

مدرسه عالی فقه‌های تخصصی

ماهنامه داخلی گروه های تخصصی

ویژه نشر تحقیق های درسی طلاب

اشتباه قراردادی در حقوق و فقه امامیه / غلامرضا احسنی

بررسی روایات خاصه معاملی با جهت نا مشروع / محمدکاظم شم آبادی

مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام / محمدامین کبیری

بررسی فقهی صحت ایجاب عام در معاملات / محمد مظفری

خصوصیات الفاظ عقود / احمد مولائی

مشروعیت طلاق معوض / محمدحسین رحمتی

شرط اختصاصی طلاق خلع / مهدی احمدی



نوشتاری از طلاب:

گروه فقه اقتصاد

گروه فقه معاملات

گروه فقه خانواده

۷	اشتباه قراردادی در حقوق و فقه امامیه، غلامرضا احسنی
۷	مقدمه
۸	مفهوم شناسی
۹	صورت‌های اشتباه
۹	تقسیم به لحاظ متعلق اشتباه
۱۲	تقسیم به لحاظ اشتباه کننده
۱۳	تقسیم به لحاظ منشأ اشتباه
۱۵	تقسیم اشتباه به اساسی و غیر اساسی
۱۷	ارتباط بحث اشتباه با بحث اراده ظاهری و باطنی
۱۸	تأثیر اشتباه در قرارداد
۲۱	تحلیل رابطه اشتباه و قصد
۲۶	جمع بندی
۲۹	بررسی دلالت قواعد عمومی بر بطلان معامله‌ی با جهت نامشروع، محمدکاظم شم‌آبادی
۲۹	چکیده
۳۰	کلید واژه
۳۰	مقدمه
۳۱	پیشینه
۳۱	طرح مسأله در کلمات فقهاء
۳۳	جهت نامشروع در حقوق موضوعه
۳۴	فروض مسأله
۳۶	تعریف جهت معامله
۳۶	ارتباط جهت با معامله
۳۷	ادله بطلان معاملات به سبب جهت نامشروع
۳۷	(۱) مخالفت با مقتضای عقد و تناقض در مقام انشاء
۳۸	بررسی دلیل اول

۳۹.....	(۲) عدم مالیت داشتن عین
۴۰.....	بررسی دلیل دوم
۴۱.....	(۳) اکل مال به باطل
۴۳.....	(۴) معامله با جهت حرام
۴۴.....	بررسی دلیل سوم
۴۵.....	(۴) از بین رفتن ماهیت معاوضه
۴۶.....	بررسی دلیل چهارم
۴۶.....	(۵) دلالت عرفی حرمت معامله بر بطلان
۴۸.....	بررسی دلیل پنجم
۴۹.....	(۶) عدم قدرت بر تسلیم
۴۹.....	بررسی دلیل ششم
۵۰.....	(۷) عدم مالکیت منفعت محرمه
۵۰.....	بررسی دلیل هفتم
۵۱.....	(۸) دلالت روایات بر بطلان هر عقد دارای وجهی از وجوه فساد
۵۲.....	بررسی دلیل هشتم
۵۳.....	جمع بندی
۵۵.....	مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام، محمدامین کبیری
۵۵.....	چکیده
۵۶.....	واژگان کلیدی
۵۶.....	مقدمه
۵۷.....	گفتار اول: مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام از طریق نهاد عقد
۵۷.....	الف) عناصر ماهیت عقد در کلمات فقها و حقوقدانان
۵۹.....	ب) بیان نظریه تقوم عقد به اثر وضعی
۶۱.....	ج) ادله نظریه تقوم عقد به اثر وضعی و رد آن ها
۶۱.....	(۱) تالی فاسد لزوم وفاء به وعد
۶۳.....	(۲) تالی فاسد وحدت عقد و وعد موضوعا
۶۴.....	(۳) استفاده اثر وضعی از تحلیل «ربط»

۶۵.....	۴) فتاویٰ برخی فقهاء
۶۵.....	د) رد نظریه تقوّم عقد به اثر وضعی
۶۵.....	ادله و شواهد بر ردّ نظریه تقوّم عقد به اثر وضعی
۶۵.....	۱) تحلیل ماهیت عقد در ارتکاز عقلانی و فقهی
۶۶.....	۲) وجود مصادیقی از عقود بدون وضع در فقه
۶۷.....	۳) تصریح به تقسیم عقد به «عقد بر فعل» و «عقد بر نتیجه» در فقه
۶۹.....	۴) تأمین اثر وضعی از راه اعتباری بودن تعهد
۷۱.....	گفتار دوم مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام از طریق نهاد عقد به ضم ادله نقلی
۷۳.....	گفتار سوم: مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام از طریق نهاد شرط
۷۳.....	۱) استفاده مطلق التزام از مفهوم «شرط»
۷۳.....	۲) توسعه در مفهوم التزام ضمنی
۷۳.....	۳) احتمال الغاء خصوصیت از التزامات ضمنی به مطلق التزامات
۷۴.....	جمع بندی
۷۵.....	بررسی فقهی صحت ایجاب عام در معاملات، محمد مظفری
۷۵.....	مقدمه
۷۶.....	اراء فقها
۷۸.....	اراء حقوقدانها
۷۹.....	ماهیت ایجاب و خصوصیات آن
۸۰.....	انشا باشد نه اخبار
۸۰.....	متضمن خصوصیات عقد یا ایقاع باشد
۸۱.....	غرر
۸۲.....	قصد و اراده
۸۲.....	همراه با رضایت باشد
۸۲.....	صراحت
۸۳.....	لفظی بودن ایجاب
۸۴.....	تخاطب در ایجاب
۸۷.....	بررسی کلام محقق مراغی

۸۷.....	بررسی کلام محقق تستری
۸۸.....	جمع بندی
۸۹.....	خصوصیات الفاظ عقود، احمد مولایی
۸۹.....	مقدمه
۹۰.....	مقام اول: بحث در نحوهی دلالت مواد الفاظ عقود از جهت صراحت، ظهور و حقیقت
۹۰.....	قول اول: اعتبار معنای حقیقی در الفاظ عقود
۹۱.....	قول دوم: اعتبار دلالت وضعیه در الفاظ عقود (اعم از دلالت وضعیه خود لفظ یا قرینه)
۹۱.....	قول سوم: اعتبار پذیرش الفاظ عقود در نزد عرف
۹۲.....	تفصیل در صحت انشاء عقد با الفاظ مشترک
۹۴.....	قول چهارم: عدم اعتبار لفظ خاص در الفاظ عقود
۹۴.....	مقام دوم: بحث در هیأت افرادی این الفاظ مثل بحث از اعتبار عربیت، عدم لحن و ماضویت
۹۴.....	جهت اول: اعتبار یا عدم اعتبار عربیت در الفاظ عقود
۹۵.....	قول اول: اعتبار عربی بودن در الفاظ عقود
۹۵.....	قول دوم: عدم اعتبار عربیت در الفاظ عقود
۹۶.....	جهت دوم: اعتبار یا عدم اعتبار عدم لحن در ماده یا هیأت الفاظ عقود
۹۶.....	قول اول: اعتبار عدم لحن
۹۶.....	قول دوم: تفصیل بین لحن در ماده یا هیأت بدون اینکه تغییر معنا
۹۶.....	جهت سوم: اعتبار و عدم اعتبار ماضویت در الفاظ عقود
۹۶.....	قول اول: اعتبار ماضویت
۹۸.....	قول دوم: عدم اعتبار ماضویت در الفاظ عقود
۹۹.....	جمع بندی
۱۰۱.....	مشروعیت طلاق معوض، محمدحسین رحمتی
۱۰۱.....	مقدمه
۱۰۳.....	الف: نظریه صحت طلاق معوض
۱۰۳.....	۱) وقوع طلاق در قالب عقد مستقل
۱۰۴.....	۲) وقوع طلاق در قالب هبه معوض
۱۰۶.....	۳) وقوع طلاق در قالب صلح میان زوجین

۴) وقوع طلاق در قالب عقد جعاله میان متعاقدين	۱۰۷
۵) وقوع طلاق در قالب شرط ضمن عقد لازم	۱۰۸
۶) وقوع طلاق در قالب شرط ضمن طلاق	۱۰۸
ب: نظريه بطلان طلاق معوض	۱۰۹
الف: كتاب	۱۰۹
ب: احاديث	۱۱۰
ج: اجماع	۱۱۰
د: عدم طرح اين نوع از طلاق در كتب فقهاء	۱۱۱
جمع بندي	۱۱۱
شرط اختصاصي طلاق خلع، مهدي احمدي	۱۱۳
مقدمه	۱۱۳
چند نکته در شرط اختصاصي خلع	۱۱۴
نکته اول: اختصاص كراهت به زوجه	۱۱۴
نکته دوم: كراهت ذاتي يا اعم از ذاتي و عارضی	۱۱۴
نکته سوم: وجوب خلع	۱۱۵
نکته چهارم: سخنان نشوزآمیز	۱۱۷
نظريات در شرط اختصاصي خلع	۱۱۸
بررسی نظريات	۱۲۰
بررسی مفاد آیه ۲۲۹ بقره و آیه ۱۹ نساء	۱۲۱
نظريه مختار	۱۲۴
جمع بندي	۱۲۷

اشتباه قراردادی در حقوق و فقه امامیه

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

غلامرضا احسنی آرانی^۱

مقدمه

بحث اشتباه قراردادی در حقوق غرب به تفصیل مورد بحث قرار گرفته است و به تبع آن در مواد ۱۹۴، ۱۹۹، ۲۰۰، ۲۰۱، ۲۵۵، ۳۰۲، ۳۵۳، ۶۰۱، ۷۶۲ قانون مدنی ایران وارد شده است.^۲

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

^۲. مقالات متعددی نیز در این موضوع نگاشته شده است. مانند:

- (۱) اشتباه در خود موضوع معامله در حقوق ایران و فرانسه؛ صفایی، سید حسین، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پاییز ۱۳۴۹، شماره ۳
- (۲) اشتباه در شخص طرف قرارداد در حقوق ایران و فرانسه؛ صفایی، سید حسین، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، زمستان ۱۳۴۹، شماره ۴
- (۳) عیوب اراده و رضا اشتباه در قرارداد؛ ره پیک، حسن، دیدگاه‌های حقوق قضایی، تابستان ۱۳۷۵، شماره ۲
- (۴) آثار اشتباه در موضوع معامله؛ اسدی، لیلا، فقه و حقوق خانواده، پاییز ۱۳۷۸، شماره ۱۵
- (۵) عیوب اراده در حقوق فرانسه؛ سیمون ویت تیکر، ره پیک، سیامک، دیدگاه‌های حقوق قضایی، پاییز و زمستان ۱۳۸۰، شماره ۲۳ و ۲۴

اما در فقه امامیه عنوان مستقلی برای اشتباه وجود ندارد و بحث اشتباه قراردادی، ذیل مباحث مختلفی مطرح شده است. تطابق بین ایجاب و قبول، قاعده العقود تابعه للقصد، بیع فضولی، اختیار رویت، خیار تخلف وصف، بحث شرطیت قدرت بر تسلیم و مباحث مرتبط به اختلاف دو طرف قرارداد که در اواخر ابواب معاملات ذکر شده، جایگاه‌هایی است که بحث اشتباه در آنها مشاهده شده است. در بین فقیهان متأخر استاد حائری در فقه العقود بهترین بحث را در زمینه اشتباه مطرح کرده و استاد شهیدی پور در تقریرات درس خارج فقه العقود نیز مباحث قابل استفاده‌ای را بیان نموده‌اند. پژوهش حاضر سعی دارد ضمن چارچوب بندی اقسام اشتباه که در حقوق مطرح شده، با نگاهی تحلیلی حکم اشتباه را از منظر فقه امامیه بیان کند.

مفهوم شناسی

این بحث در کتب حقوق و مقالات عربی با تعبیر «غلط» و در کتب و مقالات حقوقی فارسی با تعبیر اشتباه، یاد شده است. در برخی از موارد نیز تعبیر خطا به کار رفته چنانچه در حقوق غرب با تعبیر (erreur) آمده است. اشتباه و غلط در اصطلاح این گونه معنا شده است:

(۱) نمایش نادرست واقعیت در ذهن (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱، ص: ۳۹۵)

(۶) اشتباه در اوصاف شخص طرف قرارداد در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه؛ محسنی، سعید، پژوهشنامه

حقوق اسلامی، بهار و تابستان ۱۳۸۶، شماره ۲۵

(۷) اثر اشتباه در قراردادها با مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق موضوعه؛ حائری، محمد حسن، قدسی، زینب،

پژوهش های تعلیم و تربیت اسلامی، زمستان ۱۳۸۸، شماره ۵

(۸) مفهوم اشتباه در شخص طرف قرارداد و تأثیر آن بر قرارداد (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)؛ محسنی،

سعید، شفیع زاده خولنجانی، مصطفی، پژوهش نامه اندیشه های حقوقی، زمستان ۱۳۹۳، شماره ۴

(۹) حاکمیت اراده ظاهری در قلمرو اشتباه در اعمال حقوقی؛ کشاورزی ولدانی، مرتضی، ناصری مقدم، حسین،

صابری، حسین، آموزه های فقه مدنی، زمستان ۱۳۹۵، شماره ۱۴،

(۱۰) بررسی تأثیر اشتباه طرفین معامله بر تعهدات در حقوق ایران؛ عسگری، محسن، مطالعات حقوق، زمستان

۱۳۹۷، شماره ۲۸

(۱۱) حوزه تأثیر اشتباه در قرارداد؛ فصلنامه حقوق، غریبه، علی، بهار ۱۳۹۸، شماره ۱۰۱

(۱۲) نقد رأی در باب تملک اراضی؛ اشتباه در جهت معامله؛ میرشکاری، عباس، کانون وکلا، پاییز ۱۳۹۵، شماره

۲) حالتی نفسانی که منجر به توهم غیر واقع می‌شود و غیر واقع یا واقعیتهای غیر صحیح است که صحیح تلقی می‌شود یا واقعیتهای صحیح است که غیر صحیح توهم می‌شود (سنه‌وری، عبد

الرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی؛ ج ۱، ص: ۲۸۹).

۳) تعارض اراده واقعی و اعلام آن (بجنوردی، سید حسن، قواعد فقه؛ ج ۲، ص: ۱۲۸)

معنای سوم صحیح نیست زیرا تعارض اراده واقعی و اعلام آن تنها پوشش دهنده بخشی از اشتباه است. اشتباه قراردادی در بیشتر موارد در مقدمات اراده تحقق می‌یابد و در باطن شخص، اراده‌ای ناشی از اشتباه منقذ می‌شود در حالی که بین اراده اعلام شده و اراده واقعی شخص، هیچ تعارضی وجود ندارد. از سویی دیگر، هر چند تعارض اراده واقعی و اعلام آن، ناشی از اشتباه در انتقال اراده و اشتباه در انتخاب الفاظ مناسب برای اعلام قصد است، اما اشتباه در مقدمات اراده محسوب نمی‌شود در حالی که مباحث مطرح شده در اشتباه قراردادی ناظر به اشتباه در مقدمات

اراده هستند (سنه‌وری، عبد الرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی؛ ج ۱، ص: ۲۹۰).

صورت‌های اشتباه

در برخی از مقالات صورت‌های اشتباه در قرارداد تا بیست مورد شمارش شده^۱ اما برای فهم بهتر ماهیت اشتباه، چگونگی تأثیر آن در اراده و رضا و حکم آن، باید این اقسام به صورت منطقی و منظم بیان گردد.

تقسیم به لحاظ متعلق اشتباه

اشتباه قراردادی به لحاظ متعلق اشتباه به چند قسم قابل تقسیم است:

۱) اشتباه در هویت قرارداد: مثل آنکه موجب قرارداد بیع را انشاء کند اما قابل به اشتباه، تصور کند قرارداد هبه انشاء شده و هبه را قبول کند.

^۱ غریبه، علی، حوزه تأثیر اشتباه در قرارداد؛ فصلنامه حقوق، بهار ۱۳۹۸، شماره ۱۰۱ در این مقاله این موارد برای اشتباه شمرده شده است: اشتباه در جهت، اشتباه در علت تعهد، اشتباه در امکان اجرای قرارداد، اشتباه در قابلیت معامله موضوع از نظر قانون، اشتباه در مالیت موضوع قرارداد، اشتباه در ماهیت قرارداد، اشتباه در خصوصیات عقد، اشتباه در وجود موضوع قرارداد، اشتباه در هویت موضوع قرارداد، اشتباه در خود موضوع معامله، اشتباه در مقدار مورد قرارداد، اشتباه در ارزش مورد قرارداد، اشتباه در ضمیمه عوضین قرارداد، اشتباه در سلامت مورد قرارداد، اشتباه در طلق بودن مورد قرارداد، اشتباه در هویت جسمی طرف معامله، اشتباه در هویت مدنی شخص، اشتباه در وصف اساسی، اشتباه در سمت شخص، اشتباه در مالکیت شخص

۲) اشتباه در سبب قرارداد یا علت تعهد: مراد از سبب قرارداد، امری است که زیر بنای قرارداد محسوب می‌شود مثل آنکه وارث با تصوّر صحت وصیت، با موصی له در تقسیم اموال مصالحه کند و پس از صلح روشن شود، عقد وصیت از اساس باطل بوده است.

۳) اشتباه در موضوع قرارداد. مراد از موضوع قرارداد، رکن اصلی موجود در قرارداد است مانند ثمن و مثنی که رکن قرارداد بیع هستند یا منفعت و اجاره که رکن قرارداد اجاره است یا بدهی حواله داده شده در قرارداد حواله یا عین مرهونه در قرارداد رهن. اشتباه در موضوع قرارداد بر چند قسم است:

۳-۱) اشتباه در هویت موضوع قرارداد: به این معنا که هر یک از فروشنده و خریدار مبیع مجزایی را در نظر بگیرند مثل آنکه موجب فروش مبیع الف را ایجاب کند اما قابل فروش مبیع ب را قبول کند.

۳-۲) اشتباه در جنس موضوع قرارداد: مراد از جنس، ماده اصلی تشکیل دهنده کالا است مثل آنکه خریدار با تصوّر اشتباه، موضوع قرارداد را از جنس طلا بداند در حالی که موضوع قرارداد از جنس برنج است.

۳-۳) اشتباه در اوصاف موضوع قرارداد: مراد از اوصاف، ویژگی‌های موجود در شیء فراتر از جنس و ماده اصلی تشکیل دهنده موضوع قرارداد است. مثل آنکه خریدار تصوّر کند پارچه خریداری شده قابلیت شست و شو دارد اما چنین قابلیتی در پارچه نباشد. اشتباه در کمیت موضوع قرارداد نیز زیر مجموعه اشتباه در اوصاف موضوع قرارداد است. مثل آنکه خریدار تصوّر کند برنج خریداری شده کیسه ۱۰ کیلویی است در حالی که واقعا ۸ کیلو بیشتر نیست.

۳-۴) اشتباه در ارزش موضوع قرارداد: مثل آنکه خریدار تصوّر کند ساعتی در بازار یک میلیون تومان ارزش دارد و آن را به این قیمت بخرد در حالی که ارزش بازاری آن پانصد هزار تومان است. هر چند امکان دارد ارزش یکی از اوصاف قلمداد شود اما به علت وجود مباحث مستقل در اشتباه در ارزش قرارداد که ذیل عنوان خیار غبن یا استغلال در فقه و حقوق مطرح شده، مناسب است اشتباه در ارزش به صورت مستقل ذکر شود.

۴) اشتباه در شروط و ملحقات قرارداد که خود بر چند قسم است:

۱-۴) اشتباه در وجود شرط: مثل آنکه فروشنده قرارداد همراه با شرط را ایجاب کند اما خریدار به تصور نبود شرط، قرارداد را بدون شرط قبول کند.

۲-۴) اشتباه در هویت شرط: مثل آنکه فروشنده تصور کند شرط معامله دوخت پارچه الف بود در حالی که قصد خریدار، دوخت پارچه ب بود.

۳-۴) اشتباه در اوصاف مشروط: اشتباه در اوصاف مشروط نیز مانند اشتباه در موضوع قرارداد، می‌تواند به اقسام مختلفی مانند اشتباه در کیفیت مشروط، کمیت مشروط و ارزش مشروط تقسیم شود.

۵) اشتباه در طرف قرارداد که خود بر دو قسم است:

۱-۵) اشتباه در هویت فیزیکی طرف قرارداد: مثل آنکه مرد قصد ازدواج با دختری را دارد اما به اشتباه با خواهر او عقد ازدواج را منعقد می‌کند.

۲-۵) اشتباه در اوصاف طرف قرارداد: مثل آنکه خریدار تصور می‌کند فروشنده مالک است در حالی که فروشنده وکیل از طرف مالک است. اشتباه در طرف قرارداد در حقوق فرانسه به سه قسم تقسیم شده و اشتباه در هویت مدنی طرف قرارداد نیز بر دو قسم قبلی افزوده شده است. مثل آنکه ولگردی با شناسنامه هنرمند معروفی با دختری ازدواج کند هر چند این دختر مرد ولگرد را دیده و ازدواج با این مرد خارجی را قصد کرده است اما قصد او ناشی از اشتباه در هویت مدنی و جایگاه اجتماعی این مرد بوده است.^۱ اما اشتباه در هویت مدنی طرف قرارداد قسمی مستقل تلقی نشده، زیر مجموعه اشتباه در اوصاف طرف قرارداد است.

۶) اشتباه در سِمَت: مراد از سِمَت، اصالت و ولایت و وکالت است. مثل آنکه وّلی تصور کند نسبت به دختری ولایت ندارد و او را به صورت فضولی به ازدواج مردی در بیاورد و پس از عقد متوجه شود، ولایت داشته است.

۷) اشتباه در جهت و باعث که خود بر دو قسم است:

^۱. محسنی، سعید، اشتباه در اوصاف شخص طرف قرارداد در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه؛

۷-۱) اشتباه در وجود جهت: مثل آنکه خانه خود را با این تصوّر که با پول آن می‌تواند بیماری فرزند خود را مداوا کند، بفروشد اما در واقع پول حاصل از فروش خانه، به میزان هزینه لازم برای درمان فرزند نباشد.

۷-۲) اشتباه در مشروعیت جهت: این اشتباه خود به دو قسم اشتباه در حکم باعث و اشتباه در مصداق باعث، تقسیم می‌شود. مثال اشتباه در حکم باعث این است که خریدار حکم ساخت صلیب را نداند و چوبی را به هدف ساخت صلیب خریداری کند. مثال اشتباه در مصداق باعث این است که فروشنده تصوّر کند انگیزه خریدار از خرید انگور، تولید شیر است در حالی قصد واقعی خریدار تولید شراب است.

۸) اشتباه در شرایط صحت قرارداد: به این معنا که به اشتباه تصوّر شود شرایط صحت قرارداد وجود دارد در حالی که واقعا این شرایط موجود نیست. این اشتباه به تعداد شرایط صحت قرارداد قابل تقسیم است. مانند اشتباه در وجود موضوع قرارداد، اشتباه در مالیت موضوع قرارداد، اشتباه در امکان اجرای قرارداد (مقدور بودن مفاد قرارداد)، اشتباه در محصور نبودن طرف قرارداد و ...

تقسیم به لحاظ اشتباه کننده

اشتباه به لحاظ اشتباه کننده بر دو قسم است:

- ۱) اشتباه طرف واحد: به این صورت که تنها برای یکی از دو طرف، اشتباه رخ دهد که گاه طرف دیگر، اطلاع از اشتباه او در هنگام قرارداد دارد و گاه اطلاعی از این اشتباه ندارد.
- ۲) اشتباه دو طرف: به این صورت که برای هر دو طرف قرارداد، اشتباه رخ دهد. این فرض در حقوق، اشتباه مشترک نام گذاری شده است.

برخی از حقوقدانان غربی به جهت حفظ استقرار معاملات، مشترک بودن اشتباه را در کنار جوهری بودن اشتباه لازم دانسته، تنها در این فرض عقد را قابل ابطال می‌دانند. در مقابل برخی دیگر،^۱ اتصال اشتباه را کافی دانسته، بیان می‌کنند: در صورتی که اشتباه تنها برای یک طرف رخ

^۱ ماده ۱۲۰ قانون جدید مصر نیز به این مطلب تصریح کرده است. در این ماده آمده است:

«اگر متعاقد در اشتباه جوهری قرار گیرد، می‌تواند تقاضای ابطال عقد را مطرح کند در صورتی که طرف دیگر، مانند او در اشتباه افتاده باشد یا علم به این اشتباه داشته باشد یا طرف مقابل به آسانی بتواند اشتباه را کشف کند.»

دهد و طرف دیگر نیز علم به این اشتباه داشته باشد یا طرف دیگر به آسانی بتواند اشتباه را کشف کند، اتصال طرف دیگر به اشتباه حاصل شده است (سنهوری، عبد الرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ج ۱، ص: ۳۱۰). در فقه امامیه مشترک بودن اشتباه یا اتصال اشتباه شرط نیست و اشکال عدم استقرار معاملات نیز ایجاد نمی‌شود. زیرا با فرض ذی حق بودن اشتباه کننده، او باید اشتباه خود را اثبات کند و ما دامی که اشتباه به اثبات نرسیده، عقد در ظاهر صحیح است. در نتیجه، به صرف ادعای اشتباه هیچ خللی در صحت عقد ایجاد نمی‌شود و همین باعث استقرار معاملات خواهد شد. باید دقت داشت: طرفداران نظریه اشتراک و اتصال اشتباه، پذیرفته‌اند اصل اولی در فرض جوهری بودن اشتباه، قابلیت ابطال عقد توسط اشتباه کننده است اما به این علت که لازمه این مطلب از بین رفتن استقرار معاملات است، این نظریه را تعدیل کرده، اشتراک اشتباه یا اتصال آن را لازم دانسته‌اند در حالی که با الزام اشتباه کننده به اثبات اشتباه، استقرار معاملات حفظ خواهد شد و مانع فرض شده، تحقق نخواهد یافت.

تقسیم به لحاظ منشأ اشتباه

اشتباه به لحاظ منشأ اشتباه نیز دارای اقسامی است:

- ۱) اشتباه ناشی از قصور: گاه کاهلی و کوتاهی اشتباه کننده باعث حصول اشتباه برای او می‌شود. مثل آنکه، شخص بدون دقت و بررسی زوایای مبیع، تصوّر کند مبیع دارای اوصاف خاصی است در حالی که چنین اوصافی در مبیع وجود ندارد.
- ۲) اشتباه ناشی از عوامل طبیعی: گاه منشأ حصول اشتباه، عوامل طبیعی و خارج از اختیار شخص است.
- ۳) اشتباه ناشی از اشتباه طرف مقابل: گاه اشتباه به سبب اشتباه طرف مقابل ایجاد می‌شود مثل آنکه بایع به اشتباه تصوّر کند مبیع اوصاف خاصی را داراست و با بیان وجود این اوصاف در مبیع، مشتری را در اشتباه وارد کند.
- ۴) اشتباه ناشی از تدلیس: گاه منشأ اشتباه، نمایش نادرست واقعیت یا پوشاندن واقعیت توسط طرف مقابل است. مثل آنکه فروشنده عیب موجود در مبیع را به نحوی پنهان کند خریدار حتی پس از بررسی مبیع به وجود عیب پی نبرد یا مبیع را به نحوی زینت کند که برای خریدار تخیّل وجود صفت غیر موجود، ایجاد شود.

۵) اشتباه ناشی از جهل به حکم: مثل آنکه مستأجر تصوّر کند که اجازه دادن خانه به دیگری بدون ایجاد تغییر در آن جایز است و با همین تصوّر اشتباه اقدام بر معامله کند. در برخی از کتب حقوقی، اشتباه ناشی از تدلیس مستقل از بحث اشتباه مورد بحث قرار گرفته است.^۱ حتی در آنها بحث غبن نیز به صورت مستقل مورد بررسی قرار گرفته است. لزوم تفکیک بین بحث تدلیس و غبن از اشتباه، در یکی از این سه مبانی روشن است:

۱) تأثیر اشتباه، اختصاص به صورت اشتراک اشتباه داشته باشد. در این فرض، فرق بین تدلیس و غبن از یک سو و اشتباه از سویی دیگر، روشن می‌شود زیرا تدلیس و غبن موجب ثبوت حق برای اشتباه کننده است هر چند اشتباه مشترکی در کار نیست.

۲) تأثیر اشتباه، اختصاص به موارد خاصی مانند اشتباه اساسی در اوصاف موضوع قرارداد و شخص طرف قرارداد داشته باشد و در تمام موارد ثابت نباشد. در این فرض نیز، فرق بین تدلیس و غبن از یک سو و اشتباه از سویی دیگر، روشن می‌شود زیرا در فرض تدلیس و غبن، اشتباه کننده صاحب حق می‌شود هر چند اشتباه رخ داده در ناحیه موضوع قرارداد و شخص طرف قرارداد نباشد و اشتباه در باعث و ارزش رخ داده باشد. ۳) در فرض تدلیس و غبن، اشتباه کننده صاحب حق شود هر چند اشتباه ایجاد شده، اشتباه در امور اساسی نباشد. در این فرض نیز، فرق بین تدلیس و غبن از یک سو و اشتباه از سویی دیگر، روشن می‌شود زیرا در حقوق فرانسه، اشتباه تنها در صورتی که اساسی باشد باعث بطلان نسبی می‌شود.

سنهوری ضمن اعتراف به بازگشت تدلیس به اشتباه، وجود دو اثر عملی برای تدلیس را سبب آن دانسته که بحث تدلیس مستقل از اشتباه طرح شود. اول آنکه، اثبات تدلیس آسان‌تر از اشتباه است و دو آنکه، در فرض ایجاد ضرری از ناحیه تدلیس، تدلیس کننده ملزم به جبران آن است. اما با این حال، این دو اثر را کافی در جداسازی بحث تدلیس از اشتباه نمی‌داند زیرا این دو اثر، تنها اثر عملی هستند و در ناحیه صحت قرارداد، دخالتی ندارند.^۲

۱. سنهوری، احمد عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی؛ ج ۱، ص: ۳۱۹ در این کتاب، عیوب اراده ذیل چهار عنوان اشتباه، تدلیس، استغلال (غبن) و اکراه مورد بحث قرار گرفته است.

۲. همان؛ ص: ۳۲۷

البته مطابق مبانی فقه امامیه، بحث مستقل از تدلیس امری ضروری است زیرا در فقه امامیه اشتباه غیر اساسی خللی در صحت قرارداد ایجاد نمی‌کند در حالی که تدلیس در مواردی که اشتباه در امر جانبی نیز باشد، موجب ثبوت خیار است.^۱ هر چند ثبوت خیار در این موارد به علت معیوب بودن اراده نیست و به علت روایات خاصه^۲ یا فریب ایجاد شده از ناحیه تدلیس کننده (قاعده غرور) یا به جهت ضرر تحمیل شده بر فریب خورده (قاعده لا ضرر) است.

تقسیم اشتباه به اساسی و غیر اساسی

اشتباه به تبع وصفی که در آن اشتباه رخ داده، به دو قسم اساسی و غیر اساسی تقسیم می‌شود. حقوق جدید فرانسه بین اشتباه اساسی (جوهری) و غیر اساسی تفکیک کرده است. در فرض اشتباه اساسی عقد را قابل ابطال اعلام کرده و اشتباه غیر اساسی را مؤثر در صحت و لزوم عقد نمی‌داند. مراد از اشتباه اساسی در حقوق فرانسه، امری است که انگیزه اصلی در قرارداد است به نحوی که در صورت نبود این وصف، اقدام بر قرارداد نمی‌کرد. اعم از آنکه اشتباه اساسی در جنس موضوع قرارداد باشد یا در ارزش آن یا حتی در شخص طرف قرارداد. تشخیص اساسی بودن اشتباه نیز، وابسته به قرائن کلامی و حالی قرارداد است.

سنهوری برای اشتباه در صفت اساسی مثال‌های زیادی را از احکام قضایی مصر بیان کرده است مثل آنکه فروش پارچه با این شرط که قابل شست و شو باشد ولی پارچه واقعا قابلیت شست و شو را نداشته باشد. به نظر سنهوری، اشتباه اساسی در شخص طرف قرارداد، بیشتر در عقود تبرع رخ می‌دهد مثل آنکه در شخص هدیه گیرنده یا وکیل یا شریک اشتباه صورت گیرد. اشتباه اساسی در صفت مانند آنکه شخصی را به این توهم که مهندس است، اجیر کند ولی این شخص

^۱. برخی تنها در صورتی که تدلیس موجب پرداخت ثمنی بیش از قیمت واقعی شود، خیار را ثابت می‌دانند. علامه حلی، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام، ج ۲، ص: ۷۶ به نظر می‌رسد این فقیهان، دلیل خیار تدلیس را لا ضرر می‌دانند و ضرر را تنها در این فرض صادق می‌دانند.

^۲. مراد از روایات خاصه، روایاتی است که درباره خیار داشتن مشتری در فرض خرید حیوانی است که شیر آن چند روزی دوشیده نشده (المصراه) و مشتری به همین دلیل تصور کرده این حیوان شیر فراوانی دارد. (حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه؛ ج ۱۸، ص: ۳۶، باب حکم نماء الحيوان كالشاه المصراه و الناقه و البقره فی مده الخيار اذا فسخ المشتري) هم چنین روایاتی که درباره خیار تدلیس در نکاح وارد شده است. (همان؛ ج ۲۱، ص: ۲۱۱، باب دوم از ابواب العیوب و التدلیس) هر چند این روایات درباره موارد خاصی از تدلیس است اما برخی از آن الغاء خصوصیت کرده، به تمام موارد تدلیس سرایت داده‌اند.

واقعا مهندس نباشد. اشتباه در ارزش نیز در صورتی که سبب اصلی در فروش باشد، عقد را قابل فسخ می‌کند. مثل آنکه سهمی را به قیمت فعلی بفروشد ولی اطلاع ندارد که این سهم جایزه بزرگی را برنده شده است (سنه‌وری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدني، ج ۱، ص: ۲۹۴-۳۰۱).

در فقه امامیه نیز بین وصف اساسی و غیر اساسی تفکیک شده، در صورت اشتباه در وصف اساسی، عقد باطل اعلام شده و اشتباه در وصف غیر اساسی در صورتی که تصریح به وصف شده باشد، موجب خیار قلمداد شده است.^۱

شیخ انصاری اوصافی را که تخلف آنها موجب تغایر عرفی موجود با موصوف شود به نحوی که از نظر عرفی حقیقت موجود با موصوف تغایر داشته باشد را اوصاف جوهری دانسته و سایر اوصاف را غیر جوهری می‌داند. ایشان در تبیین ملاک تشخیص اتحاد حقیقت موجود و موصوف با اختلاف حقیقت، احتمال داده نگاه عرفی میزان باشد هر چند حقیقت فلسفی به نحوی دیگر باشد.^۲

ظاهر عبارت شیخ انصاری ذاتی بودن نظر عرف است به این معنا که عرف حاکم به این تفاوت است و نظر عرفی متبع است چه کاشف از نظر دو طرف قرارداد باشد و چه چنین کشفی وجود نداشته باشد. اما آخوند خراسانی با نظریه تعدد مطلوب در موارد تخلف در وصف غیر جوهری، عقد را تصحیح می‌کند و میزان در جوهری بودن وصف را نظر عرفی می‌داند به این معنا که تخالف موجود با موصوف از نظر عرفی کشف می‌کند تطابقی بین انشاء دو طرف قرارداد وجود ندارد (آخوند خراسانی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ص: ۲۵۱). از این تعبیر استفاده می‌شود ملاک اصلی در اساسی بودن نظر انشاء کننده است و کارکرد عرف، کشف از نظر اوست.

به نظر می‌رسد کارکرد عرف بیش از کشف نیست و ملاک اصلی در اساسی بودن، قصد دو طرف قرارداد است و عرف با توجه به متعارف بودن، قصد را کشف می‌کند. قرائن موجود در شخص

۱. انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۵، ص: ۲۵۴ شیخ انصاری بر بطلان عقد در صورت تخلف وصف جوهری، ادعای اجماع دارد.

ثبوت خیار در صورت تخلف وصف غیر جوهری نیز مطابق مشهور است و برخی از فقیهان مانند محقق اردبیلی در این فرض نیز قائل به بطلان شده است. اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج ۸، ص: ۱۸۳

۲. المکاسب، ج ۵، ص: ۲۵۶ سید یزدی میزان بودن نگاه عرفی را متعین دانسته است. یزدی، محمد کاظم، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص: ۵۹

قرارداد نیز می‌تواند کاشف قصد باشد مثل آنکه خریدار با ورود به مغازه فروش عتیقه، کالایی را بخرد بدون آنکه تصریحی به خرید عتیقه در عقد وجود داشته باشد. در این فرض، قرینه شغل فروشنده و انعقاد قرارداد در مغازه عتیقه فروشی، کاشف از قصد خرید عتیقه است و این وصف در غالب موارد، وصفی اساسی است.

ارتباط بحث اشتباه با بحث اراده ظاهری و باطنی

در حقوق غرب دو مکتب با عنوان اراده ظاهری و اراده باطنی شکل یافته است. در توضیح این دو مکتب باید گفت: رکن اصلی هر قراردادی وجود قصد و اراده برای دو طرف قرارداد است و این اراده نیز باید اظهار شود. پس در هر قراردادی دو طرف قرارداد، اراده‌ای درونی و باطنی دارند و این اراده نیز مظهری خارجی پیدا می‌کند. در موارد توافق اراده باطنی و ظاهری، بحث از مکتب اراده ظاهری و اراده باطنی هیچ ثمره‌ای ندارد. اما در صورتی که اراده باطنی و اراده ظاهری با هم متفاوت باشد، بحث از اراده ظاهری و باطنی، ثمر بخش است. مراد از تفاوت اراده ظاهری و باطنی این است که اراده موجود در نفس با ظهور عرفی کلام بیان شده توسط او متفاوت است. مثلاً شخص در نفس خود اراده فروش مبیع الف را کرده اما در لفظ فروش مبیع ب را اظهار می‌کند. در بیان حکم این تعارض، دو مکتب در حقوق غرب بروز کرده است. در حقوق لاتین اراده باطنی مقدم می‌شود به این صورت که اگر شخص بتواند با قرائنی اراده خود را به اثبات برساند که واقعا در درون خود اراده فروش مبیع الف را داشته، ظهور کلام او در فروش مبیع ب بی تأثیر است و حکم به تحقق بیع مبیع ب نمی‌شود. در مقابل در حقوق آلمان اراده ظاهری مقدم شده است به این صورت که ظهور عرفی کلام معتبر است و شخص بدان ملزم می‌شود و نمی‌تواند ادعای خلاف آن را داشته باشد (سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدني، ج ۱، ص: ۱۷۹).

با توجه به توضیح بالا، اشتباه در مرحله اظهار اراده، مطابق هر دو مکتب اراده ظاهری و باطنی قابل فرض است اما این اشتباه در مکتب اراده باطنی تأثیرگذار است در حالی که در مکتب اراده ظاهری، اشتباه رخ داده در بطلان یا تزلزل قرارداد اثرگذار نیست. اشتباه در نفس اراده در هر دو مکتب، فرض شده و تأثیرگذار است. زیرا حتی در دیدگاه طرفداران اراده ظاهری، رکن بودن اراده باطنی انکار نمی‌شود و تنها بیان می‌شود در تعارض بین اراده ظاهری و اراده باطنی، اراده ظاهری به جهت ایجاد نظم و استقرار معاملات، مقدم است. پس تمام بحث در فرض تعارض اراده باطنی

و مظهر خارجی است و در صورتی که اراده باطنی وجود نداشته یا معیوب باشد، بین دو مکتب تفاوتی نیست و نمی‌توان حکم به ترتب آثار بر اراده ظاهری کرد.

تأثیر اشتباه در قرارداد

تأثیر اشتباه در قرارداد می‌تواند در قالب یکی از امور زیر قرار گیرد:

(۱) انعدام قرارداد (عدم تشکیل قرارداد): انعدام قرارداد در صورتی تصویر می‌شود که رکن

عقد که همان اراده دو طرف عقد و توافق آنهاست، وجود نداشته باشد. به این معنا که دو اراده هیچ تلاقی با یکدیگر ندارند. برای عدم توافق دو اراده سه مورد وجود دارد: اشتباه در هویت قرارداد که به علت نبود توافق، عقدی شکل نگرفته است. اشتباه در هویت موضوع قرارداد هم از این سنخ است. اشتباه در وجود موضوع قرارداد مثل آنکه فروشنده و خریدار بر فروش عین معینی توافق کنند در حالی که در هنگام بیع، این عین نابود بوده است. در این فرض نیز اثر اشتباه، انعدام عقد است و عقدی شکل نگرفته است. زیرا نبود متعلق اراده باعث انعدام اراده است.

(۲) بطلان مطلق قرارداد با فرض تشکیل عقد: به این معنا که هر چند رکن عقد وجود دارد

و عقد تشکیل شده اما شرطی از شروط عقلایی یا شرعی صحت عقد موجود نیست. مثل آنکه توافق بر فروش مایع معینی به تصور سرکه بودن تحقق یابد اما در واقع این مایع شراب باشد. در این فرض، عقد شکل گرفته است اما به علت مشروع نبودن موضوع قرارداد، حکم به بطلان عقد از بدو تشکیل می‌شود و این عقد دیگر صلاحیت تصحیح را ندارد. هر چند تفکیک بین انعدام و بطلان مطلق در حقوق فرانسه طرح شده است (سنهوری، احمد عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدني، ج ۱، ص: ۴۸۹) و در فقه امامیه تفاوتی بین انعدام و بطلان وجود ندارد، اما به جهت روشن‌تر شدن چگونگی تأثیر اشتباه، تفکیک بین انعدام و بطلان مطلق مفید است.

(۳) بطلان نسبی (قابلیت ابطال^۱): در ماده ۱۸۰ قانون مدنی فرانسه آمده: «اشتباه در

شخص زوج یا زوجه موجب بطلان نسبی است.» مراد از بطلان نسبی این است که

^۱. سیمون ویت تیکر، ره پیک، سیامک، عیوب اراده در حقوق فرانسه،

اختیار ابطال عقد در دست اشتباه کننده است و با دادخواست اشتباه کننده و حکم دادگاه، عقد از ابتدا باطل می‌شود و هیچ اثری بر عقد حتی تا زمان ابطال، مترتب نخواهد بود.^۱ این امر شبیه کاشف بودن اجازه در عقد فضولی است که عقد تا پیش از صدور اجازه، بی اثر است اما با اجازه آثار صحت از ابتدای عقد مترتب می‌شود. بطلان نسبی از یک سو با عدم نفوذ (موقوف بودن) و از سویی دیگر با جعل خیار (قابلیت فسخ) متفاوت است. در عدم نفوذ، عقد تا پیش از اجازه باطل است و اثری بر آن مترتب نمی‌شود و صحت آن متوقف بر رضایت مالک یا ولی است و در صورت عدم تحقق رضایت، عقد باطل خواهد بود. در حالی که در بطلان نسبی، عقد تا پیش از دادخواست ابطال، صحیح است و در صورت عدم ارائه دادخواست، حکم به صحت عقد می‌شود. در قابلیت فسخ، عقد تا زمان فسخ، صحیح است و تمام آثار صحت بر آن مترتب می‌شود و تنها در ادامه، عقد از بین خواهد رفت و تمام آثار عقد صحیح بین عقد و فسخ بر این عقد مترتب خواهد بود. در حالی که با ابطال قرارداد، حکم به بطلان عقد از ابتدا خواهد شد. هر چند بطلان نسبی در حقوق فرانسه تعریف شده، اما هیچ ردّ پایی از آن در فقه امامیه وجود ندارد.

