می‌داند. بنا بر این با تغییر قدرت خرید، پول کنونی مثل پول سابق نمی‌ماند و به عبارت دیگر تورم موجب تغییر پول می‌شود. توضیح مطلب این است که در کالاهای دیگر ارزش استعمالی و ارزش مبادله‌ای دو ارزش جداگانه می‌باشد. لذا اگر ارزش مبادله‌ای تغییر کند ولی ارزش استعمالی سر جای خودش باقی بماند، گفته نمی‌شود که این شیئی دیگر شیئی سابق نیست مثلاً عباى تابستانی که ارزش مبادله‌ای آن در زمستان به طور فاحش پائین می‌آید ولی ارزش استعمالی آن مثل سابق باقی می‌ماند، عرف نمی‌گوید که عباى تابستانی در زمستان، آن عباى سابق نیست. ولی در پولهای کنونی، ارزش مبادله‌ای و ارزش استعمالی از یک دیگر تفکیک ناپذیر است و ارزش استعمالی پول اسکناس مثلاً، بدون ارزش مبادله‌ای، چیزی نیست. لذا اگر ارزش مبادله‌ای پول به نحوی تغییر کند که قابل توجه باشد و مورد مسامحه عرفی قرار نگیرد، در چنین صورت عرف می‌گوید که این پول دیگر مثل پول سابق نیست.

نقد و بررسی

آقای سید کاظم حائری حفظه الله می‌فرماید که اوصاف گاهی ذاتی شیئی است که تغییر چنین صفات موجب تغییر ماهیت می‌شود و گاهی اوصاف نسبی است که با تغییر آن ارزش یک شیئی نسبت به امور دیگر تغییر پیدا می‌کند مثل عبا تابستانی در زمستان. در این جور چیزها عین تغییر نمی‌کند و پول هم از همین قبیل است که به خاطر کاهش قدرت خرید همان پول می‌ماند چون تغییری در ذات پول ایجاد نشده است (حائری، ۱۴۱۵، ص ۱۰۱). استاد محترم نیز این مطلب را تأیید فرموده می‌گویند که تا وقتی که یک پول از اعتبار ساقط نشده است، تغییر نمی‌کند و به خاطر همین هزار تومان سی سال پیش همان هزار تومان الان است. بله چیزی که هست اجناس گران شده است و مردم می‌گویند که گرانی شده است و قبلاً اجناس این قدر قیمت داشت ولی حالا این قدر قیمت دارد، ولی نمی‌گویند که ارزش پول کم شده است و اگر هم گفته می‌شود این حرف اقتصاددانها است نه عرف مردم. بنا بر این قدرت خرید مقوم پول نیست و مقوم پول همان اعتبار دولت است که با حجم اقتصادی واقعی متناسب باشد و ارزش آن هم همان ارزش اسمی است که روی اسکناس نوشته شده است.

پاسخ

به نظر می‌رسد که مقایسه پول با سایر اشیاء قیاس مع الفارق است لذا می‌بینیم که در عبا و امثال آن منفعت استعمالی آن چیز دیگری غیر از مالیت آن است و لذا ارزش که وصف نسبی برای عبا است، مقوم آن نیست و شخص ضامن آن نیست اما در اسکناس، قدرت خرید آن مقوم است چون منفعت استعمالی آن برای مبادله است. و این که گفته شد که عرف مردم پول بعد از تورم را مثل پول قبل از تورم می‌داند، به نظر می‌آید که دور از واقعیت است و در زمان فعلی که مردم با تورم فاحش و مستمر روبرو

هستند این حقیقت را خیلی راحت درک می کنند و نیاز به تحلیل دقیق اقتصاددانها هم ندارند. و اگر به آنها گفته شود که اسکناس هزار تومانی فعلی که همان اسکناس هزار تومان سی ساله پیش است، شما را به سطحی نگری متهم می کند و می گوید که اینها فقط عدد است که روی کاغذ نوشته شده است و الا آن قدرت خرید که هزار تومانی سی ساله پیش داشت در هزار تومان فعلی اصلا دیده نمی شود و لذا نمی توان گفت که اسکناس فعلی مثل اسکناس سابق است.

البته برخی اسکناس را عبارت از چیزی می دانند که در آن به وسیله مرجعی معتبر، یعنی قانونگذار به گونه ای قدرت خرید، اعتبار مالیت و ارزش داده شده است (توسلی، ۱۳۸۴، ۱۳۲). و مالیت و ارزشمندی اسکناس بدون اراده دارنده اش وجود دارد و با اعتبار مالیت به وسیله قانونگذار، خود اسکناس مالیت یافته، رفع نیاز می کند؛ به طوری که حتی شماره های اسکناس نیز در مالیت و میزان ارزش اسکناس دخلتی ندارد و دارنده اسکناس مالک قدرت خرید معینی خواهد بود نه مالک اسکناس با هویت خاص و شماره های سری معین. به این ترتیب، حقیقت اسکناس، نتیجه صرف اعتبار مالیت نیست؛ بلکه نتیجه ارزش مالیت به نحو قدرت خرید است؛ به طوری که بدهی به میزان یک میلیون تومان عبارت است از بدهی به همین میزان قدرت خرید که در مبلغ یک میلیون تومان اسکناس متجلی می شود.

ولی به نظر می رسد این تفسیر از وصف قدرت خرید خالی از اشکال نباشد. طبق این نظر دارنده اسکناس مالک قدرت خرید معینی است، نه مالک اسکناس با هویت خاص؛ حال آن که مسأله برعکس است؛ زیرا براساس قوانین حقوقی، دارنده اسکناس فقط مالک اسکناس با هویت خاص با شماره سری معین با ریال های مکتوب بر آن است نه بیشتر. قدرت خریدی که در اسکناس مشاهده می شود، از لوازم و اوصاف اضافی «ریال» است که مقدار معینی از آن روی برگه اسکناس ثبت شده. اگر مالک اسکناس فقط مالک قدرت خرید معینی باشد، با از بین رفتن یا سرقت اسکناس نباید قدرت خریدش فنا شود. افزون بر این که عرف شخص را مالک اسکناس با هویت خاص می داند؛ پس اگر اسکناس کسی در خیابان گم شود نمی تواند هر اسکناسی را که در خیابان افتاده بردارد و بگوید مال من است، مگر این که مشخصات آن را شناسایی کند.

نظریه ارزش اسمی

بر اساس این نظریه، محور اصلی در تمام مبادله های اقتصادی و معامله هایی که با پول انجام می شود، ارزش اسمی پول است. طرفداران این نظریه پول را یک مال مثلی دانسته و موضوع و مقوم مثلث پول را مانند درهم و دینار صدر اسلام، همان ارزش اسمی آن می دانند و نه چیز دیگر؛ زیرا:

۱. قدرت خرید از عوارض و حالات پول است نه از مقومات پول و هنگامی که فردی مقداری پول اعتباری قرض می کند در عرف گفته نمی شود که او قدرت خرید قرض کرده است.
۲. پول اعتباری از جهت پول بودن با پول حقیقی تفاوتی ندارد و تنهای تفاوت از جهت غیر پولی (ارزش مصرفی) است و اگر قدرت خرید، مقوم پول باشد در مورد سکه طلا و نقره نیز این

سخن مطرح خواهد شد. یعنی اگر قدرت خرید آنها نیز کاهش یابد، بایستی قائل به جبران کاهش ارزش آنها شویم، در حالیکه هیچ فقهی چنین فتوایی نداده است.

۳. در تعریف پول به «ارزش مبادله ای خالص اشیاء که ارزش مصرفی آن نیز در همین ارزش مبادله ای نهفته است» ماهیت پول، متوقف بر قدرت خرید آن نیست، بلکه وابسته به اصل ارزش مبادله ای است، نه مقدار آن.

۴. اصل ذخیره ارزش بودن از وظایف پول است نه مقدار ذخیره ارزش بودن، تا قدرت خرید، قوام مثلیت پول باشد.

نقد و بررسی

در بیان نظریه مالیت اعتباری پول بیان شد که قدرت خرید گرچه عین پول نیست، ولی وصف مقوم پول است و لذا وقتی پول قرض داده می شود این خود پول در شکل اسکناس یا سکه یا هر شکل دیگر قرض داده می شود و لذا عرف می گوید پول را قرض کرده است ولی قدرت خرید چون وصف مقوم آن است لذا نیازی به گفتن آن نیست چون مقصود اصلی هر کس از قرض کردن استفاده از همان قدرت خرید یا مقدار ارزشی است که در پول ذخیره شده است. قیاس پول های کنونی با پولهای طلا و نقره یا هر پولی که ماده و عین آن ارزش استعمالی مستقل از ارزش مبادله ای داشته باشد، قیاس مع الفارق می باشد چون در پول های کنونی ارزش استعمالی همان ارزش مبادله ای می باشد. و همانطور که با نبود اصل ارزش مبادله ای، پول بر پولیت باقی نمی ماند با تغییر قابل توجه مقدار این ارزش نیز، پول مثل پول سابق نمی ماند و عرف نیز این را درک می کند. و از نظر عرف نیز ارزش پول به تعداد واحدهای پولی که بر آن مکتوب است نمی باشد بلکه بر اساس قدرت خرید است و این مطلب در بیان نظریه مالیت اعتباری پول بیان شد.

نتیجه مطالب مذکور در باره ماهیت پول این است که پول معیاری انتزاعی برای بیان ارزش ها است و همان چیزی است که قیمت يك شیئی بر حسب آن بیان می شود و خودش دارای ارزش مبادله ای خالص یا قدرت خرید است.

مثلی و یا قیمی بودن پول و اسکناس

همانطور که بیان شد، ضمان به معنای خروج از عهده یک شیئی با اعطای عوض و بدل است و عرف در مواردی که یک شیئی نوعاً مماثل داشته باشد، حکم می کند که بدل آن مثل است و در مواردی که این چنین نیست بدل را قیمت می داند. و علتش هم این است که بدل یعنی چیزی که به منزل شیئی اصلی قرار می گیرد، لذا اگر در بدل حفظ اوصاف و مالیت شیئی اصلی را می توان نگهداشت، همانطور که در مثلیات چنین است، که چه بهتر و گرنه حداقل مالیت شیئی اصلی باید حفظ شود که در اغلب موارد با پرداخت قیمت به صورت نقد امکان پذیر است. و چون این مطلب از امور ارتکازی عرف بوده به عرف

واگذار شده است و این که تدارک و بدل به چه چیزی محقق می شود در روایات نیامده است. و لذا در مورد پول نیز، برای تعیین این که ضمان به چه چیزی خواهد بود به عرف رجوع می شود. و با رجوع به عرف معلوم می شود که عرف با پولهای اعتباری کنونی معامله مثل می کند. و به عبارت دیگر در قرض پول، عرف قرض گیرنده را ضامن همان جنس از پول می داند به شرطیکه حداقل همان ارزشی که آن پول هنگام قرض داشت موقع برگرداندن در آن حفظ شده باشد. و این مطلب با توجه به ماهیت پولهای اعتباری کنونی می باشد که به خودی خود، دارای ارزش مصرفی نبوده و تنها در داد و ستد به کار می رود و ویژگی ارزش مبادله ای و توان خرید آن، در نگاه عرف و عقلا، همچون صفتی حقیقی به شمار می آید و لذا مانند دیگر صفات مثل مورد ضمان قرار می گیرد. بنابراین، هرگاه دگرگونی قابل توجهی در این صفت مقوم پول حاصل شود، این دگرگونی مثل تغییر در اوصاف عرضی اموال مثلی مانند ویژگی یخ در تابستان و آب در کویر، نزد مردم مورد ضمان است. و لذا صرف بازپرداخت چیزی که همانم آن باشد، بازپرداخت جایگزین همسان به شمار نمی آید و همسانش تنها آن چیزی است که با بها و ارزش و مالیت گذشته اش از همان جنس، برابر باشد. بنابراین هم ویژگی جنس و هم قیمت و توان خرید، از آن روی که همگی از ویژگیهای مثل می باشند به عهده می آیند. و برای همین است که بازپرداخت پولی از جنس دیگر نیز، نادرست است، چنانکه افزایش مالیت و بهای این جنس از پول نیز از آن شخص صاحب حق یا مضمون له است؛ زیرا این، بالا رفتن ارزش جنس پول و خصوصیت مورد ضمان آن است و ضامن نمی تواند در صورت افزایش مالیت، به بازپرداخت چیزی کمتر بسنده کند. علاوه بر این که نقصان قیمت و قوت خرید نیز مورد ضمان است. بنا بر این، ضمان پول مثلی است به این معنی که مقتضی هم ضامن جنس پول و هم ضامن قدرت خرید که صفت مقوم برای آن جنس پول است، می باشد. و همان گونه که در دیگر کالاهای مثلی چنین است، مثلی بودن پول، هم بر جنس آن و هم بر ارزش و توان خریدش استوار است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۴، ص ۶۱-۶۳).

جمع بندی

سیر تاریخی تطورات پول به ما نشان می دهد که پول در هر زمانی، چه زمان پول کالائی، چه زمان پول فلزی و چه زمانی پول به صورت اسکناس در آمد و رابطه آن با طلا و نقره قطع شد، در نتیجه ی اعتبار به وجود آمد. و این اعتبار فقط مربوط به مالیت پول نبود بلکه شامل آن چیزی که مالیت روی آن بار می شد، نیز می شد. به این معنی که در هر زمانی یک چیزی را برای نشان دادن ارزش اشیاء به عنوان نمایشگر انتخاب می کردند که در مورد پول اسکناس، یک تکه کاغذ با مشخصات خاص می باشد. ولی ماهیت خود پول، نه مالیت و ارزش مبادله ای آن است و نه ظرفی که مالیت مظروف آن می باشد، بلکه پول معیار و ملاک سنجش ارزش اشیاء و ظرف اعتباری برای حفظ ارزش می باشد. و به خاطر حافظ ارزش بودن است که عرف دارائی خودشان را به راحتی به پول های اعتباری کاغذی که فی نفسه هیچ ارزشی ندارد تبدیل می کند و بعد از کار و تلاش فراوان بر گرفتن این تکه های کاغذی یا حتی اعداد

نمایشگر پول در حساب، قانع می‌شوند. و به خاطر همین است که وقتی پول به هر دلیل به خوبی از این ارزش حفاظت نمی‌کند، مردم برای حفظ ارزش دارائی و ثروتشان به سمت چیزهای دیگر روی می‌آورند. و مالیت یک شیئی که به سبب تنافس و رغبت عقلا برای یک می‌باشد، به طور واضح در چنین موارد خودش را نشان می‌دهد و مردم به پولهای اعتباری که در حفظ ارزش و مالیت ثبات کافی ندارد بی رغبت یا کم رغبت می‌شوند. بنا بر این از لحاظ ظاهر گرچه همه‌ی واحدها از یک جنس پول مثل ریال، دینار و درهم و امثال ذلک، مثل هم می‌باشند ولی مثل هم بودن آنها فقط از این جهت نیست که یک ریال مثل یک ریال دیگر و هزار ریال مثل هر هزار ریال دیگر است، بلکه به این معنی است که همان کارکردی که یک ریال داشت، که بیانگر مقدار مشخص از ارزش می‌باشد، هر یک ریال دیگر نیز همان کارکرد را داشته باشد و همان مقدار ارزش را نشان می‌دهد. و ارزش مبادله ای پول گرچه ماهیت پول را بیان نمی‌کند، بلکه صفت پول می‌باشد، ولی عرف مثلیت پول را فقط در کاغذ و تعداد واحدهایی که بر روی آن مکتوب است نمی‌بیند؛ بلکه افزون بر آن، مثل پول را چیزی می‌داند که مقدار ارزش که حفظ کرده نیز مثل هم باشد. با توجه به مطالبی که ذکر شد معلوم می‌شود که قرض پول به صورت اسکناس و غیره صحیح است چون می‌توان بدل آن را در زمان ادای قرض با احتساب تورم، یا با ملاک قرار دادن ارزشهای دیگر در حدودی به دست آورد که برای عرف قابل قبول باشد. ثانیاً گفته شد که ماهیت پول مثلی است ولی قوت خرید از صفات مقوم مثلیت است که باید موقع ادا در نظر گرفته شود

اراده باطنی و ظاهری در فقه

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

مهدی فرهنگ دلیر^۱

مقدمه

اراده باطنی و ظاهری اصطلاحی حقوقی است که اخیراً در فقه نیز مطرح شده است. مفهوم «اراده» بدیهی و بی‌نیاز از تعریف است و تعاریفی هم که در حقوق و فقه درباره آن ارائه می‌شود، تعاریف منطقی نیستند، زیرا مفاهیمی که برای تعریف آن ارائه می‌شود، وضوحشان مساوی و یا کمتر از خود مفهوم اراده است. اما از مجموع تعاریفی که در حقوق و فقه مطرح شده می‌توان گفت: اراده باطنی عبارت است از فعل و قصد نفسانی شخص بر انجام چیزی. در مقابل اراده ظاهری اظهار و ابراز همان اراده درونی است.

بنابراین در حقوق و فقه به مظهر خارجی اراده که اغلب لفظی و گاهی غیر لفظی است، اراده ظاهری گفته می‌شود. به عبارت دیگر، اراده ظاهری، اظهار همان اراده حقیقی و نفسانی است که به روش‌های مختلف ادا می‌شود و طرف مقابل از آن طریق اراده و قصد حقیقی ما را می‌فهمد.

بنا به تعریف دکتر سنه‌وری باید میان اراده موجود در نفس و مظهر خارجی آن تفکیک کرد. اراده باطنی همان عمل نفسانی است که عزم و تصمیم بر چیزی با آن منعقد می‌شود. اراده نفسانی یک مظهر خارجی دارد که اراده درونی را اظهار می‌کند و گاهی از آن به اراده ظاهری یاد هم می‌شود. به این مظهر خارجی اراده ظاهری می‌گویند. این مظهر و تعبیر از اراده نفسانی و باطنی می‌تواند صریح یا ضمنی باشد.

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

حال اگر این اراده نفسانی با مظهر خارجی اش متفاوت باشد و تعبیری که می آورد، آنچه اراده کرده را نرساند، کدام یک از این دو اراده را باید اخذ کرد و مبنای معامله قرار داد؟ در اینجا دو نظریه میان حقوق دانها شکل گرفته است.

نظریه اراده باطنی، اراده نفسانی و درونی شخص را مهم و معتبر می داند و تعبیر از اراده را تنها قرینه برای اراده باطنی و نفسانی قلمداد می کند. لذا اگر دلیل دیگری از خارج قائم شد بر اینکه آنچه تعبیر شده مراد حقیقی و باطنی نبوده، همان اراده باطنی را معتبر می داند. حقوق فرانسه همین رویه را دنبال کرده است.

در مقابل حقوق آلمان نظریه اراده ظاهری را پذیرفته است، با این استدلال که در محیط قانون اراده نفسانی نمی تواند موثر باشد چرا که امری درونی است، بلکه آن اراده ای که اثر دارد همان مظهر بیرونی و اجتماعی اراده است، چون تنها همین تعبیر از اراده امری مادی و آشکار است و قانون می تواند به آن احاطه داشته باشد و احکامش را مترتب کند. (سنهوری، الوسیط ج ۱ ص ۱۸۰)

بنابر این تفسیر که در کلمات حقوق دانان آمده هر چند اراده ظاهری به نوعی تعبیری از اراده باطنی است، با وجود این اراده باطنی و اراده ظاهری دو امر جدای از هم هستند؛ قلمرو یکی در نفس و دیگری در خارج است؛ اما یک حقیقت اند، یکی امری درونی و دیگری ظهور همان امر درونی است که مستقیم، یا غیر مستقیم، با لفظ و یا غیر لفظ آشکار می شود، لذا می گویند: «الارادة الكامنة فی النفس و المظهر الخارجی للتعبیر عنها» (سنهوری، الوسیط) البته درباره حقیقت اراده و اینکه دقیقاً نفس چه کاری انجام می دهد، میان فلاسفه و دانشمندان اختلاف هست؛ یعنی با اینکه معنا و مفهوم اراده امری بدیهی است، اما مصداق حقیقی آن کاملاً روشن نیست. شاید به خاطر اینکه اراده امری وجودی و حضوری در نفس است و نمی توان با مفاهیم ماهوی آن را توصیف کرد. اما در هر حال این اراده قائم به ظهور و بروز خارجی نیست و می تواند پنهان بماند و یا اینکه با مظهری لفظی یا غیر آن بروز کند.

تفسیر فقهی اراده باطنی و ظاهری

اخیراً برخی محققان در آثار فقهی خود نزدیک به این تعبیر را درباره اراده باطنی آورده اند و از دو اصطلاح «الإرادة الظاهرية المبرزة» و «الإرادة الجذبة الباطنه» استفاده کرده، همان معنا و مفهوم حقوقی را برای آن ذکر کرده اند. (بحرانی، فقه المصارف و النقود ص ۳۵۸) به عنوان مثال در بحث حیل الربا یکی از راه های فرار از ربا را تفکیک میان اراده ظاهری مبرزه و اراده جدی باطنی، ذکر می کند. یعنی شخص با اراده ظاهری معامله ربوی را انشاء می کند، اما اراده جدی اش به آن تعلق نمی گیرد و از این راه می خواهد هم به مقصودش یعنی دریافت مبلغ زیادی در قرض برسد و هم از حرمت تکلیفی و وضعی آن فرار کند. (همان)

تحلیل حقیقت این دو اراده در فقه نیازمند بررسی ماهیت انشاء در عقود است. در این باره می توان به دو دیدگاه عمده در فقه معاملات اشاره کرد.

بنابر دیدگاه اول که همان نظر مشهور و معروف فقهاء است انشاء عبارت از ایجاد معنا به لفظ است. گفته‌اند دلیل بر این تفسیر، وجدانی بودن آن است؛ هر کس با مراجعه به وجدان خود شک نمی‌کند که در همه امور انشائی یک نوع ایجاد وجود دارد، البته ایجاد مربوط به تکوین و خارج نیست، بلکه امری اعتباری است. (مکارم، بحث فقهیه هامه، ص ۱۰۳). بنابراین تفسیر، ایجاد لفظ و ایجاد امر انشائی با یک اراده محقق می‌شود، نهایت این است که اراده متعلق به تلفظ زمینه ساز اراده متعلق به امر انشائی است. پس زمانی که متکلم اقدام به تلفظ یا ابراز اراده می‌کند، اراده جدی به آن دارد و گرنه ابراز از او سر نمی‌زد و این اراده معلول اراده جدی به «تملیک» یا هر ماهیت معاملی است که قصد ایجاد آن را دارد. لذا گوینده ابتدا در نفس خود امری انشائی را در نظر می‌گیرد، سپس با انشاء و ابراز، آن را ایجاد می‌کند.

برابر دیدگاه دوم، انشاء لفظی ایجاد کننده امر انشائی نیست، زیرا امر انشائی مثل «تملیک» موجود تکوینی نیست، بلکه امری اعتباری است. بنابراین اراده جدی متعلق به ابراز و اراده جدی به امر ابراز شده دو موجود جدا از همدیگرند. تملیک امری اعتباری اما نفسانی است؛ به این معنا که در نفس چنین چیزی اعتبار شده و آنگاه همین امری که در صقع نفس به وجود آمده به نحوی ابراز می‌شود و الفاظ از وجود چنین اعتباری پرده برمی‌دارند.

هر دو نظر در باب انشاء در این امر مشترکند که اراده ظاهری که مربوط به لفظ است مستقل از اراده حقیقی نیست، بلکه اراده باطنی همان مراد جدی از کلام و انشاء است و اراده ظاهری ظهور آن در خارج می‌باشد. یعنی وقتی قرار دادی میان طرفین محقق می‌شود، قرار و توافق اراده‌ها با اقدامی ابرازی و انشائی در خارج تحقق می‌یابد؛ در اینجا اراده ظاهری، ظهور آن تعبیر و اراده باطنی مراد متکلم از آن تعبیر است.

اما تفاوت عمده میان دو دیدگاه در این است که طبق دیدگاه اول، حقیقت انشاء از جمله انشاء تملیک، بدون ایجاد لفظ یا جایگزین آن محقق نمی‌شود، در حالی که طبق نظر دوم، حقیقت انشاء با همان اراده درونی محقق شده است و اگر کسی از آن مطلع شود، می‌تواند به آن ترتیب اثر بدهد؛ لذا اگر شخصی بفهمد که فروشنده در دلش اراده و انشاء فروش خانه به او کرد، می‌تواند با «قبول خود» آن خانه را مالک شود. لذا اظهار بیرونی اراده فقط برای فهماندن مقصود به طرف مقابل است و موضوعیتی در تحقق انشاء و یا سایر امور اعتباری ندارد. در حالی که طبق دیدگاه اول ابراز لفظی کاملاً در انشاء دخالت دارد و بدون آن به وجود نمی‌آید، لذا تعبیر به ابراز و اظهار، خالی از مسامحه نیست، بلکه باید الفاظ و یا سایر امور مبرزه را رکن و مقوم انشاء قلمداد کرد.

حال سوال اول این است که آیا این تفاوت تأثیری در بحث تقدم اراده ظاهری و باطنی دارد یا نه؟ فقهای که در این باره بحث کرده‌اند، به این مطلب اشاره‌ای نکرده، گویا این تفاوت را در بحث موثر نمی‌دانند و در هر حال معتقدند که اراده باطنی بر ظاهری مقدم است و تفاوت این دو مسلک فقهی در بحث انشاء، تأثیری در این تقدم ندارد.

آیت الله حائری معتقد است، تفکر مبتنی بر تفکیک اراده ظاهری و اراده واقعی مربوط به حقوق وضعی است و ریشه در فقه اسلامی ندارد، زیرا مراد از اراده در فقه اسلامی همان معنای حقیقی و قائم به نفس آن است و تعبیر ظاهری آن تنها به عنوان طریق و قرینه برای آن به حساب می آید. البته این اماره و قرینه می تواند به وسیله دلیل اقوایی مورد تعارض قرار گیرد و کنار گذاشته شود. (حائری، فقه العقود ج ۱ ص ۳۳۲)

بنابراین ما یک امر بیشتر نداریم که همان حقیقت اراده و قصد باطنی است؛ اما این اراده یک ظاهر و بروزی دارد که بوسیله الفاظ یا مبرزات دیگر اظهار می شود. البته ممکن است طرف مقابل از ظاهر این اراده برداشت دیگری داشته باشد، ولی این به معنای تعدد و استقلال این دو از هم نیست. در واقع یک چیز است با دو نگاه.

هاشم معروف حسنی نیز معتقد است اراده ظاهری موجود در صیغه عقد در واقع منعکس کننده همان اراده انشائی متعاقدين است. (نظریه العقد ص ۱۸۶) بنابراین اراده ظاهری به معنای ظهور صیغه عقد و کاشف نوعی از مراد جدی طرفین می باشد.

اما به نظر می رسد که بتوان تأثیر این دو مبنای فقهی را در بحث مورد نظر پذیرفت. چرا که طبق نظر کسانی مثل مرحوم خویی و مرحوم نهاوندی که حقیقت انشاء را امری درونی و نفسانی می دانند، الفاظ تنها وسیله ای برای آگاه کردن طرف مقابل است؛ لذا ظهور الفاظ مقوم برای انشاء محسوب نشده، اشتباه در آن موجب خدشه در عقد نمی شود. مهم تر اینکه در مواردی که میان ظهور انشاء و حقیقت باطنی آن اختلاف به وجود می آید، به طریق اولی، اراده باطنی مقدم است، زیرا امر باطنی اصل و اساس در اراده انشائی است. بنابراین طبق این مسلک هیچ راهی برای تقدم اراده ظاهری بر باطنی وجود ندارد. ولی طبق مبنای کسانی که حقیقت انشاء را به ایجاد خارجی می دانند و برای الفاظ و یا مبرزهای دیگر، جنبه اظهاری صرف قائل نیستند، به این راحتی نمی توان اراده باطنی را بر اراده ظاهری مقدم کرد؛ لذا در موارد اختلافی و موارد مشکوک ترجیح با اراده ظاهری است و تنها در صورت علم به مخالفت اراده باطنی و ظاهری، می توان اراده باطنی را بر ظاهری مقدم کرد.