۴) موقوف شدن: به این معنا که صحت عقد منوط به رضایت انشاء کننده است هر چند این رضایت متأخر از عقد باشد. در چگونگی تأثیر رضایت انشاء کننده دو دیدگاه وجود دارد: برخی رضایت را کاشف قلمداد می‌کنند به این صورت که با حصول رضایت، حکم به صحت عقد از ابتدا می‌شود و تمام آثار عقد صحیح از ابتدا بر آن مترتب خواهد شد و برخی رضایت را ناقل می‌دانند به این صورت که تا زمان حصول رضایت، عقد صحیح نیست و با حصول رضایت، آثار عقد صحیح در ادامه بر آن مترتب می‌شود (انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۳، ص: ۳۳۵). موقوف شدن در اشتباه در سِمَت قابل تصویر است مثل آنکه شخص می‌داند نسبت به دختر دیگران ولایتی ندارد اما مثلاً

^۱ سنه‌وری، احمد عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی، ج ۱، ص: ۴۸۹، صفایی، سید حسین، اشتباه در خود موضوع معامله در حقوق ایران و فرانسه، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پاییز ۱۳۴۹، شماره ۳، کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، ص: ۳۳۱

زینب را به گمان اینکه دختر دیگری است فضولتاً عقد می‌کند و سپس معلوم می‌شود زینب دختر خود اوست به این نحو که اگر می‌دانست زینب دختر اوست، راضی به عقد نبود. در این فرض، ولیّ به عقد رضایت نداشته، به همین دلیل صحت عقد متوقف بر رضایت اوست (شیری، سید موسی، کتاب نکاح (زنجانی)، ج ۱۳، ص: ۴۵۰۷).

۵) قابلیت فسخ (ثبوت خیار): به این معنا که اشتباه کننده بتواند معامله را فسخ کند. قابلیت فسخ در موارد مختلفی تصویر دارد مانند اشتباه در ارزش موضوع قرارداد. مثل آنکه خریدار با اشتباه در ارزش موضوع قرارداد، کالا را با اختلاف قیمت فاحش در بازار خریداری می‌کند. در این فرض، اشتباه کننده می‌تواند به این علت قرارداد را فسخ کند.

۶) بی اثر: به این معنا که اشتباه هیچ تأثیری در عقد نمی‌گذارد و حتی موجب ثبوت خیار نیست. مانند اشتباه در داعی به این صورت که شخص به تصور احتیاج داشتن به کالایی آن را خریداری کند و پس از عقد متوجه شود، هیچ نیازی به این کالا نداشته است.

مطابق قانون قدیم فرانسه، اشتباه از ناحیه تأثیر در صحت عقد به سه قسم تقسیم می‌شود:

۱) اشتباهی که موجب بطلان عقد است و از آن به اشتباه مانع (الغلط المانع) تعبیر شده است.

۲) اشتباهی که باعث می‌شود اشتباه کننده توانایی ابطال عقد را داشته باشد که از آن به عیب در اراده تعبیر شده است.^۱

۳) اشتباهی که تأثیری در صحت عقد ندارد.

در قانون قدیم فرانسه، اشتباه در هویت عقد، اشتباه در هویت موضوع قرارداد و اشتباه در سبب عقد، موجب بطلان مطلق قرارداد است. اشتباه در جنس موضوع قرارداد و اشتباه در شخص متعاقد در فرض تأثیر گذار بودن شخصیت متعاقد نیز موجب بطلان نسبی قرارداد است و اشتباه در وصفی که به موضوع قرارداد تعلّق ندارد، اشتباه در ارزش موضوع قرارداد، اشتباه در شخص

^۱ سنهوری، عبد الرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی؛ ج ۱، ص: ۲۹۳ سنهوری در نظریه العقد، ج ۱، ص: ۳۵۳ نتیجه قسم دوم را بطلان نسبی قرار داده است که بیان شد: از بطلان نسبی و قابلیت ابطال، یک حقیقت اراده شده است.

متعاقد در صورتی که شخصیت او محل اعتبار در عقد نباشد و اشتباه در انگیزه بر عقد (الغلط فی الباعث) خللی در صحت قرارداد ایجاد نمی‌کند (سنه‌وری، احمد عبدالرزاق، نظریه العقد، ج ۱، ص: ۲۹۳).

تحلیل رابطه اشتباه و قصد

حقوقدانان تنها اشتباهی را موضوع بحث خود قرار داده‌اند که مؤثر در اراده باشد و این تأثیر، گاه موجب انعدام اراده و گاه موجب معیوب شدن اراده است. اشتباهی که موجب انعدام اراده می‌شود، عنوان مستقلاً در حقوق ندارد و در بحث توافق دو اراده مطرح شده و اشتباهی که موجب عیب اراده می‌شود، در بحث عیب اراده با عنوان مستقل اشتباه، مطرح شده است. با توجه به این نکته، اشتباه با دو شرط ذیل بحث اشتباه قراردادی جای می‌گیرد:

یکم: اشتباه در مراحل شکل‌گیری اراده و قصد رخ داده باشد نه آنکه در ناحیه اجرایی کردن قصد اشتباه رخ دهد و مثلاً انشاء کننده به اشتباه ایجاب میعی را انشاء کند که قصد فروش آن را نداشته است یا در نقل یا تفسیر، اشتباه صورت گیرد به این نحو که به هنگام نقل یا تفسیر اراده‌ی عاقد توسط غیر، اشتباهی صورت گرفته و اراده او به اشتباه نقل یا تفسیر شود (سنه‌وری، عبد الرزاق احمد، الوسیط؛ ج ۱، ص: ۲۹۰ و ۲۹۱).

دوم: اشتباه زمانی اشتباه قراردادی تلقی می‌شود که سبب از بین رفتن اراده یا عیب در آن شود نه آنکه قرارداد به علتی غیر از خلل در اراده باطل باشد. به همین دلیل، اشتباهات زیر خارج از بحث اشتباه در اراده است:

(۱) اشتباه در علت تعهد: مثل آنکه وارث با علم به بطلان وصیت، با موصی له در افراز

سهم خود مصالحه کند. در این فرض، به علت نبود ملکیت برای موصی له، صلح باطل است و خلل در اراده موجب بطلان عقد نیست.

(۲) اشتباه در وجود شرایط صحت قرارداد: مانند اشتباه در وجود موضوع قرارداد، اشتباه

در مالیت موضوع قرارداد، اشتباه در امکان اجرای قرارداد (مقدور بودن مفاد قرارداد)،

اشتباه در محجور نبودن طرف قرارداد. این فرض نیز داخل در بحث اشتباه نیست. زیرا

علت بطلان قرارداد، حکم قانون و نبود شرایط صحت است و خلل در عنصر اراده، موجب بطلان نشده است.

حال باید با تحلیل چگونگی تحقق اراده و قصد، جایگاه تحقق اشتباه و نحوه تأثیر آن در قصد را

روشن ساخت. به همین دلیل ابتدا مراحل تکوّن قصد بیان شده، پس از آن رابطه اشتباه و این مراحل بیان خواهد شد.

برای قصد چهار مرحله بیان شده است:

۱) مرحله تصویر یا ادراک یا خطور: در این مرحله، قراردادی که قرار است انجام گیرد در ذهن

شخص نقش می‌بندد و مثلاً فروش مبیع الف به ذهن او خطور می‌کند. هر چند خطور در بسیاری از موارد به نحو غیر اختیاری در ذهن شکل می‌گیرد^۱ اما ممکن است به صورت اختیاری و در قالب اخطار تحقق یابد. این فرض بیشتر در اموری است که دارای زوایایی گوناگون بوده و تصمیم‌گیری درباره آن زمان بر باشد. مثلاً ابتدا فکر کردن درباره ازدواج با فلان دختر به ذهن شخص خطور می‌کند و پس از بررسی سود و زیاد فکر کردن در این ارتباط، درباره فکر کردن تصمیم می‌گیرد. پس از تصمیم درباره فکر کردن، ازدواج با این دختر را وارد دستگاه تصمیم‌گیری کرده، مراحل تصمیم‌گیری درباره آن را پی می‌گیرد.

۲) مرحله تأمل یا تدبیر یا سنجش: در این مرحله ذهن، سود و زیان کار خود از زوایای مختلف

اعم از اقتصادی و غیر اقتصادی را می‌سنجد. مثلاً آیا فروش مبیع الف، در زندگی او خللی ایجاد نمی‌کند؟ آیا فروش آن باعث رنجش خاطر عزیزان او نمی‌شود؟ آیا با پول حاصل از فروش، می‌تواند نیازهای خود را تأمین کند؟ آیا راه بهتری برای تأمین نیازش به جز فروش مبیع الف ندارد؟ و ارزیابی‌هایی دیگری که بسته به باورها و نیازهای اشخاص با هم متفاوت است.

۳) مرحله عزم و تصمیم و قصد: عقل پس از ارزیابی دواعی گوناگون، نیکو و مفید بودن یکی

را تصدیق می‌کند و تصمیم به انجام آن می‌گیرد. مثلاً به این نتیجه می‌رسد که راهی جز فروش مبیع الف ندارد و این کار به صلاح اوست.

۴) مرحله اجرای تصمیم: در مرحله آخر، شخص به دنبال اجرای تصمیم خود حرکت می‌کند

^۱ برخی لازمه ارادی بودن خطور را تسلسل دانسته‌اند و به همین دلیل در تمام موارد، خطور را امر غیر ارادی می‌دانند. (شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، ج ۱، ص: ۱۲۹) اما این مطلب صحیح نیست و در برخی از موارد، خطور می‌تواند ارادی باشد و در قالب اخطار، شکل گیرد هر چند به ناچار در مراحل سابق این اخطار ارادی، نتیجه خطور غیر ارادی خواهد بود. با این بیان، مشکل تسلسل نیز حل می‌شود.

و مثلاً قصد فروش مبیع الف را در قالب ایجاب، ابراز می‌نماید.^۱

به علت پیچیدگی‌های موجود در ذهن، گاه یک عمل ارادی از چندین مرحله اراده شکل می‌گیرد. مثلاً بدهکار برای اینکه به این تصمیم برسد که بدهی خود را با فروش خانه پرداخت کند، چند اراده و مراحل آن را می‌پیماید. ابتدا پرداخت بدهی به ذهن او خطور می‌کند. پس از آن سود و زیان پرداخت بدهی را ارزیابی می‌کند و با ترجیح سود پرداخت بدهی، تصمیم به پرداخت بدهی می‌گیرد و پس از آن زمان اجرای تصمیم آغاز شود اما پرداخت بدهی با فرض نداشتن نقدینگی امکان تحقق خارجی ندارد. حال نوبت به اراده جدیدی می‌رسد که در آن راه‌های مختلف پرداخت بدهی به ذهن خطور کرده، سود و زیان هریک مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و حتی امکان دارد تمام این مسیرها در کنار یکدیگر قرار گرفته و با مقایسه با هم ارزیابی شود. مثلاً فروش خانه به عنوان راهکاری برای تأمین نقدینگی به ذهن خطور می‌کند. سپس سود و زیان آن را مورد سنجش قرار می‌دهد. پس از آن با درک وجود سود در آن، فروش خانه را قصد می‌کند. در مرحله بعد باید این تصمیم عملیاتی شود. اجرای این تصمیم گاه نیازمند مقدماتی است که شخص برای امکان اجرای تصمیم خود، این مقدمات را انجام می‌دهد. پس از عرضه خانه برای فروش، پیشنهادهایی برای خرید خانه مطرح می‌شود که فروشنده با خطور این پیشنهادات به ذهن خود و بررسی سود و زیان آن به تصمیم می‌رسد و تصمیم خود را در قالب ایجاب، بیان می‌کند.

با این توضیح روشن شد: تمام تصمیمات ارادی انسان به همین چهار مرحله بازگشت دارد هر چند ممکن است تصمیمات ارادی در طول یا عرض یکدیگر قرار گیرند و در هر یک از آنها مراحل چهارگانه، طی شود.

پس از تحلیل اراده باید ملاحظه کرد اشتباه در کدام یک از مراحل اراده قابل تحقق است؟ بیشتر موارد اشتباه در مرحله خطور یا اخطار ایجاد می‌شود مثلاً شخصی به اشتباه تصوّر کند بدهکار به دیگری است و همین اشتباه باعث شود، فروش خانه به عنوان راهکاری برای پرداخت بدهی، در ذهن او خطور کند یا اخطار شود. اشتباه در مرحله خطور، سبب تحقق اراده بر مبنای اشتباه است و مطابق تصویر سازی حقوقدانان در برخی از موارد مانند اشتباه در هویت قرارداد،

^۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۱، ص ۲۳۵ در برخی از تحلیل‌ها برای اراده پنج مرحله تصویر شده که مرحله رضایت و شوق بین مرحله سنجش و قصد اضافه شده است.

موجب انعدام اراده شده و در برخی از موارد مانند اشتباه اساسی در موضوع قرارداد، موجب عیب اراده است.

اشتباه در مرحله ارزیابی نیز رخ می‌دهد مثل آنکه به اشتباه تصوّر کند فروش خانه به صلاح اوست در حالی که واقعا فروش خانه به زیان اوست. این اشتباه حتی به دید حقوقدانان (غریبه، علی، حوزه تأثیر اشتباه در قرارداد، فصلنامه حقوق، بهار ۱۳۹۸، شماره ۱۰۱)، خارج از بحث اشتباه قراردادی است زیرا شخص به احتمال خطا در ارزیابی التفات دارد و اراده خود به قرارداد را منوط به ارزیابی قرار نمی‌دهد. به عبارتی دیگر، کارکرد سنجش و ارزیابی، در حد داعی بر قرارداد است و خطای در ارزیابی موجب از بین رفتن اراده یا معیوب شدن آن نیست.

اشتباه در مرحله تصمیم مثل آنکه شخص فروش مبیع الف را ارزیابی کرده و به صلاح بودن آن را تصدیق کرده اما به اشتباه تصمیم به فروش مبیع ب بگیرد. به اشتباه در این مرحله داخل در بحث اشتباه قراردادی است و موجب انعدام اراده می‌شود.

اشتباه در مرحله اجرای تصمیم مثل آنکه به اشتباه اراده واقعی خود را به نحوی دیگر انشاء کند و مثلا فروش تبلت را اراده کرده اما به اشتباه، فروش لبتاب را ایجاب کند. همانگونه که بیان شد، اشتباه در مرحله اجرای تصمیم، خارج از بحث اشتباه قراردادی و اشتباه در مراحل شکل‌گیری اراده است.

تأثیر اشتباه در انعدام اراده و معیوب شدن آن مبتنی بر نگاه حقوقدانان بود اما به نظر می‌رسد اشتباه به خودی خود نمی‌تواند موجب انعدام قصد شود. در توضیح باید گفت:

انشاء که رکن اصلی قرارداد و سبب شکل‌گیری آن است، امری قصدی است و تحقق آن، متوقف بر وجود قصد انشاء کننده است. انشاء کننده در هنگام قرارداد قصد انشاء را دارد هر چند این قصد ناشی از اشتباه باشد. کشف اشتباه پس از اشتباه باعث نمی‌شود قصد موجود در زمان انعقاد قرارداد، از بین برود. پس صرف اشتباه در هیچ فرضی سبب عدم صدور قصد نشده و التفات متأخر سبب نابودی قصد هنگام قرارداد نیست.

انعدام اراده تنها در چند صورت فرض می‌شود:

۱) تعلیق قصد: در جایی که قصد و به تبع آن انشاء، معلق به امری باشد، با عدم تحقق

این امر، قصد نیز از بین می‌رود. مثل آنکه انشاء را معلق بر عتیقه بودن مبیع خریداری

شده کند به این معنا که در صورت عتیقه نبودن، قصد خرید را ندارد. در این فرض، قصد به خرید مبیع معینی که واقعا عتیقه نیست صادر نشده است هر چند خریدار به اشتباه تصوّر عتیقه بودن آن را داشته باشد (حائری، کاظم، فقه العقود، ج ۱، ص: ۴۷۸). پس صرف اشتباه موجب انعدام قصد نیست و قصد به علت معلّق بودن بر امری و عدم وجود این امر، صادر نشده است و کشف اشتباه سبب کشف عدم صدور اراده است.

(۲) وجود نداشتن متعلّق قصد: در صورتی که متعلّق قصد و به تبع آن انشاء، وجود نداشته باشد، قصد در حقیقت به امری پوچ تعلق گرفته و می‌توان قصد به قرارداد را منعدم دانست. مثل آنکه بر خرید ماشین معینی به صورت مبیع جزئی توافق کنند در حالی که این ماشین وجود خارجی ندارد. باز صرف اشتباه موجب انعدام اراده نیست بلکه اراده به علت متعلّق نداشتن، بی اثر است هر چند شخص به اشتباه تصوّر کند قصد او متعلّق دارد. کارکرد کشف اشتباه نیز کشف از بی اثر بودن اراده است. برخی از تحلیل‌های ارائه شده در بطلان قرارداد در فرض اشتباه اساسی نیز بازگشت به این مطلب دارد. مثل آنکه گفته شده: در صورتی که از نظر عرفی بین مبیع معین موجود با مبیع موصوف تغایر وجود داشته باشد، قرارداد باطل است.^۱

(۳) عدم تطابق بین ایجاب و قبول: در صورتی که ایجاب و قبول به شیء واحدی تعلّق نگیرد و بین آنها تطابق وجود نداشته باشد، عقد شکل نگرفته است و قصد دو طرف قرارداد بی اثر است. مثل آنکه بایع تملیک مبیع الف را ایجاب کند و مشتری تملیک مبیع ب را قبول کند. در این فرض نیز صرف اشتباه موجب انعدام اراده نیست بلکه اراده حتی با منشأ اشتباه وجود دارد و به علت تطابق نداشتن قصد و انشاء دو طرف و عدم تشکیل قرارداد، قصد بی اثر خواهد بود.

۱. انصاری، مرتضی، المکاسب، ج ۵، ص: ۲۵۴ شیخ انصاری در بحث تخلف اوصاف غیر اساسی، به این مطلب اشاره می‌کند که تخلف وصف غیر اساسی از نظر عرفی موجب مغایرت موجود با معقود علیه نیست بر خلاف تخلف وصف اساسی. از این تعبیر استفاده می‌شود که بطلان عقد در فرض تخلف اوصاف اساسی، تغایر موجود با معقود علیه است به این معنا که قصدی به خرید موجود صادر نشده پس بایع موجود محقق نمی‌شود و قصد صادر شده نیز متعلقی در خارج ندارد، پس بی اثر است.

با این توضیح روشن شد: اشتباه به هیچ وجه نمی‌تواند قصد و اراده را از بین ببرد یا مانع ایجاد آن شود. بلکه تعلیق باعث صادر نشدن اراده بود، متعلق نداشتن قصد و عدم تطابق بین ایجاب و قبول، سبب بی اثر شدن قصد می‌شود.

همانگونه که اشتباه نمی‌تواند موجب انعدام اراده شود، نمی‌تواند موجب عیب در اراده و قصد باشد. زیرا قصد امر بسیطی است و امر آن دایره مدار وجود و عدم است و نمی‌توان فرض گرفت: قصد وجود دارد اما معیوب است. بله می‌توان تصویر کرد که منشأ تحقق قصد، اشتباه باشد مثل آنکه با اشتباه در مرحله خطور، سایر مراحل شکل‌گیری قصد طی شده، قصد بر پایه همین خطور اشتباه، ایجاد گردد.

جمع بندی

قرارداد نهادی است که با اراده و قصد دو طرف قرارداد تشکیل می‌شود.^۱ دو طرف قرارداد اثر قرارداد را انشاء می‌کنند که در صورت تطابق ایجاب و قبول، عقد ایجاد می‌شود. اصل در هر

۱. قرارداد از سنخ امور انشائی است که دو طرف قرارداد با انشاء اثر عقد، آن را در ظرف اعتقاد خود ایجاد می‌کنند. جزیره‌ای را فرض کنید که هیچ ارتباطی با دنیای خارج ندارد و در آن دو نفر زندگی می‌کنند. نیازهای این دو نفر با مبادلاتی که با یکدیگر انجام می‌دهند، تأمین می‌شود. به هنگام مبادله، نفر اول کالای خود را در مقابل کالای طرف مقابل، به ملکیت او وارد می‌کند و نفر دوم عملیات انجام شده توسط نفر اول را قبول می‌کند. اتفاقی که در این مبادله رخ داد، ایجاد ملکیت مشتری بر مال بایع در مقابل مال مشتری توسط بایع و قبول این ایجاد توسط مشتری است. بایع و مشتری اعتقاد دارند، به صرف بیع ملکیت مبیع برای مشتری است و ملکیت ثمن برای بایع است و در ترتیب اثر، متوقف بر اعلام نظر هیچ کس نیستند. پس عمل بایع و مشتری سبب می‌شود ملکیت در اعتقاد این دو، وجودی اعتباری پیدا کند و چون جامعه و قانونی فراتر از جامعه و قانون بین این دو نفر نیست، بایع و مشتری در ترتیب اثر منتظر هیچ امر دیگری نیستند. حال اگر جامعه‌ای فراتر از این دو نفر وجود داشته باشد، صرف اعتبار انجام شده توسط دو طرف قرارداد، کافی نیست و باید اعتبار ملکیت از سوی جامعه پذیرفته شود. برای این مطلب دو دلیل اصلی وجود دارد:

۱) هر چند دو طرف قرارداد، متعهد اصلی قرارداد هستند اما نتیجه این قرارداد در رابطه حقوقی این دو نفر با سایر افراد جامعه تأثیر گذار است.

۲) گاه یکی از دو طرف قرارداد به تعهدات خود عمل نمی‌کند. در این فرض قانون تنها به افرادی کمک خواهد کرد که ضوابط مد نظر قانونی را در انعقاد قرارداد رعایت کرده باشند.

مطابق مبانی اسلام، تنها شارع حق حکومت دارد و می‌تواند اعتبار ملکیت توسط اشخاص را بپذیرد یا رد کند. شارع اعتبار ملکیت از سوی دو طرف قرارداد را در صورت دارا بودن ضوابط و شرایطی امضا می‌کند. اما نیازی به ورود مستقیم شارع در تمام معاملات نیست. بلکه پس از بیان ضوابط و شرایط در قالب گزاره‌هایی عام، اگر معامله انجام شده توسط دو طرف قرارداد، در بردارنده ضوابط و شرایط اعلامی از سوی شارع بود، معامله رخ داده امضا می‌شود و ملکیت اعتبار شده، تنفیذ می‌گردد و اگر معامله رخ داده، ضوابط و شرایط اعلامی را دارا نباشد، حکم به بطلان این معامله خواهد شد.

عقدی نیز لزوم است و باید برای اثبات قابل فسخ بودن عقد، دلیلی بر آن اقامه شود. در فرض اشتباه، اثر عقد توسط دو طرف انشاء شده و قصد نیز در نفس اشتباه کننده منقدح شده، عقد تشکیل می‌شود. به هنگام قرارداد، دو طرف به این قرارداد رضایت دارند هر چند این رضایت ناشی از تصوّر اشتباه باشد. صرف از بین رفتن رضایت پس از التفات، سبب بطلان قرارداد نیست چنانچه پیشمان شدن فروشنده یا خریدار پس از بیع، سبب بطلان آن نخواهد شد. در نتیجه، اشتباه در قصد، انشاء و رضایت خللی وارد نکرده، از این ناحیه مشکلی در صحت و حتی لزوم قرارداد ناشی از اشتباه نیست. تنها در صورتی که انشاء معلق باشد یا متعلق قصد در خارج وجود نداشته باشد یا تطابق بین ایجاب و قبول موجود نباشد، عقد باطل خواهد بود و در صورت نبود این سه امر، عقد صحیح خواهد بود. اثبات خیار نیز نیازمند دلیل است که در فرض وجود دلیل، حکم به اثبات خیار خواهد شد.

باید دقت داشت: بحث از اشتباه در موضوع قرارداد زمانی مطرح است که موضوع قرارداد، جزئی و معین باشد زیرا در فرض کلی بودن مبیع مثلاً، اشتباه در وجود اوصاف تأثیری در صحت قرارداد ندارد و متعهد باید شیء تحویل داده شده را با فردی که اوصاف را دارا باشد، تحویل دهد.

با این توضیح روشن شد: دو طرف قرارداد به هنگام عقد، اثر عقد را ایجاد می‌کنند و این اثر در نظر این دو وجود پیدا می‌کند و اگر با ضوابط و شرایط شرعی تطبیق شد، حکم به وجود آن در نظر شارع نیز خواهد شد. علاوه بر وجود اثر عقد، نفس قرارداد نیز وجودی اعتباری دارد و این وجود اعتباری تا زمانی که اثر بر آن مترتب باشد باقی است. مثلاً عقد خیاری تا زمانی که خیار باقی است، وجود اعتباری دارد تا خیار بتواند عقد را منحل کند. همچنین در عقود که اقاله در آنها ممکن است، وجود اعتباری عقد مستمر است و تا زمان امکان تحقق اقاله، وجود اعتباری عقد فرض می‌شود.

بررسی دلالت قواعد عمومی بر بطلان معامله‌ی با جهت نامشروع

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

محمد کاظم شم آبادی^۱

چکیده

یکی از مسائل مهم باب معاملات، بحث از تأثیر جهت در صحت و فساد معامله است. مشهور فقهای امامیه این مسأله را در ضمن سه صورت شرط، داعی و علم به جهت نامشروع مطرح کرده و در دو صورت اول حکم به بطلان معامله کرده‌اند. این پژوهش در صدد برآمده تا مستندات که مربوط به قواعد عمومی باب معاملات - و نه از روایات خاصه - هستند، ذکر کرده و آنها را مورد ارزیابی قرار دهد. به نظر می‌رسد با قطع نظر از روایات خاصه، قاعده‌ای عام در باب معاملات که بتواند حکم به بطلان چنین معامله‌ای کند وجود نداشته باشد و مستندات ذکر شده در کلمات فقهاء قابل مناقشه است.

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

کلید واژه

جهت، نامشروع، باطل، معامله

مقدمه

جهت در معاملات یا همان انگیزه و علت غایی، حقیقتی است که انسان‌ها را به معامله با یکدیگر وادار می‌سازد. این جهات بسیار گسترده بوده و قابل شمارش نیستند و لکن طبق معیاری می‌توان آنها را به مشروع و غیر مشروع تقسیم کرد. مراد از جهت نامشروع این است که به وسیله شرع، مورد نهی واقع شده است. پرسش این است که عقدی که از ناحیه شرع و عقل، هیچ خللی در آن راه ندارد و تمام شروط عوضین و متبائن و مقومات یک عقد را به همراه دارد، آیا به مجرد اینکه جهتش نامشروع است می‌توان حکم به حرمت و یا بطلان آن کرد؟ آیا شارع در ناحیه علت غایی معامله هم دخالت داشته و مشروعیت جهت را، شرط حلیت و صحت معامله می‌داند؟ به عنوان مثال کسی که می‌داند به زودی ورشکست خواهد شد، اگر به قصد فرار از دین، اموال خود را به تملیک دیگران در بیاورد، چنین معامله‌ای باطل خواهد بود؟

این مسأله برای فقهاء ناآشنا نبوده و در روایات نیز چندین باب از اخبار به ظاهر متنافی را به خود اختصاص داده است. مشهور فقهاء مسأله را به سه صورت (علم به جهت حرام، شرط کردن جهت حرام، غایت معامله بودن جهت حرام) مطرح کرده و صورت دوم و سوم را باطل دانسته و روایات مانعه را نیز حمل بر این دو صورت کرده‌اند. استناد این دسته از فقهاء برای اثبات مدعای خود، به ادله خاصه و قواعد عمومی باب معاملات - مانند اکل مال به باطل - بوده است. به نظر می‌رسد که با وجود روایات خاصه بر بطلان، مشهور فقهاء دقت همیشگی خود را در استناد به قواعد عامه مبذول نداشته و از کنار آن گذشته‌اند و شاید بطلان نزد آنها به قدری واضح بوده که نیازی به توضیح بیشتر ندیده‌اند. با وجود تنافی ظاهری که در اخبار وجود دارد و اختلافی که در جمع بین اخبار بین فقهاء است، استناد به قواعد عمومی باب معاملات و بررسی سقم صحت آنها، مهم به نظر می‌رسد.

این تحقیق در صدد بیان حکم وضعی (صحت و بطلان) معاملات با جهت نامشروع از طریق قواعد عامه دال بر بطلان برآمده است و لذا بررسی روایات خاصه، خارج از موضوع تحقیق بوده و مجال

واسعی می‌طلبد. در این نگارش سعی شده که تمام قواعد داله بر بطلان چنین معامله‌ای که در کلمات فقهاء و یا مقالات علمی، ذکر شده، جمع آوری شده و به دقت مورد بررسی قرار بگیرد. در ابتدا به طرح مسأله در کلمات فقهاء پرداخته و سپس با بیان صورت‌های مسأله، ادله بطلان را یک به یک مطرح کرده و سپس آن را مورد ارزیابی قرارداده و صحت و بطلان استناد به آن را روشن می‌کند

پیشینه

با توجه به روایاتی که در این زمینه وارد شده، این مسأله در کلمات فقهای قدیم همچون شیخ طوسی یافت می‌شود. ایشان در کتاب المتاجر «النهایه» در باب «بیع الغرر و المجازفه و ما یجوز بیعه و ما لا یجوز» فروش انگور را به کسی که آن را شراب می‌کند، بدون اشکال دانسته و گناه آن را بر عهده کسی که آن را به شراب تبدیل می‌کند، می‌داند (النهایه: ۴۰۳). پس از او ابن ادریس حلی با طرح مسأله، بر ایشان خرده گرفته است (السرائر: ۲: ۳۲۷). معامله با قصد نامشروع را علامه حلی در کتب مختلف خود بررسی کرده و فروعات متعددی را طرح کرده و آنها را مستند به روایات کرده است. کمتر فقیه‌ی است که در بحث اکتساب محرم، به این مسأله اشاره نکرده باشد. شیخ انصاری نیز به تفصیل به طرح این مسأله پرداخته و حواشی‌های زیادی حول کلام ایشان مطرح شده است (مکاسب محرمه: ۱: ۱۲۱).

طرح مسأله در کلمات فقهاء

یکی از موضوعات مهم باب تجارات، اکتساب محرم است که یکی از مصادیق بارز آن، اکتساب به اعیان نجسه‌ای است که منفعت محله‌ای ندارند که در بطلان آن تردیدی نیست و خلل در ناحیه عوضین است. یکی از مصادیقی مورد تردید آن، موضوع این تحقیق می‌باشد. در حقیقت فقهاء این مسأله را طرح کرده‌اند که اگر معامله‌ای که تمام شروط صحت و مقومات یک عقد را داراست و تنها خلل احتمالی، جهت نامشروعی است که مترتب بر این عقد شده است، آیا می‌توان حکم به بطلان چنین معامله‌ای کرد؟ آیا شارع، مشروع بودن جهت را یکی دیگر از شرط صحت عقد می‌داند؟ با وجود احتمال حرمتی که در چنین عقدی می‌رود، در بطلان آن- بنابر تلازم- تردید می‌شود و وجود اخبار به ظاهر متنافی، به تردید در بحث افزوده است. شیخ طوسی در بحث متاجر «النهایه» فروختن انگور را به کسی که آن را شراب خواهد کرد بدون اشکال دانسته و معتقد است کسی که شراب درست می‌کند مرتکب گناه شده و نه کسی که به او فروخته است. اما اگر بائع شرط کند که

باید در حرام صرف شود و عقد مبتنی بر آن باشد، فعل حرامی را مرتکب شده است (نهایه ۲: ۳۲۷). ایشان در کتاب مبسوطش حکم وضعی آن را نیز بیان کرده و علی رغم حرام بودن چنین معامله‌ای، حکم به عدم بطلان آن می‌کنند. (المبسوط ۲: ۱۳۸)

ابن ادریس حلی نیز بعد از نقل این قول، عدم بطلان را با تمسک به «اوفوا بالعقود» در کلام شیخ طوسی تأیید کرده و معتقدند که شرط، فاسد است اما مفسد عقد نیست (السرائر ۲: ۳۲۸). ایشان در همین کتاب، فروختن چوب را به کسی که می‌داند از آن بت یا صلیب درست می‌کند بدون اشکال دانسته و در آخر میفرمایند بهتر است اجتناب شود (السرائر: ۲۲۵).

چنانچه ملاحظه می‌شود تا آن زمان فقط دو صورت علم و شرط در کلمات فقهاء مطرح بوده است لکن علامه حلی در «نهایه» بحث از غایت را وارد این فرع کرده و می‌فرماید: معامله‌ای که به قصد رسیدن به حرامی باشد، هم حرام است و هم باطل. اما اگر بائع شرطی نکند (و غایتش هم ترتب فعل حرام نباشد) اشکالی ندارد و «احل الله البیع» آن را شامل می‌شود. چرا که عقدی است که تمام ارکانش کامل است. اما در صورتی که مجرد علم باشد، احتمال حرمت داده بدون اینکه حکم وضعی آن را بیان کند و سپس بیشتر روایات مانعه را حمل به صورتی می‌کنند که غایت معامله حرام باشد (نهایه الاحکام ۲: ۴۶۸). ایشان در کتاب «منتهی» با تفصیل بیشتری وارد این مسأله شده است. ظاهر عبارت منتهی، حکم به حرمت و بطلان معامله‌ای است که غایتش غیر مشروع باشد و یا شرط شده باشد. همچنین ایشان معتقدند که حکم به جواز در صورت علم، مورد وفاق اصحاب می‌باشد (منتهی ۱۵: ۳۶۲)

شهید اول در «الدروس الشرعیه» (۳: ۱۶۲) و «القواعد و الفوائد» (۱: ۶۱) همین سه قسم را مطرح نموده است. و لکن شهید ثانی صورتی را که موجب می‌داند که مشتری منافع حرامش را استیفاء می‌کند، مانند دو قسم دیگر حرام می‌داند (الروضه البهیة ۳: ۲۰۶).

محقق اردبیلی حتی صورت ظن را نیز ملحق به علم کرده و آن را حرام دانسته است (مجمع الفائدة و البرهان ۸: ۴۹). چرا که بائعی که می‌داند، مشتری این انگور را تبدیل به شراب خواهد کرد، در حقیقت بائع نیز این را قصد کرده و ایندو (علم و قصد) از هم قابل تفکیک نیستند. سید یزدی نیز در حاشیه مکاسب، معتقد به عدم تفکیک بین آن دو شده است.

در «ریاض المسائل» نیز جواز صورت علم را محل تردید دانسته و احتیاط را در صورت علم، لازم دانسته‌اند (۸: ۱۴۴).

علامه (مختلف الشیعه ۵: ۲۲) و شهید ثانی (مسالک ۳: ۱۲۴) و (روضه ۳: ۲۱۱) و ظاهر شیخ طوسی در تهذیب (۷: ۱۳۶) و محقق کرکی (حاشیه ارشاد: ۱۰۹) از جمله از فقهای هستند که در صورت علم - بدون شرط شدن و هدف غائی بودن - قائل به حرمت شدند و لکن مشهور قائل به عدم حرمت میباشند و صاحب جواهر نیز قول به حرمت را ضعیف می‌داند (جواهر ۲۲: ۳۳).

شیخ انصاری نیز همین سه فرض را طرح فرموده و صورت علم را به صورت تفصیلی مورد بررسی قرار داده اند. البته ایشان عین مشتمل بر صفت حرامی که از آن قصد حرام می‌شود (مانند جاریه مغنیه) در این مسأله مطرح کرده و در بعضی از صور، آن را ملحق به صورت شرط کرده است (مکاسب محرمة ۱: ۱۲۳).

محقق ایروانی نیز همین سه قسم را ذکر نموده با این فرق که در هر کدام از سه قسم اخذ حرام یا به نحو مستقل است و یا به صورت غیر مستقل و همراه با غایت محلل دیگر. بنابراین مسأله را در شش صورت قابل طرح می‌دانند. نکته قابل ذکر در کلام ایشان، مخالفتشان با مشهور در جمع بین روایات - که تفصیل بین غایت و شرط محرم و بین علم - و ایراد به ادله مشهور می‌باشد. (حاشیه مکاسب ۱: ۱۴). کما اینکه حاج شیخ اصفهانی نیز جمع بین روایاتی را که مشهور ارائه کردند را نمی‌پذیرند. در این بین، امام خمینی با طرح فروعات جدید با ادله ای مبسوط تر، اباحت جدیدی را مورد بحث قرار داده که در فروض مسأله به آن اشاره خواهد شد (مکاسب محرمة. امام خمینی ۱: ۱۹۳).

چنانچه ملاحظه می‌شود، عمده بحث در کلمات فقهاء در حیطة حکم تکلیفی است. آنچه این تحقیق در صدد بیان آن است قواعد عمومی باب معاملات است که ناظر به حکم وضعی (صحت و بطلان) اینگونه از عقود است. بنابراین موضوع این مقاله این خواهد بود که اگر معامله‌ای که مقومات عقدیت را داراست و واجد تمام شروط متعاقدين و عوضین هم هست، اما هدف از انجام معامله، فعل حرامی باشد، آیا در اینجا می‌توان حکم به بطلان کرد؟ بعد از اینکه معامله فی حد نفسه تمام شروط و مقومات را داراست، آیا فعل حلال به قصد غیر مشروع حرام می‌شود؟ و آیا شارع، غرض و داعی نامشروع از عقد را، موجب بطلان عقد می‌داند؟

جهت نامشروع در حقوق موضوعه

بند ۴ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، یکی از شروط صحت معامله را، مشروع بودن جهت می‌داند و در ماده ۲۱۷ به بطلان معامله با جهت نامشروع، حکم شده است البته بنابر اینکه به جهت نامشروع در

معامله، تصریح شده باشد. می‌توان از ماده ۲۱۷ این نکته را به دست آورد که ذکر جهت در معامله لازم نیست و عدم ذکر آن، خللی در صحت عقد به وجود نمی‌آورد. اگر جهت نامشروع به عنوان شرط در متن عقد، ذکر شود آیا طبق ماده ۲۱۷ باطل می‌شود و یا اینکه طبق بند ۳ ماده ۲۲۲ قانون مدنی که شرط نامشروع را در عقد باطل دانسته و لکن ضرری به صحت عقد نمی‌زند. که در حقوق هر نظریه‌ای، طرفداران خاص خود را دارد. از ماده ۲۱۷ همچنین می‌توان فهمید که اگر علم به جهت نامشروع باشد، بدون اینکه به آن تصریح شده باشد، معامله صحیح خواهد بود که از این جهت با مشهور فقهاء همسو هستند. اما اگر بنای عقد بر جهت نامشروع باشد، بدون اینکه در متن عقد به آن تصریح شود، آیا باید اخذ به ماده ۲۱۷ کرده و معامله را صحیح بدانیم؟ بنابر نظر بسیاری از حقوقدانان معامله باطل خواهد بود (اعمال حقوقی. کاتوزیان ۲: ۲۳۳).

فروض مسأله

فقهائی که بعد از شیخ انصاری این مسأله را مطرح کردند، حول سه محور (علم به جهت نامشروع، شرط کردن جهت نامشروع، هدف غایی بودن جهت نامشروع) قلم فرسایی کرده و با اندکی تغییر، به بیان مسأله پرداخته‌اند. در این میان، امام خمینی با بیان فروعات جدیدی به تبیین مسأله پرداخته که جامعیت آن قابل توجه است و لذا تقسیم ایشان مورد لحاظ قرار گرفته و محور بحث‌های آتی می‌باشد. ایشان عینی را که هم منافع حلال دارد و هم منافع حرام، به هفت قسم تقسیم کرده و حکم هر یک را بیان می‌کنند: (مکاسب محرمة ۱: ۱۵۹)

- ۱- مبیع، کلی مقید باشد به نحوی که فقط برحرام قابل انطباق باشد.
 - ۲- مبیع، جزئی خارجی است که در نهایت باید تبدیل به شراب شود (توصیف مبیع به وصف متقدم).
 - ۳- مبیع، کلی و یا جزئی است و لکن مشروط به شرط متأخر است که باید در حرام استفاده شود.
 - ۴- بائع شرط کرده که عین را فقط در منفعت حرام آن استیفاء کند.
 - ۵- بائع شرط می‌کند که در منفعت حرام هم باید استفاده شود.
 - ۶- معاوضه بر عینی است که مشتمل بر صفتی است که از آن صفت، فعل حرام قصد می‌شود. مانند جاریه مغنیه. این قسم نیز مشتمل بر فروضی است:
- الف: افزایش قیمت به خاطر وجود صفت است.
- ب: صفت تأثیری در افزایش قیمت ندارد.

ج: صفت به جهت کمال بودنش مورد لحاظ قرار گرفته و افزایش قیمت پیدا کرده، بدون اینکه قصد استیفاء حرام از صفت داشته باشد.

د: همان صورت سوم است بدون اینکه افزایش قیمتی در مقابل صفت باشد.

ه: اینگونه است که قصد استیفاء حلال از صفت حرام می‌شود که خود بر دو گونه است. یا منفعت محله نادر است و یا شائع.

۷- فروختن عین مباحی که در حرام صرف می‌شود که تقسیمات متفاوتی می‌تواند داشته باشد: طبق یک تقسیم گاه بائن می‌داند که مشتری آن را در حرام صرف می‌کند و گاه نیز می‌داند که هنگام بیع، چنین اراده‌ای ندارد و لکن بعد از بیع برای او چنین اراده‌ای پیدا می‌شود. بنابراین یا اینطور است که این بیع و تسلیم مبیع، سبب می‌شود که بعداً برای او چنین اراده‌ای حادث شود و گاه نیز اینگونه نیست. تقسیم دوم می‌تواند اینگونه باشد که یا بائن قصد توصل به حرام و یا رجاء آن را دارد و یا ندارد. و طبق تقسیم سوم یا به ترک بیع، حرام هم ترک می‌شود و یا اینگونه نیست.

سه صورت مشهور (علم، اشتراط، داعی) در ذیل قسم چهارم و پنجم و هفتم در کلام امام مورد مطالعه قرار گرفته و عین مشتمل بر صفت حرام را که برخی از فقهاء مانند شیخ انصاری در همین جا بحث کرده‌اند، در قسم ششم مورد بررسی قرار گرفته است.

امتیاز این تقسیم در جامعیت آن در ذکر اقسام مسأله و شقوق احتمالی در هر قسم است که به تفصیل مورد لحاظ قرار گرفته است. ادله‌ی مطرح شده توسط ایشان در رد و یا اثبات هر قسمی نیز نسبت به سائر فقهاء از جامعیت برخوردار بوده و لذا بیانات ایشان محور این تحقیق قرار گرفته است.

با دقت در تقسیمی که امام خمینی ارائه می‌دهند، روشن می‌شود که در سه قسم اول این تقسیم، خلل شرعی در ناحیه مبیع بوده و به عبارت دیگر، ورود قصد نامشروع در این عقد، از ناحیه مبیع بوده است. با توجه به اینکه موضوع این تحقیق در مورد معامله‌ای است که هیچ خللی در ارکان، متباین و عوضین ندارد و تنها مشکل، قصد نامشروعی است که از این عقد می‌شود، لذا سه صورت اول این تقسیم، در این تحقیق مورد بررسی قرار نگرفته است.

لازم به ذکر است که هدف این تحقیق بررسی دلالت قواعد عمومی بر بطلان معامله به قصد نامشروع است و لذا اخبار خاصه مورد لحاظ قرار نمی‌گیرد. البته اگر بتوان از روایات، قاعده‌ای کلی اصطیاد کرده که دال بر فساد و یا صحت چنین معامله‌ای باشد، طبیعتاً مورد لحاظ قرار خواهد گرفت.

تعریف جهت معامله

جهت معامله همان هدف و انگیزه غیر مستقیم و بدون واسطه معامله است که قبل از انجام معامله در هر یک از طرفین معامله پیدا می‌شود و سبب انجام معامله می‌شود. مثلاً در فروش يك دستگاه اتومبیل، جهت معامله از حیث فروشنده ممکن است مثلاً خریدن اتومبیل دیگر و یا يك جهت نامشروع مثلاً برای حمل و نقل و قاچاق مواد مخدر باشد. و یا کسی که مقروض است و منزل خود را می‌فروشد تا اداء دين کند، جهت فروش خانه، تأدیه دين است. (حقوق مدنی. امامی. ۱: ۲۶۶- قواعد فقهی. بجنوردی ۲: ۲۶۷)

علت معامله هدف مستقیمی است که طرفین معامله آن را انتظار دارند. مثلاً در فروش يك دستگاه اتومبیل به مبلغ صد میلیون تومان، علت معامله در نزد فروشنده، به دست آوردن مبلغ صد میلیون تومان است و در نزد خریدار به دست آوردن مالکیت اتومبیل است. (قواعد فقهیه بجنوردی، سید محمد ج ۲، ص: ۲۶۷)

ارتباط جهت با معامله

جهت خارج از ارکان معامله است. جهت صرفاً انگیزه با واسطه تشکیل عقد است و بر خلاف عقیده برخی از نویسندگان معاصر (ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۴۳۸) جهت متعلق به قصد طرفین یا تراضی ایشان مقید به تراضی ایشان نیست، هر چند ممکن است سبب رضایت طرفی باشد که انگیزه مزبور در او وجود دارد. زیرا، آنچه يك طرف را بر تشکیل عقد بر می‌انگیزد، تأثیری در طرف دیگر عقد ندارد و منشأ حصول رضایت او نیست و دسترسی به جهت، و عدم آن برای طرف دیگر عقد، یکسان است. بنا براین، هرگز صحیح نیست که گفته شود، رضایت طرف دیگر عقد با تراضی طرفین مقید به جهتی است که در طرف نخست عقد وجود دارد. گاهی ممکن است، جهت معامله طرف دارای جهت نامشروع، حتی برای طرف دیگر نامطلوب باشد، منتهی دسترسی به مورد عقد او را وادار به قبول معامله با وجود انگیزه مزبور در طرف نخست عقد می‌کند. باید دانست منظور از تقید رضایت یا تراضی نسبت به جهت، این است که در صورت فقدان جهت، رضایت طرف دیگر عقد، یا رضایت طرفین منتفی باشد که در نتیجه آنچه عقد را باطل می‌کند، صرفاً وجود جهت نامشروع در یکی از دو طرف عقد است، هر چند که این جهت نسبت به طرف دیگر عقد امری نامطلوب باشد.

همچنین جهت معامله را نمی‌توان جزء یا قید موضوع عقد دانست. زیرا موضوع عقد، مورد تحقق اثر حقوقی عقد است و جهت عقد، امری خارج از آن است. بنا بر این موضوع نامشروع را نباید با جهت نامشروع اشتباه کرد.

ادله بطلان معاملات به سبب جهت نامشروع

در این تحقیق سعی شده که تمامی ادله مطرح شده در بطلان چنین معامله‌ای در کلمات فقهاء و یا مقالات علمی جمع آوری شود تا مورد نقد و بررسی قرار گیرد و در ذیل هر دلیلی اشاره خواهد شد که کدام یک از فروض مسأله مورد مناقشه قرار گرفته است. این ادله در کلمات فقهاء به طور پراکنده مورد بحث قرار گرفته و لکن بیشتر این ادله در کلمات امام خمینی مطرح شده و لذا بیانات ایشان به تفصیل بررسی خواهد شد.

۱) مخالفت با مقتضای عقد و تناقض در مقام انشاء

این دلیل به صورتی اختصاص دارد که استیفاء منفعت در حرام، به صورت شرط منحصره باشد که در صورت تحلیل، به دو شرط رجوع می‌کند؛ در منافع حلال استیفاء نکند و فقط منفعت حرامش را استفاده کند. در این مسأله فرقی ندارد که شرط در متن عقد ذکر شده باشد و یا اینکه بر آن توافق شده و عقد مبتنی بر آن باشد.

امام خمینی معتقدند در عقدی که در آن شرط شده که مبیع فقط در حرام استیفاء شود، درحقیقت مانند عینی است که نزد عرف منفعتی نداشته و لذا عقلاء آن را به عنوان مال و یا ملک اعتبار نمی‌کنند، چرا که اعتبار این دو منوط به مشروعیت انتفاعات مبیع است، گرچه در بعض موارد باشد. ممکن است که استیفاء منافع حرام نزد عرف اهمیت زیادی داشته باشد ولیکن همانطور که شرط موجب، لازم الوفاء است و مشتری حق ندارد از منافع حلال این عین استفاده کند، قانون شرع نیز در محیط متشرعه لازم الوفاء است و حق استفاده منافع حرام، برای بائع نخواهد بود و لذا این عین، در حکم عین بدون منفعت خواهد بود؛ به علت شرط و یا به علت شرع.

حال وقتی بائع عینی که مشتری نمی‌تواند هیچ منفعتی از آن ببرد را تملیک می‌کند بدان معناست که شرط می‌کند به ملک مشتری در نیاید؛ گویا بائع میگوید به تو می‌فروشم، اما هم زمان می‌گوید:

نمی‌فروشم. چنین شرطی مخالف مقتضای عقد و تناقض گوئی در مقام جعل و انشاء است و قطعاً بطلان عقد را به دنبال خواهد داشت^۱.

ممکن است اشکال شود که مفاد شرط عدم جواز استیفا منافع محله آن است و نه عدم انتقال عین تا چنین شرطی مخالف مقتضای عقد باشد. از طرفی، شرط در رتبه بعد از انعقاد عقد و تملیک عین به مشتری است و امر متأخر نمی‌تواند رافع موضوع خودش در رتبه قبل باشد. بنابراین شرط مخالف با مقتضای عقد معقول نیست. نهایت این که این شرط غیر مشروع است و اگر شرط فاسد را مفسد عقد بدانیم، از این جهت عقد بیع باطل خواهد بود. مانند کسی که نذر می‌کند که در مال خودش هیچ گونه تصرفی نکند. بنابر صحت چنین نذری، مال از ملک او خارج نشده و از مالیت نیز ساقط نمی‌شود، چرا که ملکیت در موضوع نذر مفروض است و لذا نذر نمی‌تواند رافع موضوع خود باشد امام در دفع این اشکال معتقدند که قوام مالیت یک شیء به وجود منفعت در آن و امکان استیفاء آن است و لذا در محیط تکوین همانطور که اگر مالی منفعت نداشته باشد، عقلاء اعتبار ملکیت و مالیت ندارند، همچنین است اگر منفعت آن سلب شده باشد. در محیط تشریع نیز در صورتی که منافع حلال عینی قابل استیفاء نباشد، ملکیت و مالین نخواهد داشت و مبادله مال بمال در مورد آن صادق نخواهد بود. بنا براین وجود چنین شرطی مخالف با مقتضای عقد خواهد بود.

بررسی دلیل اول

اینکه شرط عدم انتفاع با جعل و انشاء تملیک ناسازگار باشد قابل تأمل است. چرا که چنین شرطی رجوعش به عدم ملک نخواهد بود - نه به دلالت مطابقی و نه التزامی - تا با انشاء تملیک در تعارض باشد. آنچه می‌توان گفت این است که صدر و ذیل این عقد با هم ناسازگارند و تهافتی وجود دارد، و لکن این تهافت به عالم انشاء مربوط نمی‌شود و در نزد عرف اینگونه نیست که گویا بائع گفته باشد «به تو فروختم اما نفروختم». آنچه می‌توان گفت این است که در مواردی که تنافی شرط با مقتضای عقد، عرفی باشد - مانند شرطیت عدم انتقال مبیع به مشتری - انشاء عقد با مشکل مواجه می‌شود، چنانچه شیخ انصاری نیز در اینگونه موارد معتقدند که انشاء عقد محقق نمی‌شود. (مکاسب ۵۰:۶). و لکن در مسأله مورد بحث، نه تنها عرف، جعل شرط عدم انتفاع را با مقتضای عقد و تملیک عین در

^۱. لازم به ذکر است که این بحث مبتنی بر اینکه شرط فاسد، مفسد عقد باشد و یا نباشد، نیست. چرا که این مسأله در جایی مطرح است که شرط فاسد، مخالف با مقتضای عقد نباشد.

تتافی نمی‌بینند، بلکه چنین شرطی در راستای مقتضای عقد و انشاء تملیک عین است. بنابراین شرطی سبب بطلان عقد می‌شود که مانعی برای تحقق انشاء معامله باشد.

محقق ثانی معتقد است شرط عدم استیفاء منافع به صورت مطلق، مخالف با ماهیت عقد - و نه اطلاق عقد - است و لذا با مقتضای عقد در تتافی بوده و سبب بطلان معامله می‌شود. (جامع المقاصد ۴: ۴۱۴). ظاهر کلام ایشان این است که این تتافی عرفی است و این همام ملاکی است که شیخ انصاری ارائه دادند. ولی این کلام به صورت مطلق مورد پذیرش نیست؛ می‌توان گفت در مواردی که غرض از چنین شرطی، عقلایی باشد، هم شرط صحیح است و هم بیع. مانند اینکه قطعه طلایی فروخته و شرط کند که هیچ انتفاعی نبرد تا به ورثه او برسد. بر خلاف اینکه انگوری بفروشد و شرط کند که فقط برای تخمیر استفاده کند. (ارشاد الطالب ۱: ۸۱). بنابراین نه شرط انحصار استیفاء منافع در حرام، مخالف با مقتضای عقد و انشاء تملیک است و نه شرط عدم استیفاء منافع به صورت مطلق. چرا که اعتبار ملکیت در نزد عرف، متوقف بر ثبوت منافع محله و یا استیفاء منافع ندارد.

۲) مالیت نداشتن عین

این دلیل نیز منحصر به صورتی است که موجب، شرط کرده که استیفاء منافع حرام به نحو منحصر باشد.

برخی از فقهاء معتقدند که با وجود چنین شرطی، منافع حلال آن طبق شرط و منافع حرام آن طبق شرع، ساقط می‌شود و در نتیجه این عین هیچ منفعتی ندارد. شرط می‌تواند سبب تنقیص و یا زیادت مالیت شود، همانطور که می‌تواند عین را از مالیت ساقط کند. با توجه به اینکه مالیت اشیاء متقوم به وجود منفعت و امکان استیفاء آن است، در حقیقت می‌توان گفت که چنین مبیعی از مالیت ساقط شده است و فرقی نمی‌کند که عدم وجود منفعت و عدم استیفاء آن از حیث تکوین و خارج باشد یا منشاء شرعی داشته باشد. در هر صورت چنین عینی از مالیت ساقط شده و مبادله مال بمال صدق نمی‌کند. با توجه به اینکه مالیت داشتن یکی از شروط صحت عقد است لذا این معامله باطل خواهد بود.

ممکن است گفته شود: گرچه مالیت عین از بین رفته و لکن اگر مشتری از شرط تخلف ورزد و عین را به شخص ثالثی بفروشد، به سبب تخلف شرطش، معامله خیاری شده و لکن صحیح می‌باشد که حاکی از مالیت داشتن عین است. مانند جانی که بایع شرط می‌کند که مشتری مبیع را نفروشد که

اگر مشتری تخلف ورزیده و عین را بفروشد، بیع دوم صحیح بوده و لکن خیار تخلف شرط ثابت است. (مکاسب محرمة. امام خمینی ۱:)

امام خمینی معتقدند این بیان در دفاع از مالیت داشتن چنین مبیعی صحیح نیست؛ چرا که صحت بیع مشتری، متوقف بر صحت خرید او در بیع اول است. اگر صحت خرید او هم مبتنی بر صحت بیعش باشد دور لازم میاید که محال است. برای دفع دور تمسک به کاشفیت صحت بیع مشتری از خرید او در بیع اول، صحیح نیست. چون با وجود مبتنی بودن صحت بیع دوم بر بیع اول، کاشفیت معنی ندارد. از این رو قیاس مسأله ما به آنچه مستشکل به آن تمسک کرد صحیح نیست. چرا که در آن مثال، صحت بیع اول و شرطش یقینی است و لذا تخلف شرط موجب بطلان معامله نخواهد شد. اما در مسأله ما صحت بیع اول با وجود چنین شرطی مشکوک است و لذا نمی‌توان حکم به صحت بیع دوم و کاشفیت آن از بیع اول کرد (مکاسب محرمة ۱: ۱۸۱).

بررسی دلیل دوم

۱- یکی دیگر از خصوصیات که در کلمات بعض فقهاء به عنوان عنصر دخیل در مالیت ذکر شده، عدم حرمت انتفاع می‌باشد. بنابراین شیئی که شارع منفعت آن را حرام کرده مال نیست. در مقابل برخی دیگر از فقهاء معتقدند که نهی شارع نمی‌تواند شیء را از مالیت ساقط کند. منشاء این اختلاف، تفاوت نظری است که در حقیقت مالیت وجود دارد که سه نظریه است:

الف: برخی معتقدند که مالیت یک امر اعتباری است گرچه از یک امر واقعی انتزاع می‌شود (محقق اصفهانی. کتاب الاجاره).

ب: برخی دیگر معتقدند که از رغبت نوعی مردم به چیزی، مالیت انتزاع می‌شود که یک حیثیت واقعی است و نه اعتباری و لذا اعتبارات در آن دخلی ندارد. بلکه شارع می‌تواند بگوید که احکام مال، مترتب نمی‌شود. مثلاً بگوید که فلان شیء را خرید و فروش نکنید و یا اینکه به ملکیت در نمی‌آید، اما نمی‌تواند شیء را از مالیت ساقط کند. (محقق ابروانی. حاشیه بر مکاسب ۱: ۱۶۵) بنابراین نهی از ترتب اثر وانتفاع از یک شیء به معنای اسقاط مالیت نیست و اصولاً شارع نمی‌تواند شیء را از مالیت ساقط کند. چرا که مقوم مالیت، رغبت نوعی مردم است که یک امر واقعی است و نه اعتباری و هر جا که چنین رغبتی باشد مالیت در آنجا صادق است. اگر مال عرفی بخواهد از حیث شرعی احکام مال بر

آن مترتب نشود احتیاج دارد به اینکه شارع مبادله آن را تحریم کرده باشد - و نه انتفاع آن را - تا احکام مال بارنشود.

ج: برخی دیگر از فقهاء معتقدند اگرچه مالیت از یک امر واقعی انتزاع شده اما منافات ندارد که شارع هم به عنوان یک مقنن بتواند در آن دخالت داشته باشد. چون گرچه قوام مالیت به رغبت نوعی مردم و بذل عوض در مقابل آن است و لکن از آنجا که منفعت داشتن شیء به اعتبارات مختلف، می تواند متفاوت باشد لذا شیئی نزد شارع مال است که منفعت داشتن آن مورد قبول شارع باشد. پس می توان این نتیجه را گرفت که وجود منفعت در اعتبار هر مقنن با تحریم آن منفعت در قانون آن مقنن جمع نمی شود. فقهای که عدم تحریم انتفاع را از مقومات مالیت می دانند معتقد به نظریه سوم هستند و لذا نهی از انتفاع را سبب بطلان معامله می دانند؛ چرا که نهی شارع سبب از بین رفتن مالیت شرعی شده و آثار مالیت مترتب نخواهد شد. لذا نه ضمان دارد و نه می توان آن را خرید و فروش کرد و باقی آثار نیز مترتب نخواهد شد

در مقایسه، نظریه دوم صحیح به نظر می رسد؛ چرا که قوام مالیت به رغبت نوع مردم است و شارع نمی تواند با نهی از انتفاع، جلوی این رغبت را که همان مالیت عرفی است، نفی کند. امام خمینی نیز در «کتاب البیع» معتقد شدند که مالیت عرفی با نهی شارع قابل اسقاط نیست. (کتاب البیع ۳: ۱۰) بلکه اگر بعد از نهی شارع، رغبت عمومی نیز منتفی شد اینجا هم مالیت منتفی است و لکن نه به خاطر نهی شارع، بلکه به خاطر انتفاء رغبت عمومی.

۲- بر فرض قبول مبنا، شرط، در صورتی می تواند شیء را از مالیت ساقط کند، که شرط صحیحی بوده و تبعیت از آن لازم باشد. و لکن در محل کلام منع شرعی از عمل به این شرط وجود دارد. (ارشاد الطالب ۱: ۸۲)

۳- مالیتی که به سبب تخلف شرط می آید، همان مالیتی است که در گذشته نیز بوده - نه مالیتی که در زمان آتی حادث شود - و با توجه به اینکه شرط مزبور در شرع قابل اعتناء نیست لذا تخلف از آن نزد عرف متشرعه قبحی نداشته که در نتیجه می توان گفت که مالیت شیء باقی است

۳) اکل مال به باطل

فقهاء با استدلال به «اکل مال به باطل»، در چند صورت حکم به بطلان معامله کرده اند:

۱- شرط منحصر: یعنی جایی که موجب شرط کرده که این عین فقط در منافع حرامش استیفاء شود. با توجه به سقوط مالیت عین، ثمنی که در مقابل آن اخذ می‌شود، اکل مال به باطل بوده و سبب بطلان عقد خواهد شد. چه این شرط در متن عقد ذکر شده باشد و چه ذکر نشده ولیکن بر آن توافق شده باشد. روشن است که این مسأله ارتباطی با مفسد بودن شرط فاسد و یا نبودن آن ندارد و در هر صورت عقد باطل خواهد بود، چرا که ثمن در مقابل منفعت حرام قرار گرفته است (مکاسب شیخ انصاری ۱: ۱۲۳).

۲- شرط غیر منحصر: یعنی مشتری حق دارد علاوه بر استفاده از منافع حرام، از منافع حلال عین هم استفاده کند. در این قسم نیز دو احتمال می‌رود:
الف: در مقابل شرط، چیزی اعتبار نشده است و این شرط در مقابل تنقیص و یا زیادت احتمالی ثمن، هیچ نقشی ندارد. روشن است که این صورت مربوط می‌شود به اینکه آیا شرط فاسد، مفسد هم خواهد بود یا خیر.

ب: در مقابل شرط، چیزی اعتبار شده است. در حکم مسأله دو احتمال است:
احتمال اول: این مسأله از مصادیق « شرط فاسد، مفسد است یا خیر » خواهد شد. چرا که ملاک صورت انشائی معامله است و فرض این است که ثمن معامله روی شرط تقسیط نمی‌شود. گرچه به واسطه شرط، ثمن معامله کم و یا زیاد می‌شود و لکن دلیل بر این نیست که شرط هم در ماهیت معاوضه دخیل است. بنابراین احتمال، شرط، زائد بوده و اصل معامله صحیح بوده و این بحث مربوط می‌شود به بحث « شرط فاسد مفسد هم خواهد بود یا خیر ».

احتمال دوم: قصد موجب از اینکه شرطی کرده و ثمن را کمتر گرفته، این نبوده که در مالیت عینش تنقیص ایجاد کند و قصد مجانیت نیز نکرده، بلکه ثمن کمتر را در مقابل شرطی که برای او مالیت داشته، لحاظ کرده است. و به عبارت دیگر آنچه نزد عقلاء مهم است واقع معامله خواهد بود و نه الفاظ معاملات و در واقع نیز این عین با لحاظ این شرط مبیع واقع شده است. حال اگر این شرط در خارج واقع نشود، آنچه در مقابلش لحاظ شده بود بدون عوض خواهد شد و از مصادیق اکل مال به باطل خواهد شد. اگر در موارد تخلف از شروط صحیح و وصف قائل به حق خیار می‌شویم و نه بطلان معامله، به خاطر وجود دلیل خاص بر مسأله است و با نبود دلیل خاصی، طبق قاعده باید حکم به بطلان کرد که مورد بحث اینچنین است. امام خمینی بعد از بیان این دو، احتمال اول را اقرب به واقع دانسته‌اند.

۳- عین مشتمل بر صفت حرام: مثال معروفی که در کلمات فقهاء برای این قسم به آن استشهاد شده جاریه مغنیه است. امام خمینی در تقسیم جامعی بیع ثمن جاریه را در چند صورت، باطل می‌داند: الف: عین بدون آن صفت، مالیت نداشته و لذا تمام ثمن، در مقابل صفت حرام قرار می‌گیرد. ب: عین بدون صفت در نزد عقلاء از مالیت کمی برخوردار است و لذا مبلغ زیادی از ثمن در مقابل آن صفت حرام است.

ج: عین از مالیت برخوردار است و قسمتی از مالیتش به خاطر واجد بودن این صفت است و به لحاظ این صفت، بیع صورت گرفته است.

د: صفت عین به جهت کمالی که برای آن ایجاد کرده - و نه به خاطر انتفاع خارجی از صفت - مورد لحاظ در بیع قرار گرفته و مالیتش زیاد شده است. بنابراین می‌توان گفت در هر جایی که ثمن در مقابل صفت قرار بگیرد و سبب افزایش مالیت شود بیع باطل خواهد بود و فرقی هم نمی‌کند که صفت به جهت انتفاع از آثارش مورد لحاظ بوده و یا به خاطر کمال بودنش برای عین.

ایشان معتقدند که حکم به بطلان در اینجا واضح تر از حکم به بطلان در شروط است. چرا که در مقابل شروط، ثمن توزیع نمی‌شود و لکن اوصاف از قیود مبیع بوده و در قبال ثمن بودنش واضحت‌تر است.

۴) معامله با جهت حرام

غایت حرامی که از عقود قصد می‌شود، گاهی ممکن است به صورت شرط نیز در متن عقد ذکر شده باشد - که در این صورت رجوعش به قسم اول خواهد بود - و گاهی نیز فقط مقصود از عقد، ترتب فعل حرام است بدون اینکه شرطی شده باشد و یا توافقی بر آن شده باشد.

مشهور فقهاء و بلکه بنا بر تعبیر علامه در منتهی (منتهی المطلب ۱۵: ۳۶۴) و صاحب ریاض (۸: ۱۱۴) به اجماع فقهاء، حکم به تحریم صورت اول شده است و آن را نیز باطل می‌دانند و برخی از فقیهان معاصر مانند مرحوم نائینی تصریح به «اکل مال به باطل» بودن چنین معامله می‌کنند (منیه الطالب ۱: ۱۰) اما در صورت دوم که فقط داعی بر این معامله، عمل نامشروع است بدون اینکه شرطی در متن عقد ذکر شده باشد و یا تواطق بر آن شده باشد. در اینجا نیز صاحب جواهر ظاهر کلمات اصحاب را مانند صورت قبل می‌دانند

بررسی دلیل سوم

اشکالاتی در تمسک به آیه شریفه وجود دارد که «اکل مال به باطل» بودن موضوع بحث را خدشه دار می‌کند:

۱- استدلال به آیه مبتنی بر این است که «باء» را مقابله گرفته که در این صورت آیه اشاره دارد به بطلان مواردی که خلل در ناحیه عوضین است و نه در ناحیه انشاء. در محل بحث نیز ثمنی را که بائع پرداخت می‌کند در مقابل استیفاء منافع حرام عین می‌باشد که غیر شرعی و باطل خواهد بود. کما اینکه شیخ انصاری (مکاسب ۹: ۱) و امام خمینی به این مطلب معتقدند (المکاسب المحرمه ۱۱۵: ۱۲۸) ولیکن ظاهر آیه شریفه به قرینه مقابله این است که «باء» سببیت باشد که در این صورت مراد از آیه، اسباب باطلی است که قابلیت نقل عین را ندارند و خلل در ناحیه عوضین خارج از حدود آیه شریفه است. (حاشیه مکاسب ۱: ۲۶) (مصباح الفقاهه ۱: ۱۶۳). اما مفروض بحث، این است که سبب از حیث عرفی و شرعی مشکل ندارد و معامله به جهت قصد نامشروع مورد تردید واقع شده است. البته می‌توان گفت که با فرض قبول احتمال اول، تمسک به آیه شریفه صحیح نباشد، چرا که مفروض بحث این است که عوضین هیچ خلل شرعی و عرفی ندارند و تنها عاملی که سبب تردید در صحت معامله شده، قصد نامشروع است. مگر اینکه گفته شود که قصد نامشروع، سبب ایجاد خلل در ناحیه مبیع می‌شود که البته این کلام قابل تأمل است.

۲- گرچه مقدس اردبیلی معتقدند که باطل در آیه شریفه، شرعی است (زبد البیان: ۵۴۲) و لکن این ادعاء که مراد از باطل، عرفی باشد و نه شرعی، بعید به نظر نمی‌رسد؛ کما اینکه شیخ انصاری به این مطلب معتقدند (مکاسب: ۸۵). در مسأله مورد بحث نیز با قطع نظر از شرع، مورد مبادله قرار گرفتن چنین عینی از نظر عرف بدون اشکال است.

این گفته که «عرف در تبیین مفاهیم مرجع است و نه در تطبیق آنها» گرچه معروف است و لکن مورد مناقشه قرار گرفته است. (فقه و عرف، ابوالقاسم علی‌دوست ۲۵۲-۲۸۲). علاوه بر اینکه در مفاهیم اعتباری تا تطبیق به دست عرف نباشد، برای آن نمی‌توان مصداق ساخت و لذا مفاهیم اعتباری با تطبیق بر مصادیقشان به وجود می‌آیند (فقه و حقوق قراردادها، ۱۵۵). مضافاً بر اینکه اگر «باطل» را شرعی بدانیم با تخصیص بعدی ناسازگار بوده و محتاج توجیه خواهد بود. بر خلاف اینکه «باطل» را عرفی گرفته که موافق

ظاهر آیه شریفه است. چرا که باطلی که با آمدن رضایت مالک، از بین می‌رود، بطلان عرفی است و نه شرعی.

اشکال اول و دوم به هر سه صورتی (شرط منحصر و شرط غیر منحصر و عین مشتمل بر صفت حرام) که برای بطلان آن به اکل مال به باطل استدلال شده بود، وارد است.

۳- ثمن در مقابل اصل عین است و انتفاعات، از قبیل داعی بر پرداخت ثمن است. بنابراین در مقابل انتفاع حرامی که مشتری قصد آن را دارد، ثمنی پرداخت نشده تا اکل مال به باطل صدق کند، حتی اگر استیفاء منفعت در حرام به صورت شرط منحصره باشد؛ چرا که شرط در ضمن عقد، صرفاً التزامی در التزام دیگر است و لذا در مقابل آن ثمن تقسیط نمی‌شود. (ارشاد الطالب ۱: ۷۹)

۴- بر فرض که ثمن در مقابل انتفاعات نیز باشد، این مقابله بین ثمن و قابلیت انتفاع است و نه انتفاع فعلی و بر اساس اختلاف قابلیت است که مالیت عین نیز مختلف می‌شود و این قابلیت‌ها حرام نیست اگرچه انتفاع فعلی آن حرام باشد. بنابراین ثمن در مقابل انتفاع نیز اکل مال به باطل نخواهد بود. اگر ثمن در مقابل مصرف خارجی و انتفاع فعلی باشد، لازمه اش این است که هر صرف کردن انتفاع در حرامی، موجب بطلان بیع شود، چه آن را شرط کرده باشند و چه نکرده باشند و یا قصد کنند و یا نکنند.

اشکال سوم و چهارم فقط بر دو صورت اول (شرط منحصر و غیر منحصر) وارد است. چرا که در صورت سوم، ثمن در مقابل صفتی قرار گرفته که این صفت، عرفاً جزء عین است و لذا امام خمینی فرمودند که اکل مال به باطل در صورت سوم، واضحتر است.

۴) از بین رفتن ماهیت معاوضه

این دلیل مختص به صورتی است که استیفاء در حرام، فقط به صورت شرط منحصر باشد. در صورتی که شرط منحصر بر استیفاءی منافع حرام شده باشد، با توجه به سقوط مالیت عین، ثمنی که در مقابلش اخذ می‌شود، بدون عوض بوده و لذا در عرف به آن معاوضه نمی‌گویند. چرا که صدق معاوضه و معامله، مبتنی بر تبادل عوضین است. بنابراین اگر موجب شرط کند که در منافع حلال آن استیفاء نشود، مانند این است که شرط کند که عین را فقط در حرام صرف کند و از این حیث که بر هر دو معاوضه صدق نمی‌کند، شریکند. (مکاسب امام خمینی ۱: ۱۷۸)

بررسی دلیل چهارم

چنانچه از ظاهر دلیل روشن است، از بین رفتن ماهیت معاوضه، مبتنی بر عدم مالیت عین است. و لکن چون در مناقشه در دلیل دوم گذشت که این عین با وجود چنین شرطی، مالیتش باقی است، بنابراین می‌توان گفت که معاوضه صادق است.

۵) دلالت عرفی حرمت معامله بر بطلان

بنابر فرضی که حرمت چنین عقدی با تمسک به ادله ای همچون « لا تعاونوا علی الاثم و العدوان » اثبات شود آیا می‌توان معتقد به بطلان چنین عقدی شد؟

امام خمینی قائل به تفصیل بین انشاء معامله‌ی با معاطات و بین انشاء معامله‌ی با صیغه لفظی هستند. در فرض معاطات، معامله صحیح است؛ چرا که مبعوض، عنوانی - مانند اعانه بر اثم یا منکر بودن و یا از اسباب فعل حرام بودن - منطبق بر معامله است نه خود معامله. نسبت بین عنوان معامله و عنوان دیگر، عموم و خصوص من وجه است که معامله خارجی محل اجتماع آنهاست و هر کدام حکم خاص خود را دارند. با این بیان استبعاد تنفیذ شارع، سببی را که منجر به مبعوضیت شود، دفع می‌شود؛ چرا که تنفیذ روی عنوان بیع رفته و مبعوضیت هم روی عنوان دیگری همچون اعانه بر اثم. (مفتاح الکرامه ۸: ۶۲).

اما بنابر اینکه انشاء به صیغه لفظی باشد، ابتداء حکم به صحت معامله را پذیرفته است. چرا که گرچه بین تعاون بر اثم و دلیل وجوب تسلیم مضمن تراحم است - که بنابر ترجیح دوم، تسلیم واجب بوده و به خاطر اعانه، عقاب می‌شود و بنابر ترجیح اول، تسلیم جائز نبوده و چنین معاوضه‌ای نزد عقلاء صحیح نخواهد بود - و لکن می‌شود اینگونه پاسخ داد که عجز تکوینی و یا نهی شارع از تسلیم، موجب فساد معامله است و نهی و عجز بحث ما اینگونه نبوده و لذا معامله صحیح خواهد بود.

و لکن ایشان در انتها حکم به بطلان را بنابر استناد به عرف پذیرفته اند، چرا که عرف بین حرمت و مبعوضیت معامله و بین تنفیذ و وجوب وفای به معامله تنافی می‌بیند. بنابراین اگر خرید عین با قصد نامشروع و یا بیع چنین عینی با علم به استیفاء آن در حرام، مبعوض باشد، در نزد عرف با تنفیذ معامله قابل جمع نخواهد بود و جمع آنها از حیث عرف، جمع بین متنافیین است. (مکاسب

ظاهر عبارت ایشان این است که به صرف انشاء معامله با خواندن صیغه، عنوان اعانه صدق نمی‌کند. بلکه در زمان قبض و اقباض است که عنوان مزبور صدق کرده و تراحم می‌شود.

بر طبق این نظر می‌توان گفت صحت معامله به معنای امضای شارع و حکم او به وجوب و فاسد. و لذا از نگاه عرف، معقول نیست که امضای شارع به مبعوض او تعلق بگیرد. (دراسات فی مکاسب المحرمه ۲: ۳۷۶) و در نزد عرف و عقلاء هر گاه دلیل خاصی نباشد، بین ایندو منافات است. این اندیشه را می‌توان به محقق اردبیلی نیز نسبت داد. (مجمع الفائدة و البرهان ۲: ۱۲)

برخی نیز معتقدند که ادله امضاء و انفاذ، نسبت به حرام ضیق ذاتی دارد و لزوم وفاء به عقد و یا دلیل حلیت و صحت، شامل قرارداد محرم نمی‌شود (فقه و حقوق قراردادها. علیدوست ۳۶۶)

و به عبارتی دیگر می‌توان گفت که مبعوضیت معامله‌ای در عالم تشریع، ملازم با رد آن است تا موجب تقلیل ماده فساد شود، اما تنفیذ آن موجب تکثیر ماده فساد خواهد شد. شهید صدر نیز معتقد است که نهی در معاملات در بیشتر موارد دلالت بر تحریم ندارد بلکه برای بیان شرطیت و یا بیان مانعیت متعلق نهی است. بنابراین دلالت بر بطلان دارد. (دروس فی علم الاصول ۲: ۶۳)

برخی دیگر از فقیهان معاصر، فروش انگور به کسی که آن را به شراب تبدیل می‌کند را از مصادیق تعاون بر اثم دانسته - اعم از اینکه مجرد بیع را مصداق تعاون بدانیم و یا پس از اقباض - و مشمول ادله امضاء نمی‌داند، گرچه معتقدند که بعد از تسلیم عین، ادله تنفیذ شامل این معامله خواهد شد (ارشاد الطالب الی التعلیق علی مکاسب. میرزا جواد تبریزی ۱: ۱۰۲)

برخی محققان نیز با فرض اینکه چنین معامله‌ای از مصادیق تعاون به اثم باشد، در بطلان عقد معاطاتی علاوه بر استناد به ناسازگاری تحریم و امضاء، به مفهوم برخی از روایات که قاعده عامی از آن به دست می‌آید استدلال کرده‌اند مانند «انه لم یعص الله انما عصی سیده فاذا اجازه فهو له جائز». مطابق مفهوم روایت، اگر عقد و انشای قراردادی، مصداق عصیان الهی باشد فاسد است. این مفهوم با وضوح بیشتری در روایات دیگر نیز آمده است. (الکافی. ۵: ۴۷۸). اما اگر معامله در قالب صیغه لفظی باشد، و به هر دلیلی تسلیم کالا صورت نگیرد از مصادیق تعاون به اثم نخواهد بود و معامله صحیح است. و لکن تسلیم کالا از تبعات عقد است و عقد است که این زمینه را به وجود آورده است. از طرفی دیگر نیز شارع در یک جعل کلی، معامله‌ای را که از تسلیم کالا منع شده باشد را امضاء نمی‌کند. بنابراین تا وقتی که معامله از مصادیق تعاون بر اثم است باطل خواهد بود (فقه و

حقوق قراردادهای (۳۶۹). در حقیقت ایشان ادله امضاء و انفاذ را نسبت به حصه حرام دارای ضیق ذاتی می‌دانند و دلیل لزوم وفاء به عقد یا دلیل صحت و حلیت، شامل معامله محرم نمی‌شود

بررسی دلیل پنجم

۱- تفصیل بین بیع معاطاتی و بیع لفظی در کلام امام خمینی صحیح نیست؛ چرا که در صورت انشاء به هر یک از آن‌دو، علی‌رغم مبعوضیت، اگر حکم به وجوب وفاء شود، در هر دو نقض غرض شده و اگر حکم به وجوب وفاء نشود، در هر دو باطل است. چون عدم وجوب به وفاء به معنای عدم امضای شارع و عدم تنفیذ معامله است. بنابراین یک مصداق واحد نمی‌تواند دو حکم مختلف داشته باشد. (فقه و حقوق قراردادهای ۳۶۷)

۲- دفع استبعاد در بیع معاطاتی نیز صحیح نیست. چرا که عقد به لحاظ وجود خارجی‌اش مورد تنفیذ واقع شده و حکم به وجوب وفایش شده و از طرفی نیز به وجود خارجی‌اش مبعوض مولی شده و این دو از حیث عرفی قابل جمع نیستند (دراسات فی المكاسب المحرمه ۲: ۳۷۹)

۳- نهی در باب معاملات به انحاء مختلف قابل تصور است. و لکن اگر نهی، مستفاد از قواعد عمومی همچون اعانه بر اثم باشد، مشهور فقهاء قائل به عدم تلازم بین حرمت و فساد شده‌اند چرا که حرمت به اعانه بر اثم تعق گرفته تعلق گرفته و معقول نیست که حکم از متعلقش به شیء دیگری سرایت کند، اگر چه بین آنها در خارج اتحاد باشد. و بر همین مبنا، اجتماع امر و نهی، جائز شمره شده است. بنابراین حکم از اعانه به بیع سرایت نکرده و بیع، بر حکم اولی خود که جواز است باقی خواهند ماند. (قواعد فقهیه. فاضل ۴۵۸). علاوه بر این می‌توان گفت اقباض از مصادیق اعانه است و به اقباض، نهی تعلق گرفته و نه به بیع و لذا انشاء بیع صحیح خواهد بود چرا که ابراز بیع و اعتبار آن، از مصادیق اعانه نخواهد بود تا صحت مورد تردید واقع شود (فقه الصادق ۱۴: ۱۷۵)

از بین سه دلیل مطرح شده در رد استدلال چهارم، دلیل سوم قابل توجه بوده و لکن از حیث مبنا اشکال کرده و لذا ارزش علمی‌چندانی ندارد. چرا که استدلال کنندگان معتقدند که ادله اعانه و تنفیذ، انحلال پیدا کرده و مصداق خارجی هم مبعوض باشد و هم تنفیذ شود، عرفی نخواهد بود. این مطلب که تحریم و اعانه را در حد عناوین دانسته و احکام را به متعلق آنها سرایت ندهیم، جواب قانع کننده ای نخواهد بود. مگر اینکه معتقد شویم که گرچه از حیث عرفی، بین تحریم و تنفیذ تنافی

است و لکن عقل آن‌ها را قابل جمع می‌داند. چرا که دو حیطة (تکلیفی - وضعی) جداگانه بوده و به هم سرایت نخواهند کرد.

قابل توجه است که اجتماع امر و نهی در عبادات با معاملات در بحث ما تفاوتی دارد. چرا که در عبادات، نفس فعل، محل اجتماع واقع شده و نزاع در صحت و بطلان آن فعل است. بر خلاف نهی در معاملات در موضوع این بحث که هدف، عدم ترتب اثر بر این معامله است که در نتیجه دلیل پنجم را در رساندن به مدعایشان نزدیک تر می‌کند. چرا که تنافی بین تحریم یک معامله - که در اینجا به معنای عدم ترتب اثر است - با تنفیذ آن واضحه‌تر است از تنافی بین آندو در جایی که فقط بحث صحت و فساد یک فعل مطرح باشد

۶) عدم قدرت بر تسلیم

این دلیل مبتنی بر این است که حرمت تکلیفی با توجه به قواعد عمومی - مانند حکم عقل به قبح آماده کردن زمینه گناه و یا از باب تعاون بر اثم و یا از باب وجوب دفع از منکر - اثبات شده باشد و نه از اخبار.

معاوضه‌ای نزد عقلاء معتبر است که قدرت بر امکان تسلیم عین باشد و لذا در صورت عدم قدرت - عقلا و یا شرعا - معاوضه صحیح نخواهد بود. در محل کلام نیز به خاطر وجود نهی از استیفاء منفعت حرام، تسلیم عین تعذر شرعی دارد و الزام موجب نیز از طرف مشتری و یا والی جازز نخواهد بود. در چنین فرضی، مشتری نیز ثمن را تسلیم بائع نخواهد کرد. چنین معاوضه‌ای عقلانی نبوده و شرعا نیز باطل است. (مکاسب محرمة . امام خمینی: ۱۷۵)

بررسی دلیل ششم

این دلیل نیز قابل خدشه است، چرا که عجز از تسلیم تنها در صورتی که تکوینی باشد و یا اینکه نهی به تسلیم مبیع تعلق گرفته باشد، مضر به صحت معاوضه خواهد بود. لذا اگر موجب از بائع طلبی داشته باشد و در مقام استیفاء دینش، از تسلیم مبیع خودداری کند، با ماهیت معاوضه در تنافی نیست. در محل کلام نیز ترک تسلیم به خاطر غرضی خارج از معامله و مقتضای معاوضه است. می‌توان گفت که موجب قادر به تسلیم مبیع خواهد بود به شرطی که مشتری از قصد حرام خود رجوع کند. بنابراین امتناع موجب، منافات با مقتضای مبادله نداشته و بر مشتری لازم است که طبق معاوضه، ثمن را تسلیم مشتری کند.

۷) عدم مالکیت منفعت محرمه

این دلیل دال بر بطلان معامله‌ای است که قابل استیفاء حلال از عین تملیک شده نیست و یا صورتی که عقد بر منفعت حرامی منعقد شده است. منفعت حرام یک شیء، به دلیل مورد نهی واقع شدنش، در تملک مالکش نیست تا بخواهد آن را به غیر تملیک کند. (بجنوردی ۱۴۶۷: ۷ - منهاج مرعشی نجفی ۲: ۳۶). بنابراین اجاره دادن خانه برای ساخت شراب، باطل است؛ چرا که موجر چنین منفعتی را مالک نبوده تا بخواهد آن را به مستأجر تملیک کند. و یا اگر هم مالک منافع حرام باشد، قدرت بر تملیک نخواهد داشت. در بطلان چنین عقدی، فرقی نیست که قائل به عدم مالکیت منافع حرام شویم و یا عدم قدرت بر تملیک.

بررسی دلیل هفتم

- ۱- این دلیل نیز صحیح به نظر نمی‌رسد چرا که مالک یک عین، مالک تمام منافع آن شیء خواهد بود و تفکیک بین منافع یک عین عقلایی نیست.
- ۲- حرمت استیفاء بعضی از منافع، دلیل بر عدم مالکیت آن منافع نیست. بنابراین همانطور که مالکیت، محتاج سبب است، عدم مالکیت نیز این‌گونه است. و اگر منظور این است که مالک، قدرت بر تملیک ندارد، این همان عدم قدرت بر تسلیم است که در ذیل دلیل ششم مورد مناقشه قرار گرفته شد.
- ۳- در مثال اجاره دادن خانه برای ساخت شراب، حرمت استیفاء منافع، مربوط به فعل مستأجر است نه عین مورد اجاره. و لذا اگر کسی از عینی بدون اجازه مالکش استفاده ی حرام ببرد، مالک می‌تواند عوض آن منافع را بگیرد (موسوعه الامام خویی ۳۰: ۳۹) و لکن اشکال سوم قابل خدشه است. گرچه حرمت استیفاء منافع محرمه، مربوط به فعل مستأجر است و لکن مانع از این نیست که عقد اجاره، بر منفعت حرام منعقد شده باشد و لذا اشکال مستدل رجوع می‌کند که موجر، مالک چنین منفعتی نیست تا آن را بتواند تملیک کند. قیاس محل بحث با مثال مطرح شده در اشکال سوم نیز صحیح نیست؛ چرا که مراد از منافع محرمه، منفعتی است که مالک به خاطر منع شرعی نمی‌تواند آن را تملک کرده و استیفاء کند نه منفعت حرامی که دیگران به خاطر یک عنوان عرضی مثل غصبی بودن، حق استیفاء آن را ندارند.

۸) دلالت روایات بر بطلان هر عقد دارای وجهی از وجوه فساد

در کتاب تحف العقول روایتی ذکر شده که معاملات را به چهار قسم کرده و در آن اینچنین آمده: «... أما وجوه الحرام من البيع والشراء فكل أمر يكون فيه الفساد من جهة أكله و شربه أو كسبه أو نكاحه أو ملكه أو إمساكه أو هبته أو عاريته أو شيء يكون فيه وجه من وجوه الفساد نظير البيع بالربا أو بيع الميتة أو الدم أو لحم الخنزير أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحش أو الطير أو جلودها أو الخمر أو شيء من وجوه النجس فهذا كله حرام محرم لأن ذلك كله منهي عن أكله و شربه و لبسه و ملكه و إمساكه و التقلب فيه فجميع تقلبه في ذلك حرام.... و كذلك كل مبيع ملهوه به، . كل منهي عنه - مما يتقرب به لغير الله أو يقوى به الكفر والشرك في جميع وجوه المعاصي أو باب يوهن به الحق - فهو حرام محرم بيعه و شراءه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريته و جميع التقلب فيه، الا في حال تدعو الضرورة فيه الى ذلك.» (وسائل الشیعه ۱۷: ۸۴)

در روایتی مشابه، در فقه الرضا علیه السلام (ص ۱۲۰) نیز اینچنین آمده:

« كل أمر يكون فيه الفساد مما قد نهى عنه من جهة أكله و شربه و لبسه و نكاحه و إمساكه بوجه الفساد مثل الميتة و الدم و لحم الخنزير و الربا و جميع الفواحش و لحوم السباع و الخمر و ما أشبه ذلك فحرام ضار للجسم»

طبق این دو روایت، هر عقدی که مشتمل بر جهتی از فساد است که از آن نهی شده، حرام می‌باشد و این حرام، شامل حرمت وضعی هم - که همان بطلان است - می‌شود. نهی از اکل در روایت اول، فرع بر فساد معامله است. علاوه بر اینکه ظاهر روایت نیز این است که در مقام تمییز دادن تجارت‌های صحیح از باطل می‌باشد. لذا در امثله ذکر شده در متن روایت، نقل و انتقال صورت نمی‌گیرد.