با توجه به مطالب ذکر شده، هر چند طبق هر دو مبنا آنچه مهم و اصل است، اراده باطنی است، اما طبق مسلک مشهور همیشه ظهور کلام اصل است، مگر اینکه خلاف آن آشکار شود؛ در حالی که طبق مسلک تعهد، اراده باطنی اساس بوده، ظاهر کلام فقط راهی برای پی بردن به اراده باطنی است، لذا از هر طریقی به اراده باطنی پی بردیم، بر اراده ظاهری مقدم می شود، هر چند ظهور کلام بر خلاف آن باشد. سوال دومی که اینجا مطرح می شود این است که بر فرض تقدم اراده باطنی و یا ظاهری چه آثاری در فقه بر آن بار می شود؟

آنچه از کلام برخی فقهاء برمی آید، اختلاف میان دو اراده در جایی ثمره دارد که اراده نفسانی با تعبیر خارجی آن متفاوت باشد؛ اما در صورت عدم مغایرت اراده باطنی با اراده ظاهری، این اختلاف هیچ ثمره ای در پی ندارد. به عنوان مثال اگر شخصی عقدی را بدون توجه به شرائط موجود در آن امضا کرد در

حالی که اگر متوجه بود امضاء نمی‌کرد. در این حالت اراده ظاهری در قالب امضاء و یا قبول شفاهی نشانگر پذیرفتن این عقد است، از طرف دیگر می‌دانیم اگر شخص متوجه این شروط بود آن را نمی‌پذیرفت، یا اگر بعداً بفهمد قبول نمی‌کند؛ بنابر نظریه اراده باطنی، این عقد باطل است، زیرا مهم همان اراده باطنی است و اراده ظاهری تنها قرینه برای آن است و در اینجا فرض این است که با دلیل اقوایی می‌دانیم اراده باطنی بر خلاف اراده ظاهری است؛ اما بنابر نظریه اراده ظاهری خود این ابراز عقد موضوعیت دارد و جایی برای اثبات عکس آن وجود ندارد. بنابر نظر محقق حائری نیز اثر عملی میان دو مذهب تنها در امکان و عدم امکان عکس اراده ظاهری است. (حائری، فقه العقود ج ۱ ص ۳۲۷ تا ۳۲۹)

دیدگاه فقهاء در تقدم اراده باطنی یا ظاهری

همانطور که بیان شد، یکی از شرائط متعاقدين در فقه اسلامی، قصد کردن مدلول عقد است و هیچ اختلافی در این مطلب میان فقهاء وجود ندارد و به قول مرحوم خوئی این شرط جزء امور مسلم در فقه است. اما اشکال این است که فقهاء محترم این شرط را به جای شرائط عقد، از شرائط متعاقدين قرار داده‌اند. (خوئی، مصباح الفقاهه ج ۳ ص ۲۷۵)

به طور کلی هر نوع عقد و معامله‌ای صرف انشاء ساده و بدون قصد نیست، چه انشاء به معنای ایجاد معنی با لفظ باشد که مبنای معروف و مشهور فقهاء و اصولیون است و چه اظهار و ابراز امر نفسانی با یک مبرز باشد. بنابراین قول فقهای مثل شیخ طوسی که صرف قصد ارکان عقد را برای تحقق آن کافی می‌دانند کافی نیست. مراد فقهاء هم از «قصد» اراده جدی و باطنی بر معامله است زیرا اگر قصد و اراده جدی به معامله نباشد، عقدی صوری خواهد بود که هیچ ارزشی ندارد و در واقع عقد نیست؛ این مطلبی است که حتی در حقوق موضوعه نیز پذیرفته شده است؛ اما بیان فقهاء به این معنا نیست که ابراز آن هیچ دخالتی در تحقق عقد ندارد. شهید اول می‌گوید برخلاف نظر شیخ طوسی، در ارکان عقد «قصد» به تنهایی و بدون ابراز کفایت نمی‌کند. (القواعد و الفوائد ج ۱ ص ۱۰۲) مرحوم سیوری حلی نیز قائل است نیت خود عقد و ارکان آن در تحقق عقد کافی نیست و باطل است. (نضد القواعد الفقهیه، ص ۴۰۶) بنابراین هر چند برخی فقهاء معیار را همان اراده باطنی دانسته و هیچ تأثیری به ابراز لفظ قائل نشده‌اند، اما مشهور فقهاء اراده باطنی را بدون ابراز کافی نمی‌دانند.

همانطور که بیان شد در جایی که ظهور کلام یا همان اراده ظاهری با اراده جدی یا همان اراده باطنی مطابق باشد، هیچ اختلافی در صحت و اعتبار اراده ظاهری و باطنی نیست. اما بحث در آنجایی است که اراده جدی و باطنی با ظهور ابراز لفظی مطابق نیست یا اراده ظاهری مبهم و مشکوک است. حال در این موارد فقهاء کدام اراده را معیار و اصل قرار می‌دهند؟

بنابر گفته محقق حائری، معیار در فقه اسلامی اراده باطنی است و اراده ظاهری فقط قرینه برای دستیابی به مراد جدی است و شاهد بر این مطلب قاعده «تبعیت عقد از قصد» است. اما ایشان شواهد و مصادیق عینی برای تقدم اراده باطنی بر ظاهری نمی‌آورند زیرا معتقدند چنین کاربرد و تقابلی از

اراده باطنی و ظاهری در فقه وجود ندارد. اما با مراجعه به متون فقهی می توان مواردی را پیدا کرد که در تقابل میان اراده ظاهری و باطنی، اراده جدی و باطنی را مقدم کرده اند.

مرحوم شیخ انصاری بیانی دارد که نشان می دهد، تقدم اراده باطنی بر ظهور کلام امری قطعی و غیر قابل تردید است، هر چند ظاهر بر خلاف آن باشد. ایشان می گوید: اگر فروشنده به چیزی اشاره کند و بگوید این شیء خاص را فروخته ام و خریدار قبول کند، ولی بعد مشخص شود آن شیء دیگری بوده، اینجا میان اشاره و وصف تعارض پیش می آید، زیرا ظاهر مردد است میان اینکه متعلق عقد مثلاً حیوان مورد اشاره خارجی است، یا عنوان «اسب بودن» که ذکر کردند. بر این اساس مقصود و اراده جدی نیز مردد خواهد بود. اگر اشاره معتبر باشد. اما اگر معلوم باشد که مقصود و اراده باطنی مغایر با موجود خارجی است، هیچ کسی در بطلان این معامله تردید نمی کند. (مکاسب محرمه ج ۱ ص ۲۳۵)

بنابراین اگر جایی اراده باطنی شخص معلوم باشد، هر چند ظاهر کلامش بر خلاف آن باشد، قطعاً آن اراده باطنی و مقصود او مقدم است و تردیدی میان فقهاء در آن نیست. در این نظر فرقی میان مشهور فقهاء با کسانی مثل محقق نهاوندی و محقق عراقی و محقق خوئی که حقیقت انشاء را ابراز معنای موجود در ذهن می دانند نیست. یعنی هر چند طبق مبنای مشهور که حقیقت انشاء را ایجاد معنا با لفظ می داند، لفظ اهمیت بیشتری در حقیقت انشاء دارد؛ اما در تعارض میان اراده جدی باطنی و ظهور لفظی، اراده باطنی مقدم است.

ادله تقدم اراده باطنی بر ظاهری

همانطور که گذشت، در فقه امامیه اهمیت قصد و اراده جدی در معاملات، امری واضح و روشن است و هیچ کسی عقد و معامله را بدون اراده و قصد معاملی محقق نمی داند. اما تقدم اراده باطنی بر ظاهری در کلام فقهاء مطرح نبوده و این تقسیم در قرون اخیر به واسطه مطالب حقوقی به ادبیات فقهی راه یافته است. ولی با وجود این آیا ادله ای برای تقدم اراده باطنی یا ظاهری وجود دارد؟ در برخی تحقیقات دلایل زیر برای تقدم اراده باطنی بر ظاهری در فقه امامیه ارائه شده اند: (آقای و روحانی، قلمرو اراده باطنی در معاملات)

آیه تراض

۱ - آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (نساء ۲۹) که براساس قید «عن تراض» معاملات باید از روی رضایت باطنی انجام شود و بدون چنین رضایت باطنی هیچ معامله صحیحی به وجود نمی آید.

روایات

۲ - روایاتی مانند «إنما الاعمال بالنیات» و «لکل امرء ما نوى» رجحان قصد باطنی و نیت درونی را اثبات می کند و الفاظ و سایر وسایل اعلام اراده را فقط دارای جنبه کاشفیت می دانند.

قواعد فقهی

الف: در اقرار مبهم، برای رفع ابهام به خود مقرر رجوع می‌شود تا قصد باطنی وی کشف گردد و ملاک عمل قرار گیرد. (نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۵ ص ۳۲)

ب: قاعده تبعیت عقود از قصود که بر اساس این قاعده تحقق عقد و تعیین نوع و آثار عقد تابع قصد متعاملین شده است. (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۳، ۱۶۳)

همینطور به صاحب جواهر ره نسبت داده شده که ایشان معتقد است: مفاد روایات «إنما الاعمال بالنیات» (حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱، ۴۸) و «لکل امریء ما نوى» (همان، ۱، ۴۹) و نیز قاعده مشهور «العقود تابعه للقصود» بر این دلالت دارند عقد تابع اراده باطنی است، زیرا فقط تلفظ الفاظ عقد، سبب عقد نیست تا اگر کسی که قصد عقد را ندارد، آن را ادا کند، عقد واقع شود. (نجفی، جواهر الکلام، ۲۲، ۲۶۶)

ملاحظات ادله تقدم باطنی بر ظاهری

اولاً: آیه مذکور اصل وجود رضایت را در معاملات ضروری می‌داند، هر چند مراد از این رضایت، رضایت معاملی است و یا رضایت به معنای طیب نفس و رضایت درونی، میان فقهاء اختلاف وجود دارد. اما در هر حال این آیه در مقام تقدم اراده باطنی بر ظاهری نیست.

همینطور روایات فوق که صاحب جواهر ره در مقام بیع مکره ذکر کرده، مربوط به اصل وجود اراده و قصد جدی است؛ زیرا به اعتقاد او علاوه بر اینکه عقد مکره به خاطر انتفاء رضایت و طیب نفس، صحیح نیست، فقدان اراده و قصد نسبت به معنای عقد نیز دلیل بر بطلان عقد مکره است. یعنی به نظر صاحب جواهر ره شخص مکره علاوه بر نداشتن رضایت و طیب نفس، اراده و قصد جدی هم به معنای عقد ندارد و تنها الفاظ عقد را تلفظ کرده است.

ثانیا طبق ظاهر کلام صاحب جواهر ره، روایات فوق به عنوان دلیل برای اصطیاد قاعده «العقود تابعه للقصود» از سوی فقهاء است، لذا نمی‌شود آنها را در کنار این قاعده، دلیل مستقلی برای تقدم اراده باطنی بر ظاهری دانست، هر چند دلالت این ادله بر لزوم وجود اراده باطنی قابل انکار نیست.

ثالثاً: هر چند ظاهر دلیل سوم دلالت بر تقدم اراده باطنی بر ظاهری است، ولی این در جایی است که خود کلام ظهوری نداشته، مبهم باشد، اما در جایی که معنای کلام ظاهر باشد، دلیلی برای رجوع به خود مقرر نیست.

با توجه به مطالب فوق نتیجه می‌شود که مهم‌ترین دلیل برای تقدم اراده باطنی بر ظاهری قاعده «تبعیت عقود از قصود است و فقهاء در ابواب بسیاری از فقه معاملات به این قاعده تمسک می‌کنند. از همین رو شناخت ماهیت و معنای این قاعده اهمیت زیادی پیدا می‌کند، لذا در ادامه به بررسی معنا و مفهوم این قاعده در نزد فقهاء می‌پردازیم.

مرحوم اصفهانی در بحث معاطات (حاشیه مکاسب ج ۱ ص ۱۱۵) می‌فرماید: «مراد از قاعده تبعیت عقد از قصد، عدم وقوع آن چیزی است که قصد نشده، نه واقع شدن هر چیزی که قصد شده است. در واقع آنچه لازمه عقد بما هو عقد است، عدم تاثیر آن در امور قصد نشده است؛ اما واقع شدن هر چیزی که قصد شده، لازمه صحت عقد است نه لازمه خود عقد.»

طبق این سخن اگر طرفین عقد شرائط و اموری را در ظاهر عقد بیان کنند و در تعبیرشان بیاورند، در حالی که آن را قصد نکرده‌اند، بر اساس این قاعده اصلاً محقق نمی‌شود. یا اگر شخصی قراردادی را در ظاهر قبول کرده، در ظاهر آن را امضاء کند، اما به خاطر عدم آگاهی از برخی شرائط آنها را قصد نکند، عقد نسبت به آن امور هیچ تاثیری ندارد و این مطلب کاملاً دلیل بر تقدم اراده باطنی است.

از طرفی اگر طرفین اموری را در عقد قصد کنند، در صورت صحت عقد آن امور محقق خواهد شد، اما اگر عقد یا آن شرائط به دلیلی صحیح نبود، آن امور واقع نخواهد شد. البته عدم تحقق این امر مانع از تحقق خود عقد نیست و لذا در بحث شروط فاسد، عدم تحقق شرط خللی در اصل عقد ایجاد نمی‌کند. با وجود پذیرش و مسلم بودن این قاعده در معاملات، شبهاتی درباره عمومیت این قاعده در فقه مطرح شده است که تقدم اراده باطنی بر ظاهری را دچار خدشه می‌کند.

شبهات وارده بر تقدم اراده باطنی بر ظاهری

۱) انقلاب عقد موقت به دائم، در صورت عدم ذکر اجل

یکی از موارد مهمی که به عنوان شبهه برای تقدم اراده باطنی بر ظاهری در فقه مطرح شده، مسئله تبدیل عقد دائم به موقت در صورت عدم ذکر مدت عقد موقت است. شیخ طوسی و ابن براج و ابن حمزه و ابوالصلاح قائل اند به اینکه اگر در هنگام عقد موقت، شخص مدت عقد را فراموش کند و در عقد ذکر نکند، این عقد ازدواج تبدیل به دائم می‌شود، در حالی که قصد و اراده باطنی شخص عقد موقت بوده است.

علامه حلی در قواعد پس از ذکر شرط بودن ذکر «اجل» و مدت در عقد موقت می‌گوید اگر کسی مدت عقد را ذکر نکند، در حالی که قصدش عقد موقت بوده، چنین عقدی باطل می‌شود. اما طبق برخی اقوال تبدیل به دائم می‌شود. (و لو اخل به بطل، و قيل ینقلب دائماً) و از همین جا شبهه برای تقدم اراده ظاهری بر اراده باطنی به وجود می‌آید. محقق ثانی نیز پس از تقویت نظر علامه حلی، قول شیخ طوسی و ابن حمزه را که قائل به تبدیل عقد موقت به دائم شده‌اند تضعیف می‌کند. (کری، جامع المقاصد ج ۱۳ ص ۲۶)

بنابراین معلوم شد فقهاء، نظر شیخ طوسی را نپذیرفته، قائل به بطلان چنین عقدی شده‌اند. بنابراین قول به بطلان، مطابق با قاعده است، و همانطور که محقق ثانی بیان کرده است، شرط صحت عقد موقت، ذکر مدت است اما در اینجا به خاطر فقدان شرط، عقد باطل می‌شود. بنابراین آنچه قصد شده، به خاطر فقدان شرائط، محقق نشده و لذا عقد باطل می‌باشد.