شیخ انصاری در ذیل این احادیث، حرمت اکتساب را به معنای حرمت نقل و انتقال به قصد ترتب اثر می‌دانند (مکاسب محرمة ۱: ۷۶). سید یزدی نیز دلالت این حدیث را بر بطلان، واضح و بدون تأمل می‌داند. (حاشیه مکاسب ۱: ۱۰) و همچنین برخی از معاصرین (ارشاد الطالب ۱: ۱۰۱).

در محل بحث نیز استیفاء منافع محرمة، فسادی است که مترتب بر عقد خواهد شد - چه به عنوان شرط باشد و چه به عنوان غایت و یا به عنوان علم بائع به قصد استیفاء منافع حرام - و لذا بطلان عقد را به دنبال خواهد داشت.

گرچه در بیشتر مثالهای ذکر شده در متن روایت، وجهی از وجوه فساد در خود مبیع است - که این بر خلاف موضوع بحث این تحقیق است که مبیع، مشتمل بر هیچ فساد نیست - و لکن روایت اعم بوده و لذا در متن روایت به « بیع ربوی » مثال زده شده که مبیع، مشتمل بر فساد نیست و این روایت موضوع این تحقیق را که عین هیچ خللی ندارد، شامل خواهد شد. (حاشیه مکاسب . پردی ۱: ۳)

بررسی دلیل هشتم

علی رغم ضعف سندی که این دو روایت دارند، از حیث دلالتی نیز مورد خدشه واقع شده است:

۱- استدلال به عبارت « کل امر یكون فيه الفساد » در صدر حدیث تحف العقول، ارتباطی با موضوع این تحقیق - که مبیعی است که هم منفعت حلال دارد و هم حرام - ندارد. (حاشیه مکاسب . ابروانی ۱۷)

۲- تمسک به فقراتی از ذیل حدیث تحف العقول نیز خالی از اشکال نیست که به آنها اشاره می‌شود:

الف: استدلال به عبارت (و كذلك کل مبيع ملهو به ...) - علی رغم اینکه ظهور در فساد دارد - بر بطلان معامله مزبور محل تأمل است. چرا که طبق ظاهر خبر، ملاک در فساد معامله، صرف حرمت فعل و انتفاع به آن نیست، بلکه باید حرمت خطاب به خود عین نیز تعلق گرفته باشد و آن عین مورد نهی قرار گرفته باشد - مانند میتة و خون - تا جمیع منافعش و یا منفعت مقصوده آن حرام باشد. و این ملاک در مبیع مورد بحث منتفی است. چرا که مفروض این تحقیق این است که نهی به نفس عین تعلق نگرفته است، بلکه تعلق نهی به خاطر قصد نامشروعی است که بر معامله مترتب می‌شود.

(ارشاد الطالب ۱: ۱۰۱ - الحاشیه الثانیة علی مکاسب ۱۷) .

ب: تمسک به فقره « باب یوهن به الحق » در ذیل حدیث، بر بطلان معامله مور بحث نیز صحیح نیست. چرا که ظاهر عبارت مذکور به قرینه سیاق، مربوط به وهن دیانت و تقویت مذاهب فاسده است و نه مسأله فقهی که از فروع است (منهاج الفقاهه . روحانی ۱: ۲۲۶ - حاشیه مکاسب . ابروانی - ۱۷ - حاشیه مکاسب شیرازی ۱: ۵۴ - ایصال الطالب ۱۱: ۳۱۳)

ج: شمول عبارت « مما یتقرب به لغير الله » موضوع بحث را، محل تردید است. چرا که با توجه به سیاق حدیث، مراد از « غیر الله »، بت و صلیب است و نه هر معصیتی. و همینطور است تمسک به عبارت « یتقوی به الکفر و الشرک فی جمیع وجوه المعاصی ». (ایصال الطالب ۱: ۳۱۳)

حق این است که استدلال به ذیل حدیث « و كذلك کل مبيع ملهو به ... » به دلیل اشکالات مطرح شده که متناسب با سیاق روایت نیز می‌باشد مشکل است. حتی اگر احتمال وجوه معانی ذکر شده در کلام مستشکلین داده شود، به حدیث نمی‌توان بر بطلان معامله مزبور استدلال کرد. و لکن تمسک

به فقره « فكل امر یكون فيه الفساد ... » در صدر حدیث بدون اشکال بوده و اختصاص آن به مواردی که مبیع هیچ منفعت محله ای نداشته باشد و یا منفعت محله مقصوده نداشته باشد تا موضوع محل بحث را شامل نشود، ادعایی بدون دلیل است و لذا دال بر بطلان معامله مورد بحث دارد و نه صرف حکم تکلیفی حرمت. چرا که ظاهر حدیث که در مقام تقسیم معایش عباد است، بیان مالی است که اکتساب آن حلال و یا حرام است که لازمه اش بطلان و یا صحت معامله است و لذا در ضمن آن آمده که « فجميع تغلبه فی ذلك حرام » که من جمله از تغلبات، تصرف در ثمن است. و لکن التزام به صدر حدیث از این حیث که سبب تخصیص اکثر می شود ناصواب است. چرا که لازمه صدر حدیث، بطلان هر معامله‌ی حرام است که التزام به آن ممکن نیست و سبب تخصیص اکثر خواهد شد.

بنابراین انصاف این است که گرچه شیخ انصاری و بسیاری از فقهای دیگر در دلالت روایت، تأمل کرده اند (مکاسب محرمة ۱: ۱۴۵) و لکن تأملی در دلالت روایت نیست و لکن به خاطر تخصیص اکثر، نمی توان اخذ به ظاهر کرد. بنابراین این دسته از روایات نیز به خاطر ضعف سندی و دلالی، نمی توانند دال بر بطلان معامله با قصد نامشروع باشند.

جمع بندی

برخلاف نظر مشهور فقهاء، دلیل عام و تمامی که دلالت بر فساد معامله دارای جهت نامشروع وجود ندارد، حتی اگر جهت نامشروع، شرط شده باشد و یا غایت معامله باشد. لذا هیچ کدام از صورت های ذکر شده، نمی توانند از این حیث باطل باشند. تنها دلیل قابل توجه، استدلال به « دلالت عرفی حرمت معامله بر بطلان » است که برای رد این استدلال، جواب قانع کنند ای ارائه نشد. البته اصل صحت استدلال نیز محتاج تنقیح مبنای این استدلال - که انحلالی بودن ادله تنفیذ و تحریم و عدم قابلیت اجتماع در مصداق خارجی از دید عرف- در علم اصول است. علاوه بر اینکه حرام بودن چنین معامله‌ای، مفروض این استدلال بود که این نیز خود محتاج بحث بوده و مخالفینی از فقهاء را به همراه دارد. لذا این دلیل نیز، مستند محکمی برای حکم به بطلان نخواهد بود و محتاج دقت و بررسی بیشتر است، خصوصاً که با برخلاف نظریه مشهور فقهاء می باشد.

بی تأثیر بودن جهت نامشروع در بطلان معامله با توجه به قواعد عمومی باب معاملات، نتیجه به دست آمده از این تحقیق است که مخالف با نظریه مشهور و بلکه اجماع فقهاست. بنابراین ضرورت بحث از اخبار خاصه در تبیین حکم این مسأله دو چندان خواهد شد.

مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

محمد امین کبیری^۱

چکیده

در مورد «عقد» و تعریف آن به عنوان مهم ترین نهاد مباحث فقه معاملات، مطالب و قیود مختلفی بیان شده است. اما آن چه کمتر به آن پرداخته شده، این است که آیا عقد، لزوماً محتاج این است که مبتنی بر اثری وضعی مثل ملکیت، حق، زوجیت و غیره باشد یا خیر. برخی از فقهاء معاصر به این سوال پاسخ مثبت داده، لذا قراردادهایی که صرفاً مبتنی بر تعهد و التزاماند و مشتمل بر اثر وضعی نیستند را الزام آور ندانسته‌اند. این مقاله ضمن بیان عناصر ماهیت عقد، اثبات خواهد کرد که این نظریه صحیح نیست و می‌توان چنین قراردادهایی را به وسیله ادله امضاء عقود، مشروع و الزام آور دانست. بعد از اثبات عدم احتیاج عقد به اثر وضعی، مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام از باب نهاد «شرط» مطرح خواهد شد. از ثمرات مهم این بحث این است که قراردادهایی که صرفاً مبتنی بر التزام و تعهد اند، مثل قرارداد استصناع، قولنامه، قرارداد اختیار معامله (طبق برخی تصویرها) الزام آور و قابل مطالبه خواهند بود.

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

واژگان کلیدی

قرارداد، عقد، عهد، تعهد، التزام، اثر وضعی، اثر اعتباری، شرط

مقدمه

تحلیل‌ها و موشکافی‌های زیادی در مورد ماهیت و تعریف عقد، از سوی فقهاء و بعضاً حقوق‌دانان شده است. سوال مهم این است که عناصر ماهیت عقد به طور دقیق چه اموری است. تنها بعد از روشن شدن عناصر مقوم عقد، می‌توان مصادیقی را از تحت این عنوان خارج یا داخل کرد. به عنوان مثال برخی از فقهاء، عقود اذنی و برخی دیگر عقود معاطاتی را از ماهیت حقیقی عقد خارج دانسته‌اند. همچنین قراردادهایی که با الفاظ مجازی و کنائی انجام می‌شود یا قراردادهایی که بین ایجاب و قبول آن‌ها فاصله زیاد می‌شود را برخی با توجه به ماهیت عقد، خارج از حقیقت عقد دانسته‌اند.

اما آن‌چه موضوع اصلی این مقاله است، بررسی مبنائی است که بیان می‌کند تحقق ماهیت عقد متوقف بر این است که آن‌چه متعاقبین به آن ملتزم می‌شوند (لا اقل در یک طرف)، وجودی اعتباری داشته باشد مثل ملک و حق. نتیجه این مطلب این است که صرف التزام و تعهد طرف عقد به انجام یا ترک فعلی در مقابل تعهد طرف مقابل، مصداق عقد نیست و الزام آور هم نخواهد بود و بیش از وعد نیست. چنانچه معلوم خواهد شد، مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام از طریق عقد، هم باید از جهت ارتکازات و ادله عقلانی و هم از جهت ادله نقلی مورد بررسی قرار گیرد، بنابراین بخش اول و دوم این مقاله به این دو جهت اختصاص دارد.

در بخش سوم نوبت به این بحث می‌رسد که آیا از طریق نهاد «شرط» هم می‌توان مشروعیت چنین قراردادهایی را اثبات کرد. برخلاف مبنای مشهور فقهی که ادله وفاء به شرط را شامل قراردادهای ندانسته و آن‌ها را مصداق شرط ابتدائی می‌داند، طبق برخی مبانی، ممکن است چنین قراردادهایی را مشمول ادله شروط بدانیم.

گفتار اول: مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام از طریق نهاد عقد

در این گفتار ابتدا به آن چه فقها و حقوقدانان در مورد تعریف ماهیت عقد بیان کرده‌اند پرداخته تا معلوم شود نظریه احتیاج عقد به اثر وضعی، نظریه ای است که پیشینه فقهی ندارد. سپس ادله ای که برای اثبات این نظریه بیان شده یا می‌تواند بیان شود را مطرح کرده و نقد می‌کنیم. در آخر ادله و شواهدی که بر رد نظریه تقوم عقد به اثر وضعی وجود دارد را بیان می‌کنیم.

الف) عناصر ماهیت عقد در کلمات فقها و حقوقدانان

نکته کلیدی بحث این است که ماهیت عقد به چه عنصر یا عناصری وابستگی دارد و در مرحله بعد، آیا قیود زائدی برای عقدیت وجود دارد یا خیر. با تأمل در عبارات فقها به دست می‌آید آن چه پایه تعریف عقد است، عبارت است از «عهد و التزام» و یا «قرار معاملی». قیود مختلفی نیز برای این عنصر بیان شده است که در حد اشاره بیان می‌شود.

اولین قید، عبارت است از «تأکید» یا «توثیق» و چنان چه خواهد آمد در نظر عده ای از فقهاء، عقد به معنای مطلق عهد دو طرفه نیست، بلکه عهدی است که موکد و موثق باشد. اما با تتبع بیشتر به این نتیجه می‌رسیم که در معنای موکد بودن عهد، اتفاق نظر نیست. تأکید در کلام محقق خراسانی به معنای قوت در مقام ابراز عقد است، لذا از این که عقد عهد موکد است نتیجه گرفته اند که صحت عقد به وسیله الفاظ کنائی قابل مناقشه است (حاشیه آخوند بر مکاسب ص ۲۷). در حالی که تأکید در نظر محقق نائینی عبارت است از التزام و پای بندی به بقاء بر معامله. در نظر وی عقد، عهد موکد است و آن چه عهد را عقد می‌کند، التزام به وفاء به عقد است، و اوفوا بالعقود دلالت بر وجوب وفاء به این التزام می‌کند (منیه الطالب ج ۲ ص ۴۰). همچنین برای تحقق عقد، این التزام باید به صورت مستقل لحاظ شده و انشاء شود، یعنی مدلول عرفی کلام متعاقدين این باشد که به مفاد عقد ملتزم و پای بنداند. نتیجه این بیان این است که بیع معاطاتی، عقد نیست هر چند بیع است؛ زیرا برخلاف بیع لفظی، شاخصه عقدیت را ندارد (همان ص ۱۳۳ و ص ۱۳۶). اما موکد و موثق بودن عهد در نظر برخی فقهاء به این است که عقد شرعا لازم باشد (عوائد الایام ص ۲۰) هر چند این مطلب مورد مناقشه برخی واقع شده است. ایشان می‌نویسند: «موثق بودن عهد نیازی به حکم شرع به لزوم ندارد، بلکه حکم عرف و عقلاء به لزوم کافی است؛ زیرا بناء عام عقلاء در همه تعهدات بر لزوم حفظ مفاد آن بوده و نقض کننده آن را

مورد مذمت قرار می‌داده اند. لذا موثق بودن در ذات معاهدات وجود دارد و نیازی به لزوم شرعی ندارد» (دراسات ج ۱ ص ۴۷).

به نظر می‌رسد عهد موکّد و مشدّد در کلام قائلین، اشاره به همان حیثیت دو طرفه بودن عهد است که در فارسی تعبیر به «بستن» و «گره» می‌شود، نه این که نیاز به امر زائدی به نام استیثاق و ابرام بوده تا اشاره به عقود لازم باشد. همان طور که برخی از فقهاء فرموده اند، قویاً این احتمال وجود دارد که «مشدّد» در کلام لغویین هم همین معنای بسته شدن و اشاره به دو طرفه بودن باشد، نه معنای قوّت و تأکید (کتاب البیع تقریرات قدیری ص ۳۷ ایضاً حاشیه ابروانی ج ۱ ص ۷۸ و ص ۸۱). محقق ابروانی می‌نویسد: معنای عقد عبارت از عهد است یا عهد دو طرفه، و عهد دو طرفه همان عهد مشدّد است (حاشیه مکاسب ج ۱ ص ۷۸).

بلکه حتی تعریف عقد به عهد دو طرفه یا ربط بین دو تعهد، تعریف دقیقی نیست و لزومی ندارد در هر عقدی دو التزام وجود داشته باشد. شکی در عقد بودن هبه و امثال آن نیست نیست و حتی کسانی که عقود اذنیه مثل وکالت را حقیقتاً مصداق عقد نمی‌داند، هبه را عقد حقیقی می‌داند، با این که مذهب تعهدی ندارد. شاید به همین دلیل برخی فقهاء در بیان ماهیت عقد، از لفظ تعهد استفاده نکرده‌اند و عقد را «ربط بین دو اراده انشائی» (حاشیه مکاسب نجم‌آبادی ص ۲۶۷ شرح تبصره ج ۵ ص ۴۸) یا «ربط بین ایجاب و قبول» (جواهر الکلام ج ۲۷ ص ۴۰۹) دانسته‌اند. همچنین برخی مثل محقق اصفهانی هرچند عقد را ارتباط بین دو تعهد دانسته، اما مراد وی از عهد، مطلق جعل و قرار است و در حقیقت، عقد را «ارتباط بین دو قرار» دانسته، نه ارتباط بین دو تعهد و میثاق (کتاب الاجاره اصفهانی ص ۷ حاشیه مکاسب اصفهانی ج ۱ ص ۱۴۳). لذا در فقه العقود می‌نویسد: «این که محقق خوئی عقد را تعریف کرد به ربط بین دو التزام، تعبیری است که به فقه غربی نزدیک است نه به فقه اسلامی. در فقه اسلامی، عقد لزوماً دایره مدار التزام نیست و چه بسا نقل ملک باشد نه التزام به نقل. لذا تعبیر محقق اصفهانی که عقد را «قرار مرتبط به قرار دیگر» دانست، تعبیر صحیح تری است» (فقه العقود ج ۱ ص ۱۸۳).

اما در کلمات حقوقدانان نیز قیودی برای ماهیت بیع بیان شده است، مثل قید «احداث اثر قانونی». سنهوری در تعریف عقد می‌نویسد: «عقد توافق دو اراده است بر احداث اثر قانونی، چه این اثر انشاء التزام باشد (مثل عقد بیع) چه نقل التزام (مثل عقد حواله) چه تعدیل التزام (مثل مدت دار کردن

الزام) و چه إنهاء التزام (مثل وفاء به دین) ((الوسيط ج ۱ ص ۱۳۸ نظریه العقد ج ۱ ص ۸۱ و ص ۱۷۲). مراد وی از «اثر قانونی» این است که طرفین عقد از توافق خود، قصد التزام قانونی بین خود داشته باشند به طوری که مسئولیت قانونی متوجه کسی که خلف وعده کرده است شود. طبعاً در کلام فقهاء نیازی به این قید وجود نداشته؛ زیرا خود تعبیر به تعهد یا قرار، موارد مذکور را از تعریف عقد خارج کرده و فرق بین عقد و عهد با وعد های ابتدائی در فقه روشن است.

قید دیگری که در حقوق اضافه شده، «مالی بودن عقد» است. سنهوری توافق را در صورتی عقد می داند که در چارچوب معاملات مالیه انجام شود (الوسيط ج ۱ ص ۱۳۹)، اما این مطلب صحیح نیست و وجهی برای اخذ این قید در عقد وجود ندارد.

آخرین قیدی که در عبارات حقوقدانان برای عقد اضافه شده، قید «تقابل بین دو اراده است». در نظر برخی، صرف توافق دو اراده بر ایجاد اثر حقوقی عقد نیست، بلکه دو اراده باید نماینده دو نفع متقابل باشد، لذا توافقی هایی که برای رسیدن به هدف مشترک است، مصداق عقد نخواهد بود. بر این اساس توافق مدیران شرکت یا متولیان وقف برای رسیدن به هدف مشترک، عقد نیست هرچند این توافق به منظور ایجاد اثر حقوقی باشد. با توجه به این نکته، در کتاب اعمال حقوقی عقد را تعریف می کنند به «توافق دو انشاء متقابل به منظور ایجاد اثر حقوقی» (اعمال حقوقی ص ۳۲). برخی دیگر از حقوقدانان نیز عقد را تعریف کرده اند به «همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی» (تشکیل قراردادها و تعهدات ص ۳۹).

بررسی تفصیلی صحت هر یک از این قیود و خصوصیات، از موضوع این مقاله خارج است. آن چه موضوع اصلی ماست، قید مهم دیگری است که برخی از فقهاء معاصر اضافه کرده اند. این قید عبارت است از وجود «اثر وضعی و اعتباری» که عملاً به آن کم تر پرداخته شده است. در ادامه، به توضیح این نظریه، بیان ادله آن و سپس نقد آن خواهیم پرداخت.

ب) بیان نظریه تقوم عقد به اثر وضعی

برخی از فقهاء معاصر رحمه الله بیان کرده اند تحقق ماهیت عقد متوقف بر این است که آن چه متعاقدين به آن ملتزم می شوند (لا اقل در یک طرف)، امری دارای وجود اعتباری و وضعی باشد مثل ملک و حق. بنابراین ماهیت عقد متقوم به این است که اثری وضعی و اعتباری در بین باشد اعم از ملک، حق، زوجیت، وکالت وغیره، و دائماً عقد برای تحقق، محتاج به چنین امر وضعی است.

نتیجه اخذ این قید در ماهیت عقد، این است که صرف تعهد و التزام شخص به انجام عملی در مقابل التزام شخص دیگر مصداق عقد نیست، حتی اگر این دو التزام به نحو جزمی باشد و صرف وعده به انجام فعل نباشد. نکاتی پیرامون تقریر این نظریه بیان می‌شود:

نکته اول: گاهی خود التزام و تعهد ماهیت وضعی دارد که این موارد از محل بحث خارج است، مثل این که ماهیت اجاره اشخاص را از باب تعهد للآخر بدانیم به نحو لام حقی، یعنی مستاجر حق شخصی دارد که عمل را از اجیر مطالبه کند. اما گاهی التزام ایجاد حق شخصی نمی‌کند، مثل نظر کسانی که قائل اند شرط صرفاً اثر تکلیفی دارد یا مثل این که شخص نذر کند کاری برای دیگری انجام دهد که صرف تکلیف است نه حق شخصی برای طرف مقابل. بنابراین، گاهی نفس عهده، حکم وضعی است و اگر تعهد در قالب عهده قرار بگیرد از بحث خارج است و محل بحث جایی است که تعهد محض باشد.

نکته دوم: در مورد اثر وضعی باید بین دو مقام یعنی مقام منشأ معاملی و مقام نتیجه (بعد از امضاء عقد) تفکیک قائل شد. ممکن است تصویر شود که منشأ صرفاً انشاء التزام کرده و از حیث عهده و حق شخصی غافل بوده، اما نتیجه انشاء، عهده باشد یعنی شرع یا عقلاء بگویند به عهده می‌آید. قائل این نظریه، اثر وضعی را در ناحیه انشاء لازم می‌داند نه حکم.

نکته سوم: نتیجه نظریه تقوم عقد به اثر وضعی تفاوت بین نهاد عقد با نهاد شرط است. برخلاف شرط که تقسیم به شرط فعل و شرط نتیجه می‌شود، طبق این نظر، عقد قراری است که لزوماً به وضع منتهی شود و عقد بر التزام به انجام فعل، عقد نیست. اگر از صاحب این نظریه در مورد علت فرق بین این دو نهاد سوال شود، قاعدتاً جواب این است که شرط به دلالت مطابقی به معنای التزام (مطلق یا ضمنی) است، اما در مورد عقد باید به معنای آن مراجعه کنیم. عقد به معنای التزام نیست، بلکه به معنای ربط و علقه است و فقط در موارد وجود اثر وضعی، تحقق دارد.

نکته چهارم: می‌توان این نظریه را با بیان دیگری و در قالب تفاوت بین ذمه و عهده تقریر کرد. ذمه، وعاء ملکیت است، اما عهده وعاء فعل است نه وعاء مالکیت. در باب حقیقت اجاره اعمال، نظر برخی این است که تملیک عمل نیست بلکه تعهد به انجام فعل و حق شخصی است که در عهده می‌آید. نظریه تقوم عقد به اثر وضعی می‌گوید فعلی که نه در ذمه بیاید نه در عهده، نمی‌شود که با آن،

عقد ایجاد شود، و تعهد به انجام فعل، وقتی موضوع عقد واقع می‌شود که شخص مالک فعل شود یا نسبت به فعل ذی حق (حق شخصی) شود.

برای اثبات این نظریه به ادله و شواهدی تمسک شده یا می‌توان تمسک شود که به آن‌ها اشاره می‌کنیم.

ج) ادله نظریه تقوم عقد به اثر وضعی و مناقشات

استدلالاتی که بیان می‌کند صرف تعهد و التزام دو طرفه (بدون ایجاد امر وضعی) عقد نیست، در ذیل خلاصه می‌شود:

۱) تالی فاسد لزوم وفاء به وعد

اگر عقد منقوم به اثر وضعی نباشد، لازمه آن این است که هر تعهد جزمی به انجام فعلی برای دیگری مصداق عقد بوده و واجب الوفاء باشد. مثل این که کسی تعهد جزمی به دیگری بدهد که در فلان روز از منزل خود خارج نشود در مقابل این که طرف مقابل هم چنین کاری انجام دهد. این موارد امثال آن شکی نیست که از نظر فقهی مصداق وعد غیر واجب‌اند و وجوب وفاء ندارند، لذا معلوم می‌شود نباید مطلق تعهد و التزام دو طرفه را مصداق عقد دانست. اگر گفته شود این موارد بنفسه داخل در مصداق عقد و امر به وجوب وفاء‌اند و به خاطر سیره و اجماع از ادله نفوذ عقد خارج شده‌اند، این گفته ادعایی بلا دلیل است، بلکه هر موردی ممکن است از موارد خارج شده باشد. بنابراین نمی‌توان برای اثبات لزوم وفاء به مطلق التزامات و تعهدات دو طرفه، به عمومات نفوذ عقد استدلال کرد (قرائات فقهیه معاصره ج ۲ ص ۲۵۳).

این دلیل صحیح نیست و عقد بودن قراردادهای مبتنی بر التزام، چنین تالی فاسدی ندارد. هرچند این که ماهیت وعد غیر لازم الوفاء از نظر فقهی چیست، در این مجال نمی‌گنجد، اما توجه به نکات ذیل بطلان این دلیل را روشن می‌کند.

اولاً عده ای از فقهاء فرموده‌اند که وعد مجرد اخبار به انجام فعلی در آینده است و ماهیتاً انشاء نیست (خوانساری ص ۴۹۰ نخبة الأثرار فی أحكام الخيار، ص: ۱۰۰ منية الطالب فی حاشية المكاسب، ج ۲، ص: ۱۳۱ و ص ۱۴۴). بلکه در مرآة العقول می‌فرماید ظاهر اکثر علماء این است که وعد را از اقسام خبر می‌دانند (مرآة العقول ج ۱۰ ص ۳۴۰).

ثانیا حتی اگر وعد را انشاء بدانیم، به نظر می‌رسد وعد غیر لازم الوفاء آن است که مجرد قول و وعده اخلاقی باشد بدون این که متضمن تعهد و التزام باشد. اما اگر وعد به حد التزام و بر عهده گرفتن رسید، یا اساسا مصداق وعد نیست، یا وعدی است که عمل به آن لازم است. لذا برخی از فقهاء مواردی که التزام و اشتراط مطرح باشد را خارج از وعد دانسته‌اند (مذهب الاحکام ج ۲۰ ص ۲۷۴ حاشیه المکاسب (الیزدی)، ج ۲، ص: ۱۰۵ بلغة الفقيه، ج ۳، ص: ۴۱۷ من فقه الزهراء عليها السلام ج ۳ ص ۲۵۵ ما وراء الفقه ج ۴ ص ۱۰۰). مرحوم نراقی می‌نویسد: عهد اخص از وعد است زیرا عهد وعدی است که دارای تأکد باشد (العناوين الفقهية، ج ۱، ص: ۵۵۳). برخی دیگر نیز وعدی که مشتمل بر التزام باشد را واجب الوفاء دانسته‌اند حتی اگر عنوان وعد و شرط ابتدائی بر آن صادق باشد (مجمع الفائدة ج ۹ ص ۴۵ تحرير المجلة، ج ۱، ص: ۵۵).

ثالثا نظریه لازم الوفاء نبودن عمل به وعد و شرط ابتدائی نظریه اجماعی نیست هرچند خلاف شهرت فقهی است. برخی از فقهاء قائل شده‌اند به این که خلف وعد جائز نیست (مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج ۱۲، ص: ۳۵۲ الحاشية الثانية على المكاسب (للخوانساري)، ص: ۳۶ المسائل المنتخبة للسياستاني ص ۲۱ عمده المطالب ج ۱ ص ۳۵۰) و برخی نیز با اعتراف به این که مقتضای ادله حرمت است به خاطر اجماع ادعا شده یا سیره و تسالم قائل به حرمت نشده‌اند (القضاء و الشهادات (للشيخ الأنصاري)، ص: ۳۱۰ مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ۱، ص: ۳۹۳ إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۱، ص: ۲۳۲). مرحوم سید یزدی می‌نویسد: ظاهر روایات این است که وفاء به وعده واجب است و عده ای از فقهاء نیز فتوی به وجوب داده‌اند پس مساله اجماعی نیست. بر فرض اجماعی بودن مساله، می‌گوییم وعد هایی که مصداق اخبار هستند به خاطر اجماع از تحت روایات خارج شده‌اند، اما سایر مصادیق وعد مثل شرط ابتدائی باقی است (حاشیه المکاسب (الیزدی)، ج ۲، ص: ۱۱۸). در فقه العقود می‌نویسد: شرط ابتدائی اگر متضمن تعهد و التزام باشد، واجب الوفاء است؛ زیرا مندرج در تحت آیات امر به وفاء به عقد و عهد است. آن چه واجب الوفاء نیست، مجرد وعد بدون التزام و تعهد است که وفاء به آن مستحب است (فقه العقود ج ۱ ص ۲۴۵).

با توجه به مطالب بیان شده و با توجه به این که دلیل عدم الزام آور بودن وعد، دلیل لُبّی است، باید به قدر متیقن از آن اکتفاء کرد و تعهدات دو طرفه را الزام آور دانست، حتی اگر عنوان وعد و شرط ابتدائی بر آن صادق باشد.

۲) تالی فاسد وحدت عقد و وعد موضوعا

عقد، صرف تعهد (حتی جزمی) به انجام فعلی یا ترک فعلی نیست. اگر چنین باشد از نظر موضوعی فرقی بین عقد با وعد یا شرط ابتدائی نخواهد ماند، و هر وعد جزمی به انجام عملی مصداق عقد خواهد بود. توضیح این که آن چه متصور است که فارق بین عقد و نهاد های دیگری مثل وعد و شرط ابتدائی که الزام آور نیستند باشد، از سه احتمال خارج نیست. احتمال اول این که فرق این دو در جزمیت باشد یعنی اگر تعهد به انجام فعل به نحو جزمی و یقینی بود مصداق عقد باشد، و اگر صرف وعده و قول غیر جزمی و احتمالی بود مصداق وعد باشد، که این احتمال صحیح نیست. احتمال دوم این است که فرق عقد و وعد در دو طرفه بودن باشد، به این معنی که تعهدات دو طرفه مصداق عقد، و تعهدات یک طرفه مصداق وعد و غیر الزام آور باشد. این احتمال هم صحیح نیست؛ زیرا برخی عقود مثل هبه مشتمل بر بیش از یک التزام نیستند. بعد از بطلان دو احتمال نوبت به احتمال سوم می‌رسد و آن این است که فرق بین عقد با وعد و شرط ابتدائی در این باشد که عقد متقوم به وجود اثر وضعی و اعتباری است (قرانات فقهیه معاصره ج ۲ ص ۲۵۳).

رد این دلیل از مطالب سابق روشن شد. گفتیم که فارق بین وعد غیر لازم الوفاء و عقد، در این است که وعد صرفا مقاوله‌ای اخلاقی است و به مرحله التزام نمی‌رسد و چه بسا دو طرفه بودن و نیاز به قبول داشتن نیز از فوارق بین این دو باشد. بنابراین احتمالات مطرح شده، نه باطل است و نه دلیلی بر بطلان آن اقامه شده است.

جالب این است که صاحب این نظریه، در جای دیگر وعد را صرف اظهار و بیان قصد انجام فعلی در آینده دانسته‌اند بدون این که متضمن تعهد باشد (همان ص ۲۷۳). بلکه فرموده‌اند حتی اگر فرض کنیم عنوان وعد اعم است، می‌گوییم دلیل عدم لزوم وفاء به وعد، دلیل لبی است و قدر متیقن آن فرضی است که بناء طرفین به نحو التزام و تعهد نباشد (همان).

اساسا وقتی اثبات شد که مطلق وعد ها غیر لازم الوفاء نیستند، منافاتی نیست بین این که موردی مصداق وعد باشد و از طرف دیگر عنوان عقد هم بر آن صادق باشد، همان طور که بین عقد و عهد نیز مصداقا تباین نیست.

۳) استفاده اثر وضعی از تحلیل «ربط»

عقد با توجه به تحلیل لغوی به معنای ربط و گره است، و در امور انشائی عقد باید به معنای ربط بین دو انشاء و التزام باشد. ربط و شد بین دو التزام انشائی، مستلزم این است که منشأ نحوه‌ای وجود اعتباری داشته باشد تا بین دو التزام، ربط و گره محقق شود. اما صرف تعهد به انجام عملی بدون این که انشاء علقه اعتباری شود، محقق کننده‌ی ربط بین دو التزام نیست و لذا مصداق عقد نخواهد بود. سر مطلب این است که خود عقد، به معنای تعهد نیست، بلکه تعهد از امر به وفاء به عقد استفاده می‌شود. آن چه حیث عقدیت بر آن دلالت دارد ربط بین دو التزام است و این ربط با توجه به حقوق وضعی انشاء شده در ضمن عقد قابل استفاده است (قرانات فقهیه معاصره ج ۲ ص ۲۷۵).

همچنین ممکن است به حیثیت تأکد و توثیق استدلال شود و گفته شود که عرف و لغت، عقد را به معنای عهد موکد دانسته‌اند نه مطلق عهد، و آن چه موجب تأکد عهد می‌شود این است که متعلق عهد، امر وضعی اعتباری باشد.

اشکال این دلیل نیز سابقاً بیان شد و گفتیم عقد عهد موکد نیست و برای صدق عقد، بیش از گره دو قرار معاملی به یکدیگر نیاز نیست. حتی اگر بگوییم آن چه مقوم عقد است، ربط بین دو التزام است، اما ربط بین دو التزام به این نیست که دو التزام، مبتنی بر اثری وضعی مثل حق و ملک باشند. همین که دو تعهد بر محل واحدی وارد شوند و به یکدیگر خورده و در مقابل هم باشند «التزام مرتبط به التزام آخر» محقق می‌شود، حتی اگر ملک یا حقی در کار نباشد. لذا ادعای این که ارتباط بین دو التزام، متوقف بر انشاء علقه اعتباری است، ادعایی بلا دلیل است. محقق اصفهانی می‌نویسد: «حقیقت عقد، ربط بین دو التزام است و ربط بین دو التزام، به این است که بر امر واحدی وارد شوند،

لذا آن چه رابط بین دو التزام است وحدت ملتزم به است» (حاشیه مکاسب اصفهانی ج ۱ ص ۲۸۴). در مورد عقد بیع نیز می‌فرماید: آن چه از متعاقدين صادر می‌شود این است که مالی در مقابل عوضی تملیک می‌شود. از این جهت که این عمل متضمن جعل و قرار است مصداق «عهد» است، از این جهت که این دو قرار به هم مرتبط اند، مصداق «عقد» است، و از این جهت که ایجاد ملکیت می‌کند مصداق «بیع» است (همان ج ۲ ص ۱۵۹).

۴) فتاوی برخی فقهاء

ممکن است برای اثبات این نظریه استدلال شود به این که فقهاء قولنامه را الزام آور نمی دانند یا این که مشروعیت استصناع را نمی پذیرند.

اما بر فرض ثابت بودن این نسبت، اولاً این نظرات حجیتی نداشته و در مقابل سایر ادله ای که از مجموع فقهاء ذکر شد توان مقاومت ندارد، ثانیاً بعید نیست فقهاء عظام ناظر به فرضی باشند که قولنامه به مرحله تعهد نرسیده است، و در عقد استصناع هم بطلان آن از جهت شرایط اختصاصی بیع یا اجاره باشد نه از جهت انکار عقد بودن آن.

د) نظریه عدم تقوّم عقد به اثر وضعی، و ادله و شواهد آن

۱) تحلیل ماهیت عقد در ارتکاز عقلانی و فقهی

آن چه بعد از مراجعه به منابع فقهی و فهم عقلانی به دست می آید، این است که نه از حیث لغوی و نه از حیث ارتکازات عقلانی، در ماهیت عقد اشراب نشده است که ناظر بر اثری وضعی باشد. از نظر لغوی عقد یا به معنای عهد است یا عهد مشدّد و یا مطلق قرار مرتبط به قرار دیگر. مراد از مشدّد نیز یا همان ارتباط و بسته شدن است با توجه به این که عقد به معنای گره است، بنابراین عقد، عهدی دو طرفه است، یا این که مراد، حیثیت ابرام و تأکید است، پس عقد، عهد موثق و موکّد است. اما تأکید عهد ممکن است به همین ربط و دوطرفه بودن آن باشد (هدایة الطالب الی أسرار المكاسب، ج ۳، ص: ۴۰۸)، یا به جزمی و حتمی بودن آن، یا به قوّت آن در مقام ابراز، و یا به لزوم شرعی، و یا لزوم عرفی آن. مجموع این احتمالات از لغت و فقه قابل جمع آوری است و هر کدام صحیح باشد، مطلوب حاصل است و دلالتی بر نظریه مقابل ندارد.

ممکن است از تعریف عقد به «توافق بر ایجاد اثر قانونی» مویدی برای این نظریه گرفته شود، اما چنانچه گفته شد قید «اثر قانونی» ناظر به الزام و مسئولیت آوری عقد در مقابل وعد است و ربطی به اثر وضعی ندارد. همچنین از تعریف عقد به «ربط بین دو التزام یا قرار» چنین استفاده‌ای شده (قرائات فقهیه معاصره ج ۲ ص ۲۷۵)، اما گفتیم ربط بین دو التزام صرفاً به وحدت ملتزم به است (حاشیه مکاسب اصفهانی ج ۱ ص ۲۸۴) نه وجود اثر وضعی. حکم به «بقاء عقد» نیز به اعتبار موضوع آثار بودن آن است، نه این که به خاطر بقاء آثار وضعی مثل ملک و حق باشد، لذا منشاء انتزاع بقاء عقد، قرارداهای مرتبط به هم است، نه اثر وضعی آن.

از نظر عقلانی نیز آن چه در میان افراد و دولت‌ها ملاک الزام‌آوری و لزوم وفاء است، این است که تعهد شخص در مقابل شخص دیگر به نحو جزمی باشد (نه صرف وعده و قول). این تعهد دو طرفه مصداق عقد است و وجوب وفاء لازمه عقلانی آن است، هرچند اثر وضعی در کار نباشد. بنابراین همان طور که برخی فقهاء فرموده‌اند قراردادهایی مثل استصناع به خاطر وجود تعهد دو طرفه، مصداق عقد بوده و احکام عقد بر آن مرتب می‌شود (کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة ص ۲۰۵).

۲) وجود مصادیقی از عقود بدون وضع در فقه

عقودی در شریعت و فقه هستند که عقد بودن آن‌ها مسلم است، در کتب فقهی ذیل باب عقود بحث شده‌اند، در حالی که ماهیت آن‌ها یا بیش از تعهد و التزام نیست و یا به هر حال پای اثر وضعی در میان نیست.

از جمله این عقود می‌توان به عقد کفالت اشاره کرد. ماهیت کفالت چیزی جز تعهد و التزام برای دیگری نیست، و قاطبه فقهاء عقد کفالت را به «تعهد به نفس» تعریف کرده‌اند (تحریر ج ۲ ص ۵۶۶ الممه الدمشقیه ص ۱۳۹) یعنی کفیل ملتزم می‌شود که مکفول را برای مکفول له عند المطالبه احضار کند. بسیاری از فقهاء بیان کرده‌اند که حقیقت ضمان تعهد است، حال اگر تعهد به نفس باشد «کفالت»، اگر تعهد به مال از طرف مدیون باشد «حواله»، و اگر تعهد به مال از غیرمدیون باشد «ضمان به معنای اخص» است (مسالك ج ۴ ص ۱۷۲ شرائع ج ۲ ص ۸۸).

مورد دیگر ضمان به معنای تعهد و مسئولیت اداء مال است نه ضمان اصطلاحی (نقل ما فی الذمه به ذمه دیگر یا ضم ذمه به ذمه دیگر). حقیقت این ضمان که امر متعارفی است، قبول مسئولیت مال و تعهد به اداء مال در فرض تخلف مضمون عنه است، بدون این که مالی به ذمه ضامن منتقل شود. محقق خوئی بیان می‌کند ضمان به معنای تعهد و مسئولیت مال، امری است که نزد عقلاء متعارف است، لذا اطلاعات امضاء، آن را تصحیح می‌کند؛ چون عقد است و وفاء به آن واجب می‌شود (مبانی العروه الوثقی ج ۲ ص ۱۱۶).

همچنین ضمان به معنای ضم ذمه به ذمه، ماهیتی جز تعهد و التزام ندارد و با این حال شکی در عقد بودن آن نیست. مرحوم صاحب عروه بعد از بیان این که ضمان نزد امامیه به معنای نقل ذمه است نه ضم ذمه، می‌فرماید اگر طرفین تصریح به ضمان به نحو ضم ذمه کنند، می‌توان حکم به صحت آن به

خاطر عمومات کرد (العروه الوثقی المحشی ج ۵ ص ۴۱۱). هرچند بسیاری از محشین عروه به این مطلب ایراد گرفته اند، اما مناقشات آن ها از جهات دیگری جز عقد بودن یا نبودن چنین قراردادی است. مورد دیگر قرارداد آتش بس و ترک مخاصمه میان مسلمانان و عده‌ای از کافرین است که از آن تعبیر به مهاده یا هدنه می‌شود. ماهیت این قرارداد چیزی بیش از تعهد و التزام به ترک جنگ نیست، نه این که التزام بر امری اعتباری باشد. با این حال هم در کلام اهل بیت علیهم‌السلام تعبیر به عقد الهدنه شده (نهج البلاغه خطبه ۱۷ عم بما فی عقد الهدنه) هم بسیاری از فقهاء آن را عقد دانسته‌اند (تحریر الاحکام الشرعیه ج ۲ ص ۲۱۸ جامع المقاصد ج ۳ ص ۴۷) و هم برای لزوم عمل و سایر احکام آن، به آیه اوفوا بالعقود تمسک کرده‌اند (المبسوط فی فقه الامامیه ج ۲ ص ۵۸ فقه القرآن راوندی ج ۱ ص ۳۵۵ منتهی المطلب فی تحقیق المذهب ج ۱۵ ص ۱۴۴). همین وضعیت در مورد عقد الجزیه و عقد الأمان و امثال آن وجود دارد.

همچنین شکی نیست در این که بسیاری از مصداق عقد صلح، متضمن اثر اعتباری نیست و صرفاً عقد صلح بر این است که طرفین عقد عملی را انجام داده یا ترک کنند. به عنوان مثال، اگر در عقد متعه، زوجین مصالحه کنند بر این که زن با فلان شخص ازدواج نکند، و در مقابل زوج مدت را ببخشد صلح صحیح است (منهاج الصالحین خوئی ج ۲ ص ۲۷۳ جامع الاحکام الشرعیه ص ۵۶۱).

۳) تصریح به تقسیم عقد به «عقد بر فعل» و «عقد بر نتیجه» در فقه

با تتبع در کلمات فقهاء به دست می‌آید که برخی از مدققین آنها به این مطلب توجه داشته اند، و عقود را گاهی عقود می‌دیده اند که مشتمل بر اثر وضعی هستند و گاهی عقود که چنین نیستند. لذا در مورد عقد هم مثل شرط، می‌توان گفت که عقد گاهی عقد بر فعل است و گاهی عقد بر نتیجه. در ذیل به چند نمونه از کلمات فقهاء اشاره می‌کنیم:

یک. محقق اصفهانی ذیل آیه اوفوا بالعقود می‌فرماید وفاء در همه موارد استعمال، به معنای واحد است که عبارت است از تمام کردن شیء و عدم تجاوز از آن. عقد و عهد معاملی گاهی بر عملی از اعمال تعلق می‌گیرد و گاهی بر نتیجه عمل مثل عقد بیع که در آن قرار بر ملکیت محقق می‌شود. در قسم اول از عقود، وفاء به عقد مقتضی انجام عمل متعهد به است، و در قسم دوم وفاء به این است که آن نتیجه عمل، ابقاء شده و فسخ و نقض نشود (حاشیه مکاسب اصفهانی ج ۱ ص ۱۴۵ ج ۴ ص ۲۶ و ج ۵ ص ۱۹۴). بلکه فرموده است عقد بودن عقد بیع، به خاطر این است که تعهد بائن و مشتری به یکدیگر مرتبط می‌شود، نه به خاطر این که ربط ملکی احداث می‌شود (حاشیه مکاسب اصفهانی ج ۴ ص ۲۵).