اما قول تبدیل عقد موقت به نکاح دائم، بر خلاف قاعده است. بنابراین طبق این قول ظهور عقد (اراده ظاهری) بر اراده باطنی و حقیقی طرفین مقدم شده است.

جناب شیخ طوسی در استدلال به این قول دوم بیان کرده: ایجاب عقد نکاح هم صلاحیت برای عقد موقت و هم عقد دائم را دارد، بنابراین با ذکر مدت، اختصاص به عقد موقت و با عدم ذکر آن مختص به دائم می‌شود. لذا اگر عقدی ظهور در مطلبی داشت و این ظهور برخلاف اراده باطنی و واقعی طرفین بود، آن ظهور مقدم بر اراده باطنی و حقیقی خواهد شد.

بنابر نظر مرحوم ابن ادریس در صورتی که ایجاب عقد با لفظ «ترویج یا نکاح» باشد، عقد به دائم تبدیل می‌شود و اگر با لفظ «امتعت» باشد باطل می‌شود. (کرکی، جامع المقاصد ج ۱۳ ص ۲۷)

مرحوم شهید ثانی در روضه می‌فرماید: اختلاف در تبدیل به عقد دائم یا بطلان به این برمی‌گردد که اصل عقد صلاحیت هر دو را دارد و ذکر اجل و عدم آن قرینه برای دائم یا موقت است و شیخ طوسی و اکثر علماء از جمله شهید اول قائل به تبدیل به دائم شده‌اند. از طرفی همچنان که شهید ثانی، علامه و محقق قائل به بطلان شده‌اند، برابر قاعده تبعیت عقد از قصد، عقد دائم قصد نشده، عقد موقت هم شرائطش محقق نیست و لذا حکم به بطلان نکاح می‌شود. (شهید ثانی، روضه ج ۲ ص ۱۰۵) در هر حال مبنای کسانی که قائل به تبدیل به دائم شده‌اند، ترجیح ظهور عقد و اراده ظاهری بر قصد و اراده باطنی است. مرحوم خوئی درباره ترک مدت در عقد متعه، می‌گوید: برخی از فقهاء در اینجا قائل به تبدیل عقد به عقد دائم هستند، در حالی که طرفین قصد عقد موقت کرده‌اند. ایشان در مقام اشکال بر این مطلب می‌گویند: تحقیق این است که اگر شخص بنائش بر عقد موقت بوده، اما هنگام نکاح کاملاً یادش رفت و قصد عقد دائم کرد، شکی در تحقق عقد دائم نیست؛ اما اگر حتی در موقع انشاء و اجرای صیغه بنائش بر عقد موقت بود، ولی با وجود این در موقع تلفظ یادش رفت یا عمدا ترک کرد، ظاهر این است که عقد باطل می‌شود. چرا که زوجیت دائم قصد و انشاء [جدی] نشده است، چون انشاء عبارت است از ابراز اراده امر نفسانی در خارج، و زمانی که متعاقد نکاح دائم را قصد نکرده باشد، با لفظ هم ابراز نخواهد شد، و عقد موقت هم شرعاً واقع نخواهد شد، چون در صحت عقد موقت ذکر مدت شرعاً واجب است. البته همانطور که بیان شد، اصل در معاملات، همان اراده و قصد جدی است که هم اصل وجود آن و نیز تقدم آن بر ظهور و اراده ظاهریه کلام مقدم است؛ و هر جا اختلافی میان طرفین واقع شود، قصد و اراده واقعی یکی از طرفین مورد توجه قرار می‌گیرد. اگر در جایی کسی به دیگری مالی دهد و بگوید: «ملکتک هذا» و ادعا کند به عنوان قرض و در برابر عوض واقعی بوده است؛ اما شخص مقابل ادعا می‌کند به عنوان هبه بوده و به صورت مجانی؛ در اینجا قول عطا کننده مورد قبول واقع می‌شود، البته در صورتی که قرینه‌ای بر خلاف نباشد، چون این مطلب به نیت و قصد شخصی که مال را داده برمی‌گردد. یعنی چون تملیک در اینجا صورت گرفته ولی ما شک داریم که مجانی بوده و یا در برابر عوض واقعی،

در اینجا به قصد تملیک کننده رجوه می شود، مگر کسی ادعا کند «ملکتک» بدون ذکر عوض ظاهر در هبه است.

۲) حیل الربا

یکی دیگر از موارد تخلف قصد از ظاهر و تقدم ظهور بر قصد، در موارد فرار از ربا است، اگر در معامله ربوی هر کدام از طرفین، عوضین را به طرف مقابل هبه کند و در ظاهر هبه منعقد کنند، هر چند قصدشان فرار از رباست، فقهاء حکم به صحت می کنند.

شهید ثانی در روضه می فرماید: هر چند قصد ذاتی طرفین هبه نیست، و قصد جدی و حقیقی به هبه ندارند، اما برای فرار از ربا در ظاهر عقد هبه را جاری می کنند؛ اما همین قصد فرار از ربا که با قصد بیع یا قرض یا هبه تمام می شود در قصد به این عقود کافی است، چون فرار از ربا که غایت مترتب بر صحت این عقد است، مورد قصد می باشد، هر چند خود این عقود مقصود جدی و حقیقی نیست^۱. البته شاید منظور شهید از قصد فرار از ربا و دریافت زیادی، داعی و انگیزه برای عقد است نه اراده جدی. مرحوم کلاتر در توضیح این مطلب می گوید: «طبق استدلال شهید ثانی هر چند قصد اولی و واقعی طرفین رسیدن به مقدار زیاد است، ولی چون قصد تخلص از ربا نیز دارند و این یک غایت عقلانی مشروع است لذا این عقد صحیح است» (همان).

اصل بحث در اینجا این است که اگر شخصی شرطی را در ضمن عقد قرار دهد و هیچ قرینه ای بر اینکه مراد جدی اش نیست، نیاورد، آیا می تواند برای فرار از ربا از این روش استفاده کند. آنچه از کلمات مشهور فقهاء برآمد صحت چنین عقدی است. اما برخی فقهاء به این راه حل اشکال کرده اند و تخلف اراده جدی و انشاء ظاهری را نپذیرفته اند.

به گفته برخی محققین معاصر اگر کسی شرطی را بدون اراده جدی انشاء کند ولی ظاهر انشاء دلالت بر اراده جدی کند، چون قرینه ای بر عدم اراده قرار داده نشده، نافذ نیست. زیرا او چیزی را برخلاف مراد جدی اش انشاء کرده، و این در واقع انشاء نیست^۲.

۱. «مثله ما لو وهب كل منهما الآخر عوضه، ولا يقدر في ذلك كله كون هذه العقود غير مقصودة بالذات «ع»، مع أن العقود تابعة للقصد، لأن قصد التخلص من الربا الذي لا يتم إلا بالقصد إلى بيع صحيح، أو قرض، أو غيرهما كاف في القصد إليها، لأن ذلك غاية مترتبة على صحة العقد مقصودة، فيكفي جعلها غاية، إذ لا يعتبر قصد جميع الغايات المترتبة على العقد.» (روضه البهيه محشى، ج ۳ ص ۴۴۴)

۲. «من أن ما يبرزه من إنشاء الشرط على المشروط عليه من دون إظهار عدم الإرادة الجدية، بل الظاهر دال على الإرادة الجدية، ولكن يبنى في نفسه على أنه لا يريد ذلك الشرط، فحينئذ لا يكون هذا الإنشاء نافذاً، فهو ينشئ شيئاً ولا يظهر أي مخالفة له، و مع ذلك لا يريد المنشأ. (فقه المصارف و النقود)

برخی ایراد نقضی کرده‌اند که در دو مورد هازل و مُکره معامله به صورت جدی اراده نمی‌شود و تنها در ظاهر الفاظ انشاء تلفظ می‌شود؛ بنابراین اراده جدی به شرط وجود ندارد. درباره تقيه نیز تخلف اراده جدی از ظاهر عقد اولی است لذا در بحث شروط نیز اینگونه است. در جواب به این نقض‌ها گفته می‌شود که در این موارد قرائن شوخی یا اکراه یا تقيه مانع حجیت ظهور کلام می‌شود؛ از لحاظ عرفی نیز به خاطر وجود قرائن بر خلاف، ظهور این معاملات حجت نیست. بنابراین در این مورد نیز، تخلف اراده جدی از اراده ظاهری و ظاهر عقد پذیرفته نیست و در این حيله‌ها نیز اراده جدی نسبت به عقد محقق و نصاب انشاء تمام است و بنابر عام بودن حرمت انشاء ربا بر اموال مجهول المالک، حرمت در این مورد به خاطر فعلیت موضوع، فعلی خواهد بود و لذا این حيله، فایده‌ای برای فرار از ربا و حرمت نخواهد داشت. البته اگر قرائن حالیه‌ای دلالت بکند بر اینکه شخص اراده بنائی به مقتضای انشاء ندارد، در آن صورت انشاء تام منتفی شده و حرام نیست. (فقه المصارف و النقود....)

۳) طلاق بدون قصد

شهید ثانی ره در مسالک در جواب از این سوال که اگر کسی بعد از طلاق ادعای سبق لسان کرد و گفت منظورش طلاق نبوده، آیا ادعایش قبول می‌شود یا نه؟ می‌گوید: ظاهر کلام محقق عدم قبول است، چون این قصد یک امر قلبی است و باید به خود شخص مراجعه کرد. احتمال دیگر هم عدم قبول این ادعاست، چون اصل در اقوال و افعال صادر شده از آن انسان، قصدی بودن است و می‌توان سخن کسانی که قائل به عدم وقوع شده اند را حمل بر عدم وقع نفس الامری کرد. اما ادعای چنین شخصی در ظاهر پذیرفته نیست و حکم به صحت طلاق می‌کنند.

۴) عقد فضولی و کشف مالکیت بایع

یکی دیگر از موارد تخلف اراده باطنی از ظاهری در جایی است که معامله‌ای به قصد فضولی انجام می‌شود، بعداً ظاهر شود که شخص فضول، مالک است، مثلاً کسی مال پدرش را به صورت فضول بفروشد و بعد مشخص شود که پدرش مرده و اموالش به این شخص رسیده است. در این مورد نیز قصد جدی شخص فروش از جانب غیر بوده است، ولی معامله برای این شخص واقع می‌شود. درباره صحت این معامله میان فقهاء اختلاف وجود دارد.

طبق نظر علامه حلی در «قواعد الاحکام، نهاییه الاحکام و تذکره» این معامله به دلیل وجود مقتضی و نبود مانع صحیح است، زیرا این بیع در ملک بایع واقع شده و رضایت و قصد نیز، محقق است. حتی ظاهر کلام علامه اجماعی بودن این حکم است. (مفتاح الکرامه ج ۱۲ ص ۶۲۸)

در مقابل شیخ طوسی و فخر المحققین احتمال داده‌اند این عقد باطل باشد، به خاطر اینکه قصد و اراده عاقد فضولی این بود که ملک را از جانب پدرش بفروشد نه از جانب خودش؛ لذا اراده باطنی او با ظاهر عقد و فروش از جانب خود مطابق نیست. به عبارت بهتر این عقد در ظاهر منجز و غیر مشروط است، در حالی که بایع به صورت معلق اراده کرده و تقدیرش این است که اگر پدرم بمیرد این را فروختم.

دلیل دیگر برای بطلان، لغویت کار بایع است، زیرا او اعتقاد دارد مبیع برای دیگری است ولی در ظاهر برای خودش می فروشد و این موجب می شود بایع نتواند اراده جدی به عقد داشته باشد. (همان)

به نظر می رسد وجهی برای منع این عقود وجود ندارد و کلام علامه حلی صحیح است. زیرا آنچه جزء ارکان عقد به شمار می رود و در تحقق عقد لازم است اراده جدی به خود عقد می باشد. اما اینکه از طرف خود عاقد باشد و یا دیگری، در تحقق عقد دخالت ندارد، هر چند برای صحت عقد باید مالک اجازه و رضایت بدهد. بنابراین در این مثال نیز اراده باطنی مطابق با اراده ظاهری است و قصد جدی به تحقق عقد وجود دارد.

۵) بیع معاطات

در بحث معاطات مشهور فقهاء قائل به اباحه هستند. یعنی هر چند طرفین قصد تملیک کرده اند، اما معاطات مفید اباحه است. یکی از اشکالاتی که محقق ثانی در اینجا مطرح کرده همین است که اگر طرفین عقد اراده جدی و باطنی شان تملیک باشد، نمی تواند مفید اباحه باشد. لذا محقق این نسبت به مشهور را قبول ندارد و می گوید منظور مشهور قصد اباحه است. البته این سخن را شیخ نمی پذیرد و بیان می دارد که نظر مشهور در مفید اباحه بودن معاطات در صورت قصد تملیک است.

اما جناب شیخ اعظم نظر مشهور را نمی پذیرد و معتقد است که معاطات به قصد تملیک مفید ملک است. ولی در هر حال طبق نظر مشهور می توان این مورد را از موارد تخلف عقد از اراده جدی دانست.

محقق اصفهانی نظر مشهور درباره ترتب اباحه در معاطات با عدم قصد آن را ملتزم نمی شود و نظر شیخ انصاری را نمی پذیرد زیرا معتقد است این تخلف محال عقلی است و امکان ندارد اباحه در جایی که اراده و انشاء نشده، محقق شود. چون معاطات سبب برای ملکیت است و طرفین عقد تنها ملکیت را در نظر گرفته اند. در نهایت محقق اصفهانی موارد متعددی که شیخ اعظم ره برای تخلف عقد از قصد آورده را قبول نکرده، آنها را توجیه می کند. مثلاً ترتب ضمان بر عقد فاسد را ترتب تعبدی و شرعی می داند نه از باب ترتب مسبب بر سبب.

۶) عقد مشروط به عقد فاسد

اشکال عقد مشروط به عقد فاسد این است که نزد بسیاری از محققین چنین عقدی صحیح است، در حالی که عقد اراده شده، مقید به شرائطی بود که واقع نشده است و آنچه واقع شده، یعنی عقد مجرد از شرائط، اراده نشده بود. در اینجا نیز محقق اصفهانی جواب می دهد که اینجا دو مطلوب وجود دارد؛ اول خود عقد و دیگری شرائط آن است.

موارد دیگری نیز در فقه وجود دارد که ظاهر آن تخلف اراده ظاهری از باطنی است که هیچ کدام از آنها مورد قبول فقهاء نیست و هر کدام را به نوعی توجیه می کنند.

بنابراین هر چند مواردی وجود دارد که فقهاء ظاهر انشاء و عقد را بر اراده باطنی و حقیقی مقدم کرده‌اند و امکان دارد که اراده ظاهری در عقود، از اراده حقیقی تخلف کند و عقد بر اساس ظاهر محقق شود. اما این موارد نادر و اندک است و اکثر فقهاء این موارد را به نوعی توجیه کرده‌اند. البته همانطور که بیان شد، برخی از مواردی که نتیجه عقد برخلاف قصد بود، اراده ظاهری با اراده و قصد جدی مطابق بود، اما آنچه محقق و صحیح واقع می‌شود غیر مطابق با آن دو است از جمله: «بیع الغاصب لنفسه»، یا بیع فضولی که شخص غاصب یا فضولی قصد می‌کند برای خودش بفروشد، در اینجا فقهاء معظم قائلند این عقد در صورت اجازه مالک برای او واقع می‌شود، در حالی که انشاء کننده عقد یعنی غاصب، یا فضولی عقد را برای خود قصد کرده بود، یعنی در اینجا نیز آنچه قصد نشده بود، محقق می‌شود. البته برای این موارد نیز فقهاء جواب‌هایی بیان کرده‌اند. (حاشیه المکاسب، اصفهانی ج ۲ ص ۱۱۴).

۷) تخلف در تعیین مالک عوضین

یکی دیگر از موارد تخلف اراده واقعی با ظاهری تأثیری اشتباه در تعیین مالک عوضین است. یعنی اگر بایع اشتباه بگوید که این مال را در برابر فلان مبلغ از مال عمرو فروختم در حالی که قصدش بکر بوده، یا وکیل بگوید مال زید را در برابر فلان مبلغ فروختم در حالی که قصدش مال عمرو بوده است؛ چنین اشتباهی به اجماع فقهاء اشکالی به صحت عقد نمی‌رساند و عقد برای صاحبان اصلی مالها واقع می‌شود، چرا که تعیین مالک در معاوضه ضروری نیست و اصل تعیین عوضین است (کتاب المکاسب)

ادله تقدم اراده ظاهری بر باطنی

دلایلی نیز وجود دارد که می‌تواند برای تقدم اراده ظاهری در فقه مورد استناد قرار گیرد:

۱- روایت «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» (کلینی، الفروع من الکافی، ۵، ۲۰۱)

در این روایت امام صادق علیه السلام فرمود: «تنها و تنها سخن، حلال می‌کند و حرام می‌کند» درباره این جمله نظرات مختلفی بیان شده است. کسانی که برای تقدم اراده ظاهری به این روایت استناد کرده‌اند، قائلند معنای این روایت آن است که تنها کلام، موجب حلیت و حرمت می‌شود و حصر و اطلاق این جمله دلیل آن است که تمام اثر برای الفاظ بوده، لذا اراده ظاهری بر اراده باطنی مقدم است.

البته مرحوم شیخ انصاری ره چهار احتمال در معنای این روایت بیان کرده است:

احتمال اول این است که مراد از کلام در هر دو فقره یعنی لفظی که دلالت بر تحلیل و تحریم می‌کند، به عبارت دیگر تحریم و تحلیل شیء تنها با لفظ محقق می‌شود و با قصد بدون کلام و نیز با قصد بیان شده با افعال محقق نمی‌شود. این همان نظریه‌ای است که تقدیم اراده ظاهری از آن استنباط می‌شود.

احتمال دوم: مراد از «کلام» لفظ به همراه مضمون آن است، نه صرف لفظ بدون معنی. مثل اینکه می‌گویی: این کلام صحیح است یا فاسد است. منظور این است که حکم شرعی مطلب واحد، با اختلاف مضامین کلمات بیان شده فرق می‌کند. مثلاً در نکاح، مقصود یک چیز بیشتر نیست و آن تسلط

بر «بضع» به مدت معینی است، ولی اگر با «ملکتک بضعی» یا «سلطنتک علیه» و امثال آن باشد باطل و حرام است، ولی اگر با «متعنتک نفسی بکذا» باشد حلال و صحیح است.

احتمال سوم: مراد از کلام در هر دو جمله، سخن واحد است که وجودش محلل و عدمش موجب تحریم می شود و یا بالعکس؛ این وجه در روایات مزارعه محتمل است.

احتمال چهارم: مراد از کلام محلل صرف مقاوله و مواعده درباره معامله است. یعنی صرف وعده دادن به شخصی و سخن گفتن درباره معامله حلال است، ولی انجام و ایجاب بیع کلام محرم است

شیخ انصاری بعد از بیان این معانی، معنای سوم و چهارم را قابل قبول می داند. (شیخ انصاری، مکاسب محرمة، ۳ / ۶۴) در معنای سوم مثلاً درباره فروش کالایی که در نزد بایع نیست؛ اگر کلامی که دال بر التزام به بیع است را پیش از آنکه کالا را خودش داشته باشد، بیان کند، این کلام معامله را حرام می کند، چون «بیع ما لیس عنده» است، ولی اگر پیش از خریدن کالا نگوید معامله حلال است. در معنای چهارم نیز توافق و وعده گذاشتن با مشتری دوم قبل از خرید خود کالا معامله را حلال می کند، ولی اگر ایجاب معامله را محقق سازد، معامله را حرام می کند.

حال آیا می توان گفت که این روایت دلالت بر تقدم اراده باطنی بر ظاهری می کند یا نه؟ در اینجا به نظر می رسد که اولاً این روایت در مقام بیان تقدم اراده ظاهری بر باطنی در هنگام اختلاف میان آن دو نیست. ثانیاً این روایت تنها در مقام بیان حکم تکلیفی است، در حالی که در بحث ما مربوط به حکم وضعی و چگونگی صحت معامله است و اینکه معامله، طبق ظاهر کلام محقق می شود و یا طبق اراده باطنی و قصد طرفین. و این روایت نسبت به این قسمت بیان و ظهوری ندارد. بنابراین به این دلیل نمی شود اخذ کرد.

۲ - در باب وصیت مجهول، روایاتی وجود دارد که مفهوم برخی از کلمات را بیان می کند. برای مثال اگر در وصیتنامه ای نوشته شده باشد که جزئی از مال من را به شخص معینی بدهید، منظور از «جزء» در اینجا یکدهم است و یا منظور از «سهم» يك هشتم است. (حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۹ ص ۳۸۱ و ۳۸۵) در این موارد، الفاظ و تعیین معنای آنها مورد نظر بوده و توجهی به قصد درونی نشده است.

در جواب از این استدلال نیز می توان گفت تمسک به یک دلیل تعبدی برای توضیح و تفسیر اجمال یک عبارت به معنای تقدم اراده ظاهری بر باطنی نیست. شاهد بر این مطلب نیز این است که اگر از بیرون بفهمیم که منظور و مراد باطنی «موصی» از جزء یا سهم مقدار خاصی است، همان مقدم می شود.

۳ - در برخی از روایات قراردادهایی که به منظور فرار از ربا منعقد گردیده و در خصوص آنها قصد واقعی بر معامله کردن وجود نداشته و فقط الفاظ در آنها نقش داشته اند، صحیح تلقی شده و به همان مفهوم ظاهری الفاظ عمل شده است. (حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸ ص ۱۶۲ به بعد) جواب این دلیل نیز در مباحث قبلی داده شد.

جمع بندی

با توجه به بررسی اقوال فقهاء روشن شد هر چند اصطلاح اراده باطنی و ظاهری در فقه به کار نرفته و این اصطلاح مربوط به دهه های اخیر بوده و از حقوق به فقه راه یافته است، اما می توان گفت که در فقه امامیه اراده باطنی بر اراده ظاهری ترجیح دارد. البته این به معنای نادیده گرفتن ظهور الفاظ نیست چرا که همین ظاهر الفاظ ما را به قصد و اراده باطنی افراد رهنمون می کند و به اصطلاح طریق به آن است. به خاطر همین فقهاء محترم مباحث فراوانی درباره اهمیت و لزوم الفاظ عقود و شرایط و مفاد عرفی آن مطرح کرده اند. در علم اصول نیز این نکته مطرح است که اگر درباره مراد گوینده شک کردیم که آیا مطابق با ظاهر کلام است یا نه، طبق اصل عقلایی اصالت الظهور حمل بر ظاهر آن می کنند و اگر شخص بدون اینکه قرینه ای بر خلاف ظاهر کلامش بیاورد، ظهور آن را ملتمز نشود از او قبول نمی کنند، ولی اگر مشخص شد که در واقع منظور او امر دیگری بوده، همان را معیار قرار می دهند. البته همانطور که گذشت ممکن است در برخی ابواب معاملات، ظاهر الفاظ را بر قصد و اراده درونی افراد مقدم کنند اما اولاً این موارد نادر است و ثانیاً دلیل خاصی برای آن می توان یافت. نکته آخر اینکه برخی فقهاء مثل محقق اردبیلی برای اثبات و شناخت معنا و مقصود متعاقدين همان شیوه موجود در شناخت الفاظ شرعی را به کار برده است و معتقد شده در صورت ابهام الفاظ عقد، آن را بر معنای شرعی یا عرفی و یا لغوی حمل می کنیم. (اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ۷، ص ۴۹۲)

در مقابل صاحب جواهر با انتقاد از این نظر، می گوید: «عقد تابع قصد طرفین است و اگر قصد طرفین معلوم شود بر همان معنا حمل می شود و در غیر این صورت به معنای عرفی عمل می کنیم اگر چه با حقیقت شرعیه مخالف باشد» (نجفی، جواهر الکلام ج ۲۳ ص ۱۲۶)

اما به نظر می رسد در اینجا نیز اختلاف در شیوه رسیدن به مقصود و مراد جدی است، نه اینکه ظاهر کلام بر مراد و مقصود باطنی گوینده مقدم باشد. بنابراین ممکن است در اثبات نظر و اراده باطنی متعاقدين از راه رجوع به شرع و عرف آن را بفهمیم و عرف و شرع در اینجا جنبه کاشف را دارا باشند و ممکن است مستقیماً با رجوع به خود شخص مراد باطنی او را درک کنیم. اما همه اینها مربوط به مقام اثبات است، نه ثبوت

شرط باز خرید در بیع العینه

استاد راهنما: استاد نجفی بستان

نویسنده:

سجاد دادخواه^۱

چکیده

بیع العینه یکی از راه های تأمین نقدینگی در بازار و فرار از رباست و با توجه به حلیّت آن و شرط باز خرید در ضمن آن، می توان از آن برای تأمین نقدینگی در بازار اسلامی استفاده کرد. همانطور که در بانکداری اسلامی عقد توّرق بر اساس بیع العینه مورد استفاده واقع شده است. این معامله در زمان های گذشته به صورت های مختلفی در بین بازاریان رواج داشته و از اهل بیت علیهم السلام نیز پیرامون آن سوال شده است، با این وجود، فقهاء پیرامون بیع العینه ای که شرط باز خرید در بیع اول آن شده باشد اختلاف نظر دارند.

عمده دلیل حرمت و بطلان شرط باز خرید روایاتی است که از جهت سندی مخدوش اند، ولی با وجود صحت اسناد بعضی از این روایات، در این نوشتار دلالت آنها بر حرمت و اشتراط باز خرید مورد خدشه قرار گرفته، و کراهت این گونه شرط کردن در بیع العینه ثابت گشته است.

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

کلید واژه

العینه، شرط بازخريد، دور، فرار از ربا

مقدمه

بيع العینه از دو بيع مؤجل و نقد تشکیل شده است، که در آن طالبِ عینه مبیعی را به صورت مؤجل با قیمت بالاتر از قیمت نقدی کالا می‌خرد، سپس آن را به صورت نقدی با قیمت بيع نقدی می‌فروشد در نتیجه مقداری نقدینگی به دست می‌آورد و در آینده قیمت مبيع در بيع مؤجل اول را پرداخت خواهد کرد. در واقع بيع العینه یکی از راه های فرار از رباست چون همان نتیجه ربای قرضی یعنی دریافت پول نقد و بازگرداندن با زیاده را در ضمن دو معامله محقق می‌کند.

بيع العینه از جهات مختلفی می‌تواند مورد بحث قرار گیرد ولی ابتدا باید انواع بيع العینه با توجه به شرایط متعاملین و روایاتی که در این باب وجود دارد مطرح گشته و سپس به شرط بازخريد در بيع العینه پرداخته شود. برای حرمت و بطلان شرط بازخريد در بيع العینه به ادله مختلفی تمسک شده است. ما ابتدا این ادله را به دو دسته کلی ثبوتی و اثباتی تقسیم نموده و سپس در قسم ادله ثبوتی، ناتمام بودن دو دلیل دور و عدم قصد متعاملین را اثبات خواهیم کرد. در ادله اثباتی نیز سه روایت را از نظر سندی و دلالی مورد بررسی قرار خواهیم داد.

معنای عینه

خلیل بن أحمد «عینه» را به سلف تفسیر کرده است که به معنای قرض دادن می‌باشد و باب تفعیل و تفعّل آن را نیز به همان معنا دانسته است. (العینه: السلف، و تَعَيَّنَ فلان من فلان عینة، و قد عَيَّنَه فلان تَعَيَّنَا) (کتاب العین، ج ۲، ص: ۲۵۵)

جوهری نیز مانند خلیل «عینه» را به معنای سلف و قرض تفسیر کرده و باب افتعال از این ماده را به معنای خریدن یک شیء در مقابل شیء دیگر به صورت نسبه مطرح کرده است. تفسیر فیومی نیز دقیقاً مانند جوهری است. (المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، ص ۴۴۱) «و الْعِینَةُ بِالْكَسْرِ السَّلْفُ وَ اعْتَانَ الرَّجُلُ اشْتَرَى الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ نَسِيبَةً» (الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۶، ص ۲۷۲)

بنابر این، اهل لغت برای «عینه» تنها معنای سلف و قرض را ذکر کرده اند، ولی مرحوم صاحب جواهر فرموده است قبل از تعریف فقهاء، معنای لغوی و عرفی عینه، خرید عین به صورت نسبه است^۱. بنابراین، آنچه مرحوم صاحب جواهر در تفسیر لغوی و عرفی عینه مطرح کرده تنها یکی از مصادیق عینه لغوی است، زیرا خرید به صورت نسبه یکی از مصادیق سلف به حساب می‌آید.