دو. محقق ابروانی عقود را به عقد بر فعل (مثل جعاله، مزارعه، مساقاه) و عقد بر نتیجه (مثل بیع، اجاره، نکاح) تقسیم می‌کند و آیه اوفوا بالعقود را به قرینه وجوب وفاء، مختص به قسم اول می‌داند. وجه مطلب این است که در عقد بر نتیجه مثل بیع، نتیجه (ملکیت) یا حاصل می‌شود و یا نمی‌شود و در هر حال عمل خارجی نیست و لذا وفاء در آن تصور ندارد مگر توسعا و مجازا. تسلیم عوضین هم مصداق وفاء به عقد نیست، بلکه از این جهت است که مال، ملک غیر شده و حبس مال غیر جاز نیست چه بر مالک سابق چه بر دیگران. لذا باید در آیه شریفه عقود را منحصر به عقود بر افعال دانست، و اگر عقد را به عهد تفسیر کنیم امر واضح است و نیاز به تخصیص هم نیست (حاشیه مکاسب ابروانی ج ۱ ص ۷۷ ص ۸۱ ج ۲ ص ۳). مرحوم سید یزدی نیز تفصیلی مطرح می‌کنند بین عقودی که وفاء به آن‌ها قابل استمرار است، و عقودی که چنین نیست مثل بیع که مفاد آن (تملیک) آنی است (حاشیه سید یزدی ج ۲ ص ۳).

هرچند این مطلب صحیح نیست و وفاء در همه اقسام عقود قابل تصور است همان طور که برخی از فقها فرموده‌اند (القواعد و الفوائد والاجتهاد والتقليد ص ۵۴۴ کتاب البیع تقریرات خرم‌آبادی ص ۱۲۶)، اما به هر حال استفاده می‌شود که عقد بودن همه این اقسام، قابل تشکیک نیست.

سه. مرحوم امام می‌فرماید اگر عقد را دقیقا به عهد تفسیر کنیم، عقود تبادلی مثل بیع و اجاره از آن خارج می‌شوند؛ زیرا بیع مبادله بین دو مال است و لزوم عمل به مفاد آن از احکام عقد است نه خود عقد. در این صورت، فقط عقودی که در آن‌ها تعهد و التزام ثابت است مثل عقد کفالت و عقد ضمان باقی می‌ماند، همچنین بیعتی که در زمان خلفاء سابق انجام می‌شد. سپس توجیهاتی برای حل مشکل بیان کرده و اضافه می‌کنند روایتی که عقود را به عهود تفسیر کرده دلالت بر انحصار ندارد، بلکه برای بیان این مطلب است که عهود هم مثل عقود مشمول وجوب وفاء هستند. سپس بالاتر رفته و تفکیک بین عقد و عهد را انکار و قائل به مصداقیت عهود دو طرفه برای عقد می‌شوند. عهد‌هایی که بین دو طرف واقع می‌شود مثل بیعت، به منزله گره و ربط بین دو طرف است و به این اعتبار آن را داخل در معنای عقد می‌دانند. نتیجه این که تنها عهد‌های یک طرفه از عنوان عقد خارج‌اند (کتاب البیع امام ج ۴ ص ۲۶ و ۲۷). تفکیک بین عقود تبادلی و عقود تعهدی مثل کفالت و ضمان و مصداق بودن مطلق عهد‌های دو طرفه برای عقد، به وضوح از عبارات ایشان قابل استفاده است.

چهار. مرحوم امام ذیل آیه اوفوا بالعقود شبهه ای را مطرح می‌کنند که از مطالب مربوط به شبهه و جواب آن، به وضوح معلوم می‌شود که حقیقت عقد را متقوم به اثر وضعی نمی‌دانند. بیان شبهه: ظاهر بدوی وجوب وفاء، وجوب شرعی وفاء به عنوان وفاء است. لازمه این مطلب این است که در عقودی مثل بیع دو تکلیف مستقل و طبعاً دو عقاب بر مخالفت وجود داشته باشد، یکی وجوب وفاء و دیگری تکلیف به حرمت غصب یا حبس مال غیر که تکلیف عامی است. برای خلاصی از این شبهه یا باید از ظهور آیه در وجوب شرعی رفع ید کرد، و یا در فرض حفظ این ظهور، آیه را حمل کرد بر خصوص عقود عهدیه که قوام آن‌ها به تعهد به عمل است، مثل عقد الولایه و تعهدات عقدی متعارف بین دولت‌ها و اشخاص.

پنج. مرحوم تبریزی می‌نویسد: مراد از عقود در آیه شریفه، عهود است چه عهد برای خدا مثل نذر و عهد، و چه عهد برای غیر مثل معاملات مالیه و غیر مالیه. کلمه عقد در قرآن بر هر دو قسم اطلاق شده است. متعلق عهد نیز گاهی انجام فعلی برای غیر است، و گاهی امر وضعی اعتباری مثل ملکیت. در هر یک از دو قسم وفاء اقتضاء متفاوتی دارد، همان‌طور که تکلیفی بودن یا ارشادی بودن امر در هر کدام متفاوت است (ارشاد الطالب ج ۴ ص ۲۴ و ۲۵).

بنابراین، شکی نیست که عقد بودن قراردادهایی که مبتنی بر تعهد اند و اثر وضعی در آن‌ها نیست، در ارتکاز فقهاء مفروغ عنه است و کلام در مطالب جانبی است مثل معنای وفاء در هر کدام از عقود و غیره. لذا اگر متعلق عقد، فعلی از افعال باشد، مفاد اوفوا بالعقود تکلیف است، و اگر متعلق عقد، نتیجه باشد، مفاد آن تکلیف و سپس وضع است (حاشیه مکاسب ایروانی ج ۲ ص ۶۶). پس می‌توان متعلق عقد را فعلی را تصویر کرد که نه در ذمه است تا مملوک باشد و نه در عهده تا نسبت به آن حق ایجاد شود، بلکه صرفاً قرار بر تعهد و قبول مسئولیت است.

۴) تأمین اثر وضعی از راه اعتباری بودن تعهد

حتی اگر مقوم عقد را وجود اثری اعتباری بدانیم، با تحلیل مفهوم «اعتبار» می‌توان قراردادهای مبتنی بر التزام و تعهد را داخل در عقد دانست. وجودات اعتباری سنخی از وجود است و تابع این است که معتبر (عرف یا شرع) طبق مصالحی آن‌ها را اعتبار کرده و موضوع احکام خود قرار دهد. همان‌طور که ملکیت را به عنوان امری اعتباری تلقی کردیم، عنوان عهد یا عقد هم می‌تواند از همین قبیل بوده و دارای وجودات اعتباری باشد که توسط شرع اعتبار می‌شود. به این مطلب در کلام برخی فقهاء

تصریح شده و هنگام شمارش برخی از اعتباریات، «تعهد و التزام» را در عداد ملکیت و زوجیت دانسته و همه آن‌ها را از سنخ اعتباریات دانسته‌اند (حاشیه مکاسب اصفهانی ج ۴ ص ۳۳ ج ۲ ص ۱۵۹ ج ۵ ص ۱۲۳ ج ۵ ص ۲۳۳ ایضا مصباح الفقیه ج ۱۴ ص ۶۱۱ فقه الصادق ج ۱۸ ص ۳۲۵ کتاب البیع (تقریرات، للخرم‌آبادی)، ص: ۳۴۹ المهادنة، ص: ۸۰). بنابراین همان طور که ملکیت امری قانونی است و نیاز به اعتبار شارع دارد، نفس تعهد و التزام نیز محتاج به اعتبار است و تا شارع آن را اعتبار نکند، موضوع اثر نخواهد بود. لذا نفس عنوان عهد می‌تواند دارای وجود اعتباری باشد مثل ملک، تا اصرار بر لزوم وجود امر اعتباری برای تحقق عقد و ربط، تأمین شود.

در این جا تذکر دو نکته لازم است:

نکته اول: بعد از اثبات عقد بودن قراردادهای مبتنی بر التزام، این سوال مطرح می‌شود که وجه مطالبه در این قراردادها چیست. شبهه این است که اگر امر وضعی مثل حق یا ملک به وجود نیامده، منشأ مطالبه و الزام متعهد چیست؟

پاسخ این است که جواز مطالبه مبتنی است بر لزوم قرارداد، نه بر حق مستقل از لزوم. توضیح این که مطالبه و الزام، گاهی به پشتوانه انشاء طرفین است و گاهی به پشتوانه قانون. عقد به عنوان یک انشاء و قرار، اقتضاء می‌کند که قرارداد واجب الوفاء للطرف الآخر است (ولو لام حقی و ملک نیست). وقتی تعهد در قالب دو طرفه درآمد و از طرف دیگر طرفه خارج شد، نیروی الزام آور دارد و حق مطالبه را ایجاد می‌کند، همان طور که ملک و حق هم نیروی الزام آور دارند. بنابراین اوفوا بالعقود اقتضاء لازم بودن قرارداد را دارد و این لزوم، مبنای مطالبه است، هرچند در سایر قراردادهای می‌توان برای مطالبه، به ملکیت و حق استناد کرد.

نکته دوم: در مصادیق قراردادهای مبتنی بر التزام، اگر بتوانیم حقی به نام عهده تصویر کنیم و آن را مثل ملکیت و از اقسام حق به معنای اعم بدانیم صغریا موردی باقی نمی‌ماند تا عقد بودن آن مورد انکار قرار گیرد. صاحب نظریه تقوم عقد به اثر وضعی نیز در برخی فروض استصناع چنین امری را ثبوتاً پذیرفته است (قرائن فقهیه معاصره ج ۲ ص ۲۵۴) بلکه ماهیت اجاره بر اعمال را (بر خلاف نظر مشهور) تعهد بر انجام فعل می‌داند نه تملیک عمل (کتاب الاجاره ج ۲ ص ۱۶۹ به بعد)، و در برخی عقود مثل مضاربه، مزارعه و مساقات (کتاب المضاربه ص ۳۳ تا ۳۵ و ص ۲۶ تا ۲۸ بحوث فی الفقه الزراعی ص ۲۷۰) این تصویر را محتمل

دانسته و آثار مهمی بر آن مترتب می‌شود. سوال اساسی از ایشان این است که فرق بین این موارد با مواردی مثل عربون و قولنامه چیست و تصویر حق شخصی و عهده چرا در همه موارد راه ندارد.

گفتار دوم مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام از طریق نهاد عقد به ضم ادله نقلی

به نظر می‌رسد با توجه به ادله نقلی نیز می‌توان شمول ادله امضاء عقود نسبت به قراردادهایی که مفاد آن‌ها صرفاً تعهد است را اثبات کرد. لذا حتی اگر از نظر تحلیل عقلانی این موارد مصداق عقد نباشند، اما ادله عامه امضاء عقود به برکت تعبد شرعی شامل آن‌ها می‌شود. با توجه به تفسیر عقود به عهود در روایت ابن سنان و برخی روایات دیگر، می‌توان گفت عقد در ادله به معنای عامی به کار رفته و شامل همه تعهدات انسان خصوصاً تعهدات دوطرفه می‌شود. بلکه حتی گفته شده است که عقد در آیه، شامل مطلق تکالیف الهی می‌شود (حاشیه مکاسب یزدی ج ۲ ص ۳).

همان طور که برخی فقهاء بیان کرده‌اند، ظاهر روایات شیعی و سنی این است که در آیه شریفه اوفوا بالعقود، مراد از عقود مطلق عهود است، و این که گفته شده عقد خصوص عهود دو طرفه است صحیح نیست. وجه مطلب این است که نباید الفاظ وارد در کتاب و سنت را حمل بر معنای اصطلاحی فقهی آن‌ها کرد. بنابراین عقود در آیه شریفه معنای عامی دارد که حتی شامل عهد‌های واقع بین انسان و خداوند (به حسب ایمان یا به حسب فطرت) می‌شود. مگر این که گفته شود این موارد هم در حقیقت بین دو طرف (مخلوق و خالق) واقع می‌شوند، هرچند از نظر فقهی ابقاع اند و نیاز به قبول ندارند. تنها موردی که داخل در عنوان عقود نخواهد بود، قرارهایی است که انسان در نفس خود و بر عهده خود می‌گذارد، که اطلاق عقد بر آن‌ها مشکل است همان طور که دلیلی بر لزوم عمل به آن نیست (دراسات فی المكاسب المحرمه ج ۱ ص ۳۴). برخی دیگر از فقهاء به کمک تفسیر عقد به عهد در روایات، در معنای عقد در آیه توسعه داده‌اند. لذا فرموده‌اند حتی اگر عنوان عقد شامل معاطات نشود، عنوان عهد قطعاً شامل آن می‌شود و لذا با توجه به روایات، می‌توان به آیه شریفه اوفوا بالعقود برای صحت معاطات تمسک کرد (ارشاد الطالب ج ۲ ص ۳۶).

می‌توان برای تمسک به این مدعی که عقود در آیه شریفه شامل مطلق احکام الهی می‌شود، به سیاق آیات زیر استشهاد کرد:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُثَلَّى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ (۱) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحْلُوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشُّهُرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا

الْقَلَائِدَ وَلَا آمِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامِ يَتَّبِعُونَ فَضْلاً مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَاناً وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَنْ تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ (۲) حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخُزَيْرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالتَّطْيِحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النَّصَبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكَ فِسْقُ الْيَوْمِ الَّذِي كَفَرْتُمْ مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنَ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِيناً فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (۳)

ظهور مجموع این آیات این است که جملات بعدی، بیان برخی از مصادیق «عقود» است که در آیه اول، امر به وفاء به آن‌ها شده است. مجموعه احکام مذکور در آیه (حرام بودن گوشت برخی حیوانات، حرمت صید در حال احرام، لزوم رعایت حرمت شعائر الهی، حرمت تعاون بر اثم و عدوان، حرمت اکل میته، دم، خنزیر و...) به عنوان بیان مصادیقی از عقود و تفصیل اجمال آن، ذکر شده اند. به این نکته برخی از فقهاء و مفسرین تصریح کرده‌اند و فرموده‌اند اگر مراد از عقود در آیه، خصوص عقود اصطلاحی فقهی باشد، تناسب با آیات بعدی وجود نخواهد داشت و لذا باید مراد از عقود را مطلق احکام الهی دانست (نخبه الازهار فی احکام الخیار ص ۳۵ دراسات فی المكاسب المحرمه ج ۱ ص ۳۵ کشف زمخشری...). لذا برخی از فقهاء با توجه به مجموع این نکات و نکات دیگر، سوره مائده را سوره عهود و مواثیق دانسته‌اند (دراسات فی المكاسب المحرمه ج ۱ ص ۳۶ و ۳۷). برخی دیگر از فقهاء با استشهاد به استعمالات کلمه عقد در آیات دیگر، عقود در آیه اول سوره مائده را به معنای مطلق عهود گرفته‌اند (ارشاد الطالب ج ۴ ص ۲۴).

بنابراین کلمه عقود در آیه شریفه با توجه به یکی از سه شاهد نقلی (روایات، سیاق آیه، آیات دیگر) شامل هر آن چه از نظر عرفی مصداق عهد و میثاق باشد می‌شود، چه تعاهد بین انسان‌ها و چه تعاهد بین انسان و خداوند، حتی اگر از نظر اصطلاحی مصداق عقد نباشند. البته چه بسا گفته شود این ادله نقلی فقط وجوب تکلیفی وفاء به عقد را اثبات می‌کند مثل سایر تکالیف، نه این که وجوب حقی بوده و قابل الزام و مطالبه توسط متعهد له باشد.

گفتار سوم: مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام از طریق نهاد شرط

به نظر می‌رسد حتی اگر ادله امضاء عقود را شامل قراردادهای مبتنی بر التزام صرف ندانیم، می‌توان از راه نهاد شرط و ادله المومنون عند شروطهم مشروعیت آن را استفاده کرد. صحت یکی از تقریب‌های سه‌گانه ذیل، برای اثبات مدعی کافی است.

۱) استفاده مطلق التزام از مفهوم «شرط»

برخلاف ظاهر عبارات برخی لغویین (القاموس المحيط ج ۲ ص ۳۶۸)، مفهوم شرط عبارت است از مطلق التزام نه خصوص التزام ضمنی، بنابراین ادله امضاء شروط شامل قراردادهای مبتنی بر التزام می‌شوند. شیخ انصاری در برخی از مواضع کتاب مکاسب (کتاب المكاسب ج ۳ ص ۵۶ ج ۶ ص ۱۱) و سید یزدی این نظر را اختیار کرده و فرموده است ادله شروط شرط‌های ابتدائی را هم شامل می‌شود (حاشیه مکاسب یزدی ج ۱ ص ۶۸ و ۷۴ ج ۲ ص ۱۰۶).

۲) توسعه در مفهوم التزام ضمنی

همچنین به نظر می‌رسد می‌توان از راه توسعه در مفهوم التزام ضمنی، مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام را اثبات کرد. توضیح آن که هرچند عنوان شرط مختص به التزام ضمنی باشد، اما التزام ضمنی شامل نفس عقود هم می‌شود؛ زیرا عقد عبارت است از مجموع دو التزام مترابط، و طبعاً هر کدام از این دو التزام، التزام ضمنی خواهد بود چون در ضمن عقد واقع می‌شود. لذا تمسک به ادله شروط، برای اثبات مشروعیت عقود صحیح است ولو مشروعیت شروط ابتدائی یک طرفه را اثبات کرد. به عبارت دیگر «التزام ضمنی» که معنای حقیقی شرط است، دارای مفهوم وسیع‌تری از «التزام تابع» است به طوری که شامل التزام متقابل با التزام دیگر هم می‌شود. برخی این نظر را مطرح کرده و استدلالاتی بر آن اقامه کرده‌اند (فقه العقود ج ۱ ص).

۳) احتمال الغاء خصوصیت از التزامات ضمنی به مطلق التزامات

مرحوم امام این احتمال را مطرح کرده‌اند که ضمنی و تبعی بودن التزام، خصوصیتی در نکته حکم به لزوم وفاء ندارد و ملاک وجوب، مطلق التزام و قرار است. بنابراین می‌توان از عنوان شرط الغاء خصوصیت کرد و لزوم وفاء به مطلق التزامات را استفاده کرد. (کتاب البیع جلد ۱ ص ۱۴۱ و ۲۰۷ و جلد ۵ ص ۳۰۴)

جمع بندی

- عنصر اصلی ماهیت عقد، «ارتباط دو تعهد یا دو قرار معاملی به یکدیگر» است.
- برای تحقق «ربط بین دو قرار» بیش از ارتباط موضوعی و ورود دو توافق بر امر واحد نیاز نیست، و لزومی ندارد عقد را مختص به جایی بدانیم که اثری وضعی مثل حق و ملک باشد.
- اضافه شدن قید «احداث اثر قانونی» در تعریف برخی حقوقدانان از عقد، برای اخراج وعده های ابتدائی و مقاولات دوستانه است و ارتباطی به بحث اثر وضعی عقود ندارد.
- نهاد عقد به مانند نهاد شرط، قابل تقسیم به عقد بر فعل و عقد بر نتیجه است، و این مطلب در ادبیات فقهی سابقه روشنی دارد.
- وجوب وفاء عقدی، قابل مطالبه و الزام به وسیله متعهد له است و صرفا وجوب تکلیفی نیست.
- برخی شواهد نقلی پیرامون ادله امضاء عقود نیز دلالت بر این دارند که مطلق تعهدات دو طرفه، موضوع این ادله است حتی اگر مصداق عقد اصطلاحی نباشد.
- طبق برخی مبانی فقهی که عنوان شرط را شامل قراردادها می‌داند، ادله وفاء به شرط را نیز می‌توان از ادله مشروعیت قراردادهای مبتنی بر التزام دانست.
- بنابراین جایی برای شبهه در مشروعیت قراردادهایی مثل قولنامه، استصناع، قرارداد اختیار معامله و سایر قراردادهای مبتنی بر التزام باقی نمی‌ماند، هرچند اثر وضعی در آنها متصور نباشد.

بررسی فقهی صحت ایجاب عام در معاملات

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

محمد مظفري^۱

مقدمه

یکی از مسائلی که امروزه در بازارهای مالی مورد بحث است مساله ایجاب عام است. ایجاب عام در مقابل ایجاب خاص میباشد. ایجاب در لغت به معنای الزام و اثبات است و گوینده آن خود را ملتزم و متعهد ساخته است. ایجاب در لغت به معنای التزام و اثبات است. گوینده ایجاب کسی است که خود را ملتزم و متعهد ساخته است. در معنای اصطلاحی ایجاب، تعاریف مختلفی از سوی فقیهان و حقوقدانان ابراز شده است؛ بعضی ایجاب را پیشنهاد معامله و اعالم اراده ای کسی دانسته اند که دیگری را بر مبنای معینی به عقد بستن می خواند به گونه ای که اگر پیشنهاد او قبول شود، به مفاد آن پایبند باشد (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۱۹۸).

ایجاب عام در مقابل ایجاب خاص می باشد. منظور از خاص این است که مخاطب ایجاب قابل اشاره حسیه است خواه مخاطب یک نفر باشد یا بیشتر. مثلاً وقتی زید جنسی را به بکر می فروشد

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

دقیقا روشن است که خریدار کسی جز عمر نیست و یا اگر زید جنسی را به ده نفر معین می‌فروشد تا آن ده نفر شریک در آن مال شوند مخاطب ایجاب کاملا مشخص است. اما اگر مخاطب فعلا بالخصوص مشخص نیست و امکان اشاره به او وجود ندارد آن را ایجاب عام می‌دانیم مثل اینکه زید می‌گوید این مال را به هر کسی که مشتری باشد می‌فروشم. لازم به ذکر است که فرض ما بر این است که قصد گوینده صرفا دعوت به معامله نیست بلکه مقصود این است که او این کلام را ایجاب تلقی می‌کند و با قبول اولین مشتری عقد منعقد می‌شود.

با توجه به تعریف مذکور این سوال پیش می‌آید که آیا چنین ایجابی صحیح است یا خیر و در صورت صحت چنین ایجابی شرایط لازم در آن چیست^۱؟

آراء فقها

فقها ایجاب عام را در بحث جعالة و سبق و رمایه پذیرفته‌اند. شیخ طوسی در مبسوط می‌فرماید:

إن قال: من حج عنى فله مائة صح ذلك، و كان ذلك جعالة لا أجرة. فإذا فعل الحج استحق المائة.

و إن قال: أول من يحج عنى فله مائة كان ذلك صحيحا (المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ۱، ص: ۳۲۵).

"اگر کسی بگوید: هر کسی از طرف من حج بجا آورد به او صد سکه داده خواهد شد، این کار صحیح است و این همان جعالة است نه اجاره. پس زمانی که حج انجام شد استحقاق صد سکه را دارد. و نیز اگر بگوید: اولین کسی که از سوی من حج بجا آورد برای او صد سکه است، این کار صحیح است."

صاحب جواهر نیز در ابتدای بحث از مشروعیت جعالة چنین می‌گوید:

مضافا إلى قوله تعالى «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ» بناء على حجية مثله ما لم يعلم نسخة (جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۵، ص: ۱۸۷)

با توجه به اینکه ایه فوق ظهور در ایجاب عام دارد به نظر می‌رسد که ایشان نیز ایجاب عام را در باب جعالة قبول دارند.

ممکن است کسی بگوید که صاحب جواهر جعالة را عقد نمی‌داند و شاید به همین دلیل در انشاء ایجاب آن وجود مخاطب خاطب را شرط ندانسته (جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۵، ص: ۱۸۹). و لکن

^۱. لازم به ذکر است هر چند که زمینه احکام قراردادهای و احکام ایجاب کتابها و تحقیقات متعددی وجود دارد اما در خصوص ایجاب عام در کتب حقوقی ایرانی مطالب خاصی دیده نمیشود.

می‌توان از این اشکال جواب داد که در بحث ما - ایجاب عام - فرقی بین عقد و ایقاع نیست و چنانچه ایجاب عام در ایقاعات تصحیح شود در عقود هم با وجود سایر شرایط معتبر در ایجاب، صحیح می‌باشد زیرا بحث ما در ایجاب عام است خواه در مقابل آن قبول معتبر باشد یا نه.

در باب سبق نیز شیخ طوسی گفته است: «إن قال لاثنین أیکما سبق إلى کذا فله عشرة دراهم صح» (المبسوط في فقه الإمامية؛ ج ۶، ص: ۲۹۲). همچنین در باب معاطات نیز به نظر می‌رسد فقها ایجاب عام را پذیرفته‌اند چنان که شیخ اعظم ره می‌فرماید:

«بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غیر ذلك من الجزئیات من دكاكين أربابها مع عدم

حضورهم و وضعهم الفلوس في الموضع المعد له و على دخول الحمام مع عدم حضور

صاحبه و وضع الفلوس في كوز الحمامي. فالمعيار في المعاطاة وصول المالین أو أحدهما

مع التراضي بالتصرف» (كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - القديمة)؛ ج ۱، ص: ۳۵۷)

هر چند شیخ ره در این مقام سخنی از ایجاب عام به میان نیاورده، بدان جهت که موضوع بحث او ایجاب عام نبوده، اما بهر حال مورد بحث از مصادیق ایجاب عام می‌باشد و حکم به صحت در این مورد ملازمه با این دارد که چنین معاطاتی از ناحیه دیگر نیز دچار اشکال نیست.

بسیاری از شارحان و معلقان مکاسب نیز در این مقام با توجه به اینکه به مطلب شیخ اعظم ره اشکال نکرده‌اند، به نظر می‌رسد که به نحوه ایجاب اشکال نداشته باشند. البته برخی از شارحان نیز در صحت چنین معامله‌ای تردید دارند. شیخ اعظم ره البته عبارت دیگری هم دارند که می‌فرمایند:

«الظاهر أنَّ عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا، و أنَّ عمدة الدليل على

ذلك هي السيرة؛ و لذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلّا قبض أحد العوضين، و السيرة

موجودة في المقام أيضاً فإنّ بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غیر ذلك من الجزئیات

من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس في الموضع المعد له، و على

دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس في كوز الحمامي. فالمعيار في

المعاطاة: وصول المالین أو أحدهما مع التراضي بالتصرف، و هذا ليس ببعید على القول

بالإباحة» (كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)؛ ج ۳، ص: ۱۱۳).

این عبارت مکاسب هر چند در مقام بررسی اشتراط قبض در معاطات است که این صرف وصول المالین کافیسست یا نیاز به قبض هست اما به طور ضمنی پذیرفته‌اند که چنین معاطاتی از جهات دیگر اشکال ندارد.

شیخ اعظم ره هر چند صحت این قسم از معاطات را بنا بر قول به اباحه بعید نمی‌دانند اما از آنجا که اباحه نیز محتاج انشاء ایجاب از طرف مبیح می‌باشد می‌توان گفت که شیخ ره ایجاب عام را در موارد اباحه قبول دارند. البته اگر این مورد را معاطات بدانیم بنا بر قول به ملکیت مساله پذیرش ایجاب عام روشن تر خواهد بود.

برخی محشین مکاسب نیز در این مساله دچار تردید بوده‌اند به عنوان نمونه ایت الله گلپایگانی ره در حاشیه مکاسب خود در ذیل عبارت شیخ می‌فرمایند:

يمكن أن يكون فتح باب الحمام مثلا بمنزلة الإعطاء، ووضع الفلوس في المكان المعين بمنزلة القبول، فيكون معاطاة. و لكنه بعيد أيضا، لأنه يستلزم الإعطاء لغير المعين فتأمل (بالغة الطالب في التعليق على بيع المكاسب؛ ص: ۱۴۳).

تعبیر "فتأمل" در کتب فقهی اشاره به اشکال در مطلب است که نشان از شبهه مولف در مساله می‌باشد. البته ایشان در ادامه فرموده‌اند که اگر این موارد بخواید از باب معاملات باشد هیچ راهی ندارد جز اینکه مشتری را وکیل از طرف حمامی بدانیم که این مطلب نشانگران است که ایشان ایجاب عام را دچار اشکال می‌دانند (همان). محقق عراقی نیز در شرح تبصره همین مساله را مطرح کرده و قرار دادن فلوس در کوزه حمامی را از قبیل قبض دانسته و ظاهرا انرا صحیح می‌دانند.^۱

آراء حقوقدانها

هر چند در کتب حقوقی کمتر به مساله ایجاب عام پرداخته شده است اما در حقوق فرانسه، از نظر دیوان عالی کشور، تعریف عقد بیع در ماده ی ۱۵۸۹ ق.م. نسبت به قابل، اطلاق دارد. در قانون

^۱. شرح تبصرة المتعلمين (للآغا ضياء)؛ ج ۵، ص: ۲۱

ثم إن الظاهر من كلماتهم أيضا اعتبار جميع شرائط البيع العقدي في المعاطاة عدا اللفظ، من دون فرق في ذلك بين كونها مفيدة للملكية المتزلزلة أم الإباحة المحضة. كما أن المتعارف فيها كون المعطي يعطائه المثلثن موجبا، و الأخذ بأخذه قابلا، و إن إعطائه الثمن كليا أم شخصا من باب الوفاء بالمعاملة. و حينئذ فلا بأس بصدق الوفاء في وضع الفلوس في الكوز، لأنه في الحقيقة نحو قبض منه، بجعله المال تحت استيلائه

مدنی هم با توجه به اطلاع ماده ۳۳۸^۱ می‌توان گفت بعید نیست که قانونگذار انرا پذیرفته باشد. هر چند که ممکن است بگوییم با توجه به عدم مصداق برای ایجاب عام در زمان تدوین قانون مدنی، قانونگذار از این حیث در مقام بیان نبوده. همین مطلب در خصوص کلام فقها وجود دارد. زیرا در کلام آنها نیز اشاره‌ای به ایجاب عام نشده و ممکن است کسی با تمسک به اطلاق کلام فقها قائل به صحت ایجاب عام شود که شبهه اخیر در مورد اطلاق چنین ایجابی مطرح می‌شود. اما بهر حال هر چند از کلام فقها و حقوقدانان ایرانی تأیید ایجاب استفاده نشود اما نفی آن هم مسلماً استفاده نمی‌شود. در خصوص جعاله فقها و حقوقدانان اتفاق نظر دارند که ایجاب عام مانعی ندارد.^۲ اما در خصوص عقد نکاح تصریح به تعیین طرفین کرده‌اند.^۳ و لکن چنانکه در ادامه توضیح خواهیم داد، تعیین بعد از ایجاب مشکلی ندارد و آنچه می‌تواند مانع باشد مرد بودن طرف مقابل است.

ماهیت ایجاب و خصوصیات آن

از آنجا که موضوع بحث ایجاب عام است لذا شایسته است خصوصیات معتبر در ایجاب را مورد بررسی قرار دهیم و چنانچه که این خصوصیات در مورد ایجاب عام که خود یکی از اقسام ایجاب است، وجود داشت می‌توان حکم کرد که در فرض عدم مانع، مقتضی برای تصحیح ایجاب عام وجود دارد. البته برخی از خصوصیات مذکور را میتوان از خصوصیات عقد دانست و لکن از آنچه که عقد با ایجاب و قبول محقق می‌شود به این اعتبار میتوان انرا از خصوصیات ایجاب و قبول دانست. لازم به ذکر است که بحث درباره این خصوصیات و اعتبار آنها خود موضوع مقاله دیگری است و در اینجا به عنوان اصل موضوعی مورد بحث واقع می‌شود.

^۱ . قانون مدنی ماده ۳۳۸- بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.

^۲ . قانون مدنی ماده ۵۶۱- جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از این که طرف معین باشد یا غیر معین.

قانون مدنی ماده ۵۶۴- در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است عمل هم مرد و کیفیات آن نامعلوم باشد.

^۳ . قانون مدنی ماده ۱۰۶۷- تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ‌یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد شرط صحت نکاح است.

انشا باشد نه اخبار

قاطبه علما معتقدند که عقود ایقاعات با انشاء محقق می‌شود، اما اینکه این انشا لفظ باشد یا غیر لفظ خود امری دیگر است. نیز اینکه انشا، همان ابراز اراده نفسانی یا ایجاد اراده نفسانی است خود بحثی است که فعلاً ارتباطی به مساله مورد بحث ندارد.

تفاوت انشاء با اخبار این است که جمله انشایی، در خارج مابازاء ندارد که با آن تطبیق داده شود. از این رو، به صدق و کذب متّصف نمی‌گردد؛ اما جمله خبری که در مقام خبر دادن از ثبوت یا نفی چیزی است گاه مطابق با واقع و گاه مخالف با آن است. از این رو، به صدق و کذب متّصف می‌شود.^۱ متضمن خصوصیات عقد یا ایقاع باشد.

واضح است که مجرد انشا بدون تعیین نوع عقد یا ایقاع از محالات است زیرا انشا امری است که نیازمند متعلق است و بدون متعلق آن محقق نمی‌شود. مثلاً اگر کسی بگوید انشا کردم اما معین نکند که اجاره را انشا کرد یا بیع را، در واقع اصلاً انشایی انجام نداده. زیرا تحقق انشا در خارج بدون تعیین متعلق آن ممکن نیست. همچنین چنانچه برخی خصوصیات دیگر مثل نوع مبیع را هم مشخص نکند انشا بی اثر است بلکه اصلاً محقق نمی‌شود. زیرا همان طور که انشا نیازمند متعلق است و بدون تعیین آن محقق نمی‌شود بیع نیز - به عنوان مثال - بدون تعیین متعلق آن در خارج محقق نمی‌شود زیرا منتهی به محذور فرد مردد می‌شود که گفته‌اند فرد مردد تحقق و تعینی در خارج ندارد. از آنجا که انشا یعنی ایجاد امر اعتباری در خارج، یا ابراز اراده نفسانی، تا نوع آن و متعلق نوع آن مشخص نباشد امکان ابراز یا ایجاد آن محقق نیست.

همچنین شروط مورد توافق در عقود به شرطی لازم الوفا هست که در متن عقد ذکر شود، در غیر این صورت هر چند این شروط مورد گفتگوی قبلی طرفین باشد اما چنانچه در متن عقد ذکر نشود معتبر نخواهد بود.^۲

^۱ . مصباح الفقه (للخویی) ج ۲ ص ۵۲ : تفرق الجمل الانشائية عن الجمل الخبرية بأن الجمل الانشائية إنما وضعت بهيئاتها الانشائية لا بآثارها من الأمور النفسانية؛ وهذا الأمر النفساني قد يكون اعتباراً من الاعتبارات، كما في الأمر والنهي والعقود والإيقاعات. وقد يكون صفة من الصفات، كما في التمني والترجي

^۲ . جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۰، ص: ۱۸۳

كل شرط يشترط فيه مما هو سائغ سواء كان شرطاً للموجب أو القابل فلا بد في لزوم الوفاء به من أن يقترن بالإيجاب والقبول

در حقوق کنونی ایران نیز ملاحظه‌ی مواد مختلف قانون مدنی نشان می‌دهد، معلوم و معین بودن موضوع عقد، از شرایط اساسی عقود است. بر اساس بند ۹ ماده ۲۳۶ موضوع عقد باید معین باشد. در ماده ۱۲۳ نیز آمده است که مراد از مبهم نبودن مورد معامله، معلوم بودن آن است.

غرر

غرر یعنی خطر، در معرض هلاک افتادن، اسم مصدر تغیر است، گفته می‌شود: «غرر بنفسه تغیراً: عرضها للهلكة و الاسم الغرر» (لسان العرب، ذیل «غرر»، ج ۵، ص ۱۳ و الصحاح، ج ۲، ص ۷۶۸). و شهید در قواعد انرا چنین معنا کرده: «الغرر لغة: ما له ظاهر محبوب وباطن مكروه» (شهید اول، القواعد، ج ۲، ص ۱۳۷). در شرع نیز غرر تفسیر شده به: معامله ای که ظاهرش به گونه ای است که مشتری را گمراه می‌کند و باطن آن ناشناخته و نامشخص است.^۱ هر چند موارد غرر فراوان است اما می‌توان آنها را در سه گروه دسته بندی کرد:

الف) مورد نخست آن جایی است که غرر یا خطر از جهت عدم اطمینان به امکان تسلیم باشد بدین معنی که یکی از عوضین مقدور التسلیم نباشد، مانند بیع فراری و پرنده در هوا و ماهی در آب.

ب) مورد دوم جایی است که خطر از جهت عدم اطمینان به تحقق وجود باشد یعنی وجود یکی از عوضین مورد وثوق و اعتماد نباشد مانند بیع «عسب الفحل» نطفه حیوان نر و «حبل حبله» بچه جنینی که در شکم ناچه است.

ج) مورد سوم جایی است که خطر از جهت جهل به مقدار یکی از عوضین یا جنس یا وصف آن باشد مثلاً مشتری به کمیت یا کیفیت مبیع جاهل باشد

از شروط صحت عقد غرری نبودن آن است. البته بسیاری این شرط را مختص به بیع می‌دانند اما برخی انرا در مطلق عقود جاری دانسته‌اند.

در ماده ۲۱۶ قانون مدنی نیز مبهم نبودن مورد معامله از شرایط صحت معامله ذکر شده است.^۲

^۱ . احمد بن محمد مهدی بن ابی‌ذر، عوائد الایام، ص ۲۹: انه نهی عن بیع الغرر وهو ما كان له ظاهر یغیر المشتري وباطن

مجهول

^۲ . قانون مدنی ماده ۲۱۶-مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است.

قصد و اراده

موجب و قابل در هنگام انشاء باید دارای هوشیاری بوده و اراده جدي داشته باشند به این نحو که علاوه بر اینکه قصد صدور لفظ را دارند بلکه باید قصد معنا و مدلول آن را هم داشته باشند.^۱ البته این خصوصیت بازگشتش به همان خصوصیت اول - یعنی ایجاب باید متضمن انشاء باشد - است زیرا بدون قصد و اراده انشاء عقد در خارج محقق نمی‌شود و لکن به جهت تحلیلی این خصوصیت به صورت مجزا ذکر شد.^۲

همراه با رضایت باشد

از شروط صحت عقد که باید در موجب و قابل وجود داشته باشد رضایت است که گاه از آن به شرط اختیار یاد می‌شود. این شرط مورد اتفاق علماست و در قانون مدنی نیز آمده است: رضای حاصل در نتیجه اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست.^۳

صراحت

از شروط ایجاب و قبول صراحت است اما قبال این نظر برخی معتقد به اشتراط حقیقی بودن الفاظ و برخی دیگر معتقدند که الفاظ مشترک معنوی لفظی همراه با قرینه حالیه نباشد بلکه با قرینه لفظیه باشد و برخی دیگر معتقد به عرییت و صحیح خواندن صیغه‌اند. شیخ انصاری معتقد است که صیغه باید دلالت عرفی بر عقد داشته باشد (کتاب مکاسب (للشیخ الأنصاري، ط - الحدیثة)؛ ج ۳، ص: ۱۲۳ - جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۲، ص: ۲۵۰).

۱. منية الطالب في حاشية المكاسب؛ ج ۱، ص: ۱۷۶ - ۱۷۷ - أن يكون قاصدا للمعنى باللفظ أي بعد كونه قاصدا لصدور اللفظ كان قاصدا لمدلوله لا بمعنى كونه قاصدا لأصل المعنى فإنه بعد قصده اللفظ و علمه بمعناه لا يعقل عدم قصده معناه فإن استعمال اللفظ عبارة عن إلقاء المعنى باللفظ بل بمعنى كونه قاصدا للحكاية أو الإيجاد أي كان داعيه على استعمال اللفظ في المعنى الحكاية عن وقوع هذا المدلول في موطنه من ذهن أو خارج أو إيجاد المنشأ بهذا اللفظ الذي هو آلة لإيجاده فلو كان قصده الهزل و اللعب فلا أثر له و فقد هذين المرتبتين في الإخبار يوجب عدم صدق الحكاية عليها و أمّا في المنشئات ففي العقود يوجب عدم صدق عنوان العقد و في الأحكام يوجب عدم صدق الحكم الواقعي بل يطلق عليه الحكم الصوري أو الهزلي. أو نحو ذلك من الدواعي ۲. كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - القديمة)؛ ج ۱، ص: ۴۶۳ : من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به - و اشتراط بهذا المعنى في صحة العقد بل في تحقق مفهومه مما لا خلاف فيه و لا إشكال ۳. قانون مدنی ماده ۱۹۵- اگر کسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید، آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است.

۳. قانون مدنی ماده ۱۹۹-

لفظی بودن ایجاب

فقه‌ها لفظی بودن ایجاب را در فرض عدم عجز شرط دانسته‌اند. و چنانچه در حال تمکن از تکلم به اشاره اکتفا شود عقد صحیح نیست. خواه این عجز از تکلم بدلیل اخرس بودن باشد یا بدلیل دیگر.^۱ در خصوص کتابت نیز مساله به همین نحو مطرح شده اما برخی اشاره را مقدم بر کتابت و برخی کتابت را مقدم بر اشاره می‌دانند. برای عدم کفایت کتابت به ادله مختلفی از جمله اجماع تمسک شده و لکن برخی از معاصرین کتابت را جانشین لفظ می‌دانند.^۲

در حقوق مدنی نیز شرط لفظی بودن انشاء چنان که نزد برخی از علما مسلم بوده، مطرح نشده و معتقدند که انشاء عقد می‌تواند با کتابت نیز محقق شود. در ماده ی ۲۳۹ قانون مدنی مقرر داشته، انشا معامله ممکن است به وسیله‌ی عملی که مبین قصد و رضا باشد نیز، صورت گیرد و تنها در مواردی که قانون روش خاصی را برای اعلام اراده لازم دانسته باشد، باید بر طبق آن عمل کرد؛ چنانکه در عقد نکاح ماده ۲۶۳۱ قانون مدنی وقوع ایجاب و قبول را به الفاظی که دلالت بر قصد نماید، لازم دانسته است. این مطلب در مواد دیگری از قانون به ان اشاره شده است.^۳

۱. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر)؛ ج ۳، ص: ۲۲۵ و یکفی الإشارة الدالة على الرضا على الوجه المعین مع العجز عن النطق لخرس و غیره، و لا تكفی مع القدرة.

جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۲، ص: ۲۵۱
و یقوم مقام اللفظ الإشارة مع العذر من غیر تعقید بالعجز عن التوکیل المتیسر غالباً، و دعوی اختصاص ذلك فی خصوص الأخرس كما ترى، ضرورة عدم الفرق بین الجمیع، كما لا یخفی على من أحاط خبراً بمدرک المسألة، و لذالم یجعل المصنف موضوع الحكم الأخرس كالقواعد و الإرشاد، بل فی اللمعة و الروضة تكفی الإشارة مع العجز عن النطق لخرس و غیره، و لا تكفی مع القدرة و فی محکی التحریر لا تكفی الكتابة و لا الإشارة مع القدرة،

۲. كتاب المكاسب (للشیخ الأنصاري، ط - الحديثه)؛ ج ۳، ص: ۱۱۸
و الظاهر أيضاً: كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة؛ لفحوى ما ورد من النص على جوازها فی الطلاق، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه. و أمّا مع القدرة على الإشارة فقد رجّح بعض الإشارة؛ و لعلّه لأنّها أصرح فی الإنشاء من الكتابة. و فی بعض روایات الطلاق ما يدلّ على العکس، و إليه ذهب الحلّي رحمه الله هناك.

مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة (ط - الحديثه)؛ ج ۱۶، ص: ۳۵۱
و وجه عدم کفاية الكتابة مع القدرة على النطق أنّه - أي النطق - معتبر فی العقود اللازمة بالإجماع

۳. قانون مدنی ماده ۱۹۱- عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.
ماده ۱۹۲- در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود.
ماده ۱۹۳- انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.

تخاطب در ایجاب

در اشتراط تخاطب در عقد دو دیدگاه وجود دارد. برخی نظیر امام ره در کتاب البیع مخاطبه را شرط صحت بیع و دخیل در ماهیت آن نمیدانند و لذا اگر ایجاب از شخصی خطاب به شخص مجنونی صادر شود و سپس آن شخص مجنون بهبود یابد، و قبول کند عقد محقق شده است.^۱

اما برخی حقوقدانان و فقها تخاطب را شرط صحت عقد میدانند و میگویند: ایجابی منشا اثر است که دارای مخاطب باشد و لذا اگر مالک اتومبیلی ضمن گفتگو با شخص ثالث، اعلام کند که قصد دارد اتومبیل خود را به شخصی بفروشد یا حاضر است پیشنهاد خرید اتومبیل را از طرف آن شخص بپذیرد، این اعلام را نباید ایجاب پنداشت (کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، صص ۱۱۱ و ۱). اما اینکه این مخاطب باید بالخصوص معین باشد یا به نحو کلی غیر معین و یا کلی در معین که همان ایجاب عام تلقی میشود مطلبی است که موضوع نوشته را به خود اختصاص داده است.