^۱. «لکن فیها قبل ذلك، أنها لغة و عرفا شراء العین نسبة» (ج ۲۳، ص ۱۰۹)

اما در اصطلاح فقهاء عينه از حدّ اقل دو معامله حاصل می‌شود. فیومی در مصباح المنیر به اصطلاح فقهاء تصریح کرده و گفته است در عينه اصطلاحی شخص مالی را به صورت نسیه می‌خرد سپس آن را به صورت نقد به قیمت کمتر می‌فروشد تا مالی به صورت نقد به دست آورد و در آینده بدهی خود را که بیشتر از ثمن در معامله دوم است به شخص مقابل پرداخت می‌کند و وجه تسمیه عينه نیز آن است که شخص مشتری در بيع نقدی دوم به جای کالایی که به صورت نسیه خریده است، پول یا کالای نقد (عين) دریافت می‌کند^۱، بعضی از فقهاء نیز همین وجه تسمیه را مطرح کرده اند. (الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۰، ص ۹۳)

خلاصه این که می‌توان گفت رابطه بین معنای لغوی و اصطلاحی عينه رابطه عموم و خصوص مطلق است زیرا سلف دارای معنای عامی است که یکی از مصادیق آن بيع العينه است.

انواع بيع العينه

بيع العينه به انحاء مختلفی قابل تحقق است و در روایات نیز به اشکال مختلف آن اشاره شده است.

نوع اول: رایج ترین نوع بيع العينه به این صورت محقق می‌شود که مشتری میبایع را از بايع به صورت نسیه می‌خرد، سپس همان مبيع را به بايع اول به صورت نقد با قیمت کمتر می‌فروشد، در این صورت شخص مشتری در بيع اول پول نقدی به دست می‌آورد و وقتی زمان پرداخت ثمن معامله اول (که بیشتر از ثمن در معامله دوم است) فرا رسید، آن را به بايع در بيع اول پرداخت می‌کند و وی سودی از این بيع نسیه به دست می‌آورد. در این قسم امکان دارد که شخص بايع در بيع اول، مبيع را نداشته باشد و از شخص دیگری آن را تهیه کند و به طالب عينه بفروشد.

نوع دوم: طالب عينه به عنوان وکیل مالی را از موکّل خود می‌گیرد و با آن کالایی را خریداری می‌کند و سپس موکّل آن کالا را به صورت نسیه به وکیل می‌فروشد و وکیل در بيع دومی آن را به صورت نقدی به موکّل می‌فروشد، در این صورت نیز طالب عينه که وکیل شخص بايع بوده است مال نقدی را به دست می‌آورد و در آینده ثمن بيع نسیه را که بیشتر از ثمن معامله دوم است به بايع پرداخت می‌کند.

نوع سوم: طالب عينه مالی را از شخصی قرض می‌کند، سپس با آن کالایی می‌خرد و آن کالا را به عنوان ادای دین به مقرض برمی‌گرداند، سپس مقرض آن کالا را به صورت نسیه به طالب عينه می‌فروشد و در بيع دومی طالب عينه کالا را به صورت نقدی به بايع بيع اول می‌فروشد، در این صورت نیز مانند دو صورت قبلی شخص طالب عينه به مال نقد و بايع نیز به سود نائل می‌شود.

^۱ «وَفَسَّرَهَا الْفُقَهَاءُ بِأَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ مَتَاعَهُ إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ يَشْتَرِيهِ فِي الْمَجْلِسِ بِثَمَنِ حَالٍ لِيَسْلَمَ بِهِ مِنَ الرِّبَا وَيُقِيلَ لِهَذَا الْبَيْعِ عَيْنَهُ لِأَنَّ مُشْتَرِي السَّلْعَةِ إِلَى أَجَلٍ يَأْخُذُ بِدَلِّهَا عَيْنًا أَيْ تَقْدًا حَاضِرًا» (المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج ۲، ص ۴۴)

نوع چهارم: طالب عینه برای قضاء دین به شخصی که به او بدهکار است، کالایی را از او به صورت نسیه با قیمت بالا بخرد و آن را در بازار به صورت نقد با قیمت کمتر بفروشد و دین خود را قضاء کند، سپس در زمان سر رسید بیع نسیه اول ثمن را پرداخت کند.

حکم شرط بازخريد در بيع العينه

بيع العينه در زمان اهل بیت علیهم السلام نیز وجود داشته و در روایات به صورت متعدّد از حضرات معصومین علیهم السلام پیرامون بيع العينه سوال شده است. مرحوم حرّ عاملی هم یک باب وسائل را به آن اختصاص داده است. (وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۰).

در کتاب های فقهی هم بيع العينه به عنوان یکی از حيله های فرار از ربا مورد توجه قرار گرفته است. با آن که بيع العينه از منظر غالب فقهاء اماميه صحيح است ولی اگر در ضمن بيع اول که به صورت نسیه انشاء شده، شرط بازخريد به بايع اول مطرح شده باشد محل اشکال قرار گرفته است.

ادله بطلان بيع العينه

فقهاء برای حرمت یا بطلان بيع العينه مشروط به بازخريد به دو دسته ادله ثبوتی و اثباتی تمسک کرده اند:

دلیل اول ثبوتی: استلزام دور

برای لزوم دور دو تقریب قابل ذکر است:

تقریب اول: شرط بازخريد در بيع العينه موجب دور می شود زیرا بيع دوم متوقف بر بيع اول و مالک بودن مشتری است زیرا «لا بيع الا فی ملک» و از طرفی بيع اول متوقف بر بيع دوم است زیرا یکی از شروط در ضمن بيع اول، بيع دوم می باشد و تا شرط بيع اول محقق نشود بيع اول به وجود نمی آید. (تذکره الفقهاء، ج ۱۰، ص ۲۵۱). به بیان دیگر بيع اول مشروط به شرط جعلی (بيع دوم) توسط متعاقدين شده است و بيع دوم مشروط به شرط شرعی یعنی بيع اول است. (حاشیه کتاب المكاسب للاصفهانی، ج ۵، ص ۳۵۸)

مناقشات

اشکال نقضی: همه فقهاء اجماع بر صحت بيعی دارند که در ضمن آن شرط فروش مبيع به شخص دیگری غیر از بايع اول شده باشد، در صورتی که همین تقریب از دور به آن نیز وارد است زیرا بيع دوم به شخص سوم متوقف بر بيع اول است و بيع اول نیز چون مشروط به بيع دوم است متوقف بر آن می باشد. (جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۳، ص ۱۱۰)

پاسخ حلی اول: همانطور که از تقریب دور معلوم است، شرط ضمن عقد را شرط منطقی در نظر گرفته اند که در کنار مقتضی و عدم مانع برای تحقق معلول می باشد و نبود آن ملازم با نبودن مشروط است مثلاً برای سوختن یک چوب شرط حرارت در کنار مقتضی سوختن و عدم رطوبت مورد نیاز است و تا

اين شرط محقق نشود معلول سوختن به وجود نخواهد آمد. ولی تفسیر شرط ضمن عقد به شرط منطقی صحیح نمی‌باشد، بلکه شرط در ضمن عقد یک التزام در ضمن التزام دیگر می‌باشد. (حاشیه کتاب المکاسب للاصفهانی، ج ۵، ص ۳۵۸)

پاسخ حلی دوم: بيع دوم متوقف بر بيع اول هست ولی لزوم بيع اول متوقف بر بيع دوم است زیرا بيع دوم به عنوان شرط در ضمن بيع اول مطرح شده است و اگر اين شرط محقق نشود در اين صورت لزوم بيع اول از بين می‌رود نه خود بيع. (جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۳، ص ۱۱۰)

تقریب دوم دور: اگر شرط به معنای صحیح یعنی یک التزام در ضمن التزام دیگر شده باشد، باز می‌توان دور را تصویر کرد به اين صورت که بيع دوم متوقف بر بيع اول است و از طرفی چون بيع اول مقید به شرطی شده است، عقد متزلزل خواهد بود و تا شرط آن محقق نشود، ملکیتی برای مشتری حاصل نخواهد شد، بنابراین ملکیت حاصل از بيع اول متوقف بر بيع دوم است و دور به وجود می‌آید.

مناقشه: مشروط بودن عقد بيع اول موجب تزلزل و عدم لزوم آن نمی‌شود، بلکه تخلف از شرط یا تعدّر آن موجب تزلزل عقد می‌شود، بنابراین ملکیت بالفعل با بيع اول محقق شده است. (حاشیه کتاب المکاسب للاصفهانی، ج ۵، ص ۳۵۸-۳۵۹)

دلیل دوم ثبوتی بر حرمت

بيع اول فاقد قصد می‌باشد زیرا بايع در بيع اول وقتی شرط بازخريد را در بيع مطرح می‌کند، علقه و ارتباط خویش با مبيع را قطع نکرده است و قصد انتقال مبيع به مشتری از بايع متمسّی نمی‌شود، از طرفی عقود تابع قصد متعاقدين است و اگر قصد بايع وجود نداشته باشد بيع اول باطل است و نوبت به بيع دوم نمی‌رسد. (غایة المراد في شرح نکت الإرشاد، ج ۲، ص ۷۸)

مناقشات

اشکال نقضی: لازمه استدلال فوق آن است که اگر شرط بازخريد در ضمن بيع اول نشده باشد، ولی متعاقدين دو بيع را انجام دهند باید حکم به بطلان شود زیرا اشکال عدم قصد در اين مورد نیز مطرح می‌شود در صورتیکه بدون مطرح شدن شرط اين عقد صحیح می‌باشد.

پاسخ حلی: عدم وجود قصد، خلاف فرض مسئله است زیرا بايع اول وقتی شرط بازخريد را می‌کند در واقع قصد انتقال مبيع به مشتری را دارد تا به صورت ارزان تر آن را از وی به صورت نقدی بخرد؛ به عبارت دیگر بالوجدان قصد در بيع اول وجود دارد.

بر اساس مطالب فوق أدله ثبوتی برای بطلان بيعی که در آن شرط بازخريد شده باشد صحیح نمی‌باشد.

ادله اثباتی بطلان: روایات

۱- روایت حسین بن منذر

«عنه [حسین بن سعید اهوازی] عن ابن أبي عمير عن حفص بن سوقة عن الحسين بن المنذر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت يجيئني الرجل يطلب العينة فأشتري المتاع من أجله ثم أبيع له إياه ثم أشتريه منه مكاني قال فقال إذا كان له الخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع وكنت أنت الخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتتر فلا بأس قال قلت فإن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون إن جاء به بعد أربعة أشهر صلح قال فقال إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس» (تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۵۱-۵۲، ح)

بررسی سند روایت: روایت را شیخ طوسی ره با طریق خود از حسین بن سعید اهوازی روایت کرده است و ایشان در مشیخه تهذیب چهار طریق به حسین بن سعید اهوازی ذکر کرده است^۱ که طریق اول و دوم ضعیف و طریق سوم و چهارم فقط با توثیقات عام قابل تصحیح است. اما مرحوم شیخ طوسی در

۱. «ما ذكرته في هذا الكتاب عن الحسين بن سعيد فقد اخبرني به الشيخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان والحسين بن عبيد الله و احمد بن عبدون كلهم عن احمد بن محمد بن الحسن بن الوليد عن ابيه محمد بن الحسن بن الوليد و اخبرني به ايضا ابو الحسين ابي جيد القمي عن محمد بن الحسن بن الوليد عن الحسين بن الحسن بن ابان عن الحسين بن سعيد، و رواه ايضا محمد بن الحسن بن الوليد عن محمد بن الحسن الصفار عن احمد بن محمد بن الحسين بن سعيد» (تهذيب الأحكام، المشيخة، ص ۶۳-۶۴)

در طریق اول مرحوم شیخ طوسی از سه نفر یعنی شیخ مفید، ابن غضائری و أحمد بن عبدون در طبقه اول روایات حسین بن سعید اهوازی را نقل کرده است. در این طبقه چون مرحوم شیخ مفید وجود دارد نیازی به توثیقات عام پیرامون ابن غضائری و أحمد بن عبدون نیست، مروی عنه این سه راوی، أحمد بن محمد بن حسن بن ولید است که توثیق خاص ندارد، طبقه سوم پدر أحمد یعنی محمد بن حسن بن ولید ثقه (رجال النجاشی، ص ۳۸۳) از حسین بن حسن بن ابان مجهول از حسین بن سعید اهوازی روایات را نقل کرده است. اما این طریق بواسطه مجهول بودن حسین بن حسن بن ابان صحیح نیست.

در طریق دوم مرحوم شیخ طوسی از ابن ابی جید قمی از محمد بن حسن بن ولید ثقه از حسین بن حسن بن ابان مجهول از حسین بن سعید اهوازی روایات را نقل کرده است. این طریق نیز بواسطه مجهول بودن حسین بن حسن بن ابان صحیح نیست. درباره ابن ابی جید توثیقات عامی مثل شیخ نجاشی بودن در مورد او صادق وجود دارد ولی پیرامون این توثیق عام ابن ابی جید نیز اشکالاتی مطرح است.

طریق سوم و چهارم: مرحوم شیخ مفید و ابن غضائری و أحمد بن عبدون از أحمد بن محمد بن حسن بن ولید از محمد بن حسن بن ولید و همچنین ابن ابی جید قمی از محمد بن حسن بن ولید از محمد بن الحسن صفار ثقه (رجال النجاشی، ص ۳۵۴) از أحمد بن محمد بن عیسی اشعری ثقه (رجال النجاشی، ص ۸۱-۸۲) از حسین بن سعید اهوازی روایات را نقل کرده اند.

در این طریق اگر توثیقات عام پیرامون أحمد بن محمد بن حسن بن ولید و ابن ابی جید قمی مانند شهادت شهید ثانی که همه علماء بعد از مرحوم کلینی از اتقاء بودند پذیرفته شود، می توان طریق را صحیح به حساب آورد و گر نه طریق صحیح به نظر نمی آید.