شهیدین در لمعه و روضه تعیین طرفین عقد را شرط نکاح دانسته خواه این تعیین با اشاره باشد یا با اسم باشد و یا با بیان وصف. و لذا در جایی که کسی چند دختر دارد اگر معین نکند که کدامیک از دختران خود را شوهر میدهد عقد باطل است زیرا استماع، مستدعی فاعل و منفعل معین است. تعبیر استماع همان تخاطب مذکور در بحث ماست.^۲

محقق تستری نیز در مقابس، تعیین طرفین عقد در همه عقود را شرط دانسته و لذا اگر کسی وکیل از دو نفر باشد و مالی را معامله کند و معین نکند که این معامله از طرف کدامیک از موکلین او معامله

۱. کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۱، ص: ۳۵۵: أقول: ليست ماهية البيع إلا تملك عين بالعوض، أو مبادلة مالٍ بمالٍ، حسب ما فصل في محله، و يقال للبيع ونحوه: «العقد» باعتبار العقدة الحاصلة ادعاءً من تبادل الإضافتين على ما مرّ، وهذه العقدة و المبادلة أنشئت بفعل الموجب و إيجابه، من غير دخالة مخاطبة و معاهدة فيه.

فإذا قال البائع: «بعت مالي بمال زيد» فقد أنشأ المبادلة و أوقع المعاوضة، مع عدم تخاطب و تعاهد في البين، فإذا انضم إليه قبول الطرف، صار موضوعاً لأعتبار العقلاء و الشرع للنقل العقلاني، فلو فرض أن المشتري مجنون، أو مغمى عليه، ولا يمكن مخاطبته، لا يضرّ ذلك بإيجاب الموجب؛ أي التبادل بين المالكين، أو تملك العين بالعوض، فإذا أفاق و قبل ما أوجبه، تمّ نصاب موضوع الاعتبار.

کتاب البیع (للإمام الخميني)؛ ج ۱، ص: ۳۵۶: و ليس التخابر دخيلاً في ماهية المعاملات.

۲. الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية؛ ج ۶، ص: ۱۶۶

(و يشترط تعيين الزوجة و الزوج) بالإشارة، أو بالاسم، أو الوصف
الرافعين للاشتراك، (فلو كان له بنات و زوجة واحدة و لم يسمّها فإنّ أبهم و لم يعين شيئاً في نفسه بطل) العقد، لامتناع استحقاق الاستمتاع بغير معين،

شده معامله باطل و لغو است. دلیل ایشان بر این مطلب این است که در نفس الامر این مال بدون مالک باقی می ماند و نیز جزم به تعیین عوضین و نیز احکام شرعیه مترتب بر آنها حاصل نمی شود. ایشان اضافه می کنند که تعیین بعد از انشان عقد مبهم هم دلیلی بر صحت آن نیست و لذا اگر بعداً بخواهد طرفین عقد را معین کند، این تعیین متعقب، مصحح عقد نیست.^۱

شیخ اعظم انصاری در مکاسب به طور مفصل متعرض کلام محقق تستری شده و در نهایت در جمع بندی کلام خود می فرماید: تعیین مالک مطلقاً شرط نیست خواه مورد معامله معین و مشخص باشد یا کلی، و در مواردی هم که تعیین مالک لازم است برای تصحیح ملکیت عوض بواسطه تعیین کسی که ملک به او اضافه می شود، می باشد نه اینکه صحبت معامله متوقف بر تعیین مالک باشد.^۲

ملاحظات دربارۀ کلام محقق تستری در ادامه خواهد آمد.

محقق مراغی در العناوین نیز مخاطبه را در موارد کلی شرط می داند به این بیان که اگر قصد جمیع افراد در معامله و انشا عقد شود چنین چیزی قابل تصور نیست زیرا اگر انشا به همه افراد تعلق گرفته لازمه آن اشتراک مال بی همه افراد است و یا اینکه بگوییم هر کس مستقلاً - بدون اشتراک - مالک است ولی مبیع بر همه افراد توزیع شود در حالی که فرض این هست که قابل یک نفر بیشتر نیست و عقد هم فقط با او بسته شده و هیچ کدام از اشخاص هم بعینه مخاطب عقد نبوده اند. و اگر چنانچه

۱. مقابسات الأنوار و نفائس الأسرار؛ ص: ۱۱۵

هل يعتبر تعيين المالكين الذين يتحقق النقل والانتقال بالتسبة اليهما أم لا فيه اوجه و اقوال و المسألة في غاية الاشكال و قد اضطربت فيها كلمات الاصحاب قدس الله ارواحهم في تضاعيف ابواب الفقه و تحقيق المسألة انه ان توقف تعيين المالك على التعيين حال العقد لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعاً تعتبر تعيينه في النية او مع التلفظ به أيضاً و ذلك كبيع الوكيل و الولي العاقد عن اثنين في بيع واحد و الوكيل عنهما و الولي عليهما في البيوع المتعددة فيجب ان يعين من يقع له البيع او الشراء من نفسه و من غيره و ان يميز البائع من المشتري اذا امكن الوصفان في كل منهما فاذا عين جهة خاصة تعينت و لم يصح تغييرها و ان أطلق فإن كان هناك جهة معينة بصرف اليها الاطلاق كان كالتعيين كما لو دار الامر بين نفسه و بين غيره و لم يقصد الابهام و التعيين بعد العقد و الا وقع لاغيا و هذا جار في سائر العقود من النكاح و غيره و الدليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعتة فيما ذكر انه لو لا ذلك لزم بقاء الملك الملوک بلا مالک معین في نفس الامر و ان لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان و لا بالاحکام و الآثار المترتبة على ذلك و فساد ذلك ظاهر و لا دليل على تأثير التعيين المتعقب و لا على صحة العقد المبهم لانصراف الادلة الى ما هو الشائع المعروف من الشريعة و العادة فوجب الحكم بعدمه

۲. کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاري، ط - الحديثة)؛ ج ۳، ص: ۲۹۹

على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقاً غير معتبر سواء في العوض المعين أو في الكلي، و أن اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشق الأول من تفصيله إنما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالاً

قصد تک افراد شود لازمه ان استقرار مالک واحد برای افراد متعدد است که هم امری غیر معقول و هم غیر مقصود است.

اگر مراد واحد غیر معین باشد هم می‌گوییم کلی نمی‌تواند مالک شود الا در مثل مصارف زکات، پس باید حتما قصد معین بشود و لکن مراد از معین خصوص فرد نیست بلکه مراد تعیین است به نحوی که باعث اشتباه با غیر نشود و بتواند موضوع عقد واقع شود. لذا اگر چنین بگوئید که هر کسی که عبا به تن دارد را وکیل خود کردم - چون باعث اشتباه نمی‌شود - اشکالی ندارد اما اگر یک کتاب را بفروشد از انجا که این کتاب فقط به یک نفر میتواند منتقل شود و یا اگر بخواهد به افراد متعدد منتقل شود باید همه در ان شریک شوند لذا عدم تعیین مضراست.

اما شنیدن خبر از مخبری که ناشناس است (اشکالی ندارد) زیرا انچه از مخبر متوقع است فقط شنیدن خبر است اما در عقد مقصود مخاطب عقد و عهد با اوست و این فرع تعین اوست.^۱ و لذا از همین جا برای این شرط دو وجه پدیدار می‌شود:

اول: لزوم غرر بدلیل اختلاف اغراض به تعدد افراد.

دوم: عدم قابلیت عقود برای عهد با افراد غیر مشخص. ایشان در ادامه می‌فرمایند: اینکه در جعاله چنین امری اجازه داده شده به این جهت است که غرض نفس عمل است و انجام دهنده ان موضوعیت ندارد.^۲

^۱ توضیح: در مخاطب تعیین مخاطب، متکلم و استماع شرط است. و لکن صاحب عناوین معتقد است در برخی موارد بودن تعیین هم مخاطب محقق میشود چنانچه که شنیدن کلام کسی که ناشناس است مانع از مخاطب نیست. عناوین الفقهیه: ج ۲، ص: ۱۸۹: أن تعین المتکلم و المخطاب و الأسماع من شرائط التخطاب، مع أن التخطاب یمكن مع عدم معلومية المخطاب بعینه، كما فی قول القائل: (لیفعل أحدکم کذا) مثلا، نظیر الواجبات الکفائیة، و كذلك یمكن لأحد الاستماع لکلام من یتکلم مع أنه لا یعرفه.

^۲ . العناوین الفقهیه: ج ۲، ص: ۱۸۹-۱۹۰

و قصد الجمیع فی مقام المعاملة و إنشاء العقد غیر متصور، إذ لو أريد تعلق الإنشاء على الجمیع فلازمه الاشتراك، أو الاستقلال مع التوزيع أو بدونه، مع أن الفرض، أن القابل واحد و العقد معه، و هو لم یکن مخاطبا بعینه، فلم یکن النقل مقصودا إلیه. و لو قصد کل واحد واحد فهو موجب لاستقرار الملك الواحد للمتعدد، و هو غیر معقول أولا، و غیر مقصود ثانيا. و إن أريد الواحد لا بعینه فالکلی لا یكون مالکا إلا فی مثل مصارف الزکاة و نحوها على أحد الوجوه، فلا بد من قصد المعین بالخصوص، و لیس غرضنا بالمعین هو خصوص الفرد، بل غرضنا التبعین على نحو لا یكون فیة اشتباه بغيره و یكون قابلا لموضوع العقد. فلو وكل کل من هو لابس للعباء مثلا جاز، لأنه معین غیر مشتبه، و موضوع الوكالة شيء قابل للتحقق فی الأشخاص المتعددين، بخلاف بيع الكتاب الواحد، فإنه غیر قابل للنقل إلا إلى واحد أو متعدد بالتشريك. و أما سماع الأخبار من المخبر الذي لا یعرف فهو من جهة عدم تعلق غرض للسامع فی ذلك غیر سماع کلامه، بخلاف العقد، فإن المقصود فیة للمخاطب أيضا العقد و

بررسی کلام محقق مراغی

اول: ادعای لزوم غرر در فرض نامعین بودن طرف مقابل عقد قابل پذیرش نیست زیرا با توجه به ادله و مفاد قاعده نهی از غرر، مجهول بودن و و غرری بودن در جایی صادق است که مبیع و مضمن نامشخص باشد و فقط در موارد معدودی ممکن است نامشخص بودن طرف مقابل باعث بطلان معامله شود. به طور متعارف در معاملات فروش کالا اهمیت دارد فروش کالا است و شخص آن مهم نیست. لذا اگر کسی صدای فروشنده را بشنود ولی چهره او را نبیند و او را نشناسد و با این حال با او معامله کند، این جهل مانع از صحت معامله نیست. دوم: مراد ایشان از عدم قابلیت عقود، برای عهد با افراد غیر معین چیست؟

اگر منظور عقد بستن با مشتری به نحو فرد مردد باشد، این مطلب صحیح است اما ایجاب عام از قبیل فرد مردد نیست. اگر منظور این هست که معنای معاهده که امری طرفینی است محقق نمی‌شود، زیرا معاهده، تعهدی است در مقابل تعهد دیگر و در فرض نامعین بودن طرف مقابل معنای معاهده محقق نمی‌شود، این سخن نیز قابل جواب است زیرا در فرض ایجاب عام با قبول اولین کسی که ایجاب را می‌پذیرد، طرف مقابل عهد معین می‌شود و معاهده صادق است.

بررسی کلام محقق تستری

اول: ایشان نا معین بودن را منتهی به این دانستند که مال بدون مالک باقی می‌ماند اما این سخت در مورد ایجاب عام پذیرفته نیست زیرا در ایجاب عام بایع و مشتری معین هستند و مال بدون مالک نیست.

دوم: ایشان برای اعتبار تعیین، تمسک به بنای عقلا کردند که این مطلب نمی‌تواند در خصوص ایجاب عام پذیرفته شود زیرا اولاً: ایجاب عام در خصوص معاطات و یا جعالة در زمانهای قبل هم وجود داشته و امروزه هم در قوانین حقوقی برخی کشورها پذیرفته شده و چنین نیست که امری غیر عقلایی

العهد معه، و هو فرع تعينه. و من هنا ظهر لهذا الشرط وجهان آخران: أحدهما: لزوم الغرر، لاختلاف الأغراض بتعدد الأشخاص و اختلافهم، فلا بد من التعيين كما نشترطه في العوضين. و ثانيهما: عدم قابلية العقود للعهد مع الشخص الغير المعين من جهة مقتضياتها، كالعقد المملوكة الغير القابلة للتملك إلى شخص لا بعينه في الطرفين، أو إلى أشخاص متعددين في الملك الواحد، فلا تذهل. و لعل جواز ذلك في الجعالة من جهة كون المقصود حصول ذلك العمل من أي شخص كان، و لا عبرة لخصوصية الشخص. و بالجملة: مقتضى انصراف الأدلة و ظاهر الأصحاب اعتبار هذه الشروط، إلا ما خرج بنص أو إجماع.

باشد ضمن اینکه صرف عدم وجود چنین ایجابی در زمان های گذشته دلیل بر عقلایی نبودن آن نیست. اوفوا بالعقود.....

مضاف بر اینکه تعیین طرفین عقد - چنان که در کلام شیخ اعظم ره هم ذکر شد - به این جهت است که مال بدون مالک نباشد که این امر در خصوص ایجاب عام منتفی است و مال بدون مالک باقی نمی ماند.

جمع بندی

به نظر می رسد اشتراط تعیین بایع و مشتری از این جهت لازم است که در صورت عدم تعیین آن، حقیقت معامله که همان " توافق الارادتين " است محقق نمی شود و چنانچه به صورت فرد مردد مشتری و قابل تعیین شود، فرد مردد حقیقت و خارجیتی ندارد و لذا اگر ایجاب عام منتهی به عدم تعیین مشتری و یا فرد مردد شود دچار اشکال خواهد بود. لکن ایجاب عام از قبیل فرد مردد نیست بلکه از قبیل کلی در معین است و همان طور که مبیع می تواند به نحو کلی در معین باشد و کلی بودن آن منافاتی با اشتراط تعیین مبیع ندارد، مشتری هم چنانچه از قبیل کلی در معین باشد منافاتی با اشتراط تعیین قابل در عقد ندارد و الا چنانچه در قابل این سخن را نپذیریم باید بیع کلی در ذمه و کلی در معین نیز اشکال کنیم زیرا تعیین، هم در مبیع شرط است و هم در قابل و هم موجب. در ایجاب عام مشتری به صورت کلی مشخص است یعنی می توان اشاره به او کرد و گفت: همان کسی که زودتر از دیگران قبول کند این مال به او فروخته شده است هر چند اسم و مشخصات او را ندانیم.

در فرض شک در صحت عقد به نحو ایجاب عام نیز میتوان به عمومات عقود، نظیر اوفوا بالعقود مراجعه کرد زیرا ایه از حیث کیفیت ایجاب اطلاق دارد بدین معنا که واجب است که عقود خود وفا کنید خواه ایجاب آن به نحو عموم باشد یا خصوص فرد معین. بنابراین ایجاب عام در مثل جعاله و یا معاطات نیز از قبیل استثنا نیست و امری است مطابق با قواعد باب معاملات.

خصوصیات الفاظ عقود

استاد راهنما: استاد امینی

نویسنده:

احمد مولائی^۱

مقدمه

در فقه و حقوق از عقد به توافق دو اراده تعبیر شده است و از آنجا که اراده یک امر باطنی است لذا تا زمانی که به وسیله ابزاری ابراز و اعلام نشود اثری بر آن مترتب نخواهد شد و چون یکی از ابزار مهم و پرکاربرد برای ابراز آن لفظ می باشد بنابراین شناخت اوصاف و خصوصیات لازم در آن در مقام انشاء عقد لفظی از اهمیت ویژه ای برخوردار است. بحث از خصوصیات الفاظ عقود در چند مقام قابل طرح است:

مقام اول: بحث در نحوه ی دلالت مواد الفاظ عقود از جهت صراحت، ظهور و حقیقت
مقام دوم: بحث در هیأت افرادی این الفاظ مثل بحث از اعتبار عربیت، عدم لحن و ماضویت
مقام سوم: بحث از هیأت ترکیبی الفاظ مثل بحث از تقدم یا تأخر ایجاب و قبول نسبت به یکدیگر
در این مقاله تحت عنوان «خصوصیات الفاظ عقود» مقام اول و دوم مورد بحث قرار گرفته است. که امید است این تلاش ناچیز مرضی خداوند متعال و امام زمان ع باشد.

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

مقام اول: بحث در نحوه‌ی دلالت مواد الفاظ عقود از جهت صراحت، ظهور و حقیقت در خصوص مواد الفاظ عقود از جهت صراحت، ظهور و حقیقت چهار دیدگاه اصلی در بین فقهاء وجود دارد:

دیدگاه اول^۱: اعتبار معنای حقیقی در الفاظ عقود^۲

بر اساس این قول، الفاظی صلاحیت برای انشاء عقود را دارند که برای انشاء عقد مورد نظر وضع شده باشند. بنابراین انشاء عقود با الفاظ کنایی و مجازی مثل «أدخلته فی ملکک بكذا یا سلطتک علیه بكذا» در مقام انشاء بیع صحیح نمی‌باشد. برای این قول به دو دلیل استناد شده است.

اول: به حکم استصحاب، تا زمانی که مضمون عقد با الفاظی که بر آن وضع شده است، انشاء نشود اصل بر بقاء حالت قبل از عقد می‌باشد. و در نتیجه عقدی منعقد نمی‌شود.

این استدلال مورد ایراد است؛ چرا که با وجود شمول اطلاقات و عمومات نسبت به عقود انشاء شده با الفاظ مجازی و کنایی، نوبت به استصحاب نمی‌رسد زیرا به حکم وجدان عنوان عقد بر آن‌ها صادق بوده و در نتیجه مشمول عمومات و اطلاقات قرار می‌گیرند.

دوم: در صورت انشاء عقد با غیر الفاظی که بر آن وضع شده است، مخاطب (طرف عقد) به مضمون آن علم پیدا نکرده و در نتیجه قبول که یکی از ارکان عقد است متمشی نشده و عقد محقق نخواهد شد.

این استدلال در نهایت ضعف است زیرا با نصب قرینه‌ای که بیانگر مقصود باشد جهل یا شک مخاطب مرتفع خواهد شد (طباطبایی قمی، سید تقی، عمدة المطالب فی التعلیق علی المکاسب، ن ۱۴۱۳ هـ، ج اول، ص ۲، ص ۱۱۰).

^۱. منسوب به قول مشهور

^۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب (ط - القدیمه)، ن ۱۴۱۱ هـ، ج اول، ج ۱، ص ۳۵۸.

دیدگاه دوم: اعتبار دلالت وضعیه در الفاظ عقود^۱ (اعم از دلالت وضعیه خود لفظ یا

قرینه)

طبق این قول باید یا خود لفظ حقیقتاً دال بر انشاء عقد باشد و یا مقرون به قرینه‌ای لفظی باشد که وضع بر آن عقد شده باشد. و لذا الفاظ کنایی، مجازی و یا الفاظ مشترک که با قرینه حالیه یا مقالیه دلالت بر عقد می‌کنند، برای انشاء عقد کفایت نمی‌کنند.

این نظر بر این استدلال مبتنی است که اعتبار غیر اقوال در انشاء مقاصد نیازمند دلیلی است که بنا به فرض، وجود ندارد. و تا زمانی که دلیل بر اعتبار صیغه وجود ندارد اصل بر عدم تأثیر آن است. در مقام ایراد به این استدلال باید گفت: اطلاعات و عمومات هر آنچه را که عنوان عقد بر آن صادق باشد، شامل می‌شوند اعم از این که عقد فقط با خود الفاظ و بدون هیچ قرینه باشد و چه با قرینه لفظیه یا حالیه و یا مقالیه باشد.

دیدگاه سوم: اعتبار پذیرش الفاظ عقود در نزد عرف^۲

آنچه که در الفاظ عقود معتبر است، این است که الفاظ از نگاه عرف ابزاری برای ایجاد معانی مقصود (منشأ) باشند؛ چه لفظ صریح باشد مثل «بعت» و چه صریح نباشد مثل «ملکت» برای انشاء بیع. براساس این قول انشاء عقد با الفاظ کنایی صحیح نبوده و نسبت به انشاء آن با الفاظ مجازی و مشترک تفصیل وجود دارد که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

برای عدم صحت انشاء عقد با الفاظ کنایی به این ادعا استدلال شده است که این گروه از الفاظ در معنای حقیقی خود استعمال شده به غرض اینکه مخاطب به ملزوم آن (همان معنای کنایی) منتقل شود و لذا معنای کنایی (مثل جود) که مستفاد از لفظ (کثیر الرماد) است از دواعی استعمال این لفظ در معنای موضوع له خود می‌باشد نه اینکه مستعمل فیه آن باشد و لذا در بحث عقود انشاء لازم و ایجاد آن در انشاء قولی عرفاً ایجاد ملزوم نیست بلکه ملزوم فقط داعی از ایجاد لازم است که در باب عقود اثری بر اغراض و لوازم مترتب نمی‌شود و در نتیجه اگر در مقام بیع گفته شود «تری خیره» اثری ندارد، زیرا انشاء عقد با چیزی که عرفاً ابزاری برای ایجاد آن نیست اثری ندارد.

^۱. انصاری، مرتضی بن محمد امین، همان، ص ۳۶۱.

^۲. نائینی، محمدحسین غروی، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ن ۱۳۷۳ ق، ج اول، ج ۱، ص ۱۰۶.

اشکال : درست است که ملزوم (بیع) اصاله انشاء نشده است اما به تبع انشاء لازم ، انشاء آن هم صورت گرفته است و در نتیجه مشمول اطلاعات قرار می‌گیرد .

جواب: این نحو از ایجاد در کمال ضعف و خارج از اسباب متعارف بوده و در نتیجه عمومات و اطلاعات از آن انصراف دارند.

اشکال: در باب کنایات، الفاظ به نحو حقیقی در همان معنای کنایی استعمال می‌شوند و لذا صدق و کذب قولی مثل « زید کثیر الرماد » دائر مدار جود و عدم جود است. بنابراین اینکه محقق نائینی فرمودند انشاء لازم و ایجاد آن در انشاء قولی عرفاً ایجاد ملزوم نیست، کلام صحیحی نیست زیرا باب کنایات از قبیل انشاء لازم یا اخبار آن نیستند بلکه از قبیل انشاء ملزوم و اخبار به آن هستند در نتیجه قول « خذ هذا الثوب و أعطنی درهما عوضه » کنایه از انشاء بیع است. پس در کنایات انشاء ملزوم به تبع انشاء لازم نمی‌باشد بلکه انشاء آن به اصالت و مستقل می‌باشد و لذا فرد ضعیفی نبوده تا اینکه ادعای انصراف اطلاعات از آن بشود علاوه بر اینکه ضعف در وجود نمی‌تواند منشأ برای انصراف باشد (موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ن ۱۴۲۱ هـ، ج اول، ج ۱، ص ۳۱۷).

تفصیل در صحت انشاء عقد با الفاظ مجازی:

نسبت به انشاء عقد با الفاظ مجازی تفصیل وجود دارد به این معنا که انشاء عقد با مجاز غیر مشهور صحیح نیست ولی با مجاز مشهور صحیح است.

دلیل: لازمه تحقق عقد با مجاز غیر مشهور لزوم تدرّج در تحقق منشأ (عقد) است زیرا لازم می‌آید که جزئی از منشأ با لفظ مجازی و جزئی از آن با قرینه ایجاد شود و این منافات با بساطت عقد دارد. اما در مجاز مشهور، شهرت مانع از حمل لفظ بر معنای حقیقی می‌شود زیرا حمل آن بر یکی از معنای حقیقی یا مجازی به کمک قرینه است و عدم حمل بر معنای حقیقی به مجرد تلفظ در وقوع عقد با آن کافی است و ایجاد تدریجی عنوان بسیط لازم نمی‌آید.

تفصیل در صحت انشاء عقد با الفاظ مشترک

در انشاء عقد با الفاظ مشترک هم بین الفاظ مشترک لفظی و معنوی تفصیل وجود دارد به این معنا که انشاء آن با مشترک لفظی غالباً صحیح نبوده ولی نسبت به صحت انشاء با مشترک معنوی تفصیل وجود دارد.

دلیل: الفاظ مشترک لفظی غالباً قابلیت برای انشاء عقود را ندارند زیرا لازمه آن تدرج در انشاء است که با بساطت منشأ منافات دارد. مگر لفظ « شریعت » که با وجود مشترک بودن آن بین ایجاب و قبول، هم ایجاب با آن محقق می‌شود و هم قبول، زیرا عرف لفظ شریعت را علاوه بر تحقق ایجاب با آن برای تحقق قبول هم می‌پذیرد.

اما الفاظ مشترک معنوی، اگر مشترک بین عقود تملیکی باشند مثل لفظ (ملک) انشاء عقد با آن صحیح است و هر کدام از عناوین مقصوده با قرینه معین می‌شود و اشکال ایجاد تدریجی در منشأ هم لازم نمی‌آید زیرا وقتی عقودی مثل بیع، قرض، هبه و اجاره مفید تملیک هستند تملیک حاصل در هر یک از آن‌ها با خود (ملک) حاصل می‌شود و خصوصیات موجود در هر کدام مثل در مقابل عوض بودن تملیک در بیع و بلاعوض بودن آن در هبه و ... موجب اختلاف در حقیقت این عقود نمی‌شود و ضرری به بساطت آن‌ها ایجاد نمی‌کند زیرا مراد از بساطت، بساطت در اصل حقیقت این عقود است نه بساطت در مجموع اصل و خصوصیات .

اما اگر مشترک بین عقود تملیکی و نقل خارجی باشند مثل (نقل) انشاء عقد با آن صحیح نیست زیرا جهت اختلاف این عقود غیر از جهت اشتراکشان بوده و در نتیجه انشاء تمام معنای بسیط با لفظ مذکور ممکن نخواهد بود بلکه هر کدام از معانی با لفظ دیگری حاصل می‌شود و تدریجی در ایجاد امر بسیط لازم خواهد آمد.

اشکال : عقود امر بسیط نیستند بلکه همان طور که حضرت امام (ره) (موسوی خمینی ، سید روح الله ، همان ، ص ۳۲۱) می‌فرمایند تمامی آن‌ها مرکب از جنس و فصل اعتباری هستند زیرا به عنوان مثال در بیع واضح است که ماهیت آن عبارت است از تملیک در مقابل عوض، پس تملیک جنس مشترک بین بیع، قرض، هبه، اجاره و می‌باشد و اموری مثل در مقابل عوض بودن (تملیک)، ضمانت به رد بدل داشتن، بلاعوض بودن و ... فصل اعتباری و ممیز این عقود از همدیگر هستند. و لذا وقتی موجب در انشاء بیع با الفاظ مجازی یا مشترک به کمک قرینه ملکیت با عوض را انشاء می‌کند و مشتری هم می‌پذیرد، ملکیت مذکور همانند به صورت تدریجی انشاء می‌شود و بعد از آن عقلاً به صورت دفعی نقل و اعتبار را در خارج اعتبار می‌کنند. بنابراین در عقد محقق با الفاظ مذکور منشأ هم یک امر مرکب بوده که به صورت تدریجی با دو دال (لفظ مجازی یا مشترک و قرینه) ایجاد می‌شود. و در نتیجه قول به لزوم تدریجی در امر بسیط صحیح نمی‌باشد.

دیدگاه چهارم: عدم اعتبار لفظ خاص در الفاظ عقود^۱

بنا بر این دیدگاه، لفظ یا سبب خاصی در ایجاد معامله شرط نیست و معامله با هر سببی که ایجاد بشود از نظر عقلاء وفای به آن واجب است. موضوع حکم (وجوب وفا و سایر احکام) در باب معاملات چه در نزد عقلا و چه به حسب عمومات و اطلاقات، معنای مسببی و هر آنچه که به حمل شایع مصداق عقد، تجارت، بیع و ... است، می‌باشد بدون اینکه به ابزار ایجاد آن توجه بشود. این معنای مسببی گاه با هیئتی انشاء می‌شود که عناوین معاملات بر مواد مأخوذ در آن به حمل اولی صادق است مثل انشاء بیع با لفظ «بعت» یا اجاره با لفظ «آجرت» و ... و گاه نیز عناوین معاملات بر مواد مأخوذ در آن هیئت به حملی اولی صادق نیست مثل انشاء بیع با «ملکت» و یا اجاره با «سلطت» و گاهی هم با الفاظ کنایی و مجازی انشاء می‌شود. بنابراین در انشاء بیع با لفظ «بعت» موضوع حکم چیزی غیر از تملیک و تملک واقعی نیست نه تملیک و تملکی که با عنوان بیع و به سبب آن حاصل شده باشد و لذا توهم اخذ عناوین معاملات در صیغه عقود و یا توهم اینکه موضوع احکام عناوین مأخوذ در ادله شرعی باشد و ... در غایت سقوط است. زیرا این عناوین به حمل اولی موضوع احکام نیستند بلکه موضوع احکام عناوین به حمل شایع است چه ابزار انشاء لفظ باشد و چه غیر لفظ و چه عناوین در لفظ اخذ شده باشد و چه اخذ نشده باشد. در نتیجه هیچ فرقی بین بیع مسببی انشاء شده با لفظ صریح و غیر صریح وجود ندارد (موسوی خمینی، سید روح الله، همان ص ۳۱۷). بنابراین این قول صحیح و وجیه به نظر می‌رسد.

مقام دوم: بحث در هیأت افرادی این الفاظ مثل بحث از اعتبار عربیت، عدم

لحن و ماضویت

بحث در این مقام در سه جهت واقع می‌شود:

جهت اول: اعتبار یا عدم اعتبار عربیت در الفاظ عقود

نسبت به این جهت دو قول وجود دارد:

^۱. همان، ص ۳۱۷. موسوی خوئی. سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۱۶.

قول اول^۱: اعتبار عربی بودن در الفاظ عقود^۲

برای این قول به دو دلیل تمسک شده است:

دلیل اول: تأسی به نبی اکرم ﷺ و ائمه معصومین علیهم السلام، زیرا دأبشان انشاء عقود و ایقاعات با الفاظ عربی بوده است و از آنجا که فعل معصوم همانند قولشان حجت است بنابراین از باب تأسی به معصوم انشاء معاملات باید با لفظ عربی باشد.

اشکال: مجرد عدم استعمال الفاظ غیر عربی از ناحیه معصوم در مقام انشاء، دلالت بر عدم جواز نمی‌کند زیرا احتمال قوی وجود دارد که انحصار انشاء عقد با عربی به دلیل عدم ابتلاء به لغات دیگر باشد نه از باب تشریع. بنابراین تأسی مذکور نمی‌تواند مقید اطلاقات صحت و نفوذ نسبت به عقود غیر عربی باشد.

دلیل دوم: وقتی به اجماع فقهاء عقد با لفظ عربی غیر ماضی باطل بوده به طریق اولی با لفظ غیر عربی باطل می‌باشد زیرا در اینصورت عقد هم فاقد عربیت است و هم فاقد ماضویت.

اشکال: بطلان عقد با عربی غیر ماضی مستلزم بطلان آن با لفظ غیر عربی نیست زیرا احتمال دارد بطلان مذکور از ناحیه فقدان ماضویت باشد نه از ناحیه فقدان عربیت زیرا انشاء عقد با لفظ غیر ماضی بعید است اما انشاء آن با غیر عربی اینگونه نیست.

دلیل سوم: با وجود تمکن از عربی، عنوان عقد بر عقود غیر عربی صادق نیست.

اشکال: این ادعا بر خلاف وجدان است زیرا نه به لحاظ شرع و نه از نظر عقلاء، قوام عقد به عربی بودن الفاظ آن نیست.

قول دوم: عدم اعتبار عربیت در الفاظ عقود^۳

دلیل: به حکم وجدان عنوان عقد بر عقود غیر عربی هم صادق بوده و از طرفی هم دلیل محکمی بر اعتبار عربیت که بتواند مقید اطلاقات و عمومات باشد وجود ندارد بنابراین عقد با هر لغتی که انشاء بشود مشمول ادله خواهد بود. و لذا این قول وجیه و صحیح می‌باشد.

^۱. محکی از جماعتی از فقهاء.

^۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، همان، ص ۳۶۶.

^۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، همان. غروی، محمدحسین، المکاسب و البیع (للمیرزا نائینی)، ن ۱۴۱۳ ه ق،

ج اول، ج ۱، ص ۲۸۲. موسوی خمین، سید روح الله، همان، ص ۳۲۴.

جهت دوم: اعتبار یا عدم اعتبار عدم لحن در ماده یا هیئت الفاظ عقود

نسبت به جهت مذکور دو قول وجود دارد:

قول اول: اعتبار عدم لحن^۱

طبق این قول، عدم لحن در الفاظ عقود هم به لحاظ ماده و هم به لحاظ هیئت معتبر است. دلیل: قدر متیقن از دلیل اعتبار عربیت، اسباب متعارف است که مراد از الفاظ صحیح هستند.

قول دوم: تفصیل بین لحن در ماده یا هیأت بدون اینکه تغییر معنا

این قول بدین صورت است که مثلاً به جای (ص)، (س) تلفظ کند که در این صورت عقد صحیح است و بین لحنی که موجب تغییر معنا نشود، مثل جوّرت به جای زوّجت که در این صورت عقد باطل است (غروی، محمدحسین، همان، ص ۲۸۳. موسوی خمینی، سیدروح الله، همان. حسینی روحانی قمی، سید صادق، منهاج الفقاهه، ن ۱۴۲۹، ج ۵، ص ۳، ج ۳، ص ۲۰۸).

به نظر می‌رسد قول دوم صحیح باشد زیرا تا زمانی که تغییر در ماده یا هیئت موجب تغییر در معنا نشده و خللی در مقصود بایع یا مشتری ایجاد نکند عنوان عقد بر آن صادق بوده و در نتیجه مشمول عموماً و اطلاقات قرار می‌گیرد.

نکته: ظاهر کلام مرحوم شیخ انصاری این است که بحث از اعتبار یا عدم اعتبار عدم لحن در الفاظ عقود متفرع بر اعتبار عربیت در آن هست و در صورت قول به عدم اعتبار عربیت این بحث وجهی ندارد، در حالیکه به نظر می‌رسد بحث مذکور عام بوده و هیچ ابتدایی به اعتبار عربیت ندارد زیرا هر لغتی مشتمل بر الفاظ صحیح و غلط بوده بنابراین عقد با هر لغتی که انشاء شود بحث از اعتبار یا عدم اعتبار عدم لحن در الفاظ آن منطقی به نظر می‌رسد.

جهت سوم: اعتبار و عدم اعتبار ماضویت در الفاظ عقود

نسبت به این جهت هم دو قول وجود دارد:

قول اول^۲: اعتبار ماضویت

دلیل اول: اجماع

^۱. انصاری، مرتضی بن محمدامین، همان.

^۲. منسوب به مشهور.

علامه حلی (ره) ادعای اجماع می‌کند که با الفاظی مثل اُبیعک یا اِشتر مَتّی، بیع واقع نمی‌شود (حلی

، علامه ، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی ، تذکرة الفقهاء (الحديثة) ، ن ۱۴۱۴ هـ ق ، ج اول ، ج ۱۰ ، ص ۸) .

اشکال :

اولاً: اجماع مذکور منقول بوده که حجت نمی‌باشد .

ثانیاً: کاشف از علم به قول معصوم نیست زیرا احتمال قوی وجود دارد که مدرک اجماع همان

وجوهی باشد که برای اعتبار ماضویت در الفاظ معاملات ذکر کرده‌اند (موسوی خویی ، سید ابوالقاسم ، همان ص

، ۴۱) .

دلیل دوم: صراحت ماضی در انشاء (نائینی ، محمدحسین غروی ، منية الطالب في حاشية المكاسب ، ن ۱۳۷۳ ق ، ج اول ، ج

، ۱ ص ۱۰۸)

ماضی صراحت در انشاء عنوانین دارد زیرا برای تحقق و ثبوت وضع شده است ولی مضارع صریح

نیست زیرا برای تلبس فاعل به مبدأ وضع شده است و این ملازم با تحقق است و لذا فعل مضارع و

دیگر مشتقات آن همچون اسم فاعل صلاحیت برای ایجاد بیع را ندارند . مستقبل شبیه به وعد و امر

هم استدعا و طلب ایجاب است نه ایجاب ، علاوه بر اینکه قصد انشاء با مستقبل خلاف متعارف

است .

اشکال :

اولاً: صراحت در الفاظ معاملات شرط نیست بلکه معامله با الفاظ کنایی و مجازی هم صحیح

است .

ثانیاً: فعل ماضی هم همانند فعل مضارع صریح در انشاء نیست چون هیأت آن وضع شده است برای

حکایت از تحقق صدور حدث از فاعل . (مراد وضع هیئت افعال ماضی متعدی مثل بعت و انکحت

و ... است) و لذا استعمال آن در معنای انشائی به نحو حقیقت و صراحت نیست بلکه به جهت

قرائن مقالیه است و این دلیل بر عدم اعتبار صراحت در الفاظ عقود است . بنابراین فعل ماضی و

مضارع هر دو هم به لحاظ دلالت بر حکایت از تحقق و هم به لحاظ عدم استعمال در انشاء و ایقاع

به نحو حقیقت مثل هم هستند و برای استعمال در انشاء نیاز به قرائن لفظیه یا حالیه دارند و چه بسا

فعل مضارع از آن جهت که به لحاظ زمان مشترک بین حال و استقبال است صحت معاملات با آن

اولی باشد (موسوی خمینی ، سید روح الله ، همان ، ص ۳۲۹) .

قول دوم: عدم اعتبار ماضویت در الفاظ عقود^۱

دلیل اول: اطلاقات و عمومات شامل عقود محقق با غیر ماضی هم می‌شود. چون صدق عنوان عقد برای شمول عمومات کافی است.

دلیل دوم: ادله دال بر ایجاب به لفظ مضارع در بیع آبق و لبن در ضرع، حاکی از صحت انعقاد عقد با الفاظ غیر ماضی است. که به دو روایت اشاره می‌شود:

روایت اول: صحت بیع جاریه آبق با لفظ مضارع

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ رِفَاعَةَ النَّخَّاسِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى (عليه السلام) قُلْتُ لَهُ: أَيْضَلُّحُ لِي أَنْ أَشْتَرِيَ مِنَ الْقَوْمِ الْجَارِيَةَ الْآيَمَةَ- وَ أُعْطِيَهُمُ الثَّمَنَ وَأَطْلُبَهَا أَنَا- قَالَ لَا يَضْلُحُ شِرَاؤُهَا- إِلَّا أَنْ تَشْتَرِيَ مِنْهُمْ مَعَهَا ثَوْبًا أَوْ مَتَاعًا- فَيَقُولَ لَهُمْ أَشْتَرِيَ مِنْكُمْ جَارِيَتَكُمْ فَلَانَّة- وَ هَذَا الْمَتَاعُ بِكَذَا وَ كَذَا دِرْهَمًا فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ» (حرعالملي، محمد بن حسن،

وسائل الشيعة، ن ۱۴۰۹، ج اول، ۱۷، ص ۳۵۳).

روایت دوم: صحت بیع لبن در ضرع با لفظ امر

«وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَخِيهِ الْحَسَنِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ اللَّبَنِ يُشْتَرَى وَ هُوَ فِي الضَّرْعِ- فَقَالَ لَا إِلَّا أَنْ يَحْلُبَ لَكَ مِنْهُ سُكَّرَجَةٌ- فَيَقُولَ اشْتَرِ مِنِّي هَذَا اللَّبَنَ الَّذِي فِي السُّكَّرَجَةِ - وَ مَا فِي ضُرُوعِهَا بِثَمَنِ مُسَمًّى- فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الضَّرْعِ شَيْءٌ كَانَ مَا فِي السُّكَّرَجَةِ» (همان، ص ۳۴۹).

ذکر فعل مضارع (در روایت اول) و فعل امر (در روایت دوم) در مقام بیع و شراء ظهور در صحت معامله با این الفاظ دارد خصوصاً با توجه به اینکه هردو روایت در مقام تعلیم کیفیت معامله هم بوده‌اند.

دلیل سوم: فحوای ادله موجود در نکاح

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبَانَ بْنِ تَغْلِبَ وَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مِهْرَانَ وَ مُحَمَّدٍ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ إِبْرَاهِيمَ

^۱. همان. انصاري، مرتضی بن محمدامین، همان ص ۳۶۷

بْنِ الْفَضْلِ عَنْ أَبَانَ بْنِ تَغْلِبٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ كَيْفَ أَقُولُ: لَهَا إِذَا خَلَوْتُ بِهَا- قَالَ تَقُولُ أَتَزَوَّجُكِ مُثَعَّةً عَلَى كِتَابِ اللَّهِ- وَ سُنَّةِ نَبِيِّهِ لَا وَارِثَةَ وَلَا مَوْرُوثَةَ كَذَا وَ كَذَا يَوْمًا- وَ إِنْ شِئْتَ كَذَا وَ كَذَا سَنَةً بِكَذَا وَ كَذَا دُوهَمًا- وَ تُسَمِّي (مِنَ الْأَجْرِ) مَا تَرْضَاهُ عَلَيْهِ- قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا فَإِذَا قَالَتْ نَعَمْ- فَقَدْ رَضِيَتْ وَ هِيَ امْرَأَتُكَ وَ أَنْتَ أَوَّلَى النَّاسِ بِهَا الْحَدِيثُ» (همان، ج ۲۱، ص ۴۳).

کفایت لفظ مضارع در مقام ایجاب عقد نکاح با وجود اهتمام زیاد شارع به آن، به طریق اولی دلالت بر جواز عقود دیگر با لفظ مضارع می‌کند.

قول مختار همین قول دوم بوده و در نتیجه وجود فعل ماضی برای انشاء عقد لفظی معتبر نمی‌باشد بلکه هر لفظی که بتواند به لحاظ عرفی دلالت بر انشاء عقدی بکند، در مقام انشاء کفایت می‌کند زیرا بعد از صدق عنوان عقد مشمول ادله قرار می‌گیرد.

جمع بندی

با مراجعه به کتب فقهی پیرامون خصوصیات الفاظ عقود، معلوم شد که هم نسبت به اعتبار دلالت الفاظ از جهت حقیقت، صراحت و ظهور و هم نسبت به هیأت افرادی الفاظ از جهت اعتبار عربیت، عدم لحن و ماضویت در بین فقها اختلاف نظر عمده وجود دارد که بعد از تحلیل اقوال مختلف و نقد و بررسی ادله آنها معلوم شد که در مقام دلالت مواد الفاظ، بر خلاف نظر مشهور حقیقت یا صراحت در الفاظ عقود شرط نیست بلکه همین که بر عقد انشاء شده صدق عنوان عقد بکند کافی است. و همین طور نسبت به اعتبار عدم لحن تا زمانی که لحن در ماده یا هیأت موجب تغییر در معنا و مقصود طرفین عقد نشود معتبر نمی‌باشد. و ماضی بودن لفظ هم معتبر نبوده بلکه هر صیغه و لفظی که و لو به کمک قرینه بتواند دلالت بر انشاء عقدی بکند، کفایت خواهد کرد.

مشروعیت طلاق معوض

استاد راهنما: استاد فاضل

نویسنده:

محمد حسین رحمتی^۱

مقدمه

طلاق براساس یک تقسیم بندی به معوض و غیرمعوض تقسیم می شود. با این فرض، مشهور از فقها طلاق معوض را صرفاً مشمول عناوین خلع و مبارات می دانند و در مقابل، برخی دیگر از فقها با ابراز مخالفت با نظر مشهور، حوزه آن را گسترده تر می دانند. سوال مطرح در اینجا این است که آیا قلمروی طلاق معوض به طلاق خلع (که با کراهت از طرف زن و پرداخت مالی از طرف وی به شوهر، او را به طلاق راضی می کند) و یا مبارات (که با وجود کراهت از دو طرف، زن با پرداخت مالی، شوهر را به طلاق راضی می کند) محدود است یا می توان با گسترش دایره شمول، آن را به مواردی که هیچ کراهتی از طرف زن و یا هر دو وجود ندارد نیز توسعه داد؟

موضوع طلاق معوض از دیرباز در میان فقهای امامیه مطرح بوده و اختلافات زیادی در این مورد به چشم می خورد. از کسانی که قائل به مقبولیت این طلاق از دیدگاه شرع می باشند می توان شهید ثانی (مسالک، ج ۹، ص ۴۲۰) را نام برد. همچنین می توان به میرزای قمی (جامع الشتات، ج ۵، ص ۲۲۲) اشاره نمود که

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

رساله‌ای در رابطه طلاق معوض تالف نموده و در مقدمه آن بیان می‌نماید که این طلاق را به مدت چهل سال از اساس باطل می‌دانستم، اما اینک بر آن باورام که این نوع طلاق جایز بوده و با هیچ گونه کراهتی نیز همراه نیست.

در مقابل گروه دیگری از دانشمندان از فقهاء مانند صاحب حدائق، (بحرانی، ج ۲۵، ص ۵۷۵) صاحب نهایی المرام (ج ۲، ص ۱۳۸)، و صاحب جواهر (ج ۳۳، ص ۵۱) وجود چنین طلاقی را در شرع منکر هستند، تا جایی که این نظریات در عقیده این گروه افحش اوهام و زینده کتب عامه معرفی شده. (نجفی، همان، و بحرانی همان) این فقها معتقدند در طلاق بدون کراهت، زوج مالک بذل نمی‌شود و حق رجوع نیز برای او وجود دارد.

در این نوشتار دلایل مشروعیت این طلاق مورد بررسی قرار می‌گیرد، سپس به نقد دلایل مخالفین پرداخته می‌شود. بنابراین ابتدا هیئت و صوری که این نوع طلاق ممکن است در آن قالب به صورت پیمان و عقد میان زوجین منعقد شود را بیان نموده و احکام هر یک را به طور جداگانه بررسی می‌نماییم.

این طلاق در قالب یکی از صور ذیل ممکن است تحقق یابد.

۱- طلاق در قالب عقدی مستقل واقع شود، به طوری که زن در طی معاوضه، مالی را به شوهرش می‌دهد، تا وی نیز در مقابل آن، زن را طلاق داده و آزاد سازد.

۲- طلاق در قالب عقد هبه معوض، و به این صورت واقع شود که زن مالی را به همسر خود هبه کند و با وی شرط نماید، او نیز در مقابل این بخشش، زن را طلاق دهد.

۳- طلاق در قالب صلح میان زوجین منعقد شود، اینگونه که زن در برابر طلاق مرد، مالی را به تملیک او در بیاورد.

۴- طلاق در قالب عقد جعاله میان متعاقدين انجام شود، به این معنا که زن مالی را به عنوان جعل، در ازای اجرای طلاق ازسوی مرد، در اختیار وی قرار داده و تملیک نماید.

۵- طلاق در قالب شرط ضمن عقد لازم و بدین گونه صورت گیرد که مثلا زن مالی را با همسر خود معامله کند و در ضمن آن شرط کند که او نیز، زن را طلاق دهد.

۶- طلاق در قالب شرط ضمن طلاق آورده شود، که به موجب آن مرد در طی انجام طلاق، با همسر خود شرط می‌کند، زن مالی را به تملیک مرد در آورد و زن نیز شرط را می‌پذیرد. (سبحانی، نظام الطلاق، ص ۳۹)

الف: نظریه صحت طلاق معوض

ما نخست به طرح دیدگاه صحت این طلاق پرداخته و استدلال‌های آنها را همراه با مناقشاتشان ذکر می‌کنیم.

۱) وقوع طلاق در قالب عقد مستقل

طلاق در قالب عقدی مستقل واقع شود، به طوری که زن در طی معاوضه، مالی را به شوهرش می‌دهد، تا وی نیز در مقابل آن، زن را طلاق داده و آزاد سازد.

استدلال

مطابق این صورت، زوجین پیمانی را میان خود محقق ساخته‌اند که بر آن عقد صدق می‌کند، و به استناد آیه «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**» (سوره مائده/ ۱) متعاقدين باید پایبند به پیمان خود باشند، و این همان صحیح و معتبر بودن عقد و پیمان است، که نتیجه آن مالک شدن زوج نسبت به مالی است که زوجه در اختیار وی نهاده و نیز صحیح بودن طلاقی است که در ازای مال واقع شده است. (مبرزای قمی، همان) مناقشه

اما برخی از فقها استدلال فوق را نادرست می‌دانند و شمول آیه را نسبت به پیمان‌های غیر متداول در میان عرف نادرست می‌شمارند. چرا که اولاً قرآنی وجود دارد که سبب انصراف آیه به عقود رایج در زمان صدور این حکم می‌شود، از جمله اینکه در عصر صدور، معاملاتی در میان مردم رایج و شایع بوده که قانون‌گذار با امضای آنها، طرفین عقد را ملزم به مفاد آن نموده، این شیوع و تداول میان مردم، خود قرینه‌ای بر انصراف آیه به همان عقود است. اگر چه الف و لام لفظ «عقد» مطابق قواعد ادبیات عرب افاده عموم می‌کند، و سبب شمول آن نسبت به تمام پیمان‌هایی است که عقد بر آن صادق است، اما به سبب وجود قرینه بر اراده برخی افراد از عام، مقصود و مراد جدی متکلم، عموم نبوده و شمول آن نسبت به عقدهای غیر متعارف و نوظهور با تردید همراه است. (نراقی، عوائد الایام، ص ۷)

ثانیاً: اگر مراد از عقد عموم بوده و شامل عقدهای عصر صدور حکم و نیز سایر عقود در زمانهای متاخر شود، لازمه آن امضایی بودن آیه نسبت به برخی عقود و تاسیسی بودن آن نسبت به برخی دیگر است، و لازمه آن استعمال لفظ در بیش از معنای واحد است که بطلان آن در علم اصول ثابت شده است. (همان)

اما می‌توان به هر دو استدلال این گونه پاسخ داد که اولاً تنها قرائنی مانع انعقاد ظهورعام از عموم و استغراق می‌شود که متصل و در کلام باشند. اما قرائنی همچون رایج بودن برخی عقود و تقدم زمانی آنها نسبت به زمان صدور حکم، مانعی برای انعقاد عموم و ظهور آن در شمول نبوده و موجب انصراف آن به برخی عقود زمان نزول نمی‌گردد. ثانیاً: مفاد هت امر، بعث و برانگیختن فرد برای انجام فعل است، اما امضایی و یا تاسیسی بودن و اتصاف فرمان به این دو وصف لازمه عقلی و از انتزاعات عقلی امر است. به این نحو که اگر متعلق فرمان مورد توجه مردم بوده و به آن عمل می‌کردند، با آمدن امر، عمل مردم مورد تایید و امضای شارع قرار می‌گیرد و در غیر این صورت، می‌توان تاسیسی بودن را انتزاع نمود. بنابراین دلالت آیه بر عقود رایج و پیمانه‌های غیر متعارف، استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد نیست، و امر در معنای خود به کار رفته است. (منتظری، دراسات فی المکاسب، ج ۱، ص ۲۸ و ۳۱) چرا که عموم «اوفوا» دلالت بر ایجاد بعث در شخص مامور و نسبت به تمامی عقود دارد، چه عقودی که سابقاً به آنها امر شده بود یا خیر، و این معنا از آیه، استعمال لفظ در معنای واحد است. اما وصف تاکید یا تاسیسی بودن، معنایی متاخر از دلالت لفظ است که از منتزعات عقل می‌باشد و سبب استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد نمی‌شود. با توجه به مطالب فوق طلاق معوض مشمول آیه است چرا که این معاوضه عقد مستقل است که مفاد آیه ما را به وفای به آن امر می‌کند و لذا مالکیت زوج نسبت به فدیة با اشکالی مواجه نیست.

نکته حائز اهمیت آنکه، ادله جواز رجوع در عده، مطلق بوده و دلالت آن بر عموم و استغراق به وسیله مقدمات حکمت و ترک استفصال میان افراد شایع و متداول مطلق می‌باشد، از این رو شمول آن نسبت به طلاق معوض مورد تردید است. چرا که این نوع طلاق از نوع طلاق‌های رایج نبوده بلکه غیر متبادر به ذهن و از احتمالات نادر است، بنابراین ترک استفصال، شاهد استغراق حکم ادله جواز رجوع، نسبت به این نوع طلاق نیست. بنابراین زوجین به استناد اصل لزوم قراردادهای، حق انحلال این معاوضه را نداشته و رجوع به بذل، نسبت به زوجه و رجوع به زن در عده، نسبت به مرد، منتفی خواهد بود.

۲) وقوع طلاق در قالب هبه معوض

آیا عمل زن و اینکه مقداری از اموال خود را به صورت هبه به تملیک شوهر درآورد تا وی نیز در قبال آن، او را طلاق دهد، صحیح است و چنین هبه‌ای از سوی شارع با مانعی روبه رو نیست، لذا هم

طلاق و هم تملیک صحیح باشد. در پاسخ به این سوال باید گفت: از آنجا که هر شیئی ای اعم از اینکه از قبیل افعال باشد و یا عقد و ایقاع، می‌تواند عوض، در مقابل هبه قرار گیرد، (خویی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۰۶، مساله ۹۸۳) لذا آنچه میان زوجین اتفاق افتاده نیز معتبر است. چرا که آنان طلاق را که از ایقاعات است را در ازای هبه مال قرار داده‌اند، پس عمومات اعتبار هبه معوض، شامل هبه زن نیز می‌شود و می‌توان به صحت و درستی آن معتقد شد. چنانچه برخی فقها لزوم صدقه را اینگونه توجیه نموده‌اند که صدقه گونه‌ای از هبه معوض است که تقرب خداوند، به عنوان عوض صدقه می‌باشد. «... و یؤیدها جملة من الأخبار المتقدمة في الصدقة، و أنه لا يجوز الرجوع فيما قصد به القرية، و علل بعض المحدثين بأنه بالقرية قد استحق الثواب، و صار عوضاً، فيكون من قبيل الهبة المعوضة التي قد تقدم أنه لا يجوز الرجوع فيها و هو جيد، و الله العالم.» (بحرانی، حقائق، ج ۲، ص ۳۳۴)

علامه حلی نیز در کتاب تذکره می‌نویسد: «وللولي أن يهب مال الطفل بشرط الثواب مع المصلحة إمّا مع زيادة الثواب على العين أو مع تحصيل أمر من المتهب ينتفع به الطفل نفعاً يزيد على بقاء العين له.»

ولی طفل اگر بتواند در مقابل هبه‌ای که انجام می‌دهد، مال بیشتری به دست آورد و یا اینکه از سوی متهب، امری را تحصیل کند که به نفع و مصلحت طفل است، در این فرض می‌تواند از اموال طفلی که ولایت او را به عهده دارد، به دیگری بخشش کند. (ج ۱، ص ۱۴۶)

از این عبارت روشن می‌شود، عوض در هبه می‌تواند هر امری باشد که دارای مصلحت است، خواه از قبیل اموال باشد و یا افعال و یا هر امری غیر این‌ها. علاوه بر آنچه بیان شد اطلاق حدیث ذیل نیز دال بر آنست که عوض در هبه هر امری می‌تواند باشد. محمد بن الحسن یاسناده عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا عوّض صاحب الهبة فليس له أن يرجع. (حرعاملی، وسائل، ج ۱۹، ص ۲۴۲)

البته طلاق معوض در قالب هبه معوض زمانی معتبر است که عین موهوبه از قبل، نزد همسر موجود بوده و یا زوجه مافی الذمه مرد را قبل از طلاق به وی هبه نماید. اما چنانچه عین موهوبه همزمان و مقارن طلاق به اخذ زوج درنیاید، با توجه به اینکه صحت هبه معوض متوقف بر قبض عین است و زوج آن را اخذ نکرده، لذا صدق هبه معوض بر چنین فردی تردید وجود دارد. البته برخی فقها در

همین فرض فرموده‌اند: «و اما لو قارن الطلاق بايجاب الزوجة للهبة و قبولها من الزوج بدون قبض الموهوب، ففيه اشكال؛ اظهره عدم الصحة. لان القبض في الهبة، شرط الصحة. علي الاصح. فما لم يتحقق الهبة بسبب عدم القبض، فلا معني للتعويض و قصد كون العوض عوضا عنها. فليس لاحد ان يقول: ان الهبة و ان لم يتحقق بعد، لكنه يجوز ان يعوض المعوض بالهبة التي يتحقق بانضمام القبض، لان هذا ليس بداخل في الهبة المعوضة. بل انما هو من باب القسم الاول من الاقسام الستة المتقدمة، او القسم السادس. و كلامنا الآن ليس فيه. و اما وجه الصحة؛ هو عدم اشتراط المقارنة بين العقد و القبض. فاذا كان قاصدا للقبض، صدق عليه انه عوّض الطلاق عن الهبة» (ميرزای قمی، همان)

اگر زوجه در هنگام انشای طلاق قصد دارد، عین را به اخذ و تملیک زوج درآورد، در این فرض اگر طلاق قبل از قبض عین هم واقع شود، برآن هبه معوض صادق است. به هر حال طلاق معوض اگر در یکی از فروض قبل واقع شود که عنوان هبه معوض بر آن صادق باشد، برای اثبات مشروعیت چنین طلاق در شرع کافی است. از آنجا که هبه معوض لازم بوده و واهب و منتهب حق برهم زدن آن را ندارند، لذا رجوع به بذل و نیز رجوع در عده نسبت به زوجین منتفی است. ثانیاً با توجه به اینکه غرض زوجه از بذل مال، عدم سلطه مرد و نیز عدم بازگشت دوباره وی است، در واقع زن با این بخشش به صورت ارتكازی و شرط ضمن عقد، از همسر خود تقاضای اسقاط حق رجوع را نیز دارد، که مورد پذیرش او نیز واقع می‌شود. بنابراین طلاق در قالب هبه معوض بائن خواهد بود.

۳) وقوع طلاق در قالب صلح میان زوجین

هرگاه زوجین قرارداد صلحی میان خود گذاشته و به موجب آن زن مالی را در ازای طلاق، به مرد تملیک کند، این پیمان نیز مشمول ادله و عمومات صلح بوده، (حرعاملی، وسائل، ج ۱۸، ص ۴۳) و از اعتبار برخوردار است که نتیجه آن صحت تملیک مرد و نیز درستی طلاق زن می‌باشد. کلماتی از فقها نیز می‌تواند شاهد صحت این صلح باشد.

علامه در کتاب تحریر می‌نویسد: «لا يجوز الصلح علي ما لا يجوز اخذ العوض عنه مثل ان تصالح

امرأة لتقرّ له بالزوجة.... بخلاف ما لو بذلت عوضاً ليطلقها» (ج ۳، ص ۱۴)

این کلام علامه در تحریر ظاهر بلکه صریح در جواز صلح بر طلاق و اخذ مال در برابر طلاق است. همچنین ایشان از ابن جنید نقل می‌کند: «لو صالح امرئة علي ان يطلِّقها علي ان ترضع له ولد سنتين، حتي تطعمه و علي ان يزيدها ثوبا بعينه قيمته قدر مهر مثلها، فقبضت الثوب فاستهلكته و ارضعت الصبي» سنة ثم مات رجع عليها بنصف قيمة الثوب و نصف مهر مثلها ان كان دخل بها. و ان لم يكن دخل بها، رجع عليها بنصف قيمة الثوب و ربع مهر مثلها. (مختلف الشیعة، ج ۶ ص ۲۸)

همانطور که از ملاحظه می‌شود ابن جنید، صلحی را که یک طرف آن طلاق و طرف دیگر شیر دادن باشد را پذیرفته است.

این نوع طلاق نیز به سبب لزوم عقد صلح، بائن خواهد بود با همان دلادلی که در هبه گذشت.

۴) وقوع طلاق در قالب عقد جعالة میان متعاقدين

این بدین معناست که زن به عنوان جعالة به همسرش بگوید، اگر مرا طلاق دهی، مقدار مشخصی مال به تو تملیک می‌نمایم.

ممکن است در صحت این نوع قرارداد چنین تردید شود که جعالة در صورتی صحیح و معتبر است که عملی که توسط عامل انجام می‌گیرد باید قابلیت این را داشته باشد که بتوان آنرا به نیابت جاعل انجام داد و از آنجا که طلاق دادن از اعمالی نیست که مرد بتواند به نیابت از زن انجام دهد، لذا این قرارداد باطل است. (میرزای قمی، همان)

اما این تردید مخدوش بوده و مانعی برای صحت قرار جعالة نیست، چرا که هر فعلی که داری غرض عقلانی بوده و جاعل نیز از آن بهره مند می‌گردد، می‌تواند موضوع جعالة قرار گیرد. و در این عمل تفاوتی نمی‌کند که عامل بتواند عمل را به نیابت جاعل انجام دهد و یا خیر. بنابراین با انتفاء زوجه از عمل، غرض عقلانی از این قرارداد حاصل می‌شود و در نتیجه این پیمان تحت عمومات ادله جعل قرار گرفته و تملیک مال توسط زن و طلاق داده مرد هر دو صحیح می‌باشند. (میرزای قمی، همان)

در این باره می‌توان به کلام فقها در مورد صحت چنین جعالة‌ای اشاره نمود.

فخرالمحققین در ایضاح چنین می‌نگارد: «هنگامی که زن از مرد تقاضای طلاق نموده و در ازای آن مالی را برای همسرش معین کند و زوج نیز این خواسته زن را بپذیرد، قرار صورت گرفته میان زوجین

از جهتی معاوضه و از جهتی جعاله است... از این جهت شبیه جعاله است که بذل مال را در برابر عمل زوج قرار داده» (ج ۳، ص ۳۹۰)

همچنین در کشف الثام در شرح عبارت محقق آمده: «بذل مال توسط زن و درخواست وی از همسر خود نسبت به اینکه او را سه طلاقه سازد، و مرد نیز این خواسته را اجابت نموده و طلاق را جاری سازد، وی به بسبب انجام مورد جعاله مستحق بذل زن می‌باشد» (ج ۸، ص ۲۱۱)

با توجه به عمومات ادله جعل و نیز عبارات فقها، در صحت و اعتبار این جعاله تردیدی نیست. در این نوع طلاق، اگر بخشش زن و مورد جعاله در مقابل طلاق و عدم رجوع مرد در عده باشد، در این صورت با رجوع زوج در عده، زوجه نیز حق رجوع به بذل را خواهد داشت چرا که مورد جعاله به صورت کامل از سوی زوج محقق نشده است. اما اگر مورد جعاله طلاق و اسقاط حق رجوع باشد، در این صورت طلاق بائن خواهد بود.

۵) وقوع طلاق در قالب شرط ضمن عقد لازم

این بدین گونه صورت می‌گیرد که مثلاً زن مالی را با همسر خود معامله کند و در ضمن آن شرط کند که او نیز، زن را طلاق دهد.

تردیدی در صحت این شرط و معاوضه نیست چرا که به استناد عموم «المومنون عند شروطهم» (حرعاملی، همان، ج ۱۸، ص ۱۶) این شرط واجب الاتباع و معتبر می‌باشد. و از آنجا که قسمتی از ثمن در برابر شرط است و شرط نیز حصه‌ای از ثمن را به خود اختصاص می‌دهد، لذا صدق طلاق معوض بر این نوع طلاق بدین لحاظ می‌باشد.

طبیعت این نوع طلاق نیز مانند فروض قبل بائن بوده، که بیان گردید.

۶) وقوع طلاق در قالب شرط ضمن طلاق

در این صورت مرد در حین انجام و انشای طلاق، با همسر خود شرط می‌کند، زن مالی را به تملیک مرد درآورد و زن نیز شرط را می‌پذیرد.

این فرض در قالب دو صورت می‌تواند واقع شود،

الف- زوج طلاق را به صورت معلق واقع سازد، بدین معنا که به زن بگوید، اگر مقداری از مال خود را به من تملیک کنی، مطلقه هستی، نتیجه انشاء طلاق در این صورت متوقف بر حصول شرط است. این فرض و انجام طلاق به صورت معلق، به اجماع فقها باطل بوده و فدیة تملیک مرد نخواهد شد. ب- مقصود از شرط در این فرض را مرحوم خوئی چنین توضیح می‌دهد. «فلیس معنی الشرط هنا: تعلیق الالتزام بالنکاح أو الطلاق علی تحقق ذلك الشيء الذی التزم به الطرف الآخر خارجاً. بل معناه: أنَّ أصل الطلاق أو النکاح معلق لكن لا علی تحقق ذلك الشيء فی الخارج لیکون من التعلیق المبطل، بل علی نفس الالتزام به من الطرف المقابل الذی لا ضیر فی مثل هذا التعلیق جزماً». (خوئی، مستند عروه ج ۳۰، ص ۸۹) نفس طلاق معلق بر شرط نیست تا در نتیجه باطل باشد بلکه این نوع شرط یک التزام فرعی است و اگر در ضمن ایقاع نیز واقع شود، محذور عقلی ندارد همچنانکه دارای محذور نقلی نیز نمی‌باشد. در این باره می‌توان به کلام فقها در مورد عتق تمسک نمود که شرط خدمت ضمن این ایقاع را جایز شمارده‌اند. (نجفی، همان، ج ۳۴، ص ۱۱۶) بنابراین شرط و ایقاع انجام گرفته صحیح بوده و تملیک و طلاق هر دو معتبر می‌باشند.

طبیعت این نوع طلاق نیز به لحاظ بائن و یا رجعی مانند صور قبل است.

ب: نظریه بطلان طلاق معوض

این عده از فقها برای بیان عدم ثبوت طلاق معوض در شریعت به ادله‌ای استناد جسته‌اند که به بررسی آنها می‌پردازیم.

الف: کتاب

به موجب آیه ۲۳۹ سوره بقره «ولا یحل لکم ان تاخذوا مما آتیتموهن شیئاً الا ان یخافا الا یتقیا حدود الله فان خفتم الا یتقیا حدود الله فلا جناح علیها فیما افتدت به» تنها در صورتی مرد حق دریافت فدیة از زن را دارد که خوف نشوز مرد و عدم انجام حدود الهی توسط وی باشد. اما در سایر موارد و به صورت مطلق، گرفتن هرگونه عوضی از زن نادرست و حرام می‌باشد.

ب: احادیث

علاوه بر آیه مبارکه مفهوم روایت ذیل نیز دلالت بر عدم مشروعیت هرگونه عوضی از زوجه دارد مگر در جایی که قانون گذار آن مورد را اجازه داده و آن صورتی است که طلاق به نحو خلع یا مبارات واقع شود. (بحرانی، حدائق، ج ۲۵، ص ۵۷۰)

«محمّد بن الحسن، عن الحسين بن سعيد، عن محمد بن أبي عمير، عن جميل بن دراج، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: إذا قالت المرأة لزوجها جملة: لا أطيع لك أمراً، مفسراً وغير مفسراً، حلّ له ما أخذ منها، وليس له عليها رجعة» (وسائل، ج ۲۲، ص ۲۷۹)

پاسخ: اولاً آیات دیگری از قرآن صراحتاً بیان می‌دارد، گرفتن مال از زن در صورت رضایت او مشروع بوده و از سوی شارع عملی مباح شمرده شده است. به عنوان نمونه می‌توان به آیه ۴۷ سوره نساء اشاره نمود، در این مبارکه خداوند می‌فرماید: «فان طبن لكم عن شيء فكلوه هنئثا مريثاً» ثانیاً: مفاد آیه و روایت مورد استشهاد آن است، در صورت خوف نشوز زن می‌تواند با پرداخت مقداری مال از مرد تقاضای طلاق نماید. اما نمی‌توان از آیه چنین برداشت نمود، اخذ مال از همسر متوقف بر کراهت و خوف نشوز است و در هر عقدی که بین زن و شوهر انجام می‌شود، مرد نمی‌تواند از زن اخذ مال نماید مگر در صورتی که زن از ادامه زندگی کراهت دارد و خوف نشوز باشد.

ج: اجماع

ادعای اجماعی که مرحوم علامه فرموده‌اند: ایشان در کتاب کشف الحق می‌نگارد: هنگامی که زن و شوهر نسبت به یک دیگر اخلاقی ملائم دارند، در این فرض اگر زن با پرداخت مقداری مال از همسر خود تقاضای طلاق نماید، به اجماع فقهای امامیه چنین اخذی حرام است. در مقابل این اجماع ابوحنیفه، مالک و شافعی قرار دارند که این قول را نپذیرفته‌اند. (۵۳۳)

پاسخ: اجماعی که علامه ادعا می‌کنند، اجماعی است در برابر اهل سنت که طلاق خلع را در فرض عدم کراهت زوجه صحیح دانسته، اگر چه این کار با کراهتی همراه است. (ابن

قدامه، مغنی، ج ۷، ص ۳۲۶ و بیضاوی، انوارالتنزیل، ج ۱، ص ۵۱۸)

بنابراین مقصود علامه به قرینه مذکور، آنست که هرگاه طلاق خلع بدون اینکه زوجه کراهت داشته باشد، نامعتبر بوده و اخذ فدیه در ازای آن حرام است. بنابراین، اجماع یاد شده، بیگانه از محل بحث است که زوجین بدون قصد خلع و با ملائمت و توافق کامل، اقدام به طلاق معوض می‌کنند. اجماع

فقه‌های امامیه بر عنصر کراهت در طلاق خلع تأیید دارد، در حالی که موضوع بحث طلاق معوض است.

آنچه می‌تواند شاهد این مطلب باشد عبارات و کلام فقهاست که اخذ فدیة را تنها در صورت خلع و آنهم بدون داشتن کراهت زوجه حرام می‌داند، اما عبارتی از ایشان یافت نشد که مفاد آن، اشاره به طلاق معوض داشته باشد، جایی که زوجین بدون داشتن قصد خلع و در حالی که نسبت به یک دیگر ملائمت کامل دارند، اقدام به جدایی می‌کنند. (ابن ادریس، سرائر، ج ۲، ص ۷۲۴ و شیخ طوسی، الخلاف، ج ۴، ص ۴۲)

د: عدم طرح این نوع از طلاق در کتب فقهاء

از جمله ادله مخالفین آنست که در کتب فقهاء، عبارتی در رابطه اینکه طلاق به عوض را از اقسام طلاق قرار داده باشند، دید نمی‌شود، بلکه ایشان تنها خلع و مبارات را یاد نموده‌اند و این نشان از اجماع عملی بر بطلان طلاق معوض دارد.

پاسخ: آنچه موجب شده فقهاء طلاق به عوض را به عنوان یکی از اقسام طلاق ذکر نکنند، آنست که ایشان در مقام بیان اقسام طلاق خاص بوده‌اند، طلاقی که فی نفسه و بدون وساطت عقد دیگری در مقابل عوض واقع می‌شود که منحصر در خلع و مبارات است. بدون نظر به اینکه آیا طلاق می‌تواند در قالب عقدی مثل صلح و یا هبه واقع شود. در حالی که هدف از بیان طلاق معوض آنست که آیا ممکن است، طلاق در معاوضه‌ای مستقل، عوض از مال قرار گیرد و یا خیر. بنابراین این نوع طلاق از اقسام طلاق بر شمرده، نشده است و عدم ذکر آن از اقسام طلاق خاص، شاهد عدم مشروعیت و ثبوت آن در شرع نیست. (میرزای قمی، همان)

جمع بندی

طلاق معوض در قالب، عقد معاوضه مستقل، هبه معوض، صلح، جعالة، شرط ضمن عقد لازم و فدیة به عنوان شرط ضمن طلاق صحیح است چرا که عمومات «اوفوا بالعقود»، «الصلح بین المسلمین جایز الا ما احل حراما او حرم حلالا» «المومنون عند شروطهم» اطلاعات ادله هبه (که در هبه معوض هر شی‌ای می‌تواند به عنوان عوض قرارداد شود خواه از قبیل افعال باشند یا از قبیل عقود و ایقانات)، همچنین شمول موضوع ادله جعالة (که شامل کلیه افعالی است که دارای منفعت و غرض عقلایی بوده و جاعل نیز از انجام آن، منتفع شود)، و نیز شرط در ضمن ایقاع (که با هیچ مانع و محذور عقلی و یا نقلی مواجه نیست)، شامل طلاق معوض هم شده و ملکیت زوج نسبت به فدیة

را تصحیح می‌کند. علاوه بر آن که با پاسخ ادله مخالفین از آیه و روایات، اجماع، شبهه‌ای در صحت این نوع طلاق باقی نمی‌ماند.

شرط اختصاصی طلاق خلع

استاد راهنما: استاد فاضل

نویسنده:

مهدی احمدی^۱

مقدمه

خلع یکی از موارد طلاق بائن است که در آن زوج در ازای مالی که از زوجه - بشرط طلاق - گرفته است او را طلاق می‌دهد. مسأله این است که آیا علاوه بر این فرایند، در تحقق طلاق خلع، لازم است زوجه کراهت از زوج نیز داشته باشد یا سخنان دال بر نشوز از او صادر شده باشد یا نشوز عملی داشته باشد؟ یا هیچیک از این سه امر شرط تحقق خلع نیست؟ یا دو امر یا اجتماع هر سه امر، شرط تحقق خلع است؟^۲ پس بحث در اصل شرط اختصاصی خلع است که کراهت زوجه نامیده شده است، اما تا کنون تقریباً در کتب فقهی به طور مفصل بدان پرداخته نشده است.^۳ آنچه مسأله را

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

^۲ . بنا بر این نه به احکام خلع (مثل عدم نیاز به متابعت خلع به طلاق) می‌پردازیم و نه به سایر شرایط خلع (مثل شهادت شاهدین و خلوص زوجه از حیض و نفاس در حین طلاق)؛ و بنای تحقیق در اینگونه مسائل همان نظر مشهور است.

^۳ . البته آیت الله سبحانی (نظام الطلاق فی الشریعة الإسلامية الغراء؛ ص: ۳۸۲-۳۸۹) این بحث را مطرح کرده است.

پیچیده می‌کند ظاهر بدوی آیه شریفه ۲۲۹ سوره بقره است که در آن خداوند شرط اخذ مال و طلاق را خوف عدم اقامه حدود الهی توسط زوجین (در ارتباط مشترک زوجین) دانسته است. طبق آیه شریفه، شرط طلاق خلع، صرف خوف عدم رعایت واجبات و محرمات در ارتباط زن و شوهر است در حالی که احدی به این شرط ملتزم نشده است. اخبار نیز وقتی خلع را جایز دانسته که زن الفاظ نشوزآمیز را به کار برد در حالی که بسیاری از فقها با وجود کثرت اخبار، چنین شرطی ندارند. و همین امر بقدری مسأله را پیچیده کرده که مرحوم بحرانی آن را در غایت اشکال می‌داند (الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۵، ص: ۵۹۸).^۲ پیش از شروع بحث باید متذکر شد که طبق مقتضای اصل اولی در مسأله، هیچیک از این سه امر در تحقق خلع شرط نیست.

چند نکته در شرط اختصاصی خلع

در ابتدا ذکر چند نکته برای روشن شدن موضوع بحث لازم است.

نکته اول: اختصاص کراهت به زوجه

آنچه به عنوان شرط کراهت در خلع نامیده می‌شود مختص زوجه است و علاوه بر عدم اختلاف در این مدعا، روایات متعددی دال بر آن است؛ مانند صحیحہ حلبی: «لَا يَجِلُّ خُلْعُهَا حَتَّى تَقُولَ لِرَوْجِهَا وَ اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ لَا أُطِيعُكَ أَمْرًا وَلَا أَعْتَسِلُ لَكَ مِنْ جَنَابَةٍ وَلَا وَطْئَنَ فِرَاشِكَ وَلَا ذَنْنَ عَلَيْكَ بِغَيْرِ إِذْنِكَ: الْحَدِيثُ» (الكافي (ط - الإسلامية)، ج ۶، ص: ۱۴۰-۱۳۹، باب الخلع، ح ۱) تا آنجا که یکی از فرقه‌های اصلی خلع و مبارات را همین کراهت طرفینی در مبارات بر شمرده‌اند (ر. ک: کتب فقهی مانند «مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام»؛ ج ۹، ص: ۳۶۶).

نکته دوم: کراهت ذاتی یا اعم از ذاتی و عارضی

بحثی هست که کراهت مجوز خلع، مختص به کراهت قلبی زوجه از جسم یا رفتار یا دین شوهر است (کراهت ذاتی) و یا شامل کراهت ناشی از ترک امور واجب (نفقه) یا مستحب (قَسَم) و یا جایز (تعدد زوجات علی المبنی) نیز می‌شود. مرحوم بحرانی پس از آنکه به عده‌ای از فقها عدم صحت خلع در

^۱. «لَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُنَّ شَيْنًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»
^۲. او می‌گوید: «الأخبار الجارية على هذا المنوال في اشتراط مشروعية الخلع بأمثال هذه الأقوال، وهو في غاية الاشكال و الإعضال.»

صورت اجبار بر بذل با کوتاهی زوج در واجبش (مثل ندادن نفقه) نسبت می‌دهد، دلیل آن را عدم تحقق شرط کراهت در این صورت برمی‌شمرد اما این قول (عدم صحت خلع در این صورت) را خلاف مشهور می‌داند (الحدائق؛ ج ۲۴، ص: ۶۴۱).^۱ او در جای دیگر دلیل عدم لزوم کراهت ذاتی در خلع و کفایت کراهت عارضی را اطلاق اخبار و کلمات اصحاب دانسته و قول تقیید به کراهت ذاتی را بی‌دلیل. و نیز اشاره کرده که شأن نزول آیه، مفهوم ندارد (الحدائق، ج ۲۵، ص: ۵۸۰ و ۵۸۱).^۲ البته خواهد آمد که مقتضای آیات و روایات، اشتراط کراهت در خلع نیست؛ مقتضای آیه خوف عدم اقامه حدود است که غالباً با کراهت همراه است و مقتضای روایات، تلفظ به سخنان کراهت آمیز است؛ پس هیچ‌یک مقید به کراهت ذاتی نیستند. نیز همانطور که بحرانی فرمود، در کلام فقها بین کراهت ذاتی و عرضی فرق گذاشته نشده است و بلکه بعضی مثل شیخ تصریح دارند به عدم فرق بین موارد کراهت. (التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص: ۲۴۷ و ۲۴۸)^۳

نکته سوم: وجوب خلع

بحثی در فقه وجود دارد که پس از اینکه زوج سخنان دال بر کراهت را از زوجه شنید آیا واجب است او را طلاق خلع دهد یا نه؟ برخی فقها مانند شیخ (النهاية في مجرد الفقه والفتاوى؛ ص: ۵۲۹)^۴ قائل به وجوب شده‌اند. در حالی که نه آیه و نه روایتی دال بر وجوب خلع در هیچ صورتی وجود ندارد و برای همین عده‌ای مانند کاشف اللثام (ج ۸، ص: ۱۸۷) و صاحب جواهر (ج ۳۳، ص: ۴۵) به صاحب شرایع که گفته «فیه

^۱. «قد صرح جملة من الأصحاب بأنه لو منعها شيئا من حقوقها الواجبة كالنفقة و القسم مثلا، فبذلت له مالا للخلع لم يكن ذلك إكراها وإن كان محرما، وإنما لم يكن ذلك إكراها لأنه أمر منفك عن طلب الخلع، فإنه قد يفعل ذلك مع إرادته المقام معها، وإنما منعها لحرصه على المال، و قلة ديانتته و ضعف دينه أو ميله إلى ضررتها، و كذا لو بذلت له مالا للخلع، حيث إنه أغارها و تزوج عليها، و هو أولى بعدم ترتب الإكراه عليه، فإن التزويج جائز بل مستحب. و ما ذكرنا من أصل الحكم المذكور [تحقق الإكراه و صحة الخلع] صرح به الشيخ في المبسوط و المحقق في الشرائع و غيرهما، و الظاهر أنه المشهور».

^۲. «و بالجملة فحيث كان ظاهر كلمة الأصحاب على الاكتفاء بالكراهة العارضة و ظواهر الأخبار لا تنافيه إن لم تكن مؤيدة له لدلالاتها بإطلاقها على ذلك، فالقول بخلاف ذلك قول بغير دليل، و مشي على غير سبيل. نعم قد تقدم في الحديث العامي المروي في سبب النزول ما ربما يوهم ذلك إلا أنه لا دلالة فيه على الاختصاص بذلك الفرد و أنه لا يصح في غيره، و الله سبحانه العالم. »

^۳. «أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ» لسوء خلق أو لقلة نفقة من غير ظلم، أو نحو ذلك فيجوز الفدية لهما»

^۴. «إِذَا يَجِبُ الْخُلْعُ إِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَوْحِهَا: إِنِّي لَا أَطِيعُكَ أَمْرًا، وَلَا أَقِيمُكَ حَدًّا، وَلَا أَغْتَسِلُ لَكَ مِنْ جَنَابَةٍ، وَلَا أُطِيقُ فَرَاشَكَ مِنْ تَكَرُّهِهِ إِنْ لَمْ تَطْلُقْنِي. فَمَتَى سَمِعَ مِنْهَا هَذَا الْقَوْلَ، أَوْ عَلِمَ مِنْ حَالِهَا عَصْيَانَهُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ تَتَنَقَّ بِهْ وَجِبَ عَلَيْهِ خُلْعُهَا. فَإِذَا أَرَادَ خُلْعُهَا، اقْتَرَحَ عَلَيْهَا شَيْئًا مَعْلُومًا تَعْطِيهِ، سِوَاءَ كَانَ ذَلِكَ مِثْلَ الْمَهْرِ الَّذِي أُعْطَاهَا، أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ، أَوْ أَنْقَصَ، حَسَبَ مَا يَخْتَارُهُ. أَيْ ذَلِكَ فَعْلٌ، جَائِزٌ، وَ حَلٌّ لَهُ مَا يَأْخُذُ مِنْهَا. فَإِذَا تَقَرَّرَ بَيْنَهُمَا عَلَى شَيْءٍ مَعْلُومٍ، طَلَّقَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، وَ تَكُونُ تَطْلِيقُهُ بَاطِلَةً لَا يَمْلِكُ فِيهَا رَجْعَتَهَا»

روایه بالوجوب» (شرائع الإسلام؛ ج ۳، ص: ۴۰)^۱، خرده گرفته‌اند که روایتی وجود ندارد. این بحث را به محل خود وامی‌گذاریم؛ اما اشاره کنیم که با بررسی عبارت وجوب و مشتقات آن در لغت، روایات و سخنان فقهای سده‌های نخست،^۲ به نتیجه‌ای که مرحوم بحرانی (الحدائق، ج ۲۵، ص: ۵۵۵) فرمود: (وجوب به

^۱. «يعتبر في المختلعة ... أن تكون الكراهية من المرأة و لو قالت لأدخلن عليك من تكرهه لم يجب عليه خلعه بل يستحب و فيه رواية بالوجوب». بنابرین محقق، روایت وجوب را به خاطر اعراض اصحاب کنار گذاشته و قائل به استحباب شده است.
^۲. مواردی از به کار گیری وجوب به معنای ثبوت: (الاستبصار فیما اختلف من الأخبار؛ ج ۲، ص: ۱۸) «عنه عن محمد بن الحسين عن صفوان بن يحيى عن بعض أصحابه عن ابن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الزكاة في كم تجب في الحنطة و الشعير فقال في وسمي».

فألوجه في هذه الأخبار ضرب من الاستحباب و إن عثر عنه بلفظ الوجوب فعلى ضرب من التجوز على ما بيناه في غير موضع فيما كان مؤكداً شديداً الاستحباب يدل على ذلك» و (الاستبصار فیما اختلف من الأخبار؛ ج ۲، ص: ۱۶۱): «من أطلق المسمى مندوب إلى الحج و إن لم يكن واجباً يستحق بتركه العقاب و يكون إطلاق اسم الوجوب عليه على ضرب من التجوز مع أننا قد بينا أن ما هو مؤكداً شديداً الاستحباب يجوز أن يقال فيه إنه واجب و إن لم يكن فرضاً» و (تهذيب الأحكام؛ ج ۵، ص: ۴۸۸، ۱۷۴۴-۳۹۰) «أحمد بن الحسن عن عمرو بن سعيد عن مصدق بن صدقة عن عمارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن التكبير فقال واجب في ذكر كل صلاة فريضة أو نافلة أيام التشريق».

قال محمد بن الحسن: المعنى أنه شديد الاستحباب لا أنه فرض يستحق تاركه العقاب يدل على ذلك ما قدمناه من الأخبار و يزيد بن أسد ما رواه...»

^۳. «بل الظاهر أن مراد الشيخ بالوجوب هنا إنما هو المعنى اللغوي، أعني الثبوت بمعنى أن ثبوت الخلع و مشروعيته متوقفة على ذلك، و روایات المسألة على كثرتها إنما تضمنت أنه لا يحل له خلعه حتى يقول ذلك، بمعنى أنه لا يشرع و لا يثبت إلا بعد هذه الأقوال. و ليس في شيء منها ما يدل على الوجوب كما توهموه، و الجميع ظاهر فيما قلناه من الحمل المذكور.»

معنی ثبوت) می‌رسیم^۱ پس با وجود عبارت «لا جناح علیهما فیما افتدت به» در آیه^۲ و نیز عمومات جواز خلع (ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص: ۲۷۹، کِتَابُ الْخُلْعِ وَ الْمُبَارَاةِ، باب ۱ و ۵)، بنا را بر عدم وجوب خلع می‌گذاریم، همانطور که مشهور بدان قائلند.^۳

نکته چهارم: سخنان نشوزآمیز

سخنانی که زوجه بر زبان می‌آورد و مجوز طلاق خلع است، صرفاً کلماتی برگرفته از کراهت نیست؛ سخنان نشوزآمیز است و بر زبان جاری شدنش حرام. کمترین آن نیز اینست که به شکل کلی بگوید تمکین نمی‌کنم. مستند این نکته، روایات متعدد است از جمله صحیح زرارہ: «وَ إِنَّمَا صَارَتْ الْمُبَارَاةُ يُؤْخَذُ مِنْهَا دُونَ الصَّدَاقِ وَ الْمُخْتَلَعَةُ يُؤْخَذُ مِنْهَا مَا شَاءَ لِأَنَّ الْمُخْتَلَعَةَ تَعْتَدِي فِي الْكَلَامِ وَ تَكَلِّمُ بِمَا لَا يَحِلُّ لَهَا.» (وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۲۸۷، باب ۴، ح ۱) و صحیح محمد بن مسلم: «إِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَجُلٍ لَا حُجْمَ لَهَا لَا أُطِيعُ لَكَ أَمْرًا مُفَسَّرًا وَ غَيْرَ مُفَسَّرٍ حَلَّ لَهُ مَا أَخَذَ مِنْهَا وَ لَيْسَ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ.» (همان، ص ۲۷۹، باب ۱، ح ۱). و صحیح حلبی: «لَا يَحِلُّ خُلْعُهَا حَتَّى تَقُولَ لِرَجُلٍ وَ اللَّهُ لَا أَبْرَ لَكَ قَسَمًا وَ لَا أُطِيعُ لَكَ

۱. وجوب در لغت به معنی ثبوت است (مفردات، ص ۵۴۸) و (معجم مقاییس اللغة، ج ۶، ص ۸۹) و چون ثبوت و لزوم معانی نزدیک به همدند (ج ۲، ص ۴۶۳) و امر ثابت، لازم نیز هست، به لزوم هم معنی شده است (صاحح، ج ۱، ص ۲۳۱). و چون واجبات شرعی اموری لازم هستند بر تکالیف شرعی الزامی هم لفظ واجب به کار رفته است (کتاب علی بن جعفر، ص ۱۶۰): «سألته عن التکبیر آیام التشریق أواجب هو؟ قال: يستحب فإن نسيه فليس عليه شيء.» (این روایت، استحباب را برای تکبیر اثبات، و وجوب را از آن نفی می‌کند، چرا که اگر فعل متعلق آن ترک شود، شخص مستحق مؤاخذه نیست). همانطور که لفظ واجب بر اموری که در شرع، حق و ثابتند و لو واجب مصطلح نباشند به کار رفته است. (وسائل الشیعة، ج ۱۳، ص ۲۷۴): «سألْتُ أخِي موسى بن جعفر عن دخول الكعبة أواجب هو على كل من حج؟ قال: هو واجب أول حجة ثم إن شاء فعل وإن شاء ترك.» و (کافی، ج ۳، ص ۴۱): «سألته عن الغسل يوم الجمعة؟ فقال: واجب على كل ذكر و اثنى عبد أو حر» اما عده ای مانند ابن ادریس (السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ۱، ص: ۹۹) استعمال وجوب در روایات در غیر موارد واجب را حمل بر مستحب موکد کرده اند یعنی معتقدند که معنای وجوب، صرف ثبوت نیست و حضرات ع لزوم (استحباب موکد) را گاهی با وجوب بیان داشته اند. اشکال این سخن علاوه بر نداشتن مستند، عدم انطباق با معنای لغوی ثبوت است که با صرف استحباب و حتی اباحه هم می‌سازد چرا که اباحه نیز توصیه شرعی و ثابت عند الشارع است. وجوب مصطلح حتی تا زمان شیخ هم جا نیافتاده بود و در کلمات شیخ در امر غیر واجب نیز استعمال می‌شد به این نمونه‌ها بنگرید:

۲. واضح است که صرفاً مباح دانسته نه واجب.