کتاب فهرست، بدون در نظر گرفتن توثیقات عام طریق صحیح به این شرح دارد: «و أخبرنا بها عدّة من أصحابنا، عن محمد بن علي بن الحسين، عن أبيه و محمد بن الحسن و محمد بن موسى بن المتوكل، عن سعد بن عبد الله و الحميري، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسين بن سعيد» (فهرست کتب الشيعة و أصولهم و أسماء المصنفين و أصحاب الأصول، ص ۱۵۰)

مرحوم شيخ طوسي همه روايات و کتاب ها حسين بن سعيد اهوازی را بواسطه گروهی از أصحاب (عده من اصحابنا) که مرحوم شيخ مفيد قطعا در میان آنها وجود دارد از مرحوم صدوق از پدر مرحوم صدوق و ابن وليد و محمد بن موسى بن متوکل از سعد بن عبد الله و عبد الله بن جعفر حمیری از أحمد بن محمد بن عيسى نقل کرده است. در طبقه سوم این طریق ابن وليد ثقه و در طبقه چهارم سعد بن عبد الله اشعری ثقه وجود دارد، لذا طریق مرحوم شيخ طوسي به حسين بن سعيد اهوازی در کتاب فهرست صحیح می باشد؛ از طرفی شخص حسين بن سعيد اهوازی نیز از أجلاء و ثقات می باشد؛ حسين بن سعيد از ابن أبي عمير که از اصحاب اجماع است (اختيار معرفة الرجال المعروف برجال الكشي ج ۲، ص ۸۳۰-۸۳۱)، از حفص بن سوفة ثقه (رجال النجاشي، ص ۱۳۵) از حسين بن منذر روايت را نقل کرده است،

امامشکل در مورد حسين بن منذر است که راوی مستقيم از امام می باشد. وی توثيق خاص ندارد و تنها مرحوم شيخ طوسي ایشان را از اصحاب امام صادق (ع) به حساب آورده است (رجال الطوسي، ص ۱۸۲)، بر همین اساس بعضی از فقها روايت وی را ضعیف به حساب آورده اند. (جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۳، ص ۱۱۱ و کتاب البيع للإمام الخميني، ج ۵، ص ۵۴۳ و مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۵۹۰)

ولی می توان از سه راه برای حسين بن منذر توثيق عام را مطرح کرد:

۱- ابن شهر آشوب در کتاب خود فرموده شاگردان ثقه امام صادق (ع) چهار هزار نفر بودند و ابن عقده در کتاب رجالش از آنها نام برده است، ولی کتاب رجال ابن عقده فعلا در دسترس نیست؛ با این وجود می توان برای تحصيل نام این افراد از کتاب رجال مرحوم شيخ طوسي استفاده کرد، زیرا مرحوم شيخ در مقدمه کتاب خود فرموده: ابن عقده اصحاب امام صادق (ع) را جمع آوری کرده است و بنده آنها را نام می برم و هر شخصی را که نام نبرده اضافه می کنم (رجال الطوسي، ص ۲۰)، بر همین اساس وقتی به اصحاب امام صادق (ع) رجال شيخ طوسي مراجعه شود، مرحوم شيخ بعضی از عناوين را مرتب آورده است و بعضی را غير مرتب، دسته دوم همان مواردی است که شيخ طوسي اضافه کرده است و دسته اول افرادی است که بر اساس کتاب ابن عقده نقل شده است و شخص حسين بن المنذر در عداد افراد مرتب ذکر شده است بنابراین توثيق عام ابن شهر آشوب شامل وی می شود.

این نکته قابل ذکر است که توثيق عام فوق توسط ابن شهر آشوب صورت گرفته است نه ابن عقده، زیرا اینکه ابن عقده چهار هزار نفر از شاگردان ثقه امام صادق (ع) را در کتابش نام برده است یا چهار هزار نفر اعم از ثقه یا غير ثقه، با توجه به در دسترس نبودن کتاب ایشان قابل احراز نیست.

اما آنچه توثیق عامّ ابن شهر آشوب را متزلزل می کند تعداد راویانی است که مرحوم شیخ طوسی آنها را در ذیل اصحاب امام صادق (ع) نام برده است، زیرا افراد مرتّب و غیر مرتّب به ۶۰۰۰ هزار نفر نمی رسد در صورتی که مرحوم ابن شهر آشوب تنها راویان کتاب ابن عقده (مرتّب ها) را ۶۰۰۰ نفر نام برده بود؛ ولی از این اشکال می توان پاسخ داد که احتمالا سقطی در کتاب رجال شیخ طوسی یا نسخه ای که از کتاب ابن عقده به دست مرحوم شیخ رسیده است، اتفاق افتاده است و این سقط موجب عدم حجّیت کتاب نمی شود.

۲- توثیق عام دیگر برای حسین بن منذر این است که ایشان مروی عنه بدون واسطه ابان بن عثمان از اصحاب اجماع است (وسائل الشیعه، جلد ۵، ص ۳۰۵) و طبق مبنایی که مروی عنه مستقیم ابان بن عثمان را تقه می داند این شخص تقه می باشد.

۳- توثیق عام سوم این که او مروی عنه با واسطه ابن ابی عمیر است (مثل روایت محل بحث) و طبق مبنایی که مروی عنه های با واسطه و بدون واسطه ابن ابی عمیر را تقه می داند (مثل مرحوم شیخ مرتضی حائری) این شخص تقه می باشد.

با توجه توثیقات عامی که پیرامون حسین بن منذر وجود دارد و صحت طریق مرحوم شیخ طوسی به حسین بن سعید اهوازی می توان روایت را صحیح به حساب آورد.

قابل ذکر است که این روایت با سند دیگری در کافی نیز نقل شده است (الکافی، ج ۵، ص ۲۰۲، ح ۱) ولی چون مرحوم کلینی هم آن را به واسطه حسین بن منذر از امام صادق (ع) نقل می کند تصحیح این سند هم نیازمند توثیق عام حسین بن سعید می باشد.

بررسی دلالت روایت:

در این روایت حسین بن منذر از امام صادق (ع) سوال می پرسد که شخصی نزد او آمده و طلب عینه کرده است، بر همین اساس حسین بن منذر متاعی خریداری کرده و آن را به طالب عینه فروخته است سپس متاع را از او خریده است، حضرت در پاسخ فرموده است که اگر دو طرف معامله (حسین بن منذر و طالب عینه) در خرید و فروش مجبور نباشند اشکالی ندارد...

چون مشتری در بیع اول طالب عینه بوده است، باید بیع اول به صورت مؤجل بوده باشد و بیع دوم به صورت نقد و با قیمت پایین تر؛ زیرا در غیر این صورت خرید و فروش با قیمت مساوی و بدون تأجیل، غرض طالب عینه و بایع بیع عینه را تامین نمی کرده است.

مدلول روایت با توجه به مفهوم شرط «اذا كان له الخيار ... فلا بأس» این است که اگر بایع یا مشتری دارای خيار نباشد و به بیان دیگر شرط بازخرید و باز فروش در بیع اول صورت گرفته باشد، بیع دوم صحیح نیست و در نتیجه، شرط بازخرید موجب بطلان بیع می شود.

البته در مورد متعلق «بأس» دو احتمال وجود دارد:

الف) لفظ «بأس» به اشتراط متعلق بوده و اشتراط داراي مشکل باشد، در اين صورت سه حالت امکان پذير است:

الف-۱) ظهور لفظ «بأس» در حرمت باشد. در اين صورت اشتراط بدین نحو حرام است ولی موجب بطلان بيع اول يا دوم نمی شود و بايع تنها مرتكب فعل حرام شده است، موجب بطلان بيع می شود. نکته: اشتراط مذکور از نوع شرط فاسد (مثل شرط شرب خمر در ضمن بيع) نمی باشد زیرا شرط فاسد فی نفسه حرام يا خلاف مقتضای عقد و ... است و فقهاء پيرامون مفسد بودن آن نسبت به عقد اختلاف دارند.

الف-۲) ظهور لفظ «بأس» در کراهت است. در اين صورت بيع صحيح است و اين گونه اشتراط کردن مکروه می باشد.

ب) لفظ «بأس» به بيع اول تعلق گرفته باشد، در اين صورت نیز دو حالت امکان پذير است :

ب-۱) لفظ «بأس» در حرمت ظهور دارد، در اين صورت تنها دليل حرام بودن بيع به دليل شرط بازخريد در ضمن آن است، ولی ملازمه ای بين حرمت تکلیفی و فساد بيع دوم وجود ندارد (کفاية الأصول، ص ۱۸۷)

ب-۲) لفظ «بأس» در کراهت ظهور دارد، در اين صورت بيع اول مکروه می شود و شرط بازخريد و بيع دوم صحيح می باشد.

ج) لفظ «بأس» به بيع دوم تعلق گرفته باشد، در اين صورت نیز دو حالت امکان پذير است:

ج-۱) لفظ «بأس» در حرمت ظهور دارد، در اين صورت دليل حرام بودن بيع دوم می تواند عدم رضایت بايع در بيع دوم يا مصداق ربا بودن بيع دوم باشد، ولی در هر دو صورت ملازمه ای بين حرمت تکلیفی و فساد بيع دوم وجود ندارد (کفاية الأصول، ص ۱۸۷)

ج-۲) لفظ «بأس» در کراهت ظهور دارد، در اين صورت بيع دوم مکروه می شود و شرط بازخريد و بيع اول و دوم صحيح می باشد.

ظهور روايت حسين بن منذر در حکم بيع دوم است، زیرا مخالفت اهل مسجد (عامه) در ذيل روايت با صحت بيع و مدت زمان چهار ماهی که برای صحت آن لازم می دانند ناظر به بيع دوم است و تعبير «فيه بأس» (مستفاد از مفهوم شرط) نیز ظهور در کراهت دارد، بنابراین شرط بازخريد صحيح است و بيع دوم تنها کراهت دارد و اگر ظهور در حرمت نیز داشته باشد باز ملازمه ای بين حرمت بيع و فساد بيع دوم وجود ندارد، به عبارت ديگر شبیه بيع وقت النداء در روز جمعه می شود.

نکته: ناظر بودن روايت حسين بن منذر به حکم وضعی فساد و دلالت تعبير «فيه بأس» بر آن خلاف ظهور روايت است، زیرا همانطور که گذشت تعبير مذکور ظهور در کراهت تکلیفی دارد.

مناقشه حضرت امام ثقفی: ایشان برای عدم دلالت روايت حسين بن المنذر بر بطلان بيعی که در آن شرط بازخريد شده به حدّ وسط اخص بودن روايت از مدعا تمسک کرده اند، زیرا مدعا آن است که هر نوع بيعی که در آن شرط بازخريد شده باشد، صحيح نیست ولی روايت تنها بر باطل بودن بيعی دلالت

می کند که فوراً بعد از بیع اول، بیع دوم محقق شود زیرا در تعبیر سائل «ثم اشتريه منه مكانى» آمده است و آن را در مقابل قول عامّه قرار داده است که فاصله چهار ماه بین دو بیع را لازم می دانند، از طرفی در بین فقهاء شخصی قائل به تفصیل بین صحت بیع دوم فوری و بطلان بیع دوم با تاخیر وجود ندارد، بنابراین این روایت مورد اعراض اصحاب به حساب می آید. (کتاب البيع للإمام الخميني، ج ۵، ص ۵۴۳)

پاسخ: اشکال حضرت امام تقدّس به این روایت صحیح به نظر نمی آید زیرا ذیل روایت با تعبیر «هذا تقدیم و تاخیر فلا بأس به» فرقی بین بیع دوم فوری و بیع دوم با تاخیر نمی گذارد و مشکل آخص بودن دلیل از مدّعا را برطرف می کند. اشکالات مبنایی دیگری نیز به استظهار حضرت امام تقدّس مثل عدم دلالت بر بطلان بیع دوم (طبق استظهار نهایی از روایت) وارد است که از ذکر آنها صرف نظر می کنیم.

۲- روایت علی بن جعفر

«عبد الله بن جعفر في قرب الإسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أ يحل قال إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس. و رواه علي بن جعفر في كتابه إلا أنه قال: بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقده.» (وسائل الشيعة، ج ۱۸، ص ۴۲-۴۳)

با توجه به اینکه این دو روایت از علی بن جعفر از موسی بن جعفر عليه السلام نقل شده است، بعید نیست که این دو یک روایت باشند و در نسخه کتاب قرب الاسناد سقطی واقع شده باشد. مرحوم صاحب وسائل این روایت را از عبد الله بن جعفر حمیری از عبد الله بن حسن از علی بن جعفر از امام موسی کاظم عليه السلام و نیز از کتاب مسائل علی بن جعفر نقل کرده است.

بررسی سند روایت:

دو با سند معتبری به دست ما نرسیده است، بنابراین نیازی به بررسی سند حمیری تا معصوم عليه السلام نیست و روایات این کتب قابل استناد فقهی نمی باشند.

نظریه تصحیح دو کتاب قرب الاسناد و مسائل علی بن جعفر

بعضی از معاصرین با پذیرش اشکال مذکور راه دیگری برای تصحیح فهرستی این دو کتاب در پیش گرفته اند به این صورت که مرحوم صاحب وسائل به صاحبان این کتاب ها، سند معتبر دارد و آنها را در خاتمه وسائل نقل کرده است بنابراین روایاتی که در وسائل الشیعه از این دو کتاب نقل شده مثل دو روایت مذکور از جهت فهرستی صحیح می دانند.

مناقشه اول: طبق خاتمه وسائل طریق مرحوم حرّ عاملی به این کتاب به وسیله روایت محمد، فرزند عبد الله بن جعفر است (وسائل الشيعة، ج ۳۰، ص ۱۵۵)؛ از طرفی مرحوم حرّ عاملی تمامی کتاب های قدمات را به واسطه شیخ طوسی نقل کرده است و در طریق مرحوم شیخ طوسی به عبد الله بن جعفر نامی از فرزند ایشان یعنی محمد برده نشده است: «عبد الله بن جعفر الحميري، يكتني أبا العباس، القمي، ثقة ...

أخبرنا برواياته أبو عبد الله، عن محمد بن علي بن الحسين، عن أبيه و محمد بن الحسن، عن عبد الله بن جعفر. و أخبرنا ابن أبي جيد، عن ابن الوليد، عن عبد الله بن جعفر. (فهرست كتب الشيعة و أصولهم و أسماء المصنفين و أصحاب الأصول، ص ۲۹۴). مرحوم شيخ طوسي خودش دو طريق به عبد الله بن جعفر دارد که در يك طريق مرحوم صدوق (پدر) و محمد بن حسن بن وليد راوی از عبد الله بن جعفر هستند و در طريق ديگر تنها محمد بن حسن بن وليد؛ بنا بر اين در اين دو طريق نامی از محمد بن عبد الله بن جعفر حمیری برده نشده است.