۳. بعنوان مثال، سبزواری می‌نویسد: «مذهب الشیخ و جماعة من الأصحاب وجوب الخلع إذا قالت المرأة لزوجها: «إني لا أطيع لك أمراً، ولا أقیم لك حداً، ولا أغتسل لك من جنابة، ولا وطنن فراشك من تكرهه إن لم تطلقني» فمتى سمع هذا القول أو علم من حالها عصيانه في شيء من ذلك وإن لم تنطق به وجب عليه خلعها. و ذهب بعضهم إلى الاستحباب. و بعضهم إلى استحباب الفراق وإن لم يكن بطريق الخلع. و استجود بعضهم الحكم بالإباحة، إذ ليس في الأخبار دلالة على أزيد من الإباحة. و بالجملة الحكم بالوجوب غير واضح.» (كفاية الأحكام؛ ج ۲، ص: ۳۸۳)

أَمْرًا وَلَا أَغْتَسِلُ لَكَ مِنْ جَنَابَةٍ وَلَا أُطِيعَنَّ فِرَاشَكَ وَلَا ذَنْتَنَ عَلَيْكَ بِغَيْرِ إِذْنِكَ» (همان، ص ۲۸۰، ج ۳). همچنین قابل ذکر آنکه سخنان نشوزآمیز منحصر به الفاظ خاص مذکور در روایات نیست و دلیل این مدعا، صحیحہ ابی بصیر است که فرقی بین عبارت عدم اطاعت و بیان مصادیق عدم اطاعت نگذاشته است: «إِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرُؤُوسِهَا جُمْلَةً لَا أُطِيعُ لَكَ أَمْرًا مُفَسَّرًا أَوْ غَيْرَ مُفَسَّرٍ حَلَّ لَهُ...»

نظریات در شرط اختصاصی خلع

در بدو امر شاید شرط اختصاصی خلع، کراهت زوجه به نظر آید و عدم اختصاص بابی مستقل به این امر، شاهی بر بحث نداشتن گرفته شود، اما هم آیه شریفه خلع پیچیدگی خاصی دارد و هم در بحث اشتراط کراهت، بالغ بر پنج قول مشاهده می‌شود که بعضی از این اقوال ربطی به کراهت ندارد پس نمی‌توان مقسم را اقوال شرط کراهت نامید. این نکته را نیز اضافه کنیم که بسیاری از فقها، عدل کراهت را که مانع صحت خلع است، التئام و تناسب اخلاق زوجین دانسته‌اند (مانند الخلاف، ج ۴، ص: ۴۲۲ و المذهب (لابن البراج؛ ج ۲، ص: ۲۶۷) و قابل توجه آنکه رابطه کراهت و عدم التئام اخلاق، تساوی نیست و عدم التئام، غالباً ناشی از کراهت است و التئام اخلاق با کراهت قابل جمع است پس مراد فقها، شرطیت کراهت است و لو اخلاق ملتئم باشد. توضیح این نکته را در کلام صاحب حدائق (ج ۲۵، ص: ۶۰۴ و ۶۰۳)^۱ ببینید.

اولین قول، اشتراط کراهت بمعنی ناخوشایندی و انزجار قلبی است که بسیاری بدان قائلند؛ مانند (کشف الرموز فی شرح مختصر النافع؛ ج ۲، ص: ۲۳۶)، (ارشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ ج ۲، ص: ۵۲)، (شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام؛ ج ۳، ص: ۴۰) و (الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة؛ ج ۲، ص: ۱۶۵). و ظاهر فقهای که کراهت را توضیح نداده‌اند همین قول است چرا که معنای لغوی کراهت همین است.^۲

^۱. «لا يخفى أن التعبير بالتئام الأخلاق هنا عن عدم الكراهة الموجبة لصحة الخلع إنما خرج مخرج الغالب، وذلك فإن الكراهة أمر نفسي يمكن مجامعتها لالتئام الأخلاق، فيمكن أن تكرهه وتحسن السلوك معه امتثالاً للأوامر الشرعية، والقيام بما هو الواجب عليها من حقوقه، ولكن لما كان ذلك على خلاف الغالب والطريقة الجارية بين الناس لم يلتفت إليه الأصحاب وبنوا الأمر على الغالب»

^۲. ر. ک: کتب لغت مثل معجم مقانیس اللغة؛ ج ۵، ص: ۱۷۲: «الكاف والراء والهاء أصل صحيح واحد، يدل على خلاف الرضا والمحبة. يقال: كرهت الشيء أكرهه كرها. والكثرة الاسم.»

قول دوم، صرف خوف عدم اقامه حدود زوجیت (ناشی از کراهت زوجه) است که شیخ (المبسوط: ج ۴، ص: ۳۴۳) و ابن براج (المهذب: ج ۲، ص: ۲۶۷) قائل به آن است.

قول سوم، کراهت و تصمیم بر جدایی به همراه تحقق نشوز و سخنان دال بر مفارقت است که شیخ مفید (المقنعة؛ ص ۵۲۸) قائل بدان است. البته ممکن است اشکال شود که ایشان کراهت را نشوز و ترجیح جدایی و سخنان مشیر به مفارقت معنا کرده پس مانند مشهور، کراهت را شرط می داند که در جواب خواهیم گفت: ایشان عصیان امر زوج و مخالفت قول او و سایر موارد را عطف به کراهت کرده و ظاهر عطف مغایرت است پس این موارد، کراهت صرف نیستند. («ذلك أن تكون المرأة قد كرهت زوجها و آثرت فراقه و تعصي أمره و تخالف قوله و تمنعه نفسها و تراوده على فراقها»)

قول چهارم، تلفظ به عدم اطاعت است؛ اشتراط سخنان نشوز آمیز مذکور در روایات که بسیاری از شیخ کلینی (الکافی ط - الإسلامية)، ج ۶، باب خلع) و شیخ صدوق (من لا يحضره الفقيه؛ ج ۳؛ باب الخلع، ص ۵۲۴-۵۲۲) ۵

۱. «فأما المباحان فالأول إن يخافا ألا يقيما حدود الله، مثل أن تكره المرأة زوجها لدينه أو خلقه أو نحو ذلك مما في نفسها من كراهتها له، فإذا كان في نفسها على هذه الصفة خافت ألا تقيم حدود الله عليها في حقه، و هو أن تكره الإجابة فيما هو حق له عليها، فيحل لها أن تنفدي نفسها بلا خلاف ههنا، لقوله تعالى «فَإِنْ خِفْتُمْ...». گرچه شیخ در ابتدای عبارتش، خوفهما را موضوع قرار داده اما در ادامه فقط خوف زوجه را مطرح نموده است پس نمی توان قول به خوفهما را به او نسبت داد.

۲. «و اما المباح فان يخافا الا يقيما حدود الله، مثل ان تكره المرأة زوجها، اما لخلقه أو دينه أو ما جرى مجرى ذلك مما في نفسها من كراهتها له فاذا كانت في نفسها على هذه الصفة خافت الا يقيم حدود الله عليها في حقه، و هو [خوف] أن تكره الإجابة له فيما هو حق له عليها فيحل لها أن تنفدي نفسها بغير خلاف»

۳. «الخلع ضرب من الطلاق و لا يقع إلا على عوض من المرأة. و ذلك أن تكون المرأة قد كرهت زوجها و آثرت فراقه و تعصي أمره و تخالف قوله و تمنعه نفسها و تراوده على فراقها فله حينئذ أن يلتبس منها على طلاقها ما شاء من المال و المتاع و العقار فيقول لها إن أردت أن أفارقك فادفعي إلي ألف دينار أو ألف درهم أو ما شاء مما يختار»

۴. شیخ کلینی تصریح به اشتراط کلام از زوجه دارد: در ح ۱ عبارت: «لَا يَحِلُّ خُلْعُهَا حَتَّى تَقُولَ لِرَوْجِهَا وَ اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ قَسَمًا وَ لَا أُطِيعُ لَكَ أَمْرًا... وَ يَكُونُ الْكَلَامُ مِنْ عِنْدِهَا». و در ح ۲ عبارت: «لَا يَتَكَلَّمُونَ بِهَا وَ تَكُونُ هِيَ الَّتِي تَقُولُ ذَلِكَ» و در ص ۱۴۱، ح ۶ عبارت: «إِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَوْجِهَا جُمْلَةً لَا أُطِيعُ لَكَ أَمْرًا مُفَسَّرًا أَوْ غَيْرَ مُفَسَّرٍ حَلٌّ لَهُ...» و در ح ۱۰ عبارت: «فِي الْمُخْتَلَعَةِ إِتْقَانُهَا لَا يَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَتَوَبَّ مِنْ قَوْلِهَا الَّذِي قَالَتْ لَهُ عِنْدَ الْخُلْعِ» و در باب مبارات، ح ۲ عبارت: «وَ إِنَّمَا صَارَتِ الْمُبَارَاةُ يُؤْخَذُ مِنْهَا دُونَ الْمَهْرِ وَ الْمُخْتَلَعَةُ يُؤْخَذُ مِنْهَا مَا شَاءَ لِأَنَّ الْمُخْتَلَعَةَ تَعْتَدِي فِي الْكَلَامِ وَ تَكَلِّمُ بِمَا لَا يَحِلُّ لَهَا» جای شکی در نظر شیخ کلینی باقی نمی گذارد.

۵. شیخ صدوق تصریح دارد که فقیه، کتاب فتاوی اوست؛ او با روایات مختلف، اشتراط تلفظ به عدم اطاعت را ثابت دانسته است: در حدیث ۴۸۲۰ عبارت «فِي الْخُلْعِ إِذَا قَالَتْ لَهُ لَا أُغْتَسِلُ لَكَ مِنْ جَنَابَةٍ وَ لَا أُبْرُ لَكَ قَسَمًا وَ لَا وَطِئْتُ فِرَاشَكَ مِنْ تَكْرَهُهِ فَإِذَا قَالَتْ لَهُ هَذَا حَلٌّ لَهُ أَنْ يَخْلَعَهَا»، در حدیث ۴۸۲۱ عبارت «الْمُخْتَلَعَةُ لَا يَحِلُّ خُلْعُهَا حَتَّى تَقُولَ لِرَوْجِهَا وَ اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ قَسَمًا وَ لَا أُطِيعُ لَكَ أَمْرًا وَ لَا أُغْتَسِلُ لَكَ مِنْ جَنَابَةٍ وَ لَا وَطِئْتُ فِرَاشَكَ وَ لَا وَدَنْتُ عَلَيْكَ بَغْيَ إِذْنِكَ وَ قَدْ كَانَ النَّاسُ عِنْدَكَ يَرْخَصُونَ فِيهَا دُونَ هَذَا فَإِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ لِرَوْجِهَا حَلٌّ لَهُ مَا أَخَذَ مِنْهَا»، در حدیث ۴۸۲۳ عبارت «إِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَوْجِهَا جُمْلَةً لَا أُطِيعُ لَكَ أَمْرًا مُفَسَّرَةً أَوْ غَيْرَ مُفَسَّرَةٍ حَلٌّ لَهُ مَا أَخَذَ مِنْهَا وَ لَيْسَ لَهُ عَلَيْهَا رَجْعَةٌ...» و «لِلرَّجُلِ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمُخْتَلَعَةِ فَوْقَ الصَّدَاقِ الَّذِي أَغْطَاهَا لِقَوْلِ اللَّهِ

و علی بن ابراهیم (تفسیر القمی، ج ۱، ص: ۷۵) و شیخ حرّ^۱ تا فاضل هندی (کشف اللثام، ج ۸، ص: ۱۸۶) و آغا جمال آن را اختیار کرده و دلیل آن را ظاهر اخبار دانسته‌اند یعنی اظهار کراهت و آن هم در قالب کلمات مخصوصه روایات. منتها چون سخنان نشوز آمیز در روایات، با عبارات مختلف آمده است بعضی مثل آغا جمال، حداقل آن را شرط دانسته‌اند. (التعلیقات علی الروضة البهیة (لآغا جمال)، ص: ۴۲۴)^۲. البته عده‌ای مانند شیخ در نهایت (ص ۵۲۹)^۳ و ابن ادریس (السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، ص: ۷۲۴)^۴، علاوه بر سخنان نشوز آمیز، نفس نشوز را هم مجوز خلع دانسته‌اند.

بررسی نظریات

عده‌ای شرط کراهت زوجه را مورد اجماع اصحاب دانسته‌اند (مانند آغا جمال خوانساری؛ ص: ۴۲۴). در مقابل عده‌ای مانند ابن ادریس به کارگیری عبارات نشوز آمیز توسط زوجه را اجماعی دانسته‌اند (ج ۲، ص: ۷۲۴)^۵ و برخی آن را مدلول اخبار دانسته و به مشهور نسبت داده‌اند (مسالك الأفهام إلى آیات الأحكام، ج ۴، ص: ۸۸)^۶ و عده‌ای نیز قائل شده‌اند مانند (نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام، ج ۲، ص: ۱۳۶). البته بسیاری از فقها به اشتراط کراهت در خلع بسنده نموده‌اند بدون اینکه مراد از آن را مشخص کرده یا به بحث بگذارند، مانند شهید ثانی (مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۹، ص: ۴۵۰ و ۴۲۰ و ۳۶۶). برخی نیز برای قول به

عَزَّ وَ جَلَّ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ وَ الْمُبَارَاةُ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا إِلَّا ذَوْنُ الصَّدَاقِ الَّذِي أُعْطِيَ لَأَنَّ الْمُخْتَلِعَةَ تَعْتَدِي فِي الْكَلَامِ»

^۱. شیخ حرّ نام ابواب کتاب وسائل را بر طبق نظر مختار خود تنظیم نموده است و نام باب اول کتاب الخلع را اینگونه بیان داشته: «بَابُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْخُلْعُ وَلَا يَحِلُّ الْعَوْصُ لِلزَّوْجِ حَتَّى تَظْهَرَ الْكَرَاهَةُ مِنَ الْمَرْأَةِ» در حالی که عنوان باب هشتم را «بَابُ أَنَّ الْمُبَارَاةَ تَكُونُ مَعَ كَرَاهَةٍ كُلِّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ صَاحِبِهِ» نامیده است و فرق بین کراهت و اظهار کراهت، واضح است.

^۲. «المستفاد من الروایات علی ما عرفت اشتراط اظهارها بالا قوال المخصوصة فالظاهر اتباع الروایات و اشتراط اعتدائها فی الکلام اما باکتر ما وقع منه فی الروایات و هو الاحوط او باقله و حمل ما زاد منه علی المثال او افضلیة ترك الخلع الی ان یصل الی هذه المرتبة.»

^۳. «إِنَّمَا يَجِبُ الْخُلْعُ إِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرَوْجِهَا: إِنِّي لَا أَطِيعُ لَكَ أَمْرًا، وَلَا أَقِيمُ لَكَ حَدًّا، وَلَا أَغْتَسِلُ لَكَ مِنْ جَنَابَةٍ، وَلَا وَطَنًا فَرَأَيْتَ مِنْ تَكَرُّهٍ إِنْ لَمْ تَطْلُقْنِي. فَمَتَى سَمِعَ مِنْهَا هَذَا الْقَوْلَ، أَوْ عَلِمَ مِنْ حَالِهَا عَصْيَانَهُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ تَطْلُقْ بِهِ وَجِبَ عَلَيْهِ خُلْعُهَا.»

^۴. اشتراط سخنان نشوز آمیز مذکور در روایات یا علم به نشوز را ابن ادریس اجماعی دانسته است: «لِإِجْمَاعِ أَصْحَابِنَا عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ خُلْعُهَا إِلَّا بَانَ يَسْمَعُ مِنْهَا مَا لَا يَحِلُّ ذَكَرَهُ مِنْ قَوْلِهَا لَا اغْتَسِلُ لَكَ مِنْ جَنَابَةٍ وَلَا أَقِيمُ لَكَ حَدًّا وَلَا وَطَنًا فَرَأَيْتَ مِنْ تَكَرُّهٍ أَوْ يَعْلَمُ ذَلِكَ مِنْهَا فَعَلًا.»

^۵. «لِإِجْمَاعِ أَصْحَابِنَا عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ خُلْعُهَا، إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَسْمَعَ مِنْهَا مَا لَا يَحِلُّ ذَكَرَهُ»

^۶. «و بِالْجُمْلَةِ فَالثَّابِتُ فِيمَا بَيْنَهُمْ أَنَّ شَرْطَ الْخُلْعِ بَغْضُ الزَّوْجَةِ وَ قَوْلُهَا مَا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الْقِيَامِ بِحَقُوقِ الزَّوْجِيَّةِ مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِحَالِ الزَّوْجِ وَ الْأَخْبَارُ أَتَمَّا دَلَّتْ عَلَى هَذَا»

کراهت، ظاهر آیه را کافی دانسته‌اند و در نظر آنان، تلفظ زوجه صرفاً مبرز کراهت است. (جواهر الکلام؛ ج ۳۳، ص: ۴۱)^۱ عده‌ای دیگر، کراهتی را که بروز یافته (بحدی که خوف عدم اقامه حدود الهی آورده) شرط طلاق خلع دانسته و دلیل آن را آیه و روایات برشمرده‌اند (کشف اللثام، ج ۸، ص: ۱۸۶). و گذشت که شیخ با استناد به آیه، خوف عدم اقامه حدود را معیار قرار داده و کراهت را مثالی برای تحقق خوف زوجه دانسته است (المبسوط؛ ج ۴، ص: ۳۴۳). و مرحوم خوانساری پس از نقل روایات دال بر اشتراط کراهت، اذعان می‌دارد که هیچ آیه یا روایتی دال بر اشتراط خود کراهت نیست (ص ۴۲۳). باید اذعان نمود که این اقوال در مقام عمل، غالباً هم‌مصادقند؛ چرا که زوجه‌ای که درباره او خوف عدم رعایت هست معمولاً کراهت شدید دارد و سخنان نشوزآمیز بر زبانش جاری می‌شود. البته با استدلالی که هم‌اکنون ذکر خواهد شد مشخص می‌شود که قول حق، اشتراط تلفظ به عدم تمکین است و همانطور که گذشت عده زیادی نیز قائل بدانند و طبق ادعای ابن ادریس، اجماع بر آن است (ج ۲، ص: ۷۲۴).

بررسی مفاد آیه ۲۲۹ بقره و آیه ۱۹ نساء

در آیه ۲۲۹ بقره فرموده: «لَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»^۲. در این عبارات، خداوند شرط اخذ مال و طلاق را خوف عدم اقامه حدود الهی توسط زوجین دانسته است. و طبق آن، شرط طلاق خلع، صرف خوف در ارتباط زن و شوهر است در حالی که شاید کسی از فقها به این شرط ملتزم نشده باشد^۳؛ با وجود این، دلالت این آیه بر طلاق خلع در کلام مفسرین (تفسیر القمی، ج ۱، ص: ۷۵، تفسیر العیاشی؛ ج ۱؛ ص ۱۱۷ و مسالک الأفهام إلى آیات الأحکام؛ ج ۴، ص: ۸۶) و فقهای بسیاری آمده است (الخلاف، ج ۴، ص: ۴۲۲، المذهب (لابن البراج)؛ ج ۲، ص: ۲۶۷، من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۲۳، ح ۴۸۲۳، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى؛ ج ۲، ص: ۷۲۴، الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۵، ص: ۵۸۰ و جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳، ص: ۳۳، ص: ۴۱).

توضیح آن‌که در این آیه، «خوف» به همان معنای لغوی (ترسیدن) به کار رفته است (ر. ک: کتب لغت؛ مانند کتاب العین ج ۳۱۲ و ۳۱۳)؛ (المحیط في اللغة ج ۴، ص: ۴۲۳)؛ (معجم المقایس اللغة ج ۲، ص: ۲۳۰)؛ (کتاب الماء ج ۲، ص: ۴۳۳) و (أساس البلاغة

۱. «الاكتفاء بمطلق الكراهة، كما هو ظاهر المصنف وغيره من المتأخرين، بل هو ظاهر الآية التي جعل المدار فيها على خوف عدم إقامة حدود الله تعالى شأنه، ولا ريب في تحقيقه معها». البته بطلان این سخن روشن خواهد شد.

۲. آیه ۲۲۹ سوره بقره که در میان آیات طلاق قرار گرفته است عبارت است از: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِخْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»

۳. البته گذشت که شیخ و ابن براج، خوف زوجه (نه زوجین) را معیار قرار داده بود.

(۱۷۷)؛ نه به معنای علم؛ همانطور که بعضی از فقها (مانند سید مرتضی)^۱ و بعضی مفسرین (مانند ابوعبیده)^۲ تصوّر نموده‌اند؛ و نه به معنای ظنّ همانطور که برخی دیگر از فقها (مانند شیخ طوسی)^۳ التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص: ۲۴۴ و تفاسیری (مثل مجمع البیان، ج ۲، ص: ۵۷۸ و مسالك الأفهام إلى آیات الأحكام؛ ج ۴، ص: ۸۶)^۴ قائل شده‌اند.

همچنین به تناسب حکم و موضوع، مراد از «أَلَا يَتَّقِيما حدود الله»، خوف عدم رعایت حدود الهی یا همان خوف عدم رعایت واجبات و محرمات در ارتباط مشترک زوجین است؛ مثل عدم تمکین یا تعلّل در آن و نیز عدم نفقه یا ظلم؛ گرچه بعضی آن را اخص گرفته و نشوز زوجه یا نشوز زوجین دانسته‌اند.^۵ «افتدت» نیز، از فداء است و مراد اینست که زن مالش را فدا می‌کند تا از بند شوهر رها شود.^۶

از آنچه گذشت نتیجه می‌گیریم که آیه ۲۲۹ اشاره‌ای به شرط تلفظ به سخنان دال بر کراهت، و یا حتی اصل کراهت نکرده است. و به تنهایی (بدون لحاظ روایات و مانند آن) دال بر مشروعیت «طلاق معوض بآنی» است که نه بر طلاق خلع منطبق است و نه بر مبارات؛ بر خلع دلالت ندارد چون آیه، شرط طلاق را خوف عدم اقامه حدود در زوجین دانسته که این سه جزء شرط (خوف، عدم رعایت حدود و زوجین) تلازمی با شرط کراهت زوجه ندارد. بر مبارات نیز دلالت ندارد چون بذل را مطلق فرموده در حالی که مبارات مقید است به کمتر بودن بذلش از مهر. طبق آیه شریفه شرط این طلاق، خوف عدم اقامه حدود الهی در رابطه زوجین است، چه زوجه از زوج کراهت قلبی یا لسانی داشته باشد یا خیر، و چه زوجین از هم کراهت داشته باشند یا خیر و اگر به آیه به تنهایی نگاه شود عدم

^۱. سید مرتضی در (تتزیه الأنبياء عليهم السلام؛ ص ۸۵) خوف در آیه را به معنای علم دانسته و می‌نویسد: «و اما قوله فَخَشِينَا أَنْ يُرْهِقَهُمَا طُغْيَانًا وَ كُفْرًا فَخَشِينَا أَنْ يُرْهِقَهُمَا طُغْيَانًا وَ كُفْرًا فالظاهر يشهد أن الخشية من العالم لا منه تعالى و الخشية هاهنا قيل العلم كما قال الله تعالى وَ إِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَغْلِهَا يُشْوَرًا أَوْ إِغْرَاضًا وَ قوله تعالى إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ [آیه محل بحث] و قوله عز و جل وَ إِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً وَ كَلْ ذَلِكَ بِمَعْنَى الْعِلْمِ»

^۲. شیخ در التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص: ۲۴۵ به ابوعبیده نسبت داده است.

^۳. کاظمی می‌گوید: «المراد بخوفهما عدم اقامة الحدود، طئهما ذلك. و يؤيده قراءة من قرأ يظنّ و ذلك بأن يظنّ من المرأة التشويز و الخروج عن الطاعة». اشکال این سخن علاوه بر فقدان دلیل بر ظن، آنست که خوف حالتی نفسانی است که گرچه با ظن هم قابل جمع است اما با وهم و شک نیز محقق می‌شود.

^۴. شیخ در التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص: ۲۴۶: «قال ابن عباس و عروة و الضحاك: هو نشوز المرأة بغضا للزوج. و قال الشعبي هو نشوزها و نشوز»

^۵. کتاب العین ج ۸ ص: ۸۲: «جمع فدية. و ألفداء ما تفدي به و تفادي، و الفعل الإفتداء، و فديته» و معجم المقاييس اللغة ج ۴ ص: ۴۸۳: «أَنْ يُجْعَلَ شَيْءٌ مَكَانَ شَيْءٍ حِمَى لَهُ... قولك: فديته أفديه، كأنك تحميه بنفسك أو بشيء يعوض عنه.»

رعایت حدود الهی ناشی از مشکلات روحی زوجه را نیز شامل است، پس آیه از این حیث مطلق است. آیه شریفه همچنین نسبت به اشتراط تلفظ مطلق است یعنی چه زوجه سخنان نشوز آمیز بر زبان جاری کند یا نه، خلع او صحیح است. البته روایات، آیه را مقید می‌کنند به تلفظ زوجه به سخنان نشوز آمیز؛ پس خوف در آیه از باب لازمه غالبی تلفظ به سخنان خاص زوجه است.

ممکن است اشکال شود که گرچه موضوع آیه ۲۲۹ ابتدائاً مطلق طلاق است و موضوع روایات، طلاق خلع است پس موضوع روایات، خاص است اما موضوع آیه مقید به شرطی غیر شرط موضوع روایات است (آیه مقید به خوف شده و روایات مقید به تلفظ به سخنان نشوز آمیز شده) و در جایی که حکمی بر مطلق مقید به قیدی بار شده باشد و حکمی دیگر بر مقیدی که قیدی دیگر دارد بار شده باشد، نمی‌توان آن مطلق را به این مقید، تقیید زد؛ چون به خاطر اختلاف در قیدشان، موضوعاً مختلفند و مطلق و مقید نیستند.

اصل این کبری، قبول است اما این سخن وقتی صحیح است که شاهی بر تقیید نداشته باشیم در حالی که تلقی به قبول مشهور فقها و مفسرین (در اینکه آیه ۲۲۹ را آیه خلع دانسته‌اند)^۱ انسان را به اطمینان می‌رساند که روایات، مقید و ناظر به آیه هستند؛ پس روایات، آیه ۲۲۹ را مقید به تلفظ می‌کنند.

آیه ۱۹ سوره نساء نیز مانند آیه ۲۲۹ بقره است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَجِلْ لَكُمْ أَنْ تَرْتُوا النِّسَاءَ كَوَّهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا» که برخی مفسرین، آن را نیز دال بر طلاق خلع گرفته‌اند (کاظمی، ج ۴، ص: ۹۱ و ۹۲). البته باید اولین کتابی که به آیه ۱۹ نساء تمسک کرده، تبیان شیخ دانست. شیخ دو قسم خلع جایز تعریف کرده و یک قسم خلع را مستند به همین آیه دانسته است. او می‌گوید: «والثاني أن يرى الرجل امرأته على فاحشة، فيضاربها لتفتدي بخلعها، فهذا يجوز، وهو معنى قوله «وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ» (ج ۲، ص: ۲۴۷) و پس از او عده‌ای از فقها مانند علامه (قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۱۵۷) و فاضل هندی (كشف اللثام، ج ۸، ص: ۱۸۹) نیز قائل شده‌اند.

^۱ گذشت که فقها و مفسرین تقریباً آیه را آیه خلع دانسته‌اند.

ممکن است اشکال شود که این آیه، با طلاق خلع بی‌ارتباط است؛ بدین بیان که فشار بر زوجه برای گرفتن مهر یا بخشی از آن، شاید در خلع نیز پدید آید، اما نه شرط خلع است و نه در این آیه به خلع و یا شرطی از آن اشاره شده است. ایراد این سخن، علاوه بر آنکه لازم نیست نام خلع ذکر شود (همانطور که در ۲۲۹ سوره بقره ذکر نشده) آن است که عموم آیات شریفه در مقام بیان شروط و احکام نیستند؛ بنابراین، از عدم بیان شروط خلع، نمی‌توان دلالت بر خلع را نفی نمود و با توجه به این نکته که احدی بدون طلاق قائل به چنین برخوردی با زانیه نیست، مصداق جواز فشار بر زوجه و گرفتن مال از او، طلاق خلع خواهد بود؛ بنابر این، آیه دلالت دارد بر جواز خلع در صورت زنا زوجه، بدین صورت که زوج با اِعمال فشار بر زوجه او را مجبور به دادن مال و تقاضای طلاق کند.^۱ به عبارت ساده‌تر، در طلاق خلع، زوجه‌ای که تلفظ به عدم اطاعت کرده، مالی می‌دهد تا طلاق بگیرد حال چه بدواً کراهت داشته و تلفظ به عدم اطاعت کرده و چه مرتکب زنا شده و شوهر با اِعمال فشار، او را مکره ساخته است. از همین رو مؤید گرفتن این آیه برای کفایت کراهت زوجه در خلع، (با این استدلال که اِعمال فشار بر زوجه، صرفاً با ایجاد کراهت در او تلازم دارد^۲ و نه کراهت و تلفظ به سخنان نشوز آمیز) ردّ می‌شود؛ چرا که آیه در مقام بیان شرط خلع نیست.

مفاد روایات

اما روایات این باب با مقتضای آیه ۲۲۹ فرق دارد و با فتوای عمده فقها نیز منطبق نیست. آیه دال بر اشتراط خوف عدم اقامه حدود است و روایات دال بر اشتراط تلفظ به عدم اطاعت و فتوای اکثر بر اشتراط کراهت است.

نظریه مختار

به نظر نگارنده به دلیل وجود حداقل سه شاهد، اشتراط تلفظ متعین است. شاهد اول: در دو روایت، این نکته گوشزد شده که عده‌ای از ناس! در حیطه‌ای وسیع‌تر از الفاظ دال بر کراهت، طلاق خلع را جاری می‌سازند، یعنی در طلاق خلع، تساهل دارند. این عبارات می‌تواند

^۱. می‌توان حکمت این حکم را این دانست که معمولاً زوجی که زنش زنا داده، مصیبت زده است و شارع خواسته هم برای تسلی او و هم تنبیه زانیه، طلاق را برای او به همراه کسب مال قرار دهد.
^۲. مخصوصاً کسی اقدام به دادن مال و جدایی می‌کند که بسیار در فشار و کراهت باشد

دال بر این باشد که آن عده، صرف کراهت را در طلاق خلع کافی می‌دانند،^۱ در حالی که بکار بردن الفاظ هم شرط جواز خلع است. آن دو، عبارت است از صحیحه حلبی «عَلَيَّ بِنُ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: لَا يَحِلُّ خُلْعُهَا حَتَّى تَقُولَ لِرَوْجِهَا وَاللَّهِ لَا أَبْرُكَ لَكَ قَسَمًا وَلَا أَطِيعُ لَكَ أَمْرًا وَلَا أَعْتَسِلُ لَكَ مِنْ جَنَابَةٍ وَلَا أُوطِنَنَّ فِرَاشَكَ وَلَا ذَنْنَ عَلَيْكَ بِغَيْرِ إِذْنِكَ وَقَدْ كَانَ النَّاسُ يُرْخَصُونَ فِيمَا دُونَ هَذَا فَإِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ لِرَوْجِهَا حَلَّ لَهُ مَا أَخَذَ مِنْهَا فَكَانَتْ عَنْدهُ عَلَى تَطْلِيقَتَيْنِ بَاقِيَتَيْنِ وَكَانَ الْخُلْعُ تَطْلِيقَةً وَقَالَ يَكُونُ الْكَلَامُ مِنْ عِنْدِهَا وَقَالَ لَوْ كَانَ الْأَمْرُ إِلَيْنَا لَمْ نُجِزْ طَلَاقًا إِلَّا لِلْعِدَّةِ.» (الكافي، ج ۱، ص ۱۳۹، ح ۱) که پس از اشتراط تلفظ به سخنان نشوز آمیز، در مقام نکوهش فرموده: «قَدْ كَانَ النَّاسُ يُرْخَصُونَ فِيمَا دُونَ هَذَا» به این معنا که مردمی در غیر این مورد (یا با کمتر از این شرط) نیز خلع را تجویز می‌کنند (پس لفظ «دون» به معنی غیر یا کمتر است) و صحیحه حلبی که شبیه همین را ذکر فرموده است. (الكافي، ج ۱، ص ۱۴۱، ح ۵)؛ نکوهش تساهل در شرط تلفظ، شاهد لزوم شرطیت اصل تلفظ است نه شرطیت تلفظ به الفاظ خاص؛ و عبارت «لَوْ كَانَ الْأَمْرُ إِلَيْنَا لَمْ نُجِزْ طَلَاقًا إِلَّا لِلْعِدَّةِ» نیز شاهد بر مرجوحیت طلاق خلع - که مبتنی بر تلفظ است - بر طلاق عادی است و به عبارت دیگر چه الفاظ خاص در خلع شرط باشد و چه اصل تلفظ به عدم تمکین، شرط باشد عبارت «لو كان الامر...» صحیح می‌باشد. پس از این عبارت نمی‌توان اشتراط تلفظ به الفاظ خاص را در خلع شرط دانست و البته صحیحه محمد بن مسلم^۲ که تصریح به کفایت عبارت «لَا أَطِيعُ لَكَ أَمْرًا مُفَسَّرًا وَغَيْرَ مُفَسَّرٍ» دارد جای شک باقی نمی‌گذارد.

شاهد دوم: دو روایت، تلفظ به سخنان عدم اطاعت را پیش فرض گرفته و تصریح کرده به اختصاص تلفظ به زوجه؛ در صحیحه حلبی فرموده است: «يَكُونُ الْكَلَامُ مِنْ عِنْدِهَا» و در صحیحه ابی بصیر در قالب حصر فرموده: «لَا يَكُونُ الْكَلَامُ إِلَّا مِنْ عِنْدِهَا»؛ به عبارت دیگر روایات خلع، تلفظ سخنان

۱. عبارت «كان الناس يرخصون فيما دون هذا» اشاره به وجود شرطی برای خلع در نزد این مردم دارد که راحتتر از شرط تلفظ است؛ چرا که اگر ناس، هیچ شرطی نداشتند حضرت ع، با این عبارت، آنان را توصیف نمی‌نمود بلکه مثلاً می‌فرمود «كان الناس لا يشترطون هذا القول». پس نمی‌توان مدعی شد که اینان هیچ شرطی برای خلع ندارند.

۲. ذکر این روایت در نکته چهارم گذشت.

نشوزآمیز را با اداة حصر شرط نموده است^۱ ولی در مبارات چنین شرطی نیست و به نحوه مبارات پرداخته است.

شاهد سوم: در همین روایات، فرق خلع و مبارات را جواز بیشتر بودن بذل از مهر در خلع دانسته و وجه آن را تلفظ به سخنان نشوزآمیز در خلع و نه مبارات، دانسته است، پس اشتراط تلفظ در خلع مسلم بوده و این فرق بر آن بنا نهاده شده است. شیخ کلینی صحیح زراره را نقل کرده است: «عَلِيٌّ بْنُ إِسْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ زُرَّازَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: الْمُبَارَاةُ يُؤْخَذُ مِنْهَا دُونَ الصَّدَاقِ وَالْمُخْتَلِعَةُ يُؤْخَذُ مِنْهَا مَا شَاءَ أَوْ مَا تَرَاصَيَا عَلَيْهِ مِنْ صَدَاقٍ أَوْ أَكْثَرٍ وَإِنَّمَا صَارَتِ الْمُبَارَاةُ يُؤْخَذُ مِنْهَا دُونَ الْمَهْرِ وَالْمُخْتَلِعَةُ يُؤْخَذُ مِنْهَا مَا شَاءَ لِأَنَّ الْمُخْتَلِعَةَ تَعْتَدِي فِي الْكَلَامِ وَتَكَلِّمُ بِمَا لَا يَحِلُّ لَهَا» (ج ۶، باب المبراة، ص ۱۴۲، ح ۲).

پس جمع این سه نکته در روایات، موجب می‌شود که نتوانیم دست از ظاهر روایات (اشتراط تلفظ) برداریم. توضیح آنکه در تقدیم خبر واحد بر ظاهر آیات شریفه بحث اصولی هست و شاید مشهور را بتوان قائل به تقدیم دانست، اما جدای از اینکه در بحث ما، خبر، متواتر^۲ است باید گفت اشتراط تلفظ به سخنان نشوزآمیز، دارای سه شاهد صدق است (که ذکر شد) و در تقدیم خبر دارای تعلیل و شاهد صدق و یا متواتر بر آیه شریفه بحثی نیست. پس آیه شریفه ۲۲۹ تقيید می‌خورد و خوف مطرح در آن را ناظر به نتیجه تلفظ زوجه می‌دانیم؛ یعنی وقتی زوجه تلفظ به عدم تمکین می‌کند، لازمه عرفی آن، ترس زیر پا گذاشتن فرامین الهی در او و به تبعش در شوهر است چرا که معمولاً صبر افراد، آنقدر نیست که در مقابل سخنان نشوزآمیز، تأثیری نپذیرند و ترس بی‌تقوایی در موردشان تصور نشود. و به عبارت ساده‌تر، تلفظ زوجه به عدم تمکین، شرط تحقق خلع است و خوف عدم اقامه حدود در آیه، بیان فضای ناسازگار زن و شوهر است؛ همانطور که آقا جمال، آیه را حمل بر خوف ناشی از سخنان مخصوص کرده است. (ص ۴۲۴)

۱. و لو حصر، اضافی و نسبت به شوهر باشد باز هم خللی به استدلال وارد نمی‌شود چرا که باز هم پیش‌فرض آن، اشتراط کلام زوجه است.

۲. ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص: ۲۷۹، كِتَابُ الْخُلْعِ وَ الْمُبَارَاةِ، باب ۱ که تمامی ۹ حدیث آن دلالت دارد و نیز باب ۴، حدیث ۱ و ۵ و باب ۶، حدیث ۴ و باب ۷، حدیث ۴.

بعلاوه این سه شاهد، با لازم ساختن اخذ به ظاهر روایات (اشتراط تلفظ)، قول به اشتراط کراهت و یا کراهت شدید و نیز سایر اقوال را ردّ می‌کند؛ توضیح آنکه قائل به کراهت شدید یا کراهت، تواتر روایات در تلفظ زوجه را قبول دارد اما آن را صرفاً مبرز کراهت دانسته است (جواهر الکلام؛ ج ۳۳، ص: ۴۱)؛ در حالی که با آن سه شاهد، نمی‌توان اشتراط تلفظ را لازمه با مبرز کراهت دانست و از آن دست کشید.

آیه ۱۹ نساء که شرطی برای خلع مطرح نکرده نیز جدای از اینکه فقط به یک صورت از خلع (در صورت زنا زوجه) اشاره دارد، در مقام بیان شروط خلع نیست تا با روایات تنافی داشته باشد؛ بلکه در مقام بیان شرط خلع در زنا زوجه است و چون شرطی ذکر نکرده پس در صورت زنا زوجه، نه کراهت شرط است و نه تلفظ عدم تمکین؛ به عبارت دیگر، خلع، در یک صورت با زنا زوجه، جایز می‌شود. این صورت، نادر است و برای همین شرط تلفظ به عدم اطاعت که در روایات ذکر شده را نباید شامل این صورت نیز دانست، چرا که به خلع در حال طبیعی اشاره دارد نه زنا زوجه، پس از آن انصراف دارد. و شاهد بر فرق دو صورت اینست که در حالت عادی فشار بر زوجه برای بذل و خلع جایز نیست و در صورت زنا زوجه جایز است. پس نمی‌توان به اطلاقات خلع برای اشتراط تلفظ در صورت زنا، تمسک کرد.^۱ بنابر این بین دو آیه و روایات تنافی نیست.

حال که سخنان نشوز آمیز، مجوّز طلاق خلع شد، خود نشوز زوجه (عدم تمکین عملی) نیز مجوّز خلع خواهد بود؛ چرا که سخنان نشوز آمیز، فرد خفی نشوز اصطلاحی است^۲ و نشوز، مجوز طلاق خلع است چه عملی باشد و چه لسانی. مؤید آن نیز روایت عیاشی است: «الْعِيَّاشِي فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: إِذَا نَشَرَتِ الْمَرْأَةُ عَلَى الرَّجُلِ فَهِيَ الْخُلْعَةُ، فَلْيَأْخُذْ مِنْهَا (مَا قَدَرَ عَلَيْهِ). وَإِذَا نَشَرَ الرَّجُلُ مَعَ نُشُوزِ الْمَرْأَةِ فَهُوَ الشَّقَاقُ.» (وسائل، ج ۲۱، ص ۳۵۱، باب ۱۱، ح ۵)

جمع بندی

آنچه به عنوان شرط اختصاصی در خلع نامیده می‌شود مختص زوجه است.

^۱ بعلاوه، اعتبار نیز موید عدم اشتراط تلفظ است چرا که زنا زوجه ربطی به کراهت او و تلفظ عدم تمکین توسط او ندارد بلکه حکمت خلع در این صورت، تسلی زوج و تنبیه زوجه است و شرط تلفظ با این حکمت ناسازگار است و لااقل هم‌جهت نیست و گذشت که آیه در مقام بیان خلع در صورت زنا بوده و شرطی ذکر نکرده پس نه کراهت شرط است و نه تلفظ عدم تمکین.
^۲ نشوز بحث مفصلی دارد و در جای خود بدان پرداخته شده است و اجمالاً نشوز، ترفع و سرکشی زوجه است که با کلمات عدم تمکین نیز محقق می‌شود.

کراهت مجوز خلع، اعمّ از کراهت ذاتی و عارضی است.

پس از اینکه زوج سخنان دال بر کراهت را از زوجه شنید خلع واجب نمی‌شود؛ شرعاً ثابت و قابل اجرا می‌شود.

در بحث شرط اختصاصی خلع، بالغ بر پنج قول مشاهده می‌شود.

روایات، آیه ۲۲۹ بقره را مقید می‌کنند به تلفظ زوجه به سخنان نشوزآمیز، پس خوف در آیه از باب نتیجه غالبی سخنان نشوزآمیز، مطرح شده است.

جمع سه نکته در روایات، موجب می‌شود که بتوانیم دست از ظاهر روایات (اشتراط تلفظ) برداریم.

خوف مطرح در آیه شریفه ۲۲۹ ناظر به نتیجه تلفظ به عدم اطاعت توسط زوجه است.

آیه ۱۹ نساء - با توجه به این نکته که احدی بدون طلاق قائل به جواز فشار بر زوجه زانیه و گرفتن مال از او نیست، - دلالت دارد بر جواز خلع در صورت زناى زوجه، و در مقام بیان شروط خلع نیست، و شرط تلفظ به عدم اطاعت که در روایات ذکر شده به خلع در حال طبیعی اشاره دارد نه زناى زوجه، پس از آن انصراف دارد.

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.