با توجه به ايراد بالا می توان گفت اینکه مرحوم حرّ عاملی يك طريق صحيح به كتاب عبد الله بن جعفر حمیری داشته است، صحيح به نظر نمی آید

مناقشه دوم: بلکه می توان اثبات کرد که طرق مرحوم حرّ عاملی به كتب قدماء تشریفاتی است زیرا در موارد دیگری نیز نقض وجود دارد مثلاً كتاب تفسير عیاشی در زمان قبل از مرحوم شيخ و کشی مسند بوده است ولی مدتی اين كتاب از دسترس خارج می شود، تا شخصی آن را پیدا می کند ولی چون به نسخه كتاب سند نداشته است، تمامی سندهای آن را حذف و تنها متن روایات را نقل می کند، از طرف دیگر تمامی روایت هایی که صاحب وسائل از تفسير عیاشی نقل می کند، بدون سند است به همین دلیل می توان اطمینان پیدا کرد که روایات نقل شده توسط مرحوم صاحب وسائل از تفسير عیاشی از كتاب مسند نبوده است بلکه از کتابی است که تمامی روایت های آن مرسل است؛ با اين وجود مرحوم شيخ طوسي طريق مسند به تفسير عیاشی دارد: «أخبرنا جماعة، عن أبي المفضل، عن جعفر بن محمد بن مسعود العیاشي، عن أبيه، بجميع كتبه و رواياته» (فهرست كتب الشيعة و أصولهم و أسماء المصنفين و أصحاب الأصول، ص ۳۹۹) لذا نمی توان گفت که مرحوم حرّ عاملی از طريق شيخ طوسي به كتاب عیاشی سند داشته است. خلاصه اين که با توجه به مناقشات بالا، مستند بودن كتاب قرب الاسناد از جهت فهرستی و سند به نسخه صحيح قابل اثبات نمی باشد.

طريق حمیری به امام کاظم علیه السلام

صرف نظر از اين مناقشات، بين عبد الله بن جعفر حمیری ثقه (فهرست كتب الشيعة و أصولهم و أسماء المصنفين و أصحاب الأصول، النص، ص ۲۹۴) و امام موسی بن جعفر علیه السلام دو واسطه یعنی عبد الله بن حسن و علی بن جعفر وجود دارند. علی بن جعفر توسط مرحوم شيخ طوسي توثيق شده است (فهرست كتب الشيعة و أصولهم و أسماء المصنفين و أصحاب الأصول، ص ۲۶۴) ولی عبد الله بن حسن توثيق خاص ندارد، بعضی از معاصرین در صدد اثبات وثاقت برای عبد الله بن الحسن بوده اند زیرا ایشان آقا زاده مشهوری است که جرحی نسبت به ایشان وارد نشده است و به عبارت دیگر داعی برای جرح (در صورت وجود) افراد مشهور زیاد می باشد و اگر ایشان مجروح بود قطعاً توسط علماء رجال بیان می شد و به دست ما می رسید.

ولی این راه برای توثیق صحیح نیست، زیرا در موارد متعدد کتب رجالی و توثیق و تضعیف راویان به دست ما نرسیده است بنابراین نمی توان به صورت کلی گفت که اگر تضعیفی نسبت به فلان راوی وجود داشت به دست ما می رسید.

بنابراین روایت قرب الاسناد از جهت سندی قابل تصحیح نیست و روایت دیگر در کتاب علی بن جعفر نیز از جهت فهرستی دچار مشکل است.

بررسی دلالت روایت

روایت مذکور از جهت دلالت شبیه روایت حسین بن منذر است زیرا سائل از حضرت پیرامون فروش لباسی به قیمت ده درهم و خرید آن به قیمت پنج درهم توسط فروشنده بیع اول می کند و حضرت در پاسخ فرموده اند که اگر شرط بازخرید نشده باشد و هر دو راضی باشند اشکالی ندارد و با استفاده از مفهوم شرط اثبات «بأس» در بیعی می شود که شرط بازخرید در آن شده باشد.

مانند روایت حسین بن منذر اشکال عدم دلالت تعبیر «فیه بأس» بر حرمت و عدم ملازمه بین مبغوضیت معامله و بطلان آن نیز بر این روایت وارد است، بنابراین از روایت قرب الاسناد نیز تنها کراهت شرط بازخرید در بیع العینه قابل استفاده است.

روایات دیگری نیز مانند «عنه عن صفوان عن منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يريد أن يتعين من رجل عينة فيقول له الرجل أنا أبصر بحاجتي منك فأعطني حتى أشتري فيأخذ الدرهم فيشتري حاجته ثم يجيء بها إلى الرجل الذي له المال فيدفعها إليه فقال أليس إن شاء اشتري وإن شاء ترك وإن شاء البائع باعه وإن شاء لم يبع قلت نعم قال لا بأس» (تهذيب الأحكام، ج ۷، ص: ۵۲) وجود دارد که به جهت مشابَهت با روایت حسین بن منذر از لحاظ دلالت، نیازی به بررسی آنها نیست.

۳- روایت یونس شیبانی

حضرت امام تقّی برای بطلان بیع ای که در آن شرط بازخرید شده، به روایتی تمسک کرده اند که این گونه خرید و فروش را از مصادیق ربا به حساب آورده است اگرچه ظاهراً دو بیع مؤجل و نقد می باشند.

«محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن الحسين بن أبي الخطاب عن محمد بن إسماعيل بن بزيع عن صالح بن عقبة عن يونس الشيباني قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يبيع البيع و البائع يعلم أنه لا يسوى و المشتري يعلم أنه لا يسوى إلا أنه يعلم أنه سيرجع فيه فيشتريه منه قال فقال يا يونس إن رسول الله ص قال لجابر بن عبد الله كيف أنت إذا ظهر الجور و أورتهم الذل قال فقال له جابر لا أبقيت إلى ذلك الزمان و متى يكون ذلك بأبي أنت و أمي قال إذا ظهر الربا يا يونس و هذا الربا و إن لم تشتريه منه رده عليك قال قلت نعم قال فقال لا تقر به فلا تقر به» (تهذيب الأحكام، ج ۷، ص: ۱۹)

بررسی سند روایت: مرحوم شیخ طوسی روایت را از محمد بن الحسن الصفار نقل کرده است، در مشیخه ایشان دو طریق به صفار مطرح کرده است:

طریق اول: «و ما ذکرته في هذا الكتاب عن محمد بن الحسن الصفار فقد اخبرني به الشيخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان و الحسين بن عبيد الله و احمد بن عبدون كلهم عن احمد بن محمد بن الحسن بن الوليد عن ابيه عن [محمد بن الحسن الصفار]» (تهذيب الأحكام، المشیخه، ص ٧٣)

در بین سه نفری که در طبقه اول طریق مذکور هستند، مرحوم مفید توثیق خاص دارد، ولی فرزند ابن ولید (احمد) توثیق خاص ندارد؛ بنابراین نمی‌توان به آن تمسک کرد.

طریق دوم: «اخبرني به أيضا ابو الحسين بن ابي جید عن محمد بن الحسن بن الوليد عن محمد بن الحسن الصفار.» (تهذيب الأحكام، المشیخه، ص ٧٣)

در این طریق نیز ابن ابی جید توثیق خاص ندارد و نمی‌توان به آن تمسک کرد. ولی مرحوم شیخ طریق سومی به محمد بن الحسن الصفار در کتاب فهرست نقل کرده است: «و أخبرنا جماعة، عن محمد بن علي بن الحسين، عن محمد بن الحسن عن محمد بن الحسن الصفار، عن رجاله إلا كتاب بصائر الدرجات فإنه لم يروه عنه ابن الوليد.» (فهرست کتب الشیعه و أصولهم و أسماء المصنفين و أصحاب الأصول، ص ٤٠٨)

مرحوم شیخ طوسی در طریق کتاب فهرست با سه واسطه روایت از محمد بن الحسن الصفار نقل کرده است، واسطه اول گروهی هست که می‌توان گفت قطعاً استاد بزرگوارشان یعنی شیخ مفید در این طبقه قرار دارند، واسطه دوم مرحوم صدوق است و واسطه سوم مرحوم ابن ولید می‌باشد که این دو نفر از ثقات و أجلة به حساب می‌آیند، بنابراین می‌توان گفت که طریق مرحوم شیخ طوسی به صفار در کتاب فهرست صحیح است. تنها مسئله ای که در این طریق صحیح وجود دارد نقل نکردن کتاب «بصائر الدرجات» صفار توسط ابن ولید است و امکان آن وجود دارد که روایت محل بحث از کتاب «بصائر الدرجات» باشد، بنابراین طریق صحیح مرحوم شیخ به صفار نیز محل خدشه قرار می‌گیرد ولی این اشکال را می‌توان پاسخ داد که کتاب «بصائر الدرجات» یک کتاب اعتقادی است و مباحث فقهی در آن وجود ندارد و اگر این جواب نیز پذیرفته نشود، بنابراین طریق فهرست از این اشکال مصون باقی می‌ماند.

شخص صفار نیز توسط نجاشی توثیق شده و از أجلة اصحاب است (رجال النجاشی، ص ٣٥٤)، محمد بن الحسن أبی الخطاب و محمد بن اسماعیل بن بزيع توسط مرحوم شیخ طوسی توثیق شده اند (رجال الطوسی، ص ٣٧٩ و ص ٣٦٤)، ولی صالح بن عقبه مردّد بین دو فرد است: ١. صالح بن عقبه بن خالد الاسدی که مرحوم نجاشی او را صاحب کتاب می‌داند (رجال النجاشی، ص ٢٠٠) و مرحوم شیخ طوسی او را از اصحاب امام باقر (ع) به حساب آورده است (رجال الطوسی، ص ١٣٨)

۲. صالح بن عقبه بن قیس که مرحوم نجاشی او را صاحب کتاب می‌داند (رجال النجاشی، ص ۲۰۰) و مرحوم شیخ طوسی او را از اصحاب امام صادق و امام کاظم علیهما السلام به حساب آورده است. (رجال الطوسی، ص ۲۲۷ و ص ۳۳۸)

پیرامون صالح بن عقبه بن قیس می‌توان توثیقات عامی مانند از اصحاب امام صادق علیه السلام بودن را مطرح کرد تا توثیق ابن عقده شامل آن بشود و همچنین در کتاب تفسیر علی بن ابراهیم از او روایت نقل شده است و مرحوم خویی به همین دلیل او را ثقه می‌داند (معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرواة، ج ۸، ص ۸۵) ولی نسبت به صالح بن عقبه بن خالد توثیقی وجود ندارد بنابراین مردّد بین ثقه و غیر ثقه می‌شود.

راوی مستقیم از امام صادق علیه السلام در روایت شخصی به نام یونس الشیبانی (رجال الطوسی، ص ۳۲۴) است که توثیق خاص ندارد، ولی از اصحاب امام صادق علیه السلام می‌باشد و توثیق عام ابن عقده برای وی قابل اثبات است.

بنابراین اگرچه طریق مرحوم شیخ طوسی به صفار صحیح است و از صفار تا امام صادق علیه السلام افراد ثقه وجود دارد ولی از آن جایی که صالح بن عقبه مردّد بین شخص ثقه و غیر ثقه است، روایت ضعیف به حساب می‌آید.

بررسی دلالت روایت:

دلالت روایت بر مدّعی حضرت امام تقدّس تمام نیست زیرا راوی از امام علیه السلام سوال می‌پرسد که شخصی یک مبیعی را به مشتری می‌فروشد و هر دو می‌دانند که قیمت آن با ثمنی که در معامله مطرح شده است تفاوت دارد (مثلاً یک فرش ده میلیون تومانی را به قیمت دوازده میلیون تومان به مشتری می‌فروشد) ولی هر دو می‌دانند که مشتری مبیع را دوباره به بایع می‌فروشد (قطعاً مشتری با قیمت پایین تر به بایع می‌فروشد تا توجیه عقلایی پیدا کند) حضرت در پاسخ با نقل قضیه ای از رسول گرامی اسلام این عمل را از مصادیق ربا به حساب آورده اند (با توجه به این قسمت روایت معلوم می‌شود که مشتری در بیع اول آن را به صورت مؤجل خریداری کرده است و در بیع دوم آن را به صورت نقد به بایع می‌فروشد تا پولی به دست او برسد و سپس در زمان پرداخت ثمن در بیع مؤجل با مقداری اضافه تر آن را بازگرداند) سپس حضرت از شخص سوال می‌پرسد که این گونه نیست که اگر بایع در بیع اول از خرید دوباره مبیع خودداری کند، مشتری در بیع اول مبیع را نزد بایع رها کند و برود، راوی در پاسخ این مسئله را تأیید می‌کند حضرت نیز در پاسخ می‌فرماید که نزدیک این عمل نشوید که از مصادیق رباست.

همانطور که از ظاهر روایت واضح است متعاملین با دو معامله قصد فرار از ربا را دارند و حضرت آن را مصادق ربا به حساب آورده است ولی روایت مذکور با بیع العینه تفاوت دارد زیرا با توجه به ذیل روایت که مسئله خودداری از خرید مطرح شده معلوم می‌شود که این دو معامله صوری است و اصلاً قصدی از متعاملین متمم نشده است، ولی در بیع العینه این گونه نیست و در بعضی از مصادیق بیع العینه مبیع را

به نفر سوم می‌فروشند و تامین نقدینگی با آن انجام می‌دهند، لذا نمی‌توان حرمت مستفاد از این روایت را در مورد بیع العینه مطرح کرد.

جمع بندی

با توجه به مطالب گذشته می‌توان گفت تمامی ادله ثبوتی (دور و عدم قصد متبایعین) و اثباتی (روایت های حسین بن منذر، علی بن جعفر و یونس شیبانی) برای حرمت و بطلان شرط بازخرید در بیع العینه، محل خدشه و مناقشه می‌باشد و تنها کراهت شرط بازخرید از ادله اثباتی (روایی) قابل برداشت است و این کراهت دلالت بر بطلان بیع العینه ندارد. بنابراین بیع العینه و شرط بازخرید می‌توان راهی برای فرار از ربا و تامین نقدینگی مورد نیاز در بازار باشد.

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.